

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الكافي

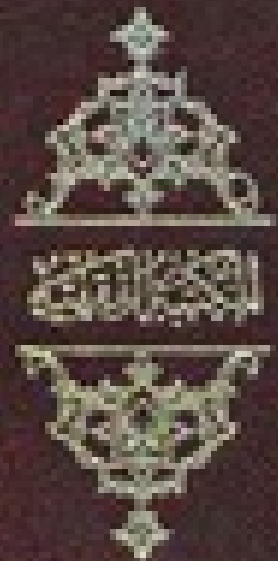
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ مرتضى الأنباري

١٢٩٤ - ١٣٥١ هـ



العدد

مكتبة تقيون كتاب الشيخ الأئمة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق.

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٥

[مقدمه التحقيق]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى نَبِيِّهِ الْمُصْطَفَى وَأَهْلِ بَيْتِهِ الطَّاهِرِينَ.

أَمَّا بَعْدُ:

فَقَدْ تَمَّ بَعُونَ اللَّهُ وَفَضْلُهُ تَحْقِيقَ الْقِسْمِ الثَّلَاثِ مِنْ كِتَابِ الْمَكَّاسِبِ لِلشَّيْخِ الْأَعْظَمِ الْأَنْصَارِيِّ قَدَّسَ سِرَّهُ الَّذِي تَضَمَّنَ مَبَاحِثَ الْخِيَارَاتِ وَالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَالْقَبْضِ، بَعْدَ أَنْ أَكْمَلْنَا الْقَسْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ مِنْهُ، وَهُمَا: الْمَكَّاسِبُ الْمَحْرَمَةُ وَالْبَيْعُ.

وَكَانَ أَسْرُنَا فِي مَقْدَمِهِ الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِلَى حُصُولِنَا عَلَى مَصُورِهِ النَّسْخَةِ الْأَصْلِيَّةِ لِقِسْمِ الْخِيَارَاتِ مِنْ مَكْتَبَةِ الْإِمَامِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ بِمَشْهَدِ الْمُقَدَّسَةِ. وَذَكَرْنَا خُصُوصِيَّاتِهَا وَأَنَا رَمَزْنَا لَهَا بِ«ق».

وَبِنَاءٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ كَانَ عَمَلْنَا فِي هَذَا الْقِسْمِ وَفَقًّا لِلآتِي:

أَوَّلًا: اِكْتَفَيْنَا فِي تَحْقِيقِ هَذَا الْقِسْمِ وَهُوَ قِسْمُ الْخِيَارَاتِ وَمَبَاحِثِ النَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَالْقَبْضِ بِالنَّسْخَةِ الْأَصْلِيَّةِ «ق» وَنَسْخَةِ «ش»، أَمَّا سَائِرُ النَّسْخِ فَلَمْ نُشْرِكْ إِلَيْهَا إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

ثَانِيًا: رَجَّحْنَا نَسْخَةَ الْأَصْلِ عَلَى غَيْرِهَا عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ إِلَّا إِذَا

ثبت خطأها فرجحنا غيرها مع الإشاره إلى ذلك فى الهامش.

ثالثاً: أثبتنا الزيادات الضرورية من نسخة «ش» أو غيرها فى المتن بين معقوفتين، و جعلنا غيرها فى الهامش.

رابعاً: لم نذكر الزيادات أو الاختلافات التى ثبت كونها مغلوطة أو كانت خالية من الفائدة.

خامساً: افتقدت نسخة الأصل بعض الصفحات فأبدلناها بنسخه «ف»؛ لأنها كانت أقرب النسخ إلى الأصل.

□
و بذلك جاء هذا القسم من كتاب المكاسب بحمد الله أقرب إلى الأصل، بل مطابقاً معه.

و أخيراً نوذ أن نوجه شكرنا لجميع الإخوه الذين بذلوا جهودهم فى إصدار الكتاب ضمن مجموعه تراث الشيخ الأعظم قدس سره جامعاً بين الدقه فى التحقيق و الجوده فى الإخراج، سواء الذين ذكرناهم فى مقدمه الجزء الأول و من اشتركوا معهم بعد ذلك، سيما حجه الإسلام و المسلمين الشيخ محمد حسين الأحمدي الشاهرودى.

□
و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مسؤول لجنة التحقيق محمد على الأنصارى

القول في الخيار و أقسامه و أحكامه

إشاره

ص: ٩

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

ص: ١٠

مقدمتان:

الأولى [فى معنى الخيار]

الخيار لغةً: اسم مصدرٍ من «الاختيار»، غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى «ملك فسخ العقد» (١) على ما فسره به فى موضع من الإيضاح (٢)، فبدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزه و فى عقد الفضولى، و ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمه و الخاله لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت، و ملك الأمه المزوجه من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

و لعلّ التعبير ب«الملك» للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من

ص: ١١

١-١) لم نعثر عليه إلّا فى كلام فخر المحققين قدّس سرّه فى الإيضاح، الذى ذكره المؤلّف رحمه الله. □
٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٨٢.

الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و التسلّط على فسخ العقود الجائزه، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيه لا من الحقوق؛ و لذا لا تورّث و لا تسقط بالإسقاط.

و قد يعرف بأنّه: ملك إقرار العقد و إزالته (١).

و يمكن الخدشه فيه بأنّه:

إن أُريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرّك؛ لأنّ القدره على الفسخ عين القدره على تركه؛ إذ القدره لا تتعلّق بأحد الطرفين.

و إن أُريد منه إلزام العقد و جعله غير قابلٍ لأمن يفسخ، ففيه: أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا- يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أنّ ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإنّ لكلّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً.

ثمّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه (٢) عند الإطلاق في كلمات المتأخّرين، و إلّا فإطلاقه في الأخبار (٣) و كلمات الأصحاب على سلطنه الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و سلطنه الرجوع في الهبه و غيرهما من أفراد السلطنه شائع.

ص: ١٢

١- ١) عرّفه بذلك الفاضل المقداد في التنقيح ٢:٤٣، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٨:١٧٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٣.

٢- ٢) في «ش» زياده: «عرفاً».

٣- ٣) راجع الوسائل ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ و ٢، و ١٣:٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦.

إشاره

ذكر غير واحد (١) تبعاً للعلامة في كتبه (٢): أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأن الشارع وضعه [مفيداً (٣)] لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه (٤)، انتهى.

[معاني الأصل]

إشاره

أقول: المستفاد من كلمات جماعه أن الأصل هنا قابل لإرادته معانٍ

الأول: الراجح،

احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبه (٥).

ص: ١٣

-
- ١ - ١) منهم: الشهيد قدس سره في القواعد و الفوائد ٢: ٢٤٢، القاعدة ٢٤٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٤، و المحقق السبزواري في كفايه الأحكام: ٩٢ بلفظ: «الأصل في العقود اللزوم» و صاحب الجواهر في الجواهر ٣: ٢٣.
 - ٢ - ٢) لم نقف عليه في كتبه، عدا القواعد ٢: ٦٤، و التذكرة التي ذكرها المؤلف قدس سره.
 - ٣ - ٣) من «ش» و المصدر.
 - ٤ - ٤) التذكرة ١: ٥١٥.
 - ٥ - ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٨٢.

و فيه: أنه إن أراد غلبه الأفراد، فغالبها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبه الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه؛ مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب (١).

الثاني: القاعده المستفاده من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال

(٢)

و هذا حسنٌ، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب

(٣)

و مرجعه إلى أصله عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

و هذا حسنٌ.

الرابع: المعنى اللغوي،

بمعنى أن وضع البيع و بناءه عرفاً و شرعاً على اللزوم و صيروره المالك الأول كالأجنبي، و إنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط و بغيره. و ليس البيع كالهبة التي حَكَمَ الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط (٤).

ص: ١٤

١-١) القواعد ٢:٦٤.

٢-٢) أشار إليه الشهيد الثاني في تمهيد القواعد: ٣٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣: ٢٣ بلفظ: «و يمكن كونه بمعنى القاعده».

٣-٣) صرّح بذلك العلامة قدّس سرّه في عبارته المتقدّمة عن التذكرة.

٤-٤) قال الشهيد قدّس سرّه: «قد حكى هذا الوجه عن السيّد الصدر في مقام توجيه مراد الشهيد قدّس سرّه من قوله: "الأصل في البيع اللزوم" كي يندفع عنه إيراد الفاضل التونى عليه بإنكاره الأصل، لأجل خيار المجلس»، (هداياه الطالب: ٤٠٦)، و راجع شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

و من هنا ظهر: أنّ ثبوت خيار المجلس في أوّل أزمنه انعقاد البيع لا- ينافي كونه في حدّ ذاته مبيّناً على اللزوم؛ لأنّ الخيار حقّ خارجيّ قابلٌ للانفكاك. نعم، لو كان في أوّل انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لا حقّاً مجعولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا كما قيل (١) نظير قولهم: إنّ الأصل في الجسم الاستداره، فإنّه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستداره لأجل القاسر الخارجى.

و ممّا ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافيه، حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس (٢). إلّا أن يريد أنّ الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، و سيأتى ما فيه.

بقي الكلام فى معنى قول العلّامة فى القواعد و التذكرة:

«إنّه لا- يخرج من هذا الأصل إلّا بأمرين: ثبوت خيارٍ، أو ظهور عيب». فإنّ ظاهره أنّ ظهور العيب سببٌ لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع أنّه من أسباب الخيار.

و توجيهه بعطف الخاصّ على العامّ كما فى جامع المقاصد (٣)- غير ظاهر؛ إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، و هو مبينٌ له لا أعمّ.

نعم، قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله: و إنّما يخرج عن

ص: ١٥

١- ١) نسبة الشهيدى إلى شارح الوافيه، انظر شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

٢- ٢) الوافيه: ١٩٨.

٣- ٣) لم يصرّح بذلك، نعم يستفاد من عبارته، انظر جامع المقاصد ٢٨٢: ٤.

الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقصٍ في أحد العوضين، بل للترؤى خاصه. والثاني: ظهور عيبٍ في أحد العوضين (١)، انتهى.

و حاصل التوجيه-على هذا:- أنَّ الخروج عن الزوم لا يكون إلَّا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، لا- لاقتضاء نقصٍ في أحد العوضين، و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين.

لكنه مع عدم تمامه تكلف في عبارته القواعد؛ مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيراً (٢). و مقتضى توجيه:

أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

و يمكن توجيه ذلك: بأن العيب سببٌ مستقلٌ لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ، موجبٌ لاسترداد جزءٍ من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزءٍ من الثمن متزلزلٌ قابلٌ لإبقائه في ملك البائع و إخراج عنه، و يكفي في تزلزل العقد ملكٌ إخراج جزءٍ مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، و نقض مقتضاه من تملك كلٍّ من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

ص: ١٦

١-١) التذكرة ٥١٥: ١.

٢-٢) انظر التذكرة ٥١٥: ١ و ٥٢٤.

لكنه مبني على كون الأرش جزءاً حقيقياً من الثمن - كما عن بعض العامه (١) ليتحقق انفساخ العقد بالنسبه إليه عند استرداده.

وقد صرح العلامة في كتبه: بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله؛ لأن الأرش غرامه (٢). وحينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد.

ثم إن «الأصل» بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع؛ لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل.

أمّا لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا- يقتضى ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي.

و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه.

و أما بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع وغيره إذا شك في لزومه و جوازه.

[الأدله على أصاله اللزوم]

إشاره

و أمّا بمعنى القاعده فيجوز في البيع وغيره؛ لأن أكثر العمومات الداله على هذا المطلب يعم غير البيع، و قد أشرنا في مسأله المعاطاه إليها، و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب:

[الاستدلال بآيه أوفوا بالعقود]

فمنها: قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) دل على وجوب الوفاء بكل عقد. و المراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المرويّه في تفسير علي بن إبراهيم (٤) أو ما يسمّى عقداً لغه

ص: ١٧

١-١) حكاه العلامة في التذكرة ٥٢٨: ١.

٢-٢) لم نقف عليه في غير التذكرة ٥٢٨: ١.

٣-٣) المائدة: ١.

٤-٤) تفسير القمي ١٦٠: ١.

و عرفاً. و المراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلَّ العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره و جب العمل بما يقتضيه التمليك (١) من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام.

فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى اللزوم (٢).

و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد:

العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز (٣)، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

توضيح الضعف: أنّ اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع.

نعم، هذا المعنى - أعني: وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه - يصير بدلاله الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم.

و أضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على

ص: ١٨

١ - ١) في «ق» كتب على «التمليك»: «العقد».

٢ - ٢) في «ش» و هامش «ف» زياده: «بل قد حُقق في الأصول: أن لا معنى للحكم الوضعي إلّا ما انتزع من الحكم التكليفي».

٣ - ٣) قاله العلامة قدس سرّه في المختلف ٢٥٥: ٦.

اللزوم-مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعه المشهور-و هو (١): أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي و وضعي (٢).

و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلّا حكمٌ واحدٌ تكليفيٌ يستلزم حكماً وضعياً (٣).

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلاله قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** (٤) على اللزوم، فإنّ حليّه البيع التي لا- يراد منها إلّا حليّه جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغواً غير مؤثّر.

[الاستدلال بآيه تجاره عن تراض]

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليّه أكل المال بالتجاره عن تراض (٥)، فإنّه يدلّ على أنّ التجاره سببٌ لحليّه التصرف بقولٍ مطلق حتّى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر.

فدلاله الآيات الثلاث على أصاله اللزوم على نهج واحد، لكن الإنصاف أنّ في دلاله الآيتين بأنفسهما على اللزوم نظراً (٦).

ص: ١٩

١-١ (١) يعني: ما نشأ من عدم التفطن.

٢-٢ (٢) لم نقف على قائله.

٣-٣ (٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤-٤ (٤) البقره: ٢٧٥.

٥-٥ (٥) المستفاد من قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** النساء: ٢٩.

٦-٦ (٦) في «ش» بدل قوله «لكنّ الإنصاف... إلخ» عبارته: «لكن يمكن أن يقال: إنّه إذا كان المفروض الشكّ في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابته بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلّا بالاستصحاب، و لا ينفع الإطلاق». و قد وردت هذه العبارة في «ف» في الهامش.

[الاستدلال بآيه أكل المال بالباطل]

و منها: قوله تعالى: **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (١)** دلّ على حرمة الأكل بكلّ وجهٍ يسمّى باطلاً عرفاً، و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإنّ أكل المازّه من ثمر (٢) الأشجار التي يمرّ بها باطلٌ لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، و كذلك الأخذ بالشفعه و الخيار؛ فإنّ رخصه الشارع في الأخذ بهما (٣) يكشف عن ثبوت حقّ لذوى الخيار و الشفعه؛ و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطلٌ عرفاً.

نعم، لو دلّ الشارع على جوازه كما في العقود الجائزه بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حقّ للفاسخ متعلّقٍ بالعين.

[الاستدلال بروايته لا يحل مال امرئ مسلم و الناس مسلطون]

و ممّا ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا يحلّ مال امرئ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه» (٤).

و منها: قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلطون على أموالهم» (٥) فإنّ مقتضى السلطنه التي أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه؛ و لذا استدلل المحقّق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه: بأنّ فائده الملك التسلّط (٦). و نحوه العلّامه

ص: ٢٠

١- (١) البقره: ١٨٨.

٢- (٢) في «ش»: «ثمره».

٣- (٣) في ظاهر «ق»: «بها»، و لعلّه من سهو القلم.

٤- (٤) عوالي اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٥- (٥) عوالي اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩، و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

٦- (٦) الشرائع ٦٨: ٢.

في بعض كتبه (١).

و الحاصل: أنّ جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالاً لغيره و أخذه منه بغير رضاه منافٍ لهذا العموم.

[الاستدلال بروايه المؤمنون عند شروطهم]

□
و منها: قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢). و قد استدلّ به على اللزوم غير واحدٍ منهم المحقّق الأردبيلي قدس سرّه (٣) بناءً على أنّ الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربطٍ بعقدٍ آخر، فإنّ العقد على هذا شرطٌ، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعديّ عنه، فيدلّ على اللزوم بالتقريب المتقدم في أوّفاً بالعقود .

لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبه: «و لك يا ربّ شرطي أن لا- أعود في مكروهك، و عهدي أن أهجر جميع معاصيك» (٤)، و قوله عليه السلام في أوّل دعاء الندبه: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا» (٥) كما لا يخفى على من تأملها.

مع أنّ كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص،

ص: ٢١

-
- ١- ١) راجع التذكرة ٢: ٦، و فيه بعد الحكم بعدم جواز رجوع المقرض بعد قبض المستقرض هكذا: «صيانته لملكه».
 - ٢- ٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.
 - ٣- ٣) مجمع الفائدة ٨: ٣٨٣، و منهم المحدث البحراني في الحقائق ٤: ١٩.
 - ٤- ٤) الصحيحه السجّاديه: ١٦٦، من دعائه عليه السلام في ذكر التوبه و طلبها.
 - ٥- ٥) مصباح الزائر: ٤٤٦، و عنه في البحار ١٠٤: ١٠٢.

ففى القاموس: الشرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه (١).

و منها: الأخبار المستفيضة

فى أن «البيعان (٢) بالخيار ما لم يفترقا» (٣)، و أنه «إذا افترقا وجب البيع» (٤)، و أنه «لا خيار لهما بعد الرضا» (٥).

فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً.

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً (٦).

[مقتضى الاستصحاب أيضا للزوم]

و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك (٧)، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم مقتضى للزوم. و ردُّ بأنه:

إن أريد بقاء علاقة المالك أو علاقته تتفرع على الملك، فلا ريب

ص: ٢٢

١-١) القاموس ٢:٣٦٨، مادّه (الشرط).

٢-٢) كذا فى «ق»، و الوجه فيه الحكاية، و فى «ش» و مصحّحه بعض النسخ «ن»: «البيعين».

٣-٣) الوسائل ١٢:٣٤٥-٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢، و ٣، و ٣٥٠، الباب ٣ من الأبواب، الحديث ٦، و المستدرک ١٣:٢٩٧-٢٩٨، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤، ٦، و ٨، و ٢٩٩، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٣.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤، و ٣٤٨، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٥.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٦-٦) تقدّم فى الصفحة ١٤ (المعنى الثالث من معانى الأصل).

٧-٧) فى «ش» زياده: «عن العين».

فى زوالها بزوال الملك.

وإن أريد بها سلطنه إعاده العين فى ملكه، فهذه علاقه يستحيل اجتماعها مع الملك، وإنما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل؛ فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها.

وإن أريد بها العلاقه التى كانت فى مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل فى البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل فى الهبه بقاء جوازها بعد التصرف، فى مقابل من جعلها لازمه بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فى المجلس، بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك إلى عموم أو فوا (١) لا الاستصحاب:-

أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم (٢).

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه:- أن الأصل عدم اللزوم (٣)، و لم يردّه من تأخر عنه (٤) إلا بعموم قوله تعالى: أو فوا بالعقود (٥)، و لم يعلم (٦) وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسن فى خصوص عقد المسابقه و شبهه ممّا لا يتضمن

ص: ٢٣

١- ١) فى «ش»: «أو فوا بالعقود» .

٢- ٢) فى «ش» و هامش «ف» زياده: «فتأمل» .

٣- ٣) المختلف ٢٥٥: ٦.

٤- ٤) راجع جامع المقاصد ٣٢٦: ٨، و الجواهر ٢٢٣: ٢٨.

٥- ٥) المائده: ١.

٦- ٦) فى «ش»: «و لم يكن» .

تملياً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

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

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز (1)، بناءً على أن المرجع في الفرد المراد بين عنواني العام و المخصص إلى العموم. و أمّا بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزه.

لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، و أمّا تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة، و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان؛ لعموم «على اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسده، و إن كان المستند دخوله في «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مائع عن الرجوع إليه فيما احتمال كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

ص: ٢٤

(١ - ١) «أو الجائز» مشطوب عليها في «ق».

و هي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة، و المجتمع منها في كل كتاب سبعة، و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعه مجتمعاً أربعة عشر (١)، مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نفتنى أثر المقتصر على السبعه كالمحقق (٢) و العلامة (٣) قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول و بالله التوفيق

ص: ٢٥

١- ١) اللمعه الدمشقيه: ١٢٧.

٢- ٢) قال في الشرائع (٢:٢١): «أمياً أقسامه فخمسه»، و قال في المختصر النافع (١٢١): «و أقسامه ستته». و لم نقف على قول له بالسبعه.

٣- ٣) القواعد ٦٤:٢، التذكرة ٥١٥:١، و الإرشاد ٣٧٤:١.

إشاره

و المراد ب«المجلس» مطلق مكان المتبايعين حين البيع، و إنما عَبر بفرده الغالب، و إضافه الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق.

و لا خلاف بين الإماميّه في ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفيضه (١).

و الموثّق الحاكي لقول عليّ عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» (٢) مطروح أو مؤوّل.

و لا فرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم، سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري.

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل:

إشاره

ص: ٢٧

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار.

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٧، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٧.

مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين،

و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة. و هل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس، و إلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه؛ لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، و الآخر: أنه يتعلق بالوكيل (١)، انتهى.

[أقسام الوكيل]

[١- أن يكون وكيلًا في مجرد إجراء العقد]

أقول: و الأولى أن يقال: إنَّ الوكيل إن كان وكيلًا- في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعهم المحقق و الشهيد الثانيان (٢) لأنَّ المتبادر من النصَّ غيرهما و إن عمّمناه لبعض أفراد الوكيل (٣) و لم نقل بما قيل (٤) تبعاً لجامع المقاصد (٥) بانصرافه

ص: ٢٨

١- (١) التذكرة ٥١٨: ١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢٨٥: ٤، و المسالك ١٩٤: ٣-١٩٥.

٣- (٣) المراد بهذا «البعض» هو الوكيل في التصرف المالي، غايه الآمال: ٤٨٨.

٤- (٤) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ٢٤١.

٥- (٥) جامع المقاصد ٢٨٦: ٤.

بحكم الغلبه إلى خصوص العاقد المالك؛ مضافاً إلى أنّ مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج.

ألا ترى: أنّه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينعق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقته أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلّه الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع و عدم وجوب عتقه.

هذا مضافاً إلى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان (١)، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه، فإنّ المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيّد إلّا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من لفظ «المتبايعين»، مع أنّ ملاحظه حكمه الخيار تبعّد ثبوته للوكيل المذكور؛ مضافاً إلى أدلّه سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه.

و الظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدّمه عن التذكرة (٢)، فإنّ الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرّف الوكيل بالبيع و الشراء، لا مجرد إيقاع الصيغه.

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين، كما

ص: ٢٩

١- ١) الوسائل ٣٤٥: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الأحاديث ٥، ١ و ٣٥٠، الباب ٣ من الأبواب نفسها، الحديث ٦.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٢٨.

هو ظاهر الحدائق (١).

و أضعف منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل من الفسخ بزعم:

أن الخيار حقٌ ثبت للعاقِد بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

و على المختار، فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال:

من أن الظاهر من «البيعين» في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين؛ و ذكروا: أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع وكيه.

و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآله للمالكين، و نسبة الفعل إليهما شائعه، و لذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغه. و عدم الحث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغه ممنوع.

فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد، و المراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لسانى الموكلين، و العبره بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

هذا كله إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

[٢- أن يكون وكيلاً مستقلاً في التصرف المالى]

و إن كان وكيلاً في التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً في التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له،

ص: ٣٠

و دعوى تبادل المالين ممنوعه، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبه، فإنّ معامله الوكلاء و الأولياء لا تحصى.

و هل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة (1)؟ إشكالاً:

من تبادل المتعاقدين من النصّ، و قد تقدّم عدم حثّ الحالف على ترك البيع بيع و كيله.

و من أنّ الاستفادة من أدلّه سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص (2): كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرّع (3) إرفاقاً له، و أنّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلّا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّه.

و حينئذٍ فقد يتحقّق في عقدٍ واحدٍ الخيار لأشخاصٍ كثيره من طرفٍ واحدٍ أو من الطرفين، فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز (4).

ص: ٣١

١- ١) تقدّم في الصفحة ٢٨.

٢- ٢) راجع الصفحة ٢٩، الهامش الأول.

٣- ٣) في «ش»: «شرعاً».

٤- ٤) في «ش» زياده: «فإنّ تلك المسأله فيما إذا ثبت للجانبين، و هذا فرض من جانب واحد».

ثمّ على المختار من ثبوته للموكّلين، فهل العبره فيه بتفرّقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرّق المتعاقدين، أو بتفرّق الكلّ، فيكفى بقاء أصيل مع وكيل الآخر (1) في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير.

[٣- أن لا يكون مستقلاً في التصرف]

وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكياً في التصرف على وجه المعاوضه كما إذا قال له: اشتر لي عبداً فالظاهر حينئذٍ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأوّل (2): من أن إطلاق أدلّه الخيار مسوقاً لإفاده سلطنه كلّ من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكّن عند الشكّ فيه، ولا لتخصيص ما دلّ على سلطنه الموكل على ما انتقل إليه المستلزمه لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي.

و في ثبوته للموكّلين ما تقدّم (3).

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه (4).

[هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل؟]

ثمّ هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى؟ الأقوى العدم؛ لأنّ المتيقّن من

ص: ٣٢

١- ١) في «ش»: «آخر».

٢- ٢) و هو الوكيل في إجراء لفظ العقد فقط، راجع الصفحه ٢٨-٢٩.

٣- ٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤- ٤) آنفاً.

الدليل ثبوت الخيار للعاقده فى صورته القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

[عدم ثبوت الخيار للفضولى]

و ممّا ذكرنا أنّصح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و إن جعلنا الإجازة كاشفه، لا لعدم صدق «المتبايعين»؛ لأنّ البيع النقل و لا نقل هنا- كما قيل (١)- لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفى، و هو موجودٌ هنا.

نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، و هذا المعنى منتفٍ فى الفضولى قبل الإجازة.

و يندفع أيضاً: بأنّ مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصحّ على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار (٢).

فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم: من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين (٣). نعم، فى ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجهٌ. و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجهٌ. خصوصاً على القول بأنّ الإجازة عقدٌ مستأنف، على ما تقدّم توضيحه فى مسأله عقد الفضولى (٤). و يكفى حينئذٍ الإنشاء أصاله من أحدهما، و الإجازة من الآخر إذا جمعتهما مجلسٌ

ص: ٣٣

١- (١) قاله صاحب الجواهر ٩: ٢٣.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩ من كتاب البيوع.

٣- (٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤- (٤) راجع الجزء الثالث: ٣٩٩.

عرفاً. نعم، يحتمل في أصل [المسألة (١)] أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ «التزمت»، فتأمل.

ولا فرق في الفضوليين بين الغاصب و غيره، فلو تباع غاصبان ثم تفسخا لم يزل العقد عن قابليته لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورته المعاقده، والله العالم.

ص: ٣٤

(١ - ١) لم ترد في «ق».

مسأله [هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟]

لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولايه أو وكاله على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان ولياً أو وكيلاً مستقلاً في التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى والمحقق (1) والعلامة (2) والشهيدان (3) والمحقق الثانى (4) والمحقق الميسى (5) والصيمرى (6) وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين؛ لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين.

ص: ٣٥

١-١) حكاة عن ظاهرهم المحقق التستري فى المقابيس: ٢٤٠.

٢-٢) التذكرة ٥١٥:١-٥١٦.

٣-٣) الدروس ٣:٢٦٥، والمسالك ١٩٧:٣-١٩٨.

٤-٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، والمحقق التستري فى المقابيس: ٢٤١، وراجع تعليقه المحقق على الإرشاد (مخطوط): ٢٥٣-٢٥٤.

٥-٥) لا يوجد لدينا كتابه، نعم حكاة عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، والمحقق التستري فى المقابيس: ٢٤١.

٦-٦) حكى عنه ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، والمحقق التستري: ٢٤١. وراجع غايه المرام (مخطوط): ٢٨٨.

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، و جعل الغايه التفرّق المستلزم للتعدّد مبنئى على الغالب.

□

خلافاً للمحكى فى التحرير من القول بالعدم (١)، و استقره فخر الدين قدس الله سرّه (٢)، و مال إليه المحقق الأردبيلي (٣) و الفاضل الخراسانى (٤) و المحدث البحرانى (٥)، و استظهره بعض الأفاضل ممن عاصروناهم (٦).

و لا- يخلو عن قوه بالنظر إلى ظاهر النص؛ لأنّ الموضوع فيه صورته التعدّد، و الغايه فيه الافتراق المستلزم للتعدّد، و لولاها لأمكن استظهار كون التعدّد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر أحكامهما؛ إذ لا يفرّق العرف بين قوله: «المتبايعان كذا» و قوله:

«لكل من البائع و المشتري»، إلّا أنّ التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهرٌ فى اختصاص الحكم بصوره إمكان فرض الغايه، و لا يمكن فرض التفرّق فى غير التعدّد.

و منه يظهر سقوط القول بأنّ كلمه «حتى» تدخل على الممكن و المستحيل، إلّا أن يدعى أنّ التفرّق غايه مختصّه بصوره التعدّد،

ص: ٣٦

١- ١) التحرير ١:١٦٥.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١:٤٨١، و فيه: «و الأولى عدم الخيار هنا».

٣- ٣) مجمع الفائدة ٨:٣٨٩.

٤- ٤) كفايه الأحكام: ٩١، و فيه: «لا يخلو عن قوه».

٥- ٥) الحدائق ١٩:١٣ و ١٦.

٦- ٦) و هو المحقق التستري فى المقابس: ٢٤١، و فيه: «و لعل القول الثانى أقوى».

لا مخصّصة للحكم بها.

و بالجمله، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكّلٌ. نعم، لا يبعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه. و الأولى التوقّف، تبعاً للتحريّر و جامع المقاصد (١).

ثمّ لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاؤه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرّق.

ص: ٣٧

١-١) التحريّر ١:١٦٥، و جامع المقاصد ٤:٢٨٧.

مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:

منها: من ينعق على أحد المتبايعين،

و المشهور كما قيل (١):-:

عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محلّ وفاق (٢). و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع (٣). و الكلام فيه مبنئ على قول المشهور:

من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

و الظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين؛ لأن مقتضى الأدلّة الانعتاق بمجرد الملك، و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم

ص: ٣٨

١- ١) قاله المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:١٦.

٢- ٢) نسبة إلى ظاهر المسالك المحقّق التستري في المقابس: ٢٤٠، و انظر المسالك ٣:٢١٢.

٣- ٣) الدروس ٣:٢٦٦.

زوال الحرّيه بعد تحقّقها إلّا على احتمالٍ ضَعْفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيماً (١) مبنئً على تزلزل العتق.

و أمّا الخيار بالنسبه إلى أخذ قيمه، فقد يقال (٢): [إنّه (٣)] مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار و دليل عدم عود الحرّ إلى الرقيّه، فيفرض المنعق كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع قيمه و يستردّ الثمن. و ما في التذكرة:

من أنّه و طنّ نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروّى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع؛ لأنّ التوطن على شرائه عالمًا بانعاقه عليه ليس توطيئاً على الغبن من حيث المعامله، و كذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن و يأخذ قيمه. و ما في التذكرة: من تغليب جانب العتق (٤) إنّما يجدى مانعاً عن دفع العين.

لكنّ الإنصاف: أنّه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه؛ لأنّ شراءه إتلافٌ له في الحقيقه و إخراجٌ له عن الماليّه، و سيجيء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف (٥)، فعدم ثبوته به أولى. و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه؛ لأنّ بيعه ممّن ينعق عليه إقدامٌ على إتلافه و إخراجة عن الماليّه.

ص: ٣٩

١- ١) لم نعثر فيه إلّا على هذه العبارة: «و لو اشترى من يعق عليه ثمّ ظهر على عيب سابق فالوجه أنّ له الأرش خاصّه» انظر التحرير ١: ١٨٤.

٢- ٢) احتمله الشهيد في الدروس ٣: ٢٦٦.

٣- ٣) الزيادة اقتضاها السياق.

٤- ٤) التذكرة ٥١٦: ١، و فيه: «لكن النظر إلى جانب العتق أقوى».

٥- ٥) يجيء في الصفحه ٨١ و ٩٧.

و الحاصل: أننا إذا قلنا: إنَّ الملك في من ينعق عليه تقديرى لا- تحقيقى، فالمعامله عليه من المتبايعين مواطاةً على إخرجه عن المائيه، و سلكه في سلك ما لا يتموّل. لكنّه حسنٌ مع علمهما، فتأمل.

و قد يقال (1): إنَّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنئى على أنّ الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأ ما، أو الأوّل بالأوّل و الثانى بالثانى، أو العكس؟ فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم؛ لأنصيه أخبار العتق و كون قيمه بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، و لسبق تعلّقه على الأخير. و يحتمل قريباً الثبوت؛ جمعاً بين الحقيين و دفعاً للمنافاه من البين، و عملاً بالنصين و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، و تنزيلاً للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب في أحدهما، و للعتق منزله تلف العين، و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى قيمه فيما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممّن ينعق على المشتري، أو تعيب بما يوجب ذلك. و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام.

و على الثالث يتّجه الثانى؛ لما مرّ، و لسبق تعلّق حقّ الخيار و عروض العتق.

ثمّ قال: و حيث كان المختار فى الخيار: أنّه بمجرد العقد، و فى العتق: أنّه بعد الملك، و دلّ ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أنّ أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار و غيره، بل قد صرّحوا بأنّ الخيار يثبت بعد

ص: ٤٠:

(١-١) القائل هو صاحب المقابس قدّس سرّه، كما سيأتى.

العقد و أنه علة و المعلول لا- يتخلف عن علقته، كما أن الانعتاق لا يتخلف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير (١) و مال إليه الشهيد (٢) إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهره الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب البيع (٣) من غير استثناء (٤). انتهى كلامه (٥)، رفع مقامه.

أقول: إن قلنا: إنه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديراً لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آناً ما، إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديراً؛ إذ ملكيه المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع.

و الحاصل: أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، و هذا غير

ص: ٤١

١- ١) راجع المختلف ٢٣: ٨- ٢٥، و التحرير ١٦٥: ١، و ٧٧: ٢.

٢- ٢) انظر الدروس ٢٦٦: ٣، و القواعد و الفوائد ٢٤٧: ٢، القاعده ٢٤٤.

٣- ٣) كذا فى ظاهر «ق»، و لعل الأصح: «المبيع»، كما فى «ش».

٤- ٤) راجع الغنيه: ٢١٧.

٥- ٥) يعنى: كلام المحقق التستري فى المقابس: ٢٤٠.

حاصل فيما نحن فيه.

و إن قلنا: إنَّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردِّ العين إن كان موجوداً و بدله إن كان تالفاً أو كالتالف، و لا يعتبر فى صورته التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفى أن تكون العين المضمونه قبل الفسخ بضمنها مضمونه بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى قيمه فيما (١) تقدّم من (٢) مسأله البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعتاً على المشتري (٣)، و حكمهم برجوع الفاسخ إلى قيمه لو وجد العين منتقله بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزله التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى قيمه، إلما مع إقدام المتبايعين على المعامله مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، فالأقوى العدم؛ لأنهما قد تواطئا على إخرجه عن المائيه الذى هو بمنزله إتلافه.

و بالجمله، فإنَّ الخيار حقٌ فى العين، و إنما يتعلّق بالبدل بعد تعدّره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لمائيته و نفويتاً لمحلّ الخيار و (٤) كان كنفويت نفس الخيار باشرط سقوطه، فلم يحدث حقٌ فى العين حتّى يتعلّق ببدله.

ص: ٤٢

١-١) فى ظاهر «ق»: «فما»، و لعله من سهو القلم.

٢-٢) فى «ش»: «فى».

٣-٣) تقدّم فى كلام صاحب المقابس، راجع الصفحه ٤٠.

٤-٤) لم ترد «و» فى «ش».

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع (١) ونقله إلى من ينعق عليه كالإتلاف له من حيث المالبه، فذفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل.

و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر

بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أمّا بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه، و أمّا بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم: من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي و لو تقديراً (٢) لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه، و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال: إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط (٣).

و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين قدس سره فى الإيضاح: من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنفاً، و بالنسبة إلى المشتري كالبيع (٤)؛ بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له؛ لأن الملك سبيل، و إنما له حق استيفاء

ص: ٤٣

-
- ١- ١) لم نظفر على مصرح بذلك بعد التبع فى الكتب الفقهيّة المتداوله، انظر مفتاح الكرامه ٤:٥٩٩.
 - ٢- ٢) تقدم فى الصفحه ٤١.
 - ٣- ٣) لا يوجد لدينا «حواشى الشهيد» لكن حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.
 - ٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤١٤.

لكنّ الإنصاف: أنّه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً؛ لأنّ الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» (١) اختصاص الخيار بصوره تحقّق البيع من الطرفين؛ مع أنّه لا معنى لتحقّق العقد البيعى من طرفٍ واحد، فإنّ شروط البيع إن كانت موجودة تحقّق من الطرفين و إلّا لم يتحقّق أصلاً، كما اعترف به بعضهم (٢) فى مسأله بيع الكافر الحربى من يعتق عليه.

و الأقوى فى المسأله وفاقاً لظاهر الأكثر (٣) و صريح كثير (٤) ثبوت الخيار فى المقام، و إن تردّد فى القواعد بين استرداد العين و (٥) القيمه (٦).

و ما ذكرنا: من أنّ الرجوع بالقيمه مبنئ على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدّم فى المسأله السابقه (٧) غير قادح هنا؛ لأنّ تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدارٍ يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، و لذا جوّزنا له شراء من

ص: ٤٤

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢ و ٣.
 - ٢- (٢) راجع جامع المقاصد ٤:١٣٣، و مفتاح الكرامه ٤:٣١٩ و ٥٤٩.
 - ٣- (٣) ثبوت الخيار ظاهر من أطلق عليه البيع و لم يصرّح بعدم سقوط الخيار.
 - ٤- (٤) ممّن صرّح بثبوت الخيار فى المسأله الشهيد فى الدروس ٣:١٩٩، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٦٥.
 - ٥- (٥) فى «ش»: «أو».
 - ٦- (٦) القواعد ٢:١٨.
 - ٧- (٧) تقدّم فى الصفحه ٤١.

ينعتق عليه. وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين (١).

و منها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه

فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبه إلى قيمه؛ لعدم شمول أدلّه الخيار له، و اختاره في التذكرة (٢). و فيها أيضاً: أنّه لو اشترى جَمَدًا في شدّه الحرّ ففي الخيار إشكالٌ (٣). و لعلّه من جهه احتمال اعتبار قابليّته العين للبقاء بعد العقد ليتعلّق بها الخيار، فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد: من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف (٤) لأنّه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

ص: ٤٥

١-١) راجع الجزء الثالث: ٥٩٨.

٢-٢) التذكرة ٥١٦: ١.

٣-٣) التذكرة ٥١٦: ١.

٤-٤) جامع المقاصد ٢٨٧: ٤.

مسأله لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا،

كما في التذكرة (١)، و عن تعليق الإرشاد (٢) وغيرهما (٣). و عن الغنيه:

الإجماع عليه (٤). و صرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً (٥)، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله في الوكاله و العاربه و القراض و الحواله و الوديعه (٦). إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها قال: و أما الوكاله و الوديعه و العاربه

ص: ٤٤

١-١ (١) التذكرة ٥١٦:١.

٢-٢ (٢) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٥٤، ذيل قول المصنف: «و يثبت في البيع خاصه».

٣-٣ (٣) مثل مجمع الفائده ٣٨٨:٨، بلفظ «عند الأصحاب»، و المسالك ٢١١:٣، بلفظ «لا خلاف فيه بين علمائنا».

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢٢٠.

٥-٥ (٥) راجع المبسوط ٨٠:٢-٨٢، و فيه بعد الحكم بعدم دخوله في الحواله و الإجاره و العتق هكذا: «لأنه يختص البيع» و «لأنه ليس ببيع» و «لأن خيار المجلس يختص البيع».

٦-٦ (٦) الخلاف ١٣:٣-١٤، المسأله ١٢ من البيوع، و فيه بدل «الحواله»: «الجعله».

و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع (١) انتهى.

و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضي (٢).

و لم يُعلم معنى الخيار فى هذه العقود (٣)، بل جزم فى التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها؛ لأن الخيار فيها أبداً (٤).

و احتمال فى الدروس: أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار (٥). و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فى هذه العقود، لا الموجب؛ إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار، و (٦) لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفاً عليه (٧).

لكن الإنصاف: أن تتبع كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرح فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع (٨).

ص: ٤٧

١-١) المبسوط ٢:٨٢.

٢-٢) المهذب ١:٣٥٦.

٣-٣) يعنى العقود المذكوره فى كلام الشيخ بقوله: «و أمّا الوكالة و الوديعة و...».

٤-٤) التذكرة ١:٥١٦.

٥-٥) الدروس ٣:٢٦٨.

٦-٦) لم ترد «و» فى «ش».

٧-٧) راجع الخلاف ٣:٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع.

٨-٨) انظر المبسوط ١:٨٠، ١:٨١ و ٢:٨٢.

و الذى يخطر بالبال: أنّ مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع، فتفسخ بفسخه فى المجلس؛ و هذا المعنى و إن كان بعيداً فى نفسه، إلّا أنّ ملاحظه كلام الشيخ فى المقام يقربه إلى الذهن، و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى الرهن و الضمان (١)(٢).

و كيف كان، فلا إشكال فى أصل هذه المسألة.

ص: ٤٨

١-١) راجع المبسوط ٢:٧٩ و ٨٠.
٢-٢) فى «ش» زياده: «و صرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود، لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كلّ وقت، و هو محتمل كلام الشيخ، فتأمل». و قد وردت هذه الزياده فى «ف» فى الهامش. و انظر السرائر ٢:٢٤٦.

مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد؛

لأنّ ظاهر النصّ (١) كون البيع علّة تامّة، ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف و السلم وجوباً تكليفيّاً، إمّا للزوم الربا كما صرّح به في صرف التذكرة (٢) و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملّكاً؛ لأنّ ثمره الخيار حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض.

أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه إلى التفريق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاءً، لأنّ المفروض بقاء سلطنه كلّ من المتعاقدين على ملكه و عدم حقّ لأحدهما في مال الآخر. و يمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابليته لحقوق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط

ص: ٤٩

١- ١) يعني: «البيعان بالخيار حتّى يفترقا»، الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣١.

٢- ٢) التذكرة ٥١١: ١.

عليه عن قابليته التأثير.

قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراضٍ لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى (١)، انتهى.

و في الدروس: يثبت معنى خيار المجلس في الصرف، تقابضا أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصيه. و يحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً؛ لأنَّ للقبض مدخلاً في اللزوم فله تركه (٢)، انتهى.

و صرح الشيخ أيضاً في المبسوط بثبوت التخاير في الصرف قبل التقابض (٣).

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد.

ص: ٥٠

١-١) التذكرة ٥١٨:١-٥١٩.

٢-٢) الدروس ٣:٢٦٧.

٣-٣) راجع المبسوط ٢:٧٩، و لكن لم يصرح به. و فيه: «و أمّا الصرف فيدخله خيار المجلس».

القول فى مسقطات الخيار

و هى أربعه على ما ذكرها فى التذكرة (١)-: اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و إسقاطه بعد العقد، و التفرّق، و التصرف.

فيقع الكلام فى مسائل:

مسألة [المسقط الأول اشتراط السقوط فى ضمن العقد]

لا- خلاف ظاهراً فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و عن الغنيه: الإجماع عليه (٢). و يدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض: «المؤمنون (٣) أو المسلمون (٤) عند شروطهم».

[توهم معارضة اشتراط السقوط لعموم أدله الخيار و دفعه]

و قد يتخيل معارضته لعموم (٥) أدله الخيار، و يرجح على تلك الأدله

ص: ٥١

١- ١) التذكرة ٥١٧: ١.

٢- ٢) الغنيه: ٢١٧.

٣- ٣) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٤- ٤) الوسائل ٣٥٣: ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ١ و ٥.

٥- ٥) فى «ش»: «بعموم».

بالمرجّحات (١) وهو ضعيفٌ؛ لأنّ الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقودٌ، و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلّه الشروط، كما يظهر من كتبهم.

و نحوه في الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود (٢) بناءً على صيروره شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به؛ إذ فيه: أنّ أدلّه الخيار أخصّ، فيخصّص بها العموم.

بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط -عدم نهوض أدلّه الخيار للمعارضه؛ لأنّها مسوقه لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي و هو الشرط؛ لوجوب العمل به شرعاً. بل التأمل في دليل الشرط يقضى بأنّ المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصليه الثابته للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلّه تلك الأحكام، فحاله حال أدلّه وجوب الوفاء بالنذر و العهد في عدم مزاحمتها بأدلّه أحكام الأفعال المنذوره لو لا النذر.

و يشهد لما ذكرنا من حكمه أدلّه الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصليه حتّى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفه كثير من الأحكام الأصليه.

ص: ٥٢

-
- ١ - ١) قال المامقاني قيّدس سرّه: «هذا الكلام و ما بعده من تضعيف التمسك بعموم: «أوفوا بالعقود» إشاره إلى دفع ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله». غايه الآمال: ٤٩٠، و راجع الجواهر ٢٣: ١٢.
- ٢ - ٢) تمسك به صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣: ١٢، و الآيه من سوره المائده: ١.

منها: صحِيحه مالك بن عطيّه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ كان له أبٌ مملوكٌ و كان تحت أبيه جاريهً مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أُعِينك في مكاتبتك حتّى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار (١) على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم» (٢).

و الروايه محمولهٌ بقرينه الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائيه - على صورته وقوع الاشتراط في ضمن عقدٍ لازم، أو المصالحه على إسقاط الخيار المتحقّق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

و كيف كان، فلا استدلال فيها بقاعده الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليلٌ على حكومتها عليها، لا معارضتها المحوجه إلى التماس المرجّح.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

الأول: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً؛ لأنّ الشرط (٣) في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

ص: ٥٣

١- ١) في «ش» زياده: «بعد ذلك».

٢- ٢) الوسائل ١٦: ٩٥، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث الأول.

٣- ٣) في «ق»: «الشروط».

الثاني: أنّ هذا الشرط مخالفٌ لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار» فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراطٌ لعدم بعض مقتضيات العقد.

الثالث: ما استدلّ به بعض الشافعيّين على عدم جواز اشتراط السقوط: من أنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاطٌ لما لم يجب؛ لأنّ الخيار لا يحدث إلّا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله (١).

هذا، ولكن شيءٌ من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

أمّا الأول؛ فلأنّ الخارج من عموم الشروط (٢): الشروط الابتدائيّة، لأنّها كالوعد، والواقع في ضمن العقود الجائزه بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز؛ لأنّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممّا لا يجتمعان؛ لأنّ الشرط تابعٌ و كالتقييد للعقد المشروط به. أمّا إذا كان نفس مؤدّى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به - كما فيما نحن فيه - لا التزاماً آخر مغايراً لالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيكٌ بين التابع و المتبوع في اللزوم و الجواز.

و أمّا الثاني؛ فلأنّ الخيار حقٌّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خُلّي و نفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط.

و بعبارةٍ أخرى: المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعه العقد من حيث هي حتى لا يوجد بدونه. و قوله: «البيعان بالخيار» وإن كان

ص: ٥٤

١-١) حكاها في التذكرة ٥١٧:١، و راجع المغنى لابن قدامة ٥٦٨:٣.

٢-٢) في «ش»: «الشرط».

له ظهورٌ في العلية التامة، إلا أن المتبادر من إطلاقه صورته الخلو عن شرط السقوط؛ مع أن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً، لا تمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً.

نعم، يبقى الكلام في دفع توهم: أنه لو بُنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرطٌ مخالفٌ للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد. ومحل ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أننا حيث علمنا بالنص والإجماع أن الخيار حقٌّ ماليٌّ قابلٌ للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع (١)، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار [في عقد آخر (٢)].

و (٣) عن الثالث بما عرفت: من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورته الخلو عن الاشتراط وإقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط إبطال المقتضى لإثبات المانع.

ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحيحه مالك بن عطية المتقدمه (٤).

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشترط عدم الخيار

و هذا هو مراد المشهور من

ص: ٥٥

١- ١) كذا في «ق»، و في نسخه بدل «ش»: «للمشروط».

٢- ٢) لم يرد في «ق».

٣- ٣) في «ش» زياده: «أمّا».

٤- ٤) تقدّمت في الصفحه ٥٣.

اشترط السقوط فيقول: «بعت بشرط أن لا- يثبت بيننا خيار المجلس» كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنيه و التذكرة (١)؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ

فيقول: «بعت بشرط أن لا- أفسخ في المجلس» فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ؛ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به على ما ذهب إليه (٢) غير واحد (٣) فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذه في حقه. و يحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أن بيع منذور التصدق حث موجب للكفاره، لا فاسد (٤).

و حينئذ فلا فائده في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب

ص: ٥٦

-
- ١- ١) لم نعثر على المثال في الخلاف و التذكرة، راجع الخلاف ٩: ٣ و ٢١، و المبسوط ٨٣: ٢، و الغنيه: ٢١٧، و التذكرة ٥١٦: ١.
- ٢- ٢) الظاهر رجوع الضمير إلى «بطلان البيع» المستفاد من فحوى الكلام.
- ٣- ٣) لم نقف على موضع بحثهم عن المسألة بخصوصها، نعم عد المحقق التستري قدس سره السبب السادس من منقصات الملك: تعلق حق النذر و شبهه، و نقل جملة مما وقف عليه من كلمات الأصحاب في كتاب الزكاه و الحج و العتق و النذر و الصيد و الذباجة و غير ذلك مما يرتبط بالمسألة، لكن لم ينقل عن أحد القول ببطلان بيع منذور التصدق، راجع المقابص: ١٩٠.
- ٤- ٤) حكاة المحقق التستري في المقابص: ١٩٤ عن الشهيد الثاني قدس سره في مسألتي منذور التدبير و منذور الحرّيه، و لكن لم نعثر عليه في كتبه قدس سره.

على مخالفه الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا.

و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء (١).

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار،

و مقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد العقد، فلو أخل به و فسخ العقد، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، و الأقوى عدم التأثير.

و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، و من أن المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ.

و الأولى: بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار؛ لعدم تخلف الشرط. و على القول بتأثيره ثبوت الخيار؛ لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد و يكون بقاء المشترط على سلطنه الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له، و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

بقى الكلام فى أن المشهور: أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره فى متن العقد،

فلو ذكره قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

و صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت؛ لأن المتبادر عرفاً

ص: ٥٧

هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلبٍ آخر؛ و قد تقدّم عن القاموس: أنّه الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه (١).

و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدّم.

قال في محكيّ الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيارٌ بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول. ثمّ نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي. ثمّ قال: دليلنا: أنّه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع (٢)، انتهى. و نحوه المحكيّ عن جواهر القاضى (٣).

و قال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك: و عندي في ذلك نظرٌ، فإنّ الشرط إنّما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه (٤)، انتهى.

أقول: التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: «بعت على ما ذكر» فهو من المذكور في متن العقد، و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم، يحتمل أن يريد الصورة الأولى (٥)، و هذا هو المناسب للاستدلال

ص: ٥٨

١-١ (١) تقدّم في الصفحة ٢٢.

٢-٢ (٢) الخلاف ٣:٢١، المسألة ٢٨ من كتاب البيوع.

٣-٣ (٣) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٥.

٤-٤ (٤) المختلف ٥:٦٣.

٥-٥ (٥) في «ش» زياده: «و أراد بقوله: قبل العقد، قبل تمامه»، و وردت هذه العبارة في هامش «ف» بلفظ: «و يراد بقوله... إلخ».

له بعدم المانع من هذا الاشتراط. و يؤيده أيضاً، بل يعينه: أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحه هذا الاشتراط في متن العقد، وقد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعيه في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح إسقاطه قبل تمامه (١).

و الحاصل: أن ملاحظه عنوان المسأله في الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و استدلال (٢) بعض الشافعيه على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادته الشيخ صورته ترك الشرط في متن العقد.

و كيف كان، فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد غير مؤثر؛ لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق؛ لأن المتحقق في السابق إما وعد بالتزام، أو التزام تبرع لا يجب الوفاء به، و العقد اللاحق و إن وقع مبيتاً عليه لا يلزمه، لأن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلاًما يجعل المتكلم، و إلاًما فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر (٣) منوياً، فيكون كالمحذوف النحوي بعد نصب القرينه، فإن من باع داره في حال بنائه - في الواقع - على عدم الخيار له لم يحصل له في ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشيء. بخلاف قوله: «بعتك على أن لا خيار لي» (٤).

ص: ٥٩

١- ١) التذكرة ٥١٧: ١، و راجع المغني لابن قدامه ٥٦٨: ٣.

٢- ٢) لم ترد «استدلال» في «ش»، و شطب عليها في «ف».

٣- ٣) في «ش» زياده: «شرطاً».

٤- ٤) لم يرد في «ق».

الذى مؤداه بعثك ملتزماً على نفسى و بانياً على أن لا خيار لى، فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار.

□
فحاصل الشرط: إلزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول؛ و تمام الكلام فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فرع:

ذكر العلامة فى التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط [نفى (١)] خيار المجلس و غيره فى متن العقد، و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بأن قال: «لله على أن أعتقك إذا بعثك»، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع؛ لصحة النذر، فيجب الوفاء به، و لا يتم برفع الخيار. و على قول بعض علمائنا: من صحه البيع مع بطلان الشرط، يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق (٢)، انتهى (٣).

أقول: هذا مبنئ على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافيه له، و قد مرّ أن الأقوى فى الشرط [أيضاً (٤)] كونه كذلك (٥).

ص: ٦٠

١- ١) لم يرد فى «ق».

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٩٥.

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

٥- ٥) مرّ فى الصفحة ٥٦.

مسأله [المسقط الثاني إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

و من المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي. و لا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، و يدلّ عليه- بعد الإجماع- فحوى ما سيجيء (١): من النصّ الدالّ على سقوط الخيار بالتصرّف، معللاً بأنّه رضى بالبيع؛ مضافاً إلى قاعده المسلّمه: من أنّ لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه، و لعلّه لفحوى تسلّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلّط على حقوقهم المتعلّقه بالأموال، و لا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابله للنقل، إلّا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي.

ثمّ إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدلّ عليه بإحدى الدلالات العرفيه،

للفحوى المتقدّمه (٢)، و فحوى ما دلّ على كفايه بعض الأفعال

ص: ٦١

١- ١) يجيء في الصفحه ٨٢ و ٩٧.

٢- ٢) يعنى: ما ذكره آنفاً من فحوى سقوط الخيار بالتصرّف.

فى إجازة عقد الفضولى (١)، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلّط على إسقاط الحقوق؛ و على هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

ص: ٦٢

١ - ١) مثل: ما دلّ على أنّ سكوت البكر إجازة لنكاحها الفضولى، و سكوت المولى إجازة لنكاح العبد، راجع الوسائل ١٤:٢٠٦، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، و ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد و الإماء.

فإن اختار المأمور الفسخ، فلا إشكال في انفساخ العقد.

وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر (١)، بل عن الخلاف: الإجماع عليه (٢) أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باقٍ مطلقاً (٣) كما هو ظاهر التذكرة (٤) أو مع قيد إرادته الاستكشاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتملك، أقوال.

و لو سكت، فخيار الساكت باقٍ إجماعاً، ووجهه واضح. و أما

ص: ٦٣

١- ١) لم نقف على من نسبه إلى ظاهر الأكثر، نعم قال في مفتاح الكرامه ٤:٥٤٤: «كما في المبسوط و الخلاف و الغنيه و التحرير و التذكرة و الدروس و غيرها، و في الغنيه و ظاهر الخلاف الإجماع عليه».

٢- ٢) حكاه السيد العاملي عن ظاهر الخلاف، و هو الحق؛ لأنَّ عبارته ليست صريحة في دعوى الإجماع، انظر الخلاف ٣:٢١، المسأله ٢٧ من كتاب البيوع.

٣- ٣) كتب في «ق» فوق «مطلقاً»: «على الإطلاق».

٤- ٤) التذكرة ١:٥١٨.

خيار الأمر، ففي بقاءه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته (١) تملك الخيار كما هو ظاهر التذكرة (٢)، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ (٣)؟ أقوال.

و الأولى أن يقال: إن كلمة «اختر» بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ و الإمضاء، و ليس فيه دلالة على ما ذكره: من تملك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال.

نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب، و كأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تملك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق (٤)، فإن تم دلالاته حينئذٍ على إسقاط الأمر خياره بذلك، و إلا فلا مزيل لخياره. و عليه يحمل على تقدير الصحه - ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: [اختر (٥)]» (٤).

ص: ٦٤

١- ١) في «ش»: «إرادته».

٢- ٢) التذكرة ٥١٨: ١.

٣- ٣) قال السيد العاملي قدس سره في هذا المقام: «و من الغريب! أن المحقق الثاني و الشهيد الثاني نسبا هذا القول إلى الشيخ و تبعهما شيخنا صاحب الرياض، و هو خلاف ما صرح به في المبسوط و الخلاف و خلاف ما حكى عنهما في المختلف و الإيضاح» مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٤. و مثله قال المحقق التستري في المقابس: ٢٤٣، راجع المبسوط ٨٢: ٢-٨٣، و الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٧ من كتاب البيوع، و انظر جامع المقاصد ٤: ٢٨٥، و المسالك ٣: ١٩٧.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٥: ٣٣٥، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- ٥) لم يرد في «ق».

٦- ٦) المستدرک ١٣: ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. و منه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازته أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. و هذا ليس تعارضاً بين الإجازة و الفسخ و ترجيحاً له عليها.

نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدّد (كالأصيل و الوكيل) فأجاز أحدهما و فسخ الآخر دفعه واحده، أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعه واحده (كما لو باع عبداً بجاريه، ثم أعتقهما جميعاً، حيث إن إعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية إجازة) أو اختلف الورثة في الفسخ و الإجازة تحقّق التعارض. و ظاهر العلامه في جميع هذه الصور تقديم الفسخ (1) و لم يظهر له وجه تام؛ و سيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه (2).

ص: ٦٥

١-١) انظر التذكرة ٥١٨:١.

٢-٢) انظر الجزء السادس، الصفحة ١١٧ و ما بعدها.

مسأله [المسقط الثالث افتراق المتبايعين]

من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، و لا إشكال في سقوط الخيار به، و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا» (١).

[معنى الافتراق المسقط]

و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد:

افتراقهما بالنسبة إلى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسمّاه ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوه؛ و لذا حكى عن جماعه التعبير بأدنى الانتقال (٢).

و الظاهر: أنّ ذكره في بعض العبارات لبيان أقلّ الأفراد، خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: «أقلّ ما ينقطع به خيار المجلس خطوه» (٣).

ص: ٦٦

١- ١) الوسائل ٣٤٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ٥٤٣) عن التحرير و جامع المقاصد و المسالك، راجع التحرير ١٦٥: ١، و جامع المقاصد ٢٨٤: ٤، و المسالك ١٩٦: ٣. لكن ليس فى الأخيرين تصريح بذلك، نعم فىهما ما يفيد.

٣- ٣) الخلاف ٢١: ٣، المسأله ٢٦ من كتاب البيوع.

مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق؛ فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

و يظهر من بعض (١): اعتبار الخطوه، اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. و عن صريح آخر (٢): التأمل في كفايه الخطوه؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها (٣)، فيستصحب الخيار. و يؤيده قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (٤)، و فيه: منع الانصراف و دلالة الروايه.

[ما يحصل به الافتراق]

ثم اعلم أنّ الافتراق -على ما عرفت من معناه يحصل بحركه أحدهما و بقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركه من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركه من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتّى يحصل عدم المصاحبه من الآخر، فذات الافتراق الخارجى (٥) من المتحرّك، و اتّصافها بكونها افتراقاً من الساكن. و لو تحرّك كلُّ منهما كان حركه كلُّ منهما افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر. و كيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركه كلُّ منهما إلى غير جانب الآخر، كما تدلّ عليه الروايات الحاكيه لشراء الإمام عليه السلام

ص: ٦٧

١- ١) و لعلّ المراد به السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٥٤٢: ٤-٥٤٣.

٢- ٢) و هو السيّد الطباطبائى في الرياض كما في الجواهر ١٣: ٢٣، و راجع الرياض ١٨٠: ٨.

٣- ٣) في «ق»: «منه».

٤- ٤) الوسائل ٣٤٨: ١٢، الباب ٢ من أبواب خيار المجلس، الحديث ٢.

٥- ٥) لم ترد «الخارجى» في «ش»، و شُطب عليها في «ف».

أرضاً و أنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (1)، فأثبت افتراق الطرفين بمشييه عليه السلام فقط.

ص: ٦٨

١-١) تقدّم في الصفحة السابقه.

مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه

إذا منع من التخيير أيضاً، سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكرهوا عليه» (١)، وقد تقدّم في مسأله اشتراط الاختيار في المتبايعين (٢) ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختصّ برفع التكليف.

هذا، و لكن يمكن منع التبادر، فإنّ المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورته فعلٍ قائمتهً بجسم المضطرّ، لا- فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعّد على تركه، فإنّ التبادر ممنوعٌ، فإذا دخل

ص: ٦٩

١- (١) الوسائل ٢٩٦: ١١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣، و ١٦: ١٤٤، الباب ١٦ من أبواب الأيمان، الحديث ٣ و ٥، و فيها: «وضع» بدل «رفع».

٢- (٢) راجع الجزء الثالث: ٣٠٨ و ٣٣١.

الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل؛ مع أنّ المعروف بين الأصحاب: أنّ الافتراق و لو اضطراراً مسقطٌ للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ و الإمضاء، مستدلينّ عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار.

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنّه إذا كان متمكناً من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتّى وقع التفرّق، كان ذلك دليلاً على الرضا و الإمضاء (١)، انتهى.

و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقّق الافتراق مع التمكن من الاختيار (٢)، انتهى.

و منه يظهر: أنّه لا وجه للاستدلال بحديث «رفع الحكم عن المكره»؛ للاعتراف بدخول المكره و المضطرّ إذا تمكّن من التخيير.

و الحاصل: أنّ فتوى الأصحاب هي: أنّ التفرّق عن إكراهٍ عليه و على ترك التخيير غير مسقطٍ للخيار، و أنّه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، و هذه لا يصحّ الاستدلال عليها (٣) باختصاص الأدلّه بالتفرّق الاختياري، و لا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرّق المكره عليه كلاً تفرّق؛ لأنّ المفروض أنّ التفرّق الاضطراري أيضاً مسقطٌ مع وقوعه في حال التمكن من التخيير.

[الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا]

فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهره المحقّقه الجابره

ص: ٧٠

١-١) المبسوط ٢:٨٤.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٢٨٣.

٣-٣) في «ش»: «و هذا لا يصحّ الاستدلال عليه».

للإجماع المحكي (١)، و إلى أنّ المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحه الفضيل:

«إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (٢).

دَلَّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق و الرضا منهما، و لا ريب أنّ الرضا المعتبر ليس إلّا المتّصل بالتفريق بحيث يكون التفريق عنه؛ إذ لا يعتبر الرضا في زمانٍ آخر إجماعاً.

أو يقال: إنّ قوله: «بعد الرضا» إشارة إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما (٣) فيكون الافتراق مسقطاً، لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد و إعراضهما عن الفسخ.

و على كلّ تقدير، فيدلّ على أنّ المتفريقين و لو اضطراراً إذا كانا متمكّنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط (٤) خيارهما. و هذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سرّه كما صرّح به في عبارته المبسوط المتقدّمه (٥).

ص: ٧١

١- ١) كما في الغنيه: ٢١٧، و حكاها السيّد بحر العلوم في المصاييح عنه و عن تعليق الشرائع، انظر المصاييح (مخطوط): ١٢١.

٢- ٢) الوسائل ٣٤٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- ٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «المستكشف عنه عن افتراقهما». و الأولى في العبارة: «المستكشف عنه بافتراقهما».

٤- ٤) كذا في ظاهر «ق» أيضاً، و المناسب: «فيسقط».

٥- ٥) تقدّمت في الصفحة المتقدّمه.

مسأله لو أكره أحدهما على التفريق و منع عن التخيير و بقى الآخر فى المجلس،

فإن منع من المصاحبه و التخيير لم يسقط خيار أحدهما؛ لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخيير، فدخل فى المسأله السابقه. و إن لم يمنع من المصاحبه، ففيه أقوال.

و توضيح ذلك: أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت - يحصل بحركه أحدهما اختياراً و عدم مصاحبه الآخر له [١] كذلك، و أن الإكراه على التفريق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الإكراه على ترك التخيير.

فحينئذٍ نقول: تحقق الإكراه المسقط فى أحدهما دون الآخر يحصل تارةً بإكراه أحدهما على التفريق و ترك التخيير و بقاء الآخر فى المجلس مختاراً فى المصاحبه أو التخيير. و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرهاً مع المنع عن التخيير و ذهاب الآخر اختياراً.

[محل الكلام ما لو أكره أحدهما المعين على الافتراق]

و محلّ الكلام هو الأوّل، و سيّضح به [حكم (٢)] الثانى. و الأقوال

ص: ٧٢

١- (١) الزيادة اقتضاها السياق.

٢- (٢) لم يرد فى «ق»، و كتب فى «ف» فى الهامش.

فيه أربعة:

□
سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد (١) قدس الله أسرارهم.

و ثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين و محتمل الإرشاد (٢).

و سقوطه في حق المختار خاصه.

و فضل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما، و بين مفارقتها فالسقوط عنهما (٣).

و مبنى الأقوال على أن افتراقهما المجعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ و على الأول، هل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟ فعلى الأول

ص: ٧٣

١ - ١) حكاة المحقق التستري في المقابس (٢٤٢) عن العلامة وولده والسيد عميد الدين و عن ظاهر المحقق والشهيد، انظر الشرائع ٢:٢١، والقواعد ٢:٦٥، و إيضاح الفوائد ١:٤٨٣، و كنز الفوائد ١:٤٤٧، و الدروس ٣:٢٦٦، و حكى عنهم ذلك في المصاييح (مخطوط): ١٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، أيضاً.

٢ - ٢) حكى عنهم ذلك في المصاييح (مخطوط): ١٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، و المقابس: ٢٤٢، مع تفاوت في النسبه من حيث التصريح في بعض و الظهور في آخر، انظر المبسوط ٢:٨٤، و جامع المقاصد ٤:٢٨٩، و الروضه ٣:٤٤٩، و المسالك ٣:١٩٦، و الإرشاد ١:٣٧٤.

٣ - ٣) التحرير ١:١٦٦.

يسقط خيار المختار خاصّةً، كما عن الخلاف (١) و جواهر القاضى (٢). و على الثانى يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقّق و الشهيد الثانى (٣).

و على الثانى: فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلاً- وجوديّاً و حركةً صادرةً باختيار أحدهما، أو يكفى كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء فى مجلس العقد مختاراً؟ فعلى الأوّل: يتوجّه التفصيل المصرّح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه (٤).

و على الثانى: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقّق و العلّامة و ولده السعيد و السيّد العميد و شيخنا الشهيد (٥).

و اعلم أنّ ظاهر الإيضاح: أنّ قول التحرير ليس قولاً- مغايراً للثبوت لهما، و أنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، و إلّا سقط خيارهما اتّفاقاً، حيث قال فى شرح قول والده قدّس سرّه: «لو حمل أحدهما و منع من التخيير لم يسقط خياره على إشكال. و أمّا الثابت، فإنّ مُنع من المصاحبه و التخيير لم يسقط خياره، و إلّا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأوّل» (٦) انتهى، قال: إنّ هذا مبنىّ على بقاء

ص: ٧٤

١- (١) الخلاف ٣:٢٦، المسأله ٣٥ من كتاب البيوع.

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٥، المسأله ١٩٧، و حكاه عن ظاهره و ظاهر قبله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، و التستري فى المقابس: ٢٤٢.

٣- (٣) تقدّم عنهم فى الصفحه المتقدّمه.

٤- (٤) تقدّم عنه فى الصفحه المتقدّمه.

٥- (٥) تقدّم عنهم فى الصفحه المتقدّمه.

٦- (٦) القواعد ٢:٦٥.

الأ-كوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه و أنّ الافتراق ثبوتىّ أو عدمىّ، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط؛ لأنّه فعَل المفارقة، و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره؛ لأنّه لم يفعل شيئاً. و إن قلنا بعدميه الافتراق و العدم ليس بمعلّل فكذلك. و إن قلنا: إنّهُ يعلّل سقط أيضاً. و الأقرب عندى السقوط؛ لأنّه مختارٌ فى المفارقة (١)، انتهى.

و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التديقات، إلّا أنّه على كلّ حالٍ صريحٌ فى أنّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا-خلاف فى سقوط خياره؛ و ظاهره كظاهر عباره القواعد:- أنّ سقوط خياره لا ينفكّ عن سقوط خيار الآخر، فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر. لكنّ العبارة المحكيه عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول، قال: «لو أُكرها أو أحدهما على التفرّق بالأبدان على وجه يتمكّن من الفسخ و التخير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك» (٢) و نحوه المحكى عن القاضى (٣)؛ فإنّه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: «بطل خيارهما» فتأمل.

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها (٤). و فيه تأمل.

و كيف كان، فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين، للأصل

ص: ٧٥

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤٨٢:١-٤٨٣.

٢-٢ (٢) الخلاف ٣:٢٦، المسألة ٣٥ من كتاب البيوع.

٣-٣ (٣) جواهر الفقه: ٥٥، المسألة ١٩٧.

٤-٤ (٤) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، و راجع التذكرة ١:٥١٨.

و ما تقدّم: من تبادر تفرّقهما عن رضا منهما، فإنّ التفرّق و إن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين و لا من أحدهما، إلّا أنّ المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق، فرضاً أحدهما في المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، و لا في سقوط خيار خصوص الراضى؛ إذ الغايه غايه للخيارين، فإن تحققت سقطاً و إلّا ثبتا. و يدلّ عليه ما تقدّم من صحيحه الفضيل (١) المصرّحه بإناطه سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا أحدهما.

و لكن يمكن التفضي عن الأصل بصدق تفرّقهما، و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما.

و ظاهر الصحيحه و إن كان اعتبار ذلك، إلّا أنّه معارضٌ بإطلاق ما يستفاد من الروايه السابقه الحاكيه لفعل الإمام عليه السلام و أنّه قال:

«فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (٢)، جَعِلَ مجرّد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجعول غايه للخيار، و جَعِلَ وجوب البيع علّه غايه له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام عليه السلام.

و دعوى: انصرافه إلى صوره شعور الآخر و تركه المصاحبه اختياراً، ممنوعه.

و ظاهر الصحيحه و إن كان أخصّ، إلّا أنّ ظهور الروايه في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقه أحدهما صاحبه مؤيّد بالتزام مقتضاه في غير واحدٍ من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما و فارق

ص: ٧٤

١- ١) تقدّمت في الصفحه ٧١.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٦٧.

الآخِرُ اختياراً، فإنَّ الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين، وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقّق الافتراق، فسقط الخياران (١) مع أنّ المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه (٢).

و كذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقه صاحبه مع تأيّد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين (٣).

و ظاهر المبني المتقدّم عن الإيضاح (٤) أيضاً: -عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنّما الخلاف في أنّ البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا. بل ظاهر القواعد (٥) أيضاً: -أنّ سقوط خيار المكره متفرّع على سقوط خيار الماكث، من غير إشاره إلى وجود خلافٍ في هذا التفريع، وهو الذي ينبغي؛ لأنّ الغايه إن حصلت سقط الخياران، وإلاّ بقيا، فتأمّل.

و عبارة الخلاف المتقدّمه (٦) وإن كانت ظاهره في التفكيك بين المتبايعين في الخيار، إلاّ أنّها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادته سقوط خيار المتمكّن من التخيير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال

ص: ٧٧

١-١) جامع المقاصد ٢٨٨:٤.

٢-٢) كما تقدّم في الصفحة ٧٣.

٣-٣) نقله في المقابس: ٢٤٢ عن ظاهره، و راجع كنز الفوائد ١:٤٤٧، و فيه: اتفاقاً.

٤-٤) تقدّم في الصفحة ٧٤-٧٥.

٥-٥) تقدّمت عبارته في الصفحة ٧٤.

٦-٦) تقدّمت في الصفحة ٧٥.

الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر؛ [لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغايه (١)]، مع أنّ شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختصّ بطلان الخيار فيها بالمتمكن ممّا لا بدّ منه، كما لا يخفى على المتأمل. و حملها على ما ذكرنا: من إرادته المتمكن لا بشرط، لا إرادته خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ والقاضي (٢) إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايةً لسقوط خيار كلّ منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقطٌ لخياره خاصّةً. وهو استنباطٌ حسنٌ. لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ (٣).

إذا أكره أحدهما على البقاء

ثمّ إنّ يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسأله و هي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخاير و فارق الآخر اختياراً فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف (٤) عدم الخلاف في سقوط الخيارين هنا، و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال (٥) جريان الخلاف هنا أيضاً.

و كيف كان، فالحكم بسقوط الخيار، عليهما (٦) هنا أقوى كما لا يخفى.

ص: ٧٨

١- ١) لم يرد ما بين المعقوفتين في «ق»، نعم ورد في هامش «ف».

٢- ٢) و هو سقوط خيار المختار خاصّه، راجع الصفحه ٧٤.

٣- ٣) يعنى قوله صلى الله عليه و آله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا».

٤- ٤) تقدّم في الصفحه ٧٤-٧٥.

٥- ٥) تقدّم ذكره في الصفحه ٧٣.

٦- ٦) كذا في «ق»، و في «ش»: «عنهما».

فالمحكى عن الشيخ و جماعه: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (١). و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الإكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باقٍ.

و فيه: أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حساً، غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه، و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس العقد.

و الحاصل: أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكتٌ عن غايه هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور كما عن التذكرة (٢) و لعله لأنه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين -

ص: ٧٩

١-١) المبسوط ٢:٨٤، و نسبه المحقق التستري قدس سره إلى ظاهر ابن زهره و الفاضلين في الشرائع و الإرشاد و فتوى الأخير في التحرير و الشهيد الثاني في الروضة، انظر المقابس: ٢٤٣.

٢-٢) حكاها عنها المحقق التستري في المقابس: ٢٤٣، و الموجود في التذكرة هكذا: «و إذا وجد التمكّن، هل هو على الفور؟ فيه ما سبق من الخلاف»، انظر التذكرة ١:٥١٨.

وإِذَا مِنَ الْقَوْلِ بِالتَّرَاخِي إِلَى أَنْ يَحْصَلَ الْمَسْقَطَاتِ، لِأَسْتَصْحَابِ الْخِيَارِ.

وَالْوَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي كُلِّ خِيَارٍ لَمْ يَظْهَرَ حَالُهُ مِنَ الْأَدَلَّةِ.

ص: ٨٠

و من مسقطات هذا الخيار: التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف (١)، و العلامه قدس سره فى التذكرة (٢)، و نسب إلى جميع من تأخر عنه (٣)، بل ربما يدعى إطباقهم (٤) عليه، و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر (٥).

و لعله لدلاله التعليل فى بعض أخبار [خيار (٤)] الحيوان. و هو

ص: ٨١

١- ١) المبسوط ٢: ٨٣-٨٤ و ٩٦.

٢- ٢) التذكرة ٥١٧: ١.

٣- ٣) لم نعثر عليه، و لعله يستفاد من عبارات المصابيح (المخطوط): ١٢٣، و مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٧-٥٤٨، و المقابيس: ٢٤٣، و المناهل: ٣٣٧-٣٣٨.

٤- ٤) راجع مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٨.

٥- ٥) الخلاف ٣: ٢٤، المسأله ٣١ من كتاب البيوع، و جواهر الفقه: ٥٤-٥٥، المسأله ١٩٦، و الكافى فى الفقه: ٣٥٣، و السرائر ٢: ٢٤٧-٢٤٨.

٦- ٦) لم يرد فى «ق».

الوجه أيضاً في اتّفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلّا فلم يرد فيه نصٌّ بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاداً من نفس تلك الرواية المعلّله؛ حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط» (١)، فإن المنفَى يشمل شرط المجلس و الحيوان، فتأمل.

□
و تفصيل التصرف المُسقط سيجيء (٢) إن شاء الله تعالى.

ص: ٨٢

١-١) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢-٢) انظر الصفحة ٩٧، الثالث من مسقطات خيار الحيوان.

لا- خلاف بين الإماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان المشتري (١)، و ظاهر النص (٢) و الفتوى: العموم لكل ذى حياه، فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز، و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة، فمثل السمك المخزج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء و شبه ذلك خارج؛ لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم مثلاً (٣)، و يشكل فيما صار كذلك لعارض، كالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم.

و على كل حال، فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو فى زمان الخيار.

و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثه وجوه.

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين كما هو المنساق فى

ص: ٨٣

١- ١) فى «ش»: «للمشتري».

٢- ٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٨، الباب ٣ من أبواب الخيار.

٣- ٣) لم ترد «مثلاً» فى «ش».

النظر من الإطلاقات، و مع (١) الاستدلال له في بعض معاهد الإجماع "كما في التذكرة" (٢) بالحكمه الغير الجاربه في الكلى الثابت في الذمه أو يعم الكلى كما هو المتراءى من النص و الفتوى؟ لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول. و لعله الأقوى.

و كيف كان،

فالكلام في مَنْ له هذا الخيار، و في مدّته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل:

اشاره

ص: ٨٤

١-١) كذا في «ق»، و لم ترد «و» في «ش»، و شطب على «مع» في «ف».

٢-٢) التذكرة ٥١٩: ١.

حكى (١) عن الشيخين (٢) و الصدوقين (٣) و الإسكافي (٤) و ابن حمزه (٥) و الشاميين الخمسه (٦) و الحلين الستة (٧) و معظم المتأخرين (٨)، و عن الغنيه و ظاهر الدروس: الإجماع

ص: ٨٥

-
- ١-١) حكاة في المختلف ٥:٦٤، و الرياض ٨:١٨١، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥٣-٥٥٤، و المستند ١٤:٣٧٥ و غيرها.
 - ٢-٢) راجع المقنعه: ٥٩٢، و المبسوط ٢:٧٨، و النهايه: ٣٨٦.
 - ٣-٣) المقنع: ٣٦٥.
 - ٤-٤) حكاة عنه في المختلف ٥:٦٤.
 - ٥-٥) الوسيله: ٢٤٨.
 - ٦-٦) راجع الكافي في الفقه: ٣٥٣، و المهذب ١:٣٥٣، و الدروس ٣:٢٧٢، و الروضه ٣:٤٥٠، و جامع المقاصد ٤:٢٩١.
 - ٧-٧) السرائر ٢:٢٤٣-٢:٢٤٤، و الشرائع ٢:٢٢، و الجامع للشرائع: ٢٤٧ و ٢٦١، و النزاهه: ٨٦، و المختلف ٥:٦٤، و الإيضاح ١:٤٨٣، و التنقيح الرائع ٢:٤٥.
 - ٨-٨) لم نعثر عليه بعينه، نعم في الرياض ٨:١٨١، و المستند ١٤:٣٧٥، عليه عامه المتأخرين.

عليه (١)؛ لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» (٢) خرج المشتري وبقى البائع، بل لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل.

و يدلّ عليه أيضاً ظاهر غير واحدٍ من الأخبار:

□
منها: صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيامٍ للمشتري. قلت:

و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا [منهما (٤)]» (٥)، و ظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري و إطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً.

و يتلوها في الظهور روايه عليّ بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيامٍ للمشتري» (٦) فإنّ ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلّا لنكته جليته.

ص: ٨٦

١-١) حكاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٢٤، و راجع الغنيه: ٢١٩، و الدروس ٣:٢٧٢.

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣-٣) المائدة: ١.

٤-٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ٣٤٦، الباب الأوّل منها، الحديث ٣.

٦-٦) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٥.

و نحوها صحيحه الحلبي في الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

□
«في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري» (١)، و صحيحه ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط (٢) في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري» (٣).

□
و أظهر من الكل صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما (٤) كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (٥).

و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طاوس: ثبوته للبائع أيضاً (٦)، و حكى عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه (٧)؛ لأصاله جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، و لصحيحه محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٨)، و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق؛ و هي أرجح

ص: ٨٧

-
- ١- ١) الفقيه ٣: ٢٠١، الحديث ٣٧٦١، و الوسائل ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٢- ٢) في «ق»: «الشروط»، و الظاهر أنه سهو.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٤- ٤) في «ق» زياده «أو»، و لعلها من سهو القلم.
 - ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.
 - ٦- ٦) حكاها عنهما الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧.
 - ٧- ٧) الانتصار: ٤٣٣، المسأله ٢٤٥.
 - ٨- ٨) الوسائل ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد.

وقد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهم من الثقات؛ مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجحه على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

و أمّا الصحاح الأخر المكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم، فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا- تبلغ في الظهور مرتبه منطوق الصحيحه، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجه؛ لأنّ الغالب في المعامله، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادته الفسخ في طرف المشتري لاطلاعاً على خفايا الحيوان، ولا ريب أنّ الأظهرية في الدلاله مقدّمه (1) في باب الترجيح على الأكثرية.

و أمّا ما ذكر في تأويل صحيحه ابن مسلم: من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع (2)، ففي غايه السقوط.

و أمّا الشهره المحققه، فلا تصير حجّة على السيد، بل مطلقاً، بعد العلم بمستند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره.

و إجماع الغنيه لو سلّم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا- مجرد ثبوته له معارضٌ بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع؛ و لعلّه لذا قوّى في المسالك (3) قول السيد مع قطع النظر عن الشهره، بل

ص: ٨٨

١- ١) في «ش»: «متقدّمه».

٢- ٢) ذكره المحقق التستري في المقابس: ٢٤٤، و احتمله في الجواهر ٢٣: ٢٧.

٣- ٣) المسالك ٣: ٢٠٠.

الاتفاق، على خلافه. و تبعه على ذلك في المفاتيح (١) و توقف في غايه المراد (٢) و حواشى القواعد (٣) و تبعه في المقتصر (٤).

هذا، و لكنّ الإنصاف: أنّ أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه مع اشتهاها بين الرواه حتى محمّد بن مسلم الراوى للصحيحه، مع أنّ المرجع بعد التكافؤ عموم أدلّه لزوم العقد بالافتراق و المتيقّن خروج المشتري، فلا ريب في ضعف هذا القول.

نعم، هنا قولٌ ثالثٌ لعلّه أقوى منه، و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب إلى جماعه من المتأخّرين (٥)، منهم الشهيد في المسالك (٦)؛ لعموم صحيحه ابن مسلم «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (٧) و لا ينافيه تقييد الحيوان ب«المشتري» في موثقه ابن فضال (٨)؛ لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب؛

ص: ٨٩

-
- ١-١) مفاتيح الشرائع ٣:٦٨.
 - ٢-٢) غايه المراد ٢:٩٦-٩٧.
 - ٣-٣) لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٥٥.
 - ٤-٤) المقتصر: ١٦٨-١٦٩.
 - ٥-٥) منهم المحقّق الأردبيلي ٨:٣٩٢، و المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:٢٥ و ٢٦، و المحقّق النراقي في المستند ١٤:٣٧٧، و قوّه الشهيد الثاني في الروضه ٣:٤٥٠.
 - ٦-٦) المسالك ٣:٢٠٠.
 - ٧-٧) الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.
 - ٨-٨) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

لأنَّ الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً.

و لا ينافى هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحه ابن مسلم؛ لأنَّ الغلبه قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا توجب تنزيل الإطلاق.

و لا- ينافيها أيضاً ما دلَّ على اختصاص الخيار بالمشتري (١)؛ لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. و لا- صحيحه محمّد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين؛ لإمكان تقييدها و إن بُعد بما إذا كان العوضان حيوانين.

لكن الإشكال في إطلاق الصحيحه الأولى (٢) من جهه قوه انصرافه إلى المشتري، فلا مخصّص يعتدّ به؛ لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، فلا محيص عن المشهور.

ص: ٩٠

١-١) راجع الوسائل ٣٤٩:١٢-٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الأحاديث ١، ٤، ٥، ٨، ٩.

٢-٢) و هي صحيحه الفضيل المتقدّمه في الصفحه ٨٦.

مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مدّه الخيار،

و في الغنيه-كما عن الحلبي-: أنّ مدّه خيار الأمه مدّه استبرائها (١)، بل عن الأوّل دعوى الإجماع عليه، و ربما ينسب (٢) هذا إلى المقنعه (٣) و النهايه (٤) و المراسم (٥) من جهه حكمهم بضمان البائع لها مدّه الاستبراء. و لم أقف لهم على دليل.

ص: ٩١

١-١) الغنيه: ٢١٩، و الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٢-٢) نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٥٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٢٤ إلى ظاهرها.

٣-٣) المقنعه: ٥٩٢-٥٩٣.

٤-٤) العبارة ساقطه من النهايه المتداوله بين أيدينا. نعم، هي موجوده في النهايه المطبوعه مع نكت النهايه ٢:١٤٤-١٤٥، و المطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٣٣٦، و نقلها علامه بلفظها في المختلف ٥:٢٢٣.

٥-٥) المراسم: ١٧٥.

فلو لم يفترقا ثلاثه أيام انقضی خيار الحيوان و بقى خيار المجلس؛ لظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ الشرط في الحيوان ثلاثه أيامٍ، و في غيره حتّى يتفرقا» (١).

خلافاً للمحكى عن ابن زهره فجعله من حين التفريق (٢)، و كذا الشيخ و الحلبي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهه الدليل الذى ذكره.

قال في المبسوط: الأولى أن يقال: إنّه -يعنى خيار الشرط- يثبت من حين التفريق؛ لأنَّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفريق (٣)، انتهى. و نحوه المحكى عن السرائر (٤).

ص: ٩٢

-
- ١-١) راجع الوسائل ٣٤٩:١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ٣٤٦، الباب الأول من الأبواب، الحديث ٣ و ٥.
 - ٢-٢) الغنيه: ٢٢٠.
 - ٣-٣) المبسوط ٨٥:٢.
 - ٤-٤) السرائر ٢٤٧:٢.

و هذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدل (١) عليه (٢) بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، و بلزوم (٣) اجتماع السببين على مسبب واحد، و ما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثه من البائع (٤) مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري.

و يردّ الأصل بظاهر (٥) الدليل، مع أنّه بالتقرير الثاني، مثبتّ. و أدلّه «التلف من البائع» محمول (٦) على الغالب من كونه بعد المجلس. و يردّ التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدّد.

و إن اتّحدا فكذلك، إمّا لأنّ الأسباب معرّفات، و إمّا لأنّها عللّ و مؤثّرات يتوقّف استقلال كلّ واحدٍ [منها (٧)] في التأثير على عدم مقارنه الآخر أو سبقه، فهي عللّ تامّة إلّا من هذه الجهه، و هو المراد ممّا في التذكرة في الجواب عن أنّ الخيارين مثلاًن فلا يجتمعان-: من أنّ الخيار واحدٌ و الجهه متعدّده (٨).

ص: ٩٣

١-١) راجع الاستدلال و ردّه في مفتاح الكرامه ٤:٥٥٣، و الجواهر ٢٨:٢٣.

٢-٢) كذا، و المناسب: «عليها».

٣-٣) في «ق»: للزوم، و لعله من سهو القلم.

٤-٤) الوسائل ٣٥٢:١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٥.

٥-٥) في «ش»: «ظاهر».

٦-٦) كذا، و المناسب: محموله.

٧-٧) لم يرد في «ق».

٨-٨) التذكرة ٥٢٠:١.

ثم إن المراد بزمان العقد [هل (١)] زمان مجرد الصيغه كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك، عتبر بذلك للغلبه؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين (٢)، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً، كان مبدؤه بعد القبض. و تمثله بما ذكر مبنئاً على اختصاص (٣) الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدم التردد في ذلك (٤).

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من أثر. وقد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض (٥).

ص: ٩٤

-
- ١- ١) لم يرد في «ق».
 - ٢- ٢) لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتب معاصريه، نعم في بعض الشروح: أنه المحقق الشيخ على كاشف الغطاء قدس سره في تعليقه على اللمع.
 - ٣- ٣) كذا في «ق» أيضاً، لكن ذكر الشهيدى بعد توجيه العبارة بصيغه الإثبات: - أن في بعض النسخ المصححه «عدم اختصاص»، ووجه أيضاً بتوجيه، راجع هدايه الطالب: ٤٣٣.
 - ٤- ٤) تقدم في الصفحه ٨٣-٨٤.
 - ٥- ٥) تقدم في الصفحه ٤٩.

مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام،

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، و لا فى دخول الليالى الثلاث عند التلفيق مع الانكسار. و لو عقد فى الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليله العقد. لكن فيه:

أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام، و الإطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر.

قيل: و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصالةً، فتدخل الثالثه، و إلا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد (1)، انتهى.

فإن أراد الليله السابقه على الأيام فهو حسن، إلا أنه لا يعلل بما ذكر. و إن أراد الليله الأخيره فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد، إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين

ص: ٩٥

١- ١) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥٨.

فى الیوم و اللیله و استعمال الیوم الثالث فى خصوص النهار، بل نقول:

إنّ الیوم مستعملٌ فى خصوص النهار أو مقداره من نهارین، لا فى مجموع النهار و اللیل أو مقدارهما، و لا فى مقدار (١) النهار و لو ملقاً من اللیل. و المراد من «الثلاثة أيام» هی لیالیها أى لیالی مجموعها، لا کلّ واحدٍ منها، فاللیالی لم تُرد من نفس اللفظ، و إنّما أُريدت من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاکمین فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال:

الخيار یستمرّ إلى أن یمضى ستّ و ثلاثون ساعةً من النهار.

ص: ٩٤

(١ - ١) فى «ش» بدل «مقدار»: «باقى».

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: اشتراط سقوطه فى العقد

و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض (١) بالصحة. و لا بأس به.

و الثانى: إسقاطه بعد العقد،

و قد تقدم الأمران (٢).

[و (٣)]

الثالث: التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار. و يدلّ عليه قبل الإجماع النصوص:

ففى صحيحه ابن رئاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه و لا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء» (٤).

ص: ٩٧

١- ١) صرح به السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥٩.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ٥١ و ٦١.

٣- ٣) لم يرد فى «ق».

٤- ٤) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

و صحیحہ الصَّفَّار: «کتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابَّةً من رجلٍ فأحدث فيها [حدثاً (١)] من أخذ الحافر أو نغلها أو ركب ظهرها فراسخ، إله أن يردها في الثلاثة أيام (٢) التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها (٣) أو الركوب الذي ركبها (٤) فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى» (٥).

و في ذيل الصحيحه المتقدمه عن قرب الإسناد: «قلت [له] (٦) رأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع» (٧).

و استدللّ عليه في التذكرة بعد الإجماع-: بأن التصرف دليل الرضا (٨). و في موضع آخر منها: أنه دليل الرضا بلزوم العقد (٩). و في موضع آخر منها كما في الغنيه (١٠)-: أن التصرف إجازة (١١).

ص: ٩٨

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) كذا في «ق» وفاقاً للتهديب، و في «ش»: «الثلاثة الأيام»، وفاقاً للوسائل.

٣-٣) في «ق»: «يحدثها»، و هو سهو.

٤-٤) في «ش»: «يركبها».

٥-٥) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٦-٦) من «ش» و المصدر.

٧-٧) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٨-٨) التذكرة ٥١٩:١.

٩-٩) التذكرة ٥٢٨:١.

١٠-١٠) الغنيه: ٢١٩.

١١-١١) التذكرة ٥٣٨:١.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلّا برضاه كما يشير إليه قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب-: من أنه لو استخدمه بشيء خفيف مثل «اسقني» أو «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» سقط الردّ. ثم استضعف قول بعض الشافعيّين بعدم السقوط، معللاً بأنّ مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك: بأنّ المسقط مطلق التصرف. و قال أيضاً: لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الردّ، لأنّه استعمالٌ و انتفاعٌ (١)، انتهى.

و قال في موضعٍ من التذكرة: عندنا أنّ الاستخدام بل كلّ تصرفٍ يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الردّ (٢)، انتهى.

و هو في غاية الإشكال؛ لعدم تبادل ما يعمّ ذلك من لفظ «الحدث» و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد؛ مع أنّ من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو؛ مع أنّهم ذكروا أنّ الحكمه في هذا الخيار الاطلاع على أمورٍ خفيّةٍ في الحيوان توجب زهاده (٣) المشتري، و كيف يطّلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقى و شبه ذلك؟

ص: ٩٩

١-١) التذكرة ٥٣٠: ١.

١-٢) التذكرة ٥٣١: ١.

٣-٣) في «ق»: «زهاده».

و إن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحه ابن رئاب (١)، و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكرها.

و دعوى: أنّ جميعها ممّا يدلّ لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى! ثمّ إنّ قوله عليه السلام في الصحيحه: «فذلك رضى منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابله كراهه ضده أعنى الفسخ، و إلّا فالرضا بأصل الملك مستمرّ من زمان العقد إلى حين الفسخ؛ و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن عليّ بن الحسين عليهما السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبداً بشرطٍ إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثمّ هو برىء من الضمان» (٢) فإنّ المراد بالرضا الالتزام بالعقد، و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورته حصول القطع للبائع بذلك.

إذا عرفت هذا فقولته عليه السلام: «فذلك رضى منه و لا شرط [له]» (٣) يحتمل وجوهاً

ص: ١٠٠

١-١) المتقدّمه في الصفحة ٩٧.

٢-٢) الوسائل ٣٥٢:١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣-٣) لم يرد في «ق».

أحدها: أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف بالتزام بالعقد و إن لم يكن التزاماً عرفاً.

الثاني: أن تكون توطئة للجواب، وهو قوله: «و لا شرط [له (1)]» لکنه توطئة لحكمه الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقية (2) فيكون إشارة إلى أن الحكمه فى سقوط الخيار بالتصرف دلالتة غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكماً فى سقوط خيار المجلس بالتفرق فى قوله عليه السلام:

«فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» فإنه لا يعتبر فى الافتراق دلالتة (3) على الرضا.

و على هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالتة على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب و ملاحظه نوع التصرف لو خلى و طبعه، و يكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، و بعد ملاحظه وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة كما فى قوله:

«[لا تأكل (4)] الرمان لأنه حامض» دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك، أى: دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد و إن لم يدل فى شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي

ص: ١٠١

١-١) لم يرد فى «ق».

٢-٢) فى «ش»: «حقيقه».

٣-٣) فى «ش»: «دلاله».

٤-٤) فى «ق»: «لا تشرب».

فى الرضا، نظير ظهور الألفاظ فى معانيها مقيداً بعدم قرينه توجب صرفه عن الدلاله، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتبهاً بعين أخرى مملوكة له، و يدخل فيه كل ما يدلّ نوعاً على الرضا و إن لم يعد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع و الإذن للبائع فى التصرف فيه.

الرابع: أن تكون إخباراً عن الواقع و يكون العله هى نفس الرضا الفعلى الشخصى، و يكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العله، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقه هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار.

ثم إن الاحتمالين الأولين و إن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدّم من التذكرة: من أنّ مطلق التصرف لمصلحه نفسه مسقط (١)، و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانين (٢) بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع، إلا أنّهما بعيدان عن ظاهر الخبر؛ مع مخالفتهما لأكثر كلماتهم، فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ، بل ظاهراً اعتبار الدلاله فى الجملة على الرضا، كما سيجىء (٣)، و يؤيّده حكم بعضهم بكفايه الدالّ على الرضا و إن لم يعد تصرفاً، كتقبييل الجارىه للمشتري، على ما صرح به فى التحرير

ص: ١٠٢

١-١) تقدّم فى الصفحه ٩٩.

٢-٢) راجع جامع المقاصد ٤:٢٨٣ و ٢٩١، و المسالك ٣:١٩٧ و ٢٠١.

٣-٣) يجىء فى الصفحه ١٠٤ و ما بعدها.

فعلم أنّ العبرة بالرضا، وإِنما اعتبر التصرف للدلالة، و ورد النصّ أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة (٢)، مع أنّه ليس حدثاً عرفاً. و ممّا يؤيّد عدم إرادته الأصحاب كون التصرف مسقطاً إلّا من جهه دلالته على الرضا: حكمهم بأنّ كلّ تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف (٣) مسقطاً تعديداً عندهم من جهه النصّ لم يكن وجهه للتعدّي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً.

و قد صرح في التذكرة: بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل (٤)، و ذكر التصرف [مثالاً (٥)] للفسخ و الإجازة الفعليتين (٦).

فاندفع ما يقال في تقريب كون التصرف مسقطاً لا للدلالة على الرضا: بأنّ الأصحاب يعدّونه في مقابل الإجازة (٧).

و أمّا المعنى الرابع: فهو و إن كان أظهر الاحتمالات من حيث

ص: ١٠٣

١-١ (١) التحرير ١٦٨:١، و الدروس ٢٧٢:٣.

٢-٢ (٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥٩، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣ (٣) في «ق» زياده: «عندهم»، و لعلّ التكرار من سهو القلم.

٤-٤ (٤) التذكرة ٥٣٧:١.

٥-٥ (٥) لم يرد في «ق».

٦-٦ (٦) كذا في «ش»، و في «ق» و «ف»: «فعلاً»، لكن شطب عليه في «ف»، و كتب أعلاه ما أثبتناه.

٧-٧ (٧) راجع الجواهر ٦٦:٢٣.

اللفظ، بل جزم به في الدروس (١)، و يؤيده ما تقدم من روايه عبد الله [بن الحسن (٢)] بن زيد، الحاكيه للنبوي الدال كما في الدروس أيضاً (٣) - على الاعتبار بنفس الرضا، و ظاهر بعض كلماتهم الآتيه.

إلما أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطه الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد؛ مع أنّ أظهريته بالنسبه إلى المعنى الثالث غير واضح.

فتعين إرادته المعنى الثالث، و محصله: دلالة التصرف لو خُلّي و طبعه على الالتزام و إن لم يفد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية؛ و هذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه.

قال في المقنعه: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلّا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتياح (٤)، انتهى. و مثّل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر من الأمه إلى ما يحرم لغير المالك (٥).

و قال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمه و أصاب بها عيباً فله ردّها، و إذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها

ص: ١٠٤

١-١) الدروس ٣:٢٢٧.

٢-٢) لم يرد في «ق»، لكنّه موجود في «ش» و المصدر، و فيما تقدّم في الصفحه ١٠٠.

٣-٣) الدروس ٣:٢٢٧-٣:٢٢٨.

٤-٤) المقنعه: ٥٩٩، و انظر ٥٩٢ أيضاً.

٥-٥) المقنعه: ٥٩٣.

و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له نتاجها. ثم قال:

و لا يسقط الرد؛ لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، و ليس هنا شيءٌ من ذلك (١)، انتهى.

و فى الغنيه: لو هلك المبيع فى مدّه الخيار فهو من مال بائعه، إلّا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا (٢)، انتهى.

و قال الحلبي قدّس سرّه فى الكافي فى خيار الحيوان: فإن هلك فى مدّه الخيار فهو من مال البائع، إلّا أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا (٣)، انتهى.

و فى السرائر بعد حكمه بالخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام قال:

هذا إذا لم يحدث فى هذه المدّه حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرّف فيه تصرّفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف اجرة، بأن يركب الدابّه أو يستعمل الحمار أو يقبّل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمنذور (٤)، انتهى.

و قال فى موضعٍ آخر: إذا لم يتصرّف فيه تصرّفاً يؤذن بالرضا فى العاده (٥).

ص: ١٠٥

١- (١) المبسوط ١٣٩: ٢.

٢- (٢) الغنيه: ٢٢١.

٣- (٣) الكافي فى الفقه: ٣٥٣.

٤- (٤) السرائر ٢٨٠: ٢.

٥- (٥) السرائر ٢٧٧: ٢.

و أما العلامه: فقد عرفت أنه استدلل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم (١).

وقال في موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافه أو طالت لم يكن ذلك رضاً بها. ثم قال: لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساكه، و لو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا (٢).

و في التحرير في مسأله سقوط رد المعيب بالتصرف قال: و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا (٣).

وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر (٤)، و ليس ببعيد (٥).

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصّه فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراه (٦) ففي الحكم تردد، ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف، و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، و التصرف إنما عدّ

ص: ١٠٦

١-١) راجع الصفحه ٩٨.

٢-٢) التذكرة: ٥٢٩.

٣-٣) التحرير ١: ١٨٤.

٤-٤) كذا في النسخ، و في الدروس: «للمختبر».

٥-٥) الدروس ٣: ٢٧٢.

٦-٦) في المصدر: أو ذهل عن كون المشتراه ذات خيار.

مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم (١).

وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابّة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردّها تصرفاً. ثم قال: وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً؟ ليس ببعيد أن لا- يعدّ. وكذا لو أراد ردّها و حلبها لأخذ اللبن، على إشكالٍ ينشأ من أنّه ملكه، فله استخلاصه (٢)، انتهى.

و حكى عنه في موضع آخر أنّه قال: والمراد بالتصرّف المسقط ما كان المقصود منه التملّك، لا- الاختبار و لا- حفظ المبيع كركوب الدابّة للسقى (٣)، انتهى.

و مراده من التملّك: البقاء عليه و الالتزام به، و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك، لا للاختبار أو الحفظ.

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهره في المعنى الثالث، و حاصله: التصرّف على وجه يدلّ عرفاً لو خُلّي و طبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلّت القرينه على وقوعه لا عن الالتزام.

لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقاً (٤): من أنّ أكثر أمثله

ص: ١٠٧

١-١) جامع المقاصد ٤:٣٠٥.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٠٤.

٣-٣) حكاة السيّد العاملی فی مفتاح الكرامه ٤:٥٦٠، و انظر جامع المقاصد ٤: ٢٩١ و ٣٠٤.

٤-٤) راجع الصفحه ٩٩.

التصرّف المذكوره فى النصوص و الفتاوى لىست كذلك، بل هى واقعه غالباً مع الغفله أو التردّد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا أطلع على ما يوجب زهده فيه، فهى غير دالّه فى نفسها عرفاً على الرضا.

و منه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقاً (١) - من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثه فىكون مورد الخيار فى غايه الندره بأنّ الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا يسقط بها الخيار (٢)، إذ فيه: أنّ هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا؛ لأنّ المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضا هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبه، فإذا فرض أنّ الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردّد فيه أو الغفله، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلّه الغير الموجوده إلّا فى قليلٍ من أفراده مستهجنًا.

و أمّا الاستشهاد لذلك بما سيجىء: من أنّ تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقطٍ لخياره اتّفاقاً، و لىس ذلك إلّا من جهه صدوره لا عن التزامٍ بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برّد مثل الثمن، ففيه:

ما سيجىء.

و ممّا ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات

ص: ١٠٨

١-١) راجع الصفحه ٩٩.

٢-٢) راجع الرياض ٢٠٢:٨، و مفتاح الكرامه ٥٦٠:٤.

واقعة لا- عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعنى حمل الأخبار المتقدّمة (١) على صورته دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف، مثل روايه عبد الله بن الحسن المتقدّمه (٢) التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه، وإنما أُنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي، و مثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاةً فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبنٌ فليس عليه شيء» (٣). و نحوه الآخر (٤).

و ما فيهما من «ردّ ثلاثة أمداد» لعله محمولٌ على الاستحباب؛ مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الروايه، فتأمل.

و قد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاةً غير مصراةٍ و حلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: وقيل: ليس له ردها، لأنّه تصرفٌ بالحلب (٥).

و بالجملة، فالجمع بين النصّ و الفتوى الظاهرين في كون التصرف

ص: ١٠٩

١-١) المتقدّمه في الصفحه ٩٧-٩٨.

٢-٢) المتقدّمه في الصفحه ١٠٠.

٣-٣) الوسائل ١٢:٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٤-٤) التهذيب ٧:٢٥، الحديث ١٠٧، و عنه في الوسائل ١٢:٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار، ذيل الحديث الأول.

٥-٥) المبسوط ١٢٥:٢-١٢٦.

مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، و بين ما تقدّم من التصرفات المذكوره في كثيرٍ من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحدٍ (١) من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد، أو التردد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غايه الإشكال، و الله العالم بحقيقه الحال.

ص: ١١٠

١-١) منهم الشهيد الثاني في الروضه ٣:٤٥١، و قال السيد المجاهد في المناهل: ٣٤٠ بعد نقل القولين في التصرفات المراد منها مجرد الاختبار- (و المسأله محلّ إشكال). و راجع الأقوال في التصرف للاستخبار، المقابس: ٢٤٧ أيضاً.

أعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، و لا خلاف فى صحه هذا الشرط، و لا فى أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا، و نقل الإجماع عليه مستفيض (١).

و الأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامه المسوّغه لاشتراط كلّ شرطٍ إلّا ما استثنى، و الأخبار الخاصه الوارده فى بعض أفراد المسأله.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره: «إنّ المسلمين عند شروطهم» (٢) و زيد فى صحيحه ابن سنان: «إلّا كلّ شرطٍ خالف كتاب الله فلا يجوز» (٣). و فى موثقه إسحاق بن عمّار: «إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو حلّ حراماً» (٤).

ص: ١١١

١ - ١) نقله السيد المرتضى فى الانتصار: ٤٣٤، المسأله ٢٤٦، و الشيخ فى الخلاف ٣: ١١ و ٢٠، ذيل المسأله ٧ و ٢٥ من كتاب البيوع، و ابن زهره فى الغنيه: ٢١٨، و انظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٠.

٢ - ٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣-٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ١ و ٥، و المستدرک ١٣: ٣٠٠، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٤ - ٤) الوسائل ١٢: ٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

نعم، في صحيحه أخرى لا يبين سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا- يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله» (١).

لكن المراد منه بقرينه المقابله عدم المخالفه، للإجماع على عدم اعتبار موافقه الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام فى معنى هذه الأخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد إن شاء الله تعالى.

و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط فى العقد، و هى تظهر برسم مسائل:

إشاره

ص: ١١٢

١-١) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه؛

لعموم أدله الشرط.

قال في التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا، خلافاً للشافعي (١). و استدلل له في موضع آخر بلزوم صيروره العقد جائزاً بعد اللزوم (٢). و زدّ بعدم المانع من ذلك؛ مع أنه كما في التذكرة (٣) منتقضى بخيار التأخير و خيار الرؤيه.

نعم، يشترط تعيين المدّه، فلو تراضيا على مدّه مجهوله كقدوم الحاجّ بطل بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحاً (٤)؛ لصيروره المعامله بذلك غرريّه. و لا- عبره بمسامحه العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحياناً، فإنّ المستفاد من تتبع أحكام المعاملات

ص: ١١٣

١-١) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٢) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٣) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٤) حكاة في المقابس: ٢٤٦، و راجع مفتاح الكرامه ٥٦١:٤ أيضاً.

عدم رضا الشارع بذلك؛ إذ كثيراً ما يتفق التشاّح في مثل الساعه و الساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم و اليومين.

و بالجمله، فالغرر لا ينتفى بمسامحه الناس في غير زمان الحاجه إلى المداقه، وإلا لم يكن بيع الجزاف و ما تعدّر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غرراً؛ لتسامح الناس في غير مقام الحاجه إلى المداقه في أكثر الجهالات.

و لعلّ هذا مراد بعض الأساطين من قوله: «إنّ دائره الغرر في الشرع أضيق من دائرته (١) في العرف» (٢) وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف.

نعم الجهاله التي لا يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاّح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعدّ غرراً، كتفاوت المكايل و الموازين.

و يشير إلى ما ذكرنا الأخبار الداله على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم (٣)، و خصوص موثقه غياث: «لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد» (٤) مع أنّ التأجيل إلى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حدّ الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع.

ص: ١١٤

١-١) في «ق»: «دائرتها»، و المناسب ما أثبتناه، كما في «ش».

٢-٢) الظاهر أنّ المراد من «بعض الأساطين» هو كاشف الغطاء قدّس سرّه، و لكن لم نعثر عليه في شرحه على القواعد.

٣-٣) راجع الوسائل ١٣: ٥٧، الباب ٣ من أبواب السلف.

٤-٤) الوسائل ١٣: ٥٨، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.

و ربما يستدلّ (١) على ذلك بأنّ اشتراط المدّه المجهوله مخالفٌ للكتاب و السنّه؛ لأنّه غررٌ.

و فيه: أنّ كون البيع بواسطه الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه، ففي الثاني يفسد الشرط و يتبعه البيع، و في الأوّل يفسد البيع فيلغو الشرط.

اللهمّ إنّما أن يراد أنّ نفس الالتزام بخيارٍ في مدّه مجهوله غررٌ و إن لم يكن بيعاً، فيشملة دليل نفى الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب و السنّه.

لكن لا يخفى سرايه الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فسادّه إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

ص: ١١٥

١-١) استدللّ به في الجواهر ٣٢:٢٣، و استدللّ به في المصابيح (مخطوط): ١٣١ أيضاً.

مسأله لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّه المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدّه أصلاً،

كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار»، و بين ذكر المدّه المطلقه، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدّه»؛ بالاستواء الكلّ في الغرر.

خلافاً للمحكّي (١) عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبي، فجعلوا مدّه الخيار في الصوره الأولى (٢) ثلاثه أيام.

و يحتمل حمل الثانيه عليها، و عن الانتصار و الغنيه و الجواهر: الإجماع عليه (٣).

ص: ١١٦

١ - ١) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع المقنعه: ٥٩٢، و الانتصار: ٤٣٨، المسأله ٢٥٠، و الخلاف ٣:٢٠، المسأله ٢٥، و الجواهر: ٥٤، المسأله ١٩٤، و الغنيه: ٢١٩، و الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٢ - ٢) في «ش»: «الثانيه».

٣ - ٣) حكاه أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع الانتصار: ٤٣٩ ذيل المسأله ٢٥٠، و الغنيه: ٢١٩، و الجواهر: ٥٤، المسأله ١٩٤.

و في محكّي الخلاف: وجود أخبار الفرقه به (١).

و لا- شك أنّ هذه الحكاياه بمنزله إرسال أخبار، فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقوله؛ و لذا مال إليه في محكّي الدروس (٢). لكن العلامه في التذكره لم يحك هذا القول إلّا عن الشيخ قدس سرّه و أوّلّه بإرادته خيار الحيوان (٣).

و عن العلامه الطباطبائي في مصابيح: الجزم به (٤)، و قوّاه بعض المعاصرين (٥) منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامه: من أنّه ليس في الأدلّه ما يخالفه، إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحّه العقد مع الجهل به أو بمدّته.

و زاد في مفتاح الكرامه (٦): بأنّ الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع (٧).

و فيه: ما تقدّم في مسأله تعذّر التسليم (٨): من أنّ بيع الغرر

ص: ١١٧

١-١) حكاه أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع الخلاف ٣: ٢٠، ذيل المسأله ٢٥.

٢-٢) حكاه السيّد الطباطبائي في المصابيح (مخطوط): ١٣٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٣٤، و انظر الدروس ٣:٢٦٩.

٣-٣) التذكره ١:٥٢٠.

٤-٤) حكاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٣٤، و انظر المصابيح (مخطوط): ١٣٢، و قال بعد نقل هذا القول-: «و هو الأقوى».

٥-٥) قوّاه في الجواهر ٢٣:٣٣-٣٤.

٦-٦) في «ش» و هامش «ن» زياده: «التعليل».

٧-٧) مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢.

٨-٨) راجع الجزء الرابع، الصفحه ١٨٩.

موضوعٌ عرفىٌ حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعيّد شرعياً لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصّصاً لعموم نفي الغرر و كان التحديد تعيّدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة (١)، أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاص، وهو إهمال مدّة الخيار.

و الحاصل: أنّ الدعوى في تخصيص أدلّه نفي الغرر لا في تخصّصها.

و الإنصاف: أنّ ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعده الغرر؛ لأنّ الظاهر بقريته عدم تعرّض الشيخ لذكر شيءٍ من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنّه عوّل في هذه الدعوى [على (٢)] اجتهاده في دلاله الأخبار الواردة في شرط الحيوان (٣). و لا- ريب أنّ الإجماعات المحكيه إنّما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلالته أو القاصر دلالته، لا- المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلاله رأساً، فالتعويل حينئذٍ على نفس الجابر و لا حاجه إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنّ المجمعين اعتمدوا على دلالاتٍ اجتهاديّه استنبطوها من الأخبار؛ و لا ريب أنّ المستند غالباً في إجماعات القاضى و ابن زهره إجماع السيّد في الانتصار.

نعم، قد روى في كتب العامه: أنّ حنّان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجّه أصابته في رأسه، فقال له النبيّ صلّى الله عليه و آله: «إذا بعث فقل:

ص: ١١٨

١-١) راجع الوسائل ١٣:٤٤٣-٤٥٠، الباب ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ من أبواب الوصايا.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٣٤٨-٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار.

لا خلا به» (١) و جعل له الخيار ثلاثاً، و فى روايه: «و لك الخيار ثلاثاً» (٢).

و الخلا به: الخديعه.

و فى دلالتة فضلاً عن سنده ما لا يخفى. و جبرهما (٣) بالإجماعات كما ترى! إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها (٤) فى الخروج عن قاعده الغرر مشكلاً، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوه.

ثم إنه ربما يقال (٥) ببطلان الشرط دون العقد، و لعله مبنى على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

و فيه: إن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فساداً فى أصل البيع كما فيما نحن فيه؛ حيث إن جهاله الشرط يوجب كون البيع غررياً، و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسرايه الفساد من الشرط إلى المشروط، و سيجىء تمام الكلام فى مسأله الشروط (٦).

ص: ١١٩

١-١) راجع السنن الكبرى للبيهقى ٥:٢٧٣، و كنز العمال ٤:٥٩، الحديث ٩٤٩٩، و الصفحه ٩١، الحديث ٩٦٨٢.

٢-٢) راجع السنن الكبرى للبيهقى ٥:٢٧٣، و كنز العمال ٤:٥٩، الحديث ٩٤٩٩، و الصفحه ٩١، الحديث ٩٦٨٢.

٣-٣) فى «ش»: «جبرها».

٤-٤) ذهب إليه العلامة فى التحرير ١:١٦٦، و المختلف ٥:٦٦، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٠١، و السبزوارى فى الكفايه: ٩١، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٨:١٨٨، و قال السيد الطباطبائى فى المصابيح (مخطوط): ١٣٢: «و ربما لاح ذلك من ظاهر الوسيله و السرائر و الشرائع و النافع و الجامع و اللمعه، لتضمّنها اعتبار التعيين فى المدّه».

٥-٥) نقله الشهيد فى المسالك ٣:٢٠٢، بلفظ: «قيل»، و لكن لم نعر على القائل.

٦-٦) انظر الجزء السادس، الصفحه ٨٩-٩٠.

مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق

مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق (١) من حين العقد؛

لأنه المتبادر من الإطلاق.

و لو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أول جزءٍ من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد.

فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدأه من حين العقد، و لو جعل مبدؤه من حين التفريق بطل؛ لأدائه إلى جهاله مدّه الخيار.

و عن الشيخ و الحلّي: أنّ مبدأه من حين التفريق (٢). و قد تقدّم عن الشيخ وجهه (٣) مع عدم تمامه (٤).

ص: ١٢٠

١-١) لم ترد «عند الإطلاق» في غير «ق».

٢-٢) حكى عنهما ذلك الشهيد في الدروس ٣:٢٦٩، و راجع الخلاف ٣:٣٣، المسأله ٤٤ من كتاب البيوع، و المبسوط ٢:٨٥، و السرائر ٢:٢٤٧.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ٩٢-٩٣.

٤-٤) كذا في «ق»، و الأصحّ: «عدم تماميته»، كما في «ش».

نعم، يمكن أن يقال هنا: إنّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمانٍ لو لا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثه، مع أنّ هذا إنّما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلاّ الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوتها من حين التفريق حكمٌ على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

ص: ١٢١

مسأله يصح جعل الخيار لأجنبي.

قال في التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا (١)(٢). و حكى عنه الإجماع في الأجنبي (٣)، قال: لأنَّ العبد بمنزله الأجنبي (٤).

و لو جعل الخيار لمتعدد، كان كلُّ منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ و الإجازة قدّم الفاسخ؛ لأنَّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز؛ بخلاف ما لو و كل جماعة في الخيار، فإنَّ النافذ هو التصرف (٥) السابق؛ لفوات محلِّ الوكاله بعد ذلك.

و عن الوسيله: أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو

ص: ١٢٢

١-١) في «ش» زياده: «معاً».

٢-٢) راجع التذكرة ١:٥٢١.

٣-٣) حكى عنه ذلك السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢، و راجع التذكرة ١:٥٢١، و فيه: «عندنا».

٤-٤) راجع التذكرة ١:٥٢١.

٥-٥) في «ش»: «تصرف».

إمضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل. وإن كان لغيرهما ورضى نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء (١)، انتهى.

و في الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً ولا - اعتراض عليه، و معهما أو مع أحدهما، و لو خولف أمكن اعتبار فعله، و إلا لم يكن لذكره فائدة (٢)، انتهى.

أقول (٣): لو لم يمتض فسخ الأجنبي مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائده.

ثم إنه ذكر غير واحد: أن الأجنبي يراعى المصلحه للجاعل (٤).

و لعله لتبادره من الإطلاق، و إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه [مصلحه (٥)]، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

ثم إنه ربما يتخيل: أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، نظراً إلى أن الثابت في الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين.

ص: ١٢٣

١-١) حكاة في الجواهر ٢٣:٣٤، و راجع الوسيله: ٢٣٨.

٢-٢) الدروس ٣:٢٦٨.

٣-٣) في «ش» زياده: «و».

٤-٤) منهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٣٥.

٥-٥) لم يرد فى «ق».

و هو ضعيفٌ بمنع (١) اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً و لا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حقّ الفسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيّاً؛ فحينئذٍ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للأجنبيّ في العقد؛ و سيجيء نظيره في إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين (٢).

ص: ١٢٤

١-١ في «ش»: «لمنع».

٢-٢ انظر الجزء السادس، الصفحه ١١١-١١٤.

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداءً.

و على الأول: فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمارٍ لم ينفذ.

و لو استأمره، فإن أمره بالإجازه لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستثمار، بل الالتزام بأمره؛ مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ. وإن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذٍ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أمّا مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أنّ الثالث لا سلطنه له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه، و أمّا مع طلب الآخر للفسخ فلائ وجوب الفسخ حينئذٍ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق [على صاحبه (١)] عرفاً، فمعناه سلطنه صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرطٍ لكلٍ منهما على صاحبه.

ص: ١٢٥

و الحاصل: أنّ اشتراط الاستثمار من واحدٍ منهما على صاحبه إنّما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر، و اشتراطه لكلّ منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحدٍ منهما للفسخ عند الإذن.

و ممّا ذكرنا يتّضح حكم الشقّ الثانی، و هو الائتمار بأمره الابتدائی، فإنّه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به، و إن كان لكلّ منهما ملكاً كذلك.

ثمّ فی اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه و جهان، [أوجههما (1)] العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حالیه أو مقالیه.

ص: ١٢٦

(١ - ١) لم يرد في «ق».

مسأله من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، و يقال له: «بيع الخيار»،

و هو جائزٌ عندنا كما في التذكرة (١)، و عن غيرها: الإجماع عليه (٢).

و هو: أن يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدّة بأن يردّ الثمن فيها و يرتجع المبيع.

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدّمة في الشرط (٣) النصوص المستفيضة.

□

منها: موثقه إسحاق بن عمّار قال: «سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول، و قد سأله: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك دارى هذه و يكون لك أحبّ إليّ من أن يكون لغيرك،

ص: ١٢٧

١- (١) التذكرة ٥٢١: ١.

٢- (٢) كما في جامع المقاصد ٢٩٣: ٤، و المسالك ٢٠٢: ٣، و مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٥.

٣- (٣) تقدّمت في الصفحه ١١١-١١٢ و غيرها.

على أن تشتري لي أنى إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردها عليّ؟ قال:

لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها ردها عليه. قلت: أ رأيت لو كان للدار غلّة لمن تكون؟ قال: للمشتري، أ لا ترى أنّها لو احترقت كانت من ماله» (١).

و رواه معاوية بن ميسره، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له (٢) من رجل، و كان بينه و بين الذى اشترى [منه (٣)] الدار خلطه، فشرط: أنّك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين؟ قال: هو ماله؛ و قال عليه السلام: أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (٤).

و عن سعيد بن يسار فى الصحيح، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

إنّا نخالط أناساً من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم فى العشره اثنى عشر و ثلاثه عشر، و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنه و نحوها، و يكتب لنا رجلٌ منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منّا شراءً بأنّه باع و قبض الثمن منه، فنعده إن هو جاء بالمال إلى وقتِ بيننا و بينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل ٣٥٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢- (٢) لم يرد فى «ق».

٣- (٣) لم يرد فى «ق».

٤- (٤) الوسائل ٣٥٥: ١٢-٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال (١) فَرُدَّ عليه» (٢).

و عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن بعت رجلاً على شرطٍ، فإن أتاكَ بمالك، و إلا فالبيع لك» (٣).

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام في أمور:

الأول أن اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه:

أحدها: أن يؤخذ قيماً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله، و يكون مدّه الخيار منفصلاً دائماً عن العقد و لو بقليل، و لا خيار قبل الردّ. و المراد برّد الثمن: فعل ما له دخلٌ في القبض من طرفه و إن أبى المشتري.

الثاني: أن يؤخذ قيماً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كلّ جزءٍ من المدّه المضروبه و التسلّط على الفسخ على وجه مقارنته لردّ الثمن أو تأخّره عنه.

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

و عليه حمّل في الرياض ظاهر الأخبار الدالّه على عود المبيع

ص: ١٢٩

١-١) في «ش» زياده: «المؤقت»، و الموجود في المصادر الحديثيه: «لوقت».

٢-٢) الوسائل ٣٥٤: ١٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣) نفس المصدر، الحديث ٢.

بمجرد ردّ الثمن (١).

الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ.

و هذا هو الظاهر من روايه معاويه بن ميسره (٢)، و يحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقه إسحاق بن عمار (٣).

و عنوان المسأله بهذا الوجه هو الظاهر من الغنيه حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، و إنما ذكره في أمثله الشروط الجائزه في متن العقد، قال: أن يبيع و يشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له (٤)، انتهى.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقاله على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقاله. و هو ظاهر الوسيله، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقيله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقاله إذا جاءه بمثل الثمن في المدّه (٥)، انتهى.

و حينئذٍ (٦) فإن أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه، و إلّا استقلّ بالفسخ.

و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن

ص: ١٣٠

١-١ (١) الرياض ١٨٩: ٨.

٢-٢ (٢) المتقدّمه في الصفحه ١٢٨.

٣-٣ (٣) تقدّمنا في الصفحه ١٢٧-١٢٨.

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢١٥.

٥-٥ (٥) الوسيله: ٢٤٩.

٦-٦ (٦) لم ترد «و حينئذٍ» في «ش».

يكون «ردّ المبيع إلى البائع» فيهما كنايةً عن ملزومه و هي الإقاله، لا- أن يكون وجوب الردّ كنايةً عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على ما فهمه الأصحاب (1)، و مرجعه إلى أحد الأولين.

و الأظهر في كثيرٍ من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة (2) - هو الثاني.

لكن الظاهر صحّحه الاشتراط بكلٍّ من الوجوه الخمسه عدا الرابع؛ فإنّ فيه إشكالاً من جهة أنّ انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاءٍ فعليٍّ أو قوليّ يشبه انعقاده بنفسه في مخالفه المشروع من توقّف المسببات على أسبابها الشرعيّه؛ و سيجيء في باب الشروط ما يتّضح به صحّحه ذلك و سقمه (3).

الثاني

الثاني (4) الثمن المشروط ردّه: إمّا أن يكون في الذمّه، و إمّا أن يكون معيّناً.

و على كلّ تقدير: إمّا أن يكون قد قبضه، و إمّا أن لم يقبضه.

فإن لم يقبضه فله الخيار و إن لم يتحقّق ردّ الثمن؛ لأنّه شرطٌ على تقدير قبضه. و إن لم يفسخ حتّى انقضت المدّه لزم البيع. و يحتمل العدم؛ بناءً على أنّ اشتراط الردّ بمنزله اشتراط القبض [قبله] (6).

ص: ١٣١

١-١) راجع المقابيس: ٢٤٨، و المصابيح (مخطوط): ١٣٧.

٢-٢) راجع الشرائع ٢:٢٢، و القواعد ٢:٦٦، و التذكرة ١:٥٢١.

٣-٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٥٩-٦٠.

٤-٤) في «ش» و هامش «ف»: «الأمر الثاني»، و كذا في الموارد الآتية.

٥-٥) لم ترد «أن» في «ش».

٦-٦) لم يرد في «ق».

و إن قبض الثمن المعين:

فإنما أن يشترط رد عينه.

أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لاه منه، أو مطلقاً، أو لو مع التمكن منه، على إشكالٍ في الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد العين مع الإمكان. و في جواز اشتراط رد قيمه في المثلى و العكس (1) وجهان.

و إنما أن يطلق.

فعلى الأول، لا خيار إلا برد العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار، إلا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفاده سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله. و فيه نظر.

و على الثاني، فله رد البدل في موضع صحه الاشتراط.

و أما الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين. و يظهر من إطلاق محكيّ الدروس و حاشيه الشرائع: أن الإطلاق لا يحمل على العين (2). و يحتمل حمله على الثمن الكلي، و سيأتي (3).

ص: ١٣٢

١-١) كذا في «ق»، و في غيره: «بالعكس».

٢-٢) راجع الدروس ٣:٢٦٩، و لم نعثر عليه في حاشيه الشرائع للمحقق الكركي -لأنّ الموجود عندنا ناقص و لا على الحاكي عنه، نعم جاء في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٥ هكذا: «و لا يحمل إطلاقه على العين كما صرح به الشهيد و المحقق الثاني في حاشيته»، و الظاهر أنّ المراد حاشيته على الإرشاد، لأنّه جاء فيها: «و لا يحمل الإطلاق على عين الثمن» حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٥٧.

٣-٣) في الصفحه الآتية.

و إن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمه البائع كما هو مضمون روايه سعيد بن يسار المتقدمه (1) فرده بأداء ما في الذمه، سواء قلنا: إنه عين الثمن أو بدله، من حيث إن ما في ذمه البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري: ردُّ بدله.

و إن لم يكن الثمن في ذمه البائع وقبضه، فإن شرط ردِّ ذلك الفرد المقبوض أو ردِّ مثله بأحد الوجوه المتقدمه (2) فالحكم على مقتضى الشرط. و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبه في هذا القسم من البيع -المشتهر ببيع الخيار هو ردُّ ما يعمُّ البدل، إمّا مطلقاً، أو مع فقد العين.

و يدلُّ عليه صريح (3) بعض الأخبار المتقدمه (4) إلا أن المتيقن منها صورته فقد العين.

الثالث [لا يكفي مجرد الرد في الفسخ.]

قيل (5): ظاهر الأصحاب بناءً على ما تقدّم: من أن ردِّ الثمن في هذا البيع عندهم مقدّمه لفسخ البائع أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ.

ص: ١٣٣

١-١) تقدّمت في الصفحه ١٢٨.

٢-٢) راجع الصفحه المتقدمه.

٣-٣) في «ش»: «صريحاً».

٤-٤) كما في روايه ابن ميسره المتقدمه في الصفحه ١٢٨.

٥-٥) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٦٥، والمقابس: ٢٤٨، والمناهل: ٣٣٣.

و صرّح به في الدروس (١) و غيره (٢).

و لعلّ منشأ الظهور: أنّ هذا القسم فردّ من خيار الشرط مع اعتبار شىء زائد فيه، و هو ردّ الثمن. و علّلوا ذلك أيضاً: بأنّ الردّ من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً (٣). و هو حسنٌ مع عدم الدلالة، أمّا لو فرض الدلالة عرفاً إمّا بأن يفهم منه كونه تملكاً للثمن من المشتري ليتملك منه المبيع على وجه المعاطاه، و إمّا بأن يدلّ الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري فلا وجه لعدم الكفايه مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالةً.

و ما قيل: من أنّ الردّ يدلّ على إرادته الفسخ و الإرادة غير المراد (٤).

ففيه: أنّ المدعى دلّاه على إرادته كون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري، و لا يعتبر في الفسخ الفعلى أزيد من هذا؛ مع أنّ ظاهر الأخبار كفايه الردّ في وجوب ردّ المبيع بل قد عرفت في روايه معاويه بن ميسره حصول تملك المبيع بردّ الثمن (٥)، فيحمل على تحقّق الفسخ الفعلى به.

ص: ١٣٤

١-١) الدروس ٢٦٩:٣.

٢-٢) مثل المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٢٩٢:٤، و الشهيد الثانی فی المسالك ٣: ٢٠٢.

٣-٣) علّله بذلك المحقّق الكرکی فی جامع المقاصد ٢٩٢:٤، و السید العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٦٥:٤، و السید المجاهد فی المناهل: ٣٣٣، و المحقّق التستری فی المقابس: ٢٤٨.

٤-٤) قاله السید العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٦٥:٤، و السید المجاهد فی المناهل: ٣٣٣.

٥-٥) راجع الروايه فی الصفحه ١٢٨.

الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد على الوجه الثاني من الوجهين الأولين،

بل وعلى الوجه الأول؛ بناءً على أنّ تحقّق السبب و هو العقد كافٍ في صحّحه إسقاط الحقّ. لكن مقتضى ما صرّح به في التذكرة: من أنّه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد (١) بناءً على حدوثهما من زمان التفرّق عدم الجواز أيضاً. إلّا أنّ يفرّق هنا: بأنّ المشروط له مالكٌ للخيار قبل الردّ و لو من حيث تملكه للردّ الموجب له فله إسقاطه، بخلاف ما في التذكرة.

و يسقط أيضاً بانقضاء المدّة و عدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً، على التفصيل المتقدّم.

و لو تبين المردود من غير الجنس فلا ردّ. و لو ظهر معيباً كفى في الردّ، و له الاستبدال.

و يسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعيّن مع اشتراط ردّ العين أو حمل الإطلاق عليه، و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلّي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع. كلّ ذلك لإطلاق ما دلّ (٢) على أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد و لا خيار. و قد عمل

ص: ١٣٥

-
- ١-١) لم نعثر عليه بعينه، نعم جاء فيها: «لو قلنا: بأنّ مبدأ المدّة العقد و أسقطا الخيار مطلقاً قبل التفرّق سقط الخياران: خيار المجلس و الشرط، و إن قلنا بالتفرّق سقط خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأنّه غير ثابت» التذكرة ١: ٥٢٠.
- ٢-٢) يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٤ و غيره من أبواب الخيار.

الأصحاب بذلك في غير مورد النصّ كخيارى المجلس و الشرط.

و ظاهر المحكى (١) عن المحقق الأردبيلى و صاحب الكفايه (٢) عدم سقوط هذا الخيار بالتصرّف فى الثمن؛ لأنّ المدار فى هذا الخيار عليه؛ لأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائده، و للموتّق المتقدّم (٣) المفروض فى مورده تصرّف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك (٤).

و المحكى عن العلّامه الطباطبائى فى مصابيح الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما حصّله: أنّ التصرّف المسقط ما وقع فى زمان الخيار و لا خيار إلّا بعد الردّ، و لا ينافى شىء ممّا ذكر لزومه بالتصرّف بعد الردّ؛ لأنّ ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادراً على إيجاد سببه فيه؛ إذ المدار على الفعل لا على القوه، على أنّه لا يتمّ فيما اشترط فيه الردّ فى وقتٍ منفصلٍ عن العقد كيوم بعد سنه مثلاً (٥)، انتهى محضّ كلامه.

ص: ١٣٦

١-١) حكاه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤٠، و راجع مجمع الفائده ٨:٤٠٢ و ٤١٣، و كفايه الأحكام: ٩٢.

٢-٢) فى «ش» زياده: «أنّ الظاهر».

٣-٣) المتقدّم فى الصفحه ١٢٧-١٢٨.

٤-٤) ذكر التعليل فى مجمع الفائده ٨:٤١٣، مع تفاوت فى الألفاظ، نعم حكاه عنه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤٠ بالألفاظ المذكوره.

٥-٥) حكاه عنه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤١، و العبارة المحكيه موجوده فى المصاييح (مخطوط): ١٣٩، و قد نقل الشيخ حاصلها، كما قال.

و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره قدس سره من كون حدوث الخيار بعد الردّ لا قبله:- بأن ذلك يقتضى جهاله مبدأ الخيار، و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ (١) بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدّمة فى هذه المسأله الدالّه على أنّ غلّه المبيع للمشتري هو كون مجموع المدّه زمان الخيار (٢)، انتهى.

أقول: فى أصل الاستظهار المتقدّم و الردّ المذكور عن المصاييح و المناقشه على الردّ نظرًا.

أمّا الأول: فلأنه لا مخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف المنسحب فى غير مورد النصّ عليه باتّفاق الأصحاب.

و أمّا بناءً هذا العقد على التصرّف فهو من جهه أنّ الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلى، و ظاهر الحال فيه كفايه ردّ مثل الثمن؛ و لذا قوينا (٣) حمل الإطلاق فى هذه الصوره على ما يعمّ البدل، و حينئذٍ فلا يكون التصرّف فى عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لا منافاه بين فسخ العقد و صحّه هذا التصرّف و استمراره، و هو مورد الموثّق المتقدّم أو منصرف إطلاقه.

أو من جهه تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرّف فى الثمن، و قد مرّ (٤)

ص: ١٣٧

١- ١) يأتى قول الشيخ فى أحكام الخيار، فى مسأله: أنّ المبيع يملك بالعقد.

٢- ٢) الجواهر ٢٣: ٤٠، مع تفاوت فى بعض الألفاظ.

٣- ٣) راجع الصفحه ١٣٣.

٤- ٤) مرّ فى الصفحه ١٠٣.

أن السقوط بالتصرف ليس تعبدًا شرعيًا مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و أمّا الثاني: فلأنّ المستفاد من النصّ و الفتوى كما عرفت (١) - كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولي يُسقط الخيار في كلّ مقام يصحّ إسقاطه بالقول: و الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ.

هذا، مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ مبنيٌّ على الوجه الأوّل المتقدّم (٢) من الوجوه الخمسه في مدخلية الردّ في الخيار، و لا دليل على تعيينه (٣) في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارته غير واحدٍ هو الوجه الثاني.

أو نقول: إنّ المتّبع مدلول الجملة الشرطيّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الردّ فيها قيداً للخيار و قد يؤخذ قيداً للفسخ.

نعم، لو جعل الخيار و الردّ في جزءٍ معيّنٍ من المدّة كيوم بعد السنه كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، و جاء فيه الإشكال في صحّه الإسقاط هنا (٤) من عدم تحقّق الخيار، و من تحقّق سببه.

و أمّا المناقشه في تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم جهاله مدّه الخيار، ففيه: أنّها لا تقدر مع تحديد زمان التسلّط على الردّ و الفسخ بعده إن

ص: ١٣٨

١-١) راجع الصفحه ١٠٤ و ١٠٧.

٢-٢) تقدّم في الصفحه ١٢٩.

٣-٣) في «ش»: «تعيّنه».

٤-٤) في «ش»: «زياده:» «و لو قولاً».

شاء. نعم، ذكر في التذكرة: أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفريق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد (١). لكن الفرق يظهر بالتأمل.

و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف، ففيه: أن زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً أو بجعل المتعاقدين، و المفروض أن الخيار هنا جعلي، فالشك (٢) في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب (٣) في رد الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى المنفصل، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدلل له به من الأخبار (٤).

الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري،

سواء كان قبل الرد أو بعده، و نماؤه أيضاً له مطلقاً. و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل

ص: ١٣٩

١- (١) التذكرة ٥٢٠:١.

٢- (٢) في «ف»: «فالشأن».

٣- (٣) كما ذكره السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٤:٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٨٠.

٤- (٤) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٥:٥: «و قد يحتج له بروايه الحلبي "فإذا افترقا فقد وجب البيع"، و أخبار آخر أشار إليها في الجواهر ٢٣:٨١.

أو قيمه برّد الثمن أو بدله. و يحتمل عدم الخيار، بناءً على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له ردّ الثمن و ارتجاع البيع (١)، و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّ لا- تنافى بين شرطيه البقاء و عدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجىء في أحكام الخيار (٢) لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، و لا يتمّ إلّا بالتزام إبقائه للبائع (٣).

و لو تلف الثمن:

فإن كان بعد الردّ و قبل الفسخ، فمقتضى ما سيجىء: من «أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» (٤) كونه من المشتري و إن كان ملكاً للبائع، إلّا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين (٥) و استظهره من روايه معاويه بن ميسره المتقدمه (٦). و لم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلّا أنّ نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري، و هما إجماعيان حتّى في مورد كون التلف ممّن لا خيار له، فلا حاجه لهما إلى تلك الروايه، و لا تكون

ص: ١٤٠:

١-١ (١) كذا، و الظاهر: «المبيع».

٢-٢ (٢) يجىء في الجزء السادس، الصفحة ١٤٤.

٣-٣ (٣) في «ف»: «على البائع».

٤-٤ (٤) يجىء في الجزء السادس، الصفحة ١٧٤.

٥-٥ (٥) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٨٨.

٦-٦ (٦) تقدّمت في الصفحة ١٢٨.

الروايه مخالفه للقاعده، وإنما المخالف لها هي قاعده «أنّ الخراج بالضمان» إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثه-أعني خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في أحكام الخيار (١).

و إن كان التلف قبل الردّ فمن البائع (٢)؛ بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الردّ.

و فيه-مع ما عرفت من منع المبني-: منع البناء، فإنّ دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متّصل أم بمنفصل، كما يقتضيه أخبار تلك المسأله، كما سيجيء (٣).

ثمّ إن قلنا: بأنّ تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، و إن قلنا:

بأنّه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيردّ البدل و يرتجع المبيع.

السادس لا إشكال في القدره على الفسخ بردّ الثمن على نفس المشتري، أو بردّه على وكيله المطلق

أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك

ص: ١٤١

١-١) سيجيء في الجزء السادس، الصفحه ١٧٨-١٨١.

٢-٢) كذا في «ش»، و لكن في «ق» و «ف» بدل «البائع»: «المشتري»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٣-٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ١٧٥، مسأله أنّ المبيع في ضمان من ليس له الخيار.

و إن كان المشروط هو ردّه إلى المشتري مع عدم التصريح ببدله، فامتنع ردّه إليه عقلاً لغيبه و نحوها، أو شرعاً لجنونٍ و نحوه، ففي حصول الشرط بردّه إلى الحاكم، كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبه مسائله (١) و عدمه، كما اختاره سيّد مشايخنا فى مناهله (٢)، قولان.

و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد [نقل (٣)] قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار، و أنّه لا اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال: إنّ ظاهر الروايه اعتبار حضور المشتري لىفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه؛ فما ذكروه: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانةً إلى أن يجيء المشتري، و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلّا أنّه بعيدٌ عن مساق الأخبار المذكوره (٤)، انتهى.

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرّض لحكم ردّ الثمن مع غيبه المشتري فى هذا الخيار، و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانةً عند البائع حتّى يحضر المشتري. و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنّما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل

ص: ١٤٢

١-١ (١) جامع الشتات ١٤١:٢، المسأله ٩٩.

٢-٢ (٢) المناهل: ٣٣٤.

٣-٣ (٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤ (٤) الحدائق ١٩:٣٥ ٣٦.

العامة و بعض الخاصه (١)، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، و لا تنافي بينه و بين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ، و هو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أنّ ما ذكره من أخبار المسألة لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ و إن كان موردها صورته حضوره لأجل تحقيق الردّ، إلا أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمانٍ؛ بناءً على مغايره الفسخ للردّ و عدم الاكتفاء به عنه.

نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم.

لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ برّد (٢) الثمن، فافهم.

و كيف كان، فالأقوى فيما لم يصرّح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه؛ لأنّ الظاهر من «الردّ إلى المشتري» حصوله عنده و تملكه له حتّى لا يبقى الثمن في ذمّه البائع بعد الفسخ، و لذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى. و كذا لو ردّ وارث البائع مع أنّ المصرّح به في العقد ردّ البائع، و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار؛ لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلية خصوص البائع في الرد، و كذا الكلام في وليه.

و دعوى: أنّ الحاكم إنّما يتصرّف في مال الغائب على وجه الحفظ

ص: ١٤٣

١- ١) أمّا بعض الخاصه فهو ابن الجنيّد كما نقله العلامة في المختلف ٥:٧٦، و أمّا العامة فنسبه في التذكرة ١:٥٢٢، إلى أبي حنيفة و محمّد، و مثله في الخلاف ٣: ٣٥، ذيل المسألة ٤٧، من كتاب البيوع، و راجع الفتاوى الهنديّة ٣: ٤٣.

٢- ٢) في «ش»: «بمجرد ردّ».

أو (١) المصلحة، و الثمن قبل ردّه باقٍ على ملك البائع، و قبضه عنه الموجب لسלטنه البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحةً للغائب أو شبهه، فلا يكون ولياً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ.

مدفوعه: بأنّ هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الوليّ حتّى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوبٌ شرعاً لحفظ مال الغائب صحّ له الفسخ؛ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتّى يقال: إنّ ولايته في القبول متوقّفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ.

و ممّا ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبّه عن الغائب و شبهه.

و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصحّ له الفسخ مع ردّ الثمن إلى الوليّ الآخر أعني الجدّ مطلقاً، أو مع عدم التمكّن من الردّ إلى الأب، أو لا؟ وجوه.

و يجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فردّ البائع إلى حاكمٍ آخر، و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للأول حتّى لا يجوز قبوله للثمن، و لا يجرى ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناءً على عدم جواز مزاحمة الحاكم (٢) لحاكمٍ آخر في مثل هذه الأمور؛ لما عرفت: من أنّ أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البائع إذا وجد من

ص: ١٤٤

١-١) في «ش» بدل «أو»: «و».

٢-٢) في «ش»: «حاكم».

يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول، غايه الأمر وجوب دفعه إليه، مع احتمال عدم الوجوب؛ لأن هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمة. لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً.

السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك إلا برد الجميع،

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ. و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه؛ لبقائه على ملك البائع.

و الظاهر أنه ضامنٌ له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمّية، إلا أن يصرح بكونها أمانه عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع.

و لو شرط البائع الفسخ في كل جزءٍ برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المدّه. و هل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك.

و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزءٍ معيّن من الثمن في المدّه، بل بجزءٍ غير معيّن، فيبقى الباقي في ذمه البائع بعد الفسخ.

الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن.

و لا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، و لا في جواز التصريح بردّ بدله مع تلفه؛ لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار

برّد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ.

و فى جواز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمكن من العين إشكالاً: من أنّه خلاف مقتضى الفسخ؛ لأنّ مقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسحاً فى الحقيقة (١).

نعم، لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمي و بالقيمه فى المثلّى أمكن الجواز؛ لأنّه بمنزله اشتراط إيفاء ما فى الذمّه بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلّى بالقيمه و القيمي بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل.

و يجوز اشتراط الفسخ لكلّ منهما برّد ما انتقل إليه أو بدله؛ و الله العالم.

ص: ١٤٦

(١-١) لم يذكر المؤلف قدس سرّه الشقّ الآخر للإشكال؛ اتكالا على وضوحه، و هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه

كالإجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه- بل قال في التذکره: الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضه، خلافاً للجمهور (١). و مراده ما يكون لازماً؛ لأنه صرح بعدم دخوله في الوكاله و الجعاله و القراض و العاريه و الوديعه؛ لأن الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه (٢).

و الأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣)، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعه (٤) دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمه و لو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزه، إلا أن

ص: ١٤٧

١-١) التذکره ٥٢٢:١.

٢-٢) نفس المصدر.

٣-٣) الوسائل ١٥:٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذیل الحديث ٤.

٤-٤) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤:٣٠٤ في الضمان و الهبه و غيرهما، و السيد المجاهد في المناهل: ٣٣٦، و المحقق التستري في المقابس: ٢٤٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٦٩ أيضاً.

يُدعى من الخارج عدم معنَى للخيار فى العقد الجائز و لو من الطرف الواحد.

فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفايه (١): دخول خيار الشرط فى كلِّ عقدٍ سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق. و ظاهرها ما عدا الجائز؛ و لذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير (٢) بعد ما منع الخيار فى العقود الجائزه.

و كيف كان: فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أنّ مقتضى عموم أدلّه الشرط الصحّح فى الكلِّ و إنّما الإخراج لمانع؛ و لذا قال فى الدروس -بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدّس سرّه-:

إنّه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحه ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم» (٣)، فالمهمّ هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

[عدم جريان خيار الشرط فى الإيقاعات]

فنقول: أمّا الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود (٤).

قيل: لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما يتّبه عليه

ص: ١٤٨

١ - ١) حكاها عنها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٨، راجع الشرائع ٢: ٢٣، و الإرشاد ١: ٣٧٥، و الدروس ٣: ٢٦٨، و حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٦٠، و مجمع الفائده ٨: ٤١١، و كفايه الأحكام: ٩٢.

٢ - ٢) التحرير ١: ١٦٨.

٣ - ٣) الدروس ٣: ٢٦٨، و فيه: «المسلمون» بدل «المؤمنون»، و هو مطابق للمصدر، و راجع الحديث فى الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديثان ١ و ٢.

٤ - ٤) السرائر ٢: ٢٤٦.

جملة من الأخبار و الإيقاع إنما يقوم بواحد (١).

و فيه: أن الاستفادة من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين:

المشروط له، و المشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب و القبول؛ أ لا ترى أنهم جؤزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمة مدّه (٢) تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غايه الأمر توقّف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعض (٣). لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول.

فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو (٤) انصرافه، خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس (٥) - بعدم مشروعته الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلّط على الفسخ فيها.

و الرجوع في العده ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعيّ في بعض أقسامه لا يقبل (٦) الثبوت في غير مورده، بل و لا السقوط في مورده.

و مرجع هذا إلى أن مشروعته الفسخ لا بد لها من دليل، و قد وجد في

ص: ١٤٩

١ - ١) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٦٤، و اللفظ للأوّل، و راجع الوسائل ١٢:٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديثان ١ و ٤ و غيرهما في غير الباب.

٢ - ٢) راجع المسالك ١٠:٢٩٢، و نهايه المرام ٢:٢٥١، و كشف اللثام (الطبعه الحجريّه) ٢:١٨٥.

٣ - ٣) كما قاله العلّامة في التحرير ٢:٧٩.

٤ - ٤) في «ش» بدل «أو»: «و».

٥ - ٥) تقدّم في الصفحه ٢٢.

٦ - ٦) في «ق»: «لا تقبل».

العقود من جهة مشروعيتها الإقاله و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات؛ فإنه لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

و بالجمله، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناءً على أنّ اللزوم في الإيقاعات حكم شرعيّ كالجواز في العقود الجائزه فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع.

هذا كلّه، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط و نفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق و الطلاق (١)، و إجماع المسالك على عدم دخوله في العتق و الإبراء (٢).

[عدم جريان خيار الشرط في العقود المتضمنه للإيقاع]

و ممّا ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمّن الإيقاع و لو كان عقداً، كالصلح المفيد فائده الإبراء، كما في التحرير و جامع المقاصد (٣).

و في غايه المرام: أنّ الصلح إن وقع معاوضهً دخله خيار الشرط، و إن وقع عمّا في الذمه مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله؛ لأنّ مشروعيته لقطع المنازعه فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومه ينافى مشروعيته، و كلّ شرط ينافى مشروعيته العقد غير لازم (٤)، انتهى.

ص: ١٥٠

١-١) المبسوط ٨١:٢، و السرائر ٢٤٦:٢.

٢-٢) المسالك ٢١٢:٣، و فيه: «محلّ وفاق».

٣-٣) التحرير ١٦٧:١، و جامع المقاصد ٣٠٤:٤.

٤-٤) غايه المرام (مخطوط) ٢٩٥:١، و فيه: «غير جائز».

و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا- أقل من الشك في ذلك الراجع إلى الشك في سببه الفسخ لرفع الإيقاع.

[أقسام العقود من حيث دخول خيار الشرط فيها]

[ما لا يدخله اتفاقاً]

و أمّا العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً.

فالأول: النكاح، فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك: الإجماع عليه (١). و لعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق و عدم مشروعية التقايل فيه.

[ما اختلف في دخوله فيه]

[الوقف]

و من الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه، و عن المسالك:

أنه موضع وفاق (٢). و يظهر من محكي السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه (٣). و ربما علل باشتراط القربه فيه و أنه فك ملك غير عوض (٤)، و الكبرى في الصغرين ممنوعه.

ص: ١٥١

١ - (١) حكي الإجماع عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٨، و راجع الخلاف ٣:١٦، المسأله ١٧ من كتاب البيوع، و فيه: «..بلا- خلاف»، و تعرّض للمسأله في النكاح و حكم هناك أيضاً بالبطلان، و لكن لم يتعرّض للإجماع، راجع الخلاف ٤:٢٩٢، المسأله ٥٩ من كتاب النكاح، و المبسوط ٢:٨١، و السرائر ٢:٢٤٦، و جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و المسالك ٣:٢١٢، و فيه: «..محلّ وفاق».

٢ - (٢) المسالك ٣:٢١٢، و حكاها السيد المجاهد في المناهل: ٣٣٦.

٣ - (٣) حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٨، و راجع السرائر ٢:٢٤٥، و الدروس ٣:٢٦٨.

٤ - (٤) كما علله بذلك في جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و مفتاح الكرامه ٤:٥٦٨ - ٤:٥٦٩.

و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكوره فى مسأله شرط الواقف كونه أحتق بالوقف عند الحاجه، و هى قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحتق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع فى الميراث» (١) و قريب منها غيرها (٢). و فى دالتهما (٣) على المدعى تأمل.

و يظهر من المحكى عن المشايخ الثلاثه فى تلك المسأله (٤) تجويز اشتراط الخيار فى الوقف (٥)، و لعله (٦) المخالف الذى أشير إليه فى محكى السرائر و الدروس (٧).

و أما حكم الصدقه فالظاهر أنه حكم الوقف، قال فى التذكره فى باب الوقف: إنه يشترط فى الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، و يكون الوقف باطلاً كالعق و الصدقه (٨)، انتهى.

لكن قال فى باب خيار الشرط: أما الهبه المقبوضه، فإن كانت لأجنبى غير معوض عنها و لا قصد بها القربه و لا تصرف المتَّهب (٩)،

ص: ١٥٢

١-١) التهذيب ٩:١٥٠، الحديث ٦١٢.

٢-٢) راجع الوسائل ١٣:٢٩٧، الباب ٣ من أبواب الوقوف، الحديث ٣.

٣-٣) فى «ش»: «دالتهما».

٤-٤) فى «ق» زياده: «ما يظهر منه»، و الظاهر أنها من سهو القلم.

٥-٥) راجع المقنع: ٦٥٢، و الانتصار: ٤٦٨، المسأله ٢٦٤، و النهايه: ٥٩٥.

٦-٦) كذا فى النسخ، و لعل وجه إفراد الضمير باعتبار تقدير «كل واحد» قبل «المشايخ الثلاثه».

٧-٧) تقدمت الحكايه عنهما فى الصفحه السابقه.

٨-٨) التذكره ٢:٤٣٤.

٩-٩) فى «ق» بدل «المتَّهب»: «الواهب»، و هو سهو من القلم.

يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختل أحد القيود لزمّت. و هل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك (١)، انتهى.

و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمه حتى الصدقه.

و كيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها؛ لعموم ما دلّ على أنه لا يرجع فيما كان لله (٢)، بناءً على أنّ الاستفادة منه كون اللزوم حكماً شرعياً لما هيته الصدقه، نظير الجواز للعقود الجائزه.

و لو شكّ في ذلك كفى في عدم سببه الفسخ التي يتوقف صحّه اشتراط الخيار عليها. و توهم إمكان إثبات السببه بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.

و منه

و منه (٣): الصلح،

فإنّ الظاهر المصرّح به في كلام جماعه - كالعالمه في التذكره (٤) -: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ (٥).

و ظاهر المبسوط كالمحكّي عن الخلاف (٦) -: عدم دخوله فيه مطلقاً.

و قد تقدّم التفصيل عن التحرير و جامع المقاصد و غايه المرام (٧)

ص: ١٥٣

١- (١) التذكره ٥٢٢: ١.

٢- (٢) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣١٥: ١٣، الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات، و غيره من الأبواب.

٣- (٣) أي: من أقسام ما اختلف فيه.

٤- (٤) التذكره ٥٢٢: ١.

٥- (٥) المهذب البارع ٥٣٨: ٢.

٦- (٦) راجع المبسوط ٨٠: ٢، و الخلاف ١٢: ٣، المسأله ١٠ من كتاب البيوع.

٧- (٧) تقدّم في الصفحه ١٥٠.

و لا يخلو عن قرب؛ لما تقدّم من الشكّ في سببّه الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

و منه: الضمان،

فإنّ المحكّي عن ضمان التذكرة و القواعد (١): عدم دخول خيار الشرط [فيه (٢)]، و هو ظاهر المبسوط (٣).

و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقابل فيه.

و منه: الرهن،

فإنّ المصرّح به في غايه المرام عدم ثبوت الخيار للراهن (٤)؛ لأنّ الرهن وثيقه للدين، و الخيار ينافى الاستيثاق؛ و لعلّه لذا استشكل في التحرير (٥) و هو ظاهر المبسوط (٦)، و مرجعه إلى أنّ مقتضى طبيعه الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقه، و الخيار منافٍ لذلك.

و فيه: أنّ غايه الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

و منه: الصرف،

فإنّ صريح المبسوط و الغنيه و السرائر عدم دخول

ص: ١٥٤

١ - ١) حكاها عنهما في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٩، و راجع التذكرة ٢:٨٦، و فيه: «و كذا لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً»، و القواعد ٢:١٥٥.

٢ - ٢) لم يرد في «ق».

٣ - ٣) راجع المبسوط ٢:٨٠.

٤ - ٤) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٩٥، و فيه: «و في الراهن إشكال من أصاله الجواز.. و من منافاته لعقد الرهن؛ لأنّه وثيقه للدين المرتهن، و مع حصول الخيار ينفى الفائدة».

٥ - ٥) التحرير ١:١٦٧، و فيه: «و في الراهن إشكال».

٦ - ٦) راجع المبسوط ٢:٧٩.

خيار الشرط فيه (١)، مدّعين على ذلك الإجماع. ولعله لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصرف و السلم:- بأنّ (٢) المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لم يبق (٣) بينهما علقه، و لو أثبتنا الخيار بقيت العلقه (٤).

و الملازمه ممنوعه كما في التذكرة؛ و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف و إن استشكله أولاً كما في القواعد (٥).

[ما يدخله خيار الشرط اتفاقاً]

و من الثالث (٦): أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجاره و المزارعه و المساقاه و غير ما ذكر من موارد الخلاف، فإنّ الظاهر عدم الخلاف [فيها (٧)].

[هل يدخل خيار الشرط في القسمه؟]

و اعلم أنّه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط (٨):- دخول خيار الشرط في القسمه و إن لم يكن فيها ردّ (٩). و لا- يتصوّر إلّا بأن يشترط الخيار في التراضى القولى بالسهم، و أمّا التراضى الفعلى فلا يتصوّر دخول خيار الشرط فيه؛ بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد.

ص: ١٥٥

- ١- (١) المبسوط ٧٩:٢، و الغنيه: ٢٢٠، و السرائر ٢٤٤:٢.
- ٢- (٢) كذا في «ق»، و المناسب: «من أنّ»، كما في «ش».
- ٣- (٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «لا يبقى».
- ٤- (٤) التذكرة ٥٢٢:١.
- ٥- (٥) القواعد ٦٧:٢.
- ٦- (٦) و هو ما يدخله الخيار قطعاً.
- ٧- (٧) لم يرد في «ق».
- ٨- (٨) المبسوط ٨٢:٢.
- ٩- (٩) التذكرة ٥٢٢:١.

و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاه و إن قلنا بلزومها من أوّل الأمر أو بعد التلف، و السرّ في ذلك: أنّ الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي.

و ذكر فيهما أيضاً دخول الخيار في الصداق (١). و لعلّه لمشروعته الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الوليّ بدون مهر المثل.

و فيه نظر.

و ذكر في المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار في السبق و الرمايه؛ للعموم (٢).

أقول: و الأظهر بحسب القواعد إناطه دخول خيار الشرط بصحّه التقايل في العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنه أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كافٍ في ذلك بعد ما وجب عليه شرعاً القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائماً مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه، و إن لم يرضَ فعلاً.

و أمّا إذا لم يصحّ التقايل فيه لم يصحّ اشتراط الخيار فيه؛ لأنّه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضٍ منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثراً؛ لما عرفت: من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلّا فائده الرضا الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه، و لا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً، و الله العالم.

ص: ١٥٦

١-١) المبسوط ٨١:٢، و التذكرة ٥٢٢:١.

٢-٢) المبسوط ٨١:٢.

واصله الخديعه، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، و (١) بالتحريك في الرأي (٢).

و هو في اصطلاح الفقهاء: تملك مال به ما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. و تسميه المملك غابناً و الآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدعاً أصلاً كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعاضه على وجه الخدع.

و المراد بما يزيد أو ينقص: العوض مع ملاحظه ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى (٣) مائه دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن؛ لأن المبيع ببیع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، و هكذا غيره من الشروط.

و الظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن

ص: ١٥٧

١-١) في «ش» زياده: «الغبن».

٢-٢) الصحاح ٢١٧٢: ٦، ماده «غبن».

٣-٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «ما يساوى».

مفهومه، بخلاف الجهل بقيمته.

ثم إنَّ ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا (١)، وعن نهج الحقَّ نسبتَه إلى الإماميَّة (٢)، وعن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحاً (٣). نعم، المحكِّي عن المحقِّق قدس سرّه في درسه إنكاره (٤). ولا يعدُّ ذلك خلافاً في المسألة، كسكوت جماعه عن التعرُّض له.

نعم، حكى عن الإسكافي منعه (٥). وهو شاذُّ.

[الاستدلال بآية تجاره عن تراض على هذا الخيار]

و استدلال في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إلاَّ- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٦) قال: و معلومٌ أنَّ المغبون لو عرف الحال لم يرض (٧). و توجيهه: أنَّ رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه مبنئاً على عنوانٍ مفقودٍ، و هو عدم نقصه عنه في المائيه، فكأنه قال:

«اشترت هذا الذي يسوى (٨) درهماً بدرهم» فإذا تبين أنَّه لا يسوى (٩) درهماً تبين أنَّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفهً

ص: ١٥٨

١- ١) التذكرة ٥٢٢:١.

٢- ٢) نهج الحقَّ و كشف الصدق: ٤٨١.

٣- ٣) الغنية: ٢٢٤، و المختلف ٤٤:٥.

٤- ٤) حكاة الشهيد في الدروس ٢٧٥:٣.

٥- ٥) حكاة عنه الشهيد في الدروس ٣:٢٧٥، بهذه العبارة: «و يظهر من كلام ابن الجنيد».

٦- ٦) النساء: ٢٩.

٧- ٧) التذكرة ٥٢٢:١.

٨- ٨) في «ش»: «يساوى».

٩- ٩) في «ش»: «يساوى».

من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعامله إلامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالآيه إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق؛ لفحوى حكم الفضولى و المكره.

و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلاماً من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً. كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار مالتيه، فقد يُقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك، مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر فى متن العقد.

[الاستدلال بآيه و لا تأكلوا أموالكم]

و لو أبدل قدس سره هذه الآيه بقوله تعالى **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (١)** كان أولى، بناءً على أن أكل المال على وجه الخدع بيع ما يسوى درهماً بعشره مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعامله و عدم نفوذ ردّه أكل المال بالباطل، أمّا مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يُعدّ أكلًا بالباطل.

و مقتضى الآيه و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلاماً أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و ردّه للمعامله. لكن يعارض الآيه ظاهر قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا: مِنْ عَدَمِ خُرُوجِ ذَلِكَ عَنْ مَوْضِعِ التَّرَاضِي،**

ص: ١٥٩

فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم. إلّا أن يقال: إنّ التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج (١) عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل.

و يمكن أن يقال: إنّ آية التراضى يشمل غير صورته الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فيدلّ على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارض (٢)، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آية النهى، المختصّه بصوره الخدع، الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافئهما إلى أصالة اللزوم.

[ما استدل به في التذكرة و المناقشه فيه]

و استدلل أيضاً في التذكرة: بأنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أثبت الخيار في تلقى الركبان و إنّما أثبتته للغبن (٣). و يمكن أن يمنع صحّه حكاية إثبات الخيار؛ لعدم (٤) وجودها في الكتب المعروفه بين الإماميه ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

ص: ١٦٠

١-١) كذا في «ق»، لكن قال الشهيدى قدّس سرّه بعد أن ذكر العبارة بصيغته الإثبات و بيان الغرض منها: «فما استشكل به سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه على العبارة ناش عن الغلط في نسخهته من حيث اشتمالها على كلمه "لا" قبل "يخرج"، هدايه الطالب: ٤٥٤، و راجع حاشيه السيّد اليزدى في مبحث الخيارات: ٣٥، ذيل قول المؤلّف: إلّا أن يقال..

٢-٢) في «ش»: «معارضه».

٣-٣) التذكرة ٥٢٢: ١.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ف»، و في «ق»: «و عدم».

و أقوى ما استدلّ به على ذلك في التذكرة (١) و غيرها (٢) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:

«لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» (٣)، و كأنّ وجه الاستدلال: أنّ لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلّط المغبون على فسخه ضررٌ عليه و إضرارٌ به فيكون منفيّاً، فحاصل الرواية: أنّ الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوّغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، و لم يميّز لهم من التصرفات ما فيه ضررٌ على الممضى عليه.

و منه يظهر صحّ التمسك لتزلزل كلّ عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، و سواء كان في البيع أم في غيره، كالصالح الغير المبني على المسامحة و الإجاره و غيرها من المعاضات.

هذا، و لكن يمكن الخدشه في ذلك: بأنّ انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الردّ و الإمضاء بكلّ الثمن؛ إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكلّ الثمن و ردّه في المقدار الزائد، غايه الأمر ثبوت الخيار للغابن؛ لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأكثر في معاضات المريض المشتمله على المحاباه (٤) و إن اعترض عليهم العلّامة بما حاصله: أنّ

ص: ١٦١

١-١) التذكرة ٥٢٢:١.

٢-٢) كما استدلّ به في الغنيه: ٢٢٤، و التنقيح الرائع ٢:٤٧، و الرياض ٨:١٩٠ و غيرها.

٣-٣) الوسائل ١٧:٣٧٦، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ١١:١٤١، و الجواهر ٢٨:٤٧٣، ٢٨:٤٧٤.

استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضه (١).

و يحتمل أيضاً أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكل، و من تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد أو بدله، و مرجعه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبةً مستقلّةً كما في الإيضاح و جامع المقاصد، حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت:-

بأنّ الهبة المستقلّة لا تُخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار (٢)، و سيجيء ذلك (٣).

و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلّامة في التذكرة و احتمله في القواعد:

من أنّه إذا ظهر كذب البائع مرابحةً في إخباره برأس المال فبذل المقدمار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري (٤)، فإنّ مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و حاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورته امتناع الغابن من البذل. و لعلّ هذا

ص: ١٦٢

١-١) راجع القواعد ٥٣٦:٢، و المختلف ٤٢٧:٦.

٢-٢) الإيضاح ٤٨٥:١، و جامع المقاصد ٢٩٤:٤.

٣-٣) سيجيء في الصفحة الآتية.

٤-٤) التذكرة ٥٤٤:١، و لم نعر عليه في القواعد، راجع مبحث المرابحة في القواعد ٥٦:٢.

هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل (1)، بل قول بعضٍ بعدمه (2) كما يظهر من الرياض (3).

ثم إنَّ المبدول ليس هبةً مستقلةً حتَّى يقال: إنَّها لا تُخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملةً عليه، ولا جزءً من أحد العوضين حتَّى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض و تمام المعوض (4) منافياً لمقتضى المعاوضة، بل هي غرامةٌ لما أتلّفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبتيّة، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرش في المعيب.

و من هنا ظهر الخدشه فيما في الإيضاح و الجامع، من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب-: بأنّ بذل التفاوت لا يُخرج المعاملة عن كونها غبتيّة؛ لأنَّها هبةٌ مستقلة، حتَّى أنّه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحلّ أخذه؛ إذ لا ريب [في (5)] أنّ من قَبِلَ هبة الغابن لا يسقط خياره (6)، انتهى بمعناه.

ص: ١٦٣

١ - ١) التذكرة ٥٢٣: ١، وفيه: «و لو دفع الغابن التفاوت احتمال سقوط خيار المغبون»، نعم في القواعد (٢: ٦٧): «و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال».

٢ - ٢) قال المحقّق النراقي في المستند (١٤: ٣٩١) بعد نسبته ذلك إلى «قيل» و أنّه احتمله بعض المتأخّرين-: «و هو الأقوى».

٣ - ٣) راجع الرياض ٥٢٥: ١.

٤ - ٤) كذا في «ق»، و في «ش»: «جزء المعوض و تمام العوض».

٥ - ٥) لم يرد في «ق».

٦ - ٦) إيضاح الفوائد ٤٨٥: ١، و جامع المقاصد ٢٩٤: ٤، ٢٩٥.

وجه الخدشه: ما تقدّم (١)، من احتمال كون المبدول غرامهً لما أتلفه الغابن على المغبون قد دلّ عليه نفى الضرر.

و أمّا الاستصحاب، ففيه: أنّ الشكّ في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به؛ إذ (٢) المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له؛ لأنّ إلزام الغابن بالفسخ ضررٌ؛ لتعلّق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضررٌ وإن لم يبلغ حدّ المعارضه لضرر المغبون، إلّا أنّه يصلح مرجّحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الردّ والإمضاء بكلّ الثمن، إلّا أن يعارض ذلك بأنّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملّك عين ذات قيمه؛ لكون المقصود اقتناءها للتجمل، وقد يستنكف عن اقتناء ذات قيمه اليسيره للتجمل، فتأمل.

[الاستدلال على خيار الغبن بالأخبار الواردة في حكم الغبن]

وقد يستدلّ على الخيار بأخبارٍ وارده في حكم الغبن:

فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحت» (٣). و عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام» (٤)، و في روايه أُخرى: «لا تغبن المسترسل،

ص: ١٦٤

١-١) تقدّم آنفاً.

٢-٢) في «ش» زياده: «من».

٣-٣) الكافي ٥: ١٥٣، الحديث ١٤، و عنه في الوسائل ١٢: ٣٦٣، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٤-٤) الكافي ٥: ١٥٣، الحديث ١٥، و الوسائل ١٢: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فإنَّ غبنه لا يحلُّ» (١).

و عن مجمع البحرين: أنَّ الاسترسال الاستئناس و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه، واصله السكون و الثبات، و منه الحديث:

«أيما مسلمٍ استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا»، و منه: «غبن المسترسل سحتٌ» (٢)، انتهى. و يظهر منه أنَّ ما ذكره أوَّلاً حديثٌ رابعٌ.

و الإنصاف: عدم دلالتها على المدعى؛ فإنَّ ما عدا الروايه الأولى ظاهرة في حرمه الخيانه في المشاوره، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.

و أمَّا الروايه الأولى، فهي و إن كانت ظاهرة فيما يتعلَّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و الخديعه في أخذ المال. و يحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقُّه بمنزله السحت في الحرمة و الضمان. و يحتمل إرادته كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورهِ خاصِّهِ، و هي اطلاع المغبون و ردِّه للمعامله المغبون فيها. و لا-ريب أنَّ الحمل على أحد الأولين أولى، و لا أقلَّ من المساواه للتالث، فلا دلاله.

[العمده في المسأله الإجماع]

فالعمده في المسأله الإجماع المحكِّي المعتضد بالشهره المحقِّقه، و حديث نفى الضرر بالنسبه إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثمَّ إنَّ تنقيح هذا المطلب يتمُّ برسم مسائل:

إشاره

ص: ١٦٥

١- (١) الوسائل ٢٨٥:١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

٢- (٢) مجمع البحرين ٣٨٣:٥، مادّه «رسل».

فلو علم بالقيمه فلا خيار، بل لا غبن كما عرفت بلا خلافٍ و لا إشكالٍ؛ لأنه أقدم على الضرر.

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمه بالمره أو ملتفتاً إليها، و لا بين كونه مسبقاً بالعلم و عدمه، و لا بين الجهل المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصه أو الظن بهما أو الشك.

و يشكل في الأخيرين إذا أقدم على معامله بانياً على المسامحه على تقدير الزيادة أو (١)النقيصه فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه، و الحاصل: أن الشاك الملتفت إلى الضرر مُقَدِّمٌ عليه.

و من أن مقتضى عموم نفي الضرر و إطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم، بل مطلق الشاك ليس

ص: ١٦٦

مُقدِّماً على الضرر، بل قد يُقدِّم بـرجاء عدمه، و مساواته للعالم في الآثار ممنوعه حتّى في استحقاق المدح و الذمّ لو كان المشكوك ممّا يترتّب عليه ذلك عند الإقدام عليه، و لذا قد يحصل للشاكّ بعد إطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يُقدم عليه. نعم، لو صرّح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن.

و ممّا ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادراً على السؤال، كما صرّح به في التحرير و التذكرة (١).

و لو أقدم عالماً على غبنٍ يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم، فلا يبعد الخيار. و لو أقدم على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً أو بما لا يتسامح، ففي الخيار وجهه.

ثمّ إنّ المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع؛ لأنّ الزيادة إنّما حصلت في ملكه و المعامله وقعت على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذٍ؛ لأنّ التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر، كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه، بل في التذكرة: أنّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ (٢).

و أشكال منه ما لو توقّف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله؛ لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته.

ص: ١٦٧

١-١) التحرير ١:١٦٦، و التذكرة ٥٢٣:١.

٢-٢) التذكرة ٥٤١:١.

نعم، لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرّح به العلامة في الصرف (١) يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابله الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض.

و لو ثبت الزيادة أو النقيصه بعد العقد، فإنّه لا عبره بهما إجماعاً كما في التذكرة (٢).

ثمّ إنّ لا عبره بعلم الوكيل في مجرّد العقد، بل العبره بعلم الموكل و جهله. نعم، لو كان وكيلاً في المعامله و المساومه، فمع علمه و فرض صحّحه المعامله حينئذٍ لا - خيار للموكل، و مع جهله يثبت الخيار للموكل، إلّا أن يكون عالماً بالقيمه و بأنّ موكله (٣) يعقد على أزيد منها و يقزّره له.

و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصّه، إلّا أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنّه كالوليّ حينئذٍ (٤).

ثمّ إنّ الجهل إنّما يثبت باعتراف الغابن، و بالبينه إن تحققت، و بقول مدّعيه مع اليمين؛ لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصاله اللزوم، مع أنّه قد يتعسر إقامة البينه على الجهل، و لا يمكن للغابن الحلف على علمه، لجهله بالحال، فتأمل.

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبره بحيث لا يخفى عليه القيمه إلّا لعارضٍ من غفله أو غيرها، و إلّا فلا يقبل قوله كما في

ص: ١٤٨

١-١ (١) التذكرة ٥١٠:١، و التحرير ١٧١:١.

١-٢ (٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣ (٣) في «ش»: «و كيله».

٤-٤ (٤) في «ش» زياده: «و قد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس».

و قد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، فغايه الأمر أن يصير مدّعياً من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لمّا تعسّر إقامه البينه عليه و لا يُعرف إلّا من قبله يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.

إلّا أن يقال: إنّ معنى (٣) تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لا جعل مخالفه مدّعياً يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتّى فى قبول قوله إذا تعسّر عليه إقامه البينه، أ لا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدّعى فساد العقد إذا تعسّر عليه إقامه البينه على سبب الفساد؟ مع أنّ عموم تلك القاعده ثم اندراج المسأله فيها محلّ تأملٍ.

و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده مع تعذّر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن؛ لأصالة عدم التغيّر، و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغيّر و اختلفا فى تأريخ العقد.

و لو علم تأريخ التغيّر فالأصل و إن اقتضى تأخّر العقد الواقع على الزائد عن القيمه، إلّا أنّه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتّى يثبت الغبن.

الشرط الثانى

الشرط الثانى (٤): كون التفاوت فاحشاً،

فالواحد بل الاثنان فى

ص: ١٦٩

١-١) جامع المقاصد ٢٩٤:٤.

٢-٢) المسالك ٢٠٤:٣.

٣-٣) فى «ش»: «إنّ مقتضى».

٤-٤) فى «ش»: «الأمر الثانى».

العشرين لا يوجب الغبن.

[حد التفاوت الفاحش]

و حدّه عندنا كما فى التذكرة-: ما لا يتغابن الناس بمثله.

و حكى فيها عن مالك: أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه. و ردّه: بأنّه تخمينٌ لم يشهد له أصل فى الشرع (١)، انتهى.

و الظاهر أنّه لا إشكال فى كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً.

نعم، الإشكال فى الخمس، و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه، كما سيجىء التصريح به من المحقق القمى فى تصويره لغبن كلا المتبايعين (٢).

[ما هو المنط فى الضرر الموجب للخيار]

ثمّ الظاهر أنّ المرجع عند الشكّ فى ذلك هو أصله ثبوت الخيار؛ لأنّه ضررٌ لم يُعلم تسامح الناس فيه. و يحتمل الرجوع إلى أصله اللزوم؛ لأنّ الخارج هو الضرر الذى يُناقش فيه، لا مطلق الضرر.

بقى هنا شىءٌ، و هو: أنّ ظاهر الأصحاب و غيرهم أنّ المنط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريّةً مع قطع النظر عن ملاحظه حال أشخاص المتبايعين؛ و لذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامّة (٣).

و ظاهر حديث نفى الضرر (٤) ملاحظه الضرر بالنسبه إلى شخص الواقعة؛ و لذا استدّلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثيرٍ

ص: ١٧٠

١-١) التذكرة ٥٢٣: ١.

٢-٢) سيجىء فى الصفحه ١٧٣.

٣-٣) و هو مالك، كما تقدم عن التذكرة آنفاً، و لكنّ المحكى عنه فى المغنى (٣: ٥٨٤): التحديد بالثلث.

٤-٤) فى «ش» زياده: «المستدلّ عليه فى أبواب الفقه».

إذا أضرَّ بالمكلف ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرُّ به ذلك (١)، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضروريةً في حقِّ الكلِّ.

والحاصل: أن العبرة إن كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضرُّ بحال المغبون وغيره.

[الأظهر اعتبار الضرر المالى]

و الأظهر اعتبار الضرر المالى؛ لأنه ضررٌ فى نفسه من غير مدخليةٍ لحال الشخص. و تحمّله فى بعض المقامات كالتيّم (٢) إنما خرج بالنصّ؛ و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور:- بأنّ الضرر لا يعتبر مع معارضه النصّ (٣).

و يمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيصٍ عموم نفي الضرر بالنصّ، بل لعدم كونه ضرراً بملاحظه ما يازائه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه صلوات الله عليه ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يشتري به مالٌ كثيرٌ» (٤).

نعم، لو كان الضرر مجحفاً بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج، لا دليل

ص: ١٧١

١- ١) كما استدللّ به الفاضل المقداد فى التنقيح ١:١٣٢، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٢:٢٩٣.

٢- ٢) لا يخفى ما فى المثال، و لذا أسقطه مصحح «ش».

٣- ٣) المعتبر ١:٣٦٩، ٣٧٠.

٤- ٤) التهذيب ١:٤٠٦، الحديث ١٢٧٦، و عنه فى الوسائل ٢:٩٩٨، الباب ٢٦ من أبواب التيمّم، ذيل الحديث الأول.

نفى الضرر، فنفي (١) الضرر المالي في التكاليف لا يتحقق (٢) إلا إذا كان تحمّله حرجاً.

[تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]

إشكال:

ذكر في الروضه و المسالك تبعاً لجامع المقاصد في أقسام الغبن:

أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما (٣)، انتهى.

فيقع الإشكال في تصوّر غبن كلّ من المتبايعين معاً. والمحكي عن بعض (٤) الفضلاء في تعليقه على الروضه ما حاصله استحاله ذلك، حيث قال: قد عرفت أنّ الغبن في طرف البائع إنّما هو إذا باع بأقلّ من قيمه السوقية، و في طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، و لا- يتفاوت الحال بكون الثمن و المثل من الأثمان أو العروض أو مختلفين، و حينئذٍ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، و إلاّ لزم كون الثمن أقلّ من قيمه السوقية و أكثر، و هو محال، فتأمل، انتهى.

[الوجه المذكوره في تصوير ذلك]

و قد تعرّض غير واحدٍ ممّن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض:

منها: ما ذكره المحقّق القمي صاحب القوانين

في جواب من سأله

ص: ١٧٢:

١- ١) في «ق» بدل «فنفى»: «فيبقى»، لكنّه لا يلائم السياق.

٢- ٢) في «ش» بدل «لا يتحقّق»: «لا يكون».

٣- ٣) الروضه ٤٦٧: ٣، و المسالك ٢٠٥: ٣، و جامع المقاصد ٢٩٥: ٤.

٤- ٤) و هو المولى أحمد بن محمّد التوني أخو المولى عبد الله التوني صاحب الوافيه، ذكره في تعليقه على الروضه ذيل قول الشارح: «و المغبون إمّا البائع أو المشتري»، راجع الروضه البهية (الطبعة الحجرية) ٣٧٨: ١.

عن هذه العبارة من الروضة قال: إنَّها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنَّها تسوى أربعة توأمين، ثمَّ تبيِّن أنَّ المتاع يسوى خمسة توأمين و أنَّ الدنانير تسوى خمسة توأمين إلَّا خمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقلَّ من قيمته السوقيَّة بخمس تومان، و المشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين، فالبائع مغبونٌ في أصل البيع، و المشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبوناً في أصل البيع (١)، انتهى.

أقول: الظاهر أنَّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيظ له ثوباً مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم، و من هنا يقال: إنَّ للشروط قسطاً من العوض. و إن أبيت إلَّا عن أنَّ الشرط معاملهٌ مستقلَّة فلا (٢) مدخل له في زياده الثمن، خرج ذلك عن فرض غبن كلِّ من المتبايعين في معاملهٍ واحده. لكن الحقَّ ما ذكرنا: من وحده معامله و كون الغبن من طرفٍ واحدٍ.

و منها: ما ذكره بعض المعاصرين،

من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين في عقدٍ واحدٍ بثمانين، فغبن البائع في أحدهما و المشتري في الآخر (٣).

ص: ١٧٣

١-١) جامع الشتات ٥٩:٢، ٦٠، المسأله ٤٨.

٢-٢) في «ش»: «و لا».

٣-٣) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٤٤.

و هذا الجواب قريبٌ من سابقه في الضعف؛ لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصّة حتّى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصّة، فهما معاملتان مستقلّتان كان الغبن في كلّ واحدٍ منهما (١) لأحدهما خاصّة، فلا وجه لجعل هذا قسمًا ثالثًا لقسمي غبن البائع خاصّة و المشتري خاصّة. و إن لم يجر التفكيك بينهما لم يكن غبنٌ أصلاً مع تساوى الزيادة في أحدهما للنقيصه في الآخر، و مع عدم المساواه فالغبن من طرفٍ واحدٍ.

و منها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعمّ

الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقاً على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعمّ العلّامه في القواعد (٢) و الشهيد في اللمعه (٣)، و على هذا المعنى الأعمّ تحقّق الغبن في كلّ منهما.

و هذا حسنٌ، لكن ظاهر عباره الشهيد (٤) و المحقّق (٥) الثانيين إرادته ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسّروه به.

و منها: ما ذكره بعضٌ: من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين،

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد

ص: ١٧٤

١- ١) في «ش»: «منها».

٢- ٢) القواعد ٢: ٢٢.

٣- ٣) اللمعه الدمشقيّه: ١١٣.

٤- ٤) المسالك ٣: ٢٠٣.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩٤.

ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمنٍ متوسطٍ بين القيمتين، فالمشترى مغبونٌ لزيادته الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبونٌ لنقصانه عن القيمة في مكانه (١).

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

ومنها: ما ذكره في مفتاح الكرامه: من فرضه فيما إذا ادعى كلُّ من المتبايعين الغبن،

كما إذا بيع ثوبٌ بفرسٍ بظنّ المساواه، ثمّ ادعى كلُّ منهما نقص ما في يده عمّا في يد الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع إليه، فتحالفاً، فيثبت الغبن لكلِّ منهما في ما وصل إليه، قال: ويتصوّر غنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائه درهم، ثمّ ادعى البائع كونه يسوى بمأتين و المشتري كونه لا- يسوى إلّا بخمسين، ولا- مقومٌ يرجع إليه فتحالفاً، ويثبت الفسخ لكلِّ منهما (٢)، انتهى.

و فيه: أنّ الظاهر أنّ لازم التحالف عدم الغبن لأحدهما (٣)، مع أنّ الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري.

□
و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، والله العالم.

ص: ١٧٥

١-١) لم نعثر على هذا البعض.

٢-٢) مفتاح الكرامه ٥٧٤:٤.

٣-٣) في «ش» بدل «الأحدهما»: «في المعامله أصلاً».

مسأله ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد؟

وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم و معاهد إجماعهم و استدلالاتهم.

فظاهر عباره المبسوط و الغنيه و الشرائع (١) و غيرها هو الأول، و في الغنيه: الإجماع على أنّ ظهور الغبن سبب للخيار.

و ظاهر كلمات آخرين (٢) الثاني. و في التذكرة: أنّ الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا (٣). و قولهم: «لا يسقط هذا الخيار بالتصرّف» (٤) فإنّ المراد التصرف قبل العلم بالغبن، و عدم السقوط (٥) ظاهر في ثبوته.

ص: ١٧٦

١-١) راجع المبسوط ٢:٨٧، و الغنيه: ٢٢٤، و الشرائع ٢:٢٢.

٢-٢) مثل ظاهر المختصر ١:١٢١، و الرياض ٨:١٩٠.

٣-٣) التذكرة ١:٥٢٢.

٤-٤) كما في الشرائع ٢:٢٢، و الإرشاد ١:٣٧٤، و القواعد ٢:٦٧، و غايه المراد ٢:٩٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٧٢.

٥-٥) في «ش»: «عدم سقوطه».

و مما يؤيد الأول: أنهم اختلفوا (١) في صحته التصرفات الناقله في زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعه من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم (٢) بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل.

و يؤيده أيضاً: الاستدلال في التذكرة (٣) و الغنيه (٤) على هذا الخيار بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فِي حَدِيثِ تَلَقَّى الرِّكْبَانَ: «إِنَّهُمْ بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلُوا السُّوقَ» (٥) فَإِنَّ ظَاهِرَهُ حَدُوثَ الْخِيَارِ بَعْدَ الدَّخُولِ الْمَوْجِبِ لظهور الغبن.

هذا، و لكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر.

و توضيح ذلك (٦): أنه إن أُريد بالخيار السلطنه الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولاً أو فعلاً، فلا يحدث إلّا بعد ظهور الغبن.

و إن أُريد به ثبوت حقّ للمغبون لو علم به لقيام بمقتضاه، فهو ثابتٌ قبل العلم، و إنّما يتوقف على العلم إعمال هذا الحقّ، فيكون حال

ص: ١٧٧

-
- ١-١) راجع تفصيل الأقوال في جامع المقاصد ٤:٢٩٥، و الروضه ٣:٤٦٦، و الرياض ١:٥٢٥، و مفتاح الكرامه ٤:٥٧٢.
 - ١-٢) لم نعر على من صرح بذلك، نعم صرح في المسالك ٣:٢٠٦ و ٢:٢٠٧، و الجواهر ٥٠:٢٣، و غيرهما: بعدم سقوط خيار المغبون بتصرف الغابن، بل يفسخ و يرجع إلى المثل أو قيمه.
 - ١-٣) التذكرة ١:٥٢٢، و لكن لم يذكر فيه لفظ الحديث.
 - ١-٤) الغنيه: ٢٢٤.
 - ١-٥) راجع السنن الكبرى للبيهقي ٥:٣٤٨، باب النهي عن تلقى السلع.
 - ١-٦) شُطب في «ف» على هذه العبارة، و كتب بدلها في الهامش: «فالأولى أن يقال».

الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرها (١).

ثم إن الآثار المجعوله للخيار:

بين ما يترتب على (٢) السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف، فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجىء، و منه التلف؛ فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً و لو قلنا بعموم قاعده «كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض (٣) و تردّد فيه آخر (٤).

و بين ما يترتب على المعنى الثانى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره.

و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقله، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحقّ ذى الخيار من الغبن ظاهرٌ فى ترتب المنع على وجود نفس الحقّ و إن لم يعلم به.

و حكمٌ بعض (٥) من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلى.

و المتّبع دليل كل واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتب الأثر

ص: ١٧٨

١-١) كذا فى «ش»، و فى «ق»: «غيرها».

٢-٢) فى «ش» زياده: «تلك».

٣-٣) لم نعثر عليه.

٤-٤) تردّد فيه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٢٩٧:٤ و ٣١٨.

٥-٥) لم نقف عليه.

على نفس الحقّ الواقعي و لو كان مجهولاً لصاحبه، و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية.

و تظهر ثمره الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظنّ وجود سببٍ معدومٍ في الواقع فصادف الغبن.

ثمّ إنّ ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جارٍ في العيب.

و قد يستظهر من عبارته القواعد في باب التدليس الوجه الأول، قال: و كذا يعني لا ردّ لو تعيبت الأمانة المدلّسه [عنده (1)] قبل علمه بالتدليس (2) (انتهى)، فإنّه ذكر في جامع المقاصد: أنّه لا فرق بين تعيبت قبل العلم و بعده؛ لأنّ العيب مضمون على المشتري. ثمّ قال: إلّا أن يقال: إنّ العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار (3).

و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب؛ لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له. لكن الاستظهار المذكور مبنيّ على شمول قاعده التلف ممّن لا خيار له لخيار العيب، و سيّجىء عدم العموم (4) إن شاء الله تعالى.

و أمّا خيار الرؤية: فسيأتي أنّ ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها (5).

ص: ١٧٩

١-١ (١) عنده «من» و «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) القواعد ٧٧:٢.

٣-٣ (٣) راجع جامع المقاصد ٣٥٤:٤.

٤-٤ (٤) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٧٩ ١٨١.

٥-٥ (٥) انظر الصفحة ٢٥٨.

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إسقاطه بعد العقد،

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، و لا (١) إشكال في صحته إسقاطه بلا- عوض مع العلم بمرتبته الغبن، و لا (٢) مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبه كان، فاحشاً كان أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائه، ففي السقوط إشكال (٣): من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

ص: ١٨٠

١-١) في «ش»: «فلا».

٢-٢) في «ن» شطب على «لا».

٣-٣) في «ش»: «وجهان».

و أما الإسقاط بعوضٍ بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب.

و لو أطلق و كان للإطلاق منصرفٌ، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعة أو خمساً في العشرين، فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم.

فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، و أنّ المبيع يسوى درهمين، ففي بطلان الصلح؛ لأنه لم يقع على الحق الموجود.

أو صحته مع لزومه؛ لما ذكرنا: من أنّ الخيار حقّ واحد له سببٌ واحد و هو التفاوت الذي له أفرادٌ متعدّدة فإذا أسقطه سقط.

أو صحته مترزلاً؛ لأنّ الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أنّ عوضه المتعارف درهمٌ تبين كونه ممّا يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنّه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد ممّا يبذل في مقابله لو كان أقلّ [فيحصل الغبن في المصالحة (١)]، و لا (٢) فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار مائتته مع العلم بعينه، و بين كونه لأجل الجهل بعينه.

[وجوه (٣)]، و هذا هو الأقوى [فتأمل (٤)].

و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر أيضاً

ص: ١٨١

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في «ش»: «إذ لا».

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) تقدّم في الجزء الثالث: ١٧٢ ١٧٣.

جوازه، ولا يقدح عدم تحقّق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار؛ إذ يكفي في ذلك تحقّق السبب المقتضى للخيار، وهو الغبن الواقعي وإن لم يعلم به. وهذا كافٍ في جواز إسقاط المسبّب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعيّ المفرط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحقّ المسبّب عن وجودها قبل العلم بها.

ولا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقّق؛ إذ لا مانع من ذلك إلّا التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قادح هنا، فإنّ الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقّف تحقّق مفهوم الإنشاء عليه، وأمّا ما نحن فيه و شبهه -مثل طلاق مشكوك الزوجيّة، وإعتاق مشكوك الرقيّة منجزاً، وإبراء عمّا احتمل الاشتغال به فقد تقدّم في شرائط الصيغ (١): أنّه لا مانع منه (٢)، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير.

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

ص: ١٨٢

١-١) تقدّم في الجزء الثالث: ١٧٢-١٧٣.

٢-٢) في «ش» زياده: «لأنّ مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم».

الثانى من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد،

و الإشكال فيه من الجهات المذكوره هنا، أو المتقدمه فى إسقاط الخيارات المتقدمه قد علم التفصلى عنها.

نعم، هنا وجه آخر للمنع مختص (١) بهذا الخيار و خيار الرؤيه، و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشتراط رفعه أو رفع خيار الرؤيه، فالظاهر بطلان العقد للغرر (٢)، انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين: بأن الغرر فى الغبن سهل الإزاله.

و جزم الصيمرى فى غايه المرام ببطلان العقد و الشرط (٣)، و تردد فيه المحقق الثانى، إلا أنه استظهر الصحه (٤).

و لعلّ توجيه كلام الشهيد هو: أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالىه المبيع كالجهل بصفاته؛ لأنّ وجه كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار مالىته؛ و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التى لا مدخل لها فى القيمه.

لكن الأقوى الصحه؛ لأنّ مجرد الجهل بمقدار المالىه لو كان غرراً

ص: ١٨٣

١-١ فى «ش»: «يختص».

٢-٢ الدروس ٣:٢٧٦، مع تقديم و تأخير فى بعض الألفاظ.

٣-٣ غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٨، و فيه: «و لو شرط فى العقد سقوط هذه الثلاثه (أى خيار العيب و الغبن و الرؤيه) بطل الشرط و العقد على الخلاف».

٤-٤ جامع المقاصد ٣٠٢:٣٠٣ ٤:٣٠٣.

لم يصحّ البيع مع الشكّ في قيمه، و أيضاً فإنّ ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتّى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، و إنّ لم يصحّ البيع، إذ لا يجدى في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار؛ لأنّه حكمٌ شرعيّ لا يرتفع به موضوع الغرر، و إنّما لصحّ كلّ بيعٍ غرريّ على وجه التزلزل و ثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده و المتعذّر تسليمه.

و أمّا خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجعٌ إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف في العين الغير المرئيه، فكأنهما تبايعا سواءً وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحّ البيع موقوفهً على اشتراط تلك الأوصاف، و إسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان.

مع احتمال الصحّ هناك أيضاً؛ لأنّ مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف، و لا تنافي بين أن يُقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل.

و سيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية (١).

و كيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن [من حيث لزوم الغرر (٢)]؛ إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غررٌ.

الثالث: تصرّف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدّمه بعد علمه بالغبن.

ص: ١٨٤

١-١) سيجيء في الصفحه ٢٥٨ و ما بعدها.

٢-٢) لم يرد في «ق».

و يدلّ عليه ما دلّ على سقوط خيارى المجلس و الشرط به-مع عدم ورود نصّ فيهما و اختصاص النصّ بخيار الحيوان و هو: إطلاق بعض معاهد الإجماع بأنّ تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازةً و فيما انتقل عنه فسخّ (١)، و (٢) العلة المستفاده من النصّ فى خيار الحيوان المستدلّ بها فى كلمات العلماء على السقوط، و هى الرضا بلزوم العقد.

مع أنّ الدليل هنا إمّا نفى الضرر و إمّا الإجماع، و الأوّل منتفٍ، فإنّه كما لا يجرى مع الإقدام عليه كذلك (٣) لا يجرى مع الرضا به بعده.

و أمّا الإجماع فهو غير ثابتٍ مع الرضا.

إلّا أن يقال: إنّ الشكّ فى الرفع لا-الدفع، فيستصحب، فتأمّل. أو ندعى أنّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إنّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف» شموله للتصرّف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك.

لكنّ الإنصاف عدم شمول التصرّف فى كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أنّ التصرّف مسقطٌ لكلّ خيارٍ و لو وقع قبل العلم بالخيار كما فى العيب و التدليس سوى هذا الخيار.

و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم: من أنّ التصرّف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزمٌ؛ لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الردّ، و إنّما يثبت الأرش فى خصوص العيب لعدم دلالة التصرّف على الرضا بالعيب.

ص: ١٨٥

١-١) كما ادّعاه فى الجواهر ٢٣:٦٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٨ و ٦٠٠.

٢-٢) فى «ش» زياده: «عموم».

٣-٣) فى «ش»: «فكذلك».

و كيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم.

نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك (١) و تبعه جماعة (٢)، مع أنه إذا اقتضى الدليل للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح (٣). بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس و العيب بالتصرف قبل العلم. و الاعتذار بالنص إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص، و مقتضى القاعده في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد.

و التحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعده عدم السقوط؛ لبقاء الضرر، و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمّل الضرر.

نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط (٤)، و ادعى عليه الإجماع (٥)، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش و إن كان نفس إمساك

ص: ١٨٦

١-١) المسالك ٣:٢٠٧.

٢-٢) صرح به النراقى فى المستند ١٤:٣٩٥، و لم نعثر على غيره، نعم جاء فى مجمع الفائدة ٨:٤٠٤: «و أما تصرف المغبون فى مال الغابن فيحتمل ذلك أيضاً؛ لأنّ الجهل عذر»، و نحوه ما ورد فى الرياض ١:٥٢٥.

٣-٣) كذا وردت العبارة فى «ق»، و وردت فى «ش» هكذا: «لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل ممّا لا ينبغي».

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

٥-٥) ادّعاها فى الغنيه: ٢٢٢، و المختلف ٥:١٨٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٢٦.

المعيب (١) قد يكون ضرراً، فإن تمّ دليلٌ في التدليس أيضاً قلنا به، وإلّا وجب الرجوع إلى دليل خياره.

ثمّ إنّ الحكم بسقوط الخيار بالتصرّف بعد العلم بالغبن مبنئٌ على ما تقدّم في الخيارات السابقة: من تسليم كون التصرّف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلّا كان اللازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرّف، الرجوع إلى أصاله بقاء الخيار.

الرابع من المسقطات: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن – تصرّفًا مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق.

فإنّ المصرّح به في كلام المحقّق (٢) و من تأخّر عنه (٣) هو سقوط خياره حينئذٍ، وقيل: إنّه المشهور (٤). و هو كذلك بين المتأخّرين.

نعم، ذكر الشيخ في خيار المشتري مرابحةً عند كذب البائع: أنّه لو هلك السلعة أو تصرّف فيها، سقط الردّ (٥).

و الظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع

ص: ١٨٧.

١- ١) في «ش»: «العين».

٢- ٢) الشرائع ٢: ٢٢.

٣- ٣) مثل العلّامة في التذكرة ١: ٥٢٣، والشهيد في غايه المراد ٢: ٩٩، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٨، وابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٢: ٣٧٦، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٢.

٤- ٤) قاله الشهيد الثاني في الروضه ٣: ٤٦٥، والمحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٤، والسيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥٢٥.

٥- ٥) المبسوط ٢: ١٤٣.

المقاصد في شرح قول الماتن: «و لا يسقط (١) الخيار بتلف العين» فراجع (٢).

و استدلل على هذا الحكم في التذكرة (٣) بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك. و هو بظاهرة مشكل؛ لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين.

و يمكن أن يوجه بأن حديث «نفي الضرر» لم يدل على الخيار، بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل، فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين، فيكون حاله من حيث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أن له أن يشتري و أن يترك، و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه؛ مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، و لو جهلاً منه به.

هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيدة - في اللمعة (٤) بما توضيحه: أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه؛ لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالمًا به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه، و فوات خصوصيته العين

ص: ١٨٨

١-١ (١) في «ش»: «و لا يبطل».

٢-٢ (٢) جامع المقاصد ٣١٨: ٤.

٣-٣ (٣) التذكرة ٥٢٣: ١.

٤-٤ (٤) راجع اللمعة الدمشقية: ١٢٨.

على الغابن ليس ضرراً؛ لأنّ العين (١) إن كانت مثليّة فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادته قيمتها، فلا ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زياده الثمن على قيمه، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة.

و الإنصاف أنّ هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعاً (٢).

أقول: و الظاهر عدمه؛ لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق فيما تتبعت.

ثمّ إنّ مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرّف بين البائع و المشتري.

قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً: «و لا يسقط الخيار بالتصرّف مع إمكان الردّ» (٣)، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، و بين فكّ الملك كالعتق و الوقف، و بين المانع عن الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاء، بل و يعمّ التلف.

و عن جماعه: تخصيص العبارة بالمشتري (٤). فإن أرادوا قصر

ص: ١٨٩

١- ١) في «ش» زياده: «المبيعه».

٢- ٢) راجع الروضة البهيّة ٣: ٤٦٦، و لكن لم نعثر فيه على دعوى الإجماع، و لعلّها تستفاد من عبارته: «لكن لم أقف على قائل به».

٣- ٣) التحرير ١: ١٦٦.

٤- ٤) قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٢: «و قد صرح الأكثر بأن المراد به المشتري»، و لم نعثر على غيره، و راجع الشرائع

٢: ٢٢، و المهذب البارع ٢: ٣٧٦، و اللمعه ١٢٨، و الرياض ٨: ١٩٢.

الحكم عليه فلا يُعرف له وجهٌ، إلا أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعني نفى الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع.

ثم إن ظاهر التقييد بصوره امتناع الردّ، و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرّح به جماعة^(١): من أنّ الناقل الجائر لا يمنع الردّ بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير و الوصيّه من التصرفات الغير الموجهه للخروج عن الملك فعلاً. و هو حسنٌ؛ لعموم نفى الضرر، و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أمّ الولد و فسخ العقد اللازم لعيبٍ أو غبنٍ ففى جواز الردّ وجهان: من أنّه متمكّن حينئذٍ، و من استقرار البيع. و ربما يُبينان على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزُل أو كالذى لم يعد. و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقلٍ جديد، و عدم الخيار هنا أولى؛ لأنّ العود هنا بسببٍ جديد، و فى الفسخ برفع السبب السابق.

و فى لحوق الإجاره بالبيع قولان:

من امتناع الردّ، و هو مختار الصيمرى^(٢) و أبى العباس^(٣).

و من أنّ مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك، و هو المحكى عن ظاهر الأكثر^(٤).

ص: ١٩٠

١ - ١) منهم: ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع ٢: ٣٧٦، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٤٧١-٤٧٢، و الصيمرى فى غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٩١-٢٩٢.

٢ - ٢) اختاره فى غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٩١، و فيه: «سواء كان وارداً على العين.. أو على المنافع كالإجاره».

٣ - ٣) اختاره فى المهذب البارع ٢: ٣٧٧.

٤ - ٤) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٥.

و لو لم يعلم بالغبن إلّا بعد انقضاء الإجاره توجّه الردّ؛ و كذا لو لم يعلم به حتّى انفسخ البيع.

و فى لحوق الامتزاج مطلقاً أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه، أقواها اللقوق؛ لحصول الشركه، فيمتنع ردّ العين الذى هو مورد الاستثناء، و كذا لو تغيّرت العين بالنقيصه، و لو تغيّرت بالزيادة العيبيّه أو الحكميّه أو من الجهتين، فالأقوى الردّ فى الوسطى بناءً على حصول الشركه فى غيرها المانع عن ردّ العين (1). هذا كلّه فى تصرّف المغبون.

و أمّا تصرّف الغابن، فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، و حينئذٍ فإنّ فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففى تسلّطه على إبطال ذلك من حينها (2) أو من أصلها كالمرتهن و الشفيع أو رجوعه إلى البدل، وجوه:

من وقوع العقد فى متعلّق حقّ الغير، فإنّ حقّ المغبون ثابتٌ بأصل المعامله الغبيّيه، و إنّما يظهر له بظهور السبب، فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب، و حيث وقع العقد فى ملك الغابن، فلا وجه لبطالانه من رأسٍ.

و من أنّ وقوع العقد فى متعلّق حقّ الغير يوجب تزلزله من رأسٍ - كما فى بيع الرهن - و مقتضى فسخ البيع الأوّل تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه، لا من المشتري الثانى.

و من أنّه لا وجه للتزلزل، إمّا لأنّ التصرّف فى زمان خيار

ص: ١٩١

١ - ١) فى «ش» زياده: «فتأمل».

٢ - ٢) فى «ش»: «حينه».

غير (١) المتصرّف صحيحٌ لازم كما سيجيء في أحكام الخيار (٢) - فيستردّ الفاسخ البدل، وإما لعدم تحقّق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً - على وجه يمنع من تصرّف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعه هنا و في خيار العيب قبل ظهوره، فإنّ غير واحد ممن منع من تصرّف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكاله (٣) فيه حكم بلزوم العقود الواقعه قبل ظهور الغبن و العيب (٤). و هذا هو الأقوى، و ستأتى تتمّه لذلك في أحكام الخيار (٥).

و كذا الحكم لو حصل مانع من ردّه كالاستيلاء، و يحتمل هنا تقديم حقّ الخيار؛ لسبق سببه على الاستيلاء.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر؛ لأنّ معنى جوازه تسلّط أحد المتعاقدين على فسخه، أمّا تسلّط الأجنبيّ و هو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً.

و في المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار الزم

ص: ١٩٢

١- ١) في «ش»: الغير، و في «ف»: شطب على «المتصرّف».

٢- ٢) انظر الجزء السادس، الصفحه ١٤٤-١٥٠.

٣- ٣) في «ش»: «استشكل».

٤- ٤) لم نعثر على قائل به صراحه، نعم يظهر ممّن حكم بعدم سقوط خيار المغبون بتصرّف الغابن و أنّه يلزمه المثل أو قيمه بعد الفسخ، كما في المهذب البارع ٢: ٣٧٧، و جامع المقاصد ٤: ٢٩٥، و المسالك ٣: ٢٠٦ و غيرها.

٥- ٥) انظر الجزء السادس، الصفحه ١٥٤.

بالفسخ، فإن امتنع فسّخه الحاكم، فإن امتنع (١) فسّخه المغبون (٢).

ويمكن النظر فيه: بأنّ فسخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه، وإمّا بدخول بدلها، فعلى الأوّل لا حاجة إلى الفسخ حتّى يتكلّم في الفاسخ، وعلى الثانى فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه لا منافاه؛ لأنّ البدل المستحقّ بالفسخ إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنّما يتمّ مع كون العين (٣) على ملك المغبون، وأمّا مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائر، لو اتّفق عود الملك إليه لفسخ في العقد الجائر أو اللّازم (٤) فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب ردّ العين. وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه؛ لعدم الدليل بعد تملك البدل.

و لو كان العود بعقدٍ جديد فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً؛ لأنّه ملكٌ جديد تلقّاه من مالكه، و الفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

و لو تصرّف الغابن تصرّفًا مغيّراً للعين، فإنّما أن يكون بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتراج.

ص: ١٩٣

١-١) في «ش»: «و إن تعذّر».

٢-٢) المسالك ٣: ٢٠٦، مع تفاوت في بعض الألفاظ.

٣-٣) في «ش»: «زياده: «باقية»».

٤-٤) لم ترد عبارته «في العقد الجائر أو اللّازم» في «ش».

فإن كان بالنقيصه: فإما أن يكون نقصاً يوجب الأرش، وإما أن يكون ممّا لا يوجبه.

فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ؛ لأنّ الفأئ مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفأئ [منه] (١) ببدله، و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين.

و إن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيءٍ. و منه ما لو وجد العين مستأجرةً، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدّه الإجاره، و لا يجب على الغابن بذل [عوض (٢) المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المدّه بعد الفسخ؛ لأنّ المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ، فهى ملكٌ للمفسوخ عليه، فالمنفعه الدائمه تابعه للملك المطلق، فإذا تحقّق فى زمانٍ مَلَكَك منفعه العين بأسرها. و يحتمل انفساخ الإجاره فى بقيه المدّه؛ لأنّ ملك منفعه الملك المترزل مترزل، و هو الذى جزم به المحقّق القمى فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع (٣). و فيه نظر؛ لمنع تزلزل ملك المنفعه.

نعم، ذكر العلّامه فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين: أنّه إذا وجد البائع العين مستأجرةً كانت الأجره للمشتري الموجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمدّه الباقيه بعد الفسخ (٤)، و قرره

ص: ١٩٤

١- ١) و (٢) لم يردا فى «ق».

٢- ٢) لم يردا فى «ق»

٣- ٣) راجع جامع الشتات ٣: ٤٣١، ٤٣٢، المسأله ٢٠٣.

٤- ٤) القواعد ٢: ٩٦.

على ذلك شرح الكتاب (١)، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

وإن كان التغيير بالزيادة: فإن كانت حكمية محضه كقصاره الثوب و تعليم الصنعه، فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزيادة، بأن تقوم العين معها و لا معها و تؤخذ النسبه. و لو لم يكن للزيادة مدخل في زياده قيمه، فالظاهر عدم شيء لمحدثها؛ لأنه إنما عمل في ماله، و عمله لنفسه غير مضمون على غيره، و لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال و لو في ضمن العين.

و لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس:

ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش، كما اختاره في المختلف في الشفعه (٢) أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري.

أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا (٣) و قيل به في الشفعه و العاربه (٤) وجوه:

من أن صفه كونه منصوباً المستلزمه لزياده قيمته إنما هي عبارة

ص: ١٩٥

١-١) راجع إيضاح الفوائد ١:٥٢١، و جامع المقاصد ٤:٤٤٦، و مفتاح الكرامه ٤:٧٦٠.

٢-٢) راجع المختلف ٥:٣٥٦.

٣-٣) لم نعثر عليه في المسالك، نعم صرح به في الروضه ٣:٤٦٩.

٤-٤) راجع الشرائع ٢:١٧٣، و ٣:٢٦٠، و مفتاح الكرامه ٦:٦١ و ٣:٣٨٣.

عن كونه في مكانٍ صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله و كان ماله في تلك الأرض أزيد قيمه، مضافاً إلى ما في المختلف في مسأله الشفعه: من أن الفاتئ لَمَّا حدث في محلٍّ مُعرضٍ للزوال لم يجب تداركه (١).

و من أن الغرس المنصوب الذي هو مالٌ للمشتري مالٌ مغايرٌ للمقلوع عرفاً، و ليس كالمتاع الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «ليس لعرقٍ ظالمٍ (٢) حقٌّ» (٣) فيكون كما لو باع الأرض المغروسة.

و من أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزلزلٍ، و لا دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء: و قياس الأرض المغروسة على

ص: ١٩٦

(١-١) راجع المختلف ٣٥٦:٥

(٢-٢) قال ابن الأثير في النهاية: «و في حديث إحياء الموات: "ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ" هو أن يجيء الرجل إلى أرضٍ قد أحيها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الأرض. و الروايه "لعرقٍ" بالتنوين، و هو على حذف المضاف: أي لذي عرقٍ ظالمٍ، فجعل العِرْقَ نفسه ظالماً، و الحقُّ لصاحبه، أو يكون الظالم من صفة صاحب العِرْق، و إن رُوِيَ "عِرْقٍ" بالإضافه فيكون الظالم صاحب العرق، و الحقُّ للعرق، و هو أحد عروق الشجره». انظر النهاية لابن الأثير: مادّه «عرق»، و انظر مجمع البحرين: المادّه نفسها.

(٣-٣) عوالي اللآلي ٢٥٧:٢، الحديث ٦، و رواه في الوسائل ٣١١:١٧، الباب ٣ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل عن الصادق عليه السلام.

الأرض المستأجره حيث لا- يفسخ إجارتها و لا تغرم لها اجره المثل فاسدٌ؛ للفرق بتملك المنفعه في تمام المدّه قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكانٍ في الأرض.

فالتحقيق: أنّ كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حقّ له على الآخر و لا عليه له، فلكلّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طمّ الحفر، و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس، أعنى تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً و كونه مقلوعاً. و كونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً على عدم (1) تسلّطه على قلعه؛ لأنّ المال هو الغرس المنصوب، و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاصّ له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسأله التفليس، حيث ذهب الأ-كثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش. و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملكٍ متزلزلٍ فيما نحن فيه، فحقّ المغبون إنّما تعلق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسأله التفليس؛ لأنّ سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبهه بيع الأرض المغروسه و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف، بل عرفت أنّ العلّامة قدّس سرّه في المختلف جعل التزلزل موجّباً لعدم استحقاق أرش الغرس.

ثمّ إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشره القلع، أم له مطالبه

ص: ١٩٧

المالك بالقلع، و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، ذكروها (١) فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، و لذا قيل فيه بعدم وجوب إجابته المالك الجار إلى القلع و إن جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله.

هذا كله حكم القلع (٢).

و أما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجره على البقاء؛ لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له.

هذا كله حكم الشجر.

و أمّا الزرع: ففي المسالك: أنه يتعين إبقاؤه بالأجره (٣) لأن له أمداً ينتظر. و لعله لإمكان الجمع بين الحقيين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسأله الشجر، فإن في تعيين إبقائه بالأجره ضرراً على مالك الأرض، لطول مدّه البقاء، فتأمل.

و لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستنزام نقص أرضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بإذنه، أم لا؛ لأنّ التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله؟ وجهان: أقواهما الثاني.

ص: ١٩٨

١-١) راجع تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامه ٥:٥٠٤، و المناهل: ٣٨٨ ٣٨٩، و الجواهر ٢٦٧:٢٦.

٢-٢) في «ش»: «التخليص».

٣-٣) لم نعثر عليه في المسالك، نعم هو موجود في الروضه ٣:٤٦٩.

و لو كان التغير بالامتزاج: فإما أن يكون بغير جنسه، وإما أن يكون بجنسه.

فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته. وإن كان لا- على وجه يُعدّ تالفاً كالخل الممتزج مع الأنجبين ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم (١)، وجهان (٢).

و إن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى يثبت الشركة، و إن كان بالأردإ فكذلك، و في استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداء من الجنس الممتزج أو من ثمنه، وجوه. و لو كان بالأجود احتمل الشركة في الثمن، بأن يُباع و يُعطى من الثمن بنسبه قيمته، و يحتمل الشركة بنسبه قيمه، فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردىء كان المجموع بينهما أثلاثاً، و ردّه الشيخ في مسأله رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا (٣). قيل: و هو حسنٌ مع عموم الربا لكلّ معاوضه (٤).

بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن:

ص: ١٩٩

١- ١) فى «ق»: «كالمعدومه».

٢- ٢) فى «ش» زياده: «من حصول الاشتراك قهراً لو كانا لمالكين، و من تغير حقيقته، فيكون كالتلف الراجع للخيار».

٣- ٣) المبسوط ٢٦٣: ٢.

٤- ٤) قاله الشهيد الثانى فى المسالك ١١٣: ٤، بلفظ: «و هو يتم على القول بثبوتة فى كلّ معاوضه».

و تفصيله: أنّ التلف إمّا أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون. و التلف، إمّا بآفه أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبيّ.

و حكمها: أنّه لو تلف ما فى يد المغبون، فإن كان بآفه فمقتضى ما تقدّم من التذكرة (١) فى الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار. لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلاً عن غيره؛ و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار (٢)، فإذا فسخ غرم قيمه (٣) يوم التلف أو يوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله.

و كذا لو كان بإتلافه.

و لو كان بإتلاف الأجنبيّ ففسخ المغبون، أخذ الثمن و رجع الغابن إلى المُتلف إن لم يرجع المغبون عليه. و إن رجع عليه بالبدل ثمّ ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و لو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ قيمه من الغابن. و إن فسخ أخذ الثمن. و لو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامه ثمّ ظهر الغبن ففسخ و جب عليه ردّ قيمه؛ لأنّ ما أبرأه بمنزله المقبوض.

و لو تلف ما فى يد الغابن بآفه أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ

ص: ٢٠٠

١- ١) تقدّم فى الصفحة ١٨٨.

٢- ٢) كالشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٤٧٣، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٨: ١٩٢، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٠٧.

٣- ٣) فى «ش» و «ف»: «قيمته».

البدل. و في اعتبار قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأول.

و لكن صرّح في الدروس (١) و المسالك (٢) و محكّي حاشيه الشرائع (٣) للمحقّق الثاني و صاحب الحدائق (٤) و بعض آخر (٥): أنّه لو اشترى عيناً بعينٍ فقبض أحدهما دون الأخرى فباع المقبوض ثمّ تلف غير المقبوض:

أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض.

و هذا ظاهرٌ بطل صريحٍ في أنّ العبره بقيمه يوم الانفساخ دون تلف العين. و الفرق بين المسألتين مشكّل، و تمام الكلام في باب الإقاله إن شاء الله تعالى.

و لو تلف بإتلاف الأجنبيّ رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن؛ لأنّه الذي يُردّ إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله، و لأنّه مَلِكُ القيمه على المُتلف. و يحتمل الرجوع إلى المُتلف؛ لأنّ المال في ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده؛ و لذا صرّح في الشرائع (٤)

ص: ٢٠١

١-١) الدروس ٣:٢١١.

٢-٢) المسالك ٣:٢٥٧.

٣-٣) لم نعثر على الحاكي، و لا توجد لدينا حاشيه الشرائع في هذا الموضوع.

٤-٤) الحدائق ١٩:١٨٩، ١٩٠.

٥-٥) كالمحقّق في الشرائع ٢:٣٢، و العلّامه في القواعد ٢:٨٧، و الإرشاد ١:٣٨١، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧١٨.

٦-٦) راجع الشرائع ٢:١٢٢.

بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا، و صرح العلامة (1) بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناءً على جريانه في الصلح. و يحتمل التخيير أمّا الغابن فلأنه ملك البدل، و أمّا المتلف فلأنّ المال المتلف في عهده قبل أداء قيمه.

و إن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله، و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن و أخذ قيمه المتلف؛ لأنّ المبرأ منه كالمقبوض.

هذا قليلٌ من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، و ينبغي إحاله الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام، و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفاؤه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

ص: ٢٠٢

(١-١) راجع التحرير ١:٢٢٩ ٢٣٠.

مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه ماليه؛

بناءً على الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر. نعم، لو استُند إلى الإجماعات المنقوله أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصله اللزوم.

و مَمَّن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الإرشاد (١) و صاحب التنقيح (٢) و صاحب إيضاح النافع (٣)، و عن إجاره جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات (٤).

نعم، حكى عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح (٥). و لعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعه، فلا يشرع فيه الفسخ. و فيه ما لا يخفى.

ص: ٢٠٣

١- (١) حكاه عنه و عمَّن بعده السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٧٠:٤ ٥٧١.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢:٤٧.

٣- (٣) إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٤- (٤) جامع المقاصد ٧:٨٦.

٥- (٥) المهذب البارع ٢:٥٣٨.

و فى غايه المرام:التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجرى فيه،و بين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيّه ما يدعيه و كان مغبوناً فيما صالح به،و الواقع على ما فى الذمم و كان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأملٍ (١).و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان،فقد أقدم على الضرر.

و حكى عن بعض (٢)التفصيل بين كلّ عقدٍ وقع شخصه على وجه المسامحه و كان الإقدام على المعامله فيه مبيّناً على عدم الالتفات إلى النقص و الزياده بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما فإنّه لا يصدق فيه اسم الغبن،و بين غيره.

و فيه مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظرٍ:- أنّ الحكم بالخيار لم يعلّق فى دليلٍ على مفهوم لفظ «الغبن»حتى يتّبع مصاديقه،فإنّ الفتاوى مختصّه بغبن البيع،و حديث نفى الضرر عامٌّ لم يخرج منه إلّا ما استثنى فى الفتاوى من صورته الإقدام على الضرر عالمّاً به.نعم،لو استدلّ بآيه التجاره عن تراضٍ أو النهى عن أكل المال بالباطل أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم على المعامله محتملاً للضرر مسامحاً فى دفع ذلك الاحتمال.

و الحاصل:أنّ المسأله لا تخلو عن إشكالٍ

ص: ٢٠٤

-
- ١- ١) انظر غايه المرام(مخطوط)١:٢٩٦،و فيه تصريح بعدم ثبوت الخيار فى الفرضين الأخيرين.
٢- ٢) لم نعثر عليه.

من جهة أصالة اللزوم، واختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع، و عدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط (١)، و تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محلّ خلافٍ لبعض العامّة في بعض أفراد ما عدا البيع (٢)، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع.

و من دلالته حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها و لو في صورته امتناع الغابن عن بذل التفاوت (٣)، و قد استدلّ به الأصحاب على إثبات كثيرٍ من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوّه.

نعم، يبقى الإشكال في شموله للصورة المتقدّمة، و هي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث المائنه، كما إذا احتاج المشتري إلى قليلٍ من شىءٍ مبتدلٍ لحاجهٍ عظيمه دنيويّه أو دنيويّه، فإنّه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدلّه لمثل هذا خفاءً، بل منعاً (٤)، و الله العالم.

ص: ٢٠٥

-
- ١-١) كما تقدّم عنهم في الصفحة ١٤٧ ١٤٨.
 - ٢-٢) راجع الشرح الكبير (المطبوع ضمن المغنى لابن قدامه) ٤:٦١، و فيه: «أحدها خيار المجلس و يثبت في البيع و الصلح بمعناه و الإجاره و يثبت في الصرف و السلم»، و راجع الخلاف ٣:١٤، المسأله ١٤ من كتاب البيوع.
 - ٣-٣) في «ش» زياده: «بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب».
 - ٤-٤) في «ش» زياده: «إلّا أن يتمّ بعدم القول بالفصل».

مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى

على قولين:

و استند للقول الأوّل و هو المشهور ظاهراً إلى كون الخيار على خلاف الأصل (١)، فيقتصر فيه على المتيقّن. و قرّره فى جامع المقاصد بأنّ العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمّنه، و إلّا لم ينتفع بعمومه (٢)، انتهى.

و للقول الثانى [إلى (٣)] الاستصحاب. و ذكر فى الرياض ما حاصله:

أنّ المستند فى هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول أتجه التمسّك بالاستصحاب، و إن كان نفي الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأوّل، إذ به يندفع الضرر (٤).

ص: ٢٠٦

١-١) راجع الحدائق ١٩:٤٣، و مفتاح الكرامه ٤:١٠٤، و المناهل: ٣٢٧.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٨.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) راجع الرياض ١:٥٢٥.

أقول: ويمكن الخدشه في جميع الوجوه المذكوره.

أما في وجوب الاقتصار على المتيقن، فلأنه غير متجه مع الاستصحاب.

و أمّا ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمنه فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبه إلى زمانه الراجع بدليل الحكمه إلى استمراره في جميع الأزمنه، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فردٍ من موضوع الحكم تابعٌ لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فردٍ منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العامّ دائماً أو في زمانٍ ما؛ إذ ليس في خروجه دائماً زياده تخصيصٍ في العامّ حتّى يقتصر عند الشكّ فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعلٍ بعنوان العموم و خرج منه فردٌ خاصٌّ من ذلك الفعل، لكن وقع الشكّ في أنّ ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختصٌّ ببعض الأزمنه أو عامٌّ لجميعها، فإنّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاصّ أعني الحليّه لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضه العموم للاستصحاب؛ و السرّ فيه ما عرفت: من تبعيّه العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد، دام زمان خروجه أو انقطع.

نعم، لو فرض إفاده الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان مكثراً لأفراد العامّ، بحيث يكون الفرد في كلّ زمانٍ مغايراً له في زمانٍ آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فردٍ في زمانٍ ما [الاقتصار (1)].

ص: ٢٠٧

(١ - ١) لم يرد في «ق».

على المتيقن؛ لأنّ خروج غيره من الزمان مستلزمٌ لخروج فردٍ آخر من العامّ غير ما علّم خروجه، كما إذا قال المولى لعبده: «أكرم العلماء في كلّ يوم» بحيث كان إكرام كلّ عالم في كلّ يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيدٍ العالم وشكّ في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأوّل إلى عموم وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسّك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصلٍ آخر؛ كما أنّ في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجّيه الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين! ثمّ لا يخفى أنّ مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمه و كونه في الصورة الثانيه عمومًا لغويًا، بل المنطوق كون الزمان في الأولى ظرفاً للحكم و إن فرض عمومه لغويًا، فيكون الحكم فيه حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشكّ فيه إلى الشكّ في استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب. و الزمان في الثانيه مكثراً لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشكّ في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاصّ لفردٍ من العامّ مغايرٍ للفرد الأوّل، و معلومٌ أنّ المرجع فيه إلى أصله العموم، فافهم و اغتنم.

و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأنّ آيه أوفوا..

و غيرها مطلقه لا عامه، فلا تنافي الاستصحاب (1) إلا أن يدعى أنّ

ص: ٢٠٨

العموم الإطلاقي لا يرجع إلّا إلى العموم الزماني على الوجه الأوّل.

و قد (1) ظهر أيضاً ممّا ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم-فساد ما قيل في الأصول: من أنّ الاستصحاب قد يخصّص العموم، ومثّل له بالصورة الأولى، زعماً منه أنّ الاستصحاب قد خصّص العموم (2). و قد عرفت أنّ مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب، و مقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم، فليس شيءٌ منهما ممنوعاً بالآخر في شيءٍ من المقامين.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأوّل؛ لأنّ العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمانٍ واحدٍ و بين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّه التخصيص و كثرته حتّى يتمسّك بالعموم فيما عدا المتيقّن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسّك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسّك فيه حينئذٍ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات.

و أمّا استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب، فهو حسنٌ على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلّة اللفظيّة المشخّصة للموضوع، مع كون الشكّ

ص: ٢٠٩

١-١) في «ش»: «فقد».

٢-٢) راجع فرائد الأصول ٢٧٣:٣، التنبيه العاشر من تنبيهات الاستصحاب.

من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أمّا على التحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا- يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب؛ فإنّ المتيقّن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت (١) الحكم من الشرع على هذا الوجه (٢) فلا- معنى لانسحابه في الآذن اللاحق مع كون الشخص قد تمكّن من التدارك و لم يفعل؛ لأنّ هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرّم.

نعم، لو أحرز الموضوع من دليلٍ لفظيٍّ على المستصحب أو كان الشكّ في رافع الحكم حتّى لا يحتمل أن يكون الشكّ لأجل تغيير الموضوع اتّجه التمسك بالاستصحاب.

و أمّا ما ذكره في الرياض (٣)، ففيه: أنّه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حقّقناه في الأصول- فلا يجرى الاستصحاب و إن كان المدرك للخيار الإجماع. و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و إن استند في الخيار إلى قاعده الضرر، كما اعترف به ولده قدّس سرّهما في المناهل (٤) مستنداً

ص: ٢١٠

١-١) في «ش» زياده: «هذا».

٢-٢) لم ترد «على هذا الوجه» في «ش».

٣-٣) المتقدّم عنه في الصفحة ٢٠٦.

٤-٤) قاله فيما لو بذل الغابن التفاوت، في تقويه ما اختاره من عدم سقوط الخيار بالبذل و تعرّض لمسأله الفور و التراخي، لكن لم يتعرّض لهذا المستند، راجع المناهل: ٣٢٧.

إلى احتمال أن يكون الضرر علّة محدثه يكفي في بقاء الحكم و إن ارتفع.

إلّا أن يدعى أنّه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق، كما أشرنا.

ثمّ إنّه بنى المسألة بعض المعاصرين (١) على ما لا- محصل له، فقال ما لفظه: إنّ المسألة مبتنية على أنّ لزوم العقد معناه: أنّ أثر العقد مستمرّ إلى يوم القيامة و أنّ عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيّ؛ للقطع بأن ليس المراد بالآيه الوفاء بالعقود آناً ما، بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، و (٢) باعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا- ريب أنّ مفاده عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليل على ثبوت خيارٍ من ضررٍ، أو إجماع، أو نصّ في ثبوته في الماضي أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار فيكون استثناءً من ذلك العامّ و يبقى العامّ على عمومه، كاستثناء أيام الإقامه و الثلاثين و وقت المعصيه و نحوها من حكم السفر.

أو أنّ اللزوم ليس كالعموم و إنّما يثبت ملكاً سابقاً و يبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضه بين استصحابين، و الثاني واردٌ على الأوّل، فيقدم عليه، و الأوّل أقوى؛ لأنّ حدوث الحادث مع زوال علته السابقه يقضى بعدم اعتبار السابق، أمّا مع بقائها فلا يلغو اعتبار

ص: ٢١١

١- ١) و هو الشيخ على آل كاشف الغطاء في تعليقه على اللعنه (مخطوط)، مبحث خيار التأخير.

٢- ٢) لم ترد «و» في «ش».

و لا يخفى أنّ ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم - وهو استمرار اللزوم مبنئاً لطح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب.

و أمّا ما ذكره أخيراً لمبني الرجوع إلى الاستصحاب، و حاصله:

أنّ اللزوم إنّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدّم عليه.

ففيه: أنّ الكلّ متفقون على الاستناد في أصله اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإعراض عن الآيه و ملاحظه الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار.

ثمّ إنّه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعه: أنّ الأقوى كون الخيار هنا على الفور؛ لأنّه لما لم يجرّ التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت سابقاً: من أنّ مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرّة إذا طرأ عليها الانقطاع - و لا باستصحاب الخيار لما عرفت: من أنّ الموضوع غير محرز؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا - يشمل الشخص المتمكّن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفى الضرر [تعيّن \(1\)](#) الرجوع إلى أصله فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من

ص: ٢١٢

هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار؛ لأن الشك هنا في الرفع، فالموضوع محرزٌ كما في استصحاب الطهاره بعد خروج المذي، فافهم و اغتنم، و الحمد لله.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي و نكاحه و غيرهما-: من أنّ تجويز التأخير فيها ضررٌ على من عليه الخيار، و فيه تأملٌ.

ثم إن مقتضى ما استند إليه للفوريّ عدا هذا المؤيد الأخير- هي الفوريّ العرفيه؛ لأنّ الاقتصار على الحقيقيه حرجٌ على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين أهل هذا القول.

لكن الذي يظهر من التذكرة في خيار العيب على القول بفوريّته ما هو أوسع من الفور العرفي، قال: خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم، خلافاً للشافعي، فإنه اشترط الفوريّ و المبادره بالعاده، فلا يؤمر بالعدو و لا الركض ليردّ، و إن كان مشغولاً بصلاهٍ أو أكلي أو قضاء حاجهٍ فله الخيار إلى أن يفرغ، و كذا لو أطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعاً، و كذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. و لو أطلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يُصبح و إن لم يكن عذر (1)، انتهى.

و قد صرح في الشفعه على القول بفوريّتها بما يقرب من ذلك و جعلها من الأعذار. و صرح في الشفعه بأنّه لا يجب المبادره على

ص: ٢١٣

(١-١) التذكرة ٥٢٩: ١.

خلاف العاده، ورجع (١) في ذلك كله إلى العرف، فكل ما لا يُعدّ تقصيراً لا يبطل به الشفعه، وكل ما يُعدّ تقصيراً و توائماً في الطلب فإنه مسقط لها (٢)، انتهى.

و المسأله لا تخلو عن إشكالٍ، لأن جعل حضور وقت الصلاه أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله: «فسخت» لا- دليل عليه. نعم، لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد، توجه ما ذكر في الجملة، مع أنّ قيام الدليل عليه مشكّل، إلّا أن يُجعل الدليل على الفوريه لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فدفع (٣) ذلك بلزوم المبادره العرفيه بحيث لا يُعدّ متوائماً فيه، فإنّ هذا هو الذى يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرّفاته فيه فى معرض النقص (٤). لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل.

فالإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع الذى تقدّم (٥) عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكوره و عدم قدح أمثالها فى الفوريه، فهو، و إلّا وجب الاقتصار على أول مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا خلاف فى معذوريّه الجاهل بالخيار فى ترك

ص: ٢١٤

١- ١) كذا فى النسخ، و الصواب: «يرجع»، كما فى المصدر.

٢- ٢) التذكره ١: ٦٠٤.

٣- ٣) فى «ش»: «فيدفع».

٤- ٤) فى «ش»: «النقص».

٥- ٥) المتقدّم عنه فى الصفحه الماضيه.

المبادره، لعموم نفي الضرر؛ إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن و الجاهل بحكمه، و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي منافياً لمعدوريته، كترك الفحص عن الغبن و عدمه.

و لو جهل الفوريه فظاهر بعض الوفاق على المعدوريه. و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا؛ لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصاله بقاء آثار العقد و عدم صحه فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعدوريه في خيار التأخير (1)، و المناط واحد.

و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول، إلا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر.

و قال في التذكرة في باب الشفعه: إنه لو قال: «لم أعلم ثبوت حقّ الشفعه» أو قال: «أخّرت لأنني لم أعلم أنّ الشفعه على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريّه لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعه، و إلا فلا (2)، انتهى.

فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقه الجهل، فلا حاجه إليه؛ لأن أكثر العوامّ و كثيراً من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام. و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقه عدم العلم، ففيه: أنه لا- داعى إلى اعتبار الظهور، مع أنّ الأصل العدم.

و الأقوى: أنّ الناسي في حكم الجاهل. و في سماع دعواه النسيان

ص: ٢١٥

(١-١) لم نعثر عليه، و لا على الحاكي.

(٢-٢) التذكرة ١:٦٠٥، مع تقديم و تأخير في بعض العبارات.

نظرٌ: من أنه مدّع، و من تعرّس إقامه البيّنه عليه و أنّه لا يُعرف إلّا من قبله.

و أما الشاكّ في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريّته. و يحتمل عدم معذوريّته؛ لتمكّنه من الفسخ بعد الاطّلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحّته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفي، إذ الجهل بالصّحّه لا يمنع عن الإنشاء، فهو مقصّرٌ بترك الفسخ لا لعذرٍ، فافهم، و الله العالم.

ص: ٢١٦

إشاره

قال فى التذكره: من باع شيئاً و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحقّ بالعين. و إن مضت الثلاثه و لم يأتِ بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا أجمع (١).

و الأصل فى ذلك قبل الإجماع المحكى (٢) عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها (٣) المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها فى التذكره (٤).

ص: ٢١٧

-
- ١- ١) التذكره ٥٢٣: ١.
 - ٢- ٢) حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٦، و راجع الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الخلاف ٣: ٢٠، المسأله ٢٤، و جواهر الفقه: ٥٤، المسأله ١٩٣.
 - ٣- ٣) مثل: الحدائق ١٩: ٤٤، و الرياض ١: ٥٢٥، و مستند الشيعه ١٤: ٣٩٧، و الجواهر ٢٣: ٥١.
 - ٤- ٤) تقدم التخرىج عنها آنفاً، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٦ - ٥٧٧.

و الظاهره من غيرها، و بما ذكره فى التذكرة: من أنّ الصبر أبداً مظنه الضرر المنفَى بالخبر (١)، بل الضرر هنا أشد من الضرر فى الغبن؛ حيث إنّ المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه و ملكٌ لغيره لا يجوز له التصرف فيه - الأخبار المستفيضة، منها:

روايه على بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البع و لا - يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض (٢) بيعه، و إلا فلا بيع بينهما» (٣).

و روايه إسحاق بن عمّار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام و لم يجىء، فلا بيع له» (٤).

و روايه ابن الحجّاج قال: «اشترت محملاً و أعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا - و الله! لا - أدعك أو أفاضيك، فقال: أترضى بأبى بكر بن عيّاش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصّةنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن يُقضى (٥) بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام، و إلا فلا بيع له» (٦).

ص: ٢١٨

١ - ١) التذكرة ٥٢٣: ١.

٢ - ٢) كذا فى «ش»، و فى «ق»: «قبضه»، و هو من سهو القلم.

٣ - ٣) الوسائل ٣٥٧: ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٤ - ٤) نفس المصدر، الحديث ٤.

٥ - ٥) كذا فى «ق»، و فى «ش» و المصدر: «أن أقضى».

٦ - ٦) الوسائل ٣٥٦: ١٢، ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

و صحیحہ زرارہ عن أبی جعفر علیہ السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثمنه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له» (١).

و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمنٍ معلومٍ و قال للبائع أجيئك بالثمن و مضى، فإن جاء في مدّه الثلاثه كان البيع له، و إن لم يرتجع بطل البيع (٢)، انتهى.

و ربما يُحكى (٣) عن ظاهر الإسكافي (٤) المعبر بلفظ الروايات، و توقّف فيه المحقّق الأردبيلي (٥)، و قوّاه صاحب الكفايه (٦)، و جزم به في الحدائق طاعناً على العلّامه في المختلف، حيث إنّه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحّه العقد، و حَمَلَ الأخبار على نفي اللزوم (٧).

أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محلّه، إلا أنّ فهم العلماء

ص: ٢١٩

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٥٦، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٢- (٢) المبسوط ٢:٨٧، و فيه بدل «و إن لم يرتجع»: «و إن لم يجيء».
 - ٣- (٣) في «ش» و هامش «ف» زياده: «هذا».
 - ٤- (٤) حكاة الشهيد في الدروس ٣:٢٧٤، و راجع المختلف ٥:٧٠.
 - ٥- (٥) راجع مجمع الفائده ٤٠٥:٤٠٦.
 - ٦- (٦) الكفايه: ٩٢، و فيه بعد نقل الخيار عن جماعه-: «و عن ظاهر ابن الجنيد و الشيخ بطلان البيع، و لعلّ الأقرب الثاني».
 - ٧- (٧) الحدائق ١٩:٤٧، و راجع المختلف ٥:٧١.

وَحَمَلَهُ الْأَخْبَارُ نَفَى الزُّومِ (١) مِمَّا يَقْرَبُ هَذَا الْمَعْنَى؛ مِضَافاً إِلَى مَا يُقَالُ:

مِنْ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي أَكْثَرِ تِلْكَ الْأَخْبَارِ: «لَا بَيْعَ لَهُ» ظَاهِرٌ فِي انْتِفَاءِ الْبَيْعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُشْتَرَى فَقَطْ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا نَفَى الزُّومِ مِنْ طَرَفِ الْبَائِعِ، إِلَّا أَنَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ يَقْطِينِ: «فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا».

وَكَيْفَ كَانَ، فَلَا أَقَلَّ مِنَ الشُّكِّ فَيَرْجَعُ إِلَى اسْتِصْحَابِ الْآثَارِ الْمَتْرُتِّبَةِ عَلَى الْبَيْعِ.

تَوْهَمٌ: كَوْنُ الصَّحِّهِ سَابِقاً فِي ضَمَنِ الزُّومِ، فَتَرْتَفِعُ بَارْتِفَاعَهُ، مَنَدْفَعٌ: بِأَنَّ الزُّومَ لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ الْفِصْلِ لِلصَّحِّهِ، وَإِنَّمَا هُوَ حَكْمٌ مُقَارِنٌ لَهُ فِي خُصُوصِ الْبَيْعِ الْخَالِي مِنَ الْخِيَارِ.

ثُمَّ إِنَّهُ يَشْتَرَطُ فِي هَذَا الْخِيَارِ أُمُورٌ:

أَحَدُهَا: عَدَمُ قَبْضِ الْمُبِيعِ،

وَلَا خِلَافَ فِي اشْتِرَاطِهِ ظَاهِراً، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِنَ الرِّوَايَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَحِيحِهِ عَلَى بِنِ يَقْطِينِ الْمَتَقَدِّمَةِ: «فَإِنْ قَبْضَ بَيْعِهِ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا» (٢) بِنَاءً عَلَى أَنَّ «الْبَيْعَ» هُنَا بِمَعْنَى الْمُبِيعِ.

لَكِنْ فِي الرِّيَاضِ: إنْكَارُ دَلَالَةِ الْأَخْبَارِ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ (٣)، وَتَبَعَهُ بَعْضُ الْمَعَاصِرِينَ (٤). وَلَا أَعْلَمُ لَهُ وَجْهًا غَيْرَ سَقُوطِ هَذِهِ الْفَقْرَةِ عَنْ

ص: ٢٢٠

١-١) فِي «ش»: «وَحَمَلَهُمُ الْأَخْبَارَ عَلَى نَفَى الزُّومِ».

٢-٢) تَقَدَّمَتْ فِي الصَّفْحَةِ ٢١٨.

٣-٣) رَاجِعِ الرِّيَاضَ ٥٢٥: ١.

٤-٤) وَهُوَ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ، انْظُرِ الْجَوَاهِرَ ٥٣: ٢٣، وَجَاءَ فِي الْمُسْتَنْدِ ٣٩٨: ١٤: «وَ أَكْثَرُ تِلْكَ الْأَخْبَارِ وَ إِن كَانَتْ مُطْلَقَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِقْبَاضِ الْمُبِيعِ وَ عَدَمِهِ..».

النسخه المأخوذ منها الروايه، أو احتمال قراءه «قَبْضٌ» بالتخفيف، و«بَيْعُهُ» بالتشديد، يعنى: قَبْضٌ بَائِعُهُ الثَّمَنَ. ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ لأنَّ استعمال «البَيْع» بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد، نظير ما ذكره فى الروضه: من أصاله عدم المدِّ فى لفظ «البكاء» الوارد فى قواطع الصلاه (١).

ثمَّ إنَّه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع بأن بذله (٢) الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار؛ لأنَّ ظاهر النصِّ و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع و دفعاً لتضرُّره، فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبَّله.

و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففى كونه ك«لا قبض» مطلقاً، أو مع استرداده، أو كونه قبضاً، وجوه، رابعها: ابتناء المسأله على ما سيجىء فى أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه (٣).

و لعله الأقوى؛ إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلَّا من جهه وجوب حفظ المبيع لمالكه و تضرُّره بعدم وصول ثمنه إليه، و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصَّةً. و أمَّا مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدِّم و إن ادَّعى انصراف

ص: ٢٢١

١- (١) الروضه البهية ٥٦٥: ١.

٢- (٢) فى «ش»: «بذل له».

٣- (٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٢٧٤ ٢٧٥.

الأخبار إلى غير هذه الصورة (١).

و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسأله على ارتفاع الضمان و عدمه.

و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات: «ثم يدعه عنده» (٢) عدم كفايه التمكين. و فيه نظرٌ. و الأقوى عدم الخيار؛ لعدم الضمان.

و في كون قبض بعض المبيع كـ «لا قبض» لظاهر الأخبار، أو كالقبض، لدعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شيء منه، أو تبعيض الخيار بالنسبه إلى المقبوض و غيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبه إلى غير المقبوض لا غير، وجوه.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن،

و اشتراطه مجمّع عليه نصّاً و فتوى.

و قبض البعض كـ «لا قبض»؛ لظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبي بكر ابن عياش في روايه ابن الحجّاج المتقدّمه (٣)، و ربما يستدلّ بها (٤) تبعاً للتذكّره (٥). و فيه نظرٌ.

و القبض بدون الإذن كعدمه؛ لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه

ص: ٢٢٢

١-١) في «ش» زياده: «لكنّه مشكّل، كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان».

٢-٢) الوارد في صحيحه زراه المتقدّمه في الصفحه ٢١٩.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ٢١٨.

٤-٤) في «ش» بدل «بها»: «بتلك الروايه»، و استدللّ بها في الجواهر ٥٣: ٢٣.

٥-٥) التذكّره ٥٢٣: ١.

بالإذن في بقاء البيع على اللزوم، مع أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باقٍ. نعم، لو كان القبض بدون الإذن حقاً كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه - فالظاهر عدم الخيار؛ لعدم دخوله في منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير.

و ربما يقال بكفايه القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعني قبض المبيع نظراً إلى أنّهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه، و في طرف الثمن عدم قبضه. و فيه نظر؛ لأنّ هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبّر في طرف الثمن و المضمن بما هو فعلٌ له، و هو القبض في الأوّل و الإقباض في الثاني، فتأمل.

و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناءً على اعتبار الإذن كانت في حكم الإذن. و هل هي كاشفه أو مثبته؟ أقواهما الثاني. و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثه فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين؛

لأنّ المتبادر من النصّ غير ذلك، فيقتصر في مخالفه الأصل على منصرف النصّ، مع أنّه في الجملة إجماعيّ.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه،

كصاعٍ من صبره.

نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدّمه (1) في نقل مضمون روايات أصحابنا. و ظاهره كونه مفتيّ به عندهم، و صرح به في التحرير (2).

ص: ٢٢٣

١-١) المتقدّمه في الصفحه ٢١٩.

٢-٢) التحرير ١٦٧:١.

والمهذب البارع (١) و غايه المرام (٢)، و هو ظاهر جامع المقاصد، حيث قال:

لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمه (٣).

و قال في الغنيه: و روى أصحابنا أنّ المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال: «أجيتك بالثمن» و مضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثمّ هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقاؤه، فإن لم يكن كذلك كالخضروات فعليه الصبر يوماً واحداً ثمّ هو بالخيار. ثمّ ذكر أنّ تلف المبيع قبل الثلاثه من مال المشتري و بعده من مال البائع. ثمّ قال: و يدلّ على ذلك كلّ إجماع الطائفة (٤)، انتهى.

و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و ما وجدته في نسخه (٥) جواهر القاضى: «لو باع شيئاً معيّناً بثمن معيّن» (٦) لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معيّن»، و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامه و غيره (٧) و نسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعيّن، و أظنّ

ص: ٢٢٤

-
- ١-١) المهذب البارع ٢:٣٨٢.
 - ٢-٢) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٩٢.
 - ٣-٣) جامع المقاصد ٤:٢٩٨.
 - ٤-٤) الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.
 - ٥-٥) لم ترد «ما وجدته في نسخه» في «ش».
 - ٦-٦) راجع الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الخلاف ٣:٢٠، المسأله ٢٤ من البيوع، و لم نعثر على نسخه جواهر الفقه المشار إليها في كلام المؤلف، نعم كتب في المطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٤٢٠ فوق كلمه «غير»: ز.ظ.
 - ٧-٧) جواهر الفقه: ٥٤، المسأله ١٩٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٧٩، و لم نعثر على عبارته في غيره.

و الظاهر أنّ المراد بـ«الثلث المعين» (١) هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنّ تشخّص الثمن غير معتبر إجماعاً؛ ولذا وصف في التحرير (٢) تبعاً للمبسوط (٣) المبيع بـ«المعين» و الثمن بـ«المعلوم»، و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف (٤) إلى إجماع الفرقه و أخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا.

مع أنّنا نقول: إنّ ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات التشخّص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبه إلى الثمن؛ للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنّه فرق بين «الثلث المعين» و «الشئ المعين»؛ فإنّ الثاني ظاهرٌ في الشخصي بخلاف الأوّل.

و أمّا معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسأله (٥) فهو مختصّ بالشخصي؛ لأنّه ذكر في معقد الإجماع «أنّ المشتري لو جاء بالثلث في الثلاثه فهو أحقّ بالعين» و لا يخفى أنّ «العين» ظاهرٌ في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات.

و أمّا حديث نفى الضرر، فهو مختصّ بالشخصي؛ لأنّه المضمون

ص: ٢٢٥

١-١) في «ش» و هامش «ف» زياده: «في معقد إجماعهم».

٢-٢) التحرير ١٦٧:١.

٣-٣) المبسوط ٢:٨٧، و تقدّم في الصفحه ٢١٩ أيضاً.

٤-٤) تقدّم عنه في الصفحه ٢٢٤.

٥-٥) المتقدّمه في الصفحه ٢١٧.

على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه، بخلاف الكلّي.

و أمّا النصوص، فروايتا ابن يقطين (1) و ابن عمّار (2) مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضه للبيع، و لا مناسبة فى إطلاقه على الكلّي، كما لا يخفى.

و روايه زراره (3) ظاهرة أيضاً فى الشخصى من جهة لفظ «المتاع» و قوله: «يدعه عنده»، فلم يبق إلّا قوله عليه السلام فى روايه أبى بكر بن عياش: «من اشترى شيئاً» (4) فإنّ إطلاقه و إن شمل المعين و الكلّي، إلّا أنّ الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجى، كما فى قول القائل:

«اشترت شيئاً» (5). و الكلّي المبيع ليس موجوداً خارجياً؛ إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعى الموجود فى الخارج؛ لأنّ المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، و الموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له (6)، بل هو أمرٌ اعتبارى يعامل (7) العرف و الشرع معه معامله الأملاك، و هذه المعاملة و إن اقتضت صحّه إطلاق لفظ «الشيء» عليه أو على ما يعمّه، إلّا أنّه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود

ص: ٢٢٦

١-١ المتقدّمتان فى الصفحة ٢١٨.

٢-٢ المتقدّمتان فى الصفحة ٢١٨.

٣-٣ المتقدّمة فى الصفحة ٢١٩.

٤-٤ المتقدّمة فى الصفحة ٢١٨.

٥-٥ فى «ش» زياده: «و لو فى ضمن أمور متعدّده، كصاع من صبره».

٦-٦ فى «ش» بدل «المملّك له»: «حتى يملكه».

٧-٧ فى «ش» زياده: «فى».

الخارجى الشخصى احتيج إلى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرفاً لا يحوج إرادته المطلق إلى القرينه.

فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادته خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينه، فافهم.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس فى أدلّه المسأله من النصوص و الإجماعات المنقوله و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى.

و ربما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر (1)؛ لعدم تقييدهم البيع بالشخصى.

و فيه: أنّ التأويل فى عباراتهم، مع الإنصاف يُعطى الاختصاص بالمعین، أو الشكّ فى التعميم، مع أنّه معارضٌ بعدم تصريح أحدٍ بكون المسأله محلّ الخلاف من حيث التعميم و التخصيص. نعم (2)، إلّا الشهيد فى الدروس، حيث قال: «إنّ الشيخ قدّس سرّه قيّد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعین» (3) فإنّه ظاهرٌ فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب، لكنّك عرفت أنّ الشيخ قدّس سرّه قد أخذ هذا التقييد فى مضمون روايات أصحابنا (4).

ص: ٢٢٧

١- ١) لم نعثر على النسبه، نعم نسب فى مفتاح الكرامه ٤:٥٧٩، و الجواهر ٢٣: ٥٥ الإطلاق إلى الأكثر.

٢- ٢) لم ترد «نعم» فى «ش».

٣- ٣) الدروس ٣: ٢٧٣.

٤- ٤) راجع الصفحه ٢٢٣.

و كيف كان،فالتأمل فى أدله المسأله و فتاوى الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعین.

ثم إن هنا أموراً قبل باعتبارها فى هذا الخيار:

منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما،

قال فى التحرير: «و لا- خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما» (١) و فى السرائر قَيّد الحكم فى عنوان المسأله بقوله: «و لم يشترطاً خياراً لهما أو لأحدهما» (٢) و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط. و يحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسأله فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع.

و كيف كان،فلا أعرف وجهاً معتمداً فى اشتراط هذا الشرط سواء أُريد (٣) ما يعمّ خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، و سواء أُريد مطلق الخيار و لو اختصّ بما قبل انقضاء الثلاثه أم أُريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثه، سواء حدث (٤) فيها أم بعدها.

و أوجه ما يقال (٥) فى توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض -: أن شرط الخيار فى قوه اشتراط التأخير، و تأخير المشتري بحق الخيار ينفى خيار البائع.

و توضيح ذلك ما ذكره فى التذكرة فى أحكام الخيار: من أنه

ص: ٢٢٨

١-١) التحرير ١٦٧:١.

٢-٢) السرائر ٢٧٧:٢.

٣-٣) فى «ش»: «أراد».

٤-٤) فى «ش»: «أحدث».

٥-٥) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٧٩:٤ ٥٨٠.

لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار، و لو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يطل خياره و لا يُجبر الآخر على تسليم ما فى يده (١) و له استرداد المدفوع قضيةً للخيار. و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده، و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع (٢)، انتهى.

و حيثئذ فوجه هذا الاشتراط: أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير، و ذو الخيار له حقّ التأخير، و ظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا- لحقّ له فى عدم الإقباض. و الحاصل: أنّ الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين.

و فيه- بعد تسليم الحكم فى الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حقّ-: أنّه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرّق و كون هذا الخيار مختصّاً بغير الحيوان، مع اتّفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف (٣)، و إن (٤) ذهب الصدوق إلى كون الخيار فى الجارية بعد شهر (٥)، إلّا أن يراد بما فى التحرير:

عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما (٦)، فلا ينافى

ص: ٢٢٩

١- ١) فى «ش» زياده: «الآخر».

٢- ٢) التذكرة ٥٣٧: ١.

٣- ٣) راجع المختلف ٥٦٨: ٥١٧.

٤- ٤) لم ترد «إن» فى «ش».

٥- ٥) راجع المقنع: ٣٦٥.

٦- ٦) التحرير ١٦٧: ١.

ثبوتَه في الحيوان بعد الثلاثه.

و قد يفصل (١) بين ثبوت الخيار للبائع من جهه أُخرى فيسقط معه هذا الخيار لأنّ خيار التأخير شُرِعَ لدفع ضرره و قد اندفع بغيره، و لدلاله النصّ و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثه فيختصّ بغير صورته ثبوت الخيار له، قال: و دعوى أنّ المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهه، مدفوعه بأنّ التأخير سبب الخيار (٢) و لا- يتقيّد الحكم بالسبب- و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا- وجه لسقوطه، مع أنّ اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان (٣).

و وجه ضعف هذا التفصيل: أنّ ضرر الصبر بعد الثلاثه لا يندفع بالخيار في الثلاثه. و أمّا ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثه من جهه التضرّر بالتأخير، و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

و منها

و منها (٤): تعدّد المتعاقدين؛

لأنّ النصّ مختصّ بصوره التعدّد، و لأنّ هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باقٍ مع اتّحاد العاقد إلّا مع إسقاطه.

و فيه: أنّ المناط عدم الإقباض و القبض، و لا إشكال في تصوّره

ص: ٢٣٠

١- (١) فصله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٧٩: ٤، ٥٨٠.

٢- (٢) في «ش»: «للخيار».

٣- (٣) انتهى ما قاله المفصّل نقلاً بالمعنى.

٤- (٤) أى من الأمور التي قيل باعتبارها في هذا الخيار، و قد تقدّم أولها في الصفحه ٢٣٠.

من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم، لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعني عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد.

و منها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية،

فإن المحكي عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى [جارية (١)] فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له (٢).

و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان (٣).

و المستند فيه روايه ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: أجيئك بالثمن، فقال: «إن جاء فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له» (٤).

و لا دلالة فيها (٥) على صوره عدم إقباض الجارية و لا قرينه على حملها عليها، فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر. و كيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم، فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه.

ص: ٢٣١

١-١ (١) لم يرد في «ق».

٢-٢ (٢) راجع المختلف ٥:٧٠، و المقنع: ٣٦٥.

٣-٣ (٣) انظر المختلف ٥:٧٠.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٢:٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

٥-٥ (٥) في «ق»: «فيه».

ثم إنَّ مبدأ الثلاثة من حين التفَرَّق أو من حين العقد؟ وجهان:

من ظهور قوله: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدَّة الغيبة ثلاثة، و من كون ذلك كنايةً عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في روايه ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه و إلَّا فلا بيع بينهما» (1) و هذا هو الأقوى.

ص: ٢٣٢

١ - ١) الوسائل ٣٥٧: ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

مسأله يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكال و لا خلاف،

و فى سقوطه بالإسقاط فى الثلاثة وجهان: من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة؛ و لذا صرح فى التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق إذا قلنا بكون مبدئه بعده (١) مع أنه أولى بالجواز، و من أن العقد سبب الخيار، فيكفى وجوده فى إسقاطه، مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه فى متن العقد (٢).

الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد،

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد (٣)، و لعله لعموم أدله الشروط.

ص: ٢٣٣

١-١) التذكرة ٥٢٠:١.

٢-٢) فى «ش»: «ضمن العقد».

٣-٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٨١، و راجع الدروس ٣:٢٧٦، و جامع المقاصد ٤:٣٠٢ ٣:٣٠٣، و فيه بعد احتمال الصحه: «أنه أظهر»، و حاشيه الإرشاد (مخطوط)، الصفحه ٢٦٠.

و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثه بناءً على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعيته سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماع على السقوط بالشرط - كما حكاه بعض (١) قلنا به، بل بصحة الإسقاط بعد العقد؛ لفحواه، وإلا فللنظر فيه مجالاً.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه،

فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذٍ (٢). وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً (٣).

و هو حسنٌ لو استند في الخيار إلى الأخبار، وأما إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك، وإنما يتدارك به الضرر المستقبل.

و دعوى: أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوع بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان، ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى

ص: ٢٣٤

١-١) لم نعثر على حكاية الإجماع.

٢-٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣) قاله السيد الطباطبائي في المصابيح (مخطوط): ١٣١، وفيه: «و لا يسقط بإسقاطه فيها و لا بإحضار الثمن بعدها إلى أن قال: و إن حصل الشك به فيستحب» و جعله في الرياض ٨:١٩٥، و مستند الشيعة ١٤:٤٠٠ أظهر الوجهين.

صوره التضرّر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علّة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً و عدماً.

و كيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوّه.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل،

و إلما لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به؛ لأنّه التزم فعليّاً بالبيع و رضاً بلزومه. و هل يشترط إفاده العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظنّ، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاربه أو غيرها لم ينفع، أم لا يعتبر الظنّ أيضاً؟ وجوه: من عدم تحقّق موضوع الالتزام إلما بالعلم، و من كون الفعل مع إفاده الظنّ أماره عرفيه على الالتزام كالقول، و ممّا تقدّم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاً نوعياً بالعقد و هذا من أوضح أفراده، و قد بيّنا (١) عدم اعتبار الظنّ الشخصى فى دلالة التصرّف على الرضا. و خير الوجوه أوسطها، لكنّ الأقوى الأخير.

و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن؟ المصرّح به فى التذكرة (٢) و غيرها (٣) العدم؛ للأصل و عدم الدليل.

و يحتمل السقوط؛ لدلالته على الرضا بالبيع.

و فيه: أنّ سبب الخيار هو التضرّر فى المستقبل، لما عرفت: من أنّ الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، و مطالبه الثمن لا تدلّ على التزام الضرر المستقبل حتّى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبه

ص: ٢٣٥

١-١) بيّنه فى الصفحة ١٠٤، ذيل البحث عن مسقطيه خيار الحيوان بالتصرّف.

٢-٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣) كالدروس ٢٧٤:٣، و جامع المقاصد ٢٩٨:٤، و المسالك ٢٠٨:٣.

الثلث إنمأ هو استدفأع للضرر المستقبل كالفسخ، لا التزمأ بذلك الضرر لیسقط الخيار. و لیس الضرر هنا من قبیل الضرر فی بیع الغبن و نحوه ممأ كان الضرر حاصلأ بنفس العقد، حتأ یكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزمأ بالضرر الذی هو سبب الخيار.

و بالجمله، فالمسقط لهذا الخيار لیس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن، أو التزمه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، و ما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمه بما یدل على الرضا فإنمأ هو حیث یكون نفس العقد سببأ للخيار و لو من جهه التضرر بلزومه، و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل، مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرّد مطالبه الثمن أیضأ محل نظر؛ لعدم كونه تصرفأ، و الله العالم.

مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى قولان،

و قد تقدّم ما يصلح أن يستند إليه لكلّ من القولين فى مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، و قد عرفت أنّ الأقوى الفور (١).

و يمكن أن يقال فى خصوص ما نحن فيه: إنّ ظاهر قوله عليه السلام:

«لا بيع له» (٢) نفى البيع رأساً، و الأنسب بنفى الحقيقه بعد عدم إرادته نفى الصّحّه هو نفى لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

ثمّ على تقدير إهمال النصّ و عدم ظهوره فى العموم يمكن التمسّك بالاستصحاب هنا؛ لأنّ اللزوم إذا ارتفع عن البيع فى زمانٍ، فعوده يحتاج إلى دليل. و ليس الشكّ هنا فى موضوع المستصحب نظير ما تقدّم فى استصحاب الخيار لأنّ الموضوع مستفادٌ من النصّ، فراجع.

و كيف كان، فالقول بالتراخى لا يخلو عن قوّه، إمّا لظهور النصّ و إمّا للاستصحاب.

ص: ٢٣٧

١-١) راجع الصفحه ٢١٢.

٢-٢) فى روايه ابن عمّار المتقدّمه فى الصفحه ٢١٨.

مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع إجماعاً مستفيضاً،

بل متواتراً كما في الرياض (١). و يدلّ عليه النبويّ المشهور و إن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور:- «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (٢)، و إطلاقه كمعاهد الإجماعات [يعمّ (٣)] ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

و قد يُعارض النبويّ بقاعده «الملازمه بين النماء و الدرك» المستفاده من النصّ (٤) و الاستقراء و القاعده المجمع عليها: «بأنّ (٥) التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له».

ص: ٢٣٨

١-١) الرياض ١٩٥: ٨.

٢-٢) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢، الحديث ٥٩١.

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) مثل «الخراج بالضمّان» الوارد في عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

٥-٥) في «ش»: «من أنّ».

لكن النبويّ أخصّ من القاعده الأولى فلا معارضه، والقاعده الثانيه لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار ولا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء (١) إن شاء الله - اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض.

و لو تلف في الثلاثه، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، و عن الخلاف: الإجماع عليه (٢).

خلافاً لجماعه من القدماء منهم المفيد (٣) و السيدان (٤) - مدّعين عليه الإجماع، و هو مع قاعده «ضمان المالك لماله» يصحّ حجّه لهذا القول.

لكن الإجماع معارضٌ بل موهونٌ. و القاعده مخصّصه بالنبويّ المذكور (٥) المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى روايه عقبه بن خالد:

«في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ و أوجه غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض»

ص: ٢٣٩

١- ١) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٧٩ ١٨١.

٢- ٢) حكاه السيد الطباطبائي في الرياض ٥٢٦:١، و السيد بحر العلوم في المصايح (مخطوط): ١٣٠، و صاحب الجواهر في الجواهر ٥٨:٢٣، لكنّ الموجود في الخلاف الذي بأيدينا: «أنّ التلف في الثلاثه من المبتاع» راجع الخلاف ٢٠:٣، المسأله ٢٤ من البيوع.

٣- ٣) المقنعه: ٥٩٢.

٤- ٤) الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الغنيه: ٢١٩ ٢٢٠.

٥- ٥) المذكور في الصفحة السابقه.

المال و يخرجهُ من بيته، فإذا أخرجهُ من بيته فالمبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه حقّه (١).

و لو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمان البائع مبنئ على ارتفاع الضمان بذلك، و هو الأقوى.

قال الشيخ فى النهايه: إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع، فإنّ العقد موقوفٌ ثلاثه أيام، فإن جاء المبتاع فى مدّه ثلاثه أيام كان المبيع له، و إن مضت ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع فى هذه الثلاثه أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع، و إن كان قبضه إياه ثم هلك فى مدّه الثلاثه أيام كان من مال المبتاع، و إن هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كلّ حال (٢)، انتهى المحكّي فى المختلف، و قال بعد الحكايه:

و فيه نظر، إذ مع القبض يلزم البيع (٣)، انتهى.

أقول: كأنه جعل الفِقره الثالثه مقابله للفِقرتين، فيشمل ما بعد القبض و ما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كلّ حال» لكنّ التعميم - مع أنّه خلاف الإجماع منافٍ لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأنّ الخيار له بعد الثلاثه أيام» فإنّ من المعلوم أنّ الخيار إنّما يكون له مع عدم القبض، فيدلّ ذلك على أنّ الحكم المعلّل مفروضٌ فيما قبل القبض.

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل ٣٥٨:١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديثٌ واحد.

٢- (٢) النهايه: ٣٨٥ ٣٨٦. و فى «ش» و المصدر زياده: «لأنّ الخيار له بعدها».

٣- (٣) المختلف ٦٩:٥ ٧٠.

مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل، وإلا فلا بيع له،

كما في مرسله محمد بن أبي حمزه (١). والمراد من نفي البيع نفي لزومه. ويدل عليه قاعده «نفي الضرر»؛ فإنَّ البائع ضامنٌ للمبيع ممنوعٌ عن التصرف فيه محرومٌ عن الثمن.

و من هنا يمكن تعديده الحكم إلى كلِّ موردٍ يتحقَّق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النصِّ، كما إذا كان المبيع ممَّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع.

لكن ظاهر النصِّ يوهم خلاف ما ذكرنا؛ لأنَّ الموضوع فيه «ما يفسد من يومه» والحكم فيه بثبوت الخيار من أوَّل الليل، فيكون الخيار في أوَّل أزمته الفساد، ومن المعلوم أنَّ الخيار حينئذٍ لا يجدى للبائع شيئاً، لكن المراد من «اليوم»: اليوم و ليله، فالمعنى: أنه لا يبقى على صفه الصلاح أزيد من يوم بليلته (٢)، فيكون المفسد له المبيت

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل ٣٥٩:١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث الأوَّل.

٢- (٢) في «ش»: «بليله».

لا- مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به وبيدله، ولأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ«خيار ما يفسده المبيت» وأنه ثابت عند دخول الليل (١)، وفي معقد إجماع الغنية: أنّ على البائع الصبر يوماً (٢) ثم هو بالخيار (٣). وفي محكي الوسيله: أنّ خيار الفواكه للبائع، فإذا مرّ على المبيع يومٌ ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار (٤). ونحوها عبارته جامع الشرائع (٥).

نعم، عبارات جماعه من الأصحاب لا يخلو عن اختلال في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. وأحسن تلك العبارات عبارته الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى روايه زراره، قال: «العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يومٌ إلى الليل» (٦) فإنّ المراد بالعهده عهدته البائع.

وقال في النهايه: وإذا باع الإنسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخضر وغيرها ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً،

ص: ٢٤٢

١-١) الدروس ٣:٢٧٤، وفيه: «و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار».

٢-٢) في «ش» زياده: «واحداً».

٣-٣) الغنيه: ٢١٩.

٤-٤) الوسيله: ٢٣٨.

٥-٥) الجامع للشرائع: ٢٤٧.

٦-٦) الفقيه ٣:٢٠٣، ذيل الحديث ٣٧٦٧، و راجع الوسائل ١٢:٣٥٩، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم، وإلا فلا بيع له (١)، انتهى. ونحوها عبارته السرائر (٢).

و الظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم.

و أمّا المتأخرون، فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غايةً للخيار، و إن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً (٣) و من عبّر بأنّ الخيار إلى الليل (٤). و لم يُعلم وجهٌ صحيحٌ لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلاّ متابعه عبارته الشيخ في النهاية، لكنك عرفت أنّ المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، و أنّ له تأخير القبض و الإقباض. و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطَلحوا عليه لفظ «الخيار» فلا يحسن متابعه هنا في التعبير، و الأولى تعبير الدروس كما عرفت (٥).

ثمّ الظاهر أنّ شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنّه فردٌ من أفرادها، كما هو صريح عنوان الغنية (٦) و غيرها (٧)، فيشترط فيه جميع

ص: ٢٤٣

١- ١) سقطت عبارته المذكوره من كتاب النهاية المطبوع مستقلاً، نعم وردت في المطبوع ضمن الجوامع الفقهيّة: ٣٣٦، و المطبوع مع نكت النهاية (للمحقّق الحلّي) ١٤٢:٢، و محلّها باب الشرط في العقود من كتاب المتاجر.

٢- ٢) السرائر ٢٨٢:٢.

٣- ٣) مثل العلّامة في التحرير ١٦٧:١.

٤- ٤) كما في الجامع للشرائع: ٢٤٧، و القواعد ٦٧:٢، و الإرشاد ٣٧٤:١.

٥- ٥) في الصفحة السابقه.

٦- ٦) الغنية: ٢١٩.

٧- ٧) راجع الشرائع ٢٣:٢، و القواعد ٦٧:٢، و الإرشاد ٣٧٤:١ و غيرها.

ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع (١) الشخصى أو ما فى حكمه كالصاع من الصبره، و قد عرفت هناك (٢) أن التأمل فى الأدله و الفتاوى يشرف (٣) على القطع بالاختصاص أيضاً.

و حكم الهلاك فى اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك فى كونه من البائع فى الحالين. و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به فى الغنيه حيث جعله قبل الليل من المشتري (٤).

ثم إن المراد بالفساد فى النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقى؛ لأنّ موردهما هو الخُصَر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالمبيت و لا تهلك، بل المراد ما يشمل تغيّر العين نظير التغيّر الحادث فى هذه الأمور بسبب المبيت.

و لو لم يحدث فى البيع إلّا فوات السوق، ففى إلحاقه بتغيّر العين و جهان: من كونه ضرراً، و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً (٥).

ص: ٢٤٤

١- ١) فى «ش»: «بالبيع».

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٢٨.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «الفقيه».

٤- ٤) الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.

٥- ٥) فى «ق»: «لا دفع ضرر»، و شطب عليها فى «ف»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان.

و يدلّ عليه قبل الإجماع المحقّق و المستفيض - حديث نفي الضرر. و استدلّ عليه أيضاً بأخبار:

□

منها: صحيحه جميل بن درّاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى ضيعهً و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنّه لو قلّب منها و نظر إلى تسعٍ و تسعين قطعاً ثمّ بقى منها قطعاً لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية» (١). و لا بدّ من حملها على صورهِ يصحّ معها بيع الضيعه، إمّا بوصف القطعه الغير المرئيه، أو بدلاله ما رآه منها على ما لم يره.

□

و قد يستدلّ أيضاً بصحيحه زيد الشحام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال عليه السلام

ص: ٢٤٥

لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج» (١).

قال في الحدائق (٢): و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصباب - و هو مجهول قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعبد واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا- يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمه.. الخبر» (٣).

أقول: لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه؛ لأن المشتري لسهم القصباب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، و إن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين، و هو باطل، و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع.

و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبره، و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم.

ثم إن صحاحه جميل مختصه بالمشتري، و الظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف.

ص: ٢٤٦

١- (١) الوسائل ٣٦٢:١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢- (٢) راجع الحدائق ١٩:٥٧.

٣- (٣) راجع الكافي ٥:٢٢٣، الحديث ٢، و التهذيب ٧:٧٩، الحديث ٣٣٩، و عنهما في الوسائل ١٢:٢٦٥، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

و حكى عن بعض (١): أنه يحتمل في صحيحه جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. و لا يخفى بعده، و أبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذ (٢)، و الله العالم.

ص: ٢٤٧

١-١) حكاة المحدث البحراني في الحقائق ١٩:٥٨.

٢-٢) لم ترد «حينئذ» في «ش».

مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه.

و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهاله الموجبه للغرر؛ إذ لولاها لكان غرراً. و عبّر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيله (1) و جامع المقاصد (2) و غيرهما (3). و آخر بما يعتبر في صحته السلم (4). و آخرون كالشيخين (5) و الحلّي (6) -اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه.

و الظاهر أنّ مرجع الجميع واحد، و لذا ادّعى الإجماع على كلّ

ص: ٢٤٨

-
- ١- (١) الوسيله: ٢٤٠.
 - ٢- (٢) جامع المقاصد ٣٠١:٤.
 - ٣- (٣) مثل المسالك ٣:٢١٩، و مجمع الفائده ٨:٤١٠، و الحدائق ١٩:٥٨.
 - ٤- (٤) كما في التذکره ١:٤٦٧ و ٥٢٤، و النهايه ٢:٤٩٩، و مفتاح الكرامه ٤:٢٩٠ ٤:٢٩١.
 - ٥- (٥) راجع المقنعه: ٥٩٤ و ٦٠٩، و المبسوط ٢:٧٦.
 - ٦- (٦) السرائر ٢:٢٤١.

واحدٍ منها.

ففى موضع من التذكرة: يشترط فى بيع خيار الرؤيه وصف المبيع وصفاً يكفى فى السلم عندنا. و عنه فى موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحه بيع الغائبه وصفها بما يرفع الجهاله عند علمائنا أجمع، و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس. ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز، و ذلك بذكر جميع الصفات التى يختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهاله بترك بعضها (١)، انتهى.

و فى جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كل وصفٍ تتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و تتفاوت به قيمه تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى (٢).

و ربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفايه ذكر أوصاف السلم من جهه أنه قد يتسامح فى السلم [فى (٣)] ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق.

و هذا المانع مفقودٌ فيما نحن فيه.

قال فى التذكرة فى باب السلم: لا- يشترط وصف كل عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصوده و إن تفاوت به الغرض و القيمه؛ لإفضائه إلى عزه الوجود (٤)، انتهى.

ص: ٢٤٩

١-١) راجع التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٢٣.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٠١.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) التذكرة ١:٥٥٢.

وقال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء: إنه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعذر التحقيق (١).

ويمكن أن يقال: إن المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم، وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيّد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، و تمام الكلام في محلّه.

ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصوره، خصوصاً في العبيد و الإماماء؛ فإن مراتبهم الكماله التي تختلف بها أثمانهم غير محصوره جداً، و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم؛ لانتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أخص من الشرعي.

و كيف كان، فالمسألة لا تخلو عن إشكالٍ و أشكالٍ من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققه في بيع العين الحاضره، و على هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبره في العين الغائبه ممّا يختلف الثمن باختلافه.

قال في التذكرة: يشترط رؤيه ما هو مقصودٌ بالبيع كداخل

ص: ٢٥٠

الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضرةً لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة (١)، انتهى.

و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهده على ما يعتبر فى صحّه السلم و بيع الغائب. و من المعلوم من السيره عدم اعتبار الاطلاع بالرؤيه على جميع الصفات المعتبره فى السلم و بيع العين الغائبه، فإنّه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهده على سنّ الجاربه، بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التى لا يعرفها إلّا أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبه كمالها الإنسانى المطلوبه فى الجوارى المبذول بإزائها الأموال، و يبعد كلّ البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك فى المشاهده، بل يلزم من ذلك عدم صحّه شراء غير العارف بأوصاف المبيع الرجعه إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبه إلى الأوصاف التى اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصيرٍ عارفٍ بها.

و لا أجد فى المسأله أو ثق من أن يقال: إنّ المعتبر هو الغرر العرفى فى العين الحاضره و الغائبه الموصوفه، فإنّ دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبره أخذ به.

و ليس فيما ادّعاها العلامه فى التذكره من الإجماع حجّة، مع استناده فى ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال فى أوّل مسأله اشتراط العلم بالعوضين: أنّه أجمع علماءنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما الذى ملك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر، فلا يصحّ بيع العين الغائبه ما لم يتقدّم

ص: ٢٥١

رؤية أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة (١)، انتهى.

ولا ريب أنّ المراد بمعرفه ما ملك معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي الإجمال والتفصيل.

ثمّ إنّهُ يمكن الاستشكال في صحّهُ هذا العقد بأنّ ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً؛ لأنّ الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيّداً بها صار مشكوك الوجود؛ لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم.

و يمكن أن يقال: إنّ أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا و كذا، و لا غرر فيه حينئذٍ عرفاً. وقد صرح في النهاية و المسالك في مسأله ما لو رأى المبيع ثمّ تغير عمّا رآه: - أنّ الرؤية بمنزله الاشتراط (٢). و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً (٣).

و يمكن أن يقال بناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره بأنّ الصفات المذكوره، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن؛ و لذا ذكروا أنّه يجوز مع جهل المتبايعين بصفه العين الغائبه المبايعه بوصفٍ ثالثٍ لهما (٤).

ص: ٢٥٢

١- (١) التذكرة ٤٦٧: ١.

٢- (٢) نهاية الأحكام ٥٠١: ٢.

٣- (٣) المسالك ١٧٨: ٣.

٤- (٤) كما في الشرائع ٢٥: ٢، و القواعد ٢٦: ٢، و الدروس ٢٧٦: ٣، و الروضه ٣: ٤٦٢.

و كيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبه مع اعتبار الصفات الرافعه للجهااله، و لا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه؛ مضافاً إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامه (١).

ثم إن الخيار بين الردّ و الإمساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب.

و صريح السرائر: تخييره بين الردّ و الإمساك بالأرّش و أنّه لا يجبر على أحدهما (٢). و يضعف بأنّه لا دليل على الأرّش.

نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصّحّه توجّه أخذ الأرّش، لكن بخيار العيب، لا خيار رؤيه المبيع على خلاف ما وصفه؛ إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً. و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعه إلى وصف الصّحّه.

و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعه و النهايه و المراسم (٣):

من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف. لكن الموجود في المقنعه و النهايه أنّه: «إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً» و لا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للردّ، لا الباطل فعلاً. و قد عبّر في النهايه عن خيار الغبن بذلك فقال: و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر

ص: ٢٥٣

١- ١) حكاه في التذكره ١:٤٦٧ عن أحمد و الشافعي في أحد الوجهين، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦.

٢- ٢) السرائر ٢:٢٤٢.

٣- ٣) نسب إليها صريحاً في مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦، و الجواهر ٢٣:٩٤. أنظر المقنعه: ٥٩٤، و النهايه: ٣٩١، و المراسم: ١٨٠.

مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً (١).

و على تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه؛ لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً، عدا ما فى مجمع البرهان، و
حاصله:

وقوع العقد على شىء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه (٢).

و يضعف: بأن محلّ الكلام فى تخلف الأوصاف التى لا- توجب مغايره الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إن المبيع فاقد
للأوصاف المأخوذه فيه، لا- أنه مغاير للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقه المبيع عرفاً، فالظاهر عدم
الخلاف فى البطلان و لو أخذ فى عباره العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان حماراً
وحشياً.

إلما أن يقال: إن الموجود و إن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه
بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فُقد ما بُنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغى بطلان البيع؛ و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد
العقد بفساد شرطه (٣)، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً فى المعقود عليه

ص: ٢٥٤

١- (١) النهاية: ٣٩١.

٢- (٢) مجمع الفائدة ١٨٣: ٨.

٣- (٣) منهم: العلامه فى القواعد ٩٣: ٢، و الشهيد فى الدروس ٢١٤: ٣، ٢١٥، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢٧٣: ٣، و راجع تفصيل
القائلين بالبطلان فى مفتاح الكرامه ٧٣٢: ٤.

فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلا لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

□
و من هنا يظهر: أنّ دفع ما ذكر (١) في وجه البطلان-الذى جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعده (٢)، واحتمله العلامة رحمه الله في النهايه (٣) فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنّه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في (٤) الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى، و أنّ أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشاره و الوصف و الإشاره أقوى مجازفة لا محصل لها.

و أمّا كون الإشاره أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتباراً بالوصف، فينبغى لزوم العقد و إثبات الخيار من جهه كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلّي حتى يتقوم به، و كونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق.

و يمكن أن يقال: إنّ الاستفادة من النصوص و الإجماعات فى الموارد

ص: ٢٥٥

١ - ١) قال الشهيدى: «و أمّا الدافع، ففى بعض الحواشى: أنّه صاحب الجواهر، و الظاهر أنّه اشتباه من المحشى؛ لأنّ الموجود فيه خالٍ عن قوله: "و إنّ أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشاره و الوصف" - إلى أن قال: - و الظاهر أنّ الدافع هو الشيخ على آل كاشف الغطاء قدّس سرّه فى محكّي تعليقه على خيارات اللمعه، فإنّه عين عبارته المحكيه عنه»، هدايه الطالب: ٤٩٤، و راجع الجواهر ٢٣: ٩٤ أيضاً.

٢ - ٢) مجمع الفائدة ٨: ١٨٣.

٣ - ٣) نهايه الأحكام ١: ٥٠١.

٤ - ٤) فى ظاهر «ق» بدل «فى»: «من».

المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفه المقصوده الغير المقومه للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلّا إلى الصحيح، ومنه المصراه.

و كالحكم في النصّ و الفتوى بتبعض (١) الصفقه إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك، فتأمل (٢).

نعم هنا إشكالٌ آخر من جهة تشخيص الوصف الداخِل في الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنّ الظاهر دخول المذكوره و الأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، و كذا الرومي و الزنجي حقيقتان عرفاً، و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنّه من الغنم فبان من الجاموس، و كذا لو باعه حلّ الزبيب فبان من التمر. و يمكن إحاله اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطه التغاير المذكوره في باب الربا، فتأمل.

ص: ٢٥٦

١-١) في «ش»: «بتبعيض».

٢-٢) في «ش» زياده: «و سيجيء بعض الكلام في مسأله الشرط الفاسد إن شاء الله» و راجع تفصيل المسأله في الجزء الثالث من المكاسب: ٥١٣ و ٥٣١.

مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فورى،

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب (١)، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤيه (٢)، و احتمله فى نهايه الأحكام (٣).

و لم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار فى مخالفه لزوم العقد على المتيقن، و يبقى على القائلين بالتراخى فى مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أن صحيحه جميل المتقدمه فى صدر المسأله (٤) مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدّه الخيار فيها على عدم الفوريه و إن كان خلاف التحقيق، كما تبهنا عليه فى بعض الخيارات المستنده إلى النصّ.

و قد بينا سابقاً (٥) ضعف التمسك بالاستصحاب فى إثبات التراخى و إن استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقه.

ص: ٢٥٧

-
- ١-١) نسبه فى الحدائق ١٩:٥٩ إلى ظاهر كلام أكثر الأصحاب، و لم نعثر على غيره.
 - ٢-٢) التذكرة ١:٤٦٧.
 - ٣-٣) نهايه الأحكام ٢:٥٠٨.
 - ٤-٤) تقدّمت فى الصفحه ٢٤٥.
 - ٥-٥) بينه فى خيار الغبن، راجع الصفحه ٢٠٩ ٢١٢.

مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً

على الوجه المتقدم في خيار الغبن (١)، و بإسقاطه بعد الرؤيه، و بالتصرف بعدها، و لو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤيه، بناءً على أنّ التصرف إسقاطاً فعلياً.

و في جواز إسقاطه قبل الرؤيه وجهان مبنيان على أنّ الرؤيه سبب أو كاشف.

قال في التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤيه لم يلزم؛ لتعلق الخيار بالرؤيه (٢)، انتهى. و حكى ذلك عن غيرها أيضاً (٣).

و ظاهره: أنّ الخيار يحدث بالرؤيه، لا أنه يظهر بها، و لو جعلت الرؤيه شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب و هو

ص: ٢٥٨

١-١) راجع الصفحة ٢١٣ و ما بعدها.

٢-٢) التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣٣.

٣-٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦ بلفظ «و في التذكرة و غيرها» و لكن لم نعثر على غير التذكرة.

العقد. ولا يخلو عن قوّه.

و لو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فسادهِ وإفساده للعقد، كما عن العلامه (١) و جماعه (٢)، أو عدمهما، كما عن النهايه (٣) و بعض (٤)، أو الفساد دون الإفساد (٥)، وجوه، بل أقوال:

من كونه موجباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أنّ الوصف قام مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئياً و لا موصوف (٦).

و من أنّ دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، فإنّ الخيار حكم شرعيّ لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كلّ مجهول متزلزلاً، و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفه، فإنّ الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبه على أيّ صفه كانت، و لو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البراءه من العيوب أيضاً مؤدياً إليه؛ لأنّه بمنزله بيع الشيء

ص: ٢٥٩

١-١) راجع التذكره ١:٤٦٧.

٢-٢) كالشهيد في الدروس ٣:٢٧٦، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و المحقق النراقي في المستند ١٤:٤٠٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٩٢.

٣-٣) نهايه الأحكام ٢:٥٠٧.

٤-٤) و هو المحدّث الكاشاني في المفاتيح ٣:٧٢.

٥-٥) لم نعثر على القائل به في هذا المبحث، نعم قال به جماعه في مبحث الشرط الفاسد، منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٧٤، بعد نقله عن الشيخ في المبسوط، راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٣٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٤:٣٠٣.

صحيحاً أو معيباً بأي عيب كان، ولا شك أنه غررٌ، وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتماداً على أصله الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظه الصحة و العيب في المبيع؛ لأنّ تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبره في بيع العين الغائبه على ما عدا الصفات الراجعه إلى العيب إنّما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصله الصحة، لا لجواز إهمالها عند البيع.

فحينئذٍ، فإذا شرط البراءة من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه (١): من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك، حيث إنّ مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية - إلى اشتراط عدم الاعتداد بماليه المبيع؛ و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط (٢).

لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمه؛ لأنّ مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأي عيب، و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفاً بأي وصف كان.

ص: ٢٦٠

١-١) الدروس ٣: ١٩٨، و راجع المبسوط ٢: ١٣٨، و الوسيله: ٢٤٧ و ٢٥٥، و إصباح الشيعه: ٢٢٤، و المهذب ١: ٣٩٢.

٢-٢) راجع المبسوط ٣: ١٩٨.

ثم إنه قد يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق، بناءً على ما عرفت: من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغو، وفساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمه.

لكن الإنصاف: ضعف وجه هذا القول.

و أقوى الأقوال أولها؛ لأن دفع الغرر عن هذه المعامله و إن لم يكن لثبوت (1) الخيار، لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع، إلا أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما تقدم سابقاً و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها، و التنافي بين الأمرين واضح.

و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءه، فيدفعه الفرق بينهما:

بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصاله الصحه، لا على تعهد البائع لانقائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءه البائع عن عهده انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهد لها

ص: ٢٤١

(١ - ١) في ظاهر «ق» أو محتمله: «بثبوت».

و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاه لذلك.

نعم، لو شاهدته المشتري و اشتراه معتمداً على أصاله بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفه، كان نظير اشتراط البراءه من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل (١).

و الضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، و كل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أماره أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواه باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك.

و مما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد (٢) و غيره (٣) في المنع و الجواز بين اشتراط البراءه من الصفات المأخوذه في بيع العين الغائبه و بين اشتراط البراءه من العيوب في العين المشكوك في صحته و فساده (٤).

و ظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكوره في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها؛

ص: ٢٤٢

١-١) راجع التحرير ١:١٧٧.

٢-٢) راجع الدروس ٣:١٩٨ و ٢٧٦، حيث حكم ببطلان العقد لو تبرأ البائع أو شرط رفع الخيار في خيار الرؤيه، و الصفحه ٢٨٢ حيث حكم بأن من مسقطات خيار العيب التبري من العيب.

٣-٣) راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٩٢ و ٦٢٤.

٤-٤) كذا في النسخ، و المناسب: «صحتها و فسادها».

لأنّ دفع (١) الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأنّ بوجودها و لم يتيقن. والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه (٢).

و ظهر أيضاً ضعف ما يقال: من أنّ الأقوى في محلّ الكلام الصحّة، لصدق تعلّق البيع بمعلوم غير مجهول، و لو أنّ الغرر ثابتٌ في البيع نفسه لم يُجد في الصحّة ثبوت الخيار، و إلّا لصحّ ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، و هو معلوم العدم. و إقدامه (٣) بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه (٤)، انتهى.

توضيح الضعف: أنّ المجدى في الصحّة ما هو سبب الخيار، و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار. و أمّا كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغررى. و المسألة موضع إشكال.

ص: ٢٦٣

١-١) في «ش»: «رفع».

٢-٢) في «ش» زياده: «هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار، على تقدير فقد الصفات المعتر علمها في البيع، خرج اشتراط التبرّي من العيوب بالنصّ و الإجماع، لأنّ قاعده «نفى الغرر» قابله للتخصيص، كما أشرنا إليه سابقاً».

٣-٣) في «ش» و المصدر زياده: «على الرضا».

٤-٤) الجواهر ٩٦: ٢٣.

مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين؛

لأنّ العقد إنّما وقع على الشخصى، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضه جديده.

و لو شرط فى متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس: أنّ الأقرب الفساد (1). و لعلّه لأنّ البذل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضه جديده على تقدير ظهور المخالفه، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفه، و ينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقده و انعقاد عقده آخر، كلّ منهما معلق على ظهور المخالفه، و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك.

و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجه أيضاً إلى انعقاد معاوضه تعليقيه غرريه؛ لأنّ المفروض جهاله المبدل.

و على أىّ تقدير، فالظاهر عدم مشروعيه الشرط المذكور، فيفسد و يُفسد العقد.

ص: ٢٦٤

و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق: من الاعتراض على الشهيد قدس سرّه، حيث قال بعد نقل عباره الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه:

إنّ ظاهر كلامه أنّ الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

و فيه: أنّه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور (1) الوصف لا يصلح سبباً للفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمه. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من حيث المخالفه، و لا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار فى الخيار.

و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى عباره إلى الشرط المذكور حيث لا- تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجمله، فإنّى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصوره المذكوره على الإطلاق وجهاً يحمل عليه (2)، انتهى (3).

ص: ٢٦٥

١- ١) فى «ش»: «عدم الظهور على الوصف».

٢- ٢) الحدائق ١٩: ٥٩.

٣- ٣) فى «ق» بعد كلمات شطب عليها زياده: «و لا يخفى ضعفه».

مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤبه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره؛

لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفه، فإما أن يحكم ببطلان العقد؛ لما تقدم (1) عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبه. و إما أن يحكم بلزومه من دون خيار.

و الأول مخالف لطريقه الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطه في المعقود عليه.

و الثاني فاسد من جهه أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض، و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقد له للصفات المشترطه فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً و عملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

و الحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار، و الأول منافٍ لطريقه الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني.

ص: ٢٦٦

١-١) تقدم في الصفحه ٢٥٤.

مسأله لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته

مسأله لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته (1)، وقال المشتري: قد اختلفت،

ففى التذكرة: قُدم قول المشتري؛ لأصله براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينه (2). و ردّه فى المختلف فى نظير المسأله بأنّ إقراره بالشراء إقراراً بالاشتغال بالثمن (3). و يمكن أن يكون مراده ببراءه الذمه عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناءً على ما ذكره فى أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثلن فى مدّه الخيار و إن تسلّم الآخر (4).

و كيف كان، فيمكن أن يحدش بأنّ المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن سواءً اختلف صفه المبيع أم لم يختلف، غايه الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أنّ البائع التزم على نفسه اتّصاف البيع (5) بأوصافٍ

ص: ٢٦٧

١- ١) فى «ش»: «صفه».

٢- ٢) التذكرة ٤٦٧: ١.

٣- ٣) المختلف ٢٩٧: ٥.

٤- ٤) التذكرة ٥٣٧: ١.

٥- ٥) كذا فى النسخ، و الظاهر: «المبيع».

مفقوده، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد.

هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط، إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقوده، أو تعلقه بعينٍ لوحظ فيها الصفات الموجوده أو ما يعمها (1)، وال لزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه.

و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابه العبد، وقد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسأله ما إذا اختلفا في تغيير (2) ما شاهدها قبل البيع.

ص: ٢٦٨

١-١) في ظاهر «ق»: «يعمهما».

٢-٢) في «ش»: «تغيير».

مسأله لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل،

كما عن المبسوط (١) والقاضى (٢) و ابن سعيد (٣) قدس سرهما و العلامه فى كتبه (٤) و جامع المقاصد (٥). و استدلل عليه فى التذكره و جامع المقاصد: بأن بعضه عين حاضره و بعضه فى الذمه مجهول.

و عن المختلف: صحته (٦). و لا يحضرنى الآن حتى أتأمل فى دليله، و الذى ذكر للمنع لا ينهض مانعاً.

فالذى يقوى فى النظر: أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، و كذا إذا ضم

ص: ٢٦٩

١-١) المبسوط ٢:٧٧.

٢-٢) المهذب ١:٣٥٢.

٣-٣) الجامع للشرائع: ٢٥٦ ٢٥٧.

٤-٤) القواعد ٢:٦٨، و التحرير ١:١٦٧، و التذكره ١:٥٢٤.

٥-٥) جامع المقاصد ٢:٣٠٢.

٦-٦) المختلف ٥:٧٣.

معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك؛ إذ لا- مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطه و الصنع. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومه منسوجه مع هذا المنسوج بهذا المنوال.

و لو لم ينسجه في صورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط. و لو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيره لم يلزم القبول، وبقى على مال البائع، و كان للمشتري الخيار في المنسوج؛ لتبعض الصنفه عليه، و الله العالم.

ص: ٢٧٠

السابغ (١) فى خيار العيب

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبيتاً على سلامه العين من العيب، و إنما تُترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على أصله السلامه، و إلا لم يصحّ العقد من جهه الجهل بصفه العين الغائبه، و هى صحتها التى هى من أهمّ ما يتعلّق به الأغراض.

و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبه على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفه الصّحه، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإنّ من يشتري عبداً لا يعلم أنّه صحيح سوى أم فالسجّ مُقعد، لا يعتمد فى صّحته إلا على أصله السلامه، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد، و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن.

قال فى التذكرة: الأصل فى المبيع من الأعيان و الأشخاص السلامه من العيوب و الصّحه، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله فى

ص: ٢٧١

مقابله تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصاله السلامه (١)، انتهى.

وقال في موضع آخر: إطلاق العقد و اشتراط السلامه يقتضيان السلامه على ما مرّ: من أنّ القضاء العرفي يقتضى (٢) أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصاله السلامه، فكأنها مشروطه في نفس العقد (٣)، انتهى.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه:

أولاً: منع الانصراف؛ و لذا لا يجرى في الأيمان و النذور.

و ثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه؛ لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئى حقيقى خارجى.

و ثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتّى يثبت التخيير بينهما.

و دفع جميع هذا: بأن وصف الصحه قد أخذ شرطاً في العين الخارجيه نظير معرفه الكتابه أو غيرها من الصفات المشروطه في العين الخارجيه، و إنّما استغنى عن ذكر وصف الصحه لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئيه سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل.

ص: ٢٧٢

١- (١) التذكرة ٥٢٤: ١.

٢- (٢) في «ق»: «أن يقتضى».

٣- (٣) التذكرة ٥٣٨: ١.

و لقد أجاد في الكفايه حيث قال: إنَّ المعروف بين الأصحاب أنَّ إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامه (١).

و لو باع كلياً حالاً- أو سَلِمَ كان الانصراف [إلى الصحيح (٢)] من جهه ظاهر الإقدام أيضاً (٣). و يحتمل [كونه (٤)] من جهه الإطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء، و إن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام (٥).

ثمَّ إنَّ المصرَّح به في كلمات جماعه (٤): أنَّ اشتراط الصحه في متن العقد يفيد التأكيد؛ لأنَّه تصریح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، و إنَّما ترك لاعتماد المشتري على أصاله السلامه، فلا- يحصل من أجل هذا الاشتراط خياراً آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبره كذا و كذا صاعاً، فإنَّه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشئ على الصفه السابقه المرثيه فإنَّه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصاله بقائها.

ص: ٢٧٣

١- ١) كفايه الأحكام: ٩٣، و لكن فيه: «لا أعرف خلافاً بينهم في أنَّ إطلاق...».

٢- ٢) لم يرد في «ق».

٣- ٣) في «ق» زياده كلمه غير مقرّوه، و لعلها «لا الإطلاق».

٤- ٤) لم يرد في «ق».

٥- ٥) في «ش» زياده: «فتأمل».

٦- ٦) منهم: الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٨٢، و المحدّث البحراني في الحقائق ١٩: ٧٩، و في الجواهر ٢٣: ٢٣٥ بعد نسبته إلى صريح جماعه قال: «بل لم أجد قائلاً بغيره».

و بالجمله، فالخيار خيار العيب اشترط الصحه أم لم يشترط.

و يؤيده ما ورد من روايه يونس «فى رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرّد عليه فضل قيمه» (1) فإنّ اقتضاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الردّ يدلّ على أنّ الخيار خيار العيب، و لو كان هنا خيار تخلف الاشرط لم يسقط الردّ بالتصرّف فى الجاربه بالوطء أو مقدّماته. و منه يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك:

من ثبوت خيار الاشرط هنا، فلا يسقط الردّ بالتصرّف (2).

و دعوى: عدم دلالة الروايه على التصرّف أو عدم دلالة على اشترط البكاره فى متن العقد، ممنوعه (3).

ص: ٢٧٤

١-١) الوسائل ١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل.

٢-٢) المسالك ٣:٢٨٢.

٣-٣) فى «ش» بدل «ممنوعه»: «كما ترى».

مسأله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش بلا خلاف،

و يدلّ على الردّ الأخبار المستفيضة الآتية (١).

و أمّا الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدلّ على التخيير بينه و بين الردّ، بل ما دلّ على الأرش يختصّ بصوره التصرف المانع من الردّ (٢)، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصوره لتدارك ضرر المشتري، لا لتعيين أحد طرفي التخيير بتعدّد الآخر.

نعم، في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعه معيماً (٣) و علم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب» (٤)، و ظاهره كما في الحدائق (٥) التخيير بين الردّ و أخذه بتمام

ص: ٢٧٥

١- ١) انظر الصفحه ٢٨٠ و ٢٩٣ و ما بعدها.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، و الصفحه ٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٣- ٣) كذا، و المناسب: «معيه»، و في المصدر: «فإن خرج في السلعه عيب».

٤- ٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٥٣.

٥- ٥) الحدائق ١٩:٦٤.

الثلث و أخذ الأرش. و يحتمل زياده الهمزه فى لفظه «أو» و يكون «واو» العطف، فيدلّ على التخيير بين الردّ و الأرش.

و قد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، و هو صعبٌ جدّاً. و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أنّ الصّحّه و إن كانت وصفاً، فهى بمنزله الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصّفقه.

و فيه: منع المنزله عرفاً و لا (١) شرعاً، و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبه، بل لا يستحقّ المطالبه بعين ما قابله على ما صرّح به العلّامه (٢) و غيره (٣). ثمّ منع كون الجزء الفسائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده فى المبيع الشخصى على وجه الشرطيه، كما فى بيع الأرض على أنّها جربانٌ معيّنه، و ما نحن فيه من هذا القبيل.

و بالجملة، فالظاهر عدم الخلاف فى المسأله بل الإجماع على التخيير بين الردّ و الأرش. نعم، يظهر من الشيخ فى غير موضع من المبسوط: أنّ أخذ الأرش مشروطٌ باليأس عن الردّ (٤)، لكنّه -مع مخالفته لظاهر كلامه فى النهايه (٥) و بعض مواضع المبسوط (٦) - ينافيه

ص: ٢٧٦

١- ١) كذا فى النسخ، و الأولى حذف «لا».

٢- ٢) التذكره ٥٢٨: ١.

٣- ٣) كصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٩٤: ٢٣.

٤- ٤) راجع المبسوط ١٣١: ٢ ١٣٢.

٥- ٥) راجع النهايه: ٣٩٣.

٦- ٦) راجع المبسوط ١٢٦: ٢ ١٤٠.

إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش (١)، فافهم.

ثم إن في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدّم في خيار الغبن. وقد عرفت أنّ الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعا، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط.

وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤيه قبلها، معللاً بأن الخيار إنّما يثبت بالرؤيه (٢). لكن المتفق عليه هنا نصاً و فتوى جواز التبري و إسقاط خيار العيب.

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب: أنّ استحقاق المطالبه بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحه.

هذا، مضافاً إلى أنّ الظاهر من بعض أخبار المسأله أنّ السبب هو نفس العيب. لكنّها لا تدلّ على العليه التامه، فلعلّ الظهور شرط.

و كيف كان، فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كلّ حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله و أنّه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، و المرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين

ص: ٢٧٧

١ - ١) لم نعر على الأخبار المطلقه، بل الأخبار كما ذكره الشيخ في الصفحه ٢٧٥ مخصوصه بالأرش في صورته التصرف المانع عن الرد، نعم نقل في الموضوع المذكور عن الفقه الرضوي ما يدلّ على التخيير.

٢ - ٢) راجع التذكرة ١: ٤٦٧ و ٥٣٣.

هى القواعد، فافهم.

ثم إنه لا- فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثلن، كما صرح به العلامة (1) و غيره (2)، هنا و فى باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضى الصرف معيماً (3). و الظاهر أنه ممّالاً- خلاف فيه و إن كان مورد الأخبار ظهور العيب فى المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً و المثلن متاعاً فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد.

ص: ٢٧٨

١-١) راجع التذكرة ١:٥٣٢، و المختلف ٥:١٨٨.

٢-٢) كالشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٨٦، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٢٣٧.

٣-٣) راجع الشرائع ٢:٤٩، و التذكرة ١:٥١٣، و القواعد ٢:٣٩، و المختلف ٥: ١١٩ ١٢٠.

إشاره

بطرفيه أو أحدهما.

مسأله يسقط الردّ خاصه بأمر:

أحدها: التصريح بالالتزام بالعقد وإسقاط الردّ واختيار الأرش،

و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش، و لو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا

كما في التذكرة (١)، و في السرائر: الإجماع على أنّ التصرف يسقط الردّ بغير خلافٍ منهم (٢)، و نحوه المسالك (٣)، و سيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي و الشيخين

ص: ٢٧٩

١-١ (١) التذكرة ٥٢٥:١.

٢-٢ (٢) السرائر ٣٠٢:٢.

٣-٣ (٣) راجع المسالك ٢٨٣:٣، و لكن ليس فيه دعوى الإجماع أو نفي الخلاف، نعم قال في الصفحة ٢٠١ في خيار الحيوان: «لا خلاف في سقوطه بالتصرف».

و ابن زهره و ظاهر المحقق، بل المحقق الثاني (١).

و استدلل [عليه (٢)] في التذكرة أيضاً تبعاً للغنية (٣) - بأنّ تصرّفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، و لو لا ذلك كان ينبغي له الصبر و الثبات حتّى يعلم حال صحّته و عدمها، و بقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح:

«أئما رجل اشترى شيئاً و به عيبٌ أو عوارٌ و لم يتبرأ إليه و لم يبيّنه (٤) فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و (٥) علم بذلك العوار و بذلك العيب، فإنّه يمضى عليه البيع، و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (٦).

□
و يدلّ عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب» (٧).

هذا، و لكنّ الحكم بسقوط الردّ بمطلق التصرف، حتّى مثل قول

ص: ٢٨٠

١-١) انظر الصفحة ٢٨٦ ٢٨٩.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) راجع الغنية: ٢٢٢.

٤-٤) في «ش»: «و لم يتبيّن له»، و اختلفت المصادر الحديثية فيها.

٥-٥) في «ش» بدل «و»: «ثم».

٦-٦) التذكرة ٥٢٥: ١، و الرواية أوردها في الوسائل ٣٦٢: ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٧-٧) الوسائل ٣٦٣: ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المشترى للعبد المشتري «ناولنى الثوب» أو «أغلق الباب» على ما صرّح به العلّامة فى التذكرة (١) فى غاية الإشكال؛ لإطلاق قوله عليه السلام:

«إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه» المعتضد بإطلاق الأخبار فى الردّ خصوصاً ما ورد فى ردّ الجارية بعد ما لم تحض سته أشهر عند المشتري (٢)(٣) و نحو ذلك ممّا يبعد التزام التقييد فيه بصوره عدم التصرف فيه بمثل «أغلق الباب» و نحوه و عدم (٤) ما يصلح للتقييد ممّا استدلّ به للسقوط، فإنّ مطلق التصرف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب.

و أمّا المرسله (٥) فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل و طء الجارية لولا النصّ المسقط للخيار به.

و أمّا الصحيحه (٦) فلا يُعلم المراد من «إحداث شىء فى المبيع» لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه و لا عرفاً لمثل استخدام العبد و شبهه ممّا مرّ من الأمثله، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله: من أنّ العبره بتغير العين و عدم قيامها بعينها. اللهم إلّا أن

ص: ٢٨١

١-١ (١) التذكرة ٥٣٠:١.

٢-٢ (٢) راجع الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

٣-٣ (٣) فى «ش» زياده: «و ردّ المملوك فى أحداث السنه».

٤-٤ (٤) عطف على قوله: «لإطلاق».

٥-٥ (٥) يعنى مرسله جميل المتقدمه فى الصفحه السابقه.

٦-٦ (٦) يعنى صحيحه زراره المتقدمه فى الصفحه السابقه أيضاً.

يستظهر بمعونه ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء (١)، فإذا كان مجرد النظر المختصّ بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا و في الحيوان (٢) بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسنٌ، لكن إقامه البينه على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعده العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكله (٣).

ثمّ إنّه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرّف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد (٤) وإن كان النصّ في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقريته التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمه (٥) في المراد من التعليل (٦). لكن كلمات كثيرٍ منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنيه: أنّ عله السقوط دلالة التصرّف نوعاً على الرضا (٧).

ص: ٢٨٢

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣١، و راجع الصفحه ٩٧ ٩٨.
 - ٢- (٢) لم ترد «و في الحيوان» في «ش».
 - ٣- (٣) في «ق»: «مشكل».
 - ٤- (٤) في «ش» زياده: «فلا يتقيّد بالتصرّف الدالّ عليه».
 - ٥- (٥) في «ش» زياده: «هناك».
 - ٦- (٦) تقدّمت في الصفحه ١٠٠ ١٠٢.
 - ٧- (٧) راجع الصفحه ٢٨٠.

و نحوه فى الدلالة على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالة على الرضا كلمات جماعه ممن تقدم عليه و من تأخر عنه.

قال فى المقنعه: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الرد، و كان له أرش العيب خاصه، و كذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، و لا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاً به منه (١)، انتهى.

فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصاً بملاحظه ما يأتى من كلام غيره فى أن سقوط الرد بالحدث لدلالة على الرضا بأصل البيع، و مثلها عبارته النهايه من غير تفاوت (٢).

و قال فى المبسوط: إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيباً كان له ردها، فإذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له نتاجها؛ كل هذا لأنه ملكه و له فائدته و عليه مؤنته، و الرد لا يسقط، لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شىء من ذلك (٣)، انتهى.

و قال فى الغنيه: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبه بالأرش؛ لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب (٤)، انتهى.

ص: ٢٨٣

١-١) المقنعه: ٥٩٧.

٢-٢) راجع النهايه: ٣٩٣، لكن مع تفاوت فى الألفاظ.

٣-٣) المبسوط ١٣٩: ٢.

٤-٤) الغنيه: ٢٢٢.

و فى السرائر، قال فى حكم من ظهر على عيبٍ فيما اشتراه:

و لا يجبر على أحد الأمرين يعنى الردّ و الأرش قال: هذا إذا لم يتصرّف فيه تصرّفًا يؤذن بالرضا فى العاده، أو ينقص قيمته بتصرّفه (١)، انتهى.

و فى الوسيله: و يسقط الردّ بأحد ثلاثه أشياء: بالرضا، و بترك الردّ بعد العلم به و المعرفه (٢) إذا عرف أنّ له الخيار (٣)، و بحدوث عيبٍ آخر عنده (٤)، انتهى.

و هى بعينه كعباره المبسوط المتقدمه ظاهره فى أنّ التصرّف ليس بنفسه مسقطاً إلّا إذا دلّ على الرضا.

و قال فى التذكره: لو ركبها ليسقيها ثم يردّها لم يكن ذلك رضاً منه بامسآكها، و لو حلبها فى طريق الردّ فالأقوى أنّه تصرّف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعيه: لا يكون رضاً بامسآكه؛ لأنّ اللبن ماله قد استوفاه فى حال الردّ (٥)، انتهى.

و فى جامع المقاصد و المسالك فى ردّ ابن حمزه القائل بأنّ التصرّف بعد العلم يسقط الأرش أيضاً: أنّ التصرّف لا يدلّ على إسقاط الأرش، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد (٦).

ص: ٢٨٤

١-١) السرائر ٢:٢٧٧.

٢-٢) لم ترد «و المعرفه» فى «ش» و المصدر.

٣-٣) فى «ش» و المصدر: «الردّ».

٤-٤) الوسيله: ٢٥٦.

٥-٥) التذكره ١:٥٢٩.

٦-٦) جامع المقاصد ٤:٣٣٢، و المسالك ٣:٢٨٣، ٢٨٤.

و فى التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد (١)، انتهى.

و قد ظهر من جميع ذلك: أن التصرف من حيث هو ليس مسقطاً، وإنما هو التزام و رضاً بالعقد فعلاً، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، و مقتضى ذلك: أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان ممّا يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف خصوصاً بين العلامه و من تأخر عنه (٢) - عدم الفرق فى السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

و الذى ينبغى أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه -: إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلاله اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، و الدليل على إسقاطه مضافاً إلى أنه التزام فعليّ فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ -: ما تقدم فى خيار الحيوان (٣) من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، و لذا تعدينا إلى خيار المجلس و الشرط و حكمنا بسقوطهما بالتصرف، فكذلك خيار العيب.

و أما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيّراً للعين بزياده أو

ص: ٢٨٥

١-١ (١) التحرير ١:١٨٤.

٢-٢ (٢) راجع التحرير ١:١٨٣، و القواعد ٢:٧٤، و الدروس ٣:٢٨٣.

٣-٣ (٣) تقدم فى الصفحه ٩٧.

نقيصه أو تغيّر هيئه أو ناقلاً لها بنقلٍ لازمٍ أو جائزٍ وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً؛ لمرسله جميل المتقدّمه (١).

و يلحق بذلك تعذّر الردّ بموتٍ أو عتقٍ أو إجاره أو شبه ذلك.

و ظاهر المحقّق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال في أوّل المسأله: يسقط الردّ بإحداثه فيه حدثاً كالتعق و قطع الثوب سواءً كان قبل العلم بالعيب أو بعده (٢). و في مسأله ردّ المملوك من أحداث السنه: فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الأرش (٣)، انتهى.

و هو الظاهر من المحكّي عن الإسكافي، حيث قال: فإن وجد بالسلعه عيباً و قد أحدث فيه ما لا يمكن [معه (٤)] ردّها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمه و القطع للثوب أو تعذّر الردّ بموتٍ أو نحوه، كان له فضل ما بين الصّحه و العيب (٥)، انتهى.

و هذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرّف قبل العلم، و أمّا ما عدا ذلك من التصرّف قبل العلم كحلب الدابّه و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئنّ به النفس، أقصى (٦).

ص: ٢٨٦

١-١) تقدّمت في الصفحه ٢٨٠.

٢-٢) الشرائع ٢:٣٦.

٣-٣) الشرائع ٢:٤٠.

٤-٤) لم يرد في «ق».

٥-٥) حكاة العلّامه في المختلف ١٧٨:٥ ١٧٩.

٦-٦) في «ش»: «و أقصى».

ما يوجد لذلك صحيحه زواره المتقدمه (١) بضميمه ما تقدم (٢) في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و اللمس، و قيام النص (٣) و الإجماع على سقوط ردّ الجاربه بوطنها قبل العلم، مع عدم دلالتها على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين، و إطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر، كالتذكرة و السرائر و الغنيه و غيرها (٤).

و في نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الردّ خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غايه البعد، كالنصّ بردّ الجاربه بعد ستّه أشهر (٥)، و ردّ الجاربه إذا لم يطأها (٦) و ردّ المملوك من أحداث السنه (٧) نظرًا، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع؛ فإنّ نقله الإجماع كالعلمه و الحلّى و ابن زهره قد صرّحوا في كلماتهم المتقدمه بأنّ العبره بالرضا بالعقد، فكأنّ دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهره في الغنيه حيث إنّ اختار

ص: ٢٨٧

١-١) تقدّمت في الصفحه ٢٨٠ ضمن كلام العلماه.

٢-٢) راجع الصفحه ٩٧ ٩٨.

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ٤١٥، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب.

٤-٤) تقدّم عن التذكرة و السرائر في الصفحه ٢٧٩، و راجع الغنيه: ٢٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٦٢٦.

٥-٥) الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٣ من أبواب العيوب، و فيه حديث واحد.

٦-٦) لم نعثر على هذا النصّ، نعم يستفاد ممّا ورد باشتراط ردّ الجاربه بعدم الوطاء، راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٧-٧) راجع الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب.

ما قوينا من التفصيل بين صورتى العلم والجهل والمغير وغيره (١).

قال قدس سره: وخامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله إلاً بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب، ولا يسقط حق المطالبه بالأرش، لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو (٢) كان قبل العلم بالعيب و كان مغيراً للعين بزياده فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع (٣). و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علم ما لم يكن أمه فيطأها (٤) فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلاً الحبل (٥)، انتهى كلامه. وقد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدله.

و حكى من المبسوط أيضاً: أن التصرف قبل العلم لا- يسقط به الخيار (٦). لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد (٧). فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير.

و ظاهر المقنعه و المبسوط (٨): أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد

ص: ٢٨٨

١- ١) فى «ش» زياده: «حيث».

٢- ٢) فى «ش» و المصدر بدل «لو»: «إن».

٣- ٣) فى «ش» زياده: «للثوب».

٤- ٤) العبارة فى «ش» هكذا: «إذا علمه ما لم يكن وطء الجاربه».

٥- ٥) الغنيه: ٢٢٢.

٦- ٦) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٦، و لم نعثر عليه فى المبسوط.

٧- ٧) المبسوط ١٣٩: ٢.

٨- ٨) صرح به فى المقنعه: ٥٩٧ ٥٩٨، و لم نعثر على جميع ما ذكر فى المبسوط، نعم ذكر فيه حكم العيب بعد العتق، راجع

المبسوط ١٣٢: ٢، و لكن ذكره تماماً و صريحاً فى النهايه: ٣٩٣ ٣٩٤.

و الأُمة لم يكن له ردُّهما، وإذا وجدته بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردِّ و (١) أرش العيب، و فرّقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق.

و يرده مع أنّ مثلهما تصرّف يؤذن بالرضا مرسله جميل (٢)؛ فإنّ العين مع الهبة و التدبير غير قائمه، و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له في ذلك؛ و لذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيارٍ مع أنّه لم يقل أحدٌ من الأُمة بجواز الردِّ حينئذٍ (٣) بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع فإنّه لا يجوز له رده، و لا خلاف [في (٤)] أنّ الهبة و التدبير تصرّف (٥).

و بالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكلاً. و العجب من المحقّق الثانی أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزه، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر (٦).

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف،

فإنّه يسقط الخيار هنا، بخلاف الخيارات المتقدّمه الغير الساقطه بتلف العين.

و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطه الردِّ في المرسله السابقه (٧).

ص: ٢٨٩

١-١) في «ش» زياده: «أخذ».

٢-٢) المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

٣-٣) في «ش» زياده: «و قال».

٤-٤) من «ش».

٥-٥) السرائر ٢٩٩:٢.

٦-٦) راجع جامع المقاصد ٤:٣٤٢ و ٢٩١.

٧-٧) و هي مرسله جميل المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

بقيام العين، فإنّ الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه، فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا ردّ.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه كما في الدروس (1) لا- يخلو عن شيءٍ نعم، ذكر أنّه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف، وهو أيضاً لا يخلو عن شيءٍ، والأولى ما ذكرناه.

ثمّ إنّه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز ردّه؛ للأصل، خلافاً للشيخ (2)، بل المفيد (3) قدّس سرّهما.

«فرع»:

لا خلاف نصّاً (4) و فتوى في أنّ وطء الجارية يمنع عن ردّها بالعيب،

سواء قلنا بأنّ مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غايه الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرف الغير المغيّر للعين كما عرفت (5) من عباره الغنيه مع أنّ العلامة قدّس سرّه علّل المنع في موضع من التذكرة بأنّ الوطء جنايته، ولهذا يوجب غرامه جزء من قيمه كسائر جنایات المملوك (6).

ص: ٢٩٠:

١-١) الدروس ٢٨٦:٣.

٢-٢) المبسوط ١٣١:٢.

٣-٣) لم نعثر عليه.

٤-٤) راجع الوسائل ٤١٤:١٢، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب العيوب.

٥-٥) راجع الصفحه ٢٨٨.

٦-٦) التذكرة ٥٢٦:١.

و قد تقدّم (١) في كلام الإسكافي أيضاً: أن الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، ويشير إليه ما سيجيء في غير واحدٍ من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً!» (٢) فإنّ فيه إشارةً إلى أنّه لو ردّها لا بدّ أن يردّ معها شيئاً تداركاً للجناية؛ إذ لو كان الوطء مجرد استيفاء منفعه لم يتوقّف ردّها على ردّ عوض المنفعة، فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يتراءى في نظر العرف [من كون هذه الغرامة كأنّها اجرة للوطء (٣)].

و حاصل معناه: أنّه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنائتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره و هي ممنوعه شرعاً؛ لأنّ إجاره الفروج غير جائزه. و هذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبتياً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إنّ المتعه مشروعه، و قد ورد «أنّ المنقطعات مستأجرات» (٤) فلا وجه للاستعاذه بالله من جعل الأجره للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفجره، و الله العالم.

و كيف كان، ففي النصوص المستفيضه الوارده في المسأله كفايه:

□
ففي صحيحه ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جاريةً فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن

ص: ٢٩١

١-١ (١) تقدّم في الصفحه ٢٨٤.

٢-٢ (٢) يجيء في الصفحه الآتية، في صحيحه ابن مسلم و روايه ميسر.

٣-٣ (٣) لم يرد في «ق».

٤-٤ (٤) راجع الوسائل ١٤:٤٤٦، الباب ٤ من أبواب المتعه، الحديث ٢ و ٤.

يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمه ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم» (١).

و صحّحه ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردّها على صاحبها، ولكن يقوم ما بين العيب والصحة، ويردّ على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً!» (٢).

و رواه ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمه العيب، و كان يقول: معاذ الله! أن أجعل لها أجراً.. الخبير» (٣).

و في روايه طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تُقوّم و هي صحّحه، و تُقوّم و بها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين (٤)» (٥).

و ما عن حمّاد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، يقول: «قال عليّ بن الحسين عليه السلام: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمه فوطأها، ثم ظهر على عيب: أنّ البيع لازم، و له أرش العيب» (٦) إلى

ص: ٢٩٢

- ١- (١) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل ١٢: ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.
- ٤- (٤) في «ش» و المصدر: «ما بين الصحّة و الداء».
- ٥- (٥) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.
- ٦- (٦) الوسائل ١٢: ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

غير ذلك مما سيجيء.

ثم إن المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل، فإنه عيبٌ إجماعاً، كما في المسالك (1). إلا أن الوطاء لا يمنع من الردّ به، بل يردّها و يردّ معها العُشر أو نصفه على المشهور بينهم.

و استندوا في ذلك إلى نصوصٍ مستفيضة:

□
منها: صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ اشترى جاريةً حُبلى و لم يعلم بحَبْلِها، فوطأها؟ قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، و يردّ عليها (2) نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها، و قد قال عليّ عليه السلام: لا تُردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» (3).

□
و رواه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها و له أرش العيب، و تردّ الحُبلى و يردّ معها نصف عشر قيمتها» (4). و زاد فى الكافي، قال: و فى روايه اخرى:

«إن كانت بكرًا فعشر قيمتها، و إن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها» (5).

ص: ٢٩٣

١- ١) المسالك ٢٨٧: ٣، ٢٨٨، و فيه بعد بيان المقدّمه الخامسه من مقدّمات تحرير المسأله التى منها: أن الحمل فى الأمه عيب-: «و هذه المقدّمات كلّها إجماعية».

٢- ٢) كذا، و فى الوسائل: «معها»، و فى الكافي و التهذيب و الاستبصار: عليه.

٣- ٣) الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل، و الصفحه ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل أيضاً.

٤- ٤) الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

٥- ٥) الكافي ٢١٤: ٥، ذيل الحديث ٣، و عنه فى الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.

و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع جاريةً حُبلى و هو لا يعلم فنكحها الذى اشترى؟ قال: يردّها و يردّ نصف عشر قيمتها» (١).

و روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلى؟ قال: تردّ و يردّ معها شيئاً» (٢).

و صحيحه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «فى الرجل يشتري الجارية الحُبلى فينكحها؟ قال: يردّها و يكسوها» (٣).

و روايه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يشتري الجارية و هى حُبلى فيطأها؟ قال: يردّها و يردّ عشر قيمتها» (٤).

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، و قد عمل بها المشهور، بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنيه (٥) كما عن الانتصار (٦)، و عدم الخلاف فى السرائر (٧).

ص: ٢٩٤

١-١) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٩.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٦، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٥.

٣-٣) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.

٤-٤) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

٥-٥) الغنيه: ٢٢٢.

٦-٦) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٣٤، و راجع الانتصار: ٤٣٩، المسأله ٢٥١.

٧-٧) السرائر ٢:٢٩٨.

خلافاً للمحكّي عن الإسكافي فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى؛ لبطلان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد في السلعه عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري في السلعه ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله كالوطء للأمه أو القطع للثوب أو تلف السلعه بموتٍ أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصّحّه و العيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حملٍ من البائع وقد وطأها المشتري من غير علمٍ بذلك، كان عليه ردّها و نصف عشر قيمتها (١)، انتهى.

و اختاره في المختلف (٢): وهو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال:

فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصّةً، [اللهم (٣)] إلا أن يكون العيب من حبلٍ فيلزمه ردّها على كلّ حالٍ وطأها أو لم يطأها و يردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها (٤)، انتهى.

و يمكن استفاده هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطء من الردّ (٥)؛ فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرّضه لحكمه مع اشتها المسألة في الروايات و ألسنه القدماء.

و قال في الوسيله: إذا وطأ الأمه ثم علم بها عيباً لم يكن له

ص: ٢٩٥

١-١) حكاه عنه العلّامه في المختلف ١٧٨: ٥، ١٧٩.

٢-٢) المختلف ١٧٩: ٥.

٣-٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤) النهايه: ٣٩٣.

٥-٥) المبسوط ١٢٧: ٢.

ردّها، إلّا إذا كان العيب حملاً و كان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها و يردّ معها نصف عشر قيمتها، و إن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك (١)، انتهى.

و ظاهر الرياض (٢) اختيار هذا القول (٣).

أقول (٤): ظاهر الأخبار المتقدّمة في بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور، إلّا أنّ العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه (٥):

أحدها: من حيث مخالفه ظهورها في وجوب ردّ الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتّى تكون الجملة الخبريّة واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدّمة المانعه من ردّ الجارية بعد الوطء؛ إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبريّة في مقام دفع توهم الحظر؛ إذ لا منشأ لتوهم حظر ردّ الحامل حتّى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد، أو من مخالفه ظاهر الجملة الخبريّة.

الثاني: مخالفه لزوم العقر على المشتري لقاعده: «عدم العقر في وطء الملك»، أو قاعده: «كون الردّ بالعيب فسحاً من حينه»، لا من أصله.

ص: ٢٩٦

-
- ١- (١) الوسيله: ٢٥٦.
 - ٢- (٢) في «ش» زياده: «أيضاً».
 - ٣- (٣) الرياض ٢٦٤: ٨، ٢٦٥.
 - ٤- (٤) في «ش» بدل «أقول»: «و الإنصاف أنّ».
 - ٥- (٥) في «ش» زياده: «أخر».

الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف عموماً (١) والوطء بالخصوص (٢) مانعاً من الردّ.

الرابع: أنّ الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدّمه: «رجلٌ باع جارياً حُبلى و هو لا يعلم» (٣) وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، وإلّا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة. ويشير إليه ما في بعض الروايات المتقدّمه من قوله: «يكسوها» (٤)، فإنّ في ذلك إشارة إلى تشبّثها بالحريه للاستيلاء، فنسب الكسوه إليها تشبيهاً (٥) بالحرائر، ولم يصرح ب«العقر» الذى هو جزء من القيمة.

الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرف المشتري في الجاربه بغير الوطء من نحو «اسقنى ماءً» أو «أغلق الباب» وغيرهما ممّا قلّ أن تنفك عنه الجاربه، وتقيدها بصوره عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، وإنّما دعى إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار ممّا دلّ على ردّ الجاربه بعد مدّه طويله (٦) الدليل الدالّ على اللزوم بالتصرف (٧). لكن لا داعى هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك، وغايه الأمر تعارض

ص: ٢٩٧

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ١٢:٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٣-٣) المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٤-٤) الوارد في صحيحه ابن مسلم المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٥-٥) في «ش»: «تشبّهاً».

٦-٦) راجع الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب.

٧-٧) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار.

هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطء عن الردّ (١) بالعموم من وجهه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجّحاً لتقييد هذه الأخبار.

و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم و بين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط؛ لكونه رضاً بالبيع (٢)، و يمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين (٣).

نعم، لو خُذش في عموم ما دلّ على المنع عن (٤) الردّ بمطلق التصرف و جب الرجوع إلى أصاله جواز الردّ الثابت قبل الوطء لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلّا الإجماع المركّب و عدم الفصل بين الردّ و العقر، فافهم.

ثمّ إنّ المحكّي عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر (٥)، بل عن الانتصار و الغنيه: الإجماع عليه (٦). إلّا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل فرض حمل البكر بالسّحق أو بوطء الدّبّر؛ و لذا ادّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب

ص: ٢٩٨

١-١) راجع الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥٠، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٤-٤) في «ش»: «من».

٥-٥) حكاة المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤:٣٣٧.

٦-٦) تقدّم عنهما في الصفحة ٢٩٤.

و ثبوت العشر في البكر (١).

بل معقد إجماع الغنيه بعد التأمل موافق للسرائر أيضاً، حيث ذكر في الحامل: أنه يردّ معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفه (٢). و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقاً مدّعياً عليه الإجماع: من أنه إذا وطأ المشتري في مدّه خيار البائع ففسخ يردّ معها العشر إن كانت بكرةً و نصف العشر إن كانت ثيباً (٣).

و أمّا الانتصار فلا يحضرني حتّى أراجعه؛ و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب.

و حينئذ فتكون مرسله الكافي المتقدّمه (٤) بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنيه دليلاً على التفصيل في المسأله، كما اختاره جماعة من المتأخرين (٥)، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدّمه المحموله على البكر، إلا أنه بعيد؛ و لذا نسبه الشيخ قدس سرّه إلى سهو الراوى في إسقاط لفظ «النصف» (٦)، و في الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف» (٧).

ص: ٢٩٩

١-١) السرائر ٢٩٨:٢.

٢-٢) الغنيه: ٢٢٢.

٣-٣) الغنيه: ٢٢١.

٤-٤) المتقدّمه في الصفحه ٢٩٣.

٥-٥) منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣٣٧:٤، و الشهيد الثاني في المسالك ٢٨٨:٣.

٦-٦) راجع التهذيب ٦٣:٧، ذيل الحديث ٢٧٢.

٧-٧) الدروس ٢٨٠:٣، و راجع الفقيه ١٣١:٣، الحديث ٣٨٢٠.

و أما ما تقدّم ممّا دلّ على أنّه يردّ معها شيئاً (١)، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره.

و أما ما دلّ على أنّه يكسوها (٢)، فقد حمل على كسوه تساوى العشر أو نصفه، ولا بأس به في مقام الجمع.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاق جواز الردّ و لو مع الوطء في الدُّبُر، و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفه العمومات على منصرف اللفظ.

و في لحوق التقبيل و اللمس بالوطء و جهان: من الخروج عن مورد النصّ، و من الأولويّه.

و لو انضمّ إلى الحمل عيبٌ آخر، فقد استشكل في سقوط الردّ بالوطء: من صدق كونها معيبةً بالحمل، و كونها معيبةً بغيره.

و فيه: أنّ كونها معيبةً بغير الحمل لا يقتضى إلّا عدم تأثير ذلك العيب في الردّ مع التصرف، لا نفى تأثير عيب الحمل.

ثمّ إنّ صريح بعض (٣) النصوص و الفتاوى (٤) و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب، فلو وطأ عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثيرٍ من الروايات يشمل العالم.

ص: ٣٠٠

١- ١) و هي روايه عبد الرحمن المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٢- ٢) تدلّ عليه صحيحه ابن مسلم المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٣- ٣) و هو صريح صحيحه ابن سنان المتقدّمه في الصفحه ٢٩٣.

٤- ٤) و هو صريح الانتصار: ٤٣٩، المسأله ٢٥١، و الغنيه: ٢٢٢، و الدروس ٣: ٢٧٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٤.

الرابع (١) من المسقطات: حدوث عيبٍ عند المشتري.

و تفصيل ذلك: أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإما أن يحدث قبل القبض، وإما أن يحدث بعده في زمان خيارٍ يضمن فيه البائع المبيع أعني خيار المجلس و الحيوان و الشرط و إما أن يحدث بعد مضي الخيار. و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير.

و أمّا الأول: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، بل في أنه (٢) هو كالموجود قبل العقد حتّى في ثبوت الأرش فيه، على الخلاف الآتي (٣) في أحكام القبض.

و أما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لا - خلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش على الخلاف الآتي (٤) فيما قبل القبض بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض.

ص: ٣٠١

-
- ١- ١) من هنا إلى قوله: «و استدللّ العلّامة في التذكرة على أصل الحكم» في الصفحة ٣٠٤، مفقود من نسخه «ق».
- ٢- ٢) قال الشهيدى قدّس سرّه: «الظاهر أنّ قوله: "في أنه" في الموضوع الثاني غلط في العبارة؛ إذ قضيتته عدم الخلاف في ثبوت الأرش فيه، و هو منافٍ لقوله: "على الخلاف" الآتي في أحكام القبض»، هدايه الطالب: ٥١٣.
- ٣- ٣) في غير «ش»: «المتقدّم»، إلّا أنّه صحّح في «ن» بما أثبتناه. و المظنون: أنّ ما في الأصل مطابق لما في أكثر النسخ. و لعلّ المؤلّف قدّس سرّه كتب «أحكام القبض» قبل «القول في الخيارات»، ثمّ نضدت الأوراق كذلك.
- ٤- ٤) في غير «ش»: «السابق»، و الكلام فيه و فيما يأتي أيضاً نفس الكلام المتقدّم في الهامش السابق.

و يدلّ على ذلك ما يأتي (١): من أنّ الحدث في زمان الخيار مضمونٌ على البائع و من ماله، و معناه: ضمانه على الوجه الذي يضمّنه قبل القبض بل قبل العقد، إلّا أنّ المحكّي عن المحقّق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيبٌ: - أنّ تأثير العيب الحادث في زمن الخيار و كذا عدم تأثيره في الرّد بالعيب القديم إنّما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري (٢).

قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيبٌ غير مضمونٍ على المشتري لم يمنع من الرّد إن كان قبل القبض أو في مدّه خيار المشتري المشتراط أو بالأصل، فله الرّد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرّد خلافٌ بين ابن نما و تلميذه المحقّق قدّس سرّهما، فجوّزه ابن نما لأنّه من ضمان البائع، و منعه المحقّق قدّس سرّهما؛ لأنّ الرّد لمكان الخيار، و قد زال. و لو كان حدوث العيب في مبيعٍ صحيحٍ في مدّه الخيار فالباب واحدٌ (٣)، انتهى.

لكن الذي حكاه في اللمعه عن المحقّق هو الفرع الثاني، و هو

ص: ٣٠٢

(١ - ١) في غير «ش»: «ما تقدّم».

(٢ - ٢) المراد من الحكايه ما سينقله عن الدروس، و ليس فيه النقل عن المحقّق في درسه، بل فيه الخلاف بين ابن نما و تلميذه المحقّق في المسأله، و يبدو أنّ منشأ هذه النسبه ما نقله صاحب الحقائق (١٩: ١١٠) حيث قال: «المنقول عن المحقّق في الدرس على ما نقله في الدروس..»، نعم قال الشهيد في غايه المراد (٢: ٦٣) بعد أن نقل قول المحقّق: - «و نقل عن شيخه ابن نما في الدرس، الثاني..».

(٣ - ٣) الدروس ٣: ٢٨٩.

حدوث العيب في مبيع صحيح (١). ولعل الفرع الأول مترتب عليه؛ لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتى يكون سبباً للخيار - غايه الأمر كونه غير مانع عن الرد كخيار (٢) الثلاثه كان مانعاً عن الرد بالعيب السابق؛ إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الرد في زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق.

فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث؛ ولذا ذكر في اللمعه: أن هذا من المحقق منافٍ لما ذكره في الشرائع: من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع، مع حكمه بعدم الأرش (٣).

□
ثم إنّه ربما يجعل (٤) قول المحقق عكساً لقول شيخه، و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

و أما الثالث أعنى العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض و الخيار - فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام (٥) و في ظاهر الغنيه (٦) الإجماع عليه.

ص: ٣٠٣

١ - ١) اللمعه الدمشقيه: ١١٨، ١١٩.

٢ - ٢) في «ش»: «بالخيارات»، و في مصححه «ن»: «بخيار عيب».

٣ - ٣) اللمعه: ١١٩، و راجع الشرائع ٥٧: ٢، و فيه: «و لو حدث فيه من غير جهه المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار، و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، و الظاهر لا».

٤ - ٤) جعله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٤٢: ٢٣.

٥ - ٥) حكاه السيد العاملی في مفتاح الكرامه ٤٢٦: ٤.

٦ - ٦) الغنيه: ٢٢٢.

و المراد بالعيب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعم عيب الشركه و تبعض الصفقه إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقه و ظهر العيب في بعضه فأراد رده المعيب خاصه؛ و نحوه نسيان العبد الكتابه كما صرح به في القواعد (١) و غيره (٢)، و نسيان الدايه للطحن كما صرح به في جامع المقاصد (٣).

و يمكن الاستدلال على الحكم في المسأله بمرسله جميل المتقدمه (٤)؛ فإن «قيام العين» و إن لم يناف بظاهره مجرد (٥) نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم (٦) في مسأله تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين، إلما أن الظاهر منه بقرينه التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشاً، كصنع الثوب و خياطته.

نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزياده، كالتسمن و تعلم الصنعه.

لكنه يندفع: بأن الظاهر من قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا ينقص مائتته، لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص، كما لا يخفى على المتأمل.

و استدلل العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسله (٧) :-

ص: ٣٠٤

١- (١) القواعد ٧٥:٢.

٢- (٢) مثل جامع المقاصد ٣٤١:٤، و مفتاح الكرامه ٦٤٠:٤.

٣- (٣) جامع المقاصد ٣٤٢:٤.

٤- (٤) تقدمت في الصفحه ٢٨٠.

٥- (٥) في «ف»: «لمجرد».

٦- (٦) اعترف به الشهيد الثاني في المسالك ٢٦٢:٣.

٧- (٧) يعنى مرسله جميل المشار إليها آنفاً.

بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزءٍ من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط رده؛ للنقص الحاصل في يده؛ فإنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث (١).

و المرسله (٢) لا تشمل جميع أفراد النقص، مثل نسيان الدابّة للطحن و شبهه.

و الوجه المذكور بعدها (٣) قاصرٌ عن إفاده المدعى؛ لأنّ المرجع بعد عدم الأولويّه من أحد الطرفين إلى أصله ثبوت الخيار و عدم ما يدلّ على سقوطه، غايه الأمر أنّه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرش للبائع إذا رده، كما لو تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين.

أمّا مثل نسيان الصنعه و شبهه فلا يوجب أرشاً بل يردّه؛ لأنّ النقص حدث في ملكه و إنّما يضمن وصف الصّحّه لكونه كالجزيء التالف، فيرجع (٤) بعد الفسخ ببدله.

نعم، لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضرر. لكنّ العمده في دليل الردّ هو النصّ و الإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشكّ في المسقط لا بأس به.

ص: ٣٠٥

١-١) التذكرة ٥٣٠: ١.

٢-٢) في «ش»: «هذا»، و لكنّ المرسله.

٣-٣) في «ش» بدل «بعدها»: «في التذكرة».

٤-٤) في «ش» زياده: «البائع».

إِلَّا أَنْ الْإِنْصَافَ أَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنَ التَّمثِيلِ فِي الرَّوَايَةِ بِالصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ هُوَ إِنَاطَةُ الْحُكْمِ بِمَطْلَقِ النِّقْصِ.

توضيح ذلك: أَنَّ الْمُرَادَ بِ«قِيَامِ الْعَيْنِ» هُوَ مَا يَقَابِلُ الْأَعْمَ مِنْ تَلْفِئِهَا وَتَغْيِيرِهَا، عَلَى مَا عَرَفْتَ مِنْ دَلَالَةِ ذِكْرِ الْأَمْثَلِ عَلَى ذَلِكَ. لَكِنَّ الْمُرَادَ مِنَ التَّغْيِيرِ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلنِّقْصِ لَا- الزِّيَادَةُ، لِأَنَّ مِثْلَ السَّمَنِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ قِطْعًا، وَالْمُرَادُ بِالنِّقْصِ هُوَ الْأَعْمُ مِنَ الْعَيْبِ الْمَوْجِبِ لِلأُرْشِ، فَإِنَّ النِّقْصَ الْحَاصِلَ بِالصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ إِنَّمَا هُوَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمَشْتَرَى بِالثُّوبِ مِنْ جِهَةِ الصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ، وَهَذَا لَيْسَ عَيْبًا اصْطِلَاحِيًّا.

و دَعْوَى: اِخْتِصَاصِهِ بِالتَّغْيِيرِ الْخَارِجِيِّ الَّذِي هُوَ مُورَدُ الْأَمْثَلِ فَلَا يَعْصَمُ مِثْلَ نَسْيَانِ الدَّابَّةِ لِلطَّحْنِ.

يُدْفَعُ: أَنَّ الْمَقْصُودَ مَجْرَدَ النِّقْصِ، مَعَ أَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْحُكْمُ فِي النِّقْصِ الْحَادِثِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَيْبًا اصْطِلَاحِيًّا، ثَبَتَ فِي الْمَغْيِيرِ وَ غَيْرِهِ؛ لِلْقَطْعِ بَعْدَ الْفَرْقِ، فَإِنَّ الْمَحْتَمَلَ هُوَ ثُبُوتُ الْفَرْقِ فِي النِّقْصِ الْحَادِثِ بَيْنَ كَوْنِهِ عَيْبًا اصْطِلَاحِيًّا لَا يَجُوزُ رَدُّ الْعَيْنِ إِلَّا مَعَ أُرْشِهِ، وَ كَوْنِهِ مَجْرَدِ نِقْصٍ لَا- يَوْجِبُ أُرْشًا كَنَسْيَانِ الْكِتَابَةِ وَ الطَّحْنِ. أَمَّا الْفَرْقُ فِي (1) أَفْرَادِ النِّقْصِ الْغَيْرِ الْمَوْجِبِ لِلأُرْشِ بَيْنَ مَغْيِيرِ الْعَيْنِ حَسًّا وَ غَيْرِهِ فَلَا مَجَالَ لِاحْتِمَالِهِ.

ثُمَّ إِنَّ ظَاهِرَ الْمَفِيدِ فِي الْمَقْنَعَةِ الْمَخَالَفَةَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَ أَنَّ حَدُوثَ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ عَنِ الرَّدِّ (2). لَكِنَّهُ شَادُّ عَلَى الظَّاهِرِ.

ثُمَّ مَقْتَضَى الْأَصْلَ عَدَمَ الْفَرْقِ فِي سِقُوطِ الْخِيَارِ بَيْنَ بَقَاءِ الْعَيْبِ

ص: ٣٠٦

١- ١) فِي «ق» بَدَلُ «فِي»: «بَيْنَ»، وَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْ سَهْوِ الْقَلَمِ.

٢- ٢) رَاجِعِ الْمَقْنَعَةُ: ٥٩٧.

الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله؛ لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط.

قال في التذكرة: عندنا أنّ العيب المتجدد مانع عن الردّ بالعيب السابق، سواءً زال أم لا (١).

لكن في التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الردّ و لا أرش عليه (٢)، انتهى.

و لعلّ وجهه: أنّ الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث، و قد انتفى الأمران.

و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبورٍ جاز الردّ، كما في الدروس (٣) و غيره (٤)؛ لأنّ عدم الجواز لحقّ البائع، و إلّا فمقتضى قاعده خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غايه الأمر ثبوت قيمه العيب، و إنّما منع من الردّ هنا للنصّ (٥) و الإجماع، أو للضرر.

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّ المراد بالأرش الذي يغرمه المشتري عند الردّ قيمه العيب، لا الأرش الذي يغرمه البائع للمشتري عند عدم الردّ؛ لأنّ العيب القديم مضمونٌ بضمان المعاوضه و الحادث مضمونٌ بضمان اليد.

ص: ٣٠٧

١-١ (١) التذكرة ٥٣٠:١.

١-٢ (٢) التحرير ١٨٣:١.

٣-٣ (٣) الدروس ٢٨٤:٣.

٤-٤ (٤) الروضه البهيّه ٤٩٦:٣، و راجع مفتاح الكرامه ٦٢٧:٤.

٥-٥ (٥) و هو مرسله جميل المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

ثم إن صريح المبسوط: أنه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش (١). وهذا أحد المواضع التي أشرنا (٢) في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد، وينافيه إطلاق الأخبار في أخذ (٣) الأرش (٤).

تنبيه:

ظاهر التذكرة (٥) و الدروس (٦): أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه على البائع.

و توضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في العوض (٧) ثمناً كان أو مثنياً و إما في البائع، و إما في المشتري.

فالأول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمانٍ واحدٍ من مشترٍ (٨) واحدٍ فظهر بعضه معيباً، و كذا [لو (٩)] باع شيئاً بثمانٍ، فظهر بعض الثمن معيباً.

ص: ٣٠٨

١- (١) المبسوط ١٣٢: ٢.

٢- (٢) أشار إليه في الصفحة ٢٧٦.

٣- (٣) في «ش»: «بأخذ».

٤- (٤) راجع الوسائل ٤١٤: ١٢، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٥- (٥) راجع التذكرة ٥٣٦: ١.

٦- (٦) الدروس ٢٨٤: ٣.

٧- (٧) في «ش»: «في أحد العوضين».

٨- (٨) كذا في «ق»، و الظاهر: «من باع»، كما في «ش».

٩- (٩) لم يرد في «ق».

و الثاني: كما إذا باع اثنان من واحدٍ شيئاً واحداً فظهر معيياً، و أراد المشتري أن يردّ على أحدهما نصيبه دون الآخر.

و الثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحدٍ شيئاً فظهر معيياً، فاختر أحدهما الردّ دون الآخر، و ألحق بذلك الوارثان لمشتري واحدٍ للمعيب.

و أما التعدّد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمانٍ و بعضه الآخر بثمانٍ آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، و لا إشكال في جواز التفريق بينهما.

أمّا الأوّل: فالمعروف أنّه لا يجوز التبويض فيه من حيث الردّ، بل الظاهر المصرّح به في كلمات بعض الإجماع عليه (1)؛ لأنّ المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقصٌ من حيث حدوث الشركه، و إن كان معيئاً فهو ناقصٌ من حيث حدوث التفريق فيه، و كلّ منهما نقصٌ يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الردّ من نسيان الدابّه الطحن.

و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقه حيواناً فردّه المشتري بخيار الثلاثه إلّا أنّه يوجب الضرر على المشتري؛ إذ قد يتعلّق غرضه بامساك الجزء الصحيح. و يدلّ عليه النصّ المانع عن الردّ بخياطه الثوب و الصبغ (2)، فإنّ المانع فيهما ليس

ص: ٣٠٩

١- ١) صرّح به الشيخ في الخلاف ٣: ١١٠، المسأله ١٨٠ من كتاب البيوع، و السيّد ابن زهره الحلبي في الغنيه: ٢٢٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩، ٦٣٠.

٢- ٢) تدلّ عليه مرسله جميل المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

إلّا حصول الشركة [فى الثوب (1)] بنسبه الصبغ و الخياطه لا مجرد تغيّر الهيئه؛ و لذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة كالسّمّن لم يمنع عن الرّد قطعاً.

و قد يستدلّ (2) بعد ردّ الاستدلال بتبعّض الصفقه بما ذكرناه مع دفعه (3) بظهور الأدله فى تعلق حقّ الخيار بمجموع المبيع لا كلّ جزء منه؛ لا أقلّ من الشكّ؛ لعدم إطلاق موثوقٍ به، و الأصل للزوم.

و فيه مضافاً إلى أنّ اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً و إن رضى البائع؛ لأنّ المنع حينئذٍ لعدم المقتضى للخيار فى الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتّى ينتفى برضا البائع -؛ أنّه لا يشكّ أحدٌ فى أنّ دليل هذا الخيار كغيره من أدله جميع الخيارات صريحٌ (4) فى ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزء؛ و لذا لم يجوز أحدٌ تبعيض ذى خيارٍ بين (5) أجزاء ما له فيه الخيار، و لم يحتمل هنا أحدٌ ردّ الصحيح دون المعيب، و إنّما وقع الإشكال فى أنّ محلّ الخيار هو هذا الشىء المعيوب غايه الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لئلا يتبعّض الصفقه عليه، و إمّا لقيام الإجماع على جواز رده، و إمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم أو أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه؟

ص: ٣١٠

١-١) لم يرد فى «ق».

٢-٢) استدللّ به صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٢٤٨.

٣-٣) فى «ش»: «مع جوابه».

٤-٤) فى «ق»: «صريحه».

٥-٥) فى «ش» بدل «ذى خيار بين»: «ذى الخيار أجزاء».

و بعبارة أخرى: الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب الخيار (١) أم لا؟ بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد (٢) في رد المبيع (٣) الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير أخبار خيار الحيوان، وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المبيع إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لا جزئه الاعتباري كأحد الشئين الذي هو محل الكلام.

و منه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل:

«إذا كان الشيء قائماً بعينه» (٤) لأن المراد ب«الشيء» هو المبيع، و لا شك في قيامه هنا بعينه.

و بالجملة، فالعمد في المسألة مضافاً إلى ظهور الإجماع - ما تقدم (٥): من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطنه للمشتري

ص: ٣١١

١- ١) في «ش»: «للخيار».

٢- ٢) راجع النصوص الواردة في الرد، الوسائل ٤١١: ١٢، ٤١٩، الباب ٢ و ٣ و ٧، وغيرها من أبواب أحكام العيوب.

٣- ٣) كذا في ظاهر «ق»، و في «ش»: البيع.

٤- ٤) تقدمت المرسله في الصفحة ٢٨٠.

٥- ٥) قال الشهيدى قدس سره: «لم يتقدم لهذا ذكر في السابق، و لعل في النسخة تقديمها و تأخيرا و كان العبارة في الأصل هكذا: فالعمد في المسألة مضافاً إلى ما تقدم من ظهور الإجماع أن مرجع.. إلخ»، هدايه الطالب: ٥٢٠.

على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الردّ أولاً- أولى، ولا- أقلّ من التساوى، فيرجع إلى أصله اللزوم. و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الإجماع، كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعه فى بعض الصفقه. و بالجملة، فالأصل كافٍ فى المسأله.

ثم إن مقتضى ما ذكره: من إلحاق تبعض الصفقه بالعيب الحادث:

أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقه جاز الردّ، كما فى التذكره معللاً بأنّ الحق لا يعدوهما (١). و هذا ممّا يدلّ على أنّ محلّ الخيار هو الجزء المعيب، إلّا أنّه منع من ردّه نقصه بالانفراد عن باقى المبيع، إذ لو كان محلّه المجموع لم يجز ردّ المعيب وحده إلّا بالتفاسخ المجوّز لردّ (٢) الصحيح منفرداً أيضاً.

و أمّا الثانى: و هو تعدّد المشتري (٣) بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيبٌ، فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعه (٤). و استدللّ عليه فى التذكره (٥) و غيرها (٦) بأنّ التشقيص عيبٌ

ص: ٣١٢

١- ١) التذكره ٥٣٦: ١.

٢- ٢) فى «ش» بدل «المجوّز لردّ»: «و معه يجوز ردّ».

٣- ٣) كذا فى «ق»، و لا- يخفى أنّ الصوره الثانیه بحسب التقسيم المتقدم فى أول البحث إنّما كانت صوره تعدّد البائع، لكن المؤلف قدّس سرّه عكس الترتيب، و أمّا مصحح «ش» فقد عكس العدد فكتب هنا: «و أمّا الثالث»، و فى الصوره الآتیه: «و أمّا الثانى».

٤- ٤) حكاها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:٦٣٠) عن المختلف و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح. راجع المختلف ٥:١٨٦، و المسالك ٣:٢٨٦، و المفاتيح ٣:٧١، و إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٥- ٥) راجع التذكره ٥٣٦: ١.

٦- ٦) المسالك ٣:٢٨٦.

مانع من الردّ.خلافاً للمحكّي عن الشيخ في باب الشركه (١)و الإسكافي (٢)و القاضي (٣)و الحلّي (٤)و صاحب البشري (٥)،فجوزوا الافتراق.

و في التذكرة:ليس عندي فيه بُعد؛إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً،فالشركه حصلت بإيجابه (٤).و قوّاه في الإيضاح (٧)لما تقدّم من التذكرة.

و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصوره علم البائع بتعدّد المشتري.و استجوده في التحرير (٨)و قوّاه جامع المقاصد (٩)و صاحب المسالك (١٠).

و قال في المبسوط:إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركه،ثمّ

ص: ٣١٣

-
- ١-١) راجع الخلاف ٣:٣٣٣،المسأله ١٠ من كتاب الشركه،و المبسوط ٢:٣٥١.
 - ٢-٢) حكاه عنه العلّامه في المختلف ٥:١٨٧،و الشهيد في الدروس ٣:٢٨٥.
 - ٣-٣) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه،نعم حكاه عنه العلّامه في المختلف ٥:١٨٧،و الشهيد في الدروس ٣:٢٨٥.
 - ٤-٤) السرائر ٢:٣٤٥.
 - ٥-٥) و هو جمال الدين أحمد بن موسى بن جعفر،أخو السيّد ابن طوس،و أمّا كتابه البشري فلا يوجد لدينا،نعم حكاه عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٧٧.
 - ٦-٦) التذكرة ١:٥٣٦.
 - ٧-٧) الإيضاح ١:٤٩٤.
 - ٨-٨) التحرير ١:٢٧٤.
 - ٩-٩) جامع المقاصد ٤:٣٣٤،و فيه:«لا يبعد الفرق بين...».
 - ١٠-١٠) المسالك ٣:٢٨٦.

أصابا به عيباً كان لهما أن يردّاه و كان لهما أن يمساكاه، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك كان لهما ذلك.

ثمّ قال: لو اشترى أحد الشريكين للشركه ثمّ أصابا به عيباً كان لهما أن يردّاه و أن يمساكاه، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك نُظِرَ: فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنّه قد اشترى للشركه لم يكن له الردّ؛ لأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، فإذا ادّعى أنّه اشتراه له و لشريكه، فقد ادّعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه.

إلى أن قال: و إن أخبر البائع بذلك، قيل: فيه وجهان: أحدهما و هو الصحيح أنّ له الردّ؛ لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنّه يبيعه من اثنين و كان لأحدهما أن ينفرد بالردّ دون الآخر، و قيل: فيه وجه آخر، و هو أنّه ليس له الردّ، لأنّ القبول فى العقد كان واحداً (١)، انتهى.

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول فى العقد واحداً عن اثنين، أمّا إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام فى جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله.

لكن التأمّل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع لاثنين أو لواحد، فإنّه قدّس سرّه علّل عدم جواز الردّ فى صورته عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم

ص: ٣١٤

البائع بالتعدّد. وكذا حكمه قدّس سرّه بتقدّم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيّنه من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك دليلٌ على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد في الواقع بالبيّنه و إن لم يعلم به البائع، إلّا أن يحمل «اليمين» على يمين البائع على نفى العلم، و يراد من «البيّنه» البيّنه على إعلام المشتري للبائع بالتعدّد. وكيف كان، فمبنى المسأله على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدّد العقد بتعدّد المشتري و وحدته.

و الأقوى في المسأله: عدم جواز الافتراق مطلقاً؛ لأنّ الثابت من الدليل هنا خيارٌ واحدٌ متقوّمٌ باثنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى و النصوص: من أنّ «من اشترى معيماً فهو بالخيار» (١) الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب.

لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام، و لو سلّمنا الظهور لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقصٌ حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه و لو بفعل الممسك لحصّته، و هو مانعٌ من الردّ. و من ذلك يعلم قوّه المنع و إن قلنا بتعدّد العقد.

و ما ذكره تبعاً للتذكرة (٢) -: من أنّ التشقيص حصل بإيجاب البائع (٣)، فيه: أنّه أخرج غير مبعضٍ و إنّما تبعض بالإخراج، و المقصود

ص: ٣١٥

١- ١) لم ترد العبارة بعينها في النصوص، بل هي مستفاده من الروايات، راجع الوسائل ١٢: ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، و غيره من أبواب أحكام العيوب.

٢- ٢) التذكرة ٥٣٦: ١.

٣- ٣) الإيضاح ١: ٤٩٤، و مجمع الفائدة ٨: ٤٣٦، و المسالك ٣: ٢٨٦.

حصوله فى يد البائع كما كان قبل الخروج، و خلاف ذلك ضررٌ عليه، و علمُ البائع بذلك ليس فيه إقدامٌ على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض، و هو محل الكلام.

و الحاصل: أن الفرق بين هذه المسأله و المسأله الأولى غير وجيه.

و أما الثالث (١): و هو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق؛ إذ لا ضرر على البائع بالتفريق.

و لو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كلٌّ من كلِّ ربعاً، فإن أراد أحدهما ردَّ ربعٍ إلى أحد الباعين دخل فى المسأله الثانيه (٢) و لذا لا يجوز؛ لأنَّ المعيار تبعض الصفقه على بائع الواحد.

ص: ٣١٦

١- ١) فى «ش»: «الثانى»، و قد تقدّم الكلام فى وجه ذلك فى الهامش (٣) من الصفحه ٣١٢.

٢- ٢) فى «ش»: «الثالثه».

مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين:

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما،

فلا أرش حذراً من الربا.

و يحتمل جواز أخذ الأرش، نفى (1) عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاه وجهاً ثالثاً لبعض الشافعية، موجّهاً له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرش حقٌ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق (2)، انتهى.

ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين؛ لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيءٍ آخر (3)، انتهى.

و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا (4)

ص: ٣١٧

١- ١) في «ش»: «و نفى».

٢- ٢) التذكرة ٥٣١: ١.

٣- ٣) التذكرة ٥٣١: ١.

٤- ٤) الجامع للشرائع: ٢٦٨.

المتقدم على العلامة، وحاصل وجهه: أن صفه الصّحّه لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصّحّه أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً ولو من غير الثمن وإلّا لثبت في ذمّه البائع وإن لم يختَر المشتري الأرش، بل الصّحّه وصفٌ التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيءٍ من المال كسائر الصفات المشترطه في المبيع، إلّا أن الشارع جوّز للمشتري مع تبيّن فقده أخذ ما يخصّه بنسبه المعاوضه من الثمن أو غيره. وهذه غرامه شرعيّة حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع.

هذا، ولكن يمكن أن يدعى: أن الاستفادة من أدلّه تحريم الربا و حرمة المعاوضه إلّا مثلاً بمثلٍ بعد ملاحظه أن الصحيح والمعيب جنسٌ واحدٌ أنّ وصف الصّحّه في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوضٍ، ومن المعلوم: أنّ الأرش عوضٌ وصف الصّحّه عرفاً و شرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوى الجنس الآخر. وبالجملة، فبناء معاوضه المتجانسين على عدم وقوع مالٍ في مقابل الصّحّه المفقوده في أحدهما.

□
و المسأله في غايه الإشكال، ولا بدّ من مراجعه أدلّه الربا و فهم حقيقه الأرش، وسيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في قيمه،

فإنّه لا يتصوّر هنا أرشٌ حتّى يحكم بثبوته، وقد مثّلوا لذلك بالخصاء في العيب (1).

ص: ٣١٨

(١ - ١) كما مثل به في الدروس ٣: ٢٨٨، والمسالك ٣: ٢٨٤، والجواهر ٢٣: ٢٤٣.

وقد يناقش في ذلك: بأن الخصاص موجبٌ في نفسه لنقص قيمه لفوات بعض المنافع عنه كالفحوله، وإنما يرغب في الخصي قليلاً من الناس لبعض الأغراض الفاسده، أعنى: عدم تستر النساء منه (١) فيكون واسطه في الخدمات بين المرء و زوجته، وهذا المقدار لا يوجب زياده في أصل المائيه، فهو كعنبٍ معيوب يُرغب فيه لجوده خمره.

لكن الإنصاف: أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لا نادراً بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفه لولا هذا الغرض، صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لمائيه الخصي، فكأن هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحّ الغرض و فساده شرعاً لا دخل لها في المائيه العرفيه، كما لا يخفى.

و بالجمله، فالعبره في مقدار المائيه برغبه الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهه أغراض أنفسهم أم من جهه بيعه على من له غرضٌ فيه مع كثره ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

ص: ٣١٩

١-١) في «ق»: «منهن»، و لعله من سهو القلم.

مسأله يسقط الردّ و الأرش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلافٍ و لا إشكال؛

لأنّ الخيار إنّما ثبت مع الجهل.

و قد يستدلّ بمفهوم صحيحه زرارته المتقدّمه (١). و فيه نظر.

و حيث لا يكون العيب المعلوم سبباً لخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاصّ الذي له أحكامٌ خاصّةٌ فسد الشرط و أفسد؛ لكونه مخالفاً للشرع. و لو أراد به مجرّد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه أحكامه، لا أحكام خيار العيب.

الثاني: تبرّى البائع عن العيوب إجماعاً في الجملة

على الظاهر المصرّح به في محكي الخلاف (٢) و الغنيه (٣)، و نسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع (٤).

ص: ٣٢٠

١- ١) تقدمت في الصفحه ٢٨٠، و استدل به في الجواهر ٢٣٨:٢٣.

٢- ٢) الخلاف ١٢٧:٣، المسأله ٢١٣ من كتاب البيوع.

٣- ٣) الغنيه: ٢٢١ ٢٢٢.

٤- ٤) التذكرة ٥٢٥:١.

و الأصل فى الحكم قبل الإجماع، مضافاً إلى ما فى التذكرة: من أن الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامه، فإذا صرح البائع بالبراءه فقد ارتفع الإطلاق صحيحه زواره المتقدمه (١) و مكاتبه جعفر ابن عيسى الآتيه (٢).

و مقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً و إجمالاً و لا- بين العيوب الظاهره و الباطنه؛ لا شراك الكلى فى عدم المقتضى للخيار مع البراءه.

خلافاً للمحكى فى السرائر عن بعض أصحابنا: من عدم كفايه التبرى إجمالاً (٣) و عن المختلف نسبه إلى الإسكافى (٤)، بل (٥) إلى صريح آخر كلام القاضى المحكى فى المختلف (٦)، مع أن المحكى عن كامل القاضى موافقه المشهور (٧)، و فى الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين (٨).

ثم إن ظاهر الأدله هو التبرى من العيوب الموجوده حال العقد.

ص: ٣٢١

١- ١) تقدمت فى الصفحه ٢٨٠.

٢- ٢) الآتيه فى الصفحه ٣٤٩ ٣٥٠، و راجع الوسائل ١٢:٤٢٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

٣- ٣) السرائر ٢:٢٩٦ ٢٩٧.

٤- ٤) المختلف ١٧٠:٥.

٥- ٥) فى «ش» و مصححه «ف»: و قد ينسب إلى.

٦- ٦) نسبه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٥، و راجع المختلف ١٧٠:٥ ١٧١.

٧- ٧) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٥، و فيه: «مع أن القاضى فى الكامل وافق».

٨- ٨) الدروس ٢٨٢:٣.

و أما التبرّي من العيوب المتجدّده الموجبه للخيار، فيدلّ على صحّته و سقوط الخيار به عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١).

قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم «المؤمنون»: لا يقال:

إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب؛ لأننا نقول: التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب (٢)، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلّا بسبب حدوث العيب، و العقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع، و قد اعترف قدّس سرّه في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد و قبل الرؤية (٣). نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد (٤)، لكنّه مخالفٌ لسائر كلماته و كلمات غيره كالشهيد (٥) و المحقق الثاني (٦).

و بالجملة، فلا- فرق بين البراءة من خيار العيوب و البراءة من خيار الرؤية، بل الغرر في الأوّل أعظم، إلّا أنّه لما قام النصّ و الإجماع على صحّحه التبرّي من العيوب الموجوده فلا مناص عن التزام صحّته.

مع إمكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطه في العين الغائبه باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على أصاله السلامه فلا يقدر عدم التزام البائع

ص: ٣٢٢

١- ١) الوسائل ١٥:٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٢- ٢) التذكرة ١:٥٢٥.

٣- ٣) راجع التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣٣، و تقدم في الصفحه ٢٥٨ أيضاً.

٤- ٤) لم نعر عليه فيها، و نقل عنها سابقاً في خيار الرؤية: «أنّه فاسد و مفسد»، راجع الصفحه ٢٥٩.

٥- ٥) الدروس ٣:٢٧٦.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤:٣٠٣.

بعدها، بخلاف الثاني فإنَّ الغرر لا يندفع فيه إلَّا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

و أمّا البراءة (١) عن العيوب المتجدّده فلا يلزم من اشتراطها غررٌ في البيع حتّى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها؛ لأنّها غير موجودة بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالاً.

ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور:

الأول: عهده العيوب، ومعناه (٢): عدم (٣) تعهّد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب ردٌّ ولا أرش، فكأنه باعه على كلّ تقدير.

الثاني: ضمان العيب، وهذا أنسب بمعنى البراءة، ومقتضاه عدم ضمانه بمالٍ، فتصير الصّحّة كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع - لا توجب إلّا تخبيراً بين الردّ والإمضاء مجاناً، و مرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع، لا خيارها.

الثالث: حكم العيب، ومعناه: البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب.

ص: ٣٢٣

١-١ (١) شطب على كلمه «البراءة» في «ق».

٢-٢ (٢) قال الشهيدى قدس سره: «ضمير "معناه" راجع إلى "العهد"، و يجوز تذكير الضمير إذا كانت التاء في المرجع مصدرية. و أما ضمير "مرجعه" فهو راجع إلى "التبرّي" لا إلى "العهد"، هذا بناءً على كون النسخة: "و معناه تعهّد سلامته من العيوب"، و أمّا بناءً على كونها: "و معناه عدم تعهّد سلامته من العيوب" فضمير معناه راجع إلى التبرّي، هدايه الطالب: ٥٢٤.

٣-٣ (٣) لم ترد «عدم» في «ش».

و الأظهر فى العرف هو المعنى الأول، و الأنسب بمعنى البراءة هو الثانى.

و قد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث (١)، و هو بعيدٌ عن اللفظ، إلا أن يرجع إلى المعنى الأول. و الأمر سهلٌ.

ثم إن تبرى البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيبٍ خاصٍ إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أما سائر أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب فى أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص (٢).

لكن فى الدروس: أنه لو تبرأ من عيبٍ فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده و تلف فى زمان خيار المشتري. و يحتمل الضمان؛ لبقاء علاقه الخيار المقتضى لضمان العين معه. و أقوى إشكالاً ما لو تلف به و بعيبٍ آخر تجدد فى الخيار (٣)، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها:

منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرح به فى غير موضعٍ من التذكرة (٤)، و مال إليه فى جامع المقاصد (٥)، و اختاره فى المسالك (٦).

ص: ٣٢٤

١- ١) تقدّم فى الصفحة ٣٢٢.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥١ و ٣٥٥، الباب ٥ و ٨ من أبواب الخيار.

٣- ٣) الدروس ٣:٢٨٣.

٤- ٤) التذكرة ١:٥٢٧ و ٥٤١.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤:٣٥٢.

٦- ٦) المسالك ٣:٢٩٣.

بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، وهو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه و قد زال عيبه فلا ردّ، لعدم وجبه. و سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حق الردّ (١)، انتهى.

و هو صريح في سقوط الردّ و ظاهر في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفرّعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الردّ و الأرش معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً و حدث في يد المشتري نكتة بيضاء في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله هي القديمة فلا ردّ و لا- أرش، و قال المشتري: بل الحادثه و لى الردّ، قال الشافعي يتحالفان.. إلى آخر ما حكاه عن الشافعي (٢).

و كيف كان، ففي سقوط الردّ بزوال العيب وجه؛ لأنّ ظاهر أدلّه الردّ- خصوصاً بملا- حظه أنّ الصبر على العيب ضررٌ هو ردّ المعيوب و هو المتلبس بالعيب، لا ما كان معيوباً في زمانٍ، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

و أمّا الأرش، فلمّا ثبت استحقاق المطالبه به لفوات وصف الصّحّه عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، و الصّحّه إنّما حدثت في ملك المشتري، فبراءه ذمّه البائع عن عهده العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش و سقوط الردّ قويٌّ لو لم يكن تفصيلاً

ص: ٣٢٥

١- (١) التذكرة ٥٤١: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٣٠: ١.

مخالفاً للإجماع. و لم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلّامة أو بعده (١).

و منها: التصرف بعد العلم بالعيب،

فإنّه مسقطّ للأمرين عند ابن حمزه في الوسيله (٢). و لعلّه لكونه علامه الرضا بالمبيع بوصف العيب، و النصّ المثبت للأرش بعد التصرف ظاهرٌ فيما قبل العلم. و ردّ بأنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب.

و الأولى أن يقال: إنّ الرضا بالعيب لا- يوجب إسقاط الأرش، و إنّما المسقط له إبراء البائع عن عهده العيب، و حيث لم يدلّ التصرف عليه فالأصل بقاء حقّ الأرش الثابت قبل التصرف، مع أنّ اختصاص النصّ بصوره التصرف قبل العلم ممنوعٌ، فليراجع.

و منها: التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب، كالبعول الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت (٣)، فإنّ الأرش منتفٍ لعدم تفاوت قيمه، و الردّ لأجل التصرف.

و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب (٤).

ص: ٣٢٦

١- ١) في «ش» زياده ما يلي: «نعم، هذا داخل في فروع القاعده التي اخترعها الشافعي، و هو: أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد. لكن عرفت مراراً أنّ المرجع في ذلك هي الأدلّه و لا منشأ لهذه القاعده».

٢- ٢) الوسيله: ٢٥٧.

٣- ٣) عرف في الصفحه ٣١٨.

٤- ٤) استشكل فيه الشهيدان في الدروس ٣: ٢٨٨، و المسالك ٣: ٢٨٤، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦١٣.

و فيه: أن العيب في مثله لا يُعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن [يكون (١)] الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرشٍ فيه.

و حلّه: أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد ماله من الموجود، وإما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصيته مفقوده في العين مع قطع النظر عن قيمته. والأول مفروض الانتفاء، والثاني قد رضى به و أقدم عليه المشتري بتصرفه فيه، بناءً على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجيه، كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه.

إلا أن يقال: إن المقدار الثابت من سقوط الردّ بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش، وإلا فمقتضى القاعده عدم سقوط الردّ بالتصرف كما في غير العيب و التدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصحه فيما نحن فيه منزله الأوصاف المشترطه التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به (٢). نعم، لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّم سقوط الردّ بالتصرف مطلقاً.

و منها: حدوث العيب في المعيب المذكور،

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محلّه، فيحتمل ثبوت الردّ مع قيمه النقص الحادث لو كان

ص: ٣٢٧

(١-١) لم يرد في «ق».

(٢-٢) راجع الجواهر ٢٣:٩٦، و جاء فيه حول خيار تخلف الوصف: «و سقوطه بالتصرف قبل العلم به نحو ما سمعته في الغبن و بعده يسقط إن دلّ على الرضا، و إلا فلا»، و نسبه في مفتاح الكرامه (٤:٥٨٦) إلى ظاهر الأكثر.

موجباً له؛ لأنَّ الصحَّه في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطه في البيع (١) التي لا يوجب فواتها أرشاً، والنصّ الدالّ على اشتراط الردّ بقيام العين و هي المرسله المتقدّمه (٢) مختصّ بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش، والإجماع فيما نحن فيه غير متحقّق، مع ما عرفت من مخالفه المفيد في أصل المسأله (٣).

هذا كلّه، مضافاً إلى أصله جواز الردّ الثابت قبل حدوث العيب؛ و بها يدفع (٤). معارضه الضرر المذكور بتضرّر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب.

و كيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله (٥) على سقوط الردّ بحدوث العيب و التغيير على وجهٍ يشمل المقام، و إلا فسقوط الردّ هنا محلّ نظرٍ بل منع.

و منها: ثبوت أحد مانعي الردّ

و منها: ثبوت أحد مانعي الردّ (٦) في المعيب

الذي لا يجوز أخذ

ص: ٣٢٨

١-١ (١) في «ش»: «المبيع».

٢-٢ (٢) تقدمت في الصفحه ٢٨٠.

٣-٣ (٣) في الصفحه ٣٠٦.

٤-٤ (٤) في «ش» بدل «و بها يدفع»: «و هي المرجع بعد».

٥-٥ (٥) في «ش»: «بنقله».

٦-٦ (٦) قال الشهيدى قدس سرّه: «يعنى بهما: التصرف و حدوث العيب بعد القبض، و إنّما عبّر عنهما بمانعي الردّ مع أنّه جعل المسقطات أربعه، لأنّ الإسقاط "الذى هو أحدها إنّما هو من قبيل المسقط لا المانع، و" تلف العين "الذى هو ثالثها لا يبقى معه موضوع للردّ حتّى يُعدّ مانعاً؛ و جعل الأوّل أولاً لتقدّمه في كلامه، و الثانى ثانياً لتأخّره فيه»، هدايه الطالب: ٥٢٦.

الأرش فيه لأجل الربا.

أمّا المانع الأوّل، فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيب الذي لا ينقص ماله (١)؛ فإنّ المشتري لما أقدم على معاوضه أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مالٍ زائدٍ على ما يأخذه بدلاً عن ماله وإن كان المأخوذ معيباً، فيبقى وصف الصحّة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلّا جواز الردّ بلا أرشٍ، فإذا تصرّف فيه خصوصاً بعد العلم تصرّفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشترك لزم عليه (٢)، كما في خيار التديس بعد التصرّف (٣).

و أمّا المانع الثاني، فظاهر جماعه كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ أيضاً، وهو مبنيٌّ على عموم منع العيب الحادث من الردّ حتّى في صورته عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه (٤).

و ذكر في التذكرة وجهاً آخر لامتناع الردّ، وهو: أنّه لو ردّ، فإنّما أن يكون مع أرش العيب الحادث، وإما أن يردّ بدونه، فإن ردّه بدونه كان ضرراً على البائع، وإن ردّ مع الأرش لزم الربا، قال: لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن عوضه (٥).

و الظاهر أنّ مراده من ذلك: أنّ ردّ المعيب لما كان بفسخ المعاوضه، ومقتضى المعاوضه بين الصحيح والمعيب من جنسٍ واحدٍ أن

ص: ٣٢٩

١-١) تقدّم في الصفحة ٣١٨.

٢-٢) في «ش»: «لزم العقد».

٣-٣) في «ش» زياده: «نعم، التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط، كما تقدّم».

٤-٤) راجع الصفحة ٣٢٧ ٣٢٨.

٥-٥) التذكرة ٥٣١: ١.

لا- يُضمن وصف الصحه بشيء؛ إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه، فيكون وصف الصحه في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونه بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب ترادّ العوضين من غير زياده ولا نقيصه؛ ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصه في أحد العوضين، فإذا استردّ المشتري الثمن لم يكن عليه إلّا ردّ ما قابله لا غير، فإن ردّ إلى البائع قيمه العيب الحادث عنده (١) لم يكن ذلك إلّا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلن و وصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا.

فمراد العلامة قدس سرّه بلزوم الربا: إمّا لزوم الربا في أصل المعاوضه، إذ لو لا ملاحظه جزء من الثمن في مقابله صفه الصحه لم يكن وجه لغرامه بدل الصفه و قيمتها عند استرداد الثمن، و إمّا لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلن و زياده. و الأوّل أولى.

و ممّا ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا: بأنّ قيمه العيب الحادث غرامه لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضمّ إلى المثلن حتى يصير أزيد من الثمن.

إذ فيه: وضوح الفرق؛ فإنّ المقبوض بالسوم إنّما يتلف في ملك مالكة فيضمنه القابض، و العيب الحادث في (٢) المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلّا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع و تلف وصف

ص: ٣٣٠

١- ١) في «ش» زياده: «كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده».

٢- ٢) في «ق» زياده: «ملك»، و الظاهر أنّها من سهو القلم.

الصَّحَّه منه في يد المشتري، فإذا فرض أنَّ صفه الصَّحَّه لا- تقابل بجزءٍ من المال في عقد المعاوضه (١)، فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابه، لا يستحقُّ البائع عند الفسخ قيمتها.

و الحاصل: أنَّ البائع لا يستحقُّ من المشتري إلَّا ما وقع مقابلاً بالثمن، و هو نفس الثمن، من دون اعتبار صحَّته جزءً، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثمَّ فسخ أو تفسخا بعد نسيان العبد الكتابه (٢).

ثمَّ إنَّ صريح جماعه من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه (٣)، فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر في المبسوط على حكايتهما (٤).

أحدهما: جواز ردِّ المشتري للمعيب مع غرامه قيمه العيب الحادث؛ لما تقدّم (٥) إليه الإشاره: من أنَّ أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم، في كونها غرامه تالفٍ مضمونٍ على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعدُّر إمضائه، و إلزام المشتري ببدله من

ص: ٣٣١

١- (١) في «ش» زياده: «الربويه».

٢- (٢) في «ش» زياده: «نعم هذا يصحَّ في غير الربويين؛ لأنَّ وصف الصَّحَّه فيه يقابل بجزءٍ من الثمن فيرد المشتري قيمه العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصَّحَّه».

٣- (٣) منهم العلَّامه في القواعد ٢: ٧٩، و التذكرة ١: ٥٣١، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٦٣.

٤- (٤) المبسوط ٢: ١٣٣.

٥- (٥) تقدم في الصفحه المتقدمه.

غير الجنس معيياً بالعيب القديم و سليماً عن الجديد، و يُجعل بمثابة التالف؛ لامتناع رده بلا أرض و مع الأرض.

و اختار في الدروس تبعاً للتحريير (1) الوجه الأول مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل (2). و تبعه المحقق الثاني معللاً بأنّ الربا ممنوعه في المعاوضات لا في الضمانات، و أنّه كأرض عيب العين المقبوضه بالسوم إذا حدث في يد المستام و إن كانت ربويّه، فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صورته النزاع (3).

أقول: قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرض عيب المقبوض بالسوم، فإنّه يحدث في ملك مالكه بيد قابضه، و العيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري و لا- يقدر في ملك البائع إلّا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، و المفروض عدم المقابله بينه و بين جزء من المبيع (4).

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار،

فإن ظاهر الغنيه إسقاطه للرد و الأرض كليهما حيث جعل المسقطات خمسه: التبري، و الرضا بالعيب، و ترك (5) الرد مع العلم؛ لأنه على الفور بلا- خلاف. و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرض. ثم ذكر حدوث العيب و قال: ليس له ها هنا إلّا الأرض. ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرض (6).

ص: ٣٣٢

١- (١) التحريير ١٨٣: ١.

٢- (٢) الدروس ٢٨٨: ٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٣٦٥: ٤.

٤- (٤) العبارة في «ش» هكذا: «بين شيء منه و بين صحه البيع».

٥- (٥) في «ش» و المصدر بدل «ترك»: «تأخير».

٦- (٦) الغنيه: ٢٢١-٢٢٢.

فإنّ في إلحاق الثالث بالأوليين في ترك ذكر الأرش فيه ثمّ ذكره في الأخيرين و قوله: «ليس (١) هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير، مع أنّ هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر؛ حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الردّ و الأرش بالتأخير (٢)؛ و لعله لأنّ التأخير دليل الرضا.

و يردّه بعد تسليم الدلالة:- أنّ الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرف. نعم، سقوط الردّ وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط و الوسيله على ما تقدّم (٣) من عبارتهما في التصرف المسقط، و يحتمله أيضاً عبارته الغنيه المتقدّمه (٤)، بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصله اللزوم على المتيقن السالمه عمّا يدلّ على التراخي، عدا ما في الكفايه: من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها (٥).

و فيه: أنّ الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، و أمّا الخبر الخاصّ فلم أفق عليه، و حينئذٍ فالقول بالفور وفاقاً لمن تقدّم للأصل لا يخلو

ص: ٣٣٣

١-١) في «ش» زياده: «له»، و شطب عليها في «ق».

٢-٢) العبارة من قوله: «مع أنّ..» إلى هنا وردت في «ش» هكذا: «و هذا أحد القولين منسوب إلى الشافعي»، راجع التذكرة ٥٢٩: ١ و ٥٣٠، و المغني ٤: ١٦٠.

٣-٣) تقدّم في الصفحة ٢٨٣ ٢٨٤.

٤-٤) تقدّمت في الصفحة ٢٨٣.

٥-٥) الكفايه: ٩٤، و فيه: «و مستنده عموم أدله الخيار من غير تقييد، و خصوص بعض الأخبار».

عن قَوِّهِ، مع ما تقدّم من نفى الخلاف في الغنيه في كونه على الفور (١).

و لا يعارضه ما في المسالك و الحدائق: من أنه لا نعرف فيه (٢) خلافاً (٣)؛ لأننا عرفناه و لذا جعله في التذكرة أقرب (٤). و كذا ما في الكفايه: من عدم الخلاف (٥)؛ لوجود الخلاف، بل نفى الخلاف (٦).

نعم (٧) ما في الرياض: من (٨) أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافه (٩).

و التحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام و عدمه؛ و لذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلّا به (١٠)، و إلّا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلّا الشهره بين المتأخرين المستنده إلى الاستصحاب، و لا اعتبار بمثلها و إن قلنا بحجّيه الشهره أو حكايه نفى الخلاف من باب مطلق الظن؛ لعدم الظن كما لا يخفى، و الله العالم.

ص: ٣٣٤

١-١ (١) تقدم في الصفحة ٣٣٢.

٢-٢ (٢) أي: في عدم سقوط الخيار بالتراخي.

٣-٣ (٣) المسالك ٣:٣٠٢، و الحدائق ١١٧:١٩.

٤-٤ (٤) التذكرة ١:٥٢٩، و فيه: «لو علم بالعيب و أهمل المطالبه لحظه هل يسقط الرد؟ الأقرب أنه لا يسقط».

٥-٥ (٥) كفايه الأحكام: ٩٤.

٦-٦ (٦) لم ترد «بل نفى الخلاف» في «ش».

٧-٧ (٧) كذا، و المناسب: «و نعم».

٨-٨ (٨) في «ش»: «نعم في الرياض أنه».

٩-٩ (٩) الرياض ٨:٢٦٠.

١٠-١٠ (١٠) التذكرة ١:٥٢٩، و فيه: «لأن الأصل بقاء ما ثبت».

مسأله قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب لم يبيّنه فعل محظوراً

و كان المشتري بالخيار (١)، انتهى. و مثله ما عن الخلاف (٢).

و في موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبيّنه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، و الأوّل أحوط (٣). و نحوه عن فقه الراوندي (٤).

و مثلهما في التحرير، و زاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشياً» (٥).

و ظاهر ذلك كلّ عدم الفرق بين العيب الجليّ و الخفيّ.

و صريح التذكرة و السرائر (٦) كظاهر الشرائع (٧): الاستحباب مطلقاً،

ص: ٣٣٥

١-١) المبسوط ١٣٨:٢.

٢-٢) الخلاف ١٢٥:٣، المسأله: ٢١١.

٣-٣) المبسوط ١٢٦:٢.

٤-٤) فقه القرآن ٥٦:٢.

٥-٥) التحرير ١٨٣:١.

٦-٦) التذكرة ٥٢٥:١ و ٥٣٨، و السرائر ٢٩٦:٢.

٧-٧) الشرائع ٣٦:٢.

و ظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى و الجلى، فيجب فى الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه (١)، أو مع عدم التبرى كما فى الدروس (٢).

فالمحصّل من ظواهر كلماتهم خمسة أقوال. و الظاهر ابتناء الكلّ على دعوى صدق الغشّ و عدمه.

و الذى يظهر من ملاحظه العرف و اللغه فى معنى الغشّ: أنّ كتمان العيب الخفى و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع - غشّ، فإنّ الغشّ كما يظهر من اللغه خلاف النصح.

و أما العيب الظاهر، فالظاهر أنّ ترك إظهاره ليس غشاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرًا أنّه بصيرٌ يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشاً.

قال فى التذكرة فى ردّ استدلال الشافعى على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغشّ -: إنّ الغشّ ممنوعٌ، بل يثبت فى كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه، و التقصير فى ذلك من المشتري (٣)، انتهى.

و يمكن أن يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر. كما أنّه يمكن حمل عبارته التحرير المتقدمه (٤) المشتمله على لفظ «الكتمان»،

ص: ٣٣٦

١ - ١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٣٣٣، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٨٥، و راجع تفصيله فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩.

٢ - ٢) الدروس ٣: ٢٨٧.

٣ - ٣) التذكرة ١: ٥٣٨.

٤ - ٤) تقدّمت الإشارة إليها فى الصفحه المتقدمه.

و على الاستدلال بالغش على العيب الخفي، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً. و من أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر: أن كتمان العيوب مع العلم بها حرامٌ و محظورٌ بغير خلافٍ (١)، مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور (٢)، أم لا؟ فيه إشكال، منشؤه (٣): أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً و التبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة، فالتغريب إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. و الأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم عن المبسوط (٤).

ثم إن المذكور في جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦) و عن غيرهما (٧): أنه

ص: ٣٣٧

١-١) السرائر ٢: ٢٩٧، و لكن ليس فيه نفى الخلاف، و لعل المراد من عبارته هكذا: «بغير نقل خلاف»، و يؤيده أنه قال بعد الحكم في موضع منها بالاستحباب: «و قال بعض أصحابنا: بل ذلك واجب».

٢-٢) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩.

٣-٣) في «ش» بدل «منشؤه»: «نشأ»، و زياده: «من دعوى صدق الغش و من».

٤-٤) تقدم في الصفحه ٣٣٥.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٣٣٣.

٦-٦) المسالك ٣: ١٢٩ و ٢٨٥.

٧-٧) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه (٤: ٦٢٩) عن إيضاح النافع و الميسيه، و حكم به في الجواهر ٢٣: ٢٤٦، أيضاً.

ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء؛ لأنّ ما كان من غير الجنس لا يصحّ العقد فيه، و الآخر مجهول. إلّا أن يقال: إنّ جهاله الجزء غير مانعٍ إن كانت الجملة معلومة، كما لو ضمّ ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإنّ البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولاً قدره وقت العقد (1)، انتهى.

أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدارٍ من الماء يستهلك في اللبن و لا يُخرجه عن حقيقته كالملاح الزائد في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجهٍ يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقته ذلك الشيء - توجه ما ذكره في بعض الموارد.

ص: ٣٣٨

١-١) العبارة من جامع المقاصد.

اشاره

و هو تارة فى موجب الخيار، و أخرى فى مسقطه، و ثالثه فى الفسخ.

أما الأول، [و هو الاختلاف فى موجب الخيار] ففيه مسائل:

الأولى لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه،

فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية لو اختلفا فى كون الشئ عيباً و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبره

كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار فى الردّ دون الأرش، لأصالة البراءه.

الثالثه لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدّمه؛ للأصل حتّى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد؛ لأنّ أصاله عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب.

و عن المختلف: أنّه حكى عن ابن الجنيّد: أنّه إن ادّعى البائع أنّ العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا (١)، انتهى (٢).

هذا إذا لم تشهد القرينه القطعيّه ممّا (٣) لا يمكن عادةً حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدّمه عليه، و إلّا عمل عليها من غير يمين.

قال في التذكرة: و لو أقام أحدهما بيّنّه (٤) عمل بها. ثمّ قال: و لو أقاما بيّنّه عمل بيّنّه المشتري، لأنّ القول قول البائع لأنّه منكرٌ، فالبيّنّه على المشتري (٥).

و هذا منه مبنيٌّ على سقوط اليمين عن المنكر بإقامه البيّنّه، و فيه كلامٌ في محلّه و إن كان لا يخلو عن قوّه.

ص: ٣٤٠

١-١) المختلف ١٧٢: ٥.

٢-٢) في «ش» زياده: «و لعلّه لأصاله عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، و عدم استحقاقه الثمن كلّاً و عدم لزوم العقد؛ نظير ما إذا ادّعى البائع تغيير العين عند المشتري و أنكر المشتري، و قد تقدّم في محلّه».

٣-٣) كذا في النسخ، و الظاهر: «بما».

٤-٤) لم ترد «بيّنّه» في «ق».

٥-٥) التذكرة ٥٤١: ١.

و إذا حلف البائع فلا- بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب أو نفى استحقاق الردّ أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالإعسار و العدالة و غيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر.

و لو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصاله عدمه إذا شكّ في ذلك وجهه، احتمله في جامع المقاصد (1) و حكى عن جماعه (2)، كما يُحلف على طهاره المبيع استناداً إلى الأصل. و يمكن الفرق بين الطهاره و بين ما نحن فيه: بأنّ المراد بالطهاره في استعمال المتشرّعه ما يعمّ غير معلوم النجاسه لا الظاهر الواقعي، كما أنّ المراد بالملكيه و الزوجيه ما استند إلى سبب شرعيّ ظاهريّ، كما تدلّ عليه روايه حفص الوارده في جواز الحلف على ملكيه ما أخذ من يد المسلمين (3).

و في التذكره بعد ما حكى عن بعض الشافعيه جواز الاعتماد على أصاله السلامه في هذه الصوره قال: و عندي فيه نظر، أقرب به الاكتفاء بالحلف على نفى العلم (4). و استحسنه في المسالك، قال: لا اعتضاده بأصاله عدم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته (5). و قد سبقه إلى ذلك في

ص: ٣٤١

١-١) جامع المقاصد ٣٥٥:٤.

٢-٢) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤٥٩:٤.

٣-٣) الوسائل ٢١٥:١٨، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٢.

٤-٤) التذكره ٥٤١:١.

٥-٥) المسالك ٢٩٩:٣.

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم فى إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البينة بعد ذلك، ففيه إشكالٌ. نعم، لو أُريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة، فله وجهٌ و إن استقرب فى مفتاح الكرامه أن لا يكتفى بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف (٣). و هذا أوفق بالقواعد.

ثمّ الظاهر من عبارته التذكّره اختصاص يمين نفى العلم-على القول به- بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض: لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً (٤). لكن الظاهر أنّ المفروض فى التذكّره صورته الحاجه إلى يمين نفى العلم؛ إذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البتّ، فلا-حاجه إلى عنوان مسأله اليمين على نفى العلم، لا أنّ اليمين على نفى العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع:

لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الردّ ردّه على الموكل؛
لأنه المالك و الوكيل نائبٌ عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهده عليه.

ص: ٣٤٢

-
- ١- ١) لا يوجد لدينا، نعم حكاة عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٥٩.
 - ٢- ٢) الرياض ٨:٢٧٤.
 - ٣- ٣) مفتاح الكرامه ٤:٦٥٩.
 - ٤- ٤) الرياض ١:٥٤٠.

و لو اختلف الموكل و المشتري في قَدَم العيب و حدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، و لا يُقبل إقرار الوكيل بقَدَمه؛ لأنّه أجنبيٌّ.

و إذا كان المشتري جاهلاً- بالوكاله و لم يتمكّن الوكيل من إقامه البينه فادّعى على الوكيل بقَدَم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل؛ لأنّ إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبه إلى الموكل لا تُقبل إلّا بالبينه، فله إحلاف الموكل على عدم السبق؛ لأنّه لو اعترف نَفَع الوكيل بدفع الظلامه عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. و لو ردّ اليمين على الوكيل فحلف على السبق الزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدّم حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكّن من الردّ على الموكل؛ لأنّه لو أقرّ ردّ عليه.

و هل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل؟ الظاهر لا؛ لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، و على الموكل يستلزم الاعتراف به. و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذهً له بإقراره (١).

ثمّ إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و ردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناهما في القواعد على كون اليمين المردوده كالبينه فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ (٢). و نظر (٣) فيه في

ص: ٣٤٣

١- (١) جامع المقاصد ٣٥٩:٤.

٢- (٢) القواعد ٧٨:٢ ٧٩.

٣- (٣) في «ش»: «تنظر».

جامع المقاصد: بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل؛ لأن الوكيل معترفٌ بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبه باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافي ثبوته و لا دعوى ثبوته، كأن يقول:

«لا حق لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيبٌ يثبت لك به الردُّ عليّ» فإنه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسأله على القولين المذكورين (1)، انتهى.

و في مفتاح الكرامه: أن اعتراضه مبنيٌّ على كون اليمين المردوده كيبته الراد، والمعروف بينهم أنه كيبته المدعى (2).

أقول: كونه كيبته المدعى لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل. و تمام الكلام في محله.

الرابعه لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلته،

قُدّم قول البائع - كما في التذكرة (3) و الدروس (4) و جامع المقاصد (5) لأصالة عدم حق له عليه، و أصالة عدم كونها سلته. و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيارٍ فأنكر كونها

ص: ٣٤٤

١- ١) جامع المقاصد ٤:٣٦٠.

٢- ٢) مفتاح الكرامه ٤:٦٦٤ ٤:٦٦٥.

٣- ٣) التذكرة ١:٥٤١.

٤- ٤) الدروس ٣:٢٨٩.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤:٣٦١.

له، فأحتمل هنا في التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري (١)، و نسبه في التحرير إلى القيل (٢)؛ لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

أقول: النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه المعيوبه أو غيرها، و الحكم بتقديم (٣) قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا في السلعة، فلذى الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّفٍ على كون هذه السلعة هي المبيعه أو غيرها، فإذا فسخ و أراد ردّ السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصله عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها.

نعم، استدللّ عليه في الإيضاح بعد ما قوّاه-: بأنّ الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ، و الاختلاف في موضعين:

أحدهما: خيانه المشتري فيدّعيها البائع بتغيّر السلعة و المشتري ينكرها، و الأصل عدمها. الثاني: سقوط حقّ الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدّعيه و المشتري ينكره و الأصل بقاؤه (٤).

و تبعه في الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه

ص: ٣٤٥

١-١) التذكرة ٥٤١:١، و القواعد ٧٩:٢.

٢-٢) التحرير ١٨٥:١.

٣-٣) في «ش»: «تقديم».

٤-٤) الإيضاح ٤٩٩:١.

حلف، و لو صدّقه على كون المبيع معيوباً و أنكر تعيين المشتري حلف المشتري (١)، انتهى.

أقول: أمّا دعوى الخيانه، فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصله عدم كون المال الخاصّ هو المبيع، لوجب القول بتقديم [قول (٢)] المشتري في المسأله الأولى و إن كانت هناك أصول متعدّده على ما ذكرها في الإيضاح و هي: أصله عدم الخيار، و عدم حدوث العيب، و صحّحه القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأنّ أصله عدم الخيانه مستندها ظهور حال المسلم، و هو واردٌ على جميع الأصول العدميه (٣)، نظير أصله الصّحه.

و أمّا ما ذكره: من أصله صحّحه القبض، فلم نتحقّق معناها و إن فسّرناها من قبله بما ذكرنا، لكن أصله الصّحه لا تنفع لإثبات لزوم القبض.

و أمّا دعوى سقوط حقّ الخيار فهي أنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه في الدروس و إلّا فأكثر الخيارات ممّا أجمع على بقاءه مع التلف، مع أنّ أصله عدم سقوط الخيار لا تثبت إلّا بثبوتها، لا وجوب قبول هذه السلعه إلّا من جهه التلازم الواقعي بينهما. و لعلّ نظر الدروس إلى ذلك (٤).

ص: ٣٤٦

١- (١) الدروس ٢٨٩: ٣.

٢- (٢) لم يرد في «ق».

٣- (٣) في «ش»: «العملية».

٤- (٤) في «ش»، و هامش «ف» زياده: «لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجارى في الآخر مجال، كما تبيننا عليه مراراً».

وَأَمَّا الثَّانِي (١) وَهُوَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَسْقُوطِ فِيهِ أَيْضًا مَسَائِلُ:

الأولى لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه

قدّم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده

على القول بأن زواله بعد العلم لا- يُسقط الأرش بل ولا الردّ ففي تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار؛ لأنّ سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابتٍ فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار، وجهان، أقواهما الأوّل.

و العبارة المتقدّمة من التذكرة (٢) في سقوط الردّ بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ تومئ إلى الثاني، فراجع.

و لو اختلفا بعد حدوث عيبٍ جديدٍ و زوال أحد العيبين في كون الزائل هو القديم حتّى لا يكون خيارٌ أو الحادث حتّى يثبت الخيار، فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار. و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد؛ لأنّ بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلّا من حيث

ص: ٣٤٧

١- (١) عدل لقوله: «أما الأوّل» في الصفحة ٣٣٩.

٢- (٢) تقدّمت في الصفحة ٣٤٠، و راجع الصفحة ٣٢٥ أيضاً.

استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول: أن أصله عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه (١).

لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال:

لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري (٢) نكته بياض بعينه، ووجد نكته قديمه، ثم زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله القديمه فلا رد ولا أرش، وقال المشتري: بل الحادثه ولى الرد، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش (٣)، انتهى.

الثالثه لو كان عيبً مشاهدًا

الثالثه لو كان عيبً مشاهدًا (٤) غير المتفق عليه،

فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففي الدروس: أنه كالعيب المنفرد (٥)، يعني أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر.

و لعله لأصالة عدم التقدّم.

و يمكن أن يقال: إن عدم التقدّم هناك راجع إلى عدم سبب

ص: ٣٤٨

١-١) راجع فرائد الأصول ٢:٦٠ و ٣٣٨.

٢-٢) كذا في المصدر، و في «ش»: «في يده»، و في «ق»: «في يد المشتري في يده».

٣-٣) التذكرة ١:٥٣٠.

٤-٤) في «ش»: «مشاهد».

٥-٥) الدروس ٣:٢٨٩.

الخيار، و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مرّ غير مرّة: أنّ أصله التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، وإنما يثبت (١) عدم التقدّم الذي لا يثبت به التأخر.

ثمّ قال في الدروس: و لو ادّعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكر احتمال حلف المشتري لأنّ الخيار متيقّن و الزيادة موهومته، و يحتمل حلف البائع إجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد (٢).

أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد و أنّ حلف البائع فيه محلّ نظر.

ثمّ لا- بدّ من فرض المسأله فيما لو اختلفا في مقدارٍ من العيب موجودٍ زائدٍ على المقدار (٣) المتفق عليه أنّه كان متقدّمًا أو متأخرًا. و أمّا إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعه لو اختلفا في البراءه قدّم منكرها،

فيثبت الخيار؛ لأصله عدمها الحاكمه على أصله لزوم العقد.

و ربّما يترأى من مكاتبه جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال:

«كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في "من

ص: ٣٤٩

١- ١) في «ش» زياده: «بها».

٢- ٢) الدروس ٢٨٩: ٣.

٣- ٣) في «ق» كلمه غير واضحه، لعلها: «المتعين»، أو «المعين».

يزيد¹ فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه: برىء من كل عيبٍ فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبقَ إلّا نقد الثمن فرّبما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادّعى عيوباً و أنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أ يصدّق فلا يجب عليه، أم لا يصدّق؟ فكتب عليه السلام أنّ عليه الثمن.. الخبر» (١).

و عن المحقّق الأردبيلي: أنّه لا يلتفت الى هذا الخبر لضعفه مع الكتابه و مخالفه القاعده (٢)، انتهى.

و ما أبعد ما بينه و بين ما فى الكفايه: من جعل الروايه مؤيّدته لقاعده «البينه على المدّعى و اليمين على من أنكر» (٣)، و فى كلّ منهما نظر.

و فى الحدائق: أنّ المفهوم من مساق الخبر المذكور: أنّ إنكار المشتري إنّما وقع مدالسه؛ لعدم رغبته فى المبيع، و إلّا فهو عالمٌ بتبرّى البائع، و الإمام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجهه (٤).

□
و فيه: أنّ مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّى المنكر له فيما بينه و بين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدّم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشتري، مع أنّ حكم العالم بالتبرّى المنكر له مكابره معلومٌ لكلّ أحدٍ، خصوصاً للسائل، كما يشهد به قوله: «أ يصدّق أم لا يصدّق؟» الدالّ على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل ١٢: ٤٢٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب.

٢- (٢) مجمع الفائدة ٨: ٤٣٧.

٣- (٣) كفايه الأحكام: ٩٤.

٤- (٤) الحدائق ١٩: ٩١.

و الأولى توجيه الروايه: بأنّ الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العاده بنداء الدلّال عند البيع بالبراءه من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفه للظاهر، نظير دعوى الغبن و الغفله عن قيمه ممّن لا يخفى عليه قيمه المبيع.

بقى فى الروايه إشكال آخر؛ من حيث إنّ البراءه من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه فى متن العقد.

و يمكن التفصّلى عنه: إمّا بالتزام كفايه تقدّم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه، كما تقدّم (1) فى باب الشروط. و إمّا بدعوى أنّ نداء الدلّال بمنزله الإيجاب؛ لأنّه لا ينادى إلّا بعد أن يرغب فيه أحد الحضّار بقيمته، فينادى الدلّال و يقول: بعثك هذا الموجود بكلّ عيب، و يكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الإيجاب حتّى يتمكن من إبطاله عند زياده من زاد، و الحاصل: جعل نداءه إيجاباً للبيع. و لو أبيت إلّا عن أنّ المتعارف فى الدلّال كون نداءه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف فى ذلك الزمان غير ذلك، مع أنّ الروايه لا تصرّح فيها بكون البراءه فى النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى.

ص: ٣٥١

١ - ١) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «كما يأتى»، و هذا هو المناسب للترتيب الموجود فى النسخ، حتّى نسخه الأصل و هى «ق» حيث إنّ «القول فى الشروط» يأتى متأخراً فى الجزء السادس الصفحه ١١-، و الظاهر أنّ المؤلّف قدس سرّه كتب «القول فى الشروط» قبل هذا الموضوع، ثمّ حصل تقديم و تأخير فى تنضيد الأوراق. و يؤيد هذا الاستظهار بدأ باب الشروط فى نسخه «ق» بالتحميد.

ثمّ الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة؛ لأنه الموجب لسقوط الخيار لا انتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده،

حلف المشتري؛ لأصله عدم هذه الأمور.

و لو وُجد في المعيب عيبٌ اختلفا في حدوثه و قِدَمِهِ، ففي تقديم مدعى الحدوث؛ لأصله عدم تقدّمه كما تقدّم سابقاً في دعوى تقدّم العيب و تأخّره (١) أو مدعى عدمه؛ لأصله بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشكّ في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري، فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتّى يضمّنه المشتري (٢)..

و أمّا الثالث

و أمّا الثالث (٣)، ففيه مسائل:

الأولى لو اختلفا في الفسخ، فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه.

و في الدروس:

ص: ٣٥٢

١-١) راجع الصفحة ٣٣٩ ٣٤٠.

٢-٢) كذا في النسخ، و لا يخفى عدم مجيء جواب «لو»، و هو «وجهان».

٣-٣) و هو الاختلاف في الفسخ، و راجع المقسم في الصفحة ٣٣٩.

أنه يمكن جعل إقراره إنشاءً (١). ولعله لما اشتهر: من أن «مَنْ مَلَكَ شيئاً مَلَكَ الإقرار به» كما لو ادعى الزوج الطلاق. ويدل عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على أيتام الرجل و أنه رق لهم (٢). وسيجيء الكلام في (٣) هذه القاعده.

و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار كما لو تلف العين -افتقر مدعيه إلى البينه، و مع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه.

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لئلا يخرج من الحقين، أم لا؛ لإقراره بالفسخ؟ و زاد في الدروس: أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على قيمه من الثمن إن اتفق؛ لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و ردّ قيمه، فيقع التقاص

ص: ٣٥٣

١-١) الدروس ٢٨٦:٣.

٢-٢) لم نعثر على الخبر، و قال السيد اليزدي في حاشيته على الكتاب -في الصفحه ٩٥ ذيل قول المؤلف: «و يدل عليه بعض الأخبار»: «أقول الظاهر أن نظره إلى ما ورد بهذا المعنى فيمن أقر ببيع مملوكه ثم جاء و ادعى الرقيه، و إلا فلم نر خبراً في العتق على ما وصفه بعد الفحص، فيكون لفظ "العتق" غلطاً من النسخه أو سهواً من القلم بدلاً عن لفظ "البيع"، و أما ما أشرنا إليه فهو الخبر عن محمد بن عبد الله الكاهلي، قال: قلت لأبي عبد الله: كان.. إلخ»، راجع الوسائل ١٣:٥٣، الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، و فيه حديث واحد.

٣-٣) في «ش» زياده: «فروع».

فى القيمه (١) و يبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين (٢)، انتهى.

الثانيه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناءً على فوريه الخيار ففى تقديم مدعى التأخر؛ لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان، أو مدعى عدمه؛ لأصالة صحه الفسخ، وجهان.

و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ، ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه، يُضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجع حقيقه إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يُثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان.

و هذه المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدّه المطلقه و ادعت هى تأخره عنها.

الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناءً على فوريته

- سُمع قوله إن احتمل فى حقه الجهل، للأصل. و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلّا إذا نشأ فى بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفوريه فيعذر مطلقاً؛ لأنه ممّا يخفى على العامه.

ص: ٣٥٤

١- ١) فى «ش» و المصدر: «قدر القيمه».

٢- ٢) الدروس ٢٨٧: ٣.

و ذكر بعض أفرادہ اعلم أنّ حكم الردّ و الأرش معلقٌ فى الروايات على مفهوم «العيب» و «العوار».

أمّا العوار، فى الصحاح: أنّه العيب (١). و أمّا العيب، فالظاهر من اللغة و العرف: أنّه النقص عن مرتبه الصحّحه المتوسّطه بينه و بين الكمال.

فالصحّحه: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشىء لو خُلّي و طبّعه»، و العيب و الكمال يلحقان له لأمرٍ خارجٍ عنه.

ثمّ مقتضى حقيقه الشىء قد يُعلم (٢) من الخارج، كمقتضى حقيقه الحيوان-الأناسى و غيره فإنّه يعلم أنّ العمى عيبٌ، و معرفه الكتابه فى العبد و الطبخ فى الأمه كمالٌ فيهما. و قد يستكشف ذلك بملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود صفهٍ فى أغلب أفراد الشىء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفرادہ، و كون التخلّف فى النادر لعارضٍ.

و هذا و إن لم يكن مطّرداً فى الواقع؛ إذ كثيراً ما يكون أغلب

ص: ٣٥٥

١- ١) الصحاح ٢: ٧٦١، ماده «عور».

٢- ٢) فى «ش»: «يعرف».

الأفراد متّصفهً بصفهٍ لأمرٍ عارضٍ أو لأمرٍ مختلفهٍ، إلّا أنّ بناء العرف و العاده على استكشاف حال الحقيقه عن حال أغلب الأفراد؛ و من هنا استمرّت العاده على حصول الظنّ بثبوت صفهٍ لفردٍ من ملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود الشئ في أغلب الأفراد لا يمكن (١) الاستدلال به على وجوده في فردٍ غيرها؛ لاستحاله الاستدلال و لو ظنّاً-بالجزئى على الجزئى، إلّا أنّه يستدلّ من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثمّ يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثيرٍ (٢) منهم ب«الخروج عن المجرى الطبيعي»، و هو ما يقتضيه الخلقه الأصليه.

و أنّ المراد بالخلقه الأصليه: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، و أنّ ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيبٌ، و ما خرج عنه بالمزيه فهو كمالٌ، فالضيعه إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزياده الخراج على ذلك المقدار عيبٌ، و نقصه عنه كمالٌ، و كذا كونها مورد العساكر.

ثمّ لو تعارض مقتضى الحقيقه الأصليه و حال أغلب الأفراد التي يستدلّ بها على حال الحقيقه عرفاً رُجِحَ الثاني و حُكِمَ للشئ بحقيقه ثانويه اعتباريه يُعتبر الصحه و العيب و الكمال بالنسبه إليها. و من هنا لا يُعدّ ثبوت الخراج على الضيعه عيباً مع أنّ حقيقتها لا تقتضى ذلك،

ص: ٣٥٦

١- ١) في «ش»: «و إن لم يمكن».

٢- ٢) منهم العلامه في القواعد ٢:٧٢، و راجع جامع المقاصد ٤:٣٢٢ ٤:٣٢٣، و الحدائق ١٩:١١٣، و مفتاح الكرامه ٤:٦١٠.

و إنّما هو شيءٌ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانويه، فالعيب لا يحصل إلّا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب. و لعلّ هذا هو الوجه في قول كثيرٍ منهم (١) بل عدم الخلاف بينهم في أنّ الثبوت ليس عيباً في الإماء.

و قد ينعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصليّه، و الصحّح (٢) من مقتضى الحقيقة الثانويه، كالعُلفه فإنّها عيبٌ في الكبير؛ لكونها مخالفه لما عليه الأغلب. إلّا أن يقال: إنّ العُلفه بنفسها ليست عيباً إنّما العيب كون الأُلف مورداً للخطر بختانه؛ و لذا اختصّ هذا العيب بالكبير دون الصغير.

و يمكن أن يقال: إن العبره بالحقيقه الأصليه و النقص عنها عيب و إن كان على طبق الأغلب، إلا- أن حكم العيب لا- يثبت مع إطلاق العقد حينئذ؛ لأنه إنّما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامه، فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد، فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصليه لم يقتض إطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعنى التزام البراءه من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجاربه بحكم الغلبه منزّلٌ على التزام البراءه من عيب الثبوتيه، و كذا العُلفه في الكبير، فهى

ص: ٣٥٧

١ - ١) منهم: المحقق في الشرائع ٣٧:٢، و المختصر النافع: ١٢٦، و العلّامه في القواعد ٧٣:٢، و غيره من كتبه، و الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٨٠ مع ادّعائه عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامه ٤:٦١٨، و الجواهر ٢٣:٢٧٦.
٢ - ٢) في «ش» زياده: «بالخروج» مع تبديل «من» ب «إلى».

أيضاً عيبٌ في الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلغه لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب.

فقولهم: «إنَّ الثيبوبه ليست عيباً في الإمام»، و قول العلامه قدس سرّه في القواعد: «إنَّ العُلفه ليست عيباً في الكبير المجلوب» (١) لا يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الردّ و الأرش، لا نفي حقيقته. و يدلّ عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثيبوبه ليست عيباً (٢)، مع أنه في التحرير (٣) و التذكرة (٤) اختار الأرش مع اشتراط البكارة، مع أنه لا أرش في تخلف الشرط بلا خلافٍ ظاهر.

و تظهر الثمره فيما لو شرط (٥) المشتري البكارة و الختان، فإنّه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الردّ و الأرش؛ لثبوت العيب، غايه الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق؛ لتنزله منزله تبرى البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. و أما على الوجه الأوّل، فإنّ الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرش.

ص: ٣٥٨

١ - ١) القواعد ٧٣: ٢، و العبارة من قوله بالمعنى، فإنّه قال عند عدّ العيوب -: «و عدم الختان في الكبير، دون الصغير و الأمه و المجلوب من بلاد الشرك».

٢ - ٢) التحرير ١٨٢: ١.

٣ - ٣) التحرير ١٨٦: ١.

٤ - ٤) التذكرة ٥٣٩: ١.

٥ - ٥) في «ش»: «اشتراط».

لكنّ الوجه السابق أقوى، و عليه فالعيب إنّما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً في أفراد طبيعته بحسب نوعها أو صنفها، و الغلبه الصنفيّه مقدّمه على النوعيّة عند التعارض، فالثبوت في الصغيره الغير المجلوبه عيب؛ لأنها ليست غالبه في صنفها و إن غلبت في نوعها.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالاً، فإنّ الإنسان الخصي ناقص في نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالاً، و كذا البغل الخصي حيوان ناقص و إن كان زائداً من حيث المائيه على غيره؛ و لذا ذكر جماعة ثبوت الردّ دون الأرش في مثل ذلك (1).

و يحتمل قوياً أن يقال: إنّ المناط في العيب هو النقص المالي، فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيباً، إلّا أنّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشيء (2) مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل و الغلبه، فكانت السلامه عنه بمنزله شرط اشتراط في العقد، لا يوجب تخلفه إلّا خيار تخلف الشرط.

و تظهر الثمره في طرق موانع الردّ بالعيب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، فتأمل. و في صورته حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدّه الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق

ص: ٣٥٩

١ - ١) كما تقدّم عنهم في الصفحه ٣١٨ في الموضوع الثاني من الموضوعين اللذين يسقط فيهما الأرش دون الردّ، و راجع مفتاح الكرامه ٦١٣:٤٠٤٤.

٢ - ٢) في «ش» بدل «الشيء»: «الشراء».

كلماتهم: أن العيب مضمونٌ على البائع، بخلاف الثاني فإنه لا دليل على أن فقد الصفه المشترطه قبل القبض أو فى مدّه الخيار مضمونٌ على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار.

و للنظر فى كلا شقّى الثمره مجال.

و ربّما يستدلّ (١) لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسله السيارى الحاكيه لقضيّه (٢) ابن أبى ليلى، حيث قدّم إليه رجلٌ خصماً له، فقال: إنّ هذا باعنى هذه الجاريه فلم أجد على ركبها حين كشفها (٣) شعراً، و زعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبى ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذى كرهت؟ فقال له: أيها القاضى إن كان عيباً فاقض لى به، قال (٤) حتّى أخرج إليك فإنّى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من بابٍ آخر، فأتى محمّد بن مسلم الثقفى، فقال له: أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأه لا يكون على ركبها شعراً، أ يكون هذا عيباً؟ فقال له محمّد بن مسلم:

□
أمّا هذا نصّاً فلا- أعرفه، و لكن حدّثنى أبو جعفر عن أبيه، عن آبائه، عن النبى صلى الله عليه و آله، قال: «كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيبٌ» فقال له ابن أبى ليلى: حسبك هذا فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب (٥).

ص: ٣٦٠

١- (١) راجع الجواهر ٢٤٣: ٢٣.

٢- (٢) فى «ش»: «لقصّه».

٣- (٣) كذا فى النسخ، و الصواب: «كشفتها»، كما فى الوسائل.

٤- (٤) فى «ش»: «زياده: (فاصبر)».

٥- (٥) الوسائل ١٢: ٤١٠، الباب الأوّل من أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

فإنّ ظاهر إطلاق الروايه المؤيّد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصيّه الروايه في تلك القضيّه المشعر بظهورها فيها، و فهم ابن أبي ليلى من حيث قوله و عمله كون مجرّد الخروج عن المجرى الطبيعى عيباً (١) و إن كان مرغوباً فلا ينقص لأجل ذلك من عوضه، كما يظهر من قول ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون.. إلخ»، و تقرير المشتري له في ردّه.

لكنّ الإنصاف: عدم دلالة الروايه على ذلك.

أمّا أولاً: فلأنّ ظاهر الحكايه أنّ ردّ المشتري لم يكن لمجرّد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقه كذلك، الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج، كما يدلّ عليه عدم اكتفائه في عذر الردّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتّى ضمّ إليه دعواه «أنّه لم يكن لها قطّ».

و قول ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون في ذلك حتّى يذهبوه» لا يدلّ على مخالفه المشتري في كشف ذلك عن المرض، و إنّما هي مغالطه عليه تفضيلاً عن خصومته، لعجزه عن حكمها، و إلّا فالاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدلّ على أنّ عدمه في أصل الخلقه شيء مرغوب فيه، كما أنّ احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدلّ على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمراً مرغوباً فيه.

و بالجملة، فالثابت من الروايه هو كون عدم الشعر على الركب ممّا يُقطع أو يُحتمل كونه لأجل مرضٍ عيباً. و قد عُيّد من العيوب الموجبه للأرش ما (٢) هو أدون من ذلك.

ص: ٣٦١

١-١) في «ق»: «غالباً».

٢-٢) في «ش» و «محتمل» «ق»: «بما».

و أما ثانياً:فلأنّ قوله عليه السلام:«فهو عيبٌ»إنّما يراد به بيان موضوع العيب توطئهً لثبوت أحكام العيب له،و الغالب الشائع المتبادر فى الأذهان هو ردّ المعيوب؛و لذا اشتهر:كلّ معيوبٍ مردودٌ.و أمّا باقى أحكام العيب و خياره مثل عدم جواز ردّه بطرؤ موانع الردّ بخيار العيب،و كونه مضموناً على البائع قبل القبض و فى مدّه الخيار-فلا يظهر من الروايه ترتبها على العيب،فتأمّل.

و ثالثاً (١):فلأنّ (٢)الروايه لا- تدلّ على الزائد عما يدلّ عليه العرف؛لأنّ المراد بالزيادة و النقيصه على أصل الخلقه ليس مطلق ذلك قطعاً،فإنّ زياده شعر رأس الجاربه أو حدّه بصر العبد أو تعلّمهما للصنعه (٣)و الطبخ،و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيباً قطعاً،فتعيّن أن يكون المراد بها الزيادة و النقيصه الموجبتين لنقصٍ فى الشىء من حيث الآثار و الخواصّ المترتبه عليه،و لازم ذلك نقصه من حيث المائيه؛لأنّ المال المبذول فى مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار و المنافع.

و رابعاً (٤):لو سلّمنا مخالفه الروايه للعرف فى معنى العيب،فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكّم فى مثل ذلك لولا النصّ المعبر،لا مثل هذه الروايه الضعيفه بالإرسال و المرسل (٥)،فافهم.

ص: ٣٦٢

١-١) فى «ش»:«و أمّا ثالثاً».

٢-٢) فى «ف»و«ق»بدل «فلانّ»:«أنّ».

٣-٣) فى «ش»و محتمل «ق»:«للصيغه».

٤-٤) فى «ش»:«و أمّا رابعاً فلأنّا».

٥-٥) لم ترد «و المرسل»فى «ش».

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الأولى فى تعريف العيب ما فى التحرير و القواعد: من أنّه نقصٌ فى العين، أو زيادةٌ فيها تقتضى النقيصه المائيه فى عادات التجار (١). و لعلّه المراد بما فى الروايه كما عرفت و مراد كلّ من عبّر بمثلها؛ و لذا قال فى التحرير بعد ذلك: «و بالجمله كلّ ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه». و القيد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك فى العبد الخصىّ.

و لا ينافيه ما ذكره فى التحرير: من أنّ عدم الشعر على العانه عيبٌ فى العبد و الأمه (٢)؛ لأنّه مبنئٌ على ما ذكرنا فى الجواب الأوّل عن الروايه: من أنّ ذلك كاشفٌ أو موهّمٌ لمرضٍ فى العضو أو المزاج، لا على أنّه لا يعتبر فى العيب النقيصه المائيه.

و فى التذكره- بعد أخذ نقص المائيه فى تعريف العيب، و ذكر كثيرٍ من العيوب-: و الضابط أنّه يثبت الردّ بكلّ ما فى المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه (٣)، انتهى كلامه.

و ما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب، بل لما يوجب الردّ فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرّح به فى التذكره معللاً بأنّ الغرض قد يتعلّق بالفحوليه و إن زادت قيمته باعتبارٍ آخر، و قد دخل المشتري على ظنّ السلامه، انتهى (٤). و يخرج منه مثل الثيوبه و الغلفه فى المجلوب.

ص: ٣٦٣

١- ١) التحرير ١: ١٨٢، و القواعد ٢: ٧٢، و العبارة من التحرير.

٢- ٢) التحرير ١: ١٨٢، و فيه: «عدم الشعر على العانه فى الرجل و المرأه عيب».

٣- ٣) التذكره ١: ٥٤٠.

٤- ٤) التذكره ١: ٥٣٨.

و لعلّ من عمّم العيب لِمَا لا- يوجب نقص المَالِيه كما-فى المسالك (١)، و عن جماعه (٢) أراد به مجرد موجب الردّ، لا- العيب الذى يترتب عليه كثيرٌ من الأحكام و إن لم يكن فيه أرشٌ (٣)، كسقوط خياره بتصرّفٍ أو حدوث عيبٍ و غير ذلك.

و عليه يبنى قول جامع المقاصد، كما عن تعليق الإرشاد، حيث ذكر (٤): أنّ اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المَالِيه» بقوله:

«غالباً» ليندرج مثل الخصاء و الجبّ (٥): لأنّ المستفاد من ذكر بعض الأمثله أنّ الكلام فى موجبات الردّ، لا خصوص العيب. و يدلّ على ذلك أنّه قيّد «كونَ عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» ب«علم المشتري بجلبه»؛ إذ ظاهره أنّه مع عدم العلم عيبٌ، فلولا أنّه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الردّ لم يكن معنىً لدخل علم المشتري و جهله فى ذلك.

ص: ٣٦٤

١-١) المسالك ٣:٢٩٠.

٢-٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦١١ عن الميسّيه، و قال: «و هو قضيه إطلاق المقنعه و النهايه و المبسوط و الخلاف و المراسم و فقه القرآن للراوندى و الوسيله و الغنيه..».

٣-٣) لم ترد عبارته «و إن لم يكن فيه أرش» فى «ش».

٤-٤) فى «ش»: «ذكر».

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣٢٣ و حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٦٢ و العبارة للأوّل.

مسأله لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيباً،

و إطلاق كثير و تصريح بعضهم (١) يشمل حمى يوم، بأن يجده فى يوم البيع قد عرض له الحمى و إن لم يكن نوبه له فى الأسبوع.

قال فى التذكرة: الحُمى ذام و البَرَص و العَمى و العَيُور و العَرَج و القَزَن و الفَتَق و الرتق و القرع (٢) و الصَّمم و الخرس عيوبٌ إجماعاً. و كذا أنواع المرض، سواءً استمرّ كما فى الممراض، أو كان عارضاً و لو حُمى يوم.

و الإصبع الزائده و الحَوْل و الحَوَص و السبيل و استحقاق القتل فى الردّه أو القصاص و القطع بالسرقه أو الجنايه و الاستسعاء فى الدين عيوبٌ إجماعاً (٣).

ثم إن عد حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه و لا- يعود مبنى على عدّ موجبات الردّ لا- العيوب الحقيقيه؛ لأنّ ذلك ليس مُنقّصاً للقيمه.

ص: ٣٦٥

١- (١) مثل المحقق فى الشرائع ٢:٣٧، و العلّامة فى القواعد ٢:٧٢، و الشهيد فى الدروس ٣:٢٨١.

٢- (٢) فى محتمل «ق»: «الصرع».

٣- (٣) التذكرة ١:٥٤٠.

كما صرح به جماعة (١)، و في المسالك (٢):

الإجماع عليه، في مسألة ردّ الجارية الحامل بعد الوطء. ويدلّ عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة (٣). و علّله في التذكرة باشتماله على تغرير النفس لعدم يقين سلامه بالوضع (٤). هذا مع عدم كون الحمل للبائع، وإلّا فالأمر أوضح. و يؤيّد عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاء إلّا بعد الوضع.

أمّا في غير الإمام من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب ولا يوجب الردّ بل [ذلك (٥)] زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في

ص: ٣٦٦

-
- ١- ١) مثل العلامة في التذكرة ١:٥٤٠، والشهيد في الدروس ٣:٢٨١، والسيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٢٢.
 - ٢- ٢) المسالك ٣:٢٨٧ ٣:٢٨٨.
 - ٣- ٣) راجع الوسائل ٤١٥:١٢ ٤١٧، الباب ٥ من أبواب العيوب.
 - ٤- ٤) التذكرة ١:٥٤٠.
 - ٥- ٥) لم يرد في «ق».

بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعيّين: يردّ به، وليس بشيء (١)، انتهى.

و رجّح المحقّق [الثاني (٢)] كونه عيباً و إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل؛ لأنّه و إن كان زيادته من وجه، إلّا أنّه نقيصه من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، و لأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك (٣).

و الأقوى على قول الشيخ (٤) ما اختاره في التذكرة؛ لعدم النقص في المائيه بعد كونه زياده من وجه آخر، و أداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش، كوجدان العين مستأجرة.

و كيف كان، فمقتضى كون الحمل عيباً في الإماء أنّه لو حملت الجارية المعيبه عند المشتري لم يجز ردّها؛ لحدوث العيب في يده (٥) سواءً نقصت بعد الولادة أم لا، لأنّ العيب الحادث مانع و إن زال، على ما تقدّم من التذكرة (٦).

و في التذكرة: لو كان المبيع جارية (٧) فحبلت و ولدت في يد

ص: ٣٦٧

١-١) التذكرة ٥٤٠:١.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) جامع المقاصد ٣٣١:٤.

٤-٤) و هو دخول الحمل في بيع الحامل.

٥-٥) في «ق»: «في يدها»، و هو سهو.

٦-٦) تقدّم في الصفحه ٣٠٧.

٧-٧) في «ش» زياده: «معيبه».

المشترى، فإن نقصت بالولادة سقط الردّ بالعيب القديم و كان له الأرش، و إن لم تنقص فالأولى جواز ردّها وحدها من دون الولد- إلى أن قال:- و كذا حكم الدائبة لو حملت و ولدت عند المشتري (١)، فإن نقصت بالولادة فلا- ردّ، و إن لم تنقص ردّها [دون ولدها (٢)] لأنه للمشتري (٣)، انتهى.

و فى مقام آخر: لو اشترى جاريةً أو بهيمةً حائلاً- فحبلت عند المشتري فإن نقصت بالحمل فلا ردّ (٤)، و إن لم تنقص أو كان الحمل فى يد البائع فله الردّ (٥)، انتهى.

و فى الدروس: لو حملت إحداهما يعنى الجارية و البهيمه- عند المشتري لا- بتصرفه فالحمل له، فإن فسح ردّ الأمّ ما لم تنقص بالحمل أو الولاده. و ظاهر القاضى: أن الحمل عند المشتري يمنع الردّ، لأنّه إمّا بفعله أو إهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل، و كلاهما تصرف (٦)، انتهى.

لكن صرح فى المبسوط باستواء البهيمه و الجارية فى أنه إذا حملت

ص: ٣٦٨

١- ١) فى «ش»: «لو حملت عند المشتري و ولدت».

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ٥٣٢: ١.

٤- ٤) العبارة فى «ش» و المصدر هكذا: «لو اشترى جاريةً حائلاً أو بهيمةً حائلاً فحبلت، ثمّ اطّلع على عيب، فإن نقصت بالحمل فلا ردّ إن كان الحمل فى يد المشتري، و به قال الشافعى».

٥- ٥) التذكرة ٥٣٢: ١.

٦- ٦) الدروس ٣: ٢٨٥، و فيه: «و أطلق القاضى».

إحداهما عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولاده فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد (١).

و ظاهر ذلك كلّه خصوصاً نسبه منع الردّ إلى خصوص القاضي و خصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرّف، لا حدوث العيب- تسالمهم على أنّ الحمل الحادث عند المشتري في الأمه ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل (٢) بالولاده. و هذا مخالفٌ للأخبار المتقدّمه في ردّ الجاربه الحامل الموطوءه من عيب الحبل (٣)، و للإجماع المتقدّم عن المسالك (٤)، و تصريح هؤلاء بكون الحمل (٥) عيباً يُردّ منه لاشتماله على التغيرير بالنفس.

و الجمع بين كلماتهم مشكّلٌ، خصوصاً بملاحظه العبارة الأخيره المحكيه عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً و إن لم يُنقُص، و عند المشتري بشرط النقص فافهم- (٦) من غير فرقٍ بين الجاربه و البهيمة، مع أنّ ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد- الفرق، فراجع.

قال في القواعد: لو حملت غير الأمه عند المشتري من غير

ص: ٣٦٩

١- (١) المبسوط ١٢٧: ٢.

٢- (٢) في «ش»: «الحادث».

٣- (٣) تقدّم في الصفحه ٢٩٣ ٢٩٤.

٤- (٤) تقدّم في الصفحه ٣٦٦.

٥- (٥) في «ش»: «الحبل».

٦- (٦) لم ترد «فافهم» في «ش».

تصرّفٍ فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق، لأنّ الحمل زياده (١)، انتهى. وهذا بناءً منه على أنّ الحمل ليس عيباً في غير الأمه.

و في الإيضاح: أنّ هذا (٢) على قول الشيخ في كون الحمل تابعاً للحامل في الانتقال ظاهر (٣)، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك؛ لأنّه كالثمره المتجدّده على الشجره، و كما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري في الدار المبتاعه و الخيار له فلا- يؤثّر، و يحتمل عدمه؛ لحصول خطرٍ ما، و لنقص منافعها، فإنّها لا تقدر على الحمل العظيم (٤)، انتهى.

و ممّا ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح: من أنّ ما قرّبه في القواعد مبنئ على قول الشيخ: من دخول الحمل في بيع الحامل.

نعم، ذكر في جامع المقاصد: أنّ ما ذكره المصنّف قدس سرّه إن تمّ فإنّما يُخرَج على قول الشيخ: من كون المبيع في زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار (٥).

و لعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله: «لأنّ الحمل زياده» يعنى: أنّ الحامل رُدّت إلى البائع مع الزيادة، لا مع النقيصه. لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمه.

ص: ٣٧٠

١-١) القواعد ٢:٧٥، و راجع التحرير ١:١٨٤ أيضاً.

٢-٢) في «ش» زياده: «بناء».

٣-٣) في «ق»: «ظاهراً».

٤-٤) الإيضاح ١:٤٩٥.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣٤١.

و كيف كان، فالأقوى في مسأله حدوث حمل الأمه عدم جواز الردّ ما دام الحمل، و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدّم:

من أنّ زوال العيب الحادث يؤثّر في جواز الردّ أم لا؟ و أمّا حمل غير الأمه فقد عرفت أنّه ليس عيباً موجِباً للأرّش؛ لعدم الخطر فيه غالباً، و عجزها عن تحمّل بعض المشاقّ لا يوجب إلّا فوات بعض المنافع الموجب للتخير في الردّ دون الأرّش.

لكنّ لَمّا كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الردّ ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للأرّش، [و (١)] كان متحقّقاً (٢) هنا مضافاً إلى نقص آخر و هو كون المبيع متضمّناً لمال الغير؛ لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري - اتّجه الحكم بعدم جواز الردّ حينئذٍ.

ص: ٣٧١

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في «ش»: «محقّقاً».

مسأله الأكثر على أن الثبوت ليس عيباً في الإمام،

بل في التحرير: لا نعلم فيه خلافاً (١)، و نسبه في المسالك (٢) كما عن غيره (٣) إلى إطلاق الأصحاب؛ لغلبتها فيهن، فكانت بمنزله الخلقه الأصلية. و استدلل عليه أيضاً بروايه سماعه المنجبره بعمل الأصحاب على ما ادعاه المستدلّ - «عن رجل باع جاريه على أنها بكر، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، و لا يجب عليه شيء؛ إنّه قد يكون تذهب في حال مرضٍ أو أمرٍ يصيبها» (٤).

و في كلا الوجهين نظر:

ففي الأول: ما عرفت سابقاً: من أنّ وجود الصفه في أغلب أفراد الطبيعه إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقه الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقه معلوماً كما (٥) نحن فيه، و إلّا فمقتضى

ص: ٣٧٢

١-١) التحرير ١:١٨٢.

٢-٢) المسالك ٣:٢٩٥.

٣-٣) مثل الحدائق ١٩:٩٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٦١٨.

٤-٤) الوسائل ١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث ٢.

٥-٥) في «ش»: «فيما».

الغالب لا يقدّم على ما علم أنّه مقتضى الخلقه الأصليّه و علم كون النقص عنها موجباً لنقص المائيه كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسله السّيارى (١)، غايه ما يفيد الغلبه المذكوره هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامه المعقود عليه عن تلك الصفه الغالبه، ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصاً فى الخلقه الأصليّه.

و أمّا روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود؛ لتعليله عليه السلام عدم الردّ مع اشتراط البكاره باحتمال ذهابها بعارضٍ، وقدح هذا الاحتمال إمّا لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وإمّا لأنّ اشتراط البكاره كناية عن عدم وطء أحدٍ لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكاره صفه كمالٍ طبيعىّ، فعدمها نقصٌ فى أصل الطبيعه فيكون عيباً.

و كيف كان، فالأقوى أنّ الشيوبه عيبٌ عرفاً و شرعاً، إلّا أنّها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمره فيما لو اشترط فى متن العقد سلامه المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكاره، فإنّه يثبت بفقدتها التخيير بين الردّ و الأرش؛ لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره. و مثله ما لو كان المبيع صغيره أو كبيره لم يكن الغالب على صنفها الشيوبه، فإنّه يثبت حكم العيب.

و الحاصل: أنّ غلبه الشيوبه مانعه عن حكم العيب لا موضوعه،

ص: ٣٧٣

فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، و لعلّ هذا (١) مراد المشهور أيضاً. و يدلّ على ذلك ما عرفت (٢) من العلامة رحمه الله في التحرير:

من نفى الخلاف في عدم كون الثيبه عيباً، مع أنّه في كتبه (٣)، بل المشهور كما في الدروس (٤) على ثبوت الأرش إذا اشترط البكاره، فلولا أنّ الثيبه عيبٌ لم يكن أرشٌ في مجرّد تخلف الشرط.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ مستندهم في ثبوت الأرش ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: «في رجلٍ اشترى جاريةً على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يرّدّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق» (٥).

ثمّ إنّ نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الردّ بمقتضى روايه سماعه المتقدمه، و أوّلّه بما وجّهنا به تلك الروايه (٦). و ذكر الشيخ في النهايه مضمون الروايه (٧) مع تعليلها الدالّ على تأويلها.

و لو شرط الثيبه فبانت بكرةً كان له الردّ؛ لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

ص: ٣٧٤

١- ١) في «ش» زياده: «هو».

٢- ٢) في الصفحه ٣٧٢.

٣- ٣) كما في المختلف ٥: ١٧٤، و التحرير ١: ١٨٦، و التذكرة ١: ٥٣٩.

٤- ٤) الدروس ٣: ٢٧٦.

٥- ٥) الكافي ٥: ٢١٦، الحديث ١٤، و التهذيب ٧: ٦٤، الحديث ٢٧٨، و عنهما في الوسائل ١٢: ٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل.

٦- ٦) التذكرة ١: ٥٣٩، و تقدّمت الروايه في الصفحه ٣٧٢.

٧- ٧) النهايه: ٣٩٤، ٣٩٥.

مسأله ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير؛

لأنه يخاف عليه من ذلك (١). و هو حسنٌ على تقدير تحقق الخوف على وجه لا- يرغب فى بادل ما يبذل لغيره بإزائه. و يلحق بذلك المملوك الغير المجدر، فإنه يخاف عليه، لكثرة موت المماليك بالجدري.

و مثل هذين و إن لم يكن نقصاً فى الخلقه الأصليه، إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب فى النوع أو الصنف.

و لو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم (٢). و هو غير مستقيم؛ لأن العلم و الجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر فى كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره فى الثيب.

ص: ٣٧٥

١- (١) التذكرة ٥٣٩:١، و القواعد ٧٣:٢.

٢- (٢) القواعد ٧٣:٢.

و تظهر الثمره هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فيثبت الرد و الأرش.

فإخراج العلامه قدس سرّه الثبوتيه و عدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب؛ لكونه قدس سرّه فى مقام عدّ العيوب الموجه فعلاً للخيار.

ص: ٣٧٤

مسألة عدم الحيض ممّن شأنها الحيض بحسب السنّ و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخلٌ

مسألة عدم الحيض ممّن شأنها الحيض بحسب السنّ و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخلٌ (١) في ذلك عيبٌ

تُرَدُّ منه (٢) الجارية؛ لأنّه خروجٌ عن المجرى الطبيعي، و لقول الصادق عليه السلام و قد سئل عن رجلٍ اشترى جاريةً مدرّكةً فلم تحض عنده حتى مضى لها ستّة أشهرٍ و ليس بها حملٌ، قال: «إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبرٍ فهذا عيبٌ تُرَدُّ منه» (٣) و ليس التقييد بمضى ستّة أشهرٍ إلّا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات (٤).

ثمّ إنّ حمل الرواية على صورته عدم التصرف في الجارية حتّى بمثل قول المولى لها: «اسقني ماءً» و «أغلقني الباب» في غايه البعد.

و ظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأساً (٥).

ص: ٣٧٧

١- ١) في «ش»: «مدخلية».

٢- ٢) في «ش»: «معه».

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٤١٣، الباب ٣ من أبواب العيوب، وفيه حديث واحد.

٤- ٤) مثل الشيخ في النهاية: ٣٩٥، و المحقق في الشرائع ٢: ٣٧، و العلّامة في القواعد ٢: ٧٢.

٥- ٥) راجع السرائر ٢: ٣٠٤، ٣٠٥.

لأنه من أفحش العيوب.

و تدلّ عليه صحيحه أبي همام (١) الآتيه في عيوب السنّه (٢). لكن في روايه محمّد بن قيس: أنه «ليس في الإباق عهدة» (٣)، و يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنّه يكفي حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام في روايه يونس: «إنّ العهده في الجنون و البرص سنّه» (٤)، بل لا بدّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع، و إلّا فحدوثه عند المشتري ليس في عهده البائع، و لا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع.

و هل يكفي المرّه عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشكّ في كونه عيباً. و الأقوى ذلك، وفاقاً لظاهر الشرائع (٥) و صريح

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل ١٢: ٤١١، الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

٢- (٢) لم نعثر عليها فيما يأتي.

٣- (٣) الوسائل ١٢: ٤٢٢، الباب ١٠ من أبواب العيوب، الحديث ٢.

٤- (٤) الوسائل ١٢: ٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٥.

٥- (٥) الشرائع ٣٧: ٢.

التذكرة (١)؛ لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف.

و لا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

ص: ٣٧٩

١ - ١) التذكرة ١:٥٣٨، وفيه: «و المرّه الواحده فى الإباق تكفى..»، و أمّا القول بالاعتقاد فقد نسبه فى المسالك ٣:٢٩٦ إلى بعض الأصحاب، و قال: «و هو أقوى»، و قال فى الروضه ٣:٤٩٩: «و الأقوى اعتبار اعتياده».

مسألة الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الردّ و الأرش؛ لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشىء.

□

و فى روايه ميسّر بن عبد العزيز، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري زقّ زيتٍ يجد فيه دُردياً؟ قال: إن كان يعلم أنّ الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه، و إن لم يكن يعلم فله أن يردّه» (١).

نعم، فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى فى رجلٍ اشترى من رجلٍ عكّه فيها سمنٌ احتكرها حُكره، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى عليّ عليه السلام، فقال له عليّ عليه السلام: لك بكيل الرُّبِّ سمناً، فقال له الرجل: إنّما بعته منه حُكره، فقال له عليّ عليه السلام:

إنّما اشترى منك سمناً و لم يشتر منك رُبّاً» (٢) قال فى الوافى: يقال

ص: ٣٨٠

١- ١) الوسائل ٤١٩:١٢، الباب ٧ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل، نقله عن الكافى، و لكن الموجود فى المتن أقرب و أشبه لما فى التهذيب ٦٦:٧، الحديث ٢٨٣.

٢- ٢) الوسائل ٤١٩:١٢، الباب ٧ من أبواب العيوب، الحديث ٣.

«اشترى المتاع حُكْرَةً» أى جملةً (١).

و هذه الروايه بظاهاها منافٍ (٢) لحكم العيب من الردّ أو الأرش، و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل، و ربّما استشكل فى أصل الحكم بصحّه البيع لو كان كثيراً و علم (٣)؛ للجهل بمقدار المبيع. و كفايه معرفه وزن السمن بطروفه خارجةً بالإجماع كما تقدّم (٤) أو مفروضةً فى صورته انضمام الظرف المفقود هنا؛ لأنّ الدردى غير متمول.

و الأولى أن يقال: إنّ وجود الدردى إن أفاد نقصاً فى الزيت من حيث الوصف و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكمّ - نظير الغشّ فى الذهب - كان الزائد منه على المعتاد عيباً و إن أفرط فى الكثرة، و لا إشكال فى صحّه البيع حينئذٍ، لأنّ المبيع زيتٌ و إن كان معيوباً، و عليه يحمل ما فى التحرير: من أنّ الدردى فى الزيت و البذر عيبٌ موجبٌ للردّ أو الأرش (٥).

و إن لم ينفذ إلّا نقصاً فى الكم، فإن بيع (٦) ما فى العكّه بعد وزنها مع العكّه و مشاهدته شىء منه تكون أماره على باقيه و قال: «بعتك ما فى هذه العكّه من الزيت كلّ رطلٍ بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه، فالظاهر صحّه البيع و عدم ثبوت الخيار أصلاً؛ لأنّه

ص: ٣٨١

١ - ١) الوافى ١٨:٧٣٩، ذيل الحديث ١٨٢٠٢.

٢ - ٢) كذا، و المناسب: «منافيه».

٣ - ٣) لم ترد «و علم» فى «ش».

٤ - ٤) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٣٢١ ٣٢٢.

٥ - ٥) التحرير ١:١٨٢.

٦ - ٦) فى «ش»: «باع».

اشترى السمن الموجود في هذه العُكَّة، و لا يقدح الجهل بوزنه؛ للعلم به مع الظرف، و المفروض معرفه نوعه بملاحظه شىء منها بفتح رأس العُكَّة، فلا- عيب و لا- تبعض صفقه، إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العُكَّة من الزيت في قوه اشتراط كون ما عدا العُكَّة سمنًا، فيلحق بما سيجىء في الصورة الثالثه من اشتراط كونه بمقدارٍ خاصّ.

و إن باعه بعد معرفه وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العُكَّة» فتبين بعضه دُرديًا صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقه.

قال في التحرير: لو اشترى سمنًا فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجده من السمن بنسبه الثمن (١).

و لو باع (٢) ما في العُكَّة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلًا، فتبين نقصه عنه لوجود الدردى، صحّ البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدم (٣) فيما لو باع الصبره على أنها كذا و كذا فظهر ناقصًا.

و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا- يتموّل بحيث لا- يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّ البيع و إن عرف وزن المجموع مع العُكَّة؛ لأنّ كفايه معرفه وزن الظرف و المظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهولٍ آخر غير قابلٍ للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخره في الزيت مجهوله الوزن.

ص: ٣٨٢

١- (١) التحرير ١: ١٨٢.

٢- (٢) في «ق»: «و لو باعه».

٣- (٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٨١ ٨٢.

مسأله قد عرفت (١) أن مطلق المرض عيبٌ، خصوصاً الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن تختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنه من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الأرش. هذا هو المشهور، و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام.

ففي روايه علي بن أسباط عنه في حديث خيار الثلاثة: «إن أحداث السنه ترد بعد السنه، قلت: و ما أحداث السنه؟ قال الجنون و الجذام و البرص و القرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنه من يوم اشتراه» (٢).

و في روايه ابن فضال المحكيه عن الخصال: «في أربعة أشياء خيار سنه: الجنون و الجذام و القرن و البرص» (٣).

و في روايه أخرى له عنه عليه السلام قال: «ترد الجاربه من أربع

ص: ٣٨٣

١-١) في الصفحه ٣٦٥.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٤.

٣-٣) الخصال: ٢٤٥، الحديث ١٠٤، و عنه في الوسائل ١٢:٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٧.

خصال: من الجنون و الجُذام و البرص و القَرَن و الحِدَبه» (١) هكذا في التهذيب. و في الكافي: «القَرَن: الحَدَبه، إلّا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر» (٢)، انتهى.

و مراده: أنّ الحَدَب ليس خامساً لها، لأنّ القَرَن يرجع إلى حَدَبٍ في الفرج. لكن المعروف أنّه عَظْمٌ في الفرج كالسنّ يمنع الوطء. و في الصحيح عن محمد بن علي قيل: و هو مجهول (٣)، و احتمال بعض (٤) كونه الحلبي عنه عليه السلام قال: «يرد المملوك من أحداث السنه، من الجنون و البرص و القرن، قال: قلت و كيف يرد من أحداث؟ فقال:

هذا أول السنه يعنى المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددت على صاحبه» (٥)، و هذه الروايه لم يذكر فيها الجذام (٦) مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور،

ص: ٣٨٤

١- (١) الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث الأول، و راجع التهذيب ٧:٦٤، الحديث ٢٧٧.

٢- (٢) الكافي ٥:٢١٦، الحديث ١٥.

٣- (٣) قاله المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:١٠٤، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٦١.

٤- (٤) و هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:٤٤٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٢٩٨.

٥- (٥) التهذيب ٧:٦٤، الحديث ٢٧٥، و عنه في الوسائل ١٢:٤١٢ الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، ذيل الحديث ٢.

٦- (٦) وردت كلمه «الجذام» في الحديث المنقول في التهذيب و غيره-، بل وردت في كتب الفروع، مثل الحقائق و الجواهر أيضاً، نعم ذكر السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٦١، الحديث كما ذكره المصنف، و قال: «و قد ترك فيه الجذام»،

فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمه.

و من هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام (١). و ليس التعارض من باب المطلق و المقيّد كما ذكره في الحدائق ردّاً على الأردبيلي رحمه الله (٢).

إلّا أن يريد أنّ التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيّد في وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمالٌ يجرى في معارضه، و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام، فإنّه أقرب الاحتمالات المتطرّقه فيما نحن فيه.

و يمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الروايه انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام، فلا معنى للردّ، و حينئذٍ فيشكل الحكم بالردّ في باقي الأخبار.

و وجهه في المسالك: بأنّ عتقه على المشتري موقوفٌ على ظهور الجذام بالفعل، و يكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادّته في نفس الأمر و إن لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدّماً على سبب العتق، فإن فسخ انعتق على البائع، و إن أمضى انعتق على المشتري (٣).

و فيه أوّلاً:

أنّ ظاهر هذه الأخبار: أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض؛ لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّه»، و لو لا ذلك لكفى وجود موادّها في السنه، و إن تأخر ظهورها عنها

(٤)

و الظاهر أنّ المصنّف أخذه منه.

ص: ٣٨٥

١- ١) لم نعثر عليه في مجمع الفائده، نعم استشكل في القرّن و البرص كما نقل عنه في الحدائق ١٠٥: ١٩، ١٠٦، و راجع مجمع الفائده ٤٤٩: ٨، ٤٥٠.

٢- ٢) راجع الحدائق ١٠٥: ١٩، ١٠٦.

٣- ٣) المسالك ٣٠٥: ٣.

و لو بقليلٍ بحيث يكشف عن وجود المادّة قبل انقضاء السنه. و هذا ممّا لا أظنّ (١) أحداً يلتزمه، مع أنّه لو كان الموجب للخيار هي موادّ هذه الأمراض كان ظهورها زيادهً في العيب حادثهً في يد المشتري، فلتكن مانعه من الردّ؛ لعدم قيام المال بعينه حينئذٍ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الردّ تخصيصاً (٢) آخر للعمومات.

و ثانياً: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرّو سببه، بل ينبغي أن يكون الانعتاق القهري بسببه (٣) مانعاً شرعياً بمنزله المانع العقلي عن الردّ كالموت؛ و لذا لو حدث الانعتاق بسببٍ آخر غير الجذام فلا أظنّ أحداً يلتزم عدم الانعتاق إلّا بعد لزوم البيع، خصوصاً مع بناء العتق على التغليب.

هذا، و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيره المعتضده بالشهره المحققه و الإجماع المدعى في السرائر (٤) و الغنيه (٥) مشكّل، فيمكن العمل بها في موردها، أو الحكم من أجلها بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعتاق على إمضاء العقد و لو في غير المقام. ثمّ لو فسخ المشتري فانعتاقه على البائع موقوفٌ على دلالة الدليل على عدم جواز تملك

ص: ٣٨٦

١-١) في ظاهر «ق»: «يظنّ».

٢-٢) في النسخ: «تخصيصاً».

٣-٣) في «ش»: «سببه».

٤-٤) السرائر ٢: ٣٠٢.

٥-٥) الغنيه: ٢٢٢ ٢٢٣.

المجذوم، لا أنّ جذام المملوك يوجب اعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه.

ثمّ إنّ زياده «القرن» ليس في كلام الأكثر، فيظهر منهم العدم، فنسبه المسالك الحكم في الأربعه إلى المشهور (1) كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتاً عن الخلاف فيه (2). و عن التحرير: نسبه إلى أبي عليّ (3)، و في مفتاح الكرامه: أنّه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبي عليّ (4)؛ و من هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحّه الأخبار و فقد الانجبار (5).

ثمّ إنّ ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقييد فيها - شمول الحكم لصوره التصرف. لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها، و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعيينه بعده (6)، و الأخبار خاليه عنه، و كلا الحكمين (7) مشكّل، إلّا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما. لكن كلام المفيد قدس سرّه مختصّ بالوطاء (8)، و الشيخ و ابن زهره لم

ص: ٣٨٧

١- (١) المسالك ٣:٣٠٥.

٢- (٢) الدروس ٣:٢٨١.

٣- (٣) التحرير ١:١٨٥.

٤- (٤) راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٦٠ ٤:٦٦١، مع زياده نقله عن جامع الشرائع.

٥- (٥) مجمع الفائدة ٨:٤٤٩ ٨:٤٥٠.

٦- (٦) لم نعثر عليه بعينه، نعم في مجمع الفائدة (٨:٤٥٠): «و ثبت عندهم: أن الردّ يسقط مع التصرف في المبيع مطلقاً دون الأرش».

٧- (٧) في «ش»: «كلاهما».

٨- (٨) سيأتي في كلامه في الصفحه الآتية.

يذكر التصرف ولا الأرش (١).

نعم، ظاهر الحلّى الإجماع على تساويها (٢) مع سائر العيوب من هذه الجهة، وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونه، إلا أنّ الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار (٣).

ولو ثبت أنّ أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنه من ظهورها، و ثبت أنّ أخذ الأرش للعيوب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعده، ثبت الأرش هنا بملاحظه التعيب بماّده هذه الأمراض الكامنه فى المبيع، لا بهذه الأمراض الظاهره فيه.

قال فى المقنعه: ويردّ العبد و الأمه من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتاعهما و بين سنه واحده، و لا يُردّان بعد سنه، و ذلك أنّ أصل هذه الأمراض يتقدّم ظهورها بسنه و لا يتقدّم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمه فى هذه السنه لم يجر له ردّها و كان له قيمه ما بينها صحيحه و سقيمه (٤)، انتهى.

و ظاهره: أنّ نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنه؛ و لذا أورد عليه فى السرائر: أنّ هذا موجبٌ لانعتاق المملوك على البائع فلا يصحّ البيع (٥).

و يمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادته موادّ هذه الأمراض.

ص: ٣٨٨

١-١) راجع النهايه: ٣٩٤، و الغنيه: ٢٢٢.

٢-٢) فى «ق»: «تساويه».

٣-٣) راجع السرائر ٣٠١: ٣٠٢.

٤-٤) المقنعه: ٦٠٠.

٥-٥) السرائر ٣٠٢: ٢.

قال فى التذكرة: بأن (١) الكفر ليس عيباً فى العبد ولا فى الجارية (٢).

ثم استحسن قول بعض الشافعيه بكونه عيباً فى الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس و التوثن دون التهؤد و التنصر. و الأقوى كونه موجباً للرد فى غير المجلوب و إن كان أصلاً فى المماليك، إلا أن الغالب فى غير المجلوب الإسلام، فهو نقص؛ (٣) لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظه نجاستهم المانعه عن كثير من الاستخدامات.

نعم، الظاهر عدم الأرش فيه؛ لعدم صدق العيب عليه عرفاً و عدم كونه نقصاً أو زياده فى أصل الخلقه.

و لو ظهرت الأيمه محرّمه على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الردّ به؛ لأنه لا- يعدّ نقصاً بالنوع، و لا- عبره بخصوص المشتري.

و لو ظهر (٤) ممن ينعق عليه فكذلك، كما فى التذكرة (٥) معللاً: بأنه

ص: ٣٨٩

١- ١) فى «ش»: «إن».

٢- ٢) التذكرة ٥٣٩: ١.

٣- ٣) فى «ش»: زياده: «موجب».

٤- ٤) أى العبد، كما فى التذكرة.

٥- ٥) التذكرة ٥٤٠: ١.

ليس نقصاً عند كل الناس و عدم نقص مالئته عند غيره.

و فى التذكرة: لو ظهر أنّ البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو أمانة، ففى ثبوت الردّ لخطر فساد النيابة احتمال (1). أقول: الأقوى عدمه.

و كذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أمانة قوية عليه لم يبعد كونه موجبا للردّ، لقله رغبة الناس فى تملك مثله، و تأثير ذلك فى نقصان قيمته عن قيمه أصل الشئ لو خلى و طبعه أثراً بيناً.

و ذكر فى التذكرة: أنّ الصيام و الإحرام و الاعتداد ليست عيوباً (2).

أقول: أمّا عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. و أمّا عدم إيجابها الردّ فيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها فى مدّة طويلة، فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً.

و قال أيضاً: إذا كان المملوك تماماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففى كون هذه عيوباً إشكالاً، أقرب به العدم (3).

و قال: لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغتياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً، فلا ردّ.

و يردّ الدابة بالزهادة. و كون الأمة عقيماً لا يوجب الردّ؛ لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى.

و مراده العارض الاتفاقي لا المرض العارضى.

قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الردّ: و الضابط أنّ الردّ يثبت بكلّ ما فى المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه (4)، انتهى.

ص: ٣٩٠

١-١) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٢-٢) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٣-٣) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٤-٤) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

و هو لغهٔ - كما فى الصحاح (١) و عن المصباح (٢) - :ديه الجراحات، و عن القاموس: أنه الديه (٣). و يظهر من الأولين أنه فى الأصل اسم للفساد.

و يُطلق فى كلام الفقهاء على مالٍ يؤخذ بدلاً عن نقصٍ مضمونٍ فى مالٍ أو بدنٍ (٤)، لم يقدر له فى الشرع مقدرٌ.

و عن حواشى الشهيد قدس سرّه: أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معانٍ:

منها: ما نحن فيه.

و منها: نقص القيمة لجنايه الإنسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى.

ص: ٣٩١

١- ١) الصحاح ٣: ٩٩٥، مادّه «أرش».

٢- ٢) المصباح المنير: ١٢، مادّه «أرش».

٣- ٣) القاموس المحيط ٢: ٢٤١، مادّه «أرش».

٤- ٤) فى «ش» زياده: «و».

و منها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجنايه، كقطع يد العبد.

و منها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعى و الأرش، و هو ما تلف بجنايه الغاصب (1)، انتهى.

و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشارة إلى أنّ هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كلّ من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظته مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظته العلاقه بين كلّ منها و بين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، و لا حقيقةً و مجازاً، فهى كلّها منقولاتٌ عن المعنى اللغوى بعلاقه الإطلاق و التقييد. و ما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كلّى انتزاعى عن تلك المعانى، كما يظهر بالتأمل.

و كيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرش: أنّه لا يثبت إلّا مع ضمان النقص المذكور.

ثمّ إنّ ضمان النقص تابعٌ فى الكيفيه لضمان المنقوص، و هو الأصل.

فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما - و يسمّى ضمان اليد كان النقص مضموناً بما يخصّه من القيمة إذا وزّعت على الكلّ.

و إن كان مضموناً بعوض، بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضه و يسمّى ضمانه ضمان المعاوضه كان النقص مضموناً بما يخصّه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمه العيب؛ لأن الجزء تابع للكل فى الضمان؛ و لذا عرف جماعة الأرش فى عيب المثلن فيما نحن فيه: بأنّه جزءٌ من الثمن نسبته إليه

ص: ٣٩٢

كنسبه التفاوت بين الصحيح و المعيب إلى الصحيح (١)؛ وذلك لأنّ ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضه، بمعنى أنّ البائع ضامنٌ لتسليم المبيع تامّاً إلى المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضَمِنَهُ بمقدار ما يخصّه من الثمن لا بقيمته.

نعم، ظاهر كلام جماعه من القدماء (٢) كأكثر النصوص -يوهم إرادته قيمه العيب كلّها، إلّا أنّها محموله على الغالب من مساواه الثمن للقيمه السوقية للمبيع، بقرينه ما فيها: من أنّ البائع يردّ على المشتري، و ظاهره كون المردود شيئاً من الثمن، الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه. فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جاريهً بدينارين و كانت (٣) معيبتها تسوى مائه و صحيحها تسوى أزيد، فيلزم استحقاق مائه دينارٍ، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقرينه عدم صدق الردّ و الاسترجاع تعيّن كون هذا التعبير لأجل غلبه عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بُنى الأمر على ملاحظه الغلبه (٤) [فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفه.

ص: ٣٩٣

١ - ١) كما في القواعد ٢:٧٤، و الإرشاد ١:٣٧٦، و جامع المقاصد ٤:١٩٢، و فيه: «لأنّ المعروف أنّ الأرش جزءٌ من الثمن..»، و مجمع الفوائد ٨:٤٢٦.

٢ - ٢) مثل عليّ بن بابويه و المفيد كما في الدروس ٣:٢٨٧، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٦٣١ ٤:٦٣٣.

٣ - ٣) في «ش»: «كان»، و هو الأنسب.

٤ - ٤) لم يرد في «ق».

وقد توهم بعض من لا تحصيل له: أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب، ومنشأه ما يرى (١) في الغالب: من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمه المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت، وإلا فلو فرض أنه اشترى عبداً بجاريه تسوى معيها أضعاف قيمته، فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً.

و كيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراءى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاضٍ بخلافه.

نعم، يشكل الأمر في المقام من جهه أخرى، وهي: أن مقتضى ضمان وصف الصحه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار؛ لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، ويلزم من ذلك أيضاً تعيين أخذ الأرش من الثمن، مع أن ظاهر جماعه عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامه (٢).

و توضيحه: أن الأرش لتتميم المعيب حتى يصير (٣) مقابلاً للثمن، لا لنقص (٤) الثمن حتى يصير مقابلاً للمعيب؛ ولذا سُمي أرشاً كسائر الأروش المتداركه للنقائص، فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن

ص: ٣٩٤

١- ١) كذا في ظاهر «ق»، و في «ش»: «ما يتراءى».

٢- ٢) صرح به العلامة في التذكرة ١: ٥٢٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢٩٤.

٣- ٣) في «ق»: «يصلح»، و الظاهر أنه من سهو القلم.

٤- ٤) في «ش»: «لا لتنقيص».

الضمانين المذكورين؛ لأنَّ ضمان المعاوضه يقتضى انفساخ المعاوضه بالنسبه إلى الفأنت المضمون و مقابله؛ إذ لا معنى له غير ضمان الشئ و أجزاءه بعوضه المسمى و أجزاءه، و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشئ ب قيمته الواقعيه.

فلا- أوثق من أن يقال: إنَّ مقتضى المعاوضه عرفاً هو عدم مقابله وصف الصّحّه بشئٍ من الثمن، لأنّه أمرٌ معنويٌّ كسائر الأوصاف؛ و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرأ حصل الربا من جهه صدق الزيادة و عدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشئٍ من مقابله، إلّا أنّ الدليل من النصّ و الإجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف (1)، بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن مُنضافٍ (2) إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتّصافه بوصف الصّحّه، فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شئٌ من الثمن، لكن له مدخلٌ في وجود مقدارٍ من الثمن و عدمه، فإذا تعهّده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله، و للمشتري أيضاً إسقاط هذا الالتزام عنه.

نعم، يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن، كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر بأنّه جزءٌ من الثمن (3)، أو بمقداره، كما هو مختار العلّامة في صريح التذكرة (4) و ظاهر

ص: ٣٩٥

١- ١) في «ش» زياده: «و كونه في عهده البائع».

٢- ٢) في «ش»: «يُضاف».

٣- ٣) منهم العلّامة و المحقّق الثاني و غيرهما، و قد تقدّم عنهم في الصفحه ٣٩٣-٣٩٤.

٤- ٤) التذكرة ٥٢٨: ١، و فيه: «و الأقرب أنّه لا يتعيّن حقّ المشتري فيه بل للبائع إبداله».

غيرها و الشهيدين في كتبهما (1)؟ وجهان: تردّد بينهما في جامع المقاصد (2).

و أقواهما الثاني؛ لأصالة عدم تسلّط المشتري على شيءٍ من الثمن، و براءة ذمّه البائع من وجوب دفعه؛ لأنّ المتيقّن من مخالفه الأصل ضمان البائع لتدارك الفائت الذي التزم وجوده في المبيع بمقدارٍ وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة، لا في مقابلها، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد و عبد الملك:

إنّ (3) «له أرش العيب» (4)، و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزءٍ من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب ب: «ردّ التفاوت إلى المشتري» (5) الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أوّلاً، و هو بعض الثمن.

لكن التأمّل التامّ يقضى بأنّ هذا التعبير وقع بملاحظه أنّ الغالب

ص: ٣٩٦

١-١) راجع الدروس ٣:٢٨٧، و المسالك ٣:٢٩٩، و الروضه ٣:٤٧٤.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:١٩٤.

٣-٣) في «ش»: «إنّه».

٤-٤) راجع الوسائل ١٢:٤١٥، الباب ٤ من أبواب العيوب، الحديث ٧، و الصفحه ٤١٦، الباب ٥ من أبواب العيوب، الحديث ٣.

٥-٥) لم نعثر على العبارة بلفظها، نعم يدلّ على مفادها ما ورد في أبواب الخيار و أبواب أحكام العيوب، منها ما ورد في الوسائل

١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل، و فيه: «يرد عليه فضل قيمه»، و الصفحه ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب

الخيار، و الصفحه ٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العقود، و غيرهما.

وصول الثمن إلى البائع و كونه من النقدين، فالردّ باعتبار النوع، لا الشخص.

و من ذلك يظهر أنّ قوله عليه السلام في روايه ابن سنان: «و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» (1) محمولٌ على الغالب: من كون الثمن كلياً في ذمّه المشتري، فإذا اشتغلت ذمّه البائع بالأرّش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمّته عليه.

ثمّ على المختار من عدم تعيّن من عين الثمن، فالظاهر تعيّن من النقدين؛ لأنّهما الأصل في ضمان المضمونات، إلّا أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضه.

و استظهر المحقّق الثانی من عبارہ القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيّن منهما؛ حيث حكموا (2) في باب الصرف بأنّه لو وجد عيبٌ في أحد العوضين المتخالفين بعد التفريق جاز أخذ الأرّش من غير النقدين و لم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأنّ الحقوق الماليّه إنّما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحقّ الثابت باعتبار نقصانٍ في أحدهما؟ (3).

و يمكن رفع هذا الإشكال: بأنّ المضمون بالنقدين هي الأموال المتعيّنه المستقرّه، و الثابت هنا ليس مالاً في الذمّه، و إلّا بطل البيع فيما قابله من الصحيح؛ لعدم وصول عوضه قبل التفريق، و إنّما هو حقٌّ لو أعمله جاز له مطالبه المال، فإذا اختار الأرّش من غير النقدين

ص: ٣٩٧

١- (١) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل.

٢- (٢) في «ش»: «حكماً».

٣- (٣) جامع المقاصد ١٩٢: ٤١٩٤، و راجع القواعد ٢: ٣٩٩، و التحرير ١: ١٧٢، و الدروس ٣: ٣٠٤.

ابتداءً و رضى به الآخر فالمختار (١) نفس الأرش، لا- عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه؛ لعدم تعيينه عليه، كما أنّ لدى الخيار مطالبه النقدين فى غير هذا المقام و إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذٍ.

و بالجمله، فليس هنا شىء معيّن ثابت فى الذمه، إلّا أنّ دفع غير النقدين يتوقّف على رضا ذى الخيار و يكون نفس الأرش، بخلاف دفع النقدين، فإنّه إذا اختير غيرهما لم يتعيّن (٢) للأرشيّه.

ثمّ إنّّه قد تبين ممّا ذكرنا فى معنى الأرش: أنّه لا يكون إلّا مقداراً مساوياً لبعض الثمن، و لا يعقل أن يكون مستغرقاً له، لأنّ المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل و يبذل فى مقابله شىء من المال بطل بيعه، و إلّا فلا بدّ من أن يبقى له من الثمن قسطٌ.

نعم، ربما يتصوّر ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو فى زمان الخيار عيبٌ يستغرق للقيمه مع بقاء الشىء على صفه التملك (٣)، بناءً على أنّ مثل ذلك غير ملحق بالتلف فى انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب، و هو هنا مقدار تمام الثمن. لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكّل، بناءً على أنّ العيب إذا كان مضموناً على البائع بمقتضى قوله عليه السلام:

«إن حدث بالحيوان حدثٌ فهو من مال البائع حتّى ينقضى خياره» (٤)

ص: ٣٩٨

١- ١) فى «ش»: «فمختاره».

٢- ٢) كذا فى النسخ، لكن قال الشهيدى قدّس سرّه: «الصواب: فإنّه إذا اختير أحدهما يتعيّن للأرشيّه» هدايه الطالب: ٥٤٨.

٣- ٣) فى محتمل «ق»: «الملك».

٤- ٤) الوسائل ٣٥٢: ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ليس فيه: «حتّى ينقضى خياره».

كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع، والمفروض: أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان يبيعه باطلاً؛ لعدم كونه متمولاً يُبذل بإزائه شيء من المال، فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث (١) بعده مضموناً على البائع. إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع موجب (٢) الحكم بكون ذرّكه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا. مطلقاً حتى ينفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير المتمول إلى البائع. بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا. دليل على إلحاقه بالتلف، بل تبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري و إن لم يكن ملكاً له - كالخمر المتخذ للتخليل - و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرساً لا من باب انفساخ العقد.

هذا، إلا أن العلامة قدس سرّه في القواعد و التذكرة و التحرير (٣) و محكيّ النهايه (٤) يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا أنه لا يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى، و الأرش على رأى، و صح البيع إن كان موسراً، و إلا تخير المجنى عليه. و لو كان عمداً وقف على إجازته المجنى عليه، و يضمّن الأقلّ من الأرش و قيمه لا الثمن معها، و للمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع

ص: ٣٩٩

١- ١) في «ش» زياده: «مثل هذا».

٢- ٢) في «ش» بدل «موجب»: «بمعنى».

٣- ٣) ستأتى النصوص المنقوله عن هذه المصادر.

٤- ٤) نهايه الإحكام ٢: ٤٨٥، ٢: ٤٨٦.

بالثمن أو الأرش. فإن استوعبت الجنايه القيمه فالأرش ثمنه أيضاً، وإلما فقدر الأرش. و لا يرجع لو كان عالماً، و له أن يفديه كالمالك و لا- يرجع به عليه. و لو اقتص منه فلا- ردّ و له الأرش، و هو نسبه تفاوت ما بين كونه جانياً و غير جانٍ من الثمن (١)، انتهى.

و ذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب (٢). و قال في أوائل البيع من التذكرة في مسأله بيع العبد الجاني: و لو كان المولى معسراً لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبه ما لم يجر البيع أولاً، فإنّ البائع إنّما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه، و لا يحصل من ذمه المعسر، فيبقى حق المجنى عليه مقدماً على حق المشتري، و يتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن [معه (٣)] أو مع الاستيعاب، لأنّ أرش مثل هذا جميع ثمنه. و إن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه. و لو كان عالماً بتعلق الحقّ [به (٤)] فلا رجوع إلى أن قال: و إن أوجبت الجنايه قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الردّ و الأرش، فإن اقتص منه احتمل تعيين الأرش، و هو قسط قيمه ما بينه جانياً و غير جانٍ. و لا يبطل البيع من أصله (٥): لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم

ص: ٤٠٠

١-١ (١) القواعد ٢:٧٦.

٢-٢ (٢) التذكرة ١:٥٤٠.

٣-٣ (٣) أثبتناه من المصدر، و في «ش» بعد قوله: «بالثمن» زياده: «و به قال أحمد و بعض الشافعيه».

٤-٤ (٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥ (٥) في المصدر زياده: «و به قال أحمد و بعض الشافعيه».

يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتدّ. و قال أبو حنيفة و الشافعي:

يرجع بجميع [ثمنه (١)]؛ لأنّ تلفه لمعنى (٢) استحقّ عليه عند البائع، فجرى إتلافه (٣)، انتهى.

و قال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ: و لو كان السيد معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه من (٤) رقبه العبد، فيتخيّر المشتري مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن؛ و كذا إن كانت الجنايه مستوعبه، و إن لم يستوعب رجوع بالأرش (٥)، انتهى.

و قال فى أوائل البيع فى هذه المسأله: و لو كان السيد معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه عن رقبه العبد، و للمشتري الفسخ مع عدم العلم (٦)، فإن فسخ يرجع بالثمن، و إن لم يفسخ و استوعبت الجنايه قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضاً، و إن لم يستوعب رجوع بقدر الأرش. و لو علم المشتري بتعلق الحقّ برقبه العبد لم يرجع بشيء. و لو اختار المشتري أن يفديه جاز و رجوع به على البائع مع الإذن، و إلّا فلا (٧)، انتهى.

ص: ٤٠١

١- ١) فى المصدر: «الثلث»، و الكلمه ساقطه من «ق».

٢- ٢) كذا فى ظاهر «ق»، و فى المصدر: «بمعنى»، و فى «ش»: «الأمر».

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٦٥، ٤٦٦.

٤- ٤) فى «ش» و المصدر: «عن».

٥- ٥) و (٧) التحرير ١: ١٨٥ و ١٦٥.

٦- ٦) فى «ش» بدل «فيتخيّر المشتري إلى مع عدم العلم»: «و للمشتري الفسخ مع عدم علمه».

قوله: «وانتزعت» إِمَّا راجِعٌ إلى رقبه العبد، أو إلى القيمة إذا باعه المجنّى عليه و أخذ قيمته، وهذا القيد غير موجودٍ في باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة.

و كيف كان: فالعبد المتعلق برقبته حَقٌّ للمجنّى عليه يستوعب قيمته، إِمَّا أن يكون له قيمةٌ تبذل بإزائه، أو لا، و على الأول: فلا بدّ أن يبقى شىءٌ من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه. و على الثانى: فينبغى بطلان البيع.

و لو قيل: إنّ انتزاعه عن ملك المشتري لحقّ كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع منعه (1) فى نفسه- أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمداً.

و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسطٍ من الثمن فيه.

و بالجمله، فالمسألة محلّ تأمّلٍ، و الله العالم.

ص: ٤٠٢

(١-١) فى «ش»: «مع بُعده».

مسأله يُعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت.

و إذا لم تكن قيمه معلومه فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها.

و هو قد يخبر عن قيمه المتعارفه المعلومه المضبوطه عند أهل البلد أو أهل الخبره منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله فى الصفات المقصوده، كمن يخبر: بأنّ هذه الحنطه أو مثلها يباع فى السوق بكذا، و هذا داخلٌ فى الشهاده يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهاده على سائر المحسوسات:

من العداله، و الإخبار عن الحسّ، و التعدّد.

و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهه كثره ممارسته أشباه هذا الشىء و إن لم يتفق أطلّاعه على مقدار رغبه الناس فى أمثاله، و هذا يحتاج إلى الصفات السابقه و زياده المعرفه و الخبره بهذا الجنس، و يقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبره.

و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصياتٍ فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحه، كالصائغ العارف بأصناف الذهب و الفضة من حيث الجوده و الرداءه، مع كون

قيمه الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معروفه بينهم،فقوله:«هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا،و هذا فى الحقيقه لا يدخل فى المقوم،و كذا القسم الأول،فمرادهم بالمقوم هو الثانى.

لكن الأظهر عدم التفرقه بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد:

إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد.

و إما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل-لأصالة براءة ذمه البائع- تضييع حق المشتري فى أكثر المقامات.

و إما لعموم ما دل على قبول قول العادل،خرج منه ما كان من قبيل الشهاده كالقسم الأول،دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى؛ لكونه ناشئاً عن حدس و اجتهاد و تتبع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا و كذا و إن لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

ثم لو تعدر معرفه قيمه لفقد أهل خبره أو توقّفهم فى كفايه الظن أو الأخذ بالأقل و جهان. و يحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر؛لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلّا به.

فيحتمل:

تقديم بينه الأقل؛ للأصل.

و بينه الأكثر؛ لأنها مثبتة.

و القرعة؛ لأنها لكل أمرٍ مشتبه.

و الرجوع إلى الصلح؛ لتثبت كل من المتبايعين بحججه شرعيه ظاهريه، و المورد غير قابل للحلف؛ لجهل كل منهما بالواقع.

و تخيير الحاكم؛ لامتناع الجمع و فقد المرجح.

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم (١): من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان؛ لأن كلا منهما حججه شرعيه (٢)، فإذا تعذر العمل به (٣) في

ص: ٤٠٥

١- ١) منهم المفيد في المقنعه: ٥٩٧، و المحقق في الشرائع ٢: ٣٨، و العلامة في القواعد ٢: ٧٥ و غيره من كتبه، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٢-٦٣٣.

٢- ٢) في «ش» زياده: «يلزم العمل به».

٣- ٣) في «ق»: «بها».

تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشره فقد قوم كلاً من نصفه بخمسه، وإذا قومه الآخر (١) بثمانيه فقد قوم كلاً من نصفه بأربعه، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع. و قولهما (٢) وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكل، فيلزم مما ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إلما أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدله العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما رأساً، وهذا معنى قولهم: «إن الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما - ولو من وجه - أولى من طرح أحدهما رأساً»؛ ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار في يد رجلين يدعيها كل منهما (٣).

بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعده من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى؛ لأن الأخذ بأحدهما كلياً و طرح (٤) الآخر كذلك في التكليف الشرعي الإلهي لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه؛ لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإن في التبعض جمعاً بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو في الجملة؛ ولعل هذا هو السر في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه (٥).

ص: ٤٠٦

١- ١) في «ق»: «الأخرى».

٢- ٢) في «ش»: «قولاهما».

٣- ٣) تمهيد القواعد: ٢٨٤.

٤- ٤) في «ش»: «ترك».

٥- ٥) في «ش» و مصححه «ف» بدل «موارد الفقه»: «الموارد».

وقد يُستشكل ما ذكرنا: تارةً بعدم التعارض بينهما عند التحقيق؛ لأنَّ مرجع بینه النفي إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة، فيبینه الإثبات المدّعيه للزيادة سليمة.

و أخرى بأنَّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّتين بمرجّح، و أصاله البراءه هنا مرجّحه للبيّنه الحاكمه بالأقلّ.

و ثالثه بأنَّ في الجمع مخالفه قطعيه و إن كان فيه موافقه قطعيه، لكنّ التخيير الذي لا يكون فيه إلّا مخالفه احتماليه أولى منه.

و يندفع الأول بأنَّ المفروض أنّ بيّنه النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، و أنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفّه.

و يندفع الثاني بما قرّرناه في الأصول (1): من أنّ الأصول الظاهريه لا تصير مرجّحه للأدله الاجتهاديّه، بل تصلح مرجعا في المسأله لو تساقط الدليلان من جهه ارتفاع ما هو مناط الدلاله فيهما لأجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل: أنّ بيّنه الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل، و معارضتها بالأخرى النافيه لها لا يوجب سقوطها بالمرّه لفقد المرجّح، فيجمع بين النفي و الإثبات في النصفين.

و يندفع الثالث بأنَّ ترجيح الموافقه الاحتماليه الغير المشتمله على المخالفه القطعيه على الموافقه القطعيه المشتمله عليها إنّما هو في مقام الإطاعه و المعصيه الراجعتين إلى الانقياد و التجري؛ حيث إنّ ترك

ص: ٤٠٧

(١-١) راجع فرائد الأصول ١٥١:٤-١٥٢.

التجرى أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإنّ مراعاة الجميع (١) أولى من إهمال أحدهما رأساً و إن اشتمل على إعمال الآخر؛ إذ ليس الحقّ فيهما لواحدٍ (٢) كما فى حقوق الله سبحانه.

ثمّ إنّ قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه؛ لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما؛ إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما سببان مؤثران بحكم الشارع فى حقوق الناس، فيجب مراعاتها و إعمال أسبابها بقدر الإمكان، إذ لا ينفع توفيه حقّ واحدٍ مع إهمال حقّ الآخر رأساً (٣).

ثم إنّ المعروف فى الجمع بين البيّنات الجمع بينها (٤) فى قيمتى الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما و من الثلاث ثلثها (٥) و من الأربع ربعها (٦) و هكذا فى المعيب، ثم تلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبه. فإذا كان إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى ستّه، و إحدى قيمتى المعيب أربعه (٧)

ص: ٤٠٨

١-١ فى محتمل «ق»: «الجمع».

٢-٢ فى «ش» زياده: «معين».

٣-٣ فى «ش» زياده: «على النهج الذى ذكرنا من التنصيف فى المبيع».

٤-٤ كذا فى ظاهر «ق»، و فى «ش»: «بينهما».

٥-٥ فى «ش»: «ثلثهما».

٦-٦ فى «ش»: «ربعهما».

٧-٧ فى «ق»: «ستّه»، و هو سهو.

و الأخرى اثنين، أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة، و التفاوت بالثلثين، فيكون الأرش ثلثي الثمن (١).

و يحتمل الجمع بطريق آخر، و هو: أن يرجع إلى البيئه في مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظه القيم. و هذا منسوبٌ إلى الشهيد قدس سرّه على ما فى الروضه (٢).

و حاصله قد يتّحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور، فإنّ التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كلٍّ من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا فى الطريق الأوّل.

و قد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتى [الصحيح (٣)] اثنى عشر و الأخرى ثمانيه، و قيمه المعيب على الأوّل عشره و على الثانى خمسّه.

فعلى الأوّل: يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح أعنى العشره، و نصف قيمتى المعيب و هو سبعة و نصف، فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن، أعنى ثلاثه من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر. و على الثانى:

يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البيئتين بالسدس و على

ص: ٤٠٩

١- ١) فى «ش» زياده ما يلى: «و يمكن أيضاً على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين، بأن تعمل فى نصفه بقول المثبت للزياده، و فى نصفه الآخر بقول النافى، فإذا قومه إحداهما باثنى عشر و الآخر بثمانيه أخذ فى نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى، جمعاً بين حقى البائع و المشتري، لكنّ الأظهر هو الجمع على النهج الأوّل».

٢- ٢) الروضه البهيّه ٣: ٤٧٨.

٣- ٣) لم يرد فى «ق».

الأخرى ثلاثة أثمان، ويُنصف المجموع - أعنى ستة و نصف (١) من اثني عشر جزءاً - و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع، و قد كان في الأول ثلاثة.

و قد ينقص عن الأول، كما إذا اتفقا على أن قيمة المعيب ستة، و قال إحداهما: قيمة الصحيح ثمانية، و قال الأخرى: عشرة. فعلى الأول: يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعه، و نسبته إلى الستة بالثلث.

و على الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف (٢) الربع و نصف الخمسين، فيكون ثُمناً و حُمساً، و هو ناقصٌ عن الثلث بنصف خمس.

توضيح هذا المقام: أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب، و إما أن يكون في المعيب فقط، و إما أن يكون فيهما.

فإن كان في الصحيح فقط - كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً؛ لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبه المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح المجعول قيمةً منتزعةً، و على الطريق الآخر نسبه المعيب إلى كلٍّ من القيمتين المستلزمه لملاحظه أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل، و المفروض في هذه الصورة أن نسبه المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقه المشهور مخالفةٌ لنسبه نصفه إلى كلٍّ من

ص: ٤١٠

١-١) كذا في «ق»، و المناسب: «نصفاً» كما في «ش».

٢-٢) من هنا إلى قوله: «و توهم أن حكم شراء شىء..» فى الصفحة ٤١٤ مفقود من نسخه الأصل «ق».

النصفين؛ لأنَّ نسبة الكلِّ إلى الكلِّ تساوى نسبه نصفه إلى كلِّ من نصفى ذلك الكلِّ، وهو الأربعة و النصف فى المثال، لا إلى كلِّ من النصفين (١) المركَّب منهما ذلك الكلِّ كالأربعة و الخمسه، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضى (٢) المنسوب إليه كالأربعة نسبه مغايرهٌ لنسبته إلى البعض الآخر، أعنى الخمسه، و هكذا غيره من الأمثله.

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً؛ لأنَّ نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب-على ما هو طريق المشهور-مساويهٌ لنسبه نصفه إلى نصف إحداهما و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتَّفقا (٣) على كون الصحيح اثنى عشر و قالت إحداهما: المعيب ثمانيه، و قالت الأخرى: ستّه، فإنَّ تفاوت السبعه و الاثنى عشر-الذى هو طريق المشهور مساوٍ لنصف مجموع تفاوتى الثمانيه مع الاثنى عشر و الستّه مع الاثنى عشر؛ لأنَّ نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع، و هذا بعينه تفاوت السبعه و الاثنى عشر.

و إن اختلفا فى الصحيح و المعيب، فإنَّ اتَّحدت النسبه بين الصحيح و المعيب على كلتا البيئتين (٤) فيتَّحد الطريقتان دائماً، كما إذا قومه إحداهما صحيحاً باثنى عشر و معيباً بستّه، و قومه الأخرى صحيحاً بستّه و معيباً

ص: ٤١١

١-١) فى «ف» بدل «النصفين»: «البعضين».

٢-٢) فى «ش»: «بعض».

٣-٣) كذا، و المناسب: «اتَّفقتا»، لرجوع الضمير إلى البيئتين.

٤-٤) فى نسخه بدل «ن»: «النسبتين».

بثلاثه، فإن نصف الصحيحين أعنى التسعه تفاوتته مع نصف مجموع المعيين - وهو الأربعة و نصف عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلاثه.

و الحاصل: أن كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين.

و إن اختلفت النسبه، فقد يختلف الطريقان و قد يتحدان، و قد تقدم مثالهما فى أول المسأله (١).

ثم إن الأظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقاً للمحكى عن إيضاح النافع، حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد (٢)، و لم يذكر وجهه. و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجىء (٣).

و وجه تعين هذا الطريق: أن أخذ القيمه من القيمتين على طريق المشهور أو النسبه المتوسّطه من النسبتين على الطريق الثانى، إمّا للجمع بين البيئتين بإعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا، و إمّا لأجل أن ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقيين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا و إثباتًا على النهج الذى ذكرناه أخيراً فى الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعى و لم تكن هنا بينه تشهد لأحدهما

ص: ٤١٢

١-١) تقدم فى الصفحه ٤٠٩.

٢-٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٣٣.

٣-٣) يجىء فى الصفحه ٤١٦.

بالاختصاص، بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللازم وإن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب- كما فعله المشهور- بأن يُجمع الاثنا عشر و الثمانيه المفروضتان (1) قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم، و يؤخذ نصف أحدهما (2) قيمه نصف المبيع صحيحاً، و نصف الأخرى قيمه للنصف الآخر منه، و لازم ذلك كون تمامه بعشره، و يجمع قيمتا المعيب- أعنى العشره و الخمسه- و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما، و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعه و نصف (3)، إلّا أنه لا ينبغى ملاحظه نسبه المجموع من نصفى إحدى القيمتين- أعنى العشره إلى المجموع من نصف (4) الأخرى- أعنى سبعة و نصفاً- كما نسب إلى المشهور؛ لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمه تغاير قيمه النصف الآخر و جب ملاحظه التفاوت بالنسبه إلى كل من النصفين صحيحاً و معيماً و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه.

فالعشره ليست قيمه لمجموع الصحيح إلّا باعتبار أنّ نصفه مقوم، بستّه و نصفه الآخر بأربعه، و كذا السبعه و نصف (5) ليست قيمه لمجموع المعيب إلّا باعتبار أنّ نصفه مقوم بخمسه و نصفه الآخر باثنين و نصف،

ص: 413

1-1) فى «ف»: «المفروضتين».

2-2) فى «ش»: «إحدىهما».

3-3) فى «ف» بدل «المبيع بسبعه و نصف»: «المعيب بخمسه عشر».

4-4) فى «ف»: «نصفى».

5-5) فى «ش»: «و النصف».

فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و نصف (١)، بل لا بدّ من أخذ تفاوت ما بين الأربعة و الاثنين و نصف لنصفٍ منه، و تفاوت ما بين الستّة و الخمسه للنصف الآخر.

و توهم: أنّ حكم شراء شيءٍ تغيّر قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن [الواحد (٢)] مالين معيين مختلفين في القيمة صحيحاً و معيباً، بأن اشترى عبداً و جاريه [بائني عشر (٣)] فظهرها معيين، و العبد يسوى أربعة صحيحاً و اثنين و نصف (٤) معيباً، و الجاربه يسوى ستّة صحيحه و خمسّه معيبه، فإنّه لا شكّ في أنّ اللازم في هذه الصوره ملاحظه مجموع قيمتي الصفقه صحيحه و معيبه - أعني العشره و السبعه و نصف (٥) - و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن، و هو ثلاثه إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه.

مدفوع: بأن الثمن في المثال لَمّا كان موزعاً على العبد و الجاربه بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشاً فقد أخذ للعبد ثلاثه أثمان قيمته و للجاربه سدسه (٦) كما هو الطريق المختار؛ لأنّه أخذ من مقابل الجاربه أعني سبعة و خمساً سدسه و هو واحدٌ و خمس، و من مقابل العبد أعني أربعة و أربعه أحماس ثلاثه أثمانٍ و هو واحدٌ و أربعه

ص: ٤١٤

١-١) في «ش»: «و النصف».

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) كذا في «ق»، و المناسب: «نصفاً»، كما في «ش».

٥-٥) في «ش»: «النصف».

٦-٦) كذا في «ق»، و المناسب: «سدسها»، كما في «ش».

أخماسٍ،فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبقٌ على السدس و ثلاثة أثمان.

بخلاف ما نحن فيه؛فإنّ المبدول في مقابل كلِّ من النصفين المختلفين بالقيمه أمرٌ واحد،و هو نصف الثمن.

فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كلِّ من الجاربه و العبد في المثال المفروض بثمانٍ مساوٍ للآخر،بأن اشترى كلاً منهما بنصف الاثنى عشر في عقدٍ واحدٍ أو عقدين،فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر،بل المتعين حينئذٍ أن يؤخذ من ستّة الجاربه سدس،و من ستّة العبد اثنان و ربع،فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعاً (١)،و هو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني.

و قد ظهر ممّا ذكرنا:أنّه لا فرق بين شهاده البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبه بين الصحيح و المعيب و إن لم يذكروا القيم.

هذا كلّه إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمه الوسطى إلى (٢)العمل بكلِّ من البيّتين في جزءٍ من المبيع.

أمّا (٣)إذا كان المستند مجرّد الجمع بين الحقّين (٤)،بأن تنزل القيمه الزائده و ترفع (٥)الناقصه على حدِّ سواء،فالمتعين الطريق الثاني [أيضاً (٦)]،

ص: ٤١٥

١- ١) في «ق» بدل «ربعاً»: «أربعه»،و هو سهو ظاهراً.

٢- ٢) لم ترد «إلى» في «ش».

٣- ٣) في «ش»: «و أمّا».

٤- ٤) في «ش» زياده: «على ما ذكرناه أخيراً».

٥- ٥) في «ش»: «يرتفع».

٦- ٦) لم يرد في «ق».

سواءً شهدت البيئتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبه بين الصحيح و المعيب.

أما إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلأنه إذا شهدت إحداهما بأنّ التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثني عشر، و شهدت الأخرى بأنّه بثلاثة أثمان و هو الثلاثة من ثمانية، زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان صار (1) كل واحد (2) سدساً و نصف سدس و ثمنه، و هو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقاً.

و إن شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقيين في هذا المقام (3) تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ (4) قيمه نسبه إلى المعيب دون نسبه القيمه الزائده و فوق نسبه الناقصه، فيؤخذ من الاثنى عشر و العشر (5) و من الثمانية و الخمسه قيمتان للصحيح و المعيب نسبه إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس.

و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني، بأن يريدوا

ص: ٤١٦

١-١ (١) في «ش»: «و صار».

٢-٢ (٢) في «ش»: «زيادة»: «من التفاوتين بعد التعديل».

٣-٣ (٣) العبارة في «ش»: «هكذا»: «بين حقي البائع و المشتري في مقام إعطاء الأرش و أخذه تعديل».

٤-٤ (٤) في «ق»: «أخذ».

٥-٥ (٥) في «ش»: «العشره».

من «أوسط القيم المتعدده للصحيح و المعيب» القيمة المتوسّطه بين القيم لكلّ منهما من حيث نسبتها إلى قيمه الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح و المعيب [قيمة (1)] متوسّطه من حيث نسبه إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح و الفاسد. و ليس في كلام الأكثر أنّه تجمع قيم الصحيح و تنتزع منها قيمة—و كذلك قيم المعيب—ثمّ تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى.

قال في المقنعه: فإن اختلف أهل الخبره عمل على أوسط القيم (2) و نحوه في النهايه (3). و في الشرائع عمل على الأوسط (4).

و بالجمله، فكلّ من عبّر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبه لا من حيث العدد (5).

ص: 417

1-1) لم يرد في «ق».

2-2) المقنعه: 597.

3-3) النهايه: 393.

4-4) الشرائع 2:38.

5-5) في «ش» زياده ما يلي: «هذا، مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا: من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمه نصف المبيع. نعم، لو لم يكن بينه أصلاً لكن علمنا من الخارج أن قيمه الصحيح إما هذا و إما ذاك و كذلك قيمه المعيب و لم نقل حينئذ بالقرعه أو الأصل، فاللازم الاستناد في التصنيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه، و قد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت؛ لأنّه الحقّ، دون خصوص القيمتين المحتملتين. و الله العالم».