



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلماء



رسالة
عليكم يا صابرين

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

فقه الصادق

عنه

فقه الإمام الصادق عليه السلام

السيد محمد صادق الحسيني البروجردي

١٧

مكتبة آية الله العظمى
المرجع العام للدراسات والبحوث
العلمية والفكرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه الصادق عليه السلام

كاتب:

محمد صادق روحاني

نشرت في الطباعة:

دارالكتاب

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، المجلد ١٧
١٦	اشارة
١٦	المقدمه
١٧	[اتتمه كتاب المتاجر]
١٧	اشارة
١٧	الفصل الرابع فى الخيار
١٧	اشارة
١٧	فى معنى الخيار
١٨	الاصل فى البيع للزوم
١٨	اشارة
١٩	القاعدة المستفاده من العمومات
٢٤	الاستدلال للزوم بالاستصحاب
٢٦	اقسام الخيار
٢٦	اشارة
٢٦	خيار المجلس
٢٦	اشارة
٢٨	[ثبوت الخيار للاصيلين]
٢٨	اشارة
٢٨	[فى ثبوت الخيار للوكيل]
٣٠	ثبوت الخيار للموكل
٣٠	اشارة
٣٠	[فى اصل ثبوت الخيار للموكل]

- ٣١ [فى الامور المتفرعة على ثبوته له]
- ٣١ اشارة
- ٣٢ توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد
- ٣٣ تقدم الفسخ على الاجازة
- ٣٤ بيان حقيقة تفرق الموكلين
- ٣٥ تفويض الامر الى الوكيل
- ٣٦ ثبوت الخيار للفضولى
- ٣٧ اذا كان العاقد واحدا
- ٣٨ استثناء من يعتق على احد المتبايعين
- ٣٨ اشارة
- ٤٠ المسلم المشتري من الكافر
- ٤١ شراء العبد نفسه
- ٤٢ اختصاص خيار المجلس بالبيع
- ٤٣ مبدأ خيار المجلس
- ٤٤ [موارد سقوط الخيار]
- ٤٤ سقوط الخيار باشتراط سقوطه
- ٤٤ اشارة
- ٤٨ اشتراط عدم الفسخ
- ٥٠ الشرط غير المذكور فى متن العقد
- ٥١ المنذور عتقه
- ٥٢ الاسقاط بعد العقد
- ٥٢ اشارة
- ٥٤ لو قال احدهما لصاحبه اختر
- ٥٥ من المسقطات افتراق المتبايعين

- ٥٦ اشارة
- ٥٧ الافتراق عن اكراه
- ٥٩ لو اكراه احدهما على التفرق
- ٦١ لو زال الاكراه
- ٦٢ مسقطية التصرف
- ٦٣ خيار الحيوان
- ٦٣ اشارة
- ٦٣ هل يثبت الخيار فى بيع كل حيوان
- ٦٤ اختصاص الخيار بالمشتري
- ٧٠ مدة الخيار ثلاثة ايام
- ٧٠ ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا
- ٧٠ اشارة
- ٧٤ دخول الليلتين المتوسطتين فى ثلاثة الخيار
- ٧٤ التصرف مسقط للخيار
- ٧٨ حكم تلف المبيع فى زمان الخيار
- ٧٨ اشارة
- ٧٩ يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط
- ٧٩ اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصى
- ٨٠ [هل تختص القاعدة بالمبيع او الثمن الشخصى، ام تعم الكلى منهما]
- ٨٠ المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة
- ٨١ [لو كان التالف هو الجزء]
- ٨٢ حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار
- ٨٣ خيار الشرط
- ٨٣ اشارة

- ٨٤ لو جعل الخيار و لم يعين المدة
- ٨٦ مبدأ خيار الشرط
- ٨٧ جعل الخيار للأجنبي
- ٩٠ جواز اشتراط الاستثمار
- ٩١ بيع الخيار
- ٩٢ الانحاء التي يقع الشرط عليها
- ٩٣ الثمن المشروط رده لفسخ البيع
- ٩٥ الفسخ بالرد
- ٩٦ مسقطات خيار الشرط
- ٩٦ اشارة
- ٩٦ [خروج المدة و عدم الاتيان بالثمن كاملاً]
- ٩٧ التصرف في الثمن المعين مسقط
- ٩٩ [حكم التلف]
- ٩٩ اشارة
- ٩٩ [حكم تلف المبيع]
- ١٠٠ حكم تلف الثمن
- ١٠١ رد الثمن الى الوكيل او الولي
- ١٠٣ حكم الفسخ برد بعض الثمن
- ١٠٣ جريان خيار الشرط في العقود الجائزة
- ١٠٤ جريان الخيار في الاقاعات
- ١٠٦ جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة
- ١٠٩ خيار الغبن
- ١١٠ اشارة
- ١١٥ اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

- ١١٦ اشارة
- ١١٧ الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد
- ١١٧ لا عبرة بعلم مجرى الصيغة
- ١١٨ ما يثبت به الجهل
- ١١٩ لو اختلفا فى القيمة
- ١٢٠ اشتراط كون التفاوت فاحشا
- ١٢١ تصوير الغبن من الطرفين
- ١٢١ ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار
- ١٢٢ اسقاط خيار الغبن بعد العقد
- ١٢٤ اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن
- ١٢٥ اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد
- ١٢٦ تصرف المغبون بعد العلم بالغبن
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٦ فى التصرف غير المخرج عن الملك
- ١٢٧ التصرف المخرج عن الملك
- ١٢٨ فروع
- ١٣٠ فى تصرف الغابن
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٠ [تصرف الغابن المخرج عن الملك]
- ١٣٢ تصرف الغابن الموجب للنقيصة
- ١٣٣ تصرف الغابن الموجب للزيادة
- ١٣٥ التغير بالامتزاج
- ١٣٦ حكم الامتزاج بالجنس
- ١٣٧ حكم تلف العوضين

- ١٣٩ ثبوت خيار الغبن
- ١٤٠ كون هذا الخيار على الفور او التراخى
- ١٤٠ استصحاب الخيار
- ١٤١ التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك
- ١٤٣ اصالة فساد فسخ المغبون
- ١٤٣ المراد من الفورية
- ١٤٤ خيار التأخير
- ١٤٤ اشارة
- ١٤٦ شرائط خيار التأخير
- ١٤٦ اعتبار عدم قبض المبيع
- ١٤٨ اعتبار عدم قبض مجموع الثمن
- ١٥٠ الشرط الثالث و الرابع
- ١٥٢ ما قيل باعتباره فى خيار التأخير
- ١٥٥ سقوط خيار التأخير بالإسقاط
- ١٥٦ بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة
- ١٥٧ اخذ الثمن من المشتري
- ١٥٨ فورية خيار التأخير و عدمها
- ١٥٨ فى ان تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع
- ١٦٠ شراء ما يفسد من يومه
- ١٦٢ خيار الرؤية
- ١٦٢ اشارة
- ١٦٤ [هل يثبت هذا الخيار للبائع]
- ١٦٥ مورد خيار الرؤية
- ١٦٥ فى الاشكالات التى اوردت فى المقام

- ١٦٦ الخيار بين الرد و الامساک مجاناً
- ١٦٨ خيار الرؤیة فوری
- ١٦٨ مسقطات خيار الرؤیة
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٨ احدها: ترك المبادرة الى الفسخ
- ١٦٨ ثانيها: اسقاطه بعد الرؤیة
- ١٦٨ ثالثها: التصرف بعد الرؤیة
- ١٦٩ رابعها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد
- ١٧٠ حكم بذل التفاوت و ابدال العين
- ١٧٣ ثبوت خيار الرؤیة في كل عقد
- ١٧٣ اختلاف المتبايعين
- ١٧٤ حكم نسج بعض الثوب
- ١٧٥ السابع خيار العيب
- ١٧٦ انتقال حق الخيار الى الوارث
- ١٧٦ اشارة
- ١٧٧ ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال
- ١٨٠ كيفية استحقاق الورثة للخيار
- ١٨٣ لو اجتمع الورثة على الفسخ
- ١٨٤ لو جعل الخيار لأجنبي
- ١٨٥ كل مبيع تلف قبضه
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٨ انتقال الضمان بالاتلاف
- ١٨٩ تلف الثمن كتلف المثل
- ١٩٠ تلف بعض المبيع قبل قبضه

١٩٢	الفصل الخامس فى العيوب
١٩٢	اشارة
١٩٢	فى بيان ماهية العيب
١٩٤	اطلاق العقد يقتضى الصحة
١٩٥	التبرؤ من العيوب
١٩٥	اشارة
١٩٧	التخير بين الرد واخذ الارش
١٩٨	ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له
١٩٩	مسقطات الرد
٢٠٠	اشارة
٢٠٠	التصريح بالتزام العقد و اسقاطه و اختيار الارش
٢٠٠	التصرف مسقط
٢٠٢	تلف العين مسقط لهذا الخيار
٢٠٢	حدوث عيب عند المشتري
٢٠٢	اشارة
٢٠٣	فيما اذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض
٢٠٤	حدوث العيب بعد القبض
٢٠٤	العيب الحادث بعد القبض و الخيار
٢٠٦	فيما يسقط الرد و الارش
٢٠٦	اشارة
٢٠٦	ما لو علم بالعيب ثم اشتراه
٢٠٨	التبرى عن العيوب
٢٠٩	زوال العيب قبل العلم به
٢١٠	التصرف بعد العلم بالعيب

- ٢١١ التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالمعيب
- ٢١٢ حدوث العيب فى المعيب المذكور
- ٢١٢ لو ثبت احد مانعى الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه
- ٢١٣ تاخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ٢١٤ تبعض الصفقة لا يمنع من الرد
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٦ حكم ما اذا كان المشتري متعددا
- ٢١٧ مسقطات الارش خاصة
- ٢١٨ التصرية تدليس
- ٢١٩ وجوب الاعلام بالمعيب
- ٢٢٠ اختلاف المتبايعين
- ٢٢٠ اشارة
- ٢٢٠ لو اختلفا فى البراءة
- ٢٢١ لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع او تاخره عنه
- ٢٢٢ لو اختلفا فى تعيب المبيع
- ٢٢٣ لو اختلفا فى كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال
- ٢٢٣ اختلاف الموكل و المشتري
- ٢٢٥ اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع
- ٢٢٦ الاختلاف فى المسقط
- ٢٢٦ لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري او بعده
- ٢٢٦ اختلاف المتبايعين فى الفسخ
- ٢٢٧ لو اختلفا فى تاخر الفسخ عن اول الوقت
- ٢٢٨ بعض افراد العيب
- ٢٢٩ خاتمة فى القول فى الارش

- ٢٢٩ اشارة
- ٢٢٩ [ضمانه خارج عن ضمان اليد و المعاوضة]
- ٢٣٠ الملحوظ هو التفاوت بالنسبة
- ٢٣٢ هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه
- ٢٣٣ يعتبر كون الارش من النقدين
- ٢٣٤ الارش المستوعب لتمام القيمة
- ٢٣٥ التقويم
- ٢٣٦ تعارض المقومين
- ٢٣٨ طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين
- ٢٤٠ الفصل السادس: فى النقد و النسيئة و المرابحة
- ٢٤٠ اشارة
- ٢٤٠ اطلاق العقد يقتضى النقد
- ٢٤٢ اشتراط تاجيل الثمن
- ٢٤٣ البيع بثمانين حالا و مؤجلا
- ٢٤٥ بيع العين الشخصية من باعها
- ٢٤٩ القبول و الاسقاط قبل حلول الأجل
- ٢٥٠ لو دفع الثمن عند حلول الأجل
- ٢٥٥ الفصل السابع: فيما يدخل فى المبيع
- ٢٥٦ الفصل الثامن: فى التسليم
- ٢٥٦ اشارة
- ٢٥٧ [ماهىة القبض الذى يراد من التسليم]
- ٢٥٩ القول فى وجوب القبض
- ٢٥٩ اشارة
- ٢٦٠ الفروع المتفرعة على وجوب التسليم

- ٢٦٢ لزوم التفريغ
- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٣ حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع
- ٢٦٤ لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء
- ٢٦٤ لو امتنع البائع عن التسليم
- ٢٦٥ حكم بيع ما لم يقبض
- ٢٦٥ اشارة
- ٢٦٧ الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع
- ٢٦٨ هل يختص الحكم بالبيع، ام يعم مطلق الاستبدال
- ٢٦٨ اقرار البيع على ما لم يقبض
- ٢٧٠ مطالبة الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته
- ٢٧٢ انتقال الضمان الى القابض
- ٢٧٢ اشارة
- ٢٧٥ انتقال الضمان بالاتلاف
- ٢٧٦ تلف الثمن كتلف المثل
- ٢٧٧ تلف بعض المبيع قبل قبضه
- ٢٧٨ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، المجلد ١٧

اشارة

سرشناسه : روحاني، سيد محمد صادق، ١٣٠٣ -

عنوان و نام پديد آور : فقه الصادق / تاليف محمد صادق الحسيني الروحاني.

مشخصات نشر : قم: دار الكتاب، ١٤٠٣ -

مشخصات ظاهري : ج.

شابك : ٢٠٠٠ ريال (ج.٢، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٣، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٤، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٥، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.٦، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٧، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٨، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٩، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.١٠، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١١، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١٢، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١٣، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.١٤، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١٥، چاپ سوم) ؛

يادداشت : عربي.

يادداشت : فهرستنويسی بر اساس جلد شانزدهم، ١٤١٣ق = ١٣٧١.

يادداشت : اين كتاب شرحی بر تبصره المتعلمين في احكام الدين علامه حلي است.

يادداشت : ج. ١ - ١٠ و ١٥ (چاپ سوم: ١٤١٢ق = ١٣٧٠).

يادداشت : ج. ١١، ١٤ (چاپ سوم: ١٤١٣ق = ١٣٧١).

يادداشت : ج. ١٩ (چاپ سوم: ١٤١٤ق = ١٣٧٢).

يادداشت : کتابنامه.

عنوان ديگر : تبصره المتعلمين في احكام الدين.

موضوع : علامه حلي، حسن بن يوسف، ٧٢٦ - ٦٤٨ق. تبصره المتعلمين في احكام الدين -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفري -- قرن ٧ق.

شناسه افزوده : علامه حلي، حسن بن يوسف، ٧٢٦ - ٦٤٨ق. تبصره المتعلمين في احكام الدين. شرح

رده بندي كنگره : BP182/3ع/١٨٢٤ ٢٠٢١٤ ١٣٠٠ي

رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي : م ٧٣-٢٤

المقدمه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما اولانا من التفقه في الدين و الهداية الى الحق، و افضل صلواته على رسوله، صاحب الشريعة الخالدة و على آله

العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه. و بعد:

فهذا هو الجزء السابع عشر من كتابنا «فقه الصادق» و قد وفقنا لطبعه، و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولى التوفيق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩

[تتمة كتاب المتاجر]

إشارة

الفصل الرابع: فى الخيار

معنى الخيار اصطلاحا

الفصل الرابع فى الخيار

إشارة

. وقبل بيان اقسامه و احكامه لا بد من تقديم مقدمتين:

احدهما:

فى معنى الخيار

. الخيار على ما فى كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير، و هو مرادف للاختيار.

و أما فى الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين: أحدهما: ما عن موضع من الايضاح و جماعة من المتأخرين و اختاره الشيخ ره، و هو: ملك فسخ العقد.

ثانيهما: ما عرّفه المحققون من القدماء، و هو: ملك اقرار العقد و ازالته.

و قبل بيان ما هو الحق عندنا ينبغى تقديم مقدّمه.

و هى: ان الجواز و اللزوم الثابتين فى العقود على قسمين: الأول: ما لا يقبل الاسقاط و الانتقال الى الغير- كلزوم النكاح، و لذا لا يصح جعل خيار الفسخ فيه و لا يقبل الاقالة- و جواز الهبة- فانه غير قابل للاسقاط و الانتقال- و عنهما باللزوم و الجواز الحكميين.

الثانى: ما يقبل ذلك كلزوم البيع و جوازه، و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحقيين، و عن هذا الجواز يعبر بالخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٧، ص: ١٠

[...]

اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه يرد على التعريف الأول: ان الملك المستعمل فى المقام لا يراد به الملكية المصطلحة المضافة الى الاعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوى، و هو السلطنة، و هو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثانى من الجواز يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

و ما افاده الشيخ ره بان التعبير بالملك للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام، فيخرج ما كان من قبيل الاجازة ... الخ، ان اراد به الملكية المصطلحة من جهة ان الحق مرتبه ضعيفة من الملك، فيرد عليه: ما ذكرناه فى اوائل الجزء الخامس عشر عند بيان حقيقة الحق، و ان اراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء- و هو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء و عزل نفسه عن السلطنة عزلا ابتدائيا- فيرد عليه: انه لا يعتبر فى الملك إلّا دخول المملوك تحت السلطان لا دخول السلطنة ايضا تحت السلطان.

و أما التعريف الثاني: فاورد عليه الشيخ بايرادين: احدهما: انه ان اريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، و ان اريد به الزام العقد كان مرجعه إلى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

و فيه: ان المتعين هو الثاني، و ليس مرجعه إلى ما ذكره، بل حقيقته تثبيت العقد الذي هو امر وجودي، و لازمه سقوط الخيار. و ان شئت قلت: ان مرجعه الى اسقاط حق ازالة العقد لا- إسقاط الخيار، فالخيار مركب من سلطنتين: السلطنة على ازالة العقد، و السلطنة على رفع هذه السلطنة.

ثانيهما: ان ظاهر الالزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك.

و فيه: ان الذي بيد ذى الخيار الالزام من طرفه لا- من الطرفين، و انما يكون لازما من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، و هذا الظهور في الفسخ ايضا ممنوع،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١

[...]

فانه ازالة من جانبه، و لكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لا ان معنى الفسخ ذلك كى يلتزم به في الاجازة بقريئة المقابلة، فظهر ان ما عرفه القدماء متين لا يرد عليه شيء.

الاصل في البيع اللزوم

إشارة

الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للمصنف في كتبه: ان الاصل في البيع اللزوم، قال في محكى التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب، و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه، و انما يتم باللزوم ليأمن نقض صاحبه عليه. انتهى.

و قد تقدم البحث و الكلام في المقصود الاصلى من هذه المقدمة في اول كتاب البيع في مسألة المعاطاة، و انما تعرضنا هنا لها لجهتين:

الاولى: لتعرض لم احتمالات الاصل الواقع في كلمات الفقهاء.

الثانية: للتسهيل على الطالب.

و كيف كان: فالاصل المزبور قابل لإرادة معان:

الأول: الراجح المستند الى الغلبة:

و فيه: انه ممنوع صغرى و كبرى، اما الاولى: فلأن أغلب افراد البيع تتعقد جائزة من جهة خيار المجلس و غيره، و ارادة غلبة الازمان لا تنفع، فانها توجب اللاحق لو شك في لزوم فرد في زمان خاص، لا فيما اذا شك في لزوم فرد في جميع الازمنة.

و أما الثانية: فلعدم الاساس لما اشتهر من ان الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب.

الثانى: المعنى اللغوى، و هو ما يبنى عليه الشيء، بمعنى ان وضع البيع و بناءه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢

[...]

عرفا و شرعا على اللزوم.

و احسن توجيه لذلك ما افاده السيد الفقيه ره، و هو: ان بناء البيع على اللزوم، فاذا ورد دليل الامضاء كفى.

و فيه: انه لا ريب في ان بناء العرف على اللزوم في موارد و عدمه في موارد اخر كما في المعيب و المغبون و شبههما، و عليه فاذا شك في مورد انه من قبيل الاول او الثاني لا وجه للتمسك بعموم بناء العرف، اذ لا عموم له.

و ان قيل: انه يتمسك بعموم ادله الامضاء.

قلت: انه تمسك حينئذ بالقاعدة المستفاد من العمومات و سيأتي الكلام فيها.

القاعدة المستفاد من العمومات

الثالث: القاعدة المستفاد من العمومات التي يجب الرجوع اليها عند الشك.

فمنها: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. «١».

و تقريب الاستدلال به: انه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، و المراد بالعقد مطلق العهد او ما يسمى عقدا عرفا، و معنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فاذا دل العقد على تمليك العاقد ماله من غيره و جب العمل بما يقتضيه، فاخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فاذا حرم جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد- و من جملة ذلك التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه- كان هذا لازما مساويا للزوم العقد.

و اورد عليه بايرادات: الأول: ان الوفاء انما يتعلق بالعهد و الالتزام، و هو انما يتعلق بامر اختياري مثل النذر، و لا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣

[...]

الى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

و بعبارة اخرى: ان وجوب الوفاء بشيء فرع كونه تحت الاختيار و الملكية و بقائها الى الابد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، و هذه آية اختصاص الآية الشريف بباب النذر و شبهه.

و فيه: ان الوفاء بمعنى التمام او ما يقاربه، و عليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه و عدم رفع اليد عنه بحله و نقضه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني ره، و هو: ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد و بقائه بعد الفسخ مشكوك فيه، فالتمسك بعموم الآية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه.

و فيه: انه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، و عليه فالأمر بالوفاء ان كان ارشادا كان مدلول الآية المطابق لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ، و ان كان مولويا نفسيا كان عدم الفسخ ايضا مأمورا به، فلو حرم لم يكن مؤثرا اجماعا، مع ان حرمة الفسخ لو ثبتت فانما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و من عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

الثالث: ما عن المصنف في المختلف، و هو: ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم او جواز، فلا يتم الاستدلال به

على اللزوم.

و فيه: ان العقد الجائز لا- يجب الوفاء به لجواز فسخه و حله، فمن الوجوب يستكشف كونه لازماً، مع ان الجواز و اللزوم من احكام العقد لا من منشآت المتعاقدين، و لذا لو اوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به.
الرابع: ما افاده السيد الفقيه ره، و هو: ان العقد بمعنى العهد، و هو يشمل التكليف الالهيّ و العهد الذي بين الخالق و المخلوق كالنذر و ما يكون بين المخلوقين

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٤

[...]

بعضهم مع بعض، و حينئذ يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة و المستحبات من باب التخصيص، و حمله على القدر المشترك بين الوجوب و الاستحباب فيسقط الاستدلال، و حيث انه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني.

و فيه: اولاً: ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد.

و ثانياً: الالتزام بالتخصيص لا محذور فيه.

و ثالثاً: ان الوجوب و الاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه، و انما ينتزعان من الترخيص في الترك و عدمه، و عليه فعدم اللزوم في بعض الموارد للتخصيص في الترك لا- يوجب الالتزام بالتخصيص و لا- بعدم اللزوم في الموارد التي لم يرد فيها ذلك.

فتحصل: ان شيئاً من هذه الايرادات لا يتم.

و لكن يرد عليه امور: الأول: ان العقد غير العهد، اذا العهد هو الجعل و القرار، و العقد هو ربط شيء بشيء، و هو في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط كل من المتعاقدين بالآخر.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الاتمام و الانهاء.

الثالث: ان الأمر به ارشاد الى اللزوم، و لا يكون حكماً تكليفاً، و ان كان على هذا ايضاً تدل الآيه على اللزوم، و قد تقدم تفصيل القول في كل واحد من هذه الامور في مبحث المعاطاة في الجزء السادس عشر. و على ما ذكرناه دلالة الآيه على اللزوم اظهر.
و منها: قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١» و قد ذكره الشيخ الأعظم قده في وجه دلالة

(١) البقرة آية ٢٧٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٥

[...]

الآيه الشريفه على اللزوم: ان الحليه المستنده الى البيع ظاهره في التكليفية لا سيما بواسطة مقابلة ذلك يحرم الله الرباء، و حيث انه لا موهوم لحرمة البيع- لا بما هو فعل و لا بما هو تسبب للملك- فلا بد من تقدير التصرفات، و من حلية التصرفات يستكشف صحة البيع، اما من جهة انها تدل على حلية التصرفات المترتبة على البيع- و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب- و لازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية، و أما من جهة ان حلية التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع و الوطاء و نحوهما من آثار الملك، فاذا دلت الآيه على جوازها دلت بالملازمة العقلية على الملكية، او من جهة الملازمة العرفية بين حلية التصرفات و نفوذ البيع.

ثم ان مقتضى اطلاق الآية حليّة التصرفات بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر، و هذا يستلزم عدم تأثير الفسخ و كونه لغوا، و هو لازم للزوم.

ثم انه قد ورد على هذا الوجه: بان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآية، فلا يمكن التمسك في رفعه بالاطلاق.

و في كلامه مواقع للنظر: الاول: ما افاده من: ان المراد بالحليّة الحليّة التكليفية، فانه يرد عليه: ان الظاهر: منها من جهة استنادها الى البيع هي الوضعيّة منها، و هكذا في الحرمة المنسوبة الى الربا، و عليه فتدل الآية الشريفة على صحة البيع و نفوذه بالمطابقة بلا نظر لها الى اللزوم.

الثاني: ما افاده من تقدير التصرفات، فانه يرد عليه: انه لا وجه لذلك سوى توهم انه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الاعمال، فيتعين التقدير، و هذا عليل، فان البيع من حيث انه يتوصل به الى التصرفات قابل لان يكون حلالا و حراما، و عليه فلا وجه للتقدير، و على هذا فيستكشف من حليّة البيع بهذا المعنى نفوذه و صحته، اذ لو لا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦

[...]

الثالث: ما اورده على نفسه، فانه يرد عليه: انه لو قدر التصرفات و كان مقتضى اطلاق الآية حليّة التصرفات بعد الفسخ لم يكن الشك في تأثير الفسخ مانعا عن ذلك، فان التمسك باطلاق انما يكون لدفع مثل هذا الشك.

و المحقق النائيني ره و جّه ايراد الشيخ ره: بان القيود الراجعة الى الموضوع يمكن ان يكون الحكم بالنسبة اليها مطلقا او مقيدا، و أما حالات نفس الحكم فلا يمكن ان يكون الحكم بالنسبة اليها مطلقاً و لا مقيداً، فضلا عن ان يكون مطلقاً أو مقيداً، بالاضافة الى رافعه، اذ المحكوم ليس ناظراً الى نفسه، فضلا عن ان يكون مطلقا بالنسبة الى حاكمه، و في المقام الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لأصل الحليّة، و لا إطلاق لها بالنسبة الى رافعها.

و فيه: اولاً: ان الشيخ ره صرح بالاطلاق.

و ثانياً: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لمنشأ الحليّة و هو البيع و العقد لا للحكم نفسه، و اطلاق الحكم بالنسبة الى رافع منشئه كسائر حالاته امر ممكن.

و ثالثاً: ان هذا الوجه يجرى في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بان يقال: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لوجوب الوفاء، فلا يمكن ان يكون ما دل عليه مطلقاً بالنسبة الى رافعه.

و قد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع و صحته دون لزومه.

قال الشيخ: و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حليّة اكل المال الخ.

تقريب الاستدلال به: ان الاكل الذي رخصه الشارع عنواناً للتصرفات المترتبة على المعاملة لا-لنفسها- لما تقدم- فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، و من اطلاقه- لما بعد الفسخ- يستكشف اللزوم.

ثم اورد عليه بما اورده على سابقه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧

[...]

و فيه: اولاً: ان الاكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

و ثانيا: ان الايراد غير تام كما تقدم.
ثم انه قد استدل بالآية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره فى المعاطاة، وقد تعرّضنا له هناك و بينا عدم تماميته فراجع.
و منها: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (١).
تقريب الاستدلال به على اللزوم وجهان: الأول: ان الأكل المنهى عنه كناية عن التصرف المعاملى، و هو التملك، فيدل على النهى عن التملك بالباطل، و منه اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه.
و فيه: اولاً- ان المراد بالباطل اما هو الباطل العرفى او الشرعى او الفاسد الخالى عن الأثر الذى لا يختلف معناه عرفا و شرعا، و انما الاختلاف بينهما فى المصدق، اما على الأول- الذى هو اساس الاستدلال:- فحيث ان اذن المالك الحقيقى موجب للخروج عن كونه باطلا و فى المقام، يحتمل الاذن فى الفسخ، فلا محالة يشك فى صدق الباطل عليه، و معه لا يبقى مورد للتمسك باطلاق الحكم.
و أما على الاخيرين فالشك فى صدق الموضوع اظهر.
و ثانيا: انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير باموالكم بينكم الظاهر فى اعطاء مال واخذ مال، و الرجوع ليس منها، فانه رد للملك و يستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.
و ثالثا: ان الفسخ حل للعقد فلا تشمله الآية لعدم كونه سببا للاكل بل هو

(١) النساء آية ٢٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٨

[...]

رافع للسبب الملك و بعده يكون الملك بالسبب الأول.

الوجه الثانى: ان الاكل المنهى عنه كناية عن التصرفات، فتدل الآية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل و منه الرجوع و الفسخ.

و يرد عليه ما اوردناه على الوجه الأول.

و منها: قوله (ص): لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه «١» و تقريب الاستدلال به من وجهين: الاول: ان الخبر يدل على عدم حلية مال الغير بغير رضاه، و حيث انه لا معنى لحرمة المال، و تقدير تصرف دون آخر ترجيح بلا مرجح، فتقدر جميع التصرفات و منها الفسخ، و من حرمة يستكشف عدم تأثيره.

و فيه: اولاً: ان الحرمة حيث استندت الى المال تكون ظاهرة فى ارادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به، و لا تشمل التصرفات الاعتبارى.

و ثانيا: ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم فى اول الجزء الخامس عشر من هذا الشرح.

الثانى: انه يدل على حرمة التصرفات فى مال الغير بغير رضاه، و مقتضى اطلاقه حرمتها حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك عدم تأثير الفسخ.

و فيه: انه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، و معه لا مورد للتمسك باطلاق الحكم.

و منها: قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم «٢».

هذه الرواية و ان كانت ضعيفة السند الا ان ضعفها مجبور بالعمل، و تقريب

- (١) هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى - و المستدرک ج ٩ ص ٢١٢ و غيرهما.
 (٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩
]...[

الاستدلال بها: انها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على اموالهم، و من مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الاجانب و منهم المالك الاول، و لازمه عدم تأثير فسخه.
 و بعبارة اخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة.
 و اورد عليه بايرادات:- و قد ذكرناها مع اجوبتها في مبحث المعاطاة- و الحق في الجواب عنه: انها تدل على ثبوت السلطنة ما دام كونه مالا له و لا تدل على تسلطه على ابقاء الموضوع و كون بقاءه تحت اختياره كى تكون ازالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر- و تمام الكلام في ذلك المبحث كما ان التقريب الآخر لدلالاتها على ذلك مع جوابه مذکوران هناك فراجع.
 و منها: قوله (ع) المسلمون عند شروطهم «١».
 و تقريب الاستدلال به: ان الشرط هو مطلق الالتزام، و الالتزام لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، و عليه فالعقد شرط يجب الوقوف عنده، و يحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.
 و لكن تمامية الاستدلال به تتوقف على امرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع، و دلالة على اللزوم.
 اما الأول:- فمضافا الى ما سياتى في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية:- انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام، و هو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. و بعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، و لذا قال في محكى القاموس: الشرط الزام الشيء او التزامه في البيع

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠

]...[

و نحوه.

و أما الثانى: فالأظهر انه انشاء حكم تكليفى لا وضعى، اذ مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، و هذا ليس صفة في الشرط كى يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه، بل هو صفة في المؤمن فلا محالة يكون ظاهرا في كونه امراً بالوفاء بالشرط تكليفاً، و عليه فيجرى فيه ما ذكرناه في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.
 و منها: الاخبار المستفيضة في ان البيعين بالخيار «١».
 و اورد على هذا الوجه: بان هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثى لا اللزوم من جميع الجهات، و لذا لا تنافى ثبوت خيار الحيوان و الشرط و نحوهما، و بانها في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.
 و لكن يرد على الاول: انه خلاف اطلاق النصوص.
 و على الثانى: انها في مقام بيان الجواز قبل التفريق و اللزوم بعده، و لذا في بعض تلك النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فاذا افترقا فلا خيار لهما.

الاستدلال للزوم بالاستصحاب

و ربما يستدل على الزوم بالاستصحاب.

بتقريب: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، و قد اشبعنا الكلام في هذا الاستصحاب و ما يمكن ان يورد عليه في مبحث المعاطاة، و انما نذكر في المقام الاشكال الذي لم يذكره الشيخ ره هناك و ذكره في المقام، و هو: ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الأول، و استصحاب بقاء حق الفسخ

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١

[...]

الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس.

و اجاب الشيخ ره عن الأول: بانه ان اريد بقاء علاقة المالك او علاقة تنفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، و ان اريد بها سلطنته اعاده العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

توضيح ما افاده: انه ربما يتوهم ان الملكيه و ان كانت امراً اعتبارياً الا انها ليست بسيطة، بل هي ذات مراتب، فاذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها الى ملكه الا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقة بالمره، و اذا انتقلت بنحو له ارجاعها الى ملكه متى ما شاء فقد بقيت مرتبه منها، فلو شك في الجواز و اللزوم يشك في ان علقه المالك الاول هل انقطعت بالمره ام بقيت مرتبه ضعيفه منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقة و ضعفها من مراتب شيء واحد، فاذا جرى هذا الاصل لا يبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق و عدمه.

و ربما يتوهم ان للشخص سلطنته على ماله و سلطنته على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاءً و بالبيع زالت السلطنته عليه، و كذلك السلطنته على تسليط الغير حدوثا.

اما السلطنته على تسليط الغير بقاءً فهي مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقائها، و نتيجة ذلك جواز رفع سلطنته الغير بالفسخ.

و كلاهما فاسدان: اما الأول: فلأن الملكيه التي هي امر اعتباري و من سنخ الوجود بسيطه و ليست ذات مراتب و هي قد زالت بالبيع و لم يبق منها شيء، مع انه لو سلم كونها ذات مراتب- حيث ان ما يبقى بعد العقد الجائر مابين مع الملكيه، و لذا ترى ان خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكيه- فلا يجرى الاستصحاب.

و أما الثاني: فلأن السلطنته على رد الملك سلطنته جديدة ان ثبتت، فانها تثبت في ظرف عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك.

و اجاب الشيخ ره عن الاصل الثاني بوجوه: الأول: ان الدليل اخص من المدعى لعدم جريانه في غير البيع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٢

[...]

الثاني: ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم «١» أو فَوْوا بِالْعُقُودِ لا الاستصحاب.

و أورد عليه: بان أو فَوْوا بِالْعُقُودِ حيث لا- عموم زمني له فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما اسسه في الاصول.

و يمكن دفعه بان ذلك يتم في ما اذا كان خروج الفرد في الاثناء لا- من الاول كما في المقام، و الا فالمرجع عموم العام. و تمام الكلام في محله.

الثالث: انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق.

و اورد عليه: بان الكلام انما هو مع قطع النظر عن الادلة الاجتهادية، مع ان هذه الاخبار كما توجب عدم جريان هذا الاصل توجب عدم جريان الاصل المحكوم ايضا.

و فيه: ان ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، و أما زوال الحق الآخر المشكوك فهي لا تدل عليه، و حيث انه يحتمل ذلك فان قلنا بان الخيار واحد و ان تعددت اسبابه يجرى استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقا، و ان قلنا بتعدده بتعدد اسبابه فيمكن اجراء استصحاب الكلي الجامع بينهما، فانه و ان كان من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي الا انه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنة لحدوث المتيقن يجرى استصحاب الكلي على مسلك الشيخ ره. و لكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض فلا يجرى الاصل المزبور في المقام.

فتحصل: ان الاستصحاب ايضا من ادلة اللزوم.

و يظهر من المختلف في مسألة ان المسابقة لازمة او جائزة: ان الاصل عدم اللزوم، و لم يرد من تاخر عنه الا بعموم آية الوفاء بالعقود.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣

[...]

و قال الشيخ: و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل، نعم هو حسن في خصوص المسابقة.

و اورد عليه المحقق الايرواني - مضافا الى ان غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الاثر بعد الفسخ الذي هو معنى اصالة اللزوم لا صحة اصالة الجواز:- بانه بناء على جريان الاستصحاب التعليقي يجرى الاستصحاب في المقام، فانه يجرى استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ و يحكم بانه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ، ثم ناقش قده فيه بان المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي.

و فيه: ان هذا الاستصحاب يجرى ان بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي من جهة ان الاستصحاب التعليقي المصطلح انما هو فيما لو تحقق احد جزئي موضوع الحكم كالعصير العنبي ثم حين ما تحقق الجزء الآخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الاول لاحتمال التبدل، و في المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو إنشاء تملك - على تقدير سبق - و المشكوك فيه بقاء هذا الاثر و ارتفاعه عن موضوعه، فيجرى الاصل فيه، و نظير المقام ما لو شك في وجوب الحج على المستطيع.

و بالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجرى الاصل، و هذا غير الاستصحاب التعليقي المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

ولا- يخفى ان ما ذكرناه من دلالة العمومات على اصالة اللزوم انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و أما اذا كان الشك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم او الجائر فلا مورد للتمسك بالعمومات، فيتعين حينئذ الرجوع الى الاستصحاب، الا ان يكون هناك اصل حاكم قبل كما لو شك في ان الواقع هبة او

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٤

[...]

صدقة فان الاصل حينئذ عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة.

و لكن يتم ذلك بناء على كون الهبة و الصدقة حقيقة واحدة و الفرق بينهما انما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا و الماهية بشرط شيء، فالتمليك المجاني المجرد عن قصد القرية هبة، و التمليك المجاني الذي قصد به القرية صدقة، اذ عليه تكون اصالة عدم قصد القرية نافية للزوم المترتب على الصدقة.

و أما بناء على ما مال اليه في الجواهر من كونهما حقيقتين متباينتين فلا اصل لهذا الاصل. و تمام الكلام في محله. بقي الكلام في معنى قول المصنف ره في محكي القواعد و التذكرة: انه لا- يخرج من هذا الاصل لا بأمرين: ثبوت خيار، او ظهور عيب. فان ظاهره ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع انه من اسباب الخيار، و قد ذكروا في بيان مراده وجوهاً: منها: ان عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام. و فيه: ان المعطوف عليه ليس مطلق السبب، كما ان المعطوف ليس خيارا خاصا، بل المعطوف عليه مطلق الخيار، و المعطوف سبب من اسبابه فلا يتم ذلك.

و منها ما افاده الشيخ ره، و حاصله: ان العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فان ثبوت الارش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، فالعقد بالاضافة الى جزء من الثمن متزلزل و ان لم يثبت الخيار. و فيه: ما اورده قده عليه بانه ليس الارش جزءاً حقيقياً من الثمن بل هو غرامة، فلا يوجب ثبوته تزلزل العقد. و منها: غير ذلك مما ذكره الشيخ مع ما يرد عليه و غيره.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٢٥

و اقسامه سبعة: الأول: خيار المجلس

و الظاهر ان نظره قده الى ان العقد يقتضى اللزوم، و كون احد العوضين فقط عوضاً عن الآخر و المخرج عن الامر الاول هو الخيار و عن الثاني ظهور العيب، فانه يوجب اخذ الارش مع المبيع.

اقسام الخيار

اشارة

اذا عرفت ما ذكرناه فيقع الكلام في اقسام الخيار، و احكامه، اما اقسامه فقد ذكر المصنف هنا منها سبعة و في بعض الكلمات انها ثمانية، و في آخر انها اربعة عشر. قال صاحب الجواهر: و ليس ذلك خلافاً انما هو مجرد جمع و استقصاء. و الحق في بيان الجامع لها ان الخيار تارة: يكون بجعل الشارع ابتداء و مطلقاً كخيار المجلس و الحيوان، و اخرى: يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار، و تالفة: يكون وسطاً بينهما بان يلتزم المتبايعان في ضمن العقد وجود شرط او وصف، او عدمه، او عمل خارجي و تبين خلافه، فانه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، و الكلام يقع او لا فيما يكن بجعل شرعي ابتداء. خيار المجلس الاول:

خيار المجلس

اشارة

قال الشيخ: المراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين.

او لكن: ليس في ادلة هذا الخيار لفظ المجلس ولا مكان المتبايعين، بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق، ويستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفي

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦

فمن باع شيئاً ثبت له و للمشتري الخيار ما لم يتفرقا

في جانب المغيا، فلو لم يكن بينهما اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار، كما لو أوقعا العقد بواسطة التلفون مع كون كل منهما في بلد غير بلد الآخر. نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالابدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان، و حيث ان الغالب من مكان الاجتماع كونه محلاً للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس، و على هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتبايعين و عدم تفرق احدهما عن صاحبه كان الخيار باقياً، فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس و اضافته الى الاجتماع اضافة المسبب الى سببه، و يعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة المحال.

و كيف كان: ف لا خلاف بين الامامية في ان من باع شيئاً ثبت له و للمشتري الخيار ما لم يتفرقا.

و في الجواهر: اجماعاً منا بقسميه، و النصوص المستفيضة شاهدة به، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق (ع): قال رسول الله (ص): البيعان بالخيار حتى يفترقا: الحديث «١» و نحوه صحيح زرارة عنه (ع) «٢».

و صحيح الفضيل عنه (ع) - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «٣». و نحوها غيرها.

و أما موثق غياث عن جعفر عن ابيه عن الامام على عليهم السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا «٤». فربما يحمل على التقيّة.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٧

[...]

و اورد عليه: بان الخبر علوي، و موجب التقيّة حدث في عصر الصادقين عليهما السلام. و دفع بان الحاكي لهذه الرواية حيث انه الصادق عليه السلام فيمكن التقيّة في مقام الحكاية و الرواية عن الامير عليه السلام.

و فيه: ان التقيّة في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه و كونه كذباً غير معهود، و لعل احسن الوجوه ما افاده بعضهم من ان المراد من الصفق على المبيع هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع، فيكون البيع محققاً قبله. انتهى.

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

ثبوت الخيار للوكيل

[ثبوت الخيار للاصيلين]

إشارة

الاولى: لا خلاف ولا إشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين اذا كانا اصليين ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة، الا ما عن المحقق الثانى في جامع المقاصد من انكار ثبوته للوكيل بقول مطلق.
و كيف كان: فيقع الكلام في مقامين:
الاول: في ثبوت الخيار للوكيل.
الثانى: في ثبوته للموكل.

[في ثبوت الخيار للوكيل]

اما المقام الاول فتوضيحه: ان الوكيل قد يكون وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، وقد يكون وكيلا مستقلا في ايجاد المعاملة فقط، وقد يكون وكيلا- مستقلا في امر المعاملة ايجاداً وفسخا- على كلام في معقوليته سيجىء- وقد يكون وكيلا- مفوضا اليه امر المعاملة وجودا وعلما ان شاء باع وان شاء لم يبع.
اما القسم الاول: فقد استدلل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ما قيل من صدق البيع عليه فتشمله ادلة الخيار بوجه: احدها: ما افاده الشيخ ره و تفرد به وهو: ان
فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٨
[...]

مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج.
وفيه: ان الخيار اما ان يكون سلطنة على حل العقد، او على تراد العوضين، و على التقديرين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد، اما على الاول: فواضح، و اما على الثانى: فلأنه لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة، سوى ان المالك و الوكيل المفوض لهما السلطنة على الرد بالاقالة و نحوها، فلا معنى لجعل الخيار لهما الا السلطنة على الاسترداد.
و حيث انه لا- يعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلا محالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد، و هو توهم فاسد؛ لان الرد بما ان له مصاديق و ما يكون ثابتا للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد و الاسترداد بلا اعتبار رضا الآخر لا يلزم منه اللغو، و عليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة.
ثم ان المحقق النائيني ره وجه كلام الشيخ ره بما سنذكره في الوجه السابع. فانتظر.
ثانيها: ما افاده الشيخ ره تبعا لغيره، و هو: ان بعض «١» اخبار هذا الخيار قد قرن فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، و ظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحدا.
وفيه: ان الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما في بعض «٢» رواياته

- (١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ١-٥.
 (٢) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ١-٥.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩
]...[

من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لا اختصاص الموضوع به.

ثالثها: ما في المكاسب ايضاً، قال: مضافا الى ادلة سائر الخيارات، فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه.

و فيه: ان بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لا اختصاص دليله به كخيار الغبن لو قلنا ان مدركه حديث لا ضرر، و بعضها تابع لجعل المتبايعين و لو كان هو الاجنبي كشرط الخيار، و بعضها كخيار العيب يجرى فيه ما هو الجارى في المقام.
 رابعها: ما في المكاسب ايضاً، و هو: ان ملاحظة حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور.
 و فيه: ان الحكمه غير معلومه، مع ان الحكم لا يدور مدارها.

خامسها: ما في المكاسب في اواخر المبحث، و هو: ان ثبوت الخيار للوكيل يصاد مع سلطنة الموكل على ماله، لان بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهرا عليه، فادلة الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل السلطنة المالك، و يقدم دليل السلطنة، و ان كانت النسبة عموما من وجه لحكم العقل و بناء العقلاء، و لا أقل من التساقط فيرجع الى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

و فيه: ان النسبة بين دليل الخيار و دليل السلطنة عموم مطلق، لان خيار كل من المتعاملين ينافى سلطنة الآخر على ما انتقل اليه.

سادسها: ما افاده بعض المحققين ره، و هو: ان بعض، «١» نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، و عدم شموله لمجرى الصيغة واضح، و به يقيد اطلاق سائر النصوص.
 و فيه: انه بما انهما مثبتان لا وجه للحمل.

- (١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠
]...[

سابعها: ان دليل الخيار مخصص لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار في الفسخ بدليل الخيار، و الذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال. و الوكيل في اجراء الصيغة، حيث انه لا يملك التصرف في المال المنتقل اليه لا وفاء له، فلا يكون ذلك واجبا عليه، و لا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة.

و بهذا وجه المحقق النائيني ره كلام الشيخ ره الذي هو الوجه الاول الذي ذكرناه.

و فيه: ان الوفاء بمعنى التمام، فالمأمور به في الآية الشريفة- كما تقدم في اول هذا الجزء و في مبحث المعاطاة- هو الاتمام و الانهاء، و انهاء العقد و إتمامه انما هو بعدم نقضه و حله، و ليس المأمور به ترتيب الآثار عملا كي يقال انها لا تشمل الوكيل المذكور، و عليه فهي شاملة له ايضاً. و بدليل الخيار يخصص بالنسبة اليه.

فالحق في وجه عدم ثبوت الخيار له ان يقال: ان دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحه: ان البائع- و كذا البيع- له اطلاقان: احدهما: هو المنشئ و الموجد البيع، الثاني: من كان حصول البيع باختياره و استقلاله و سلطانه، و لو كان غير مباشر له، فيقال: فلان باع داره و عقاره، و ان كان البيع صادرا عن وكيله و المنصرف اليه، لفظ البائع عند

الاطلاق هو الثانى، و عليه فهو لا يشمل الوكيل الموقع للصيغة.

و يؤيد ذلك، بل يدل عليه ما فى بعض نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه «٢»، فانه يستكشف من ذلك ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا فى المعاملة، و الوكيل المُجرى للصيغة لا- يكون رضاه معتبرا فيها و لا- ربط له بالمعاملة كى يكون تصرفه دالا على رضاه، و لعله الى هذا نظر الشيخ ره فى ما ذكره من الوجه الذى ذكرناه اولاً. فراجع و تدبر.

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣١

[...]

و اما القسم الثانى: و هو الوكيل فى ايجاد المعاملة مستقلاً فقط، فعمده الوجوه التى ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل فى القسم الاول جارية فى هذا القسم كما هو واضح، فالظاهر عدم ثبوت الخيار له.

و أما القسم الثالث: فقد اختار الشيخ ره ثبوته له، و الكلام فيه فى مواضع:

الاول: فى ان عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح ام لا؟ و الحق عدم صحته، فانه ان اريد به الفسخ من قبل الموكل اعمالاً لحقه، فهذا لا ربط له بثبوت الخيار للوكيل، و ان اريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، اذ لا معنى للوكالة فيما هو وظيفته و مستقل فيه، مع ان ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقعة على ثبوت الخيار، و هذا دور واضح، و على هذا فلا فرق بين هذا القسم و سابقه. الثانى: انه على فرض صحة ذلك، و الفرق بينه و بين سابقه ما ذكره ره فى وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل (الناس مسلطون على اموالهم) يجرى فى هذا القسم، و عليه فقوله: فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، لا وجه له.

الثالث: ان ما اخترناه فى وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل فى القسمين الاولين يجرى فى هذا القسم، فان البائع بالاطلاق الثانى الذى هو المنصرف اليه من لفظه عند الاطلاق، و هو من كان حصول البيع باختياره و سلطانه و استقلاله لا يشمل هذا الوكيل ايضاً. و أما القسم الرابع: و هو الوكيل المفوض اليه امر المعاملة ان شاء اوجدها و ان شاء لم يوجدها، فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البائع و لو بالاطلاق الثانى عليه كما هو واضح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٢

[...]

ثبوت الخيار للموكل

اشارة

و أما المقام الثانى: و هو ثبوت الخيار للموكل، فالكلام فيه يقع فى موردين:

الاول: فى اصل ثبوت الخيار للموكل.

الثانى: فى الامور المتفرعة على ثبوته له.

[فى اصل ثبوت الخيار للموكل]

اما الاول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

منها: ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين، وذكروا انه لو حلف على عدم البيع لم يحث ببيع و كليه. وفيه: ما تقدم من ان البيع بالاطلاق الثاني من الاطلاقين المتقدمين الذي هو المنصرف اليه عند اطلاقه- و هو من كان حصول البيع باختياره و استقلاله- يشمل الموكل دون الوكيل الا في مورد واحد، مع انه لو سلم ان المراد به العاقد بما ان العقد كما ينسب الى الوكيل بالمباشرة ينسب الى الموكل بالتسيب، لا سيما اذا كان الوكيل وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، يعم بيع الموكل ايضا. و أما مسألة النذر فان نذر ان لا يباشر البيع لم يحث ببيع و كليه و ان نذر ان لا ينقل ماله حث. و ان نذر ان لا يبيع بما له من المفهوم، فان باع و كليه المفوض الذي تكون و كالتة قبل النذر لم يحث من جهة انه لم يصدر البيع عن اختياره و لم ينذر ان يعزل و كيله، و ان و كّل غيره بعد النذر حث سيما اذا كان ملتفتا اليه حين البيع. و تمام الكلام في محله. و منها: انه لو سلم صحة انتساب البيع الى المباشر و السبب الا انه في الاستعمال الواحد لا بد ان يراد احدهما، فقوله (عليه السلام) البيعان لا بد ان يراد به الوكيلان او الموكلان، و حيث إنّ المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يشمل الموكل. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣

[...]

و فيه: اولاً: ما تقدم من عدم شموله للوكيل الا اذا كان وكيلا في البيع و عدمه. و ثانياً: ان المستعمل فيه على فرض الشمول لهما ليس هما معا بما هما معينان، بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما، و عليه فلا محذور من ارادتهما معا منه. و منها: انه مع فرض تاثير فسخ الوكيل كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكل، مع ان الحق الواحد لا يعقل قيامه باكثر من واحد. و فيه: انه على فرض شمول النص لهما لا- يكون الثابت لهما خيارا واحداً بل خيارين، فانه كسائر القضايا الحقيقية ينحل الى احكام عديدة بحسب ما لموضوعه من الافراد، فالظاهر ثبوت الخيار للموكل. ثم ان الشيخ ره استدل لثبوت الخيار للموكل فيما اذا صدر البيع من الوكيل المطلق في قبال دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين:

احدهما: ان المستفاد من الادلة كون الخيار حقاً لصاحب المال ارفاقاً. ثانيهما: ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه. و فيهما نظر: اما الاول: فلأنه لو سلم كون حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك، ان مفاد الادلة حينئذ ان الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لا ان كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتاً له. و أما الثاني: فلأن ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه وكيلا و نائباً كى يقال انه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه يباع غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه. و اما المورد الثاني:

[في الامور المتفرعة على ثبوته له]

إشارة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤

[...]

توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد

فالكلام فيه فى فروع:

الاول: ان ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بنى عليه الشيخ ره، او لا يتوقف عليه، ام يفصل بين الوكيل فى اجراء الصيغة فقط او فى خصوص معاملته خاصة بحيث تنتهى وكالته بالعقد فلا يكفى اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد و الا فلا خيار لهما، و بين الوكيل المفوض المستقل فيكفى اجتماع الوكيلين و لا يعتبر حضور الموكلين كما ذهب اليه المحقق النائيني ره وجوه:

و الحق فى المقام ان يقال: ان موضوع هذا الخيار قوامه بامرین: احدهما: صدق البيع.

ثانيهما: كون البائع و المشتري مجتمعين لما عرفت من ان هذا الخيار حيث يكون مغيا بالافتراق فيعلم انه خيار الاجتماع، و حيث ان الافتراق المجهول غاية يراد به الافتراق بدنا، يكون المراد به الاجتماع بدنا و فى المكان، و يعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، فلو اجتماعا فى مكان لا- للبيع بل لغرض آخر و كانا غافلين عنه غير ملتفتين اليه لا- يثبت لهما الخيار، و عليه فاذا حضر الموكلان مجلس العقد متوجهين اليه او اجتماعا فى مجلس للبيع و وكلا شخصين آخرين اجتماعا فى آخر للبيع او لم يجتمعا و اوقعا العقد غير مجتمعين- كما اذا كانا فى محلين متباعدين و اوقعا العقد بواسطة التلفون- ثبت لهما الخيار.

و استدلل للثانى بوجهين: الاول: ما فى محكى الجواهر احتماله، و هو: ان نصوص

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥

[...]

الباب مختصة بالوكيل و لا تشمل الموكل لتبادر العاقد من البيع، و انما نلتزم بثبوتة للموكل من جهة ان هذا الحق الثابت متعلق بالمال فيتبعه فى النقل و الانتقال، و ما تضمنه النصوص يكون مغيا بالافتراق، و اما ما ثبت من الخارج فلا وجه لتقييده به، بل حيث ان الحق الثابت بعقد الوكيل يكون مغيا به فيدور بقاء حق الوكيلين و ثبوت حق الموكل و بقاءه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط.

و فيه: ما تقدم من ان ثبوت الحق للموكل ليس الا من جهة صدق البيع عليه، و عليه فيعتبر فيه ايضا الاجتماع، و الا فلا وجه لثبوت له لادن الخيار متعلق بالعقد لا بالمال، مع انه لو كان متعلقا به لما كان وجه لثبوتة للوكيل بعد فرض كونه ثبوتة له من جهة صدق البيع عليه.

و دعوى ان الموكل كما انه بعقده يستفيد بازاء ماله ملكا و حقا فكذا بتوكيله يستفيد ما كان له مباشرة، مندفعة بان الموكل انما يستفيد بازاء ماله ملكا من جهة كون المال له و البيع له، و هذا موجود فى بيع و كليه، و اما استفادته الحق فانما تكون لاجل بائعيته و عاقديته، و هذا العنوان مفقود فى فرض التوكيل على الفرض، فلا وجه لثبوتة له.

الثانى: ما افاده المحقق الايروانى ره، و هو: ان المجلس لا- عنوان له فى الخيار، و لا أنيط به الخيار، و انما العبرة و مدار الخيار على هيئة المتبايعين من النسبة و البعد حينما صارا متبايعين، فيحدث الخيار قائما بهذه الهيئة و يستمر ما استمرت الهيئة و يزول بزوال الهيئة بالافتراق، فاذا تعاقد الوكيلان و كان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من البعد يثبت لهما الخيار متقوما بهذه الهيئة، دائما بدوامها و منقطعا بانقطاعها.

و فيه: ما تقدم من انه من جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق يعلم اعتبار الاجتماع فى ثبوتة و انه لا خيار مع عدم الاجتماع، اذ لا تفرق الا بعد الاجتماع. فراجع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٦

[...]

و استدلال للثالث: بانه اذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان اجتماع الوكيلين كاجتماع الاجنبيين، و المفروض عدم اجتماع الموكلين، و حيث انه يعتبر فى ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا- يكون ثابتا لهما، و اما اذا كانت الوكالة باقيه بعد البيع و كان الوكيل و كيلا- مفوضا مستقلا، كان اجتماع الوكيلين اجتماعا للموكلين، لانهما بدانان تنزيهان للموكلين فيثبت لهما الخيار و ان لم يكونا ببدنهما الحقيقيين مجتمعين.

و فيه: ان الاجتماع كسائر الافعال التى يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح و السواد و نحوهما لا يستند الى شخصين طولاً، احدهما: المباشر، و الآخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرح فى زيد انه فرح، و لا لسبب وجود السواد فى جسم انه اسود، بخلاف الافعال التى يكون قيامها بفاعلها على نحو اليجاد و الاصدار كالتكلم و التوفى و البيع و نحوها، فانها تستند الى المباشر و السبب، و لذا ورد تارة **اللَّهُ يَتَوَفَّى الْمُنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا** «١» و اخرى **قُلْ يَتَوَفَّاكُمْ مَلَائِكَةُ الْمَوْتِ** «٢» فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين انه مجتمع مع غيره، بل هو مجمع لاحدهما مع الآخر.

و بالجملة: الاجتماع من الافعال التى لا تنسب الى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه.

تقدم الفسخ على الاجازة

الثانى: انه لو ثبت الخيار للموكل و الوكيل ففسخ احدهما و اجاز الآخر هل يقدم الفاسخ على المجيز- كما فى مورد ثبوت الخيار للبائع و المشتري- ام يكون اعمال

(١) سورة الزمر آية ٤٢.

(٢) سورة السجدة آية ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٧

[...]

السابق خياره نافذا و يسقط الخيار عن الباقي كما اختاره الشيخ ره؟ وجهان، و غاية ما يمكن ان يقال فى وجه ما ذهب اليه الشيخ ره امران:

احدهما: ان تقدم الفاسخ على المجيز انما هو فى فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين اللذين لهما الخيار كما فى مورد الخيار من الجانبين، و فيما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحداً قائماً بطبيعة البائع و طبيعة المشتري المنطبقة فى كل جانب على المتعدد، فاذا سبق واحد من افراد الطبيعة الى الاعمال فسحا او امضاء سقط خيار البقية لانه يصدق ان الطبيعة فسخت او ابرمت لفسخ واحد منهما او احازته.

ثانيهما: انه و ان كان الثابت للموكل و الوكيل خيارين الا ان الموكل اذا عمل خياره باجازة او فسخ يكون ذلك فسحا عمليا للوكالة، و معه لا مورد لاعمال الوكيل خياره، لانه سقط بالعزل و اذا عمل الوكيل خياره كان ذلك امعالا للموكل خياره لان فعل الوكيل فعل للموكل و ان لم يقصد الوكالة و النيابة بل و ان قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية، و عليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

و في كلا- الوجهين نظر: اما الاول: فلأن قوله عليه السلام «١» البيعان بالخيار) كسائر القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة الى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الافراد الخارجية، و يثبت به لكل فرد من افراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الافراد، و عليه فكل من الموكل و الوكيل له خيار غير ما يكون للآخر.

و أما الثاني: فلأن الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتا له بعنوان الوكالة بل بعنوان انه بائع، فاعماله خياره ليس اعمالا للموكل، مع ان فعل الموكل يكون عزلا للوكيل

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨

[...]

اذا كان منافيا مع بقاء الوكالة، و اما في مثل المقام فلا، فالأظهر ان المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

بيان حقيقة تفرق الموكلين

الثالث: هل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، او عن مجلس العقد، او بتفرق المتعاقدين، او بتفرق الجميع وجوه، قوى الشيخ الاعظم الاخير.

و اورد عليه السيد في الحاشية: بان الظاهر ان الحكم معلّق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق، و المفروض صدقه، و ان كان يصدق عدم التفرق ايضا مع بقاء اصيل او وكيل، فيكفي في سقوط الخيار تفرق احد الشخصين الوكيل او الموكل.

تحقيق القول في المقام: ان الاستفادة من النصوص «١» كون شرط الخيار عدم التفرق، و غاية ثبوته التفرق- و هم نقيضان لا يرتفعان و لا يجتمعان- و عليه فان كان الخيار ثابتا لجنس البائع و المشتري بلا نظر الى الافراد كان الخيار ثابتا ما لم يفترق الجميع عن الجميع، و ان تفرق البعض عن البعض، لانه لا يصدق افتراق الجنس و ان صدق افتراق بعض المصاديق.

فما افاده الشيخ ره متين، الا- انه يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من منافاة المبني لظاهر القضية:- ان لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين و ان لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنس مع اجتماع الوكيلين، و ان قلنا بان الخيار ثابت للافراد لا للجنس كما هو الحق، فاما ان يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، او يكون مجلس الجميع واحدا. فان كان المجلس متعددا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعا لتفرقه، فلو

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٩

[...]

تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، و لو انعكس الامر انعكس.

و ان كان مجلس الجميع واحدا، و كان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا، لا محالة يكون لكل بائع مشتريان، و لكل مشتر بائعان، اذ مجموع الموكل و الوكيل بائع، كما ان مجموع الوكيل و الموكل مشتر، و حينئذ لو تفرق الموكل و الوكيل سقط الخيار، و ان تفرق الموكل من طرف او هو مع الوكيل من الطرف الآخر سقط خيار المتفرق و بقي خيار من لم يفترق، لانه يصدق عدم تفرق البائع عن

المشترى، و بهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام، و ان هذا وجه رابع لم يذكره الشيخ ره.

تفويض الامر الى الوكيل

الرابع: بناء على ثبوت الخيار للموكل هل له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى؟ قوى الشيخ ره العدم، لان المتيقن من الدليل ثبوته للعاقده عند العقد لا لحوقه له بعده.

و قد اورد عليه جل المحشين: بان ما ذكره الشيخ ره علة للعدم غير مرتبط بدعواه، اذ لا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كى يقال ان متيقن الادلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، و انما يراد اثبات الخيار له ينتقل من الموكل، و خيار الموكل ثابت من حيث العقد.

و تحقيق الكلام يستدعى البحث فى مقامين.

الاول: فى صحة نقل الخيار الى الوكيل و عدمها.

الثانى: فى بيان مراد الشيخ ره.

اما المقام الاول: فالظاهر صحة النقل لا بمعنى التوكيل فى الفسخ و الامضاء،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٠

[...]

فان ذلك مما لا كلام فى صحته، و لا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء، اذ هذا مما لا كلام فى عدم صحته، اذ ليس امر الجعل بيده، بل بمعنى نقل حقه اليه بناقل، لانه بعد القطع بانه قابل للاسقاط كما يأتى تفصيله مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)» جواز نقله و نفوذ العقد الواقع عليه.

و قد استدلل المحقق الاصفهاني ره لعدم جواز نقله: بان حق خيار المجلس حيث انه مغيا بالافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغايه مناف لفرض كونه مغيا، و ثبوته الى افتراق المنقول اليه عن طرفه بلا-وجه، لان افتراق المنقول اليه ليس مقابلا- للاجتماع على المعاملة المستفاد من الغايه، و ثبوته للمنقول اليه الى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النص، لان ظاهره استمرار الخيار الى افتراق ذى الحق عن طرفه، و الناقل ليس له حق حتى يمتد الخيار الى زمان افتراقه.

وفيه: انا نختار الشق الاخير، و ما ذكره يرد: ان الافتراق قيد للموضوع، و هو مركب من امرين: كونه بيعا و مجتمعا مع طرفه، و المنقول انما هو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلا تصرف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول اليه، فاذا ارتفع الموضوع بارتفاع احد جزئيه سقط الخيار عن المنقول اليه.

و أما المقام الثانى: فالظاهر ان مراد الشيخ ره ليس نقل الخيار الى الوكيل، و لا يكون هذا مورد كلامه، بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما اذا فوض الموكل امر المال اليه بعد العقد.

توضيح ذلك: انه ذكر الشيخ ره سابقا: انه يعتبر فى ثبوت الخيار امران: الاول: صدق البيع، الثانى: تسلطه على ما انتقل اليه، و فى هذه المسألة فرض الشيخ ما لو كان وكيلا تنتهى و كالتة بالعقد فلا خيار له فى نفسه، و انما الكلام فى انه اذا فوض الموكل

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤١

[...]

امر المال بعد البيع اليه قبل التفريق هل يثبت له الخيار نظراً الى تحقق كلا القيدين، ام لا؟ وقد اختار عدمه من جهة ان ظاهر الادلة او متيقنها ثبوت الخيار من حين العقد، وهذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطاً على ما انتقل اليه، فلم يكن الخيار ثابتاً له، فبعد ما صار مسلطاً عليه لا يثبت له الخيار. وعلى هذا فما افاده متين ولا يرد عليه ايراد المحشين، والشاهد على ان مراده ذلك - مضافاً الى ظهور كلامه فيه - ان مسألة نقل الخيار بحث عام غير مربوط بالوكالة والوكيل والأجنبي فيه سواء، ولا وجه لجعله في ذيل هذه المسألة.

ثبوت الخيار للفضولى

المسألة الثانية: اذا كان العاقدان فضولين فهل يثبت الخيار لهما او للمالكين؟ وحق القول فى المسألة بالبحث فى مقامين:

الاول: فى ثبوت الخيار للفضولين و عدمه.

الثانى: فى ثبوته للمالكين مع الاجازة.

اما الاول: فتقريب ثبوته - بعد صدق البيع على الفضولى - ان الخيار ملك حل العقد لا ملك استرجاع العين، و موضوعه العقد الاعم من المؤثر الفعلى و الاقتضائى - كما يشهد لكلا الامرين ثبوت الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض - و على ذلك فمقتضى اطلاق الادلة ثبوت الخيار لهما.

و استدلال الشيخ ره لعدم ثبوته: بفحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين.

وفيه: ان بعض ما ذكره وجهاً لعدم ثبوته لهما، و هو ان المتبادر من النص غيره

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢

[...]

لا- يجرى فى المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما، و بعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل اليه بعينه يجرى فيه، فلا وجه لدعوى الاولوية، و لكن حيث عرفت ان الوجه فى عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيع عليه، فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولى يتعين البناء على ثبوت الخيار له.

و أما المقام الثانى: فالأقوال فيه اربعة: احدها: ما مال اليه الشيخ ره، و هو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد، او مجلس الاجازة على القول بالنقل.

ثانيها: ما اختاره المحقق الاصفهاني، و هو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقاً.

ثالثها: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو الثبوت لو اجازا فى مجلس العقد، و عدم الثبوت لو اجازا فى مجلس آخر.

رابعها: الثبوت مع حضور مجلس العقد، او مجلس الاجازة مطلقاً، اى حتى على القول بالكشف.

و استدلال لعدم الثبوت مطلقاً: بان موضوع الخيار هو البيع، و هو لا يصدق الاً على من صدر عنه البيع - اما بالمباشرة او بالتسبيب - و مجرد الاجازة لا- يصح الانتساب المذكور، و ليست الاجازة محققة للقيام باحد الوجهين و ان صار البيع بيعه بالاجازة، الا انه ليس بائع، و لا يقال انه باع.

وفيه: انه ان قلنا به حقيقة الانشاء هى اليجاد تم ما افاده، و اما بناء على ما اخترناه و ذكرناه فى الوسائل الجزء السادس عشر من هذا الشرح - من ان الانشاء عبارة عن ابراز امر نفسانى من اعتبار و نحوه - فلا يتم، اذ المجيز حينما يجيز تعتبر ملكية طرفه لما له فى مقابل ملكية ماله له، و يبرز ذلك بالاجازة، فهو حين الاجازة يصير بائعاً حقيقة.

و استدلل المحقق النائيني ره لما ذهب اليه من عدم الثبوت اذا لم يحضرا مجلس

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٣

[...]

العقد: بانه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد، و لا دافع لهذا الاحتمال، و اطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة.

و فيه: ان البيعان بالخيار يثبت الخيار لكل من صدق عليه البيع و كان مجتمعا حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه، و احتمال دخل الخصوصية المشار اليها يدفع بالاطلاق، و دعوى عدم كونه بصدد البيان من هذه الجهة كما ترى.

فالحق ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الآخر، اما في مجلس العقد او مجلس آخر حين الاجازة، و ما ذكره الشيخ ره من الاختصاص بالقول بالنقل لا وجه له، فانه لا فرق بين القولين سوى حصول الملكية من حين العقد على القول بالكشف، و هذا غير دخیل في الخيار، و لذا يثبت الخيار في بيع الصرف و السلم مع عدم حصول الملك قبل القبض. فالظاهر هو القول الرابع.

اذا كان العاقد واحدا

المسألة الثالثة: لو كان العاقد واحداً لنفسه او غيره عن نفسه او غيره ولاية او وكالة، فالمحكي عن ظاهر الخلاف و القاضي و المحقق و المصنف و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لانه بائع و مشتري، فله ما لكل منهما، و لكن قد ذكر في وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:

الاولى: من ناحية تشبیه موضوع الخيار.

الثانية: من ناحية الغاية و هي الافتراق.

اما من الناحية الاولى: فتقريبه: ان الموضوع هو البيعان، و هذا اللفظ ظاهر في التعدد و لا يشمل ما اذا كان البائع و المشتري واحدا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤

[...]

و فيه: ان التشبیه في المقام باعتبار العنوان، اي البائع و المشتري لا الأفراد، و العنوان في المقام المتعدد.

و بعبارة اخرى: هذه قضية حقيقية و متضمنة لثبوت الخيار على كل فرد صدق عليه عنوان البائع او المشتري، و العاقد في المقام يكون مجمع العنوانين فيثبت له الخيار.

و أما من الناحية الثانية: فتقريبه من وجوه: منها: ما عن المحقق الخراساني ره من ان الافتراق المجعول غاية، و مقابله الذي هو قيد للموضوع من قبيل العدم و الملكة و الشخص الواحد غير قابل لعروض الافتراق عليه، فيكون خارجا عن مورد الحكم.

و فيه: ان الافتراق ليس عبارة عن عدم الاجتماع كي يكون هو و ما يقابله من قبيل العدم و الملكة، بل الافتراق و عدمه من قبيل السلب و الايجاب، لا يعقل ارتفاعهما.

و لعله الى ما افاده المحقق الخراساني ره نظر المحقق النائيني ره، حيث قال: ان قوله عليه السلام ما لم يفترقا قيد للموضوع، فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الافتراق و الاجتماع.

و منها: ان الغاية لا بد و ان تكون امراً ممكناً، و الا لا معنى لجعله غاية، و حيث ان التفرق في شخص واحد غير معقول، و ظاهر النص

كون الغاية غاية في كل مورد يثبت الخيار، فيختص الخيار بمورد تعدد البائع و المشتري المعقول فيه التفرق. وفيه ان عدم صحة جعل امر غير معقول غاية انما يكون من جهة اللغوية، و عليه فاذا امكن تحقق الغاية في مورد و لم يمكن في مورد آخر صح جعل الحكم بنحو الاطلاق و جعل ذلك الشيء غاية، كما ان الامر كذلك في شرائط الموضوع و قيوده. لاحظ الاستطاعة المجعولة قيدها لوجوب الحج.

و منها: ان الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، اي

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥

[...]

الخيار الملحق بالافتراق، فاذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتا. وفيه: ان الغاية ما ينتهي عنده الحكم لا انها مقيدة للحكم، فالظاهر ثبوت الخيار له من الجانبين. و قد ظهر مما ذكرناه انه: لو قلنا بالخيار بقاءه الى ان يسقط باحد المسقطات. و في حاشية السيد: يمكن ان يقال يبقى الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار اطول المجالس او اوسطها. وفيه: ان الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طريقا الى مقدار من الزمان كي يجري فيه ذلك، بل الظاهر من النص دخله فيه من حيث هو، فالظاهر بقاءه الى ان يسقط باحد المسقطات.

استثناء من يعتق على احد المتبايعين

إشارة

المسألة الرابعة: قد يستثنى بعد اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار، منها من يعتق على احد المتبايعين. و الوجوه بل الاقوال في هذه المسألة ثلاثة: احدها: الثبوت مطلقا. ثانيها: ما هو المشهور بين الاصحاب، و هو عدم ذلك. ثالثها: ما احتمله في محكي الدروس، و هو التفصيل بين البائع و المشتري، و الثبوت للاول. و الكلام في المقام مبنى على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، و الا فلا اشكال في ثبوت الخيار، كما انه ينبغي نفي الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من يعتق على شخص في ملكه، اذ المعاملة حينئذ اما ان تكون استنقازاً محضاً فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦

[...]

كاشترى المسلم الاسير من الكافر، او و ان كانت معاملة عقلائية متضمنة للتملك، الا ان الشارع الاقدس لم يرضها و حكم بعدم انتقاله الى المشتري و صيرورته منعتا، او ان البيع في الفرض ليس تمليكا بل الاعطاء بعوض الذي هو حقيقة البيع اثره في مثل هذا البيع الانعتاق، ففي الحقيقة يكون المال بازاء الانعتاق.

و على جميع التقادير لا وجه لثبوت الخيار، اما على الاول: فلأنه لا يصدق على المتعاقدين البيعان.

و أما على الثاني: فلأن الخيار حكم شرعي ثابت للبيع الصحيح، و هذا البيع على الفرض ليس كذلك.

و أما على الثالث: فلأن الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبدا.

انما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار و انتقال من ينعق الى من ينعق عليه ثم انعتاقه، و الكلام فيه يقع في جهتين.

الاولى: في وجود ما يقتضى الخيار، بمعنى شمول ادلة الخيار له.

الثانية: في انه على فرض الشمول في نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته ام لا؟.

اما الاولى: فقد استدل المحقق الايرواني ره لعدم المقتضى: بان الاستفادة من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين، اما بتعلق الحق به ابتداءً، و ان كان الحق قائماً بالعقد لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين.

وفيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد، و المراد من كون الغرض استرجاع العوضين ان كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه: ان ذلك ليس قيداً للخيار، و ان كان غرض الشارع، فيرد عليه: انه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضى له.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٧

[...]

و اما الثانية: فقد استدل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

الاول: ما عن المصنف، و هو: انه لا- خيار لمن انتقل اليه لانه و طن نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار ان ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه، و لا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق.

وفيه: ان المشتري و طن نفسه على انعتاق من يشتريه بازاء قيمته الواقعية، لا- على الغبن من حيث المعاملة، و تغليب جانب العتق انما يقتضى عدم رجوع الحر عبداً. و لا كلام في ذلك، و انما محل الكلام الرجوع الى قيمته.

الثانى: ان ثبوت الخيار او سقوطه انما هو بعد تحقق القبض من المشتري، ثم دعوى الرجوع الى القيمة لثبوت الخيار و امتناع تعلقه بالعين او سقوطه، و عليه فحيث ان البيع اتلاف للمبيع و موجب لخروجه عن المالىة، فلا- يتحقق القبض، فلا- مورد لثبوت الخيار او سقوطه.

وفيه: ان القبض المعتبر في البيع المترتبة عليه الآثار ليس هو القبض الخارجى، بل عبارة عن رفع اليد عنه و جعله تحت سلطانه و يده، و عليه فنفس انعتاقه عليه اقباض، و لو لا ذلك لا بد و ان يكون التلف من مال البائع و لا يستحق شيئاً من الثمن و القيمة. و هذا مما لم يقل به احد.

الثالث: ما افاده الشيخ ره: بان البائع و المشتري قد تواطئا على اخراجه عن المالىة الذى هو بمنزلة اتلافه. و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادنى تصرف، فعدم ثبوته به اولى.

وفيه: ان سقوط الخيار بالتصرف و الاتلاف ليس من الامور البرهانية حتى يكون ما ذكر وجها له جاريا في المقام، بل انما هو من جهة ما في نصوص «١» خيار

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٨

[...]

الحيوان من التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع، فلا بد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعاً عن الرضا بالبيع. و هذا يختص بما اذا كان التصرف وارداً على ملكه، و لا يجرى في التصرف قبله او حينه كما لا يخفى.

و ان شئت قلت: ان الاولوية ممنوعة، فان سقوط الخيار باتلاف المشتري ماله الذي له فيه الخيار لا يقتضى عدم ثبوته له باتلافه مال الغير، فان العبد انما يخرج عن المالية بقبول المشتري العقد الواقع عليه، مع ان البيع ليس اتلافا للمبيع بل انما يكون البيع اقداً على ايجاد الملكية، و الاعتاق حكم شرعى مترتب عليه قهراً. فالظاهر ثبوت الخيار.

و لصاحب المقاييس كلام فى المقام لا- بأس بنقله، و حاصله: انه ان قلنا بان الخيار و الاعتاق معلولان للبيع فى عرض واحد، او معلولان للملك المعلول له، او ان الخيار معلول للملك و الاعتاق معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار، اما على الاخير فلسبق الاعتاق على الخيار، و اما على الاولين فلا- نصية اخبار العتق. و لا يتوهم امكان الجمع بالرجوع الى القيمة، لانها بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل. ثم احتمال قريباً ثبوت الخيار، و ذكر فى وجهه وجوها:

احدها: انه جمع بين الحقيين.

ثانيهما: ان التعارض بين النصين انما يكون بالنسبة الى نفس العين، و اما بالنسبة الى القيمة فلا منافاة اصلاً، بل هو عمل بالنصين، و مقتضى ذلك الرجوع الى القيمة للاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن الثمن و عن قيمة المبيع.

ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الارش، فكما ان الاعتاق لا يوجب سقوط حق المشتري من الارش اذا ظهر المبيع معيباً، فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنسبة الى القيمة لعدم التنافى بينهما. و اما لو قلنا بان الخيار معلول للبيع و الاعتاق معلول فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٩

[...]

للملك المعلول له، فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار. ثم اختار هو قده الاخير.

و فى كلامه مواقع للنظر: الاول: ما ذكره من انصية اخبار العتق فى وجه السقوط. فانه يرد عليه: ان الانصية لا تنافى ثبوت الخيار بالنسبة الى القيمة، و ما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا- يرجع الى محصل، اذا المفروض حصول المبدل- و هو العين- فى ملكه، و التلف عليه. مع ان تعارض اخبار الاعتاق «١» و اخبار الخيار «٢» ليس من باب تعارض الدليلين، بل من باب تراحم الحقيين، فانصية احدهما غير مفيدة.

الثانى: ما ذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين.

فانه يرد عليه: انه على فرض الفسخ بالخيار لا تزول يد البائع عنهما، اذ مع الفسخ يأخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الارش. فانه يرد عليه: ان عدم مانعية الاعتاق من اخذ الارش انما هو من جهة عدم منافاة دليل الارش لدليل الاعتاق، بخلاف المقام كما لا يخفى.

المسلم المشتري من الكافر

و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر.

و الاقوال و الوجوه فى المسألة اربعة:

احدها: عدم ثبوت الخيار مطلقاً.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٠

]...[

ثانيها: الثبوت مطلقاً و رجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقاً، و تقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به البدل، اختاره الشيخ ره.

رابعها: التفصيل بين البائع و المشتري، و ثبوت الخيار للثاني دون الاول، و ثبوت الخيار للمشتري اما بارجاع العبد نفسه او قيمته. و قد استدل للاول: بان الكافر لا يملك المسلم، و بمجرد الاسلام يخرج عن ملكه، و انما كان له حق في قيمة من تملكه كارث الزوجة من العقار، فتكون المعاملة عليه حينئذ بتملك المسلم اياه بقيمته، و استيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليست هي بيعاً، فلا تشملها ادله الخيار.

و فيه: انه لا دليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك مالكة. و آية نفى السبيل «١» لا تدل على ذلك، لان الملكية التى يكون صاحبها محجوراً عن التصرف فى المملوك لا تعد سيلاً، مع ان ما دل على انه يجبر على البيع «٢» يدل على بقاء الملكية. و استدل للثاني: بما عن المصنف فى القواعد، و هو خروج الملك القهرى كالارث عما دل على ان الكافر لا يملك المسلم، و الملك العائد بحل العقد قهرى لا تملك ابتدائى بالاختيار.

و فيه: ان ذلك يتم بالنسبة الى فسخ المشتري دون فسخ البائع، فان التملك حينئذ باختياره. و به يظهر مدرك القول الرابع. و استدل للثالث: بان ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سيلاً للكافر على المسلم.

(١) النساء آية ١٤١.

(٢) الوسائل باب ٧٣ من ابواب كتاب العتق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٥١

]...[

و فيه: ان الملكية الحقيقية فى ذلك المقدار من الزمان و ان لم تكن سيلاً، الا انها فى الزمان الطويل مع محجورية التصرف و لزوم البيع عليه ايضا لا تعد سيلاً.

فتحصل: ان الاظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً على ما هو المفروض فى عنوان المسألة. و تقدم تحقيقه فى الجزء السادس عشر من هذا الشرح.

شراء العبد نفسه

و منها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه كما عن التذكرة.

و منها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه كما عن التذكرة. مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، و ذلك اما بالشراء بمال فى ذمته، او بمال شخصى خارجى، مع عدم كون ماله لمولاه او بمال غيره، بناء على ما هو الحق من جواز شراء شىء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

و قد ذهب الشيخ عدم الثبوت الخيار و لو بالنسبة الى القيمة، قال: لعدم شمول ادلة الخيار له.

و فيه ان وجه عدم الشمول ان كان عدم عود الحر رقاً، فيرد عليه: ان ما ذكره فى وجه عود القيمة فى بيع من ينعق عليه يجرى فى المقام. و ان كان هو ما افاده المحقق الايروانى ره من ان ملك الشخص لنفسه ليس الا عين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة اخرى

عن العتق، و من المعلوم عدم جريان الخيار في العتق. فيرد عليه: ان بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، و اثره الانعتاق على ما تقدم تحقيقه في اول مبحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور في ثبوت الخيار فيه.

و فيها: أيضاً- أى في التذكرة- انه لو اشترى جمداً في شدة الحر ففي الخيار اشكال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٢

و لا يثبت في غير البيع

و المحقق الثاني وجه الاشكال: بان كون المبيع تالفاً شيئاً فشيئاً مانع عن اعمال الخيار فيه. ثم اورد عليه: بان الخيار لا يسقط بالتلف. و الشيخ وجه الاشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد في تعلق الخيار بها. توضيحه: ان التلف ربما يكون متأخراً عن ثبوت الخيار، و ربما يكون مقارناً للخيار المترتب عليه العقد، و ما ذكره من انه لا يسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتأخر التلف المقارن كما في المقام.

و فيه: انه لا دليل على اعتبار عدم التلف في ثبوت الخيار. و المحقق النائيني ره وجه الاشكال: بان مورد خيار المجلس هو البيع الذي لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين، و مع علمهما بان المال بمجرد البيع يخرج عن المالك اما شرعاً او عادة كما في المثال، فقد أقدم على ذهاب مالهما.

و فيه: ان البيع ليس اقداما على ذهاب المال، بل هو يذهب باعاً ام لا، و البيع انما يكون اقداما على الملكية، و المتلف انما هو شدة الحر. فالظاهر ثبوت الخيار فيه.

اختصاص خيار المجلس بالبيع

المسألة الخامسة: و لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود غير البيع عند علمائنا كما عن التذكرة.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين.

الاول: في العقود اللازمة.

الثاني: في العقود الجائزة.

اما الاول: فالظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم مقتضى له، فان الادلة مختصة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٣

[...]

بالبيع، و المناط غير معلوم كي يتعدى عنه الى غيره. و لا يقاس ذلك بالاحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب، فان نفس ما يدل على ثبوته في البيع- و هو الاشتراط الضمني الذي بناء كل عاقد عليه- يدل على ثبوته في غيره. و هذا بخلاف هذا الخيار، فان جعله تعبد صرف فلا يتعدى منه الى غيره.

و أما المقام الثاني: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار في العقود الجائزة- مضافاً الى عدم مقتضى- بوجود المانع، و تقريبه من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى ان الخيار ذاتي لها، فما معنى جعل الخيار.

و فيه: انه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتاً من جهتين: ذاتية و عرضية، كالخيارات المتعددة العرضية. و ان شئت قلت: ان

الخيار الذاتى ايضاً يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعولان، و لا أولوية لأحدهما على الآخر كي يلتزم بثبوته دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوئية من جعله.

وفيه: ان للخيار آثار او فوائد، عدم اولوية احدهما على الآخر لا معنى لكون خيار المجلس لغواً دون الجواز. مع انه على القول بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار فى زمان الخيار، عدم اللغوئية واضح، فان ذلك اثر الخيار الحقى خاصة. فالوجه فى عدم ثبوته فيها عدم المقتضى ايضاً.

ولا يخفى ان محل هذه المسألة بعد المسألة السابعة قدمت اشتباها.

مبدأ خيار المجلس

المسألة السادسة: لا خلاف و لا إشكال فى ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٤

[...]

اذ ظاهر الأخبار ان البيع علة تامه. و هل يشمل الحكم للصرف و السلم قبل القبض؟ فيه اشكال من جهتين: الاولى: فى انه هل يجب التقابض فى المجلس ام لا؟.

الثانية: فى جريان الخيار فيهما على كل من القولين.

اما الجهة الاولى: فقد استدل لوجوب التقابض بوجوه:

الاول: ما عن المصنف قده، و هو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربويه. و توضيحه: انه اذا كان العوضان من جنس واحد و حصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساواة ذا مدة و اجل، فتكون به ربويه، لأن للأجل قسطاً من الثمن. وفيه: انه عدم اشتراط التأخير لا- تكون ربويه، و مجرد الشباهة بالربا لا- يوجب البطلان، مع ان هذا الوجه لو تم لدل على وجوب القبض شرطاً لا وجوبه مولوياً، مع انه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض احدهما حقه.

الثانى: ما افاده الشيخ ره، و هو آية وجوب الوفاء بالعقد «١» بدعوى ان للعقد بنفسه آثاراً مع قطع النظر عن ملكيته، و يجب ترتيبها و لو قبل حصول الملكية، و منها الاقباض فى المقام.

وفيه: انه ان قلنا: بان معنى الآية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله و اتمامه بعدم فسخه و حله كما قويناه، فعدم دلالة الآية حينئذ على وجوب التقابض واضح، بل تكون حينئذ ارشاداً الى اللزوم.

و ان قلنا: بان معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن الشيخ ره، فمعناها هو ترتيب الآثار التى التزم بها، و من المعلوم ان ما التزم به هو اقباض كل منهما على فرض

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٥

[...]

اقباض الآخر لا- مطلقاً، فلا تدل على لزوم التقابض، و لا ينتقض بلزوم اقباض كل منهما فى سائر البيوع، فان فيها انما يجب الاقباض من جهة تأثير البيع فى الملكية و يجب رد المال الى صاحبه، و هذا بخلاف باب الصرف.

و أما ما اورده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى عليه: بان بيع الصرف لا أثر له الا بعد التقابض فلا يجب الوفاء به الا بعده. فيرد عليه: ان للعقد مرحلة، و لتأثيره فى الملك مرحلة اخرى، و لكل منهما آثار، فاذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد، و ان لم يحصل الملك.

الثالث: النصوص «١» المتضمنة للأمر بالتقابض و النهى عن البيع الا يداً بيد. و فيه: ان تلك الأوامر و النواهي تكون ارشاداً الى شرطية التقابض لصحة العقد و تأثيره فى الملك لا مولوية لما حقق فى محله من ظهور الأوامر و النواهي فى المعاملات فى الارشاد. فالأظهر عد لزوم التقابض.

و أما الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين: احدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضى.

اما من الناحية الاولى: فثبوت الأثر للخيار على القول بوجود التقابض واضح، فان اثره حينئذ ان له فسخ العقد و اسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه.

لا يقال: انه على القول بوجود التقابض كيف يجرى الخيار الذى لازمه عدم وجوبه.

فانه يقال: ان الخيار معناه السلطنة على حل العقد، و لا ينافى ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد. و نظير هذا التكليف فى الشرع كثير، لاحظ ما لو

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الصرف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٥٦

[...]

و هب امته للغير، فانه مع جواز الرجوع يحرم عليه و طئها مع عدم الرجوع، و وجب القصر ما دام مسافراً مع ان له ان يقصد الإقامة أو بصير حاضراً.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض، قال الشيخ ففى اثر الخيار خفاء ... الخ.

و فيه انه لا خفاء فيه، فان السلطنة على حل العقد و الغاية عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق.

و أما من الناحية الثانية: فيمكن ان يقال بقصور ادلة خيار المجلس عن الشمول له من جهة ان ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق، فيصلح ذلك قرينه على صدرها، و يكون الخيار ثابتاً فى بيع لو حصل افتراق البيعين بصير لازماً، و اما بيع الصرف الذى يبطل بالافتراق قبل التقابض فلا يكون مشمولاً لها.

هذا بناء على عدم دخول التقابض فى البيع شرعاً، و الا فعدم ثبوت الخيار فى غاية الوضوح لحكومة ما دل على ذلك على ادلة الخيار.

[موارد سقوط الخيار]

سقوط الخيار باشتراط سقوطه

إشارة

السابعة: ذكر المصنف فى التذكرة و من تاخر عنه: ان هذا الخيار يسقط باربعة اشياء: اشتراط سقوطه، اسقاطه بعد العقد، التصرف،

التفرق.

فالكلام في مواضع:

الأول: لا خلاف ظاهراً في سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد، و عن الغنية: الاجماع عليه، و عموم ادلة نفوذ الشرط شاهد به. و
انما الخلاف هنا فيما افاده

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٧

او يشترط سقوطه قبل العقد او بعده

المصنف بقوله: او يشترط سقوطه قبل العقد او بعده بعد معلومية ان مراده من بعد العقد ليس بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه.
و أما الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ في الخلاف: سقوط الخيار به، و عن المختلف بعد نقل ذلك عنه: و عندي في ذلك نظر لأن
الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.
واظن ان مراده في المقام هو ما ذكره اخيراً في المختلف.

و كيف كان: فشرط سقوط الخيار في قبال شرط عدم الفسخ، و شرط اسقاط الخيار الذين - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على
وجهين: احدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع الى اسقاط الخيار. ثانيهما: شرط عدم كون العقد خيارياً، و الاشكالات الآتية عمدتها
تختص بالثاني، و بعضها يختص بالأول، و بعضها يشترك بينهما.

و كيف كان: يقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول ادلة الشروط لهذا الشرط و عدمه.

الثاني: في انه هل يعارض ادلة الخيار لأدلة الشروط على فرض شمولها ام لا.

اما المقام الأول: فقد اشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

احدها: ان مفاد المستفيض (المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم) «١» لزوم العمل بالشروط، فلا بد و ان يكون الشرط فعلاً اختيارياً
للمشروط عليه، و اختيارياً له، فلا يشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره و قدرته، و منها شرط عدم الخيار.
و فيه: ان هذا يتم في نفسه، الا ان صحيح مالك بن عطية عن سليمان عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن رجل كان له أب مملوك
و كانت لأبيه جارية مكاتبه

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب المكاتبه و غيرهما من الأبواب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٨

[...]

قد ادت بعضها ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على
ابي اذا انت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال (عليه السلام): لا يكون
لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «١». يدل على صحة شرط عدم الخيار، و ان المستفيض يشملها، و هو يصلح قرينة على ارادة نفوذ
كل شرط يكون مربوطاً بالمشروط عليه.

و اورد عليه: بان مورد الصحيح الشرط الابتدائي، و هو غير نافذ بالاجماع.

و اجاب عنه الشيخ ره: بانه مطلق قابل لأن يقيد بصورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، و في حاشية السيد: الانصاف ان هذه

الرواية دليل على شمول ادلة الشروط للشروط البدوية، وانها ايضاً واجبة الوفاء، والاجماع على الخلاف ممنوع. وفيه: ان مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار، ولم يظهر لي منشأ اشتباه القوم و تخليهم كون مورد الشرط الابتدائي. والايراد عليه بان الهبة جائزة و الشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء سيأتي الجواب عنه.

ثانيها: ان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. وفيه: اولاً: انه لا- دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازماً، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به لزومه حتى في العقود الجائزة.

و دعوى انه لا يزيد حكمه على حكم اصل العقد، ان اريد بها انه تابع و التابع

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب المكاتبه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٥٩

[...]

لا يزيد حكمه على حكم المتبوع، فيردها: انه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقل في الاعتبار و الدليل، و ان اريد بها انه ينافي جواز العقد الذي لازمه جواز اعدامه و حله مع وجوب الوفاء بالشرط، فيردها: ان الجواز و اللزوم لا يردان على محل واحد كي يتنافيان، بل الجواز انما هو متعلق بما هو كالموضوع للزوم، و مقتضاهما معا انه يجوز حل العقد، و لكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، و كم له نظير في الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم و لكن له ان يسافر فلا يصوم، و هكذا غيره.

و ثانياً: انه لو تم البرهان المذكور كان لازمه اعتبار ان لا يبقى العقد جائزاً مع لزوم شرطه لا لزوم العقد قبل لزوم الشرط، و عليه فحيث ان مدلول هذا الشرط لزوم العقد فلزوم الشرط عبارة اخرى عن لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.

و أما ما ذكره المحقق الاصفهاني ره زائداً على ذلك: بان لزوم الشرط حسب الفرض و ان توقف على لزوم العقد، الا ان لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف على صحته، لأن مجرد صحته يكفي في سقوط الخيار. فيرد عليه: ان دليل صحة الشرط و لزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لا سبيل الى الحكم بالصحة. فالصحيح ما تقدم.

ثالثها: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، و المراد من مقتضى العقد في المقام- على ما ذكره الشيخ ره:- ما يشمل لازمه كالحكم الشرعي، و عليه فلا يرد على الشيخ ره بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الاشكال اولاً في منافاته لمقتضى العقد، و اخيراً في منافاته لحكمه الشرعي كما في الحاشية.

و اجاب الشيخ ره عن هذا الاشكال بوجهين:

الأول: ان المتبادر من اطلاق دليل الخيار صورة الخلو عن اشتراط سقوطه،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٦٠

[...]

و غاية ما يمكن ان يقال في توجيهه: ان الخيار حيث انه من باب الارفاق بالمالك كي يتروى في امر المعاملة، فدليله ينصرف الى صورة عدم الالتزام بالمعاملة و اشتراط عدم الخيار.

و فيه: ان هذا الانصراف بدوى لا يصلح لتقييد الاطلاق.

الثانى: ان مقتضى الجمع بين دليل الخيار و دليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة.

و فيه: بعد اصلاحه بان المراد من كون العقد تارة علة تامه و اخرى مقتضيا، هو: ان تمام الموضوع تارة نفس العقد، و اخرى العقد المجرد عن الشرط، مثلا انه على فرض شمول اطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط و منافاة الشرط له، يكون دليل الخيار مقدما لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب و السنه.

و الحق ان يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بمعناه الأخص و هو المنافى لحقيقه العقد كالبيع بشرط ان لا يملك، و المنافى لما يتقوم به العقد كالبيع بشرط ان لا يكون له عوض - ان هذا الشرط ليس مخالفا للكتاب و السنه، فان الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط و النقل، فله ان يسقطه بعد تحققه، و من اول آن ثبوته بان يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار بهذا المعنى او سقوطه ليس مخالفا للشرع لفرض جوازه و ان له ذلك. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محله.

قمى، سيد صادق حسيني روحانى، فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)؛ ج ١٧، ص: ٦٠

رابعها: ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، فان الخيار لا يحدث الا بعد العقد، فاسقاطه فى ضمن العقد كاسقاطه قبله.

و اجاب الشيخ ره عنه: بانه مع شرط الخيار لا تشمل ادلته ذلك العقد، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا إثبات المانع. و قد عرفت الجواب عن ذلك.

و الحق ان يقال: اولاً: ان هذا الوجه مختص بشرط السقوط و لا يجرى فى شرط

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٦١

[...]

عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته.

و ثانياً: ان شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذى لا دليل على المنع عنه سوى الاجماع المختص بغير الشرط، كيف و قد ادعى الاجماع على سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

فتحصل: ان شرط سقوط الخيار بكلا معنيه لا مانع عنه، و تشمله ادلة الشروط.

المقام الثانى: قد يتوهم انه يعارض ادلة الشروط مع ادلة الخيار، و النسبة بينهما عموم من وجه، فلا وجه لتقديم الأولى و لكنه فاسد، فان كل مشروط لا محالة يكون محكوماً بحكم قبل ان يقع فى حيز الشرط، فحينئذ اما ان يوافق حكمه مع الشرط كما لو شرط فعل واجب او مستحب، و اما ان يخالفه، لا سبيل الى تخصيص ادلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح.

و حيث ان نسبة دليل الشرط مع كل واحد من ادلة تلك الأحكام عموم من وجه، فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، و تقديمه على جميعها، و تقديمه على بعضها و الأخير مستلزم للترجيح بلا مرجح، و الأول مستلزم لإلغاء دليل الشرط، فيتعين الثانى.

فتحصل: ان الأظهر سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد بكلا معنيه.

و قد يتوهم التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذى يجب الوفاء به.

و اجاب عنه الشيخ: بان ادلة الخيار اخص، فيخصص به العموم.

و فى حاشية السيد تقريبات الاستدلال بأية وجوب الوفاء بتقريب آخر،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٦٢

[...]

و حاصله: انحلال العقد المشروط الى عقدين: بيع و شرط، و اخصية دليل الخيار انما ينتفع بالنسبة الى حيثية البيعة لا بالنسبة الى حيثية الشرطية، فيكون عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالنسبة الى عقد الشرط حاكما على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار في ضمن عقد البيع، فان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالنسبة الى الصلح مقدم على ادلة الخيار.

و فيه: ان الشرط حيث انه مرتبط بالبيع لا- محالة يكون دليل الخيار باطلاقة شاملا للبيع المجرد و البيع المشروط به، و هذا بخلاف الصلح، فانه عقد مستقل ليس من شئون البيع المحكوم بالخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار باطلاقة البيع المجرد عنه و المقيد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. و عليه فحيث ان دليل الخيار اخص فيقدم عليه.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه: احدها: ان يشترط عدم الخيار، قال الشيخ: و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

الثاني: ان يشترط في فرض ثبوته و هذان القسمان من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الآخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

اشترط عدم الفسخ

الثالث: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول بعث بشرط ان لا أفسخ و الكلام في هذا الوجه يقع في جهات:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٦٣

[...]

الاولى: في صحة هذا الشرط و شمول العموم له.

و قد يقال بعد صحته من جهة المحذور الثاني من المحاذير المتقدمة، و هو كونه شرطا في ضمن عقد جائز و الجواب عنه: ما تقدم من ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء. نعم لا يندفع ذلك بما اجاب به الشيخ ره من لزوم العقد بلزوم الشرط بناء على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الثانية: في انه لو فسخ و عصي هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد ام لا؟.

و قد ذكر في وجه عدم التأثير في قبال عموم دليل الخيار المقتضى للانحلال و جوه:

احدها: ما اشار اليه الشيخ ره في ابتداء كلامه و اوضحه المحقق النائيني ره، و هو: انه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملي السلطنة عليه، و مع تعين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لا سلطنة له على الفسخ، لأن الالزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعا فلا يكون مؤثرا.

و فيه: ان المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لا التكليفية، و مقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفية دون الوضعية. و قد تقدم توضيح ذلك في اول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح فراجع.

ثانيها: ان الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، و لذا يجوز اجباره عليه، فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع منذور التصديق.

و فيه: ان غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، و اما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل، و جواز الاجبار

مشترك بين التكليف و الحق.

ثالثها: ان دليل الخيار بالدلالة المطابقة يدل على الترخيص التكليفى فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٦٤

[...]

الفسخ، و من ذلك يستفاد الخيار، و ان المعامله تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فاذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص و حرمة الفسخ ارتفع الخيار ايضاً، لأن المدلول الالتزامى يتبع المدلول المطابقى فى الحجية كتبعيتها لهذا فى الوجود. و فيه: ان المدلول المطابقى لدليل الخيار هو الوضع لا التكليف المحض.

رابعها: ما ذكره الشيخ ره اخيراً، و هو: ان مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب آثار الشرط و هو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك وقوع الفسخ لغوا.

و فيه: ان مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، و لذا لو اشترط بيع شىء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط و صحته او لزوم العمل به.

فتحصل مما ذكرناه: ان شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ.

الثالثة: فى اثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ.

الظاهر انه لا أثر له سوى الاثم على مخالفته، و ما يترتب على مخالفة الشرط فى سائر الموارد من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفة الشرط لا يترتب هنا كما لا يخفى.

الرابع: ان يشترط اسقاط الخيار.

و الكلام فى جواز هذا الشرط هو الكلام فى جواز شرط عدم الفسخ، كما ان الكلام فى تأثير الفسخ هو الكلام فى تأثيره فى الوجه المتقدم كما سنشير اليه.

و فى المقام خصوصيات لا بد من الاشارة اليها:

(١) هل يجب الاسقاط، ام لا؟ فيه وجهان، قال الشيخ: ان مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط.

و علق عليه السيد الفقيه بقوله: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٦٥

[...]

بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

و لكن يمكن ان يكون نظر الشيخ ره الى احد الوجهين: اما الى انه بعد فرض اتحاد الاسقاط و السقوط حقيقة اختلافهما اعتباراً لو اشترط الاسقاط يمكن حمله على ارادة السقوط، فيسقط بعد البيع، و يمكن ان يكون مراده ان يكون مراده الفعل، و الظاهر ارادة الثانى. او الى انكار هذا الظاهر، و انه لا يحتاج الى الاسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، و لم يكن للفسخ بعده اثر كما يختاره.

(٢) على فرض وجوب الاسقاط، لو اخل به، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، اذ مع لزوم الاسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، و هو اعمال الخيار بفسخ العقد و كذا دليل الشرط على فرض دلالة على لزوم ترتيب آثار الشرط يشمل اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره، و كذا الوجهان الآخران كما هو واضح، و قد عرفت فساد الجميع، فالأظهر تأثير فسخه.

(٣) هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشتري الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ؟ فيه اقوال:

الأول: ان له ذلك مطلقا.

الثانى: عدم ثبوته له مطلقا.

الثالث: ما اختاره الشيخ ره، و هو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ و عدمه، و اختيار أن له ذلك على الأول دون الثانى. و الأظهر هو الأول لما دل على ثبوت الخيار للمشروط له اذا تخلف المشتري و لم يعمل بالشرط فى سائر الموارد، فانه يجرى فى المقام طابق النعل بالنعل.

و استدلل للثانى: بان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا اذا فسخ، و بعده لا موضوع له.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٦٦

[...]

و الشيخ ره قال: و الاولى 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 ... الخ. و الظاهر ان مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية و النتيجة المرادة. و يرد عليه: - مضافا الى ان الغرض قد يكون سقوط الحق لا- خروج العقد عن التزلزل- ان الموجب لخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة. فالأظهر ثبوته مطلقا.

الشرط غير المذكور فى متن العقد

(٤) بناء على جواز الشرط كما هو المفروض فى المقام، و ستعرف فى محله تفصيل القول فيه.

لا كلام فى نفوذ الشرط المذكور فى متن العقد و لو بأن يذكر قبل العقد و يشير اليه فى العقد بان يقول مثلا: بعث على ما ذكر، كما لا كلام معتد به فى عدم نفوذ الشرط غير المذكور فى العقد و لم ينشأ العقد مبنيًا عليه بان يكون حين العقد غافلا عنه، انما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد و وقع العقد مبنيًا عليه، فظاهر جماعة نفوذه، و صريح آخرين عدمه. و استدلل لعدم العبرة به بوجوه:

الأول: ما فى المكاسب، و حاصله: ان الشرط هو الالتزام او الالتزام المرتبط بمطلب آخر، و عليه فالشرط المذكور سابقا لا يجب الوفاء به، لأنه اما وعد بالالتزام او التزام تبرعى لا يجب الوفاء به، و هو و ان كان باقيا الى حين العقد الا انه لا يرتبط بالالتزام العقدى الا بجعل المتكلم.

وفيه: ان الالتزام الشرطى و البيعى كليهما من مقولة المعنى لا اللفظ، و اللفظ

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٦٧

[...]

مبرز لهما، و عليه فاذا كان الالتزام الشرطى باقيا الى حين العقد و وقع العقد مبنيًا عليه- اى قيد التزامه البيعى بالالتزام الشرطى بالنحو الصحيح الذى سيمر عليك فى باب الشروط، الذى به يخرج العقد عن التعليق- صدق على ذلك الالتزام الضمنى الشرط حتى على القول بانه التزام مربوط بمطلب آخر، فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى ره، و هو: ان القصد و الدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرد وقوع العقد مبنيًا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر. ثم تفتن لاشكال، و هو: انه لا إشكال فى الاكتفاء بالقصد فى الشروط التى جرت العادة و العرف على الالتزام بها فى العقد، كوصف الصحة، و تسليم المبيع و ما شابههما فاجاب عنه: بانه فى تلك الشروط انشاء

العقد انشاء لها لأنها من لوازم ألفاظ العقود، فكما انه ينشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها الالتزامية، وهذا بخلاف الشرط الخاص للعقد الخاص، فانه ليس من المداليل الالتزامية، فليس هو المنشأ في العقد الا مع ارتباط العقد به صريحا او اشارة. وفيه: انه في باب العقود و الايقاعات يعتبر وجود اللفظ او مبرز آخر بلا- كلام، و اما في باب الشروط فلا دليل على اعتباره، و لعل الاكتفاء بالقصد و الالتزام النفساني في الشروط التي جرت العادة على الالتزام بها في العقد اقوى شاهد على ذلك، اذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعي كي يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعي مبرزاً له بالالتزام، و لو بنى على كفاية ذلك لا بد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين ايضا، فان بناء غيرهما من اهل العرف غير دخيل في الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة في النكاح الدالة على انه لا عبرة بالشرط قبل العقد: منها: موثق ابن بكير عن مولانا الصادق (عليه السلام): اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به و اوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٦٨

[...]

النكاح، فان اجازته فقد جاز، و ان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح «١».

و منها: موثق محمد بن مسلم عن الامام الباقر (عليه السلام) في الرجل يتزوج المرأة متعة: انهما يتوارثان اذا لم يشترطا، و انما الشرط بعد النكاح «٢».

و منها: موثق ابن بكير عن الامام الصادق (عليه السلام): ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «٣».

و فيه: اولاً: ان هذه النصوص مختصة بشروط المتعة، و تدل على انه اذا لم تذكر في ضمن العقد تنقلب دائماً. اما الأولان فواضح، و اما الأخير فلقولته هدمه النكاح) فان شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط، و اما سائر الشروط فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها لا هدمها و جعلها كالعدم.

و ثانياً: انه لا وجه للتعدى عن باب النكاح الى سائر الموارد و الأبواب.

و ثالثاً: انها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقاً و لم يكن مضمراً حال العقد على وجه يكون مبنياً عليه، اذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في اثائه.

فتحصل: ان الأظهر نفوذه و وجوب العمل به.

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب المتعة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب المتعة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٦٩

[...]

المنذور عنقه

(٥) ذكر المصنف في محكي التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره في متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى ان

يعتق عبده اذا باعه، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر.

و تصوير النذر المزبور يجب الوفاء وبه و يكون صحيحا: ان ينذر التملك ثم العتق، اذ لو نذر العتق و هو ملك المشتري بطل النذر، و لو نذر العتق بعد التملك على ان يكون التملك شرطا للنذر لم يجب التملك و الوفاء بالنذر، و حيثئذ تارة لا يمكن الاقالة او الشراء منه ثانيا، و اخرى يمكن ذلك و يعلم به. فالكلام يقع في موردين:

الأول: اذا لم يمكن الاقالة او الشراء ثانيا.

: لا إشكال في صحة البيع اشتراط عدم الخيار ام لا، بناءً على ان الشرط الفاسد لا يفسد البيع و اما شرط عدم الخيار فهل يكون باطلاً و فاسداً م لا؟ وجهان.

قد استدلل الشيخ ره للأول: بان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

و فيه: اولاً: ان غاية ما يقتضيه ذلك حرمة الشرط لا فساد له لما تقدم من عدم دلالة الحرمة على الفساد، الا ان يضم اليه ما سنذكره.

و ثانياً: ان وجب الوفاء بالنذر انما يكون بعد البيع، فما لم يتم البيع لا وجوب من ناحية النذر كي يوجب عدم تسلط البائع على هذا الشرط.

و الحق ان يقال: ان هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض و عدم القدرة على امتثال التكليف في ظرفه- و قد حققنا في الاصول حرمتها

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧٠

[...]

- فيصر الشرط حراماً، فلا يكون نافذاً من جهة انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة، و الشرط المخالف سواء كان المشروط مخالفاً او الشرط نفسه لا يكون نافذاً على ما سيجيء في باب الشروط.

و دعوى ان الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفة المشروط انما لا يكون نافذاً اذا كان الشرط مخالفاً للشرع، و في المقام الشرط لا يكون مخالفاً بنفسه و انما يكون المحرم اسقاط الخيار، مندفعاً بان الشرط بنفسه اسقاط، فيكون حراماً و مخالفاً للشرع.

المورد الثاني: ما اذا امكن الاقالة او الشراء منه ثانياً، فقد افاد السيد الفقيه ره: انه يصح الشرط و لا مانع عنه.

و اورد عليه المحقق النائيني ره: بان الاقالة او الشراء ليس تحت قدرة الناذر، لأن تحقق هذه العناوين يتوقف على ارادة شخص آخر، و قد لا يريد لها، و ما هو تحت قدرته اعمال الفسخ، فيجب على الناذر اعماله، و مقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار.

و فيه: ان حرمة شرط سقوط الخيار انما تكون لأجل كونه تفويتاً للغرض، فلو فرضنا العلم بعدم الفوت- و لو بفعل غير اختياري- لا يكون هذا الفعل مفوتاً، فلا يكون حراماً، فيكون صحيحاً و نافذاً، فالأظهر ما افاده السيد ره.

الاسقاط بعد العقد

إشارة

الثاني: من المسقطات: اسقاط هذا الخيار بعد العقد.

و استدلل لسقوطه بالاسقاط بوجوه:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧١

[...]

الأول: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

الثاني: القاعدة المسلمة من ان لكل ذي حق اسقاط حقه لفحوى تسلط الناس على اموالهم «١» فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال.

و اورد عليه بوجوه: احدها: ان دليل السلطنة ضعيف السند.

و فيه: انه لاعتماد الأصحاب عليه و تمسكهم به يكون معتبرا.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني ره، و هو: ان علقه الحق اضعف من علقه المال، و السلطنة في القوى لا تقتضى السلطنة في الضعيف بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال.

و فيه: انه على فرض تسليم دلالة هذا الدليل على سلطنة الانسان على اعدام الملك، و الاعراض عنه يتم هذه الاولوية، اذا السلطنة على اعدام القوى و اذها به توجب بالاولوية السلطنة على اعدام الضعيف.

و ان شئت قلت: ان السلطنة في الشيء غير السلطنة على الشيء، و الاولوية في الثانية بخلاف الاولوية في الاولى.

ثالثها: ان دليل السلطنة لا يدل على ان للمالك الاعراض عن ماله و سلب الملكية عن نفسه لما تقدم في الجزء لخامس عشر من هذا الشرح في مبحث المعاطاة من انه كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع، و لا نظر له الى بقاء الموضوع

و ارتفاعه، و موضوع السلطنة المال المضاف باضافة الملكية، فلا يدل على ان له الاعراض عنها.

و بعبارة اخرى: انه يدل على ان له السلطنة على التصرفات في المال، و لا يدل

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧٢

[...]

على ان له السلطنة على السلطنة باعدامها و الاعراض عنها، و عليه فلا يدل بالفحوى على ان له اسقاط الحق و اعدامه.

لا يقال: انه حيث لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط كما عن الشيخ فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالاولوية دل على ان له الاسقاط.

فانه يقال: ان هذا يتم لم كان ذلك- اي ثبوت السلطنة على الحقوق- مفاد دليل خاص لا فيما اذا كان مستفادا من الدليل العام، فان الالتزام بعد السلطنة في مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها يترتب عليه محذور.

الوجه الثالث: فحوى ما سيجيء من النص «١» الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضا بالبيع، استدلل بها الشيخ ره. و اورد عليه المحقق الايرواني ره: بان النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام بلا حاجة الى الفحوى، بل و مع منع الفحوى.

و لكن تقرب الفحوى على مسلك الشيخ ره- الملتزم بان لزوم العقد بالرضا و اقراره انما يكون من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار- انه اذا دل الدليل على مسقطية الرضا و كونه موجبا للزوم من جهة انه مرجعه الى اسقاط الخيار، فنفس الاسقاط اولى بان يكون مسقطا للخيار، فلا يرد عليه ما اورده المحقق المذكور.

و أما القول بانه لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق، فقد اورد عليه السيد بانه على فرض كونه قابلا للنقل ايضا يمكن الاستدلال بان يراد الأعم من النقل و الاسقاط، قد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني انه يمكن توجيه كلام

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار حديث ١.
فقه الصادق عليه السلام (للمروماني)، ج ١٧، ص: ٧٣
[...]

الشيخ ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد، و ان كان غير تام على اى تقدير. فراجع.
لا خلاف و لا كلام فى سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات.
و قد استدل له بوجوه:

الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، فانه اذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع و الالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ الدال على ذلك اولى للفحوى المتقدمه، فلا- يرد عليه ما عن المحقق الخراسانى ره من: ان دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب بل يتكفل مشروعية السبب، فانه يتوقف على ارادة الفحوى الثانية لا الاولى.
الثانى فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال فى اجازة عقد الفضولى استدل بها الشيخ ره.
وفيه: انا لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص احدهما: فى العبد يزوج نفسه بغير اذن مولاه، المتضمنه: ان سكوت المولى بعد العلم اقرار منه «١».

ثانيتهما: فى المرأة تزوج نفسها فى حال السكر، المتضمنه انها لو اقامت معه بعد الافاقه يكون التزويج نافذا «٢».
و مورد هما ما يكون العقد تاما من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، و من المعلوم ان الرضا القلبي يكفى باى شىء احرز، و هذا بخلاف الموارد التى يكون العقد فيها ناقصا من جهة اخرى و تتوقف تماميته من تلك الناحية

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.
(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.
فقه الصادق عليه السلام (للمروماني)، ج ١٧، ص: ٧٤
[...]

على الانشاء كبيع الفضولى، حيث انه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، و من ناحية عدم كونه مستندا الى المالك، و من الجهة الثانية يحتاج الى الانشاء، و لهذا لا يكفى فى الاجازة الرضا القلبي، بل لا بد من الانشاء، و المقام من هذه الموارد، اى يتوقف على الانشاء و لا يكفى مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.
الثالث: ان مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط.

لو قال احدهما لصاحبه اختر

مسألة: لو قال احدهما لصاحبه اختر فان اختار الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد، و ان اختار الامضاء ففى سقوط خيار الأمر ايضا اقوال:

احدها: السقوط مطلقا. نسب ذلك الى جمع من الأساطين فيما لو اختار الامضاء، و اما لو سكت فلم اظفر بمن يقول بالسقوط و ان نسب الى الشيخ ره، و لكن الثابت خلافه.
ثانيها: السقوط اذا قصد التمليك.

ثالثها: السقوط اذا قصد التمليك او التفويض.

رابعها: السقوط اذا قصد التمليك و اسقط الآخر.

خامسها: عدم السقوط.

و لا يخفى ان عنوان هذه المسألة انما يكون تبعا للنص: روى نافع عن ابن عمر: ان النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر «١». من جهة ان الأصحاب لم يفهموا منه التعبد المحض فالتجئوا الى

(١) الخلاف كتاب البيوع مبحث خيار المجلس.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٧٥

[...]

تطبيقه على القواعد، و حيث انه نبوى و لم يصل الينا بطريق معتبر، و اعتماد الأصحاب عليه غير ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه فى الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد.

و ملخص القول فيه: انه لا خلاف فى معنى كلمة اختر مادة و هيئة، و لكن بعد عدم ارادة طلب الاختيار حقيقةً يحتمل فيها معان:

١- ان يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه و الاعراض عنه.

٢- ان يكون لغرض نقل خياره الى صاحبه و تمليكه اياه.

٣- ان يكون بقصد تفويض اعمال خياره بفسخ او امضاء الى صاحبه.

٤- ان يكون بغرض استعمال حال المخاطب.

و على جميع هذه المحتملات لو اختار الآخر الفسخ لا إشكال فى الانفساخ. كما انه لو سكت لا كلام فى عدم سقوط خياره، و لو اجاز لا كلام فى سقوط خياره. انما الكلام فيما لو اختار الامضاء او سكت فى انه هل يسقط خيار الأمر لا. اما على الاول: فيسقط خياره بمجرد الأمر.

و أما على الثانى: فان قبل صاحبه التمليك سقط و الا فلا.

لا يقال: انه قد تقدم عن الشيخ ره و غيره: ان هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف يحكم بسقوط خياره.

فانه يقال: اولاً: قد مر أنه قابل له. و ثانياً: ان من يقول بعدم قابليته للنقل انما يلتزم به فى النقل الى الأجنبى من جهة انه خيار المجتمعين و يكون مغيا بافتراقهما، فلا- يمكن نقله الى غير من هو طرف المعاملة، و اما فى النقل الى من هو طرف المعاملة فلا يلتزم به لعدم جريان هذا الوجه فيه.

و أما على الثالث: فان سكت يبقى خياره، و ان اختار الامضاء من الطرفين سقط، اذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٧٦

[...]

و اما على الرابع: فلا يسقط خياره اصلا حتى بعد الاجازة.

و لا- يبعد دعوى ظهوره فى الأول او الثانى، و على فرض عدم الظهور فى شىء منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

إشارة

الثالث: من جملة مسقطات الخيار: افتراق المتبايعين.

لا كلام في مسقطية الافتراق - بمعنى انتهاء امد الخيار به - انما الكلام وقع في موارد ثلاثة:

الأول: في ان مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيتها عن الرضا بلزوم العقد، أو أنه بنفسه مسقط و غاية للخيار.

الثاني: في تعيين اقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: في انه هل يلزم كل منهما الى جانب ام يكفي حركة احدهما؟.

اما المورد الأول: فالحق انه بنفسه غاية له، اذ لا طريقية و لا كاشفية للفرق عن الرضا، و الشاهد به ملاحظة حال سائر اقسام الخيار،

فهل يتوهم احد كاشفية الفرق عن الرضا فيها، مع ان مقتضى اطلاق النصوص «١» عدم اعتبار شيء في ذلك غير عنوان الفرق.

و استدلال لاعتبار كشفه عن الرضا و ان مسقطيته بهذا الاعتبار بوجهين:

احدهما: ان الطريقة العقلائية جارية على انهم اذا اجتمعوا على انفاذ معاملته لا يفترون الا بعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على

الغالب، فلا دليل على انتهاء

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧٧

[...]

امد الخيار في غير مورد الرضا.

ثانيهما: قوله (عليه السلام) في صحيح جميل فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

و فيها نظر: اما الأول: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفيتها عن الرضا بالبيع لا تنكر، مع ان المطلق لا يحمل على الغالب.

و أما الثاني: فلأنه حيث لم يذكر متعلق الرضا في الخبر فيمكن ان يكون المراد الرضا باصل المعاملة اما بان يكون المراد انهما او جدا

البيع عن الرضا، او انهما رضيا بالبيع بمعنى عدم الاكراه و الفسخ قبل الفرق، و يمكن ان يكون المراد الرضا بالفرق في مقابل صدوره

عن كره، و يمكن ان يكون المراد الرضا بلزوم العقد. و لو لم ندع ظهوره في الأول فلا اقل من الاجمال، و حيث ان الاستدلال يتوقف

على ارادة الثالث فهو لا يتم لعدم ثبوتها. الغريب ان الشيخ ره في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، و في المسألة الآتية يصرح

باعتماد استناد الى الصحيح.

و أما المورد الثاني: فالأقوال فيه ثلاثة:

احدها: كفاية مجرد الافتراق و لو كان اقل من خطوة، ذهب اليه الشيخ ره.

ثانيها: اعتبار الخطوة و كفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها ايضا، و ان المدار على صدق الافتراق عرفا.

و الأظهر هو الأخير لوجهين: الأول: ان الافتراق المجعول غاية في مقابل الاجتماع البدني الصادق على ما اذا كان الفصل بينهما خطوة

او اقل او اكثر من المفاهيم العرفية الذي لا يشك احد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة او خطوتين.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧٨

[...]

الثاني: قوله (عليه السلام) في جملة من النصوص: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطي ليجب البيع «١». تقريب الاستدلال به: تعليقه (عليه السلام) وجوب البيع على المشى خطأ، ولا ريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، وليس مورد الاستدلال به فعله (عليه السلام) كي يقال انه لا يدل على اعتبارها.

و استدل: للأول: بان الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

وفيه: ان الافتراق غير التباعد، والثاني يصدق بادننى فصل بخلاف الأول.

و أما المورد الثالث: فحمل الكلام ليس صدق التفريق مع عدم تأثير من المتفرقين، بل هذا يبحث فيه في المسألة الآتية، والمفروض في المقام صدقه بدونه، بل هو كفاية حركة احدهما مع سكون الآخر. و الأظهر ذلك، لأن الهيئة الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، و ان كلاً منهما مجتمع مع الآخر، و عدم تلك محقق لعنوان الافتراق- اى افتراق كل منهما عن صاحبه- و عليه فلو تحرك احدهما و سكن الآخر تنعدم الهيئة الاجتماعية، فلا محالة يصدق الافتراق. و اصف الى ذلك اثبات الامام (عليه السلام) افتراق الطرفين بمشيئه (عليه السلام) فقط حين قال: فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا.

الافتراق عن اكراه

صرح غير واحد: بانه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير. و قد استدل لذلك بوجوه:

الأول: تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار.

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٧٩

[...]

و اجاب عنه الشيخ ره: بان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى لا فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار.

و الحق ان يقال: انه لا يتبادر الاختيارى فى مقابل الاضطرارى ايضاً، لأن هيات الأفعال موضوعه نوعياً، مثلاً هيئة فعل وضعت لإفادة النسبة الحقيقية فى ضمن اى مادة كانت. و قد تكون المادة اختيارية، و لا سبيل الى غير الاختيارية فيها كبيع و طلق، و قد تكون بالعكس كمات و وجد و غيرهما. و قد يجوز الأمران فيها و الهيئة فى جميع ذلك تستعمل فى معنى واحد و لها وضع واحد. و بذلك يستكشف عدم دخل الاختيار فى معناها اصلاً.

الثانى: حديث رفع ما استكرهوا عليه «١» بدعوى انه يدل على ان الافتراق عن كره لا يترتب عليه الأثر و وجوده كالعدم و قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعى.

و قد اورد على الاستدلال به بوجوه:

احدها: ما افاده الشيخ ره: بانه لو كان الحديث مدرک هذا الحكم كان اللازم البناء على عدم مسقطيه التفريق الاكراهى مع عدم المنع من التخاير، و لم يلتزموا بذلك، فيستكشف منه انه لا يكون الحديث مدرکاً له.

وفيه: انه ان كان اجماع تعبدى على السقوط كان هو المقيد للاطلاق، و به ترفع اليد عما يقتضيه الحديث، و الا يلتزم المستدل بعدم

السقوط في هذا الفرض أيضاً.

ثانيها: ما افاده المحقق النائيني ره و السيد في الحاشية، و هو: انه من التزام القائل باعتبار الاختيار في مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة يستكشف ان ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لا بما هو فعل صادر عن اختيار.

(١) الوسائل - باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٠

[...]

و حديث الرفع انما يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود.

و فيه: ان النقص بالنسيان و الغفلة يمكن ان يجاب عنه بما اجبنا به عن ايراد الشيخ ره، و اما ما افاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصديّة فيرد عليه ما حققناه في محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل.

ثالثها: ما افاده المحقق النائيني ره من انه من كون مورد بعض المرفوعات منحصرا في متعلق التكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التكليف، و لا- يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق و الموضوع، و لذا لو تحقق الاقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، و التفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمل الحديث.

و فيه: ان الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم اذا كان عن كره، من غير فرق بين الموضوع و المتعلق، و لذا لو شرب الخمر عن اكراه يجوز الاقتداء به و ان ورد لا تصل خلف شارب الخمر. و قد صرح بذلك هو قدّه في حديث الرفع. و أما مسألة الاقامة فالجواب عنها: ان الاقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، و هو لا يكون اكراهيا، و ما هو اكراهي ليس متعلق التكليف و لا موضوعه.

رابعها- و هو الصحيح- و هو: ان لسان الحديث هو رفع الحكم لا وضعه، و لذا لو تعلق الاكراه بعدم التزويج لا يحكم بتحقيق الزوجية، و التفرّق ليس موضوع الحكم بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. و اما اللزوم فهو يثبت بادلته و موضوعه العقد. و بالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتبايعين، و الافتراق سبب لانعدامه، و هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨١

[...]

ليست موضوعا لحكم، فلا يصح ان يقال ان التفرّق الاكراهي كلا تفرق، فكان الاجتماع باق. فالأظهر عدم صحة الاستدلال به.

الثالث: ان المتبادر من التفرّق ما كان عن رضا بالعقد. استدلال به الشيخ ره.

و فيه: ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا، فلا وجه لهذه الدعوى اصلا.

الرابع: قوله (عليه السلام) في صحيح الفضيل: فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

و ذكر الشيخ ره في تقريب الاستدلال به وجهين: الأول: انه يدل على ان الافتراق المجعول غاية هو الذي ينبعث عن الرضا بالعقد، بمعنى انه بعد الفراغ عن امر العقد و الرضا به يفترقان.

الثاني: ان الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية، و على التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له، لأنه غير منبث عن الرضا و لا كاشف عنه و الفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت و الاثبات.

و فيه: أولا: ما عرفت من تطرّق احتمالات في الرضا الموجود في الحديث.

و ثانيا: انه لو سلم ان المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد و الالتزام به، انما نلتزم بالتقييد اذا كان لسان الخبر هكذا، فلا خيار لهما ان افترقا بعد الرضا منهما. و اما مفاد ما في الخبر فهو كون الافتراق التزاما عمليا، و يكون قوله بعد الرضا بيانا للافتراق و بعبارة اخرى: مفاد ما في الخبر انه لا خيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد.

الخامس: ان تشريع الخيار انما هو للارفاق بالمتابعين، و هذا لا يلائم مع سقوطه بالافتراق الاكراهي.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٢

[...]

و فيه: اولاً: ان ذلك حكمه لا يدور الحكم مدارها.

و ثانيا: ان اصل ثبوت الخيار انما هو للارفاق، و هذا لا يلائم مع كون غاية الخيار ايضاً ملائمة له.

السادس: الاجماع المحكي عن غير واحد.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه، فالأظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي ايضاً.

هذا اذا كان الاكراه على التفريق مع المنع من التخاير، و اما مع عدم المنع منه فالأمر اوضح.

لو اكره احدهما على التفريق

و لو اكره احدهما على التفريق و منع عن التخاير، و بقى الآخر في المجلس فبناء على ما اخترناه في المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفريق الكرهى لا مجال لهذا البحث، بل يكون الخياران ساقطين بالاولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال.

و مورد البحث في المقام: ان التفريق اذا كان عن اكره احدهما هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و اما الجهات الاخر فهي لا يبحث عنها في المقام. و بعبارة اخرى: البحث في المقام متمحض في مانعية اكره احدهما عن السقوط و عدمها. و عليه فلا وجه للنزاع في ان التفريق هل يحصل بحركة احدهما و سكون الآخر ام لا؟ و قد تقدم حصوله بذلك كما تقدم على دخل الاختيار في ذلك.

و هكذا لا وجه لجعل النزاع في المقام و مبنى الأقوال فيه بقاء الاكوان و عدمه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٣

[...]

و افتقار الباقي الى المؤثر و عدمه، اذ لو قلنا ببقاء الأكوان و عدم احتياج الباقي الى المؤثر فغاية ما يلزم منه ان بقاء الساكن ليس بفعله، و قد مر ان الافتراق يحصل و لو مع عدم تأثير من المتفرقين.

و تنقيح القول في المقام انما هو بالبحث في مقامين:

الأول: في ان مقتضى الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة ما ذا.

الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية لفعله (عليه السلام).

اما المقام الأول: فمقتضى كون المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد، و مقتضى الاجماع سقوط الخيارين في المقام، و مقتضى حديث الرفع «١» ثبوتها معاً، و مقتضى صحيح الفضيل «٢» هو التفصيل بين المكره و غيره و سقوط خيار غير المكره خاصة اما التبادر

فلأن المتيقن اعتبار رضا احدهما، و ليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاهما، و اما الاجماع فلعدم وجوده في المقام، و اما حديث الرفع فلأن غاية ما قيل في توجيه دلالة على التفصيل انه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره. و دعوى انه لو شمل الحديث تفرق المكره و حكم عليه يكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، و مع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعا يكون خيار كليهما باقياً شرعا. مندفعه اولاً: بان لسان الحديث تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنه حينئذ وضع لا رفع، بل لسانه رفع الحكم بلا نظر الى بقاء الموضوع و عدمه كما حقق في الاصول. و ثانياً: ان مقتضى كون افتراق المكره كلا افتراق كونه مجتمعاً مع صاحبه تعبدًا

(١) الوسائل - باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٤

[...]

لا كون صاحبه مجتمعاً معه، و عدم الانفكاك بينهما واقعا لا يلزم عدم الانفكاك بينهما تنزيلاً و تعبدًا. و لكن الأرجح في النظر انه يقتضى ثبوت الخيارين معاً، لأن الغاية للخيارين امر واحد من جهة ان الافتراق من المعاني المتضايقة كالاتحاد، و لا يعقل افتراق احدهما عن صاحبه من دون ان يفترق صاحبه عنه، و عليه فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: انه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلاً للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة.

فانه يقال: ان الاكراه لا يكون قيد الافتراق واقعا كالرضا، بل خصوصية عدم الاكراه انما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عوض الواقع ما يثبت القيدية، و عليه فحديث لرفع انما يرفع حكم الافتراق المجعول غاية و هو سقوط الخيارين معاً، و لازم ذلك ثبوتهما معاً. فتدبر فانه دقيق.

و أما صحيح الفضيل، فقد افاد الشيخ ره و تبعه المحقق النائيني ره: بان الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفى بانتفاء رضا احدهما او كليهما، فيبقى الخيار حتى بالنسبة الى المختار.

و فيه: ان مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، و ان خيار كل من البائع و المشتري يكون مغياً برضاه، و لازم ذلك هو التفصيل بين المكره و غيره.

فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر او الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، و لو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكره و غيره، و لو أكن هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين.

و أما المقام الثاني: فقد استدل الشيخ ره لسقوط الخيارين في المقام بالرواية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٥

[...]

الحاكية لفعله (عليه السلام) و انه قال: فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا «١». فانها تدل على ان مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علة غاية له من دون اعتبار رضا الآخر او شعوره بمشي الامام (عليه السلام).

و فيه: انها متضمنة لقضية شخصية، و لعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط و هو الرضا منه او منها.

قال الشيخ: و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص الا ان ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد

بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات انتهى.
والذي اظنه ان هذا الكلام منه قده مبنى على ما ذكره في الاصول في مبحث التعادل و الترجيح من ان الخاص اذا كان ظني الدلالة لا يقدم على العام مطلقاً، بل لا بد من ملاحظة اقوى الظهورين، فانه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما ليست قطعية بل ظنية و من باب الظهور، فلا بد من ملاحظة اقوى الظهورين منه و من ظهور الرواية، و حيث ان ظهور الرواية اقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره الشيخ ره فيكون هو مقديما على ظهور الصحيح. و عليه فما اورده المحقق الايرواني ره عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

لوزال الاكراه

و لو زال الاكراه و هو لم يرد، ففيه اقوال:

(١) الوسائل - باب ٢- من أبواب الخيار حديث ٣.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٦
[...]

الأول ما عن الشيخ و جماعة، و هو: انه يمتد الخيار بامتداد مجلس الزوال.
الثاني: ما عن التذكرة، و هو: انه ينقطع خياره ببقائه سائراً، قال: و ليس عليه الانقلاب الى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر ان طال الزمان، و ان لم يظل ففيه احتمال عند الجويني. انتهى.
الثالث ما عن جمع منهم السيد في الحاشية و هو: بقاء الخيار الى ان يحصل احد المسقطات الاخر.
وقد استدل للأول: بان الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق الى ان يحصل الافتراق.

و فيه: ما تقدم من ان حديث الرفع لا ينفى الموضوع، و انما يتضمن رفع الحكم خاصة.
و استدل للثالث بوجهين: احدهما: ان النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع الى استصحاب الخيار.
وفيه: - مضافاً الى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام- انه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام مع وجود عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فانه و ان لم يكن له عموم ازماني الا- ان المخصص بما انه من الابتداء لا- من الوسط يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانيهما: ما افاده السيد ره و هو: ان النص يدل على ذلك، فانه جعل المسقط الافتراق الاختياري و المفروض عدم تحققه و عدم بقاء شأنية التحقق له ايضاً، لأن المفروض حصول الافتراق حساً، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا اذا قلنا بان الافتراق منصرف الى الاختياري، و ان قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك لأن مقتضاه ان الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، و المفروض عدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٧
[...]

مسقط آخر فلا بد من بقاء الخيار.

وفيه: اولاً: ان ذلك لو تم فانما هو على القول بان الغاية هي حدوث الافتراق، اما لو قلنا بانها مطلق الافتراق حدوثاً كان او بقاءً فيمكن ان يقال: ان الغاية و ان كانت حدوثاً عن اكراه و عن غير رضا الا انها بقاءً تكون لاعتن اكراه، و مع تحقق الغاية بتحقيق شرطها او زوال مانعها يرتفع المغيا و هو الخيار. و عليه فلا يكون الخيار باقياً لا فوراً و لا بنحو التراخي.

و ثانياً: انه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية و ان كانت ممتنعاً التحقق الا ان بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله، و يمكن منعه من هذه الحيثية- اى حيثية امتناع تحقق غايته و امكانه- فتأمل.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ما يمكن ان يرد عليه.

مسقطية التصرف

الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف، و لا بد أولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه.

الظاهر ان مرادهم منه هو تصرف البائع في الثمن، و المشتري في المبيع، و اما العكس فلو دل على شيء فهو الفسخ لا لزوم العقد، و ايضاً المراد مسقطية تصرف كل منهما لخصوص خياره دون صاحبه.

و كيف كان فقد استدلل لمسقطيته بوجوه:

الأول: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان التصرف اجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٨

[...]

وفيه: انه قد صرح في غير مورد بانه يعتبر في الانشاء ان يكون ما ينشأ به مصداقاً للعنوان المقصود انشاؤه، فكل تصرف ليس مصداقاً للاجازة لا يصح الانشاء به، نعم التصرف الذي يكون كذلك. و بعبارة اخرى يكون مبرزاً عرفاً يصح انشاء الاجازة به.

الثاني: ما في المكاسب، و هو عموم العلة المذكورة في خيار الحيوان، و هي قوله (عليه السلام): «١» فذلك رضا منه فلا شرط له. بتقريب: انه يدل على ان التصرف كاشف نوعي عن الرضا بالعقد، و الشارع الأقدس امضى هذه الكاشفية، و من المعلوم انه لا اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان.

وفيه: انه سيجيء ان محتملات هذه الجملة متعددة و اظهرها انه (عليه السلام) بصدد التعبد بكون تلك الأفعال التزاماً و اجازة، و عليه فلا سبيل الى التمسك بعموم العلة، فانه انما تكون العلة معممة فيما اذا كانت علة عرفاً و يفهم العرف عليته، و لا تكون تعبدية و الا فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، و حيث ان النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدي.

الثالث: ما في المكاسب، ايضاً، و هو: ان سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعللة حيث قال: فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط فان الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: ان الشرط المنفي خصوص خيار الحيوان، اذ الشرط الذي يسقط بذلك قبل ثلاثة ايام خصوص ذلك، و اما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة و بعدها، و لعله لذلك امر بالتأمل.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٨٩

الثاني: خيار الحيوان

فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو، نعم الأفعال التي تكون مبرزة لذلك و قصد بها السقوط تكون مسقطه لكونها اسقاطا، لا لمسقطية التصرف، هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

خيار الحيوان

إشارة

الثاني: خيار الحيوان الذي هو في الجملة اجماعى بل ضرورى عند علماء المذهب كذا في الجواهر، و النصوص الشاهدة به مستفيضة ان لم يكن متواترة، لاحظ صحيح الفضيل عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الشرط في الحيوان، قال: ثلاثة ايام للمشتري. الحديث «١».

و موثق الحسن بن علي بن فضال عن الامام الرضاء (عليه السلام): صاحب الحيوان للمشتري بالخيار ثلاثة ايام «٢».

و صحيح الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري، فهو بالخيار ان اشترط او لم يشترط «٣». و نحوها غيرها من الأخبار الآتى طرف منها.

و استقصاء القول في المقام بالبحث في امور:

احدها:

هل يثبت الخيار في بيع كل حيوان

حتى مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز، و حتى الحيوان المشرف على الموت، ام يختص بما يقصد حياته،

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٥.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٠

[...]

فلا يشمل المقصود لحمه، ام يختص بما يقصد لحمه و حياته معا؟ وجوه.

الظاهر من النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة، و قد وقع الكلام في الحيوان الذى يكون المقصود لحمه لا حياته لعدم بقاء حياته بالاصالة كالسمك المخرج من الماء، او لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه، و عن جماعة من متأخري المتأخرين عن ثبوته فيه. و الشيخ ره نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار في القسم الأول و استشكل في القسم الثانى، و استدل للأول باطلاق النص.

وفيه: ان الظاهر من اخذ كل عنوان في الموضوع دخله فيه من حيث هو لا- كونه اشارة و معرفا للمصاديق الخارجية، و عليه فيما ان الماخوذ في موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما انه حيوان- اى ذو نفس- و اما ما يباع لا بهذا العنوان بل

بما هو لحكم فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالاصالة، او بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما انه لحكم لا يكون مشمولاً له.

و هل بعد زهاق روح المشرف على الموت تلفاً من البائع قبل القبض او في زمان الخيار على القول به، او في المجلس، ام لا؟ وجهان، مختار الشيخ الثاني.

و اورد عليه: بانه بناءً على ثبوت الخيار لم يعد زهاق روحه تلفاً في زمان الخيار. و بعبارة اخرى: ان لوحظ جهة اللحمية لا خيار ولا تلف من البائع، و ان لوحظ جهة الحيوانية دخل الخيار فيه و كان تلفه من البائع.

وفيه: ان ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان و ان لم يقصد هذه الجهة، و اما ملاك التلف فهو زوال الوصف و المقوم للمالية، و الحياة في الفرض غير مقومة لها، فلا يعد زوالها تلفاً.

و لو كان الحيوان لا يبقى الى ثلاثة ايام، ففي منتهى خياره وجوه و اقوال.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٩١

[...]

مقتضى ظاهر النص: ان كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقياً الى الثلاثة، و قد يقال: بان منتهاه في المقام التلف. و فيه: انه مبني على كون متعلق الخيار العين، و هي الحيوان، فمع نفاذه يزول الخيار، و المبني فاسد، فانه متعلق بالعقد.

و قد يقال: بانه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل، فان النصوص من جهة حكمة جعل الخيار- و هي الاطلاع على عيوب الحيوان- تكون منصرفة عنه، فيأتي فيه الوجهان من امتداد الخيار الى ان يأتي احد المسقطات للاستصحاب، و من كونه على الفور لأنه القدر المتيقن.

و فيه: ان الحكمة لا سيما غير المنصوصة منها لا يعتنى بها، فالمتع هو اطلاق النصوص.

هذا كله لو كان المبيع معيناً، و اما لو كان كلياً ففيه وجوه.

و ملخص القول فيه: انه ان كان المبيع كلياً في المعين لا كلام في ثبوت الخيار فيه، و ان كان كلياً في الذمة مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه.

و قد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النصوص الى الشخصي من حيث ان المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصي، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف الى ما هو المتداول عندهم.

وفيه: ان التعارف و التداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، فهل يتوهم احد انصراف \square $\text{أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَنْهُ؟}$

الثاني: ان حكمة جعل الخيار لا تجرى في الكلي.

و فيه: ان الحكمة لا توجب تقييد الاطلاق، فالأظهر ثبوت الخيار في الكلي

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٩٢

و كل من اشترى حيواناً ثبت له الخيار خاصة

مطلقاً.

و الثاني: كل من اشترى حيوانا ثبت له الخيار خاصة كما هو المشهور، و عن الغنية و الدروس: دعوى الاجماع عليه. و تنقيح القول في هذا الأمر بالبحث في مقامين:

الأول: في انه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل اليه الحيوان، ام يكون ثابتاً لمن انتقل عنه ايضاً.

الثاني: في انه هل يثبت لمن انتقل اليه مطلقاً، ام يختص بخصوص المشتري.

اما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، و عن السيد الأجل المرتضى: ثبوته لمن انتقل عنه، و قواه في محكي المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، و تبعه في ذلك صاحب المفاتيح، و توقف في محكي غايه المراد و حواشي القواعد، و تبعه في محكي المقتصر.

و تحقيق الكلام يقتضى البحث في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد استدل الشيخ ره لعدم الثبوت بوجهين:

احدهما: عموم قوله (عليه السلام): فاذا افترقا وجب البيع «١». خرج المشتري

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٣

[...]

و بقى البائع.

و فيه: اولاً: انه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركة، فالتفصيل بين الحيوان و غيره في صحيح الفضيل الآتي. و غيره موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.

و ثانياً: ان الوجوب الذي تثبته هذه الجملة هو الوجوب الاضافي، و قد ورد نظيره في خيار الحيوان، و لذا لا تكون ادلة الخيارات متعارضة.

و ثالثاً: ان الوجوب بمعنى لزوم العقد و عدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار - و لو للمشتري - لم يكن البيع واجبا، و ليس وجوب البيع من قبيل العام كى يقال انه خصص بالاضافة الى المشتري و تخصيصه بالنسبة الى البائع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم.

و بما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله (عليه السلام): فاذا افترقا فلا خيار. «١».

ثانيهما: العمومات العامة للبيع و غيره مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٢» فيما لا يكون فيه خيار المجلس بالأصل او بالاشتراط، و يثبت في الباقي بعدم القول بالفصل.

و فيه: انه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فانه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص اذا لم يكن للعام عموم ازماني - مع انه غير تام - فانما هو فيما اذا لم يكن التخصيص من الابتداء، و الا فالمرجع هو عموم العام.

و استدلل للقول الآخر: باصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار

(٢) المائدة الآية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٤

[...]

المجلس.

وفيه: بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي جهتين، و عليه فتصح دعوى استصحاب الكلي الموجود بوجود خيار المجلس، فانه من قبيل الكلي المردد بين الطويل و القصير، مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام ان المقام - كما تقدم - مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

و أما المورد الثاني: فقد استدل على الاختصاص بصحاح خمسة:

احدها: صحيح ابن رثاب المحكى عن قرب الأسناد عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري، او للبائع، او لهما كليهما؟ قال (عليه السلام): الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام، فاذا مضت ثلاثة ايام نظره فقد وجب الشراء على ذلك «١».

ثانيها: صحيح الفضيل بن يسار عنه (عليه السلام) عن الشرط في الحيوان قال (عليه السلام): ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال (عليه السلام): البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «٢».

ثالثها: صحيح الحلبي عنه (عليه السلام) قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري «٣».

رابعها: صحيح ابن رثاب عنه (عليه السلام) قال: الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري «٤».

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٩.

(٢) ذكره صدره في باب ٣ - و ذيله في باب ١ - من ابواب الخيار في الوسائل.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٥

[...]

خامسها: صحيح ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام «١» و خبر علي بن اسباط عن ابي الحسن الرضا (عليه السلام) قال: الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري «٢».

: لا - كلام في دلالة صحيح علي بن رثاب الأول على ذلك، فان المسئول عنه انما هو جنس الخيار لا فرد منه، اذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع و فرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع و اختصاصه به و ثبوته للمشتري، فجوابه (عليه السلام) كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع.

و أما سائر النصوص: فقد قيل في دلالتها على ذلك ووجه: احدها: ما في المكاسب في ذيل صحيح الفضيل بين يسار، قال قده: و اطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا.

وفيه: ان الظاهر كما تقدم ان الخيار المنفى خصوص خيار المجلس لا مطلق الخيار.

ثانيها: ما افاده قده في ذيل خبر علي بن اسباط، و هو الوجه عنده في دلالة سائر النصوص بقوله: فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم يبيح

الا لنكتة جلية.

و فيه: ان هذا ذكر وجهاً لدلالة الوصف، و القلب على المفهوم، و قد حقق في الاصول عدم تماميته.

ثالثها: ما افاده صاحب الجواهر، و هو: ان اللام تفيد الاختصاص.

و فيه: ان الاختصاص الذي تفيد اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم، فان الاختصاص ليس الا ان المشتري لا شريك له في حق الخيار غير المنافي

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٦

[...]

لثبوت فرد آخر منه للبايع.

و في مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، اما صحيح ابن رثاب فلائنه وارد في الجارية دون الحيوان، و اما غيره فلائنه يحمل قوله (عليه السلام) ثلاثة ايام للمشتري على ان جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري لا ان المجعول له الخيار هو المشتري، فكأن اللام للغاية لا للاختصاص.

و فيه: الظاهر ان عدم الفرق بين الجارية و سائر الحيوانات من المتسالم عليه، و حمل اللام على الغاية خلاف الظاهر، لا سيما بعد وقوع هذه الجملة جواباً عن السؤال عن حد الخيار.

فالأظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط و التحديد، لا سيما ما وقع منها جواباً عن السؤال عما هو الشرط في الحيوان، و يؤيده تغيير التعبير، لاحظ صحيح محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام.

و دعوى ان صاحب الحيوان مطلق من حيث ارادة صاحب الفعلي و السابق، فيعم كليهما مندفعاً بان المشتق حقيقة في المتلبس.

و بازاء هذه النصوص صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق (عليه السلام): المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (١). و هو مستند السيد قده.

و قد افاد الشيخ ره في مقام الجمع بينه و بين الروايات المتقدمة اولاً: بان تلك النصوص - سوى ما عن قرب الاسناد - انما تكون دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٧

[...]

مرتبة منطوق الصحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، اذ الغالب كون ارادة الفسخ في طرف المشتري، و لا ريب ان الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثرية. و اما صحيح ابن رثاب، فصحيح ابن مسلم ارجح منه من حيث السند، لأن راويه من اجل الثقات، و هو مروى في الكتب الأربعة، و قرب الأسناد ليس في الاعتبار بتلك المكانة: ثم قال: الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة، حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة، مع ان

المرجع بعد التكافؤ عموم ادلة لزوم العقد بالافتراق، و المتقين خروج المشتري.

و لكن يرد على ما افاده قده اولاً: ان قوة دلالة احد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك، و انما توجب ذلك فيما اذا كان قرينة على الآخر و لم يكونا عند العرف متنافيين، و ضابط ذلك انه لو جمعا في كلام واحد و فرض صدور المجموع عن شخص واحد لا يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله، و كان احدهما قرينة على الآخر، كما لو ورد اغتسل للجمعة ثم ورد لا بأس بترك غسل الجمعة.

و هذا الضابط لا ينطبق على المقام، فانا اذا جمعنا قوله (عليه السلام) في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري مع قوله (عليه السلام) في صحيح محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان لا يرى العرف احدهما قرينة على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله.

و يرد على ما افاده ثانياً: انه في الخبرين المتعارضين لا- يحكم بالتساقط و الرجوع الى العام الفوق، بل لا- بد من الرجوع الى المرجحات، و مع فقدها يحكم بالتخير.

و قد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني ره بوجه آخر و هو: ان صحيح محمد بن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٨

[...]

مسلم باطلاقه يشمل ما اذا كان الثمن او المثلن او كلاهما حيوانا فيقيد بواسطة النصوص الاخر التي منها صحيحه الآخر بما اذا كان الثمنان حيوانا.

و فيه: انه حمل على الفرد النادر، و في مثله يكون المطلق معارضاً مع المقيد.

و دعواه ان قوله (عليه السلام) صاحب الحيوان اظهر في الاختصاص، لا- تكون جواباً عن ذلك، فان ما ذكره تقريب لدلالته على المفهوم، و صيرورته مقيداً، و هذا لا يلزم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد.

فالحق: ان الطائفتين متعارضتان، و لا يمكن الجمع بينهما، و الترجيح مع اخبار المشهور لوجهين: احدهما: انها المشهورة بين الأصحاب رواية و فتوى:

ثانيهما: انها موافقة للكتاب، فانها تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، و صحيح ابن مسلم يدل على ثبوته له، و هي موافقة لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» فتقدم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه، مع انها قابلة للمنع من جهة اعراض الأصحاب عنه و عدم افتائهم بمضمونه. فالأظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل اليه، و عدم ثبوته لمن انتقل عنه.

و أما المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري. و عن جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك: ثبوته لمن انتقل اليه الحيوان ثمناً او مئماً.

و استدلل للعموم: بصحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام «٢».

(١) المائدة الآية ٢.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٩٩

]...[

و اورد عليه بايرادات: الأول: انه مطلق يقيد اطلاقه بموثق ابن فصال عن علي ابن موسى (عليه السلام): صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام «١».

و اجاب عنه الشيخ: باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، اذا لغالب كون صاحب الحيوان مشتريا. ثم اورد على نفسه: بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ورود الاطلاق في الصحيح مورد الغالب، بان يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، و انما لم يذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة.

و اجاب عنه: بانه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها و لا توجب تنزيل الاطلاق.

و اورد عليه السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني ره: بان مجرد الدعوى و الامكان لا تصحح الاستدلال.

اقول: توضيحا لما افاده الشيخ ره بنحو يظهر عدم ورود ما اورد عليه مع ما هو الحق في المقام: ان المطلق في الأحكام الانحلائية لا يحمل على المقيد اذا كانا متوافقين - كما في اكرم العلماء و أكرم الفقهاء - لعدم التنافي بينهما، و المقام من هذا القبيل، و لا ينافي ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم يبقى حينئذ سؤال، و هو: انه على هذا ما فائدة القيد و لم ذكر ذلك؟ و الجواب عنه: انه انما ذكر القيد لكونه غالبا كما في الآية الشريفة وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ «٢».

فان قيل: لم لا يحمل المطلق على الغالب؟

قلنا: انه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الاطلاق، و لا يصح

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) النساء الآية ٢٣.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ١٠٠

]...[

ارادة المقيد منه الا مع ضم ما يصلح عرفا ان يتكل عليه في مقام ارادة المقيد و بعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، و هذا بخلاف حمل المقيد عليه فانه لا يراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، و انما يحمل على الغالب خروجا عن اللغوية. و على هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الاطلاق، مع انه يمكن ان يكون المشتري وصفا للحيوان بان يقرأ بفتح الراء.

الثاني: انه يقيد اطلاقه بما دل على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة في المقام الأول.

و الجواب عنه: انه لا - مفهوم لها، لأن صحيح ابن رثاب مورده اشتراء الجارية. و غيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف و اللقب.

الثالث: ما افاده الشيخ ره و تبعه المحقق الاصفهاني ره، و هو: انصرافه الى المشتري، فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا او بعد المجلس.

و فيه: انه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، و هي لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق في محله.

الرابع: ما ذكره الشيخ ره بقوله: و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبته للخيار للمتبايعين لامكان تقييدها و ان بعد.

و لكن لم يظهر لي وجه هذا الايراد، و انه كيف يكون ايرادا على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضدا ليس بمناف قطعا. فالأظهر ثبوت هذا الخيار لمن انتقل اليه مطلقا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠١

ثلاثة ايام من حين العقد

مدة الخيار ثلاثة ايام

الثالث: مدة خيار الحيوان ثلاثة ايام على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل في ظاهر الانتصار، و التذكرة و المحكى عن الخلاف، و صريح السرائر: الاجماع عليه. كذا في الجواهر. و النصوص المتقدم بعضها و الآتى بعضها الآخر شاهدة به، و ما عن جماعة من القدماء كالحليين و غيرهما من الحكم بضمنان البائع مدة الاستبراء، و عن المقنعة و النهاية و المراسم و الجامع من الحكم بان: نفقة تلك المدة على البائع ليس مخالفة في الانسى من الحيوان، اذ يمكن القول بالضمنان و النفقة مع انقضاء مدة الخيار للأدلة الخاصة، فهي ثلاثة ايام في الحيوان كله انسيه و غيره.

ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

إشارة

الرابع: ابتداء هذا الخيار من حين العقد كما صرح به جماعة، و هو ظاهر الباقيين، بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن مجمع البرهان، و عن ظاهر الدروس، التوقف، و عن الغنية: اطلاق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان. و نص على ذلك الشيخ و ابن ادريس في خيار الشرط، و يلزمهما القول به في غيره لعموم ما عللا به. و كيف كان: فالكلام في هذا المسألة يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يختص خيار المجلس بما اذا لم يكن المبيع حيوانا، ام يعم ما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٢

[...]

اذا كان حيوانا؟.

الثاني: في انه على فرض التعميم، هل يكون مبدؤه من بعد التفرق، او من حين العقد؟.

اما المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني ره الى الأول.

و استدل له: بان النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، و ان نوعا من الخيار و هو خيار الحيوان ثابت فيه و نوعا آخر منه ثابت في غيره، تدل على الاختصاص، بها يقيد اطلاق ما دل على خيار المجلس مطلقا كقوله (عليه السلام): ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فاذا افترقا وجب البيع «١».

و فيه: اولاً: ان المقابلة الواقعة بين الخيارين انما هي من حيث منتهاهما لا في انفسهما، و عليه فالنصوص المشار اليها تدل على ان امد الخيار في الحيوان ثلاثة ايام، و بعدها لا خيار، و نصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على ان امد الخيار مطلقا بالتفرق و لا خيار بعده،

و لا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابية من الاخرى، و انما التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الاخرى، و النسبة بما انها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الاخرى.

و ثانيا: ان النصوص المشار اليها بانفسها لا تصلح دليلا للتفصيل القاطع للشركة، و ذلك لأن صحيح محمد بن مسلم المتقدم في المسألة المتقدمة دليلا على السيد المرتضى ره و ان كان مفصلاً، الا انه قد عرفت انه مطروح اما للاعراض او لترجيح غيره عليه.

لا يقال: انه متضمن لحكمين احدهما: ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين. الثاني:

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٣

[...]

عدم ثبوت خيار المجلس فيه و هو غير حجة في المدلول الأول دون الثاني، اذ لا مانع من طرح الخبر من جهة و العمل به من جهة اخرى.

فانه يقال: ان دلالة على الحكم الثاني انما تكون من جهة التفصيل، فاذا سقطت عن الحجية بالاضافة الى احد طرفي التفصيل و هو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية في الحكم المترتب على التفصيل.

و أما خبر علي بن اسباط: المتقدم فهو ضعيف السند، لأن في طريقه الحسين ابن محمد بن عامر (عمران) و هو مجهول.

و أما صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه انما يكون في كلام السائل لا الإمام عليه السلام.

و أما الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام «١». فهو لا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس في الحيوان، فانه ذكر (عليه السلام) اولاً: ان خيار المجلس ثابت في كل بيع، ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض افراد البيع و هو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام، و ترتيب حكم آخر على الخاص غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مخصصاً له. و به يظهر حال صحيح الحلبي.

فالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما اذا كان المبيع حيواناً.

مبدأ هذا الخيار و أما المقام الثاني: فظاهر النصوص كالفقهاء كون المبدأ من حيث العقد، و قد

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٤

[...]

استدل لكون المبدأ من حين التفريق بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، و هو: ان الخيار يدخل اذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفريق.

و فيه: انه ان اريد من عدم الثبوت عدم تأثيره في الملكية، فيرد عليه: انه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفريق.

و ان اريد به عدم اللزوم الذاتي، فيرده: ان البيع من العقود اللازمة.

و ان اريد به عدم اللزوم الفعلي، فيرده: ان اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنهما ضدان لا يجتمعان، و اللزوم الفعلي مع

قطع النظر عنه موجود، اذ لا وجه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءً، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد.

الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة ايام من حين العقد.

وفيه: - مضافا الى انه لا- يجرى مع ظهور الدليل- انه لا- يجرى في جميع الموارد، فانه اذا فرض عدم التفريق قبل مضي ثلاثة ايام و حصوله بعده، لا يجرى هذا الأصل، فانه ان اريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، و ان اريد استصحاب بقاء خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، و ان اريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من اقسام الكلي، و المختار عدم جريانه. فتأمل.

مع انه لا يترتب على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفريق من كون اسقاطه اسقاطاً لما لا يجب و نحوه، لأنه بالنسبة اليها مثبت.

الثالث: اصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

و يرد عليه: انه لا يجرى مع ظهور الدليل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٥

[...]

و اورد عليه بايرادين آخرين: ما افاده الشيخ ره، و هو انه مثبت، فان عدمه قبل الافتراق لازم عقلي لبقائه الى الثلاثة من حين التفريق. وفيه: انه كذلك بالنسبة الى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد، و اما بالنسبة الى الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفريق فلا يكون مثبتا. و بذلك يظهر ان هذين الأصلين بالنسبة الى الآثار متعاكسان، و كل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الآثار و مثبت بالنسبة الى السنخ الآخر، فلا وجه للاشكال في جريان احدهما خاصة بالمشيئة.

ثانيهما: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: انه بمعناه المحمولي- و هو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان- لا أثر له، و بمعناه النعتي مثبت.

وفيه: ان العدم المحمولي و النعتي انما يكون مقسمهما الوصف و الموصوف، فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولي، و عدمه بعده عدم نعتي، و لا ربط لذلك بالمقام، فان من له الخيار في المقام هو هذا المعنى.

و يمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، و هو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفريق، و يكون المستصحب العدم النعتي، فانه صلى الله عليه و آله في اول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفريق قطعاً، و يستصحب ذلك.

و ما عن المحقق النائيني ره من ان استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعول، اجبنا عنه في الاصول في مبحث البراءة حلا و نقضا، و لكن يرد عليه: انه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافا الى محكوميته بالنسبة الى الروايات الظاهرة في ان المبدأ من حين العقد.

الرابع: ان جملة من النصوص «١» تدل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٦

[...]

لا المشتري. و يضم هذه النصوص الى ما دل على ان التلف في زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه يستكشف ان مبدأ خيار الحيوان ممّا بعد التفريق، اذ لو كان من حين العقد لم يكن التلف في جزء من الثلاثة من البائع.

و اجاب الشيخ ره عن ذلك: بان ادلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس.

و فيه: اولاً: ان الغلبة ممنوعة، اذ نسبة التلف الى كل جزء من الأجزاء كنسبته الى سائر الأجزاء بلا تفاوت. و ثانياً: ان الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق.

و الحق في الجواب ان يقال: اولاً: انه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لما كان وجه للتصرف في الدليل الظاهر في ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.

و ثانياً: انه لا- دليل بالخصوص على ان التلف في زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه، و انما يلتزم به على القاعدة، فتخصص القاعدة بالنصوص الدالة على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع.

و ثالثاً: انه لو سلم التعارض و عدم التخصيص و لزوم التصرف في ادلة الخيار، نقول: انه كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس، و بان خيار الحيوان يثبت بعد المجلس إلى أن تتم ثلاثة ايام من حين العقد، بل لعل الأخير اظهر من جهة انه مقتضى ثبوت المقتضى لخيار الحيوان مع وجود المانع في المجلس.

الخامس: انه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم اما اجتماع المثليين او اجتماع السببين على مسبب واحد، لأن الثابت قبل قبل التفريق اما خياران او احدهما، فعلى الأول يلزم اجتماع المثليين، و على الثاني يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٧

[...]

و الشيخ ره في مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثاني، و العلامة اقتصر على المحذور الأول، و عليه فمن الغريب ان الشيخ ره حمل جواب العلامة ره على ما ذكره في مقام الجواب، مع انه في مقام الجواب عما ذكره من المحذور لاما افاده الشيخ ره.

و كيف كان: فقد اجاب الشيخ ره عنه: بان الخيار- الذي هو المسبب- ان كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور في تعدد السبب لفرض تعدد المسبب، و لا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، و ان كان في جميع الموارد متحد الحقيقة فلا باس بتعدد و لا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، و ان كان في جميع الموارد متحد الحقيقة فلا باس بتعدد السبب، اما لأن الأسباب معرفات و السبب الحقيقي واحد، و اما لأن السببين عند الاجتماع معاً علته تامه و عند الانفراد كل منهما علته تامه، و على التقديرين السبب واحد.

و فيه: ان الأسباب لا معرفات و لا مؤثرات، بل المؤثر في جعل الأحكام الشرعية ارادة الجاعل، و هي تكون موضوعات للأحكام، و لا يعقل تخلف الأحكام عنها.

و الحق في الجواب ان يقال: انه عند تعدد السبب ان امكن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعين، و الا فان امكن الالتزام بالتعدد من حيث الاضافة الى الأسباب كالقتل بالنسبة الى اسبابه يتعين ذلك، و الا فيلتزم بالتأكد ان امكن، و المقام من قبيل الثاني، فان الخيار الذي هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد و لا التأكد، و لكنه يمكن تقييده من جهة السبب و اثره انه يمكن اسقاطه من جهة و ابقائه من جهة.

و هل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بالنقل، او زمان الملك؟ ان وجهان: أقربهما الثاني.

و يدلنا على ذلك ان الخيار انما يثبت في العقد الذي لولاه كان لازم الوفاء.

و بعبارة اخرى: دليل الخيار مخصص لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اذ على هذا فهو يكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٠٨

[...]

تابت من حين صدق عنوان البائع و المشتري، و هما انما يصدقان من حين الاجازة، من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف.

نعم التعبير بصاحب الحيوان فى بعض النصوص موهم لكون المدار على الملكية، و عليه فالتفصيل بين القول بالنقل او الكشف. فى محله، و لكن الظاهر- و لو بقرينة سائر النصوص- ان المراد بالصاحب المتلقى للحيوان لا- المالك الفعلى، و الغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري، فالأظهر ثبوت الخيار من حين الاجازة على جميع المسالك. فما افاده المحقق النائنى ره من انه على القول بالكشف الحقيقى يتعين البناء على ثبوت الخيار من حين اجراء الصيغ، فى غير محله.

دخول الليلتين المتوسطتين فى ثلاثة الخيار

لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام.

و الوجه فى ذلك: ظهور النصوص فى امتداد الخيار من اول تحققه الى حين زواله.

و لا إشكال ايضا دخول الليلة الاولى ان وقع العقد فى الليل، انما الكلام فيما لو وقع العقد فى اول اليوم، واه هل تدخل الثلاثة ام لا؟.

قد يقال بالدخول، و استدلل له: بظهور اليوم فى النهار مع الليل، اما لأنه اسم للمجموع او للتغليب، و بانه تدخل الليلتين فى الثلاثة كما تقدم فتدخل الثلاثة، و الا لاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

و فيهما نظر: اما الأول: فلأن اليوم فى اللغة اليوم فى اللغة و بحسب المتفاهم العرفى اسم لبياض النهار، و التغليب ليس بنحو يوجب الظهور.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٠٩

ان شاء الفسخ فيها فسخ ما لم يشترط سقوطه او يتصرف المشتري فيه

و أما الثانى: فلأن دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما فى المستعمل فيه، بل لما عرفت، فلا يلزم الاختلاف فى مفردات الجمع. ثم انه يقع الكلام فى ان المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفى الملقق او مقداره و لو من نهارين، او مقداره من الزمان و لو بضم الليل؟ و الأظهر هو الأوسط، لأن الظاهر من الدليل اعتبار اليوم اى بياض النهار على نحو الطريقة الى الساعات النهارية، و عليه فيكفى الملقق من نهارين، و لا يكفى الملقق من يوم و ليل.

و كيف كان: ففى المدة المذكورة يكون الخيار بنفسه باقيا ان شاء من له الخيار الفسخ فيها فسخ.

التصرف مسقط للخيار

الخامس: ان هذا الخيار يكون باقيا ما لم يتحقق احد المسقطات و هى امور:

(١) الاسقاط بعد العقد.

(٢) ان يشترط سقوطه.

و قد تقدم الأمران فى خيار المجلس، فلا حاجة الى ذكر ما لهما من المباحث.

(٣) ما ذكره المصنف بقوله قدس سره: او يتصرف المشتري فيه.

لا- خلاف ظاهراً فى مسقطية التصرف فى الجملة لهذا الخيار، بل عليها الاجماع و ان كانت كلماتهم فى الخصوصيات مشوشة و مضطربة الاقوال فيها كثيرة، و النصوص شاهدة به، لاحظ صحيح على بن رئاب عن الامام الصادق (عليه السلام): الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط، فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط له، و ما

الحدث؟ قال: ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٠

[...]

لامس او قبل او نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء. الحديث «١».

و صحيح الصفار: كتبت الى ابي محمد (عليه السلام) في الرجل اشترى من رجل دابة فحدث فيها حدثا من اخذ الحافر او انعلها او ركب ظهرها فراسخ، أله ان يردّها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها او الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوَقَّع (عليه السلام) اذا حدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله «٢». و نحوهما غيرهما.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار.

الثاني: في المبعدات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطا.

الثالث: فيما توهم من منافاة طائفة اخرى من الأخبار لهذه الروايات.

اما المورد الأول: فالكلام فيه في جهات:

الاولى: ان قوله (عليه السلام) في صحيح الصفار اذا حدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و نحوه ما في صحيح ابن رثاب يدل على ان احداث الحدث بنفسه مسقط، و المراد به اعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف كسقى الدابة و اعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخبار او للرد لأنه ليس هذا التصرف من باب تصرف الملاك في املاكهم، و لذا قيد الراوى ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذي هو من شئون المالك و من وجوه الانتفاع بماله، كما ان الامام (عليه السلام) قيد النظر بما كان محرما قبل الشراء، و على هذا فالمستفاد من هذه النصوص ان كل تصرف مالكي لم يكن للمشتري قبل الشراء اذا وقع بعده

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١١

[...]

يكون مسقطا للخيار، و لو لم يكن اجازة فعلية.

الثانية: انه قد يتوهم ان الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية و لمسها و النظر اليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هي من قبيل الأمر باغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها، لكنه فاسد اذ قد عرفت ان احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد و هذه منه.

الثالثة: ان في صدر صحيح ابن رثاب فان احداث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط رتب سقوط الخيار على كون الحدث رضا بالبيع، و قد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، و قبل بيان ما ذكره الشيخ ره من الاحتمالات لا بد من بيان ما هو الحق عندنا و هو يتوقف على مقدمته، و هي: ان المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذي هو من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، و ذلك لوجوه منها: حمله على احداث الحدث الذي هو من الأفعال، و لا يصح حمل الصفة على الفعل الا مع العناية.

و منها: انه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعا.

و منها: ان الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء، و بمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، و هو في هذه النصوص تعدى بنفسه، و على هذا فالمراد من قوله فذلك رضا منه انه اختيار و اجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بان كل ما يكون احداث الحدث يكون اجازة للعقد و موجبا لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر النصوص المطلقة.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان الشيخ ره لما بنى على ان المراد من الرضا هو طيب النفس احتمل وجوها فيها: احدها: ان الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد و التنزيل.

قَمِي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ١١٢

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٢

[...]

ثانيها: ان قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذي هو قوله و لا شرط له) و يكون المراد منه ان التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطاً، لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرف مسقطاً و لو علم في مورد عدم الرضا بالعقد.

ثالثها: ان يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار المشار اليه في الوجه الثاني، لكنه ماخوذ على وجه العلية، فيكون مفاده ان كل تصرف يكون كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطاً للخيار.

رابعها: هذا المعنى مع ارادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا، و هو قد اختار الوجه الثالث.

و جميع هذه الوجوه بعيدة، اما الأول: فلأن الرضا بنفسه لا حكم له في باب المعاملات كي ينزل التصرف منزلته.

و أما الثاني: فلأن الظاهر مما يذكر في مقام العلة كونه علة لا حكمة.

و أما الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة في النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خلّيت و طبعها.

و أما الرابع: فيرد عليه - مضافا الى ما اورد على الوجه الثالث - انه لم يلتزم به احد، و اضيف الى ذلك ما عرفت من فساد المبني، فالمتعين هو ما ذكرناه.

ثم مع الاغماض عما ذكرناه، فغاية الأمر اجمال هذه الجملة، فلا مقيد لإطلاق النصوص، فالمستفاد من النصوص ان احداث الحدث بنفسه مسقط للخيار. فما عن المحقق النائيني ره من حمل النصوص على ارادة ان كل تصرف يكون اجازة فعلية يكون مسقطاً، غير تام.

و أما المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعديات كون كل احداث الحدث مسقطاً

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٣

[...]

اموراً: منا انه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخيار، اذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك او الحيوان المشتري عن تصرف ما في اثناء الثلاثة.

و فيه: قد مر أن احداث اخص من وجه من التصرف. و به يظهر الجواب عن الامر الثاني و هو ان الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على امور خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري، و كيف يمكن ان يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف.

و منها: ان الأصحاب ذكروا ان كل فعل و تصرف يكون اجازة اذا كان فيما انتقل اليه يكون ردا و فسحا اذا كان في ما انتقل عنه و من المعلوم ان كل تصرف فيما انتقل عنه لا يكون رداً، فكذا الاجازة.

و فيه: انه قد عرفت ان احداث الحدث بنفسه مسقط لا بما انه اجازة فعلية و الملازمة التي ذكرها الأصحاب انما هي بين ما هو اجازة فعلية و فسخ فعلي، لابين احداث الحدث و الفسخ، فلا ربط لذلك بالمقام.

و منها: حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا، و ان لم يعد تصرفا كتقبييل الجارية.

و فيه: انه و ان لم يكن ذلك تصرفاً الا انه احداث الحدث.

و منها: ورود النص «١» ايضا بان العرض على البيع اجازة، مع انه ليس حدثا عرفا.

و فيه: ان التعريض للبيع اذا كان بعنوان بيعه لا بعنوان استخبار قيمته من الحدث عرفا.

و أما المورد الثالث: فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران: احدهما: خبر عبد الله بن الحسن الحاكي للنبوي: في رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات

(١) المستدرک- باب ٤- من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٤

[...]

العبد في الشرط قال صلى الله عليه و آله: يستخلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان «١».

بتقريب: انه صلى الله عليه و آله لم يستفصل بين احداث الحدث و عدمه، و حكم بالبراءة و لو احداث الحدث، فيستكشف من ذلك ان المسقط انما هو الرضا، و مسقطية احداث الحدث انما تكون لأجل كاشفيتها عن الرضا لا انه بنفسه مسقط.

و فيه اولاً: ان الخبر ضعيف السند.

و ثانياً: ان المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس: اذ هو ليس مسقطاً للخيار قطعاً، بل المراد به الالتزام بالعقد و الاختيار و قد مر أن احداث الحدث منه تعبداً و بالحكومة.

و ثالثاً: ان الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة اخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث و عدمه.

ثانيهما: المصحح في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم رد، قال (عليه السلام): ان كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها يرد معها ثلاثة امداد و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء «٢» و نحوه الاخر.

و فيه: اولاً: ان مورد هما الرد بعد الثلاثة، فهما أجنيبان عن المقام و يحملان على ارادة الرد بخيار الغيب و التصرف ليس مسقطاً له.

و ثانياً: انه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة امداد.

فتحصل: ان الأظهر كون احداث الحدث- اي اعمال عمل جديد- لم يكن له قبل الاثراء من المسقطات بنفسه.

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ١٣- من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٥

فان تلف في هذه المدة قبل القبض او بعده فمن البائع ما لم يحدث المشتري فيه حدثا

حكم تلف المبيع فى زمان الخيار**إشارة**

السادس: فى حكم تلف المبيع فى زمان الخيار فان تلف المبيع بعد انقضاء مدة الخيار فهو من مال المشتري و ان كان تلفه فى هذه المدة قبل القبض او بعده و كان الخيار للمشتري ف التلف من مال البائع اجماعا ما لم يحدث المشتري فيه حدثا فان احداث الحدث كما مر مسقط للخيار، فهو رافع لموضوع هذا الحكم.

و كيف كان: فيشهد بهذا الحكم فى الجملة، طائفة من النصوص، لاحظ صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة او العبد و يشترط الى يوم او يومين فيموت العبد و الدابة او يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال (عليه السلام): على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري «١».

و عن التهذيب روايته مثله الا انه قال: و يصير المبيع للمشتري شرط البائع او لم يشترط «٢».

و البنوى الخاصى الآتى، و مرسل ابن رباط عن ابى عبد الله (عليه السلام): ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع «٣».

و خبر البصرى عنه (عليه السلام) فيمن اشترى امه بشرط فماتت عنده، ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه «٤».

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ - ٣ - ٥ - ١.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ - ٣ - ٥ - ١.

(٣) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ - ٣ - ٥ - ١.

(٤) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ - ٣ - ٥ - ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١١٦

[...]

و قد وردت روايات دالة على ثبوت هذا الحكم فى خيار الشرط ايضا، لاحظ رواية اسحاق بن عمار، و خبر معاوية بن ميسرة، فثبوت ذلك فيهما فى الجملة مما لا كلام فيه، و هذا الحكم هو الذى طفحت عبارات القوم به. قالوا: ان تلف المبيع فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و من مال البائع و هذه قاعدة مسلمة عند القوم مصطادة من النصوص الواردة فى خيارى الحيوان و الشرط. و عليه فلا يصغى الى ما قيل، من ان مقتضى استصحاب عدم انفساخ العقد و اصالة البراءة عن وجوب رفع الثمن.

و خبر عقبه بن خالد عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده ... فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع - الى ان قال - فاذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد «١».

و عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد عدم كون التلف من مال البائع، اذ الأولان محكومان للنصوص، و الأخيران يقيد اطلاقهما بها. و ربما يقال انه يعضد النصوص و يشهد بالقاعدة استصحاب الضمان الثابت قبل القبض، بما دل على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، الآتى فى محله، و هو و ان لم يكن خاليا عن الاشكال، الا انه لا بأس به تايدا، فالقاعدة لا ريب فيها. و حيث انجر الكلام الى القاعدة، فلا بأس بتنقيح القول فيها، و ملخص الكلام انما هو بالبحث فى مواضع:

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٧
[...]

يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط

الأول: ان هذا الحكم هل يختص بخيارى الحيوان و الشرط كما عن الجواهر ام يعم خيار المجلس لو كان للمشتري فقط كما لو اسقطه البائع، كما مال اليه الشيخ، ام يكون ثابتا في جميع الخيارات كما هو المنسوب الى المشهور؟ وجوه:
وجه الأول: اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات، الا النبوى: في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال صلى الله عليه و آله: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان. المروى في قرب الاسناد «١».

و استدل للثاني: بان الشرط الذى جعل انقضائه غاية لضمان من لا خيار له اطلق في النصوص على خيار المجلس.
وفيه: ان المراد بالشرط في نصوص الباب هو ما ذكر فيها سابقا سؤالا و جوابا و هو الخيار الذى يشترطه المتبايعان.
و استدل للثالث: بوجهين: احدهما: صدق الشرط على مطلق الخيار.
وفيه: ما تقدم آنفا.

ثانيهما: استفادة المناط الذى يعم جميع الخيارات من قوله (عليه السلام) في ذيل الرواية: حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري «٢» فانه يستفاد منه - بعد حمل يصير المبيع له على صيرورته ملكا لازما للفراغ عن كونه ملكا له قبل

(١) الوسائل باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٨
[...]

انقضاء الخيار- ان المناط في الضمان عدم استقرار الملك لكون مالكة ذا خيار يقدر ان يسلب الملكية عن نفسه، و ان في مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره، و عليه فلا فرق بين الخيارات لأن هذا المناط موجود في جميعها.

وفيه: ان كلمة حتى قلما يتفق استعمالها في العلية، و معناها غالبا هي الغاية و هي ظاهرة فيها في الخبر، فلا يستفاد العموم من الخبر.
و بعبارة اخرى: لا سبيل الى احراز ان ما ذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص الى غيره. و اما ما اورده الشيخ ره عليه بعد الاعتراف بانه المناط: بان الظاهر منه بقرينة حتى الظاهرة في الاستمرار من حال العقد الى حين انقضاء الخيار الاختصاص بما اذا كان التزلزل من اول الامر، و هذا مختص بالخيارات الثلاثة اذ في الخيارات الاخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد ان كان العقد لازما. فيرده: انه في خيارى الغبن و العيب يحدث التزلزل من حين العقد لا- من بعد الظهور، مع ان كلمة (حتى و ان كانت ظاهرة في الاستمرار الا ان كون المبدأ من حين العقد او غيره، فلا دلالة للفظه حتى عليه جزماً.

اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصى

الثاني: هل تختص هذه القاعدة بالمبيع، ام تعم الثمن؟ وجهان:

وجه الأول: اختصاص الأخبار بالمبيع.

وجه الثاني: امران: احدهما: عموم المناط و ان الملاك تلف الملك المترلز و لو كان ثمنا.

و فيه - مضافا الى ما تقدم من عدم كونه علة- انه لو سلم ذلك فالعلة هي

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١١٩

[...]

صيرورة المبيع ملكا مستقرا للمشتري كما في الخبر لا صيرورة البيع لازما، و الفرق واضح.

ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري الثابت قبل قبضه، و قد تقدم عدم جريانه فالأظهر هو الاختصاص.

[هل تختص القاعدة بالمبيع او الثمن الشخصي، ام تعم الكلي منهما]

الثالث: ان القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي، او مع الثمن الشخصي، ام تعم الكلي منهما بعد التطبيق على الفرد.

وجه الأول: امران: احدهما ظهور النصوص بقريته ما فيها من استناد التلف و الهلاكة و ما شابهها في الشخصي، فان الكلي اذا كان ميبعا او ثمنا لا تلف له و لا هلاكة، و الفرد ليس ميبعا.

ثانيهما: ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا- خيار له بقائه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض، و هذا مما لا تدل عليه الاخبار. و لكن يمكن ان يقال: ان المبيع اذا كان كليا و طبق على الفرد يصير البيع مستقرا عليه، فيكون هو المبيع بالحمل الشائع، و يكون للبيع حينئذ التلف و الهلاكة، و معنى ضمانه حينئذ انفساخ المعاملة لا صيرورة الكلي كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كليا، فان عوده كذلك بعد التشخص كما ترى، فالأظهر هو التعميم.

[المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة]

الرابع: ان الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة و انفساخ

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢٠

[...]

العقد قبل التلف آنا ما كما هو المشهور، ام هو ضمان الغرامة و الرجوع على البائع بقيمته و بدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين و العلامة؟ قولان. و اما سائر الوجوه المحتملة في المكاسب و غيرها فلم نجد قائلا بشيء منها.

و تنقيح القول فيه بالبحث في مقامين: الأول: فيما استفاد من ظواهر النصوص.

الثاني: في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية.

اما الأول: فظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: و ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع «١». هو الانفساخ، اذ كلمة (من) اما نشوئه او تبعية او للابتداء، و على جميع التقادير ظاهرة في ذلك. اما على الأول: فلأن نشوء الهلاكة من مال البائع و عروضها عليه عبارة اخرى عن صيرورته ملكا له قبلها، و حيث انه لا يصير ملكا له مجانا بل بالعوض، فيعود

الثلث ايضا الى المشتري.

و أما على الثاني، فلأن ظاهره حينئذ كون المبيع الهالك مال البائع، و حيث لا يعقل ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف آنأ ما.
و اما على الثالث: فلأن الضمير حينئذ و ان كان يرجع الى المبدأ المستفاد من قوله فهلك نظير اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى الا ان ظاهر كون هلاكه المبيع من مال البائع كونه ملكا له قبل التلف، اذ فرق بين كون التلف من البائع و كونه على البائع، و ظاهر الأول ما ذكرناه.

و قد استدلل للقول الثاني: بقوله على البائع في جواب السائل على من ضمان ذلك، بدعوى ظهور ضمان المال التالف في الغرامة و الخسارة لمال الغير، فان الانسان

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢١

[...]

لا- يكون ضامنا لمال نفسه، هذا مضافا الى التعبير بلفظ على فان تلف مال كل احد منه خسارة منه لا عليه. و بالجمع بين التلف و الحدث في جملة من النصوص مع انه لا انفساخ في الحدث- كما سيأتي- فالضمان المنسوب اليهما بمعنى واحد و هو الغرامة.
و لكن يرد على الأول: ان السؤال عن ضمان ما تلف في ملك المشتري بانه هل تكون خسارته على البائع او المشتري مما لا يتصور له وجه معقول، اذ لا يتوهم عاقل كون المشتري غارماً لما تلف في ملكه، فلا محالة يكون المسئول عنه اما ضمان المعاوضة او الجامع، و على التقديرين لا يعارض مع الظهور المتقدم. و به يظهر الجواب عن التعدي بحرف الاستعلاء و كذا عن الجمع بين التلف و الحدث.
و أما المقام الثاني: فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة اصاله بقاء العقد المستفاد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره. و اما القول بالغرامة فهو مخالف لأصالة البراءة عن وجوب تدارك التالف في ملك صاحبه، فكل منهما مخالف لقاعدة لا أولوية لأحد القولين من الآخر من هذه الجهة.

و قد يقال كما في المكاسب: بان القول بالغرامة مخالف لقاعدتين: احدهما: ما اشرنا اليه. ثانيتهما: قاعدة الخراج بالضمان الدالة على ان المنافع لمن يكون ضامنا للمال: فانه على هذا البائع ضامن له و المنافع للمشتري.

و يرد عليه: ان قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لا أساس لها، و قد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفساد، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض و المخالفة للقاعدة الاولى و ان لزم الا ان القول بالانفساخ ايضاً مخالف لقاعدة اخرى كما عرفت.

و قد يقال بان القول بالانفساخ مخالف لقواعد اربع، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه و ما يرد عليه فانتظر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢٢

و العيب الحادث من غير تفریطه لا يمنع الرد بالسابق

ثم انه سيأتي في تلك المسألة ان الانفساخ انما يكون من حين العقد و يكون حقيقيا لا حكيميا، و جميع ما نذكره في تلك المسألة جار هنا.

[لو كان التالف هو الجزء]

الخامس: انه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة اليه، و لو كان هو الوصف الراجع الى وصف الصحة، فهل تشمل القاعدة

لقوله (عليه السلام) فى الصحيح المتقدم او يحدث فيه حدث فان المراد بالحدث اعم من الجزء و الوصف، ام لا يشمله. كما هو الظاهر من المتن، قال: و العيب الحادث من غير تفريطه لا يمنع الرد بالسابق؟ وجهان، و على فرض الشمول يشكل الأمر فى معناه اذ لا يعقل الانفساخ بالاضافة اليه لفرض عدم مقابله بالثمن، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى خيار العيب و ذكرنا ما افاده الشيخ فى المقام و نقده، فانتظر.

حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار

السادس: اذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بآفة سماوية فهذه النصوص لا تشمله لانصرافها الى التلف السماوى، و اما حكمه فملخص القول فيه: ان الاتلاف تارة: يكون ممن له الخيار، و اخرى: يكون ممن عليه الخيار، و ثالثة: يكون من الأجنبى. فان كان الاتلاف من ذى الخيار فقد حكم الشيخ ره بكونه مسقطا لخياره، و هو كذلك فى خيار الحيوان و فى خيار الشرط لو قصد به الاجازة و الامضاء، و الا فالأظهر بقائه، و قد مر وجهه. و ان كان الاتلاف ممن عليه الخيار، فان اجاز من له خيار العقد و لم يفسخه غرم المتلف للمشتري ما تلفه و لو فسخ يأخذ الثمن، و لا يخفى وجهه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٢٣

[...]

و لو كان الاتلاف من الأجنبى لا تنفسخ المعاملة و لا يسقط الخيار، فلو امضاها لا كلام، و ان فسخ رجع المشتري الى البائع فيأخذ ثمنه. و بالنسبة الى البائع وجوه: احدها: انه يرجع بالقيمة الى المتلف. ثانيها: انه يرجع الى صاحبه. ثالثها: انه يتخير بينهما.

و استدلل للأول بوجهين: الأول: ان البدل فى ذمة المتلف قائم مقام العين، فيسترده بالفسخ بعد عدم امكان استرداد العين. و فيه: ان ما فى ذمة المتلف قبل الفسخ انما هو الحصاة الخاصة من الكلى المتقومة بطرفيها من ذمة المتلف لمالكة حين التلف، فان اشتغلت ذمته لغيره فهو غير ما كان.

الثانى: ما حاصله: ان العين التالفة ملك للمالك السابق بعد الفسخ، و هى فى عهدة المتلف، فتكون كما لو كانت موجودة عنده، فلا بد من الرجوع اليه.

و اورد عليه: بان الفسخ و ان اوجب اعتبار كون العين ملكا للنقل الا انها موصوفة باشتغال ذمة متلفها ببدلها، و تلفها بهذا الوصف يكون على المالك المنقولة اليه لا على المتلف فيتعين ان يكون الضامن للفاسخ هو المفسوخ عليه.

و الشيخ ره قد ذكر فى وجه الثانى ما يكون دليلا له، و مع ذلك هو ايراد على الوجهين اللذين ذكرهما للوجه الأول، و سيأتى عند شرح كلماته بيان ذلك، و ستعرف ان مراده الايرادان المتقدمان فانتظر.

و الأظهر هو التخيير، فان العين بالتلف تثبت فى عهدة المتلف، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى الفاسخ، و حيث انها فى عهدة الأجنبى فيرجع اليه، و لكن لا يتعين ذلك، بل له ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان فى عهده قبل وضع الأجنبى يده عليه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٢٤

الثالث خيار الشرط و هو يثبت فى كل مبيع اشترط الخيار فيه

خيار الشرط

إشارة

الثالث: خيار الشرط بالضرورة بين علماء المذهب و الكتاب و السنّة عموماً و خصوصاً فى بعض افراده. كذا فى الجواهر و هو يثبت فى كل مبيع اشتراط الخيار فيه.

و قد استدلت لصحة هذا الشرط بوجهين:

الأول: الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثني، كالخبر المستفيض: المسلمون عند شروطهم «١».

و قد اورد على الاستدلال بها بامور: احدها: ما عن المستند من ان هذا الشرط مخالف للكتاب و السنّة. اذ السنّة دلت على ان البيع يجب بالافتراق، فاشتراط عدم وجوبه مخالف للسنّة، فلا يكون مشمولاً لتلك الأخبار، لأنه قد استثني من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب و السنّة.

و فيه: ان وجوب البيع و لزومه حقى لا حكمى لجريان الاقالة فيه، فشرط عدمه ليس مخالفاً للكتاب و السنّة، اذ الشرط المخالف للسنّة هو شرط فعل، او ترك محكوم بحكم الزامى، او عدم حكم وضعى غير حقى كما تقدمت الاشارة اليه، و سيجىء تفصيله فى باب الشروط.

ثانيها: انه شرط مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضاه لزوم البيع.

و فيه: ان اللزوم من احكام العقد لا من مقوماته، فشرط عدمه ليس مخالفاً لمقتضى العقد.

(١) راجع الوسائل باب ٦- من ابواب الخيار- و باب ٤ من ابواب كتاب المكاتبه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٢٥

[...]

ثالثها: ما افاده المحقق الايروانى ره، و هو ان ظاهر الاخبار الحكم التكليفى و وجوب ان يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة الذى منه المقام، و هو شرط الخيار و ثبوت حق الرجوع.

و فيه: اولاً: قد تقدم فى مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس ان مفاد هذه النصوص بقريته غيرها من الأخبار نفوذ الشرط الذى له ربط بالمشروط عليه، فتشمل شرط النتيجة.

و ثانياً: انه يمكن ارجاع هذا الشرط الى شرط الفعل بان يشترط ان يفسخ متى ما اراد.

رابعها: ما افاده المحقق الايروانى رخ ايضاً، و هو: ان المقام داخل فى شرط فعل الله- اعنى حكمه بالخيار- و هو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب (المؤمنون).

و فيه: - مضافاً الى ما تقدم من امكان ارجاعه الى شرط الفعل- ان هذا الحكم الشرعى بما انه مجعول فى ظرف انشاء المكلف- كما فى سائر الانشائيات- يكون مقدوراً بالواسطة. و ان شئت قلت: ان المشروط هو الخيار عند المتبايعين، و الشارع الأقدس امضى ذلك و حكم بالخيار لا انه هو المشروط. فتدبر، فالأظهر تمامية هذا الوجه.

الوجه الثانى: الأخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة:

منها: النصوص المستفيضة الواردة فى اشتراط الفسخ برد الثمن الآتى نقلها. و منها: صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام):

ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع «١». و منها: غير ذلك و قد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢٦

و لا يتقدر بمدته معينة بل لهما ان يشترطا مهما شاء بشرط ان تكون المدته مضبوطة.

الشرط المخالف. و أورد عليه: بان سياق ادلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص.

لو جعل الخيار و لم يعين المدّة

و كيف كان: ف لا تتقدر بمدته معينة بل لهما ان يشترطا مهما شاء بشرط ان تكون المدته مضبوطة. محل الكلام في هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلاً- بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك لعموم ادلة الشروط. و دعوى انه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه، مندفعه بانه لا- محذور في ذلك، مضافا الى ثبوت نظيرها الشرع كخيار التأخير- و لا في جواز تقدير اى مدة شاء.

و انما الكلام وقع فيما لو عيّن مدته مجهولة كقدوم الحاج، و الكلام فيه في موردين:

الأول: في صحة الشرط و فساده.

الثاني: في صحة البيع و فساده.

اما المورد الأول: فقد استدل على بطلان الشرط بوجوه:

أحدها: الإجماع و هو كما ترى.

ثانيها: ما أرسله بعض من نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر «١». و هو عام شامل للشرط ايضاً، و لا- بأس به، و هو ان كان ضعيف السند الا ان عمل الأصحاب و استدلالهم له في جملة من المواضع يوجب جبره.

(١) التذكرة ج ١- ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير في الهواء- و عن الشهيد ره نحوه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٢٧

[...]

ثالثها: ان البيع يبطل، فيكون الشرط باطلا بالتبع.

رابعها: ما في الجواهر، و هو: ان اشتراطه مخالف للسنة.

و فيه: انه ان اريد بذلك ان البيع بواسطة هذا الشرط يصير غروريا فهذا شرط مخالف للسنة، ففيه: ان الظاهر من قوله الا شرطا خاف كتاب الله كون الالتزام بنفسه او الملتزم به مخالفا للكتاب او السنة، و اما الشرط الموجب لمخالفة شيء آخر للكتاب او السنة فهو غير مشمول له، و ان اريد به ان الشرط الغرري بنفسه منهى عنه فيكفى في فساده نفس دليل الغرر.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لبطلان البيع بوجوه:

احدها: الاجماع. و هو كما ترى.

ثانيها: ان الشرط اذا فسد فسد المشروط، و قد تقدم فساد الشرط.

و فيه: ما سيجىء فى محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسدا.

ثالثها: صيرورة المعاملة بذلك غررية.

و اورد عليه تارة: بان العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة و يسامحون فى مثل هذه الجهالة، و اخرى: بان الشرط انما يكون التزاما فى ضمن التزام، و جهالة المظروف لا- تسرى الى الظرف، و هو معلوم من جميع الجهات فلا- يكون غرريا، و ثالثه: بما عن المحقق الايروانى ره، و هو ان الغرر المنهى عنه لا يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، و الا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس. و فى الجميع نظر: اما الأول: فلأن اقسام العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فانهم ربما يقدمون على المعاملة الخطيئة، و الشارع الأقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغررى.

و أما الثانى: فلأن الشرط و ان كان التزاما فى ضمن التزام الا انه المشروط بما

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٢٨

[...]

انه جواز العقد- و من المعلوم ان الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة- فلا محالة تسرى الجهالة الى البيع و يصير البيع بذلك غرريا كما لا يخفى.

و أما الثالث: فلأن خيار المجلس انما يكون بجعل من الشارع، و اما المتعاملان فهما عالمان بما ينشئان و لا جهالة فيه بوجه و لا غرر. و حكم الشارع لا يوجب غررية البيع. فالأظهر تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

و قد صرح غير واحد بعدم الفرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة يقول بعتك بشرط ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الجميع فى الغرر بالتقريب المتقدم.

و قيل ان المشهور بين المتقدمين الصحة فى الثانى و الانصراف الى ثلاثة ايام، و عن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

و استدلل له: بما عن محكى الخلاف من وجود اخبار الفرقه به. بتقريب: ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار، فيكفى فى انجبارها الاجماع المنقولة.

و بالأخبار الواردة فى شرط الحيوان، بدعوى ان قوله (عليه السلام) الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط «١». يدل بالفحوى على ان الشرط فى غيره ثلاثة ايام مع اشترط الخيار و ان لم يشترط ثلاثة ايام لا اشترطها لعدم اختصاصه به، اذ ضرورة صحة اشترط اى عدد شاء فالمختص بها حينئذ اطلاق اشترط الخيار.

و بالنسبة للواردين فى حنان بن منقذ الذى كان يخدع فى البيع، قال (صلى الله عليه و آله و سلم) له: اذا بعث فقل خلابة و لك الخيار ثلاثا كما فى احدهما، و جعل له الخيار ثلاثا كما فى الآخر «٢».

(١) الوسائل باب ٤- من ابواب الخيار- حديث ١.

(٢) التذكرة ج ١- ص ٥١٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٢٩

[...]

و في الجميع نظر: اما الأول: فلأن عمل الأصحاب انما يوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم الى الخبر، و الا فمجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، و في المقام حيث لم يحرز ذلك، و لعلمهم استندوا الى الوجه الثاني، بل يحتمل ان يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبرا مع ان العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة و حيث انه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها.

و ما افاده المحقق الايرواني ره بان المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم و المرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه، يرده انه فرق بين الخبر المنقول من غير ان يدخل فيه اجتهاد الراوى، و بين نقل مفاده بحسب اجتهاده، و الأول حجة دون الثاني، و المقام من قبيل الثاني. و أما الثاني: فلأنه لا مفهوم لتلك الأخبار اصلا، و على فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة في غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط. و أما الثالث: فلأنهما ضعيفان سندا و قاصران دلالة.

اما الأول فواضح، و اما الثاني فلما عن التذكرة من ان قوله (لا خلافة) عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا، و اذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط. انتهى.

فالأظهر ان حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

و استدلل للقول الآخر: بان الغرر مندفع بتحديد الشرع، و ان لم يعلم به المتعاقدان كما في خيار الحيوان، فالأظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع و عدمه.

فعلى الأول لا غرر، اذ التزامهما بالخيار التزام به في ثلاثة ايام.

و على الثاني: يكون غرريا، فانه لا إقدام على الحكم الشرعي، و ما اقدم عليه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٠

[...]

حيث انه غررى و الحكم الشرعي لا يرفع الغرر فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصصا لدليل الغرر، و لا يقاس بالجهل بخيار الحيوان و مدته، فانه ليس هناك اقدام معاملى على الخيار.

و هناك صورة ثالثة، و هي: ما لو ذكر مدة مطلقة اما ابدأ او ما دام العمر، فعن المحقق النائيني ره: الحكم بفساد الشرط فيها، بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد، فان مقتضاه بمدلوله الالتزام هو التزام كل من المتبايعين بما انشأه، فلو لم يلتزم احدهما به في مقدار من الزمان فهو ينافى اطلاقه، و لا بأس به. و اما لو لم يلتزم به ابدأ فهو ينافى مقتضاه و يفسد.

و فيه: ان الشرط المخالف لحقيقة العقد او لما يتقوم به انما لا يكون نافذا فيما اذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط و اما ما ينافى مقتضاه الذى يكون مقتضاه لو لا الشرط فلا مانع من نفوذه كما سيأتى تنقيحه في مبحث الشروط، و المقام من هذا القبيل كما لا يخفى. فالأظهر صحة البيع و الشرط في هذه الصورة.

مبدأ خيار الشرط

و مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الاطلاق.

و قد تقدم في مبحث خيار الحيوان ما يمكن ان يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء امد سائر الخيارات، و انه لا يتم شىء مما ذكره، فلا مانع ثبوتا من الالتزام بان مبدأه في المقام من حين العقد، و اذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد نلتزم به، و انما الكلام في المقام في موردين:

الأول: فيما افاده الشيخ قدس سره: بقوله و لو جعل مبدأه من حين التفرق

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٧، ص: ١٣١

و يجوز اشتراطه لأحدهما او لهما او لثالث

بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار...

فانه يرد عليه: انه لو جعل الخيار من حين التفرق الى ثلاثة ايام يكون المعجول معلوما بحسب المقدار، و انما المجهول وقته و لا يوجب ذلك الغرر، بل لو جعل الخيار من حين التفرق الى ما يكمل مع المجلس ثلاثة ايام صح للعلم بمدة الخيار الثابت له الاصلى و الجعلى، و جهالة كل واحد منهما لا توجب الغرر. فتأمل.

الثانى: فيما افاده بقوله: بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما...

فانه اورد عليه المحقق النائنى ره: بانه اذا قلنا ان المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم امكان تاثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر لا يلزم هذا المحذور، اذ المانع من التأثير قهرى، فلا يلزم مخالفة القصد التى لا يمكن الالتزام بها.

وفيه: ان ذلك خلاف ممشى الشيخ ره، فان مورد بحثه ما اذا كان الالتزام بكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لا من جهة عدم امكان تاثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر، اذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين العقد، فالحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، و هو و ان لم يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل الا انه لفقده لا يمكن الالتزام به.

جعل الخيار للأجنبى

و كيف كان: ف يجوز اشتراطه لأحدهما او لهما او لثالث بلا خلاف، و عن التذكرة دعوى الاجماع عليه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٧، ص: ١٣٢

[...]

و الكلام فى هذه المسألة يقع فى موارد:

الأول: فى انه هل يصح جعل الخيار للأجنبى ام لا؟.

وقد استدلل للثانى بوجوه:

احدها: ما ذكره المحقق النائنى ره، و هو: ان الخيار عبارة عن رد كل مال الى مالكة الاصلى او اقراره فى ملك مالكة الفعلى، و هذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، و اما الأجنبى فاجنبى عنه. و بعبارة اخرى: و ان كان الاصل فى كل حق ان يكون قابلا للاسقاط الا انه ليس كل حق قابلا للنقل الى الغير، و على فرض كونه قابلا له فليس قابلا للنقل الى كل احد، فان حق القسم قابل للتملك الى الزوج و الضررة و لا يقبل التملك الى الأجنبى، فالخيار و ان كان قابلا للتملك إلى أحدهما الا انه لا يقبل التملك الى الأجنبى.

وفيه: ان الخيار عبارة عن حل العقد، و لازمه رد كل مال الى مالكة الاصلى، مع انه لو سلم كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده، و ما ذكره بعد. و بعبارة اخرى: غير مربوط بالمقام، فانه انما هو فى نقل الحق الثابت له كخيار المجلس و نحوه، و محل الكلام جعل الخيار له ابتداءً.

ثانيها: ما ذكره الشيخ ره فى مسألة ثبوت الخيار للوكيل، و استند بعضهم اليه فى المقام، و حاصله: ان مفاد ادلة الخيار اثبات سلطنة

لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، و الأجنبي حيث انه لا سلطنة له على ما انتقل الى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، و لعل ما افاده المحقق النائيني ره يرجع الى ذلك.

و فيه: اولاً: ان الخيار انما يكون سلطنة على حل العقد.

و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لا خصوص الاسترداد،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٣

[...]

و قد تقدم في تلك المسألة توضيح ذلك.

ثالثها: ما افاده المحقق الاصفهاني ره، و هو: ان الخيار بناءً على تعلقه بالعقد انما يناسب من له عقد و من شأنه الوفاء به، و الأجنبي اجنبي عنه و عن الوفاء به، و لذا قلنا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد و انه لا يتوجه، الا الى من له العقد، فدليل الوفاء بالشرط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور من ناحية الخيار، حيث انه لا معنى له الا بالاضافة الى من له عقد.

و فيه: اولاً: انه لم يدل دليل على كون الخيار ثابتاً لخصوص من يكون مأموراً بالوفاء بالعقد، و ما افاده مجرد الاعتبار.

و ثانياً: ان المأمور به على ما تقدم في مبحث المعاطاء هو عدم حل العقد و نقضه، و ليس هو ترتيب الآثار عملاً كي لا يشمل الأجنبي، و عليه فالأية تشمل الأجنبي، و دليل الشرط يكون مخصصاً لها.

رابعها: ما نقله الشيخ ره، و هو: ان اشتراط الخيار مخالف للمشروع نظراً الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالأصل او بالعارض.

و الجواب عنه ما افاده ره، و هو: منع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً و لا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد او بالعين و ان كان اجنبياً. فالأظهر صحة جعل الخيار للأجنبي.

الثاني: ان جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التمليك او التوكيل او التحكيم؟ فقد يقال - كما عن المحقق النائيني ره - بانه ليس من قبيل التمليك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه ارث وارث الأجنبي عنه، لأن ما تركه لوارثه، و لا من باب التوكيل، و الا امكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف، و هذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء رحمهم الله في المقام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٤

[...]

و لكن يمكن ان يقال: انه من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجعول، لأن المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه في امر العقد، و لا يجوز نقله الى الغير لأنه حق خاص لا يتعداه، كما انه يمكن ان يقال: انه من باب التوكيل، و انما لا يجوز عزله لأنه بعنوان الشرط في عقد لازم، اذ الوكالة جائزة بعنوانها، و لا ينافي اللزوم اذا وقعت موقع الاشرط في ضمن العقد اللازم، و الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول.

و هل يراعى المصلحة للجاعل ام لا؟ و جهان. قد استدلل للأول: بانه امين فيجب عليه مراعاة الغبطة.

و اورد عليه الشيخ ره: بان مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

و فيه: انه كان جعل الخيار من باب التحكيم او التمليك او التوكيل لا بد من رعاية غبطة الجاعل. اما على الأخير فواضح، و اما على الأولين فلأن جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب انما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار، فالاطلاق وارد مورد الغالب من حيث

اعتبار ما يراه صلاحاً، و عليه فيصح التعليل المذكور، فانه تامين بتفويض امر العقد اليه لا جعل الحق له خاصة.
الثالث: لو جعل الخيار ففى المكاسب: كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا فى الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ.
و لكن جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:
احدها: جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع.
ثانيها: جعل الخيار لكن واحد مستقلاً.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٥
[...]

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.
و على الأول: لا أثر لفعل واحد منهم ما لم يوافق الآخرون.
و على الثانى: يقدم الفاسخ، لأن مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة.
و على الثالث: يقدم فعل المقدم فى فعله اجازة كان ام فسخاً.
و عن الوسيلة: انه اذا كان الخيار لهما و اجتماعاً على فسخ او امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل.
و قد احتمل فى توجيه هذه العبارة وجهان:
الأول: ان يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لأنفسهما بقيد الاجتماع، و عليه فان اجتماعاً فهو، و ان خالف احدهما الآخر بطل، اى لم يؤثر الفسخ و لا الاجازة.
الثانى: ان يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلاً، فقله و لم يجتمعا اى فسخ احدهما و امضى الآخر، بطل اى بطل البيع، اى يكون الفسخ مؤثراً.
اقول: يرد على الوجه الأول: ان جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد ان لهما الاقالة.
قال فيها ايضاً: و ان كان لغيرهما و رضى نفذ البيع، و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء.
مراده من الرضا ليس هو اجازة العقد، بل المراد الرضا بجعل الخيار و قبوله، و عليه فمراده من هذه العبارة: ان الأجنبى المجمعول له الخيار ان قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين - اى ليس للشارط خيار - و ان لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط.
و على هذا فلا- يرد عليه ما عن المختلف بان هذا الخيار ان جعل للأجنبى لم يكن لأحد المتبايعين خيار، فان اختار الأجنبى الامضاء نفذ، و ان اختار الفسخ انفسخ و لا عبرة بالمتبايعين.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٦
[...]

كما انه لا يرد ما فى الحاشية من: ان مقتضى كون الخيار للأجنبى كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع مع فرض فسخه.
فان منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد و اجازته.
و عن الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبى منفرداً و لا اعتراض عليه و معهما او مع احدهما و لو خولف امكن اعتبار فعله ... الخ.
مراده بحسب الظاهر: انه لو جعل الخيار للأجنبى مع احدهما او معهما فان اتفقا على فسخ او امضاء فهو، و ان خولف بان فسخ الأجنبى و اجاز الأصيل امكن تقديم فسخه، اذ لو لم يقدم - و المفروض انه لا يقدم اجازته لأنها لا توجب سقوط خيار الأصيل - لم يكن لذكر الأجنبى فائدة.

و على هذا فكلام الشيخ ره مؤيد له، و لكن يرد عليه: انه ان كان المجعول خياراً واحداً لهما عدم تقديم فسخه على اجازة الأصيل لا يوجب لغوية ذكره، اذ فائدته حينئذ تاتي فسخه في صورة موافقة الأصيل، و ان كان المجعول متعدداً قدم فسخه كما هو الشأن في جميع الموارد لا للغوية ذكره لو لم يقدم.

جواز اشتراط الاستثمار

لا- خلاف بين الأصحاب في انه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار بان يستامر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد، فياتمر بامره، او بان ياتمره اذا امره ابتداء.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٣٧

[...]

اما الأول: فتارة: يجعل الخيار لنفسه و يشترط عليه ان لا يختار احد الأمرين من الفسخ او الامضاء الا بتعيين المستامر بالفتح. و اخرى: يجعل الخيار لنفسه عند امر الأجنبي باحدهما. و ثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند امر الأجنبي به و لا يجعل شيئاً عند امره بالاجازة. و رابعة: يجعل الخيار للأجنبي و يقيد بان لا يباشر اعماله بل يأمر العاقد بما يريد.

ففي الصورة الاولى: اذا فسخ قبل الاستثمار او بعده مع امره به او بالاجازة يكون نافذاً لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تخلف ما اشترط عليه في الفرض الأول و الثالث.

و في الصورة الثانية: لا ينفذ فسخه قبل الاستثمار لعدم ثبوت الخيار له قبله، و لكن لو استأمر ينفذ فسخه و ان امره بالاجازة.

و في الصورة الثالثة: لا ينفذ فسخه قبل الاستثمار، و كذا بعده، و امره بالاجازة و الامضاء. و في الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه الا بعد امره به، لكون الحق للأمر، و المأمور آله. هذا في الفسخ.

و أما الاجازة: فان كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصورة الثلاث الأخيرة و نفذت في الاولى، و لا يخفى وجهه. و ان كانت بعد الاستثمار و أمره بالفسخ نفذت في الصورتين الاوليتين و لم تنفذ في الأخيرتين. و ان كانت بعده و امره بالامضاء نفذت في جميع الصور. و لا يخفى وجهه.

و أما المقام الثاني: فان كان المشروط ثبوت الحق من دون ان يعمل احدهما عملاً و لو معلقاً على امر المستامر بالفتح كما في الصورة الثانية و الثالثة لا كلام في عدم وجوب الاستثمار و لا العمل بامره، فان غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٣٨

و اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع

فلا ملزم له بالاستثمار او الفسخ لو امر به.

و ان كان المشروط مع ذلك عملاً، فتارة: يكون ذلك حقاً للمستامر على صاحبه خاصة كما في الصورة الاولى لو اشترط المستامر بالكسر ان يكون اختياره للفسخ او الامضاء عن امر المستامر. و اخرى: يكون حقاً لصاحبه عليه اما خالصاً او بالمشاركة.

و في الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، اذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه، لأن الحق له، و جاز له ان يرفع اليد عن حقه، فلو امره بالفسخ له ان لا يفسخ.

و في الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يأمره.

و على اي حال لا يجب الاستثمار الا اذا اشترط احدهما على صاحبه ان يستامر زائدا على جعل الخيار بعد الاستثمار.

بيع الخيار

مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار، و هو اشترط مدة يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع.

و هو جائز عندنا كما عن التذكرة، و عن غيرها: دعوى الاجماع عليه، و في الجواهر: اجماعا بقسميه عليه.

و الكلام في هذه المسألة يقع اولاً: في مدركها، ثم في الفروع المستخرجة من الأخبار.

اما الأول: فالنصوص الواردة في المقام اربعة:

الأول: صحيح سعيد بن يسار: لأبي عبد الله (عليه السلام): أنا نخالط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٣٩

[...]

اناساً من اهل السواد او غيرهم فبيعهم و نربح عليهم للعشرة اثني عشر، و العشرة ثلاثة عشر، و تؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها، و يكتب لنا الرجل منهم على داره او على ارضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي اخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه، فنعه ان جاء هو بالمال الى وقت بيننا و بينهم ان نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟ قال: ارى انه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «١».

الظاهر من الصحيح ان الشارط هو المشتري، و المشروط له هو البائع، و المعلق عليه هو رد الثمن، و المشروط رد المبيع. و على هذا فليس الالتزام يرد المبيع فسحاً اذ المشتري ليس له الخيار، لأن من له الخيار هو البائع، بل المتعين اما ارادة الاقالة او ارادة رد المبيع ردا ملكيا معاطاتيا.

و يحتمل فيه معنى آخر، و هو: اشترط تحقق البيع في رأس المدة اذا لم يرد مثل الثمن و كان الواقع فعلاً- صورة بيع. و يؤيده ان الظاهر من السؤال عدم اخذهم اجرة المبيع من البائع، و لو كان البيع حقيقياً كان اللازم الأخذ منه.

الثاني: موثق اسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع ابا عبد الله (عليه السلام) و سأله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره، فجاء الى اخيه فقال له: أبيعك داري و تكون لك أحب الى من ان تكون لغير علي ان تشرط لي ان انا جئتكم بثمانها الى سنة ان ترد علي، قال (عليه السلام): لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنة ردها عليه. الحديث «٢».

و ما استظهرناه في الصحيح المتقدم جار هنا، بل هو في الموثق اوضح. ثم ان هذا

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٠

[...]

الخبر على ما في الكافي و التهذيب يكون مرسلًا، فانه لم يذكر المخبر لإسحاق، نعم على ما عن الصدوق يكون موثقًا، فحجيته محل تامل.

الثالث: خبر معاوية بن ميسرة قال: سمعت ابا الجارود يسأل ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع داراً له من رجل، و كان بينه و بين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فاتاه بماله قال: له شرطه «١». و هذا الخبر من حيث السند قابل لأن يخدم فيه، اذ ابن ميسرة لم يوثق، و اما من حيث الدلالة فظاهره شرط النتيجة، اما شرط ملكية الدار للبائع عند اعطاء الثمن او انفساخ البيع، و لا يبعد دعوى اظهرية الثاني من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال. الرابع: خبر ابي الجارود عن الامام الباقر (عليه السلام): ان بعث رجلا على شرط فان اتاك بمالك و الا فالبيع لك «٢». و هذا الخبر ضعيف سنداً و اجنبى عن المقام، اما ضعفه فلأن ابا الجارود زياد بن المنذر ضعيف، و اما اجنبيته عن المقام فلأن ظاهره ارادة ان من باع شيئاً على شرط و لم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبائع. فتحصل: ان ما يستفاد من نصوص الباب امران: احدهما: شرط الاقالة او التمليك الجديد. ثانيهما: شرط الانفساخ عند رد الثمن، لا تعليق الخيار على رده.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ١٤١

[...]

الانحاء التي يقع الشرط عليها

اذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار و الفتوى، فاعلم ان توضيح المسألة يتحقق بالبحث في امور:

الأول: ما في الانحاء التي يمكن ان يقع الشرط عليها و هي خمسة:

احدها: ان يكون الخيار معلقاً على رد الثمن، او مؤقتاً من حديث المبدأ بزمان رد الثمن. و الفرق بين التعليق و التوقيت انما هو في مقام الاثبات.

وقد اورد على صحة الشرط في هذه الصورة في خصوص الأول بالتعليق الممنوع عنه شرعاً، و في كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث المبدأ لأنه لا يعلم وقت رد الثمن.

و يندفع الأول: بان لا دليل على مبطلية التعليق في غير العقود.

وقد يقال في مقام اندفاع الثاني: بان الجهالة لا تضر هنا لعدم الغرر، لأن امر الخيار بيده كما عن المحقق الخراساني.

وفيه: ان الغرر اللازم انما هو بالنسبة الى المشتري، لأنه لا يعلم متى يفسخ العقد.

و عن المحقق النائيني الجواب عنه: بان الخيار هنا غير مجهول الا- من باب الجهل بالمعلق عليه، و هو يرجع الى اشكال التعليق لا الجهالة.

وفيه: ان الجهل بالمعلّق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، و هو يوجب الغرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق. فالظاهر هو البطلان الا مع تعيين المدة كتحديده بالرد في رأس السنة التي هي فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٢

[...]

الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني ره.

ثانيها: ان يكون الفسخ معلّقاً على الرد لا الخيار، بان يكون الحق ثابتاً من حين العقد متعلقاً بالفسخ عند رد الثمن، ففي الحقيقة ينحل الى شرط الخيار مطلقاً، و شرط عدم اعماله الا عند رد الثمن، و الشرط في هذه الصورة لا كلام في مشروعيتها. ثالثها: ان يكون الرد فسخاً فعلياً، بان يشترط حق الخيار متعلقاً بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ. و سيأتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرض الشيخ ره له، فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به. رابعها: ان يكون رد الثمن قيداً للانفساخ، بان يشترط انفساخ العقد عند رد الثمن. و اورد على صحة هذا النحو من الاشتراط تارة: بان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء مخالف للمشروع، لأن المسببات متوقفة على اسبابها الشرعية كما في المكاسب. و اخرى: بانه من قبيل شرط النتيجة.

و ثالثة: بانه يلزم منه اما انفساخ البيع بلا سبب، و اما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه، اذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاءً للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، و الا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، و هو مخالف للسنة كما عن المحقق النائيني ره.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلأن الشرط يكفي في سببته للفسخ. و أما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة. و أما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحذور الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققاً ثابتاً، و الشرط لا يقتضى عدمه. هذا كله مضافاً الى ما عرفت من دلالة فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٣

[...]

النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

خامسها: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري او التمليك الجديد، و هذا لا إشكال في مشروعيتها، و هناك انحاء اخر يظهر حكمها مما ذكرناه.

الثمن المشروط رده لفسخ البيع

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمة و اما ان يكون معيناً، و على كل تقدير تارة يقبضه و اخرى لا يقبضه. فالكلام في المقام يقع في موضعين:

الأول: فيما اذا لم يقبض البائع الثمن المعلّق على رده الخيار من المشتري الى ان اتى رأس المدة.

الثاني: فيما اذا اقبضه.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه انما هو في ثبوت الخيار و عدمه و قد بنى الشيخ ره المسألة على ان الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا مطلقا، او ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. فعلى الأول يثبت الخيار و على الثاني لا يثبت. اقول: لا إشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر، فان مآله الى كون الخيار مطلقا على تقدير عدم القبض، و مشروطا على تقدير القبض، و ظاهر القضية كونه مشروطا مطلقا.

بل المسألة مبنية على ان الرد الذي اخذ شرطاً هل هو مأخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن و حصوله عند البائع، ام يكون مأخوذاً على وجه لموضوعية، فعلى الأول يثبت الخيار، و على الثاني لا يثبت، و لعل الظاهر المتعارف هو الأول. و على فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٤ [٠٠٠]

كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع.

و أما الموضوع الثاني: فالكلام فيه في موارد:

الأول: ما اذا كان الثمن عينا شخصية.

الثاني: ما اذا كان في ذمة المشتري.

الثالث: ما اذا كان في ذمة البائع.

اما المورد الأول: فان كان الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في انه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف و غيرها، و في التلف بين كونه بفعل البائع او المشتري او الأجنبي او بأفة سماوية.

و ان كان الشرط رد العين مع وجودها ورد بدلها مع تلفها، فلا كلام ايضا في تحقق الخيار على التقديرين.

و ان كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص او بالاطلاق، فقد اشكل عليه: بان مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين الى صاحبها الأصلي، فاشتراط رجوع البديل مع بقاء الأصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. و لذا قطع السيد في الحاشية بالفساد.

و لكن ذلك انما هو فيما اذا قيد الفسخ بالرد، و يكون الرد فسخا فعليا، و هي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، و لا يتم في باقى الصور من كون الرد مقدما للفسخ او معلقا عليه الخيار او مقدما للاقالة او التمليك الجديد، اذ الفسخ لا يتحقق به، بل

يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبوض بالسوم، فان فسخ البائع بعد ذلك يرجع الثمن الى المشتري، و المردود باق في ملك البائع. فلهما التراضي على كون كل منهما بدلا عن الآخر.

و يمكن ان يقال: ان المعاملة بينهما و هي تملك عين الثمن الراجع الى البائع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٥ [٠٠٠]

ببدله الذي احضره انما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج الى معاملة اخرى.

و ان كان الشرط رد الثمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه او بدلها، فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة ان العبرة برد العين، فيسقط الخيار بتلفها، و لكن لا يبعد دعوى ان المتعارف المنصرف اليه الاطلاق ان المقصود دفع الأعم من العين و البديل.

و أما المورد الثاني: فالخيار فيه معلق على رد البديل يقينا، فان ما في ذمة البائع، يسقط بالبيع، و صيرورته له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشترط رد بدله.

و أما المورد الثالث: فقد يقال: بان رده- اى رد الثمن- يتحقق بمثله ايضا، كما يتحقق بنفسه المقبوض، اذ كل فرد من مصاديق الكلى، و شرط رد الكلى معناه شرط رد ما كان مصداقا له كما عن المحقق النائنى ره. و فيه: ان الثمن و ان كان هو الكلى فى الذمة الا انه بعد اداء فرد منه- بما انه اداء للكلى- يستقر الثمن على الفرد المقبوض، و الفرد الآخر بدله لا انه مصداق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

الفسخ بالرد

الثالث: هل يصح انشاء الفسخ بالرد، ام لا كما هو ظاهر الأصحاب نظرا الى ان رد الثمن فى هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان. و ملخص القول: ان الكلام فى المقام ليس فى كفاية الرد فى الفسخ اذا قصد به ذلك، بل البحث فى المقام انما هو فى ان الرد المعلق عليه الخيار، او الفسخ، او الاقالة، فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٤٦ [٠٠٠].

هل يمكن ان ينشأ به الفسخ ام لا؟ و الكلام فيه فى مقامين:

الأول: فى معقولية ذلك فى مقام الثبوت.

الثانى: فى الدلالة عليه فى مقام الاثبات.

اما الأول: فعمده ما قيل فى وجه عدم المعقولية: ان الخيار و حق الفسخ انما هو فى رتبة لاحقه على الرد، فكيف يحصل به الفسخ. و فيه: اولاً- انه لو تم لا-ختص بوجهين من الوجوه المزبورة، و هما الوجه الأول- و هو تعليق الخيار على الرد- و الوجه الثالث- و هو اشتراط الفسخ بالرد من غير ان يكون خيار قبله- و لا يتم فى سائر الوجوه. اما فى الوجه الثانى: فلأنه يكون الخيار قبله و ان اشترط ان لا يفسخ الا بعد الرد، و هذا لا يوجب عدم تاثير فسخه فى مرتبة مقارنة، بل او سابقه على الرد.

و أما فى الوجه الرابع: فلأنه يكون الرد قيذا للانفساخ لا الفسخ.

و أما فى الوجه الخامس: فلأن لهما الاقالة او المعاملة الجديدة قبل ان يرد الثمن.

و ثانيا: انه لا يتم، فان الرد شرط مقارنة لحق الخيار، فمقارنا للرد يحدث الخيار و يثبت له حق السلطنة على الفسخ، و فى ذلك الزمان اذا عمل خياره له ذلك، و به يفسخ العقد. و مجرد تقدم الرد على الخيار رتبة لا يوجب عدم المعية فى الوجود التى هى المعيار فى الأسباب المسببات الشرعية.

و بالجملة حين الرد يثبت الخيار، و لمن له الخيار استيفاء حقه فى نفس ذلك الزمان، فلا مانع من جعله آله للأعمال، نعم اذا كان الرد شرطا متقدما صح ما ذكر.

و أما الثانى: فقد استدل على عدم دلالة على الفسخ بوجهين:

احدهما: ان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا.

ثانيهما: ان الرد يدل على ارادة الفسخ، و الارادة غير المراد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٤٧

فان خرجت المدة و لم يأت بالثمن كاملا لزم البيع

و الجواب ان الرد من حيث هو و ان كان لا- يدل على الفسخ الا- انه مع قصد الفسخ يدل عليه، كما ان الاعطاء بنفسه لا يدل على التمليك و لكن مع قصده يدل عليه.

و اجاب عنهما الشيخ ره بوجوه اخر:

الأول: ان الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، و الفرق بين هذا الوجه و ما اخترناه الذى ذكره ايضاً قبل ذلك ان السبب المؤثر فى الوجه المختار الرد بنفسه، و فى هذا الوجه ما ينكشف به و هى الكراهة الباطنية. فالفعل دال على ما به الفسخ لا انه هو ما به الفسخ.

و فيه: ان الفسخ من الانشائيات، و لا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج الى دال و مظهر خارجى من قول او فعل.

الثانى: ظهور الأخبار فى كفاية رد الثمن فى وجوب رد المبيع.

و فيه: انه قد عرفت ان المستفاد من الروايات امران: شرط الاقالة او التمليك الجديد بعد الرد، و شرط الانفساخ عند رد الثمن. و به يظهر ما فى الوجه الثالث الذى ذكره بقوله، بل قدر عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلى به.

مسقطات خيار الشرط

إشارة

الرابع: يسقط هذا الخيار بامور: منها: انقضاء المدة و عدم رد الثمن او بدله على التفصيل المتقدم.

[خروج المدة و عدم الاتيان بالثمن كاملاً]

فان خرجت المدة و لم يأت بالثمن كاملاً لزم البيع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٤٨

[...]

و يشهد به- مضافا الى الاجماع- النصوص المتقدمة.

و منها: اسقاطه بعد العقد، ذكره جماعة و استشكل فيه المصنف فى التذكرة.

و على ضوء عدم جواز اسقاط الخيار قبل ثبوته اما منجزاً كما هو المختار- أو و لو معلقاً كما ذهب اليه جمع من جهة انه اسقاط لما لا يجب تعرض الفقهاء لانه: هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد ام لا؟.

لا اشكال فى صحته على الوجه الثانى من الوجهين لتحقق الخيار و ثبوته بعد العقد.

و أما على الوجه الأول- و هو تعليق الخيار على الرد- فقد ذكر فى وجه صحة اسقاطه وجوه:

احدها: ما فى المكاسب و هو ان تحقق السبب- و هو العقد- يكفى فى صحة اسقاط الحق.

و فيه: اولاً: ان الرد ايضاً جزء السبب.

و ثانياً: ان البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط ما لم يجب لا يفرق فيه بين تحقق سببه و عدمه.

ثانياً: ما فى المكاسب ايضاً، و هو: ان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد.

وفيه: ان هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد ايضاً لكونه مالكا لسببه و هو العقد، و الفرق بين السبب و هو العقد، و الشرط و هو الرد و الالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكّم.

ثالثها: ما افاده السيد الفقيه و المحقق النائيني ره، و هو: ان حق الخيار و ان لم يمكن اسقاطه الا ان حق الشرط، و هو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٤٩

[...]

بعد العقد، و الشرط في ضمنه فعلى و قابل للاسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد.

وفيه: ان المشروط ان كان فعلا من افعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول، و ان كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنه بنفوذ الشرط تثبت تلك النتيجة، و لا حالة منتظرة كى يستحق المشروط له. و المقام من قبيل الثاني، فان المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، و نفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر ان حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط ما لم يجب لا يصح اسقاطه قبل الرد و بعد العقد. نعم لو قلنا بان اسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الاجماع و المتيقن منه عدم تحقق السبب ايضاً، امكن ان يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد.

التصرف في الثمن المعين مسقط

و منها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: ان يكون الخيار فعليا، و اعماله معلقا على الرد، او كون الخيار معلقا عليه.

الثاني: ان يكون المشروط رد الثمن المعين لا مثله، و الا لم يكن التصرف فيه مسقطا بلا كلام، اذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المنافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف.

الثالث: ان يكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا لا في خصوص خيار الحيوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٠

[...]

للنص.

و على هذا فحمل الكلام صورتان:

احدهما: ما اذا كان الخيار فعليا و اعماله معلقا على رد الثمن: لا ينبغي التوقف في مسقطية التصرف في هذه الصورة، و ما ذكره من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار و هي: منافاة ذلك لمشروعية الخيار لانقاع البائع بالثمن، و موثق اسحاق المتقدم، و ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار الا بعد الرد.

لا يجرى شيء منها في هذه الصورة.

اما الأول: فلأن المفروض في هذه الصورة تعلّق الغرض برد عين الثمن، فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه.

و أما الثاني: فلأن مورد الموثق شرط رد مثل الثمن لا عينه، مع انه قدر مر عدم كون مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن.

و أما الثالث: فلأن الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.

ثانيتها: ما اذا كان الخيار معلقاً على الرد: فقد ذكر في وجه عدم مسقطية التصرف له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفاً، وقد ظهر جواب الأولين منها، واما الثالث: فقد اجاب عنه الشيخ ره: بان المستفاد من النص و الفتوى ان التصرف مسقط فعلى كقول يسقط الخيار به في كل مورد يصح اسقاطه بالقول و قد تقدم جواز الاسقاط قولاً قبل العقد.

و فيه: ما تقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجيء زمانه. نعم على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقاً امكن البناء على مسقطية التصرف الذي يكون كاشفاً عن الرضا و الالتزام بسقوطه في فرض مجيء زمانه.

هذا كله في الكبرى، و اما الصغرى فالظاهر ان بيع الخيار المتعارف بين الناس

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٥١

[...]

كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لا عينه، و هو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف في الثمن، كما ان الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق اعمال الخيار على الرد لا نفسه.

و بما ذكرناه ظهر ما في المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية من ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في الخيار عليه، لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

فانه ان كان مرادهما ان التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما افاده كما عرفت، و ان كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار اصلاً- كما يظهر من التعليل- فيرد عليهما ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور.

و أما المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح في الرد على ذلك، فحاصله: ان التصرف انما يسقط الخيار اذا وقع في زمان الخيار و ما قبل الرد ليس زمان الخيار، و الخيار و ان كان مقدوراً في المدة المشروطة للقدرة على سببه الا ان التمكن منه لا يقتضى الفعلية، و الحكم منوط بالفعل دون القوة، مع ان القوة غير مطردة اذ لو اشترط الخيار لو رد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً لا خيار هناك لا بالفعل و لا بالقوة.

و فيه ان ما افاده ان تم فانما هو في غير الخيار المتعارف بين الناس، و هو تعليق اعماله على الرد، مع ان تماميته فيه ايضاً محل كلام كما تقدم و افاده صاحب الجواهر في رد صاحب المصابيح بما حاصله يرجع الى امور ثلاثة:

الأول: ان تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدأه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٥٢

و التلف من المشتري في المدة، و النماء له

الثاني: انه خلاف فهم اهل العرف، لأنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة.

الثالث: ان المنقول من الشيخ ره عدم ثبوت الملك في زمان الخيار. و رده الأصحاب ببعض نصوص «١» الباب الدال على ان غلة المبيع للمشتري، و لو لا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد، فيستكشف من ذلك انهم فهموا من هذه النصوص ان مجموع المدة ظرف للخيار.

أما الوجه الأول فقد عرفت في اول مبحث خيار الشرط تماميته، و ان ما ذكر في جوابه لا يتم.

و أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفاً تماميته.

و أما الوجه الثالث فقد اجاب عنه الشيخ ره بانه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ ان مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار

و لو منفصلاً. فتأمل.

حكم تلف المبيع

[حكم التلف]

إشارة

الخامس: و قد طفحت كلماتهم بان التلف: من المشتري فى المدّة و النماء له.

اما كون النماء له فواضح، و اما كون التلف منه فالكلام فيه فى مقامين:

الأول: فى حكم تلف المبيع.

الثانى: فى حكم تلف الثمن.

[حكم تلف المبيع]

اما المقام الأول: فلا كلام فى ان التلف يكون من المشتري، سواء كان قبل الرد ام بعده، و انما الكلام فى انه هل يسقط خيار البائع ام

لا، و فيه اقوال:

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٥٣

[...]

الأول: السقوط مطلقاً.

الثانى: عدم كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد و ما بعده، و السقوط فى الأول دون الثانى اختاره فى الجواهر.

و استدل للأول بوجهين: احدهما: ان الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

وفيه: انه متعلق بالعقد، و هو ملك حل العقد، و لا مانع من ثبوته بعد تلف العين، و هذا مضافاً الى انه محقق فى محله نفس تشريع بيع

الخيار اقوى شاهد له، فانه انما يكون المتعارف فيه التصرف فى الثمن بالنقل و الاتلاف، و مع ذلك يكون الخيار باقياً.

ثانيهما: ان الغرض من البيع الخيارى نوعاً هو ان يصون البائع ماله بماله من الخصوصية العينية، فلا محالة يشترط ارتجاع المبيع عند رد

الثمن، فمع تلف العين يسقط الخيار.

وفيه: ان المتعارف فى هذه المعاملة هو ان الغرض صون البائع ماله من التلف بما له من المالىة، من دون غرض له فى الخصوصية

العينية، و العين وجوداً و عدماً عنده على حد سواء، و لو كان فى مورد غرض شخصى متعلق بالعين يشترط ذلك على المشتري

صريحاً. و بما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط.

و أما القول الثالث: فغاية ما ذكره صاحب الجواهر ره فى وجهه: ان التلف بعد الرد حيث انه فى زمن الخيار، فله حينئذ الفسخ ثم

الرجوع الى المثل او القيمة، و اما التلف قبل الرد فحيث انه ليس فى زمان الخيار كى يستحق الرجوع عليه فيتجه سقوط الخيار.

وفيه: انه ان كان نظره قده الى قاعدة: التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٤

[...]

فيرد عليه: ان مقتضاها الانفساخ لا ثبوت حق الفسخ، مع انه لو دلت القاعدة على ذلك كان مفادها ثبوت الخيار للبائع من هذه الجهة ايضا، وهذا لا ينافى ثبوته له قبل الرد من جهة اخرى. مع ان تلك القاعدة انما هو فيما لو تلف عند من انتقل اليه في زمان خياره، و هنا يتلف عند المشتري الذى لا خيار له. مضافا الى انه فى جواب المصاييح التزم بان قبل الرد ايضا يكون الخيار ثابتا، و ان كان نظره الى غير تلك القاعدة فعليه البيان. فالأظهر عدم السقوط مطلقا.

حكم تلف الثمن

و أما المقام الثانى: و هو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه فى موضعين:

الأول: فى ان تلف الثمن من البائع او المشتري.

الثانى: فى سقوط الخيار و بقاءه.

اما الموضوع الأول: فان كان التلف بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البائع لأنه مملوك له، و تكون يد المشتري امانية.

و قد استدلل لكونه من المشتري بقاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له.

و فيه: ان مورد نصوص «١» تلك القاعدة خيار الحيوان، و الشرط مع كون التالف هو المبيع، و التعدى الى غيرهما و إلى تلف الثمن يحتاج الى دليل مفقود.

و قد يقال ان مقتضى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا انضمت الى الاجماع على ان النماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، و تلف الثمن من البائع.

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٥

[...]

و فيه اولاً: ان سند ما تضمن «١» القاعدة ضعيف للارسال، و جبره بالعمل غير معلوم كما بيناه فى الجزء الخامس عشر من هذا الشرح فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

و ثانياً: ان محتملات هذه العبارة كثيرة اظهرها ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، و هذا هو الذى فهمه المشهور منها، فهى اجنبية عن المقام. مع انه سيأتى فى احكامه الخيار ان قاعدة التلف فى زمان الخيار حاكمة عليها.

و بما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد و انه من البائع.

و أما ما افاده الشيخ من انه ان كان الخيار ثابتا قبل الرد فلا ريب فى كونه مشمولاً لقاعدة التلف فى زمان الخيار، و هى تدل على انه من المشتري، و الا فحيث ان البيع مترزّل - و لو بواسطة الخيار المنفصل - فتشمله القاعدة ايضا كما هو مقتضى اخبار المسألة، و الظاهر ان نظره الشريف الى ما فى نصوص الباب من قوله «٢» (عليه السلام): حتى يمضى شرطه، بدعوى شموله لما اذا كان البيع فى معرض حدوث الخيار، و الا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى. فالأظهر كونه من البائع فى صورتين.

و أما الموضوع الثاني: فان كان الشرط رد عين الثمن، فان كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم امكان رده، و الا فهو باق، كان الشرط رد مثل الثمن او كان التلف بعد الرد، و وجهه واضح.

(١) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥- و سنن ابى داود ج ٢- ص ٢٥٥. و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

(٢) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٦

[...]

رد الثمن الى الوكيل او الولي

السادس: لا خلاف ظاهرا فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، او برده على وكيله المطلق، او الحاكم، او العدول مع التصريح بذلك فى العقد، و وجهه ظاهر، انما الكلام فيما اذا لم يعلق الخيار على ما يشمل الرد الى غير المشتري من الوكيل او غيره، و الا فلا ريب فى الكفاية، بل لو علق الخيار على الالتقاء فى البحر او الوضع فى مكان مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما انه ليس مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري بنحو التقييد، اذ لا ريب حينئذ فى عدم الكفاية و انه لو امتنع الرد اليه سقط الخيار لتعذر شرطه بل مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري لا بنحو التقييد بل الرد اليه فقط يكون ثابتا بالقصر الذاتى لا بلحاظه بما هو مشتر فقط.

اذا عرفت هذا فاعلم: انه يقع الكلام فى هذا الأمر فى موارد:

الأول: فى انه هل يكفى الرد الى وكيل المشتري ام لا.

الثانى: فى كفاية الرد الى الحاكم الشرعى و عدمها.

الثالث: فى انه اذا كان المشتري هو الأب و اشترى للصغير هل يكفى الرد الى الجد ام لا؟.

الرابع: فى انه اذا كان المشتري هو الحاكم الشرعى و اشترى ولاية هل يكفى الرد الى حاكم آخر ام لا؟.

الخامس: فى انه اذا اشترى شخص فمات هل يكفى الرد الى وارثه ام لا؟

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٧

[...]

اما المورد الأول: فان لم يكن وكيلاً- فى قبض الثمن لا- إشكال فى عدم الكفاية، و ان كان وكيلاً فيه، فقد يقال كما عن المحقق النائيني ره و غيره: ان عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله و عليه كما هو المفروض فى المقام يدل على ان قبض الوكيل قبض الموكل، فاذا كان قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد اليه.

وفيه: ان كان المعلق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من افعاله صح ذلك، و اما ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عند المشتري لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فان معنى التوكيل الاستنابة فيما هو من وظائف الموكل، و يكون تحت اختياره و سلطانه، و لا تقتضى الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، و لا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس رد البائع اليه و احضار الثمن عنده رداً للثمن الى الموكل و احضار الديه، فلا- يكون ذلك كافيا و لعله الى هذا نظر السيد الفقيه ره حيث قال: ان

عموم دليل النيابة لا يجعل الرد الى الوكيل رداً اليه.

و أما المورد الثاني: فقد استدل المحقق النائيني ره للكفاية: بعموم دليل ولاية الحاكم «١».

وفيه: ان ولاية الحاكم ان كانت من جهة ولايته على الغائب لا يشمل دليله المقام، فان موردها مال الغائب، والغائب لا مال له في المقام قبل الرد، فانه للبائع لا المشتري. و ان كانت من جهة ولايته على الممتنع فلا بد من التفصيل المتقدم، فان دليل الولاية يدل على ان للحاكم تصدى ما هو فعل الممتنع، و عليه فان كان المعلق عليه الخيار قبض المشتري بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية ان للحاكم ذلك و ان فعله بمنزلة فعله، و ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عنده لم يكف دليل

(١) راجع الجزء الخامس عشر من هذا الشرح - مبحث ولاية الحاكم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٨

[...]

الولاية، فانه ليس هناك فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.

هذا بناءً على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، و الا لم يكف في الفرض الأول ايضاً.

و أما المورد الثالث: فالأظهر عدم الكفاية مطلقاً حتى في مورد قيام الحاكم و الوكيل مقامه، فانه دليل ولاية الجدة انما يدل على ولايته في عرض ولاية الأب بخلاف دليل نيابة الوكيل و ولاية الحاكم، فلا يقام الجدة مقام الأب، و لا يكون فعله فعله، و عليه فان كان الشرط الرد الى الأب بما هو ولي كفي الرد الى الجدة، لكنه خارج عن فرض المسألة، و ان كان هو الرد الى الأب بما هو لم يكف الرد الى الجدة قطعاً.

و ما افاده المحقق النائيني ره من انه يكفي لولاية كل منهما على الطفل، فقبض كل منهما قبض الطفل، غريب، فان المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الأب الذي هو المشتري.

و أما المورد الرابع: فقد استدل الشيخ ره للكفاية فيه: بان قبول الحاكم الآخر و تملكه ليس مزاحمة للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال: لكن الأظهر انها مزاحمة عرفاً.

و استدل المحقق النائيني ره لعدم الكفاية: بانه بتصرف الحاكم الأول و وضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذي لا ولي له، فليس للحاكم الآخر التصرف في هذا المال.

الظاهر ان هذه الكلمات اجنبية عما هو محل البحث، فان مورد البحث كفاية رد البائع الثمن الى الحاكم الآخر مع اشتراط الرد الى الحاكم المشتري نفسه، و لا- ريب في انه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الآخر، نعم اذا كان الشرط الرد الى الحاكم كفي. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

و أما المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فان الرد الى الوارث ليس رداً الى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٥٩

[...]

المورث الذي علق عليه الخيار.

و ما افاده المحقق النائيني ره: بان الوارث ينتقل اليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع اليه فالرد اليه كالرد الى مورثه، غير تام، فان ما افاده يتم في ورثة البائع، و الكلام انما هو في ورثة المشتري.

حكم الفسخ برد بعض الثمن

الأمر السابع: لا- خلاف و لا- كلام فى انه اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن ليس له الفسخ الا برد الجميع، فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشتري التصرف فى المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع.
كما لا- كلام فى انه لو اشترط الفسخ برد بعضه له ذلك، انما الكلام فى انه لو اشترط الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن، و الكلام فيه يقع فى موردين:
الأول: فى صحته هذا الشرط و فساده.

الثانى: فى انه على فرض فسخ لو قلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت للمشتري الخيار ام لا؟.
اما المورد الأول فقد استدل للفساد بوجهين:

احدهما: ما عن المستند، و هو: ان شرط الخيار فى نفسه شرط مخالف للسنة، و انما التزمنا به للاجماع و النصوص «١» الخاصة، و مورد النصوص شرط الخيار بالفسخ فى الجميع، و التعدى يحتاج الى دليل مفقود، و المتيقن من الاجماع غير المقام.
وفيه: ما تقدم مفصلاً من انه ليس شرطاً مخالفاً للسنة، و انه يصح على القاعدة.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٦٠

[...]

ثانيهما: ان الالتزام العقدى امر بسيط، فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام و اما يبطل. و بعبارة اخرى: انه غير قابل للتبعض.
وفيه: ان الالتزام و ان كان واحداً و اذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع اجزاء الملتزم به متحد الحكم، و لا يجوز الفسخ فى البعض.

و أما اذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل الى الالتزام بكون كل جزء من المبيع فى مقابل كل جزء من الثمن، بلا ربط له بسائر الأجزاء، فكانه التزامات عديدة، و عليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية. فالأظهر صحة هذا الشرط.

و أما المورد الثانى: فان كان المجمعول رد كل جزء مستقلاً و لو لم يرد البقية لا خيار للمشتري قطعاً، فانه الذى اقدم على ذلك. و ان كان رد الجميع بهذا النحو فما دام لم تخرج المدة و كانت باقية لا خيار له، فان المشتري اقدم على الفسخ تدريجاً، و اما ان خرجت المدة فلم يفسخ الجميع بل فسخ البعض فحينئذ ان كان جعل الخيار له بهذا منوطاً برد الثمن بتمامه تدريجاً كشف ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، و ان لم يكن منوطاً به بل شرط فى ضمن هذا الجعل ان يفسخ الجميع كان للمشتري خيار تخلف الشرط. و على اى حال لا وجه لثبوت خيار التبعض الذى افاده الشيخ ره، و اضعف منه الالتزام بثبوتيه و ان لم تخرج المدة.

جريان خيار الشرط فى العقود الجائزة

مسألة: هل يختص خيار الشرط بالبيع ام يعم كل معاوضة لازمة، او العقود مطلقاً، ام يدخل خيار الشرط فى الايقاعات ايضاً؟ و تمام الكلام فيها بالبحث فى

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج١٧، ص: ١٦١

[...]

مقامات:

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الايقاعات.

الثالث: في العقود اللازمة.

اما الأول: فظاهر الشرائع و الارشاد و الدروس و تعليق الارشاد و مجمع البرهان و الكفاية دخول خيار الشرط فيها. و توجيه الشيخ كلماتهم بان مرادهم العقود اللازمة، لا وجه له، اذ لم يذكر وجهها له سوى ان هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعد ما منع من الخيار في العقود الجائزة، و هو كما ترى.

و كيف كان: فقد استدل لعدم الجريان في مقابل عموم ما دل على نفوذ كل شرط و صحته «١». بوجوه:

منها: انه من قبيل تحصيل الحاصل، فان السلطنة على الفسخ فيها ثابتة دائما و لا تنفك عنها و لا تسقط بالاسقاط.

وفيه: ان الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ما هو من لوازمها.

و منها: انه يلزم اجتماع المثليين. و قد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان. و منها: لزوم اللغو، فإنها جائزة ذاتا، فجعل الخيار فيها لغو رأسا.

وفيه: ان هذه السلطنة المجعولة غير ما هو من لوازم العقد و ثابت فيها، فان تلك السلطنة غير قابلة للمصالحة و الاسقاط و الارث، و هذه قابلة لتلك، فيمكن ان ينقلها الى غيره بالصلح و نحوه و يرثها وارثه. فالظهر صحة جعل الخيار فيها.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)؛ ج١٧،

ص: ١٦١

ثم ان هذه الوجوه لو تمت فانما هي في جعل الخيار للعاقدة، و اما جعله للأجنبي فلا يجري شيء منها فيه.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و باب ٤- من ابواب المكاتب.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج١٧، ص: ١٦٢

[...]

و افاد المحقق النائيني ره: ان العقود الاذنية كالوكالة لا يجري فيها الخيار لوجه آخر، و هو: ان اطلاق العقد عليها انما هو لكونها واقعة بين اثنين، و الانفص حقيقتها متقومة بالاذن المحض و الرضا الصرف.

وفيه: ان مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الاذن و الرضا بعنوان العقد و الالتزام، و له آثار غير ما هو مترتب على الاذن المحض.

جريان الخيار في الايقاعات

و أما المقام الثاني: و هو انه هل يثبت هذا الخيار في الايقاعات ام لا؟.

و قد استدلل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

منها: ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما ينبه عليه جملة من الأخبار، و الايقاع انما يقوم بواحد.

و فيه: ان الشرط متقوم بامرین: مشروط له، و مشروط عليه، و هذا غير كون مورده و محله متقومًا بامرین، فلو سلم احتياج الشرط الى القبول فانما هو محتاج الى قبول الشرط لا قبول محله و مورده.

و منها: الاجماع الذي ادعاه في المبسوط على عدم دخوله في الطلاق و العتق، و الذي ادعاه في المسالك على عدم دخوله في الابرء.

و فيه: انه مضافا الى كونه اخص من المدعى، ليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام).

و منها: ما في المكاسب، و هو: منع صدق الشرط و انصرافه عما هو في ضمن الايقاع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٣

[...]

و فيه: ان غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت ادلة الشروط ام تخصيصا او تخصصا، و اما لزوم كونه في ضمن

التزامين و عدم كفاية ما هو في ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الآتية تدل على عدم لزوم ذلك.

و منها: ما في المكاسب ايضا، و حاصله: ان دليل الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ في نفسه، و مشروعية الفسخ لا بد لها من

دليل، و قد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان فيها، و لم يثبت ذلك في الايقاعات.

و فيه: انه لم تثبت مشروعية الفسخ في العقود- اى الفسخ الذي يجعل للمشروط له- بل الثابت عدمها قبل الشرط، و مشروعية الاقالة و

الفسخ بسبب خيار المجلس او الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر، مع انها غير ثابتة، بالاضافة الى الأجنبي، و يصح جعل

الخيار له.

و منها: ما افاده الشيخ ره في آخر كلامه، و حاصله: اناطة دخول الشرط بصحة التقايل، فيكون الالتزام في ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا

المتعاقدين بعده، فاذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا في الانحلال كان الالتزام به في ضمن العقد كافيا في تسلط المشروط له على

حله، و الا فلا.

و فيه: ان اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضى بعد العقد لا يكون من منشآت الشارط و لم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل

الشرعى فلا وجه له.

و منها: ان دليل الشرط خصص بما دل على عدم نفوذ ما خالف الكتاب و السنة، و شرط الخيار في الايقاع ان علم كونه مخالفا للسنة

من جهة كون لزومه حكما لا حقا، فهو و الا فالنتيجة نتيجة ثبوته في عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة

المصادقية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٤

[...]

و فيه: انه سيجيء في محله انه في موارد الشك مقتضى اصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها.

و منها: ان الخيار ملك الفسخ و الحل، و لا حل الا بين امرين مرتبطين، فلا يعقل في الايقاع الذي هو التزام واحد.

و فيه: ان الفسخ رفع الأمر الثابت كان واحدا ام متعدداً.

و منها: ما افاده المحقق النائيني ره، و حاصله: ان الايقاع حيث انه اذا أنشأ يوجد المنشأ و لا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده اما

يرجع الى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به، واما الى تعليق المنشأ الذي هو باطل لو أنيط اصل المنشأ به، واما الى تخصيص المنشأ بخصوصية. و على اي تقييد فهو خارج عن الالتزام في ضمن الالتزام الذي هو محل الكلام، و هذا بخلاف العقود، فانه يعقل فيها اناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمه لأحد العوضين.

و فيه: انه في العقود لا يناط المنشأ به بهذا المعنى، و لذا لا يرد من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، و سيأتي في باب الشروط بيان حقيقة الشرط و انه امر يوجد في العقد و الايقاع بلا تفاوت بينهما.

فتحصل: ان الأظهر صحة شرط الخيار في الايقاع الا ما خرج بالدليل، و يشهد له - مضافا الى ذلك - النصوص الواردة فيمن يعتق عبده او جاريته و يشترط عليه العمالة او الخدمة «١».

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب العتق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٥

[...]

جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

و أما المقام الثالث: و هو جريان الخيار في العقود اللازمة، فملخص القول فيه: انها على اقسام:

الاول: ما ادعى انه لا يدخله شرط الخيار اتفاقا.

الثاني: ما اختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقا.

اما القسم الأول: فهو النكاح و قد استدل على المنع فيه بوجوه:

احدها: ما ذكره الشيخ ره في المقام، و هو: توقف ارتفاعه شرعا على الطلاق.

و فيه: انه لو كان دليل الطلاق دالا - على عدم ارتفاعه و لو بنحو رفع علقه النكاح من دون إنشاء بينونة و الفرقه بغير الطلاق اما بالمنطوق او بالمفهوم كان ما افاده متينا جدا، و لكن حيث انه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال.

ثانيها: ما افاده الشيخ ره ايضا، و هو: عدم مشروعية التقايل فيه. و تقدم تقريره مع جوابه.

ثالثها: ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو: ان فيه سائبة العبادة التي لا تقبل الخيار.

و فيه: ان مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لا يجرى فيها الخيار، فانه لا يعتبر فيه القرية قطعا.

رابعها: ما عن الجواهر ايضا، و هو: ان اشتراط الخيار فيه يفضي الى ابتذال المرأة، و هو ضرر لها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٦

[...]

و فيه: انه مع اقدامها على لا يوجب دليل نفي الضرر نفيه.

خامسها: ان شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

و فيه: ان الخيار لا ينافي الدوام، فانه رفع للموجود لا توقيت له في البيع، و لذا في البيع لا إشكال في صحة شرطه، مع انه ايضا انشاء

للملكية الدائمة.

سادسها: انه شرط مخالف للسنة، لأن لزوم النكاح حكمي لاحق، و لا أقل من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام. وفيه: انه لم يثبت كونه كذلك، وقد مر أن الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لأصالة عدم الخالفه. فالأظهر انه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد، و لا بأس به. و أما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدلل بالمنع فيه بوجوه:

منها: انه يشترط القربة فيه، و ما كان لله لا يرجع.

و الشيخ اورد عليه: بمنع الكبرى و اورد عليه السيد قده و تبعه المحقق الايرواني: بانه قده سيعترف بصحة الكبرى في الصدقة. و لكن يمكن ان يقال: ان ما ذكره في المقام لا- ينافي مع ما ذكره في الصدقة، فانه يسلم دلالة النصوص «١» المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، الا انه منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام، فان المراد بها ليس ما

(١) الوسائل - باب ١١- من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات و باب ٦- من ابواب كتاب الهبات و باب ٢٤ من ابواب الصدقة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٧

[...]

يقع في الخارج لله و ان امكن ان يقع لغيره كالبيع، و لاما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته الا لله كالصدقة بالمعنى الأخص التي تكون القربة من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط. و يمكن ان يورد على هذا الوجه: بمنع الصغرى ايضاً، فانه و ان كان المشهور اعتبار القربة في الوقف الا ان الأظهر تبعا لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للاطلاقات و لما دل على صحة وقف الكافر، و اطلاق الصدقة عليه انما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القربة، و تمام الكلام في محله.

و منها: انه فك ملك بلا عوض، و شرط الخيار يصح في العقود المعاوضية.

و فيه اولاً: ان الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين و تسهيل المنفعة.

و ثانياً: انه قد مر جران شرط الخيار في الايقاع فضلا عما هو بمنزلته.

و منها خبر اسماعيل بن الفضل عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، و قال: ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له في حياته، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً الى اهله او يمضى صدقة قال (عليه السلام): يرجع ميراثاً على اهله «١».

و موثقة الآخر في مسألة شرط الواقف كونه احق بالوقف عند الحاجة، و هو قوله (عليه السلام): من اوقف ارضاً، ثم قال: ان احتجت اليها فانا احق بها، ثم ان مات الرجل فانها ترجع الى الميراث «٢».

تقريب دالتهما: انهما يدلان على بطلان الوقف، و ليس الا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٣.

(٢) التهذيب ج ٩- ص ٩٥٠- طبع النجف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٦٨

]...[

و فيه: انه يمكن ان يقال بدلالتهما على الصحة بقريته التعبير بالرجوع، اذ مع البطلان لا رجوع بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة الوقف و الشرط، و انه يعود اليه عند الحاجة، ثم ان مات يرثه وارثه، و على فرض دلالتهما على البطلان يمكن ان يكون الوجه فيه ادخال نفسه فى الوقف.

و قد استدل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة، فالأظهر تبعاً للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار فى الوقف.
و منه: الصدقة.

و قد استدل الشيخ ره لعدم دخول خيار الشرط فيها: بعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله، و هى اخبار مستفيضة: منها: قوله (عليه السلام) «١»: انما الصدقة لله عز و جل، فما جعل عز و جل فلا رجعة له فيه. و نحوه غيره.

و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان اللزوم حكم لماهية الصدقة، و انها ماهية منافية للرجوع، و هذا المعنى أب عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم، فلا يصح جعل الخيار فيها.

و اورد على الاستدلال بها السيد الفقيه ره: بانه لا يصدق الرجوع الى الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، و الاخراج الخيارى المترزل ليس اخراجاً حقيقة، فالرجوع انما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية او الصدقة او نحو ذلك لا مثل المقام.

و فيه: ان الرجوع الحقيقى هو رد الملك و هو المراد فى هذه النصوص، اذ الرجوع الممنوع عنه فى الصدقة هو ما يكون جائزاً فى الهبة، و من المعلوم ان الرجوع الجائز فيها رد الملك لا التصرف فى الموهوب مع بقاء الهبة، فالأظهر عدم دخول خيار

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (لرومانى)، ج ١٧، ص: ١٦٩

]...[

الشرط فيها.

و منه: الصلح.

و فيه: اقوال: الأول: دخوله فيه مطلقاً، و لعله المشهور، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

الثانى: عدم دخوله كذلك، و هو المنسوب الى الشيخ فى المبسوط و الخلاف.

الثالث: التفصيل بين الصلح الذى فائدته البراء فلا يدخل فيه، و غيره فيدخل، ذهب اليه العلامة فى التحرير و المحقق الثانى فى جامع المقاصد، و اختاره الشيخ ره.

و قد استدل للمنع فى المفيد فائدة البراء بوجوه: احدها: ما عن غاية المرام بان مشروعيته لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته، و كل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم.

و فيه: اولاً: ان مشروعيته ليست لخصوص قطع المنازعة، و لذا الصلح فى غير مقام الدعوى صحيح.

و ثانياً: ان مجرد ذلك لا يصلح للمنع لأنه حكمه لا علة.

الثانى: ما افاده الشيخ ره، قال: لما تقدم من الشك فى سببية الفسخ لرفع البراء، او ما يفيد فائدته. انتهى.

و فيه: ما تقدم من ان الشك فى السببية لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: انه ايقاع، ولا يدخل شرط الخيار في الايقاع.
 وفيه: اولاً: انه عقد لا إيقاع، و ان كان البراء ايقاعاً.
 و ثانياً: انه قد تقدم دخوله في الايقاع. فالأظهر جريانه فيه مطلقاً.
 و منه: الضمان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٧٠

[...]

و قد استدل المحقق النائيني ره لل منع من دخول شرط الخيار فيه: بان لزومه حكمي كالنكاح، لأن من آثاره انتقال الدين الى ذمة الضامن و براءة المديون، فارجاعه الى ما كان لا يمكن الا بضمان آخر.
 وفيه: ما تقدم من انه لو لا الإجماع لكنا ملتزمين بدخوله في النكاح فضلاً عن الضمان.
 و منه: الرهن.

و قد استدل لل منع فيه: بان الرهن وثيقه، و الخيار ينافي الاستيثاق.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

و فيه: ان المدعى منافاة الخيار و التزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

و بما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم في سائر الأبواب التي لم نتعرض لها.

و هل يجرى هذا الخيار في المعاطاة ام لا نظراً الى ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلي ذكره في محكي التذكرة تبعاً للمبسط.

اقول: ان للعقود و الشروط مقامين: احدهما: مقام الثبوت و التحقق، و هو مقام الالتزامات النفسانية.

ثانيهما: مقام اظهارها و ابرازها.

اما في المقام الأول فلا دخل للفظ و لا للفعل فيه، و اما المقام الثاني فلا مانع من ان يدل على الالتزام العقدي باللفظ، و على الالتزام الشرطي بالفعل.

و بعبارة اخرى: ان ربط الالتزامين انما هو في المرتبة السابقة على الابراز، و اللفظ او الفعل كاشف عن ذلك و دال عليه، و عليه فكما ان الفعل ربما يحتف بالكلام

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٧١

الرابع خيار الغبن

و يوجب صرفه عن ظاهره، كذلك يمكن ان يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ، فلو قال مقارنا للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطاً بفعله.

و عن التذكرة و المبسط: دخول الخيار في الصداق، و لكن ربما يقال: ان الصداق ليس عقداً كي يمكن حله و فسخه، و لكن يمكن ان يقال: ان المهر حيث لا يكون ركناً لعقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمني، و الفسخ يوجب رفعه، فكأنه لم يقع على الصداق أصلاً و الظاهر عدم الخلاف في دخول الخيار فيه، و قد عرفت انه على القاعدة فلا حاجة الى ما استدل به الشيخ.

إشارة

الرابع: خيار الغبن) قيل: اصل الخديعة، ولكن الظاهر ان الغبن و الخديعة يتصادقان على مورد احيانا و لا اتحاد بينهما مفهوماً، بل الظاهر انه بسكون الوسط نقص في المعاملة و المقاسمة كما صرح بذلك ائمة الفن، و عليه فيوم التغابن في الآية الشريفة «١» ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ مستعار من تغابن القوم في التجارة.

و في الحديث «٢» نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة و الفراغ.

و استعمال الغبن فيه انما هو من جهة ان اشتغال المكلف ايام الصحة و الفراغ بالامور الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبونا لأنه قد باع ايام الصحة و الفراغ بشيء لا قيمة له، و هو بتحريك الوسط نقص في العقل و الرأي، و في المجمع: و غبن رأيه غبنا من باب تعب، قلت: فطنته و ذكاؤه، و مغابن البدن الارتفاع و الآباط الواحد المغبن كمسجد، و منه

(١) سورة التغابن آية ٩.

(٢) سفينة البحار ج ٢ ص ٣٠٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٢

و هو ان يبيع بدون ثمن المثل او يشتري باكثر منه

حديث الميت: فامسح بالكافور جميع مغابنه.

و بما ذكرناه يظهر ان ما افاده الفقهاء في تفسيره و هو ان يبيع بدون ثمن المثل او يشتري باكثر منه ليس من جهة ان لهم اصطلاحاً خاصاً و انما يطلقونه بما له من المعنى اللغوي.

و كيف كان: فاذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب، و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، و لم ينقل الخلاف الا عن الاسكافي و المحقق.

و ما افاده الشيخ ره من ان انكاره في مجلس درسه اعم من كون فتواه ذلك كما ترى، و سكوت جماعه من القدماء عن التعرض له لا يكون كاشفاً عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه.

و على اى حال لا يكون حجة بعد معلومية المدرك، فالعمدة ملاحظة ادلتهم.

و قد استدلل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

الأول: ما عن التذكرة، و هو قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «١» قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض، و حيث ان ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلي، وجهه الشيخ ره بقوله: و توجيهه ان رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً... الخ، و حاصله: ان الرضا الفعلي مفقود، بتقريب: ان الرضا متعلق بعنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه في المالىة، و حيث ان العنوان المفقود وصفى في المبيع فلا يوجب تخلفه الا الخيار كما في سائر موارد تخلف الوصف، فالآية تدل على عدم لزوم العقد، فاذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي كان كالرضا السابق، فكما ان الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر في اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه، فان رضا

(١) النساء آية ٢٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٣

]...[

المالك المتأخر اذا كان مؤثراً في الصحة و في انعقاد البيع في الفضولي و المكره كان رضاه المتأخر اولى بالتأثير في لزومه بعد صحته.

و بما ذكرناه في تقريب هذا الوجه اندفع ايراد المحقق السيد الفقيه ره عليه بان مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله: فاذا حصل... الخ، فانه ايضاً انما يناسب البطلان بدون الرضا، و الافع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة الى اجراء فحوى حكم الفضولي و المكره. انتهى.

و اجاب الشيخ ره عنه باجوبة: احدهما: ان الوصف المذكور من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً. وفيه: ان الداعي هو الغرض من الفعل و العلة الغائية له، و من المعلوم ان عنوان ما يساوى بالثمن ليس علة غائية للفعل. ثانيها: انه قد لا يكون داعياً ايضاً، كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشيء و ان كان ثمنه اضعاف قيمته و التفت الى احتمال ذلك.

و فيه: انه في مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتاً لاقدامه عليه.

ثالثها: ان اخذ على وجه التقييد لا يوجب خياراً اذا لم يذكر في متن العقد.

و فيه: ان هذا يصلح وجها لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط لا لعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالاولى ان يورد عليه اولاً: بما تقدم في مبحث المعاطاء و بيع المكره من ان الاستثناء في الآية الشريفه منقطع غير مفرغ، فلا تدل على الحصر، و لا على عدم جواز الأكل بغير التجارة عن تراض.

و ثانياً: ان العنوان المشار اليه لا يكون قيداً للمبيع فضلاً عن كونه عنواناً له.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ١٧٤

]...[

و ثالثاً: انه لو سلم كونه عنواناً للمبيع و قيداً في متعلق الرضا على نحو وحدة المطلوب لزم منه بطلان المعاملة، و الا كان داخلاً في منطوقها. فتدبر حتى لا تبادل بالاشكال.

الثاني: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ * (١).

و تقريب ما أفادوه في تقريب الاستدلال هو: ان البيع الغبني اذا وقع على وجه الخديعة يكون الأكل به اكلاً بالباطل، و هو حرام سواء في ذلك قبل تبين الخديعة او بعده، و سواء رد المغبون ام لم يرد. نعم لو تبين و رضى المغبون لا يكون اكلاً للمال بالباطل، و حرمة الأكل بعد الرد مساوقة لتأثيره و ان له ذلك، و مقتضى اطلاق الآية و ان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخديعة الا انه خرج بالاجماع و بقي ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

و اجاب الشيخ عنه قده بما حاصله: ان قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ وَجُودِ الرِّضَا الْفَعْلِيِّ قَبْلَ تَبْيِينِ الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان فيرجع الى اصالة اللزوم. ثم استدرك عن ذلك بما حاصله: ان مورد آية التجارة عن تراض انما هو قبل تبين الخديعة و رد المغبون، و تدل الآية على انه سبب صحيح، و مورد آية النهي عن الأكل بعد التبين و رد المعاملة، و لا تعارض بين كونها سبباً صحيحاً في نفسها الا انه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، و هو كون الأكل بعد رد المغبون اكلاً بالباطل يصير منهيها عنه، و على هذا فكلمة (لا) في قوله و لا- يخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الايرواني ره.

و بالجملة: بعد فرض ان لكل منهما موردا مختصا به، فلا تعارض بينهما.
ثم اورد عليه بوجه آخر و حاصله: ان مورد كل منهما و ان كان غير غير مورد الآخر

(١) النساء آية ٢٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٥

[...]

الا انه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض.

و لكن يرد على الاستدلال بالآية: ان التجارة المفروضة بما انه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهي، اما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحدا و من جهة الاستثناء، و اما الأكل بعد رد المغبون فمضافاً الى عدم كونه مشمولاً للآية لأن نظرها الى التصرفات المعاملية بقريته كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال واخذ مال، انه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولاً لها. و بذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي افاده الشيخ ره.

الثالث: النبوي الذي استدلت به جماعة من الأصحاب: ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ نَهَى ان يتلقى الجلب، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق «١».

و الكلام فيه يقع اولاً: في سنده، و ثانياً: في دلالة. اما من حيث السند: فقد اورد عليه الشيخ: بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الامامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

وفيه: انه مع تسليم العمل كما هو كذلك، فان المحكى عن الشيخ في الخلاف الاستناد اليه، و كذلك ابن زهرة في الغنية، مع انه لا يعمل الا بالمقطوع به من الأخبار، و الظاهر انه مشهور عند قدماء الأصحاب و لذا يعدون غبن الركبان من احد اسباب الخيار، و ظاهر التذكرة الاستناد اليه، لا- وجه لعدم البناء على الانجبار، اذ لا يشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة، مع انه موجود في الغنية.

و قد يقال: ان قول ابن زهرة: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ الى آخر الحديث

(١) اخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧. و اخرجه ابو داود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقى حديث رقم ٣٤٣٧. و رواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن ابي هريرة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٦

[...]

يشعر باذعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين، فتشمله ادلة حجية الخبر الواحد.

وفيه: ان غاية ما يثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر، و حيث يحتمل ان يكون ذلك للقرائن الخارجية فلا يكون توثيقاً للوسائل، فالعمدة ما ذكرناه.

و أما من حيث الدلالة فيرد عليه: انه لا يدل على ان ما اثبتته من الخيار هو خيار الغبن، بل مقتضى اطلاقه بالنسبة الى غير مورد الغبن عدمه، و قد افتى الحلبي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

الرابع: حديث: لا ضرر و لا ضرار في الاسلام «١».

بتقريب: ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و اضرار به، فيكون منفيًا.
و اورد عليه بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ ره من: ان حديث لا ضرر لا يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى، فانه يمكن تدارك الضرر باحد انحاء ثلاثة: الأول: الخيار.
الثاني: رد مقدار ما تضرر به من الثمن او المثل.
و ظاهر صدر كلامه- بل صريحه- ارادة الرد من عين الثمن او المثل، و لذا اورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته المقتضى المعاوضة، و لكن

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب موانع الارث و التذكرة المسألة الاولى من خيار الغبن و هو مروى مع حذف كلمة في الاسلام في الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار و باب ١٢ و ٧ من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥ من ابواب كتاب الشفعة و في الكتب الاخر و ايضا مروى مع اضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الابواب و في المستدرک و غيرهما.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٧
[...]

ظاهر عباراته المتأخرة- منها قوله: فالمبدول غرامة، و منها قوله: ان المبدول ليس هبة، و لا جزء من احد العوضين- اراده رد مقدار منه او بدله غرامة.
الثالث: تخيير الغابن بين رد الزائد غرامة و فسخ المغبون، نظير ما احتمله في القواعد من انه اذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال و بذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري.
و الظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين الأخيرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت اولى من اثبات الخيار، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر عليه، و هذا و ان كان لا- يصلح لمعارضة ضرر المغبون الا انه يصلح لترجيح احد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار.
و لا يخفى ان الشيخ ره لا يدعى ان بذل التفاوت تدارك للضرر، و الحديث ينفي الضرر غير المتدارك، فان ذلك خلاف مبناه، بل يدعى ان اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد، بالاضافة الى تمام الثمن، و بالاضافة الى المقدار الزائد، و عدم التسلط على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت و ارتفاع هذا اللزوم كما يكون بثبوت السلطنة على الحل في الجميع كذلك بثبوتها على الحل في المقدار الزائد، و بثبوتها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعين ارتفاع اللزوم الضروري بالنحو الأول. فتدبر فانه دقيق.
و لكن يرد عليه: ان بذل مقدار من احد العوضين غير صحيح، فانه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به في اثناء كلامه، و بذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلا وجه، فان الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، و مجرد كون الطرف غابنا لا يصير سببا لضمائه، فلا محالة يكون هبة، و هي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غنية.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٨
[...]

و بالجملة: ان اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد في تمام الثمن، و نفى ذلك لا يقتضى سوى الجواز المشهور.
الثاني: ما عن المحقق النائيني ره، بناءً على ان لا يكون اعتبار التساوى في المالية من قبيل الشرط الضمني، بان مفاد حديث لا ضرر ان

الحكم الذي ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنواناً ثانوياً له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنواناً للحكم، بل يكون عنواناً لنفس فعل المكلّف، و باقدام و اختيار صدر الفعل عنه، و منشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع. لأن العاقد من دون ان يكون ملزماً شرعاً اقدم على المعاملة، فلا معنى لرفعه.

و فيه: ان المعاملة الغبنية الواقعة- مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة اللزوم- لا تكون ضرورية لفرض بقاء ماله على ملكه، و مع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثاً ضرورياً و بقاء غير ضروري، فاللزوم منشأ لضرورية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعاً بحكم الحديث.

الثالث: ما افاده جمع منهم المحقق الايرواني ره، و هو: ان الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، و ملكك اليسير في مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم، و انما الفسخ علاج لما وقع فيه من الضرر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر، و ليس مفاد دليل نفى الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلّف باختياره، و انما مفاده رفع ما يقتضى الضرر من الأحكام، فنتيجة دليل نفى الضرر هو خروج المعاملة الغبنية عن ادلة الصحة و الحكم بفسادها.

و فيه: ما تقدم من ان الصحة و اللزوم كلاهما ضرريان، تلك باعتبار حدوث المعاملة و ذاك باعتبار بقائها، نعم يبقى حينئذ سؤال و هو: انه ما الموجب للتفكيك و الحكم بالصحة دون اللزوم؟ و الجواب: ان الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٧٩

[...]

احدهما: الاجماع. ثانيهما: ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي في رفعه منه، و رفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللزوم. هذا بناء على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر، و اما بناءً على مسلك المحقق الخراساني ره من ان مفاد الحديث نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، و انه انما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضرورياً، فالأمر واضح، فان الصحة اذا كانت ضرورية فهي لا ترتفع بالحديث، و بما انها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعاً.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني ره و هو: ان غاية ما يثبت بحديث لا ضرر) هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها في الهبة لا الخيار الذي بعد من الحقوق، و يقبل الاسقاط، و يكون حقاً خارجياً لا دخل له بالجواز، فان لسان الحديث هو النفي لا الإثبات. ما افاده (ره) لا باس به بناءً على شمول الحديث له، و اولى من ذلك المنع من شموله له، فان للزوم ليس حكماً و ودياً مجعولاً، بل هو امر عدمي، و هو عدم السلطنة على الحل. و قد حققنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فان النفي انما يتعلق بما هو وجودي، و العدم ليس شيئاً قابلاً لتعلق النفي به الا بالعناية.

الخامس: من ادلة هذا الخيار النصوص الواردة في حكم الغبن، لاحظ خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (عليه السلام): غبن المسترسل سحت «١».

و خبر ميسر عنه (عليه السلام): غبن المؤمن حرام «٢».

(١) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار حديث ١ و ذكره في باب ٩ من ابواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٨٠

[...]

و المرسل: لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل «١».

و خبر السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه (عليهم السلام) عن رسول الله صلى الله عليه و آله: غبن المسترسل ربا «٢».

و خبر دعائم الاسلام عن مولانا الصادق (عليه السلام) - فى حديث: - و ان كان امرأ فاحشاً و غبناً بينا- الى ان قال- ثم قيل للمشتري: ان شئت خذها بمبلغ القيمة و ان شئت فدع «٣».

و لكن يرد على هذا الوجه: ان اكثر هذه الأخبار ضعيفة الاسناد، لأن فى طريق الأول ابا جميلة. و الثالث مرسل، و فى طريق الرابع احمد بن على بن ابراهيم و هو لم يوثق، و الخامس مرسل.

و أما من حيث الدلالة فالأخير صريح فيما ذكر، و البقية لا تدل على ذلك، اما الثانى و الثالث فقد استظهر الشيخ ره دلالتها على حرمة الخيانة فى المشاورة، ثم قال: فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.

و لكن كان يفتح الباء او سكونها لا- دخل لهما بما افاده كما ستعرف، مع ان الظاهر كونه بسكون الباء، اذ هو بالفتح لازم، و قد استعمل فى الخبر متعدياً.

و الحق ان يقال: ان النهى اما بملاحظة تضمنه للمكر و الخديعة، او بملاحظة ان المعاملة المشتملة على الزيادة اذا صدرت عن علم و عمد حرام، و على اى تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكميلية دون الفساد او الجواز.

و أما الخبر الأول فالسحت و ان كان فى نفسه ظاهراً فيما يتعلق بالأموال، الا

(١) الوسائل - باب ٢- من ابواب آداب التجارة حديث ٧.

(٢) المستدرک - باب ١٣- من ابواب الخيار حديث ١.

(٣) المستدرک - باب ١٣- من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٨١

و لا يعرف القيمة

انه من جهة حمله على الغبن الظاهر فى المعنى المصدرى لا- بد من التصرف فى احدهما اما بارادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمة قبل ذلك، أو بارادة الحرام من لفظ السحت، و لا ريب فى اظهرية الثانى. و هذا الذى ذكرناه اولى مما افاده الشيخ ره من الحمل على ان الغابن بمنزلة آكل السحت، او الحمل على ارادة كون المقدار الزائد عما يستحقه بمنزلة السحت و الضمان.

السادس: ان الغرض النوعى فى المعاملات المعاوضية الذى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم حفظ مالية اموالهم مع التبديل باعطاء مال واخذ ما يقوم ما قمه فى المالية، و هذا شرط ضمنى ارتكازى فى جميع المعاملات غير المبنية على التسامح، و مثل هذا الغرض النوعى العقدى يكون العقد بما هو مبني عليه، و لا يعتبر ذكره صريحاً فى متن العقد.

و بعبارة اخرى: ان بناء العقلاء و ان كان على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات النفسانية ما لم تبرز و لم تنشأ، الا ان ذلك فى غير الشروط المبنى عليها العقد، و فى تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، و عليه فتخلفه موجب للخيار من باب تخلف الشرط.

فتحصل: ان دليل هذا الخير الالتزام الضمنى.

إشارة

و تمام الكلام بالبحث في مواضع.

الأول: انه يشترط في هذا الخيار امران:

احدهما: ان لا يعرف المغبون القيمة فلو علم بها لا خيار بلا خلاف ولا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٨٢

[...]

اشكال في ذلك.

و الوجه في ذلك بناءً على الوجه المختار- و هو الالتزام الضمني- واضح، فانه مع علمه بالقيمة لا بناء ولا شرط، و يكون اقدمه اسقاط للشرط المزبور و اما بناءً على كون المدرك حديث لا ضرر، فقد يقال كما في المكاسب و عن المحقق النائيني ره: انه اقدم على الضرر. توضيحه: ان منشأ الضرر اذا كان حكم الشارع يكون منفياً بالحديث، و ان كان فعل المكلف لا يكون حكمه مشمولاً له، و مع العلم بالضرر و اقدمه عليه يكون منشأ الضرر فعل المكلف، فلا يشمل الحديث.

و فيه: انه في صورة العلم بالضرر و الاقدام بقاء المعاملة و لزومها منشأ لبقاء الضرر، اذ لو كانت المعاملة جائزة و تمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لا يكون الضرر باقياً، فحكم الشارع باللزوم ضررى يكون مشمولاً للحديث.

هذا بناءً على تسليم المبنى و ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي يكون منشأ للضرر، و اما بناءً على القول بشموله لما اذا كان موضوع الحكم ضرورياً و يرفع حكمه فالأمر اوضح، فالحق في وجه عدم الشمول ان يقال: ان الحديث انما ينفي الحكم الذي في رفعه منه، و مع العلم بالغبن و الضرر و اقدمه عليه لا يكون نفي اللزوم امتنانياً، فلا ينفيه الحديث.

و ينبغي التنبيه على امور:

(١) انه لا- خلاف و لا- كلام و لا إشكال في ما اذا كان غافلاً من القيمة او ملتفتاً مع كونه عالماً او مطمئناً بالتساوي، و انه في هذين الموردین يثبت الخيار، كما لا إشكال في عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوي، انما الكلام فيما اذا كان شاكاً او ظاناً بالظن غير المعبر، فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد يقال كما في المكاسب و تبعه غيره: بانه يثبت الخيار، اذا الحديث يدل على النفي في غير مورد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ١٨٣

[...]

الاقدام، و لا يصدق الاقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر.

و فيه: انه مع احتمال ان كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، و الا فلا محالة يكن مقدماً على المعاملة كيفما كانت القيمة، فلا محالة يكون مقدماً على الضرر، ألا ترى ان من يحتمل ان يكون في طريقه سبع يفتسه لو مشى من ذلك الطريق يصدق انه اقدم على ذلك و ينسب الفعل اليه، فعلى هذا المسلك لا بد من البناء على سقوط الخيار.

و أما بناءً على الالتزام الضمني فالأظهر ثبوت الخيار، اذ لا اختصاص بالشرط سواء كان صريحاً ام ضمناً ثابتاً ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

(٢) و لو اقدم عالماً على غبن فبان ازيد، فتارة يكون ما اقدم عليه مما يتسامح فيه و اخرى يكون مما لا يتسامح فيه، و على كل تقدير،

قد تكون الزيادة مما يتسامح فيه، و اخرى مما لا يتسامح فيه.

فصور المسألة اربع: الاولى: ان يقدم على ما يتسامح به فبان ازيد مما يتسامح به منفردا و لا يتسامح به منضمًا، و قد اختار المحقق النائيني ره عدم سقوط الخيار فيها من جهة ان المجموع لم يكن مقدما عليه، و الاقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار.

و فيه: ان المجموع مركب من المقدار الذي اقدم عليه، و المقدار الذي يتسامح به، و ليس شيئا ورائهما، و شيء منهما لا يقتضى الخيار، فالأظهر عدم الخيار.

الثانية: هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به، فالأظهر في هذه الصورة ثبوت الخيار.

الثالثة: ان يقدم على ما لا يتسامح به فبان ازيد بما يتسامح به منفردًا، و الأظهر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٨٤

[...]

في هذه الصورة عدم الخيار، لأن ما يوجب الخيار اقدم عليه، و ما لم يقدم عليه لا يوجب الخيار.

الرابعة: هذه الصورة مع كون الزائد مما لا يتسامح به، و الأقوى في هذه الصورة الخيار.

لا يقال: انه مع الاقدام على ما لا يتسامح به اسقط شرط التساوى و معه كيف يبنى على الخيار.

فانه يقال: ان المشروط ليس هو التساوى بل عدم الزيادة، و للزيادة مراتب فيمكن ان يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض.

الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد

(٣) هل العبرة بالقيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قيل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع كما هو المشهور، ام لا خيار له في الفرض كما عن التذكرة وجهان؟.

ان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر يمكن ان يقال بسقوط الخيار لو زادت قيمته السوقية قبل الرد مطلقًا، لأنه بعد ازدياد القيمة لا يكون لزوم العقد بقاءً ضرورياً، و مع عدم كونه ضرورياً لا وجه لرفع اللزوم، اذا لحكم وجودا و عدماً يدور مدار ما اخذ في موضوعه، و لعل هذا مراد الشيخ ره حيث قال: و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر.

و ما ذكره وجهها للخيار بان الزيادة قد حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن، لا يفيد، فانه و ان حصلت الزيادة في ملكه الا انها توجب ارتفاع الضرر من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٨٥

[...]

بقاء المعاملة، و ان كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص التساوى حين العقد، فان المقصد الأصلي تسلم شيء لا ينقص ماليته عن ماليه ما اعطاه، فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعاً، و كذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد ان كان في زمان قصير، و الا فيمكن ان يقال بسقوط الخيار ايضا من جهة ان حدوث الخيار و بقائه تابعان لانتفاء الشرط، فاذا حصل الشرط ارتفع الخيار.

فتحصل: ان الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد و قبل الرد.

(٤) هل العبرة بعلم الوكيل، او الموكل، او هما معا؟ وجوه.

و ملخص القول فيه: انه.

لا اشكال فى ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة لا عبرة بعلمه و لا بجعله، و لا يثبت له الخيار، و اما الوكيل المفوض، فالكلام فيه فى موردين:

الأول: فى انه متى يثبت الخيار.

الثانى: فىمن يثبت له.

اما الأول: فلا- اشكال فى ثبوته لو كان الوكيل و الموكل جاهلين، انما الكلام فيما اذا كان الوكيل عالما بالغبن و الموكل جاهلا او عالما، و فيما اذا انعكس الأمر. اما فى الصورة الاولى: فقد يقال: ان التوكيل اما ان يشمل المعاملة الغبية او يختص بغيرها، لا إشكال فى اللزوم فى الفرض الأول و عدم الصحة فى الثانى، فما معنى ثبوت الخيار. و فيه: انه يمكن ان يقال انه يشمل التوكيل المعاملة الغبية و لكن بما لها من

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٨٦

[...]

الأحكام و الخصوصيات و منها ثبوت الخيار، و صريح الشيخ ره و غيره عدم ثبوت الخيار، و الوجه فيه ان طرف المعاملة انما هو الوكيل، و الموكل اجنبى عن المعاملة، فلا بناء من الموكل كى يوجب تخلفه الخيار. و لا إقدام منه على معاملة ضرورية. و أما فى الصورة الثانية: فظاهر الشيخ ره عدم ثبوت الخيار، و صريح المحقق النائينى ره ثبوته، و هو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة و يوقع المعاملة مبنية عليها، و المعاملة الضرورية لزومها مستند الى الشارع دون المكلف، و مجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

و أما المورد الثانى: فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر كان الخيار ثابتا للموكل كما افاده الشيخ ره، لأنه الذى يتضرر من المعاملة، و ان كان المدرك هو الالتزام الضمنى كان الخيار للوكيل لأنه طرف المعاملة و البناء منه.

ما يثبت به الجهل

(٥) فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما عن الشيخ الأعظم: انه يثبت باعتراف الغابن و بالبينه ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين، و ظاهر ذلك جعل المغبون مدعيا، و استدلل له باصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له او باقامة البينة عليه او بيمينه حيث يتعذر عليه اقامة البينة عليه.

و فى كلامه قده موقعان للنظر: الأول: انه ان جرى الأصل المزبور لزم منه كون المغبون منكراً لموافقة قوله الأصل لا مدعيا، نعم لو كان المدعى من لو ترك ترك صح جعل المغبون مدعيا.

الثانى: ان المانع عن ثبوت الخيار انما هو اقدم المغبون على الضرر و الغبن،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٨٧

[...]

و به يسقط اشتراط التساوى و لا يكون مشمولاً لحديث نفى الضرر، و العلم من حيث هو لا دخل له فى ذلك، و اجراء اصالة عدم

العلم لاثبات اثر عدم الاقدام من اوضح انحاء الأصل المثبت.

فالحق ان يقال: ان المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل و هو اصالة اللزوم، و عليه فان اقام المغبون البينة على جهله فهو و الا فيحلف الغابن، و ان رد الحلف يحلف المغبون.

و قد ذكر صاحب المسالك و الجامع: انه اذا كان المغبون من اهل الخبرة لا يقبل قوله، و اورد عليهما الشيخ: بان غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر، فالمغبون يصير مدعيا، و المدعى اذا تعسر عليه اقامة البينة- لأن ما يدعيه لا يعرف الا من قبله- يقبل قوله مع اليمين، و المقام من هذا القبيل.

و قد رد هو ذلك بوجوه: الأول: ان مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقه باليمين، فتكون القاعدة المشار اليها- اى سماع قول المدعى بيمينه مع تعسر البينة عليه- مختصة بما اذا لم يكن قول المدعى مخالفا للظاهر.

الثاني: ان عموم تلك القاعدة محل تامل، اذ لا وجه له سوى انه يلزم من عدم تقديمه ايقاف الدعوى و ضياع الحقوق، و هذا اللازم مختص بما اذا لم يتمكن المدعى عليه من الحلف، و الا لكان الفصل ممكنا، و فى المقام يتمكن المنكر من ذلك.

الثالث: ان المقام غير داخل فى تلك القاعدة، لأنه ليس اقامة البينة متعسرة عليه نوعا.

و فى ما افاده- ره- موقعان للنظر: احدهما: ان العلمين انما حكما بعدم قبول قول المغبون لا من جهه كونه مدعيا، بل من جهه ان من شرط سماع الدعوى ان يكون ما يدعيه محتملا بالاحتمال العقلاني و العادى، و الا لا تسمع الدعوى، أ لا ترى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٨٨

[...]

انه اذا ادعى الفقير على غنى فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لا تسمع دعواه، و المقام من هذا القبيل، فان الخير اذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقلا ثانيا صدقه.

ثانيهما: ان ما افاده فى الجواب الأول يرد عليه: انه اذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لا تترتب عليه جميع احكام المدعى و ما المخصص للقاعدة المشار اليها.

(٦)

لو اختلفا فى القيمة

وقت العقد، او فى القيمة بعده مع تعذر الاستعلام، ففى المكاسب القول قول منكر سبب الغبن، و الظاهر ان مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، و مدعى الغبن يدعى تغير القيمة و انها كانت حين العقد ازيد مثلاً.

و فى هذا المورد ادعى الشيخ ره ان اصالة عدم التغير تجرى و يثبت بها قول منكر الغبن، و اورد عليه المحقق النائيني ره: بان هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب.

القهقرى و لا نقول بحجته، مع ان الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعى، بل على منشأ انتزاعه و هو عدم التساوى.

و لكن الظاهر ان مراد الشيخ ره من اصالة عدم التغير اصالة عدم وقوع العقد على الزائد، و عليه فليس هو من الاستصحاب القهقرى و لا مثبتا، فان موضوع الخيار وقوع العقد على الزائد، و به ينتفى موضوع الخيار. و لا تعارضه اصالة عدم وقوع العقد على المساوى لعدم

ترتب الأثر عليه، اذا الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد او الناقص، و قد اشبعنا الكلام فى هذه المسألة فى اواخر كتاب البيع فى الجزء السادس عشر من هذا الشرح. فراجع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٨٩

مما لا يتغابن الناس فيه

اشتراط كون التفاوت فاحشا

الأمر الثانى الذى يعتبر فى ثبوت الخيار: كون التفاوت فاحشا، ذكره الأصحاب.

و تنقيح القول فيه بالبحث فى موارد:

الأول: فى اعتبار ذلك فى الجملة.

الثانى: فى ضابطه.

الثالث: فى ما لو شك فى انه مما يتسامح فيه او لا.

اما الأول: فلا ينبغى التوقف فى اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمنى فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه، و ان كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، و بنائهم على تحمله.

و أما الثانى: فاحسن ما قيل فى المقام، ما ذكره المصنف ره بقوله مما لا يتغابن الناس فيه اى لا يعدونه غبنا و لا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت فى مقام العقد معتنى به ام لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به فى مقام فسخ العقد، و هذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلا فى المعاملات الحظيرة مع التفاوت بالنصف بل بالمساوى لا يقدمون على رد المعاملة، كما اذا اشترى شيئا بقرانين يسوى قرانا واحدا، و فى المعاملات الخطيرة ربما يقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعشر، كما اذا اشترى شيئا بعشرة ملايين تومان و هو يوسى تسعة، فما افاده الشيخ ره فى مقام الضابط كغيره لا يتم.

و أما الثالث: فان كان مدرك الخيار قاعدة الضرر فلا يمكن التمسك به، لأن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٩٠

[...]

مخصص القاعدة فى موارد الاقدام و ان لم يكن لفظيا، الا انه القرينة المقارنه، و فى مثله لا يتمسك بالعموم، فيتعين الرجوع الى اصالة اللزوم، و ان كان هو الشرط الضمنى فثبوته غير محرز، فالمتعين الرجوع الى اصالة اللزوم ايضا.

بقى فى المقام اشكال، و محصله: ان المدار فى الضرر فى باب العبادات و المعاملات ان كان على الضرر المالى فلم يجب شراء ما الوضوء باضعاف قيمته، و ان كان على الضرر الحالى كما هو فتوى الأصحاب فى باب الوضوء تعيين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون و غيره.

و اجاب الشيخ قده عن ذلك بجوابين: الأول: ان المدار على الضرر المالى، و انما لا يلتزم فى باب الوضوء للنص الخاص.

الثانى: ان المدار على الضرر المالى، و عدم الالتزام فى باب الوضوء من جهة انه لا يعد بذل المال فى مقابل ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بازائه من الأجر.

ثم انه تنبه لأشكال و هو: انه على هذين الجوابين لا بد من البناء على وجوب الوضوء و ان كان مضرا بحاله، فاجاب عنه: بانه انما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج.

و فى ما ذكره قده موقعان للنظر: الأول: تسليمه لكون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا، فانه يرد عليه: ان قيمة الماء اذا كانت فى نفسها كثيرة و اكثر من ثمنه المعتاد- كما لو كان الماء فى محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المايه لقلته و كثرة الحاجة

اليه- لا يعد بذل الماء بازائه ضرراً مالياً.

الثاني: ما افاده من عدم كون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضرراً بملاحظة ما بازائه من الأجر، فانه يرد عليه: ان الأجر متوقف على ثبوت الأمر، و هو على عدم الضرر، مع ان الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر في باب فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩١ [٠٠٠]

العبادات.

فالمتحصل مما ذكرناه: انه في باب الوضوء ايضا المدار على الضرر المالي لو لا النص «١» المخرج. و أما ما اورده المحقق الايرواني ره على تمسكه بقاعدة نفى الحرج «٢» بانه يأتي في الحرج ما تقدم في الضرر من اعتبار الحرج النوعي او الشخصي، فمندفع بان الاشكال لم يكن مربوطاً بنوعيته و شخصيته. فراجع.

تصوير الغبن من الطرفين

ذكر في الروضة- في اقسام الغبن:- ان المغبون اما ان يكون هو البائع او المشتري او هما. و قد أشكل في تصور غبن كل من المتبايعين بانه يلزم منه كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر، و هو محال، و قد ذكروا في تصويره وجوها، ذكر الشيخ ره جملة منها مع ما يرد عليها، و قد استحسنت هو قده الوجه الثالث في كلامه، و يرد عليه ايضا ما افاده من ان عبارات الأعلام لا توافقه. و يمكن ان يتصور بوجهين آخرين: احدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضمماً ازيد من قيمته منفرداً، كمصراعي الباب بان تكون قيمة كل مصراع تومانيين و قيمتهما معاً ستة تومانيين، فباع من له مصراعان مصراعاً واحداً بتخيل انه ليس له الا ذلك

(١) الوسائل- باب ٢٦- من ابواب التيمم حديث ١ و ٢ من كتاب الطهارة.

(٢) سورة المائدة آية ٧ سورة الحج آية ٧٧ سورة البقرة آية ١٨٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٢

[٠٠٠]

بثلاثة تومانيين، فان المشتري حينئذ مغبون بتومان، و البائع ايضاً كذلك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ما عنده. ثانيهما: ان يكون شيء واحد مختلف القيمة بالاضافة الى شخصين، كما لو فرض ان للشخص امه تسوى مائة تومان، و لها ولد يسوى ماه ايضاً، فباع الامه بمائة و خمسين و فرض ان الولد يموت بالتفريق بينه و بين امه، فالبائع مغبون من جهة ان الامه تسوى بالاضافة اليه باكثر من ما باعها به، و المشتري مغبون لفرض اكثرية ثمنها من قيمتها.

ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

الثاني: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار او كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد. وجهان، و الكلام في هذه المسألة يقع في

جهات:

الاولى: في ان مدرك هذا الخيار هل يقتضى ثبوته من حين العقد او من حين ظهور الغبن.

الثانية: في ان الحق الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية ام غيرها.

الثالثة: في انه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد او من حين ظهور الغبن.

الرابعة: في ان الآثار المجعولة للخيار هل هي باجمعها مترتبة على الحق او على السلطنة ام هناك تفصيل.

اما الجهة الاولى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فهو يقتضى ثبوته من حين العقد، لأن لزوم العقد المشتمل على النقص

المالى ضرر و ان لم يكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٣

[...]

البائع ملتفتا اليه، و كذلك ان كان المدرك الشرط الضمني، فان الشرط هو التساوى بين المالين واقعا لا في اعتقاد الشارط.

و أما ان كان المدرك نصوص الغبن فيمكن ان يقال: انها تقتضى حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فانه علق الخيار فيها على دخول

السوق الذى هو كناية عن ظهور الغبن، اللهم الا ان يقال انه يمكن ان يكون التعليق على دخول السوق لكونه طريق الضرر.

و أما الجهة الثانية: فالظاهر ان الحق الخياري غير السلطنة من جهة ان الخيار حق و هو امر اعتبارى كالملكية و السلطنة التى هى عبارة

عن جواز التصرفات، و نفوذها غير ذلك الأمر الاعتبارى، بل ربما تفارقه كما فى التصرف فى مال الصغير، فان الحق و الملك للصغير،

و من له السلطنة هو الولي، فما افاده المحقق الايروانى ره من انه لا معنى للخيار الا السلطنة غير تام.

و أما الجهة الثالثة: فالحق ان السلطنة الفعلية التى هى اثر الخيار ثابتة من حين حدوثه، فكما ان المغبون له الخيار من حين العقد و ان

لم يعلم به، كذلك له السلطنة و ان لم يلتفت اليها. فما افاده الشيخ ره فى مقام الجمع بين كلمات القوم من كون الحق ثابتا من حين

العقد و السلطنة حادثه من حين ظهور الغبن، فى غير محله.

و أما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه فى الجهة الثالثة لا فرق بين كون جميع الآثار آثار الحق او السلطنة ام يكون هناك تفصيل، و اما

بناءً على المسلك الآخر فالظاهر انها باجمعها آثار الحق كما هو لسان الأدلة، نعم ان كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيته عن

الرضا الالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطا، لأنه لا يكون كاشفا عن الرضا مع الجهل.

و أما التلف فجماعة و هو الأكثرون انما افتوا بكونه من المغبون قبل ظهور

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٤

[...]

الغبن من جهة انهم يرون قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له مختصة بغير هذا الخيار، و جماعة آخرون ممن يرى عدم

الاختصاص لعلمهم حكموا بانه من المغبون من جهة انهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.

و أما التصرفات الناقلة التى تردد الشيخ ره فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر فى وجه المنع من كونها تصرفا فى متعلق حق الغير المنع

عنها قبل ظهور الغبن، و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، اما من جهة انه يرى

حدوث الخيار من حين الظهور، او يكون الاشكال واردا عليه.

الثالث: يسقط هذا الخيار بامور احدها اسقاطه بعد العقد.

وقد جعل الشيخ ره صحة الاسقاط مفروغا عنها، مع انها محل البحث، فانه اذا كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد مر أن مقتضاه نفى اللزوم خاصة لا إثبات خيار حقي قابل للاسقاط و المصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازاً حكيمياً، و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات. نعم اذا كان مدركه الشرط الضمني كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للاسقاط، كما انه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن او الاجماع، ثم ان الظاهر ان الاسقاط متعلق بالحق و من الانشائيات، و لا يكفي فيه الرضا النفساني بل يحتاج الى الانشاء.

ثم بعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره الشيخ ره من انه لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائه، ففي السقوط وجهان، و الكلام فيه في موردین: الأول: في الاسقاط بلا عوض.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٥

[...]

الثاني: في الاسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

اما الأول: فقد نبى الشيخ المقام على تعدد الحق و وحدته، و انه على الأول لا يسقط لو اسقطه بتخييل كون التفاوت عشرة فظهر مائه، و على الثاني يسقط، و لكن هذا المقدار لا يكفي، اذ يمكن ان يقال انه على الوحدة ايضا يمكن اسقاطه على تقدير دون آخر. و في حاشية السيد الفقيه ره: ان مبنى الوجهين ان اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي او التقييد، فعلى الأول يسقط دون الثاني. و يرد عليه: انه ليس من قبيل الداعي و لا من قبيل التقييد، اما الأول: فلأن الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، و من الواضح ان الاعتقاد المزبور ليس كذلك. و اما الثاني: فلأن متعلق الاسقاط و هو الحق جزئي خارجي، و هو غير قابل للتقييد. و قد يقال: ان مبنى الوجهين كون الاسقاط معلقاً على كونه مسبب من مرتبة يعتقددها، أو انه متعلق به كائنا ما كان سببه، فعلى الأول لا يسقط، و على الثاني يسقط.

و فيه انه لو كان متعلقاً بطل الاسقاط، و لو لم يكن الاعتقاد خطأً، لأنه من الانشائيات، مع ان الاسقاط بما انه من الانشائيات لا يكتفى فيه و لا- في قيده بالقصد المجرد، بل يتوقف على الانشاء، فاذا اسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ما كان سببه و اعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات، فالأظهر السقوط.

و أما الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة و البطلان ما تقدم، و اما من حيث ثبوت الخيار، فقد افاد الشيخ ره في وجهه: انه يحصل الغبن في المصالحة من جهة انه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بغبنه، و بين كونه للجهل بغبنه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٦

[...]

و اورد عليه المحقق الايرواني ره: بان بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن.

و فيه: ان الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، اما لعدم امكان البيع لعدم كون المعوض عيناً، او لعدم وجود شرائط البيع لا يكون مبني على المغابنة، و المقام من هذا القبيل.

و ربما يورد عليه: بان حقيقة الصلح التسالم، و الغبن انما يدخل في المعاوضات.

و فيه: انه لا- ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تمليك شيء بعوض، فالاولى ان يورد عليه: بان الغبن في المقام ايضاً من جهة

الجهل بمقدار المالية لفرض ان التفاوت المحتمل كلما كان ازيد يبذل فى مقابله ازيد مما يبذل فى مقابله لو كان اقل، و لعله الى هذا اشار بقوله، فتأمل.

اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

هذا كله فى اسقاطه بعد العلم بالغبن، و اما اسقاطه قبل ظهور الغبن، فالكلام فيه يقع اولاً: فى الاسقاط، ثم فى الصلح عليه. اما الأول: فقد اشكل على جوازه بوجه اربعة، اثنان منها متوجهان كان الغبن شرطاً شرعياً ام كان كاشفاً عقلياً، و اثنان منها مختصان بما اذا كان الغبن شرطاً شرعياً.

اما المحذوران المشتركان: فاحدهما: انه لا جزم بالاسقاط، فلا يكون الاسقاط جدياً لعدم تعقل الجدل الى الشئ مع عدم الجزم به. و ثانيهما: التعليق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٩٧

[...]

اما الأول: فيمكن دفعه: بان الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده امر ممكن لا استحالة فيه. و أما الثانى: فيندفع: بان التعليق لا دليل على مبطليته سوى الاجماع، و هو على فرض شموله لجميع العقود و الايقاعات المتيقن منه التعليق على ما لا يتوقف عليه الشئ، و الا كما فى تعليق البيع على الملكية و الطلاق الزوجية، فلا محذور فيه، و المقام من هذا القبيل. و أما المحذوران المختصان: فاحدهما: ما ذكره الشيخ ره، و هو ان اسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل بل غير معقول. و ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهانى ره، و هو: ان اسقاط الخيار لا دليل على نفوذه شرعاً سوى قاعدة ان لكل ذى حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلاً له اسقاطه فعلاً، و لا تشمل المقام.

اما المحذور الأول: فقد اجاب الشيخ ره عنه: بانه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى، ثم نظر المقام ببراء المالك الودعى المفرط عن الضمان، مع ان اشتغال ذمته بالبدل انما يكون بعد التلف، و بالتبرى من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع ان ظهور العيب شرط.

و يرد على جوابه ما تقدم فى خيار المجلس من انه لا ثبوت للشئ مع عدم تحقق اجزاء علته و ان تحقق مقتضىه، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضى عن الشرط فى باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات و الأسباب و الشرائط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام فى محله.

و أما مسألة الودعى فهى غير ثابتة، و على فرض الثبوت الودعى بمجرد التفريط تنتقل العين الى عهده، و من آثار العهدة رد بدلها مع التلف، و هى امر ثابت

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ١٩٨

[...]

لا مانع من اسقاطه. و اما التبرى من العيوب فالكلام فيه هو الكلام فى المقام. و أما ما افاده المحقق النائينى ره فى مقام الجواب من انه ليس اسقاطاً لما لم يجب بل هو اسقاط لحق الشرط، بناءً على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمنى، فقد تقدم فى اسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع.

فالحق في الجواب ان يقال: ان اسقاط ما لم يجب معلقا على ثبوته، اى اسقاطه في زمان وجوده لا دليل على المنع عنه، و لو سلم الاجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

و أما المحذور الثاني فيمكن دفعه: بان القاعدة التي اشار اليها ليس مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهر تلك الجملة، بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس، و هو غير مختص بالصورة المفروضة، مع انه قد تقدم في ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى ما دل «١» على ان التصرف انما يكون مسقطا لكونه التزاما بالعقد و اسقاطا للخيار. فراجع. و أما الصلح عن الحق، فقد اشكل عليه بانه مع عدم الحق المعوض عنه كيف يمكن المعاوضة الصلحية، و لذا ذهب الشيخ ره الى انه لا بد من ضم شيء الى المصالح عنه.

و قد افيد في وجه صحته، و الجواب عن هذا الاشكال امور: الأول: ما افاده السيد الفقيه قده، و هو: ان المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لا الحق الواقعي. و بعبارة اخرى: انه احتمال الحق و هو ثابت محقق. و فيه: ان الاحتمال و المحتمل غير قابلين للنقل و الاسقاط.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ١٩٩

[...]

الثاني: ما افاده المحقق الخراساني ره، و هو: ان المعوض نفس الصلح، فيأخذ العوض بازائه لا الحق المجهول. و فيه: انه حينئذ لا مصالح عنه، و لا يمكن تحقق الصلح بدونه.

الثالث: ما افاده المحقق الايرواني ره، من ان المعوض الرضا بالعقد و لزومه، و هو فعلى.

و فيه: ان الرضا بلزوم العقد انما يكون موجب للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار كما تقدم في خيار المجلس فالأظهر تمامية هذا الايراد، فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار، و اما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفا عقليا فالاشكال مندفع من اصله.

اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار.

و استدل الشهيد ره على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر. و وجهه: الشيخ ره: بان الجهل بصفات المبيع او الثمن انما يوجب الغرر لا لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، و الا لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة في التمول، بل انما هو لأجل ادائه الى الجهل بالمالية، و لازمه بطلان البيع في المقام.

و اجاب الشيخ ره عنه بجوابين نقيضين: احدهما: انه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

ثانيهما: ان الخيار لا يرفع الغرر و الا لزم صحة كل بيع غررى بشرط الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠٠

[...]

و الحق فى الجواب عنه ان يقال: ان هذا الوجه اساسه امران.

الأول: كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر.

الثانى: ارتفاع الغرر بالخيار.

و يندفع الأول: بان الموجب للغرر الذى نهى عنه هو الجهل بذات المبيع او صفاته الدخيلة فى المالىة، و ذلك لأن غررية البيع انما هى من ناحية متعلقه، و جهالة المبيع او الثمن انما هى من ناحية ذاته او صفاته، اما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهى اجنبية عن البيع و لا توجب الغرر.

و بالجملة الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع او الصفات الدخيلة فى المالىة لا الصفات من حيث هى و لا المالىة المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر.

و يندفع الثانى: بان الخيار متوقف على صحة العقد، فاذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزوم الدور.

و يمكن ان يوجه كلام الشهيد ره: بان شرط سقوط الخيار- مع كونه ثبوته غير معلوم- غررى للجهل بالمشروط، و هو يوجب بطلان العقد لأن الشرط الفاسد مفسد.

و الظاهر انه الى هذا نظر الصيمرى فى غاية المرام الملتزم بفساد العقد و الشرط.

و لكن يرد عليه: ان الشرط الفاسد غير مفسد، مع ان شرط سقوط الخيار بما انه يتول الى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غروريا، فالحق صحة الشرط و العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٠١

[...]

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

اشارة

الثالث: تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن ذكره بعضهم، و المشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به، و فى الحدائق: و ظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن فى مال المغبون او بالعكس خرج به عن الملك كالباع ام منع من الرد كالاستيلاء ام لا، و لهم فى هذه المسألة تفاصيل و شقوق انهاها شيخنا فى الروضة و المسالك الى ما يزيد على مائتى مسألة. انتهى.

فالكلام فى موردين:

الأول:

فى التصرف غير المخرج عن الملك

. لا اشكال فى مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك، فانه حينئذ اسقاط فعلى، كما لا إشكال فى عدم مسقطية التصرف لا بعنوان الالتزام بالبيع اذا كان الاطلاع، بل الظاهر اجماعهم عليه.

و أما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه اجازة فعلية: فقد استدل على مسقطيته بطريقتين: احدهما: من ناحية المانع. ثانيهما: من ناحية عدم المقتضى. اما الأول: فهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، و عموم العلة فى خبر الحيوان، و قد تقدم الكلام عليهما فى خيار

المجلس و عرفت عدم تماميتهما.

و أما الثاني: فتقريبه: ان مدرك خيار الغبن اما حديث نفى الضرر، و أما الاجماع، و الأول لا يشمل المقام، لأنه كما لا يشمل المعاملة الغبنية التي اقدم عليها، كذلك لا يشمل المعاملة الضررية التي رضى المغبون بها بقاء، فانه لا يكون اللزوم بقاء ضروريا، بل الضرر ناش من اختيار المغبون حقيقة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٠٢

[...]

و اورد الشيخ ره عليه: بان الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب الخيار، ثم امر بالتأمل. و قد قيل في وجه التأمل امور: منها: ما افاده السيد الفقيه ره، و هو: ان الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضى لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف، فلا يجرى فيه الاستصحاب. و منها: ان المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لا استصحاب حكم المخصص. و منها: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان الشك شك في الموضوع، لأن موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون و لا- العقد الغبني، بل يحتمل ان يكون لوصف عدم الرضا و لو نوعا دخل في الموضوع، فلا يجرى الاستصحاب. و بعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، و لكن في بعضها الآخر- بضميمة ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام- كفاية، و لكن مع ذلك كله يرد على اصل الاستدلال: ان مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، و عليه فلا مانع من اجراء قاعدة لا ضرر.

التصرف المخرج عن الملك

الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، و قد ذكره الشيخ رابع المسقطات، و في بعض الكلمات بعد تسليم مسقطيته: ان الاولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فانه المسقط السابق بل بما هو اتلاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٠٣

[...]

و كيف كان: فالتلف قد يكون حقيقياً و قد يكون حكماً، و مجموع ما ذكر في وجه المسقطية ووجه اربعة ثلاثة منها جارية في كلا التلغين و واحد منها مختص بالتلف الحكمي، و لا- يجرى في التلف الحقيقي، و هي على قسمين: الأول: من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف. الثاني: من طريق المانع.

اما القسم الأول فهو اثنان: احدهما: ان دليل هذا الخيار اما الاجماع او قاعدة نفى الضرر، و المتيقن من الاجماع صورة بقاء العين، و قد افتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها- يعني تلف ما في يد المغبون- و قاعدة نفى الضرر انما تنفي اللزوم و تثبت الجواز، و المتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فاذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. و فيه: اولاً: ان حديث نفى الضرر ينافي اللزوم، فيثبت بديله، و بديل لزوم العقد جوازه، و تراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر.

و ثانياً: انه لو تم لا- يختص بتلف العين الحقيقي، و لا- يجرى في التلف الحكمي- اي الانتقال بالعقد اللازم- فان حديث نفى الضرر لحكومته على جمع الأدلة يصلح لرفعه لزومه، و جواز حل المغبون ذلك العقد ايضاً.

و ثالثا: ان مدرك هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمني دون حديث نفى الضرر. ثانيهما: ان اتلاف المغبون العين و اخراجها عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا- منه به، و توطين للنفس على الالتزام بالبيع و لو كان مغبونا فيه واقعا، و الاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداء في اسقاط الخيار. و فيه: ان التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاما بالعقد و رضا ببقائه، و الا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقداما على الضرر موجبا لعدم ثبوت الخيار رأسا، مع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٠٤

[...]

ان الرضا بالعقد ما لم يرجع الى اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه. و أما القسم الثاني فهو ايضا اثنان: احدهما: ظهور الاجماع، قال الشهيد في محكي الروضة: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعا. و فيه: اولاً: ما افاده الشيخ ره من ان الظاهر عدمه. و ثانياً: انه ليس اجماعا تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام). ثانيهما: ان دليل نفى الضرر في جانب المغبون مزاحم به في جانب الغابن، لأن قبول البدل ضرر على الغابن، كما ان الالتزام بالبيع ضرر على المغبون، و بعد التساقت يرجع الى اصالة اللزوم. و فيه: ان ضرر الغابن ان كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر اقدم عليه بالبيع، و ان كان بلحاظ النقص في المالية، و المفروض انه يأخذ مائة ماله باخذة القيمة. فتحصل: ان الأظهر عدم كونه مسقطا.

فروع

و ذكر الشيخ ره في المقام فروعاً، و لكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطية التلف لهذا الخيار لا الكلام في هذه الفروع، و أما بناء على ما هو المشهور من المسقطية فيقع الكلام فيها، و هي فروع:

الأول: ان الناقل الجائر هل يمنع الرد ام لا؟

و قد استدلل الشيخ ره للثاني بعموم نفى الضرر، و ان مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٠٥

[...]

و فيه: ان كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ما ذكر من عدم مسقطية الناقل الجائر، و ان كان غيره فحكمه حكم اللازم، فانه اذا لم يفسخ العقد الجائر- كما هو مفروض البحث- الرد غير ممكن.

و لو قيل: ان دليل الخيار يقتضى فسخ العقد الجائر توطئة لفسخ العقد الغبني، قلنا: انه يقتضى اعادة العين الى ملكه و لو بالشراء او الاقالة.

و ان قيل: انه يقتضى انفساخ العقد الجائر، قلنا: انه يقتضى انفساخ اللازم ايضا.

و بالجملة: لا فرق بين اللازم و الجائر اصلاً.

الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت ام الولد، وفسخ العقد اللازم لعيب او غبن، ففي المكاسب، ففي جواز الرد وجهان، وقد ذكر في مبنى الوجهين امرين: احدهما: انه لتمكن من الرد فله ذلك، و ان البيع استقر و صار لازما فلا يعود حق الخيار. الظاهر ان مدرك مسقطية التلف ان كان تراحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر انما يثبت حق رد العين لا حل العقد، كان الاوجه هو الأول، لأن سقوط الخيار و لزوم العقد انما هو المانع عن شمول لا ضرر، فمع ارتفاعه لا مانع من شموله، و ان كان هو كونه الناقل اللازم التزاما بالعقد الأوجه هو الثاني كما لا يخفى.

ثانيهما: ان الزائل العائد كالذي لم يزل، او كالذي لم يعد.

الظاهر ان الزائل في المقام بما انه امر اعتباري و هي الملكية، فهي ان عادت بفسخ السبب كالتى لم تزل، لأن العائد و ان كان غير الزائل بالدقة العقلية الا انه عينه اعتباراً و عرفاً، و ان عادت بسبب آخر فالظاهر انه غيره، و لو اعتباراً، لكن شيئاً من المبنيين ليس وجهاً لثبوت الخيار، و عود ذاك الحق و عدمه، فانه و ان كان العائد كالذي لم يزل يمكن ان يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠٦

[...]

الثالث: و هل يلحق الاجارة بالبيع كما عن الصيمري، ام لا كما عن ظاهر الأكثر؟ قولان، و قد استدل لعدم اللحق: بان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

و يرد عليه: ان مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع، و لا رواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كى يستدل بظاهره، فلا بد من ملاحظة سائر الأدلة.

و الحق هو اللحق، فان العين لا يمكن ردها خارجاً و لا ملكاً على ما هي عليه من المنفعة، فان كان هذا الخيار هو جواز رد العين لا محالة يسقط في الفرض.

الرابع: ما ذكره بقوله: و في لحوق الامتراج مطلقاً او في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه اقواها اللحق.

الامتراج تارةً يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لو امتزج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، و اخرى يوجب الشركة على القول بذلك كامتراج بدهن آخر، و ثالثاً لا يوجب شيئاً منهما.

مورد الكلام هو الوسط، اما الأول فهو ملحق بالتلف قطعاً، و أما الأخير فهو لا-يمنع من الرد كذلك، و انما الكلام في الموجب للشركة، ثم ان الامتراج قد يكون بملك الغابن و قد يكون بملك المغبون و قد يكون بملك شخص ثالث، فان كان الامتراج بملك الغابن بما هو من جنس المبيع لا أرى مانعاً من الرد، و احتمال اعتبار رد العين متميزة لا يعتنى به، و أما في سائر صور الامتراج فالحق هو اللحق، فان الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة، و هي اما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار و بيناه في الجزء السادس عشر من هذا الشرح، او عبارة عن كون كل جزء نصفه له و نصفه لشريكه. و على التقدير الأول تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠٧

[...]

مثلاً بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع، و على التقدير الثاني يوجب انتقال نصفه ماله الى شريكه بازاء نصف مال شريكه.

الخامس: ما ذكره بقوله: و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة. الأظهر فيه ايضاً اللحق، فانه مع التغير بالنقيصة لا يمكن رد العين بعينها و بحددها، و هو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.

السادس: ما ذكره بقوله: و لو تغيرت بالزيادة العينية او الحكمية او من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى.
الظاهر ان المراد من الحكمية ترقى القيمة السوقية، و من العينية الزيادة غير المنفصلة، و عليه فالزيادة الحكمية لا تمنع من الرد ان لم تكن بمقدار الغبن، و الا فتمنع كما تقدم عند بيان إن العبرة بالقيمة حال العقد او بها بعده ايضا، و أما الزيادة العينية فعلى القول بان الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لا يخفى.
تصرف الغابن المخرج عن الملك الموضع الرابع:

في تصرف الغابن

إشارة

. و تمام الكلام فيه في طي فروع:

[تصرف الغابن المخرج عن الملك]

الأول: اختار الشيخ ره كغيره و تبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن المخرج عن الملك، و انه لا وجه لسقوطه، و هو يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد و توطينا للنفس على تحمل الضرر، و أما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد و هو لا يمكن بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠٨
[...]

بين التصرفين، إذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه و على الاسترداد، بل قيل انه السلطنة على الاسترداد خاصة و مع عدم التمكن من الاسترداد لا معنى للخيار حينئذ، و لكن قد عرفت ان الخيار لا يسقط بتصرف المغبون فضلا عن تصرف الغابن.

الثاني: مع بقاء خيار المغبون ان فسخ العقد و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالبيع او الوقف أو ما شاكل ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه، او من اصله او رجوعه الى البدل، او بطلان تصرف الغابن وجوه، محل البحث في الوجه الأخير انما هو مبحث احكام الخيار، فالكلام في المقام في الوجوه الثلاثة الأولى التي ذكرها الشيخ ره:
الأول: تسلطه على حل العقد الثاني الذي اوقعه الغابن من حين الفسخ.
الثاني: تسلطه على حل ابطاله من اصله.
الثالث: رجوعه الى البدل.

و الظاهر ان مراده من التسلط على حل العقد من حينه و ابطاله من اصله، كون الفسخ موجبا لبطلانه من حينه او من اصله، فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايرواني ره من انه لا وجه لبطلانه، بل هي اما ان تنفسخ او تبقى نافذة لا تنفسخ بفسخه.
و قد استدلل للأول: بانه مقتضى الجمع بين (تسلط الناس على اموالهم) «١» المقتضى لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه في ملكه، و بين دليل الخيار المقتضى لاستحقاق العين بالفسخ.

و فيه: ان الخيار ان كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٠٩

[...]

ملكه، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على اذن المغبون و اجازته. و المحقق الاصفهاني ره استدل له بوجه آخر، و هو: ان تصرف الغابن بدليله صحيح، و فسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه، و حيث ان مقتضى الفسخ عود العين الى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغيبية. و يرد ما ذكره ره من ان مقتضى الفسخ ان كان عود العين فعدم امكانه يوجب امتناع الفسخ و سقوط الحق، و ليس مقتضاه ولاية ذى الخيار على حل التصرف المترتب عليها، و ان لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلا موجب لانحلال التصرف. و قد استدل للثاني: بان دليل الخيار يقتضى استحقاق العين بالفسخ و تلقيها من الغابن، و حيث ان العقد الثاني الواقع بين الغابن و المشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع متعلق حق المغبون، فالفسخ يوجب حله من رأس. و فيه: ما تقدم من ان حق الخيار ان كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان، و بدلها مع التلف و لو تعبدًا، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على اذن المغبون او اجازته، مع انه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية آناً ما قبل فسخ الاولى.

فتحصل: ان المتعين هو الوجه الثالث.

قال الشيخ: و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاتيلاذ و يحتمل هنا تقديم حق الخيار...

يعنى: ان الوجوه الثلاثة المتقدمة فى بيع الغابن جارية فى الاتيلاذ بناء على تأثيره مطلقا، و يحتمل فيه زائدا على تلك بطلان الاتيلاذ و عدم تأثيره فى المنع عن الاسترداد من جهة ان الاتيلاذ يوجب حدوث حق لام الولد مانع عن انتقالها، فتقع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٠

[...]

المزاحمة بين الحقين: حق الاتيلاذ و حق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، و حيث ان سبب الخيار مقدم على سبب حق الاتيلاذ لأنه العقد و هذا الاتيلاذ، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثر الاتيلاذ شيئاً، و لو فسخ المغبون يستردها، و يرد هذا الاحتمال ان سبق السبب زمانا لا- يوجب تقديم دليل السابق، مع انه لا تراحم بينهما، فان حق الخيار متعلق بالعقد، و حق الاتيلاذ متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما و لا تراحم.

الثالث: لو فسخ العقد و قد خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر فقد يقال كما عن الشيخ: ان الوجوه الثلاثة الجارية فى العقد اللازم جارية فى العقد الجائر، لأنه بالنسبة الى المغبون لازم، و جوازه بالاضافة الى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون.

ثم نقل عن الشهيد ره: انه يلزم الغابن بالفسخ، فان امتنع فسخه الحاكم، و ان تعذر فسخه المغبون.

و اورد عليه الشيخ ره: بانه لا- وجه ليلزام الغابن بالفسخ، اذ مقتضى الوجهين الأولين انفساخ معاملة الغابن و دخول العين فى ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، و مقتضى الوجه الثالث دخول بدلها فى ملكه، و معه لا يستحق شيئاً على الغابن كى يوجب الزامه بالفسخ.

ثم اورد على نفسه: بانه يمكن ان يقال ان البدل انما هو للحيلولة، فاذا امكن رد العين على الغابن و جب تحصيلها.

و اجاب عنه: بان مورد بدل الحيلولة ما اذا كانت العين باقية فى ملكه، و فى المقام تكون هى لمن انتقلت اليه من الغابن، و للمغبون البدل.

و لكن هذا الايراد على الشهيد يتم اذا كان مراده الزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، و أما ان كان مراده الزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١١
]...[

فلا يرد عليه هذا الايراد، و عليه فالصحيح ان يورد عليه بان الزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.
 الرابع: و لو اتفق عود الملك اليه لفسخ فقد افاد الشيخ ره: انه اذا فسخ الغابن معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغيبية فالظاهر وجوب رد العين، و أما ان تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها.
 و محصل ما ذكره ره في مقام الفرق: ان الفسخ انما يرفع السبب الناقل و يوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، و هذا بخلاف التملك بسبب آخر، فانها غير الملكية السابقة، فاذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة، و المفروض فسخ المغبون، و الفسخ يعدم السبب و يوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود هي اليه، و ان كان الغابن مالكا بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها اليه.
 و فيه: ان المغبون له ان يرجع العين الى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر او غيره، و بحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكا للغابن بالملكية الجديدة او السابقة، مع ان الملكية جديدة على اي تقدير، اذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

تصرف الغابن الموجب للنقيصة

الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفاً معيبراً للعين.

و الكلام فيه في مقامات:

الأول: في التصرف الموجب للنقيصة.

الثاني: في التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: في الامتزاج.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٢

]...[

اما الأول: فقد قسمه الشيخ ره الى قسمين: احدهما: ما يوجب النقيصة بالنقص الموجب للارش.

ثانيهما: ما يوجب النقيصة بما لا توجهه.

و مراده من الأول: نقص وصف الصحة المساوق للعيب، و بالثاني: نقص وصف الكمال لا النقص المالي و غير المالي، لجعله العين

المستأجرة من القسم الثاني.

و كيف كان: فالكلام يقع في موردين:

الأول: في النقصان الموجب للارش.

و قد استدلل لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول: ما في المكاسب، و حاصله: ان وصف الصحة الفائت مضمون بجزء من العوض، فاذا

رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فتدارك الفائت منه ببدله.

و فيه: ان الوصف سواء كان من قبيل وصف الصحة او كان من قبيل وصف الكمال - كان مقوماً للمال و موجبا لزيادة المايه ام لم

يكن- لا يقابل بجزء من العوض، و الشيخ ره ايضا ملتزم بذلك، فلا وجه لعود بدله ان كان تالفا.
الثاني: ان مقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له «١» بناء على شمولها لخيار الغبن و لتلف وصف الصحة ضمان الغابن للتقص.

و فيه: ان تلك القاعدة لا تشمل خيار الغبن، و لا الأوصاف.
الثالث: ان الفسخ يوجب رجوع العين على ما هي عليه حين البيع ليكون العائد ما وقع عليه العقد، و لازم ذلك ضمان كل وصف فائت، سيما اذا كان الفوت بفعل الغابن كما هو المفروض.

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٣

[...]

الظاهر أنه وجه متين و سيأتي تمام الكلام فيه في مسألة تلف احد العوضين او كليهما فانتظر.
المورد الثاني: في النقصان غير الموجب للارش.

فان كان وصفا لا مائة له و لا يوجب ازدياد المالية لا إشكال في عدم ضمان شيء، و الا فان كان مدرك الضمان في المورد الأول الوجه الأول او الثاني لم يكن عليه شيء في المقام، فان وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعا، كما انه غير مشمول لقاعدة التلف في زمان الخيار. و ان كان هو الوجه الأخير كان الأوجه الضمان في المقام، اذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة او الكمال، فتفصيل الشيخ ره بينهما في غير محله.
قيل: و منه ما لو وجد العين مستاجرة.

و الكلام فيه تارة: في حكم الاجارة، و اخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة.

اما الكلام من الجهة الاولى: فقد استدل لانفساخ الاجارة: بان ملكية العين بما انها متزلزلة فملكية المنافع ايضا كذلك، لأنها تابعة لها.
و فيه: ان ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة الى الأبد، فيصح لمالك العين استيفائها بالاجارة، فاذا صحت الاجارة شملتها ادلة لزومها، فلا وجه للانفساخ.

و أما الكلام من الجهة الثانية: فالحق ان الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء منافعها بالاجارة، فان المنافع شئون و حيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث ان المفسوخ على من اتلفها باستيفائها بالاجارة فيكون ضامنا لها، ثم انه لا يهمننا النزاع في انه هل يضمن اجرة المثل للمنافع، او النقص المالي الوارد على العين اذ هما متطابقان دائما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٤

[...]

تصرف الغابن الموجب للزيادة

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الزيادة الحكمية، و هي ما ليس لها ما بحذاء في الخارج كقصاره الثوب، و ملخص القول فيه: ان الزيادة ان لم تكن موجبة لزيادة القيمة لا إشكال في عدم الشركة، و لا في عدم استحقاق اجرة العمل. اما الأول فواضح، و اما الثاني فلأنه عمل عملا في ملكه.

و ان أكن لها دخل في زيادة القيمة ففي المكاسب: فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة ملك الزيادة بان يقوم العين معها و لا معها و يؤخذ النسبة.

و اورد عليه المحقق الايرواني: بانه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين، فان المال جميعا لواحد، و اما الوصف فذلك لا يقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

و فيه: ان منشأ الشركة ان الوصف الحادث الموجب لازدياد القيمة الباقي لا يدخل هو و لاما هو معلوله و اثره، و هو زيادة القيمة في ملك الفاسخ، بل يكون باقيا في ملك المفسوخ عليه، و حيث ان ذلك المقدار من المالى غير متميزة واقعا فلا محالة تحصل الشركة. المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضة كالغرس.

و الكلام فيها في جهات:

الاولى: في انه هل للغابن سلطنة على الابقاء فلا يجوز للمغبون قلعه و لا إجبار المالك بالقلع، ام لا؟ نسب الى المشهور الأول، و قد استدل له بوجوه: الأول: ان

قّمى، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ٢١٥

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٥

[...]

الغرس وقع من اهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية. و بعبارة اخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقيا، فيكون الغرس كالاتيفاء الاعتباري بالاجارة، فبالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة بالغرس الى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.

و فيه: ان استيفاء المنفعة اما ان يكون حقيقيا او اعتباريا، و شىء منهما لا يكون في هذه المنفعة بعد الفسخ، اما الأول: فلأن استيفاء هذه المنفعة انما يكون تدريجيا بانتفاع الشجرة بتشربها من اعماق الأرض، و من الضروري ان ما كان منه بعد الفسخ لا يكون حاصلا بمجرد الغرس.

و أما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود الى المغبون.

الثاني: ما في حاشية السيد ره، و حاصله: ان مقتضى الجمع بين تسلط مالك الأرض على ماله، و تسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذي يكون عرقه حقا هو سلطنة مالك الغرس على الابقاء، غاية الأمر مع الاجرة.

و فيه: ان مالك الشجر مسلط على ماله و هو الشجر لا على انتفاع الشجرة بتشربها من اعماق الأرض، و الابقاء مستلزم لذلك ايضا.

الثالث: ان سلطنة المغبون على القلع و لو بمعنى المنع عن ابقاء الشجر تستلزم تضرر الغابن بصيرورته حطبا، و قاعدة نفى الضرر حاكمة على دليل السلطنة كسائر ادلة الأحكام.

و فيه: اولاً: انه يعارض ذلك بتضرر المغبون ببقاء الغرس في ملكه، و بعد التسايط يرجع الى القواعد الأولية.

و ثانياً: انه مع العلم بالغبن قد اقدم على ذلك فلا تشمله قاعدة نفى الضرر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٦

[...]

فالأظهر ان له السلطنة على المنع من البقاء.

الجهة الثانية: في انه على فرض السلطنة على عدم البقاء هل يجوز للمغبون مباشرة القلع، ام له مطالبة المالك بالقلع، فان امتنع يجبره الحاكم، او يقلعه هو؟ وجوه: والأظهر هو الأخير، فانه و ان لم يكن له من ابتداء الأمر القلع لأنه تصرف في مال الغير و هو غير جائز، الا انه بعد امتناعه يجوز له قلعه، اما لأنه اسقط حرمة ماله بالامتناع، او لأن توقف جواز القلع على الاذن ضررى مرفوع بالحديث. و على اى حال لا- دليل على لزوم الرجوع الى الحاكم، فانه انما يرجع اليه في موردين: الأول: فيما اذا كان لشخص حق على الآخر و امتنع من عليه الحق منه، فانه يرجع اليه لكونه ولى الممتنع.

الثاني: فيما اذا كان لشخص ولاية على تصرف لازم عليه، و المقام ليس داخلا في شىء من الموردين، اما الأول: فلأنه لا حق للمغبون على الغابن، و اما الثاني: فلأن الغابن لا ولاية له على التصرف بل انما يجب عليه القلع فقط. فالأظهر هو الرجوع اليه، فان امتنع قلعه بنفسه.

الجهة الثالثة: في انه لو قلعه هل يستحق الغابن ارش الغرس ام لا؟ وجهان: قد استدلل للأول: بما في المكاسب، و حاصله: ان الغابن مستحق لصفة منصوبية الغرس، فاذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوبا و غير منصوب. وفيه: ان الغابن في ابتداء الأمر غرس بحق، و لكن بعد ما فسخ المغبون المعاملة و انتقلت العين بما لها من المنافع الى المغبون يكون بقاء الغرس و منصوبيته في هذا المكان بقاء بغير حق، فلا موجب للأرش، كيف و ليس لعرق ظالم حق، فالحق انه لا يستحق الارش.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٧

[...]

التغير بالامتزاج

و أما المقام الثالث: - و هو التغير بالامتزاج- فقبل الدخول في البحث لا بد من تقديم امرين:

الأول: ان خلط مال بمال يتصور على وجوه: الأول: ان يكون بنحو لا يتميز احدهما من الآخر حساً كامتزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

الثاني: ان يكون بنحو يتميز حساً و يكون كل من المالين باقيا على ما هو عليه من الصورة.

الثالث: ان يكون بنحو لا يتميز حساً و لا تحصل صورة ثالثة، و يعد احد الخليطين مستهلكا في الآخر و تالفا كخلط ماء الورد بالنفط. و مورد الشركة هو الوجه الأول، و دليله مضافا الى الاجماع: ان الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت و تلفت و التالف لا يتعلق به تكليف او وضع، فمالك المال قبل الامتزاج لا يمكن ان يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج، فلا محالة يوجب التلف الاشاعة قهرا، و لا فرق في ذلك بين المتحددين وصفا و المختلفين.

فما افاده المحقق الايرواني ره، بان دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا و وصفا، غير تام.

الثاني أنه للشركة مراتب: الاولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، و الوجه فيها ان التالف خصوص الخصوصية الشخصية لا أصل المال وصفه و ماليته.

الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا الوزن كما في المزج بغير الجنس

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٨

[...]

كمزج الخل بالعسل، اذ الفأنت حينئذ غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية، فلا محالة يشتركان في قيمة الممزوج، و لكن من نفس الممتزج.

الثالثة: الشركة في الثمن كما في قسارة الثوب.

اذا عرفت هذين الأمرين، فاعلم: ان الامتزاج تارة يكون بغير جنسه، و اخرى يكون بجنسه.

اما المورد الأول: فان كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو في حكم التالف و يرجع الى قيمته كما في المكاسب، و ان كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع الانجيين فقد ذكر الشيخ ره فيه وجهين: احدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين، ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغير حقيقته.

و اورد المحقق الايرواني ره على الوجه الثاني: بانه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج الآخر ايضا كالتالف، لأن نسبة الصورة الحادثة بالامتزاج الى كل من الممتزجين نسبة واحدة، و لازم ذلك ان لا يكون الممتزج مالا لواحد منهما، مع ان ذلك باطل بالضرورة.

و: تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق و يجب عن ايراد المحقق الايرواني ره: ان الشركة انما تكون في مالين لشخصين، و اما اذا حدثت الصورة الثالثة في حال يكون المالكين واحد فلا معنى لحصول الشركة، و عليه فلو مزج الغابن الخل الذي اشتراه بالانجيين ثم فسخ المغبون المعاملة لا معنى لرجوع الخل بالفسخ، الى صاحبه لعدم بقاءه، و الصورة الثالثة لم تملك بالبيع كى تعود بالفسخ، فلا بد من اجراء حكم التلف عليه و هو رجوعه بمالته الى الفاسخ.

و أما ما في المكاسب من ان حكمه ارتفاع الخيار، فالظاهر ان مراده ارتفاعه على وجه يوجب رجوع العين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢١٩

[...]

حكم الامتزاج بالجنس

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه في مواضع:

الأول: في الامتزاج بالمساوى.

الثاني: في الامتزاج بالاردا.

الثالث: في الامتزاج بالاجود.

اما في الموضوع الأول: فقد حكم الشيخ ره بالشركة.

و اورد عليه المحقق الاصفهاني ره بما حاصله: ان المزج ان كان بمال الأجنبي و حصلت الشركة بين الغابن و الأجنبي لا يبقى مجال لعود العين، اذ استحيل عود الملك الاستقلالي بعد زواله، و الملك الاشاعى لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده الى المغبون ليكون شريكا للمغبون، و ان كان الامتزاج بمال الغابن فلا شركة قبل الفسخ، اذ الانسان لا يكون شريكا لنفسه، و فسخ العقد ان اوجب رجوع العين الى المغبون حقيقة فلا شركة و ان لم يوجب رجوع العين نظرا الى ان الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالي شرعا فلا عود للعين.

و لكنه يمكن ان يكون نظر الشيخ ره الى انه و ان لم يمكن عود العين بالفسخ فيعد بحكم التالف، الا انه حيث يمكن ان يرجع بعض العين ممتزجا بما هو مثله كان ذلك متعينا في مقام اداء التالف، فيتعين ارجاع ذلك، و لهذا يحكم بالشركة.

و أما الموضوع الثاني: فقد احتمل الشيخ ره فيه وجوها:
احدها: الشركة بنسبة المالكين، و يكون الغابن ضامنا لارش النقص.

ثانيها: الشركة في العين بمقدار المالية.

ثالثها: الشركة في قيمة العين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٢٠

[...]

و قد اختار المحقق النائيني ره الوجه الأول، و علله: بانه اذا امكن الشركة في العين بنسبة المالكين لا- تصل النوبة الى المرتبتين اللاحقتين.

و فيه: انه لا- وجه للشركة في العين، اذ العين كما عرفت في الموضوع الأول بحكم التالف، و ليس رد بعضها ممتزجا بالأداء اقرب الى التالف.

و عن المحقق الاصفهاني ره: اختيار الوجه الثالث نظرا الى انه و ان لم يكن وجه للشركة في العين الا- انه حيث يمكن عود العين بماليتها من المالية الشخصية فهو المتعين، لأنه اقرب من المالية المطلقة.

و لكن: هذا يتم اذا كان المال من القيميات، و الظاهر انه من المثليات، فتعين دفع المثل ان امكن، و الا فما افاده متين، اللهم الا ان يقال ان المالية الخاصة اقرب الى التالف من المثل و لا بعد فيه، و عليه فيتعين ذلك.

و أما الموضوع الثالث: فقد احتمل الشيخ ره فيه احتمالين:

احدهما: الشركة بنسبة المالية.

ثانيهما: الشركة في الثمن.

ثم رد الأول: بانه يستلزم الربا، و وجهه انتقال ثلث المجموع الى المغبون بازاء نصفه، فانه بالامتزاج يعطى النصف و يأخذ الثلث، و مع وجد سائر الشرائط من كون المبيع من المكيل و الموزون و عموم حرمة الربا لكل معاوضة و لو كانت قهريه يتوجه حكم الربا.

و الجواب ان هذا الوجه غير تام لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهريه، و لكن بما ذكرناه في الموضوعين الأولين ظهر ضعف الاحتمال الأول، فالمتعين هو الثاني.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٢١

[...]

حكم تلف العوضين

قال الشيخ: بقى الكلام في حكم تلف العوضين، و تفصيله ان التلف اما ان يكون فيما وصل الى الغابن ... الخ.

الظاهر ان حكم التلف لا بد و ان يذكر في احكام الخيار، و انما اشار اليه الشيخ ره في المقام من جهة ان المشهور بين الأصحاب ان تصرف المغبون قبل العلم بالغبن المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره، فتوهم ان التلف ايضاً كذلك، بل هو اولى بان يكون مسقطاً، فذكر حكم التلف في المقام لتتقيد ذلك.

ثم انه لا- فرق بين تلف ما في يد المغبون و تلف ما بيد الغابن في الأحكام الا من جهتين نشير اليهما، فلا وجه للبسط و الأطناب في

بيان الأحكام لكل منهما مستقلا، فلنفرض تلف ما فى يد المغبون، و به يظهر حال تلف ما فى يد الغابن. و حق القول فيه يقتضى البحث فى جهات:

الاولى: فى انه هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و محصل القول فيها: انه ان قلنا بان هذا الخيار متعلق بالعوضين و حقيقته جواز الرد و الاسترداد- كما هو مقتضى الوجه الذى ذكره المصنف و وجه الشيخ ره لمسقطيه التصرف- تعين البناء على مسقطيه التلف، بل هو اولى بان يكون مسقطا، فانه فى التصرف يمكن ان يقال بجواز الرد و انفساخ معاملته، و فى المقام لا سبيل الى ذلك. و بهذا يظهر امران: احدهما: ان الشيخ ره الملتزم بمسقطيه التصرف من جهه ما افاده فى تلك المسأله ليس له البناء على العدم فى المقام.

ثانيهما: ان ظاهر المتن ان التلف اولى من التصرف فى عدم صحه الاستدلال،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٢٢

[...]

مع ان الأمر بالعكس.

و أما ان قلنا بان هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث ان العقد باق مع تلف العين ايضا، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، و الأظهر هو الثانى.

نعم لو قلنا بشمول قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «١» لخيار الغبن يكون التلف بأفه سماويه موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن و انفساخ العقد، و لكن المبنى فاسد كما سيأتى.

الثانية: ان قيمه التالف التى يرجع اليها هل هى قيمه يوم التلف كما احتمله المصنف- و لعله ظاهر الأكثر- ام قيمه يوم الفسخ- كما ذهب اليه جماعة- ام قيمه يوم الأداء- كما عليه المحقق الخراسانى ره-؟ و جوه.

وجه الأول: ان القيمة فى يوم التلف تقوم مقام العين فى كونها متعلقه لحق الخيار.

و وجه الثانى: ما افاده السيد الفقيه من ان الانتقال الى الغابن انما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين. التلف الذى كان للمغبون.

و وجه الثالث: انه فى موارد الضمانات تكون العين ثابتة فى الذمه الى حين الأداء، و لذا بنينا على ان الضامن يدفع قيمه يوم الأداء.

و فى المقام و ان كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامنا، الا ان البيع بما هو مترلزل و متعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية فى عهده من هى عنده، و الفسخ يقتضى عود العين التى تكون فى العهده الى الفاسخ، و عليه فيتعين قيمه يوم الأداء. و به يظهر ما فى

الوجهين الأولين.

الثالثة: انه لو اتلف المال الأجنبى، فهل الفسخ يقتضى الرجوع الى الغابن

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٢٣

فيختار المغبون الفسخ

او المتلف؟ صريح الشيخ ره فى المقام الرجوع الى الأجنبى، و فى تلف ما عند الغابن يذكر وجوها، و ظاهره اختيار ان المغبون يرجع الى الغابن و يذكر له وجهين جارين فى المقام ايضا.

و كيف كان: فقد استدلل للرجوع الى طرف المعاملة بوجهين: احدهما: ان العوض يرجع الى الغابن، فيؤخذ منه المعوض او بدله. وفيه: انه اذا اُتلف الأجنبي المال تثبت العين في عهده، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى المغبون، و حيث انها في عهده الأجنبي فيرجع اليه.

ثانيهما: ان الغابن يكمل القيمة على الأجنبي، و ليس لشيء واحدًا الا قيمة واحدة، فلا يعقل رجوع المغبون الى الأجنبي. وفيه: ما تقدم من ان العين تثبت في عهده، فالأظهر انه يرجع الى الأجنبي، و لكن لا يتعين ذلك، بل له ان يرجع اليه، و ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه. الرابعة: انه لو اُتلف الغابن ما في يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد، فقبل الفسخ كانت العين التالفة في عهده الغابن، و بعده تثبت في عهده المغبون، و نتيجة ذلك سقوط العهدة بالنسبة الى كل منهما كما لا يخفى.

ثبوت خيار الغبن

فى غير البيع الموضوع الخامس: فى ثبوت خيار الغبن فى سائر المعاوضات اقوال:

١- ثبوته فيها، ف كما انه فى البيع يختار المغبون الفسخ لو اراد كذلك فيها، اختاره فخر الدين و صاحب التنقيح و ايضاح النافع. فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٢٤
[...]

٢- عدم ثبوته فيها، و لعله الظاهر من اجارة جامع المقاصد.

٣- عدم جريانه فى خصوص الصلح، حكى عن المهذب البارع.

٤- التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة و بين غيره.

فالكلام يقع فى مقامين:

الأول: فى شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثانى: فى قابلية الصلح فى ذاته للخيار.

اما المقام الثانى: فقد تقدم الكلام فيه فى خيار الشرط. فراجع.

و أما المقام الأول: فان كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع، كان مختصا بالبيع لأنه المتيقن من معقده و ان كان غيره من الشرط الضمنى، او نفى الضرر «١»، او آية التجارة «٢»، او آية لا تأكلوا «٣»، او خبر تلقى الركبان «٤»، او خبر غبن المسترسل سحت «٥»، لم يكن مختصا بالبيع لعدم الفرق فى هذه الأدلة بين البيع و غيره من المعاوضات المالية المبنية على المداقعة، و حيث ان المختار كون مدركه الشرط الضمنى فلا وجه لدعوى الاختصاص.

ثم انه بناء على المختار، ان كانت المعاملة مبنية على تساوى المالين نوعا كالبيع و الاجارة و الصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن الا مع الاقدام على المعاوضة بالغا ما بلغ، فانه حينئذ يكون مسقطا لشرط التساوى، و ان كانت بعكس تلك و كان

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧- من ابواب كتاب احياء الموات و غيرهما من الأبواب المتقدم اليها الاشارة فى ص ١٧٦.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) النساء آية ٢٩.

(٤) و هو النبوى المروى عن غير طرقنا المتقدم
 (٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار حديث ١.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٢٥
]...[

بنائها على التسالم و التجاوز عن الحق كائنا ما كان كالصلح الواقع في مقام رفع الخصومة لا يكون هذا الخيار ثابتا فيها، لأنه يسقط شرط التساوى، و ان لم تكن مبنية لا على ذلك و لا على هذا كالجعالة، فثبوت هذا الخيار فيها و عدمه يدوران مدار الاشتراط و عدمه.

كون هذا الخيار على الفور او التراخي

مسألة: اختلف اصحابنا في كون الخيار على الفور او على التراخي على قولين.
 لا يخفى ان هذا النزاع جار في كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب و نحوه.
 و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موارد:
 الأول: في استصحاب الخيار الذى هو مدرک القول بالتراخي.
 الثانى: في عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و انه هل يتمسك به في زمان الشك ام لا الذى هو مدرک القول بالفور.
 الثالث: في انه على فرض المناقشة في كليهما هل هناك ما يرجع اليه لتعيين احدهما ام لا.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٢٦
]...[

استصحاب الخيار

اما الأول: فقد اورد على التمسك به بوجوه: الأول: ما في المكاسب، و حاصله: انه اذا كان دليل الحكم لفظياً مشخصاً للموضوع و كان الشك في بقاء الحكم مع احراز الموضوع يجرى الاستصحاب، و اما اذا كان غير لفظي او لفظيا غير مشخص له و كان يحتمل كون الموضوع عنوانا لا- يكون باقيا، فلا- يجرى استصحاب للشك في بقاء الموضوع، و المقام من قبيل الثانى، فان دليل هذا الخيار الاجماع او حديث لا ضرر، و لا يكون الموضوع مشخصاً في شىء منهما، و لعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا المتضرر بما هو متضرر، فلا يكون الاستصحاب جاريا.

و فيه: اولاً: ان الموضوع ليس هو العاجز قطعاً، لأنه لا يبقى مع الخيار و نفس الخيار واقع للعجز، فلا يعقل ان يكون هو الموضوع له.
 نعم يمكن ان يقال بكونه علة لثبوت الخيار، لكن ذلك كأجنبي عن دخله في الموضوع.
 و ثانياً: ان ما افاده لو تم فانما هو لو قلنا بان المعبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي، و اما ان قلنا بان المعبر بقاء الموضوع

العرفى و ان لم يكن الموضوع الدليلى باقيا كما هو مبناه فى الاصول، فلا يتم، فان الميزان حينئذ بقاء الموضوع بنظر اهل العرف الذى يروونه موضوعا بواسطة مناسبة الحكم و الموضوع.

الثانى: ما افاده المحقق الثانى ره من ان الشك فى بقاء الخيار فى المقام شك فى المقتضى لا فى الرفع، فانه لا يشك فى مسقطية شىء للخيار، بل فى بقاء الخيار بحسب طبعه فى عمود الزمان، من قطع النظر عن طروء زمانى عليه، فلا يجرى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٢٧

[...]

و فيه: ان الخيار انما يشك فى بقاءه لو تمكن المكلف من اعماله و لم يعمله، و اما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء فى عمود الزمان، فليس من قبيل الشك فى المقتضى، مع ان الحق جريان الاستصحاب فى موارد الشك فى المقتضى ايضا.

الثالث: ما افاده المحقق الثانى ره ايضا، و هو: ان دليل هذا الخيار ان كان هو حديث لا ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، و حيث انه يحتمل ان يكون الموضوع هو الموصوف، فيكون باقيا، و ان يكون هو الوصف فلا- يكون باقيا، فلا- يكون بقاء الموضوع محرزا، فلا يجرى الاستصحاب.

و فيه: اولاً: ان عنوان المتضرر و وصفه يكون باقيا، و مجرد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

و ثانياً: ان المعتبر الموضوع عرفاً لا دليلاً كما تقدم.

الرابع: ما افاده المحقق الثانى ره ايضا، و هو: ان مدرك هذا الخيار ان كان حديث لا ضرر يكون الموضوع هو الحكم المعنون بالضرر، و يدل الحديث على رفعه، فلزوم العقد ان كان ضرورياً يكون مرفوعاً، و الا فلا، و من يتمكن من اعمال الخيار و لو آناً ما فاللزوم ليس ضرورياً عليه اصلاً فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها باسرها موضوعاً و محمولاً و نسبة.

و فيه: بعد اصلاحه بارادة كون اللزوم بعد ذلك الآن ضرورياً اقدم عليه، و الحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه، ان مدرك هذا الخيار عندنا و عنده هو الشرط الضمنى، و لانزومه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك فى بقاءه يستصحب، فالحق ان هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، و المختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه فى محله.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٢٨

[...]

التمسك بأية الوفاء بالعقد عند الشك

و أما المورد الثانى فالكلام فيه فى جهتين:

الاولى: فى انه اذا ورد عام افرادى يتضمن العموم الازمانى و خصص ذلك بخروج بعض افراد العام عن الحكم بالتخصيص فى بعض الأزمنة ثم شك فى ان خروجه عنه فى تمام الأزمنة او بعضها، فهل يرجع فى زمان الشك الى عموم العام ام لا؟.

الثانية: فى خصوص أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١».

اما الاولى: فتفصيل الكلام فيها فى الاصول، و انما نشير الى ما هو الحق فى المقام بنحو الاجمال و حاصله: ان الشيخ ره ذهب الى ان العام ان كان له عموم ازماني و كان كل زمان موضوعاً مستقلاً لحكم مستقل لينحل العموم الى احكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك

بعموم العام، فانه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزائد، واما اذا لم يكن له عموم ازمانى بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفاً للحكم، و كان المجعول حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد فلا- يتمسك به، فانه ليس فى خروجه عن تحت العام دائماً زيادة تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و الجواب عنه امران: الأول: انه لا- بد من التمسك بالعام فى المورد الثانى ايضا، و ذلك يبتنى على بيان مقدمات: منها: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود، و عدم دخل شىء من الخصوصيات لا دخل جميع القيود. و منها ان العام الذى اخذ الزمان ظرفاً لاستمرار حكمه له حيثان: احدهما:

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٢٩

[...]

عمومه الافرادى، ثانيتهما: اطلاقه الزمانى، بمعنى ان مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد فى الزمان المستمر. و منها ان المطلق اذا خرج منه فرد بقى الباقي بنفس الظهور الذى استقر فيه اولاً. اذا عرفت هذه الامور تعرف انه بعد مضى زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لا بحيشة عموم بل بحيشة اطلاقه، بلا فرق بينه و بين سائر المطلقات.

لا يقال: انه اذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لا يكون استمراراً للحكم الأول بل هو حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد. فانه يقال: ان معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجاً، بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الواحدى لا جعل حصتين من طبيعى الظرف.

فان قلت: ان المطلق له ظهور واحد فى معنى واحد مستمر، فاذا انقطع لا ظهور يتمسك به.

قلت ان التقييد انما يكون لقيام حجة اقوى من الحجة: المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. و تمام الكلام فى محله. الثانى: انه لو تم ما افاده كان مختصاً بما اذا كان التخصيص من الوسط، و اما اذا كان فرداً خارجاً عن العام من الأول فمن عدم التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص يلزم التخصيص فى العموم الافرادى ايضا، فنفس عمومه من تلك الحيشة يكفى فى الحكم بثبوت حكم العام و التمسك به.

و فى المقام وجهان آخران: احدهما للمحقق اليزدى، و الآخر للمحقق النائى ره، ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص اذا لم يكن له عموم زمانى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٠

[...]

و قد اجبنا عنهما فى الاصول، و ليس المقام مقام ذكره، فالحق هو التمسك بالعام مطلقاً.

و أما الجهة الثانية: فالحق انه لا- عموم زمانى له بنحو يكون العقد فى كل زمان موضوعاً مستقلاً، و لكن له اطلاقاً زمانياً، بمقتضى مقدمات الحكمة، و انه لو لم يكن حكماً ثابتاً فى عمود الزمان لزم لغوية جعله، اذ لا أثر للزوم العقد فى زمان واحد، ثم انه بناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجاً من الأول، فيتمسك بالعام حتى على المسلك الآخر.

اصالة فساد فسخ المغبون

و أما المورد الثالث: فقد تمسك الشيخ ره للقول بالفور باصالة فساد فسخ المغبون، مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، وقد تقدم في مبحث المعاطاة ان هذا الأصل يجري، ولا يرد عليه شيء مما اورد عليه.

فتحصل: ان مقتضى العمومات و الاستصحاب هو القول بالفور، و لكن بما ان مدرک خيار الغين هو الشرط الضمني، فما دام لم يجز العقد و لم يلتزم به، يكون الخيار باقيا. و لا- يرد عليه بان تجويز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فانه لا ضرر عليه مع فرض انه غير ممنوع التصرف في زمان الخيار، فالأظهر انه على التراخي.

و بعض المحققين أفاد: ان المسألة مبنية على ثبوت العموم الزماني و عدمه، و على الأول يحكم بانه على الفور و على الثاني يحكم بانه على التراخي، فهو ممن لا يفرق في التمسك بعموم العام بين ان يكون الزمان ظرفا له ام قيادا، كما اخترناه.

و قد ذكر في وجه وجود العموم في المقام امرين: أحدهما: ان معنى الوفاء العمل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٣١

[...]

بما يقتضيه العقد ابدا و لو من جهة ان مفاد العقد الدوام.

ثانيهما: القطع بانه ليس المراد بالآية الوفاء بالعقد آنا ما، بل على على الدوام.

و ذكر في وجه عدمه: ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ترتيب اثر الملكية في اول الوهلة، و على الثاني انه انما يحكم ببقاء الملكية من جهة ان شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع، و انما يحكم باللزوم للاستصحاب.

و عليه فعلى الأول بما او العموم موجود، فمع الشك في الخيار يتمسك به و يحكم بعدم الخيار، و على الثاني مع الشك في الخيار بما ان الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقاءه، و هو حاكم و مقدم على بقاء اثر العقد، ثم انه قد يختار الأول، و محصل ما ذكره في وجهه: ان اللزوم و وجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة انما لا يحكم ببقائه لو زالت علته، و اما مع بقاءها- كما في الآية من جهة ان علته المعاهدة على الملكية الدائمة و هي باقية- فاللزوم ايضا باق.

المراد من الفورية

بقي الكلام في المراد من الفورية، و تنقيح القول في ذلك: ان الفورية قسمان: فورية حقيقية، و هي اول مراتب الامكان دقة و فورية عرفية و لها مراتب، منها ما لا يلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار.

و منها: ما هو اوسع من ذلك كالأمثلة المذكورة في كلام المصنف ره.

و منها: ما هو اوسع من ذلك، و هو ما اذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، الا ان هذا اللفظ لم يرد في الدليل كي يقع النزاع في المراد منه، بل لا بد من الرجوع الى دليل الفورية و استخراج الحكم، و قد عرفت ان دليل الخيار لا إطلاق له فيشك

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٣٢

[...]

في الخيار بعد مضي زمان يتمكن من انشاء الفسخ، و المرجع فيه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و عليه فاذا كان الفسخ غير متوقف على شيء

سوى قول (فسخت) فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

و هل يكون الجاهل بالخيار معذوراً في ترك المبادرة الى الفسخ على القول بالفورية ام لا؟ وجهان.

الظاهر ان مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن و حكمه انما هو انه مع ذلك لا يكون شارطاً بالشرط الضمني تساوى المالين، و يكون مقدماً على الضرر، فالضرر انما يجيء من ناحية اقدمه، و حديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، و عليه فلا وجه للتوقف في معذورية الجاهل بالجهل المركب و الغافل و لو كان جهله عن تقصير، فانه مع ذلك يكون شارطاً و غير مقدم على الضرر.

و توهم ان العام بالخيار لا يبقى خياره، و المفروض ان الجاهل بالحكم غير معذور، فيجرب عليه حكم العالم فاسد، فان الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً لدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع ان هذا الحكم ليس لزومياً كي يكون مقصراً غير معذور في عدم تعلمه فيكون محكوماً بحكم العالم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٣

الخامس: من باع شيئاً و لم يقبض الثمن و لا سلم السلعة و لم يشترط التأخير لزم البيع ثلاثة ايام فان جاء المشتري فهو احق بالسلعة و ان مضت كان للبائع الفسخ

خيار التأخير

اشارة

الخامس خيار التأخير.

قال المصنف ره في المتن: من باع شيئاً و لم يقبض الثمن و لا سلم السلعة و لم يشترط التأخير لزم البيع ثلاثة ايام فان جاء المشتري فهو احق بالسلعة و ان مضت كان للبائع الفسخ.

و قال في التذكرة: من باع شيئاً و لم يسلمه المشتري و لا يقبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثة ايام، فان جاء المشتري بالثمن فهو احق بالعين، و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا اجمع.

و عن ظاهر المبسوط و الاسكافي و صريح الكفاية و الحدائق بطلان البيع و انفساخه بعد الثلاثة، و توقف في الحكم جماعة منهم المحقق الأردبيلي ره.

و قد استدلل للمشهور- مضافاً الى الاجماع الذي ادعاه غير واحد- بوجوه: احدها: حديث لا ضرر «١» فان صبر البائع بعدم تصرفه في المبيع مع عدم اخذه الثمن، و ضمانه و تلفه منه لكونه من التلف قبل القبض، و وجوب حفظه المبيع للمشتري ضرر عليه فينفي بالخبر. وفيه: اولاً: ان هذا لا ينطبق على ما بنوا عليه سعة و ضيقاً، نفياً و اثباتاً.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٤

و ثانيا: انه قد تقدم في خيار الغبن انه لا يصح الاستدلال به على نفى اللزوم و ثبوت الخيار.
و ثالثا: ان هذه المعاملة قبل مضي الثلاثة محكومة باللزوم، و خارجة عن تحت الحديث بالنص و الاجماع، فلا يصح التمسك به بعدها
بناء على عدم جواز التمسك بما لا عموم زمانى له بعد مضي زمان التخصيص.
و رابعا: ان الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة: كل مبيع تلف ... الخ و من الناحيتين الأخيرتين يمكن التخلص
منه بالالتزام بان له اخذ المبيع مقاصه عن الثمن.
ثانياها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفا، و حيث انه غير منضبط عرفا حدده الشارع
الأقدس بثلاثة ايام، فمرجه الى الشرط الضمنى و الخيار عند تخلف الشرط، و هذا فى الجملة و ان كان متينا الا انه لا يثبت به ما افتى
الأصحاب به من اختصاصه بالبائع و غير ذلك من القيود.
ثالثها: النصوص، كصحيح زرارة عن مولانا الباقر (عليه السلام) عن الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك
بثمنه، قال (عليه السلام): ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة ايام و الا فلا بيع له «١».
و صحيح على بن يقطين عن ابي الحسن (عليه السلام): عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال (عليه السلام)
فان الأجل بينهما ثلاثة ايام، فان قبض يبعه و الا فلا بيع بينهما «٢».
و خبر اسحاق بن عمار عن العبد الصالح (عليه السلام): من اشترى يبع فمضت ثلاثة ايام و لم يجيء فلا بيع له «٣». و نحوها غيرها.

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١-٣-٤.

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١-٣-٤.

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١-٣-٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٥

[...]

و اما معتبر على بن يقطين عن ابي الحسن (عليه السلام): عن رجل اشترى جارية و قال: أجيئك بالثمن، فقال: ان جاء فيها بينه و بين
شهر و الا فلا بيع له «١». فهو غير معمول به بين الأصحاب، و لا قائل به، و على فرض عدم وهنه بذلك فلمعارضته مع ما تقدم لا بد
من طرحه او حمله على استحباب الصبر له و عدم الفسخ الى مضي المدّة المذكورة كما قيل، او مخصوص بالجارية كما عن الشيخ
الطوسى.

و على اى حال: المعتمد هى النصوص المتقدمة، و تحقيق القول فيها، ان محتملاتها ثلاثة:

الأول: انه يشترط فى صحه البيع القبض فى الثلاثة، فمع عدم القبض فى الثلاثة لا يكون البيع صحيحا من الأول، استظهره السيد من
النصوص.

الثانى: صحه البيع قبل مضي الثلاثة، و بطلانه بمضيها مع عدم القبض او انفساخ العقد بذلك.

الثالث: عدم لزوم العقد بالتأخير عن الثلاثة، و صيرورة اللازم جائزا.

و المشهور على الأخير، و الآخرون على الثانى، و الأول خلاف الظاهر، فان ظاهر النصوص سؤالاً و جواباً تامية البيع قبل مضي
الثلاثة، و نفى البيع من حين مضيها، فيدور الأمر بين الأخيرين.

و الشيخ بعد اعترافه بظهورها فى أنفسها فى الأول منهما ذهب الى ان هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور: احدهما: فهم
الأصحاب و حملهم الأخبار على نفى اللزوم، ثانيتهما: ان قوله (عليه السلام) فى اكثر تلك الأخبار لا يبع له ظاهر فى ارادة انتفاء البيع

بالنسبة الى المشتري خاصة، و حيث ان نفى الصحة لا يعقل من احد

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٦

[...]

الطرفين، فلا محالة يكون المراد منها نفى اللزوم.

ثم اورد على الثاني منهما: بان في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما و لأجله تردد في ظهورها في نفى اللزوم، قال: و لا أقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المرتبة على البيع.

أمّا ما ذكره م القرينة الاولى فيرده ان فهم الأصحاب من حيث هو لا يصلح صارفا عن الظهور ما لم يوجب الاطمئنان بوجود القرينة الصارفة، و حيث انه يحتمل ان يكون منشؤه القرينة الثانية فلا يعتمد عليه، فالعمدة بيان حال الثانية.

قد يقال: ان ظاهر تلك الجملة نفى الصحة من جهة كونها من قبيل نفى الحقيقة نظير لا صلاة الا بطهور.

و فيه: ان نفى الحقيقة في المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح، و اما في الامور الحقيقية الخارجية او الاعتبارية العقلانية فلا يصح. فتأمل.

و الحق: ان هذه الجملة مسوقة لبيان نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، و ظاهر ذلك في نفسه و ان كان عدم ترتب الحكم الشرعي على البيع من غير فرق بين الصحة و اللزوم، لاما افاده المحقق الايرواني ره من ان ظاهره نفى البيع المحكوم باللزوم شرعا و عرفا دون مطلق البيع، الا ان قوله لا بيع له بعد ملاحظة ان الصحة غير قابلة للتبويض بخلاف اللزوم ظاهر في ارادة نفى اللزوم.

و بعبارة اخرى: ان المنفى هو البيع للمشتري لا البيع مطلقا، فمعنى هذه الجملة: انه ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع بخلاف البائع، فان امر البيع بيده فله مطالبة المشتري بالثمن و له ترك ذلك بحل البيع.

و أما قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين فلا بيع بينهما فلا ينافي ذلك لصدق النسبة إليهما بلحاظ احدهما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٧

[...]

لا- يقال: انه يحتمل ان يكون المراد بالبيع المنفى المبيع كما هو المراد منه في قوله من اشترى بيعا فقولته لا بيع له ايضا ظاهر في فساد البيع و انفساخه.

فانه يقال انه خلاف الظاهر جدا، و مجرد استعماله فيه في صدر الحديث لا يصلح قرينة لذلك.

فتحصل: ان الأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب.

شروط خيار التأخير

اعتبار عدم قبض المبيع

ثم انه يشترط في هذا الخيار امور: احدها: عدم قبض المبيع، و لا خلاف في اشتراطه ظاهراً.

و قد استدلل لاعتبار هذا الشرط بقوله (عليه السلام) في خبر علي بن يقطين المتقدم فان قبض يبيعه «١» بناء على ان البيع هنا بمعنى

المبيع.

و اورد عليه: باحتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد، يعنى قبض البائع الثمن.
و اجاب الشيخ ره عنه بجوابين: احدهما: ان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، بل لم يوجد.
ثانيهما: اجراء اصالة عدم التشديد نظير اصالة عدم المد فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة.
و لكن يرد على الأول: منعه، و على الثانى: ان التشديد و التخفيف من انحاء

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٨

[...]

وجود الكلمة كالجهر و الاخفات، فاصالة عدم التشديد تعارض اصالة عدم التخفيف، مع ان المخفف مباين بحسب الهيئته مع المشدد، و لا- يقاس ذلك باصالة عدم المد، فان مقتضى المد زيادة الهمزة، فيمكن اجراء اصالة عدم الزيادة بخلاف المقام، فالانصاف انه حيث يحتمل قراءة بيعه بالتشديد، و قراءة قبض بالتخفيف فمفاد هذه الجملة اعتبار قبض البائع الثمن.
و يحتمل قراءة قبض بالتشديد، سواء قرأ بيعه بالتشديد او التخفيف، فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع.
و يحتمل قراءة بيعه بالتشديد مع قراءة قبض بالتخفيف، فمفادها ايضا اعتبار اقباض المبيع، و لا معين لأحد الأخيرين، فتكون مجمله لا يستفاد منها اعتبار اقباض المبيع.

فالأظهر عدم اعتباره، ثم ان هاهنا فروعا متفرعة على اعتبار هذا الشرط:

احدها: انه اذا بذل المشتري الثمن و البائع امتنع عن اخذه و اقباض المبيع، هل يثبت الخيار لا؟ و الظاهر عدم الخيار لا لما افاده السيد ره بان المدار فى الأخبار على عدم مجيئه بالثمن فمع بذله لا خيار، فان هذا الوجه يتم بالاضافة الى عدم قبض الثمن لا بالاضافة الى عدم اقباض المبيع، بل لما افاده الشيخ ره من ان ذلك كالبض بملاحظة ملاك الخيار و هو الارفاق بالبائع، و حيث ان عدم اقباض البائع مع بذل المشتري الثمن بامتناع منه، فلا موجب للارفاق، فلا خيار لعدم الملاك.

ثانيها: انه لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما اذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن ففيه وجوه ثالثها التفصيل بين استرداده و عدمه، رابعها ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه.

و قد اختار الشيخ ره الوجه الرابع، و محصل ما افاده فى وجهه: ان ثبوت الخيار

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٣٩

[...]

للبائع انما يكون من جهة الضرر، و هو انما يكون من جهات: احداها: من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه و عدم جواز تصرفه فيه.

ثانيها: من جهة تاخير الثمن و عدم الانتفاع به مدة.

ثالثها: من جهة ان ضمان المبيع و تلفه منه.

و الضرر من الجهتين الأولتين يتدارك بالتمكن من المقاصة باخذ المبيع، و الضرر من الجهة الأخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان، فلو بنينا على ارتفاعه به لا يبقى محل للخيار و الا فالخيار باق.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفى الضرر بل النصوص الخاصة.

و ثانيا: ان ذلك لو تم فانما هو في صورة امكان الاسترداد، و معه يرتفع الضرر من الناحية الثالثة، فان تلفه و ان كان منه الا انه لا من حيث تلف مال الغير، بل من حيث انه ماله.

و ثالثا: انه لا يجوز التقاص مع عدم اقباض الثمن مطلقا، بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى.

و استدلال للثالث: بانه مع عدم استرداده يكون اذنا في القبض بقاء، و هو يكفي.

و فيه: ان صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه اظن انها خارجة عن مورد النفي و الاثبات.

و استدلال للأول- اي كون هذا القبض كلا قبض مطلقا- بالانصراف، اي انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه

المأذون فيه، و لكن مع ذلك الأوجه هو الثاني، من جهة ان مدرك اعتبار هذا الشرط قوله (عليه السلام) (ان قبض بيعه فلو كان كل

منهما بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٤٠

[...]

المبيع، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن البائع و عدمه.

ثالثها: لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، ففيه وجوه، اختيار الشيخ ره سقوط الخيار على القول بارتفاع الضمان و عدمه على

القول بعدم الارتفاع، و الحق ان يقال: انه ان قلنا بان التمكن و التخليه بنفسه قبض فلا اشكال في السقوط، و الا فمقتضى الجمود على

ظواهر النصوص عدم سقوطه.

رابعها: انه لو قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض، او كالقبض، او ببعض الخيار؟ وجوه: اظهرها الأول لظهور قوله (عليه السلام) فان

قبض بيعه في صحيح علي بن يقطين «١» الذي هو المدرك لهذا الشرط في ارادة قبض المجموع لا البعض.

اعتبار عدم قبض مجموع الثمن

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن.

هذا الشرط مما اتفقت على اعتباره كلمات الأصحاب و نصوص الباب، انما الكلام في فروع:

الأول: انه لو قبض البعض فهل يسقط الخيار ام لا؟ وجهان: استدلال المصنف ره للثاني بخبر ابن الحجاج قال: اشترت محملا فاعطيت

بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتبست اياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك

او افاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فاتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال: ابو بكر يقول من تريد ان اقضى بينكما

بقول

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ٣-

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٤١

[...]

صاحبك او غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام و الا فلا بيع له «١».

حيث انه يدل ان قبض البعض كلا قبض.

و تنظر فيه الشيخ، و اورد عليه المحقق النائيني ره: بان ابن عياش في ذلك الخبر قد فهم من كلام الامام (عليه السلام) اعتبار قبض

المجموع، و عدم كفاية قبض البعض، و المتنازعان قد قنعا بما حكي عن الامام (عليه السلام)، فاستدلالم المصنف ره به في محله.
 و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لأن ابن عياش لم تثبت وثاقته و لا كونه شيعياً، بل الظاهر كونه عامياً.
 و ثانياً: ان فهم ابن عياش و المتنازعين لا يكون حجة علينا.
 و ثالثاً: انه ليس في الخبر ما يشهد بان ابن عياش فهم من كلام الامام (عليه السلام) عدم كفاية قبض البعض، كيف و هو غير متضمن
 الا لبيان نقل عبارة الامام (عليه السلام) في مقام الحكم، و لا يتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه.
 و بما ذكرناه ظهر انه- مضافاً الى عدم صحة الاستدلال به- لا يكون هو معتضداً لما يستفاد من النصوص، فالمتعين الاستدلال له
 بظهور الأخبار لأنه يصدق انه ما قبض الثمن.
 الفرع الثاني: انه لو قبض البائع الثمن بدون اذن المشتري، فهل هو كلا قبض مطلقاً، او كالبعض المأذون فيه، ام يفصل بين كونه بحق
 كما اذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فهو كالبعض المأذون فيه و بين كونه بباطل فلا يسقط الخيار

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٤٢

[...]

كما اختاره الشيخ ره؟ وجوه.

و قد استدلل الشيخ ره لما اختاره: بان ظاهر الأخبار و ان كان اعتبار وقوعه بالاذن، الا انه اذا كان القبض عن حق تكون الأخبار منصرفه
 عنه و لا يتضرر البائع لا من جهة تاخير الثمن كما هو واضح و لا من جهة ضمان المبيع، لأن له دفع الضرر عن نفس باقباض المبيع،
 فاذا لم يقبض كان هو المقدم على الضرر، بخلاف ما اذا كان القبض عن غير حق، فانه لا يتمكن من دفع ضرر الضمان الا بالوقوع في
 ضرر التأخير.

و فيه: اولاً: ان المتعين ملاحظة النصوص لا الضرر.

و ثانياً: انه اذا كان القبض بغير اذن لو قبض البائع المبيع يحل له التصرف في الثمن فهو متمكن عن دفع الضرر في الفرضين باقباض
 المبيع من دون ان يقع في ضرر التأخير.

و ثالثاً: ان عدم جواز تصرفه في الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل، و مجرد ان له الامتناع عن اقباض الثمن لا يصلح
 شاهداً لعدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكاً له.

و استدلالاً للأول: بان المدار في الأخبار على مجيء الثمن و لا يصدق ذلك في المفروض.

و فيه: ان هذا العنوان لا موضوعية له قطعاً، و لذا لو فرض كونه مقبوضاً له قبل ذلك او في ذمته لا يحتاج الى شيء آخر، بل هو طريق
 الى وصول الثمن الى البائع المتحقق في الفرض.

فالأظهر هو الثاني، و يؤيده ان قبض الثمن ارتضاءً للمبيع، فيكون مسقطاً للخيار من هذه الجهة، و لعل سر تعبير الأصحاب عن هذا
 الشرط بعدم قبض الثمن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٤٣

[...]

هو ذلك.

الفرع الثالث: بناء على اعتبار الاذن لو قبض البائع الثمن قبل مضى الثلاثة و اجاز المشتري بعد مضيها، فهل هي كاشفة فالخيار ساقط، ام مثبتة فهو باق؟ وجهان؟ اختار الشيخ ره الثانى.

و اورد عليه المحقق الايروانى ره بقوله: الظاهر انه لا- ثمرة لهذا البحث، فان الرضا المذكور ان كان كاشفا او كان مؤثراً فى كون القبض اذنيا من الحين كان مقتضاه عدم الخيار، اما على الأول: فواضح، و اما على الثانى: فلأن اجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة و هو من مسقطات الخيار.

و فيه: ان الرضا بالمعاملة ان كان مسقطا للخيار فهو رضا من له الخيار، و من له الخيار فى المقام هو البائع و الراضى هو المشتري. و كيف كان: فالأظهر هو الثانى فان القول بالكشف انما يكون فى تاثير العقد فى الملكية التى هى امر اعتبارى، و اما فى الامور الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازا فلا يعقل فيه الكشف و الا لزم انقلاب الشىء عما وقع عليه.

و عليه ففى المقام اذا كان المسقط للخيار القبض المأذون فيه فى الثلاثة فالاجازة بعدها لا توجب اتصاف القبض فى الثلاثة بكونه ماذونا فيه، فالمتعين هو البناء على عدم الكشف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٤٤

[...]

الشرط الثالث والرابع

الشرط الثالث: عدم اشتراط تاخير تسليم احد العوضين بلا خلاف فيه، بل هو اجماعى فى الجملة.

و قد استدل له: بان المتبادر من النص غير ذلك.

توضيحه: انه لو اشترط تاخير الثمن فحيث ان الشرط فى ثبوت الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن، و هذا انما هو فيما من شأنه ان يجيء به، و مع اشتراط التأخير ليس من شأنه ذلك، فيكون الفرض خارجا عن مورد النص.

و لو اشترط تاخير المبيع، فحيث ان الشرط عدم إقباض البائع، فيما وظيفته الاقباض، فلا يشمل ما اذا كانت وظيفته عدمه.

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا او شبهه، كصاع من صبرة، نص عليه شيخ الطائفة فى عبارة ظاهرة فى كونه مفتى به عندهم، و صرح به فى التحرير و المذهب البارع، و جامع المقاصد و غيرها.

و ملخص القول فيه بالبحث فى موارد:

الأول: فيما يستفاد من كلمات الأصحاب.

الثانى: فيما تقتضيه قاعدة نفي الضرر.

الثالث: فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد اتعب الشيخ ره نفسه الزكية لاثبات ان المشهور بين الأصحاب اعتباره، و لكن يرد عليه: اولاً: ان غاية ما اثبتته قده سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشخصى، و هذا لا يدل على الاختصاص.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٤٥

[...]

و ثانياً: انه معارض بان الشهيد ره نسب الخلاف الى الشيخ فقط، و قد نسب التعميم الى الأكثر، و عن الاحتجاج: دعوى الاجماع عليه.

و ثالثاً: انه غير بالغ حد الاجماع.

و رابعاً: انه لو كان بالغاً حده لما كان حجةً بعد معلومية مدرك المفتين.

و أما المورد الثانى: فقد افاد الشيخ ره: ان قاعدة نفى الضرر «١» تقتضى الاختصاص، اذ المبيع الشخصى مضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه، و عدم جواز التصرف فيه، و عدم وصول بدله اليه بخلاف الكلى.

و اورد على السيد الفقيه: بانه يكفى فى لزوم الضرر لو كان المبيع كلياً ضرر الصبر عن الثمن و ان لم يكن ضمان.

وفيه: ان ضرورية تأخير الثمن انما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل اليه، و حرمانه من التصرف فيما انتقل عنه و الا فمجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لا يعد ضرراً، بل هو عدم النفع، و معلوم ان هذا يختص بالمبيع الشخصى. و لكن الذى يسهل الخطب ان المدرك لهذا الخيار ليس هو حديث نفى الضرر.

و أما المورد الثالث: فالألفاظ الواقعة فى النصوص المأخوذة موضوعاً لهذا الخيار ثلاثة: البيع، المتاع، الشئ. و قد ادعى الشيخ ره اختصاص الجميع بالشخصى.

اما الأول: فبدعوى ان المراد البيع المبيع، و هو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع، و لا مناسبة فى اطلاقه على الكلى.

وفيه: اولاً: ان اطلاق المبيع ليس باعتبار المعرضية، اذ ليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشاركة و الأول، و عليه فكما يشمل الشخصى يشمل الكلى.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٤٦

[...]

و ثانياً: ان اطلاقه فى خبر اسحاق بن عمار انما يكون على نحو الحقيقة، لقوله (من اشترى بيعة اذ من المعلوم ان الاشتراء انما يكون بعد البيع، فهذا الاطلاق حقيقى و يصدق على الكلى ايضا).

و أما الثانى: فالانصاف انه مختص بالشخصى، لأن المتاع ما يتمتع به و ينتفع به، و من المعلوم ان هذا شأن الشخصى دون الكلى، مضافاً الى قوله يدعه فانه ظاهر فى الشخصى.

و ما افاده المحقق الايروانى ره من ان المراد به عدم قبضه الشامل للكلى، خلاف الانصاف، الا انه لا مفهوم له كى يدل على عدم ثبوت الخيار فيما اذا كان المبيع كلياً، فيعارض مع غيره و يقيد.

و أما الثالث: فربما يدعى اختصاصه بالشخصى لوجهين: الأول: ان الشيئية مساوقة للوجود، فهو لا يصدق على الكلى.

وفيه: ان هذا و ان كان تاماً الا- انه لا- اختصاص له بالوجود الخارجى، بل يشمل كل ماله نحو من الثبوت، و من انحائه الثبوت فى الذمة.

الثانى: ما افاده الشيخ ره، و حاصله: ان ارادة الشخصى منه على العموم ليست بحيث تحتاج الى قرينة، فيمكن ان يدعى انه المراد و لا يمكن نفيه باصالة عدم القرينة، كما فى المجاز المشهور، و المطلق المنصرف الى بعض افراده انصرفاً لا يحوج ارادة المطلق الى القرينة.

وفيه: ان المقام ليس نظيراً للمجاز المشهور، فلو كان فهو من قبيل المطلق المنصرف، و هو ممنوع، لأن بيع الكلى متداول، فلا ترجيح لأحد الثبوتين على الآخر حتى يدعى الانصراف الى احدهما، مع ان المدار فى حجية العموم ظهوره فى العموم لا إصالة عدم القرينة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٤٧

]...[

فتحصل: ان الأظهر عدم الاختصاص بالشخصى.

ما قيل باعتباره فى خيار التأخير

و هنا امور قيل باعتبارها فى هذا الخيار، منها عدم الخيار لأحدهما اولهما.
وفيه اقوال اربعة:

الأول: ما عن المصنف فى التحرير، و هو: اشتراط خيار التأخير بعدم الخيار للبائع و المشتري مطلقا.

الثانى: ما عن ابن ادریس، و هو: اعتبار ان لا يكون لهما خيار الشرط لا مطلق الخيار.

الثالث: ما مال اليه صاحبنا مفتاح الكرامة و الجواهر، و هو: اعتبار ان لا يكون للبائع خيار، و اما خيار المشتري فلا يعتبر عدمه.

الرابع: ما هو المشهور، و هو: عدم اعتبار هذا الشرط مطلقا.

و قد استدلل للأول لوجوده:

منها: ان من احكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن او المثل لمن له الخيار، و بالتبع لا يجب على الآخر تسليم ما انتقل عنه. و قد تقدم ان ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، كما ان ظاهرها ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له فى عدم الاقباض.

وفيه: ان ما افاده من ان من احكام الخيار عدم وجوب اقباض من له الخيار ما انتقل عنه- و ان اعترف به الشيخ ره فى باب القبض- الا

انه غير تام، اذ لا مدرک له سوى ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان القبض و الاقباض من الشروط

فقه الصادق عليه السلام (لرؤحانى)، ج ١٧، ص: ٢٤٨

]...[

الضمنية، فاذا كان العقد خياريا كان كذلك بجميع ما تضمنه من الشروط، فكما لا يجب الوفاء بالعقد لا يجب الوفاء بما فى ضمنه من الشروط. هذا بالنسبة الى من له الخيار، و اما الآخر فلا يجب عليه التسليم، لأن التسليم و التسلم التزام من الطرفين، فاذا لم يف احدهما به لا يجب على الآخر ذلك، و هو غير تام، فان الخيار ليس الا السلطنة على حل العقد، و اما الشروط فان كان وجه توهم عدم وجوب الوفاء بها انها تابعة للعقد، فيرد عليه: ان التبعية انما تكون فى الوجود لا- فى دليل النفوذ و اللزوم، فان دليل لزومها المؤمنون عند شروطهم، و ان كان وجهه انه اذا كان العقد جائزا لا معنى لكون الشرط لازما فيرد عليه ما تقدم فى مبحث خيار المجلس و الحيوان من ان ذلك فاسد، و انه لا منافاة بين ان يكون له اعدام الموضوع، و لكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط.

و أما المقدمة الثانية المذكورة فى الاستدلال فهى تامة، و قد مر تقريبها فى الشرط الثالث.

و بذلك يظهر انه لا مورد لقول الشيخ ره و تسليم انصراف الأخبار الى كون التأخير بغير حق الموهوم لعدم التسليم.

و أورد عليه الشيخ: - مضافا الى منع المقدمتين- بوجهين آخرين: احدهما: ان لازمه كون مبدأ الثلاثة بعد التفرق، مع ان ظاهر الأخبار كونه من حين العقد.

ثانيهما: ان لازمه عدم جريان خيار التأخير فى بيع الحيوان لثبوت خياره للمشتري، مع اتفاقهم على ثبوته فيه.

ثم اجاب عن الثانى: بانه يمكن ان يكون مراد المستدل ان مبدأ الثلاثة فى خيار التأخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان، من جهة انه مقتضى

الجمع بين دليل خيار الحيوان و ما دل على عدم استحقاق التسليم في زمان الخيار و دليل خيار التأخير.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٤٩

[...]

و بهذا البيان ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على الشيخ ره من عدم ارتباط هذا الجواب بما اورده على المستدل، و لكن يرد عليه: ان هذا الجمع ليس عرفيا، فانه اذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان و دليل خيار التأخير- من جهة ان خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التأخير، حيث انه يكون عدم التسليم عن حق، و الشرط هو عدم التسليم عن غير حق- لا يصح الجمع بالنحو المذكور. و منها: ان الأخبار ظاهرة في لزوم البيع في الثلاثة، و خياريته بعدها، و حيث ان الخيار الثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق، فالمنفى في الثلاثة هو الخيار المطلق، فيختص بغير صورة ثبوت الخيار في الثلاثة.

و دعوى ان المثبت بعدها الخيار المقيّد بكونه عن سبب خاص، مندفعه باستحالة تقيّد المسبب بسببه، و الا لزم كون الشيء مقتضيا لنفسه و لاقتضائه و هو محال.

و دعوى ان المنفى خصوص خيار التأخير- اي ان المراد بالأخبار اللزوم من هذه الجهة- مندفعه بمنافاته لقرينه المقابلة.

و بهذا يندفع ما اجاب به الشيخ ره عن هذا الوجه في آخر كلامه من ان عدم تقيّد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتخير.

و لكن يرد عليه: ان المثبت ليس هو الخيار المقيّد بالمسبب و لا- المطلق، بل الحصّة الخاصة من طبعي الخيار، و المنفى في الثلاثة ذات تلك الحصّة لا مطلق الخيار. فتدبر.

و منها: انصراف النصوص الى غير هذا الفرض.

و فيه: انه لا وجه لدعوى الانصراف.

و قد استدلل للثاني: بان مرجع شرط الخيار الى شرط تاخير المبيع من البائع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٢٥٠

[...]

و تأخير الثمن من المشتري، اذ مرجعه الى أخذ زمام العقد بيده، فله السلطنة عليه بماله من المقتضيات التي منها التسليم، و قد تقدم اعتبار ان لا يكون التأخير عن حق.

و فيه: ان لزوم التسليم من آثار العقد اعم من اللازم و الجائز، و عليه فشرط الخيار لا يكون شرطا لكون زمان هذا الأثر بيده.

و قد استدلل للثالث: بان هذا الخيار جعل لاندفاع ضرر البائع، فاذا كان هذا الضرر مندفعاً من جهة ثبوت الخيار له من جهة اخرى فلا موجب لخيار التأخير.

و فيه: ان مدرك هذا الخيار هو النصوص، فلا بد من ملاحظتها دون رعاية حكمه الجعل.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الرابع.

و مما قيل باعتباره: تعدد المتعاقدين، و قد استدلل لاعتباره بوجهين: احدهما: ان النص مختص بصورة التعدد، فان مورده ذلك.

و فيه: ان القبض و الاقباض من وظائف المالكين او من له الولاية او الوكالة المفوضة لا العاقدين بما هما عاقدان، و عليه فالعبرة بتعدد المتبايعين لا المتعاقدين.

ثانيهما: ان هذا الخيار يثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد.

وفيه: اولاً: ان خيار المجلس انما يثبت له اذا كان وليا او وكيلاً مفوضاً من الجانبين او من جانب و مالكا من طرف آخر، ولا يثبت للعاقده بما هو عاقده.

و ثانياً: انه يمكن اسقاطه او اشتراط عمده.

و ثالثاً: انه قد تقدم انه لا يثبت بعد خيار المجلس فالأظهر عدم اعتبار هذا الشرط ايضاً.

ومنها: ان لا يكون المبيع حيواناً او خصوص الجارية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥١

[...]

و قد استدلل له بخبر ابن يقطين عن ابي الحسن (عليه السلام): عن رجل اشترى جارية و قال: اجيئك بالثمن، فقال ان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له «١».

و اورد عليه الشيخ ره: بانه غير ظاهر في ارادة صورة عدم اقباض الجارية، و يحتمل حمله على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط.

و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر.

وفيه: ما ذكره من عدم ظهوره في صورة عدم اقباض الجارية حق، لكن قد عرفت عدم اعتبار اقباضه في هذا الخيار، مع انه لو قلنا باعتباره عدم ظهور هذا الخبر في اعتبار لا يكون اشكالا عليه، اذ لا يجب تعرض الدليل لجميع الخصوصيات، مضافاً الى امكان الالتزام بالفرق و انه لا يعتبر ذلك في بيع الجارية.

و أما الحمل الأول فيبعده (فاء) التفريع المعتضد بعدم تعيين المدء.

و أما الحمل الثاني فهو ابعده، فان قوله فلا بيع له كيف يحمل على الاستحباب. فالصحيح الجواب عنه باعراض الأصحاب عنه و عدم عملهم به.

قال الشيخ: ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق او من حين العقد ... الخ.

ظاهره ره ابتداء المسألة على ان المراد بالمجيء بالثمن في قوله ان جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام هل هو معناه الظاهر الملازم للافتراق اذ لا يمكن المجيء مع الاجتماع، او معناه الكنائى و هو عدم اقباض الثمن، و هو قده قوى الثاني بقريته قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين: فان قبض يبعه. «٢».

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٢

[...]

و لكن يرد عليه: ان خبر ابن يقطين في المبيع و غيره في الثمن، فلا يكون أحدهما قرينة على الآخر، و الظاهر لا يرفع اليد عنه بواسطة احتمال ارادة المعنى الكنائى، اللهم الا ان يقال: ان من المعلوم عدم اعتبار المجيء بهذا المعنى، و انه لو كان عنده الثمن فاقبضه لا يكون كافياً، فلا محالة يكون المراد به الإقباض. فالأقوى ان المبدأ من حين العقد.

سقوط خيار التأخير بالإسقاط

و تمام الكلام فى المقام فى طى مسائل:

الاولى: فى مسقطاته، أو قيل بكونه مسقطا،

أحدها: إسقاطه بلا خلاف بين الأصحاب.

و لكن مدرک هذا الخيار ان كان هو الإجماع صح ما افاده و ان كان هى الأخبار أو قاعدة نفى الضرر لا يصح، اما إذا كان هى النصوص فلأن مفادها نفى اللزوم بعد الثلاثه، و بديل ذلك هو الجواز لا حق الخيار القابل للإسقاط، كما انه ان كان المدرک هى قاعدة نفى الضرر لا يصح إسقاطه، فان مقتضاها كما تقدم نفى اللزوم خاصة لا إثبات حق خيارى قابل للإسقاط، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما غير قابل للإسقاط، و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشىء من المسقطات.

لا يقال: انه يلتزم بسقوطه بالإسقاط بواسطة الإجماع.

فانه يقال: أولا: انه غير ثابت، و ثانيا: انه ليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام)، ثم انه مع الإغماض عن ذلك و تسليم سقوطه بالإسقاط و انه حق يقع، الكلام فى إسقاطه و مسقطات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٣

[...]

و فى سقوطه بالإسقاط فى الثلاثه و جهان: قد استدل على عدم سقوطه بالإسقاط فى الثلاثه بوجهين: أحدهما: انه انما يثبت بعد الثلاثه، و سببه الضرر الحاصل بالتأخير غير المحقق فى الثلاثه، فاسقاطه اسقاط لما يجب، فلا يصح.

و فيه: انا اسقاط ما لم يجب منجزا غير معقول، و اما معلقا على ثبوته فهو معقول، و لا- دليل على مبطلية التعليق سوى الإجماع غير الشامل للمقام من جهة انه تعليق على ما يتوقف عليه الشىء، بل مبطلية التعليق مطلقا فى غير البيع غير مسلمة.

ثانيهما: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: ان المراد بالإسقاط ان كان هو الاسقاط الفعلى المنجز فهو غير معقول، و ان كان المراد الاسقاط معلقا على تقدير ثبوته فهو معقول، الا انه لا دليل على نفوذه، فان الدليل على جواز اسقاط الحق هى القاعدة المجمع عليها من انه لكل ذى حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلا له إسقاطه فعلا، و لا يشمل المقام.

و فيه: ان تلك القاعدة ليست مضمون رواية خاصة كى يستدل بظاهرها، بل هى مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم فى خيار المجلس، و هو غير مختص بالصورة المفروضة، مع انه قد تقدم فى ذلك المبحث ان مدرک مشروعيته فحوى ما دل على ان التصرف انما يكون مسقطا لكونه إسقاطا للحق و التزاما بالعقد. فراجع.

و قد استدل لجواز إسقاطه بوجه: أحدها: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان العقد سبب الخيار، فيكفى وجوده فى إسقاطه.

و فيه ما تقدم فى خيار المجلس مفعلا من انه لا ثبوت للشىء قبل تحقق جميع اجزاء علته، و ان تحقق مقتضية، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضيات عن الشروط فى باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا- تكون الموضوعات و الأسباب و الشروط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام فى محله.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٤

[...]

الثانى: ما افاده الشيخ ره ايضاً، و هو فحوى جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

وفيه: ما سيجيء منه قده من انه يتم ذلك لو كان المدرك في الأصل الاجماع، واما ان كان المدرك عموم ادلة الشروط فهو غير ثابت في الأصل.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني ره، وهو: ان اسقاطه قبل ثبوته مرجعه الى اجتيازه عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد. وفيه: ان حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق، ولعله من الأحكام غير القابلة للاسقاط. فالصحيح ما ذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط في ضمن الجواب عن ادلة المانعين. فراجع.

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد.

وقد استدلل لكونه مسقطا بعموم ادلة الشروط «١».

وأورد عليه الشيخ بناء على عدم جواز اسقاطه في الثلاثة: بان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوطه ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط.

وفيه: اولاً: ان المشروط ان كان سقوطه بعد ثبوته لا يكون ذلك خلاف المشروع بل هو مشروع.

و ثانياً: ان المشروط ان كان هي النتيجة يكفي ادلة الشروط دليلاً لصحة الشرط المذكور. و تمام الكلام في محله.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب كتاب المكاتبه من كتاب العتق وغيرهما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٥

[...]

بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

: يقع الكلام تارة: بناء على كون المدرك قاعدة نفى الضرر، و اخرى: بناء على كونه الأخبار.

اما على الأول: فقد ادعى الشيخ ره انه مسقط، و ذلك لأنه لا ضرر في حال البذل، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، و الضرر السابق لا يتدارك به، و انما المتدارك به الضرر المستقبل، و لا سبيل الى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار، لأن الحكم يدور مدار بقاء موضوعه.

و اورد عليه المحقق الايرواني ره: بان الخيار حكم عدمي، و هو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم، و عدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك، و ارتفاع المناط انما يضر باستصحاب الحكم الوجودي دون العدمي.

وفيه: ان الخيار امر وجودي قطعاً، و هو ملك فسخ العقد و السلطنة على حله.

و ربما يورد عليه: بان مفاد لا ضرر نفى الحكم عن الموضوع الضروري، و مع انتفاء الضرر بما ان الموضوع يكون باقياً و تبدل الضرر من قبيل تبدل الحالة لا يضر بالاستصحاب.

وفيه: ان المختار عنده و عندنا ان المنفى هو الحكم الضروري، فاذا لم يكن الحكم ضرورياً لا يكون منفياً.

و أما على الثاني: فمقتضى اطلاق النصوص و عدم استفعالها بين دفع المشتري للثمن بعد الثلاثة و عدمه كونه مسقطاً، و لكن الشيخ ره كأنه لا يسلم ذلك، لأنه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٦

]...[

بعد نقل الاستدلال لعدم السقوط بالاستصحاب قال: و هو حسن لو استند في الخيار الى الأخبار، و لعل منشأه ان قوله (عليه السلام) ان جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام لا إطلاق له ليشمل ما بعد الثلاثة، و حيث ان الشرطية الثانية تصريح بمفهوم الاولى، و المفهوم تابع للمنطوق سعة و ضيقا، فلا يكون شاملا للبذل بعد الثلاثة.

و لكن يرد: ان خبر اسحاق بن عمار متضمن لشرطية مستقلة، لاحظ قوله (عليه السلام) من اشترى يبعه فمضت ثلاثة ايام و لم يجيء فلا يبع له و كفى به مطلقا.

و أما ما افاده ره من قرب دعوى انصراف الأخبار الى صورة التضرر فعلا- بلزوم العقد، فيرد عليه: انه من المحتمل ان يكون حكم الشارع بالجواز مجازاة للضرر الذي اورده على البائع، و عليه فلا وجه لدعوى الانصراف، ثم على تقدير الانصراف لا وجه لدعوى عدم جريان الاستصحاب، فان غاية ما يدعى قصور نصوص الباب عن الشمول لما بعد بذل المشتري الثمن، و هذا لا يمنع من اجراء الاستصحاب، نعم على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية لا يجري في المقام. فتحصل: ان مقتضى اطلاق النصوص عدم كونه مسقطا. و عليه فيقع الكلام في الشرط.

اخذ الثمن من المشتري

الرابع: و هو اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل. يقع الكلام في المقام في جهتين:

الاولى: في ان اخذ الثمن هل يكون مسقطا ام لا؟ و ما الفرق بين هذا الخيار

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٧

]...[

و سائر الخيارات حيث لم يحتمل احد فيها سقوط الخيار باخذ الثمن، و في هذا الخيار مضافا الى احتمالها ذهب اليه جمع.

الثانية: في انه على فرض كونه مسقطا من جهة كونه التزاما فعليا هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام، ام يعتبر الظن الشخصي، ام لا يعتبر الظن ايضاً؟.

اما الجهة الاولى: فقد استدلت المسقطية بانه التزام فعلي بالبيع، و رضا بلزومه، و لعل الفرق بينه و بين سائر الخيارات ان هذا الخيار من ناحية تاخير الثمن و تضرر البائع بعدم وصول ماله اليه، فيصح ان يقال ان اخذ الثمن التزام بالبيع. و لكن الانصاف انه ليس التزاما بالبيع، بل هو تميم للمعاملة، و جعل للمعاوضة العقدية عملية، و هذا يلائم مع كون البائع بانياً على الفسخ. فالحق انه بنفسه ليس مسقطا.

و أما الجهة الثانية: فقد استدلت لعدم اعتبار العلم ان او الظن بما تقدم من سقوط خيار الحيوان او الشرط بما كان رضا نوعياً بالعقد، و هذا من اوضح افراده.

و فيه: ان التصرف انما يكون مسقطا لخيار الحيوان للنصف غير الشامل لغيره، فالميزان هو حصول العلم او الظهور العرفي، و مع فقدهما لا يكتفى بالظن ايضاً.

و هل يسقط الخيار بالمطالبة الثمن؟ وجهان.

الظاهر ان مطالبته ليست من المسقطات لعدم كونها مسقطاً في شيء من الخيارات لا لعدم كونها تصرفاً كما في المكاسب، اذ لا يلزم

ان يكون الدال على الاسقاط تصرفاً، بل يكفي فيه كل ما يدل عليه من القول او الفعل، بل لعدم كونها دالة عليه. و أما ما افاده الشيخ ره بناء على كونها مسقطاً لسائر الخيارات بانه في سائر الخيارات يكون سبب الخيار العقد و لو من جهة التضرر بلزومه، و اما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد و لا الضرر الماضي، بل الضرر المستقبل، لأنه الذي يندفع فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٨

[...]

بالخيار دون ما مضى، و مطالبه الثمن لا تكون التزاماً بالضرر المستقبل، بل هي التزام بما مضى، فيرد عليه: ان دليل الخيار هو النص، و لعل منشأ التضرر بالتأخير في الثلاثة، و يكون الخيار مجازاة له لا تداركا.

فورية خيار التأخير و عدمها

. المسألة الثانية: في كون هذا الخيار على الفور او التراخي فيه قولان.

و الكلام في هذه المسألة يقع في موردين:

الأول: في بيان ما يستفاد من النص.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

اما المورد الأول: فقد استدل الشيخ ره على القول بالتراخي: بان الانسب بنفي الحقيقة بعد عدم ارادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأساً، فقولته (عليه السلام) (لا يبيع له ظاهر في التراخي).

و الجواب عنه ما ذكره جل المحشين: بان هذا يناهى ما تقدم منه آنفاً من انصراف الأخبار الى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد، اذ عليه لا يشمل اطلاق النص ما اذا كان التضرر مستنداً الى اختياره بعدم فسخ العقد في اول ازمته الامكان و لكن قد مر عدم تمامية ما افاده هناك، فاطلاق النص يقتضي البناء على التراخي، فان نفي لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك.

و أما المورد الثاني: فقد استدل الشيخ ره: بالاستصحاب للقول بالتراخي، مع انه لم يسلم جريانه في خيار الغبن.

و ما افاده تام على مسلكه، فانه انما منع من جريانه هناك من جهة ان الموضوع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٥٩

و لو تلفت السلعة كانت من مال البائع

غير استفاد من النص بالتقريب المتقدم، و في المقام يكون استفاداً منه، و لكن قد عرفت انه لا مانع من جريانه هناك من هذه الناحية، و لا يجري من جهة اخرى، و هي موجودة في المقام، و هي عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية. فتدبر، مع انه قد تقدم ان المرجع عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فراجع.

في ان تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

الثالثة: و لو تلفت السلعة فان كان التلف بعد الثلاثة كانت من مال البائع اجماعاً.

و يشهد له: النبوي المعمول به بين الأصحاب غير المسطور في كتب روايات اصحابنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

و قد اورد عليه: بانه يعارض مع قاعدتين آخرين: احدهما: قاعدة التلازم بين النماء و الدرك المستفاد من النص الخراج بالضمان «٢» و الاستقراء.

ثانيهما: قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «٣».

و لكن الاولى اعم من النبوى فتخصص به، بل يمكن ان يقال انه لا معارضة بينهما، فان مفاد النبوى على ما هو المشهور انتقال المبيع الى البائع قبل التلف آنا ما، و التلف فى ملكه، و فى ذلك الآن و ان كان زمانا قصيراً يكون النماء للبائع.

و أما الثانية: فهى غير شاملة للمقام لوجوه: الأول: انها مختصة بخيار الحيوان

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ و سنن ابى داود ج ٢ ص ٢٥٥ و المبسوط كتاب البيوع.

(٣) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٦٠

على كل حال

و الشرط و لا تشمل كل خيار.

الثانى: انها مختصة بما بعد القبض، و لا تشمل ما قبل القبض.

الثالث: ان موردها ما اذا تلف ما انتقل الى من له الخيار، كما فى الحيوان المنتقل الى المشتري، و فى المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار.

و أما ان كان التلف فى الثلاثة فالمشهور بين الأصحاب كونه من مال البائع، و إليه نظر المصنف حيث قال: على كل حال و هو مقتضى النبوى، و عن جماعة من القدماء منهم المفيد و السيد: كونه من المشتري.

و قد استدل له: بقاعدة ضمان المالك لماله، و لكنها مع جريانها فى الصورة السابقة اخص من النبوى فتخصص به.

فالتفصيل بين صورتين فى غير محله، مع ان خبر عقبه عن الامام الصادق - فى حديث: - فاذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «١». يدل على انه من مال البائع، و هو من جهة ان مفروض السؤال حيث قال: آتيك غدا فسرق المتاع هو التلف فى

الثلاثة لا بعدها مختص بهذه الصورة. فاستدلال صاحب الجواهر به فى الصورة السابقة فى غير محله.

و لو مكته من القبض فلم يتسلم فتلفت السلعة، فان قلنا بكفاية التخليء بين المال و مالكة و عرضه عليه فى صدق القبض فلا كلام، و الا فقد بنى الشيخ ره ضمان البائع و عدمه على ارتفاع الضمان بذلك و عدمه، و هو قده قوى الأول.

توضيحه: ان التمكين من المشتري يوجب ارتفاع ضمان البائع، و معه يرتفع الخيار، و مع ارتفاعه لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه)

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٦١

و ما لا بقاء له يثبت الخيار فيه يوماً

للانصراف.

وفيه: ان الانصراف ممنوع، و التلازم بين ارتفاع الخيار الضمان ايضا كذلك، فالأظهر انه من مال بائعه على هذا المسلك.

قال في محكى النهاية: و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها.

و يمكن ان يكون وجه التعميم في هذه الصورة: ان هذا الخيار لا يسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده، و هو ممن نسب اليه ان انتقال المبيع الى المشتري انما يكون بعد انقضاء الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل و المنفصل، فانه على هذا يكون التلف من البائع لوقوعه في ملكه، فلا- يتوجه ايراد الشيخ ره عليه بان التعميم مناف لتعليل الحكم بان الخيار له بعد الثلاثة، و انما لا يلتزم بذلك في الاقباض في الثلاثة من جهة ان الاقباض قبلها رافع لموضوع الخيار.

شراء ما يفسد من يومه

الرابعة: المشهور بين الأصحاب: انه لو اشترى ما يفسد من يومه كما في بعض الكلمات و ما لا بقاء له كما في آخر يثبت الخيار فيه يوما فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع له.

و قد استدلل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

منها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد بن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابى حمزة او غيره عن ذكره عن ابى عبد الله او ابى الحسن عليهما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٢

[...]

السلام: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له. (١)

و الكلام فيه في موردين: الأول: في سند الحديث.

الثاني: في فقهه.

اما الأول: فالاشكال فيه من وجوه: منها انه مرسل.

و منها: ان محمد بن ابى حمزة مشترك بين ابن الثمالي و التيملي الذي لم يوثق.

و منها: ان من يروى عنه ابن يزيد لم يثبت كونه ابن ابى حمزة و لعله غيره.

و أما الثاني: فقولته من يومه اما يراد به في يومه من كون من للظرفية فيكون اول الليل الذي هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد في النهار، و هذا الضرر لا يتدارك بالخيار، و اما يراد به معناه المعروف و هو كونه للابتداء فيكون اول الليل الذي هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد من اول اليوم و حاله حال السابق، فلا بد من التصرف باحد نحوين: احدهما: ما في المكاسب، و هو: ان المراد باليوم و ليله، فالمعنى انه لا يبقى على صفة الصلاح ازيد من يوم بليله.

ثانيهما: ما افاده بعض المحققين، و هو حمل ما يفسد على الاشراف على الفساد، فيكون من المجاز بالمشاركة، و يصح جعل الخيار من اول الليل لثلا يقع في الضرر الذي اشرف عليه، و كل منهما صحيح لا مرجح لأحدهما على الآخر، و اما تقريب دلالته على الخيار لا الانفساخ فهو ما تقدم في نصوص خيار التأخير.

و منها: ما ارسله الصدوق في الفقيه، و في آخر الخبر: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل «٢».

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب الخيار حديث ٢.١.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب الخيار حديث ٢.١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٣
[...]

و الكلام فيه من جهتين: الاولى: في سنده، و هو مضافا الى كونه مرسلا، لم يثبت كونه تتمه الرواية، بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق، بل في محكى الجواهر: لعله الظاهر.

الجهة الثانية: في دلالتها، و قد يقال: ان مفاده جعل الخيار و نفي اللزوم، و في حاشية السيد: و يحتمل ان يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يوما الى الليل و بعده على المشتري من جهة تقصيره في الأخذ.

و لكن ان كان المراد بالعهد عهدة المبيع تعين ارادة ما احتمله السيد، فان اثرها حينئذ ان دركه عليه و هو في ضمانه، و ان كان المراد بها عهدة البيع تعين ارادة الأول، فان اثر عهدة البيع لزومه و عدم انفكاكه عنه، و الظاهر هو الثاني، لأن عهدة المبيع لا تكون مغياة بزمان، بل بالقبض بخلاف عهدة البيع.

و منها: حديث لا ضرر «١» فان البائع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن.

و ترد عليه الوجوه الأربعة التي اوردناها على الاستدلال به لخيار التأخير، و منها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن ما لم يفسد، و مرجع ذلك الى الشرط الضمني و الخيار عند تخلف الشرط.

و يرد عليه ما ذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.

و ينبغي التنبيه على امور:

(١) ان ظاهر المتن، و كذا كلمات جمع من الأساطين، منهم اكثر المتأخرين: كون الليل، غاية للخيار، مع انه لا شبهة بحسب النص و الفتوى ان مبدأ الخيار الليل،

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٤
[...]

و قد اول المحقق الأردبيلي ره كلماتهم بجعل الى الليل متعلقا بما يفسد لا بالخيار، و لكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم، لاحظ ما في المتن و ما عن النهاية و عبارة التذكرة: فالخيار فيه الى الليل.

و قد تؤول كما احتمله المحقق الاصفهاني ره: بان اطلاق الخيار باعتبار اول الأمر اليه بمضى اليوم و اقبال الليل باعتبار وجود مقتضية و هو كون المبيع مما يؤول امره الى الفساد باقبال الليل و المقتضى له ثبوت بثبوت مقتضية و فعليه مقتضاه باقبال الليل.

و لكن هذا يتم في مثل عبارة النهاية و لا يتم في مثل عبارة التذكرة المتضمنة لكون الغاية الليل، فالمتعين حمل كلماتهم على ما افاده الشيخ ره و هو: ان مرادهم بالخيار معنى غير الخيار المصطلح الثابت من اول الليل، و هو ان المشتري مختار في القبض و الاقباض في اليوم، و ان له التأخير الى الليل من دون ان يستتبعه شيء، و لازمه لزوم الصبر على البائع الى الليل، و لزوم البيع عليه.

(٢) هل يعتبر في هذا الخيار شروط خيار التأخير كما عن الغنية و غيرها، ام لا؟ وجهان: قد استدلل للأول: بانه فرد من افراد خيار التأخير، و بوحدة لسان الدليلين.

و لكن الانصاف انهما متغايران، اذ المدار في خيار التأخير المتقدم على تأخير قبض الثمن و هنا على تأخير قبض المثل، و الحكمة في ذلك الخيار دفع ضرر البائع من ناحية الصبر عن الثمن، و في هذا الخيار دفع ضرره من ناحية الفساد الموجب لضمان المبيع، و مبدأ الخيار في المقام اول الليل، و في الخيار السابق بعد مضي ثلاثة ايام، و عليه فالشروط المعتبرة في ذلك الفرد من التأخير لا وجه للبناء على اعتبارها في هذا الفرد.

(٣) هل المراد بالفساد هو الفساد الحقيقي، او ما يشمل تغير العين الحادث

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٥

[...]

بسبب المبيت؟ وجهان، اختار الشيخ الثاني، و استدله: بان مورد النص و الفتوى الخضر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالميت و لا تهلك.

و اورد عليه المحقق الايرواني ره: بان المراد به الفساد الحقيقي، و هو خروج العين الى حالة لا- تتمول من جهة عدم ترتب الآثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع اندراجها بذاتها تحت الطبيعة، و اما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه الشيخ ره.

و لكن ما افاده في الفرق بين الفساد و التلف و ان كان متينا الا انه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي، اذ مرور يوم على مثل البقول و الفواكه لا يوجب خروجها عن المالمية، بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها و شبهها.

(٤) و لو لم يحدث في المبيع الافوات السوق، فلا اشكال و لا كلام في عدم شمول النص و الفتوى له، لأنه ليس من الفساد قطعاً، انما الكلام في انه اذا كان المدرك حديث لا ضرر هل يشمل ام لا؟ و الشيخ ره جعل اثبات الخيار و نفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضرراً او فوات نفع، و الحق انه ليس ضرراً و لا فوات نفع بالنسبة الى البائع بعد عدم كون نقص القيمة السوقية موجبا لضمان البائع، و هو ضرر بالنسبة الى المشتري، و لا يكون ذلك موجبا لجعل الخيار على البائع.

و بذلك ظهر ما في حاشية السيد، و هو ان الأقوى اللاحق، لأنه يصدق عليه الضرر عرفاً و ان كانت العين باقية كما كانت، لأن المناط فيه فوات المالمية، و لا فرق فيه بين نقص العين و القيمة، فالضرر صادق خصوصاً في الأموال المعدة للتجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٦

السادس: خيار الرؤية فمن اشترى موصوفاً غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ اذا وجده دون الوصف

خيار الرؤية

اشارة

السادس: خيار الرؤية و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما وصفه فمن اشترى موصوفاً غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ اذا وجده دون الوصف.

و هذا التعبير اولى من تعبير الشيخ حيث قال: الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه، لأن مورد هذا الخيار ليس خصوص ما لو رأى المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ليكون من افراد خيار الشرط، كما هو ظاهر المكاسب، بل مورد ما اذا

تخلف الوصف الذي وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط او باخبار البائع به و الاعتماد عليه من غير تعهد و التزام منه، او برؤية بعض المبيع و اعتقاد موافقة بعضه الآخر له. و عليه فالنسبة بين مورد هذا الخيار و مورد خيار تخلف الشرط عموم من وجه، و المجمع ما كان التوصيف بعنوان الاشتراط، و مورد افتراق هذا الخيار ما اشرنا اليه، و مورد افتراق ذاك شرط الفعل.

ثم ان دليل هذا الخيار امور:

الاول: الاجماع، و هو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

الثاني: حديث لا ضرر.

و فيه: ما تقدم من انه لا يصلح منشئاً لاثبات الخيار، مع انه اذا كان المبيع بما له من التخلف يسوى بالذى دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر الا من ناحية تخلف الغرض الشخصي.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٧

[...]

الثالث: صحيح جميل قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقبلها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال ابو عبد الله (عليه السلام): انه لو قلب منها و نظر الى تسع و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية (١).

و تقريب الاستدلال به: ان الظاهر من الخبر ان المشتري لرؤية عمدة الضيعة كان معتقداً ان ما لم يره يكون مثل ما رآه، فوقعت المعاملة صحيحة، ثم بعد المعاملة و ملاحظة ما لم يره و انه غير ما رآه ندم من المعاملة، و قد حكم (عليه السلام) بثبوت خيار الرؤية. و فيه: انه لا يدل الخبر على تخلف الوصف، و ان ما لم يره لم يكن مطابقاً لما رآه لو لم يكن دالاً على خلافه، و عليه فليس هو من الخيار المصطلح، بل الظاهر منه ارادة البطلان. اما في الجميع لو رجع الضمير في قوله لكان له فيها خيار الرؤية الى الضيعة، او في خصوص القطعة التي لم يرها، و لعل الأول اظهر من جهة ان مورد السؤال هو الضيعة بتمامها.

الرابع: صحيح زيد الشحام عن الامام الصادق (عليه السلام): عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال (عليه السلام): لا تشتري شيئاً حتى تعلم اين يخرج السهم، فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج (٢).

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان الحصاة المشاعة بوصف البائع اذا تبين بعد وقوع السهم انها ليست على ما وصفت يثبت للمشتري خيار الرؤية.

قَمِي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ٢٦٧

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٦٨

[...]

و اورد عليه الشيخ ره: بان المبيع ان كان هو الحصاة المشاعة فلا مورد لخيار الرؤية، و ان كان هو السهم المعين الذي يخرج فهو شراء

فرد غير معين و هو باطل. ثم مال هو قده الى كون الخيار الذى يشتهه الخبير خيار الحيوان اذا خرج السهم، و الظاهر ان وجه نفى الموردية لو كان المبيع الحصاة المشاعة ليس هو اشاعتها، حتى يرد عليه ما افاده المحقق الايروانى ره: بان خيار الرؤية يجرى فى بيع المشاع اذا بيع بوصف المجموع فظهر الجميع على خلاف الوصف، بل وجهه ان التعيين المبني على عدم التعديل فى القسمة لا يصلح وجها لثبوت الخيار فى البيع بل فى القسمة.

و اورد عليه السيد الفقيه بقوله: يبعده قوله اذا خرج، فان خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد. انتهى.

وفيه: ان حكمه جعل خيار الحيوان الاطلاع على العيب، و هو لا يكون الا بعد التعيين.

و لكن يرد على الشيخ ره: ان الظاهر من الخبر كون المبيع ما يقع عليه السهم، و هو لغريرته باطل كما يشهد له قوله: لا تشتري شيئا... الخ الظاهر فى الارشاد الى الفساد، و عليه فقوله له الخيار يكون المراد به ان له الخيار فى انشاء معاملة جديدة بعد تعيين المبيع، نظير ما ورد فى نصوص بيع ما ليس عنده من قوله: و هذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ما تاتيه و ان شاء رده.

و قد يحتمل ان يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة، او للحاجة فى التعيين الى التراضى، و على اى حال فلا ربط له بخيار الرؤية.

الخامس: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): اشترى الغنم او يشتري الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقول رجل على الباب فيعد واحدا- الى ان قال- ثم يخرج السهم قال (عليه السلام):

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٦٩

و لو لم يشاهده البائع و باعه بالوصف فظهر اجود كان الخيار للبائع

لا يصلح هذا، انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة «١».

وفيه: انه اجنبى عن المقام بالمرء، بل وارد فى مقام بيان كيفية التقسيم، و ان التقسيم بلا تعديل السهام على النحو الذى بينه السائل باطل.

فتحصل: انه لا دليل عليه، و لكن الظاهر تسالم القوم على ثبوته، و سيأتى رجوع ذلك الى خيار الشرط، فيدل على مشروعيته دليل ذلك الخيار و الله العالم.

و استقصاء القول فى المقام بالتعرض لأمر:

[هل يثبت هذا الخيار للبائع]

الأول: انه هل يثبت هذا الخيار للبائع ايضا كما هو المتفق عليه ف لو لم يشاهده البائع و باعه بالوصف فظهر اجود كان الخيار للبائع ام يختص بالمشتري؟ وجهان.

و حق القول فى المقام: ان مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع، او حديث لا ضرر «٢» او ما دل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، لم يكن وجه للاختصاص بالمشتري. و اما ان كان المدرك هى النصوص الخاصة اختص به.

و احتمال ان يكون التفتيش من البائع بان يكون البائع باعه بوصف المشتري فيكون الجواب عاما، بعيد، لعدم تقدم ذكر من البائع، و مرجع الضمائر المستتره فى السؤال هو المشتري، و على تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصا بالبائع، اذ لا عموم للجواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧٠

[...]

مورد خيار الرؤية

الثانى: المعروف بين الأصحاب: ان مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، وانه يشترط فى صحته ذكر اوصاف المبيع بما ترتفع به الجهالة الموجبة للغرر.

و قد اختلفت تعابيرهم عن هذه الأوصاف، و المراد واحد، و لذا دعى الاجماع على كل واحد منها.

و تنقيح القول فيه: ان المراد من العين الشخصية ما يقابل الكلى فى الذمة، الشامل للكسر المشاع الذى هو جزئى بجزئيه منشأ انتزاعه، و الكلى فى المعين المتعين باضافته الى الجزئى الخارجى، لا ما يقابل غير المتعين بتمام انحاء التعين. و عليه فلا يرد عليه ما اورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك و جريانه فى الكلى الخارجى، و فى الحصه المشاعه لقاعده الضرر و تخلف الشرط، بل يمكن دعوى فهم المثاليه من صحيحه جميل، كما ان مراده من الغائبه ليس هى الغيبويه الخارجيه لعدم العبره بها، بل المراد الغيبويه الذهنيه بمعنى عدم المعرفه به، فلا ايراد عليه.

الثالث:

فى الاشكالات التى اوردت فى المقام

، و هى اربعه:

احدها: انهم ذكروا فى المقام ضابطين للأوصاف اللازم ذكرها، و هما: اعتبار الأوصاف الدخيله فى مالىة العوضين، و اعتبار ما يعتبر فى باب السلم، و هما متنافيان، فانه يكتفى فى باب السلم باقل من ذلك، و لا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل فى المالىة، لأنه يؤدى الى عزة الوجود، و هذا المانع مفقود فيها نحن فيه.

و اجاب عنه الشيخ ره- بعد الايراد على القوم بان تعذر استقصاء الأوصاف فى السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الأوصاف فيه:- بانه يمكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧١

[...]

ان يكون مرادهم باعتبار ما يعتبر فى باب السلم ما يعتبر فى ذلك الباب بالطبع لو لا عروض المانع، فلا تنافى.

وفيه: ان الايراد على القوم فى غير محله، اذ لو حكمنا بفساد السلم فى الفرض لزم سد باب السلم لما اشار اليه من عموم هذا العذر، و المعلوم من الشرع خلافه، مع ان حمل ما ذكروه فى الضابط الثانى على ذلك لا شاهد له.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان مرادهم بالأوصاف الدخيله فى المالىة الأوصاف الدخيله فى المالىة بلحاظ الآثار المترقبه من ذلك الشىء عند نوع العقلاء لا الأوصاف الدخيله فى المالىة بحسب الغرض الشخصى، و عليه فيرتفع التنافى، اذ ما يتعذر استقصائه فى باب

السلم كان من قبيل الثانى دون الأول.

ثانيها: ان الأوصاف التى يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصا فى العبيد و الاماء، و الاكتفاء بذكر معظمها احالة على المجهول.

ثالثها: ان لازم كون التوصيف بمنزلة الرؤية لزوم مشاهدة ما يجب التوصيف به، مع انه لا- يعتبر بعد مشاهدة العين الاطلاع على الخصوصيات التى يجب ذكرها فى العين الغائبة، فما الفرق بين المقامين مع اتحاد الدليل و هو ما دل على النهى عن بيع الغرر «١». و اجاب عنهما الشيخ ره: بان الميزان رفع الغرر العرفى الذى هو اخص من الشرعى، و هو يرتفع بمشاهدة العين و ان لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها اذا كانت العين غائبة.

وفيه: - مضافا الى ان الغرر لا حقيقة شرعية له كى يقال ان الغرر العرفى

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧٢

[...]

اخص من الشرعى، و ما يبرأ من الحكم بالفساد مع عدم الغرر العرفى كسواء المجهول بخيار او بالمتيقن من قيمته فانما هو لدليل آخر. فتأمل:- ان الغرر العرفى ايضا لا يرتفع بذلك فى العين الحاضرة.

فالحق فى الجواب: ان المعتبر فى بيع العين المشاهدة الاطلاع على الخصوصيات الدخيلة فى المالية بلحاظ الأثر المترقب من ذلك الشيء عند نوع العقلاء، و الا بطل البيع، كما ان اللازم ذكره هذه الأوصاف فى العين الغائبة.

رابعها: ان توصيف المبيع بالأوصاف المجهول وجودها يجب الجهل بوجود المبيع، اذ العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج، و الغرر فيه اعظم، المبيع، اذ العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج، و الغرر فيه اعظم. و اجاب عنه الشيخ ره: بان التوصيف يرجع الى الاشتراط لا التقييد.

وفيه: - مضافا الى التأمل فى صحة اشتراط غير الفعل و غير النتيجة على ما سيأتى فى محله:- ان التوصيف اذا لم يكن رافعا للغرر لم يكن الاشتراط ايضا رافعا له، و ثبوت الخيار عند تخلف الشرط لا يصلح رافعا له، و الا ارتفع باشتراط الخيار فى كل بيع غررى فى نفسه، و عليه فاللازم هو الاطمئنان بوجود الوصف او اخبار من يكون خبره حجة شرعية.

الخيار بين الرد و الامساک مجانا

الرابع: ان الخيار بين الرد و الامساک مجانا هو المشهور بين الأصحاب، و عن السرائر: التخيير بين الرد و الامساک بالأرش و عن بعض: تعين اخذ الارش، و عن المقنعة و النهاية و المراسم: بطلان البيع.

اما الأول فقد مر ما يمكن ان يستدل به له و عرفت تماميته

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧٣

[...]

و قد استدلل للثانى: بان الضرر يرتفع بكل من الرد و الامساک بالارش، فمقتضى حديث لا ضرر «١» التخيير بينهما.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصح التمسك به في المقام.

و ثانياً: انه لو صح اقتضى تعيين اخذ الارش، لأنه مقتضى الجمع بين ادلة اللزوم و الحديث كما لا يخفى.

و استدلال للرايع بوجهين:

الأول: وقوع العقد على ما يغير الموجود، فالمعقود عليه غير موجود، و الموجود غير معقود عليه، و لا يكفي في الجواب ما قيل من ان محل الكلام الأوصاف التي لا- توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً، و ذلك فان التملك من الاعتباريات، و هو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف و هو غير موجود لفقد الوصف.

فالحق في الجواب ان يقال: ان الوصف اذا كان دخيلاً في حقيقة المبيع- بما ان العين بما هي موجودة لا تكون مورد الاعتبار الملكية و المالية حتى تباع- فلا محالة يكون البيع متعلقاً بالوصف و العنوان، فتخلفه يوجب عدم البيع و ان كان غير دخيل فيها، الذي هو محل الكلام، يكون البيع بحسب بناء العرف و المتعاملين متعلقاً بذات الموصوف، و الوصف ليس عنواناً للمبيع، بل هو مطلوب آخر في المطلوب البيعى.

الثاني: ان المعقود عليه و ان كان هو عين الموجود في الخارج، الا- ان العقد على الموجود وقع مبنيًا على الوصف. و بعبارة اخرى: الرضا في المعاملة لم يتعلق الا بالمقيد بالصفة، و الفاقد لا رضا به، و هذا يوجب البطلان.

و اجاب عنه في الجواهر على ما حكى عنه الشيخ ره، بما حاصله: ان الوصف

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٧٤

[...]

المعين للكليات يوجب تضيق دائرة المبيع، من غير فرق بين الوصف الذاتي و العرضي، فيكون الموجود غير معقود عليه، و اما الوصف المعين في الشخصيات فان كان ذاتياً فكذلك للمغايرة الذاتية، و ان كان عرضياً فالمورد و ان كان هو الموصوف الا انه يصدق على الموجود انه مورد للبيع و على فرض الاغماض عن ذلك في مورد العين الشخصية اذا كان الوصف غير دخيل في الحقيقة يكون المورد مع تلف الوصف من قبيل تعارض الوصف و الاشارة، و الاشارة اقوى.

و يرد على ما افاده ره اولاً: ان ما ذكر يفيد في مقام بيان اثبات الاتحاد و لا يفيد في الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لا يخفى.

و يرد على ما افاده ثانياً: ان اقوائية كل من الاشارة و الوصف انما تكون ضابطة صورة اشتباه المراد دون المقام، مع ان اقوائية الاشارة لو اعتمد عليها في المقام لزم منها صحة البيع و لزومه لا الخيار.

و اجاب الشيخ ره عنه بالاستقراء، و ان الشارع المقدس على حسب ما يستفاد من النصوص و الاجماع في الموارد المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع.

وفيه: ان هذا المقدار لا يكفي في الجواب عن الوجه العقلي.

فالحق في الجواب ان يقال: ان الظاهر من عبارات المشترطين للأوصاف غير الدخيلة في حقيقة الشيء اخذها في المعاملة بنحو تعدد المطلوب، و ان اتصافه بها مطلوب آخر في مطلوب نظير اشتراط عمل خارجي كخياطة الثوب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٧٥

[...]

خيار الرؤية فوري

الخامس: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري. وقد تقدم في مبحث خيار الغبن تنقيح القول، فيما تقتضيه القواعد من العمومات والاستصحاب وغيرهما وان كل خيار ثبت ولم يكن لدليله اطلاق مقتضى القواعد انه فوري. فراجع. نعم لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى اطلاقه كونه على التراخي، ولكن قد عرفت انه لا يكون مدركا له، فالحق انه على الفور.

مسقطات خيار الرؤية**إشارة**

السادس: - قالوا- انه يسقط هذا الخيار بامور:

احدها: ترك المبادرة الى الفسخ

، وقد مر الكلام فيه و عرفت انه صحيح لأن هذا الخيار على الفور.

ثانيها: اسقاطه بعد الرؤية

. اسقاط الخيار ان كان بعد الرؤية التي لا شك في تحقق الخيار عندها، كأنه من المسلمات عندهم نفوذه، و هو محل تأمل لو كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر) كما تقدم في مبحث خيار الغبن. نعم لو كان المدرك النص او الشرط الضمني تم ذلك، فان الخيار حينئذ من الحقوق، و لكل ذي حق اسقاط حقه. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٧٦ [...]

و اما الاسقاط قبل الرؤية فان قلنا بان الرؤية كاشفة عن حدوث الخيار من حين العقد- كما هو مقتضى حديث لا ضرر «١» لأن الضرر انما يتوجه من حين العقد و تخلف الشرط فانه من حين العقد- و النص الخاص- لاحظ ظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح جميل: كان له في ذلك خيار الرؤية «٢» - فلا اشكال ايضاً و ان قلنا بانها سبب او شرط ففيه اشكال، و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً في مبحث خيار الغبن.

و به يظهر ان الاسقاط منجزا غير معقول، و معلقا على حدوثه لا مانع منه لو لا الاجماع، و انه لا فرق بين كونها سببا او شرطا. فراجع.

ثالثها: التصرف بعد الرؤية

. و قد تقدم الكلام ايضا في مسقطية التصرف، و عرفت ان دليله الخاص غير عام لجميع الخيارات، و ان فيما لا نص فيه كالمقام لو كان التصرف كاشفا عن الاسقاط و دالا عليه سقط به الخيار و الا فلا.

هذا فى التصرف بعد الرؤية و اما التصرف قبلها ففیه وجوه: احدها مسقطيته على القول بمسقطية الاسقاط قولاً قبل الرؤية، و عدمها على القول بالعدم.

ثانيها: مسقطيته مطلقاً، و استدلل لهذا الوجه: بان مسقطية التصرف انما تكون من جهة انه رضا متجدد بالبيع كما هو ظاهر التعليل بقوله (عليه السلام) فذلك رضا منه و يكون سقوط الحق لعدم الملاك لا لرفعه بعد ثبوته، و عليه فلا مانع من مسقطيته قبل ثبوت الخيار. و فيه: ما تقدم فى مبحث خيار الغبن من انه لا يكون مسقطاً لهذه الجهة. فراجع.

(١) مر فى خيار الغبن مصادر الحديث.

(٢) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧٧

[...]

ثالثها: عدم مسقطيته مطلقاً، و استدلل له: بانه لا يكون التصرف كاشفاً عن الرضا بالعقد ان كان قبل الرؤية كما فى التصرف قبل العلم بالغبن.

اشترط سقوطه

رابعها: اشترط سقوطه فى ضمن العقد

، ذكره الشيخ فى النهاية و بعض آخر.

و فيه قولان آخران:

- الأول:- ما عن المصنف و جماعة، و هو: فساد الشرط و افساده للعقد.

- الثانى:- ما عن جماعة، و هو: الفساد دون الافساد.

و قد استدلل للثانى بوجهين:

الأول: انه موجب لكون البيع غريباً، و للقوم فى بيان ذلك تقريبات، احدها: ما عن المحقق الثانى، و حاصله: ان بيع مجهول الوصف انما ترتفع غررته من جهة تعهد الوصف باعتبار انه موجب لكون امر العقد بيده عند تخلف الشرط، فلا يذهب ماله هدرأً، فلا غرر، و اذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام امر العقد من يده فيعود الغرر و الخطر.

و فيه: ان الخيار حكم شرعى لا يرفع الغرر، و لو كان مؤثراً فى رفع الغرر جاز بيع كل مجهول مع شرط الخيار.

ثانيها: ما عن الشيخ ره، و حاصل ما افاده يرجع الى امرين، بل لعل ظاهر صدر كلامه الأول، و ظاهر ذيله الثانى: الأول: ان ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار الا انه من جهة سبب الخيار و هو اشترط تلك الأوصاف الذى مرجعه الى ارتباط العقد بنفسه او بمتعلقه بنفسه وجود الوصف، لأنها اما شروط للبيع

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٧٨

[...]

او قيود للمبيع، و اشترط سقوط الخيار الذى مرجعه الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها ينافى ذلك، فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشرط.

الثاني: ان اشتراط سقوط الخيار مرجعه الى الالتزام بالبيع مع عدم الوصف، و هذا ينافي الالتزام بالبيع المرتبط بالالتزام بالوصف، و الفرق بين الوجهين ان مرجع الأول الى ان لازم الشرط قيديه نفس الوصف و عدم قيديته، و مرجع الثاني الى الالتزام بالوصف و عدم الالتزام به.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان الموجب لرفع الغرر ليس هو الالتزام بالوصف بل الاطمئنان بوجوده او اخبار من يكون خبره حجته به، و في غير ذلك لا يرتفع الغرر.

و ثانياً: انه لو سلم كون الراجع للالتزام بالوصف، الا ان اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه الى الالتزام بعدم الوصف، و لا عدم الالتزام بالوصف كى ينافيه، فان الخيار ليس اثرأ لا ينفك للالتزام بالصفات حتى يكون شرط سقوطه فى قوة عدم الالتزام بالوصف، بل هو حكم شرعى ثبت فى مورد الالتزام بالوصف قابلاً لأن يسقط بالشرط مع بقاء الالتزام.

و بهذا البيان يندفع ما استفاده بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراسانى ره فى وجه ذلك الذى هو التقريب الثالث، و هو: ان الخيار لازم اشتراط الوصف و ابطال اللازم، و رفع اليد عنه ابطال للملزم لفرض الملازمه، و اذا ارتفع الملزم عاد الغرر لما عرفت من انه ليس لازماً لا ينفك.

الوجه الثانى: انه اسقاط لما لم يتحقق، فاشتراط السقوط لغو و فاسد، و الشرط الفاسد مفسد للعقد.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان خيار الرؤية يثبت من حين العقد، فاشتراط سقوطه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٧٩

[...]

ليس اسقاطاً لما لم يتحقق.

و ثانياً: ما تقدم فى مبحث خيار الغبن من ان اسقاط ما لم يتحقق على تقدير تحققه لا محذور فيه.

و ثالثاً: ان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتى تحقيقه.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ضعفه، فالأظهر هو القول الأول.

حكم بذل التفاوت و ابدال العين

. السابع: فى سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت و ابدال العين، و جهان:

قد استدل الشيخ لعدم السقوط بان تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج الى معاملة جديدة.

و لكن هذا الوجه لا يكفى لاثبات المدعى، اذ تملك ما به التفاوت ببذل صاحبه امر، و عدم سقوط الخيار بعد الملكية امر آخر، و مورد الكلام هو الثانى، و الدليل دليل للأول. فالأولى الاستدلال له بان اطلاق النص يقتضى ذلك، و بذل التفاوت او ابدال العين لا يوجب عدم ضرورية اللزوم من حيث الغرض المعاملى و لو بقاء كى لا تكون المعاملة بقاء مشموله لحديث لا ضرر، و ايضاً لا يؤثر فى رفع ما اوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف.

هذا مع عدم الشرط، و اما لو شرط فى متن العقد احدهما لو ظهر على خلاف الوصف، فعن الدروس و فى المكاسب: فساد الشرط و افساده للعقد فى الأول، و فى الجواهر: الحكم بالفساد فى الثانى.

فالكلام يقع فى موردين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٠

]...[

الأول:- في صحة هذا الشرط وفساده.
 - الثاني:- في سقوط الخيار به و عدمه.
 اما المورد الأول: فغاية ما استدل به للفساد في مقابل عموم ما دل على صحة الشرط و نفوذه «١» وجوه: احدها: ان مقدار التفاوت مجهول، فشرط بذله شرط امر مجهول، و هو غررى باطل.
 و فيه: انه لو سلم بطلان الشرط الغررى ان محل الكلام صحة شرط البذل و عدمها، فلا بد و ان يفرض الصحة من سائر الجهات بان يفرض العلم بمقدار ما به تفاوت الواجد و الفاقد.
 ثانيها: انه من قبيل التعليق في الشرط، و هو يبطل العقد و الايقاع.
 و فيه: ان التعليق لا دليل على مبطلته سوى الاجماع غير الشامل للشرط.
 ثالثها: ان شرط النتيجة غير نافذ.
 و فيه: اولاً: ان محل الكلام اعم من ذلك و من شرط الفعل.
 و ثانياً: ان شرط النتيجة صحيح في غير ماله سبب خاص كالطلاق. فالأظهر صحة هذا الشرط و نفوذه.
 و أما المورد الثاني: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر او الشرط سقط الخيار، و ذلك لأنه مع هذا الشرط و بذل التفاوت لا ضرر من حيث المالية، و هو واضح.
 و لا من حيث الغرض المعاملى، فان المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملى، و ان كان المدرك هو النص لم يسقط لإطلاق النص، اللهم الا ان

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٢٨١

]...[

يدعى انصرافه عن مثل الفرض، و الله العالم.
 و أما شرط الابدال فظاهر صدر عبارة الشيخ شرط الفعل، و ظاهر ذيلها شرط النتيجة، فالكلام فيه يقع في موضعين:
 الأول: في شرط النتيجة، و هو قيد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد في قبال الثمن، و حيث انه لا يعقل وقوع مال الشخص بدلا عن ماله، فلا محالة يرجع هذا الشرط الى شرط انفساخ المعاملة و انعقادها بين الواجد و الثمن، و قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد بوقوع احدهما في قبال الآخر.
 اما الأول: فقد استدل لفساد الشرط بوجوه: احدها: انه من قبيل شرط النتيجة، و قد تقدم ما فيه.
 ثانيها: ان كلا من انفساخ المعاملة و انعقادها يتوقف على سبب خاص، فشرط وقوعهما قهرا شرط مخالف للمشروع.
 و فيه: انه مقتضى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد «١»، و نفوذ كل تجارة عن تراص «٢»، صحة هذا الشرط، بل و لزومه، مضافا الى دليل نفوذ الشرط و لزومه «٣».
 ثالثها: ان الشرط مبادلة تعليقه، و التعليق يفسد المعاملة.
 و فيه: ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط.

رابعها: انه مبادلة غررية، و هي باطلة.

و فيه: ان الغرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود، و هو مندفع بان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢.

(٢) النساء آية ٣٠.

(٣) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٢

[...]

حيث لا تتعقد الا عند ظهور التخلف، فهو عالم بانه اما تتعقد معاوضة او لا تتعقد، فلا غرر، فالأظهر صحة هذا الشرط. فان قلت: ان هذا الشرط و ان صح الا انه بمجرد انحلال البيع ينحل الشرط، اذا الشرط ما لم يكن في ضمن العقد لا يجب الوفاء به، فلا سبب للمعاوضة الجديدة.

قلت: ان الشرط انعقاده يتوقف على كونه في ضمن العقد، و اما انحلاله بسبب انحلال العقد فلا دليل عليه الا فيما اذا كان الشرط من قبيل الضميمة لأحد العوضين، و في المقام لا يتعقل ذلك، بل هو انما يكون للتحفظ على الغرض الواسع من المعاملة كما لا يخفى، و اما سقوط الخيار به فهو لا إشكال فيه لانقضاء موضوع الخيار بانفساخ المعاملة.

و أما الثاني: اى جعل الواجد بدلا عن الفاقد، فمحدوره التعليق في الشرط الذى نتيجته نتيجة البيع و الجهالة و الغررية في المبدل، لأنه لا يعلم انه واجد للوصف ام فاقد، و تعلقه بالنتيجة، و قد تقدم ان التعليق في الشرط لا دليل على مبطليته، و الغرر من حيث الجهل بالوجود يندفع بانه حين المعاوضة- و هو ظهور التخلف- قاطع بكونه واجداً او فاقدا، و من حيث الجهل بالوصف يرتفع بتوصيفه بكونه غير واجد، و اما سقوط الخيار به فالكلام فيه ما تقدم في شرط بذل التفاوت.

الموضع الثاني: في شرط الفعل، و هو ايضاً قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد، و قد يكون بجعله بدلا عن الثمن الذى مرجعه الى شرط حل العقد الأول ثم تبديل الواجد بالثمن، اما المورد لأول: فمانع مشروعية هذا الشرط ليس الا جهالة المبدل و التعليق في الشرط، و قد تقدم ما فيهما، و اما سقوط الخيار به فهو ايضاً ظهر مما ذكرناه من ان هذا الشرط يوسع دائرة الغرض المعاملى فلا ضرر.

و أما المورد الثاني: فمانع صحة الشرط بعض ما تقدم و عرفت ما فيه، و يجرى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٣

[...]

فيه ما ذكر من انه بانحلال العقد ينحل الشرط. و جوابه ما تقدم، و اما في مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم، و الله العالم.

قال الشيخ قده: و بذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد ... الخ محصل ما افاده صاحب الحدائق ره بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على فساد البيع: انه على اطلاقه ممنوع، بل يتم في صورة ظهور الخلاف، و وجه بطلانه حينئذ ان الموجود غير المبيع.

و دعوى ان هذا الشرط يجبر المخالفه، اذ معه كأنه يكن المبيع هو الواجد فلا مخالفة مندفعه بانه شرط فاسد لإطلاق اخبار «١» الخيار، فلا يكون جابرا، و اما مع عدم ظهور الخلاف. فمقتضى عموم اخبار الخيار عند ظهور الخلاف و اخبار «٢» البطلان القاضيتين بالصحة

مع عدم بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة، ثم وجه كلام الشهيد ره: بان مراده الحكم بفساد الشرط وجه فساد بانه لا- تأثير له مع الظهور و عدمه، اذ مع الظهور على الوصف لا تخلف كى يجب الابدال و مع عدمه و المخالفة يكون الشرط مخالفا للسنة، و هى اخبار الخيار فلا اثر له على التقديرين.
و قد ظهر مما حققناه وجوه الضعف فى كلامه، فلا حاجة الى الاعادة.

(١) الوسائل - باب ١٥- من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٨٤

[...]

ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد

الثامن: هل يثبت خيار الرؤية فى العقود الاخر، ام يختص بالبيع؟ وجهان.
الظاهر أن مدرك خيار الرؤية ان كان حديث لا ضرر ثبت ذلك فى كل عقد، لأن نسبة الحديث الى جميع المعاملات على حد سواء، و ان كان مدرك تخلف الشرط فكذلك كما هو واضح، و اما ان كان مدرك النص الخاص فمورده خصوص البيع، فان امكن دعوى القطع بعدم خصوصية لموردها يتعدى الى سائر المعاملات، و الا فلا كما انه كذلك لو كان المدرك الاستقراء و تتبع الموارد الخاصة.

و أما ما افاده الشيخ ره من المنفصلة ذات الاطراف الثلاثة و هى: ان العقد لو تخلف الوصف اما ان يكون باطلا، او صحيحا لازما، او صحيحا جائزا، و الأول باطل لأنه خلاف طريقة الأصحاب فى تخلف الأوصاف، و الثانى باطل لأن دليل لزوم الوفاء بالعقد و هو أوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» لا يشملها، فان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشترط فيه لا يكون نقضا للعقد، فيتعين الثالث. فيرد عليه: ان دليل اللزوم لا ينحصر بما دل على وجوب الوفاء بالعقد، و فى غيره كفاية، مع ان اللزوم مقتضى الاستصحاب على ما تقدم. و اصف الى ذلك كله: ان الوصف ان كان قيما مقوما للمعقود عليه لزم من تخلفه بطلان العقد، و الا- فان قلنا بان الالتزام بالشرط فى قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار، و الا فحيث ان الشرط التزام آخر فى ضمن الالتزام المعاملى، فعدم امكان العمل بالالتزام الشرطى لا يقتضى جواز نقض الالتزام الأول.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٨٥

[...]

اختلاف المتبايعين

التاسع: لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف صفه و قال المشتري: قد اختلفت فمن التذكرة: قدم قول المشتري.

و قد استدلت لتقديم قول المشتري بوجوه:

الأول: ما عن المصنف ره من ان الأصل براءة ذمته من الثمن و مراده ما وجهه الشيخ ره: بان المراد عدم وجوب دفعه الى البائع، اذ اشتغال الذمة باصله ثابت لفرض صحة المعاملة، مع ان الثمن لم يفرض كليا، و عليه فلا يرد عليه ما افاده في محكي المختلف في نظير المسألة من ان اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن.

و اورد عليه الشيخ ره بما حاصله: ان هذا الاصل محكوم باصالة عدم التزام البائع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود، فان الشك في وجوب التسليم مسبب عن الشك في الخيار، و هو مسبب عن الشك في التزام البائع بالوصف المفقود، فاذا جرى الأصل الحاكم كان قول البائع موافقا للأصل.

و الجواب عنه - مضافا الى ذلك-: ان كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل نظر و منع، بل هو واجب ما دام لم يفسخ العقد. الثاني: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين الملحوظ فيها الوصف الموجود او ما يعمله، و الأصل عدمه، و لا- تجرى اصالة عدم التزام البائع بالوصف المفقود التي ذكرها في رد العلامة من جهة ان اخذ الوصف في المبيع في قوة التقييد، و ليس التزاما مستقلا، فيكون الالتزام واحدا، و امره دائرا بين تعلقه بالموصوف او الموجود، و حيث ان اللزوم من احكام تعلق البيع بالموجود، فتجری

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٦

[...]

اصالة عدمه، و لا تعارضها اصالة عدم تعلقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الأثر عليها الا اذا ثبت بها وروده على الموجود. وفيه: ان من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود في اللزوم، فان الدخيل فيه عدم تخلف الوصف و عدم فقده. و بعبارة اخرى: الخيار معلق على العقد على الموصوف بوصف مفقود، فاصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعيد بعدم الخيار البديل اللزوم.

الثالث: ما عن التذكرة و هو اصالة عدم الرضا بهذا الموجود.

و فيه: ان الرضا به مفروض، و الأ لزوم منه البطلان لا الخيار.

و هناك وجوه اخر لاجل وضوح فسادها اغمضنا عن ذكرها، فظهر ان الأصل مع البائع.

و عن المحقق الخراساني ره في مقام بيان ان الأصل مع البائع: انه لو كان الاختلاف في ذكر الوصف او في ظهور الخلاف كان الأصل عدمهما.

و فيه: ان اصالة عدم ذكر الوصف و ان كانت من الاصول العقلية الا انها لا تجرى في المقام لتعين ذكره دفعا للغرر، فالخلاف في انه الوصف المفقود او الموجود، و لا- أصل عقلائي يعين احدهما، و اصالة عدم ظهور الخلاف ليست من الاصول العقلية و لا من التبعية الا اذا كان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٧

[...]

العاشر: لو نسخ بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد والمصنف في جملة من كتبه، وجامع المقاصد، وعن المختلف: صحته، والشيخ في المكاسب ذكر المسألة ونقل ما يمكن ان يستدل به فيها. ولكن الظاهر ان مورد كلام الفقهاء غير ما ذكره الشيخ، وتنقيح القول فيها ان للمسألة صوراً:

احداها: ما هو ظاهر عنوان الأصحاب، وهو ما لو كان المبيع هو الثوب الشخصي الذي يكون بعضه موجودا وبعضه معدوما سيوجد. وقد استدل لبطان البيع فيها بوجوه: الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، وحاصله: ان البيع بالاضافة الى المنسوج لازم، وبالاضافة الى غيره موقوف على خيار الرؤية، اى يكون خياريا على تقدير التخلف، فيجتمع في شىء واحد خيار الرؤية وعدمه وهما متناقضان، فهذا البيع المستلزم للمحال نفوذه محال نفوذه.

وفيه: اولاً: ان تخلف الوصف في البعض يوجب الخيار في الجميع دون البعض. وثانياً: ان العقد ينحل بتعدد متعلقه، فبعضه موضوع للزوم، وبعضه موضوع للخيار، فلا تناقض.

الثاني: ما عن المصنف في المختلف، وهو ان: الثابت في الشريعة اما بيع معدوم غير معين وهو الكلى في الذمة، او موجود معين وهو الشخصي الموجود، لم يعهد بيع المعدوم المعين.

وفيه: انه لو شمله عموم **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** لا يضر عدم المعهودية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٨

السابع خيار العيب و سيأتي

الثالث: ما عن المصنف في التذكرة، وهو: ان الباقي في الذمة مجهول.

وفيه: ان التوصيف يرفع الجهالة.

فالاولى ان يستدل له: بان اعتبار الملكية يحتاج الى محل له تعين ما، كالكلى في الذمة، والعين الموجودة في الخارج المضافة الى البائع، وما سيوجد بعد ليس في الذمة لعدم كونه كلياً، ولا تعين خارجي له مضافاً اليه، فلا يصح بيعه. فتأمل فانه يمكن ان يقال: انه كما ان الكلى يكون في الذمة، كذلك الشخصي الذي سيوجد يعتبره العقلاء في العهدة، ومعها لا مانع من بيعه، والله العالم.

ثانيها: بيع المنسوج الموجود مع مقدار معين من الغزل الموجود على ان ينسجه كالموجود، فالمبيع بتمامه موجود، والشرط متعلق بنسج بعضه، ولو نسجه بذلك المنوال فلا كلام والاثبت له خيار تخلف الشرط، وعلى التقديرين البيع صحيح.

ثالثها: ما اذا باع المنسوج الموجود ومقداراً كلياً من الغزل بشرط ان ينسجه كالموجود، ولا محذور فيه لا من حيث البيع اذ ضم الكلى الى الشخصي في مقام البيع لا مانع منه، ولا من حيث الشرط ولو لم ينسجه على ذلك المنوال، فقد حكم الشيخ ره بثبوت خيار تخلف الشرط.

ولكن يرد عليه: ان الكلى بما انه لا يتعين في ما نسج ولذا للبائع الابدال، فلا يتعين للمشتري القبول، ولا خيار له، بل له الامتناع عنه. رابعها: ما لو باع المنسوج الموجود وغزلاً كلياً منسوجاً كالباقى فصنفه المنسوجة مقومة للمبيع الكلى لا انها شرط فيه، ولا محذور فيه من حيث البيع الا انه عند التخلف يتعين الابدال.

السابع خيار العيب

و سيأتي الكلام فيه مفصلاً في الفصل اللاحق في العيوب عند ذكر المصنف له.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٨٩

و الخيار موروث

انتقال حق الخيار الى الوارث

إشارة

و اما احكام الخيار فقد تقدم ذكر كثير منها فى المباحث المتقدمة، و يقى الكلام فى مسائل:
الاولى: صرح الأصحاب بان الخيار موروث فاذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اى انواع الخيار كان، بل ظاهرهم الاجماع عليه.

و تنقيح القول فيه: ان ارث الخيار يتوقف على ثبوت امرين: احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا.

الثانى: كونه باقيا بعد الموت، و لا يكون من الامور القائمة بشخص مخصوص.

فالكلام يقع فى مقامين:

اما الأول: فقد استدل له بالاجماع و بالاجماع على سقوطه بالاسقاط اذ الحكم لا يقبل الاسقاط، و بالتعليل فى خبر خيار الحيوان لانتفائه بالتصرف بانه رضا «١».

و يرد على الأخير: ما تقدم من انه تعبد بكون التصرف رضا بالعقد و اجازة له، و لا كلام فى انه فى المبيع الخيارى كما لمن له الخيار فسخ العقد كذلك له اجازته و امضاؤه و جعله لازما، و هذا غير كونه حقا اللهم الا ان يقال: ان اجازة العقد و امضاءه توجب اللزوم من جهة كونها اسقاطا للخيار كما تقدم.

و يمكن ان يستدل له: بان لزوم البيع حقى لا حكمى، و لذا يكون جعل الخيار فيه مشروعاً نصاً و فتوى، فكذلك الخيار الذى يقابله، بل نفس مشروعياً جعل الخيار

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب لخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٩٠

[...]

دليل كونه حقا، لأن الحكم امره بيد جاعله، و هو الشارع، و لا يعقل التسبب اليه بايجاده. هذا كله مضافا الى تسالم الأصحاب على ترتيب آثار الحق عليه.

و أما الثانى: فحيث ان جملة من الحقوق لا- تكون قابلة للانتقال او الانتقال بالارث من جهة كون الموضوع مقوما كحق التولية الملحوظ فيه شخص خاص، او كون الموضوع عنوانا ماخوذا على نحو على الحيثية التقييدية كالحق المجعول لا علم اهل البلد، او كونه مغيا بغاية يستحيل عدم تحققها بعد الموت، كخيار المجلس المغيا بالافتراق المتحقق بالموت قهرا، و مثل هذه الحقوق لا تورث، فلا بد من اثبات ان حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالارث و يكون باقيا بعد الموت.

و دعوى ان عموماً الارث مثل قوله تعالى فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ «١». و قوله عز و جل وَ لَكُمْ نِصْفُ مِمَّا تَرَكَ أَزْوَاجِكُمْ «٢».

و النبوى: ما تركه الميت من مال فلوارثه «٣». تكفى لاثبات كونه قابلاً للانتقال، و الاستصحاب يثبت بقائه بعد الموت، فبضم

الاستصحاب بعمومات الارث يثبت ذلك، مندفعاً بان ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعاً لتقومه به، و الشك انما هو في حدوث حق للوارث، فالمشكوك غير المتيقن. و ان اريد استصحاب كلى الحق فمضافاً الى انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى لا يجدى لاثبات الحق للوارث.

و ان ابيت ما ذكرناه فلا اقل من الشك في الموضوع لاحتمال كون المستحق

(١) النساء آية ١١ و ١٢.

(٢) النساء آية ١١ و ١٢.

(٣) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩١

[...]

مقوماً للموضوع، او يكون استحقاقه لاجل عنوان منطبق عليه مفقود في الوارث فلا يجرى الاستصحاب. فالعمدة في اثبات كونه قابلاً للانتقال الى الورثة هو الاجماع، و بعد ذلك يدخل في عموم ادلة الارث.

و قد يقال كما- عن جمع منهم المحقق الايرواني ره:- ان الخيار غير قابل للارث بوجه، فان الخيار سلطنة من ذى الخيار على متعلقة، و ربط خاص بينهما، كما ان الملك استيلاء بين المالك و المملوك و ربط خاص بينهما، و كل من الربطين غير قابل للارث، لأنهما نسبتان قائمتان بنفس الشخص، و اذا مات انعدمت هذه النسبة و لم تبق حتى يصدق عليها عنوان ما ترك نعم عين المال متروك في الأموال فيحكم بارثه، يعنى حدوث نسبة اخرى للوارث شبه تلك النسبة التي كانت المورث. و اما في الحقوق فعين الأموال المتعلقة لها اموال الآخريين لا- يصدق انها مما تركه الميت كى يحدث للورثة حق فيها شبه ما كان لمورثهم و لذا لا يحكم بارث الحقوق المستحبة.

و فيه: انه كما يكون للملكية قسمان من المتعلق حقيقي كالعين الخارجية، و اعتبارى ككلى الحنطة الباقية في الذمة، كذلك يكون للحق قسمان من المتعلق حقيقي كالأرض المحجرة بالنسبة الى حق الاولوية، و اعتبارى كالعقد الذى هو متعلق حق الفسخ. و عليه فكما يقال فى الملك ان الموروث هو المتعلق لا الملكية و انما تحدث الملكية بادلء الارث، كذلك يقال فى الحق ان الموروث هو المتعلق، و بدليل الارث يحدث الحق. فتدبر فانه دقيق.

و أما عدم ارث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوماً لا مورداً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩٢

[...]

ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال

و ينبغى التنبيه على امور:

الأول: هل ارث الخيار تابع لإرث المال فلو فرض استغراق دين الميت لتركته منع انتقال الخيار الى الوارث، و لو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه كالقتل للمورث، او كان حرمانه من المال لتعبد شرعى كالزجة بالنسبة الى العقار لا يرث، ام لا يكون تابعا له، ام هناك تفصيل؟ ووجه.

و الشيخ الأعظم قدس سره ذكر ذلك مفصلاً، وقسم حق الخيار باعتبار مورده الى اقسام، و بين حكم كل قسم، و نحن نقتفى اثره:
 الأول: مورد استغراق الدين للتركة، و قد ارسل الشيخ ره ارث الخيار فيه ارسال المسلم.
 و اورد عليه السيد الفقيه ره: بان الاشكال الآتي في الزوجة بالنسبة الى العقار جار فيه ايضاً، ثم قال: بل يمكن ان يقال بعدم الارث في المقام، و ان قلنا به في الزوجة من حيث ان ما دل على ممنوعيته من الارث لأصل التركة و هو قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ (١) و غيره من الأخبار (٢) يدل باطلاقه او فحواه على عدم الارث للحق المتعلق بها ايضاً، فانه مزاحم للدين.
 اما الاشكال الآتي في الزوجة و اجماله ان حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها من الخيار المتعلق به كما سيأتي تفصيله، فهو لا يجري في الدين المستغرق، اما

(١) النساء آية ١١.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب احكام الوصايا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩٣

[...]

بناء على ما اختاره الشيخ ره من انتقال التركة الى الورثة فواضح، و اما بناء على عدم الانتقال فلأن الاستغراق مانع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به و هو المال دون حق الخيار، و هو ليس مزاحماً للدين، فلو كان مزاحماً فهو اعماله.
 و يمكن ان يقال انه لا يزاحم، بل ينتقل المال من المفسوخ عليه الى الورثة، و ما تركه الميت بما انه متعلق حق الديان لا ينتقل اليه، بل هو في حكم التلف، و تشتغل ذمة الميت بالبدل كما سيأتي انشاء الله تعالى نظيره في المبحث الآتي.
 الثاني: مورد وجود احد موانع الارث كالقتل و الرق و الكفر، و قد ارسل عدم الارث فيه ارسال المسلم، و هو كذلك، فان نسبتها الى جميع ما تركه الميت ملكا كان او حقا على حد سواء.
 الثالث: مورد المانع التعبدى، ككون المتروك ارضاً بالاضافة الى الزوجة، و هو الذي نقل فيه الأقوال.
 و ملخص الكلام فيه: ان الوجوه و الأقوال فيه اربعة او خمسة، ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً الى الميت او عنه فيرث في الأول دون الثاني.

رابعها: عدم الجواز فيما انتقل الى الميت، و الاشكال فيما انتقل عنه. خامسها: ما يظهر من المستند وجود القائل به، و هو الفرق بين انحصار الوارث بها فلا ترث، و بين عدم الانحصار فترث.
 وجه القول الأول: عموم دليل الارث، و عدم المانع عن خصوص الخيار.
 و استدلال لعدم الارث مطلقاً بوجهين:

الأول: ان الخيار ملك كالا-الالتزامين اللذين هما مدلولان التزاميان للبيع، حيث انه بمدلوله الالتزامى يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابقى، و هو المبادلة بين المالين، و كل منهما مالك لالتزام طرفه اذا لم يكن خيارياً، و الخيار عبارة عن
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩٤

[...]

ملك كالا-الالتزامين، و لا- يمكن ان تملك الزوجة كليهما اذا ارض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة لالتزام نفسها، و لو انتقلت اليه فهي ليست مالكة لالتزام طرفها، لأن الأرض لغيرها من الورثة.

وفيه: ان معنى ملك الالتزامين التسلّط على الفسخ و الامضاء الذي هو امر اعتبارى عقلاني كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه و ليس تابعا للملك، و لذا يصح جعله للأجنبي.

الثاني: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان الخيار عبارة عن السلطنة على استرداد ما انتقل عن ذي الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل اليه، و الزوجة اما لا سلطنة لها على الرد لو كان المنتقل الى الميت ارضا، و اما لا سلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت ارضا.

وفيه: اولاً: ان الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، و يستلزم ذلك الرد و الاسترداد.

و ثانياً: انه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد و الاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد و الاسترداد الى المالكين.

و بعبارة اخرى: عبارة عن رد المبيع ملكا لا خارجا، و يوجب اعادة الربط الملكي من دون ان يقيد محله بشخص خاص، و عليه فان قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الميت و منه الى الورثة كان لازمه ارث الزوجة لو كانت الارض منتقلة الى الميت فانه يعود الثمن اليه و الزوجة ترث منه، و لو كانت منتقلة عنه لم ترث منها.

و لو قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الورثة، يمكن ان يقال: ان الزوجة و ان لم ترث من الأرض الا انه لا مانع من كون فسخها سببا لعود الأرض الى سائر الورثة و الله العالم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩٥

[...]

و استدلل للثالث فيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت: بان العقد حيث يكون متزلزلا لثبوت الخيار لسائر الورثة فالثمن في معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة، فللزوجة حق في الثمن، فلها استيفائه باعمال الخيار. و بأن الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة.

و أما اذا كانت لأرض منتقلة عنه، فحيث انه لا سلطنة لها على استردادها لا لنفسها لحرمانها، و لا لمن نصبت من قبله، فلا ترث. و فيه: مضافا الى فساد الشق الثاني كما تقدم:- انه لو اغمض عن ذلك و سلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة على الاسترداد خاصة، بل عن السلطنة عليه و على الرد، فمع عدم امكان احدهما لا يثبت الخيار، فبيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت- و ان كان لها السلطنة على الاسترداد- الا- انه لا- سلطنة لها على الرد لعدم كون الأرض ملكا لها، و لاهى منصوبة من قبل مالكةا، فليس لها الرد، بل يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لأن تزلزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب اى سلطنة للزوجة، و كون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية، بل الثمن ملك شأنى للزوجة على تقدير اعمال الخيار.

و استدلل للرابع- اى لعكس هذا التفصيل:- بان الثمن في صورة الانتقال الى الميت ملك للورثة و منهم الزوجة، فلها السلطنة على رده، و الخيار و ان كان سلطنة على الاسترداد الا ان السلطنة على الاسترداد الى النفس او الى من كان منصوبا من قبله غير لازم، بل الفسخ يوجب الرجوع الى الميت، فلا مانع من الرد و الاسترداد. و هذا بخلاف صورة العكس، فان الأرض ملك لسائر الورثة ما عدا الزوجة، و لا سلطنة لها على ما يستحقه الغير.

وفيه: مضافا الى ما تقدم انه مع دلالة الدليل، اى مانع من الالتزام: بان لها

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٢٩٦

[...]

السلطنة على ما يستحقه الغير و يرد الوجه الخامس: انه لا يمكن انحصار الوارث فيها، اذ مع فرض عدم وجود احد يكون الامام وارثا

معها.

فتحصل: ان الأظهر انها ترث مطلقا، و محصل الوجه في ذلك: وجود المقتضى و عدم المانع، اما وجود المقتضى فهو عموم دليل الارث، و اما عدم المانع فلأن المانع المتوهم فيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت، اما عدم سلطنتها على ردها، و قد عرفت ان الفسخ حل العقد، مع انه لو كان عبارة عن الرد و الاسترداد كان هو الرد الملكي لا الخارجى، فلا مانع من ردها الأرض و ان كانت ملكا لغيرها، و اما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين، و قد عرفت دفعه و ما يتوهم مانعته فيما اذا كانت الأرض منتقلة عن الميت، اما عدم سلطنتها على استردادها الى نفسها و اما عدم مالكيتهما للالتزامين، و قد عرفت دفعهما.

كيفية استحقاق الورثة للخيار

التنبيه الثانى: فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شىء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم، وجوه:
الأول: ما اختاره صاحب الجواهر ره من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه، بحيث يكون له الفسخ فى الجميع و ان اجاز الباقون.
و استدل له: بظاهر النبوى المنجبر بالعمل: ما ترك ميت من حق فهو لوارثه «١».

(١) لم اعثر على هذه العبارة فى كتب الحديث من طرفنا و انما رواها الشهيد الثانى فى المسالك فى كتاب الشفعة و تبعه المتأخرون عنه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٩٧

[...]

بتقريب: ان ظاهره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من له الخيار، و انما لا يلتزم بذلك فى المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد.

و اورد عليه الشيخ ره بوجوه: احدها: ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى، و قيامه بالأشخاص المتعددين اوضح استحالة و اظهر بطلانا من تجزئته و انقسامه على الورثة.

و فيه: ان الحق لا يكون متروكا لما تقدم من انعدامه بموت المستحق، بل المتروك ما هو مورد الحق، و لا مانع من صيرورته طرفا لإضافات متعددة بعدد الورثة، كما لا مانع من تعلق الحق المستقل متعددا بعقد واحد، و الاولى فى تقريب هذا الوجه ان يقال: ان مورد هذا الحق هو حل العقد، و حيث ان ما هو مورد بالاضافة الى المورث هو الحل الواحد غير المتعدد، و الواحد لا يتعدد بالانتقال من طرف الى طرف، فلا يعقل فيه التعدد.

ثانيها: ان مفاد دليل الارث بالنسبة الى المال المتروك و الحق المتروك شىء واحد، و لا يستفاد منه بالنسبة الى المال الاشتراك، و بالنسبة الى الحق التعدد الا مع استعمال الكلام فى معينين.

و فيه: ان دليل ارث الحق غير دليل ارث المال، فلا محذور فى تعدد المعنى.

ثالثها: ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهما او فسخته، و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره.

و فيه: انه فرق بين كون الحق واحدا و للمتعدد اعماله كما فى مسألة الوكالة، و بين كون الحق متعددا فى نفسه على ما فرضه صاحب الجواهر، و ما افاده انما هو فى الأول، و مورد كلام الجواهر هو الثانى، و لازم كون الحق متعددا عدم مزاحمة اجازة المجيز لفسخ

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٩٨

[...]

الفاسخ لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار.

رابعها: ان المراد بالوارث فى النبوى وغيره مما افرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث، المتحقق فى ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجه الأربعة.

وفيه: انه لو كانت القضية مهملة صح ما افاده، واما لو كانت مطلقة فحيث ان الجنس ليس الا الطبيعة، فكونها تمام الموضوع لا يكون الا على الوجه الثانى فى كلامه الذى سيأتى التعرض له.

فتحصل مما ذكرناه: - مضافا الى عدم استقامه شىء مما ذكره الشيخ ره-: عدم تمامية ما افاده صاحب الجواهر ره ثبوتاً واثباتاً.

الثانى: ما ذكره الشيخ ره بقوله: وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقيق الطبيعة فى الواحد وليس له الاجازة بعد ذلك، كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد اذا قام بماهية الوارث- واحداً كان او متعدداً- كان امضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر. انتهى.

وورد عليه المحقق النائينى ره: بانه مبنى على ان يكون ارث الخيار ثابتاً لصرف الوجود من الوارث لا- لمطلق الوجود، وحيث ان صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة، فكل من بادر الى اعمال الحق ينفذ فى حق الجميع، وهذا خلاف المتبادر من الأدلة من كونه الحكم شمولياً.

وفيه: ان مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة فى مقابل ثبوته لجميع الوجودات، بل مراده به ثبوته للطبيعى من حيث هو، بتقريب انه كما قد يكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٢٩٩

[...]

المملوك كليا كمن من الحنطة فى الذمة، وقد يكون المالك كليا ككلى الفقير والسيد فى الخمس والزكاة، كذلك قد يكون من له الحق كليا ككلى الوارث. وتعيينه وان احتاج الى معين الا انه انما يكون فى المقام باقداً من هو مصداق الطبيعى القابل للانطباق عليه بالأخذ بالخيار.

وبهذا ظهر انه لا وجه لما اورده السيد عليه بان الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلاً، ولكن الذى يرد على هذا الوجه: ان سياق ادلة الارث فى الحق والمال واحد، وبديهي انه ليس ارث الملك كذلك فارت الحق ايضاً ليس كذلك.

الثالث: ما اختاره الشيخ ره، وهو: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فيشتركون فيه، ولا يكون الحق متعدداً ولا المستحق، ولازمه عدم جواز الفسخ ولا الاجازة من البعض.

وقد استند فى ذلك الى ان الحق امر بسيط غير قابل للتجزئة، فيشتركون فيه، وليس كالمال القابل لها.

وبعبارة اخرى: ان مقتضى ادلة الارث ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، الا ان التقسم فى الأموال لما كان ممكناً كان مرجع ذلك الى اختصاص كل منهم بحصة بخلاف الحق، فانه يبقى على حاله من اشتراك مجموع الورثة فيه.

وفيه: ان الحق امر بسيط كالملكية، ولا يتجزى، ولكن يتعدد بتعدد مورده، ومورده فى المقام هو الحل، ومتعلق الحل هو العقد، والعقد بما انه على ملكية الدار مثلاً والدار قابلة للتبعض، وكذا ملكيتها وكذلك العقد، ومع فرض قبول العقد له يكون الحل ايضاً

قابلا له، فيعقل تعدد حق الحل و الفسخ، و عليه فاذا كانت الملكية بمقتضى ادلة الارث منتقلة الى المتعدد بنحو التعدد، اى كل وارث مالك لمقدار من المال لا محالة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠٠

[...]

ينحل العقد الى عقود كل منهم طرف لما هو متعلق بحصته، فلا محالة يتعدد حق الخيار.

فتحصل مما ذكرناه: ان الأظهر هو الوجه الرابع، و هو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص.

ثم انه على الوجوه الثلاثة الأول لا إشكال فى انه ليس لكل واحد من الورثة ان يفسخ بمقدار حصته، اذ الحق واحد و هو الخيار فى الكل، فلا يجوز له الفسخ فى البعض.

و أما على المختار، فهل يجوز التفريق فى الفسخ و الاجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة الى حصته من المال، ام لا يجوز ذلك؟ ربما يقال بالثانى، و استدل له بوجهين: الأول: ما افاده المحقق النائنى ره، و هو: ان مقتضى الشرط الضمنى الذى التزم به الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحد مستقلا، بل لا بد من اتفاقهم على الفسخ و الاجازة الا ان يرضى الطرف بالتبعض.

وفيه: ان الشرط ان كان هو ان لا يفسخ فى البعض فغايبه عدم جوازه تكليفا لا وضعاء، فان شرط الترك لا يوجب عدم نفوذ الفعل.

نعم لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار الخيار لتبعض الصفقة.

الثانى: انه يلزم منه التشقيص و هو ضرر على الطرف منفى بالحديث.

وفيه: ان ضرره يجبر بالخيار فى اصل البيع، فالأظهر هو الأول.

و يترتب على كون حق الخيار واحدا قائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ احدهم، و عدم سقوط الحق باسقاطه، بل لا بد من الاجتماع على الفسخ او الاسقاط، و هذا جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة، و قد ورد فى الشرع ما يوهم خلاف ذلك، فان الأصحاب افتوا بان احد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع، و الاشكال فيه من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠١

[...]

وجهين.

احدهما: انه كيف ينفذ العفو من احدهم مع ان الحق واحد قائم بالمجموع.

ثانيهما: انه كيف يجوز الاستيفاء من احدهم و لو لم يأذن به الآخر، و الشيخ ره اجاب عنه: بانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة.

وفيه: اولاً: انه لو تم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته، فان ارث حق الشفعة انما هو بمقدار الحصه لقاعدة الميراث لا استيفاء الحق فى الجميع.

و ثانياً: انه لا يتم، فان حق الشفعة لا يكون ثبوته للضرر، فان ضرر الشركة حاصل قبلا، و قد تبدل شريك بشريك، و ربما يكون الثانى احسن من الأول.

و ثالثاً: انه اذا كان للجميع حق واحد فلا ضرر، فان الملك الكذائى المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل الى الورثة، و لا ضرر فى

ذلك، و الحق انه لا فرق بين حق الشفعة، و المقام و ما ذكرناه يجرى فيه.

لو اجتمع الورثة على الفسخ

الثالث: اذا اجتمع الورثة على الفسخ فهل المبيع يرجع الى الميت او الى الورثة؟ و يترتب عليه هذا النزاع فوائد لا تخفى. و الشيخ قده بنى الحكم في هذا الفرع على ان الوارث هل هو نائب عن الميت في الفسخ و الاجازة بمعنى انه يفسخ عن الميت فينتقل المال الى الميت ثم الى الوارث، ام هو مستقل و قائم مقامه بمعنى انه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت اليه فينتقل المال الى الورثة، و مختاره هو الثاني.

و يرد عليه: ان الوارث ليس نائبا عن الميت في الفسخ، بل الحق ثابت له،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٠٢

[...]

و لكن ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه و لنفسه، بل معناه حق حل العقد و فسخه لاعن نفسه و لاعن غيره، فان نسبته الى الكل على حد سواء.

و بعبارة اخرى: الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين مع انه على تقدير الاغماض عما ذكرناه و تسليم ما افاده الشيخ ره لا وجه لتفصيله بين ما اذا كان للميت مال و بين ما لم يكن، فان مقتضى ما افاده انتقال العين الى الورثة و اشتغال ذممهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، و من غير فرق بين ان يكون له مال و ان لا يكون له مال.

و الحق ان يقال: ان حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة، فان حقيقة حق الشفعة تملك حصه الشريك من مشتريها بثمنها، و معلوم ان تملك حصه الشريك ببذل الثمن لا يقتضى رجوع الحصه الى الميت و لا ثمنها منه.

و بالجملة: الموروث ليس حق التملك، بل حق حل العقد، و هو يقتضى رجوع الأمر الى ما كان، و لازم ذلك عود الملك الى الميت، و عود بذله عنه اذ المعاوضة كانت بينه و بين المفسوخ عليه.

و غاية ما يمكن ان يورد على هذا الوجه امور: الأول: ان انتقال المال الى الميت غير معقود لعدم قابليته لذلك.

و فيه: ان الملكية من الاعتباريات، و هي خفيفة المثونة، و لا مانع من اعتبار شيء ملكاً له لو اقتضت المصلحة ذلك.

الثاني: ان الوارث حيث يكون قائماً مقام مورثه فيكون عقده عقده، فكأن العقد واقع على ماله. و الحل حل لهذا العقد، و لازم ذلك تلقي الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه لا التلقى من الميت فتشتغل ذمته بالبدل.

و فيه: ان دليل الارث يدل على ان ما كان للميت من ملك او حق فهو لوارثه،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٠٣

[...]

و لا يدل على ان كان ما هو مضاف اليه مضاف الى وارثه كي يكون عقده عقده.

الثالث: انه جرت السيرة بان ورثة البائع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من اموالهم، و يستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا بقاء الديون منه بعد الاخراج.

و فيه: اولاً: ان وجه جريان السيرة غير معلوم، و لعله يكون ردهم مثل الثمن من اموالهم من جهة ان الفسخ اوجب اشتغال ذمه الميت بالثمن، فهم يؤدون دينه. نعم لو جرت السيرة بعدم اداء سائر ديون الميت من المبيع، و عدم كونهم ملزمين بذلك، كشف ذلك عن

عدم انتقال المبيع الى الميت، و لكن قيام السيرة على ذلك ممنوع.

و ثانيا: ان غاية ما يثبت بذلك كون ارث الخيار المشروط برد مثل الثمن من قبيل حق الشفعة، و لا يثبت به كون جميع الخيارات كذلك.

الرابع: قياس حق الخيار بحق الشفعة، و قد عرفت الفرق بينهما.

و هناك وجوه اخر هين دفعها بعد مراجعته ما ذكرناه.

فالحق انه تنتقل العين الى الميت، فان كان بدلها موجودا فهو يعود الى المفسوخ عليه.

لا يقال: انه انتقل الى الوارث فهو في حكم التلف.

فانه يقال: انه ملك متزلزل فيعود منهم، و الا فتشتغل ذمة الميت بالبدل، كان للميت مال ام لم يكن، فيكون سبيله سائر ديونه، و اما العين فان لم يكن للميت دين تنتقل الى الورثة و الا فان كان الدين غير مستوعب ينتقل الفاضل منه على الدين اليهم و ان كان مستوعبا لا ينتقل شيء منها اليهم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠٤

[...]

لو جعل الخيار لأجنبي

الرابع: و لو كان الخيار لأجنبي، ففي انتقاله الى وارثه- كما عن المصنف ره في التحرير- او الى المتعاقدين، أو سقوطه- كما عن غير واحد و ربما يظهر من القواعد- وجوه.

و قد وقع الخلاف في الخيار المجعول للأجنبي في انه هل هو من باب التمليك او التوكيل او التحكيم، فقد يقال كما عن المحقق النائيني ره بانه ليس من قبيل التمليك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك كان لازمه ارث وارثه عنه، لأن ما تركه لوارثه، و لا من باب التوكيل، و الا امكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف، و هذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء.

و لكن يمكن ان يكون من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجعول، اذ المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه في امر العقد، فيكون المستحق مقوماً. و قد مر أن مثل هذا الحق لا يورث و لا ينتقل الى الغير. و يمكن ان يكون من قبيل التوكيل، و انما لا يمكن عزله لأنه و ان كانت الوكالة جائزة في نفسها الا انه اذا كانت شرطا في ضمن عقد لازم لا يجوز العزل، و الظاهر ان جعل الخيار من قبيل الأول.

و قد ظهر مما ذكرناه امران: الأول: انه لا يرثه وارثه و لا ينتقل الى غيره.

الثاني: عدم تمامية ما افاده المحقق الايرواني ره معلقاً على قول الشيخ ره، و من ان ظاهر الجعل او محتملة مدخلية نفس الأجنبي بقوله: لم افهم المراد من مدخلية الأصيل و عدم مدخليته، فان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل فالكلام في مثل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠٥

[...]

ذلك، و يعدى الى الوارث بادلته الارث- الى ان قال- و ان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل بشرط ان لا يورث ففيه: ان هذا شرط خلاف الكتاب و السنة. انتهى. فانه قد عرفت ان الخيار انما يورث اذا لم يكن المستحق مقوماً، بل كان مورداً، و في جعل الخيار

الظاهر كونه مقوما، وهذا هو مراد الشيخ ره من مدخلية نفس الأجنبي، فلا ايراد عليه.

قال الشيخ: وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما فالخيار لمولاه... الخ.

هذه المسألة غير مربوطة بما نحن فيه، فان حاصلها: ان جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لأنه عبد لا يقدر على شيء، أو انه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة اعماله لحق مولاه؟ و الحق ان جعل الحق له لا محذور فيه، فان كونه عبداً لا يقدر على شيء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال او حق له، بل معناه ان الأفعال التسيبية لا تنفذ منه، و انما يلتزم بعدم مالكيته من التزم لدليل آخر مفقود من الحق. نعم يمكن الفرق بين كون المستحق عبد أحد المتعاقدين أو عبد الأجنبي من ناحية ان الخيار ان جعل لعبد أحدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بحل العقد الواقع بينه و بين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الأجنبي، فان العقد حينئذ اجنبي عن مولاه.

ولعله لذلك قال في القواعد: ان الخيار لو جعل لعبد احدهما فالخيار لمولاه، و لو جعل لعبد الأجنبي فالخيار له لا لمولاه، و لكن مقتضى ما ذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لا ثبوته لمولاه، و الذي يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة، فالاغماض عن اطالة الكلام اولي.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠٦

و المبيع اذا تلف قبل القبض كان من مال البائع

كل مبيع تلف قبضه

إشارة

المسألة الثانية: لا كلام و لا اشكال في ان المبيع اذا تلف قبل القبض كان من مال البائع فلا ينتقل الضمان من البائع الى المشتري الا بعد القبض.

و يشهد له النبوي المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

و خبر عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام): في رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا انشاء الله تعالى فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فاذا اخرج من بيته المبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله «٢».

انما الكلام في مواضع:

الأول: ان الضمان الثابت في المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من مال البائع حقيقة، او ضمان الغرامة بحيث يتلف في ملك المشتري و يكون تلفه عليه لا تلفه منه حقيقة كما عن بعض تبعاً للمسالك؟ وجهان: اظهرهما الأول، و ذلك لأن مدرك هذا الضمان هو النبوي و خبر عقبه، و هما ظاهران في ذلك.

اما النبوي: فلأن (من) اما نشوية او للتبعيض او للابتداء، فان كانت نشوية كان معنى الخبر: ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البائع، و لازم ذلك كون

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٣٠٧

[...]

التالف قبل التلف مأللاً له، و الا لم يكن التلف ناشئاً من ملكه. و بعبارة اخرى: ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، و حيث انه ليس المراد رجوعه اليه مجاناً بل المراد رجوعه اليه ببدله، فلا يزم ذلك انفساخ المعاملة. و ان كانت للتبعيض، فظاهره و ان كان صيرورة المبيع ملكاً للبائع بالتلف، الا ان ذلك لما كان غير معقول فلا بد و ان يراد به كونه ملكاً له قبل التلف آنأماً ما، و يكون اطلاق المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا- له قبله. و ان كانت للابتداء، بان يكون ضمير (هو) عائداً الى التلف المستفاد من الماضي المشتق منه كما في مثل اعْدِلُوا هُوَ اقْرَبُ لِلتَّقْوَى فيكون مفاده: ان التلف من البائع، و لازم ذلك الانفساخ، اذ فرق بين كون التلف منه و كونه عليه، و لازم الأول دخوله في ملكه.

فما افاده المحقق الايرواني ره من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه في امواله، غير تام، فانه يصدق كون التلف عليه لا منه.

و أما خبر عقبه: فلأن قوله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر في ان السرقة تكون من مال البائع، و لا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

الثاني: ان هذا الضمان هل هو حقي قابلاً للاسقاط، ام حكم شرعي غير قابل له؟ وجهان: اقواهما الثاني، فان الضمان المعاوضي معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث اذا تلف قبل قبضه يفسخ العقد شرعاً، و هذا الحيثية بالاضافة الى الانفساخ و الملكية من قبيل القوة بالاضافة الى الفعلية، و ليس شيء منهما حقاً قابلاً للاسقاط، لا الانفساخ و الملكية الفعلية و لا هذه الحيثية، و عليه فلا يصح اسقاطه.

الثالث: انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف او من اصله؟ وجهان.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٣٠٨

[...]

و استدلل الشيخ ره للأول: با تقدير مالىة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد. و حاصله: ان الأصل بقاء العقد الى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة الى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملاً بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال.

و اورد عليه المحقق التقى ره: بان القول بالبطلان من رأس و ان كان مخالفاً لما دل على صحة البيع و نفوذه و حرة نقضه، و لكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آنأماً ما، مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك و وجوب الوفاء في جميع الأزمنة لا مجرد ثبوت الملك آنأماً ما، مضافاً الى لزوم مخالفة قاعدة سلطان الناس على اموالهم و انفسهم «١»، فان مقتضى الأول عدم خروج مال احد ملكه بدون رضاه.

و مقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه، و الانفساخ القهري موجب لخرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان «٢»، حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري، و الضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فان الضمان و الخراج للبائع، فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة، و القول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع، فيقدم الأول ترجيحاً لحفظ القواعد الأربع على حفظ دليل واحد، و لو فرض التكافؤ و التساوق فالمرجع اصالة فساد العقد و عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي الى غيره.

و فيه: اما مخالفة القول بالانفساخ من حيث التلف لدليل صحة البيع و نفوذه، فيردها: ان العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسله، و الفسخ او الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كى ينافيه، بل يوجب رفع هذه الملكية المرسله.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) المبسوط كتاب البيوع فضل الخراج بالضمان - صحيح الترمذى ٥ ص ٢٨٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٠٩

[...]

و اما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس و المال فيردها: ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس، و الانفساخ حكم شرعى لا معنى لكون دليل السلطنة نافيا له.

و أما مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، و انما مفاد الحديث على فرض وجوده ان الضمان المعاوضى اى ملكية العين بازاء شىء يتبعها ملكية المنافع، فالأظهر هو الانفساخ من حيث التلف.

و عليه فهل الانفساخ حقيقى او حكمى؟ و قد استدلل للثانى بوجهين: احدهما: ان المال فى الآن المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالىة و الملكية، اذ الشىء الذى يتلف فى آن وجوده لا قيمة له فى العرف، و لا يبذل العقلاء بازائه مالا.

و فيه: اولاً: انه لا يوجب سلب المالىة ما لم يكن معلوما لعامة الناس.

و ثانياً: ان تقديره ملكا انما هو لرجوع ما جعل عوضا عنه الى مالكه، و لا فرق فى ذلك بين كونه مالا و عدمه.

الثانى: ما استند اليه المحقق التقى ره، و هو: ان الجزء غير المتجزئ من الزمان غير موجود، فالملك الحقيقى ان وجد لا فى زمان فهو محال، و ان وجد فى زمان فيكون هذا الزمان لا محالة قابلا للتجزئة، فيمكن فرض الملك فى الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك فى هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم فى اكثر من ذلك، و لو التزم بكون الملك فى اقل من الزمان المفروض ينتقل الكلام فى ذلك المقدار الأقل، و نقول فيه ما قلناه فى الفرض الأول.

و فيه: انه يلتزم بالملك فى الجزء الآخر من الزمان عرفا، و كون ذلك الجزء قابلا للتجزئة عقلا غير مناف بعد كونه غير قابل له عرفا، فالأظهر هو الانفساخ الحقيقى على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فان ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٠

[...]

الانفساخ الحقيقى.

الرابع: ان التلف الحقيقى مساوق للانعدام، الا ان التلف عرفا اعم منه و من كل ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبه بن خالد، حيث حكم فيه بانه من البائع بسبب السرقة.

لا يقال: ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار، مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فانه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين او مع الشك، و ربما يكون مع العلم او الاطمئنان بعدم الامكان الى الأبد، و الملحق بالتلف هو الثانى، و الموجب للخيار هو الأول، فتأمل، فان ذلك قابل للمنع.

الخامس: اذا وقع القبض غير واحد لشرائط صحته، فهل ينتقل الضمان ام لا؟ ملخص القول: انه مع فقد بعض ما يعتبر فى ان صدق عليه القبض الذى حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجى على ما تقدم، انتقل الضمان، اذ لم يؤخذ فى موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، و عليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذى اليد كفى، و ان جاز استرداده.

و أما الكيل و الوزن، فان كان المبيع شخصيا فهما غير معتبرين فى القبض، و على فرض الاعتبار تعبدا لا وجه لاعتبارهما فى رفع

الضمان، و ان كان كليا فالوفاء لا يكون الا بالكيل و الوزن، فالقبض بلا اذن من البائع لا يحقق الوفاء و لا يشخص ملك المشتري كى يرتفع الضمان.

و أما النقل بناء اعتباره فان كان معتبرا فى صدق القبض فهو يعتبر فى رفع الضمان، و ان كان غير معتبر فيه و ان اعتبر تعبدا فلا يكون معتبرا فى رفع الضمان.

و مما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخليء على القول بعدم كونها قبضا كما ظهر ما فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣١١

[...]

كلمات الشيخ من الاشكال.

انتقال الضمان بالاتلاف

السادس: فى الاتلاف، و هو قد يكون من المشتري، و قد يكون من البائع، و قد يكون من الأجنبي فان كان الاتلاف من المشتري فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجى، فبالإتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، و لا فرق فى ذلك بين العلم و الجهل، و ان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للمساوى و الاختيارى فيفسخ العقد من غير فرق بين الصورتين، و الا فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة و هو كون التلف من المشتري لا من البائع.

و ان كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه: الأول: ما عن المبسوط و الشرائع و التحرير، و هو: كونه كالتلف موجبا للانفساخ. الثاني: كونه موجبا لضممان الغرامة.

الثالث: تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمى، و الرجوع ببدل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم الشيخ ره.

و استدلل للأول: بان الانفساخ فى النص علق على التلف، و هو قد يكون قهريا، و قد يكون اختياريا، و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه، بل ظاهر خبر عقبه ابن خالد شموله للاختيارى، فان السرقة المنزلة منزلة التلف لا تكون الا بالاختيار، و لا فرق فى هذا المعنى بين اتلاف الأجنبي و البائع.

وفيه: ان التلف منصرف الى القهرى، و بعبارة اخرى: انه بحسب المتفاهم العرفى مقابل للاتلاف، و خبر عقبه قد مر أنه ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣١٢

[...]

هلال.

و بما ذكرناه يظهر مدرك القول الثانى، فانه اذا لم يشمل النبوى يشمل من أتلف مال الغير، بل لو شك فيما ذكرناه و احتمال شمول التلف لمورد الاتلاف يجرى استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري، و ينقح بذلك موضوع من اتلف.

و استدلل للثالث: بوجهين: الأول: انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى و الانفساخ، و هو كل مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه و سبب ضمان الغرامة، و هو من اتلف مال الغير، و حيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخيير.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما اذا كان السبب اختياريا.

و ثانيا: انه لا تنافى بين الدليلين فى المقام، فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة و صيرورة المال للبائع، و يرتفع بذلك

موضوع من اتلف مال الغير.

و بعبارة اخرى: ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، و ليس هو كسائر الأدلة حافظا لموضوعه، و دليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين و لا تراحم.

الثاني: ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري، و حيث انه متعلق بمال المشتري، فيشملة دليل من اتلف مال الغير، فله الخيار و التضمنين بالبدل، و حيث انه مع اعمال احدهما لا مورد للآخر يتخير بينهما.

و اورد عليه: بان دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما اذا بقى المال على قابلية التسليم، غاية الأمر تعذر لعارض.

و فيه: انه تخصيص بلا وجه، و عليه فيتخير المشتري بين الفسخ و اخذ الثمن، و الابقاء و اخذ القيمة.

و ان كان الاتلاف من الأجنبي، جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، و وجه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٣

[...]

الانفساخ فيه اظهر لما في خبر عقبه من الانفساخ بما هو بمنزلة اتلاف الأجنبي، فالأظهر فيه ايضا التخيير بين الفسخ و اخذ الثمن و الابقاء و اخذ البدل من الأجنبي.

و قد يقال انه لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتفقه البائع كان كاتلافه قبل القبض، و استدل له بوجهين: احدهما: ان القبض بلا اذن كالعدم، و قد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن.

ثانيهما: ان اتلاف البائع اياه استرداد، فكما انه لو استرده فاتفقه يكون من الاتلاف قبل القبض، و كذا لو تلف باسترداده كذلك لو اتلفه فانه استرداد بالاتلاف.

و فيه: اولاً: انه لو استرده فاتفقه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض.

و ثانياً: ان الاتلاف ليس استرداداً- الذي هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء- بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير، فالأظهر انه من الاتلاف بعد القبض.

تلف الثمن كتلف المثل

السابع: المشهور بين الأصحاب: ان تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين.

و قد استدل له بوجوه: احدها: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين، او احتمال كونه احد المذكورات، لا يعبا به لعدم كونه تعديداً.

ثانيها: قوله (عليه السلام) في خبر عقبه المتقدم فاذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه بتقريب: ان ضمير الحق يرجع الى البائع، فيكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٤

[...]

المراد ضمانه للثمن قبل القبض.

و فيه: ان كونه ضامناً للثمن اعم من الانفساخ، واردة الضمان المعاوضي لا ضمان الغرامة غير ثابتة.

و ما افاده المحقق النائيني ره من صراحة الرواية او ظهورها في ارادة الضمان المعاوضي و سرياً هذا الحكم الى الثمن، يرد عليه: انه

مع اختلاف التعبير كيف يدعى ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لا المعاوضى كما لا يخفى، مع ان الخبر ضعيف السند كما تقدم.

ثالثها: صدق المبيع على الثمن فيعمه النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه وجه توهم الصدق ما اشتهر من صدق البيع على الاثراء لكونه من الاضداد.

وفيه: انه لا يصدق ذلك، وليس البيع من الاضداد كما تقدم.

رابعها: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمنى فى ضمن البيع تسليم الثمن الى البائع، فاذا لم يمكنه التسليم بطل العوضيه.

وفيه: انه ان قيد العوضيه الاعتباريه ببقاء العوضين بطل البيع، و الا- فلا- يوجب اشتراط التسليم الا- الخيار، فالحق انه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن.

وبما ذكرناه يظهر الحال فى سائر المعاوضات، فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم. نعم فى خصوص الاجاره تنفسخ الاجاره بتلف العين، فان المملوك فيها هى المنفعة، ومع عدم العين لا منفعة، فلا شىء حتى يملك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٥

و ان تعيب تخير المشتري بين الرد و الامساك بالارش

تلف بعض المبيع قبل قبضه

الثامن: انه لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، فالكلام فيه فى موردين:

الأول: فى تلف الجزء الذى يقسط عليه الثمن.

الثانى: فى تلف الوصف و الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن.

اما الأول: فمقتضى عموم النبوى كل مبيع تلف «١» هو انفساخ البيع بالاضافة اليه لصدق المبيع على كل جزء من الاجزاء، و عدم صدق البيوع على بيع الدار مثلا لا ينافى ذلك، فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية و وحدة عمومية لا شخصية.

و أما الثانى ففى المتن و ان تعيب تخير المشتري بين الرد و الامساك بالارش و لكن الظاهر انه لا يوجب الانفساخ و لا الأرش.

اما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ.

و أما الثانى: فلأن ثبوت الارش انما يكون بالتعبد، و دليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، و لا يشمل الحادث بعده، و الشيخ ره ذهب الى ان النبوى الدال على الانفساخ فى تلف الكل، و الجزء الذى يسقط عليه الثمن يدل على التخير بين الرد و الامساك بالارش فى المقام، بتقريب ان معنى كونه من مال البائع وقوع التلف فى ملكه، و لازم تقديره فى ملك المبيع ان العقد كأن لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان هو الوصف او الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن و فقده موجب للتعب جريان احكام

(١) المستدرک باب ٩- من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٦

[...]

العيب، فان المنفى على الأ-خير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه

على المعيب.

وفيه: اولاً: ان الموضوع في النبوى تلف المبيع و وصف الصحة و كذا ما بمنزلته ليس مبيعا و لا- جزء منه، و حملة على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

و ثانيا: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان الوصف و ترتب حكم الخيار. و قد يقال في تقريب ما افاده الشيخ ره: بان المستفاد من النبوى تنزيل التلف و النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

وفيه: - مضافا الى الايراد الأول الذى اوردناه على ما افاده الشيخ ره:- ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله فى ملك البائع، بحيث يضاف اليه التلف و هو ملكه، و ليس لانزم ذلك فرض دخوله فى ملك البائع قبلا او فرض وقوع التلف قبل العقد كى يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

و ربما يستدل لجواز الرد، بل لأخذ الارش: بحديث «١» لا ضرر بدعوى ان المبيع اذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضرراً على المشتري، فوجوب البيع الذى حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعاً بالحديث، و حيث انه ربما تكون الحاجة ماسة الى المعاوضة، فيكون فسخها ايضا ضرراً عليه، فله الامساك و اخذ الارش، فتكون النتيجة هو التخيير بين الأمرين.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٧

[...]

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار.

و ثانيا: ان الصبر على المعيب فى نفسه لو كان ضروريا لا يقتضى كون العقد خياريا، و البيع لا يصير ضروريا بذلك، بل هو بالقياس الى التعيب قبل القبض و بعده على حد سواء.

و بالجملة: بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر و موجبا لاستقرار الضرر على المشتري، و مجرد ارتفاع الضرر بذلك لا يصلح رافعا له.

و ثالثا: ان اخذ الارش مما لا وجه له اصلا، فان الامساك بلا ارش و ان كان ضررا على المشتري، الا انه مع الارش ضرر على البائع، و لا أولوية لأحد الضررين على الآخر، فالأظهر عدم جواز الرد لو لا الاجماع.

هذا فيما لو تعيب بأفة سماوية، و اما لو تعيب بفعل احد، فاذا قلنا بان التعيب بأفة سماوية يوجب الخيار بل الارش يقع الكلام فى التعيب بفعل احد، فان كان ذلك بفعل المشتري لا كلام فى انه لا يوجب شيئا، و ان كان بفعل الأجنبي أو البائع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر انه لا- خلاف فى الخيار، و انما البحث فى الارش، و ظاهر المكاسب ثبوت الارش خاصة، ثم احتمال التخيير بين الرد و الامساك و اخذ الارش من المتلف.

وفيه: ان الخيار لا وجه له، فان الضرر و ان اوجب ذلك فانما هو اذا لم يكن بفعل احد، و الا فيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه، و اما اخذ الارش فهو وجه لعموم من اتلف، فالأظهر هو اخذ الارش من المتلف خاصة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣١٨

الفصل الخامس فى العيوب و هو كل ما زاد او نقص عن المجرى الطبيعى

بيان حقيقة العيب

الفصل الخامس فى العيوب

اشارة

و تمام الكلام فى هذا الفصل فى طى مسائل: الاولى:

فى بيان ماهية العيب

، و استقصاء القول فيها بالبحث فى جهات: الاولى: انه طفحت كلماتهم تبعاً لمرسل السيارى «١» بما فى المتن قال و هو كل ما زاد او نقص عن المجرى الطبيعى اى الخلقه الأصلية.

و ظاهر ذلك ان كل ما ثبت فى اصل الخلقه من الأجزاء و الأوصاف فزاد ذلك الشئ او نقص فهو عيب، فينحصر العيب فى الزيادة و النقيصة الخلقية. و عتبر جماعة عن ذلك بالخروج عن المجرى الطبيعى، و لكن المفهوم العرفى من العيب اعم من ذلك، فان الخراج الثقيل الخارج عما جرت العادة عليه فى الأراضى عيب عند العرف، مع ان الخراج اجنبى عن الخلقه الأصلية للأرض، و هو فى الشرع ايضا كذلك، فان عدم حيض الجارية المدركة جعل فى النص عيباً، مع انه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجى لا لنقص فى الخلقه، و حمل الجارية جعل عيباً موجبا للخيار، مع انه ليس زيادة او نقصاً فى الخلقه، و كذلك اباق العبد، فيعلم من ذلك ان العيب الشرعى اعم من الكلية المذكورة.

فالمتمتعين اما البناء على ان الخبر ورد لبيان العيب لا لتحديده، او التصرف فى الكلية بحملها على خلاف ظاهرها، و هو كون الخلقه اسماً لمعنى مصدرى يراد به ما عليه الشئ من الهيئة، فيعم كل نقص او زيادة و ان لم يكن من اجزائه الأصلية، بل

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣١٩

[...]

و ان كان الوصف الزائد اعتبارياً ككون المزرعة ثقيلة الخراج و نحو تلك من الأوصاف الاعتبارية.

الجهة الثانية: بعد ما عرفت التوسعة فى العيب، فقد يكون شئ واحد معيباً بملاحظة الخلقه الأصلية، و غير معيب بالاضافة الى الحقيقة العادية الثانوية، و قد ينعكس الأمر، و على التقديرين ان كان ذلك بالاضافة الى جهتين فلا اشكال فى ان لكل منهما حكمها، مثلاً لو كانت الأرض غير قابلة للزرع لكنها خفيفة الخراج فهي معيبة باعتبار الخلقه الأصلية، و صحيحة باعتبار العادة الثانوية. و لو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الأول و معيبة بالثانى، و فى الفرضين يجرى حكم العيب، اذ لا يجب ان يكون الشئ معيوباً من جميع الجهات فى ترتب احكام العيب، بل يكفى التعيب من جهة واحدة.

و انما الكلام فيما اذا كان الاختلاف من جهة واحدة، كما اذا كان العبد الكبير اغلف فانه تام من حيث الخلقه، و معيوب باعتبار العادة الثانوية، اذ جرت العادة على الختان، و يجب ذلك، و العبد مورد للخطر عند الختان، و كما اذا كانت الأمة ثيبه فان فيها نقصاً خلقياً و تمامية عادية.

و هذا هو مورد بحث الشيخ ره حيث قال: ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال اغلب الأفراد التى يستدل بها على حال

الحقيقة عرفا رجح الثاني. انتهى.

و المفروض في كلامه المفروغية عن عدم الخيار فيما اذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب، و انما جعل مورد البحث ان ما هو كذلك، اى نقص او زيادة بحسب الحقيقة الأولية و لا يكون كذلك بحسب الحقيقة الثانوية، هل يكون عيبا موضوعا و انما لا يلحقه حكم العيب، او انه ليس بعيب موضوعا؟ و وجه الأول ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢٠

[...]

العيب هو النقص او الزيادة بحسب الخلقة الأصلية، و انما يعتنى بوجود الصفة في اغلب افراد الطبيعة من جهة كشفه عن الخلقة الأصلية، و هذا انما يكون مع الجهل بها، و اما مع العلم بالخلقة الأصلية فلا يعتنى بالكاشف. نعم لا يلحقه حكم العيب من جهة ان حكم العيب انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد. فمع فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لا يقتضى الاطلاق ذلك، بل يقتضى الالتزام بالبراءة من ذلك العيب، فلا يثبت الخيار من هذه الجهة.

و وجه الثاني: ان الغلبة بمنزلة الحقيقة الأصلية، و ان لها موضوعية كما تقدم، مع ان مقتضى خبر سماعه في الرجل يشتري جارية على انها بكر و لم يجدها كذلك، قال (عليه السلام): لا ترد عليه، و لا يجب عليه شيء، انه قد يكون يذهب في حال مرض او امر يصيبها «١». و الشيخ ره قوى الوجه الأول.

و لكن الأظهر هو التفصيل، اذ قد يكون شيوخ النقص او الزيادة لمصلحة شخصية او نوعية، كالأختان، فانه نقص امر به الشارع لمصلحة شخصية، و كالأخراج، فانه لغرض نوعى عقلائى، و فى مثل ذلك لا يعد عيبا لما عرفت من انه ليس المدار على خصوص الخلقة الأصلية، و قد يكون لا لمصلحة بل لجهة اخرى كثبوبة الأمه، و فى مثل ذلك يكون عيبا و لا عبرة بالغلبة، و هى من حيث هى ليست بمنزلة الخلقة الأصلية كما افاده الشيخ ره، و الخبر لا يدل على ازيد من نفي الخيار.

الجهة الثالثة: هل يعتبر فى صدق العيب ان يكون موجبا لنقص المالية، فالتقص او الزيادة خلقه و عادة غير المنقص للمالية لا يكون عيبا، ام لا يعتبر ذلك؟

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢١

[...]

وجهان.

لا اشكال فى ان مطلق الزيادة او النقيصة الخلقية او العادية لا يكون عيبا كحدة بصر العبد، و زيادة شعر رأس الجارية و ما شابه تكلم، كما لا إشكال فى انه ليس المدار على الزيادة و النقص من حيث المالية فقط، و الا لكانت الأشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحا و بعضها معيبا، و ان لم يختلفا من حيث الأجزاء الأصلية.

انما الكلام فى انه اذا كانت الزيادة او النقيصة الموجبة للنقص فى الشيء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه غير موجبة للنقص فى المالية من جهة تلازم النقص من هذه الجهة لأثر آخر و خاصية اخرى مترتبة عليه، هل تكون عيبا ام لا؟ و الظاهر صدق العيب عليها، اذ المدار ليس على المالية.

و أما خبر السيارى المتضمن لقضية ابن ابى ليلى، و لقوله (عليه السلام): كل ما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب «١». فهو

ضعيف السند لاتفاق الرجاليين على كون احمد بن محمد اليسارى راوى الخبر ضعيف فاسد المذهب. وقد اجاب عنه الشيخ ره باجوبة اخر سيمر عليك ما فيها.

ثم انه على المختار من صدق العيب ليس له الا الرد لما تقدم من عدم معقولية الارش، كما انه على القول الآخر ايضاً لا إشكال في ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمنى بعدم النقص، و لذا قد توهم عدم ترتب ثمرة على هذا النزاع، و الشيخ ره دفعا لذلك ذكر ثمرتين.

احدهما: ما اذا طرأ احد موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فانه على المسلك المنصور يسقط حق الرد دون المسلك الآخر،

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢٢

[...]

و امره بالتامل، و وجهه ما ذكره سابقا من اختصاص ادلة تلك الموانع بصورة ثبوت الارش، و قد تقدم في تلك المسألة ان مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الارش، فهذه الثمرة موجودة.

ثانيتها: انه اذا حصل هذا النقص قبل القبض او في مدة الخيار، فانه على فرض كونه عيبا يكون مضمونا على البائع، و على فرض عدمه لا يكون كذلك، اذ لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع.

و قد تنظر فيها الشيخ ره، و هو في محله، فان تلف وصف المبيع اذا كان مشمولاً لقاعدة كون التلف قبل القبض من البائع «١»، و قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له «٢» كان تلف الوصف الملتزم به ايضاً كذلك و لا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البائع بما هو اجنبي عن تلف المبيع.

و بالجملة: لا فرق في تلف الوصف بين كونه ماخوذاً في المبيع بعنوان التوصيف او بعنوان الشرط، فالعمدة هي الثمرة الاولى.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار و المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢٣

فان اطلق المتبايعان او اشترطا الصحة اقتضى الصحة،

اطلاق العقد يقتضى الصحة

الثانية: اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبني على سلامة العين من العيب، و على هذا فان اطلق المتبايعان او اشترطا الصحة اقتضى الصحة و لو لا ذلك لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هي صحتها التي هي اهم ما يتعلّق به الاغراض الموجب للغرر. و للقوم في تقرب اصالة السلامة الرافعة للغرر الموجبة لصحة العقد وجوه:

١- ان الغالب في الأعيان الخارجية بقائها على خلقتها الأصلية، و الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

و فيه: ان الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

٢- ان بناء العرف و العقلاء على الصحة و السلامة ما لم يثبت العيب.

و فيه: ان ذلك غير ثابت.

٣- ما افاده الشيخ، و هو: ان الغالب في الأعيان حيث انه السلامة، و بناء العرف و العقلاء في معاملاتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوباً، فالاطلاق و عدم التقييد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين. و هذا الوجه تام، غاية الأمر أن كفى الاشتراط في رفع الغرر نقول ان السلامة شرط ضمنى، و الا كانت قيداً و وصفاً.

٤- ان البيع انما يصح لأجل اخبار البائع بالصحة، و هذا الاخبار ليس بالتصريح بل علم من القرينة، و هى ما علم ان الناس لا يبذلون المال فى مقابل المعيوب اذا لم يصرحوا بالعيب، فلو بذل مال بازاء شىء علم انه يريد ذلك الشىء بوصف الصحة. و هناك تقاريب اخر تقرب ما تقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢٤

و ان تبرأ المشتري من العيوب فلا ضمان

و يترتب على ما ذكرناه فى تقريب المراد من الالتزام الضمنى و انه ليس هو الالتزام القلبي بل انشاء لورود العقد على الصحيح و ربط العقد به، انه يتم ما صرح به جماعة من ان اشتراط الصحة يفيد التأكيد، و على ما ذكرناه فثبوت الخيار لو ظهر أن به عيباً واضح مضافاً الى انه من المسلمات نصاً و فتوى، و ستمر عليك تكلم النصوص.

التبرؤ من العيوب

إشارة

الثالثة لو وقع العقد صحيحاً، فيظهر به عيب سابق على العقد، فتارة: يتبرأ من العيوب بان يقول: بعثك هذا بكل عيب، أو و انا برىء من كل عيب، او نحو ذلك مما لا يفترق فيه بين العيوب ظاهرة او باطنه معلومة او غير معلومة.

و اخرى: لا يتبرأ من العيوب، بل يتعاملان على الصحة و السلامة.

ف ان تبرأ المشتري من العيوب فلا- ضمان و يسقط به الارش و الرد بلا- خلاف، و فى الجواهر: اجماعاً محكياً صريحاً عن الغنية و الخلاف و التذكرة و ظاهراً فى غيرها ان لم يكن محصلاً.

و يشهد به- مضافاً الى ذلك، و الى ما فى الجواهر-: ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم و هو الرد او الارش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط حتى لو ذكره قبل العقد و بنا عليه بناءً على انه حينئذ كالمصرح به فيه، و لأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، كما لو علم به و اقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ٣٢٤

بل قد يقال: ان فى شمول ادلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٢٥

[...]

ظاها خلافة، فتبقى اصالة اللزوم و اصالة براءة الذمة من الأرض بلا معارض. انتهى.

مفهوم صحيح زرارة عن الامام الباقر (عليه السلام): ايما رجل اشترى شيئاً به عيب و عوار لم يتبرأ اليه و لم يتبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١». بالتقريب الآتي.

و مصحح جعفر بن عيسى: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن، فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و انه لم يعلم بها فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم اسمع البراءة منها، الصدق فلا يجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن «٢».

و دلالة على ذلك من وجهين واضحة، و مع ذلك كله فلا يصغى الى ما قيل من ان شرط التبري من العيب موجب للجهد بالمبيع و الغرر، الموجبين للبطلان، اصف اليه ما تقدم في مبحث خيار الرؤية في مسألة شرط عدم الخيار دفع ذينك و سائر ما اورد عليه. هذا كله في العيب الموجود قبل العقد، و اما العيب المتجدد بعده الموجب للخيار، كالحادث بعد العقد، قبل القبض، او في زمان خيار المشتري، فهل يصح

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٣٢٤

[...]

التبري منه كما هو المشهور، و عن ظاهر التذكرة. الاجماع عليه، ام لا يصح؟ وجهان.

قد استدلل الشيخ في المكاسب للأول: بعموم المسلمون عند شروطهم. ثم اورد عليه ايرادين:

(١) انه من قبيل البراءة مما لا ثبوت له، فيكون كإسقاط ما لا يجب.

و نقل عن المصنف الجواب عنه: بان البراءة ليست من العيب، بل من الخيار الذي هو مقتضى العقد.

و اجاب عنه: بان العقد ليس سبباً لهذا الخيار، بل سببه حدوث العيب، فهو غير ثابت و لو بثبوت مقتضيه، فيكون كالعيب غير الحادث من حيث تعلق البراءة بما لا ثبوت له.

وفيه: ان التبري من العيب مرجعه الى شرط عدم الخيار و سقوطه، و قد مر مراراً ان اسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته لا مانع منه.

ثانيهما: انه موجب للغرر، بتقريب: ان ارتفاع الغرر انما كان بالالتزام بالصحة، و شرط عدم الخيار و التبري من العيب مرجعه الى عدم الالتزام بالصحة، فيعود الغرر.

و يرد - مضافاً الى ما افاده من ان ارتفاع الغرر انما يكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التزام البائع و عدمه، و مضافاً الى ما في آخر كلامه من ان العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراط عدمه الغرر ما مر في خيار الرؤية في الجواب عن وجوه المنافاة بين شرط عدم الخيار و ما يرتفع به الغرر. فالأظهر صحة هذا الشرط.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٣٢٧

و بدونه اذا ظهر عيب تخير المشتري بين الرد و الامساك بالارش

التخيير بين الرد واخذ الارش

هذا كله مع التبرى من العيب و اما اذا اطلق المتبايعان بدونه اى بدون التبرى من العيب، ف اذا ظهر به عيب سابق على العقد تخير المشتري بين الرد و الامساك بالارش بلا خلاف، و فى الجواهر: اجماعا محصلا و محكيا مستفيضا صريحا و ظاهرا. و يشهد بالرد- مضافا الى ذلك و إلى عموم ادلة الشروط كما مر- النصوص المستفيضة الآتية. و أما الارش، فلم يوجد فى الأخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد، بل ما دل عليه يختص بما اذا لم يمكن الرد. و قد استدلل للتخيير بينه و بين الرد بوجوه:

الأول: ان هناك طوائف من النصوص: احداها: ما دل على الرد مع السكوت عن الارش «١»، و هى كثيرة. ثانياها: ما اطلق الارش من غير ذكر للرد، كروايه يونس المتقدمه «٢». بناء على عدم ظهورها فى صورة التصرف. و خبر السكونى عن جعفر عن ابيه: ان عليا (عليه السلام) قضى فى رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى على (عليه

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٣. و جملة من ابواب احكام العيوب.

(٢) الوسائل - باب ٦- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٢٨

[...]

السلام) فقال له على (عليه السلام): لك بكيال الرب سمننا، فقال له الرجل: انما بعته منك حكرة فقال له (عليه السلام): انما اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربا «١». بناء على ان يكون الرب مخلوطا بالسمن، بحيث يعد عيبا فيه، و كون أخذ السمن بكيلة من باب الارش.

ثالثها: ما تضمن تعين الارش بعد التصرف «٢».

و الثالثة اخص من الأولتين فتخصصان بها، و انما التعارض بين الأولتين لأن مقتضى الاولى تعين الرد، و مقتضى الثانية تعين الارش، و مقتضى الجمع بينهما البناء على التخيير بان يحمل كل منهما على بيان احد فردى التخيير، او يقال انهما متعارضتان فيحكم بالتخيير. و فيه: اولاً: انه ليس فى شىء من النصوص ما يكون ظاهرا فى تعين الارش مع امكان الرد، و الخبران كما ترى. و ثانيا: ان الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له، و لا يكون عرفيا، بل هما متعارضتان عند العرف، و الرجوع الى التخيير فى المتعارضين انما يكون بعد فقد المرجحات، و الترجيح مع نصوص الرد كما لا يخفى.

الثانى: ما اشار اليه الشيخ ره بقوله: و قد يتكلف لاستنباط هذا لحكم من سائر الأخبار، و هو صعب جدا، و وجوه التكلف متعددة، منها: ما فى تعليقه السيد الفقيه، و هو ان يدعى ان المراد بالرد فى نصوصه رد البيع فى الجملة اعم من ان يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ، او بالرجوع بالارش لأنه ايضا رد للبيع فى الجملة،

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٢ و باب ٤ من ابواب احكام العيوب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٢٩

]...[

حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

وفيه: ان الارش ليس جزء من الثمن، فاخذه ليس رداً للبيع في بعض مقتضاه، مع ان الظاهر من النصوص كان متعلق الرد فيها رد المبيع او البيع هو رد البيع بتمامه كما هو واضح.

ومنهما: ان التقييد بعدم امكن الرد في نصوص الارش وارد مورد الغالب، لأن العادة قاضية بعدم امساك المعيب.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو فيما اذا كان لدليل الارش اطلاق فيجمع بينهما بذلك، و الا فمجرد عدم المانع اثباتا لا يجدي.

ومنهما: غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الثالث: ما في الفقه الرضوي: فان خرج السلعة معييا و علم المشتري فالخيار اليه ان شاء رده و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمة ارش العيب. (١).

وفيه: ما تقدم في اول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح من ان كتاب الفقه الرضوي لم يثبت اعتباره، بل لم يثبت كونه كتاب خبر، و ضعفه غير منجر بالعمل.

الرابع: كون ذلك مقتضى القاعدة. بتقريب: ان وصف الصحة الفائت بمنزلة الجزء، فالمعقود عليه منحل الى اجزاء ثمننا و مثننا، فكما انه في فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن يقابل ذلك الجزء فكذلك في وصف الصحة، فثبوت الارش على القاعدة. و اما ثبوت جواز الرد فمن جهة ان فوات الوصف يوجب تبعض الصفقة، فله الرد لذلك.

وفيه: اولاً: ما في المكاسب من ان لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة الى الوصف

(١) المستدرک باب ١٢ من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣٠

]...[

الفائت، و رجوع مقدار من الثمن الى المشتري، مع انهم لا يقولون بذلك، بل باستحقاق المطالبة، بحيث لو لم يطالب لا يرجع شيء من الثمن، بل مع المطالبة ايضاً لا يرجع مقدار من الثمن، بل ما يوازيه في المالية.

و ثانياً: ان الارش قابل للاسقاط و لو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلاً للاسقاط.

و أما ما افاده الشيخ ره في مقام الجواب ثانياً، و حاصله: ان الجزء الخارجي ايضاً اذا اخذ على وجه الشرطية لا يقابل بالمال و لا يقع شيء من الثمن بازائه. ففيه: ان الجزء يقابل بالمال مطلقاً، اخذ على نحو الشرطية او الشرطية، لأن الثمن يجعل في مقابل المجموع عند اهل العرف، و هم المدار في الباب، و أما الأوصاف فهي و ان اوجبت زيادة المالية الا انها ليست بمال و لا يجعل شيء من الثمن بازائها. و تمام الكلام في محله.

الخامس: الاجماع، و لا بأس بالاستدلال به، فان هذا الحكم على خلاف القاعدة، و من المستبعد جدا استناد الفقهاء و الأساطين الى ما تقدم من الوجوه، و مع ذلك طريق الاحتياط واضح.

ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له

ثم ان في كون ظهور العيب مثبتا للخيار او كاشفا عنه وجهين.

و ملخص القول: انه ان كان مدرک هذا الخيار الشرط الضمني كان الخيار ثابتا من حين العقد، فان الشرط صحة المبيع واقعاً لا عدم ظهور العيب فالتخلف من حينه، و كذلك الخيار. كما انه لو استند الى حديث لا ضرر كان لازمه ثبوته من حيث العقد، فان لزوم العقد على المعيب ضرر و ان لم يلتفت المشتري الى العيب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣١

[...]

و ان كان: المدرک هو الاخبار فقد يتوهم ان مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب، فان نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب و وجد انه و رؤيته و العلم به، و الظاهر من كل عنوان اخذ في الموضوع موضوعيته و حمله على الطريقة يتوقف على القرينة، و لكن يمكن دفعه بان هذه الكلية تامة في غير العناوين التي تكون الطريقة و المرآية من مقومات حقائقها كالعلم، و أما فيها فالظاهر هو اخذها بعنوان الطريقة و المرآية و لذا في جميع الموارد التي يؤخذ العلم في الموضوع يحمل على ارادة الطريقة لا الموضوعية، و من تلك المورد مقامنا هذا، مع انه في بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لا ظهوره. لاحظ قول ابي جعفر (عليه السلام) في الصحيح: ايما رجل اشترى شيئاً و به عيب او عوار و لم يتبرأ اليه و لم يبين له «١». و الجمع يقتضى البناء على ارادة الطريقة من الطائفة الاولى.

و ربما يقال: ان المتفق عليه نصاً و فتوى جواز التبري و اسقاط خيار العيب، و ذلك دليل على ان الخيار يثبت قبل ظهر العيب، و الا لم يصح اسقاطه.

و لكن بناء على عدم صحة الاسقاط ما لم يثبت و ان كان سببه موجوداً كما هو الحق في الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص و الفتاوى متين، فانه يستكشف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله، و أما بناء على مختار الشيخ ره من صحة الاسقاط مع وجود السبب فلا يتم كما هو واضح.

و أما ما أيد به ثبوت الخيار بنفس العيب من ان الارش تدارك للفئات، و هذا لا ربط له بظهور فوات الوصف، لأنه تدارك نفسه لا تدارك ظهوره، ففيه: ان هذا استبعاد محض لا مانع من الالتزام به، اي بثبوت الارش بعد ظهور العيب. و بعبارة

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣٢

[...]

اخرى: يكون السبب هو العقد و لكن شرط تأثيره ظهور العيب.

و هل يثبت خيار العيب في الثمن ايضاً، ام يختص بالثمن؟ وجهان، استدلل الشيخ الأعظم للثبوت مع الاعتراف باختصاص النصوص بالمبيع بان التقييد في الاخبار بالمبيع محمول على الغالب من كون الثمن نقداً غالباً، و المثلن متاعاً، فيكثر فيه العيب بخلاف النقد، لا يفيد، فان حمل القيد على الغالب يفيد فيما اذا كان هناك اطلاق، و في المقام لا إطلاق يعم الثمن و المثلن.

فالحق ان يقال: ان مدرک هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمني، او حديث (لا ضرر، او الاجماع، ثبت ذلك بالاضافة الى الثمن ايضاً و ان كان المدرک هو الاخبار فهي و ان اختصت بالمبيع الا انه يمكن التعدي بضميمة دعوى القطع بعدم الخصومية للمبيع في ذلك. و الله العالم.

إشارة

- الاسقاط الرابعة: يسقط الرد خاصة بامور، احدها:

التصريح بالتزام العقد و اسقاطه و اختيار الارش

، فان هذا لازم التخيير بين الرد و الامساك بالارش، لكونه من الحقوق و لو اطلق الالتزام فالظاهر ايضا عدم سقوط الارش. و أما لو اسقط الخيار، فسقوط الرد به لا إشكال فيه و لا كلام، لأنه من الحقوق التى تسقط بالاسقاط كما عرفته فى الخيارات السابقة، و انما الكلام فى الارش، و فى المكاسب لا يبعد سقوطه. و وجهه السيد بان الارش ليس امرا خارجا عن الخيار و زائدا عليه، بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين امور ثلاثة: الالتزام بالعيب، و الرد، و الارش. انتهى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٣٣

ما لا يتصرف فان كان قد تصرف

و فيه: ان للخيار معنى واحدا فى جميع الموارد و هو ملك حل العقد و اقراره، و هذا من احكام العقد. و أما الارش فهو غرامة شرعية لتدارك الفائت و اجنبى عن احكام العقد، فإسقاط الخيار لا يوجب اسقاط حق الارش.

التصرف مسقط

ثانيها: التصرف فى المعيب عند علمائنا كما عن التذكرة، و عن السرائر و المسالك: الاجماع عليه فى الجملة. فثبوت الخيار بين الرد و الامساك انما هو ما لم يتصرف، فان كان قد تصرف سقط الرد. و كلمات القوم فى المقام مضطربة، و لا يمكن تحصيل الاتفاق على شىء، و الوجوه المحتملة كثيرة: منها: مسقطية التصرف مطلقا.

و منها: مسقطيته اذا كان دالا نوعا على الرضا.

و منها: مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا و تغير المبيع.

و منها: مسقطية التصرف المغير للعين خاصة.

و منها: تغيرها و لو من تصرف، و منها غير ذلك، و المهم ملاحظة الأدلة.

الظاهر ان التصرف اذا كان بقصد الالتزام بالعقد و كاشفا عنه كان مسقطا على القاعدة من جهة ان الاسقاط كسائر الانشائيات لا يعتبر فيه اللفظ و يمكن انشاؤه بالفعل، و ان لم يكن بقصد الاسقاط فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

احدها: صحيح زرارة عن ابى جعفر (عليه السلام): ايما رجل اشترى شيئا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٣٤

]....[

و به عيب او عوار و لم يتبرأ اليه و لم يبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١». بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان من التمثيل

للحدث بالنظر و التقييل و اللمس.

و فيه: اولاً: ما تقدم فى ذلك الباب من ان المراد من احداث الحدث ليس كل تصرف، بل كل تصرف مالكى لم يكن له قبل البيع. و ثانياً: ان احداث الحدث غير احداث شىء فى المبيع، و الظاهر من الثانى ايجاد شىء فى المبيع يكون باقيا بخلاف الأول فهو عبارة اخرى عن تغير العين.

ثانيها: اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر.

و فيه: اولاً: ما تقدم من منع الاجماع المحصل، و المنقول منه ليس بحجج، و ثانياً انه ليس اجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام).

ثالثها: قيام النص «٢» و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين. و فيه: انه لا وجه للتعدى عنه الى سائر التصرفات، فلا دليل على مسقطية التصرف مطلقاً، بل المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير للعين، فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل جميل عن الامام الصادق (عليه السلام) فى الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: ان كان الشىء قائماً بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن، و ان كان قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان العيب «٣».

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٣٥

[...]

فان قلت: ان المستفاد من المرسل مسقطية التغير و لو كان عن غير اختيار، و المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير فكيف التوفيق.

قلت: انه لا مفهوم للصحيح كى يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه، فلا مقيد لإطلاق المرسل.

فالمتحصل: ان المسقط تغير العين و عدم قيامها بعينها، كان بالتصرف او بغيره، و عموم التعليل فى اخبار الحيوان «١» الذى استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعاً و ان لم يكن بقصد الاسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على الشيخ رحمه الله. و يعضد ما اخترناه من عدم مسقطية التصرف بقول مطلق ما ورد فى رد الجارية بعد ما لم تحض سته اشهر عند المشتري «٢»، ورد المملوك فى احداث السنة «٣»، و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف. و جعل هذه الأخبار مخصصة لما دل على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحدائق و ان كان متيناً- لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقاً- الا انه مع عدم الدليل عليها تكون هى معتضدة لما اخترناه.

و افاد الشيخ بما حاصله: ان التصرف الكاشف عن الرضا و الالتزام بالعقد مسقط اذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق، و ان كان مراده مسقطية التصرف الكاشف و ان لم يكن بقصد الالتزام به و اسقاط الخيار- كما يظهر من استدلاله بما تقدم فى خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضا بالبيع- فيرد عليه ما عرفت هناك من ان المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعدياً. فراجع.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٢- من ابواب احكام العيوب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣٦

[٠٠٠]

تلف العين مسقط لهذا الخيار

الثالث: تلف العين او صيرورته كالتالف فانه يسقط الخيار هنا، فها هنا فروع:

الأول: انه لو تلف العين حقيقة يسقط الخيار.

و الوجه فيه امران: احدهما: ان الرد علق في المرسل على قيام العين بعينها، و عدم ذلك تارة بتغير هيئتها و خصوصية من خصوصياتها، و اخرى بتلف العين، و يكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

ثانيهما: ان الحق في هذا الخيار في نصوص الباب علق على الرد، فاما ان يكون حقيقة هذا الخيار بخلاف سائر الخيارات حق رد العين، او تكون مثلها حق فسخ العقد، غاية الأمر مقيدا بفسخه برد العين. و على اي تقدير مع انتفاء الموضوع لا يعقل الرد، فلا يكون الحق باقيا.

الثاني: انه اذا خرجت العين عن ملكه بانتقالها الى الغير او بانعاقها يسقط هذا الخيار.

و الوجه فيه: ان مقتضى اطلاق الصحيح فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ان اخراجه عن ملكه و سلب هذا الأمر الاعتباري منه موجب لسقوط حق الرد.

و بهذا البيان يمكن تصحيح استدلال الشيخ ره بالمرسل، فانه لا تكون العين قائمة بعينها. اصف الى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقا بالرد، فمع خروجه عن ملكه لا- يكون الموضوع باقيا، اذ المراد بالرد ليس هو الرد الخارجى بل رد الربط الملكى، و مع زوال الملك لا ربط ملكى كى يرجع الى البائع.

الثالث: انه لو عاد الملك الى المشتري فهل يجوز رده كما عن الشيخ و المفيد،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٣٧

او حدث فيه عيب عنده ثبت الارش خاصة

ام لا كما فى المكاسب ام هناك تفصيل؟ وجوه.

قد استدل السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى ره للأول: بانه يصدق ان العين قائمة بعينها، فان ظاهر ذلك عدم وجود وصف التغير فيها فعلا لا عدم حدوث التغير و ان كان قد زال، و زاد المحقق الايروانى ره: بان منصرف احداث شىء هو استمرار ذلك الحدث.

و فيه: ان هذا يتم فيما لو عاد الملك بالفسخ، و أما لو عاد بارث او اشتراء و نحوهما فلا يتم، فان هذا الحق متعلق برد العين- اي رد ربطها الملكى- و مقتضى حقيقة الرد و مفهومه كون المردود و جائيا من قبل البائع، و الملك الجديد لم يجئ من قبله.

فتدبر، فالحق هو التفصيل.

حدوث عيب عند المشتري

الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري.

ففى المتن او حدث فيه عيب عنده ثبت الارش خاصة، و تفصيل القول فى ذلك بالبحث فى موارد:
الأول:

فيما اذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض

، و الكلام فيه، تارة: فى انه هل يكون سببا لثبوت الخيار للمشتري ام لا، و اخرى: فى انه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق ام لا؟

اما الجهة الاولى: فقد استدلت لثبوت الخيار به: بقاعدة الضرر «١»، و بالارفاق

(١) مر فى خيار الغبن مصادر الرواية الدالة عليها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٣٨

[...]

بالمشتري، و بالنصوص الدالة على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه «١».

بتقريب: ان معنى كونه من مال بائعه وقوع التلف فى ملك البائع، و لازم تقديره فى ملك البائع ان العقد كأنه لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان وصف الصحة جريان احكام العيب، فان المنفى على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوع العقد وقوعه على المعيب، او بتقريب ان المستفاد من الاخبار تنزيل التلف او النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

و فى الجميع نظر: اما قاعدة نفى الضرر: فلما مر من انها لا تصلح لاثبات الخيار.

و أما الارفاق: فهو بنفسه لا يصلح لذلك.

و أما النصوص: فالموضوع فيها تلف المبيع، و هو لا يشمل تلف وصف الصحة فانه ليس مبيعا و لا جزء منه، و حملها على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

مع انه يرد على التقريب الأول: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر فى ضمان الوصف و ترتب حكم الخيار.

و يرد على التقريب الثانى: ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله فى ملك البائع، بحيث يضاف اليه التلف و هو ملكه، و ليس لازم ذلك فرض دخوله فى ملك البائع قبلا، او فرض وقوع التلف قبل العقد حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص. و تمام الكلام فى محله.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار - و المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٣٩

]...[

و أما الجهة الثانية: فملخص القول فيها: ان مقتضى اطلاق مفهوم المرسل ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه «١»، ان العيب الحادث بعد العقد و لو كان قبل القبض يمنع عن الرد بالعيب السابق، و هذا لا يفرق فيه بين ان يكون هذا العيب موجبا لحدوث الخيار ام لا.

حدوث العيب بعد القبض

المورد الثانى: ما اذا كان حدوث العيب بعد القبض و فى زمان خيار المشتري، و الكلام فيه من حيث انه يوجب سقوط الرد بالعيب السابق هو الكلام فيما اذا حدث العيب قبل القبض، و أما من جهة انه هل يوجب الخيار ام لا، فالنصوص متضمنة لأن ضمان المال و ضمان الحدث الحادث الشامل ذلك للعيب و زوال وصف الصحة على من لا خيار له، و المراد بالضمان ان كان هو العهدة، فظاهاه ثبوت الغرامة عليه لا الخيار و لا الانفساخ.

و ان كان هو التلف من البائع و استقرار الخسارة عليه اما انفساخا فى التلف او فسخا كما فى العيب، فالمتحصل منها ان الخسارة تستقر على البائع، فيسترجع المشتري تمام الثمن من البائع، اما لانفساخ العقد قهرا كما فى التلف، او للأخذ بالخيار. و على اى تقدر لا يوجب حدوث الخيار.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٤٠

]...[

العيب الحادث بعد القبض و الخيار

المورد الثالث: ما اذا كان حدوث العيب فى يد المشتري بعد القبض و الخيار، و الكلام فيه فى جهات:
الاولى: فى بيان الأدلة التى اقيمت لمانعية العيب الحادث بعد انقضاء الخيار للرد بالعيب القديم، و هى امور:
الأول: ما عن المصنف ره فى التذكرة، و عبارته لا تخلو عن تشابه، و توضيح ما افاده: ان العيب الحاصل تحت يد البائع يكون البائع متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز رد المشتري للمبيع على البائع، و العيب الحاصل تحت يد المشتري يكون المشتري متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز امتناع البائع من استرداده، فاحدهما مقتضى و الآخر مانع، فلا- يؤثر المقتضى فى جواز الرد، فيتعين الامساک.

وفيه: ان مقتضى اطلاق ادلة خيار العيب جواز الرد فى صورة حدوث العيب عند المشتري، و لا معارض لها فى مقام الاثبات سوى قاعدة نفي الضرر من جانب البائع، و هى مع معارضتها بقاعدة نفي الضرر من جانب المشتري و تساقطهما معا لا تصلح لمعارضة اخبار خيار العيب.

الثانى: ما عن مفتاح الكرامة، و هو: ان العيب الحادث من جهة كونه مضمونا على المشتري كان بمنزلة احداثه فى المبيع حدثا

المنصوص على مانعيته من الرد.

و فيه: انه لم يدل دليل على هذا التنزيل، و مشاركتها في كون العيب مضمونا على المشتري مع افتراقهما من جهة كون الاحداث فعلا من افعال المشتري لا تصلح دليلا للتنزيل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤١

[...]

الثالث: ما عن الجواهر، و هو عدم صدق الرد حينئذ، و اقتضاء الرد عدم تعيب المبيع و جبره بالارش لا يصيره ردا حقيقة. و فيه: ان صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لا على بقاء جميع خصوصياته.

الرابع: مرسل جميل «١» المتضمن لكون المردود قائما بعينه، و لا يصدق على المعيب انه قائم بعينه.

الجهة الثانية: في ان المدار على كون الحادث عيبا اصطلاحيا، و هو ما يوجب الارش، او على ما يوجب نقصا في ماليته، او على التغير الحسى، او على التغير مطلقا لا ينبغى التوقف في انه ليس المراد به العيب الاصطلاحى لعدم اخذه في الموضوع، مع ان خياطة الثوب الواقعة في المرسل ليست عيبا، كما انه لا- ينبغى التوقف في عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك، فيدور الأمر بين الأخيرين.

و الظاهر من المرسل هو الأخير، فان عدم قيام العين قد يكون بورود النقص على ذاتها، و قد يكون بوروده على صفتها القائمة بجرم المبيع، و قد يكون بورود النقص على وصفها القائم بنفسها كنسيان العبد للكتابة، و قد يكون بورود النقص الاعتبارى كالشركة، و مقتضى اطلاق المرسل السقوط بكل ما يصدق عليه عنوان التغير الملازم لعدم قيام العين.

الجهة الثالثة: اذا تغيرت العين بالزيادة، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد لإطلاق المرسل، ام لا لما افاده الشيخ ره بان الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى ان لا ينقص ماليتها لا بمعنى ان لا تزيد و لا تنقص، ام هناك تفصيل؟ وجوه: اقواها

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤٢

[...]

الأخير، فان الزيادة اذا كانت مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، او يكون شريكا له في العين بالنسبة، فهي تمنع عن الرد، لأن صبغ الثوب بل و خياطته من هذا القبيل و ان لم تكن كذلك - كسمن الدابة و تعلم الصنعة - لا تكون مانعة، لأن المنع من الرد لما كان رعاية لحال البائع، فلا محالة يكون المرسل منصرفا عن ذلك. فتأمل.

الجهة الرابعة: اذا زال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع ام لا؟ و قد استدلل للأول بوجوه:

الأول: ما فى المكاسب، و حاصله: انه الممنوع هو رد المبيع معيوباً من جهة اقتضاء دليل نفي الضرر، و كون العيب الحادث مضمونا على المشتري، فاذا انتفى الأمران - كما فى المقام - ارتفع المانع عن التمسك باطلاق دليل الخيار المقتضى لثبوته.

و فيه: ان المقيد للاطلاق هو مرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه، فالمتعين ملاحظة حاله.

الثانى: ما فى الحاشية، و هو: ان كون المبيع معيباً مقتضى للرد، و العيب الحادث مانع، فاذا زال المانع اثر المقتضى اثره.

و فيه: انه فى الشرعيات لا يتميز المقتضى عن المانع، و لا بد من ملاحظة المقتضى فى مقام الاثبات.

الثالث: ما فى حاشية السيد ايضا، و هو صدق قيام العين حينئذ، بدعوى ان ظاهره اعتبار قيامها على حال الرد، و حين ارادته، و هذا

يصدق في الفرض.

و فيه: ان الحادث غير الزائل بناء على امتناع اعادة المعدوم فالعين غير قائمة، فالأظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلا حاجة الى التمسك بالاستصحاب.

الجهة الخامسة: اذا رضى البائع برد المعيب بالعيب الحادث مجبورا بالارش او

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤٣

و لو علم بالعيب ثم اشتراه فلا ارش ايضا

غير مجبور، هل للمشتري الرد بحق الخيار، او لا يجوز الا بالاقالة و التفاسخ؟ وجهان.

قد استدلل للأول بوجهين: الأول: ما في المكاسب، و حاصله: ان عدم جواز الرد على البائع من باب رعاية حال البائع، و الا فالتغير لا يمنع من الفسخ، و حقه يسقط برضاه، فيبقى حق المشتري بلا مزاحم.

و فيه: ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغير، و المرسل قيده بما اذا كانت العين قائمة بعينها، و لا يكون متكفلاً لاثبات حق للبائع. و جواز امتناع البائع من قبول الرد انما هو لعدم الخيار للمشتري لا لثبوت حق شرعي له، و ما افاده ره من ان ذلك لرعاية حال البائع لا يثبت به كون ذلك حقا قابلا للاسقاط.

الثاني: قصور دليل مانعية العيب الحادث عن الشمول لما اذا رض البائع، فلا مانع عن الخيار الثابت بدليله في ذلك الفرض.

و فيه: ان منطوق المرسل ان كان الثوب قائما بعينه غير مقيد برضا البائع، فكيف يقيد مفهومه به مع ان المفهوم تابع للمنطوق في العموم و الخصوص؟ فالأظهر انه ليس له الرد الا بعنوان الاقالة.

فيما يسقط الرد و الارش

إشارة

الخامسة: يسقط الرد و الارش معا بامور:

احدها:

ما لو علم بالعيب ثم اشتراه

ف انه لا- خلاف و لا إشكال في انه لا ارش ايضا كما لارد، و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، و الوجه فيه اصالة اللزوم، بعد انه لا مقتضى للخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤٤

[...]

اما اذا كان المدارك لهذا الخيار الاخبار، فلأنها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب و وجدانه و رؤيته، و جميع تلك بعد البيع. و ان كان المدرك قاعدة (لا ضرر فلأنها مختصة بصورة الجهل، اذ لا منة في رفع حكمه مع العلم.

و الظاهر: الى هذا نظر الشيخ ره من قوله: لأن الخيار ثبت مع الجهل، فلا يكون ما افاده مصادرة كما توهم.

قال في المكاسب: و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة، و فيه نظر.

مورد الاستدلال صدر صحيح زرارة «١» المشار اليه ايما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار و لم يتبرأ اليه و لم يبين له فاحدث... الخ، و المستدل هو صاحب الجواهر ره.

و تقريب الاستدلال به: انه و ان كان في مقام بيان مانعية احداث الحدث عن الخيار الا- انه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه الماخوذ طريقا الى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل.

و تنظر الشيخ ره فيه، و جملة من المحشين منهم السيد و المحقق الايرواني ره، ذكروا ان منشأ نظر الشيخ ره انه لا مفهوم له، فاوردوا عليه بايرادات:

احدها: انه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري، مع ان دلالة السقوط به او بالعلم على نسق واحد.

ثانيها: ان الشرط فيه و ان كان مسوقا لبيان تحقق الموضوع، الا انه من جهة تقيده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة الى ذلك القيد، فيكون نظير ان يقال: ان رزقت ولداً ذكراً سوياً فاخنته.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٣٤٥

[...]

ثالثها: ان المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد، و هذا المفهوم ان لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول فيه في المقام لمكان ورود الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمه لبيان سقوطه باحداث الحدث.

و لكن الظاهر ان وجه نظر الشيخ ره انه يحتمل ان يكون المراد من قوله لم يبين له اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة، اي لم يصدر من البائع تنبيه على العيب حتى يخرج عن عهده البيع، فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا- اعتبار عدم التنبيه، و عليه فتوقف الشيخ ره في محله و لا يرد عليه شيء مما تقدم:

و لو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص. فالأقوال فيه ثلاثة: صحة العقد و الشرط، اختاره صاحب الجواهر ره. فساد الشرط و العقد، اختاره الشيخ ره.

صحة العقد و فساد الشرط.

فالكلام يقع في موردين: الأول في حكم الشرط.

الثاني: في حكم العقد.

اما الأول: فقد استدلل الشيخ ره للفساد: بانه خلاف المشروع.

توضيحه: ان مدرك الخيار هو النص الخاص، فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل، فلا مقتضى للخيار مع العلم، و الشرط لا يحقق المقتضى لذلك الخيار الخاص المنحصر في سبب خاص.

و في الجواهر: الاستدلال للصحة بما توضيحه: ان الضرر مقتضى للخيار، و الاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا، و مع الشرط ترتفع الكاشفية فلا مانعية.

وفيه: اولاً: ان المقتضى في مقام الاثبات هي الاخبار، و هي كما عرفت مختصة

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٧، ص: ٣٤٦

[...]

بصورة الجهل.

و ثانيا: انه لو سلم كون المقتضى فى مقام الاثبات هى قاعدة لا ضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت، بل المقتضى هو الضرر المستند الى الشارع، فمع العلم لا مقتضى، حيث ان الضرر لا يستند الى الشارع كما لا يخفى، فالأظهر فساد الشرط. و أما المورد الثانى: فان قلنا: ان الشرط الفاسد مفسد فسد العقد ايضا، و الا فلا. و بذلك يظهر ان الشيخ ره البانى على عدم مفسدية الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد فى المقام.

التبرى عن العيوب

ثانيها: تبرئ البائع عن العيوب و قبول المشتري البيع معه، فانه يسقط الرد و الارش لو ظهر ان بالمبيع عيبا، و قد مر الكلام فيه مفصلا عند تعرض لمصنف ره، و الكلام انما يقع فى المقام فى امرين:

(١) ان الشيخ الأعظم قال: ان البراءة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور: عهدة العيوب، ضمان العيب، حكم العيب. و لما كانت البراءة مما لا-ربط له بالمتبرئ غير صحيح، و العيب بنفسه من مصاديق ذلك، التجأ الى ابداء احتمالات فى التبرى الموضوع للحكم فى المقام: احدها: ارادة البراءة عن تعهد البائع له و اثره حيثئذ سقوط الرد و الارش. ثانيها: ارادة البراءة عن ضمانه لما به التفاوت و اثره سقوط الارش.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤٧

[...]

ثالثها: ارادة البراءة عن الحكم المترتب عليه و هو الخيار.

و الشيخ مع اعترافه بان الأظهر فى العرف هو المعنى الأول، قال: و انسب بمعنى البراءة هو الثانى. و فيه: ان البراءة فى الجميع بمعنى واحد كانت امرا وجوديا يساوق التجنب عنه و نحوه، ام معنى سلبيا، و انما الفرق فيما اضيف اليه، فالمتعين هو الأول.

(٢) قال الشهيد فى محكى الدروس: لو تبرأ من عيب فتلف به فى زمان خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع و افاد الشيخ: ان التبرى لا يسقط سائر الأحكام غير الخيار، فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص. الظاهر ان مورد الكلام الشيخين تلف المبيع فى ايام خيار آخر مختص بالمشتري غير خيار أعيب الساقط بالتبرى، لا التلف فى ايام خيار العيب، اذ التلف فى تلك الأيام غير مشمول لقاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لما عرفت من انه يوجب سقوط حق الرد بمقتضى النصوص لا الانفساخ، فما فى حاشية السيد ره. من الايراد على الشيخ ره بان ظاهر العبارة خلاف المقصود، فانها ظاهرة فى ارادة الفرع الأول، مع ان المقصود الفرع الثانى، فى غير محله.

ثم ان الكلام فى الفرع المقصود ليس فى ظاهر التبرى من العيب التبرى عن هذه العهدة ايضا ام لا، لأن هذا البحث لا يلائم التعليل بعموم النص، مع انه هين و تابع لقصد البائع و ظاهر كلامه، و لا فى ان هذه العهدة هل تكون من الحقوق و قابلة للاسقاط بان يكون مفاد قاعدة التلف فى زمان الخيار كون دركه و خسارته عليه فيكون الضمان هنا كسائر الموارد قابلا للاسقاط، او تكون من الأحكام و غير قابلة للاسقاط بان يكون مفاد القاعدة انفساخ العقد كما هو المعروف، فانه لا يلائم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٤٨

[...]

التعليل، مع انه سيأتى فى احكام الخيار تنقيح القول فيه. بل فى انه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبرى من العيب، ام يشمل صورة التبرى، و الشيخ ره اختار الثانى، و علله بعموم النص، و هو متين. ما قيل بكونه مسقطا للرد و الارش ثم ان هنا اموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الارش بها، منها:

زوال العيب قبل العلم به

، صرح به فى محكم التذكرة و المسالك. و فيه اقوال و وجوه ثلاثه، ثالثها كونه مسقطا للرد دون الارش قواه الشيخ، فالكلام يقع فى مقامين: الأول: فى انه هل يسقط الرد ام لا؟ و قد استدلل للمسقطيه فى المكاسب و غيرها بانها الظاهر من الأدلة المتضمنة لاثبات حق الرد على المعيوب الظاهر فى المتلبس بالعيب فعلا. و فيه: ان ما علق عليه الرد فى النص ليس هو المعيوب، بل الموضوع هو الاشترء الخاص، و هو اشترء شىء و به عيب. و بعبارة اخرى: عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب، و هذا العنوان لا انقضاء له، بل هو يكون باقيا و لو بعد ارتفاع العيب، فمقتضى اطلاق النص بقاءه. و لو اغمض عن ذلك و شك فى بقاءه، فهل يجرى الاستصحاب ام لا؟ قد يقال بالعدم من جهة الشك فى بقاء الموضوع، ان تيقن ارتفاعه، و من جهة انه من الشك فى المقتضى، و من جهة انه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حاله سابقه بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم و كذا اذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٤٩ [٠٠٠]

الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول. و فى الجميع نظر: اما الأول: فلما عرفت من ان الموضوع متيقن الثبوت، لأنه من اشترى شيئاً و به عيب، و هذا الموضوع باق قطعاً. و أما الثانى: فلأن الشك فى المقتضى بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب. و أما الثالث: فلما تقدم من ظهور الدليل فى ثبوت الخيار قبل العلم، نعم بناء على المختار من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام لا يجرى هذا الأصل. المقام الثانى: فى انه هل يسقط الارش ام لا؟ فان قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح، و ان قلنا بسقوطه فربما يقال - كما فى المكاسب - بعدم سقوطه. و استدلل له بما توضيحه: ان استحقاق مطالبه الارش فرع اشتغال الذمه بما به التفاوت، و براءة الذمه بعد اشتغالها تحتاج الى دليل، و الا فالأصل يقتضى بقاءه، و ليس الارش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجيه كى يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبية الى الصحة. و فيه: ان الذمه لا تكون احد طرفى التخيير، فمعنى استحقاق الارش استحقاق التغيريم، فاذا كان الموضوع هو المعيب سقط ذلك بارتفاعه.

فتحصل: ان الأظهر بقاء الرد و الارش.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٥٠

[٠٠٠]

التصرف بعد العلم بالعيب

ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب، فانه ذهب جماعة منهم ابن حمزة فى محكى الوسيلة الى انه يسقط الرد و الارش معا. و تنقيح القول فيه بالبحث فى مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

اما الأول: فان التصرف كاشفا عن الاجازة و اسقاط الخيار و قصد به ذلك يكون مسقطا للخيار، اذ لا فرق فى الاسقاط بين كون المظهر فعلا او قولاً، و الا فلا يكون مسقطاً.

و أما النص العام الدال على مسقطية التصرف لخيار الحيوان معللاً بانه رضا بالبيع «١»، فقد عرفت حاله، و انه لا يدل على مسقطية التصرف لكل خيار.

هذا بالنسبة الى الرد و اما الارش فان قلنا بعدم كون التصرف مسقطاً للرد و عدم الأخذ بعموم العلة فالأمر واضح، و ان قلنا بمسقطيته له لعموم العلة او غيره فقد استدل لمسقطيته له بانه علامة الرضا بالمعيب ورد بانه علامة الرضا بالبيع لا بالعيب. و فيه: ان الالتزام بالبيع الشخصى المتعلق بالمعيب لا محاله يكون التزاماً بالعيب لعدم معقولية الانفكاك.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٥١

[...]

فالاولى رده بان الرضا بالعيب يتصور على وجهين: احدهما: الرضا به مجاناً و بلا- عوض، و مرجع ذلك الى الابراء و اسقاط حق التغريم.

ثانيهما: الرضا به مع العوض، و حيث لا كاشفية له عن عدم اخذ العوض فلا يكون مسقطاً له.

و أما المقام الثانى: فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين، بل تغير العين كما مر للرد، و هى اما مطلقة من حيث العلم و الجهل، او مختصة بصورة الجهل بالعيب، فتدل على المسقطية فى صورة العلم بالاولوية، و لا تدل على سقوط الارش و لا على عدم سقوطه فى صورة العلم. فان ظاهر صحيح زرارة: ايما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار «١».

حدوث العلم بعد التصرف، فلا تعرض له لصورة العلم.

و أما مرسل «٢» جميل فظاهره كون مقسم الشرطتين: وجد ان العيب بعد الاشتراء، و التغيير، مع انه لو سلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغيير لا إطلاق له من هذه الجهة، فانه وارد لبيان حكم الرد و الارش من حيث التغيير و عدمه لا من حيث العلم و الجهل.

و أما اخبار وطء الجارية، فجملة منها «٣» مختصة بالتصرف قبل العلم، و ما يتوهم اطلاقه خبران: احدهما: خبر عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام): لا ترد التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و له ارش العيب «٤».

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٤ - ٥ - من ابواب احكام العيوب.

(٤) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٢

[...]

ثانيهما: خبر محمد بن ميسر عنه (عليه السلام): كان على (عليه السلام) لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب «١». و لكن الأول في مقام الفرق بين الحبلي و غيرها لا في مقام بيان حال الوطاء علما و جهلا، و الثاني بين اجماله في خبر ثالث عن الامام الصادق (عليه السلام) قال: قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في رجل اشترى جارية فوطئها ثم وجد فيها عيبا «٢». فما افاده الشيخ ره من ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم مم في غير محله.

التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

و منها: التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب.

قد يتوهم ان التعرض لهذا المبحث في غير محله، اذ سقوط الرد و الارش مع اجتماع مسقط هذا و مسقط ذاك من القضايا التي قياساتها معها.

و لكن يرد ان التعرض له لجهتين:

احدهما: من جهة توهم عدم المقتضى للمسقطية في صورة الاجتماع.

ثانيتهما: من جهة توهم وجود المانع.

اما الجهة الاولى: فتقريب عدم المقتضى: ان النصوص المتضمنة لسقوط الرد بالتصرف المغير المختصة بمورد فيه الارش، و لا تعرض لها بما لا أرش فيه.

و فيه: ان مرسل جميل متضمن لشرطيتين: احدهما: ثبوت الرد مع قيام المبيع

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٣

[...]

بعينه.

و الثانية: سقوطه مع التغير.

و الثانية و ان اختصت بمورد ثبوت الارش، الا ان الاولى بما ان منطوقها مطلق مفهومها ايضا كذلك. فتدبر فانه لا يخلو عن التأمل و النظر.

و أما الجهة الثانية: فتقريب وجود المانع: ان في بقاء مسقطية المجتمعين الضرر على المشتري، فينتفى ذلك بحديث لا ضرر.

و فيه: ان التصرف مع العلم بمسقطيته يكون اقداما على الضرر، و بدونه لا يوجب الضرر المالي انتفائه، و الضرر من حيث الغرض

المعاملي حيث انه موجود في جميع موارد التصرف المسقط قبل العلم فيخصص دليل نفى الضرر بما دل على مسقطيته.

و منها:

حدوث العيب في المعيب المذكور

. لا كلام في سقوط الارش، انما الكلام في سقوط الرد ايضاً، و اورد عليه تارة: بان مدرك مانعية العيب الحادث عن الرد الاجماع، و هو مختص بغير الفرض و اخرى بان مدركه النص الخاص، و مورده صورة ثبوت الارش. و ثالثة بان لزوم صبر المشتري ضرر عليه فينتفى بحديث لا ضرر.

و لكن يرد على الأول: ان المدرك ليس هو الاجماع، بل النص الخاص.

و يرد على الثاني: ان المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الارش.

و يرد على الثالث: ان هذا الضرر يلزم في جميع موارد العيب الحادث، فالنص «١» الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق حديث لا ضرر «٢».

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) مر في خيار الغبن مصادر الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٤

[...]

لو ثبت احد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه

و منها: ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجور اخذ الارش فيه لأجل الربا.

مما ذكرناه في الفرعين السابقين يظهر حال هذين الفرعين المذكورين في المقام، فان الأقوال و الأدلة متحدة، و انما نتعرض لهما لبيان امرين: احدهما: فيما افاده المصنف ره في وجه امتناع الرد.

ثانيهما: في بيان ما به يتدارك ضرر المشتري.

اما الأول: فقد أفاد المصنف في وجهه: انه لو رد بدون ارش العيب الجديد لزم الضرر على البائع، و لو رد معه لزم الربا، و علله: بان المردود حينئذ يزيد على عوضه.

و الشيخ ره احتمل في مراده وجهين: الأول: ان يكون مراده لزوم الربا في الفسخ، فانه يضم الى المثلث المردود شيء آخر و هو الارش.

و الثاني: ان يكون مراده لزوم الربا في المعاملة.

و أورد عليه السيد الفقيه ره: بان مراد العلامة هو الوجه الأول قطعاً، و ليس الثاني مراده، لأن اخذ الارش لا يعقل ان يكون مؤثراً في مقابل وصف الصحة و عدمه في المعاملة بان يكون اخذ الارش بعد ذلك مؤثراً في كون الوصف مقابلاً بالعوض، بل حين المعاملة اما ان يكون مقابلاً به فيلزم البطلان، و اما لا يكون كذلك، فاخذ الارش لا يبطله.

و لكن بيان مراد الشيخ ره يظهر اندفاع هذا اليراد، توضيحه: ان حقيقة الفسخ حل المعاوضة و رجوع كل من العوضين الى محله السابق من دون ان يقتضى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٥

]...[

شيئاً آخر، و عليه فان اقتضى الفسخ لارش العيب الجديد، و كون وصف الصحة في مقابل جزء من العوض ربا كان لازمه مقابلته له ربا في المعاملة، و المفروض ان الشارع الأقدس حكم بان الصحيح و المعيب في غير المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة في نظره بشيء و لو ربا، الذي هو مفروض في غير المتجانسين، و حيث ان المفروض اقدم المتبايعين على معاملة صحيحة فحين المعاملة لا يلزم الربا، و انما يلزم ذلك من حيث الفسخ لو اخذ الارش.

و لكن يرد على الوجه الأول- مضافا الى ان الارش غرامة شرعية لا يكون بجعل المتعاملين:- انه لا يكون الفسخ معاوضة، و الربا انما يجرى في المعاوضات مع انه من طرف واحد لا الطرفين.

و يرد على الوجه الثاني: اولا: ما تقدم من ان اخذ الارش حتى من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة شرعية تعبدية.

و ثانيا: ان المحرم و غير النافذ هو المعاملة التي وجدت ربويه، و اما احداث الربا فيها بعد الوجود فلا دليل على حرمة و مبطلية لها. و أما الثاني: فعلى المختار من ان اخذ الارش للعيب القديم لا محذور فيه كما تقدم، يتعين اخذ الارش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد و معينا للارش، و على القول بعدم جواز الارش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد و معينا للارش، و على القول بعدم جواز اخذ الارش يدور الأمر بين امور: الأول: لزوم المعاملة و عدم جواز الرد و اخذ الارش.

الثاني: جواز رد المعيب مع غرامة العيب الحادث.

الثالث: فسخ المعاملة و اعطاء مثل المبيع في العيب القديم سليما عن العيب الجديد من جهة تعذر رد المبيع و هو في حكم التلف، اى التعذر العقلي الموجب للانتقال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٦

]...[

الى البدل.

و الثاني: يرد ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد.

و الثالث: يرد ما دل على ان التلف في هذا الخيار مسقط له و لا يوجب الانتقال الى البدل، فيتعين الأول، و حديث لا ضرر قد مر مرارا انه لا يصلح لاثبات الجواز للمعاملة اللازمة.

تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

. و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فان ظاهر الغنية اسقاطه لهما، و قد ادعى الشهرة و عدم الخلاف على كل من القول بسقوطهما به و عدمه، و هناك قول ثالث، ظاهر الشيخ الميل اليه و تقويته، و هو سقوط الرد دون الارش، و المهم ملاحظة الأدلة. و تحقيق الكلام بالبحث في موردين: الأول: في الرد.

الثاني: في الارش.

اما الأول: فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط ما لم يتحقق احد المسقطات، و ما افاده الشيخ ره من ان الاطلاق في مقام بيان اصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الأخبار.

و استدلل للسقوط: بما دل على الفورية في كل خيار ثبت و لم يثبت لكونه على الفور او التراخي؛ و بان التأخير دليل الرضا بسقوط الحق.

و لكن يرد على الأول: انه لا يرجع اليه مع الدليل على التراخي.

و يرد على الثاني: عدم كاشفيته عن ذلك. فالأظهر عدم السقوط.

و أما الثاني: فعدم سقوطه اوضح، اذ مضافا الى ان مقتضى اطلاق الأخبار ذلك، ما استدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لا يدل على سقوط الارش.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٧

و لو باع شيئين صفقة و ظهر العيب في احدهما كان للمشتري الارش او رد الجميع لا المعيب وحده

اما الوجه الأول: فلأن لزوم العقد و عدم انحلاله اجنب عن سقوط الارش و عدمه.

و أما الوجه الثاني: فلأن الرضا و الالتزام بالعقد اعم من كونه مجانيا او مع العوض.

و بذلك ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على الشيخ بان ما ذكر في وجه سقوط الرد يدل على سقوط الارش ايضاً.

تبعص الصفقة لا يمنع من الرد

إشارة

السادسة قال المصنف: و لو باع شيئين صفقة و ظهر العيب في احدهما كان للمشتري الارش او رد الجميع لا المعيب وحده.

و عن التذكرة و الدروس: ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعص الصفقة.

لا- إشكال و لا كلا فيما اذا اشترى شيئا واحداً بعضه بئمن و بعضه بئمن آخر، و انه لو ظهر احدهما معيوباً كان له الخيار بالنسبة اليه خاصة. كما لا إشكال في عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحداً خارجياً و لو عرفاً، كالجارية، مع كون البائع واحد و المشتري واحداً، انما الكلام فيما اذا كان البيع واحداً و المبيع متعدداً خارجاً، كما لو جعل الاثني منضمماً مبيعاً واحداً فظهر احدهما معيوباً او كان البائع متعدداً او المشتري كذلك فالكلام في مقامات.

الأول: ما اذا كان التعدد المتصور فيه التبعض في احد العوضين، فقد ادعى الاجماع على انه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، و قد استدل له بوجوه: احدها:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٨

[...]

ما عن الجواهر، و حاصله: ان الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك و الأصل اللزوم. و توضيحه: ان الخيار حق حل العقد، و هو واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه.

و فيه: ان ظاهر ادلة الخيارات المجعولة لا لخصوصية في المبيع هو التسلط على حل العقد برد تمام المبيع، فحل بعض العقد برد بعض المبيع في المجلس لا دليل عليه، و اما الخيار المجعول لخصوصية في المبيع كخيار الحيوان فظاهر الدليل كون متعلق الخيار هو ما فيه الخصوصية دون غيره، فلو ضم الحيوان الى شيء و باعهما صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان في خصوص الحيوان دون المجموع، و مجرد وحدة العقد الانشائي لا تقتضى ذلك بالتوهم المشار اليه، و الا لانسد باب خيار تبعض الصفقة، و المقام من قبيل الثاني، فان المجعول خيار واحد متعلق بما فيه عيب و عوار لا في المجموع، و عليه فمقتضى اطلاق الدليل جواز رده خاصة.

ثانيها: ما اشار اليه الشيخ ره، و هو: انه مقتضى المرسل «١»، لأنه لا يصدق قيام المبيع بعينه لو رد البعض.

وفيه: اولاً: ان الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائماً بعينه قبل الفسخ، وهذا موجود في المقام.

و ثانياً: ان المراد كون المبيع قائماً بعينه، وهو كذلك حتى بعد الفسخ.

ثالثها: ما استند اليه الشيخ ره، وهو: ان فسخ البعض يوجب الضرر على البائع، لأنه في الجزء المشاع موجب للشركة، وفي الجزء المعين موجب للتفريق، وكلاهما ضرر ونقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح فهو اولى بالمنع عن الرد من

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٥٩

[...]

نسيان الدابة الطحن، و جبره بخيار البائع و تسلطه على استرداد المجموع ضرر على المشتري لتعلق غرضه بامساك الصحيح، فيتعارضان، فلا يشمل الحديث شيئاً منهما.

وفيه: اولاً: منع كون مجرد التفريق ضرراً في جميع الموارد، نعم هو ضرر في مثل بيع مصراعي الباب.

و ثانياً: ان جواز فسخ البائع ليس ضرراً على المشتري، اذ لا يجب عليه الفسخ بالنسبة الى المبيع كي يجوز للبائع استرداد الصحيح، فهو باختياره يقدم على ذلك، و مثله لا يكون مشمولاً للحديث.

و ثالثاً: انه في بادئ الأمر ليس الا ضرر المشتري من الصبر على المبيع، فحديث لا ضرر يشمله لوجود المقتضى و عدم المانع، و من شموله لذلك يتولد ضرر آخر على البائع، و لا يعقل ان يشمله الحديث، و الا لزم من شموله لضرر المشتري عدم شموله له، و ما يلزم من وجوده عدمه محال.

و رابعاً: ان غاية ما يثبت بما افاده كون التبعض ضرراً على البائع، و لكن مانعية ذلك عن اعمال المشتري خياره تتوقف على دليل مفقود، و ما ذكره من اوليته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن يرد عليه منع الاولوية، لأن نسيان الدابة حدث مانع عن الرد، و في المقام يكون المبيع قائماً بعينه.

رابعها: النص «١» المانع عن الرد بالخياطة و الصبغ، اذ المانع فيهما ليس الا حصول الشركة في الثوب بالنسبة للصبغ و الخياطة.

وفيه: ان المانع هو تغير الهيئته، و انما لا يمنع ذلك اذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٠

و لو اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب الا اذا وافقه الآخر

خامسها: ما في المكاسب: ايضاً، و هو: ان مرجع جواز الرد منفرداً الى اثبات سلطنة المشتري على إمساك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الرد اولا اولى، و لا أقل من التساوي، فيرجع الى اصالة اللزوم.

وفيه: ان مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لا ضرر بل النص، فلا بد من الرجوع، اليه، و هو يقتضى خيار المشتري، و بعد ذلك ان قام دليل على خيار البائع اخذ به ايضاً، و الا فلا.

سادسها: الاجماع.

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

فتحصل: ان الأظهر ان التبعض لا- يمنع من الرد، غاية الأمر ان لكل من البائع و المشتري خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الجزء الصحيح.

حكم ما اذا كان المشتري متعددا

المقام الثاني: ما اذا كان المشتري متعدداً، قال المصنف: و لو اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب الا اذا وافقه الآخر.

و قبل بيان الدليل ينبغي تقديم مقدمتين.

احدهما: ان موضوع البحث في هذا المقام و المقام الثالث انه بتعدد المشتري او البائع، مع وحدة العقد الانشائي و المبيع عرفا، هل يتعدد الخيار ام لا؟ بل وحدة الخيار و تعدده تدوران مدار وحدة العقد او المبيع او تعدده، و موضوع البحث في المقام الأول كان على العكس من ذلك، و هو انه مع وحدة البائع و المشتري و العقد و تعدد المبيع هل يتعدد الخيار ام لا؟
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦١
[...]

ثانيتها: في الأقوال في المسألة، و هي اربعة:

الأول: الجواز.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بين علم البائع، بالتعدد فالأول، و عدمه فالثاني.

الرابع: التفصيل المنسوب الى ظاهر المبسوط و هو الجواز مع تحقق القبول من المشتري، و الوجهان مع اتحاد القبول.

اذا عرفت هاتين المقدمتين، فاعلم: انه قد استدل لعدم الجواز بوجوه:

احدها: ان العقد واحد، فالخيار الذي هو حل العقد واحد، و متعلقه المجموع، فلا يجوز رد البعض.

وفيه: ان المراد من العقد الذي حكم عليه بالوحدة ان كان هو العقد الانشائي فيرد عليه اولاً: انه يمكن القول بتعدده اذا قبل المشتريان، فانه لا يمكن القول بوحدة الايجاب و تعدد القبول لتضاييفهما.

و ثانياً: انه لا عبرة الا بالبيع الحقيقي و العقد المعنوي اللبي، و ان كان هو العقد المعنوي فيرد عليه: انه مع تعدد الملكية لا محالة يتعدد التملك لوحدة الايجاد و الوجود، و هو البيع الحقيقي.

ثانيها: ان الثابت بالدليل هنا خيار واحد قائم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال.

وفيه: ان الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئاً و به عيب على نحو القضية الحقيقية، و فعليه ذلك انما تكون بفعليه موضوعه، و تعدده تابع لتعدد موضوعه خارجاً، و من المعلوم انه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى شيئاً و به عيب، فمقتضى اطلاق النص ثبوت الخيار له مستقلاً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٢

[...]

ثالثها: ان النص منصرف الى غير المقام- اي الى ما اذا اتحد المشتري- و قد استند الشيخ ره اليه في المنع.

وفيه: انه لو تم ذلك لزم ان لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين ايضاً، مع انه لا يتم اذ لا وجه للانصراف سوى الغلبة.

رابعها: ما استدل به في محكي التذكرة وغيرها و سلمه الشيخ ره، و هو: ان لازمه التبعض على البائع و هو عيب يمنع من الرد كسائر العيوب الحادثة عند المشتري.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان المبيع قائم بعينه قبل الفسخ، و لو سلم تغيره بعد الفسخ فهو لا يكون مانعاً. و ثانياً: انه بعد الفسخ ايضا قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم على ما كان عليه عند اخذه، فانه لم يأخذ الا حصه نفسه، فافتراق حصته عن حصه صاحبه ليس نقصاً فيما اخذه. و الظاهر ان هذا مرد المصنف ره من قوله: ان التشقيص حصل بايجاب البائع، و لا- يرد عليه ما ذكره الشيخ ره بقوله: انه تبعض بالخراج و المقصود حصول المبيع في يد البائع كما كان قبل الخروج، فانه يرد عليه: ان المقصود ارجاع ما تلقاه من البائع و تملكه منه، و هو حاصل.

خامسها: ما ذكره الشيخ ره ايضا بقوله: ان خلاف ذلك ضرر على البائع و علم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر الا على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض، و هو محل الكلام. و قد تقدم الجواب عن ذلك في المقام الأول.

فتحصل: ان الأظهر جواز الرد، كما ظهر مدرك القولين الآخرين و الجواب عنه.

المقام الثالث: ما اذا كان البائع متعدداً، ففي المكاسب: و الظاهر عدم الخلاف

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٣

[...]

في جواز التفريق، اذ لا ضرر على البائع بالتفريق.

و لكن يرد: ان مجرد عدم المانع لا يكفي في الحكم بثبوت الخيار.

و بالجملة: ان الكلام في هذا المقام بعينه هو الكلام في المسأله المتقدمه دليلاً و مختاراً، فالأظهر هو الجواز في المقامات الثلاثه.

مسقطات الارش خاصة

السابعة يسقط الارش دون الرد في موضعين: احدهما ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة فانه لا يتصور هنا ارش حتى يحكم بثبوتها. الثاني: ما اذا اشترى ربويًا بجنسه فظهر عيب في احدهما فلا ارش حذراً من العيب هكذا افاد جماعة، و نفى المصنف في محكي التذكرة البأس عن جواز اخذ الارش.

لا- كلام و لا إشكال في صحة العقد و جواز الرد و انما الكلام في انه هل يستحق الارش ام لا، ام يفصل بين اخذه من الجنس فلا يجوز و من غيره فيجوز؟.

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الأول: في انه هل يوجب اخذ الارش الربا ام لا يوجب؟.

الثاني: في حكمه على فرض صيرورته ربويًا.

اما الأول: فقد استدل على صيرورته ربويًا باخذ الارش بوجوه:

منها: ما يظهر من آخر كلام الشيخ ره، و هو: ان الارش عوض وصف الصحة، فمع كون الصحيح و المعيب جنسا واحداً و ان وصف الصحة في احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض على ما هو المستفاد من الأدلة، لا محالة يكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٤

[...]

زائدا على ما يساوى الجنس الآخر، فتشمله ادلة حرمة الربا، اذ لا فرق فيها بين سبب العقد للزيادة بلا واسطة او بواسطة سببته لاستحقاق الارش.

وفيه: ان الارش غرامة شرعية مجعولة لا ان العقد سبب له. وعبارة اخرى: ما يتكفله دليل الربا انما هو عدم جواز التملك على وجه التفاضل لا إيجاد موضوع له حكم شرعي قهري.

ومنها: ان الارش و ان كان مجعولا شرعياً الا انه لا فرق في حرمة الربا بين كون الزيادة بجعل من المتعاقدين، او بحكم الشارع، فانه من باب تتميم الناقص، مع انها متماثلان من حيث المقدار.

وفيه: ان جعل الارش من الشارع ليس بعنوان تتميم الناقص، بل هو غرامة محضة.

ومنها: ان الارش و ان لم يوجب زيادة احد العوضين الا انه يوجب نقص الآخر، و هو ما يؤخذ منه الارش.

وفيه: انه سيجيء في محله من ان الارش ليس جزء من العوض كي يكون تنقيصاً موجباً لتعادل العوضين، بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن لا يكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد، بل بعنوان تملك جديد.

ومنها: ان الارش انما يكون بالتزام البائع بالتدارك عند نقص وصف الصحة، فهو من قبيل شرط الزيادة داخل في الربا. وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع.

و ثانياً: ان اشتراط وصف الصحة كاشتراط سائر الصفات ليس التزاماً بالارش، بل بالخيار و الارش جعل بحكم الشارع.

ومنها: ما عن المحقق الخراساني ره، و هو: ان الارش و ان لم يوجب انعقاد العقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٥

و التصرف يبطل رد المعيب الا في الوطاء في الحامل فيردها مع نصف عشر القيمة و الحلب في الشاة المصراه فيردها مع قيمة اللبن ان تعذر المثل

على المتفاضلين، الا انه يوجب استقراره عليهما، و لا فرق في الربا بين ان يكون انعقاد العقد على المتفاضلين او استقراره عليهما. وفيه ان اللزوم خارج عن العقد، فصيرورة العقد لازماً باخذ الارش غير كون استقرار العقد متوقفاً عليه.

فتحصل: انه لا يكون داخل في الربا، فالأظهر صحة العقد و جواز اخذ الارش.

و أما المورد الثاني: فان قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا، لا محالة يقع التعارض بين ذلك الدليل و دليل استحقاق الارش، و حيث ان النسبة عموم من وجه، و دلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق، فاما ان يقال انهما يتساقطان و يرجع الى اصالة عدم استحقاق الارش، او انه لا بد من الرجوع الى المرجحات، و الترجيح مع دليل حرمة الربا، و على التقديرين يسقط الارش.

التصريح بتدليس

الثامنة: التصريح، و المراد بها جمع اللبن في الضرع اياما ليظن الجاهل بذلك انها حلوب حرام اجماعاً محصلاً و محكياً في المسالك. كذا في الجواهر.

و يثبت به الخيار بين الرد و الامساك اجماعاً، و عن الخلاف: ان اخبار الفرقة عليه و لا أرش فيه، الا اذا كان المدلس عيباً.

و حيث عرفت ان التصرف يبطل رد المعيب، فيتوهم سقوط هذا الخيار هنا، و لذا استثناء المصنف ره هنا قال الا ... و الحلب في الشاة المصراه فيردها مع قيمة اللبن ان تعذر المثل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٦

]...[

و تفصيل ذلك: انه لا إشكال في انه اذا رد الشاة يرد معها لبنها الموجود حال العقد، و هو مقتضى القاعدة لكونه بعض المبيع، و لذا نفى الخلاف عنه في المحكى عن كشف الرموز، بل فخر الاسلام الاجماع عليه.

اما لو تلف فالمشهور بين الأصحاب ما في المتن، و هو: انه يرد معها مثل لبنها او قيمته مع التعذر، بل عن ظاهر مجمع البرهان: الاجماع عليه، لأن اللبن مثلي، فمع تلفه و وجوب رده يضمن بمثله، و مع تعذر المثل ينتقل الى القيمة.

و عن الاسكافي و الشيخ و القاضي و ابى المكارم و ابى سعيد: فيرد صاعا من تمر او بر، و عن الخلاف: عليه اجماع الفرقة و اخبارهم، و عن الغنية: الاجماع عليه.

و قيل: يرد ثلاثة امداد من طعام، و قال المصنف في محكى التحرير: انه و ان نسب الشيخ هذا القول الى جماعة، و لكن لم نجد واحدا منهم و لعله من العامة.

وجوب الاعلام بالعيب

التاسعة: قال في المبسوط: من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا و كان المشتري بالخيار. انتهى.

الأقوال في المسألة خمسة:

١- وجوب الاعلام مطلقا.

٢- عدمه كذلك.

٣- استحباب اعلام.

٤- التفصيل بين العيب الخفى و الجلى، فيجب في الأول دون الثاني.

٥- التفصيل بين الجلى و الخفى، فوجب في الأول مع عدم التبرى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٧

]...[

و تحقيق الكلام بالبحث في موارد:

الأول: في انه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش ام لا؟.

و الأظهر: أنه بمعنى الخديعة و التليس، و لا يصدق ذلك على ترك الاعلام بالعيب، و لا على كتمان العيب الخفى، و انما يصدق على اظهار انه صحيح، و حيث ان البيع انما يكون من البائع بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته فهو اظهار لخلاف الواقع، و لا يفرق في ذلك بين العيب الخفى و الجلى الا اذا كان من الوضوح بحد لا موجب للالتزام بالصحة، و إلى هذا المورد النظر في صحيح «١» ابن مسلم المتضمن لخط الجيد بالردىء حيث قال (عليه السلام): اذا رؤيا جميعاً فلا بأس.

و بذلك يظهر ضعف ما قيل من عدم صدق الغش على ترك اظهار العيب الجلى في المعاملة، و اضعف منه دعوى عدم صدقه على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفى ما لم ينضم اليه شيء آخر كما في حاشية السيد.

الثاني: في حكمه التكليفى.

و الأظهر انه حرام طلقا كما تقدم الكلام فيه مفصلا في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح، و ما افاده السيد ره من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلى و ان صدق عليها الغش لصحيح محمد بن مسلم، يندفع بما عرفت.

الثالث: في حكمه الوضعي.

و الحق عدم الفساد، لأن حرمة المعاملة اعم من فسادها، و لا دليل آخر على الفساد في جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه في الجزء الرابع عشر.

الرابع: انه لو تبرأ البائع من العيب، هل يسقط وجوب الاعلام ام لا، وجهان:

(١) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٨

و لو ادعى البائع التبري من العيوب و لا بينة فالقول قول المشتري مع يمينه

اظهرهما الأول، لان الغش كما عرفت انما يصدق على فعل البائع من جهه كون البيع واقعا بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته، فاذا تبرأ عن العيب و لم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش، مع ان صدق الغش يتوقف على ايقاع الطرف فيما يكرهه و غير راض به، فمع رضاه بذلك و شرائه بعد تبرئ البائع و عدم الفحص عن صحته و عيبه لا يصدق الغش.

اختلاف المتبايعين

اشارة

بقي في المقام مسائل في اختلاف المتبايعين:

الاولى: و

لو اختلفا في البراءة

و ادعى البائع التبري من العيوب و أنكره المشتري و لا بينة قال المصنف ره فالقول قول المشتري مع يمينه.

و الكلام في مقامين: الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النقص الخاص.

اما الأول: فمقتضى اصالة البراءة تقديم قول المشتري، فان موضوع الخيار مركب من العيب و عدم البراءة، و أحد الجزئين محرز بالوجدان، و الآخر بالأصل، فيثبت الموضوع و يترتب عليه الخيار، و هو حاكم على اصالة اللزوم.

و أما الثاني: فربما يترأى من مكاتبة جعفر بن عيسى المتقدمة انه يقدم قول البائع. و اورد عليها المحقق الأردبيلي ره: بضعف السند، و مخالفتها للقاعدة.

اما دعوى ضعف السند فيدفعها ان الشيخ ره يرويها بسنده عن الصفار عن محمد بن عيسى عن جعفر بن عيسى، و سند الشيخ ره الى الصفار صحيح، و محمد بن عيسى بن عبيد و ان ضعفه جمع الا ان منشأ تضعيف الجميع كلام الصدوق الذي قال:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٦٩

و لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد فالقول قول البائع مع يمينه

لا اروي ما يختص بروايته عن يونس، و منشأ ذلك ابن الوليد و لا يعاب به، فان اعتقاده انه يعتبر في الاجازة ان يقرأ على الشيخ او يقرأ

الشيخ عليه، و يكون السامع فاهما لما يروييه، و كان لا يعتبر الاجازة المشهورة، و كان محمد بن عيسى صغير السن فى زمان يونس و لا يعتمدون على فهمه حين القراءة، و لا على اجازة يونس له، و هذا كما ترى لا يصلح منشئاً للضعف، لا سيما و قد صرح جمع من الأساطين بوثاقته، و اخوه جعفر ايضاً ثقةً او حسن.

مع ان الأصحاب اعتمدوا على هذه المكاتبه فى غير المقام، و هو جابر للضعف لو كان. و أما مخالفتها للقاعدة فلا تصلح مانعه عن العمل بها لو كانت، و الحق انها لا تنافى القاعدة من جهة التوجيه الذى افاده الشيخ ره. و حاصله: ان قول البائع فى مفروض الخبر موافق للظاهر لجريان العادة ببناء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فيقدم قوله مع يمينه المعلوم من الخارج حينما يقال ان القول قول البائع او المشتري. و أما ما افاده فى الحدائق فيرد عليه ما فى المكاسب.

الثانية:

لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع او تاخره عنه

و صور هذه المسألة ثلاثة.

احداها: لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد و انكره البائع. قال المصنف ره: فالقول قول البائع مع يمينه و وافقه الشيخ.

و استدل له: باصالة عدم حدوث العيب قبل العقد. توضيحه: ان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ما هو ظاهر الأخبار، فتجرى اصالة عدم حدوث العيب الى ما بعد حدوث العقد، و حيث ان العقد على العين محرز، و عدم العيب محرز بالأصل، فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٧٠ [٠٠٠]

فينفى موضوع الخيار.

و لا تعارضها اصالة عدم العقد حين حدوث العيب، لأنه لا يثبت بها وقوع العقد على المعيب الذى هو موضوع الخيار الآ على القول بالأصل المثبت.

و بذلك يظهر الحال فى الصورتين الاخيرتين، و هما ما لو اختلفا فى حدوث العيب بعد العقد قبل القبض او بعده، و ما لو اختلفا فى انه حدث فى زمان خيار المشتري ليكون مضموناً على البائع، او فيما بعد مضى ذلك الزمان، فان الأثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض، او فى زمان الخيار، فاصالة عدم التلف الى ما بعد القبض او انقضاء زمان الخيار تجرى و يترتب عليها عدم الضمان. و لا تعارضها اصالة عدم القبض و عدم الانقضاء الى ما بعد التلف لعدم الأثر.

و عن المصنف ره: ان القول قول مدعى التقدم و هو المشتري.

و استدل له: باصالة عدم تسليم المبيع الى المشتري على الوجه المقصود، و اصالة عدم استحقاق البائع الثمن كلا، و اصالة عدم لزوم العقد.

و فى الجميع نظر: اما الاولى: فلأن عدم التسليم لا-أثر له، و موضوع الأثر تلف الوصف قبل العقد، او قبل القبض، او قبل انقضاء الخيار، و الأصل عدمه.

و أما الثانية: فلأن الارش ليس جزء من الثمن، فالبائع مستحق للثمن كلا على التقديرين.

و أما الثالثة: فلأن موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كى تجرى اصالة عدمه و يحكم بعدم لزومه، بل الموضوع له عدم

العيب حين العقد، وقد عرفت ان الأصل ذلك.

و تمام الكلام بيان امور:

(١) المشهور بين الأصحاب و ان كان كون اقامة البيئه من المنكر كالعدم و ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧١

[...]

وظيفته اليمين، بل عن المستند دعوى الاجماع عليه، الا ان جماعة منهم العلامة و الشهيد ذهبوا الى سماع بيئه المنكر، و ان ما دل على

ان اليمين على من أنكر انما هو في مقام الارفاق لا التعين، و عليه فكل منهما اقام بيئه عمل بها.

(٢) و لو اقام بيئه عمل بيئه المشتري، بمعنى ان بيئه المشتري تقدم عند التعارض، فان البيئه وظيفته، و انما تسمع بيئه البائع المنكر لو

لم يقدّم المشتري البيئه، و هو متين لما حقق في محله من تقديم بيئه الخارج عند التعارض. و للكلام محل آخر.

(٣) قال الشيخ قده: و اذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب ... الخ.

محصله: انه في صورة امكان الاختبار و العلم بالحال لا- كلام في انه يعتبر في الحلف القاطع للخصومه ان يكون على الواقع و على

البت. و اما في صورة الجعل بالحال فان كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام ايضاً في ان القاطع هو الحلف على نفى العلم.

و ان كان هو الواقع، فان كان ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كفى الحلف على نفى العلم ايضاً للدليل.

و ان كان فعل نفسه ففيه وجوه: الأول: الحلف على الواقع عن البت استنادا الى الأصل.

الثاني: الحلف على نفى العلم و ان لم يدع المدعى عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعى، اما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض، او مع عدمه ثبوته كما عن آخر.

الرابع: إيقاف الدعوى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٢

[...]

الظاهر كما دلت «١» النصوص عليه اعتبار كون الحالف قاطعاً، الا- انه اذا كان العلم ماخوذاً في موضوعه على وجه الطريقيه قامت

الامارات مقامه، و ان كان ماخوذاً فيه بما انه مقتض للجرى العملى على وفق ما تعلق القطع به قامت الاصول المحرزة ايضاً مقامه،

فيجوز الحلف على الواقع استنادا الى الاماره او الأصل، و قد دلت الروايه على جواز الحلف استنادا الى اليد و هي موثقه حفص «٢»، و

دلت النصوص «٣» على جواز الشهاده مستنده الى الاستصحاب و الحلف لا يزيد على الشهاده، بل المستفاد من ذيل الموثق التلازم

بينهما و اضف الى ذلك كله ان الدعاوى و الشهادات و الايمان تتوقف بحسب الغالب على امارة أو أصل، لأن ما انتقل الى زيد من

ايه و ان كان جزمياً الى ان كونه ابناً لأبيه بقاعدة الفراش، و كون المال مال ابيه انما هو بقاعدة اليد او اصالة الصحة، و عليه فلو لم

نجز الحلف الا مع العلم الوجداني انسد باب الحلف و غيره من ما هو فاصل للخصومات و تمام الكلام في محله.

لو اختلفا في تعيب المبيع

الثالثه: لو اختلفا في تعيب المبيع، فقد يكون البائع منكرًا للعيب و المشتري مدعيًا، و هو الغالب، و قد يكون البائع مدعيًا كما لو فرضنا

فسخ المشتري ثم ندامته منه، و ادعى انه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخًا، و ادعى البائع انه كان معيوبًا، فالبيع منفسخ.

(١) الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب كتاب الايمان.

(٢) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم حديث ٢ كتاب القضاء.

(٣) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الشهادات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٣

[...]

و على التقديرين، اما ان تكون الحالة السابقة هي العيب، و اما ان تكون هي الصحة، و اما ان تكون مجهولة، اما في الصورة الاولى فالقول قول مدعى العيب مع يمينه للاستصحاب.

و أما في الصورتين الاخيرتين فالقول قول منكره، اما في الاولى منهما فلاستصحاب، و اما في الثانية فبناء على كون اصل السلامة من الاصول العقلائية، فلذلك و بناء على عدم كونه منها فلاصالة اللزوم و المراد بها في المقام استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ و اصالة البراءة عن الارش
الرابعة:

لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال

، فان احرز كونه نقصا و لكن تردد الأمر بين كونه منقصا للقيمة و عدمه كان الأصل مع البائع لأصالة البراءة من الارش، فهل يثبت له الرد كما عن الشيخ ام لا كما في الحاشية؟ وجهان: قد استدلل للثاني: بان النقص غير الموجب لنقص المايه لا يكون عيبا فلا تشمله ادلة خيار العيب.

و فيه: اولاً: ان الالتزام الضمنى بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف الشرط.

و ثانياً: ان من يرى دلالة حديث نفى الضرر على نفى اللزوم لا- بد له من البناء على دلالته على جواز الرد في المقام لعدم انحصار الضرر بالمالي، بل هو شامل لنقص الغرض المعامل، فالأظهر ان له ذلك.

و ان تردد بين كونه نقصا و عدمه كان القول قول منكره مع اليمين لأصالة عدم كونه نقصا الازلي، و لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٤

[...]

اختلاف الموكل و المشتري

الخامسة: لو اختلف الموكل و المشتري في قدم العيب و حدوثه، فللمسألة فروض:

الأول: ما اذا كان المشتري عالماً بالوكالة.

لا كلام في انه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التقدم، كما تسمع دعوى المشتري مع البيئه، و لا يقبل اقرار الوكيل بالقدم لأنه اجنبي.

و قد استدلل لقبول اقراره بوجهين: احدهما: الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذاً، لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به.

لا- يصح الجواب عنه بان زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره، فان اقراره بما يكون مالكا له حين التصرف نافذ، أ لا ترى انه لو اقر

الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذاً بل الحق في الجواب- بعد تسليم عموم القاعدة، و بعبارة اخرى: بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم:-

ان كون المبيع معييا ام صحيحا غير قابل للوكالة و الاستنابة، فلا ينفذ اقراره بالنسبة الى ذلك.
ثانيهما: ما دل من النصوص «١» على ان الأمين لا يتهم و الوكيل امين، فيصدق في دعواه.

قَمِي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ٣٧٤

و فيه: ان ذلك مختص بما اذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لا شىء عليه على التقديرين كما لا يخفى. فالأظهر انه لا ينفذ اقراره.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب كتاب الوديعة - و غيره من ابواب سائر الكتب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٥

[...]

الفرض الثاني: ما اذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل من اقامة البينة و اعترف بالتقدم رده المشتري على الوكيل، فهل للوكيل رده على الموكل، ام لا الا مع اقامة البينة. الظاهر هو الثاني، لأن اقراره بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل غير مشمولة لقاعدة من ملك لا تسمع الا مع البينة، و هل له احلاف الموكل على عدم سبق لكونه منكرا ام لا من جهة ان كل منكر ليس عليه اليمين، بل اذا كان عليه غرامة للمدعى باقراره و الغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري؟ وجهان: اوجهما الأول، من جهة ان هذه الغرامة توجهت بحسب الظاهر الى الوكيل، فحلف الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة الى الوكيل على الموكل فعليه اليمين و لو رد الموكل اليمين على الوكيل فحلف على سبق الزم الموكل.

الفرض الثالث: ما اذا كان المشتري جاهلا بالوكالة، و كان الوكيل غير متمكن من اقامة البينة، منكرًا للتقدم، حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهراً نحوه لو اعترف عن نفسه و ان لم تكن الغرامة عليه واقعا، و هل للمشتري تحليف الموكل؟ وجهان.

استدل الشيخ ره للثاني: بان دعواه على الوكيل تستلزم انكار و كالتة، و على الموكل تستلزم الاعتراف بها.

و فيه ان هذا يتم لو ادعى المشتري القطع بكذب الوكيل في دعوى الوكالة. و لا يتم فيما اذا كانت دعواه من جهة كون العين تحت يده، مع انه يمكن ان يقال في صورة القطع ايضا: ان له ذلك مؤاخذه له باقراره، كما عن جامع المقاصد.

و لو نكل الوكيل الحلف فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل، فهل يجوز للوكيل ان يردها على الموكل ام لا؟ وجهان بناهما في القواعد على ان اليمين المردودة هل هي كالبينة الحاكية عن الواقع التي تكون حجة مثبتة للمدعى به و ما يستخرج

بها الحق فله ذلك، ام هي كالاقرار الذي لا يملك به الوكيل الرد على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٦

[...]

الموكل كما تقدم؟ و في حاشية السيد ره: التحقيق عدم جريان حكم شىء من البينة و الاقرار عليه، فيرجع فيه الى مقتضى الاصول. هذا المسألة - و هي مسألة ان اليمين المردودة - هل هي بمنزلة اقرار المنكر او بمنزلة بيئة المدعى معنونة في كتاب القضاء، و هي ذات قولين عند اصحابنا، و خالفهم السيد في ملحقات عروته، و تبعه بعضهم و فرعوا على القولين فروعا ليس المقام مقام التعرض لها، و انما نشير الى وجه التردد، و هو: انه قد حصر في النصوص ميزان القضاوة في البينة و اليمين، و حيث ان المدعى لا يمين له فلا بد و

ان يكون يمينه بمنزلة بينته او بمنزلة اقرار المنكر الذى لا يبقى معه خصومة، فيكون الحصر محفوظاً. ووجه كونه كالإقرار: ان المنكر برده اليمين كأنه ملتزم بالمدعى به على تقدير حلف المدعى، و ليس معنى الإقرار الا-الالتزام بالمدعى به. ووجه كونه كالبينه: ان جانب المدعى يطلب منه البينة لقوله البينة على المدعى و لو لا ان اليمين المردودة لما ثبت بها دعواه. و تمام الكلام فى محله.

اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع

السادسة: لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع انه سلعته، فالكلام فيها يقع فى فرعين: الأول: ما لو اختلفا فى كون سلعة معينة معيوبة سلعة البائع، و ادعى المشتري انها له، و البائع أنكر ذلك، و ان سلعته صحيحة، و مقتضى ذلك الاختلاف فى الخيار، و الأظهر فيه تقديم قول البائع لأصلين: موضوعى، و حكمى. اما الأصل الموضوعى: فهو اصالة عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية. و بعبارة اخرى: عدم كون فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٧٧ [٠٠٠]

هذه السلعة واقعة موقع البيع لسبق اليقين بعدمها، و هذا هو المراد من اصالة عدم كونها سلعته. و أما الأصل الحكمى: فهو ان الخيار حق حادث مسبوق بالعدم، و الأصل عدمه. الفرع الثانى: ما لو اتفقا على الخيار و اختلفا فى كون العين المردودة سلعة البائع، و فيه قولان: احدهما: انه يقدم قول البائع، و الوجه فيه: الأصل الموضوعى المشار اليه فى الفرع الأول. ثانيهما: تقديم قول المشتري، و استدلاله: بان مرجع الاختلاف حينئذ الى ان البائع يدعى خيانه المشتري بتغيير السلعة و ابراز سلعة اخرى مكانها، و الأصل عدمها. و بأن البائع يدعى سقوط الخيار المتفق عليه، و الأصل بقاءه. و اورد الشيخ ره على الأول: بان هذا الوجه يجرى فى الفرع الأول ايضا، و حيث ان مدركه ظهور حال المسلم فيكون هو واردا على جميع الاصول العملية التى تكون مع البائع، فلا بد من القول بتقديم قول المشتري فيه ايضا. و فيه: ان مدرك هذا الأصل ليس ظهور حال المسلم، اذ لا- دليل على حجية هذا الظهور، فان هذا الظهور كظهور حاله فى عدم الكذب الذى لا يترتب عليه وجوب تصديقه، بل الوجه فيه ان المشتري لثبوت الخيار له له الولاية على العين، فيصدق فيما له تلك لكونه امينا من قبل الشارع، فلا يتهم بالخيانة للنصوص. و هذا لا يجرى فى الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار، فالولاية غير ثابتة. و أما الوجه الثانى: فاورد عليه الشيخ ره: بانه يجدى اذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، مع انه لا يثبت به وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٧٨ [٠٠٠]

بينهما، و لا يثبت احد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر، و هو متين، و يمكن ان يقال: انه لا يجدى فى العيب ايضاً مطلقاً، اذا ربما يكونان متفقين على بقاء العين و يختلفان فى تعيينها.

الاختلاف في المسقط

السابعة: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه قدم قول منكر العلم فيثبت الخيار، لأن موضوع هذا الخيار مركب من العيب، و جهل المشتري لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل، واحدا الجزئين محرز بالوجدان، و يجرى الأصل في الجزء الآخر و هو الجهل، اذ العلم حادث مسبق بالعدم، و بضم الوجدان الى الأصل يثبت موضوع الخيار، و معه لا تصل النوبة الى اصالة اللزوم، فقول المشتري موافق للأصل.

الثامنة

لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري او بعده

على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش، بل و لا الرد.

فان قلنا: بانه لا فرق في الحكم بين كون الزوال قبل العلم او بعده لا مجال لهذه المسألة، و انما الكلام فيها لو قلنا بالفرق، و حينئذ ان قلنا بان الخيار لا يثبت الا بعد ظهور العيب قدم قول مدعى عدم ثبوت الخيار لأصالة عدمه، و لا تجرى اصالة عدم زوال العيب و بقاءه لمعارضتها مع اصالة عدم ظهور العيب الى حين زوال العيب و تساقطهما معاً. و ان قلنا: بانه يثبت من حين العقد و ان زوال العيب يوجب رفعه، فاصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار و بقاءه، و لا تعارضها اصالة عدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٧٩

[...]

العلم قبل الزوال لعدم ترتب الأثر عليها.

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار او الحادث حتى يثبت، و ان قلنا بان العيب الجديد بنفسه مانع شرعا عن الخيار فاصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الأثر و تجرى، و حينئذ ان بنينا على زوال القديم لا يوجب سقوط الخيار، فاصالة بقاءه لا أثر لها فلا تجرى، و ان انعكس انعكس.

و ان بنينا على ان زوال القديم مسقط للخيار، و بقاء العيب الجديد مانع عن الخيار، و ادعى المشتري زوال الجديد، و ادعى البائع زوال القديم، ففي الحقيقة البائع يدعى عدم المقتضى للخيار، و المشتري يدعى عدم المانع عنه، و كل منهما يدعى بقاء ما يدعى الآخر زواله، اما المشتري فهو يدعى بقاء القديم تحقيقا للمقتضى، و البائع يدعى بقاء الحديد اسقاطا لدعوى المشتري من الحلف على عدم زواله، فيتحالفان، و لعل نظر الشافعي الى هذه الصورة، فلا ايراد عليه.

اختلاف المتبايعين في الفسخ

التاسعة: لو اختلفا في الفسخ و ادعاه المشتري و انكره البائع.

و الكلام فيه في موردين: الأول: فيما اذا كان الخيار باقيا.

الثاني: فيما اذا كان منقضيا.

اما الأول: فلا اشكال في ان له انشاءه، انما الكلام فيما افاده الشهيد ره من انه يمكن جعل اقراره انشاء، ظاهر هذه العبارة كون اقراره نافذ الا من جهة انه اخبار بالفسخ، بل من جهة كون انشاء له، و عليه فما استدلل به الشيخ ره له من قاعدة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٨٠

[...]

(من ملك) اجنبي عن مراده.

و كيف كان: فان كان مراده جعل الاقرار نافذا من حيث انه انشاء له، فيرد عليه: ان الاخبار و الانشاء متقابلان، فعلى القول بانه يعتبر في الفسخ الذي حل العقد ما يعتبر في العقد من الانشاء لا يكفي ذلك، نعم لو قلنا بانه لا يعتبر فيه سوى عدم الالتزام بالعقد كفى ذلك، لكن المبني بمراحل من الواقع.

و ان كان مراده جعل الاقرار نافذا من جهة انه اقرار بفعل له السلطنة عليه، تم ما افاده لقاعدة من ملك و لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم من جهة انه اقرار بعدم حق الخيار له، و ان كان لازمه استحقاق استرداد الثمن.

و أما الثاني: فلا اشكال في انه ليس له انشاؤه، و لا في عدم العبرة باقراره من جهة انه انشاء، انما الكلام في انه هل ينفذ اقراره. من جهة كونه اخبارا عن الفسخ ام لا؟ الظاهر ان له ذلك لما تقرر في محله و اشرنا اليه سابقا من ان مقتضى قاعدة (من ملك) نفوذ اقرار من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف و ان كان زمانه ماضيا، و لذا لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع اذا انكر الموكل وقوعه. و في المقام بما انه اقرار بما يكون له تشمله القاعدة، فما قيل من افتقار مدعيه الى البينة في غير محله.

العاشرة:

لو اختلفا في تاخر الفسخ عن اول الوقت

بناء على فورية الخيار، ففي تقديم مدعى التأخير، او مدعى عدمه وجهان: الكلام يقع في موردين:

الأول فيما اذا اختلفا في زمان الفسخ.

الثاني: فيما اذا اتفقا عليه و اختلفا في زمان وقوع العقد.

اما المورد الأول: فقد ذكر الشيخ ره لتقديم قول مدعى التأخير اصلين: اصالة بقاء العقد، و اصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٨١

[...]

اما اصالة بقاء العقد فهي لا تجرى لكونها محكومة لأصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ، و اما اصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان فهي لا- تجرى لعدم كون الفسخ في اول الزمان بهذا العنوان موضوعا للأثر، بل الموضوع هو الفسخ في حال له الخيار، فيجري استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة، و يترتب عليه تأثير الفسخ.

و قد ذكر قده لتقديم قول مدعى عدم التأخير اصالة صحة الفسخ.

و فيه: ان المختار عنده- على ما صرح به في آخر كتاب البيع- و عندنا- على ما حققناه في رسالته (القواعد الثلاث) المطبوعة- انه يعتبر في جريان اصالة الصحة في شيء احراز قابلية المحل عقلا، و من الواضح ان الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا، اذ لا فسخ لمن لا حق له عقلا.

فتحصل: انه يقدم قول مدعى عدم التأخير لأصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ لا لأصالة الصحة.

و أما المورد الثاني: فالحق فيه ايضا تقديم قول مدعى عدم من جهة اصالة بقاء زمان الخيار الى زمان الفسخ المعلوم، و اما اصالة تأخر العقد فكما لا يثبت بها وقوع الفسخ في الزمان الأول، كذلك لا يثبت بها وقوع التقدم في آخر الوقت.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٢

[...]

بعض افراد العيب

مسألة: المشهور بين الأصحاب ان الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الارش. محل الكلام هاهنا و في هذه المسألة هو الخيار، و اما صحة البيع فهي مفروغ عنها، و مع ذلك نشير اليها تبعا للشيخ، و عليه فالكلام يقع في جهات:

الاولى: في صحة المعاملة و فسادها.

الثانية: في الخيار.

الثالثة: في تحقيق حال الخبيرين المذكورين في المقام.

اما الجهة الاولى: فمحصل القول فيها: ان الثفل تارة: يوجب نقصا في الزيت من حيث الوصف خاصة و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم، و يكون المجموع عند العرف زيتا لا زيتا و ثفلا. لا إشكال في صحة البيع في هذه الصورة بعد تعيين وزن المظروف من غير فرق بين زيادة الثفل و قلته، و من غير فرق بين صورة العلم و الجهل، اذ اللازم معرفة المبيع وزنا، و ان لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع.

و اخرى: يوجب نقصا فيه من حيث الكم، و يكون بنظر العرف زيتا و ثفلا-لا-زيتا معيوباً. و في هذه الصورة يصح البيع في صورة الجهل لو عتین وزن المظروف، لأن وزن المبيع معلوم، غاية الأمر بعد الظهور يكون من قبل تبعض الصفقة. و اما في صورة العلم فان امکن تعيين وزن الزيت صح البيع، و الا بطل للغرر، و لا يكفي تعيين وزن المجموع.

و أما الجهة الثانية: ففي مورد صحة البيع ان كان المبيع عند العرف مرکبا من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٣

[...]

الزيت و الثفل يثبت خيار تبعض الصفقة، و ان كان المبيع هو الزيت المعيوب فان كان الثفل يسيرا جدا بحيث لا بعد في نفسه عيباً لا خيار، و ان كان كثيرا بمقدار خارج عن العادة ثبت خيار العيب.

و ان كان بمقدار جرت به العادة فتارة: يعلم المشتري بجريان العادة، و اخرى: لا يعلم، فان علم بذلك لا خيار له، لأن الاقدام على هذه المعاملة التزام بالبراءة من ذلك العيب و النقص، فلا خيار معه، و ان لم يعلم بذلك ثبت له الخيار، فان الغلبة و العادة الثانوية ان لم تكن عن غرض لا تكون بمنزلة الحقيقة الأصلية كما تقدم.

و أما الجهة الثالثة: فالخبران هما خبر ميسر بن عبد العزيز قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا قال: ان كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت لم يردده، و ان لم يكن يعلم رده على صاحبه «١».

و خبر السكوني عن جعفر عن ابيه: ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك بكيل الرب سمننا، فقال له الرجل: انما بعته منه حكرة فقال له علي (عليه السلام): انما اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربا «٢».

اما الخبر الأول: فعن الجواهر: كون الخيار لتبعض الصفقة، بدعوى اشتغال المبيع على الزيت و غيره، مع ان المقصود هو الزيت.

وفيه: ان ظاهر قوله فليس عليه ان يرده وقوله فله ان يرده صحة البيع

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٤

[...]

بالنسبة الى تمام ما في الزق، اذ لارد بدون الملك، فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر، بل الظاهر منه كون الخيار للمعيب. ثم ان ظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردي الى الزيت وعدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردي، وهذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة.

و أما الخبر الثاني: فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة و كون الرب متميزا عن السمن، لاحظ قوله فوجد فيها ربا اي وجد في العكة ربا، و قول البائع انما بعته منه حكرة اي جملة، فان ظاهر ذلك كون ما في العكة سمن و ربا لا سمن معيا بما فيه من الرب.

و على اي حال: توجيهه بما يطابق القواعد مشكل، حيث انه حكم (عليه السلام) باداء السمن بكيل الرب، مع ان الخيار ان كان للمعيب فلا يستحق الا الرد او الارش، و ان كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة الى الرب، و له الرد بالاضافة الى السمن، و على التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب، و حمله على كون المبيع كليا و اداء العكة الخاصة وفاء خلاف الظاهر لاحظ قوله انما بعته منك حكرة فانه كالصريح في كون المعاملة واقعة على العكة الشخصية، اذ لا معنى لكون كلى السمن المبيع حكرة، و المتعين في توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض ان يقال: ان المراد من قوله لك بكيل الرب سمن استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن، بتقريب: ان قوله سمن تميز لكيل الرب لا انه مبتدأ لقوله لك و قوله بكيل الرب ايضا لا يكون مبتدأ لمكان (الباء) بل المبتدأ محذوف، و هو الثمن فالمعنى: لك الثمن بمقدار السمن الموازي للرب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٥

[...]

الارش - ضمانه خارج عن الضمانين

خاتمة في القول في الارش

إشارة

، و هو بحسب المتفاهم العرفي له معنى متعارف فيما نحن فيه، و هو ما به تفاوت قيمة الصحيح و المعيب، و لا يهمننا البحث في انه في اللغة له معنى واحد او معان متعددة، و كون من قبيل الاشتراك اللفظي او المعنوي او الحقيقة، و المجاز و انه في اصطلاح الفقهاء الذي يطلق على معان هو لتلك المعاني جامع ام لا لعدم ترتب اثر عليه، و انما الكلام في المقام يقع في امور:

[ضمانه خارج عن ضمان اليد و المعاوضة]

الأول: ان ضمان الارش المتعارف هل هو من ضمان اليد، او من ضمان المعاوضة ام يكون خارجا عن الضمانين؟ و الأوجه هو الأخير،

فان ضمان اليد انما يكون فيما اذا تلف و هو في يده لا في ما اذا كان تالفا قبل ان يقع في يده كما في المقام، و ضمان المعاوضة انما يكون فيما اذا كان ذلك الشيء مضمونا في المعاملة كالجزيء و الأوصاف، و منها وصف الصحة ليست كذلك، فانها لا تقابل بالمال، و لا تكون ماخوذة في المعاملة بعنوان العوضيه، و لو ضمنا، بل هي توجب زيادة قيمة الذات، ففي المعاملات تكون بمنزلة الداعي لبذل مقدار من الثمن بازاء الذات زائدا عما يبذل بازائه لولاها، و الضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار، او قبل القبض على فرض شمول القاعدتين لتلف الوصف، انما هو فيما اذا كان التلف واردا على المعقود عليه، و لا تشملان ما اذا كان العقد واردا على التالف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٦

[...]

الملحوظ هو التفاوت بالنسبة

الثاني: ان الارش المضمون على البائع هل هو ما به يتفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعيه، او يكون ملحوظا بالنسبة الى الثمن المسمى، و بعبارة اخرى: ان اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعيه ام بقيمته التي اقدمها عليها و جعلها في المعاملة قيمة له بملاحظة منشئته لزيادة قيمة الذات، و هذا معنى ان المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي ام التفاوت بالنسبة، و الكلام فيه تارة: فيما تقتضيه القواعد، و اخرى: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فقد ذكر في تقريب ان القاعدة تقتضى كون الارش بالنسبة الى المسمى وجوه:

منها: ما عن جماعة منهم الشيخ، و هو: ان البائع قد تعهد وصف الصحة الذي له مدخل في وجود مقدار من الثمن، و التزم به بازاء المسمى المبذول في مقابل الصحيح بما هو صحيح، و مقتضى ذلك تعين الخروج عن عهده الوصف بالمقدار الذي له دخل في المسمى لا بأزيد من ذلك.

و فيه: ان الأوصاف الاخر غير وصف الصحة دخيلة في المالية ايضا، و مع ذلك التزموا بانه لو التزم بوجود وصف صريحا في العقد، و تخلف ثبت حق الرد خاصة، و ليس ذلك الا من جهة ان الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى، فلا وجه لثبوت ازيد من حق الرد من قبل الالتزام الضمني.

و بالجملة: الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة او غيره ليس التزاما بتداركه حتى يتوهم كون عهده عليه بمقدار دخله في المسمى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٧

[...]

و منها: ما في حاشية السيد الفقيه ره، و حاصله: ان وصف الصحة كسائر الأوصاف و ان لم يكن مقابلا بالمال في عالم الانشاء الا انه مقابل به في عالم اللب، بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف، فاذا فرض تخلفه و جب على البائع ان يغرم ما فات من المشتري، و ما اغترم بملاحظة ذلك الوصف.

و بالجملة: ان ضمان الارش المعاوضة اللبية، و لازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية، و مقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل في عالم اللب.

و فيه: ان المعاوضة التي لم يجعل في عالم الانشاء لها مبرز لا يترتب عليها اثر من الانفساخ او التغريم او غيرهما.

و منها: و هو الحق، و هو: ان مقتضى الارتكاز العقلاني، و بناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الارش ذلك، اذا اصل ثبوت الارش و ان كان بتعدي من الشارع الا- انه بعد ورود الدليل عليه الارتكاز العرفي و بناء العقلاء على ان الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية الذي ربما يزيد على تمام الثمن، كما لو اشترى ما يسوى صحيحة مائتي دينار و معيبة مائة عشرة دينار، بل الملحوظ هو التفاوت بالنسبة الى الثمن المسمى، و لعل السرفيه ان ثبوت الارش في المقام ليس تعبدا صرفا، فلا بد له من منشأ عقلائي، و لا وجه عقلائي له سوى اقدم المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لأجل وجوده، فعند التخلف يكون منافيا لذلك المقدار.

و أما الثاني: اي ما تقتضيه الأخبار، فمحصل القول فيه: ان نصوص الباب على طوائف، و قد ادعى الشيخ ره ظهور اغلبها في ارادة قيمة العيب كلها، و في حاشية السيد: بل هو ظاهر جميعها، و لكن الحق ان جملة منها مجملَةٌ قابلةٌ للحمل على كل واحد من المعنيين و جملة منها ظاهرة في ارادة ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٨

[...]

اما الاولى فهي طائفتان: الاولى: ما اشتمل على اخذ ارش العيب كقوله (عليه السلام) في خبر حماد بن عيسى: و له ارش العيب «١». الثانية: ما اشتمل على اخذ قيمة العيب كقوله (عليه السلام) في خبر محمد ابن ميسر: و لكن يرجع بقيمة العيب «٢». لأن للقيمة فردين جعلية و واقعية.

و أما الثانية فهي طوائف: الاولى: ما تضمن كلمة الرد كقوله (عليه السلام) في خبر منصور بن حازم: و لكن يرد عليه بقيمة او بقدر ما نقصها العيب «٣». فان الظاهر من الرد عدم زيادة المردود من الثمن، بل نقصانه منه، و لو كان اللازم رد تمام قيمة العيب لزد على الثمن في بعض الأوقات كالمثال المتقدم.

الثانية: ما اشتمل على كلمة الفضل كخبر طلحة بن زيد: ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء «٤». اذ لا مناسبة هذا التعبير الا بلحاظ ما وصل إلى البائع من الزيادة.

الثالثة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، الظاهر في كون المردود بعضا من الثمن، كقوله (عليه السلام) في صحيح زرارة: و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء، و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «٥».

و قوله صلى الله عليه و آله في صحيح ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «٦».

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ٤ - من ابواب العيوب حديث ٢.

(٥) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام الخيار حديث ٢.

(٦) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٨٩

[...]

فتحصل مما ذكرناه: ان مقتضى القواعد و النصوص هو ما لا خلاف فيه بين الأصحاب من انه يلاحظ التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه

الثالث: ان هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الأكثر، او بمقداره كما عن جمع من الأساطين؟ وجهان. و تنقيح القول فيه بالبحث فى موردين: احدهما: فيما يقتضيه الأصل و القاعدة. ثانيهما: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فالارش ليس تكليفا محضا لكونه قابلا للاسقاط، و لا كليا ذميا اذ لا يتصور التخيير بين الرد و اشتغال الذمة، و لا ملكا مشاعا اذ الملك لا- يقبل الاسقاط، بل هو تغريم البائع بما به التفاوت، و عليه فالشك فى المقام انما هو فى ان البائع يستحق التغريم من الثمن المسمى، او بما به التفاوت مطلقا. و على الأول للبائع الامتناع من قبول ما دفع من غير المسمى، و على الثانى ليس له ذلك، فليس المقام من قبيل الدوران بين المتباينين، بل بين المطلق و المقيد، و وجوب دفع العوض عن وصف الصحة معلوم و خصوصية كونه من المسمى مشكوك فيها، و الأصل عدم اعتبارها.

و أما المورد الثانى: فالنصوص على طوائف:

الأولى: ا تضمن اخذ ارش العيب «١».

الثانية: ما تضمن اخذ قيمة العيب «٢».

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٩٠

[...]

و هاتان الطائفتان مطلقتان، و مقتضى اطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن.

الثالثة: ما عتبر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري «١» و قد يتوهم دلالتها على تعيين كونه من الثمن، إذ ظاهر الرد كون المردود ما كان عنده اولاً و هو بعض الثمن.

و اجاب عنه الشيخ ره: بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع، و كونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.

يتم ما افاده، على فرض حمله على الغالب: فان خصوصية النقدين ملغاة عند العقلاء، بحيث يعدونها مالية محضة، فان رد فردا غير ما اخذ يصدق عرفا انه رد نفس ما اخذ، الا- ان الكلام فى وجه هذا الحمل، فانه خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، و عليه فبعد الاخذ باطلاقه لا- مناص عن البناء على تعيين كونه من الثمن. نعم يمكن ان يقال: ان المردود غير مذکور فى النصوص المشار اليها الا فى بعضها الذى سيمر عليك، و عليه فمن الجائر كون المردود هو مالية مقدار من الثمن، و عليه فيلائم ذلك مع الرد من غير الثمن بالتقريب المتقدم.

الرابعة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، كقوله (عليه السلام) فى خبر ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «٢».

و قوله (عليه السلام) فى صحيح زرارة و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «٣».

و اجاب عن ذلك في المكاسب: بانهما يحملان على الغالب من كون الثمن كلياً

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٩١

[...]

في ذمة المشتري، فاذا اشتغلت ذمة البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه.

و يرد عليه ما تقدم من انه لا وجه للحمل على الغالب.

و الحق ان يورد عليه: بانه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظا بالاضافة الى الثمن المسمى لا- لبيان مخرجه

الثمن، فيكون مفادهما ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

فتحصل: ان الأظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لا بعينه.

يعتبر كون الارش من النقدين

الرابع: انه على المختار من عدم تعيين الارش من عين الثمن فهل يتعين ان يكون من النقدين ام لا؟ و الكلام فيه في موردين: الأول: في بيان مراد الشيخ ره.

الثاني: في بيان ما هو الحق.

اما الأول: فمحصل ما في المكاسب: ان الظاهر تعيين كونه من النقدين، لأن المضمون ليس الا المالية المحضه، و ليس في الأعيان الخارجيه ما هو كذلك الا- النقد، و المحقق الثاني: استظهر من كلام العلامة عدم تعيين ذلك، حيث انه ذكر ان احد العوضين المتخالفين في الصرف اذا كان معييا و ظهر العيب بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما.

توضيح ما افاده: ان الارش حيث انه يكون عنده تميما للمعيب لساوي الصحيح و تميما للمعاوضه فلا يجوز عنده اداء النقد ارشا بعد التفرق عن مجلس الصرف، لأن تميم المعامله الصرفيه بعد التفرق ينافي اعتبار التقابض في المجلس،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٩٢

[...]

و هذا بخلاف اداء غير النقد، فانه حينئذ تنحل المعامله الى صرفيه و غير صرفيه، و التفرق في الثانيه لا منع عنه.

و اورد عليه المحقق الثاني ره بما توضيحه: ان الغرامات تتعين في النقدين في سائر الموارد، و غرامه احد النقدين اولي بان يكون منهما، و لازم ذلك عدم امكان الأداء من غير النقدين في الفرض، لأن ما يستحقه المشتري هو النقد.

و اجاب الشيخ ره عن ذلك: بانه فرق بين الغرامه الارشيه و غيرها، و ان في غيرها يتعين النقد، و لو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه، و في الغرامه الارشيه و ان كان يتعين النقد الا انه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه ارشا لا بد له، و يتضح ما افاده بيان امرين: احدهما: انه في سائر الغرامات حيث تكون الذمه مشغوله فلا بد و ان يكون لما في الذمه تعيين اما بكونه هي الماليه بشرط عدم الخصوصيه و لا مطابق لها الا النقد، او كونه هي الماليه بشرط الخصوصيه، او كونه هي الماليه لا بشرط وجود خصوصيه و

لا بشرط عدمها.

و لازم الاعتبار الأول عدم كفاية غير النقد الا بدلا لعدم مطابقتها بشرط شيء لما هو بشرط لا، و اما الغرامة الارشية فقد مر انه لا تشتغل بها الذمة، فلا يلزم ان يكون لها تعين، بل لا معنى له، و حيث انه لا تعين له فيمكن ان يكون ما يتعلق به حق التغريم بشرط، و هو النقد عند النزاع فى الخصوصيات، و بشرط شيء عند التراضى على خصوصية خاصة.

ثانيهما: انه لا كلام فى صحة التراضى على غير النقدين فى الغرامات، و عليه: ففى غير الغرامة الارشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت فى الذمة.

و أما فى الغرامة الارشية، فحيث انها غير ثابتة فى الذمة فلا معنى لكون ما تراضيا بدلا، بل هو اداء عين ما يستحقه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٩٣

[...]

و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه فى الحاشية عليه- فراجع و تدبر- كما انه ظهر ما هو الحق فى المقام، و هو تعين كونه من النقدين الا مع التراضى.

الارش المستوعب لتمام القيمة

الخامس: فى تصور الارش المستوعب لتمام القيمة.

و الكلام فيه فى موردين: الأول فيما اذا ورد البيع على المعيب.

الثانى: فيما اذا كان البيع قبل حدوث العيب و كان ذلك قبل القبض او فى زمان الخيار.

اما الأول: فالكلام فيه تارة: فى ما اذا كان النقص الوارد على العين خارجيا موجبا لسلب المالىة مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد. و اخرى: فيما اذا كان نقصا اعتباريا من حيث تعلق حق الجناية به الموجب للاسترقاق او القصاص او دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.

اما فى الصورة الاولى: فالظاهر بطلان البيع، سواء كان ذلك النقص موجبا لسلب المالىة خاصة او ذلك مع سلبه الملكية كصيورة الخل خمرا، اذ يعتبر فى صحة البيع المالىة على ما حقق فى محله.

و أما فى الثانية: فالظاهر صحة البيع و عدم بطلانه و ان كان الارش مستوعبا للقيمة، و ذلك لأن فساد العقد اما ان يكون لنقص فى المالك، او يكون لنقص فى المال، و شيء منهما ليس.

اما النقص فى المالك: فلأن ما ذكر وجهها له امران: احدهما: خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجناية كما عن المحقق التستري.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٣٩٤

[...]

ثانيهما: ان الجناية توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلق حق المجنى عليه به.

و فيهما نظر: اما الأول: فلأن ظاهر بعض «١» النصوص و ان كان ذلك الا انه معارض بظاهر غيره من الأخبار «٢» و مخالف للقاعدة.

و أما الثانى: فلأن حق الجناية يتبع العين اياما كانت، و لا يزول بالبيع، فلا يكون مانعا عنه.

و أما النقص فى المال: فقد ذكر له وجوه: منها: خروجه عن المالىة.

و فيه: ان استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالىة، فان استحقاق التملك من مقتضيات المالىة، فكيف يوجب سلبها، و هل هو الا

كاستحقاق الشريك لتملك حصه شريكه من المشتري و جواز القصاص جواز لاعدام المايه لا انه هدر لها، و اما الحكم بديه كامله فهو ليس بعنوان استحقاق مايه الجاني، بل باستحقاق ما يوازي ماله، فلا يوجب خروجه عن المايه. و منها: خروجه عن الملكيه.

و فيه: ان النص قد مر حاله، و الحكم بالقصاص تجويز لاجراجه عن ملكه لا انه مخرج، و لا يتوقف القصاص على تملك المجنى عليه فضلا عن حكمه، و جواز الاسترقاق لا يعقل كونه مخرجا للملك لأنه بنفسه مخرج و مزيل لها، و الحكم بالديه اوضح. و منها: ان بذل المال بازاء العبد الجاني سفهي.

و فيه: اولاً: انه لا دليل على بطلان البيع السفهي، فان الدليل (٣) دل على بطلان

(١) الوسائل - باب ٤١ - من ابواب القصاص في النفس.

(٢) الوسائل - باب ٤١ - من ابواب القصاص في النفس.

(٣) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الحجر - النساء آيه ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٩٥

[...]

بيع السفهي لا البيع السفهي.

و ثانياً: انه مع احتمال العفو أو التفديء بشيء يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهيا.

و منها: كون المال متعلقاً لحق الجنايه، و هو مانع عن صحه البيع.

و فيه: ان هذا الحق، حيث انه لا ينافي نفوذ البيع كما تقدم، فلا يكون مانعاً عنه.

فتحصل: ان الأظهر صحه البيع مع كون النقص اعتبارياً و ان كان الارش مستوعباً للقيمه، و ان ما افاده العلامه متين و لا يرد عليه ما اورده الشيخ ره.

و أما الثاني: و هو حصول النقص بعد البيع قبل القبض، فعدم كونه من قبيل تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد اذا كان النقص اعتبارياً و ان كان الارش مستوعباً للقيمه واضح مما قدمناه، و اما ان كان النقص خارجياً، فقد يقال: انه ان اوجب سلب المايه يكون ذلك بحكم التلف الموجب لانفساخ، فلا يتصور الارش المستوعب للقيمه. و لكن يمكن ان يرد: بان الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لا ماله. فتدبر.

نعم ان اوجب ذلك سلب الملكيه ايضاً امكن القول بالانفساخ من جهه انه ليس هناك شيء له اقباض كي يترقب قبضه، فتأمل فان هذا لو تم فانما هو في ما اوجب سلب الحق، اي حق الاختصاص ايضاً، و مما ذكرناه ظهر ما في كلمات الشيخ ره،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٣٩٦

[...]

التقويم

و يعرف الارش بمعرفه قيمتي الصحيح و المعيب، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت، و اذا لم تكن القيمه معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها، و قد وقع الكلام في ان قول العارف من باب الشهاده أو الخبر.

و الوجوه التي ذكروها في الفرق بينهما كثيرة لا- يهمننا التعرض لها، اذ الشهادة لها معنيان: احدهما: عام، و هو يشمل جميع موارد الخبر، و هي بهذا المعنى ليست مورد الحكم. ثانيهما: خاص، و هو الاخبار الجازم عن حق لانزم للغير من غير الحاكم، و هي بهذا المعنى لا يتصور في مورد الشك في صدقها. و بغير هذين المعنيين لم تؤخذ موضوعه لحكم حتى يتصدى لبيانه، فالصفح عن ذلك اولي.

ثم ان المختار على ما حققناه في حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر و الواحد في الموضوعات الا ما خرج بالدليل، غاية الأمر فيما اذا كان المخبر عنه حسيًا، و ان كان حدسيًا، فان كان المخبر من اهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجية قول اهل الخبرة. اذا عرفت هذا فاعلم: ان العارف بالقيمة تارة: يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسة اشباه هذا الشيء و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في امثاله.

و اخرى: يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر، مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة. و ثالثة: يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومه المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة، فان اخبر عن نظره و حدسه كان قوله حجة من باب انه من اهل الخبرة و يكون مقوماً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٩٧

[...]

تعارض المقومين

و لو تعارض المقومون ففيه وجوه، و بعضها اقوال:

- ١- ما اختاره الشيخ و نسبه الى المعظم، و هو: وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، فاذا قوم احد المقومين بعشرة مثلاً فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و اذا قوم الآخر بثمانية مثلاً فقد قوم كلا من نصفه باربعة، فيعمل بكل منهما بنصف المبيع.
- ٢- تقديم بينه الاكثر.
- ٣- الرجوع الى القرعة.
- ٤- الرجوع الى الصلح.
- ٥- تخيير الحاكم.
- ٦- الرجوع الى المرجحات لتعارض البينتين من الأعدلية و الأكثرية و نحوهما.
- ٧- تقديم بينه الأقل.
- ٨- التساقت و الرجوع الى الأصل.

اما الأول: فقد استدلل له بوجهين: احدهما: ان كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به، فاذا تعذر العمل به في تمام مضمونه و جب العمل به في بعضه، و كل منهما و ان تعارض الآخر في بعض مضمونه ايضا الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولي في مقام امتثال ادلة العمل بكل بينه من طرح كليهما او احدهما رأساً، اذ الجميع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه اولي من طرح احدهما رأساً.

و فيه: ان الشيخ ره قد حقق في الاصول ان قاعدة الجمع لا أساس لها، و انما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٣٩٨

[...]

يجمع بين الدليلين لو كان الجمع عرفياً، و الا فمقتضى القاعدة هو التساقط، و عليه فلا وجه لما افاده في المقام، و لا حجة في البين حتى يصدق في نصف مدلولها.

فان قلت: ان ما حققه في الاصول انما هو في الأحكام التكليفيه على الطريقيه، و اما في باب الحقوق و الوضعيات التي تحدث المصلحه بسبب قيام الحجة على الأمر الاعتباري كالملكية فلا يجري، بل حيث انه عند التزاحم لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال، و تقديم احدهما ترجيح بلا مرجح، و اما اعتبار ملكية نصفها لشخص و نصفها الآخر لشخص آخر فهو معقول و لا تزاحم بينهما من هذه الجهة، فلا بد من الاخذ به بدهة استحالة عدم تأثير السببين في ما لا تزاحم بينهما.

قلت: انه حيث يكون ما هو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له من جهة الانحلال لا انه ملك اشاعى له مع فرض عدم الشريك له في الملك، فالبيتان متعارضتان حتى بالنسبة الى كل جزء، فان كلاً منهما بدل على ان العين بتمامها و باجزائها ملك استقلال لمن تثبت الملكية له، و اما النصفان على الاشاعة و ان لم تكن البيتان متعارضتين بالاضافة اليهما، الا انهما ليسا مدلولي البيتين كي يقال انهما غير متزاحمين فيهما.

الثاني: ان التنصيف جمع بين الحقين فوجب رعاية لهما.

وفيه: ان التنصيف فيما اذا كان حق ثابت مرددا بين الشخصين كالمال المردد بين ان يكون لزيد او عمر و لا كلام فيه، و عليه بناء العقلاء، و استفاد من بعض «١» النصوص، و يعبر عنه بقاعدة العدل و الانصاف، و هذا لا ربط له بالمقام، فان الزائد عما اتفق عليه المقومان يدور امره بين الاستحقاق و عدمه لا استحقاق البائع و استحقاق

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب احكام الصلح.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٣٩٩

[...]

المشترى، فلا مورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع.

و استدلل للثاني: بانه لا تعارض بين البيتين، لأن مرجع بينة النفي الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة.

وفيه: ان بينة الأقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

و استدلل للثالث: بعموم ادلة القرعة «١»، اما لتشخيص الواقع، او لتشخيص الدليل، و بخصوص بعض ما ورد من النصوص في تعارض البيئات الأمر بالرجوع الى القرعة الشامل باطلاقه للمقام كصحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امر و جاء آخر ان شهدا على غير الذي شهدا و اختلفوا قال (عليه السلام): يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحق «٢». و نحوه غيره. و لكن يرد على الأول منهما: ان القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم و لو مع الأصل، اما لاختصاص موضوع الأدلة بذلك او لتخصيصها بادلة الاصول و الامارات، و عليه ففي المقام بما ان مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاق الزائد، فلا وجه للرجوع الى القرعة، مع ان دليل القرعة مختص بما اذا كان هناك حق ثابت، و في المقام ثبوته غير معلوم كما تقدم.

و يرد على الثاني: انه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح، فلا وجه للتعدى.

و استدلل للرابع: بان كلاً من المتبايعين متشبث بحجة ظاهرية، و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٠

[...]

و فيه: ان مجرد عدم امكان الحلف - مع ان مقتضى الأصل عدم الاشتغال بالزائد - لا دليل على كونه سببا لوجوب الصلح.

و استدلل للخامس: بامتناع الجمع و فقد المرجح.

و فيه: اولاً: انه لا ينحصر الكلام بمورد التنازع و الخصومة.

و ثانياً: انه لا وجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كذلك قطعاً.

و استدلل للسادس: بالنصوص «١».

و فيه: انها مختصة بصورة النزاع و الترافع الى الحاكم، و لا دليل على التعدي.

و استدلل للسابغ: بان اصالة البراءة مرجحة للبيئة الحاكمة بالأقل.

و فيه: ان الأصل لا يصلح مرجحاً للدليل لكونه في طوله.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الثامن و هو التساقط و الرجوع الى الأصل. و هو يقتضى عدم الاشتغال بالزائد.

فان قلت: انك بنيت في الاصول على ان الأصل في تعارض الامارات هو التخيير لا التساقط، فكيف لا تلتزم به في المقام؟.

قلت: ان ذلك فيما يمكن فيه التخيير، و في المقام لا يصح، اذ لا معنى لتخيير البائع و المشتري معا كما لا يخفى، و ترجيح احدهما بلا

مرجح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠١

[...]

طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين

المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلاث ثلثهما، و من

الأربع ربعهما، و هكذا في المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين الماخوذ للصحيح، و بين الماخوذ للمعيب، و يؤخذ بتلك النسبة.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان مورد الكلام.

الثاني: في بيان الطريقتين المذكورين للجمع.

الثالث: في بيان ان الطريقتين هل يختلفان ام لا.

الرابع: في بيان الصحيح منهما.

اما الأول: فمورد الكلام صورة التعارض، و الا فلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلاً فهو خارج عن محل الكلام

لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة الى المسمى.

و بذلك يظهر ان المثال الأول الذي ذكره الشيخ ره و هو ما اذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة، واحدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنتين، خارج عن محل الكلام، فان التفاوت على التقديرين بالثلثين. و كذا المثال الذى ذكره تحت عنوان قوله: و ان اختلفا فى الصحيح و المعيب فان اتحدت النسبة ... الخ، و هو ما اذا قوم احدهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بستة، و قوم الاخرى الصحيح بستة و المعيب بثلاثة، فان التفاوت على التقديرين بالنصف كما صرح به، و الظاهر ان منشأ اشتباه الشيخ ره عبارة الجواهر حيث ذكر المثالين فى آخر الصورة الاولى من الصور الثلاث التى ذكرها لبيان اتحاد الطريقتين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٢

[...]

و أما الثانى: فمحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح، و مجموع قيمتى المعيب، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، و الاخذ من الثمن بتلك النسبة. فاذا قوم احدهما الصحيح بستة، و الاخرى باربعة، و قوم الاولى المعيب باثنى عشر، و الاخرى بثلاثة، يلاحظ نسبة الخمسة الى العشرة، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة و هى النصف.

و نسب الى الشهيد ره طريق آخر، و هو: الرجوع الى البيئه فى مقدار التفاوت، و يجمع بين البيئات فيه، من غير ملاحظة القيم، فالشهيد على نصف مجموع الكسرين، و المشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

و أما الثالث: فتارة: تتحد قيمة الصحيح و تختلف قيمة المعيب، و اخرى: تتحد قيمة المعيب و تختلف قيمة الصحيح، و تالته: يختلف كل من القيمتين.

اما فى الصورة الاولى: فالظاهر هى المطابقة الدائمية بين الطريقتين، اذ قيمة الصحيح اذا كانت واحدة، و الكسر و ان كان يختلف باختلاف قيمة المعيب، لكن الكسرين متساو ان النسبة الى كل نصف من الصحيح لفرض تساوى النصفين فى القيمة، فمجموع الكسرين قهراً هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين ان يلاحظ الكسرين و يضافان الى الواحد، و بين ان يلاحظ قيمتى الصحيح و المعيب و يلاحظ الكسر الواحد.

و أما فى الصورة الثانية: فالظاهر هو عدم المطابقة دائماً، نفرض توافقهما على ان قيمة المعيب ستة، و احدهما تقول: ان قيمة الصحيح عشرة، و الاخرى تقول: انها ثمانية، لازم ما افاده المشهور من ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح و هى ثمانية عشر، و ملاحظة مجموع قيمتى المعيب و هى اثنا عشر، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، هو كان التفاوت بالثلث، و لازم ما افاده الشهيد ره و هو الرجوع الى البيئه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٣

[...]

فى مقدار التفاوت و الجمع بين البيئات فيه، هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذى هما ما به التفاوت لإحدهما، و هى ما تعين قيمته الصحيح عشرة، و نصف الربع الذى هو ما به التفاوت للأخرى، و هى ما تعين قيمته ثمانية، فيؤخذ من الثمن خمس و ثمن، و هذا اقل من الثلث، فلو كان الثمن اثنى عشر لازم ما افاده المشهور الاخذ من الثمن اربعة، و لازم ما افاده الشهيد ره الاخذ منه ثلاثة و نصف. فتدبر.

و أما فى الصورة الثالثة: فيظهر الحال فيها مما تقدم، و هو عدم المطابقة دائماً.

و اما الرابع فالأظهر انه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختبار طريقة الشهيد ره، اذ مدرك الجمع اما لزوم الجمع بين الحقيقتين، او لزوم العمل بالبيئتين، و على التقديرين يتعين ما ذهب اليه الشهيد ره.

اما على الأول: فلأن الحق يدور امره بين كل من التفاوتين: اى الربع و النصف مثلا، فلا وجه لملاحظة قيمتى الصحيح و المعيب و انتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر تلك القيمة.

و أما على الثانى: فلأن الرجوع الى البيتين انما هو لتعيين ما به التفاوت، و انما التعارض بينهما فى ذلك و هو مورد الأثر، فلا بد من الجمع بينهما فى ذلك، و لا فرق فى ذلك بين كون البينة قائمة ابتداء على ما به التفاوت من دون تعرض لقيمتى الصحيح و المعيب، او كونها قائمة على القيمتين، و يكون ما به التفاوت مدلولها الالتزامى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٧، ص: ٤٠٤

الفصل السادس فى النقد و النسيئة و المرابحة-

النقد و النسيئة

الفصل السادس: فى النقد و النسيئة و المرابحة

اشارة

. قال المصنف ره فى محكى التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى احد العوضين الى اربعة اقسام: بيع الحاضر بالحاضر، و هو النقد.

بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى.

بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هى النسيئة.

و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم. انتهى.

و قال الشيخ: و المراد بالحاضر اعم من الكلى، و بالمؤجل خصوص الكلى.

و لكن الظاهر ان المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضى الأجل، اذ لا تعليق فى البيع اجماعا، و لاعن تعليق المملوك و الثمن عليه، اذ الاعيان لا تتقدر بالزمان، بل المراد شرط تاخير الأداء الى رأس المدء المعلومة. فما عن المحقق الخراسانى ره من انه من قبيل الثانى ضعيف.

و على ما ذكرناه لا- اختصاص للمؤجل بالكلى، بل يتصور ذلك فى العين الشخصية، فيشترط ان تكون العين الى مدء كذا فى يد المشتري امانة او عارية.

و به يظهر ما فى كلام الشيخ ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٧، ص: ٤٠٥

اطلاق العقد يقتضى حلول الثمن

اطلاق العقد يقتضى النقد

و استقصاء القول فى هذا الفصل فى طى مسائل:

الاولى: اطلاق العقد يقتضى حلول الثمن.

و علله فى محكى التذكرة: بان قضيه العقد انتقال كل من العوضين الى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوب صاحبها.

و على ضوء ما ذكرناه في معنى التأجيل اتضح أن ما افاده ره متين، فان لزوم الأداء بعد العقد انما يكون بمقتضى ما دل على تسلط الناس على اموالهم) «١»، فمع عدم اشتراط التأجيل و مطالبة المالك يجب رده اليه. و يمكن ان يقال: ان لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمني ايضا. و يشهد بالحكم - مضافا الى ذلك - موثق عمار بن موسى عن ابي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل جارية بثمان مسمى ثم افترقا فقال (عليه السلام): وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا اشترطا فهو نقد «٢». و صرح غير واحد بانه لو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيدا لمقتضى الاطلاق. و لكن اشترط التعجيل يتصور على وجوه: احدها: ان يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة و مثل هذا الشرط لا يكون نافذا، لأنه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتباري، و مع ذلك فهو ليس مؤكداً لمقتضى العقد لعين هذا الوجه.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٣ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العقود حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٦

[...]

ثانيها: ان يشترط التعجيل و الاسراع حتى مع عدم المطالبة، و هذا يكون تأكيدا لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامي، و بما في ضمنه من شرط الأداء، فان مقتضاه الأداء حتى مع عدم المطالبة خارجا. فما في المكاسب من انه لا يكون تأكيدا على هذا غير تام. ثالثها: ان يشترط التعجيل مع المطالبة، و هو ايضا تأكيد لمقتضى العقد. رابعها: ان يشترط عدم حق للمشتري في التأخير. و قد يقال: انه صحيح و مؤكد لمقتضى العقد، فانه لو شرط التأجيل كان مقتضاه حتى التأخير، و مقتضى عدمه الذي هو معنى الاطلاق عدم حق له في التأخير، فهذا الشرط مؤكد لمقتضى العقد. و فيه: ان المشتري لا حق له في التأخير لعدم العلة، فلا معنى لاشترطه. و كيف كان: فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكداً لمقتضى العقد، فما عن الجواهر من انكاره في غير محله. ثم إن الشهيد ره قال في الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فاخذ المشتري به و ظاهر ذلك في بادي النظر اختصاص الخيار بما اذا عين زمان النقد فاخذ المشتري به. و عن الشهيد الثاني ثبوت الخيار عند التخلف، و ان اطلق التعجيل و لم يقيد بزمان معين، و استحسنته الشيخ ره، لان التعجيل المطلق معناه الدفع في اول اوقات الامكان عرفا. ما افاده العلمان متين، و لكن الظاهر ان الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما اذا عين زمان النقد، بل مراده انه في صورة الاطلاق بعد مضي اول اوقات الامكان العرفي يثبت الخيار بخلاف ما اذا عين زمان النقد، فانه بمضى فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٧

[...]

هذا المقدار لا يثبت الخيار، بل يتوقف على مضي ذلك الزمان، مثلا لو وقع البيع في اول الصبح و اشترط التعجيل بلا تعيين زمان لو اخر الأداء ساعة مثلا- يثبت الخيار، و اما لو اشترط التعجيل الى الغروب فقبل الغروب لا خيار له، و انما يثبت الخيار لو اخر الأداء عن

الغروب. ففائدة هذا الشرط التضييق في زمان الخيار.

ثم ان صاحب الجواهر ره اورد على الفقهاء: بانهم حكموا بالخيار من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع انه لا بد من ذلك. و محصل ما اورده الشيخ ره عليه امران: الأول: ان الخيار معلق على فوات التعجيل لا- نفسه، فالموضوع غير قابل للاجبار. و بعبارة اخرى: ان الخيار لم يعلق على لا- لتعجيل الذي يمكن فيه الاجبار، بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك، و الظاهر ان هذا مراده لا ما افاده السيد المحشى ره من ان الكلام فى اصل ثبوت الخيار لا فى بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة ايضا.

الثانى: ان الاجبار قبل اول ازمته الامكان عرفا، حيث لا حق للبائع لا يجوز، و بعد مضيه لا معنى للاجبار، فانه ليس اجباراً على التعجيل المشترط لفوات موضوعه، و اول ازمته الامكان هو زمان الأداء، و هو غير قابل للاجبار.

و لكن يرد على الوجه الثانى: اولاً: النقص بالاجبار على الواجبات، فان لازم هذا البيان عدم امكانه، اما فى الواجبات المضيقه فلأنه قبل انقضاء زمانه لا يجوز الاجبار، و بعده لا مورد له، و اما فى الموسعة فلأنه قبل ان يصير وقته مضيقاً لا يجوز الاجبار، و بعده حكمها حكم المضيقه.

و ثانياً: بالحل، و هو انه يجوز الاجبار فى اول وقت الأداء، و لو قلنا بعدم توسعه وقته و فى آخر الوقت لو قلنا بتوسعته.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٨

فان شرطاً تاجيله مدة معينة صح و يبطل فى المجهولة

اشتراط تاجيل الثمن

الثانية: بعد ما لا كلام فى جواز اشتراط تاجيل الثمن فى الجملة ف اعلم: انه ان شرطاً تاجيله مدة معينة صح و هو واضح و يبطل فى المجهولة و الظاهر ان ذلك ايضا لا خلاف فيه للغرر.

و أما الاستدلال له بما دل فى السلم على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم الى دياس او حصاد «١»، فغير صحيح، اذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس.

و هل يجوز الافراط فى التأخير اذا لم يصل الى حد يكون البيع معه سفها؟ فيه وجهان.

الظاهر ان التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مألماً عند العقلاء لا إشكال فى فساده، فانه من قبيل البيع بلا ثمن. و لا يصح: ان يقال ان الدين حيث يصير معجلاً بالموت، فإى زمان جعل أجلاً و لو كان فى نفسه لا يعتبره العقلاء مألماً الا انه بعد هذا الحكم من الشارع تكون له المالية، و بهذا القيد يكون مالا، فان هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل، فلا بد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم، و المفروض انه لا دين قبله لعدم المالية له، و فى مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جداً، انما الكلام فيما لو أجل الثمن الى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين الى ذلك الحين، بل يطمئن بعدم البقاء كمائة سنة مثلاً، و فى هذا المورد لا إشكال فى ذلك من حيث انه

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب السلف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٠٩

[...]

مال، و الاشكال انما هو من جهات اخرى: احداها: لزوم اللغوية، فانه اذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري اليه لغوا.

وفيه: ان مجرد اللغوية لا يوجب البطلان.

ثانيها: لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الأجل، فانه حينئذ لا يدري مدة تأجيل الثمن.

وفيه: ان الموضوع لما نهى عنه «١» هو الغرر العرفي، مع قطع النظر عن الحكم الشرعي، وفي المقام في قطع النظر عن الحكم الشرعي لا غرر هناك.

ثالثها: ان هذا الشرط مخالف للكتاب اذ الشارع اسقط الأجل بالموت، والاشترط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا.

وفيه: ان الشرط في نفسه ليس مخالفا للشرع، اذ الشارع حكم تعبدا بحلول الأجل بالموت بعد صحة هذا الدين، و الشرط ليس هو عدم حلول الأجل كي يخالف الكتاب، بل هو تأجيل الثمن الى مدة معينة، و حكم الشارع بالحلول انما هو في مرتبة متأخرة عن هذا الشرط، فانه لو صح الشرط و تحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم، فلا- يعقل ان يكون منافيا له، و لو لا ذلك لما بقي لهذا الحكم موضوع، اذ الدين المؤجل لا بد و ان يكون شرط تأجيله في ضمن عقد من العقود، و المفروض بطلان شرط التأجيل الى مدة بعد الموت.

و هل المعبر في تعيين المدة تعيينها في نفيها و ان لم يعرفها المتعاقدان، ام لا بد من معرفة المتعاقدين بها؟ وجهان.

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٠

و كذا لو باعه بثمن حالا و بازيد مؤجلا

: بعد ما عرفت من ان وجه بطلان شرط التأجيل الى مدة مجهولة انما هو لزوم الغرر، و عرفت سابقا ان الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره، تعرف ان المعيار هو المعلوماتية عند المتعاقدين، و لا تكفي المعلوماتية عند الناس لو كانت المدة مجهولة عند هما، فان المعلوماتية عند الناس كالمعلوماتية عند الله تعالى، فكما ان علمه تعالى بذلك لا يوجب رفع الغرر، كذلك علم الناس به.

البيع بثمنين حالا و مؤجلا

الثالثة: قال المصنف: و كذا لو باعه بثمن حالا و بازيد مؤجلا.

كلمات الأصحاب في هذه المسألة مضطربة، فالاولى صرف عنان الكلام الى ما تقتضيه الأدلة، و تنقيح القول بالبحث في مقامين: الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فصور البيع الموضوع في هذه المسألة ثلاث:

الاولى: ان يكون هناك بيع واحد بثمنين.

الثانية: ان يكون بيعان.

الثالثة: ان يكون بيع و شرط.

اما الاولى: فان كان المجمعول في البيع ثمننا مرددا بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلا لعدم المعقولية، اذ المردد لا وجود له في الخارج، من غير فرق في ذلك بين كون تملك كل منهما بنحو التردد فعليا، ام كان احدهما فعليا و الآخر المؤجل معلقا على مجيء وقته، و ان كان المجمعول هو ما يختاره المشتري بعد ذلك الذي هو معين واقعا بطل البيع للغرر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١١

]...[

و ما عن المحقق الأردبيلي ره من عدم الغرر لأن الثمن معلوم على كل من التقديرين و الاختيار الى المشتري، غير تام، فانه لا غرر على المشتري، ولكنه غرر بالنسبة الى البائع لأنه لا يدري ما يختاره المشتري.

و أما الصورة الثانية: و هي ان يكون هناك بيعان معلقان بان يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدرهم و ان كان مؤجلا فبدرهمين، فمقتضى القاعدة هو البطلان فيها، اذ التعليق مبطل للبيع.

و أما الصورة الثالثة: و هي ان يبيع بالأقل حالا و يشترط زيادة مقدار الى الأجل المسمى فلا كلام في بطلان الشرط، فانه من الربا، انما الكلام في البيع و الأظهر صحته، و لا مانع من صحته سوى وقوع الشرط الفاسد في ضمنه، و هو لا يكون مفسدا كما تقدم، فالثمن هو الأقل اخر ام لم يؤخر، و لكن ليس له التأخير لأن الرضا به مقيد بالشرط و قد فسد، فمقتضى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه لزوم التعجيل.

و ما افاده الشيخ ره في تصحيح التأخير: بان الزيادة تكون في قبالة اسقاط حق مطالبه البائع الى الأجل المعين لا في قبالة التأخير كي لا يستحق المشتري التأخير اذا لم يستحق البائع الزيادة، غير تام، فان حق المطالبة ليس من الحقوق القابلة للاسقاط، بل هو حكم بالسلطنة على المطالبة، مع ان المجعول في قبالة الزيادة اما سقوط هذا الحق او اسقاطه، و لازم الأول عدم السقوط مع عدم نفوذ الشرط، و لازم الثاني عدم استحقاق المشتري اسقاط البائع حق المطالبة.

فتحصل: ان مقتضى القاعدة عدم جواز التأخير في هذه الصورة، و لكن لو اخر لا يستحق ازيد من الأقل.

و أما المقام الثاني: فنصوص الباب متعددة، منها: ما ورد من النهي عن شرطين

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٢

]...[

في بيع و عن بيعين في بيع «١»، فانهما قد فسرا بذلك و لكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد اليه في حكم و هو واضح.

و منها: النبوي انه صلى الله عليه و آله قال: لا يحل صفقتان في واحدة «٢».

قال السيد ابن زهرة بعد نقله: و ذلك بان يقول: ان كان بالنقد فبكذا، و ان كان بالنسيئة فبكذا، و هو ضعيف السند للارسال.

و منها: خبر محمد بن قيس عن امير المؤمنين (عليه السلام) - بسند معتبر - من باع سلعة فقال: ان ثمنها كذا و كذا يدا بيد، و ثمنها كذا و كذا نظرة فخذها باي ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له الاقلهما و ان كانت نظرة، قال: و قال (عليه السلام): من ساوم بثمانين احدهما عاجلا و الآخر نظرة فليس احدهما قبل الصفقة «٣».

و قد حملة بعض على ارادة البطلان و كون المشتري ضامنا للمبيع التالف في يده بالثمن الأقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد.

و فيه: انه لم يذكر في الخبر ما يشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة و قد حملة بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط، و كون الثمن هو الأقل - اي الصورة الثالثة المتقدمة - و اصر على ذلك المحقق الاصفهاني ره، و هو و ان كان خلاف الظاهر جدا لأن قوله في الخبر و كذا نظرة جعل الثمن هو زائد على تقدير النظرة، و يؤكد قوله فخذها باي ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن، الا ان الحمل على الصورة الاولى او الثانية مستلزم للتعبد بملكية الأقل مؤجلا من دون

(٢) المستدرک باب ٢ من ابواب احكام العقود حديث ٢ و رواه في الغنية ايضا

(٣) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ١

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٣

و اذا باع نسيئته ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة او نقصان من جنس الثمن و غيره حالا و مؤجلا صح مع عدم الشرط

سبب معالي، اذ البيع متقوم بالقصد المنتفى هنا على الفرض، و هو لا يمكن، فيتعين الحمل المزبور من جهة انه لا يلزم منه التعبد بامر غير ممكن غاية كونه خلاف الظاهر.

ثم ان الخبر لا يكون متعرضا لاستحقاق المشتري التأخير الى ابعد الأجلين، و يكون ذلك لازما على البائع، بل غاية ما يستفاد منه جواز التأخير.

و مما ذكرناه ظهر الحال في خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن آباءه عليهم السلام: ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل باع يباعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فاخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو باقل الثمنين و ابعد الأجلين «١» بل حمله على الصورة المزبورة لا يكون منافيا لما هو الظاهر منه.

بيع العين الشخصية من باعها

و الرابعة: اذا باع نسيئته ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة او نقصان من جنس الثمن و غيره حالا و مؤجلا صح مع عدم الشرط بلا خلاف، فالبحت في موردين: الأول: في المنطوق.

الثاني: في المفهوم.

اما الأول: فالكلام فيه في فرعين: احدهما: في بيع المؤجل، و قد جوزه القوم مطلقا و خالفهم الشيخ قده في محكى النهاية، حيث منع عن بيعه بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن.

ثانيهما: انه نسب الى الشيخ قده في خصوص الطعام انه بعد الحل لا يجوز

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٤

[...]

للبيع اخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه بلا زيادة.

اما الأول: فتشهد للمشهور - مضافا الى العمومات و الاطلاقات - جملة من النصوص:

منها: صحيح بشار بن يسار عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: اشترى متاعى؟ قال: (عليه السلام) ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك «١».

و مورده بيع النسيئة، و شراء ذاك المتاع بعينه، من دون ان يفصل بين حلول الأجل و عدمه، و ايضا من غير فرق بين كون الثمن في الثاني مساويا للثمن في الأول او اقل او اكثر.

و منها: صحيح ابن حازم عنه (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فاتي الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: ابيعك هذا الغنم بدراهمك التي عندى، فرضى قال (عليه السلام): لا بأس بذلك «٢».

و هو صريح في البيع بعد حلول الأجل، و عام للمبيع الشخصي و مثله لأن قوله (هذا الغنم كما يمكن ان يكون اشارة الى ما اشتراه يمكن ان يكون اشارة الى مثله.

و قد استدلل له بجملة اخرى من النصوص، و هي ان دلت على الحكم في بعض الفروض الا انها لا تصلح للرد على الشيخ ره: منها: خبر الحسين بن منذر قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يجيئني فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشترى منه مكاني

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٥

[...]

قال: اذا كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبيع و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري فلا بأس «١». و هذا الخبر اما صريح في ما اذا كان البيع الأول مؤجلا من جهة اختصاص العينة بذلك، او عام له و للحال لو منعنا عن اختصاصها به، و لو فرض كون الأول مؤجلا كان البيع الثاني قبل حلول الأجل لصراحته في الاثراء، و هو في مكانه، فعلى اى تقدير لا يكون دليلا على الشيخ ره.

و منها: خبر على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال: اذا لم يشترط و رضيا فلا بأس «٢».

و عن كتاب على بن جعفر روايته الا- ان فيه بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة دراهم نقدا و الأول منهما ظاهر في المؤجل، و الثاني صريح فيه، و كلاهما ظاهران في الاثراء قبل حلول الأجل، بل الثاني نص فيه، كما انهما صريحان في ورود البيعين على المبيع الشخصي و الاثراء بنقصان من الثمن.

و منها: خبر يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدراهم الى اجل فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال: ليس عندي دراهم خذ منى طعاما، قال: لا بأس، انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء «٣».

و هو ظاهر في الشراء بذلك الثمن بلا زيادة و لا نقصه، و هذا لا ينكره الشيخ ره، بل لا يبعد ظهوره في الوفاء بغير الجنس لا في الاثراء، مع انه من جهة تكرار الاسم المنكر و هو قوله خذ منى طعاما بعد قوله عن رجل باع طعاما يدل على تعدد الطعام

(١) الوسائل - باب ٥ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

(٣) الوسائل - باب ١١- من ابواب السلف حديث ١٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٦

[...]

في المورد.

و قد استدلل للشيخ بروايتين: الاولى: رواية خالد بن الحجاج عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رجل بعته طعاما بتاخير الى اجل

مسمى فلما حل الأجل اخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني، قال (عليه السلام): لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه «١».

و صريحها الاشتراء بعد حلول الأجل، و لكن لا- ظهور لها في كون المبيع واحداً في البيعين لو لم تكن بقرينة تكرار الاسم المنكر ظاهرة في الاختلاف، مع انه لا ظهور لها في الاختلاف بمقدار الثمن، فهذه الرواية لا تنفع للشيخ ره.

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه قال: سألته محمد بن قاسم الحنات فقال: اصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى اجل فاجيء و قد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، قال: افهم اصلحك الله انه طعامي الذي اشتريه مني، قال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك فقال: ارغم الله انفي رخص لي فرددت عليه فشدد علي «٢».

صريحها كون المورد شخص المبيع، و ظاهرها بعد الحلول، و ظاهرها ايضا الاختصاص بما اذا كان الثمن في البيع الثاني اقل، و هذه تدل على ما ذهب اليه الشيخ ره و اخص من الخبر الأول من وجهين: لأنه اعم من البيع قبل الحلول و بعده، و اعم من البيع بالمساوي او الأقل، و هذه اخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها.

و أما الخبر الثاني: فهو صريح في البيع بالمساوي، فلا ينافي هذه الرواية

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٧

[...]

و لا ينكره الشيخ.

و أما الخبر الثالث: فقد مر عدم دلالة علي ما يخالفه الشيخ ره.

و أما خبرا علي بن جعفر فقد عرفت ان ظاهر احدهما و صريح الآخر البيع قبل حلول الأجل.

فتحصل: انه ليس في مقابل خبر عبد الصمد ما يعارضه، فما افتى به الشيخ بحسب الروايات لا إشكال فيه.

لا يقال: انه ضعيف السند لأن الراوي عن عبد الصمد قاسم بن محمد الجوهري و هو ضعيف او مجهول.

فانه يقال: ان الخبر رواه الصدوق بسنده الى عبد الصمد و هو حسن.

و أما الفرع الثاني: فالمنسوب الى الشيخ قده عدم جواز اخذ الطعام عوضاً عن عوض الطعام الا بنحو التساوي، بل الظاهر المصرح به

في محكي التهذيب سريان ذلك في جميع المعاوزات الربوية، فلا يجوز في اسلاف الطعام اخذ الدراهم بدلا عن الطعام.

و قد استدل له: بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الأخبار من ان عوض الشيء الربوي لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة و ان

عوض العوض بمنزلة العوض، و هو خبر علي بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر او شعير او حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟

اذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم «١».

و فيه: اولاً: انه معارض في مورده بما يدل على الجواز «٢».

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف حديث ١٢.

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب السلف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٨

]...[

و ثانيا: انه يدل على عدم الجواز حتى مع التساوى لا يقول به الشيخ و لعل وجهه عدم حصول التقابض في المجلس.
و أما الثاني: و هو المفهوم، و هو البطلان فيما اذا اشترطا في البيع الأول نقله الى من انتقل عنه، فالمشهور بين الأصحاب ذلك، و ملخص القول فيه بالبحث في جهتين: الاولى: في اصل الحكم بحسب النص و الفتوى.
الثاني: في تطبيقه على القواعد.

اما الجهة الثانية: فقد اشبعنا الكلام فيها في مبحث الشروط في الشرط السابع لصحة الشرط فانتظر.
و أما الجهة الاولى: فالمشهور بين الاصحاب: بطلان البيع المشروط بهذا الشرط، و الشيخ ره في الشرط الفاسد صرح بان بطلان هذا البيع مما لا خلاف فيه، و مع ذلك في المقام لم يسلم ذلك.
و كيف كان: فقد استدلل للبطلان بخبرين: احدهما: خبر الحسين بن المنذر عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فاشترى المتاع له مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشتره منه مكاني قال: فقال: ان كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع و كنت انت بالخيار ان شئت اشترت و ان شئت لم تشتري فلا باس بالخبر «١».
ثانيهما: خبر علي بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتره بخمسة دراهم أ يحل؟ قال (عليه السلام): اذا لم يشترط و رضيا فلا باس «٢».

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤١٩

و لو اشتره بعد حلوله جاز بغير الجنس مطلقا و به قيل لا يجوز مع التفاوت و الاقرب خلافه

بتقريب: انهما يدلان على ثبوت البأس اذا لم يكونا مختارين و اشترطا البيع بالشرط الملزم و هو ما في ضمن العقد، و عليه فاما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب او يدل على فساد الثاني، و حيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب.
و اجيب عن هذا الوجه بوجوه: منها: ما افاده الشيخ ره، و قد تعرضنا له و لجوابه في مسألة الشرط الفاسد.
و منها: ان ثبوت البأس اعم من الحرمة، و هو كما ترى.
و منها: انهما يدلان على ثبوت البأس و الحرمة للاشتراط او البيع معه، و هذا يستلزم نفوذ الشرط.
و فيه: ان النهي في باب المعاملات و كذا ما شابهه ظاهر في الارشاد الى الفساد لا الحرمة التكليفية.
و منها: انهما متضمنان لما لا يقول به احد، و هو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.
و فيه: ان القوم ملتزمون بذلك، بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراط بشرط الاشتراء، فالحق انهما يدلان على ذلك، فالحكم من حيث النص و الفتوى لا إشكال فيه، و الله العالم.
و لو اشتره بعد حلوله جاز بغير الجنس مطلقا و سيأتي الكلام فيه و به كذلك قيل لا يجوز مع التفاوت و الاقرب خلافه: و يظهر ذلك كله مما نذكره في باب السلف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٢٠

و لا يجب دفع الثمن قبل الأجل و لا قبضه قبله

القبول و الاسقاط قبل حلول الأجل

الخامسة: و لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل الأجل و لو تبرع بدفعه لا يجب قبضه قبله بلا خلاف.
و تمام الكلام فى هذه المسألة فى طى فرعين:

الأول: انه هل يجب القبول على البائع لو تبرع المشتري بدفع الثمن ام لا؟.

الثانى: انه اذا اسقط المشتري الأجل الذى يستحقه هل يسقط و يكون للبائع مطالبته فى الحال ام لا؟.

اما الأول: فالمشهور بين الأصحاب: عدم وجوب القبول، و المراد بالوجوب ما سيأتى فى المسألة الآتية من وجوب القبول لو كان الدين حالا.

و استدل له بوجوه: احدها: ما عن التذكرة، و هو: ان التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقلد المنه.

وفيه: ان الزائد لا يكون ملكا، و صير و رته كذلك تتوقف على القبول، و هذا بخلاف التعجيل الذى هو خصوصية فى اداء ما هو ملك له.

ثانيها: ما عن المحقق الخراسانى ره، و هو: ان المملوك شىء مؤجل، و هو لا ينطبق على المدفوع بالحال.

وفيه: ما عرفت فى اول مبحث النقد و النسيئة من ان المؤجل ليس الا الدين الحالى مع جواز التأخير فى الأداء.

ثالثها: ما فى المكاسب، و هو: ان التأجيل كما يكون حقا للمشتري يكون حقا للبائع من جهة ان المشتري التزم بحفظ ماله فى ذمته، و المشتري انما يكون مسلطا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢١

[...]

على حقه دون حق البائع.

لا كلام و لا إشكال فى ان الزام الشخص و التزامه بحفظ مال غيره مشروع، و اذا وقع فى ضمن العقد كان لازما، و ما لم يرفع المالك يده عن ذلك يجب على المشروط عليه الحفظ انما الكلام فى الشروط الخارجية المتعارفة بين الناس المتعلقة بتأجيل الثمن، فان الظاهر منهم اعتبار الأجل حقا للمشتري فقط، و عليه فيجب على البائع القبول نعم اذا اعتبر حقا للبائع او لكل منهما على الآخر لم يجب القبول.

اما الفرع الثانى: فقد استدل لعدم سقوط حق التأجيل بالاسقاط بوجوه:

احدها: ما عن جامع المقاصد، و هو: انه قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم، فلا يسقط بمجرد الاسقاط.

وفيه: انه ان اريد بذلك انه من قبيل الحكم لا الحق فلا يسقط بالاسقاط فيرد عليه: ان التأجيل انما يكون بجعل من الدائن، و امضاء من الشارع الأقدس، و من المعلوم ان المجمعول ليس حكما شرعيا، بل يكون حقا امضاء الشارع، فله اسقاطه.

و ان اريد به انه حق فى العقد اللازم فلا يجوز اسقاطه للزوم العقد، فقيه: ان الشرط فى ضمن العقد صار سببا لثبوت الحق، و لا نظر له الى بقائه و فيه يرجع الى ما تقتضيه القاعدة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه.

ثانيها: ما عنه ايضا من ان فى الأجل حقا لصاحب الدين.

وفيه: ان المراد ان كان ان للبائع حقا كما يكون للمشتري فيرد عليه: ان ثبوت حق لشخص لا يمنع عن اسقاط الآخر حقه.

و ان كان المراد ان هناك حقا واحدا قائما بالطرفين فما لم يجتمعا على اسقاطه لا يسقط فيرد عليه: ان الحق ان كان ثابتا لهما فيما ان

طرف الحق بالنسبة الى كل منهما

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢٢

[٠٠٠]

غير ما هو طرفه بالنسبة الى الآخر، فان معنى ثبوت حق التأخير للبائع ان له حق تأخير الاستيفاء على المشتري، ومعنى حق التأخير للمشتري ان له حق تأخير الوفاء على البائع، ومع تعدد الطرفين كيف يمكن ثبوت حق واحد. ثالثها: ما عن التذكرة، وهو: ان الأجل صفة تابعة فلا يستقل بالسقوط كما هو الشأن فى جميع الصفات كالجودة والصحة. وفيه: ان الأجل المجعول بالشرط هو التأخير وهو من الأفعال دون الصفات، مع ان الصفة وان لم تكن مستقلة فى الثبوت الا انه لا مانع من استقلالها فى الاستحقاق، وهو المناط لجواز الاسقاط مستقلا. رابعها: ما افاده الشيخ ره، وهو: ان التأجيل عبارة عن اسقاطه حق المطالبة، والساقط لا يعود باسقاط الأجل وعبارة اخرى ان هذا الشرط لا يوجب ثبوت حق كى يجوز اسقاطه، بل هو اسقاط للحق فلا يعقل اسقاطه. وفيه: اولاً: ان جواز المطالبة من قبيل الحكم لا الحق، ولا أقل من الشك، فلا يجوز اسقاطه. وثانياً: ان الظاهر من اهل العرف احداث حق للمشتري فى تاخير الأداء. خامسها: ما افاده المحقق الخراسانى ره، وهو: ان الثابت فى البيع المؤجل ملكية الثمن المؤجل لا الملكية، وحق للمشتري فى التأخير، فلا حق كى يسقط.

وفيه: ما تقدم فى اول مبحث النقد والنسيئة من ان المؤجل عبارة عن الملكية الفعلية مع جواز التأخير لا الملكية المؤجلة فراجع. سادسها: ما نفى عنه البعد المحقق الاصفهاني ره، وهو: ان غاية ما يقتضيه التأجيل تضييق دائرة السلطنة على المطالبة و تاخيرها الى شهر مثلا، فلا حق حتى يقبل الاسقاط، وقد ظهر جوابه مما اوردناه على الشيخ ره، فالحق انه يسقط. فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢٣
و لو حل و دفع و جب القبض

بالاسقاط، و عليه ففى موارد الشروط المتعارفة يصير الدين حالا و يلحقه حكمه، و فى ما اذا اشترط ثبوت حق للبائع ايضا لا يصير حالا من ناحية البائع.

لو دفع الثمن عند حلول الأجل

السادسة: و لو حل اجل الثمن بل كل دين و دفع و جب القبض.

و تنقيح القول فى هذه المسألة بالبحث فى فروع:

الأول: يجب الدفع على المديون بعد الحلول طالب الدائن ام لا، ما لم يكن عدم المطالبة كاشفا عن رضاه بالتأخير، لأنه يجب دفع مال الغير اليه بحكم النص «١» و الاجماع.

الثانى: اذا كان الدين حالا او حل و دفع المديون، هل يجب على الدائن القبول كما عن المشهور، بل فى الجواهر، بلا خلاف اجده ايضا، بل فى الرياض: الاجماع عليه، ام لا؟ وجهان: قد استدلل للأول: بوجوه: احدها: ان فى امتناع الدائن اضراً بالمديون. وفيه: ان بقاء المال فى ذمته الذى هو امر اعتبارى ليس ضرار عليه، نعم ربما يكون لزوم الأداء بعد ذلك ضرار عليه، فلو كان يرفع ذلك بالحديث «٢» لا هذا.

ثانيها: كون الامتناع ظلما على المديون، فانه لا يستحق ابقاء ماله فى ذمته، بل هو مستحق لتفريغ ذمته، حيث ان الناس مسلطون على انفسهم «٣»، فلا يجوز.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الدين و القرض ..

(٢) تقدم مصادر الحديث

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢٤

فان امتنع كان هلاكه من صاحب الحق

وفيه: ان سلطنة المديون على تفريغ ذمته لا تنكر، الا انها لا تقتضى رفع سلطنة الدائن على نفسه التى مقتضاها ان له عدم القبول ما لم يثبت وجوبه الشرعى، و ابقاء المال فى ذمة المديون ليس ايذاءً و ظلماً، فلو كان فانما هو رفع للايذاء، و لا دليل على وجوب دفع الاذية عن الغير.

ثالثها: ما فى الجواهر، و هو: ان مقتضى آية الوفاء بالعقد «١» ذلك، فان وجوب الوفاء يتبع وجوب الدفع و القبول.

وفيه: ما تقدم مكررا من ان العقد هو ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر، و الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه، فمفاد الآية الشريفة عدم رفع اليد عن العقد بحله و نقضه، و لا تدل الآية على وجوب التسليم و وجوب القبول.

فتحصل: انه لو لا الإجماع لا دليل على وجوب القبول، و لكن الظاهر التسالم عليه.

الثالث: لو دفع المديون الدين.

فان امتنع الدائن من القبض فان رضى المديون بالصبر فلا كلام، و ان لم يرض به ففيه وجوه و اقوال:

١- ما عن الشيخين و المحقق و ابن حمزة و غيرهم، و هو: تعيين العزل و كان هلاكه من صاحب الحق و ان امكن دفعه الى الحاكم.

٢- ما عن المشهور، و هو: تعيين الدفع الى الحاكم.

٣- ما اختاره الشيخ ره، و هو: تعيين الاجبار اولا، فان لم يمكن فالدفع الى الحاكم و مع تعذره فالعزل.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٢٥

[...]

٤- تعيين الاجبار اولا، و مع عدم امكانه فالتخير بين العزل و الدفع الى الحاكم.

خامسها: التخير بين الوجوه.

الظاهر انه ان قلنا بان اداء الدين انما يكون بالتخليء بين المال و الدائن، و انه لا يعتبر فى تعيين الكلى فى الفرد قبض الدائن لا كلام فى كفاية التخليء فى المقام، و لكن الظاهر اعتبار قبضه و عدم كفاية التخليء فيه، و بذلك يظهر وجه القول الأول و ضعفه.

و استدلل للثانى: بان السلطان ولى الممتنع، فالحاكم يتولى القبض عنه.

وفيه: ان ذلك مختص بالممتنع عن حق مالى، كما هو مورده، و فى المقام امتناع الدائن ليس امتناعا عن الحق، اذ المديون لا يستحق على الدائن قبضه منه:

و بأن فراغ ذمة المديون من الامور الحسيية فيتصدها الحاكم.

و فيه انه ليس ذلك من الامور المهمة التي لا يجوز تعطيلها.

و استدلل لتعين الاجبار: بان اعتبار رضا الدائن بالقبض يسقط لحديث نفى الضرر «١»، فيجبره الحاكم على القبض.

و فيه: اولاً: انه لا دليل على اعتبار الرضا و طيب النفس في القبض.

و ثانياً: ان الضرر انما يأتي من ناحية انحصار تعين الحق شرعاً بقبض الدائن، فيرفع ذلك بالحديث، و اذا ثبت به تعيينه بقبض غيره

فالمتعين هو الحاكم.

و بذلك يظهر تعين الدفع الى الحاكم الذي هو المشهور.

و يمكن ان يقال: ان الضرر ينشأ من اناطة تفريغ ذمته بقبول الدائن، فيرتفع ذلك، و نتيجة ذلك انه بالعزل يتعين ملك الدائن و لا

يبعد اظهرية الثاني، فالقول الأول

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

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٢٦

[...]

هو الأرجح.

ثم ان الشيخ ره ذهب الى انه مع عدم امكان الاجبار و الدفع الى الحاكم يتعين العزل، و لكن لا يصير المعزول ملكاً للدائن. و تقريب

ما افاده: ان الالتزام ببقاء ذمة المديون مشغولة ضرر عليه، و الالتزام بذهاب مال الدائن هدرًا ضرر على الدائن، و الجمع بينهما انما

يكون بالالتزام بتفريغ الذمة على وجه لا يتضرر به الدائن، و هو انما يكون بالعزل بنحو يوجب تعلق حق الدائن به بحيث له متى شاء

استيفاء حقه منه، فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن، و لازم ذلك عدم الضمان لو تلف مع كونه ملكاً للمديون.

و فيه: ان لازم ذلك الالتزام بعدم مالكيته لشيء، اذ المفروض سقوط الدين عن الذمة و عدم ثبوته في الخارج، و هو بلا وجه. و

اضعف منه الالتزام بتبدل الملك الى الحق، و مثله الالتزام بتبدل الملك الحقيقي الى التقديري آناً ما.

الرابع: انه بناء على المختار من تعيينه بالعزل ملكاً للدائن لا يجوز للمديون التصرف فيه و لا إتلافه و لا تبديله، و اما بناء على بقائه على

ملك المديون فهل تعلق حق الدائن به يمنع عن الامور المذكورة ام لا؟.

الظاهر أن التصرف لا إشكال فيه على اى تقدير، و ان كان ناقلاً لعدم كونه مفوتاً للحق، اذ لا مانع من الالتزام بان لذي استيفاء حقه

من المعزول متى شاء و ان كان منتقلاً الى غير من عليه الحق كما التزمنا بذلك في حق الرهانة.

و أما الاتلاف: فقد يقال: انه لا يجوز، فانه اعدام لموضوع الحق و ابطال له، و عود المال الى الذمة مضافاً الى احتياجه الى دليل و

موجب و ليس اذ لا دليل على ان اتلاف الحق موجب لاشتغال ذمته لا يقتضى جواز الاتلاف.

و لكن يمكن ان يقال: ان متعلق الحق ليس هو الموجود الخارجى بما هو كما هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٢٧

[...]

كذلك في ما اذا كان تعلقه به بتعيين من الشارع كتعيين الجاني للاسترقاق، او بجعل من المتعاقدين كجعل حق الخيار في عقد

مخصوص، بل المتعلق هو ما عينه المديون بهذا العنوان من جهة ان بقاء المال في ذمته ضرر عليه فله ابقائه في ذمته و تحمل الضرر و

له تفرغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه، فيكون فراغ ذمته موقوفاً على بقاء المعزول على حاله. و بعبارة أخرى: ان هذا العنوان له حدود و بقاء و بما له من البقاء موضوع لهذا الحق، فللمدين اعدام الموضوع، و بارتفاعه يرتفع الحق، و لا مانع من ذلك. و به يظهر حال التبديل و الله العالم.

كما انه مما ذكرناه ظهر عدم وجوب حفظه من التلف، لأنه اذا صار بالعزل ملكاً للدائن فحاله حال سائر أمواله التي لا يجب على المدينون حفظه من التلف لعدم كونه امانة عنده، و اذا كان باقياً على ملك المدينون و متعلقاً لحق الدائن فمن حيث انه ماله سبيله كسبيل سائر أمواله، و من حيث انه متعلق الحق قد عرفت انه يجوز اتلافه فلا يجب التحفظ عليه.

الخامس: انه كما يتعين الكلي في المعزول، هل يتعين المشاع فيما اخذه الغاصب اما بالجبر على القسمة او باخذه بعنوان مال الشريك ام لا؟ ام هناك فرق بين الصورتين؟ وجوه.

وجه الأول: ان الحكم بعدم تعيين حصة الشريك بتعيين الغاصب او الشريك ضررى مرفوع بالحديث.

وجه الثاني: ان حديث لا ضرر لا يشمل المقام، اما لكون الضررى عدم الحكم لا الحكم، او لعدم كون رفعه منه على الامه- و ان كان منه على المأخوذ منه- او لان الضرر انما يكون باخذ المال المشاع فهو متوجه اليهما و لا وجه لصرفه الى غيره.

قمى، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٧، ص: ٤٢٨

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٢٨

[...]

وجه الثالث: انه اذا اجر الغاصب احد الشريكين على تعيين حصة شريكه و افرازها و تقسيم المال المشترك، فكما انه مع امتناع الشريك عن القسمة اختياراً تسقط ولاية الممتنع، كذلك في المقام، و ان كان امتناعه بالاضطرار بمعنى انه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن اعمال ولايته كذلك مع تعذر اعمال ولايته لغيبه او لسبب آخر، و المسألة تحتاج الى تأمل ازيد. لا يجوز تاجيل الثمن الحال بازيد منه.

السابعة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تاجيل الثمن الحال.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما المقام الأول: فلا اشكال في صحة المعاملة الاولى، و انها لا تبطل بذلك، و ان اوجب صيرورتها ربويه. اما التأجيل بالازيد نفسه، فاما ان يجعل الأجل في مقابل الزيادة باشرطه ابتداء او في ضمن عقد او المصالحة عليه او بيعه به، او يجعل المجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعارضة بين الثمن و مجموع ما جعل مؤجلاً، او يوقع الصلح على ابراء الحال مما في ذمته بازاء منه مؤجلاً، فالمعوض هو الأبراء.

اما القسم الأول: فهو بجميع فروضه من الربا في القرض، لأن حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض و تاخيره المطالبة، من غير فرق

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٢٩

[...]

بين ان يكون ذلك في اول القرض او بعد مضى زمان، و من غير فرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط او غيره، و قد ورد ان الربا من ناحية الشروط «١».

و أما القسم الثاني: فان كان ما في ذمته من العروض الربوي كالحنطة فباعها بازيد منها مؤجلة بطل، لأن المشهور بطلان بيع الحال بمثله مؤجلا في الربويين و ان كان من الاثمان كالدينار فباعه بازيد منه مؤجلا بطل ايضا من جهة ان الصرف لا يجوز الا يداً بيد. و ان كان من العروض او الاثمان و لكن باعه بغير جنسه بازيد منه فانه يصح على القاعدة من جهة عدم الربا فيه من حيث المعاملة و لا من حيث القرض.

و أما القسم الثالث: فهو صحيح ايضا.

و أما المقام الثاني: فقد استدل الشيخ ره على عدم الجواز بوجوه:

الأول: ما نقله في مجمع البيان عن ابن عباس من بيان مورد نزول الآية الكريمة **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** «٢» من انه كان في الجاهلية الرجل منهم اذا حل دينه على غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له: زدني في الأجل و ازيدك في المال، فيتراضيان عليه و يعملان به، فاذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء، فذمهم الله تعالى به و الحق الوعيد بهم و خطأهم في ذلك بقوله **وَ أَحَلَّ ... الخ** و ظاهره القسم الأول و لا يشمل القسمين الأخيرين. الثاني: صحيح ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله (عليه

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الصرف.

(٢) البقرة آية ٢٧٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٣٠

[...]

(السلام)، محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام) انهما قالوا- في الرجل يكون عليه الدين الى اجل مسمى فياتيه غريمه فيقول: انقذني من الذي لي كذا و كذا واضع لك بقيته، او يقول: انقذني بعضا و امد لك في الأجل فيما بقي عليك قال (عليه السلام): لا أرى به باساً ما لم يزد على رأس ماله شيئا، يقول الله **فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظَلَمُونَ** «١». بدعوى: انه علل جواز التراضي على تاخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازيد على رأس ماله، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير.

و فيه: ان الظاهر من الصحيح هو المعاملة على التأجيل نفسه، و لا يكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل.

الثالث: النصوص الكثيرة الآتى بعضها الدالة على كيفية الاسترباح بزيادة محللة فانها تشهد بان بذل الزيادة في قبال الأجل لو كان صحيحا لما توقفت حلية الزيادة على هذه الحلية، و دلالة هذه النصوص على البطلان في القسم الثاني تتوقف على تامل زائد.

قال الشيخ قده: و يدل عليه بعض الأخبار الواردة في تعليم ... الخ.

كموثق ابن عمار قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لي على الرجل دراهم فيقول: اخرني بها و انا اربحك، فابيعه جبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم- او قال بعشرين الفا- و اخره بالمال قال (عليه السلام): لا بأس «٢».

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الصلح حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣١

الفصل السابع فيدخل فى المبيع من باع ارضا دخل فيها النخل و الشجر مع الشرط

و موثق محمد بن اسحاق عن الامام الرضا (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت قال (عليه السلام): لا بأس، قد امرنى ابي ففعلت ذلك. و زعم انه سال ابا الحسن عنها فقال (عليه السلام) مثل ذلك «١»، و نحوهما غيرهما.

قال قده: و يدل عليه ايضا او يؤيده بعض الأخبار الواردة ... الخ.

هو خبر اسحاق بن عمار عن ابي الحسن (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فياخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا «٢».

الثامنة: و لو اشترى نسيئة ... الخ ما فى المتن. و تمام الكلام فى ذلك فى الجزء الآتى فى خاتمة الفصل الثانى عشر فى السلف. فانظر.

الكلام فيما يدخل فى المبيع

الفصل السابع: فيما يدخل فى المبيع

. و المعروف بينهم ان الضابط للاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغة او عرفا، و قال الشهيد الثانى: المراد بالعرف ما يشمل الخاص الذى منه الشرعى، بل هو مقدم عليهما اذا لم تتفق، ثم العرفى، ثم اللغوى. و تبعه صاحب الحدائق.

و كيف كان: ف من باع ارضا دخل فيها النخل و الشجر مع الشرط

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب الدين و القرض حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣٢

و الا فلا و يدخل لو قال بعتكها و ما اغلق عليه بابها و يدخل فى الدار الأعلى و الأسفل الا ان يستقل بالسكنى عادة و لو باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع

بلا كلام و لا إشكال، و الا فلا بلا خلاف كما عن التنقيح، و عن التذكرة: لو كان وسطها اشجار لم يدخل عندنا.

و يدخل لو قال بعتكها و ما اغلق عليه بابها بلا اشكال، و تشهد به مكاتبة الصفار فى الصحيح الى ابي محمد (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل ارضا بحدودها الأربعة و فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر فى كتابه، و ذكر فيه انه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها، أ يدخل النخل و الأشجار فى حقوق الأرض ام لا؟ فوقع (عليه

السلام): اذا ابتاع الأرض بحدودها و ما اغلق عليه بابها فله جميع ما فيها ان شاء الله تعالى «١».

و كذا يدخل فى الدار اذا باعها الأعلى و الأسفل بلا خلاف، و لا إشكال الا ان يستقل الأعلى بالسكنى عادة او يكون لها طريق مخصوص و نحوه.

و فى الجواهر: اشتراك السقف حينئذ بينهما، و عليه يحمل اطلاق المكاتبة الصحيحة فى رجل اشترى من رجل بيتا فى دار له بجميع

حقوقه و فوقه بيت آخر هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل ام لا-؟ فوق (عليه السلام): ليس له الا- ما اشتراه باسمه و موضعه ان شاء الله «٢». مع انها فى البيت لا فى الدار. انتهى.

و لو باع نخلا مؤبرا ثمرها، اى التى لفتح بذر طلع الفحل من النخل فى طلع الاناث بعد تشقيقه فالثمره للبائع بلا خلاف. و حكى عليه الاجماع.

و تشهد به نصوص كثيرة، لاحظ خبر غياث بن ابراهيم عن مولانا الصادق

(١) الوسائل - باب ٢٩- من ابواب احكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣١- من ابواب احكام العقود حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣٣

و لو لم يؤبر فالثمره للمشتري و لا يدخل الحمل فى الابتاع من غير شرط فلو استثنى نخله كان له المدخل اليها و المخرج منها و مدى جرائدها فى الأرض

(عليه السلام): من باع نخلا قد ابر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله «١».

و خبر يحيى بن ابى العلاء عنه (عليه السلام): من باع نخلا قد لفتح فالثمره للبائع الا ان يشترط المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بذلك «٢». و نحوهما خبر عقبه بن خالد «٣».

و لو لم يؤبر فالثمره للمشتري على المشهور، بل عن المختلف و التذكرة و الخلاف الاجماع عليه.

و لا يدخل الحمل فى الابتاع من غير شرط الا ان يكون هناك عادة على خلاف ذلك و سيأتى الكلام فيه مفصلا فى بيع الحيوان. فلو استثنى نخله كان له المدخل اليها و المخرج منها و مدى جرائدها و عروقها فى الأرض، و ليس للمشتري شىء منه، و قد قال سيدنا الصادق (عليه السلام) فى خبر السكونى: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله فى رجل باع نخلا و استثنى نخلة: بالمدخل اليها و المخرج منها و مدى جرائدها «٤». و نحوه غيره.

(١) الوسائل - باب ٣٢- من ابواب احكام العقود حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٣٢- من ابواب احكام العقود حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٣٢- من ابواب احكام العقود حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٣٠- من ابواب احكام العقود حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣٤

الفصل الثامن: فى التسليم و هو التخليه فيما لا ينقل و يحول و الكيل و الوزن فيما يكال او يوزن و القبض باليد فى الامتعة و النقل فى الحيوان

التسليم

الفصل الثامن: فى التسليم

إشارة

و في جملة من الكلمات التعبير بالقبض، و المراد واحد، و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه في طي مسائل:

[ماهيّة القبض الذي يراد من التسليم]

الاولى: اختلفوا في ماهية القبض الذي هو المراد من التسليم هنا، بعد اتفاهم على انه التخليه فيما لا ينقل و يحول على اقوال: منها ما في المتن و عن المختلف و هو و الكيل و الوزن فيما يكال او يوزن و القبض باليد في الامتعة و النقل في الحيوان. و قريب منه ما عن الدروس.

و منها: انه التخليه مطلقا، صرح به المحقق، و حكي عن تلميذه كاشف الرموز، و نسبه فخر المحققين الى بعض متقدمي اصحابنا. و منها: ما عن جامع المقاصد و المسالك و صاحب الكفاية و المحقق الأردبيلي، و هو: الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد، و منها غير ذلك.

و تنقيح الكلام بالبحث في جهات:

الاولى: ان تحديد مفهوم القبض انما هو لترتيب الآثار و الأحكام المترتبة على هذا العنوان في الشرع، و اما ما لم يؤخذ القبض في موضوعه - كما في رد المغصوب و اداء ما في اليد و نحو ذلك - فلا ملزم في تصوير الجامع بين ما يعتبر فيه، و بين القبض و لا محذور في الالتزام بتعدد المعنى.

الثانية: ان القبض الذي هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد، و باعتبار قيامه بالبائع مثلا يعبر عنه بالقباض، و باعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٣٥

[...]

بالقبض، و لا يكون معناه متعدد، من غير فرق بين تفسيره بالتخليه او الاستيلاء و لكل من اعتباري هذا المعنى الواحد آثار و احكام، فما في المكاسب من بطلان تفسير القبض بالتخليه قطعاً من جهة ان القبض فعل المشتري و التخليه فعل البائع في غير محله. الثالثة: ان القبض في اللغة له معنى واحد في جميع موارد استعماله، و الظاهر انه الاستيلاء على الشيء و التصرف فيه، كان ذلك بالقبض باليد او بسائر الجوارح، او باجراء المعاملة عليه، او اغلاق الباب، او نحو ذلك في المنقول و غيره، و المكيل و الموزون و غيرهما في الحيوان و غيره، فان هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للمساك، و الظاهر انه في الشرع ايضا استعمل في هذا المعنى الواحد، و سيمر عليك ما توهم دخله فيه بالتعبد شرعا.

الرابعة: ان ما اعتبر فيه القبض بعنوانه و توهم انه في نصوصه و ادلته اعتبر في القبض زائدا على ما ذكرناه شيء آخر، او فسر بغير ما اخترناه امور:

احدها: الخروج عن ضمان المبيع، فانه منوط بالقبض بعنوانه كما في النبوي المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١». و في رواية عقبه بن خالد عن مولانا (عليه السلام) في رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، فسرق المتاع، من مال يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فاذا اخرج من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «٢» الشارحة لحقيقة القبض بما يوهم خلاف

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٣٦

[...]

ذلك.

فانه قيل: ان الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه و تمكين المشتري منه فتدل على كفاية الاستيلاء في صدق القبض.

و بعبارة اخرى: ان الاخراج الى المشتري مساوق لاستيلائه، و هذا هو مراد الشيخ ره مما افاده في المقام.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال المهمل.

و ثانياً: انه يمكن ان يقرأ يقبض بالفتح من القبض، و يكون الفاعل هو المشتري و عليه فالاجرا المعطوف عليه فعله و تصرفه في المبيع، فهو يؤكد ما ذكرناه من عدم كفاية التخليء و الاستيلاء في صدقه.

و الظاهر الى هذا نظر العلامة ره و الشهيد ره، حيث استند اليه في اعتبار النقل في صدق القبض، و ما افاده يتم ان كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجي كما لعله الظاهر، و الله العالم.

ثانيها: الرهن، و ظاهر الآية و الرواية اعتبار القبض فيه بعنوانه، مع ان مجرد الاستيلاء يكفي: فان الاستيثاق المقوم له يحصل بمجرد الاستيلاء، و لم يعتبر القبض الا لأجل الاستيثاق.

و فيه: ان الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن، و القبض شرط فيه شرعاً، فاعتبار القبض ليس لأجل الاستيثاق.

ثالثها: بيع المكيل و الموزون، و قد اشتهر ان القبض في المكيل و الموزون بالكيل و الوزن.

و قد استدلل له بجملة من النصوص: كصحيح معاوية عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يبيع قبل ان يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل او وزن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٣٧

[...]

فلا تبعه حتى تكيله او تزنه، الا ان توليه الذي قام عليه «١».

و صحيح منصور بن حازم عنه (عليه السلام): اذا اشترت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه، الا ان توليه «٢».

و صحيح علي بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام، يحل له ان يولى منه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس، ان ربح فلا يبيع حتى يقبضه «٣».

و خبر ابي بصير عن سيدنا الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل ان يكيله قال: لا يعجبني ان يبيع كيلاً او وزناً قبل ان يكيله او يزنه الا ان يولى كما اشتراه «٤». و نحوها غيرها.

و تقريب الاستدلال بها من وجهين: الأول: انها تدل على اعتبار الكيل و الوزن، و حيث انه ليس لأجل اشتراط صحة المعاملة بهما و الا لم يفرق بين التولية و غيرها، فلا محالة يكون لأمر آخر، و حيث انه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه، فيعلم من ذلك انه يكون من جهة كونه قبضاً.

الثاني: ان جملة من النصوص كصحيح منصور و علي بن جعفر متضمنة للنهي عن بيع المكيل و الموزون قبل القبض، و جملة منها كصحيح معاوية و خبر ابي بصير متضمنة للنهي عن بيعهما قبل الكيل و الوزن، و مقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضهما هو الكيل و الوزن، و في صحيح معاوية شهادة على ذلك.

- (١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١١.
 (٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١.
 (٣) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٩.
 (٤) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٦.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣٨
]...[

ثم ان مورد النصوص و كلمات الأصحاب البيع الثانى قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الأول الذى هو حرام او مكروه، و محل الكلام ان القبض الراجع للحرمة او الكراهة هل يكون منحصرًا فى الكيل و الوزن المتجدد بينهما، ام هما احد افراده، ام لا يكفيان عن القبض، ام يعتبر فيه شرعا زائدا على ما هو حقيقة القبض تعبداً؟.

المستفاد من جملة من الأخبار. و النصوص على ما يقتضيه الجمود على ظواهرها ان البيع الثانى لا يجوز تحريما او تنزيها فى المكيل و الموزون قبل الكيل و الوزن و قبل القبض اى الراجع للحرمة او الكراهة هما معاء و ما ادعى من الاجماع على الجواز بعد القبض و ان لم يكل او يوزن غير ثابت، كيف و قد صرح صاحب الجواهر بان ظاهر النصوص اعتبار الكيل و الوزن حتى مع القبض، و حينئذ يبقى سؤال و هو: انه فى صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض و اجاب (عليه السلام) بانه فى المكيل و الموزون لأبيع قبل الكيل و الوزن، و لو لم يكن القبض هو الكيل و الوزن لما صح ذلك. و يمكن ان يقال: انه اذا كان المبيع كليا لا يعتبر فى صحته فعليه الكيل و الوزن، و انما يكتفى بتقديره بمقدار معين كيلا او وزنا، و لكن يعتبر فعليتهما فى مقام الوفاء و تطبيق الكلى على الفرد، و تعيينه فى الفرد، و حيث ان تطبيق الكلى على الفرد و تعيينه فيه متوقف على قبول المشتري و قبضه، فمجرد الكيل او الوزن الفعلى من دون قبض من صاحب الحق لا يوجب التعيين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري.

ففعليه الكيل و الوزن مساوقة لقبض المشتري و قبوله، و على هذا تنزل كلمات من نسب اليه كون قبض المكيل و الموزون بكيله او وزنه، و استثناء التولية انما يكون مناسبا لهذا المقام كما افاده بعض الأكابر، فانه يوليه البيع الصحيح، و يكون هو المباشر لما يكون وفاء، فكأن اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثانى مقام

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٣٩

و هو واجب على البائع فى البيع و على المشتري فى الثمن

المشتري الأول فى الطرفية للبيع لا انه بيع جديد حتى يعتبر فيه قبض البائع فى البيع الثانى، هكذا افيد.

القول فى وجوب القبض

إشارة

الثانية: و هو اى التسليم واجب على البائع فى البيع و على المشتري فى الثمن بلا خلاف.
 و تنقيح الكلام بالبحث فى مقامين:

الأول: فى دليل وجوب التسليم، و انه هل يجبر عليه لو امتنع من وجب عليه ام لا؟.

الثاني: في الفروع المتفرعة عليه.

اما المقام الأول: فيدل عليه امران: احدهما: ان مقتضى العقد مالكية كل من المتبايعين لمال الآخر، و من لوازم الملك و آثاره سلطنة المالك على ماله بالتصرف فيه بأى نحو شاء، و بدفع مزاحمة الغير و مطالبته عن بيده المال و وجوب الدفع عليه، و حيث ان هذا من لوازم الملك و الملك مقتضى العقد، فيصح ان يقال ان العقد يقتضى وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامى، و لازم هذا الوجه وجوب التسليم و ان امتنع الآخر عنه، لأن ظلم احد لا يسوغ ظلم الآخر.

و لو امتنع عن التسليم هل يجبر عيله من غير ناحية الأمر بالمعروف ام لا-؟ ربما يقال انه لا- يجبر، لأنه ليس له الا الملك، و لا أثر للملك الا السلطنة التكليفية، و لا وجوب على من بيده المال الا بعنوان اداء مال الغير، و الاجبار انما يكون لو امتنع عن حق كى يرفع امره الى الحاكم الذى هو ولى الممتنع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٠

و يجبران معا لو امتنعا

و لكن الأظهر انه يجبر عليه، لأن الحاكم ولى من امتنع عن حق الغير او ماله، و لذا لو كان المال الموروث عند شخص و امتنع عن ادائه يتولاه الحاكم او يجبره على الدفع من باب ولايته على الممتنع.

و بعبارة اخرى: انه و ان لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذى هو على هذا المسلك تكليف محض، و لكن يجبر عليه من ناحية موضوعه و هو مال الغير.

ثانيهما: ان بناء العقلاء فى باب المعاوضات على التسليم و التسلم، فيصير القبض و الاقباض من الشروط الضمنية التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد، و يكون الخيار لأجل تخلف هذا الشرط الضمنى، فكل منهما يستحق على صاحبه تسليم ما فى يده، و لازم هذا الوجه هو الاجبار لو امتنع عن التسليم بلا كلام.

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم

و اما المقام الثاني: فالفروع المذكورة اربعة:

احدها: انه لو امتنعا معا عن التسليم فالمشهور بين الأصحاب انهما يجبران معا لو امتنعا و عن التنقيح الاجماع عليه، و عن الخلاف و المبسوط و الغنية و غيرها: انه يجبر البائع اولا على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن.

و هناك قولان آخران للامة: الأول: انه يجبر المشتري اولا على تسليم الثمن.

الثاني: انه لا يجبران معا.

و استدل للأول: بان كلا منهما امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه.

و استدل للثاني: بان الثمن تابع للمبيع، و يستحق عليه، فيجب اولا تسليم المبيع ليستحق الثمن.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤١

[...]

و وجهه الشيخ ره: بانصراف اطلاق العقد الى ذلك، و لذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضا و قيمة و يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع، و بانه بتسليمه يستقر البيع و يتم، اذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع.

و يرد على الأول: ان الثمن عوض لا- تابع، و انما يتصف كل من المبيع و الثمن بالعوضيه فى مرتبة واحدة و آن واحد، و هو عند

تمامية العقد من دون سبق و لحوق اصلا، و كذا في مرتبة استحقاق التسليم المعاوضي، و كون انصراف اطلاق العقد ذلك ممنوع و تقييح مطالبه الثمن قبل دفع المبيع كتقييح العكس.

و يرد على الثاني: ان البيع يتم قبل القبض، و قد حكم الشارع تعبدا بالانفساخ لو تلف المبيع قبل القبض. و استدلل للثالث: بان حق المشتري متعين في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع، فان للبائع حقا آخر و هو التسلط على الخيار بعد الثلاثه، و قد يفوته ذلك بالقبض. كذا في الجواهر.

و ما ذكره اولا قوله فان للبائع موجود في محكي التذكرة، و ذيله اضافه (هو اليه، و الظاهر كونهما وجهين، فان مآل ما في التذكرة الى انه انما يجب التسليم بعد تعيين حق كل منهما، و قبل تسليم الثمن بما انه لا يكون حق البائع متعينا فيجب البدء به كي يتعين حقه، و مرجع ما في الجواهر الى ان تكليف البائع بالبدء يفوت حقا يختص به و هو خيار التأخير.

و الجواب عن الوجه الأول- مضافا الى اختصاصه بالثمن الكلي الذي نبه عليه في آخر كلامه:- ان وجوب التسليم كان من باب وجوب رد المال الى صاحبه ام من جهة الشرط الضمني، لا فرق فيه بين المتعين و الكلي و نسبته اليهما على حد سواء من دون تقدم و تاخر بينهما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٤٢

[...]

و يرد على الوجه الثاني: ان وجوب التسليم انما يكون من باب الشرط الضمني، و نسبة ذلك اليهما على حد سواء، و تفويت حق احدهما على تقدير لا يصلح مانعا عن العمل بما التزم على نفسه.

و استدلل للرايع: بان الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الآخر، فاذا امتنع معا ارتفع الوجوب عنهما. و فيه: ان دليل الوجوب ان كان ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه فهو مطلق غير مشروط، و ان كان هو الشرط الضمني، و هو ان كان مقيدا بتسليم الآخر على ما ستعرف الا انه ليس مقيدا بعدم امتناع الآخر مطلقا حتى فيما اذا كان امتناعه لأجل امتناع هذا عن التسليم. فتدبر فانه دقيق، فالأظهر هو القول الأول.

ثانيها: انه لو امتنع احدهما عن التسليم مع تمكين الآخر من التسليم فانه يجبر عليه، و هل يجب التسليم على صاحبه ما لم يجبر عليه كما عن المحقق الأردبيلي، ام يجوز له عدم التسليم كما عن المشهور؟ وجهان:

قد استدلل للأول: بان الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما، و منع احدهما حق الآخر و ظلمه لا يجوز الظلم للآخر و منعه حقه، و استجوده المحدث البحراني ره.

و لكن الأظهر هو الثاني، فانه التزم كل منهما في ضمن العقد ان يسلم بازاء التسليم، و لازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم، و معه فليس الممتنع مطالبة صاحبه، و من المعلوم انه لا يجب دفع ما لا يستحق صاحبه مطالبته.

و ان شئت قلت: ان الالتزام بالتسليم المعاوضي ينحل الى التزامين: الالتزام بالتسليم عند تسليم الآخر، و الالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه.

ثالثها: انه لو كان تسليم احد العوضين مؤجلا لا إشكال في انه لا يجب على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٤٣

[...]

مشرط التأخير التسليم و يجب على غيره، انما الكلام فيما اذا لم يسلم غير مشرط التأخير حتى حل الأجل، و انه هل لكل تسليم حكم

نفسه، فلو امتنع احدهما عنه ليس للآخر الامتناع عنه كما عن الأ-كثر، ام يعود حكم التقابض؟ وجهان مبيان على انه كما لا التزام بالتسليم المعاوضى قبل حلول الأجل هل لا يكون التزام به بعده ايضا، ام هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الأجل، و بالتسليم المعاوضى بعده اذا فرض عدم تسليم غير المؤجل. صريح الجواهر و المتن و غيرهما هو الأول، و لكن المراجع الى اهل العرف يطمئن بالثاني افرض انه بعد العقد المذكور اطمأن غير مشروط التأخير بان صاحبه لا يسلم بعد حلول الأجل، فهل يلزمه اهل العرف بالتسليم، كلا و ليس ذلك الا لأجل الالتزام الضمنى، فالأظهر هو الثاني.

رابعها: انه بناء على الالتزام بالتسليم المعاوضى، لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه، فلا كلام فى ان لصاحبه استرداده، لأنه و ان كان ماله الا-ان المفروض ان لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه و تسلطه على حبه مع امتناع القابض عن التسليم انما الكلام فى تصرفاته و انها هل تجوز ام لا. و فى الجواهر: اختيار الثاني: و استدل له: بانه المناسب للارفاق، و حديث الضرار. و فيه: ان المناسب للارفاق و حديث الضرار هو الأول، فانه ماله، و لا يكون متعلقاً لحق الغير، اذ لم يثبت بالالتزام الا جواز الامتناع لا حدوث حق فى العين يمنع عن التصرف فيها، و منع المالك عن التصرف فى ماله ضرر عليه، فالأظهر هو الأول.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٤

و يجب التسليم مفرغاً

لزوم التفريغ

إشارة

الثالثة: لا خلاف (و) لا اشكال فى انه يجب التسليم مفرغاً من امواله مطلقاً و من غيرها فى الجملة.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى فروع:

الأول: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله و من غيرها الا مع علم المشتري باشتغاله به و رضاه بذلك، و الدليل عليه ما دل على وجوب التسليم من الوجهين.

الثانى: ان وجوب التفريغ هل هو نفسى كوجوب التسليم او شرطى؟ ظاهر كلمات القوم هو الثانى حيث قالوا: يجب التسليم مفرغاً.

و استدل الشيخ ره للأول بوجهين:

احدهما: ان اطلاق العقد كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغاً، المراد بالاطلاق اما هو الشرط المضمّر، او ان مقتضى العقد هو مالكية كل من المتعاقدين لما فى يد الآخر، و ترتب على كل منهما آثار الملكية منها سلطنة مالكة عليه و دفع مزاحمة الغير، و ترك التفريغ مزاحمة له فى سلطانه على الانتفاع بماله فيجب التفريغ دفعا للمزاحمة.

و الظاهر ان مقتضى كلا الوجهين ما افاده من الوجوب النفسى اما الثانى: فواضح، و اما الأول: فلأن الشرط ليس واحداً و هو التسليم التام، بل هو اثنان لتعدد الغرض من كون المبيع تحت سلطانه، و الانتفاع به بجميع الانتفاعات.

ثانيهما ان التسليم بدون كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٥

[...]

و فيه: انه لو تم لدل على الوجوب الشرطى لا النفسى كما لا يخفى.

الثالث: لو تراخى زمان الامكان و مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ او لم يفرغ فقد حكم الشيخ ره بالخيار مع شرطين، و هما: كون المشتري جاهلا، و تضرره بفوات بعض المنافع. و الظاهر ان نظره الى حديث لا ضرر المختص بصورة التضرر و الجهل، و لكن بما ان هذا الخيار يمكن اثباته من باب تخلف الشرط، فلا يكون مقيدا بصورة التضرر و فوات بعض المنافع.

الرابع: لو مضت مدة و فات فيها بعض المنافع، فان كان بتقصير منه كان تفويتا للمنفعة فتشمله قاعدة من اتلف (١) و يثبت ضمانه، و ان لم يكن كذلك، فان كان الفوات- اي فوات المنفعة- مستندا اليه و لو كان من غير اختيار منه ضمن لقاعدة من اتلف و الا فلا، اذ لا إتلاف، و لا يد (٢) عليها لفرض كونها تحت يد المشتري، فلا موجب للضمان.

و أما قاعدة احترام مال المسلم (٣) و قاعدة نفى الضرر (٤)، فقد تقدم في الجزء الخامس عشر من هذا الشرح انه لا يمكن اثبات الضمان بهما.

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار و عليها الاجماع.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٣) الوسائل- باب ٣- من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٤) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار و قد مر في خيار الغبن عمده مصادر الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٦

[...]

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع

الخامس: لو كانت الأرض مشغولة بزراع للبائع لم يبلغ او ان حصاده، ففيه جهات من البحث:

الاولى: انه هل يجب على المشتري الصبر الى بلوغ اوانه، ام له السلطنة على المنع من ابقاء الزرع، ام له القلع او الالتزام بقلعه؟.

قد استدل للأول: بلزوم تضرر البائع بالمنع من الابقاء و القلع، فسلطنة المشتري على المنع من الابقاء مرفوعة بقاعدة نفى الضرر.

و اورد عليه تارة: بان البائع اقدم على هذا الضرر ببيعه الذي هو نقل للمنافع الى ملك الغير تبعا للأرض. و اخرى: بانه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع و كون ذلك تحت استيلاء البائع.

و دفع ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما في المكاسب غريب، فان لزوم البيع ليس ضروريا كي يثبت الخيار، بل الموجب للضرر هو سلطنة البائع على الابقاء و عدم سلطنة المشتري على المنع، و معلوم ان القاعدة انما ترفع كل حكم كان ضروريا و لا تدل على رفع حكم آخر و ان لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم.

و فيهما نظر: اما الأول: فلأن صدق الاقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري على المنع عن الابقاء، و هي مرفوعة بالحديث، فلا اقدام على الضرر.

و ان شئت قلت: ان صدق الاقدام متوقف على ثبوت السلطنة، و هو يتوقف على صدق الاقدام و الا فهي ترتفع بالحديث، و هذا دور.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٧

[...]

و اما الثاني: فلأن عدم السلطنة لا يكون مشمولا لحديث لا ضرر فانه مختص بالأحكام الوجودية، و البائع لا سلطنة له على الابقاء، فان

الانسان مسلط على مال نفسه دون مال غيره، و السلطنة على الابقاء سلطنة على مال الغير، فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضى لا لوجود المانع، فالأظهر انه لا سلطنة له على المنع من الابقاء او القلع او الالزام بقلعه.

الثانية: هل للمشتري الخيار مع الجهل ام لا؟ الظاهر ذلك لتخلف الشرط المضممر، فان بناء المتعاقدين ارتكازا على ما مر تسليم المبيع مفرغا.

الثالثة: هل للمشتري الاجرة مع اختيار البائع الابقاء و عدم اعمال المشتري للخيار ام لا؟ الأظهر هو الأول، فان العين بما لها من المنافع تنتقل بالبائع الى المشتري، و البائع يستوفى منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع، فلا بد من دفع الاجرة لاحترام مال المسلم.

و دعوى ان احترام المال سقط بمقتضى حديث لا ضرر الدال على انه لا سلطنة للمشتري على المنع من ابقاء الزرع و معه لا وجه للبناء على بقاء احترامه و عدم ذهابه هدرًا، مندفعًا بان لكل مال مضاف الى مسلم حيثيتين: حيثية المالية، و حيثية الملكية، و لكل منهما احترام، و مقتضى الاحترام من حيثية الاولى عدم ذهابه بلا تدارك، و مقتضى الاحترام من حيثية الثانية عدم مزاحمة المالك في سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه و رضاه.

و حديث لا ضرر انما اسقط الاحترام من حيثية الثانية، و لا وجه لسقوط الاحترام من حيثية الاولى، فالأظهر ثبوت الاجرة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٨

[...]

لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء

السادس: لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء هدم.

و الكلام في هذا الفرع ايضا في جهات:

الاولى: هل يتوقف الهدم على اذن المشتري ام لا؟.

ربما يقال بعدم التوقف نظرا الى ان شرط التفريغ شرط لذلك كله، و بناء عليه قيل لا يجب بعد الهدم اصلاح ما افسد.

وفيه: ان شرط التفريغ ليس الا شرط كون الدار فارغة لا شرط فعل البائع، مع انه شرط له لا عليه، و عليه فلو سلم كون الشرط هو

التفريغ المتوقف على الهدم لا- وجه للقول بعدم وجوب الاصلاح، اذ قد عرفت ان للمال المضاف الى المسلم بالاضافة الملكية

حيثيتين، و لكل منهما احترام، و سقوط احترامه من احدي حيثيتين لا يوجب سقوطه من حيثية الاخرى.

الثانية: انه بعد الهدم هل يجب اعادته او الارش ام هناك فرق بين ما كان مثليا كحائط البساتين فالاعادة، و بين ما لم يكن كذلك

فالارش؟ وجوه، و الأظهر هو الأخير، و لا يخفى وجهه.

الثالثة: ان الارش الذي يؤخذ هل هو قيمة الهدم او ارش العيب؟.

صرح الشيخ بالأول، و هو الأظهر، فان هذا العيب انما طرأ باذن المشتري، و انما يحكم بضمان القيمة لاجل الاحترام بالتقريب المتقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٤٩

[...]

لو امتنع البائع عن التسليم

الرابعة: في امتناع البائع عن التسليم، و فيها فروع:

الأول: انه لو كان الامتناع لاعن حق لا كلام في ضمان المنافع، فانه كغيره من الغاصبين.
 الثاني: اذا كان امتناعه عن حق، فان استوفى البائع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه منافع مال الغير، وان لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان، قد استدلل للضمان: بان جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة.
 توضيحه: ان مقتضى اليد والاتلاف الضمان، و لا مانع سوى جواز الحبس، و هو لا يصلح للمانع، و الشيخ ره قال:
 الا ان منافع الأموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها.
 توضيحه: ان مال الغير اذا جاز حبسه اما ان يكون من جهة كونه امانة مالكية، او يكون من جهة كونه امانة شرعية، و لكل منهما وجه في المقام، فان الالتزام بالتقابض المعاوضي مقتضاه استحقاق الحبس، و هو اقوى من التامين المالكى، و المفروض ان الشارع الأقدس ايضا رخص في الحبس، و على التقديرين لا ضمان، اذ لا سبيل على الأمين.
 الثالث: هل على المشتري نفقة المبيع ام لا، ام هناك تفصيل بين كونه عن حق فعليه النفقة، و بين كونه لاعن حق فعلى البائع؟ وجوه، اظهرها الأخير، فان الحبس عن حق لا يوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكة فضلا عن ثبوتها للبائع، و اما في
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٥٠
]...[

الحبس لاعن حق فمقتضى صحيح ابى ولاد «١» كون النفقة على الغاصب.
 الرابع: لا- إشكال في عدم وجوب نفقة الزوجة مع عدم التمكين اذا كان الامتناع لاعن حق لاشتراط وجوبها بالتمكين التام، انما الاشكال فيما اذا كان الامتناع عن حق، كما اذا امتنعت حتى تقبض المهر.
 و منشأ الاشكال: ان الشرط هو التمكين الواجب عليها، و حيث لا وجوب مع جواز الامتناع فيجب النفقة او التمكين المطلق، فلا تجب، و لعل الظاهر هو الأول، و عليه فالفرق بين النفقة في المقامين واضح، فان نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف نفقة الزوجة.
 الخامس: لو طلب المشتري من البائع الانتفاع به في يده فهل تجب اجابته ام لا-؟ وجهان مبنيان على ان الملتزم به هو التقابض المعاوضي خاصة، فلا دليل في مقابل قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات و منها ذلك، فان الشرط هو عدم التسليم مع امتناع صاحبه عنه، او هو المنع من التصرفات، و لا يبعد اظهرية الثاني.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٥١

و يجوز بيع ما لم يقبض قبله الا ان يكون طعاما فلا يبيعه الا تولية

حكم بيع ما لم يقبض

إشارة

الخامسة: و يجوز بيع ما لم يقبض قبله ان لم يكن مكيلا- او موزونا اجماعا بقسميه كما في الجواهر الا ان يكون طعاما فلا يبيعه الا تولية كما صرح به غير واحد من الأساطين، بل عن المبسوط و الخلاف الغنية: الاجماع عليه.
 و حق القول في المقام ان نصوص الباب طوائف:

الاولى: ما دل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقا، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال: لا يصلح له ذلك «١».

و صحيح منصور عنه (عليه السلام) عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن، أله ان يبيعه مرابحة قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه؟ فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن «٢». و نحوهما غيرهما.

الثانية: ما دل على الجواز مطلقا، كخبر الكرخي: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله فاقول: ابعث و كيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته، قال (عليه السلام): لا بأس «٣».

و خبر جميل عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه قال: لا بأس «٤». و نحوهما غيرهما.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٥.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٨.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٣١..

(٤) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٢

[...]

الثالثة: ما دل على التفصيل بين بيع التولية و غيره بالجواز في الأول خاصة، كصحيح ابن حازم عنه (عليه السلام): اذا اشترت متاعا فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه، فان لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه «١». و نحوه غيره.

و للقوم في الجمع بين هذه النصوص مسلکان: احدهما: ما اختاره الشيخ ره و جمع من الأساطين، و هو: تقييد الطائفتين الأولتين بالثالثة لكونها اخص منهما، و هذا جمع عرفي.

و الشيخ ره ايده بان حمل النواهي على الكراهة مع استناد التولية يقتضي ان لا يكون بيع التولية مكروها مع انه لا خلاف في كراهته.

و لكن يرد على هذا التأييد: ان ما دل على كراهته - على فرض حمل النواهي على المنع - يدل على الكراهة الخفيفة، على فرض حملها على الكراهة و الاستثناء انما يدل على عدم ثبوت ما ثبت لغيره له، فان كان هو المنع فهو المنفى عنه، و ان كان شدة الكراهة فهي.

ثانيهما: ما ذهب اليه اكثر المحققين، و هو: حمل الأخبار المتضمنة للنهي على الكراهة.

و قد ذكروا في وجهه: ان حمل المطلق على المقيد انما يكون جمعا عرفيا لو لا العوارض، و هي في المقام تقتضي اولوية الحمل على الكراهة، و هي امور:

الأول: ان النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح ان التجار غالبا لا يعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح اصلا.

الثاني: انه لو بنى على التقييد لزم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٣

[...]

الثمرة قبل قبضها على خصوص الباقية منها على الشجرة.

الثالث: انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما اذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فانه جائز.

الرابع: انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما اذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه فانه جائز على ما دل عليه الخبر، وبعض هذه الوجوه و ان لم يخل عن المناقشة الا- ان في بعضها الآخر المؤيد بغيره كفاية، فالأظهر هو الحمل على الكراهة. و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصيا ام كليا، و هل المنع تكليفي او وضعي؟ ربما يقال بالأول نظرا الى ظهور النهي في كونه مولويا لا إرشاديا.

وفيه: ان هذا الظهور انما هو في غير باب المعاملات و الموانع، و اما فيهما فله ظهور ثانوي في الارشاد، فيكون ظاهرا في الحكم الوضعي.

و أما ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص و ان كان النهي مولويا نفسيا، فيرده: ما تقدم في اول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح من ان النهي عن المعاملة لا يستلزم فسادها ما لم يكن ارشادا الى الفساد.

و ينبغي التنبيه على امور:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٤

[...]

التمن لا يكون ملحقا بالمبيع

الأول: هل يلحق التمن بالمبيع في هذا الحكم كما هو ظاهر جماعة ام لا كما عن التذكرة و جامع المقاصد؟ وجهان. قد استدل للحوق بوجهين: احدهما: ان ما ذكروه من التعليل للمنع في المبيع و هو قصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه جار في التمن.

وفيه: ان هذا وجه اعتباري استحساني لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم الشرعي.

ثانيهما: ان ما في ذيل خبر الحلبي ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال «١» يدل عليه فان المفهوم من التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وفيه: اولاً: انه اخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل.

و ثانياً: ان المعلل هو بيع ما اشتراه من البر، فالتعليل لا يقتضى الا- ان كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه لا ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

و ثالثاً: انه من الجائز ان يكون مورده البيع قبل ان يقبض حصته من الشركاء، بل هو الظاهر منه، فهو اجنبي عن المقام.

وقد استدل لعدم اللحق بقول الامام الصادق (عليه السلام)- و قد سئل عن الرجل يباع طعاما بدراهم الى اجل فلما بلغ الاجل تقاضاه فقال: ليس عندي

(١) الوسائل- باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ١٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٥

[...]

دراهم خذ منى طعاما- لا بأس انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء «١».

و مورده و ان كان هو البيع ممن هو عليه الا انه يتم فى غيره بعدم الفصل كما ان مورده جعل الثمن ثمنا ايضا، و لكن يتعدى الى جعله مبيعا.

و فيه: اولاً: ان الغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت.

و ثانياً: انه مختص بغير المكيل.

و ثالثاً: انه اما ظاهر فى المعاوضة غير البيع او مطلق.

و على الأول لا- كلام، و على الثانى ان كانت نصوص الباب شاملة للثمن تخصصه و الا فيكفى العمومات للحكم بالصحة، فالأظهر عدم اللجوء لاختصاص النصوص بالمبيع.

الثانى:

هل يختص الحكم بالبيع، ام يعم مطلق الاستبدال

و يكون البيع فى النصوص كناية عنه؟ وجهان.

الجمود على ظواهر النصوص يقتضى الاختصاص بالبيع، و لا يثبت هذا الحكم فيما اذا كان النقل بغير البيع لما انتقل اليه او لما ينتقل عنه، و حمل البيع على ارادة مطلق الاستبدال يحتاج الى دليل مفقود و الغاء الخصوصية مع ما يرى من تفاوت البيع مع غيره حكماً و ان اتحد نتيجة لا وجه له، و بعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشتري فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف و ان كان جارياً فى غير البيع اذا كان النقل اليه بالبيع، الا انه لا يعتمد عليه فى الحكم.

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب السلف حديث ١٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٥٦

[...]

اقرار البيع على ما لم يقبض

الثالث: هل المراد من البيع المنهى عنه ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض او ما يعم تشخيص الكلى المبيع به؟ وجهان.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى جهات: الاولى: ان محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلى غير المقبوض، فانه داخل فى التنبيه السابق، بل محل الكلام جعل البيع السابق مستقراً على فرد غير مقبوض للبائع، كما اذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع اليه دارهم و قال: اشتر بها طعاما و اقبضه لنفسك، فان من عليه السلم هو مشتري الطعام و لم يقبض ما اشتره و جعل البيع السابق مستقراً على ما اشتره. وجه توهم المنع عنه امران: الأول: ان النصوص مطلقة شاملة لاحداث البيع على ما لم يقبض و اقراره عليه «١»، و الشيخ ره استظهر منها الاختصاص بالأول، ثم قال: بل هو المتعين فى الأخبار المفصلة بين التولية و غيرها «٢». ثم نفى البعد عن الشمول للثانى عن سياق مجموع الأخبار.

اما استظهاره الاختصاص من النصوص فمتين، فان ظاهرها كون الممنوع عنه احداث البيع على ما اشتره قبل قبضه، كما ان دعواه تعينه فى الأخبار المفصلة متينة، فان جعل المشتري مصداقاً للكلى الثابت فى ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوى و لا بيع

مراجعة او مواضعه، مع الاختلاف في القيمة، و اما ما نفى

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب العقود و باب ١٠ من ابواب السلف.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٧

[...]

عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص.

الثاني صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن رجل اسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث الى بدارهم فقال: اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك، قال: اري ان يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى يقبض الذي لك و لا تتولى انت شرائه «١». و نحوه غيره.

وفيه: ان هذه النصوص تدل على عدم مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، و المطلوب عدم جواز الاستيفاء. و قد يستدل للجواز: بصحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب او تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه و استوف بقية الذي لك، قال: لا بأس اذا ائتمنه «٢». و فيه: اولاً: ان الاستدلال به يتوقف على كون احمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، و الا فهو غير مربوط بالمقام، بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض.

و ثانياً: انه ظاهر في التوكيل في الشرط و القبض من قبل البائع، ثم استيفاء الحق منه، و هذا لا إشكال في جوازه. الثانية: ان ما يشتري لاقرار البيع السابق عليه ربما يكون شخصيا و ربما يكون كلياً، فان كان شخصيا فالكلام فيه من وجهين: احدهما: ما تقدم من انه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على ما لم يقبض ام لا، و قد تقدم

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ باب بيع المضمون حديث ٦٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٨

[...]

ما هو الحق عندنا.

الثاني: فيما افاده الشهيد الثاني ره الذي ذكره الشيخ ره بعد اسطر بعنوان الايراد على الشهيد الأول. و حاصله: ان ما يتعين مصداقا للكلي المبيع من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الأمر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة فانها ليست عينه، و لذا لو ظهر المدفوع مستحقا او معينا يرجع الحق الى الذمة، ففي الحقيقة هذا اشكال صغرى لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

وفيه: ان الكلي يوجد بوجود فرد، فاذا انطبق الكلي على فرد يصير ذلك الفرد مبيعا بالحمل الشائع، و يصدق عليه انه انتقل الى المشتري بعقد البيع.

و ان كان كلياً، فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة في الفقه، و هي: انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فامر

غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر، فانه يكره او يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع وغيرها: بانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه.

و تنقيح القول فيها: ان محل الكلام ليس بيع ماله على غيره بما هو عليه، فانه من افراد بيع ما لم يقبض، بل محل الكلام تعيين ما عليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء، و تصوير ذلك انما هو قبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه، و الا فلا يعقل انطباق الكلي المتخصص بكونه في ذمة احد على ما هو المتخصص بكونه في ذمة الآخر، و عليه فتعيين ذلك اما ان يكون بالتوكيل في القبض، و اما بمجرد الاذن في قبض من له في ذمته الكلي، و اما بحواله من له عليه على من له.

اما التوكيل: فلا اشكال فيه و لا يكون حينئذ من بيع ما لم يقبض. و اما الاذن: فالظاهر كفايته في تعيين ماله على غيره، و لكن يصير سببا لاستقرار المبيع بالسلم على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٥٩

و القول قول البائع في عدم النقصان مع حضور المشتري الكيل و الوزن مع يمينه و عدم البيئه و قول المشتري مع عدم حضوره

ما لم يقبض. و اما الحواله: فان قلنا بان ظاهرها بناء على كونها معاوضه كون المحيل مملكا ماله في ذمه غريمه بازاء ما لغريمه عليه، فما له معوض و مال غريمه عوض، كما افاده الشيخ فهي بيع حقيقه بصوره الحواله، فتدخل في بيع ما لم يقبض من دون حاجه الى عنوان اقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

و ان قلنا بانها عبارة عن نقل ما ذمه المحال عليه الى المحتال عوضا عما في ذمته لا تبديلا فهي تكون نقلا لما لم يقبض، فيدخل تحت العنوان المتقدم في التنبية السابق، و لا ربط له باقرار البيع السابق، فانه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق.

و ان قلنا بانها ايفاء محض فهي لا تصح، فان ما ذمه المحال عليه كلي لا ناقل له على الفرض، و لا يكون فردا كي ينطبق عليه ما في ذمه المحيل فلا وجه لانصباب عقد السلم على موردها.

الرابع: اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه، فتارة: يحضر الكيل و الوزن، و اخرى: لا يحضره.

و لا خلاف ظاهرا في ان القول قول البائع في عدم النقصان مع حضور المشتري الكيل و الوزن مع يمينه و عدم البيئه بل عن الرياض: قول واحد، و هو الحجة فيه خصوصا مع اعتضاد قول البائع لظهور الحضور في تمامية المقبوض، اصف اليه اصالة براءة ذمه البائع.

و القول قول المشتري مع عدم حضوره، و عن الرياض: قول واحد، لأصالة عدم وصول حقه اليه، و لتتام الكلام محل آخر.

الخامس: ذكر جماعة: انه لو دفع الى من له عليه طعام دراهم و قال: اشتريها لنفسك طعاما، لم يصح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٠

[...]

و فيه ان صحه ذلك و عدمه مبنيان على ما حقق في اول البيع من ان حقيقته هي المعاوضه المقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، ام حقيقته الاعطاء لا- مجانا غير المقتضى لذلك، فعلى الأول لا- يصح، و على الثاني يصح، و حيث ان المختار هو الثاني كما تقدم فالأظهر هي الصحه.

و عليه فهل يصير المبيع حينئذ عوضاً عما في ذمته من الطعام ام لا؟ الظاهر ذلك، فان في وفاء الدين لا يعتبر كون ما يوفى به ملكا للمديون و يصح اداء الغير من ماله، و اما مسألة المعاطاة و المقبوض بالعقد الفاسد و لو من جهة الغصبيه مع العلم بذلك فقد تقدم الكلام فيهما مفصلا في الجزء الخامس عشر من هذا الشرح.

السادسة: لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته، فهنا فروع ثلاثة:
الأول: ما لو كان المال سلماً فلو طالبه في غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط التسليم فيه لا يجب ادائه كما هو مقتضى الشرط الضمني بالتسليم في بلد المعاملة، واولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد.
و لو طالبه في ذلك البلد بقيمة بلد وجوب التسليم، فتارة: يتراضيان على ذلك، و اخرى: لا يرضى المسلم اليه، فان تراضيا جاز.
و استدلل للعدم: بانه من بيع الطعام قبل قبضه.
و فيه: اولاً: انه قد تقدم جوازه.
و ثانياً: على فرض العدم يكون البيع من البائع مستثنى منه.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦١
[...]

و ثالثاً: ان الممنوع على فرضه هو جعل الطعام مئماً، و لا تشمل النصوص ما لو جعل ثمناً.
و رابعاً: انه يختص بما لو اريد بيع ما في ذمته بالقيمة، و لا يعم غيره من افراد الاستبدال، و ان لم يرض المسلم اليه بذلك.
فهل يجوز اجباره على ذلك ام لا؟ وجهان استدلل للأول بوجهين: احدهما: ما هو ظاهر الكلام المحكى عن التذكرة، و هو: ان التسليم في البلد من قبيل القيود المشخصة للكلى المبيع، التي بتعذرها يصدق تعذر وجود المبيع في الخارج، و مع تعذره للمشتري مطالبة قيمته.
و فيه: ان التسليم في البلد- الذي يقتضيه اطلاق العقد بحسب الشرط الضمني الارتكازي- ليس من قبيل القيود المشخصة، بل هو من قبيل الشروط الخارجية التي لا يصدق تعذر المبيع بتعذرها، بل غايته ثبوت الخيار للمشتري.
الثاني: ما افاده الشيخ، و حاصلة: ان شرط الأداء في بلد المعاملة- الذي هو شرط لكل من المتبايعين على الآخر- قد تعذر تحققه في الخارج بسوء اختيار البائع، فليس له عند مطالبة المشتري منه حقه الامتناع عن الأداء.
و فيه: ان اشتراط التسليم في البلد ينحل الى شرطين: احدهما: اشتراط القبض في البلد، ثانيهما: عدم التسليم في غير ذلك، اي عدم ثبوت حق في التسليم في غيره، و سوء الاختيار انما يسقط حق البائع من ناحية الشرط الأول، و لا وجه لإبطاله حقه من ناحية الشرط الثاني، فالأظهر عدم جواز الاجبار كما عن المشهور، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة.
الثاني: ان يكون ما عليه قرضاً، لا خلاف في جواز اخذ القيمة بسعر بلد القرض، فهل يجوز له المطالبة بالمثل في غير بلد القرض مع اختلاف القيمة ام لا؟
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٢
[...]

وجهان: اقواهما الثاني، لأن مقتضى اطلاق عقد القرض التسليم في بلد القرض، و عليه فلو طالب لا يجب دفع المثل، فما عن المختلف من وجوبه ضعيف.
و هل له المطالبة بقيمة بلد الاستحقاق- كما عن الشيخ و القاضي و الفاضلين و غيرهم بل عن غاية المرام: نفى الخلاف فيه- ام لا كما في الجواهر؟ قولان: اظهرهما الثاني، اذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم في المسألة الاولى الذي عرفت ضعفه فما عن الشهيد و في الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل و لا بالقيمة هو الأظهر.

و أما خبر سماعة سأل ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف حول الكعبة، أ يتقاضاه؟ قال (عليه السلام): لا تسلم عليه و لا تروعه حتى يخرج من الحرم. فلا يعلم كونه قرضاً، مع انه مساق لبيان حرمة الحرم و ان له المطالبة فى غير ذلك المكان بالتادية فى القرض و ربما كان هاربا منه.

الثالث: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، و قد اشبعنا الكلام فى هذه المسألة فى الجزء السادس عشر من هذا الشرح فى المقبوض بال عقد الفاسد.

انتقال الضمان الى القابض

اشارة

السابعة: من احكام القبض: انتقال الضمان ممن نقله الى القابض، فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا. و ملخص القول فيه: انه لا كلام و لا إشكال فى ذلك، و انه لو تلف قبل القبض يكون ضمانه على البائع. و يشهد له النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٦٣

[...]

و خبر عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا أن شاء الله تعالى فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله «١». انما الكلام فى مواضع:

الأول: ان الضمان الثابت فى المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من البائع حقيقة او ضمان الغرامة، بحيث يتلف فى ملك المشتري بحيث يكون تلفه عليه و يكون منه حقيقة كما عن المسالك؟ وجهان: الأظهر هو الأول، و ذلك لأن مدرك الضمان هو النبوى و خبر عقبه، و هما ظاهران فى ذلك، اما النبوى فلأن من اما نشوية او للتبويض او للابتداء، فان كانت نشوية كان معنى الخبر: ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البائع، و لازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له، و الا لم يكن التلف ناشئا من ملكه.

و بعبارة اخرى: ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، و حيث انه ليس المراد رجوعه اليه مجانا، بل المراد رجوعه اليه ببذله فلازم ذلك انفساخ المعاملة.

و ان كانت للتبويض فظاهره و ان كان صيرورة المبيع ملكا للبائع بالتلف الا ان ذلك لما كان غير معقول فلا بد و ان يراد به كونه ملكا له قبل التلف آنا ما و يكون اطلاق المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله.

و ان كانت للابتداء، بان يكون ضمير هو عائدا الى التلف المستفاد من الماضى المشتق منه كما فى مثل اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى □ فيكون مفاده: ان التلف

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٤٦٤

[...]

من البائع، ولازم ذلك الانفساخ، اذ فرق بين كون التلف منه و كونه عليه، ولازم الأول دخوله في ملكه. فما افاده المحقق الايرواني ره من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه في امواله غير تام، فانه يصدق كون التلف عليه لا منه.

و أما خبر عقبه: فلأن قوله فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر في ان السرقة تكون من مال البائع، ولا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

الثاني: ان هذا الضمان هل هو حقي قابل للاسقاط، ام حكم شرعي غير قابل له؟ وجهان: اقواهما الثاني، فان الضمان المعاوضي معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث اذا تلف قبل قبضه يفسخ العقد شرعا وهذه الحيثية بالاضافة الى الانفساخ والملكية من قبيل القوة بالاضافة الى الفعلية، وليس شيء منهما حقا قابلا للاسقاط لا الانفساخ والملكية الفعلية ولا هذه الحيثية و عليه فلا يصح اسقاطه.

الثالث: انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف، او من اصله؟ وجهان.

واستدل الشيخ للأول بان تقدير كونه ملك للبائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد. وحاصله: ان الأصل بقاء العقد الى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة الى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملا بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال.

و اورد عليه المحقق التقي ره: بان القول بالبطلان من رأس و ان كان مخالفا لما دل على صحة البيع و نفوذه و حرمة نقضه، و لكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آنا ما، فان مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك و وجوب الوفاء في جميع الأزمنة لا مجرد ثبوت الملك آنا ما، مضافا الى لزوم مخالفة قاعدة سلطان

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٧، ص: ٤٦٥

[...]

الناس على اموالهم و انفسهم «١»، فان مقتضى الأول عدم خروج مال احد عن ملكه بدون رضاه، و مقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه، و الانفساخ القهري موجب لخرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان «٢»، حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري و الضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فان الضمان و الخراج للبائع، فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة، و القول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع، فيقدم الأول ترجيحا لحفظ القواعد الأربع على حفظ دليل واحد، و لو فرض التكافؤ و التساقت فالمرجع اصالة فساد العقد و عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي الى غيره.

و فيه: اما مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع و نفوذه، فيردها: ان العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسله، و الفسخ او الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كى ينافيه، بل موجب رفع هذه الملكية المرسله.

و أما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس و المال، فيردها: ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس، و الانفساخ حكم شرعي لا معنى لكون دليل السلطنة نافيا له.

و أما مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان، فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، و انما مفاد الحديث - على فرض وجوده - ان الضمان المعاوضي اي ملكية العين بازاء شيء تتبعها ملكية المنافع، فالأظهر هو الانفساخ من حين التلف.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان صحيح الترمذی ج ٥ ص ٢٨٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٦

[...]

و على هذا فهل الانفساخ حقيقى او حكمى؟ و قد استدل للثانى بوجهين: احدهما: ان المال فى الآن المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالىة و الملكىة، اذ الشىء الذى يتلف فى آن وجوده لا قيمة له فى العرف و لا يبذل العقلاء بازائه مالا. و فيه: اولاً: انه لا يوجب سلب المالىة ما لم يكن معلوما لعامة الناس.

و ثانياً: ان تقديره ملكا انما هو لرجوع ما جعل عوضا عنه الى مالكه، و لا فرق فى ذلك بين كونه مالا و عدمه.

الثانى: ما استند اليه المحقق التقى ره، و هو: ان الجزء غير المتجزئ من الزمان غير موجود، فالملك الحقيقى ان وجد لأفى زمان فهو محال، و ان وجد فى زمان فيكون هذا الزمان لا محالة قابلاً للتجزئة، فيمكن فرض الملك فى الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك فى هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم فى اكثر من ذلك، و لو التزم بكون الملك فى اقل من الزمان المفروض ينقل الكلام فى ذلك المقدار الأقل و نقول فيه ما قلناه فى الفرض الأول.

و فيه: انه يلتزم بالملك فى الجزء الآخر من الزمان عرفاء و كون ذلك الجزء قابلاً للتجزئة عقلاً غير مناف بعد كونه غير قابل لها عرفاً. فالأظهر هو الانفساخ الحقيقى على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فان ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقى. الرابع: ان التلف الحقيقى مساوق للانعدام، الا ان التلف عرفاً اعم منه، و من كل ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبه بن خالد «١»، حيث حكم فيه بانه من البائع بسبب السرقة.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٧

[...]

لا يقال: ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فانه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين او مع الشك، و ربما يكون مع العلم او الاطمئنان بعدم الامكان الى الأبد، و الملحق بالتلف هو الثانى، و الموجب للخيار هو الأول. فتأمل فان ذلك قابل للمنع.

الخامس: اذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته، فهل ينتقل الضمان ام لا؟ ملخص القول: انه مع فقد بعض ما يعتبر فيه ان صدق عليه القبض الذى حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجى على ما تقدم انتقل الضمان، اذ لم يؤخذ فى موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، و عليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذى اليد كفى و ان جاز استرداده.

و أما الكيل و الوزن: فان كان البيع شخصياً فهما غير معتبرين فى القبض، و على فرض الاعتبار تعديداً لا- وجه لاعتبارهما فى رفع الضمان، و ان كان كلياً فالوفاء لا يكون الا بالكيل و الوزن، فالقبض بلا اذن من البائع لا يحقق الوفاء و لا يشخص ملك المشتري كى يرتفع الضمان.

و أما النقل بناء على اعتباره: فان كان معتبراً فى صدق القبض فهو يعتبر فى رفع الضمان و ان كان غير معتبر فيه و ان اعتبر تعديداً فلا يكون معتبراً فى رفع الضمان.

و مما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخليء على القول بعدم كونها قبضا، كما ظهر ما في كلمات الشيخ من الاشكال.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٨

[...]

انتقال الضمان بالاتلاف

السادس: في الاتلاف، و هو قد يكون من المشتري، و قد يكون من البائع، و قد يكون من الأجنبي.

فان كان الاتلاف من المشتري فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجي، فبالإتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، و لا فرق في ذلك بين العلم و الجهل. و ان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للسماوى و الاختيارى فينفسخ العقد من غير فرق بين صورتين، و الا فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة، و هو كون التلف من المشتري لا من البائع. و ان كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه: الأول: ما عن المبسوط و الشرائع و التحرير، و هو: كونه كالتلف موجبا للانفساخ. الثاني: كونه موجبا لضمان الغرامة.

الثالث: تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمى، و الرجوع ببدل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم الشيخ ره.

و استدل للأول: بان الانفساخ في النص علق على التلف، و هو قد يكون قهريا و قد يكون اختياريا، و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه، بل ظاهر خبر عقبه ابن خالد شموله للاختيارى، فان السرقة المنزلة منزلة التلف لا تكون الا بالاختيار، و لا فرق في هذا المعنى بين اتلاف الأجنبي و البائع.

و فيه: ان التلف منصرف الى القهري. و بعبارة اخرى: انه بحسب المتفاهم العرفى مقابل للاتلاف، و خبر عقبه قد مر انه ضعيف السند

لمحمد بن عبد الله بن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٦٩

[...]

هلال.

و بما ذكرناه يظهر مدرك القول الثانى، فانه اذا لم يشمل النبوى يشمله من اتلف مال الغير، بل لو شك فيما ذكرناه و احتمال شمول التلف لمورد الاتلاف يجرى استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري، و ينقح بذلك موضوع من اتلف.

و استدل للثالث بوجهين: الأول: انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى و الانفساخ و هو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و سبب ضمان الغرامة و هو من اتلف مال الغير، و حيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخير.

و فيه: اولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما اذا كان السبب اختياريا.

و ثانياً: انه لا تنافى بين الدليلين فى المقام: فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة و صيرورة المال للبائع، و يرتفع بذلك موضوع من اتلف مال الغير.

و بعبارة اخرى: ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، و ليس هو كسائر الادلة حافظا لموضوعه، و دليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين و لا تراحم.

الثانى: ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري، و حيث انه متعلق بمال المشتري فيشمله دليل من اتلف مال الغير، فله الخيار و التضمنين بالبدل، و حيث انه مع اعمال احدهما لا مورد للآخر يتخير بينهما.

و اورد عليه: بان دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما اذا بقى المال على قابلية التسليم، غاية الأمر تعذر لعارض. وفيه: انه تخصيص بلا وجه، و عليه فيتخير المشتري بين الفسخ واخذ الثمن، و الابقاء واخذ القيمة. و ان كان الاتلاف من الأجنبي جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، و وجه فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٧٠ [٠٠٠].

الانفساخ فيه اظهر لما في خبر عقبه من الانفساخ بما هو بمنزلة اتلاف الأجنبي، فالأظهر فيه ايضا التخيير بين الفسخ واخذ الثمن و الابقاء واخذ البديل من الأجنبي. و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتلفه البائع ففي كونه كإتلافه قبل القبض أو كونه اتلافا له بعد القبض وجهان، اختار او لهما في محكي التذكرة. و استدل لكونه كإتلافه قبل القبض بوجهين: احدهما: ان القبض بلا اذن كالعدم، و قد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن. ثانيهما: ان اتلاف البائع اياه استرداد، فكما انه لو استرده فاتلفه يكون من الاتلاف قبل القبض، و كذا لو تلف باسترداده، كذلك لو اتلفه فانه استرداد بالاتلاف. و فيه: اولاً: انه لو استرده فاتلفه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض. و ثانياً: ان الاتلاف ليس استرداداً- الذي هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء- بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير. فالأظهر انه من الاتلاف بعد القبض.

تلف الثمن كتلف المثل

السابع: صرح غير واحد بان تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين. و قد استدل له بوجوه: احدها: الاجماع. و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين او احتمال كونه احد المذكورات لا يعبا به لعدم كونه تعدياً. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٧، ص: ٤٧١ [٠٠٠].

ثانيها: قوله (عليه السلام) في خبر عقبه المتقدم فاذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه بتقريب: ان ضمير لحقه يرجع الى البائع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض. و فيه: ان كونه ضامناً للثمن اعم من الانفساخ، و ارادة الضمان المعاوضي لا ضمان الغرامة غير ثابتة. و ما افاده المحقق النائيني ره من صراحة الرواية او ظهورها في ارادة الضمان المعاوضي و سراية هذا الحكم الى الثمن، يرد عليه: انه مع اختلاف التعبير كيف يدعى ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لا المعاوضي كما لا يخفى، مع ان الخبر ضعيف السند كما تقدم. ثالثها: صدق المبيع على الثمن، فيعنه النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه وجه توهم الصدق ما اشتهر من صدق البيع على الاثراء لكونه من الأضداد. و فيه: انه لا يصدق ذلك، و ليس البيع من الأضداد كما تقدم.

رابعها: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمني في ضمن البيع تسليم الثمن الى البائع، فاذا لم يمكنه التسليم بطل العوضية. وفيه: انه ان قيد العوضية الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع، والا- فلا- يوجب اشتراط التسليم الا- الخيار. فالحق انه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن.

و بما ذكرناه يظهر الحال في سائر المعاوزات، فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم، نعم في خصوص الاجارة تنفسخ الاجارة بتلف العين، فان المملوك فيها هي المنفعة، و مع عدم العين لا منفعة، فلا شيء حتى يملك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٧٢

[...]

تلف بعض المبيع قبل قبضه

الثامن: لو تلف بعض المبيع، فتارة، يكون التالف هو الجزء الذي يقسط عليه الثمن، و اخرى: هو الوصف او الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن.

فتنتيخ القول فيه بالبحث في موردين:

اما الأول: فمقتضى عموم النبوى كل مبيع تلف «١»، هو انفساخ البيع بالاضافة اليه لصدق المبيع على كل جزء من الأجزاء، و عدم صدق البيوع على بيع الدار مثلا لا ينافي ذلك، فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية، و وحدة عمومية لا شخصية.

و أما الثاني: فالحق ان تلف الوصف لا يوجب الانفساخ و لا أخذ الارش. اما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ، و اما الثاني، فلأن ثبوت الارش انما يكون بالتعبد، و دليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، و لا يشمل الحادث بعده.

و الشيخ ره ذهب الى ان النبوى الدال على الانفساخ في تلف الكل و الجزء الذي يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد و الامساك بالارش في المقام، بتقريب: ان معنى كونه من مال البيع و وقوع التلف في ملكه، و لازم تقديره في ملك البائع ان العقد كأن لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد، و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان هو الوصف او الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن و فقده موجب للتعيب جريان احكام العيب، فان المنفى على الأخير حيثه الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٧، ص: ٤٧٣

[...]

و قوله على المعيب.

و فيه: اولاً: الموضوع في النبوى تلف المبيع، و وصف الصحة و كذا ما بمنزلته ليس مبيعا و لا جزء منه، و حملة على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينه.

و ثانياً: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان الوصف و ترتب حكم الخيار.

و قد يقال في تقريب ما افاده الشيخ ره: بان المستفاد من النبوى تنزيل لتلف، و النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

وفيه - مضافا الى الايراد الأول الذى اوردناه على ما افاده الشيخ ره- ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله فى ملك البائع، بحيث يضاف اليه التلف و هو ملكه، و ليس لانزم ذلك فرض دخوله فى ملك البائع قبلا او فرض وقوع التلف قبل العقد كى يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

و ربما يستدل لجواز الرد بل على اخذ الارش: بحديث لا ضرر «١» بدعوى ان المبيع اذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضررا على المشتري، فوجوب البيع الذى حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعا بالحديث، و حيث انه ربما تكون الحاجة ماسة الى المعاوضة، فيكون فسخها ايضا ضررا عليه، فله الامساك واخذ الارش، فتكون النتيجة هو التخيير بين الأمرين. وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار.

(١) الوسائل - باب ١٧- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٧، ص: ٤٧٤

[...]

و ثانيا: ان الصبر على المعيب فى نفسه لو كان ضروريا لا يقتضى كون العقد خياريا، و البيع لا يصير ضروريا بذلك، بل هو بالقياس الى التعيب قبل القبض و بعده على حد سواء.

و بالجملة: بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر و موجبا لاستقرار الضرر على المشتري، و مجرد ارتفاع الضرر بذلك لا يصلح رافعا له.

و ثالثا: ان اخذ الارش مما لا وجه له اصلا، فان الامساك بلا ارش و ان كان ضررا على المشتري الا انه مع الارش ضرر على البائع، و لا أولوية لأحد الضررين على الآخر. فالأظهر عدم جواز الرد لو لا الاجماع.

و الحمد لله على ما انعم علينا بالنعمة الجسم التي من اعظمها تحرير الكتب الفقهية و نشرها و منها هذا الكتاب و هو الجزء السابع عشر من كتاب فقه الصادق، و كان ختامه فى يوم الثلاثاء ١٥ جمادى الثانية سنة ١٣٨٢. و انا الأحقر محمد صادق الحسينى الروحانى عفى عنه.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبَحَار - فى تليخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحداً من جهايدة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفئ مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب

الجوامع، بالليل و النهار، في مجالاتٍ شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأدق للمسائل الدينية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلاية المبتدلة أو الردية - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...
- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينية، السياحية و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدة مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمي لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الدينية كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني / بنائه "القائمة"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميته، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً مترائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكلّ احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

