آية الله العظمى
الحاج السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

إيصال الطالب إلى المكاسب

شرح وافٍ بغرض الكتاب، يتعرض لحل مشكلاته
وابداء مقاصده بأبحاث وتوضيح

مؤسسة الأعلمي
طهران - إيران

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
32101 007371717

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

DUE JUN 15, 1935

Shirāzī, Muḥammad al-Mahdī al-Ḥusaynī

آیة الله المجاهد
الحاج السید محمد الحسینی الشیرازی
دام ظله

الجزء الحادی عشر

ایصال الطالب
الی المکاسب

شرح واف بغرض الکتاب ، یتعرض لحل مشکلاته
وابداء مقاصده فی ایجاز و توضیح .

القسم الاول من کتاب الخیارات

منشورات الاعلمی - طهران

(Arab)
HC499
.Z9P773
1970z
juz' 11

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين .

و بعد : فهذا هو القسم الاول من كتاب الخيارات و الجزء الحادى عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذّ آية الله الانصارى قدس سره .

و يشرع فى المعنى اللغوى للخيار .

كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به فى يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون الّا من اتى الله بقلب سليم .

كربلاء المقدسة

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلوة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين .

القول فى الخيار، و اقسامه ، و احكامه ، مقدمتان .

الاولى : الخيار لغة : اسم مصدر من الاختيار غلب فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد.

(الحمد لله رب العالمين و الصلوة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين).

(القول فى الخيار، و اقسامه ، و احكامه ، مقدمتان) .

المقدمة (الاولى : الخيار لغة) اى فى معناه اللغوى مقابل الاصطلاح الفقهى الدارج فى باب المعاملات، فانه اخص من المعنى اللغوى (اسم مصدر من الاختيار) فالاختيا مصدر، معناه الفعل المنسوب الى الفاعل و اسم المصدر هو الهيئة الحاصلة من المصدر، فليس فيه الانتساب الى الفاعل ، مثل الاغتسال و الغسل ،والتوضى و الوضوء (غلب) استعمال الخيار(فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد) .

. فاذا قيل : فلان له الخيار ـ مثلا ـ يراد به انه يملك ملكا شرعيا فسخ ما عقد .

و قوله ((غلب)) اشارة الى ان معنى الخيار اصطلاحا ليس نقلا من معناه اللغوى الى المباين بل نقل الى بعض افراده .

على مافسره به فى موضع من الايضاح فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزة و فى عقد الفضولى ، و ملك الوارث ردّ العقد على مازاد على الثلث ، و ملك العمة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الاخت و ملك الامة المزوجة من عبد فسخ العقد اذا اعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب

و انما قلنا «غلب» (على مافسره) اى الخيار (به) اى بملك فسخ العقد (فى موضع من) كتاب (الايضاح) الذى هو لولد العلامة فخر المحققين.

و جماعة من المتأخرين أخذوا هذا التفسير منه و اذا كان معنى الخيار اصطلاحا «ملك فسخ العقد» الذى هو اخص من «ملك الاختيار فى العقد ، و فى غير العقد» فان هذا هو معناه لغة (فيدخل) فيه (ملك) الانسان (الفسخ فى العقود الجائزة) كالهبة غير اللازمة (و فى عقد الفضولى) حيث ان المالك له الفسخ (و ملك الوارث ردّ العقد) الذى عقده مورثه (على مازاد على الثلث) فى عقد الوصية فان الوصية عقد يعقده المورث ، فاذا زاد على الثلث كان للوارث ان يرده فى الزائد على الثلث اذ ليس للميت ان يوصى باكثر من الثلث ، الا مع اجازة الوارث (و ملك العمة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الاخت) .

فاذا كانت العمة مثلا زوجة لزيد ، فتزوج زيد بنت اختها او بنت اخيها كان للزوجة ان تفسخ هذا العقد (و ملك الامة المزوجة من عبد فسخ العقد) اى عقد النكاح (اذا اعتقت) و ملك الزوج فى المتعة فسخ النكاح (و ملك كل من الزوجين للفسخ) اى فسخ عقد النكاح (بالعيوب) .

. . . . . .

و لعل التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق ، لا من الاحكام فيخرج ماكان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولى ،و التسلط على فسخ العقود الجائزة ،

فاذا كان الرجل معيوبا بعيوب مذكورة فى كتاب النكاح ، كان للزوجة الفسخ .

و اذ كانت المرأة معيوبة بعيوب كذلك كالرتق ، كان للرجل الفسخ .

و قوله (فيدخل) اشكال على من فسر الخيار فى باب المعاملات «بملك فسخ العقد» لانه يدخل فى هذا التعريف الامور المذكورة ،مع انها ليست مرتبطة بباب المعاملات ، فيكون تعريف الخيار بذلك من التعريف بالاعم ، و ذلك لا يجوز لانه يلزم ان يكون التعريف جامعا مانعا

و قوله : (و لعل التعبير بالملك) جواب عن الاشكال المذكور،فان لفظ «الملك» فى تفسير الخيار (للتنبيه على ان الخيار من الحقوق) الذى يملكه الانسان بجعل الله له ذلك(لا من الاحكام) الذى ليس للانسان .

مثلا : اباحة شرب الماء للانسان حكم من الله ، فليس للانسان ان يقول : انى اسقطت هذا الحكم ، لانه لا يملكه .

اما حق القسم للزوجة فانه ملك لها ، و لذا كان لها ان تسقطها .

و قد ذكرنا تفصيل الفرق بين الحق و الحكم فى موضع آخر من هذا الكتاب (فيخرج ماكان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولى ،و) كذا (التسلط على فسخ العقود الجائزة) فلا تدخل هذه الامور فى التعريف

. . . . . .

فان ذلك من الاحكام الشرعية ،لا من الحقوق .

و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط .

و

السابق للخيار(فان ذلك) اى «ماكان من قبيل الاجازة و الرد » و «التسلط» (من الاحكام الشرعية ، لا من الحقوق) و كلما لم يكن من الحقوق لم يكن «ملكا» .

(و لذا لا تورث ولا تسقط بالاسقاط) مع ان الحق يورث ، لانه مشمول لقوله «ماتركه الميت فلوارثه» .

و كذلك الحق يسقط بالاسقاط ، فللمرأة ان تسقط حقها فى القسم .

و ليس كذلك الاحكام الشرعية ، مثلا : لكل انسان ان يسلم على اخيه المسلم ، و هذا ليس بشئ يرثه الانسان عن مورثه ، كما انه ليس قابلا للاسقاط بان يقول المسلّم او المسلّم عليه اسقط هذا الحق .

و كذلك « الاجازة و الرد فى العقد الفضولى» ليس للمالك ان يقول اسقطت هذا الحق حتى يصبح و لاحق له فى الاجازة و الرد ، كما انه اذا مات لا يرثه وارثه و انما وارثه له الاجازة و الرد ، لانه صار مالكا ، وقد وقع العقد الفضولى على ماله ، فله ـ استقلالا لا ارثا ـ ان يجيز او يرد .

و كذا بالنسبة الى «التسلط على فسخ العقود الجائزة» فانه ليس للواهب ان يقول : اسقطت حقى فى الفسخ ، فانه لا يسقط حقه بذلك ، كما انه اذا مات كان لوارثه هذا الحق استقلالا لا لانه كان لمورثه فورثه .

(و) حيث قد عرفت ورود الاشكال على تعريف الخيار(بانه ملك فسخ

. . . . . .

قد يعرف بانه ملك اقرار العقد و ازالته .

و يمكن الخدشة فيه ، بانه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه ، اذ القدرة لا تتعلق باحد الطرفين .

و ان اريد منه الزام العقد ، و جعله غير قابل لان يفسخ .

العقد» فاعلم انه (قد يعرف) الخيار (بانه ملك اقرار العقد و ازالته) .

و هذا التعريف ادخل فيه لفظة «اقرار العقد» حيث لم يكن فى التعريف السابق .

(و يمكن الخدشة فيه ، ب) ان هذه الزيادة غير تامة ، ف (انه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله) و الابقاء هو (بترك الفسخ) مع ان له الفسخ (فذكره مستدرك) اى غير محتاج اليه (لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه) .

فاذا قال «يملك الفسخ» كان معناه ، و «يملك الابقاء» .

فالتعريف السابق كان شاملا لذلك (اذ القدرة لا تتعلق باحد الطرفين) و الا كان جبرا .

الا ترى ان «الانسان لا بد و ان يكون فى الحيّز» .

و لا يصح ان يقال : انه «يقدر ان يكون فيه» .

اما اذا كان «يمكنه البقاء و الذهاب» قيل انه يقدر على البقاء .

(و ان اريد منه) اى من «اقرار العقد» (الزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ) اى «الخيار ملك الزام العقد و ازالته» .

. . . . . .

ففيه ان مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار مع ان ظاهر الالزام فى مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا .

(ففيه ان مرجعه) اى مرجع « الزام العقد » (الى اسقاط حق الخيار) .

اذ الالزام معناه ذلك (فلا يؤخذ) اى (اسقاط حق الخيار) (فى تعريف نفس الخيار) لانه تعريف الشئ بالنفس ، و ذلك يستلزم الدور الباطل .

ولا فرق فى ذلك بين ان يؤخذ نفس الشئ فى تعريف نفسه ، كان تقول : الانسان شئ له الانسانية ، او ان يؤخذ ما لا يفهم الا بنفس الشئ ـ اى ما يكون مرجعه ذلك الشئ المعرّف ـ كما فى محل الكلام ، فالزام العقد عبارة اخرى عن « اسقاط حق الخيار » .

(مع) انه يلزم اشكال ثان على تعريف الخيار بانه « ملك اقرار العقد و ازالته » و هو (ان ظاهر الالزام) الواقع فى تعريف الخيار (فى مقابل الفسخ) لانه قال « الزام العقد و ازالته » حسب ما قلنا من ان الاقرار ، مرجعه الالزام (جعله لازما مطلقا) .

و على هذا المعنى « للالزام » (فينتقض) تعريف الخيار « بالزام العقد و ازالته » (بالخيار المشترك) بين البائع و المشترى (فان لكل منهما الزامه من طرفه) فقط (لا مطلقا) حيث يصبح العقد لازما ، فهذا الفرد من الخيار خارج عن التعريف المذكور ، مع انه داخل فى اقسام الخيار .

و الحاصل : ان هذا التعريف معناه « ان البائع ـ مثلا ـ له ان يلزم

. . . . . .

ثم ان ماذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق فى كلمات المتأخرين ، والافاطلاقه فى الاخبار، وكلمات الاصحاب على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولى ، وسلطنة الرجوع فى الهبة وغيرهما من افراد السلطنة شايع ٠

و ان يفسخ)) مع ان فى الخيار المشترك ليس للبائع ان يلزم العقد الزاما مطلقا بل له ان يلزمه الزاما من جانبه فقط ٠

(ثم ان ماذكرناه من معنى الخيار) بالتعريفين المذكورين(هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق) اى عند اطلاق لفظ الخيار(فى كلمات المتأخرين) ٠

و من هذا التبادر تولد التعريفان المذكوران(والا) فليس لفظ الخيار خاصا بهذين المعنيين (فاطلاقه فى الاخبار ،وكلمات الاصحاب) غير المتأخرين (على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولى ، و سلطنة الرجوع فى الهبة) الجائزة (وغيرهما من افراد السلطنة) مثل سلطنة العمة و الخالة فى فسخ نكاح بنت الاخ ،وبنت الاخت و سائر انواع السلطنة (شايع) ٠

و هذا الشائع هو المعنى اللغوى للخيار و المتبادر منه عند العرف العام ٠

و قد تحقق بهذه المقدمة الاولى تعريف الخيار الاصطلاحى فى باب المعاملات ٠

الثانية: ذكر غير واحد ـ تبعا للعلامة فى كتبه ـ ان الاصل فى البيع اللزوم .

قال فى التذكرة: الاصل فى البيع اللزوم لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، والاصل الاستصحاب .

و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه ،وانما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه

المقدمة (الثانية) فى بيان ان الاصل فى البيع: هل اللزوم ،او الجواز؟

فقد (ذكر غير واحد) من الفقهاء (ـ تبعا للعلامة فى كتبه ـ ان الاصل فى البيع اللزوم) .

(قال فى التذكرة: الاصل فى البيع اللزوم) .

و ذلك (لان الشارع وضعه) اى البيع (مفيدا لنقل الملك) من البائع الى المشترى فى الثمن ،وبالعكس فى الثمن (والاصل الاستصحاب) اى بقاء النقل المذكور اذا شك فى انه هل رجع الملكين الى البايعين بالفسخ ،ام لا .

(و) هناك وجه آخر لاصالة اللزوم ،وهو ان (الغرض) من البيع (تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه ، و انما يتم) هذا الغرض (باللزوم) اى بان يكون البيع لازما .

و انما يتم الغرض باللزوم (ليأمن من نقض صاحبه عليه) .

اذ: ادلة اللزوم تمكن لكل طرف نقض البيع .

. . . . . .

انتهى .

اقول : المستفاد من كلمات جماعة : ان الاصل هنا قابل لارادة معان

الاول : الراجح ، احتمله فى جامع المقاصد مستندا فى تصحيحه الى الغلبة .

و فيه انه ان اراد غلبة الافراد ، فغالبها ينعقد جائزا ، لاجل خيار المجلس ، او الحيوان ، او الشرط .

و الغرض دليل لمّى على كون البيع وضع لازما (انتهى) كلام العلامة (اقول : المستفاد من كلمات جماعة : ان الاصل هنا قابل لارادة معان) بعضها صحيح و بعضها غير صحيح .

المعنى (الاول : الراجح) فقولهم الاصل : اللزوم ، اى الراجح اللزوم (احتمله) اى هذا المعنى للاصل (فى جامع المقاصد) وهو تأليف المحقق الثانى فى حال كون المحقق (مستندا فى تصحيحه الى الغلبة) اى استدل لكون الراجح اللزوم بان الغالب فى البيع اللزوم .

(و فيه) ان لانسلّم صحة الاصل بهذا المعنى ، لـ (انه ان اراد غلبة الافراد) اى غالب افراد البيع لازم (ف) فيه ان (غالبها ينعقد جائزا) لا لازما (لاجل خيار المجلس ، او الحيوان ، او الشرط) .

فان خيار المجلس فى كل بيع الا نادرا .

و خيار الحيوان فى كل بيع حيوان الا نادرا .

و خيار الشرط فى كل بيع شرط فيه ، و هو كثير جدا .

فكيف يدعى ان غالب افراد البيع لازم .

و ان ارادغلبة الازمان ·

فهى لاتنفع فى الافراد المشكوكة ·

مع انه لايناسب مافى القواعد من قوله : و انمايخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار، او ظهورعيب ·

(و ان اراد) بالغلبة (غلبة الازمان) فانه بعد انقضاء المجلس، و ثلاثة ايام فى الحيوان ،و مدة الشرط فى خيار الشرط ،يكون البيع لازما فزمان اللزوم اكثر من زمان الخيار ·

(فهى) اى اصالة اللزوم (لاتنفع فى الافراد المشكوكة) من البيع ، فى انها هل هى لازمة ،اوليست بلازمة فعليه فلافائدة للاصل المذكور ·

فانهم انما ذكروه للاستناد اليه فى الافراد المشكوكة ·

نعم ينفع الاصل بهذا المعنى(غلبة الازمان) فى الزمان المشكوك فيه ، هل انه لازم فيه البيع ، ام لا ·

(مع انه) اى ماذكره جامع المقاصد من كون المراد بالاصل الراجح (لايناسب مافى القواعد من قوله : و انمايخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار، او ظهورعيب) ·

و انما لايناسب ،لان ظاهر كلامه استثناء فردين من افراد البيع ، و هما البيع الخيارى و البيع اذا كان فيه عيب فيعرف من المستثنى ان المستثنى منه الافراد لا الازمان ،لانه اذا اراد استثناء الزمان لقال : انما يخرج من الاصل زمانان ،زمان الخيار و زمان العيب،ولم يقل((لامرين)) ·

. . . . . .

الثانى: القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع اليها عند الشك فى بعض الافراد ،او بعض الاحوال .

و هذا حسن ، لكن لا يناسب ماذكره فى التذكرة فى توجيه الاصل .

الثالث: الاستصحاب ، ومرجعه الى اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

المعنى (الثانى) من المعانى المحتملة للاصل ان يراد بقولهم « الاصل اللزوم » (القاعدة المستفادة من العمومات) مثل : احل الله البيع ،و : الا ان تكون تجارة عن تراض (التى يجب الرجوع اليها عند الشك فى بعض الافراد ،او بعض الاحوال) .

فاذا شككنا هل ان هذا البيع لازم او جائز ، رجعنا الى تلك العمومات لنستفيد منها ان هذا لازم .

و كذا اذا شككنا فى ان هذا البيع اللازم فى الجملة هل هو فى هذا الحال ايضا لازم او جائز ، رجعنا الى العمومات لنستفيد منها ان البيع فى هذا الحال ايضا لازم ، حيث ان مقتضى تلك العمومات اللزوم .

(و هذا) المعنى للاصل (حسن) لانه تام (لكن لا يناسب ماذكره فى التذكرة فى توجيه الاصل) .

و ذلك لان صاحب التذكرة فسر الاصل « بالاستصحاب » و « بالغرض » و هما غير مافسره هذا « بالقاعدة » . ولا يخفى : ان عدم تفسير التذكرة للاصل « بالقاعدة » لا يضر ، اذ القاعدة فى نفسها صحيحة .

المعنى (الثالث) من معانى الاصل (الاستصحاب ، و مرجعه الى اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

احدهما، و هذا احسن ·

الرابع : المعنى اللغوى بمعنى ان وضع البيع وبنائه عرفا وشرعا على اللزوم ،وصيرورة المالك الاول كالاجنبى ·

و انما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لاحدهما، او لهما يسقط بالاسقاط و بغيره و ليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له اصلا و بالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط ·

احدهما) ·

لكن هذا لا يثبت اصل اللزوم، وانما يثبت بقاء اللزوم، اذا شك فيه بعد ان علم لزوم العقد سابقا (و هذا حسن) ايضا، وان كان هذا اصلا عمليا بينما كان المعنى الثانى اصلا اجتهاديا ·

المعنى (الرابع المعنى اللغوى) فان اللغوى اذا قال : الاصل فى الشئ كذا، اراد ان وضعه على كذا (بمعنى ان وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم، وصيرورة المالك الاول) للمثمن و للثمن (كالاجنبى) ·

و انما جاء بالكاف لافادة انه ليس اجنبيا بحتا بل صار اجنبيا ·

(و انما جعل الخيار فيه) اى فى البيع (حقا خارجيا) خارج عن حقيقة البيع (لاحدهما، او لهما، يسقط) حق الخيار (بالاسقاط) اذا اسقطاه (و بغيره) كانقضاء المجلس فى خيار المجلس، وانقضاء الثلاثة فى خيار الحيوان (و ليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له اصلا و بالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط) ·

. . . . . .

و من هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمنة انعقاد البيع لا ينافى كونه فى حدّ ذاته مبنيا على اللزوم ، لان الخيار حق خارجى قابل للانفكاك .

نعم لو كان فى اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع ، بحيث يكون حكما فيه لا حقا مجعولا قابلا للسقوط ، كان منافيا لبنائه على اللزوم .

و من هذا عرف كيف الخيار فى البيع حق ، وفى الهبة حكم .

و انه كيف فى الهبة داخل فى حقيقتها ، و فى البيع خارج عن حقيقته .

(و من هنا) حيث تبين ان الخيار ليس داخلا فى حقيقة البيع (ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمنة انعقاد البيع لا ينافى كونه) اى البيع (فى حدّ ذاته مبنيا على اللزوم) .

و انما ظهر (لان الخيار) فى البيع (حق خارجى قابل للانفكاك) فهو عرضى لا ذاتى ، بخلاف الهبة فان خيارها داخل فى ذاتها ، ولذا لا يكون قابلا للانفكاك .

(نعم لو كان) البيع (فى اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع ، بحيث يكون) جواز الرجوع (حكما فيه) اى فى البيع (لا حقا) بذاته (مجعولا) شرعا (قابلا للسقوط) بانقضاء المجلس (كان) جواز الرجوع (منافيا لبنائه على اللزوم) .

لان البناء على اللزوم لا يجتمع مع حكم الشارع بجواز الرجوع .

و الحاصل : ان جواز الرجوع خارج عن حقيقة البيع ، لا حق له بقاسر

. . . . . .

فالاصل هنا كما قيل نظير قولهم : ان الاصل فى الجسم الاستدارة فانه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى

و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لاجل خيار المجلس الا ان يريد ان الاصل بعد ثبوت خيار المجلس

بخلاف الهبة فان جواز الرجوع فيها داخل فى حقيقة الهبة ، ولذا كان الاصل فى البيع اللزوم و الاصل فى الهبة الجواز .

(فالاصل) اى اصل اللزوم (هنا) فى البيع (كما قيل) فى تنظيره (نظير قولهم : ان الاصل فى الجسم الاستدارة) .

و وجه هذا الاصل لان احد الاطراف المحيطة بالجسم ليس اولى بامتداد الجسم فيه من الاطراف الاخر ، فاذا تساوت الجوانب كان امتداد الجسم فى كل الجوانب على حد سواء ، ومثل هذا الجسم لا يكون الا مستديرا (فانه) اى هذا الاصل (لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى) مثل ضغط الهواء ، او جاذبية الارض او تمديد اشعة الشمس لما يقبل الصعود ، او غير ذلك .

(و مما ذكرنا) من ان المراد بالاصل البيع بنفسه لا بملاحظة القاسر الخارجى (ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية) للسيد الصدر (حيث انكر هذا الاصل) اصالة لزوم البيع (لاجل خيار المجلس) فانه ظهر ان خيار المجلس من باب القاسر الخارجى ، لانه داخل فى حقيقة البيع (الا ان يريد) الوافية (ان الاصل) اى الاستصحاب (بعد ثبوت خيار المجلس

بقاء عدم اللزوم ،و سيأتى مافيه ٠

بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل الا بامرين ثبوت خيار ،او ظهور عيب ،فان ظاهره ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار ،مع انه من اسباب الخيار، وتوجيهه بعطف الخاص على العام ـ كما فى جامع المقاصد ـ غير ظاهر

بقاء عدم اللزوم) فكلامه يكون خارجا عن مبحثنا (و سيأتى مافيه) اى فى الاستصحاب الذى ادعاه ٠

(بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل) اى اصالة اللزوم (الا بامرين ثبوت خيار ،او ظهور عيب) فان لفظة «خيار» و ان كانت نكرة مفردة ،الا ان اطلاقه يشمل اىّ خيار كان ،فلا يقال انه ليس عموم حتى يشمل كل الخيارات (فان ظاهره) بمقتضى العطف (ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار مع انه) اى ظهور العيب ـ لا العيب نفسه ـ كما يأتى تحقيقه فى خيار العيب (من اسباب الخيار) ٠

(و) ان قلت: لا بأس بذلك لانه من عطف الخاص على العام و هو كثير فى كلماتهم ٠

قلت: (توجيهه بعطف الخاص على العام ـ كما فى جامع المقاصد ـ غير ظاهر) لانه لو ،قال «اسباب الخيار و ظهور العيب» لكان من عطف الخاص على العام ، فان ظهور العيب سبب من اسباب الخيار٠

. . . . . .

اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار ، بل عطف على نفسه ، و هو مباين له ، لا اعم ·

نعم قد يساعد عليه ما فى التذكرة

(اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار ، بل عطف على نفسه) اى نفس الخيار (و هو) اى ظهور العيب (مباين له) اى للخيار (لا اعم) منه ، لم يكن من عطف الخاص على العام ·

فان الخيار اسم مصدر من الاختيار ، كما تقدم و ظهور العيب سبب هذا الخيار ، لانه من اقسامه ·

فالعطف من قبيل ان يقول « الاحتراق و النار » حيث ان النار سبب الاحتراق ، لانه من افراده ·

(نعم قد يساعد عليه) اى على ما ذكره جامع المقاصد « من انه عطف الخاص على العام » ·

و لا يخفى : ان فى عبارة المصنف احتمالات اظهرها ما نذكره (ما فى التذكرة) فان التذكرة حيث لم يرد عطف الخاص على العام ، اضاف قيد « من غير نقص الخ » فصار هكذا « المخرج عن اصل اللزوم خيار من غير نقص و خيار من نقص » ·

و لكن لا بد من تقدير شئ اذا اردنا ان يكون عطف الخاص على العام مثل لفظ « السبب » فى المعطوف عليه ، فتكون عبارة القواعد هكذا « لا يخرج من هذا الاصل الا بامرين ، ثبوت سبب خيار ، او ظهور عيب » ·

و الحاصل : ان المصنف لم يُجب عن الاشكال الذى اورده على جامع

من قوله : و انما يخرج عن الاصل بامرين ·

احد هما ثبوت الخيار لهما ،او لاحد هما من غير نقص فى احد العوضين بل للتروى خاصة ·

و الثانى ظهور عيب فى احد العوضين ،انتهى ·

و حاصل التوجيه على هذا

المقاصد ،و انما ايّد صحة نظر جامع المقاصد بكلام التذكرة ،حيث ان فى كلام التذكرة لاعطف للخاص على العام قطعا ،و لمكان زيادة قيد « من غير نقص » فبهذه القرينة يمكن تصحيح كلام المحقق الثانى ان عبارة القواعد من عطف الخاص على العام ،و لو كان ذلك العطف بمعونة تقدير شئ « السبب » كما عرفت ·

و كيف كان فيوجه كلام المحقق بما فى التذكرة (من قوله : و انما يخرج عن الاصل) اصالة اللزوم (بامرين) ·

(احد هما ثبوت الخيار لهما ،او لاحد هما من غير نقص فى احد العوضين) يكون جعل الخيار شرعا كخيار المجلس ،او بجعلهما كخيار الشرط (بل للتروى) فى المعاملة (خاصة) حتى اذا بدى له رأى فى ابطال المعاملة تمكن من ابطالها ·

(و الثانى ظهور عيب فى احد العوضين) فالخيار لاجل النقص (انتهى) كلام التذكرة ·

(و حاصل التوجيه) لكلام جامع المقاصد فى قوله انه من عطف الخاص على العام (على هذا) الذى ذكرناه من ان قول التذكرة يساعد توجيه

ان الخروج عن اللزوم لا يكون الا بتزلزل العقد لاجل الخيار.

و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ماكان ثابتا باصل الشرع ، او بجعل المتعاقدين ،لاقتضاء نقص فى احد العوضين

و بظهور العيب ماكان الخيار لنقص احد العوضين.

جامع المقاصد لكلام القواعد (ان الخروج عن) اصالة (اللزوم) فى العقد (لا يكون الا بتزلزل العقد) تزلزلا (لاجل الخيار) .

(و المراد) اى مراد القواعد (بالخيار فى المعطوف عليه) و هو قوله: ثبوت خيار ،او ظهور عيب (ما كان ثابتا باصل الشرع) كخيار المجلس و الحيوان (او بجعل المتعاقدين) كخيار الشرط (لا) ان الخيار (لاقتضاء نقص فى احد العوضين) .

و قدعرفت انه لا بد من تقدير محذوف ايضاحتى يستقيم عطف «ظهور» على « خيار » .

(و) المراد (بظهور العيب) فى المعطوف (ما كان الخيار لنقص احد العوضين) .

فحيث جاء فى التذكرة بعبارة توجب تقابل الخيار للعيب، كان ولا بدّ و ان تكون عبارة القواعد بحيث يكون « العيب » من افراد « الخيار» لانه لم يأت فى عبارة القواعد تقيد « من غير نقص » فى المعطوف عليه ،هذا حاصل مايقال فى توجيه كلام جامع المقاصد .

لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عبارة القواعد مع انه فى التذكرة ذكر فى الامر الاول الذى هو الخيار فصولا سبعة ،بعد اسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب ،و تكلم فيه كثيرا ٠

و مقتضى التوجيه ان يتكلم فى الامر الاول فيما عدا خيار العيب٠

(لكنه مع عدم تمامه) لانك عرفت لزوم تقدير شئ فى المعطوف عليه و الا لم يستقم عطف الخاص على العام (تكلف فى عبارة القواعد) ٠

اذ توجيه كلام القواعد بما ذكرناه يوجب تقدير بعض الاشياء فيها مثل « ثبوت خيار من غير نقص » ٠

و هنا اشكال ثالث فى التوجيه المذكور ،و هو انه اذا اراد التذكرة جعل العيب مقابلا للخيار كما ذكر فى التوجيه فلما ذا اجمع كل الخيارات التى منها العيب فى الامر الاول ؟

و الى هذا الاشكال اشار بقوله :(مع انه فى التذكرة ذكر فى الامر الاول الذى هو الخيار فصولا سبعة ،بعد اسباب الخيار) كالمجلس و الحيوان و الشرط وغيرها (و جعل السابع منها خيار العيب ،و تكلم فيه كثيرا) ٠

(و) الحال ان (مقتضى التوجيه) الذى ذكر بان العيب فى قبال الخيار(ان يتكلم فى الامر الاول فيما عدا خيار العيب) ٠

فتحصل ان فى التوجيه ثلاث اشكالات ٠

الاول : ان كلتا عبارة التذكرة و القواعد بحاجة الى تقدير لفظ « السبب » ٠

و يمكن توجيه ذلك بان العيب، سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فان نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب ـ و ان لم يثبت خيار الفسخ ـ

الثانى : ان عبارة القواعد بحاجة الى تقدير « من غير نقص فى احد العوضين » .

الثالث: ان مقتضى التوجيه عدم ذكر « العيب » فى عبارة التذكرة فى الامر الاول ،مع ان العلامة ذكر« العيب » فى عبارة التذكرة فى الامر الاول ،هذا تمام الكلام فى توجيه كلام جامع المقاصد لكلام القواعد مع رد التوجيه المذكور.

(و يمكن توجيه ذلك) اى توجيه ظاهر العطف فى كلام القواعد .

و حاصل التوجيه(بان) القواعد انما عطف « العيب » على« الخيار » للفرق بينهما ،فان الخيار يزلزل كل العقد ،فان شاء اخذ كله ،وان شاء ترك كله و العيب يزلزل كل العقد و يزلزل جزئه فان شاء اخذ بكل المعيب فى قبال كل الثمن ،و ان شاء ترك كل المعيب اى فسخ ،و ان شاء اخذ بجزء الثمن اى الارش .

و هذا الاختيار الثلاثى انما هو فيما اذا لم يسقط حق فسخه ،و اما اذا سقط حق فسخه بقى له خياران و هو ان يأخذ جزء الثمن اى الارش او يترك كله .

ف (العيب، سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار) اذ يتزلزل العقد و ان لم يكن خيار، كما بيناه فى قولنا : و اما اذا سقط حق فسخه الخ (فان نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب ـ و ان لم يثبت خيار الفسخ ـ

. . . . . .

موجب لاسترداد جزء من الثمن .

فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه فى ملك البائع ،و اخراجه عنه ،و يكفى فى تزلزل العقد ملك اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه .

و ان شئت قلت : ان مرجع ذلك الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع .

و نقض مقتضاه

موجب لاسترداد جزء من الثمن) اى الارش :

(فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه فى ملك البائع) بان يعرض عنه المشترى (و) قابل لـ (اخراجه عنه) بان يأخذ المشترى الارش (و يكفى فى تزلزل العقد ملك) المشترى ـ اى قدرته ـ لـ (اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه) «عن» متعلق بـ «اخراج» .

و انما قال «فالعقد» لبيان ان كلا «الخيار» «و العيب» داخلان فى عنوان قول القواعد «لا يخرج من هذا الاصل» . اى اصل اللزوم .

و الحاصل ان تزلزل كل العقد فى «الخيار» و تزلزل جزئه فى «العيب» كليهما خارج عن اصل اللزوم .

(و ان شئت قلت : ان مرجع ذلك) اى خيار العيب فى صورة لم يملك المشترى الفسخ (الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع) لا ملك فسخ كل العقد .

(و) ذلك لان للمشترى (نقض مقتضاه) اى مقتضى المجموع من حيث

من تملك كل من مجموع العوضين فى مقابل الآخر، لكنه مبنى على كون الارش جزءاً حقيقياً من الثمن، كما عن بعض العامة، ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة اليه عند استرداده .

و قد صرح العلامة فى كتبه بانه لا يعتبر فى الارش كونه جزءاً من الثمن بل له ابداله لان الارش غرامة

المجموع .

و فسّر المقتضى بقوله : (من تملك كل من مجموع العوضين فى مقابل الآخر) فالعقد اقتضى ان كل الثمن صار مقابل كل المثمن ، و خيار العيب ـ فيما لم يكن خيار الفسخ ـ يعطى المشترى الحق فى ان يرفع المجموع من حيث المجموع باسترداد بعض الثمن ليكون كل المثمن فى قبال بعض الثمن (لكنه) اى هذا التوجيه (مبنى على كون الارش جزءاً حقيقياً من الثمن) حتى يكون خيار العيب اختيار الفسخ فى بعض المعاملة و ان لم يكن له خيار فسخ الكل (كما عن بعض العامة) حيث قالوا ان الارش جزء من الثمن (ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة اليه) اى بالنسبة الى هذا الجزء المردود ـ المسمى بالارش ـ (عند استرداده) اى استرداد هذا الجزء عند اخذ المشترى بخيار العيب .

(و) لكن هذا المبنى « كون الارش جزءاً » غير تام .

و ذلك لانه (قد صرح العلامة فى كتبه بانه لا يعتبر فى الارش) الذى يأخذه المشترى (كونه جزءاً من الثمن) بعينه (بل له) اى للبائع (ابداله) فيعطى البائع مقدار النقص من غير الثمن (لان الارش غرامة) لا انه

و حينئذ فثبوت الارش لا يوجب تزلزلا فى العقد .

ثم ان الاصل بالمعنى الرابع انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع ،لان الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته الى الدليل .

بعض الثمن .

(و حينئذ) اى حين كان الارش غرامة (فثبوت الارش لا يوجب تزلزلا فى العقد) .

اقول : لكن الظاهر عرفا المنزل عليه اطلاقات الشارع ان الارش جزء فان الصحيح كان يسوى مائة و المعيب تسعين ،و حيث ان المشترى اعطى مائة كان له ان يسترد عشرة ،اما ان للبائع ابدا له فلانه لا يهم العرف المقرر للعقود عين المال ،و لذا لا يعدون من الخيانة تبديل الامانة النقدية الى غيرها ،كما هو الشائع عند الصرافين و نحوهم ،و انما الخيانة ان لا يرد كل الامانة او بعضها ،و كذا فى سائر موارد تبديل النقد كما اذا اعطاه مائة ليوصلها خمسا فانه ان اعطى مائة فقد عمل بما امر ،و ان لم تكن ما اعطاها عين المائة التى اخذها ،و الشارع انما امضى ما هو المتعارف عند العرف .

(ثم ان الاصل بالمعنى الرابع) المتقدم (انما ينفع) فى خصوص البيع لا فى سائر العقود .

ف (مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع) يرجع الى اصالة اللزوم (لان الخيار) المجعول فى البيع (حق خارجى) ليس داخلا فى مهية البيع (يحتاج ثبوته الى الدليل) .

. . . . . .

اما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز ، فلا يقتضى ذلك الاصل لزومه ، لان مرجع الشك حينئذ الى الشك فى الحكم الشرعى .

و اما الاصل بالمعنى الاول ، فقد عرفت عدم تماميته .

و اما بمعنى الاستصحاب ، فيجرى فى البيع و غيره اذا شك فى لزومه و جوازه و اما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع و غيره ،

فاذا شك فى وجود الخيار تمسك بالاصل لاثبات عدمه .

(اما لو شك فى عقد آخر) كالاجارة مثلا شكا (من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الاصل) بالمعنى الرابع (لزومه) .

و انما لا يقتضى الاصل لزومه (لان مرجع الشك حينئذ) اى حين لا اصل لزوم فى تلك المعاملة (الى الشك فى الحكم الشرعى) و انه هل جعل الشارع هذه المعاملة لازمة ، ام لا ؟

نعم يمكن ان يقال : ان كل معاملة كان بناء العرف على لزومها يمكن اجراء اصل اللزوم فيها بضميمة ان الشارع امضاه حيث سكت عنها و لم يردعها كما هو مقتضى قوله تعالى « اوفوا بالعقود » وغيره .

(واما الاصل بالمعنى الاول) اى الراجح (فقد عرفت عدم تماميته) فلا كلام فى انه يشمل كل العقود او خصوص عقد البيع .

(و اما) الاصل (بمعنى الاستصحاب ، فيجرى فى البيع وغيره اذا شك فى لزومه و جوازه) فاذا كانت المعاملة لازمة ، ثم شك فى انقلابها جائزة ، كان مقتضى الاستصحاب بقائها على اللزوم .

(و اما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع وغيره) .

لان اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع .

و قد اشرنا فى مسألة المعاطات اليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب .

فمنها : قوله تعالى : أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، دل على وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد ، كما فسر به فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم .

و ذلك (لان اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب) اى اللزوم (يعم غير البيع) كما يعم نفس البيع ايضا .

(و قد اشرنا فى مسألة المعاطات اليها) اى الى تلك العمومات (و نذكرها) اى تلك العمومات (هنا تسهيلا على الطالب) مع اضافة فوائد .

(فمنها) اى من تلك العمومات الدالة على اللزوم الشاملة لكل المعاملات (قوله تعالى : أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فانه (دل على وجوب الوفاء بكل عقد) لان « العقود » جمع محلى باللام ، و قد ثبت انه يفيد العموم (و المراد بالعقد مطلق العهد) سواء كان بين الخالق و المخلوق و لذا قال سبحانه : فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ ، و قال : مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ ، او كان بين المخلوق و المخلوق مثل المعاملات ، و هذا العموم يقتضى لزوم كل عهد الا ما خرج ، مثل العقود الجائزة و الاحكام المستحبة (كما فسر) العقد (به) اى بالعهد (فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم) .

لكن لا يخفى ان العهد فى معناه العرفى اعم من وجه من العقد ، فاذا عاهد الله ان يفعل كذا لا يسمى عقدا ، و اذا عقد قلبه على محبة فلان

او مايسمى عقدا لغة وعرفا .

و المراد بوجوب الوفاء العمل بمااقتضاه العقد فى نفسه بحسب الدلالة اللفظية نظير الوفاء بالنذر .

فاذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما

لا يسمى عهدا ، و اذا تعاقدا على عدم اعتداء احدهما على الآخر سمى عقدا وعهدا .

و لعل المصنف انما فسره بالعهد لاخراج مثل عقد القلب (اومايسمى عقدا لغة وعرفا) و هذا اصح من الاول .

و لا يستشكل بانه يستلزم الدور لانه اخذ نفس الشئ فى تعريف نفسه لانه يرد بان العقد لغة وعرفا معناه واضح ، فتفسر الآية الكريمة حيث لا يعلم ان المراد بالعقد فى الآية معنى شرعى غير معناه لغة وعرفا ، او المراد به معناه لغة وعرفا هذا كله بالنسبة الى الموضوع اى « العقود » .

(و) اما بالنسبة الى الحكم ، اى « اوفوا » فـ (المراد بوجوب الوفاء العمل بمااقتضاه العقد فى نفسه) من دون نظر الى قرائن خارجية تصرف اللفظ عن ظاهره (بحسب الدلالة اللفظية) « الجار » متعلق بـ « اقتضاه » « فاوفوا بالعقد » (نظير الوفاء بالنذر) .

فكما ان معنى « الوفاء » بالنذر العمل بمقتضى النذر كذلك فى المقام .

(فاذا دل العقد مثلا) فى عقد البيع (على تمليك العاقد ماله من غيره) « من » للبيان ، فلا يقال : ان « التمليك الى الغير » لا « من الغير » (وجب العمل بما

. . . . . .

يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له .

فاخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العقد فهو حرام .

فاذا حرم باطلاق الآية جميع مايكون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاء صاحبه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد ، وعدم انفساخه

يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له) اى مالكية الغير للمال .

(ف) مثلا : ان (اخذه) اى المال (من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك) بغير رضاه (نقض لمقتضى ذلك العقد) .

نعم اذا كان برضاه و لم يكن مماحرمه الشارع لم يكن نقضا .

و قيد ((و لم يكن مماحرمه الشارع)) لاجل انه اذا كان برضاه ، لكن كان مماحرمه الشارع لم يجز ، فانه و ان لم يكن خلاف مقتضى العقد الا انه حرام خارجا ، كما اذا رضى بوطى امته و الحال ان المولى المشترى وطئها ، و لم تنقض عدتها ، الى غير ذلك من الامثلة .

و كيف كان (ف) الاخذ و التصرف بغير رضاه (هو حرام ، فاذا حرم ب) سبب (اطلاق الآية) حيث اطلقت التحريم لـ (جميع مايكون نقضا لمضمون العقد و منها) اى من تلك الافراد المندرجة تحت ((الجميع)) (التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاء صاحبه) اى الطرف الثانى للعقد (كان هذا) التحريم (لازما مساويا للزوم العقد ، و) لـ (عدم انفساخه

. . . . . .

بمجرد فسخ احدهما فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضا الآخر .

و هو معنى اللزوم ، بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي .

و مما ذكرنا

بمجرد فسخ احدهما) « فاوفوا » و هو حكم تكليفي مساو « لفساد الفسخ » و هو حكم وضعي (فيستدل بالحكم التكليفي) اوفوا (على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما) البائع او المشترى (بغير رضا الآخر) .

(و) هذا اى فساد الفسخ (هو معنى اللزوم) اذ لا نقصد باللزوم الا ان العقد لا يفسخ (بل قد حقق في الاصول) كما ذكره المصنف في الرسائل (ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي) .

فاذا جاز الوطى و وجبت النفقة مثلا كان نكاحا دائما .

و اذا جاز بدون وجوب النفقة كان متعة .

و اذا جاز التصرف في انسان بمختلف انواع التصرف كان رقا .

و اذا حرمت الصلاة فيه و حرم استعماله في الاكل و الشرب كان نجاسة الى غير ذلك .

و هذا المعنى ـ و هو ان لا يكون حكمان وضعي و تكليفي ، بل الاول منتزع من الثاني ـ هو الذي يقتضيه الاعتبار ، و ان كان المصنف ره بنفسه لم يلتزم بذلك ، كما يظهر من بعض ما ذكره في الفقه .

(و مما ذكرنا) من معنى : اوفوا بالعقود ، و انه مستلزم للحكم الوضعي

. . . . . .

ظهر ضعف ماقيل من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد : العمل بمايقتضيه من لزوم و جواز فلايتم الاستدلال به على اللزوم .

توضيح الضعف ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد ،و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع .

بلزوم العقد (ظهر ضعف ماقيل) و القائل المختلف ،والميرزا القمى فى اجوبة مسائله (من) انه لا دلالة فى الآية على اللزوم ، لـ (ان معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بمايقتضيه) العقد (من لزوم و جواز) لان العقد لازم كالبيع و جائز كالهبة .

فاذا قال « اوف به » كان معناه التزم بما اقتضاه العقد ، فلا دلالة لـ « اوفوا » على ان العقد لازم (فلايتم الاستدلال به) اى باوفوا (على اللزوم) بل اللازم معرفة ان العقد لازم او جائز من الخارج .

(توضيح الضعف ان) العقد معناه التبادل و ان المثمن دخل فى حوزة المشترى ، وان الثمن دخل فى حوزة البائع ـ فى البيع مثلا ـ و الآية تقول: اوف بهذا المعنى .

و (اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد ، و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع) .

اذ بعد انتقال كل طرف من المثمن و الثمن قد يكون جائز الفسخ ،و قد لا يكون جائز الفسخ .

و اذا كان معنى العقد « التبادل » فقط و قال « اوفوا » التزم به كان ذلك مساويا للزوم العقد .

. . . . . .

نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بمايقتضيه العقد فى نفسه يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم ٠

و اضعف من ذلك مانشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف باصل الدلالة

(نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بمايقتضيه العقد فى نفسه) ((فى نفسه)) فى مقابل ((مايلحقه)) من جواز و لزوم بحكم الشارع (يصير بدلالة الآية) ـ اوفوا ـ (حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم) كما تقدم بيانه ٠

فالعلامة يقول ان معنى الآية ((العقد كيف كان ـ من جواز ولزوم ـ اوف به)) فلادلالة فى الآية على اللزوم ٠

و المصنف يرده بان معنى الآية ((العقد اوف به)) و ليس فى الآية ((كيف كان)) ٠

اذ ((الجواز و اللزوم)) لاحقان بالعقد لانهما داخلان فى حقيقته ٠

و حيث انهما لاحقان ((فاوف)) يدل على ان ((اللزوم)) لاحق بالعقد

(واضعف من ذلك) ماقد يقال : من ان المستفاد من الآية((اللزوم)) لكن بتقريب ان ((اوفوا)) معناه حكم وضعى و حكم تكليفى ،وحكمه الوضعى هو اللزوم ٠

فان (ما) ذكر(نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم) ٠

وجه الدلالة ماذكرناه من دلالة الآية على الحكم التكليفى ، ويتبعه الحكم الوضعى (مع الاعتراف) اى مع اعتراف هذا القائل غير المتفطن (باصل الدلالة) للآية على اللزوم ٠

لمتابعة المشهور .

و هو ان المفهوم من الآية عرفا حكمان ، تكليفى و وضعى .

و قدعرفت ان ليس المستفاد منها الا حكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا .

و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى «احل الله البيع» على اللزوم فان حلية البيع التى لا يراد منها الا حلية جميع التصرفات المترتب عليه

وانما اعترف (لمتابعة المشهور) القائلين بدلالة الآية على اللزوم .

(وهو) اى ماذكره اشتباها (ان المفهوم من الآية عرفا حكمان ، تكليفى و وضعى) .

(و) وجه ضعف هذا الكلام ما (قدعرفت) من (ان ليس المستفاد منها) اى من الآية (الا حكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا) .

اللهم الا ان يكون القائل اراد بدلالة الآية نتيجة الدلالة لا دلالتها على الحكمين فى عرض واحد .

(ومن ذلك) اى من وجه الاستدلال بآية «اوفوا بالعقود» على لزوم العقد مطلقا (يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى «احل الله البيع» على اللزوم) .

فان حلية البيع معناها حلية جميع التصرفات حتى بعد فسخ احدهما و ذلك مستلزم لكونه لازما (فان حلية البيع التى لا يراد منها الا حلية جميع التصرفات المترتب عليه) اى على البيع ، كالتصرف فيه باللبس و السكنى و

. . . . . .

ـ التى منها مايقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر ـ مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ ، و كونه لغوا غير مؤثر .

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض .

الهبة و الاجارة و الاكل وغيرها فى طول الزمان (ـ التى منها مايقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر ـ) .

لان للحلية عمومين ، عموم بالنسبة الى انحاء التصرف ، وعموم بالنسبة الى الازمنة التالية لعقد البيع .

و قوله (مستلزمة) خبر لـ « فان حلية البيع » (لعدم تأثير ذلك الفسخ) الواقع من احدهما (وكونه) اى الفسخ (لغوا غير مؤثر) .

و قوله « التى لا يراد منها » هو فى قبال احتمال ان يراد ان « عقد البيع حلال » مقابل ان « عقد الربا حرام » فلا دلالة فيه على حلية التصرف بانحاء التصرف ، و فى كل زمان بعد العقد لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر .

(و منه) اى من الاستدلال بآية حلية البيع (يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض) قال : وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ .

اقول : بل يمكن الاستدلال بالمستثنى منه ايضا ، فان اكل المال بعد الفسخ من احدهما بدون رضى الآخر ، اكل للمال بالباطل .

و ذلك يستلزم لزوم العقد بالتقريب المتقدم و سيأتى بيانه .

فانه يدل على : ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق ،حتى بعد فسخ احدهما من دون رضاء الآخر

فدلالة الآيات الثلاث على اصالة اللزوم على نهج واحد .

لكن يمكن ان يقال :

(فانه يدل على : ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ احدهما من دون رضاء الآخر) فاذا احلّ التصرف بقول مطلق كان معناه عدم تأثير الفسخ و ذلك مستلزم للزوم التجارة ـ على التقريب المتقدم ـ .

(فدلالة الآيات الثلاث) اوفوا بالعقود، و احلّ الله البيع ،وتجارة عن تراض (على اصالة اللزوم على نهج واحد) كما عرفت .

(لكن يمكن ان يقال) باختلاف الدلالة بين الآية الاولى ، و بين الآيتين الاخيرتين ،فان «الوفاء» فى الآية الاولى معناه الابقاء وعدم النقض ،فالآية بنفسها تدل على بقاء العقد فى كل الازمان المتأخرة عن العقد ، و ذلك بخلاف الآيتين الاخيرتين .

فانه بعد الفسخ يشك فى حلية التصرف، و اذا شك فى حليته لم يمكن التمسك ب «احل الله» لفرض انه شك فى الحلية ، فهو من قبيل الشك فى « ان زيدا عالم ،املا» فانه مع هذا الشك لا يمكن التمسك ب «اكرم العلماء» فى وجوب اكرامه .

وعليه « فآية الحلّ» لا اطلاق فيها ، بحيث يشمل ما بعد الفسخ ـ اذا شك فى ان الفسخ مؤثر املا ـ بل نحتاج لاتمام دلالة الآية الى الاستصحاب

. . . . . .

انه اذا كان المفروض الشك فى تأثير الفسخ فى رفع الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الاخيرتين ، لم يمكن التمسك فى رفعه الا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق .

و منها قوله تعالى : وَلاَ تَأْكُلُوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا .

فنقول ان الآية دالة على حلية التصرفات قبل الفسخ ،واذا وقع الفسخ نشك فى انه بقى الحل ، املا ، فنستصحب بقاء الحلّ.

ف (انه اذا كان المفروض الشك فى تأثير الفسخ فى رفع الآثار الثابتة) تلك الآثار (ب) سبب (اطلاق الآيتين الاخيرتين) اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ ،وَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (لم يمكن التمسك فى رفعه) اى فى رفع الشك (الا بالاستصحاب) لبقاء الآثار (ولا ينفع الاطلاق) لان الاطلاق مشكوك فيه ، فتأمل .

(و منها : قوله تعالى : وَلاَ تَأْكُلُوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) فانه(دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلاعرفا) .

فان الالفاظ العرفية تحمل كلام الشارع على معانيها العرفية ، الا اذا كان للشارع زيادة او نقيصة ، فاذا قال الشارع «البيع» كان لابد و ان يريد به معناه العرفى ، بمقتضى « ما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه » و بمقتضى « نحن معاشر الانبياء امرنا ان نكلم الناس على قدر عقولهم » ولاصالة عدم النقل .

نعم اذا رأينا ان الشارع قال : ان الربا ليس ببيع ، او قال ان

. . . . . .

و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل ، فان اكل المارّة من ثمرة الاشجار التى تمرّ بها باطل ، لولا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه .

و كذلك الاخذ بالشفعة و الخيار ، فان رخصة الشارع فى الاخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة

((العقد الفلانى بيع)) و الحال ان العرف يراه غير بيع ، لا بد و ان نطيع ما اصلحه الشارع من زيادة او نقيصة .

(و) لذا كان (موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل) و ان رآه العرف باطلا (فان اكل المارّة من ثمرة الاشجار التى تمرّ بها) مما يسمى بحق المارّة (باطل) عرفا (لولا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه) فان مولى الموالى قد اذن فيه .

(و كذلك الاخذ بالشفعة و الخيار) الخيار الذى لا يراه العرف مثل خيار المجلس و خيار الحيوان .

و اما الخيار الذى يراه العرف كالشرط و العيب فقد تطابق العرف و الشرع على انه ليس بباطل (فان رخصة الشارع فى الاخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة) قرره الشارع فهو ليس بباطل و ان رأه العرف باطلا .

هذا كله فى ما هو باطل عرفا ليس بباطل شرعا ، و عكسه كذلك اى ما ليس بباطل عرفا لكنه باطل شرعا مثل بيع الخمر و الخنزير و لعب القمار و الربا فان الشارع حكم ببطلان هذه العقود و بهذا الحكم الحق بالباطل ما لا يراه العرف باطلا .

. . . . . .

و مانحن فيه من هذا القبيل ، فان اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفا .

نعم لو دل الشارع على جوازه كما فى العقود الجائزة بالذات او بالعارض ، كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين .

و فى كلا الموضعين ((ما ابطله الشارع و ما حكم بانه ليس باطلا)) يلزم اتباع الشارع و ترك المعنى العرفى .

اما فيما سواهما فالمتبع التحديد العرفى لانه المخاطب .

(و مانحن فيه) و هو فسخ احد المتعاقدين من دون رضى الآخر (من هذا القبيل) اى مما يراه العرف باطلا و لم يحكم الشارع بصحته (فان اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه) و من دون رضاه (باطل عرفا) و لو كان ذلك المال قبل العقد للفاسخ ، لان العقد قطع هذه العلقة قطعا غير قابل للفسخ من طرف واحد .

(نعم لو دل الشارع على جوازه) اى جواز اخذ مال الغير (كما فى العقود الجائزة بالذات) كالهبة و ان رآها العرف عقدا لازما (او بالعارض) كما فى البيع بالنسبة الى خيارى المجلس و الحيوان و ان رآها العرف عقدا لازما (كشف ذلك) اى كشف دلالة الشارع على جوازه (عن حق للفاسخ متعلق بالعين) يقتضى ذلك الحق امكان استرداده ضمن الشروط المقررة شرعا ، مثل ما اذا لم يتصرف الموهوب له فى الهبة و مثل ما اذا كان التصرف فى الثلاثة فى خيار الحيوان .

. . . . . .

و مما ذکرنا یظهر وجه الاستدلال بقوله صلی الله علیه و آله و سلم : لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه ٠

و منها قوله علیه السلام : الناس مسلطون علی اموالهم

(و مما ذکرنا) فی دلالة آیة ﴿لا تأکلوا﴾ علی اللزوم (یظهر وجه الاستدلال) للزوم العقد (بقوله صلی الله علیه و آله و سلم : لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه) فانه بعد الفسخ من جانب و احد لا طیب لنفس الجانب الآخر ـ الذی هو صاحب المال ـ فلا یحل ماله للفاسخ و الشارع لم یبین انه حلال فی المقام ـ باب العقود ـ فلابد من اتباع العرف فی القول بعدم الحلیة ، فیدل هذا الحدیث ایضا علی اصالة اللزوم ٠

ثم ان لفظ ﴿مسلم﴾ فی الحدیث من جهة ان المسلم هو الآخذ بکلام الرسول صلی الله علیه و آله و سلم المتبع لتعالیمه ، والا فلا یحل مال ای انسان ـ غیر مهدور المال ـ الا بطیب نفسه ، کما دلت علیه الادلة الثلاثة ، فهو مثل اصل حمل فعل المسلم علی الصحیح ، مع ان الاصل حمل فعل کل احد علی الصحیح الا ما خرج بالدلیل ٠

(و منها قوله علیه السلام : الناس مسلطون علی اموالهم) و کلمة ﴿انفسهم﴾ بعد ﴿اموالهم﴾ فی بعض الکتب الفقهیة ـ فی بیان القاعدة ـ من باب الاصطیاد ، لانه مذکور فی النص ٠

فقد استفید من قوله تعالی ﴿اَلنَّبِیُّ اَوْلٰی بِالْمُؤْمِنِیْنَ مِنْ اَنْفُسِهِمْ﴾ وجود الولایة للانسان علی نفسه ٠

. . . . . .

فان مقتضى السلطنة التى امضاها الشارع ان لا يجوز اخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه .

و لذا استدل المحقق فى الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بان فائدة الملك التسلط ، و نحوه العلامة فى بعض كتبه .

و الحاصل ان جواز العقد الراجع الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالا لغيره ، واخذه منه بغير رضاه

و كذلك من ادلة اخر ، مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم «الست اولى بكم من انفسكم» و مثل اصالة حلّ كل تصرف الا ما خرج بالدليل ، الى غير ذلك .

و كيف كان (فان مقتضى السلطنة التى امضاها الشارع ان لا يجوز اخذه) اى اخذ ماله (من يده ، وتملكه) رغما (عليه من دون رضاه) و ان كان المال قبل جريان العقد للفاسخ .

(ولذا) الذى ذكرنا من دلالة هذا الحديث على اصالة اللزوم (استدل المحقق فى الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بان) المال بعد ان اقرض صار ملكا للمقترض ، و (فائدة الملك التسلط) المانع عن استرجاعه (و نحوه) استدل (العلامة فى بعض كتبه) و كان اخذه من المحقق .

(والحاصل ان جواز العقد) و عدم لزومه (الراجع) صفة « جواز » فان مرجع جواز العقد (الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره) لسبب العقد السابق على الفسخ (واخذه منه بغير رضاه) عطف

مناف لهذا العموم.

و منها قوله صلی الله علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم.

و قد استدل به علی اللزوم غیر واحد، منهم المحقق الاردبیلی قده بناءا علی ان الشرط مطلق الالزام و الالتزام و لو ابتداءا من غیر ربط بعقد آخر، فان العقد علی هذا شرط فیجب الوفاء عنده، و یحرم

علی «تملك» (مناف لهذا العموم) ای عموم الناس مسلطون علی اموالهم فان المال بعد الانتقال صار ملکا للمنتقل الیه، فلاحق للمنتقل علیه فی ارجاع المال الی نفسه، و هذا هو معنی اللزوم.

(و منها قوله صلی الله علیه وآله و سلم: المؤمنون عند شروطهم) کان الشرط مکان، والمؤمن ساکن هناك.

و حیث ان الشرط امر معنوی، فاللازم ان یراد ب«عند» الوفاء بالشرط، و انه امر ایجابی تکلیفا و وضعا.

(وقد استدل به علی اللزوم) ای لزوم العقد (غیر واحد، منهم المحقق الاردبیلی قده).

لکن للاستدلال بهذا الحدیث للزوم العقد (بناءا علی ان الشرط مطلق الالزام) من جانب المشترط (و الالتزام) من جانب المشروط علیه (و لو ابتداءا).

فکل عقد شرط (من غیر ربط) فی تحقق مسمّی («الشرط») (بعقد آخر) بان یکون الشرط عبارة عن الالزام، والالتزام فی ضمن عقد و نحوه (فان العقد علی هذا) البناء (شرط فیجب الوفاء عنده، و یحرم

التعدى عنه .

فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم فى : اوفوا بالعقود لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية ، بل المتبادر عرفا هو الالزام التابع كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ ، حتى فى مثل قوله عليه السلام فى دعاء التوبة : ولك يا ربّ شرطى ان لا اعود فى مكروهك وعهدى ان اهجر جميع معاصيك .

التعدى عنه) حسب قوله صلى الله عليه و آله و سلم «عند شروطهم» .

(فيدل) هذا الحديث (على اللزوم) لكل عقد (بالتقريب المتقدم فى اوفوا بالعقود) .

فان العاقد اذا فسخ بدون رضى الطرف الآخر ، فقد تخلف عن كونه « عند شرطه» هذا .

و (لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية) التى لا تكون ضمن عقد و نحوه (بل المتبادر عرفا هو الالزام التابع) .

فاذا قال : بينى و بين زيد شرط ، فهم منه وجود شرط فى ضمن عقد حتى اذا فسره بانه«عقد» قال له العرف انه ليس بشرط (كما يشهد به) اى بالتبادر (موارد استعمال هذا اللفظ) اى لفظ الشرط (حتى فى مثل قوله) اى السجاد (عليه السلام فى دعاء التوبة : ولك يا ربّ شرطى ان لا اعود فى مكروهك ، وعهدى ان اهجر جميع معاصيك) فانه لا يراد به الشرط الابتدائى ـ كما ربما يزعم ـ بل معناه ان الله يغفر له بهذا الشرط ، و الغفران معاملة بين طرفين تطهير من الله يعقبه تطهّر من

. . . . . .

و قوله علیه السلام فی اول دعاء الندبة : بعد ان شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنیا کما لا یخفی علی من تأمّلها .

مع ان کلام بعض اهل اللغة علی ما ادعیناه من الاختصاص .

ففی القاموس ، الشرط : الزام الشئ و التزامه فی البیع و نحوه .

العبد .

(و قوله علیه السلام فی اول دعاء الندبة : بعد ان شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنیا) فانه شرط فی ضمن قبولهم و تقریبهم ، فهم علیهم السلام طلبوا قبول الله لهم ، و الله قبل بهذا الشرط (کما لا یخفی علی من تأمّلها) ای تأمّل موارد استعمال هذا اللفظ .

لکن ربما یقال : ان کون الشرط فی ضمن عقد و نحوه لازم الوفاء یدل بالفحوی علی ان العقد بنفسه لازم الوفاء ، هذا .

مع ان بعض المحشّین اشکل علی الشیخ بانه قبل فی مبحث المعاطات و الشروط ان الشرط مطلق الالتزام ، فبین کلامیه ره تدافع .

و کیف کان فما ذکره هنا اظهر .

و ما ابعد ما بینه و ما بین کلام المحقق الیزدی فی حاشیته ، حیث قال ان هذه الروایة من اقوی الادلة علی اللزوم .

(مع ان کلام بعض اهل اللغة) موافق (علی ما ادعیناه من الاختصاص) ای اختصاص لفظ الشرط بما اذا کان فی ضمن عقد و نحوه فلا یشمل الالتزام بالبدوی .

(ففی القاموس الشرط) هو (الزام الشئ والتزامه فی البیع ونحوه) .

. . . . . .

و منها : الاخبار المستفيضة فى ان البيعين بالخيار مالم يفترقا ،و انه اذا افترقاوجب البيع ،و انه لاخيار لهمابعد الرضا .

فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما، اوخصوصا .

وعلى هذا فلادلالة لقوله صلى الله عليه و آله و سلم : المؤمنون عند شروطهم ، على اصالة اللزوم و ان استند اليه بعض .

(ومنها) اى من الادلة على اصالة اللزوم فى البيع (الاخبار المستفيضة) الواردة (فى ان البيعين بالخيار مالم يفترقا ، وانه اذا افترقاوجب البيع) وجب اى لزم ، ومنه الوجوب التكليفى ، بل وعنه (فاذا وجبت جنوبها) اى لزمت بالسقوط على الارض قبال حال الحياة ،فان الحيوان مادام حيا يتحرك و يمشى ،فاذامات سقط .

و ذلك فان الاستقراء و المناط دلاعلى ان اللفظ المشترك بين معان لايكون الااذاكانت بين تلك المعانى جهة مشتركة ، او كانت كلهاداخلة تحت كلّى واحد (و انه لاخيار لهمابعد الرضا) .

فان صريح هذه الروايات انه بعد الافتراق لاخيار .

و المراد بالرضاهو الافتراق بقرينة الفقرة السابقة ،لاالرضا بالمعاملة حتى يقال : انه يتنافى مع خيار المجلس .

(فهذه) الادلة التى ذكرناها من الآيات و الروايات (جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما) بحيث يشمل غير البيع ، مثل: اوفوا بالعقود (او خصوصا) فلايشمل الا البيع ، مثل احل الله البيع .

. . . . . .

و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب ايضا .

و ربما يقال : ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين .

فان الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها الرجوع .

و هذا الاستصحاب حاكم على

(وقد عرفت ان ذلك) اللزوم (مقتضى الاستصحاب ايضا) .

فانه اذا شككنا هل ان بالفسخ رجع كل مال الى صاحبه ، كان اصل بقاء الملك فى حوزة مالكه محكما و هذا هو اصل بقاء الاثر .

(و ربما يقال : ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك) الاول قبل البيع (عن العين) و عدم انقطاع العلاقة لا ينافى الملك مثل ما اذا وهب ، فان الموهوب صار ملكا للموهوب له و مع ذلك لم تنقطع علاقة الملك عن الواهب و لذا يتمكن من استرجاعه .

(فان الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها) اى فى تلك العين (الرجوع) .

و انما قيد بقوله « التى » لانه اذا لم يكن له فيها الرجوع فالعلاقة منقطعة بلا اشكال .

و عليه فاحتمال عدم الانقطاع كاف فى جريان الاستصحاب .

(وهذا الاستصحاب) اى استصحاب عدم انقطاع العلاقة (حاكم على

. . . . . .

الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم ·

و ردّ بانه ان اريد بقاء علاقة الملك ، او علاقة يتفرع على الملك ،

الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم) ·

فان الشك فى زوال الاثر بالفسخ ـ الذى هو مجرى استصحاب عدم الزوال ـ متفرع عن الشك فى بقاء العلاقة ، فاذا استصحب بقاء العلاقة لم يكن مجال للشك فى عدم زوال الاثر كما هو الشأن فى كل استصحابين احدهما سببى و الآخر مسبّبى ·

(و ردّ ب) ان استصحاب العلاقة غير تام اطلاقا لعدم تمامية اركان الاستصحاب فيه ·

فان الاستصحاب يحتاج الى يقين سابق ، و شك لاحق ، فاذا اريد جريان استصحاب العلاقة ، كان لابد « من يقين سابق بوجود العلاقة » و « شك لاحق فى بقاء العلاقة » ·

فنقول ان اريد من العلاقة السابقة « علاقة الملك » فقد زالت قطعا ، فلا شك لاحق ·

و ان اريد من العلاقة السابقة « علاقة اعادة العين » « فلا يقين سابق » للقطع بعدم وجودها قبل البيع ، لان اعادة العين الى الملك لا تجتمع مع الملك الموجود قبل البيع ، و ذلك لتوقف « الاعادة » على « الخروج عن الملك » و قبل البيع لا خروج ، فلا علقة للاعادة ·

و الحاصل (انه ان اريد بقاء علاقة الملك ، او علاقة يتفرع على الملك) اذا ملك الانسان شيئا تفرعت منه علاقات ، مثل علاقة المعارله حيث يحق

فلاريب فى زوالها بزوال الملك .

و ان اريد بها سلطنة اعادة العين فى ملكه ، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك وانما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل .

فاذا فقد الدليل ، فالاصل عدمها .

و ان اريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع ، فانها تستصحب

له التصرف فى العارية ، فان علاقة التصرف فى العارية ليست علاقة ملك و انما هى علاقة متفرعة عن الملك (فلاريب فى زوالها بزوال الملك) لانه لا ملك فلا علاقة ملك ، و لا علاقة متفرعة على الملك .

(و ان اريد بها) اى بالعلاقة المستصحبة (سلطنة) المالك السابق (اعادة العين فى ملكه ، فهذه) لاحالة سابقة لها لان هذه (علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك) .

اذ المملوك ليس خارجًا عن الملك ، حتى يعاد الى الملك (و انما تحدث) هذه العلاقة على فرض حصولها (بعد زوال الملك) .

و انما تحدث هذه العلاقة (لدلالة دليل) اى اذا كان هناك دليل مثل ما دلّ على الخيار فانه يزول ملك ذى الخيار ، لكن تحدث علاقة امكان اعادته الى الملك .

(فاذا فقد الدليل) على حدوث هذه العلاقة (فالاصل عدمها) .

(و) **ان قلت** : الدليل موجود وهو ما دل على خيار المجلس .

قلت : (ان اريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع فانها تستصحب

عند الشك، فيصير الاصل فى البيع بقاء الخيار كما يقال: الاصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف فى مقابل من جعلها لازمة بالتصرف.

ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فى المجلس، بل مطلقا بناء على ان الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك الى عموم: اوفوا بالعقود، لا الاستصحاب

عند الشك، فيصير الاصل فى البيع بقاء الخيار).

و هذا الاصل مقدم على اصالة اللزوم ـ اى استصحابه ـ لما عرفت من ان بين الاصلين السببية و المسببية، فيكون اصل بقاء الخيار فى البيع (كما يقال: الاصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف) فللواهب استرجاعها وان تصرف الموهوب له فيها (فى مقابل من جعلها) اى الهبة (لازمة بالتصرف).

لكن لا يخفى ان التمسك بالاصل فى الهبة اذا لم يكن دليل اجتهادى يدل على اللزوم بالتصرف ـ كما هو المشهور ـ.

(ففيه) جواب «و ان اريد بها».

اولا (مع عدم جريانه) اى عدم جريان استصحاب الخيار (فيما لا خيار فيه فى المجلس) كما اذا اوقعا البيع بشرط عدم خيار المجلس فانه لا خيار حينئذ حتى يستصحب.

و ثانيا: (بل) عدم جريان استصحاب الخيار (مطلقا) وان كان خيار المجلس موجودا (بناء على) ان خيار المجلس لا يستصحب، لـ(ان الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك الى عموم: اوفوا بالعقود، لا الاستصحاب)

. . . . . .

انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق ٠

فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم ، فتأمل ٠

ثم انه يظهر من المختلف فى مسألة : ان المسابقة لازمة

فانه لا مجال للاصل العملى مع وجود الدليل الاجتهادى مثل عموم «اوفوا» فى المقام ٠

و ثالثا : (انه) لا مجال للاستصحاب مع قطع النظر عن الاشكالين السابقين ٠

اذ (لا يجدى) تمامية اركان الاستصحاب (بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق) حيث قال عليه السلام : فاذا افترقا وجب البيع ٠

(فـ) ان سقط استصحاب الخيار (يبقى ذلك الاستصحاب) اى استصحاب بقاء الأثر ـ بعد الفسخ ـ (سليما عن الحاكم) عليه (فتأمل) ٠

اذ لو فرض وجود الدليل الاجتهادى من عموم او نصّ كما ذكر فى الجوابين الثانى و الثالث لم يبق مجال لاستصحاب اللزوم او استصحاب الخيار ٠

وعليه فالجوابان الثانى و الثالث لا موقع لهما ، كما ان الجواب الاول ايضا لا موقع له ٠

اذ مورد الكلام تعيين الاصل العملى المقتضى للجواز فى البيع لو خلى و نفسه ، مع قطع النظر عن الطوارئ التى منها ايقاع البيع بشرط عدم الخيار ٠

(ثم انه يظهر من) العلامة فى (المختلف فى مسألة : ان المسابقة لازمة

. . . . . .

او جائزة ،ان الاصل عدم اللزوم ، و لم يرده من تأخر عنه ، الا بعموم قوله تعالى : اوفوا بالعقود .

ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل .

نعم هو حسن فى خصوص المسابقة وشبهه ممالا يتضمن تمليكا اوتسليطا ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و

اوجائزة ،ان الاصل عدم اللزوم) .

و هذا مناف لماذكرناه من اصالة لزوم العقود ، والحال ان المسابقة عقد (و لم يرده من تأخر عنه ، الا بعموم قوله تعالى : اوفوا بالعقود) .

مع انك عرفت ان سائر الاطلاقات بل الاستصحاب ايضا تدل على اللزوم ، فاللازم رده بها ايضا ، لا بخصوص «اوفوا» .

(و) لذا ف (لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل) الذى ذكره وان كان له وجه غير تام هو اصالة الجواز فى كل العقود ، بتقريب ان اللزوم صفة اضافية ، فاذا لم نعلم بها كان الاصل عدمها ، كما اذا علمنا اصل جواز شئ و لم نعلم وجوبه ، فان الاصل يقتضى عدم الوجوب .

لكن هذا الاصل غير صحيح فى العقود ،لما عرفت من اصالة اللزوم فى كل عقد .

(نعم هو) اى اصل الجواز (حسن فى خصوص المسابقة و شبهه) كالمزارعة ، و الجعالة على زرع ارض مباحة ، اوتحصيل ضالة و ما اشبه (ممالا يتضمن تمليكا اوتسليطا) فانه اذا لم يكن تمليك كما فى البيع و لا تسليط كما فى الاجارة فلا أثر فى الخارج (ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و

. . . . . .

عدم زواله بدون رضاء الطرفين .

ثم ان ماذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم ، انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم .

و يجرى ايضا فى ما اذا شك فى عقد خارجى انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز

عدم زواله بدون رضاء الطرفين) .

و حيث لا أثر، فالاصل عدم اللزوم .

نعم بعد مجئى : اوفوا بالعقود و شبهه يرتفع الاصل ، فلا يريد المصنف ان يقول : انه الآن لا لزوم للعقود ، لكن يريد بيان الاصل مع قطع النظر عن الدليل .

و مع ذلك يرد عليه ان كل عقد لا بدّ وان يؤثر اثرا و ان لم يكن تسليطا ولا تمليكا ، و اذا كان هناك اثر ، فالاصل بقاء الاثر، وعدم ارتفاعه بفسخ احدهما بدون رضاء الآخر .

و عليه فلا فرق فى جميع العقود بان الاصل فيها اللزوم .

(ثم ان ماذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم ، انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم) .

كما اذا لم نعلم هل ان البيع لازم ام لا ـ مثلا ـ .

(ويجرى) اصل اللزوم (ايضا فى ما اذا شك فى عقد خارجى انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز) .

كما اذا شك فى انه هل وهب المال لزيد حتى يكون له ارجاعه او انه

. . . . . .

بناءا على ان المرجع فى الفرد المردّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم.

و اما بناءا على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر، وعدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين

باعه منه، اوشك فى انه هل زيد الموهوب له رحمه حتى لا يكون له ارجاع المال، اوانه ليس برحمه حتى يكون له ارجاعه منه، فان الاصل فى كل هذه المقامات اللزوم (بناءا على ان المرجع فى المردّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم) اى بناءا على جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

فان: «(كل عقد الاصل فيه اللزوم)» عام، و«(الهبة الى غير ذى الرحم الاصل فيه الجواز)» مخصص لذلك العام، فاذا كانت شبهة فى فرد هل انه من العام او من المخصص يتمسك فيه بالعام، لانه علم دخوله فى العام و شك فى خروجه ـ بالتخصيص ـ من العام.

(و اما بناءا على خلاف ذلك) كما هو المحقق، وانه لا يتمسك بالعام فى الشبهة المصداقية (فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل بمعنى استصحاب الأثر، وعدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين).

لان الاثر ثبت ولا نعلم زواله، فالاصل بقائه.

و هذا غير اصالة اللزوم المستفادة من الكتاب والسنة ـ كما تقدم ـ.

نعم هو الاستصحاب الذى ذكرناه سابقا بقولنا فى المتن «(و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب ايضا)»

. . . . . .

الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز .

كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة ، فان الاصل عدم قصد القربة ، فيحكم بالهبة الجائزة .

(الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز) او اللازم .

فانه لا تصل النوبة حينئذ الى الاصل الحكمى الذى هو استصحاب الأثر ، وان كان الاصل الحكمى مطابقا للاصل الموضوعى فى افادة اللزوم

(كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة ، فان الاصل عدم قصد القربة ، فيحكم بالهبة الجائزة) .

فان الهبة له رجوع فيها ـ اذا لم تكن من اقسام الهبة اللازمة ، كالهبة بذى الرحم ـ و الصدقة لا رجوع فيها فانه ما كان لله لا رجعة فيه .

لكن كون الفارق بين الامرين قصد القربة ، مشكل ، بل الظاهر ان الفارق ، العنوان المقصود عند العطاء .

فاذا قصد الهبة كانت هبة ، وان قصد القربة .

و اذا قصد الصدقة كانت صدقة و ان لم يقصد القربة .

و لذا قالوا ان الهبة اذا كانت بقصد القربة لم يكن له رجوع فيها .

و كيف كان فمثال آخر لوجود الاصل الموضوعى انه لو شك فى ان من اعطاه الهبة هل هو رحمه ام لا .

فان اصالة عدم كونه رحما ـ كما قرّر فى مسألة اصالة عدم القرشية فى المرأة المشكوك حيضها ـ حاكم على استصحاب الاثر .

لكن الاستصحاب المذكور انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم .

و اما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه ، و فى الهبة فلا .

بل يرجع فى اثر كل عقد الى مايقتضيه الاصل بالنسبة اليه .

فاذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض ، حكم بالبرائة التى هى من آثار

(لكن) لايخفى ان (الاستصحاب المذكور) اى استصحاب الأثر (انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم) فيجعل العقد لازما .

(واما تعيين العقد اللازم) بان يقول : الاستصحاب انه صدقة لاهبة ـ فى المثال المتقدم ـ (حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد) التخلص من نذر كان نذره « بان يتصدق » فيعين بالاستصحاب ان ما اعطاه صدقة فبرئت ذمته مثلا .

و كما اذا شك فى ان المعاملة التى حدثت بينه و بين زيد ، هل انها كانت بيعا او هبة فاستصحب الاثر ، واريد بهذا الاستصحاب (تعيين البيع عند الشك فيه ، و فى الهبة فلا) يمكن ذلك لان الاصل لايثبت كما قرر فى الاصول (بل يرجع فى اثر كل عقد) من العقود المشكوكة شكا فى ان ما عقده هل هو هذا او ذاك (الى مايقتضيه الاصل بالنسبة اليه) اى بالنسبة الى ذلك العقد .

(ف) مثال الشك بين البيع و الهبة اذا شك فى اللزوم اجرى اصالة اللزوم الذى هو من آثار البيع ، و (اذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض) من جهة احتمال كونه بيعا (حكم بالبرائة التى هى من آثار

. . . . . .

الهبة .

و اذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم : على اليد ان كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة .

الهبة) .

ولا منافات اذ قد حقق فى الاصول انه يمكن التفكيك فى آثار الاصول فاذا شك فى ان الماء الذى توضأ به ، هل كان طاهرا او نجسا ـ و لم يكن اصل موضوعى يعين احدهما ـ فيده طاهرة ، لاصالة الطهارة ، و هو محدث لاصالة الحدث ، فانه لا تنافى فى مقام الظاهر بين الاصلين ، وان كانت منافات بينهما فى الواقع ، و انه ان كان الماء نجسا فيده نجسة و هو محدث ، وان كان الماء طاهرا فيده طاهرة ، وهو متوضئا .

(و اذا شك فى الضمان) فى ما اذا دار العقد بين الهبة و بين البيع (مع فساد العقد) حيث تجرى قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » (حكم بالضمان لعموم : على اليد) ما اخذت ، فان عمومه شامل للمقام .

لانه اذا كانت المعاملة صحيحة كانت تقتضى الضمان ، لعموم على اليد ، فكذلك اذا كانت المعاملة فاسدة (ان كان هو) اى عموم : على اليد (المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة) .

لان مع هذا العموم لا يبقى مجال لاصل البرائة ، اذ لا مجال للاصل العملى مع وجود الدليل الاجتهادى .

. . . . . .

و ان كان المستند دخوله فى ضمان العين او قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع اليه فيما احتمل كونه مصداقا لها، كان الاصل البرائة ايضا ٠

(و ان كان المستند) فى الضمان بالعقود الفاسدة (دخوله) اى الانسان الذى عامل دخل (فى ضمان العين) ٠

و قد تقدم فى باب « مايضمن بصحيحه » ان الانسان لو دخل فى الضمان كان ضامنا، فالاصل البرائة « جواب و ان كان المستند » ٠

و انما كان مجرى البرائة على هذا التقدير لانه لا يعلم انه دخل فى المعاملة بالضمان اذ المعاملة لو كانت هبة فاخذها لم يدخل فيها بالضمان (او) كان المستند هو « ماذكرناه اولا : اى عموم على اليد » لكن (قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم) اى عموم : على اليد (مانع عن الرجوع اليه) اى الى عموم : على اليد (فيما احتمل كونه مصداقا لها) اى للهبة ٠

اذ بعد خروج الهبة عن عموم : على اليد ، اذا شك فى فرد انه هبة خارجة عن العموم او معاملة داخلة فى العموم لا يمكن التمسك بالعموم لاجل اثبات الضمان لانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية (كان الاصل البرائة ايضا) ٠

كما كان الاصل البرائة فى الصورة السابقة ، حيث قلنا « حكم بالبرائة »

و الحاصل : انه اذا كان العقد فاسدا، و تردد فى انه هل كان بيعا او هبة ٠

. . . . . .

فان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة على اليد ، ففيه احتمالان.

الاول : الضمان لعموم : على اليد .

الثانى : البرائة ، لانه لا يمكن التمسك بالعموم حيث ان الهبة خارجة عن عموم : على اليد .

فاذا تمسكنا بالعموم مع احتمال ان العقد هبة ، كان من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

و ذلك لا يجوز فليس المرجع حينئذ العموم، بل البرائة اذ لما فقد الدليل الاجتهادى كان المرجع : الاصل العملى .

و ان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة ان الشخص دخل فى العقد بانيا على ضمان العين ، فالمرجع البرائة ، للاصل بعد ان لم يكن دليل على انه ضامن بهذا البناء ، اذ البناء لا يجعل الانسان ضامنا ، اذا لم يكن دليل شرعى على الضمان .

القول فى اقسام الخيار

و هـى كثيرة ، الاان اكثـرها متفرقـة و المجتمع فيهافى كل كتاب سبعـة ، و قدانـهاهـا بعضهـم الـى ازيد مـن ذلـك حتـى ان المذكور فى اللمعة مجتمعا اربعة عشر ، مع عدم ذكره لبعضها .

و نحن نقتفى اثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قـدس سرهما ، لان ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا ، اذ ليس له احكـام مغاير لسائر انواع الخيار فنقول و بالله التوفيق

(القول فى اقسام الخيار ، وهى كثيرة الاان اكثرها متفرقة) فى كتـب الفقهاء حيث ذكرت بمناسبة المسائل المتفرقة فى مختلف ابواب المعاملات (و المجتمع فيها) اى فى باب الخيارات (فى كل كتاب) فقهى (سبعـة و قدانهاها بعضهم الى ازيد من ذلك حتى ان المذكور فى اللمعـة) و شرحه (مجتمعا) فى باب الخيارات (اربعة عشر ، مع عدم ذكره لبعضها) ايضافهى فى نفس الامر اكثر من اربعة عشر .

(و نحن نقتفى اثر المقتصر على السبعة ، كالمحقق) فى غير الشرائع اذ فيه اقتصر على خمسة (و العلامة قدس سرهما) .

و انما نتبع هؤلاء (لان ما عداها) اى ما عدا السبعة (لا يستحـق عنوانا مستقلا) فنذكرها فى ضمن هذه السبعة (اذ ليس لـه احكام مغاير لسائر انواع الخيار) فهى تبع للمذكور منها فى الاحكام ، وان كان لهـا اسامى اخر (فنقول و بالله التوفيق) و هو المستعان .

الاول : فی خیار المجلس فالمراد بالمجلس ،مطلق مکان المتبایعین حین البیع ·

و انما عبّر بفرده الغالب ·

و اضافة الخیار الیه لاختصاصه و ارتفاعه بانقضائه الذی هوالافتراق

(الاول : فی خیار المجلس ،فالمراد بالمجلس ،مطلق مکان المتبایعین حین البیع) و ان لم یکن مجلس اصطلاحاء کما اذا عاملاو همایمشیان ·

و الظاهر انه یشمل و لو کان احدهما بعیدا عن الآخر،کما اذا عاملا بواسطة التلفون او اللاسلکی ·

و ذلک لاطلاق الادلة ،والانصراف الی المتعارف فی زمن الروایات غیر مهم بعد ان کان انصرافا بدویا ، و مثله لا یمنع الاطلاق ،ولو فرض منع الاطلاق ،فلااشکال فی وجود المناط ·

(و) کیف کان ف (انما عبّر) بالمجلس ،مع انه یشمل کل مکان و ان لم یکن مجلسامن باب التعبیر(بفرده الغالب) ·

(و) لایخفی ان (اضافة الخیار الیه) حیث قیل«خیار المجلس»من جهة انه یکفی فی الاضافة ،اوفی مناسبة کماقیل«کوکب الخرقاء» (لاختصاصه) ای الخیار بکون المتعاقدین فی المجلس(و ارتفاعه) ای الخیار (بانقضائه) ای ذهاب المجلس الذی وقع فیه العقد ·

فالانقضاء (الذی هو) عبارة عن(الافتراق) هوان یبتعد احدهماعن

. . . . . .

ولا خلاف بين الامامية فى ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفيضة.

و الموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح، او مأوّل.

ولا فرق بين اقسام البيع و انواع المبيع.

نعم سيجيئ استثناء اشخاص المبيع كالمنعتق على المشترى.

الآخر (ولا خلاف بين الامامية فى ثبوت هذا الخيار) فى الجملة (و النصوص به مستفيضة) فوق الآحاد، ودون التواتر.

(و) اما (الموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب) مما ظاهره انه لا خيار، فهو (مطروح) لانه لا يقاوم المستفيضة (او مأوّل) اى ثبت البيع، مقابل انه «بالقول و نحوه قبل الصفق» لا بيع، لان المراد به وجوب البيع وعدم الخيار.

(ولا فرق) فى ثبوت هذا الخيار (بين اقسام البيع) من النقد، و النسيئة، والسلف (و انواع المبيع) من بيع الحيوان وغيره الى غير ذلك من الاقسام.

(نعم سيجيئ استثناء بعض اشخاص المبيع) فانه لا خيار فيها (كالمنعتق على المشترى) فاذا اشترى الانسان اباه مثلا انعتق فورا فليس له خيار المجلس، وكذلك المنعتق على البائع اذا جعل الاب ـ مثلا ـ ثمنا.

و قد اشرنا فى اول المبحث الى هذا الاستثناء، بقولنا «فى الجملة».

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل .

مسألة : لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين ، اذا كانا اصيلين ، ولا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة و هل يثبت لهما مطلقا خلاف .

قال فى التذكرة : لو اشترى الوكيل ، او باع ، اوتعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين ، مع حضورهما فى المجلس .

والا فبالوكيلين ، فلو مات الوكيل فى المجلس والموكل غائب انتقل الخيار اليه

(و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل) والله الموفق .

(**مسألة** : لا اشكال فى ثبوته) اى خيار المجلس (للمتبايعين ، اذا كانا اصيلين) كما اذا كانا مالكين (ولا فى ثبوته للوكيلين) و الوليين (فى الجملة) كما سيأتى وجه كونه فى الجملة (و هل يثبت لهما مطلقا) فيه (خلاف) .

(قال) العلامة (فى التذكرة : لو اشترى الوكيل ، اوباع ، اوتعاقد الوكيلان) بان كان كلا طرفى العقد وكيلا (تعلق الخيار بهما) لانهما « البيعان » فيشملهما قوله عليه السلام « البيعان بالخيار » (وبالموكلين مع حضورهما فى المجلس) لانهما المالكان ، وقد جعل الخيار لمصلحتهما .

(والا) يكون الموكلان حاضرين فى المجلس (ف) الخيار يتعلق (بالوكيلين) فقط (فلو) كان الموكل غائبا حال البيع ، و (مات الوكيل فى المجلس والموكل غائب) بعد (انتقل الخيار اليه) اى الى الموكل الغائب

لان ملكه اقوى من ملك الوارث .

و للشافعية قولان ، احدهما انه يتعلق بالموكل و الآخر انه يتعلق بالوكيل، انتهى .

اقول : و الاولى ان يقال :

اما اذا حضر الموكل بعد البيع و قبل موت الوكيل ، فكون الخيار للموكل اظهر (لان ملكه) اى الموكل الغائب (اقوى من ملك الوارث) .

و قد ثبت انه اذا مات البائع المورث انتقل الخيار الى وارثه ـ كما سيأتى الكلام فيه ـ و ذلك يدل بالفحوى الى انتقاله الى المالك اذا مات الوكيل .

(و للشافعية قولان) فى مسألة بيع الوكيل و الموكل غائب (احدهما انه) اى الخيار (يتعلق بالموكل) لانه المالك (والآخر انه يتعلق بالوكيل) لانه البائع (انتهى) كلام التذكرة .

(اقول : و الاولى) و الاقرب الى الواقع .

و المراد القرب لا ان الطرف الآخر ايضا قريب من الواقع (ان يقال) بالتفصيل بين الوكيل فى مجرد اجراء العقد فلا خيار له و بين الوكيل المفوض فله الخيار .

اما خيار الوكيل المفوض ، فلانه بيع ، فيشمله الدليل .

و اما عدم خيار الوكيل فى اجراء العقد فلامور اربعة .

الاول : ان ذيل الخيار منصرف عن مثل هذا الوكيل .

الثانى : ان ظاهر قوله « بالخيار » انه سلطنة ارجاع ما خرج عن

. . . . . .

ان الوكيل ان كان وكيلافى مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقا لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان لان المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل و لم نقل بماقيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك

ملكه الى ملكه ،والوكيل لم يخرج شئ عن ملكه .

الثالث: ان سياق خيار الحيوان و خيار المجلس واحد فقد ذكرا معا فى بعض الروايات .

و حيث ان خيار الحيوان ليس للوكيل فيه اجراء الصيغة، كذلك ليس له خيار المجلس بدليل وحدة السياق .

الرابع : ماسيأتى من ((الحكمة))ف (ان الوكيل ان كان وكيلافى مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما) اى للوكيلين او للوكيل، لماذكر و للاصيل ،لانه ليس بحاضر فى مجلس العقد، فلايشمله الدليل (وفاقا لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان) .

و ذلك لوجوه ثلاثة .

الاول : (لان المتبادر من النص غيرهما) فالاصل عدم الخيار لهما (و ان عممناه) اى النص(لبعض افراد الوكيل) كالوكيل المستقل ــ كما سيأتى ــ ((وان)) وصلية (و لم نقل بماقيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه) اى النص(بحكم الغلبة) حيث ان الغالب مباشرة المالكين للعقد فذلك سبب لانصراف النص(الى خصوص العاقد المالك) حتى ان النص لايشمل الوكيل المستقل ايضا .

مضافاالى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر، بعد الفراغ عن تسلّطه على ماانتقل اليه.

فلايثبت بهاهذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه فى الخارج.

الاترى انه لو شك المشترى فى كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابة او يجب صرفه لنفقة، او

و قوله «و لم نقل» عطف على «و ان عممناه».

الثانى: (مضافاالى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين) فله سلطة (على ماانتقل الى الآخر) بحيث يتمكن من استرداده (بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل اليه) فان البائع مسلط على ردّ العين الى ملكه بعد وضوح انه مسلّط على الثمن الذى هو الآن فى ملكه.

(فلايثبت بها) اى بادلة الخيار (هذا التسلط) على الاسترداد (لو لم يكن) التسلط على ما انتقل اليه (مفروغا عنه فى الخارج).

و الحاصل ان تسلط الشخص على الاسترداد فرع تسلطه على ردّ مافى يده، او الوكيل فى مجرد اجراء العقد لا سلطة له على ردّ ما انتقل الى موكله، فلاسلطة له على استرداد ماخرج عن ملك موكله.

(الاترى) مثال لبيان انه اذا لم يكن للوكيل البائع سلطة على ردّ ما فى يده لم يكن له استرداد ماخرج منه (انه لو شك المشترى فى كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابة) لتردد العبد بين كونه ابا للمشترى، و بين كونه اجنبيا عنه (او) شك فى انه هل (يجب صرفه) اى ما اشتراه (لنفقة او) هل

. . . . . .

اعتاقه لنذر ، فلايمكن الحكم بعدم وجوبه لا دلة الخيار بزعم اثباتهـا للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع وعدم وجوب عتقه .

هذا مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينهو بين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة

يجب (اعتاقه لنذر) و نحو النذر (فلايمكن الحكم بعدم وجوبه) اى بعدم وجوب العتق و الصرف مستندا فى الحكم بعدم الوجوب (لا دلة الخيار) فيقول انه ليس بواجب (بزعم اثباتها) اى الا دلة (للخيار المستلـزم لجواز ردّه على البائع ، وعدم وجوب عتقه) .

فكما ان الخيار فى المثال لا يكون دليلا على عدم وجوب العتق كذلك دليل الخيار لا يكون مستندا لجواز ردّ الوكيل .

و وجه الجامع بين مانحن فيه و المثال ان فى كليهما يشك فى انـه هل له رده ام ليس له رده .

و كما ان دليل الخيار لا يقول فى المثال ردّ العبد ، كذلك دليـل الخيار لا يقول فى مانحن فيه ايها الوكيل ردّ ما انتقل الى موكلك ، واذا لم يقدر على الردّ لم يقدر على استرداد ما فى يد الطرف الآخر .

(هذا) تمام الكلام فى الوجه الثانى .

الثالث : (مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار) اى خيـار المجلس (المقرون فيه) اى فى ذلك الخبر (بينه) اى بين خيار المجلس (و بين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته) اى ثبـوت خيار الحيوان (للوكيل فى اجراء الصيغة) فان خيار الحيوان جعل لحكمة

. . . . . .

فان المقام و ان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد ،الا ان سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع ان ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور

انه اذا لم يرده المشترى تمكن من رده ،و اى علاقة لهذا بالوكيل فى اجراء العقد .

(ف) ان قلت: جمع الخيارين فى صحيحة ابن مسلم حيث قال عليه السلام « المتبايعان بالخيار ،ثلاثة ايام فى الحيوان ،و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا » لا يدل على وحدة حكمهما ،لانه لو سلم ان الصحيحة ـ بقرينة السياق ـ دلت على ان خيار المجلس للموكل فقط ، لكن مطلقات خيار المجلس الشاملة للوكيل ايضا على حالها ،و تلك المطلقات لا تقيد بهذه الصحيحة .

قلت: (ان المقام و ان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد) الذى يحمل فيه المطلق على المقيد (الا ان سياق الجميع) الصحيحة المقيدة ـ حسب التقارن بين الخيارين ـ و سائر اخبار خيار المجلس المطلقة الشاملة للوكيل ايضا (يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين) سواء كان هذا اللفظ فى الصحيحة او فى سائر الاخبار .

و حيث ان المراد بهذا اللفظ فى الصحيحة خصوص المالك ،لا بد و ان يراد به فى سائر الروايات خصوص المالك ايضا .

الرابع : (مع ان ملاحظة حكمة الخيار) و هى تلافى ندم المالك (تبعد ثبوته) اى ثبوت الخيار (للوكيل المذكور) لانه لا علاقة له بالمعاملة

. . . . . .

مضافا الى ادلة سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه ٠

و الظاهر عدم دخوله فى اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة ،فان الظاهر من قوله : اشترى الوكيل ،او باع ،تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد ايقاع

حتى يندم و هذه قرينة عقلية لعدم اطلاق ادلة الخيار للوكيل فى العقد (مضافا الى) امكان ان يقول : ان (ادلة سائر الخيارات) كالغبـــن و العيب و ما اشبه ،لا تعم الوكيل فى اجراء العقد (فان القول بثبوتها) اى ثبوت تلك الخيارات (لموقع الصيغة) اى الوكيل فى الايقاع فقط (لاينبغى من الفقيه) ٠

اذ اى علاقة بين من جاء به المالك ليقول « بعت » او « اشتريت » و بين كون المبيع معيبا او مغبونا فيه ،فكذلك دليل خيار المجلس لوحدة الملاك فى الجميع ٠

اقول : لا يخفى ان اكثر استدلالات المصنف قابلة للمناقشة ، الا ان بناء الشرح على توضيح مقاصد الكتاب يمنع عن ذكرها ،فعلى الطالب الرجوع الى الحواشى العلمية ٠

(و الظاهر عدم دخوله) اى دخول الوكيل فى مجرد الصيغة (فـــى اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة) التى ذكر فيها ان الوكيل له حق الاخذ بالخيار (فان الظاهر من قوله : اشترى الوكيل ،او باع) او ما اشبه هذه العبارة (تصرف الوكيل بالبيع والشراء) تصرفا مستقلا (لا مجرد ايقـــاع

الصيغة .

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق .

و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد اجرائه للعقد ،فلايبطل بمنع الموكل .

الصيغة) .

فالعلامة لا يقول بان وكيل اجراء الصيغة له خيار المجلس وان عرف ذلك من اطلاق عبارته .

(و من جميع ذلك) الذى ذكرناه من الوجوه الاربعة (يظهر ضعف القول بثبوته) اى ثبوت خيار المجلس (للوكيلين المذكورين) الذين هما وكيلان فى اجراء العقد فقط (كما هو) الثبوت (ظاهر الحدائق) .

(و اضعف منه تعميم الحكم) و ان الخيار ثابت للوكيل (لصورة منع الموكل من الفسخ) .

اما وجه التعميم فهو ماذكره بقوله (بزعم ان الخيار حق ثابت للعاقد بمجرد اجرائه للعقد ،فلايبطل) ماجعله الشارع له (بمنع الموكل) .

و اما وجه الضعف : فلانه وضع هذا الحق لمصلحة المالك ، فكونه لغيره فى حال انه خلاف مصلحة المالك ،خارجا عن حكمة جعل هذا الخيار .

و لا يخفى مافى هذا الكلام من المناقشة ،اذ على تقدير وجود الاطلاق لا يقاومه مثل هذا الوجه الاستحسانى .

. . . . . .

وعلى المختار فهل يثبت للموكلين ،فيه اشكال من ان الظاهر من البيّعين فى النصّ المتعاقدان فلايعم الموكلين ٠

و ذكروا انه لو حلف على عدم البيع ،لم يحنث ببيع وكيله ،و من ان الوكيلين فيمانحن فيه كالآلة للمالكين ٠

و نسبة الفعل اليهما شائعة ٠

(وعلى المختار) من عدم خيار الوكيل فى مجرد العقد (فهل يثبت) الخيار (للموكلين) ام لا ؟ (فيه اشكال) و احتمالان ٠

اماوجه العدم (من ان الظاهر من البيعين فى النصّ) حيث قال عليه السلام : البيعان بالخيار (المتعاقدان ،فلايعم الموكلين) فلاخيار لهما ٠

(و) يؤيد ذلك ما (ذكروا انه لو حلف على عدم البيع ،لم يحنث ببيع وكيله) فانه يدل على ان البيع حقيقة فى اجراء الصيغة ،لكن فيه لزوم التفصيل ،و ان الحلف قد يكون متعلقا باجراء الصيغة ،و قد يكون متعلقا بالاخراج عن الملك ،و قد يكون متعلقا بالاعم ،و اذا كان المتعلق مهملا من القصد لا بد من ملاحظة انه الى اى شئ ينصرف عزما كما حققناه فى بعض كتب الفقه ٠

(و) اماوجه ثبوت الخيار للموكلين (من ان الوكيلين فيمانحن فيه) فيما اذا كانا وكيلين فى مجرد اجراء الصيغة (كالآلة للمالكين) فالبيعان هما فى الحقيقة المالكان ٠

(و) لذا نرى ان (نسبة الفعل) اى البيع (اليهما شائعة) عرفا ٠

. . . . . .

و لذا لايتبادر من قوله : باع فلان ملكه الكذائى كونه مباشرا للصيغة .

وعدم الحنث بمجرد التوكيل فى اجراء الصيغة ممنوع ،فالاقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فى مجلس العقد ،و المراد به مجلسهما المضاف عرفا الى العقد فلو جلس هذا فى مكان و ذاك فى مكان آخر ، فاطلعا على عقد الوكيلين ، فمجرد ذلك

(و لذا) من ان المراد بالبائع من اخرج ملكه عن سلطته ، سواء بنفسه او بوكيله (لايتبادر من قوله : باع فلان ملكه الكذائى) و لايتبادر (كونه مباشرا للصيغة) و لو كان المفهوم من « باع » المباشرة لزم التبادر .

(و) اما قولهم بعدم الحنث ـ كما تقدم ـ ففيه ان (عدم الحنث بمجرد التوكيل فى اجراء الصيغة) اذا نفذ الوكيل البيع (ممنوع) الا اذا قصد فى حلفه انه لايبيعه مباشرة .

وعلى هذا (فالاقوى ثبوته) اى خيار المجلس (لهما) اى للمالكين فى الجملة فى مقابل النفى الكلى . (لكن مع حضورهما فى مجلس العقد) و ذلك لانهما اذا لم يحضرا فى مجلس العقد لم يتحقق موضوع خيار المجلس (و المراد به) اى بمجلس العقد (مجلسهما المضاف عرفا الى العقد) .

فان العرف المخاطب بهذا الكلام هو الميزان فى تعيين المصداق (فلو جلس هذا) مالك المثمن (فى مكان و ذاك) اى مالك الثمن (فى مكان آخر) كما لو جلس كل فى داره (فاطلعا على عقد الوكيلين) الصادر منهما فى السوق مثلا (فمجرد ذلك) وكونهما فى مكان آخر فى حالة العقد

. . . . . .

لا يوجب الخيار لهما، الا اذا صدق كون مكانيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين والعبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله ان كان وكيلا فى مجرد ايقاع العقد .

و ان كان وكيلا فى التصرف المالى كاكثر الوكلاء

(لا يوجب الخيار لهما) .

اذ لا يصدق عرفا خيار المجلس ولا « حتى يفترقا » لان الافتراق، لا يصدق الا بعد الاجتماع (الا اذا صدق كون مكانيهما مجلسا لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين) .

ثم الظاهر انه لا يشترط ان يكون حضورهما هناك لاجل العقد، اذ الادلة مطلقة و الحكمة تؤيد الاطلاق، فالقول بلزوم ذلك لانه المتيقن من الادلة غير ظاهر الوجه (و العبرة) بعد اجتماع الاربعة فى مجلس العقد (بافتراق الموكلين عن هذا المجلس) لانهما البيعان حقيقة (لا بالوكيلين) لانهما آلة و لسان، و الادلة منصرفة عن مثلهما، كما عرفت وجهه سابقا و ان كان الاقرب ـ بناء على رأى الحدائق ـ كفاية بقاء الموكلين او الوكيلين او اصيل و وكيل (هذا كله ان كان) الوكيل (وكيلا فى مجرد ايقاع العقد) و اجراء الصيغة .

(و ان كان وكيلا فى التصرف المالى كاكثر الوكلاء) مثل الصناع فى محلات التجار و ممثليهم فى بلاد اخر و وكلاء الدولة المشروعة و المجتهدين و وكلائهم الذين هم وكلاء عن الفقراء و عن الامام الى غير ذلك

فان كان مستقلافى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققهانظير العامل فى القراض و اولياء القاصرين ٠

فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص ٠

و دعوى تبادر المالكين ،ممنوعة ، خصوصااذااستندت الى الغلبة ،

(ف) هوعلى قسمين ٠

لانه امامستقل فى التصرف كانه المالك ٠

و اماليس بمستقل فهو اقوى من الوكيل فى اجراء العقدو اضعف من الوكيل المفوض فى اجراء المعاملة ، ف (ان كان مستقلافى التصرف فى مال الموكل) يشمل كل شئون المعاملة (بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققهانظير العامل فى القراض) اى المضاربة و هى المعاملة التى يكون رأس المال فيهامن احدهما ، و العمل من الآخر، و الربح بينهما بالنسبة (و اولياء القاصرين) كالطفل و المجنون و المغمى عليه و من اشبههم ، حيث ان عليهم ان يعملوا حسب المصلحة ٠

(فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص) الشامل له ، كمايؤيد ذلك ثبوت الخيار له قطعااذا ظهرعيب اوغبن ٠

فان القول بعدم الخيار له فيهما، كالقول بثبوته للحاكم ، لاله مما لايمكن القول به ، واذاثبت خيار الغبن و العيب ثبت غيره لوحدة الملاك

(و دعوى تبادر المالكين) من «البيّعان» فى النص(ممنوعة) اذ لاتبادر قطعا (خصوصا اذا استندت) دعوى التبادر (الى الغلبة)بان يقال فى وجه التبادر حيث ان الغالب معاملة الملاك لاوكلائهم فالنص

. . . . . .

فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى .

و هل يثبت للموكلين ايضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال من تبادر المتعاقدين من النص ، و قد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله .

ومن ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فى بعض النصوص كون

منصرف الى الملاك .

و وجه المنع ماذكره بقوله : (فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى) فلا غلبة فى معاملات الملاك بحيث تكون سببا لانصراف (البيعان) الى الملاك .

(و هل يثبت) خيار المجلس (للموكلين ايضا) بالاضافة الى ثبوته للوكيلين المستقلين (مع حضورهما) فى مجلس العقد (كما تقدم عن التذكرة) ثبوت الخيار للموكلين (اشكال) و احتمالان .

وجه عدم الثبوت (من تبادر المتعاقدين من النص) و الموكلان ليسا بمتعاقدين (وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع) فانه ان حلف المالك ان لا يبيع متاعه ، لم يكن حنث لحلفه (ببيع وكيله) .

و قد عرفت الاشكال منافى مسألة الحلف .

(و) وجه ثبوت الخيار للموكلين (من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و) من دليل (خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار) اى خيار المجلس (فى بعض النصوص) كصحيحة ابن مسلم التى تقدم نقلها (كون

. . . . . .

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له ، و ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه ، الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد ، فلا يثبت لغير المباشر .

و لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له) حتى اذا ندم من المعاملة كان له فسخها (و ان ثبوته للوكيل) ليس بذى حكمة ذاتية ، بل (لكونه نائبا عنه) و قائما مقام المالك (يستلزم ثبوته للمنوب عنه) و عليه فالموكل له الخيار .

و كذا ان فرض ان المولى عليه كالمجنون و المغمى عليه و الطفل كانوا فى المجلس و بعد اجراء العقد بلغ الطفل و عقل المجنون و افاق المغمى عليه (الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد) فى حق الخيار (فلا يثبت لغير المباشر) و ان كان مالكا هذا .

(و لكن الوجه الاخير) الذى ذكرناه بقولنا ((و من ان المستفاد الخ)) (لا يخلو عن قوة) .

اما اذا مات الوكيل المستقل ، فهل ينتقل خياره الى وارثه ، لقاعدة ماتركه الميت لوارثه ، او الى الموكل ـ اذا قلنا انه لا خيار له فى عزل الوكيل ـ لان الموكل صاحب النفع الحقيقى من الخيار ، او يسقط رأسا فلا خيار ، لا يبعد الثانى لانصراف دليل ((ماتركه الميت)) عن وارث الوكيل و السقوط لا وجه له بعد وجود الحكمة ، و كونه مثل خيار الغبن و العيب و يستبعد جدا الالتزام بسقوطهما بالموت .

. . . . . .

و حينئذ فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد، او من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد او بانفساخه

و لكن لا يخفى ان اللازم حضور وارث الوكيل و الموكل فى مجلس العقد، و الا فالقاعدة عدم الانتقال اطلاقا ·

(و حينئذ) اى حين قلنا بان الموكل له الخيار ايضا بالاضافة الى الوكيل المستقل (فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد) كما اذا وكل زيد عمروا و كالة مطلقة مستقلة، و عمر ووكل بكرا كذلك و هكذا الى عدة و كلاء (او من الطرفين) كما اذا كان كل من مالك المثمن و مالك الثمن له عدة وكلاء طوليين وكان كلهم حاضرين فى مجلس العقد (فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله) اى اعمال الخيار (نفذ) لانه له الاعمال (و سقط خيار الباقين) فى طرفه، لانه لم يكن الاخيار واحد نفّذه هذا (بلزوم العقد) من جانبه و يبقى للجانب الآخر حق الفسخ (او با نفساخه) فينفسخ العقد ولا يبقى خيار للجانب الآخر

ثم انه قد تبين مما ذكرنا امور ثلاثة ·

الاول : انه لو فسخ احد الطرفين، انفسخت المعاملة كلية ·

الثانى : انه لو اجاز احد من طرف واحد لم يكن لرفقائه من ذلك الطرف لا الاجازة و لا الفسخ، اذ ليس لطرف واحد الا اجازة واحدة فاذا اجاز احدهم فقد نفذ حق هذا الطرف بكامله ·

الثالث: انه لو اجاز احد فى طرف، كان للطرف الآخر ان يجيز،

. . . . . .

و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة فيما اذا ثبت للجانبين ٠

و هذا فرض من جانب واحد ٠

فيستقر العقد او يفسخ ، فيبطل العقد ٠

وعلى ماذكرناه فاذا كان شخصان فى طرف واحد اجاز احدهما اولا ، ثم فسخ الآخر، لم يؤثر فسخ الثانى ٠

(و) ذلك لانه (ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة) اى مسألة تقديم الفسخ على الاجازة (فيما اذا ثبت) اى كان الحق (للجانبين) اى احد الطرفين فسخ ، و الطرف الآخر اجاز، فان الفسخ حينئذ مقدم على الاجازة ٠

(و هذا) الذى نحن فيه اى شخصان من طرف واحد اجاز احدهما و فسخ الآخر(فرض من جانب واحد)

و من المعلوم : ان الجانب الواحد ليس له الا حق واحد ـ فسخا او اجازة ـ فاذا اخذ احدهم به لم يكن للآخر شئ ، اذ ينتهى الحق بأخذ احدهم له ٠

نعم اذا تقارن الاثنان « فسخا و اجازة» من جانب واحد ، بان قالا معا (لكن قال احدهما فسخت و قال الآخر اجزت) قدم الفسخ ،لانه اقوى فى الاقتضاء من الاجازة ٠

و يحتمل سقوطهما و بقاء العقد بحاله غير مستقر ٠

. . . . . .

ثم على المختار من ثبوته للموكلين .

فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد ، او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدين ، او بتفرق الكل ، فيكفى بقاء اصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد ، وجوه .

(ثم على المختار من ثبوته) اى الخيار (للموكلين) فى ما كان الوكيلان مستقلين .

(فهل العبرة فيه) اى فى انقضاء الخيار بالتفرق (بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد) فيما اذا كان الاصيلان فى مجلس ، والوكيلان فى مجلس « و قلنا بكفاية كونهما معا فى مجلس و ان لم يكن مجلس العقد » او عن مجلس العقد) اذا قلنا بان ثبوت الخيار للموكلين مشروط بكونهما فى مجلس العقد (او) ان العبرة (بتفرق المتعاقدين) اى الوكيلين .

فاذا كان الاربعة فى مجلس واحد فما دام الوكيلان فى المجلس يصح الاخذ بالخيار للاصيلين ، فاذا تفرق الوكيلان سقط خيارهما كما سقط خيار الاصيلين (او) ان العبرة (بتفرق الكل ، فيكفى) فى بقاء الخيار (بقاء اصيل مع وكيل آخر) اى وكيل الطرف الآخر .

فاذا كان الاصيلان محمدا وعليا ، والوكيلان حسنا وحسينا ، كفى بقاء محمد والحسين ، او على و الحسن .

و من الواضح انه لا يكفى بقاء اصيل و وكيل نفسه (فى مجلس العقد وجوه) و احتمالات .

اقويهما الاخير و ان لم يكن مستقلا فى التصرف فى مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة .

كما اذا قال له : اشترلى عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل ـ لا لانصراف الاطلاق ـ الى غير ذلك .

(اقويهما الاخير) لانه لا فرق بين الاصيل و الوكيل .

اذ الثانى كالاول فايّهما كان حصل طرف العقد و لم يحصل التفرق الذى هو ميزان سقوط الخيار (وان) كان الوكيل المستقل فى الجملة (لم يكن مستقلا) تمام الاستقلال (فى التصرف فى مال الموكل) تصرفا (قبل العقد و بعده) .

و قد تقدم تقسيم الاستقلال الى قسمين (بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة) فقط .

(كما اذا قال له : اشترلى عبدا و) نحو ذلك .

مثل ان قال : بع لى هذه الدار ، فهل لمثل هذا الوكيل الخيار ، ام لا (الظاهر حينئذ عدم الخيار ، ل) مثل هذا (الوكيل) بل الخيار للمالك اذا كان حاضرا فى مجلس العقد ، والا لم يكن خيار اصلا ، لفقد شرطه (ـ لا لانصراف الاطلاق) فى قوله عليه السلام : البيعان بالخيار (ـ الى غير ذلك) اى الى غير هذا القسم من الوكيل المستقل فى الجملة .

و انما قال (لا) ثم ذكر العلة فى خروج هذا الفرد عن الدليل ، لانه اراد بيان ان الدليل لا يشمل هذا القسم اصلا ، لانه يشمله بدوا ثم يخرج منه بسبب الانصراف .

. . . . . .

بل لما ذكرنا فى القسم الاول من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على مانقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل اليه ٠

فلاتنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه ٠

ولا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل اليه المستلزمة لعدم

مثلا اذا قلنا «عالم» شمل لغة «عالم الغناء» لكنه يخرج من اطلاق «العالم» بالانصراف، لكن «عالم» لا يشمل الحيوان اصلا (بل) عدم الخيار لهذا القسم من الوكيل المستقل (لما ذكرنا فى القسم الاول) وهو الوكيل فى اجراء لفظ العقد فقط (من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على مانقله عنه) اى عن نفسه بان له السلطنة على ردّه الى نفسه (بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل اليه) الى صاحبه الاول ٠

(فلاتنهض) ادلة الخيار (لاثبات هذا التمكن) اى تمكن الاسترداد «لما نقله عن نفسه» (عند الشك فيه) اى فى الردّ «لما نقل اليه» ٠

والمقام من هذا القبيل، اذ الوكيل شاك فى انه هل يقدر على ردّ ما دخل فى ملك موكله؟ فاذا حصل له هذا الشك لم يقدر على استرداد ما خرج عن ملك موكله ٠

(ولا) تنهض ادلة الخيار ايضا (لتخصيص ما دلّ على سلطنة الموكل على ما انتقل اليه) اى الى الموكل (المستلزمة) سلطنة الموكل (لعدم

جواز تصرف الوكيل فيه بردّه الى مالكه الاصلى و فى ثبوته للموكلين ما تقدم ، و الاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه .

ثم هل للموكل ـ بناءا على ثبوت الخيار له ـ تفويض الامر الى الوكيل بحيث

جواز تصرف الوكيل فيه) اى فيما انتقل الى الموكل (بردّه الى مالكه الاصلى) « بردّه » متعلق بـ « السلطنة » .

و الحاصل انه لو كان دليل الخيار يدل على تمكن الوكيل من ردّ ما فى يد الموكل ، او يدل على انه لا سلطنة للموكل فى ما انتقل الى الموكل كان الدليل دالا على ان للوكيل الخيار .

اما دليل الخيار لا يدل على احد الامرين ، فلا يدل على اثبات الخيار للموكل .

ثم (و فى ثبوته) اى الخيار فى الوكيل المستقل فى الجملة (للموكلين) بعد ان عرفت عدم ثبوت الخيار للوكيل (ما تقدم) فى الوكيل التامّ الاستقلال .

ثم (والاقوى) انه لو قلنا : بثبوت الخيار للوكيل المستقل فى الجملة او قلنا : بثبوته للموكل (اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه) اى فى الوكيل التام الاستقلال .

فجميع فروع تلك المسألة باد لتها جارية فى المقام ، لوحدة الملاك فى المسألتين و الله العالم .

(ثم هل للموكل ـ بناءا على ثبوت الخيار له ـ) كما فى الوكيل فى اجراء الصيغة (تفويض الامر الى الوكيل ، بحيث

يصير ذا حق خيارى الاقوى العدم : لان المتيقن من الدليل

يصير ذا حق خيارى) احتمالان .

من انه حق للموكل فينقل حقه الى انسان آخر .

و من ان هذا تشريع و ليس بيد الانسان التشريع ،وان كان بيده التصرف فى حقه مثلا ،لا يحق لانسان له ولدان ان يقول ابن عمى يرث بقدر احد ابنى ، لان الارث ليس بيد الانسان و ان كان له المال .

نعم يحق له ان يقول اعطوا لابن عمّى ثلث مالى كله مانتيجته ان ياخذ ابن العم بمقدار احد الولدين ، اذ المال يقسم حينئذ اثلاثا، ثلث لابن العم، وثلث لكل ولد .

و هذا هو ماذكروه فى الشرط المحلل للحرام ،والمحرم للحلال .

فاذا شرط ان يجب الصوم على المشترى فى يوم الخميس مثلا، اوان يحرم عليه شرب الماء،بطل الشرط .

اما ان شرط ان يصوم و ان لا يشرب الماء صح الشرط ، و هذه مسألة سيّالة تأتى فى كثير من الموارد كما لو نذر ان يجب عليه الاطعام فانه باطل .

اما ان نذر ان يطعم فهو صحيح .

و الحاصل ان للانسان ان يطبق المصداق على الكلى المقرر شرعا اما تشريع الحكم فليس بيد الانسان .

ولذا قال المصنف: (الاقوى العدم، لان المتيقن من الدليل)

ثبوت الخيار للعاقد فى صورة القول به عند العقد ، لا لحوقه له بعده .

نعم يمكن توكيله فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما .

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا

المثبت للخيار (ثبوت الخيار للعاقد) الذى هو الوكيل ـ فى مثالنا ـ (فى صورة القول به) اى بان للعاقد الخيار (عند العقد) متعلق بـ« ثبوت» (لا لحوقه) اى الخيار (له) اى للعاقد (بعده) اى بعد العقد بحيث يكون ذا حق خيارى .

(نعم يكون توكيله) اى توكيل المالك الذى له الخيار للوكيل فى مجرد اجراء الصيغة ، ونحوه (فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما) بل له ذلك بالنسبة الى الاجنبى ايضا ، ولا يشترط ان يكون الوكيل فى المجلس مثلا وكيلان بحضور الموكلين اجريا الصيغة ، ثم ذهبا الوكيلان و كان الموكلان فى المجلس فوكله الموكل بان يفسخ ، فانه يقع الفسخ و ان فسخه خارج المجلس ، لان من له الخيار لم يفترقا والاعتبار به ، بل لا يبعد صحة العكس ايضا ، بان وكله ليفسخ عن قبله ، و خرج الموكل لحاجة ، فانه بتوكيله عن نفسه قام مجلس الوكيل مقام مجلس الموكل ، فلم يحصل الافتراق بعد .

(و مما ذكرنا) فى وجه عدم الخيار للوكيل مجرى الصيغة ، و للوكيل شبه المستقل (اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين) ان جعلنا الاجازة ناقلة .

اذ لا نقل قبل الاجازة ، فلا خيار فى الاسترداد ، بل (و ان جعلنا

. . . . . .

الاجازة كاشفة ، لا لعدم صدق المتبايعين ، لان البيع النقل ولا نقل هنا ـ كما قيل ـ لاندفاعه بان البيع النقل العرفى ، وهو موجود هنا .

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعا بالبيع .

و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازة .

الاجازة كاشفة) عن النقل حال العقد ، وعدم ثبوت الخيار (لا لعدم صدق المتبايعين) على الفضوليين .

وجه عدم الصدق (لان البيع النقل ولا نقل هنا ـ كما قيل ـ) فى وجه عدم ثبوت الخيار للفضوليين (لاندفاعه) اى عدم الصدق (بان البيع النقل العرفى ، وهو موجود هنا) و الشارع ليس له اصطلاح خاص ، بل اذا صدق البيع عرفا صدق شرعا فيشمله قوله عليه السلام : البيعان بالخيار

(نعم ربما كان ظاهر الاخبار) المثبتة للخيار (حصول الملك شرعا بالبيع) اذ لو لا الملك لم يكن نقل حتى يترتب عليه الخيار .

و انما قال (شرعا) لانه لو لا امضاء الشارع للامر العرفى ، لم يترتب على البيع الاحكام الشرعية .

(و هذا المعنى) اى حصول الملك شرعا (منتف فى الفضولى قبل الاجازة) لان الشارع لا يقول بحصول الملك ، فان مقتضى : تسلط الناس على اموالهم ، وعدم حلية التجارة الا عن تراض ـ الى غيرهما ـ انه لا يملك مال المالك بدون رضاه و اجازته .

و حاصل قوله « نعم» ان الفضولى و ان كان بيعا ، او ان « البيع » وحده لا ينفع فى ثبوت الخيار ، بل البيّع الذى اثّر بيعه الملك شرعا وهنا

و يندفع ايضا بان مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض .

مع ان هذا المعنى لا يصح

لم يؤثر بيعه الملك شرعا «فنعم» لا يصح قول «كما قيل» .

(و يندفع ايضا) هذا جواب آخر عن «كما قيل» فان «قيل» يرد عليه اشكالان .

الاول « انه بيع » .

و الثانى انه لو توقف الخيار على «النقل» كما يقول «قيل» لزم ان لا يكون خيار فى الصرف و السلم قبل القبض لانه قبل القبض لا نقل على رأى الشيخ فان الشيخ يرى توقف الملك فى الصرف و السلم على القبض، مع انه لا شك فى وجود الخيار قبل القبض .

و منه يعلم انه لا يتوقف الخيار على حصول النقل بل يتوقف على حصول البيع وقد حصل البيع فى الفضولى .

و حاصل الدفع الثانى (ب) هذا البيان الذى ذكرناه (ان مقتضى ذلك) الذى قاله «قيل» من توقف الخيار على النقل (عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض) .

و الصرف هو بيع النقود ، و السلم هو اعطاء الثمن فعلا و تأخير قبض المثمن ، ضد النسيئة .

(مع ان هذا المعنى) اى عدم الخيار فى الصرف و السلم (لا يصح) فان الخيار موجود قطعا ، و ان لم يكن قبض بعد .

. . . . . .

على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ماتقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجه

و

و قوله (على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار) متعلق بـ «عدم الخيار» و لو كانت العبارة بتقديم و تأخير كان اوضح بان يقول : مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف والسلم على مذهب الشيخ مع ان هذا المعنى لا يصح .

ثم انه اذا بطل الوجهان فى عدم ثبوت الخيار للفضوليين (فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ماتقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين) من ان الاسترداد فرع الرد ، و الفضولى لا سلطة له فى الرد فلا سلطة له فى الاسترداد ـ بالبيان المتقدم ـ .

(نعم فى ثبوته) اى الخيار (للمالكين بعد الاجازة) اى بعد ان اجازا عقد الفضوليين (مع حضورهما فى مجلس العقد) ليتحقق خيار المجلس (وجه) قوى لصدق ادلة خيار المجلس على البيع بعد الاجازة .

و وجه عدم الخيار «كما يفهم من قوله وجه» ان عند البيع لا خيار، كما عرفت، و بعد الاجازة لم يتحقق بيع و انما تحقق النقل فقط ، و الخيار تابع للبيع لا للنقل .

(و) هل اللازم ان يكون المالكان فى محل بيع الفضولى حتى يكون لهما الخيار، اذا اجازا العقد ، ام العبرة بمجلس الاجازة ، احتمالان .

. . . . . .

اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف على ماتقدم توضيحه في مسألة عقد الفضولي .

و يكفي حينئذ الانشاء اصالة في احدهما، والاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا .

لكن (اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل) و ان الاجازة ناقلة لاكاشفة (له وجه) لان البيع وقع الآن حين الاجازة لا وقت عقد الفضوليين فاذا حصل البيع الآن كان اعتبار الخيار عند مجلس الاجازة الذي هو مجلس البيع حقيقة (خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف) لا ان العقد ماتقدم من عمل الفضوليين (على ماتقدم توضيحه) اي توضيح ان الاجازة عقد مستأنف (في مسألة عقد الفضولي) فراجع .

(و يكفي حينئذ) اي حين كانت الاجازة قائمة مقام البيع (الانشاء اصالة من احدهما، و الاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا) .

مثلا زيد و عمرو المالكان و بكر فضولي ، فباع زيد لبكر بثمن لعمرو ،و كان عمرو حاضرا في المجلس فاجاز عمرو، فانه اذا اجاز كان لكل من زيد و عمرو خيار المجلس .

و قوله « جمعهما »ضميره يرجع الى «الاصيل و المجيز» .

و يحتمل ان يريد المصنف بـ «جمعهما مجلس» كفاية ان يكون «الاصيل و المجيز في مجلس حال الاجازة» .

مثلا لو باع الاصيل و الفضولي البارحة ، ثم اجتمع الاصيل و المجيز اليوم في مجلس وقال المجيز للاصيل اجزت بيع البارحة ، فان هذا

. . . . . .

نعم يحتمل فى اصل المسألة ان تكون الاجازة فى المجيز التزاما بالعقد ، فلاخيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ : التزمت فتأمل .

ولا فرق فى الفضوليين بين الغاصب وغيره .

فلو تبايع غاصبان ، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة

المجلس يعتبر مجلس البيع ، و يكون لهما الخيار فى هذا المجلس .

(نعم يحتمل فى اصل المسألة) اى مسألة بيع الفضولى ان لا يكون خيار اصلا ، لاحتمال (ان تكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد ، فلاخيار بعدها) اى بعد الاجازة ، لانه لا بيع الآن ، ولا خيار قبل الاجازة لما سبق من عدم تسلط الفضولى على ما انتقل فلا تسلط له على الاسترداد (خصوصا اذا كانت) الاجازة (بلفظ : التزمت) حيث انها ليست بيعا ، و انما هو التزام بيع سابق (فتأمل) .

اذ لا وجه لعدم الخيار بعد الاجازة ، فانها كالبيع ، و لو كانت بلفظ : التزمت

(ولا فرق فى الفضوليين بين الغاصب وغيره) لوحدة ما تقدم من الادلة فى كلا قسمى الفضولى .

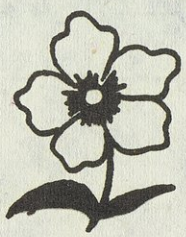
(فلو تبايع غاصبان ، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة)

. . . . . .

بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

اذ لاحق لهما فى التفاسخ فاذا اجاز المالكان انتقل الملك (بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول) الفضولى (الآخر) فله حق الرد.

ولا يمكن ان يلحق بيعهما على تقدير قبول الفضول الثانى البيع بعد ردّ الفضول الاول لايجاب نفسه الاجازة من الملك (لاختلال صورة المعاقدة) بالردّ قبل قبول الآخر (و الله) سبحانه (العالم) بحقائق الاحكام.



مسئلة

لو كان العاقد واحدا لنفسه ، اوغيره عن نفسه ، اوغيره ولاية او وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بان كان وليا او وكيلا مستقلا فى التصرف .

(**مسألة** : لو كان العاقد واحدا) فله صور ثلاث .

لانه اما ان يكون احد من الثمن او المثمن له ، اولا ، بان كان كلاهما للغير فقد يبيع محمد داره لولده الصغير، وقد يشترى دار ولده لنفسه و قد يبيع دار ولده لولده الآخر مثلا .

فقوله (لنفسه ، اوغيره عن نفسه ، اوغيره) ليس اقساما اربعة .

اذ لا يعقل شرائه لنفسه عن نفسه .

فقوله((عن نفسه اوغيره)) متعلق بالقسمين الاولين فى الجملة .

و الحاصل انى شريت الدار ((لنفسى)) او((ولدى)) كما قال لنفسه او غيره ، و كان البائع للغير ((نفسى او ولدى)) .

و ان شئت قلت : ان ((عن نفسه اوغيره)) متعلق بـ ((غيره)) فقط .

و قوله : (ولاية او وكالة) متعلق بـ ((غيره)) فى المقامين ، وكان العقد (على وجه يثبت له) اى للعاقد (الخيار مع التعدد) اى تعدد العاقد (بان كان) العاقد (وليا او وكيلا مستقلا فى التصرف) .

اذ لو لم يثبت الخيار للعاقد كما لو كان وكيلا عن الجانبين فى مجرد اجراء اللفظ ، لم يكن له خيار كما تقدم فى المسألة السابقة .

فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق والعلامة والشهيدين و المحقق الثانى و المحقق الميسى و الصيمرى وغيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لانه بائع و مشترى فله مالكل منهما كسائر احكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين .

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين

(فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى والمحقق و العلامة و الشهيدين والمحقق الثانى) صاحب جامع المقاصد (والمحقق الميسى و الصيمرى وغيرهم ثبوت هذا الخيار له) اى للعاقد (عن الاثنين) سواء كان احدهما نفسه ، او كان كلاهما غيره .

و انما يكون له الخيار عن الاثنين (لانه بائع و مشترى فله مالكل منهما) من الخيار (كسائر احكامها) اى احكام المعاملة (الثابتة لهما) اى للبائع و المشترى (من حيث كونهما متبايعين) مثل انه اذا كان صرفا او سلما ، لزم القبض فى المجلس .

و قوله «من حيث» لاخراج ما هو واضح من ان احكام المتبايعين لا من هذا الحيث لا ترتبط بالمقام ، فهو قيد توضيحى .

(**و**) **ان قلت** : ظاهر ادلة الخيار ان يكون حينما يكون البائع غير المشترى ، لا فيما اذا اتحدا .

قلت : (احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشائه) اى اذا كان منفردا فى انشاء البيع (فلا يثبت) الخيار (مع قيام العنوانين)

لشخص واحد، مندفع، باستقرار سائر احكام المتبايعين .

و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم، و استقر به فخرالدين و مال اليه المحقق الاردبيلى، والفاضل الخراسانى والمحدث البحرانى واستظهره

البائع و المشترى (لشخص واحد) كمافى مانحن فيه (مندفع) هذا الاحتمال (باستقرار سائر احكام المتبايعين) فى المقام .

فكيف توجد سائر الاحكام ولا يوجد الخيار، والتفكيك و ان لم يكن مستحيلا، الا انه خلاف ظاهر الادلة، حيث انها مطلقة تشمل تعدد العاقد و وحدته .

(و) **ان قلت**: يمكن وجود سائر الاحكام، لكن وجود الخيار خلاف الظاهر، اذ قد جعل فى نص الخيار الغاية (بالتفرق) حيث قال عليه السلام (حتى يفترقا) و الانسان الواحد لا يمكن افتراقه، فحيث لاغاية، فلامغيّ الذى هو الخيار .

قلت : (جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد) لا يضرّ، لانه (مبنى على الغالب) من تعدد العاقد، و الغلبة لا توجب تقييد المطلق (خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم) و انه لا خيار مجلس للعاقد الواحد (و استقر به) اى قال : انه الاقرب (فخرالدين) ولد العلامة (و مال اليه المحقق الاردبيلى، والفاضل الخراسانى) صاحب الذخيرة و الكفاية (والمحدث البحرانى) صاحب الحدائق (واستظهره) اى قال: انه الاظهر

بعض الافاضل ممن عاصرناهم، ولا يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص لان الموضوع فيه و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها لامكن استظهار كون التعدد في الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشترى كسائر احكامهما، اذ لا يفرق العرف بين قوله: المتبايعان كذا، و قوله لكل من البائع و المشترى، الا ان التقييد بقوله: حتى يفترقا، ظاهر في اختصاص الحكم

(بعض الافاضل ممن عاصرناهم) الشيخ التستري صاحب المقابيس، (و لا يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص) الذي ذكر «حتى يفترقا».

و ان كان الاقوى ثبوت الخيار بالنظر الى المناط الموجب لحمل النص على الغالب (لان الموضوع فيه) اي في النص (صورة التعدد) اي تعدد العاقد حيث قال: البيعان (و الغاية فيه) اي في النص (الافتراق المستلزم للتعدد) اذ لولا التعدد لم يمكن الافتراق (و لولاها) اي لولا الغاية «حتى يفترقا» (لامكن استظهار كون التعدد في الموضوع) ـ البيعان ـ كما في النص (لبيان حكم كل من البائع و المشترى كسائر احكامهما) و انه لا خصوص للتعدد او الوحدة.

و انما امكن الاستظهار المذكور (اذ لا يفرق العرف بين قوله: المتبايعان كذا، و) بين (قوله لكل من البائع و المشترى) كذا حكم.

و حيث ان العبارة الثانية تشمل المتعدد و المتحد، كذلك تشملها العبارة الاولى (الا) مربوط بقوله «و لولاها» (ان التقييد) لقوله «البيعان بالخيار» (بقوله: حتى يفترقا، ظاهر في اختصاص الحكم) اي

بصورة امكان فرض الغاية ، و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد .

و منه يظهر سقوط القول بان كلمة حتى تدخل على الممكن والمستحيل الا ان يدعى ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد ، لا مخصصة للحكم بها و بالجملة فحكم المشهور بالنظر الى ظاهر اللفظ مشكل .

حكم (بالخيار) فى صدر الرواية (بصورة امكان فرض الغاية) اى التفرق (و) الحال انه (لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد) و اذا سقط القيد سقط المقيد الذى هو الحكم بالخيار .

(و) **ان قلت** : من الممكن القول بالخيار بدون غاية له ، اذ كلمة « حتى » تدخل على الممكن مثل « سلام هى حتى مطلع الفجر » وعلى المستحيل ، مثل « لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سمّ الخياط »

قلت : (منه) اى مما ذكرنا من انه حيث لا قيد فلا مقيد (يظهر سقوط القول بان كلمة حتى تدخل على الممكن و المستحيل) .

وجه الظهور ان دخول حتى على المستحيل لا ينكر ، و انما الكلام انه اذا كانت الغاية مفقودة فلا مغيى (الا ان يدعى) فى وجه وجود الخيار و ان لم تكن غاية التفرق (ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد) فى المتعاقدين (لا مخصصة للحكم بها) اى لحكم الخيار بهذه الصورة .

(و بالجملة فحكم المشهور) بالخيار فى صورة وحدة المشترى والبائع (بالنظر الى ظاهر اللفظ) الذى فيه « حتى » (مشكل) لما عرفت من احتمال كون « حتى تخصيصا » .

نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط .

لكن الاشكال فيه و الاولى التوقف، تبعا للتحرير، و جامع المقاصد .

ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرق .

(نعم لا يبعد) الحكم المذكور (بعد تنقيح المناط) و انه لا فرق بين الوحدة و التعدد في ان الحكمة تدارك الندم، و هو كما يكون في الاثنين يكون في الواحد .

(لكن الاشكال فيه) اى في المناط (و الاولى) عند المصنف (التوقف تبعا للتحرير، و جامع المقاصد) و ان كان الاظهر القول بالخيار ـ عندنا ـ (ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى) مدة عرفية، لان الدليل لا يدل على ازيد من ذلك، كما اذا حبس شخصان في مكان فعقدا، او كان اثنان متصلان خلقة فعقدا .

اما قوله بالبقاء الى (ان يسقط باحد المسقطات) كالتصرف (غير التفرق) ففيه نظر .

اذ الدليل منزل على المتعارف الذى لا يدوم نحو سنة او شهر، و الله سبحانه العالم .

مسئلة

قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها: من ينعتق على احد المتبايعين.

و المشهور، كما قيل عدم الخيار مطلقا.

بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق، و احتمل فى الدروس ثبوت الخيار للبائع.

(**مسألة**: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار) فليس فيها خيار المجلس.

(منها: من ينعتق على احد المتبايعين) كالاب مثلا، فاذا انتقل الى الولد سواء كان ثمنا او مثمنا لم يكن له فيه الخيار.

(و) ذلك على (المشهور، كما قيل) لا لدليل خاص، بل (عدم الخيار) لاجل محذور فى الخيار (مطلقا) لا للبائع ولا للمشترى فليس له الاخذ بالخيار، لا بان يرده ولا بأن يأخذ بدله.

(بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق) بين العلماء (و احتمل فى الدروس ثبوت الخيار للبائع) الذى نقل العبد الى المشترى «فيما كان المشترى ابنا للعبد مثلا» و هذا الكلام فى قبال قوله «مطلقا».

و عليه فالاقوال والاحتمالات فى المسألة ثلاثة، عدم الخيار مطلقا و الخيار مطلقا وينتقل الى البدل، والخيار للبائع لا للمشترى فيما اذا باع مولى العبد للمشترى الذى كان العبد ابا للمشترى مثلا.

و الكلام فيه مبنى على قول المشهور ، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار .

و الا فلا اشكال فى ثبوت الخيار و الظاهر انه لا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين .

(و) لا يخفى انهم اختلفوا فى ان الملك يحصل للمتبايعين بمجرد العقد ، كما هو المشهور او ان الملك يحصل لهما بعد انقضاء الخيار، فبين العقد و بين انقضاء الخيار لا ملك لاحدهما على ما انتقل اليه .

اذا عرفت ذلك نقول (الكلام فيه) اى فى انه لا خيار مطلقا ، او ان البائع له خيار(مبنى على قول المشهور، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار) فانهم بعد هذا المبنى اختلفوا فى عدم الخيار مطلقا ،او وجود الخيار للبائع .

(والا) نقول بمقالة المشهور، بل قلنا : بان الملك بعد انقضاء الخيار (فلا اشكال فى ثبوت الخيار) حتى للمشترى المنتقل اليه ابوه بالبيع .

اذ بعد العقد لم يملك المشترى اباه واذا لم يملكه لم ينعتق عليه ،فله ان يأخذ بالخيار و يرد البيع فى المجلس .

ثم اللازم ان يتكلم فى ثبوت الخيار و عدمه فى مقامين .

الاول : بالنسبة الى الخيار فى العين (والظاهر انه لا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين) فلا خيار للبائع فى الاسترداد و لا خيار للمشترى فى الرد اذا كان المبيع ابا للمشترى مثلا .

. . . . . .

لان مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك .

و الفسخ بالخيار من حينه لا من اصله ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها ، الاعلى احتمال ضعّفه فى التحرير، فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيبا ، مبنى على تزلزل العتق .

(لان مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك) فكيف يسترد او يرد ماخرج عن الملك .

(و) **ان قلت**: الفسخ يقع من حين البيع فيتقدم الفسخ على الملك « الملك المتقدم على الانعتاق» .

قلت: (الفسخ بالخيار من حينه) اى حين الفسخ (لا من اصله) اى اصل البيع ،فانه اذا كان من اصله كان الفسخ قبل الانعتاق(ولا دليل على زواله) اى الانعتاق (بالفسخ) ليرجع الحرّ عبدا (مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها) و الدليل هو الاستصحاب، بل و ما دلّ على ان الحرّ لا يكون عبدا فانه شامل لمن كان حرا من الاصل اوصار حرا بالعارض(الا) استثناء من قوله : مع قيام الدليل (على احتمال ضعّفه) العلامة (فى التحرير، فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيبا) .

و ذلك الاحتمال (مبنى على تزلزل العتق) فانه قال بعضهم: اذا ظهر العبد معيبا كان للمشترى الذى انعتق العبد عليه ان يرد العبد ، لانه و ان تحرّر العبد بمجرد شرائه ، الا ان تحرره كان متزلزلا بعدم العيب فاذا ظهر فيه عيب زال الانعتاق ، و رجع عبدا ، فكان للمشترى ان برده

و اما الخيار بالنسبة الى اخذ القيمة .

فقد يقال : مقتضى الجمع بين ادلة الخيار، و دليل عدم عود الحرّ الى الرقية فيفرض المعتق كالتالف، فلمن انتقل اليه ان يدفع القيمة ، و يسترد الثمن

لكن العلامة ضعف هذا الاحتمال .

و كيف كان فاذا قلنا : بهذا الاحتمال ، كان جاريا في مانحن فيه ايضا ، اى في خيار المجلس بان يقال : ان العبد بمجرد الاشتراء ينعتق لكنه عتق متزلزل ، فاذا اخذ المشترى بخيار المجلس بطل الانعتاق ، و رجع عبدا .

هذا كله بالنسبة الى ابطال الخيار للبيع بحيث يرجع العبد رقا .

(و اما الخيار بالنسبة الى اخذ القيمة) فاذا ابطل المشترى العقد و لم يمكنه ارجاع العبد ، لانه قد تحرر ، فله ان يسترجع ما اعطاه للبائع و يرد على البائع قيمة العبد .

(فقد يقال) انه (مقتضى الجمع بين ادلة الخيار) الدالة على بقاء الخيار مادام في المجلس (و) بين (دليل عدم عود الحرّ الى الرقية) فلا يمكن ردّه لكن يمكن رد قيمته (فيفرض المعتق) ـ بالفتح ـ اى العبد (كالتالف) في انه لا يرد عينه ، لكن يرد قيمته (فلمن انتقل) العبد (اليه) كالمشترى (ان يدفع) الى البائع (القيمة ، و يسترد الثمن) .

مثلا : اشتراه بالف ثم ندم ، فانه يسترد الفه و يقومه الآن فقد تكون قيمته الآن خمسمأئة ـ للتنزل الطارى سوقا ـ فيعطى الى البائع

. . . . . .

ومافى التذكرة: من انه وطن نفسه على الغبن المالى ، و المقصود من الخيار ان ينظر ، ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع .

لان التوطين على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة ، و كذا لمن انتقل عنه ان يدفع الثمن ويأخذ القيمة .

و مافى التذكرة من تغليب

خمسمائة (ومافى التذكرة: من انه وطن نفسه على الغبن المالى) حيث انه اشتراه و هو يعلم بانه ينعتق عليه ، فيعلم بانه لو كان مغبونا لم يكن له تدارك غبنه بالفسخ ، فلاحق له فى الفسخ ، ليسترد الثمن (و) يرد القيمة .

اذ (المقصود من الخيار ان ينظر ، و يتروى لدفع الغبن عن نفسه) .

فاذا اقدم على الغبن لا مجال للخيار (ممنوع) .

(لان التوطين على شرائه عالما بانعتاقه عليه) قهرا (ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة) و ان كان توطينا على الانعتاق .

فعدم الخيار بتعليل انه اقدم على الغبن غير صحيح .

مضافا الى انه ربما لا يعلم بان العبد ينعتق عليه ، فلا توطين اصلا .

هذا كله فى فسخ المشترى ليسترد الثمن و يرد القيمة (وكذا لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (ان) يفسخ بخيار المجلس ، ف (يدفع الثمن و يأخذ القيمة) فيما لو كانت القيمة اكثر من الثمن ، لارتفاع قيمة العبد سوقيا ـ مثلا ـ .

(و) لا يخفى ان (مافى التذكرة من) المنع عن الفسخ ، لـ (تغليب

جانب العتق انما يجدى مانعا عن دفع العين.

لكن الانصاف انه لا وجه للخيار لمن انتقل اليه لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، واخراج له عن المالية.

و سيجيئ سقوط الخيار بالاتلاف، بل بادنى تصرف.

فعدم ثبوته به اولى.

جانب العتق) غير وارد.

لانه (انما يجدى) هذا الاشكال (مانعا عن دفع العين) ولا نقول به بل نقول بدفع القيمة و دفع القيمة لا يصطدم بالعتق.

(لكن الانصاف) عند المصنف (انه لا وجه للخيار لمن انتقل اليه العبد كالمشترى (لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، و اخراج له عن المالية).

ولا فرق بين الاتلاف حقيقة و بين الاتلاف شرعا،

(و سيجيئ سقوط الخيار بالاتلاف، بل بادنى تصرف) فى ما انتقل اليه.

(فعدم ثبوته) اى الخيار (به) اى بالاتلاف (اولى) من عدم ثبوت الخيار بالتصرف.

لكن الظاهر ان القول بالخيار وردّ القيمة اصح، اذ الانعتاق ليس اتلافا وتصرفا، فالدليل الدال على ان الاتلاف و التصرف يسقطان الخيار لا يشمله.

و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه ، لان بيعه ممن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية .

و الحاصل انا اذا قلنا : ان الملك فيمن ينعتق عليه تقديرى لاحقيقى فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المالية ، و سلكه فى سلك مالا يتمول .

لكنه حسن من علمهما

(و منه) اى مما ذكرنا فى عدم خيار المشترى (يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (لان بيعه ممن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية) فهو اقدم على اسقاط خيار نفسه بعلمه ان مايبيعه يتلف و ينعدم .

و قد ظهر بالاشكال فى ماذكره المشترى الاشكال فيماذكره هنا فى البائع .

(والحاصل) فى بيان عدم خيار البايعين فى المقام (انا اذا قلنا : ان الملك فيمن ينعتق عليه) كالمشترى مثلا (تقديرى لاحقيقى) فلا اثر للبيع الا الاعتاق ، ولا اثر له فى ملك المشترى له (فالمعاملة عليه) اى على من ينعتق (من المتبايعين مواطاة) و تبان (على اخراجه عن المالية و سلكه) اى ادخاله (فى سلك مالا يتمول) و مثله لاخيار فيه ، لالهذا ولا لذاك .

اما اذا قلنا ان الملك حقيقى ، فاللازم القول بوجود الخيار فيه .

(لكنه) اى عدم الخيار (حسن من علمهما) بذلك ليتحقق المواطاة

. . . . . .

فتأمل .

و قد يقال : ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على ان الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع ، اوبعد ثبوت الملك آناما ، او الاول بالاول ، و الثانى بالثانى او العكس .

فعلى الاولين والاخير يقوى القول بالعدم ، لانصية اخبار العتق .

و الافان جهلا فلامواطاة ، ولا يكون وجه بعدم الخيار ، كما انه اذا جهل احدهما لا وجه لعدم خياره (فتأمل) .

لعله اشارة الى بعض ماذكرناه من الاشكال .

و كيف كان فالاظهر الخيار حتى مع علمهما .

(وقد يقال) و القائل صاحب المقابيس (ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (مبنى على ان الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع ، او) انهما يحصلان (بعد ثبوت الملك آناما ، او) يحصل (الاول) الخيار (بالاول) بمجرد البيع (و الثانى) الانعتاق (بالثانى) بعد ثبوت الملك آناما (او) يحصل (العكس) فالخيار يحصل بعد ثبوت الملك آناما و الانعتاق يحصل بمجرد البيع .

(فعلى) ثلاث احتمالات (الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم) اى بعدم الخيار مطلقا لا فى العين ولا فى القيمة (لانصية اخبار العتق) من اخبار الخيار ، فتقدم اخبار العتق على اخبار الخيار ـ و هذا وجه عدم الخيار فى العين ـ و وجه الأنصية لقوة ادلة انعتاق العمودين (الآباء و الابناء) ان الحرية سريعة التأثير ، كما قرر فى كتاب العتق .

. . . . . .

و كون القيمة بدل العين ،فيمتنع استحقاقها من دون المبدل ولسبق تعلقه على الاخير .

و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين ودفعا للمنافات من البين و عملا بالنصين ، وبالاجماع

(و) اما وجه عدم الخيار فى القيمة فلما ذكره بقوله : و(كون القيمة بدل العين ، فيمتنع استحقاقها) اى القيمة (من دون المبدل) الذى هو العين .

و ذلك لوضوح ان البدل قائم مقام المبدل ، فاذا لم يكن مبدل ،لم يقم شئ مقامه .

ثم ذكر وجها آخر لعدم القيمة بقوله : (و لسبق تعلقه) اى تعلق الانعتاق بالعين على تعلق حق الخيار بها، بناءا (على) الوجه (الاخير) من حصول العتق بالعقد ، والخيار بالملك ، فانه بمجرد العقد عتق ، فلم يرد عليه الخيار ، حتى يكون له بدل هو القيمة .

(و يحتمل قريبا الثبوت) للخيار بالنسبة الى القيمة دون العين (جمعا بين الحقين) حق الخيار و حق الانعتاق (ودفعا للمنافات من البين) .

اذ لا منافاة من ان لا يكون له خيار فى العين ،ريكون له خيار فى القيمة (وعملا بالنصين) دليل الخيار ودليل الانعتاق بمجرد الشراء .

ثم عطف على قوله « جمعا » قوله : (وبالاجماع) فهو دليل آخر للخيار فى القيمة .

على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين .

و تنزيلا للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما .

و للعتق بمنزلة تلف العين .

و حاصله انه قام الاجماع (على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين) العبد و قيمته « اى المعوض و العوض » .

و حينئذ فاذا فسخ البائع فاما ان يرجع اليه « العبد » و ذلك غير ممكن لانه انعتق .

و اما ان يرجع اليه « قيمته » و هذا لا محذور فيه ، فاللازم القول به

(و) هناك دليل ثالث لاخذ القيمة ، و هو انه اذا ظهر عيب فى احد العوضين ، ولم يمكن الرد ، لتصرف مثلا ، اخذ الفاسخ الارش والقيمة هنا « فى بيع العبد » نازلة منزلة الارش .

فاذا لم يمكن استرداد البائع الفاسخ لنفس العبد ، كان له اخذ القيمة (تنزيلا ل) اثر (الفسخ) فى المقام ، و اثر الفسخ هو اخذ القيمة (منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما) اى فى المبيع او الثمن .

(و) هناك دليل رابع لاخذ القيمة ، وهو انه اذا تلف الشئ الذى فيه العيب ، كان للفاسخ ان يطلب الطرف بالتدارك للعيب فانه و ان لم يمكنه ارجاع المعيب التالف لكنه يمكنه طلب التدارك ، و فى المقام كذلك تنزيلا (للعتق بمنزلة تلف العين) .

اقول و يمكن توجيه قوله « تنزيلا » الخ بمعنى غير ما ذكرناه لكن ما ذكرناه اظهر .

. . . . . .

و لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا بـــاع بشرط العتق ، فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى ، او تعيب بمايوجب ذلك .

و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام .

(و) هناك دليل خامس لاخذ القيمة هو وجود مثل مسألة الانعتاق فى كلامهم ، ولم يحكموا بعدم الخيار ، بل قالوا بالخيار و الرجوع الـى القيمة (لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا بـــاع) البائع العبد (بشرط العتق ، فظهر كونه ممن ينعتق على المشتـــرى) فانه حيث لم يف المشترى بالشرط لحصول الانعتاق قبل ان ينعتق كان للبائع فسخ العقد ، فاذا فسخ اخذ القيمة حيث لا يتمكن من ردّ نفس العين

و هناك مثال آخر لحكمهم بالقيمة ، و هو ماذكره بقوله : (او تعيـب بمايوجب ذلك) اى الانعتاق ، فان الانسان اذا اشترى عبدا فتعيـــب العبد ببعض العيوب انعتق تلقائيا ، فاذا انعتق صار من تخلف الشرط « شرط عتق العبد » الذى شرطه البائع على المشترى ، فللبائـــع ان يفسخ بتخلف الشرط ، فاذا فسخ اخذ القيمة .

(و الظاهر عدم الفرق بينه) اى بين حكمهم فى الموردين بالقيمـــة (و بين المقام) الذى هو انعتاق العبد على المشترى لوحدة المنـــاط فيهما .

فكما يرجع البائع فى الموردين الى القيمة ، كذلك يرجع البائع الـى القيمة فى المقام .

. . . . . .

وعلى الثالث يتجه الثانى لمامر و لسبق تعلق حق الخيار وعروض العتق .

ثم قال : وحيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد ، وفى العتق انه بعد الملك و دل ظاهر الاخبار ، وكلام الاصحاب على

(وعلى الثالث) وهو كون الخيار بالبيع و الانعتاق بعد ثبوت الملك

و هذا عطف على قوله « فعلى الاولين و الاخير » (يتجه الثانى) اى القول بالخيار حيث قال « و يحتمل قريبا الثبوت » (لمامر) فى قوله « جمعا بين الحقين الخ » فاذا فسخ اخذ القيمة (ولسبق تعلق حق الخيار ، وعروض العتق) و السابق احق .

ولا يخفى ان قوله « و لسبق » تتميم لقوله « لمامر » لانهما دليلان .

بيان ذلك ان تقدم حق الخيار يقتضى ان يكون له الخيار ، لكن حيث دليل العتق موجود ، لا يمكن رد العين فاللازم القول « بالقيمة » جمعا بين الحقين .

فقوله « لمامر » وجه القيمة .

و قوله « لسبق » وجه اصل الخيار ، وقد كان من الاحسن ان يقول « لسبق تعلق ... الخ بضميمة مامرّ من الجمع بين الحقين ... الخ » .

(ثم قال) صاحب المقابيس (و حيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد ، و فى العتق انه بعد الملك) لان العقد علة الخيار ، و العتق انما يقع فى الملك (و دل ظاهر الاخبار ، وكلام الاصحاب على

ان احكام العقود و الايقاعات تتبعها بمجرد حصولها اذا لم يمنع عنها مانع ــ من غير فرق بين الخيار وغيره ــ بل قد صرّحوا بان الخيار يثبت بعد العقد، و انه علة، والمعلول لا يتخلف عن علته كما ان الانعتاق لا يتخلف من الملك .

فالاقرب هو الاخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال اليه الشهيد ان لم يثبت الاجماع على خلافه .

و يؤيده اطلاق الاكثر .

ان احكام العقود) اى الاحكام المترتبة على العقود (والايقاعات تتبعها) اى تتبع تلك الاحكام العقود و الايقاعات (بمجرد حصولها) اى حصول العقود و الايقاعات (اذا لم يمنع عنها) اى عن تلك الاحكام (مانع ــ من غير فرق) فى تلك الاحكام (بين الخيار وغيره ــ) من سائر الاحكام (بل قد صرّحوا بان الخيار يثبت بعد العقد) بلافصل (و انه) اى العقد (علة ،والمعلول) الذى هو الخيار(لا يتخلف عن علته) لاستحالة تخلف المعلول عن العلة (كما ان الانعتاق) المعلول للملك (لا يتخلف من الملك) و لو بلحظة .

(فالاقرب هو الاخير) جواب «و حيث كان المختار» .

و مراده «بالاخير» القول بالخيار و استرداد القيمة (كما هو) الخيار (ظاهر المختلف و التحرير و مال اليه الشهيد) الاول(ان لم يثبت الاجماع على خلافه) اى على خلاف الخيار .

(و يؤيده) اى يؤيد الخيار(اطلاق الاكثر) فانهم اطلقوا ان خيار

. . . . . .

و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء ، انتهى كلامه رفع مقامه .

اقول ان قلنا : انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقايل خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول

المجلس فى كل عقد ، فيشمل «البيع ممن ينعتق عليه» .

(و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع) الشامل لما نحن فيه (من غير استثناء) .

فان ابن زهرة لم يستثن بيع العبد ممن ينعتق عليه (انتهى كلامه رفع مقامه) .

و قد اشكل المصنف على المقابيس اولا بقوله : (اقول) ان المقابيس قال «اذا قلنا بان الخيار بالعقد و الانعتاق عقيب الملك فللبائع الخيار»

و اشكل عليه المصنف بانه غير مستقيم و ذلك لان خيار البائع معناه استرداد ما اعطى و دفع الثمن .

و حيث ان العبد صار حرا لا يمكن للبائع استرداد ما اعطى و لذا فلا خيار له ، فانه (ان قلنا : انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقايل) بان يتراضيا به لفسخ ، بدون ان يكون هناك خيار (خروج الملك عن ملك من انتقل عنه) .

فالثمن يخرج من كيس البائع ، والمثمن يخرج من كيس المشترى (نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول)

. . . . . .

الآخر فيه و لو تقديراء لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آناما اذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه ، لان يخرج من ملك المشترى الى ملك البائع و لو تقديرا اذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق .

ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى

العوض (الآخر فيه) اى فى ملك احدهما ، لان المعاوضة معناها هذا الاستلزام (و لو) كان الدخول و الخروج (تقديرا) بان لم تكن العين موجودة ، و انما قام بدلها « كالقيمة » مقام العين بعد ملك انا ما تقديرا (لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه) .

قوله « لم يكن » جواب « ان » و « ما نحن فيه » هو بيع العبد ممن ينعتق عليه (و لو قلنا » « لو » وصلية (بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آناما) كما تقدم عن صاحب المقابيس (اذ برفع العقد) اى اسقاطه بالخيار (لا يقبل المنعتق عليه) اى العبد الذى صار حرا (لان يخرج من ملك المشترى الى ملك البائع و لو تقديرا) و اذ لم يقبل ، فلا خيار .

و انما « لا يقبل » (اذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه) شئ اصلا (سوى الانعتاق) فليس هناك ملك تقديرى للبائع على العبد المنعتق حتى يبدّل بالقيمة .

(ولا يجوز تقديره) اى العبد ـ المنعتق ـ (بعد الفسخ) من البائع (قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى

. . . . . .

الى ملك البائع ثم انعتاقه مضمونا على المشترى كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع .

و الحاصل : ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه .

و هذا غير حاصل فى مانحن فيه و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى ازيد

الى ملك البائع ثم انعتاقه مضمونا على المشترى) حتى يبدّل بالقيمة (كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع) .

قوله « كما » مثال لما يمكن ان يفرض فيه الملك التقديرى ، و هو ان المشترى اذا باع السلعة التى اشتراها شراء خياريا ، ثم فسخ البائع المعاملة فانه يصح الخيار ، اذ يفرض ان السلعة المبيعة دخلت فى ملك المشترى آناما ، ثم تلفت مضمونة على المشترى ، فيجب عليه اعطاء قيمتها للبائع حتى يسترد منه ثمنها .

و مثل هذا الملك التقديرى غير موجود فى انعتاق العبد اذ العبد لا يمكن تقدير رجوعه الى ملك المشترى آناما ، اذ الحر لا يعقل ان يكون عبدا .

(و الحاصل : ان الفاسخ) البائع للعبد ـ فى مانحن فيه ـ (يتلقى الملك) كالعبد فى المثال (من المفسوخ عليه) المشترى و لو لم يكن هذا فلا خيار .

(و هذا) التلقى (غير حاصل فى مانحن فيه) اذ العبد المنعتق لا يمكن تصور رجوعه الى ملك المشترى آناما (و ان قلنا) عطف على « ان قلنا انه يعتبر» (ان الفسخ لا يقتضى ازيد

. . . . . .

من ردّ العين ان كان موجوداء و بدله ان كان تالفاء او كالتالف ولايعتبر فى صورة التلف امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلفء كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ ،والرجوع الى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع بشرط العتق.

ثم ظهور المبيع منعتقا على المشترى

من ردّ العين) استرداد البائع من المشترى (ان كان موجوداء و) ردّ (بدله ان كان تالفا او كالتالف) .

مثل ما اذا باعه المشترىء او انعتق عليهء او القى فى البحرء او غصبه غاصبء فان كل هذه الامور تجعل العين كالتالف (و) قلنا : (لا يعتبر فى صورة التلف) وكالتلف (امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه) المشترى (و تملكه منه) عطف توضيح على قوله «تقدير» كما ان قوله «ولا يعتبر» عطف توضيح على قوله (لا يقتضى) (بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف) فانه ان لم يفسخ البائع اخذ الثمن ، وان فسخ اخذ القيمة و المشترى ضامن لاحد الامرين على سبيل البدل (كما يشهد به) اى بما ذكرناه من قولنا «ان قلنا ان الفسخ ..الخ» وعدم الاحتياج الى الملك التقديرى (الحكم بجواز الفسخ ،والرجوع الى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع بشرط العتق) .

(ثم ظهور المبيع منعتقا على المشترى) مع ان العبد المنعتق لا يرجع

. . . . . .

و حكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف الى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا، و الرجوع الى القيمة الامع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه.

فالاقوى العدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذى هو

آنا ما «تقديرا» الى ملك المشترى، بل (و حكمهم برجوع الفاسخ) البائع (الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم، مع) وضوح (عدم) ملك آنا ما، لعدم (امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال) من المشترى الى المشترى الثانى (الذى هو بمنزلة التلف).

قوله «الذى» صفة «انتقال» (الى الفاسخ) البائع، و(الى) متعلق بـ «عود» (كان الاوفق بعمومات الخيار) الشاملة لكل بيع، حتى بيع العبد ممن ينعتق عليه، و «كان» جواب «و ان قلنا ان الفسخ .. الخ» (القول به هنا) فى بيع العبد ممن ينعتق عليه (و الرجوع) اى رجوع البائع الفاسخ (الى القيمة) حيث يتعذر العين لتحرر العبد (الامع اقدام المتبايعين على المعاملة) اقداما (مع العلم) اى علمهما (بكونه) اى كون العبد (ممن ينعتق عليه) اى على المشترى ـ مثلا ـ.

(فالاقوى) فى صورة علمهما بانعتاقه (العدم) اى عدم الخيار.

و وجه عدم الخيار مع علمهما (لانهما قد تواطئا) تواطئا واقعيا (على اخراجه) اى العبد (عن المالية) لانه باع و هو يعلم انه يخرج عن المالية و المشترى اشترى و هو يعلم انه يخرج عن المالية (الذى هو) اى البيع

بمنزلة اتلافه .

و بالجملة : فان الخيار حق فى العين ، و انما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء .

فاذا كان نقل العين ابطالا لماليته و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى

(بمنزلة اتلافه) .

لكنك عرفت سابقا ان التواطئ على الاتلاف لا يستلزم سقوط الخيار بعد الاطلاقات .

(و بالجملة : فان الخيار حق فى العين ، وانما يتعلق) هذا الحق (بالبدل) للعين كالقيمة (بعد تعذره) اى تعذر العين .

و لا يخفى ان « العين » مؤنث سماعا ، و انما استعملها الشيخ مذكرا بتاويل لفظ « الشئ » (لا ابتداء) اذا فاللازم ان يتعلق حق الخيار بالعين ، و اذا لم يمكن تعلقه بالعين لم يكن وجه لتعلقه ببدل العين

(فاذا كان نقل العين) كبيع العبد ممن ينعتق عليه (ابطالا لماليته و تفويتا لمحل الخيار) .

و المراد بمحل الخيار « العين » فانه اذا باع العبد بمن ينعتق عليه كان ابطالا لمالية العبد ، لانه ينعتق فورا (كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه) فانه اذا باع بشرط عدم الخيار لم يكن خيار كذلك اذا باع بما يعلم انه يخرج عن المالية فورا .

و عليه (فلم يحدث حق فى العين) اى العبد (حتى) اذا تعذرت

يتعلق ببدله .

و قدصرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع و نقله الى من ينعتق عليه كالاتلاف له من حيث المالية .

فدفع الخيار به اولى و اهون من رفعه ، فتأمل .

و منها : العبد

العين (يتعلق) ذلك الحق (ببدله) اى ببدل العين .

(و قدصرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع) اى ما لو اتلف نفس البائع المبيع لانه فوّت محل الخيار (و نقله الى من ينعتق عليه كالاتلاف له) « نقله » مبتدء و « كالاتلاف » خبره (من حيث المالية) « من » بيان « كالاتلاف » .

فان الاتلاف اذهاب العين و « النقل الى من ينعتق عليه » اذهاب القيمة .

(فدفع الخيار به) اى بالبيع ممن ينعتق عليه بان يقال : انه لاخيار اصلا (اولى و اهون من رفعه) بان يقال : حدث الخيار ، لكنه ارتفع بسبب الانعتاق .

و انما كان اولى لانه لافائدة فى جعل خيار لااثر له اصلا ، لفرض انه لايمكن ان يؤخذ بمثل هذا الخيار (فتأمل) .

اذ كون الدفع اهون من الرفع ليس الا امرا اعتباريا ، فلايمكن ان يكون مستنداً لحكم شرعى .

(و منها) اى من موارد الاستثناء عن حكم خيار المجلس (العبد

المسلم المشترى من الكافر بناءا على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا فانه قد يقال : بعدم ثبوت الخيار لاحدهما .

اما بالنسبة الى العين ، فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم ، و تمليكه اياه .

و اما بالنسبة الى القيمة فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكه الاصلى ، ولو تقديرا لتكون

المسلم المشترى من الكافر) فانه لا خيار ، لا للكافر ولا للمسلم فى رده بخيار المجلس (بناءا على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا) .

نعم يملكه اضطرارا ، كما اذا كان لكافر عبد كافر ، فاسلم العبد فانه يملكه قبل ان يباع عليه ، بلا اشكال .

ففى رواية حمّاد عن الصادق عليه السلام ان اميرالمؤمنين عليه السلام اتى بعبد ذمّى قد اسلم ، قال اذهبوا فبيعوه من المسلمين ، وادفعوا ثمنه لصاحبه ، ولا تقروه عنده (فانه قد يقال : بعدم ثبوت الخيار لاحدهما) لا البائع الكافر ، ولا المسلم المشترى .

(اما بالنسبة الى) عدم الخيار فى (العين ، فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم ، و) لا (تمليكه اياه) فلا يحق للكافر ان يتملك مسلما ، و لا يحق لمسلم ان يملّك كافرا عبدا مسلما .

(و اما بالنسبة الى القيمة) بان يقال : ان له الخيار فاذا فسخ اخذ القيمة ـ حيث يتعذر اخذ العين ـ (فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكه الاصلى ، ولو) رجوعا (تقديرا) آنامّا (لتكون)

مضمونة له بقيمته على من انتقل اليه ، و رجوع المسلم الى الكافر غير جائز

و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد ره حيث قال : انه يبـــاع و لا يثبت له خيار المجلس ، ولا الشرط .

و يمكن ان يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط ، و ان ثبـــت للمشترى فيوافق كلام فخر الدين فى الايضاح ، من ان البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ و بالنسبة الى المشترى كالبيع

العين بعد رجوعها و تلفها فى يد المالك الاصلى (او كالتلف) (مضمونة له) اى لنفع ذى الخيار (بقيمته على من انتقل اليه) العين (و) الحال ان (رجوع) العبد (المسلم الى الكافر غير جائز) فلا ملك تقديرى لـــه آناما ، فلا خيار ، فلا قيمة .

(وهذا) اى عدم الخيار (هو المحكى عن حواشى الشهيد) الاول (ره حيث قال : انه) اى العبد المسلم الذى فى يد الكافر (يباع) رغما عليه (ولا يثبت له) اى لهذا العبد (خيار المجلس ، ولا الشرط) سواء من جانب الكافر البائع ، او المسلم المشترى .

(و) لكن (يمكن ان يريد) الشهيد ره (بذلك) اى بقوله « ولا يثبت » (عدم ثبوت الخيار للكافر فقط ، وان ثبت) الخيار (للمشترى) المسلم .

و عليه (فيوافق) كلام الشهيد (كلام فخر الدين فى الايضاح ، من ان البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ) فليس بالنسبة الى الكافر بيع اصلا ، و انما هو صورة البيع ، و المقصود منها انقاذ العبد المسلم من يـــده (و بالنسبة الى المشترى كالبيع) فى الاحكام .

بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لان الملك سبيل و انماله حق استيفاء ثمنه منه .

لكن الانصاف انه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى ايضا ، لان الظاهر من قوله : البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين ، مع انه لا معنى لتحقق العقد البيعى من

و انما لم يكن (بيع) حقيقة بالنسبة الى المشترى لانه ليس لنا بيع من جانب واحد .

و هذا الكلام من الفخر (بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له) اى للعبد المسلم فاذا لم يملكه لا معنى لكونه بيعا، بل انقاذ (لان الملك سبيل) و قد قال سبحانه: لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكَافِرِيْنَ عَلَى الْمُؤْمِنِيْنَ سَبِيْلاً (و انماله) اى للكافر (حق استيفاء ثمنه) اى ثمن العبد (منه) اى من المشترى ـ صورة ـ .

(لكن الانصاف انه على هذا التقدير) اى تقدير كونه انقاذا من الكافر (لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى ايضا) كما انه ليس للبائع (لان الظاهر من قوله : البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين) و قد ذكر انه لا بيع من طرف الكافر .

و اذا لم يكن بيع من طرف فلا خيار حتى من طرف الشخص الآخر ـ الذى هو المشترى ـ .

هذا اولا (مع انه) يرد عليه اشكال آخر ،وهو : انه (لا معنى لتحقق العقد البيعى من

طرف واحد فان شروط البيع ان كانت موجودة تحقق من الطرفين و الا لم يتحقق اصلا ، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه .

طرف واحد) و عليه فلا بيع اصلا ، و اذ لم يكن بيع لم يكن وجه لخيار المسلم الذى هو فى صورة المشترى .

و انما لا يتحقق البيع من طرف واحد لما ذكره بقوله : (فان شروط البيع ان كانت موجودة) فى بيع العبد المسلم عن يد الكافر (تحقق) البيع (من الطرفين) الكافر و المسلم (و الا لم يتحقق اصلا ، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه) .

و ليس معنى ذلك استحالة ان يحكم الشارع باحكام البيع على طرف دون طرف ، حتى يقال : بانه ليس من الاحكام العقلية الموجبة لعدم امكان تصرف الشارع فيها ، بل معناه ان ظواهر الادلة خلافه هذا .

و اما ما ذكره من بيع الحربى من ينعتق عليه ، فهو مسألة اخرى ، وهى انه لو قهر الكافر الحربى اباه ـ مثلا ـ فتسلط عليه ، ثم باعه من مسلم ففيه ثلاثة اقوال .

الاول : انه بيع من الطرفين ، اما من طرف الكافر البائع فلقاعدة اقرارهم على دينهم ، و اما من طرف المسلم المشترى فلصحة اشترائه هذا العبد .

الثانى : انه ليس بيعا من احدهما ، اذ الكافر لا يملك اباه فان احكام الله شاملة للكافر و المسلم ، و لذا كان الكفار مكلفين بالفروع كتكليفهم

. . . . . .

و الاقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الاكثر، و صريح كثير، ثبوت الخيار فى المقام و ان تردد فى القواعد بين استرداد العين او القيمة .

بالاصول ، و يكون العقاب على تركهم لكلا الامرين ، و اذ لم يكن ملك فلا بيع من طرف الكافر ، فلا اشتراء من طرف المسلم ، اذ لا تتحقق معاملة من طرف واحد ، بل يكون اعطاء المشترى الثمن للكافر من جهة الانقاذ فقط .

الثالث : انه بيع من طرف واحد و هو المشترى ، اذ لا محذور فيه ، و انما لم يكن بيعا من طرف الكافر لوجود المحذور .

و هذا القول هو الذى رده بعض (نقله المصنف) من انه غير صحيح لانه ان وجدت شروط البيع تحقق من الطرفين ، والا لم يتحقق من اى منهما

ولا يخفى ان الاقرب فى هذه المسألة انه بيع من الطرفين لاقرار الكفار على اعمالهم ، اذ كانوا اهل كتاب .

(و) كيف كان ، فـ (الاقوى فى المسألة) مسألة اشتراء العبد المسلم من الكفار (وفاقا لظاهر الاكثر ، وصريح كثير : ثبوت الخيار فى المقام) لكل من الكافر البائع ، والمسلم المشترى (و ان تردد فى القواعد) فى ما اذا اخذ احدهما بالخيار (بين استرداد العين او القيمة) .

العين ، لانه غير ضار استرداده لما يأتى من قوله (لان تقدير المسلم .. الخ) .

و القيمة ، لانه يفهم من كلام الشارع انه لا يريد سلطة الكافر على المسلم ، فاذا تعذرت العين فالقيمة .

و ماذكرنامن ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك فى ملك المالك الاصلى ، لو اغمضنا عن منعه كماتقدم فى المسألة السابقة غير قادح هنا ، لان تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم .

و لذا جوزنا له شراء من ينعتق عليه .

(و) ان قلت : انه لايمكن استرداد القيمة ، لانه لايكون الا بعد ان يفرض دخول العين فى ملك الكافر وتلفها او كالتلف و تبدلها بالقيمة ، كما ذكرتم سابقا ، والحال ان العبد المسلم لايكون ملكا للكافر .

قلت : (ماذكرنامن ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك فى ملك المالك الاصلى) .

اولا : نمنعه اذ لا دليل على ذلك ، اذ الخيار حكم شرعى وللشارع ان يجعله و ان لم يمكن ارجاع الملك حقيقة ولا تقديرا ، و فائدة الخيار حينئذ الرجوع الى القيمة (لو اغمضنا عن منعه كماتقدم فى المسألة السابقة)

و ثانيا نقول : انه (غير قادح هنا) فى بيع الكافر للعبد المسلم و ان كان قادحا فى اشتراء المسلم اباه مثلا .

و الفارق بين المقامين ماذكره بقوله : (لان تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه) اى على المسلم (بدله) للكافر ثم يبدل الى القيمة (ليس سبيلا للكافر على المسلم) المحذور شرعا ، حيث قال تعالى: لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكَافِرِيْنَ عَلَى الْمُؤْمِنِيْنَ سَبِيْلاً .

(ولذا جوزنا له) اى للكافر (شراء من ينعتق عليه) من عبد مسلم ، لانه

و قدمرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين .

و منها : شراء العبد نفسه بناءا على جوازه .

فان الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة الى القيمة لعدم شمول ادلة الخيار له .

و اختاره فى التذكرة ، و فيها ايضا : انه لو اشترى جمدًا فى شدة الحرّ

انقاذ للمشترى بدون ان يكون للكافر سبيل عليه يوجب مخالفة الآية (و قدمرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين) فراجع .

و هذا بخلاف ملكية المسلم لاحد العمودين نقلا ، فانه بعد ان تحرّر العبد لا يرجع الى الملكية و لو آناما .

(ومنها) اى من الموارد المستثناة من خيار المجلس (شراء العبد نفسه بناءا على جوازه) لشمول اطلاق الادلة له ، بخلاف احتمال عدم الجواز ، لانه ومافى يده لمولاه ، فكيف يجوز ان يشترى مال المولى (و هو نفسه) بمال آخر للمولى (و هو مافى يده) .

(فان الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة الى القيمة) فلا يحق للمولى ولا للعبد الذى اشترى نفسه الخيار للمجلس (لعدم شمول ادلة الخيار له) .

و ذلك لما ذكرناه فى المستثنى الاول ، من ان الحرّ لا يمكن ان يدخل فى الملك و لو آناما ، و لو لاجل ان يبدل بالقيمة .

(و اختاره) اى عدم الخيار فى هذا المورد (فى التذكرة ، و) قال العلامة (فيها) اى فى التذكرة (ايضا : انه لو اشترى جمدًا فى شدة الحرّ

. . . . . .

ففى الخيار اشكال ، و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار .

فلايندفع الاشكال بمافى جامع المقاصد من ان الخيار لايسقط بالتلف لانه لايسقط به اذا ثبت قبله ، فتأمل .

ففى الخيار) للمجلس لايهما (اشكال ،ولعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين) التى يكون فيها الخيار(للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار) و شدة الحر تذيب الثلج بحيث لاتبقى تمام العين .

(فلا يندفع الاشكال) اى اشكال العلامة فى وجود خيار المجلس فى بيع الجمد (بمافى جامع المقاصد من ان الخيار لايسقط بالتلف) .

و انما لايندفع الاشكال ، لان كلام العلامة فى ان المنصرف من ادلة خيار المجلس ماكان قابلا للبقاء ، فلاخيار اصلا .

و هذا مابينه المصنف فى وجه عدم اندفاع الاشكال بقوله(لانه) اى الخيار (لايسقط به) اى بالتلف (اذا ثبت) الخيار (قبله) اى قبل التلف لكن كلام العلامة انه ليس المقام مورد الخيار اصلا (فتأمل) من انه لاوجه لكلام العلامة ، اذ اطلاقات ادلة خيار المجلس تشمل مثل بيع الجمد فاللازم القول بالخيار و الرجوع الى البدل بعد ان تلف الجمد .

ثم انهم ذكروا موارد اخر قالوا بعدم دخول خيار المجلس فيها ، كالبيع على محتكر الغلة ، والعبد المشترى من الزكاة ، ومالو كان الثمن ممن ينعتق على البائع و البيع على المفلس الى غير ذلك .

مسئلة

لا يثبت خيار المجلس فى شئ من العقود، سوى البيع عندعلمائنا، كمافى التذكرة.

وعن تعليق الارشاد وغيرهما.

وعن الغنية الاجماع عليه.

وصرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك ايضا، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة.

(**مسألة**: لا يثبت خيار المجلس فى شئ من العقود، سوى البيع عند علمائنا كمافى التذكرة).

و ذلك لعدم الدليل عليه و الاصل العدم، اذ الاصل فى العقود اللزوم لماسبق فى بيان الاصل فى اول باب الخيارات.

(و) حكى الاجماع بدون لفظ: عندعلمائنا (عن تعليق الارشاد و غيرهما) من بعض الكتب الاخر.

(وعن الغنية الاجماع عليه) صريحا.

(وصرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك ايضا) و انه لاخيار للمجلس فى سائر العقود (بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض) اى المضاربة (و الحوالة و الوديعة) هذا.

. . . . . .

الا انه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال : و اما الوكالة و الوديعة ،والعارية ، و القراض ،و الجعالة ،فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع ،انتهى .

و مراده خيار المجلس و الشرط .

و حكى نحوه عن القاضى ، و لم يعلم معنى الخيار فى هذه العقود بل جزم فى التذكرة بانه لا معنى للخيار فيها لان الخيار فيها ابدا .

و احتمل فى الدروس ان يراد بذلك عدم جواز التصرف

(الا انه) اى الشيخ (فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار، و التى لا يدخلها) ذكر ما ينافى ما تقدم .

فانه (قال : و اما الوكالة و الوديعة ،والعارية ،والقراض ،والجعالة ، فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع ،انتهى) كلامه ره .

(و مراده) بالخيارين (خيار المجلس و الشرط) كما يظهر من سابق كلامه .

(و حكى نحوه عن القاضى) و انه يدخل فى العقود المذكورة الخياران (و لم يعلم معنى الخيار) للمجلس (فى هذه العقود) التى ذكراها (بل جزم فى التذكرة ، بانه لا معنى للخيار فيها) اى فى هذه العقود (لان الخيار فيها ابدا) فانها عقود جائزة ،والعقد الجائز يمكن فسخه فى اى وقت شاء ، لان الخيار فيه ما دام المجلس فقط .

(و احتمل) الشهيد ره (فى الدروس ان يراد بذلك) اى بوجود الخيار فى هذه العقود ما دام المجلس (عدم جواز التصرف) فى الجنس

. . . . . .

قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل فى هذه العقود لا الموجب، اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف .

فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار

(قبل انقضاء الخيار) لا ان يراد بالخيار جواز الفسخ ، حتى يرد عليه ما تقدم عن التذكرة .

و ذلك لان فى مدة الخيار الانسان ممنوع عن التصرف فى المتاع لاحتمال اخذ ذى الخيار بخياره .

و حيث ان الدروس اطلق كلامه مع وضوح ان الموجب للعقد يحق له ان يتصرف فى المتاع لان العقد غير لازم .

قال المصنف: (و لعل مراده) اى الدروس المنع عن (التصرف المرخص فيه شرعا للقابل) اى قابل العقد (فى هذه العقود) فانه ممنوع مادام خيار المجلس (لا) تصرف (الموجب) للعقد .

و انما قلنا «لا الموجب» (اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار) «على» متعلق بـ «لتوقف» .

و انما كان «لا معنى» (لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف) غير المالك «هو القابل» .

(ف) تمكن غير المالك من التصرف (هو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار) بان يقال للقابل لا تتصرف فى العارية ـ مثلا ـ الا بعد

الذى جعل الشيخ قده اثر البيع متوقفا عليه .

لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام يشهد بعدم ارادته هذا المعنى ، فانه صرح فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده : باختصاص خيار المجلس بالبيع .

و الذى يخطر بالبال ان مراده دخول الخيارين فى هذه العقود

انقضاء خيار المجلس (الذى جعل الشيخ قده اثر البيع متوقفا عليه) ((الذى)) صفة ((انقضاء الخيار)) .

فان اثر البيع من التصرف فى الجنسين للبايعين على رأى الشيخ متوقف على انقضاء الخيار و يريد الشيخ هنا ((فى هذه العقود)) ايضا بيان توقف تصرف القابل على انقضاء خيار المجلس .

اقول و اى مانع من الجمع بين خيارين الخيار لاجل المجلس، و الخيار لان العقد جائز، كما يجتمع خيار الشرط و الغبن و العيب و المجلس وغيرها .

(لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام) مقام خيار المجلس فى العقود الجائزة (يشهد بعدم ارادته هذا المعنى) الذى ذكره الدروس (فانه صرح فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده : باختصاص خيار المجلس بالبيع) فلا يمكن عادة ان يغير اجتهاده فى وسط الكلام فيقول بجريان خيار المجلس فى العقود المذكورة

(والذى يخطر بالبال ان مراده دخول الخيارين) المجلس و الشرط (فى هذه العقود

اذا وقعت فى ضمن عقد البيع فتنفسخ بفسخه فى المجلس .

و هذا المعنى و ان كان بعيدا فى نفسه ، الا ان ملاحظة كلام الشيخ فى المقام يقربه الى الذهن ، و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى الرهن و الضمان .

اذا وقعت فى ضمن عقد البيع) كما اذا باعه كتابا بدرهم ، و اشترط فى ضمن البيع اعادة قلم له ، فانه اذا فسخ البيع فى المجلس انفسخت الاعادة ايضا ، و كذا غير العارية من سائر العقود (فتنفسخ) تلك العقود (بفسخه) اى فسخ البيع (فى المجلس) او بفسخه حسب اشتراط خيار الفسخ و لو بعد المجلس .

(و هذا المعنى) بان يراد من « دخول الخيارين فى العقود الجائزة » « دخولهما فى البيع الذى فى ضمنه عقود جائزة » (و ان كان بعيدا فى نفسه ، الا ان ملاحظة كلام الشيخ فى المقام) حيث ذكر مكررا عدم دخول خيار المجلس فى العقود الجائزة (يقربه الى الذهن ، و) يؤيد ارادته ره هذا المعنى انه (قد ذكر) الشيخ (نظير ذلك) اى دخول عقد فى عقد (فى جريان الخيارين) الشرط و المجلس (فى الرهن و الضمان) فاراد بدخول الخيارين فى الرهن و الضمان ما اذا كان الرهن و الضمان فى ضمن البيع .

و هناك احتمال آخر فى كلام الشيخ و هو ارادته دخول خيار الشرط و المجلس فى العقود الجائزة ، و يكون للعاقد خياران ، خيار لان العقد جائز ، و خيار لانه فى المجلس ـ مثلا ـ .

. . . . . .

و صرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود، لانها جائزة، فيجوز الفسخ فى كل وقت، و هو محتمل كلام الشيخ، فتأمل.

و كيف كان فلا اشكال فى اصل هذه المسألة.

(و) هذا غير بعيد، فقد (صرح) ابن ادريس (فى السرائر بدخول الخيارين) الشرط و المجلس (فى هذه العقود، لانها) بنفسها (جائزة فيجوز الفسخ فى كل وقت) فى المجلس وغيره (و هو محتمل كلام الشيخ فتأمل).

فانه لو كان مراد الشيخ ماذكره السرائر كان جاريا فى جميع العقود الجائزة، لاخصوص العقود التى ذكرها الشيخ ـ كما تقدم ـ.

(و كيف كان) مراد الشيخ (فلا اشكال فى اصل هذه المسألة) من اختصاص خيار المجلس بالبيع فقط.

اذ لا دليل على جريانه فى سائر العقود و لو كانت لازمة.

مسئلة

مبدء هذا الخيار من حين العقد لان ظاهر النص كون البيع علة تامة ،و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض ، ولا اشكال فيه لو قلنا : بوجوب التقابض فى المجلس فى الصرف والسلم وجوبا تكليفيا .

اما للزوم الرباكما صرح به فى صرف التذكرة .

(مسألة : مبدء هذا الخيار) خيار المجلس (من حين العقد) فاذا تم العقد حان وقت الخيار سواء قدم الايجاب على القبول او بالعكس ،و سواء كان بالعقد اللفظى او بالمعاطات (لان ظاهر النص كون البيع علة تامة) و المعلول يكون بعد العلة مباشرة (و مقتضاه) اى النص (كظاهر الفتاوى شمول الحكم) بوجود خيار المجلس (للصرف) و هو بيع النقود (و السلم) و هو البيع الذى يقدم فيه الثمن و يؤخر فيه المثمن ـ عكس النسيئة ـ .

و هذان البيعان يشترط فيهما التقابض فى المجلس و الا بطلا، و (قبل القبض) فيهما يكون الخيار (ولا اشكال فيه) اى فى الخيار قبل القبض (لو قلنا : بوجوب التقابض فى المجلس فى الصرف و السلم وجوبا تكليفيا) بانه تكليف شرعى فى قبال الوجوب الشرطى ـ كما سيأتى ـ وانما كان التقابض واجبا شرعيا .

(اما للزوم الرباكما صرح به فى صرف التذكرة) فانه اذا باع مثقالا من

و اما لوجوب الوفاء بالعقد و ان لم يكن بنفسه مملكا لان ثمرة الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض اما لو قلنا : بعدم وجوب التقابض و جواز تركه الى التفرق المبطل للعقد، ففى اثر الخيار خفاء لان المفروض بقاء

الذهب الايرانى بمثقال من الذهب العراقى ، ثم لم يأخذ احدهما و اخذ الآخر، فالذى اخذ صار عنده زيادة حكمية ، اذ قيمة المثقال نقدا «دينار مثلا» اما قيمة الدينار المتأخر دفعه دينار الا درهم .

لكنك خبير بان هذه العلة غير مطردة لانها لا تأتى فى السلم ولا فى ما اذا كان تأخير اعطاء احدهما قليلا بحيث لا يقابل بشئ من النقيصة فى المالية ، و لا فيما اذا كان ذهب بفضة فى الصرف .

(و اما لوجوب الوفاء بالعقد) فمن الوفاء بالعقد وجوب ان يقبض كل منهما للآخر فى الصرف ، و وجوب اعطاء الثمن فى السلم (و ان لم يكن) العقد (بنفسه مملكا) و انما يحصل ا لملك بالتقابض .

و انما قلنا : لا اشكال فى الخيار (لان ثمرة الخيار حينئذ) اى حين وجب التقابض (جواز الفسخ) بالخيار (فلا يجب التقابض) .

و(اما لو قلنا : بعدم وجوب التقابض) وجوبا شرعيا ، بل وجوبه شرطى بمعنى انه ان حصل التقابض صح البيع ،و ان لم يحصل التقابض لم يحصل البيع (و جواز تركه الى التفرق) عن مجلس العقد (المبطل) ذلك التفرق (للعقد ، ففى اثر الخيار) اى خيار المجلس فى الصرف و السلم (خفاء) اذ اثر الخيار هو امكان الفسخ ، و الحال انه قبل التقابض يمكن الفسخ و ان لم يكن خيار (لان المفروض) فى الصرف و السلم (بقاء

. . . . . .

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه ، وعدم حق لاحدهما فى مال الآخر

و يمكن ان يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك .

فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير .

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه ، وعدم حق لاحدهما فى مال الآخر) مالم يحصل التقابض .

نعم اذا حصل التقابض كان للخيار اثر .

لكن قدعرفت فى اول المسألة ان خيار المجلس بعد العقد مباشرة ، لانه بعد التقابض .

(و) لكن (يمكن ان يكون أثر الخيار) قبل التقابض (خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك) اى القبض الموجب للملك .

فاذا كان خيار و ابطل فلامحل للقبض .

و اما اذا لم يكن خيار كان اثر العقد باقيا الى حين التفرق فيمكن ان يلحق به القبض .

(فلو فرض اشتراط سقوط الخيار) خيار المجلس (فى العقد) عقد الصرف و السلم (لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير) .

فاذا قال : فسخت ، لم يزل اثر العقد ، بل كان له القبض والاقباض و بذلك يكون عقدا لازما .

. . . . . .

قال فى التذكرة لو تقابضافى عقد الصرف ثم اجازافى المجلس لـــزم العقد ، و ان اجازاقبل التقابض ،فكذلك و عليهما التقابض ، فان تفرقـا قبله انفسخ العقد ٠

ثم ان تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما ٠

فان انفرد احد هما بالمفارقة عصى ، انتهى ٠

و فى الدروس يثبت ـ يعنى خيار المجلس ـ فى الصرف تقابضا اولا

(قال فى التذكرة) مؤيدا ماذكرناه من الثمرة للخيار قبل التقابـض (لو تقابضافى عقد الصرف ثم اجازا) العقد اى اسقطا خيارهما (فـــى المجلس لزم العقد) لان شرط الملك فى الصرف و هو التقابض قد حصل و الخيار اسقط حسب اسقاطهما له (و ان اجازا) العقد (قبل التقابـض ، فكذلك) لزم العقد (و عليهما التقابض) لوجوب تنفيذ العقد اللازم ٠

اذ اللازم التقابض فى المجلس ـ حسب الفرض ـ (فان تفرقا قبلـه) اى قبل التقابض (انفسخ العقد) لعدم حصول شرط صحة بيع الصرف ٠

(ثم ان تفرقا عن تراض) بينهما (لم يحكم بعصيانهما) لانه من قبيـل الاقالة بتراض ٠

(فان انفرد احد هما بالمفارقة) بدون رضى الاخر (عصى) لانه هـدم العقد اللازم تنفيذه بدون رضاية الآخر (انتهى) كلام العلامة ٠

(و) قال (فى الدروس مؤيدا ماذكرناه (يثبت ـ يعنى خيار المجلس ـ فى الصرف تقابضا ، اولا) يعنى ان الخيار ثابت ولو قبل التقابض

. . . . . .

فان التزما به قبل القبض وجب التقابض .

فلو هرب احدهما عصى و انفسخ العقد .

و لو هرب قبل الالتزام فلامعصية .

و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا، لان للقبض مدخلافى اللزوم فله تركه، انتهى .

و صرح الشيخ ايضافى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض .

(فان التزما به) اى بالعقد بان اسقطا خيارهما (قبل القبض وجب التقابض) بمقتضى لزوم العقد .

(فلو هرب) عن المجلس (احدهما) قبل التقابض بدون رضى الآخر (عصى و انفسخ العقد) .

(و) اما (لو هرب قبل الالتزام) بالعقد بان هرب و لم يكن تقابض و لاالتزام (فلامعصية) اذ لم يلزم العقد قبل التقابض ،فهو بهربه ابطل عقدا جائزا .

(و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا) حتى فيما الزما العقد قبل التقابض (لان الالزام قبل القبض لايفيد ، فان (للقبض مدخلافى اللزوم فله تركه) اى ترك القبض ، فلالزوم فله ان يبطل العقد بتفرقه عن صاحبه (انتهى) كلام الشهيد .

(و صرح الشيخ ايضافى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض) فكلامه مثل كلام الشيهد و العلامة فى ان للخيار فائدة قبل

. . . . . .

و مماذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين ـ على القول بثبوت الخيار لهما ـ من زمان اجازتهما على القول بالنقل ، و كذا على الكشف مع احتمال كونه من زمان العقد .

التقابض ايضا .

(و مماذكرنا) من ان الخيار من اول العقد ،لا بعد التقابض (يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين ـ على القول بثبوت الخيار لهما ـ) اى للمالكين (من زمان اجازتهما) « من زمان » خبر « كون » .

و انما ظهر ذلك لان نسبة العقد الى المالكين حتى يكون عقدهما يبتدء بعد الاجازة .

و اما قبل الاجازة فليس عقدهما ، و اذ لم يكن عقدهما فلا خيار لهما .

و الحاصل : ان اول عقدهما حال اجازتهما ، لا بعد ان تقابضا (على القول بالنقل) و ان الاجازة حالها حال العقد فى انها توجب نقل الملك بالاجازة (و كذا على الكشف) عن سبق النقل فى حال عقد الفضولى .

و ذلك لان الخيار لا يكون الا بعد ان يكون الخيار ذا اثر والا ثر لا يحصل الا بعد الاجازة ، و ان كشفت الاجازة عن حصول الملك عند عقد الفضولى (مع احتمال كونه) اى الخيار ـ على الكشف ـ (من زمان العقد) لان الاجازة ان كشفت عن حصول الملك من زمان العقد فلابد و ان يكون الخيار من ذلك الزمان ايضا لما ذكرناه سابقا من ان الخيار تابع للعقد و معلول له

القول

فى مسقطات الخيـــار

و هى اربعة على ماذكرها فى التذكرة اشتراط سقوطه فى ضمـــن العقد .

و اسقاطه بعد العقد .

و التفرق .

و التصرف ، فيقع الكلام فى مسائل .

(القول فى مسقطات الخيار ، و هى اربعة ، على ماذكرها) العلامة (فى التذكرة) .

الاول : (اشتراط سقوطه فى ضمن العقد) و ينبغى ان يلحق بـــه مالوكان البيع بالمعاطات ، و فى ضمن الاعطاء و الاخذ اشترطا ذلك .

(و) الثانى : (اسقاطه بعد العقد) .

(و) الثالث : (التفرق) عن مجلس العقد ، والمراد منـــه معنـــاه الاصطلاحى اى الابتعاد ، لا اللغوى ـ اى الفراق ـ عن النسبة بينهما فى حال العقد ، فان ذلك يشمل ما اذا تقاربا بعد العقد مع انه لا يوجب اسقاط الخيار قطعا .

(و) الرابع : (التصرف) فى احد المبيعين .

وعلى هذا (فيقع الكلام) فى المسقطات المذكورة (فى مسائل) .

مسئلة

لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد وعن الغنية الاجماع عليه، ويدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون او المسلمون عند شروطهم.

وقد يتخيل معارضته بعموم ادلة الخيار ويرجح على تلك الادلة بالمرجحات.

(**مسألة**: لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار) خيار المجلس (باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن الغنية الاجماع عليه، ويدل عليه قبل ذلك) اي قبل الاجماع، فان الاجماع انعقد بعد النص فالنص قبل الاجماع (عموم) الخبر (المستفيض) نقله (المؤمنون) عند شروطهم (او) كما في بعض النسخ (المسلمون عند شروطهم).

فان ذلك يدل على سقوط الخيار، لانه شرط، وكل شرط لازم الوفاء بمقتضى هذا الحديث.

(وقد يتخيل) والمتخيل صاحب الجواهر ـ كما قيل ـ (معارضته) اي حديث «المؤمنون عند شروطهم» (بعموم ادلة الخيار).

فدليل الخيار يقول ـ انه بعد الشرط ـ يوجد الخيار، ودليل المؤمنون، يقول: لا يوجد الخيار (ويرجح) المؤمنون (على تلك الادلة بالمرجحات) مثل عمل المشهور والاجماع ونحوهما.

. . . . . .

و هو ضعيف، لان الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود .

و موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم با نحصار مستندهم فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم .

(وهو) تخيّل (ضعيف) .

اذ لو قلنا : بالمعارضة لم يكن وجه لتقديم «المؤمنون» على ادلة الخيار (لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود) فكلاهما فى رتبة واحدة .

(**و**) **ان قلت**: يرجح الحديث على الادلة بموافقة عمل الاصحاب.

قلت: (موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا) للحديث (بعد العلم بانحصار مستندهم) لسقوط الخيار (فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم) .

فان عمل الاصحاب انما يكون مرجحا اذا كان هناك احتمال انهم استندوا والشيئ لم يصل الينا .

اما اذا استندوا الى شئ وصل الينا وقد رأينا انه لا يكون مستندا فلا وجه لكونه مرجحا لانا قد عرفنا خطأهم فى ذلك ، فلا يمكن الاستناد .

و ذلك كما فى الشاهد ، فان قوله حجة اذا لم يعلم مستنده .

اما اذا علم انه استند الى شئ خطأ فيسقط حجية كلامه .

مثلا : اذا قال الشاهد ان هذا الثوب نجس ، ثم علله بان فيه عرق الجنب عن الحرام ، و قد علمنا ان عرق الجنب ليس بنجس ، فانه يسقط كلام الشاهد ، و نحكم بطهارة الثوب .

. . . . . .

و نحوه فى الضعف التمسك بعموم : اوفوا بالعقود ، بناءا على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزء من العقد الذى يجب الوفاء به ، اذ فيه ان ادلة الخيار اخص فيخصص به العموم ، بل الوجه مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل

(و نحوه فى الضعف التمسك) لتقديم ((المؤمنون)) على ادلة الخيار (بعموم : اوفوا بالعقود) فى لزوم العقد بعد اسقاط الخيار (بناءا على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزء من العقد الذى يجب الوفاء به) فكانه قال : العقد الذى ذكر فيه اسقاط الخيار يجب الوفاء به (اذ فيه) ان الجزئية لا معنى لها بعد وجود دليلين ، دليل الوفاء بالعقد ، و دليل شرط عدم الخيار .

ف (ان ادلة الخيار اخص) من دليل وجوب الوفاء بالعقد (فيخصص به) اى بدليل الخيار (العموم) اى عموم الوفاء بالعقد ، و اذا بطل هذان الوجهان توجه تقديم ((المؤمنون)) على : ادلة الخيار (بل الوجه) فى التقديم (مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط) اى اذا قلنا : ان مستند سقوط الخيار ((دليل الشرط فقط)) اما اذا قلنا : بان هناك دليل آخر كالاجماع و نحوه .

فوجه سقوط الخيار اوضح لـ (عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة) اى معارضة دليل ((المؤمنون)) و ذلك لحكومة دليل ((المؤمنون)) على دليل الخيار (لانها) اى ادلة الخيار (مسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل

. . . . . .

الشرع فلاينافى سقوطه بالمسقط الخارجى و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمّل فى دليل الشرط يقضى بان المقصود منه رفع اليدعن الاحكام الاصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فى حيّز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلك الاحكام.

فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالنذر، و

الشرع) اى انه حكم اوّلى، ينفذ لوخلى وطبعه (فلاينافى سقوطه بالمسقط الخارجى) بحكم ثانوى (و) المسقط (هو الشرط لوجوب العمل به شرعا).

فان حال الشرط حال النذر، حيث انه وارد على الاحكام الاولية.

هذا اذا قلنا ان بين دليل الخيار و دليل الشرط تعارض (بل التأمّل فى دليل الشرط يقضى) عدم التعارض اصلا.

و ذلك (ب) سبب (ان المقصود منه) من دليل الشرط (رفع اليدعن الاحكام الاصلية) اللا اقتضائية ـ لوضوح ان الشرط لايقدر ان يرفع الاحكام الاقتضائية كوجوب الصلاة و حرمة شرب الخمر ـ (الثابتة) تلك الاحكام (للمشروطات قبل وقوعها) اى وقوع تلك المشروطات (فى حيّز الاشتراط) فالبيع ـ الذى شرط فيه عدم الخيار ـ مشروط له حكم الخيار فقبل وقوعه فى حيز شرط سقوط الخيار، له هذا الحكم.

اما اذا وقع فى حيّز الشرط فيسقط منه هذا الحكم (فلا تعارضه) اى لاتعارض دليل الشرط (ادلة تلك الاحكام) الاولية.

فحاله) اى حال دليل الشرط (حال ادلة وجوب الوفاء بالنذر، و

العهد فى عدم مزاحمتها بادلة احكام الافعال المنذورة لولا النذر .

و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط وعدم معارضتها للاحكام الاصلية حتى يحتاج الى المرجح استشهاد الامام فى كثير من الاخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية .

منها : صحيحة مالك بن عطية ، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كانت تحت ابيه جارية مكاتبة

العهد فى عدم مزاحمتها) اى عدم مزاحمة ادلة وجوب الوفاء (بادلة احكام الافعال المنذورة) الثابتة تلك الاحكام (لولا النذر) .

مثلا : الصوم فى رجب «فعل» له حكم «هو الاستحباب» فاذا نذره صار «الصوم» واجبا .

فدليل ان الصوم مستحب لا يزاحم دليل النذر المقتضى لوجوبه .

(و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط) على ادلة الخيار (وعدم معارضتها) اى ادلة الشرط (للاحكام الاصلية) مثل دليل الخيار الذى هو حكم اصلى (حتى يحتاج) دليل الخيار (الى المرجح استشهاد الامام) عليه السلام (فى كثير من الاخبار بهذا العموم) اى عموم : المؤمنون عند شروطهم (على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية) فان الاستشهاد يدل على الحكومة .

(منها : صحيحة مالك بن عطية ، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كانت تحت ابيه جارية) مملوكة (مكاتبة) و المكاتبة هى التى تعاملت مع مولاها ان ادت اليه كذا مالا فهى حرة ، ثم

. . . . . .

قدادّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك فى مكاتبتك؟ حتى تؤدى ماعليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابى، اذا انت ملكت نفسك قالت نعم، فاعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم.

و الرواية محمولة ـ بقرينة الاجماع

ان كان كل جزء منها يتحرر بازاء اعطاء جزء من المال سميت مطلقة، و ان كانت حريتها تتوقف على اداء كل المال سميت مشروطة، و (قدادّت) هذه المكاتبة (بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد) اى ابن زوجها (هل لك ان اعينك فى مكاتبتك؟ حتى تؤدى ما عليك) بان اعطيك بعض مال الكتابة (بشرط ان لا يكون لك الخيار) فى فسخ نكاح العبد (بعد ذلك) التحرر (على ابى، اذا انت ملكت نفسك) اذ ان الامة تحت العبد اذا صارت حرة فلها ان تختار البقاء زوجة للعبد و لها ان تفسخ النكاح (قالت نعم) فالمال فى قبال البقاء (فاعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك) التحرر (قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار) ثم علله عليه السلام بقوله: (المسلمون عند شروطهم).

و الظاهر ان هذه معاملة، وهى اعطاء المال فى قبال سقوط الحق، و مثلها نافذة و يصدق عليها الشرط فليس شرطا ابتدائيا ولا شرطا فى عقد.

(و) عليه فلا حاجة الى قول المصنف (الرواية محمولة ـ بقرينة الاجماع

. . . . . .

على عدم لزوم الشروط الابتدائية ـ على صورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لازم او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال .

و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفى الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها ، لا معارضتها المحوجة

على عدم لزوم الشروط الابتدائية ـ) كما تقدم الكلام فى ذلك ، بل الشرط لا يصدق لغة و عرفا الّا على ما اذا كان فى قباله شئ ، سواء كان ضمن عقد ، او كان فى قبال شئ (على صورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لازم) اذ لو كان فى ضمن عقد جائز لم يلزم الشرط ، اذ ما ليس بلازم لا يمكن ان يكون ملزما لغيره (او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه) اى سبب الخيار (بالمكاتبة) فان المكاتبة توجب ـ بعد اعطائها مال المكاتبة ـ خيار الزوجة التى هى امة (بذلك المال) الجار متعلق باسقاط ، لان الاسقاط فى قبال المال .

(و كيف كان) الامر ، فهذه المعاملة معاملة مستقلة ، او صلح ، او غيرهما (فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفى الخيار) « على » متعلق ب « الاستدلال » (الثابت بالعمومات) فان الخيار للامة ثابت بالادلة العامة الدالة على الخيار .

فقوله (دليل) خبر « الاستدلال » (على حكومتها) اى حكومة قاعدة الشروط (عليها) اى على تلك العمومات (لا معارضتها) اى ليست القاعدة معارضة لادلة الخيار (المحوجة) تلك المعارضة اذا اردنا تقديم

. . . . . .

الى التماس المرجح .

نعم : قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه .

الاول : ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على اصل العقد ، بل هو كالوعد ، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد .

فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور .

القاعدة (الى التماس المرجح) كما تقدم القول به عن بعض الفقهاء .

(نعم : قد يستشكل التمسك بدليل الشروط) على سقوط خيار المجلس (فى المقام) فى مقام ما اذا اشترط فى ضمن العقد عدم خيار المجلس (من وجوه) ثلاثة .

(الاول : ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه) هذا الشرط (لازما) مثل الاجارة (لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه) اى حكم الشرط فى الجواز و اللزوم (على اصل العقد) الذى هو جائز (بل هو) الشرط حينئذ (كالوعد) لا يلزم الوفاء به .

اذا (فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد) .

و حيث ان عقد البيع جائز و ليس بلازم لمكان خيار المجلس لم يكن للشرط لزوم .

(ف) **ان قلت** : العقد لازم بعد شرط اسقاط الخيار .

قلت : (لو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط) حسب ما ذكرتم (لزم الدور) و حيث ان الدور محال ، فلا لزوم للعقد .

الثانى : ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله البيعان بالخيار فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد .

الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب ، لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع ، فاسقاطه فيه

و حيث لا لزوم للعقد لا لزوم للشرط ، فاستدلالكم للزوم عقد البيع بسبب شرط اسقاط الخيار غير صحيح .

(الثانى) من وجوه الاشكال (ان هذا الشرط) شرط عدم الخيار (مخالف لمقتضى العقد) فان مقتضى عقد البيع الخيار (على ما هو ظاهر قوله : البيعان بالخيار) فان معناه ان البيع يقتضى الخيار (فاشتراط عدم كونهما) اى عدم كون البيعان (بالخيار) يكون من (اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد) و مثل هذا الشرط باطل ، لما حقق فى محله من ان الشرط المخالف لمقتضى العقد باطل .

(الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز) اى عدم نفوذ (اشتراط السقوط) لخيار المجلس (من ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب) اى اسقاط لما ليس للمسقط، والانسان لا يقدر ان يتصرف فيما ليس له (لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع) فان البيع علة الخيار (فاسقاطه) اى الخيار (فيه) اى فى اثناء البيع ، سواء كان فى اوّله او وسطه او آخره ، كان يقول : على شرط عدم خيار المجلس

. . . . . .

كاسقاطه قبله .

هذا و لكن شئ من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال .

اما الاول : فلان الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية ، لانها

بعتك ، او يقول : بعتك على شرط عدم الخيار هذا الكتاب بدينار او يقول : بعتك الكتاب بدينار على شرط عدم الخيار (كاسقاطه قبله) غير مؤثر فى السقوط .

(هذا و لكن شئ من هذه الوجوه) الثلاثة (لا يصلح للاستشكال) .

(اما) الاشكال (الاول : فلان) حاصل الاشكال ان البيع ليس بعقد لازم ، و حاصل الجواب انه عقد لازم ذاتا ، و ان لم يكن لازما فعلا و اللزوم الذاتى كاف ، فان الشرط فى ضمن العقد لازم الوفاء مطلقا لقوله المؤمنون عند شروطهم و لم يخرج من هذا الاطلاق الا ثلاثة امور .

الاول : الشرط الابتدائى .

الثانى : الشرط فى ضمن العقد الجائز ذاتا كبعض اقسام الهبة ـ و هى الهبة غير اللازمة ـ .

الثالث : الشرط فى ضمن عقد جائز بسبب الخيار ، بحيث لا يكون الشرط مسقطا للخيار ، كما اذا باعه بشرط ان يخيط ثوبه فانه ما دام العقد جائزا بسبب الخيار يكون الشرط غير لازم ايضا .

و حيث ان الشرط فيما نحن فيه « شرط اسقاط الخيار » ليس باحدها فهو داخل فى : المؤمنون عند شروطهم و يجب الوفاء به ، فان (الخارج من عموم الشرط) فى الرواية ، اوّلا : (الشروط الابتدائية ، لانها

كالوعد .

و الواقعة فى ضمن العقود الجائزة بالذات او بالخيار، مع بقائهـا على الجواز لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان ،لان الشرط تابع ،وكالتقييد للعقد المشروط به .

كالوعد) بل قد سبق ان تسمية ذلك شرطا على نحو من المجاز و التوسع

(و) ثانيا : الشروط (الواقعة فى ضمن العقود الجائزة) جـوازا (بالذات) كالشرط فى ضمن الهبة الجائزة .

و ثالثا : ماذكره بقوله (او) الشروط الواقعة فى ضمن العقود الجائزة جوازا (بالخيار ،مع بقائها) اى بقاء تلك العقود (على الجواز) بان لـم يسقط الخيار والافان سقط الخيار كان العقد لازما والشرط واجب الوفاء به

و انما كان الشرط فى ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء به (لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد) العقد اللازم ذاتا جوازا (المشروط به) اى انما صار جائز المكان شروط فى ذلك العقد ، مثل خيار الشـرط و «به» بمعنى «فى» (مما لا يجتمعان) .

اذ كيف يكون العقد جائزا ولازما فى آن واحد .

فاذا جاز العقد جاز الشرط (لان الشرط تابع ،و) هو (كالتقييـد للعقد المشروط به) اى بهذا الشرط، و اذا كان المقيد جائزا تبعه القيد فى كونه جائزا .

هذا كله فى الاقسام الثلاثة للشرط الجائز .

اما اذا کان نفس مؤدی الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به کمافی مانحن فیه ،لاالتزاما آخر مغایرا لالتزام اصل العقد ، فلزومه الثابت بمقتضی عموم وجوب الوفاء بالشرط عین لزوم العقد فلایلزم تفکیك بین التابع و المتبوع فی اللزوم و الجواز

(اما اذا کان نفس مؤدی الشرط) و مفاده (لزوم ذلك العقد المشروط به) ای بهذا الشرط (کمافی مانحن فیه) اذ الشرط سقوط خیار المجلس و معناه لزوم العقد و (لا) یکون الشرط(التزاماآخر مغایرا لالتزام اصل العقد) .

مثلا : لم یکن الشرط فی بیع الکتاب اعارة البائع قلمه للمشتری، حیث ان الاعارة التزام آخر (فلزومه) ای لزوم الشرط المسقط للخیار (الثابت بمقتضی عموم وجوب الوفاء بالشرط عین لزوم العقد) .

فهنالزوم ذاتی هو لزوم العقد ، ولزوم ثانوی هو عدم الخیار فیه .

و الاول : جاء من ((اوفوا بالعقود)) .

و الثانی : جاء من ((المؤمنون عند شروطهم)) (فلایلزم) من وجوب الوفاء بالشرط فی المقام (تفکیك بین التابع) و هو الشرط (و المتبوع) الذی هو العقد (فی اللزوم و الجواز) .

کما اذا کان الشرط لازما ، و العقد جائزا، حیث انه کان یلزم التفکیك

و لذا قلنا : بانه اذا کان العقد جائزا کان الواجب القول بجواز الشرط ایضا .

و اما الثانى : فلان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه فلاينافى سقوطه بالشرط .

و بعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا ، لا طبيعة العقد من حيث هى ، حتى لا توجد بدونه .

وقوله: البيعان بالخيار، وان كان له ظهور فى العلية التامة الا

(واما) الجواب عن الاشكال (الثانى) و هو ان شرط اسقاط الخيار مخالف لمقتضى العقد (ف) ان هذا الشرط مخالف لاطلاق العقد ، لانه مخالف لمقتضى العقد (لان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه) اى لم يشترط اسقاطه (فلاينافى سقوطه بالشرط) لانه لايلزم خلاف حقيقة العقد .

(و بعبارة اخرى) نقول فى الجواب (المقتضى للخيار العقد بشرط لا) اى بشرط ان لا يكون فى العقد اشتراط سقوط الخيار (لا طبيعة العقد من حيث هى) هى ، فانها طبيعة مهملة ، ان اطلقت اقتضت الخيار، اما ان قيدت بعدم الخيار فليس فيها الخيار (حتى لا توجد) الطبيعة (بدونه) اى بدون الخيار .

و قوله « حتى » متعلق بـ « لا طبيعة » .

(و) **ان قلت**: ظاهر « البيعان بالخيار » ان الخيار من مقتضى طبيعة العقد ، و ان العقد علة تامة للخيار .

قلت: (قوله) صلى الله عليه و آله و سلم : (البيعان بالخيار، و ان كان له ظهور فى العلية التامة) اى ان الخيار من طبيعة العقد (الا

. . . . . .

ان المتبادر من اطلاقه صورة الخلوّ عن شرط السقوط مع ان مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا، لا تمام العلة ليكون التخلف ممتنعا شرعا .

نعم يبقى الكلام فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة، لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة، بل ولا لمقتضى العقد .

ان المتبادر) عرفا (من اطلاقه) اى اطلاق (بالخيار» (صورة الخلوّ عن شرط السقوط) للخيار، هذا اولا (مع) انه لو سلمنا ان ظاهر« بالخيار» (ان) الخيار من مقتضى العقد ، لكن(مقتضى الجمع بينه) اى بين : البيعان بالخيار(و بين دليل الشرط) اى : المؤمنون عند شروطهم رفع اليدعن ظهور« بالخيار» فى العلية بل(كون العقد مقتضيا لاتمام العلة ليكون التخلف) اى تخلف الخيار عن العقد بسبب شرط اسقاط الخيار (ممتنعا شرعا) .

و الحاصل ان «البيعان بالخيار» لاظهور فيه فى العلية، و لوسلم الظهور فاللازم رفع اليد منه بدليل «المؤمنون عند شروطهم» .

(نعم يبقى الكلام) و الاشكال (فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه) بتقديم دليل : المؤمنون عند شروطهم، على العمومات (بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة، لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة) مع ان هناك ـ نصا و اجماعا ـ شروطاً مخالفة لهما بحيث لا تنفذ تلك الشروط (بل ولا) تبقى شروط مخالفة (لمقتضى العقد) مع

و محل ذلك و ان كان فى باب الشروط ، الاان مجمل القول فى دفع ذلك فيمانحن فيه اناحيث علمنا بالنص و الاجماع ،ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط والارث ، لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى

انه لااشكال فى وجود مثل هذا الشرط ، فانه لو شرط ان يشرب الخمر او يتزوج بالمرأة فى العدة ، او ان لاينتقل المثمن الى ملك المشترى فى البيع ،كان الشرط باطلا، و اللازم العمل بعموم الكتاب و السنة وبمقتضى العقد .

(و محل ذلك) الاشكال و جوابه(وان كان فى باب الشروط) حيث نذكر خيار الشرط (الاان مجمل القول فى دفع ذلك) الاشكال (فيما نحن فيه) حتى لايقال : ان شرط اسقاط خيار المجلس مخالف لمقتضى العقد ،ان بعض الاحكام الشرعية اقتضائية كحرمة شرب الخمر ،وبعضها لااقتضائية كحلية شرب الماء فى هذا اليوم ، و بعض الامور المرتبطة بالعقد داخلة فى حقيقة العقد ، كالنقل والانتقال ، وبعضها ليست داخلة فى حقيقته كالخيار و الشرط لايمكن من تغيير الاولين وانما يتمكن من تغيير الاخيرين .

ف (اناحيث علمنا بالنص والاجماع ،ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط ، و) قابل(الارث) فاذا مات ذو الخيار ورث وارث الميت خيار الميت ،كما يرث امواله (لم يكن سقوطه) اى الخيار(منافيا للمشروع) .

وعليه (فلم يكن اشتراطه) اى اشتراط سقوطه (اشتراط المنافى)

. . . . . .

كمالو اشترطافى هذا العقد سقوط الخيار فى عقدآخر .

و اما عن الثالث: بما عرفت من: ان المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلوّ عن الاشتراط واقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضى، لااثبات المانع .

لمقتضى العقد فحال اشتراط سقوط الخيار فى هذا العقد يكون (كمالو اشترطافى هذا العقد سقوط الخيار فى عقدآخر) فانه يسقط الخيار فى العقد الثانى، لانه مقتضى اطلاق: المؤمنون عند شروطهم .

اما احتمال ان يكون قوله «كما» مثالا لاشتراط المنافى فهو بعيد .

(و اما) الجواب (عن) الاشكال (الثالث) بان شرط اسقاط الخيار فى ضمن العقد هو اسقاط مالم يجب فـ (بما عرفت) قبل اسطر (من: ان المتبادر من النص صورة الخلوّ عن الاشتراط)

فدليل الخيار يقول «ان لم يكن شرط كان الخيار موجودا» فيدل هذا الدليل على انه لاخيار اذا كان اشتراط (و) ذلك فيما اذا كان (اقدام) من (المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط) فى ضمن البيع بعدم الخيار (ابطال المقتضى) ففى العقد مقتضى للخيار ان خلى و شانه بدون شرط اسقاط الخيار (لا اثبات المانع) و ان الشرط يسقط الخيار الموجود ليستشكل بانه كيف يسقط الشرط الخيار الذى ليس بموجود، فالشرط يمنع من وجود الخيار لان الشرط يسقط الخيار الموجود .

. . . . . .

و يمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث ، و من سابقه بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة .

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه .

احدها : ان يشترط عدم الخيار، و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط ، فيقول : بعت بشرط ان لا يثبت خيار المجلس كما مثل به فى الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة ، لان المراد بالسقوط هنا

(و يمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث ، و من سابقه) الوجه الثانى (بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة) .

و ذلك لانه لو كان فى مثل شرط سقوط الخيار اشكال ، لم يكن وجه للصحيحة .

اما الاشكال الاول ؛ فهو اشكال عقلى « بالدور » لا يمكن رفعه بالنقل لانه لو فرض تعارض العقل و النقل كان اللازم تأويل النقل ، اذ لا يمكن طرح الدليل العقلى .

(ثم ان هذا الشرط) شرط عدم الخيار فى ضمن العقد (يتصور على وجوه) .

(احدها : ان يشترط عدم الخيار) اصلا (وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط) للخيار (فيقول) مثلا (بعت بشرط ان لا يثبت خيار المجلس) لك ، اولى ، او لكلينا (كما مثل به) بهذا النحو من الاسقاط (فى الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة) و « عدم الثبوت » و ان كان « غير السقوط » الا انهما فى المقام شئ واحد (لان المراد بالسقوط هنا

عدم الثبوت ، لاالارتفاع ٠

الثانى : ان يشترط عدم الفسخ ، فيقول : بعت ، بشرط ان لاافسخ فى المجلس فيرجع الى التزام ترك حقه ، فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويّا عدم نفوذ الفسخ ، لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه ، وعدم سلطنته على تركه ٠

كمالو باع منذورا لتصدق به على ماذهب اليه غير واحد

عدم الثبوت) من الاصل (لاالارتفاع) بعد وجوده ٠

نعم اذا شرط سقوط خيار المجلس بعد ساعة من البيع كان سقوطا حقيقة ، لانه يكون بعد الثبوت ٠

(الثانى : ان يشترط عدم الفسخ ، فيقول : بعت ، بشرط ان لاافسخ فى المجلس) او بشرط ان لاتفسخ انت او بشرط ان لا يفسخ احد منّا (فيرجع) هذا الشرط (الى التزام ترك حقه) لانه لاخيار له ، بل لاينفذ خياره (فلو خالف الشرط و فسخ ، ف) فيه احتمالان ٠

اذ (يحتمل قويّا عدم نفوذ الفسخ) اصلا (لان وجوب الوفاء بالشرط) بدليل : المؤمنون عند شروطهم (مستلزم لوجوب اجباره عليه) اى على الوفاء (و) لازم الاجبار (عدم سلطنته على تركه) اى على ترك الشرط ٠

و معنى هذا الاحتمال ان «التكليف بعدم الفسخ» يتبع «الوضع» و ان فسخه باطل ، فالعقد بحاله ،

(كمالو باع منذورا لتصدق به على ماذهب اليه غير واحد) حيث قالوا ببطلان البيع ، فان وجوب الوفاء بالنذر يتبع بطلان البيع من باب ان

فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة فى حقه ٠

و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار، والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ماقاله بعضهم من ان بيع منذور التصدق حنث موجب للكفارة ،لا فاسد ٠

و حينئذ فلا فائدة فى هذا غير الاثم على مخالفته اذ ما يترتب على مخالفة الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ ،لو خولف الشرط ،غير مرتب هنا ٠

الحكم التكليفى يستتبع الحكم الوضعى ٠

وعليه (فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة فى حقه) و يكون البيع ثابتا لازما ٠

(و يحتمل النفوذ) اى نفوذ الفسخ و ذلك (لعموم دليل الخيار) من قوله عليه السلام((البيعان بالخيار)) (و الالتزام) حسب الشرط (بترك الفسخ) وان كان واجبا تكليفا، الا انه (لا يوجب فساد الفسخ) ٠

اذ لا وجه لفساد الفسخ بعد ان كان اختياره بيده وضعا (على ماقاله بعضهم من ان بيع منذور التصدق حنث) للنذر، و(موجب للكفارة لا فاسد)

(و حينئذ) اى حين اذ كان حنثا (فلا فائدة فى هذا) النذر (غير الاثم على مخالفته) اى مخالفة النذر (اذ ما يترتب على مخالفة الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ ، لو خولف الشرط غير مرتب هنا) ٠

. . . . . .

و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط ، و هو عدم الفسخ فی جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا ، كما تقدم نظيره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء .

الثالث: ان يشترط اسقاط الخيار

(والاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط) شرط عدم الفسخ (وهو) اى ترتيب الآثار يكون بـ (عدم الفسخ فی جميع الاحوال حتى بعد الفسخ) اللفظی ، فانه وان فسخ لفظا لكن اثر عدم الفسخ موجود (فيستلزم ذلك) اى ما ذكرناه من وجوب ترتب آثار الشرط (كون الفسخ الواقع لغوا) فوجوده كعدمه ، ويكون البيع باقيا على حاله (كما تقدم نظيره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد) فی الآية المباركة (على كون فسخ احدهما منفردا لغوا) .

اذ معنى وجوب الوفاء الوضع ، لا مجرد التكليف .

ففسخ احدهما (لا يرفع وجوب الوفاء) .

و الحاصل استفادة الوضع من التكليف .

(الثالث) من الوجوه (ان يشترط اسقاط الخيار) بان يشترط كل واحد منهما على الآخر ان يسقط خياره بعد البيع ، وكذا اذا شرط احدهما على الآخر ، فانه يلزمه فقط دون من لم يشترط عليه ، و حينئذ يكون لاحدهما الخيار .

. . . . . .

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان .

والاقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ وجهان .

(ومقتضى ظاهره) اى ظاهر الشرط (وجوب الاسقاط بعد العقد) لان الشرط يسبب التكليف لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ،فليس من تأثير الشرط انه اذا لم يفعله المشروط عليه كان للشارط ان يفسخ فقط ، بل له ذلك بالاضافة الى وجوب الوفاء بالشرط على المشروط عليه (فلو اخل) المشروط عليه (به) اى بالشرط (و فسخ العقد ، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان) .

من ان له خيار الفسخ ففسخه صحيح و ان كان آثما فى عدم التزامه بشرطه .

ومن ان الشرط يقتضى الوضع ،فلا تأثير لفسخه ، بالاضافة الى انه فعل حراما .

(والاقوى) عند المصنف (عدم التأثير) لقاعدة : ان الشرط يقتضى الوضع (و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار) «الخيار» مفعول « اسقاط» (بعد العقد) متعلق بالاسقاط (وان لم يفسخ) ـ فانه اذا خالف و فسخ لم يبق للشارط موضع لتنفيذ شرطه ـ ام ليس للمشروط الفسخ بمجرد ذلك (وجهان) .

ولا يخفى انه اما ان يفرض للشارط خياران ،خيار المجلس وخيار

من عدم حصول الشرط ٠

و من ان المقصود منه ابقاء العقد ، فلايحصل التخلف الا اذ افسخ ٠

و الاولى بناءًا على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط ٠

و على القول بتأثيره ثبوت الخيار

الاشتراط ٠

و اما ان يفرض خيار الاشتراط فقط ، لانه شرط عليه عدم خيار المجلس ، او انه سقط خيار مجلسه بسبب من الاسباب ٠

و كيف كان فلايستشكل بانه لا مورد لقوله « وهل » حيث ان للشارط خيار المجلس ٠

(من عدم حصول الشرط) فله خيار تخلف الشرط ٠

(و من ان المقصود منه) اى من شرط اسقاط الخيار (ابقاء العقد ، فلايحصل التخلف) من هذا الشرط بعد بقاء العقد (الا اذا افسخ) و لم يحصل الفسخ فرضا ٠

(و الاولى) التفصيل بين المبانى ، ف (بناءا على القول بعدم تأثير الفسخ) كما اختاره المصنف بقوله « والاقوى عدم التأثير » (هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط) لما عرفت من ان المقصود من « شرط ان لا يفسخ » ابقاء العقد ، و قد بقى العقد غير متزلزل ٠

(و على القول بتأثيره) اى انه يتمكن من الفسخ ، وانما يكون فاعلا للحرام اذا فسخ (ثبوت الخيار) للشارط بمجرد عدم اسقاط المشروط عليه

لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له.

و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

بقى الكلام فى ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد، فلو ذكراه قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

و صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت،

الخيار.

و انما كان للشارط الخيار (لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و) هذه الفائدة لم تحصل للشارط، اذ (يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له) فله ان يفسخ حتى لا يكون فى حال تزلزل من جهة عدم حصول مصلحته.

(وقد يموت ذو الخيار) المشترط عليه الفسخ (و ينتقل) الخيار (الى وارثه) و الشارط لا يريد ابتلائه بالوارث، الى غير ذلك.

(بقى الكلام فى ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد) و لو على نحو تقديم الظرف، مثل ان يقول: على شرط كذا بعتك هذا الكتاب بدينار (فلو ذكراه قبله) بان لم يكن الشرط جزء من العقد (لم يفد) فى الالزام و الالتزام (لعدم الدليل على وجوب الوفاء به) فالاصل عدم وجوب الوفاء به.

(و) ان قلت: يصدق الشرط عليه.

قلت: (صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت) و ان قال

. . . . . .

لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر .

و قد تقدم عن القاموس : انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه .

وعن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم .

قال فى محكى الخلاف : لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد ، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول .

ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعى .

به بعض بل هذا هو الاقرب عندنا اذا اجريا العقد بناءا عليه ، ولا نسلم التبادر الذى ذكره المصنف بقوله : (لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر) و الشرط السابق ليس بمرتبط ـ على راى المصنف ـ فهو شرط ابتدائى و مثله لا يوجب شيئا .

(و قد تقدم عن القاموس : انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه) من العقود و الايقاعات اللازمة .

(و) لكن (عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم) فى وجوب الوفاء به .

(قال فى محكى الخلاف : لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار) المجلس (بعد العقد ، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب والقبول) بدون حاجة الى تكرار الشرط مع الايجاب و القبول .

(ثم نقل) الشيخ (الخلاف) فى المسألة (عن بعض اصحاب الشافعى) و انه قال : بان الشرط يلزم ان يكون فى ضمن العقد حتى يؤثر ، اما اذا كان قبله فلا تأثير له .

ثم قال : دليلنا انه لامانع من هذا الشرط .

و الاصل جوازه .

و عموم الاخبار فى جواز الشرط يشمل هذا الموضع انتهى .

و نحوه المحكى عن جواهر القاضى

و قال فى المختلف على ماحكى عنه بعد ذلك : و عندى فى ذلك نظر فان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد .

نعم لو شرطا قبل العقد ، و تبايعا على ذلك الشرط ، صحّ ما شرطاه انتهى .

(ثم قال) الشيخ (دليلنا انه لامانع من) تأثير (هذا الشرط) المقدم على العقد .

(والاصل) اى مقتضى القاعدة (جوازه) اى نفوذه .

(و) ذلك لان (عموم الاخبار فى جواز الشرط يشمل هذا الموضع) الذى يكون الشرط فيه مقدما على العقد (انتهى) كلام الشيخ .

(و نحوه المحكى عن جواهر القاضى) .

(و قال فى المختلف على ماحكى عنه بعد ذلك) الكلام المحكى عن الشيخ (و عندى فى ذلك) اى فى تأثير الشرط المتقدم (نظر) .

(فـ) وجه النظر (ان الشرط انما يعتبر حكمه) و يكون واجب الوفاء (لو وقع فى متن العقد) لا ما اذا كان الشرط خارجا قبلا او بعدا .

(نعم لو شرطا قبل العقد ، و تبايعا على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه) لانه شرط فى ضمن العقد ايضا (انتهى) كلام العلامة .

. . . . . .

اقول : التبايع على ذلك الشرط ان كان بالاشارة اليه فى العقد بان يقول ـ مثلا ـ : بعت على ماذكر، فهو من المذكور فى متن العقد .

و ان كان بالقصد اليه و البناء عليه عند الانشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ .

نعم يحتمل ان يريد الصورة الاولى و اراد بقوله :

(اقول) يرد على قول العلامة ((نعم)) احد اشكالين على سبيل منع الخلو .

لانه ان اشير الى الشرط فى متن العقد فهو من الشرط فى متن العقد و ليس استثناء ، فلاوجه لاستثناء العلامة له .

و ان لم يشر الى الشرط فى متن العقد ،فكلام العلامة هو كلام الشيخ فلاوجه لقول العلامة: وعندى فى ذلك نظر .

فان (التبايع) و التبانى (على ذلك الشرط ان كان بالاشارة اليه فى العقد ، بان) يشترطا اولا ثم (يقول ـ مثلا ـ : بعت على ماذكر) من الشرط (فهو من) الشرط (المذكور فى متن العقد) ولا يكون استثناء كما استثناه العلامة بقوله ((نعم لو شرطا)) .

(و ان كان) التبايع على ذلك الشرط (بالقصد اليه و البناء عليه عند الانشاء) للعقد بدون الاشارة (فهذا هو ظاهر كلام الشيخ) ولاوجه لاشكال العلامة عليه ، لان الشيخ و العلامة كليهما يقولان كلاما واحدا .

(نعم يحتمل ان يريد) الشيخ بكلامه فى كفاية التبانى على الشرط (الصورة الاولى) اى ماكان الشرط فى متن العقد (واراد بقوله) بجواز

. . . . . .

قبل العقد ، قبل تمامه ، و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط .

و يؤيده ايضا ، بل يعينه ان بعض اصحاب الشافعى انما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد .

و

الشرط (قبل العقد ، قبل تمامه) اى يشترط فى اثناء العقد قبل ان يتم العقد لانه اراد اجراء صيغة العقد (وهذا) اى اراده كون الشرط فى اثناء العقد (هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط)

و ذلك لانه ان كان قبل اجراء العقد كان هناك مانع عن لزوم هذا الاشتراط و المانع انه ليس فى ضمن بيع او نحوه و قد تقدم ان الشرط انما يلزم اذا كان فى ضمن بيع او نحوه ـ كما عن القاموس ـ .

(و يؤيده) اى يؤيد ان الشيخ اراد من « قبل العقد » قبل تمام العقد (ايضا ، بل يعينه ان بعض اصحاب الشافعى انما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد) .

و قد عرفت ان الشيخ ذكر كلامه مقابل كلام الشافعى ، فاذا كان الشافعى يخالف فى الاشتراط فى متن العقد ، فالشيخ يقول : ان الاشتراط فى متن العقد كاف « فليس كلام الشيخ فى الشرط قبل اجراء صيغة العقد » .

(و) يدل على ان بعض الشافعية خلافهم فى الشرط فى متن العقد و انهم يرون ان مثل هذا الشرط ليس بملزم ، و انما يلزم ان يكون الشرط

. . . . . .

قدصرح فى التذكرة ، بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد .

و استدل عنهم بان الخيار بعد تمام العقد فلايصح اسقاطه قبل تمامه .

و الحاصل : ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة ، و استدلال الشيخ على الجواز ، و بعض الشافعية على المنع ، يكاد يوجب القطع بعدم ارادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد .

بعد العقد ، ما (قدصرح) العلامة (فى التذكرة ، بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط) هم (عدم الخيار فى متن العقد) قالوا فاذا كان فى متن العقد لم يكن مؤثرا .

(و استدل) العلامة (عنهم بان الخيار) يحدث (بعد تمام العقد) لان العقد سبب الخيار (فلايصح اسقاطه قبل تمامه) اى قبل تمام العقد فانه اسقاط لمالم يوجد ، و ذلك محال .

(و الحاصل) ان الشيخ لا يريد بيان ان الشرط قبل العقد كاف ، بل يريد بيان ان الشرط فى اثناء العقد كاف .

ف (ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة ، و) ملاحظة (استدلال الشيخ على الجواز) بانه لا مانع من هذا الشرط (و بعض الشافعية على المنع) بانه اسقاط مالم يحدث (يكاد يوجب القطع بعدم ارادة الشيخ) صحة الشرط المتقدم على اجراء العقد ، و ان (صورة ترك الشرط فى متن العقد) و جعله قبل اجراء العقد كاف فى لزومه .

و كيف كان فالاقوى ان الشرط غير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لان المتحقق فى السابق اما وعد بالتزام او التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و ان وقع مبنيا عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد

(و كيف كان) كلام الشيخ (ف) الظاهر عندنا ان الشرط المذكور قبل العقد المبنى عليه العقد، لازم الوفاء، و يشمله كل ادلة الشرط بل هو كذلك عند العقلاء، وقد امضاه الشارع، فاللازم القول به.

و ان كان (الاقوى) عند المصنف (ان الشرط غير المذكور فى متن العقد غير مؤثر) فى وجوب الوفاء به.

و ذلك (لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق) قبل العقد (لان المتحقق فى السابق اما وعد بالتزام) كانه قال لطرفه: انى اعدك بان التزم ان لا افسخ العقد (او التزام تبرعى) كانه قال: انى التزمت ان لا افسخ.

و من المعلوم ان كلا الامرين (لا يجب الوفاء به) اذ الشرط الزام او التزام فى ضمن بيع او نحوه كما عرفت (و العقد اللاحق) عطف على «لا يلزم» اى ان وجوب الوفاء بهذا الشرط ان كان من جهة نفسه من غير ملاحظة العقد فقد عرفت انه غير ملزم.

و ان كان من جهة «العقد اللاحق» ففيه ان العقد (و ان وقع مبنيا عليه) لكنه (لا يلزمه) اى ان العقد لا يلزم هذا الشرط (لانه) اى الشرط السابق (الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد) فى نفسه، فهو التزام و

. . . . . .

الا بجعل المتكلم ، والافهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدی مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا ،فيكون كالمحذوف النحوی بعد نصب القرينة ، فان من باع داره ــ فی حال بنائه فی الواقع على عدم الخيار له ــ لم يحصل له فی ضمن بيعه انشاء التزام بعدم الخيار ، ولم يقيد انشائه بشئ بخلاف قوله : بعتك على ان لا خيار لی الذی مؤداه

العقد التزام آخر ،ولا يرتبط احدهما بالآخر (الا بجعل المتكلم) احدهما مرتبطا بالآخر (والافهو) ای الشرط (بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدی مثل العوضين) فانهما من متعلقات «بعت» و «اشتريت» (و قيودهما) عطف على العوضين ، مثل قيد ان يكون مع المبيع الشئ الفلانی كالمروحة المنصوبة فی الدار مثلا (حتى يقدر شرطا منويا) فی العقد (فيكون) حاله (كالمحذوف النحوی بعد نصب القرينة) كما اذا قال « دنف» فی جواب «كيف زيد» حيث ان «زيد» محذوف ، فـ« دنف» خبره (فان من باع داره ــ فی حال بنائه فی الواقع) و فی نفسه (على عدم الخيار له ــ لم يحصل له فی ضمن بيعه انشاء التزام بعدم الخيار) ای انشاء نفسی (و لم يقيد انشائه بشئ) لفظی ، فمن اين يجب الالتزام بهذا الشرط المقدم فی الكلام؟

اقول فيه : انه اذا بنيا البيع عليه ، كان ذلك انشاء نفسيا ، فلا يتم قوله «لم يحصل» .

وهذا (بخلاف قوله : بعتك على ان لا خيار لی الذی مؤداه) ومعناه

بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لاخيار لى فان انشائه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالاول ٠

و تمام الكلام فى باب الشروط ان شاء الله تعالى ٠

فرع : ذكر العلامة فى التذكرة موردًا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره

(بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لاخيار لى) فيكون التزاما فى التزام (فان انشائه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشائه التزام عدم الخيار) ٠

وعليه (ف) يكون (حاصل الشرط) فى المثال المزبور (الزام فى التزام، مع اعتبار تقييد الثانى) الشرط (بالاول) اى العقد ٠

و انما قال «مع» لبيان ان العقد ليس ظرفا فقط للشرط بل العقد مقيد به ٠

(و تمام الكلام فى باب الشروط ان شاء الله تعالى) و الله سبحانه المستعان ٠

(**فرع** : ذكر العلامة فى التذكرة موردًا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره) اى و نفى غير خيار المجلس، اى لا يصح ان ينفى كل خيار ٠

اما اذا نفى بعض الخيارات كما اذا كان له خيار العيب، والغبن و المجلس فقال بشرط عدم خيار المجلس لم يضر ٠

اذ هذا الشرط لا ينفى النذر ٠

. . . . . .

فى متن العقد ، و هو ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه بان قال : لله على ان اعتقك اذا بعتك .

قال : لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به ، ولا يتم برفع الخيار .

و

اما اذا قال بشرط ان لا خيار لى اطلاقا ، فانه يضر بالنذر (فى متن العقد ، و هو) اى هذا المورد (ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه بان قال : لله على ان اعتقك اذا بعتك) او قال : لله على ان اعتق عبدى فلانا اذا بعته ، و مثله اليمين .

و كذا اذا شرط العتق فى ضمن معاملة سابقة ، كما اذا اشترى العبد بشرط انه اذا باعه اعتقه .

و لا يخفى ان العبد والعتق من باب المثال ، والا فاذا نذر ان يذبح حيوانه فى سبيل الله اذا باعه كان كذلك ، فليس له ان يسقط خياراته فى ضمن البيع ، و ان كان له ان يسقط بعض خياراته .

(قال : لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع) .

و ذلك (لصحة النذر فيجب الوفاء به ، ولا يتم) اى لا يمكن الوفاء بالنذر (برفع الخيار) اى كيف يعتق مال الغير ولا عتق الا فى ملك .

(و) لكن يمكن ان يقال : بصحة البيع و بطلان شرط سقوط الخيار اذ الشرط مصادم للنذر .

اما البيع فلا مصادمة له مع النذر .

على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصح البيع و يعتق، انتهى.

اقول هذا مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

و قدمرّ ان الاقوى فى الشرط ايضا كونه كذلك.

و اليه اشار بقوله: و (على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط) اى شرط عدم الخيار (يلغو الشرط، و يصح البيع و يعتق) ـ بصيغة المعلوم ـ اى بعد البيع يعتق البائع عبده (انتهى) كلام العلامة ره.

اقول: و يمكن فى بعض الصور صحة البيع و الشرط ـ فيما اذا لم يكن تصادم ـ كما اذا باعه من مورثه الذى يموت بعد قليل فيرثه، او ممن يشتريه منه، او نحو ذلك، و فرض كلام العلامة فى صورة المصادمة.

(اقول هذا) الكلام من العلامة (مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له) اى للنذر فاذا نذر ان يتصدق بشاته لم يجز له بيعها و هبتها هبة لازمة، ونحو ذلك فالنذر يوجب الحجر فى الملك، و فى غير الملك فاذا نذر ان يجعل ما حجره مسجدا (و المحجور غير مملوك) لم يجز له ترك تحجيره حتى يرجع مباحا اصليا مثلا، الى غير ذلك من الامثلة.

(و قدمرّ ان الاقوى فى الشرط ايضا) كالنذر (كونه كذلك) اى انه اذا شرط لم يكن له ان يتصرف تصرفا ينافى الشرط، فاذا اشترى

. . . . . .

العبد بشرط ان يعتقه لم يكن له ان يبيعه ، اذ البيع يصطدم مع الشرط .

وكذلك اذا شرط فى النكاح ان لا يتزوج عليها ، لم يكن له النكاح عليها ، الى غير ذلك من الامثلة .

مسئلة:

و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد بل هذا هو المسقط الحقيقى .

و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط .

و يدل عليه بعد الاجماع فحوى ما سيجئ من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضاء بالبيع .

(**مسألة** : و من المسقطات) لخيار المجلس (اسقاط هذا الخيار بعد العقد) سواء اسقطه احدهما او كلاهما (بل هذا هو المسقط الحقيقى) بينما بعض المسقطات السابقة سقوط ، لا اسقاط (ولا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط) .

(و يدل عليه بعد الاجماع) المراد بالاجماع ما ذكره من لا خلاف ، فلا يقال: ان بين كلاميه تنافى .

اولا: ما دلّ على ان الخيار حق و من المعلوم ان الحق كالملك يسقط بالاعراض ، اما ان الخيار حق فلشهادة العرف بذلك ، و اما سقوط الملك بالاعراض فلان العرف يرى ذلك ، والشارع امضى الامرين لانه لم يحدث تغييرا .

و ثانيا : (فحوى ما سيجيئ من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف ، معللا بانه رضاء بالبيع) .

فان هذه العلة تدل على انه كلما حصل الرضا بالبيع ، بمعنى عدم الأخذ بالخيار و اسقاطه سقط ، فاذا كان التصرف الذى هو اقل من

. . . . . .

مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه .

و لعله لفحوى : تسلط الناس على اموالهم ، فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال ، ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل ، الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط .

و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط

الاسقاط ـ لانه يدل على الاسقاط ـ موجبا لسقوط الخيار ، كان الاسقاط اولى بكونه مسقطا له (مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه) و ذلك لان معنى الحق هو هذا فانه و ان كان قد يستعمل الحق بمعنى الحكم الذى ليس لذى الحق اسقاطه ، الا ان ذلك بحاجة الى قرينة خارجية .

(و لعله) اى لعل الدليل على ان لكل ذى حق اسقاط حقه (لفحوى تسلط الناس على اموالهم) كما فى النص (فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال) .

وجه الاولوية ان الحق اقل من المال ، لانه مرتبة ضعيفة من الملك (ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل) .

و انما لم يكن قابلا للنقل ، لانه لا دليل على ذلك ، فاللازم الاقتصار على موضع الدليل ، و هو ان لهم الاخذ بالحق (الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط) كما انه يشمل عدم الاسقاط .

(و يمكن الاستدلال له) اى لسقوط خيار المجلس بالاسقاط (بدليل الشرط) فانه لو اسقط خياره فقد التزم بالسقوط ، فيشمله دليل المؤمنون

لو فرض شموله للالتزام الابتدائى .

ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية ، للفحوى المتقدمة .

و فحوى مادل على كفاية بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى .

و صدق الاسقاط النافذ بمقتضى ماتقدم من التسلط على اسقاط الحقوق .

عند شروطهم ، و قد سبق ان الشرط يقتضى الوضع (لو فرض شموله) اى الشرط (للالتزام الابتدائى) .

(ثم ان الظاهر) من اطلاقات ادلة سقوط الخيار بالاسقاط (سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه) اى على الاسقاط (باحدى الدلالات العرفية) كالدلالة الصريحة والاشارة و الكناية والعمل كما انه اذا اعتيد ان من يسقط خياره يضع المتاع فى موضع خاص .

و انما قلنا الظاهر ذلك (للفحوى المتقدمة) اى ماذكرنا من فحوى سقوط الخيار بالتصرف .

(و فحوى مادل على كفاية بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى) مثل : مادلّ على ان سكوت المولى اجازة لنكاح العبد ، و ان سكوت البكر دليل على رضاها .

(و) يدل ايضا على كفاية كل دلالة فى الاسقاط (صدق الاسقاط) عرفا (النافذ) صفة الاسقاط (بمقتضى ماتقدم من التسلط على اسقاط الحقوق) فاذا كان شئ يدلّ على اسقاط الحق و المسقط يوجب السقوط

. . . . . .

وعلى هذا فلو قال احدهما : اسقطت الخيار من الطرفين ،فرضى الآخر سقط خيار الراضى ايضا، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا ايضا .

مسألة : لو قال احدهما لصاحبه : اختر فان اختار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد .

وان اختار الامضاء ،ف

لزم السقوط بكل ما دل على ذلك .

(وعلى هذا) الذى قلنا ان كل دال على الاسقاط يوجب السقوط (فلو قال احدهما : اسقطت الخيار من الطرفين ، فرضى الآخر) بمقالة صاحبه(سقط خيار الراضى ايضا) كما سقط خيار المتكلم (لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا) له(ايضا) « اسقاطا » خبر(كون) .

ومثله مالو قال له : اسقط خيارك ، فقال نعم ، فقال اسقطت خيارك الى غير ذلك مما يدل على الرضى بسقوط الخيار انشاء .

(**مسألة** : لو قال احدهما لصاحبه : اختر) او مافى معناه(فان اختار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد) لان له الفسخ سواء امره بذلك اولا ، نعم قد يكون قول الآمر« اختر» يعنى عن نفسك ،وقد يقصد عن نفسه وقد يقصد الاطلاق ، فان قصد اختر عن نفسك ، لم يكن قول المأمور «فسخت» اذا قصد به الفسخ عن الامر فسخا ، اذ انه لم يكن وكيلا له فى الفسخ ولم يفسخ عن نفسه .

(وان اختار الامضاء ،ف) لا شك انه يسقط خيار الممضى حينئذ ،

فى سقوط خيار الآمر ايضا مطلقا كما عن ظاهر الاكثر بل عن الخلاف الاجماع عليه ، او بشرط ارادته تمليك الخيار لصاحبه و الا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة او مع قيد ارادة الاستشكاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتمليك اقوال

لفرض انه اسقط خياره ، بسبب اختياره امضاء العقد ، و(فى سقوط خيار الآمر ايضا مطلقا) مقابل التفصيل الآتى (كما عن ظاهر الاكثر بل عن الخلاف الاجماع عليه) .

و ذلك لانه فوض الخيار الى صاحبه و صاحبه اسقط الخيار (او) التفصيل بسقوط خيار الآمر (بشرط ارادته تمليك الخيار لصاحبه) .

و الخيار يملّك ، لانه حق قابل للتمليك كما انه قابل للاسقاط ، بل لا يبعد قبوله للمعارضة (والا) يرد تمليك الخيار لصاحبه (فهو باق مطلقا) مقابل التفصيل الآتى (كما هو ظاهر التذكرة) فانه اذا لم يرد تمليك الخيار لصاحبه فلاوجه لسقوط خياره بمجرد قوله لصاحبه « اختر » فان كلمة « اختر » ليست من مسقطات الخيار (او مع قيد) « الا هو باق » بـ(ارادة الاستكشاف دون التفويض) .

و حاصله : اخراج صورة اخرى من « الا هو باق » و هى صورة التفويض (و)عليه (يكون حكم التفويض كالتمليك) فى انه يوجب سقوط الخيار (اقوال) ثلاثة

الاول : ان « اختر » يوجب سقوط خيار الآمر مطلقا .

الثانى : انه يوجب سقوطه ان اراد التمليك ، وان لم يرد التمليك فلا سقوط .

الثالث : انه يوجب سقوطه ان اراد التمليك ، او التفويض و ان

. . . . . .

و لو سكت فخيار الساكت باق اجماعا ، و وجهه واضح .

و اماخيار الآمر ففى بقائه مطلقا ، او بشرط عدم ارادة تمليك الخيار كماهو ظاهر التذكرة ،او سقوط خياره مطلقا ، كما عن الشيخ ،اقوال .

و الاولى ان يقال : ان كلمة : اختر

لا يوجب سقوطه فلا فرق لان ((التمليك)) معناه ان الخيار انتقل الى المأمور فله خياران فاذا اسقط المأمور خيار نفسه ، كان له خيار الآمر .

و اما ((التفويض)) فمعناه ان ((الخيار للآمر)) حتى ان الآمر ان اراد سحب تفويضه الى نفسه رجع الخيار اليه ، و انما للمأمور ان يجرى خيار الآمر وكالة عنه (و لو سكت) المأمور بعد قول الآمر ((اختر)) بان لم يفسخ و لم يمض (فخيار الساكت) اى المأمور (باق اجماعا ، و وجهه واضح) لانه لم يستعمل خياره ، نفيا و لا ايجابا .

(و اماخيار الآمر ففى بقائه مطلقا ، او) يفصل فيبقى (بشرط عدم ارادة تمليك) الآمر (الخيار) للمأمور (كماهو ظاهر التذكرة ، او سقوط خياره) بمجرد الامر (مطلقا) اى سواء اراد التمليك ،املا (كماعن الشيخ ، اقوال) ثلاثة .

ثم ان تمليك الآمر خياره للمأمور انما يكون مملّكا اذا قبل المأمور و الافان لم يقبل المأمور لم يملك المأمور الخيار لاصالة عدم التملك بدون القبول و الله العالم .

(و الاولى ان يقال : ان كلمة : اختر) و ما يراد فهما فى سائر اللغات ،او ما يشابهها فى اللغة العربية مثل ((تخير)) و ((انت مختار))

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب احد طرفى العقد من الفسخ والامضاء و ليس فيه دلالة على ماذكروه من تمليك الخيار، او تفويض الامر او استكشاف الحال ·

نعم الظاهر عرفا من حال الآمر ان داعيه استكشاف حال المخاطب، و كانه فى العرف السابق كان ظاهرا فى تمليك المخاطب امر الشئ ، كما يظهر من باب الطلاق

الى غيرها (بحسب وضعه) لغة انما هو (لطلب اختيار المخاطب احد طرفى العقد من الفسخ و الامضاء) فانه دلالته المطابقية (و ليس فيه دلالة) باحدى الدلالات الثلاث (على ماذكروه من تمليك الخيار) بنقل المتكلم خياره الى المخاطب ·

و الظاهر ان له الحق فى النقل ، اذ الخيار ملكه ، فكما له اسقاطه كذلك له نقله الى انسان آخر ·

و منه يعلم ان قول ذى الخيار، لشخص ثالث «اختر» حاله حال ما اذا قال لطرفه ، لوحدة المناط فى كلا المقامين (او تفويض الامر) كان يكون المخاطب وكيلا عن الآمر (او استكشاف الحال) بانه هل يرغب المأمور فى الفسخ او الامضاء بدون ان يكون الامر توكيلا او تمليكا ·

(نعم الظاهر عرفا) اى ان العرف يستظهر (من حال الآمر ان داعيه) فى هذا الامر (استكشاف حال المخاطب) بدون تمليك ولا توكيل (و كانه فى العرف السابق كان) لفظ « اختر» (ظاهرا فى تمليك المخاطب امر الشئ) الذى كان مالكه الآمر (كما يظهر من باب الطلاق) ·

. . . . . .

فان تم دلالته حينئذ على اسقاط الآمر خياره بذلك، والا فلا مزيل لخياره.

وعليه يحمل ـ على تقدير الصحة ـ ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس: انهما بالخيار ما لم يفترقا، او يقول احدهما لصاحبه: اختر.

لكن لا يخفى ان دعوى ذلك بعيدة، والاصل عدم النقل، بل «اختر» ظاهر في ان الآمر راض بما يفعله المخاطب من الفسخ والامضاء ليس الا.

فان كانت هناك قرينة خارجية او كلامية تدل على التمليك او التفويض او الاستكشاف فيها، والا اخذ بمقتضى ظهور اللفظ.

(فان تم دلالته) اى دلالة «اختر» (حينئذ) اى حين كان ظهوره السابق في التمليك (على اسقاط الآمر خياره بذلك) بلفظ «اختر» فهو (والا) يتمّ دلالته (فلا مزيل لخياره) اى لخيار الآمر، بل الاصل بقاء خيار الآمر.

(وعليه) اى على ما ذكرنا من ظهور «اختر» في السابق في تمليك المخاطب الخيار (يحمل ـ على تقدير الصحة ـ) اى صحة كونه في السابق ظاهرا في التمليك (ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس: انهما بالخيار ما لم يفترقا، او يقول احدهما لصاحبه: اختر) فانه ظاهر في سقوط خيار الآمر اذا قال هذه اللفظة.

ثم انه لو شك في انه هل قصد بقوله «اختر» اسقاط خياره، ام لا؟ فالاصل العدم، كما انه لو شك في انه هل فوض بذلك خياره، ام لا؟

ثم انه لا اشكال فى ان اسقاط احد هما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر .

و منه يظهر انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر ، انفسخ العقد ، لانه مقتضى ثبوت الخيار ، فكان العقد ـ بعد اجازة احد هما ـ جائزا من طرف الفاسخ دون المجيز كما لو جعل الخيار من اول الامر لاحد هما وهذا ليس تعارضا بين الاجازة و الفسخ ، وترجيحاله عليها .

فالاصل عدم التفويض .

(ثم انه لا اشكال فى ان اسقاط احد هما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر) لوضوح ان هناك خيارين ، فلكل واحد منهما خيار .

(و منه يظهر) حيث ان للآخر الاجازة او الفسخ (انه لو اجاز احد هما و فسخ الاخر ، انفسخ العقد) سواء تقارن الاجازة و الفسخ ، او قدم احد هما على الآخر (لانه) اى الانفساخ بالفسخ (مقتضى ثبوت الخيار) و الا ، فان لم يكن لاحد هما الفسخ لم يكن له خيار ، و المفروض ان له الخيار (فكان العقد ـ بعد اجازة احد هما ـ جائزا من طرف الفاسخ) اى ان له الاجازة و الفسخ (دون المجيز) لان الاجازة اوجبت سقوط خياره ، فيكون حاله حال من لم يجز بعد (كما لو جعل الخيار من اول الامر لاحد هما) فان المجيز قد اسقط خياره باجازته (وهذا) اى انه اذا فسخ احد هما انفسخ و ان اجاز الآخر (ليس تعارضا بين الاجازة و الفسخ ، و ترجيحاله) اى للفسخ (عليها) اى على الاجازة .

و ذلك لاختلاف المتعلق ، فان متعلق كل منهما التزام بنفسه فسواء

. . . . . .

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين ، كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين ، او من طرفهما لمتعدد كالاصيل و الوكيل فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة او تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ثم اعتقهما جميعا حيث ان اعتاق العبد فسخ ، و اعتاق الجارية

تقدم الفسخ او تأخر ، او تقارن ، اخذ به ، وذلك بخلاف صورة التعارض حيث انه يقدم المقدم منهما على المؤخر .

و فى صورة التعارض يتساقطان ، او نحو ذلك .

(نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين ، كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين) كما فى خيار الحيوان و الغبن والعيب من طرف واحد او اسقط احدهما خيار مجلسه بالشرط و نحوه الى غير ذلك ، لكن كان هذا الخيار من طرف واحد ، لشخصين ، كالاصيل و الوكيل (او) كان الخيار (من طرفهما) معا (لمتعدد كالاصيل و الوكيل) بان عقد الوكيلان بمحضر الاصيلين (فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة) لا تدريجا ، لانه لو فعلا ذلك تدريجا قدم المتقدم من الاجازة او الفسخ ، اذ قد اخذ هذا الطرف حقه ، سواء اجاز او فسخ ولا يبقى مجال لان يأخذ ثانيا ، فانه كان له حق واحد و قد اخذه .

(او تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ، ثم اعتقهما جميعا) او وهبهما جميعا ، فان هذا العمل منه فسخ و اجازة فى آن واحد (حيث ان اعتاق العبد فسخ ، واعتاق الجارية

اجازة .

او اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازة تحقق التعارض .

و ظاهر العلامة فى جميع هذه الصور تقديم الفسخ ، و لم يظهر له وجه تام و سيجيئ الاشارة الى ذلك فى موضعه .

اجازة) و المفروض انه ليس له الا احدهما فقط .

(او) كان خيار واحد للبائع مثلا، فمات وورثه اثنان ، و(اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازة) فاجاز احدهما و فسخ الآخر(تحقق التعارض) .

لكن لا يخفى الفرق بين المثال الاخير، و بين ماتقدمه ، لامكان تبعض الصفقة فى المثال الاخير اذا رضى بذلك الطرف الآخر .

مثلا : لو باع كتابين لزيد ، فمات و ورثه والداه ، فاجاز احدهما و فسخ الآخر، فانه يمكن البيع فى احد الكتابين دون الكتاب الآخر .

(و) كيف كان فـ(ظاهر العلامة فى جميع هذه الصور) المذكورة بعد قوله((نعم)) (تقديم الفسخ ، و لم يظهر له وجه تام) اذ مادام هناك حق واحد له طرفان ، فلماذا يقدم هذا الطرف على ذاك الطرف، فهو من قبيل مالو رفع الاخرس الغطاء عن رأس زوجتين اختين عقد تاله فضولة ، فانه يبقى بعد ذلك العقد على اجماله بعد عدم امكان كليهما وعدم وجود وجه لكونه فسخا لكلا العقدين(وسيجئ الاشارة الى ذلك فى موضعه) ان شاء الله .

و مقتضى القاعدة ان الامر يبقى كسابقه بدون اجازة و لا فسخ .

مسئلة

من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين و لا اشكال فى سقوط الخيار به ، ولا فى عدم اعتبار ظهوره فى رضاهما بالبيع ، و ان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك مثل قوله: فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد

(**مسألة** : من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين) احدهما عن الآخر (ولا اشكال فى سقوط الخيار به) نصّا و اجماعا (ولا) اشكال ايضا (فى عدم اعتبار ظهوره) اى لا يلزم ان يكون الافتراق ظاهرا (فى رضاهما بالبيع) .

فالافتراق يوجب سقوط الخيار ، و ان علمنا انهما افترقا غير راضيين بالبيع (و ان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك) ان الافتراق انما يكون مسقطا لانه دليل الرضا (مثل قوله) عليه السلام (فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا) .

و انما لا يكون هذا الظهور حجة ، لاحتمال كونه حكمة بالاضافة الى المناقشة فى اصل الظهور ، لاحتمال تعلق « بعد » بالبيع الواقع اى انهما بعد ان رضيا باصل البيع ، فافتراقهما يوجب اللزوم .

(و معنى حدوث افتراقهما المسقط) للخيار (مع كونهما متفرقين حين العقد) لان الغالب انهما لا يعقدان متلاصقين احدهما بالآخر

افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فاذا حصل الافتراق الاضافى و لو بمسماه ارتفع الخيار، فلايعتبر الخطوة و لذا حكى عن جماعة: التعبير بأدنى الانتقال.

و الظاهر ان ذكره فى بعض العبارات لبيان اقل الافراد خصوصا مثل قول الشيخ فى الخلاف اقل ماينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على الغالب فى الخارج، او فى التمثيل لاقل الافتراق.

(افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد) و لو كانت الهيئة الاجتماعية بسبب اللاسلكى او التلفون او كان احدهما يوصل صوته الى الآخر بسبب المكبرة ونحوها (فاذا حصل الافتراق الاضافى) اى بالاضافة الى الاحتمال حال العقد (ولو بمسماه) بان كان الافتراق قليلا (ارتفع الخيار) ولو شك فى الافتراق كان الاصل العدم (فلايعتبر) فى حصول الافتراق مقدار (الخطوة) بل يكفى الاقل من ذلك (ولذا حكى عن جماعة) من الفقهاء (التعبير) عن الافتراق (بأدنى الانتقال) الشامل لما اذا كان اقل من خطوة.

(والظاهر) من القرائن (ان ذكره) اى ذكر الافتراق بخطوة (فى بعض العبارات لبيان اقل الافراد) «لبيان» اى فى مقام بيان، و خبر «ان» قوله «مبنى» (خصوصا مثل قول الشيخ فى الخلاف اقل ماينقطع به خيار المجلس خطوة) و الخصوصية من جهة استبعاد ان يقول الشيخ ذلك لوضوح انه لاخصوصية لهذا المقدار لانه (مبنى على الغالب فى الخارج) حيث يخطوان بعد العقد (او) الغالب (فى التمثيل) فان الخطوة هو المثال الغالب على الالسنة (لاقل الافتراق) بين انسانين اجتماعا فى محل واحد

. . . . . .

فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما .

و يظهر من بعضٍ اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الاصحاب .

وعن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة لانصراف الاطلاق الى ازيد منها فيستصحب الخيار .

و يؤيده قوله فى بعض

(ف) انه لا شك فى انه (لو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما) و ان لم يخطو البايعان خطوة واحدة .

و الحاصل ان الخطوة مثال من ناحيتين ناحية اصلها فى قبال افتراق السفينتين ، وناحية مقدارها فى قبال الاقل من الخطوة .

(و) مع هذا كله فانه (يظهر من بعضٍ اعتبار الخطوة) حقيقة (اغترارا) منه (بتمثيل كثير من الاصحاب) بالخطوة فظن انها المعيار فى الافتراق .

(وعن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة) لاحتمال الاحتياج الى ازيد منها فى صدق الافتراق .

و ذلك (لانصراف الاطلاق) اى اطلاق الافتراق ـ بنظره ـ (الى ازيد منها) اى من الخطوة .

(ف) اذا شك فى كفاية الخطوة (يستصحب الخيار) كما ظنه هذا البعض .

(و يؤيده) اى يؤيد عدم كفاية الخطوة (قوله) عليه السلام (فى بعض

. . . . . .

الروايات فلما استوجبتها قمت فمشيت خطا ليجب البيع حين افترقنا .

و فيه منع الانصراف .

و دلالة الرواية

ثم اعلم ان الافتراق ـ على ما عرفت من معناه ـ يحصل بحركة احدهما و بقاء الآخر فى مكانه ، فلايعتبر الحركة من الطرفين فى صدق افتراقهما فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر ،

الروايات) الآتية (فلما استوجبتها) اى المعاملة و (قمت فمشيت خطا ليجب البيع حين افترقنا) بدعوى ظهور الرواية فى عدم كفاية الخطوة .

(و فيه منع الانصراف) اولا ، لانه لانسلم الانصراف العرفى .

(و) منع (دلالة الرواية) ثانيا ، لان عمله عليه السلام من باب المصداق ،حسب مايراه العرف .

(ثم اعلم ان الافتراق ـ على ما عرفت من معناه ـ يحصل بحركة احدهما و بقاء الآخر فى مكانه ، فلايعتبر الحركة من الطرفين فى صدق افتراقهما) .

و نسبة الافتراق اليها لغلبة اختيار غير المتحرك البقاء فى مكانه حتى يبتعد منه المتحرك ، و ان كان احيانا بقائه قسرا لشلل او سجن او ما اشبه .

وعلى كل (فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر) فلو تصاحبا ، و مشيا الف فرسخ ،اوكانا فى سفينة

فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن .

و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر .

و كيف كان فلايعتبر فى الافتراق المسقط حركة كل منهما الى غير جانب الآخر، كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الامام عليه السلام ارضا و انه عليه السلام قال : فلما

و مشت كذلك لم يحصل الافتراق .

و الظاهر ان السكر و الاغماء و النوم بل الموت ايضا لا يوجب صدق الافتراق (فذات الافتراق) اى الحركة المحققة له (من المتحرك) منهما (و اتصافها) اى ذات الافتراق (بكونها افتراقا) يكون (من الساكن) اى انه لا يحصل الا بان يكون هناك طرف آخر ساكن ـ فيما اذا لم يتحرك الطرف الآخر الى اتجاه مخالف لاتجاه الطرف الاول المتحرك ـ .

(و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر) لا بملاحظة حركة الآخر، لما عرفت من انه لا يلزم حركة الآخر فى صدق الافتراق .

و الحاصل : ان الافتراق قائم بطرفين ، اما بحركتهما فى اتجاه مخالف للآخر ، و اما بحركة احدهما و سكون الآخر .

(و كيف كان فلايعتبر فى الافتراق المسقط) للخيار (حركة كل منهما الى غير جانب الآخر ، كما يدل عليه) اى على « لا يعتبر » (الروايات الحاكية لشراء الامام عليه السلام ارضا ، و انه عليه السلام قال : فلما

. . . . . .

استوجبتها قمت فمشيت خطا ليجب البيع حين افترقنا، فاثبت افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط .

استوجبتها) فان البايع يوجب، و المشترى يستوجب ، و هو انفعال بصيغة الاستفعال ، من قبيل الكسرو الانكسار(قمت فمشيت خطا ليجب البيع) اى يلزم (حين افترقنا، ف) انه عليه السلام (اثبت افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط) و تبقى مسئلة انه اذا كان الثانى مضطرا الى عدم الحركة مع المتحرك، فهل يوجب عمل المتحرك افتراقا، ام لا؟ وسيأتى الكلام فيه فى المسألة التالية .

مسئلة

المعروف انه لااعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير ايضا ، سواء بلغ حد سلب الاختيار ام لا ، لاصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار مضافا الى حديث: رفع ما استكرهوا عليه .

(**مسألة** المعروف) بين الاصحاب (انه لااعتبار بالافتراق عن اكراه) لاحدهما او لكليهما، كما اذا حبس احدهما بالقوة وحرك الثانى بالقوة (اذا منع من التخاير) والاختيار (ايضا) اذ : لو لم يمنع من الاختيار لم يكن اكراها على عدم الخيار ، لامكان الفسخ لاحدهما قبل الافتراق

ومنه يعلم انه لو كان الوقت بحيث لا يسمح بالاختيار كما لو جذبه دفعة واحدة ، كان فى حكم المنع من الاختيار (سواء بلغ حد سلب الاختيار) بان كان الجاء ، كما اذا سدّ فمه وجذبه (ام لا) كما اذا قال له : ان تكلمت ضربت عنقك .

وانما كان المعروف بقاء الخيار (لاصالة بقاء الخيار بعد) الشك فيه وذلك ، لـ (تبادر الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار) .

فقوله عليه السلام : مالم يفترقا : ظاهر فى اختيارهما فى الافتراق (مضافا الى حديث : رفع ما استكرهوا عليه) فان سقوط الخيار تابع للافتراق ، فاذا حصل بالاكراه لم يترتب عليه اثره الذى هو سقوط الخيار .

. . . . . .

و قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين مايظهر منه عموم : الرفع، للحكم الوضعى المحمول على المكلف فلايختص برفع التكليف هذا .

و لكن يمكن منع التبادر، فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لايعدّ فعلاحقيقيا قائما بنفس الفاعل ، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر ،

(و) **ان قلت**: هل حديث الرفع يشمل الحكم الوضعى .

قلت : (قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين مايظهر منه عموم) دليل (الرفع للحكم الوضعى المحمول على المكلف) و ان لم يكن فعلاله كالجزئية لواجب و نحوها ، فانه ربما يفصل بين الحكم الوضعى الذى هو فعل للمكلف مثل جزئية السورة فانها فعل للمكلف ، فيقال: انها ساقطة فى حالة الاكراه ، وبين الحكم الوضعى الذى ليس فعلا للمكلف مثل سقوط الخيار الذى ليس فعلا للمكلف فيقال: انه غير ساقط فى حالة الاكراه

و المصنف يريد بيان اطلاق الرفع لجميع الاحكام الوضعية المحمولة على المكلف، سواء كانت فعلاله ، امْلا (فلايختص) دليل الرفع (برفع التكليف) فقط (هذا) تمام الكلام فى توجيه فتوى المشهور .

(و لكن يمكن منع التبادر) اى تبادر الاختيار فى قبال الاكراه (فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى) كما اذا سدّ فمه وجذبه (الذى لايعدّ فعلاحقيقيا قائما بنفس الفاعل ، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر) .

. . . . . .

لافى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه فان التبادر ممنوع ، فاذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل ، مع ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق ــ ولو اضطرارا ــ مسقط للخيار ، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ والامضاء

فاذا قيل : فعل فلان لم يتبادر منه هذا العمل الالجائى ، بل يصح السلب ، فيقال : انه لم يفعله ، واذا سمى انه فعله فهو بالمجاز

ولذا اذا اسقط شخص انسانا من السطح لايصح ان نقول انه اسقط نفسه ، واذا اخذ جابر يد زيد وضرب بها عمروا ، لايصح ان يقال: ضرب زيد عمروا (لا) الاختيارى (فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار) .

وانما فعل (لدفع الضرر المتوعد على تركه) فانه اذا قال شخص لزيد : اضرب عمروا ، والاقتلتك فضربه صح ان يقال : ان زيدا ضرب عمروا (فان التبادر) للاختيارى فى قبال الاكراهى (ممنوع) بل « فعل » يشمل كليهما (فاذا دخل) فى عموم « افترقا » فى الحديث (الاختيارى المكره عليه) بان اوجب الافتراق الاكراهى سقوط الخيار (دخل الاضطرارى) ايضا ، واوجب الافتراق الاضطرارى سقوط الخيار (لعدم القول بالفصل) بين الاكراهى والاضطرارى (مع) ان هناك وجها آخر يدل على ان الافتراق الاكراهى لايوجب سقوط الخيار .

ف (ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق ــ ولو اضطرارا ــ مسقط للخيار ، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ والامضاء) بان لم يؤخذ فمه حتى لايتمكن ان يتكلم ، او لم يكن الافتراق فى حال نوم ، او سكر او

مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار ·

قال فى المبسوط فى تعليل الحكم المذكور لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ ، فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الامضاء ، انتهى ·

و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار ، انتهى ·

و منه

ما اشبه ممايمنع عن التكلم (مستدلين عليه) اى على انه مسقط للخيار (بحصول التفرق المسقط للخيار) فاذا كان التفرق الاضطرارى مسقطا كان التفرق الاكراهى مسقطا ايضا ·

(قال) الشيخ (فى المبسوط) فى وجه سقوط الخيار بالتفرق الاضطرارى (فى تعليل الحكم المذكور) فى سقوط الخيار (لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ ، فلم يفعل) احدهما (حتى وقع التفرق) ولو كان تفرقا عن اضطرار (كان ذلك دليلا على الرضا) بالعقد (والامضاء) له (انتهى) ·

(و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور) السقوط بالتفرق الاضطرارى (بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار ، انتهى) ·

ولا يخفى ان كلامه اقرب من كلام الشيخ اذ ربما لا يدل عدم الاختيار على الرضا ، للغفلة ، اوالجهل ، اوما اشبه ، الا ان يريد الرضا النوعى ·

(ومنه) اى من انه اذا لم يمنع عن الكلام فليس بمضطر ، بل مختار

. . . . . .

یظهر انه لاوجه للاستدلال بحدیث: رفع الحکم عن المکره، للاعتراف بدخول المکره و المضطر اذا تمکنا من التخایر.

و الحاصل ان فتوی الاصحاب: هی ان التفرق عن اکراه علیه و علی ترک التخایر غیر مسقط للخیار.

و انه لو حصل احدهما

لم یأخذ بالفسخ (یظهر انه لاوجه للاستدلال) علی بقاء الخیار لو اکره علی الافتراق (بحدیث: رفع الحکم عن المکره).

و انما لایصح الاستدلال (للاعتراف) فی کلام الشیخ، و المحقق الثانی (بدخول المکره و المضطر اذا تمکنا من التخایر) فی عموم «الافتراق» و لا مخرج لهما عن عموم «حتی یفترقا» فان حدیث الرفع لایشمل المقام اذ هو فیما کان افتراق اکراهی او اضطراری، و لم یتمکنا من التخایر هذا مافهمته عن عبارة المصنف ره.

(و الحاصل) فی بیان ان الاکراه علی الافتراق وحدة بدون سلب الاختیار عن التخایر لاینفع فی سقوط الخیار (ان فتوی الاصحاب: هی ان التفرق) انما لایسقط الخیار بشرطین.

الاول: اذا کان (عن اکراه علیه) ای علی التفرق.

(و) الثانی: اذا کان عن اکراه (علی ترک التخایر) مثل ما اذا کتم فاه، وجذبه، فانه حینئذ (غیر مسقط للخیار) لانه اکراه تام فیشمله حدیث: الرفع.

(و) اما (انه لو حصل احدهما) ای التفرق، او ترک التخایر

باختياره سقط خياره .

و هذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الادلة بالتفرق الاختيارى ولا بان مقتضى : حديث الرفع، جعل التفرق للمكره عليه كلاتفرق ، لان المفروض ان التفرق الاضطرارى ايضا سقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخاير .

(باختياره) و ان كان فى ثانيهما مكرها (سقط خياره) لانه لم يكره فى ترك الخيار .

(و هذا) الذى ذكرناه انه فتوى الاصحاب ـ من اشتراطهم شرطين ـ (لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الادلة) اى ادلة سقوط الخيار (بالتفرق الاختيارى و) كذا (لا) يصح الاستدلال عليه (بان مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلاتفرق) .

و انما لا يصح الاستدلال عليه بهذين الأمرين (لان المفروض ان التفرق الاضطرارى ايضا مسقط) للخيار (مع وقوعه) اى وقوع التفرق (فى حال التمكن من التخاير) .

و الحاصل : انا نحتاج الى دليل يقول : ان التفرق الاكراهى ، وان التفرق الاضطرارى كليهما ، لا يوجبان سقوط الخيار ، و احد الدليلين السابقين اى اختصاص الادلة بالتفرق الاختيارى ، و حديث الرفع ، لا يتكفل بكلا الامرين معا التفرق الاكراهى ، والتفرق الاضطرارى .

اذ : الدليل الاول يقول : التفرق الاختيارى يسقط ، و هو فى مقابل الاكراهى فقط ـ على ماقاله الاصحاب : بان الاكراهى لا يسقط ـ

. . . . . .

فالاولی الاستدلال علیه ــ مضافا الی الشهرة المحققة الجابرة للاجماع المحکی ، والی ان المتبادر من التفرق ماکان عن رضا بالعقد سواء وقع اختیارا اواضطرارا ــ بقوله علیه السلام فی صحیحة الفضیل:

والدلیل الثانی یقول: التفرق الاکراهی لایسقط، لانه مقتضی حدیث الرفع عن المکره.

وعلی کلا الدلیلین فلاتعرض لحکم المضطر، فتحقق انه لیس هناک دلیل علی ان المکره والمضطر فی التفرق لایسقط خیارهما.

وبعبارة اخری: الدلیلان (باختصاص.. ولابان..) لایمکن الاستناد الیهما فی عدم سقوط خیار المکره، لان المضطر الممنوع عن التخایر ساقط خیاره ایضا، مع ان الدلیلین لایشملانه.

فاللازم التماس دلیل یشمل کلا المکره والمضطر، هذا مایستفاد من عبارة المصنف.

ولایخفی ورود الاشکال علیه من جهات لم نذکرها، لانها خارجة عن مقصد الشرح.

(فالاولی الاستدلال علیه) ای علی ان التفرق عن اکراه لایوجب سقوط الخیار (ــ مضافا الی الشهرة المحققة الجابرة للاجماع المحکیّ و) الاجماع دلیل (الی ان المتبادر من التفرق) الذی جعله النص موجبا لسقوط الخیار (ماکان عن رضا بالعقد، سواء وقع) التفرق (اختیارا او اضطرارا) فانه یمکن ان یقع التفرق اضطرارا ولکن مع الرضا بالعقد

فالاولی ان یستدل علیه (بقوله علیه السلام فی صحیحة الفضیل:

. . . . . .

فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما دل على ان الشرط فى السقوط الافتراق و الرضا منهما .

ولا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه ، اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا .

او يقال ان قوله بعد الرضا ، اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما ، فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما) .

وجه الاستدلال ان الحديث (دل على ان الشرط فى السقوط) للخيار امران معا (الافتراق و الرضا منهما) معا .

(و) الرضا المأخوذ فى النص يراد به الرضا قبل التفرق .

اذ (لا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق) قبل التفرق (بحيث يكون التفرق عنه) فلا يشمل ما اذا رضى بعد التفرق (اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا) بل و هو ظاهر صحيحة الفضيل .

وعلى هذا فالمسقط للخيار امران معا ، هما التفرق و الرضا .

(او يقال) عطف على « دل » . ان التفرق الكاشف عن الرضا مسقط للخيار ، فالمسقط امر واحد لا امران معا .

فـ (ان قوله) عليه السلام (بعد الرضا ، اشارة الى اناطة السقوط) للخيار (بالرضا بالعقد المستكشف عنه) اى عن ذلك الرضا (عن افتراقهما) فافتراقهما الكاشف عن الرضا سبب سقوط الخيار (فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ ·

وعلی کل تقدیر فیدل علی ان المتفرقین و لو اضطرارا ، اذا کانا متمکنین من الفسخ و لم یفسخا کشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد ، فسقط خیارهما ·

فهذا هو الذی استفاده الشیخ قدس سره کماصرح به فی عبارة المبسوط المتقدمة ·

رضاهما بالعقد) ·

و قوله : نوعا ، لانه لایشترط العلم بالرضا فی کل مورد مورد ·

(و) ذلك لان التفرق یکشف عن (اعراضهما عن الفسخ) اذ لو لم یرضیا بالعقد ، و لم یعرضا من الفسخ ، لفسخا ·

(وعلی کل تقدیر) ای تقدیر« دل » و تقدیر«او یقال» (فیدل) الصحیح (علی ان المتفرقین) ــ بصیغة التثنیة ــ (و لو) کان تفرقهما (اضطرارا ، اذا کانا متمکنین من الفسخ) بخلاف مالو کُتِّم افواههما (و لم یفسخا) العقد قبل التفرق (کشف ذلك) کشفا (نوعا عن رضاهما بالعقد) (ف) حیث رضیا (سقط خیارهما) لحصول التفرق والرضا ·

(فهذا هو الذی استفاده الشیخ قدس سره کماصرح به فی عبارة المبسوط المتقدمة) هذا کله بالنسبة الی الانسان الذی افترق عن اکراه او اضطرار ، و منع من التخایر اما الانسان الثانی الباقی فی المجلس هل له خیار ام لا ؟ فالکلام فیه فی المسألة التالیة ·

مسئلة

لو اكره احدهما على التفرق ومنع عن التخاير و بقى الآخر فى المجلس، فان منع من المصاحبة و التخاير، لم يسقط خيار احدهما، لانهما مكرهان على الافتراق و ترك التخاير، فدخل فى المسألة السابقة

و ان لم يمنع من المصاحبة ففيه اقوال.

و توضيح ذلك ان افتراقهما المستند الى اختيارهما ـ كما عرفت ـ يحصل بحركة احدهما اختيارا وعدم مصاحبة الآخر كذلك،

(مسألة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير) او اختيار الامضاء، اما اذا اختار الفسخ فلايبقى للكلام فى هذه المسألة كما هو واضح (و بقى الآخر فى المجلس، فان منع من المصاحبة) او لم يقدر على المصاحبة لشلل و نحوه(و التخاير، لم يسقط خيار احدهما،لانهما) كليهما (مكرهان على الافتراق و ترك التخاير، فدخل فى المسألة السابقة) لان الادلة التى اقيمت فى المسألة السابقة على عدم سقوط خيار المفترق تشمل المقام ايضا.

(و ان لم يمنع) الباقى(من المصاجبة ففيه اقوال) اربعة ـ كما سيأتى ـ.

(و توضيح ذلك) يحتاج الى بيان موضوع المسألة اولا فنقول: (ان افتراقهما المستند الى اختيارهما ـ كما عرفت) فى المسألة السابقة ـ (يحصل بحركة احدهما اختيارا وعدم مصاحبة الآخر) للمتحرك(كذلك)

. . . . . .

و ان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه مالم ينضم معه الاكراه على تـــرك التخاير .

فحينئذ نقول : تحقق الاكراه المسقط فى احد هما دون الآخر يحصل تارة باكراه احد هما على التفرق و ترك التخاير ، و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة ، اوالتخاير .

و اخرى بالعكس بابقاء احد هما فى المجلس كرها مع المنع عـــن التخاير ، و ذهاب الآخر اختيارا .

اى اختيارا (و ان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه) اى حكم التفرق وهو سقوط الخيار ، فالاكراه لا يبقى الخيار (مالم ينضم معه) اى مع الاكـــراه على التفرق (الاكراه على ترك التخاير) فاذا حصل الاكراه ان بقى الخيار و اذا تحقق موضوع الكلام .

(فحينئذ نقول : تحقق الاكراه المسقط) لحكم الافتراق ، اى الموجب لبقاء الخيار (فى احد هما دون الآخر) بان يسقط خيار الآخر .

و الحاصل سقوط خيار المكره ، و بقاء خيار المختار (يحصل تـــارة باكراه احد هما على التفرق و ترك التخاير ، و بقاء الآخر فى المجلـــس مختارا فى المصاحبة ، او) مختارا فى (التخاير) اذ اللازم الاضطرار فى كلا الامرين ، لاجل بقاء الخيار .

(و) يحصل تارة (اخرى بالعكس بابقاء احد هما فى المجلس كرهـــا مع المنع) اى منع الباقى (عن التخاير) كما اذا ابقاه بالقوة و كم فمـــه (و ذهاب الآخر اختيارا) .

و محل الكلام هو الاول .

و سيتضح به حكم الثانى .

و الاقوال فيه اربعة ، سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق والعلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله اسرارهم .

و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط ، والمحقق و الشهيد

و حيث ان لبقاء خيار احدهما شرطين التفرق كرها ، و المنع عن التخاير .

فصور المسألة سبعة عشر ، لان البائع له اربع صور .

فانه اما مكره فى الامرين ، او فى احدهما ، او مختار فيهما ، وتضرب هذه الاربعة فى الصور الاربع للمشترى ، ثلاث صور منها فيها الخيار اما للبائع او للمشترى او لهما .

و البقية لاخيار فيها لاحدهما .

(و محل الكلام) الآن (هو الاول) الذى ذكره بقوله تارة .. الخ .

(و سيتضح به حكم الثانى) لوحدة المناط فيهما .

(و الاقوال فيه اربعة) .

الاول : (سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق والعلامة و ولده السعيد) فخر المحققين (و السيد العميد وشيخنا الشهيد) الاول (قدس الله اسرارهم) التقديس التنزية ، و روح الانسان سره ، لانه مخفى ، اى نزهت ارواحهم عن العذاب و الالم ، وهو دعاء بلفظ الماضى

(و) الثانى : (ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط ، والمحقق والشهيد

. . . . . .

الثانيين ، و محتمل الارشاد .

و سقوطه فى حق المختار خاصة .

و فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما ، و بين مفارقته فالسقوط عنهما .

و مبنى الاقوال على ان افتراقهما المجعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما ؟ او يكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما .

وعلى الاول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره؟ او يتوقف

الثانيين ، و محتمل الارشاد) للعلامة .

(و) الثالث: ثبوته فى حق المكره ، و(سقوطه فى حق المختار خاصة) .

(و) الرابع : ماذكره العلامة ، فانه (فصل فى التخرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما ، و بين مفارقته فالسقوط عنهما) .

(و) لايخفى ان (مبنى الاقوال) الاربعة مبنى : مصدر، اى بنائها (على ان افتراقهما المجعول غاية لخيارهما) فى قوله عليه السلام البيّعان بالخيار مالم يفترقا ، المتبادر منه الاختيارى فى مقابل الاكراهى ، و حديث الرفع و صحيحة الفضيل (هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما؟) فاذا لم يكن عن اختيارهما لم يكن غاية لخيارهما (او يكفى فيه) اى فى افتراقهما (حصوله عن اختيار احدهما) فيسقط خيارهما بذلك .

(وعلى الاول) و هو ان يكون حصوله عن اختيارهما ف(هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره؟) فقط ، دون خيار غير المختار (اويتوقف

سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما ·

فعلى الاول : يسقط خيار المختار خاصة ، كما عن الخلاف ،وجواهر القاضى ·

وعلى الثانى : يثبت الخياران ، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين ·

وعلى الثانى : فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما ؟ او يكفى كونه تركا اختياريا ، كالبقاء فى مجلس العقد مختارا ·

سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما) فاذا لم يكونا مختارين معا لم يسقط خيار اىّ منهما ·

(فعلى الاول) و هو مايتوقف حصوله عن اختيارهما (يسقط خيار المختار خاصة) دون المكره (كما عن الخلاف ، و جواهر القاضى) ·

(وعلى الثانى) و هو مايتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما (يثبت الخياران ، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين) ·

(وعلى الثانى) و هو مايكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما (فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه) اى الافتراق (فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما ؟) و ذلك لان الافتراق فعل (او يكفى كونه تركا اختياريا ،كالبقاء فى مجلس العقد مختارا) لانه اذا بقى فى مجلس العقد صدق عرفا انه تفرق عن اختياره ، اذ لو لم يرد التفرق صاحبه حينما خرج ·

. . . . . .

فعلی الاول : یتوجه التفصیل المصرح به فی التحریر بین بقاء الآخر فی مجلس العقد و ذهابه .

وعلی الثانی : یسقط الخیاران ، کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید ، و السید العمید ، و شیخنا الشهید .

(فعلی الاول) و هو الذی یعتبر فی المسقط کونه فعلا وجودیا فـ (یتوجه التفصیل المصرح به فی التحریر بین بقاء الآخر فی مجلس العقد) فیثبت الخیار لهما (و ذهابه) فیسقط الخیار عنهما .

(وعلی الثانی) و هو مایکفی کونه ترکا اختیاریا فـ (یسقط الخیاران کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید ، و السید العمید ، و شیخنا الشهید) قدس الله اسرارهم .

قال السید الطباطبائی ره العمدة توجیه کل واحد من هذه المبانی و المصنف ره قد اهمل ذلک .

فالاولی ان یقال : اذا بنینا علی ان افتراق المسقط هو ماکان عن الاختیار فی مقابل الاکراه فلابد ان یتأمل فی ان المستفاد من الخبر ان تفرق کل واحد مسقط لخیاره بان یکون من باب مقابلة الجمع بالجمع حتی یکون تفرق المختار مسقطا لخیاره دون المکره .

او ان مجموع التفرقین غایة لکل من الخیارین حتی یکون اللازم بعد التخصیص بالاختیاری عدم سقوط واحد منهما .

او ان حصول الافتراق و لو من واحد منهما غایة لکل من الخیارین حتی یکون اللازم سقوط الخیارین لفرض حصول الافتراق الاختیاری اذا

. . . . . .

و اعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت لهما، و ان محلّ الخلاف ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا، و الا سقط خيارهما اتفاقا .

حيث قال فى شرح قول والده لو حمل احدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على اشكال .

كان احدهما مختارا و هذا مطلقا ان قلنا ان الساكن ايضا مفترق اوفى خصوص ما اذا فارق الآخر المجلس اختيارا اذا لم نقل هذا .

و قد عرفت ان الاظهر هو الاول، و ان الثانى خلاف الظاهر، و اما الثالث فهوفى غاية البعد، الى آخر كلامه .

(و اعلم) انا ذكرنا سابقا ان العلامة فى التحرير يفصل فى المسألة الا (ان ظاهر الايضاح) لفخر المحققين (ان قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت) اى ثبوت الخيار (لهما) اى للبائع و المشترى (و ان محلّ الخلاف) بين الفقهاء (ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا) و لم يفصل العلامة فى التحرير فى هذا المقام ليكون كلامه مخالفا لكلامهم و تفصيلا فى المسألة، بل اختار التحرير ثبوت الخيار لهما (والا) بان فارق الآخر المجلس اختيارا (سقط خيارهما اتفاقا) بين الاصحاب .

(حيث قال) الايضاح (فى شرح قول والده) العلامة، و سيأتى مقول قول الايضاح و ان هذا مبنى (لو حمل احدهما) و اخرج عن المجلس (و منع عن التخاير) بالاكراه او الالجاء (لم يسقط خياره على اشكال) فى عدم سقوط خياره .

. . . . . .

و اما الثابت فان منع من المصاحبة و التخاير، لم يسقط خياره و الا فالاقرب سقوطه ·

فيسقط خيار الاول، انتهى ·

قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان وعدمه ·

اما وجه عدم السقوط فلرفع الاكراه ·

و اماوجه الاشكال فلاحتمال ان التفرق كيف كان يسقط الخيار، لانه حكم وضعى ·

(و اما) الشخص الآخر (الثابت) فى المجلس الذى لم يخرج (فان منع من المصاحبة) بان منعه من الخروج مع صاحبه من المجلس (و) منع من (التخاير) بان لم يتركه، كى يختار مايشاء (لم يسقط خياره) للاصل (والا) بان لم يمنع من المصاحبة بل لم يصحب هو باختياره اولم يمنع من التخاير (فالاقرب سقوطه) اى الخيار لانه كان قادرا على الاخذ بالخيار، و لم يأخذ به ·

(ف) اذا سقط خيار الباقى (يسقط خيار الاول) الذى حمل الى خارج المجلس، وذلك لحصول التفرق باختيار احدهما ·

و كلما حصل التفرق باختيار احدهما سقط خيارهما (انتهى) كلام العلامة ·

(قال) ولده : (ان هذا) اى قوله فالاقرب سقوطه (مبنى على بقاء الاكوان) الاربعة ·

و هى الاجتماع، والافتراق، والحركة، والسكون (وعدمه) فاذا كان

و افتقار الباقى الى المؤثر وعدمه ، و ان الافتراق ثبوتى اوعدمى ، فعلى عدم البقاء او افتقار الباقى الى المؤثر يسقط ،لانه فعل المفارقة .

وعلى القول ببقائها و استغناء الباقى عن المؤثر و ثبوتية الافتراق

الانسان فى كون من هذه الاكوان الاربعة ، فهل الكون يبقى ،اولا ؟ بل الجلوس لساعة ـ مثلا ـ الف جلوس ، و ان كل آن جلوس .

(و) اذا قلنا بانه جلوس واحد ـ ببقاء الاكوان ـ فهل يقال ب (افتقار الباقى) اى الآن الثانى ، والثالث و هكذا (الى المؤثر وعدمه) بل المؤثر الاول يؤثر فى الجلوس الى ان يقوم ـ مثلا ـ (و) هل (ان الافتراق ثبوتى) لانه نوع من الكون و كل كون فهو ثبوتى (اوعدمى) لان الافتراق مقابل الاجتماع .

و حيث ان الاجتماع ثبوتى لابد و ان يكون الافتراق عدميا ، لان الافتراق عدم الاجتماع .

(فعلى عدم البقاء) اى عدم بقاء الاكوان (او) بقائها لكن (افتقار الباقى الى المؤثر يسقط) خيار الباقى فى مجلسه (لانه) اى الباقى (فعل المفارقة) لان الكون الثانى فعله على القول بعدم بقاء الاكوان ، ولانه هو المؤثر فى بقاء الكون فى الآن الثانى على القول ببقاء الاكوان ، لكن الباقى يحتاج الى المؤثر .

(وعلى القول ببقائها) اى الاكوان (و استغناء الباقى عن المؤثر و ثبوتية الافتراق) فالكون للباقى هو الكون الاول ، و لم يحصل منه امر

. . . . . .

لم یسقط خیاره ، لانه لم یفعل شیئا .

و ان قلنا : بعد مية الافتراق و العدم لیس بمعلل فکذلك .

و ان قلنا : انه یعلل سقط ایضا .

و الاقرب عندی السقوط لانه مختار فی المفارقة ، انتهی .

و هذا الکلام و ان نوقش فیه بمنع بناء الاحکام علی هذه التدقیقات

ثبوتی لان الافتراق لیس ثبوتیا (لم یسقط خیاره) ای خیار الباقی (لانه لم یفعل شیئا) لاتجدید کون ، ولاتأثیر فی الکون الباقی و لااتی بامر ثبوتی .

(وان قلنا : بعد مية الافتراق) لانه عدم الاجتماع (و) واضح ان (العدم لیس بمعلل) ای لایحتاج الی العلة و قولهم ـ مثلا ـ انی لم اسافر ، لانه لم یکن لی مال ، بیان علة الوجود ، لانه علة حقیقیة (فکذلك) ای لم یسقط خیاره ، لانه لم یفعل شیئا .

(و ان قلنا : انه) ای العدم (یعلل) لان الاعدام الخاصة لها حظ من الوجود (سقط) الخیار من الثانی (ایضا) کما فی السابق ، حیث قلنا : یسقط لانه فعل المفارقة .

(و الاقرب عندی السقوط) لخیار الثانی (لانه مختار فی المفارقة) فیشمله دلیل « حتی یفترقا » (انتهی) کلام الایضاح .

(و هذا الکلام و ان نوقش فیه بمنع بناء الاحکام) الشرعیة (علی هذه التدقیقات) الفلسفیة ، اذ الشرع کما دل علیه النص والاجماع انما یتکلم علی طبق المفاهیم العرفیة ، قال تعالی : إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ ، و قال

صلى الله عليه وآله انا معاشر الانبياء امرنا ان نكلم الناس على قدر عقولهم.

و من المعلوم ان لسان القوم و قدر عقول العامة: الظواهر العرفية هذا بالاضافة الى مثل قوله تعالى: وَلَقَدْ يَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَّكِرٍ، و مثل قوله تعالى: أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ و قوله تعالى: أَعْجَمِيٌّ وَ عَرَبِيٌّ، الى غير ذلك.

اما الدقائق و اللطائف الموجودة فى كلماته سبحانه، و كلامهم فهى من البواطن، و التأويل غير مرتبط بمقام الاحكام، كما ان قولهم عليهم السلام: ان امرهم صعب مستصعب لا يحتمله الا ملك الخ، اولا يحتمله ملك مقرب الخ، بدون لفظ الا، و كذلك ماورد فيه «حديثنا» عوض «امرنا» اذ المراد بهما واحد يراد به شأنهم عليهم السلام فهم عليهم السلام ارفع مستوى من كل المخلوقات، و لذا لا يحتمل شأنهم اى مخلوق، فان الاصغر لا يحتوى على الاكبر، كما لا يفهم الانسان المحدود الخالق غير المحدود، لاستحالة ذلك.

و اما قوله صلى الله عليه و آله: ما عرف الله الا انا و انت، فالمراد المعرفة الممكنة، و حتى فاطمة عليها السلام و الائمة الاحدعشر (ع) لم يكونوا بمستوى النبى و الوصى (ع) و لذا لا يعرفون الله تعالى، كما هما يعرفانه سبحانه، هذا على نسخة «لا يحتمله ملك مقرب» بدون «الا» و اما على نسخة «الا» فالمراد ان المقدار الممكن تحمله من شأنهم عليهم السلام ـ الذى هو فى طوق المخلوق ـ خاص بالملك و النبى و المؤمن، الثلاثة الواقعة بعد «الا» الاستثنائية.

. . . . . .

الا انه علی کل حال صریح فی ان الباقی لو ذهب اختیارا فلا خلاف فی سقوط خیاره .

و ظاهره کظاهر عبارة القواعد ان سقوط خیاره لا ینفك عن سقوط خیار الآخر .

و کیف کان فهذا مبحث طویل خارج عن غرض الشرح المحنا الیه لما فیه من مزید الفائدة و الله سبحانه العالم .

ان قلت: اذا لم یکن بناء الاحکام علی التدقیقات ، فلماذا نری المصنف و سائر المحققین یدققون .

قلت : تدقیقهم فی نطاق فهم العرف و هل ان العرف یفهم هذا او ذاك ، لاخارج نطاق العرف .

مثلا : هل العرف یفهم من « مالم یفترقا » مطلقا ، ان « مالم یفترقا » عن اختیار ، حتی لا یشمل الافتراق الاکراهی (الا انه علی کل حال) لاحتمال انه لیس من جهة التدقیق فی الحکم ، بل فی وجه المناسبة بین استفادة العرف ، و بین الامر العقلی فی الاکوان وغیرها .

و کان المصنف قال « علی کل حال » لمناقشته فی اشکال بعض علی فخر المحققین (صریح فی ان الباقی لو ذهب اختیارا) ای الانسان الذی بقی فی المجلس بعد اکراه الانسان الاول علی الخروج من المجلس (فلاخلاف فی سقوط خیاره) ای خیار الباقی .

(و ظاهره) ای التحریر (کظاهر عبارة القواعد ان سقوط خیاره) ای خیار الباقی (لا ینفك عن سقوط خیار الآخر) الذی ذهب عن المجلس اکراها .

فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر ·

لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول ·

قال لو اكرها، او احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير، فلم يفعلا، بطل خيارهما او خيار من تمكن من ذلك

وجه عدم الانفكاك ما عرفت سابقا من ان مفارقة احدهما اختيارا يوجب سقوط خيارهما، و المفروض ان الثانى فارق اختيارا، و اذا سقط خيارهما (فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر) من ان افتراقهما المجعول غاية لخيارهما، يتوقف على حصوله عن اختيارهما ·

و انما ينفى هذا القول لان العلامة ذهب الى ان الافتراق المجعول غاية للخيار يتحقق اذا حصل باختيار احدهما فقط ·

(لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول) اى غير قول العلامة ره ·

فان العلامة يرى التلازم بين سقوط الخيارين و الشيخ يرى عدم التلازم ·

(قال) فى الخلاف: (لو اكرها، او) اكره (احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخاير) فلم يكن اكراه على ترك التخاير (فلم يفعلا) الفسخ (بطل خيارهما) فلا حق لهما فى الفسخ، وان كان اكراه فى الافتراق (او خيار من تمكن من ذلك) اى من الفسخ، فلم يفسخ بان كان احدهما مكرها على ترك المجلس و على ترك التخاير، و كان الثانى مكرها على ترك المجلس و لكن لم يكره على ترك التخاير ·

. . . . . .

و نحوه المحكى عن القاضى فانه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله ، بطل خيارهما ، فتأمل .

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة او صريحها و فيه تأمل .

و كيف كان فالاظهر فى بادى النظر

(و نحوه) اى نحو كلام الخلاف الكلام (المحكى عن القاضى) .

وجه قوله « لكن » ما ذكره بقوله : (فانه لولا جواز التفكيك بين الخيارين) خيار من اكره على الامرين ترك المجلس و ترك التخاير ، فلا يسقط خياره ، و خيار من اكره على امر واحد و هو ترك المجلس فيسقط خياره لانه لم يكن مكرها على ترك التخاير (لاقتصر) اى كل من الخلاف و القاضى (على قوله ، بطل خيارهما) و لم يزد قوله او خيار من تمكن ، و اذا لم يزد هذا كان كلامهما مطابقا لقول العلامة (فتأمل) .

لعله لما سيأتى من احتمال كون مراد الشيخ و القاضى ان الساقط خيار من تمكن من التخاير ، مع قطع النظر عن التلازم ، اما بملاحظة التلازم فالساقط خيار كليهما .

(بل حكى هذا القول) قول الخلاف و القاضى ، و الحاكى هو صاحب مفتاح الكرامة (عن ظاهر التذكرة او صريحها ، و) لكن (فيه تأمل) فان قول التذكرة ليس ذلك ، كما يظهر لمن راجعه .

(و كيف كان) فى اختيار كل من القاضى و الخلاف و التذكرة لما نسب اليه من القول (فالاظهر فى بادى النظر) فيما اكره احدهما على التفرق ، و ترك التخاير و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة

ثبوت الخيارين للاصل ، و ماتقدم من تبادر تفرقهما عن رضامنهما ، فان التفرق و ان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين ،ولا من احدهما الا ان المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق ، فرضا احدهما فى المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته فى سقوط خيارهما ، ولا فى سقوط خيار خصوص الراضى .

اذ الغاية غاية للخيارين .

او التخاير (ثبوت الخيارين) لمن ذهب عن المجلس و لمن بقى فيه (للاصل) فان الاصل بقاء خيارهما (و) لـ (ماتقدم من تبادر تفرقهما عن رضامنهما) فان قوله ((حتى يفترقا)) ظاهر فى كون تفرقهما عن رضا ـ بحكم التبادر ـ (فان التفرق و ان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين ،و لا من احدهما) و ذلك ، لحصول التفرق لغة و لو كان باكراه (الا ان المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق) فالتفرق حصل ، لكن التفرق عن رضا لم يحصل ، والحال ان المتبادر التفرق عن رضا (فرضا احدهما فى المقام) مقام ما اذا اكره احدهما على التفرق (و هو الماكث) لفرض انه كان قادرا على التخاير ، وعلى المصاحبة (لا دليل على كفايته فى سقوط خيارهما ولا فى سقوط خيار خصوص الراضى) الذى هو الماكث .

(اذ الغاية) فى قوله عليه السلام ((حتى يفترقا)) (غاية للخيارين) فان معنى الحديث ((ان كلا البيعين بالخيار)) ولا يسقط خيار ايّ منهما ((حتى يفترقا)) فاذا لم يحصل تفرقهما عن اختيار ، لم يسقط خيار ايّ منهما .

فان تحققت سقطا ، و الا ثبتا .

و يدل عليه ماتقدم من صحيحة الفضيل المصرحة باناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا احدهما .

و لكن يمكن التفصى عن الاصل بصدق تفرقهما ، و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع ، بل المتيقن اعتبار رضا احدهما .

(فان تحققت) الغاية (سقطا ، والا) تتحقق ـ كما فى مانحن فيه اذ المفارق للمجلس افترق عن اكراه ـ (ثبتا) فلكل من المكره والثابت فى المجلس خياره .

(و يدل عليه) اى على ماذكرناه من لزوم كون التفرق عن رضا منهما (ماتقدم من صحيحة الفضيل المصرحة باناطة سقوط الخيار بالرضا منهما) حيث قال عليه السلام : فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما (المنفى) سقوط الخيار (بانتفاء رضا احدهما) و هو من اكره على الخروج هذا كله وجه عدم سقوط خيارهما .

(و لكن يمكن التفصى) و التخلص (عن الاصل) اصالة بقاء الخيار (بصدق تفرقهما) لغة و ان لم يكن المفارق للمجلس مختارا (و) ماتقدم من (تبادر تقيده) اى التفرق (بكونه عن رضا كليهما ممنوع) لانه لا اشكال فى سقوط خيارهما اذا تفرق احدهما عن مجلس البيع ، مع ان التفرق لم يكن عن رضا منهما ، و فى المقام كذلك (بل المتيقن اعتبار رضا احدهما) فاذا حصل سقط الخياران .

. . . . . .

و ظاهر الصحيحة ، و ان كان اعتبار ذلك الا انه معارض باطلاق مايستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام ، و انه قال : فمشيت خطا ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار ، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر ، او شعوره بمشى الامام عليه السلام .

(و ظاهر الصحيحة ، و ان كان اعتبار ذلك) اى رضاهما (الا انه معارض باطلاق مايستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام ، و) ذلك (انه) عليه السلام (قال : فمشيت خطا ليجب البيع حين افترقنا) .

وجه المعارضة : ان ظاهر الرواية كفاية رضا الامام فى ايجاب البيع من دون اعتبار رضا الطرف الآخر ، فقد (جعل) عليه السلام (مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق) اذ قال ((حين افترقنا)) (المجعول) ذلك الافتراق (غاية للخيار) لان قوله عليه السلام ((ليجب)) غاية للخيار (و جعل) الامام عليه السلام (وجوب البيع علة غائية) اى ان الغاية من المشى هو وجوب البيع (له) اى للمشى (من دون اعتبار رضا الآخر ، او شعوره بمشى الامام عليه السلام) .

اذ لا دليل على ان طرف الامام عليه السلام شعر بمشى الامام ، و اذا تعارضت الصحيحة و هذه الرواية ، سقطت الصحيحة ، لان ظهور الرواية اقوى ، و تكون النتيجة عدم اعتبار رضا الطرفين بالتفرق ، بل يكفى رضا احدهما .

. . . . . .

و دعوى انصرافه الى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختيارا ممنوعة .

و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص ،الا ان ظهور الرواية فى عدم مدخلية شئ آخر زائداً على مفارقة احد هما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات

(و) **ان قلت:** الظاهر ان طرف الامام عليه السلام شعر بمشى الامام، و حيث لم يفسخ كان رضا منه ، فلا تدل الرواية على خلاف الصحيحة .

قلت: (دعوى انصرافه) اى ما تضمنته الرواية (الى صورة شعور) الطرف (الآخر) بمشى الامام عليه السلام (و تركه المصاحبة اختيارا) فيكون رضا منه ايضا (ممنوعة) اذ من اين فهمنا ان الطرف الآخر شعر بقيام الامام و مشيه .

(و) **ان قلت** : نسلم ظهور الرواية فى كفاية رضا طرف واحد ، الا ان الصحيحة اخص من الرواية فان رضا احد هما عام يشمل رضا الآخر و عدمه .

قلت: (ظاهر الصحيحة و ان كان اخص ،الا ان ظهور الرواية فى عدم مدخلية شئ آخر زائداً على مفارقة احد هما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه) و هو عدم مدخلية شئ آخر (فى غير واحد من المقامات) فـ«مؤيد» خبر «ان ظهور» .

و الحاصل : ان التأييد يوجب تقدم الرواية على الصحيحة و ان كانت

مثل ما اذا مات احدهما و فارق الآخر اختيارا ·

فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع بـه فى جامع المقاصد مستدلا بانه قد تحقق الافتراق ، فسقط الخياران ، مع ان المنسوب اليه ثبوت الخيار لهما فى مانحن فيه ، و كذا لو فـارق احدهما فى حال نوم الآخر ، او غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلـك

الصحيحة ـ لولا التأييد ـ مقدمة على الرواية (مثل ما اذا مات احدهما) فى المجلس (و فارق الآخر) المجلس ، بعد موت صاحبه (اختيارا) فانه لم يحصل الا رضا احدهما فقط ·

(فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين) فليس لوارث الميت خيار ·

اقول : يشكل ذلك ، اذا كان الوارث فى المجلس ، فانه حينئـذ كالاصيل و الوكيل ـ كما تقدم الكلام فيه ـ (و قد قطع به فى جامع المقاصد) ((به)) اى بسقوط الخيارين (مستدلا بانه قد تحقق الافتراق ، فسقـط الخياران) و كلامه هذا مناقض (مع) كلامه هنا ·

ف (ان المنسوب اليه) اى الى جامع المقاصد (ثبوت الخيار لهمـا) اى للذى فارق المجلس مكرها ، و بقى الآخر فى المجلس مختارا (فـى مانحن فيه) مع وضوح ان ((الموت)) مثل ((الاكراه)) فى عدم رضا كـل منهما بالبيع (و كذا لو فارق احدهما فى حال نوم الآخر ، او) حـال (غفلته عن مفارقة صاحبه) بان لم يعلم الغافل ان صاحبه فارق المجلس (مع تأيـد ذلك) اى سقوط الخيارين بتفرق احدهما اختيارا

. . . . . .

بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين .

وظاهر المبنى المتقدم عن الايضاح ايضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين و انما الخلاف فى ان البقاء اختيارا مفارقة اختيارية ام لا ، بل ظاهر القواعد ايضا ان سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير اشارة الى وجود خلاف فى هذا التفريع .

وهو الذى ينبغى ، لان الغاية ان حصلت سقط الخياران ، والا بقيا ،

(بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين) و ان كان فى الاجماع نظر لان المحكى عن الغنية الاجماع بثبوت الخيار لهما فى هذه الصورة .

(و) يؤيده ايضا ان (ظاهر المبنى المتقدم عن الايضاح ايضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين) بل يكفى رضا احدهما (و انما الخلاف فى ان البقاء اختيارا) من الماكث (مفارقة اختيارية) لتجدد الاكوان الى آخر كلامه ره (ام لا) تكون مفارقة اختيارية (بل) يؤيده (ظاهر القواعد ايضا) حيث انه ذهب الى (ان سقوط خيار المكره) المفارق للمجلس (متفرع على سقوط خيار الماكث) فى المجلس ـ اختيارا ـ فلم يعتبر رضاهما ، بل اعتبر رضا احدهما (من غير اشارة) من القواعد (الى وجود خلاف فى هذا التفريع) اى فرع ما لو اكره احدهما على المفارقة ، و رضا الماكث ، حيث يسقط خيارهما ـ على ما ذكره القواعد ـ

(و) ما ذكره القواعد (هو الذى ينبغى) حسب القواعد (لان الغاية) اى الافتراق (ان حصلت سقط الخياران ، والا) تحصل الغاية (بقيا) فاذا حصل الافتراق برضا احدهما سقط الخياران و لم يحتج الى رضا

. . . . . .

فتأمل .

وعبارة الخلاف المتقدمة و ان كانت ظاهرة فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار الا انها ليست بتلك الظهور لاحتمال ارادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه ، مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لاجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغاية

الآخر (فتأمل) يمكن ان يكون اشارة الى ما سيأتى من قوله : و لعل نظر الشيخ و القاضى .

(وعبارة الخلاف المتقدمة) حيث قال : او خيار من تمكن من ذلك (و ان كانت ظاهرة فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار) اذ ظاهر قوله : خيار من تمكن ان خيار غير المتمكن لا يسقط (الا انها) اى العبارة المذكورة (ليست بتلك الظهور) القوى ، حيث تنافى كلامنا من التلازم بين الخيارين سقوطا و ثبوتا (لاحتمال) عبارة الخلاف (ارادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه) من الاخذ بالخيار فاذا لم يأخذ به سقط خياره ، لانه فارق المجلس ، فصدق فيه « حتى يفترقا » (مع قطع النظر عن حال الآخر) الذى بقى فى المجلس (فلا ينافى) كلام الخلاف (سقوط خيار الآخر) ايضا (لاجل التلازم بين الخيارين) سقوطا و ثبوتا (من حيث اتحادهما فى الغاية) حيث قال عليه السلام « حتى يفترقا » الظاهر فى ان حصول الافتراق يوجب سقوط كلا الخيارين .

و الحاصل ان كلام الشيخ فى صدد سقوط خيار المتمكن ، فلا دلالة فيه على خيار الآخر ، لا ثبوتا ولا سقوطا ، فيمكن ان يكون نظره سقوط خيار

. . . . . .

مع ان شمول عبارته لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن، مما لا بد منه ، كما لا يخفى على المتأمل .

و حملها على ما ذكرنا من ارادة المتمكن ، لا بشرط ارادة خصوصه فقط

الآخر ايضا لاجل التلازم بين الخيارين فلا يمكن ان يقال ان الشيخ يرى ثبوت خيار الآخر .

ويؤيد ان الشيخ ليس بصدد خيار الآخر، ان كلامه يشمل ما يسقط فيه خيار الآخر ايضا .

و الى هذا شار بقوله : (مع ان شمول عبارته لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها) فى تلك الصورة (بالمتمكن) بل يسقط خيارهما (مما لا بد منه) خبر « شمول » (كما لا يخفى على المتأمل) فانه اذا كان احدهما متمكنا من جهة عدم الاكراه ، و كان الآخر غير متمكن من جهة الاكراه ، و لكن كان غير المتمكن متصرفا فى المبيع ، اذ التصرف سقط للخيار فسقوط خيار احدهما للاكراه ، و الآخر للتصرف .

وعليه فاذا كانت عبارة الخلاف تشمل ما اذا سقط خيار الآخر لاجل التصرف مثلا ، لا بد و ان نقول : ان عبارته فى صدد بيان سقوط خيار المكره ، و ليس فى صدد ذكر خيار غير المكره ثبوتا او سقوطا ، فلا مانع من ان يريد سقوط خيار المكره ايضا .

(و حملها) اى عبارة الخلاف (على ما ذكرنا) و بيّن « ما » بقوله : (من ارادة) الخلاف سقوط خيار (المتمكن ، لا بشرط ارادة خصوصه فقط) اى ان الخلاف لم يقصد ان خصوص خيار المتمكن ساقط ، بل يشمل

اولى من تخصيصها ببعض الصور .

و لعل نظر الشيخ و القاضى الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما .

فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصة و هو

كلامه سقوط خيار المكره ايضا (اولى من تخصيصها) اى عبارة الخلاف (ببعض الصور) اى صورة عدم تصرف الآخر الذى هو المكره .

و قوله «و حملها» تتمة قوله «مع» اى ان كلام الخلاف القائل بانه يسقط خيار المتمكن له صورتان .

صورة تصرف المكره ، و صورة عدم تصرف المكره ، فاذا كان مراد الخلاف سقوط خيار المختار فقط ، لزم اخراج صورة تصرف المكره من عبارته و اخراج هذه الصورة من عبارته ليس باولى ، من ادخال هذه الصورة فى عبارته .

و القول بان الشيخ ساكت عن خيار المكره سقوطا و ثبوتا فلا يكون الشيخ مخالفا لسقوط خيار المكره .

(و لعل نظر الشيخ و القاضى) اذا قلنا بانهما يريان سقوط خيار المختار فقط ، دون خيار المكره (الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل) فى النص (غاية لسقوط خيار كل منهما) فافتراق كلٍ مسقط لخياره (فالمستند الى اختيار احدهما) فيما اذا كان الآخر مكرها (مسقط لخياره خاصة) لان معنى «حتى يفترقا» ان كل مفترق يسقط خياره لا خيار كليهما (وهو) اى نظر الشيخ والقاضى من كون النص من باب

. . . . . .

استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص .

ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة ، و هى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر اختيارا .

فان مقتضى ماتقدم من الايضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا .

و مقتضى ماذكرنا من مبنى الاقوال جريان الخلاف هنا ايضا .

مقابلة الجمع بالجمع (استنباط حسن) فى نفسه (لكن لا يساعد عليه ظاهر النص) اذ قد عرفت ان ظاهره ان افتراقهما مسقط لخيارهما معا لان كل خيار يسقط بافتراق احدهما .

(ثم انه يظهر مما ذكرنا) فى حكم اصل المسألة (حكم عكس المسألة و هى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر) المجلس (اختيارا) و انما ظهر الحكم لوحدة الملاك فى المسألتين اذ المعيار كره احدهما على التفرق ، مع منعه عن التخاير ، و هو موجود فى كلتا المسألتين .

(فان مقتضى ماتقدم من الايضاح من مبنى الخلاف) حيث قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان و عدمه الى آخر عبارته (عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا) لكل من الباقى و المفارق .

(و مقتضى ماذكرنا من مبنى الاقوال) حيث قلنا : و مبنى الاقوال على ان افتراقهما الى آخره (جريان الخلاف هنا ايضا) لوحدة الملاك فى المسألتين ، فكما يكون هناك خلاف ، يكون هنا خلاف ايضا .

. . . . . .

و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا اقوى ، كما لا يخفى .

(و كيف كان) الامر (فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا اقوى ، كما لا يخفى) للفرق بين المسألتين لعدم الخلاف فى صدق الافتراق الاختيارى على حركة المتحرك ـ اختيارا ـ بخلاف سكون الساكن .

ففى صدق الافتراق عليه عرفا خفاء و ان صدق عليه الافتراق بالدقة العقلية .

مسئلة

لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال .

و لعله لان الافتراق الحاصل بينهما فى حال الاكراه كالمعدوم ، فكانهما بعدُ مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق .

و فيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسّا .

(**مسألة** : لو زال الاكراه) بعد ان حمل الى خارج المجلس مكرها (فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال) فما دام فى مجلس الزوال له الخيار ، فاذا فارق عن ذلك المجلس زال خياره

(و لعله) وجه (لـ) فتوى الشيخ (ان الافتراق الحاصل بينهما فى حال الاكراه كالمعدوم) لرفع الاكراه حكما ، و ان كان موجودا حقيقة ـ و لذا قال كالمعدوم ـ (فكانهما بعدُ مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق) .

اما سقوطه بعد افتراقه عن مجلس الزوال فهو بلا اشكال ، اذ لا وجه لبقاء الخيار بعد عدم كونه فى مجلس العقد ، و عدم كونه فى مجلسٍ بمنزلة مجلس العقد .

(و فيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسّا) فانها من الامور الخارجية غير التابعة للامور النفسية ، فهى مرتفعة

غاية الامر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الاكراه .

و لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد .

و الحاصل ان الباقى بحكم الشرع هو الخيار ، لا مجلس العقد ، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار ، فلابد امامن القول بالفور كما عن التذكرة ، و لعله

بالافتراق سواء كان عن ارادة اوعن اكراه .

(غاية الامر عدم ارتفاع حكمها) اى الحكم الذى هو سقوط الخيار فحيث انه اكره ، كان خياره باقيا .

فقوله : (و هو الخيار) اى ان عدم الارتفاع هو الخيار (بسبب الاكراه) الرافع لحكم الافتراق .

(و) لا دليل على ان مجلس زوال الاكراه فى حكم مجلس العقد .

اذ (لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد) لا نصّا و لا اجماعا ، فمن اين جاء ان حكم مجلس زوال الاكراه حكم مجلس العقد ؟

(و الحاصل) فى الاشكال على فتوى الشيخ (ان الباقى بحكم الشرع هو الخيار ، لا) ان الباقى (مجلس العقد) .

اذاً (فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار) بعد زوال الاكراه .

وعليه (فلابد امامن القول بالفور) و انه اذا زال الاكراه فله الاخذ بالخيار فورا ، و انه اذا لم يأخذ بالخيار فورا سقط خياره ، و ان كان مجلس زوال الاكراه باقيا (كما عن التذكرة ، و لعله) اى و لعل وجه الفور

. . . . . .

لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين .

و اما من القول بالتراخى الى ان تحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الادلة .

(لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين) فى الفسخ و الامضاء .

(و اما من القول بالتراخى) و امتداد الخيار ، حتى الى ما بعد مجلس زوال الاكراه (الى ان تحصل المسقطات) كالتصرف و نحوه (لاستصحاب الخيار) .

(و الوجهان) اى الفور ، و التراخى الى ان تحصل المسقطات (جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الادلة) و انه ممتد او غير ممتد و ان كان الاظهر الثانى ، لانه مقتضى الاستصحاب .

مسئلة

و من مسقطات هذا الخيار التصرف على وجه يأتي في خياري الحيوان و الشرط، ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس و في الصرف، و العلامة في التذكرة و نسب الى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى اطباقهم عليه، و حكي عن الخلاف و الجواهر و الكافي و السرائر، ولعله لدلالة التعليل في بعض اخبار خيار الحيوان، و هو الوجه ايضا في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، والا

(**مسألة**: و من مسقطات هذا الخيار) اى خيار المجلس (التصرف على وجه يأتي في خياري الحيوان و الشرط) فانه ليس كل تصرف مسقط بل التصرف على وجه خاص (ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس) (و في) بيع (الصرف) و هو بيع الاثمان اى بيع الذهب بالفضة و نحوه (و العلامة في التذكرة و نسب) القول بذلك ايضا (الى جميع من تأخر عنه) اى عن العلامة (بل ربما يدعى اطباقهم عليه، و) كذلك (حكي عن الخلاف و الجواهر) للقاضي (و الكافي و السرائر، ولعله) اى لعل وجه كون التصرف مسقطا لخيار المجلس، مع عدم ورود نصّ عليه بالخصوص (لدلالة التعليل في بعض اخبار خيار الحيوان) فان العلة تشمل خيار المجلس ايضا (وهو) اى عموم التعليل (الوجه ايضا في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط) فاذا باع شيئا بشرط ان له الرجوع في البيع الى شهر ـ مثلا ـ ثم تصرف في الثمن سقط خياره على ما ذكروا (والا) اى لولا

. . . . . .

فلم يرد فيه نص بالخصوص ، بل سقوط خيار المشترى بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة ، حيث قال: فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام ، فذلك رضا منه ، فلا شرط ، فان المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل .

عموم التعليل (ف) لا دليل آخر على سقوط خيار الشرط بالتصرف ، لانه (لم يرد فيه نص بالخصوص ، بل سقوط خيار المشترى) للحيوان (بتصرفه) فى الحيوان (مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة) فليس هناك دليل على سقوط خيار الحيوان بالتصرف الا من العلة .

و نسبة العلة الى خيار الحيوان و سائر الخيارات واحدة .

فكما يسقط خيار الحيوان بالتصرف ، كذلك تسقط سائر الخيارات (حيث قال) عليه السلام (فان احدث المشترى فيما اشترى) اى فى الحيوان الذى اشتراه (حدثا قبل الثلاثة ايام) اى قبل انقضاء الثلاثة اذ خيار الحيوان ثلاثة ايام فقط (فذلك رضا منه) اى ان التصرف دليل الرضا ، او انه رضا فعلى ، وان لم يكن راضيا باسقاط خياره (فلا شرط) اى لا خيار له بعد الرضا (فان المنفى) فى قوله عليه السلام : لا شرط ـ اى لا خيار ـ (يشمل شرط المجلس و الحيوان) وغيرهما (فتأمل) .

اذ كيف يمكن ان ندعى عموم « لا شرط » للمجلس ، مع ان كونه فى باب الحيوان قرينة صارفة الى خصوص الحيوان .

اللهم الا ان يقال : ان العرف يفهم ذلك ، و هذا ليس ببعيد ، و لذا فهم المشهور الخيار ، و مع هذا الفهم لا يبقى مجال للقول بان

و تفصيل التصرف المسقط سيجئ ان شاء الله .

« حتى يفترقا » نص فى امتداد الخيار الى حين الافتراق فلا يمكن رفع اليد عنه بسبب هذا الاشعار المستفاد من التعليل .

(و تفصيل التصرف المسقط سيجئ ان شاء الله) و ان اىّ تصرف مسقط و اى تصرف غير مسقط .

الثانی

خیار الحیوان لاخلاف بین الامامیة فی ثبوت الخیار فی الحیوان للمشتری ·

و ظاهر النص و الفتوی العموم لکل ذی حیاة ، فیشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز ·

و لا یبعد اختصاصه بالحیوان المقصود حیاته فی الجملة ·

فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فی الاناء وشبه ذلك خارج

(الثانی) من الخیارات (خیار الحیوان) و (لاخلاف بین الامامیة فی ثبوت الخیار فی الحیوان للمشتری) الی ثلاثة ایام ·

(و ظاهر) اطلاق (النص و الفتوی العموم لکل ذی حیاة) حیوانیة لا مثل النبات (فیشمل) الخیار (مثل الجراد و الزنبور و السمك والعلق و دود القز) بل لا یبعد ـ علی هذا ـ شموله لمثل الاحیاء الجدیدة کالمکروب ·

(و) لکن (لا یبعد اختصاصه بالحیوان المقصود حیاته فی الجملة) مثل البقر الذی یشتری لاجل اللبن مثلا ، و انه ثم یراد بعد ذلك ذبحه للاستفادة بلحمه و جلده ·

(فمثل السمك المخرج من الما) لاجل اماتته ، لا لاجل احرازه و اقتنائه (و الجراد المحرز فی الاناء) لاجل اماتته لا لاجل اقتنائه حیّا (و شبه ذلك خارج) عن کونه ذا خیار

لانه لا يباع من حيث انه حيوان ، بل من حيث انه لحم .

و يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم او بجرح الكلب المعلم .

وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض ، اوفى زمان الخيار .

(لانه لا يباع من حيث انه حيوان ، بل من حيث انه لحم) فهو كبيع اللحم حيث انه لا خيار فيه لان الادلة جارية في بيع الحيوان .

(و يشكل) اختصاص خيار الحيوان (فيما صار كذلك) اى صار مثل السمك الخارج من الماء (لعارض كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم او بجرح الكلب المعلم) فهل فيه خيار الحيوان لانه حى اوليس فيه؟ لانه لا يشترى الا لاجل اللحم ، احتمالان .

و لعل وجه الفرق بينه و بين السمك ، حيث جزم بانه لا خيار للحيوان في السمك ، و اشكل هنا في الصيد ان السمك الخارج من الماء محكوم بالموت قطعا ، فلا يشترى الا لحمه ، اما الصيد فلا يقطع بموته و لذا فيمكن ان يشترى لاجل انه حيوان ، لا انه لحم ، فتأمل .

(وعلى كل حال) فى الصيد (فلا يعدّ) فى مثل السمك (زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض ، اوفى زمان الخيار) حتى تنطبق عليه قاعدة التلف قبل القبض من مال مالكه ، وقاعدة : التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له .

. . . . . .

و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلاثة وجوه ٠

ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين ، كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاقد الاجماع ـ كما فى

(و) اذا اشترى مالا يبقى الى ثلاثة ايام بان مات بعد يومين مثلا ف (فى منتهى خياره) اى خيار المشترى فى مثل هذا الحيوان (مع عدم بقائه الى الثلاثة) الايام (وجوه) و احتمالات ٠

الاول : انه ثلاثة ايام لان متعلق الخيار هو العقد و هو باق و ان مات الحيوان ٠

الثانى : انه الى حين الموت قبل الثلاثة لان متعلق الخيار العين فاذا مات الحيوان انتفى الخيار لانتفاء موضوعه ٠

الثالث: انه الى حين ان يأتى مسقط آخر و لو بعد الثلاثة ، لان الخيار متعلق بالعقد و هو باق الى مابعد الثلاثة و اما ذكر الثلاثة فى الاخبار فهو منزل على الغالب من عدم موت الحيوان فى الثلاثة ٠

لكن لا يخفى ضعف هذا الوجه ، و بعده الوجه الثانى ، و اقواها الوجه الاول ٠

(ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين) كما اذا باع هذا البقر الخاص مثلا (كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات) فاذا قال : من اشترى حيوانا كان له خيار ثلاثة ايام ، انساق منه فى اذهان العرف الى الحيوان الخاص ،لا الكلى (مع الاستدلال به) اى بكون الخيار فى المعين (فى بعض معاقد الاجماع ـ كما فى

التذكرة ـ بالحكمة غير الجارية فى الكلى الثابت فى الذمة ، او يعم الكلى كما هو المتراءى من النص والفتوى لم اجد مصرحا باحد الامرين .

نعم يظهر من بعض المعاصرين : الاول ، ولعله الاقوى .

وكيف كان فالكلام فى من له هذا الخيار ، وفى مدته

التذكرة ـ بالحكمة غير الجارية فى الكلى الثابت فى الذمة) .

فان الحكمة فى جعل الخيار ان يكون للمشترى الحق فيما اذا لم يرغب فى شخص هذا الحيوان ان يرده ، و هذه الحكمة ليست جارية فى اشتراء الكلى ، حيث انه اذا لم يرغب فى فرد بدّله بفرد آخر (او يعم) هذا الخيار (الكلى) لعدم معلومية ان الحكمة ذلك الذى ذكر ، فان من الحكمة انه اذا زهد المشترى فى اصل البيع ، كان له رده ، و هو يشمل الكلى كما يشمل الشخصى (كما هو المتراءى من النص و الفتوى) لاطلاقهما الشامل للكلى كما يشمل الشخصى .

ثم انه لا منافات بين قوله ((المنساق)) وبين قوله ((المتراءى)) لان المنساق بالدقة والمتراءى بالنظر السطحى (لم اجد مصرحا باحد الامرين) (نعم يظهر من بعض المعاصرين : الاول ، ولعله الاقوى) وان كان الثانى اقرب الى الاعتبار ، لما عرفت من اطلاق الحكمة .

وكذلك يوجد مثله فى خيار المجلس وغيره ، فانه يشمل بيع الكلى ايضا .

(وكيف كان فالكلام) الآن (فى من له هذا الخيار ، وفى مدته

. . . . . .

من حيث المبدء و المنتهى ، و مسقطاته يتم برسم مسائل .

من حيث المبدء و المنتهى ، و) فى (مسقطاته) و هو : (يتم برسم مسائل) نذكرها ان شاء الله تعالى .

مسئلة

المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى حكى عن الشيخين ، و الصدوقين ، والاسكافى و ابن حمزة و الشاميين الخمسة ، و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين ، وعن الغنية و ظاهر الدروس الاجماع عليه لعموم قوله عليه السلام : اذا افترقا وجب البيع خرج المشترى و بقى البائع ، بل

(مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى) فاذا باع حيوانا لزيد كان الخيار لزيد فقط ، لا للبائع (حكى عن الشيخين) المفيد و الطوسى (والصدوقين) الوالد و الولد (والاسكافى و ابن حمزة والشاميين الخمسة) و هم : الحلبى و القاضى و الشهيدين و الكركى (والحلبيين) بالباء نسبة الى بلدة حلب فى سوريا وهم (الستة) المعروفون .

و ربما قيل : انه بالياء اى الحليبين نسبة الى بلدة الحلة فى العراق و هم : ابن ادريس والمحقق و العلامة و ولده و ابن سعيد و السيورى (و معظم المتأخرين ، وعن الغنية و ظاهر الدروس الاجماع عليه) .

و انما لم يكن للبائع الخيار (لعموم قوله عليه السلام : اذا افترقا وجب البيع) دل على وجوب البيع مطلقا بعد المجلس (خرج المشترى) بدليل : خيار الحيوان (و بقى البائع) لعدم الدليل على خروجه (بل

لعموم : اوفوا بالعقود، بالنسبة الى ماليس فيه خيار المجلس بالاصل او بالاشتراط، و يثبت الباقى بعدم القول بالفصل .

و يدل عليه ايضا ظاهر غير واحد من الاخبار .

منها : صحيحة الفضيل بن يسار عن ابى عبد الله عليه السلام، قال قلت له : ما الشرط فى الحيوان؟ قال : ثلاثة ايام

لعموم : اوفوا بالعقود) فانه ظاهر فى عدم الخيار بعد العقد .

ان قلت: لا اشكال فى وجود خيار المجلس للبائع ، فاذا انقضى المجلس بقى الخيار له فى بيع الحيوان بالاستصحاب .

قلت : لا شك فى انه لا خيار للبائع (بالنسبة الى ماليس فيه خيار المجلس بالاصل) كما تقدم فى بعض البيوع انه لا خيار مجلس فيه ، مثل بيع الاب من ولده (او بالاشتراط) بان اشترطا انه لا يكون للبائع خيار المجلس ، فاذا لم يكن للبائع خيار المجلس ، فلا يستصحب الخيار له بعد المجلس (و يثبت) عدم خيار الحيوان للبائع ، فى (الباقى) وهو ماكان للبائع خيار المجلس (بعدم القول بالفصل) لانا لا نقول بانه يكون للبائع خيار الحيوان فى مكان دون مكان ، فاذا لم يكن له خيار الحيوان فى مورد فليس له خيار الحيوان فى كل الموارد .

(و يدل عليه) اى على عدم الخيار للبائع مطلقا (ايضا ظاهر غير واحد من الاخبار) .

(منها : صحيحة الفضيل بن يسار عن ابى عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ما الشرط) اى ما هو الخيار (فى الحيوان؟ قال : ثلاثة ايام

. . . . . .

للمشترى قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما .

و ظهوره فى اختصاص الخيار بالمشترى .

و اطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ماذا كان الثمن حيوانا .

للمشترى) .

و انما سمى الخيار شرطا، لانه شرط من الله سبحانه على البائع ان يكون للمشترى خيار الحيوان الى ثلاثة ايام (قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال) عليه السلام: (البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما) .

و قد تقدم معنى قوله عليه السلام «بعد الرضا»

(و ظهوره) اى هذا الخبر (فى اختصاص الخيار بالمشترى) لقوله عليه السلام: ثلاثة ايام للمشترى ولا يقال انه مفهوم اللقب، فلا حجية فيه اذ هو فى مقام التحديد، و مفهوم التحديد حجة .

(و) ظهوره ايضا فى (اطلاق نفى الخيار لهما) اى لا للبائع ولا للمشترى (فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق) مما يظهر منه انه اذا باع دارا مثلا ببعير، بان كان المثمن غير حيوان، لكن كان الثمن حيوانا (يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا) ففى هذه الرواية موضعان يظهر من كل منهما ان الحيوان اذا كان ثمنا لم يكن لآخذه وهو البائع الخيار فيه .

. . . . . .

و يتلوها فى الظهور رواية على بن اسباط عن ابى الحسن الرضا عليه السلام ، قال الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى فان ذكر القيد ـ مع اطلاق الحكم ـ قبيح ، الا لنكتة جلية ونحوها : صحيحة الحلبى فى الفقيه ، عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : فى الحيوان كله شرط

(و يتلوها فى الظهور رواية على بن اسباط عن ابى الحسن الرضا عليه السلام ، قال) عليه السلام : (الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى) .

و حيث انه مورد توهم ان يقال : انه من باب مفهوم اللقب ، اجاب بقوله : (فان ذكر القيد) حيث قال « للمشترى » (ـ مع اطلاق الحكم ـ) اى اذا كان الحكم بالخيار ، يشمل كلا من البائع و المشترى ، فيما اذا باع حيوانا ، او كان الثمن حيوانا (قبيح ، الا لنكتة جلية) و حيث لا نكتة جلية فى المقام ، لا بد و ان تكون النكتة اختصاص الخيار بالمشترى .

اما آية « فى حجوركم » فالنكتة فيها التنفير عن زواج بنت الزوجة ، فان الانسان كيف يرغب ان يتزوج من ربيت فى حجره ، ثم انه انما قال « يتلوه » لقوة دلالة الرواية الاولى ، حيث ان كلام الامام عليه السلام كان فى جواب السؤال ، فهو من مفهوم التحديد ، كما عرفت بخلاف الرواية الثانية ، فهى اشبه شئ بمفهوم اللقب ، و هو ليس بحجة ، نعم فيه اشعار او ظهور حسب ما ذكرناه ، بقولنا : فان ذكر القيد ... الخ (و نحوها : صحيحة الحلبى فى الفقيه ، عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال فى الحيوان كله) اى كل اقسامه (شرط

ثلاثة ايام للمشترى.

و صحيحة ابن رئاب، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشترى.

و اظهر من الكل صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الاسناد، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشترى او للبائع اولهما كليهما، قال: الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة ايام، فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء و عن سيدنا المرتضى قدس سره

ثلاثة ايام للمشترى) فانها مثل رواية ابن اسباط فى وجه الدلالة.

(و صحيحة ابن رئاب، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشترى).

وانما ادعى ان هذه الروايات ظاهرة ـ ولم يقل بكون بعضها نصا ـ اذ من المحتمل ان يكون وجه كون الخيار للمشترى ان الكلام فى اشتراء الحيوان لا فى ما اذا كان الحيوان ثمنا فلا دلالة فى هذه الاخبار فى نفى الخيار اذا كان الحيوان ثمنا.

(و اظهر من الكل صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الاسناد، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشترى او للبائع اولهما كليهما، قال: الخيار لمن اشترى نظرة) اى انتظار (ثلاثة ايام، فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء).

و وجه كونها اظهر من السابقة، قوة ظهور نفى الخيار عن غير المشترى بعد سؤال السائل هل ان لغيره الخيار ام لا؟ و وجه انها غير صريحة ما تقدم (و) مع ذلك كله، ف (عن سيدنا المرتضى قدس سره،

. . . . . .

و ابن طاوس ثبوته للبائع ايضا ، و حكى عن الانتصار دعوى الاجماع عليه لاصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس .

و لصحيحة محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا .

و

و ابن طاوس ثبوته) اى الخيار(للبائع ايضا و حكى عن الانتصار دعوى الاجماع عليه) .

و ذلك (لاصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس) فانه بعد الافتراق عن المجلس اذا كان الافتراق قبل ثلاثة ايام ، يشك فى انه هل لزم البيع املا ؟ فالاستصحاب يقتضى عدم اللزوم .

(و لصحيحة محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان ، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) .

و اشكل على الدليل الاول بان الخيار الكائن قبل الافتراق زال قطعا لانه خيار المجلس و الخيار المراد اثباته لم يعلم به ، لان خيار الحيوان لا يعلم ثبوته للبائع ، فلاتتم اركان الاستصحاب .

و فيه انه من قبيل الصورة الاولى من القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى ، فان المراد استصحاب الكلى ، لا خصوص خيار المجلس ، او خيار الحيوان .

(و) اشكل على الدليل الثانى بالتعارض مع الروايات السابقة مما يوجب ترجيح الروايات السابقة على هذه الصحيحة ، بسبب الشهرة و

بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا، او بعد الافتراق و هى ارجح بحسب السند من صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الاسناد .

و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة، و اضرابهما على غيرهم من الثقات .

مضافا الى ورودها فى الكتب الاربعة المرجحة على مثل قرب الاسناد

بالاضافة الى منافاتها مع عمومات اللزوم .

و فيه ان (بها) اى بصحيحة ابن مسلم (تخصص عمومات اللزوم مطلقا) اى ماكان دالا على لزوم العقد مطلقا، مثل : اوفوا بالعقود، لان هذه الصحيحة اخص من العمومات المذكورة (او) ماكان دالا على لزوم العقد (بعد الافتراق) مثل : البيعان بالخيار مالم يفترقا، فاذا افترقا وجب البيع (و هى) اى صحيحة ابن مسلم (ارجح بحسب السند من صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الاسناد) .

(و) وجه الرجحان هو ما (قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة، واضرابهما) من الفقهاء (على غيرهم من الثقات) لوضوح ان الفقيه اعرف بجوانب الكلام و مزاياه، و خصوصياته من غيره، فنقله اضبط و فهمه لكلام الامام عليه السلام اتقن، هذا .

(مضافا الى ورودها) اى صحيحة ابن مسلم (فى الكتب الاربعة المرجحة) بصيغة اسم المفعول، فان علمائنا رجحوا هذه الكتب (على مثل قرب الاسناد) الذى فيه صحيحة ابن رئاب اذ المحمدون الثلاثة فى الكتب الاربعة بنوا على مزيد من الدقة و الاتقان .

. . . . . .

من الكتب التى لم يلتفت اليها اكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او عن مراجعتها .

و اما الصحاح الاخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيحة فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لان الغالب فى المعاملة ـ خصوصا معاملة الحيوان ـ كون ارادة الفسخ فى طرف المشترى،

بالاضافه الى انهم من الفقهاء البارعين الذين لا يشق لهم غبار، بخلاف مثل قرب الاسناد (من الكتب التى لم يلتفت اليها اكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او) غفلتهم (عن مراجعتها) عند التأليف، اذ الاصحاب كانوا يفحصون، و بعد ذلك يفتون فى كتبهم هذا .

بالاضافة الى ان صحيحة ابن مسلم صريحة، بخلاف صحيحة ابن رئاب فانها ظاهرة، و النص يقدم على الظاهر .

(و اما الصحاح الاخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم) لنقل الفقهاء كالحلبى لها ولوجودها فى الكتب الاربعة (فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيحة) لابن مسلم، فانها صريحة لو لم نعمل بها لزم طرحها، بخلاف تلك الصحاح .

لا يقال: فماذا يعمل بتلك الصحاح .

لانه يقال: (فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة) المتعارف (لان الغالب فى المعاملة ـ خصوصا معاملة الحيوان ـ كون ارادة الفسخ فى طرف المشترى) .

لاطلاعه على خفايا الحيوان .

و لا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة ـ فى باب الترجيح ـ على الاكثرية .

و اما ماذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم ، من ان خيار الحيوان للمشترى على البائع ، فكان بين المجموع ، ففى غاية السقوط

و انما كان الغالب ذلك (لاطلاعه) اى المشترى (على خفايا الحيوان) مما يوجب نفرته عنه فيفسخ البيع تخلصا منه و ذلك بخلاف البائع الذى نقد الثمن و يندر ندمه .

(و) ان قلت : صحيحة ابن مسلم واحدة ، والروايات الاخر كثيرة .

قلت : (لا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة ـ فى باب الترجيح ـ على الاكثرية) بعد تساويهما فى الحجية ، لان الاظهر يوجب التصرف فى الظاهر ، ولذا يقدمون رواية الحاكم على المحكوم و لو كانت رواية الحاكم واحدة و روايات المحكوم كثيرة .

(و) ان قلت : من الممكن تأويل صحيحة ابن مسلم بما لا ينافى تلك الروايات .

قلت : (اما ماذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم ، من ان خيار الحيوان للمشترى) فقط (على البائع ، فكان) الخيار (بين المجموع) .

فقوله عليه السلام : المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام ، يراد به خيار المشترى على البائع ، لا خيار كل واحد منهما على الآخر (ففى غاية السقوط) .

. . . . . .

واما الشهرة المحققة ، فلا تصير حجة على السيّد ، بل مطلقا ، بعد العلم بمستند المشهور ، وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكروه .

و اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشترى لامجرد ثبوته له

اذ العبارة نص فى ان الخيار لكل واحد ، و يؤيده ذيل الصحيحة حيث ان خيار المجلس لكل منهما على الآخر .

(واما الشهرة المحققة) فى جانب الروايات المثبتة للخيار للمشترى فقط (فلا تصير حجة على السيّد) اذ كلام السيد قبل تحقق الشهرة ، فاذا كنا فى زمان السيّد ــ فرضا ــ لم نتمكن ان نقول للسيد : ان الشهرة على خلاف مستندك ، فمستندك ساقط (بل) الشهرة فى امثال المقام ليست حجة (مطلقا ، بعد العلم بمستند المشهور ، وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكروه) اذ لما عرف ان المشهور استندوا الى ما لا يصح الاستناد اليه لم يمكن ترجيح مستندهم بمجرد استناد المشهور .

اذ الترجيح بالمشهور ليس امرا تعبديا ، بل لاجل احتمال وجود مرجح لهم .

فاذا عرفنا انه لا مرجح لهم ، لم يصح الاستناد الى مستندهم فى قبال مستند اقوى .

(**و**) **ان قلت** : ادعى صاحب الغنية : الاجماع على كلام المشهور .

قلت : (اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشترى لا مجرد ثبوته) اى الخيار (له) اى للمشترى ، فانه من المحتمل ان الغنية

. . . . . .

معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع .

و لعله لذا قوى فى المسالك قول السيد ، مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق على خلافه ، و تبعه على ذلك فى المفاتيح ، و توقف فى غاية المراد و حواشى القواعد ، و تبعه فى المقتصر هذا .

و لكن الانصاف ان أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهارها

يقول : الخيار للمشترى بالاجماع لانه يقول : الخيار خاص بالمشترى بالاجماع (معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع) بالاضافة الى المشترى ، وعلى هذا فلا شهرة تفيد ، ولا اجماع يستند اليه ، على طبق كلام المشهور .

(و لعله لذا) الذى ذكرنا من اقوائية مستند السيد المرتضى (قوى فى المسالك قول السيد ، مع قطع النظر عن الشهرة ، بل الاتفاق على خلافه) أى على خلاف السيد ، اى انه قال : الاقوى ان الخيار للبائع ايضا اذا لم تكن شهرة او اتفاق على خلاف السيد (و تبعه على ذلك فى المفاتيح ، و توقف) فى انه هل الخيار للبائع ام لا ؟ (فى غاية المراد ، و حواشى القواعد ، و تبعه) فى التوقف (فى المقتصر) و مجموع ذلك يجعل الفقيه متمكنا من الفتوى باطلاق كون الخيار لكل من البائع والمشترى (هذا)

(و لكن الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة) لابن مسلم فان تعاضد بعضها ببعض يجعل لها ظهورا مساويا لظهور صحيحة ابن مسلم (مع) اضافة (اشتهارها) اى أخبار

. . . . . .

بين الرواة حتى محمد بن المسلم الراوى للصحيحة ، مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشترى ، فلا ريب فى ضعف هذا القول .

نعم هنا قول ثالث ، لعلّه أقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا أو مثمنا نسب الى جماعة من المتأخرين ، منهم الشهيد

المشهور (بين الرواة) فان مختلف الرواة رووها ، والشهرة الروائية توجب قوة المضمون (حتى) ان (محمد بن المسلم الراوى للصحيحة) روى رواية تدل على كلام المشهور (مع) انه اذا فرضنا حصول التكافؤ بين الصحيحة و بين روايات المشهور ، و لم نقل بتقدم روايات المشهور لقوتها بالاشتهار فاللازم الأخذ بقول المشهور ، لـ (ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق) مثل : أوفوا بالعقود ، و نحوه (و المتيقن خروج المشترى) عن لزوم العقد ، فيبقى البائع داخلا فى عموم أدلة اللزوم ، و يكون الحاصل انه لاخيار له (فلا ريب) عند المصنف (فى ضعف هذا القول) الذى يقول ان الخيار للبائع ايضا .

(نعم هنا قول ثالث ، لعلّه أقوى منه) اى من القول الثانى (و هو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا أو مثمنا) و اذا كان كلا طرفى المعاملة حيوانا كما لو اشترى دجاجة بعشر حمامات مثلا ، ان كان تبادلا ، بدون أن يكون أحدهما ثمنا و الآخر مثمنا ـ لامكان ذلك و صحته لشمول : أوفوا بالعقود ، له ـ يكون الخيار لكلا الطرفين .

ف (نسب) هذا القول (الى جماعة من المتأخرين ، منهم الشهيد)

. . . . . .

فى المسالك لعموم صحيحة محمد بن مسلم : البيعان بالخيار مالم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام .

و لاينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا .

الثانى ره (فى المسالك) .

و ذلك (لعموم صحيحة محمد بن مسلم : البيعان بالخيار مالم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) فان صاحب الحيوان يشمل البائع و المشترى، فكل من كان صاحب الحيوان يكون له الخيار الى ثلاثة ايام حسب هذه الصحيحة .

(و) **ان قلت:** فى موثقة ابن فضال تقييد صاحب الحيوان بالمشترى مما يدل على ان المراد بصاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم المشترى أيضا، لوحدة السياق فى الروايتين .

قلت: (لاينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال) فقد روى على بن فضال ، قال : سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول : صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثة أيام .

وانما لاينافى (لاحتمال ورود التقييد) بالمشترى (مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا) و بذلك يسقط القيد عن الدلالة فلايكون مقيدا لاطلاق صحيحة ابن مسلم .

. . . . . .

و لاينافى هذه الدعوى التمسك باطلاق صحيحة محمد بن مسلم لان الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا توجب تنزيل الاطلاق

(و) **ان قلت**: اذا كان من الممكن حمل القيد فى خبر ابن فضال على الغالب، كان لقائل أن يقول من الممكن حمل صاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم على الغالب، من كون المشترى هو صاحب الحيوان فلا يكون اطلاق فى الصحيحة.

قلت: (لاينافى هذه الدعوى) اى دعوى حمل القيد على الغالب فى موثقة ابن فضال (التمسك باطلاق صحيحة محمد بن مسلم) بأن يقال: كما ان القيد فى خبر ابن فضال منزل منزلة الغالب، كذلك يحمل صاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم على الغالب من كون صاحب الحيوان المشترى، فلا دلالة فى الصحيحة على الخيار للبائع اذا كان الثمن حيوانا (لان الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها) لأنس الذهن بالغالب مما يوجب ذكر القيد و ان لم يقصد به خصوص المقيد، بل الحكم أعم من المقيد (ولا توجب تنزيل الاطلاق) بحمل المطلق على المقيد، اذ ليس القيد بحيث يوجب انصراف اللفظ المطلق الى المقيد.

و الحاصل انّا تابعون للظهور، فربما يقول المولى، المقيد، لكن الكلام ظاهر فى المطلق، وانما ذكر القيد لنكتة مثل ((رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ)) و ربما يقول المولى المطلق لكن ليس الكلام ظاهرا فى المقيد، فان القيد و ان كان غالبا، لكنه ليس بحيث يوجب انصراف المطلق الى

. . . . . .

ولا ينافيها ايضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشترى لو رودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان ، ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لامكان تقييدها ـ وان بعد ـ بما اذا كان العوضان

المقيد ، فليس كلما حمل المقيد على الغالب و نتيجته الاطلاق يحمل المطلق على الغالب حتى تكون نتيجته التقييد (ولا ينافيها ايضا) اى لا ينافى الدعوى المذكورة من حمل القيد فى موثقة ابن فضال على الغالب (ما دل على اختصاص الخيار بالمشترى) من الروايات المتقدمة ، حيث ذكر لفظ المشترى ، فانّا نحمل القيد فى الموثقة على الغالب ، و نقول باطلاق الموثقة ، ولا نحمل اطلاقها على القيد الذى ورد فى بعض الروايات من لفظ المشترى .

و انما لا ينافى (لو رودها) ـ الضمير عائد الى « ما » باعتبار المعنى اى الرواية التى قيدت الخيار بالمشترى ـ (مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان) اما اذا كان الثمن حيوانا فللبائع الخيار ايضا (ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين) « ولا » عطف على « ما دل » اى لا ينافى الدعوى المذكورة صحيحة محمد بن مسلم .

وجه المنافات ان الدعوى تقول : المشترى ، فى رواية ابن فضال منزل منزلة الغالب ، وان كل من انتقل اليه الحيوان يكون له الخيار ، و صحيحة ابن مسلم تقول : ان الخيار لكل من البائع والمشترى .

و وجه عدم المنافات (لامكان تقييدها) اى صحيحة ابن مسلم (ـ وان بعد ـ) هذا التقييد (بما اذا كان العوضان

. . . . . .

حيوانين .

لكن الاشكال فى اطلاق الصحيحة الاولى فى جهة قوة انصرافه الى المشترى فلامخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا ، اوبعد المجلس

حيوانين) .

فكل من الموثقة والصحيحة تقول : ان من انتقل اليه الحيوان ــ بائعا كان او مشتريا ــ له الخيار .

فتحصل ان مستند الشهيد و هو الصحيحة او رد عليها الاشكال بما ذكره المصنف بقوله ((ولا ينافيه)) .

ثم اورد على ((لا ينافيه)) ثلاث اشكالات .

و هى ((لا ينافى هذه الدعوى)) و ((ولا ينافيها)) و ((ولا صحيحة محمد)) هذا كله وجه كلام الشهيد من التمسك باطلاق صحيحة ابن مسلم لفتواه .

(لكن الاشكال فى اطلاق الصحيحة الاولى) اى صحيحة ابن مسلم (من جهة قوة انصرافه) اى الاطلاق (الى المشترى) فلا خيار للبائع و ان كان الثمن حيوانا (فلامخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا) حتى يقال بمقالة الشهيد بان للبائع الخيار اذا كان الثمن حيوانا (اوبعد المجلس) عطف على ((مطلقا)) فان ادلة لزوم البيع قسمان .

الاول : مايدل على اللزوم مطلقا مثل ((اوفوا بالعقود)) .

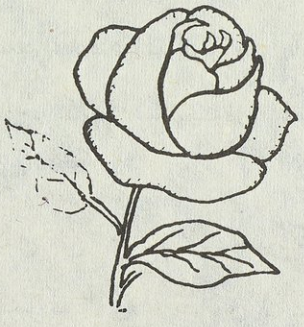
الثانى : مايدل على اللزوم بعد المجلس مثل ((فاذا افترقا وجب

. . . . . .

فلا محيص عن المشهور .

البيع)) (فلا محيص) اذا بعد بطلان القول الثانى القائل بان الخيار فى بيع الحيوان لكل من البائع و المشترى .

و القول الثالث القائل بان كل من انتقل اليه الحيوان له الخيـــار (عن المشهور) و هو ان الخيار للمشترى فقط .



مسئلة

لافرق بين الامة وغيرها فى مدة الخيار و فى الغنية كما عن الحلبى ان مدة خيار الامة مدة استبرائها بل عن الاول دعوى الاجماع ٠

(**مسألة** : لافرق بين الامة وغيرها فى مدة الخيار) التى هى ثلاثة ايام ، والامة حيوان ناطق ، فليس ادراجها فى حكم الحيوان باعتبار المعنى العرفى للحيوان ، بل باعتبار المعنى اللغوى و المنطقى قال تعالى : وَاَنَّ الدَّارَ الآخِرَةَ لَهِىَ الحَيَوَانُ ،وفى حديث عن الامام امير المؤمنين عليه السلام مامضمونه ان فى الانسان الروح النباتية ،و الروح الحيوانية ، والروح الانسانية و فى الطب جعلوا المخ و القلب والكبد منطلقا لهذه الارواح الثلاثة ، كل واحد لروح ٠

اما مسألة بيع الرقيق والاحكام الخاصة لهم فقد ذكرناوجهه فى كتاب تسهيل الاحكام وكتاب الفقه فى باب الجهاد ٠

ثم انه انماكان مدة خيار الامة ثلاثة ايام (و) لكن (فى الغنية كما) نقل (عن الحلبى) ايضا (ان مدة خيار الامة) ليست ثلاثة ايام ، بل (مدة استبرائها) حيضة فان كانت فى سن من تحيض ولا تحيض فخمسة و اربعون يوما ، واذا ملكها حائضا كانت بقية ايام حيضها مدة استبرائها ولا استبراء اذا كانت يائسة ، او صغيرة ، اوغير مدخول بها ، او كانت الى مرأة ، اولطفل ، او لمن لم يدخل بها ، او نحو ذلك مماقرر فى كتاب النكاح (بل عن الاول) و هو ابن زهرة فى الغنية (دعوى الاجماع) على

. . . . . .

و ربما ينسب هذا الى المقنعة ، والنهاية ، والمراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء ، و لم اقف لهم على دليل .

ما ذكره .

ولا يخفى انه اذا لم يكن لها استبراء ـ كما ذكرناه ـ فالمدة فيها ثلاثة ايام ايضا ، و لم يعلم انهم ماذا يقولون اذا كانت مدة استبرائها اقلّ من ثلاثة ايام كما اذا اشتراها و بعد ساعة انقطع حيضها ، فهل يقولون بانتهاء مدة الخيار بانتهاء مدة الحيض؟ او يقولون بابعد الاجلين؟ اى الثلاثة فى مفروض المسألة .

(و ربما ينسب هذا) القول فى مدة خيار الامة (الى المقنعة ، و النهاية ، والمراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء) لقاعدة : التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له ، فاذا كان البائع ضامنا دل ذلك على ان الخيار يكون للمشترى فى هذه المدة (و لم اقف لهم على دليل) و الله سبحانه العالم .

مسئلة

مبدء هذا الخيار من حين العقد، فلو لم يتفرقا ثلاثة ايام انقضى خيار الحيوان، وبقى خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام : ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام، و فى غيره حتى يتفرقا خلافا للمحكى عن ابن زهرة، فجعله من حين التفرق، وكذا الشيخ والحلى فى خيار الشرط المتحد

(**مسألة :** مبدء هذا الخيار) اى خيار الحيوان (من حين العقد، فلو لم يتفرقا ثلاثة ايام) و بقيا فى المجلس(انقضى خيار الحيوان ،وبقى خيار المجلس) .

و انما قلنا بالامرين اى ان مبدء الخيار من حين العقد، و انه يبقى بعد ذلك خيار المجلس (لظاهر قوله عليه السلام : ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام، و فى غيره حتى يتفرقا) فان المنصرف من ثلاثة ايام، انها تبتدء من حين العقد، كما ان ظاهر حتى يتفرقا امتداده الى زمان التفرق و لو طال الى بعد ثلاثة ايام، كما انه يفهم من هذا الحديث ان ابتداء خيار المجلس من حين العقد ايضا .

و اطلاق الحديث يدل على وجود كل من خيار المجلس و خيار الحيوان مع الآخر و بدونه (خلافا للمحكى عن ابن زهرة، فجعله) اى خيار الحيوان (من حين التفرق، وكذا) خلافا لـ (الشيخ والحلى) ابن ادريس(فى خيار الشرط) فجعلاه من حين التفرق(المتحد) صفة خيار

. . . . . .

مع هذا الخيار فى هذا الحكم من جهة الدليل الذى ذكراه ، قال فى المبسوط : الاولى ان يقال : انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق لان الخيار يدخل اذا ثبت العقد ، والعقد لم يثبت قبل التفرق ، انتهى ، ونحوه المحكى عن السرائر .

و هذه الدعوى لم نعرفها .

نعم ربما يستدل عليه باصالة عدم ارتفاعه

الشرط (مع هذا الخيار) اى مع خيار الحيوان (فى هذا الحكم) اى حكم ابتدائه .

وجه الاتحاد (من جهة الدليل الذى ذكراه) فان دليلهما يشمل خيار الحيوان ، وان ذكراه فى خيار الشرط (قال فى المبسوط : الاولى ان يقال : انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق) فاذا باعه دارا على ان يكون للبائع خيار الفسخ لمدة اسبوع ، كان ابتداء الاسبوع من حين انتهاء خيار المجلس بتفرق احدهما عن الآخر .

و ذلك (لان الخيار يدخل) فى العقد (اذا ثبت) و تحقّق (العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق) لانه تزلزل بخيار المجلس (انتهى) كلام الشيخ (و نحوه المحكى عن السرائر) .

(و هذه الدعوى) اى دعوى ان تحقق الخيار بعد تحقق العقد (لم نعرفها) اى لم نعرف دليلها .

(نعم ربما يستدل عليه) اى على بقاء الخيار الى ازيد من الثلاثة ـ الملازم لعدم ابتدائه من حين العقد ـ (باصالة عدم ارتفاعه) اى عدم

. . . . . .

بانقضاء ثلاثة من حين العقد .

بل اصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس .

و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد .

و مادل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع مع ان التلف فى الخيار المشترك من المشترى .

ارتفاع الخيار (بانقضاء ثلاثة من حين العقد) الى ان يعلم بانقضائه و هو حين انقضاء الثلاثة بعد التفرق .

(بل) يمكن الاستدلال له اولا : ب (اصالة عدم حدوثه) اى عدم حدوث الخيار (قبل انقضاء المجلس) .

(و) ثانيا : (بلزوم اجتماع السببين) خيار المجلس و خيار الحيوان (على مسبب واحد) و هو الزمان الواحد .

و من المعلوم ان جمع علتين على معلول واحد كل واحدة منهما علة تامة غير معقول ، كما حقق فى الفلسفة .

و حيث ان خيار المجلس قطعى فلابد من القول بان خيار الحيوان يبتدء بعد انتهاء خيار المجلس .

(و) ثالثا ب (مادل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع) بضميمة قاعدة ان « التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له » مما يظهر منه ان خيار الحيوان يكون فى زمان لاخيار للبائع فيه (مع ان التلف فى) زمان (الخيار المشترك من المشترى) لانه ملكه ، ولا دليل على ان التلف يكون من البائع .

. . . . . .

و يردّ الاصل ظاهر الدليل .

مع انه بالتقرير الثانى مثبت .

و ادلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس .

و يردّ التداخل بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس

(و) لكن كل هذه الادلة لا تفى بمدعى الشيخ و ابن ادريس ، اذ (يرد) على (الاصل) اى الاستصحاب (ظاهر الدليل) المتقدم اى قوله عليه السلام «ان الشرط فى الحيوان .. الخ» .

(مع انه) اى الاصل (بالتقرير الثانى) اى اصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس (مثبت) لان لازم عدم حدوثه ، بقائه الى ثلاثة ايام بعد التفرق .

اللهم الا ان يقال : انه من اللوازم الشرعية او ان الواسطة خفية .

(و ادلة التلف من البائع) كما ذكر فى الدليل الثالث بقوله «و ما دل على ان التلف .. الخ» (محمول على الغالب من كونه بعد المجلس) فالغالب ان المجلس ينقضى فى لحظات او دقائق ، ثم يكون للمشترى خيار الحيوان فقط بدون خيار المجلس .

فاذا تلف الحيوان بعد المجلس يكون من البائع ، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، ولا نسلم انه اذا تلف فى زمن خيار المجلس يكون من البائع ، و ان كان للمشترى خيار الحيوان ايضا .

(و يرد التداخل) و هو الدليل الثانى الذى ذكره بقوله «وبلزوم اجتماع .. الخ» (بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية ، فلا بأس

. . . . . .

بالتعدد و ان اتحدا ، فكذلك .

اما لان الاسباب معرفات .

و اما لانها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منهافى التأثير على عدم مقارنة الآخر او سبقه فهى علل تامة

بالتعدد) اذ لكل سبب مسبب ، و ليس من اجتماع السببين على مسبب واحد فللمشترى خياران احدهما بسبب المجلس و الآخر بسبب الحيوان لانهما يؤثران خيارا واحدا (و ان اتحدا) الخياران بحسب المهية (فكذلك) لا بأس بتعددهما .

(اما لان الاسباب) الشرعية (معرفات) فهما اسمان لشئ واحد مثلا و مشيران اليه ، كما اذا نصبت على رأس الفرسخ علامتان ، فانهما ليستا بسببين ، وانما علامتان لشئ واحد .

(و اما لانها) اى الاسباب الشرعية (علل و مؤثرات) فاذا اجتمعتا لا تؤثر كل واحدة منفردة ، بل حالها حال سهمين اطلقا على قلب انسان فانهما معا يقتلانه ، و ان كان كل واحد منهما يقتله لو اطلق وحده الى قلبه ، فانه (يتوقف استقلال كل واحد منها) اى من هذه الاسباب (فى التأثير) بانفراده (على عدم مقارنة الآخر او سبقه) .

اذ لو قارنه كان جزئى أثر لكل نصف الأثر ، اذ لا تعقل الصور الاخرى استقلال هذا ، او ذاك ، وعدم تأثيرهما اصلا ، وتأثير احدهما اقل من النصف ، والآخر النصف او اقل من النصف ، او اكثر من النصف و لو سبقه كان الاثر للسابق ، لا للاحق (فهى) اى المؤثرات (علل تامة)

. . . . . .

الا من هذه الجهة ، و هو المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن ان الخيارين مثلان ، فلايجتمعان ، من ان الخيار واحد ، والجهة متعددة .

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الاجازة ناقلة اوزمان الملك عبّر بذلك للغلبة .

فى نفسها (الا من هذه الجهة) اى جهة التقارن والسبق ، فاللاحق ليس علة اصلا ، والمقارن ليس علة تامة ، وانما جزء علة (وهو) اى انهما علتان كل واحدة جزء السبب ـ حين تقارنهما ـ (المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن) اشكال (ان الخيارين مثلان ، فلايجتمعان) .

فانه ره اجاب عنه بما حاصله : (من ان الخيار واحد ، والجهة متعددة) اى ان الخيارين كلاهما يؤثران فى امر واحد ، فلكل من المجلس والحيوان جزء الأثر ، لاكل الأثر .

(ثم ان المراد بزمان العقد) فى عنوان المسألة حيث قلنا : مبدء هذا الخيار من حين العقد (هل) هو (زمان مجرد الصيغة) و ان لم يكن ملك (كعقد الفضولى) فانه لاملك (على القول بكون الاجازة ناقلة) .

اذ حين الاجازة يكون الحيوان للمشترى .

نعم على القول بان الاجازة كاشفة يكون الملك من حين العقد (او) المراد بزمان العقد (زمان الملك ، عبّر) عن زمان الملك (بذلك) اى بزمان العقد (للغلبة) فان الغالب اى حين العقد يحصل الملك ، وعليه فاذا

. . . . . .

الظاهر هو الثانى كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو اسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض .

و تمثيله بما ذكر

لم يحصل الملك ـ حين العقد ـ لم يكن خيار الحيوان من حين العقد بل من حين الملك .

(الظاهر) من انصراف النص (هو الثانى) اى زمان الملك (كما استظهره بعض المعاصرين) .

ثم (قال) ذلك المعاصر (فعلى هذا) الذى ذكرناه من انه من حين الملك (لو اسلم حيوانا فى طعام) اى باع بيع السلم ، بان باع البائع حنطة يسلمها بعد شهر فى قبال اعطائه المشترى شاة الآن (و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان) اى الذى انتقل اليه الحيوان (وان كان بائعا) حيث ان المفروض فى المقام ان البائع انتقل اليه الحيوان فى مقابل ان يعطى للمشترى حنطة بعد شهر فيكون من بيع السلف و هو تقديم الثمن و تأخير المثمن (كان مبدئه) اى مبدء خيار الحيوان للبائع (بعد القبض) اى بعد ان قبض الشاة فاذا حصل العقد صباحا ، واخذ البائع الشاة ظهرا ، كان مبدء الخيار الظهر ، اذ قد تقرر فى بيع السلم ان الملك لا يحصل الا بعد اخذ البائع الثمن .

(و) لا يخفى ان (تمثيله) اى تمثيل هذا المعاصر (بما ذكر) اى بما

مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين .

و قد تقدم التردد فى ذلك .

ثم ان ماذكروه فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك

اذا كان الثمن حيوانا و المثمن الطعام ، و لم يمثّل بما اذا كان الثمن طعاما و المثمن حيوانا (مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين) فلا خيار فى الحيوان الكلى .

و لو مثل بما اذا كان المثمن حيوانا ، كان من بيع الكلى ، لان المثمن فى السلم كلّى .

و حيث فرض هذا المعاصر كون الثمن حيوانا و الثمن ينتقل الى البائع احتاج الى قوله : و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان .

(و) الشيخ يشكل على هذا المعاصر بقوله : (قد تقدم التردد فى ذلك) اى فى لزوم ان يكون الحيوان الكلى لا خيار فيه ، فقد احتملنا وجود خيار الحيوان حتى فى الحيوان الكلى .

و عليه يمكن مثال السلم بما اذا باع حيوانا كليا سلما فى قبال اخذ البائع الطعام .

(ثم ان ماذكروه فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف) اى فى بيع النقد بالنقد (و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك) اذ الملك فى بيع الصرف يتوقف على القبض ، فحيث لا قبض لا يكون ملك .

و مع ذلك ذكروا ان خيار المجلس من ، حين العقد ، وكلامهم هذا

. . . . . .

لكن لا بدّ له من أثر .

و قد تقدم الاشكال فى ثبوته فى الصرف قبل القبض ، لو لم نقل بوجوب التقابض .

يدل على ان خيار الحيوان ايضا من حين العقد ، و ان لم يحصل ملك (لكن لا بدّ له) اى للخيار قبل الملك (من أثر) اذ لو لا الأثر لا معنى لوجود الخيار .

(و قد تقدم الاشكال فى ثبوته) اى الأثر (فى الصرف قبل القبض) اذ لا ملك حتى يكون أثر (لو لم نقل بـ) ان اثره (وجوب التقابض) .

لكن قد تقدم رد المصنف الاشكال بان للخيار اثرا ، و لو لم نقل بوجوب التقابض ، و ذلك لان أثر الخيار خروج العقد بالفسخ عن قابلية لحوق القبض ، فراجع .

مسئلة

لااشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام ،لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم ، بل للاستمرار المستفاد من الخارج ·

ولافى دخول الليالى الثلاث عند التلفيق مع الانكسار ·

و لوعقد فى الليل فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث ·

(**مسألة** : لااشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام) فى باب خيار الحيوان (لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم) ·

و ذلك لان المنصرف من اليوم النهار فقط ، الا اذا كان هناك قرينة تدل على دخول الليل ، كما اذا قال : كنت اربعة ايام فى البلد الفلانى (بل للاستمرار) فى الخيار (المستفاد) هذا الاستمرار (من الخارج) اى من خارج اللفظ ، لان النص و الفتوى يقولان : ان الخيار من حين العقد الى ثلاثة ايام ، و ذلك لا يتحقق الا بدخول الليلتين المتوسطتين ·

(و) منه يعرف انه (لا) اشكال (فى دخول الليالى الثلاث عند التلفيق مع الانكسار) ·

كما اذا عقد فى ظهر الثلاثاء فانه يمتد الى ظهر الجمعة ، ليتحقق ثلاث نهارات ، وبذلك يدخل ثلاث ليالى هى ليلة الاربعاء والخميس و الجمعة ·

(و لوعقد فى الليل) او له او وسطه او آخره (فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث) حتى يتحقق ثلاث نهارات ·

. . . . . .

و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار مابقى من ليلة العقد ٠

لكن فيه انه يصدق الاقل من ثلاثة ايام ٠

و الاطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل ، خلاف الظاهر ٠

قيل و المراد بالايام الثلاثة ماكانت مع الليالى

(و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار مابقى من ليلة العقد) ٠

فاذا كان وقت العقد فى الليل بمقدار ساعة من آخر الليل ، كان الخيار الى ان يبقى من نهار الثالث الى الغروب بمقدار ساعة ـ مثلا ـ ٠

و وجه هذا الاحتمال ارادة مقدار اليوم من الساعات ، فاذا بقى من الليل ساعة نقص مقدارها من نهار الثالث ٠

(لكن فيه انه يصدق) اى حين نقصنا ساعة من نهار الثالث (الاقل من ثلاثة ايّام) و قد عرفت لزوم ثلاثة ايام كاملة ٠

(و) **ان قلت** : ان المراد بثلاثة ايام ، مقدار ثلاثة نهارات ، و لو كان بعضها من الليل ٠

قلت : (الاطلاق) اى اطلاق اليوم (على المقدار المساوى للنهار) فى عدد الساعات (ولو من الليل ، خلاف الظاهر) عرفا ٠

اذ العرف يرى ان اليوم يراد به النهار فقط ٠

(قيل) اللازم ثلاث ليال ايضا ، فالخيار فى ثلاث نهارات و ثلاث ليال ، مطلقا ، سواء عقد فى النهار او الليل ، فاللازم مضى ست و ثلاثين ساعة (و) ذلك لان (المراد بالايام الثلاثة ماكانت مع الليالى

الثلاث لدخول الليلتين اصالة، فتدخل الثالثة، والا اختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد، انتهى فان اراد الليلة السابقة على الايام، فهو حسن الا انه لا يعلل بما ذكر.

و ان اراد الليلة الاخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد اذ لا نقول باستعمال اليومين الاولين فى

الثلاث لدخول الليلتين) المتوسطتين (اصالة) كما تقدم وجهه (فتدخل) الليلة (الثالثة) بقرينة لزوم التساوى فى المفردات (والا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد) و ذلك خلاف الظاهر، فانه اذا استعمل الجمع فالظاهر ان مفرداته متساوية المعنى، فاذا قال «عيون» كان الظاهر ان المراد به ثلاث اعين من جنس واحد، لا من اجناس مختلفة، مثل عين باصرة، وعين جارية، وعين جاسوسة (انتهى) كلام «قيل»

اقول (فان اراد) دخول (الليلة السابقة على الايام، فهو حسن) لما تقدم من ان وجه دخول الليلة السابقة اعتبار الاستمرار من حين العقد الى مضى ثلاثة ايام (الا انه لا يعلل بما ذكر) من عدم اختلاف مفردات الجمع، لان العلة التى ذكرناها مقدمة على ما ذكره.

(و ان اراد الليلة الاخيرة) بعد انتهاء الايام الثلاثة (ف) فيما ذكره من العلة نظر.

اذ (لا يلزم من خروجها) اى خروج الليلة الاخيرة (اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد) بل مفردات الجمع تكون بمعنى واحد (اذ لا نقول باستعمال اليومين الاولين) اللذين هما فى ضمن الجمع (فى

. . . . . .

الیوم و اللیلة و استعمال الیوم الثالث فی خصوص النهار ·

بل نقول ان الیوم مستعمل فی خصوص النهار او مقداره من نهارین لا فی مجموع النهار و اللیل ، او مقدارهما و لا فی باقی النهار و لو ملفقا من اللیل ·

و المراد من الثلاثة ایام هی بلیالیها ای لیالی مجموعها لا کل واحد منها

الیوم و اللیلة و استعمال الیوم الثالث فی خصوص النهار) حتی یلزم الاختلاف ·

(بل نقول ان الیوم مستعمل فی خصوص النهار) اذا کان العقد من اول النهار ، او مع تقدم شئ من اللیل (او) مستعمل فی (مقداره) ای مقدار النهار (من نهارین) اذا کان العقد فی اثناء النهار ، لان احدهما یلفق بالآخر (لا) ان الیوم استعمل (فی مجموع النهار واللیل) فیما عقد اول اللیل او اول النهار (او مقدارهما) فیما عقد فی جزء من اللیل ، او جزء من النهار (ولا فی باقی النهار و لو ملفقا من اللیل) ·

و الحاصل : ان الیوم نهار کامل تاما کان او ملفقا ، لا لیل و نهار کاملان ، ولا لیل و نهار ملفقان ، ولا بعض لیل و بعض نهار ملفقا ·

(و) ان قلت : فکیف ادخلتم اللیلتین المتوسطتین ·

قلت : لان (المراد) بسبب القرینة الخارجیة (من الثلاثة ایام هی بلیالیها ای لیالی مجموعها) ·

لما عرفت من استمرار الخیار ، ولازمه دخول اللیلتین المتوسطتین (لا) لیلة (کل واحد منها) حتی یراد بالیوم ، الیوم و لیلته

فالليالى لم ترد من نفس اللفظ، وانما اريدت من جهة الاجماع وظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكانه قال الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

(فالليالى لم ترد من نفس اللفظ) حتى تختلف المفردات (و انما اريدت من جهة الاجماع) القائل بدخول الليلتين المتوسطتين (و ظهور اللفظ) فى الاستمرار الملازم لدخول الليلتين المتوسطتين (الحاكمين) صفة، للاجماع و ظهور اللفظ (فى المقام) اى مقام الخيار لانه فى بعض المقامات لا ظهور للفظ، كما اذا قال: صم ثلاثة ايام (باستمرار الخيار، فكانه) لما قال: ثلاثة ايام (قال الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار).

ثم انه لا فرق فى الليلتين المتوسطتين، ان يكون ظلاما او ضياءا، كما فى القطب، حين كان كله ليلا، كما انه لا فرق فى ثلاث نهارات بين الامرين، كما فى القطب حين كان كله نهارا، اما تعيين الليل والنهار فى الملفق فبان يحد حسب افق مكة، او اقرب المواضع المعتدلة الى القطب، او يكون حسب الجعل كما ذكرنا المسألة فى كتاب الصلاة من الفقه و الله العالم.

مسئلة

يسقط هذا الخيار بامور.

احدها : اشتراط سقوطه فى العقد و لو شرط سقوط بعضه فقدصرح بعض بالصحة و لا بأس به .

و الثانى : اسقاطه بعد العقد، و قدتقدم الامران .

و الثالث: التصرف ولاخلاف فى اسقاطه فى الجملة لهذاالخيار.

و يدل عليه قبل الاجماع النصوص.

(مسألة : يسقط هذا الخيار) اى خيار الحيوان(بامور) .

(احدها : اشتراط سقوطه فى العقد) و ذلك لان((المؤمنون عند شروطهم)) و الخيار حق و ليس بحكم، ولذا فهو قابل للاسقاط(و لو شرط سقوط بعضه) اى بعض الخيار(فقدصرح بعض بالصحة) اىصحة العقد (ولا بأس به) .

(والثانى : اسقاطه بعدالعقد) فانه حق قابل للاسقاط كسائر الحقوق مثل حق القسم فى الزوجة، و حق النفقة فيها الى غير ذلك (و قد تقدم الامران) فلاحاجة الى الاطالة فى الاعادة.

(والثالث: التصرف) من صاحب الخيار،وهو المشترى فى المقام(و لاخلاف فى اسقاطه) اى التصرف (فى الجملة لهذا الخيار) .

(و يدل عليه قبل الاجماع النصوص) فان النص كان ثم انعقد

ففى صحيحة ابن رئاب فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه ، ولا شرط له قيل له و ما الحدث ؟ قال : ان لامس ، او قبّل ، او نظر منها الى ماكان محرما عليه قبل الشراء .

و صحيحة الصفار كتبت الى ابى محمد عليه السلام فى الرجل اشترى دابة من رجل ، فاحدث فيها حدثا من اخذ الحافر ، او نعّلها ، او ركب ظهرها فراسخ اله ان يردها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد

بعده الاجماع على طبقه .

(ففى صحيحة ابن رئاب) قال عليه السلام : الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشترى (فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام) اى قبل انتهاء الثلاثة ، فانه اذا انتهى الثلاثة فلا خيار حتى يبطله الحدث (فذلك) الحدث (رضا منه ، ولا شرط له) الاخيار ، و قد تقدم وجه تسمية الخيار شرطا (قيل له) عليه السلام : (وما الحدث ؟) المسقط للخيار ؟ (قال) عليه السلام : (ان لامس) مشترى المرأة ، الجارية (او قبّل ، او نظر منها الى ماكان محرما عليه قبل الشراء) و هذه امثلة لاحداث الحدث كما لا يخفى ، و سيأتى من المصنف تفصيل الكلام فى ذلك

(و) فى (صحيحة الصفار كتبت الى ابى محمد) العسكرى (عليه السلام فى الرجل اشترى دابة من رجل ، فاحدث فيها حدثا من اخذ الحافر) فان الحافر كظفر الانسان يقص كما يقص الاظفر (او نعّلها) ((نعّل)) من باب التفعيل اى جعل لها نعلا (او ركب ظهرها فراسخ اله ان يردها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد

. . . . . .

الحدث الذى يحدث فيها؟ او الركوب الذى يركبها فراسخ فوقّع عليه السلام اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالى .

و فى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له : ارأيت ان قبلها المشترى ، او لامس؟ فقال اذا قبل او لامس اونظر منها الى مايحرم على غيره ، فقد انقضى الشرط و لزم البيع .

الحدث الذى يحدث فيها؟) من اخذ الحافر او التنعيل (او الركوب الذى يركبها فراسخ) فانه ليس بحدث فى الدابة و لذا ذكره فى مقابل الحدث (فوقّع عليه السلام) اى اجاب ، والاصل فيه جعل جوابه او امضائه او خاتمه واقعا على الكتاب (اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء) و المراد بالحدث هنا الاعم من الركوب ، و الا كان جوابه عليه السلام ناقصا (ان شاء الله تعالى) اصله كلمة الشرط ، ثم استعمل فى مطلق التبرك .

(و فى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد) فى مسألة اختصاص هذا الخيار بالمشترى (قلت له : ارأيت ان قبلها المشترى ، اولامس؟) فهل له خيار؟ او يسقط ذلك خياره (فقال) عليه السلام (اذا قبل او لامس او نظر منها الى مايحرم على غيره ، فقد انقضى الشرط و لزم البيع) .

و الظاهر ان تمكين الرجل لها بان تقبله او تلامسه او تنظر منه الى مالا يحل يعنى للزوجة و الامة ، ايضا فى حكم ذلك ، لانه المستفاد من النص عرفا خصوصا بعد قوله عليه السلام : نظر منها الى مايحرم

. . . . . .

و استدل عليه فى التذكرة بعد الاجماع بان التصرف دليل الرضا

و فى موضع آخر منها : انه دليل الرضا بلزوم العقد .

و فى موضع آخر منها ـ كما فى الغنية ـ ان التصرف اجازة .

اقول : المراد بالحدث ان كان مطلق التصرف الذى لا يجوز لغير المالك الا برضاه ، كما يشير اليه قوله او نظر الى ماكان يحرم عليه قبل الشراء

على غيره .

(و استدل عليه) اى على اسقاط التصرف لخيار الحيوان (فى التذكرة بعد) ادعائه (الاجماع) على الحكم (بان التصرف دليل الرضا) والرضا مسقط للخيار ، لانه اسقاط نفسى و له مظهر ، كما ان العقد رضا نفسى و له مظهر .

ولا فرق فى المظهر بين ان يكون قولا او عملا ، الا اذا دل دليل خاص على لزوم كون المظهر لفظا ، كما فى باب النكاح و الطلاق .

(و فى موضع آخر منها) اى من التذكرة (انه) اى التصرف (دليل الرضا بلزوم العقد) .

(و فى موضع آخر منها) ايضا (ـ كما فى الغنية ـ) ايضا (ان التصرف اجازة) للزوم ، والاجازة مسقطة .

(اقول : المراد بالحدث) المسقط للخيار (ان كان مطلق التصرف الذى لا يجوز لغير المالك الا برضاه ، كما يشير اليه قوله) عليه السلام (او نظر الى ماكان يحرم عليه قبل الشراء) فانه مثال بلا اشكال ، و هو اقل

. . . . . .

فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا، كما صرح به فى التذكره فى بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب من انه لو استخدمه بشئ خفيف مثل : اسقنى ، او : ناولنى الثوب، او : اغلق الباب، سقط الرد .

ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط، معللا بان مثل هذه الامور قد يؤمر به غير المملوك بان المسقط مطلق التصرف .

انواع التصرف، بل لا يعد عرفا تصرفا، وقد جعله الشارع من انواع التصرفات (فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه) و ان لم يكن استخداما مثل النظر و اللمس و تحمير وجهها وقصّ شعرها بل مثل ثقب اذنها، و توشيم خدّها (مسقطا) للخيار (كما صرح به) اى بان مطلق التصرف مسقط (فى التذكرة فى بيان التصرف المسقط للردّ) اذا كان للمشترى حق الردّ (ب) سبب (العيب من انه لو استخدمه بشئ خفيف) من انواع الخدمة (مثل : اسقنى) الماء (او : ناولنى الثوب، او اغلق الباب ، سقط الرد) لانه تصرف فى الخادم و التصرف مسقط .

(ثم استضعف) العلامة (قول بعض الشافعية) القائل (بعدم السقوط معللا) ذلك البعض (بان مثل هذه الامور) الجزئية (قد يؤمر به غير المملوك) فليس امر المملوك تصرفا ، كما انه امر غير المملوك ليس تصرفا (بان المسقط مطلق التصرف) هذا ردّ العلامة .

و حاصله : انه ليس ماذكره الشافعى دليلا ، اذ : كل تصرف مسقط و هذا تصرف، وامر الانسان بذلك غير مملوكه لا يوجب اشكالا فى القياس

. . . . . .

و قال ايضا لو كان له على الدابة سرج او ركاب فتركهما عليه بطل الردّ لانه استعمال و انتفاع، انتهى.

و قال فى موضع من التذكرة عندنا ان الاستخدام بل كلّ تصرف يصدر من المشترى قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد، انتهى.

و هو فى غاية الاشكال

الذى ذكرناه.

(و قال) العلامة (ايضا لو كان له) اى للمشترى (على الدابة سرج او ركاب) مايوضع فيه الرِّجْل (فتركهما عليه) اى على الحيوان، بعد ان اشترى المشترى الدابة (بطل الردّ) و سقط خياره (لانه) اى ترك سرجه و ركابه عليه (استعمال و انتفاع) بالدابة و كل استعمالٍ يوجب اسقاط الخيار (انتهى) كلام العلامة.

(وقال) ايضا (فى موضع من التذكرة عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف) و ان لم يكن استخداما ـ فان الاستخدام اخص من التصرف ـ (يصدر من المشترى قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد) فيسقط خيار العيب (انتهى) كلامه ره.

(وهو) اى كون مطلق التصرف مسقطا (فى غاية الاشكال) من جهة عدم انصراف التصرف المسقط الى مثل هذه التصرفات.

و من جهة ان لازم ذلك بطلان حكمة الخيار، اذ الخيار جعل تداركا لندم المشترى اذا ظهر له مايزهده فى الحيوان، والظهور لايكون بعد التصرف فى الجملة.

لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد .

مع ان من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشترى عن ذلك فى اثناء الثلاثة .

فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو .

والى هذين الاشكالين و بعض المبعّدات الاخر اشار المصنف بقوله : (لعدم تبادر ما يعم ذلك) الذى ذكره العلامة (من لفظ الحدث) فاذا قيل : الحدث، لايشمل امثال النظر، واغلق الباب واسقنى (وعدم دلالة ذلك) الذى ذكره العلامة (على الرضا بلزوم العقد) فانه اذا كان ذلك حدثا ابطل الخيار لانه تصرف، واذا كان ذلك علامة الرضا ابطل الخيار، لانه لاخيار بعد الرضا، اما وليس احدهما موجودا فلماذا يسقط الخيار .

(مع ان) فى المقام وجها آخر لاجل عدم ابطال الخيار بهذه الامور التى ذكرها العلامة وهو ان (من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشترى) ـ بصيغة اسم المفعول ـ (عن ذلك) اى عن امثال هذه التصرفات (فى اثناء الثلاثة) الايام، لغلبة تصرف المشترى فى المملوك بهذه الانحاء .

(ف) اذا كانت هذه الامور توجب سقوط الخيار (يلزم جعل الخيار فيه) اى فى المملوك ـ وكذا فى كل حيوان ـ (كاللغو) لانه جعل لايفيد الا نادرا، والشارع الحكيم لايجعل حكما لغوا، ولاحكما شبيها

. . . . . .

مع انهم ذكروا ان الحكمة فى هذا الخيار الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشترى و كيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية ، و لمسها ، وامرها بغلق الباب ، والسقى ، و شبه ذلك و ان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالته على الرضا بلزوم العقد كما يرشد اليه وقوعه فى معرض التعليل فى صحيحة

باللغو .

(مع) ان فى المقام وجها رابعا يبعد اسقاط امثال هذه التصرفات للخيار .

ف (انهم ذكروا ان الحكمة فى هذا الخيار) اى خيار الحيوان (الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشترى) و نفرته عن الحيوان ، فالشارع جعل له ان يفسخ ان زهد فيه (و كيف يطلع الانسان على ذلك) الامر الخفى فى الحيوان ، الذى يكون الاطلاع عليه موجبا للاجازة او الفسخ (بدون النظر الى الجارية ، ولمسها ، وامرها بغلق الباب ، والسقى ، و شبه ذلك) مثل تحمير وجهها ، وتوشيم خدها ، وغير ذلك من الامثلة ، وكذلك بالنسبة الى ركوب الدابة المشتراة للركوب ، و حلب الشاة المشتراة لاجل اللبن الى غيرها (و ان كان المراد من التصرف المسقط ـ الذى مثله العلامة بالتصرفات المذكورة ـ (مطلق التصرف) لكن لا مطلقا ، و لكن (بشرط دلالته على الرضا بلزوم العقد) دلالة عرفية (كما يرشد اليه) اى الى ان التصرف بشرط الرضا مسقط للخيار (وقوعه) اى وقوع التصرف المسقط (فى معرض التعليل فى صحيحة

. . . . . .

ابن رئاب .

و يظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التى ذكروها .

و دعوى ان جميعها مما يدل ـ لو خلى و طبعه ـ على الالتزام بالعقد فيكون اجازة فعلية

ابن رئاب) قال عليه السلام : فذلك رضا منه ، ولا شرط له .

(و يظهر) ذلك ـ اى ان التصرف الدال على الرضا مسقط ـ (من استدلال العلامة وغيره) من الفقهاء (على المسألة) اى مسألة اسقاط التصرف للخيار (بأنّ التصرف دليل الرضا بلزوم العقد) ((بان)) متعلق بـ ((الاستدلال)) (فهو) اى هذا المراد (لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التى ذكروها) .

حيث انهم قالوا ان هذه التصرفات اى النظر ، واللمس .. الخ ، تسقط و لم يقيدوا الاسقاط باشتراط ان يدل التصرف على الرضا .

(و) ان قلت : انما اطلقوا و لم يقيدوا ،لان هذه التصرفات بدلبيعتها تدل على الرضا ـ من باب ان اطلاق المطلق ينصرف الى الفرد الغالب ـ

قلت : (دعوى ان جميعها) اى جميع هذه التصرفات (مما يدل ـ لو خلى) التصرف(وطبعه ـ) ـ بدون ان يقيم التصرف قرينة على عدم رضاه بالبيع ـ (على الالتزام بالعقد ، فيكون) التصرف(اجازة فعلية) كما ان لفظ : اجزت ، اجازة قولية ، و كلاهما يكشفان عن الرضا ، و يوجبان

كما ترى .

ثم ان قوله عليه السلام فى الصحيحة : فذلك رضا منه ، يراد منه الرضا بالعقد فى مقابلة كراهة ضده اعنى الفسخ ، والا فالرضا باصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ .

و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين عن أبيه ، عن جعفر عن أبيه عليه السلام ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى رجل اشترى عبدًا

سقوط الخيار (كما ترى) اذ لا نسلم ان اى تصرف يدل على الرضا .

(ثم) لا بد من بيان شئ و هو (ان قوله عليه السلام فى الصحيحة) لابن رئاب (فذلك رضا منه ، يراد منه الرضا بالعقد) اى اسقاط الخيار (فى مقابلة كراهة ضده) اى ضد العقد (اعنى الفسخ) .

فربما يقول الانسان : ارضى بالعقد ، و ربما يقول : اكره ضد العقد ، و هذان لفظان مقابلان ، لكن معناهما واحد (والا) يكن هذا المعنى الذى ذكرناه للرضا بالعقد (ف) ليس هناك معنى ثان صالح للرواية .

اذ : (الرضا باصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ) و هو لا يحتاج الى تصرف فى المبيع ، ليكشف عن الرضا .

(و يشهد لهذا المعنى) و ان الرضا يراد به فى قبال الفسخ ، لا الرضا باصل الملك (رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين) عليه السلام (عن أبيه ، عن جعفر) عليه السلام (عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى رجل اشترى عبدًا

. . . . . .

بشرطٍ الى ثلاثة ايام ، فمات العبد فى الشرط قال يستحلف بالله تعالى مارضيه ، ثم هو برئ من الضمان .

فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد .

بشرطٍ) ((بشرط)) بالتنوين (الى ثلاثة ايام ، فمات العبد فى) زمان (الشرط) اثناء الثلاثة (قال) صلى الله عليه و آله و سلم (يستحلف) المشترى (بالله تعالى مارضيه ، ثم هو) اى المشترى (برئ من الضمان) و يكون التلف من البائع ، ويأخذ المشترى ثمنه منه .

(فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد) لا الرضا باصل الملك ، فانه اذا كان غير ملتزم بالعقد اى لم يسقط الخيار ، كان للمشترى الخيار .

و من المعلوم ان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له .

ثم الظاهر من الرواية ان البائع ادعى ان المشترى اسقط خياره و المشترى انكر ذلك ، و قاعدة الدعوى ((ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر)) .

و حيث ان البائع لم تكن له بينة على دعواه ، كان اللازم ان يحلف المشترى .

و لذا قال صلى الله عليه و آله و سلم ((يستحلف)) اى يطلب من المشترى ان يحلف ـ و قد كانت الدعوى من البائع انه اسقط خياره ـ اما على سبيل القطع ، واما على سبيل التهمة ، و فى كلتا الحالتين على المنكر الحلف .

. . . . . .

و الاستحلاف فى الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة ، اوعلى صورة حصول القطع للبائع بذلك .

اذا عرفت هذا فقوله عليه السلام : فذلك رضا منه ولا شرط له يحتمل وجوها .

احدها ان يكون الجملة جوابا للشرط فيكون حكما شرعيا بان التصرف التزام بالعقد ، وان لم يكن التزاما عرفا .

(و) لذا كان (الاستحلاف فى الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة) اى سماع الحاكم اتهام البائع ظنّا بالمشترى على انه اسقط خياره (اوعلى صورة حصول القطع للبائع بذلك) اى بانه اسقط خياره و ذلك لانه اذا قلنا ان الظن لا يسمع من المدعى وكان البائع يظن انه اسقط خياره لم يكن وجه لاستحلاف المشترى .

(اذا عرفت هذا) الذى ذكرناه من الاشكال فى كفاية التصرف القليل فى اسقاط الخيار اذا لم يكشف عن الرضا (فقوله عليه السلام : فذلك رضا منه ولا شرط له ، يحتمل وجوها) اربعة .

(احدها ان يكون الجملة) ((فذلك رضا)) (جوابا للشرط) فى قوله عليه السلام ((فان احدث ..)) (فيكون حكما شرعيا بان التصرف التزام بالعقد) بان الشارع جعل هذا جعلا (و ان لم يكن التزاما عرفا) فهو توسعة فى الرضا فقد ادخل فيه الشارع فردا جديدا هو التصرف من قبيل : الطواف بالبيت صلاة .

. . . . . .

الثانى ان يكون توطئة للجواب، و هو قوله ولا شرط له، لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقية، فيكون اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالبا على الرضا .

نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالتفرق فى قوله : فاذا افترقا فلا خيار

(الثانى ان يكون) جملة « فذلك رضا » (توطئة) و مقدمة (للجواب) و التوطئة بيان لعلة الحكم (وهو) اى الجواب (قوله) عليه السلام (و لا شرط له، لكنه) انما جاء بقوله « فذلك رضا » (توطئة لحكمة الحكم) بسقوط الخيار (و تمهيد لها) اى للحكمة (لا) ان « فذلك رضا » (علة حقيقية) حتى يدور الحكم بسقوط الخيار مدار الرضا، فان العلة هى التى يدور الحكم مدارها، بخلاف الحكمة فانها سبب الحكم، و ان لم تكن فى كل الافراد مثلا : النجاسة علة التطهير، اما : المشقة فهى حكمة عدم وجوب السواك اذ ربما لا تكون مشقة، و مع ذلك لا يجب السواك، قال صلى الله عليه و آله و سلم « لولا ان اشق على امتى لامرتهم بالسواك » (فيكون) قوله عليه السلام « فذلك رضا » (اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف) « ب » متعلق بـ « السقوط » (دلالته) اى دلالة التصرف (غالبا على الرضا) بسقوط الخيار .

(نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالتفرق) فانه اذا تفرقا عن المجلس سقط الخيار سواء رضيا ام لا، و مع ذلك فقد ذكر الامام ان حكمة السقوط هو الرضا غالبا (فى قوله) عليه السلام (فاذا افترقا فلا خيار

بعد الرضا منهما، فانه لا يعتبر فى الافتراق دلالة على الرضا .

وعلى هذين المعنيين فكل تصرف مسقط، وان علم عدم دلالته على الرضا .

الثالث: ان تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا الى الغالب ، و ملاحظة نوع التصرف لو خلى وطبعه و يكون علة للجواب، فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف ـ غالبا ـ دالا على الرضا بلزوم العقد

بعد الرضا منهما، فانّه) حكمة بلا اشكال ، اذ (لا يعتبر فى الافتراق دلالة على الرضا) اذا حصل الافتراق بالاختيار، لا اكراها، كما تقدم الكلام فى ذلك .

(وعلى هذين المعنيين) الاول و الثانى (فكل تصرف مسقط) لخيار الحيوان (و ان علم عدم دلالته على الرضا) او علم عدم رضا المشترى لان التصرف له موضوعية، وقد حصل .

(الثالث) ان التصرف الذى له دلالة نوعية على الرضا مسقط لا كل تصرف ، ب (ان تكون الجملة) اى «فانه رضا» (اخبارا عن الواقع) الخارجى، وانما اخبر الشارع بان التصرف رضا نوعا (نظرا الى الغالب و) ذلك ب (ملاحظة نوع التصرف لو خلى وطبعه) و لم تكن هناك قرينة على عدم الرضا (و يكون) قوله عليه السلام «فذلك رضا» (علة للجواب) و هو قوله عليه السلام «ولا شرط له» (فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف ـ غالبا ـ دالا على الرضا بلزوم العقد) «معللا» خبر «يكون» و «بلزوم» متعلق بـ «الرضا» فالشارع قال «لا خيار» لان التصرف يدل على الرضا

. . . . . .

و بعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علته كما فى قوله : لا تأكل الرمان لانه حامض ، دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكـــون كذلك اى دالا بالنوع غالبا على التزام العقد .

و ان لم يدل فى شخص المقام فيكون المسقط من التصرف ماكان لـه ظهور نوعى فى الرضا .

(وبعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علته) فان العلة تعمم و تخصص ، اذ يتبين منها ان العلة مدار الحكم وجودا و عدما ، لا الموضوع الذى انصب عليه الحكم (كما فى قوله : لا تأكل الرمان لانه حامض) .

حيث ان الحامض يعمم تارة لان المنهى عنه اكل كل حامض وان كان غير رمان .

و يخصص اخرى لان المنهى عنه اكل الرمان الحامض لا كل رمـان و ان كان حلوا .

ف (دل) متعلق بقوله « وبعد » و فاعل « دل » « لا شرط له » فـــى الرواية ، اى دل قوله عليه السلام لا شرط له (على اختصاص الحكـم) اى حكم « لا شرط له » (بالتصرف الذى يكون كذلك) .

و فسر « كذلك » بقوله : (اى دالا بالنوع غالبا على التزام) المتصـرف (العقد) بأن يكون هذا النوع من التصرف ، فى اغلب الاوقات دالا على الرضا .

(و ان لم يدل فى شخص المقام) على رضا المتصرف (فيكون المسقط من التصرف ماكان له ظهور نوعى فى الرضا) و

. . . . . .

نظير ظهور الالفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينة توجب صرفه عن الدلالة .

كما اذا دل الحال او المقال على وقوع التصرف للاختيار ، او اشتباها بعين اخرى مملوكة له .

و يدخل فيه كلما

ان لم يكن له ظهور شخصى .

(نظير ظهور الالفاظ فى معانيها) فان لها ظهورا نوعيا (مقيدا) ذلك التصرف الظاهر (بعدم قرينة توجب صرفه) اى صرف التصرف (عن الدلالة) على الرضا ، والقرينة هى :

(كما اذا دل الحال) اى حال هذا الانسان الذى لا يسقط خياره الا بعد الاختبار (او) دلّ (المقال) بان قال بنفسه : ان تصرفى للاختبار (على وقوع التصرف للاختبار) .

فان الدلالة النوعية حينئذ ساقطة ، كما انه اذا قامت قرينة فى باب الالفاظ ، ان المتكلم لم يرد ظاهرها ، لم يكن اللفظ دالا (او) وقوع التصرف (اشتباها بعين اخرى مملوكة له) كما اذا علمنا انه اراد من ياقوت عبده القديم لاعبده الجديد ، وانما اشتبه فامر الجديد اشتباها بالقديم بعمل ، فان مثل هذا التصرف لا دلالة فيه على الرضا ، فليس بمسقط للخيار .

(و) حيث عرفت ان العلة فى الرواية « تعمم » فالمعيار الدلالة على الرضا ، وان لم يكن تصرفا ، فـ (يدخل فيه) اى فى الحديث السابق (كلما

. . . . . .

يدل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع ،والاذن للبائع فى التصرف فيه .

الرابع : ان يكون اخبارا عن الواقع ، ويكون العلة هى نفس الرضا الفعلى الشخصى و يكون اطلاق الحكم مقيّدا بتلك العلة فيكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى ، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار .

ثم ان الاحتمالين الاولين و

يدل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفا)

و ذلك (كالتعريض للبيع ، والاذن للبائع) اوغيره (فى التصرف فيه) او كالتعريض للاجارة و نحو ذلك مما يعد عرفا دلالته على الرضا .

(الرابع) من الوجوه المحتملة فى الحديث المتقدم (ان يكون) قوله عليه السلام ((فذلك رضا منه)) (اخبارا عن الواقع ، و يكون العلة) لسقوط الخيار (هى نفس الرضا الفعلى الشخصى) فرضا المشترى فعلا مسقط للخيار (و يكون اطلاق الحكم) بقوله عليه السلام ((لا شرط له)) (مقيدا بتلك العلة) لما تقدم من ان العلة تعمم و تخصص (فيكون موضوع الحكم) بسقوط الشرط (فى الحقيقة) و الواقع (هو نفس الرضا الفعلى) فكان الامام عليه السلام قال ((اذا رضى سقط خياره)) (فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار) .

و لا فرق بين ثبوت الرضا بالمقال او بالحال .

(ثم ان الاحتمالين الاولين) الحاصلين فى ان كل تصرف مسقط (و

ان كانا موافقين لاطلاق سائر الاخبار و اطلاقات كلماتهم، مثل ماتقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط ·

و كذا غيره، كالمحقق والشهيد الثانيين، بل لاطلاق بعض معاقد الاجماع الانهما بعيدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتهما لاكثر كلماتهم فان الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ بل ظاهرها اعتبار

ان كانا موافقين لاطلاق سائر الاخبار) فان اطلاق الاخبار بان التصرف مسقط يشمل ماكان برضا او بدون رضا (و اطلاقات بعض كلماتهم، مثل ماتقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط) ·

و قوله «لمصلحة نفسه» اى نفس التصرف اى ان التصرف بما هو تصرف مسقط، لا بما هو كاشف عن الرضا ·

فالصلاح فى اسقاط التصرف للخيار، انما هو فى نفس التصرف ·

و يحتمل ان يراد « بمصلحة نفسه» مقابل التصرف للاختبار والحفظ

(و كذا) اى كالعلامة (غيره، كالمحقق والشهيد الثانيين) فان اطلاقهما يدل على اسقاط التصرف بما هو تصرف (بل لاطلاق بعض معاقد الاجماع) عطف على «لاطلاق سائر الاخبار» (الانهما) اى الاحتمالين الاولين (بعيدان عن ظاهر الخبر) اى صحيحة ابن رئاب المعللة بقوله « فذلك رضا منه» (مع مخالفتهما لاكثر كلماتهم، فان الظاهر منها) اى من كلماتهم (عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ) لا ان يتصرف للاستفادة (بل ظاهرها) اى ظاهر كلماتهم (اعتبار) التصرف، بحيث يكون له

الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجئ .

و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و ان لم يعد تصرفا ، كتقبيل الجارية للمشترى على ماصرح به فى التحرير والدروس فعلم ان العبرة بالرضا ، وانما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص ايضا بان العرض على البيع اجازة ، مع انه ليس حدثا عرفا .

(الدلالة فى الجملة) اى و لو دلالة جزئية (على الرضا كما سيجئ) فى تقوية المعنى الثالث .

(و يؤيده) اى يؤيد ان كلماتهم ظاهرة فى اعتبار الدلالة على الرضا (حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا) فى اسقاط الخيار (و ان لم يعد تصرفا ، كتقبيل الجارية للمشترى) فانه ليس تصرفا من المشترى ، و مع ذلك قال هذا البعض بانه مسقط .

و ذلك لان سماح المشترى لها بتقبيله دال على رضاه بالبيع (على ماصرح به فى التحرير والدروس ، فعلم) من هذا المثال (ان العبرة) فى اسقاط الخيار (بالرضا) لا بالتصرف بما هو تصرف محض (وانما اعتبر) فى النص والفتوى (التصرف للدلالة) على الرضا (و ورود النص أيضا) هذا عطف على « حكم بعضهم » (بان العرض على البيع اجازة ، مع انه) اى العرض (ليس حدثا عرفا) فانه حيث دل على الرضا كان مسقطا ، و ان لم يكن تصرفا .

و ذلك يؤيد ان المعيار فى المسقط « الرضا » و انما اخذ التصرف من باب انه دال على الرضا نظرا الى ما رواه السكونى عن ابى عبد الله

و مما يؤيد عدم ارادة الاصحاب كون التصرف مسقطا الا من جهة دلالته على الرضا حكمهم بأن كل تصرف يكون اجازة من المشترى فى المبيع يكون فسخا من البائع فلو كان التصرف مسقطا تعبديا عندهم، من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه اجازة الى كونه فسخا

عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف، فعرض له ربح فاراد بيعه، قال عليه السلام ليشهد انه رضيه فاستوجبه ثم ليبعه ان شاء، فان اقامه فى السوق فلم يبع فقد وجب عليه، فان الامام عليه السلام حكم بوجوب البيع بمجرد اقامته فى السوق.

(و مما يؤيد) ايضا (عدم ارادة الاصحاب كون التصرف مسقطا الا من جهة دلالته على الرضا) ـ لا من حيث انه تصرف بما هو هو ـ (حكمهم) فاعل «يؤيد» (بان كل تصرف يكون اجازة من المشترى فى المبيع يكون فسخا) اذا صدر ذلك التصرف (من البائع).

و وجه التأييد ماذكره بقوله: (فلو كان التصرف) من المشترى (مسقطا تعبديا، عندهم من جهة) انه ورد (النص) عليه بدون ان يكون وجه اسقاطه للخيار من جهة دلالته على الرضا (لم يكن وجه للتعدى عن كونه) اى عن كون التصرف (اجازة الى كونه) من البائع (فسخا) لانه لم يرد نص بان تصرف البائع فسخ.

اما اذا قلنا بانه من طرف المشترى اجازة ـ من جهة دلالته على الرضا ـ كان وجه كونه فسخا من طرف البائع واضحا، لانه دليل الرضا، و

. . . . . .

و قد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالاجازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر التصرف مثالا للفسخ والاجازة الفعليين ٠

فاندفع مايقال فى تقريب كون التصرف مسقطا لا للدلالة على الرضا بان الاصحاب يعدّونه فى مقابل الاجازة ٠

و اما المعنى الرابع فهو وان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ

رضا البائع برد المثمن الذى كشف عنه بالتصرف، فسخ للمعاملة ٠

(و قد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالاجازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر) التذكرة بعد ذلك (التصرف مثالا للفسخ والاجازة الفعليين) مما يدل على ان الاجازة و الفسخ فى سياق واحد ٠

و حيث علم ان الفسخ لا يكون الا برضا ــ و الفعل دال على الرضا ــ كان لابد و ان تكون الاجازة بفعل دال على الرضا ٠

(فاندفع) بما ذكرنا من ان الفعل فى الفسخ والاجازة على نحو واحد (مايقال فى تقريب كون التصرف مسقطا) بنفسه (لا) انه مسقط (للدلالة على الرضا بان) يتعلق ب «مايقال» (الاصحاب يعدونه) اى التصرف (فى مقابل الاجازة) فحاصل « مايقال» هو : ان التصرف لا يحتاج الى الرضا ، لان الاصحاب يجعلونه فى قبال الاجازة التى تحتاج الى الرضا ٠

و وجه اندفاعه هو : ان ظاهر الاصحاب ان كلا من التصرف والاجازة انما يكون اسقاطا للخيار، لدلالتهما على الرضا ٠

(و اما المعنى الرابع) و هو اعتبار الرضا الفعلى الشخصى (فهو و ان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ) لظهور صحيحة ابن رئاب

بل جزم به فى الدروس .

و يؤيده ماتقدم من رواية عبدالله بن الحسن ابن زيد الحاكية للنبوى الدال ـ كما فى الدروس ايضا ـ على الاعتبار بنفس الرضا .

و ظاهر بعض كلماتهم الآتية ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد .

مع ان اظهريته بالنسبة الى المعنى الثالث غير واضحة ، فتعين ارادة المعنى الثالث .

على ان الرضا الشخصى مناط سقوط الخيار (بل جزم به فى الدروس) فقال : بان الاسقاط لا يكون الا بالرضا الفعلى .

(و يؤيده ماتقدم من رواية عبدالله بن الحسن ابن زيد الحاكية للنبوى الدال ـ كما فى الدروس) و ذكر الدروس (ايضا ـ) انها دالة (على الاعتبار بنفس الرضا) الفعلى الشخصى .

(و) لكن لا يمكن الذهاب الى هذا المعنى الثالث ، لان (ظاهر بعض كلماتهم الآتية) ان المعنى الثالث خلاف الاجماع .

فـ (ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد) «بلزوم» متعلق بـ «الرضا» فلا حاجة الى الرضا الشخصى ، فى اسقاط الخيار هذا .

(مع ان اظهريته) اى المعنى الرابع (بالنسبة الى المعنى الثالث غير واضحة) بل المعنيان فى رتبة واحدة ، وللمعنى الثالث بعض المرجحات (فتعين ارادة) الحديث (المعنى الثالث) من المعانى

. . . . . .

و محصله دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و ان لم يفد فى خصوص المقام فيكون التصرف اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية وهذا هوالذى ينبغى ان يعتمد عليه .

قال فى المقنعة ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع الا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتياع ، انتهى .

الاربعة المحتملة .

(ومحصله دلالة التصرف لو خلى) التصرف (و طبعه) و لم تكن قرينة على خلاف دلالته (على الالتزام) بالعقد (و ان لم يفد فى خصوص المقام) فهو ـ كما تقدم ـ دلالة الظاهر على المعنى ، وان لم يحصل علم بارادة المتكلم له (فيكون التصرف اجازة فعلية) عملية (فى مقابل الاجازة القولية) فهما شقان كلاهما يفيد اسقاط الخيار .

(و هذا) المعنى الثالث (هوالذى ينبغى ان يعتمد عليه) فى الفتوى .

ثم ان المصنف ذكر جملة من كلمات الفقهاء للاستدلال بها على ان مرادهم المعنى الثالث .

(قال) المفيد (فى المقنعة ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع) لان تلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له (الا ان يحدث فيه) اى فى الحيوان (المبتاع) المشترى (حدثا يدل) ذلك الحدث بنوعه (على الرضا بالابتياع ، انتهى) كلامه .

. . . . . .

و مثل للتصرف فى مقام آخر بان ينظر الى الامة ، الى مايحرم لغير المالك .

و قال فى المبسوط ـ فى احكام العيوب ـ اذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها .

و اذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها وعلفها و حلبها و اخذ لبنها وان نتجت كان له نتاجها .

ثم قال : ولا يسقط الرد لانه انما يسقط بالرضا بالعيب ، او بترك الرد

(ومثل) المقنعة (للتصرف فى مقام آخر بان ينظر) المشترى (الى الامة ، الى مايحرم لغير المالك) فان مثاله دليل على عدم ارادته الرضا الفعلى الشخصى .

و انما النظر يدل على انه راض بالبيع رضا نوعيا ، والا لم ينظر الى مايحرم على غير المالك .

(وقال :) الشيخ (فى المبسوط ـ فى احكام العيوب ـ اذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها) و لو بعد الثلاثة بسبب العيب .

(واذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها وعلفها وحلبها و اخذ لبنها) اى ينتفع باللبن (وان نتجت كان له نتاجها) لان البهيمة قبل فسخ العقد ملك للمشترى فله منافعها .

(ثم قال) المبسوط : (ولا يسقط الرد) بهذه الأمور المذكورة (لانه انما يسقط بالرضا بالعيب ، او بترك الرد

. . . . . .

بعد العلم بالعيب، او بان يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شئ من ذلك، انتهى .

و فى الغنية : لو هلك المبيع فى مدة الخيار، فهو من مال بايعه الا ان يكون المبتاع قد احدث فيه حدثا يدل على الرضا ،انتهى .

و قال الحلبى فى الكافى ــ فى خيار الحيوان ــ : فان هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع الا ان يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى .

بعد العلم بالعيب، او بان يحدث فيه) اى فى المبيع (عيب عنده) فيمنع هذا العيب الجديد من الرد بالعيب القديم (و ليس هنا شئ من ذلك) الثلاثة، فان كون التصرف فى طريق الرد مانع عن دلالة التصرف دلالة نوعية على الرضا ، فيدل كلام المبسوط على انه ان صدر منه التصرف فى غير طريق الرد كان تصرفه مسقطا للخيار .

ولا وجه لاسقاطه الخيار الا لانه دليل نوعى على الرضا (انتهى) كلام المبسوط .

(و) قال ابن زهرة (فى الغنية : لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بايعه) لان التلف ممن لا خيار له (الا ان يكون المبتاع قد احدث فيه حدثا يدل على الرضا) فان ظاهر كلامه الدلالة النوعية، و ان لم يعلم الانسان بانه كان له رضا فعليّا (انتهى) .

(و قال الحلبى فى الكافى ــ فى خيار الحيوان ــ : فان هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع ، الا ان يحدث) المشترى (فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى) فانه ايضا يدل على الرضا النوعى لا الشخصى.

. . . . . .

و فى السرائر ـ بعد حكمه بالخيار فى الحيوان الى ثلاثة ايام ـ قال: هذا اذا لم يحدث فى هذه المدة حدثا يدل على الرضا ، و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته ، او يكون لمثل ذلك التصرف اجرة بان يركب الدابة ، او يستعمل الحمار ، او يقبل الجارية ، او يلامسها ، او يدبرها تدبيرا ليس له الرجوع فيه كالمنذور ، انتهى .

(و) قال ابن ادريس (فى السرائر ـ بعد حكمه بالخيار فى الحيوان الى ثلاثة ايام ـ قال: هذا) الخيار له فى الثلاثة (اذا لم يحدث فى هذه المدة) و هى الثلاثة الايام (حدثا يدل على الرضا) ـ اى بنوعه ـ (و) اذا لم (يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته ، او) تصرفا (يكون لمثل ذلك التصرف اجرة) .

و مثال ماله اجرة (بان يركب الدابة ، او يستعمل الحمار) فى وضع حمل عليه مثلا (او يقبل الجارية ، او يلامسها ، او يدبرها تدبيرا) بان يقول لها : انت حرّ دبر وفاتى .

ولا يخفى ان جملة « يقبل .. الخ » عطف على « يحدث و يتصرف » و ليس عطفا على « يركب » اذ ليس لتقبيل و ما بعده اجرة ، ف (ليس له) اى للمشترى (الرجوع فيه) بان يفسخ العقد .

و قوله « ليس » جواب شرط مقدر ، اى ان فعل هذه الامور فليس له ان يرجع فى المبيع ، بان يفسخه و يأخذ ثمنه (كالمنذور) اى كما انه اذا نذر ماله الفسخ فيه ، بطل خياره لاقتضاء النذر ابقاء العين فلا يقدر على الفسخ (انتهى) .

. . . . . .

و قال فى موضع آخر اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة و اما العلامة ره فقد عرفت انه استدل على اصل الحكم بان التصرف دليل الرضا باللزوم .

و قال فى موضع آخر : لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم يكن ذلك رضا بها .

ثم قال و لو سقاها الماء او ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه و لو حلبها فى طريقه فالاقرب انه تصرف يؤذن

و كيف كان فقول السرائر « حدثا يدل على الرضا » يدل على ما اختاره المصنف من المعنى الثالث .

(و قال) ابن ادريس (فى موضع آخر) من كتابه (اذا لم يتصرف) المشترى (فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة) .

(و اما العلامة ره فقد عرفت) فيما تقدم (انه استدل على اصل الحكم) باسقاط التصرف للخيار (بان التصرف دليل الرضا باللزوم) فلم يعتبر الرضا الفعلى الشخصى ، كما هو المعنى الرابع .

(و قال) العلامة (فى موضع آخر : لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم يكن ذلك رضا بها) لوضوح ان فعله بعد ان عرفنا قصده لا يكون دليل الرضا .

(ثم قال) العلامة : (و لو سقاها الماء او ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه) اى امساك المشترى ، للدابة (ولو حلبها فى طريقه) الى سقى الماء او الرد الى داره (فالاقرب انه تصرف يؤذن

بالرضا .

و فى التحرير ـ فى مسألة سقوط ردّ المعيب بالتصرف ـ قال و كذا لو استعمل المبيع ،او تصرف فيه بما يدل على الرضا .

و قال فى الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، اذ بها يعرف حالها ليختبر، و ليس ببعيد

بالرضا) فان ظاهر « يؤذن بالرضا » انه يكتفى بالاذن النوعى و ان لم يعلم الرضا الشخصى .

(و فى التحرير ـ فى مسألة سقوط ردّ المعيب بالتصرف ـ قال) العلامة (وكذا) يوجب سقوط الخيار (لو استعمل المبيع ،او تصرف فيه بما يدل على الرضا) فجعل الدلالة النوعية موجبة لسقوط الخيار .

(وقال) الشهيد « ره » « فى الدروس : استثنى بعضهم من التصرف » الموجب لسقوط الخيار (ركوب الدابة و الطحن عليها) بان تربط بالطاحونة للطحن بسبب الدابة (وحلبها) .

و انما استثنى ذلك البعض (اذ بها) اى بهذه الامور (يعرف حالها) اى حال الدابة ، فيفعل المشترى ذلك (ليختبر) حال الدابة (وليس) كلام المستثنى (ببعيد) اذ مع احتمال الاختبار فى فعله لا يدل فعله على الرضا ، فلايكون اسقاطا للخيار .

و مما ذكرنا يظهر دلالة كلام الدروس على مقصد المصنف، من ان التصرف المشعر بالرضا نوعا يوجب سقوط الخيار .

. . . . . .

و قال المحقق الكركى : لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريته المختصة ، فتبينت ذات الخيار ، او ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد ، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف .

و من انه غير قاصد الى لزوم البيع ، اذ لو علم لم يفعل .

و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم .

و قال فى موضع آخر ، ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها ، او للخوف من ظالم ، او ليردها

(و قال المحقق الكركى : لو تصرف ذو الخيار غير عالم) بان له فى هذا المبيع الخيار (كأن ظنها جاريته المختصة) التى ليس له فيها الخيار (فتبينت) اى ظهرت (ذات الخيار ، او) تصرف وقد (ذهل عن كونها المشتراة) التى له فيها الخيار (ففى الحكم) بسقوط الخيار ، اوبقائه (تردد ، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف) فيشمل ما اذا جهل او ذهل ، كما يشمل ما اذا علم .

(و من انه غير قاصد الى لزوم البيع ، اذ لو علم) بان له فيه الخيار (لم يفعل) اى لم يتصرف .

(و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته) اى التصرف (على الرضا باللزوم) و لا دلالة فى المقام ، وظاهر هذه العبارة انه يكفى بالرضا النوعى .

(و قال فى موضع آخر ، ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها) جمحت الدابة اذا عصت و صعبت ، فاذا ركبها الانسان وادّبها ذلت (او للخوف من ظالم) يأخذ كل دابة فارغة غصبا ـ مثلا ـ (او ليردها)

تصرفا .

ثم قال : و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد ان لا يعد و كذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه فله استخلاصه

على صاحبها (تصرفا) مسقطا للخيار ، لان هذه الامور لا تدل على الرضا .

(ثم قال : و هل يعد حملها للاستخبار) و هل انها تقدر على الحمل الثقيل ، ام لا ؟ (تصرفا) مسقطا (ليس ببعيد ان لا يعد) اذ لا يدل التصرف على الرضا .

و لعل الفرق بين ركوبها للاستخبار حيث افتى جزما بانه ليس تصرفا و بين حملها حيث يظهر منه نوع تردد للعرف ، فان العرف يرى ان ذلك ليس بتصرف ، بل المتعارف ان الانسان اذا اشترى الدابة ركبها مقدارا ، بخلاف الحمل عليها فانه ليس بتلك المثابة .

(و كذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن) فانه غير بعيد ان لا يعد ذلك تصرفا (على اشكال) في عدم كون الحلب تصرفا (ينشأ) هذا الاشكال من تعارض جهتين .

من انه تصرف عرفا فاللازم ان يكون مسقطا .

و (من انه) قبل الفسخ (ملكه) لان الحليب ملك صاحب الدابة ، و ان كان في زمن الخيار (فله استخلاصه) و اخذه ، فلا يكون حلبه مسقطا لخياره .

. . . . . .

انتهى .

و حكى عنه فى موضع آخر انه قال : و المراد بالتصرف المسقط ماكان المقصود منه التملك لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى .

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به .

و يحتمل ان يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ

اقول : لا يخفى ان المحقق الثانى لم يذكر الا احد طرفى الاشكال و اوكل الطرف الآخر الى وضوحه (انتهى) .

(و حكى عنه فى موضع آخر انه قال : و المراد بالتصرف المسقط) للخيار (ماكان المقصود منه التملك) و اسقاط الخيار (لا الاختبار) فانه لا يسقط الخيار (ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى) هذا مثال للحفظ لانها اذا لم تشرب الماء تلفت وركوبها فى الطريق لاجل ايصالها الى الماء (انتهى)

(و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به) لان الملك حصل قبل ذلك فلا يراد بالتملك احداث الملك ، بل الالتزام به باسقاط الخيار .

(و يحتمل ان يراد به) اى بالتملك (الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ) فان التملك قد يستعمل بمعنى احداث الملك ، و قد يستعمل بمعنى الالتزام به ، وقد يستعمل بمعنى استعمال الملك استعمالا لا للاختبار والحفظ .

و وجه استدلال المصنف بهذه العبارة ، لمراده من المعنى الثالث ان قول المحقق « ماكان المقصود منه التملك » يراد به ماكان ظاهرا فى ذلك ظهوراً نوعيا ، لانه يريد المحقق بذلك القصد الشخصى

. . . . . .

هذا ماحضرنى من كلماتهم فى هذا المقام الظاهرة فى المعنى الثالث

و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا ـ لو خلى وطبعه ـ على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه مادلت القرينة على وقوعه لاعن الالتزام.

لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقا من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة فى النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هى واقعة غالبا مع الغفلة، او التردد او العزم على الفسخ مطلقا

(هذا ماحضرنى من كلماتهم فى هذا المقام) اى مقام كون التصرف مسقطا (الظاهرة) تلك الكلمات (فى المعنى الثالث).

اقول: ظهور جملة منها فى ماذكره المصنف محل نظر، كما لا يخفى.

(وحاصله) ان المسقط هو (التصرف على وجه يدل عرفا ـ لو خلى و طبعه ـ على الالتزام بالعقد، ليكون) التصرف (اسقاطا فعليا للخيار) ـ فى قبال الاسقاط القولى ـ (فيخرج منه) اى من التصرف المسقط (مادلت القرينة على وقوعه لاعن الالتزام) بالاسقاط.

(لكن) اذا كان المراد من التصرف المسقط ماذكرناه من الدال نوعا على الالتزام (يبقى الاشكال المتقدم سابقا من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة فى النصوص) كالنظر الى الجارية (والفتاوى) كقوله للجارية: اغلقى الباب (ليست كذلك) دالة عرفا على الالتزام بالعقد (بل هى) اى التصرفات المذكورة (واقعة غالبا مع الغفلة او التردد او العزم على الفسخ مطلقا) اى انه يريد الفسخ

. . . . . .

او اذا اطلع على ما يوجب زهده فيه .

فهى غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا .

ومنه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثة فيكون مورد الخيار فى غاية الندرة بان الغالب فى هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم ، فلا يسقط بها الخيار

على كل حال (او) يريد الفسخ (اذا اطلع على ما يوجب زهده فيه) اى نفرته عن المبيع .

(فهى) اى التصرفات المذكورة (غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا) فكما لا دلالة لها شخصيا فلا دلالة لها نوعيا .

(و منه) اى من عدم دلالة اكثر الامثلة المذكورة فى النص والفتوى ـ دلالة عرفية على الرضا بالعقد ـ لوقوعها غالبا بلا التزام بالعقد (يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا) .

فانا ذكرنا سابقا اولاً استبعادا يحصل (من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه ، فى الثلاثة) الايام (فيكون مورد الخيار) اذا كان امثال النظر الى الجارية ، و ركوب الدابة ، مسقطا للخيار (فى غاية الندرة) و كونه فى غاية الندرة خلاف الادلة و الفتاوى الظاهرة فى كثرة مورد الخيار .

و ذكرنا ثانياً دفعا لهذا الاستبعاد (بان الغالب فى) امثال (هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم ، فلا يسقط بها) اى بامثال هذه التصرفات (الخيار) .

اذ فيه يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا لان لهذا المصحح لهذا التعليل ـ مع العلم بعدم كون بعض افراده رضا ـ هو ظهوره فيه عرفا من اجل الغلبة.

فاذا فرض ان الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم على الفسخ، او التردد فيه او الغفلة كان

و نقول الآن ثالثا فى وجه النظر على الدفع المذكور و بالاشكال فى الدفع، يقوى الاستبعاد.

(اذ فيه) اى فى الدفع المذكور (ان هذا) الدفع (يوجب استهجان تعليل السقوط) للخيار (بمطلق الحدث).

اى ان الشارع فى صحيحة ابن رئاب علل اسقاط التصرف للخيار (بأنه رضا) فانه اذا كان الدفع صحيحا لزم استهجان العلة فى صحيحة ابن رئاب.

وجه الاستهجان ماذكره بقوله: (لان المصحح لهذا التعليل) اى انه رضا (ـ مع العلم بعدم كون بعض افراده رضا ـ هو) اى المصحح هو (ظهوره) اى التصرف (فيه) اى فى الرضا (عرفا).

و انما كان الظهور (من اجل الغلبة) اى غلبة كون التصرف رضا، و حيث كان الغالب ذلك كان التصرف ظاهرا فى الرضا.

(فاذا فرض) هذا الفرض ذكر «الدفع» للاستبعاد (ان الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم على الفسخ، او التردد فيه) اى فى الفسخ (او الغفلة) عن ان له الفسخ (كان

. . . . . .

تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة غير الموجودة الا فى قليل من افراده مستهجنا .

واما الاستشهاد لذلك بما سيجئ من ان تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا

تعليل الحكم) بان التصرف مسقط (على المطلق) اى مطلق التصرف (بهذه العلة) علة ان التصرف رضا (غير الموجودة) تلك العلة (الا فى قليل من افراده) اى افراد التصرف (مستهجنا) .

فتحققت ثلاثة امور ((استبعاد)) و ((دفع)) و ((نظر فى الدفع)) .

و الحاصل : ان المصنف يقول ((التصرف الدال عرفا على الرضا النوعى مسقط للخيار)) والاشكال عليه انه ((اكثر الامثلة فى النص و الفتوى ، لا دلالة فيها على الرضا)) فكيف قال الشارع ((التصرف مسقط لانه رضا بالعقد)) .

(و) لكن ربما يؤيد ((الدفع)) بان تصرف المشترى فى الحيوان ، حاله حال تصرف البائع ذى الخيار فى الثمن .

فكما ان تصرف البائع ليس عن رضا ـ و لذا لا يسقط خياره ـ كذلك تصرف المشترى فى الحيوان ليس عن رضا ـ و لذا لا يسقط خياره ـ .

وعلى هذا يتم ((الدفع)) الذى كان يقول ((الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم .. الخ)) والى هذا ـ و هو : ربما يؤيد الدفع ـ اشار المصنف بقوله : و (اما الاستشهاد لذلك بما سيجئ من ان تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا) كما اذا كان

و ليس ذلك الا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن .

ففيه ما سيجئ .

و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لاعن التزام يظهر فساد الجمع

البائع مغبونا ، اوكان فى الثمن عيب، او كان للبائع خيار الشرط ،الى غير ذلك .

(و ليس ذلك) اى عدم سقوط خيار البائع بتصرفه فى الثمن (الا من جهة صدوره) اى صدور التصرف (لاعن التزام) للبائع (بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن) اذا كان تصرفه متلفا ، او بردّ نفس الثمن اذا لم يكن تصرفه متلفا ،كما اذا كان الثمن ثوبا و لبسه ، او نحو ذلك .

(ففيه ما سيجئ) من ان ذلك من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف .

و ذلك لان بناء البيع على الانتفاع بالثمن ، فكانهما اشترطا بقاء الخيار حتى بعد التصرف، وليس المقام كذلك، فلاتواطئ فى بيع الحيوان ان الخيار باق ، وان تصرف المشترى فى الحيوان .

اذاً : فالاستهجان الذى ذكرناه باق .

(ومما ذكرنا من استهجان التعليل) ((بانه رضى)) (على تقدير كون غالب التصرفات واقعة ، لاعن التزام) بالعقد (يظهر فساد الجمع) بين

. . . . . .

بهذا الوجه يعنى حمل الاخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها، و بين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف .

مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التى لم يستفصل فـــــى

ما دل على سقوط الخيار بمطلق التصرف مثل الاخبار المتقدم نقلهـــا، و بين ما دل على خلافه مثل خبر عبد الله، والخبر المصحح، بحمل الاولى على صورة دلالة التصرف على الرضا باللزوم، وحمل الثانية على صـــورة عدم دلالة التصرف على الرضا باللزوم .

فان الجمع (بهذا الوجه) غير تام .

و انما ظهر فساد الجمع لاستلزامه استهجان التعليل المذكور فى الاخبار، والجمع الذى يستلزم الاستهجان غير صحيح .

و الى ما ذكرناه اشار بقوله : (يعنى حمل الاخبار المتقدمة) كصحيحة ابن رئاب، وغيرها (على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضـــا بلزوم العقد) .

و انما نحمل هذا الحمل (جمعا بينها) اى بين هذه الاخبار (وبين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه) اى الخيار (بمجرد التصرف) المحمول على ما اذا لم يكن التصرف رضا بالعقد .

(مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة) فى العبد الذى مات، و كان للمشترى خيار الشرط، حيث قال صلى الله عليه و آله يستحلف بالله تعالى ما رضيه ثم هو برئ من الضمان (التى لم يستفصل فى

جوابها بين تصرف المشترى فى العبد المتوفى فى زمان الخيار، وعدمه.

وانما انيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى.

و مثل الخبر المصحح فى رجل اشترى شاة، فامسكها ثلاثة ايام ثم ردّ قال ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها، يردّ معها ثلاثة امداد و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شئ.

و نحوه الآخر.

جوابها) اى جواب الرواية (بين تصرف المشترى فى العبد المتوفى فى زمان الخيار، وعدمه) اى عدم تصرف المشترى، مع انه لو كان تصرف المشترى مسقطا، لزم الاستفصال المذكور.

(و انما انيط سقوط الخيار فيها) اى فى الرواية (بالرضا الفعلى) للمشترى، فان ظاهر ((مارضيه)) فى الرواية الرضا الفعلى، كما هو واضح

(و مثل الخبر المصحح) الذى قال بعض بصحته ـ وان لم يتحقق ذلك عند المصنف ـ (فى رجل اشترى شاة، فامسكها ثلاثة ايام، ثم ردّ) فما تكليفه؟ (قال) عليه السلام (ان كان تلك الثلاثة ايام شرب) المشترى (لبنها، يردّ معها) اى مع الشاة (ثلاثة امداد) قيمة اللّبن (وان لم يكن لها لبن فليس عليه شئ) فان الامام عليه السلام حكم بجواز الردّ، مع انه تصرف فى الشاة بالحلب و شرب اللبن.

و ذلك لانه لم يرض بالشاة فيدل على ان المعيار فى سقوط الخيار الرضا، لا التصرف.

(ونحوه) اى نحو هذا المصحح، خبره (الآخر).

. . . . . .

و مافيهما من رد ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع ان ترك العمل به لا يوجب رد الرواية فتأمل .

و قد افتى بذلك فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها اياما ، ثم وجد المشترى فيها عيبا .

(و) ان قلت : كيف حكم الامام بردّ ثلاثة امداد ، مع ان اللبن للمشترى ، حيث انه قبل الفسخ يملك كلشئ منه ، والفسخ من حينه لا من اصله .

قلت : (مافيهما) اى فى الخبرين (من ردّ ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع) انه ان كان على سبيل الوجوب لا يضر بدلالة الخبرين لما نحن بصدده .

ف (ان ترك العمل به) اى بهذا الجزء من الخبر (لا يوجب رد الرواية) لما علم فى موضعه من امكان التقطيع فى الخبر الواحد ، كان قطع صدر جزء من الخبر تقية ، او شبه ذلك (فتأمل) .

لعله اشارة الى ان قوله « يردّ » هو موضع استدلالنا بالخبر فاذا سقط ، لم يبق موضع للدلالة .

لكن فيه ان فقرة واحدة من الخبر اذا اشتملت على حكمين لم يعمل باحدهما ، لم يستلزم ذلك عدم العمل بالآخر .

(و قد افتى بذلك) اى بانه يردّ ثلاثة امداد ــ فليست هذه الفقرة غير معمول بها ــ (فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة) اى لم يكن حليب فى ثديها (وحلبها اياما ، ثم وجد المشترى فيها عيبا) فانه يردّها و

ثم قال : و قيل ليس له ردّها ، لانه تصرف بالحلب .

و بالجملة : فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين فى كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد ، و بين ماتقدم من التصرفات المذكورة فى كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب فى طريق الردّ او التردد فيه و فى التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد

يرد ثمن الحليب .

(ثم قال) المبسوط : (و قيل ليس له ردها ، لانه) اى المشترى (تصرف) فى الشاة (بالحلب) و التصرف يسقط الخيار .

(و بالجملة فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين فى كون التصرف مسقطا لدلالته) اى دلالة التصرف (على الرضا بلزوم العقد) فـ« لدلالته » وجه لـ « الاسقاط » (و بين ماتقدم من التصرفات المذكورة فى كثير من الفتاوى) و فى النص من امثال : اغلق الباب ، و : ناولنى الثوب ، والنظر الى الامة و لمسها (خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب) للدابة (فى طريق الردّ) الذى يكون التصرف بدون دلالة على الرضا النوعى اصلا (او التردّد فيه) اى فى الردّ ، عطف على « فى طريق » (و فى التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما) اى الركوب مع عزمه على الردّ او التردّد فيه و التصرف للاستخبار (بالرضا بلزوم العقد) لوضوح ان المشترى ليس براض ، اذا اراد ردّه او تردّد

. . . . . .

فى غاية الاشكال و اللّه العالم بحقيقة الحال .

فيه ، و اذا اراد استخباره فهو (فى غاية الاشكال) و ان كان الاظهر الاحتياج الى الرضا الشخصى الذى نفاه المصنف (و الله العالم بحقيقة الحال) و هو الموفق المستعان لفهم الاحكام .

الثالث

خيار الشرط، اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد ، ولا خلاف فى صحة هذا الشرط، ولا فى انه لا يتقدر بحدّ عندنا .

و نقل الاجماع عليه مستفيض .

و الاصل فيه ، قبل ذلك الاخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى

(**الثالث**) من الخيارات (خيار الشرط، اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد) فاضافة الخيار الى الشرط من باب اضافة المعلول الى علته ، لان الشرط علة الخيار (ولا خلاف فى صحة هذا الشرط) للنص و الاجماع على ذلك (ولا فى انه لا يتقدّر بحدّ) كيوم و عشرة ايام (عندنا) نعم ينبغى استثناء ما اذا كان تحديده خارجا عن اطلاق النص و الفتوى، كما اذا باعه شيئا و جعل خياره مائة سنة مثلا .

(و نقل الاجماع عليه) اى على هذا الخيار (مستفيض) استفاضة فوق الآحاد ، ودون التواتر .

(و الاصل) اى الدليل (فيه) اى فى هذا الخيار (ـ قبل ذلك ـ) الاجماع (الاخبار العامة المسوغة) اى المجوزة (لاشتراط كل شرط الا ما استثنى) من مخالفة الكتاب والسنة، وكذا المخالفة لمقتضى اصل العقد ، كان ينكح بشرط ان تكون بينهما محرمية ، او يبيع بشرط ان لا يكون للمشترى التصرف فيه .

. . . . . .

والاخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة فمن الاولى الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره ان : المسلمين عند شروطهم .

و يزيد فى صحيحة ابن سنان : الا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز

و فى موثقة اسحاق بن عمار الا شرطا حرم حلالا او حلل حراما .

(و) كذلك يكون الاصل فى الخيار (الاخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة) مما يعلم منها المناط فيتعدى منها الى سائر افراد الشرط لوحدة الملاك فى الكل (فمن الاولى) اى الاخبار العامة الشاملة لكل شرط (الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره) وهو (ان : المسلمين عند شروطهم) .

و معنى ((عند)) انهم ملزومون بالوفاء بالشروط الزاما تكليفا و وضعيا

(و يزيد فى صحيحة ابن سنان : الا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز) اى فلا ينفذ ذلك الشرط .

كما اذا شرط ، ان يشرب الخمر او يترك الصلاة ، او لا يرث ولده ، او ما اشبه ذلك .

(و فى موثقة اسحاق بن عمار الا شرطا حرم حلالا) بان يكون الشرط مشروعا ، كما لو شرط ان يكون شرب الماء حراما ، اما اذا شرط ان لا يشرب الماء صح الشرط ، فانه لم يحرم حلالا .

و قد يقال ان المراد بتحريم الحلال تحريم الواجب فى قبال تحليل الحرام (او حلل حراما) على ما عرفت .

. . . . . .

نعم فى صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه فلايجوز على الذى اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب اللّه .

لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب .

و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد

(نعم فى صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه فلايجوز) اى لاينفذ (على الذى اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله) .

و قوله « نعم» اشارة الى ان فى هذا الحديث اشترط « موافقة كتاب الله» بينما فى غيره اشترط «عدم مخالفة كتاب الله» .

و من المعلوم ان الشرط يمكن اعتباره « غير مخالف» اما اعتباره « موافقا » فهو مشكل ،لان كثيرا من الاحكام ليست فى ظاهر القرآن .

(لكن المراد منه) اى من الموافقة (بقرينة المقابلة) لقوله عليه السلام « مخالفا لكتاب الله» (عدم المخالفة) لان الفقرة الثانية تفسير للفقرة الاولى .

و ذلك (للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب) و الّا فكثير من الشروط لم تذكر فى الكتاب شيئا يطابقه الشرط .

(و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار) اى الشرط المخالف و الموافق (و توضيح المراد من الاستثناء الوارد

. . . . . .

فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد ان شاء الله .

والمقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط فى العقد وهى تظهر برسم مسائل

فيها) من تحليل الحرام وتحريم الحلال (يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد ان شاء الله) هذا تمام الكلام فى الاخبار العامة .

واما الاخبار الخاصة فهى : صحيحة ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث قال : وان كان بينهما شرط ـ اياما معدودة ـ فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضى الشرط ، فهو من مال البائع .

اقول : لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، ورواية السكونى المتقدمة ان امير المؤمنين عليه السلام : قضى فى رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار ، الى غيرهما ، وسيأتى بعض الاخبار الخاصة الاخر .

(والمقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط فى العقد) فى قبال موضوع الخيار الذى قلنا انه سيأتى (وهى تظهر برسم مسائل)

مسئلة :

لافرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه لعموم ادلة الشرط .

قال فى التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى ، و استدل له فى موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم .

و ردّ بعدم المانع من ذلك .

مع انه ـ كما فى التذكرة

(**مسألة** : لافرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه) بكل اقسامه من الاول او الوسط او الاخير او اثنان منها ، او ثلاثة او اكثر كان يفرض ان المدة فى الاجارة ـ و نمثل بها لوضوح الاقسام فيها ـ سنة ، فيشترط الخيار فى اليوم الاول ، او فى اليوم الوسط ، او فى اليوم الاخير ، او فى الاول و الوسط ، او فى الاول والاخير ، او فى الاول و الوسط ، او فى الوسط و الاخير او فى الاول و الوسط و الاخير ، الى غير ذلك (لعموم ادلة الشرط) الشاملة لكل هذه الاقسام .

(قال فى التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى ، و استدل) العلامة (له) اى للشافعى (فى موضع آخر) من التذكرة (بـ) انه لو صح الخيار المنفصل استوجب ذلك (لزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم) و ذلك خلاف ادلة الوفاء بالعقد .

(و ردّ بعدم المانع من ذلك) لانه ليس خلاف ادلة الوفاء .

(مع انه) اى عدم جواز انفصال الخيار عن العقد (ـ كما فى التذكرة

. . . . . .

ـ منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية ·

نعم يشترط تعيين المدة ·

فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج بطل بلاخلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك غررية

ـ منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية) فانهما منفصلان عن العقد مما يوجب ان يكون العقد اللازم جائزا ·

(نعم يشترط تعيين المدة) المقرر تأخير الخيار اليه، و كذلك المدة التى يشرع منها الخيار ·

(فلو تراضيا على مدة مجهولة) اوّلا (كقدوم الحاج) او آخرا، مثل ان يبدء الخيار من اول محرم الى آخر يوم يأتى فيه الحجاج ، او كلا، مثل مدة بناء هذه الدار، والمفروض انه غير معلوم اولا ولا آخرا (بطل) الشرط (بلا خلاف ، بل حكى الاجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك) الجهل فى المدة (غررية) و المراد بالغرر الجهالة التى توجب الضرر و الاشتباه، فان مع جهالة المدة يشتبه اول الخيار او آخره او مدته و ذلك يوجب الضرر احيانا و الاختلاف احيانا اخرى و فى الحديث نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر ـ كما فى مستدرك الوسائل ـ

لكن الظاهر انه ليس بغرر مطلقا فلو جعل الخيار الى اول الشهر لم يضر، وان لم يعلم ان اول الشهر اى يوم، لاحتمال نقص الشهر السابق و تمامه، و كذا اذا جعله الى آخر الشهر، او جعل الخيار شهر شوال مثلا ولا يعلم اوله و لا آخره ، لاحتمال نقص شهر رمضان و

. . . . . .

و لاعبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدام العقلاء عليه احيانا فان المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك اذ كثيرا مايتفق التشاح فى مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين ٠

نقص شهر شوال ، بل اذا كان قدوم الحاج شيئا موقتا فى الخارج ليس تقدمه و تأخره بقدر يوجب الغرر عرفا لم يكن فى جعله ـ مدة الخيار ـ اشكالا ٠

(و) ماذكره المصنف من انه (لاعبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدام العقلاء عليه احيانا) محل نظر ٠

اذ : الغرر موضوع عرفى ، كسائر الموضوعات ، واحداث الشارع فيه تغييرا غير معلوم ، والعرف كما هو مرجع الموضوع مفهوما فكذلك هو مرجع التطبيق ، وقد شرحنا ذلك فى بعض مباحث الفقه ٠

و كيف كان (ف) انما لاعبرة بمسامحة العرف ، ل (ان المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك) اى بالمسامحة العرفية ٠

اقول : لم اجد مقاما ذكر الشارع بعدم رضاه بمثل هذا التسامح ٠ و انما لايرضى الشارع ٠

(اذ كثيرا مايتفق التشاح فى مثل الساعة والساعتين فى زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين) ٠

مثلا : فى ظهر يوم الجمعة ارتفعت قيمة المتاع ، فارادا البائع الفسخ و لم يرد المشترى ، فانهما يختلفان فى انه هل له خيار ، ام لا ؟

. . . . . .

و بالجملة ، فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة ، و الا لم يكن بيع الجزاف ، و ما تعذر تسليمه ، و الثمن المحتمل للتفاوت القليل ، وغير ذلك من الجهالات غررًا لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات .

اقول : لاتشاح ، لانه اذا قدم الحاج كان الحق مع البائع ،والامع المشترى ، ثم كل تشاح له موازين قضائية يرجع اليها ، فلامشكلة ، ومثله غير نادر فى الشرعيات .

(و بالجملة ، فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة) فان العرف فى الامور المحتاجة الى المداقة لا يتسامحون — مثل وزن الذهب — و فى غيرها يتسامحون ، فاذا تسامحوا لم يكن ذلك موجبا لرفع الغرر(والا) فلو تتبعنا العرف فى مسامحاتهم(لم يكن بيع الجزاف ، و) بيع (ما تعذر تسليمه ، و) كذا فى (الثمن المحتمل للتفاوت القليل) كمافى بعض الدراهم والدنانير فى الزمن السابق ،حيث يزيد و ينقص مقدار شعيرة ، و نحوها من جهة كثرة التعامل عليها (و غير ذلك من الجهالات غررا) .

و انما لم يكن غررا (لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات) .

و فيه انا نقول : بانه ليس بغرر ، الا اذا كان نص او اجماع على انه غرر موضوعا او انه محكوم بحكم الغرر .

. . . . . .

و لعل هذا مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف و الا فالغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف.

نعم الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم، لا تعد غررا، كتفاوت المكائيل والموازين.

(و لعل هذا) الذى ذكرنا من ان العرف يتسامح، بما لا يتسامح فيه الشرع ـ فى باب الغرر ـ (مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف) فان الشروط التى وضعها الشارع فى الغرر اكثر، فيقول «لا جهالة، لا ضرر، لا تسامح» بينما يقول العرف «لا جهالة، لا ضرر» و ينتج من زيادة شروط الشارع فى باب الغرر، ان الغرر عنده اوسع افرادا من الغرر عند العرف.

فمثلا: افراد غرر العرف عشرة، و افراد غرر الشارع خمسة عشر (والا) يقصد بعض الاساطين ما ذكرناه فى معنى الغرر (ف) لا معنى لاضيقية الدائرة شرعا، اذ (الغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف) كسائر الموضوعات التى حكم الشارع عليها باحكام.

(نعم) لا نقصد بان الشارع لاحظ الدقة فى كل مورد.

ف (الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون) التشاح (النادر كالمعدوم، لا تعد) تلك الجهالة (غررا، كتفاوت المكائيل و الموازين) و الاشبار و الاذرع فى تقدير القماش و الارض و نحوهما.

. . . . . .

و یشیر الی ماذکرنا: الاخبار الدالة علی اعتبار کون السلم الی اجل معلوم .

و خصوص موثقة غیاث لا بأس بالسلم فی کیل معلوم الی اجل معلوم لا یسلم الی دیاس او الی حصاد ، مع ان التأجیل الی الدیاس والحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بین العقلاء الجاهلین بالشرع .

(و یشیر الی ماذکرنا) من لزوم ملاحظة الدقة فی المدة (الاخبار الدالة علی اعتبار کون السلم) و هو ماکان الثمن نقداً والمثمن بعدمدة ـ عکس النسیة ـ (الی اجل معلوم) و اذا کان الوقت قابلا للزیادة و النقصان لم یکن اجلا معلوما ، فلاتصحّ المسامحة فی الاجل ، و فیه ان المسامح فیه معلوم عرفا .

(و خصوص موثقة غیاث) قال علیه السلام (لا بأس بالسلم فی کیل معلوم الی اجل معلوم لا یسلم الی دیاس او الی حصاد) الحصاد حصاد الزرع و قطعه ،والدیاس سحقه لاجل اخراج الحب من التبن ، ونحوه (مع ان التأجیل الی الدیاس والحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بین العقلاء الجاهلین بالشرع) فیعلم من هذه الموثقة ان الشارع لاحظ الدقة ، و لم یترک الامر الی تسامح العقلاء .

اقول : لکن فیه ان الدیاس المطلق ، والحصاد المطلق مجهولان حتی عند العقلاء ، اذ یختلف اوقاتهما فی منطقة واحدة کالعراق اکثر من شهر ، وهذا نفاه الشارع ، .

اما دیاس صحاری کربلاء و شبهها من منطقة واحدة مثلا ، فلانسلم

و ربما يستدل على ذلك بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة، لانه غرر.

و فيه ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة.

ان الرواية تشمله، كما ان العقلاء يجعلونه وقتا.

(و ربما يستدل على ذلك) اى على لزوم الدقة فى المدة، وعدم المسامحة العرفية (بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة لانه) اى اشتراط المدة المجهولة (غرر) و الغرر مخالف للكتاب والسنة.

اما الكتاب فقوله تعالى: لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ، فانه اذا كانت المدة مجهولة، كان ذلك سببا للجهل بقدر الثمن، اذ: للاجل قسط من الثمن فمدّة تزلزل البيع و هو مدة الخيار تؤثر فى جهالة الثمن فان ثمن البيع المتزلزل يوما اكثر من ثمن البيع المتزلزل شهرا.

و اما السنة: فلما ورد من نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر.

و حاصل كلام المستدل ان هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة.

(و فيه) ان المستدل اراد بيان ان الشرط مخالف للكتاب والسنة، لكن دليله يعطى ان البيع مخالف للكتاب و السنة.

و من المعلوم (ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب والسنة) كما يفيده دليل المستدل (غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة)

ففی الثانی یفسد الشرط و یتبعه البیع ·

و فی الاول یفسد البیع فیلغو الشرط·

اللهم الاان یراد ان نفس الالتزام بخیار فی مدة مجهولة غرر، و ان لم یکن بیعا ، فیشمله دلیل نفی الغرر ، فیکون مخالفا للکتاب والسنة

کما ادعاه المستدل ، فدعواه شئ و دلیله شئ آخر·

(ففی الثانی) و هو کون نفس الشرط مخالفا (یفسد الشرط) لانه مخالف (و یتبعه البیع) فی الفساد فیفسد البیع أیضا ، لان البیع المشتمل علی الشرط الفاسد فاسد ·

(و فی الاول) و هو کون البیع فاسدا (یفسد البیع فیلغو الشرط) اذ الشرط لایجب، الااذا کان فی ضمن بیع صحیح او ما اشبه البیع من الالتزامات الصحیحة·

(اللهم الاان یراد) ای یرید المستدل فی قوله ((انه غرر)) (ان نفس الالتزام بخیار فی مدة مجهولة غرر، وان لم یکن بیعا، فیشمله) ای یشمل الخیار(دلیل نفی الغرر) ·

فالمستدل اراد بیان ان الشرط الغرری باطل ، و استدل لنفس ذلك ، فدلیله موافق لمدعاه ، اذ لو کان نفس الخیار غرریا (فیکون مخالفا للکتاب و السنة) ·

اما السنة فلنهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن الغرر·

و اما الکتاب فلقوله تعالی : مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ·

. . . . . .

لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع فيكون الاستناد فى فساده الى فساد شرطه المخالف للكتاب كالاكل من القفا

و(لكن لا يخفى) ان المستدل لو اراد كون نفس الشرط غرريا كان الانسب التعليل لبطلان البيع بانه بيع غررى ، لا بما ذكره من ان شرطه غررى ، لان الغرر فى الشرط يوجب الغرر فى البيع (سراية الغرر) فى الشرط (الى البيع فيكون الاستناد فى فساده) اى فساد البيع (الى فساد شرطه المخالف للكتاب) و السنة (كالاكل من القفا) لان المستدل كان بامكانه ان يقول البيع غررى ، ففاسد فلم يكن يحتاج الى ان يقول الشرط غررى ففاسد ، وحيث انه فى ضمن البيع فالبيع فاسد .

و الحاصل ان المصنف اورد على المستدل احد اشكالين على سبيل منع الخلو ، او لهما قوله ((و فيه)) ، و ثانيهما قوله ((كالاكل)) .

و حاصل ايراده انه ان اراد المستدل ان يقول ((البيع غررى)) ففيه انه لا يصح ـ على هذا ـ ان يفرع عليه كون الاشتراط مخالفا للكتاب و السنة ، حيث قال المستدل فى كلامه : فاشتراطه مخالف للسنة .

و ان اراد المستدل ان يقول ((الشرط غررى)) ففيه انه ـ و ان صح التفريع المذكور ـ الا ان عدول المستدل عن القول ((بفساد البيع)) الى القول ((بفساد الشرط)) كالاكل من القفا .

فقول المصنف ((اللهم ..)) اراد به بيان الاحتمال الثانى فى عبارة المستدل ، و ردّه .

مسئلة

لافرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج ، و بين عدم ذكر المدة اصلا كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار وبين ذكر المدة المطلقة كان يقول : بعتك على ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الكل فى الغرر .

خلافا للمحكى عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية و الحلبى فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة ايام .

و يحتمل حمل الثالثة عليها

(مسألة : لافرق فى بطلان العقد) اذا كانت المدة مجهولة (بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج ، و بين عدم ذكر المدة) للخيار (اصلا كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار) بدون ان يعين زمان الخيار، او اوله ، او آخره (و بين ذكر المدة المطلقة) بان يقول ((مدة)) ويطلقها (كان يقول : بعتك على ان يكون لى الخيار مدة) .

و انما قلنا لافرق (لاستواء الكل) اى كل الصور الثلاثة (فى الغرر) فيكون باطلا .

(خلافا للمحكى عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر) للقاضى (و الغنية والحلبى فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية) و هى ان يقول : بعتك على ان يكون لى الخيار (ثلاثة ايام) .

(و يحتمل حمل) الصورة (الثالثة عليها) فاذا قالها كانت مدة الخيار

. . . . . .

وعن الانتصار و الغنية و الجواهر الاجماع عليه .

و فى محكى الخلاف وجود اخبار الفرقة به .

ولا شك ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار فيكفى فى انجبارها الاجماعات المنقولة .

و لذا مال اليه فى محكى الدروس .

لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول الاعن الشيخ قدس سره و اوله بارادة خيار الحيوان .

ثلاثة ايام .

(وعن الانتصار والغنية والجواهر الاجماع عليه) اى على انه اذا اطلق ، حمل على ثلاثة ايام .

(وفى محكى الخلاف وجود اخبار الفرقة به) اى بكون المطلق يحمل على ثلاثة ايام .

(ولا شك ان هذه الحكاية) من الشيخ (بمنزلة ارسال اخبار) فيدل ان هناك اخبارا مرسلة (فيكفى فى انجبارها) سندا (الاجماعات المنقولة) التى نقلناها عن الثلاثة .

(و لذا مال اليه فى محكى الدروس) و قال : بانه اذا اطلق المدة حمل على ثلاثة ايام .

(لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول) اى القول بحمل المدة المطلقة على ثلاثة ايام (الاعن الشيخ قدس سره) فقط (و اوله بارادة خيار الحيوان) لاخيار الشرط الذى هو محل الكلام .

وعن العلامة الطباطبائی فی مصابیحه الجزم به ٠

وقواه بعض المعاصرین منتصرا لهم بما فی مفتاح الکرامة، من انه لیس فی الادلة مایخالفه ٠

اذ الغرر مندفع بتحدید الشرع، وان لم یعلم به المتعاقدان کخیار الحیوان الذی لااشکال فی صحة العقد مع الجهل به، اوبمدته.

وزاد فی مفتاح الکرامة التعلیل بان الجهل یؤل الی العلم الحاصل

(وعن العلامة الطباطبائی) السید بحرالعلوم (فی مصابیحه الجزم به) ای بان المطلق یحمل علی ثلاثة ایام ٠

(وقواه بعض المعاصرین) وهو صاحب الجواهر (منتصرا لهم) ای لمن قال بان المطلق یحمل علی ثلاثة ایام (بما فی مفتاح الکرامة، من انه لیس فی الادلة مایخالفه) حتی یقال: بان المطلق لایحمل علی ثلاثة ایام ٠

(اذ) الاشکال فیه، بانه غرر، غیر وارد، فان (الغرر مندفع بتحدید الشرع) له بثلاثة ایام (وان لم یعلم به المتعاقدان) فان علم المتعاقدین لیس بشرط بعد تحدید الشرع، فحال خیار الشرط (کخیار الحیوان) المقرر شرعا فی بیع الحیوان (الذی لااشکال فی صحة العقد مع الجهل به) ای باصل خیار الحیوان (او بمدته) ای الجهل بان مدته ثلاثة ایام ٠

(وزاد فی مفتاح الکرامة) فی وجه تصحیح کون المطلق مدته ثلاثة ایام (التعلیل بان الجهل) بالمدة (یؤل الی العلم الحاصل) ذلک

من الشرع .

و فيه ماتقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى حكم فيه الشارع بالفساد .

و التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان .

فان ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفى الغرر و كان التحديد تعبديا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة .

العلم (من الشرع) حيث عين الشرع ثلاثة ايام .

(و فيه) اى فى الاستدلال الذى ذكره بعض المعاصرين و زاده فى مفتاح الكرامة (ماتقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى) كسائر المواضيع العرفية المحكومة من قبل الشارع (حكم فيه الشارع بالفساد) لو رود روايتين ، احداهما نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر ، و الاخرى نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر .

(و) ان قلت : تحديده بثلاثة ايام شرعا كاف فى رفع الغرر .

قلت : (التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان) فلا يصح من جهة القصد ، ولا يرفع غرره فى نفسه .

(فان ثبت) التحديد بالثلاثة (بالدليل) الخاص (كان) ذلك الدليل (مخصصا لعموم نفى الغرر) فيكون غررا قد اجازه الشارع (وكان التحديد) امرا (تعبديا) لا امرا قصده المتعاقدان ، فيكون (نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة) كما اذا اوصى ان يعطوا

او يكون حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص ، وهو اهمال مدة الخيار .

و الحاصل : ان الدعوى فى تخصيص ادلة نفى الغرر لافى تخصصها

و الانصاف ان ماذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع

مالاكثيرا حيث عين فى الرواية بثمانين تمسكا بقوله تعالى : وَلَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّٰهُ فِيْ مَوَاطِنَ كَثِيْرَةٍ (او يكون) اصل الخيار ومدته كلاهما (حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص ، و هو) اى الموضوع الخاص (اهمال مدة الخيار) و قوله ((او)) عطف على ((كان التحديد)) .

و الحاصل : اذا قال البائع ((بعتك بشرط الخيار)) اما شرط الخيار يتحقق بقصد البائع ، ومدته تتحقق بحكم الشرع ، وعليه يكون التحديد تعبدا ، واما شرط الخيار ومدته كلاهما يتحققان بحكم الشرع ، اذ شرط البائع باطل حيث لم يذكر المدة ، فاصل الشرط ايضا : كقدر المدة يحتاج الى حكم الشارع ، وعليه يكون كل من اصل الشرط و مدته تعبدا شرعا .

(والحاصل : ان) هذا الشرط غررى قطعا ، فلايصح كلام الجواهر و مفتاح الكرامة ، حيث ارادا جعل الشرط غير غررى .

فاللازم اثبات (الدعوى فى تخصيص ادلة نفى الغرر) وذلك باثبات ورود النص بصحة مثل هذا الغرر (لافى تخصصها) بان يقال : انه ليس بغرر اصلا ، كما ارادة المفتاح والجواهر .

(والانصاف) انه لم يقم دليل من الاخبار على صحة مثل هذا الخيار المجهول المدة ، لـ (ان ماذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع

لا ينهض لتخصيص : قاعدة الغرر، لان الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شئ من هذه الاخبار فى كتابيه الموضوعين لايداع الاخبار، انه عول فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان .

و لا ريب ان الاجماعات المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته او القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة

لا ينهض لتخصيص : قاعدة الغرر) .

اما عدم نهوض الاخبار التى ارسلها الشيخ ، ف (لان الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شئ من هذه الاخبار) التى ارسلها فى كتابه : الخلاف، و (فى كتابيه) التهذيب والاستبصار (الموضوعين لايداع الاخبار، انه) ((انه)) متعلق بـ ((الظاهر)) (عول فى هذه الدعوى) اى دعوى وجود الاخبار (على اجتهاده) الشخصى (فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان) اى خياره .

(و) بهذا اسقط حجية الاجماعات ايضا .

اذ : (لا ريب ان الاجماعات المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته) بان يكون سند المرسل ضعيفا ، و لكن دلالته واضحة، فالاجماع يجبر السند (او القاصر دلالته) فالاجماع يتم الدلالة، اذ لو فهم الفقهاء من خبر معنى يكون فهمه قرينة على ان معنى هذا الخبر هو كما فهموه (لا) ان الاجماع يجبر (المرسل المجهول العين) الذى لا نعرف عين المرسل بالفاظه (المحتمل لعدم الدلالة

. . . . . .

رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لاحاجة الى ضمّ المنجبر، اذ نعلم اجمالا ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار .

ولا ريب ان المستند غالبا فى اجماعات القاضى وابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار .

رأسا) كما فى المقام، حيث يحتمل ان الشيخ فهم من خبر الحيوان مسألتنا هنا .

و من المعلوم ان اخبار الحيوان لا دلالة لها على مسألتنا اصلا و اذ : سقط المرسل (فالتعويل) والاعتماد فى مسألتنا (حينئذ) اى حين ناقشنا فى المرسل سندا ودلالة (على نفس الجابر) اى يكون مستند المسألة الاجماع فقط (ولاحاجة الى ضمّ المنجبر) اى المرسل ـ بعد سقوط المرسل على ما عرفت ـ .

و انما لاحاجة (اذ نعلم اجمالا) اى علما عاديا فى الجملة ـ من القرينة التى ذكرناها ـ (ان المجمعين) فى مسألتنا (اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار) و كانهم رأوا وحدة الملاك بين خبر الحيوان و بين الخبر فى ما اذا ذكرت المدة مطلقا، فتعدّوا من اخبار الحيوان الى هذه المسألة، ولا شك فى ضعف هذا المناط .

(ولا ريب ان المستند غالبا فى اجماعات القاضى و ابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار) فلا يمكن الاعتماد عليه، اذ هو اجماع منقول ضعيف غاية الضعف .

. . . . . .

نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجّة اصابته فى رأسه فقال له النبى صلى الله عليه وآله : اذا بعت فقل : لاخلابة ، وجعل له الخيار ثلاثا .

وفى رواية ولك الخيار ثلاثا ، والخلابة : الخديعة .

وفى دلالته فضلا عن سنده مالا يخفى .

وجبرها بالاجماعات كما ترى .

(نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع) على صيغة المفعول (فى البيع لشجّة اصابته فى رأسه) فضعف بذلك عقله (فقال له النبى صلى الله عليه وآله : اذا بعت) شيئا (فقل : لاخلابة وجعل) صلى الله عليه وآله (له الخيار ثلاثا) .

(وفى رواية) اخرى (ولك الخيار ثلاثا ، والخلابة : الخديعة) فكانه بقوله هذا ((لاخلابة)) يجعل لنفسه الخيار ثلاثة ايام .

ولا يقال : ان له خيار الغش ، او الغبن ، او العيب فلاحاجة الى هذا الخيار الثلاثة .

لانه يقال : من الممكن ان يكون ما اشتراه صحيحا وبالقيمة العادلة لكنه لايحتاج اليه وانما سيق الى شرائه ، او بيعه ، لاجل الشجة ، ولعدم انضباط حواسه ، وان لم يكن بمنزلة السفيه او المجنون ، حتى تبطل معاملاته .

(وفى دلالته) لانه فى مورد خاص (فضلا عن سنده) العامى (مالا يخفى) (و) احتمال (جبرها) اى رواية حنان (بالاجماعات) المتقدمة (كما ترى)

اذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح .

فالقول بالبطلان لا يخلو من قوة .

ثم انه ربما يقال : ببطلان الشرط دون العقد ولعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد

غير صحيح .

(اذ التعويل عليها) اى على الاجماعات (مع ذهاب المتأخرين الى خلافها) لانهم افتوا بأن لا خيار ، اما لبطلان العقد لان الشرط الفاسد مفسد ، او لبطلان الشرط اذا لم نقل بافساد الشرط الفاسد للعقد (فى الخروج عن قاعدة الغرر) ((فى)) متعلق بـ ((التعويل)) (مشكل) لان القاعدة قوية و المخرج ضعيف (بل غير صحيح) اطلاقا .

(فالقول بالبطلان) للشرط فقط او للعقد فيبطل الشرط (لا يخلو من قوة) .

و ان كان ربما يقال : ان مراسيل الشيخ حجة .

اما من جهة الدلالة فلانه افتى ثم قال به روايات فمضمون فتواه روايات و احتمال انه استنبط ذلك من روايات خيار الحيوان خلاف الظاهر و لا تلازم بين وجود الروايات و بين ذكرها فى التهذيب و الاستبصار .

و اما من جهة السند فللانجبار و القول بالخيار لا يخلو من وجه .

(ثم انه ربما يقال : ببطلان الشرط دون العقد ولعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد) لعدم دليل على التلازم بين

. . . . . .

و فيه ان هذا على القول به فى ما اذا لم يوجب الشرط فسادا فى اصل البيع كمافى مانحن فيه حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و الا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط، و سيجئ تمام الكلام فى مسئلة الشروط .

الفسادين بل العقد مشمول لدليل : اَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، وغيره من ادلة لزوم العقود و صحتها (و فيه ان هذا) اى فساد الشرط دون العقد (على القول به) انما هو (فى ما اذا لم يوجب) فساد (الشرط فسادا فى اصل البيع كمافى مانحن فيه) .

فان فساد الشرط يسرى الى البيع (حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا) و اذا صار البيع غرريا بطل ، سواء كان سبب الغرر الشرط اوغيره (والا) نَقُلْ بهذا القول، و هو ان فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط (فالمتجه فساد البيع) اذا فسد شرطه (و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط) .

لكن لا يبعد عدم البطلان فى المقام على القول بعدم السراية (و سيجئ تمام الكلام فى مسئلة الشروط) ان شاء الله تعالى .

مسئلة

مبدء هذا الخيار من حين العقد، لانه المتبادر من الاطلاق.
و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان.
فلو شرط خيار الغد، كان مبدئه من طلوع فجر الغد

(مسألة: مبدء هذا الخيار) اى خيار الشرط (من حين العقد) فبانقضاء الايجاب، والقبول يبدء زمان خيار الشرط (لانه اى كونه من حين العقد (المتبادر من الاطلاق) اى اطلاق قول البائع والمشترى، باشتراط الخيار اسبوعا مثلا.

ولا يخفى ان اطلاق قولهما انما يؤخذ به اذا لم يقصد الا ما يستفاد من اللفظ، والّا فالمتبع قصدهما.

(و لو كان) اى جعلا (زمان الخيار منفصلا) عن العقد (كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان) حسب الانصراف العرفى.

(فلو شرط خيار الغد، كان مبدئه من طلوع فجر الغد) لان طلوع الفجر اول الغد.

اما اذا كان اللفظ مجملا، فاللازم الرجوع الى قصدهما، كما اذا جعلا الخيار من اول نهار الغد، اذ: النهار مجمل، بين طلوع الفجر و طلوع الشمس.

و لو لم يقصدا الّا ظاهر اللفظ و فرض اجمال اللفظ، فمن المحتمل ان يكون زمان الخيار اقل الامرين، فيكون فى المثال من طلوع الشمس

. . . . . .

فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناءا على ان مبدئه من حين العقد .

و لو جعل مبدئه من حين التفرق ، بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار .

وعن الشيخ والحلى : ان مبدئه من حين التفرق .

وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته .

(فيجوز جعل مبدئه) اى مبدء خيار الشرط ، والفاء تفريع على انه يجوز جعل مبدء خيار الشرط منفصلا (من انقضاء خيار الحيوان) .

لكن هذا (بناءا على ان مبدئه) اى مبدء خيار الحيوان (من حين العقد) فمن حين العقد الى ثلاثة ايام خيار الحيوان ، و بعده خيار الشرط .

(و لو جعل مبدئه) اى مبدء خيار الحيوان (من حين التفرق بطل) خيار الشرط (لادائه الى جهالة مدة الخيار) اذا كان حين التفرق مجهولا ، جهالة توجب الغرر .

و وجه البطلان : انه لا يعلم من اين يبدء خيار الحيوان ، فلا يعلم ابتداء خيار الشرط .

(وعن الشيخ والحلى : ان مبدئه) اى مبدء خيار الشرط (من حين التفرق) لئلا يجتمع خيار الشرط مع خيار المجلس .

(و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته) فيمكن الجمع بينهما و المجلس ، فينقضى بانقضاء المجلس .

. . . . . .

نعم يمكن ان يقال هنا : ان المتبادر من جعل الخيار جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد، كما اشار اليه فى السرائر.

لكن لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة.

مع ان هذا انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس.

والافمع الجهل به لا يقصد

اما خيار الشرط فانقضائه حسب ماقررا.

(نعم يمكن ان يقال هنا) اى فى باب خيار الشرط ان خيار الشرط بعد خيار المجلس ،لالاجل ماذكره الشيخ ، بل لـ (ان المتبادر من جعل) المتعاقدين(الخيار جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد، كما اشار اليه فى السرائر) .

و ذلك لان علة جعلهما الخيار امكان الفسخ فلاحكمة لهما فى جعله فى حال خيار المجلس.

وعليه يكون خيار الشرط بعد انقضاء خيار المجلس.

(لكن لو تم هذا) الوجه(لاقتضى كونه) اى كون خيار الشرط(فى) بيع (الحيوان من حين انقضاء الثلاثة) لان العلة المذكورة موجودة فى خيار الحيوان ايضا حيث انهما لم يذكراه فى خيار الحيوان.

(مع ان هذا) و هو كون خيار الشرط بعد خيار المجلس(انما يتم مع العلم) من المتعاقدين (بثبوت خيار المجلس) لان علة ماذكر ،انما هى فى مورد العلم.

(والافمع الجهل به) اى اذا جهلا ان لهما خيار المجلس(لايقصد)

. . . . . .

الا الجعل من حين العقد بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما ·

المتعاقدان (الا الجعل) لخيار الشرط (من حين العقد) وقصدهما في الجعل هو المتبع (بل الحكم بثبوته) اى ثبوت خيار الشرط (من حين التفرق) مطلقا سواء علما بخيار المجلس، ام لم يعلما به (حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما) مع العلم: ان العقود تتبع القصود ·

فتحصل انه ان علما بخيار المجلس، وقصد وضع خيار الشرط في زمان لا خيار لهما شرعا، كان مبدء خيار الشرط من حين انقضاء المجلس والا كان مبدئه من حين العقد ·

مسئلة

يصحّ جعل الخيار لاجنبى قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد، صح البيع والشرط عندنا معا وحكى عنه الاجماع فى الاجنبى، قال: لان العبد بمنزلة الاجنبى.

و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار.

فان

(**مسألة**: يصحّ جعل الخيار) اى خيار الشرط (لاجنبى) عن العقد (قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد، صح البيع) لاطلاق: اَوْفُوا بِالْعُقُوْدِ، و: اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ، (و) صح (الشرط) لاطلاق المؤمنون عند شروطهم (عندنا معا، وحكى عنه) اى عن العلامة (الاجماع فى) صحة جعل الخيار لـ (الاجنبى).

ثم (قال): انما نقول بصحة جعل الخيار للعبد الذى باعه (لان العبد بمنزلة الاجنبى) الحرّ، لانه فرد من افراد الاجنبى، فكلما ثبت فى مطلق الاجنبى، يثبت فى العبد.

(و لو جعل الخيار) اى خيار الشرط (لمتعدد كان كل منهم ذا خيار) لان اطلاق دليل: المؤمنون عند شروطهم، يشمل كل أولئك المتعدد.

(فان) اتفق المتعدد فى الفسخ او الاجازة، فلا اشكال فى الاخذ برأيهم.

. . . . . .

اختلفوا فى الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ ،لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيزخاصة بخلاف ما لو وكل جماعة فى الخيار، فان النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك .

وعن الوسيلة : انه اذاكان الخيار لهماواجتمعاعلى فسخ اوامضاء نفذ و ان لم يجتمعا

و ان (اختلفوا فى الفسخ و الاجازة) ففسخ احدهم واجاز الآخر (قدم الفاسخ ،لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة) .

كما انه اذا جعل خيار الشرط للمتعاقدين فاجاز احدهما، و فسخ الآخر، قدم الفاسخ على المجيز لنفس العلة المذكورة .

(بخلاف مالو وكل) من له الخيار(جماعة فى الخيار، فان النافذ) من الفسخ والاجازة (هو تصرف السابق) منهما (لفوات محل الوكالة بعد ذلك) اذ خيارٌ واحدٌ لكل منهم على سبيل البدل .

فاذا نفذه احدهم فسخا ، او اجازة ، لم يبق محلٌ للشخص الآخر بل سقط الخيار بفعل الشخص الاول ، امامن جهة بطلان العقد، اذا كان الاول فاسخا ، وامامن جهة لزوم العقد اذاكان الاول مجيزا .

(وعن الوسيلة : انه اذا كان الخيارلهما) اى جعلالنفسهماخيارا واحدا فقط، لا ان يكون لكل واحد منهما خيار، فلايكون لهماخياران(و اجتمعا على فسخ او امضاء نفذ) لان فسخهما معا اخذ بالخيار، و اجازتهما معا اخذ بالخيار ايضا .

(و ان لم يجتمعا) كلاهما على الفسخ او الامضاء ، بل فسخ احدهما

. . . . . .

بطل .

و ان كان لغيرهما ، و رضى ، نفذ البيع و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء انتهى .

و فى الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى منفردا ولا اعتراض عليه ومعهما او مع احدهما

و اجاز الآخر ، او فسخ احدهما او اجاز ، و سكت الآخر (بطل) مافعله كلاهما ، او احدهما ، اى لم يقع فسخ ولا اجازة ، لان العمل كان لكليهما معا ، فلا يقع العمل من احدهما .

(و ان كان) خيار الشرط (لغيرهما) اى الاجنبى عن المعاملة (و رضى) بالبيع (نفذ البيع) لان معنى : رضاه ، اسقاط الخيار .

(و ان لم يرض) بالبيع ، لكنه لم يفسخ (كان المبتاع) للحيوان ـ اى المشترى ـ (بالخيار بين الفسخ و الامضاء انتهى) لان خيار الشرط متعلق بالاجنبى اما خيار الحيوان فهو متعلق بالمشترى .

و هذا غاية مايقال فى هذه العبارة ، وهى غير مستقيمة كما لا يخفى .

(و) قال (فى الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى) عن البائعين (منفردا) اى ان يكون خيار الشرط للاجنبى فقط (ولا اعتراض عليه) فى الفسخ او الاجازة ، لان الخيار له ، فله ان يفعل مايشاء .

(و) يجوز جعل الخيار للاجنبى (معهما) فالخيار لثلاثة (او مع احدهما) الاجنبى واحد المتبايعين .

و لوخولف امكن اعتبار فعله ، والا لم يكن لذكره فائدة انتهى .

اقول: و لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الاجنبى فائدة .

(و) حينئذ بان كان الخيار لهما معه ، او لاحدهما معه فـ(لوخولف) الاجنبى بان اراد الاجنبى الفسخ واراد احدهما الاجازة او العكس (امكن اعتبار فعله) اى فعل الاجنبى ، فيلغو فعل احد المتبايعين فسخا او اجازة (والا) يعتبر فعل الاجنبى (لم يكن لذكره) و جعل الخيار له (فائدة)

مع وضوح ان جعل الخيار للاجنبى لا بد له من اثر (انتهى) كلام الدروس .

(اقول) يريد الدروس بقوله : (و) لو خولف ... الخ انه (لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته) اى اجازة المالك (و المفروض عدم مضى اجازته) اى اجازة الاجنبى (مع فسخه) اى مع فسخ المالك ، لان المالك اذا فسخ انفسخ العقد سواء اجاز الاجنبى ، ام لا .

اذ : الفسخ مقدم على الاجازة ، فيما اذا كان لكل منهما خيار مستقل حسب الشرط (لم يكن لذكر) الشرط لـ (الاجنبى فائدة) فلا فسخه ، ولا اجازته تنفعان .

و حيث ان للشرط للاجنبى فائدة قطعا ، و لم تكن الفائدة فى اجازة الاجنبى مع فسخ المالك لابد و ان تكون الفائدة فى فسخ الاجنبى مع اجازة المالك .

. . . . . .

ثم انه ذكرغير واحد ان الاجنبى يراعى المصلحة للجاعل .

و لعله لتبادره من الاطلاق .

و الا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة .

(ثم انه ذكرغير واحد ان الاجنبى يراعى المصلحة للجاعل) اى لمن جعل الخيار له .

فان كانت مصلحة الجاعل الفسخ ، فسخ الاجنبى العقد .

و ان كانت مصلحة الجاعل الاجازة اجاز .

و معنى مراعات المصلحة انه لو عمل الاجنبى على خلاف مصلحة الجاعل لم ينفذ عمله .

مثلا : كانت مصلحة الجاعل الاجازة ففسخ ، فانه لا ينفذ فسخه لانه ليس مفوضا اليه الا المصلحة .

نعم اذا كانت المصلحة فى الفسخ ، فلم يفسخ لم يترتب عليه الفسخ كما هو واضح .

(و) كيف كان فلزوم مراعاته للمصلحة (لعله لتبادره) اى تبادر العمل بالصلاح (من الاطلاق) اى من اطلاق جعل الشرط له فى قبال ان يقول له : لك الخيار مطلقا ((مصلحة كان الاخذ بالخيار ام لا)) .

(والا) يكن التبادر عرفا (فمقتضى التحكيم) اى جعل الشرط للاجنبى فانه يقتضى جعل الحكم بالفسخ و الامضاء فى يده (نفوذ حكمه) اى حكم الاجنبى (على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة) الجاعل .

. . . . . .

فتعليل وجوب مراعات الاصلح بكونه امينا لا يخلو عن نظر.

ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنبى مخالف للمشروع نظرا الى ان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس والشرط اوبالعارض كخيار الفسخ بردالثمن

و منه يعلم ان وجه مراعاته للمصلحة «لتبادر» (فتعليل وجوب مراعات) الاجنبى (الاصلح بكونه امينا) «بكونه» متعلق «بالاصلح» (لا يخلو عن نظر).

اذ اى ربط بين كونه امينا و بين عدم نفوذ عمله اذا لم يفعل الاصلح

(ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنبى مخالف للمشروع) فلا يصح هذا الجعل، لان الشرط اذا كان مخالفا للشرع، كان باطلا، كما تقدم (نظرا الى ان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ) اى بالتقايل بان يرضى كل واحد من المتعاقدين باسترداد ما اعطى و اعطاء ما أخذ (او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس والشرط) فان خيار المجلس داخل فى العقد شرعا، وخيار الشرط داخل فى العقد جعلا منهما.

وعلى كلا التقديرين فالخيار داخل «بالاصل» فقوله: بالاصل، متعلق «بالفسخ» وعطف على «بالتفاسخ» (او بالعارض) اى ان الخيار ليس داخلا فى العقد ابتداء، بل يكون له الخيار اذا عمل عملا (كخيار الفسخ بردّ الثمن) كان يشترط انه اذا ردّ الثمن كان له خيار الفسخ، و

. . . . . .

لنفس المتعاقدين .

و هو ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا و لاعقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد ، او بالعين و ان كان اجنبيا .

فحينئذ ، يجوز للمتبايعين اشتراط حق للاجنبى فى العقد .

هذا مايسمى ببيع الشرط (لنفس المتعاقدين) ((لنفس)) متعلق بـ ((صحة)) اى ان الشارع جعل الفسخ لنفس المتعاقدين ، فلاخيار للاجنبى لا اصلا ولا شرطا .

(وهو) اى التحميل (ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ) لابد و ان يكون (من احد المتعاقدين) اذ لا دليل على ذلك ،لا (شرعا ولاعقلا) .

اذ لا دليل من الشرع او العقل على ذلك بل اطلاق ادلة الشرط يدل على امكان جعل الشرط للاجنبى ، كما ان العقل لا يرى مانعا عن ذلك، و العقلاء يفعلونه فى عقودهم (بل المعتبر فيه) اى فى الفسخ (تعلق حق الفاسخ بالعقد) بان يملك ابطاله و ان لم يكن له حق فى العين و ان انفسخ العقد (او بالعين) بان كان له حق فى العين ، بحيث اذا بطل العقد كان له العين(وان كان اجنبيا) كما لو جعل خيار الشرط للمالك .

(فحينئذ) اى حين كان من الممكن له حق فى الفسخ ،وان لم يكن له حق فى العين(يجوز للمتبايعين اشتراط حق) الفسخ والامضاء (للاجنبى فى العقد) و ان لم يكن له حق فى العين .

و سيجئ نظيره فى ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين .

(و سيجئ نظيره) اى ماكان له حق فى العقد ، دون ان يكون له حق فى العين (فى ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين) .

فاذا باع الزوج ارضا بخيار فمات وكانت له زوجة ورثت الزوجة الخيار مع انها لو فسخت المعاملة لم ترث الارض ، لان الزوجة لا ترث من الارض و سيأتى تفصيل الكلام فيه .

و كذا لو باع الاب الحبوة بخيار ، فان الاولاد لهم الحق فى الفسخ مع ان الوارث لها الولد الاكبر الى غيرهما من الامثلة .

مسئلة

يجوز لهما اشتراط الاستيمار بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى امر العقد ، فيأتمر بامره ، او بان يأتمره اذا امره ابتداء .

وعلى الاول فان فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ .

(مسألة : يجوز لهما) اى البائع و المشترى (اشتراط الاستيمار) سواء جعل الشرط لهما او لاحدهما (بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى) فشرط البائع على المشترى ان يستأمر فلانا الاجنبى (فى امر العقد) فلاحق للمشترى ان يفسخ بدون طلب امر المشترى ، بل اللازم على المشترى ان يطلب من الاجنبى هل يفسخ ، ام لا ؟

(فيأتمر) المشترى (بامره) اى بامر الاجنبى فيما قال له من الفسخ او الامضاء (او) عطف على « بان يستأمر » (بان يأتمره) اى ان المشترى يقبل امر الاجنبى (اذا امره) اى امر الاجنبى المشترى (ابتداء) بدون ان يطلب المشترى امر الاجنبى .

مثال الاول : يقول زيد البائع لمحمد المشترى لك الخيار على شرط ان تستشير عليا ، فاذا قال لك : افسخ ، فلك الفسخ .

و مثال الثانى : ان يقول زيد لمحمد لك الخيار على شرط ان يقول لك علىٌ « ابتداء بدون ان تستشيره » افسخ .

(وعلى الاول) اشتراط الاستيمار (فان فسخ المشروط عليه) الاستيمار (من دون استيمار) اى دون استشارة من الاجنبى (لم ينفذ) لفرض انه

. . . . . .

و لو استأمره فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا ، اذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار ، بل الالتزام بامره مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك ايضا ملك الفسخ .

و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الامر ملك الفسخ حينئذ اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه .

امّا مع عدم رضاء الآخر بالفسخ ، فواضح اذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ

كان له الخيار بعد الاستيمار (ولو استأمره) بان طلب استشارة الاجنبي (فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا ، اذ) العرف يرى من هذا الشرط ان (الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار) و مجرد الاستشارة (بل الالتزام بامره) اى بامر الاجنبي (مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك) الاستيمار والاستشارة (لم يوجب ذلك) الاستيمار بدون ترتيب الأثر على امره و لم يوجب ذلك الاستيمار ((و امره بالاجازة)) (ايضا ملك الفسخ) اذ لم يكن اثر لامره ـ حسب الفرض ـ فباى وجه يفسخ بعد الاستيمار؟

(و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ) عطف على ((فان امره بالاجازة)) (بل غاية الامر) عند امره بالفسخ (ملك الفسخ حينئذ) فان شاء فسخ ، و ان شاء لم يفسخ ، ولا يجب عليه الفسخ .

(اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه) سواء رضى الآخر بالفسخ ام لا ؟

(امامع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح) انه لا يجب عليه الفسخ (اذ المفروض ان الثالث) الاجنبي (لا سلطنة له على الفسخ) لانه لم يجعل

. . . . . .

و المتعاقدان لا يريد انه .

و اما مع طلب الآخر للفسخ ، فلان وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر ـ بالكسر ـ راجع الى حق لصاحبه عليه ،

فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ ، فيرجع اشتراط الاستيمار الى

له سلطة الفسخ ، لا شرعا ولا بجعل المتعاقدين (والمتعاقدان) اللذان لهما الفسخ (لا يريد انه) ولا دليل على انه يلزم على احدهما الفسخ ، لزوما شرعيا او لزوما جعليا .

(و اما مع طلب الآخر) طرف البيع (للفسخ ، ف) شرط البائع على المشترى ـ مثلا ـ استيمار الاجنبى لا يجعل للبائع حق الفسخ لنفس البائع ، لان المفروض ان الفسخ حق للمشترى فقط ، لانه حق لهما ، و انما يجعل حقا للمشترى (فى ان يفسخ اولا يفسخ) والمفروض ان المشترى لا يفسخ (لان وجوب الفسخ حينئذ) اى حين امره الاجنبى بالفسخ (على المستأمر ـ بالكسر ـ) كالمشترى فى مثالنا (راجع الى حق لصاحبه) كالبائع فى مثالنا (عليه) اى على المشترى ـ فى مثالنا ـ .

(فان اقتضى اشتراط الاستيمار) من البائع (ذلك الحق) فى وجوب الفسخ (على صاحبه) المشترى (عرفا) بان قال العرف : انه اذا اشترط البائع على المشترى الاستيمار ، كان معناه ان للبائع ان يفسخ اذا امر الاجنبى و المشترى بالفسخ (فمعناه سلطنة صاحبه) اى البائع ـ فى مثالنا ـ (على الفسخ) فيرجع اشتراط (البائع على المشترى (الاستيمار الى

. . . . . .

شرط لكل منهما على صاحبه .

و الحاصل : ان اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضى ملكه للفسخ ، اذا اذن له الثالث المستأمر .

و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن .

و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثانى و هو الايتمار بامره الابتدائى فانه ان كان شرطا لاحدهما ملك

شرط لكل منهما على صاحبه) ان يكون له الفسخ اذا امر الاجنبى بالفسخ و هذا خلاف الفرض لان المفروض ان للبائع على المشترى ان يفسخ ((فالفسخ بيد المشترى وحده)) لا ان كلا منهما له حق الفسخ .

(والحاصل : ان اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضى ملكه) اى ملك الصاحب(للفسخ ، اذا اذن له) اى للصاحب (الثالث)) الاجنبى (المستأمر) ـ بالفتح ـ .

(و اشتراطه) اى اشتراط الاستيمار(لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن) من الاجنبى .

(و مما ذكرنا) قبل((والحاصل)) والذى لخصناه فى ((والحاصل)) (يتضح حكم الشق الثانى و هو الايتمار) لاحد المتعاقدين(بامره) اى بامر الاجنبى (الابتدائى) بدون استيماره ، اذ قلنا فى اول المسألة ((بان يستأمر اوبان ياتمره ..)) .

(فانه ان كان شرطا لاحدهما) البائع او المشترى(ملك) ذلك

الفسخ لو امره به ·

و ان كان لكل منهما ملكا كذلك ·

ثم من اعتبار مراعات المستأمر للمصلحة وعدمه ، وجهان ، اوجههما العدم ان لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقرينة حالية اومقالية ·

((الاحد)) (الفسخ لو امره) الاجنبى (به) اى بالفسخ ·

(و ان كان) شرطا (لكل منهما) على صاحبه (ملكا) كلاهما (كذلك) اى الفسخ لو امره الاجنبى بالفسخ ·

(ثم من اعتبار مراعات المستأمر) ــ بالفسخ ــ اى الاجنبى (للمصلحة) فى امره بالفسخ او بعدم الفسخ (وعدمه) اى عدم اعتبار المراعات (وجهان ، اوجههما العدم) لاطلاق شرط الاستيمار (ان لم يستفد بصيغة المجهول (الاعتبار) اى اعتبار مراعات المصلحة فى امر المشترى (من اطلاق العقد) بان كان الاطلاق منصرفا الى مراعات المصلحة فى امر الاجنبى (بقرينة حالية او مقالية) ·

اما اذا كان اطلاق العقد منصرفا ، فاللازم ان يكون امر الاجنبى بالفسخ او الامضاء ناشيا عن المصلحة ، والله سبحانه العالم ·

مسئلة

من افراد خيار الشرط مايضاف البيع اليه ، ويقال له : بيع الخيار و هو جائز عندنا ـ كمافى التذكرة ـ ، وعن غيرها الاجماع عليه ، و هو ان يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بان يردّ الثمن فيهاو يرتجع المبيع .

والاصل فيه بعد العمومات المتقدمة فى الشرط النصوص المستفيضة .

منها : موثقة اسحاق بن عمّار ، قال : سمعت من يسأل ابا عبد الله عليه السلام يقول و سأله رجل و انا عنده ، فقال رجل مسلم احتاج الى بيع

(مسألة : من افراد خيار الشرط مايضاف البيع اليه ، و يقال له : بيع الخيار) و الاضافة لاجل ان فى البيع يجعل الخيار (وهو جائز عندنا ـ كمافى التذكرة ـ ، وعن غيرها الاجماع عليه ، وهو) عبارة عن (ان يبيع شيئاو يشترط الخيار لنفسه مدة) محدودة ، كسنة مثلا (بان يردّ الثمن فيها) اى فى تلك المدة (و يرتجع) اى يأخذ (المبيع) .

(والاصل) اى الدليل (فيه) اى فى جواز هذا القسم من الشرط (بعد العمومات المتقدمة فى الشرط) بصورة مطلقة شاملة لهذا الشرط ايضا (النصوص المستفيضة) .

(منها : موثقة اسحاق بن عمار ، قال : سمعت من يسأل ابا عبد الله عليه السلام يقول و سأله رجل و انا عنده ، فقال) ذلك الرجل (رجل مسلم احتاج الى بيع

. . . . . .

داره ، فمشى الى اخيه ، فقال له ابيعك دارى هذه و تكون لك احب الى من ان تكون لغيرك على ان تشترط لى انى اذا جئتك بثمنها الى سنة تردها على ، قال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها ردها عليه قلت ارأيت لو كان للدار غلة ، لمن تكون الغلة؟ فقال للمشترى ، الا ترى انها لو احترقت كانت من ماله .

و رواية معاوية بن ميسرة ، قال سمعت ابا الجارود ، و يسأل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل ، و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة فشرط

داره ، فمشى الى اخيه) المسلم (فقال له ابيعك دارى هذه و تكون) الدار (لك احب الى من ان تكون لغيرك) لكن البيع (على ان تشترط لى انى اذا جئتك بثمنها الى سنة تردها على) هل يصح هذا البيع و هذا الشرط؟ (قال) عليه السلام (لا بأس بهذا) البيع (ان جاء بثمنها) الى المدة المذكورة و (ردها عليه قلت ارأيت) ـ اى اخبرنى ـ (لو كان للدار غلة) و ربح (لمن تكون الغلة؟ فقال) عليه السلام : (للمشترى ، الا ترى انها لو احترقت كانت من ماله) فمن عليه الغرم فله الغنم .

و السر واضح ، فان الدار صارت ملكا للمشترى ، وانما للبائع الحق فى استرجاعها اذا رد الثمن .

(و رواية معاوية بن ميسرة ، قال سمعت ابا الجارود ، ويسأل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل ، و كان بينه) اى بين البائع (و بين الذى اشترى منه الدار خلطة) و صداقة (فشرط)

. . . . . .

انك ان اتيتنى بمالى مابين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله ، قال له : شرطه ، قال له ابو الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله ، وقال عليه السلام ارأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار؟ دار المشترى .

وعن سعيد بن يسار فى الصحيح ،قال : قلت : لابى عبدالله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد او غيرهم ،فنبيعهم و نربح عليهم

البائع لنفع المشترى (انك ان اتيتنى بمالى مابين) مدة (ثلاث سنين) اى فى هذه المدة (فالدار دارك) ترجع اليك (فاتاه) اى اتى المشترى (بماله) الى البائع ((الثمن)) (قال) عليه السلام (له) اى للمشترى (شرطه) فعلى البائع ان يأخذ الثمن و يرد الدار (قال له ابو الجارود فان هذا الرجل) البائع (قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين) و انتفع به فى تجارة وغيرها (قال) عليه السلام مكررا (هو ماله) اى ان الدار ترجع الى البائع (و قال عليه السلام ارأيت لو ان الدار احترقت) فى هذه المدة (من مال من كانت تكون الدار؟) ثم اجاب عليه السلام بقوله : (دار المشترى) و كان هذا التأكيد بان الدار للمشترى حتى لا يظن انها عارية فى يد المشترى ، او ما اشبه العارية .

(وعن سعيد بن يسار فى الصحيح ، قال : قلت : لابى عبدالله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد) السواد العراق سميت بذلك لان اراضيها كانت خضراء بالزرع و الخضرة الشديدة تميل الى السواد ـ كما لا يخفى ـ (او غيرهم ، فنبيعهم و نربح عليهم

. . . . . .

فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها ، و يكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذ منا شراء بانه باع و قبض الثمن منه ، فنعده ان جاء هو بالمال الى وقت بيننا ، وبينهم ان نرد عليه الشراء فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا ، فماترى فى هذا الشراء؟ قال ارى انه لك .

فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر) فرأس المال عشرة ، والربح اثنان ، او ثلاثة (و نؤخر ذلك) اى اعطائهم الثمن لنا (فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها) فيكون البيع دينا (و يكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه) اى انه يبيع داره او ارضه لنا بمبلغ الثمن ، بشرط انه ان جاء بالمال كان له استرداد ارضه و داره اى بيع الشرط .

فالدار و الارض تكون (ب) مقابل (ذلك المال) الذى نطلبه منه ، و (الذى فيه الفضل) لانا اخذنا منه اثنين او ثلاثة ربحا للمال (الذى اخذ منا) المتاع (شراء) فى مقابل ذلك المال (بانه) متعلق بـ « يكتب » اى يكتب بانه (باع) داره و ارضه (و قبض الثمن منه) اى من المشترى لانه لما كان عنده « الاثنا عشر و الثلاثة عشر » فكانه قبض الثمن (فنعده ان جاء هو بالمال) الذى اعطى فى مقابله داره او ارضه (الى وقت) محدد كسنة مثلا (بيننا ، وبينهم ان نرد عليه) الدار والارض التى وقع عليها (الشراء) بان اشتريناها منه (فان جاء الوقت) كرأس السنة مثلا (و لم يأتنا بالدراهم فهو) اى المبيع « الدار و الارض » (لنا ، فماترى فى هذا الشراء؟ قال) عليه السلام (ارى انه) الدار والارض « المبيع » (لك

ان لم يفعله ، و ان جاء بالمال الموقت فردعليه .

وعن ابى الجارود عن ابى جعفرعليه السلام ، قال : ان بعت رجلا على شرط ، فان اتاك بمالك ، والا فالبيع لك .

اذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى امورالاول: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخياريتصورعلى وجوه .

احدها : ان يؤخذ قيدا للخيارعلى وجه التعليق او

ان لم يفعله) بان لم يأت بالثمن فى الوقت المحدّد (و ان جاء بالمال الموقت) الّى فى المدة الموقتة (فرد) ارضه و داره (عليه) لان له خيار الفسخ .

(وعن ابى الجارود عن ابى جعفرعليه السلام ، قال: ان بعت رجلا على شرط) ان له فسخ البيع و ردّ المال ، صحّ البيع و الشرط(فان اتاك بمالك) اى المبيع فهو ، ويكون البيع مفسوخا (والا) يأت بالمبيع ليسترد ثمنه (فالبيع لك) لازم .

(اذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى امور) .

الامر(الاول ان اعتبار ردّ الثمن فى هذا الخيار) بيع الخيار(يتصور على وجوه) خسمة .

و اضاف اليها السيد الطباطبائى فى حاشيته ثلاثة اخرى فصارت الوجوه ثمانية .

(**احدها** : ان يؤخذ) رد الثمن(قيدا للخيار على وجه التعليق او

. . . . . .

التوقيت، فلاخيار قبله ، و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد ، و لو بقليل و لاخيار قبل الردّ .

و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و ان ابى المشترى .

الثانى : ان يؤخذ قيدا للفسخ ، بمعنى ان له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة

التوقيت، فلاخيار قبله) .

فالاول : كان يقول ((الخيار متوقف على رد الثمن)) .

و الثانى : كان يقول ((الخيار فى زمان ردّ الثمن)) .

و الفرق ان فى الاول لم يسم الزمان فالخيار معلق على المظروف، و فى الثانى الخيار معلق على الظرف ((فان الزمان ظرف ورد الثمن مظروف)) (و يكون) اول (مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد ، و لوبقليل) لان ((الرد)) واقع بعد العقد و الخيار معلق عليه ، او معلق على زمانه (و لاخيار قبل الردّ) لان الخيار يأتى بعد الرد .

(و المراد برد الثمن) الموجب للخيار (فعل ماله دخل فى القبض من طرفه) اى طرف آخذ الثمن و هو البائع (و ان ابى المشترى) عن اخذه ، فليس المراد قبض المشترى ، لانه ربما لا يقبض والقصد من الخيار تمكن البائع من استرجاع داره .

(**الثانى :** ان يؤخذ) ردّ الثمن (قيدا للفسخ ، بمعنى ان له الخيار) من حين العقد (فى كل جزء من المدة المضروبة) مثلا اذا جعل مدة

. . . . . .

و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن ، او تأخره عنه .

الثالث: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بان يراد منه تمليك الثمن ليتملك منه المبيع .

وعليه حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن .

الرابع: ان يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد ، فمرجع ثبوت الخيار له الى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لاعلى مباشرة الفسخ

الخيار سنة كان له الخيار فى كل السنة (و) لكن (التسلط على الفسخ) مشروط بالردّ (على وجه مقارنته لرد الثمن ، او تأخره عنه) اى تأخره عن ردّ الثمن .

ففى هذا الوجه « الفسخ متوقف على رد الثمن » .

و فى الوجه السابق « الخيار متوقف » .

(**الثالث:** ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بان يراد منه) اى من رد الثمن (تمليك الثمن ليتملك منه المبيع) بينما فى الوجه السابق « التسلط على الفسخ متوقف » .

(وعليه) اى على هذا الوجه الثالث (حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن) فالرد فسخ .

(**الرابع** : ان يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد) فاذا ردّ الثمن انفسخ العقد تلقائيا بلا فسخ قولى ولا فسخ فعلى (فمرجع ثبوت الخيار له) اى للبائع (الى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لاعلى مباشرة الفسخ)

. . . . . .

و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة .

و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة اسحاق بن عمّار وعنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية ، حيث لم يذكر هذا القسم من البيع فى الخيار اصلا ، وانما ذكره فى امثلة الشروط الجائزة فى متن العقد .

و حيث ان الانفساخ انفعال ، والانفعال لا يعقل بدون الفعل ، فاللازم ان يقال : ان الشارع هو الفاسخ .

(و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة) لقوله ((فالدار دارك)) فان ظاهره الانفساخ .

(و يحتمل الثالث) لقوله ((ان اتيتنى بمالى . . فالدار دارك))فيكون الاتيان فسخا فعليا (كما هو) اى المعنى الرابع ((الانفساخ)) (ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة اسحاق بن عمار) .

لقوله عليه السلام فى الاول ((ان جاء بالمال الموقت فرد عليه)) اذ ظاهره ان ((الرد)) لاجل الانفساخ بمجرد ان جاء بالمال .

و فى الثانى ((ان جاء بثمنها ردها عليه)) و تقريب الاستدلال ما ذكر (وعنوان المسألة) اى مسألة بيع الشرط (بهذا الوجه) الرابع (هو الظاهر من الغنية ، حيث لم يذكر هذا القسم من البيع) اى بيع الشرط (فى) باب (الخيار اصلا ، وانما ذكره فى امثلة الشروط الجائزة فى متن العقد) .

و هذا يدل على ان الغنية لا يرى انه خيار وفسخ ، بل انفساخ

قال: ان يبيع و يشترط على المشترى ان ردّ الثمن فى وقت كذا كان المبيع له انتهى .

الخامس: ان يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشترى بان يلتزم المشترى على نفسه ان يقيله اذا جاء بالثمن ، واستقاله و هو ظاهر الوسيلة حيث قال : اذا باع شيئا على ان يقيله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الاقالة ، اذا جائه بمثل الثمن فى المدة ، انتهى فان ابى اجبره الحاكم ، او اقال عنه ، والا

اذا رد الثمن ، اذ لو كان يرى انه خيار وفسخ ، لذكره فى باب الخيار (قال) ابن زهرة (ان يبيع و يشترط على المشترى ان ردّ الثمن فى وقت كذا كان المبيع له) و معنى كان المبيع له الانفساخ (انتهى) كلام الغنية

(**الخامس**: ان يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشترى بان) يشترط البائع على المشترى ان (يلتزم المشترى على نفسه ان يقيله اذا جاء بالثمن ، واستقاله) اى طلب منه الاقالة و فسخ المعاملة (و هو ظاهر الوسيلة حيث قال : اذا باع شيئا على ان يقيله فى وقت كذا) فى زمان محدود (بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته) اى لزمت المشترى (الاقالة) و فسخ البيع (اذا جائه) البائع (بمثل الثمن فى) نفس (المدة) المحدودة (انتهى) .

وعلى هذا (فان ابى) المشترى من الاقالة (اجبره الحاكم) لانه حق للبائع ، فللحاكم جبر الممتنع (او اقال) الحاكم (عنه) اى عن المشترى ان لم يكن اجباره (والا) يتمكن البائع من اثبات مطلبه عند الحاكم او نحو

. . . . . .

استقل بالفسخ و هو محتمل روايتى سعيد بن يسار واسحاق بن عمار على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كناية عن ملزومه و هى الاقالة ، لا ان يكون وجوب الردّ كناية عن تملك البائع للمبيع ، بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على مافهمه الاصحاب ، و مرجعه الى احد الاولين .

و الاظهر فى كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثانى .

لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة

ذلك (استقل) البائع (بالفسخ) لانه حقه ، فله استنقاذه (و هو) اى هذا المعنى الخامس (محتمل روايتى سعيد بن يسار واسحاق بن عمار) .

و انما تحتمله الروايتان بناء (على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كناية عن ملزومه) فقد ذكرنا اللازم « الرد » و اردنا الملزوم (وهى الاقالة ، لا) عطف على « ان يكون ردّ المبيع » (ان يكون وجوب الردّ كناية عن تملك البائع للمبيع ، بمجرد فسخه) اى فسخ البائع (بعد ردّ الثمن) الى المشترى (على مافهمه الاصحاب) حيث فهموا ان لاحاجة الى الاقالة (و مرجعه) اى مرجع مافهمه الاصحاب (الى احد) المعنيين (الاولين) من المعانى الخمسة .

(و الاظهر) مما يستفاد (فى كثير من العبارات مثل الشرائع والقواعد و التذكرة) وغيرها (هو) المعنى (الثانى) فان عباراتهم ظاهرة فى اعتبار ردّ الثمن قيدا للفسخ .

(لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة) لان ادلة

. . . . . .

عدا الرابع ، فان فيه اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلى او قولى يشبه انعقاده بنفسه فى مخالفة المشروع من توقف المسببات على اسبابها الشرعية و سيجئ فى باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه .

الشرط شاملة لها (عدا) الوجه (الرابع ،فان فيه) اى فى شمول الادلة له (اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلى او قولى يشبه انعقاده) اى انعقاد البيع (بنفسه) .

فاذا قال : اذا اعطيتك دينارا كان البيع منعقدا ، او كتابك لى « بدون ان يكون اعطاء الدينار معاطاة » بل انعقاد البيع بنفسه اثر اعطاء الدينار ، فان (فى) ذلك (مخالفة المشروع من توقف المسببات على اسبابها الشرعية) .

فكما فى الامور التكوينية لا يكون المسبب الا بسببه الخاص « فلا يكون احتراق الا بسبب النار » كذلك فى الامور التشريعية لا يكون مسبب الا بسببه المجعول شرعا .

مثلا : جعل الشارع سبب حلية المرأة النكاح ، فلا يصح ان يقال: ان المجئ الى الدار سبب حلية المرأة ، و كذلك جعل سبب الملك البيع فلا يصح ان يجعل الطرفان سبب الملك ولادة زوجة احدهما .

و ادلة الشرط انما تسبب صحة شرط ماجعله الشارع ولا تكون ادلة الشرط مشرّعة (و سيجئ فى باب الشروط مايتضح به صحة ذلك وسقمه) و هل يمكن ان يكون الشرط مشرعا ؟ بان يجعل ماليس بسبب سببا .

. . . . . .

الامر الثانى : الثمن المشروط رده ،اماان يكون فى الذمة ،واما ان يكون معيّنا .

وعلى كل تقدير اماان يكون قدقبضه ، واما لم يقبضه فان لم يقبضه ، فله الخيار و ان لم يتحقق رد الثمن لانه شرط على تقدير قبضه و ان لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع.

(**الامر الثانى**) من الامور المتعلقة ببيع الشرط (الثمن المشروط رده ،اماان يكون فى الذمة) اى ذمة المشترى بان باعه بيعا فى مقابل ثمن فى ذمته ، لانه كان البيع فى قبال الثمن الخارجى (واماان يكون معيّنا) فى الخارج .

(وعلى كل تقدير) ذمة اوعينا (اما ان يكون قدقبضه) البائع (واما لم يقبضه) فالصور اربعة .

الاولى و الثانية (فان لم يقبضه) ذمة كان اوعينا (فله) اى للبائع (الخيار و ان لم يتحقق رد الثمن) و انماكان له الخيار لان الشرط و هو كون الثمن عند المشترى محقق تلقائيا .

و من المعلوم ان « الرد » انما كان طريقا لاجل حصول الثمن فى كيس المشترى ، وهو حاصل الآن .

فعدم تحقق عنوان « الرد » غيرضارّ (لانه شرط على تقدير قبضه) و الحال انه لم يقبضه (و ان لم يفسخ) فى صورة عدم قبض الثمن (حتى انقضت المدة) مثلا: جعل مدة الخيار سنة ، فانقضت بدون ان يقبض (لزم البيع) لانقضاء مدة الخيار .

. . . . . .

و يحتمل العدم بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله ،

و ان قبض الثمن المعيّن ، فاما ان يشترط رد عينه او يشترط رد ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه او مطلقا او و لو مع التمكن منه

(و يحتمل العدم) اى عدم لزوم البيع (بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله) فان البيع انما يلزم اذا « لم يرد وقد قبض » فاذا لم يتحقق ذلك لم يلزم البيع .

و ذلك لان قوله « اذا لم ارد فى مدة الخيار فالبيع لازم » يوجب ان يكون موضوع « لزوم البيع » هو « لم يرد وقد قبض » فاذا انقضى الموضوع انقضى الحكم .

الثالثة (و ان قبض الثمن المعيّن) فهو على قسمين (فاما ان يشترط رد عينه او يشترط رد ما يعمّ بدله) .

و لهذا القسم الثانى ثلاث صور .

الاولى : (مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه) .

الثانية : (او مطلقا) بسبب منه او لا منه .

الثالثة : (او و لو مع التمكن منه) اى من رد العين فقد يقول : بشرط ان ارد ما يعم البدل اذا لم اتمكن من رد العين ، و عدم تمكنى كان لا بسبب منى كما اذا سرقت العين ، او يقول : بشرط ان اردّ ما يعم البدل اذا لم اتمكن من رد العين ، ولو كان عدم التمكن بسببى كما لو

. . . . . .

على اشكال فى الاخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العين مع الامكان .

و فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس و جهان

اتلفته انا او يقول : بشرط ان ارد مايعم البدل و لو مع التمكن من رد العين (على اشكال فى الاخير) وهى الصورة الثالثة .

وجه الاشكال (من حيث اقتضاء الفسخ شرعا، بل لغة رد العين مع الامكان) اى مع امكان رد العين ، اذ الفسخ معناه ان يرجع كل مال الى صاحبه الاول فكيف يشترط عدم رجوع الثمن؟ والحال انه موجود .

(و) هناك مسألة اخرى ، وهى انه اذا كان الثمن مثليا فشرط رد القيمة اوالاعم من المثل او القيمة ، فهل يصح املا ؟

و كذا اذا كان الثمن قيميا ، فشرط رد المثل او الاعم من المثل او القيمة ، فهل يصح املا ؟ فان (فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس) رد المثل فى القيمى (وجهان) مثلا : يشترط رد الثمن الذى هو دينار بكتاب يعادله ، او يشترط رد الثمن الذى هو كتاب بقلم يعادله مع ان اللازم هو رد الدينار ((الثمن)) دينارا ، ورد الكتاب ((الثمن)) دينارا .

و سبب الـ ((وجهان)) اماوجه الصحة فلانه شرط والشرط جائز مالم يحلل حراما او يحرم حلالا .

و اماوجه عدم الصحة فلان هذا الشرط على خلاف جعل الشارع ،

. . . . . .

و اما ان يطلق .

فعلى الاول لاخيار الا برد العين ، فلو تلف لا من البائع ،فالظاهر عدم الخيار الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه باتلاف البائع ، فيبقى الخيار فى اتلاف غيره على حاله .

و فيه نظر .

لان الشارع قال : القيمة تعادل القيمة ، والمثل يعادل المثل ،واذ كان على خلاف جعل الشارع بطل الشرط (و اما ان يطلق) عطف على ((فاما ان يشترط رد عينه)) .

(فعلى الاول) اى يشترط رد عينه (لاخيار الا برد العين) لانه الشرط (فلو تلف) فان كان التلف من البائع فلا اشكال فى سقوط الخيار ،ولو تلف (لا من البائع ،فالظاهر عدم الخيار) ايضا ، لانه لم يفعل شرط الخيار ((و هو رد العين)) على كلتا الحالتين ((حالة كون التلف من البائع و حالة كونه من غير البائع)) (الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه) اى سقوط الخيار (باتلاف البائع) .

فانه و ان قال ((الشرط رد العين)) لكن اراد ان ((عدم رد العين اذا كان المتلف البائع يكون مسقطا للخيار)) فاذا لم يكن البائع متلفا لم يكن عليه رد العين ، بل له الخيار و ان رد البدل (فيبقى الخيار فى صورة (اتلاف غيره) اى غير البائع (على حاله) .

(و) لكن (فيه نظر) اذ ان الشرط ((هو رد العين)) فاذا لم يحصل الشرط لم يكن وجه للخيار .

. . . . . .

وعلى الثانى فله رد البدل فى موضع صحة الاشتراط.

واما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين.

ويظهر من اطلاق محكى الدروس وحاشية الشرائع : ان الاطلاق لا يحمل على العين.

ويحتمل حمله على الثمن الكلى وسيأتى.

(وعلى الثانى) اى يشترط رد مايعم بدله ((بصوره المتعددة المتقدمة حيث قال مع عدم التمكن من العين .. الخ)) (فله رد البدل) حتى يكون له الخيار (فى موضع صحة الاشتراط) اى صحة اشتراط رد البدل وهذا اشارة الى قوله ((على اشكال فى الاخير .. الخ)).

(واما الثالث) الذى اشار اليه بقوله ((واما ان يطلق)) (فمقتضى ظاهر الشرط فيه) اى فى الثالث حيث قال ((ان ردت فلك الفسخ)) (رد العين) لان المنصرف من ((الرد)) رد العين.

(ويظهر من اطلاق محكى الدروس وحاشية الشرائع : ان الاطلاق) اى اطلاق ((الرد)) (لا يحمل على العين) بل اذا اطلق، فرد البدل قيمة فى القيمى، ومثل فى المثلى، كان له الخيار.

ولعل وجهه ان المقصود ردّ المال وذلك يوجب عدم خصوصية ردّ العين.

(ويحتمل حمله) اى حمل كلام الدروس والحاشية (على الثمن الكلى) اذ لو كان الثمن كليا ثم جعله عينا خارجيا لم تكن خصوصية للعين بل المراد الاعم من البدل (وسيأتى) الكلام فيه.

. . . . . .

و ان كان الثمن كليا فان كان فى ذمة البائع ، كماهو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة ، فرده باداء مافى الذمة ، سواء قلنا انه عين الثمن ، او بدله ، من حيث ان مافى ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له فكانه تلف ، فالمراد برده المشترط ردّ بدله و ان لم يكن الثمن فى ذمة البائع وقبضه فان شرط رد ذلك الفرد المقبوض اوردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة

(و ان كان الثمن كليا) فى قبال ما اذا كان الثمن عينا خارجية (فان كان فى ذمة البائع ، كماهو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة) كان يبيع زيد لعمرو حنطة بالف ، ثم يبيع عمرو لزيد داره بالف ، حتى اذا اعطاه عمرو الالف استرجع داره (فرده) اى ردّ الثمن (باداء مافى الذمة) فان ادى البائع لداره مافى ذمته ((كالالف فى المثال)) كان رد الثمن الحنطة (سواء قلنا انه) اى مافى ذمة البائع (عين الثمن ، اوبدله) و انما كان بدله (من حيث ان مافى ذمة البائع) لداره (سقط عنه) اى عن البائع (بصيرورته ملكا له) فان البائع ((المديون ثمن الحنطة)) لما باع داره سقط ثمن الحنطة عن ذمته ، اذ صار الثمن ملكا له فى قبال داره (فكانه تلف) اذ ليس الآن شئ فى ذمته (فالمراد برده) اى رد ثمن الحنطة (المشترط) فى ضمن بيع الدار الى بائع الحنطة (رد بدله) اى رد بدل ثمن الحنطة ((مقدار الالف)) (و ان لم يكن الثمن فى ذمة البائع) عطف على ((فان كان فى ذمة البائع)) وذلك كما اذا باع محمد لعلى داره فى قبال الف دينار كلى (وقبضه) خارجا (فان شرط ردّ ذلك الفرد المقبوض ، او ردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة) فى قوله ((او يشترط رد ما

. . . . . .

فالحكم على مقتضى الشرط، و ان اطلق فالمتبادر بحكم الغلبة فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد مايعم البدل، اما مطلقا او مع فقد العين.

و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمة، الا ان المتيقن منها

يعم بدله مع عدم التمكن من العين.. الخ)) (فالحكم على مقتضى الشرط).

مثلا: اذا شرط رد عينه لم ينفع فى ان يكون الخيار له رد غير عينه (و ان اطلق) بان قال((بان ترده)) و لم يقل((عينا)) و لا قال((عينا او بدلا)) (فالمتبادر بحكم الغلبة) لدى العرف (فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار) و بيع الشرط (هو رد مايعم البدل) اذ المقصود رد النقود، ولا خصوصية لعين النقد الذى كان ثمنا (اما مطلقا) فى قبال (او مع فقد العين).

و وجه ((مطلقا)) ما عرفت من انه لا خصوصية فى نظر العرف بالنسبة الى((العين)) و ذلك مثل امانة ((النقد)) و اعطاء نقد الوقف، واعطاء نقد ايجاد دار الايتام، الى غيرها.

حيث ان المنصرف اعطاء ذلك المقدار سواء كان عينا او بدل العين و ان كانت عين النقد موجودة.

(و يدل عليه) اى على كفاية رد البدل (صريحا بعض الاخبار المتقدمة) اى رواية ابن ميسرة و ماقبلها (الا ان المتيقن منها) اى من هذه الروايات

صورة فقد العين .

الامر الثالث: قيل ظاهر الاصحاب ـ بناء على ماتقدم : من ان رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع ـ انه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ ، و صرّح به فى الدروس وغيره ، و لعل منشأ الظهور ان هذا القسم فَرْدٌ من خيار الشرط مع اعتبار شئ زائد فيه و هو رد الثمن .

(صورة فقد العين) والا فان كانت العين موجودة يلزم رد نفس العين فتأمل .

(**الامر الثالث**) من الامور المربوطة بخيار الشرط (قيل ظاهر الاصحاب ـ بناء على ماتقدم : من ان رد الثمن فى هذا البيع) بيع الشرط (عندهم مقدمة لفسخ البائع ـ) لان نفس الرد فسخ فعلى (انه) متعلق بـ « ظاهر الاصحاب » (لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ ، و) قد (صرّح به فى الدروس وغيره ، ولعل منشأ الظهور) فى كلماتهم مع ان بعضهم فقط صرح بذلك (ان هذا القسم) من بيع الشرط (فَرْدٌ من خيار الشرط) اذ كل شرط فى البيع يوجب الخيار اذا تخلف الشرط (مع اعتبار شئ زائد فيه) اى فى هذا القسم (و هو رد الثمن) .

اذ للبائعين ان يجعلا لانفسهما الخيار مدة محددة ، كان يقول : بعتك على ان يكون لى الخيار مدة شهر ، و فى المقام نفس الخيار موجود مع زيادة قوله « ان رددت الثمن كان لك الخيار » .

و كما ان فى سائر خيار الشرط « غير المقيد بقيد » اذا اراد الفسخ احتاج الى الفسخ ، كذلك هنا اذا رد الثمن احتاج الى الفسخ ، فلا

. . . . . .

وعلّلوا ذلك ايضا بان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا .

و هو حسن مع عدم الدلالة .

اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشترى ليتملك منه المبيع على وجه المعاطات .

و اما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشترى ، فلاوجه لعدم الكفاية

فسخ بدون انشائه ((و ان ردّ الثمن)) .

(وعلّلوا ذلك) اى الاحتياج الى الفسخ بعد رد الثمن (ايضا) بالاضافة الى ماذكرناه من تعليله بقولنا ((و لعل ..)) (بان الرد من حيث هو) ردّ (لا يدل على الفسخ اصلا) اذ الرد شئ ،والفسخ شئ آخر .

(و هو) اى هذا التحليل (حسن مع عدم الدلالة) عرفا .

(اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان يفهم منه) اى من الرد (كونه تمليكا للثمن من المشترى) للبائع (ليتملك منه المبيع على وجه المعاطات) .

و المعاطات ليست بحاجة الى ازيد من الاخذ والاعطاء ، و هذه ليست معاملة مستقلة ، بل هى تشبيه بالمعاطات ((فهى فسخ معاطاتى)) و لذا قال ((على وجه المعاطات)) و لم يقل ((معاطاة)) .

(و اما بان يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له) للبائع (و الثمن ملكا للمشترى) فلاحاجة الى الفسخ بعد الرد ،بل الرد يعقبه الفسخ تلقائيا .

وعلى هذا (فلاوجه لعدم الكفاية) ((حيث علّلوا ذلك بان الرد

مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك دلالة.

و ماقيل من ان الرد يدل على ارادة الفسخ ، و الارادة غير المراد.

ففيه ان المدعى دلالته على ارادة كون المبيع ملكاله والثمن ملكا للمشترى.

و لا يعتبر فى الفسخ الفعلى ازيد من هذا، مع ان ظاهر الاخبار كفاية الرد فى وجوب رد المبيع ، بل قد عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن ، ف

لا يدل على الفسخ)) كما تقدم (مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك) الرد (دلالة) فالرد الذى هو اظهر دلالة اولى بدلالته على الفسخ بدون حاجة الى فسخ آخر.

(و ماقيل) فى تقريب عدم دلالة على الفسخ (من ان الرد يدل على ارادة الفسخ ، والارادة غير المراد) فانك اذا اردت ان تصلّى لم تكن ارادتك صلوة.

(ففيه ان المدعى) لنا (دلالته) اى الرد (على ارادة كون المبيع ملكاله) اى للبائع بمعنى تكوين التملك بالارادة (والثمن ملكا للمشترى)

(و) من المعلوم : انه(لا يعتبر فى الفسخ الفعلى ازيد من هذا) الذى ذكرناه.

هذا (مع ان ظاهر الاخبار) المتقدمة (كفاية الرد فى وجوب رد المبيع) بلا انتظار فسخ بعد الرد (بل قد عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن ، ف) هى وان كانت محتملة لكون الرد

. . . . . .

يحمل على تحقق الفسخ الفعلى به .

الامر الرابع : يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد على الوجه الثانى من الوجهين الاولين .

بل وعلى الوجه الاول بناء على ان تحقق السبب و هو العقد كاف فى صحة اسقاط الحق .

د الاعلى الرضا المتعقب للرد ، لكن الخبر ((على ظاهره)) (يحمل على تحقق الفسخ الفعلى به) اى بالرد ، بدون ان يقال : ان الرضا يعقبه الرضا ، والرضا يوجب الفسخ .

فقول المصنف ((بل ..)) يريد تقوية ماتقدم من قوله ((بان يفهم منه ..)) فى قبال الاحتمال الآخر الذى ذكره بقوله ((واما بان يدل ..)) .

(**الامر الرابع**) من الامور المربوطة بخيار الشرط (يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد) فيكون البيع لازما (على الوجه الثانى من الوجهين الاولين) من الوجوه الخمسة التى ذكرناها فى الامر الاول .

اذ يتحقق الخيار بعد العقد فله اسقاطه .

(بل وعلى الوجه الاول) من الوجوه الخمسة فانه قبل رد الثمن و ان لم يكن خيار ـ حسب القرار فى الشرط ـ الا ان له اسقاطه (بناء على ان تحقق السبب و هو العقد) اذ العقد صار سببا لهذا الخيار ، و ان كان زمان الخيار متأخرا عن العقد (كاف فى صحة اسقاط الحق) لانه صار للحق شأنية .

لكن مقتضى ماصرح به فى التذكرة من انه لايجوز اسقاط خيار الشرط او الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز ايضا الاان يفرق هنا بان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف مافى التذكرة.

و يسقط ايضا بانقضاء المدة، وعدم رد الثمن اوبدله مع الشرط اومطلقا

(لكن مقتضى ماصرح به فى التذكرة من انه لايجوز اسقاط خيار الشرط او الحيوان بعد العقد).

قال: انه لايجوز (بناءا على حدوثهما من زمان التفرق).

اذ قبل التفرق يكون خيار المجلس، ولايجتمع خياران فى زمان واحد ـ على ما تقدم الكلام فى ذلك ـ (عدم الجواز ايضا) «خبر: مقتضى» (الاان يفرق هنا) فى بيع الشرط (بان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو) كان ملكه للخيار (من حيث تملكه) اى انه مالك (للرد الموجب له) اى للخيار، فان مالك السبب مالك للمسبب (فله اسقاطه) اى اسقاط الخيار (بخلاف مافى التذكرة) فان فى ذلك المقام لاخيار قبل التفرق اصلا.

وعليه فلايكون كلام التذكرة فى خيار الشرط و الحيوان منافيا لكلامنا هنا.

(و يسقط) خيار الشرط (ايضا بانقضاء المدة، وعدم رد الثمن او بدله مع الشرط) «مع» متعلق بـ«بدله» اى انما يرد البدل اذا اشترط رد البدل (او) يرد البدل (مطلقا) و لو بدون الشرط اذا كان

. . . . . .

على التفصيل المتقدم .

و لو تبين المردود من غير الجنس ، فلاردّ و لو ظهر معيباكفى فى الرد ، و له الاستبدال .

و يسقط ايضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين ، او حمل الاطلاق عليه .

انصراف الى الرد اصلا ، او بدلا (على التفصيل المتقدم) فى الامر الثانى

(و لو تبين) بعد الرد ان (المردود من غير الجنس) كما لو كان الشرط رد الذهب ، وبعد الردّ تبين انه مذهّب و ليس ذهبا (فلاردّ) اذ الرد الخيالى لا يصحح الشرط ، فأخذه بالخيار كان باطلا (و لو ظهر معيبا) فان كان الشرط رده صحيحا بطل الرد لانه لا يكون ردا ، و ان كان الشرط الرد فى الجملة (كفى فى الرد ، و) لكن (له) اى للمشترى (الاستبدال) وكذا اذا ردّ من جنس ادون .

(و يسقط) الخيار (ايضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين) اذا كان التصرف مانعا عن رد العين ، لانه لا يقدر حينئذ على الوفاء بالشرط فليس له الاخذ بالخيار ، اما اذا لم يكن التصرف مانعا من رد العين ، كما اذا باعه بيع خيار ثم استرجعه او باعه مطلقا ثم رجع اليه ارثا او نحوه فله الاخذ بخيار الشرط ، لانه قادر على الوفاء بالشرط (او حمل الاطلاق) اطلاق « الرد » (عليه) اى على ردّ العين عطف على « مع اشتراط .. » .

. . . . . .

و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلى اذا حمل الاطلاق على اعتبار رد العين المدفوع كل ذلك لاطلاق ما دلّ على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضا بالعقد، ولاخيار و قد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص، كخيارى المجلس و الشرط ·

والمحكى عن المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية ان الظاهر عدم سقوط هذا

(وكذا) يسقط الخيار بالتصرف فى الثمن اذا كان (الفرد المدفوع من الثمن الكلى) مشروطا رده بعينه ·

كما اذا قال : اشتريت بالف بشرط انى اذا رددت نفس الفرد الذى اعطيتنى استرجعت المثمن ·

و كذا اذا اطلق « الرد » فى الكلى لكن (اذا حمل الاطلاق) اطلاق « الرد » (على اعتبار رد العين المدفوع) و ان كان ذلك المدفوع فردا من الكلى الذى كان قد وقعت عليه المعاملة (كل ذلك) الذى ذكرناه انه مع التصرف مانع عن الاخذ بالخيار « فى الفروع المذكورة » (لاطلاق ما دلّ على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضا بالعقد، ولاخيار) له

و لكن هذا اذا لم يكن تعاهد على عدم كون التصرف مسقطا للخيار و الاخذ بمقتضى ذلك التعاهد (و قد عمل الاصحاب بذلك) بان التصرف مسقط للخيار (فى غير مورد النص) الذى يقول بان التصرف رضا (كخيارى المجلس و الشرط) فان فيهما و ردان التصرف رضا ·

(و) لكن (المحكى عن المحقق الاردبيلى و صاحب الكفاية) السبزوارى (ان الظاهر) من الادلة (عدم سقوط هذا

. . . . . .

الخيار بالتصرف فى الثمن ، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرّع لانتفاع البائع بالثمن .

فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن ، و بيع الدار لاجل ذلك .

و المحكى عن العلامة الطباطبائى فى مصابيحه الرد على ذلك ـ بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب ـ بما محصله ان التصرف المسقط ماوقع فى زمان الخيار ، ولا

الخيار) اى الخيار فى بيع الشرط (بالتصرف فى الثمن) .

و انما لايسقط (لان المدار فى هذا الخيار) اى الخيار فى بيع الشرط (عليه) اى على التصرف (لانه شرع) و قنّن (لانتفاع البائع بالثمن) فالبائع غالبا انما يبيع داره لاجل احتياجه الى المال .

(فلو سقط الخيار) بالتصرف فى الثمن(سقط الفائدة) و كانت المعاملة غير عقلائية (و للموثق) لاسحاق بن عمار (المتقدم) فى اول المسألة (المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن) حيث قال فيه ((احتاج الى بيع داره)) (و بيع الدار لاجل ذلك) الاحتياج .

(و المحكى عن العلامة الطباطبائى فى مصابيحه الرد على ذلك) الذى ذكره الاردبيلى و السبزوارى(ـ بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب ـ بما محصله) انه لاينافى التصرف فى الجملة مع سقوط الخيار بالتصرف ، فمن الممكن التصرف مع عدم سقوط الخيار ، لـ (ان التصرف المسقط) للخيار(ماوقع فى زمان الخيار) لا ماوقع قبل الخيار(و لا

خيار الابعد الرد ·

ولا ينافى شئ مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد، لان ذلك منه بعده، لا قبله، و ان كان قادرا على ايجاد سببه فيه ·

اذ المدار على الفعل لا على القوة، على انه

خيار الابعد الرد) فتصرف البائع ـ قبل الخيار ـ لا يسقط الخيار ·

(ولا ينافى شئ مما ذكر) اى ذكره الاردبيلى و السبزوارى ـ من انه لو كان التصرف مسقطا لزم عدم فائدة فى هذا البيع ـ (لزومه) اى البيع (بالتصرف) فى الثمن (بعد الرد) لان الخيار يكون بعد الرد (لان ذلك) التصرف المسقط (منه) اى من البائع (بعده) اى بعد الرد (لا قبله) اى لا قبل الرد ·

اما التصرف قبل الرد فلا يكون مسقطا، لانه لم يقع فى زمن الخيار (و ان كان) المتصرف ((البائع)) (قادرا على ايجاد سببه) اى سبب سقوط الخيار (فيه) اى فى وقت التصرف بان يرد الثمن ثم يتصرف فى الثمن و بذلك يكون قد اسقط خياره ·

لكن من الواضح ان امكان اسقاط البائع خياره غير الاسقاط فعلا · (اذ المدار) فى الاسقاط (على الفعل) اى فعلية التصرف فى زمان الخيار (لا على القوة) اى قوة ان يرد ثم يتصرف حتى يكون تصرفه مسقطا لخياره (على انه) ليس البائع ـ دائما ـ قادرا على ايجاد سبب سقوط الخيار، اذ انما يقدر على ايجاد السبب اذا كان الخيار من بعد البيع ـ مثلا ـ حيث انه يقدر ان يرد الثمن ((ليتحقق زمان الخيار)) فيتصرف

. . . . . .

لا يتم فيما اشترط فيه الرد فى وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة ـ مثلا ـ انتهى محصل كلامه.

و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، بان ذلك يقتضى جهالة مبدء الخيار.

و بان الظاهر من اطلاق العرف.

و تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فى الثمن، ليكون تصرفه مسقطا لخياره.

ف (لا يتم) امكان الاسقاط (فيما اشترط فيه الرد فى وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة ـ مثلا ـ) فان البائع لا يقدر على اسقاط الخيار فى غير ذلك اليوم (انتهى محصل كلامه) فى المصابيح.

(و ناقش بعض من تأخر عنه) و هو صاحب الجواهر (فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، ب) انه غير تام، بل الخيار يحدث قبل الرد لـ (ان) الامر لو كان (ذلك) كما ذكره السيد، لكان (يقتضى جهالة مبدء الخيار) اذ لا يعلم فى اى وقت يرد البائع الثمن، وجهالة المبدء توجب الغرر.

(و) يدل على ان الخيار قبل الرد لا بعده دليل آخر، وهو ما ذكره بقوله: (بان الظاهر من اطلاق العرف) (له خيار الشرط) ان زمان الخيار يحدث من وقت العقد.

(و) يؤيده (تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ) القائل (بتوقف الملك على انقضاء الخيار) فان كثيرا من الاصحاب ضعّف هذا القول

. . . . . .

ببعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة الدالة على ان غلة المبيع للمشترى هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى .

اقول فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصابيح ، و المناقشة على الرد نظر .

اما الاول : فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فى غير

(ب) سبب (بعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة) مسألة بيع الشرط (الدالة على ان غلة المبيع للمشترى) .

فانه لو كان ملك المشترى للمبيع يتوقف على انقضاء الخيار ـ كما يقوله الشيخ ـ لم يكن وجه لكون الغلة للمشترى ، لانه فى زمن الخيار يكون المثمن للبائع ، والثمن للمشترى .

و قوله (هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى) خبر لقوله ((بان الظاهر)) انتهى كلام الجواهر .

(اقول فى اصل الاستظهار المتقدم) من الاردبيلى و السبزوارى حيث قالا ((ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف)) (و الرد المذكور عن المصابيح) حيث قال ((ان التصرف المسقط)) (و المناقشة على الرد) حيث ناقش الجواهر كلام المصابيح بقوله ((بان ذلك ؟)) (نظر) .

(اما الاول) اى وجه النظر فى كلام الاردبيلى والسبزوارى (فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب) هذا الدليل (فى غير

. . . . . .

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب .

واما بناء هذا العقد على التصرف، فهو من جهة ان الغالب المتعارف: البيع بالثمن الكلى ، وظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن. ولذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب) فانهم اتفقوا على ((ان سقوط الخيار بالتصرف)) قاعدة كلية جارية فى كل خيار، وان كان مورد النص خيار الحيوان ـ مثلا ـ لما سبق من ان المفهوم من النص المسقط للخيار ان العلة للسقوط التصرف، فهى قاعدة كلية ، لانه فى خيار الحيوان فقط .

وعلى هذا فقول الاردبيلى و الكفاية ((ان الظاهر عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف))غير تام .

(واما) استدلالهما لسقوط خيار الشرط بالتصرف بقولهما المتقدم ((لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن)) فيكون (بناء هذا العقد على التصرف، فهو) استدلال غير صحيح (من جهة ان الغالب المتعارف : البيع بالثمن ، الكلى ، وظاهر الحال فيه) اى فى الثمن الكلى (كفاية رد مثل الثمن) .

اذاً فقاعدة ان التصرف يسقط الخيار تامة ، فى ما اذا كان الثمن شخصيا ، وعدم سقوط خيار الشرط بالتصرف تام ، فى ما اذا كان الثمن كليا ، وكان ظاهر الحال كفاية رد مثل الثمن .

(ولذا) الذى ذكرنا من ان ((ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن)) (قوينا حمل الاطلاق) اى اطلاق رد الثمن (فى هذه الصورة) صورة كون

على مايعم البدل .

و حينئذ فلايكون التصرف فى عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد .

اذ لا منافات بين فسخ العقد، وصحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم، او منصرف اطلاقه .

الثمن كليا (على مايعم البدل) فانه و ان اطلق البائع قوله «لى الخيار ان رددت الثمن» الا ان مراده رد عين الثمن اوبدله، بشهادة ظاهر الحال، حيث ان مقصود المتبايعين ردقدر الثمن من دون خصوصية لعين الثمن .

(و حينئذ) اى حين كان ظاهر الحال رد مثل الثمن ـ فى ما اذا كان الثمن كليا ـ (فلايكون التصرف فى عين الفرد المدفوع) ثمنا ـ من باب تطبيق كلى الثمن على هذا الفرد ـ (دليلا على الرضا بلزوم العقد) حتى يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار .

(اذ لا منافات بين فسخ العقد، و) بين (صحة هذا التصرف) من البائع فى الثمن (و استمراره) اى استمرار التصرف .

و الحاصل : ان التصرف المسقط ما كان دليلا للرضا، و التصرف فى المقام ليس دليلا على الرضا (و هو) اى كون الثمن كليا و ان مقصود المتبايعين رد الاعم من مثله (مورد الموثق المتقدم) لابن عمار (اومنصرف اطلاقه) لان الغالب كون الثمن كليا و كون مقصود المتبايعين رد مايعم بدله ايضا .

. . . . . .

او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضا ·

او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن ،وقد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد ·

وعليه فاستدلال الاردبيلى و السبزوارى بالموثق لكلامهما غيرتام ·

اقول : لكن اطلاق الموثق ــ بدون وجه لدعوى انصرافه ــ يمنع كلام المصنف (او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضا) عطف على قوله « فهو من جهة » فالتصرف فى الثمن لا يسقط الخيار من جهة ان المتعاقدين بيّنا على ان الخيار باق ، و لو تصرف البائع فى الثمن فقاعدة : ان التصرف مسقط ، لا تشمل المقام ، وان كانت هى صحيحة فى الجملة ·

(او) عطف على « فهو من جهة » (للعلم) اى انا نعلم (بعدم الالتزام) اى عدم التزام البائع المتصرف فى الثمن (بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن ،و) اذا كان التصرف بدون الالتزام لم تشمله قاعدة « ان التصرف مسقط » ·

لما (قدمر) من (ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه) اى من التصرف (بعدم الرضا بلزوم العقد) بل انما يكون التصرف مسقطا اذا كان مقرونا بالرضا بلزوم العقد ، فحيث لا رضا لا يكون التصرف مسقطا ·

. . . . . .

و اما الثانى فلان المستفاد من النص و الفتوى ـ كما عرفت ـ كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى يسقط الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول.

و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرد، هذا مع

(و اما الثانى) اى النظر فى كلام صاحب المصابيح الذى رد به كلام الاردبيلى و السبزوارى فانهما قالا «ان خيار الشرط لا يسقط بالتصرف» و المصابيح ردهما «بان خيار الشرط يسقط بالتصرف، وانما قبل الرد لا خيار حتى يسقط بالتصرف».

ففيه ان الخيار موجود قبل الرد، بدليل انه يصح اسقاطه بالقول، فاذا كان الخيار موجودا قبل الردّ كان التصرف مسقطا له.

و الى هذا اشار المصنف بقوله: (فلان المستفاد من النص والفتوى ـ كما عرفت ـ) فيما تقدم (كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى).

فكما انه اذا قال «اسقطت خيارى» يسقط كذلك اذا تصرف فى الثمن، ف (يسقط) الفعل (الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول) لانهما كاشفان عن الرضا الذى هو مسقط للخيار، اذا اظهر بمظهر.

(و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرد).

و ترتيب القياس هكذا «الخيار يسقط بالقول قبل الرد و كلما سقط الخيار بالقول سقط بالفعل» فالخيار يسقط بالتصرف قبل الرد، فقول السيد «لا خيار قبل الردّ حتى يسقط بالتصرف» فى غير محله (هذا مع) انه يرد اشكال ثان على السيد، و هو ان قوله «قبل الرد لا خيار» غير تام

ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة فى مدخلية الردّ فى الخيار، ولا دليل على تعيّنه فى بيع الخيار المتعارف بين الناس.

بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو الثانى اونقول ان المتبع مدلول

لانا ذكرنا سابقا ان من وجوه خيار الشرط ان يكون الخيار من حين العقد.

ف (ان حدوث الخيار بعد الرد) فقط (مبنى على الوجه الاول المتقدم) فى الامر الاول (من الوجوه الخمسة فى مدخلية الردّ فى) وجود (الخيار) «فى» متعلق «بالوجه الاول» (ولا دليل على تعيّنه) اى الوجه الاول (فى بيع الخيار المتعارف بين الناس) فليس كل بيع خيارى يجريه الناس يكون فيه الخيار مقيدا بالرد.

(بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو) الوجه (الثانى) بان يكون الخيار من اول العقد ـ كما تقدم فى الوجه الثانى من الوجوه الخمسة ـ فتحصل اشكالان على السيد.

الاول: انه وان كان الخيار بعد الرد لكن يمكن اسقاطه قبل الرد.

الثانى: انه لانسلم كون الخيار بعد الرد مطلقا بل الغالب كون الخيار مجعولا من قبل الرد (او نقول) فى تقرير الاشكال الثانى ان السيد قال «الخيار بعد الرد مطلقا» والحال انه قد يكون قبل الرد وقد يكون بعد الرد ف (ان المتبع) فى كون الخيار قبل الرد، او بعد الرد (مدلول

الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد ·

فقد يؤخذ الرد فيها قيدا للخيار ·

و قد يؤخذ قيدا للفسخ ·

نعم لو جعل الخيار والرد فى جزء معين من المدة ، كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد ، و جاء فيه الاشكال فى صحة الاسقاط هنا ، و لو قولا ·

الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد) فى كلام المتعاقدين ·

(فقد يؤخذ الرد فيها) فى الجملة الشرطية (قيدا للخيار) فلا خيار قبل الرد ·

(و قد يؤخذ) الرد (قيدا للفسخ) فالخيار موجود قبل الرد لكن الفسخ يتوقف على الرد ·

(نعم) يصح قول بحر العلوم من انه لا خيار قبل الرد فيما (لو جعل الخيار والرد) كلاهما (فى جزء معين من المدة) التى قررت بعد العقد (كيوم بعد السنة) من العقد ·

كما اذا باعه اول يوم من رمضان و قال له : لى الخيار فى اول يوم من رمضان السنة الآتية (كان التصرف قبله) اى قبل ذلك اليوم (تصرفا) فى الثمن (مع لزوم العقد) اذ العقد لازم قبل اول يوم من شهر رمضان (و جاء فيه) اى فى قبل ذلك اليوم (الاشكال فى صحة الاسقاط) للخيار (هنا ، ولو) كان اسقاطا (قولا) ·

فاذا لم يصح الاسقاط القولى ، لم يصح الاسقاط الفعلى اى التصرف

من عدم تحقق الخیار .

و من تحقق سببه .

و اما المناقشة فی تحدید مبدء الخیار بالرد بلزوم جهالة مدة الخیار .

ففیه انها لاتقدح مع تحدید زمان التسلط علی الردّ و الفسخ بعده انشاء .

ایضا .

وجه الاشکال تعارض جهتین .

(من عدم تحقق الخیار) لفرض ان الخیار لایکون الافی اول یوم من رمضان فلایحق له اسقاطه ، لانه اسقاط مالم یثبت .

(و من تحقق سببه) الذی هو العقد فیحق له اسقاطه .

(و اما المناقشة) التی ذکرها الجواهر بقوله ((ان ذلك یقتضی جهالة مبدء الخیار)) حیث توهم انه (فی تحدید مبدء الخیار بالرد) اشکال (بلزوم جهالة مدة الخیار) لان اول الخیار محدّد بالرد ، فاذا جهل وقت الرد جهل مدة الخیار .

(ففیه انها) ای الجهالة (لاتقدح مع تحدید زمان التسلط علی الردّ و الفسخ) ای ان یفسخ (بعده) ای بعد الردّ (انشاء) ای ینشئ الفسخ بعد الرد .

و ذلك لمانبه علیه المحقق الخراسانی ، من انه لاوجه لقدح جهالة مدة الخیار الا الغرر ، ولاغرر اصلا فیما اذا کان منشأ الخیار فی المدة

. . . . . .

نعم ذكر فى التذكرة انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه عند الاطلاق من حين العقد .

لكن الفرق يظهر بالتأمل و اما الاستشهاد عليه بحكم العرف.

المعينة بيده بحيث يمكن انشائه بعد الرد فى اى جزء شاء من تلك المدة

(نعم ذكر فى التذكرة) ما ظاهره: قدح جهالة مدة الخيار.

فقد قال بـ (انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه) اى مبدء الخيار (عند الاطلاق) اى اذا اطلق الخيار و لم يعين مبدئه (من حين العقد) و ليس منع التذكرة ذلك الا لانه غرر و عليه فلا يصح قولنا «لا تقدح» .

(لكن الفرق) بين ماذكرناه و بين ماذكره التذكرة (يظهر بالتأمل).

فلا يكون كلام التذكرة ردا لقولنا «لا يقدح» .

قال العلامة الطباطبائى فى وجه الفرق ان امر التفرق المحدث للخيار «كما ذكره التذكرة» ليس بيده، فجهالة حدوث زمان الخيار فيه قادحة دون ماذكرناه، لان امر الرّد بيده، فامر الخيار ايضا بيده، و هذا لا يوجب الجهالة و الغرر.

اقول لا يخفى مافى الفرق من الاشكال (و اما الاستشهاد) اى استشهاد الجواهر (عليه) اى على ان مجموع المدة هو زمن الخيار (بحكم العرف) بمعنى ان العرف يفهم من العبارة المتعارفة بين الناس ـ فى مقام انشاء شرط الفسخ برد الثمن ـ تحقق الخيار فى مجموع المدة حيث تقدم عن الجواهر قوله «بان الظاهر من اطلاق العرف هو كون

. . . . . .

ففيه ان زمان الخيار ـ عرفا ـ لا يراد به ، الا ماكان الخيار متحققا فيه شرعا ، او بجعل المتعاقدين والمفروض ان الخيار هنا جعلى .

فالشك فى تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين .

مجموع المدة زمان الخيار» فليس مبدء الخيار من حين الرد ـ كما ذكره المصابيح ـ .

و الحاصل : ان المصابيح قال« مبدء الخيار من حين الرد» و رده الجواهر« بان العرف يرى ان الخيار فى مجموع المدة» .

(ففيه) انا لا نسلم ان العرف يرى ان زمن الخيار مجموع المدة ، بل العرف يرى ان المرجع فى مدة الخيار هو جعل المتعاقدين ، فاللازم الرجوع اليهما فى حالة الشك ، لـ (ان زمان الخيار ـ عرفا ـ) اى ما يطلق عليه فى العرف انه زمان الخيار (لا يراد به ، الا ماكان الخيار متحققا فيه) اى فى ذلك الزمان تحققا (شرعا) بجعل الشارع ـ كخيار الحيوان ـ (او) تحققا (بجعل المتعاقدين) فاذا كان الشارع قرر الخيار لزم مراجعة الشارع فى مدة الخيار ، و اذا كان المتعاقدان جعلا الخيار فاللازم مراجعتهما لمعرفة المدة التى جعلاها (و المفروض ان الخيار هنا) فى خيار الشرط فى البيع (جعلى) بجعل المتعاقدين لا بجعل الشارع .

(فالشك) منا (فى) انه هل (تحقق الخيار قبل الرد) ام لا ؟ انما هو شك (بجعل المتعاقدين) وانهما كيف جعلا الخيار ؟ فهما المرجع لا كما ذكره الجواهر« من ان الظاهر من اطلاق العرف هو كون مجموع المدة

. . . . . .

و اما ماذكره بعض الاصحاب فى رد الشيخ من بعض اخبار المسألة فلعلّهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا ، حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه ، و اطلاق ما استدل

زمن الخيار»

(و اما ماذكره بعض الاصحاب فى رد الشيخ من بعض اخبار المسألة) حيث ان الجواهر استشهد بذلك فى رد المصابيح حيث قال الجواهر (و تضعيف كثير من الاصحاب .. الخ) فان الجواهر استدل بذكر بعض الاصحاب: ان الخيار فى مجموع المدة لرد المصابيح القائل بان الخيار فى بعض المدة (فلعلّهم فهموا من مذهبه) اى من مذهب الشيخ (توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا ، حتى) الخيار (المنفصل) فردوه بانه لا يشترط فى الملك انقضاء الخيار المنفصل بدليل اثبات الرواية له ملك الغلة ، مع ان الخيار لم ينقض فى الخيار المنفصل ، فليس كلام بعض الاصحاب فى ردّ الشيخ دليلا على كون مجموع المدة زمان الخيار ليأخذ هذا الكلام صاحب الجواهر ، و يرد به على السيد القائل: بان مبدء الخيار من حين الرد فليس تمام المدة زمان الخيار فتحصل قول الشيخ ، و رد بعض الاصحاب له ، و فهم الجواهر لردّ بعض الاصحاب تفسيرا ، و بهذا الفهم رد على السيد ، و تفسير المصنف لرد بعض الاصحاب على ضوء فهم جديد لقول الشيخ و بهذا التفسير ردّ فهم الجواهر ، و بذلك صحح المصنف كلام السيد (كما لا يبعد) الاطلاق حتى للمنفصل (عن اطلاق كلامه) اى كلام الشيخ (و) عن (اطلاق ما استدل

. . . . . .

له به من الاخبار.

الامر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشترى، سواء كان قبل الرد او بعده و نمائه ايضا له مطلقا .

و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل او القيمة برد الثمن، او بدله.

و يحتمل عدم الخيار بناءا على ان مورد هذا الخيار هو الزام ان له رد الثمن

له) اى لكلامه (به) اى بذلك الاطلاق و الضمير عائد الى «ما» (من الاخبار) «من» بيان «ما».

(الامر الخامس) من الامور المربوطة بخيار الشرط (لو تلف المبيع) فى ايام الخيار (كان) التلف (من المشترى) لقاعدة ان التلف فى زمن الخيار لمن لاخيار له، فان المشترى لاخيار له و انما الخيار للبائع (سواء كان) التلف (قبل الرد او بعده) لماتقدم من وجود الخيار من حين العقد (و نمائه) اى نماء المبيع (ايضا له) اى للمشترى لقاعدة «ان من له الغنم فعليه الغرم» (مطلقا) سواء كان النماء قبل الرد او بعده.

(و الظاهر) فيما اذا تلف المبيع (عدم سقوط خيار البائع، فاذا فسخ (يسترد) البائع (المثل) اذا كان المبيع مثليا (او القيمة) اذا كان قيميّا (ب) مقابل (رد الثمن) عينا (او بدله) اذا صح رد بدله.

(و يحتمل عدم الخيار) للبائع اذا تلف المبيع عنده (بناءا على ان مورد هذا الخيار) اى بيع الخيار (هو الزام ان له) اى للبائع (رد الثمن

و ارتجاع البيع .

و ظاهره اعتبار بقاء المبيع فى ذلك، فلاخيار مع تلفه .

ثم انه لاتنافى بين شرطية البقاء ، وعدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشترى اتلاف المبيع كما سيجئ فى احكام الخيار،

و ارتجاع البيع) بعينه .

(و ظاهره) اى ظاهر هذا الشرط (اعتبار بقاء المبيع فى ذلك) اى فى الالزام (فلاخيار) للبائع (مع تلفه) لانه قدفقد الموضوع ، و بدون الموضوع لاحكم .

(ثم انه) ربما يستشكل انه كيف يمكن الجمع بين((ان الشرط فى الخيار بقاء المبيع)) و بين((انه لايجوز تفويت مورد الشرط اى لايجوز تلف المبيع)) .

وجه المنافات ((ان المعلق على شئ لايقتضى وجود المعلق عليه)) مثلا : اذا علق الحج على الاستطاعة ، اوعلق الصوم على الحضر ،اوعلق الصلاة على طهارة المرأة من الحيض ، لم يقتض ايجادا وابقاء الاستطاعة ولاايجاد او ابقاء الحضر، ولاايجاد او ابقاء الطهارة .

فكيف تقولون ـ فى مقامنا ـ ان الخيار معلق على بقاء المبيع ، مع قولكم بوجوب ابقاء المبيع .

و الجواب: انه(لاتنافى بين شرطية البقاء) فى صحة الخيار(و) بين(عدم جواز تفويت الشرط) .

وعليه(فلايجوز للمشترى اتلاف المبيع كما سيجئ فى احكام الخيار) .

. . . . . .

لان غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله ، ولا يتم الا بالتزام ابقائه للبائع .

و لو تلف الثمن فان كان بعد الرد و قبل الفسخ ، فمقتضى ما سيجئ من ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشترى و ان كان

و انما قلنا : انه لا تنافى (لان غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله) غالبا (ولا يتم) هذا الفرض الذى هو شرط ضمنى فى بيع الخيار (الا بالتزام) المشترى (ابقائه) اى ابقاء نفس المبيع (للبائع) .

و انما قلنا « غالبا » لانه قد يكون غرض البائع الحصول على الاعم منه و من مثله .

كما اذا باع بيعا خياريا كتابا و كان قصده الدرس فى ذلك الكتاب فلا يهمه ان استرجع عين كتابه او بدله .

و فى المقام حيث لا شرط ضمنى بارجاع الكتاب بعينه ، يحق للمشترى اتلافه و ارجاع بدله عند الفسخ .

و منه يعلم انه يمكن جعل الشرط ارجاع القيمى بالمثل « مثلا عرفا » كما اذا باعه شاة و كان مقصوده لحمها ، فلا يهم ان يرجع عينها او بدلها

(و لو تلف الثمن) و لم يتلف المثمن (فان كان) التلف (بعد الرد و قبل الفسخ) ـ فيما اذا لم يكن نفس الرد فسخا ـ (فمقتضى ما سيجئ من ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه) اى التلف (من المشترى) لان المشترى لا خيار له فى بيع الشرط و انما الخيار للبائع فقط (و ان كان) الثمن

. . . . . .

ملكا للبائع ، الاان يمنع شمول تلك القاعدة للثمن ، و يدعى اختصاصها بالمبيع ، كماذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معا ويةبن ميسرة المتقدمة و لم اعرف وجه الاستظهار اذ ليس فيها الاان نماء الثمن للبائع ،وتلف المبيع من المشترى ، وهما اجماعيان

(ملكا للبائع) اذ القاعدة عامة و لا يلاحظ فيها ان التالف ملك من كان (الاان يمنع شمول تلك القاعدة) قاعدة : التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له (للثمن) فيكون تلف الثمن من كيس البائع (و يدعى اختصاصها) اى تلك القاعدة (بالمبيع) فقط (كماذكره بعض المعاصرين) و هو صاحب الجواهر (و استظهره) اى استظهر ادعائه بان القاعدة خاصة بالمبيع و لا تشمل الثمن (من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و) لكنى (لم اعرف وجه الاستظهار) .

اقول : الرواية هى قال سمعت ابا الجارود ، و يسأل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل ، وكان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار خلطة ، فشرط انك ان أتيتنى بمالى مابين ثلاث سنين فالدار دارك ، فاتاه بماله قال له شرطه ، قال له ابوالجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال عليه السلام هو ماله ، و قال عليه السلام ارأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشترى (اذ ليس فيها) اى فى الرواية (الاان نماء الثمن للبائع ، وتلف المبيع من المشترى ، وهما اجماعيان) .

وعلى طبق القاعدة ((فنماء الثمن للبائع)) تدل عليه ((قاعدة ان

. . . . . .

حتى فى مورد كون التلف ممن لاخيار له فلاحاجة لهما الى تلك الرواية

و لاتكون الرواية مخالفة للقاعدة ، و انما المخالف لها هى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك.

نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة

النماء تابع للملك)) فان الثمن حيث كان للبائع كان نمائه للبائع .

((و تلف المبيع من المشترى)) تدل عليه ((قاعدة التلف من المالك)) حيث ان المبيع للمشترى (حتى فى مورد كون التلف ممن لاخيار لـــه) و اذ كان الحكمان المذكوران على طبق الاجماع و القاعدة (فلاحاجة لهما) اى للحكمين المذكورين (الى تلك الرواية) رواية معاويةّ بن ميسرة (و) قد عرفت انه(لاتكون الرواية مخالفة للقاعدة) بل القاعدة على طبق الرواية(وانما المخالف لها) اى للرواية (هى قاعدة ان الخـــراج بالضمان اذا انضمت) القاعدة (الى الاجماع على كون النماء للمالك).

اذ((نماء الثمن للبائع لان الثمن ملكه)) و ((تلف الثمن على المشترى لان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له)) و حيث ان المشترى لاخيار له فالتلف يكون عليه .

و هـــذان الحكمان((نماء الثمن للبائع و تلفه على المشترى)) يتنافيان مع قاعدة ((الخراج بالضمان)) لان هذه القاعدة تقول((كل من ربـــح النماء يخسر اذا تلف)) و الحكمان يقولان((يربح انسان ويخسر انســان آخر)) .

(نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة) قاعدة ((التلف فى زمن الخيار

للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار.

لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن، واختصاصها بالخيارات الثلاثة اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان.

و سيجئ الكلام فى احكام الخيار.

و ان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد

ممن لاخيار له» (للثمن) اذ المتيقن من القاعدة «المثمن» (ك) ما ان الاشكال ايضا موجود فى (عمومها) اى عموم قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له» (لجميع افراد الخيار) فهل ان التلف «فى كل خيار» ممن لاخيار له، ام ان القاعدة خاصة ببعض الخيارات.

(لكن الظاهر من اطلاق غير واحد) من الفقهاء (عموم القاعدة) قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له» (للثمن) فتلف الثمن كتلف المثمن ممن لاخيار له (و اختصاصها) اى القاعدة (بالخيارات الثلاثة) فقط (اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان) دون سائر الخيارات.

(و سيجئ) تفصيل (الكلام) فى ذلك (فى احكام الخيار) ان شاء الله تعالى.

ثم لا يخفى: ان بعض المعلقين ذكر وجه استظهار الجواهر، لكن حيث ان بيانه خارج عن مقصد الشرح، فالراغب يرجع الى محله.

(و ان كان التلف) للثمن (قبل الرد) للمثمن ـ و هذا عطف على قوله: فان كان بعد الرد و قبل الفسخ ـ (ف) يكون التلف (من البائع) و ذلك (بناء على عدم ثبوت الخيار) للبائع (قبل الرد) فلا تجرى قاعدة:

. . . . . .

و فيه : مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء فان دليل ضمان من لاخيار له مال صاحبه وهو تزلزل البيع ، سواء كان بخيار متصل او بمنفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيجئ .

التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له حتى يكون التلف من المشترى .

(و فيه : مع ما عرفت من منع المبنى) اذ قد تقدم فى ردّ العلامة الطباطبائى عدم كلية عدم الخيار قبل الرد ، بل قد يكون خيار قبل الرد و قد لا يكون ، فلا يصح اطلاق القول « بان التلف قبل الرد من البائع » (منع البناء) فانا اذا سلمنا صحة المبنى لكن نقول « ان البناء على هذا المبنى غير صحيح » .

و بعبارة اخرى لا نسلم الصغرى ، و ان سلمنا الكبرى ، فانا نمنع كون التلف من غير ذى الخيار يتوقف على ثبوت الخيار الفعلى ، بل اذا كان الخيار شأنيا يكون التلف من غير ذى الخيار الشأنى ايضا .

و استدل المصنف لهذا المنع بقوله : (فان دليل ضمان من لاخيار له) اى قاعدة « التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له » (مال صاحبه) مفعول « ضمان » (وهو تزلزل البيع) خبر « فان » (سواء كان) التزلزل (بخيار متصل) بان كان الخيار فعليا (او ب) خيار (منفصل) بان كان الخيار شأنيا (كما يقتضيه) اى يقتضى هذا الاطلاق الشامل للخيارين المتصل و المنفصل (اخبار تلك المسألة) اى مسألة : ان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له (كما سيجئ) ان شاء الله تعالى .

. . . . . .

ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع .

و ان قلنا بانه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل ،ويرتجع المبيع .

(ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشترى) لان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له(انفسخ البيع) لان الثمن رجع الى المشترى، فبطلت المعاملة و رجع المثمن الى البائع .

(و ان قلنا بانه من البائع) لان القاعدة المتقدمة لاتشمل الثمن كما تقدم (فالظاهر بقاء الخيار) للبائع لماتقدم من ان المراد ب ((الرد)) المشروط رد العين او القيمة (ف) اذا تعذرت العين(يرد) البائع (البدل) للقيمة (و يرتجع المبيع) بعد فسخه للعقد .

الامر السادس

لا اشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى، او برده على وكيله المطلق، او الحاكم، او العدول، مع التصريح بذلك في العقد وان كان المشروط هو رده الى المشترى مع عدم التصريح ببدله فامتنع رده اليه عقلا لغيبة ونحوها او شرعا لجنون ونحوه ففي حصول الشرط بردّه الى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض

(**الامر السادس**) من الامور المرتبطة ببيع الشرط (لا اشكال في القدرة) للبائع (على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى) اذا بقي على شرائط التكليف (او برده على وكيله المطلق) الوكيل في كل شئ لا الوكيل في امر خاص غير اخذ الثمن والا فلا اشكال في صحة الرد على وكيله في اخذ الثمن كما انه لا يكفي ردّه على وكيله في ما اذا شرط رده على نفسه فقط (او الحاكم) في ما اذا تعذر الرد على وكيله (او العدول) المؤمنين اذا تعذر الحاكم و وكيل الحاكم (مع التصريح بذلك) بان يرده على وكيله و نحوه (في العقد) لانه مع التصريح قد وفى بالشرط، فله استرجاع المبيع (وان كان المشروط) في العقد (هو رده الى المشترى مع عدم التصريح ببدله) اى بدل المشترى (فامتنع رده اليه عقلا، لغيبة و نحوها) كما اذا كان مسجونا لا يمكن الوصول اليه (او شرعا لجنون و نحوه) كالاغماء.

(ففي حصول الشرط بردّه الى الحاكم) الشرعي ووكيله (كما اختاره المحقق القمي في بعض

اجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان .

و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن الى المشترى مع غيبته حيث انه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار، و انه لا اعتبار بالاشهاد خلافا لبعض علمائنا .

قال: ان ظاهر الرواية اعتبار حضور المشترى ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه .

اجوبة مسائله) لانه ولى الممتنع و القاصر و نحوهما ، فالحاكم ـ فى هذا الحال ـ كالمشترى ـ (وعدمه) فلا يصح رده الى الحاكم فى فسخ المعاملة (كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله) لان الشرط متعذر، واذا تعذر الشرط تعذر الفسخ (قولان) .

(و) لكن (ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق) من العلماء (على عدم لزوم رد الثمن الى المشترى مع غيبته) بل يكفى ردّه الى الحاكم فى صحة الفسخ فيكون قول المناهل خلاف الاجماع (حيث انه) اى الحدائق (بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم) اى طرف ذى الخيار (فى فسخ ذى الخيار) فى مطلق الخيارات، بل لذى الخيار ان يفسخ فى غيبة الخصم (و انه لا اعتبار بالاشهاد) اى اخذ الشاهد عند الفسخ (خلافا لبعض علمائنا) حيث اعتبروا الاشهاد عند الفسخ .

(قال: ان ظاهر الرواية) المراد بالرواية الجنس لا رواية خاصة (اعتبار حضور المشترى ليفسخ البائع) ويكون الفسخ (بعد دفع الثمن اليه) اى الى

. . . . . .

فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشترى، وجعل الثمن امانة الى ان يجيئ المشترى و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيدعن مساق الاخبار المذكورة، انتهى.

اقول: لم اجد فيما رأيت مَنْ تعرض لحكم رد الثمن مع غيبة المشترى فى هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البائع حتى يحضر المشترى.

و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار

المشترى.

(فماذكروه) الفقهاء (من جواز الفسخ) اى جواز فسخ البائع فى بيع الشرط (مع عدم حضور المشترى، و) اذا فسخ (جعل الثمن امانة الى ان يجيئ المشترى) ليرده عليه (و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه) اى على جواز الفسخ، وجعل الثمن امانة (الا انه بعيدعن مساق الاخبار المذكورة) اى ماقال بانه ظاهر الرواية (انتهى) كلام الحدائق.

(اقول: لم اجد فيما رأيت مَنْ تعرض لحكم رد الثمن مع غيبة المشترى فى) مسألة (هذا الخيار) خيار الشرط، فكيف نسب الحدائق اليهم انهم ذكروه (و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البائع حتى يحضر المشترى) اذا فسخ فى حال غياب المشترى.

فقول الحدائق «و جعل الثمن امانة..» من اين ذكره.

(و) ان اعتمد الحدائق فى النسبة اليهم الى (ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار) ففيه انه لايصلح مستندا له لانه

انما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة ، و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم .

و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ ، وهو ردّ الثمن الى المشترى ، مع ان ماذكره من اخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و ان كان موردها صورة حضوره لاجل تحقق الرد ،

(انما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو) فسخ .

و من المعلوم انه لا يشترط فى الفسخ حضور الخصم (فى مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم) .

(و) من المعلوم انه (لا تنافى بينه) اى بين كلامهم فى رد العامة ، و بعض الخاصة (و بين اعتبار حضوره) اى الخصم (لتحقق شرط آخر للفسخ ، و) الشرط الآخر (هو ردّ الثمن الى المشترى) لان ردّ الثمن الى المشترى شرط فى الفسخ حسب قرار المتعاقدين (مع ان ماذكره) اى الحدائق (من اخبار المسألة) التى ادعى ظهورها فى حضور المشترى عند فسخ البائع (لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ) لانها لم تشترط ذلك (و ان كان موردها صورة حضوره) اى حضور الخصم (لاجل تحقق الرد) .

فان عملية الرد لا تكون الا بحضور من يأخذ ، الا ان المورد ((غير الاشتراط)) فلا يمكن ان يجعل المورد شرطا .

ثم بين المصنف وجه ان كون ((المورد حضور المشترى)) لا يلازم

. . . . . .

الاان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناءا على مغايرة الفسخ للرد، و عدم الاكتفاء به عنه .

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم .

لكن الاصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار، خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن، فافهم .

و كيف كان فالاقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ الى خصوص المشترى

حضوره ((فى الفسخ)) بقوله (الاان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان) فيرد البائع الثمن اليوم و يفسخ البيع غدا (بناء على مغايرة الفسخ للرد) بان لا يكون نفس الرد فسخا (و) بناءا على (عدم الاكتفاء به) بالرد (عنه) اى عن الفسخ .

(نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها) اى مورد تلك الاخبار (بحضور الخصم) هذا كله رد على صاحب الحدائق .

(لكن) يمكن تصحيح كلامه الاخير القائل باعتبار حضور المشترى فى الفسخ بان (الاصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور) اى حضور المشترى (فى هذا الخيار) اى خيار الشرط (خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن) و ان الفسخ و الرد شئ واحد (فافهم) فان ذكر الاصحاب لا يفيد الاشتراط، ولعلهم ذكروا ذلك فى مورد كان الرد فسخا فلا اطلاق لكلامهم .

(و كيف كان) كلام الاصحاب (فالاقوى فيما لم يصرح) فى العقد (باشتراط الردّ الى خصوص المشترى) بنفسه

هو قيام الولى مقامه ، لان الظاهر من الرد الى المشترى حصوله عنده ، و تملكه له ، حتى لا يبقى الثمن فى ذمة البائع بعد الفسخ .

و لذا لو دفع الى وارث المشترى كفى ، و كذا لو رد وارث البائع مع ان المصرح به فى العقد رد البائع و ليس ذلك لاجل ارثه للخيار

(هو قيام الولى) وكيلا كان او حاكما او وليا ـ كما اذا جن ـ او من اشبههم (مقامه) اى مقام المشترى فى كفايته فى الفسخ (لان الظاهر من شرطهما حال العقد (الرد الى المشترى) هو (حصوله) اى الثمن (عنده) اى عند المشترى (و تملكه له) بدخول الثمن فى ملك المشترى (حتى لا يبقى الثمن فى ذمة البائع بعد الفسخ) و هذا يحصل اذا سلّم الثمن الى ولى المشترى .

(ولذا) الذى ذكرنا من ان المعيار حصول الثمن للمشترى ((وذلك يحصل بتسليمه الى ولى المشترى)) (لو دفع) البائع بعد الفسخ الثمن (الى وارث المشترى) فيما لو مات المشترى (كفى) .

و انما نقول بانه ((كفى)) لان العرف يرى انه وفاء بالشرط ((مما يكشف عن ان الشرط عرفا لم يكن اكثر من ذلك)) (و كذا لو رد وارث البائع) بان مات البائع و ردّ وارثه الثمن الى المشترى (مع ان المصرح به فى العقد رد البائع) الثمن (و ليس ذلك) كفاية ردّ وارث البائع الى المشترى (لاجل ارثه) اى ارث الوارث (للخيار) حتى يقال : ان وارث البائع حيث ورث الخيار كان له ان يرد الثمن ، فلا يدل ردّ وارث البائع على كفاية ((الدفع الى وارث المشترى)) .

. . . . . .

لان ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الردّ ، وكذا الكلام فى وليه .

و دعوى ان الحاكم انما يتصرف فى مال الغائب على وجه الحفظ و المصلحة ، والثمن قبل ردّه باق على ملك البائع

و انما قلنا ((ليس ذلك)) (لان ذلك) اى ارث البائع للخيار (متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد) اذ لو كان للبائع خصوصية لم يكن يورث خياره ، كما اذا صرح بان للبائع فقط ((دون وارثه)) الخيار و اذ لم يكن ((ردّ وارث البائع)) الا لاجل عدم الخصوصية فى البائع كان اخذ ولى المشترى كافيا لوحدة المناط فى وارث البائع و ولى المشترى ، و المناط هو الدفع من قبل البائع و الاخذ من طرف المشترى ، سواء كان الراد و الآخذ نفس البائع و المشترى او انسانا آخر مربوطا بهما من وارث و ولى (و كذا الكلام فى وليه) اى ولى البائع .

(و) ان قلت : لاحق للحاكم ان يأخذ الثمن من البائع لان اخذه من البائع خلاف مصلحة المشترى اذ معنى اخذ الحاكم ان البائع يحق له الفسخ ، والفسخ ضرر على المشترى ، فان الدار المنتقلة الى المشترى ـ مثلا ـ اعلى من ثمنها الذى دفعه المشترى الى البائع ، و قبض الحاكم للثمن يوجب تضرر المشترى بذهاب الدار عن يده .

قلت : (دعوى ان الحاكم انما يتصرف فى مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحة) فانه ليس للحاكم الا العمل بما هو صلاح الغائب (و الثمن قبل ردّه) الى الحاكم الولى للمشترى (باق على ملك البائع) و فى قباله

و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب او شبهه ، فلايكون وليا فى القبض فلايحصل ملك المشترى المدفوع بعد الفسخ، مدفوعة ب

المثمن باق على ملك المشترى (و قبضه) اى قبض الحاكم الثمن (عنه) اى عن قبل المشترى (الموجب) ذلك القبض (لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب) الذى هو المشترى (او شبهه) اى شبه الغائب

كما اذا جن المشترى فكان الحاكم وليا له ، واذ لم يكن اخذ الحاكم الثمن لمصلحة المشترى (فلايكون) الحاكم (وليا فى القبض) لانه ولى فى العمل لمصلحة المولّى عليه ، لانه ولى مطلقا واذ لم يكن الحاكم وليا (فلا يحصل ملك المشترى المدفوع) اى للثمن الذى قبضه الحاكم (بعد الفسخ) ((بعد)) متعلق بـ ((ملك)) لان ملك المشترى يحصل للثمن بعد فسخ البائع ، وفى المقام حيث لم يقبض المشترى الثمن ـ والحاكم القابض ليس وليا له حسب الفرض ـ لاينفع فسخ البائع فى ملكية المشترى للثمن اذ الفسخ انما يكون مملّكا للمشترى اذا كان المشترى قد قبض الثمن (مدفوعة) خبر ((دعوى)) (بـ) انه لا يشترط فى ولاية الحاكم على المشترى ((مصلحة المشترى)) هنا ، بل كما ان البائع كان يرد على نفس المشترى و ان لم يكن الرد مصلحة للمشترى ، كذلك يرد البائع على من يقبض عن المشترى و ان لم يكن الرد مصلحة للمشترى .

فحال الحاكم حال المشترى فى انه مجبور فى اخذ الثمن سواء كان الأخذ مصلحة للمشترى ، ام لا ، فان الشارع فى المقام راعى مصلحة البائع

. . . . . .

ان هذا ليس تصرفا اختياريا من قبل الولى حتى يناط بالمصلحة ، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب صح له الفسخ ، اذ لا يعتبر فيه قبول المشترى ، او وليه للثمن ، حتى يقال ان ولايته فى القبول متوقفة على المصلحة ، بل المعتبر تمكين المشترى او وليه منه اذا حصل الفسخ .

و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوها

حيث ان بيده الخيار .

ف (ان هذا) الأخذ من الحاكم للثمن (ليس تصرفا اختياريا من قبل الولى) الذى هو الحاكم (حتى يناط) هذا التصرف (بالمصلحة) للمشترى (بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب) الغائب الذى هو المشترى (صح له) اى للبائع (الفسخ) و تسليم الثمن الى ولى المشترى (اذ لا يعتبر فيه) اى فى الفسخ (قبول المشترى ، او وليه للثمن) بل المقدم للفسخ ارادة البائع ، فان بيده الاختيار (حتى يقال ان ولايته) اى الحاكم (فى القبول) للثمن (متوقفة على المصلحة) مصلحة المشترى (بل المعتبر) فى الفسخ (تمكين المشترى او وليه منه) اى من الثمن (اذا حصل الفسخ) و فى المقام يمكن اعطاء الثمن لولى المشترى الذى هو الحاكم .

(ومما ذكرنا) من جواز الفسخ اذا تمكن من اعطاء الثمن الى الحاكم (يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين) اذا لم يكن الحاكم الشرعى ولا وكيله (ليحفظوها) اى يحفظوا القيمة

حسبة عن الغائب، وشبهه .

و لو اشترى الاب للطفل بخيار البائع ، فهل يصح له الفسخ ؟ مع رد الثمن الى الولى الآخر، اعنى الجدّ مطلقا، او مع عدم التمكن من الرد الى الاب ،اولا ،وجوه .

(حسبة) اى احتسابا و قربة الى الله (عن الغائب، و شبهه) كالمجنون بل يمكن ان يقال ان له الفسخ و وضعه امانة عند نفسه، اذا لم يجد عدول المؤمنين اذ لاخصوصية لعدول المؤمنين فان البائع كاحدهم و دليل:لاضرر،يمنع من القول بعدم الفسخ حتى تنتهى المدة و يلزم البيع

(و لو اشترى الاب للطفل بخيار البائع ،فهل يصح له) اى للبائع (الفسخ؟ مع رد الثمن الى الولى الآخر، اعنى الجدّ مطلقا) سواء تمكن من الردّ على الاب، امّلا (او) يصح الرد الى الجد (مع عدم التمكن من الرد الى الاب، اولا)فلا بد من الارجاع الى الاب مطلقا فلو لم يتمكن من الارجاع الى الاب لم يصح له الفسخ (وجوه) .

اما رد الثمن الى الولى الآخر مطلقا فلانهما وليان فيكونان بمنزلة واحدة فحالهما حال وكيلى انسان .

و اما عدم الرد الا الى الاب مع الامكان ، فلانه مقتضى ظاهر الاشتراط عند العقد، فاذا لم يمكن الاب قام الولى و هو الجد مقامه .

و اما عدم الرد الى الجد مطلقا فللجمود على ظاهر الشرط عند العقد .

و الاقوى هو الاول و ان كان الاحوط الثانى ،اما الثالث فهو بعيد

و یجری مثلها فیما لو اشتری الحاکم للصغیر فردّ البائع الی حاکم آخر، و لیس فی قبول الحاکم الآخر مزاحمة للاول حتی لا یجوز قبوله للثمن، و لا یجری ولایته بالنسبة الی هذه المعاملة بناء علی عدم جواز مزاحمة حاکم لحاکم آخر فی مثل هذه الامور

جدا.

(و یجری مثلها) ای مثل الوجوه الثلاثة (فیما لو اشتری الحاکم للصغیر) و المجنون و نحوهما (فردّ البائع الی حاکم آخر،و) الظاهر جوازه لان الحکام کلهم وکلاء امام واحد، لکن فیما (لیس فی قبول الحاکم الآخر مزاحمة لـ) الحاکم (الاول حتی لا یجوز قبوله) ای قبول الحاکم الآخر (للثمن) عن قبل المشتری (و) حتی (لا یجری ولایته) ای ولایة الحاکم الثانی (بالنسبة الی هذه المعاملة) التی اجریت مع حاکم آخر (بناء علی عدم جواز مزاحمة حاکم لحاکم آخر فی مثل هذه الامور) التی تسبّب الشجار و النزاع فی مقابل الامور التی لا تسبب ذلک، کما اذا کانت دارٌ امردّدة بین الملک و الوقف.

فحکم احدهما انها وقف و التولیة لزید، وحکم الآخر بانها ملک لزید حیث لا موقع للشجار، اذ لا نزاع بین اثنین.

و وجه عدم جواز المزاحمة فیما اورث الشجار ان الحاکم وضع لاجل رفع النزاع و الشجار فلا یمکن ان یشرع حکم یوجب مزیداً من النزاع.

و اما من قال بعدم البأس فی المزاحمة مطلقا، قال بانهما وکیلان و لا یحق لهما الشجار، فلدی الاختلاف یکون المرجع من یفصل امثال

لما عرفت من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا، بل البائع اذا وجد من يجوز ان يتملك الثمن عن المشترى عند فسخه جاز له الفسخ.

و ليس فى مجرد تملك الحاكم الثانى الثمن عن المشترى مزاحمة للحاكم الاول.

غاية الامر وجوب دفعه اليه مع احتمال عدم الوجوب، لان هذا

هذه القضايا، وتفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء.

فقوله: (لما عرفت) تعليل لجواز الفسخ باعطاء الثمن للحاكم (من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا) حتى تلاحظ المصلحة (بل البائع اذا وجد من يجوز ان يتملك الثمن عن المشترى) اى يقبل الثمن ليكون ملكا للمشترى (عند فسخه) اى فسخ البائع للبيع، و«عند» متعلق بـ «يتملك» (جاز له) اى للبائع (الفسخ).

(و) حيث يشكل الامر فى المقام بان اخذ الحاكم الثانى يوجب المزاحمة الممنوعة، قال (ليس فى مجرد تملك الحاكم الثانى الثمن عن المشترى مزاحمة للحاكم الاول) حتى لا يصح تسليم الثمن الى الحاكم الثانى.

(غاية الامر) اذا قلنا بعدم جواز المزاحمة (وجوب دفعه) اى الثمن (اليه) اى الى الحاكم الاول، فالفسخ جائز على كل حال (مع احتمال عدم الوجوب) اى عدم وجوب الدفع الى الحاكم الاول و ان كانت مزاحمة (لان هذا) الثمن الذى يأخذه الحاكم الثانى بعد فسخ البائع بيع الشرط

ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الاول ، فلامزاحمة .

لكن الاظهر انها مزاحمة عرفا .

الامر السابع : اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الابرد الجميع ، فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشترى التصرف فى المدفوع اليه ، لبقائه على ملك البائع .

و الظاهر انه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنية ، الا

(ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الاول) حتى يكون اعطاء الثمن الى الحاكم مزاحمة (فلامزاحمة) بين الحاكمين .

(لكن الاظهر انها) اى تسليم الثمن الى الحاكم الثانى و تأنيث الضمير باعتبار ((مزاحمة)) (مزاحمة عرفا) .

فاذا قلنا بعدم جواز المزاحمة لم يجز التسليم الى الحاكم الثانى .

(الامر السابع) من الامور المرتبطة بخيار الشرط (اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك) الفسخ (الابرد الجميع) اى جميع الثمن و ذلك لانه شرط الفسخ (فلو رد) البائع (بعضه) اى بعض الثمن (لم يكن له الفسخ) الا اذا اكمله بالبعض الآخر (و) اذا دفع البائع بعض الثمن (ليس للمشترى التصرف فى المدفوع اليه (على ملك البائع) و رضى البائع ان يتصرف فيه لاينفع بعد ان كان رضاً معامليا لا رضاً مطلقا

(و الظاهر) من القواعد (انه) اى المشترى (ضامن له) اى للمقدار المدفوع اليه من الثمن (لو تلف) لقاعدة : على اليد (اذا دفعه اليه على وجه الثمنية) لانه ليس بثمن ، ولا امانة ، ولا وجه آخر لعدم الضمان (الا

ان يصرح بكونها امانة عنده الى ان يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع .

و لو شرط البائع الفسخ فى كل جزء بردما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فى ما قابل المدفوع ، و للمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع و خرجت المدة ،

ان يصرح) البائع المعطى (بكونها) اى العين المدفوعة بعنوان بعض الثمن (امانة عنده) اى عند المشترى ، فقال هى امانة عندك (الى ان يجتمع قدر الثمن) كاملا (فيفسخ البائع) فانه اذا تلف عند المشترى حينئذ بدون تعدّ و تفريط لم يكن ضامنا ، اذ الامين ليس بضامن ، و لو تلف و اختلفا فى انه بتعد ، ام لا ، فليس عليه الا اليمين ، كما هى القاعدة الكلية

(و لو شرط البائع) عند العقد (الفسخ فى كل جزء) جزء من اجزاء المبيع (ب) مقابل (ردّ) البائع (مايخصّه) اى يخصّ ذلك الجزء (من الثمن) كما اذا باعه دارين بالفين ، وشرط ان كل الف اذا دفع ، كان له فسخ احدى الدارين (جاز الفسخ فى ما قابل المدفوع) حسب الشرط .

و الظاهر ان الفسخ بقدر ما بيد البائع ، فاذا دفع الفاً فى مقابل الدار الغربية ، كان الراجع اليه الدار الغربية ، وان لم يرض المشترى بل اراد ارجاع الدار الشرقية (وللمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع) ، بان لم يعط بقية الثمن (وخرجت المدة) المضروبة اجلا للخيار ، وذلك لوضوح ان الشرط كان اعطاء جميع الثمن فى مقابل رد جميع المبيع ، فاذا لم يعط جميع الثمن لم يكن له الفسخ ، فاذا فسخ البعض و ظن المشترى انه مقدمة فسخ الكل كان ذلك مراعى بفسخ الكل

وهل له ذلك قبل خروجها ؟ الوجه ذلك و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل برد جزء معين من الثمن فى المدة ، بل بجزء غير معين فيبقى

فاذا لم يفسخ الكل ، كان للمشترى الامتناع عن رد المبيع ، واسترجاع مارد منه اذا كان رد البعض (وهل له) اى للمشترى (ذلك) اى خيار التبعيض (قبل خروجها ؟) اى قبل خروج المدة بان كانت المدة سنة مثلا و اعطى البائع فى نصف سنة نصف المبلغ ، واسترجع دارا من الدارين — مثلا — فللمشترى ان يأخذ بخيار التبعيض بان يسترد الدار و يرجع نصف الثمن و يحتفظ بالدارين معا الى ان يعطى البائع كل الثمن قبل السنة (الوجه ذلك) اى للمشترى حق ذلك لحصول سبب خيار التبعيض فعلا .

لكن فيه انه اذا كان الشرط اعطاء كل جزء عند اعطاء البائع كل جزء من الثمن لم يكن لخيار المشترى وجه ، بعد ان رضى بالتبعيض حال العقد (و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل) اى كل المبيع (برد جزء معين من الثمن فى المدة) .

كما اذا قال البائع : افسخ العقد اذا اعطيت نصف الثمن (بل بجزء غير معين) .

كما اذا قال البائع : افسخ العقد اذا اعطيت بعض الثمن ، و لم يعين مقدار ذلك البعض .

وانما يجوز ذلك لقاعدة : المؤمنون عند شروطهم .

وكيف كان (ف) اذا فسخ البائع بعد اعطاء جزء معين او جزء غير معين (يبقى

الباقى فى ذمة البائع بعد الفسخ .

الامر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن ، كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن .

ولا اشكال فى انصراف الاطلاق الى العين .

و لا فى جواز التصريح برد بدله مع تلفه .

الباقى فى ذمة البائع بعد الفسخ) فاذا دفع فهو ، والا كان للمشترى اخذه منه بجبر الحاكم ، فاذا لم يمكنه ذلك ، كان له الفسخ و استرجاع المثمن من البائع ، ورد ما اعطاه من الثمن .

(الامر الثامن) من الامور المربوطة بخيار الشرط (كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن ، كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن) فيقول المشترى للبائع اذا رددت الدار عليك فى مدة سنة كان لى فسخ العقد و استرجاع ثمنها .

و انما يجوز ذلك لاطلاق قاعدة : المؤمنون عند شروطهم .

(ولا اشكال فى انصراف الاطلاق) اى اطلاق المشترى قوله « ان رددت المثمن » (الى العين) فاللازم عليه ردّ عين المثمن اى نفس الدار ـ مثلا ـ لا ان يرد بدله مثلا اذا كان مثليا كما اذا كان المثمن حنطة ، وقيمة اذا كان قيميا كما اذا كان المثمن الدار .

(و) كذلك (لا) اشكال (فى جواز التصريح برد بدله) اى بدل المثمن (مع تلفه) بان يقول المشترى « اردّ عين الدار ، او الحنطة لدى وجودهما ، واراد بدل لهما قيمة او مثلا لدى تلفهما .

لان مرجعه الی اشتراط الخیار برد المبیع ، مع وجوده ، وبدله مع تلفه ، وعدم بقاء مال البائع عند المشتری بعد الفسخ ،و فی جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمکن من العین اشکال من انه خلاف مقتضی الفسخ لان مقتضاه رجوع کل من العوضین الی صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ علی وجه غیر مشروع .

و انما قلنا ((ولا فی جواز ..)) (لان مرجعه) ای مرجع هذا الشرط (الی اشتراط الخیار برد) عین (المبیع، مع وجوده ، و) برد (بدله) مثلا او قیمة (مع تلفه ، و) مع (عدم بقاء مال البائع عند المشتری بعد الفسخ) .

قوله ((وعدم)) عطف توضیحی لقوله ((مع تلفه)) و قول المصنف ((لان مرجعه)) ای انه لا فرق بین ان یقول المشتری ((اذا رددت المثمن استرجع العین و اذا کان المثمن تالفا رددت بدله)) و بین ان یقول ((اذا رددت المثمن ـ عینا لدی وجوده)) و بدلا ((لدی تلفه)) ـ کان لی استرجاع الثمن (و فی جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمکن من العین اشکال) من اطلاق : المؤمنون عند شروطهم ، فیصح (من انه خلاف مقتضی الفسخ) فان الشارع قرر الفسخ المعتبر عند العقلاء فاذا شرط علی خلاف المقرر عند العقلاء ، کان من قبیل شرط خلاف مقتضی العقد (لان مقتضاه) ای مقتضی الفسخ (رجوع کل من العوضین الی صاحبه) .

و علیه : (فاشتراط البدل اشتراط للفسخ علی وجه غیر مشروع) فلا

. . . . . .

بل ليس فسخا في الحقيقة .

نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي ، و بالقيمة في المثلي ، امكن الجواز لانه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه ، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة ، والقيمي بالمثل ، ولا اشتراط رجوع غير ما

يشمله دليل الشرط (بل) مثل هذا الفسخ الموجب لرجوع البدل ((مع وجود العين)) (ليس فسخا في الحقيقة) لانه فسخ غير مشروع .

لكن ربما يقال : ان هذا الاشكال غير صحيح لان الفسخ يوجب رجوع العين اذا لم يكن هناك مانع شرعي ، او مانع عقلي ، والا رجع الى البدل ، والشرط بمنزلة المانع الشرعي لان الشرع في باب الشرط امضى الشروط العقلائية و هذا شرط عقلائي .

فكما انه اذا تلف العين يرجع الى البدل ، كذلك اذا شرط عدم اعطائه العين .

(نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي) كرد الشاة بشاة شبيهة بها ، بينما الشاة قيمية (و بالقيمة في المثلي) كردّ الحنطة قيمة لاحنطة (امكن الجواز) و ان كان هذا ايضا خلاف مقتضى الفسخ .

و انما نقول بامكان الجواز (لانه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه) لانه اذا كان المبيع تالفا تعلقت قيمته او مثله بالذمة فيشترط ان يوفى ما في الذمة بشئ آخر (لا) انه (اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة ، و) التالف (القيمي بالمثل) حتى يقال : انه خلاف مقتضى الفسخ و يكون فيه المحذور السابق (ولا) انه عبارة عن (اشتراط رجوع غير ما

. . . . . .

اقتضاه العقد الی البائع، فتأمل، و یجوز اشتراط الفسخ لکل منهما بـرد ما انتقل الیه، او بدله و اللّه العالم.

اقتضاه العقد الی البائع) حتی یقال: انه خلاف مقتضی العقـد، و الشرط المخالف لمقتضی العقد باطل (فتأمل).

لعل وجهه ماذکرناه من صحة اشتراط رد البدل و لو مع التمکن من العین (و یجوز اشتراط الفسخ لکل منهما) ای البائع و المشتری (بـردّ ما انتقل الیه، او بدله و الله العالم).

قريبا جدا

بعونه تعالى سيصدر القسم الثانى من الخيارات و الجزء الثانى عشر من الكتاب (ايصال الطالب الى المكاسب) عن قريب ان شاء الله تعالى .

و يبحث فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع .

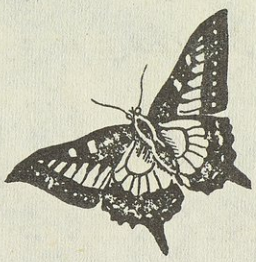
(الناشر)

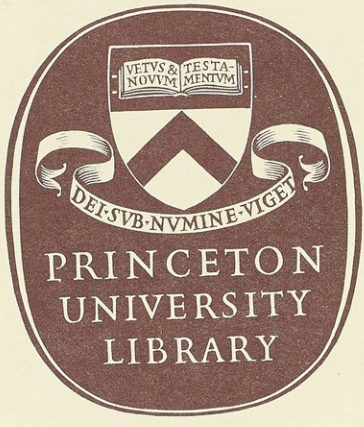
محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة الكتاب	٢
تعريف الخيار و موارده	٣
فى ان الاصل فى البيع اللزوم او الجواز	١٠
القول فى اقسام الخيار	٥٨
١ــ خيار المجلس	٥٩
فى ثبوت خيار المجلس للمالكين	٦١
فى انه هل يثبت خيار المجلس للعاقد الواحد ام لا	٨٩
فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن خيار المجلس	٩٥
فى عدم ثبوت خيار المجلس فى العقود سوى البيع	١٢٣
فى مبدء خيار المجلس	١٢٩
القول فى مسقطات الخيار	١٣٥
فى سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد	١٣٦
من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد	١٧٠
من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين	١٨١
فى عدم الاعتبار بالافتراق عن اكراه	١٨٧
فى ما لو اكره احد المتبايعين على التفرق	١٩٦

الموضوع	الصفحة
فى ما اذا زال الاكراه	٢٢١
من مسقطات خيار المجلس التصرف	٢٢٤
٢ـ خيار الحيوان	٢٢٧
فى اختصاص خيار الحيوان بالمشترى	٢٣٢
فى انه لافرق فى مدة الخيار بين الامة وغيرها	٢٤٩
فى مبدء خيار الحيوان	٢٥١
فى دخول الليلتين فى الايام الثلاثة	٢٦٠
فى مسقطات خيار الحيوان	٢٦٥
٣ـ خيار الشرط	٣٠٦
فى عدم الفرق بين اتصال زمان الخيار و انفصاله	٣١٠
فى عدم الفرق بين ذكر المدة وعدمه فى بطلان العقد	٣١٩
فى مبدء خيار الشرط	٣٢٩
فى صحة جعل خيار الشرط للاجنبى	٣٣٣
فى جواز اشتراط الاستيمار	٣٤١
فى اضافة البيع الى الخيار	٣٤٦
فى ان الثمن اما ان يكون فى الذمة او معينا	٣٥٧
فى ان ردّ الثمن مقدمة للفسخ	٣٦٤
فى اسقاط خيار الشرط باسقاطه بعد العقد	٣٦٧

الموضوع	الصفحة
فى ما لو تلف المبيع كان تلفه من المشترى	٣٨٥
فى تسلط البائع على الفسخ	٣٩٣
فيما اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن	٤٠٥
فى تسلط البائع و المشترى على الفسخ	٤٠٨
محتويات الكتاب	٤١٤




VETVS &
NOVVM
TESTA-
MENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY