ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر ابن مرتضى

الدرچهاى الاصفهانى

المجلد الرابع عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الشيرازي



الطبعة الأولى



مِيزَانُ الفِقَاهَةِ

سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/ج ١٤، تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛ بمساعدة الشیخ محمدعلی أصفیائی، جواد رحمتی.
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ١٣٩٦ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ – ۲۰۰ – ۹۸۸ – ٩٦٤ - ۹۷۸؛
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۵/۱۸۳BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۳۴۲/۲۹۷
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرجيلي الاصفهاني



اعداد

السيد صادق الحسيني الشكوري

بمساعدة

الشيخ محمدعلي أصفيائي رحمه الله جواد رحمتي

المجلد الرابع عشر

مجمع الذخائر الاسلامية – قم، ايران
الطبعة الأولى
١٤٣٨ هـ ق. ١٣٩٦ هـ ش. ٢٠١٧م

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپي رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشي از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشي از آنها در ضمن بانكهاي اطلاعاتي و تهيهٔ برنامه‌هاي رايانه‌اي يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت، شبكه‌هاي اجتماعي و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوي، بدون اجازهٔ قبلي ناشر بصورت كتبي، ممنوع مي‌باشد.

©MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2017

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية ـ قم ، ايران

ميزان الفقاهة ـ ج ١٤

كتاب الخيارات (تعليقة على مسألة الخيارات من مكاسب الشيخ الأنصاري)

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اى الاصفهانى قدس سره الشريف

إعداد : السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة : الشيخ محمدعلي أصفياني، جواد رحمتي

تنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١٧ م (١٤٣٨ ق – ١٣٩٦ ش)

مطبعة هوشنگي، تجليد: دانشمند ـ قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

ردمك : دورة ٠ – ٢٠٠ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨؛

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، مجمع الذخائر الاسلامية - قم المقدسة

هاتف: ٣٧٧٤٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

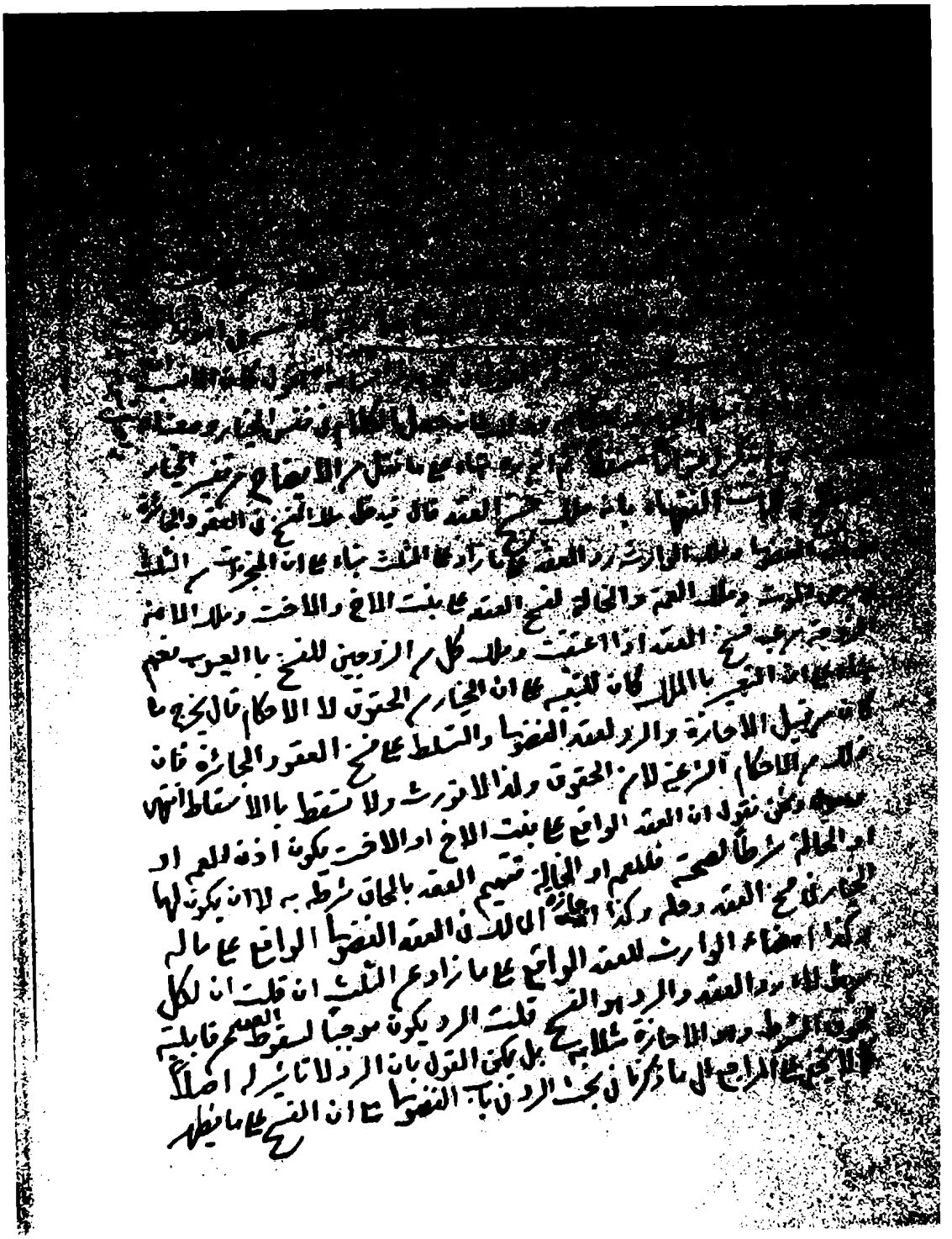
نقال: ٩٩١٩٣٧٠٤٢٠ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

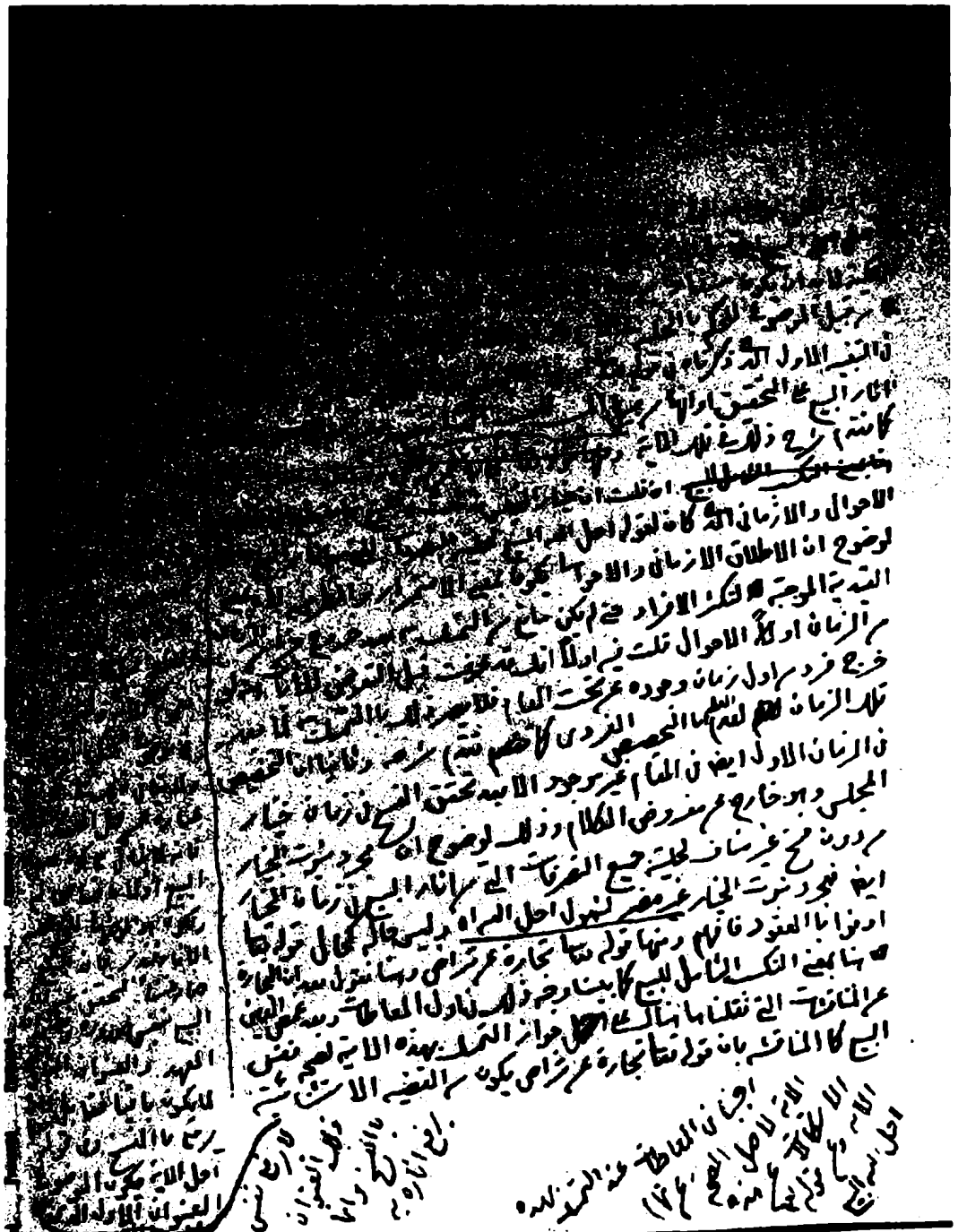
Email: info@zakhair.net

telegram: @alfehrest

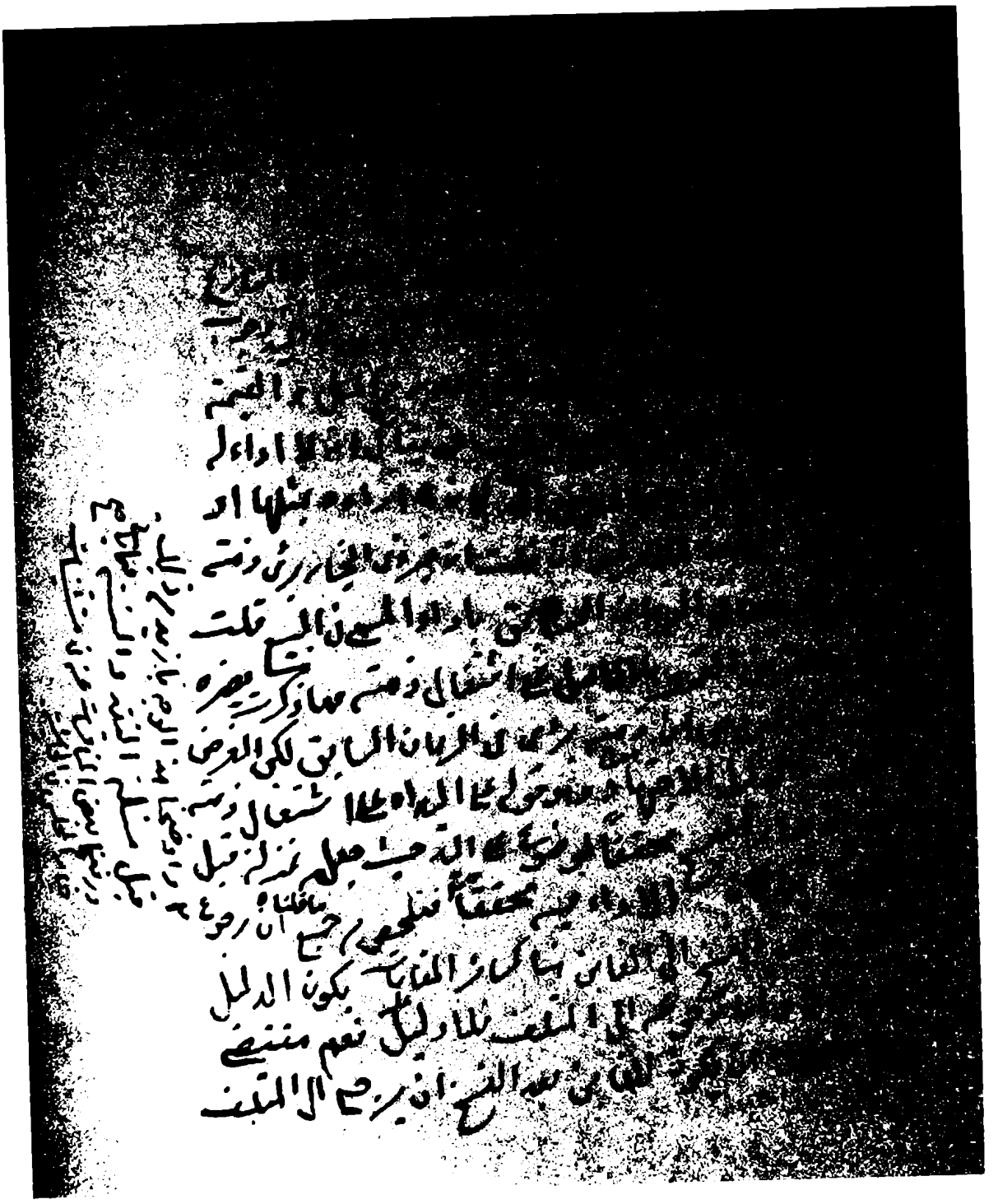

بسم الله الرحمن الرحیم



الصفحة الأولى من هذا المجلد بخط السيد الدرجهاى



صفحة أخرى من المخطوطة بخط السيد الدرجهاى



الصفحة الأخيرة من المخطوطة بخط السيد الدرجماى

تعليقة على مسألة الخيارات

من مكاسب شيخنا المرتضى

في الخيارات

بسم الله الرحمن الرحيم

حسبنا الله ونعم الوكيل

الحمد لله كثيراً كما هو أهله ومستحقّه، وصلّى الله على محمّد وعترته الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين.

أما بعد:

فهذه تعليقة على مسألة الخيارات من مكاسب شيخنا المرتضى ـ أعلى الله مقامه ورفع الله درجته ولا تخيّبنا فيما رجوناه منه في أمور دنيانا وآخرتنا؛ فإنه قريب مجيب ـ

قوله: القول في الخيار وأقسامه... اه[1].

أقول: كان الأنسب أن يقول: القول في أقسام الخيار وأحكامه؛ وذلك لأنه جعل الكلام في نفس الخيار، ومعناه في المقدمة ولم يذكر له عنواناً مستقلاً، وأصل ثبوته يذكر في ضمن إثبات أقسامه.

في الإشارة إلى معنى الخيار لغةً واصطلاحاً

ثمّ إنه ﷺ بناءً على ما نقل من الإيضاح من تفسير الخيار المصطلح في كلمات الفقهاء «بأنه ملك فسخ العقد»، قال: فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة وفي عقد الفضولي،

---

١) كتاب المكاسب ٩/٥.

وملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثُّلث بناءاً على أن المنجِزات من الثُّلث في مرض الموت، وملك العمة والخالة لفسخ العقد على بنت الأخ والأخت، وملك الأمة المزوّجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

نعم؛ بناءاً على أن التعبير بالملك كان للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا الأحكام، قال: يخرج ما كان من قبيل الإجازة والردّ لعقد الفضولي والتسلط على فسخ العقود الجائزة؛ فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق، ولذا لا تورث ولا تسقط بالإسقاط؛ إنتهى.

ونحن نقول: إن العقد الواقع على بنت الأخ أو الأخت يكون إذن العمة أو الخالة شرطاً لصحته، فللعمة أو الخالة تتميم العقد بإلحاق شرطه به، لا أن يكون لهما الخيار في فسخ العقد وحلّه، وكذا إجازة المالك في العقد الفضولي الواقع على ماله، وكذا إمضاء الوارث للعقد الواقع على ما زاد عن الثُّلث.

إن قلت: إن لكلّ من هؤلاء ردّ العقد، والرد هو الفسخ.

قلت: الرّد يكون موجباً لسقوط العقد عن قابلية لحوق الشرط، وهو الإجازة ـ مثلاً ـ به، بل يمكن القول بأن الرّد لا تأثير له أصلاً، كما لا يخفى على المُراجع إلى ما ذكرنا في بحث الرد في باب الفضولي، مع أن الفسخ على ما يظهر /٤٤٧/ منهم عبارة عن حلّ العقد التامّ المؤثر.

ثمّ إنه لو استعمل لفظ الخيار في مثل باب الفضولي فيكون لفظ الخيار بمعناه اللغوي، كما أن استعمال لفظ الخيار فيما يكون من قبيل الحكم ـ كما في العقود الجائزة ـ يكون بمعناه اللغوي لا بالمعني المصطلح للفظ الخيار في لسان المتأخرين.

ثم إنّه لو استعمل لفظ الخيار في مثل باب الفضولي، فيكون لفظ الخيار بمعناه اللغوي كما أن استعمال لفظ الخيار فيما يكون من قبيل الحكم كما في العقود الجائزة، يكون بمعناه اللغوى، لا بالمعنى المصطلح للفظ الخيار في لسان المتأخرين.

قوله: وقد يعرّف بأنه ملك إقرار.. [1] اه.

---

١) كتاب المكاسب ١٢/٥.

أقول: هذا الكلام من الجواهر. ولهذا التعريف تتمة لم ينقله المصنفﷺ فإنه عرّف بأنه ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدّة معلومة.

ونحن نقول: إن قوله بعد وقوعه غير محتاج إليه؛ لأن إقرار العقد بأيّ واحد من التفسيرين اللذين ذكرهما المصنفﷺ وكذا إزالته لا يمكن إلّا بعد وقوع العقد.

وأما قوله «مدّة معلومة» أيضاً غير محتاج إليه؛ لأن ذلك غير مأخوذ في معنى الخيار المصطلح، ولا ينافي ذلك ثبوت المدة المعلومة لكلّ واحد من الخيارات؛ إذ ذلك لا يقتضي كونها مأخوذة في مفهوم الخيار بحيث لا يعدّ ما لم يعلم مدّته خياراً. ومنه لم يأخذه المصنفﷺ في التعريف الذي اختاره.*

قوله: الثانية ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه، أن الأصل في البيع اللزوم.. [1] اه.

أقول: تعرض المصنفﷺ لبيان صحة أصالة اللزوم في البيع هنا وفي أواسط مسألة المعاطاة، حيث تظهر ثمرة هذا الخلاف في فروع الخيارات وفي بعض فروع المعاطاة، حتى على القول بأن المعاطاة لا تفيد إلّا الملكية الجائزة في الجملة.

في بيان أصالة اللزوم في البيع وسائر العقود

ثمّ إن الكلام في أصالة اللزوم، تارة: يقع في مطلق العقود حيث إنه لو ثبت هذا الأصل فلابدّ من أن نقول: إن مثل الوكالة وأشباهها من العقود الإذنية وغيرها خرج عن هذا الأصل

---

*) ***إن قلت: لعلّ زيادة الجواهر لبعض القيود لإخراج ما قاله المصنف بدخوله في تعريف المشهور مما ليس من الخيارات.***

قلت: كل ما كان فيه حلّ العقد كفسخ الزوجين بالعيوب فلا وجه لإخراجه؛ لأنه من الخيارات حقيقة سواء قلنا بثبوت مدّة معينة لها أم لا؛ لأن ذلك غير مأخوذ في معنى الخيار.

وأما ما ليس فيه حلّ العقد؛ فلا يشمله ملك فسخ العقد كما تقدم.

نعم؛ لو كان المراد تعريف الخيار الذي من الحقوق، فلابدّ من بيان قيد لإرادته بالخصوص. ومجرد ذكر لفظ مشعر بذلك ـ كلفظ الملك على ما قاله المصنف ـ غير كافٍ في مقام التعريف. (منه قدّس سرّه).

١) كتاب المكاسب ١٣/٥؛ منية الطالب ٦/٣.

بالإجماع وغيره، والذي يتمسّك به لهذا الأصل بعض الإطلاقات والعمومات، بل الإستصحاب في الجملة.

وتارة: في خصوص المعاوضات وما يكون منها من قبيل التمليك. والدليل على أصالة اللزوم هنا مضافاً إلى العمومات والإطلاقات استصحاب الملكية.

وتارة: في خصوص البيع.

والدليل على أصالة اللزوم هنا مضافاً إلى الإطلاقات و/٤٤٨/ العمومات واستصحاب الملكية، بعض الأخبار الواردة في خصوص البيع، بل و[١] بعض الآيات. فلو تعرّضنا لحالة أصالة اللزوم في البيع، فيعلم في ضمنه حال أصالة اللزوم في سائر العقود لذكر أدلة أصالة اللزوم لجميع العقود في ضمنه.

نعم؛ كلّ دليل قلنا بتمامية دلالته على أصالة اللزوم نشير إلى حدّ دلالته حتى يوضح حال أصالة اللزوم في جميع العقود في الجملة بالنسبة إلى الأدلة العامة وفي خصوص البيع مطلقاً.

قوله: قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم.. [٢] اه.

أقول: هذا الأصل ذكره غيره وتبعه القوم.

ثم إن في العبارة التي نقلها عن التذكرة غموضـ[ـاً] يحتاج إلى الشرح؛ حيث إنه صرّح بأن «الأصل الإستصحاب»، وقبل ذلك علّل أصالة اللزوم بأن الشارع وضع البيع لنقل الملك، وبعد ذلك يقول: والغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين فيما صار إليه وإنما يتمّ باللزوم..[٣] اه.

وذلك؛ لأنه لو كان [غرضه] من قوله: والغرض.. اه، هو غرض الشارع، كما قال: أولاً إن الشارع وضع البيع ..اه، فحينئذٍ يصير هذا برهاناً عقلياً على أن [ال]بيع لازم لئلا يلزم نقض غرض الشارع، فيصير المراد من الأصل هو نقض الغرض، وهذا ينافي مع أنه صرّح بأن الأصل الإستصحاب.

وأما توجيه كلامه بحيث يرفع عنه هذا الإشكال بأن يقال: إن قوله: أولاً بأن الشارع وضع

---

١) في المخطوط: وبل.

٢) كتاب المكاسب ١٣/٥.

٣) نفس المصدر السابق.

البيع لنقل الملك..اه يكون من باب ذكر المقدمة لبيان جريان الإستصحاب؛ أعني استصحاب الملكية، وقوله بعد ذلك: والغرض ..اه، يكون المراد غرض غير الشارع كغرض الفقهاء أو غير ذلك؛ فتدبّر.

المعنى الأول للأصل

قوله: الأول الراجح.... إلى قوله: مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة.

في بيان بطلان كون أصالة اللزوم بمعنى الغلبة

أقول: تارة نتكلم على فرض تسليم صغرى الغلبة في المقام، وتارة: في أصل تحقق الغلبة.

أما الأول: فنقول: لا دليل لنا على اعتبار الغلبة بنفسها ما لم يقم دليل على اعتبارها في الموارد من بناء العقلاء أو غير ذلك وما فيه البناء. وليس الملاك فيه مجرد الغلبة، بل لخصوصية المورد /٤٤٩/ أيضاً يكون مدخلية، كما أن بعض الظنون يكون بناء العقلاء عليها فيكون حجة دون غيرها، ولا وجه للمقايسة.

وأما الثاني: فأجاب عنه المصنف﵀ بأنه إن أراد الغلبة في الأفراد،* ففيه: أن غالبها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان، بل قيل لخمسة وعشرين خياراً يكون في البيع.

ثمّ إنه قد يتصدّى لإثبات الغلبة في المصاديق الخارجية من البيع؛ يعني أن ما يقع في الخارج بين الناس من أفراد البيع هو البيع اللازم. وذلك لأن بناء الناس غالباً على البيع اللازم، فلذا يمكن أن يقال إن: أغلب البيوع المحققة في الخارج تكون لازمة.

وردّ بأن من جملة الخيارات خيار المجلس، وهو موجود في كلّ بيع.

وأجيب بأن بناء الناس في مقام البيع غالباً على الإسقاط للخيارات.

وردّ بأنا نمنع كون بناء الناس غالباً على إسقاط جميع الخيارات.

أقول: على ثبوت الغلبة وحجيتها لا ينفع مثل هذه الغلبة لما هو محل الكلام. وذلك لأن

---

*) *أي الأنواع (منه قدّس سرّه).*

محل الكلام في الشبهة الحكمية من أن أيّ نوع من البيع يكون لازماً. وإثبات أن الأصل في الأنواع اللزوم، بإثبات الغلبة فيها لا بإثبات الغلبة في المصاديق، ولو كان جميع المصاديق من نوع واحد.

وإنما تثمر هذه الغلبة إذا كان الشك في أن المصداق المتحقّق في الخارج من أنه كيف يكون حاله نظير أصالة الصحة الجارية في أفعال المسلمين، حيث إنها أيضاً لإحراز الصحة عند الشك في أن ما تحقق في الخارج هل هو ما كان صحيحاً.

ثمّ إن المصنفﷺ **يقول**: وإن أراد الغلبة في الأزمان يعني أن كلّ بيع بعد تحقق ذلك البيع يكون في أغلب زمانه لازماً؛ حيث إن كلّ واحد من الخيارات له مدّة قصيرة وبعد انقضاء تلك المدة تصير لازماً دائماً؛ فمثل هذه الغلبة مسلّم، لكنّه لا ينفع لما هو محل الكلام من إثبات أصالة اللزوم في الأفراد يعني كون البيع لازماً من أول الأمر.

إن قلت: إن الغرض أيضاً إثبات أصالة اللزوم بالنسبة إلى الأزمان بحيث لا ينافي ذلك مع ثبوت الخيار من أول الامر لأغلب البيوع.

قلت: إثبات أصالة اللزوم بالنسبة إلى الأزمان بحيث لا ينافي هذا الأصل لثبوت الخيار للبيوع خارج عن محل / ٤٥٠ / الكلام مسلّماً.

ومنه قال في القواعد ـ على ما حكاه المصنفﷺ عنه ـ: أنه إنما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت الخيار أو ظهور عيب[1].

في التوجيهات التي تكون لعبارة القواعد

ثمّ إن في هذه العبارة من القواعد إشكالاً تعرّض المصنفﷺ له ولتوجيهه، وحاصل الإشكال: أن ظاهرها أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار مع أنه من أسباب الخيار.

وحاصل التوجيه:

---

١) القواعد ٢/ ٦٤.

بجعل ذلك من باب عطف الخاص على العام لكن مع الاعتراف بنقص في العبارة؛ لأنه لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل على نفسه، وهو مباين له.

أو بجعل ذلك من باب عطف قسم من الخيار، وهو ما كان لنقص في أحد العوضين على قسم آخر منه وهو ما كان بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين من غير جهة نقص في أحد العوضين، لكن مع الإعتراف ببقاء النقص في العبارة من جهة أنه ذكر في المعطوف عليه لفظ الخيار الشامل لتمام الخيارات، وفي المعطوف لم يذكر لفظ الخيار.

أو بدعوى أن نفس العيب سبب مستقلّ لتزلزل العقد في مقابل الخيارات كلّها. وتوضيحه أن العيب موجب للخيار أو الأرش؛ أما من جهة أنه موجب للخيار فداخل في الخيارات التي كانت معطوفاً عليها، وأما من جهة أنه موجب للأرش، فيوجب تزلزل مجموع العقد من حيث مجموعه، حيث يكون للمشتري ردّ ما يقابل وصف الصحة من الثمن، لكن يرد على ذلك أنه مبنيّ على القول بأن الأرش يكون على طبق القاعدة؛ لدعوى أن وصف الصحة ليس كسائر الأوصاف بحيث لا يكون شيء من الثمن فى مقابلها؛ نظراً إلى أن الأوصاف كالشروط توجب زيادة المالية في العين وأن الثمن في البيع يكون في مقابل العين.

ومنه لا يوجب تخلف الوصف الذي أخذ وجوده في العوضين إلّا الخيار، بل يكون وصف الصحة بمنزلة الإجزاء في وقوع الثمن في مقابلها، كما صرّح به المصنف قبل مسألة توارد الأيادي في باب الفضولي.

ومقتضى ذلك أن يكون للمشتري ردّ ما قابل وصف الصحة من أصل الثمن ولم يكن للبايع تبديله.

فيه إشارة إلى أن وصف [الصحة] كسائر الأوصاف في ما يقابل الثمن

وعلى هذا؛ يرد على هذا التوجيه أن العلامةﷺ يقول بفساد / ٤٥١ / هذا المبنى؛ لأنه يقول: إن للبايع إبدالَ الثمن؛ لأن الأرش غرامة.

أقول: بل لو قلنا بأن وصف الصحة كالجزء في وقوع الثمن في مقابله، فلابدّ من أن نقول ببطلان هذا الجزء من البيع، كما في مسألة بيع ما يملك وما لا يقبل التملك، لا أن نقول بتزلزل

مجموع العقد من حيث المجموع، بل هذا يصير ردّاً على أصل المبنى، وهو القول بأن وصف الصحة مغاير لسائر الأوصاف وأن الثمن يقع في مقابله، كما يظهر ترجيح المصنفﷺ ذلك قبل مسألة توارد الأيادي وإن أوهنه في المقام.

هذا؛ مع قطع [النظر] من أن الوصف من حيث إنه وصف لا فرق بين أقسامه ما لم يرجع إلى الجزء؛ فتدبّر جيّداً.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرناه في توجيه كلام القواعد ما يرد على كلام المصنفﷺ في المقام، وذلك لأنه ظهر مما ذكرنا أن لكلام القواعد توجيهات ثلاثة، وكان كلّ توجيه محل الإيراد، مع أن المصنف جعل بعض التوجيهات من قبيل الجواب عن الإيراد الوارد على التوجيه السابق، مع أن ما يذكره بعده توجيه آخر لا مصحّح للتوجيه السابق عليه؛ فتدبّر.

المعنى الثاني للأصل

قوله: الرابع: المعنى اللغوي بمعنى أن وضع البيع وبنائه [عرفاً و شرعاً] على اللزوم...[1] اه.

أقول: المدرك لادّعاء ذلك أنه يستفاد من جعل الخيار حقاً لأحدهما أو لَهُما، بحيث يقبل الإسقاط أن المقتضي للّزوم موجود في البيع، فيكون لازماً لولا يمنعه مانع من ثبوت حق فيه لأحد.

ومنه لا يدّعى هذا الإقتضاء في العقود التي يكون الحكم الشرعي فيها الجواز بحيث لا يقبل الإسقاط.

فظهر أن كون وضع البيع على اللزوم بهذا المعنى غير منافٍ لثبوت الخيارات حتى ينكر هذا الأصل لذلك.

ثمّ إنهﷺ يقول: فالأصل هنا ـ كما قيل ـ نظير قولهم الأصل في الأجسام الإستدارة[2]؛ فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الإستدارة لأجل التأثير الخارجي. ونحن نقول: إن

---

١) كتاب المكاسب ١٤/٥؛ حاشية المكاسب (السيد اليزدي) ٣/٢.

٢) كتاب المكاسب ١٥/٥، و في المصدر «الجسم» بدل «الأجسام».

الأصل في المقام ليس بمثل هذا النظير؛ لأن المراد من الأصل في الأجسام أنها خلق أولاً على وجه الإستدارة ثم حصل تغير الإستدارة لأجل تأثر خارجي.

وأما الملكية أو العقد فلم يوجد أولاً على وجه اللزوم؛ حيث إن الشك في كل مورد في أن ما يوجد في البين هل يكون جائزاً أو لازماً ؟

في أن وضع البيع على اللزوم بمعنى أن مقتضى اللزوم يكون فيه

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن قولهم: وضع البيع عرفاً وشرعاً على اللزوم، فنقول: إنه بالنسبة إلى الشرع لو كان المراد هو أن مقتضى العمومات والإطلاقات أن يكون البيع كذلك أو أن مقتضى الإستصحاب أن يكون كذلك، ففيه: أنهما وجهان مستقلان يأتي الكلام فيهما ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما لو كان المراد ما هو ظاهر كلامه /٤٥٢/ من أن اقتضاء البيع اللزوم وأن عدم اللزوم في بعض الموارد لأجل مانع من ثبوت حقٍّ فيه، فإن رفع اللزوم بثبوت الحق القابل للإسقاط يكشف من اقتضاء اللزوم؛ ففيه ـ بعد تسليم ذلك ـ: أن ذلك لا ينفع لإثبات اللزوم في الموارد المشكوكة التي هي الغرض الأصلي في المقام إلّا على القول بتمامية قاعدة المقتضي والمانع على نحو الإطلاق بأن نقول: إذا أحرز المقتضي وشُكّ في وجود المانع فلا يعتنى باحتمال وجود المانع على نحو الإطلاق، فيحكم بثبوت المقتضى ـ بالفتح ـ.

وفيه: أنا قلنا في محله بعدم تمامية هذه القاعدة على نحو الإطلاق، بل في خصوص صورة كان احتمال وجود المانع موهوناً في نظر العقلاء، كما لو شك في المانع في الموارد التي تكون مرتبة احتمال وجود المانع بأيدينا، كما في احتمال وجود المانع عن وصول الماء إلى البشرة في مثل الغسل والوضوء وغير ذلك.

فإنه هنا يمكن إحراز أن احتمال وجود المانع يكون موهوناً حتى لا نعتني باحتمال وجوده، وهذا بخلاف ما لو لم يكن مدرك وجود المانع بأيدينا حتى يصير احتمال وجوده موهوناً كما في المقام، حيث لا يعلم المانع إلّا الشارع، فليس لنا طريق إليه حتى يصير احتمال وجوده موهوناً في نظرنا.

نعم؛ لو فرض أنه وجد بعض القرائن الموجبة لصيرورة احتمال وجود المانع هنا موجوداً أيضاً، فنسلّم ما ذكرت.

وأما بالنسبة إلى العرف، نقول: لو كان المراد أن بناء الناس في البيوع التي تتحقق عندهم على اللزوم إلّا أن يوجد في البين خصوصية مِن عيبٍ أو غير ذلك حتى يرفع اللزوم، فحينئذٍ نقول ـ بعد تسليم أصل البناء وتسليم أن الشارع لم يردع عن بناء الناس في البيع ـ إن الموانع الموجبة لرفع اللزوم في أنظار الناس غير منضبطٍ، فلا ينفع في الموارد التي نشكّ في وجود مانع عن اللزوم في البين.

نعم؛ لو فرض مورد نقطع بعدم وجود شيء من الموانع العرفية ولم يثبت المانع من الشرع، فنسلّم البناء على اللزوم بعد تسليم المقدمتين الأوليين.

في إثبات اللزوم بالإستصحاب [المعنى الثالث للأصل]

فيكون الأصل بمعنى الإستصحاب

الثالث من معاني الأصل أن يكون بمعنى الإستصحاب[1] كما تعرّض له المصنف﵀ هنا في آخر كلامه وتعرّض له في المعاطاة أيضاً مفصلاً.

وهنا نقول: /٤٥٣/ أولاً إن نفس جريان الإستصحاب هنا لإثبات اللزوم موقوف على أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ؛ لأنه لابدّ إما من أن تكون الملكية اللازمة والملكية الجائزة ماهية واحدة، كما أن الحدث الحاصل من النوم والبول كذلك، حتى يجري استصحاب الملكية المقتضي للّزوم.

وإما من أن نقول: إن الإستصحاب الكلي مطلقاً أو في مثل المقام صحيح حتى لا يضرّ بجريان استصحاب الملكية دوران الملكية بين الملكية الجائزة والملكية اللازمة، وكونهما ماهيتين مختلفتين، نظير الحدث الحاصل من النوم والحدث الحاصل من الجماع.

وثانياً بعد فرض جريان استصحاب الملكية من حيث هو لأحد الوجهين السابقين نقول:

---

١) كتاب المكاسب ١٤/٥.

إن إثبات اللزوم بهذا الأصل مبنيّ على أن لا يكون في البين أصل آخر حاكم عليه، وكان مقتضى هذا الأصل الحاكم عدم اللزوم.

فهنا مقامان:

الأول: في تصحيح أصل جريان استصحاب الملكية من حيث هو، وعرفت أنه موقوف إما على كون الملكية الجائزة واللازمة ماهيةً واحدة، وإما على صحة استصحاب الكلي.

في الوجوه التي ذكرت لاختلاف الملكية الجائزة واللازمة ماهيةً

أما الأول؛ وهو أن الملكية الجائزة واللازمة ماهية واحدة أم لا؟ فنقول: إنه استدلّ على كونهما ماهيتين مختلفتين بوجهين:

الوجه الأول أن اقتضاء الملكية للزوم تارة وللجواز أخرىٰ؛ يكشف من اختلاف حقيقة الملك في المقامين يكون مختلفاً؛ لأنه لا معنى لأن تؤثّر الماهية الواحدة أثرين مختلفين.

وبالتقريب الذي ذكرنا لهذا الدليل اندفع ما أورده المصنف﵀ في مسألة المعاطاة على القول بأن الملكية الجائزة واللازمة[1] ماهيتان؛ بأن الجواز واللزوم ليسا من الأجزاء المقوِّمة للملك، وإنما هما حكمان للملك وأن اختلاف حقيقة السبب المملِّك في المقامين صار منشأً لاختلاف حكم الملكين في الخارج.

بيان الإندفاع: أنّا لا نقول: إن الملك الجائز ماهية باعتبار الجواز مقوِّماً له، فيكون الملك اللازم ماهية أخرى؛ لأن المقوّم هنا هو اللزوم. فيكون الجواز واللزوم بمنزلة الفصل، فيكون الملكان نظير الإنسان والبقر؛ حيث إنهما مشتركان في الحيوانية ويختصّ كلّ واحد منهما بفصل، بل نقول: إن اختلاف أثر الملك يكشف عن تعدّد الماهية؛ لأنه لا معنى لأن تكون الماهية الواحدة أثرها مختلفاً في الموارد.

الوجه الثاني: ما نقلناه في مسألة المعاطاة أيضاً، وهو أنه لا شك أن السبب المملّك في الملك الجائز غير السبب المملّك في الملك اللازم. وإذا كانت الأسباب /٤٥٤/ متعدّدة، فلابدّ

---

١) راجع: بلغة الفقيه ٨٥/٢.

أن تكون المسبّبات أيضاً متعدّدة؛ لأن الأصل عدم تداخل الأسباب.

ثمّ إن التعدد الشخصي للمسببات كافية إلّا أن كفاية التعدد الشخصي إنما هو في كل مورد يكون المسبب من الأفعال؛ وأما إذا كان من قبيل الأمور الخارجية كالملكية والصفات الخارجية، فحينئذٍ لابدّ من التعدد بحسب الماهية، ولا يكفي مجرد التعدد الشخصي.

ومقتضى ذلك أن الملكية الجائزة واللازمة نظير الحدث الحاصل من النوم والجماع، لا نظير الحدث الحاصل من النوم والبول.

أقول: قبل التعرض للجواب عن الوجهين يناسب التنبيه على أمرين:

الأول: إنه لو فرضنا أنه شككنا في كون الملكية الجائزة واللازمة ماهية واحدة أو ماهيتين، فيكون ذلك أيضاً مانعاً عن جريان استصحاب الملكية على القول بعدم جريان استصحاب الكلي. فمَنْ يكون غرضه إجراء استصحاب الشخصي فعليه أن يرفع الإحتمال من البين ويثبت أنهما ماهية واحدة.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما ذكره المصنف﵀ في باب المعاطاة من أن الشك في ذلك كافٍ في جريان الاستصحاب؛ فتدبّر جيّداً.

الثاني: إن القول بكون الملكية الجائزة بحسب الماهية مغايرة للملكية اللازمة يمكن أن يكون مراده أن ما به الامتياز بينهما من غير ما به الاشتراك؛ نظير الإنسان والبقر حيث إن ما به الامتياز بينهما من غير ما به الاشتراك بينهما، وهو الحيوانية.

ويمكن أن يكون مراده أن ما به الإمتياز بينهما من عين ما به الاشتراك بينهما كالسواد الضعيف والقويّ، إلّا أن الظاهر أن مراد القائل به هو الإحتمال الأخير.

في أن التمسك بأصالة عدم التداخل لإثبات اختلاف حقيقة الملكية الجائزة مع اللازمة فاسد، وبيان الدليل على اتحادهما من حيث الماهية

وإذا عرفت ذلك فلنرجع إلى الجواب عن الوجهين اللذين نقلناهما للقول باختلاف الملكية الجائزة واللازمة بحسب الماهية، فنقول:

أما عن الوجه الأول فنقول: إن ما ذكره المصنف﵀ في باب المعاطاة فيستفاد الجواب عنه

إلّا أنه يحتاج إلى تقريب؛ وذلك بأن نقول: إن اختلاف آثار الشيئين لا يلزم أن يكون ناشياً من اختلاف ماهيتهما، بل يمكن أن يكون اختلاف الآثار لاختلاف العوارض بعد اتحادهما من جهة الماهية، واختلاف العوارض إنما نشأ من اختلاف الأسباب المملّكة، ففي الحقيقة السبب المملّك يؤثّر في اللزوم والجواز.

ثمّ إنا نقلنا في مسألة المعاطاة عن الأستاذ﵀ من أنه قال في الجواب عن الوجه الأول: يظهر الجواب عن الوجه الثاني أيضاً.

وذلك بتقريب /٤٥٥/ أن نقول: إن صيرورة اختلاف السبب موجباً لاختلاف المسبب ليس ملازماً لأن يكون حقيقة الملكية المسببة عن سبب من الأسباب مغايرة مع الملكية المسببة عن غيره من حيث الماهية؛ بل يجوز أن يكون اختلاف الملك[ـيـ]تين من جهة العوارض الشخصية لكلّ واحد من الملك[ـيـ]تين.

وعلى هذا نقول: إن مثل البيع والهبة اللذين من أسباب الملكية اللازمة والجائزة يكون بينهما قدر جامع يكون اقتضاؤه الملكية، وليس علينا تعيين هذا القدر الجامع ويكون لكل واحد من السببين خصوصية خاصة يكون اقتضاؤها اللزوم والجواز أو ذلك من العوارض.

أقول ـ مع غمض العين عن بعض ما في هذا الجواب ـ إن أصل الوجه الثاني ـ وهو التمسك بأصالة عدم تداخل الأسباب لإثبات اختلاف ماهية الملكية الجائزة مع الملكية اللازمة ـ ليس بشيء حتى يحتاج إلى مثل هذا الجواب؛ لأنه مع غمض العين من أنا أثبتنا في محله أن الأصل تداخل الأسباب، نقول: إنه على القول بأن الأصل عدم تداخل الأسباب أيضاً لا يناسب التمسك به في المقام؛ وذلك لما عرفت من أن القول بعدم تداخل الأسباب أيضاً أن تعدّد المسبب من حيث الشخص أيضاً يكون كافياً، فعلى هذا عدم الإكتفاء بالتعدد الشخصي فيما لو كان المسبّب من قبيل الملكية والصفات لو كان من جهة أن المسبب غير قابل للتعدد إلّا بأن يكون الإختلاف بينهما من جهة الماهية، ففيه: ـ بعد الغمض عن كلّ شيء ـ أن من المقرر في مسألة تداخل الأسباب أنه لو كان المسبب غير قابل للتعدد لجهة من الجهات، فيكون القول بالتداخل هنا مسلّماً؛ هذا أولاً.

وثانياً: إن في المقام لمّا يكون مورد الملكيتين مختلفاً، فلا مانع من التعدد الشخصي، بل

التعدد الشخصي يكون موجوداً وأصالة عدم التداخل لا يقتضي بأزيد من ذلك.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يمكن مقايسة المقام بما إذا وقع سببان للنزح في البئر؛ حيث قال بعض هناك بأن النجاسة تصير شديدة؛ لأنه في مسألة البئر كان محل النجاسة واحداً، فتعدد التأثير كان بذلك، وفي المقام يكون محل الملكية متعدداً، /٤٥٦/ فبكلّ سبب يوجد فرد من الملكية وليس بلازمٍ اختلاف حقيقة الملكيتين.

إن قلت: إن اختلاف السببين يقتضي اختلاف المسبّبين.

قلت: مع غمض العين من أنه لا دخل لذلك بمسألة تداخل الأسباب ومع غمض العين بأن ذلك منقوض بكثير من الأسباب الخارجية والشرعية التي تكون آثارها من ماهية واحدة مع وجود الإختلاف بين الأسباب، أن هذا لا برهان عليه أصلاً.

في أن الملكية الجائزة واللازمة ليستا ماهيتين مختلفتين للملكية

ثم إنك إذا عرفت فساد ما استدلّ لإثبات اختلاف الملكية الجائزة مع الملكية اللازمة بحسب الماهية، فلنشرع إلى ما يجوز أن يركن إليه لإثبات كونهما متحدين من حيث الماهية، فنقول أولاً: إن اختلاف حقيقة الملكية الجائزة مع الملكية اللازمة إما بأن يكون الفرق بينهما كالفرق بين السواد الضعيف والقويّ بأن يكون ما به الإمتياز بينهما من عين ما به الإشتراك بينهما.

وإما بأن يكون الفرق بينهما كالفرق بين البقر والانسان بأن يكون ما به الإمتياز بينهما من غير ما به الاشتراك بينهما.

أما لو كان المدّعى أنهما من قبيل الأول فان ذلك مردود بأن الملكية من الأمور النسبية تحتاج إلى مالك ومملوك، ونسبة ملكية المملوك إلى المالك، فقوة الملكية وضعفها لابدّ من أن تكونا ناشيتين من الضعف والقوة في واحد من هذه الثلاثة. مثلاً كون ضعف المالك موجباً لضعف الملكية، كما إذا كان المالك محجوراً عليه وكون ضعف المملوك موجباً لضعف الملكية، كما إذا كان المملوك جزءً مشاعاً.

وأما كون نفس الملكية والسلطنة ضعيفة، فكما في الملك الذي يكون موقوفاً على

أشخاص خاصة، فإنهم ليسوا مسلّطين على بيعه.

وأما الملكية الجائزة فليس فيها ضعف بوجه من الوجوه؛ غاية الأمر أن للملكية الجائزة آفة ومزيل يرفعها ومجرد أن يكون لها مزيل دون الملك اللازم لا يوجب اختلاف حقيقتهما*.

أما لو كان المدّعى أنهما من قبيل الثاني، فنقول: إن الفرق بين الملكية الجائزة واللازمة ليس /٤٥٧/ إلّا بالجواز واللزوم، فلابدّ أن يكون المدّعى أن كلاً من الجواز واللزوم يكون من قبيل الفصل المقوّم للملكية بحيث إذا اتحد الجواز مع الماهية المشتركة يصير نوعاً ـ كالإنسان إذا اتحد الناصقيّة مع الحيوانية ـ وهكذا بالنسبة إلى اللزوم، مع أنا لا نتعقل من[1] كون الملكية جائزة إلّا كون الفسخ رافعاً للملكية.

فأصل الملكية خارجة عن الجواز ولا دخل للجواز بحقيقة الملكية، كما أن كون المذي رافعاً للوضوء ليس جزءً مقوّماً للوضوء.

وبالجملة؛ لا يمكن أن يقال: إن حقيقة الملكية الناشية من الصدقة غير حقيقة الملكية الناشية من الهبة، كما[هو] واضح، والّا يلزم قصد كلّ من الجائزة أو اللازمة في مقام الإنشاء مع أن قصد مطلق التمليك كافٍ وهو وجه آخر ذكره المصنفﷺ في باب المعاطاة، ونفس الملكية لا يتفاوت فيهما قطعاً.

فحصل مما ذكرنا أن الفرق بين الملكية الجائزة والملكية اللازمة لا يكون مثل الفرق بين الحدث الأكبر وبين الحدث الأصغر، بل يكون مثل الفرق بين الفردين من الحدث الأصغر أو فردين من الحدث الأكبر، فلا مانع من استصحاب الملكية وإن كانت الملكية مرددة بين الجائزة واللازمة؛ لأن مرجع ذلك إلى الشك في أن الفسخ رافع للملكية أم لا[2]، فيكون نظير استصحاب الوضوء مع الشك في كون المذي رافعاً له.

---

*) ***مع أنه على اختلاف الحقيقة لابدّ أن يكون إنشاؤهما مختلفاً، كما سيأتي. (منه قدس سره).***

١) لفظة «من» مكررة في المخطوطة.

٢) راجع: مصباح الفقيه ٥/٥٠٠.

في بيان القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي وحجيته

وأما الثاني، وهو إثبات صحة جريان الإستصحاب الكلي بعد تسليم أن ما نحن فيه من هذا القبيل بأن نعترف بأن الملكية الجائزة والملكية اللازمة[1] ماهيتان مختلفتان، فإن صحة جريان الإستصحاب على هذا التقدير مبنية على صحة جريان الإستصحاب في القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلي، وهو أن يكون الشك في بقاء الكلي من جهة الشك في تحقق الكلي في الزمان السابق في ضمن الفرد الذي هو باقٍ قطعاً في الزمان الثاني أو في ضمن الفرد الذي يكون مرتفعاً قطعاً، كما لو شك بعد ما توضأ في أن الحدث الذي كان له هل كان هو الحدث الأصغر حتى كان مرتفعاً قطعاً أو كان هو الحدث الأكبر حتى يكون باقياً[2] قطعاً.

وفيما نحن فيه إذا تعلق الفسخ بالعقد الذى كان مردداً بين أن يكون مقتضاه /٤٥٨/ الملكية الجائزة أو اللازمة بعد أنهما ماهيتان مختلفتان يكون من هذا القبيل.

فنقول هنا: إنه يفهم من كلام بعضٍ أن الإستصحاب الكلي غير صحيح ولو بناءً على جريان الإستصحاب مع الشك في المقتضي أيضاً، ونسب إلى بعض آخر عكس ذلك.

ومن المنكرين للإستصحاب الكلي هو المحقق القمي﵀، بل قيل: إنه يظهر من تلو كلمات الفصول والحاشية أيضاً ذلك.

ونحن قلنا في محله وفاقاً للمصنف﵀ والأستاد﵀ وغيرهما بجريان الإستصحاب الكلي إذا كان للقدر المشترك بين الفردين أثر شرعي.

وتفصيل الكلام في ذلك هو أنه إذا كان للقدر المشترك أثر شرعي كالحدث المردّد بين الحدث الأكبر والأصغر؛ حيث إن عدم جواز الدخول في الصلاة يكون من آثار مطلق الحدث وكان الشك في الرافع مثل الحدث المذكور؛ حيث إن كلًّا من الحدثين يحتاج إلى رافع، فيكون الإستصحاب هنا جارياً، بل على المختار من حجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي أيضاً نقول بجريان الإستصحاب ولو كان الشك في المقتضي أيضاً.

---

١) في الأصل: الازمة.

٢) في الأصل: باق.

ومما ذكرنا ظهر أن استصحاب الملكية المردّدة بين الملكية الجائزة واللازمة[١] لا محظور فيه على المختار، ولو قلنا: إن الجواز واللزوم من قبيل الفصل المقوم للملكية أيضاً، لا أن تكون الملكية الجائزة بمعنى كون الفسخ رافعاً للملكية وإن كان هذا مقتضى التحقيق كما تقدم، بعد أن من الواضح أنه ليس شيء من آثار الملكية مترتباً على خصوص الملكية الجائزة أو اللازمة، بل جميع الآثار تكون مترتبة على القدر المشترك بينهما وهو مطلق الملكية؛ لأنه إذا ثبتت الملكية يجوز الأكل والبيع إلى غير ذلك.

ثمّ الدليل على صحة الإستصحاب الكلي يتوقف على بيان دليل منكره، وهو أنه يقول: إن للإستصحاب ركنين لا يجري بدونهما، وهما اليقين السابق والشك اللاحق.

وفي الإستصحاب الكلي، كما إذا صار الحدث مثلاً مردداً بين الحدث /٤٥٩/ الأكبر والأصغر، وكان المفروض أنه جاء المُزيل للحدث الأصغر في البين، كما لو توضأ وتريد أن تستصحب مطلق الحدث، نقول بالنسبة إلى الحدث الأكبر وإن كان الشك في بقائه إلّا أنه لا يكون له يقين سابق.

وأما الحدث الأصغر فلا شك في بقائه؛ لأنه على فرض وجوده يكون مرتفعاً. وأمر المستصحب ليس خارجاً عنها.

وأما دليل من يقول بجريان الإستصحاب[٢] الكلي فهو أنه يقول: إن تردد الحدث بين الحدثين إنما يكون في الذهن، وإلّا فليس فيما كان موجوداً في الواقع تردّد حيث إنه في الواقع معيَّن، والمفروض أنه كان موجوداً وعلمت بوجوده إجمالاً ويكون الشك في ارتفاع نفس ما كان موجوداً سابقاً.

والمفروض أنه لنفس الكلي الطبيعي الذي علمت بوجوده وشك في ارتفاعه يكون أثر شرعيّ فلا محذور في استصحابه أصلاً؛ غاية الأمر أنه لا يترتب الأثر المختص بخصوص الحدث الأكبر لأنه يصير مُثبِتاً.

---

١) راجع: كتاب المكاسب والبيع (تقرير بحث النائيني، للآملي) ١٦٦/١.

٢) قد تكررت هذه اللفظة في المخطوطة.

وبالجملة؛ مجرد تردّد المستصحب في الذهن بين شيئين غير مضرٍّ بجريان الإستصحاب بعد أنه لا يضرّ ذلك بشيء من أركان الإستصحاب وشرائطه.

في أنه لا مانع من استصحاب الملكية
ولو قلنا باختلاف حقيقة الملكية الجائزة مع اللازمة

المقام الثاني في أنه بعد ما عرفت عدم المانع في أصل استصحاب الملكية المثبت للزوم لوجهين، فهل يكون في البين استصحاب آخر حاكم على هذا الإستصحاب أم لا؟

وهنا نقول: إن الأصل الحاكم الذي يدّعى جريانه في المقام هو استصحاب الخيار الثابت للمالك واستصحاب بقاء علقة المالك الأول[1].

أما الأول؛ فنقول: على فرض جريانه لا إشكال في حكومته على استصحاب الملكية؛ لوضوح أن الشك في بقاء ملكية المالك الثاني بعد فسخ المالك الأول لأصل العقد يكون ناشياً من الشك في ثبوت الخيار للمالك الأول، فيكون استصحاب الخيار سببياً بالنسبة إلى استصحاب الملكية للمالك الثاني.

في بيان رفع الموانع عن جريان استصحاب الخيار المزيل لأصل اللزوم

وقد حقّقنا في محلّه تقدم الإستصحاب السببي على المسبّبي.

وعلى هذا؛ فلابدّ من أن نتكلّم في أصل جريان الخيار في نفسه، فنقول: أما العقود التي لم يثبت الخيار فيها / ٤٦٠ / للمالك الأول، فلم يثبت الخيار فيها حالة سابقة.

وأما ما ثبت فيها الخيار من أول الأمر، كما في البيع؛ حيث إنه لا ينفك عن خيار المجلس، فلا مانع من استصحاب الخيار فيه.

قد يقال: إنا لا نسلّم جريان استصحاب الخيار في البيع دائماً؛ لأنه في صورة أسقط المتبايعان جميع الخيارات في ضمن عقد البيع فهنا لا يجري استصحاب الخيار وجواز

---

١) كتاب المكاسب ٥١/٣؛ المرتقى إلى الفقه الأرقى ٥٨/١.

الرجوع للمالك الأول، فيصير استصحاب الملكية المثبت للّزوم بلامزاحم، فيثبت به اللزوم للبيع بالأصل في هذا المورد؛ لكنّا نقول: اشتراط عدم ثبوت الخيار لا نسلّم صحته، واشتراط إسقاط حق الخيار إنما هو على فرض ثبوت حق الخيار؛ لأن الحق غير الموجود ليس قابلاً للإسقاط، فحينئذٍ يتحقق مجرى استصحاب جواز الرجوع إذا شكّ في الجواز و اللزوم،

ثم إنه قد يورد على استصحاب الخيار وجواز الرجوع بوجه آخر، وهو أن هذا الإستصحاب يكون مع الشك في المقتضي؛ حيث إنا نشك في أن جواز الرجوع الثابت من أول البيع كان فيه اقتضاء للبقاء حتى يبقى في زمان الشك أو أنه لم يكن فيه اقتضاء البقاء إلى هذا المقدار.

لكن هذا الإشكال يتمّ على قول من يقول بعدم حجية الإستصحاب إذا كان مع الشك في المقتضي، كما هو مختار المصنف رحمه الله والأستاذ رحمه الله.

وأما على المختار من حجية الإستصحاب إذا كان مع الشك في المقتضي أيضاً، فلا يرد هذا الإشكال على استصحاب الخيار.

إن قلت: إن استصحاب الخيار[1] من قبيل الإستصحاب التعليقي الذي أنكرت حجيته في محله؛ لأن مرجعه إلى حصول الملكية بعد قوله «فسخت»، فيكون نظير حصول النجاسة لماء العنب بعد الغليان.

قلت: إما أن نقول: إن الخيار بنفسه من المجعولات الشرعية ويكون اقتضاؤه حصول الملكية بعد قول ذي الخيار «فسخت العقد»، وذلك بناءً على أن الخيار من الأحكام الوضعية* وأن مثل هذا الحكم الوضعي مجعول، فلا مانع من إجراء الإستصحاب فيه.

---

١) راجع: جواهر الكلام ٤٠/٤٦٦.

*) ***والوجه الذي ذكرنا لكون مثل الملكية والزوجية من الأحكام الوضعية مجعولة في محله يجري بعينه في أن يكون الخيار الثابت بالنص أيضاً مجعولاً. ولعله نشرح ذلك ـ إن شاء الله ـ في خيار المجلس عند التعرض لأنه يسقط بالإسقاط، بل وكذلك لو قلت بقاعدة «لا ضرر» بل الاتفاق قائم على أن حق الخيار يورث ولا معنى له لو قلنا: إنه منتزع من التكليفي الذي يوجد بعد قوله «فسخت»؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).***

ولا حاجة في جريان الإستصحاب فيه على أن يكون له أثر شرعي، وبعد ما أحرز وجوده بالإستصحاب يترتب عليه من الآثار ما هو أثر للأعم من وجوده الواقعي أو وجوده الظاهري، كحصول الملكية بعد قوله «فسخت» نظير أنك تترتب وجوب الإمتثال الذي هو من الأحكام العقلية على استصحاب الوجوب لكونه أثراً للأعم من الوجوب الواقعي أو الظاهري.

والذي يكون مثبتاً هو أن يترتب ما هو من آثار /٤٦١/ وجوده الواقعي دون الظاهري، وفي المقام حصول الملكية في ظاهر الشرع بعد قوله «فسخت» مترتب على بقاء الخيار ظاهراً.

وبالجملة؛ قد حقّقنا في محله أنه إذا ثبت الحكم بالإستصحاب فلا مانع في ترتيب ما هو من مقتضى نفس هذا الحكم الظاهري الذي ثبت بالأصل، وأنه لا مانع فيه، بل التعبد ببقاء الحكم من دون ترتيب آثار نفس هذا الحكم الذي صِرنا متعبّدين به يكون لغواً محضاً.*

---

*) *فيه تأمل واضح، كما لا يخفى على المُراجِع فيما ذكرنا في الإستصحاب التعليقي في ردّ من أجاب عن المثبتية بهذا الوجه، فالصواب أن يقال: بعد أن الحق ـ كما يأتي في مسألة خيار المجلس ـ من أن الخيار المجعول من الشارع بنفسه يكون أمراً مجعولاً من الشرع أن الخيار ـ بعد كونه مجعولاً ـ لا مانع من إجراء الأصل فيه وأن ترتب الملكية وجواز التصرف تكونان من الآثار الشرعية للفسخ الذي يكون محرزاً بالوجدان إذا صدر ذلك الفسخ ممن يكون له الخيار، والمفروض أنه محرز بالأصل.*

وذكرنا في الأحكام الوضعية أن الأحكام التكليفية من آثارها في مورد قلنا بمجعوليتها سواء كان فهم ثبوت هذا الأثر له من اللفظ الدال على ثبوت الحكم الوضعي أم من لفظ آخر مثل «الناس مسلطون على أموالهم».

وسيأتي في آخر خيار الغبن ـ إن شاء الله ـ أن الخيار الثابت بقاعدة «لا ضرر» أيضاً لا مانع من استصحابه.

التحقيق عدم توقف جريان الإستصحاب المُثمِر لرفع آثار العقد على القول بأن الخيار حكم وضعي مجعول من الشرع. وذلك لا لما ذكرنا هنا في المتن من أن الإستصحاب يجري في الخيار ولو على القول بأنه منتزع من رفع آثار العقد حين قول ذي الخيار «فسخت» حتى يناقش عليه بأنه على القول بأن الخيار من الأمور الإنتزاعية لا وجه لأن يقال بثبوت الآثار الشرعية له وأن رفع آثار العقد يكون من آثار بقائه حتى يترتب على استصحاب هذا الأمر الإنتزاعي، بل من جهة أنه على

القول بعدم مجعولية الخيار لابدّ أن يقال : إن رفع آثار العقد يكون من آثار قول ذي الخيار « فسخت » مثلاً .

فالفرق بين القول بمجعولية الخيار وعدم مجعوليته أنه على المجعولية يكون رفع آثار العقد من آثار قول ذي الخيار « فسخت » ، فيحرز ثبوت الخيار له بالأصل وقوله « فسخت » بالوجدان . وبناءاً على عدم المجعولية لابدّ أن يكون رفع آثار العقد من آثار مجرد قول هذا الشخص المشتري مثلاً « فسخت » .

وعليه نقول : إنه في الزمان الأول كان من أثر قول هذا الشخص « فسخت » في مقام /٤٦٣/ الإنشاء ، رفع آثار العقد .

ومن الواضح أن الزمان السابق ليس قيداً له ليقال: إن استصحابه يندرج في استصحاب الزمان ، وهو محل الإشكال، بل الزمان السابق يكون ظرفاً له ، فيستصحب ثبوت هذا الأثر لقوله « فسخت » كما يستصحب النجاسة الثابتة للماء المتغير بعد زوال تغيّره ، فترتب عليه آثار النجاسة .

إن قلت : إن ما ذكرناه كان مبنياً على عدم حجية الاستصحاب التعليقي مع أن ما ذكرت لو تمّ يكون مقتضاه حجية الاستصحاب التعليقي لجريان ذلك فيه أيضاً ـ /٤٦٢/

وتوضيح المقام أن في «ماء الزبيب إذا غلا» إنما ناقشنا على الاستصحاب لو كان المستصحب هو الحرمة الثابتة لماء العنب على فرض الغليان بأن يكون المستصحب الحرمة الثابتة أو نفس الثابتة أو الحرمة المشروطة أو الملازمة بما ذكروه في تقريب تصحيح الاستصحاب التعليقي .

ونحن لا نقول بشيء من ذلك حتى يرد عليه المناقشة التي ذكرناها في محله ، بل نقول بنظير التقريب الذي ذكرت هنا في استصحاب /٤٦١/ الخيار بأن نقول : إن ماء العنب إذا غلا يكون موضوعاً لحرمة شربه فنستصحب بقاء هذا الحكم لهذا الموضوع بعد صيرورته زبيباً أيضاً ؛ لأن هذا الأثر أي الحرمة كان ثابتاً لهذا الماء على فرض الغليان والأصل بقاء هذا الأثر له، وغليانه أيضاً يحرز بالوجدان ، فالمستصحب بقاء الحرمة الفعلية لموضوعه الواقعي الذي أحرزناه بالوجدان .

إن قلت : إن الحرمة لم يضرّ فعلياً في الزمان السابق .

قلت : رفع الآثار أيضاً لم يضرّ فعلياً في استصحاب الأثر الثابت على قوله « فسخت » فيما تقدم .

إن قلت : الموضوعي الواقعي للحرمة في مسألة ماء العنب هو ماء العنب الذي غلا ولم يحرز ذلك، بل نقطع بعدمه؛ لأن كلامنا في أنه صار زبيباً .

قلت : الموضوع هو هذا الماء الخارجي ، غاية الأمر أنه أحرزنا في حال نجسيته أنه إذا غلا يحرم ، فتستصحب الحرمة لهذا الماء على فرض الغليان لهذا الماء بعد الزبيبية ويحرز غليانه بالوجدان .

وإما أن نقول: إن نفس الخيار وإن كان منتزعاً من الأحكام التكليفية، إلّا أنه لما يكون وضعه ورفعه بيد الشارع فيكون بمثل الحكم الشرعي في أنه لا مانع من جريان الإستصحاب فيه، لأنه ليس لنا نصٌّ على أن المستصحب لابدّ من أن يكون مجعولاً من الشرع بل المناط كون وضعه ورفعه بيد الشارع ويكون للحكم ببقائه وارتفاعه فائدة، حتى لا يكون شمول عموم «لا تنقض» له لغواً أو غير ممكن.

وعلى هذا؛ فيجري فيه ما قلنا في جريان الإستصحاب فيه لو كان حكماً شرعياً بنفسه.

في أن استصحاب الخيار لا يرجع إلى الإستصحاب التعليقي[1]

وأما الإستصحاب التعليقي فيكون المفروض في صورة لم يكن من قبل الشارع إلّا حكم مشروط بشرط غير حاصل كالحكم بالنجاسة بعد الغليان.

وقلنا في محله: إن ذلك لا يرجع إلى مجعول ابتدائي يكون له حالة سابقة أو ما هو بحكم المجعول في كون وضعه ورفعه بيد الشارع، ويكون له هذا الإقتضاء بعد أنه ليس في البين إلّا

قلت: أما في ماء العنب فبالنسبة إلى الماء الشخصي الذي يكون بعد الزبيبية فلم يثبت له حرمة فعلية / ٤٦٠ / فيستصحب. فلو كان المراد استصحاب الحرمة لهذا الماء الشخصي، فلابدّ أن تجعل المستصحب هو الحرمة الثابتة أو الملازمة أو غير ذلك مما قلت إنه محل الإيراد.

وأما بالنسبة إلى مفهوم ماء العنب بعد الغليان التي علم الحرمة الفعلية لمصاديقه فلا يجري فيه الاستصحاب بواسطة المسامحة في موضوع الحكم لمغايرة هذا المفهوم مع مفهوم ماء الزبيب إذا غلى / ٤٦١ /لوضوح مغايرة المفهومين.

وليس هنا مجرى استصحاب الحكم بالمسامحة في الموضوع وأخذ الموضوع العرفي، كما هو واضح.

وأما الأثر الذي قلنا بثبوته لفسخ ذي الخيار، فلا مانع من جريان الإستصحاب فيه باستصحاب بقاء هذا الأثر على فسخ هذا الشخص نظير استصحاب الحكم على العناوين الكلية من البالغ العاقل / ٤٥٩ /، فيثبت الحكم لكلّ من اندرج في تلك العناوين، كما أوضحنا ذلك في استصحاب الشرايع السابقة، والعنوان في المقام لم يتغيّر، وهو عنوان فسخ هذا الشخص الذي قد علم ثبوت الأثر له وتغيّر الأمور المقارنة له غير مضرٍّ. / ٤٥٨ / (منه قدس سره).

١) راجع: منية الطالب ١٥١/١.

الحكم المشروطي الذي لم يكن شرطه حاصلاً، والتفصيل في محله.

ومنه لم يقل أحد: إن جريان استصحاب الخيار مبنيّ على صحة الإستصحاب التعليقي.

ثمّ إن المصنف؛ أجاب عن استصحاب الخيار وجواز رجوع الحاكم على استصحاب الملكية، تارة: بأن هنا محل الرجوع في زمان الشك إلى عموم «أوفوا بالعقود» لا الإستصحاب[1].

وتارة: بأن استصحاب الخيار غير مجدٍ بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الإفتراق، فيبقى استصحاب الملكية المثبت للّزوم سليماً عن الحاكم؛ فتأمل.

في أن ما دلّ على انقطاع الخيار بالفراق يضرّ باستصحاب الخيار أم لا؟

ونحن نقول: أما بالنسبة إلى الأخير، وهو ورود الأخبار على انقطاع الخيار بالفراق لو كان المراد من الأخبار أنه لا خيار بعد الإفتراق أصلاً، فلا يناسب على هذا ما ذكره من أنه يبقى استصحاب الملكية سليماً عن الحاكم؛ لأنه مع وجود الدليل على اللزوم لا يبقى شك حتى يحتاج إلى الأصل، مع أن هذا خارج عن مفروض الكلام؛ لأنا كنّا في مقام إثبات اللزوم /٤٦٢/ بالإستصحاب لا بالأخبار.

وأما لو كان المراد أن مفاد الأخبار في بيان حد خيار المجلس بحيث لا ينافي ذلك مع ثبوت الرجوع في العقد من جهة أخرى، كما أن الظاهر أن مراد المصنف رحمه الله ذلك؛ حيث يتصدّى بعد ذلك لإثبات اللزوم بالأصل ـ وإن كان هذا مخالفاً لتمسكه بقوله «**البيّعان بالخيار**» ..اه، للزوم البيع ومخالف للواقع أيضاً للتصريح بلزوم البيع بعد الفراق في تلك الأخبار.

ودعوى أن المراد لزوم البيع من هذه الجهة خلاف الظاهر من تلك الأخبار، فحينئذٍ نقول: إذا ثبت جواز الرجوع للمالك الأول لعلّة فلا ينافي ذلك وجود علة أخرىٰ له في الزمان الذي كانت العلة الأولىٰ موجودة أو عند ارتفاع العلة الأولىٰ الذي ثابتة قبل الإفتراق، فيكون الشك

---

١) حاشية المكاسب (ط. ق) (للسيد اليزدي) ٤/٢.

في ارتفاع جواز الرجوع الذي ثبت للمالك الأول. وقد تقدم أن الاستصحاب مع الشك في المقتضي يكون حجة، وليس ما نحن فيه من الإستصحاب الكلي؛ لأن التردد في علة الحكم لا نفس الحكم بجواز الرجوع الذى كان مجرى للإستصحاب.

إن قلت: من المحتمل أن يكون نفس الخيار الثابت في المجلس مغايراً مع الخيار الثابت بغيره، فيدخل في الإستصحاب الكلي.

قلت: نحن نتصور كون علّة الخيار وجواز الرجوع متعدداً، لكن لا نتصور كون نفس جواز الرجوع والخيار متعدداً وإن قلنا في مسألة اجتماع الأمر والنهي ومقدمة الواجب وغيرهما من أنه لا مانع من اجتماع الحكمين في محل واحد، وأن ذلك ـ مع أن مجرد الإحتمال غير مضرٍّ ـ يوجب تأكّد الحكم؛ لأن التأكد في الخيار غير متصّورٍ إلّا بالنسبة إلى علّيّته بأن تصير علة وجود الخيار متعدّدةً.

وأما بالنسبة إلى الأول أعني ما ذكره من أن هنا محل التمسك بالعموم ..اه، ففيه ما عرفت من أن إثبات اللزوم بعموم «أوفوا» ..اه خارج عن محل الكلام؛ لأنه كان الغرض إثبات اللزوم بالإستصحاب، لا إثباته بالدليل.

في بيان الشقوق التي يدور الأمر بين التمسك بعموم العام أو الإستصحاب

بقي الكلام في صحة ما ذكره من أن هنا محل التمسك بالعموم لا استصحاب الخيار؛

فنقول: أما لو قلنا: إن العموم الأزماني[1] الذي يكون ثابتاً في مثل «أوفوا بالعقود» يكون ملحوظاً على نحو القيدية للأفراد، حتى يصير كلّ عقد في كل زمان فرداً للعام، فيصير بمنزلة أنه قال: يجب الوفاء /٤٦٣/ بكلّ عقد في كل زمان، فلا إشكال في أن هنا محل التمسك بالعموم؛ لأن العقد في الزمان الذي ثبت الخيار كان فرداً من العام وفي الزمان الذي يكون بعده كان فرداً آخر، وكان الشك في خروج العقد في الزمان الثاني عن تحت العام، فيكون الشك في أصل التخصيص، والمفروض أن العام المخصّص حجة فيما بقي إلّا أن أصل المبنى فاسد

---

١) حاشية المكاسب (ط. ق) (للسيد اليزدى) ٣/٢ و ٤٨.

كما حقّقناه في محله؛ لأن العموم الأزماني في جُلّ العمومات يكون ملحوظاً على نحو الظرفية للأفراد، فيكون المرجع إلى أن المفاد أنه يجب الوفاء بكلّ عقدٍ مستمّراً.

وأما لو قلنا: إن العموم الأزماني الذي يكون لقوله تعالى ﴿أوفوا﴾ ..اه يكون ملحوظاً على نحو الظرفية للأفراد، فحينئذٍ نقول: إما أن نفرض ثبوت الخيار للعقد من أول زمان وجوده وإما أن نفرض أنه كان في أول زمان صدور العقد لازماً ولكن طرأ عليه الخيار بعد ذلك.

أما في الأخير فلا يجوز التمسك بالعموم بعد انقضاء الخيار؛ لأن العموم الأفرادي الذي كان ثابتاً للعام يكفي في عدم التخصيص عليه دخول هذا الفرد تحت العام في شيء من الأزمنة، والمفروض أنه كان هذا الفرد داخلاً تحت العام في أول زمان صدوره.

وأما العموم الأزماني الذي كان بمعنى دخول هذا الفرد تحت العام مستمراً يكون المفروض أنه ورد التخصيص عليه، وإدخال هذا الفرد تحت العام بعد ذلك لا يصحّح الإستمرار ليكون للعام ظهور في إثباته، فنثبته بالعام.

وأما في الأول؛ وهو أن يكون الخيار ثابتاً للعقد في أول زمان صدوره[1]، فله صورتان: **الأولى** أن نعلم أنه بعد انقضاء هذا الخيار لولم يصر العقد لازماً، فلابدّ أن يكون جائزاً أبداً، فكان الأمر دائراً بين استصحاب جواز الرجوع إلى الأبد وبين التمسك بالعموم لإثبات لزوم العقد بعد انقضاء زمان الخيار.

فهنا يكون مقام التمسك بالعموم، وذلك لأن الذي ثبت في هذا العام هو التخصيص الأزماني دون التخصيص الفردي، مع أنه لولم نتمسك بالعموم بعد انقضاء زمان الخيار يلزم خروج أصل هذا الفرد عن تحت العام، والمفروض أن التخصيص الفردي غير معلوم.

إن قلت: يكفي في رفع التخصيص الفردي دخول هذا الفرد تحت العام في شيء من الأزمنة، لا بمجرد انقضاء الخيار إلى الأبد.

قلت: نسلّم أن دخوله تحت العام في شيء من الأزمنة يكفي، إلّا أنه إذا ثبت اللزوم في شيء من الأزمنة بالعموم وقطعنا /٤٦٤/ بعدم الفرق بينه وبين سائر الأزمنة التي تكون بعد

---

١) حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ٣٢٠/٤.

انقضاء الخيار، فيلحق سائر الأزمنة التي تكون بعد انقضاء الخيار به، كما أنه في كل مورد قامت الأمارة على أحد المتلازمين يثبت لازمه أيضاً بالدلالة الإلتزامية.

ومحل الكلام في المقام هو هذه الصورة، فلا مانع من إثبات اللزوم فيها بالعموم.

في أنه في بعض الموارد يتمسك بعموم العام لا استصحاب حكم المخصّص[1]

الصورة الثانية: أن نعلم أن هذا العقد يصير لازماً بعد ذلك أو احتمل فيه، وكان الإشكال في حدّ الخيار الثابت للعقد في أول زمان صدوره أو احتمل ثبوت سبب آخر للخيار والخيار الثابت بالسبب الآخر كان زمانه أكثر.

فنقول: إن هنا محل التمسك باستصحاب الخيار، أما نفس جريان استصحاب الخيار في مثل هذا الفرض تقدم أنه لا مانع فيه.

نعم؛ صحة التمسك به مبنيّ على عدم جواز التمسك بالعموم في مورد الشك، وهنا نقول: إن الأمر كذلك من أنه لا يجوز التمسك في مورد الشك في مثل هذا الفرض بعد ما عرفت من أن العموم الأزماني الذي يكون في مثل قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**[2]﴾ غير ملحوظ على نحو القيدية، بل يكون محلوظاً على نحو الظرفية؛ لأن التخصص الفردي غير لازم لدخول هذا الفرد تحت العام بعد ذلك. وأما التخصيص الأزماني يكون المفروض أنه قد ورد و دخول الفرد تحت العام في الزمان المشكوك لا يصحّح العموم الأزماني؛ بمعنى استمرار ثبوت الحكم للفرد حتى يكون للعام ظهور في رفعه.

في أنه لا يجوز التمسك بالعام لو كان الفرد داخلاً أولاً أو علم دخوله بعد مضيّ زمان الشك أو احتمل ذلك فيه

إن قلت: إذا فسخ لم يدخل هذا الفرد تحت العام بعد ذلك أيضاً، فيلزم التخصيص

---

١) راجع مصباح الفقيه (ط ق) ٣/ ٢٨٠.

٢) المائدة: ١.

الفردي.

قلت: عدم دخوله تحت العام بعد ذلك غير موجب للتخصص الفردي الذي كان فيه المحظور، وذلك إما من جهة أن هذا الخروج الفردي من اقتضاء التخصص الأزماني الذي علم أولاً؛ فمثل التخصص الفردي أيضاً قد علم من أول الأمر، كما لو وقع الفسخ في زمان الخيار الذي لم يكن إشكال في ثبوته، فلم يلزم في البين تخصيص زائد على ما علم أولاً؛ لأن مقتضى الخيار أولاً أنه إذا فسخ يرتفع العقد، والمفروض أنه فسخ.

وأما من جهة ما نقلنا نظيره عن بعضٍ في الشبهة المحصورة من أن عدم دخول فرد تحت العام رأساً غير موجب للتخصص الفردي بمجرده /٤٦٥/ وإنما يلزم ذلك لو كان الفرد خارجاً عن تحت العام في أيّ حالة فرض له.

وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه لو فرضنا أن ذا الخيار لم يفسخ العقد فيصير هذا العقد داخلاً تحت العام بعد انقضاء الخيار رأساً حتى الزمان الذي يحتمل بقاء الخيار له فيه.

ثمّ إن عليك بالمراجعة إلى ما كتبته في الإستصحاب في هذا المقام لتنقيح بعض ما يتعلق بهذا المقام*.

في كون الأصل بمعنى القاعدة المستفادة من العمومات وغيرها

وأما الثاني يعني أن استصحاب بقاء علقة المالك الأول يكون حاكماً على استصحاب الملكية، فنقول فيه: إنه ليس للمستصحب حالة سابقة؛ لأن المالك الأول قبل البيع لم يكن له إلّا الملكية التي زالت بالبيع، بل المراد بعلقة المالك الأول لو كان هو ردّ العين أو فسخ العقد؛ فلا يعقل وجودهما قبل البيع الذي كانت العين ملكاً للمالك الأول، ولم يوجد عقد في ذاك الزمان. ولو كان المراد شيئاً آخر، فمع عدم تصوره لا ينفع إثباته بعد البيع بالإستصحاب لإثبات جواز ردّ العين أو فسخ العقد.

---

*) ***ثمّ إنه هنا لو لم نتمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ لكن يجوز التمسك بمثل «إذا افترقا وجب البيع» في صورة لم يثبت خيار بعد الإفتراق أيضاً. (منه قدس سره).***

قوله: فمنها قوله (أوفوا بالعقود) ..اه.

أقول: هذا إشارة إلى معنى آخر لأصالة اللزوم، وهو أن يكون بمعنى القاعدة المستفادة من العمومات، ومن العمومات قوله تعالى ﴿أوفوا﴾ ..اه.

وجه الدلالة أن العقد بمعنى مطلق العهد[١]؛ كما في الصحيحة الواردة في تفسير الآية[٢] ـ كما نقلها المصنفﷺ ـ أو العهد المشدّد أو الموثق على ما يستفاد من أهل اللغة تصريحاً أو إشارةً، بل المعنى العرفي المناسب لتعلق وجوب الوفاء به أيضاً ذلك.

وعلى كلّ حال؛ يشمل عقود المعاملات وشبهها.

ومقتضى الآية وجوب الوفاء بمقتضى تلك العقود، وذلك يقتضي اللزوم الذي يكون هو المدّعى في المقام.

نعم؛ على هذا يرد على الآية إشكال، وهو أن أكثر العهود غير لازم الوفاء، فالحمل على هذا المعنى موجب للتخصيص الأكثر.

ومنه حملوا الآية على معنيين آخرين:

في حمل الآية على معنى لا يجوز التمسك بها لأصالة اللزوم

الأول ما عن الرياض آخذاً من أستاده البهبهاني ـ وإن لم يستند إليه ـ كما نقل وهو أنه قال: إن المراد من العقود هي العقود المعهودة، وهي العقود الشخصية التي كانت في زمن النبي ﷺ، ولا نسلّم /٤٦٦/ أن تلك العقود أكثرها غير لازم الوفاء[٣].

نعم؛ على هذا لا يجوز الإستدلال بالآية على لزوم الوفاء بالعقود التي يكون في زماننا؛ حيث إن وجود هذه العقود التي نحن نشكّ في لزومها في زمن النبيﷺ غير معلوم لنا.

وهذا المعنى موهون؛ لأنه مع أن الحمل على المعهود مخالف لظاهر الجمع المحلّى باللام

---

١) مصباح الفقاهة ٢٦/٤.

٢) تفسير العياشي ٢٨٩/١؛ الوسائل ٣٢٧/٢٣: عن ابن سنان قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجلّ: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ـ المائدة: ١ ـ، قال: العهود.

٣) راجع: جامع الشتات ٣١٥/٢.

المفيد للعموم، ومع أنه غير موافق لكلام المفسّرين والأخبار؛ حيث إن كلام المفسّرين والأخبار بين ما يدلّ على أن المراد عقود الولاية لأمير المؤمنين عليه السلام أو العقود للإيمان المأخوذ في عالم الذرّ، أو العهد الموثق، وليس مقتضى شيء منها ولا مقتضىٰ ظاهر اللفظ هذا المعنى، مع أنه سيوضح ـ إن شاء الله ـ أن محظور أكثرية التخصيص لا يرفع به، فكيف يجوز حمل اللفظ على هذا المعنى؛ لأنه لو حملنا اللام في العقود على المعهودية وقلنا: إن المراد هو العقود التي كانت في زمن النبي صلى الله عليه وآله، فحينئذٍ نقول: إنه لا وجه لأن يقال: إن المراد هو العقود الشخصية التي كانت في ذاك الزمان، لأنه لا معنى له، كما لا يخفى على المتأمّل، فلابدّ أن نقول: إن المراد هو العقود التي كان نوعها متداولاً في ذاك الزمان.

وعلى هذا نقول: إنا نقطع بأن أنواع العقود التي تكون في زماننا كانت في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله أيضاً موجودةً، وعلى هذا فتعود محذورية أكثرية التخصيص، ولم يفد الحمل على المعهودية لرفع هذا الإشكال.

الثاني من المعنيين اللذين حمل الآية عليهما ما عن المسالك أخذاً عن العلامة، وهو أن المراد من وجوب الوفاء بالعقود هو العمل بما يقتضيه العقد[1] من اللزوم والجواز؛ يعني لابدّ أن يلاحظ العقد من الخارج، فإن جاء دليل على أنه لازم فهذه الآية تدلّ على أنه يجب الأخذ بمقتضاه من اللزوم، وإن جاء دليل على أنه جائز، فهذه الآية تدلّ على أنه يجب الأخذ بمقتضاه من الجواز، فالجواز واللزوم لابدّ من أن يثبتان بدليل آخر، فلا يجوز /٤٦٧/ التمسك بالآية لإثبات اللزوم.

في دعوى أن المراد من الآية هو الأخذ بما يقتضيه العقد من الجواز واللزوم وبطلانه

وأورد المصنف رحمه الله على هذا المعنى بأن الجواز واللزوم من الأحكام الشرعية للعقد، وليسا

---

١) لمزيد التوضيح راجع: كتاب البيع (الشيخ محمد حسن قديري) ص ٨٧ ـ المرتقى إلى الفقه الأرقى ٢٤/١.

من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع.

نعم؛ وجوب الوفاء بدلالة الآية يصير حكماً شرعياً للعقد، ونحن نقول: إن مقتضى الآية وجوب الوفاء بالعهد، وذلك بأن لا تنقض ما عهدت عليه.

ومن الواضح أن ما تعلق العهد به ليس هو الجواز أو اللزوم، بل هو عبارة عما ينشأه المتعاقدان من المبادلة في البيع المقتضي للتميك من الطرفين والزوجية في عقد النكاح إلى غير ذلك.

ومن الواضح أن الجواز أو اللزوم ليس مما ينشأه المتعاقدان، بل اللزوم يأتي من قِبَل مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، فهو حكم شرعي للعقد. و على هذا؛ فلا مانع من التمسك بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لإثبات لزوم العقود.

ولو كان مراد مثل صاحب المسالك أن مفاد الآية أن العقود التي ثبت بدليل آخر جوازها ولزومها فلابدّ من الوفاء على طبق ما ثبت من الشرع؛ ففيه مع قطع النظر من أنك عرفت أن هذا المعنى لا يطابق مع معنى الآية، أنه على هذا يكون الأمر بالوفاء بالعقود إرشادياً وتأكيداً، والحمل على التأكيد والإرشادية وإن لم يكن في نفسه محذور إلّا أنه في خصوص ما نحن فيه تكون هذه الإرشادية في كمال الركاكة ولا يجوز حمل الآية عليها.

ثمّ لا يخفى أن ما رجّحناه أولاً في معنى الآية هو أن مفاد الآية وجوب الوفاء بالعهد، والوفاء بالعهد أن يأخذ بمقتضاه ولا ينقض العهد بعدم العمل على ما عوهد عليه، وليس المراد أن مفاد الآية وجوب الوفاء بمقتضى العقد كما توهّم. وسيأتي بطلانه ـ إن شاء الله ـ.

في الرد على المعنى المنقول عن العلامة لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾

إن قلت: إنه ليس مراد مثل العلامة وصاحب المسالك شيئاً من المعنيين السابقين حتى يرد على كل واحد منها ما تقدّم، بل المراد أن الآية في مقام إمضاء طريقة العرف في باب العقود، وهذا لا ركاكة فيه، فيكون المقصود أنه يجب الوفاء بكلّ عقد جائز عند العرف على سبيل الجواز وبكلّ /٤٦٨/ عقد لازم على سبيل اللزوم.

قلت أولاً: إنا وإن لم نمنع وجود القسمين من العقود عند أهل العرف، لكنّا نقول: إن ميزان الجواز واللزوم في العقود عند العرف ليس منضبطاً، فلا يحسن حمل الآية على إمضاء ما ليس بمنضبطٍ.

إن قلت: مجرد وجود الأفراد المشكوكة عند العرف ليس مانعاً عن إمضاء الشرع لطريقهم؛ لأن الإمضاء ينفع في غير الأفراد المشكوكة.

قلت: كان المدّعى غلبة عدم انضباط هذا المعنى عند العرف، وحينئذٍ لا يحسن ذكر لفظ شامل لجميع العقود؛ لبيان أنها ممضاة ـ كما هي عند العرف ـ إلّا على طريق المضحكة.

وثانياً: في هذا المعنى إخراج لمادة لفظ الوفاء عن حقيقته؛ لما عرفت أن الوفاء هو عدم التخلف عن العهد بالأخذ بمقتضاه، وأن الجواز واللزوم ليسا من مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد ما ينشأه المتعاقدان من الملكية والزوجية وغيرهما.

إن قلت: هذا المعنى لم يكن منافياً لكون لفظ الوفاء باقياً على حقيقته، غاية الأمر أنه أخذ فيه أن يكون الوفاء على سبيل الجواز أو اللزوم.

قلت: وجوب الوفاء على سبيل الجواز لا معنى له؛ لأن الجواز معناه أن يكون له رفع اليد عن المعاهدة، وإلّا فمجرد أخذ العين ولو على نحو السرقة كسائر أموال المشترى غير منافٍ لوجوب الوفاء بالعقد. وإذا كان معنى الجواز ذلك فهذا ينافي الوفاء، فكيف يقيد الوفاء بقيد ينافي أصل وجود الوفاء؟!

وثالثاً: إن الوجوب المستفاد من الأمر لا يبقى على حقيقته بالنسبة إلى العقود الجائزة إلّا أن* يكون المراد أنه يجب أن يتديّن بكونها جائزة، فحينئذٍ يرد عليه ما ذكرناه في مسألة وجوب الإلتزام من أن التدين ليس إلّا اليقين أو ما يشبهه مما ليس قابلاً لتعلق الأمر به، لعدم كونه اختيارياً بنفسه بعد أن من الواضح أنه ليس المراد هنا تحصيل اليقين بأصل الدين وليس التدين عبارة عن الفعل القلبي الذي يعبر عنه بعقد القلب على ما شرحنا ذلك كلّه في محله.

---

*) ***بالنسبة إلى جهة جوازه كالإيقاع الذي يكون جائزاً. وكذا العقود بالنسبة إلى الجهة التي كانت جائزة، مثل أن الموصي له الرجوع، وكذلك الواهب، وفي الوكالة يكون لكلّ منهما رفع اليد إلى غير ذلك. ولا وجه لأن يقال: إن الآية ليست متعرضة لهذه الجهات. (منه قدس سره).***

ورابعاً: إن في هذا المعنى تقييد العقود بما يكون جائزاً عند العرف أو لازماً؛ يعني لوحظ هذا القيد في معنى العقد /٤٦٩/، وتقييد للأمر بالوفاء بأنه على سبيل الجواز أو اللزوم.

في أنه بعد فرض وجود التخصيص الأكثر لا مانع من التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، إما في موردٍ عمل به الأصحاب أو مطلقاً

ثمّ إنك إذا عرفت فساد هذين المعنيين، فنقول: قد عرفت أنه لو أخذ بظاهر الآية من وجوب الوفاء بجميع العقود، فيرد عليها الإشكال من ورود التخصيص الأكثر الموجب للإستهجان، فيكون ذلك موهناً لإرادة العموم.

ونحن نقول: إن الجواب عن هذا الإشكال يمكن بأحد الوجهين:

الأول: أن نسلّم أكثرية التخصيص، مع ذلك نصحّح التمسك بعموم الآية في الجملة بإحدى الطريقتين: الأولى أن نقول: إن أكثرية التخصيص لمّا كان موجباً للإستهجان على فرض إرادة العموم فهذا يكون قرينة على أن اللام في العقود كان للعهد وكانت إشارة إلى العقود المعهودة، وأن هذا وإن كان مانعاً من التمسك بالعموم إلّا أنه مع ذلك، في موارد تمسّك العلماء بعمومه نقول: إنّ عمل الأصحاب موجب لصحة التمسك بالعام في خصوص المورد الذي تمسكوا به، كما شرحنا وجهه في قاعدة القرعة وإجماله أنه بناءً على القول بجواز العمل بمطلق الظن نقول: إن عملهم يوجب الظن، وأما كون عملهم جابراً على الظن الخاص يكون بأحد الوجهين:

الأول: أن يصل العمل إلى حدٍّ يوجب القطع بوصول قرينة معتبرة سنداً ودلالةً إليهم على ذلك. والسرّ في حصول هذا القطع نظير السرّ في حصول القطع من إجماعهم؛ حيث إن تديّنهم واختلاف مشاربهم يوجب القطع بالقرينة الظنية الكذائية بعد اتفاقهم هنا.

الثاني: أن لا يصل العمل إلى حدٍّ يوجب هذا القطع، لكن نقول: إن الدليل على اعتبار ظواهر الألفاظ بناء العقلاء وعدم اعتبار العام الذي ورد عليه التخصيص الكثير، لعدم بنائهم على العمل عليه.

وعلى هذا نقول: في مورد تمسك العلماء به يكون بناء العقلاء على العمل بالعام في ذاك

المورد، كما نفهم وجود هذا البناء من العقلاء في نظير المقام، كما لو صدر عام من رئيس وكان عليه التخصيص الأكثر، فحينئذٍ من كان حقيقة المطلب / ٤٧٠ / مخفياً عليه إذا رأى أن الرعايا ورؤسائَهم الذين كان بناؤهم على عدم القول بغير ما وصل إليهم من الرئيس مع اختلاف مشاربهم يعملون على طبق ذلك العام في غير مورد علم التخصيص أو بعض الموارد، فحينئذٍ يصير بناء هذا الشخص الجاهل أيضاً هو العمل بذلك العام؛ فتدبّر جيّداً.

الطريقة الثانية: أن نقول بما نقلته عن الأستاذ﵀ في مسألة أصالة اللزوم التي كتبتها في باب المعاطاة من أن أكثر قواعد الأصول تكون غالبية، وليست بدائمية.*

وعلى هذا نقول: إن مايقولون من قبح أكثرية التخصيص إنما هو في صورة لم يكن في البين نكتة؛ كتعظيم الأفراد التي تكون باقية تحت العام وأمثال ذلك[1]، وإلّا فلو كان مثل هذه النكتة موجودة فليس حينئذٍ محذور في أكثرية التخصيص.

ونحن نقول في توضيح ذلك: إن ظهور العام حجة ما لم يثبت المانع له والمانع في المقام أن إرادة العموم مع ورود كثرة التخصيص لمّا كان مستهجناً، فيكشف ذلك من إرادة المعهود المانع من التمسك بالعموم.

وعلى هذا نقول: لعلّ إرادة العموم لتعظيم الأفراد التي تكون العام شاملاً لها وباقياً تحتها وأن غيره ليس بشيء.

ومن الواضح أنه لا استهجان في إرادة العموم بملاحظة هذه النكتة، فحينئذٍ لا وجه للحمل على العهد، كما لا يحمل على العهد في صورة ورد عليه التخصيص الغير الأكثر.

إن قلت: نحن نسلّم أنه لا وجه للحمل على العهد مع ملاحظة هذه النكتة إلّا أنه مع ذلك نقول: لا يجوز التمسك بهذا العام في الموارد المشكوكة؛ إما لعدم العلم بملاحظة هذه النكتة حتى لا يستهجن إرادة العموم.

---

*) ***لا يخفى أن صاحب الحاشية في مسألة «أن منتهى التخصيص إلى كم هو في باب العام والخاص؟» يعترف بأنه لا مانع من التخصيص الأكثر في صورة انضمّ أمر آخر إلى العام من تنزيل الباقي تحت العام منزلة المعظم أو الكل. (منه قدس سره).***

١) للمزيد في هذا الباب راجع: زبدة الأصول ٣١٦/٢.

وإما لدعوى أن عمل العقلاء ليس على العمل بمثل هذا العام.

وإما لدعوى أن ملاحظة هذه النكتة ممتنعة في المقام لعظم الأفراد الخارجة عن تحت العام / ٤٧١ /.

قلت: يرد على الأول ما تقدم من أن ظهور العام حجة ما لم يثبت المانع له، ومع وجود هذا الإحتمال لم يثبت المانع.

وعلى الثاني بأن عمل العقلاء على العمل بمثل هذا العام في غير المورد الذي علم خروجه عن تحت العام تفصيلاً أو إجمالاً نظير عملهم على سائر العمومات المخصصة بالتخصيص غير الأكثر.

وعلى الثالث بأنه لا استبعاد في ملاحظة هذه النكتة في المقام فضلاً عن امتناعها، بعد أن العقود تشمل الإيقاعات التي تكون كلّها لازمة، وتكون عمدة حاجات الناس فيها؛ لأن العقد هو العهد، فتكون الإيقاعات مشمولةً، وجعل الإيقاعات في مقابل العقود إنما هو بحسب مصطلح الفقهاء لا لعدم شمول العقود للإيقاعات؛ كما توهم.

وأيضاً عمدة العقود التي تكون نظام العالم فيها تكون لازمة من النكاح والبيع والصلح والإجارة إلى غير ذلك، وثبوت بعض الخيارات في البيع وغيره ليس منافياً للزوم الوفاء بها؛ لأن ذلك من قبيل التخصيص في العموم الأزماني الذي كان في قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، ولم يخرج أفراد البيع وغيرها عن تحت العموم رأساً، بل سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن بعضاً منع ورود التخصيص الأكثر، لبعض ما قلناه.

ثمّ لا يخفى أنه يظهر من المصنف﵀* أن عمل العلماء على طبق العام الذي ورد عليه التخصيص الأكثر جابر لِوَهنه، حتى في مورد لم نَرَ منهم التمسك به. وما ذكرناه من الوجهين

---

*) *يظهر ذلك من المصنف في قاعدة الضرر، وإلّا فالمصنف لم يتعرض لأصل إشكال كثرة التخصيص على قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا في باب المعاطاة ولا في مقامنا. ويظهر من ذلك أن المصنف يمنع أصل ورود كثرة التخصيص على قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ كما يأتي دعوى ذلك. (منه قدس سره).*

لتصحيح ذلك غير منتجٍ لهذه الكلية* .

الثاني: أن نمنع ورود التخصيص الأكثر على الآية، وذلك أيضاً بأحد الوجهين:

الأول: أن نمنع أكثرية التخصيص حقيقةً من دون تصرف في الظاهر، كما نقلنا دعوى ذلك عن الأستاذ رحمه الله.

وتقريبه بما تقدم قُبَيل ذلك من بقاء جُلّ الإيقاعات وجلّ العقود تحته، سيّما أن مجرد ثبوت الخيار غير مضرٍّ بلزوم الوفاء؛ لعدم التخصيص الفردي.

وبناءً على ذلك نقول: إن جلّ العقود الجائزة مع عدم /٤٧٢/ كثرتها في نفسها بالنسبة إلى العهود اللازمة أيضاً تصير لازمة في شيء من الأزمنة، حتى العقود الإذنية كالوكالة؛ حيث إنها تكون لازمة مع جهل الوكيل بالعزل، فيمضى تصرفه.

وقد تقدم أنه يكفي في عدم ورود التخصيص الفردي اندراج الفرد تحت العام في شيء من الأزمنة، فلم يرد بالنسبة إليها إلّا تقييد لبعض أفراد العقود ببعض الأزمنة، فلا يجب الوفاء مستمراً بالنسبة إليها.

هذا؛ مع أنه يبقى تحت العام غير ما تقدم من العقود والإيقاعات عقود الأيمان والولاية وأشباه ذلك؛ بل نقول: إن الوعد أوشبهه ـ بناءً على ثبوت الإجماع على عدم لزوم الوفاء به ـ ليس عدم لزوم الوفاء به تخصيصاً على الآية لعدم صدق العهد والعقد عرفاً على مجرد الوعد؛ فضلاً من أن نقول: إن العقد هو العهد الموثق لا مطلق العقد، فلا يكون إشكال تخصيص الأكثر موهناً لعموم قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ولاسيّما إذا انضمّ إلى ما ذكرناه ما تقدم من أن ما بقي تحت العام، لكثرة عظمتها وحقارة ما خرج عن تحته لو كان كثيراً أيضاً يكون بحكم التخصيص القليل في أن إرادة العموم غير مستهجنٍ مع فرض خروجها عن تحت العام أيضاً، فلا يحمل على العهد ليضرّنا التمسك بالعموم؛ فتدبّر جيداً.

---

*) ***نقلنا عن الأستاذ رحمه الله أنه لا يعمل بمثل هذه العمومات إلّا في مورد عملوا به. هذا؛ مع أن الوجه الثاني تصحيح العمل بالعام على نحو الإطلاق؛ لأنه بناءً على الوجه الثاني لا يحمل على العهدية، بل المعنى التحت اللفظي هو العموم، ومعه يصح التمسك في الأفراد المشكوكة على القول بأن العام المخصصة حجة في الباقي. (منه قدس سره).***

فإن ما يكون خارجاً عن تحت العموم من العقود الفرضية وغيرها مع غمض العين من أنه يمكن أن يكون من جهة حقارتها في نظر المتكلم وملاحظة عظم الأفراد الباقية، نقول: إن الأمر كذلك في نظر العرف أيضاً. وهذا وجه آخر لمنع كون كثرة التخصيص موهناً ومانعاً عن جواز التمسك بالعموم.

في منع التخصيص الأكثر إما حقيقة من دون تصرف أو معه

الثاني: أن نمنع التخصيص الأكثر بعد ارتكاب تصرف في البين، وذلك بأن نقول بما قاله المصنف رحمه الله في قاعدة الضرر، وشرحناه هناك.

وحاصله: أن الموارد الكثيرة الخارجة عن تحت العام إنما خرجت بعنوان جامع لها وإن لم نعرف ذلك العنوان على وجه التفصيل.

وقد تقرّر في محله أن التخصيص الأكثر لا استهجان فيه إذا كان بعنوان جامع لأفراد هي أكثر من الباقي.

إن قلت: يحتمل أن لا يكون الخروج بعنوان جامع، بل خرج كل فرد بالخصوص، فتصير حجية مثل هذا العام مشكوكة؛ إذ لو كان بلحاظ كل فرد بالخصوص فيسقط العام عن الإعتبار.

قلت: ظهور العام يكون موجوداً وكثرة التخصيص مانعة، والمانع غير ثابت، وليس البناء على رفع اليد عن العام بمجرد احتمال المانع كما هو كذلك عند الشك في التخصيص وغيره في باب ظواهر الألفاظ.

في أن دعوى كون الخروج بعنوان واحد غير رافع للإشكال

ونحن نقول: لو كان المراد أنه مع فرض كون أفراد العام هو الأشخاص الجزئية لو كان التخصيص الكثير بعنوان جامع لأفراد هي أكثر مما بقي، فليس هذا /٤٧٣/ موجباً لاستهجان إرادة العموم بخلاف ما لو كان تخصيص كلّ فرد بعنوان شخصه، كما هو ظاهر كلام المصنف رحمه الله هناك، فنحن لا نرى الفرق، فلا يصحّ هذا من حيث الكبرى، فلا حاجة من التكلّم في تحقيق

صغراه في المقام.

وأما لو كان المراد أن أفراد العام لو كانت هي الأنواع والعناوين وخرج عن تحت العام عنوان تكون أفراده الشخصية أكثر من الأفراد الشخصية لسائر الأنواع، فهذا القسم من التخصيص الأكثر نسلّم أنه لا مانع فيه إلّا أن الكلام في صغراه في مثل المقام الذي لم يلجئنا شيء آخر إلى أن نقول: إن أفراد العام هي العناوين الغيبية، فإنا نمنع هذه الصغرى في المقام بعد أن الظاهر من العام أن تكون أفراده هي أشخاص العقود الخارجية.

إن قلت: لو أخذنا بظاهره فيلزم التخصيص الأكثر المستهجن، فلابدّ أن يقال: إن أفراده الأنواع بالوجه المتقدم، حتى لا يرد هذا المحظور.

قلت: فيه أولاً: إن رفع المحظور كما يمكن بذلك كذلك يمكن بحمل العقود على العقود المعهودة.

لا يقال: إن ظهور العام بأيدينا والمانع عنه غير معلوم؛

لأنا نقول: ما كان اللفظ ظاهراً فيه من كون الأفراد هي الأشخاص لا الأنواع يكون المانع فيه معلوماً. والتصرف يمكن بأحد الوجهين.

وثانياً نقول: إن رفع إشكال التخصيص الأكثر بجعل الأفراد هو الأنواع لو كان لرفع استهجانه، حتى نصحّح التمسك به في الموارد المشكوكة فهذا الوجه غير نافع في ذلك؛ لأنه إذا كان المفروض أن الأفراد لقوله تعالى ﴿أوفوا﴾.. الآية هو أنواع العقود التي يندرج تمام العقود الجائزة تحت نوع منها لا العقود الشخصية ولا مثل البيع والصلح والوكالة وغيرها، فحينئذٍ نقول: إن كل عقد نشك في كونه لازماً لا يجوز التمسك بالآية للزومه؛ لأن المفروض أن أفراد العقود لم تكن هي العقود الشخصية ولا مثل البيع والصلح، بل كانت الأفراد هي العناوين الغيبية، والمفروض أنه خرج عن تحت العام نوع واحد لم يكن /٤٧٤/ عنوان ذلك النوع بأيدينا.

وعلى هذا؛ فالتمسك بالآية لإثبات لزوم ما شك في لزومه من العقود لو كان لدعوى صدق العقد عليه فيشمله العموم، ففيه: أن المفروض أن العقود الشخصية لم تكن من أفراد قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ولا مثل البيع والصلح مما يكون عنوانه بأيدينا وإلّا يعود محظورية

تخصيص الأكثر.

في أن دعوى أن ما خرج عن تحت العام كان بعنوان واحد غير مثمر في التمسك

وأما لو كان لدعوى أن هذا العقد مندرج تحت الأنواع الغيبية التي لم تخرج عن تحت ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، ففيه: أن هذه الدعوى لا ينتهي إلى دليل؛ **لأنه بعد العلم** الإجمالي بخروج عنوان ذات أفراد عن تحت عموم الآية واحتمال اندراج الفرد المشكوك تحت ذلك العنوان وعدم كون العقد الخارجي المشكوك بنفسه من أفراد قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ولا يجوز التمسك بالعام لهذا الفرد ولا شاهد على أن هذا الفرد المشكوك مندرج تحت الأنواع التي لم تخرج عن عموم الآية، بل التمسك بالعام هنا أوهن من التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية؛ حيث إن الوجه الذي ذكره بعض، لصحة التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية غير جارٍ في المقام.

تنبيهان:

الأول أنه لا يخفى عليك أنا نقلنا عن الأستاذ﴿ره﴾ في مسألة المعاطاة وفي مسألة أن الرهن لازم من طرف الراهن إشكالاً وجواباً في التمسك بقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ في بعض الموارد.

أما الإشكال فحاصله: أن هذه الآية ليست معناها[1] وجوب[2] الوفاء بنفس العقد، لأن العقد ينعدم بعد تحققه، فليس فيما بعد ذلك باقياً حتى يكون الوفاء به واجباً، فلابدّ أن يكون المراد وجوب الوفاء بمقتضى العقد، ومقتضى العقد هو الملكية، فيكون وجوب الوفاء موجوداً مادام موضوعه ـ وهو الملكية ـ موجوداً، وبعد الفسخ نحن نشك في بقاء الملكية،

---

١) في المخطوطة: معناه.

٢) كلمة «وجوب» مكررة في المخطوطة.

فكيف يجوز الحكم بوجوب الوفاء مع عدم إحراز موضوع الحكم؟

وبوجه آخر نقول: نحن نعلم أن الملاك في وجوب الوفاء هو الملكية، فكيف يجوز التمسك مع الشك فيه؟

وأما الجواب، فهو أنا نسلّم أن الآية ليست بصدد[1] بيان الموضوع وإنما هو بصدد بيان الحكم، ومع ذلك نقول: لو شككنا في الموضوع نتمسك بالآية لرفع الشك إن كان الشك ناشياً من الشك في حكم الشارع /٤٧٥/؛ لأنه يصير مرجعه إلى تخصيص خفي[2]، مثلاً لو شككنا في أن الطلاق يحصل بلفظ ﴿أنتِ خلية﴾ نتمسك بإطلاق آية النكاح لرفع هذا الشك مع أن الموضوع للحكم هو العلقة غير معلوم البقاء.

وهذا بخلاف ما لو شككنا في أنه صدر منه لفظ ﴿أنتِ طالق﴾ أم لا؟ و كذا في البيع لو شككنا في ثبوت الخيار لمن فسخ العقد نتمسك مع الشك في بقاء موضوع الحكم، وهو الملكية، بخلاف ما لو شككنا أن ذا الخيار فسخ أم لا؟

ومثل ذلك لو قال «أكرم العلماء» وشككنا في بقاء علم زيد، نقول بجواز التمسك إذا كان منشأه حكم الشارع، بخلاف ما لو كان منشأ الشك هو الأمور الخارجية. وأيضاً لو قال الشارع «يجوز الدخول في الصلاة لمن كان على وضوء» وشككنا في أن المذي ينقض الوضوء، فحينئذٍ يجوز التمسك بقوله «يجوز الدخول» ..اه لرفع هذا الشك؛ لأن بيان كون المذي ناقضاً يكون بيد الشارع، وهذا بخلاف ما لو شك في الوضوء لأجل الشك في خروج البول منه.

في أن الموضوع لوجوب الوفاء نفس العهد وهو لا ينتفي بعد العقد بل يتحقق به، لا أن يكون الموضوع هو الملكية التي تحصل هناك

ثمّ إنه رحمه الله نسب إلى صاحب المدارك أنه لا يقول بحجية الإستصحاب ولكن إذا شك في

---

١) الأصل: بسدد.

٢) المزيد الإطلاع راجع: كتاب المكاسب والبيع (تقرير بحث النائيني ـ للآملي) ٣٤/١.

موضوع الحكم يتمسك بالعموم أو الإطلاق مطلقاً[1]، سواء كانت الشبهة ناشية من الشك في الحكم أو من الأمور الخارجية، ولكن نحن فصّلنا بينهما؛ إنتهى.

أقول: نحن تارة نتصدىٰ لتصحيح التمسك بالآية وتارة لبيان حال ما ذكره من الجواب عن الإشكال.

أما الأول، فنقول: لا يخفى أن وجوب الوفاء لا يناسب تعلقه إلّا بنفس العقد والعهد؛ لعدم مناسبة غيره لمادة لفظ «الوفاء».

ثمّ إن العهد والعقد المتحقق بالصيغة لا ينعدم بانعدام لفظ الصيغة؛ لأن العهد أمر اعتباري عرفي يتحقق بالصيغة كالوجوب الذي يوجد بصيغة الأمر ولا ينعدم بانعدام اللفظ.

وإذا عرفت أن نفس العهد أمر اعتباري محقق باقٍ بعد انعدام اللفظ؛ ولذا لو تخلّف، يقال: لِمَ نقضت عهدك؟ مع أنه لا معنى لأن يقال: نقضت عهدك لو لم يكن العهد محققاً حين قوله: لِمَ نقضت عهدك؟

فوجوب الوفاء متعلق بنفس العهد الذي أمر اعتباري محقق.

ثمّ إن الملكية توجد من الأمر بالوفاء بهذا العهد، فلا يمكن أن يكون موضوع وجوب الوفاء وملاكه هو الملكية مع غمض العين عما تقدم /٤٧٦/ من عدم مناسبة مادة ﴿أوفوا﴾ أيضاً للملكية حتى تكون الملكية موضوعه.

هذا كلّه على التحقيق* من أن سببية العقد وكذا الملكية** منتزعتان من الحكم التكليفي

---

١) مصباح الأصول ٣/ ١٨٠.

*) ***الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد والعهد، والعهد لمّا كان على تبادل الملكين فيستفاد من وجوب الوفاء إمضاء ما فعلاه، وهذا بمنزلة جعل الملكية ابتداءً. وقد ذكرنا في محله أن الملكية مما يتحقق حقيقته عرفاً وشرعاً بنفس الإعتبار والإنشاء ممن له شأنية الإعتبار ابتداءً أو إمضاءً.***

ثمّ إن لهذا العام عموماً أحوالياً وأزمانياً إما على نحو القيدية وإما على نحو الظرفية، كما تقدم شرحه عند التعرض لرفع الإشكال من جهة أنه بعد ورود التخصيص في زمان يجوز التمسك بالعام لما بعد تلك الزمان أم لا.

وعلى كلّ حال؛ نقول هنا: إن الشك في عدم وجوب الوفاء بالعقد تارة يكون ناشياً من غير جهة

أعني وجوب الوفاء بالعقد.

وأما على القول بمجعولية أمثال ذلك من الأحكام الوضعية أيضاً نقول: إن الموضوع لوجوب الوفاء أيضاً نفس العقد. نعم؛ مقتضى شموله جعل التأثير فيه فيؤثر في الملكية.

وعليه لا يجوز التمسك بالعموم عند الشك في تحقق الفسخ؛ لأن العام ليس ناظراً إلى بقاء الملكية، بل على القول بكون العقد سبباً مجعولاً لا معنى لتعلق الفسخ به؛ لأنه أَثَّر أَثَره أولاً ولا تأثير له بعد ذلك، بل الملكية يبقىٰ بعد ذلك بنفسه.

بل المناسب على هذا القول أن يكون جعل الخيار في رد العين نظير ما يقولون في

الشك في بقاء نفس العقد الذي هو موضوع، فهذا الشك يرفعه العموم، وتارة يكون الشك من جهة الشك / ٤٧٦ / في بقاء العقد كما لو قال «فسخت» واحتملنا أن يكون له خيار الفسخ، وقلنا إن الفسخ عبارة عن حل العقد والعهد، فهذا الشك لا يرفعه العموم بعد أن الشك في بقاء موضوع العام وليس العام بصدد بيان موضوع حكمه.

هذا؛ إلّا أنه نقول: إن الموضوع في وجوب الوفاء صدور العقد والعهد من أول الأمر وهذا لا يمكن ارتفاعه بالفسخ.

والسرّ في ذلك أنه يستفاد من وجوب الوفاء بالعهد عرفاً لزوم عدم رفع اليد عن العهد والعمل به، وذلك يتوقف على أن لا ينحل العقد ويرفعه، وعلى أن يعمل بمقتضاه مع بقائه. ومن هنا يفهم أهل العرف أن ثبوت الخيار يكون تخصيصاً على الآية، كما أن العلماء أيضاً قالوا بذلك، فوجوب الوفاء نظير وجوب البيع في قوله ٩: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا وإذا افترقا وجب البيع»؛ فتدبّر.

فتلخص أن موضوع وجوب الوفاء هو العهد، وأما جعل الموضوع مقتضى العقد كالملكية مردود من وجهين. ثمّ إشكال الشك في موضوع العام في صورة فسخ من يحتمل ثبوت الخيار له يجري على ما قلنا أيضاً؛ لكنّك عرفت الجواب عنه من أنه الشك في التخصيص، فلا مانع من التمسك بالعام لإثبات اللزوم. وهذا بخلاف ما لو / ٤٧٧ / جعلنا الموضوع لوجوب الوفاء هو الملكية؛ فإنه على هذا لا رافع للشك في الموضوع كصورة كان الشك ناشياً من الأمور الخارجية، مثل أن ذا الخيار فسخ أم لا، كما أنه على القول بكون (أوفوا بالعقود) دليلاً على جعل العقد سبباً للملكية عدم جواز التمسك بالعام عند الشك في الملكية يكون أمره أوضح كما شرحناه (منه قدّس سرّه).

***) بالنسبة إلى الملكية يعلم اعتبارها من وجوب الوفاء بالتبادل من حيث الملكية التي هي معنى البيع (منه قدّس سرّه).*

المعاطاة من أنه لهما ترادّ العينين دون الفسخ[١].

وأما الثاني أعني الجواب الذي ذكره عن الإشكال فهو أهون من أصل الإشكال بمراتب؛ لأنه إذا كان المفروض أن العام ـ في المقام، بل كل مقام ـ إنما يكون بصدد الحكم لا موضوع حكمه، فلا وجه للتمسك به مع الشك في الموضوع. ومجرد كون بيان الموضوع بيد الشارع بعد أن المفروض أن الشارع لم يقل إنه باقٍ، بل لو قال الشارع: إنه باقٍ أيضاً، فهو الدليل على ثبوت الحكم لا العام الذي لم يكن بصدد بيان الموضوع.

ثمّ لو قام الدليل على بقاء الموضوع كالإستصحاب فهو الدليل على ثبوت الحكم بعد أن العام أثبت الحكم للموضوع الواقعي، ولا فرق في ذلك أيضاً بين الشك من جهة الأمور الخارجية أو حكم الشارع، كما أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الشك في بقاء نفس موضوع العام ـ كالملكية على ما ادّعاه ـ أو بقاء عنوانه الذي ثبت له الحكم بذاك العنوان ـ كبقاء زيد ـ أو بقاء قيد من القيود المأخوذة في الموضوع، كبقاء الوضوء في المثال الذي ذكره.

نعم؛ يكون التمسك بالعام لبقائه أعجب مما تقدم.

وأعجب من ذلك كله ما نقلناه عنه في كتاب الرهن أنه استشهد لمدّعاه من جواز التسمك بالعام مع الشك في بقاء الموضوع في صورة كان منشأ الشك هو /٤٧٧/ الشك في حكمٍ بأنا نعلم بعدم جواز لعن المؤمن مع أنه ورد لعن بني أمية قاطبة ويحتمل أن يكون فيهم.

والجواب أن ملاك لعن الشارع لمّا ليس بأيدينا، فلا مانع من شمول العام أعني اللعن عند الشك في المؤمنية.

أقول: هذا كما ترى أعجب من جميع ما تقدم؛ فافهم.

في إبطال قول من يقول: إن وجوب الوفاء يكون إرشادياً إلى الصحة أو يتعلق بالآثار أو التشريع، كما توهّم ذلك كلّه

التنبيه الثاني: أنا نقلنا عن الأستاذ ﷺ في باب المعاطاة أنه قال: لمّا قام الإجماع على أن

---

١) حاشية المكاسب (للآخوند الخراساني) ص ١٣.

إيجاد نفس العقود التي ليست بواجب ولا حرام، فحينئذٍ إذا تعلق النهي مثلاً بشيء منها كأن يقال: لا تبع، مثلاً، فحينئذٍ إما يحملون النهي على الإرشادية يعنى أن البيع لمّا كان بنفسه فاسداً ولم يكن في إيجاده فائدة فيكون النهي لبيان أن البيع ليس فيه فائدة، لكونه فاسداً وليس النهي تحريمياً.

وإما يحملون على التشريع يعني أن إيجاد البيع والعقد بقصد أن هذا العقد يترتب عليه الأثر في الدين يكون حراماً فيكشف ذلك عن فساد العقد.

وبهذين الوجهين يجمع بين كلام العلماء في الأصول والفقه؛ حيث إنهم في الأصول يقولون بأن النهي المتعلق بالمعاملات لا يقتضي الفساد، وفي الفقه لا يزال يتمسكون بالنهي للفساد. فنقول: إن مرادهم في الأصول أن النهي الدالّ على التحريم لا يقتضي الفساد من باب أنه لا منافاة بين الحرمة والصحة. و مرادهم في الفقه أن النهي المتعلق بالمعاملات لا يحمل على صرف التحريم؛ حيث إنه مخالف للإجماع، فلابدّ أن يحمل على معنى آخر، والمعنى الآخر هو الإرشادية أو التشريع أو المعنى الآتي، وكلّها يقتضي الفساد.

وإما يحملون على أن هذا النهي يدلّ على حكم تحريمي يستتبع حكماً وضعياً كأن يكون المراد حرمة آثار البيع. وهذا أيضاً يدلّ على الفساد.

وإذا عرفت هذا؛ فنقول: إن كل واحد من هذه الوجوه يأتي في الأمر المتعلق بالمعاملة مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، والمعنى الذي ذكرناه ﴿**لأوفوا بالعقود**﴾ في التنبيه السابق يكون غير هذه المعاني الثلاثة؛ إنتهى.

أقول: لا يخفى عليك أولاً أن وجه حمل النهي المتعلق[1] بذات المعاملة على شيء من المعاني الثلاثة ليس مدركه أن صرف العقد بنفسه قام الإجماع على أنه ليس بواجب ولا حرام، بل مدركه كما ذكرناه في محله هو أن إباء العرف /٤٧٨/ من كون مجرد العقد بنفسه مبغوضاً كشرب الخمر وأن المناسب فيها أن يكون الحكم بلحاظ ما هو المقصود الأصلي فيها وهو ترتب الآثار يصير قرينة على رفع اليد عن الظاهر في النهي المتعلق بذات المعاملة؛

---

١) في المخطوطة كرّرت لفظة «المتعلق».

فراجع.

وثانياً: لا يخفى عليك أنا لم نَرَ منهم في الأصول اشتهار أن النهي المتعلق بذات المعاملة لا يقتضي الفساد ليحتاج إلى توجيه في كلامهم، بل يصرّحون في الأصول بأنه يقتضي الفساد وإنما يقولون في الأصول بأن تعلق الحرمة بالأسباب كالبيع ونحوه لا يقتضي الفساد لعدم المنافاة بين الحرمة والتأثير، بخلاف ما لو تعلقت الحرمة بالعبادة؛ فإنه لا يجوز اجتماع الأمر والنهي.

وثالثاً: نقول: لا وجه لمقايسة ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ بالنهي المتعلق بالعقود، وذلك لأن الأمر في الآية لم يتعلق بنفس المعاملة حتى تقول: إن إيجاد المعاملة لمّا ليس بواجب فلابدّ أن يحمل على أحد المعاني الثلاثة، بل الأمر في الآية إنما يدلّ على أنه إذا صدر العقد من الناس بمقتضى ميل أنفسهم أو لغير ذلك فيكون الوفاء على ذلك العقد واجباً بعد ذلك على المتعاقدين، و تعلق الوجوب بالوفاء بالعقد الصادر من الإنسان لا محظور فيه أبداً حتى نحتاج إلى ارتكاب خلاف الظاهر، نظير قوله «**لا تبع***».

في تقريب التمسك بقوله تعالى ﴿أحل الله[1]﴾ ..اه لإثبات لزوم البيع[2]

ومنها قوله تعالى: ﴿**أحلّ الله البيع**﴾.

وجه الدلالة موقوفة على إشارة إجمالية إلى دلالة الآية على أصل صحة البيع، فنقول:

إنا ذكرنا في أول المعاطاة أنه لما كان حلية نفس البيع أعني الصيغة واضحاً في نظر العرف بحيث لا يحتاج إلى البيان وكان المناسب هو التعرض لما هو المقصود الأصلي في البيع في

---

*)***ورود بعض الأخبار في تفسير الآية غير مضرٍّ بالأخذ بظاهرها، كما شرحنا ذلك في قاعدة الغرر بعد بيع الفضولي، ولاسيّما في المقام الذي يكون بعض الأخبار المعتبرة مطابقاً لظاهرها؛ حيث إنه مع الغمض عما ذكرنا هناك يكون مقتضى الجمع بين الأخبار أيضاً أن نقول: إن تفسير العقود بعقود الأيمان أو الولاية من باب أنهما من مصاديق العقود أيضاً وكان المراد مطلقاً. (منه قدس سره)**.

١) البقرة: ٢٧٥.

٢) كتاب المكاسب ١٩/٥.

نظر العرف من بيان صحته وفساده، فبعد ذلك إما أن يوجب ما ذكرناه منشأ لظهور الآية في بيان صحة البيع، فكأنه قال: البيع صحيح.

أو في أن الحلية متعلقة بتشريع البيع بمعنى إتيانه بقصد أنه في الدين يترتب عليه الأثر، فيكشف حلّية ذلك عن صحته، كما قيل.

أو في أن المراد حلّية مقتضى البيع والمراد بمقتضاه هو الملكية. وحلّية ذلك بمعنى حلّية آثار الملكية، كما قيل أيضاً.

أو في أن المراد حلّية آثار نفس البيع، كما شرحنا كل ذلك[1] في محله.

ثمّ على الأخير نقول: إن للآية إطلاق بحسب الأفراد وبحسب الأزمان /٤٧٩/ والأمكنة وبحسب الأحوال الطارية، كما يكون ذلك ثابتاً لأكثر المطلقات، بل العمومات أيضاً؛ حيث إنهما وإن كان بحسب الأفراد لها عموم وضعي مثلاً، لكن بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال يكون لها الإطلاق.

ثمّ إذا كان لحلّية التصرفات المترتبة على البيع إطلاق أحوال فحينئذٍ نقول: من الحالات الطارية هو فسخ أحد المتبايعين بغير رضى الآخر وإذا كان تصرف من لم يرض بالفسخ حلالاً بعد الفسخ بمقتضى الآية فهذا يكون مستلزماً لأن يكون الفسخ لغواً وهو المطلوب.

ثمّ لا يخفى أن الفرق بين [(أحل الله البيع)][2] وبين قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أنه إذا أراد أحدهما أن يفسخ فيعطي ما عنده ويأخذ ما عند الآخر بعنوان عدم الوفاء. فقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ يدلّ على حرمة كلا الفعلين؛ حيث إن كلاً منهما يكون بعنوان عدم الوفاء، والمفروض أنه كان مأموراً بالوفاء بالعقد السابق. وهذا بخلاف قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ حيث إنه لا يدلّ على حرمة إعطاء ما عنده إلى الآخر ولا على حرمة أخذ ما عند الآخر، وإنما يدلّ على أنه بعد إرادة الآخر من الآخر أو بعد الأخذ منه يجوز للآخر أن يتصرف فيما أخذ منه أو أريد أخذه منه.

---

١) «كلّ ذلك» مكرّرة في المخطوطة.

٢) هذه الآية لم يذكرها المصنف في المخطوطة، وقد أخذناها من نقله قدس سره.

نعم؛ نحن نعلم بأن جواز التصرف له بعد ذلك يكون ملازماً لحرمة التصرف من الطرفين فيما عند الآخر فيثبت هذا اللازم أيضاً؛ لأن الآية من الأمارات ويثبت بها اللوازم.

ثمّ إن المصنفﷺ قال: ويمكن أن يقال: إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بالإطلاق فلا يمكن التمسك في رفع هذا الإحتمال إلّا بالإستصحاب، ولا ينفع الإطلاق[1].

ونقلنا في مسألة أصالة اللزوم في باب المعاطاة أن الأستاد قرّر إشكال التمسك بالإطلاق بوجهين:

الأول: أن نقول: إن مقتضى قوله تعالى ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ هو حلّية مقتضى البيع ومقتضاه الملكية، وبعد الفسخ لا نعلم ببقاء الموضوع أعني الملكية، ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجوز التمسك بالإطلاق، بل لابدّ من التمسك بالإستصحاب.

الثاني: أنه لولم تقدّر الملكية أيضاً نقول: إنا نعلم بأن الملاك في حلّية التصرفات هو الملكية، فيصير بمنزلة المنصوص العلة، فيصير المعنى أنه يحلّ التصرف لأجل الملكية، وبعد الفسخ نشك في بقاء العلة وهو الملكية، ولا يجوز التمسك مع الشك في بقاء العلة.

ثمّ إن الأستادﷺ أجاب عن الإشكال مما تقدم منه في التنبيه الأول الذي ذكرناه في الآية السابقة من أنه لما يكون الشك من حكم الشارع وأنه جعل له الخيار أم لا، فيجوز التمسك / ٤٨٠ / بالعام والمطلق لرفع هذا الشك؛ لأن مرجعه إلى التخصيص الخفي*.

---

١) كتاب المكاسب ١٩/٥ ح.

*) ***على ما رجحناه في أول المعاطاة ورفعنا الإشكالات عنه يكون معنى الآية هو الحلية التكليفية لآثار البيع إلّا أنه يفهم منها عرفاً إمضاء البيع على نحو يكون عند الناس وأن منشأ حلية آثار البيع هو ذلك.***

إن قلت: إذا فسخ البيع من يحتمل ثبوت الخيار له فيصير في بقاء البيع مع أن البيع كان موضوعاً لترتب الحلية، ومع الشك في الموضوع لا يتمسك بالعموم لما تقدم من أن العام ليس بصدد بيان موضوع حكمه.

قلت: البيع عبارة عما يوجد أولاً عند إجراء صيغة البيع كما هو المتبادر منه عرفاً ويكون مقتضى التعاريف التي ذكروها للبيع أيضاً ذلك ويكون مقتضى الآية حلّية آثار ذاك البيع دائماً، فالفسخ

أقول: بعد أن من المسلّم أنهم يستدلّون بهذه الآية على أصل صحة البيع أيضاً، بل الإستدلال به على اللزوم أيضاً مبنيّ على ذلك، فحينئذٍ نقول: إن إفادته للملكية لابدّ أن تكون مستفادةً من هذه الآية، فكيف يجوز أن يقال: إن الملكية من قبيل الموضوع للحكم بالحلّية في الآية أو أنها علة للحكم بالحلّية، كما تقدم نظير ذلك في التنبيه الأول الذي ذكرناه في قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾.

فالملكية يستفاد* منتزعة من الحكم بحلّية آثار البيع على التحقيق أو أنها من قبيل المسبب للسبب الذي استفيد سببه من الآية وهو البيع، كما تقدم شرح ذلك في تلك الآية.

في أن ثبوت الخيار في جزء من الزمان مطلقاً غير مضرٍّ لإثبات اللزوم لما بعده بقوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾.

إن قلت: إن خيار المجلس قد ثبت في البيع فانقطع الإطلاق الأحوالي والأزماني الذي كان لقوله ﴿**أحل الله البيع**﴾ لحلّية التصرفات التي من آثار البيع دائماً؛ لوضوح أن الإطلاق الأزماني والأحوالي يكون بمعنى الإستمرار والظرفية، لا بمعنى القيدية الموجبة لتكثر الأفراد حتى لم يكن مانع من التمسك به بعد خروج جزء من الزمان[1] أو الأحوال.

قلت فيه، أولاً: إنك قد عرفت قبل التعرض للآيات أنه لو خرج فرد من أول زمان وجوده عن تحت العام فلا يضرّ ذلك بالتمسك به لما بعد تلك الزمان؛ لعدم العلم بالتخصيص الفردي

المصحح يكون تخصيصاً في العموم الأزماني. فإذا كان الشك في صحة الفسخ فيرفع ذلك الشك بعموم الآية، وليس من الشك في موضوع حكم العام أيضاً.

ولا ينافي ذلك مع كون الفسخ عبارة عن حلّ العقد أيضاً؛ فإنه لا ينافي مع كون صدور البيع أولاً باقياً بحاله ويكون هو الموضوع للحكم بحلية الآثار؛ فتدبّر.

فإن البيع صار منشئاً لتحقق عنوان البيع بنفس صدوره وبعنوان العهد، والعنوان الثاني لما يكون باقياً فقابل لأن يرفع بالفسخ، وفي قوله تعالى ﴿أحلّ﴾.. الآية يكون الموضوع العنوان الأول الذي لا يرفع نفس ذلك العنوان بالفسخ وإنما يرفع آثاره. (منه قدس سره).

**) أو تستفاد. (منه قدس سره).*

١) «من الزمان» كرّرت في المخطوطة.

كما تقدم شرحه.

وثانياً: إن التخصيص في الزمان الأول أيضاً في المقام غير موجود إلّا بعد تحقق الفسخ في زمان خيار المجلس، وهو خارج عن مفروض الكلام.

وذلك لوضوح أن مجرد ثبوت الخيار من دون فسخ غير منافٍ لحلّية جميع التصرفات التي من آثار البيع في زمان الخيار أيضاً، فمجرد ثبوت الخيار غير مضرّ لشمول ﴿أحلّ الله﴾ ..اه وليس حاله كحال قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ فافهم.

في جواز التمسك بتجارة عن تراضٍ للزوم لو صحّ التمسك بها لأصل الصحة ومنها[1] قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ[2]﴾

وهنا نقول: بعد أن التجارة هنا بمعنى التكسّب الشامل للبيع، كما بيّنّا وجه ذلك في أول المعاطاة وبعد غمض العين عن المناقشات التي نقلناها هناك على جواز التمسك بهذه الآية لصحة نفس البيع كالمناقشة* بأن قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ يكون من القضية الاستثنائية /٤٨١/ يعني يكون مستثنى من قوله تعالى ﴿لا تأكلوا﴾.. الآية.

وعلى هذا نقول: إن القضية الإستثنائية إنما تكون بصدد بيان الحكم المستثنىٰ منه من جهة الإستثناء المذكور فيها، وليست بصدد بيان حكم المستثنى، فلا يجوز التمسك بإطلاقه؛ لأن إطلاقه وارد مورد بيان حكم شيء آخر لا بيان حكم المستثنى إلّا أن يجاب بأن الإستثناء هنا منقطع والمستثنى في الإستثناء المنقطع بمنزلة كلامٍ مستأنَف.

وكالمناقشة بغير هذا الوجه على ما فصّلناه في أول المعاطاة.

وبالجملة؛ بعد غمض العين عن أمثال هذه المناقشات يصير معنى الآية جواز التصرف في الأموال بالتجارة؛ أعني التكسب الشامل للبيع، فيشمل جميع التصرفات.

---

١) كتاب المكاسب ١٩/٥.

٢) النساء: ٢٩.

*) *أجبنا في المعاطاة عند التمسك بهذه الآية لأصل الصحة عن تمام الإشكالات عن هذه الآية، وعن قوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾. (منه قدس سره).*

وحينئذٍ نقول: كما تقدم في قوله تعالى ﴿ أحل الله ﴾ ..اه أن إطلاق الآية يشمل التصرفات في جميع الأزمنة والأمكنة والأحوال، وحينئذٍ يجري فيه التقريب المتقدم في قوله تعالى ﴿ أحل الله ﴾ ..اه، لدلالته على لزوم البيع في هذه الآية، فيثبت المطلوب، كما أنه يجري فيه المناقشة التي ذكره المصنفﷺ مع توجهه، وما أوردنا على ذلك كلّه في هذه الآية أيضاً كما أنه يجري فيها المناقشة الأخيرة التي ذكرناها مع جوابها في هذه الآية أيضاً حرفاً بحرف من غير فرق بين الآيتين.

في إبطال التمسك لأصالة اللزوم بقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا ﴾ ..اه بتقريبه

ومنها[1] قوله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾.

وتقريب الإستدلال يكون بوجهين: أحدهما ما ذكره المصنف في مسألة المعاطاة عند التعرض لبيان أن الأصل في البيع اللزوم؛ من أن مفاد الآية حصر مجوز أكل المال بالتجارة عن تراض.

وعلى هذا نقول: إن الفسخ من أحدهما ليس بتجارة ولا عن تراضٍ.

وهذا التقريب يرد عليه إشكالان:

الأول: ما نحن نذكره، وهو أن مفاد الآية حرمة أكل المال بالباطل، لا أن مجوز الأكل منحصر بالتجارة عن تراضٍ، وذلك لأن الظاهر من الآية أن يكون الإستثناء منقطعاً لا متصلاً.

والثاني: ما / ٤٨٢ / يظهر من كلام المصنف هناك، وهو أنه ليس مفاد الآية حصر مجوز أكل مطلق المال حتى مال نفسه بالتجارة عن تراضٍ، بل حصر مجوز أكل مال الغير بالتجارة عن تراضٍ[2].

وبعد الفسخ نحن نشك في كون المال مال الغير، ومع الشك في الموضوع للعام والمطلق لا يجوز التمسك بهما لإثبات الحكم مع أنها بصدد بيان مجرد الحكم.

---

١) كتاب المكاسب ٢٠/٥.

٢) كتاب المكاسب والبيع (تقرير بحث النائيني ـ للآملي) ٣٤/٢.

ونحن نقول: إن الإشكال من جهة الشك في بقاء الموضوع سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى ـ عند التمسك بقوله ﴿ **لا يحلّ مال امرئ** ﴾ ..اه لإثبات اللزوم.

وثانيهما: ما ذكره المصنفﷺ هنا في باب الخيارات وهو أن مفاد الآية حرمة أكل المال بما يسمّى باطلاً عرفاً.

وعلى هذا نقول: إن الأكل من الفاسخ للمال الذي صار أولاً مال الغير لأجل البيع مثلاً بمجرد فسخه من دون رضى الآخر يعدّ عند العرف أكلاً للمال بالباطل، فلابدّ أن يكون حراماً، ومقتضى ذلك عدم تأثير الفسخ.

ونحن نقول: إن الاشكال الثاني [الذي] ذكر على الوجه الأول ـ وهو الإشكال الموضوعي ـ جارٍ على هذا التقريب أيضاً لكن الإشكال الأول [الذي] ذكرناه غير جارٍ على هذا التقريب. ولعلّ ورود الإشكال الأول على الوجه الأول صار منشأ لعدول المصنفﷺ في باب الخيارات عما ذكره في باب المعاطاة.

إشارة إلى حكم التمسك بالمطلق أو العام مع ثبوت التخطئة في المصداق

وعلى كلّ حال؛ يرد على التقريب الثاني الذي ذكره في باب الخيارات إشكالان آخران:

الأول: إن صدق أكل المال بالباطل بمجرد الفسخ في نظر العرف مبنيّ على كون المعاملة عند العرف لازمة، وهو غير معلوم في الموارد التي نشك في ثبوت الخيار شرعاً، وذلك لأنه لو فرضنا كون المعاملة عند العرف جائزاً فلا يعدّون الأكل بواسطة الفسخ باطلاً، بل يكون في نظرهم أكلاً بالحق.

الثاني: إنه سلّمنا أن أكل المال بالفسخ يسمّى باطلاً في نظائره ممّا ثبت في الشرع جواز الأكل هناك، كما في أكل المارّة من ثمرة الأشجار التي تمرّ بها، وكما في الأخذ بالشفعة، وكما في الأخذ بالخيارات الثابتة شرعاً.

وذلك لأن ما نحن فيه ليس /٤٨٣/ أهون منها في نظر العرف.

وعلى هذا؛ فليس لنا أن نقول: إن حرمة أكل المال بالباطل خصّص في هذا المقام؛ لأنه لا يجوز أن يقال: إن الشارع معترف بأنه أكل بالباطل، ولكنه جوّزه، بل لابدّ أن يقال: إن الشارع

خطّأ أهل العرف في كون هذا باطلاً.

وعلى هذا؛ فيُثبت ذلك اختلاف نظر الشارع مع نظر العرف في تعيين مصاديق الأكل بالباطل.

ومن الواضح أن الحكم بحرمة الأكل بالباطل إنما تعلق بما هو أكل بالباطل في نظر الشرع فكيف يجوز[1] تعيين مصاديق ما هو أكل بالباطل في نظر الشرع بما هو أكل بالباطل في نظر العرف، بعد أنه ثبت اختلاف نظرهما في تعيين مصاديق الأكل بالباطل!

ونحن تعرّضنا للجواب عن هذا الإشكال عند إثبات الملازمة بالأدلة الشرعية وقبل مسألة المعاطاة، وقلنا بأن التخطئة في المصداق لو لم يكن كثيراً ـ كما في النجاسة والطهارة ـ فذلك لم يمنع من صحة التمسك.

والوجه في ذلك موكول إلى محل آخر.

هذا كلّه في الآيات الدالة على أصالة اللزوم، وأما الأخبار فمنها عامة لجميع العقود ومنها خاصة لخصوص البيع.

أما الأخبار العامة، فمنها: **قوله «لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه**[2]». وجه الدلالة أنه بعد البيع مثلاً يصير المبيع مال المشتري، فأخذه منه بدون رضاه تحليل مال الغير من دون طيب نفسه، وهو غير محلّل بحكم الشارع و الإشكال الموضوعي أيضاً وارد هنا؛ لأن مجرد قول الفاسخ ـ فَسَخْتُ ـ ليس تحليلاً لمال الغير ولا أكلاً له. وأما التصرفات بعد قوله: «فسخت» وإن كان تحليلاً للمال وأكلاً له إلّا أنه لم يعلم كون ذلك في مال الغير.

في الأجوبة التي ذكر[ت] لرفع الإشكال الموضوعي

ثمّ إنه يأتي الكلام في هذا الإشكال الموضوعي إن شاء الله تعالى.

ومنها: قوله «الناس مسلّطون على أموالهم[3]»؛ فإن مقتضى إطلاق السلطنة زماناً وأحوالاً

---

١) في المخطوطة كررّت لفظة «يجوز».

٢) سنن البيهقي ١٠٠/٦؛ مسند أحمد بن حنبل ٧٢/٥؛ عوالي اللآلي ١١٣/٢ ح ٣٠٩.

٣) المبسوط ٣١/١٤.

وأفراداً، كما يستفاد من هذه الرواية هو أن لا يجوز أخذ المال /٤٨٤/ من يد صاحبه بدون رضاه، والإشكال الموضوعي بالتقريب المتقدم جارٍ هنا.

ثمّ إنه مع غمض العين عن هذا الإشكال الموضوعي لا مانع من التمسك بهذا الخبر في المقام؛ أعني إثبات اللزوم.

وأما التمسك به لأصل[1] صحة المعاملات ورفع ما يحتمل اعتباره من الشرائط في العقود، ففيه الإشكال على ما ذكرناه في أول باب المعاطاة.

بقي الكلام في الإشكال الموضوعي الذي كان وارداً على قوله تعالى ﴿**ولا تأكلوا أموالكم**﴾.. الآية، وقوله ﷺ: «**لا يحلّ**»..اه وقوله: «**الناس مسلطون**».. الحديث، فنقول: أجيب عنها بوجوه مشتركة بينها:

في الجواب عن الإشكال الموضوعي الذي أورد على كلّ واحد من قوله ﷺ «لا يحلّ» ..اه وقوله «الناس» ..اه وبقاء الإشكال

منها: ما قاله الأستاذ من أن الشك في ارتفاع الملكية والمالية بالفسخ لمّا يكون ناشياً من أن الشارع جعل له الخيار أم لا، فلا مانع من التمسك بالعام لرفع هذا الشك؛ حيث إن مرجعه إلى التخصيص الخفيّ.

وفيه: ما تقدّم منّا في الآيات السابقة من أنه بعد أن العام ليس إلّا بصدد بيان ثبوت الحكم للموضوع فلاوجه للتمسك به عند الشك في الموضوع وكون جعل الخيار بيد الشارع غير نافع في شيء.

ومنها: أن صيرورة شيء مالاً لشخص إنما يتحقق بأن تكون سلطنته عليه بجميع جهاته. وعلى هذا فإذا فرض أن المبيع ـ مثلاً ـ يصير مالاً له بواسطة البيع فلابدّ أن يكون له سلطنة عليه بجميع أنحائه. ومن أنحائه أن يكون له سلطنة أن لا يأخذه منه أحد بدون إذنه.

ومقتضى ذلك عدم تأثير الفسخ من أحد الطرفين، وهو المدّعى.

---

١) المخطوطة: اصل.

أقول: من العجب أنه قيل: إن نظر المصنفﷺ في رفع الإشكال الموضوعي عن الآية والخبرين إلى ذلك مع أن كلامه آبٍ عن ذلك، ويكون نفس هذا الوجه واضح الفساد أيضاً.

أما أولاً: فإنه لو تمّ هذا التقريب فنقول: إن إثبات اللزوم غير متوقف على الآية والخبرين، بل يكون ذكرهما بلا ربطٍ؛ حيث إن هذا الوجه يتمّ بمجرد إثبات المالية لأحد.

وأما ثانياً: فلأن هذا منافٍ لما تقدم عند التعرض لإثبات اللزوم /٤٨٥/ بالأصل من أنه لا فرق في حقيقة الملكية بين الملكية الجائزة واللازمة.

ومع ذلك فكيف تستدرج عدم جواز الأخذ منه بدون رضاه في حقيقة الملكية والمالية.

ومنها: ما يدّعى أيضاً أن نظر المصنفﷺ إليه، وهو أن إطلاق قوله «**لا يحلّ**[1]» ..اه أو ﴿**لا تأكلوا**[2]﴾ ..اه أو «**الناس مسلطون**[3]» ..اه يشمل أخذ المال من المالك بدون إذنه ولو بالفسخ.

أقول: هذا الوجه أيضاً بظاهره فاسد؛ لوضوح أن عموم الحكم إنما يتمسّك به إذا كان الموضوع محرزاً، والمفروض أن الموضوع في الآية والخبرين مشكوك في مورد تريد أن تتمسّك بها.

هذا؛ والتحقيق في المقام أن نقول: لا يخفى أولاً أن الإشكال الموضوعي الذي توهّم وروده على مثل قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ و ﴿**أحل الله البيع**﴾ و﴿**تجارة عن تراضٍ**﴾ كما توهّمه الأستادﷺ، وعرفت أنه يظهر من بعض كلمات المصنفﷺ أيضاً ـ قد عرفت ـ أنه في غير محله؛ حيث إن الآيات لما كانت دليلاً على أصل صحة المعاملة فلا[4] يمكن أن يكون الملكية موضوعاً في تلك العمومات، ولا علّة لشمولها ـ كما تقدم شرح ذلك ـ إلّا أن الإشكال الموضوعي يكون وارداً على قوله تعالى ﴿**ولا تبطلوا**﴾ ..اه وقوله ﷺ «**لا يحلّ**» وقوله ﷺ «**الناس مسلّطون**» ..اه. فلابدّ لنا من أن نتعرض للجواب عن ذلك؛ لأنه لا إشكال في أن المال يكون موضوعاً في هذه الثلاثة في الجملة.

---

١) التذكرة ٤٨٩/١.

٢) النساء: ٢٩.

٣) نقله من العامة: السنن الكبرى ١٠٠/٦؛ سنن الدار قطني ٢٦/٣ ح ٩١.

٤) «فلا» مكررة في المخطوطة.

فنقول: أما بالنسبة إلى قوله ﷺ «**لا يحلّ**» ..اه؛ فلا يخفى عليك لو كان الإشكال الموضوعي وارداً عليه، فحينئذٍ كما لا يجوز التمسك به لأصالة اللزوم عند الشك في ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين؛ كذلك لا يجوز التمسك به لاعتبار رضاية المالك في صحة العقد أولاً أيضاً، مع أن كلّ الفقهاء يتمسكون به لذلك؛ لكنّا تصدّينا لرفع الإشكال في أوائل باب الفضولي وفي بحث الإجارة إلى غير ذلك من مكتوباتنا.

وحاصل الجواب: أن قوله «**لا يحلّ**» ..اه ليس معناه: لا يحلّ مال امرئ مادام ماله إلّا عن طيب نفسه؛ لأنه فيه تقييد بلا وجه، فلا وجه للمصير إليه، بل المعنى: أنه لا يحلّ مال المرء لغيره إلّا عن طيب نفسه.

وعلى هذا نقول: إنه إذا كان شيءٌ مالَ شخص فيكون مقتضى الرواية[1] أنه لا يحلّ /٤٨٦/ ذلك المال من دون رضاه. فلو فرضنا أنه يحلّ للغير بواسطة الفسخ فيلزم صيرورة ذاك المال حلالاً لغيره بشيء آخر غير رضا مالكه. فليس مفاد الخبر أنه مع بقاء موضوع ماليته للغير لا يحلّ إلّا عن طيب النفس، بل المعنى أن مال الغير لا طريق إلى حلّيّته من غير طيب نفس مالكه. فلو فرض أن يكون لشخص آخر أن يتملّكه، فيلزم إما التقييد أو التخصيص على الرواية. وأما بالنسبة إلى قوله ﷺ «**الناس مسلطون**» ..اه؛ فنقول: قد ذكرت في أواسط المعاطاة أن مقتضى هذا الخبر ثبوت السلطنة للمالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة حتى في دفع الغير من أن يتملّكه.

وإن شئت تصديق ذلك من نفسك فافرض أنه يكون لكلّ أحد أن يتملّك مال المالك؛ فإنه يصدق هنا أنه لا سلطنة للمالك على ماله أصلاً، وليس فهم هذا المعنى العام من اللفظ للعرف من قبيل الخطاء في التطبيق؛ لعدم رجوعهم عن هذا المعنى بعد الإلتفات إلى جميع الجهات أيضاً.

هذا؛ مع أن إطلاق ثبوت السلطنة يقتضي ذلك، فيصير هذا الإطلاق دليلاً على بقاء موضوع ماله بعد فسخ الطرف المقابل أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٣/٥٤.

وأما بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿ **لا تأكلوا أموالكم** ﴾ .. الآية؛ فنقول: لو قلنا: إنه يشمل مطلق الأموال سواء كان مال نفسه أو غيره وأن عدم صدق أكل المال بالباطل بالنسبة إلى مال نفسه غير موجب لأن يكون المراد من المال في الآية مال الغير* كما أن عدم صدق أكل مال الغير أيضاً في بعض الموارده لا يوجب لأن يتصرف في لفظ المال، فحينئذٍ نقول: ليس في البين إشكال موضوعي، بل لابدّ أن يلاحظ أنه بعد قول أحد الطرفين ـ فسخت ـ يصدق أكل المال بالباطل أم لا؟

إن قلت: إنه يشك في صدق هذا العنوان، ومنشأ الشك هو الشك في تأثير الفسخ.

قلت: في هذا الفرض لا يجوز التمسك بالإطلاق بوجه كما لو علمنا أن الموضوع مال الغير وشككنا في تأثير الفسخ. /٤٨٧/

ثم لا يخفى أن مثل «**لا يحلّ**» ..اه ومثل «**الناس**» ..اه اللذين قلنا بتمامية دلالتهما على أصالة اللزوم يكون حالهما كحال ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ في أنه لو ثبت الخيار في جزء من الزمان فيكون ذلك تخصيصاً لهما؛ حيث إنه بعد ثبوت الخيار لغير المالك يصير مال الغير حلالاً بدون طيب نفسه، وليس لصاحب المال سلطنة أن يمنع الغير من التملك.

وليس حال ـ مثل «**لا يحلّ**» ..اه ومثل «**الناس**» ..اه ـ كحال ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ و ﴿ **تجارة عن تراضٍ** ﴾؛ حيث قلنا بأن ثبوت الخيار ليس تخصيصاً فيهما، كما تقدم.

في أن التمسّك بقوله ﷺ «المسلمون عندشروطهم[1]» لإثبات لزوم العقود غير جائز؛ لأن الشرط ظاهر في الالتزام التابع

ومنها: ما ورد في الصحيح ـ كما في الجواهر ـ «**المسلمون**** **عندشروطهم**»؛ بناءً على أن

---

*) *أو قلنا بما نقله الفخر الرازي في تفسيره عن بعضٍ بأن أكل مال نفسه في الباطل بصرفه في المحرمات ويمكن القول بأنه بصرفه في اللغويات.*

ثمّ إنه ينقل الإستشهاد بشمول[ـه] لمال نفسه بقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا أنفسكم ﴾ بناءً على شمول[ـها] لنفسه ونفس غيره. (منه قدس سره).

١) نقله من العامة: صحيح البخاري ١٢٠/٣، سنن الدارقطني ٢٧/٣ ح ٩٨ ـ ٩٩.

**) *أو المؤمنون، خ. (منه قدس سره).*

الشرط هو مطلق الإلتزام أو الإلزام الشامل للبيع ونحوه من الشروط الإبتدائية.

وعلى هذا نقول: بعد فرض دلالته على وجوب الوقوف عند الشرط بالبيان الذي ذكره في العناوين أو بغيره مما ليس هنا بيان شرحه، فدلالته على لزوم البيع وغيره من العقود يكون بالتقريب الذي تقدم في دلالة ﴿أوفوا بالعقود﴾ على اللزوم.

نعم؛ أُورد على التمسك به في المقام من وجوه:

الأول: الإشكال الموضوعي الذي نقلناه عن الأستاذ﴿ره﴾ في قوله ﴿أوفوا بالعقود﴾ من أن الملكية موضوع أو علّة للحكم، فلا يتمسّك مع الشك فيه؛ لكنّك عرفت أن هذا الإشكال فاسد.

الثاني: أن معنى الشرط ليس مطلق الإلزام والإلتزام حتى يشمل البيع ونحوه، بل معناه هو الإلزام التابع ـ كما ذكره المصنف﴿ره﴾ هنا ـ فلا يشمل مثل البيع الذي هو إلزام مستقلّ.

وفي العناوين أن الشرط بمعنى الربط[1] وأنه لا يطلق على الإلزام المستقلّ الذي لا ربط له بشيء آخر.

وليس مراده مجرد الربط، بل ما يكون له ربط، فيتّحد مع ما ذكره المصنف﴿ره﴾ من أنه الإلزام التابع.

ثمّ إن /٤٨٨/ عمدة الدليل على ذلك هو التبادر كما ادّعاه المصنف﴿ره﴾ وصاحب العناوين.

وعلى هذا نقول: إنه لو سلّمنا أنه في اللغة بمعنى مطلق الإلزام[2]؛ فنقول: إن العرف مقدم على اللغة بعد ما ترىٰ أن المتبادر منه عند العرف هو الإلزام التابع.

ثمّ إن المصنف﴿ره﴾ يتمسّك هنا لإثبات أن الشرط بمعنى الإلزام التابع بكلام صاحب القاموس[3] وباستعماله في هذا المعنى في دعاء التوبة[4] والندبة.

وأورد عليه بأن قول صاحب القاموس لا يقاوم ما ذكره سائر أهل اللغة. وأمّا استعماله في

---

١) راجع: مصباح الفقيه ١٦٧/٢.

٢) العناوين الفقهية ٢٧٩/٢.

٣) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨ مادة «شرط»

٤) الصحيفة السجادية: ١٦٦، من دعائه عليه السلام في ذكر التوبة و طلبها.

دعاء التوبة و الندبة على فرض التسليم لا يدلّ على ذلك؛ فإنه من جهة استعماله في بعض مصاديقه، ونحن نقول: إن عمدة الدليل على ذلك هو التبادر.

ثمّ إن من العجب أن المصنفﷺ عند الشروع في الشروط الواقعة في ضمن العقد يرجع عمّا اختاره هنا، و يدّعي أن الشرط هو مطلق الإلزام و الإلتزام، ويستشهد على ذلك باستعماله في الإلزام الإبتدائي[1] في الأخبار وباستدلال الإمامعليه السلام بالنبوي «**المؤمنون عند شروطهم**» على النذر أو العهد.

ونحن نقول: أما ما ذكره من استعماله في الأخبار في الإلزام الإبتدائي، ففيه: مع غمض العين من أن الأخبار التي يذكرها يكون لفظ الشرط فيها مستعملاً في الحكم الشرعي فهو مجاز قطعاً؛ لأن الحكم ليس بمعنى الإلزام والإلتزام إلاّ بالمسامحة أن الإستعمال أعم من الحقيقة.

وأما التمسك في الخبر بالنبوي على النذر والعهد أيضاً ليس شاهداً؛ لأن العهد والنذر اللذين يكون صحتهما مسلّماً يكون الإلتزام فيه تبعياً حيث يلتزم على نفسه أنه يفعل كذا لو عوفي ولده مثلاً. ولو قلنا بصحة العهد والنذر الغير المعلّقين على شيء نقول: لعلّ التمسك بالخبر لخصوص المعلق منها؛ حيث إنه المتعارف عند الناس.

/٤٨٩/ فظهر ممّا ذكرناه أنه لا مانع من القول بأن الشرط هو الإلزام التبعي بعد ما نرىٰ من أنه المتبادر من لفظ الشرط. فبعد ذلك لا يصحّ التمسك به لإثبات اللزوم في الشرط الإبتدائي من قبيل البيع ونحوه.

في الجواب عن اشكال تخصيص الأكثر على قوله «المسلمون عندشروطهم»

الثالث: أن الإجماع قائم على عدم لزوم الوفاء إلّا بالشرط الواقع في ضمن العقد اللازم وأن الشروط الإبتدائية وما يكون في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء.

وعلى هذا فهذا الخبر موهون؛ لورود التخصيص الأكثر عليه، فلا يجوز التمسك به لا في

---

١) كتاب المكاسب ١١/٦ و ٢١/٥.

المقام ولا في غيره.

وقد يجاب عن هذا الإشكال بأن الشرط هو الإلزام التابع، فلا يشمل الإلزام والإلتزام المستقلّ حتّى يكون خروجه عن تحت العموم موجباً للتخصيص الأكثر*.

هذا؛ ولا يخفى أنه لو رفعنا الإشكال بذلك فحينئذٍ لا يجوز التمسك بهذا الخبر لإثبات اللزوم للإلتزام الإبتدائي كالعقود التي هي محل كلامنا.

نعم؛ رفع الإشكال بهذا الوجه يوجب صحة التمسك به للزوم الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقود.

هذا، ونحن نقول: إن أصل الإشكال يمكن الجواب عنه سواء قلنا: إن الشرط مطلق الإلزام والإلتزام، أو الإلزام والإلتزام التابع.

أما على الأخير، فلمنع أكثرية التخصيص على هذا التقدير.

وأما على الأول، فلأنه لو كان الشرط مطلق الإلزام والإلتزام، فحينئذٍ يشمل جميع العقود والإيقاعات، فحينئذٍ يصير حاله بمثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾. فالجواب الذي ذكرنا عن إشكال تخصيص الأكثر هناك يجري فيه أيضاً؛ فراجع.

في أن الأصل في البيع اللزوم بعد انقضاء خيار المجلس

وأما الأخبار الخاصة الواردة في خصوص البيع فمثل ما ورد في خيار المجلس من الأخبار المعتبرة من أن «**البيّعان بالخيار حتى يفترقا**[1]»، أو «**ما لم يفترقا**» أو أنه «بعد الفراق لا خيار لهما» /٤٩٠/، أو أنه «يجب البيع»؛ فإنها بالمفهوم، بل المنطوق في بعض تدلّ على لزوم البيع بعد الإفتراق.

واحتمال أن يكون المراد هو اللزوم من جهة ارتفاع خيار المجلس، فلا ينفي سائر

---

*) ***سيأتي في خيار المجلس عند التعرض لسقوط الخيار باشتراط عدمه في العقد أنه لا تخصيص على قوله (المسلمون عند شروطهم) وأن خروج ما خرج من باب التخصص بعد أن الشرط هو الإلزام والإلتزام التابع . (منه قدس سره)*** .

١) الوسائل، باب ١ من أبواب الخيار، ح ١.

الخيارات خلاف الظاهر منها، غاية الأمر أن كل خيار ثبت في البيع يكون دليله مخصصاً لعموم هذه الأخبار.

ومما ذكرنا ظهر أن ما صنعه المصنفﷺ عند التمسك باستصحاب الملكية للّزوم ليس على ما ينبغي؛ حيث إنه تمسك هناك بهذه الأخبار لانقطاع الخيار الثابت في المجلس، ثمّ بعد ذلك تمسّك بالأصل لإثبات اللزوم، مع أنه لو تمسّكنا بهذه الأخبار لارتفاع الخيار فهي تدلّ على اللزوم أيضاً، فلا نحتاج إلى إثبات اللزوم بالأصل، والأصل لا يجري مع الدليل لارتفاع الشك بالدليل حكماً، فلذا يكون حاكماً عليه أو يكون بمنزلة الحاكم بالنسبة إليه.

هذا كلّه فيما استدلّ به على أن الأصل في البيع اللزوم.

بقي الكلام في بيان حدّ دلالة كل واحد مما تقدم من جهة دلالته على لزوم جميع العقود أو بعض منها وتعيين ذلك البعض، فنقول: **أما الأصل** وهو الإستصحاب فقال الأستاذﷺ بناءً على ما ذهب إليه من القول بثبوت الأحكام الوضعية بأسرها وبناء على ما ذهب إليه من أن الإستصحاب إنما يكون حجة إذا كان الشك في الرافع دون ما إذا كان الشك في المقتضي، كما هو مذهب المصنفﷺ أيضاً ـ بأن العقود على أقسام[1]:

منها: ما يكون سبباً لإحداث صفة كالنكاح والبيع؛ حيث إنهما يوجبان لإحداث الزوجية والملكية، وهما يكونان نظير الأعراض كالسواد والبياض لا يرفعان عن مكانهما إلّا برافع ومزيل، فهنا لا مانع من الإستصحاب أصلاً.

ومنها: ما لا يوجب لإحداث صفة كالعقود الإذنية مثل الوكالة الموجبة لجواز التصرف، فهنا لا يجري الأصل؛ لأن الشك في الحكم الشرعي دائماً يكون مع الشك في المقتضي.

ومنها: ما يكون محتمل الوجهين نظير الضمان؛ حيث إنه لو قلنا /٤٩١/ من أنه يوجب لإحداث شيء في الذمة وتكون الذمة نظير الصندوق الذي يوضع فيه شيء، فيكون حاله كالقسم الأول.

ولو قلنا: إنه ليس في البين إلّا الحكم بوجوب الردّ فيصير حاله كما في القسم الثاني.

---

١) راجع: منية الطالب ٢٤٧/١.

أقول: بناءً على ما اخترناه من حجية الإستصحاب مطلقاً ولو كان الشك في المقتضي فلا نحتاج إلى التعرض لحال هذا التفصيل؛ لأنه بناء على ذلك يكون الإستصحاب جارياً في تمام الموارد التي يكون الحكم الغير المعلقي ثابتاً للعقد، قلنا بثبوت الحكم الوضعي أم لا، وقلنا بأن الشك في الحكم الوضعي من قبيل الشك في الرافع أم لا؟ وصحّحنا نفس التفصيل الذي ذكره في ثبوت الحكم الوضعي في مورد دون آخر أم لا؟

نعم؛ إجراء الإستصحاب في الأثر الثابت أولاً بالعقد لإثبات لزوم العقد يتوقف على أن لا يكون في البين أصل حاكم عليه كاستصحاب الخيار كما أنه يتوقف على أن لا يكون دليل على ثبوت الخيار أو رفع أثر العقد ولم يكن لنفس استصحاب أثر العقد مانع آخر، فلابدّ من ملاحظة الموارد.

في بيان حدّ دلالة كلّ واحد من الأدلة على أصالة اللزوم وأن مقتضى الأصل لزوم حلّ العقود ومقتضى ﴿أوفوا..﴾ ..اه لزوم كلّها

وأما الآيات والأخبار فما يكون منها مشتملاً على لفظ البيع كـ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿البيّعان ..اه﴾، فلا يجري في غير البيع.

نعم؛ يكون شاملاً لأقسام البيع حتى المعاطاة لو قلنا بصدق البيع عليه، كما هو الحق وإن قلنا بأن الدليل قام على خروجها عن تحت العموم.

وما اشتمل على لفظ التجارة فلا يجري في غير المعاملات كـ﴿تجارة عن تراضٍ﴾، لكن يشمل تمام المعاملات، لكن صحة التمسك به في المقام كان مبنيّاً على صحة التمسك به على أصل صحة المعاملات أيضاً، كما تقدم.

وأما مثل ﴿أوفوا بالعقود[1]﴾ كان شاملاً لتمام العقود والإيقاعات حتى مثل ردّ الفضولي وفسخ العقد في مورد ثبت الفسخ، وكذا الإبراء وأشباه ذلك بأيّ لفظ صدر بعد /٤٩٢/ تحقق عنوان العهد في البين، كما تعرضنا لبعض الكلام في ذلك في باب الفضولي في مسألة ردّ

---

١) المائدة: ١.

الفضولي.

وتقدم أن هذه الآية تمّت دلالتها وارتفعت مناقشاتها.

ومثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ قوله «المؤمنون» ..اه، لكن لم يتمّ أصل دلالته.

وأما مثل قوله «لا يحلّ مال امرىء» وقوله ﷺ «الناس مسلطون..[1]» فيجريان لإثبات اللزوم في جميع العقود والإيقاعات التي كان مقتضاهما نقل المال.

تنبيه

لو فرضنا أنا علمنا بعدم الفصل بين عقدين من جهة اللزوم والجواز وأثبتنا اللزوم في أحدهما، فحينئذٍ نقول: لو كان إثبات اللزوم في أحدهما بالإستصحاب فلا يثبت اللزوم في الآخر؛ لأن الاستصحاب من قبيل تنزيل شيء منزلة شيء، وفي مقام التنزيل لا مانع من التفكيك بين المتلازمين[2]، فما كان بينهما التلازم واقعاً ليس بينهما التلازم في مقام التنزيل، وهذا هو الوجه في عدم حجية الأصل المثبِت.

وأما لو كان إثبات اللزوم في أحدهما بغير الأصل من الأمارات التي هي من قبيل الآيات والأخبار فيثبت اللزوم في الآخر أيضاً؛ لأن المثبت في باب الأمارات يكون حجة؛ كما حقّقناه في مسألة الأصل المثبِت في صورة لم يكن في الدليل الدالّ على حجية الأمارة إجمال أو لم يقم الدليل على التفكيك بين اللوازم؛ كما في شهادة رجل وامرأتين بسرقة مقدار النصاب في قطع اليد إلى غير ذلك.

ثمّ إنه لابأس من الإشارة إلى بعض كلمات أخر من المصنف رحمه الله هنا في آخر هذا المبحث، فنقول:

قوله: نعم.. هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه مما يتضمّن تمليكاً أو تسليطاً، ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر[3].

---

١) عوالي اللئالي ٤٥٨/١.

٢) جامع المدارك ٢٠٢/٤.

٣) كتاب المكاسب ٢٣/٥.

أقول: كلّ عقد يكون له أثر قد عرفت أن استصحاب الأثر مطلقاً لا مانع فيه على التحقيق من حجية الاستصحاب مع الشك في المقتضي.

نعم؛ ربما يكون فعلية ذلك الأثر معلّقاً على حصول أمر غير حاصل في زمان العقد، كما في المسابقة والجعالة، فلو شككنا /٤٩٣/ في لزوم العقد في مثل ذلك؛ فبعد تحقق الفسخ نشك في ارتفاع الأثر المعلّقي.

فعلى قول المصنفﷺ من حجية الإستصحاب التعليقي لا مانع من التمسك بالإستصحاب لإثبات ذلك الأثر بعد الفسخ، فيقتضي ذلك عدم تأثير الفسخ.

نعم؛ قلنا في محله: إن الإستصحاب التعليقي ليس بحجة، فيصّح كلام المختلف في خصوص مثل المسابقة على ما هو الحقّ من عدم حجية الإستصحاب التعليقي.

في أن الفرد المشكوك من العقد لا يكون المرجع فيه العموم، بل الأصل

قوله: بناء على أن المرجع في الفرد المردّد ..اه[1].

أقول: بعد عموم ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لجميع العقود واقتضائه للزومها، فحينئذٍ لمّا نعلم بخروج بعض العقود عن تحت هذا العموم كالهبة وغيرها في الجملة، فحينئذٍ لو شككنا في أن العقد الصادر في الخارج هل كان من أفراد ما خرج عن تحت العموم أم من الأفراد الباقية تحتها، فعلى القول بصحة التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية يصحّ التمسك بقوله تعالى ﴿**أوفوابالعقود**﴾ للزوم هذا المصداق من العقد الذي شك في كونه من أفراد المخصَّص أو المخصِّص إلّا أن أصل المبني ـ وهو صحة التمسك بالعموم في مثل هذا الفرض ـ باطل، ففي المصداق المردّد لابدّ من الرجوع إلى الأصل.

وقد عرفت أن الأصل مقتضاه اللزوم في كل عقد كان له أثر غير معلّق على شيء إلّا أنك عرفت أن الرجوع إلى استصحاب بقاء الأثر المقتضي للزّوم مشروط بأن لا يكون في البين أصل حاكم عليه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٤/٥.

وفي صورة كان العقد الواقع في الخارج مردّداً بين أن يكون هبة أو صدقة، يدّعي المصنف﵀ أن لاستصحاب الملكية المقتضية للزوم أصلاً حاكماً عليه، وهو أصالة عدم قصد القربة.

ونحن نقول: المراد من هذا الأصل هو الإستصحاب، فصحته مبنية على أن تكون الهبة مركّبة من تمليك مال مع عدم قصد القربة معه حتى نقول: إن جزءً من الموضوع محرز بالقطع كما هو المفروض وجزؤه الآخر بالأصل، أو على أن تكون الهبة هي التمليك مقيّداً بعدم قصد القربة /٤٩٤/ لكن ندّعي أنا لا نحتاج إلى إثبات التقييد بالأصل حتى يصير الأصل مثبتاً؛ لأن الواسطة هنا خفيّة.

وبالجملة؛ لو أثبتنا اللزوم بالإستصحاب في صورة لم يكن في البين أصل حاكم، فنقول: إن الأصل لا يثبت العقد اللازم الذي شككنا في وجوده وإن قلنا بلزوم العقد من جهة الأصل، بل كلّ أثر يكون لذلك العقد اللازم لابدّ من أن يرجع فيه إلى الأصول، ولا مانع في التفكيك بين اللوازم بالأصول، كما لو توضأ بإحدى الإنائين اللذين علم نجاسة أحدهما، ومنه لا يثبت الأصل الجاري في أحد المتلازمين لما هو لازمه. وكلام المصنف ـ بخلاف ذلك ـ في مسألة استصحاب الشرايع السابقة ليس بصحيح.

نعم؛ لو علم التلازم بين الحكمين في الظهر أيضاً فيثبت بإثبات أحدهما بالأصل أن الآخر أيضاً موجود؛ فافهم.

في أنه في الشبهة الموضوعية يثبت اللزوم بالأصل، دون العموم

ثمّ لا يخفى أنه في الشبهة الموضوعية إذا أثبتنا لزوم العقد بالإستصحاب فلا يثبت سائر الآثار التي يكون للعقد اللازم الذي يكون وجوده محتملاً، بل في كلّ أثر لابدّ من الرجوع فيه إلى مقتضى الأصل والقواعد الجارية فيه؛ كبراءة الذمة عن اشتغال الذمة بالعوض. وأما البراءة عن الضمان إذا علم فساد العقد بعد عدم جواز التمسك بعموم «على اليد» لكون الشبهة مصداقية، ففي غير فرض جريان أصالة اللزوم؛ لأن أصالة اللزوم إنما تجري على

فرض صحة العقد، ففي كلام المصنفﷺ مسامحة[١].

قوله: لا إشكال في ثبوته للمتبايعين[٢]..اه.

أقول: ثبوته للعاقد المالك مما لا إشكال فيه. وأما ثبوته للوكيلين والموكّلين والوليّين والفضوليين ليس بواضح حتى لا يحتاج إلى بيان، وكذا عدم ثبوته، فلابدّ من التكلم في كلّ واحد منها، فنقول:

أما الوكيلان؛ فهما إما وكيلان في مجرد إجراء الصيغة أو في نفس المال بالبيع والشراء بأيّ نحو يريدون، أو في أصل المعاملة بشراء شيء.

أما لو كان وكالتهما في مجرد إجراء الصيغة فيقع الكلام تارة: في ثبوت الخيار لهما، وتارة: في ثبوت الخيار لموكّلهما.

ثمّ لو قلنا بثبوته لموكّلهما فيقع الكلام في أن رفع هذا الخيار بتفرق الوكيلين، أو الموكّلين، أو غير ذلك.

أما المقام الأول وهو ثبوت أصل الخيار للوكيلين في مجرد إجراء /٤٩٥/ الصيغة، **فنقول**: استدلّ المصنفﷺ لعدم ثبوت الخيار لهما بوجوه:

في تزييف بعض الوجوه التي ذكره المصنفﷺ لعدم ثبوت الخيار للوكيلين في مجرد إجراء الصيغة، لكنه الحق بتقريب نذكره

منها: أن المتبادر من النص غيرهما. وظاهره أن إطلاق لفظ البيّعين على هذا القسم من الوكيلين مجاز.

وفي الجواهر أن صدق «البيّعان» على الوكيلين واضح، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغة أو النقل أو الانتقال أو المبادلة، بل مع حضور الموكلين في مجلس العقد يقال عند التحقيق: ما باع الموكّلان، بل باع الوكيلان؛ إنتهى.

---

١) جعل هنا في المخطوطة علامة للهامش، و لاهامش!

٢) كتاب المكاسب ٢٧/٥.

وإطلاق كلام الجواهر، بل ظاهره أن البيّعين صادق على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة بقرينة أنه فرض حضور الموكل في المجلس.

ونحن نقول: إن لفظ الحديث «البيّعان» ..اه وإن كان صادقاً على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة إلى أنه منصرف في نظر العرف إلى غيره ولا أقلّ من أنه يكون المتّيقن من لفظ «البيّعان» ..اه في نظر العرف غير مثل هذا القسم من الوكيل، وبعد ذلك لا تجري مقدمات الحكمة لتعميم لفظ «البيّعان» ..اه لشموله لمثل هذين الوكيلين، بل سيوضح في المقام الثاني أن نسبة البيع إلى موقع الصيغة مجاز عرفاً، كما لاح من كلام المصنف رحمه الله.

ومنها: أن مفاد أدلة الخيار إثبات حقٍّ وسلطنةٍ لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فالتسلّط على ما انتقل إليه لا يثبت بأدلة الخيار لولم يكن بنفسه مفروغاً عنه في الخارج.

ألا ترىٰ أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر؛ فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه بزعم إثباتها الخيار المستلزم لجواز ردّه على البايع وعدم وجوب عتقه[1].

أقول: لو كان المراد أن ثبوت الخيار يتوقف على تسلّطين وأن أحدهما لابدّ من أن يثبت من الخارج فيلزم من ذلك عدم دلالة أدلة الخيار على ثبوت الخيار في شيء من الموارد وهو كما ترى، بل أدلة الخيار تدلّ على الخيار المثبت للتسلّطين، وإلّا ليس أحد التسلّطين مسلّماً في الخارج في شيء من الموارد مع قطع النظر عن أدلة الخيار.

وفي الأمثلة التي استشهد على مدّعاه وجد في البين مانع عن ردّ المبيع، ولابدّ من ملاحظة الجمع بين دليل المانع وأدلة الخيار، والعمل /٤٩٦/ بما يقتضيه*.

إن قلت: إن فيما نحن فيه أيضاً حرمةَ تصرف الوكيلين في مال الموكلين يمنع عن الخيار

---

١) كتاب المكاسب ٢٩/٥.

*) ***ولو قلنا: إن متعلق الخيار العقد والمانع في ردّ العين فلا نضايق في ثبوت الخيار، ثم الرجوع إلى المثل والقيمة لو أمكن؛ فتدبّر؛ فإنه ليس المقام بيان تفصيل حال اقتضاء المانع. (منه قدس سره).***

للوكيلين.

قلت: إذا فرضنا أن الشارع جعل خيار الفسخ للوكيلين، فنقول: إن مجرد قولهما «فسخت» ليس تصرفاً في مال الغير، وعدم حلّية مال الغير إلّا بطيب نفسه، قد عرفت أن أدلة الخيار مخصص له.

ومنها: أنه في بعض الأخبار جمع بين خيار المجلس وخيار الحيوان[1]، وفي خيار الحيوان لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، وقرينة السياق تشهد باتحاد المراد من المتبايعين في الخيارين.

ونحن نقول بعد تسليم عدم ثبوت خيار الحيوان للوكيل في إجراء الصيغة: إنا نمنع كون السياق قرينة على أنه لا خيار للوكيل في خيار المجلس، كما ذكرنا وجهه في حديث الرفع؛ غاية الأمر أن خصوص هذا الخبر لا يعمّ ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغة، لكنّه لا يمنع ذلك من إطلاق سائر الأخبار واقتضائها لثبوته للوكيل في إجراء الصيغة لو أغمضنا عمّا رجّحناه من انصراف المطلقات إلى غير الوكيل في إجراء الصيغة أو تبادر غيره.

ومنها: أن ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور[2].

أقول: لعلّ المراد علّة هذا الخيار، وعلى هذا نقول: لا نصّ في الأخبار على العلة، بل الإنسان يظنّ من عند نفسه أن جعل الخيار إنما هو للتوسعة على المالك.

وفيه: أنه لا دليل على حجية هذا الظن.

ومنها: ملاحظة أدلة سائر الخيارات، فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه[3].

وفيه: أن سائر الخيارات لم يكن إشكال في ثبوتها للموكل، وفي هذا الخيار يكون الإشكال في ثبوته له، بل المصنف رحمه الله يمنع كثيراً من أفراده، فلا يقاس هذا الخيار بسائر الخيارات.

وممّا ذكرنا ظهر أن الوجه في عدم شمول خيار المجلس لموقع الصيغة هو ما ذكرناه من

---

١) راجع: منية الطالب ٢٢٦/١.

٢) كتاب المكاسب ٢٩/٥.

٣) نفس المصدر السابق.

الإنصراف أو منع جريان مقدمات الحكمة للتعميم أو كون المتبادر من لفظ «البيّعان» غير الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، فلا يثبت رافع لأصالة اللزوم في مورد فسخ العاقد، فلابدّ من العمل على طبق أصالة /٤٩٧/ اللزوم وبطل ما نسب إلى الحدائق ومحتمل كلام التذكرة والمسالك.

ثمّ لو قلنا بثبوته لموقع الصيغة فليس الفسخ منه تصرفاً في مال الموكّل ومقتضى القاعدة ثبوت الخيار له حتى مع منع الموكّل. ولا تعجب فيه، فلا وجه لعدّه أضعف في كلام المصنفﷺ.

في أنه إذا كان الوكيلان وكالتهما في مجرد إجراء الصيغة[1] فالخيار للموكّلين لصدق البيّعين عليهما دون الوكيلين

وأما المقام الثاني وهو ثبوت هذا الخيار للموكلين في صورة كان وكالة الوكيلين في مجرد العقد. أما على القول المختار من عدم ثبوته للوكيلين المذكورين أو مطلقاً استدلّ لثبوت الخيار لهما من وجوه:

الأول ما يظهر من المصنفﷺ وصاحب المسالك من صدق البيّعين على الموكلين، فيشمله إطلاق قوله عليه السلام «البيّعان بالخيار» ..اه. وذلك، لأن المصنفﷺ قال أولاً: إن في ثبوت الخيار للموكلين إشكالاً؛ لأن الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الوكيلين، ومن هنا ذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله.

ثمّ ناقش عليه بأن الوكيلين فيما نحن فيه كالآلة للمالكين، ونسبة الفعل إليهما شايعة. ولذا لا يتبادر من قوله «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغة وعدم الحنث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغة، فالأقوى ثبوته للموكلين.

ونحن نقول: لما كان النزاع في صدق البيعين على الموكلين فلابدّ أن يلاحظ أن نسبة البيع إلى الموكّل في مفروض المقام مما يصحّ سلبها حتى يصير قرينة على أن نسبة البيع إليه مجاز

---

١) حاشية للمكاسب (للآخوند الخراساني) ص ٤٦؛ حاشية للمكاسب (للسيد اليزدي) ٥/٢.

من باب التوسع لصيرورته سبباً للنقل أو لا يصحّ سلب نسبة البيع إلى الموكل ليصير دليلاً على كون الموكل من أفراد البيّعين، فيشمله الإطلاق فيثبت مدعى المصنفﷺ.

فنقول: إنه يظهر من الجواهر[1] أن إطلاق «البيّعان» على الموكلين مجاز /٤٩٨/ بقرينة صحة السلب؛ حيث إنه يستدلّ لعدم شمول قوله عليه السلام «البيّعان» ..اه للموكلين بعدم الصدق إلاّ توسعاً، ولذا يقال ـ عند التحقيق: ما باعا وإنما باع وكيلهما.

ونحن نقول: إن الذي يرجّح في النظر أن يكون الحق مع المصنفﷺ وأنه لو كان الوكيلين وكالتهما في مجرد إجراء الصيغة فيكون نسبة البيع إلى الموكلين لا الوكيلين حيث نرىٰ أن أهل العرف ينسبون البيع إلى الموكلين، وأنه لو نسب أحد مثل هذا البيع إلى موقع العقد يضحكون منه.

في صدق البيّعين عرفاً على الموكلين
إذا كان التوكيل في مجرد إجراء الصيغة

وتوضيح المقام يحتاج إلى بسط في الجملة في الكلام، فنقول: لا إشكال في أن البيع معناه النقل والمبادلة، فإسناده يكون إلى من ينقل ويبادل، لا إلى من يكون مالكاً لما يقع فيه المبادلة إلّا أنه لا مانع من أن يكون معناه العرفي الذي هو المعيار في باب الألفاظ أعمّ من أن يكون النقل والمبادلة على نحو التسبيب أو المباشرة بحيث يكون نسبة النقل إلى كلٍّ من السبب للنقل والمباشر له صحيحاً، كما صحّ نسبة الإتلاف والقتل إلى كلّ من المباشر والسبب جائزاً.

وحينئذٍ نقول: كما يقولون في القتل والإتلاف من أن كلّاً من موجد السبب والمباشر يكون أقوى؛ فتكون النسبة إليه من النسبة إلى من هو له في نظر العرف، فيكون حقيقة فيه عرفاً.

وعلى هذا نقول: إذا كان الوكيل وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة فيكون المباشر للنقل ضعيفاً والسبب قوياً، فيكون النسبة إلى موجد السبب للنقل وهو الموكّل حقيقةً، ويكون نسبته إلى

---

١) جواهر الكلام ٥/٢٣.

المباشر مجازاً في الإسناد في نظر العرف، نظير ما لو صار المباشر للقتل والإتلاف كـالآلة للإتلاف والقتل. فكما لا ينسبون القتل إلى السيف كذلك لا ينسبون إلى مثل هذا المـباشر أيضاً.

وفيما نحن فيه لو قال مُوقِع الصيغة: أنا بِعت المال بفلان، /٤٩٩/ يضحكون منه ولكن أهل العرف من غير تأمل يستندون البيع إلى الموكّل في مثل هذا الفرض.

وأما لو كان الوكيل وكيلاً في أصل المعاملة فيكون نسبة البيع إلى الوكيل ـ وهو المباشر ـ في نظر العرف؛ لكونه أقوى في هذا الفرض.

ولذا يقول (بعت المتاع الفلاني من فلان) ولو قال الموكل في هذا الفرض «أنـا بـعته» يضحكون منه. فلو أسند إليه فلابدّ أن يكون من المجاز في الإسناد في نظر العرف أيضاً.

ثمّ إنه لو فرض جهة قوة لكلّ منهما، فيكون نسبة البيع إليهما معاً. ومقتضى القاعدة ثبوت الخيار لهما منضمّاً أحدهما إلى الآخر.

وأما نسبة بيع واحد إلى كلّ واحد مستقلاً حتى يكون الخيار لكلّ واحد منهما، فالظاهر أنه غير صحيح وغير واقع.

ثمّ اعلم أنه لا فرق في اعتبار المفاهيم العرفية والمعنى العرفي بين أن يكون تصرف أهل العرف في المعنى المادي للفظ أو في مجرد الإسناد والنسبة كما في المقام.

نعم؛ يعتبر أن لا يكون فهم العرف من جهة الخطأ في التطبيق كما ذكره في مسألة الأصل المثبت وغيره، بل يكون فهمهم مستنداً إلى التصرف في معنى اللفظ. والميزان بين القسمين أنهم لو رجعوا عن فهمهم بعد الإلتفات إلى حقيقة المطلب فيكون فهمهم من الخطأ في التطبيق وليس معتبراً، وإلّا يكون معتبراً.

وفي المقام بعد العلم بحقيقة الأمر أيضاً لا يرجعون عـن فـهمهم، فـينسبون البـيع إلى خصوص الموكل في صورة لم يكن الوكيل وكيلاً في أصل البيع، وإذا كان الوكيل وكيلاً في أصل البيع يكون الأمر بالعكس.

ومما ذكرنا ظهر أن التبادر[١] الذي ذكره المصنفﷺ في المقام الأول يكون صحيحاً.

الثاني ما ذكره في الجواهر[٢] من أن الخيار / ٥٠٠ / للموكلين باعتبار كونه حقاً متعلقاً في مالهما فيتبعه في الإنتقال إليهما.

وفيه أولاً: أنا لا نعلم بأصل الخيار في هذا الفرض حتى نتعين من يكون له حق الخيار؛ إذ من المحتمل أن يكون ثبوت خيار المجلس منحصراً بصورة كان المالك عاقداً، كما نسب ذلك إلى جامع المقاصد.

وثانياً: لو كان الفرض أن حق الخيار لا يكون متعلقاً بمال المالكين فلا يمكن ثبوت هذا الحق لغير المالكين، فيرد عليه أن مقتضى ذلك عدم إمكان جعل الخيار للأجنبي؛ لأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الجعل من الله تعالى أو من المالك.

وأما لو كان المراد أنه وإن كان ذلك ممكناً إلّا أن المناسب أن يكون هذا الحق للمالكين، ففيه: أن الإستحسان الظني ليس حجة عندنا.

وثالثاً: أن خيار الفسخ عبارة عن خيار حلّ العقد، فمتعلق هذا الحق هو العقد لا مال المالكين.

في أن ثبوت الخيار للموكلين إنما يكون مع حضورهما مجلس العقد

الثالث: ما يلوح من المسالك على ما نقل كلامه في الجواهر[٣] حيث ذكر الدليل على ثبوت الخيار للموكلين إذا حضرا مجلس العقد بأن الخيار لهما بالأصالة ولأنهما بيّعان عرفاً، فيظهر من ذلك أنه جعل ثبوت الخيار بالأصالة للمالكين دليلاً مستقلاً لثبوت الخيار لهما.

وفيه: أنه مع قطع النظر من أنهما بيّعان عرفاً لا أصل يقتضي كون الخيار للمالكين. ولعلّ نظره إلى صورة كان الخيار للعاقدين بإذن المالكين كما يلوح من صدر كلامه.

ثمّ إن المصنفﷺ اعتبر في ثبوت خيار المجلس للموكلين حضورهما مجلس العقد من

---

١) كتاب المكاسب ٢٨/٥.

٢) جواهر الكلام ٥/٢٣.

٣) جواهر الكلام ٨/٢٣.

دون تباعد، بل بحيث يكون الوكيلان كلسانَي الموكلين، وليس ذلك من جهة عدم صدق البيّعين على الموكلين في غير صورة حضورهما في مجلس العقد؛ لوضوح أن الحضور في مجلس العقد لا مدخلية له في ذلك بعد فرض أن الوكيلين وكيلان في مجرد الصيغة كما تقدم وجهه؛ بل الوجه في ذلك من جهة أنه لا يستفاد من قوله عليه السلام «**البيّعان [بالخيار] ما لم يفترقا**[1]» ثبوت الخيار للبيّعين إلّا في صورة اجتمعا للبيع ثمّ افترقا؛ لوضوح أن المتيقّن من الرواية بقرينة قوله / ٥٠١ / «**ما لم يفترقا**» ذلك؛ فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم إلى أزيد من ذلك.

في أن الحق أنه في صورة كان الخيار للموكلين انقضاؤه بافتراقهما

المقام الثالث في أنه في هذه الصورة التي قلنا بأن الخيار يكون للموكلين دون الوكيلين فهل يكون ذهاب خيار المجلس وانقضائه بافتراق الموكلين كما اختاره المصنف[2] رحمه الله أم بافتراق الوكيلين كما اختاره في الجواهر. فنقول: أما على الوجه الاول الذي صححناه لثبوت الخيار للموكلين من صدق البيّعين على الموكلين يكون انقضاء الخيار بافتراق الموكلين حتى لا يكون اختلاف بين الضمير ومرجعه.

وأما على الوجه الثاني الذي رجّحه في الجواهر وزيّفناه من أن صدق البيّعين يكون على الوكيلين وأن ثبوت الخيار للموكلين لأن الخيار حق متعلق بمالهما فيكون انقضاء الخيار بافتراق الوكيلين؛ وذلك أيضاً لأن لا يحصل الإختلاف بين الضمير ومرجعه، لكن يرد عليه أنه على هذا نفس الخبر ليس متعرّضاً لثبوت الخيار للموكلين، وإنما علم ثبوت الخيار لهما من أمر خارجي، بل الرواية متعرّضة للوكيلين، فلابدّ أن يدّعى من أنه إذا انقضى خيار الوكيلين ينقضي خيار الموكلين أيضاً.

---

١) نقله من العامة: سنن ابن ماجة ٢: ٧٣٦ ح ٢١٨٢؛ السنن الكبرىٰ ٢٦/٥.

٢) كتاب المكاسب ٣٠/٥.

في أنه إذا كان الخيار للموكّلين فسقوطه بافتراقهما فقط

ثمّ إن صاحب الجواهر في أواخر كلامه يتصدّى لمدّعاه من ثبوت الخيار للموكلين وانقضاء الخيار بافتراق الوكيلين تارة بأن المراد من البيّعين الموكلين تنزيلاً لعقد الوكيلين بمنزلة عقد الموكّلين، لكنّه يسقطه افتراق الوكيلين باعتبار ظهور دليل الخيار في دوام مجلس العقد الذي يضرّه افتراق الوكيلين أو الموكلين، فلا اختلاف بين الضمير ومرجعه.

وتارة بأن المراد بكون البيّعين بالخيار كونهما مع الخيار وإن كان ثبوته لمن له العقد؛ يعني أن الوكيلين مع الخيار /٥٠٢/ بثبوت الخيار لموكّلهما حتى يفترق الوكيلان، وهما البيّعان.

وتارة بأنه لو كان المراد من «البيّعان» هما الموكلان، وحينئذٍ أيضاً نقول: إن المدار على افتراق الوكيلين والاختلاف بين الضمير ومرجعه غير مضرٍّ إذا كان عليه قرينة*.

ونحن نقول: إن ذلك كلّه مشتمل على دعاوي لا شاهد لشيء منها، والمدار على أنه لو كان المراد من البيّعين هما الموكّلان ـ كما رجّحناه في الفرض ـ فيكون المدار على سقوط الخيار على افتراقهما، كما أنه لو كان المراد منهما الوكيلان ـ كما سيأتي إن شاء الله فيما لو كان الوكالة في أصل البيع ـ فيكون انقضاء الخيار بافتراقهما. ولا مانع في القول بذلك أصلاً كما رجّحه المصنف رحمه الله.

ثمّ إنه يكون نظير ما تقدم في الفساد ما قاله في الجواهر[1] في توجيه كلام صاحب المسالك من سقوط خيار الموكلين بافتراق كلّ من الوكيلين أو الموكلين نظراً إلى أن ثبوت الخيار للموكلين يكون من جهتين: من جهة حضورهما مجلس العقد ويسقطه افتراقهما، ومن جهة عقد وكيلهما ولا يسقطه إلا افتراق وكيلهما.

وجه الفساد أن شيئاً من ذلك لا يستفاد من أخبار المقام، كما تقدم شرحه، والتصوير الخارجي غير نافع في شيء.

---

*) ***ولا يخفى أن في الجواهر يقول بهذه الوجوه مطلقاً، وفي خصوص الوكيل في مجرد الصيغة يقول: يمكن القول بتلك الوجوه، ويمكن القول بأن رفع الخيار بافتراق الموكلين. (منه قدس سره).***

١) جواهر الكلام ٨/٢٣.

ثمّ هذا كلّه فيما لو كان الوكيلان وكالتهما في مجرد إجراء الصيغة، وأما لو كان وكالتهما في نفس المال بالبيع والشراء بأيّ نحو يريدون، فهنا أيضاً يقع الكلام تارة في ثبوت الخيار للوكيلين وتارة في ثبوته للموكّلين، وأنه على الأخير يكون سقوط الخيار بتفريق الموكّلين أم الوكيلين.

فنقول: إن مقتضى القاعدة هنا كون الخيار للوكيلين لصدق البيّعين عليهما، كما ظهر وجهه فيما ذكرناه في الوجه الأول الذي ذكرناه لثبوت الخيار للموكلين في الشقّ الأول الذي كان الوكالة في مجرد إجراء الصيغة كما أنّه مما ذكرناه /٥٠٣/ هناك يوضح أنه ليس في المقام خيار للموكلين، وأنه على فرض ثبوت الخيار لهما يكون سقوط خيارهما بتفرقهما، لا تفرق الوكيلين.

ومن العجب ما نقله المصنف رحمه الله من تمسك بعض من أن المتبادر من البيّعين في هذا الفرض هو الموكّلان مستنداً في ذلك إلى أن الغالب صدور البيع من المالك.

وجه الفساد بعد منع الغلبة؛ كما ذكره المصنف رحمه الله أن غلبة صدور البيع[1] من المالك لا يصير منشأ لتبادر المالكين في صورة كان أصل المعاملة مفوضاً إلى الوكيل؛ لأن منشأ التبادر ـ كما تقدم ـ هو كون أمر المعاملة بيد الشخص فعلاً في المعاملة الشخصية، وهو مختلف في المقامين، كما تقدم وجهه.

في أنه لا يثمر حضور الموكّلين مجلس العقد لثبوت الخيار لهما

ثمّ إن هنا فرعاً وهو أنه في هذا الفرض لو فرضنا أن الموكلين حضرا مجلس العقد، فهل يثبت لهما الخيار أم لا؟

وهنا نقول: إن مقتضى القاعدة أن حضورهما مجلس العقد لا ينفع في شيء، بعد أن أمر البيع بيد الوكيلين لا الموكلين. ومجرد أن للموكل عزل الوكيل لا يوجب لصدق البيّعين على الموكل مع فرض عدم العزل.

---

١) لفظة «البيع» مكرّرة في المخطوطة.

هذا؛ ولكن المصنف[1] ﷺ قال في هذا الفرض: وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما ـ كما تقدم عن التذكرة ـ إشكال؛ من تبادر المتعاقدين من النص ـ وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله ـ ومن أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقاً لصاحب المال وثبوته للوكيل للنيابة المستلزم لثبوته للمنوب عنه إلّا أن يدّعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر، ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّة؛ إنتهى.

أقول: مراده مما قوّاه هو ما ذكره من الوجه لكون الخيار للمالك مع حضوره هو ما ذكره ثانياً لترجيح ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما.

وعلى هذا يرد عليه ما تقدم منّا من المناقشة على الوجهين اللذين ذكرهما، حيث /٥٠٤/ قلنا: إن ثبوت سائر الخيارات للمالك لا يقتضي كون خيار المجلس له. وكذا التقارن بين خيار المجلس وخيار الحيوان في مقام البيان في خبر من الأخبار.

والحاصل؛ أن ثبوت الخيار للوكيلين في أصل المعاملة لصدق البيّعين عليهما دون الموكلين ـ كما تقدم شرحه ـ لا للنيابة عن الموكل حتى يستلزم ثبوته لنفس الموكل أيضاً، كما لا يخفى.

هذا؛ مع أنه لو كان الوجه ذلك فلا فرق فيه بين حضور الموكلين وغيبتهما؛ لأن الخيار للوكيل لأجل النيابة على كل حال، وهو يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

في صورة كان الخيار للوكيلين وفي ما يتفرّع على هذا الفرع

ثمّ إن للمصنف ﷺ فرعين متفرعين على مختاره في الفرع السابق من ثبوت الخيار للموكلين أيضاً مع حضورهما في المجلس.

الأول ما يرجع حاصله إلى أن حق الخيار لو كان من الطرفين يعني من طرف البايع سواء كان للوكيل أو الموكل أو هما معاً، ومن طرف المشتري كذلك أيضاً، فهنا في البين حقّان.

---

١) كتاب المكاسب ٣١/٥.

فإجازة أحد الطرفين للعقد إسقاطٌ لحقه، فيبقى حق الطرف الآخر، فيكون الفاسخ من أحد الطرفين مقدماً ولو كان المجيز أسبق أيضاً[1]. وإنما يلزم العقد بنحو الكلية لو أجاز الطرفان معاً بأن يسقطا حقهما.

في سقوط حق الخيار من طرف وأن التوكيل في المعاملة كالتوكيل في نفس المال بالمعاملة على التحقيق

وأما لو كان حق الخيار من طرف واحد لمتعدد كالبايع الذي يكون وكيلاً في البيع مع موكله فحق الخيار من طرفهما حق واحد يكون أمره بيد كلّ واحد منهما، فكلّ من سبق منهما إلى إعماله نفذ بلزوم العقد وانفساخه وسقط عن الآخر كالوكلاء المستقلين على ما أشار إليه المصنفﷺ في إرث حق الخيار في أحكام الخيار.

ثمّ إن ما يذكره يتمّ بعد تسلّم أمرين:

أحدهما: أن ثبوت الخيار للوكيل بعنوان النيابة عن الموكل، كما هو مدّعى المصنفﷺ في المقام، كما تقدم في أصل /٥٠٥/ الفرع*.

وثانيهما: أن الخيار الواحد الذي يكون لكلّ منهما إمضاؤه كان في الفسخ والإمضاء بإسقاط حق الخيار على ما سيأتي الكلام فيه في المسقطات ـ إن شاء الله تعالى ـ.

الثاني: أنه على ما اختاره من ثبوت الخيار في الفرع السابق للموكّل أيضاً فيقع الكلام في أن سقوط هذا الخيار بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكلّ، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل الآخر؟

ثمّ يقول: إن أقواها الأخير.

ونحن نقول: لعلّ ترجيح الأخير لاستصحاب بقاء الخيار وإلّا فتعيين الأخير من الأخبار مشكل بعد أنها ليست إلّا متعرّضة لتفرّق البيّعين.

---

١) نفس المصدر السابق ص ٣١ و ٣٢.

*) ***وعلى المختار ليس كذلك. وتقدم أن الوكيل في كل مورد يثبت له الخيار يثبت بنفس الشرع مستقلاً. (منه قدس سره).***

ثمّ هذا كلّه لو كان وكالة الوكيلين في مجرد إجراء الصيغة أو كان وكالتهما في التصرف في المال بأيّ نحو يريدان.

وأما لو كان وكالتهما في نفس المعاوضة؛ كأن يقول: اشتر لي عبداً، بحيث لم يكن الوكيل من ردّ ما انتقل إليه، فهنا نقول: إن ذلك لا يمنع من صدق البيّعين على الوكيلين؛ كما اعترف به المصنف‌ﷺ كما أنه لا يوجب لصدق البيّعين على الموكلين بعد فرض أن أمر هذه المعاملة بيد الوكيلين، فيكون حال هذا الفرض كحال الفرض السابق.

ومع ذلك يمنع المصنف‌ﷺ هنا ثبوت الخيار للوكيلين[1] لما تقدم منه في الفرض الأول من أن أدلة الخيار مسوّقة لإفادة سلطنة كلّ من المتعاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه، ونحن نشك في ذلك هنا.

وعلى هذا؛ فلا يخصص بأدلة الخيار ما دلّ على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم /٥٠٦/ جواز تصرف الوكيل فيه بردّه إلى مالكه الأصلي.

ونحن نقول: قد تقدم أن أدلة الخيار مطلقة وأنه لو ثبت المانع عن الردّ فيكون ذلك تخصيصاً لأدلة الخيار، فعلى هذا نقول: إن تخصيص أدلة الخيار في المقام غير معلوم. وبعد ذلك لا مانع من تخصيص أدلة سلطنة المالك بأدلة الخيار، كما في غير هذا المقام.

هذا؛ مع أنك قد عرفت سابقاً أن مجرد الفسخ ليس تصرفاً في مال الغير، وبعد الفسخ كون المال مال الغير غير معلوم.

نعم؛ قد تقدم أن أدلة الخيار مخصّصة لمثل قوله «**لا يحلّ مال امرىء إلّا بطيب نفسه**»، وتقدم أن هذا التخصيص لا مانع فيه، كما في تمام الموارد التي كان الخيار بالفسخ ثابتاً فيها؛ فتدبّر جيّداً*.

وعلى كلّ حال؛ على مختار المصنف‌ﷺ من كون الخيار للموكلين، ظاهر كلامه أن سقوط الخيار بافتراقهما عن مجلس العقد كصورة كان الوكيلان كَلِسَانَي الموكلين. وهذا مشكل في

---

١) كتاب المكاسب ٣٢/٥.

*) ***هذا مع أنه لو تمّ هذا الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيلين فيجري في الفرض السابق أيضاً مع أنه قال هناك: إن الخيار لكلّ من الوكيلين والموكلين. (منه قدس سره).***

المقام بعد الإعتراف بصدق البيّعين هنا على الموكلين*.

في نقل حق الخيار أو التوكيل في إجرائه أو خصوص الفسخ

ثمّ إن هنا فرعاً، وهو أنه لو كان الخيار للموكلين فهل يكون لهما تفويض ذلك إلى الوكيلين أم لا؟ وهنا نقول: إنه لو كان توكيلهما للوكيلين في ذلك قبل العقد فصحّة ذلك مع غمض العين عمّا سيأتي يصير مبنيّاً على صحة التوكيل فيما لم يملكه الموكّل بعد. ونـظير ذلك لو أراد تفويض أصل الحق إليه قبل العقد، كما نقل في الجواهر ذلك عن المسالك.

وأما بعد العقد فإما أن يكون التوكيل في خصوص الفسخ أو الإلتزام بمعنى إسقاط حق الخيار. وهذا الإشكال فيه بعد عموم أدلة الوكالة كما تعرّضنا لذلك في باب أولياء عقد البيع.

وإما أن يكون التوكيل في مطلق التصرف، فسخاً أو التزاماً، وهذا كسابقه.

لا يقال: إن الأمر كان بيد شخص واحد وهو الموكل، وعلى هذا يصير بيد الوكيل /٥٠٧/ أيضاً.

لأنا نقول: يمكن استفادة ذلك من إطلاق ثبوت الخيار للموكل؛ حيث إن مختار الوكيل مختار الموكل كما أنه يمكن استفادة ذلك من إطلاق أدلة الوكالة؛ فتدبّر.

وإما أن يكون على نحو تفويض حق الخيار إلى الوكيل.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأن المتيقن ثبوت حق الخيار للوكيل عند العقد لا لحوقه[1].

لكنّا نقول: إن ذلك من قبيل نقل حق الخيار.

وعلى هذا يجري فيه أصالة عدم نقله بالنواقل للشك في قابليته لهذا النقل، كما تعرَّضنا في مسألة توارد الأيادي على مال الغير في باب الفضولي له، حيث قلنا: إن ما يردّد بين كونه حقاً أو حكماً، لا دليل على أنه ينقل بالصلح وغيره.

إن قلت: إن من المسلّم أن حق الخيار من قبيل الحقوق ولذا يورَّث.

---

*) *الوكيلين. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٣٣/٥.

قلت: لا مانع من أن يكون شيء واحد من جهة حقاً ومن جهة حكماً، وعند الشك في كلّ جهة يكون المرجع القواعد. هذا ولكن بالتقريب الذي يأتي لكون إسقاط الخيار موجباً لسقوطه، يثبت كون نقله أيضاً موجباً للنقل بعد عدم إجماع هنا في أنه غير قابل للنقل كما في بعض الحقوق.

وأما الموكلان فقد علم ثبوت الخيار للمجلس لهما في ضمن ما ذكرناه في الوكيلين.

في جريان خيار المجلس في بيع الفضولي للفضوليين[1]

وأما الفضوليّان فيقع الكلام تارة في ثبوت خيار المجلس لهما عند العقد.

وتارة: في ثبوت الخيار للمالكين في مجلس الإجازة.

أما الأول: فاستدل لعدم ثبوت الخيار للفضوليين حال العقد بوجوه؛

منها: ما ذكره في الجواهر من أنه ليس خيار المجلس لهما، لأن البيع عبارة عن النقل ولا نقل في بيع الفضولي، من غير فرق بين أن يكون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

ونحن نقول: إن هذا مشكل على القول بالكشف الحقيقي إلّا أن يقال: إن للإجازة المتأخرة مدخلية في نفس النقل.

وفيه: أن الإجازة المتأخرة من قبيل الشرط المتأخر وفي صورة توجد الإجازة بعد ذلك يكون النقل بنفس العقد فعلاً، كما في كل عقد يوجد في حال وجود شرائط تأثيره.

ثمّ إن /٥٠٨/ للمصنفﷺ الإشكال على كلام الجواهر حتى على القول بكون الإجازة ناقلة؛ لأن البيع عبارة عن النقل العرفي، وهو موجود في باب الفضولي عند العقد.

وفيه: أن الموجود حال العقد ليس إلّا إنشاء النقل والمبادلة، ومجرد الإنشاء ليس ببيع عرفاً لما ذكرناه قبل باب المعاطاة من أن البيع عند العرف حقيقة في الصحيح، وهو ما يكون فيه النقل حقيقة.

ومنها: أن ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتفٍ في الفضولي قبل

---

١) نفس المصدر السابق.

الإجازة[١].

أقول: ولعلّ المراد حصول الملك بحيث نعلم به وإلّا فعلى القول بالكشف يكون الملك حاصلاً من أول الأمر، وعلى هذا يرد عليه أن هذه الدعوى مشكلة.

ثمّ إن المصنف أورد على هذا الوجه؛ تارة: بأن ذلك يقتضي عدم الخيار في الصرف والسَّلَم قبل القبض.

وفيه: أن ظاهر الأخبار أو المتيقّن من مساقها أن يكون الخيار لأجل ردّ المال، ومقتضاه أن يكون مفاد أدلة الخيار إثبات الخيار لما بعد زمان حصول الملك.

وعلى هذا لا مانع من منع ثبوت الخيار في مثل الصرف والسلم قبل القبض. ولا مانع في ذلك، كما يأتي إن شاء الله.

و تارة: بأن مذهب الشيخ عدم حصول الملك قبل انقضاء زمان الخيار، فكيف يقال بتوقف الخيار على حصول النقل؟

وفيه: أنا نمنع صحة مذهب الشيخ، ولا يلزم أن يكون ما يستفاد من الأخبار موافقاً لتمام المذاهب.

ومنها: فحوى عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلّين، ونحن نقول: لم يكن لنا دليل على أن الخيار ليس ثابتاً للوكيلين الغير المستقلّين حتى يتمسّك بفحواه لعدم ثبوت الخيار للفضوليين أيضاً.

نعم؛ نحن قلنا سابقاً: إن البيّعين غير صادق عرفاً على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، بل البيّع عرفاً ينسب هنا إلى الموكّل وأن مثل /٥٠٩/ هذا الوكيل لو قال: أنا بعت المال الفلاني.. يضحكون عليه، بل يقولون: أنت أجريت صيغة العقد.

وعلى هذا نقول: من يتمسّك بقوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ لصحة الفضولي فليس له أن يقول بعدم صدق البيّعين على الفضوليين؛ لأن بيع الفضولي لو كان بيعاً فيكون البيّعان فيه هما الفضولين.

---

١) أيضاً نفس المصدر.

هذا؛ ولكنّا نقول: إنك عرفت أنه على كون الإجازة ناقلة سلّمنا الوجه الثاني الذي ذكر لعدم شمول أدلة الخيا[ر] للفضوليين لظهور أدلة الخيار في أن يكون خيار الفسخ من بـاب المقدمة لردّ العين، والمفروض أنه لم يحصل النقل هنا حتى يرد بالفسخ، ولا أقلّ من أن القدر المتيقّن من مساق أدلة الخيار ذلك.

فيه إشارة إلى ثبوت الخيار للفضوليين على الكشف[1] لا مطلقاً، كما في الجواهر

وعلى هذا فيبقى الإشكال على القول بكون الإجازة كاشفة كشفاً حقيقياً عن حـصول النقل من بدو الأمر.

وعلى هذا أيضاً نقول: لو قلنا بما تقدم من المصنفﷺ من أدلة الخيار إنما يتعرض لثبوت الخيار للبيّعين بعد الفراق من أن لهما التصرف فيما انتقل إليهما، فلا يجيء أدلة الخيار فـي الفضولي على القول بالكشف أيضاً؛ لكنّك عرفت أنه محل الإشكال.

نعم؛ يمكن أن يقال: إنه على القول بالكشف أيضاً منشأ تأثير العقد من بدو الأمر هو إجازة المالك، فيكون إجازة المالك كإذنه أولاً.

وعلى هذا، فكما تقدم من أنه لا يصدق «البيّعان» على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، فكذلك لا يصدق على العاقدين في الفضولي أيضاً، لكن فيه: أن الإذن السابق يوجب استناد العقد إلى المالك كما تقدم.

وهذا بخلاف الإجازة اللاحقة؛ فإنها لا توجب استناد العقد إلى المالك، والمفروض أن البيع الموجب للنقل حصل في الفضولي، فليس استناده إلّا إلى الفضوليين.

وأما الثاني: أعني ثبوت الخيار للمالكين إما مع حضورهما في مجلس العـقد أو ثـبوت الخيار لهما / ٥١٠ / في مجلس الإجازة، فنقول: الظاهر أنه لا يطلق «البيّعان» على المالكين، فلا يدلّ أدلة الخيار على ثبوت الخيار لهما حتى تعيّن مجلس خيارهما. ولعلّ ذلك وجه عدم

---

١) كتاب المكاسب ٣٣/٥.

تعرض صاحب الجواهر لثبوت الخيار للمالكين.

نعم؛ لو قلنا: إن الإجازة بيع مستأنف[١]، فيثبت لهما الخيار في مجلس الإجازة لكن المبنى فاسد، كما أوضحناه في مسألة البيع الفضولي.

قوله: ويكفي حينئذٍ الإنشاء أصالة من أحدهما والإجازة من الآخر[٢].

أقول: لو كان مفروض كلامه أن أحدهما أصيل ويكفي إنشاؤه مع إجازة الآخر بعد ذلك، ففيه: أن الإجازة على هذا لم يصر بيعاً.* ولو كان نظره إلى ما نقله في مسألة بيع الفضولي لنفسه عن كاشف الرموز من شيخه من أن الإجازة بمنزلة إيجاب البايع وينضمّ إليه القبول[٣] المتقدم.

ففيه: أنه على هذا لم يصر من أحدهما الإجازة مع أن الإجازة جزء للبيع. ولو كان المراد أن المالكين بعد العقد ينشأ أحدهما ويجيز الآخر في مجلس، فهو كما ترى مع أنه لا دخل لذلك لكون الإجازة بيعاً.

في أن الإجازة ليست بيعاً بل من قبيل تحقق شرط البيع

قوله: نعم؛ يحتمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز .. اه[٤].

أقول: اعتبار الإجازة من باب اقتران شرط تأثير العقد، وهو رضاء المالك وطيب نفسه الذي هو شرط في حصول النقل، فليس الإجازة من قبيل الإلتزام حتى يتوهم أنه ينافي

---

١) لاحظ توضيحاً عن ذلك في كتاب البيع (للسيد الخميني) ٤١١/٢.

٢) كتاب المكاسب ٣٣/٥.

*) ***ولعلّ المراد أنه لو قلنا بكون الإجازة من المالكين بيعاً، فكذلك نقول: إذا كان أحدهما أصيلاً إن الإنشاء منه مع إجازة الآخر أيضاً بيع. ثمّ إنه على الحق المختار من عدم كون الإجازة منهما بيعاً يمنع ثبوت الخيار للأصيل في فرض المصنف لولم نقل بثبوت الخيار للطرف الآخر في الجملة لعدم استفادة الخيار لأحد من البيّعين من دون الآخر من أخبار خيار المجلس. (منه قدس سره).***

٣) راجع: مصباح الفقاهة ٨٧/٢.

٤) كتاب المكاسب ٣٤/٥.

الخيار، كما أنه لا فرق في مقام الإجازة بين أن يعبّر بلفظ «التزمت» أو «رضيت» مثلاً؛ فإنه لا مدخلية للإجازة الّا من باب حصول شرط تأثير العقد.

نعم؛ لو كان له الخيار فله أن يسقط خياره إما بعد ثبوته بإجازة العقد أولاً أو مطلقاً؛ فافهم.

قوله: فلو تبايع غاصبان ..اه[1].

[أقول:] لا يخفى أن المصنف﵀ تعرض هنا لبعض شرائط صحة لحوق الإجازة بالعقد الفضولي، وهو عدم الرد من المتعاقدين /٥١١/ بين الإيجاب والقبول لاختلال صورة المعاقدة، وأن التفاسخ منهما بعد العقد غير مضرٍّ*، فلو كان غرضه من ذكر ذلك من باب ذكر شرائط صحة الإجازة ليكون قابلاً لتعلق خيار المجلس بهذا العقد، فيثبت الخيار للمالك على ما قاله سابقاً، فنحن نقول: إن شرائط صحة الإجازة ليست منحصرة بما ذكره.

ولعلّ نظره أيضاً إلى مجرد ذكر بعض الشرائط.

في أنه إذا تولّى شخص لطرفي العقد فليس هناك خيار المجلس

وأما الوليّان فلا ينبغي الإشكال في ثبوت خيار المجلس لهما؛ لأنهما كالوكيلين في أصل المال. وقد تقدم أنه لا إشكال في ثبوت الخيار لهما، كما أنه لا ينبغي الإشكال في عدم ثبوت الخيار للمولّى عليهما لو فرض بلوغهما في مجلس العقد؛ لعدم صدق البيّعين عليهما كالموكلين في مثل هذا الفرض، كما تقدّم الكلام فيه مفصلاً.

قوله: مسألة لو كان العاقد واحداً ..اه[2].

---

١) نفس المصدر السابق.

*) ***غرضه مجرد أن الفسخ لو كان بعد العقد فلا وجه لكونه رافعاً للعقد إلّا من جهة ثبوت الخيار لهما، والمفروض أنا منعنا الخيار لهما، وأما لو ردّ الموجب قبل القبول فذلك مضرٌّ من جهة أخرىٰ لا لثبوت الخيار، بل لوجود مانع آخر عن لحوق الإجازة ولا يضرّ بذلك كون عدم الرّد بين الإيجاب والقبول من شرائط صحة الإجازة، بل عدم الرّد الذي يعدّونه من شرائط الإجازة، عدم الرد من المجيز بعد العقد وقبل إجازته. وأما اعتبار عدم الرّد من المتعاقدين قبل القبول في صحة لحوق الإجازة فكأنه مسلّم لعدم تحقق عنوان المعاهدة والبيع. (منه قدس سره).***

٢) كتاب المكاسب ٣٥/٥؛ أيضاً لاحظ: حاشية المكاسب للسيد اليزدى ٦/٢.

أقول: إذا تولّى شخص واحد لطرفي العقد بأيّ نحو كان، فبناءً على صحة العقد هنا للإكتفاء بالتعدد الإعتباري بين الموجب والقابل؛ كما تقدّم الكلام فيه في مسألة الوكيل الذي هو من أولياء العقد، فنقول: إن القول بثبوت خيار المجلس في مثل هذا العقد فمن جهة أن هذا الشخص بايع ومشترٍ، فله ما لكلّ واحد منهما.

ومنه يثبت سائر أحكام المتبايعين لهما، وجعلُ غاية خيار المجلس التفرّقَ إما بلحاظ الغالب من أن المتبايعين يكونان متعددين حقيقة أو لأنه في قوله «حتى تفترقا» نقول: إن كلمة «حتى» كما تدخل على الممكن تدخل على المستحيل، فيكون مقتضاه ثبوت الخيار دائماً ما لم يجيء في البين مسقطٌ آخر.

ونحن نقول: إن من المقرّر في محله أن الكلام لا يحمل على ظاهره إلّا بعد تماميته وعدم مجيء قرينة على خلاف ظاهره.

وعلى هذا نقول بعد تسليم أن البيّعين يشمل الإنحلالين ولا ظهور له في الحقيين: إن قوله «حتى تفترقا» يكون ظاهراً في صورة يمكن افتراق المتبايعين، ومع /٥١٢/ ذلك لا يبقى ظهور لصدر الرواية ـ أعني قوله «البيّعان» ..اه ـ في الإنحلالين.

نعم؛ لو كان شيء من الأدلة مطلقاً في أن خيار المجلس ثابت في البيع فلم يكن قوله «البيّعان» ..اه مانعاً من الأخذ بإطلاقه إلّا أنه لم يكن في أدلة خيار المجلس ما له إطلاق حتى يشمل الإنحلالين من المتبايعين، فالمرجع في مثل العقد الذي تولّى طرفيه شخص واحد إلى أصالة اللزوم، كما عن الحدائق.

في نقل كلام الجواهر في جريان خيار المجلس إذا كان العاقد متّحداً

وأما ما ذكره في الجواهر[1] لجريان خيار المجلس في البيع الذي تولىٰ شخص واحد فيه لطرفي العقد فليس دليلاً يجوز أن ترفع اليد عن الأصل لأجله؛ وذلك كالإجماع الذي نقله عن الغنية على دخول خيار المجلس كلّ بيع معتضداً بالشهرة العظيمة في المقام.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠.

ولأن ظاهر الأصحاب أن المقتضي له في التعدد هو البيع، وقد وجد في الواحد.

ولأن قوله ﷺ «البيّعان..» وإن كان ظاهره التعدد إلّا أنه ظاهر في أن الغرض فيه التنصيص باشتراك الخيار بين البيّعين والتوطئة لذكر التفرق.

ولأنه لو أثر الواحد في رفع الخيار فلابدّ من أن يؤثّر في سائر الأحكام المترتبة على التعدد، مع أنّ من المعلوم بدلية المتّحد عن الإثنين في سائر الأحكام الثابتة للمتبايعين.

ولأنه اقترن بخيار الحيوان في أكثر النصوص والعموم فيه معلوم بالنصوص.

مضافاً إلى ما تقدم في تقريب الإستدلال على هذا القول أولاً، ومضافاً إلى بعض اعتبارات أخر.

ثمّ إنه على القول بثبوت خيار المجلس في المقام لابدّ أن يقال: إن هذا الخيار لا يسقط من جهة التفرق بعد أن من المسلّم أن التفرّق المُسقِطَ لخيار المجلس هو تفرّق الأبدان، لا مفارقة مجلس العقد، كما نقله في الشرايع عن بعض.

يقول في الجواهر[1]: لم نعرف قائله قبل المصنف رحمه الله.

في عدم ثبوت الخيار للرجوع إلى عين من ينعتق على المشتري

قوله: مسألة، قد يستثني بعض إلى قوله: ومنها: من ينعتق على أحدالمتبايعين ..اه[2]. /٥١٣/

أقول: مما يستثنى من ثبوت خيار المجلس فيه من أشخاص المبيع، بيع من ينعتق على أحد المتعاقدين؛ كاشتراء العمودين أو المحارم من النساء.

وهنا نقول بحسب القاعدة: إنه على قول الشيخ (قدس سره) من أن الملك لا يحصل في البيع إلّا بعد انقضاء زمان الخيار، فلا مانع من جريان الخيار في المقام.

إن قلت: أيّ فائدة لثبوت الخيار قبل حصول الملك؟

قلت: سيأتي الكلام فيها ـ إن شاء الله ـ.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠.

٢) كتاب المكاسب ٥/٣٨.

وأما على قول المشهور من أن الملك يحصل من ابتداء الأمر قبل انقضاء شيء من الخيارات، فنقول أيضاً: إنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى عين المبيع الذي قلنا: إنه ينعتق بعد تسليم أمور:

منها: أن الفسخ بالخيار يكون من حين الفسخ لا من أول زمان صدور العقد.

و منها: أن المبيع ينعتق بمجرد حصول الملك بالبيع، كما هو المفروض من أن الملك يحصل بمجرد البيع من دون اشتراط انقضاء زمان الخيار.

ومنها: أن الحرّية بعد حصولها لا تزول.

ويلوح من بعضٍ التوقف فيما ذكرناه، وذلك للتوقف في المقدمة الثانية، وهي أن الإنعتاق يحصل بمجرد الملك.

وذلك كالشهيد في الدروس[1]؛ حيث احتمل ثبوت الخيار للبايع لذلك العبد، وصاحب الحدائق قال بثبوته للمشتري فضلاً عن البايع. و لا بأس بنقل كلامهما.

في إبطال احتمال الدروس والحدائق
من احتمال ثبوت الخيار لعين من ينعتق

أما الأول فنقول: إنه في الجواهر ينقل عن الدروس احتمال ثبوت الخيار في أصل عين المبيع، حيث يقول: واحتمل في الدروس ثبوته للبايع لسبق تعلّق حقّه، فيقف العتق على التفرق .. إلى آخره.

ونحن نقول: إن احتمال الدروس لولم يكن مبنياً على مذهب الشيخ من عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار، كما هو ظاهره، فليس ذلك لمنع الأمر الأول أو الأخير، كما هو ظاهر كلامه، بل لمنع الأمر الثاني، وهو حصول الإنعتاق بمجرد الملك. وعلى هذا نقول أولاً: إن ما ذكره من سبق حق الخيار فهو مبنيّ على أن الخيار يثبت بنفس العقد / ٥١٤ / كالملكية التي تحصل بنفس العقد.

---

١) الدروس ٢٦٦/٣.

وأما الإنعتاق فهو مترتب على المليكة فيكون حق الخيار أسبق؛ لأنه في عرض علّة الإنعتاق التي تكون لها تقدمٌ على نفس الإنعتاق.

وعلى هذا نقول: مع غمض العين من أنه يمكن منع الأسبقية نظراً إلى أن يكون تقدم الملكية على الإنعتاق ذاتياً لا زمانياً، كما قاله في الجواهر في بيع الحيوان، فليس الإنعتاق بحسب الزمان مؤخّراً عن الملكية، بل تحصلان معاً وإن كانت الملكية مقدمة ذاتاً؛ لكونها علّة.

ومرجع ذلك أن الملكية مجرد اعتبار، وإلّا فيحصل الخيار والإنعتاق في زمان واحد، وليس للخيار تقدم ذاتيّ على الإنعتاق أيضاً؛ إنه لا دليل لنا على نحو العموم من أن كلّ حق يكون أسبق، يكون مقدماً على الحق المتأخر.

وثانياً: نقول ـ بعد تسليم أن حق الخيار يكون مقدّماً على حق الإنعتاق وبعد تسليم دليل عام على أن كل حق يكون أسبق، يكون مقدماً ـ: إن لهذه القاعدة الكلية معارضاً في المقام وهو الأخبار الدالة على حصول الإنعتاق بمجرد الملكية، بل بمجرد البيع. وهذا المعارض يكون أقوى، كما سيأتي توضيحه ـ إن شاء الله تعالى ـ في ردّ صاحب الحدائق.

وأما الثاني: وهو صاحب الحدائق، فنقول: قال في الجواهر[1]: في الحدائق التوقف في سقوط خيار المشتري فضلاً عن البايع؛ لأن التعارض بين ما دلّ على العتق وعلى الخيار تعارض العموم من وجه، ولا ترجيح.

وأجاب عنه في الجواهر[2] بأن أدلة العتق أنصّ على هذا المورد من أدلة الخيار، ومعتضدة بالشهرة، فيترجّح عليها.

في أن ما دلّ على الإنعتاق مقدم على أدلة الخيار وأن الأسبق مقدم

ونحن نقول: إن ما قاله في الحدائق من أن /٥١٥/ النسبة بين أدلة العتق والخيار عموم من

---

١) جواهر الكلام ١٩/٢٣.

٢) نفس المصدر السابق.

وجه، فهو من جهة أن أدلة الخيار تدلّ على ثبوت خيار المجلس في البيع، سواء كان في بيع من ينعتق على أحد المتعاقدين أو غيره. وأدلة العتق تدلّ على حصول العتق بملك العمودين والأرحام سواء كان حصول الملك بالبيع أو بغيره من الأسباب.

وعلى هذا نقول: إن أدلة العتق كثير منها يكون ظاهراً في حصول الملك اختياراً وأظهر أفراده البيع. وهذا بخلاف أدلة ثبوت خيار المجلس أو غيرها في البيع؛ فإنه ليس لها كثرة ظهور في بيع من ينعتق على أحد المتبايعين، بل يكون من أفراده النادرة.

هذا؛ مضافاً إلى أن بعض الأخبار الواردة في حصول عتق العمودين والمحارم بالملك يكون موردها البيع، فلا يمكن إخراج التملك بالبيع عنها، فتصير أخصّ من أدلة الخيار.

ولا يخفى أنه لو كان لنا دليل على أن الحق إذا كان أسبق يكون مقدماً، وسلّمنا أن حق الخيار في المقام يكون أسبق من حق الإنعتاق أيضاً نقول: إنه لما كانت الأخبار المتواترة في الإنعتاق بالملك في كمال الظهور في أن الملك بالبيع مراد لولم يكن هو المتيقّن بالنسبة إلى الملك الحاصل من غير البيع، مع أن ظاهرها الإنعتاق بمجرد الملكية، فيكون مقدماً على أدلة الخيار ولو بضميمة ما فرض أنه يدلّ على أن الحق لو كان أسبق[1] يكون مقدّماً؛ فتدبّر جيّداً، فإنه واضح.

ثمّ هذا كلّه في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى ردّ عين المبيع الذي قلنا: إنه ينعتق بنفس الملكية.

وقد عرفت أن الحق عدم ثبوت هذا الخيار.

وأما بالنسبة إلى قيمتها بأن يفسخ العقد ويرجع إلى قيمة العبد الذي /٥١٦/ انعتق بالبيع، فاستدلّ لثبوت الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة بوجوه:

الوجه الأول وهو العمدة لولم يرجع غيره إليه أن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحرّ إلى الرقياء بعد أن الفرض ـ أن العبد انعتق بالبيع ـ هو الرجوع إلى قيمة العبد نظير صورة تلف المبيع حقيقة أو حكماً كما لو انتقل بالبيع اللازم، فلمن انتقل إليه المبيع أن يدفع

---

١) في المخطوطة: أسبقاً.

قيمة العبد ويستردّ الثمن.

ونوقش على هذا الوجه من جهات كثيرة:

منها: وهو العمدة في مقام المناقشة أن الرجوع إلى قيمة العبد الذي صار حرّاً يوجب استحقاق البايع للحرّ المنكشف باستحقاق بدله، كما تستفاد هذه المناقشة من المصنفﷺ في مسألتنا في آخر كلامه في قوله: إن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً[١].

ويصرّح به قبل شرائط العوضين في فروع قاعدة نفي السبيل عند التعرض لجريان الخيارات في بيع العبد المسلم الذي اشتراه المسلم من الكافر ويقول هناك: ولذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعتق على المشتري[٢].

في ما استدلّ به للرجوع إلى قيمة من ينعتق بعد الفسخ

هذا؛ ولكن المصنفﷺ هنا في الفرع الآتي من جريان خيار المجلس في بيع العبد المسلم المشترىٰ من الكافر، ينقل أولاً عن المحكيّ عن حواشي الشهيدﷺ: أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكه الأصلي ولو تقديراً لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه وأن[٣] رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز[٤].

ثمّ يجيب عن ذلك بأن ما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبنيّ على إمكان تقدير الملك في ملك المالك الأصلي لو أغمضنا عن منعه كما تقدم في المسألة السابقة غير قادح هنا؛ لأن تقدير المُسلِم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله، ليس سبيلاً /٥١٧/ للكافر على المسلم، ولذا جوّزنا له شراء من ينعتق عليه؛ إنتهى.

وحاصل جوابه أنه تارة يمنع من أن استحقاق القيمة مستلزم لاستحقاق المبدل بآنٍ ما.

---

١) كتاب المكاسب ٤١/٥.

٢) راجع: مصباح الفقاهة ٤٥٠/٣.

٣) ليس «أن» في المصدر.

٤) كتاب المكاسب ٤٣/٥.

وتارة بأن هذا النحو من الإستحقاق غير مضرٍّ،

لكن الظاهر أن جوابه الثاني ـ وهو منع كون هذا النحو من الإستحقاق مضرّاً بنفي السبيل ـ غير جارٍ في المقام؛ لأن الظاهر امتناع هذا النحو من الإستحقاق بما صار حرّاً. فالعمدة في المقام أن نتصدّىٰ لبيان أن استحقاق البدل والقيمة مستلزم لاستحقاق المبدل ولو تقديراً أم لا؟

فنقول: إنا نقلنا عن الاستادﷺ في أواخر قاعدة نفي السبيل قبل شرايط العوضين أنه لو كان أخذ القيمة من باب البدلية عن العين فيتوقف على قابليته أن يتملك العين، فيملكها ملكاً تقديرياً أولاً. وأما لو كان حكماً شرعياً تعبدياً من باب الغرامة، فلا مانع من أن يملك القيمة ولو لم تكن العين قابلة لها.

هذا؛ وتوضيح المقام يتوقف على بيان حال توقف أخذ القيمة على قابلية تملّك العين ـ ولو تقديراً ـ في التلف الحقيقي والحكمي في غير بيع من ينعتق على المشتري وشبهه حتى يعلم حال مقامنا ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وقبل التعرض لذلك يناسب التعرض لأمرين:

الأول: أنه لا يخفى عليك أن أصل بقاء خيار ذي الخيار في صورة أتلف غير ذي الخيار للعين حقيقة أو حكماً في غير مثل مقامنا ممّا لا إشكال فيه عند الفقهاء على نحو الإطلاق، كما يظهر من أطراف كلماتهم.

في اختلاف كلماتهم في توقف الرجوع إلى القيمة على قابلية المبيع لأن يتملك في ما انعتق على المشتري وفي غير ذلك المورد

قال في الجواهر في باب الإقالة في آخر كتاب البيع[1]: التلف غير مانع من صحة /٥١٨/ الإقالة، كما أنه غير مانع من الفسخ بالخيار لإطلاق الأدلة؛ نعم، سياقها التلف بناءً على أنه بيع؛ إنتهى.

---

١) جواهر الكلام ٣٥٨/٢٤.

قال المصنف﵀ في آخر مكاسبه في أحكام الخيار في حكم تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ[1]: إنه بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين لا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً، فالمرجع فيه أدلة سلطنة «الناس على أموالهم»، إنتهى.

إلى غير ذلك من كلماتهم في الأبواب المرتبطة بمقامنا.

الثاني: أنه لا يخفى أنه لم يعلم من كلماتهم تسلّم توقف أخذ القيمة في التلف الحقيقي والحكمي اللذين يكون ثبوت الخيار فيهما مسلّماً في الجملة على أن يصير المبدل ملكاً أولاً لذي الخيار ولو ملكية تقديرية أيضاً.

في حال كلّ من التلف الحقيقي أو الحكمي من جهة تقدير الملكية

أما التلف الحكمي، قال المصنف﵀ في خيار الغبن عند التعرض لكون تصرف المغبون مسقطاً للخيار فيما لو باع المشتري الذي لم يكن له الخيار المبيع بشخص آخر ببيع خياريّ، ففسخ المغبون البيع الأول: إنه لا يلزم فسخ البيع الثاني؛ لأن فسخ المغبون للبيع الأول إما بدخول العين في ملكه وإما بدخول عوضها.

فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ، وعلى الثاني فلا وجه للعدول إلّا أن يقال: إنه لا منافاة؛ لأن البدل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك يتّم لو كانت العين على ملك المغبون وحال الغابن بين المغبون وملكه دون المقام؛ إنتهى ملخص كلامه.

وظاهر /٥١٩/ هذا الكلام أن أخذ القيمة بالفسخ غير متوقف على تملك العين ولو تقديراً.

هذا؛ مع أن التملك غير معقول؛ لأنه لو كان المراد تملكه قبل البيع الثاني فمقتضاه أن يقع البيع الثاني للفاسخ مع أن من المسلّم أنه للغابن البايع ثانياً، ولو كان المراد تملكه حال الفسخ بآنٍ ما، فهو أيضاً لا يعقل بعد أن المفروض أنه في ذاك الزمان لم يكن ملكاً للغابن، ولو كان

---

١) كتاب المكاسب ١٤٩/٦.

المراد من تقدير الملكية مجرد الفرض فهو ممكن في بيع من ينعتق على المشتري أيضاً.

وأما التلف الحقيقي فهنا بالنسبة إلى زمان الفسخ لو نريد أن نقول: إنه يقدّر الملكية في زمان الفسخ حتى نجعل ذلك وجهاً لكون المضمون قيمته عند الفسخ، ففيه: أن المعدوم لا يكون قابلاً لأن يتملك.

وأما لو نريد أن نقدّر الملكية بآنٍ ما قبل التلف فيكون المدار على قيمة يوم التلف. فهذا لا مانع فيه عقلاً كما يقولون بذلك في تلف المبيع قبل القبض الذي يقولون: إن ضمانه على البايع، وفي التلف في زمان الخيار الذي يكون في الجملة مسلّماً من أن ضمانه على من لا خيار له، فيقدّرون انفساخ العقد قبل التلف فيها ليصير المتلف للبايع أو لمن لا خيار له حتى يكون مضموناً عليهما.

وفيما نحن فيه أيضاً لا مانع من أن يجعل الفسخ كاشفاً من انفساخ العقد قبل التلف حتى تصير العين مضمونة على الطرف المقابل بأن يأخذ الثمن مثلاً ويعطي قيمة المبيع الذي أتلفه، إلّا أن / ٥٢٠ / صاحب الجواهر في المسألة الخامسة في أحكام الخيار ينكر الملكية في هذا، نظير الذي تسلّم تقدير الملكية هناك أشدّ؛ بأن يكون المراد من النص والفتوى أن حكم المبيع التالف حكم ما لو كان مالاً للبايع أي لا يستحقّ بالعقد ثمناً على المشتري بمعنى أنه يبطل أثر العقد بالنسبة إلى ذلك وإن كان قد تلف وهو على ملك المشتري.

في أن مقتضى القاعدة هو تقدير الملكية في العين بعد الفسخ أم لا

وحاصل كلامه؛ أنه تخصّص القواعد بالنبوي ﷺ المنجبر، وهو: «**كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**[1]».

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم من المقدمتين، **فنقول**: لو كان مفاد أدلة الخيار أن لذي الخيار استرداد العين، كما يقولون به في الخيار الثابت في المعاطاة، فيكون لازم ذلك سقوط الخيار

---

١) قال في التذكرة ١١٤/١٠: و قال أبوحنيفة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع إلا العقار؛ راجع: المغنى ٢٣٧/٤ والشرح الكبير ١٢٨/٤.

مع عدم إمكان الإسترداد، وأنه لو ثبت القيمة فهو على خلاف القاعدة، فحينئذٍ كان مقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار إلّا بدليل على الخروج عن القاعدة، إلّا أن من الواضح أنه ليس مفاد أدلة الخيار هو مجرد حق استرداد العين، بل الخيار حق في العقد بأن يحلّه ذو الخيار، فيترتب عليه استرداد العين مع الإمكان.

فلو لم يكن مانع من أخذ العين فتؤخذ، وإلّا نقول: إن المستفاد مما يدلّ على بقاء خيار فسخ العقد مع تلف العين سواء كانت دلالته على ثبوت الخيار مع التلف بالصراحة أو بالإطلاق؛ فإنه إذا قال: «إن الخيار في الحيوان ثلاثة» يفهم ثبوت الخيار ولو أتلف المشتري الحيوان.

في أن الحق عدم توقف الرجوع إلى القيمة إلى تقدير ملكية العين آناً ما

وبالجملة؛ المستفاد مما دلّ على ثبوت الخيار في هذه الصورة أن بدل العين من المثل أو القيمة يقوم مقام نفس العين، وليس المراد أن قيمة العين أو مثله يتعلّق بذمة المتلف / ٥٢١ / في زمان الإتلاف ليقال: إن الإنسان لا يضمن مال نفسه أو: إن ضمان مال نفسه خلاف القاعدة، بل المراد أن المثل أو القيمة يقوم مقام نفس العين في كلّ ما يتعلق بنفس العين.

فكما ترجع العين مع بقائها إذا فسخ ذو الخيار، يرجع القيمة أو المثل إذا فسخ ذو الخيار في صورةٍ أتلف العين قبل الفسخ، كما صرّح بمثل ما قلناه صاحب الجواهر في بحث الإقالة عند تلف العينين.

وهذا المعنى لا يتوقف على ملكية العين لذي الخيار ولو تقديراً في شيء من الأزمنة، كما أنه لا يرد عليه أنه لا دليل على ضمان العين مع أنه حين الإتلاف كان ملكاً للمتلف، وفي زمان الفسخ كان معدوماً. ولا يدلّ شيء على كونه مضموناً؛ لما عرفت من أن المراد من الضمان أنه تصير القيمة كنفس العين في معرض أن يصير مالاً لذي الخيار بفسخه*.

---

*) *سيأتي قبل مسألة النقد والنسيئة وفي خيار الغبن عند التعرض لكون الإتلاف من الأجنبي أو غير ذي الخيار موجباً للضمان، أن هذا الوجه من الجواهر محل المناقشة؛ وذلك لأن قيام الدليل على أن الفسخ والإقالة يجريان بعد تلف العين أو العينين غير مقتضٍ لقيام البدل من المثل أو*

القيمة مقام العين بنحو ذكرته، وذلك لأن نفس الفسخ والإقالة لا يقتضيان إلّا ارتفاع العقد ، وذلك يقتضي تملك كلّ منهما لما ملّكه الآخر بنفس البيع ، وهذا متعذّر بعد تلف العين .

إن قلت : الإجماع قائم على صحة الإقالة بعد تلف العينين، وهذا يتوقف على قيام البدل مقام العين بعد الإقالة .

قلت : نمنع انحصار الطريق بذلك؛ إذ يمكن القول بأن الإقالة يكشف من بطلان العقد السابق بآنٍ ما قبل التلف كما يقوله الخصم ، إلّا أن تقول على ما ذكرت: يصير الإقالة والفسخ بعد التلف على خلاف القاعدة ، فلابدّ من الاقتصار على مورد الإجماع أو النص الخاص مع أن المدّعى ـ كما يستفاد من كلام المصنف قبل مسألة النقد والنسيئة ـ أن كل مورد كان لدليل الخيار إطلاق يشمل لما بعد التلف إذا لم يقم دليل من الخارج على أن التلف موجب لسقوط الخيار ، فهناك نريد أن نقول بأنه يجوز الفسخ والرجوع إلى القيمة بعد التلف .

هذا؛ ويمكن الجواب عن الإشكال بأن كلام الجواهر لا يدلّ على أن استفادة أن البدل يقوم [مقام] العين بعد التلف من مجرد ما دلّ / ٥٢٢ / على أن الخيار باقٍ بعد التلف لإطلاق الدليل.

و عليه نقول : إنه في مورد دلّ إطلاق الدليل على ثبوت الخيار بعد التلف ، فكون استفادة أن البدل من المثل أو القيمة يقوم مقام العين من قواعد أخر كقاعدة « على اليد » ، كما أشار إليه المصنف قبل مسألة النقد والنسيئة، أو قاعدة الضرر، كما فصلّناه في المسألة المشار إليها من خيار الغبن .

أما الأول ، فعمدة الإشكال فيه أنه في صورة تلف المبيع في يد المشتري قبل فسخ البايع الذي كان له الخيار مثلاً وبفسخ العقد بعد التلف أن يقال : إن العين التالفة حين التلف كان ملك المشتري ولا يضمن الشخص مال نفسه . وأما حين الفسخ فالعين إما معدومة فليس يعدّ عليها ، أو أنه بحكم المعدوم لو كان التلف تلفاً حكمياً .

وعلى كل حال؛ لم يوجد سبب لأن يضمن المشتري له .

والجواب عن الإشكال أنه قد قرّر في محله ـ كما أوضحناه في المقبوض بالعقد الفاسد ـ أن قوله « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي » في كل مورد جرى يقتضي ، ضمان العين ووجوب ردّها إن كانت موجودة ولم يكن مانع من ردّها .

وأما لو كانت موجودة و يكون المانع من ردّها فيقتضي لزوم ردّ بدل الحيلولة.

وأما لو كانت تالفة فيقتضي لزوم ردّ بدل العين .

وإذا عرفت هذا ، فنقول: إما أن نبني على أن قوله « على اليد » يشمل لمطلق صورة يأخذ شخص من شخص آخر عيناً من الأعيان، كما هو مقتضى إطلاق الخبر ، وعليه يشمل كل من الثمن والمثمن حيث يأخذه كلّ واحد من يد الآخر .

وعليه نقول : إن ما دلّ على صحة البيع يكون مخصصاً لقوله « على اليد » ..اه / ٥٢١ / ونقلنا عند

التعرض لإثبات الملازمة بين العقل والنقل بالآيات عن بعض الأساتيد أنه يمنع أنه تخصيص ، بل يقول: إنه نزّل ردّ كل من الثمن والمثمن منزلة أداء الآخر .

أما لو قلنا: إنه من باب التخصيص ـ كما رجّحناه في محله ـ فنقول : إن المعلوم هو التخصيص الأزماني ؛ يعني إلى قبل زمان الفسخ. وأما التخصيص الفردي فمشكوك رأساً. وعليه؛ فبعد الفسخ لو نتمسك بعموم « على اليد » لهذا الأخذ ، يلزم التخصيص الفردي الغير المعلوم ، فلا مانع من التمسك بعموم « على اليد » له حيث إن الشك في أصل التخصيص .

وأما لو قلنا: إنه من باب التنزيل ، فنقول : إن هذا غير منافٍ لكونه تخصيصاً. وعليه أيضاً نقول : إن المعلوم هو التخصيص الأزماني دون الفردي.

ثمّ اعلم أنه إلى ما ذكرنا يرجع قول من يقول : إنه قبل الفسخ كان كلٌّ من العينين مضموناً بالمسمّى ، فإذا بطل ذلك بواسطة الفسخ فيصير كلٌّ من العينين مضموناً بالمثل أو القيمة كما هو مقتضى « على اليد » من حيث هو، لولم يقم الدليل على الضمان بالمسمّى .

وإما أن نبني أن قوله « على اليد » ..اه لا يشمل إلّا أخذ مال الغير ، وعليه نقول: على القول بأن الفسخ من حين العقد لا من حين الفسخ ، أيضاً لا إشكال في شمول « على اليد » ..اه لكلٍّ من العوضين ؛ حيث إن الفسخ يكشف من أخذ كلٍّ من العينين كان من أخذ مال الغير .

إن قلت : إن دعوى أن الفسخ من حين العقد حقيقة غير ممكن لأن الشيء لا ينفك عما كان عليه أولاً ، غاية الأمر قيام دليل على تنزيل العقد الأول بمنزلة أن لم يوجد، فالذي أخذ أولاً كلّ واحد من المتبايعين بمقتضى البيع لم يكن من مصداق أخذ مال الغير حتى يترتب عليه وجوب الردّ وبدل الحيلولة وبدل العين .

قلت : نسلّم ما ذكرت ، لكن ما أشرت إليه من عموم التنزيل الذي لابدّ أن يلتزم به على هذا القول / ٥٢٠ / يكفينا في إثبات المقصود، كما لا يخفى على المتأمل . وأما لو بنينا على أن قوله « على اليد » ..اه لا يشمل إلّا أخذ مال الغير ، ثمّ قلنا: إن الفسخ من حين الفسخ لا من حين العقد ، فحينئذٍ وإن يصير الإشكال السابق محكماً إلّا أنه نقول: إن أهل العرف بعد فرض فسخ العقد يقولون: فما أخذت من البايع من المبيع ـ مثلاً ـ أعطه، فيكشف ذلك من أن أهل العرف بعد الفسخ يجعلون الأخذ السابق من مصاديق « على اليد » ..اه . وليس ذلك من الخطأ في التطبيق؛ لأنهم بعد الالتفات إلى حقيقة الأمر أيضاً لا يرجعون عن ذلك. ومنه يتمسّك العلماء بعد الفسخ بقوله « على اليد » ..اه كما تقدّمت الإشارة إلى كلماتهم .

ولعلّ السرّ في ذلك أن قوله « على اليد ما أخذت » ..اه مطلق ولم يكن مقيداً بأن يكون المأخوذ مال الغير . ونحن وإن قلنا بعدم اندراج أخذ مال نفسه في إطلاق الخبر إلّا أن ذلك ليس من جهة أنه مقيّد بأن يكون المصداق أخذ مال الغير من جهة وضوح اتصال الأحكام المستفادة من قوله

« على اليد » غير جارٍ في أخذ مال نفسه .

وعلى هذا فكلّ مورد لم يكن عدم جريان هذه الأحكام فيه واضحاً لابدّ من القول بالشمول، كما في المقام.

كما أنه لو صار أخذ مال الغير في مورد يكون عدم جريان هذه الأحكام فيه واضحاً نقول بعدم اندراجه تحت الإطلاق؛ لوضوح أن إطلاق أدلة الأحكام وعموم ما يشمل لما لا يكون حكمه واضحاً / ٥١٩ / ولا يعمّ ما يكون حكمه بخلاف مؤداه واضحاً، وذلك لا يوجب إضمار قيد حتى يغيّر العنوان، بل كلّ ما لا يكون حكمه واضحاً من العنوان الأولي يكون مشمولاً .

وأما الثاني: أعني قاعدة الضرر ، فنقول: بما سيأتي في خيار الغبن عند التعرض لكون التصرف مسقطاً للخيار ، فنقول ـ بعد ما حقّقنا في محله ـ: إن قاعدة الضرر ينفي كل حكم ضرريّ، وكذلك ينفي عدم الحكم لو كان ضرريّاً ، فيثبت الحكم .

وقد ذكرنا في خيار الغبن أن عدم تصرف الغبن فيما انتقل إليه ضرريّ، وكذلك عدم الفسخ للمغبون بمنعه عنه أي قبح ضرري عليه .

ثمّ إذا فسخ وردّ الثمن ، فعدم ضمان الغابن لبدل المبيع الذي فرضنا أنه أتلفه ضرريّ، كما أن جريان القاعدة في هذا المقدار أيضاً على المغبون ويثبت الضمان بذلك .

إن قلت : إن الضمان أيضاً ضرر على الضامن .

قلت : نجيب عن ذلك بمثل ما يجاب عن الإشكال بكون الإتلاف موجباً للضمان بقاعدة الضرر من أن المتلف لما أتلف المال فلا يقال: إن الضمان ضرر عليه عند العرف .

إن قلت : لو كان الحكم في مسألتنا بالضمان بمثل الحكم بالضمان في مسألة إتلاف مال الغير ، فحينئذٍ نقول : إن القول بكون إتلاف مال الغير موجباً للضمان بقاعدة الضرر مردود من وجهين، وهذان الوجهان يأتيان في مسألتنا أيضاً.

وذلك؛ لأنا نسلّم أن قاعدة الضرر يقتضي حرمة إتلاف مال الغير، لكون الإتلاف ضرراً . وأما بعد ما تخلف وأورد الضرر عليه ، فلا يدلّ قوله « لا ضرر » على كون المتلف ضامناً / ٥١٨ / إما لأن عدم الحكم بالضمان موجباً لبقاء الضرر، وبقاء الضرر ليس بضرر حتى يرفعه قاعدة الضرر، وإما لأن الحكم بالضمان من قبيل المُجازاة للضرر الذي أورده المتلف، وذكرنا في محله أن قاعدة الضرر لا تدلّ على ثبوت المجازاة. وذلك؛ لأنه قد يفسر قوله « لا ضرار » بالمجازاة ، ولو كان المراد منه ذلك فينافي مع إطلاق قوله « لا ضرر »، والإجمال في القرائن المتصلة مضرّ، لأن من شرط حمل اللفظ على ظاهره أن لا يذكر في الكلام قرينة على خلافه ، فمحتمل القرينة مضرّ لانعقاد الظهور .

قلت : لا يأتي شيء من الوجهين في مسألتنا؛ لأن غير ذي الخيار حين تصرف فيما انتقل

فتلخّص أن المناقشة الأولىٰ التي ذكرت على الدليل الأول لبقاء الخيار للرجوع إلى قيمة العين، غير واردة.

في سائر المناقشات على دليل ثبوت الخيار في بيع من ينعتق على المشتري

ومنها: ما نقله المصنف[1] ﷺ عن التذكرة[2] من أنه وطّن نفسه على الغبن المالي بإقدامه على شراء من ينعتق عليه، والمقصود من الخيار أن يتروّىٰ لدفع الغبن عن نفسه.

وأورد عليه أولاً: بأن الإقدام على الغبن المالي غير الإقدام على الغبن من حيث المعاملة، والمسقط للخيار هو الثاني دون الأول. والموجود في المقام هو الأول دون الثاني.

وثانياً: بأن هذا الوجه لا يقتضي سقوط خيار البايع على فرض تماميته أيضاً.

ونحن نقول: يرد عليه ثالثاً: أن كلّ خيار كان الدليل على ثبوته قاعدة /٥٢٢/ الضرر، فمثل هذا الخيار لا يثبت في صورة أقدم الشخص على ورود الضرر عليه؛ لأن قاعدة الضرر واردة في مقام الإمتنان، ولا امتنان في رفع الضرر الذي يقدم الشخص على ورود ذاك الضرر على نفسه، فمع الإقدام على الضرر لا يجري قاعدة الضرر ليثبت الخيار.

وأما كلّ خيار كان الدليل على ثبوته الأخبار الخاصة من باب التعبد كخيار المجلس، فهنا نقول: إن العلّة لثبوت الخيار ليس معلوماً لنا ولا مانع من أن يكون حكمة جعله للتوسعة على ذي الخيار لا يحصل له بعد البيع من تغيير الرأي، فعلى هذا لا مانع من التمسك بإطلاق دليل خيار المجلس لصورة أقدما على الغبن والضرر أيضاً.

إليه كان ما انتقل إليه ماله، وليس ذلك بضرر، وإنما الضرر في عدم ضمان المتلف حين فسخ ذي الخيار ما انتقل الثمن إلى المتلف، فعدم ضمانه ضرر ابتدائيّ، وليس بمجازاة أيضاً.

هذا؛ مع أن الوجه الثاني لا يتمّ رأساً كما بيّناه في قاعدة الضرر، بل الوجه الأول أيضاً. /٥١٧/ (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٣٩/٥.

٢) التذكرة ٥١٦/١.

ومنها: ما نقله عن التذكرة أيضاً من تغليب جانب العتق[١]، ولكن فيه أن هذا الوجه لم يناسب ذكره في المقام أعني ثبوت الخيار للرجوع إلى قيمة العبد، وإنما المناسب ذكره في الأدلة الدالة على عدم بقاء الخيار للرجوع إلى أصل العين. ونحن قد فرغنا من أنه بعد الفسخ لا يرجع إلى العين.

ومنها ما ذكره المصنف﵀ في مقام الإنصاف من أنه بالنسبة إلى مشتري العبد الذي ينعتق على المشتري نفس شرائه إتلاف للعين والإتلاف من جملة المسقطات للخيار. وبالنسبة إلى البايع أيضاً بيعه إقدام على إتلاف العين وإخراجه عن المالية.

ثمّ إنه يقول بتمامية هذا الوجه لو قلنا: إن الملك فيمن ينعتق تقديريّ لا تحقيقي، وبشرط أن يكونا عالمين بأنه ينعتق العبد على المشتري[٢].

ونحن نقول أولاً: لو قلنا: /٥٢٣/ إن كون الإتلاف مسقطاً من باب مجرد التعبد، فنقول: إن ما يكون في لسان الأدلة أن المسقط هو التصرف في العين، وهو غير صادق بمجرد نفس الشراء المحقق لثبوت الخيار، بل التصرف بعد الشراء.

ولو قلنا: إن كون التصرف مسقطاً يكون من باب كشفه عن الرضاء بالإلتزام بالبيع بسقوط خياره فليس ذلك في المقام أيضاً، فضلاً من أن نعتبر في التصرف المسقط للخيار إنشاء الإسقاط به، ونقول: إن إنشاء الإسقاط كما يكون باللفظ كذلك يكون بالتصرف أيضاً. وأما إقدام البايع على الإتلاف فلا وجه لكونه مسقطاً إلّا من باب الإقدام على الضرر. وتقدم أن الخيار الذي ثبت بغير قاعدة الضرر ليس الإقدام على الضرر مسقطاً له فضلاً من أن نمنع الصغرىٰ أيضاً.

في عدم ورود شيء من المناقشات على الدليل الأول لثبوت الخيار في بيع من ينعتق على المشتري

ثمّ إن تفصيله بين القول بالملكية التقديرية أو الحقيقية لعلّه من جهة أنه على الأول يكون

---

١) كتاب المكاسب ٣٩/٥؛ التّذكرة ٥١٦/١، و فيه: لكن النظر إلى جانب العتق أقوىٰ.
٢) كتاب المكاسب ٤٠/٥.

نفس البيع إتلافاً، وعلى الثاني يتلف بعد البيع بغير اختيارهما، لكن فيه ما تقدم من أن الأدلة لا تساعد على أن نفس البيع لو كان إتلافاً فيكون من المسقطات للخيار من غير فرق بين البايع والمشتري.

فتلخّص أن شيئاً من المناقشات التي ذكرت على الوجه الأول لثبوت الخيار في بيع من ينعتق على المشتري بالنسبة إلى الرجوع إلى القيمة غير وارد عليه.

الوجه الثاني الذي يستدلّ لثبوت الخيار في المقام هو أن حق الخيار أسبق من الإنعتاق أو لمرجّحات أخر نقلها المصنفﷺ عن بعض **بقوله**[1]: **وقد يقال: إن ثبوت الخيار لمن انتقل إليه** ..اه.

ولابأس من أن نتعرض لأصل كلامه، وحاصله أنه لولم نقل بتقدّم الخيار على الإنعتاق لحصول الأول بنفس العقد والثاني بالملك، بل إما نقول بتقارن حصولهما سواء قلنا بحصولهما بالعقد أو بالملك المعلول للعقد /٥٢٤/ وإما نقول بتقدم الإنعتاق على الخيار لحصول الأول بالعقد والثاني بالملك، فيحتمل الوجهان سقوط الخيار لأمضية العتق بمعنى تغليب جانب العتق، وفي خصوص صورة قلنا بتقدم الإنعتاق على الخيار لأسبقية حق الإنعتاق أيضاً ولأن القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من استحقاق المُبدَل.

وفيه: أن حصول الانعتاق قد تقدم في المقام الأول أنه لا إشكال فيه، لكنه يضرّ ببقاء الخيار للرجوع إلى العين.

وأما منعه للقيمة لاشتراط استحقاق المبدل في جواز أخذ البدل، فقد تقدم منعه.

وأما تمسّكه بأسبقية حق الإنعتاق في بعض الصور فمع غمض العين من أنه لا دليل على نحو الكلية من تقدم الأسبق في باب الحقوق كما تقدم، وبعد تسليم أصل الأسبقية أن هذا يضرّ بالرجوع إلى العين ولا مانع من أخذ القيمة كما تقدّم وجهه. وأما دعوى امتناع استحقاق القيمة من دون استحقاق نفس العين فتقدم الجواب عنه عند التعرض للمناقشات على الوجه الأول.

---

١) كتاب المكاسب ٣٩/٥ و ٤٠.

في نقل كلام بعض تصدّى لإثبات الخيار في المقام

وأما الوجه الثاني وهو بقاء الخيار، فتمسّك له **تارة**: بالجمع بين حق الخيار وحق الإنعتاق بعد أنه يمكن رفع المنافاة بالرجوع إلى قيمة العبد بعد الفسخ.

وتارة: بالجمع بين النص الدالّ على الخيار والنص الدالّ على الإنعتاق بعد أنه لا يمكن القول بأن البايع بعد الفسخ لا يملك شيئاً لتلف المبيع الذي لابدّ أن يرجع إليه، وذلك للإجماع على أن يد البايع لا يزول عن الثمن والمثمن، ومقتضى ذلك أن يرجع إلى قيمة العبد.

وتارة: بأنه لا مانع من بقاء الخيار مع حصول الإنعتاق الذي هو تلف، كما أنه لا مانع من جواز أخذ الأرش إذا كان المبيع معيباً إذا تلف ذلك المبيع.

وتارة: بأنهم يقولون ببقاء الخيار وثبوته في البيع بشرط العتق. فظهر كونه ممن ينعتق على المشتري أو تعيب، فانعتق العبد الذي كان مبيعاً لعروض /٥٢٥/ العيب الذي يوجب انعتاقه بعد البيع؛ كما إذا عرضه الجذام وغيره مما يوجب الإنعتاق، وما نحن فيه مثل ذلك.

وأما لو قلنا بتقدم حق الخيار على الإنعتاق فيدلّ على ثبوت الخيار مضافاً إلى ما تقدم [من]كون حق الخيار أسبق[1]، ثمّ يرجّح بقاء الخيار من جهة ترجيحه أن الخيار مقدم على الإنعتاق؛ لأن الأول يحصل بالعقد والثاني بالملك؛ مضافاً إلى أن ظاهر الأصحاب ـ بل صريحهم ـ أن الخيار بالعقد والإنعتاق بالملك.

في أن ما ذكره بعض لإثبات الخيار في بيع من انعتق لايصح من وجوههم إلاّ ما رجع إلى الوجه الأول الذي اقتضى بقاء الخيار للبايع والمشتري

أقول: أما ما ذكر لعدم ثبوت الخيار على بعض الفروض فقد تقدّم الكلام فيه في ضمن شرح مراده.

وأما ما استدلّ به على ثبوت الخيار للبايع، فنقول: أما ما اعتمد عليه أخيراً من أسبقيّة الخيار على الإنعتاق، فنقول: مع غمض العين عما ذكرنا سابقاً من أن المسلّم أسبقية الملك

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للسيد اليزدي) ١٦٣/٢.

ذاتاً على الإنعتاق، وهو لا يستلزم أسبقيّة الخيار على الإنعتاق لا ذاتاً ولا زماناً بعد القول بأن الملك والخيار يحصلان بنفس العقد، كما تقدم.

نقول: إن التمسّك بأسبقية الخيار لابدّ من أن يكون على فرض عدم إمكان الجمع بين الخيار والإنعتاق كما هو مقتضى الوجوه السابقة، وإلّا لا مانع من وجود الحقّين كان أحدهما أسبق أو لم يكن.

وعلى هذا نقول: إنا بعدُ لم نظفرعلى دليل على اعتبار الأسبقية على نحو الإطلاق حتى يجوز التمسّك به في الموارد /٥٢٦/ المشكوكة. وأما الوجوه الأربعة التي ذكرها أولاً لثبوت الخيار، فنقول: أما الجمع بين الحقين فمرجعه إلى الجمع بين النصّين اللذين أثبتا الحقين، وتقدم أنا رجّحنا بقاء الخيار بذلك مطلقاً.

وأما التنظير بعدم منافاة الأرش مع التلف فغايته إثبات إمكان بقاء حق الخيار مع تلف العين بالإنعتاق، لكن إثبات الخيار يحتاج إلى التمسك بالجمع بين النصّين.

وأما تنظيره ببقاء الخيار في البيع مع شرط العتق وحصول الإنعتاق بالتعيّب وغيره، فغايته أنه مؤيِّد لبقاء الخيار في المقام.

فتحصّل أن دليله المعتبر على بقاء الخيار هو الجمع بين النصّين الذي تقدم الكلام فيه وقلنا بأنه يقتضي ثبوت الخيار للبايع والمشتري معاً، فلا وجه لتخصيصه الخيار لخصوص البايع بعد أنه تقدم منّا أن الإتلاف الذي تمسّك به المصنف﵀ لإثبات سقوط خيار المشتري ليس بتمام وأنه كان محلّ الإيراد، كما تقدم.

قوله: أقول: إن قلنا: إنه يعتبر .. اه[1].

أقول: هذا إشارة إلى الوجه الثالث الذي وعدناه لثبوت الخيار، ولا يخفى أن الوجه السابق الذي نقله عن بعض كان مشتملاً على الوجه الأول وغيره إلّا أنا ضعّفنا غير الوجه الأول، كما تقدم.

وأما هذا الوجه الثالث فهو عين الوجه الأول الذي ذكرناه لثبوت الخيار للرجوع إلى قيمة

---

١) كتاب المكاسب ٤١/٥.

العبد الذى انعتق على المشتري.

نعم؛ للمصنفﷺ فيه تفصيل، كما أشار إليه سابقاً أيضاً من أنه علمهما بأن العبد ينعتق يسقط الخيار رأساً. وتوضيحه أن للمصنفﷺ فيما ذكره دعاوي، منها: إنه لو قلنا: إن مقتضى الفسخ[1] خروج العبد المنعتق على المشتري عن ملك المشتري بمعنى أنه بعد الفسخ ينتقل إلى البايع، حيث إنه لما يخرج الثمن /٥٢٧/ عن ملك البايع، فلابدّ أن يدخل المثمن في ملكه ولو تقديراً بعكس البيع، ثمّ كان انعتاقه على المشتري بمنزلة إتلاف المشتري لمال الغير حتى يكون ضامناً له، فلا نقول بثبوت الخيار؛ لأنه لا يقبل الحرّ لأن يصير رقّاً ولو تقديراً.

ومنها: أنه لو قلنا: إن مقتضى الفسخ ليس إلّا ردّ العين لو كانت موجودة وقيمتها لو كانت تالفة فلا مانع من ثبوت الخيار.

ومنها: أن الحق أن مقتضى الفسخ ليس بأزيد من ردّ العين لو كانت موجودة وقيمتها لوكانت تالفة، كما يشهد به حكمهم ببقاء الخيار في البيع بشرط العتق. وفيما لو باع المشتري المبيع ببيع لازم.

ومنها: أنه مع علمهما بأن العبد المبيع ممن ينعتق على المشتري فلا خيار؛ لأن نقل العين تفويت لمحل الخيار، فيكون بمثل تفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه، فلم يحدث حق خيار في العين حتى يتعلق ببدلها.

في أن الوجه الذي ذكره المصنف لبقاء الخيار راجع إلى ما ذكرناه في الوجه الأول وأن تفصيله ليس على ما ينبغي

ونحن نقول: أما ما ذكره في الدعوى الأولىٰ من توقف الخيار على صيرورته[2] ملكاً لهما ولو تقديراً فهو المناقشة الأولىٰ التي نقلناه على الوجه الأول، وهو أن مقتضى الجمع بين النصّين ثبوت الخيار.

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للسيد اليزدي) ٤٣/٢.

٢) في الأصل المخطوط: صيرورة.

وأما ما ذكره في دعواه الثالثة ـ أعني: تصحيحه لمبناه الثاني الذي ذكره في دعواه الثانية ـ فهو الجواب الذي ذكرناه سابقاً عن المناقشة الأولى على الوجه الأول لثبوت الخيار، لكن ما ذكرناه سابقاً كان أوضح لإثبات المدّعى، فرجع ما ذكره المصنف﵀ إلى الوجه الأول.

وأما دعواه الرابعة وهو التفصيل بين صورة علمهما وغيره، فقد تقدّم أنه ليس بصحيح؛ حيث إن المسقط للخيار إما مجرد التصرف أو مع الكشف عن الرضاء بالتزام البيع أو مع إنشاء الإسقاط به أيضاً.

وتقدّم أن شيئاً منها ليس في المقام، بل لو قصد إسقاط الخيار بنفس البيع أيضاً نقول: إن سقوط الخيار به مشكل بعد أن حق الخيار لا يثبت إلّا بعد البيع، فيشكل رفع اليد عن إطلاق أدلة الخيار بذلك، وتقدم أيضاً أن محل الخيار نفس العقد؛ لأنه عبارة عن خيار حل العقد، فلا مانع من بقائه بعد تلف العين، وليس محلّه العين؛ لأنه ليس عبارة عن حق استرداد العين، كما في المعاطاة، وإلّا فلا يبقى الخيار بعد تلف العين رأساً من غير فرق بين علمهما وجهلهما أيضاً. /٥٢٨

وأما قول بعضٍ بسقوط الخيار بإتلاف المبيع لو كان المراد إتلافه بعد البيع فقياس ما نحن فيه به قياس مع الفارق. وإن كان المراد إتلافه بنفس البيع فهو عين مسألتنا ولا نسلّم كون ذلك مسقطاً للخيار.

في عدم جريان الخيار في بيع العبد المسلم الذي اشتراه المسلم من الكافر

قوله: ومنها: العبد المسلم المشترى من الكافر[1] بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، إلى قوله: والأقوى في المسألة ..إلى آخره.

أقول: حاصل كلامه أنه يكون الخيار باقياً ولكن يرجع إلى القيمة.

ونحن نقول: إن الكلام في بقاء الخيار في المقام يقع تارة للرجوع إلى العين، وتارة

---

١) كتاب المكاسب ٤٣/٥.

للرجوع إلى القيمة.

أما الأول: وإن فصّلنا الكلام فيه في قاعدة نفي السبيل الذي كتبته[١] بعد البيع الفضولي وأن الخيارات على قسمين: قسم منها يكون منشأ ثبوت الخيار قاعدة الضرر، وهناك تكلّمنا في تعارض قاعدة الضرر مع قاعدة نفي السبيل، وقسم منها يكون دليله التعبد بالأخبار الخاصة كخيار المجلس، وهنا أيضاً نقلنا وجوهاً لثبوت الخيار، لكن التكلّم في المقام لما كان بعد تسليم عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فلذلك لم نتعرض لشيء منها هنا.

وما نقلنا هناك من دعوى أن التملك بالخيار من التملك بالأسباب الغير الإختيارية فواضح الفساد؛ لأن التملك بالفسخ كالتملك بالبيع تملك اختياريّ ولا يضرّ كون جعل الخيار على القهر وغير الإختيار كجعل حصول النقل بالبيع؛ /٥٢٩/ لأن المدار على كون السبب اختيارياً على ما هو الجزء الأخير من العلة للنقل، وهو اختياريّ في المقامين.

وأما الثاني: وهو ثبوت الخيار للرجوع إلى القيمة التي هو محل الكلام هنا حيث فرغنا من أدلة نفي السبيل مقدم على أدلة ثبوت الخيار من جهة الرجوع إلى العين، فهنا نقول: إنا ذكرنا في الوجه الأول الذي ذكرناه لبقاء الخيار للرجوع إلى القيمة في المسألة السابقة في بيع من ينعتق على المشتري بأن مقتضى أدلة الخيار في صورة تلف العين هو الرجوع إلى القيمة؛ نظراً إلى أنه لو صرّح ببقاء الخيار في صورة تلف العين حقيقة أو حكماً[٢] فيفهم قيام قيمة العين مقامها، فكذلك لو دلّ الدليل بإطلاقه على ثبوت الخيار مع تلف العين، كما تقدم تفصيل الكلام فيه هناك.

وأما في المقام، فالمفروض أن العين لم تتلف لا حقيقة ولا حكماً بخروجه عن ملك المشتري. وعلى هذا لو صرح ببقاء الخيار هنا فيفهم منه الرجوع إلى العين؛ حيث إن مقتضىٰ بقاء الخيار مع فرض بقاء العين ذلك. فكذلك لو دلّ الدليل على ثبوت الخيار هنا بإطلاقه، والمفروض أن أدلة نفي السبيل كان مقدماً على أدلة ثبوت الخيار من هذه الجهة، وليس لأدلّة

---

١) في المخطوطة: كتبية.

٢) في المخطوطة: حكمة.

الخيار اقتضاء للرجوع إلى القيمة مع فرض بقاء العين حتى يقال: إنه يؤخذ بذلك من جهة عدم معارضة أدلة نفي السبيل له من هذه الجهة؛ حيث إن الملكية التقديرية إما غير مسلَّمٍ لزوم الإلتزام به، أو أنها لا تعدّ سبيلاً للكافر على المسلمِ.

فالقول بعدم جريان الخيار هنا ليس لوجود المانع من لزوم الملكية التقديرية، كما قاله في الدروس، ولا لعدم كون هذا البيع بيعاً إلّا بالنسبة إلى المسلم فقط، فيكون له بالخصوص كما قاله الفخر حتى يرد عليهما ما ذكره المصنفﷺ، بل عدم ثبوت / ٥٣٠ / الخيار لهما بالنسبة إلى الرجوع إلى القيمة لعدم اقتضاء أدلة الخيار ذلك.

والفرق بين المقام وبين مسألة بيع من ينعتق على المشتري أنه في بيع من ينعتق على المشتري لم يكن تعارض حقيقة بين أدلة الخيار ودليل العتق؛ لأن لأدلة الخيار اقتضاء على فرض تلف العين حقيقة أو حكماً بخروجه عن ملك المشتري، وأدلة الإنعتاق محرز لموضوع التلف.

وأما في مقامنا يكون العين باقياً على ملك المشتري، وفي هذه الصورة كان مقتضى أدلة الخيار أنه بالفسخ يرجع إلى العين، ودليل نفي السبيل ليس مقتضاه أنه صار[ت] العين تالفةً ليحصل اقتضاء آخر لأدلة الخيار، وإنما دليل نفي السبيل يمنع من مقتضى أدلة الخيار وهو الرجوع إلى العين، والمفروض أن دليل نفي السبيل صار مقدماً وليس لأدلة الخيار اقتضاء الرجوع إلى القيمة مع بقاء العين على ملك المشتري.

في أفراد المبيع الذي يدّعى عدم ثبوت خيار المجلس فيها والإشارة إلى ما يستدلّ على الوجوب التكليفي المتقابض قبل التفرق في الصرف والسلَم وثمرة وجود الخيار قبل القبض

قوله: ومنها شراء العبد نفسه .. اه[1].

أقول: ما رجّحه المصنف من عدم شمول أدلة الخيار له على فرض صحة هذا البيع ليس

---

١) كتاب المكاسب ٤٥/٥.

نظره إلى أن العبد صار حرّاً والحرّ لا يرجع رقّاً وإلّا فلابدّ أن لا يكون مانع عن الخيار للرجوع إلى القيمة، بل الظاهرأن نظره إلى أن الظاهر من دليل الخيار أن يكون البيّعان غير العوضين.

وفيه تأمل.

قوله: لأنه لا يسقط إذا ثبت قبله؛ فتأمل[١].

أقول: بعد أن الفرض أن نفس التلف ليس مسقطاً للخيار، نقول: عدم قابلية العين للبقاء بعد العقد لو فرض تصوّره إن كان مانعاً عن تعلق الخيار يكون مانعاً عن صحة البيع أيضاً فبكلّ وجه يُصَحَّح البيع يصحّح الخيار.

قوله: مسألة مبدء هذا الخيار .. إلى قوله: إما للزوم الربا .. اه[٢].

أقول: لا إشكال في أنه إذا قلنا بثبوت الخيار في الصرف ـ مثلاً ـ قبل القبض الذي هو شرط الصحة فحينئذٍ على القول بالوجوب[٣] التكليفي للتقابض قبل التفرق مادام أصل العقد يكون باقياً تظهر ثمرة* هذا الخيار من وجهين:

الأول: أنه إذا فسخ قبل التفرق يرتفع الوجوب التكليفي للتقابض قبل التفرق، لأنه كان مشروطاً ببقاء العقد /٥٣١/ وقد ارتفع بالفسخ الثاني أنه إذا فسخ قبل التقابض فيرتفع العقد عن قابلية أن يصح بالتقابض قبل التفرق. وهذه الثمرة الثانية موجودة على القول بعدم الوجوب التكليفي للتقابض قبل التفرق إلّا أنه لما كان مدرك القول بالوجوب التكليفي للتقابض قبل التفرق الذي قال به في التذكرة والدروس وتفرَّعا عليه وجوبَ التقابض في صورةٍ أجازا البيع والتزما[٤] به؛ بمعنى أنه أسقطا خيارهما في فسخ العقد فيه خفاء، فلا بأس من أن نشير إلى مدرك القول بوجوب التقابض قبل التفرق بعد إسقاط حق الخيار، أو تفرّقا من

---

١) نفس المصدر السابق.

٢) كتاب المكاسب ٤٩/٥.

٣) في الأصل كررّ هذا اللفظ.

*) ***نشير في بدو خيار الحيوان أن الخيار بعد حصول الملك ولو لزم منه ارتفاع خيار المجلس في بعض البيوع؛ فتدبّر. (منه قدس سره).***

٤) في المخطوطة: والتزاما.

دون فسخ، فنقول: ذكر للوجوب في خصوص الصرف وجوه ثلاثة:

منها: أن يحمل ما دلّ على التقابض على الوجوب التكليفي، وفي صرف الجواهر احتمل إرادة الوجوب التكليفي مع الإرشادي بعد تسلّم أنه ليس للوجوب التكليفي فقط، حتى لا يدلّ على أن التقابض شرط في الصحة.

أقول: وفيه ما فيه.

ومنها: ما يستفاد من كلماتهم في الصرف والسلَم من التمسك بـ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لوجوب التقابض نظراً إلى أن عدم حصول الملك غير منافٍ لوجوب التقابض.

وفيه: أنه لا يتوهم دلالة الآية على وجوب التقابض في غير الصرف والسلَم مع الرضاء ببقاء مال كلّ عند الآخر.

وفي الصرف والسلَم لو كان دلالة من جهة أن التقابض شرط للصحة.

وفيه: أن الآية لو دلّت، إنما تدلّ على نفس الصحة لا إيجاد شرط الصحة، فالآية مخصّصة بما قبل القبض في الصرف والسلم، بل قلنا: إنها مخصّصة في زمان الخيار أيضاً.

ومنها: ما أشار إليه المصنف﵀ من لزوم الربا ونحن نقول: إن الزيادة الحكمية رباء محرم، كما لو كان أحد المتجانسين مؤجلاً والآخر غير مؤجل، كما في النسيئة.

وهذا يتمّ لو كان الإختلاف في زمان التملك للعين الشخصية ـ مثلاً ـ وفي الصرف زمان التملك من الطرفين بعد القبض.

إن قلت: لا وجه لتوهم لزوم الربا في المقام.

قلت: في المسالك والجواهر[1] / ٥٣٢ / عن التذكرة أنه جعل تفرق المالكين عن مجلس عقد الصرف بمنزلة البيع الربوي نسيئة وأن بطلانه لا يغني عن الإثم؛ انتهى.

يعني أنه كما أن بطلان البيع الربوي لا يغني عن الإثم، فكذلك هنا.

وفي شرح الإرشاد عن التذكرة أنه لو تفرقا قبل التقابض يأثمان، كما يأثمان بالربوي.

أقول: على ما نقله في شرح الإرشاد لم يعلم كون مدرك وجوب التقابض لزوم الربا، بل

---

١) جواهر الكلام ٦/٢٤.

من المحتمل أن يكون مدركه الوجهين الأولين، كما احتمل ذلك في كلام الدروس. وأما على ما نقله في الجواهر والمسالك أيضاً ليس المدّعى الربوي، كما هو ظاهر كلام المصنف ﷺ، بل المدعى أنه بمنزلة الربوي نسيئة، فلا يحتاج إلّا إلى بيان وجه مشابهته بالبيع الربوي، فنقول: لو كان القرض في صورة قبض أحد المتجانسين قبل التفرق والآخر بعده فيناسب التشبيه بالبيع الربوي نسيئة، وإلّا فلابدّ أن يقال: إن نظره إلى أن عقد الصرف لابدّ من أن يحصل التملك فيه قبل التفرق بالقبض، فجعله بعده بمنزلة جعل الأجل لما ليس فيه الأجل وعدم حصول التملك بعد التفرق أيضاً لبطلان الصرف لا يغني من رفع الإثم.

والعجب أن صاحب المسالك وغيره لم يتصدّوا لشرح مراد التذكرة مع ما فيه من الغموض.

وعلى كل حال؛ ما ذكره في التذكرة أيضاً ليس بشيء قابل لأن يتّكل إليه في إثبات الوجوب التكليفي للقبض قبل التفرق.

ثمّ على القول بوجوب التقابض قبل التفرق يستفاد ممّا نقله المصنف ﷺ عن التذكرة والدروس أنه مع عدم ثبوت الخيار ومع بقاء العقد.

ويدلّ على الأول أنهما قيّدا وجوب القبض بإجازتهما للبيع والتزامهما به بمعنى إسقاط خيارهما في البيع.

ويدلّ على الثاني أنهما قالا: إنه بعد إجازة البيع منهما والتزامهما به بمعنى إسقاط خيارهما لم يعصيا لو تفرقا قبل القبض عن تراضٍ منهما؛ فإن المراد من التراضي /٥٣٣/ هو أن يتفاسخا للبيع ويتقابلاه.

ومنه قال في صرف الجواهر[1] خروجاً عن الشبهة من أنه ينبغي التقابل إذا أرادا أن يتفرقا قبل التقابض لو قلنا بجريان الإقالة في المقام.

قوله: وممّا ذكرنا يظهر[2] .. إلى آخره.

---

١) جواهر الكلام ٤/٢٤.

٢) كتاب المكاسب ٥٠/٥.

أقول: لو كان المراد أنه مما ذكرنا من إمكان ثبوت الخيار قبل حصول الملكية، فمقتضاه كون مبدأ الخيار في الفضولي من زمان صدور العقد على القول بكون الإجازة ناقلة فضلاً عن الكشف.

ولو كان المراد أن ما ذكرناه مقتضاه إمكان ثبوت الخيار قبل حصول الملكية وإمكان كونه بعده أيضاً فعلى هذين الإحتمالين يمكن أن يكون مبدء الخيار في الفضولي زمان العقد، ويمكن أن يكون زمان الإجازة. فهذا يتمّ على القول بكون الإجازة ناقلة دون الكشف؛ فتدبّر.

في مسقطات خيار المجلس

قوله: مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه[1] **.. إلى آخره.**

أقول: استدلّ على سقوط الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد بالإجماع المنقول عن الغنية، وبقوله ﷺ: «**المؤمنون* عندشروطهم**»، وبقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾.

ونحن نقول: أما الأول فمن حيث هو لا ينفع شيئاً كما ذكرناه غير مرة.

وأما الثاني: فالتمسك به في المقام موقوف على إثبات دلالته على المدعى ورفع الإشكالات عنه، فنقول: إن الشرط وإن كان له إطلاقات كثيرة ـ كما ذكرناه في مفهوم الشرط ـ إلّا أن معناه اللغوي المراد في المقام هو الإلزام والإلتزام، وتقدم سابقاً عند إثبات أصالة اللزوم في باب العقود أنه ليس معناه مطلق الإلزام[2] والإلتزام بل الالتزام والالتزام التابع كأن يكون في ضمن بيع ونحوه بحيث يتحقق فيه المعنى الربطي ويخرج عن الإستقلالي بحكم التبادر، ورفعنا الإشكالات الواردة عليه هناك؛ فراجع.

---

١) كتاب المكاسب ٥/٥١.

*) *أو المسلمون. (منه قدس سره).*

٢) في الأصل المخطوط: الإلتزام، والظاهر أنه سبق القلم، والله العاصم.

في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في العقد

ثمّ إن /٥٣٤/ حمل الرواية على مجرد الإخبار عن حال المسلمين لما يوجب الكذب، فلابدّ من حمله على الإنشاء، وحمله على الإخبار وارتكاب التخصيص فيه يوجب لغوية هذا الكلام بعد أنه لا فرق بين الملسمين وغيرهم.

هذا؛ مع أنه كثيراً ما تمسك به في الأخبار لإثبات الحكم الشرعي المنافي لحمله على الإخبار عن حال المسلمين، كما أنه يشهد على أن المراد هو بيان الحكم الشرعي استثناء «**إلّا ما حلّل حراماً أو حرّم حلالاً**[1]» منه في كثير من الأخبار.

وإذا حمل الجملة الخبرية على الإنشاء فلابدّ أن يحمل على الوجوب على ما ذكرناه في باب الأوامر من أن الجملة الخبرية التي تكون في مقام الإنشاء ظاهرة في الوجوب، والتعبير بأن المسلمين كذلك لولم يكن مؤيداً للوجوب ليس قرينة على الإستحباب، كيف وظاهره أن من لم يفِ بالشرط ليس مسلماً.

هذا؛ مضافاً إلى أنه في الأخبار تمسك به للوجوب، كما في الموثق الذي نقله في العناوين أن عليّاً عليه السلام كان يقول: «**من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها، فإنالمسلمين عندشروطهم إلّاشرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً**[2]».

فإن الحكم بوجوب الوفاء لا يتمّ التمسك به بهذا الخبر إلّا أن يكون هذا الخبر دالاً على وجوب الوفاء بالشرط، بل كلما ورد في الأخبار من التمسك بهذا النبويّ يكون دالاً على أن المراد من النبويّ هو وجوب الوفاء بالشرط. وأما الإشكال على هذا النبويّ بموهونيته من جهة ورود كثرة التخصيص عليه، فقد عرفت الجواب عنه سابقاً عند التعرض لأصالة اللزوم في باب العقود.

نعم؛ للتمسك بقوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»، إشكال في مثل المقام من جهة أن الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام، والظاهر منهما أن يكون الإلزام والإلتزام بما يكون مقدوراً

---

١) الكافي ١٦٩/٥ ح ١؛ التهذيب ٢٢/٧ ح ١٠.

٢) الوسائل ٣٠/١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل حديث ٤.

للمشترط عليه بأن يكون على فعل شيء أو تركه لتعلق وجوب الوفاء به، كما أشار إليه المصنفﷺ عند التعرض لحكم الشرط الصحيح بعد الخيارات.

والجواب عن ذلك بأن نقول: نسلّم أنه لا يستفاد من ظاهر الخبر إلّا وجوب الوفاء بالإلتزام / ٥٣٥ / على الفعل أو الترك المقدورين للمشترط عليه.

وعلى هذا لا يشمل اشتراط نفس سقوط الخيار الذي هو محل الكلام؛ وكذلك لو اشترط ثبوت الخيار؛ لأن هذا ليس من الأفعال التي يلتزم بإتيانها؛ كاشتراط أن لا يفسخ أو يسقط الخيار اللذين خارجان عن محل الكلام كما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى* ـ إلّا أنه نقول بما أجاب المصنفﷺ عن هذا الإشكال هناك من أن الإمام عليه السلام تمسك بهذا النبويّ صلى الله عليه وآله في موارد كلها من هذا القبيل؛ يعني ليس من قبيل الأفعال.

في رفع الإشكال عن التمسك بقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عندشروطهم[1]» لصحة التمسك به للشرط الذي يكون من قبيل عدم الخيار

ومن تلك الأخبار هذه الصحيحة** التي نقلها المصنف هنا؛ حيث تمسّك فيها الإمام بعموم «**المسلمون عندشروطهم**[2]» لقدم الخيار للمكاتبة التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشترطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الإنعتاق.

فإن التمسك بهذا العموم لسقوط الخيار في هذا الخبر لا يصحّ إلّا بأن يكون قوله «**المسلمون عندشروطهم**» شاملاً لاشتراط غير الفعل أيضاً كالملكية والخيار وأشباه ذلك بأن

---

*) ***إلّا أن يراد الإلتزام بمقتضى عدم الخيار أو ثبوته . (منه قدس سره) .***

١) التهذيب ٣٧١/٧ ح ١٥٠٣؛ الإستبصار ٢٣٢/٣ ح ٨٣٥.

) ***يعني صحيحة مالك بن عطية، عن سليمان بن خالد؛ كما في الوسائل في كتاب المكاتبة، ومالك بن عطية ثقة.*

وأما سليمان بن خالد ليس فيه إلّا أنه خرج في بعض أيامه مع زيد، وإلّا فهو من الأجلاء، فلو لم يكن عدلاً في زمان نقل هذا الخبر فلا أقل من أنه موثق لا مانع من الإعتماد بخبره على مسلكنا من حجية خبر الثقة . (منه قدس سره) .

٢) التهذيب ٢٢/٧. وقد نقله من العامة في صحيح البخاري ١٢٠/٣؛ سنن الدارقطني ٢٧/٣.

يكون المراد أن كلّ ما التزم بثبوته، بل العرف لا يأبى في أن يكون المراد من الإلزام والإلتزام هو الأعمّ من الإلزام والإلتزام بثبوت الشيء لولم يكن عند العرف ظاهراً في الأعمّ، ووجوب عدم التخلف عن الشرط المستفاد من النبويّ بالعمل بمقتضى ما التزم هنا، أو فعله يجب الوفاء بمقتضاه*.

إن قلت: إن في هذه الصحيحة إشكالاً[1] يمنع من التمسك بها، وذلك من جهة أن الإجماع قائم على عدم لزوم الوفاء إلّا بالشروط التي تكون في ضمن العقود اللازمة دون ما كان في ضمن العقود الجائزة أو الشروط الإبتدائية مع أن اشتراط عدم الخيار في هذا الخبر لم يعلم كونه في ضمن العقد اللازم**.

قلت: إن المصنفﷺ أجاب هنا عن هذا الإشكال بأن هذه الرواية بقرينة الإجماع المشار إليه لابدّ أن يحمل على وقوع الإشتراط في ضمن عقد لازم أو المصالحة على إسقاط الخيار[2].

ونحن نقول: إن المصالحة على إسقاط الخيار بعد ذلك خارج عن مفروض الرواية من اشتراط أن لا خيار، مع أنه يحتاج*** إلى الإسقاط بعد ذلك، وهو منافٍ لظاهر الخبر حيث تمسّك لعدم ثبوت الخيار بنفس الإشتراط.

---

*) ***بل لو كان شرط الخيار وشبهه معناه الإلتزام بمقتضاه، فيدلّ النبويّ بنفسه على صحته من دون حاجة إلى تمسك الإمام به. (منه قدس سره).***

١) في المخطوطة: إشكال.

) ***نعم؛ مقتضى القاعدة أن يكون ما التزم به أمره بأيديهما كالحقوق. (منه قدس سره).*

٢) كتاب المكاسب ٥٣/٥.

) ***إن قلت: يرد عليه ثالثاً أنه من إسقاط ما لم يوجد.

قلت: أشار إلى الجواب عن ذلك بأنه لما كان سببه مقدماً فلا مانع من تعلق الإسقاط به، كما يدّعى ذلك في كثير من الموارد.

إن قلت: بعد فرض عدم الوجود لا يمكن إسقاطه، سواء سبق سببه أم لا.

قلت: لعلّ مراده أن الإنعتاق بعد ذلك يكشف عن تحقق الخيار من أن وجود المسبب و هو المكاتبة، كما يقول بنظير ذلك في نظره في المناهج في كتاب الضمان عند التعرض لضمان الأعيان المضمونة. (منه قدس سره).

والحاصل أن الظاهر من الخبر /٥٣٦/ أن اشتراط عدم الخيار موجب لرفع الخيار، وأن قوله «المؤمنون* عندشروطهم» أيضاً مقتضاه ذلك.

وعلى هذا نقول: إنه ليس ظاهر الخبر أن هذا الشرط كان ابتدائياً ليقال: إن ظاهر هذا الخبر مطروح وإن الإجماع على خلافه لا يحقِّق له ظهوراً آخر يجوز التمسك به؛ فتأمل.

بل هذا الخبر لترك الإستفصال عن السؤال عام للشرط الإبتدائيّ والشرط في ضمن العقد اللازم وغيره**. فيخصص بعض أفراده بالإجماع، ولا يضرّ بما هو المقصود من كون الشرط أعمّ من الفعل والترك.

ثمّ لو فرض كون مورد الرواية مجملاً من جهة أن الشرط كان ابتدائياً أو أنه كان شرطاً في ضمن عقد لازم، فهنا نقول: من الجهة التي تكون الرواية ظاهرة فيه من إرادة الشرط الذي يكون من قبيل جعل عدم الخيار، وليس من قبيل الأفعال من قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» لا يطرح الخبر لمجرد احتمال كون مورده خلاف الإجماع.

وهنا محل أن يقال: إنه يحمل المورد على غير الشروط الإبتدائية للإجماع.

---

*) المسلمون.

**) *مضمون الخبر أنه أعطاها على أن لا يكون لها الخيار فلا يحتمل الشرط الإبتدائي، بل الامر مردد بين أن يكون الإعطاء بعقد لازم كالصلح أو جائز كالهبة.*

وعليه؛ نقول في الجواب عن الإشكال، تارة: بأنه ظاهر في الصلح.

وتارة: على تسليم تردده بين الصلح والهبة أن ترك الإستفصال يفيد العموم. غاية الأمر أن الشرط في ضمن الهبة علم خروجه بالإجماع.

وتارة: على أن يكون الخبر عند المتكلم والمخاطب ظاهراً [في] واحد منهما ولكنّا لا نعلمه.

نقول: دلّ الخبر على صحة شرط أن لا خيار، ولا يطرح هذا الظاهر بمجرد احتمال كون مورده خلاف الإجماع.

غاية الأمر أنه لا تعمل به بالنسبة إلى ما يكون في ضمن عقد جائز للإجماع، بل الإجماع قرينة على أن مورده مورد العقد اللازم. (منه قدس سره).

في المناقشات على التمسك بقوله «المؤمنون عندشروطهم» لسقوط الخيار باشتراط سقوطه في العقد

ثمّ إنك إذا عرفت ظهور قوله عليه السلام «المسلمون عندشروطهم» لصحة شرط عدم الخيارفي ضمن عقد البيع، فاعلم أنه نوقش على التمسك بهذا الظهور من وجوه:

الأول: أنه معارض ظهور هذا الخبرمع ظهور ما دلّ من الأخبار على ثبوت خيار المجلس.

ويجاب عن ذلك من وجوه:

منها: بما يستفاد من المصنف رحمه الله من أدلة الخيار يتقضي ثبوت الخيار في البيع وغيره قبل وقوع الخيار أو عدمه في حيّز الإشتراط، فلا يعارض مع ما دلّ على سقوط الخيار بالإشتراط.

وفيه: أنه لو كان المراد أنه ليس لأدلة الشروط أعني الخيار إطلاق أحوالي بحيث إنه لا دلالة على ثبوت الخيار إذا عرض في البين عارضة من اشتراط عدم الخيار فيلزمه عدم جواز التمسك بها في شيء من الموارد المشكوكة لطروّ عارضة في كل منها /٥٣٧/، فهو كما ترىٰ.

وأضعف من ذلك لو كان المراد منع ثبوت الإطلاق لأدلة الخيار لخصوص صورة اشترط عدم ثبوت الخيار في البيع.

ومنها: بما يستفاد من المصنف رحمه الله أيضاً من حكومة قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عندشروطهم» على أدلة الخيار. وهذا ليس موقوفاً على منع ثبوت الإطلاق لأدلة الخيار لصورة اشترط عدم الخيار، بل مبنيّ على ثبوت هذا الإطلاق. غاية الأمر أنه يقدَّم قوله «المؤمنون» ..اه على أدلة الخيار من جهة لسان الحكومة التي يكون فيه على أدلة الخيار.

ونحن نقول: إن تحقق الحكومة موقوف على أن يكون لقوله «المؤمنون» ..اه لسان شرح بالنسبة إلى أدلة الخيار، لا بأن يكون له هذا اللسان ابتداءً، كما في المفسّر الحقيقي بحيث يلزم لغوية صدور الحاكم بدون المحكوم، بل يحصل هذا اللسان له في نظر العرف عند التقابل، فليس الحاكم طبعاً صرفاً للمحكوم، بل يكون له معنى مستقل. وإنما يحصل النظر الطبعي أيضاً عند المقابلة له مع دليل المحكوم.

وعلى كل حال؛ ذكرنا في قاعدة الضرر أن ثبوت هذا اللسان لأحد الدليلين على الآخر

يتوقف بأحد الأمور، بعد أنه من الواضح أن مجرد اتحاد الموضوع في الدليلين واختلافهما في الحكم محقق بعنوان التعارض، لا الحكومة، وهي إما بأن يكون الموضوع لدليل الحاكم نفس دليل المحكوم، وإما بأن يكون الموضوع لدليل الحاكم بعض حالات دليل المحكوم، كأن يفهم من قوله ﷺ «**المؤمنون**» ..اه أن الشرط في ضمن العقد يجب الوفاء به وإن اقتضت أدلة الخيار عدم وجوب الوفاء به، وإما بأن يكون موضوع دليل المحكوم من حيث كونه موضوعاً لدليل المحكوم موضوعاً لدليل الحاكم.

ومن الواضح أنه ليس شيء منها في المقام؛ حيث إنه بعد تقابل قوله ﷺ «**المؤمنون**» ..اه مع /٥٣٨/ أدلة الخيار لا يفهم شيء من الوجوه الثلاثة.

ثمّ إنا قلنا: إن نفي الحكم بلسان نفي الموضوع أو إثبات الحكم بلسان إثبات الموضوع يكون فيه ملاك الحكومة أيضاً إلّا أنه ليس ما نحن فيه أيضاً كذلك.

فعلى هذا فبعد فرض ثبوت الإطلاق لأدلة الخيار يتحقق عنوان التعارض بين قوله «**المؤمنون**» ..اه وبين أدلة الخيار.

ومنها: بما ينقله المصنف‌ره هنا عن بعض من أنه يسلّم التعارض بين قوله ﷺ «**المؤمنون**» ..اه وبين أدلة الخيار إلّا أنه يقول: إنه يقدّم الأول للمرجّحات. **والمصنف‌ره** أورد على ذلك بأن المرجح من حيث السند والدلالة مفقود. وأما عمل الأصحاب فلا ينفع بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط.

ولعلّ نظره إلى أن فهم الأصحاب إنما ينفع لو كشف لنا عن وجود قرينة يوجب التقديم في نظرنا أيضاً، وبعد العلم بانحصار المستند لا يكشف علمهم عن وجود مثل هذه القرينة.

ونحن نقول: إن الترجيح لتقدم أدلة الشروط ثابت من وجهين:

الأول: أنك عرفت أن أصل دلالة قوله ﷺ «**المؤمنون عند شروطهم**» لاشتراط عدم الخيار، كان لأجل تمسّك الإمام عليه السلام في صحيحة مالك بن عطية[1] التي نقلها المصنف‌ره هنا للزوم شرط عدم الخيار وأنه بالشرط يرتفع الخيار، فهذه الرواية صريحة في شمول قوله

---

١) وسائل الشيعة ١٦/٩٥.

«المؤمنون» ..اه لشرط عدم الخيار هنا. ولمّا كان الظاهر عدم الفرق بين اشتراط عدم ذاك الخيار وغيره، فيصير ذلك منشأ لأن يصير ظهور شمول قوله ﷺ «المؤمنون*» ..اه لشرط عدم الخيار أكثر من ظهور شمول أدلة الخيار لثبوت الخيار مع اشتراط عدمه في العقد، فيؤخذ بالأظهر وترفع اليد عن الظاهر كما هو الميزان في الجمع بين الأدلة.

الثاني: أن نقول: إن قوله «**المسلمون عند شروطهم**» بنفسه بعد معلومية شمولها لاشتراط عدم الخيار ـ كما تقدم ـ يكون مقدّماً على أدلة /٥٣٩/ الخيار بمقتضى قاعدة الجمع بين الأدلة، وهو الأخذ بما هو الجمع العرفي بين الطرفين بعد فرض القطع بصدورهما ممن يكون معصوماً من الخطأ والكذب.

وذلك بأن نقول: إن دليل الخيار وإن كان له الإطلاق من جميع الجهات إلّا أن الظاهر من دليله أن ثبوت الخيار للبيع على نحو الإطلاق إنما هو من جهة أن البيع مقتضٍ له، كما أن سائر الأدلة التي ثبت الحكم للعناوين الأولية وإن كان لها الإطلاق، إلّا أن الظاهر من أدلتها أن ذلك لكون تلك العناوين الأولية مقتضية لذلك الحكم.

في تقدم أدلّة العناوين الثانوية على أدلة العناوين الأولية[1] مطلقاً

وأما ما دلّ على وجوب الوفاء بالنذر و العهد والشرط وأشباه ذلك من الأدلة التي تدلّ على ثبوت الحكم للعناوين الثانوية لها ظهور في جهة أن هذا العنوان الثانوي مغيّر لما تقتضيه العناوين الأولية، وأن ذلك العنوان الثانوي مانع عنها.

وعلى هذا؛ فكما إذا اجتمع المانع مع المقتضي في الخارج يمنع عن اقتضاء[2] المقتضي لمقتضاه فيوجد بين هذين القسمين من الأدلة جمع عرفي بأن يصير دليل العنوان الثانوي مقدماً من جهة أن لها جهة المانعية.

فظهر مما ذكرنا أن تقدم أدلة العناوين الثانوية؛ مثل دليل الوفاء بالنذر والعهد والشرط على

---

*) *المسلمون. (منه قدس سره).*

١) راجع: نهاية النهاية ٢٨٥/١.

٢) في الأصل المخطوط: اقتضاه.

أدلة العناوين الأولية يكون منشأه أن الجمع العرفي يكون مقتضياً له، لا أن يكون من جهة عدم الإطلاق لأدلة العناوين الأولية أو أن لأدلة العناوين الثانوية حكومة حتى يمنع؛ لأن ذلك يحتاج إلى أن يكون لأدلة العناوين الثانوية نظر إلى أدلة العناوين الأولية بوجه من الوجوه، كما أن توهم أن الجمع العرفي يقتضي حمل أدلة العناوين الأولية على مجرد بيان المقتضي بأن لا يكون لها نظر إلى الموانع أيضاً فاسد، بل أشدّ فساداً، كما أوضحنا ذلك كله في قاعدة الضرر؛ فراجع*. / ٥٤٠ /

في صحة شرط عدم الخيار في العقود على طبق القاعدة

الثاني من المناقشات على التمسّك بعموم «**المؤمنون**» ..اه على اشتراط عدم الخيار في البيع ما أشار إليه المصنفﷺ من أن الشرط إنما يلزم الوفاء به إذا كان في عقد لازم، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد. فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط ـ كما في المقام ـ لزم الدور.

والجواب عن ذلك بوجهين:

الأول: أن نقول: إن الشرط الذي علم عدم وجوب الوفاء به بالإجماع إنما هو الشرط الإبتدائي الذي يكون بمثل العقد والشرط في ضمن العقود الجائزة بالذات نحو الوكالة وشبهها، لا الجائزة بواسطة جعل حق الخيار فيه، كما في المقام.

وهذا الجواب مبنيّ على أن مقتضى القاعدة وجوب الوفاء بكلّ شرط، وإنما خرج عن القاعدة ما خرج لأجل الإجماع، وهو ليس إلّا بمقدار ذكرناه. ولذا صحّ جعل الخيار وعدمه في البيع، وكذلك سائر الشروط في زمان الخيار.

الثاني: ما ذكره المصنفﷺ، وهو مبنيّ على تسلّم أن[1] مقتضى القاعدة عدم وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز، سواء كان جائزاً بالذات أو بجعل الخيار.

---

*) ***نعم؛ في مثل أدلّة المستحبات والمكروهات لا مانع من ذلك من جهة الإستحباب والكراهة ومن جهة الجواز والحلّية التي يستفاد وجوده تبعاً. (منه قدس سره).***

١) «أنّ» مكررة في المخطوطة.

وحاصل كلامه هو أن الممتنع هو التفكيك بين العقد والشرط في اللـزوم بأن يـقال: إن الشرط لازم دون العقد. وهذا غير لازم من اشتراط عدم الخيار في العقد؛ وذلك لأن الخارج عن عموم قوله «المسلمون» ..اه إنما هو الشروط الإبتدائية التي كالوعد، و كذلك الشرط في ضمن العقد الجائز بالذات أو بالخيار بشرط بقاء العقد بعد الشرط على الجواز؛ لأنه لا يجتمع جواز العقد مع لزوم الشرط الذي يكون تابعاً ويكون كالتقيّد للعقد.

وأما إذا كان مؤدّى الشرط لزوم العقد كشرط عدم الخيار، فلزوم الشرط الثابت بـعموم «المسلمون» ..اه عين لزوم العقد، فلا تفكيك بين العقد وشرطه في اللزوم.

في أن الشرط الإلتزام التابع، فلا معنى لوجوب الوفاء به دون العقد[1]

إن قلت: يرد عليه أولاً: أن مقتضى ما ذكره صحة جعل عدم الخيار في العقود الجائزة بالذات أيضاً مع أنه لا يقول به أحد.

وثانياً: أن مقتضى /٥٤١/ ما ذكره عدم شمول قوله «المسلمون» ..اه لجعل شرط الخيار في العقد اللازم كالبيع؛ لأنه لو لزم الوفاء بالشرط فيلزم التفكيك بين العقد والشرط في اللزوم.

قلت: إن المصنفﷺ ادّعى أن عدم لزوم الشرط الذي يكون في ضمن العقد الجائز يكون على طبق القاعدة، فنحن نوضح ما هو مقتضى القاعدة ثم نبيّن حال ما كان نـقضاً عـليها ليوضح المقام، فنقول:

أما الأول: وهو كون عدم لزوم الشرط الذي في ضمن العقد الجائز مطلقاً على طبق القاعدة فاستدلّ المصنفﷺ بأن الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به، ونظره إلى ما ذكره عند التعرض لشروط الشرط الصحيح من أن الشرط ليس مطلق الإلزام والإلتزام، بـل الإلتـزام والإلزام التابع؛ كما أثبتناه سابقاً عند التعرض لقوله «المسلمون» ..اه في أصالة اللزوم في البيع. وعلى هذا فيرجع كلامه إلى ما ذكره في العناوين في مسألتنا من أن الشرط بمعنى الربط، فلو استقلّ بالبقاء يخرج عن معنى الربط.

---

١) كتاب المكاسب ٢١/٥.

هذا؛ لكن يرد على المصنّف أن هذا لا ينفي وجوب الوفاء بالتابع حال بقاء المتبوع، كما يأتي الكلام فيه في خيار الشرط عند التعرض لجريانه في غير البيع، مع أنه يلزم وجوب الوفاء بالشرط وعدم وجوب الوفاء بنفس العقد الذي كان متبوعاً.

ثمّ إنه لا بأس من نقل كلام صاحب العناوين؛ حيث إنه كان موافقاً مع المصنف في أن الشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء بمقتضى القاعدة أيضاً، فنقول: تقدم أن صاحب العناوين يأخذ الربط في معنى الشرط، ويترتب عليه أنه إذا لم يجب الوفاء بالعقد فلا يجب الوفاء بالشرط أيضاً، كما فعله المصنف.

ثمّ إنه يقول كذلك العكس أيضاً، يعني لو لم يجب الوفاء بالشرط لكونه فاسداً فلا يجب الوفاء بالعقد، فيكون الشرط الفاسد مفسداً، بل يقول في نتيجة أخذ الربط في معنى الشرط بأن الغرض تعلَّق بالإنشاء بالمجموع، فينحلّ إلى تركب المقصود.

ويتفرع عليه أن للشرط جزءً من الثمن. نعم؛ بعد تسلّم عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز يقول: إن فائدة الشرط في ضمن العقد الجائز التقييد في التصرف، فإذا قال: أنت وكيلي، شرط أن تفعل.

وبالجملة؛ صاحب العناوين شريك مع المصنف في أن مقتضى القاعدة عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز.

ويرد عليهما أنا اعترفنا بأن (٥٤٢ ح) الشرط هو الإلزام والإلتزام التابع، لكن التبعية التي قلنا بها في معنى الشرط لا يقتضي بأزيد من عدم بقاء الإلتزام الذي هو مؤدى الشرط بعد ارتفاع نفس العقد الذي كان متبوعاً.

وعلى ذلك نقول: لا مانع من القول بأن الشرط مادام باقياً بحسب الوفاء به، وأما إذا ارتفع الشرط بارتفاع العقد، فليس شرط حتى يجب الوفاء به.

ومن الواضح أن شمول قوله «المسلمون» للشرط حال وجود الشرط.

ثمّ إنه لا مانع من الأخذ بهذا العموم بالنسبة إلى الشرط في ضمن الجائز بالعرض لثبوت خيار فيه.

وأما ما كان في ضمن العقد الجائز بالذات فإن لم يكن إجماع على عدم لزومه مادام باقياً،

فنقول به هناك أيضاً، وإلّا تخصص العموم بالإجماع.

ثمّ إن شرط عدم الخيار في العقد الجائز بالذات يدخل في الشرط المحلِّل للحرام، فلا يصحّ.

وأما شرط الخيار فيه فلا أثر له.

نعم؛ ناقش في الجواهر على ذلك أولاً بأن الشرط لا يلزم[1] أن يكون له تأثير أو ربما يكون مؤكداً.

وثانياً: أن يحصل عند تحقق الملزمات للعقد الجائز كالتصرف في الهبة.

وأما الثاني ـ وهو النقص الذي ذكرنا على قول المصنف من امتناع التفكيك بين الشرط والعقد الذي كان الشرط في ضمنه بالشرط في زمان الخيار ونفس شرط الخيار ـ فلا نرى له جواباً. (٥٤٣ ح)

وتوضيح المقام ـ بعد ما عرفت من أن الشرط هو الإلتزام التابع لا مطلق الإلتزام ـ أنه لو التزم بشيء مستقلاً في العقد فهذا خارج عن معنى الشرط الذي كان الوفاء به لازماً.

وأما لو التزم بشيء في العقد تبعاً لوجود أصل العقد، فهذا هو الشرط الذي كان الوفاء به لازماً.

فعلى هذا لو كان هذا الشرط في ضمن العقد الجائز فلو فرض ارتفاع العقد الجائز لكونه جائزاً، فبالنسبة إلى الشرط لم يكن التزام على تقدير ارتفاع المتبوع ليجب الوفاء به، فلا يمكن وجوب الوفاء بالشرط من دون وجوب الوفاء بالعقد المتبوع /٥٤٢/ إلّا أن مقتضى القاعدة حتى على مذهب المصنّف [رحمه اللّه] أن لا يكون مانع في جعل عدم الخيار شرطاً في البيع ونحوه بعد أن اتحد وجوب الوفاء بالشرط مع وجوب الوفاء بالعقد؛ لأن المانع على مذهب المصنّف [رحمه اللّه] تفكيك العقد مع الشرط في وجوب الوفاء، وهو غير لازم هنا.

وأما عدم جواز شرط عدم الخيار في العقود الجائزة بالذات فلم يكن فيه إشكال؛ لأن

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للسيد اليزدي) ١١٩/٢.

قوله «**المسلمون**» ..اه يستثنى منه الشرط المحلّل للحرام وبالعكس[١]، ورفع الجواز عن العقود الجائزة بالذات من هذا القبيل.

ولو كانت هذه الصغرى بالإجماع أيضاً ـ على ما سيأتي تحقيقه ـ إن شاء الله عند التعرض لبيان الشرط المحلّل للحرام وبالعكس من أن الخيار من قبيل الحقوق ـ فيكون قابلاً للارتفاع، فليس من قبيل المحلِّل والمحرِّم، بخلاف الجواز في العقود الجائزة بالذات.

في رفع المانع عن شرط الخيار وعدمه في العقود اللازمة

وأما جعل الخيار في العقود اللازمة أيضاً لا مانع فيه على مسلكنا دون مسلك المصنّف، حيث يلزم التفكيك بين العقد والشرط في اللزوم؛ حيث يجب الوفاء بالشرط دون أصل العقد لثبوت الخيار فيه؛ لأن المانع على مسلكنا في لزوم الوفاء بالشرط بعد ارتفاع العقد، وهذا غير لازم.

ويرتفع موضوع وجوب الوفاء بالشرط بعد ارتفاع العقد، وقبل ارتفاع العقد أيضاً لم يكن مانع من وجوب الوفاء بالشرط. ووجوب الوفاء بالشرط بمعناه الحقيقي هنا متحقق من دون مانع فيه أصلاً.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرناه أن عدم لزوم الوفاء بالإلتزامات الإبتدائية وكذلك الإلتزامات التي تكون في ضمن العقود الجائزة ليس موجباً لتخصيص «**المسلمون عند شروطهم**» حتى يتوهّم ورود التخصيص الأكثر عليه، مع غمض العين عما تقدم منّا في مسألة أصالة اللزوم /٥٤٣/ في العقود؛ لأن الإلزام الإبتدائي لا يسمّى شرطاً[٢]، وما كان في ضمن العقد الجائز خرج بقوله «**إلّا ما أحلّ..**».

---

١) حاشية المكاسب (للآخوند الخراساني) ص ٢٤١.

٢) كتاب المكاسب ١١/٦.

فيه إشارة إلى عدم ورود التخصيص على قوله «المسلمون عندشروطهم»

الثالث من المناقشات على التمسك بعموم «**المسلمون**» ..اه على اشتراط عدم الخيار في البيع ما نقله المصنفﷺ من أنه منافٍ لمقتضى العقد؛ حيث إنه ثبت من قوله ﷺ «**البيّعان بالخيار**» أن الخيار من مقتضيات عقد البيع[1].

وأجاب عنه بما ملخّصه: أن الشرط المنافي لمقتضى العقد هو ما تقتضيه طبيعة العقد بحيث لا يوجد العقد بدونه، لا ما يقتضيه العقد المطلق الغير المقيّد باشتراط سقوطه، وما نحن فيه من قبيل الثاني.

وأما قوله «**البيّعان**» ..اه وإن اقتضى كون البيع علّة للخيار لكنّ المتبادر منه أنه علّة للخيار في صورة كان عقد البيع خالياً عن شرط سقوط الخيار أو لا أقلّ من أن الجمع بين الدليلين يقتضي ذلك.

إن قلت: لو بني على هذا الجمع بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة فلم يبق مورد للشرط المخالف للكتاب والسنة الذي علم خروجه عن تحت عموم «**المسلمون**» اه.

قلت: لمّا علمنا من النص والإجماع كون الخيار حقاً مالياً قابلاً للإسقاط والإرث؛ فلم يكن سقوطه منافياًللمشروع ليكون شرط سقوطه من الشرط المخالف للكتاب.

أقول: الكلام يقع تارة في أن شرط عدم الخيار منافٍ لمقتضى العقد، وتارة من جهة معارضة دليل الوفاء بالشرط مع دليل الخيار، و تارة من جهة أن هذا الشرط داخل في الشرط المخالف للكتاب الذي علم خروجه عن تحت عموم «**المسلمون عندشروطهم**».

أما الثاني: فتقدم الكلام فيه مفصلاً في المناقشة الأولى على التمسك بعموم «**المسلمون**» ..اه. وتقدم أن المصنفﷺ تارة منع شمول دليل الخيار لصورة اشتراط سقوطه، كما هنا؛ وتارة ادّعى حكومة دليل «**المسلمون**» ..اه على دليل الخيار. وهنا بعد فرض التعارض ادّعى تقديم قوله «**المسلمون**» ..اه.

---

١) حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ٣٥.

ونحن هناك قلنا بثبوت التعارض وأن دليل الشرط مقدم على دليل الخيار كمطلق الأدلة العناوين /٥٤٤/ الثانوية على أدلة العناوين الأولية.

وعلى هذا فإعادة تلك الإشكال هنا بتعبير آخر من أن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد الثابت بقوله «**البيّعان**» ..اه لا وجه له بعد أن ثبوت هذا الإقتضاء للعقد لمّا يكون بالدليل الشرعي فلا ينفع في شيء إلّا ملاحظة حال الدليل المثبت لهذا الإقتضاء مع دليل الشرط وكيفية معارضهما، وقد عرفته مفصّلاً.

في أن شرط عدم الخيار[1] ليس خلاف مقتضى ذات العقد ولا من الشرط المخالف للكتاب

ومما ذكرنا ظهر حال الكلام في الأول أيضاً من دعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى ذات العقد، وذلك لما عرفت من أنه ليس مدّعى المُورِد أن هذا الشرط منافٍ لمقتضى ذات العقد بحيث لا يمكن قصد البيع مع قصد هذا الشرط، فيكون الإشكال العقلي على صحة هذا الشرط ليورد عليه بأنه واضح الفساد.

كيف؛ ولولم يجعل الخيار من قبل الشرع في البيع لم يكن إطلاق البيع أيضاً مقتضياً لثبوت الخيار، فكيف أن يكون من مقتضى ذات البيع ذلك كما لا يخفى وضوح ما ذكرناه على من راجع إلى ما كتبته في مسألة اشتراط البيع في عقد الوقف سابقاً.

وقد عرفت أنه لو ثبت اقتضاء للعقد بالدليل الشرعي فلابدّ أن يلاحظ ذلك الدليل الشرعي مع عموم «**المسلمون**» ..اه وكيفية الجمع بينهما بعد التعارض.

وأما الثالث: أعني كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب الذي علم خروجه عن تحت «**المسلمون**» ..اه، فنقول: إن تفصيل ذلك وإن كان موكولاً إلى محله إلّا من الواضح أن كلّ ما ثبت بالكتاب أو السنة من الأحكام على نحو الإطلاق سواء اشترط خلافه أم لا بحسب الواقع، فشرط خلافه في العقد من الشرط المحلّل للحرام أو المحرّم للحلال والمخالف

---

١) كتاب المكاسب ٥٢/٥؛ حاشية المكاسب (للآخوند الخراساني) ص ١٦٤ و ٢٢٢.

للكتاب والسنة، كما أنه لو كان ثبوت الحكم لشيء واقعاً في صورة عدم اشتراط خلافه في العقد، فمثل هذا الشرط ليس فيه شيء من المحظورات، سواء كان الشرط متعلقاً بالفعل أو نفس الحكم، إلّا أنه في خصوص شرط الخيار في مثل البيع وشرط عدم الخيار عليه أنه من قبيل الثاني على ما سيأتي في البيع الخياري ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وتقدم أنه يستفاد من صحيحة مالك بن عطية أن جعل عدم الخيار في العقد ولو في شيء آخر لا مانع منه، وظاهره عدم الفرق من هذه الجهة*. /٥٤٥/

هذا؛ مع ما علم من أن الخيار أمره بأيديهما وأنه يورَّث، فليس حكماً ثابتاً في محل غير قابلٍ لأن يتغيّر.

هذا؛ مضافاً إلى أنه في باب الشرط في ضمن البيع ينقل في الجواهر أنه سئل الصادق عليه السلام في الصحيحين عن الشرط في الأمة لا تباع ولا توهب، فقال: «**يجوز ذلك غير الميراث؛ فإنها**[1] **تورث؛ لأن كل شرط خالف الكتاب باطل**[2]».

فإن مقتضى ذلك** ولو بقرينة استثناء الميراث الذي لم يكن من قبيل الأفعال، جواز اشتراط كلّ شيء سوى الميراث.

وتعليل استثناء الميراث بأنه مخالف للكتاب غير مضرٍّ، بعد أنه الظاهر من الرواية أن في بيع الأمة ليس شرط مخالف للكتاب إلّا الميراث***[3].

---

*) ***إلّا أن يقال: من المحتمل أن يكون مفاد الكتاب و السنة ثبوت خيار المجلس للبيع، ولو اشترط خلافه. و شرط عدم الخيار في هذه الصحيحة لم يكن في ضمن البيع لرفع هذا الاحتمال.***

نعم؛ عند التعرض لجريان خيار الشرط في غير البيع نتعرّض ما بقي [من] رفع هذا الإشكال بضمّ بعض مقدمات أخر (منه قدس سره).

١) في المخطوطة: بزيادة: لا.

٢) الكافي ٥/٢١٢.

) ***فيه أن من المحتمل أن يكون قوله «ذلك» إشارة إلى ما ذكره السائل من عدم الهبة والبيع والميراث، فلا يقتضي إلّا جواز اشتراط أن لا توهب ولا تبيع. (منه قدس سره).*

) ***سيأتي عند التعرض لجريان خيار الشرط في غير البيع أن شرط الخيار لا يمكن تصحيحه عند الشك في كونه مخالفاً للكتاب، لا بالآية ولا النبويّ ولا الصحيحين ولا الأصل، بل بالوجهين اللذين ذكرناهما هناك يثبت صحة شرط الخيار في كثير من العقود. (منه قدس سره).

في رفع إشكال أن شرط عدم الخيار[٤] إسقاط لما لم يجب قاعدة ونصّاً وعدم جواز التمسك بـ«أوفوا..» لصحة شرط

الرابع من المناقشات ما نقله عن بعض الشافعية من أن شرط عدم الخيار إسقاط لما لم يجب؛ حيث إن الخيار يثبت بعد البيع.

وأجاب عن ذلك بأن المتبادر من أدلة الخيار غير صورة اشتراط عدمه في العقد، فالشرط لعدم الخيار إبطال لمقتضى ثبوت الخيار، فليس فيه إسقاط مع أنه يجوز أن يستأنس لدفع هذا الإشكال وسابقه بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة.

أقول: لا يخفى عليك أولاً من أنه بناء على ما قلنا من شمول أدلة الخيار لصورة اشتراط عدمه أيضاً لكن يكون قوله «**المسلمون**» ..اه مقدماً على أدلة الخيار أيضاً، نقول بما ذكره﴿ره﴾ من أن مقتضى الجمع بين الدليلين أن شرط عدم الخيار يوجب عدم ثبوت الخيار، فليس فيه إسقاط لما لم يجب.

وثانياً: أن الصحيحة المشارإليها لا مانع من التمسك بها لرفع الإشكالين، كيف ومورد الصحيحة شرط عدم الخيار الذي لم يثبت فعلاً. وظاهرها حيث تمسّك الإمام﴿ع﴾ لعدم الخيار بعموم «**المسلمون**» ..اه أن شرط عدم الخيار مندرج تحت هذا العموم بحيث لو ثبت في مورد عدم صحة اشتراطه فيكون تخصيصاً على هذا العموم****.

[و هنا هامش من المؤلف قدس سره لم يُعْلَمْ عليه، و نصّه هذا:] ***البيع الذي شرط فيه عدم الخيار يثبت صحته ولزومه في غير مورد خيار المجلس ونحوه بالعمومات، ولا يتمّ دليل على ثبوت خيار المجلس ونحوه، فيثبت عدم الخيار باستصحاب بقاء أثر العقد.***

٣) تعرضنا لتقريب[ـه] في صورة كان دليل صحة العقد واللزوم متحداً مثل «أوفوا بالعقود» أنه ثبت صحة نفس العقد بعد انقضاء زمان الخيار بنفس هذا العموم. ثمّ يثبت صحة أصل هذا العقد بالملازمة التي نعلمها بين لزومه بعد انقضاء زمان الخيار وبين صحته أوّلاً. ثم في هذا الفرض يثبت اللزوم في زمان الخيار أيضاً باستصحاب بقاء أثر العقد بعد الفسخ.

وأما لو كان للزوم العقد دليل آخر لم يثبت ارتفاع هذا اللزوم بالفسخ، فلا رافع لاحتمال كون شرط الخيار فيه مخالفاً للكتاب.

٤) كتاب المكاسب ٥/٥٢.

**** ***إلّا أن يقال: إن التمسك بصحيحة مالك بن عطية لرفع إشكال أن شرط سقوط الخيار إسقاط***

هذا؛ مع أنه لا مانع من التمسك بالصحيحين في بيع الأمة لرفع الإشكالين أيضاً، كما تقدم.

تنبيه

لا يخفى عليك أنه في الجواهر قال: إن شرط عدم الخيار لا يرجع إلى نفي الإستحقاق ليكون باطلاً، بل هو إيجاب اختيار /٥٤٦/ لزوم العقد، وأنه لا ينافي اشتراط سقوطه عند حصول سببه[1].

ونحن نقول: مرجع ما ذكرناه أولاً إلى نفي الإستحقاق؛ حيث قلنا: إنه لا يثبت الخيار أولاً. وسيأتي من المصنفﷺ في الوجه الأول من وجوه اشتراط عدم الخيار أن مراد المشهور هو هذا.

فدعوى صاحب الجواهر من كون ذلك باطلاً لو كان من جهة أن الخيار حكم شرعي وليس أمره بأيدينا، ففيه: أولاً: أنه من قبيل الحق الذي يكون أمره بأيدينا، كما تقدم.

وثانياً: أن نفس السقوط بعد العقد أيضاً ليس أمره بأيدينا، والذي أمره بأيدينا الإسقاط بعد كون الخيار حقاً وأمره بأيدينا، والمفروض في المقام أن الشرط ليس إسقاط الخيار، بل عدم الخيار.

لما لم يجب لا مانع فيه، وأما التمسك بها لرفع إشكال أن الشرط من قبيل الشرط المخالف للكتاب والسنة فمشكل؛ لأن شرط عدم الخيار في الصحيحة لم يكن في البيع.

وعلى هذا يبقى احتمال أن شرط عدم الخيار في البيع مخالف للكتاب لاحتمال أن يكون خيار المجلس ثابتاً للبيع ولو اشترط في البيع عدمه أيضاً.

نعم؛ هذا الإشكال مرتفع بما ذكرناه عند التعرض لجريان خيار الشرط في غير البيع من العقود والإيقاعات، وأوضحنا هناك أن كل لزوم ثبت ارتفاعه بالفسخ وشبهه في بعض الموارد، فليس هذا من الشرط المخالف للكتاب والمحرِّم للحلال وشبهه.

وعلى ذلك نقول: إن كلّ مورد (= عقد) يكون دليل لزومه مجرد أنه عقد وأنه يجب الوفاء بالعقد، فهذا اللزوم علمنا ارتفاعه بالفسخ وشبهه في كثير من الموارد، فليس هذا يعني شرط عدم الخيار من الشرط المخالف للكتاب. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ١٢/٢٣.

وأما الثالث من الأدلة على صحة شرط عدم الخيار قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ؛ لأن العقد مع الشرط عقد مقيّد، وهو من أفراد العقود، فتدلّ الآية على وجوب الوفاء به. والمصنف﵀ عند التعرض لحكم الشرط الصحيح تمسّك بهذه الآية لوجوب الوفاء بكلّ ما يشترط في ضمن العقد سواء كان من قبيل الأفعال أو يكون من غيرها كاشتراط أن يكون المال الفلاني الذي ليس تابعاً لأحد العوضين ملكاً لأحدهما أو صدقة أو حراً، ولكنّه هنا في خصوص شرط عدم الخيار في البيع، يقول: إن أدلة الخيار أخصّ من الآية.

ونحن نقول: إنه على مذهب من يقول: إن أدلة الخيار لا تشمل صورة اشتراط عدم الخيار، لا تحسن هذه المناقشة.

نعم؛ تصحّ هذه المناقشة على ما اخترناه من عموم أدلة الخيار، فنحن نقول مع ذلك: إن الآية تدلّ على لزوم العقد، سواء اشترط فيه عدم الخيار أم لا، فلا فائدة في أن يقال: إنها تدلّ على وجوب الوفاء بالعقد المقيّد*.

نعم؛ هذا التقريب ينفع لإثبات دلالة الآية على لزوم سائر الشروط الواقعة في ضمن العقد غير شرط عدم الخيار؛ فافهم.

قوله: الثاني أن يشترط عدم الفسخ، فيقول: بعت بشرط أن لا أفسخ .. [1] إلى آخره.

أقول: لا يخفى أن الشرط على هذا لمّا يكون من قبيل الفعل و الترك، فشمول قوله «**المسلمون**» ..اه له لا يحتاج إلى شاهد /٥٤٧/ كما يظهر حال ذلك مما تقدم، كما أن الإشكال الثالث [الذي] نقله المصنف﵀ سابقاً أيضاً ليس وارداً عليه وإن أجبنا عن تمام الإشكالات في غير هذا الفرض أيضاً، وهو أن يشترط عدم الفسخ الذي هو مراد المشهور.

---

*) ***نعم؛ عليه يشكل تقديمه على أدلة الخيار؛ إذ ليس ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد وما دلّ على ثبوت الخيار في بعض أفراده إلّا من قبيل العام والخاص، وليس ﴿أوفوا بالعقود﴾ بالنسبة إلى العقد من أدلة العناوين الثانوية الطارية عليه؛ فتدبّر. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٥٦/٥.

في أنه لو شرط أن لا يفسخ البيع، فهذا الشرط صحيح؛ لكنه لا يقتضي إلّا كون الفسخ حراماً لا أنه غير مؤثر في حلّ العقد

قوله: والإحتمال الأول أوفق بعموم وجوب[1] **.. إلى آخره.**

أقول: تمسك لعدم صحة الفسخ وأنه لا يفسخ العقد بالفسخ في صورة اشترط أن لا يفسخ بوجوه:

منها: أن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه وعدم سلطنته على تركه.

وفيه: لو كان المراد من عدم السلطنة على تركه أن فسخه لا يؤثر في حلّ العقد، ففيه: أنه لا دلالة لوجوب الوفاء بالشرط على ذلك، ولو كان المراد أنه يتعلق الوجوب التكليفي بترك الفسخ فيحرم الفسخ، فهذا مسلّم؛ لكن حرمة الفسخ لا ينافي تأثيره في حلّ العقد؛ لما حققناه في محله من أن حرمة الأسباب لا تنافي صحتها، والمفروض أن الدليل دلّ على أن الفسخ يؤثّر في[2] حلّ العقد وحرمة الفسخ لا تنافي تأثيره في حلّ العقد.

إن قلت: إنه ثبت في مسألة النهي في العبادات من الأخبار ثبوت الملازمة بين حرمة الأسباب وفسادها.

قلت: على فرض تعميم الأسباب بمثل الفسخ أيضاً نقول: إن الذي اعترفنا به في تلك المسألة ثبوت الملازمة بين ما يكون معصية لله بالذات من المعاملات، وبين الفساد دون ما يكون معصية لله بالعرض، كما في المقام؛ حيث إنه صار معصية من جهة وجوب الوفاء بالشرط.

ومنها: أنه قد تقدّم في أصالة اللزوم أنه تمسّك لإثبات اللزوم للبيع بقوله تعالى / ٥٤٨) ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ بأن عموم الآية يشمل وجوب الوفاء لما بعد فسخ أحدهما، ومقتضى ذلك كون الفسخ غير مؤثر في حلّ العقد.

وفيما نحن فيه أيضاً نقول: إن وجوب الوفاء بالشرط يشمل لما بعد الفسخ، ومقتضى ذلك

---

١) نفس المصدر ص ٥٧.

٢) لفظة «في» مكررة في المخطوطة.

أن يكون الفسخ لغواً غير مؤثر في حلّ القعد.

أقول: بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ في تلك المسألة كان المفروض أنه وقعت المعاهدة على التبادل الملكي، فإذا فرضنا وجوب الوجاء بنفس هذه المعاهدة بعد قول أحدهما «فسخت»، فذلك ينتج أن فسخه لم يؤثر في حلّ العقد بمعنى أنه لم يؤثر في عدم وجوب الوفاء بهذه المعاهدة؛ فإن حلّ العقد ليس إلّا بذلك.

وأما ما نحن فيه عموم الوفاء بالشرط كان متعلقه ترك الفسخ والمفروض أنه فسخ، فلا يعمّ العموم لما بعد الفسخ.

هذا؛ مع أنه لو فرضنا بقاء العموم لما بعد الفسخ فلا يدلّ على أن الفسخ الأول لم يؤثر في حلّ العقد؛ وذلك لأن المفروض أنه قام الدليل على أن الفسخ يؤثر في حل العقد، ووجوب الوفاء بالشرط لا يقتضي إلّا حرمة الفسخ، وتقدّم أن حرمة الفسخ لا تنافي تأثيره في حل العقد.

ومنها: أن كثيراً منهم يقول: إنه لو نذر أن يتصدق بمالٍ فيصير بيع ذلك المال باطلاً[1]، لا أن يكون البيع صحيحاً، غاية الأمر أنه آثم بحنث النذر. وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل حيث إنه وجب عليه بالشرط أن لا يفسخ، فلابدّ أن يكون فسخه باطلاً /٥٤٩/ غير مؤثر في حل العقد.

في بطلان مقايسة ما نحن فيه ببيع منذور التصدق[2]

وفيه: مع غمض العين من أنا ذكرنا عند التعرض لاشتراط الطلقية في البيع أن بيع منذور التصدق صحيح حتى بعد تعلق الوجوب فعلاً بتصدّقه، نقول: إنه لو قلنا بفساد البيع هناك فإنما هو لدعوى منافاة دليل صحة البيع مثل وجوب الوفاء بالعقد وما دلّ على حلّية ترتّب الآثار على البيع مع دليل وجوب الوفاء بالنذر.

---

١) منية الطالب ٢٤٥/٢.

٢) كتاب المكاسب ٥٦/٥.

وهذا الوجه لا يأتي فيما نحن فيه لوضوح أنه ليس دليل صحة الخيار وتأثيره في الفسخ من قبيل الحكم التكليفي حتى ينافي مع وجوب الوفاء بالشرط؛ فراجع وافهم.

هذا كلّه مع أنه على القول بأن الفسخ لا يؤثّر في حل العقد بعد اشتراط أن لا يفسخ، إشكال في صحة هذا الشرط في ضمن العقد؛ لأنه شرط لأمر غير مقدور؛ لوضوح أنه ليس المراد اشتراط أن يتكلّم بلفظ «فسخت»، بل المراد عدم الفسخ حقيقةً.

إن قلت: مرادهم من أن الشرط لابدّ من أن يكون مقدوراً هو أن يكون مقدوراً مع قطع النظر عن اشتراطه، فلا ينافي ذلك مع امتناعه بنفس الإشتراط.

قلت: إذا كان الشرط من قبيل الصفات كملكية عين من الأعيان وشبه ذلك يكون المراد من وجوب الوفاء بهذا الشرط ترتيب آثار ملكية تلك العين، كما صرّح المصنف عند التعرض لحكم الشرط الصحيح.

وأما إذا كان الشرط من قبيل الفعل والترك كما في المقام؛ حيث اشترط عدم الفسخ، فليس المراد بوجوب الوفاء بمثل هذا الشرط وجوب ترتيب آثار /٥٥٠/ عدم الفسخ، بل المراد وجوب ترك الفسخ.

ومنه يقولون بأن وجوب الوفاء بمثل شرط الفعل والترك ينتج الحكم التكليفي يعني وجوب إتيان ذلك الفعل أو وجوب تركه كما هو الظاهر من شمول[1] قوله «المسلمون» ..اه بمثل هذه الشرايط أيضاً.

وعلى هذا نقول فيما نحن فيه: إن زمان تعلق وجوب الوفاء بالشرط بعد العقد والمفروض في المقام أن الفسخ حقيقة بعد العقد يكون ممتنعاً فكيف يتعلق الوجوب به؟

في أنه لو اشترط الإسقاط ولم يسقط ولم يفسخ فيثبت الخيار

قوله: الثالث أن يشترط إسقاط الخيار[2] .. اه.

---

١) في الأصل: شموله.

٢) كتاب المكاسب ٥/٥٧.

أقول: كلّما قلنا في اشتراط أن لا يفسخ، يأتي في اشتراط إسقاط الخيار كما أن الفرع الذي عنونه هناك من أنه «لو فسخ هل يؤثر في حلّ العقد أم لا؟» يكون حاله هنا أيضاً كذلك، ومختارنا فيه كما في السابق.

كما أن مختار المصنفﷺ هنا كما في السابق.

وجميع ما ذكر من الوجوه هناك يأتي هنا مع أجوبته.

نعم؛ هنا نتعرض لفرع آخر خاص بالمقام وهو أن المشروط عليه الإسقاط[1] لولم يسقط الخيار ولم يفسخ العقد أيضاً فهل يكون للمشروط له الفسخ أم لا؟

ولا يخفى أنه في خيار المجلس كان الخيار ثابتاً للمشروط له. وعلى هذا فقوله «**هل للمشروط له الفسخ أم لا**» لابدّ من أن يكون مراده خيار تخلف الشرط وكان محل كلامه في غير خيار المجلس الذي كان الخيار فيه ثابتاً للمشروط له ابتداءً، أو أن يكون الفرض حدوث خيار آخر للمشروط له بعد انقضاء المجلس من جهة تخلف الشرط أو كان مفروض كلامه في صورة كان الشرط في ضمن العقد إسقاط الخيار من الطرفين /٥٥١/، فأسقط أحدهما خياره ولم يسقط الآخر، فحينئذٍ هل يحدث خيار لمن أسقط خياره من جهة تخلف الشرط أم لا؟

وعلى كلّ حال؛ يكون المراد من حصول الخيار للمشروط له هو خيار تخلف الشرط.

وبالجملة؛ يقول ـ على القول بأن الفسخ لا يؤثر في حلّ العقد في صورة اشترط إسقاط الخيار، كما هو مختاره ـ: الحق أنه لا خيار للمشروط له لعدم تخلف الشرط. وعلى القول بكون فسخه مؤثراً يكون الخيار ثابتاً للمشروط له؛ لأنه قد يكون الفرض من الشرط عدم تزلزل العقد ويكون بقاء المشروط عليه على سلطنة الفسخ مخالفاً لمصلحة المشروط له، وقد يموت ذوالخيار وينتقل إلى وارثه[2]؛ إنتهى.

أقول: لا يخفى عليك أنه في الجواهر[3] في أواخر باب الشرط في ضمن العقد يظهر من

---

١) راجع: المرتقى إلى الفقه الأرقى ١٤٢/١.

٢) المرتقى إلى الفقه الارقى ١٤٨/١.

٣) جواهر الكلام ٢١٨/٢٣.

كلامه أن الدليل على أن تخلف الشرط من المشروط عليه يوجب الخيار للمشروط له منحصر بالإجماع وحديث الضرار[١] وخبر [أبي] الجارود[٢]، ونحن نقول: لو كان الدليل هو الإجماع فيشكل إثبات الخيار به في المقام، مع أن الإجماع يكون مستنده حديث الضرار وغيره.

وأما لو كان الدليل حديث الضرار، فعلى المختار ـ من كون الفسخ مؤثراً لو فسخ كما تقدم ـ وإن يمكن دعوى أن الضرر القلباني حاصل من تزلزل قلب المشروط له إلّا أن صدق الضرر على ذلك مشكل، وأما لو كان الدليل خبر أبي الجارود..

قوله: وكيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد غير مؤثر[٣].

أقول: مجرد الشرط قبل العقد لا إشكال في أنه غير لازم الوفاء سواء كان وعداً بأن يلتزم في البيع أو التزم فعلاً قبل العقد بالشرط بعد ما تقدم أن الشرط هو الإلتزام التابع والأول ليس بالتزام أصلاً*، والثاني التزام مستقلّ[٤]، بل تقدّم أنّ الإجماع أيضاً قائم /٥٥٢/ على عدم وجوب الوفاء بالإلتزام المستقلّ.

وإنما الإشكال فيما لو وقع العقد مع التواطؤ على ذلك الشرط وقصده فيه، وكون العقد مبنيّاً عليه، لكن لم يذكر الشرط في متن العقد.

في أن الشرط المذكور قبل العقد لا يلزم الوفاء به ولو كان العقد مبنيّاً عليه

فصاحب الجواهر في أول باب الشرط يظهر منه صحته؛ حيث يقول بعدم صحة الشرط

---

١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٣ ـ ٥.

٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

٣) كتاب المكاسب ٥/٥٩.

*) ***ولو قلنا بوجوب الوفاء بالوعد؛ لأن المفروض أنه لم يفِ بوعده حيث لم يشترط بعد ذلك في ضمن العقد. (منه قدس سره).***

٤) إن قلت: لم يلتزم تبعاً للبيع الذي يقع منه بعد ذلك.

قلت: عنوان التبعية لم يتحقق متبوعه فعلاً، فكان تبعاً له، وإلّا فمرجعه إلى الوعد أيضاً.

المذكور قبل العقد إذا لم يكن بناء العقد عليه، وإلّا فالصحة فيه قوية[١]، كما أنه يلوح ذلك مما نقله المصنف‌ﷺ من عبارة الخلاف والمختلف، والمصنف‌ﷺ في باب الشرط يلوح منه دعوى ظهور العبارتين في ذلك[٢]، إلّا أنه يقول: وجّهنا هما في خيار المجلس بحيث لا يكون عبارتهما مخالفاً لما هو المشهور من عدم لزوم الشرط الغير المذكور في العقد وإن كان العقد مبنيّاً عليه.

وأما المصنف‌ﷺ ففي المقام يكون مدّعاه أن عدم لزوم الوفاء بالشرط المنويّ في العقد يكون على طبق القاعدة[٣].

وأما في باب الشرط يكون مدّعاه أن مقتضى القاعدة لزوم الوفاء بهذا الشرط، إلّا أنه يقول بعدم وجوب الوفاء به من جهة أنه يستظهر من الفقهاء أن عدم لزوم الوفاء بالشرط المنويّ في العقد يكون مسلّماً عندهم، وأنه لابدّ من أن يوجّه كلام المختلف والخلاف في المقام.

بقي الكلام في أنه كيف يقول المصنف‌ﷺ هناك أن مقتضى القاعدة لزوم الوفاء بالشرط المنويّ في العقد؟

فنقول: إنه يلوح من كلماته وجوه للزوم الوفاء بالشرط الذي كان العقد مبنيّاً عليه وكان مقصوداً فيه وإن لم يذكر لفظاً. /٥٥٣/

في الوجوه التي ذكرت لوجوب الوفاء على الشرط الذي كان العقد مبنيّاً عليه

منها: أنه يقيس قصد الشرط في العقد بقصد توابع المبيع فيه، كما لو قصد من قول القائل «بعت العبد» أني بعت العبد مع ما له؛ لكنه يصرّح في آخر كلامه هناك أن قصد العوضين لا يكفي عن ذكرهما. فلو قال «بِعْني هذا بدرهم»، فقال «بِعْتُك»، فقال المشتري «قبلتُ» لا يصح، كما ينقله عن غاية المراد أيضاً.

---

١) جواهر الكلام ١٩٨/٢٣.

٢) حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ١٠٧/٥.

٣) راجع: جامع المدارك ٧٩/٥.

فظهر مما ذكرنا أن كلامه هناك منافٍ مع كلامه هنا من وجهين:

الأول: أنه هنا يقول بعدم صحة مقايسة الشرط بتوابع العوضين ونفس العوضين وأجزائهما، مع أنه هنا يقيس قصد الشرط بقصد توابع العوضين أو أجزائهما.

الثاني: أنه يسلّم هنا أن قصد العوضين أو أحدهما يكفي عن ذكرهما، وهناك يكون مدّعاه عدم الكفاية.

ومنها: أن الشرط المنويّ قيد معنويّ للعقد، وقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ يدلّ على وجوب الوفاء بهذا العقد الخاص، وهو يتوقف على العمل بالشرط. والوفاء بالعقد دون الشرط يكون من التجارة عن غير تراضٍ.

ومنها: أن الخارج عن قوله ﷺ «**المسلمون عند شروطهم**» هو الشرط الإبتدائي الذي لم يقع العقد مبنيّاً عليه. وأما إذا صار العقد مبنيّاً عليه ـ كما هو المفروض ـ فلم يعلم خروجه عن تحت العموم. ومنه نقول: لو تواطئا على شرط فاسد في العقد ـ ولولم يذكر في العقد ـ يقع العقد فاسداً؛ بناء على أن الشرط الفاسد مُفسِد[1].

نعم؛ لو نسي الشرط حال العقد فوقع العقد مطلقاً، يكون العقد صحيحاً.

أقول: الحق هو ما اختاره هنا من أن مقتضى القاعدة أيضاً هو ما يقوله المشهور من أن الشرط الذي وقع العقد مبنيّاً عليه لا يجب الوفاء به بعد ما عرفت من أن الشرط هو الإلتزام التابع، فلا يشمل لنفس الشرط المذكور قبل العقد، فنقول: /٥٥٤/ إن وقوع العقد مبنيّاً عليه غير موجب لوجوب الوفاء به بعد أن المفروض أنه لم يذكر في العقد ولم يشر في القعد إلى ما ذكر سابقاً؛ حيث إنه مثل المذكور في العقد كما صرح المصنف رحمه الله به.

في أن المختار عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير المذكور في العقد وبيان المراد من عدم اشتراط اللفظ في النذر والوقف وأشباه ذلك

ثمّ إن قولنا بعدم وجوب الوفاء بالشرط الذي لم يذكر في العقد، لكن كان العقد مبنيّاً عليه

---

١) حقائق الإيمان ص ٢٢٤؛ أيضاً راجع: منهاج الفقاهة ٢٨٢/٦.

ليس لدعوى أن المحذوف ليس كالمذكور في الشرط في ضمن العقد، كما يدّعيه المصنف في المقام، ولا لدعوى أن تحقق معنى الشرط والإلتزام يتوقف على اللفظ ولا يطلقان على الشرط إذا كان بمجرد القصد حتى ينافي ذلك ما قلناه في محله من أن النذر والوقف وغيرهما تتحقق بمجرد القصد*، بل لأنا نقول: إن محل نزاعهم في المقام هو مجرد التباني على الشرط في ضمن العقد بمعنى أن الغرض كان متعلقاً بالشرط أيضاً وأن صدور العقد كان بهذا الداعي.

وعلى هذا نقول: إن لفظ الشرط الواقع في الخبر المعروف معناه الإلزام والإلتزام، وهما من قبيل الأفعال، فيحتاج إلى أن ينشأ ذلك إما بلفظ أو بشيء آخر أولو بالإخطار بالبال، وليس الإلتزام صادقاً على مجرد الغرض، لا بحسب الدقة ولا عند العرف أيضاً.

فظهر مما ذكرنا أن قصد المعنى الخاص من اللفظ أو قصد شيء مع المبيع أو إضمار شيء أو لفظ في الصيغة، كلّها خارج عن محل الكلام، ولا وجه لمقايسة ما هو محل الكلام بها.

ثمّ لا يخفى أنه لو كان العقد مقيّداً ومعلّقاً على الشرط سواء كان إنشاؤه معلّقاً عليه أو رضاؤه، فهنا لا يجوز القول بوجوب الوفاء بالعقد دون الشرط؛ لأنه ليس عقد على تقديرٍ، /٥٥٥/ وعلى تقديره فهو تجارة عن غير تراضٍ[1].

ومن هنا ذكرنا في مسألة «بيع ما يملك وما لا يملك» بأن الشرط الفاسد في ضمن العقد لوعلّق العقد عليه، فيكون مفسداً للعقد، كما أن الشرط الفاسد في ضمن البيع لو كان مجرد إنشاء التزام بشيء في ضمن العقد تبعاً له وصار علمه بصحة هذا الشرط منشأ للرضاء بأصل العقد، كما أن علمك بأنك تحتاج إلى الدار يصير منشأ لأن ترضى باشتراء الدار، وانكشاف عدم الإحتياج غير مضرٍّ لأن عدم الرضاء التقديري لا يزاحم مع الرضاء الفعلي؛ كما حقّقناه في المسألة المشار إليها.

---

*) ***مع أنه في مثل الوقف لو تمسّكنا بمثل قوله «ما جعلته لله قف به» فهذا صادق على تعيين المال للوقفية بداعي كونه لله، وكذلك يصدق على النذر في صورة يعيّن مالاً لأن يتصدق به لله تعالى؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٥٥/٦.

فيما ذكر هنا إشارة إلى وجه عدم كون الشرط الفاسد مفسداً

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنا ذكرنا في تلك المسألة بالنسبة إلى الشرط المذكور في العقد أنه بحسب القواعد اللفظية يحمل على أنه من قبيل الثاني، فلا يكون الشرط الفاسد مفسداً، فالشرط الغير المذكور في العقد الذي كان بمعنى بناء العقد عليه؛ يعني أن الغرض من إيقاع العقد كان تخيل لزوم الشرط، فكونه من قبيل الثاني يكون أوضح.

فظهر ممّا ذكرنا أن الوفاء بالعقد فقط ليس من قبيل التجارة من غير تراضٍ وأن العقد لم يكن معلّقاً على الشرط حتى يكون الوفاء بالعقد متوقفاً على الوفاء بالشرط*.

---

*) ولا يخفى أنه بالتأمل فيما ذكرناه يوضح فساد ما نقلناه عن المصنف رحمه الله.

أما دعواه أن البيع يصير من التجارة لا عن تراضٍ؛ فلما عرفت من وجود الرضاء المعتبر في صحة البيع ولو كان الشرط فاسداً.

وأما دعواه أن العقد مقيد فيجب الوفاء بقيده أيضاً؛ فلما عرفت من أن العهد أو الإلتزام غير صادق على مجرد الداعي والغرض، ولا يصير العقد مقيداً بشيء من العهد والإلتزام على الشرط أيضاً. ونفس الداعي والغرض في صدور البيع لا يجعل البيع والعهد مقيّداً.

وأما المقايسة بالعوضين وتوابعهما ففي غير محله؛ لأن التبعية دائر[ة] مدار دليله من أنه تابع ولو لم يقصد[ا] ولم يذكرا وأن النية مشروطة بالذكر أو القصد وأيّ شيء ثبت فيه لا دخل له بما نحن [فيه] كما أن عدم لزوم ذكر العوضين من باب أن المحذوف كالمذكور بعد أن القصد متعلق بهما وإلّا يبطل البيع.

وأما دعوى أن الشرط الإبتدائي الذي يكون فاسداً ما لم يقع التواطئ عليه في العقد.

ففيه: أن ما صدر منهما قبل البيع لو كان مجرد الوعد بأن يشترط أنه في البيع ـ تقدم في الحاشية أنا منعنا كونه التزاماً فراجع ـ ولو كان بنفسه التزاماً فيخرج عن موضوع كلامهم ويدخل فيما اتفقوا على فساده، إلّا أن يقال: إنه في صورة قال المشتري «بعني فلاناً» فقال البايع «لو تلتزم بخياطة ثوبي أبيعك»، فقال «التزمت»، فقبل الإلتزام، وقال «بعتك»، فقال «اشتريت»، فنقول: إنه ليس من الشرط الإبتدائي الذي اتفقوا على بطلانه. وظاهر كلام بعضهم أن محل النزاع هنا.

وعلى هذا فيجوز أن يقال: إن الشهرة أو الاتفاق على بطلان هذا الشرط الذي وقع التواطىء عليه غير معلوم؛ لأن الأمثلة التي يذكرها المصنف رحمه الله شاهدةً على الإجماع على البطلان ليس شيء منها من هذا القبيل؛ فإنه في تلك الأمثلة بعد الغمض عن كلّ شيء نقول: إن ما وقع قبل العقد كان مجرد الوعد، لا إنشاء الإلتزام حقيقةً ووقوع العقد مبنيّاً عليه، كما أنه في حلّ الربا يكون الوعدة بهبة الزيادة بعد العقد ولا يفسد؛ لعدم كون التواطىء شرطاً.

قوله: فرع: ذكر العلامة[1] **..اه.**

حاصل كلامه أنه لو نذر أن يعتق العبد إذا باعه، إما زجراً لذلك عن بيعه أو لغير ذلك، فإذا باع بشرط عدم الخيار يكون البيع باطلاً. وعن بعض أنه يصح البيع ويبطل شرط عدم الخيار، والمصنفﷺ تسلّم ذلك بناء على ما اختاره سابقاً من بطلان التصرفات المنافية للنذر وشبهه.

ونحن نقول: /٥٥٦/ نفس البيع ليس من التصرفات المنافية لوجوب الوفاء بالنذر؛ لأن وجوب الوفاء معلّق على البيع، فلعلّ نظر العلامة إلى أن شرط عدم الخيار يكون منافياً لوجوب الوفاء بالنذر؛ لأن العتق يتوقف على ثبوت الخيار حتى يفسخ فيعتق، فيكون شرط عدم الخيار فاسداً؛ لكونه منافياً للوفاء بالنذر، فيفسد نفس البيع بناء على أن الشرط الفاسد يكون مفسداً.

فما نقله عن بعض العلماء لابدّ أن يكون مبنيّاً على أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً، كما هو الحق.

إن قلت: العمل بالنذر غير متوقّف على ثبوت الخيار؛ لأن له أن يشتريه و يعتقه.

قلت: لعلّ نظره إلى أن الإشتراء ليس باختياريّ له؛ لأنه ربما لا يبيعه المشتري، والنذر ينصرف إلى ما يكون تحت اختياره، فمرجع النذر المذكور إلى أنه لو باع العبد يكون عليه أن يفسخ البيع ويعتقه.

ففي الحقيقة يكون النذر متعلقاً بأن يبقى الخيار لنفسه في البيع، ثمّ يفسخ البيع ويعتقه.

في أنه لو نذر عتق العبد لو باعه، فباعه بشرط عدم الخيار هل يبطل البيع أو الشرط أو لا؟

إن قلت: إنك رجّحت سابقاً عدم بطلان التصرفات المنافيات لوجوب الوفاء بالشرط

وكما أنه في حيل حصول الربح مع البيع برأس المال يبيع المبيع أولاً بشيء أزيد وقبل البيع تقع المواعدة على أن يبيعه بالبايع بالثمن الزائد، فلو كان التواطيء شرطاً، فلابدّ أن يفسد البيع بناءً على أن شرط بيع المبيع بالبايع فاسد والفاسد مُفسِد. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٥/ ٦٠.

والنذر.

قلت: ما ذكرت إنما هو في صورة لم يكن التنافي بين دليلي العنوانين، وفي المقام يكون التنافي موجوداً؛ لأن دليل صحة الشرط دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، يعني دلّ على وجوب ترتيب آثار عدم الخيار بأن لا يفسخ ولا يعتق، مع أن مقتضى وجوب الوفاء بالنذر هو وجوب الفسخ والعتق.

في أن من المسقطات إسقاطَ الخيار بعد العقد والدليل عليه

قوله: ومن المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد[1] .. اه.

أقول: يقع الكلام هنا تارة في أصل أن الإسقاط موجب لسقوط هذا الخيار، وتارة في أنه بعد إثبات أنه يسقط بالإسقاط فهل يشترط في الإسقاط أن يكون باللفظ أو بل خصوص اللفظ الصريح، أو لا يشترط شيئاً من ذلك؟

أما المقام /٥٥٧/ الأول؛ فاستدلّ لكون إسقاط الخيار بعد العقد موجباً لسقوطه بعد دعوى الإجماع على ذلك من كثير منهم حتى المصنفﷺ في هذا المقام وغيره بوجوه:

منها: شمول قوله «**المسلمون عندشروطهم**» له، فيجب الوفاء بالتزام الإسقاط بناء على أن الشرط يشمل الإلتزام الإبتدائي. وهذا الوجه لمّا أثبتنا فساد مبناه من شمول لفظ الشرط للإلتزام الإبتدائي فلا نتكلم فيه، مع أن الإشكال الذي يأتي ـ إن شاء الله ـ للتمسك في المقام بالعمومات يجري فيه أيضاً.

ومنها: أن من القواعد المسلّمة أن لكلّ ذي حق إسقاط حقه. وقال المصنفﷺ: ولعلّه لفحوى تسلط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال، ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل إلّا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط[2]؛ إنتهىٰ.

---

١) كتاب المكاسب ٦١/٥ و ١٨١.

٢) نفس المصدر السابق.

ونحن نقول: لو كان هنا شكّ في أنه يسقط بالإسقاط؛ فإنما هو لأجل الشك في أن الخيار حق قابل للإسقاط أو أنه حكم شرعي غير قابل له، فليست أولوية بين التصرف في الأموال وبين صحة إسقاطه؛ كيف والمصنف﵀ صرّح بأن الخيار غير قابل للنقل وأن التوكيل في الفسخ غير نقل أصل الخيار، كما تقدم في أول خيار المجلس[١].

ولو تمسك لكونه حقاً قابلاً للإسقاط بالإجماع، فلم يصر التمسك بالقاعدة وجهاً آخر كما يصرّح المصنف بنظير ذلك في أول كلامه في إرث حق الخيار في آخر كتابه.

ومنها: أن نقول بأن فحوى صحيحة ابن رباب[٢][٣] الدالة على سقوط الخيار بالتصرف[٤] معلّلاً ذلك بأن ذلك رضىً منه يقتضي سقوط هذا الخيار بالإسقاط، وسيأتي في خيار الحيوان ـ إن شاء الله ـ أن المراد هو الرضى بثبوت البيع ولزومه لا بأصل النقل الذي كان الرضاء به حاصلاً من زمان صدور البيع إلى زمان قبل ذلك التصرف، والإسقاط أوضح في الدلالة على الرضاء.

ثمّ لا يخفى أن إطلاق هذه الصحيحة يقتضي سقوط كلّ من خيار الحيوان وخيار المجلس بما يدلّ على الرضاء بلزوم البيع وثبوته*.

أو بنفس الرضاء التي كشف عنها باللفظ؛ بناءً على أن قوله «فذلك رضايته» من باب تنزيل التصرف منزلة الرضاء باللزوم، كما رجّحنا ذلك في الفضولي عند بيان أن التصرف لذي الخيار مسقط؛ حيث ذكر المسألة هناك بالبيع.

---

١) راجع: المرتقى إلى الفقه الأرقى ٧٩/١.

٢) في المصدر ابن رئاب.

٣) الوسائل ٣٥١/١٢ باب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٤) كتاب المكاسب ٩٧/٥.

*) ***وعلى كل حال؛ مقتضى هذا الوجه أعم من الإسقاط، بل كلّ ما يدلّ على الرضاء ببقاء البيع والإلتزام به، كما أن عنوان الشرايع والجواهر فيه لا في خصوص الإسقاط حتى يحتاج إلى إنشاء الإسقاط. وسيأتي توضيح هذا الوجه في خيار الحيوان. (منه قدس سره).***

في التمسك بعموم وجوب الوفاء لكون إسقاط الخيار موجباً لسقوطه

ومنها: أنه قد تقدم قُبَيل ذلك /٥٥٨/ أنه في صحيحة مالك بن عطية[١] تمسّك بقوله «**المسلمون عند شروطهم**» على لزوم الوفاء باشتراط عدم الخيار. وكذا دلّ كثير من الأخبار على أن الخيار يثبت باشتراط الخيار في البيع، فيستفاد من هاتين الطائفتين أن الخيار وعدمه يكون من الحقوق التي يكون أمر وضعها ورفعها بأيدي صاحب الحق.

وفيه: أن كون الدفع بيده بمعنى أن يفعل شيئاً لا يثبت الخيار، وكذا كون الإثبات بيده بمعنى أن يفعل شيئاً يوجب ثبوت الخيار غير ملازم لأن يكون رفع الخيار وإسقاطه بعد ثبوته أيضاً بيده، كما أن للإنسان أن ينقل ماله ولكن بعد النقل ليس إرجاعه بيده.

ومنها: أن نتمسك بالعمومات* لكون الإسقاط موجباً للسقوط نظراً إلى أن الإسقاط عهد، فيجب الوفاء به.

وما قيل من أن: الآية تشمل العقود لا ما يكون من قبيل الإيقاعات مثل الإسقاط والطلاق والرجوع وشبهها.

ففيه: أن إطلاق العقد على خصوص ما يكون فيه الإيجاب والقبول فإنما هو اصطلاح من الفقهاء، وإلّا فالعقد في اللغة والعرف عبارة عن العهد، فيشمل كلّاً من الإيقاعات والعقود.

فبناءً على ما ذكرنا، فكلّ من يتمسك بالعمومات لصحة نقل ما يشكّ كونه حقاً أو حكماً فيكون له التمسك بها، لكون الإسقاط موجباً[٢] بالتقريب الذي ذكرناه كصاحب الجواهر في أواسط كتاب الصلح وصاحب العناوين وغيرهما[٣].

---

١) الوسائل ١٦/٩٥ باب ١١ من أبواب المكاتبة، ح ١.

*) ***وذكرنا لذلك شرحاً في خيار الحيوان عند التعرض لكون التصرف مسقطاً له. (منه قدس سره)***.

٢) «موجباً» مكرّر في المخطوطة.

٣) راجع: المرتقى إلى الفقه الأرقى ١/٢٥٤.

في المناقشة على التمسك بالآية لكون الإسقاط موجباً للسقوط و الجواب عن المناقشة بأنحاء أشرنا إلى بعضها

هذا؛ ولكنّا نقول ـ كما قلناه في مسألة توارد الأيدي على المال المغصوب ـ: إنّا وإن صحّحنا التمسك بالعمومات لإثبات كون مشكوك الحقّية حقّاً على ما أشرنا إليه عند التعرض للثمرات بين الكشف والنقل في الإجازة في الفضولي في الجملة، كما لو أجاز الوارث عقد المورّث بناء على الكشف، واشتراط كون المجيز حال العقد هو المجيز حال الإجازة، فإنه لو تورث الإجازة يكون العقد صحيحاً. وهو المطابق للعمومات بناءً على أنه لا يختلف المجيز على هذا أو أنه بحكم عدم الاختلاف على ما قلناه / ٥٥٩ / في محله.

هذا؛ ولكن هنا في الحقيقة لم يكن من التمسك بالعموم لإثبات الحقّية، بل ربما يعامل مع المشكوك الحقّية معاملة الحقّية بالعمومات. وأما إثبات الحقّية بنحو الإطلاق في كلّ مشكوك الحقّية بالعمومات مثل الصلح والإسقاط وغيرهما فمشكل.

وأشكل منه ما ذكره في الجواهر في أواسط كتاب الصلح من أنه يجوز التمسك بالعمومات لإثبات جواز إسقاط كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه، لكن لو شككنا في جواز نقله لا يجوز التمسك بالعمومات لجواز نقله.

وعلى كلّ حال؛ قد يناقش على التمسك بالعمومات بأنها تشمل ما يكون الوفاء به من العهود مقدوراً للمكلّف؛ كالأعيان والمنافع والحقوق القابلة للنقل أو الاسقاط بالنسبة إلى النقل أو الإسقاط.

ومن الواضح بحكم العقل أنها لا تشمل ما لم يكن مقدوراً، مثل ما لم يكن قابلاً للنقل أو الإسقاط من الحقوق. وأما ما يشك في كونه قابلاً للنقل أو الإسقاط ـ كما هو محل الكلام ـ فالتمسك بالعمومات لها يكون من قبيل التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية، بل نقول: على القول بجواز التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية في الجملة أومطلقاً، كما أشرنا إلى قائله في الموضع المشار إليه أيضاً لا يجوز التمسك بالعموم في خصوص المقام؛ لأن المخصّص إذا كان عقلياً يكون بحكم المخصّص المتصل في أن إجماله يسري إلى إجمال

العام[١].

وحاصل ذلك أن قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ بضميمة حكم العقل إليه من أنه لا يمكن الوفاء بالعهد على أمر غير مقدور يكون مقتضاه وجوب الوفاء بالعهد على ما يكون مقدوراً، وليس متصدياً لبيان أن أيّ عقد يكون الوفاء به مقدوراً فعند الشك في ذلك لا يجوز التمسك بالآية؛ لأنها ليست متصدية لبيان ذلك.

إن قلت: إنا نسلّم أن ما كان الوفاء به غير مقدور خارج عن تحت العموم إلّا أنه ليس لنا مخصّص بهذا العنوان حتى نقول: عند الشك إنه من التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، بل نقول: إنه كلّ حق ثبت أنه غير قابل للنقل والإسقاط، نعلم خروجه عن تحت العموم، وفي العهد في غير ما ثبت يكون أصل الخروج عن تحت العموم / ٥٦٠ / مشكوكاً.

قلت: قد يجاب بأنه ليس الأمر كذلك والعقل مستقل بعدم إمكان الوفاء بعهد غير مقدور.

ومنه ذكرنا في محله أن قوله «**لا تنقض**[٢]» لا يشمل لبقاء حرمة قطع الصلاة في حال نحتمل أن تكون الصلاة بنفسها منقطعة* ولكنّا نقول: إنه إذا عهد على إسقاط حق الخيار، فمعنى وجوب الوفاء بهذا العهد ترتيب آثار السقوط، وهو ممكن ولو كان حق الخيار باقياً؛ غاية الأمر أنه لو ثبت أن حق الخيار يكون باقياً، فلابدّ من أن نخصّص ﴿أوفوا بالعقود﴾ بالنسبة إليه.

ففي الحقيقة ليس لنا مخصص عقليّ صار مصداق مخصّصه مشكوكاً، بل في الموارد المعلومة ليس مخصّص عقليّ. وذلك لأن الذي غير مقدور هو النقل أو الإسقاط من المنشِيء لهما. وأما العمل بالعموم الدالّ على وجوب ترتيب آثار النقل والإسقاط فلا امتناع فيه.

وإنما ثبت التخصيص بحكم الشرع، فلابدّ أن يقتصر على مورد ثبت التخصيص؛ لأن

---

١) راجع: حاشية المكاسب ٢٦٤/١.

٢) جواهر الكلام ٣٦٤/٢٣ ـ ٣٦٦.

*) *نعم، قلنا في محله: إنه لا مانع من التمسك به لحرمة رفع اليد عن الصلاة ولو كان علته في السابق قطع الصلاة به؛ لوضوح أن إحراز بقاء علة الحكم ليس شرطاً في جريان الإستصحاب. (منه قدس سره).*

المخصّص الشرعيّ ليس له عنوان.

ومن هنا يقولون: إن الآية تشمل العقود الغير المتعارفة، وأن الآية مخصّصة بالنسبة إليها حيث لا يجب الوفاء بها، كما تقدم الكلام فيه في أصالة اللزوم في البيع، مع أنه بناء على صحة الإشكال لانحتاج إلى دعوى الإجماع على خروج العقود الغير المتعارفة.

إن قلت: إن النزاع في العقود الغير المتعارفة في الصيغة بعد أن أصل المطلب يكون ممكناً مثلاً نقل المال في الجملة يكون ممكناً، لكن لابدّ أن يكون بالبيع لا بعقد آخر وإن يشمل قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] لنقله بغير البيع من العقود الغير المتعارفة أيضاً.

والذي وقع التعاهد عليه يكون ممكناً، والآية تعمّ أيّ عهد كان.

قلت: الذي يكون مندرجاً تحت الآية تمام العهود من غير فرقٍ بين أن يكون مما ثبت أصله وكان الكلام في أنه بأيّ عنوان لابدّ من أن يتعاهد عليه أو كان أصله مشكوكاً. والميزان إمكان الوفاء بما يقع التعاهد عليه بترتيب آثاره.

وفي أمثال المقام إمكان ذلك مما لا إشكال فيه، والمنع الشرعي تخصيص يقتصر على القدر المعلوم.

في بيان الفرق بين الحق والحكم[2] وأن وجوب الوفاء لا يشمل الحكم ولا يتمسك به لما شك في كونه حكماً وأن حق الخيار يكون من قبيل الحق في الجملة ويسقط بالإسقاط على نحو الاطلاق

نعم؛ في مشكوك الحقّية يكون الإشكال في جواز التمسك بالعام للشك في تحقق عنوان العام / ٥٦١ / ونحن نبيّن هنا معنى الحق والحكم حتى يظهر لك أن قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لا يشمل لما هو من قبيل الحكم واقعاً[3]. فعند الشك يحصل الشك في تحقق المعنى هناك، **فنقول**: تارة يجوّز الشارع فعلاً لشخص فيكون لذلك الشخص أن يفعل ذلك ويتركه

---

١) المائدة: ١.

٢) بلغة الفقيه ١١/١.

٣) راجع: حاشية المكاسب (للسيد اليزدي) ١٦٠/١.

وتارة يجعل الشارع ولاية شيء وسلطنته بيد شخص، فيكون لذلك الشخص فعله وتركه أيضاً، والفرق بينهما بالاعتبار.

والثاني عبارة عن حكم وضعي يجعله الشارع في المقام، وجواز الفعل وتركه يكون من آثاره. والوجه الذي ذكرناه لمجعولية مثل الملكية والزوجية وشبههما من الأحكام الوضعية يجري في كون هذه السلطنة مجعولة بنفسها وأن التكليفي مترتب عليها كما تقدم الإشارة إليه عند التعرض لاستصحاب الخيار في باب أصالة اللزوم في البيع.

وأما الأول فبيان لنفس الحكم التكليفي ونفس التكليف، وليس التكليف متفرعاً على شيء يكون أمره بيد المكلف. ونفس التكليف لمّا لم يكن أمر وضعه ورفعه بيد المكلف، فلا يقبل المعاهدة من المكلف على نقله وإسقاطه. فمعاهدة المكلف على نقل مثل ذلك مثلاً ليس بمعاهدة عند العرف حيث إنه لم يكن أمره بيده، فلا يتعلق وجوب الوفاء به، بل بحسب اللب ليس قابلاً في مثل هذا أن يتعلق وجوب الوفاء به،

وهذا بخلاف الثاني الذي كان عبارة عن إعطاء السلطنة إليه، وكان التكليفي من آثارها؛ فإن ذلك بعد ما صحّحنا مجعولية الحكم الوضعي في المقام في محله نقول: إن ذلك من قبيل إعطاء شيء بشخص كملكية الأعيان والمنافع التي كان جواز التصرف من آثارها.

فهذا مالك لما أعطي إليه، فيكون مقتضى القاعدة أمره بيده، فله العهد على إسقاطه ونقله، ويورث أيضاً* ما لم يقم الدليل على المنع من جهة من الجهات. /٥٦٢

وإذا عرفت ذلك **فنقول**: إذا شككنا في مورد أن ما جعله الشارع يكون من قبيل الحق الذي عبارة عن الحكم الوضعي ويكون أمره بيد الشخص أو يكون من قبيل الحكم التكليفي حتى لا يكون أمره بيده، فلا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعهد لنقله أو إسقاطه للشك في كون عهده عهداً في نظر العرف؛ بل حقيقة لتعليق وجوب الوفاء به؛ لما عرفت أنه لو كان من قبيل الحكم، فلما لم يكن بيده، فلم يكن العهد على نقله أو إسقاطه عهداً حقيقةً.

---

*) ***لوضوح أن الاعيان والمنافع اللتين يكون كلّ ذلك فيها مسلّماً وواضحاً بأزيد والنزاع الصغروي غير مضرٍّ بعد فرض تعيين الصغرىٰ في مورد. (منه قدس سره)*** ..

ثمّ إنه ناسب المقام أن ننبّه على أمور:

منها أنه بناءًا على ما ذكرنا يمكن تمييز الحق من الحكم من نفس الدليل الدالّ على ثبوته في كثير من الموارد* ولا ينحصر التمييز بينهما بالإجماع كما توهم أو بغيره كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، مثلاً كلّ خيار ثبت بالنصوص الخاصة فظاهره كون الخيار سلطنة مجعولة لذي الخيار؛ لأن معناه أن أمر العقد بيده وهو ظاهر فيما ذكرناه.

فعلى هذا يكون مقتضى القاعدة أن يكون له العهد** على إسقاطه ونقله، فيشمله وجوب الوفاء به. نعم، لو قام الإجماع أو دليل آخر على أنه لا ينقل، فتخصص الآية به كما يظهر من المصنفﷺ دعوى عدم القابلية في المقام*** وتقدم شطر من الكلام فيه عند فسخ الوكيل في خيار المجلس.

وأما كلّ خيار ثبت بقاعدة الضرر فلا يأتي فيه هذا الوجه، لكون إسقاطه موجباً للسقوط، لكن نقول فيه: إنا ذكرنا في قاعدة الضرر أنها لا ترفع الضرر الذي لا مِنّة في رفعه. وعلى هذا لو رضي من يرد الضرر عليه بورود الضرر عليه بسقوط خياره فحينئذٍ نقول: لا مانع من التمسك بما دلّ على لزوم العقد من العموم، والأصل بعد أنه لا يجري قاعدة الضرر في مورد أسقط ذو الخيار خياره بمعنى أنه رضي بورود الضرر عليه؛ فافهم**** /٥٦٣/.

---

*) *في مسألة إرث حق الخيار يظهر بعض ما ينفع هنا، وذكر أن الخيار مطلقاً من قبيل الحقوق. (منه قدس سره).*

**) *ولا يحتاج إلى إثبات أن الناس مسلطون على حقوقهم، كما سيأتي. (منه قدس سره).*

***) *نقله إلى غير ذي الخيار ليوجب السقوط لا مانع فيه، كما لو اشترىٰ ما عليه من الدائن فيوجب السقوط من ذمّته؛ فتأمل. (منه قدس سره).*

****) *سيأتي توضيح المقام في مسقطات خيار الغبن وأن التمسك بالأصول اللفظية المقتضية للزوم مشكل، بخلاف الأصل العملي المقتضي للزوم بعد ما سقط استصحاب الخيار هنا من البين للمناقشة عليه في خصوص المقام، كما سيأتي ساير ما يتعلق بهذا المقام هناك ـ إن شاء الله ـ، لكن في إرث الخيار رجّحنا جواز التمسك بالعمومات أيضاً. (منه قدس سره).*

كلما ثبت حقّيّته تكفي العمومات في صحة العهد الواقع عليه من غير توقف على إثبات أن الناس مسلّطون عى حقوقهم أو شيء آخر

منها أن كلّ ما أثبتنا حقّيّته فيكفي نفس العمومات في صحة المعاهدة الواقعة على ذلك الحق في إسقاطه أو نقله، ولا يحتاج إلى إثبات أن الناس مسلّطون على حقوقهم مثل أنهم مسلّطون على أموالهم، بل لو ثبت ذلك وتمّت دلالته فهو دليل آخر، كما هو كذلك في العقود الواقعة على الأموال.

وتوضيح المقام أن ما تعلق العهد به لو كان مما يكون لذلك الشخص الذي عهد عليه فيعدّ عهده عند العرف عهداً، وتقدم أن حكم الشارع بجواز الفعل لمّا لم يكن لمن تعلق الحكم به، فليس عهده فيه عهداً عند العرف.

نعم؛ نفس الفعل والترك في هذا المقام أيضاً يكون لذلك الشخص، فيعدّ عهده فيهما عهداً عرفاً. ومقتضىٰ تعلق وجوب الوفاء بهذا العهد وجوب الفعل أو الترك كما في موارد النذر والعهد وغير ذلك.

وأما لو أعطى الشارع سلطنة فعل أو عين أو منفعة إلى الشخص ـ وقد عرفت أن فرق ذلك مع تجويز الفعل أو التصرف في العين والمنفعة في مقام الإعتبار بعد أن نفس السلطنة من قبيل الأحكام الوضعية كما تقدم ـ فهنا يعدّ جعل نفس هذه السلطنة لهذا الشخص في مقام الإعتبار، فيعدّ عهده فيها عهداً عرفاً، سواء تعلق العهد بسقوطه أو نقله أو غير ذلك، فيشمله عموم وجوب الوفاء بالعهد.

ومقتضىٰ ذلك صحة ذلك العهد كما أن العهد المتعلق بالأموال تسلّم صحته لذلك. وعلى هذا فصحة هذا العهد غير متوقف على إثبات أن الناس مسلطون على حقوقهم أو مسلّطون على أموالهم؛ بل لو تمّ ذلك وثبتت دلالته / ٥٦٤ / في المقام فهو بنفسه دليل آخر على الصحة.

ومن هنا ترىٰ الفقهاء أنهم تارة يتمسكون لصحة مثل البيع بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وتارة بقوله «الناس مسلطون على أموالهم»[1].

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع في أحاديث تتضمن شيئاً من أبواب الفقه ذكرها بعض

وبالجملة نحن ذكرنا في محله أن نفس ما دلّ على الحكم الوضعي يدلّ على ثبوت بعض الآثار له كما دلّ الملكية على جواز التصرف، وهنا ليس المدعىٰ أن صحة النقل والإسقاط من هذا القبيل بالنسبة إلى الحق المجعول، كما أن ما دلّ على ملكية الأعيان أيضاً لا يدلّ على صحة النقل وغيره.

وأيضاً لا يتوقف إثبات صحة النقل والإسقاط إلى دليل يدلّ على أن الناس مسلّطون على حقوقهم كما تقدم شرح ذلك؛ بل نقول: إن العهد الصوري يمكن تعلقه بكلّ واحد من الحكم والحق إلّا أن العرف لا يعدّ العهد المتعلق بالحكم عهداً كما تقدم، فلا تشمله العمومات.

وهذا بخلاف الحق، فإنه لما يكون شيءٌ ثابتاً لهذا الشخص، فيكون بمنزلة ماله كما تقدم. فالعهد المتعلق به في النقل والإسقاط يعدّ عهداً عند العرف أيضاً، فتشمله العمومات، فدليل الصحة العمومات بعد إحراز صغرى العهد ببيان تقدم، وتقدم أنه لا فرق في التمسك بالعموم بين المقام وغيره.

فيما يقال لعدم جواز التمسك بقوله: الصلح جائز[1]..اه، لجواز تعلق الصلح بكلّ حقّ دليل المجوّز له

ومنها أنه يظهر من جامع المقاصد[2] في أواسط كتاب الصلح أنه يتمسك لجواز (= لصحّة) الصلح على كل حق الّذي منه استحقاق الدعوىٰ فقط لا المال المدعىٰ بعموم قوله تعالى ﴿**أوفوا /٥٦٥/ بالعقود**﴾، ومدعاه حق في كلّ مورد أحرزنا صغرى الحق كما تقدم وإن لم يثبت صحة النقل والإسقاط.

وفي العناوين[3] عن الفقيه موسى ابن جعفر الغروي عدم جواز الصلح إلّا على ما يقبل الإسقاط من الحقوق، وأن مراده أن الصلح ليس متبرعاً، وأنه لا يصح الصلح على حق لم

الأصحاب في بعض كتبه، ح ٩٩.

١) الكافي ٢٥٩/٥، ح ٥؛ وتجده في مصادر العامة كالسنن الكبرىٰ ٦٥/٦.

٢) جامع المقاصد ٤٤٤/٥ ش.

٣) العناوين الفقهية ٢٢٧/٢.

يثبت جواز إسقاطه بغيره، وأن منشأ الخلاف أن عموم ما دلّ على أن «الصلح جائز بين المسلمين إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[١] يشمل مثل ذلك أم لا؟

ثمّ يرجّح الشمول بناءًا على أن الصلح أمر عرفيّ، وهو قطع النزاع أو إسقاط المطالبات أو تمليك ما يقصد تمليكه من الأعيان والمنافع.

ثمّ يدّعي التعميم إما لأن الحكم بالجواز على طبيعة الصلح ويسري إلى الأفراد، ولاسيّما أن حذف المتعلق يفيد العموم، وإما لأن المراد وإن كان هو الفرد لكن لمّا لم يكن معيّناً فيثبت العموم بمقدمات الحكمة من غير فرق بين أن يكون المراد من الجائز هو الجواز التكليفي أو الوضعي، ثمّ يتصدىٰ لإثبات أن الإستثناء بقوله «إلّا ما أحلّ» ..اه غير مضرٍّ بالعموم.

ونحن نقول: إنا ذكرنا عند تعريف البيع وفاقاً للمصنفﷺ أن الصلح ليس معناه مختلفاً في الموارد فيكون مشتركاً لفظياً نظير ما نقل عن الشافعي من أن الصلح ليس عقداً[٢] /٥٦٦/ برأسه، بل فرع لواحد من العقود الخمسة؛ نظراً إلى أنه في كل مورد يقصد منه معنى واحد من العقود.

ومنه أورد عليه بأنه على هذا يكون البيع أيضاً غير واقع لعدم وقوعه بلفظ الصلح، بل الصلح معناه شيء واحد في تمام الموارد، وهو التسالم واختلاف المفاد لاختلاف متعلقه، حيث إن الصلح على عين بعوض تسالم عليه، فيفيد فائدة البيع حيث تضمن التمليك بعوض، وهكذا في غير هذا الفرض.

ثمّ إن في معنى التسالم وإن كان إشعاراً بسبق النزاع، بل أصل شرعيته أيضاً لقطع النزاع، لكن الأخير من قبيل الحكمة لا يلزم اطراده كالمشقة للقصر في السفر والإشعار غير مراد كما في الجواهر[٣]، بل المراد إنشاء التراضي بما تسالما عليه، يعني أن الغرض من إنشاء التسالم ذلك، وعدم دلالة الأخبار على صحته بهذا المعنىٰ غير مضرٍّ بعد الإجماع وعموم ﴿**أوفوا بالعقود**﴾.

---

١) الكافي ٤١٣/٧، باب أدب الحكم، ح ١، و فيه: «إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».
٢) راجع: شرائع الاسلام ٣٦٧/٢ ح.
٣) جواهر الكلام ٢٢٢/١٤.

وتفصيله في محله.

في أن التمسك بقوله «جائز» ..اه لجواز تعلق الصلح بكلّ حقّ لا مانع فيه مع قطع النظر عن الاستثناء المتصل فيه

وإذا عرفت أن الصلح معناه التسالم أو التصفح، فنقول: إمضاء الصلح وتجويزه على نحو الإطلاق إمضاء له بأيّ شيء تعلق، لكن من الواضح أن التعميم يكون بمقدمات الحكمة، فلا يعمّ للصلح على ما لا يكون للمصالح كمال الغير أو الحكم الشرعي رفعاً ونقلاً؛ لأن حكم العقل قرينة، فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم حيث إنها تتوقف على أن لا يكون بيان بوجه من الوجوه، بل لا يكون ما يكون له قابلية للبيان في البين، فلا يجوز التمسك في مورد يكون الأمر مردّداً بين الحق والحكم لكون الشبهة مصداقية.

إن قلت: إن مجرد إحراز كون شيء حقّاً أيضاً كحق الخيار ـ كما تقدم ـ لا يصير /٥٦٧/ منشأً للقول بشمول العموم له؛ لما سيأتي أن بعض الحقوق غير قابل للإسقاط وإن كان يورث، أو لا يقبل النقل ولو كان قابلاً للإسقاط.

قلت: أولاً قد تقدم عند التمسك بالآية أن القابلية العقلية موجودة في جميع الحقوق لإمكان ترتيب الآثار للنقل والإسقاط كما في سائر الموارد. وعلى هذا فما ثبت فيه عدم جواز النقل أو الإسقاط لمخصص شرعي.

وثانياً لو ثبت على ما ذكرت من عدم الشمول إلّا فيما يقبل النقل فذلك يوجب الإجمال المنافي لإطلاق «الصلح جائز ..»اه.

وأما ما قلنا من عدم شموله للحكم الذي ليس أمره بيد المصالح وأنه ليس له، فلا يوجب الإجمال، لكن في الحقيقة مرجع هذا أيضاً إلى الوجه الأول من أن المخصص هنا لما يكون شرعياً، فاعتباره يوجب الإجمال المنافي للإطلاق.

وانتظر تتميماً لذلك في مابعد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

ثمّ إنه يكون إشكال في التمسك بقوله «الصلح جائز» ..اه من جهة أن له استثناء بما لم

يحلّ[١] حراماً أو يحرّم حلالاً، وهو مجمل. وإجمال المخصص المتصل يوجب إجمال العام.

وهنا نقول: إنه تقدم عند اشتراط عدم الخيار أن الحكم بالحلية مثلاً لو كان ثابتاً على نحو الإطلاق واقعاً سواء وقع الصلح أو الشرط على تركه مثلاً فهنا لو تعلق الصلح على ترك ذلك الفعل فيكون الصلح من المحرِّم للحلال كما أنه لو كان الحكم بالحرمة ثابتاً كذلك الفعل فالصلح أو الشرط على فعله يكون من المحلِّل للحرام.

وأما لو كان الحكم بالحلية /٥٦٨/ ثابتاً في الواقع مقيداً بأن لا يقع الصلح على تركه فليس الصلح الواقع على تركه من الصلح المحرّم للحلال، وهكذا بالنسبة إلى ما ثبتت حرمته.

وإنما الاشكال في تعيين الصغرىٰ من أنه أيّ حكم ثبت مقيداً وأيّ حكم ثبت على نحو الإطلاق؟

وسيأتي الكلام فيه في باب الشروط -إن شاء الله-.

ولكن هنا نقول: إنه لو ثبت الحكم بالحلية مثلاً في مورد ولم يعين أنه على نحو الإطلاق أم يكون مقيداً، فهنا لو وقع الصلح على ترك ذلك الفعل مثلاً فلا يجوز التمسك لصحة هذا الصلح بقوله «**الصلح جائز بين المسلمين**[٢]» ..اه؛ لأن الشك في مصداق المخصص، ولا يجوز التمسك بالعام له حتى على القول بجواز التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية؛ لأن المخصص هنا يكون متصلاً ولم ينعقد ظهور للعام في مثل هذا الفرد.

نعم؛ بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ نقول: لو دلّ دليل على إباحته وتعلق العهد على تركه بنذر أو غيره، فهنا وإن يقع التعارض بين ما دلّ على الإباحة وما دلّ على وجوب الوفاء بهذا العهد، إلّا أنه تقدم عند شرط عدم الخيار أن مقتضى الجمع هو تقدم قوله تعالىٰ ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وأن أدلة العناوين الثانوية مثل أمر الوالدين والوفاء بالعهد إلى غير ذلك مقدَّم على أدلة العناوين الأولية.

---

١) كذا، والظاهر: يحلّل.

٢) من لايحضره الفقيه ٣/٢٠، ح ٥٢؛ وانظره في مصادر العامة كسنن الدارقطني ٣/٢٧.

نعم؛ لو تعلق العهد على ترك الواجب أو فعل الحرام فلا يقدّم وجوب الوفاء بالعهد على ما دلّ على الحرمة /٥٦٩/ والوجوب لبُعد حمل دليلهما على أن المراد أن هنا مقتضى الوجوب والحرمة وأن وجوب الوفاء بالنذر من قبيل المانع، فلذا يقدّم عليه.

ومما ذكرنا ظهر أن ما ذكره المصنفﷺ في باب الشروط من التفصيل بين الوجوب والحرمة وبين سائر الأحكام يمكن صحة التفصيل بالنظر إلى التمسك بالآية، لا بالنظر إلى التمسك إلى قوله «**المسلمون عندشروطهم**»[1] ..اه وقوله «**الصلح جائز**» ..اه.

في أن الحق إذا جعل مقيداً لا ينتقل بصلح وغيره وفي الولاية في الأوقاف والوصية لا ينتقل مطلقاً ما لم يصرّح وهو أيضاً ليس بنقل

ومنها أنه بعد ما تقدم من أن مقتضىٰ القاعدة صحة التمسك بالآية لنقل ما ثبت كونه حقاً بالصلح وغيره، وعرفت أن تشخيص الحق ممكن في كثير من الموارد فنقول: إن ما ذكرناه لا يجري في حق شُرط أن يكون استيفاؤه من شخص خاص كأن يجعل لا بنظر شخص آخر أو أنه بجعل الخيار في عقد لشخص مقيداً بأن يكون فسخه لو فسخ بلسانه أو بقيد آخر لا يتجاوز عنه، فهنا نقول: إن صلح هذا الحق غير جائز لأن دليل صحة الصلح هنا كما تقدم وجهه لابدّ من أن يكون قوله تعالى ﴿**أوفوابالعقود**[2]﴾ الذي كان مفاده وجوب الوفاء بالعهد على نقل ذلك الحق وهذا منافٍ لوجوب الوفاء بالشرط الذي كان مقتضاه كون هذا الحق مقيداً غير متجاوز عن هذا الشخص من غير فرق بين أن يكون دليل صحة هذا المقيد أولاً هو قوله تعالى ﴿**أوفوابالعقود**﴾ أو قوله «المسلمون عند شروطهم»؛ بل مثل هذا الحق لا يورث أيضاً لأنه بعد صيرورته مقيداً بقيد لا يتجاوز /٥٧٠/ عن خصوص الشخص، فلا يصدق بعد موته أنه مما تركه هذا الشخص حتى يشمله ما تركه الميت، فهو لوارثه.

والسرّ في ذلك أن الحق بواسطة الشرط يصير محدوداً فيسقط عن قابلية النقل إلى الغير،

---

١) الكافي ١٨٨/٦، باب المكاتب، ج ١٣.

٢) المائدة: ١.

ومنه يجوز أن يقال بوجه آخر لعدم صحة نقله إلى الغير بالصلح ونحوه: لأنه بَعُد بعد سقوطه عن قابليته، فتعلق العهد على نقله إلى الغير لا يسمىٰ عهداً في العرف حتى يشمله عموم «أوفوا بالعقود» كما تقدم نظيره في المعاهدة على نقل ما يكون حكماً وليس بحق.

وقد تقدم أن دليل صحة مثل هذا الصلح منحصر بمثل هذه الآية، وهو لا يشمل هذا الفرض؛ بل في خصوص الولاية الثابتة في الأوقاف بجعل الواقف والولاية الثابتة للوصي بجعل الموصي نقول: لولم تكن الولاية مقيدة بقيد سبق ذكره؛ بل جعل الولاية لشخص من غير قيد أيضاً لا ينتقل إلى الغير؛ لأن «**الوقوف على حسب ما يوقفها**[1]» وتبديل الوصية حرام لقوله تعالى ﴿**فمن بدّله**﴾[2] الآية.

ومن هنا قال في الجواهر[3] في بحث الناظر للوقف: إن لخصوص الوقف والوصية خصوصيةً من أنه لو قلنا بسقوط النظارة بالفسق وكذا ولاية الوصي، فنقول: إنه يعود بعد عود العدالة، وإن يمكن المناقشة في كلام الجواهر هناك، لكن ما نحن فيه لا يقبل المناقشة.

وممّا ذكرنا ظهر ما في كلام صاحب العناوين حيث إنه جعل الولاية على الأوقاف وشبهها من الحقوق التي يبتنى صحة نقلها على القول بأن الأصل في الحقوق جواز نقلها وإسقاطها بالصلح، كما أن في بعض أمثلتها الأخرىٰ أيضاً نظر[اً] كحق الأبوة.

فيما نقله عن بعض في الفرق بين الحق والحكم[4] وبيان فساده

ومنها في بيان ما قالوا في بيان الفرق بين الحق والحكم، فنقول: قد نقلت في بعض تعليقاتي على المكاسب عن بعض الأساتيد أنه قال: قد ورد لفظ الحق في بعض الأخبار، فلابدّ من تعيين المعنى العرفي له، فنقول: كلّ مورد استفدنا من دليله أن السلطنة الثابتة تكون للشخص فنقول: إن أهل العرف يسمّونه بالحقّ، وكلّ مورد استفدنا من الدليل أن السلطنة من

---

١) تذكرة الفقهاء ٤٣٥/٢.

٢) البقرة: ١٨١.

٣) جواهر الكلام ٢٤/٢٨.

٤) راجع: حاشية المكاسب ١٦٠/١.

آثار الموضوع الكلي وأن ثبوته للشخص لاندراجه في الكلي، فنقول: إن أهل /٥٧١/ العرف يسمّونه بالحكم.

ولا يخفىٰ أنه يلوح ذلك أيضاً من عبارة المصنف ﷺ في بيع الفضولي عند تعرضه لبيان أن حق الإجازة في الفضولي يورث أم لا؟

فيما نقل في الفرق بين الحق والحكم وما هو التحقيق

هذا؛ ولكن نحن ناقشنا هناك على ذلك:

أولاً بأن هذا الميزان يكون مشتبهاً، لأنه في كلّ مورد فرض يجوز أن يقال: إنه من هذا القبيل أو ذاك القبيل.

وثانياً أن الحكم في جميع الموارد يكون للأشخاص؛ لأنه لا معنى لثبوت الحكم للكلّي من حيث إنه كلّي.

نعم؛ يمكن أن تكون خصوصيات الأفراد ملحوظة، وأن لا تكون ملحوظة إلّا أن إثبات تعيين ذلك بالنسبة إلى من ثبت له الحكم مشكل أو غير ممكن.

ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه هنا غير منافٍ لما قلناه في استصحاب الشرايع السابقة من أن الأحكام تكون ثابتة للعناوين لا الأشخاص؛ لأن ما ذكرناه هناك مرجعه إلى المسامحة في موضوع المستصحب.

وثالثاً نقول: إن الغرض في المقام إثبات آثار الحق من النقل والسقوط والتوريث ولم يقم بعد دليل على ثبوت هذه الآثار لما يطلق الحق عليه عرفاً حتى تعيّن مصداقه بما ذكرت، فترتب الآثار أو مجرد* إطلاق لفظ الحق على بعض الأحكام في الأخبار غير منتجٍ لشيء حتى أنه في خصوص الحكم الشخصي الذي أطلق لفظ الحق عليه في الأخبار لا يعلم ترتب هذه الآثار عليه بمجرد إطلاق الحق، كيف ولا ملازمة عند العرف أيضاً في إطلاق لفظ الحق

---

*) *سيأتي في مسألة إرث حق الخيار أن إطلاق لفظ الحق من الشارع على حكم نافع في إثبات المقصود من جهة أخرىٰ. (منه قدس سره).*

على حكمٍ مع ترتّب هذه الآثار عليه؛ لأن أهل العرف يطلقون لفظ الحق على سلطنة الزوج على زوجته، مع أنها ليست قابلة لشيء منها، وعلى حق المضاجعة مع أنه ليس قابلاً لأن يورث /٥٧٢/ وإن كان قابلاً للنقل، وعلى حق الشفعة مع أنه ليس قابلاً للنقل بالصلح وشبهه وإن يورث، وعلى حق التحجير القابل للإرث والإسقاط والنقل*.

ثمّ إنا نقلنا في مسألة أن «**الإجازة حكم حتى لا تورث**»، أو «**إنه حق حتى تورث**[1]» عن الأستاذ﵀ أنه قال في ردّ المصنف﵀: إن التميز بين الحق والحكم غير ممكن لنا؛ إذ نحن لا نفهم الفرق بين جواز التصرف للواهب وبين جواز التصرف لذي الخيار مع أن الأول حكم لا يورث والثاني حق يورث.

وعلى هذا نقول: إنه إذا حكم الشارع بجواز عمل الشخص فحينئذٍ لو قام دليل معتبر على أن هذا الحكم بجواز التصرف لهذا الشخص يصير إرثاً أو أنه يسقط بإسقاطه أو ينتقل إذا نقل، فنحن نسمّي هذا الحكم حقاً كما أنه لو ثبت أنه ليس قابلاً لشيء منها فنسمّيه بالحكم، ولا نفهم حقيقة الحق والحكم حتى نعين شيئاً منهما من دون أن يقوم عليه دليل شرعي، فتعيين كلّ منهما إما بالإجماع أو قيام دليل آخر، وإلّا فالمرجع القواعد والأصول من عدم الإسقاط والنقل وغيرهما.

إن قلت: إن الشيخ﵀ يكون مدعاه أن الإجازة من قبيل جواز تصرف المالك في ملكه، وهو كجواز له أن يبيع ويتصرف، حكم.

قلت: من الممكن أن يكون جواز تصرف المالك في ملكه أيضاً من قبيل الحقوق، فإذا مات يورث بوارثه شيئين: أحدهما نفس العين والثاني** جواز التصرف فيها؛ إنتهىٰ.

---

*) ***لا يخفىٰ أنه في الإرث أن ما تركه الميت من حقٍ لوارثه، ولا مانع فيه من أن يقال بأن كلّ ما يطلق عليه الحق عرفاً يصير موروثاً إلّا ما ثبت خروجه بالدليل كما نشير إلى ذلك في المسقط الأول من مسقطات خيار الغبن. وكلّ ما ثبت أنه يصير موروثاً يثبت له أنه يجوز إسقاطه أو نقله إذا علمت الملازمة بينهما أو بين اثنين منهما. (منه قدس سره).***

١) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ١٨٧/٢.

) ***جواز تصرف المالك في ملكه من آثار ملكية العين، فينتقل العين ويثبت آثاره، ونفس جواز التصرف لا يقبل النقل. (منه قدس سره).*

في ما هو التحقيق في الفرق بين الحق والحكم وحكم الشك

أقول: قد تقدم أنا قلنا بمجعولية الحكم الوضعي في مثل الملكية وشبهه. وقلنا: إنه فرق بين إعطاء سلطنة العين أو الفعل إلى الشخص وبين الحكم له بجواز التصرف، والفرق بينهما اعتباريّ كما أن الحكم الوضعي والتكليفي بلحاظ إنشائه ليس إلّا أمر[اً] اعتباري[اً].

وفي الأول إذا تعلق العهد بسقوطه أو نقله يتحقق عنوان العهد في نظر العرف حقيقة فيشمله قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ /٥٧٣/ وفي الثاني لمّا لم يكن الحكم بجواز التصرف مما يعدّ أنه لهذا الشخص بل يكون أمره بيد الحاكم، فنعهده مما لا يطلق عليه العهد عرفاً وكذا لا يطلق على الثاني أنه مما تركه الميت من حق، بخلاف ما كان من قبيل الأول.

وعلى هذا فبعد إحراز أن المجعول من قبيل الأول، لو ثبت عدم جواز النقل مثلاً فنقول: إن ذلك تخصص شرعي للآية؛ فافهم.

كما أنه عدم إمكان تعيين كثير من الموارد أنه من قبيل الأول أو الثاني غير مضرٍّ بما ذكرناه، غاية الأمر أنه يرجع فيها إلى الأصول والقواعد، وتعرّضنا سابقاً أن بعض الحقوق يكون بمثل الحكم؛ فراجع.

في أن الإسقاط يتحقق بكلّ ما دلّ على الإسقاط

المقام الثاني في بيان أنه بعد ما قلنا من أن الخيار يسقط بالإسقاط فهل يشترط في الإسقاط لفظ خاص أو أنه يتحقق بكلّ لفظ، بل بالفعل أيضاً إذا كشف عن الرضاء بطريق القطع أيضاً حيث إن ظهور الفعل ليس بحجة كما تعرضنا له في نظير المقام في باب الفضولي

فنقول: استدلّ المصنف رحمه الله على كفاية كلّ لفظ دلّ على الإسقاط والرضاء بالسقوط أولاً بما ورد في الصحيح من كون التصرف موجباً لسقوط الخيار معللاً بأنه رضي بالبيع[1]، وتقدم منّا في المقام الأول تقريب دلالته، وأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون المراد من قوله عليه السلام

---

١) كتاب المكاسب ٦١/٥.

«فذلك رضى منه»[١] أن التصرف بمثل الرضاء يكون موجباً للسقوط أو يكون هذا من قبيل بيان العلة؛ لأنه يسقط الخيار بالتصرف بأن يكون من باب ذكر علة الجزاء توطئة لذكر الجزاء وذكر الفاء الجزائية فيه /٥٧٤/ يكون من باب أنه توطئةً لذكر الجزاء، كما فصّلناه في محله.

وعلى الأول يدلّ على أن مطلق التصرف أيضاً يكون موجباً للسقوط.

وثانياً بفحوىٰ ما دلّ على كفاية بعض الأفعال في إجازة الفضولي.

وفيه: أنه بعد تمامية ذلك في محله إجرائه في المقام قياس.

وثالثاً يصدق الإسقاط بعد ما تقدم أن الناس مسلّطون على إسقاط حقوقهم كما أنهم مسلّطون على أموالهم.

وفيه: أولاً أن التمسك بصدق الإسقاط مبنيٌّ على أن يكون من الشرع تعبير بأن الخيار يسقط بالإسقاط حتى نقول: إنه صادق على فلان.

وثانياً: قد تقدم فساد التمسك بقوله «**الناس مسلطون على أموالهم**»[٢] على أنهم مسلطون على حقوقهم.

وثالثاً: أن المصنفﷺ تسلّم في باب المعاطاة أن قوله «**الناس**» ..اه ليس مشرعاً للأسباب، فلا يقتضي صحة المعاطاة ولا كفاية الصيغة الفارسية؛ لأنه ليس له إطلاق بالنسبة إلى أنحاء التصرف التي يريد أن يخترعها المالك، وإنما يدلّ على السلطنة في الأنحاء التي جعلها الشارع؛ فراجع.

ثمّ إن المصنفﷺ ذكر في آخر كلامه أنه لو [أ]سقط أحدهما خياره ورضي الآخر يسقط خيارهما، وهو يتمّ على الوجه الأول الذي مقتضاه كفاية كلّ كاشف عن الرضاء في الإسقاط.

ثمّ لا يخفىٰ أنه بناءًا على الوجه الأخير الذي قلنا في المقام السابق لكون الإسقاط موجباً للسقوط من صدق العهد /٥٧٥/ وشمول ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وغيره من العمومات. فمقتضى القاعدة كفاية كلّ ما يصدق عليه العهد من الألفاظ بل الفعل أيضاً.

---

١) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٢.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع في أحاديث تتضمن شيئاً من أبواب الفقه ذكرها بعض الأصحاب في بعض كتبه، ح ٩٩.

ومنه قلنا بكفاية كلّ لفظ في تحقق الفسخ والرجوع والإبراء وغيرها من الإيقاعات إلّا ما ثبت فيه خصوصية كالطلاق، فعليك بمراجعة ما كتبته في بيع الفضولي عند البحث عن الإجازة وعند البحث عن الردّ وعند التعرض لشرايط صيغ العقود في باب المعاطاة.

في الإشارة إلى ما ذكره المصنفﷺ من أنه لو قال أحدهما للآخر «إختر» ففسخ أو أمضىٰ أو سكت الآخر

قوله: مسألة، لو قال أحدهما[1] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ أن المصنفﷺ في آخر كلامه يدعي أنه يظهر من باب الطلاق أن لفظ «اختر» كان في العرف السابق لتمليك الأمر للمخاطب أمر الشيء، ويبتنى سقوط خيار الأمر على تمامية ذلك، وأنه عليه يحمل الخبر المنقول «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا**»[2] أو يقول أحدهما للآخر: «إختر».

ونحن نقول: وليعلم **أولاً** أن الخبر المذكور كما في الجواهر[3] ليس من طرقنا[4] وليس معمولاً به أيضاً.

وثانياً أن كون لفظ «إختر» في الزمان السابق ظاهراً في تمليك أمر الشيء دون زماننا على تسليمه لا ينفع لزماننا حيث ليس ظاهراً في هذا الزمان لتمليك أمر الشيء ليؤخذ بظاهره ويلزم المتكلم به، وكونه في الزمان السابق ظاهراً في ذلك غير نافع بالنسبة إلى زماننا الذي ليس كذلك على ما فرضه المصنفﷺ.

هذا؛ مع أن ما ذكره من اختلاف معنى «إختر» في زماننا مع الزمان /٥٧٦/ السابق يكون من جملة الغرائب. ونظره إلى ما ورد في الطلاق من أنه لو أمر الزوج بالزوجة باختيار البقاء أو

---

١) كتاب المكاسب ٦٣/٥.

٢) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٦.

٣) جواهر الكلام ١٦/٢٣.

٤) نقله من العامة: مسند أحمد ٧٣/٢؛ صحيح البخاري ١٧/٣.

عدم البقاء فاختارت عدم[١] بقاء الزوجية، يصير طلاقاً كما أنه في حقّ النبي ﷺ كان ذلك موجباً لزوال علقة الزوجية، ويقول العامة بذلك في حق غير النبي ﷺ أيضاً.

ونحن نقول لرفع الغموض في المقام: إنا قلنا في محله: إن صيغة الأمر موضوع لطلب الفعل والبعث إليه، وهو أمر اعتباري ولكنه كاشف عن إرادة المتكلم للفعل المطلوب عن المأمور وإن اللفظ حجة في ثبوت هذه الإرادة كحجية الألفاظ في الكشف عن المعاني، والتفصيل في محله.

وعلى هذا نقول: إن قول المتكلم للمخاطب «إختر» بالنسبة إلى اختيار شيء يدلّ على أن المتكلم تعلقت إرادته بأن يختار المخاطب أحد طرفي ذلك الشيء، ولكن لا يدلّ على سلب الإختيار عن نفسه مادام الموضوع باقياً، فلا يدلّ على زوال خيار نفسه مادام العقد باقياً كما أنه في باب الطلاق لا يدلّ على سلب الإختيار عن نفسه مادامت علقة الزوجية باقية.

في أنه مجرد قوله «إختر» لا يقتضي سقوط خياره

ثمّ إنه إذا كان ثبوت الإختيار للمخاطب متوقفاً على إرادة المتكلم ذلك منه كما في باب الطلاق، فيتحقق الإختيار للمخاطب من دون أن يسلب اختيار المتكلم مادام الموضوع باقياً. وأما في خيار المجلس فلا ينفع ذلك أيضاً حيث إنه كان في الخيار ثابتاً للمخاطب المأمور بدون /٥٧٧/ الأمر أيضاً.

إن قلت: إذا فرضنا في المقام أن الطرف المقابل أعني المأمور اختار بقاء العقد ولزومه والمفروض أن الأمر تعلق إرادته باختيار المخاطب، فلابدّ أن يسقط الخيار من الطرفين كما ينقل ذلك في الجواهر عن بعض، بل يلوح من العبارة التي نقلها هناك عن المختلف[٢] أيضاً ذلك حيث حمل الخبر المتقدم على إرادة المخاطب اللزوم.

---

١) لفظة «عدم» مكّررة في المخطوطة.

٢) مختلف الشيعة ٦٢/٥.

قلت: لو قلنا: إن سقوط الخيار بالإسقاط يتوقف على الإنشاء ليتحقق عنوان العهد فيشمله الأمر بالوفاء، فمجرد الكشف عن الإرادة غير نافع.

وأما لو قلنا: إن مجرد الرضاء باللزوم أعني البقاء كافٍ في سقوط الخيار، كما تقدم استظهار ذلك من الخبر الصحيح المعلل لكون التصرف موجباً للسقوط ـ كما تقدم تفصيله ـ فحينئذٍ نقول أيضاً: يمكن منع كون قوله «إختر» موجباً لسقوط خياره؛ نظراً إلى أن في خصوص هذا المقام قرينة على أن ليس الغرض من الأمر إرادة ما يختاره المأمور، بل غرضه تعيين ما يريده الطرف المقابل الذي كان الخيار ثابتاً له أيضاً لزوال تزلزله من قِبل الطرف المقابل.

في بعض الفروض المتصورة فيما لو قال أحدهما للآخر: إختر

والحاصل أنه بعد احتفاف هذه القرينة باللفظ ليس ظهور في لفظ الأمر لتعلق إرادة الأمر بما يختاره المأمور.

/٥٧٨/ وعلى كلّ حال؛ لو قصد من قوله «اختر» تمليك خياره بالآخر، ففي الجواهر[1] عن التذكرة[2]: إنه يسقط خياره ولو سكت الآخر أيضاً، كما أنه لو قصد منه التفويض سقط مع الإمضاء دون السكوت. وأيضاً لو قصد استكشاف حال الآخر لم يسقط رأساً.

والأول لعلّه مبنيّ على عدم اشتراط القبول في تمليك الخيار وعدم اشتراط لفظ خاص فيه أو أن المرجع التمليك إلى إسقاط الخيار.

ولعلّ الدليل شمول ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لمثل هذا التمليك.

نعم، تقدم أن قوله «اختر» لا يدلّ بنفسه عليه ولا على الرضاء بالعقد مع سكوت الآخر حتى يشمله ما دلّ على كفاية الرضاء ببقاء العقد لما تقدم من ظهور الأمر بالتخيير في استكشاف حال الآخر ورفع التزلزل من قبله.

---

١) جواهر الكلام ١٧/٢٣.

٢) تذكرة الفقهاء ٣٢/١١.

وأما على الثاني فبعد فرض أن الآخر يختار بقاء العقد يدلّ على الرضاء بـبقاء العـقد، فيسقط خياره كما تقدم.

هذا كلّه من جهة المتكلم، وأما بالنسبة إلى الآخر فلو فرضنا أنه سكت فلا يسقط خياره؛ لأن السكوت أعمّ من الرضاء، وليس المقام مثل سكوت الباكرة في النكاح حيث يقولون: إن سكوتها[1] يدلّ على الرضاء بالنكاح لكون سكوتها للاستحياء، كما لا يخفىٰ على فـرض تسليمه في تلك المقام؛ فافهم.

في أن الإفتراق يلزم البيع ولولا للرضاء بل سهواً أو لسائر الأغراض وأن المدار على ما يسمّىٰ افتراقاً

قوله: مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق.. اه.

أقول: بعد افتراقهما حين العقد لا إشكال أن المراد افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حال العقد.

ثمّ إن اطلاق قوله «**فإذا افترقا وجب البيع**[2]» مضافاً إلى إطلاق المـفهوم الثـابت لقـوله «**البيّعان بالخيار ما لم يـفترقا**» يقتضي عدم الفرق بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين أو الناسين للبيع أو الخيار والإفتراق لغرض آخر كما لا يخفىٰ.

وما ورد في صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام: «**بايعت رجـلاً فـلما بـايعته قـمت فـمشيت خطاً، ثمّ رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا**[3]» /٥٧٩/ وكذا ما ورد شبه ذلك فـي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام، لا يدلّان على حصر سقوط الخيار بما لو كـان الإفـتراق لغرض لزوم البيع حتى يوجب ذلك رفع اليد عن الإطلاق.

وفي الجواهر[4] عن صاحب الحدايق اعتبار ذلك، وتوهّم صاحب الحدائق في غير محله.

---

١) للمخطوطة: سكوته.

٢) الكافي ٥/١٧٠ ـ ١٧١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٧.

٣) الكافي ٥/١٧١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٨.

٤) جواهر الكلام ٣٣/١٦.

ثمّ إن الاطلاق المزبور يقتضي التعميم بصورة لا يدلّ الإفتراق على الرضاء ببقاء البيع.

نعم؛ في صحيح الفضيل: «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما**[1]» والمصنفﷺ يقول: إن الظاهر منه اعتبار ذلك، ونحن نقول: بعد أنا لم نَرَ من يقول بذلك: إنا نمنع الظهور أيضاً لإمكان أن يكون المراد بعد الرضاء منهما بأصل البيع أولاً* لا بقائه.

ويؤيده إطلاق «**ما لم يفترقا**» في هذا الخبر. وكون قوله «**فلا خيار**» ..اه تفريعاً على ما ذكره أولاً من قوله «**ما لم يفترقا**».

ونحن في بعض الموارد مثل ما ورد من كون التصرف موجباً لسقوط الخيار معلّلاً بأنه رضىً منه، قلنا: إن المراد هو الرضاء ببقاء العقد حيث إن الرضاء بنفس العقد كان حاصلاً أولاً قبل التصرف، ولا يوجب سقوط الخيار ومثل هذه القرينة ليس في هذا الخبر.

وعلى هذا لا مانع من التمسك بإطلاق سائر الأخبار لكفاية مجرد الإفتراق في سقوط الخيار ولولم يكن للرضاء ببقاء البيع أبداً.

في حدّ الإفتراق وأن حركة واحد إلى غير جانب الآخر كافٍ

ثمّ إنه بقي الكلام في بيان حدّ الإفتراق الموجب لسقوط الخيار وأنه يكفي بحركة واحد منهما ولو كان الآخر ساكناً وأنه إذا تحرك أحدهما فلابدّ من أن يصاحبه الآخر لئلا يتفق افتراق / ٥٨٠ / الأبدان، فيوجب سقوط الخيار.

أما الأول فنقول: لابدّ من أن يكون مسمّىٰ الإفتراق كافياً؛ أخذاً بالمعنى العرفي للإفتراق بعد عدم ثبوت الحقيقة الشرعية له. فما ورد في بعض العبارات من كفاية الخطوة لابدّ أن

---

١) الكافي ٥/ ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٦.

*) ***كما يشهد عليه أن في هذا الخبر اعتبر الرضاء منهما مع أن من المسلّم عند المصنف كفاية أن يبعد أحدهما عن الآخر، ولا يقبل ذلك مع أنه لا يدلّ على الرضاء منهما، بل لا دلالة في الإفتراق على الرضاء ببقاء العقد ولزومه بوجه من الوجوه. (منه قدس سره).***

يكون من باب المثال، بل يكتفي بأقلّ من الخطوة بما يسمىٰ افتراقاً عرفاً[١]. ولا يكفي القليل الملحق بالمعدوم الذي لا يسمىٰ افتراقاً عرفاً.

نعم؛ ينقل المصنفﷺ التأمل في كفاية الخطوة لانصراف الإطلاق إلى أزيد منه فيستصحب الخيار. ومرجع دعواه إلى أن الإفتراق عرفاً غير صادق بالافتراق بحدّ الخطوة أو الأقلّ منها.

ويؤيده الصحيح السابق المنقول عن ابن مسلم من أنه مشى خطاً لأجل سقوط خيار المجلس، ولكن فيه أنه ليس في الخبر ما يدلّ على حصر المسقط بمقدار ما مشاه، ونمنع عدم صدق الإفتراق عرفاً بالخطوة؛ بل وبأقلّ منها أيضاً.

ثمّ إنه ينقل المصنفﷺ عن بعضٍ اعتبار أن يكون الإفتراق بمقدار الخطوة، فلو كان نظره إلى تمثيل كثير من العلماء بالخطوة فليس بشيء، ولو كان نظره إلى مثل صحيح الحلبي[٢] وصحيح ابن مسلم، فلا دلالة فيهما على الخطوة، وعلى الفرض لا دلالة فيهما على حصر المسقط بها.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما ينقله في الجواهر[٣] عن الرياض[٤] من أنه لولا المعتبرة المستفيضة التي منها صحيح الخطي[٥]، لأشكل إثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة بإطلاق مفهوم نصوص الإفتراق لاختصاصها بحكم التبادر بالافتراق المعتدّ به الغير / ٥٨١ / الصادق بنحو الخطوة عرفاً وعادة، إنتهىٰ.

وجه الفساد أنك عرفت عدم دلالة الصحيح الخطي وغيره على كفاية الخطوة، وعرفت أن الإفتراق صادق على الخطوة، بل بأقلّ منها أيضاً.

ثمّ على كلّ حال قد عرفت أن المقدار القليل من الإفتراق الذي يلحق بالمعدوم لا يعدّ

---

١) راجع: مصباح الفقاهة ١٦٦/٤.

٢) الوسائل، باب ٢ من أبواب الخيار، ح ١، ٣.

٣) جواهر الكلام ١٣/٢٣.

٤) رياض المسائل ١٧٩/٨.

٥) الوسائل، باب ٢ من أبواب الخيار ح ٣.

افتراقاً عرفاً، فلا يكفي في مسقطيته للخيار.

وعلى هذا فلو شككنا في كون مثل هذا مسقطاً للخيار أو علمنا بأن ما يلحق بالمعدوم ليس مسقطاً لكن شككنا، ففي مورد الشك يكون المرجع أصالة بقاء الخيار، وكون الاستصحاب مع الشك في المقتضي غير مضرٍّ كما أن هذا الاستصحاب لا يصير تعليقياً، وهنا مورد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا مورد التمسك بالعموم كما تقدم تفصيل ذلك كلّه في مسألة أصالة اللزوم.

وأما الثاني؛ أعني حصول الإفتراق المسقِط بمجرد حركة أحدهما في غير جانب الآخر بحدٍّ يسمّىٰ افتراقاً، فلا إشكال في كفايته كما يدلّ عليه ما دلّ من الأخبار من شراء الإمام عليه السلام كصحيح ابن مسلم وصحيح الحلبي حيث إن الظاهر منهما أن الإمام حرّك وكان الطرف المقابل ساكناً، وإنما الكلام في أن المصنف رحمه الله يدعي أن إطلاق «**ما لم يفترقا**» وإطلاق «**إذا افترقا**» أيضاً يقتضي ذلك؛ نظراً إلى أن المراد من الإفتراق هو بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حال العقد، وهذا الإفتراق يحصل بمجرد حركة أحدهما إلى غير جانب الآخر.

ولكن فيه أن الظاهر أن الفعل المنسوب إلى فاعله أن يكون صادراً /٥٨٢/ عن اختياره، والإفتراق نسب إلى البايع والمشتري، فلابدّ من أن يكون صادراً من كلّ واحد عن الإختيار.

وفي هذا الفرض حصول الإفتراق بالنسبة إلى الساكن غير اختياريّ له، فالعمدة الأخبار الخاصة.

ومما ذكرنا ظهر أن ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه «لو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفىٰ مجرد افتراقهما[1]» ليس صحيحاً على إطلاقه؛ لأنه لو كان افتراقهما بغير اختيار المتبايعين لا يكفي في سقوط الخيار كما في الجواهر[2] عن جامع المقاصد[3] فيستصحب الخيار.

---

١) كتاب المكاسب ٦٧/٥.

٢) جواهر الكلام ١١/٢٣.

٣) جامع المقاصد ٢٨٩/٤.

في أنه لو صاحب أحدهما الآخر لا يسقط الخيار

وأما الثالث وهو أنه لو مشى أحدهما وصاحبه الآخر بحيث لم يتباعدا عن الحدّ الذي كان بينهما في مجلس العقد فلا يسقط الخيار؛ لأن مجرد المشي لا يوجب سقوط الخيار، بل التفرق بينهما عن الحد الذي كان في مجلس العقد، ولم يحصل ذلك في هذا الفرض فبطريق أولى لم يسقط الخيار لو مشى كلّ إلى جانب الآخر.

في أنه لو وقع التفرق عن الإكراه أو الإضطرار فلا يوجب إسقاط الخيار وبيان ما استدلّ عليه

قوله: مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالإفتراق عن إكراه إذا منع من التخاير أيضاً[1] **.. اه.**

أقول: لا يخفى أن المصنف رحمه الله أخذ هنا بمذهب المشهور من أن مجرد الإكراه أو الإضطرار في حصول الإفتراق غير موجب لعدم سقوط الخيار، وإنما الموجب لعدم سقوط الخيار بالإفتراق إذا كان الإكراه أو الإضطرار مع المنع من التخاير، فلذا رفع اليد عما لا يثبت قول المشهور من حديث «**ما استكرهوا عليه**[2]»، وتمسك بما زعم أنه يثبت قول المشهور من الإجماع المحكيّ المنجبر بالشهرة المحققة، ومن دعوىٰ أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضىً بالعقد، ومن صحيح فضيل؛ لزعم دلالته على قول المشهور.

ونحن تارة نتعرض لحكم ما لو وقع الإفتراق عن الإكراه أو الإضطرار مع غمض العين من المنع عن التخاير، وتارة بلحاظ ما إذا منع عن التخاير أو لم يمنع أيضاً كما في الجواهر.[3]

أما /٥٨٣/ المقام الأول فنقول: استدلّ لكون الإكراه وكذا الإضطرار رافعاً للحكم الوضعي الثابت لافتراق المتبايعين عن مجلس العقد بوجوه:

الأول أن في الخبر أسند الإفتراق إلى المتبايعين، والظاهر من الفعل المسند إلى الفاعل المختار أن يصدر عنه عن اختياره.

---

١) كتاب المكاسب ٦٩/٥.

٢) الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح ٢.

٣) جواهر الكلام ١٠/٢٣.

ويرد عليه أنه في صورة الاضطرار والإكراه يكون الفعل صادراً عن الإختيار، غاية الأمر أن الداعي على الفعل رفع الضرر عن نفسه لأن الاضطراري عبارة عن الفعل الإختياري الذي يصدر لدفع الضرر إما عن نفسه أو عن عِرضه أو ماله، والإكراه تحميل الغير على ما يكرهه.

فالفعل الصادر عنه أيضاً اختياريّ، لكن لدفع الضرر المتوعّد عليه، فيكون أخصّ من الاضطرار أو أنه أخذ عدم المندوحة في الاضطرار دون الإكراه أيضاً على ما فصّلناه في عقد المكره.

ولا يخفىٰ أن الفعل في مورد الإكراه والاضطرار ليس اختيارياً في مقابل الإكراه والاضطرار إلّا أنه ليس في المقام دليل على أن التفرق لابدّ من أن يكون عن الإختيار حتى يقال إنه غير صادق عليهما؛ لأنه ربما يطلق الإختياري في مقابلهما، بل لمّا أسند التفرق إلى المتبايعين قلنا إنه لابدّ من أن يكون إسناد الفعل إليهما.

ومن الواضح أنه في صورة الإكراه والاضطرار يسند الفعل إلى الفاعل فيقال: فعله اضطرارياً أو مكرهاً عليه.

وما يلوح من المصنفﷺ من الفرق بين الإكراه والاضطرار[1] وأنه في الثاني لا يسند الفعل إلى الفاعل، ليس في محله؛ لأنه ليس المراد من الاضطرار أن يجرّه شخص آخر كما في الراكب في /٥٨٤/ السفينة الذي قلنا سابقاً: إنه قد يكون بحركة الملّاح للسفينة عن غير اختيار له أصلاً، كما أن ما ذكره في الجواهر[2] من أن «الإكراه ربما يكون رافعاً للاختيار من رأسه» ليس في محله؛ لأنه لو كان المراد أن يجرّه شخص آخر فليس ذلك بإكراه على الفعل، ولو كان المراد تشديد التوعيد بحيث يقع السكّين على حنجره، فهنا أيضاً يفعل الفعل باختياره لدفع هذا الضرر.

وأما لو كان المراد أن الفعل المسند إلى الشخص منصرف إلى صورة يفعل ذلك الفعل بميله من غير أن يكون الداعي على الفعل دفع الضرر، فهو ممنوع.

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ١٢٨/٤.

٢) جواهر الكلام ٩/٢٣.

وما يقال في بعض التوعيدات على التفرق أنهما لم يفترقا بل فرقا[١]، فيكون ذلك من باب المسامحة تنزيلاً للفعل الإختياري منزلة الغير الإختياري. ومنه يصحّ أن يقال في نفس هذا المقام، بل افترقا لكن اضطراراً ولدفع الضرر، والمدار على أنهما افترقا بعد أن حكمة جعل الخيار ليس بأيدينا.

والثاني صحيحة الفضيل حيث قال فيها: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما[٢]».

وفيه: أنه لو دلّ على كون الإفتراق عن الرضاء ببقاء العقد، فيكون مقتضاه اعتبار الرضاء في غير صورة الإكراه والاضطرار، وأن لا يكون مجرد الإفتراق موجباً للزوم سيّما مع نسيان البيع أو الخيار أو الجهل بهما أو بأحدهما، مع أنك عرفت خلافه من الجواهر والمصنف، مع استدلالهما في المقام بهذا الخبر.

وثانياً أنك عرفت فيما تقدم عدم دلالة هذا الخبر على اعتبار الرضاء ببقاء العقد بوجه؛ لاحتمال أن يكون المراد بعد الرضاء الذي كان لهما بالعقد أولاً، فيبقى سائر الإطلاقات بحالها.

ثمّ إن المصنف في تقريب دلالة هذا الخبر في المقام تارة يقول بأن المراد هو الرضاء المتصل بالتفرق للإجماع على عدم اعتبار الرضاء في زمان آخر.

وفيه أنه مبنيٌّ على اعتبار رضىً آخر غير الرضاء /٥٨٥/ الذي كان العقد صادراً منه، وعرفت منع دلالته على ذلك.

وتارة باستظهار أن المراد هو الرضاء بالعقد المستكشف عن الإفتراق.

وفيه: أن لا ظهور لقوله «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما» إلّا على أن الإفتراق بعد الرضاء منهما في الجملة يوجب اللزوم. وهذا لا ينافي ما ذكرناه.

ولا قرينة على أن المراد رضاء ينكشف من الإفتراق ليقال بمغايرته مع الرضاء الذي كان أولاً بأصل العقد.

---

١) راجع ذلك أيضاً: كتاب البيع (للسيد الخميني) ٢٢٢/٤.

٢) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٦.

الثالث: ما ذكره المصنف‌ﷺ لإثبات أن الإكراه مع المنع من التخاير[١] على التفرق لا يوجب سقوط الخيار وهو أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضىً بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً.

وفيه: أولاً أن لو كان ذلك صحيحاً فمقتضاه أنه في حال عدم الإكراه أيضاً لم يكن مجرد التفرق موجباً لسقوط الخيار، وهو خلاف مذهبه ومذهب المشهور كما تقدم.

وثانياً نمنع هذا التبادر، بل تقدم أن الإطلاق يقتضي كون نفس الإفتراق موجباً للسقوط.

الرابع ما ذكره‌ﷺ أيضاً؛ وهو أن الإجماع المحكيّ المنجبر بالشهرة المحققة مقتضاه عدم سقوط الخيار إذا أكره على التفرق في صورة منع من التخاير أيضاً.

في ما قالوا من أن الإكراه رفع حكم الإكراه والاضطرار إذا منع من التخاير أو إذا لم يكن راضياً بالبيع

الخامس حديث الرفع لقوله عليه السلام: «**ماستكرهوا عليه وما اضطرّوا إليه**»[٢] أيضاً حيث عمّم المصنف‌ﷺ البحث إلى صورة يقع التفرق اضطراراً أيضاً مع المنع من التخاير. ولا يخفىٰ أنه بعد تعميم حديث الرفع برفع جميع الآثار لا خصوص المؤاخذة. فمقتضىٰ قوله «**ما استكرهوا عليه**» هو أن كلّ أثر وحكم كان للفعل لولا الإكراه يرتفع ذلك الحكم بالإكراه على ذلك الفعل.

نعم؛ نحن خصّصنا في حديث الرفع ذلك الحكم بكلّ حكم كان ثبوته ثقيلاً على المكلف بلحاظ لفظ الرفع ولورود مورد الامتنان.

نعم؛ يعمّ الحكم سواء كان وجودياً أو عدمياً؛ لأنه ليس لفظ الحكم حتىٰ يقال إنه لا يطلق على العدمي، بل المدار على أن يكون الوضع والرفع بيد الشارع، وإذا كان الوجودي بيده فيكون العدمي أيضاً بيده.

---

١) راجع: مصباح الفقاهة ١٨٦/٤.

٢) الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح٢.

والسرّ في التعميم أن لسان حديث الرفع هو رفع آثار الموضوع بلسان رفع الموضوع؛ يعني أنه قال: إن الفعل الذي /٥٨٦/ أُكرِه عليه مرفوع، ويكون المراد أن الآثار التي كانت له مما يناسب أن يكون الإكراه سبباً لرفعها مرفوع.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن من آثار الإفتراق سقوط الخيار ولزوم العقد، فإذا صدر الإفتراق عن الإكراه فلابدّ أن يكون هذا الأثر مرفوعاً حيث إن اللزوم وسقوط الخيار يكون ثقيلاً على الشخص.

في أنه اذا أكره على التفرق ولكن كان راضياً ببقاء العقد أو كان غير كارهٍ عن سقوط الخيار يسقط الخيار

بقي الكلام في أن ارتفاع سقوط الخيار عن الإفتراق هل يكون على نحو الاطلاق أو يختص بصورة منع من التخاير أيضاً كما في الشرايع[1] بل في الجواهر[2] عن جماعة، بل المصنف﵀ ادعى الشهرة بل الإجماع المحكيّ على أن عدم التمكن من التخاير أيضاً مأخوذ في كون الإكراه والاضطرار على التفرق منشأ لعدم سقوط الخيار.

و يلوح من الجواهر أن المدار على عدم كون الإكراه على التفرّق موجباً لسقوط الخيار هو كون التفرق مع الرضاء ببقاء البيع والرضاء بسقوط الخيار.

ومنه ينقل عن الروضة بأنه لو أكرها على التفرق مع تمكنهما من اختيار العقد ولم يختارا فذلك يوجب اللزوم[3].

ثمّ يورد عليه بأن عدم اختيار الفسخ مثلاً مع التمكن منه بالنسبة إلى إسقاط الخيار كالسكوت في المجلس لا دلالة عليه. والمصنف﵀ مقتضى بعض أدلته أن التفرق مع الإكراه عليه أو الاضطرار إذا كان مع الرضاء بالعقد، يوجب اللزوم.

ونحن نقول: إن حديث «**ما استكرهوا عليه**» ..اه بمقتضى التقريب السابق وإن اقتضىٰ

---

١) شرائع الإسلام ٢٧٦/٢.

٢) جواهر الكلام ١٠/٢٣.

٣) حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ١٤٠/٤.

عدم سقوط الخيار بالتفرق الناشي عن الإكراه مطلقاً إلّا أنا نقول: إن التفرق إذا كان مع الرضاء بالبيع يوجب اللزوم وإن كان نفس التفرق ناشياً عن الإكراه أو الاضطرار.

وذلك بوجهين:

الأول أن نفس الرضاء ببقاء العقد يكون /٥٨٧/ موجباً لسقوط الخيار. وهذا الرضاء هنا يكون المفروض انكشف عن التفرق مع عدم اختيار بعد التمكن منه.

وعلى هذا فالمسقط للخيار نفس الرضاء ولم يقع الإكراه عليه حتى يرفع حكمه بالإكراه. والدليل على أن نفس الرضاء موجب لسقوط خيار[١] المجلس ما تقدم عند التعرض لسقوط الخيار بالإسقاط من صحيحة ابن رباب[٢] الواردة في الأعمّ من خيار المجلس والحيوان الدالة على سقوط الخيار بالتصرف[٣] معلّلاً بقوله: «**فذلك رضىً منه**[٤]»؛ بناءًا على ما رجّحناه في بيع الفضولي في معنى الخبر من أن المراد من قوله: «**فذلك رضى منه**، إما أن التصرف بمثل الرضاء يكون موجباً للسقوط وإما أنه من قبيل بيان علة سقوط الخيار بالتصرف بأن يكون من باب ذكر علة الجزاء توطئةً لذكر الجزاء، وذكر الفاء الجزائية فيه يكون من باب أنه توطئة لذكر الجزاء، وقلنا: إنه على الأول يدلّ على أن مطلق التصرف أيضاً يكون موجباً للسقوط.

الثاني أنا نقول: نمنع نفس دلالة حديث الرفع أيضاً على أن التفرق مع الرضاء بالبيع إذا وقع ذلك التفرق عن الإكراه يكون حكمه مرتفعاً حيث يصير مقتضاه عدم لزوم البيع بمثل هذا التفرق.

وتوضيحه يتوقف على مقدمة وهو أنا ذكرنا في بيع المكرَه عدم شمول حديث الرفع للإكراه بالفعل في صورة كان للمكرَه عليه مندوحة بأن يمكن له التفصّي بما ليس فيه ضرر ولا حرج. وذلك لا لعدم صدق الإكراه، بل الإكراه لمّا أخذ فيه لابُدّية، فإذا قام الدليل /٥٨٨/ على رفع الإكراه فمناسبة الحكم والموضوع ينصرف إلى صورة تكون في البين لابدية أو لا

---

١) في المخطوطة: لخيار.

٢) في المصادر: ابن رئاب.

٣) الوسائل ٣٥١/١٢، باب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٤) كتاب المكاسب ٩٧/٥.

أقلّ من أن المتيقن من هذا الدليل بمناسبة الحكم والموضوع التي من القرائن الحافّة هو رفع ما فيه لابدّية، فلا تجري مقدمات الحكم للتعميم إلى أزيد من ذلك.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه في صورة أكره على التفرق ولكن المتبايعين لم يكونا كارهين عن بقاء البيع وسقوط الخيار، فهنا وإن كان الإكراه على التفرق مع عدم التفصّي منه محققاً، لكن مع ذلك لا يشمل حديث الرفع لمثل هذا الحكم الذي لم يكن كارهاً عن ثبوته. وذلك لأن قرينة السياق الناشية من مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المراد رفع ما يصير اللابدية منشأ لثبوته لولا رفع حكم الإكراه.

وفي المقام ليس كذلك؛ إذ لو تفرقا مع الرضاء بالبيع وسقوط الخيار ارتفع الحكم لا من جهة أنه صار لابدّاً منه.

إن قلت: لو رضي أولاً برفع الخيار وبقاء العقد لكن بعد ذلك نَدِم منه، فهنا صار الإكراه منشأ لرفع الخيار لأنه لو جلس كان خياره باقياً.

قلت: المتيقن من الإطلاق أو المنصرف إليه منه بمناسبة الحكم والموضوع رفع الحكم الذي يوجد باللّابدّية من نفس ذلك الحكم لولا يرتفع حكم الإكراه، ومع الرضاء ببقاء البيع وسقوط الخيار لم يصر لابداً من ثبوت الحكم بالتفرق لولا رفع حكم الإكراه، وإنما يوجب ذلك لو كان كارهاً عن /٥٨٩/ سقوط الخيار بالتفرق.

في أنه إنما يرفع الإكراه حكم الفعل مع الكراهة عن الفعل وبعض ما يترتب عليه وأن مجرد التمكن من الفسخ غير موجب لرفع الخيار بالتفرق

ثمّ لا يخفىٰ أنه بالنسبة إلى الإكراه بالمحرّمات أيضاً لا مانع من أن نقول: إن المكره عليه إذا كان كارهاً لنفس الفعل من حيث إنه فعل خاص كما أنه ربما لا يميل الإنسان إلى شرب الماء فيشرب كرهاً ولكن لم يكن كارهاً من حكمه بمعنى أنه لا يبالي بارتكاب الحرام، فالإكراه في مثل هذا الفرض لا يرفع الحرمة عنه.

وأيضاً لا يخفىٰ أن من الشواهد التي تؤيد ما ذكرناه أن الاضطرار كالإكراه كما أن أمثلة

المصنف رحمه الله [١] ونقله لكلمات العلماء في صورة عدم المنع من التخاير كان في الاضطرار مع أن الإنسان كثيراً ما يكون خروجه عن مجلس البيع للاضطرار حيث إنه لو جلس دائماً يرد الضرر على نفسه أو ماله أو غيرهما مع أنه لا يتخيّل أحد أنه إذا خرج عن المجلس لرفع اضطراره مع عدم الفسخ المتمكّن منه والرضاء بالبيع أن هذا التفرق يرتفع حكمه لأجل الاضطرار بقوله عليه السلام «رفع ما اضطروا إليه»[٢].

وأيضاً لا يخفىٰ أن مقتضىٰ الوجه الأول الذي ذكرناه أن التفرق إذا وقع عن كره فإن كان مع الرضاء ببقاء البيع فيكون الخيار ساقطاً وإلّا فلا؛ لأن الإقتران لما وقع عن كره غير مؤثر في رفع الخيار فنفس التفرق يوجب اللزوم لولم يجر الوجه الثاني.

ومقتضى الوجه الثاني أن التفرق عن كره إذا وقع في حال لم يكن كارهاً عن سقوط الخيار بالتفرق فلم يؤثر حديث الرفع في رفع الحكم عن التفرق، فيبقى على اقتضائه من سقوط الخيار به. وإذا شككنا في أنه كان كارهاً عن سقوط الخيار بالتفرق أم لا، فلا يجوز التمسك بإطلاق ما دلّ على أن التفرق موجب لسقوط الخيار؛ لكون الشبهة مصداقية.

وكذلك لا يجوز التمسك بحديث الرفع / ٥٩٠ / لكون حكم الإفتراق هنا مرتفعاً لأجل الإكراه؛ لكون الشبهة مصداقية بعد ما قلنا بعدم شموله واقعاً لصورة لم يكن كارهاً عن سقوط الخيار.

فما نقله في الجواهر[٣] عن جماعة من تقييد كون الإكراه موجباً لرفع حكم الإفتراق الواقع عن كره بما إذا لم يتمكّنا من التخاير لو كان مرادهم أنه مع التمكن عن التخاير يسقط الخيار ويصير البيع لازماً، كما نقل في الجواهر التصريح بذلك عن الروضة، فيرد عليه ما يلوح من الجواهر أيضاً من أن عدم المنع من التخاير لا يدلّ بنفسه على الرضاء ببقاء البيع ولا عدم[٤] الكراهة عن سقوط الخيار كما أن السكوت يقولون إنه أعمّ من الرضاء ولا يدلّ عليه، فلا مانع

---

١) المخطوطة: فى.

٢) التوحيد: ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤.

٣) جواهر الكلام ٢٣/ ١٠.

٤) لفظة «عدم» مكررة في المخطوطة.

من استصحاب الخيار عند الشك في رضائه ببقاء البيع والشك في عدم كراهته عن سقوط الخيار بالإفتراق الواقع عن الكره.

ومما ذكرنا ظهر أن صاحب الجواهر يقول بعدم سقوط الخيار إذا كان التفرق الذي حصل عن الكره مع الرضاء بالبيع. والمصنفﷺ وإن كان مدعاه تصحيح كلام الجماعة من تقييد الإكراه الرافع لحكم الإفتراق بما إذا لم يتمكّنا من التخاير، ودليله الأول أيضاً يثبت لذلك إلاّ أن سائر أدلته يقتضي ما استظهرناه من الجواهر، ويزعم اتحاد مقتضى أدلته، فلم /٥٩١/ يفهم منه أيضاً غير ما نقلناه عن الجواهر، لكنّا قلنا: إن الإكراه على التفرق لا يوجب سقوط الخيار إذا كان مع رضاكهما بالبيع أو مع رضاكهما بسقوط الخيار؛ فافهم.

تنبيه

في أنه لا فرق بين الإكراه على التفرق[1] والاضطرار و أنه في البيع فرق بينهما وفي بيان حديث الرفع

إعلم أنّا ذكرنا في بيع المكرَه أن مقتضى حديث الرفع وكذا مقتضىٰ القاعدة عدم صحة عقد المكرَه ما لم يلحقه الإجازة بعد ذلك. وليس كذلك عقد المضطرّ.

وذلك لأنه في الإكراه لا يرضىٰ بأثر العقد ولا يمكن الإكراه على الرضاء الذي هو أمر قلبيّ، وعلى هذا تكون المنة في رفع أثر العقد فعلاً بالإكراه، فيشمله حديث الرفع.

هذا؛ مع أنه بعد إمكان الإكراه على الرضاء بأثر العقد ويكون المفروض عدم رضايته فعلاً، فمقتضى القاعدة عدم صحة عقده ما لم تلحقه الإجازة بعد ذلك؛ لأنه لا يحلّ مال امرءٍ إلّا بطيب نفسه، وأما المضطرّ فيكون اضطراره بأثر العقد، وهو حصول المبادلة لتملّك الثمن حيث إنه يحتاج إلى الثمن، ولأجل هذا الاضطرار يرضى بأثر العقد، فيكون شرط صحة العقد ـ وهو الرضاء ـ موجوداً، وليست المنة في رفع صحة عقد المضطرّ، فإنه لو ارتفعت صحته فيبقىٰ في الاضطرار ويصل إلى حدّ الإلجاء، وحديث الرفع لمّا يكون وارداً مورد الامتنان فلا

---

١) كتاب المكاسب ٧٢/٥.

يرفع الحكم الذي ليس الامتنان في رفعه كما أوضحنا ذلك في بيع المكرَه.

هذا كلّه في بيع المكرَه والمضطرّ.

وأما فيما نحن فيه أعني الإكراه على التفرق عن مجلس البيع أو صيرورته مضطرّاً إليه، فتكون المنة في رفع حكم التفرق في كلّ واحد من الإكراه والاضطرار، فلا مانع من رفع حكم الإفتراق لأجل الإكراه والاضطرار. ولا فرق /٥٩٢/ بينهما في هذا المقام.

في أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار أم لا[1]

ثمّ إن ما ذكرناه واخترناه من أول المسألة إلى هنا لما كان مبنيّاً على أن حديث الرفع يرفع كلّ أثر كان للفعل مع قطع النظر عن طروّ عنوان الإكراه والاضطرار عليه بواسطة طروّ أحد هذين العنوانين عليه بشرط أن لا تكون المنة في بقاء ذلك الحكم، بل كانت المنة في رفعه من غير فرق بين أن يكون ذلك الحكم وجودياً أو عدمياً*؛ فلذا ناسب المقام أن نتعرض لحديث

---

١) راجع: محصل المطالب في تعليقات المكاسب ٢/١١٠ ش.

*) *إن قلت: إذا كان مدرك حديث الرفع مبنيّاً على أن المرفوع به تمام الآثار، فذلك يقتضي سقوط المسقطية عن الإفتراق الناشي عن نسيان البيع أو الخيار مع أن المصنف والجواهر تسلّما كون التفرق عن نسيان مسقطاً للخيار.*

قلت: قد يتوهم أن الإجماع قائم على كون الإفتراق عن نسيان مسقطاً وأنه مخصص لحديث الرفع، وفيه: أن المتون خالية عن التعرض لصورة كان الإفتراق عن نسيان، فكيف يمكن دعوى الإجماع فيه؟

إن قلت: من استثنائهم المكرَه دون الناسي يظهر أن النسيان غير رافع عندهم لحكم المسقطية عن الإفتراق.

قلت: مجرد السكوت لا يقتضي ذلك. ومن هنا قال المصنف: إن الإفتراق عن الاضطرار (٥٩٣ ح) غير مسقط، مع أنه لم يكن في كلام المشهور إلّا أن الإفتراق عن الإكراه غير مسقطٍ.

وبالجملة لو فرضنا أن حديث الرفع يقتضي عدم مسقطية الإفتراق الحاصل عن النسيان بناءً على أن المقدر في حديث الرفع تمام الآثار، فنحن نلتزم به، وليس إجماع على خلافه لكن الحق أن حديث الرفع لا يقتضي رفع المسقطية عن الإفتراق الحاصل عن النسيان.

وتوضيح ذلك متوقف على ذكر مقدمة، ونحن نقرّر عدم اقتضاء حديث الرفع لذلك بناءًا [على] كون حديث الرفع حاكماً على أدلة الأحكام وأنه الوجه لتقدمه على أدلة الاحكام لا ملاك الحكومة أو

الرفع حتى يوضح دلالته على ذلك، فنقول: إن البحث في حديث الرفع تارة من جهة أن قوله «**ما لا يعلمون**» يختصّ بالشبهة الموضوعية أو الحكمية أم يعمّهما.

والبحث من هذه الجهة خارج عن محلّ غرضنا في المقام.

وتارة من جهة أن حديث الرفع كما يرفع أثر الفعل الذي كان له مع قطع النظر عن طروّ الجهل والإكراه والاضطرار بعد طروّ أحد هذه العناوين، فهل يدلّ على رفع الآثار الثابتة لنفس هذه العناوين حتى يوجب عدم رفع هذه الأحكام منشأ لتخصيص حديث الرفع أم لا؟

وهذا البحث أيضاً خارج عن محل غرضنا.

وحقّقنا في محله أن المرفوع هو الأول، وأنه على كلّ حال لا يضرّ ذلك بأصل حديث الرفع.

جهة أخرىٰ مما قلناه في محله، فإنه إذا تمّ عدم الاقتضاء على فرض الحكومة يظهر عدم الاقتضاء على غير هذا الفرض بطريق أولىٰ.

وإذا عرفت هذا فنقول: قد ذكرنا في قاعدة الضرر والغرور وغيرها أن تقدم دليل الحاكم على دليل المحكوم في غير صورة كان دلالة دليل المحكوم على مؤداه أقوىٰ من لسان حكومة الحاكم بحيث يأبى دليل المحكوم عن هذا الشرح والتعبير، فهنا يقدّم دليل المحكوم على دليل الحاكم. مثلاً لو قلنا بحكومة أدلة الحرج على أدلة التكليف، فنقول مع ذلك: لا يرفع أدلة الحرج كلّ حرج كان لازماً لطبيعة كلّ تكليف، وكذلك الحرج الذي لا يخلو ذلك التكليف غالباً ولو في بعض الأزمنة بعد فرض عمومية الحكم لتمام الأزمنة.

ففي أمثال هذه الموارد يقدّم دليل المحكوم لإبائه عن إخراج هذه الأفراد عن تحته فيصير لسان حكومة الحاكم أضعف من قوة دلالة دليل المحكوم، فالمتعين في نظر العرف هو التصرف في دليل الحاكم.

ثمّ إذا عرفت هذه المقدمة (٥٩٢ ح) فنقول: إن ما دلّ على كون الإفتراق موجباً لسقوط الخيار، لها شدّة ظهور في ثبوت المسقطية في حال نسيان البيع أو الخيار؛ لوضوح أن الإنسان في الحركات الناشية منه غالباً يغفل عمّا هو بمنظره ومحطّ نظره، ومنه يقع التخلف غالباً لو التزم على نفسه عدم الحركة بشرط ونحوه.

وعلى هذا نقول: إن الحكم المعلق على الإفتراق بنحو الإطلاق غير صالح لأن يقيد ذلك بصورة لم يقع ذلك عن نسيان البيع أو الخيار. وبذلك يصير أقوىٰ من دلالة حديث الرفع على رفع هذا الأثر عن النسيان هنا؛ فتدبّر جيّداً (٥٩٣ ح). (منه قدس سره).

وتارة من جهة أن المرفوع بحديث الرفع أيّ شيء يكون؟ وذلك لأن «**ما لا يعلمون**» و «**ما استكرهوا عليه**[1]» وغير ذلك ممّا ذكر في حديث الرفع واقع في الأمة، فلا يمكن أن يكون المراد أن المرفوع ذوات هذه الأشياء حيث إنه يوجب الكذب، /٥٩٣/ فلابدّ أن يقدّر بدلالة الاقتضاء شيء آخر، وذلك الشيء الآخر يمكن أن يكون جميع الآثار في كلّ واحد من التسعة إما بطريق الكناية بأن يكون رفع هذه الأشياء كناية عن ارتفاع آثارها وكان الغرض الانتقال إلى ذلك أو بطريق الإضمار بأن يقدّر أنه رفع آثار «**ما لا يعلمون**» وآثار «**ما اضطروا إليه**» إلى آخر، أو أن يكون بطريق الإستعارة حيث إن الشيء المرتفع الآثار بمنزلة المعدوم.

هذا كلّه بحسب الاصطلاح، والمقصود على جميع التقادير رفع آثار الموضوع بلسان رفع نفس الموضوع.

ويمكن أن يكون المراد في كلّ واحد من التسعة رفع الأثر الظاهر فيه لأجل أن يدعى من أنه لكثرة ظهور هذا الأثر من هذا الموضوع دون سائر آثاره يكون في نظر العرف بحيث لا يرون وجهاً لهذا الموضوع من غير هذا الأثر الظاهر فيه.

ويمكن أن يكون المراد في كلّ واحد من التسعة رفع المؤاخذة لبعض القرائن التي ستتلىٰ عليك ـ إن شاء الله ـ.

وبالجملة لا إشكال في أن ما قلناه وادّعيناه من عدم سقوط الخيار بالتفرق إذا كان عن الإكراه والاضطرار يثبت بحديث الرفع لو كان المرفوع في حديث الرفع هو تمام الآثار. وأما لو كان المرفوع خصوص المؤاخذة[2] أو الأثر الظاهر، فيشكل إثبات المقصود بحديث الرفع، فنحن نتكلم هنا تارة في أنه هل المرفوع في حديث الرفع /٥٩٤/ تمام الآثار أو الأثر الظاهر أو خصوص المؤاخذة.

وتارة في أنه على فرض أن يكون المرفوع هو الأثر الظاهر أو خصوص المؤاخذة يمكن

---

١) الوسائل ٢٩٦/١١.

٢) وسيلة الوصول إلى حقائق الأصول ص ٦٥٣.

إثبات المقصود بحديث الرفع أم لا؟

فيما يقال لإثبات أن المرفوع في حديث الرفع المؤاخذة

أما المقام الأول فنقول: استدلّ على أن المرفوع خصوص المؤاخذة بوجوه:

منها بمقتضىٰ مادة لفظ الرفع حيث إنه ضدّ الوضع، وهو عبارة عن حمل الشيء الثقيل وليس في غير رفع المؤاخذة رفع ثقل.

ومنها ورود الرواية في مورد الامتنان، وهذا إنما يقتضي رفع ما فيه ضرر، وهو المؤاخذة.

ومنها أنه في بعض الفقرات المذكورة في الرواية مثل «ما لا يعلمون» لا يمكن أن يكون المرفوع فيه هو الحكم الواقعي في كثير من موارده كما في الشبهات الحكمية، كما أن رفع الحكم الواقعي فيه موجب للتصويب الباطل.

وهذا الوجه كالوجوه السابقة نقلناها عن الأستاذ﵀ في بيع المكرَه، ولكن هذا الوجه الأخير ينافي مع ما هو مذهب المصنف﵀ في تقدير المؤاخذة حيث إن مراده الحكم المستتبع للمؤاخذة كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

ومنها أنه سلّمنا أنه لا قرينة على أن المقدّر هو المؤاخذة إلّا أنها القدر المتيقن، وليس لنا إطلاق، وإنما يقدّر شيء لرفع لزوم الكذب في كلام الحكيم، ورفع المؤاخذة معلوم على جميع التقادير، والأزيد غير معلوم.

وهذا الوجه أيضاً نقلناه في الموضع المشار إليه، وجميع ما يقال في الجواب عن هذه الوجوه وجهان: **أولهما** أن لنا دليلاً خارجياً على أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار.

وثانيهما أن نبطل ما ذكر من القرائن على تقدير المؤاخذة، ونمنع الإجمال في الرواية حتى يلزمه الأخذ بالقدر المتيقن، بل ثبت الإطلاق بالنسبة إلى تمام الآثار.

فى التمسك بصحيحة البزنطي لإثبات أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار

أما الاول فهو أنه يظهر من بعض الأخبار الصحيحة عدم اختصاص المرفوع عن هذه الأمة

بخصوص المؤاخذة، فعن المحاسن[١] عن أبيه، عن صفوان بن يحيى والبزنطي /٥٩٥/ جميعاً عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يستحلف على اليمين فحلف بالطلاق والعتق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا» الخبر.

تقريب الإستدلال أن الحلف بالطلاق والعتاق والصدقة وإن كان باطلاً عندنا مع الإختيار أيضاً إلّا أن استشهاد الإمام عليه السلام على[٢] لزومها مع الإكراه على الحلف بها بحديث الرفع شاهد على عدم اختصاص حديث الرفع برفع خصوص المؤاخذة سواء كان الغرض من الاستدلال بحديث الرفع لبيان طريقة الاستدلال للراوي حتى يصير قادراً على الاستدلال في موارد أخر أو لبيان طريقة الغلبة على الخصم له أو لوجوه أخر كما أن في سائر الموارد التي يتمسك الإمام بالكتاب والسنة لم يبعد أن يكون سرّه أحد هذه الوجوه.

هذا؛ [و]لكن أورد على هذا الوجه من وجوه:

في المناقشات على إثبات تقدير تمام الآثار بصحيحة البزنطي

منها ما ذكره المصنف في حديث الرفع من أن النبويّ المحكيّ في كلام الامام عليه السلام مختصّ بثلاثة[٣] من التسعة، فلعلّ نفي جميع الآثار مختص بها؛ فتأمل[٤].

ونحن نقول: إن هذا الإيراد غير واردٍ في مقامنا حيث كان الغرض التمسك بخصوص «ما استكرهوا عليه» الذي هو واحد من هذه الثلاثة؛ بل أجيب عن أصل إيراد المصنف رحمه الله عن سائر الفقرات أيضاً.

أما أولاً فبأنّ الظاهر أن الخبر المرويّ عن النبيّ خبر واحد، وإنما ذكر الإمام محل الشاهد مع بعض نظائره لا أن يكون المرويّ عن النبيّ خبرين.

---

١) المحاسن ٣٣٩/٢، كتاب العلل، ح ١٢٤ مع اختلاف.

٢) لفظة «على» مكررة في المخطوطة.

٣) في الأصل المخطوط: بلثة.

٤) فرائد الأصول ٣٠/٢.

وثانياً أن استشهاد الإمام عليه السلام يكون شاهداً على أن النبويّ يكون ظاهراً في جميع الآثار وإلّا لم يكن وجه للتمسك والاستشهاد.

ونحن نقول: إنا لو استظهرنا من النبويّ أنه ظاهر في /٥٩٦/ جميع الآثار ـ كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى ـ، فحينئذٍ تكون هذه الصحيحة أيضاً مؤيدةً لما استظهرناه، وأما لو منعنا ظهور النبويّ بنفسه في رفع تمام الآثار فحينئذٍ نقول: إن تمسك الإمام عليه السلام أن يكون لأجل كان في هذا النبويّ قرينة على أن المراد تمام الآثار، وكانت تلك القرينة معلومة بين المتكلم والمخاطب كما أنه يحتمل أن يكون تمسك الإمام بالنبويّ لأجل علمه بأن المراد تمام الآثار ولو لم يكن اللفظ ظاهراً فيه.

وعلى كلّ حال، فحينئذٍ يحتمل رفع تمام الآثار بالنسبة إلى الثلاثة؛ بل استظهار أن ما صدر عن النبي صلى الله عليه وآله كان خبراً واحداً لا شاهداً؛ لأنه لا قرينة في هذا الخبر على أن ما صدر عن النبي صلى الله عليه وآله كان خبراً واحداً، ومجرد الظن بذلك لا دليل على حجيته.

ومنها ما نقلته في حديث الرفع، وهو أنه سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ أنه إذا قدّرنا المؤاخذة فيكون له احتمالان:

الأول أن يكون المراد رفع خصوص المؤاخذة أعني فعليتها إلّا أنه سيأتي أن هذا الإحتمال فاسد كما ذكره المصنف رحمه الله هناك أيضاً؛ لأن فعلية المؤاخذة ليست من الآثار الشرعية.

الثاني أن يكون رفع استحقاق المؤاخذة، وهذا أيضاً فاسد كما ذكره هناك؛ لأن استحقاق العقاب أثر عقلي ليس وضعه ورفعه بيد الشارع، وإنما يترتب عند العمل على المخالفة بقيد العمد.

وإذا عرفت عدم صحة هذين الإحتمالين فنقول: إن المراد من رفع المؤاخذة شيء آخر، وهو رفع منشأ المؤاخذة ولو بألف واسطة. مثلاً لو كان حكم وضعي مجهولاً ويترتب عليه حكم تكليفيّ موجب للمؤاخذة فيكون ذاك الحكم الوضعيّ مرفوعاً بحديث الرفع على

تقدير[١] المؤاخذة.

وعلى هذا فنقول: إن الاستشهاد بحديث /٥٩٧/ الرفع لعدم صحة الحلف الذي أكره عليه لا يصير شاهداً على أن المرفوع ليس خصوص المؤاخذة. وذلك لأن الحلف المكره عليه على فرض صحته يصير واجب الوفاء، فيتبعه المؤاخذة.

في المناقشات على التمسك بصحيحة البزنطي لإثبات أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار

أقول: يرد عليه **أولاً**: أن مفاد حديث الرفع أن الأثر الذي كان ثابتاً للفعل المكره عليه لولا الإكراه فيكون ذلك الأثر مرفوعاً بحديث الرفع.

وعلى هذا، فلو خصّصنا الأثر بالأثر الذي يكون منشأ للمؤاخذة فيكون مقتضاه رفع الوجوب أو الحرمة عن الفعل المكره عليه، حيث إنهما تكونان منشأ للمؤاخذة، فلو كان نفس الفعل المكره عليه مباحاً فلا يرفع عنه شيء، وفيما نحن فيه يكون الفعل المكره عليه هو نفس الحلف، وهو كان مباحاً والمؤاخذة على فرض صحة الحلف يكون في فعل آخر وهو التصرف في المال الذي صار صدقة.

وثانياً: لو سلّمنا أن المراد رفع منشأ المؤاخذة ولو كانت المؤاخذة على غير الفعل المكره عليه بمجرد أن فعل المكره عليه صار منشأ للمؤاخذة على تلك الفعل، فحينئذٍ يصير النزاع بين القول بتقدير تمام الآثار والقول بأن المقدّر هو المؤاخذة لفظياً.

وذلك إذا رفع عن المكره عليه كل أثر وضعيّ أو تكليفيّ كان منشأ للمؤاخذة عليه أو على فعل آخر، فهذا عين تمام الآثار؛ إذ المراد بتمام الآثار ليس ما يشمل الإباحة، بل كلّما يجيء من قِبَله تكليف.

وثالثاً نحن وإن قلنا[٢] بأن المقدّر هو تمام الآثار، إلّا أنه لو سلّمنا أن مقتضىٰ حديث الرفع

---

١) في المخطوطة كرّرت لفظة «تقدير».

٢) كلمة «إن» وصلية.

هو رفع المؤاخذة فحينئذٍ نقول: لا مانع من أن يكون المقدر هو نفس المؤاخذة الفعلية، ومجرد عدم كونها /٥٩٨/ من الآثار الشرعية ليس مانعاً لأنه لم يدلّ نصّ على أن المرفوع لابدّ من أن يكون هو الآثار الشرعية.

وعلى هذا نقول: إن المؤاخذة الفعلية لما يكون أمر وضعها ورفعها بيد الشارع، فلا مانع من أن رفعها.

في أن الحق أن حديث الرفع المذكور في صحيحة البزنطي يكون المرفوع فيه تمام الآثار، وأنه لا يقتضي رفع الضمان

ومنها ما نقلته في بيع المكره من أنه في نفس هذه الصحيحة أيضاً لا يجوز أن يكون المرفوع تمام الآثار فضلاً عن أصل حديث الرفع المشتمل على رفع التسعة. وذلك لأنه لو كان المرفوع في حديث الرفع المذكور في هذه الصحيحة هو تمام الآثار فنقول: إن من الفقرات المذكورة في هذه الصحيحة هو الخطأ، فلابدّ أن لا يكون الإتلاف الخطائي موجباً للضمان، مع أن الفقهاء يقولون بثبوت الضمان هناك.

وأجيب عن ذلك: أولاً بأنا نلتزم برفع الضمان هناك أيضاً حيث إن المظنون أن الضمان هناك ليس بإجماعيّ كما أن ثبوت الضمان في حق الصبي أيضاً محل الخلاف.

وثانياً لو فرضنا أن يكون الإجماع ثابتاً على الضمان في صورة كان الإتلاف ناشياً عن الخطأ أيضاً نقول: إن دلالة الرواية على رفع الضمان في صورة الإكراه يكون بالتصريح، ولا يجوز أن ترفع اليد عن النص بواسطة السياق.

نعم؛ لو كنّا نريد أن نتمسك بذيل حديث الرفع مع قطع النظر عن تمسك الإمام به، لكان التفكيك بين الفقرات المذكورة في الرواية غلطاً، لكنّا نريد أن نتمسك به لتمسك الإمام به.

أقول: أولاً إنه لو التزم علينا أن نقتصر بخصوص مورد تمسك الإمام بـه، فـنقول: ليس بمعلوم لنا أن يكون مقصود الإمام عليه السلام أن يتمسك بذيل حديث الرفع للحلف /٥٩٩/ الصادر عن الإكراه، بل لعلّ أن يكون مراده إثبات بطلان الحلف بما لا يطاقه المكـلف، وذلك لأن طلاق الزوجات مع عتاق العبيد وصدقة تمام ما يملك مما لا يطيق المكلف أن يتحمله.

وثانياً نقول:[1] من الواضح أن الظاهر من تمسك الإمام في هذه الصحيحة بحديث الرفع أن يكون تمام الفقرات التي نقلها الإمام على نهج واحد، ولا يمكن إنكار هذا الظهور كما أن المُورد كان معترفاً به.

وعلى هذا لو فرضنا أن الإتلاف الخطائي يكون مقتضىٰ تقدير تمام الآثار أن لا يكون موجباً للضمان، وفرضنا أن الإجماع قائم على أنه موجب للضمان، فمقتضىٰ القاعدة أن يؤخذ بظاهر الخبر ويخصَّص ظاهره بالنسبة إلى الإتلاف الخطائي للإجماع.

وثالثاً أنا ذكرنا في البيع المكره عند التعرض للإكراه على المحرمات أن حديث الرفع ولو على تقدير تمام الآثار ليس مقتضاه رفع الضمان عن الإتلاف الخطائي.

وحاصل ما ذكرناه أن حديث الرفع وارد مورد الامتنان[2]، وليس مقتضى ذلك أن يخصّص مؤدّاه برفع الحكم الذي لم يكن في رفعه ضرر على أحد المسلمين كما توهم. كيف والإكراه على الإخدار بالغير فيه ضرر على ذلك الغير مع أنهم يقولون بأن الإكراه يوجب رفع الضمان عن المضرّ.

والتمسك برفع الضمان هنا بأدلة الحرج غير صحيح حيث إنه أيضاً وارد مورد الامتنان، وكذلك أدلة الضرر.

وأيضاً من الواضح جواز التمسك بحديث الرفع لأكل مال الغير في صورة /٦٠٠/ صار نفس الشخص معرضاً للتلف إلى غير ذلك من الموارد التي يكون مقتضاه رفع الحرمة أيضاً، وهو مضرّ بالغير؛ بل كون حديث الرفع في هذه الموارد منّة إنما هو في حق من رُفع الحكم عنه، وإنما يكون منّة على الجميع بلحاظ أن كل من دخل تحت عنوان المكرَه يكون رفع الحرمة منّة في حقه بحيث يعترف كلّ أحد بأن رفع هذا الحكم عن هذا العنوان يكون منّة على العباد لأجل أنه ربما يدخل تحت هذا العنوان حتى من ورد عليه الضرر.

كيف وكثيراً ما لا يرضى المكرَه ـ بالفتح ـ لأن يصير المكرِه ـ بالكسر ـ ضامناً كالتعديات

---

١) لفظة «نقول» مكررة في الأصل المخطوط.

٢) مصباح الفقاهة ٥٦٨/٢.

التي تكون من العشّارين، وما يأخذونه من الأملاك إذا كان المالك غائباً أو صغيراً وأجبر غيره على أخذ ماله. وهذا بخلاف صورة أكل مال الغير اضطراراً أو أتلف مال الغير خطأ، فإنه لا منّة في رفع الضمان في أمثال هذه الموارد.

ومما ذكرنا ظهر جواب صاحب العناوين[1] مما ذكره في العنوان التاسع والثمانون بعد نقله للمقاولة الواقعة بينه وبين صاحب الجواهر، وتوضيح ما ذكرنا يظهر بالرجوع إلى ما كتبته في بيع المكره.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه أنه لا مانع من التمسك بصحيحة البزنطي لكون المراد رفع تمام الآثار في خصوص الفقرات المذكورة من حديث الرفع في هذه الصحيحة.

وأما الثاني أعني إثبات ظهور حديث الرفع في نفسه في رفع تمام الآثار وإبطال ما ذكر لترجيح تقدير المؤاخذة، فنقول أولاً: إن مقتضى القاعدة تقدير تمام الآثار؛ لأنه /٦٠١/ أقرب إلى رفع الذات الذي هو ظاهر النبويّ.

ثمّ إن عمدة الوجه في تقدير المؤاخذة إنما هو بقرينة لفظ الرفع الذي هو ضدّ الوضع الذي هو عبارة عن حمل الشيء الثقيل. وعلى هذا نقول: إن الإلزام بالعمل ثقيل بلحاظ المؤاخذة على مخالفته، فيكون استعمال لفظ الرفع مناسباً، مع ما كان الكلام بنفسه ظاهراً فيه لولا القرينة الخارجية.

وعلى هذا فلا يبقىٰ المقتضي لتقدير المؤاخذة، ولا يصير مناسبة لفظ الرفع لكلّ من تقدير الآثار والمؤاخذة موجباً لأن يصير الكلام مجملاً بعد ما فرضنا أن الكلام بنفسه كان ظاهراً في كون المقدر هو الآثار.

وثانياً نقول: إن لفظ الرفع يكون مناسباً مع أن يكون المقدر هو الحكم والآثار، لا المؤاخذة. وذلك لأن الوضع والرفع إنما يناسبان عرفاً للعمل والإلزام به أو رفع الإلزام به، مثل ﴿**ويضع عنهم إصرهم**﴾[2] الآية.

---

١) العناوين الفقهية ٧٠٧/٢، العنوان التسعون من النسخة المطبوعة.

٢) الأعراف: ١٥٧.

وبعبارة أخرىٰ يستعملان فيما فيه مشقّة عملية بدنية أو مستلزم لها بلحاظ الجعل الوضعي المستلزم للتكليفي. وليس المقصود أنهما يستعملان فيما فيه حرج، بل في الإلزام بكلّ فعل أو ما يستلزم ذلك بلحاظ المؤاخذة على التخلف عنه. فالملاك وإن كان هو المؤاخذة إلّا أن المتعارف استعمال اللفظين في الحكم الذي يستعقب المؤاخذة لا نفس المؤاخذة، فإنه لا مناسبة بينها وبين اللفظين ولا سيّما إذا كان الرفع بصيغة الماضي كما في المقام.

وثالثاً إذا كان المقدّر هو المؤاخذة، فإما أن يكون المراد رفع نفس المؤاخذة مع بقاء منشأها الموجب /٦٠٢/ لاستحقاق العقاب، فهذا خلاف الامتنان الذي هو مساق الرواية المقتضي للرفع الكلي، وإما رفع الاستحقاق مع بقاء الحكم، فلا معنى له لأن الاستحقاق ليس رفعه بيد أحد.

وأما لو كان المراد من رفع المؤاخذة رفع منشأ الاستحقاق أعني الحكم بأن يكون رفع المؤاخذة كناية عن رفع الحكم، **ففيه**: أنه على هذا يكون المرفوع حقيقة نفس الحكم، فلا وجه لإضمار المؤاخذة بعد ذلك ولا نحتاج إليه.

إن قلت: القائلون بتقدير المؤاخذة يعترفون بأن المراد رفع الحكم[1] الموجب للمؤاخذة كما أن المصنف رحمه الله معترف به، فيكون النزاع لفظياً.

قلت: لو كان التقدير أنه رفع المؤاخذة عما «**لا يعلمون وما اضطروا**[2]»..اه، وكان الغرض رفع الحكم الموجب للمؤاخذة، فيختص الرفع بالوجوب أو الحرمة المتعلقين بالأفعال المتعلقة للعناوين المذكورة في حديث الرفع، ولا يدلّ على رفع الصحة وإن كانت الصحة موجبة لحرمة التصرف في المال الخارجي. وهذا بخلاف ما لو كان التقدير أنه رفع الحكم الثابت للأفعال التي تكون متعلقة للعناوين، فإن الصحة أيضاً حكم لهذا العقد يوجب المؤاخذة بالآخرة، فلابدّ أن تكون مرتفعة.

وبعد تقدير الحكم لا فرق بين هذا الحكم والحكم بوجوب نفس هذه الأفعال أو حرمتها.

---

١) راجع: غنية النزوع، ص ١١٣.

٢) التوحيد ٣٤٤، ح ٢٤.

فإن الاختصاص ينشأ من تقدير لفظ المؤاخذة، وإلّا فلا فرق بين أحكام تلك الأفعال بعد كونها إلزامياً.

وعلى هذا فيرد على من يقدّر المؤاخذة أنه يلزم كثرة الإضمار حيث إنه لابدّ من تقدير الحكم أيضاً مع /٦٠٣/ أن تقدير المؤاخذة لا يناسب لفظ الرفع، وبعد تقدير الحكم لا فرق بين أحكام هذه الأفعال مع أن رفع تمام الآثار أقرب إلى رفع الذات.

مع أن ورود حديث الرفع مورد الامتنان يناسب التعميم في رفع ما في رفعه المنّة برفع تمام الإلزامات الناشية من الأفعال التي تكون متعلقة بهذه العناوين.

هذا كلّه، مع أنه على فرض تقدير المؤاخذة على الوجه الذي تقدم، لو كان التقدير أنه رفع المؤاخذة على «**ما لا يعلمون**» ..اه فيختص المرفوع بالوجوب والحرمة المتعلقتين على الفعل المتعلق بهذه العناوين.

وأما لو كان التقدير أنه رفع المؤاخذة «**مما لا يعلمون**» أي المؤاخذة من قبلها، فحينئذٍ يعمّ الحكم الوضعي الثابت، فمتعلق هذه العناوين كالصحة والضمان وغيرهما بعد أن المؤاخذة ينشأ من قبل هذه الأفعال ولو كانت المؤاخذة على فعل آخر. وعلى فرض تقدير المؤاخذة، بعض من الوجوه السابقة تقتضي أن يكون المراد رفع المؤاخذة الناشية من قبلها ولو كان أصل المؤاخذة على فعل آخر، كما أن الظاهر من المصنفﷺ في مسألة الأقلّ والأكثر الإرتباطيين ترجيح هذا المعنى، حيث يقول برفع وجوب الجزء بحديث الرفع من جهة أن المؤاخذة على ترك الواجب النفسي وهو الكلّ ينشأ من قبل وجوب الجزء الذي كان وجوبه جزئية مشكوكة.

ثمّ إنه بالتأمل فيما ذكرناه تقدر على الجواب عن جميع الوجوه التي ذكرت لكون المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة. أما لفظ الرفع، فقد عرفت أنه شاهد على أن المراد رفع الأحكام لا المؤاخذة، وكذلك ورود الخبر مورد الامتنان.

وعرفت أنه ليس في الرواية إجمال ليقال: /٦٠٤/ إنه لابدّ من الاقتصار على المتيقن، وهو رفع المؤاخذة.

وأما ما قيل من أن رفع الحكم فيما لا يعلمون يوجب التصويب، ففيه: أولاً أنك قد عرفت

أن من يقدّر المؤاخذة، أيضاً يكون معترفاً بأن المرفوع هو الحكم.

وثانياً نقول: إنه في تمام هذه الفقرات يكون المراد رفع الحكم حتى فيما لا يعلمون، والمراد من الحكم هو الحكم الفعلي؛ لأن الحكم الشأني ليس بحكم حقيقةً؛ غاية الأمر أنه ثبت بالإجماع وبحكم العقل من جهة بطلان التصويب عقلاً أنه في بعض هذه الفقرات مثل ما لا يعلمون أن الحكم الشأني يكون ثابتاً حال الجهل. وهذا ليس بمضرٍّ مع رفع الحكم الفعلي الذي هو حقيقة الحكم فيه أيضاً؛ بل ذكرنا في أول مسألة الظن وغيرها أن الحكم المجهول في حال الجهل في صورة لم يلزم على المكلف مراعاته لكون الحكم الظاهري على خلافه لا يمكن إلّا أن يكون شأنياً صرفاً.

تنبيه

إعلم أنه بناء على ما رجّحناه من تقدير تمام الآثار يكون المرفوع كل أثر وحكم يترتب عليه المؤاخذة ولو بألف واسطة دون الحكم الاستحبابي مثلاً؛ لأن ثبوته ليس ثقيلاً على المكلف، وترتب المؤاخذة على الحكم إنما هو لتصحيح استعمال لفظ الرفع وصدق لفظ الرفع حيث إنه كان ظاهراً في رفع الشيء الثقيل، والحكم لو ترتب عليه المؤاخذة ولو بألف واسطة يصير ثقيلاً ويصحّ استعمال لفظ الرفع فيه.

ولا دخل لذلك بالأصل المثبت؛ لأن المؤاخذة الثابتة بالواسطة مصحّح لصدق لفظ الرفع، وإلّا فالمرفوع نفس الحكم، والأصل في الأصل المثبت يكون واسطة بين الموضوع الذي رفعه الشارع مثل الفعل الإكراهي وبين الأثر الذي يكون المقصود الأصلي رفعه، فلا يدلّ رفع ذلك الموضوع على رفع ذلك الحكم؛ لأنه ليس أثراً للموضوع الذي رفعه الشارع. /٦٠٥/

إن قلت: إن المتيقن رفع الحكم الذي يترتب عليه المؤاخذة بلا واسطة.

قلت: الأخذ بالقدر المتيقن إنما يناسب في صورة لم يكن للفظ ظهور في تمام الآثار، والمفروض أن هذا الظهور موجود بقاعدة الأخذ بأقرب المجازات حيث إن رفع جميع أثقال الشيء أقرب إلى رفع ذات الشيء وثقليته وبغير ذلك من القرائن المتقدمة.

ثمّ لا يخفىٰ أنه أورد على القول بأن المرفوع في حديث الرفع هو تمام الآثار، تارة بأنه

يوجب كثرة الإضمار[١].

وتارة بأنه يوجب تخصيص أدلة الآثار، وأن ظهور أدلة الآثار يوجب رفع الإجمال عن حديث الرفع.

وتارة بأنه لو كان المراد رفع تمام الآثار، فيرد على حديث الرفع تخصيص كثير.

وقد أوضحنا فساد هذه الإيرادات في حديث الرفع؛ فراجع.

وأما المقام الثاني وهو أنه على فرض أن يكون المرفوع في حديث الرفع خصوص المؤاخذة هل يجوز أن يتمسك به لعدم كون الإفتراق عن الإكراه موجباً لسقوط الخيار أم لا؟

فنقول: قد تقدم أنه لو كان المرفوع هو المؤاخذة على ما أكره عليه فلا يقتضي إلّا رفع الحرمة عن المكره عليه مثلاً لو كان محرّماً.

وأما لو كان رفع المؤاخذة الناشية من قبل ما أكره عليه فيكون حاله كحال أن يكون المرفوع تمام الآثار. نعم؛ نحن نقلنا في بيع المكره تجويز رفع بعض الأحكام الوضعية بحديث الرفع كالضّمان على الإتلاف الذي أكره عليه على القول بأن المرفوع في حديث الرفع خصوص المؤاخذة أيضاً.

وذلك بتعميم المؤاخذة المرفوعة بالمؤاخذة الدنيوية أيضاً كأخذ العوض، نظير ما قيل في حديث رفع القلم من أنه على القول بأن المرفوع هو قلم المؤاخذة لا قلم الأحكام من أنه يشمل المؤاخذة الدنيوية أيضاً، /٦٠٦/ لكن البحث عن ذلك في المقام خالٍ عن الفائدة؛ لأنه في باب المعاوضات ليس في البين عنوان المؤاخذة الدنيوية أيضاً، بعد أنه كما يأخذ الثمن هذا من ذاك، كذلك يأخذ المثمن ذاك من هذا.

ابتناء المسألة على بقاء الأكوان وغير ذلك

قوله: قال: «إن هذا مبنيٌّ على بقاء الأكوان[٢]».. اه.

---

١) فرائد الأصول ٣١/٢.

٢) كتاب المكاسب ٧٤/٥.

أقول: لا يخفىٰ أن الأكوان التي عبارة عن الحركة والسكون والاجتماع والإفتراق من لوازم وجود الإنسان، فلو قلنا بعدم بقائها فلابدّ من أن نقول بتجددها، فيحتاج إلى علة مسلّماً؛ لأن السكون في الآن الثاني حادث جديد فيحتاج إلى العلة، وعلّته شخص الإنسان عن اختياره.

وكذلك لو قلنا ببقاء الأكوان وأن الباقي يحتاج إلى العلة سواء كان علة حدوثه عين علة بقائه أو غيرها. وأما على القول ببقاء الأكوان وأن الباقي مستغنٍ[1] عن المؤثر، فيمكن أن يصير الإنسان خالياً من كلّ فعل، ومنه قال: إنه على القول بعدم بقاء الأكوان أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط الخيار؛ لأنه فعل المفارقة دون القول ببقائها، واستغناء الباقي عن المؤثر وثبوتية الإفتراق.

نعم؛ بالنسبة إلى الأخير لو قلنا بعدمية الإفتراق، فلو قلنا بأن العدم ليس له علة فلا يسقط وإن قلنا: إن له العلة يسقط.

والحاصل أن الإيضاح تسلّم أنه لو كان الإفتراق فعلاً اختيارياً فيسقط الخيار، فمقتضاه أنه مع ذهاب المختار عن مجلس العقد يكون سقوط الخيار مسلّماً. وأما ما استظهر منه المصنف﵀ من تسلّم أن سقوط خيار المختار لا ينفكّ عن سقوط خيار المكره، فلعله من جهة قوله: إنه فعل المفارقة، وإنه مختار في المفارقة مع أن الإفتراق الذي يحصل بالمفارقة كان في الإجبار غاية لسقوط خيارهما معاً، كما يصرّح المصنف﵀ به بعد ذلك، لكن في (٦٠٧) ظهور كلام الإيضاح في هذا تأمل.

فيما يستدلّ لحكم مسألة
« ما إذا أكره أحد المتبايعين على التفرق دون الآخر »

قوله: فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل[2].

---

١) في الأصل: مستغنى.

٢) كتاب المكاسب ٧٥/٥.

أقول: لا إشكال في أن مقتضى الأصل ثبوت خيارهما الثابت قبل الإفتراق كما تقدم شرح هذا الأصل في أول مسألة الخيارات، إلّا أن جريان الأصل مبنيّ على عدم قيام دليل على السقوط، فنقول: قد تقدم في أول مسألة الإكراه على التفرق أن مقتضى قوله عليه السلام «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا**»[1] سقوط الخيار بالإفتراق ولو كانا مكرَهَين، فضلاً من أن يكون أحدهما مكرهاً؛ لأن الفعل مع صدوره عن فاعله للخوف عن التوعيد المحقق للإكراه يسند إلى فاعله، وأزيد من ذلك ليس بلازم في صدق «افترقا»، كما تقدم توضيحه.

وتقدم أن دعوى المصنف رحمه الله من أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضىً ببقاء العقد مما لا وجه له، مع أنه لا يلتزم بلوازم ذلك.

وعلى هذا فمقتضىٰ أدلة الخيار سقوط الخيار في مفروض المقام إلّا أنه يمكن أن يقال لثبوت الخيار هنا في الجملة بوجوه:

منها دعوىٰ أن الظاهر من أدلة سقوط الخيار بالإفتراق كون الإفتراق حاصلاً عن الإختيار المقابل للإكراه كما يلوح ذلك من جماعة.

وقد عرفت ضعفه، فليس علينا التعرض لفروع ذلك من أن الغاية اختيارهما أو اختيار أحدهما، كما نقله المصنف رحمه الله في آخر المسألة عن الشيخ والقاضي وغيرهما.

ومنها ما ادعاه المصنف رحمه الله من أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضىً بالعقد.

وقد عرفت فساده أيضاً، فليس علينا التعرض لفروع ذلك حتى نتعرض لما يدّعيه تارة من أن المتبادر /٦٠٨/ تفرّقهما عن رضىً منهما وتارة بأن المتيقن اعتبار رضاء أحدهما بعد اعترافه بأنه لم يعتبر كونه اختياراً من الطرفين ولا من أحدهما، ولا في سقوط خيار خصوص التراضي*.

ولعلّ المراد أنه لا مانع من سقوط الخيار بغير التراضي أيضاً.

---

١) الكافي ٥/ ١٧٠، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٦.

*) ***ولعلّ المراد منع اعتبار الإختيار في مقابل الإكراه، كما أنه منع التمسك بقوله عليه السلام «ما استكرهوا عليه» أيضاً في صدر كلامه. (منه قدس سره).***

ومنها صحيحة الفضيل: «**فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما**[١]».

وفيه: أنه تقدم أن من المحتمل أن يكون المراد بعد الرضاء الذي كان حاصلاً بنفس العقد أولاً، لابقائه، مع أن المصنف وكذا في الجواهر وغيرهما اعترفوا بسقوط الخيار في حال نسيان الخيار أو الجهل به أو نسيان البيع.

إن قلت: إنهم يحملون الرضاء على الرضاء النوعي.

قلت: مع أن النوعي من الرضا ليس برضاء أنه مثل الرضاء النوعي الذي يتخيل في حال النسيان والجهل يتصور في حال الإكراه.

ثمّ إن المصنف[٢] ﷺ أجاب عن هذه الصحيحة بتعارضها بما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: «**مشيت خُطاً ليجب البيع حين افترقنا**[٣]» حيث إن الظاهر منه أنه جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الإفتراق المجعول غايته للخيار من دون اعتبار رضى الآخر وشعوره بمشي الإمام عليه السلام.

ثمّ إن المصنف يدّعي أن الصحيحة أخصّ من هذا الخبر. ولعلّ نظره إلى أن الصحيحة في غير خيار الحيوان.

وفيه: أن هذه الرواية أيضاً فعل ومجمل ليس فيه تعميم.

في بعض ما في كلام المصنف ﷺ وأنه لا مانع من القول بسقوط خيار المختار دون المكرَه

وعلى كلّ حال يقول لترجيح الخبر الحاكية لفعل الإمام على صحيحة الفضيل بعد دعوىٰ ظهوره في عدم مدخلية شيء آخر زائد على المفارقة بما يؤيده من لزوم الأخذ بمقتضىٰ /٦٠٩/ هذا الخبر فيما إذا مات أو نام أو غفل أحدهما وفارقه الآخر.

---

١) الوسائل ٣٤٦/١٢، باب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

٢) كتاب المكاسب ٦٧/٥.

٣) الوسائل ٣٤٨/١٢، باب ٢ أبواب خيار المجلس، ح ٢؛ مفتاح الكرامة ٥٤٢/٤.

ومن دعوىٰ الإجماع عن السيد عميد الدين، وظاهر الايضاح[1] عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضاء من الطرفين، بل يقول بعد هذا النقل: إنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا. ثمّ ينقل عن ظاهر القواعد[2] أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث.

ثم يقول: وهو الذي ينبغي، ثمّ يوجّه كلام الخلاف بحيث يسقط عن دلالته على التفكيك بين المتبايعين في الخيار. ثمّ يتعرض لوجه نظر الشيخ والقاضي في التفكيك بينهما في سقوط الخيار إلى أن يقول: إن ظاهر النص لا يساعدهما.

أقول: ظاهر ما نقلناه رجوعه عما قاله في مسألة اعتبار عدم المنع من التخاير في عدم سقوط الخيار بالإكراه من أن المراد من الإفتراق هو الإفتراق عن الرضاء بالعقد، فرجوعه هنا يضرّ بمختاره في تلك المسألة أيضاً.

ثمّ إن ما قاله في آخر كلامه من مبنى سقوط خيار المكره فقط أو كلاهما أو عدم سقوطهما من كون الإفتراق اختيارياً لأحدهما أو كلاهما منافٍ لما قاله سابقاً من أن الإختيار المستفاد من قوله «**إذا افترقا**» موجود في حال الإكراه أيضاً.

هذا؛ مع أنه لم يعلم مختاره في المسألة بعد ذلك كلّه.

ثمّ إن سائر ما ذكره في المقام ليس لنا التعرض لها.

ومنها حديث الرفع الذي قلنا سابقاً إنه يدلّ على عدم سقوط الخيار بالإفتراق إذا كان عن كُره، ومقتضاه في المقام عدم سقوط خيار المكره الذي أكره على الخروج عن مجلس البيع الثابت في المجلس عن اختياره فلا يشمله حديث / ٦١٠ / الرفع، فمقتضىٰ قوله «**فإذا افترقا**» سقوط خياره.

إن قلت: نسلّم أن حديث الرفع لا يدلّ على عدم سقوط خيار من جلس في مجلس البيع عن اختياره إلّا أنه نقول: لم يكن مقتضٍ لسقوط خياره أيضاً، فلا مانع من استصحاب الخيار

---

١) إيضاح الفوائد ٤٨٢/١.

٢) قواعد الأحكام ٦٥/٢.

في حقه.

وتوضيح الوجه في أنه لا مقتضىٰ لسقوط الخيار الثابت في المجلس أنه قد تقدم أن قوله «**فإذا افترقا وجب البيع**» لا يدلّ على سقوط الخيار إذا حرّك أحدهما عن المجلس دون الآخر، وإنما قلنا بسقوط خيارهما في هذا الفرض للخبر الحاكي لفعل الإمام [عليه السلام] وأنه مشى خُطاً ليجب البيع.

وعلى هذا نقول: إنه في هذا الخبر نقل فعل الإمام وأنه حرّك ليجب البيع، وليس فيه إطلاق حتى يشمل صورة أكره أحدهما على الخروج عن المجلس وجلس الآخر في المجلس اختياراً، فلا مانع من استصحاب الخيار لكلّ من المتبايعين في هذا الفرض.

قلت: ظاهر الخبرين اللذين ينقل فيهما فعل الإمام من أنه مشى ليجب البيع أن مشي أحد المتبايعين ولو في حال غير شعور الآخر موجب لسقوط الخيار، وأنه المراد مما ورد من قوله «**ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع**»[1]. وكذا المراد من التعليل بأنه «**ليجب البيع حين افترقنا**[2]».

وإذا عرفت أن المقتضي لسقوط الخيار في حقهما في مثل مفروض المقام موجود، فنقول: إن حديث الرفع اقتضى عدم سقوط الخيار في حق من أكره على الحركة عن المجلس دون من جلس اختياراً، فيكون سقوط الخيار في حقه على مقتضى القاعدة.

في أنه لو زال الإكراه لا مانع من استصحاب الخيار

قوله: فالحكم بسقوط الخيار عليهما هنا أقوىٰ.

أقول: ما ذكرنا من الوجه من التفصيل بين المختار والمكره يجري هنا أيضاً، كما لا يخفىٰ. / ٦١١ /

قوله: فلابدّ إما من القول [بالفور] كما عن التذكره[3] **.. اه.**

---

١) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٦.

٢) كتاب المكاسب ٧٨/٥.

٣) كتاب المكاسب ٧٩/٥.

أقول: المراد أن المقام وأشباهه من موارد دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص ـ أعني الخيار الثابت أولاً ـ وبين التمسك بعموم العام مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ في أزيد من مقدار عُلم وجود المخصص ـ أعني الخيار ـ فيه، وهو الآن الأول بعد رفع الإكراه، وقد تقدم في أول باب الخيارات أنا رجّحنا الثاني.

إن قلت: إن الذي عُلم خروجه عن تحت العام هو عمومه الأزماني في هذا الفرد، وأما التخصيص الفردي بخروج هذا الفرد من العقد عن تحت العام رأساً، فغير معلوم.

وعلى هذا إذا فرضنا أنه لم يجيء شيء من المسقطات رأساً، فحينئذٍ تمسكت باستصحاب الخيار دائماً، فيلزم خروج نفس هذا العقد عن تحت العموم رأساً. وعلى هذا فإذا علمنا أن هذا الفرد لو كان داخلاً تحت العام فلا فرق فيه بين الزمان الذي يكون بعد ارتفاع مجلس زوال الإكراه وما بعده، فحينئذٍ إذا ثبت دخول هذا الفرد تحت العام في الجملة لأصالة عدم التخصص، فيثبت اللزوم من أول ارتفاع زمان مجلس يزول الإكراه، كما نقله المصنف رحمه الله عن الشيخ وغيره.

قلت: حصول العلم بأنه بعد زوال مجلس زوال الإكراه يكون موقوفاً على القطع بعدم مجيء شيء من المسقطات الواقعية بعد ذلك، لا عدم مجيء المسقطات المعلومة لنا. وليس بلازم من أن تكون المسقطات الواقعية منحصرة فيما نعلم كونه مسقطاً.

هذا أولاً؛ وثانياً نقول: لو فرضنا تحقق صغرىٰ ذلك، فنقول: من الممكن أن يكون اللزوم في خصوص ذلك الفرض بعد زوال مجلس الإكراه دون فرض آخر، ولا طريق لنا إلى القطع بعدم الفرق بين المقامين.

في كون التصرف مسقطاً لخيار المجلس في الجملة

قوله: فإن المنفي يشمل شرط المجلس والحيوان[1] .. اه.

أقول: ذلك لما تقدم أن الخبر وإن كان في مورد خيار الحيوان إلّا أن خيار /٦١٢/

---

١) كتاب المكاسب ٨٢/٥.

المجلس موجود في ضمن خيار الحيوان، كما إذا كان قبل التفرق. وقوله «**فلا شرط له**[١]» مطلق، وأعمّ من أن يكونا في المجلس أم لا.

وتمامية هذا الوجه مبنيّ على ما سيأتي من أن خيار المجلس موجود في زمان خيار الحيوان وأنه لا مانع من ثبوت الخيار من جهتين، وعلى دعوى الإجماع المركب من أنه لا فرق بين خيار المجلس الثابت في ضمن خيار الحيوان وخيار المجلس الثابت في غير هذا المقام في كون التصرف مسقطاً له.

وأما دلالة التعليل على السقوط في غير مورد الخبر حتى يعمّ إلى سائر الخيارات وكذا إلى خيار المجلس من دون حاجة إلى شيء آخر، فموكول إلى محله.

ثمّ إن في عبارة المصنف‌ﷺ مسامحة من جهة أن صدر كلامه كان ظاهراً في أن اثبات كون التصرف مسقطاً لخيار المجلس كان مبنيّاً على اقتضاء التعليل ذلك كما في خيار الشرط، مع أن ذيل كلامه يكون ظاهراً في أن هذا الخبر بنفسه متعرض لخيار المجلس مع قطع النظر عن اقتضاء التعليل له. وأيضاً ما ذكره على وجه الترقي من اقتضاء هذا الخبر لكون تصرف المشتري مسقطاً لخيار الحيوان بقوله: «**بل سقوط خيار المشتري**[٢]».. اه، ليس على ما ينبغي، كيف والمتيقن من هذا الخبر ذلك، فلا يناسب التعبير بلفظ «بل».. اه.

في تعميم خيار الحيوان إلى الموارد المشكوكة كما في مثل الجراد المجزون[٣] وبيع الكلي وبيع المشرف على الموت

قوله: الثاني خيار الحيوان لا خلاف[٤].. اه.

---

١) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٢٤/٧، باب عقود البيع، ح ١٩. قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط. فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضىً منه فلاشرط له. قيل له: و ما الحدث به قال: أن لامس، أو قبّل، أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء.

٢) كتاب المكاسب ٨٢/٥.

٣) كذا في المخطوطة، في مقابل «الجراد المحرز في الإناء».

٤) كتاب المكاسب ٨٣/٥.

أقول: لا بأس بأن نوضح حال بعض الجزئيات التي ذكرها المصنف رحمه الله هنا:

منها ما ذكره من أن ظاهر النص والفتوىٰ العموم لكلّ ذي حيوة حتى يشمل مثل العلق وشبهه.

وهنا نقول: لا إشكال في دلالة الأدلة على ثبوت الخيار المذكور في كلّ حيوان للإطلاق، أو العموم الوضعي مثل ما في صحيحة الحلبي[1] في الحيوان كلّه شرطه ثلاثة أيام؛ /٦١٣/ إذ من الواضح أن لفظ «كلّ» هنا لا يناسب للعموم المجموعي، بل لابدّ أن يكون المراد هو العموم الأفرادي، فيثبت المدعىٰ إلّا أن الإشكال في صدق الحيوان عرفاً على مثل العلق.

وهنا نقول: لا إشكال في صدقه عليه لغة؛ لكنّا قلنا في غير المقام: إن مواد العمومات ربما يدعى انصرافها إلى بعض الإفراد، وبعد ذلك لا يقتضي ما دلّ على العموم بأزيد مما شمله المادة، مثلاً إذا قال «أكرِم كلّ عالم» وقلنا إن لفظ العالم ينصرف إلى الفقيه، فلا يقتضي لفظ المطلق الذي يثبت عمومه بمقدمات الحكمة، وبين العام الذي يكون عمومه بالوضع أنه في الأول إذا صار بعض الأفراد متيقّناً من القرائن الحافّة بالكلام، فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم بغيرها.

وأما الثاني فلا يضرّه ذلك إلّا أن المادة إذا فرض انصرافها إلى بعض الأفراد بحيث صار بمنزلة الوضع الثانوي عند العرف، فلفظ العام لا يقتضي التعميم بأزيد مما انصرف إليه المادة.

وعلى هذا نقول: لا إشكال في أن المتيقّن من لفظ الحيوان في مقام الإطلاق غير مثل العتق.

وعلى هذا فلو قلنا: إنه على نحو الإنصراف بذلك يضرّ بشمول العام الوضعي أيضاً لمثل العلق، وأما لو قلنا: إنه مجرد /٦١٤/ أنه المتيقّن في مقام الإطلاق، فلا يضرّ ذلك بالتعميم بما هو موضوع للعموم.

---

١) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠١، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٣٧٦١ و الرواية هي: «روى الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري فهو بالخيار فيها إن اشترط أو لم يشترط».

في التعرض لبعض الجزئيات المتعلقة بخيار الحيوان و أنه يجري خيار الحيوان في البيع الكلي الذي على الذمة أم لا

ثمّ إن مثل ما قلنا في النصوص يجري في كلمات العلماء؛ إذ التصريح بشمول الحيوان لمثل العلق* ليس في غالب كلماتهم، فلا يظن في البين شبهة إجماع.

ومنها ما ادّعاه من اختصاص خيار الحيوان بما كان المقصود حيٰوته، فلا يجري في مثل السمك المخرج عن الماء والجراد المحرز[1] في الإناء بعد فرض عدم الإشكال في جريان خيار الحيوان في أصل السمك والجراد.

ونحن نقول هنا: ليس الشك من جهة شمول عموم الوضعي لمثل ذلك، بل من جهة الشك في العموم الأحوالي الثابت بمقدمات الحكمة لمثل ذلك. فإذا فرضنا أن المتيقن من الإطلاقات بالقرائن الحافّة غير هذه الحالة فيشكل التعميم لمثل هذه الحالة.

وعلى هذا نقول: لمّا كان المقصود من البيع في مثل ذلك بيع االحم بحيث إنه ليس حيٰوته محطّ النظر أصلاً، فيشكل إطلاق بيع الحيوان عليه؛ إذ المتيقن في نظر العرف من بيع الحيوان غير ذلك**.

ومنها ما ذكره من أنه يشكل فيما صار كذلك؛ يعني ليس المقصود حيٰوته، بل المقصود لحمه «لعارض كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم[2]».. اه.

أقول: إذا كان مشرفاً على الموت ويكون المقصود بيع لحمه فالوجه السابق الذي ذكر في السمك والجراد المشرفَيْنِ على الموت يأتي في المقام أيضاً.

---

*) ***زالو. (منه قدس سره).***

١) في المخطوطة: المجزن.

) ***مجرد أن المقصود هو اللحم غير مانع من جريان خيار الحيوان فيه كما في بيع الأغنام وغيرها في صورة كان الغرض مجرد اللحم.*

نعم؛ لو كان المقصود مجرد اللحم وكان الحيوة حال البيع في معرض الزوال، فلا يجري خيار الحيوان فيه للوجه الذي أشير إليه. وأما بيع الغنم لمجرد اللحم ـ مع أنه الغالب في بيع الحيوان ـ لا يناسب إخراجه عن العموم؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

٢) كتاب المكاسب ٨٣/٥.

نعم؛ كان الإشكال في جريان خيار الحيوان في الجراد وشبهه رأساً، وهو خارج عن محلّ الكلام. /٦١٥/

ومنها ما ذكره من أنه في الفرض السابق لا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البايع قبل القبض أو في زمان الخيار. ووجهه واضح؛ لأن التلف فيما كان المقصود لحمه بتلف اللحم، وعنوان التلف غير صادق هنا[1] على مجرد زهاق الروح.

ومنها قوله «**وفي منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه**».

أقول: ما كان المقصود لحمه في الفرضين السابقين لم يكن في البين خيار ثلاثة أيام، سواء بقي إلى ثلاثة أيام أم لا.

ولعلّ نظر المصنف فيما يكون المقصود لحمه لعارض الذي تردد فيه سابقاً؛ لكنّك قد عرفت عدم الفرق بين القسمين.

ومنها قوله: **أو يعمّ الكلي**، إلى قوله: **ولعلّه الأقوى**[2].

أي عدم ثبوت خيار الحيوان في بيع الحيوان في الذمة الذي عبارة عن بيع الكلي. ولعلّ نظره إلى أن ما دلّ على ثبوت خيار الحيوان إنما يدلّ على ثبوته في بيع مصاديق الحيوان، و ليس الكلّي فرداً آخر للحيوان في مقابل المصاديق الخارجية، بل أفراد الحيوان هو خصوص المصاديق الخارجية للحيوان.

إن قلت: إذا لم يكن الكلي الذي عبارة عما في الذمة من مصاديق الحيوان، فأيّ شيء يبيع؟

قلت: المبيع في بيع الكلي هو الأمر الإعتباري الذي ينزّل منزلة /٦١٦/ الموجود الخارجي حيث يعتبر الذهن بمنزلة شيء فيه حيوان ثم يباع ذلك الحيوان الذي اعتبر في الذهن، وهذا الأمر الإعتباري عبارة عن حكم وضعيّ يتحقق له الوجود بنفس الإعتبار ويترتب عليه الآثار العرفية والشرعية على ما حقّق في محله.

---

١) «هنا» مكرّرة في المخطوطة.

٢) كتاب المكاسب ٨٤/٥.

هذا كلّه؛ لكن يرد على هذا الوجه من أنه نسلّم عدم شمول صدق بيع الحيوان على هذا البيع إما للإنصراف، أو لأن المتيقن غيره، إلّا أن من الواضح أنه ليس هذا بيع غير الحيوان أيضاً.

وعلى هذا نقول: إن ظاهر بعض الأخبار حصر البيع في بيع الحيوان وبيع غير الحيوان، وإن الخيار في الثاني إلى الثلاثة وفي الأول إلى أن يفترقا.

وعلى هذا، فما نحن فيه بعد عدم كونه مندرجاً في بيع غير الحيوان، فلابدّ أن يكون مندرجاً في بيع الحيوان، وكذلك كلّ مطلق مُنع من شموله لبعض ما لا يندرج في نقيضه إذا وقع في مقام بيان حكمه وحكم نقيضه، فهنا يندرج هذا الفرد في ذلك المطلق وإن لم نقل بشمول الإطلاق له في غير هذا الفرض.

ثمّ الأخبار المشار إليها هي مثل صحيحة محمد بن مسلم: «**المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما /٦١٧/ سوىٰ ذلك من بيع حتى يفترقا**».[1]

نعم؛ هذا الخبر فيه كلام من جهة أنه معرض عنه أم لا، وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ إلّا أنه بعض أخبار أخر يكون بمضمونه.

في أنه هل يكون للبايع خيار الحيوان اذا لم يكن الثمن حيواناً؟ وذكر أدلة عدم ثبوت الخيار له

قوله: مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري[2] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ عليك جريان الأصل العملي موقوف على عدم دليل اجتهاديّ ولو كان من قبيل العمومات، كما أن العام يكون مرجعاً مع عدم عام أضيق دائرة منه مع عدم مرجح خارجيّ، ومطلق العام يكون مرجعاً مع عدم دليل خاصّ في المسألة، اذا لم يكن في البين مرجّح للتصرف في الدليل الخاص.

---

١) تهذيب الأحكام ٢٣/٧، باب عقود البيع، ح ١٦.

٢) كتاب المكاسب ٢٠٣/٥.

ثمّ الدليل الخاص إذا كان له معارض، فيعيّن الرجوع إلى الجمع بينهما ومع عدم المرجّح ففي بعض الموارد يتوقف كما قيل بذلك في العامين من وجه يرجع إلى العام الأضيق دائرةً، و مع وجود المانع له إلى العام الذي يكون أوسع دائرةً، و مع المانع عن الرجوع إلى العام مطلقاً يصير المرجع هو الأصل العملي، و في بعض الموارد يرجع إلى المرجّحات السندية، كما قيل بذلك في المتباينين، ومع عدم المرجّح إلى التخيير.

نعم؛ هنا كلام من أن الأصل العملي أو اللفظي مرجّح لأحد المتعارضين أم لا.

واذا عرفت ذلك فنقول: إن الأصل العملي في المقام مقتضاه مختلف بالنسبة إلى الموارد، فإنه في مورد ثبت خيار المجلس أولاً للبايع فمقتضى الاستصحاب بقاء خياره إلى ثلاثة أيام، ولا يتمسك بالعام لإثبات اللزوم في الزمان المشكوك، كما تقدم وجهه في أول الخيارات، إلّا أن يتمسك للزومه بقوله «فإذا افترقا وجب البيع».

وفي مورد لم يثبت خيار المجلس أولاً، كما لو شرطا سقوطه في العقد وكما في بعض البيوع الصادرة عن بعض الوكلاء، كما تقدم تفصيل الكلام فيهما في خيار المجلس، فهنا ليس في البين استصحاب الخيار.

ثمّ إنه مع علمنا بأن خيار الحيوان للبايع لا يتفاوت في المقامين بحسب الواقع، نقول: لو لم يكن إلّا الأصل العملي فلا يكون مانع من العمل بكلّ أصل في مورده؛ لأن التفكيك /٦١٨/ بين ما يكون التلازم بينهما ثابتاً في الواقع لا مانع فيه بالأصول كما حقّقناه في مسألة استصحاب الشرايع السابقة إلّا أنه في المقام في موردٍ قلنا بعدم جريان الأصل العملي يكون المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقد، وهذا دليل إجتهادي يثبت به اللوازم أيضاً ومقتضى ذلك عدم ثبوت خيار الحيوان للبايع في شيء من الموارد، وهو مقدّم على الأصل العملي.

ثمّ إن العام الذي يكون أضيق دائرة من قوله تعالى ﴿أوفوابالعقود﴾[1] أيضاً يكون مقتضاه عدم ثبوت خيار الحيوان للبايع*. وذلك مثل ما دلّ على أن «البيّعين إذا افترقا وجب البيع»

---

١) المائدة: ١.

*) *في مورد لم يثبت خيار المجلس أولاً يثبت اللزوم بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ويلحق به غيره لعدم الفصل، وفي مورد ثبت خيار المجلس أولاً يثبت اللزوم بقوله «وإذا افترقا وجب*

في الأخبار الكثيرة.

ثمّ إن كثيراً من الأخبار الخاصة أيضاً يكون مقتضاها عدم ثبوت خيار الحيوان للبايع.

في بعض ما يستدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً وأن الحق أنها لا تدلّ على ذلك؛ بل على المنع أظهر

منها ما في صحيحة الحلبي قال: «**في الحيوان كلّه شرطه ثلاثة أيام للمشتري**[1]». وقريب منه في صحيحة الفضيل: «**ما الشرط في الحيوان؟ فقال: ثلاثة أيام للمشتري**[2]». فإن القيد هنا يكون له المفهوم، وهو قوله «للمشتري» فإنه وارد في مقام بيان حدّ خيار الحيوان. والقيود الواقعة في مقام التحديد يكون المفهوم ثابتاً لها؛ بل في صحيحة الفضيل يقول بعد ذلك في الشرط في غير الحيوان: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»، فيصرّح بثبوت خيار المجلس لهما. والعدول في مقام الجواب والمقابلة يكون[3] قرينة تامة على أن خيار الحيوان ليس للبايع.

ومنها صحيحة ابن ركاب: «**الشروط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري**[4]». فإن تعريف المبتدأ يوجب الحصر بناءًا على أن للمشتري خبراً وكالخبر بالنسبة إلى ذلك.

ومنها صحيحة ابن ركاب المحكية عن قرب الإسناد، قال: «**سألتُ أبا عبدالله عن رجل اشترىٰ جارية: لمن الخيار، للمشتري أو للبايع أو لهما كليهما؟**

قال: **الخيار لمن اشترىٰ نظرة ثلاثة أيام**[5] **فإذا مضت/٦١٩/ ثلاثة أيام فقد وجب الشراء**[6]».

البيع» ويلحق به غيره لعدم الفصل بعد أن المسبّب للزوم من الأمارات فيكون مثبته حجة في المقامين. (منه قدس سره).

١) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣٧٦١.

٢) الكافي ٥/١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٦.

٣) المخطوطة: يكونان.

٤) الكافي ٥/١٦٩، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢ وفيه: «الشرط في الحيوان»، وفيه: الشرط في الحيوان...

٥) في المصدر: «ثلاثة أيام نظرة».

٦) قرب الإسناد: ١٦٧، أحاديث المتفرقة، ح ٦١١.

ودلالته على المدعىٰ من جهات؛ بل يكون صريحاً في المدعىٰ.

ومنها ما في الموثق: «**صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام**[١]». وهذا أيضاً واضح دلالته.

وأما ما استدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع أيضاً، فكصحيحة محمد ابن مسلم وصحيحة زرارة قال: «**وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام**[٢]»، ففيه: أولاً أن صاحب الحيوان يجوز أن يكون صاحبه في زمان الخيار، وهو المشتري، فهو دليل للخصم؛ بل هذا يكون معيّناً من وجهين:

الأول: أن صاحب الحيوان يكون حقيقة فيمن تلبّس بالمبدأ في زمان النسبة الكلامية، وهو زمان ثبوت الخيار، وفي تلك الزمان يكون صاحب الحيوان هو المشتري.

الثاني: أن الموثق الذي نقلناه في آخر أدلة الطرف المقابل يكون قرينة واضحة على أن المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، كيف والتطويل المذكور في تلك الموثقة قرينة على منع ثبوت الخيار للبايع وهو بعينه متحد بحسب التعبير مع هذين الصحيحين، ولعلّ ما /٦٢٠/ ذكرناه هو السرّ في عدم عدّ المصنف‌ﷺ هذين الصحيحتين من دليل ثبوت الخيار للبايع، بل في كلامه إشارة إلى كونهما من أدلة منع ثبوت الخيار للبايع عند تعرضه للترجيح السندي.

وكصحيحة محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وما سوىٰ ذلك من بيع حتى يفترقا».[٣]

والمصنف اقتصر على هذه الصحيحة في مقام الاستدلال على ثبوت خيار الحيوان للبايع. ونحن نقول: مع غمض العين من أن فتوى المشهور على عدم ثبوت خيار الحيوان للبايع، وعلى هذا لو تمكّنّا من ترجيح ما دلّ على عدم ثبوت الخيار للبايع على هذه الصحيحة بحسب القواعد، وإلّا نقول: إن ذلك يكشف من أن هذه الصحيحة كان معرضاً عنه عند المشهور. وذلك يسقطه عن الحجية لما ذكرناه في محله من أن الخبر الذي أعرض المشهور

---

١) تهذيب الأحكام ٦٧/٧، باب ابتياع الحيوان، ح ١.

٢) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٥.

٣) تهذيب الأحكام ٢٣/٧ـ٢٤، باب عقود البيع، ح ٦.

عنه ليس بحجة. فعلى كلّ حال يكون المرجع ما دلّ على منع ثبوت خيار الحيوان للبايع.

في ما ذكر من الاحتمال في صحيحة محمد بن مسلم
وأن الحقّ أنها لا تدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع إذا لم يكن الثمن حيواناً

نقول: إنا تارة نتكلم في هذه الصحيحة من جهة أصل دلالتها على ثبوت خيار الحيوان للبايع، وتارة على فرض تمامية دلالتها على ذلك نتعرض لما هو مقتضىٰ الجمع بين هذه الصحيحة وبين ما دلّ على عدم خيار الحيوان للبايع، وأنه يرجع إلى العمومات المقتضية للزوم على فرض التكافؤ أم لا؟

وتارة من جهة أنه على فرض لزوم الرجوع إلى المرجحات السندية يكون الترجيح لواحد من الطرفين، أم لابدّ من البناء على التخيير؟

أما المقام الأول فنقول فيه: إن أصل الدلالة يتوقف على التعرض للاحتمالات التي تكون في هذه الصحيحة، ويكون مقتضاها عدم /٦٢١/ دلالة هذه الصحيحة على ثبوت خيار الحيوان للبايع، فمنها ما نقله في الجواهر[1] من أن المراد ثبوت الخيار لمجموعها الصادق بالمشتري خاصة أو أن المراد أن الخيار للمشتري وعلى البايع فهو لهما.

ونحن نقول: إن أمثال هذه الاحتمالات إنما ينفع في رفع صراحة هذه الصحيحة على ثبوت الخيار للبايع فينفع ذلك في مقام الجمع العملي بينهما وبين أدلة الطرف المقابل وإلّا أمثال هذه الإحتمالات لا تنفع في رفع ظهور هذه الصحيحة في أن خيار الحيوان ثابت للبايع.

ومنها ما نحن نقول من أنه يكون في الخبر احتمال آخر يوجب سقوط أصل ظهوره في ثبوت خيار الحيوان للبايع، و ذلك لأن من المحتمل أن يكون المراد ثبوت خيار الحيوان لكلّ من المتبايعين، لكنّ للمشتري في صورة كان المبيع حيواناً وللبايع في صورة كان الثمن حيواناً ولهما إذا كان كلاهما حيواناً، كما هو قول بعض على ما سيأتي في المسألة الآتية ـ إن شاء الله تعالى ـ.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٧.

وليس في هذه الصحيحة ما يكون رافعاً لهذا الاحتمال، وذلك لأنه قال فيها: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان»، فلو كان المراد من قوله «في الحيوان» أنه في بيع الحيوان، فيتمّ دلالته على ثبوت خيار الحيوان للبايع على نحو الإطلاق كما هو مرام المستدلّ حيث إن الظاهر من بيع الحيوان أن يكون المبيع حيواناً، سواء كان الثمن حيواناً أم لا.

وأما لو كان المراد من قوله «في الحيوان» أنه في ردّ الحيوان يكون الخيار لكلّ منهما /٦٢٢/ فحينئذٍ يدلّ على أنه يكون خيار ثلاثة أيام للبايع إذا كان الثمن حيواناً وللمشتري إذا كان المبيع حيواناً. ولا مرجّح لأحد هذين الاحتمالين في نفس هذه الصحيحة، فحينئذٍ إما نقول بأن هذه الصحيحة يكون فيها الإجمال فلا يكون دليلاً على أحد القولين، أو أنه نقول: إن الاحتمال الأخير معيّن بمقتضى الجمع بين هذه الصحيحة وبين ما دلّ على منع ثبوت الخيار للبايع؛ لأن ذلك جمع عرفي مقبول، فيؤخذ بمقتضاه. وذلك لا ينافي ما ذكرناه قبل مسألة حجية قول اللغوي من أن عموم العام لا يرفع إجمال ما يكون فيه الإجمال.

فيما هو مقتضى الجمع بعد تسليم دلالة الخبر الذي يدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً وحكم الرجوع إلى المرجّحات السندية

وأما المقام الثاني، وهو أنه على فرض ظهور صحيحة محمد بن مسلم فيما ادّعوه من ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً فمقتضىٰ الجمع بينها وبين ما دلّ على خلاف ذلك بأيّ نحوٍ يكون، فنقول: تسليم ظهور صحيحة محمد بن مسلم في ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً مبنيّ على تسليم ظهور قوله «في الحيوان» في بيع الحيوان بأن يكون هو البيع، لا الردّ، كما تقدم.

وعلى هذا يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور هذه الصحيحة في أن المراد ثبوت الخيار لهما في بيع الحيوان بحمله على أن المراد ثبوت الخيار لهما في ردّ الحيوان كما تقدم، أو عن ظهوره في ثبوت الخيار لكلّ واحد من المتبايعين بحمله على ثبوت الخيار لمجموعهما. وأما غير هاتين التصرفين في هذه الصحيحة مما لا يعتنىٰ بها لركاكتها.

وبين رفع اليد عن ظهور ما تقدم من الأخبار الدالّة على عدم خيار الحيوان للبايع، فنقول:

أما خصوص الصحيحة المنقولة عن قرب الإسناد من تلك الأخبار يكون أظهر وأصرح على نفي الخيار للبايع من ظهور صحيحة محمد بن مسلم على ثبوت الخيار له بعد تسليم أصل الظهور /٦٢٣/.

ولابدّ أن يؤخذ بما هو أظهر وأصرح، ومع وجود المرجّحات الدلالية لا تصل النوبة إلى الرجوع إلى المرجّحات السندية ليقال: إن محمد بن مسلم يكون أعدل من راوي صحيحة قرب الإسناد.

هذا؛ مع أن الأرجحية إنما يثمر إذا كان في تمام رجال السند، لا في بعضها؛ فافهم.

بل نقول ـ مع غمض العين من أصل صحيحة قرب الإسناد رأساً أيضاً ـ: إن سائر الأخبار الدالة على عدم خيار الحيوان للبايع بعد ملاحظة مجموعها يكون ظهورها في عدم خيار الحيوان للبايع أشدّ من ظهور صحيحة محمد بن مسلم في ثبوتها له، كما لا يخفىٰ على المتأمل والعرف في مقام الجمع يلاحظ المجموع.

ثمّ بعد غمض العين عن ذلك أيضاً نقول: لو قلنا إن المرجع في مثل المقام بعد عدم المرجّحات الدلاليّة هو التوقف، فحينئذٍ لابدّ من الرجوع إلى العمومات التي لم يعلم ورود التخصص عليها. وقد تقدم أن مقتضاها عدم ثبوت خيار الحيوان للبايع.

وأما المقام الثالث ففي المرجّحات السندية بين المتعارضين في المقام بعد تسليم أنه لا يمكن الجمع العملي بينهما وتسليم أنه مع عدم المرجّح الدلالي في المقام ليس هنا مورد التوقف؛ بل مورد الرجوع إلى المرجحات السندية، فنقول - مع غمض العين من أن أرجحية خصوص محمد بن مسلم غير كافٍ، بل لابدّ أن يكون ذلك في تمام رجال السند، نقول -: /٦٢٤/ إن خبراً واحداً من العدول لا يكون بأرجح من أخبار كثيرة كلّ واحد منها من العدول ولو كان الراوي في الأول أعدل من كلّ واحد من رواة هذه الأخبار، ولا يستفاد من شيء من أدلة ذلك بل الأمر بالعكس.

فما دلّ على عدم خيار الحيوان للبايع لكثرتها أرجح سنداً من مثل خبر محمد بن [مسلم] الذي يدلّ على ثبوت الخيار له، سيّما لو قلنا: إن الشهرة أو مطلق الظن من المرجّحات السندية، فضلاً من أن نقول: إن الأصل اللفظي كالعمومات أيضاً من المرجّحات السندية

أيضاً.

ثمّ إنه لو قلنا بأن شيئاً من الأكثرية بحسب الأخبار ومن الشهرة العملية ومن الأصل اللفظي ولا من مطلق الظن ليس من المرجّحات السندية، فنقول: لا أقلّ من أنه لا دليل على ترجيح خبر واحد من الأعدل على أخبار كثيرة من العدول، سيّما في مفروض المقام.

وعلى هذا نقول: لو بنينا على أنه عند الشك في وجود مرجّح معتبر يكون المرجع إطلاق أخبار التخيير بين الخبرين، فحينئذٍ أيضاً لنا أن نخيّر غير صحيحة محمد بن مسلم حتى نوافق مع ما ذهب إليه المشهور؛ فافهم.

في ثبوت الخيار للبايع إذا كان الثمن حيواناً وأن ورود القيد مورد الغالب غير مستلزم لانصراف

قوله: نعم، هنا قول ثالث لعلّه أقوىٰ منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان[1]. إلى آخره.

أقول: تدلّ على ذلك صحيحة محمد بن مسلم التي تقدم سابقاً بمقتضىٰ الجمع العرفي القريب الذي ذكرناه سابقاً بينه وبين الأخبار ينفي ثبوت الخيار عن البايع مطلقاً. وكذا يدلّ عليه إطلاق ما ورد في الصحيحتين المشار إليهما من أن صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام حيث تقدم أن زمان النسبة الكلام فيه هو زمان ثبوت الخيار، وهو بعد البيع، «وصاحب الحيوان» /٦٢٥/ لكلّ واحد من المشتري والبايع إذا كان الثمن حيواناً.

إن قلت: إنه ورد في موثقة ابن فضال أن «**صاحب الحيوان المشتري بالخيار**».. اه، ففسّر صاحب الحيوان هنا بالمشتري، ولمّا كان هذا القيد وارداً في مقام البيان والتحديد فيدلّ على نفي الخيار عن البايع ولو كان صاحب الحيوان أيضاً.

قلت: هذا القيد وارد مورد الغالب؛ يعني لمّا كان الغالب أن صاحب الحيوان كان هو المشتري، فلذلك ذكر القيد الذي يكون في الغالب؛ يعني كون صاحب الحيوان هو المشتري.

---

١) كتاب المكاسب ٨٩/٥.

ومما ذكرنا ظهر أن دعوىٰ ورود قيد المشتري هنا مورد الغالب لا ينافي ما تقدم هنا من دلالة هذه الموثقة على نفي الخيار عن البايع إذا لم يكن الثمن حيواناً بلحاظ أنه في مقام البيان اقتصر على ثبوت الخيار لخصوص المشتري الذي كان صاحب الحيوان، كما أنه ممّا ذكرنا ظهر أن تعميم صاحب الحيوان في الصحيحتين للأعم من المشتري والبايع غير منافٍ للأخبار الكثيرة التي في مقام البيان دلّت على ثبوت الخيار لخصوص المشتري؛ لأن ذلك أيضاً بلحاظ أن الغالب أن صاحب الحيوان هو المشتري.

نعم؛ مما ذكرنا يظهر إشكال على تعميم صاحب الحيوان في الصحيحتين للبايع من جهة أخرىٰ، وهو أنه بعد فرض /٦٢٦/ أن الغالب في بيع الحيوان أن يكون المبيع فقط حيواناً، فقوله «صاحب الحيوان» ينصرف إطلاقه إلى الفرد الغالب، وهو أن يكون المشتري صاحب الحيوان.

اللهمّ إلّا أن يقال: إن دعوىٰ الإنصراف يتمّ لو كان عنوان الصحيحتين في بيع الحيوان، وليس الأمر كذلك، بل قال ابتداءً: «**إن صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام**»، ودعوىٰ الإنصراف وشبه ذلك فيه ركيك، ولو فرض أن الغالب أن يكون المبيع هو الحيوان غالباً أيضاً حتى لا ينافي ما تقدم في الموثقة من أن قيد المشتري فيه وارد مورد الغالب.

وتوضيح وجه عدم المنافاة أنا ذكرنا في مسألة مفهوم الوصف أن الحق أن السرّ في عدم ثبوت المفهوم للقيد الوارد مورد الغالب صيرورة القيد مساوياً بعد انصراف مقيّده إلى الأفراد الغالبة إلّا أنه يجوز أن يكون انصراف المطلق إلى الأفراد الغالبة بعد ذكر القيد الغالب مثلاً في قوله تعالى ﴿**وربائبكم اللاتي في حجوركم**﴾[1] يكون القيد فيه وارداً مورد الغالب، وانصراف الربائب إلى اللّاتي في الحجور إنما هو بعد ذكر قيد الغالب، وهو قوله تعالى ﴿**في حجوركم**﴾، وإلّا لم يكن إشكال في عدم انصراف الربائب من حيث هو إلى من في الحجور.

وفي المقام نقول: إن الموثقة لما ذكر فيها قيد الغالب فينصرف قوله «صاحب الحيوان» أيضاً إلى الأفراد الغالبة، فيصير القيد /٦٢٧/ مساوياً، فلا مفهوم له.

---

١) النساء: ٢٣.

وأما في الصحيحتين لمّا لم يذكر القيد الغالب، فلا ينصرف قوله «صاحب الحيوان» إلى الأفراد الغالبة، فيؤخذ بإطلاق صاحب الحيوان فيها، ولا مانع فيه*.

في جريان خيار الحيوان في الأمة مدّة الإستبراء

قوله: مسألة: لا فرق بين الأمة وغيرها[1].. اه.

أقول: ما دلّ على ثبوت خيار الثلثة في الحيوان كلّه يمكن منع شموله للإنسان من الأمة والعبد لانصراف الحيوان الذي هو المادة في العام هنا إلى غير الإنسان إلّا أن كثيراً من الأخبار صريح في جريان خيار الحيوان في الأمة والعبد مثل ما تقدم من صحيحة قرب الإسناد[2] ومثل الأخبار الواردة في أن تلف المبيع في الثلثة من البايع؛ فإن موردها الأمة والعبد إلاّ ما شذّ.

وما ذكرناه هو مدرك اجماعهم في جريان خيار الحيوان في بيع الأمة والعبد. وأما ثبوت الخيار في الأمة إلى آخر مدّة الإستبراء فلم نظفر على مدرك له.

قوله: وأدلة «التلف من البايع» محمول[ـة] على الغالب[3].. اه.

أقول: مجرد أن الغالب أن الحيوان لا يتلف في زمان خيار المجلس غير موجب لانصراف الإطلاق إلى غيره بعد أن هذه الغلبة غير ملتفت إليه أصلاً، مع أن كلّ جزء قليل من أجـزاء ثلاثة أيام يكون التلف فيه قليلاً بالنسبة إلى سائر أجزاء الأيام الثلثة، فالصواب في الجواب أن يقال: إن ظاهر هذه الأخبار أن خيار الحيوان ثلاثة أيام بعد صدور العقد وأن تلف المبيع فيها من البايع.

في أن ابتداء خيار الحيوان بعد صدور العقد

وعلى هذا فإن ثبت أنه في زمان خيار المجلس يكون التلف من المشتري كما هو مقتضى

---

*) *هذا مضافاً إلى صحيحة محمد بن مسلم أيضاً. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٩١/٥.

٢) في المخطوطة: الانسان؛ و هو سبق القلم.

٣) كتاب المكاسب ٩٣/٥.

القاعدة وأن خيار المجلس ثابت من أول العقد أيضاً، فحينئذٍ نخصّص بذلك ما دلّ على أن تلف المبيع في الثلثة /٦٢٨/ من البايع، فنحمله [على] غير زمان يكون خيار المجلس أيضاً موجوداً. وأما لولم يثبت كون تلف المبيع في زمان خيار المجلس هنا على المشتري، فحينئذٍ نأخذ بإطلاق ما دلّ على أن تلفه في الثلثة من البايع.

وعلى كلّ حال ليس في البين إشكال.

قوله: ويرد التداخل بأن الخيارين إن اختلفا[1] .. اه.

أقول: من الواضح أن الخيارين ليسا من قبيل المتخالفين ليمكن الجمع بينهما، بل الخيار بمثل الإباحة في عدم امكان اجتماع فردين منهما في محل واحد، بل ليس الخيار قابلاً للتأكد أيضاً كالوجوب.

في أن اجتماع الأسباب على سبب واحد ومقتضاه

ثمّ لا يخفىٰ أن المعرِّف عبارة عما يوجب العلم بالشيء، فإذا حصل العلم بذلك الشيء من معرِّف فلا يمكن حصول العلم به من الثاني، فيصير مُعرّفية المُعرّف الثاني شأنياً كالسبب الغائي الحاصل بعد تأثير السبب الأول في الشيء الذي لا يقبل التأكد ولا أن يجتمع فردان منه.

وبالجملة، بعد فرض عدم قابلية الخيار لأن يتعدد أو يتأكد، إذا اجتمع سببان للخيار في آنٍ واحد يكون التأثير مستنداً إليهما معاً كالأسباب الخارجية. ومع سبق أحدهما يكون التأثير مستنداً إلى السابق، وكذلك حال المعرّف من جهة صيرورته سبباً للعلم بالمعرّف.

إن قلت: إذا اعترفت أن السببين مع الاجتماع يكون التأثير مستنداً إليهما ومع سبق أحدهما يكون التأثير مستنداً إلى السابق، فحينئذٍ نقول: إن الظاهر مما دلّ على كون كلّ من المجلس أو كون المبيع حيواناً سبب للخيار أن يكون كلاً منهما مؤثراً فعلاً لا شأناً على نحو الاستقلال، فعلى هذا لابدّ من أن يقال بأن زمان خيار الحيوان بعد التفرق من المجلس حتى

---

١) كتاب المكاسب ٩٣/٥.

يكون لكلّ من السببين تأثير فعلّي في الخيار على نحو /٦٢٩/ الاستقلال، كما هو مفاد دليلهما.

قلت: فيه أولاً: إن إبقاء الدليلين على ظاهرهما من جهة كون مبدأ الخيارين من أول زمان صدور العقد والتصرف في ظهورهما في التأثير الاستقلالي الفعلي أولى، كما لو قيل بمثل ذلك في الأسباب الخارجية، فلو قيل إن كلّاً من أكل السم وضرب العنق سبب للقتل، فلا يتوهم أحد شيئاً إلّا أنه عند الاجتماع يكون التأثير مستنداً إليهما، وإلّا إلى أحدهما، فما يرد من الشارع أيضاً أنه سبب يحمل على مثل ذلك، ولا ترفع اليد عن سائر الظواهر.

وثانياً لم يكن في المقام لفظ المؤثرية والسببية أيضاً ليعقد ظهور في المؤثرية الفعلية التي تكون على نحو الاستقلال سواء قلنا بثبوت السببية المجعولة لمثل المجلس في البيع في الخيار مثلاً، أو السببية الواقعية بتأثير مجلس البيع في المصلحة الموجبة لجعل الخيار من الشارع، وإنما قام الدليل على ثبوت الخيار لهما قبل التفرق، وعلى ثبوت الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام.

ثمّ هذا كلّه على تسليم قيام الدليل على ثبوت كلّ من خيار المجلس والحيوان في بيع الحيوان، كما هو الظاهر من كلمات الأصحاب، إلّا أنه لقائل أن يقول: إن بعض النصوص الواردة في خيار الحيوان الجامعة بين التعرض لكلّ من الخيارين ظاهر في عدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان حيث إن مفاده أن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام وأن ما سواه من بيع حتى يفترقا، فإن أمثال ذلك له ظهور في أن كلّاً من بيع الحيوان وبيع غير الحيوان له حدٌّ من الخيار. وهذا ظاهر في أنهما لا يجتمعان، كما أشار إليه في الجواهر.

هذا؛ ولكن يجوز رفع الإشكال عن الأصحاب: /٦٣٠/

أولاً بأن التقابل إنما يصير قرينة على عدم الجمع بين الخيارين على فرض أن يكون كلّ من الخيارين اللذين أثبت أحدهما في بيع الحيوان والآخر في غيره لهما أو لأحدهما لا أن يكون أحد الخيارين لهما كخيار المجلس والآخر لخصوص المشتري كما هو مفاد الأخبار.

وعلى هذا فلا مانع من التمسك بما دلّ على ثبوت خيار المجلس في مطلق البيع لثبوته في بيع الحيوان أيضاً.

وثانياً: أن الظاهر من بعض الأخبار التي جمع بين الخيارين أيضاً أن يكون كلاهما ثابتين في بيع الحيوان كصحيحة محمد بن مسلم: «**البيّعان بالخيار حتى يفترقا**[1]» و «**صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام**[2]» حيث لم يدلّ على أن كلّاً منهما في بيع خاص، بل أُثْبِتَ خيار لهما وخيار لخصوص المشتري الذي هو صاحب الحيوان.

قوله: وتمثيله بما ذكر مبنيّ[3].. اه.

يعني أن فرض المثال في حصول الملك بعد القبض بإسلاف الطعام وفرض كون الثمن حيواناً مبنيّاً على ثبوت خيار الحيوان للبايع إذا كان الثمن حيواناً، إنما هو لأجل عدم ثبوت خيار الحيوان في ما إذا كان المبيع كلّياً بأن يقع السلف في نفس الحيوان لا في الطعام، مع أنه تقدم التردد في ذلك، بل تقدم منّا ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع حيواناً كلياً في الذمة كما في التلف بالحيوان.

في أن ابتداء خيار الحيوان من زمان العقد أو حصول الملك

ثمّ لا يخفى أنه يجوز أن يستدلّ بأن ابتداء الخيار من زمان حصول الملك بوجهين:

الأول: أنه تقدم في أول خيار المجلس أن الخيار وإن كان متعلقه فسخ نفس العقد إلّا أن الظاهر من الأخبار أن خيار الفسخ إنما هو لأن يفسخ العقد ويكون الفسخ مقدمة لترادّ العينين، وعلى هذا فلا يشمل ما قبل حصول الملك.

الثاني: أن بعض الأخبار دلّ على أن صاحب الحيوان بالخيار، وتقدم أنا قلنا: إن المراد منه هو المشتري لكونه صاحب الحيوان في زمان ثبوت / ٦٣١ / الخيار الذي هو النسبة الكلامية. وعلى هذا نقول: إن المشتري لا يصير صاحب الحيوان إلّا بعد حصول الملك.

هذا؛ ولكن لو قلنا بالوجه الذي ذكره المصنف‌ﷺ لكون ابتداء خيار الحيوان من زمان حصول الملك من أن التعبير بثبوت خيار الحيوان من زمان العقد لحصول الملك عنده غالباً

---

١) الكافي ٥/ ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٦.

٢) نفس المصدر السابق، ح ٥.

٣) كتاب المكاسب ٥/ ٩٤.

فحينئذٍ يشكل الأمر في ثبوت خيار الحيوان رأساً في صورة لم يحصل الملك من ابتداء صدور العقد؛ فتأمل.

في أن بدو خيار الحيوان زمان حصول الملك وأن الخيار يثبت للوكيل إذا أطلق عليه المشتري وللموكّل مطلقاً

نعم؛ لنا أن نقول: إنه في صورة حصل فصل مابين العقد وحصول الملك لا يمكن الإشكال في أن مقتضى أدلة خيار الحيوان ثبوت الخيار هنا، وإنما الإشكال في ابتداء زمان خياره، فنقول: إنه بالوجهين السابقين تعيّن أن بدوه زمان حصول الملك.

قوله: ثمّ إن ما ذكروه في خيار المجلس[1] .. اه.

أقول: تقدم في خيار المجلس أن القول بثبوت الخيار قبل حصول الملك يعني قبل القبض ليس وجود الثمرة له متوقفاً على أن نقول بوجوب التقابض، بل تظهر الثمرة في سقوط العقد عن قابلية لحوق الصحة عليه بالتقابض لو فسخ قبل التقابض.

نعم؛ هنا أيضاً نقول بعدم ثبوت الخيار قبل التقابض لا لأجل عدم الثمرة له بل من جهة ما تقدم من أن الخيار ولو كان متعلقاً بفسخ نفس العقد إلّا أن الظاهر من أدلة أن الخيار إنما هو لأن يفسخ العقد مقدمة لترادّ العينين فلا يشمل لما قبل حصول الملك أو أنه المتيقن من الإطلاقات، ومقتضى الأصل أن لا يكون تأثير للفسخ مع الشك في ثبوت الخيار.

تتميم:

قد تقدم في خيار المجلس توضيح الكلام في ثبوته للوكيل أو للموكل. وهنا نقول: إذا كان أمر البيع بيد الوكيل بحيث يطلق المشتري على الوكيل فيثبت له خيار /٦٣٢/ الحيوان لما دلّ على ثبوته للمشتري في بيع الحيوان كما أنه لو أطلق المشتري على الموكل يثبت له، كما لو كان الوكيل وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة، كما تقدم الكلام فيه في خيار المجلس.

إن قلت: في خيار الحيوان نمنع ثبوته للوكيل لما دلّ على أن «صاحب الحيوان المشتري

---

١) كتاب المكاسب ٩٤/٥.

بالخيار»، والوكيل وإن يطلق عليه المشتري إلّا أنه ليس صاحب الحيوان.

قلت: قد تقدم في مسألة ثبوت خيار الحيوان للبايع أن قوله «**صاحب الحيوان**» ..اه ليس له المفهوم بحيث ينفي الخيار عن غير صاحب الحيوان، وإنما هو بلحاظ الغالب. وعلى [هذا] لا وجه لرفع اليد عما دلّ على ثبوت خيار الحيوان للمشتري الشامل لبعض الوكلاء.

نعم؛ يجوز التمسك بإطلاق ما دلّ على أن خيار الحيوان لصاحب الحيوان لإثباته للموكل الذي هو صاحب الحيوان، ولو لم يطلق عليه المشتري أيضاً كما أنه بإطلاق مثل قوله «**صاحب الحيوان**» تمسّكنا سابقاً لإثبات خيار الحيوان للبايع إذا كان الثمن حيواناً؛ فراجع.

ثم لا يخفىٰ أنه بالتأمل فيما ذكرنا قُبَيل ذلك من أن ابتداء خيار الحيوان من زمان حصول الملك يظهر أنه في الفضولي يكون الخيار للمالك من زمان العقد على الكشف، ويلزمه سقوط الخيار إذا أجاز بعد الثلاثة ومن زمان الإجازة على النقل كما اختاره في الجواهر أيضاً.

في المراد من ثلاثة أيام وأنه يشمل الملفّق ويدخل الليالي أم لا

قوله: مسألة، لا إشكال في دخول[1] .. اه.

أقول: دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام غير متوقف على دعوى الإجماع، كما يلوح مما ذكره المصنف رحمه الله في آخر كلامه؛ بل لظهور الأخبار في استمرار الخيار إلى ثلاثة أيام، ولمفهوم قوله عليه السلام في صحيحة قرب الإسناد: «**فاذا مضت ثلثة أيام فقد وجب الشراء**»[2]، ٦٣٣/ ويلزم من ذلك دخول الليالي الثلاث في الجملة لو وقع البيع في الليل أوله أو وسطه.

وما احتمله المصنف رحمه الله من أن ينقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد، فمن الواضح أنه لا وجه له بعد ورود النص بثبوت الخيار إلى أن يمضي ثلاثة أيام.

ومعنى اليوم يكون واضحاً من أنه البياض المقابل للّيل.

وأما ما نقله المصنف رحمه الله من أن المراد بالأيام الثلاث ما كانت مع الليالي الثلث لدخول

---

١) كتاب المكاسب ٩٥/٥.

٢) قرب الإسناد: ١٦٧، أحاديث متفرقة، ح ٦١١.

الليلتين أصالةً فتدخل الثالثة، وإلّا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد، ففيه أن دخول الليلتين المتوسطتين ليس لاستعمال يومين من الأيام الثلاثة في اليوم والليلة معاً، بل إنما هو لما تقدم من استفادة استمرار الخيار إلى ثلاثة أيام من الأخبار بالوجهين المتقدمين.

ثمّ إن صاحب الجواهر يقول: إن اليوم الملفق[١] غير كافٍ، فلو عقد في زوال الخميس لا ينتهي الخيار في زوال اليوم الأحد، بل ينتهي الخيار في غروب يوم الأحد. وذلك لعدم صدق مضيّ ثلاثة أيام بزوال يوم الأحد.

ونحن نقول: لو أشكل استظهار ذلك من الأخبار فمن الواضح أنه لا يمكن استظهار خلافه أيضاً.

وعلى هذا، فلا مانع من إثبات بقاء الخيار إلى غروب يوم الأحد باستصحاب بقاء الخيار بعد ما عرفت سابقاً في أول الخيارات في مسألة أصالة اللزوم أنه لا مانع من استصحاب بقاء الخيار عند الشك في انتهاء الخيار وأنه ليس هنا مورد التمسك بعموم ما دلّ على لزوم العقد حيث إن التخصص الفردي غير لازم هنا بعد أن هذا العقد يدخل تحت العام بعد ذلك، والتخصيص الأزماني علم ثبوته في الجملة. وليس العقد في كلّ زمان فرد[اً] ليكون للعام ظهور في اللزوم /٦٣٤/ بالنسبة إلى كلّ جزء من الزمان، كما تقدم شرحه في الموضع المشار إليه.

في سقوط الخيار بالشرط وتفصيل الكلام في ذلك

قوله: أحدها اشتراط سقوطه[٢] .. اه.

أقول: قد تقدم في خيار المجلس أن الدليل الذي يجوز أن يركن إليه لكون اشتراط سقوط الخيار موجباً لسقوطه هو قوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»[٣] حيث تمسك [به] الإمام عليه السلام في صحيحة مالك بن عطية لصحة اشتراط عدم الخيار، ومن جهة قوله ﷺ

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للسيد اليزدي) ١٨/٢.

٢) كتاب المكاسب ٥١/٥ و ٩٧.

٣) الكافي ١٨٨/٦، باب المكاتب، ح ١٣.

«المؤمنون» ..اه لا فرق بين اشتراط عدم الخيار في مورد الرواية أو في مورد آخر، فيكون المراد وجوب الالتزام بمقتضى هذا الشرط.

وأجبنا هناك عن كلّ مناقشة أورد على هذا النبويّ كورود التخصيص الأكثر عليه، وكمعارضته مع أدلة الخيار، وكلزوم الدور حيث إن وجوب الوفاء بالشرط يتوقف على كون العقد من العقود اللازمة حتى يجب الوفاء بالشرط في ضمنه، وككون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، وككون هذا الشرط مخالفاً للكتاب ومحرّماً للحلال، وككون هذا الشرط موجباً لإسقاط ما لم يجب، كما أنه تقدم هناك حكم اشتراط أن لا يفسخ واشتراط إسقاط الخيار وحكم الشرط الغير المذكور في العقد وحكم الشرط، فعليك بالرجوع إلى ما ذكرناه هنا؛ فإنا ذكرنا هنا تفصيل ذلك كلّه وذكرنا هناك أشياء أخر أيضاً متعلقة بالمقام.

ثمّ إن الوجه الذي ذكرنا لصحة اشتراط سقوط الخيار وعدم الخيار لا يفرق بين أن يشترط سقوط بعضه أو كلّه.

في كون الإسقاط موجباً لسقوط الخيار ودليله

قوله: والثاني إسقاطه بعد العقد[1] .. اه.

أقول: تقدم الكلام في هذا المقام في خيار المجلس من جهتين:

الأولىٰ: من جهة كون الإسقاط موجباً للسقوط. وعمدة الدليل في هذا المقام تقدم أنه /٦٣٥/ كان أمران:

أحدهما التعليل الوارد في صحيحة ابن ركاب بأن ذلك رضىً منه لكون التصرف موجباً لسقوط خيار الحيوان، كما سيأتي الكلام فيه مفصلاً.

وثانيهما أن الإسقاط عهد يجب الوفاء به بمقتضى قوله تعالى ﴿أوفوا﴾[2] الآية بناءًا على ما تقدم هناك من أن كلّ عين أو فعل أو حق يكون أمره بيد الشخص فيكون عهده فيه بنقله أو

---

١) كتاب المكاسب ٩٧/٥.

٢) المائدة: ١.

إسقاطه أو غير ذلك عهداً عرفاً، فتشمله الآية، فيجب الوفاء بمقتضاه.

ومن أن كلّ خيار مجعول من قبل الشرع يكون معناه أن أمر ذلك العقد من جهة الفسخ والبقاء يكون بيد ذي الخيار لا أن يكون ذلك من قبل الحكم الشرعي بجواز التصرف أو جواز أن يقول: فَسَخْتُ؛ بل يكون من قبيل الحكم الوضعي وإعطاء السلطنة، وأن الفرق بين الحكم الوضعي والتكليفي هنا بالاعتبار.

وذكرنا أن الحكم الذي لا يجوز نقله وإسقاطه وأنه لا يورث هو من قبيل الحكم التكليفي وأن الحق الذي يجوز نقله وإسقاطه ويورث، يكون من قبيل الحكم الوضعي وأن الامتياز بينهما يمكن في كثير من الموارد.

وكلّ مورد أحرز الحق يصح التمسك بعموم ﴿أوفوا﴾ لصحة نقله وغيره، وأن التمسك بعموم «الصلح جائز»، فيه إشكال من جهة أخرىٰ.

الثانية من جهة أنه أيّ لفظ يكفي في مقام الإسقاط؟ وقلنا: إنه بكلّ لفظ يحقّق صدق العهد عرفاً.

وأما من جهة تحقق الإسقاط بالفعل فيوضح حاله هنا في المسقط الثالث، وهو التصرف ـ إن شاء الله تعالى ـ.

في أن التصرف مسقط للخيار؛ بل فيما انتقل عنه موجب للفسخ

قوله: الثالث: التصرف، ولا خلاف في إسقاطه[1] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ أنه وردت أخبار في خيار الحيوان على أن /٦٣٦/ التصرف فيما انتقل إلى المشتري من المشتري يكون مسقطاً لخياره، والعلماء تعدّوا من خيار الحيوان إلى سائر الخيارات، فقالوا: إن تصرف المشتري فيما انتقل إليه مسقط لسائر الخيارات، بل تعدّوا من ذلك وقالوا: إنّ تصرف البايع فيما انتقل إلى البايع مسقط لخيار البايع وليس في سائر الخيارات خبر.

---

١) كتاب المكاسب ٥/٩٧.

نعم؛ صاحب الجواهر في تِلو كلماته في خيار الشرط ينقل خبر السكوني في خيار الشرط، لكنه لا يتمّ دلالته مع اشتماله على ما لا يلتزمون به.

بل في الجواهر[1] أن تصرف كلّ من البايع والمشتري في زمان الخيار فيما انتقل عن كلّ واحد منهما فسخ فعليّ حتى لولم يدلّ التصرف فيما انتقل عنه على الفسخ إلحاقاً له بالتصرف الملزم المسقط للخيار، بل قد يقال: إن تصرف المالك في باب الفضولي فيما انتقل عنه ردٌّ فعليّ للعقد الفضولي كما أن تصرفه فيما انتقل إليه إجازة بملاك مسئلتنا، كما نقلته في باب الفضولي.

في أقسام التصرف وأنه أيّ واحد منها موجب للسقوط وتفصيل ذلك

وإذا عرفت ذلك فنقول: أما في مقامنا ـ وهو تصرف المشتري في بيع الحيوان ـ لا إشكال في دلالة الأخبار على كون تصرفه مسقطاً في الجملة، فهنا لابدّ من أن نعيّن التصرف الذي يكون مسقطاً من غيره وحكم صورة الشك.

وأما في غير مقامنا فتارة في استفادة حكم التصرف من كونه مسقطاً أو موجباً للفسخ أو غير ذلك من الأخبار الواردة في باب خيار الحيوان وتارة في سائر الأدلة التي يستدلّ [بها] على كون التصرف فيها مسقطاً أو موجباً للفسخ أو الردّ أو الإجازة.

أما الكلام من جهة سائر الأدلة في غير المقام فموكول إلى محالّها، فانحصر الذي نريد أن نتكلم فيه هنا في مقامين:

المقام الأول في أنه أيّ تصرف من المشتري فيما انتقل إليه يكون مسقطاً لخيار /٦٣٧/ الحيوان؟

وهنا نقول: لا إشكال في أن التصرف الكاشف عن الرضاء ببقاء العقد ولزومه مسقط لخيار الحيوان في صورة قصد إسقاط الخيار به وإنشاء السقوط بنفس التصرف كما ينشأ البيع بالفعل في باب المعاطاة.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٦٧.

وأيضاً الظاهر أنه لا إشكال في أن التصرف الغير الكاشف عن الرضاء ببقاء العقد لا شخصاً ولا نوعاً غير موجب لسقوط الخيار، لكن في صورة كان غافلاً عن نفس البيع دون ما لو كان ملتفتاً إلى البيع وغفل عن الخيار أو كان التصرف للإختبار، فإنه محل الخلاف.

والذي يشهد على أنه خارج عن محل النزاع أنهم يعدّون التصرف للاختبار من الفرد الأدنىٰ لما يوجب سقوط الخيار عند بعض، فيلوح منه أنه مع الغفلة عن نفس البيع لا يوجب السقوطَ مسلّماً، كما نقلت ذلك عن الأستاذ﵀ بمناسبةٍ في البيع الفضولي أيضاً.

وعلى هذا، فلو دلّ التصرف على الرضاء ببقاء العقد، لكن لا يقصد منه سقوط الخيار أو دلّ على الرضاء نوعاً كما لو كان التصرف المذكور مما يقع غالباً [مع] قصد الرضاء نظير سائر الظنون النوعية أو لا يدلّ على الرضاء بوجه من الوجوه، لكن مع الالتفات بنفس البيع فسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات محل الخلاف من غير فرق [بين] أن يكون ما دلّ على الرضاء نوعاً، وكذا ما لا يدلّ على الرضاء بوجه مقترناً بما يدلّ على عدم الرضاء بلزوم العقد أم لا، بعد فرض أنه يكون ملتفتاً بأصل البيع.

نعم؛ يظهر من المصنف﵀ أن التصرف الذي يكشف عن الرضاء فعلاً يكون من المسلّم بينهم أنه مسقط من غير أن يحتاج إلى قصد الإسقاط به.

وهو في محله /٦٣٨/ لأن المستفاد من كلماتهم وأدلتهم هنا ذلك وإن كان احتمال اعتبار القصد موجوداً في غير مقامنا ككون التصرف مسقطاً في سائر الخيارات أو كونه موجباً للفسخ أو تحقق الرجوع أو الردّ به في النكاح والفضولي إلى غير ذلك من نظائر المقام، إلّا أن الظاهر عدم الخلاف من هذه الجهة في مقامنا.

فيما هو محل النزاع من كون التصرف مسقطاً

ثمّ إن صاحب الجواهر يستظهر من إطلاق معاقد الإجماعات على أن التصرف مسقط، ومن جعلهم التصرف مسقطاً في مقابل الرضاء أن مراد المشهور كون مطلق التصرف مسقطاً حتى للاختبار والحفظ.

ويرجّح ذلك حتى مع إقامة القرينة على عدم الرضاء، لكن المصنف﵀ بعد الاعتراف

بإطلاق بعض معاقد الإجماعات وبعض الأخبار يقول: إنه منافٍ لأكثر كلماتهم، فينسب إلى المشهور أنهم يقولون بأن مطلق التصرف ليس مسقطاً ويصير مختاره أيضاً عدم كون مطلق التصرف مسقطاً.

ثمّ إنه﵀ ينسب إلى المشهور أنهم يقولون بأن التصرف الذي يدلّ على الرضاء نوعاً بلحاظ كشفه الغالبي عن الرضاء كما هو معنى الظن النوعي يكون مسقطاً*.

ونقلنا في مسألة بيع الفضولي أنه أورد عليه أولاً بأن أحداً من العلماء لم يقل بهذا القول، فضلاً من أن يكون هذا قول المشهور، بل أمثلتهم للتصرف المسقط لا يفيد ذلك كما أنه﵀ أيضاً اعترف بذلك.

وثانياً أن الظن النوعي لا يناسب مع كون الشبهة حكمية إلّا أن يقال: إن ما دلّ على الرضاء نوعاً يكون مسقطاً واقعاً تعبّداً، ومع عدم قصد الإسقاط منه واقعاً.

وأورد على ذلك أيضاً بأنه لا يناسب ذلك مع أنه يفيد الظن النوعي بصورة لم يكن مقروناً بما يدلّ على عدم الرضاء.

في تصوير مختار المصنف﵀ من جعل المدار على الظن النوعي[1]

ثمّ إنه حمل كلامه﵀ على أن مراده أن المسقط هو التصرف المقرون بالرضاء واقعاً إلّا أن الشارع اعتبر التصرف الذي فيه الظن النوعي في الشبهات الموضوعية /٦٣٩/ يعني أن الشارع جعل ما دلّ على الرضاء نوعاً حجة على تحقق الرضاء، نظير أنه جعل اليد أمارة على الملكية.

ورُدَّ ذلك بأن مراده﵀ أن تحمل الأخبار على ذلك، وأن ذلك مستفاد من الأخبار مع أن المفروض أنه يتمسك بنفس هذه الأخبار لإثبات كون التصرف المقرون بقصد الرضاء مسقطاً. وهذا حكم واقعيّ، فيلزم الجمع بين الحكم الظاهري والواقعي في كلام واحد، وهو

---

*) ***نعم، يستثنى من ذلك ما دلت القرينة على وقوعه لا عن إلزام بالعقد. (منه قدس سره).***

١) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ٣٨٢/٤.

غير ممكن.

أقول: لا مانع من الجمع بين الحكمين في كلام واحد، ولكن مع ذلك ليس مراد المصنفﷺ جعل الظن النوعي معتبراً في الشبهة الموضوعية، بل يريد أن يجعله مسقطاً واقعياً في صورة عدم القرينة على عدم الرضاء. وهذا أيضاً يكون ممكناً وإن كان مستبعداً.

ثمّ إنه يظهر من الجواهر[1] أن بعضاً يقول بأن كلّ تصرف مسقط إلّا ما كان للاختبار ونحوه، وبعضاً يستثني ما علم عدم إرادة الالتزام به.

وفي مسألة الفضولي نقلنا عن الرسالة العملية للمحقق البهبهاني التي عليها حاشية بعض الأجلاء، وكان معترفاً بما فيها أن كلّ تصرف مسقط إلّا التصرف يحصل على طبق مجاري العادات، وأنه يظهر من أمثلته أن مراده ما فيه إذن شاهد الحال على الرضاء بالتصرف ممن عليه الخيار أعني البايع.

في الأصل في المسألة في الشبهة الحكمية والموضوعية

ثمّ إنك إذا عرفت الأقوال في المسألة في الجملة، فلنشرع في بيان الأدلة والمختار، وقبل تعرّضهما يناسب التعرض لما هو مقتضى الأصل عند الشك، فنقول: إن الشك تارة يكون من جهة الشبهة الحكمية كأن نشكّ في أن التصرف للإختبار مسقط أم لا؛ للشك في اقتضاء الأخبار كون مثل هذا التصرف مسقطاً.

وتارة يكون من جهة الشبهة الموضوعية كأن نعلم أن التصرف المقرون بالرضاء مسقط وغير المقرون بالرضاء ليس مسقطاً، ولكن نشك في أن التصرف الخارجي الذي حصل من المشتري كان مقروناً بالرضاء /٦٤٠/ ببقاء العقد ولزومه أم لا، وفي كلّ من الشبهة الموضوعية والحكمية يكون مقتضى الأصل بقاء الخيار الذي كان ثابتاً قبل ذلك التصرف.

وتقدم في أول بابِ جواهر القرآن أن استصحاب الخيار ليس من الاستصحاب التعليقي لأن الخيار بنفسه حكم شرعي وضعي مجعول ومن جهة كون الاستصحاب من الشك في

---

١) جواهر الكلام ٦٥/٢٣.

المقتضي لا مانع فيه؛ لما ذكرنا في محله من حجيته.

بل بعض من ينكر الاستصحاب مع الشك في المقتضي كالأستاذ﵀ نقلنا عنه في مسألة الفضولي أن هذا من قبيل الشك في الرافع؛ نظر[اً] إلى أنه يقول: إن الأحكام الوضعية من قبيل الصفات، فهي مما لا يرتفع إلّا برافع.

إن قلت: هذا الاستصحاب معارض مع استصحاب بقاء الملكية بعد قوله «فسخت».

قلت: إن الشك في بقاء الملكية ناشٍ من الشك في بقاء الخيار، فيكون استصحاب الخيار أصلاً سببياً مقدماً على استصحاب الملكية.

ثمّ إن من المناقشات الباردة في هذا المقام ما صدر من بعض الأعلام، وهو أنه بعد قوله «فسخت» نشكّ في بقاء العقد والعقد يكون موضوعاً للخيار، فيكون استصحاب الخيار مع الشك في الموضوع.

وفيه مع قطع النظر عن كلّ شيء أن مورد جريان استصحاب الخيار قبل قوله «فسخت» لتؤثر قوله «فسخت» في رفع العقد، كما لا يخفىٰ.

في بيان مقتضى الأدلة من جهة كون التصرف مسقطاً

ثمّ إنك إذا عرفت حال الأصل عند الشك فلنشرع في الأدلة فنقول: لا إشكال في أن مقتضىٰ بعض الأخبار كون نفس التصرف /٦٤١/ موجباً لسقوط الخيار ويكون له الإطلاق من جهة كونه كاشفاً عن الرضاء أم لا، كصحيحة الصفار[1] التي نقلها المصنف﵀.

نعم؛ في صحيحة علي بن رئاب يعلّل كون التصرف موجباً للسقوط بأن ذلك رضىً منه، فعلى هذا فلابدّ أن يتكلم تارة من جهة أن هذا التعليل يوجب تقييد ما دلّ على أن التصرف مسقط بصورة كان التصرف كاشفاً عن الرضاء في الجملة، وتارة من جهة أنه لو قلنا بأن التعليل لا يقيّد وأن المسقط نفس التصرف، فحينئذٍ نتكلم أن إطلاق الأخبار يقتضي كون كلّ تصرف مسقطاً حتى التصرف للاختبار وشبهه، أم أنه يختص ببعض التصرفات.

---

١) وسائل الشيعة ٢٥٢/١٢، باب ٢ من أبواب عقد البيع، ح ١.

أما المقام الأول فنتكلم أولاً فيما ادعاه المصنفﷺ في مفاد الخبر المعلّل، فنقول: **قوله: فقوله «فذلك رضىً منه و لا شرط له» يحتمل وجوهاً**[١] **».**

أقول: ملخص كلامه أن قوله عليه السلام **«فذلك رضىً منه ولا شرط له»** الوارد في صحيحة ابن ركاب: **«فإن أحدث المشتري فيما اشترىٰ حدثاً قبل الثلثة أيام فذلك رضىً منه ولا شرط له».** قيل: وما الحدث؟ قال: **«إنّه لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء..**[٢]**»** الخبر يحتمل وجوهاً:

في نقل ما ذكره المصنفﷺ من الإحتمالات في الخبر المعلّل[٣]

أحدها أن يكون قوله **«فذلك رضىً منه»** بنفسه جواباً للشرط أعني قوله: **«فإن أحدث المشتري.. اه».**

ومقتضى ذلك أن يكون نفس التصرف رضاءًا بالعقد والتزام به تعبّداً بحكم الشارع وإن لم يكن في الواقع /٦٤٢/ رضاء والتزام. وعلى هذا يكون قوله «ولا شرط له» تأكيد[اً] لسابقه.

وثانيها أن يكون جواب الشرط هو قوله «ولا شرط له»، وقوله «فذلك رضى منه» يكون توطئةً للجواب؛ يعني يكون بصدد بيان وجه أنه لا شرط له بعد التصرف وبيان حكمة ذلك، لا بيان علة الحكم حتى يصير ذلك منشأ لتقييد التصرف المسقط بصورة يكشف عن الرضاء، كما أن قولك «لا تأكل الرمّان لأنه حامض» يصير المنهيّ عنه هو الرمّان الحامض؛ لأن العلة تخصّص و تعمّم، والحكم بعد ذكر العلة تدور مدار وجود العلة وجوداً وعدماً.

وبناءً على هذا الوجه أعني كونه بياناً لحكمة الجواب نقول: إنه يدلّ على أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالباً على الرضاء، نظير كون الرضاء حكمةً في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منها».[٤]

---

١) كتاب المكاسب ١٠٠/٥.

٢) الكافي ١٦٣/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٢.

٣) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الاصفهاني) ١٦٨/٤.

٤) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٦.

ثمّ إنه على هذين المعنيين يكون التصرف مسقطاً ولو لم يكشف عن الرضاء بوجه من الوجوه.

وثالثها أن يكون جواب الشرط هو قوله عليه السلام «**ولا شرط له**»، ويكون قوله عليه السلام «**فذلك رضىً منه**» توطئة له، ولكن يكون ذلك علة للجواب؛ يعني أن علة أن «**لا شرط له بعد التصرف**» أن التصرف يكون رضاءً بالعقد.

وعلى هذا فتكون هذه العلة مخصصة للمعلّل نظير «لا تأكل الرمان لأنه حامض»، فيدور الحكم مدار الرضاء، فكلّ تصرف يكون دالاً على الرضاء يكون مسقطاً.

ثمّ إن ذلك يحتمل أحد الوجهين:

الأول أن يكون قوله «**فذلك رضىً منه**» /٦٤٣/ إخباراً عن الواقع نظراً إلى الغالب وملاحظة نوع التصرف لو خليّ ونفسه. وعلى هذا فلابدّ أن يخصص المعلل بكلّ تصرف يكون كذلك؛ يعني يدلّ على الرضاء غالباً. وهذا هو الظن النوعي، فيكون على هذا إسقاط الخيار بكلّ تصرف دالاً على الرضاء بالنوع غالباً، فيكون التصرف الكذائي أمارة معتبرة على الرضاء بسقوط الخيار نظير كون اليد أمارة على الملكية، فتكون معتبرة ما لم ينكشف الخلاف.

الثاني أن يكون قوله عليه السلام «**فذلك رضىً منه**» إخباراً عن الواقع وتكون العلة[1] هي نفس الرضاء الفعلي فيخصص المعلّل بكلّ تصرف يكون كاشفاً عن الرضاء بإسقاط الخيار.

فتلخص من ذلك أن الاحتمالات ثلثة:

الأول أن التصرف مسقط تعبّداً، كما هو مقتضى الوجهين الأولين.

الثاني أن يكون المسقط كل تصرف يكون فيه ظنّ نوعي على الرضاء بالعقد والالتزام به، كما لو كان دالاً عليه غالباً، كما هو مقتضى الشقّ الأول من الوجه الثالث.

الثالث أن يكون المسقط كل تصرف يكون دالاً على الالتزام بالعقد والرضاء به فعلاً كما هو مقتضى الشقّ الثاني من الوجه الثالث.

---

١) في المخطوطة: و يكون العلة نفس هو نفس.

في ترجيح المصنف‌ﷺ أن الظاهر من الخبر المعلّل أن يكون المسقط ما فيه الظن النوعي بالرضاء

ثمّ إن الاحتمال الأول* وإن كان موافقاً لإطلاق سائر الأخبار وإطلاق بعض كلماتهم مثل ما نقل عن التذكرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط[1]، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانيين[2] بل لإطلاق بعض معاقد إجماعاتهم إلّا أن هذا الاحتمال مخدوش أولاً بأنه خلاف الظاهر من الخبر المتقدم.

وثانياً يكون هذا مخالفاً لأكثر كلمات العلماء؛ فإن الظاهر منها عدم السقوط /٦٤٤/ بالتصرف للإختبار والحفظ. وظاهر بعض منها الدلالة في الجملة على الرضاء. ويؤيد ذلك حكمهم بكفاية الدالّ على الرضاء ولولم يعدّ تصرفاً كتقبيل الجارية.

وأيضاً ورد النص بأن العرض على البيع يكون إجازة مع أنه ليس حدثاً، وأيضاً تعدّوا من إسقاط الخيار بالتصرف في المنتقل إليه إلى كون التصرف في المنتقل عنه فسخاً، مع أنه لو كان صرف التصرف مسقطاً تعبدياً لم يكن وجه للتعدي إلى غير ذلك.

وأما الاحتمال الآخر وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ بل جزم به في الدروس، ويؤيده رواية عبد الله ابن زيد المشتملة على قوله عليه السلام: «**يستحلف بالله ما رضيه ثمّ هو بريء**[3]» إلّا أن المستفاد من كلمات العلماء الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضاء الفعلي مع أن أظهرية الخبر المعلّل بالنسبة إلى الاحتمال الثالث غير واضحة. فتعين الاحتمال الثالث، وملخصه دلالة الفعل لو خلّي وطبعه على الرضاء وإن لم يفد الرضاء في خصوص المقام. وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه ويستشهد له بكثير من عبارات العلماء.

هذا كلّه في بيان تحقيق المصنفﷺ في المقام إلّا أن له في المقام إشكالين، وبعد ذكر الإشكالين يصير متوقفاً في المسألة، والإشكالان المذكوران أحدهما على ما اختاره من كون

---

*) *ومثله الاحتمال الثاني. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ١٠٢/٥.

٢) جامع المقاصد ٢٨٣/٤ و ٢٩١؛ المسالك ١٩٧/٣ و ٢٠١.

٣) تهذيب الأحكام ٨٠/٧، باب ابتياع الحيوان، ح ٥٧ وفيه: «هو بريء من الضمان».

المناط على كلّ تصرف يكون دالاً بالنوع على الرضاء، وثانيهما على كون المناط هو مطلق التصرف تعبداً.

أما الأول فلأن أكثر الأمثلة المذكورة في النصوص والفتاوى ليس كذلك بحيث يدلّ في نفسها على الرضاء عرفاً، بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه.

وأما الثاني فذكره عند التعرض للأخبار ورفع إشكاله هنا، وملخصه أن من المعلوم عدم انفكاك الحيوان المشترىٰ من تصرف /٦٤٥/ من المشتري في أثناء الثلثة، فيلزم أن يكون جعل الخيار فيها كاللغو، مع أنهم ذكروا أن الحكمة في جعل الخيار في بيع الحيوان هو الاطلاع على أمور خفية في الحيوان باختباره، وكيف يحصل هذا الغرض من دون تصرف أصلاً.

ودعوىٰ أن الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضاء باللزوم، فلا يسقط بها الخيار لأن ما كان من التصرفات مقروناً بقرينة دالّة على عدم الرضاء يكون خارجاً عن مورد الأخبار الدالة على أن التصرف يكون مسقطاً، مدفوعة بأن الأمثلة المذكورة في الأخبار كثير منها يكون من هذا القبيل؛ يعني مما يكون مقروناً بقرينة دالّة على عدم الرضاء غالباً.

فعلى هذا يصير التعليل المذكور في الخبر بأن هذه التصرفات يكون رضىً مستهجناً وكذا كثير من الأمثلة المذكورة في كلمات العلماء مما يكون مقروناً بقرينة دالّة على عدم الرضاء غالباً مع أنهم قالوا بسقوط الخيار بها مطلقاً، فلا ينفع التوجيه بحمل التصرف على ما فيه الرضاء غالباً، وهو المعبّر عنه بالظن النوعي.

في مناقشة المصنف على كلّ واحد من مطلق التصرف والظن النوعي

أقول: نحن نتكلم هنا أولاً فيما هو مقتضىٰ الأخبار حتى نرىٰ أنه يخالف مع شيء مسلّم عند الأصحاب أم لا.

وقد تقدم أن أكثر الأخبار كان مقتضاها عدم اعتبار الرضاء بوجه في كون التصرف مسقطاً، وإنما الكلام في مثل الخبر المعلّل أعني صحيحة ابن ركاب، فنحن نتكلم أولاً في هذا

الخبر المعلل أنه موافق لسائر الأخبار حتى لا يبقىٰ إشكال، أم أنه مجمل ليكون المرجع سائر الأخبار التي مقتضاها كون نفس التصرف مسقطاً أم أنه مخالف لها. وعلى فرض المخالفة تقديم المعلل بنحو الإطلاق محل الكلام على ما سيوضح ـ إن شاء الله ـ، فنقول:

إن قوله عليه السلام «**فذلك رضىً منه**» يحتمل أن يكون /٦٤٦/ هو بنفسه جواباً عن الشرط في قوله «فإن أحدث» ..اه، لدخول الفاء الربطية التي ترتبط الجواب بالشرط عليه، ويحتمل أن يكون توطئة لذكر الجواب، وهو قوله «ولا شرط له» سواء كان بياناً لحكمة الجواب أو بياناً لعلته أو أسقط لفظ الفاء عن الجواب أعني «لا شرط له»، وأدخل في قوله «فذلك رضىً» ..اه لكونه توطئة لذكر الجواب نظير قوله: ﴿**وإن يسرق فقد سرق**﴾ ..اه[1] وغيره مما نقله المصنف رحمه الله في الصحيحة الثانية من أخبار الاستصحاب.

وإذا عرفت ذلك فنحن نقول: أولاً إن مقتضى الظاهر أن يكون المصدر بلفظ الفاء أولاً جواباً للشرط إلّا أن يمنعه مانع، بل إسقاط لفظ الفاء من الجواب كما في بعض النسخ وإدخاله فيما هو توطئة له غالباً يكون إما في مورد يحذف الجواب وتقوم العلة مقامه كالأمثلة التي ذكرها المصنف رحمه الله في باب الاستصحاب، وإما في مورد يكون الجواب مذكوراً ببيان عام لا يناسب جعله بنفسه جواباً كما في قوله: «**فإنه على يقين من وضوئه ولا ينقض اليقين**»[2] ..اه. وأما في المقام لو كان قوله: «ولا شرط له» جواباً للشرط، فيكون حذف الفاء منه بلاجهة.

في تحقيق المقام وأن مقتضى الأخبار أيّ شيء

وإذا عرفت أن مقتضى القاعدة أن يكون قوله «فذلك رضىً منه» جواباً للشرط، فنقول: لا مانع من جعل قوله «فذلك رضىً منه» جواباً للشرط بأن يكون المراد ترتيب آثار الرضاء. و لا يخفى أنه بناءًا على جعله جواباً لا يحتمل إلّا أن يكون المراد ترتيب آثار الرضاء على التصرف، فيكون نفس التصرف موجباً لسقوط الخيار، ويستفاد في ضمنه أن الرضاء ببقاء

---

١) يوسف: ٧٩.

٢) تهذيب الأحكام ٨/١، باب الاحداث الموجبة للطهارة، ح ١١.

العقد ولزومه أيضاً كان مسلّماً من أنه يوجب سقوط الخيار.

ثمّ إنه بناءًا على جعل الجواب للشرط قوله «فذلك رضىً منه» يجيء في البين إشكالات لابدّ أن يجاب عنها.

منها أنه يلزم أن يكون قوله «ولا شرط له» تأكيداً للجواب على هذا مع أن التأسيس أولىٰ من التأكيد.

وفيه أنا ذكرنا في مسألة /٦٤٧/ تداخل الأسباب في آخر مفهوم الشرط منع كون التأسيس أولىٰ من التأكيد ولاسيّما إذا اقتضىٰ القواعد اللفظية كون جملة تأكيداً لأخرىٰ كما في المقام حيث إن مقتضىٰ القاعدة كون الجزاء هو المصدّر بلفظ الفاء، فيلزم منه أن يكون قوله «ولا شرط له» تأكيداً للجواب.

في أن مقتضى الخبر المعلّل أن يكون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان كان فيه الرضاء بوجه أم لا

ومنها أنه بناءً على جعل قوله «فذلك رضىً منه» جواباً لابدّ من الإضمار بأن يكون المراد ترتيب آثار الرضاء مع أن الإضمار خلاف الأصل.

وعلى هذا فلابدّ من رفع اليد عن أحد الأصلين: الأول أصالة عدم التقدير، والثاني أصالة عدم رفع اليد عن القواعد اللفظية التي تقدمت الإشارة اليها.

قلت: التقدير ولا سيّما ذكر الشيء وإرادة آثاره كما في المقام أمر شايع كما أوضحته في حديث الرفع. وهذا بخلاف رفع اليد عن القواعد اللفظية في المقام، وذلك لأن بناء أهل اللسان ليس على حمل الجملة المصدّرة بلفظ الفاء بعد القضية الشرطية على أنها توطئة للجواب إلّا في صورة لا يمكن جعلها بنفسها جواباً إلّا على نحو هجين، كما يظهر ذلك من التأمل في الأمثلة التي حملوها على ذلك مما أشرنا إليها سابقاً، ولا سيّما في مثل المقام الذي يكون عين الجواب مذكوراً وغير مصدّر بلفظ الفاء كما تقدم توضيحه.

إن قلت: إنه في بعض النسخ يكون قوله «لا شرط له» مصدّرة بلفظ الفاء.

قلت: على فرض أن يكون مصدّرة بلفظ الفاء أيضاً يكون الظاهر أن يكون من باب

التفريع على الجواب، ويكون الجواب نفس قوله «فذلك رضيً منه» كما لا يخفىٰ على المتأمل في الكلام.

ومن هنا [قال] صاحب الجواهر: إنه في نسخته التي كان عندي يكون لفظ الفاء في قوله «فلا شرط له» يدعي في مسألة /٦٤٨/ أن التصرف مسقط لخيار الشرط بأن لفظ الفاء في قوله «فذلك رضيً منه» يكون رابطة بالضرورة لا تعليقية[1].

هذا كلّه مع غمض العين من أن هذه الرواية لو صارت مجملة من جهة اعتبار الرضاء بوجه، يكون المرجع سائر الأخبار التي تكون مقتضاها أن صرف التصرف يكون مسقطاً للخيار.

ومنها أنه لو كان قوله «فذلك رضيً منه» بنفسه جواباً للشرط فيصير مقتضاه أن مجرد التصرف يكون مسقطاً فيرد عليه الإشكالان السابقان من المصنفﷺ على القول بكون صرف التصرف مسقطاً من أن حكمة جعل خيار الحيوان على ما قالوا هو الإطلاع على أمور خفية في الحيوان، وهو لا يمكن بدون تصرف في الجملة. فجعل نفس التصرف مسقطاً لخيار الحيوان منافٍ لحكمة جعل الخيار، ومن أن المشتري لا ينفك عن تصرف ما في الحيوان في الثلاثة أيام، فيكون جعل الخيار في الثلثة مع كون مطلق التصرف مسقطاً كاللغو.

هذا؛ والجواب عن ذلك أن المراد بكون صرف التصرف مسقطاً هو أنه لا مدخلية للرضاء بوجه في كون التصرف مسقطاً. وأما كون كلّ تصرف مسقطاً فلا يدلّ عليه الأخبار، كما يأتي الكلام فيه في المقام الثاني. والإشكالان كانا مبنيين على كون كلّ تصرف مسقطاً.

هذا كلّه أولاً.

وثانياً نقول: سلّمنا أن الظاهر أن يكون قوله «فذلك رضيً منه» توطئة للجواب لا أنه نفس الجواب، إلّا أنه نقول بعد هذا: إن الظاهر أن يكون قوله «فذلك رضيً منه» بيان حكمه للجواب، لا بيان علته حتى يصير مقتضاه اعتبار الرضاء الشخصي أو النوعي على ما زعمه المصنفﷺ في كون التصرف مسقطاً للخيار.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٦٥.

في دلالة الخبر المعلّل على كون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فضلاً عن الأخبار المطلقة

والسرّ في ذلك أن حمل مثل ذلك على بيان /٦٤٩/ حكمه جعل نفس التصرف مسقطاً، يكون حملاً صحيحاً في مثل المقام ونظائره كما أوضحته في قاعدة الفراغ في مثل قوله «هو **حين يتوضؤ أذكر منه حين يشك**»[1] ..اه، بأن يكون الغرض بيان أنه لا يعتنى بالشك بعد الفراغ مطلقاً ولكن الغرض من ذكر قوله «هو حين» ..اه بيان حكمة جعل هذا الحكم، وفي المقام أيضاً يكون المراد أن التصرف لما يكون رضاء فلا شرط له ويكون الغرض أن ثبوت الرضاء في بعض موارده صار حكمة لجعل نفس التصرف مسقطاً. وأما حمل قوله «فذلك رضىً منه» على بيان علة سقوط الخيار بالتصرف بحيث يدور سقوط الخيار بالتصرف مدار وجود الرضاء الفعلي أو النوعي على ما زعمه المصنف، فبعيد لما تقدم في كلام المصنف بما حاصله أنه في نفس هذا الخبر المعلّل مثّل للتصرف المسقط بمثل التقبيل والنظر إلى الأمة.

ومن الواضح أن كلّ أحد يشتري أمة سواء كان راضياً بالالتزام بالعقد أم لا، يريد أن ينظر إلى بدنها أو يقبلّها ولو للإختبار بل مع العزم إلى الفسخ لولم يكن مثل هذا التصرف مسقطاً للخيار يكون له الداعي إلى النظر اليها أو تقبيلها سيّما لو كان لها وجاهة، فليس لمثل النظر والتقبيل شائبة من الدلالة على الرضاء بالعقد.

وعلى هذا فيكون تعليل مثل التصرف لكونه مسقطاً بأن فيه الرضاء مستهجناً، سواء كان المراد هو الرضاء /٦٥٠/ الفعلي أو النوعي بمعنى أن الغالب أنه يكون فيه الرضاء حيث عرفت أن وجود مثل هذا التصرف وعدمه سواء لا يكون فيه شائبة الرضاء بوجه.

هذا، مع أن في إرادة الرضاء النوعي إشكالاً آخر لأن فيه استعمال لفظ الرضاء فيما ليس برضاء، بل الظاهر أنه يصير من قبيل عموم المجاز الذي يقولون: إنه غير موجود أو نادر.

ومنه نقول: لا يمكن إحراز مورد استعمل لفظ الرضاء في الرضاء النوعي كما أوردنا نظير هذا الإشكال على المصنف في قاعدة الضرر حيث ادعى إرادة الضرر والحرج النوعيين

---

١) تهذيب الأحكام ١٠١/١، باب آداب الأحداث الموجبة للطهارة، ح ١١٤.

من أدلة الضرر والحرج.

هذا مع أنه على فرض إجمال الرواية من هذه الجهة أيضاً نقول: إن المرجع هو الأخبار التي لا إشكال في دلالتها على أن صرف التصرف يوجب سقوط الخيار، سواء كان فيه الرضاء ببقاء العقد بوجه أم لا.

وثالثاً سلّمنا أن الظاهر أن يكون قوله «فذلك رضىً منه» توطئة للجواب، لا نفس الجواب وسلّمنا أن الظاهر أن يكون الظاهر من قوله «فذلك رضىً منه» من حيث هو أنه بيان علة للجواب، لا بيان حكمة جعل التصرف مسقطاً إلّا أنه تقع المعارضة بين هذا الخبر المعلّل وبين الأخبار الدالة على أن نفس التصرف مسقط.

ونحن نمنع تقدم الخبر المعلّل في مثل المقام لموهونية ظهور التعليل ببعض ما تقدم وإن لم يصل إلى حدّ عدم الحجية وكثرة ظهور المطلقات لورودها في مورد بيان الحكم الفعلي الذي يريد المكلف أن يمشي على طبقه فعلاً، وهو آبٍ من أن يكون مفادها أن نفس التصرف يكون مسقطاً وكان المراد بحسب الواقع أن المسقط هو التصرف المقرون بالرضاء.

ثمّ* لو قلنا بأقوائيّة /٦٥١/ المطلقات وألّا يكون المرجع استصحاب بقاء الخيار الذي أوضحنا حاله سابقاً في صورة لم يكن التصرف مقروناً بالرضاء إلّا أنك عرفت أن الأمر لا ينجرّ إلى ذلك.

في إبطال سائر ما يتمسك به لاعتبار الرضاء في التصرف المسقط

ثمّ إنه لا يخفىٰ عليك أن عمدة الدليل للقول باعتبار الرضاء هو هذا الخبر المعلّل الذي

---

*) ***ولا يخفىٰ أن ما ذكرنا مبنيّ على القول بثبوت المفهوم للتعليل إما مطلقاً أو في أمثال المقام كما يظهر من المصنف رحمه الله هنا وفي قاعدة الفراغ عند التمسك بقوله عليه السلام «هو حين يتوضؤ أذكر منه حين يشك». وأما لو قلنا -كما قلنا هناك-: إن التعليل لا يقتضي بأزيد من تخصيص المورد بوجود العلة، فلا يقبل المعارضة مع ما دلّ على أن مجرد التصرف مسقط كما أن الظاهر أن المصنف لا ينكر أن قوله «الخمر حرام لأنه مسكر» وإن يقتض تخصيص المحرّم المذكور في هذا الفرض بالخمر الذي يكون مسكراً إلّا أنه ليس معارضاً لما يدلّ على أن كلّ ما يسكر كثيره فقليله حرام، حيث لا يقول بثبوت المفهوم للتعليل. (منه قدس سره).***

عرفت حاله، وقد يتمسك له بما يدعى دلالته على أن التصرف ليس مسقطاً، منها رواية عبد الله بن الحسن بل زيد بن علي بن علي بن الحسين، عن أبيه عليه السلام كما نقله المصنف قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترىٰ عبداً بشرط إلى ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط. قال: «يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثمّ هو بريء من الضمان[1]».

تقريب الاستدلال أنه عليه السلام لم يسأل من أنه تصرف في هذه الثلثة أيام في العبد أم لا. فيستكشف من ذلك أنه لا يسقط الخيار إلّا بالرضى والالتزام بالبيع.

ثمّ إن الاستحلاف في الرواية -كما ذكره المصنف رحمه الله- محمول على سماع دعوى التهمة أو على حصول القطع للبايع بأن المشتري رضي بالبيع وعلى دعواه ذلك.

وفيه - مع غمض العين عن سند الرواية وغمض العين عن اشتماله على سماع دعوىٰ التهمة حيث إن دعوىٰ حصول القطع للبايع بعيد وغمض العين من أن الخبر مورده خيار الشرط، ولا ينافي ذلك كون خيار الحيوان ثابتاً في الثلثة لولا الشرط أيضاً -أنه ليس هنا مقام التمسك بقاعدة ترك الاستفصال؛ لأنه لم يكن في الرواية سؤال عن شيء يحتمل فيه هذا الاحتمال بل الرواية إنما تدلّ على أن النبيّ صلى الله عليه وآله حكم هكذا في عبد اشترى على النحو المذكور في الرواية، فلعلّ النبي صلى الله عليه وآله كان عالماً بأن العبد لم يكن عند المشتري حتى يأتي فيه احتمال تصرف فيه بوجه أو شبه ذلك.

فما نحن فيه مورد جريان قاعدة «أن قضايا الأحوال إذا جاء فيها الاحتمال يكسوها ثوب الإجمال». /٦٥٢/

في تزييف سائر الوجوه التي ذكرت لعدم كون التصرف مسقطاً

ومنها ما نقله المصنف رحمه الله أيضاً من الخبر المصحح في «**رجل اشترىٰ شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثمّ ردّها. قال: إن كان تلك الثلثة أيام شرب لبنها يردّ معها ثلثة أمداد وإن لم يكن لها لبن**

---

١) تهذيب الأحكام ٧/ ٨٠، باب ابتياع الحيوان، ح ٥٧.

فليس عليه شيء[١] ».

وجه الدلالة أنه حكم بصحة الردّ في صورة شرب لبنها في الثلثة أيام مع أن شرب اللبن يتوقف على الحلب، وهو تصرف في الشاة، واشتمال الرواية على أن يرد معها ثلثة أمداد، وهو خلاف الإجماع حيث إن ما شرب من لبنه من نماء ملكه قبل الردّ لا يوجب ردّ الرواية، كما هو كذلك في كثير من الأخبار التي يتمسكون بها مع أنه يمكن حمل ذلك على الاستحباب.

أقول: صاحب الجواهر أجاب عنه بمنع كون الحلب تصرفاً. وسيوضح في المقام الثاني أن هذا النحو من التصرف يكون من التصرفات التي نقول بكونها موجباً لسقوط الخيار بناءً على عدم اعتبار الرضاء فيه ـ إن شاء الله ـ

لكنّا نقول هنا: أجاب في الجواهر[٢] عن هذا الخبر بعد غمض العين عن السند وعن موهونيته لاشتمالها في عين مطلبنا على ما يخالف الإجماع أنه لا دلالة في هذه الرواية بوجه على عدم كون التصرف في الثلثة أيام التي حدّ خيار الحيوان مسقطاً لخيار الحيوان لأن الرواية كالصريح في أن الردّ كان بعد ثلاثة أيام، وهو خارج عن زمن الخيار، فلعلّ الردّ كان بالتفاسخ والتقايل، ولا دخل له بما نحن فيه.

في تزييف سائر الوجوه التي ذكرت لعدم كون التصرف موجباً لسقوط خيار الحيوان ما لم يكشف عن الرضاء[٣]

ومنها ما نقلته عن الأستاذ في باب البيع الفضولي، وهو من أسخف الوجوه، على أن مجرد التصرف ليس مسقطاً. وحاصله أن العلماء فهموا من الأخبار الواردة في المقام أنها على طبق القاعدة، يعني فهموا منها أن اسقاط الخيار كما يكون باللفظ الكاشف عن الرضاء كذلك يحصل بالفعل الكاشف /٦٥٣/ عن الرضاء، ومنه قيّدوا كون الحدث أي التصرف

---

١) تهذيب الأحكام ٢٥/٧، باب عقود البيع، ح ٢٤.

٢) جواهر الكلام ٣٠/٢٣.

٣) راجع: مصباح الفقاهة ٢٢/٥.

موجباً للسقوط بصورة كشف عن الرضاء كما نقل المصنفﷺ عباراتهم.

ويشهد على ذلك أيضاً أنهم لمّا فهموا أنه على طبق القاعدة فتعدّوا منه إلى سائر الخيارات، بل إلى أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه يكون فسخاً مع أنه لو كان صرف التصرف مسقطاً تعبّداً لما كان وجها للتعدي.

نعم؛ في خيار العيب يقولون بأن مجرد التصرف مسقط من جهة أنه يكون هناك للخيار بدل ـ وهو الأرش ـ يجبر الضرر به أيضاً كما أنه في خيار الرؤية والتدليس لو قالوا بكون مجرد التصرف مسقطاً فإنما هو لمشابهتهما بخيار العيب وإن لم يكن فيهما أرش.

هذا كله مع أن العلماء في كثير من الموارد لا يعملون على الأخبار المخالفة للقاعدة ويعملون على طبق القاعدة، والأخبار فيما نحن فيه لو دلّت على كون مجرد التصرف مسقطاً تكون مخالفةً للقاعدة، وهو أنه لا وجه لسقوط حق ذي الخيار من دون رضاه.

هذا؛ مع أنك عرفت عدم اقتضاء الأخبار كون مطلق التصرف مسقطاً.

أقول: تقدم دلالة الأخبار على أن التصرف في الجملة ولولم يكن كاشفاً عن الرضاء يكون مسقطاً لخيار الحيوان، فيصير مقتضى القاعدة في خيار الحيوان ذلك، وليس بلازم أن يكون الخبر على طبق القاعدة العقلية، وإلّا فنفس ثبوت الخيار لا ينطبق على القاعدة العقلية.

وما نقل من بعض العلماء من طرح الخبر المخالف للقاعدة يكون مرادهم ما يكون مخالفاً للقاعدة الشرعية والعقلية معاً على ما بيّنّاه /٦٥٤/ في غير المقام، مع أنه لا حجية في عمل هذا البعض.

ونحن لو أطرحنا الخبر المخالف للقاعدة في بعض الموارد فإنما هو في صورة يقتضي الموازين التي ذكرناها لحجية الخبر طرحه كصيرورة الخبر معرضاً عنه أو شبه ذلك على ما بيّنّاه في غير المقام.

ثمّ إن المشهور لا يقولون بأن مجرد التصرف ليس مسقطاً، وكيف وأكثر التصرفات التي صرّحوا بكونها موجباً للسقوط على نحو الإطلاق لم يكن فيها كشف عن الرضاء، بل

المصنفﷺ اعترف بأنه ليس فيها الرضاء النوعي أيضاً بحيث يكشف عن الرضاء غالباً*.

هذا؛ مع أن الشهرة ليست بحجة ولا سيّما مع هذه الموهنات كما أن فهم المشهور ليس جابراً للدلالة ما لم يكشف عن قرينة قطعية، مع أنك عرفت أن المشهور فهموا أن مطلق التصرف يكون مسقطاً كما قاله في الجواهر.

كما أن تعدي الفقهاء عن خيار الحيوان إلى سائر الخيارات وإلى الفسخ في كون نفس التصرف مسقطاً ـ كما نسب صاحب الجواهر إليهم وتقدم الكلام فيه ـ غير ثابت، وسيأتي الكلام في صحة التعدي وعدمه ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ثمّ إن هذا تمام الكلام في كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان، وعرفت أن مقتضى التحقيق أن يكون نفس التصرف من غير مدخلية لكشفه عن الرضاء بوجه موجباً لسقوط خيار الحيوان.

بقي الكلام في المقامين الأخيرين اللذين وعدنا التعرض لهما سابقاً، أعني التعدي من المنصوص العلة الواردة في خيار الحيوان إلى سائر الخيارات والفسخ أيضاً، وبيان أنه على فرض كون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان، فهل يختصّ ذلك ببعض التصرفات أم يعمّ تمام التصرفات؟ /٦٥٥/

في أنه لا يتعدى من كون التصرف والرضاء مسقطاً لخيار الحيوان إلى كون كلّ منهما مسقطاً لسائر الخيارات أو موجباً للفسخ

أما المقام الأول فنقول: قد تقدم أن صاحب الجواهر جعل مجرد التصرف موجباً لسقوط

---

*) *هذا مع أنه يجوز الجمع بين كلمات العلماء بأن كلاً من الرضاء وما يكشف عنه ومن التصرف المجرد كان مسقطاً عندهم كما تقدم أنا استفدنا من صحيحة علي بن رئاب كون كلّ من التصرف والرضاء مسقطاً، وتقدم أن كون الإسقاط مسقطاً من جهة أن فيه الرضاء مع أنه ليس بتصرف. نعم؛ لنا وجه آخر لكون الإسقاط مسقطاً سيأتي الكلام فيه.*

هذا؛ مع أن في دلالة بعض العبارات التي نقلها المصنف على اعتبار الرضاء إشكالاً.

هذا؛ مع أن المصنفﷺ في أحكام الخيارات في آخر الكتاب يتصدى للتصرف الذي يكون مسقطاً ويتصدى لاعتبار النية والإنشاء فيه، وهو عين التصرف الذي سيأتي أنّا نقول: إن كونه مسقطاً للخيار على طبق القاعدة وأنه يجري في تمام الخيارات. (منه قدس سره).

خيار الحيوان وتعدى إلى سائر الخيارات والفسخ بجعل مجرد التصرفات موجبة لفسخها أو إسقاطها* كما أنه تقدم قُبيل ذلك عن الأستاذ﵀ أنه قال: لو كان المسقط لخيار الحيوان مجرد التصرف، فلا وجه للتعدي عنه إلى غيره.

وأما على التحقيق عنده من كون المسقط لخيار الحيوان هو خصوص الرضاء فيصح التعدي بجعل الرضاء مسقطاً لسائر الخيارات والرضاء بالفسخ موجباً للفسخ.

ونحن نقول: أما التعدي من كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان إلى جعل التصرف في المنتقل إليه موجباً لسقوط سائر الخيارات فلا وجه له، فضلاً من أن يتعدى بجعل التصرف في المنتقل عنه موجباً للفسخ؛ لأن التعدي لو كان من جهة دلالة منصوص العلة على ذلك، فلا دلالة فيه بوجه من الاحتمالات الثلثة التي ذكرناها سابقاً في قوله عليه السلام «فذلك رضىً منه»، ولو كان التعدي من جهة دعوىٰ تنقيح المناط فالقطعي عنه غير حاصل، والظني منه لا دليل على حجيته لو حصل الظن لنا.

وأما التعدي من كون الرضاء بسقوط الخيار وبقاء العقد موجباً لسقوط خيار الحيوان إلى سائر الخيارات، فنقول: بناءًا على ما رجحناه سابقاً في معنى قوله عليه السلام «فذلك رضىً منه» الوارد في الخبر المعلّل من أنه من باب تنزيل التصرف منزلة الرضاء، كان مفاده أن التصرف بمثل الرضاء في كونه موجباً لسقوط الخيار، فكان الخبر دالاً على كون الرضاء موجباً لسقوط الخيار كان مسلماً /٦٥٦/ عند الإمام عليه السلام ومخاطبه إلّا أن المتيقن من ذلك أن نسلّمهما في كون الرضاء موجباً لسقوط خيار الحيوان لا مطلق الخيارات، فلا وجه للتعدي إليها إلّا أن يدّعى ظهور الكلام في تسليمهما في كون مجرد الرضاء ببقاء العقد كان كافياً في

---

*) *في الجواهر تمسك للتعميم بالإجماع المحكيّ عن الخلاف لو لم يكن الإجماع محققاً وبظهور عدم إرادة المورد فقط في الصحيح الذي دلّ على أن التصرف مسقط وغير الصحيح من سائر الأخبار بمجرده.*

أقول: سيأتي في سائر الخيارات كلّما في محله أن التعدي ليس مسلّماً مع أنه تقدم أنه يظهر منهم في الجملة اعتبار النية والإنشاء في التصرف الذي يقولون إنه مسقط، كما ينقل المصنف ذلك في أحكام الخيارات. وكون مثل هذا التصرف مسقطاً، سيأتي أنه على طبق القاعدة. (منه قدس سره).

سقوط مطلق الخيارات، وهذا الظهور غير معلوم لنا*، أو يدعى اتحاد المناط بين خيار الحيوان وسائر الخيارات. وهذا أيضاً نحن غير قاطعين به، والظن ليس دليل على حجيته.

وأما بناءً على أن يكون قوله عليه السلام «فذلك رضىً منه» علة للجزاء وأنه ذكر قبله توطئة له وإن أبطلنا هذا الاحتمال سابقاً، فنقول: على هذا وإن يدلّ على أن الرضاء يكون علة لسقوط الخيار، ومقتضى ذلك أن كلما وجد الرضاء يسقط الخيار إلّا [أنه] من الواضح أن المعلّل سقوط خيار الحيوان لا سقوط مطلق الخيارات، والعلة إنما توجب تعميم الحكم المعلل بكلّ مورد وجد[ت] العلة، لا أنه توجب تعميم غير الحكم المعلّل أيضاً إلى مورد وجود العلة.

وأما دعوىٰ تنقيح المناط فقد عرفت حاله.

نعم؛ نحن نقول في مثل سقوط الخيارات وتحقق الفسخ والرجوع في باب الطلاق والرد والإجازة في باب الفضولي وغير ذلك من أشباهها مع قطع النظر عن الأدلة الخاصة الواردة في كلّ منها ومع قطع النظر عن القواعد الجارية في كلّ منها أنه إذا قصد كلّاً من الرجوع والفسخ وغيرهما بلفظٍ أو فعلٍ بحيث يتحقق عنوان العهد وثبت أن أمر كلّ واحد منها بيد

---

*) *إن قلت: أيّ مانع من التمسك بصحيحة علي بن رئاب لكون التصرف مسقطاً لغير خيار الحيوان من الخيارات باعتبار أن قوله عليه السلام «لا شرط له» معناه أنه لا خيار له بعد التصرف، وإطلاقه يقتضي أن لا يكون له خيار بوجه لا من جهة خيار الحيوان ولا من جهة أخرىٰ. فإن الإطلاق ينفي كلّ خيار يتصور في بيع الأمة التي كانت مورد الرواية.*

قلت: في الخبر قرائن مانعة من الأخذ بهذا الإطلاق والمتيقن أو المعلوم أن المراد خصوص خيار الحيوان؛ لأنه قال أولاً: الشرط في الحيوان ثلثة، ثمّ ذكر ما لو أحدث أيّ تصرف في هذه الثلثة أيام. هذا مضافاً إلى أنه مثّل في آخر الخبر للتصرف بمثل التقبيل واللمس.

إن قلت: أيّ مانع من أن نقول: إن التصرف بالتقبيل في الثلثة أيام كان مسقطاً لتمام الخيارات المتصورة في بيع الأمة، ثمّ تثبت سقوط سائر الخيارات في غير بيع الأمة وفي غير بيع الحيوان بالتصرف الذي يكون في غير الثلثة بعدم القول بالفصل.

قلت: ما تقدم من القرائن مانعة من اقتضاء التصرف لسقوط الخيار من غير جهة خيار الحيوان في نفس بيع الأمة المشار إليها.

نعم؛ مساق الرواية أنه لما فرض عدم خيار آخر غير خيار الحيوان فقال «لا شرط له» بنحو الإطلاق. (منه قدس سره).

الشخص بأن تكون من قبيل الحق لا الحكم، فحينئذٍ يشمله قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ومقتضى ذلك /٦٥٧/ تحقق عنوان الرجوع والفسخ وغيرهما بذلك اللفظ أو الفعل كما تقدم شرح ذلك وتوضيحه في مسقطات خيار المجلس مفصلاً*.

---

١) المائدة: ١.

*) المصنف في أحكام الخيارات يستظهر منهم أن الفسخ بل كلّ إنشاء لا يحصل بمجرد النية ولا بالفعل المجرد عن القصد وأنه لابدّ من قصد حصوله بفعل أو لفظ وهو موافق لما قلنا.

نعم؛ يقول في مسألة: أن الفسخ هل يحصل قبل التصرف أم بنفس التصرف من أن مرادهم من أن الفسخ لا يحصل بالنية هو النية والكراهة المجردة من دون أن يدلّ عليها بفعل، وأما معه فلا قائل بعدم تأثيره فيما يكفي فيه الفعل؛ إذ كلّما يكفي فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالشيء يحصل بإرادته المتصلة بالفعل، ونحن نقول هنا كما ذكرناه في أحكام الخيارات: إن الفرق بين نفس الرضاء أو الكراهة مع الإنشاء فواضح؛ لأن الأولين من الكيفيات النفسية والإنشاء فعل قلبيّ، وأما دعوى الفرق بين الإنشاء باللفظ والإنشاء بالفعل فنقول: يكون الفرق في الجملة موجوداً لأن اللفظ لما يستعمل في المعنى الإنشائي فيقصد حصول المنشأ من الفسخ أو غيره من اللفظ فيحقق الإنشاء حقيقةً، وأما الفعل فلا يستعمل في المعنى حتى يقصد حصول المعنى به إلّا أنه مع ذلك يكون الفرق بين مجرد الرضاء أو الكراهة مع التصرف وبين إنشاء الفسخ بالتصرف كما ذكرناه في الموضع المشارإليه. كيف والأول يمكن فيه أن لا يكون مريداً لحصول الفسخ بهذا التصرف، وأما الثاني فيكون الغرض من التصرف حصول الفسخ، وصدور التصرف منه بمنزلة إنشاء التصرف حيث إنه الغرض به.

إن قلت: مجرد الغرض منه التصرف حصول الفسخ غير (٦٥٨ ح) مانع في تحقق عنوان العهد على الفسخ حتى تقتضي العمومات صحته. ولعلّ الوجه فيما نقلناه هناك عن الأستاذ رحمه الله من أن حصول الفسخ بالتصرف بقصد الفسخ أيضاً ليس على طبق القاعدة، وإنما نقول به لظهور الإجماع أو الإجماع المنقول.

قلت: في الإنشاء بالقول إذا لم يكن الغرض حصول المنشأ لم يصدق العهد وسائر عنوان المنشأ من البيع والفسخ وغير ذلك، كما أوضحناه عند التعرض لاعتبار القصد في صيغة البيع.

واذا عرفت ذلك فنقول: إن منشأ صدق العناوين هو ذكر اللفظ أو صدور الفعل لغرض حصول ذلك العنوان من البيع وغيره. وأما الفعل القلبي الذي يعبّر عنه بالإنشاء الذي كان المدعى وجوده في الإنشاء باللفظ دون الإنشاء بالقول إما لا مدخلية له في صدق عنوان المنشأ؛ أو إنه بالنسبة إلى الإنشاء بالفعل أيضاً نقول: إن نفس صدور الفعل لغرض حصول العنوان قائم مقام ذلك الإنشاء، فكان إنشاء تصرف صدور الفعل بهذا الغرض.

في التصرف المسقط من جهة الأفراد والحالات

وأما المقام الثاني ففي أنه أيّ تصرف يكون مسقطاً لخيار الحيوان بعد ما عرفت أنه لا مدخلية للرضاء بوجه في كون التصرف مسقطاً*.

هنا نقول: إنه في صحيحة الصفار: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام «في الرجل اشترىٰ دابّة من رجل فأحدث فيها[1] من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلثة أيام التي فيها[2] بعد الحدث الذي يحدثها[3] أو الركوب الذي يركبها؟ فوقع: «**اذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء ـ إن شاء الله ـ**[4]».

وظاهر هذه الرواية أن التصرف في نفس العين بوجه من أخذ حافر وشبهه من كلّ ما يوجب تغير العين بوجه يكون مسقطاً حيث «إن أحدث فيها» ظاهر في ما يكون في نفس

فتلخص أنه في صدق العناوين لا فرق بين الإنشاء باللفظ أو الفعل وإن كان تغاير ما موجوداً بين الإنشائين.

إن قلت: نمنع صدق عنوان العهد على مثل إنشاء الفسخ سواء كان الإنشاء بالقول أو الفعل.

قلت: لم يؤخذ في صدق العهد قصد لفظ العهد؛ لأن ما نحن فيه مصداق للعهد لا مفهومه، وعنوان العهد بل من كان أمر شيء بيده وصدر منه قول أو فعل لغرض حصول ذلك العنوان الذي كان أمره بيده ولم يؤخذ كون العهد من الطرفين لأنه المعاهدة دون العهد، كما أنه لم يؤخذ فيه أن يكون العهد مع شخص آخر كما في الجعالة ونحوها لأنه قسم من العهد، فنفس العهد بأن يحدث عنواناً قابلاً لأن يعمل بعد ذلك على مقتضاه أو يتخلفه فيعبّر عنه بنقض العهد، ويستفاد ذلك من استعماله في عهد الأيمان والولاية وشبههما.

وأيضاً ذكرنا هنا أن العناوين من الفسخ والرجوع والرد تصديق لكلّ من القول والفعل المذكورين، ومنه يجوز التمسك لهما بإطلاق كل من أدلة العناوين (٦٥٩) الخاصة. وعلى هذا نقول: إن كلّ واحد من العناوين الخاصة من مصاديق العهد، والعهد قدر جامع لكلّ واحد من هذه العناوين الخاصة؛ فتدبّر جيّداً. (٦٥٨) (منه قدس سره).

**) وإن كان نفس الرضاء مسقطاً من غير فرق بين كواشفه، بل أيّ تصرف إنشاء وقصد السقوط به مسقط من وجهين: الرضاء والكراهة. (منه قدس سره).*

١) في المصدر: «فاحدث فيها حدثاً».

٢) في المصدر: «أيام التي له فيها الخيار».

٣) في المصدر: «يحدث فيها».

٤) تهذيب الأحكام ٧/٧٥، باب ابتياع الحيوان، ح ٣٤ مع اختلاف يسير.

العين بوجه، ولاسيّما بعد التمثيل بأخذ الحافر والنعل. وأما الركوب عليها فراسخ فقد جعلها السائل في مقابل الإحداث فيها، ولم يعلم من الجواب إلّا إمضاء التصرف الذي يصدق عليها في نفس العين.

وعلى هذا، فلو لم يكن إلّا هذا الخبر، فكان اللازم الإقتصار في رفع اليد عن استصحاب الخيار بما يعدّ إحداثاً في نفس العين بأن يغيّره بوجه ولو بحرز (؟) مقدار من شعره بحيث يصدق أنه أحدث في العين، كما أن هذا النوع من التصرف يكون مسقطاً لخيار العيب لورود مثله فيه، وأنه لايرد لو لم تكن العين قائمة بحالها الأولى إلّا أن مقتضىٰ صحيحة ابن ركاب سقوط خيار الحيوان بغير هذا التصرف من التصرفات الغير المغيّرة لأصل العين أيضاً؛ لأنه قال فيه: «**فإن أحدث /٦٥٨/ المشتري فيما اشترىٰ حدثاً قبل الثلثة أيام فذلك رضىً منه ولا شرط له**».

قيل له: وما الحدث؟

قال: «**أن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ماكان محرّماً عليه قبل الشراء**[1]».

في أن التصرف الذي ليس إلّا للمالك في نظر العرف مسقط

وهنا نقول بعد ما ذكر هذه الأمثلة للحدث فيها: لا ينبغي الإشكال في شموله كلّ تصرف يكون للمالك في ملكه ولا يكون لغيره ذلك التصرف إلّا بإذنه ولو كان ذلك الحيوان عند ذلك الغير*.

وأما ما يفعله كلّ أحد قبل حصول الملك من اختباره أو حفظه وما يتوقف عليه الحفظ لو كان الحيوان عند ذلك الغير ويكون المالك له رضاية بمثل تلك التصرفات في ملكه فلا يعلم شمول «أحدث» ..اه له بعد أن المتيقن منه ما ليس كذلك، فلا تجري مقدمات الحكمة لتعميم قوله «أحدث» ..اه لمثل هذه التصرفات.

---

١) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح ٢.

*) ***سيّما بعد قوله «أو نظر إلى ماكان محرّماً عليه قبل الشراء». (منه قدس سره).***

وعلى هذا، فالمختار في التصرف المسقط يكون بمثل ما نقلناه عن المحقق البهبهاني سابقاً، وعرفت إمضاء بعض الأجلاء له أيضاً.

إن قلت: أيّ مانع في أن يكون التصرف المسقط للخيار في الحيوانات غير الأمة ما يكون مغيراً للعين كما في التصرف المسقط لخيار العيب. وأما في الأمة فيعمّ ذلك والتصرف الذي لا يجوز لغير المالك مما لم يكن مغيّراً للعين، فإن ما دلّ من الأخبار على الأعمّ كان في بيع خصوص الأمة.

قلت: مع غمض العين من الاتفاق على عدم الفرق وغمض العين من أنه فسّر قوله «أحدث فيه» بما يعمّ في مورد، فهو قرينة على غيره أنه في صحيحة ابن ركاب «**الشرط في الحيوان ثلثة**».. إلى أن يقول: «**فإن أحدث المشتري**».. اه، ثمّ بعد ذلك يفسّر الحدث بما ذكر سابقاً من اللمس وغيره.

نعم؛ نحن نقول: إن المتيقن من الحدث لاسيّما بقرينة التفسير هو ما ذكرناه ولا يجري مقدمات الحكمة للتعميم إلى أزيد مما ذكرناه؛ فافهم. /٦٥٩/

في أن التصرف الخطائي وكذا مع الجهل بالبيع غير مسقط

ثمّ إن التصرف الذي قلنا بكونه مسقطاً لدلالة الأخبار في المقام على مسقطيته دون التصرف الذي قلنا بمسقطيته للكفّ عن الرضاء أو لإنشاء الإسقاط به، فإنه لا اختصاص لها بتصرف دون آخر. وتقدمت الاشارة إليه بأن التصرف الذي ينشأ به الإسقاط يوجب السقوط من جهتين: من جهة كشفه عن الرضاء ومن جهة أنه عهد يجب الوفاء به، كما تقدم شرحهما.

وعلى كلّ حال، ليس المقصود هذه الجهات؛ بل المقصود أن التصرف الذي دلّ الأخبار على مسقطيته، ونحن بيّنّا حدّه نظير الأخبار الذي ورد بمثل ذلك في خيار العيب، فهل يعمّ الخطائى كما لو صدر عن المشتري خطأ، كما لو أراد التصرف في مال آخر فأخطأ وتصرف في المبيع، فالظاهر أنه لا يسقط الخيار به؛ لأن التصرف في المبيع كان غير اختياريّ له مع أن الظاهر من قوله «فإن أحدث» وشبه ذلك أن يكون إحداث الحدث اختيارياً، كما في كلّ فعل ينسب إلى شخص.

ومنه يقول في الجواهر أيضاً بعدم كونه مسقطاً مع أنه عمّم التصرف المسقط من كلّ جهة. وأيضاً لو تصرف في المبيع مع الجهل بأنه اشتراه والغفلة عنه يشكل القول بكونه مسقطاً لأن المتيقن من مساق الأخبار غير ذلك لوضوح أن المتيقن من مثل قوله «اشترىٰ فأحدث فيها» أنه كان حين الحدث ملتفتاً إلى الشراء، فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم إلى غيره على ما هو الحق في باب المطلقات.

نعم؛ لو كان غير عالم بثبوت الخيار أو غفل عنه وتصرف، فمثل هذا التصرف مشمول للأخبار، فيكون مسقطاً، كما قاله في الجواهر، وذلك لأن ثبوت الخيار حكم من أحكام البيع، وكذا كون التصرف مسقطاً أيضاً حكم من الأحكام.

ومن الواضح أنه إذا سئل عن حكم من أحكام البيع فلا ينزّل الجواب على صورة كان المشتري أو البايع عالماً بسائر أحكامه كما هو واضح.

في أن إيقاع المعاملة على ما انتقل إليه مسقط

ثمّ إنه بقي الكلام في شمول التصرف المسقط للمعاملات الواقعة على المبيع والعقود الواقعة عليه، كما لو باعه أو آجره.

وهنا نقول: أولاً: لا يخفىٰ أن فائدة بقاء الخيار بعد فرض نقل المبيع عن ملكه أنه على فرض صحة هذا النقل، له أن يفسخ العقد / ٦٦٠ / الأول ويأخذ الثمن ويعطي مثل المبيع أو قيمته إلى البايع الأول، كما يقولون بمثل ذلك في كلّ مورد كان الخيار لأحد الطرفين باقياً، وفسخ بعد تلف إحدى العينين أو كلاهما حقيقة أو شرعاً.

وإذا عرفت فاكدة بقاء الخيار فنقول: سقوط الخيار بنقل المبيع عن ملكه في صورة قصد سقوط الخيار بنفس البيع أو كشفه عن رضائه بسقوط الخيار لا إشكال فيه لما تقدم أن الرضاء بالسقوط موجب لسقوط خيار الحيوان، مضافاً إلى ما تقدم من أن السقوط يحصل مطلقاً بكلّ فعل أو لفظ قصد به سقوط الخيار إلّا أن هذا خارج عن محلّ الكلام، وإنما الكلام في كون مجرد التصرف بالبيع مسقطاً، كما كان سائر التصرفات موجبة للسقوط.

وأيضاً ليس الكلام في كلّ صورة قلنا في نظيره إن سائر التصرفات أيضاً لا يوجب

السقوط، وإنما الكلام في مثل صورة باع الحيوان المبيع مع الالتفات به وبالبيع إلّا أنه لم يقصد سقوط الخيار به ولم يكن راضياً بسقوط خياره أيضاً.

وإذا عرفت محل الكلام فنقول: يظهر من المسالك[١] والجواهر[٢] تسلّم كون نقل المبيع بالبيع ونحوه موجباً لسقوط الخيار.

نعم؛ في الجواهر يذكر بعض المناقشات لسقوط الخيار بالبيع ونحوه في صورة كان الخيار في العقد الأول ثابتاً لكلّ من البايع والمشتري، إلّا أن من الواضح /٦٦١/ أنه لو قلنا بأن الحدث الذي ورد في الأخبار أنه مسقط يشمل مثل بيع المبيع، فنقول: لا فرق بين أن يكون الخيار ثابتاً لخصوص المشتري الذي تصرف في المبيع أو كان الخيار للبايع أيضاً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه في صحيحة ابن ركاب بعد ما قال أولاً بثبوت الخيار الثلثة أيام في الحيوان بنحو الإطلاق، قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترىٰ حدثاً قبل الثلثة أيام فذلك رضىً منه ولا شرط له».

وهنا نقول: إن قوله «أحدث فيما اشترىٰ» ..اه صادق للتصرفات الناقلة عرفاً، ولا سيّما لمثل الإجارة التي بمنزلة تصرف خارجي في العين في نظر العرف، ومن الواضح أنه لا فرق بين الإجارة وغيرها. وتمثيله بعد ذلك للحدث بمثل النظر والقُبلة غير مضرٍّ بالإطلاق؛ كيف وهذه الأمثلة تكون تصرفاً في الأمة دون سائر الحيوان، مع أن كلامه في مطلق الحيوان.

ثمّ إن المصنفﷺ ينقل هنا عن بعض أنه عدّ من التصرفات الموجبة للسقوط عرض المبيع على البيع. وهنا نقول: لو كشف ذلك عن الرضاء ببقاء العقد فقد تقدم أن كلّما يكشف عن الرضاء بالبيع يكون موجباً لسقوط خيار الحيوان. وأما لو كان الغرض كونه كسائر التصرفات موجباً للسقوط تعبداً فيرد عليه أن العرض على البيع في نظر العرف مع قطع النظر عن تصرف آخر يعدّ إرادة لإحداث الحدث في البيع، لا أنه إحداث حدث في المبيع.

---

١) مسالك الإفهام ٣/٢٠١.

٢) جواهر الكلام ٢٣/٧٣.

تنبيه

في كلّ مورد قلنا: /٦٦٢/ إن نفس التصرف ليس مؤثراً، كما في إسقاط بعض الخيارات وكما في تحقق الفسخ بالتصرف وإنما يكون مؤثراً في صورة قصد به إسقاط الخيار أو قصد به الفسخ، فهناك لو وقع التصرف الناقل على ما[1] انتقل إليه أو ما[2] انتقل عنه وشككنا في أنه قصد به إسقاط الخيار أو الفسخ، فهنا كلام في أن مقتضى القاعدة أو الأصل في هذه الشبهة الموضوعية أيّ شيء يكون؟ وهذا خارج عن محل كلامنا، وتعرّضنا له في باب الفضولي.

في أن إيقاع المعاملة على ما انتقل إليه مسقط بعد وجود الشرايط كأن يكون التصرف مسقطاً

قوله: «الثالث خيار الشرط[3].. اه».

أقول: الخيار تارة يكون لتخلف الشرط، ويأتي الكلام فيه في باب الشروط ـ إن شاء الله ـ وهو نظير خيار تخلف الوصف المأخوذ في المبيع.

والكلام في المقام في اشتراط نفس الخيار في العقد بالشرط كأن يشترط فيه الخيار. وهذا أيضاً إما بأن يشترط الخيار للبايع إذا ردّ الثمن إلى مدة، أو للمشتري إذا ردّ المبيع إلى مدة ويأتي الكلام فيه بُعيد ذلك ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وتارة بأن يشترط ثبوت الخيار لأحدهما أو كلاهما من دون أن يكون مشروطاً بردّ الثمن أو المثمن. وهو محل الكلام فعلاً. والمصنف ﷺ تمسك لصحة ذلك بالأخبار العامة الدالّة على صحة الشرط مثل «المؤمنون» ..اه وبالأخبار الخاصة.

ونحن نقول في الأخبار العامة: إنه تقدم في خيار المجلس أن الشرط وإن كان له إطلاقات إلاّ أن الذي يكون مراداً في مثل النبوي ﷺ هو بمعنى الإلزام والإلتزام.

ثمّ إن الإلزام والإلتزام تارة يكون بالفعل أو الترك المقدورين للمشترط.

---

١) في المخطوطة: الما.

٢) في المخطوطة: الما.

٣) كتاب المكاسب ١١١/٥.

وعلى هذا لا يشمل اشتراط الخيار أو سقوطه وشبه ذلك، لكنّا صحّحنا هناك /٦٦٣/ اشتراط مثل الخيار أو سقوطه مما لا يكون من قبيل الفعل والترك بصحيحة عطية ابن مالك حيث تمسك الإمام بالنبويّ لصحة شرط عدم الخيار، بل بما نقلنا عن الجواهر في باب الشرط في ضمن البيع بما ورد في الصحيحين.

وتارة يكون الالتزام بغير الفعل والترك كما لو كان بما يكون من قبيل الصفات كالملكية والخيار، فلابدّ أن يكون المراد الالتزام بمقتضى هذه الصفات. ولو جعلنا معنى اشتراط مثل هذه الصفات إلى الالتزام بمقتضاها، فيدلّ النبويّ بصحة هذه الشروط بنفسه من دون حاجة إلى ذكر شاهد له.

ولعلّ من تمسك بمثل صحيحة عطية كالمصنف﵀ لصحة مثل هذه الشروط لم يجعل معنىٰ اشتراطها بمثل ما ذكرناه؛ فتأمل*.

في خيار الشرط ورفع بعض الإشكالات عن دليله

ثمّ إنا ذكرنا في مسألة خيار المجلس كلّ إشكال كان على التمسك بمثل النبويّ في مثل مقامنا ودفعنا تمام الاشكالات عنه، فعليك بالمراجعة.

فأما الأخبار الخاصة فمع غمض العين عن صحة التمسك لمقامنا بالأخبار التي نقلها في القسم الثاني من خيار الشرط نقول: إن ما تقدم من صحيحة عطية والصحيحين الآخرين تكون من أدلة صحة شرط الخيار مع غمض العين عن خبر آخر كان دالاً عليه. ومن هذه الأخبار الخاصة أثبتنا في خيار المجلس أن شرط الخيار ليس شرطاً مخالفاً للكتاب مع غمض العين عن شيء آخر /٦٦٤/ يمكن إثبات ذلك به.

---

*) لعله: أن المصنف﵀ أيضاً يجعل الخبر شاهداً على ثبوت هذا المعنى للنبويّ. نعم؛ يجوز أن يقال: إن الإطلاق أيضاً مع غمض العين عن الشواهد يكفينا، كما تعرّضنا لذلك عند التعرض لجريان خيار الشرط في غير البيع من العقود وغيرها. (منه قدس سره).

في أنه لافرق بين أن يكون زمان الخيار متّصلاً أم لا

قوله: «**مسألة، لا فرق بين كون زمان الخيار**[١] .. اه.

أقول: بعد عموم أدلة الشروط، لا غبار في حكم هذه المسألة.

إن قلت: من المحتمل أن يكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب.

قلت: مع الغمض عن كلّ شيء أنه بعد ثبوت أنه يجوز شرط الخيار من أول العقد إلى هذه المدّة فليس لنا كتاب ولا غير ذلك على أنه في صورة الإنفصال يكون الأمر على خلاف ذلك، فلم يكن هذا الشرط مخالفاً للكتاب ولامحرّماً للحلال ..اه، بعد أن هذين العنوانين غير قائلين[٢] للتخصيص. هذا مع الغمض عن بعض ما تقدم الإشارة إليه.

في ردّ ما استدلّ على أن الشرط لابدّ من أن لا يكون مجهولاً بوجه

قوله: «**نعم؛ يشترط تعيين المدة**[٣] .. اه».

أقول: بالتقريب المتقدم لا مانع من التمسك بعموم أدلة الشروط لصحة شرط الخيار إذا كان مدة زمانه مجهولاً في الجملة كما إذا اشترط بقاء الخيار إلى زمان الحيوة وشبه ذلك.

والذي يمكن دعوىٰ كونه مخصصاً لعموم أدلة الشروط في المقام أمور:

منها ما نقل من أن النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن الغرر، وتوضيح ذلك أن هذا الخبر كما في العناوين وإن كان في قواعد الشهيد ومجمع الطريحي[٤] وعن الانتصار[٥] والسرائر[٦] والتذكرة[٧] والإيضاح[٨] والصحاح والنهاية الأثيرية[٩] ومختصر الحاجبي وغيرها أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن

---

١) كتاب المكاسب ١١٣/٥.

٢) كذا، و الظاهر: غير قابلين.

٣) كتاب المكاسب ١١٣/٥.

٤) مجمع البحرين ٣٠٢/٣، مادة «غرر».

٥) الانتصار: ٤٣٦.

٦) السرائر ٤١/٢.

٧) إيضاح الفوائد ٤٢٦/١، ٤٢٧.

٨) الصحاح ٧٦٨/٢، مادة «غرر».

بيع الغرر، فلا دخل له بغير البيع ومنه الشروط، إلّا أنه عن العلامة في المختلف[١٠] أنه ذكر الرواية بقوله «نهىٰ النبي ﷺ عن الغرر»، ولم يذكر لفظ البيع، فيكون النهي عن الغرر عاماً فيعمّ سائر العقود، وبعضٌ نقل هذا من العلامة في التذكرة.

ثمّ إن المشهور يكون بناؤهم /٦٦٤/ على التمسك بقاعدة الغرر في مثل الإجارة وباب الشروط وغير ذلك، فيكون حال ما نقل عن التذكرة حال الخبر المنجبر بالشهرة، فيصير حجة، فيصير دليلاً على اشتراط عدم المجهولية في مطلق العقود والشروط.

وفيه أولاً أن ثبوت هذا الخبر لنا غير معلوم، ولم يظهر من كلام العلامة أن هذا خبر آخر غير ما نقله المشهور.

وما قاله في العناوين من التمسك بأصالة عدم السقط لإثبات أن ما نقله العلامة خبر آخر، لا دليل على جواز الإعتماد بها سيّما بعد أن كونه خبراً آخر يكون موهوناً بعد أنه لم ينقل ذلك عن غير العلامة رحمه الله ويكون احتمال السقط في كلامه قويّاً.

وثانياً بعد أن المذكور في كلام المشهور هو النهي عن بيع الغرر، فلم يعلم استناد المشهور إلى ما نقله العلامة، ومجرد الشهرة التطابقية لا يوجب حجية الخبر الضعيف.

هذا؛ مع الغمض من أنه لو كان هذا الخبر ثابتاً فيكون علته التخصيص الأكثر؛ فتدبّر*.

ومنها ما ذكره في العناوين أنه بالنسبة إلى ما ثبت خبريته وانجباره مسلّماً، وهو نهي النبيّ ﷺ عن بيع الغرر.

نقول: إن تعليق الحكم على بيع الغرري فيه إشعار ودلالة على أن علة النهي عن بيع الغرري هو كونـ[ـه] غررياً، فإذا كان الغرر هو العلة للبطلان فيعدى عن البيع بكلّ معاملة

---

٩) النهاية في غريب الحديث ٣/٣٥٥، مادة «غرر».

١٠) مختلف الشيعة ٥/١٣٧، أيضاً الرواية كذلك في الخلاف ٣/٣٢٠، و ٣٣٠.

*) ***وثالثاً نقول: إنا ذكرنا في أواخر مسألة النهي في العبادات أنه لو كان هذا رواية أيضاً لا ينفع لعدم دلالته على الفساد، حيث لم يتعلق النهي بعنوان المعاملة، فلا يدلّ إلّا على حرمة كلّ ما فيه الغرر والخطر.***

ثمّ لو فرض أنه فهم العلماء من هذا الخبر فساد المعاملات الغررية، فنقول: إن فهمهم ليس جابراً للدلالة ما لم يكشف عن قرينة على نحو القطع. (منه قدس سره).

يكون فيه الغرر إلّا فيما دلّ الدليل على جوازه كالصلح. ويؤيده أن العلماء تمسكوا به في غير البيع مع عدم ورود دليل خاصّ فيها.

وفيه أنه لا دلالة للخبر على أن علة البطلان /٦٦٦/ هو الغرر، وأنه لا مدخلية للبيع في البطلان، ومجرد الإشعار لو كان، فلا يجوز الإتكال عليه.

ثمّ إنه لو فرض كون مستند المشهور فهم علّيّة الغرر للبطلان من هذا الخبر، فنقول: إن فهم المشهور ليس جابراً للدلالة ما لم يكشف عن قرينة بطريق القطع.

في إبطال دعوىٰ أن للشرط قسطاً من الثمن وبيان حاله

ومنها ما ذكره المصنف﵀ هنا وفي باب الشروط، وذكره في العناوين، ونقله في الجواهر أيضاً. وهو أنه لا إشكال في أن جهالة العوضين أو أحدهما في البيع يوجب بطلان البيع، فيبطل الشرط أيضاً، كما دلّ عليه هذا النبويّ ﷺ وغيره. وعلى هذا نقول: إن جهالة الشرط يوجب جهالة العوضين لأن للشرط قسطاً من الثمن.

ويرد عليه ما ذكره في الجواهر[1] من أن جهالة الشرط لا مدخلية له في جهالة العوضين؛ إذ لا شاهد له في اللغة والعرف والعقل.

نعم؛ يصير الشرط داعياً لزيادة بذل العوض بإزاء الثمن أو المثمن، وذلك لأن المبيع إذا اقترن التزامٌ بعمل أيضاً به مثلاً كصياغة خاتم، فهذه الصياغة لا تصير جزء المبيع، لكن تصير راعياً لزيادة بذل الثمن بإزائه. و منه نقول: إن الشرط يوجب زيادة مالية المبيع في مثل هذه الصورة لكن من المسلّم أن الجهل بمقدار مالية المبيع ـ كما أوضحنا ذلك في مسقطات خيار الغبن واعترف المصنف﵀ هناك به وكذا في مسألة خيار الردّ ـ وقيمته ليس بمضرٍّ وهكذا بكلّ ما يوجب كثرة الرغبات في العينين والعوضين من الأوصاف والشروط أو مجرد كثرة الرغبات.

ومنها ما نقله في الجواهر من دعوىٰ إلحاق أحكام المبيع و الثمن للشرط لاندراج كلّ

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠٢.

شرط في اسم كلّ عقد وقع فيه؛ /٦٦٧/ يعني مع غررية الشرط الواقع في ضمن البيع، يقال عرفاً: إن هذا البيع غرريّ.

وفي الجواهر في باب الشرط أولاً يقول: إنه واضح الفساد، لكن في آخر كلامه يرجّحه وإن النهي عن بيع الغرري يشمل لذي الشرط، فإن هذا العقد من البيع غرريّ ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط.

أقول: بعد النهي عن بيع الغرريّ لو سئل عن بيع كان شرطه غرريّاً، فيجاب بالصحة لا يفهم العرف منافاته مع نهيه أولاً عن البيع الغرري.

في ما يستدلّ على بطلان الشرط المجهول من الإجماع المحكيّ والاستقراء وغير ذلك وما في كلٍّ منها

ومنها ما قاله المصنف﵀ من أنه حكي الإجماع على بطلان الشرط المجهول صريحاً، ونحن نقول - مع الغمض عمّا ذكرناه في مسألة الإجماع المنقول من أنه لا يجوز الإتكال على أمثال هذه الإجماعات المنقولة من وجوه ليس محل ذكرها-: إن في الجواهر[1] في الشرط المجهول الذي لا يوجب جهالة العوضين ويؤول إلى العلم كقدوم الحاجّ أو إلى موت أحد المتبايعين كما هو محل الكلام فعلاً يقول: إن لم يكن إجماع يجوز القول بعدم جواز هذا الشرط. فيلوح منه أنه يكون مظنة ثبوت الإجماع على صحة هذا الشرط المجهول.

وممّا ذكرنا ظهر أنه لا يجوز التمسك للفساد بما في العناوين من دعوىٰ سيرة المسلمين على المداقّة في باب المعاملات والشروط. وتوضيح ما فيه - مع الغمض من أن هذه السيرة غير قابل لأن يكشف منه قول الإمام﵇ -: إنه يمكن دعوىٰ أن السيرة بالعكس؛ فإن جعل الخيار إلى زمان موت أحد المتعاملين في الصلح وغيره فوق حدّ الإحصاء*. /٦٦٨/

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠٢.

*) *في خصوص شرط الخيار في المسالك أن الجهل يوجب البطلان قولاً واحداً، بل وتبعه في دعوىٰ ذلك في الرياض والجواهر، لكن نقول: إن مستندهم قاعدة الغرر كما يصرّحون به وأنت قد عرفت حاله.*

ومنها ما يلوح من المصنف‌ﷺ هنا من تمسكه بالاستقراء حيث يقول: إن المستفاد من تتتبع أحكام المعاملات عدم رضاء الشارع[١] بما يتسامح به العرف في تعيين مدة الخيار وغير ذلك.

وفيه مع أنه لو ثبت الاستقراء فلا دليل على اعتبار الظن الحاصل منه أنه في الجواهر[٢] يعدّ موارد يصح فيها الشرط المجهول كاشتراط المنفعة ونحوها في عقد البيع إلى غير ذلك.

ومنها ما في العناوين من منع شمول العمومات والإطلاقات لمثل هذا العقد والشرط؛ لأنها

وأيضاً يظهر من المصنف‌ﷺ بُعيد ذلك أن كون بطلان خصوص شرط الخيار للجهل موجباً لبطلان البيع يكون على طبق القاعدة ولو لم نقل بكون الشرط الفاسد مفسداً كما أن عنوان كثير منهم أيضاً بطلان البيع. وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ

و سيأتي في مسألة جعل الخيار من دون مدة ما سيوضح منه أن الجهل بزمان الخيار و إن يكون الغرر منه ابتداءً في نفس الشرط إلّا أن الغرر في مثل هذا الشرط ليس بمثل الغرر في شرط فعل أو ترك؛ بل الغرر فيه يوجب الغرر في نفس البيع، فيشمله ما دلّ على فساد البيع الغرري، فيبطل البيع فيلغوا الشرط. وهذا هو السرّ في الاتفاق على أن الجهل يوجب البطلان، كما سيأتي بطلان مقايسة صاحب الجواهر الجهل بمدة الخيار المجعول من الشرع كخيار الحيوان بالجهل بالخيار المجعول من قبل المتعاقدين.

هذا، ولكنّه يأتي في خيار الشرط المشروط بردّ الثمن في صورة تعذّر ردّ الثمن أن قوله «نهى النبيّ عن بيع الغرر» من إضافة المصدر إلى المفعول، فلا يدلّ على الفساد إلّا في صورة كان الغرر في متعلق البيع أي العوضين؛ فراجع. (٦٦٨ ح)

ثمّ إنه ربما يتوهم أنه لو عملنا بهذا الإجماع المنقول بأن نقول: إذا كان مدة شرط الخيار في البيع مجهولاً فذلك يوجب بطلان الشرط بل البيع أيضاً، فلابدّ أن نقول بذلك في شرط الخيار في سائر العقود غير البيع أيضاً إذا كان الشرط مجهولاً؛ نظراً إلى أنهم بعد ذكر شرايط صحة شرط الخيار في البيع قالوا بجريان شرط الخيار في كثير من العقود.

وفيه أولاً أنهم هنا بصدد بيان أن أيّ عقد يجري فيه أصل شرط الخيار حيث إنهم ليسوا إلّا في مقام دفع موانع أصل خيار الشرط، لا بصدد دفع المانع عن شرايط خيار الشرط الذي ذكرنا.

وثانياً أن الغالب يقولون باعتبار عدم الجهل من جهة أن الجهل يوجب الغرر في البيع، مع أن من المسلّم عندهم في بعض العقود مثل الصلح: إن الغرر في الجملة غير مضرٍّ به؛ فتدبّر جيّداً. (٦٦٩ ح) *(منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ١١٣/٥.

٢) جواهر الكلام ٢٠٢/٢٣.

منصبة على [ما هو] المتعارف بين الناس، ولا ريب أن الغرر مما لا يقدّم عليه العقلاء، وليس من المعاملات المتعارفة[١].

وفيه مع الغمض من كلّ شيء أن هذا المقدار من الجهل والغرر مما يكون عليه بناء العرف والعقلاء، ومنه تصدى المصنف﵀ لإثبات عدم الاعتناء بما يكون عند العرف والعقلاء من المسامحات في مثل المقام، وتقدم ما في كلامه.

ومنها ما نقله المصنف﵀ هنا من أنه ربما يستدلّ على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة؛ لأنه غرر.

أقول: لو كان الغرض إثبات أن نفس الشرط مخالف للسنة لكونه غرراً، فقد تقدم أنه لا دليل على بطلان الشرط الغرري، بل تقدم في أول المسألة رفع احتمال كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أيضاً من جهة مجرد جهل مدة الخيار.

هذا؛ ولكن الظاهر أن المصنف﵀ فهم منه أن مراده إثبات بطلان نفس البيع. ومنه يورد عليه بأن كون البيع بواسطة الاشتراط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً لهما، وأنه في الأول يفسد البيع فيلغوا الشرط، وفي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع؛ يعني أن مراد /٦٦٩/ المستدلّ هو الإحتمال الأول الذي مرجعه إلى الإيراد الرابع الذي نقلته عن الجواهر من اندراج كلّ شرط في اسم كلّ عقد وقع هو فيه، مع أن الحق أن ما نحن فيه من قبيل الثاني؛ يعني نفس الشرط يكون مخالفاً للكتاب.

ثمّ يقول: ودعوىٰ أن مراد المستدلّ أيضاً أن ما نحن فيه من قبيل الثاني؛ يعني أن نفس الشرط يكون مخالفاً للكتاب والسنة، فيفسد الشرط؛ وأنه يوجب فساد البيع؛ لأن الشرط الفاسد مفسد، **ففيه**: أنه كالأكل من القفاء.

أقول: هذا ما ظهر لي في شرح هذه العبارة من المصنف﵀، وعليه يرد عليه أنه أيضاً أثبت سابقاً بطلان الشرط، فلو أراد إثبات فساد البيع أيضاً، فلابدّ من أن يكون مدركه أن الشرط الفاسد مفسد.

---

١) العناوين الفقهية ٣١٣/٢.

هذا؛ مع الغمض مما تقدم أنه على التحقيق ليس هذا الشرط فاسداً وأن الشرط الفاسد أيضاً ليس مفسداً، كما أوضحته في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك.

ثمّ إنك عرفت في صدر المسألة أن كلامنا في صحة [الـ]ـشرط المجهول في الجملة والمتيقن منه هو صورة يؤول جهله إلى العلم ولا يوجب جهالة العوضين ولم يكن مانع خارجي آخر.

في ما ذكره في الجواهر من بطلان الشرط المجهول الذي لا يؤول إلى العلم وحكم ما ليس له يقين على اعتبار عدم المجهولية في بيان حدّه من جهة التسامح العرفي

بقي الكلام في حكم الصور المستثناة عن القدر المتيقن، فنقول:

منها: ما لا يؤول إلى العلم.

وتقدّم أن صاحب الجواهر مفصّل من هذه الجهة وينكر صحة الشرط المجهول في خصوص صورة لا يؤول إلى العلم، ونحن نقول:

من الواضح أن نفس الشرط لابدّ من أن يكون له تعين وإلا ليس شرطاً حتىٰ أنه في المردد بين شيئين لو كان الغرض من الشرط تحقق أحدهما بنفسه، فلا دليل على صحته؛ لأن الدليل على صحة مطلق الشروط إما قوله «**المؤمنون عند / ٦٧٠ / شروطهم**[1]» أو قوله تعالى ﴿أوفوا..﴾[2] الآية، كما تقدم في خيار المجلس وصيرورتها دليلاً على الصحة موقوف على تحقق موضوعهما من الإلتزام على شيء أو العهد عليه، واشتراط تحقق أحد الشيئين بنفسه ليس فيه التزام وعهد على شيء.

نعم؛ الإلتزام والعهد على أحدهما الكلي لا مانع فيه، وله تعين وتعيين مصداقه في الخارج يكون بيد المشترط* كما لو باع الكلي في المعين كمنٍّ من الصبرة.

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

٢) المائدة: ١.

*) ***كما في تعيين صاع من الصبرة وإن كان فيه خلاف كما نقلنا في مسألة « من باع نصف الدار »***.

ثمّ لا يخفىٰ أن الجهل في البيع الذي يكون مضرّاً هناك مسلّماً هو عدم العلم من المتبايعين بما هو مبيع في الخارج، وأما عدم تعيين المبيع واقعاً فهو مطلب آخر مسلّم بطلانه مع الغمض عن الأدلة الشرعية*.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: بعد ما صححنا الشرط المجهول، فنقول: إن أَوْله إلى العلم أيضاً ليس بشرط كما يظهر ذلك من إطلاق كلام بعض** ويعمل في مورد الشك على طبق الأصول، كما في صورة يؤول الشرط إلى العلم وصار الشك في تحقق غايته، كما لو اشترط ثبوت الخيار إلى زمان موت فلان وصار موته مشكوكاً.

نعم؛ لو صار الجهل بنحو يخرج الشرط عن الشروط العقلائية بحيث لا يعدّ ذلك في نظر العرف التزاماً وعهداً، فلا دليل على صحة هذا الشرط.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرنا جواب عن مناقشة تظهر من مطاوي كلمات المصنفﷺ على القول بصحة الشرط المجهول من أنه يورث التشاجر.

وفيه أنه في مورد الشك يعمل بالأصول، /٦٧١/ كما يعمل بالأصول في سائر الموارد التي يكون الموضوع أو الحكم الواقعي مشكوكاً.

ولا يخفىٰ أنه ينقل المصنفﷺ في القسم الثاني من وجوه بيع البعض من الكلّ من بيع الصبرة، وهو أن يراد بعض مردد بأنه باطل من حيث الإبهام لا من حيث الجهل.

ولعلّ مدركه ما ذكرته من عدم صدق العهد على مبادلة شيء؛ فتدبّر.

وفي مسألة اجتماع الأمر والنهي عند التعرض لبيان أن النكرة جزئي، قلنا: إن متعلق الطلب أيضاً لا يصير مردداً؛ لأنه لا يعقل أن يكون الأمر مردداً في أنه أيّ شيء يطلب، وفي حال التردد ليس له طلب وليس الواجب في التخييري الأمر المردد، بل المقيد وهكذا في نظائره؛ فراجع.

ومقدمات الحكمة ينتج أن المكلف مجزٍ في إتيان أيّ فرد، ولا دخل له بكون المطلوب فرداً مردداً، فلا تغفل موارد الاشتباه. (٦٧١ ح) (منه قدس سره).

) لو كان عدم التعيين في حدّه كما في شرط الخيار إلى الدياس أو الحصاد لو يعين الغاية في ذلك إلى زمان خاص، فالظاهر أنه لا مانع من الأخذ بالمتيقن، ويعمل في مورد الشك على طبق الأصول. (منه قدس سره).

**) حاجي ميرزاحسين. (منه قدس سره).

تنبيه

[هل دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف؟]

إنه بناءًا على اعتبار عدم المجهولية في الشرط ينقل المصنفﷺ عن بعض أنه قال: إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف[1]، ونحن نقول: بعد أن من الواضح أن لفظ الغرر كسائر الألفاظ لابدّ من أن يرجع في تعيين معناه إلى العرف ونحن نرىٰ أن الغرر غير صادق مع التفاوت اليسير الذي يكون في المكائيل والموازين وغير ذلك، وليس ذلك من العرف من قبيل الخطأ في تطبيق معنى اللفظ على المصداق الخارجي حيث نرىٰ أنهم بعد علمهم بوجود التفاوت اليسير أيضاً يقولون: إنه ليس بغرر، فيكشف ذلك من أن معنى الغرر غير صادق مع هذا التفاوت اليسير الذي كان مجهولاً، فلابدّ من أن نقول بعدم مضرية ذلك بصحة البيع، فلابدّ أن يوجّه كلام هذا البعض إما بما ذكره المصنفﷺ من أن المراد أن ما يتسامح العرف من الغرر في غير مقام المداقّة غير مضرٍّ بصدق الغرر عرفاً الموجب للبطلان، كما أنا نرىٰ أن أهل العرف في غير مقام المداقّة يجعلون أجل السَّلَم في الدياس أو الحصاد مع أنه ورد في الأخبار إلى أجل معلوم، لا إلى دياس أو إلى حصاد، و إمّا بوجه آخر.

ومنها أن كلّ شرط يرجع إلى تعيين شيء من خصوصيات العوضين كأجله أو وصفه أو غير ذلك يكون جهله موجباً للجهل بنفس العوضين، فيصير نفس البيع غررياً فيكون البيع فاسداً، بل الظاهر كما نقلناه ذلك عن بعض* في باب الشروط، خروج أمثال هذه الشروط عن الشرط في ضمن / ٦٧٢ / العقد الذي يذكرون له أحكاماً خاصة وأن غير خصوصيات العوضين بلفظ الشرط، فحاله كحال صورة لم يعبّر عنها بلفظ الشرط، بل عبّر عنها بلفظ آخر.

ومنه يدّعي في الجواهر القطع ببطلان البيع في صورة كان مثل هذه الشروط مجهولة.

ويكفي في كونه موجباً لفساد البيع فيلغو الشرط أنه يصدق أن هذا البيع غرريّ** كما أن

---

١) كتاب المكاسب ٥/١١٤.

*) *أي ميرزا حسين. يأتي نقله عن الجواهر في أوائل خيار العيب. (منه قدس سره).*

**) *كما لا يخفىٰ على المراجع إلى الوجه الأخير الذي نقلناه عن الجواهر لدلالة نهي النبي عن بيع الغرر لفساد الشرط المجهول. (منه قدس سره).*

مقتضى كلام المحقق في غير (؟) تسلّم بطلانها، والوجه ما أشرنا إليه من أنه يصدق على أنه غرريّ فيفسد البيع، فيلغو الشرط.

في أن التوابع ليس الجهل بها مضرّاً ولو شرطها

ومنها أن بعض الأساتيد* ادعى الإجماع على أن المجهولية في الشرط غير مضرٍّ في صورة كان الشرط تبعاً للمبيع، بل سائر الشرايط أيضاً غير جارٍ فيالتوابع كالرباء، بل توابع المبيع ليس العلم بها شرطاً ولو كانت جزء المبيع أيضاً سواء لم يكن صيرورتها جزء المبيع مشروطاً بأن يشترط كونها جزء المبيع كأثاث[1] البيت وماء البئر والمفتاح، ومثلها الحقوق التي تكون تابعة مثل الحريم في القنوات[2] وغيرها، سواء كانت التبعية بجعل الشارع أم لا، أو كان صيرو[ر]تها جزء المبيع مشروطاً بأن يشترط كونها جزء المبيع.

ولا يخفىٰ أيضاً أنه ربما يكون جعل الشيء جزء المبيع شرطاً لصحة البيع كالضميمة في العبد الآبق وكانضمام الثمرة الفعلية إلى الثمرات المتجدّدة. فهنا أيضاً قد يقال: إن الجهل في الجملة غير مضرٍّ، إلّا أن الظاهر أن هاتين المسئلتين داخلتان في عنوان آخر.

ويتفرع على ما أشير إليه من أن سائر شرائط البيع كالرباء أيضاً غير ملحوظ في التوابع جواز بيع الدار المنقوش بالذهب بذهب أقلّ منه في حال الجهل.

أقول: نفس التوابع لا يكون العلم بها شرطاً في صحة البيع كما يصرّح به في الجواهر[3] عند التعرض لضابط ما يدخل في المبيع في الفصل الرابع /٦٧٣/، وكذا القميﷺ في كتاب البيع** ويشير إلى وجهه أيضاً.

وإذا عرفت هذا فنقول: إن جعلها شرطاً أو جزء[اً] لو كان لبيان تبعيتها أو من جهة توقف

---

*) حاجي. *(منه قدس سره)*.

١) في الأصل: كاساس.

٢) في الأصل: الغنوات.

٣) جواهر الكلام ٢٣/٩٧.

**) [صفحة] ١١٥. *(منه قدس سره)*.

صيرورتها تبعاً بالشرط كما في الحمال بل الأحجار المدفونة أيضاً فلا اشكال ظاهراً.

وأما لو كان جعلها جزءً من جهة صيرورتها جزء المبيع مستقلاً فيشكل عدم شمول النهي عن بيع الغرر له.

في ما لو شرط الخيار مطلقاً، أو إلى مدّة فيما إذا لم يعيّن المدّة وأن ما قالوا فيه بثبوت الخيار ثلاثة أيام، فاسد

ثمّ إن المصنفﷺ في باب الشروط في الشرط السادس لشرايط الشرط الصحيح ينقل عن التذكرةﷺ أنه في موضعٍ فرّق بين جعل الجمل الذي من التوابع جزءً للبيع، فقال بالبطلان أو اشترط دخوله فيصحّ.

وفي موضع آخر بالصحة في الصورتين.

ونحن نقول: حكمه بالبطلان في صورة جعله جزءً لعلّه من جهة أنه في هذا الفرض الذي نجعله جزءً لا يقصد التبعية؛ فتدبّر.

قوله: مسألة لا فرق في بطلان ..اه، إلى قوله: ويحتمل حمل الثانية عليها[1].

أقول: ليس كلام القوم في شرط الخيار إلى قدوم الحاج، ولا يناسب ثبوت الخيار الثلثة [أيام] فيه أيضاً، فلابدّ أن يكون مراده من الأول الثاني، ومن الثاني الثالث؛ فافهم.

ثمّ الكلام يقع تارة في الدليل على ثبوت الخيار ثلاثة أيام في هذا الفرض، وتارة في أنه على فرض ثبوت ذلك فهذا مخصص لقاعدة الغرر على قول المشهور أم لا؟

أما المقام الأول فاستدلّ لثبوت الخيار ثلاثة أيام بوجوه: **منها**: أخبار خيار الحيوان.

وتقريب الدلالة - كما في الجواهر - أن في بعض أخبار الحيوان / ٦٧٤ / أن الخيار ثلاثة أيام اشترط أم لم يشترط فيدلّ على ثبوت الخيار ثلاثة أيام في بيع غير الحيوان مع الشرط، وليس المراد شرط خيار الثلثة؛ لأنه لا يختص بخصوص ثلاثة أيام، فثبوت الخيار ثلاثة أيام في بيع غير الحيوان لابدّ أن يكون مع عدم تعيين المدة.

---

١) كتاب المكاسب ١١٦/٥.

وهو كما ترىٰ.

[و] منها أنه حكي عن الخلاف دلالة الأخبار على ذلك، وهذا بمنزلة خبر مرسل يجبر ضعفه الشهرة.

وفيه بعد تسليم كون هذا القول مشهوراً وعدم القول بأن هذا الفتوىٰ منقول عن خصوص الشيخ، وكلامه مؤوّل بأن المراد ثبوت الخيار ثلاثة أيام في بيع الحيوان كما عن التذكرة[١] وجزم به الطباطبائي﵀ نقول: من المحتمل أن يكون مستند المشهور الوجه الأول، ونظر الشيخ إليه، فلم يعلم وجود خبر آخر. والشهرة تجبر ضعف الخبر المعلوم المعيّن إذا كان عن الأستاد، وشيء من ذلك غير معلوم لنا.

ومنها ما نقل من النبوي[ﷺ] من أنه لو قال «لا خلابة» فله الخيار ثلاثة أيام بدعوىٰ أن ضعف السند ينجبر بالشهرة.

وفي الجواهر[٢] عن التذكرة[٣] أن «لا خلابة» عبارة شرعاً عن جعل الخيار ثلاثة أيام.

ونحن نقول على ذلك: لا دخل له بمحل كلامنا من عدم تعيين المدّة، والمصنف﵀ يقول هنا: إن خلابة[٤] الخديعة، وعلى هذا فيكون مجملاً وفهم المشهور على فرض الثبوت لا يجبر الدلالة ما لم يكشف عن قرينة قطعية إلّا أن يقال: إنه على ما ذكره المصنف فيصير معنى اللفظ أنه لم يكن خديعة في هذا البيع، ونفي الخديعة بثبوت الخيار.

وهذا معنى ما ذكروه، فحينئذٍ نقول: إن استناد المشهور على الفرض من المحتمل أن يكون /٦٧٥/ إلى الوجه الأول. وقد عرفت أن الشهرة الموجبة لجبر ضعف السند هو الإستنادي منه*.

---

١) تذكرة الفقهاء ١١/٣٥.

٢) جواهر الكلام ٢٣/٣٣.

٣) تذكرة الفقهاء ١١/٣٩.

٤) مجمع البحرين: خلبه: خدعه، والاسم «الخلابة» بالكسر.

*) ***ومنها الإجماع المنقول عن الإنتصار والجواهر والغنية.***

وفيه أنه على الميزان الذي ذكرناه في مسألة حجية الإجماع المنقول من كون كاشفه على فرض تحققه موجباً للقطع بالحكم المنقول ألبتة لا يكون أمثال هذه الإجماعات المنقولة في مثل المقام محل

فتلخص أن الحق في المقام الأول مع المصنف، لا مع الجواهر ومفتاح الكرامة*.

في أنه على ثبوت الخيار ثلاثة أيام يكون مخصصاً للغرر

وأما المقام الثاني، وهو أنه على القول بصحة البيع والشرط وأنه يوجب الخيار ثلاثة أيام يكون فيه مخصصاً لقاعدة الغرر التي يلتزمون بوجود مفادها في المقام أم لا.

فنقول: في الجواهر[1] يختار الثاني ظاهراً حيث إن الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان، كما في خيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدّته. والظاهر أن المراد بالجهل هو مع الترديد، وإلّا لا يكون غرراً.

وعن مفتاح الكرامة بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع.

ثمّ كلام المصنف والجواهر إما مبنىٰ كلامهم على أن الغرر في الشرط ولو في خصوص المقام يوجب الغرر في البيع -كما سيأتي الكلام فيه- أو أن مورد كلامهما في نفس[2] من أنه على هذا شرط الخيار بدون ذكر المدّة وأنه يوجب الخيار ثلاثة أيام، فهل يكون ذلك تخصيصاً على قاعدة الغرر أو أن ذلك من باب التخصص كما يدّعي الجواهر؟

وعليه نقول: يرد على صاحب الجواهر أن موضوع كلّ حكم إنما يلاحظ من حيث هو من غير ضمّ حكم آخر من الشرع إليه.

وعليه نقول: ذكر الخيار من دون مدّة خطريّ، وما ذكره في الجواهر من النقض (٦٧٦) بخيار الحيوان مع الجهل بمدّته في غير محله؛ لأن هناك ليس الخيار من جعل المتعاقدين، فليس ما أقدما عليه غرريّاً.

الإتكال من جهاتٍ. (منه قدس سره).

** ثمّ بعد عدم تمامية دليل على ثبوت الخيار ثلاثة أيام من جهة شرط الخيار من دون ذكر، فحينئذٍ يقع الكلام في مقامين: أحدهما أن الغرر في الشرط يوجب الغرر في البيع في المقام وإن لم نقل إن الغرر في الشرط يوجب الغرر في البيع. وسيوضح الكلام فيه في المقام الثاني. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٢٣/٣٤.

٢) كذا.

ولا يلاحظ حكم الشرع بثبوت الخيار ثلاثة أيام في بيع الحيوان في موضوع حكم الشارع من أن البيع الغرري فاسد حتى يقال: إن البيع مع الجهل بخيار الحيوان غرريّ.

هذا؛ مع ما أشرنا إليه هنا.

وفيه أنا ذكرنا في آخر الاستصحاب أن موضوع كلّ حكم يلاحظ بما هو علّته في الخارج ولم يؤخذ أحد الحكمين في موضوع الحكم الآخر.

ومنه قلنا: إنه لا وجه لتقديم قوله «**لا تنقض اليقين**[1]».. اه على قوله «**كلّ شيء مطلق حتى يرد فيه نهي**[2]» بدعوىٰ أن ما ورد فيه نهي سابقاً لما يبقى نهيه بقوله «لا تنقض». فلا يشمله «**كلّ شيء مطلق**» لحصول غايته؛ فراجع.

في أنه على المشهور من كون الشرط فاسداً يكون البيع أيضاً كذلك

قوله: ثمّ إنه قد يقال[3] **ببطلان الشرط دون العقد**[4].

أقول: هذا القول من الرياض. ولعلّه من جهة أنه يقول: إن فساد الشرط من جهة ما ورد من أن النبيّ ﷺ نهى عن الغرر مطلقاً. وهو يشمل الشرط أيضاً.

وعلى هذا ففساد البيع يصير مبنيّاً على القول بكون الشرط الفاسد مفسداً. وأما قول المصنف رحمه الله من أن فساد البيع هنا ليس مبنياً على ذلك فمن جهة أنه جعل الدليل على فساد الشرط ما اشتهر في ألسنتهم هنا من أن للشرط قسطاً من الثمن. فالجهل بالشرط يوجب الجهل /٦٧٦/ بالثمن، فيشمله ما دلّ من أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الغرر، ومقتضىٰ ذلك بطلان البيع، فيتبعه بطلان الشرط ولغويته أيضاً.

لكنك قد عرفت فساد المبنيين، وأن مقتضى القاعدة صحة البيع والشرط معاً وإن اشتهر في ألسنتهم أن الشرط فاسد قولاً واحد[اً] حتى أن صاحب الجواهر مع أنه في باب الشروط

---

١) الإستبصار ١٨٣/١، باب الرجل يصلّي في ثوب فيه نجاسة قبل أن يعلم، ح ١٣.

٢) من لا يحضره الفقيه ٣١٧/١، باب وصف الصلاة من فاتحتها إلى خاتمتها، ح ٩٣٧.

٣) كتاب المكاسب ١١٩/٥.

٤) نقله الشهيد في المسالك ٢٠٢/٣ بلفظ «قيل».

اعترف بعدم مضرّية كون الشرط مجهولاً في الجملة يصرّح في المقام بأنه فاسد قولاً واحداً؛ تبعاً لما في المسالك[١] والرياض[٢] إلّا أنك قد عرفت أنه على فرض الاتفاق أيضاً لا يثمر ذلك مع أنهم يصرّحون بالمدرك، وعرفت عدم تماميته؛ فراجع.

وصاحب الجواهر[٣] وإن يصرّح هنا بالبطلان قولاً واحد[اً] لكنك عرفت أنه في باب الشروط يظهر من كلامه احتمال ثبوت الإجماع على صحة الشرط المجهول مطلقاً إذا يؤول إلى العلم كما في الشرط إلى قدوم الحاج، إلّا أن يقال: إن خصوص شرط الخيار من دون تعيين مدّته لما يوجب جعل نفس المبيع في مورد الزوال بمقدار غير معلوم، فهذا يوجب صيرورة نفس البيع خطرياً فيشمله ما دلّ على أن النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر، فذلك يوجب فساده كما هو مقتضى الوجه الرابع الذي تقدم لاقتضاء الغرر لبطلان الشرط.

نعم؛ في غير شرط الخيار إذا كان مجهولاً تقدم أنا منعنا أن البيع يصير غررياً. وأما الخيار لو كان مجهولاً يصدق عرفاً أن البيع غرريّ.

ولعلّ هذا هو الوجه فيما تقدم نقله عن الجواهر والمسالك والرياض من أن خصوص شرط الخيار إذا كان مجهولاً يكون باطلاً قولاً واحداً، فنقول: إن الوجه في ذلك أنه يصير نفس البيع غررياً فيبطل البيع فيلغو الشرط.

نعم؛ هذا الوجه لا يأتي في شرط الخيار المجهول في غير البيع مثل الصلح، فهو صحيح بمقتضى ما تقدم؛ بل فيه أيضاً فاسد كما سيوضح*.

---

١) مسالك الأفهام ٣/٢٠١.

٢) رياض المسائل ٨/١٨٨.

٣) جواهر الكلام ٢٣/٣٢.

*) ***سيأتي في مسألة الخيار المشروط بردّ الثمن إذا تعذر الردّ إلى المشتري أنّا نقول: إن نهي النبيّ عن بيع الغرر لا يدلّ على الفساد إلّا في صورة كان الغرر في العوضين من جهة المقدار أو الصفات أو القدرة على التسليم، بل الأخير ينكره في الجواهر. (منه قدس سره).***

في مبدأ خيار الشرط وشرط الخيار للأجنبيّ مع الأصل أم لا

قوله: مسألة، مبدأ هذا الخيار ..اه.

أقول: لما كان ثبوت خيار الشرط بجعل المتعاقدين ففي تعيين المبدأ لابدّ من الرجوع إلى ما جعلاه، لا إلى الأدلة الشرعية كما في خيار الحيوان.

ولا إشكال أن ظاهر اللفظ حجة في تعيين ما جعلاه كحجية الظواهر في غير المقام.

ومنه نقول: لا إشكال في ما ذكره المصنف من كون المبدأ من حين العقد، وفي المنفصل إذا قال من الغد، من صبح الغد للظهور، كما أنه جعل المبدء بعد التفرق الذي يكون مشكوكاً فيبنى صحة الشرط والبيع على ما تقدم قُبيل ذلك /٦٧٧/ من صحة الشرط المجهول وفساده.

قوله: وعن الشيخ[١] والحلي[٢] أن مبدأه من حين التفرق[٣] .. اه.

أقول: مدرك كلامهما مما تقدم في خيار الحيوان من عدم إمكان اجتماع الخيارين في زمان واحد، ومقتضى ذلك أن يكون خيار الشرط في بيع الحيوان بعد الثلثة أيام كما أن الوجه الذي ذكره المصنف في خصوص المقام من أن الظاهر من شرط الخيار ثبوته فيما لولم يكن هذا الخيار يكون العقد لازماً أيضاً مقتضاه ذلك.

ونحن نقول: أما الوجه الأول تقدم أن عدم إمكان اجتماع الخيارين لا يصير منشأ لصيرورة مبدء أحدهما بعد الآخر إلى غير ذلك مما تقدم.

وبناءًا على تمامية ما ذكروه يمكن القول بأن صيرورة خيار الشرط بعد التفرق غير موجب لصيرورة الشرط مجهولاً بخلاف الوجه الثاني الذي ذكر لهما المصنّف هنا حيث إن مقتضاه أن يصير نفس المجعول مجهولاً.

وأما الوجه الثاني فنقول: إن الظاهر من جعل الخيار عشر أيام مثلاً أن يكون الخيار من ابتداء العقد إلى العشرة، فيندرج كلّ خيار آخر فيه؛ والظاهر من اللفظ ذلك.

---

١) الخلاف ٣/٣٣.

٢) السرائر ٢/٢٤٧.

٣) كتاب المكاسب ٥/١٢٠.

قوله: مسألة؛ يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ[1] .. اه.

أقول: تارة يقع الكلام في الدليل على صحة هذا الشرط، وتارة في أنه لو جعل الخيار لمتعدد واختار أحدهما الفسخ والآخر الإجازة، وتارة في أن الأجنبيّ الذي جعل الخيار لابدّ أن يلاحظ مصلحة من جعل الخيار له في الفسخ والإجازة أم لا، وتارة في رفع بعض الإشكالات عن دليل صحة هذا الشرط.

وأما البحث من أن وارث هذا الأجنبيّ يورث الخيار بعد موته أم لا وغير ذلك، فمحله في أحكام الخيار.

أما المقام الأول، فنقول: إن الدليل على صحة أصل هذا الشرط إطلاق ما دلّ على صحة أصل شرط الخيار في العقد مما تقدم. وسيأتي دفع بعض إشكالاته أيضاً ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما المقام الثاني فنقول /٦٧٨/ فيه: إنه لا يخفىٰ أن مذهب المشهور أن الفاسخ يكون مقدماً على المجيز، ولو كان المجيز هو المتاع الذي جعل الخيار للأجنبيّ، ونحن نقول: لو كان معنىٰ جعل الخيار لشخص آخر أنه مجيز في كلّ من فسخ العقد ومن جعله لازماً بأن يبقى العقد بحاله فتكون المعارضة ثابتة بين قول المجيز والفاسخ، ولا وجه لتقدم الفاسخ مطلقاً.

وأما لو كان معنى جعل الخيار للأجنبيّ أن له الإختيار في الفسخ، وأما الإبقاء فلم يجعل له بل العقد بنفسه يكون باقياً بعد عدم الفسخ فحينئذٍ لا معارضة بين قول المجيز وقول الفاسخ؛ لأن معنى الإجازة يرجع إلى أنه يختار عدم فسخ العقد وأنه يسقط حق خيار، فلا مانع من أن يفسخه الآخر، فالإجازة والفسخ من قبيل الاقتضاء واللا اقتضاء.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الظاهر من قولهم «**أن الخيار في فسخ العقد ثابت لفلان**»؛ بل صريحه هو الثاني، ومنه يقول في الجواهر: إنه لا معارضة بين قول المجيز والفاسخ.

ومنه يقول في التذكرة على ما نقل عنه المصنف رحمه الله: إن مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار

---

١) كتاب المكاسب ١٢٢/٥.

المجيز[١].

في كون الفاسخ مقدماً إذا كان الخيار ثابتاً لشخصين

وأما المبتاع الذي جعل الخيار للأجنبيّ لو أجاز وفسخه ذلك الأجنبيّ بعد أنه من الواضح أن جعل الخيار للأجنبي ليس توكيلاً له في الفسخ حتى يعزله، بل تحكيم له بأن يكون له سلطنة استقلاليّ في الفسخ، كما قاله في الجواهر[٢]، فيكون حاله كحال أحد الأجنبيين مع الآخر.

وما يقوله المصنفﷺ تبعاً للدروس[٣] في ردّ احتمال تقدم إجازة المالك المبتاع من أنه لولم يمضِ فسخ الأجنبي مع إجازته، والمفروض عدم مضيّ إجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبيّ فائدة، فيمكن المناقشة بأن الفائدة في ذكر الأجنبيّ يظهر في صورة سكت المبتاع رأساً.

ويمكن دفع المناقشة عنهما بأنّهما في مقام الرد على ما نقلاه عن الوسيلة من أنه لو جعلا الخيار للأجنبيّ فإن رضي الأجنبيّ ببقاء العقد نفذ البيع وإلّا كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء.

ولكن فيه - مضافاً إلى ما تقدم -: أن صاحب الوسيلة لم يقل بعدم تأثير خيار الأجنبيّ ليناسب ردّه بما ذكراه، كيف ومقتضى عبارة تقدم رضى الأجنبي، وأنه لولاه كان خيار الفسخ والإمضاء للمبتاع.

ثمّ لا يخفىٰ أن ذيل العبارة المنقولة عن التذكرة[٤] كان مشتملاً على أنه لو وكلّ - أي ذو الخيار - جماعةً، فالنافذ هو التصرف السابق لفوات محل الوكالة، يعني لو كان المجيز /٦٧٩/ سابقاً أيضاً بفوت محل الفسخ، وهنا نقول: لو كان الوكلاء وكالتهم في مجرد الفسخ، فيكون الفاسخ مقدماً، كما لو جعل الخيار ابتداءًا لكلّ واحد منهم.

---

١) كتاب المكاسب ١٢٢/٥.

٢) جواهر الكلام ٣٤/٢٣.

٣) الدروس ٢٦٨/٣.

٤) تذكرة الفقهاء ٥٣/١١ ـ ٥٤.

وأما لو كان الوكلاء في اختيار كلّ واحد منهم للفسخ أو الإجازة، فحينئذٍ مع فسخ السابق لا إشكال في رفع الموضوع، وهو العقد.

وأما مع إجازة السابق فنقول: لو رجع إجازة الوكيل إلى إسقاط حق الخيار عن الموكّل بحيث كان وكيلاً في ذلك أيضاً، فحينئذٍ يرتفع الحق الذي كان الوكيل الآخر له وكالة فيه فيرتفع وكالته.

فممّا ذكرنا ظهر أنه لابدّ من أن يقال: إن مراد العلامة ﷺ أنه وكّل جماعة في الخيار، فيكون مرجعه إلى هذا الشقّ الأخير الذي صحّحنا كون السابق مقدّماً مطلقاً.

تنبيه

في حكم الوكلاء في الفسخ والخيار وما لو ورث الخيار جماعة

لو ورث الخيار جماعة فهنا نزاع في أنه أيّ شيء يثبت من الخيار لكلّ واحد من الجماعة على ما ذكروه في أحكام الخيار، فلو رجّحنا هناك أنه يثبت لكلّ واحد منهم خيار فسخ نفس العقد بتمامه فيكون الفاسخ هناك أيضاً مقدّماً بالوجه الذي ذكرناه في صورة جعل الخيار لمتعدّد، وما يقولون في ما لو ورث جماعة لحدّ القذف أو القصاص من أنه لا يسقط حق بعض بإسقاط بعض آخر لحقّه بل يكون لمن يسقط حقّه الحدّ أو القصاص بعد دفعه مقدار حصة الباقي من الدية إلى أولياء المقتصّ منه في الجملة موافق لما قلناه في مسألة ثبوت الخيار لمتعدد، فلا يتوهم خروج المسألتين عن القاعدة بالنص وعدم ارتفاع حق المتأخر لعدم ارتفاع موضوع حقّه باستيفاء السابق حقّه، وهذا بخلاف الفاسخ.

في أنه يكون على الأجنبي مراعاة مصلحة من جعل له الخيار أم لا؟

وأما المقام الثالث / ٦٨٠ /، وهو أن الأجنبيّ لابدّ أن يراعي مصلحة الجاعل أم لا؟ فنقول: فيه بعد أن للجاعل أن يجعل الخيار بكلا النحوين، وبعد أن ظاهر كلامهما في مقام الجعل حجة فيما كان المقصود جعله أنه لو كان في العقد قرينة على أن المراد ثبوت الخيار له بتعيين ما هو مصلحة الجاعل للشرط بنظر ذلك الأجنبيّ، وإلاّ إطلاق جعل الخيار للأجنبيّ أن يكون

الأمر بيده بأيّ نحو يريد.

وأما المقام الرابع وهو بيان بعض المناقشات على أصل صحة جعل الخيار للأجنبيّ الذي قلنا إن المناسب ذكره أولاً، فنقول: حاصل ما نقله المصنّف من المناقشة على صحة شرط الخيار للأجنبي بقوله **ثمّ إنّه ربما يتخيل**[1].. اه، أن هذا الشرط مخالف للمشروع معلّلاً بأن الثابت في الشرع صحة الفسخ لنفس المتعاقدين بالتفاسخ أو بغيره، وملخّص جواب المصنفﷺ بأنه لم يقم دليل لا شرعاً ولا عقلاً على اعتبار كون الفسخ من المتعاقدين.

نعم؛ يقتضي الخيار تعلق حق الفاسخ بالعين أو العقد فقط كما في إرث الزوجة لحق الخيار في العقد المتعلق بمثل الأرض التي لا يرثها الزوجة.

إن قلت: إن المورد دعواه بمقتضى تعليله أنه لم يثبت شرعية هذا الشرط، والمصنف دعواه أنه لم يثبت المنع عنه، ولا تنافي بينهما.

قلت: إن المصنفﷺ بعدم ثبوت المنع يريد أن يثبت المشروعية بالعمومات، وما دلّ على صحة شرط الخيار على نحو الإطلاق، فعلينا أن نتعرض لما دلّ على صحة الشرط في ضمن العقد حتى نرىٰ أنه بأيّ واحد منها يجوز التمسك لصحة هذا الشرط.

في الأدلة على صحة جعل الخيار للأجنبيّ

فنقول: منها قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾*[2] نظراً إلى أن العقد مع الشرط عقد مقيّد يشمله العموم، كما تقدم في خيار المجلس، وسيأتي في باب الشروط ـ إن شاء الله ـ، لكن فيه أنه لا يجوز التمسك به لخصوص العقد الذي فيه شرط الخيار؛ حيث إن شمول العموم يقتضي اللزوم مع أن شرط الخيار فيه يقتضي الجواز.

/٦٨١/ وما قيل في تصحيح التمسك بالآية لإثبات شمولها للعقود الجائزة، وأنها غير

---

١) كتاب المكاسب ١٢٣/٥.

*) ***سيأتي في جريان خيار الشرط في سائر العقود غير البيع طريق آخر صحيح للتمسك بالآية. (منه قدس سره).***

٢) المائدة: ١.

خارجة عن تحت عمومه، قد تقدم فساده في مسألة أصالة اللزوم قبل الخيارات.

ومنها قوله: «المؤمنون عندشروطهم[1]»..اه.

إن قلت: إنه مخصّص بأن لا يكون محلّلاً للحرام ومحرّماً للحلال، وبأن لا يكون مخالفاً للكتاب ولا مخالفاً للسنة.

قلت: قد تقدّم في أول هذه المسألة أن شرط الخيار للأجنبي إنما يكون في صورة يكون له شرط الخيار لنفسه، وإذا ثبت شرط الخيار لنفسه فلابدّ من أن لا يكون شرط الخيار محللاً ..اه؛ لما تقدم من أن هذا العنوان غير قابل للتخصيص، فيكون له شرط الخيار للأجنبيّ بإطلاق «**المؤمنون**» ..اه؛ بعد ما تقدم في خيار المجلس أنه شامل لغير الالتزام بالأفعال والتروك أيضاً، كما فهم ذلك من صحيحة عطية بن مالك.

وكذلك نقول بالنسبة إلى احتمال كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، وذلك إما من جهة أن الظاهر من كون الشرط مخالفاً لهما أن يكون مقتضى الشرط مخالفاً لهما، لا كيفية جعل الشرط من كون الخيار لهذا أو لذاك، وإما من جهة أن الظاهر أن بيان كيفية الشروط إنما يكون بإطلاق «**المؤمنون عندشروطهم**»، وأنه ليس في الكتاب والسنة بيان لكيفية الشرط من جعله لذلك أو لهذا من غير جهة قوله «**المؤمنون**» ..اه حتى يحتمل مخالفة ذلك لإطلاق «**المؤمنون**» ..اه.

هذا؛ مع غمض العين من أن نقول: إن احتمال المخالفة للكتاب والسنة إنما يضرّ بالتمسك بقوله «**المؤمنون عندشروطهم**» إلّا شرطاً يخالف الكتاب حيث إن المخصص لمّا يكون مفصّلاً، فلا ينعقد الظهور.

ولا يضرّ بالتمسك بعموم الأخبار الواردة في بيان النبوي مما لم يشتمل على هذا الاستثناء /٦٨٢/ مثل قوله «**المؤمنون عندشروطهم**» إلّا ما أحلّ حراماً مقتصراً عليه إما لاحتمال أن لا يكون المراد من مخالفة الكتاب ..اه غير قوله «إلّا ما أحلّ»، ..اه. وإما من جهة أن إجمال خبر آخر لا يضرّ بإطلاق ما لم يشتمل على هذا الاستثناء، ويعامل معه معاملة في

---

١) التهذيب ٣٧١/٧، ح ١٥٠٣.

الفرض معاملة المخصص المنفصل؛ فتأمل*.

هذا؛ مع غمض عمّا نذكر في محله من معنى الشرط المخالف للكتاب والسنة

ومنها أن نتمسك بالأخبار الخاصة مثل الصحيحين اللذين نقلناهما عن باب الشروط من الجواهر حيث دلّ على أن الشرط الذي لا يجوز في البيع منحصراً باشتراط الإرث وأنه المراد بكون الشرط مخالفاً للكتاب، فإنه لا مانع من الأخذ بعموم ذلك في غير مورد علم ورود التخصيص عليه.

في رفع بعض المناقشات عن قوله ﷺ «المؤمنون عند».. اه

قوله: أحدها أن يؤخذ قيداً للخيار[1].. اه.

أقول: مرجع الوجه الثاني الذي يؤخذ الرد قيداً للفسخ إلى الوجه الأول لأن قوله «إن رددت الثمن فيكون لي الفسخ» من الواضح أنه ليس المراد إلزام الفسخ ووجوبه على نفسه، بل المراد مجرد أن يكون له الفسخ بواسطة الرد. وهذا معنى ثبوت خيار الفسخ لنفسه. فالذي صار قيداً للرد هو نفس الخيار في أن يفسخ فيرجع إلى الأول، فيكون حاله كحاله في أن الخيار ينفصل عن العقد.

ثمّ لا يخفىٰ أنه لما كان زمان الرد غير معلوم كزمان قدوم الحاجّ، فيكون زمان الخيار أيضاً مشكوكاً، فيدخل في عنوان الشرط المجهول، فبناءً على ما قلنا سابقاً من أن شرط الخيار لا مانع في أن يكون مجهولاً فلا نحتاج إلى شيء، بل نجعل اشتهار صحة ذلك مؤيداً لما قلناه هناك.

---

*) ***وجه التأمل أن النبويّ صدر منه ﷺ بنوع واحد؛ غاية الأمر أنه قد يتمسك بجزء منه أو يقال: إنه نسلّم أنه صدر الخبر منه ﷺ على نحوين: تارة مطلقاً وتارة مع الاستثناء، إلّا أنه نقول بعد ما وصل إلينا كلامان بعبارة واحدة وكان أحدهما مشتملاً على استثناء والآخر غير مشتمل عليه، فهنا يجعلون الخبر المشتمل على الاستثناء شاهداً على أن الخبر الذي لم يكن مشتملاً عليه كان ساكتاً من جهة هذا الاستثناء، لا أنه يكون له إطلاق بالنسبة إليه حتى يعامل مع مخصّصه معاملة المخصص المنفصل. (منه قدس سره)***

١) كتاب المكاسب ١٢٩/٥؛ جامع المدارك ١٥٥/٣.

وأما بناء على مذهب المشهور حيث قالوا ببطلانه للغرر، فيشكل الأمر عليهم هنا إلاّ أن يدّعوا تخصيص /٦٨٣/ قاعدة الضرر هنا بالأخبار الخاصة الواردة في المقام.

وفيه: أنه سيأتي ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ أنه ليس مفاد الأخبار الخاصة ذلك، بل هي ظاهرة في الوجه الرابع؛ أعني جعل الرد بداعي انفساخ العقد سبباً لانفساخه.

في الوجوه التي تصورها المصنفﷺ في البيع الخياري

المشروط بردّ الثمن وبيان [ال]رجوع إلى آخر[1] وبيان حكم كلّ واحد منها

وأما الوجه الثالث وهو أن يكون رد الثمن فسخاً فعلياً، فنقول: ليس المراد أن نفس الرد يصير فسخاً ولولم يقصد حصول الفسخ به وإلّا يصير هذا هو الوجه الرابع الذي يجعل الردّ سبباً للانفساخ، كما أن من الواضح أنه ليس المراد أنه يجب عليه أن يقصد الفسخ بالرد، فتعين أن يكون المراد أنه يشترط أن يكون له خيار الفسخ وأن يكون فسخه بخصوص رد الثمن بأن يقصد الفسخ به، لا بلفظ «فَسَخْتُ».

فعلى هذا يرجع الوجه الثالث أيضاً إلى الوجه الأول من أن الشرط ثبوت الخيار له، غاية الامر أنه قيد أن يكون الفسخ بخصوص ردّ الثمن بأن يقصد حصول الفسخ به.

وأما الوجه الخامس وهو أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة، فهذا واضح كما اعترف من أنه ليس شرط الخيار، بل شرط فعل من الأفعال وهو أولى بأن لا يذكر في [الـ]ـبيع الخياري من الوجه الرابع الذي يؤخذ رد الثمن قيداً للانفساخ.

وعلى هذا فعدم ذكر صاحب الغُنية[2] لمسالتنا في [الـ]ـبيع الخياري، بل في الشروط الجائزة لا يصير قرينة على أنه عنون المسألة على الوجه الرابع كما قاله المصنفﷺ دون الخامس.

فتلخّص أن الوجوه الخمسة التي ذكرها المصنفﷺ يرجع إلى وجوه ثلثة؛ لأن الشرط إما

---

١) هكذا العبارة.

٢) انظر غنية النزوع: ٢١٨.

ثبوت الخيار بردّ الثمن، كما في الوجهين الأولين مطلقاً، أو بشرط أن يكون فسخه بخصوص ردّ الثمن، كما في الوجه الثالث، وإما أن الشرط حصول الانفساخ بواسطة رد الثمن بداعي انفساخه، /٦٨٤/ و إما أن الشرط وجوب فعل خاص على الطرف المقابل، أعني الإقالة.

أما الأخير فيكون مقتضىٰ القاعدة صحّته وإن لم يكن له دخل بشرط الخيار؛ فإن شرط فعل من الأفعال مما لا إشكال في صحته، بعد أنه من الواضح أنه لا مانع خارجي فيه من كونه خلاف مقتضىٰ العقد وغير ذلك.

ثمّ إنه لو امتنع الطرف الآخر عن الإقالة فسيأتي - إن شاء الله - حكمه في باب أحكام الشروط الصحيحة؛ لأن محل تعرض حكم تعذر الشرط الصحيح أو امتناع المشترط عليه عنه من أنه يوجب الخيار أو يوجب الإلزام أو غير ذلك هناك.

وأما الأول الذي كان مرجع الوجوه الثلثة التي ذكرها المصنفﷺ أولاً، وهو أن يشترط ثبوت الخيار له بردّ الثمن، سواء كان بتعبير «لي الخيار» أو «لي أن أفسخ» وسواء قيّد أن يكون الفسخ بخصوص ردّ الثمن أو بأيّ شيء كان من لفظ «فَسَخْتُ» أو غيره، فلا مانع من صحته؛ إذ كلّ ما يدلّ على صحة شرط الخيار الغير المقيّد بردّ الثمن يدلّ على صحة شرطه المقيّد بردّ الثمن.

وأما الثاني أعني شرط الانفساخ مقيّداً بردّ الثمن الذي كان الوجه الرابع الذي ذكره المصنفﷺ، فنقول: أما بحسب القاعدة فلو قلنا بصحة شرط ما يكون من قبيل الصفات كالملكية والخيار وغير ذلك في مورد ثبت المانع، فمقتضى القاعدة صحّة هذا الشرط، إلّا أن يدّعىٰ أن شرط الانفساخ من قبيل شرط النتيجة. وسيأتي - إن شاء الله تعالى - تحقيق هذا المقام عند التعرض لبيان شرائط الشرط الصحيح في باب الشروط.

في أن مفاد الأخبار الخاصة هو أن يكون ردّ الثمن بداعي أن يفسخ العقد موجباً لانفساخه من دون إنشاء الفسخ

وأما بحسب الأدلة الخاصة، فلا مانع من إثبات صحة ذلك بالأخبار الخاصة التي نقلها المصنفﷺ في هذه المسألة بأن نقول: إن المراد منها هذه الصورة. وذلك لأن قوله عليه السلام /٦٨٥/

في رواية معاوية بن مسيرة «فشرط أنك إن أتيتني بمال مابين ثلاث سنة فالدار دارك»[١] ..اه.

نقول: من الواضح أنه ليس المراد أن يكون إتيان المال بقصد حصول الفسخ به بأن ينشأ الفسخ به كما أن الظاهر من الرواية أنه ليس المراد أن يفسخ العقد جديداً بعد إتيان الثمن.

نعم؛ يكون الداعي له على إتيان المال أن يفسخ العقد بنفسه بواسطة إتيان المال، وبمجرد ذلك اعترف بأن الدار تصير دار البايع*.

فتحصل أن الإتيان للثمن بداعي أن ينفسخ العقد موجب لانفساخ العقد كما في رواية أبي الجارود، قال فيه: «**فإن أتاك بمالك وإلّا فالبيع لك**» يدلّ[٢] بقرينة المقابلة أنه لو أتاه بماله فليس البيع للمشتري، ومقتضاه الانفساخ بتقريب تقدم.

وأيضاً في صحيحة سعيد بن يسار، قال: «**إن جاء بالمال [أي الثمن] فردّ عليه**[٣]» أي المثمن.

نقول: إن نفس هذه الفقرة يحتمل أن يكون وجوب ردّ المبيع على المشتري بالبايع من جهة أنه بعد ردّ الثمن ينفسخ العقد، فيصير المبيع ملكاً للبايع. ولذا يجب على المشتري ردّه،

---

١) تهذيب الأحكام ١٧٦/٧ـ١٧٧، باب الرهون، ح ٣٧.

*) ***مع أن أخبار الخيارات كما تقدم الكلام فيه في خيار الحيوان عند التعرض لكون التصرف مسقطاً ظاهراً أن الإنشاء باللفظ عبارة عن قصد حصول المعنى الذي ينشأه باللفظ. وأما الإنشاء بالفعل يتحقق بمجرد الإرادة المتعلقة بذلك الفعل.***

قلت: يعتبر في الإنشاء بالفعل إرادة أن يفعل ذلك الشيء بذلك الفعل، ومثل هذه الإرادة لابدّ أن تكون متصلة بالفعل الذي ينشأ الشيء به وإن لم يكن قصد آخر عند ارتكاب الفعل نظير ما يكون في الألفاظ التي تستعمل في الإنشاء لا أن تكون الإرادة المتصلة بالفعل مجرد قصد حصول ذلك المعنى عند الفعل، كما في صورة يعلم أن الانفساخ مثلاً يحصل (٦٨٦ح) بنفسه عند حصول فعل. وذلك لوضوح أن الإنشاء على كلّ حال تقدم تقدير يعدّ من الفعل، وذلك يحصل بالاعتبار الأول دون الثاني.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الظاهر من الخبر أن الداعي والإرادة التي قلنا من الثاني، لا الأول. (منه قدّس سرّه).

٢) تهذيب الأحكام ٢٣/٧، باب عقود البيع، ح ١٤.

٣) الكافي ١٧٢/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٤ وفيه: «و إن جاء بالمال للوقت فردّ عليه».

فحينئذٍ يتحد مفاده مع الخبرين السابقين.

ويحتمل أن يكون وجوب ردّ المبيع على المشتري من جهة أن الشرط في البيع كان هو إقالة المشتري وفعله من الرد بقصد الفسخ بعد الثمن إليه، فحينئذٍ يدخل في القسم الخامس الذي عنونه المصنف رحمه الله.

وإذا عرفت ذلك فنقول: مع غمض العين من ظهور هذه الفقرة في الإحتمال الأول أنه يعيّن ذلك بقرينة سابقة حيث قال: «**أرىٰ أنه لك إن لم يفعله**[1]» فيدلّ بالمفهوم أنه إن فعله فليس لك ذلك البيع.

ثمّ إن سائر الأخبار أيضاً لم يعلم إرادة غير هذه الصورة منها لولم تكن إرادة هذه الصورة منها متعيّناً، نظراً إلى أنها تدلّ على أنه بعد ردّ الثمن يردّ المبيع.

وقد عرفت ظهور نفس هذه الفقرة في أن ردّ المبيع من جهة أنه يصير المبيع ملكاً للبايع بمجرد ردّ الثمن، فيجب ردّ مال الغير إلى صاحبه إلّا أن يكون الغرض أنه اشترط على المشتري الإقالة فتصير الإقالة عليه واجباً، وأنه بردّ المبيع يقصد فسخ البيع كما هو واضح.

وعلى هذا فنفس الأخبار الخاصة تكون دليلاً على صحة شرط الانفساخ بردّ الثمن بداعي حصول الانفساخ؛ فتدبّر.

قوله: الأمر الثاني: الثمن المشروط.. إلى قوله: لأنه شرط على تقدير قبضه[2].. اه.

أقول: في صورة لم يقبض البايع الثمن من المشتري سواء كان الثمن في الذمة أو معيّناً، ومنه لم يحصل شرط الخيار الذي هو ردّ الثمن من البايع إلى المشتري تارة يقع الكلام في ثبوت خيار البايع في زمان اشترط فيه له الخيار بردّ الثمن، وتارة في ثبوت الخيار له بعد انقضاء تلك المدة.

أما الأول فاستدلّ المصنف لثبوت الخيار بأنه وإن لم يتحقق شرط الخيار ـ وهو ردّ الثمن ـ إلّا أنه غير مضرٍّ لأنه شرط على تقدير قبضه.

---

١) كتاب المكاسب ١٢٩/٥.

٢) كتاب المكاسب ١٣١/٥.

ونحن نقول: لا إشكال في أن اشتراط ردّ الثمن على تقدير قبضه إلاّ أن مجرد ذلك لا يقتضي ثبوت الخيار عند عدم ردّالثمن إلّا بدعوىٰ أن جعل الخيار كان في صورة كان الثمن عند المشتري سواء لم يقبضه إلى البايع أو قبضه ولكنّ البايع ردّه إليه.

وعلى هذا نقول: لا إشكال في أن الغرض من جعل الخيار في صورة ردّ الثمن إلى المشتري هو كون الثمن عند المشتري بأيّ وجهٍ كان، كما أن المفهوم عرفاً من جعل الخيار عند ردّ الثمن إلى المشتري ثبوت الخيار عند عدم قبض المشتري للثمن من ابتداء الأمر على طبق ما هو /٦٨٧/ الغرض في المقام؛ فتدبّر.

الثاني في أنه لو انقضيت المدّة ولم يفسخ البايع، فهل يكون له الخيار بعدها أم لا؟ أما وجه عدم ثبوت الخيار فواضح حيث إن الخيار كان محدوداً إلى مدّة وقد انقضت، وأما وجه ثبوت الخيار ما ذكره المصنفﷺ من أن اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله.

وفيه: أنه غير مفيد بعد أن الخيار كان له مدّة وقد انقضت. ولو كان المراد أنه بمنزلة اشتراط القبض في لزوم العقد وأنه بدون القبض يكون الخيار ثابتاً دائماً، ففيه ما فيه.

في حكم صورة لم يقبض الذي اشترط ردّه معيناً كان أم لا

قوله: وإن قبض الثمن المعين[1] .. اه.

أقول: في الثمن المعين المقبوض لو كان الخيار مشروطاً بردّه أو بردّ ما يعمّ بدله في صورة حصل التلف من البايع أو غيره، لا إشكال. وأما لو جعل الشرط ردّ بدله مع بقاء عينه، فأشكل المصنفﷺ فيه من جهة اقتضاء الفسخ بردّ الثمن مع الإمكان.

وفيه أن الردّ الذي شرط للخيار مقدمة للفسخ وردّ العين مع الإمكان من اقتضاء الفسخ، فلا مانع من جعل الشرط للخيار ردّ بدل الثمن مع بقاء عينه.

نعم؛ يجيء الإشكال في أنه بعد الفسخ لابدّ من أن يردّ عين الثمن أم لا، إلّا أن يقال: إن الاشكال من جهة أن الغرض جعل اقتضاء الفسخ هو تملك مجرد البدل دون الثمن الموجود

---

١) كتاب المكاسب ١٣٢/٥.

فعلاً إلّا أن يقال: إن فساد الغرض لا يوجب فساد الشرط.

ثمّ* إن تمام ما ذكرناه يجري في صورة جعل شرط الخيار ردّ مثل الثمن مع تلفه في صورة كان الثمن قيميّاً وإن كان الأمر هنا أسهل. وكذلك العكس كما لو اشترط قيمته مع كون الثمن مثليّاً.

في الثمن المقبوض المعيّن إذا تلف قبل الردّ

قوله: إلّا أن يكون إطلاق اشتراط[1] .. اه.

أقول: في صورة كان الشرط ردّ عين الثمن المعيّن المقبوض وفرض تلفه من غير البايع /٦٨٨/ فوَجْه عدم الخيار واضح حيث لم يحصل شرط الخيار، وهو ردّ عين الثمن، إلّا أن المصنفﷺ ذكر وجهاً لبقاء الخيار، وهو أن اشتراط ردّ العين لإفادة سقوط الخيار بإتلاف البايع، فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله.

ونحن نقول: لو كان الخيار مشروطاً بردّ عين الثمن بحيث لا خيار قبل ردّه ففي مفروض الكلام لا يتحقق خيار ليبقىٰ.

وأما لو قلنا: إن خيار الشرط يكون المراد منه ثبوت الخيار في تمام المدة وإن فسخه يكون بالردّ كما قال به في الجواهر[2] ليرفع الجهل عن الخيار الذي يكون شرطاً في البيع، وتقدم احتماله من المصنفﷺ في وجوه شرط الخيار في الأمر الأول.

فنقول: على هذا أيضاً كان الخيار مقيداً بأن يكون فسخه بخصوص ردّ عين الثمن، وكون إتلاف الثمن من غير البايع لا يقتضي لأن يصير الخيار غير مقيّد بأن يكون فسخه بردّ الثمن.

---

*) ***عند التعرض لهذه المسألة في الثمن يأتي أنه لا فرق بين اشتراط ردّ البدل مع بقاء العين وبين اشتراط القيمة في المثلي وبالعكس. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ١٣٢/٥.

٢) جواهر الكلام ٣٩/٢٣.

في الثمن الكلي المقبوض كان في ذمة البايع أو أخذه

قوله: وإن كان الثمن كلياً[١] .. اه.

أقول: لابأس هنا من أن نتكلم في مواضع من كلمات المصنف﵀:

منها: أنه ادعى أن صحيحة سعد بن يسار[٢] تكون على طبق الشق الأول الذي فرضه هنا، وهو أن يكون الثمن المقبوض يشترط ردّه في ثبوت الخيار في ذمة البايع كما إذا كان البايع أولاً مديوناً بالمشتري، فباع داره بالمشتري بما يكون للمشتري على ذمته، فقبض البايع بلحاظ أن الذمة تكون عنده فكأنه وصل الثمن اليه.

ثمّ إنه لمّا لا يملك البايع شيئاً على ذمّة نفسه فيكون مقتضاه سقوط ذمّته، فأداء الثمن من البايع بعد ذلك ليس تعييناً لما في ذمّته في العين الشخصية. ومنه يشكل في كون ما يؤدّيه بعنوان ردّ الثمن عين الثمن لكنّ الإشكال علميّ صرف.

وأيضاً يدّعي أن بعض الأخبار السابقة يدلّ بالصراحة على ما رجّحه في بعض الصور من ال[لـ]ـشقّ الثاني الذي فرضه هنا /٦٨٩/، وهو أنه لو كان الثمن في ذمّة المشتري وأقبضه إلى البايع واشترط ردّ الثمن هنا بنحو الإطلاق في ثبوت الخيار للبايع، فيكون المتبادر ردّ ما يعمّ بدل ذلك المقبوض إما مطلقاً أو مع تلف المقبوض؛ بل تقدم منه أنه احتمل أن يكون مراد الدروس[٣] وحاشية الشرايع أيضاً ذلك.

ونحن نقول: أولاً: إنه قد تقدم في الأمر الأول أنه لم يستفد من الأخبار الخاصة إلّا صحة شرط الانفساخ بردّ الثمن بداعي حصول الانفساخ.

وثانياً نقول: إن صحيحة سعد بن يسار نسلّم أن مؤداه كون الثمن في ذمّة البايع؛ نظراً إلى أن قوله «ويكتب لنا على داره» ..اه يعني يبيع داره بنا بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراءًا، وهو ظاهر في أن بيع الدار بما ثبت في ذمة البايع أولاً بشرائه المال الذي أخذ منه الفضل كما في صدر الخبر فقوله «بأنه باع وقبض الثمن منه فنفذه» بيان لقوله «يكتب» ..اه؛

---

١) كتاب المكاسب ١٣٣/٥.

٢) الوسائل ١٩٦/١٢؛ باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

٣) راجع الدروس ٢٦٩/٣.

يعني أن البيع كان بهذا النحو، وكان قبض الثمن فيه بثبوت المال في ذمة البايع، فأنفذ البيع واشترط في البيع الثاني أنه إن ردّ الثمن ..اه.

في أن الأخبار يُدّعى دلالة بعضٍ منها على الثمن المقبوض للولي ومن البايع

وأما ما ادّعاه من صراحة بعض الأخبار على أنه إن شرط ردّ الثمن الذي لم يكن في ذمة البايع ولكن قَبَضَه البايع فيكون ردّ الثمن فيه أعمّ من ردّ بدل المقبوض، فلعلّ نظره إلى خبر أبي الجارود حيث إنه بعد ما قال له شرطه، قال: «فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال[1]». قال: «هو ماله». فإن المراد من هذا المال الذي أصاب فيه؛ يعني أتلفه هو الثمن الذي يشترط ردّه، فاعترف بأن له الردّ مع فرض التلف، فليس ذلك إلّا بردّ البدل. / ٦٩٠ /

ويمكن أن يدعىٰ ظهور تمام الأخبار في أن ما يشترط ردّه أعمّ من أن يكون عين المقبوض أولاً بدعوىٰ الظهور العرفي، كما أن ما يكون متعارفاً في زماننا من البيع الخياري الذي يكون المقصود هو التصرف [في] الثمن وردّه في رأس المدّة مع المنفعة بعنوان مال الإجارة للمبيع يكون المراد من ردّ الثمن فيه بهذه القرينة ما يعمّ ردّ البدل لولم يكن المراد ردّ خصوص البدل، كما أنه لو كان الثمن كلّيّاً في الذمة وكان نظرهم إلى ردّ الثمن الكليّ، يكون الظاهر هو ردّ ما يكون أعم من المقبوض، ويكون مقتضى العمومات صحة ذلك كلّه، كما تقدّم في التنبيه السابق.

ولا يضرّ بذلك عدم دلالة الأخبار الخاصة إلّا على صحة ما يكون خارجاً عن اشتراط كون ردّ الثمن شرطاً لأن يفسخ بعده، كما وضح لك ذلك كلّه، كما أنه ظهر لك ما يجوز أن يحمل كلام الدروس وحاشية الشرايع عليه أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ١٢٨/٥؛ الوسائل ٣٥٥/١٢، ب ٨ من أبواب الخيار، ح ٣.

فيما هو مقتضى الأخبار الخاصة والقاعدة من أن الفسخ يتحقق بنفس الردّ أو بالفسخ بعده وأنه يكفي مجرد الرضاء أو لابدّ من الإنشاء

قوله: الثالث: قيل[١] إن ظاهر[٢] .. اه.

أقول: تارة نتكلم فيما يستفاد من الأخبار الخاصة، وتارة فيما يمكن التمسك بصحته بالقواعد والعمومات.

أما الأول فقد تقدم أن الأخبار الخاصة يستفاد منها صحة شرط انفساخ العقد بردّ الثمن بداعي حصول الإنفساخ حيث إن بعضاً منها كان ظاهراً في ذلك وبعضاً منها كان محتملاً له بحيث لا يستظهر /٦٩١/ غير ذلك منه.

وهذا لا دخل له بأن يكون الفسخ بعد الردّ بشيء آخر من لفظ «فسخت» أو غيره حتى يكون الردّ مقدمة للفسخ.

وقد تقدم في التنبيه الأول اعتراف المصنف﵀ أيضاً بدلالة بعض الأخبار الخاصة على أن الردّ شرط للانفساخ.

ولا يخفىٰ أن الفسخ فعل من الفاسخ لا يتحقق إلّا أن ينشأ الفسخ ولو بنفس الردّ، فلا يتوهم أن ما ذكرنا فسخ بنفس الردّ، كما يلوح من المصنف حيث إن الخبر الذي اعترف هناك أنه يدلّ على أن الردّ شرط للانفساخ جعله هنا شاهداً على أن الفسخ يحصل بنفس الردّ.

وأما الثاني فنقول[٣]: إن المصنف﵀ هنا يصرّح بأن الفسخ يحصل بقصد التمليك بنفس الردّ، وبمجرد الرضاء تكون الثمن ملكاً للبايع والمبيع ملكاً له. وفي أحكام الخيار يكون له التأمل في تحقق الفسخ بمجرد الرضاء من دون إنشاء الفسخ.

تقدم في الحواشي أنا قلنا: إنه وإن كان فرق بين الإنشاء باللفظ والإنشاء بالفعل لأنه يعتبر في الأول قصد حصول المنشأ باللفظ حين صدور اللفظ، وأما الثاني فيكفي فيه مجرد الإرادة

---

١) راجع مفتاح الكرامة ٥٦٥/٤.

٢) كتاب المكاسب ١٣٣/٥؛ حاشية المكاسب (للشيخ الاصفهاني) ١٩٤/٤. و فيهما: قيل: ظاهر الأصحاب...

٣) المخطوطة: بزيادة: فنقول.

المتصلة بذلك الفعل إلّا أن الإرادة المحققة لعنوان الإنشاء هو إرادة الفسخ بـذلك الفـعل لا مجرد إرادة الانفساخ به. فتلخص أن مجرد الردّ غير كافٍ؛ بل يحتاج إلى اعتبار زائد.

فما قاله المصنف من أن الإنشاء بالردّ ـ وهو الفعل ـ لا يعتبر فيه أمر زائد على كون الداعي على الردّ كون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري ليس على ما ينبغي. فإنه عليه يـتحد إرادة الانفساخ الذي ليس من فعله مع إرادة الفسخ الذي يكون من فعله.

فلابدّ أن يكون مريداً لأن يفسخ بذلك الفعل والردّ ويحلّ العقد، فيترتب عليه كون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري، فيحتاج إلى اعتبار [ز]ائد على مجرد ردّ الثمن.

ثمّ هذا لو كان الشرط أن يفسخ ردّ الثمن أو قلنا إنه في صورة الإطلاق يكفي الفسخ بردّ الثمن، وأما لو كان الشرط أن يفسخ بعد ردّ الثمن أو ينزّل الإطلاق عليه أيضاً، فلا مفرّ إلّا من أن يفسخ بعد الردّ، ولا يكفي قصد الفسخ بالردّ أيضاً.

ثمّ قد تقدم منّا أن خيار الشرط بنفسه لا مانع منه بمقتضى العمومات، فحينئذٍ لو عيّن أن يكون الخيار بعد الردّ، فيكون الردّ مقدمة للفسخ، وليس له أن يقصد الفسخ به كما أنه لو شرط أن يكون له خيار أن يفسخ بلفظ أو فعل، فيعيّن، /٦٩٢/ وإن أطلق بأن له الخيار، فيكون له الفسخ بلفظٍ أو فعلٍ.

وعلى كلّ حال، مجرد الرضاء لا دليل على كفايته حيث يحتاج إلى دليل خاص، بـل يحتاج إلى أن ينشأ الفسخ بلفظ أو فعل حتى يدخل في عنوان العهد بعد فرض أن سلطنة العقد بمقتضى شرط الخيار يكون له، فيشمله عموم قوله تعالى ﴿**أوفوا بـالعقود**﴾[1] كما أوضحنا ذلك في آخر ما ذكرنا سابقاً في مسألة سقوط خيار المجلس بالإسقاط.

قوله: الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه[2] .. اه.

أقول: من جملة مسقطات خيار الشرط إسقاط ذي الخيار له، ومحل الكلام فيما لو أسقط قبل ردّ الثمن. والمصنف لمّا قال في الوجه الثاني من الوجوه الخمسة التي ذكرها في التنبيه

---

١) المائدة: ١.

٢) كتاب المكاسب ٥/١٣٥.

الأول أن الخيار ثابت في كلّ جزء من أجزاء المدة حتى قبل ردّ الثمن، فلذا يسلّم صحة إسقاط الخيار قبل ردّ الثمن هنا.

وأما في الوجه الأول لمّا قال: «إن الخيار يحدث بعد ردّ الثمن» فيكون إسقاطه قبل ردّ الثمن من قبيل إسقاط ما لا يجب ولا يثبت بعده، فلذا يشكل في صحة إسقاطه ومدرك احتمال صحة إسقاطه مع أنه لم يثبت بعدُ من جهة أنه يملك للردّ الموجب له، فيكون من قبيل ملك أن يملك وله قوّة الوجود؛ فلذا يجوز القول بصحة إسقاطه.

وبهذا يفرّق بين المقام وبين إسقاط خيار الحيوان والشرط قبل حدوثهما مثل قبل زمان التفرق على /٦٩٣/ القول بأنهما يحدثان بعد انقضاء خيار المجلس حيث لو أراد ذو الخيار أن يفارق الآخر ليحدث خيار الشرط والحيوان فيكون للآخر مصاحبته حتى لا يحدثان.

هذا؛ ونحن نقول: قد تقدّم في الأمر الأول أن الوجه الثاني الذي ذكره هناك كان راجعاً إلى الوجه الأول منه في أن ثبوت الخيار يكون بعد الردّ، بل وكذا الوجه الثالث منه؛ فراجع، فالإشكال لو تمّ يكون في الجميع.

لو كان الشرط ثبوت الخيار مطلقاً وأن يكون فسخه بردّ الثمن فلا مانع من إسقاطه قبل ردّ الثمن، وإلّا فلا

نعم؛ لو جعل الخيار في تمام المدّة واشترط أن يكون فسخه بخصوص ردّ الثمن بأن ينشأ الفسخ به فيكون الخيار هنا ثابتاً قبل ردّ الثمن، فلا مانع من إسقاط الخيار هنا قبل ردّ الثمن.

وتقدم أن صاحب الجواهر ينقل عن بعض أن خيار الشرط من هذا القبيل وإلّا يلزم أن يكون الخيار الذي هو الشرط مجهولاً؛ بل يلزم التعليق في الشرط أيضاً وبالآخرة يرجّحه في الجواهر، وعليه لا إشكال.

وأما بناءًا على ما قلنا من أنه لا مانع من أن يشترط أن يكون الخيار بعد ردّ الثمن وحملنا الوجوه الثلثة من المصنف﵀ على ذلك، فهنا يشكل صحة إسقاط الخيار قبل ردّ الثمن حيث إنه لم يحدث الخيار بعدُ، فيكون من قبيل إسقاط ما لم يجب.

نعم؛ يكون سبب وجود الخيار بيده، وهو ردّ الثمن، فيكون من قبيل ملك أن يملك،

والمصنفﷺ يحتمل كفاية ذلك في صحة إسقاط الخيار الذي لم يحدث بعدُ، ويلوح من الجواهر أن مجرد القوّة يعني قوّة ثبوت الخيار لا يكفي في صحة إسقاطه بوجه.

ونحن نتعرض هنا أولاً لما هو مقتضىٰ الأصل، ثمّ نتعرض لأنه يكون لنا مخرج عنه أم لا؟

فنقول في محل الكلام وهو ما لو أسقط الخيار قبل حدوثه يعني قبل ردّ الثمن الذي /٦٩٤/ كان سبباً لحصوله: إن الأصل الأوّلي مطابق مع القول بأن الخيار يسقط بإسقاطه قبل الردّ؛ لأنه إذا شككنا في أنه يحدث الخيار في هذا الفرض لو ردّ الثمن بعد ذلك بداعي أن يفسخ، فليس لك استصحاب الخيار للقطع بعدم وجوده قبل رد الثمن إلّا بالاستصحاب التعليقي والتقديري الذي لا نقول به.

وإذا لم يجرِ[1] استصحاب الخيار، فنقول: مقتضى الأصل عدم مجيء الخيار بعد ردّ الثمن بعد ذلك.

هذا مضافاً إلى أن مقتضى الأصل بقاء كلّ من العوضين على ملك من كان مالكاً له قبل ردّ الثمن والفسخ بعده، فمقتضىٰ الأصل أن لا يكون الفسخ بعد ذلك مؤثراً. وهذا معنى ما قلنا من أن الأصل مطابق مع القول بأن الخيار يسقط بإسقاطه قبل ردّ الثمن.

وأما مقتضى الأدلة فنقول: إن لنا الدليل على الخروج من هذا الأصل، وهو ما دلّ على صحّة شرط الخيار مما تقدّم شرحه، فإن ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط لا يفرق بين صورة يقول ذو الخيار قبل ردّ الثمن «أسقط خياري» وغيره. وذلك لوضوح أن الأصل العملي لا يعارض الدليل، وليس لنا دليل على كون الإسقاط قبل حدوث الخيار موجباً لسقوطه.

وتوضيح ذلك يتوقف على الإشارة إلى الوجه الذي قلنا لكون الإسقاط بعد حدوث الحق موجب لسقوطه حتى يعلم منه أنه لا يجري ذاك الوجه فيما لو أسقط حق الخيار قبل حدوثه، فنقول: إنا ذكرنا في مسألة أن إسقاط خيار المجلس موجب لسقوطه وجه أن /٦٩٥/ إسقاط الخيار موجب لسقوطه مفصلاً.

---

١) في المخطوطة: لم يجرى.

في عدم صحة إسقاط الخيار قبل ثبوته ولو ملك سببه

وملخصه أن حق الخيار يكون شيئاً ثابتاً لذي الخيار فيكون نفس الخيار بمنزلة ماله، كما أوضحناه في محله، فحينئذٍ يعدّ العهد المتعلق منه بإسقاطه بأن ينشأ سقوط هذا الحق منه بلفظ أو غيره عهداً في نظر العرف، فيشمله عموم قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ بعد إحراز صغرىٰ العقد والعهد بنحوٍ أشرنا إليه إجمالاً.

وأما في المقام، يعني في صورة يسقط حق الخيار قبل ثبوته فنقول: لو عهد السقوط بأن ينشأ سقوطه بلفظ «أسقطت» فهو فرع الثبوت، وإلّا لا شيء له حتى يسقطه. ومجرد القوة يعني أن يحدث الحق غير كافٍ في إسقاطه كما في الجواهر.

وأما لو عهد أن لا يحدث حق الخيار بعد ردّ الثمن، فنقول - مع غمض العين من أنه غير إسقاط حق الخيار الذي هو محل الكلام فعلاً -: إنه لم يعلم كون أمر ذلك بيده فعلاً وبدون ذلك لا يعدّ عهده عهداً عرفاً حتى يندرج تحت قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، فيكون ذلك نظير المعاهدة على أن لا يرث مال أبيه إذا مات بعد ذلك.

و لا يخفىٰ أن توضيح ما أشرنا إليه هنا، في مسألة خيار المجلس، فعليك بالرجوع*.

تنبيه

[لو كان رد الثمن قيداً للاقالة]

لو كان ردّ الثمن قيداً للانفساخ بردّ الثمن وقلنا بصحته - كما تقدم - فهذا أيضاً غير قابل للإسقاط مطلقاً. وأما لو كان قيداً للإقالة، فلو كان المراد أن له الإقالة بعد الردّ، فحاله كحال

---

*) *إن قلت: تقدم في خيار المجلس أن الإسقاط موجب للسقوط من جهة الدلالة على الرضاء ببقاء العقد.*

قلت: هناك من جهة قيام الدليل على أن الرضاء مسقط، وتقدم أن الخبر المعلّل الوارد في خيار الحيوان لم نستفد منه كون الرضاء مسقطاً لتمام الخيارات. وثانياً نقول: هناك كان الكلام في إسقاط الخيار في صورة كان ثابتاً، فلم يصر من قبيل إسقاط ما لم يجب. وهذا بخلاف المقام. (منه قدس سره).

الخيار* /٦٩٦/ المقيّد بأن يكون بعد الردّ، ولو كان المراد أن له الخيار في الإقالة مطلقاً ولكن يكون إقالته بردّ الثمن، فكما تقدّم مثله في الخيار على الفسخ إذا كان مقيّداً بأن يكون فسخه بردّ الثمن.

قوله: ولو ظهر معيباً - أي الثمن المردود - كفى في الردّ[1]، .. اه.

أقول: لو اشترط ردّ الثمن الذي يكون أعمّ من المعيب فليس عليه الاستبدال، وإلّا لا يتحقق الردّ الموجب لتحقق الخيار؛ فتأمل**.

في كون التصرف مسقطاً لخيار الشرط وأنه أيّ تصرف

قوله: ويسقط أيضاً بالتصرف في الثمن المعين[2]، .. اه.

أقول: وجه القول بكون التصرف في الثمن مسقطاً، ما تقدم من الخبر المعلّل الوارد في كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان؛ بل المجلس أيضاً حيث قال فيه: «فذلك رضىً منه ولا شرط له[3]».

---

*) ***لا يخفىٰ عليك أن وجوب الإقالة على الطرف المقابل تقدم أنه من قبيل شرط الفعل. وهذا يكون نظير شرط الخيار من جهة إسقاطه قبل تحقق شرطه، وهو الردّ كما أن إسقاطه لمن اشترط له، لا عليه. وصحة أصل إسقاطه مبنيّ على صحة إسقاط شرط الفعل لمن اشترطه له، ويأتي ذلك في باب شرائط الشرط الصحيح. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ١٣٥/٥.

) ***لا يخفى أن الثمن لو كان شخصياً فليس له الاستبدال، ولو كان الثمن كلياً وكان الشرط ردّ ما يعمّ بدل المقبوض، فيتحقق الشرط بردّ نفس المعيب في صورة كان الشرط ما يعمّ ردّ المعيب ولو بواسطة التصريح. وحينئذٍ يحصل الشرط لثبوت الخيار بردّ نفس المعيب.*

وعلى هذا جواز الاستبدال لابدّ أن يكون بدعوىٰ أنه من مقتضىٰ الفسخ. وتقدم أنه أشكل في نظيره في صحة أصل الشرط إلّا أن يقال: إن الفارق أن هنا بعد الفسخ أيضاً يمكن الاكتفاء بنفس المعيب أيضاً وإن كان له ردّه أيضاً، بخلاف ما تقدم في نظيره سابقاً؛ فتأمل. (منه قدس سره).

٢) نفس المصدر السابق.

٣) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط و الخيار في البيع، ح٢.

وفصّلنا الكلام فيه هناك.

وحاصله أن صاحب الجواهر[1] استفاد منه كون نفس التصرف مسقطاً لخيار الحيوان، ثم تعدّى منه إلى سائر الخيارات. فجعل التصرف فيما انتقل إلى ذي الخيار مسقطاً لخياره فيها أيضاً.

ونقلنا عن الأستاذ﵀ أنه قال: لو كان المسقط لخيار الحيوان مجرد التصرف فلا وجه للتعدي عنه إلى غيره، وأما على التحقيق عنده من كون المسقط خصوص الرضاء، فلا مانع من التعدي بجعل الرضاء مسقطاً لغيرها أيضاً. والمصنف﵀ جعل التصرف الذي فيه الرضاء النوعي مسقطاً لخيار الحيوان. ويظهر منه التعدي بهذا المقدار إلى غيره من الخيارات أيضاً.

ونحن وإن ذكرنا هناك أن مجرد التصرف في الجملة مسقط لخيار الحيوان وكذلك الرضاء، واستفدنا ذلك من الخبر المشار إليه، إلّا أنه لا نتعدى إلى سائر الخيارات لا من جهة جعل التصرف مسقطاً لها، ولا من جهة /٦٩٧/ جعل مجرد الرضاء مسقطاً لها حيث لا يستفاد هذا التعدي من نفس ذاك الخبر كما بيّنّاه هناك مفصلاً. وليس في البين تنقيح مناط قطعيّ حتى يركن إليه.

في أنه في غير ما ثبت شيء بالخصوص المسقط ما قصد منه السقوط

نعم؛ ذكرنا هناك أن كلّ خيار كان مجعولاً من قبل الشرع بالخصوص أو ما كان مجعولاً من قبل المالك نظير خيار الشرط إذا قصد سقوط الخيار من لفظ أو فعل فيتحقق هنا عنوان العهد عرفاً حيث إنه في هذا الفرض يكون الخيار من الحق المجعول له الذي يكون أمره بيده، فيشمله قوله تعالى ﴿أوفوا..﴾ الآية.

هذا؛ مع غمض العين عن الأدلة الخاصة في كلّ مقام أو القواعد الجارية في مقام دون مقام.

ثمّ لا يخفىٰ أنه بناءً على ما ذكرنا، ففي غير مورد قام الدليل بالخصوص لا يكفي مجرد

---

١) جواهر الكلام ٢٣/١٧ ـ ١٨.

التصرف في كونه مسقطاً للخيار ولا مجرد الرضاء، بل يحتاج إلى الإنشاء، كما يلوح من المصنفﷺ في أحكام الخيارات استظهار ذلك من العلماء حيث يستظهر منهم أن الفسخ بل كلّ إنشاء لا يحصل بمجرد النية ولا بالفعل المجرد عن القصد، وإن يستظهر من بعض كلماته خلافه.

ويظهر منه [أنه]لا فرق بين كون التصرف موجباً للفسخ أو مسقطاً للخيار في ذلك.

والغرض مما ذكرناه أن ما ذكروه من التعدي من خيار الحيوان ليس أزيد ممّا أثبتناه بالقاعدة مطلباً مسلّماً بحيث لا يقبل الإنكار.

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: تارة يقع الكلام في كون التصرف في الثمن مسقطاً لخيار الشرط الغير المشروط بردّ الثمن، وتارة فيما كان منه مشروطاًبردّ الثمن الذي هو مورد كلام المصنفﷺ.

أما الأول، فعلى /٦٩٨/ ما ذكرناه يكون التصرف من البايع في الثمن مسقطاً لخياره في صورةٍ قصد سقوط خياره بذلك التصرف حيث لم نظفر على دليل مسقطيه مجرد التصرف أو الرضاء هنا؟

وعرفت أنه ليس في المقام إجماع يجوز أن يركن إليه كما لا يخفىٰ على المتأمل فيما ذكرناه هنا، وفي مسألة حجية نقل الإجماع.

في أن الثمن الذي يقال بكون التصرف فيه مسقطاً، أيّ ثمن[1]؟

وأما الثاني الذي هو مورد كلام المصنفﷺ هنا، فنقول فيه: **أولاً**: إن التصرف في الثمن الذي يقال بكونه مسقطاً لخيار البايع إنما هو التصرف في الثمن المعيّن أو الفرد من المقبوض في صورة قلنا سابقاً في الأمر الثاني أن الشرط هو ردّ العين للثمن أو الفرد المقبوض، لا في صورة كان الشرط ردّ بدل الثمن أو بدل الفرد المقبوض، وكان الغرض من هذا البيع الخياري التصرف في ما يأخذ من الثمن وردّ بدله في ثبوت الخيار له كما هو المتداول من البيع

---

١) راجع: كتاب المكاسب ١٣٥/٥.

الخياري المشروط بردّ الثمن في زماننا؛ لأنه لا يعقل كون التصرف في عين الثمن أو الفرد المقبوض أو غيرهما هنا مسقطاً لهذا الخيار المجعول.

كيف؛ وجعل هذا التصرف مسقطاً لهذا الخيار يكون مقتضاه عدم صحة شرط هذا الخيار، وقد فرضنا صحته، وتقدم وجهه أيضاً.

فظهر مما ذكرناه أن القول بكون التصرف في الثمن مسقط لهذا الخيار على نحو الإطلاق غير معقول في المقام. ولعلّ اعتبار المصنف ﷺ لكون التصرف المسقط فيما اشترط ردّه من العين أو المقبوض لما ذكرناه وإن كان في كلامه إجمال.

وثانياً: إن التصرف في الثمن الذي يقال بكونه مسقطاً للخيار أم لا، لابدّ من أن يكون هو التصرف الغير المُذْهب لأصل العين /٦٩٩/ أو لأجزائه وصفاته بحيث لم يكن مانع بعده من ردّ الثمن الذي اشترط ردّه في ثبوت الخيار، وإلّا يكفي عدم التمكن من ردّ الثمن المشروط ردّه في عدم ثبوت الخيار، ولا يحتاج إلى جعل التصرف مسقطاً له؛ لما تقدم منّا من أنه لا يتحقق هذا الخيار إلّا بردّ ما اشترط ردّه بعينه.

في أن التصرف إنما يقال بكونه مسقطاً في بعض الصور

وثالثاً – نقول بناءً على ما تقدم منا تحقيقه من أن مجرد القوة لا يكفي في صحة إسقاط الخيار ما لم يجب ولم يثبت على نحو الإطلاق –: إن جعل التصرف في الثمن مسقطاً[1] لهذا الخيار إنما هو في صورة تصرف في الثمن بعد ردّه إلى المشتري لو كان أصل ثبوت الخيار مشروطاً بردّ الثمن.

نعم؛ لو جعل الخيار للبايع في تمام المدة واشترط أن يكون فسخه بردّ الثمن بأن ينشأ الفسخ بردّ الثمن، فلا مانع من أن يقال: إن التصرف في الثمن قبل ردّه إلى المشتري أيضاً يكون مسقطاً، كما أنه لو جعل ردّ الثمن شرطاً لتحقق الانفساخ، فليس في الحقيقة خيار للبايع حتى يقال: إن التصرف مسقط له إلّا أن يقوم دليل تعبديّ خاص على أنه لا يتحقق

---

١) كتاب المكاسب ١٣٧/٥.

الانفساخ أيضاً بعد التصرف.

ورابعاً على ما قلناه من أنه لا دليل على أن مجرد التصرف مسقط للخيار، بل يحتاج إلى الإنشاء، فحينئذٍ نقول: إن التصرف الذي كان قابلاً لأن يكون مسقطاً للخيار بنحو تقدم، إنما نقول /٧٠٠/ بكونه مسقطاً في صورة قصد سقوط الخيار به.

في أن موثق إسحاق ليس دليلاً على أن التصرف غير مسقط في محل الكلام

ثمّ اعلم أن الوجه في عدم سقوط الخيار بمجرد التصرف هو ما ذكرناه على تفصيل تقدم، ولا يجوز التمسك لذلك بما نقله المصنفﷺ عن الأردبيليﷺ[1] وصاحب الكفاية[2] حيث تمسّكا لذلك بموثقة إسحاق المتقدم في المتن بناءً على ظهوره في أن الغرض من بيع الدار التصرف في ثمنها للحاجة، فيكون الذي اشترط ردّه في انفساخ العقد ردّ بدل الثمن. وذلك من وجهين:

الأول: أنك عرفت أن الصورة التي يعقل النزاع في كون التصرف في الثمن مسقطاً للخيار إنما هو في صورة كان الشرط لثبوت الخيار ردّ عين الثمن أو ردّ الفرد المقبوض من الكلي. ومورد هذه الموثقة كان داخلاً في الموارد التي قلنا سابقاً إن القرينة قائمة على أن الشرط لم يكن ردّ عين الثمن ولا الفرد المقبوض من الكلي، بل الشرط هو ردّ بدل واحد منهما، وعرفت أنه خارج عن هذا البحث.

الثاني: أنه قد تقدم منا سابقاً أن الأخبار الخاصة لا يستفاد منها إلّا كون ردّ الثمن أو بدله بداعي انفساخ العقد موجباً لانفساخ العقد. فليس الفسخ هنا فعلاً اختيارياً للبايع حتى يمكن إثبات كون التصرف ولو بقصد إسقاط حق الخيار موجباً لسقوط حق الخيار فيه على طبق القواعد؛ لأن الذي ثبت بالشرط هنا نفس الانفساخ الذي ليس أمره بيد البايع /٧٠١/ حتى

---

١) راجع: مجمع الفائدة ٨/٤٠٢ و ٤١٣.

٢) كفاية الأحكام ١/٤٧١.

يجعل التصرف فيه مسقطاً له بحسب القواعد، ولا مانع في كون الأخبار الخاصة خارجة عما هو محل كلام القوم حيث إن تمسكهم لأصل صحتها ليس نفس هذه الأخبار، بل العمومات، كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك.

فيما أورده المصنف على الأردبيلي والكفاية والمصابيح والجواهر والإشارة الإجمالية إلى صحة ما أورده على كلٍّ وفساده

قوله: والمحكي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية[1] .. اه.

أقول: مما ذكرنا في الحاشية السابقة يظهر حال ما ينقل عنهما وعن صاحب المصابيح[2] في ردّهما وعن الجواهر[3] في ردّ المصابيح كما أن يظهر مما قدمنا حال ما أورده المصنف ﷺ على كلّ واحد من هؤلاء المحققين.

أما ما نقله عن الأردبيلي[4] وصاحب الكفاية من أن هذا الخيار شرع لانتفاع البايع بالثمن فلما تقدم من أنه في هذا الفرض ليس التصرف مسقطاً، لكن كلامهم لابدّ أن يكون في صورة اشترط ردّ عين الثمن أو الفرد المقبوض من الكلي لا في صورة كان الغرض تصرف البايع فيهما واشترط ردّ بدلهما.

وأما موثقة إسحاق، فقد تقدم أن مفاده في غير مفروض كلام القوم من وجهين، فلا يتمسك لعدم سقوط الخيار بالتصرف في مفروض كلامهم. وتقدم أنه لا مانع من أن تكون الأخبار الخاصة خارجة عن مفروض كلام القوم؛ فراجع.

وأما ما نقله عن المصابيح فمرجعه إلى حمل كلام القائلين بأن التصرف مسقط على غير صورة أنكره الأردبيلي وصاحب الكفاية، وهو أن يكون تصرف البايع في الثمن بعد ردّه إلى المشتري، سواء اشترط ردّه في زمان منفصل عن العقد أو اشترط ردّه في كلّ زمان يريد في

---

١) كتاب المكاسب ١٣٦/٥.
٢) أنظر: كتاب المكاسب ١٣٦/٥.
٣) جواهر الكلام ٤٠/٢٣.
٤) مجمع الفائدة ٤٠٢/٨ و ٤١٣.

المدّة المعيّنة في العقد.

ونحن نقول: تقدم أنه يمكن القول بأن التصرف مسقط في هذا الفرض؛ لكنّه غير ما أنكراه. ومراد الأصحاب غير معلوم، وأصل المطلب لا مانع فيه.

وأما ما نقله من الجواهر في ردّ المصابيح من أن الخيار ثابت في تمام /٧٠٢/ المدة، فتقدم أنه في صورة كان كذلك لا مانع من إسقاط الخيار قبل الردّ، لكن ما يدّعيه من عدم صحة أن يكون نفس الخيار مشروطاً بالردّ، فيأتي الكلام فيه في ردّ المصنفﷺ عليه ـ إن شاء الله ـ.

بقي الكلام في ما أورده المصنف على كلّ واحد منهم، فنقول:

أما ما أورد على الأردبيلي وصاحب الكفاية فصدر كلامه وإن يوهم كون نزاعه معهما كبروياً حيث يقول: لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف[1]، وأنت قد عرفت أنه لم يكن دليل حتى يدّعى فيه تخصيص، ولكن يفهم من ذيل كلامه أن نزاعه معهما يكون صغروياً، وإنه يسلّم عدم مُسقطية التصرف فيما هو المتعارف من [الـ]ـبيع الخياري إما لأن التصرف لا يكشف عن الرضاء فيما هو المتعارف من هذا البيع، أو نقطع بأن التصرف لم يكن للرضاء.

وتقدم أن مذهبه أن التصرف ليس مسقطاً تعبدياً أو لأنه تواطياً على بقاء الخيار بعد التصرف بأن يكون البيع للتصرف للثمن، وأن الذي اشترط ردّه هو البدل للثمن، بل يحمل الموثق على بعض من ذلك.

وبالجملة لم يعلم بينه وبينهما نزاع كبروي؛ فافهم.

وبالتأمل فيما سبق يعلم مقدار ما يكون مختاره مخالفاً لمختارنا في الفروض التي ذكرها.

وأما ما أورده على صاحب المصابيح فوجهان:

[ا]لأول: أنه لا إشكال في كون الإسقاط القولي قبل الردّ مسقطاً. ومثله الإسقاط الفعلي.

وفيه أنه تقدم أنه خلاف التحقيق، بل المصنفﷺ في السابق لم يجزم بكون الإسقاط القولي قبل الردّ مسقطاً.

---

١) كتاب المكاسب ١٣٧/٥.

الثاني أنه يحمل كلام القوم على صورة كان الخيار ثابتاً /٧٠٣/ في تمام المدّة، وكان مشروطاً بأن يكون بردّ الثمن.

ونحن نقول: فعلى هذا ليس نزاع مطلبي بعد تسليم أنه يصحّ اشتراط أن يكون الخيار بعد الردّ وتسليم أنه على هذا لا يسقط قبل الردّ.

في الردّ على الجواهر في دعواه أن شرط الخيار المقيّد بكون الخيار بعد ردّ الثمن باطل للزومه تعلق الشرط وكونه مجهولاً

وأما ما أورده على الجواهر فمن جهتين:

الأولى أن صاحب الجواهر[1] قال: إن نفس الخيار لو كان مشروطاً بردّ الثمن مع أن زمان تحقق الردّ غير معلوم، فهذا يوجب الجهل بالشرط أعني الخيار لعدم العلم بمبدئه. فأجاب بأنه لا يضرّ مع العلم بحد زمان التسلط على الردّ والفسخ بعده.

الثاني: أن صاحب الجواهر استظهر كون زمان الخيار من بدو العقد تارة بصدق زمن الخيار على تمام المدة التي اشترط فيها ردّ الثمن عرفاً، فأورد عليه بأن زمن الخيار عرفاً ليس إلّا ما كان الخيار فيها يجعل من الشرع أو المالك، وهو بعد ردّ الثمن.

وتارة بأن الأصحاب في ردّ الشيخ القائل بأن الملك لا يحصل في زمان الخيار، تمسّكوا بأخبار هذا الباب حيث دلّ على حصول الملك من بدو الأمر. فأورد عليه بأنهم فهموا من الشيخ أنه يقول: إن الملك يحصل بعد انقضاء زمان الخيار ولو المنفصل منه.

وأيضاً قد تقدم أن عدم صحة جعل الخيار من حين الإفتراق من المجلس غير ملازم لعدم صحة جعله من حين ردّ الثمن حيث لم يكن تمام سبب حدوث الخيار بيده في الأول دون الثاني.

أقول: لا يخفىٰ أن صاحب الجواهر في بعض ملحقات الجواهر يذكر مانعاً آخر لعدم صحة كون الخيار مشروطاً بردّ الثمن بحيث يحصل بعده.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤٠.

وملخّص كلامه أنه يقول: إن جميع ما قلنا في خيار المؤامرة والخيار بردّ الثمن كان جرياً على ما ذكره /٧٠٤/ الأصحاب من أن صحتهما على طبق القاعدة، فتعدّوا عن مورد النص، لكن يشكل ذلك بأنها من التعليق الممنوع في البيع ونحوه من متعلقات البيع كالشرط في ضمنه وغيرهما. ولا فرق بين التعليق بمجيء زيد من السفر وتعليق شرط ثبوت الخيار بردّ الثمن، والتعبير بعبارة لا تعليق فيها، غير رافع للإشكال بعد وجود التعليق في المعنى.

أقول: أما من جهة لزوم كون الشرط مجهولاً فقد تقدم في أوائل هذه المسألة الجواب عنه، وأنه لا دليل على مضرّية الجهل في الشرط لعدم دليل على أن الغرر مطلقاً منفيّ، وأن الجهل بالشرط لا يوجب الجهل بالثمن*،**، ولا سيّما في مثل شرط الخيار بردّ الثمن حيث إن الظاهر منهم أن الجهل غير مضرّ هنا بالخصوص، حيث إن الظاهر منهم صحة اشتراط حدوث الخيار بعد ردّ الثمن.

بل تسلّمهم هنا و في أشباهه قد عرفت أنه دليل على عدم ثبوت القاعدة الكلية؛ بل عرفت أن صاحب الجواهر لم يسلّم هناك كون الجهل في الشرط مضرّاً بصحته، فلا حاجة لنا بما وجّهه المصنف رحمه الله.

---

*) *قد تقدم أنا رجعنا عما ذكرناه أولاً وقلنا: إنه مع الجهل بخصوص خيار الفسخ يصدق على البيع أنه غرريّ، وعلى هذا نقول: إن جواب المصنف لا مانع فيه لأن المفروض أنه من بدو العقد إلى آخر[ه] معلوم أنه في كلّ آن يكون له ردّ الثمن والفسخ بعده، ومجرد أن حدوث الخيار بعد الردّ غير مضرٍّ، ولا يوجب صدق الغرر. كيف ولافرق بحسب اللب وفي نظر العرف هذا الفرض، وبين أن يجعل الخيار في تمام المدة مشروطاً بأن يكون فسخه بردّ الثمن حيث إنه على كلّ حال لا يفسخ إلّا بردّ الثمن في هذه المدة المعيّنة، فلا غرر فيه أصلاً. (منه قدس سره).*

**) *وفيه أنه لا مانع فيما ذكرناه في المتن لما سيأتي في مسألة الخيار المشروط بردّ الثمن إذا تعذر الردّ إلى المشتري وأنه يكفي الردّ إلى الفقيه إنا نقول: إن نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر لا يدلّ على الفساد إلّا في صورة كان الغرر في العوضين للشك في المقدار أو الصفات أو القدرة على التسليم، بل الأخير ينكره في الجواهر. (منه قدس سره).*

في بيان أن الجهل بالشرط وكذا التعليق فيه في الخيار المشروط بردّ الثمن لا يوجب بطلان الشرط

وأما من جهة لزوم التعليق في الشرط، فنقول: لا يخفىٰ أن المصنفﷺ في الشرط التاسع للشرط الصحيح يقول: إن بعضاً توهم اشتراط التنجيز في الشرط[1] نظراً إلى أن تعليق الشرط يسري إلى تعليق نفس العقد؛ لأن للشرط قسطاً من الثمن، فيظهر من ذلك أن أحداً لم يتوهم كون التعليق في الشرط مضرّاً إلّا من جهة أنه يؤول إلى تعليق /٧٠٥/ نفس البيع مع أنه يظهر من الجواهر أن التعليق في الشرط بنفسه فيه المحظور كالتعليق في نفس البيع.

ثمّ إن صاحب الجواهر[2] هنا يصرّح بأن التعليق في المعنى كافٍ في الفساد وإن لم يكن التعليق في اللفظ ولكن المصنفﷺ هنا يستظهر منهم أن التعليق في المعني غير مضرٍّ، وإنما المضرّ هو التعليق في اللفظ حيث إن المعنى الواحد صرّحوا بكون التعبير عنه بلفظٍ يكون التعليق في اللفظ موجباً للفساد، دون ما لو عبّر عنه بتعبير آخر، ونحن حقّقنا المسألة في شرايط صحة عقد البيع.

ثمّ إنه هناك نقلنا عن الأستادﷺ ما يخالف جميع ما تقدم حيث عنون المسألة من أن التعليق يجري في الشرط أم لا فيما لو قال «بعت هذا بدينار بشرط خياطة ثوبي إن جاء زيد من السفر». قد يقال: نعم؛ حيث إن الشرط إنشاء وليس قابلاً للتعليق.

وأورد عليه بأن الشرط بمنزلة جزء من الثمن، فكأنه قال: بعت هذا بدينار وبخياطة ثوب إن جاء زيد من السفر، ونفس الثمن ليس إنشاءً.

أقول: الشرط في ضمن العقد الذي هو محل الكلام عبارة عما لو قال وشرطت خياطة ثوب أو ما يرجع إليه، وهو بمعنى «التزمت» وهذا إنشاء.

فلو كان الوجه في عدم صحة التعليق في الإنشاء عدم قابلية الإنشاء للتعليق أو لزوم اتصال السبب بالمسبّب على نحو الكلية أو لزوم اشتراط الجزم حال الإنشاء كليةً، فلا فرق

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ١٧٣/٥.

٢) جواهر الكلام ٤١/٢٣.

بين التعليق في نفس البيع أو الشرط.

وأما لو كان المدرك هو الإجماع فقط، كما قلناه في محله، فلا يأتي في الشرط سيّما في المقام حيث إن ظاهر المشهور صحة شرط الخيار المشروط بردّ الثمن.

ثمّ إنه تقدم في أوائل المسألة /٧٠٦/ عند التعرض لجريان نفي الغرر في الشرط وعدمه أن القول بأن الشرط جزء الثمن فاسد، فيفسد بذلك ما نقله المصنفﷺ لكون التعليق في الشرط مضرّاً، وما نقلناه عن الأستادﷺ لعدم مضرّيته.

هذا مع الغمض عن كلّ شيء آخر يرد على كلّ منهما؛ فافهم.

في أن تلف المبيع على المشتري ونماءه له

قوله: الأمر الخامس: لو تلف المبيع[1] .. اه.

أقول: في صورة تلف المبيع قبل ردّ الثمن أو بعد ردّ الثمن حتى يتحقق الخيار فعلاً ادعىٰ المصنفﷺ أموراً:

منها أن تلف هذا المبيع يكون على المشتري وكذلك كان نماؤه له، فلم يرد هنا نقض على قاعدة أن «الضمان بالخراج» أيضاً.

وأما على قول الشيخ القائل بأن الملكية تحصل بعد انقضاء زمان الخيار، فادعى صاحب الجواهر[2] أن الشيخ في خصوص الخيار المشروط بردّ الثمن يمكن أن يقال: إنه يقول بقول المشهور لأنه قبل ردّ الثمن لم يكن خيار، فكأنّ الملكية حاصلة.

ويبعد القول بأنه بردّ الثمن المحقق للخيار وقبل تحقق الفسخ يعود الملك إلى البايع.

/٧٠٧/ ثمّ إن صاحب الجواهر[3] يتمسك لإثبات كون تلف المبيع على المشتري ونمائه له أيضاً بصحيحة سعيد بن يسار وموثق إسحاق بن عمار؛ لكنك عرفت أن الأخبار الخاصة مفادها اشتراط الانفساخ أو أنه لا يستفاد أزيد من ذلك منها، وأن إثبات صحة اشتراط الفسخ

---

١) كتاب المكاسب ١٣٩/٥.

٢) جواهر الكلام ٤٠/٢٣.

٣) جواهر الكلام ٤٠/٢٣.

بعد ردّ الثمن - كما هو محلّ الكلام - يكون الدليل على صحة العمومات.

نعم؛ يستفاد من العلة المنصوصة في موثقة إسحاق أنه إذا كان تلف شيء من مال شخص، فلابدّ من أن يكون منفعته ونماؤه له أيضاً في أيّ مورد كان.

وعلى هذا نقول ـ بعد أنه لا إشكال في المقام على كلّ حال ـ: إن تلف المبيع هنا يكون على المشتري، فيكون مقتضى هذه الموثقة أن يكون نماؤه له أيضاً.

في أن الخيار لا يسقط بتلف المبيع قبل ردّ الثمن أو بعده

ومنها أنه في صورة تلف المبيع يكون خيار البايع باقياً بحاله، فبعد الفسخ يرجع إلى المثل أو القيمة إلّا أن يدعى أن مورد هذا الخيار ارتجاع المبيع بعد ردّ الثمن، فلا يأتي مع فرض تلف المبيع.

وصاحب الجواهر هنا يفصّل بين ما لو كان تلف المبيع بعد ردّ الثمن الموجب لتحقق الخيار وقبل الفسخ، فحينئذٍ للبايع أن يفسخ ويرجع إلى المثل أو القيمة، وبين ما لو كان تلفه قبل ردّ الثمن، فهنا لم يتحقق الخيار بعد؛ بل الظاهر سقوطه بمعنى عدم حدوثه بعد ردّ الثمن إلّا أن يشترط عليه الرجوع به عيناً أو قيمة.

ونحن نقول: إن حدوث /٧٠٨/ الخيار كان مشروطاً بردّ الثمن، سواء تلف المبيع أم لا.

فما ذكره في الجواهر[1] من أنه لو كان التلف قبل ردّ الثمن يسقط الخيار، لا وجه له.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أن مورد هذا الخيار ارتجاع العين لو كان المراد أنه اشترط أنه لو ردّ الثمن يرتجع المبيع من دون أن يكون له خيار في فسخ العقد، فيفسخه أولاً، فالكلام في صحة هذا الشرط، إلّا أن يكون المراد أن الخيار كما يكون مقيّداً بردّ الثمن - كما هو محل الكلام - كذلك يكون الخيار المجعول هنا مشروطاً ببقاء المبيع بقرينة أن الغرض ارتجاع المبيع؛ وفيه تأمل*.

---

١) جواهر الكلام ٣٩/٢٣.

*) ***وحاصل ما قاله المصنف هنا فيما كتبه في آخر أحكام الخيارات أنه تارة يقول: يمكن أن يستظهر أن الخيار مقيد ببقاء العين حيث إن الغرض الردّ والاسترداد. ويقول تارة: إنه لم تدلّ***

في منع حرمة التصرف في المبيع من المشتري

ومنها أنه ادعى أنه لا تنافي بين كون تلف المبيع موجباً لسقوط الخيار وبين حرمة تفويت المبيع على المشتريّ. وهذا واضح إلّا أنه يدّعي أن التفويت على المشتري حرام؛ لأن غرض البايع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتمّ إلّا بالتزام إبقائه.

أقول: هذا هو الوجه الذي يذكره في أحكام الخيار مفصلاً في خصوص مثل خيار الشرط بعد منع ما ينقله عن المشهور من حرمة التفويت على المشتري في سائر الخيارات الثابتة للبايع أيضاً.

ونحن نقول هنا إجمالاً - وإن كان محله هناك -: إن من الواضح أنه لم يكن هذا الإلتزام مذكوراً في العقد، ومجرد تعلق الغرض /٧٠٩/ ببقاء العين غير موجب لحرمة التصرف حتى يقدَّم ذلك على قاعدة «**الناس مسلّطون على أموالهم**[1]».

فإن قلت: إن إتلاف العين يوجب ذهاب حق البايع.

قلت: أولاً: إنك عرفت أن الخيار إما أن يكون مشروطاً ببقاء عين المبيع أم ليس مشروطاً

أدلة الخيار من الأخبار والإجماع إلّا على التسلط على الردّ والاسترداد، وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع، بل ذلك استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين.

أقول: أما جزؤه الأول من كلامه فقد تقدم حاله في المتن، وأما جزؤه الثاني فنقول: إنه في غير الخيار المشروط بردّ الثمن يرجّح هناك أن تلف المبيع غير موجب لرفع الخيار.

وعلى هذا يرد عليه: أولاً أن هذا الوجه الذي ذكره لرفع الخيار المشروط بردّ الثمن في صورة تلف المبيع لو كان (٧٠٩ ح) أصل هذا الوجه صحيحاً لكان مجراه سائر الخيارات، لا الخيار المشروط وجوده بردّ الثمن؛ لأن المدرك لصحة الخيار المشروط بردّ الثمن ليس لفظ الخيار الوارد في كلام الشارع حتى يقال: إن المراد منه فلان مثلاً، بل تقدم أن الأخبار الخاصة التي نقلوها لم يدلّ شيء منها على جعل خيار مشروط بردّ الثمن، وأن ردّ الثمن في الأخبار كان شرطاً للإنفساخ.

وعلى هذا فشرط خيار الفسخ مشروطاً بردّ الثمن لا مدرك له إلّا القاعدة مثل «المؤمنون عند شروطهم» [الإستبصار ٣/٢٣١، باب أن الثيب ولى نفسها، ح ٤.] ***وليس فيه لفظ الخيار. وهنا يكون الخيار بجعل المتعاقدين. والمراد خيار فسخ العقد وإلّا يكون خارجاً عن مفروض الكلام. (منه قدس سره).***

١) عوالي اللئالي ١/٢٢٢، الفصل التاسع، ح ٩٩.

به. فعلى الأول ليس ذهاب حق لأنه لم يتحقق حق الخيار. وعلى الثاني فله الفسخ والرجوع إلى بدل العين من المثل أو القيمة. وما قاله في أحكام الخيارات من أن الحق على الفرض الأخير يتعلق أولاً بنفس العين، ففيه: أنه بعد أن محل الخيار هو نفس العقد وأنه يكون لفسخه في كلّ زمان اقتضاء لا وجه لذلك.

والتفصيل في محله.

وبالجملة لم نظفر على شيء يكون رافعاً لقاعدة «**الناس مسلّطون على أموالهم**[1]».

في أنه لو تلف الثمن يكون تلفه على المشتري أم على البايع؟

قوله: ولو تلف الثمن فإن كان بعد الرد وقبل الفسخ[2] .. اه.

أقول: على القول باختصاص قاعدة «أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بالمبيع» وعدم جريانه في الثمن، أو على القول بعدم جريان هذه القاعدة في مطلق الخيارات وأن خيار الشرط لا تجري هذه القاعدة / ٧١٠ / فيه، فالأمر واضح حيث إن المفروض أن الثمن بعدُ كان باقياً على ملك البايع، فيكون تلفه منه.

والمفروض أن نماءه أيضاً كان للبايع، كما أن القاعدة أيضاً تقتضيه، فلا يتحقق في البين منافاة مع قاعدة أن «الضمان بالخراج». وأما على جريان قاعدة أن «التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في الثمن» أيضاً وأن هذه القاعدة جارية في خيار الشرط أيضاً كما أن المصنف﵀ يؤيدهما هنا، فحينئذٍ يكون تلف الثمن على المشتري مع أن نماءه كان للبايع بمقتضىٰ القاعدة، بل يدّعى عليه الإجماع أيضاً، فحينئذٍ يكون ذلك منافياً مع قاعدة أن «الضمان بالخراج».

---

١) هنا كتب المؤلف (قدّس سرّه) على أسطرٍ في المتن علامة (زياد) أي تُحْذف هذه الأسطر، وهي: هذا كلّه أولاً. وثانياً نقول: إنا تعرضنا عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع أن التصرف في المال الموجب لذهاب الحق المتعلق به من الغير ليس دليل على حرمته على نحو الكلية، فراجع ولاحظ من أن ما نحن فيه على فرض تعلق الحق بالعين كيف يكون حاله.

٢) كتاب المكاسب ١٤٠/٥.

ورفع الإشكال بعد تسلّم أن نماء الثمن كان للبايع إما بتخصيص قاعدة أن الضمان بالخراج في المقام أو بمنع جريان قاعدة «أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في الثمن» أو بتخصيصها في خصوص هذا المورد.

وصاحب الجواهر في المسألة الخامسة في أحكام الخيارات تارة يمنع تمامية قاعدة «أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في الثمن» لقصور أدلّة هذه القاعدة من النبويّ وخبر عقبة عن شمولها للثمن. وتارة يدّعي تخصيص هذه القاعدة بخبر معاوية بن ميسرة[1] من أخبار المقام، والمصنفﷺ يناقش عليه بأنه لا دلالة في هذا الخبر على ذلك أصلاً، وإنما يدلّ على مطلب آخر إجماعيّ من كون نماء /٧١١/ الثمن للبايع وتلف المبيع على المشتري.

فيما يمكن أن يقال لإثبات أن تلف الثمن في زمان الخيار يكون على البايع ولو كان الخيار للمشتري

ونحن نقول: إنه يمكن أن يقال لوجه نظر صاحب الجواهر وجهان:

الأول: أن نقول: إن كون تلف الثمن مع المشتري على أنه كان ملكاً للبايع إنما هو بأن ينفسخ العقد حتى يصير الثمن ملكاً للمشتري، فيتلف من ماله، كما صرّح المصنّف بذلك في آخر هذه المسألة.

ويلوح من الجواهر أيضاً تسلّم هذا.

وعلى هذا نقول: إن وجه استظهار صاحب الجواهر أنه في الخبر حكم بأنه مع عدم ردّ الثمن يكون المبيع للمشتري، فيدلّ الخبر على عدم انفساخ العقد في صورة لم يردّ الثمن سواء كان لتلفه أم لا، فلابدّ أن يكون تلفه من البايع، لكن هذه الدلالة موجودة في تمام الأخبار.

إن قلت: إن محل الكلام في صورة كان تلف الثمن بعد ردّه إلى المشتري.

قلت: هذا محل فرض كلام المصنفﷺ وليس محل فرض كلام الجواهر ذلك ليكون

---

١) الوسائل ١٢/٣٥٥ - ٣٥٦، باب ٨ من أبواب الخيار، ح ٣.

الإشكال وارداً عليه، بل قد عرفت أن صاحب الجواهر كان قائلاً بثبوت الخيار قبل الردّ وأن الفسخ بنفس الردّ.

نعم؛ بناءً على ما قلنا سابقاً من أن الأخبار مفادها شرط انفساخ العقد بردّ الثمن لا بشرط الفسخ، فيكون مفاد الأخبار في غير مفروض كلامنا وهو شرط الفسخ الذي استفدناه من العمومات وكان الإشكال عليه أيضاً لأن زمان خيار الفسخ يتحقق على هذا التقدير.

الثاني: أن ما في خبر معاوية بن ميسرة «فإن هذا الرجل أي البايع قد أصاب في هذا المال أي الثمن في ثلاث سنين، /٧١٢/ قال: هو ماله..[1]» اه، حمله المصنفﷺ على أن المراد أن نماء الثمن للبايع؛ لأن «أصاب» بمعنى «وصل»* والمراد وصول المنفعة والنماء بقرينة الجواب حيث قال: «هو ماله».

وصاحب الجواهر الظاهر أنه يدّعي أن «أصاب» من «المصيبة» أعني الأمر المكروه من تلف ونقصان حيث تعدّ..اه بكلمة «في»، وقوله «هو ماله» غبر منافٍ له، يعني كان ماله فتلف، فيكون التلف عليه، كما أن تلف المبيع كان على المشتري، فهذا المعنى أقرب إلى التعليل أيضاً.

ثمّ إنه يمكن أن يتمسك لمدّعى صاحب الجواهر بالتعليل الوارد في موثقة إسحاق بن عمار أيضاً حيث إنه قال فيه: «أرأيت أنه لو كان للدار غلّة لمن تكون؟ قال: للمشتري، ألا ترىٰ أنها لو احترقت كانت من ماله[2]»؛ لأن مقتضى التعليل أن كلّ ما كان تلفه على شخص فيكون نماؤه له أيضاً كما هو مفاد قاعدة الضمان بالخراج «ومن له الغنم فعليه الغرم».

وعلى هذا نقول فيما نحن فيه: يكون نماء الثمن للبايع للإجماع؛ مضافاً إلى استصحاب الملكية بعد تسلّم أن النماء تابع للعين.

هذا على فرض تعقل انفساخ العقد من أصله حين التلف، وإلّا لا نحتاج إلى الاستصحاب أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ١٢٨/٥.

*) ***كما في مجمع البحرين. (منه قدس سره).*** [٦٤٢/٢ مادة «صوب»].

٢) الوسائل ٣٥٥/١٢، باب ٨ من أبواب الخيار، ح ١.

وعلى هذا فلو كان تلفه من غير البايع يلزم التخصيص على هذا التعليل المثبت لمضمون قاعدة أن «الضمان بالخراج»، فلو تمّ قاعدة أن «التلف في زمان الخيار لمن لا خيار له في الثمن»، فبعد الإجماع على أن نماء الثمن للبايع تقع المعارضة بين تلك القاعدة وقاعدة أن «الضمان بالخراج» الذي دلّ عليه هذا التعليل وغيره ممّا ذكر في المقبوض بالعقد الفاسد؛ فتأمل.

قوله: وفيه ما تقدم من منع المبني[1] .. اه.

أقول: لو كان المراد أن الخيار ثابت قبل ردّ الثمن، /٧١٣/ **ففيه**: أنه تقدم أن كيفية جعل الخيار مختلف، وأن كلاًّ من القسمين صحيح، ولو كان المراد أنه لمّا يكون سبب وجود الخيار ـ وهو ردّ الثمن ـ بيد البايع، فهذا يكون بمثل أن يكون الخيار ثابتاً له، ففيه ما فيه.

قوله: فالظاهر بقاء الخيار فيردّ[2] .. اه.

أقول: قد تقدم أنه لو كان شرط الخيار ردّ عين الثمن أو الفرد المقبوض من الكلي، فلا يكفي ردّ بدلها في ثبوت الخيار له، بل على فرض التلف يذهب الخيار من البين رأساً، بعد فرض أن تلف الثمن من البايع حتى لا ينفسخ العقد كما هو المفروض. وأما لو كان الشرط ردّ البدل وكان المقصود هو التصرف في عين الثمن، فلا يحتمل أن يكون تلف عين الثمن من المشتري لينفسخ العقد، وإلّا فلابدّ أن يقال بعدم صحة أصل هذا الشرط كما تقدم. وقاعدة أن التلف في زمان الخيار على من لا خيار له، لو تمّ في الثمن لا يشمل هذا الفرض قطعاً.

قوله: الأمر السادس لا إشكال في القدرة[3] .. اه.

أقول: نحن كتبنا هذه المسألة في مسألة ولاية الحاكم مفصّلاً إلّا أنه مع ذلك نتعرض لها هنا بنحو الاختصار، ولعله يبدو لنا هنا شيء لم يبد لنا في السابق ـ إن شاء الله ـ.

---

١) كتاب المكاسب ١٤١/٥؛ وفيه: وفيه - مع ماعرفت من منع المبنى -: منع البناء...

٢) كتاب المكاسب ١٤١/٥.

٣) كتاب المكاسب ١٤١/٥.

في أن ردّ الثمن إلى الوكيل أو الوارث أو الفقيه كافٍ في جواز الفسخ مع تعذر الردّ إلى المشتري

فنقول: الكلام هنا في أنه إذا وجد للمشتري مانع من قبض الثمن لغيبة أو جنون أو موت أو غيرها في المدّة التي اشترط فيها ردّ الثمن إليه ليفسخ البايع، فهل يقوم وكيله المطلق أو وكيله في خصوص الثمن أو وليّه مقامه في ردّ الثمن إليه ليفسخ البايع أم لا؟

فنقول: لا يخفىٰ عليك أنه لو صرّح في ضمن العقد بأن لك الخيار بشرط /٧١٤/ أن تردّ الثمن إلى شخص بحيث إنك لولم تمكّن من إيصاله إلى شخص لم يكن لك الخيار، فلا إشكال في عدم جواز ردّ الثمن إلى الحاكم أو إلى غيره وإن كان كلام في صحة أصل هذا الشرط على ما سيأتي ـ إن شاء الله ـ، كما أنه لا إشكال في جواز الردّ إليه أو غيره مع التصريح، وإنما الإشكال في صورة لم يصرّح بأحد الطرفين.

ثمّ إنا نتعرض لحكم ردّ الثمن إلى الفقيه، كما هو محل العنوان في كلماتهم ويعلم في ضمنه حال ردّه إلى الوكيل أو غيره أيضاً، فنقول: نحن نقلنا عن الأستاذ ﷺ في باب ولاية الحاكم أن شرط الفسخ يحصل بردّ الثمن إلى الفقيه كما نقله المصنف ﷺ هنا عن المحقق القمي ﷺ[1]؛ بل يظهر من الحدايق[2] أن الاتفاق قائم على أنه لا يلزم ردّ الثمن إلى شخص المشتري في جواز الفسخ، خلافاً لما قاله صاحب المناهل[3] والحدائق على ما نقله المصنف ﷺ وخلافاً لما نقل عن النهاية حيث قالوا بعدم حصول الشرط إلّا بردّ الثمن إلى نفس المشتري، ومقتضاه صيرورة البيع لازماً إذا كان المشتري غايباً حيث لا يمكن ردّ الثمن إليه ليتحقق شرط خيار الفسخ.

ثمّ إن هنا قولاً ثالثاً أنه يفرض الثمن ويعيّن، ثمّ يفسخ ويصير الثمن مال المشتري، ومقتضاه كون تلفه عليه أيضاً. وعلى هذا فيجعل الثمن أمانة عند عدلٍ أو عند نفسه أو يوصله إلى وليّه من حاكم أو غيره.

---

١) جامع الشتات ١٤١/٢.

٢) الحدائق الناضرة ٣٥/١٩ ـ ٣٦.

٣) المناهل: ٣٣٤.

ولا يخفىٰ أن هذا القول نسب إلى المصنفﷺ من جهة قوله بجواز ردّ الثمن /٧١٥/ إلى عدول المؤمنين.

وفيه أن ذلك لعلّه من جهة القول بولاية العدول.

في أنه هل يكون قول بجواز الفسخ بمجرد تعيين الثمن؟

نعم؛ يكون دعوى المصنفﷺ أن قبول المشتري أو وليّه للثمن ليس بشرط، بل لو وجد البايع من هو منصوب لحفظ مال الغايب يصحّ له الفسخ، فيلوح منه أن اشتراط وجود المنصوب ليس لاشتراط الردّ إليه، بل للحفظ، بل يلوح من عبارة منه أن مجرد التمكن من الولي كافٍ حيث يقول: بل المعتبر تمكين المشتري أو وليّه منه إذا حصل الفسخ[1].

والحاصل أن المصنفﷺ لا يكتفي بمجرد إفراض الثمن، بل يعتبر وجود من هو منصوب لحفظ المال أو التمكين للمشتري أو وليّه من المال بعد الفسخ، إلّا أنه في آخر كلامه يقول: بل البايع إذا وجد من يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري يفسخ. وظاهره توقف تملك المشتري على أخذ الولي، وهو منافٍ لما تقدم.

في ما يكون مبنى لكلّ واحد من الأقوال

وعلى كلّ حال، القول الذي نسب إلى المصنفﷺ يقول المصنفﷺ: إن صاحب الحدائق نسبه إلى القوم، وأنهم يقولون بجواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند نفس البايع، ومنه يورِد المصنفﷺ على الحدائق بأن قول المشهور بعدم اشتراط حضور الخصم في فسخ ذي الخيار لا يدلّ على أنهم لا يعتبرون حضوره لتحقق الشرط، وهو ردّ الثمن إلى المشتري.

وعلى كلّ حال، فلنرجع إلى ترجيح حكم المسألة، فنقول: لا يخفىٰ عليك أولاً أنه لا فرق بين أن يشترط في العقد ثبوت الخيار للبايع بردّ الثمن في المدّة إلى المشتري وبين أن يشترط ثبوت الخيار بالردّ /٧١٦/ من دون أن يقيّد بالردّ إلى المشتري؛ لوضوح أن المراد هو ردّ الثمن

---

١) كتاب المكاسب ١٤٤/٥.

إلى المشتري، وإنما الإشكال في أن المشتري الذي لابدّ من أن يردّ الثمن إليه بمقتضى الشرط هل هو مأخوذ على نحو الموضوعية، نظير القطع الذي يؤخذ في الموضوع على نحو الصفتيّة، فيكون بمنزلة أن يصرّح في ضمن العقد بسقوط الخيار في صورة عدم التمكّن من ردّ الثمن إلى شخص المشتري من حيث إنه شخص المشتري، وعلى هذا لا يجوز الفسخ بردّ الثمن إلى الفقيه؛ لأن الولاية والوكالة إنما يكونان فيما لا يكون مباشرة الشخص بالخصوص مأخوذاً فيه، كما هو المذكور المحقَّق في محله من كتاب الوكالة.

أو أن شخص المشتري مأخوذ على نحو المرآتية بحيث يكون المقصود ردّ الثمن إليه بأيّ نحو كان.

ثمّ على هذا التقدير نقول: لو قلنا: إن الردّ يكون حاله كالقبض في الخلاف الذي يكون في أن القبض هل هو مجرد التخلية أو الإيصال أو أنه في غير المنقول يكون مجرد التخلية دون المنقول، كما تعرض له المصنف ﷺ في أواخر المكاسب[1]، فحينئذٍ نقول على القول بأن الردّ يحصل بمجرد التخلية: يكون للبايع أن يعيّن الثمن في شيء معيّن بقصد كونه من المشتري، ثمّ يفسخ العقد.

وبعد ذلك إما أن يجعل الثمن أمانة عند نفسه، أو يجعله عند عدل أو الحاكم ليردّه إلى المشتري إذا حضر.

وعلى القول بأن الردّ لا يحصل إلّا بإيصال الثمن إلى المالك، فحينئذٍ نقول: يكفي في تحقق الإيصال إلى المشتري إيصاله إلى وكيله المطلق أو وكيله في خصوص ذلك أو وليّه؛ لأن الإيصال إليهم إيصال إليه.

وعلى هذا لو قدّرنا على أن نثبت /٧١٧/ ولاية الفقيه هنا، فنقول بكفاية الردّ إليه في جواز الفسخ.

في أن الحق أن مجرد تعيين الثمن غير كافٍ في جواز الفسخ

فتلخّص أن القول بكفاية مجرّد تعيين الثمن في شيء بقصد كونه من المشتري في جواز

---

١) كتاب المكاسب ٦/٢٥٢.

الفسخ مبنيٌّ على إثبات أن الردّ إلى المشتري في العقد مأخوذ على نحو الطريقية وأن الردّ يحصل بمجرّد التخلية وأن القول بعدم كفاية الردّ إلى الفقيه في جواز الفسخ وأن العقد في هذا الفرض يصير لازماً، يكون له مبنيان:

الأول دعوى أن الردّ إلى المشتري في العقد مأخوذ على نحو الموضوعية.

الثاني: منع عموم ولاية الفقيه في المقام، وأن القول بكفاية الردّ إلى الفقيه في جواز الفسخ موقوف على إثبات أن الردّ إلى المشتري مأخوذ على نحو الطريقية، وعلى إثبات ولاية الفقيه في المقام.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: إن الظاهر من لفظ ردّ الثمن إلى المشتري الذي كان مأخوذاً في العقد يقتضي إيصال الثمن إليه و لا يكون في البين ما يصرفنا عن ذلك حتى نقول بكفاية مجرد تعيين الثمن في جواز الفسخ.

ثمّ إنه لو تجمّدنا على صرف مداليل الألفاظ، فلابدّ أن يقال بأنه لابدّ من أن يردّ الثمن إلى شخص المشتري إلّا أن العرف يفهمون منه مجرد إيصال الثمن إليه، ولذا يقنعون في الحكم بتحقق الشرط بإيصال الثمن إلى وكيله المطلق أو في خصوص قبض الثمن ويقنعون بإيصال الثمن إلى وارثه.

في إبطال جواز الفسخ بمجرد إفراض الثمن كما توهّم

وعلى هذا فكفاية الردّ إلى الحاكم من جهة الشك في ولايته في خصوص المقام حتى يصير الردّ إليه ردّاً إلى المشتري، وهنا نقول: /٧١٨/ إن المصنف﵀ لم يتصدّ هنا لإثبات ولاية الحاكم، بل جعل أصل ولايته مسلّماً، وإنما تكلم من جهة أن قبض الثمن من قبل المشتري الغائب مثلاً ليس مصلحة له، مع أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب على وجه المصلحة.

وأجاب عن ذلك بأن ثبوت الخيار للبايع ليس مشروطاً بالقبض، لا من المشتري ولا ممّن يقوم مقامه من الوليّ وغيره، بل للبايع أن يفسخ بمجرّد وجود من هو منصوب شرعاً لحفظ المال، وولاية الحاكم لحفظ مال الغائب مما لا إشكال فيه.

ونحن نقول: نسلّم أن قبول المشتري للثمن ليس شرطاً للخيار، بل يكفيه إحضار الثمن

عنده للردّ إليه، وأنه يُلقى الثمن عنده ويفسخ بمقتضى الشرط، لأنّه ليس شرط الخيار بأزيد من ذلك. وليس معنى ذلك أن يكون مجرد وجود وليّ الحفظ كافياً لأن وليّ الحفظ بعد صيرورة الثمن مال المشتري، وهنا صيرورة الثمن مال المشتري إما بإلقاء الثمن عنده لتحقق الردّ الذي اشترط في العقد، أو بأن يفسخ بعد هذا الرد.

وعلى كلّ حال يحتاج إلى تحقق عنوان الردّ.

وكون الحاكم مقام المشتري في كون الردّ إليه ردّاً إلى المشتري، محلّ الكلام.

ومجرّد كون الحاكم ولياً في حفظ مال الغائب غير نافع إلّا بأن لا نعتبر عنوان الردّ.

وقد عرفت أنا قلنا باعتبار الردّ في الفسخ.

ثم لا يخفىٰ أن ثبوت الولاية للحاكم هنا ليس مبنيّاً على ثبوت عموم النيابة للحاكم؛ لأن ثبوت مثل هذه الولاية للإمام من حيث ولايته غير معلوم. ولذا ناقش النراقي مع قوله بعموم النيابة /٧١٩/ في ثبوت الولاية للحاكم هنا، بل الأستاذ﴿ﷺ﴾ مع قوله بعموم النيابة لم يتمسك بذلك في إثبات الولاية في المقام، بل تمسّك بقاعدة الضرر، كما نقلنا كلّ ذلك في باب ولاية الحاكم.

في أن إشكال ولاية الحاكم من جهة الشك في ثبوتها للإمام

ونحن وإن أنكرنا عموم النيابة في محله إلّا أنه نقول هنا بثبوت الولاية للحاكم إذا ثبت أن هذه الولاية كانت للإمام﴿عليه السلام﴾ من حيث إنه دلّ لما ذكرنا في محله من أن النيابة فيما يتعلق بحقوق الناس ثابتة بقوله﴿عليه السلام﴾ «**أنظروا إلى أحاديثنا**..»[1] اه.

وعلى هذا فلابدّ لنا من التكلم في أن الولاية ثابتة للحاكم أم لا؟ فنقول -كما ذكرناه في باب ولاية الحاكم-: إنه نقل عن العوائد أنه استدلّ لإثبات الولاية للحاكم بقاعدة الضرر*؛

---

١) وسائل الشيعة ٢٧/١٤٠، باب وجوب الرجوع في القضاء والفتوى إلى رواة الحديث، ح ٩، وفيه: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا...».

*) ***قاعدة الضرر كما تأتي الإشارة إليه لا تثبت الولاية لخصوص الإمام حتى تثبت بعده للحاكم بعموم النيابة أو بقوله «أنظروا» ..اه وشبهه، بل ولا تثبت خصوص ولاية شخص أيضاً، بل إنما***

نظراً إلى أن توقف الفسخ على ردّ الثمن إلى خصوص المشتري مع غيبته ضرر على البايع حيث إنه يذهب حق خياره من البين.

ثمّ إنه أورد على هذا الوجه من وجوه:

الأول أنه أقدم على ضرر نفسه، فلا يرتفع بقاعدة الضرر.

ونحن نقول في توضيحه: إن من الواضح أنه لو باع الإنسان ماله الذي يسوّي بمأة بواحد مع العلم بحقيقة الحال، فهنا يكون البيع صحيحاً ولا خيار له وإن كان البيع ضررياً؛ لأنه أقدم على ضرر نفسه.

هذا في الإقدام على الضرر بالنسبة إلى الثمن، ومثله لو أقدم على الضرر بالنسبة إلى شرط، كما في ما نحن فيه؛ فإنه كان للبايع أن يجعل الخيار لنفسه بدون شرط ردّ الثمن أو معه ولكن لا بأن يشترط ردّ الثمن إلى خصوص المشتري، بل يعمّم ذلك /٧٢٠/ كأن يشترط الخيار بردّ الثمن إلى المشتري أو الحاكم أو عدل. فمع اقتداره على ذلك كلّه اشتراط ردّه إلى خصوص المشتري إقدام منه على الضرر، فليس هذا الضرر مرفوعاً.

في دعوى جواز التمسك بقاعدة الضرر لإثبات ولاية الحاكم

الثاني: أنه سلّمنا جريان قاعدة الضرر هنا إلّا أنه نقول: إن قاعدة الضرر لا توجب لأن يصير قبض الحاكم قبض المشتري، وإنما يوجب لأن يجعل الحاكم أمداً آخر للبيع حتى لا يصير البيع لازماً بانقضاء زمان الخيار.

الثالث: أنه سلّمنا ذلك كلّه إلّا أنه نقول: إن ضرر البايع معارض لضرر المشتري حيث إن فسخ البيع يكون فيه ضررٌ على المشتري، ونحن نقلنا عن الأستاذ‌ﷺ أنه أجاب عن المناقشات:

أما عن الأولى فمن وجوه:

تنفي ما يوجب الضرر من الحكم وجودياً أو عدمياً ولو أن رفع الضرر يحصل برفع واحد من الأحكام المتعددة، فلا تعيّن شيئاً منها بالخصوص. (منه قدّس سرّه).

الأول: أنه لم يكن البايع ملتفتاً إلى أن المشتري يصير غائباً في رأس الأجل، فلم يقدّم هو بنفسه على الضرر.

الثاني: أن إثبات الإقدام على الضرر هنا مستلزم للدور؛ لأن الإقدام على الضرر إنما يكون إذا قلنا بأنه ليس للفقيه هنا ولاية على الغائب، وإذا أردنا إثبات عدم الولاية للفقيه أيضاً بأن البايع أقدم على الضرر، فهذا يوجب الدور.

إن قلت: إن الدور يجيء في إثبات ولاية الحاكم من إثبات عدم الإقدام على الضرر.

قلت: هذا شبهة الدور، وإلّا لا دور حقيقةً.

وتوضيحه أنه لا إشكال في أن البايع لو كان حين البيع قاطعاً بأن المشتري حاضر عند رأس الأجل فلا يقال: إنه أقدم على ضرر نفسه من جهة اشتراط ردّ الثمن إلى المشتري في ثبوت الخيار له.

في أن الحق أنه يجوز الفسخ بعد ردّ الثمن إلى الحاكم في الجملة

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن حال الاستصحاب /٧٢١/ كحال القطع، حيث إن بناء تمام العقلاء بل الحيوانات على الاعتماد عليه. وهذا الاستصحاب يترتب عليه فوائد عظيمة في باب المعاملات.

الثاني: أن النراقي كان قائلاً بعموم النيابة للفقيه، فلا مانع من التمسك به لإثبات ولاية الفقيه في المقام إلّا أن يقال: إن ثبوت هذا المطلب للمنوب عنه وهو الإمام من حيث كونه وليّاً، غير معلوم.

وأما عن الثانية فبأنه ليس لمجيء الغائب أمدٌ يترقّب حتى يجعل الحاكم أجلاً إلى آخر تلك المدّة، وكأنه غفل عما يقولون في أول كتاب الطلاق من أنه ليس للحاكم أن يطلق زوجة الصغير لأن له أمداً يترقّب وهو يوم بلوغه، ولكن يكون له الطلاق عن المجنون لأنه ليس له أمد[1] يترقّب.

---

١) في الأصل المخطوط: أمداً.

وأما عن الثالثة فبأنه ليس الفسخ فيه ضرر على المشتري لأنه وإن يذهب المال من يده إلّا أنه لم يملك المال قبل الفسخ إلّا ملكاً متزلزلاً.

أقول: من الشواهد على أنه ليس من البايع إقدام على الضرر أن ثبوت أكثر الخيارات في البيع وغيره لقاعدة الضرر كما صرّح به في الروضة[1] في خيار ما يفسد ليومه مع أن الإشكال بالإقدام على الضرر جارٍ في كثير منها لو أغمضنا عن الاعتماد على الحالة السابقة.

وحلّ المطلب بأن عدم رفع الضرر مع الإقدام، لأن الرفع ليس فيه منّة على النوع مع الإقدام عليه. وهذا غير جارٍ في مثل المقام الذي لم يكن الغرض الإقدام على الضرر؛ لوضوح أن رفع الضرر في مثل المقام يكون فيه المنّة على النوع.

وعلى هذا، فعدم صحة الفسخ إلّا بإيصال الثمن إلى المشتري يكون ضرراً على البايع حيث يذهب حقّ خياره من البين، ورفع الضرر إما بسقوط اشتراط إيصال الثمن إلى المشتري في جواز الفسخ، سواء لم يكن إفراض الثمن أيضاً شرطاً أو يتوقف الفسخ على مجرد إفراض الثمن، وإما بكفاية* الإيصال إلى الحاكم /٧٢٢/ أو عدل.

---

١) الروضة البهية ٣/ ٤٦٠.

*) *وبالتأمل فيما ذكرناه يظهر أنه لو كان الشرط ردّ الثمن إلى شخص المشتري أيضاً يجوز التمسك بقاعدة الضرر، بل وبمثل «لا يبطل حقوق المسلمين بينهم» أيضاً. وذلك لأن الميزان في جريان قاعدة الضرر أن يكون في البين حق أو مال أو عرض، فضلاً عن النفس ويذهب ذلك من البين. وحينئذٍ لو توقف عدم رفعه على ثبوت حكم آخر غير ضرري أو رفع حكم آخر، فلابدّ أن نلتزم بثبوت ذلك الحكم أو رفع ذلك الحكم حتى لا يرد الضرر بمقتضى إطلاق «لا ضرر». فكلّ حكم وجودي أو عدمي، وضعي أو تكليفي، ابتدائي أو إمضائي يوجب الضرر لابدّ أن يرتفع. وحديث «لا ضرر» مقدم على سائر الأدلة فضلاً على الأصول العدمية.*

وعلى هذا نقول في صورة كان الشرط ردّ الثمن إلى شخص المشتري: يكون أصل الحق وهو ثبوت الخيار بردّ الثمن إلى المشتري ثابتاً له وإنما تعذر الوصول إليه لغيبة المشتري، ويتوقف الوصول إليه إلى رفع حكم من الأحكام التي سبق الإشارة إليها.

نعم؛ لو كان شرط الخيار في صورة كان المشتري حاضراً وردّ الثمن إليه، فهنا لو كان المشتري غائباً فليس للبايع حق يذهب من البين لتجري قاعدة الضرر إلّا أن يقال: مرجع اشتراط الردّ إلى شخص المشتري أيضاً إلى ذلك، وفيه تأمل. (منه قدس سره).

والمتيقّن الذي يكون الاحتياط فيه بعد جريان قاعدة الضرر هو توقّف الفسخ على التسليم إلى الحاكم إن كان متمكّناً من إيصال الثمن إليه، وإلّا قال عدل، بل مع عدم التمكن منه أيضاً يسقط اشتراط الإيصال*.

---

*) *ويجوز التمسك لعدم ذهاب خيار البايع من البين بعد قاعدة الضرر ما تعرّضنا له في آخر مسألة البراءة مما ورد في كتاب الحجة في الخبر الحسن أن « حقوق المسلمين لا يبطل بينهم »، وعن كتاب الوصايا، معلّلاً حكمه بقوله: «لأنه لا يصلح ذهاب حق أمرء مسلم»* [الكافي ٣٩٩/٧، باب شهادت أهل الملل، ح ٧] *بعد صدق الحق على حق الخيار كما أوضحنا سابقاً عند التعرض لأن خيار المجلس يسقط بالإسقاط.*

ومن الواضح أنه يصدق البطلان لو قلنا بعدم جوازٍ مع غيبة المشتري بعد ما تقدم أن الردّ إلى المشتري أُخِذَ على نحو المرآتية.

إن قلت: ملخص ما ذكرت أنه ربما تكون دائرة ثبوت أصل الحق ضيّقةً في صورة حضور المشتري مثلاً، فيكون نظير الواجب المشروط في أنه لم يحدث الخيار لعدم تحقق شرطه، ولا يصدق أنه كان وذهب حتى يصير مجرىٰ قاعدة الضرر وقاعدة عدم بطلان حق المسلم.

وربما لا يكون ضيق في دائرة أصل الحق كما لو جعل الخيار مطلقاً واشترط أن يكون فسخه بردّ الثمن أو جعل له الخيار في رأس المدّة، لكن بشرط يكون ذلك الشرط من فعل البايع فقط، واعتبار الردّ إلى المشتري لتخيّل أنه لا يوجد مانع من قبل المشتري. فأصل الحق (٧٢٣ ح) *ثابت، ويكون المانع من الوصول إليه نظير أن يكون لشخص دين على آخر من منفعة أو غيرها ولا يمكن الأخذ منه لغيبته أو امتناع* (٧٢٤ ح) *أو غير ذلك، ولكن يمكن الأخذ من ماله.*

إن قلت: هذه تتمّ في المقام لو جعل الخيار مطلقاً وشرط أن يكون فسخه بردّ الثمن، وأما لو جعل الخيار بعد ردّ الثمن، فهنا لا يتحقق أصل الخيار، فلا يلزم ذهاب حق البايع، بل لم يحدث له حق.

قلت: لو جعل الخيار له بعد ردّ الثمن إلّا أن نظرهما إلى أن الشرط للخيار ليس إلّا ما هو من الفعل الإختياري للبايع وهو ردّ الثمن واعتبار كون الردّ إلى المشتري من جهة يخيّل أنه لا يوجد مانع من قبله، فهنا إما نقول: إن الشرط مجرّد إحضار الثمن للمشتري، أو نقول: لما لم يلحظوا في تحقق الخيار إلّا ما هو من فعل البايع من ردّ الثمن والمفروض أنه موجود، فلا يمنع ذلك من شمول أدلة الضرر وأدلة عدم بطلان حق المسلم.

إن قلت: أما دعوىٰ كفاية مجرد إحضار الثمن يرجع إلى دعوى المصنف من أن عنوان الإيصال أيضاً غير لازم وأنه يكفي إحضار الثمن ووجود حافظ له، وعلى تماميته لا يحتاج إلى التمسك بقاعدة الضرر وقاعدة عدم بطلان حق المسلم.

وأما التمسك بهاتين القاعدتين ففي صورة كان الخيار ثابتاً قبل الردّ بجريان، وإلّا لو فرض

[تنبيه]

في أنه لو صرّح باشتراط الردّ إلى شخص المشتري لا يفسد الشرط

ثمّ إنه ينبغي التنبيه هنا على أمور:

منها أنه تقدم من أنه لو صرّح في ضمن العقد بثبوت الخيار للبايع بشرط ردّ الثمن في المدّة إلى خصوص المشتري بعينه يقوم مقامه، فهنا يلزم العقد مع عدم التمكن من ردّ الثمن إلى المشتري في المدّة لغيبته أو غيره، إلّا أن هنا إشكالاً في صحة هذا الشرط والعقد؛ لأن

أن العرف يقول بجريانهما فنقول: إن ذلك من الخطأ في التطبيق والعرف غير متّبع فيه.

قلت: أما الدعوى الأولى فلا مانع فيه؛ لأن المفروض أنا استفدنا أن المشتري أخذ في العقد على نحو المرآتية مع أنه كان مخالفاً للجمود على لفظ المشتري، وهذه الاستفادة من جهة إحراز الغرض المستفاد من المقام.

وعلى هذا نقول: يستفاد من نفس هذا الغرض أن الشرط للخيار ليس إلّا ما هو من الفعل الإختياري للبايع، وهو إحضار الثمن للمشتري (٧٢٥ ح). وأما الدعوى الثانية أيضاً فتشهد أن فهم العرف ليس من الخطأ في التطبيق؛ لأنه بعد فهم حقيقة المطلب أيضاً لم يرجع العرف لأنه في صورة فرضنا أن الخيار لم يكن محققاً قبل ردّ (٧٢٦ ح) الثمن كما هو مورد الإشكال، نقول: مفروض الكلام أنه لم يكن مانع من فعلية هذا الحق بحسب ما جعلاه إلّا اتفاق تعذّر

بعض ماله و حل في فعليته من غير جهة صاحب الحق فيكون ذلك نظير المنافع التابعة للعين التي قلنا بأن ما دلّ على الضمان يشملها مع أنها لم توجد حتى تدخل تحت اليد أو سائر أدلة الضمان إلّا أن كونها في معرض الوجود وقوّة قريبة منه كافٍ في شمول الأدلة لها؛ فراجع.

ومن هنا لا فرق في نظر العرف في جريان القاعدتين بين أن يكون نفس الخيار مشروطاً بردّ الثمن، كما هو محل الكلام، أو كان الخيار مطلقاً وكان فسخه مشروطاً بردّ الثمن.

فتلخص أنه لو كان الشرط حضور المشتري وإعطاء الثمن إليه، فلا نقول بكفاية الردّ إلى الحاكم سواء قلنا إن صورة أخذ المشتري على نحو الموضوعية مرجعه إلى ذلك أم لا كصورة قيد الردّ إلى شخصه. ثم في صورة كان الشرط مجرد ردّ الثمن إلى المشتري وكان المشتري مأخوذاً على وجه المرآتية، فحينئذٍ لو كان الخيار مطلقاً وكان الشرط في أن يكون فسخه بردّ الثمن لا إشكال في جريان القاعدتين.

وأما لو كان نفس الخيار مشروطاً بردّ الثمن، فقد يتوهّم عدم جريان قاعدة الضرر وقاعدة عدم بطلان حق المسلم؛ لأن الحق بعدُ لم يوجد.

وتقدّم الجواب عن ذلك من وجهين في آخر ما ذكرناه. (منه قدس سره).

هذا الشرط غرريّ حيث لا يعلم أنه قادر في المدّة على ردّ الثمن إلى شخص المشتري أم لا؛ لاحتمال صيرورته غائباً أو مجنوناً أو يموت في المدة، مع أنهم يقولون إن الغرر في الشرط يوجب بطلانه كما ذكره المصنفﷺ في شروط صحة الشرط بعد الخيارات، بل يجيء في البين احتمال بطلان نفس البيع أيضاً إما لما يقوله المصنفﷺ في باب الشروط من أن الغرر في الشرط يوجب الغرر في البيع؛ لأن للشرط قسط من الثمن، وإما لدعوىٰ أن الشرط الفاسد يكون مفسداً.

في أن كون الغرر في الشرط غير مضرٍّ

هذا؛ ونحن نقول بعد غمض العين مما تقدم في أول مسألة خيار الشرط من أن الغرر في الشرط لا يوجب فساد الشرط في غير صورة يصير الشرط سفهياً، فلا يشمله العمومات وأن الغرر في الشرط لا يوجب لأن يصير نفس البيع غررياً وأن الشرط الفاسد ليس مفسداً على التحقيق، فعلى هذا ليس لزوم الغرر منشأ للإشكال على ما هو مختارنا في الموارد المشار إليها.

وأما على مذاق من يقول بعدم صحة ما ذكرناه، فنجيب عن الإشكال أولاً بأن الاستصحاب الذي يكون البناء عليه في مثل المقام رافع لصدق الغرر عرفاً. وقد تقدم أن الأستاذﷺ تمسك به لإثبات عدم الإقدام /٧٢٣/ على الضرر في المقام، والمصنفﷺ في مسألة اشتراط القدرة على التسليم يقول بصحة البيع إذا احتمل طروّ العجز عن القدرة على التسليم بعد سبق القدرة، بل الجهل بصفات المبيع غرر، كما قال به هناك، مع أنه عند الشك في كون المبيع صحيحاً أم معيباً يبنون على صحة البيع اتّكالاً على أصالة السلامة. والمدرك ما ذكرناه من عدم صدق الغرر في هذه الصور.

وثانياً نقول: إن مجرد خروج الشرط عن قدرة المتبايعين لو كان موجباً لفساد الشرط فذلك يقتضي أن يكون اشتراط الخيار للأجنبي وكذا مؤامرته فاسداً مع أن صحته يكون كالمسلّم عندهم.

نعم؛ في ملحقات الجواهر[١] في باب الشروط إشكال في صحته من جهة أن فيه التعليق، كما تقدم الكلام فيه.

هذا؛ مع أنه ليس في هذه الصورة أصل يعتمد عليه لرفع الغرر، كما كان هذا الأصل في مقامنا كما تقدم.

في أن الغرر الذي ينشأ من تزلزل البيع لا يوجب الفساد

نعم؛ على قول من يعتبر مراعاة ذلك الأجنبي لمصلحة المشروط له يرفع الغرر في الجملة، بل المستفاد من الأخبار وأقوال العلماء أن الخطر الذي ينشأ من تزلزل العقد بأي وجه كان ليس غرراً موجباً للبطلان، وإلّا يكون جعل أصل الخيار في العقد مطلقاً موجباً ليصير البيع غررياً.

ولعلّ ذلك من جهة أن المستفاد من قوله عليه السلام: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر[٢]» هو النهي عن بيع شيء كان الغرر* في ذلك الشيء الذي يكون متعلقاً للبيع.

والسرّ في ذلك أن لفظ الغرر في الخبر ليس صفة للبيع، بل يكون مضافاً إليه للفظ «بيع»**.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠٣.

٢) الوسائل ١٧/٤٤٨، باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، رقم ٣.

*) *إن قلت: دعوى أن النهي عن خصوص بيع الغرر نسلّمه، وأما بناء على أن النهي عن مطلق الغرر أو أنه يدلّ على الفساد كما هو مفروض الكلام، نقول: نسلّم أن الغرر المضرّ ما كان في متعلق البيع والشرط في ما نشاء من جعل أمر كالخيار مما يوجب خروج العقد عن القدرة ولا ما نشاء من احتمالات حالات المتبايعين، لكن المقام من الأول لأنه أخذ ما هو من حالات المتبايعين في الشرط فصار الشرط غير مقدور التسليم (٧٢٤ ح)، فبعد تسليم أن الغرر يحصل بخصوص الجهل بصفات متعلق البيع أو الشرط أو الجهل بمقداره أو العجز عن تسليمه نقول: إن العجز عن التسليم موجود في المقام.*

قلت: ذكرنا في الحاشية أن صاحب الجواهر يخصّص الغرر بالجهل بالصفات أو المقدار دون العجز عن التسليم. (منه قدس سره).

**) *حيث إن لفظ «بيع» بدون اللام والغرر مع اللام، فلا يجوز كونه صفة له. وفي الجواهر [٢٣/٢٠٣] في مسألة «أن المبيع لابدّ أن يكون مقدور التسليم» أن النهي عن بيع الغرر هو الغرر*

نعم؛ أطلق الغرر على ما فيه الغرر من الثمن والمثمن مبالغةً، وذلك يقتضي أن لا يكون /٧٢٤/ الغرر القليل فيها موجباً للفساد، بل لابدّ أن يكون كثيراً ليناسب إطلاق الغرر على ما فيه الغرر مبالغةً.

وأما ما تقدم في أول المسألة من ورود النهي عن مطلق الغرر فتقدم أن خبريته غير ثابتة مع أنه ذكرنا في أواخر مسألة النهي في العبادات أنه لو كان لنا مثل هذا الخبر أيضاً فلا يدلّ إلّا على حرمته على عمل فيه خطر عظيم، ولا دخل له بالدلالة على فساد المعاملات الغررية بعد أن النهي لم يتعلق بعنوان المعاملة، بل دلالة نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر أيضاً على فساد البيع الغرري كان محل الإشكال، لكن رفعنا الإشكال عنه هناك.

إن قلت: إن العلماء تمسّكوا بهذا الخبر للفساد.

قلت: بعُد لم تحرز اتكال المشهور في قولهم بفساد المعاملات الغررية على خبر النهي عن مطلق الغرر.

وعلى التسليم، نحن ذكرنا كراراً أن فهم المشهور ليس جابراً للدلالة ما لم يكشف عن قرينة بطريق القطع كما أوضحنا وجهه في محله.

هنا كلام متعلق بتزاحم حاكم مع حاكم آخر

ومنها ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لو اشترىٰ أحد الوليين للطفل كالأب شيئاً للطفل وجعل الخيار للبايع إلى مدّة بشرط ردّ الثمن إليه، فهل يكون للبايع أن يفسخ العقد بردّ الثمن إلى وليّه

الحاصل من أحد العوضين بناءً على أن الإضافة فيه من المصدر إلى المفعول، وهو مطابق لما ذكرناه.

نعم؛ لابدّ من اعتبار شدّة الحظر كما ذكرناه في المتن بلحاظ اطلاق نفس الغرر عليه، ولم ينه عن بيع ما فيه الغرر.

ثمّ إن الغرر في العوضين يحصل بكلّ من الجهل بصفات المعوضين أو مقدارهما ومن عدم القدرة على تسليم كلّ منهما إلّا أن في الجواهر يدّعي أن المنساق منه هو الأول، لا ما يعمّ الحظر الشامل لتسلّمهما وعدمه؛ ضرورة حصول هذا الحظر في كلّ مبيع غائب سيّما ما في البحر. وكذلك في بيع الثمار والزرع ونحوهما. (منه قدس سره).

الآخر كالجدّ مطلقاً أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب؟

وهنا نقول: بناءً على ما رجّحناه من أن الردّ إلى المشتري ليس مأخوذاً على نحو الموضوعية لا إشكال في جواز /٧٢٥/ ردّ الثمن إلى الجدّ ولو مع التمكن من ردّه إلى الأب*.

ومنها أنه لو اشترىٰ فقيه عن الطفل وجعل الخيار للبايع بشرط أن يردّ الثمن إليه في مدّة معيّنة، فهل يكون للبايع أن يفسخ بردّ الثمن في المدّة المذكورة إلى فقيه آخر أم لا؟

وهنا نقول: إن حال هذا الفرع يكون بمثل سابقه، إلّا أنه هنا يكون في البين خصوصية، وهو كما ذكره المصنف‌ﷺ أنه يلزم من جواز ردّ الثمن إلى حاكم آخر مزاحمة حاكم لحاكم آخر، وهو غير جائز.

ونحن نقول على ما رجّحناه في محله من أنه لا مانع من مزاحمة حاكم لحاكم آخر، فيكون حال هذه المسألة كسابقها بعينها.

وأما على مسلك المصنف‌ﷺ من أنه لا يجوز المزاحمة، فعلى ما تقدم منه من أن عنوان الردّ والقبض ليس شرطاً في جواز الفسخ، فأصل الفسخ لا مانع فيه بعد وجود من يتملك الثمن في البين، وإنما الإشكال في جواز دفع الثمن إلى الحاكم الثاني من أنه ملك جديد للصغير، فلا تتحقق المزاحمة، ومن أنه يعدّ عرفاً أنه مزاحمة، وهو الأظهر.

وفي كلامه‌ﷺ وأصل عبارته جهات من الإشكال؛ فراجع وتأمّل.

وليس لنا التعرض لها بعد وضوح حال المسألة [على] مسلكنا كما أن للأستاد‌ﷺ هنا كلاماً مخدوشاً من جهاتٍ تعرّضنا له في مسألة ولاية الحاكم.

قوله: الأمر السابع.. إلى قوله: إلّا بردّ الجميع[1] .. اه.

---

*) ***ولا حاجة هنا إلى التمسك بقاعدة الضرر لأن ولاية كلّ من الأب والجدّ ثابتة على الصغير، بل وكذلك الحاكم.***

نعم؛ في الدفع إلى حاكم آخر لو قلنا بحرمة المزاحمة على خلاف التحقيق فيجوز التمسك بقاعدة الضرر لرفع حرمة المزاحمة أو حكم آخر حتى رفع الضرر بتقريبٍ تقدم لدلالة قوله « لا ضرر » على أشباه ذلك. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٤٤/٥.

أقول: وذلك لأن الخيار كان مشروطاً بردّ الثمن وجزء الثمن يصحّ سلب كونه ثمناً عنه.

وما يقولون في كتاب المكاتبة من أنه كلّ مقدار يؤدي من مال الكتابة يعتق مقدار من العبد المكاتب في صورة أطلق الكتابة ولم يشترط بردّه في الرِّقّية لو لم يؤدّ الجميع لابدّ أن تكون هذه الخصوصية في معنى الكتابة بقرينة الأخبار، وإلّا فمقتضى القاعدة في كون شيء معلّقاً على شيء، عدم حصوله إلّا بحصول نفس /٧٢٦/ ذلك الشيء، لا جزئه.

في أن ردّ جزء الثمن لا يكفي وما يتعلق بهذه المسألة

قوله: وليس للمشتري التصرف[1] .. اه.

أقول: لأن جزء الثمن باقٍ على ملك البايع؛ لأن ملك المشتري للثمن بالفسخ، والفسخ إنما يتحقق إما بنفس ردّ الثمن أو بعد ردّ الثمن بقوله «فَسَخْتُ». ففي صورة لم يردّ تمام الثمن لم يفسخ العقد، فعدم جواز التصرف في الجزء للمشتري من جهة أنه مال الغير أعني البايع.

قوله: والظاهر أنه ضامن لو تلف إذا دفعه على وجه الثمنية[2] .. اه.

أقول: إنّه بعدَ أن جزء الثمن لا يصير ملكاً للمشتري ومع ذلك دفعه البايع إليه فليس هذا إلّا أمانة فيرفع الضمان مع التلف.

قلت: هذا من قبيل المقبوض بالسوم. وتوضيح ذلك أن قاعدة «على اليد» يقتضي الضمان مطلقاً بمجرد اليد على مال الغير، والرافع للضمان من اقدام المالك على المجّانية ليس في المقام، بل وليس إقدام من المالك على عدم الضمان، وعنوان الأمانة لا يتحقق في صورة كان الدفع إليه على وجه الثمنية وإن لم يصر ثمناً واقعاً كما في المقبوض بالسوم[3]؛ لأن عنوان الأمانة مغاير للدفع بالدواعي الخارجية*.

---

١) كتاب المكاسب ١٤٥/٥.

٢) نفس المصدر السابق.

٣) وهو أن يقبضه يشتريه.

*) *في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد وغيره ذكرنا أن مقتضى قوله تعالى (إنما السبيل..)* [التوبة: ٩٣] *الآية رفع الضمان عن تصرف كان بالحق ولو واقعاً الّا أن يقال إن الدفع اذا لم يكن من اذن*

قوله: وللمشتري خيار التبعيض.. اه.

أقول: بعد أن الدليل على الخيار مع تبعض الصفقة هو قاعدة «لا ضرر» وبعد أن قاعدة لا ضرر غير جارٍ في صورة أقدم الشخص على ورود الضرر على نفسه، نقول: إن إقدام المشتري على جعل خيار للبايع في كلّ جزء من العقد بعد فرض صحته في نفسه كما هو المفروض، إقدام منه على صيرورة العقد متبعّضاً. ومن هنا يقول المصنّف في باب الفضولي في صورة باع شخص مال نفسه مع مال غيره: إن ثبوت الخيار للمشتري مع عدم /٧٢٧/ إجازة ذلك الغير يختص بصورة كان المشتري جاهلاً بأن جزءً من المبيع يكون مال الغير.

في اشتراط الخيار بردّ المثمن وأنه كالثمن

قوله: الأمر الثامن إلى قوله: اشتراط الفسخ بردّالمثمن[1].. اه.

أقول: صحة اشتراط الخيار بردّ المثمن إنك عرفت سابقاً في جعل الخيار مشروطاً بردّ الثمن أن الأخبار الخاصة وإن كانت في الثمن إلّا أن مفادها قد عرفت أنه خارج عما هو ظاهر عنوان القوم من اشتراط الفسخ بردّ الثمن، سواء كان الفسخ بردّ الثمن أو بعده، بل الدليل على صحة ذلك هو عموم «**المؤمنون**» ..اه، وشموله لاشتراط الخيار بأقسامه هو هذا العموم ولو بإعانة الأخبار الواردة في مقام التمسك به.

وعرفت سابقاً أن اشتراط الخيار بأقسامه ليس من الشرط المخالف للكتاب. والدليل على ذلك إما نفس هذا العموم أو الأخبار الخاصة، كما أن سائر الإشكالات على ذلك من كون الشرط معلّقاً أو مجهولاً أو غررياً عُلم الجواب عنها في ضمن الكلمات السابقة. وبعد دفع تمام الإشكالات نقول: إن العموم لا يفرّق بين أن يكون الخيار مشروطاً بردّ المثمن أو الثمن.

قوله: لايصرف الإطلاق إلى العين[2].. اه.

المالك بعنوان ماله وما من الشرع فهو بغير حق؛ فتأمل. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٤٥/٥.

٢) نفس المصدر السابق.

أقول: بالنسبة إلى الثمن لمّا كان المتعارف في البيع المشروط خياره بردّ الثمن لما كان الغرض في الغالب متعلقاً بالتصرف في العين وردّ بدله، فلذا ناقشنا في كثير من الموارد في انصراف الإطلاق إلى العين وهذه المناقشة غير واردة في انصراف إطلاق ردّ المثمن إلى العين.

قوله: وفي جواز اشتراط [ردّ] بدله ولو مع التمكن من العين إشكال[1] .. اه.

أقول: نحن أجبنا عن هذا الإشكال في الخيار المشروط /٧٢٨/ بردّ الثمن؛ فراجع، فإن ذلك الجواب يجري هنا أيضاً.

في جريان خيار الشروط في غير البيع من العقود وغيرها

ثمّ لو أغمضنا عما تقدم وكان الغرض اشتراط شيء فيما هو مقتضى الفسخ، فحينئذٍ نقول: إن مقتضى الفسخ ليس قابلاً لنحوين حتى يشترط أحدهما، وذلك لأن الفسخ ليس إلّا حل العقد، ودخول كلّ من العينين في ملك الآخر على فرض بقائهما من نتايج حلّ العقد، وليس في الفسخ قابلية لتعيين ذلك حتى يعيّن ذلك بالشرط كما لو تلف العين قبل الفسخ، فتعين القيمة أو المثل يكون بمقتضى ما دلّ على ضمان مال الغير عند التلف بعد حلّ العقد. فلا يناسب أن يعيّن القيمة أو المثل بالشرط؛ لأنه ليس للشرط أن يتصرف في الحكم المجعول لتلف مال الغير أو إتلافه.

وما ذكره المصنف﵀ من أن اشتراط القيمة في المثلي بمنزلة اشتراط إبقاء ما في الذمة بغير جنسه لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة في غير محله، ولعلّ أمره بالتأمل لذلك.

نعم؛ هذا واضح من أنه ليس من اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد؛ لوضوح أن الرجوع بالعين أو البدل من اقتضاء الفسخ، لا العقد.

---

١) كتاب المكاسب ١٤٦/٥.

في الاشارة إلى كلماتهم في جريان خيار الشرط في غير البيع

قوله: مسألة: لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع[١] .. اه.

أقول: ظاهر صدر كلام المصنف رحمه الله أنه لا خلاف في جريان خيار الشرط في كلّ معاوضة لازمة مع أنه ينقل عن التذكرة[٢]: الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كلّ عقد معاوضةً خلافاً للجمهور.

ثمّ يقول: إن مراده ما يكون لازماً لتصريحه بعدم دخوله في كثير من الجائزة.

ونحن نقول: على هذا يظهر من كلام التذكرة وجود الخلاف في جريان خيار /٧٢٩/ الشرط في المعاوضات اللازمة إلّا أن يقال: إن مراده من الجمهور العامة؛ لكنّه ينافيه قوله «الأقرب»، وقوله «عندي»، لا عندنا.

ثمّ إن المصنف رحمه الله[٣] يقول بأن الظاهر المصرّح به في كلمات جماعة جريانه في غير المعاوضات أيضاً من العقود اللازمة ولو من طرف واحد، بل يظهر من إطلاقهم لا سيّما ما ورد في كلام جماعة من دخول خيار الشرط في كلّ عقد سوى النكاح أنه يجري في العقود الجائزة أيضاً إلّا أن يدّعى أنه لا معنى لجريان الخيار فيها.

وعلى كلّ حال يدّعى عدم جريانه في العقود الجائزة والإيقاعات والعقود اللازمة التي يشترط فيها قصد القربة كالوقف، وبعض العقود اللازمة التي لم يشترط قصد القربة في صحتها.

وتوضيح تحقيق المقام يتوقف على أن نتعرض أولاً لبيان أن الدليل على صحة الشرط مفاده أي شيء، وأنه يدلّ على جريانه في الكلّ أو البعض.

ثمّ إنه في المقدار الذي أثبتنا دلالة الدليل لابدّ من أن نتكلم من جهة وجود المانع في خصوص المورد لكون العقد جائزاً أو اعتبر فيه القربة أو غير ذلك، وبيان مانعيتها وعدم مانعيتها، ومن جهة عدم اختلال شرايط الشرط الصحيح في خصوص المورد، ومن جهة

---

١) كتاب المكاسب ١٤٧/٥.

٢) تذكرة الفقهاء ٦٣/١١.

٣) كتاب المكاسب ١٤٧/٥.

ورود مخصّص لدليل صحة الشرط في خصوص المورد. / ٧٣٠ /

أما المقام الأول فنقول: **قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم**[1] » إن الشرط وإن كان له إطلاقات* إلّا أن معناه[2] اللغوي المراد في المقام الإلزام والالتزام.

ثمّ إن المراد الإلزام والالتزام التابعين الربطيين الغير المستقلّين، كما لو كان في ضمن عقد أو نحوه بحكم التبادر، كما تقدم توضيحه قبل الخيارات في مسألة أصالة اللزوم في العقود.

وتعرّضنا هناك لما ذكره المصنف رحمه الله في ذلك هناك وعند التعرض لشرايط الشرط الصحيح، فلا يشمل الشروط الابتدائية.

ثمّ إن القضية الجزئية لابدّ أن تحمل على الإنشاء، وأن المراد وجوب الوفاء بالشروط لئلا يلزم الكذب، وللأخبار كما تقدم في مسقطات خيار الشرط.

ثمّ إنا أجبنا عن الإشكال بهذا النبويّ بورود التخصيص الأكثر عليه في المقامين المشار إليهما.

في بيان حدّ شمول أدلة صحة الشروط

ثمّ إنه يكون في البين إشكال على شمول النبوي لاشتراط الخيار ونحوه مما ليس من قبيل الفعل والترك. وهو ما أشار إليه المصنف رحمه الله عند التعرض لحكم الشرط الصحيح في باب الشروط من أن الشرط إذا كان بمعنى الإلزام والالتزام فهما لا يتعلقان إلّا بالفعل أو الترك الإختياريين مع أن الخيار بمعنى السلطنة، فيكون من قبيل الصفات.

وأجبنا عن هذا الاشكال في خيار المجلس بأن المراد هو الإلزام والالتزام بمقتضى الخيار، ومقتضاه من الأفعال والترك، ويشهد على ذلك مع غمض العين عن شمول الإطلاق الأخبار التي تمسك فيها بهذا النبويّ كصحيحة مالك بن عطية[3] التي أشار إليها المصنف رحمه الله

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب الثيب ولي نفسها، ح ٤.

*) ***تعرضنا لها في مسألة مفهوم الشرط و غيره. (منه قدس سره).***

٢) في الأصل المخطوط: المعناه.

٣) الكافي ١٨٨/٦، باب المكاتب، ح ١٣.

هناك، وكالصحيحين اللذين نقلتهما عن الجواهر[١] في باب الشروط. /٧٣١/

ثمّ إن المصنف﵀[٢] يذكر في المقام إشكالين[٣] للتمسك بالنبويّ لصحة شرط الخيار في الإيقاعات:

أحدهما متعلق بمقامنا من عدم شمول النبوي لاشتراط الخيار في الإيقاعات، وهو أن المفهوم من الشرط ما كان بين إثنين كما ينبّه عليه جملة من الأخبار، والإيقاع إنما يقوم بواحد.

وناقش على ذلك بأن المفهوم من الشرط أن يكون بين اثنين المشروط له والمشروط عليه لا كونه متوقفاً على الإيجاب والقبول. ألا ترىٰ أنهم جوّزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمة مدة تمسّكاً بعموم «**المؤمنون عند شروطهم**»؛ غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض.

في حدّ شمول الدليل وما يكون دليلاً

أقول: لا يخفىٰ عليك أنه لو اعتبرنا القبول في لزوم الوفاء بالشرط فمن هذه الجهة يدخل في عنوان العقود كما يصرّحون بمثل ذلك في كتاب الخلع. وهذا غير أن يكون الشرط صحيحاً في نفس الإيقاع الذي يكون من طرف واحد بمجرّده.

وإذا عرفت هذا، فنقول: لا يخفىٰ عليك أولاً أنهم يتمسّكون لصحة الشرط في العتق كما في الجواهر بالأخبار الخاصة وبإطلاق أدلّة العتق وبقوله «**المؤمنون عند شروطهم**».

أما الأول فلا يثبت به القاعدة الكلّيّة في الإيقاعات.

وأما الثاني ففيه أنه ليس في أدلة العتق وسائر الإيقاعات ما يكون في مقام بيان هذه الجهة بوجه حتى يتمسّك بإطلاقه لإثبات صحة الشروط الواقعة في ضمنها* إلّا أن يكون المراد من

---

١) جواهر الكلام ١٩٩/٢٣.

٢) كتاب المكاسب ١٤٩/٥.

٣) في الأصل المخطوط: اشكالان.

*) ***نعم؛ ما ورد لبيان الثواب على العتق إذا كان في مقام أصل مشروعية العتق كما هو كذلك في كثير***

دليل صحة العتق عموم قوله تعالى ﴿أوفوا / ٧٣٢ / بالعقود﴾[١]؛ نظراً إلى أن العقد المقيّد بالشرط عقد خاص يشمله العموم، فيدلّ على وجوب الوفاء بقيده أيضاً كما أشار إليه المصنف[٢] عند التعرض لحكم الشرع الصحيح، لكن هذا الوجه لا يأتي في خصوص شرط الخيار في العقد أو الإيقاع؛ لأن شرط الخيار ينافي وجوب الوفاء بالعقد، فلا معنى لتعلق وجوب الوفاء بهذا المقيّد كما أوضحنا ذلك قبل مسألة الخيارات في أصالة اللزوم في ردّ العلامة[٣] والمسالك[٤] حيث تمسّكا بالآية لصحة العقود الجائزة أيضاً.

إن قلت: نفس الشرط عهد، فيشمله العموم كما قلت به في الإيقاعات، وإلّا فشموله للعقد المقيّد لا يفيد وجوب الوفاء بقيده، وهو الشرط* والالتزام.

من المستحبات، لا أن يكون في مقام بيان مجرد الثواب بعد تسلّم أصل المشروعية، فلا مانع من التمسك بإطلاقه؛ لكنّه لو أحرز صغراه لا يزيد اقتضاؤه عن اقتضاء ﴿أوفوا﴾ .. الآية.

ولا مانع من رفع الإشكال عن التمسك بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لصحة شرط الخيار، وكذلك لا مانع من رفع التعارض بين الآية والنبويّ بما نذكره في التمسك بالنبويّ من أن وجوب الوفاء لا يقبل إلّا أن يتعلق بالمشروط عليه إذا التزم بالشرط. وكذلك لا يتعلق بمن له الخيار، بل يتعلق بغير ذي الخيار إذا قبل الخيار لذي الخيار؛ فتدبّر جيّداً.

وفيه أنه على هذا وإن لم يكن مانع من التمسك بـ﴿أوفوا بالعقود﴾ للزوم الوفاء بمقتضى الخيار على غير ذي الخيار نظير التمسك بقوله «المسلمون عند شروطهم» على ذلك، لكن هذا لا يرفع التنافي بين ذلك وبين اقتضاء ﴿أوفوا بالعقود﴾ لوجوب الوفاء بنفس العقد على كلّ منهما كما لا يخفى (منه قدس سره).

١) المائدة: ١.

٢) كتاب المكاسب ١٤٩/٥.

٣) تحرير الأحكام ٧٩/٢.

٤) راجع: المسالك ٢٩٢/١٠.

*) *وذلك لأن كون الشرط قيداً ليس معناه أن العقد معلّق عليه و إلا يصير العقد باطلاً، بل الشرط التزام آخر في ضمن العقد، فلا يتمّ كلام المصنف هناك من أن شمول الآية للعقد المقيّد يقتضي وجوب الوفاء بالشرط.*

قلت: أوّلاً: لو شمل وجوب الوفاء لكلّ من العقد و خيار الشرط فقد يوجب التناقض. وثانياً: ما نذكره في شمول النبوي صلى الله عليه وآله (٧٣٣ ح) لخيار الشرط يجري في شمول قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ له أيضاً حيث لا يشملان لوجوب الوفاء على ذي الخيار ولا على كلّ من يلزم

وعلى هذا نقول: إن الإلزام يحتاج إلى اثنين -كما ذكره المصنف- بخلاف الالتزام، إلّا أن قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» يدلّ على وجوب وفاء كلّ أحد بشرطه لا بشرط الغير. وعلى هذا فنفس الإلزام ليس فيه وجوب وفاء، بل الذي يعقل تعلق وجوب الوفاء به هو الإلتزام الذي يحصل من قبول الإلزام أو الالتزام بما يلزم ابتداءً على نفسه كالنذر المعلّق على شفاء الولد الذي يكون الالتزام فيه تابعاً أيضاً.

وإذا عرفت ذلك فنقول في خصوص شرط الخيار بالنسبة إلى ذي الخيار: لا معنى لتعلق وجوب الوفاء بهذا الشرط عليه بعد ما تقدم من بطلان إرادة وجوب الوفاء على سبيل /٧٣٣/ الجواز أو اللزوم، كما عن المسالك والعلامة في الآية.

وإذا عرفت أن المراد من قوله ﷺ «المؤمنون» ..اه وجوب وفاء كلّ أحد بشرط نفسه، وعرفت أنه لا معنى لتعلق وجوب الوفاء بالشرط في شرط الخيار على ذي الخيار وتعلق وجوب الوفاء على غير ذي الخيار يتوقف على قبول ذلك الغير لهذا الشرط حتى يصير شرطاً لنفسه فيتعلق وجوب الوفاء به، وقد تقدم أن كلّ إيقاع يحتاج إلى قبول شخص آخر، فمن هذه الجهة يكون راجعاً إلى العقود.

الغير بشيء.

ولا يخفى أن صاحب العناوين عند التعرض لعدم صحة الشرط في ضمن العقد الجائز يتمسك لأصل صحة الشرط تارة بالنبويّ وتارة بالآية من وجهين من جهة نفس كون الشرط عهداً ومن جهة أن الآية تشمل العهد المقيد بالشرط، وقد عرفت المناقشة في الأخير من الأخير.

إن قلت: إنه لا إشكال أن النبوي يشمل شرط الخيار ومفاده وجوب الوفاء بالشرط مع أنك قلت: إن ذلك يوجب التناقض.

قلت: النبوي يشمل الشرط دون نفس العهد، فلا تناقض في البين. وهذا بخلاف قوله تعالى ﴿أوفوا﴾.. الآية، فإنه يشمل كلاً من العقد والشرط، فيوجب التناقض.

نعم؛ اقتضاء النبوي لوجوب الوفاء بشرط الخيار أي مقتضاه يكون معارضاً مع الآية لاقتضائها وجوب الوفاء بالعقد، لكن مقتضى الجمع تقدم النبوي لوجوه؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

في بيان عدم شمول دليل صحة الشرط لما في الإيقاع الخالي عن قبول الشرط

فتلخّص أن الإيقاع مادام إيقاعاً لا دليل على صحة شرط الخيار فيه. ولا يخفىٰ أن صاحب الجواهر[1] ينقل عن بعض في مسألة اشتراط خدمة العبد أو غير ذلك في ضمن العتق أنه لا يصح الشرط إلّا بقبول المملوك؛ للشك في صدق الشرط عليه حتى يدخل في عموم «**المؤمنون**» ..اه.

ونحن نقول: إن الشرط بمعنى الالتزام لا يتحقق بدون القبول، وقد عرفت أن الذي يجب الوفاء به هو الإلتزام، فلو كان الغرض هذا، فلا يرد عليه ما ذكره صاحب الجواهر.

وأما المقام الثاني وهو التعرض لكلّ عقد أو إيقاع قلنا بشمول العمومات لصحة شرط الخيار فيه من جهات ثلاث، أعني المانع في خصوص المورد أو اختلال شرائط الشرط الصحيح فيه أو وجود مخصّص فيه، فنقول: أما العقود الجائزة فيكون المانع لصحة شرط الخيار فيها من وجهين: الأول / ٧٣٤ / ما أشار إليه المصنفﷺ هنا من عدم معنىً لجعل الخيار في العقد الجائز.

ونحن نقول: إن الجواز في العقد الجائز حكم شرعي له، والخيار المجعول من قبيل الحقوق، إلّا أنه لو فرض عدم فائدة في جعل هذا الحق بوجه فيصير الشرط من الشروط السفهائية، ولا يشمل العمومات المقتضية للصحة كلّ عقد أو شرط يكون سفهائياً لعدم إطلاق العقد والشرط عند العرف على مثله.

في بيان الموانع لصحة الشرط الذي يكون في ضمن العقد الجائز

الثاني ما أشار إليه المصنفﷺ في خيار المجلس من وجود المانع في العقود الجائزة من اقتضاء العمومات لصحة الشرط الذي يكون في ضمن العقد الجائز أيّ شرط كان؛ لأن الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به.

---

١) جواهر الكلام ١١٨/٣٤.

وتوضيح المقام على ما ذكرتُ بعض مبانيه في أصالة اللزوم وخيار المجلس تبعاً لما ذكره المصنف﵀ عند الشرايط للشرط الصحيح أن الشرط ليس معناه مطلق الإلزام والإلتزام، بل الإلزام والإلتزام التابع لشيء آخر بحيث تكون التبعية فيه ملحوظةً، كما أن محل الكلام في الشرط في ضمن العقد أيضاً هو ذلك.

فلو التزم في ضمن عقد شيء مستقلاً ولم يلحظ فيه التبعية فهو داخل في الشروط الابتدائية التي يكون من المسلّم عدم صحتها، كما ذكرناه في مسألة أصالة اللزوم. وإذا كان محل الكلام من الشرط في ضمن العقد الجائز هو الالتزام التابع، فلو فرض ارتفاع العقد لكونه جائزاً، فبالنسبة إلى الشرط لم يكن التزام على تقدير ارتفاع المتبوع، وإذا لم يكن التزام على هذا التقدير، فلا يشمله /٧٣٥/ /٧٣٦/[1] قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» و لا قوله «**أوفوا بالعقود**» لعدم كونه عهداً.

في ما يمكن أن يقال لعدم صحة الشرط الذي يكون في العقد الجائز

هذا كلّه في التكلم في عدم جريان شرط الخيار في العقود الجائزة من جهة وجود المانع. وأما من جهة اختلال شرايط صحة الشرط، ففي صورة كان الشرط معلّقاً على بقاء العقد، فحينئذٍ لو قلنا بأن أدلة صحة الشرط تشمل هذا المورد كما تقدمت الإشارة إليه، فيجيء البحث في صحة هذا الشرط من جهة كونه معلّقاً. وقد تقدم البحث في كون التعليق مبطلاً للشرط.

وأما من جهة دعوى المخصّص بعد الغمض عما تقدم فمن جهة دعوى الإجماع لاستظهاره من العلماء على نحوٍ أشار إليه المصنف﵀، ولكن: فيه أن الإجماع ليس فيه كشف عن غير ما بأيدينا من الأدلة. ومنه يقول المصنف﵀: إن الظاهر عدم الخلاف بينهم في أن مقتضى أدلة الشرط الصحة في الكلّ، وإنما الإخراج لمانع[2].

---

١) خطّ على سطور من الصفحتين ٧٣٦ و ٧٣٧، فتركناها.

٢) كتاب المكاسب ١٤٨/٥.

في أن الإيقاع المجرد لا يصحّ الشرط في ضمنه

وأما الإيقاعات فقد تقدم في المقام الأول أن /٧٣٧/ ما دلّ على صحة الشروط لا يشمل الشرط الواقع في ضمن الإيقاع المجرد الذي لم يكن فيه قبول من الطرف الآخر لذلك الشرط.

ثمّ إن المصنف ﷺ يلوح من هذه الدعوىٰ في الشرط الواقع في ضمن الإيقاع مطلقاً لمنع صدق الشرط عليه مؤيداً بما عن القاموس من تفسيره بالإلزام والالتزام في البيع ونحوه.

وفيه أولاً: أن من الواضح عدم مدخلية وقوع الإلزام والالتزام في العقد أو الإيقاع في صدق لفظ الشرط.

وثانياً إنك عرفت قُبيل ذلك أن دليل صحة الشرط ليس منحصراً بما أخذ فيه لفظ الشرط مثل «**المؤمنون عندشروطهم**[1]».

وثالثاً لو كان مراد القاموس[2] أن لفظ الشرط غير صادق إلّا بالتزام يقع في شبه البيع فهو خلاف المفهوم منه عرفاً ولم يلتزم أحد بهذا التفسير حتى يكون عليه تعيين ما يكون نحو البيع، بل يجوز التمسك به على صحة النذر المعلّق على شيء وغير ذلك مما هو خارج عن تفسير القاموس، لو كان مراده ما ذكره.

في تقريب كلام المصنف لبيان المانع عن شمول العمومات للإيقاعات

هذا؛ وعلى ما ذكرنا من أن الدليل لصحة الشرط يشمل الإيقاع المقرون بالقبول الذي يكون قسماً من العقود، فحينئذٍ لو قلنا ببطلان الشرط فيه، فلابدّ أن يكون ذلك إما لمانع أو لاختلال الشرائط التي يذكرونها لصحة الشرط أو لمخصّص. أما المانع فيظهر من المصنف ﷺ إبداؤه بالنسبة إلى مطلق الإيقاعات، ويمكن إرجاعه إلى اختلال الشرائط التي يذكرها في محلّه للشرط الصحيح.

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب أن الثيّب ولي نفسها، ح ٤.

٢) القاموس المحيط ٣٦٨/٢، مادة: «شرط» و فيه: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه».

/٧٣٨/ ولابدّ أولاً من توضيح مرامه على ما يظهر من كلامه، فنقول: إن الذي يستفاد من مجموع كلامه هو أن ما يجعل شرطاً لابدّ أن يثبت مشروعيتها مع قطع النظر عن دليل صحة الشرط مثل قوله «**المؤمنون عندشروطهم**».

وعلى هذا فسببه الفسخ لارتفاع العقد لابدّ من أن يعلم من الخارج حتى يصح اشتراطه، فيصير ذلك موجباً للزومه بمقتضى قوله «**المؤمنون**» ..اه، وليس قوله ﷺ «**المؤمنون**».. اه مشرّعاً لسببية الفسخ لارتفاع العقد لولم يحرز هذا من الخارج.

وإذا عرفت ذلك فنقول بالنسبة إلى الإيقاعات: لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاعها أو علم أنه ليس الفسخ سبباً لارتفاعها بناءً على أن اللزوم من أحكام الإيقاعات كالجواز في العقود الجائزة.

والرجوع في العدّة لا يتوهم أنه يكون فسخاً للطلاق، بل الرجوع حكم شرعي للطلاق، ومنه لا يقبل الثبوت في غير مورد ثبت الرجوع فيه، ولا يقبل السقوط في مورد ثبت جواز الرجوع فيه.

وأما العقود فعلم من مشروعية الإقالة والخيارات المنصوصة فيها أن الفسخ رافع لها، فلا مانع من اشتراط خيار الفسخ فيها.

أقول: لو كان شرط صحة اشتراط خيار الفسخ في شيء أن يعلم سببية الفسخ لارتفاعه من الخارج، فنقول: إنه في تشريع الإقالة في العقود يعلم سببية التفاسخ لارتفاعها، لا سببية الفسخ. ومن الخيارات المجعولة فيها يعلم سببية /٧٣٩/ الفسخ لارتفاع العقد في حدّ مخصوص كقبل الإفتراق في خصوص البيع وكقبل انقضاء الثلاثة لخصوص المشتري في بيع الحيوان، بل يجوز أن يقال: إن الرجوع في العدّة يكون بمثل الخيارات المجعولة وعدم قابلية الرجوع للسقوط أول الكلام. ومنه يجوّز بعضهم أن يصالح حق الرجوع فيصير الطلاق الرجعي بمثل الطلاق البائن.

ونحن تعرّضنا لشطرٍ من الكلام في ذلك في مسألة سقوط خيار المجلس بالإسقاط.

في تقريب الوجه الذي ذكره المصنف﵀ لعدم جريان خيار الشرط في الإيقاعات وتحقيق المقام

وإذا عرفت ذلك فنقول: تحقيق المقام يتوقف على أن نتكلم في أنه مع غمض العين عن الوجه الذي قلنا سابقاً لعدم شموله أدلة الشروط لجعل الخيار في الإيقاع المجرّد، هل يكون مانع من اقتضاء أدلة الشروط لصحة جعل الخيار في الإيقاعات دون العقود أم لا؟ فنقول: اقتضاء أدلة الشروط لصحة اشتراط الخيار بأحد الوجهين:

الأول: أن نقول: إن جعل الخيار في العقد عبارة عن الالتزام بمقتضاه، ومقتضى الخيار عبارة عن الأفعال والتروك، فلا مانع من الالتزام بها واقتضاء قوله «المؤمنون عند شروطهم» للزوم تلك الأفعال / ٧٤٠ / والتروك كما تقدم الكلام فيه قُبيل ذلك، وفي خيار المجلس عند التعرض لشرط عدم الخيار. ومن هذه الجهة لا فرق بين جعل الخيار في العقود والإيقاعات.

الثاني أن نقول بما تقدم في الموضع المشار إليه من مسألة خيار المجلس: إن من تمسُّك الإمام﵇ في صحيحة مالك بن عطية لصحة اشتراط عدم الخيار في العقود بقوله ﷺ «**المؤمنون عندشروطهم**» يستفاد تعميم النبوي لاشتراط ما كان من قبيل الصفات كالخيار وعدمه وكون الشخص وكيلاً وأشباه ذلك، حيث إن المراد من اشتراطها هو الالتزام بمقتضاها، كما أشار المصنف﵀ إلى ذلك عند التعرض لحكم الشرط الصحيح أو أن نتمسك بالصحيحين اللذين نقلناهما عن باب الشروط من الجواهر[1] أن شرط كلّ شيء سوى الميراث لا مانع منه.

وإذا عرفت ذلك فنقول: أما الوجه الثاني فبالنسبة إلى الصحيحين المشار إليهما لا يجوز التمسك بأزيد من صحة شرط الخيار في البيع*، وأما بالنسبة إلى صحيحة مالك فيرجع إلى

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠١.

*) ***ولا يخفى أنه يلوح من الجواهر في باب الشروط أنه يدّعي إشعار هذين الصحيحين أو دلالتهما على أن الشرط المخالف للكتاب ليس سوى الميراث. ونحن نقول في شرط الخيار: لا مانع من دعوى الدلالة، وذلك لأنه يظهر منهما في فرض بيع الأمة أن الشرط المخالف للكتاب منحصر باشتراط الميراث. وعلى هذا نقول: بعد أن المراد من كون الشرط مخالفاً للكتاب هو كون***

الوجه الأول.

نعم؛ هذه الصحيحة شاهدة على تعميم النبويّ ﷺ مع الغمض عن عموم لفظه، وعلى هذا نقول: إن النبويّ ﷺ وإن يدلّ على وجوب الوفاء بكلّ شرط فيكون مقتضاه صحة كلّ شرط، إلّا أنه يكون /٧٤١/ فيه استثناء، وهو أن لا يكون ذلك الشرط محلّلاً للحرام ومحرّماً للحلال ومخالفاً للكتاب والسنة.

في الإشارة إلى الشرط المحلّل للحرام وعكسه

وهنا - نقول على ما سيأتي توضيحه في باب الشرط إن شاء الله -: إن الحكم الثابت إن كان أعم من أن يشترط خلافه أم لا، فيكون اشتراط خلاف هذا الحكم من الشرط المحلِّل للحرام أو المحرِّم للحلال، ويندرج في الشرط المخالف للكتاب والسنة.

وأما لو كان الحكم الثابت للشيء غير ثابت له مطلقاً، بل في صورة لم يشترط خلافه، فشرط خلاف هذا الحكم لا مانع فيه ويكون باقياً تحت المستثنىٰ منه.

وعلى هذا نقول مع الغمض عما سيأتي في باب الشروط -إن شاء الله تعالى- من تعيين كلّ واحد من الحكمين: إن اللزوم في خصوص البيع علم أنه من القسم الثاني مطلقاً، فلا مانع من اشتراطه خلافَه كما يشهد على ذلك الصحيحان اللّذان نقلناهما عن الجواهر مع قطع النظر

المشروط أو الشرط مخالفاً له بأن هذين الصحيحين دلّا على أن كلّ ما يشترط في بيع الأمة ليس مخالفاً للكتاب سوىٰ الميراث.

وعلى هذا نقول: إذا لم يكن المشروط مخالفاً للكتاب، رجّحنا في باب الشروط أن الشرط بمعناه، ولا يضرّ أيضاً.

فلا فرق بين وقوع شرطه في ضمن بيع الأمة أو غيرها حيث إن المشروط لم يتغير حاله بوقوعه في ضمن عقد آخر. وأما شرط الخيار فليس حاله كذلك لأن مخالفته للحكم بلزوم العقد الذي جعل فيه الخيار.

وعلى هذا فيجوز أن يقال: إن لزوم البيع مما يتغير بالشرط وأنّ جعله كذلك، وأما لزوم الإيقاعات مثلاً كان مما لا يتغير بالشرط، كما أن جعل الإقالة في البيع ونحوه له شهادة على ذلك في الجملة، كما أشار إليه المصنف رحمه الله (منه قدس سره).

عن الأخبار الخاصة وسائر العقود، وسيوضح حالها ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

وأما الإيقاعات، فلم يعلم كون اللزوم فيها من هذا القبيل.

إن قلت: إن المخصص مردّد بين الأقلّ والأكثر، لأن كون الحكم من أيّ من القسمين من جهة الشبهة الحكمية، فيكون الشك في كلّ حكم أنه من أيّ القسمين شكّاً في تخصيص العام، والمرجع في غير ما علم خروجه هو عموم العام.

قلت: فيه أولاً: أن مفهوم المخصص بأيدينا والشك في تحقق مصداقه في الخارج حيث شككنا أن هذا الحكم مثلاً من أيّ من القسمين، ومجرد أن رفع الشك بيد الشارع لا يوجب لأن يرجع الشك إلى الشك في تخصيص زائد.

والملاك الذي قلنا لعدم جواز التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية جارٍ بعينه في المقام؛ وذلك لأنه إذا ثبت أن اللزوم في باب الإيقاعات يكون مما جعله الشارع مطلقاً فيدخل في الشرط المخالف للكتاب والسنة مثلاً، فلا يصير هذا تخصيصاً زائداً على ما علمنا من ورود التخصيص على قوله «المؤمنون عند..»اه؛ لأن مفهوم المخصص كان معلوماً معيّناً والشك في صرف المصداق له.

وثانياً: سلّمنا أن الشك في حدّ مفهوم المخصص بإرجاع التخصيص بما خالف الكتاب بنفس الأحكام الخارجية، فكأنه عدّ كلّ حكم مما خالف الكتاب وكان الشك في أن اللزوم في باب الإيقاعات أيضاً خرج وعدّ في المخصّص ويكون الشك في حدّ التخصيص، إلّا أنه نقول: إن المخصص هنا متصل /٧٤٢/ وإجماله يسري إلى إجمال العام.

فيه إشارة إلى أن المخصص المنفصل قد يصير بحكم المخصص المتصل

ثمّ إنه لو فرض أنه نقل النبويّ في بعض الأخبار من دون استثناء فيه أيضاً نقول: إن نقل الإستثناء فيه في سائر الأخبار يكشف من أنه لم يكن في ذاك الخبر المفروض في مقام البيان من جهة هذا الاستثناء بعد اتحاد العبارة في المقامين، واشتمال أحدهما على الاستثناء دون

الآخر، كما لا يبعد أن يكون من هذا القبيل [مع] ما ورد من أن الخمس فيما يستفاد[1] بعد المؤنة، فلا يعامل معه معاملة المخصص المنفصل لعدم إحراز بناء العقلاء على التمسك بالعام في مثل الفرض عند الشك في كون شيء مؤنة بالشبهة الحكمية.

إن قلت: إن من جملة أدلة صحة الشروط قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[2] إما لأن العقد الذي يكون فيه الشرط عقد مقيّد يندرج تحت العموم، كما تقدم أن المصنف تمسّك به في باب الشرط، وإما لأن نفس الالتزام بالشرط يكون العهد شاملاً له، كما كان شاملاً للإيقاعات على ما تقدم أنا رجّحنا ذلك دون الوجه المنقول عن المصنف رحمه الله.

في عدم جواز التمسك بالآية لصحة شرط الخيار بوجهٍ ونتيجة ما تقدّم

قلت: في خصوص خيار الشرط لا يجوز التمسك بالآية لصحته بشيء من الوجهين. أما على الوجه الثاني فلأنه بعد أن الآية تشمل نفس العقد وتقتضي لزومه لو شمل شرط الخيار في ذلك العقد، /٧٤٣/ فذلك يوجب التناقض في مدلول الآية.

وأما على الوجه الأول، فمع أنه باطل في نفسه كما تقدم، نقول: إن شمول الآية للعقد المقيّد بثبوت الخيار فيه غير صحيح، كما تقدم عند التعرض لاشتراط الخيار للأجنبيّ إلّا على مذاق من يتمسك بها لصحة العقود الجائزة. وقد أبطلنا ذلك في أصالة اللزوم قبل الخيارات.

فتلخّص ممّا ذكرناه أن الآية يصحّ التمسك بها لإثبات صحة الشرط عند الشك في كونها من الشرط المخالف للكتاب والسنة والمحرِّم للحلال وعكسه، لكن في غير شرط الخيار - كما أن الصحيحين المشار إليهما سابقاً - كان حاله كذلك.

وأما نفس قوله صلى الله عليه وآله «**المؤمنون عند شروطهم**» فلا يصح التمسك به لصحة الشرط عند الشك من هذه الجهة في شيء من المقامين.

---

١) المخطوطة: بزيادة: مع ما ورد أن الخمس فيما يستفاد.

٢) المائدة: ١.

في نقل ما ذكره المصنف لإثبات صحة الشرط الذي يحتمل كونه مخالفاً للكتاب

ثمّ إن المصنف﵀ يذكر في باب الشروط وجهاً آخر لإثبات صحة الشرط عند الشك في كونه مخالفاً للكتاب ومحلّلاً للحرام بعد ما يرجّح ما ذكرناه في معنى «الشرط المخالف والمحلل».. اه من أنه لو كان الحكم المجعول على وجه لا يتغير بالشرط فيكون شرط شيء يخالف ذلك الحكم من الشرط المخالف للكتاب والمحلّل للحرام وعكسه.

وأما لو كان الحكم المجعول على وجه يتغير بالشرط، وبعبارة أخرىٰ جعل هذا الحكم /٧٤٤/ للشيء من حيث هو دون ما إذا اشترط في ضمن عقد ما يخالفه فشرط خلاف هذا الحكم ليس من الشرط المخالف للكتاب أو المحلّل للحرام أو عكسه. وهو أنه يتمسك عند الشك في أن الحكم المجعول الخاص من أيّ من النحوين بأصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يتغير بالشرط.

والظاهر أن مراده أنا علمنا بثبوت وجوب الوفاء لشرط شيء ليس فيه مخالفة لحكم لا يتغير بالشرط وغير الجزء الأخير من هذا الموضوع محرز بالوجدان، وأما جزؤه الأخير فمحرز بالأصل؛ أعني الاستصحاب.

فيرد عليه مع غمض العين عن كلّ شيء أنه لو كان المراد أن هذا الحكم المعيّن يكون الأصل عدم جعله على وجه لا يتغير بالشرط فليس له حالة سابقة. ولو كان استصحاب عدم جعل حكم كذائيّ في غير الأحكام التي علمنا أنها من هذا القبيل فيثبت بذلك أن هذا الحكم المشكوك ليس جعله على وجه لا يتغير بالشرط.

فهذا الأصل يكون مُثبِتاً، نظير ما اذا أردت إثبات أن الدم التي رأت المرأة بحيض تارة بأصالة عدم كون هذا الدم حيضاً، وتارة باستصحاب عدم الحيض في حق المر [أ]ة /٧٤٥/ وتريد أن تثبت بها حال هذا الدم الشخصي.

هذا كلّه، مع أن هذا الأصل معارض بأصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه يتغيّر بالشرط.

في تزييف الوجه الذي ذكره المصنف لإثبات صحة الشرط إذا شكّ في كون الشرط مخالفاً للكتاب

إن قلت: إنه ليس المراد من الأصل الذي ذكره المصنفﷺ بيان كيفية جعل الحكم حتى تورد تارة بأنه ليس في البين حالة سابقة، وتارة بأن الأصل معارض، بل الغرض منع العموم الأحوالي للحكم المجعول؛ يعني أن الحكم الذي جعله الشارع لهذا الموضوع لم يجعل له في جميع أحواله بل ثبت له في الجملة. ففي حالٍ اشترط خلافه في ضمن العقد يكون الشك في أصل جعل هذا الحكم لهذا الموضوع، ولا مانع من نفيه بالأصل.

قلت: فيه أولاً: أن مجرد تغيير حالة هذا الشيء ليس مغيّراً لموضوع الاستصحاب. وعلى هذا نقول: إن هذا الحكم كان ثابتاً لهذا الموضوع قبل أن يشترط في ضمن العقد خلافه، فنشك في رفع هذا الحكم بعد ذلك، فيستصحب بقاؤه، فلم يصر الأصل محرزاً لموضوع حكم وجوب الوفاء بالشرط، مع أنك عرفت أنه لا يجوز التمسك بعموم قوله «**المؤمنون عند شروطهم**» أيضاً.

وثانياً: أن هذا الأصل يصح التمسك به في صورة لم يكن لدليل الحكم إطلاق أحوالي، وهذا في كمال الندرة.

ثمّ إن المصنفﷺ يكون معترفاً بأنه لا يجوز التمسك بهذا الأصل في صورة كان لدليل الحكم إطلاق أحوالي إلّا أنه يدّعي عدم عموم الأحوالي لكثير من أدلة /٧٤٦/ الأحكام كأدلة المباحات والمندوبات والمكروهات*. ونحن ذكرنا فساد هذا المبنىٰ في قاعدة الضرر ظاهراً، كما أشرنا إليه سابقاً عند التعرض لسقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في العقد.

---

*) ***يجوز أن يقال: لا مانع من ذلك في مطلق المكروهات والمستحبات من جهة الاستحباب والكراهة، ومن جهة الحلّية التي تستفاد في ضمن ذلك، وكذلك في مثل «لحم الغنم حلال»، لا مثل «الناس مسلطون على أموالهم»*** [عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩] **و *«الولاء لمن أعتق»*** [الكافي ٤٨٥/٥ ـ ٤٨٦، باب الأمة تكون تحت المملون فتعتق، ح ١ و ١٩٧/٦ ـ ١٩٨، باب الولاء لمن أعتق، ح ١ و ٣ و ٤] ***وأشباه ذلك. هذا؛ إلّا أنه سيأتي في باب الشروط عند التعرض لبطلان الشرط المخالف عدم تمامية هذه الكلية. (منه قدس سره).***

فتلخّص أنه عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب حتى لا يجب الوفاء به أو غير مخالف حتى يجب الوفاء به بالنسبة إلى خصوص اشتراط الخيار لم يتمّ شيء من نفس عموم «**المؤمنون**» ..اه، ومن الأصل العملي، ومن قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، ومن الأخبار لاقتضاء صحته، وإن قلنا بتمامية الأخيرين في سائر الشروط لاقتضاء صحتها عند الشك في أنها من الشرط المخالف للكتاب والمحلّل للحرام وعكسه.

هذا؛ ولكن يأتي بالنظر أنه يجوز إثبات صحة اشتراط الخيار عند الشك في كونه من الشرط المخالف للكتاب بأحد الوجهين:

الأول أن نقول: إن قوله ﷺ «إلّا ما خالف الكتاب[1]» أو «إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[2] من الواضح أنه كان الغرض أن يعمل الناس على طبقه، لا مجرد بيان أمر واقعيّ لم يكن للناس طريق إليه بوجه. فالحكم الذي لا ينقلب بالشرط الذي مرجع معنى «ما خالف الكتاب» ..اه، لابدّ أن يكون من الأحكام التي يكون للناس طريق إليها.

في أنه بعد أن مخالفة الكتاب والمحلّل فيما لنا طريق إليه، فيجوز تصحيح شرط الخيار في كثير من الموارد

وعلى هذا نقول: إن كلّ عقد لم يكن لنا /٧٤٧/ دليل على لزومه، إلّا مثل قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وما شبه ذلك، فنقول: إن جعل الخيار في ذلك العقد وإن كان منافياً لهذا الحكم من الكتاب إلّا أنا نعلم بأن هذا الحكم ليس مما لا ينقلب بالشرط لورود الأخبار الخاصة بصحة شرط الخيار في مثل البيع، مع أنه كان منافياً لوجوب الوفاء به. وشمول الآية لعقد آخر ليس موجباً لأن يكون اللزوم هناك حكماً آخر لا ينقلب بالشرط، بل المصنّف اكتفىٰ بصحة شرط الخيار لمجرد رؤية مشروعية الإقالة والخيارات المنصوصة المنافية لوجوب الوفاء بالعقد. وهذا مؤيد لعدم كون هذا الحكم مما لا ينقلب بالشرط.

---

١) العمدة: ٨٤، الفصل الثاني عشر، ح ١٠١.

٢) وسائل الشيعة ١٧/١٨، باب ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، ح ٥.

وأما كلّ عقد قام على لزومه دليل آخر وعنوان آخر ولم يقم لنا شاهد في مورد على أن هذا الحكم أيضاً ينقلب بالشرط، فنقول بأنه لا دليل على صحة شرط الخيار هنا، كما أنه لو فرض قيام دليل آخر وعنوان آخر على لزوم العتق وهو أن الحرّ لا يرجع رقّاً، ولم يقم شاهد في مورد على أن هذا الحكم ينقلب بشرط الخيار، فنقول هنا بعدم صحة شرط الخيار لعدم الدليل على صحته، فلا مانع من الأخذ بإطلاق ما دلّ على لزوم العتق. ولا يجري هنا ما دلّ على صحة الشرط ليعارض ما دلّ على اللزوم، كما تقدم.

الثاني: أن نقول: إن العقد /٧٤٨/ الذي يجعل فيه الخيار لا يمكن استفادة أصل صحته مما دلّ على لزومه لو كان ما دلّ على اللزوم مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لِما تقدم من أن الآية لو شملـ[ـت] كلّاً من العقد والشرط فيوجب التناقض في مدلول الآية.

وعلى هذا لولم يكن لنا دليل على صحة هذا العقد غير هذه الآية، فمقتضى القاعدة فساد أصل هذا العقد، لا فساد خصوص شرطه. وأما لو كان لهذا العقد دليل آخر على الصحة غير الدليل الذي يشمل العقد والشرط فيعرض واحد، فحينئذٍ نقول: إن ذلك الدليل لو اقتضىٰ لزوم ذلك العقد فهنا نسلّم أنه لا يصحّ شرط الخيار. وهذا موافق في مقام العمل مع المورد الذي قلنا بعدم صحة شرط الخيار فيه في الوجه الأول.

وأما لو كان الدليل الذي اقتضى الصحة غير موجب للزوم ذلك العقد، فليس هنا حكم من الشارع باللزوم واقعاً ليكون شرط الخيار منافياً له.

إن قلت: إذا لم يكن في البين دليل على لزوم العقد فأي فائدة في شرط الخيار فيه؟

قلت: ليس المراد جعل الخيار في العقود الجائزة، بل فيما لم يعلم لزومه ويثبت لزومه بالاستصحاب، كما تقدم تفصيل الكلام فيه في أصالة اللزوم قبل الخيارات. أو كان الدليل على لزومه قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، فإنه لا مانع من شمول الآية لما بعد انقضاء زمان الخيار، فيثبت نفس صحة العقد بعد انقضاء الخيار.

وعلى هذا نقول: لمّا تعلم أن صحته بعد انقضاء زمان الخيار ملازم مع صحته بدون اللزوم قبل انقضاء زمان الخيار، فنفس الآية تصير دليلاً على صحة هذا العقد من بدو الأمر، ودلالته بالالتزام بعد ما علمنا من الملازمة المشار إليها.

وتقدم الإشارة في مسألة أصالة اللزوم ظاهراً لصحة التمسك بالآية لما بعد انقضاء زمان الخيار، وأن خروج الفرد عن تحت العام في الزمان الأول غير موجب لعدم التمسك بتلك العام لأصل هذا الفرد حتى لا يلزم المخصص الفردي الغير المعلوم.

وعلى هذا نقول: إن الاستصحاب المثبت للزّوم لمّا يكون أصلاً لا يكون قابلاً لأن يعارض مع ما دلّ على لزوم الوفاء بشرط الخيار. /٧٤٩/

إن قلت: إن المفروض أنه لا يصح التمسك بما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط هنا لاحتمال كون هذا الشرط من الشرط المخالف للكتاب ..اه.

قلت: لا يخفى عليك أولاً أن المراد من الاستصحاب المثبت للزوم هو الاستصحاب الجاري في أثر العقد، وهو لا يثبت لزوم العقد، وأنه لا يرفع العقد بالفسخ وإنما يوجب ترتب أثر بقاء العقد بعد فسخه. فنفس العقد لا دليل على أنه لا يرفع بالفسخ، فليس لنا دليل على أصل لزوم العقد وأنه لا يرفع بالفسخ حتى يكون شرط الخيار منافياً له.

ومجرد احتمال لزوم العقد واقعاً من دون ثبوت دليل عليه بوجه قد عرفت في الوجه الاول أنه غير مضرٍّ بالتمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم». وبعد قيام الدليل على صحة شرط الخيار قد عرفت أن استصحاب بقاء الآثار لا يعارضه.

في تصحيح شرط الخيار في أغلب العقود أو كلّها قاعدةً وبيان الوجه لعدم جريانه في بعض منها

فحاصل الوجهين بعد اشتراكهما في أن مجرد احتمال أن يكون الشروط مخالفاً لحكم الله غير مضرٍّ بالتمسك بالعموم ما لم يقم لنا دليل بوجهٍ على ثبوت ذلك الحكم أن شرط الخيار إنما يفسد في صورة كان لنا دليل خاص على لزوم العقد الذي جعل فيه الخيار ولم يشمل ذلك الدليل للشرط ولم يثبت انقلاب ذلك اللزوم في مورد من الموارد لأجل خيار الشرط.

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم، فنقول: إن كل عقد أو إيقاع أخذ فيه قصد القربة كالعتق والوقف وغيرهما، يكون له دليل خاص /٧٥٠/ على لزومه غير ما يشمل تمام العقود حتى البيع الذي علم انقلابه بالشرط ولا يشمل نفس الشرط أيضاً.

وذلك مثل ما دلّ على أن «ما جعلته لله ففِ به[1]» وانقلاب هذا اللزوم المستفاد من هذا العنوان بواسطة الشرط غير معلوم ولا يشمل الشرط، فلا دليل على صحة شرط الخيار هنا بالميزان الذي تقدم منّا كما أنه في خصوص العتق وشبهه لو تمّ إطلاق ما دلّ على أن الحرّ لا ينقلب رقّاً، فنقول: إن انقلاب هذا الحكم أيضاً بالشرط غير معلوم.

نعم؛ للجواهر هنا تأمل في شمول إطلاق أن الحرّ لا ينقلب رقاً للحرية المتزلزلة، كما أن الشارع قسّم الطلاق أقساماً وجعل لكلّ منها حكماً من جهة الرجوع وعدمه. وشرط الخيار على خلاف تلك الموازين مخالف لتلك الأحكام ولم يعلم انقلاب تلك الأحكام بشرط الخيار ولا يشمل لفظ الشرط أيضاً.

في بيان الوجوه الصحيحة لعدم جريان خيار الشرط

وبالجملة لابدّ من ملاحظة الميزان الذي ذكرنا، وأنه في كلّ مورد يقتضي بطلان شرط الخيار وفي كلّ مورد لا يقتضي بطلان شرط الخيار، فنقول: أما العقود فسيأتي الكلام فيها مفصّلاً.

وأما الإيقاعات التي يكون كلامنا فيها فعلاً، فبعض منها لا يتصور فيه شرط الخيار كالظهار، وبعض منها يكون شرط الخيار منافياً لذاته كالنذر حيث إن الالتزام مأخوذ فيه، وشرط الخيار منافٍ للالتزام /٧٥١/، وبعض منها يكون مقتضى هذا الميزان الذي ذكرناه لكون شرط الخيار صحيحاً بطلان شرط الخيار فيه، كالطلاق والعتق كما تقدم.

هذا؛ مع أنك عرفت سابقاً أن الإيقاع المجرد عن القبول لا يكون الشرط فيه ممّا يجب الوفاء به حيث إنه بالنسبة إلى شرط الخيار يكون مجرد الإلزام، لا الالتزام، فلا يشمله دليل صحة الشرط حيث إنه لا معنى لوجوب الوفاء بالالتزام وأن الالتزام لا يتحقق بدون القبول.

وعلى هذا فالشرط في الإيقاع الذي يمكن القول بصحة ما يكون فيه قبول لذلك الشرط.

وعلى هذا نقول: إن مشروعية القبول بالنسبة إلى خصوص شرط الخيار غير معلوم.

---

١) الوسائل ١٩٨/١٦، باب ١٥ من أبواب النذر والعهد، ح ١.

وتوضيحه أن الشرط لو كان فيه التزام على الطرف المقابل كخدمة العبد أو إعطاء شيء وكإعطاء الزوجة شيئاً في الخلع، فهنا لا مانع من قبول مثل هذا الشرط من الطرف المقابل، فيتحقق عنوان الالتزام، فيشمله ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط.

في الإيقاعات ودفع بعض الإشكالات عنها

وأما شرط الخيار في الإيقاع الذي لا مدخلية للطرف المقابل في نفس الإيقاع، بل يكون أمره بيد الموجب فقط، لا مدخلية للطرف المقابل فيه حتى يقبله حيث لم يكن في الشرط إلزام عليه ولم يكن له مدخلية في نفس الإيقاع /٧٥٢/، كما كان للطرف المقابل مدخلية في باب العقود.

وعلى هذا، فبعد ملاحظة ما تقدم من أن دليل صحة الشرط مفاده وجوب الوفاء بالالتزام، وأنه لا دليل على صحة شرط الخيار غيره، فيظهر لك عدم جريان خيار الشرط في شيء من الإيقاعات، كما يرجّحه المصنف رحمه الله[1] وصاحب الجواهر.[2] واشتراط الرجوع في الرقيّة مغاير لما نحن فيه؛ لأن الرجوع في الرقيّة يمكن أن يلتزم العبد به بخلاف فسخ الإيقاع بعد أن أمر الإيقاع لم يكن بيد العبد وإن يلزمه الرجوع في الرقّيّة.

ومما ذكرنا ظهر أن الموثق الذي ينقلونها في كتاب العتق لو قلنا بأنه ليس بمطروح، غير مضرٍّ بما قلناه مع أنه في مورد خاص، ولا يستفاد منه الكلية ليضرّ بالكلية التي استفدناها من قوله عليه السلام «**المؤمنون عندشروطهم**».

ثمّ لا يخفىٰ أنه لو أغمضنا عمّا ذكرناه من أن عدم صحة شرط الخيار في الإيقاعات يكون على طبق القاعدة، فنقول*:

---

١) كتاب المكاسب ١٤٨/٥.

٢) جواهر الكلام ٦٤/٢٣.

*) ***لا يخفىٰ أنه لإحراز صحة شرط الخيار عند الشك في كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب أو محلّلاً للحرام أو العكس يكون طرقاً:***

منها الأصل الذي نقلناه عن المصنّف في باب الشروط.

وعرفت عدم تمامية ذلك في نفسه .

ومنها الإجماع أو النصوص الخاصة في مورد ثبت.

وهذا خارج عن مفروض الكلام حيث إنّا بصدد بيان القاعدة الكلية .

ومنها العمومات.

وهنا نقول ملخّصاً لما تقدم : إن مقتضى صحيحة مالك بن عطية جواز التمسك بالنبوي « المسلمون عند شروطهم » لصحة شرط الخيار وغيره من الصفات التي ليست من قبيل الفعل والترك ،كما قلنا : إن ذلك على طبق القاعدة أيضاً، ولكن هذه الصحيحة لا تثبت به كون الشرط غير مخالف للكتاب عند الشك، فلا تثمر في هذه الجهة .

وأما الصحيحان اللذان نقلناهما ، فتقدم أنه وإن يثبت بهما أن الشرايط غير مخالف للكتاب إلّا أن يكون الشرط هو الإرث أو عدم الإرث ؛ لكنه تقدم أنه لا يدلّ على أن خصوص شرط (٧٥٣ ح) خيار الفسخ في غير البيع لا يكون مخالفاً للكتاب.

وأما التمسك بعموم « المسلمون عند » ..اه، عند الشك في كون شرط الخيار مخالفاً للكتاب تقدم أن عليه إشكالين :كون الشبهة مصداقية مع أن المخصص يسري إجماله، والإشكال الأول يسري في قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أيضاً مع أن عليه إشكالين آخرين ، لأنك إن تتمسك به لصحة شرط الخيار بأن العقد المشتمل علية عقد مقيد يشمله عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ، فتقدم أنه مبنيّ على أن الآية تدلّ على صحة العقود الجائزة ، بل على هذا التقدير أيضاً لا تدلّ على صحة نفس العقد ، لا الشرط ؛ فتأمل .

وأما لو قلت : إن نفس الشرط عهد يشمله العموم ، ففيه أنه يشمل العقد أيضاً مع أنه يستحيل الجمع بين وجوب الوفاء بنفس العقد وبين وجوب الوفاء بشرط الخيار في ضمنه .

نعم ؛ بعد انقضاء زمان الخيار لا مانع من التمسك بها للزوم ، لما ذكرنا في محله من أن العلة بخروج الفرد عن تحت العام في ابتداء تحقق الفرد غير مانع من التمسك بالعام له بعد ذلك، بعد أن التخصيص الفردي على العام غير معلوم . وإنما علم مجرد التخصيص الزماني (٧٥٢ ح) ، وإذا علم لزوم العقد وصحته بعد انقضاء زمان الخيار فنعلم بصحته من أول الأمر أيضاً ، لكن بذلك لا يثبت شيء من الخيار أو اللزوم بالنسبة إلى زمان الخيار المجعول لعدم العلم بالملازمة مع ما ثبت بالدليل الإجتهادي .

وعلى هذا لو فسخ في الزمان الأول أيضاً لا مانع من استصحاب بقاء أثر العقد المثبت للزوم معاملةً وبناءً .

ثمّ هذا فيما لو كان دليل أصل صحة العقد ما دلّ على لزومه . وأما لو كان دليل صحة العقد مغايراً مع ما دلّ على لزومه أو أنه لم يكن دليل اجتهاديّ على لزومه إلّا أنه نعامل معه معاملة

إنه لا ينفع في إثبات ذلك ما نقله المصنف ﷺ وصاحب الجواهر من دعوى الإجماع على ذلك في الطلاق والعتق والإبراء لأن الإجماع في مثل المقام على فرض تحققه ليس كاشفاً، كما لا يخفىٰ على المتأمل فيما ذكرنا في الإجماع المنقول.

هذا؛ مع أن نقل الإجماع في بعض الإيقاعات، لا كلّها؛ لكنّك عرفت أن عدم صحة شرط الخيار في الإيقاعات على طبق القاعدة، وما قاله /٧٥٣/ المشهور مدركه القاعدة وإن كان

اللزوم لاستصحاب بقاء الخيار، فنقول في هذين الفرضين: بناءًا على ما أشرنا إليه في المتن من أنه لابدّ أن يكون المراد من الشرط المخالف للكتاب وغير المخالف له ما يكون للناس طريق إليه لوضوح بيان ما يعمل الناس على طبقه لا اتكال على أمر لا طريق للناس إليه، فنقول: إنه لو لم يكن على لزومه واستصحاب بقاء الآثار وإن يوجب معاملة اللزوم؛ لكنّه غير مثبت لأصل لزوم العقد، وشرط الخيار ليس منافياً للزوم العقد، فشرط الخيار هنا ليس مخالفاً للكتاب والسنة فيما للناس طريق إليه، وعرفت أنه لا يجوز أن يكون المراد غير ذلك.

وأما لو كان على لزومه دليل خاص، فحينئذٍ لولم يثبت ارتفاع هذا اللزوم بالفسخ في مورد فلا مانع من أن يقال: إن شرط الخيار الرافع (٧٥١ ح) للزوم مخالف للكتاب. ولا طريق لرفع هذا الاحتمال هنا. وقد تقدم أنا ذكرنا في الإيقاع موارد من مصاديق هذا العنوان. نعم؛ تقدم مع قطع النظر عن ذلك أن شرط الخيار غير صحيح في الإيقاعات، كلّها بحسب القاعدة.

وأما في غيرها فكلّ عقد كان له دليل خاص على اللزوم مما لم يعلم ارتفاع تلك اللزوم بالفسخ في مورد، فلا طريق لرفع احتمال كون شرط الخيار فيه شرطاً مخالفاً للكتاب، أو أنه لم يكن من الشرط المحلّل للحرام والمحرّم للحلال.

نعم؛ في مورد كان دليل لزوم العقد متّحداً مع دليل صحّته، فهنا وإن تقدم أن مقتضى العموم والأصل ترتيب آثار الصحة واللزوم على هذا العقد مطلقاً، ولازمه عدم ترتيب آثار صحة شرط الخيار في هذا الفرض، إلّا أنه لو علم ارتفاع اللزوم الثابت للعقد بالفسخ في بعض الموارد، فلابدّ أن يقال بمقتضى الميزان أن شرط الخيار إذا كان رافعاً لهذا اللزوم فلا مانع من صحته.

وعليه لو كان دليل اللزوم مجرد وجوب الوفاء بالعقود، فهذا علم ارتفاعه بالفسخ في كثير من الموارد.

فشرط الخيار فيه صحيح.

وهذا بخلاف ما لو كان للعقد دليل خاص على اللزوم ولم يعلم ارتفاعه بالفسخ في شيء من الموارد كما في العتق؛ لأن له دليلاً خاصّاً على اللزوم مما دلّ على أن الحرّ لا ينقلب رقّاً ومثل النذر. فإن مثل «ما جعلته لله ففِ به» يدلّ على لزومه ولم يعلم ارتفاع هذا اللزوم بالفسخ في شيء من الموارد. (٧٥٠ ح) (منه قدس سره).

تأسيس القاعدة في نظر كلٍّ بنحوٍ، بل الظاهر أن اقتصار المحقق وغيره على عدم جريان شرط الخيار في العتق والطلاق والإبراء ليس من جهة أنهم يدّعون جريانه في سائر الإيقاعات، كما قال في الجواهر من أن كلامهم يوهم ذلك، بل من جهة أن توهّم جريان خيار الشرط في هذه الثلثة. وأما في سائر الإيقاعات لا يتوهم ذلك أيضاً.

وقد تقدم منّا أن بعضاً من الإيقاعات لا يُقبل توهُّمُ جريان خيار الشرط فيها.

تنبيه

في بيان ما ذكره المصنف أو غيره[1] في عدم جريان خيار الشرط إذا أفاد فائدة الإيقاع أوكان لرفع الخصومة

لا يخفى أن الصلح لو وقع عمّا في الذمة يفيد فائدة الإبراء الذي هو من الإيقاعات، ونفس الإبراء لا يحتاج إلى قبول الغريم، لكن إذا كان بصيغة الصلح يقول في الجواهر: إنه يحتاج إلى قبول الغريم على الأقرب[2]؛ لأن الصلح من العقود*.

ففي هذه الصورة يكون الصلح عقداً مفيداً لفائدة الإيقاع. فبناءً على عدم جريان خيار الشرط في الإيقاع يدّعي المصنفﷺ أنه لا يجري خيار الشرط في مثل هذا العقد الذي يفيد فائدة الإيقاع، ودليله ما تقدم منه من أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة.

وفيه مع غمض العين عما تقدم من المناقشة على ما ذكره من الدليل على ذلك في نفس الإيقاعات أن عقد الصلح دليل لزومه في الموارد شيء واحد. ومع ذلك كيف يجوز دعوىٰ أن لزومه في الموارد /٧٥٤/ مختلف، وأنه في بعض الموارد من قبيل الحكم الشرعي الذي لا ينقلب بالشرط، وفي بعض الموارد ليس كذلك، فينقلب بالشرط، فيكون الشرط في الأول

---

١) في المخطوطة: أو في غيره.

٢) راجع: الدروس ٣٢٨/٣.

*) ***ومثل ذلك لو كان الصلح مفيداً لفائدة مجرد الإسقاط الذي يكون من الإيقاعات. (منه قدس سره)***.

من الشرط المخالف للكتاب والمحلّل للحرام، دون الثاني.

ثمّ إنه يقول: إن نظر الجماعة التي ينقل كلامهم في عدم جريان خيار الشرط في الصلح الذي لم يقع معاوضة كالصلح عما في الذمة مع الجهالة أو على إسقاط الدعوىٰ قبل ثبوتها أيضاً إلى ما ذكره من المدرك وأن ما ينقل عنهم من الدليل على ذلك وهو «أن كلّ شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم، والخيار ينافي مشروعية الصلح حيث شرع لقطع المنازعة». إنتهىٰ؛ يكون مرجعه إلى ما ذكره من أن لزوم الصلح هنا يكون بمثل جواز العقود الجائزة حكماً شرعياً.

ونحن نقول: يرد على المصنف أولاً بأنه لم يبعد أن يكون مورد كلام هذه الجماعة في صورة كان الصلح عقداً ومفيداً فائدة العقد بأن يكون لصلح ما في الذمة /٧٥٥/ من الشيء المجهول أو صلح حق الدعوى عوض قليل، لكن كان الغرض الأصلي رفع النزاع بإسقاط ما في الذمّة والإبراء عنها وإسقاط حق الدعوىٰ.

في تصحيح جريان خيار الشرط في الصلح مطلقاً سواء أفاده فائدة الإيقاع أم لا، أو كان في مورد رفع الخصومة

فإن فائدة الصلح هنا فائدة العقود، وإن الغرض الداعي شيئاً آخر، كما أن ذلك يتفق في العقود وغيرها كثيراً. ومنه ينقل في الجواهر[1] كلامهم عند التعرض لجريان شرط الخيار في العقود من دون أن يقول: إنه يفيد فائدة الإيقاع.

وثانياً إذا كان دليل صحة الصلح عاماً لصورة كان في البين خصومة فعلية أو متوقعة أم لا، كما هو المفروض، فحينئذٍ يشمل الدليل ما لا ترفع الخصومة به أيضاً. ومجرد أنه اتفق أنه كان الصلح في مورد الخصومة أو كان الغرض رفعها غير موجب لأن ينقلب حكم لزوم الصلح، مع أنه بعد فرض جعل الخيار لم يكن الغرض رفع الخصومة.

فمجرد كون المورد مورد الخصومة غيرموجب لأن يخرج دليل الصلح عن عمومه لغير

---

١) جواهر الكلام ٦٢/٢٣.

رفع الخصومة أو لأن يصير لزومه نحواً آخر لا ينقلب بالشرط بعد أن دليل اللـزوم شـيء واحد.

وثالثاً لو تمّ ما ذكروه تصير النتيجة ما أشرنا إليه أولاً من بطلان شرط الخيار في صورة كان الصلح في مورد الخصومة أو كان /٧٥٦/ الفرض رفع الخصومة، سواء أفاد الصـلح فـائدة الإيقاع أو العقد.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أن شيئاً ممّا ذكرنا لعدم صحة شرط الخيار في الإيقاعات لا يأتي في الصلح الذي يفيد فائدة الإيقاع، بعد فرض أن الصلح بعدُ يكون عقداً محتاجاً إلى القـبول ويكون قوامه بالطرفين.

نعم؛ لو قيل بأنه في صورة يفيد فائدة الإبراء لا يحتاج إلى القبول، فحينئذٍ مقتضى الوجه الأخير الذي ذكرته لعدم جريان خيار الشرط في الإيقاعات عدم جريانه هنا أيضاً، لكن على هذا يصير إيقاعاً حقيقةً، لا أنه يفيد فائدة الإيقاع.

وممّا ذكرنا ظهر أن الحق مع صاحب الجواهر من جريان خيار الشرط في الصلح مطلقاً بعد فرض أنه عقد يحتاج إلى القبول مطلقاً، كما تقدم وجهه سابقاً عند التعرض لبيان أن شرط الخيار يكون من الشرط المخالف للكتاب أم لا.

وممّا ذكرنا ظهر فساد ما ذكره المصنف﵀ لفساد شرط الخيار هنا من أنه لا أقلّ من الشك في كون لزوم هذا الصلح حكماً شرعياً نظير الجواز في العقود الجائزة بالذات.

توضيح الفساد أن كفاية الشك في ذلك للحكم بفساد شرط الخيار مبنيّ على أن لا يكون /٧٥٧/ مقتضى القاعدة هو الحكم بصحة الشرط عند الشك.

وعليه يشكل صحة الشرط في كثير من الموارد؛ لكنّك عرفت سابقاً أن مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى بمذهب المصنف﵀ حيث نقلنا عنه أنه تمسّك بـالأصل لأصـل صـحة الشرط عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب ومحلّلاً للحرام وعكسه؛ فراجع.

في عدم جريان شرط الخيار في النكاح
وبيان وجهه مبتنياً على قاعدة في ظواهر الألفاظ

وأما العقود فمنها النكاح، وتمسك المصنفﷺ وصاحب الجواهر[1] لعدم جريان شرط الخيار بالإجماع، وعلّل المصنفﷺ عدم جريان شرط الخيار فيه بقوله «ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق وعدم مشروعية التقايل فيه».

أقول: أما قوله «لتوقف[2] ارتفاعه شرعاً على الطلاق»، **ففيه أولاً**: أن النكاح يرتفع بالفسخ بعيوب مخصوصة من كلّ من الزوجين وبالتدليس في موارد مخصوصة، وباشتراط بعض الصفات الكمالية أو مطلقها على ما رجّحه في الجواهر اذا ظهر فقدان الوصف المشروط.

وثانياً: توقف رفع النكاح بخصوص الطلاق مع شيء آخر أيضاً يكون مدركه الإجماع. فما ذكره في وجه الإجماع بيان للإجماع بتعبير آخر.

وأما قوله «وعدم مشروعية الإقالة فيه» **ففيه**: **أولاً** أن مدركه الإجماع الذي يكون على أنه لا يرفع النكاح إلّا في موارد خاصة بالطلاق أو /٧٥٨/ الفسخ في الموارد المشار إليها.

وثانياً لو كان المراد من عدم مشروعية التقايل فيه إثبات أن لزومه يكون حكماً شرعياً نظير الجواز في العقود الجائزة، فيرد عليه أن المناسب أن يثبت من مشروعية الفسخ فيه في الجملة عكس ذلك، كما أنه بثبوت بعض الخيارات في العقود صحّح شرط الخيار فيها سابقاً.

ونحن نقول: إنه بالإجماع الذي يدّعونه من دون ظهور خلاف فيه لو حصل القطع بأنه لا يجري شرط الخيار فيه، وإلّا فنقول: إنه لا يجوز التمسك بالإطلاق والعموم لصحة شرط الخيار هنا، وذلك لما ذكرته في مسألة حجية ظواهر القرآن من أنه لو كان العلم الإجمالي الذي كان من قبيل الشبهة المحصورة حاصلاً بتخصيص بعض العمومات وإرادة خلاف الظاهر من بعض الظواهر، فبالنسبة إلى الحدّ الذي يكون من أطراف المعلوم بالإجمال تسقط

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٦٢.

٢) في الأصل المخطوط: لتوقفه.

تلك الظواهر عن الحجية.

في حكم جريان شرط الخيار في المتعة والصداق

وقلنا هناك: إنا رأينا كثيراً من الظواهر أن الأصحاب كلاً أو إلّا من شذّ لم يعملوا على تلك الظواهر في بعض أفرادها، ولكثرة تلك الموارد يحصل لنا العلم بورود المخصّص أو المقيّد /٧٥٩/ أو القرينة على خلاف الظاهر في كثير منها، فتسقط تلك الظواهر في المقدار الذي لم يعملوا بها عن الحجية لأجل العلم الإجمالي المذكور.

ونحن أوضحنا هذه القاعدة في باب النجاسات عند التعرض لنجاسة الدم في الفقه. وأما جريان خيار الشرط في المتعة فلو استظهرنا من معقد إجماعهم في النكاح شموله للمتعة أيضاً كما في الجواهر، فنقول بعدم صحة خيار الشرط فيها أيضاً.

ووجهه ظهر مما تقدم.

وأما الصداق، فعن الكركي[1] جريان خيار الشرط فيه، ووافقه صاحب الجواهر[2].

والظاهر أن تصور شرط الخيار فيه بعد أن من المسلّم صحةَ تفويض تعيين المهر إلى تعيين أحد الزوجين بعد العقد بأن نقول: إنه حال العقد يعيّن مهراً، ثم يشترط الخيار في فسخه لأحدهما، وبعد الفسخ يعيّن أصل المهر بحكم أحدهما أو أنه يفسخ المهر المعيّن فيصير النكاح بمثل أن لم يذكر فيه مهراً. وحكم هذا الفرض أيضاً مفصّلاً مذكور في باب المهر /٧٦٠/ من كتاب النكاح. ونحن لا نرىٰ بأساً في ذلك بعد أنا لم نرَ دليلاً على لزوم المهر من غير جهة وجوب الوفاء بالعقد.

في عدم جريان شرط الخيار في الوقف

وأما الوقف، فنقول: إنه يدلّ على لزومه ما دلّ على أن ما جعلته لله يجب الوفاء به كما

---

١) جامع المقاصد ٣٠٣/٤.

٢) جواهر الكلام ٦٢/٢٣.

أشار إليه المصنف، وانقلاب اللزوم الثابت بهذا العنوان بواسطة شرط الخيار غير معلوم في شيء من الموارد. وتقدم أنه في مثل هذا الفرض ليس لنا دليل على صحة الشرط*.

ثمّ إن المصنف﵀ جعل كون دليل اللزوم هذا العنوان شاهداً على أن اللزوم في باب الوقف نظير الجواز في العقود الجائزة يكون حكماً شرعياً لا ينقلب بالشرط. ولا نرى له وجهاً إلّا أن يؤوّل كلامه بما ذكرناه.

ثمّ إنه يدّعي أن الشك في أن اللزوم فيه من هذا القبيل أيضاً كافٍ في الحكم ببطلان شرط الخيار فيه. وتقدم ما في مثل هذا الكلام منه.

ثمّ إنه بالوجه الذي ذكرناه لعدم صحة شرط الخيار في الوقف يظهر أن أحد الكبروين اللذين نقل عن المسالك[1] لا مانع من إثباته، وهو أن كلّ ما فيه قصد القربة من /٧٦١/ العقود والإيقاعات يكون شرط الخيار فيه فاسداً.

وأما الموثقة التي ذكرها المصنف﵀[2] فتقريب دلالتها على بطلان شرط الخيار في الوقف بأن نقول: إن المراد بقوله «**إن احتجت إليها**[3] **فأنا أحق بها**[4]» أنه يكون لي خيار الفسخ عند الحاجة وإن حكم الإمام بصيرورته ميراثاً عند موته لبطلان الشرط وكون الشرط الفاسد مفسداً، فيصير الوقف باطلاً.

وفيه مع غمض العين من أنا ذكرنا في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، أن قوله «إن احتجت» ..اه يحتمل أن يكون المراد أنه عند الحاجة يكون أحق بالعين بأن يصير وقفاً على نفسه، فبطلان الوقف من جهة أن الوقف على النفس يكون باطلاً، ويحتمل أن يكون المراد أن تصير العين ملكاً له عند الحاجة من دون فسخ، كما هو ظاهر

---

*) ***لكن تمامية هذا الوجه مبنيّ إما على أن يكون قصد القربة شرطاً في صحة الوقف أو أنه وإن لم نقل بأن قصد القربة شرط في صحته إلّا أن الواقف قصد القربة فيه؛ فتأمل. (منه قدس سره).***

١) مسالك الأفهام ٢١٢/٣.

٢) كتاب المكاسب ١٥٢/٥.

٣) في المخطوطة: بها.

٤) الأحكام ١٥٠/٩، باب الوقوف والصدقات، ح ٥٩.

عبارته، فيكون هذا شرطاً للانفساخ، وبطلان هذا الشرط غير مستلزم لبطلان شرط الفسخ أيضاً. ولعلّ تأمل المصنفﷺ أيضاً لما ذكرناه.

في عدم جريان شرط الخيار في الصدقة وأقسام الهبة التي تكون لازمة

وأما الهبة، فإن كانت /٧٦٢/ جائزة، فلا يجري الخيار فيها لما تقدم في أول المسألة. وأما لو كانت لازمة فلزومها لو كان من جهة أخذ قصد القربة فيها وهو المسمّى بالصدقة فالوجه الذي ذكرنا لعدم جريان خيار الشرط في الوقف جارٍ فيها بعينه.

وأما لو كان لزومها من جهة تصرف المتّهب في العين بالإتلاف، أو من جهة كون الهبة على ذي رحم، أو من جهة كون الهبة معوّضة، فنقول في كلّ هذه الموارد: [الـ]ـدليل على لزوم الهبة غير قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ الذي علم انقلاب لزومه بالشرط أي شرط الخيار، وذاك الدليل الخاص على اللزوم لم يعلم انقلابه شرط الخيار في مورد.

وقد تقدم أنه في مثل هذا الفرض لم يكن لنا دليل على صحة شرط الخيار. وعليك بالمراجعة إلى مثل الجواهر حيث ينقل الأخبار المعتبرة على لزوم الهبة في الموارد المشار [إ]ليها.

في حكم جريان شرط الخيار في الصلح والضمان

وأما الصلح فلم نَرَ دليلاً على لزومه من غير جهة وجوب الوفاء بالعقود، وتقدم أنه /٧٦٣/ في مثل هذه الصورة لا مانع من صحة شرط الخيار، وتقدم عن المصنفﷺ أنه قال: لو يفيد فائدة الإيقاع لا يجري خيار الشرط فيه.

وتقدم ما فيه.

ومن العجب أنه يتمسك هنا لذلك بالشك في سببية الفسخ لرفع الأثر هنا مع أن الشك موجود في مطلق الصلح لوجود الخلاف فيه، مع أن دليل اللزوم في جميع الموارد شيء، كما تقدم.

وأما الضمان، فلم نجد له دليلاً خاصاً على اللزوم غير قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ الذي علم انقلابه بالشرط، فلا مانع من اشتراط الخيار فيه على المبنى السابق*، والمصنفﷺ يبني جريان خيار الشرط فيه على جريان الإقالة فيه.

وقد عرفت فساد هذا المبنى.

في عدم جريان شرط الخيار في الرهن

وأما الرهن، فاستدلّ لعدم جريان خيار الشرط فيه بأنه ينافي هذا الشرط لذات الرهن حيث تنافي الوثاقة المأخوذة في معناه عرفاً وشرعاً. وأجاب المصنفﷺ عن ذلك بأن وضع الرهن / ٧٦٤ / على اللزوم غير منافٍ لثبوت الخيار فيه برضى الطرفين. ومرجع ذلك أن شرط الخيار منافٍ لإطلاق عقد الرهن، لا لذاته، وإلّا لا يثمر رضى الطرفين.

وصاحب الجواهر في باب خيار الشرط أجاب بأن الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط. ولعلّ المراد أنه مع شرط الخيار يكون فيه وثاقة في الجملة، ولكن صاحب الجواهر في أواسط كتاب الرهن يعترف بصحة الاستدلال وأن شرط الخيار منافٍ للوثاقة المأخوذة في معنى الرهن.

في بيان أن شرط الخيار في الرهن منافٍ لذات عقد الرهن ودفع ما يورد عليه

ونحن نقول: إنه تقدم في أواسط مسألة بيع الوقف أن الشرط المنافي لمقتضى العقد الذي لا ينبغي المناقشة في كونه فاسداً بل مفسداً أيضاً هو ما لا يمكن تعلق الإرادة الحقيقية بوقوع مضمون العقد بعد فرض تعلق الإرادة بوقوع مضمون ذلك الشرط.

والمفروض أنا اعتبرنا في تحقق عنوان كلّ واحد من العقود من غير اختصاص بالطلاق

---

*) *وهذا مبنيّ على أنه لا يستفاد من الأخبار اللزوم، بل المستفاد منها ما هو معنى أصل الضمان من انتقال الدين إلى ذمّة الضامن. قال الجواهر في كتاب الضمان: دعوىٰ عدم قابلية الضمان للخيار في النكاح والوقف مجرد دعوى لا سند لها، بل مقتضى العمومات خلافها. (منه قدس سره).*

كما توهّم إرادة حصول مضمون ذلك العقد، وأن هذا غير إنشاء مضمون العقد الذي /٧٦٥/ هو اعتباريّ صرف وغير منافٍ مع أيّ شرط كان.

وإذا عرفت هذه المقدمة، فنقول: إن الرهن فسّر بالاستيثاق وأن فائدة حبس العين ومنعها عن المالك وأنه جعل حق للمرتهن ولا يتصور في حقيقة معنى الرهن ما يكون خارجاً عن ذلك كلّه ولو بما يلازم ما ذكر. ومن الواضح أن شرط الخيار للراهن في الفسخ ينافي ذلك كلّه بحيث لا يبقى شيء من هذه المعاني بوجه. فمن يشترط خيار الفسخ للراهن فليس بقاصدٍ لتحقق معنى الرهن، فلا يعدّ هذا الرهن رهناً حتى يشمله ما دلّ على صحة الرهن، فمثل هذا الشرط فاسد ومُفسِد أيضاً.

إن قلت: كيف نقول بأنه مع ثبوت الخيار للراهن لا يتحقق عنوان الرهن مع أن الرهن قبل القبض جائز من طرف الراهن، مع أن عنوان الرهن موجود حيث إن القبض شرط للزومه؟

قلت: نحن نقول بناءً على ما ذكرنا: إن القبض شرط لصحة الرهن، وإنه قبل القبض لم يتحقق عنوان الرهن حقيقةً*.

إن قلت: أنت اعتبرت قصد تحقق معنى الرهن في عقد الرهن، والمفروض /٧٦٦/ أنه لا يتحقق معنى الرهن حقيقةً إلّا بعد القبض. وعلى هذا فكيف يريد تحقق معنى الرهن في عقد الرهن مع أنه يعلم أنه لا يتحقق معنى الرهن إلّا بعد القبض؟!

قلت: بعد إنشاء مضمون العقد الذي لا إشكال في اعتباره عند العقد يعتبر في صحة العقد أن يكون الغرض من العقد تحقق مضمونه في الخارج ولو بعد ألف شرط يلحق به، ولم يكن بمثل الهازل الذي لم يكن مريداً لذلك وإن ينشأ مضمون العقد حيث إن الإنشاء أمر اعتباريّ لا مانع فيه بوجهٍ.

وإذا عرفت ذلك فنقول: في صورة يشترط الخيار للراهن لم يكن مريداً لتحقق معنى الرهن بوجه، وهذا بخلاف ما لو علم أن انشاء عقد الرهانة لا يؤثر إلّا بعد القبض، كما أنه في عقد الهبة يقصد التمليك مع أنه يعلم أن الملكية لا تحصل إلّا بعد القبض، بل في البيع يقصد

---

*) *لا كما في الجواز حيث رجّح هنا أن القبض شرط للزوم. (منه قدس سره).*

المبادلة مع أنه يعلم أن حصول المبادلة بعد مجيء القبول من المشتري أيضاً.

وبالجملة، فممّا ذكرنا ظهر أنه لو اشترط الخيار للراهن في عقد الرهن فلم يتحقق عنوان الرهن. وهذا ما قلنا من أن هذا الشرط مُفسِد لأصل /٧٦٧/ العقد.

نعم؛ ذكرنا في مسألة بيع الرهن أن إلقاء هذا العقد من البين رأساً إنما هو في صورة لم يندرج هذا العقد مع هذا الشرط في عقد آخر، وقلنا: إن كلّ عقد لم يندرج في العقود المعنونة عند الفقهاء يكون فاسداً؛ فراجع.

في جريان خيار الشرط في الصرف والسَلَم وسائر العقود التي لم ينقلوا الخلاف فيها من العلماء

وأما الصرف، فنَقَل المصنّف دعوى الإجماع على عدم جريان خيار الشرط فيه عن جماعة. وعن الشافعي أنه استدلّ لعدم جريان خيار الشرط فيه وفي السلم بأن اعتبار التقابض فيهما لأن يفترقا ولم يبق بينهما علقة، ولو ثبت الخيار بقيت العلقة.

وردّه المصنف[1] تبعاً لغيره بأن الملازمة ممنوعة.

ونحن نقول: لو كان مراده التسليم بأن اشتراط التقابض يكون اقتضاؤه لزوم العقد إلّا أنه يدعي أنه لا مانع من انقلاب ذلك برضى الطرفين كما تقدم منه نظير ذلك في الرهن؛ فيرد عليه ما ذكرنا سابقاً من أنه لو كان له دليل خاص على اللزوم مما لا يعلم انقلابه بالشرط، فيشكل تصحيح شرط الخيار هنا. وأما لو كان مراده أن الغرض من اعتبار التقابض عدم بقاء العلقة من جهة[2] كون مال أحدهما عند الآخر لا من جهة يمكن كلّ منهما من انقلاب أصل /٧٦٨/ العقد أو كان المراد أن اعتبار التقابض ليس بلازم أن يكون لرفع بقاء العلقة، فلا محذور فيه في الجملة.

وعلى كلّ حال، بعد عدم دليل خاص على لزوم هذا العقد، قد تقدم أن مقتضى القاعدة

---

١) في المخطوطة: وردّه المصنف ردّه.

٢) «من جهة» مكررة في المخطوطة.

جريان خيار الشرط، كما أن هذا الوجه جارٍ في تمام العقود التي فيها الخلاف في جريان شرط الخيار فيها مما لم نذكرها؛ فإنا إنما تعرضنا لما وقع فيها الخلاف في الجملة أو يكون من المعلوم عدم جريان خيار الشرط فيها؛ فافهم.

في جريان شرط الخيار في القسمة والمعاطاة

وأما القسمة، فلا يخفىٰ أنها لا تحتاج إلّا على تعديل السهام والرضاء، أو القرعة، أو هما معاً، أو أن القرعة توجب اللزوم، كما يميل إليه في الجواهر، وشرط الخيار على فرض اللزوم.

ثمّ إن المصنفﷺ يلوح منه أنه لو كان في القسمة ردّ بأن كان أحد السهام أكثر، فيشترط الردّ على صاحب ذلك السهم، فجريان شرط الخيار فيه أوضح.

وفيه أن ما كان فيه ردّ أيضاً ليس فيه عقد معاوضة، وإنشاء الرضاء غير إنشاء المعاوضة أيضاً كما في الجواهر. ولو قلنا: إن الرضاء يحتاج إلى أن ينشأ في البين، فيوجد هنا إيقاعان لعدم اشتراط القبول من أحدهما. وقد تقدم عدم جريان خيار الشرط في الإيقاع لأنه لا التزام فيه؛ فراجع.

نعم؛ يلوح من الجواهر أنه لأخذ العوض فيه توهّم الحاجة فيها إلى العقد*. ولعلّ تقييد المصنفﷺ بملاحظة هذا التوهم /٧٦٩/.

وعلى كلّ حال، يلوح من المصنفﷺ أن التراضي الذي أخذ في القسمة لو كان بالقول فيصير عقداً. ولا مانع من شرط الخيار في ضمنه، وأنه من الشرط في ضمن العقد بخلاف ما لو لم يكن إنشاء الرضاء بالقول، فإنه إذا كان إنشاء الرضاء بالفعل، فلا يمكن ارتباط الشرط القولي أعني شرط الخيار الذي يكون قوليّاً به**.

---

*) *وإن يرد على المتوهّم في كتاب القضاء بأن ما يرد عوض لا معاوضة وأنه فرق بينهما. (منه قدس سره).*

**) *ثمّ لا يخفىٰ أنه في الجواهر* [٢٣/٦٥] *ينقل عن التذكرة* [١١/٦٧] *وجامع المقاصد* [٤/٣٠٤] *دخول خيار الشرط في القسمة، ونحن نقول: إنه ليس بعقد حتى لو قلنا باعتبار انشاء التراضي*

ومنه يعلم عدم جريان خيار الشرط في المعاطاة في صورة يصير لازماً.

وفيه أنك عرفت أن التراضي القولي أيضاً ليس عقداً.

وإن قلت: إنه لا يلزم أن يكون الشرط في ضمن العقد.

فنقول: إنه يمكن ارتباط الشرط القولي بالإنشاء الفعلي أيضاً.

وعلى كلّ حال ففي بيع المواطاة لا مانع من شرط الخيار، كما يلوح ذلك من صاحب الجواهر أيضاً، إلّا أن يقال: إن الدليل على اللزوم على هذا التقدير غير وجوب الوفاء بالعقد الذي علم انقلابه بالشرط. وفي مثل هذا الفرض قد تقدم أنه لا دليل على صحة شرط الخيار.

نعم؛ من يجعل الدليل على اللزوم بعد التلف وغيره نفس قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، فعليه لا مانع من شرط الخيار كما تقدم.

وأما الصداق فقد تقدم جريان خيار الشرط فيه، لكن لا بالوجه الذي ذكره المصنف رحمه الله من جريان الفسخ فيه.

منهما؛ لوضوح أن انشاء التراضي منهما ليس من الإيجاب والقبول المعتبرين في العقود؛ لأن أحدهما لا يقبل الرضاء الآخر، بل يرضى بنفسه كما تقدم، إلّا أنه لقائل أن يقول: لا مانع من أن يقول أحدهما «رضيت وشرطت الخيار» ويقول الآخر أيضاً «رضيت وقبلت الشرط».

وتقدم أن الشرط في ضمن الإيقاع إذا اقترن به القبول كشرط خدمة العتق في العتق مع قبولٍ لا مانع فيه، بل وكذلك لو شرط الخيار عند القرعة الملزمة للقسمة على القول بأنها يوجب اللزوم؛ لوضوح أنه يعتبر في الشرط أن يكون التزاماً تبعياً؛ ولكن لا يلزم أن يكون تابعاً للعقد المصطلح عند الفقهاء.

نعم؛ على ما قلنا من أن دليل اللزوم لولم يكن مما علم انقلابه بشرط الخيار وبالفسخ وشبهه، فلا دليل (٧٧٠ ح) على صحة شرط الخيار؛ لأنه ليس في البين ما يرفع احتمال كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ومحللاً للحرام يجري هنا أيضاً.

فلو قلنا بقيام الدليل على أن القرعة يوجب اللزوم، أو أن نفس تعديل السهام والرضاء يوجب اللزوم، فلا يتمّ دليل صحة شرط الخيار. وهذا بخلاف ما لو قلنا بالحاجة إلى إنشاء الرضاء، وأن ذلك مما يندرج في عنوان العهد يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ كما في سائر الإيقاعات حيث إن اللزوم المستفاد من الآية علم انقلابه بشرط الخيار وغيره ولو في خصوص البيع. (منه قدس سره).

في جريان خيار الشرط في السبق والرماية

وأما السبق والرماية، فلو قلنا بأنه من العقود الجائزة فلا يجري فيه خيار الشرط، وكذلك لو قلنا، إنه لا يحتاج إلى القبول ويكون من الإيقاعات، وإلّا فيجري خيار الشرط فيه؛ لأن دليل لزومه هو وجوب الوفاء بالعقود / ٧٧٠ / الذي علم انقلابه بالشرط، وتقدم صحة شرط الخيار في مثله.

وأما الوجه الذي ذكره المصنف﵀ فيه وفي غيره من ابتنائه على جريان الإقالة فيه؛ نظراً إلى أنه إذًا يؤثر التراضي بعد العقد، فنقول: إن التراضي في العقد بواسطة الشرط يكون بمثل التراضي بعده؛ لأنه بعد فسخ ذي الخيار يكون الآخر مكلفاً بالرضىٰ به، فالتكليف بالرضىٰ كالرضاء الفعلي.

ففيه: أنه لا دليل على ذلك أصلاً مع أنه بعد العقد مجرد الرضاء لم يكن موجباً لرفع العقد، بل يحتاج إلى إنشاء الفسخ* كما أنه يمكن أن لا يكون الفسخ منهما مؤثراً بعد العقد ابتداءًا، إلّا أنه لو اشترط خيار الفسخ لأحدهما فيكون الفسخ بعد ذلك مؤثراً؛ فافهم.

فيما يدعىٰ جريان خيار الغبن فيه ودليله

قوله: الرابع خيار الغبن[1] .. اه.

أقول: نفرض الكلام أولاً فيما هو المعروف مما يقولون بثبوت خيار الغبن فيه، وهو أن يكون زيادة الثمن على المبيع مثلاً مما لا يتسامح فيها بل كان فاحشاً وكان المغبون جاهلاً ولم ينضمّ إلى المبيع الذي فرض نقصانه شرط في عقد البيع يوجب رفع نقصانه بانضمام الشرط اليه ولم يكن النقصان الحاصل في المبيع مما / ٧٧١ / طرء بعد الفراغ من عقد البيع لنزول قيمته السوقية عما كان عليه حال البيع، بل كان النقصان حال البيع موجوداً.

---

*) ***مع أنه لو قلنا: إن الدليل دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، فلا يفرق بين أن يكون العقد قابلاً للإقالة أم لا، كما أنه لو كان الشك في وجوب الوفاء بهذا الشرط ليس بينهما فرق؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ١٥٧/٥.

ثمّ نتعرض للأدلّة التي ذكروها لثبوت الخيار حتى نرىٰ أنه تتمّ تلك الأدلة أو بعض منها لإثبات تمام ما هو المعروف بثبوت الخيار فيه، أو بعض منه، أو الأزيد منه، أو لا يتمّ شيء منها في ثبوت الخيار رأساً.

فنقول: استدلّ لثبوت خيار الغبن بوجوه:

منها الإجماع، وصاحب الجواهر[١] عمدة اتكاله عليه حيث لم ينقل الخلاف إلّا عن المحقق في درسه، وعن الإسكافي صريحاً. وهما لا يضرّ كسكوت جماعة عن التعرض لخيار الغبن في كتبهم بعد أنه حكي عن الغنية[٢] والمختلف[٣] دعوى الإجماع صريحاً. وعن التذكرة[٤] نسبته إلى علمائنا، وعن نهج الحق إلى الإمامية.

وفيه: أن غاية الأمر أن يفرض المنقول من الإجماع كالمحقق[٥]؛ لكنّه يثمر لو كان موجباً للقطع بقول الإمام أو الحجة المعتبرة من جميع الجهات. وبعد أنه يكون في المسألة وجوه أخر يتمسكون بها، فلا يكشف اتفاقهم عن وجود مدرك آخر سوى ما بأيدينا من الأدلة. ونحن حقّقنا في محله أن الإجماع المنقول لا يثمر بنفسه في صورة كان بمثل ذلك.

في دعوىٰ ثبوت خيار الغبن لعدم التراضي في المغبون

ومنها ما عن التذكرة[٦] من التمسك لثبوت الخيار بما دلّ على اعتبار الرضىٰ في البيع مثل ﴿**تجارة عن / ٧٧٢ / تراض**﴾[٧] وغيره.

ثمّ إنه لمّا كان على هذا الوجه إيراد واضح، وهو أنه لو فرض أنه لم يكن الرضىٰ في البيع

---

١) جواهر الكلام ٤١/٢٣.
٢) غنية النزوع: ٢٢٤.
٣) مختلف الشيعة ٤٤/٥.
٤) تذكرة الفقهاء ٦٨/١١.
٥) شرائع الإسلام ٢٧٧/٢.
٦) تذكرة الفقهاء ٦٨/١١.
٧) النساء: ٢٩.

الغبني، فلابدّ أن يصير باطلاً لا أنه يوجب الخيار كما ذكره في الجواهر،[1] فتصدى المصنفﷺ أولاً لتوجيه كلام العلامة على نحو يرفع هذا الإيراد من البين، وحاصله أن متعلق البيع هو العنوان المفقود في المورد، فكأنه اشترىٰ ما يسوي درهماً بدرهم وذكر خصوص المبيع لتخيّل أنه مصداق ما يسوي درهماً، فإذا تبين أنه لا يسوي درهماً تبيّن أنه لم يكن راضياً به.

في أن وصف المبيع أيّ صفة كانت، تارة يكون داعياً، وتارة عنواناً صرفاً، وتارة قيداً وأنه في الأخير يبطل البيع بعد عدم وجود[ه] واقعاً

ثمّ إن هذه الخصوصية لما كانت من صفات المبيع لم يكن تبيّن فقدها كاشفاً عن بطلان البيع، بل يوجب الخيار كفقد سائر الصفات التي تعتبر في المبيع، إلى آخر ما ذكره.

ثمّ إنه يورد على كلام العلامة **أولاً** بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل من قبيل الداعي، ولا يوجب تخلفه شيئاً.

وثانياً بأنه قد لا يكون داعياً أيضاً حيث تعلق غرض المشتري بشخص المبيع ولو بأضعاف هذه القيمة، مع أنهم يقولون بثبوت الخيار بمجرد أزيدية الثمن ولو لم يفسخ.

وثالثاً لو فرض كون هذا الوصف قيداً أيضاً نقول: إنه لا يوجب الخيار ما لم يذكر القيد في متن العقد.

أقول: تارة يكون اعتقاد المشتري أن هذا المال يسوي درهماً، فيصير اعتقاده /٧٧٣/ ذلك داعياً لأن يشتري العين الشخصية بدرهم، وهنا من المسلّم أن مقتضى القاعدة صحة البيع من دون خيار مع كشف فساد هذا الإعتقاد، كما أن شخصاً من المخالفين لو وقف شيئاً على خصوص أهل مذهبهم لتخيلّه أنهم أهل الحق، فيصير الوقف لهم مع كشف الخلاف بعد ذلك للواقف.

وتارة يكون قصد المشتري ورضاؤه متعلقاً بمجرد العنوان؛ أعني عنوان ما يسوّي

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤١.

درهماً، وذكره لشخص المبيع لتخيّله أنه من مصاديق ذلك العنوان. وعلى هذا يكون المبيع كلياً نظير السَلَم، وتخلف الوصف فيما يذكر اسمه لتخيل أنه من مصاديق المبيع غير مضرٍّ بشيء لو قلنا بصحة بيع الكلي الكذائي من أصله، فيكون على هذا نظير أن يوقف شخص من أهل الخلاف شيئاً على أهل الحق وكان ذكره لاسم أهل الخلاف لمجرد تخيّله أنه من أهل الحق، فإن هذا الوقف لو كان صحيحاً، يكون وقفاً على الشيعة.

وتارة يكون قصد المشتري ورضاؤه متعلقاً بشخص المبيع، لكن لا مطلقاً، بل مقيداً ومعلّقاً على أن تكون قيمته بمقدار الدرهم.

ويظهر من الإيراد الثالث الذي ذكره /٧٧٤/ المصنفﷺ على العلامة أن مراده في مقام توجيه كلام العلامة هو هذا.

في أن الصفة التي تؤخذ في البيع على نحو الشرطية أو الصفتية كصفات المبيع يوجب البطلان لو كان الرضىٰ معلّقاً عليه وكان فاقداً له

وعلى هذا يرد على توجيه المصنفﷺ أنه إذا كان المفروض تعلق الإنشاء والرضاء بشيء مقيد لم يكن له وجود، فمقتضى القاعدة بطلان البيع لفقد الإنشاء والرضاء بالنسبة إلى العين الموجود[ة]؛ لأنه غير ما تعلق به البيع، مع أن الإنشاء والرضاء من شرائط صحة البيع.

وما قاله من أن القيد كان من صفات المبيع، فيكون حاله كحال سائر الصفات المقصودة في المبيع المذكورة في العقد في أن تخلفها لا يوجب إلّا الخيار.

ففيه: أولاً أن مقتضى القاعدة لو صار الرضاء معلّقاً بحيث لم يكن الرضاية في صورة فقدان القيد والصفة - كما هو المفروض - هو بطلان البيع في صورة فقدان هذا [ا]لوصف وسائر الصفات التي تؤخذ في المبيع، وإنما لا يبطل البيع إذا كانت هذه الصفة وكذلك سائر الصفات من قبيل الداعي على تعلق الإنشاء والرضاء على خصوص /٧٧٥/ هذه العين.

ثانياً أن العلماء أيضاً يقولون على طبق ما ذكرناه في صورة فقدان الشرط أو صفات المبيع من أنه لو صار الرضاء معلقاً على الشرط أو الصفة يبطل البيع. وأما لو كان الشرط أو الصفة من

قبيل الداعي؛ يعني تعلق الرضاء بخصوص هذه العين لتخيّل أنه تكون فيها الصفة أو أنه يعمل بالشرط، فيكون البيع صحيحاً، كما أن صاحب الجواهر في باب الشروط عند التعرض لأن الشرط الفاسد مفسد أم لا، يدّعي في موضعٍ أن من المعلوم أنه لو كان الرضاء معلّقاً على الشرط يبطل البيع.

وفي موضع آخر يقول في ردّ من قال بأن الرضاء كان معلّقاً على الشرط، ومقتضاه فساد البيع لعدم كونه تجارةً عن تراضٍ، يقول بأن التراضي وقع معه لا مقيداً به، كما لو شرط كون العبد كاتباً[1]؛ إنتهىٰ.

فإن الظاهر من كلام المورد والمجيب تسلُّم أنه لو كان الرضاء معلقاً فيبطل، وأنه لو كان الرضاء موجوداً بأن تصير الصفة والشرط داعياً فحينئذٍ يصحّ، ونزاعهم كان في الصغرىٰ.

وفي كلام الجواهر كلام أصرح من ذلك على ما ذكرناه في آخر كلامه /٧٥٦/ هناك، بل يظهر تسلُّم ما ذكرنا من كلام المصنفﷺ في مسألة أن الشرط الفاسد مفسد أم لا؛ فإنه يقول في ردّ الدليل الذي ينقل لكون الشرط الفاسد مفسداً من أن التراضي إنما وقع على العقد الخاص، فمع تعذر الخصوصية لم يبق التراضي بأن مجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما في الصفات التي تؤخذ في المبيع؛ إنتهىٰ.

فاعترف بأنه مع فقد الصفة والشرط يكون التراضي موجوداً. وهذا لا يعقل إلّا بأن يكون القيد المأخوذ في البين من الصفة أو الشرط داعياً، لا أن يكون الرضاء معلّقاً عليه، فإنه على هذا التقدير ليس رضاية مع فقد القيد.

ثمّ إن للمصنفﷺ هناك كلاماً لا بأس بنقله، وهو أنه يقول في وجه بقاء الرضاء في الفرض الذي ذكره: إن القيد تارة يكون مقوّماً، فالعرف يحكم بعدم المطلوب مع فقد القيد، وتارة ليس مقوّماً كالصفات المأخوذة في المبيع، فيحكم العرف هنا بوجود المطلوب، فيكون الرضاء موجوداً.

وفيه أن الرضاء لو كان معلّقاً على القيد، فليس الرضاء مع فرض فقد القيد في المقامين

---

١) جواهر الكلام ٢١٥/٢٣.

من غير فرق بين نظر العرف أو العقل. وأما لو صار تخيل ثبوت القيد منشأ للرضاء بخصوص العين /٧٧٧/ الشخصية، فمع فقد القيد يكون الرضاء الفعلي موجوداً في نظر العرف والعقل.

في أن الكراهية التقديرية لا يضرّ بعد وجود الرضاء الفعلي وإن كان الرضاء التقديري بنفسه كافياً وفي أنه لا يكفي الرضىٰ غفلة

نعم؛ يكون هنا كراهية تقديرية بمعنى أنه لو انكشف أنه لم يكن القيد فلم يكن راضياً لكنه لا يضرّ بعد فرض وجود الرضاء الفعلي مسلّماً؛ لأنه مع غمض العين من الإجماع على أن تخلف الدواعي لا يوجب شيئاً وإلّا بطل كثير من المعاملات بعد أن عدم الرضاية التقديرية ثابت مع تخلف الداعي. وفي الإيراد الثاني من المصنفﷺ إشارة إلى هذا الإجماع، نقول: إن طيب النفس موجود وصادق عرفاً مع فرض ثبوت عدم الرضاية التقديرية لتخلف الداعي واقعاً.

إن قلت: إن العلماء يكتفون بالرضاية التقديرية في التصرف في مال الغير، حيث يجوّزون بإذن الفحوىٰ وشاهد الحال مع أنه ليس فيهما إلّا طيب نفس تقديري، وليس هذا إلّا من جهة دعوىٰ صدق طيب النفس على التقديري، ففي المقام كراهية تقديرية، فمع ذلك كيف يصدق أن له طيب النفس؟!

قلت: قد ذكرنا في أول بحث الفضولي في الحاشية أن طيب النفس وإن كان صادقاً على طيب النفس التقديري وكذلك الكراهة، إلّا أنه مع عدم المعارضة /٧٧٨/ بين طيب النفس الفعلي مع الكراهة التقديرية وإلّا فالصدق على ما يكون فعلياً، ولا يطلق الكراهة وعدم الرضاء حقيقةً عند طيب النفس فعلاً*.

هذا كلّه مع أنه لو أغمضنا عما تقدم، نقول: إن خروج العقد الذي يكون فيه الرضاء الفعلي عن تحت العمومات غير معلوم، كما أوضحت ذلك في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك في

---

*) نعم؛ في مسألة «ما لو باع ثمّ بان أنه مالك في الفضولي»، قلنا بأنه لا يصدق الرضاء وطيب النفس في صورة رضي فعلاً غفلة من أن المال ماله؛ فراجع. (منه قدس سره).

الحاشية.

إن قلت: لعلّ المصنف﵀ مراده ممّا نقلته عنه إلى أن المبيع مع الصفة كان من قبيل تعدّد المطلوبي، فإذا فقدت الصفة لم يخرج عن كونه مطلوباً.

قلت: فيه أنه لو كان تخيّل ثبوت الوصف منشأ للرضاء، فكان الرضاء الفعلي موجوداً، وعدم الرضاء التقديري يكون المفروض أنه غير مضرٍّ. وأما لو تعلق الرضاء بنفس المقيّد فقط، فلم يكن بدون الوصف مطلوباً رأساً، وفي صورة يكون المقيّد من قبيل تعدّد المطلوبي، فيكون الإنشاء والرضاء على العين الشخصية التي تخيّل فيها وجود الوصف.

ثمّ إن هذا كلّه في الردّ على توجيه المصنف﵀ حيث اشتمل كلامه على أن العقد الواقع في الخارج مع عدم الرضاء فيه لا يوجب البطلان وإنما يوجب الخيار.

في أن الشروط المستقلّة لا يوجب انتفاؤها بالخيار ما لم يذكر في العقد، ومثل وصف الصحة وإن لم يذكر رأساً وأوصاف الكمالية لابدّ من كون العقد مبنيّاً عليها

وأما ما ذكره في [لإ]يراد الثالث على هذا الكلام من العلامة بقوله «إن أخذه[1]» أي أخذ التساوي في المالية على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا /٧٧٩/ لم يذكر في متن العقد.

فنقول: نحن تارة نتكلم في الشروط المستقلة التي يكون التباني عليها إذا لم تذكر في متن العقد، وتارة في قيود المبيع وصفاته سواء عبّر عنها بلفظ الشرط أم لا.

أما الأول فنقول فيه: إن كون تخلّف الشرط موجباً للخيار إنما هو فرع لزوم الوفاء بذلك الشرط*.

---

١) راجع: جامع المقاصد ٤٠٦/٦.

*) *بل بناءًا على مسلكنا لا يثبت الخيار إلّا في صورة كانت المعاملة ضررية بدون العمل بالشرط، كما سيجيء الكلام فيه. نعم؛ في فرض كان أصل المعاملة ضرريّة نقول: إن الشرط وإن لم يكن لازم الوفاء من جهة نسيان ذكره في العقد إلّا أنه لو لم يقدّم على هذا الضرر إلّا في فرض سلامة الشرط له، فمع عدم لزوم الوفاء بالشرط أيضاً يجري قاعدة الضرر؛ فتدبّر. (منه قدس سره).*

وتقدم منّا في خيار المجلس عند التعرض لسقوطه بالشرط أن الحق أن الشرط الغير المذكور في العقد غير واجب الوفاء، وإن نقلنا عن المصنفﷺ هناك أن مقتضى بعض كلماته أنه لازم الوفاء.

ثمّ إنه في مورد قلنا بأنه غير لازم الوفاء كان المفروض أن الرضاء بأصل العقد كان موجوداً، وأن الشرط كان من قبيل الداعي، وإلّا فلو لم يكن الرضاء بأصل العقد بدون الرضاء بأن فرض كون الرضاء معلقاً بالشرط فيبطل أصل العقد رأساً.

وأما الثاني فعلى قسمين:

الأول ما يكون بناء المعاملة عليه من دون أن يتعرّضوا لذكره قبل البيع أو في العقد كوصف صحة المبيع ووصف كونه مساوياً في المالية للثمن المسمّىٰ في المعاملات المتعارفة. وهنا مقتضى القاعدة الصحة واللزوم بعد أن تخيّل ثبوت الوصفين من قبيل الداعي، فثبوت الخيار مع تخلّف أحدٍ من هذين الوصفين يحتاج إلى دليل من خارج*.

وهذا الدليل الخارجي لو تمّ، يتمّ مع عدم ذكر الوصفين رأساً، فضلاً عن ذكره في متن العقد.

الثاني ما يحتاج اعتبار ثبوته في المبيع إلى التعرّض له، وذكره كالصفات الكمالية للمبيع ككون العبد الذي يكون مبيعاً كاتباً، أو غير ذلك من الصفات الكمالية.

وهنا نقول: إنه إذا ذكر مثل هذه الصفة قبل العقد واعتبر ثبوته في المبيع وكان العقد مبنيّاً على ثبوت هذا الوصف فيكفي في ثبوت الخيار مع تخلّف الوصف على القول بأن تخلف الوصف يوجب الخيار، لكن بشرط أن يكون اعتبار الوصف من قبيل الداعي بمعنى أن ذكر البايع لثبوت الوصف الكذائي في المبيع عند عدم رؤية المشتري له يصير منشأ لأن يشتري العين الشخصية لتخيّل ثبوت الوصف فيه بإخبار البايع، وإلّا لو كان البيع والرضاء معلّقاً عليه، فمع التخلف يكون البيع باطلاً.

---

*) *كالأخبار الدالّة على ثبوت خيار العيب وكقاعدة الضرر المُثبِت لخيار الغبن، ومحل الكلام مع قطع النظر عنهما. (منه قدس سره).*

ثمّ إنه يشهد على أن محل كلامهم في مسألة خيار تخلف الوصف المسمىٰ بخيار الرؤية أعم من أن يذكر الوصف في متن العقد أو ذكر قبله وكان العقد مبنيّاً عليه، ظاهر كلماتهم في تلك المسألة، بل المصنف ﷺ في تلك المسألة يصرّح بالتعميم بأن علم القصد إلى الصفة من الخارج أم اشترطت في العقد؛ فراجع.

في بطلان التمسك بقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم.. ﴾[1] الآية على ثبوت خيار الغبن وأنه لو شمل يقتضي بطلان البيع

قوله: ولو أبدل ـ قدّس سرّه ـ هذه / ٧٨١ / الآية بقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم ﴾ .. اه.

أقول: هذه الآية هو الدليل الثالث الذي يقال لثبوت الخيار به بتقريبٍ ذكره المصنف ﷺ، ونحن نشير هنا إلى بعض ما يكون وارداً على التمسّك بهذه الآية في المقام ويعلم في ضمنه بعض ما يرد على تقريبٍ ذكره المصنف ﷺ لأصل الاستدلال والجواب عنه بمعارضه بقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾.[2]

فنقول: قد تقدم أن اعتقاد المشتري لكون المبيع مساوياً في المالية مع الثمن يصير داعياً له على بذل الثمن المعيّن بإزاء المبيع، لا أن يكون رضاؤه معلّقاً على كونه مساوياً له في المالية حتى يوجب بطلان البيع كما تقدم.

وتقدم أن المصنف ﷺ أيضاً اعترف بأن اعتقاد التساوي يكون داعياً وأن الرضاء الفعلي ببذل الثمن بإزاء المبيع يكون موجوداً عند البيع.

وتقدم أن عدم الرضاء التقديري غير مضرٍّ بصحة المبيع بعد وجود الرضاء الفعلي. ولا فرق في هذه الجهة بين أن يكون البايع عالماً بنقصان المبيع في المالية عن الثمن فيتحقق منه عنوان الخدعة في البين أم لا، بل كانا جاهلين.

ثمّ إنك عرفت في الحاشية السابقة أنه عند وجود الرضاء الفعلي لا تضرّ الكراهة التقديرية

---

١) البقرة: ١٨٨.

٢) النساء: ٢٩.

على صدق الرضىٰ عرفاً. وعلى هذا، فالبيع الواقع في المقام يكون التجارة عن تراضٍ صادقاً عليه. /٧٨٢/

وعلى هذا فلا يصدق عليه الأكل بالباطل، وذلك لأنه إما أن نقول: إن مفاد الآية من المستثنىٰ والمستثنىٰ منه حصر مجوّز أكل مال الغير بالتجارة عن تراضٍ أو أن نقول: إن الاستثناء منقطع كما هو الحقّ وإن المراد من الأكل بالباطل غير التجارة عن تراضٍ. فما يصدق عليه التجارة عن تراضٍ - كما في المقام على ما عرفت - فلا يصدق عليه الأكل بالباطل حتى يتمسك في المقام بهذه الآية*.

هذا كلّه أولاً، وثانياً لو أغمضنا عما تقدم وتسلّمنا أيضاً أن الأكل بالباطل يكون صادقاً على أكل مال الغير بالخدعة ولو كان الرضىٰ الفعلي من المالك موجوداً، فحينئذٍ نقول: إن مقتضى ذلك صدق أكل المال بالباطل في صورة كان البايع عالماً بعدم تساوي المبيع مع الثمن وكان المشتري جاهلاً بذلك.

وعلى هذا، فتارة نتكلّم على فرض عدم صدق التجارة عن تراضٍ في هذه الصورة، وتارة على فرض صدق التجارة عن تراض عليه أيضاً حيث كان الرضىٰ الفعلي موجوداً فيه.

في أنه على كلّ حال لا يستفاد الخيار من النهي عن الأكل بالباطل وأن أمره دائر بين اقتضائه البطلان أو عدم الشمول

أما على الأول فنقول: إما أن النهي عن الأكل بالباطل يقتضي بطلان هذه المعاملة أم لا.

أما لو اقتضى البطلان، فالرضاء من المشتري بعد الالتفات بنفس هذا البيع ليس بيعاً حتى تصحّ المعاملة بعد الرضاء. وأما لو لم يدلّ النهي عن الأكل بالباطل على بطلان هذه المعاملة،

---

*) *وعلى الوجه الأخير كما هو الحق أيضاً من أن كلّ ما يصدق عليه التجارة عن تراضٍ لا يصدق عليه الأكل بالباطل، يظهر الجواب عن التمسك للمقام بما ورد في آية أخرى من النهي عن أكل المال بالباطل من دون استثناء التجارة عن تراضٍ أيضاً، كما في سورة البقرة* (١٨٨) ﴿ *ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكّام* ﴾ .. *الآية. والمنع من الأكل بالباطل في الأموال يكون في آيات أخر أيضاً، لكن بتعبير آخر. (منه قدس سره).*

فنقول: لا وجه /٧٨٣/ لدلالته على ثبوت الخيار، لأنه لم يقل أحد: إن النهي يدلّ على ثبوت الخيار*.

إن قلت: إن اقتضاء النهي للخيار بلحاظ أنه بعد رضىٰ المشتري بعد ذلك يخرج الأكل عن كونه أكلاً بالباطل.

قلت: يكون المفروض أنه قبل رضى المشتري أيضاً لا يدلّ هذا النهي على البطلان، مع أن المفروض أنه كان من الأكل بالباطل.

إن قلت: مفاد النهي مجرد الحرمة في زمان يصدق أنه من الأكل بالباطل.

قلت: **أولاً**: إن النهي عن ترتب آثار البيع يوجب البطلان.

وثانياً: إن أحداً لا يقول بحرمة التصرف قبل التِفات المشتري بالغبن ورضائه، ولاسيّما أن تكون حرمة التصرف على خصوص البايع، دون المشتري**.

---

*) *وما ذكره المصنف﵀ في تقريب ذلك من أن أكل البايع مال المشتري على وجه الخديعة من دون سلطنة المشتري على الردّ يكون أكلاً للمال بالباطل وأنه برضائه يخرج عن ذلك، ففيه - بعد الغمض عن كلّ شيء -: أن سلطنة المغبون و عدم سلطنة حكم شرعيّ، ولا يؤخذ ذلك في الموضوع الذي يتعلق به الحكم الشرعي؛ فتدبّر جيّداً.*

إن قلت: أي مانع من أن يقال: إن الحكم الشرعي بسلطنة المشتري على الرد يكون مغيراً للعنوان؛ أي صدق الأكل بالباطل، وعليه يكون الحكم الشرعي مأخوذاً في موضوع حكم آخر؟

قلت: معنى كونه مغيراً للعنوان أنه لو فرض ثبوت الخيار فلا يصدق الأكل بالباطل ولو فرض عدم ثبوت الخيار يصدق الأكل بالباطل. وذلك ينتج حرمة الأكل على التقدير الثاني دون الأول، ولا ينتج ذلك أصل ثبوت الخيار، كما هو المقصود. (منه قدس سره).

**) *ولا يخفىٰ أنا لو صحّحنا في باب البيع الفضولي وغيره خروج العقد عن تحت العام في الزمان الأول لفقدان شرط الصحة كالرضاء ودخول نفس ذلك الفرد تحت العام بعد وجود الشرط مثل الرضاء، إلّا أن التقريب الذي يذكر هناك لا يجري بالنسبة إلى أكل المال بالباطل بأن نقول: إنه يشمل البيع المذكور في الزمان الأول، ثم خرج عن تحته في الزمان الذي يلحق الرضاء بعكس ما يقال في باب الفضولي، كما لا يخفىٰ على المتأمل فيما ذكرته في مقام الإشكال على المصنف﵀.*

لو قلنا: إنه يشمله قبل لحوق الرضاء قوله ﴿لا تأكلوا أموالكم﴾ و إنه يدلّ على الفساد وإنه بعد لحوق الرضاء يخرج عن الخديعة والباطل، فيشمله ما دلّ على صحة البيع ولزومه من

وأما على الثاني؛ يعني على فرض صدق التجارة عن تراضٍ أيضاً عليه، فيصير الكلام مجملاً؛ لأن المستثنىٰ والمستثنىٰ منه يكونا[ن] من أجزاء كلام واحد، وبعد فرض وقوع التعارض لأجزاء كلام واحد وعدم مرجّح في البين، يصير الكلام مجملاً، فيتمسك لصحة هذا البيع ولزومه بسائر العمومات والأدلة والأصول، وبعد ما صار[ت] هذه الآية المشتملة على استثناء التجارة عن تراضٍ مجملاً للتعارض بين جزأيه على الفرض، فلا مانع من التمسك بما ورد من النهي عن أكل المال بالباطل من دون استثناء التجارة عن تراضٍ عنه بعد فرض أن الأكل بالباطل صادق هنا؛ لكن هذا مع قطع النظر عما تقدم من فساد هذا المبنىٰ، وأن الأكل بالباطل غير صادق هنا أو لا أقلّ من الشكّ في صدقه، فلا مانع من التمسك لصحته بالعمومات بعد ما عرفت من أن الرضىٰ موجود فيه أيضاً.

وأما لو فرض أن الأكل بالباطل يكون صادقاً في صورة يكون البايع عالماً دون المشتري وأنه لا يصدق التجارة عن تراضٍ هنا، وأما لو كانا جاهلين، فيكون الأمر بالعكس؛ يعني يصدق التجارة /٧٨٤/ عن تراضٍ دون الأكل بالباطل، فمع دلالة النهي عن البطلان لابدّ أن يقال ببطلان البيع في صورة كان خصوص البايع عالماً بالغبن وبصحته لو كانا جاهلين بحيث لا يتحقق عنوان الخديعة.

والحكم بالتعارض بواسطة عدم القول بالفصل بينهما لا وجه له؛ لأن عدم الفصل من جهة ثبوت الخيار في أحدهما دون الآخر - كما ذكره المصنف رحمه الله - لا من جهة صحة أحدهما، دون الآخر.

نعم؛ يكون الإجماع على صحّة كليهما، فلابدّ من رفع اليد عما يدل على البطلان لوقلنا

العمومات.

فحينئذٍ يرد عليه مع كلّ شيء أنه يقع التعارض بينهما بعد عدم القول بالفصل بين حالتيه، فلا يبقىٰ لك إلّا أن تقول: إن الحكم بالفساد خلاف الإجماع.

هذا؛ مع أنا قلنا في محله بأنه لا مانع من أن يكون الفرد خارجاً عن تحت العام، لم يشمله دليل الصحة. وهذا بخلاف ما لو دلّ الدليل على فساده أولاً كما في المقام، فلا يندرج بعد ذلك تحت العام الذي يقتضي اللزوم أو الصحة. وكم فرق بين المقامين، فإنه في الأخير ليس الفرد إلّا الفرد الذي دلّ الدليل على فساده؛ وبعد ذلك لم يوجد فرد آخر؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

بأن النهي عن الأكل بالباطل يدلّ على البطلان في صورة الخديعة؛ لكنّك عرفت فساد ذلك أولاً.

قوله: واستدلّ أيضاً في التذكرة[١] بأن النبيّ ﷺ أثبت الخيار في تلقّي الركبان[٢].. اه.

أقول: هذا هو الوجه الرابع الذي استدلوا به على ثبوت خيار الغبن والمصنف﵀ تصدّى لردّه بأن الخبر الوارد في ثبوت الخيار في تلقي الركبان ليس صحيحاً ولا منجبراً بالشهرة.

ونحن نقول: يرد عليه مضافاً إلى ما ذكره أولاً أن ثبوت خيار الغبن في مسألة خاصة غير مستلزم لثبوت خيار الغبن مطلقاً.

وثانياً أن ثبوت الخيار /٧٨٥/ في مسألة تلقّي الركبان على فرض ثبوته غير معلوم أن يكون لأجل الغبن، ومنه نقل هناك عن بعض بثبوت الخيار ولولم يكن غبن أيضاً.

في تقريب دلالة قوله ﷺ «لا ضرر».. اه على ثبوت خيار الغبن؛ بل على ثبوت الخيار في مطلق المعاملة الضررية أعمّ من الغبن والبيع

قوله: وأقوىٰ ما يستدلّ به على ذلك[٣].. اه.

أقول: قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار[٤]»، هو الوجه الخامس الذي استدلّ به على ثبوت خيار الغبن.

وهنا نقول: إنا ذكرنا في قاعدة الضرر احتمالات للمراد من قوله ﷺ «لا ضرر» ..اه. والتي رجّحناه هناك وفاقاً لما استفدناه من كلام المصنف﵀ هناك أن المراد من هذا الخبر نفي الحكم الذي يوجب الضرر ويجيء الضرر من قبله، سواء قلنا إنه بحسب التعبير يكون من قبيل نفي أثر الشيء وحكمه بلسان نفي نفس ذلك الشيء وموضوع ذلك الحكم الذي هو قسم من الاستعارة، أم لا.

---

١) تذكرة الفقهاء ٦٩/١١.

٢) كتاب المكاسب ١٦٠/٥.

٣) كتاب المكاسب ١٦١/٥.

٤) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

وعلى هذا نقول: إنه في المعاملة الغبنية، بل مطلق المعاملة الضررية، سواء كان بيعاً أو غيره حكمان: الصحة واللزوم.

أما الصحة فلا ترتفع بقاعدة الضرر إما لأن الصحة المجردة لا توجب الضرر، بل الضرر في موردها من اختيار المغبون مثلاً لعدم الفسخ، كما أنه في صورة يكون عالماً بالغبن ابتداءً يكون ورود الضرر عليه من إقدامه عليه، لا من حكم الشارع، وإما لأن الصحة وإن توجب الضرر إلّا أنه لا منّة في رفع أصل الصحة حيث إنه ربما يتعلق غرض الشخص بورود الضرر على نفسه.

وقوله ﷺ «لا ضرر».. اه لمّا يكون وارداً مورد المنّة /٧٨٦/ على العباد، فلا يدلّ على نفي كلّ حكم ليس المنّة في نفيه وإن كان الحكم ضررياً.

وأما اللزوم، ففي صورة أقدم المغبون على المعاملة الغبنية عن جهل يكون حكماً موجباً لورود الضرر على المغبون ويكون المنّة أيضاً في رفعه، فلا مانع من شمول قوله «لا ضرر» له، سواء قلنا إن قوله «لا ضرر» يشمل خصوص كلّ حكم كان له شأنية الوجود بحيث يثبت بالأدلة لولا قاعدة الضرر، أو قلنا إن قوله «لا ضرر» يشمل الأعمّ منه ومما ليس له شأنية الوجود أيضاً بالمعنى الذي ذكر.

ثمّ إنا نقلنا فى قاعدة الضرر عن بعض الأساتيد أنه على هذا المعنى الذي اخترناه لقوله ﷺ «لا ضرر» ..اه لا يمكن إثبات خيار الغبن، لا الأعمّ منه ومن الأرش بقاعدة لا ضرر ولا ضرار؛ نظراً إلى أن مجرد وجوب الوفاء بمثل العقد ليس حكماً ضررياً، بل الحكم الضرري الذي ينفى بقوله «لا ضرر» ..اه هو وجوب الوفاء بالعقد بدون التدارك بالأرش.

وإذا صار هذا الحكم ضررياً، فلابدّ أن يكون مرتفعاً، وارتفاعه إما بارتفاع أصل وجوب الوفاء حتى يثبت الخيار، أو بارتفاع قيد وجوب الوفاء، وهو عدم التدارك بأن يقول: يجب الوفاء مع التدارك، فلا يعيّن الخيار.

إن قلت: كون الضرر متداركاً، لا يصير منشأ /٧٨٧/ لأن لا يكون ضرر؛ لأنه ضرر وتدارك ضرر.

قلت: تدارك الضرر إذا لوحظ مع الضرر الخارجي فهما أمران خارجيان لا يصير أحدهما

سبباً لارتفاع الآخر، وأما صيرورة الحكم ضررياً، فإنما يصير بأن لا يكون مقيداً بالتدارك، وإذا صار مقيداً بالتدارك فيخرج الحكم عن كونه ضررياً.

في المناقشة على قوله «لا ضرر» بأنه لا يعيّن خصوص الخيار؛ بل أحد الأمرين من الخيار أو الأرش ولا يلتزمونه

إن قلت: إنه على القول بأن دليل الضرر حاكم على سائر الأدلة، يصير المعنى أن الحكم الضرري الذي يقتضيه سائر الأدلة يكون منفياً.

وعلى هذا نقول: إن الحكم الضرري الذي يقتضيه سائر الأدلة ليس إلّا وجوب الوفاء المطلق، فدليل الضرر ينفي هذا. وهذا ليس له قيد حتى تقول: إن نفيه قد يصير بنفي قيده؛ بل على القول بعدم الحكومة أيضاً نقول: إن الحكم الذي يكون في البين ويكون ضررياً ليس إلّا وجوب الوفاء المطلق وليس لنا وجوب وفاء مقيد بعدم التدارك.

قلت: وجوب الوفاء في الواقع اللوح المحفوظي يكون مقيداً بعدم التدارك حيث إن براءة الذمة عن الاشتغال بحق الغير إذا انضمّ إلى وجوب الوفاء، يصير المعنى أنه يجب الوفاء بدون التدارك.

أقول: براءة الذمة حكم، ولا معنى لأن يصير وجوب الوفاء مقيداً به؛ لأن القيد المذكور /٧٨٨/ ليس من قيود متعلق الحكم حتى يتعلق وجوب الوفاء به أيضاً، نظير الوضوء الذي يكون قيداً للصلاة، لأن الحكم الشرعي ليس قابلاً لأن يؤخذ في متعلق الحكم وإن كان هذا الاحتمال أقرب بكلام المناقش.

فعلى هذا لابدّ أن يكون المراد أن تكون البراءة قيداً لنفس الحكم بأن يكون الحكم بوجوب الوفاء مشروطاً و مقيداً بالبراءة. و على هذا نقول: إنه لا معنى لأن يصير حكماً شرعياً مشروطاً وجوده بحكم آخر؛ لأن الحكم ببراءة الذمة عن التدارك لولم يكن أولاً، فلا حكم بوجوب الوفاء، وإن كان الحكم ببراءة الذمة فيكون وجوب الوفاء ثابتاً مطلقاً.

إن قلت: إن الغرض أن الحكم بوجوب الوفاء كان مقيداً بعدم التدارك في الخارج.

قلت: مجرد براءة الذمة عن التدارك لا يقتضي أن يكون حكم الشرع بوجوب الوفاء مقيداً

بعدم التدارك في الخارج، وإن كان غرض المناقش ذلك مسلّماً، إلّا أن دليله لم يثبت هـذا المدعىٰ.

ومن الواضح أن الحكم الذي ثبت في الشرع أيضاً لم يكن كذلك بنفسه بأن يكون الحكم بوجوب الوفاء مقيداً بعدم التدارك في الخارج*. /٧٨٩/

في تقريب أن قاعدة الضرر يثبت أحد الأمرين من الخيار أو الأرش

وبالجملة كلّما يزداد التأمل في هذا الوجه الذي ذكر لعدم تعيّن الخيار في المعاملة الغبنية، يزداد وضوح فساده. وليس نظر أحد من القائلين بأن قاعدة الضرر يثبت الأعمّ من الخيار أو الأرش ـ لا خصوص الخيار ـ إلى ذلك.

نعم؛ يمكن أن يقال لهم بوجهين آخرين ليس شيء منهما بهذا الوضوح من الفساد:

الأول أن نقول: كما أن الحكم بوجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية حكم ضرريّ، كذلك الحكم ببراءة ذمّة الغابن بعد الحكم بوجوب الوفاء حكم ضرري، ورفع الضرر هنا برفع أحد الحكمين، فلا يثبت خصوص الخيار؛ بل الخيار أو الأرش.

وبوجه أحسن ثبوت الضرر هنا بثبوت الحكمين معاً، ورفعه برفع أحدهما، فلا يعيّن خصوص الخيار.

هذا؛ ولكن فيه: أنك عرفت أن مفاد دليل قاعدة الضرر أن الحكم الذي يوجب الضرر يكون منفياً. وعلى هذا لو سلّمنا أن الحكمين معاً يوجبان للضرر، فنسلّم أن رفعه برفع

---

*) *هذا؛ مع أنه لو فرض أن يكون الحكم مقيداً كذلك بأن يكون وجوب الوفاء بالمبايعة الغبنية على البايع مقيداً بعدم تدارك المشتري للزيادة في الخارج، فنقول: إن هذا الشرط لا يمكن أن يكون من قيود متعلق الحكم حتى نقول: إن رفعه إما برفع أصل وجوب الوفاء أو برفع قيده؛ لأن القيد من فعل غير من تعلق به الوجوب، فلابدّ أن يكون الشرط شرطاً لنفس الحكم، فيكون وجوب الوفاء من قبيل الواجب المشروط، ومعناه ثبوت الحكم في حال وجود الشرط، كما أوضحنا ذلك في الاستصحاب التعليقي في باب الاستصحاب.*

فحينئذٍ ففي حال لا يكون حكم وفي حال وجود الشرط يكون حكم مطلق، فيخرج عن موضوع كلامه من أن المقيّد رفعه إما برفع نفسه أو برفع قيده. (منه قدس سره).

أحدهما، فلا يثبت خصوص الخيار إلّا أنه ليس الأمر كذلك؛ لأن من الواضح أن وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية بنفسه حكم ضرريّ.

نعم؛ لو حكم في مورده برفع براءة الذمة عن وجوب التدارك فذلك يوجب رفع الضرر الناشيء من الحكم بوجوب الوفاء بالمعاملة / ٧٩٠ / الغبنية، فصيرورة الحكم ببراءة الذمة عن التدارك ضررياً متفرع على ثبوت الحكم الضرري أولاً، فقوله ﷺ «لا ضرر» ..اه يقتضي عدم ثبوت وجوب الوفاء، فلم يتحقق موضوع الحكم الضرري الثاني، وهو الحكم ببراءة الذمة عن تدارك ضرر ثبت لأجل الحكم بوجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية.

في الجواب عما يمكن أن يقال لأن قاعدة الضرر لا يعيّن الخيار

الثاني أن نقول: إن الحكم بوجوب الوفاء على البايع مشروط بتدارك المشتري للزيادة؛ يعني أنه لو بذل المشتري للزيادة فيجب على البايع الوفاء بالمعاملة الغبنية. وأما لولم يبذل المشتري للزيادة فيكون للبايع الخيار، ولا يجب عليه الوفاء بهذه المعاملة الغبنية.

إن قلت: إن وجوب الوفاء لم يكن مشروطاً بهذا الشرط في الأدلة، وإلّا لم يكن إشكال.

قلت: يستفاد كون التدارك شرطاً لوجوب الوفاء من قوله ﷺ «**لا ضرر ولا ضرار**» بتقريب أن رفع الضرر الحاصل من وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية يحصل برفع وجوب الوفاء في خصوص صورةٍ لم يتدارك المشتري للزيادة دون صورةٍ تدارك، فلو تدارك ليس ضرر في وجوب الوفاء بهذه المعاملة حتى يرتفع الوجوب بقاعدة الضرر.

هذا كلّه، ولكن فيه: أن ما يعطيه المشتري هبة جديدة، / ٧٩١ / فالضرر الذي كان في الحكم بوجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية يكون باقياً بحاله، ولا يرتفع إلّا برفع أصل وجوب الوفاء بهذه المعاملة.

إن قلت: لانسلّم أن ما يعطيه المشتري هبة جديدة، بل يكون من باب الغرامة، كما يدّعيه المصنف رحمه الله.

قلت: **فيه**: أولاً أن الغرامة تدارك للضرر الثابت بالحكم بوجوب الوفاء، وقاعدة الضرر يرفع الحكم الضرري، فلا يتحقق موضوع الغرامة، كما تقدم في الوجه السابق.

وثانياً: أن من شأن قاعدة الضرر رفع الحكم، لا إثباته، فكيف تثبت الغرامة بقاعدة الضرر*؟

إن قلت: إثبات الغرامة من جهة أن براءة ذمة المشتري عن التدارك يكون ضررياً، فيرتفع

---

*) *إن قلت: إن المصنف لما اعترف بأن الغرامة تثبت بقاعدة الضرر، فيرد عليه أن إثبات الغرامة بقاعدة الضرر موقوف على ثبوت حكم ضرريّ، وهو وجوب الوفاء، فقاعدة الضرر يرفع نفس وجوب الوفاء، فلا يتحقق موضوع في الحكم بالبراءة من الغرامة حتى يثبت الغرامة بقاعدة الضرر بتقريب أن المرفوع بقاعدة الضرر هو الحكم الموجب للضرر، والحكم ببراءة ذمّة الغابن من الغرامة ليس موجباً إلّا بعد فرض وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية على المغبون، وهو بنفسه حكم موجب للضرر.*

هذا؛ إلّا أنه لقائل أن يقول: نحن لا نثبت الغرامة بقاعدة الضرر حتى يرد عليه هذا المحظور؛ غاية الأمر أن نقول: إنه لا دليل على الغرامة، لكن نقول: من المحتمل أن الشارع حكم في المقام بلزوم الغرامة على الغابن.

إن قلت: موضوع الغرامة لا يتحقق ما لم يثبت وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية، وهو حكم ضرريّ يرفعه قاعدة الضرر.

قلت: مجرد حكم الشارع بصحة المعاملة (٧٩٢ ح) الغبنية ولولم تكن المعاملة لازمة يوجب لأن يتحقق عنوان الغرامة لو جعلها الشارع؛ غاية الأمر أنه لا تكون قاعدة الضرر دليلاً عليه لتقول: إنه يتوقف على ثبوت حكم ضرريّ، وهو وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية.

قلت: مجرد احتمال جعل الغرامة مع الاعتراف بعدم لزوم المعاملة الغبنية حيث كان اللزوم حكماً موجباً للضرر، غير مثمر في رفع بقاء الخيار الثابت أولاً، كما هو المفروض؛ غاية الأمر أنه لو تدارك الغابن للزيادة فنتمسك لبقاء الخيار الثابت أولاً بالاستصحاب. ولا يرد على هذا الاستصحاب ما ذكره المصنف من أن من المحتمل ثبوت الخيار أولاً على الممتنع من بذل الزيادة، لا على الباذل لها. وذلك لأن هذا الإيراد مبنيّ على أن نحتمل أولاً وجوب الغرامة أو ثبوت الخيار.

وهذا لو تمّ فإنما يتمّ لو أثبتنا الغرامة أولاً بقاعدة الضرر، كما فعله المصنف، وعرفت فساده.

وأما على ما قلناه، فلا يثبت وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية من أول [!] الأمر لكونه حكماً موجباً للضرر بنفسه، سواء حكم بلزوم الغرامة أم لا؛ غاية الأمر أنه لو حكم بالغرامة فيرفع الضرر الذي يثبت من وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية. فقاعدة الضرر يرفع وجوب الوفاء بالمعاملة الغبنية على كلّ حال، (٧٩٣ ح) سواء ثبت معه شيء يرفع الضرر بعد ثبوته بوجوب الوفاء أم لا؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

بقاعدة الضرر ورفع البراءة بثبوت الاشتغال.

قلت: هذا يرجع إلى الوجه الأول الذي قد عرفت الجواب عنه، وهو العمدة.

في أن قاعدة الضرر تعيّن الخيار في المعاملة الضررية

ثمّ اعلم أن المصنف﵀[1] ينقل عن التذكرة[2] أنه استشكل في ثبوت الخيار للمغبون مع بذل الغابن للأرش، بل يظهر من الرياض[3] ثبوت القول بعدم الخيار في هذا الفرض.

ثمّ إن المصنف﵀ يرجّح أن قاعدة الضرر لا تدلّ على ثبوت الخيار للمغبون مع بذل الغابن للزيادة، إما لأن رفع الضرر يحصل بسلطنة المغبون على ردّ العقد /٧٩٢/ في خصوص المقدار الزائد أيضاً، فلو بذل الغابن لمقدار الزيادة فلا دليل على ثبوت خيار فسخ أصل العقد للمغبون، وإما لأن رفع الضرر يحصل بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكلّ ومن تدارك ما فات على المغبون.

في الردّ على المصنف﵀ حيث ادعى أن «لا ضرر».. اه لا يعيّن الخيار

ثمّ إنه يدّعى أن ما يتدارك يكون غرامة لا هبة جديدة، ولا جزءًا من العوض ليكون فيهما المحظور، وأن دليل ثبوتها قاعدة الضرر.

ونحن نقول: أما وجهه الأخير فظهر جوابه مما تقدم، حيث عرفت أن مفاد قاعدة الضرر ليس أن الضرر الذي يوجد في البين لابدّ من أن يرفع بأحد الوجوه الممكنة، بل مفادها أن الحكم الذي يوجب الضرر غير ثابت في الشريعة والحكم الذي يكون من الشارع في المقام ويكون ضررياً هو وجوب الوفاء بهذه المعاملة الغبنية كما تقدم، وأن إثبات الغرامة هنا بقاعدة الضرر فرع ثبوت الحكم الضرري وهو وجوب الوفاء بهذه المعاملة، كما تقدم توضيح ذلك مفصّلاً.

---

١) كتاب المكاسب ١٦١/٥.

٢) تذكرة الفقهاء ٧٠/١١.

٣) رياض المسائل ١٩٠/٨.

وأما وجهه الأول أيضاً يرد عليه أنه لم يكن مفاد قاعدة الضرر رفع الضرر بأيّ وجه أمكن حتى يقال: إنه يمكن رفعه بردّ العقد في مقدار الزيادة، بل الحكم الذي يكون من الشارع موجباً للضرر يكون مرفوعاً، وهو ليس إلّا وجوب الوفاء بهذه المعاملة، وليس من الشارع حكم يدفع الزيادة حتى يقال: إنه ضرريّ.

هذا؛ مع أن ما يذكره بعد ذلك من أن حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت ..اه، يظهر منه أنه ليس للمغبون خيار في ردّ العقد في مقدار الزيادة، بل مجرد دفع الغابن للزيادة /٧٩٣/ يكفي في عدم ثبوت الخيار للمغبون، فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الأخير أيضاً.

وتقدم ما فيه.

ثمّ إن للمصنف﵀ كلاماً آخر لا بأس بنقله، هو أنه يؤيد عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للزيادة بأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود. ثمّ يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة، وقد يستنكف عن ذات القيمة اليسيرة. وفيه أنه لا يصدق الضرر على مجرد مخالفة الغرض عند العرف، فلا يشمل قوله «لا ضرر».. اه لنفيه*.

في أن تخلف الغرض لا يعدّ ضرراً وفساد التمسك بالأخبار التي تمسكوا بها لثبوت خيار الغبن

قوله: وقد يستدلّ على الخيار بأخبار واردة[1] .. اه.

---

*) *ثمّ إنه﵀ في قاعدة الضرر يورد على خيار الغبن بأن تسلط المغبون بأخذ ما صار ملكاً للغابن ضرر على الغابن، ونحن قلنا: إنه لأجل الضرر لم يثبت له إلّا الملكية المتزلزلة، وأخذ مثل هذه الملكية عنه ليس بضرر عرفاً.*

ثمّ إنه﵀ توهّم أن المدار في خيار الغبن بالضرر النوعي، ونحن ذكرنا هناك أن مفاد قاعدة الضرر [الـ]ـرفع الشخصي، ومنعنا هناك ثبوت موردكان الخيار ثابتاً مع عدم الضرر الشخصي. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٦٤/٥.

أقول: عدم جواز التمسك بهذه الأخبار الثلثة أو الأربعة بناء على أن المنقول عن مجمع البحرين حديث رابع أوضح من أن يخفىٰ، ولولم نقل: إن الغبن في الثلثة الأخيرة - بفتح الباء - بمعنى الخديعة في الرأي أيضاً. وذلك لأنه - مع الغمض من أنه لو تمّت دلالتها فهي أخصّ من المدعىٰ؛ إذ المدعىٰ ثبوت الخيار ولولم يكن خديعة أيضاً، كما لو كانا جاهلين - نقول: إن كون الغبن يعني الخدعة في البيع حراماً غير مستلزم للخيار، بل ولا البطلان؛ لأن حرمة السبب غير موجب لعدم التأثير بعد فرض وجود شرايط الصحة من الرضاء وغيره*.

ولو قلت: إن قوله «سُحْت» في الحديث الأول ظاهر في كون المال حراماً، فنقول: أولاً إن ذلك يوجب البطلان لا الخيار، وثانياً إن كون الخديعة سُحْتاً غير أن المال سُحت، ولو قلت بلزوم /٧٩٤/ التصرف في أحد الطرفين، فلا نسلّم انعقاد ظهور لما يرادف ثبوت الخيار قطعاً، كما لا يخفىٰ على المتأمل في احتمالات ذكرها المصنف رحمه الله فيه.

قوله: مسألة يشترط في هذا الخيار أمران: الأول عدم علم المغبون[1] .. اه.

أقول: من جهة صدق الضرر لا يتفاوت بين علم المغبون بالقيمة وإقدامه على ذلك، وبين غير هذه الصورة من صورة كان له الجهل المركب بعدم تفاوت القيمة، ومن صورة كان غافلاً مع سبق علمه أم لا، ومن صورة كان ملتفتاً وكان ظانّاً أو شاكّاً وكان قادراً على السؤال أم لا، علم بتفاوت يسير، ثمّ بان الزيادة إلى غير ذلك من الاحتمالات المتصورة فإنه من جهة صدق الضرر لا يتفاوت بينهما، وإنما الكلام في أن قاعدة الضرر لا يرفع كل حكم ضرريّ.

وعلى هذا فلابدّ لنا أولاً من التكلّم في الضرر الذي يرفعه قاعدة الضرر. ثمّ بعد ذلك نلاحظ من أن مقتضاه ثبوت الخيار في أيّ واحد من الصور المشار إليها، فنقول: إن قوله صلى الله عليه وآله

---

*) ***ولو قلت: إنه يستفاد من قوله عليه السلام «لم يعص [الله] إنما عصىٰ سيّده»*** [الكافي ٤٨/٥، باب المملوك يتزوج بغير إذن مولاه، ح ٢] ***أن حرمة السبب يلازم مع فساده.***

قلت: في آخر مسألة النهي في العبادات ذكرنا أن المستفاد من الأخبار ثبوت الحرمة الذاتيـ[ـة] للسبب مع الفساد، دون ما تكون حرمته عرضية للخديعة به أو غير ذلك. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٦٦/٥.

« لا ضرر ولا ضرار » لمّا يكون وارداً مورد المنّة على العباد، فلا يرفع إلّا الحكم الضرري الذي تكون المنّة في رفعه، لا ما لا منّة في رفعه بحيث يعترف كلّ أحد حتى من يؤخذ المال مثلاً من يده بأن رفع هذا الحكم في الشريعة حسن حتى في حقي، حيث إني ربما أبتلي بنظير هذه الواقعة كما أوضحت هذا في حديث الرفع. وأما ما ليس كذلك كما لو كانت المنّة في ثبوته فلا يدلّ حديث لا ضرر /٧٩٥/ على نفيه بعد وروده مورد الامتنان.

في عدم ثبوت الخيار في صورةٍ أقدم المغبون على ورود الضرر

وعلى هذا نقول: لو أقدم الشخص على التضرر كالمعاملة الغبنية، فنفس الضرر لم ينشأ من حكم الشارع، بل من اختيار المكلف. ورفع هذا الضرر ليس منّة على المكلف؛ لأنه ضيق عليه؛ لأنه يريد أن يصير الضرر الذي أقدم عليه من النذر أو العقد من البيع وغيره لازماً، فليس في رفع اللزوم منّة عليه.

وبعبارة أخرىٰ: من المنّة على العباد أن يكون في الشريعة إلزام بالضرر بوجوب الوفاء بالنذر والعقد من البيع وغيره إذا كانتا ضررية، ويكون لكلّ أحد أن يُدخل نفسه في موضوعٍ يكون فيه الإلزام بالضرر لأجل مصالح يرىٰ من نفسه في لزوم ذلك الضرر عليه.

وعلى هذا فنفس الضرر يكون من إقدام المكلف نفسه، لا من حكم الشارع. وأما بقاؤه على ذلك الضرر فيكون من حكم الشرع بوجوب الوفاء بالعقد، ولا يدلّ قوله « لا ضرر » على نفيه.

ثمّ لا يخفىٰ أن ما جعلناه قرينة لعدم العموم لقوله عليه السلام « لا ضرر » من وروده مورد الامتنان لمّا يكون من القرائن المتصلة، فإجماله يسري إلى العام. مثلاً كلّ حكم شُكّ في كون[1] رفعه منّة أم لا من حيث المفهوم، فنقول: إن الشك في ذلك يوجب الشك في دلالة قوله « لا ضرر » على رفعه، ولا ينعقد الظهور لقوله « لا ضرر » ..اه في رفعه.

---

١) في الأصل المخطوط: كونه.

في أنه لو أقدم المغبون على الضرر عن عمد ولو مع الشك في الضرر لا يكون له الخيار وفي غير هذا الفرض يكون له الخيار

وإذا عرفت هذه المقدمة فلنشرع في بيان حكم الصور المشار إليها فنقول: /٧٩٦/

أما لو أقدم على الضرر عن علم، فلا إشكال في أنه يندرج في العنوان الذي قلنا: إنه لا منّة في رفع الحكم الضرري فيه، فلا يرتفع اللزوم الثابت بالأدلة هناك بقاعدة الضرر، فلا خيار. وكذلك لو كان غرضه واقعاً الإقدام على المعاملة ضررياً كان أم لا، فإنه أيضاً مندرج في العنوان الذي قلنا: إنه ليس رفع الحكم الضرري فيه المنّة، أو لا أقلّ من أنا نشك في أن المنّة في رفع الحكم الضرري هنا أم لا.

وقد تقدم أنه لو كان الشك في أن رفع وجوب الوفاء الذي يكون حكماً ضررياً يكون فيه المنّة أم لا من جهة الشبهة المفهومية، فيشكل شمول دليل قاعدة الضرر له. وحينئذٍ يكون المرجع ما دلّ على لزوم العقد، ولا يثبت الخيار.

ثمّ إنه من هذا القسم الأخير لو كان المغبون شاكّاً في الضرر، إلّا أنه صرّح بالالتزام بنفس هذا العقد ضررياً كان في الواقع أم لا. وليس هذا راجعاً إلى إسقاط خيار الغبن، كما يلوح من المصنفﷺ حتى يورد عليه بأنه من قبيل إسقاط ما لم يجب أو يورد عليه بغير ذلك مما تقدم تفصيل الكلام فيه في خيار المجلس، بل في هذا الفرض لا يجري عموم قوله ﷺ «لا ضرر» ..اه بالبيان الذي تقدم، فيصير ما دلّ على لزوم العقد سليماً عن المعارض. وأما سائر الصور التي أشرنا إليها سابقاً ممّا ذكره المصنفﷺ تكون /٧٩٧/ المنّة في رفع الحكم الضرري فيها أجمع، بعد أن المغبون لم يكن غرضه ورود الضرر على نفسه ولم يقدّم على ذلك. وليس حكم المسألة مبنيّاً على لحاظ أنه مع عدم الغفلة هل كان مستحقاً للمدح أو الذمّ أم لا، بعد أنه في حال الغفلة يكون معذوراً حتى نتصدىٰ لتعيين ذلك كما في كلام المصنفﷺ، بل المدار على ثبوت المنّة في رفع الحكم الضرري وعدمه.

وقد عرفت أنه في غير صورة يقدم المغبون على الضرر عن عمدٍ تكون المنّة في رفع الحكم الضرري عنه.

نعم؛ هنا مسألة أخرىٰ، وهو أنك عرفت من أنه لو كان غرض المغبون الإقدام على المعاملة

الشخصية ضررياً كانت أم لا، فهنا لا يكون الحكم الضرريّ مرفوعاً على التحقيق.

وعلى هذا لو علمنا أن المغبون شاكّ في كون المعاملة ضررية وكان قادراً على السؤال ومع ذلك لم يسأل وأقدم على المعاملة، فشككنا من جهة ذلك وأنه كان غرضه الإقدام على المعاملة الشخصية ضررية كانت أم لا، حتى لا يكون له الخيار، أو أقدم برجاء أنه ليس فيه ضرر حتى يكون له الخيار، فنقول: إن ذلك من الشبهة الموضوعية، كما لو شككنا في أن المغبون أقدم على المعاملة عالماً بأنها ضرريّة أم لا، فيحتاج إلى المرافعة، سواء قلنا إن الظاهر مع المغبون أم لا، وسيأتي ميزان المرافعة في أشباه ذلك.

ومما ذكرنا /٧٩٨/ يظهر خلط في كلام المصنفﷺ هنا بين الشبهة الحكمية والموضوعية، كما لا يخفىٰ بعد التأمل.

[مسائل:]

ثمّ إن المصنفﷺ ذكر هنا مسائل لها تعلقٌ بالمقام لا بأس من التعرض لها:

منها: **قوله: ثم إن المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت.. اه.**

أقول: مجرد تحقق موضوع المعاملة الضررية في الخارج غير موجب لثبوت خيار الغبن، بل ولا صحة تلك المعاملة في الشرع.

نعم؛ لزوم تلك المعاملة يكون حكماً ضررياً كما تقدم قُبيل ذلك عند التعرض لمقتضى قوله ﷺ «**لا ضرر**».. اه، وذلك لما عرفت أن الدليل المعتبر على ثبوت خيار الغبن هو قوله ﷺ «**لا ضرر**».. اه، لا الإجماع الذي اتّكل عليه المصنفﷺ[1] وصاحب الجواهر[2].

كيف وتمام فروع هذه المسألة على ميزان قاعدة الضرر عند المصنفﷺ وغيره، وعرفت أن مفاد قاعدة الضرر نفي كلّ حكم يوجب الضرر ممّا تكون المنّة على العباد في رفعه. وعرفت أن مجرد صحة المعاملة إما ليس حكماً موجباً للضرر، لأن الضرر مع ثبوت الخيار

---

١) كتاب المكاسب ١٥٨/٥.

٢) جواهر الكلام ٤١/٢٣.

من اختيار المغبون لا من قِبَل حكم الشرع، أو أن الصحة لو كانت ضررية أيضاً لا منّة في رفعها حتى ترفعها قاعدة الضرر.

في أنه مع بقاء الضرر بعد انقضاء الخيار ولحوق شرط الصحة قبله يثبت خيار الغبن ولا ينفع رفع الضرر بعده

وعلى هذا فلو كان البيع الغبني مما فيه الخيار من غير جهة الغبن، فلا يثبت الخيار فيه من جهة قاعدة «لا ضرر» لعدم جريان قاعدة الضرر هنا حتى يثبت فيه خيار آخر، فضلاً من أن لا تكون المعاملة صحيحة. فخيار الغبن من حين /٧٩٩/ شمول وجوب الوفاء للعقد لولا قاعدة الضرر، فإن قوله «لا ضرر» يمنع من شمول وجوب الوفاء للمعاملة الضررية بقوله تعالى ﴿أوفوا﴾ أو بغيره.

وعلى هذا، فلو كان التقابض شرطاً للصحة وكان قيمة المبيع أزيد من ثمن المسمىٰ قبل التقابض فليس خيار غبن هنا؛ لأنه قبل التقابض ليس من الشرع حكم موجب للضرر. وأما عند التقابض إذا صار قيمتهما متساويين، فهنا وإن يجيء حكم الشرع إلّا أنه ليس بضرريّ.

وكذلك لو كان التفاوت بحسب القيمة حاصلاً في زمان خيار المجلس أو الحيوان، ثمّ صارا متساويَي القيمة عند انقضاء زمان الخيار. وهذا بخلاف ما لو كان التفاوت حاصلاً بعد تحقق شرط الصحة وباقياً بعد انقضاء زمان الخيار، فإن خيار الغبن يثبت هنا حيث إن قوله ﷺ «لا ضرر» مانع عن مجيء الحكم بلزوم هذه المعاملة بتقريبٍ تقدم، ولو ارتفع التفاوت بعد ذلك قبل ردّ المغبون فليس ذلك مانعاً عن ثبوت خيار الغبن. وما ذكره المصنف رحمه الله من أن ثبوت الخيار كان مشروطاً بعدم التدارك قبل ردّ المغبون، وهنا حصل التدارك بارتفاع ما كان ناقص القيمة قبل ردّ المغبون، فقد عرفت فساده عند التعرض لبيان /٨٠٠/ أن قاعدة «لا ضرر» يثبت خصوص الخيار، لا الأعمّ من الأرش.

نعم؛ هنا كلام، وهو أنه نسلّم أن قوله «لا ضرر» ارتفع وجوب الوفاء بالعقد في الزمان الأول حيث كان وجوب الوفاء حكماً ضررياً، إلّا أنه بعد فرض أن نقصان القيمة ارتفع من البين قبل الفسخ لا مانع من شمول وجوب الوفاء، وذلك يقتضي رفع الخيار.

ولكن فيه: أن الأمر يدور بعد ذلك بين التمسك بعموم العام أو استصحاب حكم المخصص. وسيأتي الكلام فيه عند التعرض لبيان أن الخيار في المقام فوري أم لا ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ثمّ لا يخفىٰ أن مقتضى ما ذكرناه أنه لولم تكن الزيادة القيمية عند العقد ولكن تحقق الزيادة عند تحقق شرط الصحة أيضاً يثبت الخيار، وإن قال المصنفﷺ بعدم ثبوت الخيار هنا قطعاً على ما يظهر منه، وذلك لأن حكم الشرع حين ثبت كان ضررياً، فترفعه قاعدة «لا ضرر».

نعم؛ لو كان العوضان حين حصول الملكية متساويي القيمة، سواء كان في زمان الخيار الثابت من جهة المجلس أو الحيوان، ثمّ زاد قيمة أحدهما، فليس ذلك مانعاً عن وجوب الوفاء بهذه المعاملة؛ لأن الزيادة لما حصلت في ملك صاحب الزيادة فليس وجوب الوفاء بهذه المعاملة ضررياً. /٨٠١/

في أن خيار الغبن للموكل وأن رفعه بإقدامه لا إقدام الوكيل

و منها قوله: ثمّ إنه لا عبرة بعلم الوكيل[1] .. اه.

أقول: قد عرفت أن المغبون لو كان عالماً بالغبن وأقدم، فلا تجري قاعدة «لا ضرر» حتى يثبت الخيار. وعلى هذا نقول: من الواضح أنه لو كان الوكيل في مجرد إجراء الصيغة عالماً بالضرر فهو غير موجب لرفع الخيار عن الموكّل الذي يكون الضرر وارداً عليه، بل عدم جريان قاعدة الضرر في حق الموكل لرفع لزوم الوفاء بالعقد عليه إنما يكون في صورة كان الإقدام على الضرر منه، كأن يوكله على المعاملة الضررية أو على أيّ نحو يريد الوكيل وفرضنا أن الوكيل كان عالماً بالضرر.

ثمّ إنه في صورة ثبت الخيار في عقد الوكيل يكون الخيار للموكل؛ لأن الضرر عليه، فيرفع وجوب الوفاء عنه إلّا أن يوكّل الوكيل في الفسخ والإمضاء أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ١٦٨/٥.

ثمّ لا يخفىٰ أنّا وإن ناقشنا على ما ذكره المصنف﵀[١] في مسألة خيار المجلس في ثبوت الخيار للموكل في بعض الموارد التي ذكرها، إلّا أن الإشكال هناك لا يجري في المقام حيث إن الضرر ليس إلّا على الموكّل. وهناك كان الخيار لمن يصدق عليه المتبايعان؛ فتدبّر جيّداً.

في بيان الطرق التي حجة في جهل المغبون لسبب الخيار

ومنها قوله: ثمّ إن الجهل إنما يثبت[٢] .. اه.

أقول: قد عرفت أن ثبوت خيار الغبن كان موقوفاً على كون المعاملة غبنية وأن يكون المغبون جاهلاً بالغبن وأن لا يكون غرضه الإقدام على المعاملة في حال الجهل على كلّ حال؛ يعني و لو كانت ضررية أيضاً. فإثبات خيار الغبن في معاملة /٨٠٢/ موقوف على إثبات كلّ ذلك فيها، فنقول: أما جهل المغبون بكون المعاملة غبنية فيثبت بأمور:

منها اعتراف الغابن لقاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز».

ومنها البيّنة حيث إن البيّنة حجة في مقام القضاء والمرافعة قطعاً لقوله «**إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان**[٣]» وغيره.

إن قلت: إن مقتضى هذا الخبر أن الحكم ليس بغير البينة واليمين، وليس مفاده أن كلّ بيّنة يحكم به، وعلى هذا نقول: إن مقتضى قوله «**البينة على المدعي**[٤] **واليمين على من أنكر**[٥]» أن البينة من المدعي، فإثبات حجية بيّنة المغبون ليحكم بها مبنيّ على إثبات كونه مدعياً.

إن قلت: لا إشكال في كون المغبون مدعياً؛ لأنه مدعٍ للخيار والجهل*، ولذا لو ترك الكلام والدعوىٰ وبقي على حالها التي كان عليها، تُرك وليس للآخر كلام معه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠/٥.

٢) كتاب المكاسب ١٦٨/٥.

٣) الكافي ٤١٤/٧، باب أن القضاء بالبينات والأيمان، ح ١.

٤) في المصدر: من ادعى.

٥) وسائل الشيعة ٢٩٣/٢٧، باب وجوب الحكم بملكية صاحب اليد حتى يثبت خلافها، ح ٣.

*) ***التفصيل من القمي﵀ في كتاب القضاء. (منه قدس سره).***

قلت: كونه مدعياً منافٍ لما سيأتي من المصنف﵀ من أن الأصل مع المغبون.

هذا؛ والتحقيق في المقام أن نقول بعد تسليم أن المدعي هو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر المعمول بهما في المسألة، لا المعنى الذي ذكرناه أولاً من أنه لو تَرَك تُرِك، وإن كان هذا أظهر من لفظ المدعي عرفاً، بل ربما لا ينطبق المعنى العرفي للمدعي لشيء من التعاريف التي ذكروها، ومنه عدل في الجواهر عن الجميع وقال: إن المراد بـه الذي قـام بـه إنشـاء الخصومة في حق له أو خروج من حق عليه سواء وافق الظاهر أو الأصل بذلك أو خالفهما وسواء ترك في سكوته.. اه.

في أن المغبون لو كان منكراً أيضاً يسمع بيّنته

نعم؛ قد يقدَّم قول المدعي بيمينه في مقامات إلّا أنه نقول: غاية الأمر أن يصير المغبون منكراً، ولكن نقول: إن بيّنة المنكر مسموعة سواء أقام البينة ابتداءً /٨٠٣/ في صورة لم يكن للمدعي بيّنة أو مع بيّنة المدعي حتى يتحقق تعارض البيّنتين، كما اختاره المحقق القمي﵀ في مسألة تعارض البيّنتين في كتاب القضاء، بل كثير من فروع تعارض البيّنتين في كتاب القضاء مبنيّ على حجية بيّنة المنكر.

وتوضيح المقام يتوقف على إبطال دليل القول بأن بيّنة المنكر ليس بحجة، وعلى قـيام الدليل على حجية بينة المنكر. أما الأول فنقول: إن خبر منصور الذي نقله في الجواهر ونقله المحقق القمي﵀ أيضاً وإن كان صريحاً في عدم حجية بيّنة المنكر في مقام القضاء رأساً، إلّا أنه ليس بحجة لضعف السند كما صرّحنا به، بل موافق لمذهب ابن حنبل أيضاً.

وأما الخبر المشهور من أن «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر» فهو وإن لم يكن إشكال في حجيته، إلّا أنه لا يدلّ على عدم قبول بيّنة المنكر، بل مفاده - كـما صـرّح بـه المحقق القمي﵀ وصاحب الجواهر[1] - أن مطالبة البينة يكون من المدعي لا المنكر، ومطالبة اليمين يكون على المنكر، وهذا ممّا لا إشكال فيه.

---

١) جواهر الكلام ٤٣/٢٣.

في ذكر الشواهد على سماع بيّنة المنكر ابتداءً أيضاً

وأما الثاني أعني الدليل على حجية بيّنة المنكر وأنه يحكم على طبق بيّنته، فنقول: لا يخفىٰ أولاً أن المحقق القمي﵀ في كتاب القضاء يدّعي حجية بيّنة المنكر، سواء كان /٨٠٤/ ابتداءًا وبلا معارض، أو مع معارضته مع بيّنة المدعي. ويقول في جواب من يقول: إن سماع بيّنة المنكر غير معهود بأنه لم يصرّح أحد بعدم السماع ولا ادّعى أحد الإجماع عليه، بل ذكر جماعة سماعه، ويذكر كلمات جماعة كثيرة على ذلك.

ولا إشكال في ظهور كثير منها في مدّعاه؛ فراجع.

بل ينقل عن بعضٍ التصريح، بل عن ابن فهد في المهذّب[1] في صورة انفرد أحدهما بالبيّنة قضى له، متشبّثين كانا أو أحدهما أو خارجين قولاً واحداً، وأن ظاهره عدم الخلاف في ذلك.

هذا؛ مع أنك عرفت من الجواهر[2] ترجيحه أيضاً. ويظهر هذا من المصنف﵀ أيضاً هنا.

وثانياً أن بعضاً من الأدلة التي يذكرها على مدّعاه لا إشكال في تماميته، ومن أدلّتها ما في الصحيح عن سليمان بن خالد على ما نقله في مسألة أن المدّعي مخيّر بين التحليف والبيّنة ولو كان له البينة، عن الصادق﵇ قال في كتاب عليّ: «إن نبيّاً من الأنبياء شكى إلى الله تعالى، فقال: يا ربّ! كيف أقضي فيما لم أشهد ولم أرَ؟

قال: فأوحى الله إليه: أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم[3] به.

ثمّ قال: هذا لمن لم يقم له بيّنة[4]»؛ إنتهىٰ.

فإن نقل ذلك مع قوله «هذا لمن لم يقم له بيّنة» كالصريح في ثبوته في هذه الشريعة أيضاً؛ مضافاً إلى أنا صحّحنا استصحاب الشرايع السابقة في محله. وهذا الخبر لو لم يكن صريحاً في قبول بيّنة المنكر حيث إن الحلف عليه، فلا أقلّ من أنه أعمّ.

---

١) المهذب البارع ٣٧٤ ـ ٣٧٩.

٢) جواهر الكلام ٤٣/٢٣.

٣) كما في الكافي المطبوع، و في المخطوطة: يحلفهم.

٤) الكافي ٤١٥/٧، باب أن القضاء بالبينات و الأيمان، ح ٤.

ولا يخفىٰ أن سليمان بن خالد نقل في حقّه أنه خرج مع زيد، ثمّ تاب. وهذا كان في زمان أبي جعفر، وفي حقّه مدح و توثيق. /٨٠٥/

في أن الحق سماع بيّنة المنكر ابتداءً وفي مقام المعارضة معاً وذكر الدليل عليه والشواهد على ذلك

ومنها ما رواه الكليني في الصحيح، عن حماد بن عثمان، قال: بينا عيسى بن موسى في داره التي بالمسعىٰ يشرف على المسعىٰ؛ إذ رأى أبا الحسن موسى مقبلاً من المروة على بغلة فأمر ابن هياج رجلاً من همدان منقطعاً إليه أن يتعلق بلجامه ويدعي البغلة. فأتاه فتعلق باللجام وادعى البغلة فثنى أبوالحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه: خذوا سرجها وادفعوها إليه.

فقال: والسرج أيضاً لي.

فقال: كذبت، عندنا البينة بأنه سرج محمد بن علي، وأما البغلة فإنا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم وما قلت؛ إنتهىٰ[1].

إلّا أن يقال: إن الإمام عليه السلام وإن كان ذو يدٍ الّا أنه لم يدعه لنفسه ليصير منكراً فيدلّ على سماع بيّنة المنكر، وإنما ادعى أن البينة على أنه لمحمد بن علي، وهو أيضاً خارج اليد.

ومنها ما في الصحيح عن أبي بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدّعي داراً في أيديهم ويقيم الذي في يده الدار البيّنة أنه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف كان أمرها. فقال: «**أكثرهم بيّنة يستحلف**[2]».. اه الخبر.

هذا؛ ولكن ضمّ الحلف إلى البيّنة في سماع القول يقتضي اختصاص الكلام بصورة تعارض البيّنتين، وبالنسبة إلى خصوص مورد تعارض البيّنتين أخبار كثيرة يظهر من إطلاقها حجية بيّنة المنكر في الجملة.

---

١) الكافي ٨٦/٨ ـ ٨٧، كتاب الروضة، ح ٤٨.

٢) الكافي ٤١٨/٦، باب الرجلين يدعيان فيقيم كل واحد منهما البينة، ح ١.

ثمّ إن المحقق القمي﵀ يذكر بعض أخبار /٨٠٦/ أخر أيضاً لإثبات حجية بينة المنكر، يناسب ذكرها في مقام التأييد.

ومثله التمسك* باستقراء حجية قول العدلين في غير صورة الدعاوي.

ومثله التمسك بالعمومات مثل قولهم﵈: «أحكام المسلمين على ثلثة: شهادة عادلة ويمين قاطعة وسنة ماضية[1]».

في الطرق التي حجة في ثبوت الجهل للمغبون ليثبت الخيار

ومنها؛ يعني من الأمور التي يثبت بها كون المغبون جاهلاً، ما ذكره المصنف﵀ من دعوى المغبون للجهل بالقيمة مع يمينه. ولا يخفىٰ أن كون ذلك مثبتاً للجهل بأحد الوجهين:

الأول أن نقول: إن المغبون يكون منكراً، ويمين المنكر بعد استحلاف المدعي مثبت

---

*) *هذا يتمّ بناءًا على أن الاستقراء هنا يوجب الظن و أن مطلق الظن حجة، ولا نقول به. نعم؛ في الجواهر يتمسك بمادل على حجية قول العدلين مطلقاً ونقول: إن في العناوين ذكر لحجية قول العدلين مطلقاً وجوهاً:*

منها ما في الحسنة التي نقلت في مسألة حجية خبر الواحد «وإذا شهد عندك المسلمون فصدِّقهم». [الكافي ٢٩٩/٥ ـ ٣٠٠، باب في حفظ المال و كراهة الإضاعة، ح ١ و فيه: «و إذا شهد عند المؤمنون فصدقهم»].

ونحن ذكرنا في محله تمامية دلالة هذا الخبر على حجية قول المسلم، ولا مانع من التمسك به لحجية قول العدلين في موارد علم أن خبر الواحد لا يكفي ويكون الأمر مردداً هناك بين حجية قول العدلين أو حجيته أيضاً، لأنه لا وجه لرفع اليد عن عموم الخبر في هذه الموارد. ومعلومية اعتبار التعدد والعدالة غير مضرٍّ بالأخذ بعموم الخبر بعد أن التخصيص هنا غير معلوم، وإنما علم التقييد فيها بقيدين: التعدد والعدالة.

فلا وجه لرفع اليد عن العموم كسائر العمومات التي علم ورود التقييد عليها من جهات عديدة، إما في تمام الموارد أو في بعض الموارد.

إن قلت: في خصوص المقام يكون الإجماع على عدم حجية بينة المنكر ابتداءًا، كما يستظهر منهم في حصر جواب المدعىٰ عليه في كتاب القضاء بأنه إما إقرار أو إنكار أو سكوت. (منه قدس سره).

١) الكافي ٤٣٢/٧، كتاب القضاء، باب النوادر، ح ٢٠.

لمدّعى المنكر. والدليل على أن المغبون يكون منكراً أن قوله مطابق للأصل؛ لأن لزوم العقد متوقف بحكم الشرع ـ على الفرض ـ على عدم جهل المغبون، مع أن مقتضى الأصل أن يكون المغبون جاهلاً لأصالة عدم علمه. ولا يكون الشك في اللزوم ناشياً منه، فيكون هذا الأصل حاكماً على أصالة اللزوم؛ أعني استصحاب الملكية بعد فسخ المغبون.

هذا؛ ولكن تقدم الإشكال في معنى المنكر والمدعي، وأنه على القول بأن المنكر عبارة عمن لو تَرَك دعواه تُرِك، ينتج عكس ذلك.

الثاني: أنه سلّمنا أن المغبون يكون مدعياً إلّا أن المدعي أيضاً يقبل قوله مع يمينه هنا، لما ذكره المصنف﵀[1] من أنه /٨٠٧/ قد تتعسّر إقامة البينة على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال؛ إنتهىٰ.

أقول: لعلّ المراد أن المغبون وإن كان مدعياً إلّا أنه لما تعسّر البيّنة عليه فيستحلف المنكر على ميزان القضاء.

ثمّ إن المنكر ـ وهو الغابن ـ لمّا لا يمكن له أن يحلف على علم المغبون لعدم اطّلاعه عليه، فيرد اليمين على المنكر على ميزان القضاء.

وإن لم يكن مراده ذلك يرد عليه أن مجرد عدم تمكن المنكر لأن يحلف لا يوجب لأن يحلف المدعي بنفسه، كما أن مجرد أنه قد تتعسّر البينة على المدعي لا يوجب لأن يحلف المدعي.

نعم؛ لو كان دعوى المدّعي مما لا يعلم إلّا من قبله، فحينئذٍ يمينه موجب لقبول قوله؛ بناءًا على ثبوت قاعدتين: أحدهما سماع دعوى لا يعلم إلّا من قبل المدعي. وثانيهما أن كلّ من يسمع قوله فعليه اليمين، كما بَيَّن القاعدتين في العناوين مفصّلاً.

ثمّ إنك إذا عرفت أن مراد المصنف﵀ من سماع قول المغبون مع يمينه هو اليمين المردودة، فحينئذٍ يرد عليه أن ذلك لا يحتاج إلى هذا التفصيل، بل لابدّ من أن يقول: إن المغبون لو كان مدعياً فيقبل قوله مع يمينه /٨٠٨/ في صورة ردّ المنكر اليمين إليه؛ فافهم.

---

١) كتاب المكاسب ١٦٨/٥، شرائط خيار الغبن، الشرط الأول.

تنبيه

في أن الظاهر يكون حجة، وقولٌ بأنّ من يطابق قوله معه منكر

اعلم أنه لا إشكال في حجية بعضٍ من الظواهر كظواهر الألفاظ في مقام القضاء وغيره.

نعم؛ يظهر من بعضهم حجية مطلق الظواهر في مقام القضاء، كما يظهر ذلك من بعض كلماتهم التي نقلها في الجواهر في مسألة نزاع الزوجين في متاع البيت.

ثمّ على حجية الظاهر في مقام القضاء قد يدّعى أن من يكون قوله مطابقاً للظاهر يكون منكراً، ومن يكون قوله مخالفاً للظاهر مدّعياً، بل ربما فسّر المدعي بمن يدعي خلاف الظاهر ويدعي أمراً خفياً، كما نقله في الجواهر[1] عند التعرض لمعنى المدعي والمنكر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو كان المغبون من أهل الخبرة فيكون قول الغابن في أن المغبون كان عالماً بالقيمة موافقاً للظاهر، فحينئذٍ لو قلنا بحجية هذا الظاهر أو مطلق الظاهر في مقام القضاء وقلنا أيضاً بأنّ من يدعي الظاهر يكون منكراً، فبعد القول بهما يصير المغبون مدعياً، فحينئذٍ لو قلنا بأن المدعي في دعوىٰ لا يعلم إلّا من قبله يقبل قوله مع يمينه، فلابدّ من أن نقول: إن اليمين ابتداءً من المغبون مثبت لما يدّعيه من الجهل. وأما لو قلنا بأن هذا الظاهر حجة بمعنى أنه يقبل قول من يكون دعواه على طبقه ولكن لا يصير بذلك منكراً، فحينئذٍ لا يصير المغبون /٨٠٩/ مدّعياً حتى يقال: إنه يدعي ما لا يعلم الأمر قبله، فلابدّ من أن يقبل قوله مع يمينه ابتداءًا.

وتوضيح المقام أنه إما أن نقول: إن هذا الظهور أعني ظهور كون أهل الخبرة عالماً بالقيمة ليس بحجة في مقام القضاء رأساً فلا يعين المنكر به أيضاً، وإما أن نقول: إنه حجة وإن المنكر من يكون قوله مطابقاً لهذا الظاهر، وإما أن نقول: إنه حجة بمعنى أنه يسمع قول من يطابق هذا الظاهر ولو مع يمينه، إلّا أن المنكر لا يعين به لأنه لا نسلّم أن المنكر هو من يطابق قوله للظاهر.

أما على الأول فنقول: إن حال صورة يكون المغبون من أهل الخبرة يكون بمثل صورة لم

---

١) جواهر الكلام ٣٧٥/٤٠، تعريف المدعي.

يكن المغبون من أهل الخبرة. وتقدم الكلام فيه مفصلاً.

وأما على الثاني فيصير المغبون مدّعياً لأن ادعاءه الجهل، على خلاف هذا الظاهر، فحينئذٍ لو قلنا بأن كلّ مدّعٍ يدّعي ما لا يعلم إلّا من قبله يقبل قوله مع يمينه، وسلّمنا أن ما نحن فيه من هذا القبيل. فعلى هذا لابدّ أن يقبل قول المغبون مع يمينه ابتداءًا لأن هذا بمثل البيّنة، كما سيوضح.

وأما الثالث وهو أن نقول: إن هذا الظاهرحجة، لكن ليس معنى المدعي من يدّعي خلاف الظاهر. وعليه أيضاً لو قلنا: إن المغبون يكون مدعياً؛ نظراً إلى ما تقدم في المعنى العرفي للمدعي، يتضيّق عليه وأنه لو تَرك تُرك، فحينئذٍ أيضاً يقبل قوله مع يمينه بناءًا على أن المدعي لما لا يعلم إلّا من قبله مسموع قوله مع اليمين ابتداءًا حيث إن دعواه مع يمينه على هذا القول بمنزلة بيّنته، وهو مقدم على يمين المنكر مع أنه لو سمع هنا دعوى كلّ من المدعي والمنكر مع اليمين ابتداءًا لم يرفع الخصومة.

وعلى هذا فسواء كان مدرك كون الغابن منكراً هو الظهور أو لم يُترك لو تَرك، فالأمر كما تقدم من سماع قول المغبون مع يمينه ابتداءًا، بناءًا على أن المدعي فيما لا يعلم إلّا من قبله، يسمع قوله.

بقي الإشكال في ما لو قلنا: إن الظاهر الحجة مع الغابن ومع ذلك ليس الغابن منكراً، كما فرضه المصنف وإن كان ذلك خلاف التحقيق، بل يكون الغابن مدّعياً والمغبون منكراً. وعليه نقول: إن معنى أن الظاهر الحجة مع الغابن أنه يقبل قوله؛ غاية الأمر أنه بعد ضمّ اليمين؛ إذ لا معنى لحجية الظاهر هنا غير ذلك.

وعليه فبعد يمين الغابن لابدّ أن يثبت اللزوم.

نعم؛ لو قلنا: إن سماع قول الغابن يتوقف على اليمين بمقتضى قاعدة «كلّ من يسمع قوله فعليه اليمين[1]»، وفرضنا أنه لا يحلف لعدم علمه بأن المغبون كان عالماً بالغبن حتى يحلف عليه، فحينئذٍ نقول: إن المنكر وهو المغبون كما هو المفروض يحلف ويثبت قوله، وحلف

---

١) العناوين الفقهية ٦١١/٢.

المنكر على طبق القاعدة، بعد أنه لا يحلف المدعي.

في أنه لو كان النزاع في زيادة القيمة فيكون قول من ينكر الخيار مقدماً لكونه منكراً على جميع الأقوال

هذا كلّه لو كان النزاع في جهل المغبون. ومثله ما لو كان النزاع في أنه أقدم في حال الجهل على الضرر بأن أقدم على المعاملة على أيّ تقدير، فإنه أيضاً موجب لرفع الخيار، كما تقدم.

وأما لو كان النزاع في أصل زيادة القيمة في حال العقد أو بعده مما تقدم الكلام فيه من أن زيادة القيمة أو نقصانه فيه يوجب الخيار، فمع امكان الاستعلام بالرجوع إلى أهل الخبرة أو غير ذلك لا إشكال، وإلّا يقع الكلام في أن الأصل مع أيّ واحد منهما حتى يقال: إنه منكر بناءًا على أن المنكر هو من يكون قوله مطابقاً للأصل، كما تصدىٰ المصنفﷺ لتعين ذلك ويقول: إن الأصل مع المنكر لسبب الغبن؛ لأن الأصل في العقد اللزوم. والمراد استصحاب الملكية بعد الفسخ حيث إن مقتضاه اللزوم.

مضافاً إلى أصالة عدم التغييرفي صورة كان التساوي في القيمة قبل العقد ثابتاً.

والمراد أصالة بقاء التساوي في القيمة حال العقد، والمفروض أنه موضوع لحكم الشرع لعدم /٨١٠/ الخيار، نظير ما لو استصحب بقاء الوضوء حال الصلاة لصحتها، كما أوضحنا الكلام فيه في مسألة أصالة تأخر الحادث.

ومثل ذلك ما لو اتفقا في تغيير القيمة وزيادتها وكان زمانه مجهولاً وزمان العقد معلوماً. وأما لو انعكس، فأصالة عدم وقوع العقد قبل التغيير وقبل حصول الزيادة في القيمة وأن يجري، إلّا أن مجرد عدم وقوع العقد قبل الزيادة لا أثر له شرعاً وإنما الأثر لِلازمه العقلي حيث إنه إذا لم يكن العقد واقعاً قبل التغيير، مع أن المفروض أن العقد وقع في الخارج، فيلزم من ذلك وقوعه بعد التغيّر والزيادة، فيكون الخيار ثابتاً.

لكن الأصل على هذا يصير مُثبِتاً، وهو ليس بحجّة. وبعد عدم حجية هذا الأصل لا مانع من أصالة اللزوم الناشية من استصحاب الملكية بعد الفسخ.

فتلخص أن الأصل مع منكر الخيار على جميع التقادير، فيصير منكر الخيار منكراً بناءًا

على أن المنكر هو من يكون قوله مطابقاً مع الأصل. بل وكذلك يصير منكراً بناءًا على تعريف المدعي بأنه لو تَرك تُرك؛ بل كذلك على التعريف الذي نقلنا عن الجواهر[1] أيضاً للمدعي من أنه الذي قام به إنشاء الخصومة في حق له أو خروج /٨١١/ من حق عليه، سواء وافق الظاهر أو الأصل بذلك أو خالفهما، وسواء تُرك في سكوته أم لا، وقال: إنه مطابق للمعنى العرفي للمدعي.

نعم؛ قد يقدّم قول المدعي بيمينه في موارد؛ إنتهىٰ،

بل قد تقدم أنه بناءًا على هذين المسلكين في معنى المدعي يكون الغابن منكراً في جميع الموارد.

في اعتبار كون الضرر فاحشاً وأنه عند الشك في الشبهة المفهومية من الضرر يكون المرجع أصالة اللزوم

قوله: الثاني كون التفاوت فاحشاً[2] .. اه.

أقول: قد تقدم أن الدليل على خيار الغبن كون المعاملة ضررياً بحيث يجري فيه قاعدة «لا ضرر». وعلى هذا فحدّ الضرر الذي يوجب الخيار لابدّ من أن يعيّن منه أيضاً بحيث يصدق الضرر عرفاً كما في الجواهر. وليس الميزان على أن يكون التفاوت بالثلث أو الخمس أو غير ذلك مما ذكروه في تعيين الضرر الفاحش الذي يوجب الخيار.

وإذا عرفت أن المدار على جريان قاعدة لا ضرر، فنقول: إن المعاملات غالباً لأجل حصول نفع فيها بأن يشتري بالأنقص ويبيع بالأزيد في ذاك المكان أو مكان آخر. فالضرر المتعارف وقوعها في باب المعاملات لا يعدّ ضرراً.

نعم؛ لو كان للمبيع قيمة معيّنة نظير الدرهم عند كلّ أحد، فبيعه بالأنقص يعدّ ضرراً.

ثمّ إن الضرر الزائد عمّا هو المتعارف في باب المعاملات أو فيما يكون له قيمة معيّنة عند

---

١) جواهر الكلام ٣٧٦/٤٠، كلام حول أقوال الفقهاء في تعريف المدعي والمنكر.

٢) كتاب المكاسب ١٦٩/٥.

كلّ أحد ربما يكون قليلاً فلا يصدق الضرر عليه عرفاً لقلّته، كما أشرنا إليه في آخر قاعدة «لاضرر».

وأما /٨١٢/ إذا صار الضرر بأزيد من الضرر المتعارف في باب المعاملات ولم تكن تلك الزيادة قليلةً بحيث لا يعدّ ضرراً عرفاً لقلّته، فيشمله قوله «**لا ضرر**»[1] ويوجب الخيار.

ثمّ لو كان الضرر بحدّ يشك في صدق «**لا ضرر**» هناك، كما أن هذا الشك موجود في أغلب المفاهيم، مثلاً مفهوم الماء مع أنه من أوضح المفاهيم ربما يشكّ في صدقه على ماء دخل شيء آخر فيه من التراب وغيره، كما أنه لكثرة الخليط قد يصل إلى حدّ يصحّ سلب الماء عنه قطعاً.

وبالجملة، إذا شك في الضرر فلا مانع من الحكم بلزوم المعاملة لجريان تمام ما دلّ على لزومها هنا. أما الأصل؛ أعني استصحاب المكلية فواضح، وأما العمومات فللشك في خروج مثل هذا الفرد عن تحتها حيث تكون الشبهة مفهومية، والمخصص مردّدٌ بين الأقل والأكثر. ولا يجوز التمسك هنا بقوله عليه السلام «**لا ضرر**» لإثبات الخيار؛ لأن المفروض أن صدق الضرر عرفاً هنا يكون مشكوكاً. وأما ما ذكره المصنف رحمه الله[2] لإثبات الخيار من أنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه؛ **ففيه**: أن الشك في تسامح الناس فيه يوجب الشك في صدق الضرر /٨١٣/ عليه عرفاً، وإلّا لو كان الضرر صادقاً عليه عرفاً لم يكن وجه للشك.

ولعلّ نظره إلى أن ما قالوا من اعتبار كون الضرر فاحشاً يكون من باب تخصيص قاعدة الضرر، فعند الشك يكون المرجع قاعدة الضرر حيث إن التخصص بهذا المقدار فيه غير معلوم.

ولكن فيه مافيه؛ لأنه لا دليل على اعتبار كون الغبن فاحشاً إلّا أن الضرر عرفاً غير صادق على غير الفاحش منه، فلا يجري قوله «**لا ضرر**» حتى يثبت الخيار.

---

١) الكافي ٥/٢٩٢ ـ ٢٩٥، باب الضرار، ح ٢ و ٦ و ٨.

٢) كتاب المكاسب ٥/١٧٠، شرائط خيار الغبن، الشرط الثاني.

في أن المرفوع بقاعدة الضرر مطلق الضرر لا خصوص الضرر الذي يصير مضرّاً بحال الشخص

قوله: بقي هنا شيء وهو أن ظاهر الأصحاب[1] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ عليك أن من المسلّم وجوبَ الوضوء في صورة وجد ماء الوضوء، لكن بأضعاف ثمنه المعتاد ما لم يكن بذل ذاك الثمن مضرّاً بحال ذلك الشخص كأن يصير فقيراً محتاجاً ببذل ذاك الثمن ولو في سفره الذي يشتري ذاك الماء.

وورد بأصل شراء الماء بمثل هذا الثمن الخبر الصحيح المعمول به، بل الأخبار، وهـذا منافٍ لقاعدة «لا ضرر» وتشتّت الكلمات في توجيه ذلك.

فمنها ما نقلته في قاعدة الضرر من أن قوله «**لا ضرر**» لا يدلّ على رفع مطلق الضرر، بل الإضرار وتحمل الضرر عن الغير، فقولهم بجواز التيمم في ما إذا خاف من اللصّ في طـلبه للماء ولو بضرر يسير ماليّ من جهة أن وجوب الوضوء في هذه الصورة كان موجباً لتحمل الضرر عن الغير، و تحمل الضرر كان مرفوعاً بقوله «لا ضرر»، وأما في صورة يتوقف الوضوء على شراء الماء بثمن كثير، فليس في الشراء بهذا الثمن تحمل ضرر عن الغير ليكون مرفوعاً، بل هذا مجرّد ضرر يكون في وجوب الوضوء، وهو ليس مرفوعاً. /٨١٤

هذا؛ ونحن أفسدنا مبنىٰ هذا الكلام في قاعدة الضرر وقلنا: إن مفاد قوله ﷺ «**لا ضرر**». اه رفع مطلق الضرر.

ومنها ما يلوح من المصنف رحمه الله في المقام وإن اعترف بفساده أيضاً من أن مفاد قوله ﷺ «**لا ضرر**» نفي الضرر الحالي لا المالي؛ يعني أن الضرر الذي يكون مضّراً بحال الشخص بحيث يوجب استيصاله وفقره يكون منفياً، دون مطلق الضرر.

هذا، ونحن نقول: إن هذا أوضح فساداً من الوجه الأول.

---

١) كتاب المكاسب ٥/١٧٠، شرائط خيار الغبن، الشرط الثاني.

في أن المرفوع بقاعدة الضرر مطلق الضرر وأن شراء ماء الوضوء مالم يضرّ بحال الشخص تخصيصٌ للقاعدة

ومنها ما يقوله المصنف﵀[1] أيضاً في آخر كلامه هنا من أن المرفوع بقوله «لا ضرر» هو مطلق الضرر، إلّا أن شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته ليس بضررٍ رأساً، بملاحظة ما بإزائه من الأجر، كما يشير إليه النصّ الوارد في شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته من أن ما يشتري به مال كثير.

نعم؛ لو كان الضرر مجحفاً بحال الشخص انتفىٰ بأدلة نفي الحرج.

أقول: أما تمسكه في صورة الإجحاف بأدلة الحرج ففيه: أن مجرد بذل الثمن الكثير ليس فيه حرج؛ لأنه /٨١٥/في كمال السهولة. وإنما يوجب الضرر في المال والنفس والبدن لولم يكن له مال آخر، إلّا أن يقال: إن تحمل ذلك ضيق على النفس، وأن هذا الحرج النفسي أيضاً مرفوع، كما ذكرنا في مسألة مسوّغات التيمّم والإفطار.

ولكن فيه: أن مطلق بذل الثمن الكثير أيضاً شاقّ على النفس.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنه في صورة يكون مضرّاً بحال الشخص ليس مجرد أنه شاقّ وضيق على النفس، بل يوجب الضيق في أمر معيشته أيضاً؛ فتأمل*.

وأما منعه الضرر لأجل أنه بإزائه الثواب، فنقول: إن هذا واحد من التوجيهات التي ذكروها لرفع كثرة التخصيص أيضاً عن قاعدة الضرر، وذلك بأن يقال في كلّ تكليف ضرريّ ثبت في الشرع بأنه ليس بضرر لما بإزائه من الثواب.

وفيه أنه على هذا لا يمكن رفع من التكاليف الضررية بقاعدة الضرر حيث إن كلّ واحد منها يكون احتمال التدارك بالثواب فيه موجوداً فتسقط قاعدة «لا ضرر» عن الفائدة في مقام العمل.

---

١) كتاب المكاسب ٥/١٧٠ـ١٧١، شرائط خيار الغبن، الشرط الثاني.

*) ***فإن التعميم بذلك مبنيّ على أن لا يكون المراد من أدلة الحرج رفع خصوص ما يكون في ارتكابه المشقة، بل يعمّ ذلك وما لو ينجرّ إلى حدوث مشقة بنفسه للمكلف من دون تعلق تكليف به، وهو مشكل. (منه قدس سره).***

وبعضٌ تصدّىٰ للجواب عن هذا الإشكال كما في العناوين؛ لكنه لا يدفع كما أوضحته في قاعدة الضرر مع غمضٍ عن فساد أصل هذا الوجه بنفسه.

ومنها ما أشرت اليه في حاشية تعليقاتي على الرسالة في نفس /٨١٦/ مسألة شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته من أن ما دلّ على ثبوت حكم ضرري لو كان نصّاً فيه فيكون مقدّماً على قاعدة الضرر، وإلّا يلزم أن يصير بلا مورد.

وأما لو كانت دلالته على ثبوت الحكم الضرري بالإطلاق والعموم، فتكون قاعدة «لا ضرر» مقدّماً عليه.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن النص الذي ورد في شراء ماء الوضوء يكون نصّاً في شرائه بأضعاف قيمته، فيقدّم على قاعدة «لا ضرر»، وتُخصَّص القاعدة كأدلة سائر التكاليف الضررية من الزكوٰة والخمس والحج وغيرها.

وأما بالنسبة إلى صورة يكون شراء الماء بأضعاف القيمة مضرّاً بحال الشخص باستيصاله، فالنص المشار إليه إمّا لا يدلّ على شراء ماء الوضوء في هذا الفرض، أو أن دلالته عليه بالإطلاق.

وعلى كلا التقديرين لا مانع هنا من التمسك بقاعدة «لاضرر» لعدم وجوب شراء ماء الوضوء في هذا الفرض. وأدلة الحرج لو صحّ التمسك بها في المقام يكون بمثل قاعدة الضرر.

وإذا عرفت ما ذكرنا ظهر لك وضوح الأمر في أن الضرر الموجب للخيار هو مطلق الضرر، لا ما يكون مضرّاً بحال المغبون كما توهّمه المصنف رحمه الله في بادئ نظره.

في دعوى تصوّر خيار الغبن من الطرفين وأن كلّ من تصوّره بوجه إما خرج عن الغرض أو كلامه باطل

قوله:[1] إشكال ذكر في الروضة[2] والمسالك[3].. اه.

---

١) كتاب المكاسب ١٧٢/٥، شرائط خيار الغبن، الشرط الثاني.

٢) الروضة البهية ٤٦٧/٣، خيار الغبن.

٣) مسالك الأفهام ٢٠٥/٣، خيار الغبن.

أقول: من الواضح أنه في المعاملة الواحدة مع بقائها على وحدتها لا يتصور الغبن في الطرفين بحسب الواقع بالمعنى الذي هو محل الكلام؛ أعني بزيادة القيمة /٨١٧/ السوقية لأحد العوضين على الآخر بالقيمة التي يكون تحقق الغبن [بها] كما هو محلّ الكلام؛ لأن هذا محال، كما نقل عن محشي الروضة، وما ذكر من التوجيه لتصور الغبن من الطرفين بين أنه باطل بنفسه أو خروج عما هو مفروض الكلام، إلّا أنه مع ذلك لابدّ من أن يكون نظر المحقق[1] والشهيد الثانيين إلى واحد من تلك التوجيهات أو ما يقرب منها.

نعم؛ وقع نزاع مطلبي بين المصنف رحمه الله وبين الموجِّهين في بعض من تلك التوجيهات ولا بأس من التعرض لذلك، فنقول:

قوله: ومن هنا يقال: إن للشروط قسطاً[2] .. اه.

أقول: قد تقدم منّا في مسألة خيار الشرط وغيره منع أن يكون للشرط قسط من الثمن وأن يكون بمنزلة جزء من الثمن. ومنه منعنا أن يكون الجهل بالشرط موجباً للجهل بالثمن، إلّا أنه مع ذلك نقول: إن الشرط ينضمّ إلى الثمن مثلاً عند ملاحظة زيادة قيمة المبيع على الثمن. وذلك لما تقدم منّا من أن انضمام الشرط إلى الثمن يوجب زيادة ماليّة الثمن، فيصير بمثل الوصف الذي يوجب زيادة ماليّة حيث إن الثمن مع هذا الشرط تكون الرغبة إليه أكثر وبذل المال بإزائه أكثر.

فعلى هذا لو فرض أن الثمن بانضمام الشرط يساوي قيمة المبيع فليس في هذه المعاملة ضررٌ ليشمله قاعدة «لا ضرر»، فيصير موجباً لثبوت الخيار.

هذا مقتضى التحقيق.

وأما لو فرض الشرط بنفسه أمراً /٨١٨/ مستقلاً، فيكون بمنزلة معاملة مستقلة يكون الضرر في كلّ منه ومن أصل البيع لواحد دون الطرفين، وهذا خروج عن الفرض.

قوله: بالجملة الطعام عند العقد[3] .. اه.

---

١) جامع المقاصد ٢٩٤/٤، خيار الغبن.

٢) كتاب المكاسب ١٧٣/٥، تصوير الغبن من الطرفين.

٣) كتاب المكاسب ١٧٥/٥، تصوير الغبن من الطرفين.

أقول: قد تقدم أن الغبن الذي يوجب الخيار يكون في صورة يكون قيمة أحد العوضين زائداً على الآخر من زمان صحة العقد، سواء كان عند العقد أو عند حصول شرط الصحة من التقابض وغيره إلى زمان يصير العقد لازماً، وعلى كلّ حال لا يتصور الغبن من الطرفين.

قوله: إن لازم التحالف عدم الغبن[1] في المعاملة أصلاً.. اه.

أقول: فيما فرضه مفتاح الكرامة نزاعان من حيث إن كلاً منهما يدعي الخيار لنفسه وينفي عن الآخر. وعلى هذا فنحن نتعرض لبيان حكم أحد النزاعين حتى يعلم في ضمنه حكم الآخر أيضاً، فنقول: لو كان دعوى البايع أن قيمة المبيع كان أزيد من قيمة الثمن وفرضنا أنه ليس له حالة سابقة، فهنا نقول: قد تقدم أن المشتري الغابن يصير منكراً، سواء قلنا: إن المنكر مَن كان قوله مطابقاً للأصل حيث إن أصالة اللزوم معه كما تقدم مفصلاً، أو قلنا: إنه من لو تَرك لم يُترك، أو أنه من يدّعي شخص آخر حقاً عليه، كما تقدم مفصلاً.

وعلى هذا فبعد عدم بيّنة للمدعي - كما هو المفروض في المقام - يكون الحلف على المشتري الغابن، وبعد الحلف يثبت عدم الخيار للبايع، ومثل ذلك نقول في دعوىٰ المشتري للخيار.

وعلى هذا فبعد تحالفهما يحكم بلزوم العقد /٨١٩/ كما ادعاه المصنفﷺ، لا أنه يحكم بثبوت الخيار لكلّ منهما كما ادعاه صاحب مفتاح الكرامة.

في أن الحق أن حدوث خيار الغبن قبل ظهور الغبن وأنه بفسخه قبل ظهور الغبن

قوله: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار[2].. اه.

أقول: قد تقدم أن الدليل على ثبوت خيار الغبن هو قوله «لا ضرر» وأنه لا يتمّ غيره مما استدلّ له.

---

١) المصدر السابق.

٢) كتاب المكاسب ١٧٦/٥، مسألة: هل ظهور الغبن شرط شرعي أو كاشف عقلي؟

وعلى هذا فالتحديد من أنه من زمان ظهور الغبن أو من ابتداء صدور العقد وصحّته ولو بعد رفع سائر الخيارات كما رجّحناه، لابدّ من أن يكون بنفس قوله ﷺ «لا ضرر» أيضاً.

وإذا عرفت هذا فنقول: إن المصنف﵀ في قاعدة «لا ضرر» ناقش على التمسك بها لإثبات خيار الغبن بأن التسلط على ملك الغير أيضاً ضرر عليه؛ نظراً إلى أنه بعد صحة المعاملة يصير المبيع مثلاً ملكاً للمشتري، فثبوت الخيار للبايع بأخذ المبيع من يد المشتري ضررٌ على المشتري. ونحن أجبنا عن ذلك هناك كما تقدمت الإشارة إليه أيضاً بأن انتقال المبيع إلى المشتري كان بأدلّة صحة البيع، ووجوب الوفاء بهذا البيع من أول الأمر كان ضررياً، فلم يثبت وجوب الوفاء بهذا العقد على البايع من أول الأمر، فالبايع لم يرتفع اختيار المبيع من يده، فالذي ثبت للمشتري من أول الامر هو الملكية المتزلزلة المعلّقة بقاؤها على عدم أخذ البايع منه.

وعلى هذا نمنع أن يكون أخذ مثل هذا القسم من الملكية من المشتري ضرراً عليه عرفاً.

ثمّ إن مقتضى ما ذكرنا ثبوت الخيار في المعاملة الغبنية للمغبون من أول زمان صحة العقد قبل ظهور الغبن له ولو شرط عدم خيار آخر.

ونحن نقول به؛ بل نقول: إنه بمقتضى قوله ﷺ «لا ضرر» لا يجوز أن يقال بحدوث الخيار بعد العلم بالغبن؛ نظراً إلى أنه إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد الضرري قبل ظهور الغبن، فقد ورد التخصيص على قاعدة الضرر، وبعد ظهور الغبن يدور الأمر بين التمسك بعموم لاضرر أو استصحاب اللزوم. وفي مثل هذا الفرض رجّحنا في نظائره التمسك باستصحاب حكم المخصص بعد فرض ثبوت الحكم الموجب للضرر أولاً وهو وجوب الوفاء بالعقد الضرري.

إن قلت: ليس لنا هنا مخصص لقاعدة الضرر من أول الأمر.

قلت: فمقتضى ذلك عدم لزوم العقد وثبوت الخيار من أول الأمر؛ فتدبّر وافهم.

ثمّ قد يتوهم أنه إذا فرضنا أن /٨٢٠/ المغبون لا يطلع بالغبن، فلابدّ أن نقول بفساد المعاملة الغبنية لأن الحكم بصحة هذه المعاملة يوجب الضرر والمفروض أن الحكم الضرري منفيّ.

قلت: الضرر في هذا الفرض لم ينشأ من حكم الشارع بصحة العقد، بل نشأ من جهل البايع.

هذا؛ مع أن رفع الصحة عن هذا العقد ليس منّةً على المغبون؛ بل خلاف المنّة عليه.

هذا كلّه في حكم أصل المسألة، وأما ثمراته فنقول: إن ما كان من الآثار مترتباً على السلطنة الفعلية الملتفت إليها، فلا تصير من ثمرة هذه المسألة؛ لأنه على كلّ حال يكون ترتب تلك الآثار بعد ظهور الغبن. وذلك كما لو قلنا: إن سقوط هذا الخيار بالتصرف.

وكذا كون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له بناءًا على جريان تلك القاعدة هنا.

وكذا عدم جواز التصرفات الناقلة في زمان الخيار على قول القائلين به، إنما يكون كلّ ذلك بعد تحقق السلطنة الفعلية الملتفت إليها؛ فإنه لو قلنا بذلك فيكون ترتب تلك الآثار بعد ظهور الغبن على التقديرين. فثمرة النزاع في المقام إنما تظهر في ترتب ما يكون أثراً لوجود حق الخيار في الواقع، كان ملتفتاً إليه أم لا.

وذلك كما لو فسخ قبل ظهور الغبن اقتراحاً وظهر بعد ذلك أنه كان مغبوناً من أول الأمر. فعلى المختار من أن الخيار كان ثابتاً قبل ظهور /٨٢١/ العقد ينفسخ العقد بذلك.

إن قلت: تقدم في باب الفضولي في مسألة «ما لو باع ثمّ بان أنه مالك» من المناقشة على صحة هذا البيع من دون إجازة بعد ذلك من جهة أن الرضاء بالنقل الذي حصل له أولاً لم يكن بعنوان أنه ماله. ومثل هذا الإشكال يجري في المقام أيضاً.

قلت: ليس هنا دليل على اعتبار الرضاية حتى يعيّن معنى الرضاية هنا، بل ليس في المقام إلّا مجرد أن العقد لم يصر لازماً وكان سلطنة المغبون على رفعه باقياً، والمفروض أنه فسخ العقد عن قصد وكان له ذلك.

في أنه لو أسقط الخيار قبل ظهور الغبن على القول بأن حدوث هذا الخيار يكون بعده

وأيضاً تظهر الثمرة فيما لو أسقط حق خيار الغبن قبل ظهور الغبن فإنه على المختار لا مانع فيه. وأما على القول بأن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن فيشكل صحته؛ لأنه من قبيل إسقاط ما لم يجب، وهو ممتنع كما تقدم الكلام فيه في مسقطات خيار الشرط.

ثمّ إن المصنف‌ﷺ يلوح منه هنا صحة هذه الثمرة إلّا أنه سيأتي منه بُعَيد ذلك في مسألة

إسقاط هذا الخيار بالإسقاط، كما تقدم منه في خيار الشرط أن مجرد تحقق السبب لثبوت الخيار ـ وهو العقد ـ كافٍ في صحة إسقاط حق الخيار.

وعلى هذا فترتفع هذه الثمرة ونحن ناقشنا على كلامه في تلك المسألة، ومقتضاه ثبوت تلك /٨٢٢/ الثمرة، إلّا أن لنا إشكالاً على سقوط خيار الغبن بالإسقاط ولو بعد ظهور الغبن، أشرنا إليه في مسألة خيار الشرط وخيار المجلس والحيوان، وهو أن سقوط حق الخيار بالإسقاط مبنيّ على كون حق الخيار من الحقوق، لا حكماً شرعياً، كما شرحنا ذلك هناك مفصلاً. وتقدم هناك أن كلّ خيار يكون مدركه قاعدة «لا ضرر» يكون إثبات كونه من الحقوق مشكلاً؛ فراجع.

نعم؛ لنا أن نقول: إنه تقدم أنه مع إقدام المغبون على الضرر لا يجيء قاعدة «لاضرر» ليثبت به الخيار.

وعلى هذا نقول: إن الإسقاط محقّق للإقدام على الضرر، وليس بلازم من أن يكون الإقدام على الضرر بنفس المعاملة، بل يعمّه وما لو أقدم على الضرر بعدها أيضاً. ومقتضى ذلك أن يكون أمر الخيار الذي يثبت بقاعدة الضرر بيد المغبون مثلاً حدوثاً وبقاءً، فيكون أمر هذا الخيار أسهل من غيره.

وممّا ذكرنا ظهر عدم كون الإسقاط قبل ظهور الغبن ثمرة للنزاع في المقام من كون حدوث الخيار قبل ظهور الغبن أو بعده حيث عرفت أن إسقاط هذا الخيار قبل حدوثه أيضاً مؤثر في عدم مجيء هذا الخيار.

نعم؛ يجيء هنا إشكال من جهة أن ما قلت كان مقتضاه عدم مجيء قاعدة «لا ضرر» بعد ذلك، لكنّا /٨٢٣/ نحتاج إلى أن نثبت بعد ذلك لزوم العقد، فكيف يجري ما اقتضى اللزوم بعد ذلك كما أنه يأتي الإشكال من جهة أن الإقدام ليس إسقاطاً، فكيف يصحّح التعبير بلفظ الإسقاط؛ فضلاً من أن يصالح حق الخيار هنا؟!

ونحن نتعرض لتوضيح حال ذلك كلّه في المسقط الأول من المسقطات لهذا الخيار ـ إن شاء الله ـ، فإن محل تعرض ذلك هناك.

ونثبت عند التعرض لصلح خيار الغبن أن هذا الخيار أيضاً من الحقوق، فلا مانع من تعلق

الصلح به، كما أنه نوضح ذلك عند التعرض لإرث حق الخيار، بل سيوضح ذلك فيما ذكرناه في المسقط الأول قبل شرح كلام المصنف، ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن[١].. الخ.

ثمّ لو قلنا: إن ثبوت هذا الخيار يكون في زمان لم يكن خيار آخر، فيشكل الأمر في إسقاطه في زمان ثبوت سائر الخيارات لولم نرجعه إلى الإقدام على عدم ثبوت هذا الخيار. وعلى كلّ حال من هذه الجهة أيضاً نتكلّم فيه في الموضع المشار إليه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

نعم؛ بناءً على [ما] سيأتي من أنه بمجرد الإسقاط أو الصلح يحصل الرضاء بورود هذا الضرر عليه، وبعد ذلك لا يجري قاعدة الضرر لإثبات الخيار كما أشار إليه المصنّف في المسقط الثالث، وبعد ذلك نثبت اللزوم بمثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١] وباستصحاب الملكية، كما سيأتي شرحهما في المسقط الأول، يوجب الإسقاط من أول الأمر للزوم، سواء قلنا: إنه يحدث خيار الغبن بعد ارتفاع سائر الخيارات، أم لا، وسواء قلنا إنه هذا الخيار من الحقوق، أم لا.

قوله: لكن الاستظهار المذكور[٢].. اه.

أقول: الإستظهار من كلام القواعد[٣] ليس مبنيّاً على شمول قاعدة التلف ممّن لا خيار له لخيار العيب في الخارج، بل يظهر من كلام القواعد تسلّم جريان هذه القاعدة في خيار العيب وتسلّم أن حدوث خيار العيب بعد العلم بالعيب حيث لا يصحّ كلامه بدون هاتين المقدمتين.

وأيضاً لا يخفىٰ أنه يظهر من جامع المقاصد[٤] تسلّم أن خيار العيب حدوثه بعد العلم بالعيب حيث وجّه كلامَ القواعد على ذلك، ولم يناقش عليه.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٠/٥.

٢) كتاب المكاسب ١٧٩/٥، مسألة: هل ظهور الغبن شرط شرعي أو كاشف عقلي؟

٣) قواعد الأحكام ٧٧/٢، في التدليس.

٤) جامع المقاصد ٣٥٤/٤، كيفية اختبار التصرية.

في أن كون الإسقاط مسقطاً لكونه من الإقدام على الضرر

قوله: أحدها الاسقاط بعد العقد[١] .. اه.

أقول: لم يتعرض المصنفﷺ هنا للدليل على أن الإسقاط موجب لسقوط خيار الغبن بل جعل ذلك مسلّماً، وتعرض لبعض فروع المسألة التي كانت في الإسقاط بلا عوض، أو مع العوض كالصلح، أو إسقاطه قبل ظهور الغبن إلى غير ذلك.

ولعلّ عدم تعرضه للدليل على أصل المطلب من جهة الإيكال إلى ما /٨٢٤/ ذكره في خيار المجلس من أن الإسقاط موجب لسقوطه؛ لكنّك عرفت سابقاً عدم تمامية ما ذكره هناك إلّا صحيحة علي بن رئاب.[٢] وتقدم أنها أيضاً لا يستفاد منها إلّا كون الإسقاط والرضاء موجباً لسقوط خيار الحيوان وخيار المجلس أيضاً، حيث إن قوله «**فذلك رضىً منه**[٣]» على كونه توطئة للجزاء فيدخل في عنوان منصوص العلة لا يدلّ على أزيد من تعميم الحكم المعلّل، وهو سقوط خيار الحيوان والمجلس إلى تمام موارد وجود العلة، وهو الرضاء بالبيع، فلا يستفاد منها حكم خيار الغبن.

في عدم تمامية ما ذكره المصنف لكون الإسقاط مسقطاً هنا

نعم؛ نحن صحّحنا هناك التمسك بقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[٤] لكون إسقاط الخيار موجباً لسقوطه، ونقلنا عن المحقق الثاني في أواسط كتاب الصلح في جامع المقاصد أنه أيضاً تمسك بالآية في تمام الحقوق لكون الصلح منشأ لزوالها، إلّا أنا ذكرنا هناك من أن ذلك مبنيّ على كون الخيار من قبيل الحق، لا الحكم، وأثبتنا هناك أن كلّ خيار يثبت بالنص بالخصوص يكون داخلاً في الحق، و أما كل خيار يثبت بقاعدة «لا ضرر»، فدخوله في الحقوق محل الإشكال، وخيار الغبن يكون من هذا القبيل.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٠/٥، مسألة: مسقطات خيار الغبن.

٢) في المخطوطة: ابن رباب. و ما أدرخباه من المصدر.

٣) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع.

٤) المائدة: ١.

في تقريب الدليل على أن الإسقاط مسقط لخيار الغبن

هذا؛ ولكنّا نقول هنا من أنه لو ادّعينا أن خيار الغبن أيضاً من الحقوق إما لما يدّعون من الإجماع على أنه يسقط بالإسقاط /٨٢٥/ كما تقدم من المصنفﷺ، بل وأنه يورث كما سيأتي من المصنفﷺ في أحكام الخيارات، بل يدّعون ذلك في كلّ حق ماليّ مثل حق الشفعة والقصاص والرهانة كما في العناوين، ويلوح من المصنفﷺ فيأحكام الخيارات أيضاً.

وإما لأن الوجه الذي ذكرنا سابقاً لإثبات كون الخيارات المنصوصة من الحقوق يمكن اجراؤه في مثل خيار الغبن،* وذلك لأنا قلنا سابقاً: إن الفرق بين الحق والحكم بالاعتبار وإن الأول من الحكم الوضعي والثاني من الأحكام التكليفية وإنه لو قال: إن أمر العقد بيدك، فيدخل هذا في الحقوق ويكون هذا حكماً وضعياً، بخلاف ما لو قال: يجوز لك التصرف في المبيع مثلاً بعد قولك «فسخت»، أو شبه ذلك.

وعلى هذا نقول: إن كون أمر العقد بيد الشخص وثبوت هذا الاعتبار الذي يكون نظير السلطنة والملكية الثابتة في الأموال ويكون مغايراً في الاعتبار مع جواز التصرف الذي من الاحكام التكليفية تارة يثبت بقوله «هذا لك»، أو «إن أمر العقد بيدك».

وتارة بإثبات ما يلازم ذلك كالخيار الثابت بقاعدة «لاضرر» حيث إن «لا ضرر» يجري مع عدم إقدام مَن ورد عليه الضرر على الضرر، ولا يجري /٨٢٦/ مع إقدامه على الضرر وهذا بمثل أن يكون أمر العقد بيده.

وبالجملة، لوقلنا: إن خيار الغبن من الحقوق، لما ذكرناه، فحينئذٍ لا إشكال حيث إن إنشاء إسقاطه يدخل في عنوان العهد اللازم الوفاء، كما تقدم في خيار المجلس، وذلك يوجب سقوطه.

---

*) *و سيأتي تقريب آخر. (منه قدس سره).*

في أن الإسقاط لكونه إقداماً على الضرر يرفع الخيار

وأما لو لم نتمكن من أن نثبت كونه من الحقوق فحينئذٍ نقول: إنك عرفت أنه غير جارٍ مع الإقدام على الضرر والإقدام على الضرر كما يحصل بنفس العقد - كما لو أقدم مع العلم بالضرر - كذلك يحصل بعد العقد بإقدامه على إسقاط خياره أو صلحه. فإن الإقدام على الضرر يتحقق بكلّ منهما، والمصنفﷺ في المسقط الثالث ـ وهو التصرف ـ يجعل التصرف مسقطاً من جهة الإقدام على الضرر.

إن قلت: إن الإقدام على الضرر غاية الأمر أنه يوجب لعدم جريان قاعدة «لا ضرر» بعد ذلك لإثبات الخيار، ولكن لا يوجب لزوم العقد بعد ذلك، والمقصود في المقام إثبات لزوم العقد بعد إسقاط الخيار.

قلت: لو علمنا بلزوم العقد بعد ذلك؛ نظراً إلى أن العقد من حيث هو نعلم بأنه كان لازماً، وانقلاب اللزوم إما من جهة الخيارات المنصوصة /٨٢٧/، والمفروض عدم وجود شيء منها ولو لإسقاطها حيث إنها قابلة لذلك كما تقدم، وإما من جهة جريان قاعدة «لا ضرر». والمفروض أنها لا تجري مع الإقدام على الضرر ولو بأن نقول: إن قاعدة المقتضي والمانع لا مانع من إجرائه في المقام لحصول الوثوق بعدم المانع لما يقتضي اللزوم هنا، فلا إشكال.

وأما لو شككنا في اللزوم بعد ذلك؛ نظراً إلى أن عدم ثبوت دليل الخيار لا يقتضي لزوم العقد، فحينئذٍ نقول: يمكن إثبات لزوم العقد بعد ذلك بأحد الوجهين:

في التمسك بأدلة اللزوم من الأصول اللفظية والعملية لإثبات لزوم العقد بعد عدم جريان دليل الخيار

الأول أن نتمسك بالأصول اللفظية[1] المقتضية للزوم مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[2] ومثل قوله «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**[3]» مثلاً بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ نقول بعد

---

١) في الأصل: اللفضيه.

٢) المائدة: ١.

٣) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ٩٨، وفيه: «بطبيب من نفسه».

ما قلنا: إن خيار الغبن ثابت قبل ظهور الغبن، أيضاً بأن خروج هذا الفرد من العقد من تحت عموم الآية غير معلوم، والذي علم خروجه عن تحت الآية هو عمومه الأزماني لا الأفرادي. والمفروض أن هذا الفرد لم يدخل تحت عموم الآية فلولم يدخل بعد ذلك أيضاً يلزم التخصيص الأفرادي الغير المعلوم كما تقدم توضيح ذلك في مسألة أصالة اللزوم في العقود؛ لكنّه تقدم أن هذا الوجه لا يقتضي بأزيد من لزوم هذا العقد في شيء من الأزمنة، فحينئذٍ لو علمنا بأن هذا العقد لو يصير /٨٢٨/ لازماً يصير لازماً بعد إسقاط خياره، فيثبت اللزوم بعد إسقاط الخيار، بخلاف ما لو احتملنا أن يصير لازماً بعد وجود سائر المُسقِطات.

نعم؛ لو فرض عقد لا يوجد بعده مُسقِط آخر فيثبت لزومه بعد إسقاط الخيار، فحينئذٍ يمكن القول بذلك في غيره لعدم الفصل والقطع بعدم الفرق.

الثاني أن نتمسك بالأصل العملي المقتضي للزوم، أعني استصحاب الملكية من كلّ من الطرفين بعد قوله «فَسَخْتُ» بعد ما أسقط الخيار، إلّا أنه تقدم في مسألة أصالة اللزوم في العقود أن هذا الاصل إنما تجري لولم تجر أصالة بقاء الخيار، حيث إن استصحاب الخيار حاكم عليه، حيث إن الشك في بقاء الملكية بعد قوله «فَسَخْتُ» مسبب عن الشك في بقاء الخيار.

ونحن نقول: إن استصحاب الخيار في المقام غير جارٍ، فلا مانع من جريان الأصل المقتضي للزوم.

في كون استصحابها تعليقياً لولم يكن الخيار من قبيل الحق

والوجه في عدم جريان استصحاب الخيار أنه تقدم في مسألة أصالة اللزوم أنا ناقشنا على استصحاب الخيار بأنه من قبيل الاستصحاب التعليقي الذي أنكرنا حجيته حيث إن مرجع ثبوت الخيار إلى حصول الملكية وجواز التصرف بعد قول ذي الخيار «فسخت» أو بعد إرادته للفسخ، /٨٢٩/ فيكون نظير حصول النجاسة لماء العنب بعد الغليان.

ثمّ إنا بيّنّا هناك أن الجواب عن هذه المناقشة منحصر بأن يقال من أن الخيار المجعول من

الشارع بنفسه يكون أمراً مجعولاً، فلا مانع من إجراء الأصل فيه، وقلنا* بأن ترتّب الملكية وجواز التصرف تكونان من الآثار الشرعية للفسخ الذي يكون محرزاً بالوجدان إذا صدر ذلك الفسخ ممن يكون له الخيار. والمفروض أنه ثبت بالأصل أنه يكون الخيار لهذا الشخص، وأوضحنا في مسألة الأحكام الوضعية أن الأحكام التكليفية تكون من آثار الأحكام الوضعية ولو بتوسط أمر خارجي يحرز بالوجدان في كلّ مورد قلنا بمجعولية الأحكام الوضعية، سواء كان فهم ثبوت هذا الأثر لها من اللفظ الدالّ على ثبوت الحكم الوضعي، أم من لفظ آخر مثل «الناس مسلّطون على أموالهم[1]».

في المناقشة على استصحاب الخيار لولم يكن بنفسه مجعولاً

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنا لا نتصور في الخيار الثابت أولاً بقاعدة «لاضرر» إلّا أن يكون بأحد الوجهين:

الأول: أن يكون من قبيل الحكم الوضعي بأن الشارع أعطىٰ سلطنة هذا العقد في حلّه وعدم حلّه بيد ذي الخيار. وعلى هذا التقدير لمّا يكون الخيار عبارة عن سلطنة ثابتة للشخص، فيكون نظير سلطنته على ماله. فلو عهد على سقوطه أو غير ذلك، فيعدّ عهده عند العرف عهداً، فيشمله ما دلّ على وجوب الوفاء / ٨٣٠ / به، فيتمّ المقصود، كما أوضحنا ذلك في خيار المجلس عند التعرض لأنه يسقط بالإسقاط.

الثاني: أن يكون المجعول من الشارع مجرد الملكية وجواز التصرف بعد قول ذي الخيار «فَسَخْتُ» وبعد أن ذي الخيار مختار في قوله «فَسَخْتُ» وأن يعتبر أن له سلطنة على العقد إلّا أنه ليس مجعولاً من الشرع، بل أمر انتزاعي مما جعله الشارع بعد قوله باختياره «فسخت».

وعلى هذا نقول: إن الخيار ليس بشيء حتى يستصحب، والأمر الانتزاعي لا أثر له. وأما

---

*) ***أوضحنا في مسألة إرث الخيار أن الخيارات مطلقاً من قبيل الحق وتورث. (منه قدس سره).***

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

استصحاب الملكية التي ثبتت معلّقاً على قوله «فسخت» عند عدم إسقاطه للخيار يكون من الاستصحاب التعليقي الذي أوضحنا في محله أنه ليس بحجة.

هذا؛ مع أن لنا أن نقول لبعض ما تقدم وما يأتي ـ إن شاء الله ـ: إن الخيار الثابت بقاعدة الضرر حاله كحال الخيارات المنصوصة وإنها من الحقوق، فلا مانع من التمسك بالآية لكون الإسقاط موجباً لسقوطها، كما تقدم توضيحه في خيار المجلس.

في أن التردد بين كون المجعول حقاً أو حكماً ليس في بعض الموارد

بقي الكلام في أن اسقاط هذا الخيار بلفظ «أسقطت» أو «صالحت» يكون صحيحاً أم لا على ما سلكنا في المقام، فنقول: أولاً: بعد ما قلنا من أنه لو كان الخيار بنفسه مجعولاً فيكون من قبيل الأحكام الوضعية فيكون حقاً، ويثبت صحة إسقاطه وصلحه بقوله تعالى ﴿أوفوا﴾.. الآية. / ٨٣١ /

وبعد ما علمت من أنه بالنسبة إلى نفس العقد والأمر المتعلق به لا يعقل في المقام إلّا جعل الحكم الوضعي، فيكون من قبيل الحق ببيانٍ قد تقدم؛ لأن المردد بين أن يكون المجعول حكماً تكليفياً أو وضعياً إنما يناسب في غير المقام كما لو ثبت من الشرع جواز تصرف في عين، فيردّد أمره بين أن يكون المجعول مجرد الحكم التكليفي أو أنه اعتبر كون هذا الغبن لهذا الشخص وأن جواز التصرف يكون من آثاره.

وبعد أن قاعدة «لا ضرر» التي دليل الخيار في المقام لا ترفع صحة العقد، وإنما ترفع لزوم الوفاء به فيكون نتيجة ذلك أن أمر العقد يكون بيد ذي الخيار، فيكون الخيار حقاً مجعولاً بمقتضى المقدمات السابقة، فلا مانع من إسقاطه بلفظ «أسقطت» و«صالحت»، ويشمله عموم وجوب الوفاء أيضاً.

وثانياً: لو أغمضنا عن ذلك وقلنا: إن المجعول من الشارع هو الملكية بعد اختيار ذي الخيار للفسخ، فنقول: إن الإقدام على الضرر الموجب لرفع الخيار الموجب للزوم العقد بما

تقدم، لا مانع من أن يتحقق بلفظ «أسقطت[١]» أو «صالحت».

وأما مسألة أخذ العوض في مقابل ذلك، فمطلب آخر يأتي الكلام فيه* /٨٣٢/ ـ إن شاء الله ـ.

في أنه لو أسقط الخيار عن أيّ مرتبة يسقط مطلقاً

بقي الكلام في الفروع التي ذكرها المصنفﷺ في المقام، فنقول: **أما قوله: ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبّب عن أي مرتبة[٢] .. اه.**

فنقول في صورة أسقط نفس الخيار المسبّب عن أيّ مرتبة: إنه لو قلنا إن كون الإسقاط

---

١) في المخطوطة: أسقط.

*) *وسيوضح في مسألة إرث حق الخيار أن احتمال كون حق الخيار منتزعاً من الملكية الحاصلة بعد الفسخ لا وجه له. وعرفت أن الخيار هنا لا يقبل أن يكون للجواز التكليفي المردّد بين كونه مسبوقاً باعتبار السلطنة لذي الخيار أم لا. والحاصل أن المفروض أن قاعدة الضرر لا ترفع صحة العقد، بل مجرد لزومه. ومعنى ذلك أن أمر العقد من جهة إبقائه ورفعه بيد ذي الخيار، وهو عين سلطنته على العقد. ومن الواضح أن هذا ليس من قبيل الحكم التكليفي الذي ليس أمره بيد ذي الخيار، كما أن من الواضح أنه ليس من قبيل الأمر الانتزاعي من الملكية الحاصلة بالفسخ.*

وعلى هذا لانحتاج في إثبات كون الخيار من الحكم الوضعي إلى أن يستفاد ذلك من كيفية التعبير بأن له الخيار بعد إمكان الجعل على الوجهين.

إن قلت: ذلك أن يكون الجواز في العقود الجائزة أيضاً من الحقوق، فيجوز إسقاطه.

قلت: سيأتي في مسألة إرث حق الخيار أنا نسلّم كون الجواز في العقود الجائزة أيضاً من هذا القبيل إلّا أنا نقول: لا يجوز إسقاطه؛ لأن ما ذكرنا من صحة الإسقاط فيما ذكرنا كان على طبق القاعدة، وهو مخصص في موارد. (٨٣٢ ح)

نعم؛ على ما ذكرناه فكلّ مورد ثبت بمقتضى ما ذكرناه أن المجعول من الشرع من قبيل الحكم الوضعي وجعل الحق والسلطنة على أمر لشخص.

وتقدم أنا قلنا: إن مقتضى القاعدة جواز نقله وإسقاطه وغير ذلك. فحينئذٍ لو ثبت أنه لا يجوز نقله وإسقاطه فنقول: إنه من قبيل الحكم وإن حكمه بمثل الحكم التكليفي الذي لا يقبل النقل والإسقاط حتى يشابه ما اصطلحوا عليه من تسمية ذلك حكماً، وإلّا فذلك ليس بحكم حقيقة بل حق، وورد التخصيص على القاعدة؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

٢) كتاب المكاسب ١٨٠/٥، مسألة: مسقطات خيار الغبن.

موجباً لسقوط الخيار من جهة أن فيه إقداماً على الضرر، فهو هنا محقق، كما تقدم نظيره في أصل البيع أيضاً. وكذلك لو قلنا من جهة أن الخيار حق، فيكون إسقاطه عهداً يجب الوفاء به بعد أن وجوب الوفاء بالعهد عام، وتقدم في خيار الشرط أن النهي عن مطلق الغرر غير ثابت.

هذا؛ مع أن تمامية أحد الوجهين كافٍ في كون الإسقاط موجباً للسقوط، فعلى كون الخيار حقاً يكون سقوطه بالإسقاط من وجهين.

في أنه لو أسقط الخيار بزعم عشرة فظهر مأة لم يسقط

وأما لو أسقط الخيار بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مأة، فمن جهة الإقدام على هذه المرتبة من الضرر لم يتحقق، فيكون الخيار في أصل البيع باقياً للضرر الذي لم يقدم على وروده عليه، ومن جهة أن الخيار يكون حقاً وأن هذا الحق يكون سببه مختلفاً ونفس الحق يكون شيئاً واحداً كما يقوله المصنف رحمه الله.

فنقول: إن وجوب الوفاء بعهد الإسقاط يكون ضررياً بضررٍ لم يقدم صاحب الحق عليه، كما في أصل البيع وكما لو /٨٣٣/ صالح حق الخيار بعشرة بزعم أن التفاوت عشرة فظهر مأة، كما يقول المصنف رحمه الله به بعد ذلك.

إن قلت: إنه فرق بين إسقاط الخيار وبين صلحه بعوض؛ لأن عنوان الغبن يجيء في الثاني ليوجب الخيار، بخلاف الأول.

قلت: ثبوت الخيار ليس مبنيّاً على صدق الغبن، بل على مجيء قاعدة الضرر، و هو مشترك بينهما. ومنه يثبتون الخيار في كل مورد جرى قاعدة الضرر ولو لم يكن هناك عنوان الغبن أو غير ذلك من العناوين الخاصة، حيث إنه كلّ مورد كان الضرر في وجوب الوفاء بالعهد ولم يكن إقدام على ذلك الضرر ممن يرد الضرر عليه، فيثبت الخيار لرفع وجوب الوفاء بالعهد بعد أن من الواضح أنه في جريان قاعدة الضرر لا فرق بين أن يكون الضرر ناشياً من تفاوت القيمة، أو غيره، أو أنه أُخذ في المقابل شيء أم كان ضرراً صرفاً لم يقدم ذوا الضرر عليه.

في حكم ما لو أسقط الخيار قبل ظهور الغبن

ومما ذكرنا ظهر حكم صورة صالح الخيار بعشرة بزعم أن التفاوت عشرة، فظهر مأة. وأما لو أسقط حق الخيار قبل ظهور الغبن، فعلى التحقيق من أن الخيار يكون ثابتاً قبل ظهور الغبن فلا إشكال.

وأما على /٨٣٤/ القول بأن الخيار يثبت بعد ظهور الغبن فمن جهة أن فيه إقداماً على الضرر أيضاً كذلك، حيث إن الإقدام على الضرر يتحقق بنفس البيع وبإقدامه على الضرر بعده أيضاً ولو لم يثبت الخيار.

وكون الإسقاط فاسداً من جهة أنه إسقاط لِما لم يثبت، غير مضرٍّ بأن يتحقق به الإقدام على الضرر فيوجب لرفع قاعدة «لاضرر» فيتمسك بعد بأصالة اللزوم بتقريبٍ تقدم، كما أن الأمثلة التي يذكرها المصنفﷺ لإثبات أنه لا مانع من إسقاط ما لم يجب، يكون نظير ما ذكرناه على ما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما من جهة أنه بالإسقاط يتحقق العهد، فيشمله وجوب الوفاء كما تقدّم، فقد تقدمت المناقشة عليه في مسألة خيار الشرط من جهة أن الإسقاط الفعلي كأن يقول «أسقطت حقي» لا معنى له بعد أنه ليس له حق فعلاً كما في الجواهر. وأما لو عهد أن لا يحدث الحق بعد ذلك، ففيه مع الغمض من أنه ليس هذا إسقاطاً للحق، أنه لم يكن كون أمر ذلك بيده فعلاً بعد فرض أنه حق يحدث بعد ذلك، وبدون ذلك لا يعدّ عهده عهداً عرفاً حتى يشمله وجوب الوفاء، نظير المعاهدة على أن لا يرث تَرِكَةَ أبيه إذا مات.

في أن إسقاط ما لم يجب ممتنع ولو وجد سبب الحق
نعم، ربما يوجب بعض العناوين لعدم حدوث الحق

وما ذكره المصنفﷺ من المثال مدّعياً أنها من قبيل إسقاط ما لم يجب، ففيه: أنها ليس من هذا القبيل، بل يكون نظير ما قلنا أولاً من أن عنوان الإسقاط ولو كان فاسداً يكون محقّقاً لعنوان الإقدام على الضرر، وهو مانع عن /٨٣٥/ ثبوت الخيار بعد ذلك.

وتوضيحه أن الإبراء من العيوب ليس إسقاطاً لحق الخيار الذي يحدث بعد ذلك، بل

الإبراء من العيوب مانع عن حدوث الخيار بواسطة ظهور العيب. وذلك لأن أصالة السلامة المركوزة في أذهان الناس بمنزلة اشتراط سلامة المبيع عن العيوب و تخلف ذلك بظهور العيب يوجب الخيار. وإذا برأ من العيوب في العقد فيكون ذلك بمنزلة أن يبيع ولو مع ثبوت عيب فيه. فإذا ظهر العيب بعد ذلك لم يوجب ذلك لتخلف ما هو بمنزلة أن يشترط وجوده حتى يوجب ذلك للخيار.

وأما إبراء المالك للودعي المفرط عن الضمان فليس هذا إبراء عن الضمان الغير الثابت فعلاً، بل عنوان الإبراء موجب لعدم حدوث سبب الضمان، وذلك لأن إقدام المالك على عدم ضمان من يكون المال في يده يرفع الضمان الثابت بقوله «**على اليد**[1]». وذلك لأن الأمانات خرج عن تحت دليل الضمان، وهو قوله «**على اليد**» بواسطة قولهم «ليس على الأمين إلّا اليمين» وغير ذلك.

ثمّ إن عدم الضمان الثابت في الأمانات يكون الخائن بتفريط أو إفراط خارجاً عنه، فبعد ما أبرأ المفرط عن الضمان على فرض التفريط /٨٣٦/ فيكون هذا الشخص بتفريطه خارجاً عن كونه خائناً، فلم يضمن لذلك. وعلى هذا فلا وجه لأن يجعل ذلك شاهداً على أنه لا مانع من إسقاط ما لم يجب، فيعمّ الحكم إلى صورة لم يتحقق عنوان آخر موجب لعدم مجيء ذلك الحق بعد ذلك. وأما ما ذكره المصنف﵀ من الدليل على أنه لا مانع من إسقاط ما لم يجب من أن المانع منحصر بالتعليق ورفع الجزم، وهما ليسا بمانعين هنا، ففيه: أن المانع ما ذكرناه أولاً، لا لزوم التعليق ورفع الجزم.

في أنه يكون المحظور من الصحة في المقام غير تعليق الانشاء بخلاف أمثلة المصنف﵀

و توضيح المقام أن إسقاط حق[2] الخيار الذي يحتمل حدوثه بعد ذلك يكون فيه محظور

---

١) عوالي للئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) في المخطوطة: الحق.

من جهة أنه ليس بالفعل حق حتى يسقطه فعلاً، كما تقدم شرح محظوريته وأنه محظور حقيقة كما أن فيه محظورين آخرين من جهة لزوم التعليق في الإنشاء ومن جهة رفع الجزم عن العقد، فلو كان المحظور منحصراً بالأخيرين فلا مانع من أن يجاب بأن الممنوع من التعليق أن يكون التعليق على ما لا يتوقف مفهوم الإنشاء عليه دون ما يتوقف مفهوم الإنشاء عليه. فإن هذا التعليق لا مانع فيه، كما أن رفع الجزم من جهة هذا التعليق غير مضرٍّ.

وأما بالنسبة إلى [الـ]ـمحظور الأول لا يأتي هذا الجواب، مع أنك عرفت أن المحظور /٨٣٧/ الأول أيضاً موجود.

ثمّ إن ما ذكره من الأمثلة مما كان محظوره منحصراً بالمحظورين الأخيرين من الواضح أنه ليس نقضاً على ما ذكرناه كطلاق مشكوك الزوجية وإعتاق مشكوك الرقية والإبراء عما احتمل الاشتغال به وضمان دَرَك المبيع لو ظهر مستحقاً للغير*.

وأما ما يتوهم وجود المحظور الأول أيضاً فيه كالبراءة من العيوب المحتملة في المبيع وإبراء المالك الوَدَعي المفرط عن الضمان فقد تقدم أنه ليس فيهما الإبراء عن حق أو مال يحدث بعد ذلك ليوجد فيه المخطور الأول، بل بالبراءة فيهما يغيّر ويرتفع ما كان سبباً لحدوث الخيار أو الضمان، كما تقدم شرحه.

تنبيه

لا يخفىٰ أن تعليق الإنشاء على ما يتوقف عليه مفهوم الإنشاء ورفع الجزم بذلك عن العقد

---

*) ***لا يخفىٰ أنه لو كان المراد أن يضمن ضامن بعقد الضمان للمشتري الثمن الذي أعطاه إلى البايع لو ظهر المبيع مستحقاً للغير فصحته مبنيّة على صحة ضمان الأعيان مطلقاً أو في خصوص هذا الفرض، كما يظهر دعوى الخصوصية منهم له في كتاب الضمان.***

وفي الجواهر ينقل بعض الفوائد لهذا الضمان لو كان الضامن نفس البايع.

وأما لو كان الضمان بالشرط في ضمن العقد، فمع فساد أصل العقد لا يصح الشرط، كما أن ضمان نفس المبيع الذي يظهر أنه مال الغير لا وجه لصحته؛ فإنه ليس فيه نقل ما في ذمّة إلى ذمّة أخرىٰ كما يقوله الخاصة [جواهر الكلام ٢٦/١١٣، معنى الضمان وتعريفه] ***في معنى الضمان ولا ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرىٰ كما يقوله العامة في معناه. (منه قدس سره).***

إنما لا يكونان مضرّين بصحة الإنشاء على فرض أن نقول: إن مضرّيّتهما بالإنشاء ليس عقلياً، وإلّا فلا فرق بين قسمي التعليق وقسمي رفع الجزم عقلاً، بل نقول: إن اشتراط التنجيز للإجماع وليس الإجماع في هذه الصورة.

وبالنسبة إلى الجزم إما نقول: إنه ليس بشرط أو أن شرطيته للإجماع، وليس إجماع هنا، كما أن المصنفﷺ في تلك /٨٣٨/ المسألة مدرك قوله بصحة الإنشاء لو كان معلّقاً على ما يتوقف مفهوم الإنشاء عليه ذلك؛ يعني أن دليل مضرّية التعليق في العقود والإيقاعات منحصر بالإجماع، وليس إجماع في هذه الصورة؛ فراجع.

في بيان حكم عوض مصالحة حق خيار الغبن

قوله: نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به[1] .. اه.

أقول: إشكالهﷺ في صورة كان ثبوت الخيار في الواقع مشكوكاً، ونحن نتكلّم في حكم العوض أولاً بالنسبة إلى صورة كان الخيار معلوماً، ثمّ نتعرض لحكم صورة شكّه، فنقول:

أما في صورة كان ثبوت الخيار معلوماً، فلا إشكال في أن الصلح موجب لسقوط خيار الغبن ولو لأجل إقدام ذي الضرر على ورود الضرر على نفسه، كما تقدم شرحه، إلّا أن مجرد ذلك لا يصحّح صيرورته مالكاً للعوض، بل ذلك يتوقف على صحة الصلح حقيقةً، وإلّا فلا يقتضي إلّا جواز التصرف فيما جعل عوضاً، بل جواز التصرف أيضاً يصير مشكلاً؛ بل نقول على فرض عدم صحة الصلح: يشكل سقوط الخيار أيضاً بواسطة الإقدام على الضرر؛ لأن إقدام المغبون على الضرر كان بعنوان أنه يصير مالكاً للعوض. /٨٣٩/

فإذا فرضنا أنه لا يصير مالكاً للعوض لعدم صحة الصلح واقعاً، فليس من المغبون إقدام على الضرر على هذا التقدير.

نعم؛ لو أسقط الخيار بداعي أخذ شيء مجاناً فأعطاه مجاناً، فهنا لا مانع من القول بأن الإقدام على الضرر من المغبون يكون متحققاً. وعلى هذا فنحتاج إلى التكلم في صحة هذا

---

١) كتاب المكاسب ١٨٢/٥، مسقطات خيار الغبن، إسقاطه بعد العقد.

الصلح العوضي في المقام حتى لنفس صحة سقوط الخيار أيضاً به. فنقول:

في الإشارة إلى الوجوه التي تكون أو يمكن أن يقال بها لصحة صلح حق خيار الغبن وحكم إرثه

أولاً: إنه لو قلنا بأن الخيار الثابت بقاعدة لاضرر يكون من الحقوق كسائر الخيارات لما تقدم سابقاً من الشواهد على ذلك، فحينئذٍ تقدم أنه لا إشكال في صحّة صلحه. وبعد ما صحّ صلحه حقيقة لا مانع من جعل العوض في مقابله، وإلّا فنقول: قد تقدم أن دليل خيار الغبن هو قوله عليه السلام «**لا ضرر**».[1] وتقدم أن «لا ضرر» إنما يرفع وجوب الوفاء بالعقد لا أصل صحته، فتكون صحته باقية بحالها. ومقتضى ذلك أن المغبون لو أراد رفع العقد بالفسخ وفسخ، فيرتفع العقد من البين رأساً، وإلّا يكون العقد باقياً على حاله، فيكون اختيار هذا العقد في الرفع والبقاء بيد المغبون.

وعلى هذا فتارة نقول: إذا كان اختيار العقد بيد المغبون فلا مانع من القول بأن /٨٤٠/ هذا الإختيار يورث، وإذا ثبت أنه يورث، يثبت صحة صلحه للإجماع المركب والقطع بعدم الفرق.

بقي الكلام في الدليل على أنه يورث، فنقول: إن من الواضح أن لفظ الحق يطلق عرفاً على اختيار المغبون في رفع العقد، فيشمله النبوي المنجبر بالعمل «**ما ترك الميت من حق فلوارثه**[2]».

ونحن نقلنا في مسقطات خيار المجلس عن بعض في مقام الفرق بين الحق والحكم أن الحق ما يطلق عليه الحق عند العرف، ونحن ناقشنا على ذلك بأنه ليس لنا من الشارع لفظ «حقّ» حتى يرجع في تعيين معناه إلى العرف، وإنما هذا اصطلاح من الفقهاء بلحاظ أن ما ينقل ويسقط مثلاً، يسمّىٰ عندهم حقاً، وعمدة الإشكال على هذا الميزان ذلك.

---

١) الكافي ٥/٢٩١ ـ ٢٩٢، باب الضرار، ح ٢.

٢) أنظر: دعائم الإسلام ٢/٢٩٥، ذكر تفسير مسائل جاءت من الفرائض مجملة.

ولكنّا قلنا: إن هذا الإشكال ليس وارداً في كلّ مورد كان الحكم بالنقل أو الإرث في لسان الشارع مترتباً على لفظ الحق.

وتقدم هناك أنه لا مانع من ترتّب بعض آثار الحقية الإصطلاحية في بعض الموارد ببعض العمومات أو الأصول.

وعلى هذا نقول: إن ارث خيار الغبن بل وسائر الخيارات يكون من هذا القبيل لما وضح لك من أن دليل الإرث يشمل لكلّ ما /٨٤١/ يطلق عليه لفظ الحق عرفاً، كما أن تعيين سائر مداليل الألفاظ يكون بالعرف.

إن قلت: إن مثل سلطنة الزوج على المضاجعة مع زوجته يطلق عليه الحق عرفاً[1] مع أنه لا يورث بالإجماع، ومثله موارد كثيرة[2] أخر.

قلت: في هذه الموارد نخصّص دليل الإرث بالإجماع. ومجرد ورود التخصيص على دليلٍ لا يسقطه عن الاعتبار لما حُقِّق في محله من أن العام المخصص حجة في الباقي.

في إثبات صحة صلح الخيار لقيام الدليل على أنه يورث

إن قلت: إن ما يطلق عليه الحق عرفاً كثير[3]، وعلى الالتزام بخروج ما ثبت أنه لا يورث يوجب ورود التخصيص الأكثر المُسقِط للدليل عن الاعتبار.

قلت: ورود التخصيص الأكثر غير معلوم، وما لم يعلم التخصيص الأكثر لا يسقط العام عن الحجية، كما أوضحناه في قاعدة «لاضرر»؛ سيّما أن كثيراً ممّا يطلق عليه الحق عرفاً يكون مركوزاً في أذهان الناس أنها لا تورث، فلا يندرجونها تحت العام.

وخروج مثل ذلك غير مضرٍّ، كما تقدم الكلام فيه في مسألة أصالة اللزوم عند رفع هذا الإشكال عن بعض العمومات مع أن الحقوق الغير المعنونة التي تورث كثيرة أو يكون احتمال كثرتها موجوداً. وإذا تكثر[ت] ا[لأ]فراد التي كانت داخلة تحت العام يصير ما خرج قليلاً في

---

١) في الأصل: عرف.

٢) في الأصل: كثرة.

٣) في الأصل: كثر.

جنبه، فلا يعدّ /٨٤٢/ ما خرج من التخصيص الأكثر.

ومجرد احتمال ذلك كافٍ في عدم ثبوت الموهن للعام، كما تقدم في مسألة اللزوم، وذكرنا شطراً من ذلك في قاعدة الضرر.

وتارة نقول: إنا ذكرنا في مسقطات خيار المجلس في مقام الفرق بين الحق والحكم أن فرقهما بالاعتبار حيث إن تجويز فعلٍ لشخصٍ لو كان بعنوان إعطاء ولاية متعلق ذلك الفعل وسلطنته إلى الشخص، فيعدّ حقاً، ويكون هذا من الحكم الوضعي وأن جواز التصرف مستتبع له، بخلاف ما لو جوّز الشارع له مجرد الفعل والترك، فيكون هذا جوازاً تكليفياً صرفاً.

وقلنا: إنه لو عهد على نقل الجواز التكليفي إلى شخص آخر فيسمّىٰ ذلك عهداً ولا مانع عقلاً من شمول وجوب الوفاء لهذا العهد، ويكون المراد وجوب ترتّب آثار نقل هذا الجواز التكليفي إليه، إلّا أنه قلنا: إن مجرد الجواز التكليفي لمّا يكون أمره بيد هذا الولي لا بيد الشخص، فلا يعدّ عهده على نقله مثلاً عند العرف عهداً، فلا يشمله عموم وجوب الوفاء بالعهد؛ لأن تعيين مدلول اللفظ بيد العرف. /٨٤٣/

في دعوىٰ أن الخيار يصحّ صلحه ولو كان من الجواز التكليفي* مع المناقشة على ذلك

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن اختيار المغبون لفسخ العقد الذي تقدم أنه ثابت للمغبون لو فرضنا أنه من قبيل الجواز التكليفي وإن لم نتصوره بنحو صحيح، حيث إن رفع العقد حقيقة بيده** أيضاً نقول: إن المانع الذي ذكرنا لعدم شمول وجوب الوفاء للجواز التكليفي لا يأتي

---

*) *في إرث الخيار يوضح أنه من الجواز الوضعي و داخل في الحقوق. (منه قدس سره).*

**) *وهذا معنى أن قاعدة الضرر يرفع وجوب الوفاء بالعقد. وثبوت هذا الإختيار يثبت له من الشرع، وبعد أنه غير التكليفي الثابت لكلّ أحد، فيكون حكماً وضعياً من قبل الشرع. وما يترتّب من جواز التصرف بعد الفسخ مترتّب على هذا الحكم الوضعي الذي يستفاد من الجمع بين الأدلة؛ لأن مقتضى الأدلة رفع العقد أولاً، فيرتب عليه آثار رفع العقد؛ فتدبّر. (منه قدس سره).*

فيه.

وذلك لأن المفروض أن هذا الإختيار يزول بواسطة إقدام المغبون على عدم بقاء هذا الإختيار له، كما تقدم لإقدامه بذلك على الضرر، وهو رافع لقاعدة الضرر المثبت لهذا الخيار.

غاية الأمر أن إقدامه على الضرر في مفروض المقام صار بصلح هذا الخيار بالغابن، إلّا أن يقال: إن مجرد رفع قاعدة الضرر قد تقدم أنه لم يعلم كونه كافياً في رفع هذا الخيار، بل كان محتاجاً بعد ذلك إلى التمسك بأصالة اللزوم، مع أن شمول وجوب الوفاء كان مبنياً على أن يكون أمر ذلك الخيار بيده واقعاً، ولا يجوز إثبات ذلك بالأصل بعد فرض /٨٤٤/ عدم حجية الأصل المثبت.

في تصحيح العوض مع الجهل بثبوت الخيار بالضميمة

ثمّ إن هذا كلّه في صلح حقّ خيار الغبن بعد العلم بتحققه، وأما قبل العلم بتحققه والشك في ثبوته واقعاً، فقال المصنف﵀: إنه لو جعل له ضميمة فيملك العوض لو لم يكن الخيار ثابتاً واقعاً؛ نظراً إلى أن العوض في مقابل الضميمة. وكون الخيار مقابلاً له إنما هو على تقدير ثبوته لا مطلقاً.

ونحن نقول: إنه لو كان نظره في ذلك إلى مقايسة المقام ببيع العبد الآبق مع الضميمة، ففيه: أنه فرق بين المقامين؛ لأن العبد الآبق بنفسه شيء مملوك ولولم يصحّ بيعه منفرداً، وأما الخيار، فلولم يكن ثابتاً واقعاً، فمعدوم صِرفٍ.

وأما لو كان نظره إلى ما يقولون في كتاب الصلح من أنه يصحّ الصلح مع جهل المتصالحين بمقدار ما يصالح مع معلومية العوض، بل يصحّ الصلح مع علم أحدهما بمقدار ما يصالح وجهل الآخر الذي يكون العوض له، لكن بشرط أن يتحقق الرضىٰ الباطني لذلك الجاهل، فلا مانع فيه؛ لأنه مع غمض العين عن الأخبار الخاصة الواردة في الصلح يكون مقتضى العمومات الصحة أيضاً بعد ما تقدم في خيار الشرط من أنه لا دليل على مضرّية الغرر على نحو الإطلاق ليشمل الصلح، وإنما ثبت النهي عن الغرر /٨٤٥/ في البيع، وتثبت مضرية الجهل بالمعوّض في بعض العقود الأخر أيضاً، لكن لم يثبت كون الجهل الذي ذكرناه مضرّاً

بصحة الصلح.

في أن من مسقطات خيار الغبن شرط سقوطه في ضمن العقد

قوله: الثاني من المسقطات إلى قوله: ولعلّ توجيه كلام الشهيد[1] .. اه.

أقول: ما ذكره في توجيه كلام الشهيد﵀[2] من التساوي بين الجهل بالقيمة وبين الجهل بالصفات التي يعدّونه من أفراد البيع الغرري لا مانع منه ظاهراً حيث إن المدار على الجهل بالمالية، ومنه لا يضرّ الجهل بالصفات التي لا توجب تغير القيمة إلّا أن مقتضى ذلك -كما ذكره -أن يكون الشك في القيمة من بدو الأمر موجباً للبطلان، بل ثبوت الخيار في المقام غير نافع في الصحة، وإلّا فلابدّ من أن نقول بصحة كلّ بيع غرريّ إذا جعل الخيار فيه.

هذا؛ ولكنّا نقول: إن الجواب النقضي يزيد الإشكال، وعلى هذا فلابدّ أن نقول في حلّ الإشكال إما بأنه فرق بين الجهل بالقيمة وبين الجهل بالصفات المغيّرة للقيمة وأن الثاني مندرج تحت دليل نفي الغرر دون الأول، وإما بمنع تمامية قاعدة نفي الغرر رأساً، وأن الفروع التي تكون مسلّمة ويتفرّعونها عليها ثبت بطلان البيع فيها بدليل آخر من نصٍّ أو اجماع، وإما بأن نقول بتمامية قاعدة الغرر وأنه لا فرق بين الجهل بالقيمة وبين الجهل بالصفات المغيّرة للقيمة إلّا أنه خرج الجهل بمجرد القيمة عن تحت القاعدة بالإجماع، كما يلوح هذا من /٨٤٦/ المصنف﵀ حيث اكتفىٰ في رفع الإشكال بأن صحة البيع مع الجهل بالقيمة مسلّمة ولا يلتزم أحد ببطلانه.

في أن الجهل بالقيمة ليس غررياً، دون الجهل بالصفات

أما الأول وهو أن نقول بالفرق بين الجهل بالقيمة وبين الجهل بالصفات المغيّرة للقيمة وأن الثاني مندرج تحت قاعدة الغرر دون الأول، فتوضيحه يتوقف على إشارة إجمالية إلى بيان قاعدة الغرر فنقول: كما تقدم تفصيله عن المصنف﵀ في مسألة اشتراط القدرة على التسليم

---

١) كتاب المكاسب ١٨٣/٥، اشتراط سقوطه في متن العقد.

٢) الدروس ٢٧٦/٣، خيار الغبن و أحكامه.

أن الغرر بمعنى الخطر، وإليه يرجع تفسيره بما لا يؤمن معه من الضرر و تمثيله ببيع السمك في الماء وكذلك تفسيره بأنه التعريض للهلكة، أو بأنه ما كان على غير عهدة ولا ثقة، أو أن له ظاهرًا يغريٰ المشتري وباطناً مجهولاً حيث إن المراد من الجهل الترديد بقرينة غيره من التفاسير مع أن إطلاق خصوص التفسير الأخير لا يؤخذ به بعد فرض مخالفته لغيره على ما شرحنا وجهه عند التعرض لحجية قول اللغوي، فالجامع بين الكلّ أن يكون متزلزلاً في ورود الضرر عليه، فلا يصدق الغرر في صورةٍ اشتري بأقلّ من ثمن المثل على كلّ تقدير ولو كان جاهلاً بالمبيع، كما ينسب في العناوين هذا إلى الشهيد في مقام توجيه عبارته.

وكذلك لو كان المبيع مجهولاً ولكن المشتري أقدم على ورود الضرر على نفسه في شرائه.

وما ذكره في العناوين من أن هذا فرد نادر لا يدور مداره /٨٤٧/ الحكم الشرعي وأن[1] الميزان في الضوابط الشرعية إنما هو بناء الأغلب[2]، **فيه**: أن هذا البيع نسلّم بطلانه من جهة ما دلّ على اشتراط العلم بالمبيع، وليس بلازم أن يكون قاعدة نفي الغرر شاملاً له بعد عدم صدق الغرر، كما أوضحنا ذلك في ردّ المصنفﷺ في قاعدة الضرر حيث ادعى أن المنفيّ بأدلة الضرر والحرج، الضرر والحرج النوعيان، دون الشخصيّان.

وذلك لأن أشباه ذلك لابدّ من أن يستفاد بدليل آخر لا من مثل ما دلّ على نفي الحرج والضرر بعد فرض عدم صدق عنوانهما. فإن التعميم بالنوعي مرجعه الحكم بشمول الدليل لما ليس بضرر ولا حرج، وهذا ممّا لا يراد مما علّق الحكم على هذا العنوان.

في بيان الفرق بين الجهل بالقيمة والجهل بالصفات المغيّرة للمالية وأن الأول لا يوجب الغرر

إن قلت: فما تقول في مجهول المقدار إذا أقدم عليه على كلّ حال؟

---

١) في المصدر «بل» بدل «وأن».

٢) العناوين الفقهية ٣١٥/٢.

قلت: أولاً: يمكن القول بأن البطلان هنا لغير قاعدة الغرر، كما تقدم.

وثانياً: بالفرق بينهما، وهذا الفرق الذي نريد أن نذكر موجود بين مطلق الجهل بالقيمة والجهل بالمقدار والصفات، سواء كان فيه الإقدام على الضرر أم لا.

وبه ينحلّ أصل الإشكال. وبيان الفرق أنه في الجهل بالمقدار والجهل بالصفات المغيّرة للمالية يكون في خطر من أنه أيّ شيء يأتي بيدك، كما أنه في عدم القدرة على التسليم يكون من خطر من أنه يأتي المبيع مثلاً بيدك أم لا، وأنه يظهر من الجواهر عدم شمول نفي الغرر له.

وأما في الجهل بالقيمة السوقية فيعلم أنه أيّ شيء /٨٤٨/ يأتي بيده وليس متزلزلاً فيه، وإنما تزلزله في أنه أيّ شيء يبذل بإزائه لو أراد بيعه، فهنا لا مانع من منع شمول نفي البيع الغرري له لأن خطره ليس في البيع الأول وإنما خطره في ما لو أراد بيعه ثانياً.

فهذا يكون نظير أن يعلم قيمته أيضاً، لكن يكون متردّداً في أنه ينزل قيمته بعد ذلك أم لا؟ فشمول دليل الغرر له مشكل، سيّما بعد أن الجهل بالقيمة السوقية كان في أكثر البيوع، مع أن قاعدة نفي الغرر كان بمنظرهم ولم يرتدعوا عنه. ومنه لم يقل أحد غير المصنف﵀ من التساوي بين الجهل بالقيمة والجهل بالمقدار في شمول نفي الغرر له، بل المصنف﵀ أيضاً لم يلتزم به.

والحاصل أن ما ذكرنا يكون منشأ لانصراف النهي عن [الـ]بيع الغرري لصورة الجهل بالقيمة، أو لا أقلّ من أن ذلك يصير منشأ لكون المتيقن من هذا الكلام غيره، فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم إليه.

وممّا ذكرنا اندفع توهم أن عدم مضرية الجهل بالصفات الغير المغيّرية للمالية يكون شاهداً على أن الغرر من جهة الجهل بالمالية، وأنه على هذا لا فرق بين الجهل بالصفات وبين الجهل بالقيمة.

توضيح الدفع أن الجهل بالصفات الغير المغيّر[ة] للمالية لا يوجب /٨٤٩/ خطراً وتزلزلاً في ورود الضرر عليه رأساً، وأما الجهل بالصفات المغيّرة للمالية والجهل بنفس القيمة فقد عرفت الفرق بينهما.

وأما الثاني أعني عدم تمامية قاعدة الغرر إما لما ذكره في الجواهر[١] في مسألة اشتراط القدرة على التسليم من أن النهي في باب المعاملات لا يوجب الفساد أو لما نقلناه في آخر مسألة النهي في العبادات من أن هذا النهي يكون نهياً لأمر خارج، فلا يقتضي الفساد؛ لكنّا أجبنا عن الإشكال هناك.

وأما الثالث وهو تمامية قاعدة الغرر وأنه لا فرق بين الجهل بالقيمة والصفات من جهة شمول قاعدة الغرر، إلّا أن الجهل بالقيمة خرج عن تحت القاعدة، فلا مانع من دعواه، كما ربما يلوح من المصنف‌ﷺ إلّا أنك قد عرفت عدم تمامية ما يتوقف عليه القول بذلك.

ثمّ إنه بقي الكلام في الجواب عن الإشكال الذي ذكره في إسقاط خيار الرؤية بالشرط في ضمن العقد، وسيأتي توضيح الكلام فيه في خيار الرؤية ـ إن شاء الله ـ.

في أنه من المسقطات التصرف من المغبون بعد العلم بالغبن وما ذكر له من الدليل على ذلك وبيان صحة ذلك وعدمه.

قوله: الثالث تصرف المغبون[٢] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ أن مدّعى المصنف‌ﷺ هنا أن كلّ تصرف كان مسقطاً للخيارات المتقدمة يكون مثل تلك التصرف من المغبون بعد علمه بالغبن أيضاً مسقطاً لخياره. واذا عرفت ذلك فنقول: أما ما ادعي من أن كون التصرف مسقطاً لم يكن عليه نصٌّ في خيار / ٨٥٠ / المجلس والشرط، ففيه: أنه تقدم أن النص الوارد في خيار الحيوان يشمل خيار المجلس، كما أن في كلام المصنف‌ﷺ في خيار المجلس أيضاً إشارةً إليه.

بقي الكلام فيما ذكره من الدليل على كون التصرف مسقطاً فنقول:

أما ما ذكره من شمول بعض معاقد الإجماعات، فلا يخفى عليك أنه في خيار المجلس مع أنّ كون التصرف فيه مسقطاً يكون أوضح من المقام يقول: ربما يُدّعى إطباقهم عليه وهنا يدعى شمول معقد الإجماع.

---

١) جواهر الكلام ٢٢/٣٩٠، عدم صحة بيع ما يتعذر تسليمه.

٢) كتاب المكاسب ٥/١٨٤.

هذا؛ مع أن أمثال هذه الإجماعات المنقوله لو كان، فليس بحجة في إثبات المقصود من جهات شتّى، كما لا يخفى على المراجع فيما ذكرناه في مسألة الإجماع المنقول.

هذا؛ مع أنه سيأتي أنه في المقام يكون احتمال أن يكون الإجماع على عدم كون مطلق التصرف مسقطاً، بل قد عرفت أن مدعاه أن الإجماع قائم على أن التصرف الذي يكون مسقطاً لسائر الخيارات يكون مسقطاً هنا، مع أنه لا ينبغي الإشكال أن التصرف الذي يكون مسقطاً لخيار الحيوان مغاير لما يكون مسقطاً لخيار العيب.

هذا؛ مع أنه ستوضح إشكالات أخر على هذا الإجماع بنحو يكون مدعى المصنفﷺ في صدر كلامه ـ إن شاء الله ـ.

وأما ما ذكره من التمسك بمنصوص العلة الوارد في خيار الحيوان، فنقول: قد تقدم في خيار الشرط أنّا نقلنا عن الجواهر من أنّه استفاد منه كون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان ويظهر منه التعدي إلى سائر الخيارات أيضاً، وعن المصنفﷺ أنه استفاد منه أن التصرف الذي يكون فيه الرضاء النوعي يكون مسقطاً.

ويظهر منه هنا أنه يتعدىٰ ذلك إلى سائر الخيارات.

وعن الأستادﷺ أنه لو دل على كون مجرد التصرف مسقطاً /٨٥١/ فهو أمر تعبديّ على خلاف القاعدة، فلا يتعدى إلى سائر الخيارات، لكن الحق أنه يدلّ على كون الرضاء مسقطاً، فهو على طبق القاعدة، فيتعدى إلى سائر الخيارات.

ونحن قلنا: إنه يدل على أن مجرد التصرف يكون مسقطاً لخيار الثلاثة[1] ويظهر منه تسليم كون الرضاء بالبيع أيضاً مسقطاً لخيار الثلاثة، وعلى كل حال لا يتعدى إلى سائر الخيارات إلا بتنقيح المناط الذي ليس القطعي منه حاصلاً لنا والظني منه ليس بحجة، بل لو قلنا إن قوله: «فذلك رضى منه[2]» يكون علة لسقوط الخيار التي يستفاد من قوله: «فلا شرط له»، وأنه ذكر توطئة لذكر الجزاء.

---

١) أي خيار الثلاثة أيام للحيوان.

٢) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢.

فنقول: إن ذلك يكون منشأ لأن نقول: إن العلة لسقوط الخيار بالتصرف هو كون الرضاء حاصلاً فيدل على مسقطية[١] نفس الرضاء ولو لم يكن تصرف في البين، لكن مقتضاه ليس إلا تعميم حكم المعلّل إلى تمام موارد الرضاء بالبيع، والمعلّل ليس إلا خيار الثلاثة أيام في الحيوان، فالمتعدي إلى سائر الخيارات ليس إلا بتنقيح المناط الذي قد عرفت حاله.

وأما ما ذكره من أنه بعد التصرف الكاشف عن الرضاء فعلاً لا يجيء الدليل المثبت للخيار من قاعدة الضرر والإجماع، فأولاً: يرد عليه أنه رجوعٌ عمّا ادّعاه أولاً من أن التصرف المسقط للخيارات السابقة مسقط لهذا الخيار حيث يخصّصه هنا بما فيه الرضاء الفعلي، كما يصرّح بذلك في آخر المسألة أيضاً.

وثانياً: نقول: قد تقدم أن الدليل على أصل خيار الغبن ينحصر بقاعدة الضرر.

نعم، قد تقدم عند التعرض لبيان أن هذا الخيار يسقط بالإسقاط أنا قلنا: إن قوله عليه السلام «**لا ضرر**[٢]» وارد مورد المنّة، فلا يشمل الضرر الذي لا منّة في رفعه، كما لو أقدم المالك على ورود الضرر عليه من غير فرق بين أن يكون /٨٥٢/ إقدامه على الضرر من بدو الأمر، كما لو أقدم على البيع أولاً مع علمه بورود الضرر عليه كما تقدم تفصيله، وبين أن لم يقدم أولاً على الضرر إلا أنه بعد ما ثبت له الخيار بقاعدة الضرر، رضي على سقوط خياره، أو أسقط خياره، فإنه لا يجيء قاعدة الضرر بعد ذلك لبقاء الخيار إلا أن للمصنف رحمه الله إشكالاً على هذا الوجه وإشكالاً آخر عليه، وعلى الوجوه السابقة التي أثبت بها كون التصرف مسقطاً.

أما الأول: فهو ما ذكرناه سابقاً عند التعرض لكون الإسقاط مسقطاً لخيار الغبن مفصلاً، وحاصله أنه فرق بين الإقدام على الضرر من بدو العقد وبين إقدامه على الضرر بعد ما ثبت الخيار أولاً بقاعدة الضرر كما لو أسقط الخيار بعد ذلك، فإنه في الأول: لا دليل على الخيار رأساً ولا مانع بما اقتضى لزوم العقد.

وأما في الثاني؛ فلما يكون المفروض أنه ثبت الخيار أولاً فنقول: إن عدم جريان قاعدة

---

١) في المخطوطة: مسقطيه.

٢) الكافي ٥/٢٩٢ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

الضرر لإثبات بقاء الخيار بعد ذلك غير مضرٍّ، بعد أنا لا نقطع برفع الخيار، فلا مانع للتمسك بالاستصحاب لإثبات بقاء الخيار بعد ذلك*.

في أن التصرف الذي يقصد به سقوط خيار الغبن يوجب سقوطه والدليل على هذه الكلّية

هذا كله في تقرير الإشكال الأول، ونحن هنا نتكلم: تارة على مذاق المصنفﷺ، وتارة على مذاقنا.

أما على مذاق المصنفﷺ حيث يقول بعدم حجية الاستصحاب مع الشك المقتضي، فلا إشكال في عدم جريان هذا الاستصحاب. وبعد ذلك لا مانع من التمسك باستصحاب المحكوم؛ أعني استصحاب الملكية المقتضى للزوم /٨٥٣/ ولا ينبغي التأمل في أن استصحاب الحاكم؛ أعني استصحاب الخيار يكون مع الشك في المقتضي، كما تقدم الكلام فيه في مسألة أصالة اللزوم.

وأما على مذاقنا حيث قلنا بحجية الاستصحاب مطلقاً ولو كان مع الشك في المقتضي، فيناقش على استصحاب الخيار في مورد التصرف بوجه آخر، لكن بعد أن نخصّص التصرف المسقط بكل تصرف قصد به المغبون إسقاط خياره وإنشاء إسقاط الخيار به، فنقول: قد تقدم في الموضع السابق المشار إليه أنا لا نتصور في الخيار أولاً بقاعدة الضرر إلا أن يكون بأحد الوجهين:

الأول: أن يكون من قبيل الحكم الوضعي الذي صحّحنا مجعوليّته في الجملة بأن الشارع أعطى سلطنة العقد في حلّه وعدم حلّه إلى ذي الخيار.

الثاني: أن يكون المجعول من الشارع مجرد الملكية وجواز التصرف بعد قول ذي الخيار «فَسَخْتُ» مثلاً، ولمّا كان صدور «فَسَخْتُ» من ذي الخيار أمراً خارجياً ويكون أمره بيد ذي

---

*) ***لو لم يكن في الفسخ ضرر على غير ذي الخيار، كما سيأتي الكلام فيه عند التعرض لفورية الخيار أو تراخيه، أو ولو كان الضرر على غير ذي الخيار أيضاً كما رجّحناه؛ غاية الأمر أنه بعد الفسخ يرجع إلى قيمة العين عند العقد، لا إلى نفس العين؛ فراجع. (منه قدس سره).***

الخيار، فينتزع من ذلك أن له سلطنة العقد وأن له الخيار*.

وعلى الأول يكون الخيار بمثله سلطنة الشخص على ماله، فكان العقد له، كما أن المال ماله. فلو عهد على سقوطه فيعدّ عهده عند العرف عهداً، حيث إنه كان أمره بيده، فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعهد.

وعلى الثاني يصير استصحاب الخيار تعليقيّاً، حيث إن المراد استصحاب ما كان يحدث بعد قوله «فسختُ» لو لم يتصرف من جواز التصرف والملكية، فيصير بمثل استصحاب النجاسة المعلّقة على الغليان التي كانت لماء العنب في صورة تغيير العنبية، وصارت زبيباً.

ونحن قلنا في محله: إن الاستصحاب /٨٥٤/ التعليقي ليس بحجة.

ثم لا يخفى أن ما ذكرناه من اختصاص التصرف المسقط بصورة قصد به الإسقاط وإن كان مخالفاً لصدر كلام المصنفﷺ إلا أنه بعد ذلك يصرّح باعتبار الكشف عن الرضاء فيه.

وفي نظير المقام عند التعرض لكون التصرف مسقطاً لخيار العيب يعتبر صدق الالتزام به وأنه بمثل الالتزام اللفظي؛ بل في المسألة الثالثة التي يذكرها في آخر الكتاب في أحكام الخيار يكون ظاهر كلامه أن كل تصرف يوجب سقوط الخيار أو يوجب الفسخ، يعتبر فيه النيّة والإنشاء، ويلوح منه أن هذا مذهب الفقهاء.

نعم، في بعض تعبيراته اعتبار الرضاء، فكلماته مختلفة، لكنّا نقول: إن الخيارات ليست على نهج واحد. نعم؛ في كل مورد يسقط الخيار بالإسقاط، يسقط بالتصرف الذي يقصد به الإسقاط أيضاً على ما أوضحناه سابقاً.

وربّما يسقط بعض الخيارات بصرف التصرف أو مع الرضاء، كما تقدم تفصيله في خيار الحيوان.

---

*) *على الأخير أيضاً يكون المجعول غير الحكم التكليفي، بل الوضعي، و هو من الحقوق، كما أوضحته عند التعرض لإرث الخيارات. (منه قدس سره).*

في أنه ليس إجاع من جهة التصرف المسقط في باب الخيارات و أنه لابد أن تتكلم فيها على طبق القواعد

وأما الإشكال الثاني الذي ذكره، وهو لو تمّ يكون وارداً على تمام الوجوه التي ذكرها لكون التصرف الذي تقدم بيانه بعد العلم بالغبن، مسقطاً للخيار.

وهو أن الفقهاء يقولون: إن خيار الغبن لا يسقط بالتصرف[1] إلا ما كان مخرجاً عن الملك أو يكون مانعاً من الرد، كما هو ظاهر الشرايع[2] وغيره.

ثم إن المصنف﵀[3] في مقام الجواب عن هذا الإشكال يوجّه كلام الفقهاء بأن مرادهم أن التصرف قبل العلم بالغبن لا يوجب سقوط الخيار تبعاً /٨٥٥/ للمالك وجماعة ممّن تأخر عنه، بعد أنه معترف بأنه لم يكن تصريح ممن تقدم عن المسالك بهذا التقييد إلا أنه يكون له بعض من المؤيدات، كما يشير إلى بعض منها.

نعم؛ لما كان المدّعى أن التصرف المسقط للخيار لا فرق فيه بين خيار الغبن وغيره فحينئذٍ بعد تسليم التوجيه وعدم القول بأنه ينافي إطلاق كلماتهم يحدث في البين إشكال آخر، وهو أنهم في خيار الغبن يقولون بأنه لا يسقط بمطلق التصرف قبل العلم بالغبن مع أنهم يصرّحون بسقوط خيار العيب والتدليس بالتصرف قبل العلم بالعيب والتدليس.

ولو قلت: إن ما ذكروه فيهما لأجل النص.

ففيه: أن النص في العيب، دون التدليس.

ثم إن ملخص جوابه عن هذا الإشكال أنه: نرفع اليد عمّا ذكروه في خيار التدليس ونختار فيه ما يقتضيه دليله.

فتلخص أن ما ذكره في صدر كلامه واستفاد منه من أن كل تصرف كان مسقطاً للخيارات السابقة يكون مسقطاً لخيار الغبن وغيره، يكون المراد غير ما ورد فيه نص خاص كخيار العيب.

---

١) إرشاد الأذهان ٣٧٤/١ ح.

٢) شرايع الإسلام ٢٧٧/٢، في الخيار.

٣) كتاب المكاسب ١٧٦/٥، مسألة: هل ظهور الغبن شرط شرعي أو كاشف عقلي؟

نعم؛ لنا معه كلام صغروي في أن خيار الحيوان أيضاً ورد فيه نص خاص لا يعمّ حكمه لغيره، وقلنا سابقاً: إنه في غير ما ورد فيه نص خاص يكون المدار في التصرف المسقط على كل تصرف يقصد به أن يسقط الخيار إلا ما ليس له كالخيار المجعول للأجنبي، فإنه لا يسقط بإسقاط المالك وغيره مما في الجواهر إشارة إليه. وما ذكرناه كلّه منطبق على القاعدة.

/٨٥٦/ و تقدم قُبيل ذلك أنه ليس ما قلنا مخالفاً لكلام الفقهاء ولم يثبت منهم إجماع يكون قابلاً لأن ترفع به اليد عن شيء مما تقتضيه القاعدة، مضافاً إلى أن الإجماع الذي يكون كاشفاً عن قول المعصوم يكون إحرازه في باب المعاملات في كمال الإشكال؛ لما نرىٰ أن ما يقولون فيها غالباً على مقتضى القواعد التي رجح صحتها في نظرهم، لاسيما في مثل المقام مما يكون من فروع المسائل.

في رد من قال: إنه في البيع الغبني يكون الخيار في ردّ العينين لا في أصل العقد حتى يثبت بعد التلف

قوله: الرابع من المسقطات تصرف المشتري[1] .. اه.

أقول: الكلام في هذا المسقط تارة: في ثبوته فيما هو المتيقن منه على فرض ثبوت هذا المسقط في الجملة، وتارة: في الجهات الخلافية فيه بعد فرض ثبوته في الجملة.

أما الأول فنقول: إن المتيقن من ثبوت هذا المسقط على فرض كون التصرف قبل العلم بالغبن مسقطاً في الجملة، ما تعرض المصنفﷺ لحكمه أولاً من تصرف المشتري المغبون في المبيع قبل علمه بالغبن تصرفاً مخرجاً له عن ملكه على وجه اللزوم. والمصنفﷺ منع التصريح بكون هذا التصرف مسقطاً من المتقدمين من الفقهاء ممن كان قبل عصر المحققﷺ إلا من الشيخ في البيع مرابحة في صورة ظهر كذب البايع في إخباره برأس المال مع أن الخيار الثابت هنا كخيار الغبن على ما نقله عن المحقق الثانيﷺ.

بقي الكلام في دليل مسقطية هذا التصرف، فنقول مقدمةً: إن مقتضى القاعده أن لا يكون

---

١) كتاب المكاسب ١٨٧/٥، تصرف المشتري المغبون تصرفاً مخرجاً عن الملك.

تصرف المغبون قبل العلم بالغبن مسقطاً لخياره، وذلك لما تقدم أن الدليل لأصل خيار الغبن قاعدة نفى الضرر، وأن مفاد قولهﷺ «لا ضرر[1]» نفي كل حكم يوجب الضرر، وأنه في المعاملة الضررية لابد من رفع /٨٥٧/ حكم يوجب فيه للضرر، وأن نفس صحة هذه المعاملة، إما ليس موجباً للضرر؛ لأن الضرر مع ثبوت الخيار من اختيار المغبون عدم اختيار الفسخ، وإما أن الصحة وإن كانت ضررية إلا أنها لا ترفع لعدم المنّة في رفعها، وقاعدة نفي الضرر إنما ترفع الحكم الذي تكون المنّة في رفعه.

وأما وجوب الوفاء بالمعاملة الضررية فحكم ضرري تكون المنّة في رفعه أيضاً، وليس دليل صحة المعاملة الغبنية منحصراً بما دل على وجوب الوفاء بها حتى يتوهم أن رفع وجوب الوفاء رفع لما أفاد صحته أيضاً.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه بقاء الخيار إذا تصرف المغبون قبل العلم بالغبن لعدم طروّ ما يزيل الخيار بعد أن مجرد تلف العين ليس مانعاً من بقاء الخيار، كما يقولون في غير المقام. غاية الأمر أنه بعد الفسخ يرجع إلى المثل لو كان المبيع مِثلياً وإلى قيمته لو كان قيمياً.

نعم؛ في المقام بعض الإشكالات على ما ذكرناه لو تمّ شيء منها يصير دليلاً على كون التصرف قبل العلم مسقطاً للخيار، فلابد من التعرّض لها، فنقول:

من الإشكالات توهّم أن تصرف المغبون في حال الجهل إقدام منه على الضرر وأن قاعدة الضرر لا يرفع الضرر الذي أقدم عليه من كان الضرر عليه لأن رفعه خلاف المنّة، كما تقدم.

وفيه: ما أشار إليه المصنفرحمه الله عند توضيح كلام الشهيد في اللمعة[2] من أن الإقدام /٨٥٨/ على الضرر لا يتحقق إلّا في صورة أقدم على الضرر عن علم، وذلك لأن الإقدام الذي يوجب لعدم شمول قوله «لا ضرر» هو أن يتصدى ويقصد من عليه الضرر بورود الضرر عليه حتى لا تكون المنّة في رفع حكمه الضرري، كما تقدم شرحه.

ومنها توهم أن قاعدة نفى الضرر لا يوجب ثبوت الخيار في أصل العقد، وإنما يوجب

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

٢) اللمعة الدمشقية: ١٠٩، كتاب المتاجر، خيار الغبن.

جواز ترادّ العينين، وهو متعذّر مع تلف أحدهما، ومنشأ التوهّم ما ذكره المصنفﷺ في ضمن توجيه كلام التذكرة من أن تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر البايع الغابن في قبول عوض المبيع، وفوات خصوصيات العينية التي تعلّق غرض البايع بها.

وهذا التعارض إنما يتحقق لو كان الخيار للمغبون في أصل العقد حتى يكون له الفسخ بعد تلف المبيع أيضاً، وأما لو كان له خيار ترادّ العينين فليس فيه ضرر على البايع الغابن؛ لأنه يكون مقيداً ببقاء العينين، وبعد التلف يرتفع موضوعه.

وأجاب المصنفﷺ عن ذلك في ضمن توضيح كلام اللمعة بأنه لو كان الخيار للمغبون في أصل العقد، فإما نمنع ورود الضرر على الغابن لقبوله عوض المبيع، لأنه لو كان مثلياً فلا ضرر بتبدّله بمثله، وإن كان قيمياً فتعريضه له للبيع يدلّ على إرادة قيمته، فلا ضرر في قبول قيمته عليه.

وإما /٨٥٩/ أن نقول: إن الضرر الوارد على المغبون أكثر من الضرر الوارد على الغابن من جهة فوات خصوصيات العينية عنه، فليس الضرر الوارد على الغابن قابلاً لأن يعارض الضرر الوارد على المغبون.

ونحن نقول: إن فوات خصوصيات العينية لو قلنا بأنه ضرر فلا نسلّم كون ضرر المشتري مقدماً. نعم؛ نحن نمنع أن فوات خصوصيات العينية يعدّ ضرراً، فليس في البين إلا الضرر على المشتري الموجب لبقاء الخيار في نفس العقد، كما تقدم.

أما الأول: فلأنه بعد أنه يلزم من الخيار في العقد ضرر على البايع وعلى فرض عدم الخيار فيه يلزم الضرر على المشتري، فنقول: إن هنا موردَ تعارض الضررين، ونحن ذكرنا في قاعدة الضرر أن قوله «لا ضرر» لا يشمل لشيء منها، وذكرنا هناك أن مجرد كون أحد الضررين أضعف من الآخر غير موجب لدخول أقوى الضررين تحت قوله «لا ضرر».

وخروج الأضعف عن تحته بعد ما هو المفروض أن الضرر يصدق على كل منهما، وبعد أن الضرر الأقوى على شخص والأضعف على شخص آخر فلا يتوهم أن الأقوى بمقدار منه مساوٍ للضعيف يزاحم الضعيف، ويبقى الزائد ضرراً بلا مزاحم فيقع التعارض المانع لشمول قوله «لا ضرر» لكل منهما، فلا بد من الرجوع إلى سائر القواعد.

إن قلت: إن الضررين من قبيل المتزاحمين لا المتعارضين، فيكون الأقوائيّة مرجّحة.

قلت: قد ذكرنا في محله أن ذلك ممنوع.

وحاصل الكلام أنا ذكرنا /٨٦٠/ هناك أن المتزاحمين والمتعارضين مشتركان في عدم إمكان الإندارج تحت الدليل.

نعم؛ في المتزاحمين يكون وجود المصلحة في كل من الفردين موجوداً وعدم شمول الدليل لعجز المكلف. وفيما نحن فيه ليس كذلك مع أنه بعد ما قلنا في محله من عدم اندراجهما تحت الدليل على كلا التقديرين وأنه في صورة التزاحم يحرز وجود المصلحة في كل منهما من الخارج فنقول: إنه في المقام لم يحرز ذلك من الخارج.

في أن التصرف الملزم من المشتري المغبون ليس مسقطاً لخياره فضلاً عن تصرف البايع المغبون

إن قلت: سلّمنا ذلك كلّه إلا أنه نقول: إن حديث «لا ضرر» وارد مورد المنّة، والمنّة عند تعارض الضرر الضعيف مع القوي أن يرفع القوي، وهذا مرجّح له.

قلت: قد ذكرنا هناك من أنه لا منّة في رفع الضرر القوي على من يرد عليه الضرر الضعيف، ولم يعلم أنه لوحظت المنّة على الأشخاص حتى يكون التعارض هنا محققاً أو لوحظت المنة في نفس الجعل؛ أعني رفع الحكم الضرري في الشريعة حتى يقال: إن من يرد عليه الضرر الضعيف أيضاً يعترف بحسن رفع الضرر القوي في مقابل الضعيف في الشريعة؛ نظراً إلى أنه ربما يبتلي نفسه بورود الضرر القوي عليه.

وأما الثاني: وهو أن فوات خصوصيات العينية ليس ضرراً، فلأنه لا يعدّ ذلك ضرراً عرفاً وإن كان تحمّله أشقّ من الضرر الوارد عليه.

/٨٦٠/ **إن قلت**: إذا اعترفتَ بأن فوات خصوصيات العينية ربما يشقّ على البايع فحينئذ نتمسك لرفعه بأدلة الحرج، فيقع التعارض بين أدلة نفي الضرر وأدلة الحرج، فلا يثبت الخيار.

قلت: بعد تسليم أن أدلة الحرج يشمل لما يشقّ على النفس وإن لم يكن شاقّاً على البدن، كما ذكرناه في مسوّغات التيمم، نقول: إنه ليس مؤدى أدلة الحرج إلا رفع التكليف الموجب

للحرج، وفي المقام لم يكلّف البايع بشيء يكون شاقّاً عليه، وإنما رخّص للمغبون أن يفسخ العقد، فيأخذ الثمن من البايع.

ومنها توهّم أن القول بعدم سقوط خيار المشتري المغبون بالتصرف الملزم خلاف الإجماع، كما نقل المصنفﷺ[1] احتمال الإجماع عن الروضة[2]، لكن في الروضة ليس كذلك؛ بل مدعاه أنه لم يظفر بقائل يقول بعدم سقوط هذا الخيار بهذا التصرف. فهذا لا ينافي ما ذكره المصنفﷺ من عدم تعرض من كان قبل المحقق لهذه المسألة، بل ما تقدم نقله من عبارة الشيخ في بيع المرابحة لم يظهر منه قوله بسقوط خيار الغبن أيضاً.

بل في جامع المقاصد أيضاً تصدى لبيان الفرق بينهما لا أنه معترف باتّحاد حكمهما، كما قاله المصنفﷺ.

ثم إن من الواضح أن قول المحقق ومن بعده بسقوط هذا الخيار بهذا التصرف لا دليل على حجيته، لاسيّما بعد أن تنظر فيه مثل الشهيد، بل في الرياض[3] أنه تنظر فيه جماعة. فإذاً القولُ بعدم سقوط خيار الغبن بالتصرف قبل العلم بالغبن قوي كما هو مقتضى قاعدة نفى الضرر مضافاً إلى إستصحاب /٨٦٢/ الخيار.

وأما الثاني؛ أعني الجهات الخلافية على فرض كون التصرف قبل العلم من المغبون مسقطاً للخيار في الجملة، فنقول:

أولاً: بعد ما عرفت من أن الحق عدم سقوط الخيار فيما هو المتيقن، فعدم السقوط في غيره يكون بطريق أولى، كما يلوح من الرياض أيضاً.

فعلى هذا يكون التكلم في الجهات الخلافية فرضيةً صرفة؛ يعنى يتكلم فيها على قول المشهور من كون هذا التصرف مسقطاً في الجملة.

فنقول: من الجهات الخلافية أن يتصرف البايع المغبون فيما انتقل إليه تصرفاً ملزماً. وهنا نقول: إنه لو كان الوجه في سقوط خيار المشتري المغبون في هذا الفرض الوجهان الأولان؛

---

١) كتاب المكاسب ١٨٩/٥، تصرف المشتري المغبون تصرفاً مخرجاً عن الملك.

٢) أنظر: الروضة البهية ٤٦٦/٣، خيار الغبن، وفيه: «لكن لم أقف على قائل به».

٣) رياض المسائل ٢٠١/٨، الأحكام المتعلقة بالخيار.

أعني إقدامه على الضرر ولو كان عن جهل، أو أن الخيار كان في ترادّ العينين وهو متعذّر، فلابدّ من أن نقول هنا أيضاً بسقوط الخيار، كما جزم به في الجواهر[١] وقال: لا فرق بين البايع المغبون والمشتري المغبون.

وأما لو كان الوجه في سقوط خيار المشتري المغبون هو الإجماع، فلا يأتي هذا الوجه في البايع المغبون مسلّماً، بل ظاهر المشهور عدم سقوط الخيار بتصرف البايع حيث يخصّصون العنوان بالمشتري.

ولعل ذلك مدرك صاحب الرياض[٢] في دعواه أن المشهور عدم سقوط خيار البايع قبل العلم بالغبن مطلقاً.

وفي جامع المقاصد[٣] بالنسبة إلى تصرف البايع المغبون لا أعلم فيه تصريحاً إلا أنه يظهر من التذكرة[٤] عدم الفرق في المغبون بين البايع والمشتري لأن عنوانه وإن كان في المشتري، إلا أن دليله من عدم إمكان الاستدارك يجري فيهما.

ثم إن المصنفﷺ أيضاً استظهر من إطلاق كلام التحرير[٥] أيضاً عدم الفرق /٨٦٣/ بين البايع والمشتري. وعن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، ولا وجه له إلا أن يكون مدرك سقوط الخيار الإجماع، فيقتصر على مورده.

تنبيه

[لا فرق فى عدم امكان الرد بين التصرف اللازم وبين فكّ الملك وبين المانع من الرد مع البقاء على الملك]

ما نقله المصنفﷺ عن التحرير من سقوط هذا الخيار بالتصرف الموجب لعدم إمكان الرد

---

١) جواهر الكلام ٤٤/٢٣.

٢) رياض المسائل ١٩٢/٨، خيار الغبن.

٣) جامع المقاصد ٢٩٥/٤ ـ ٢٩٦، خيار الغبن.

٤) تذكرة الفقهاء ٧١/١١، عدم سقوط خيار الغبن بتصرف غير مخرج عن الملك من جهة المغبون.

٥) تحرير الأحكام ٢٨٨/٢، القسم الرابع: خيار الغبن.

- كما قاله المصنّف - لا يفرق بين التصرف اللازم وبين فكّ الملك كالعتق والوقف وبين المانع من الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاد، كما أنه في الشرايع تصريح بذلك في الجملة، بل يشمل الإتلاف أيضاً.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه يشمل التلف ففي غير محله؛ لأنه ليس بتصرف. نعم؛ التعليل الذي ذكره في التذكرة[1] من عدم إمكان الاستدراك يشمل التلف أيضاً، فلو كان المدرك الإجماع يمكن المناقشة بالنسبة إلى التلف.

وأيضاً لا يخفى أن تقييد العنوان بالتصرف الذي يمنع من الرد وكذا التعليل بعدم إمكان الاستدارك يقتضيان بقاء الخيار في التصرف الغير اللازم، سواء كان مخرجاً عن الملك أم لا، كالتدبير والوصية، مع أن شيئاً من الوجوه التي تقدمت لكون التصرف مسقطاً للخيار لا يأتي هنا حتى الإقدام على الضرر الذي ادعي في التصرف اللازم لإمكان دعوى الفرق ممن ادعى الإقدام هناك.

وبالجملة؛ بعد تسليم الأصل من كون التصرف قبل العلم بالغبن مسقطاً في الجملة تكون الفروع* التي يقع البحث فيها من جهة شمول عنوانهم لما هو المسقط لها أو أن تعليلهم للحكم بالمسقطية من عدم إمكان الاستدراك يقتضي سقوط الخيار فيها، أو أن ما ذكر لهم من الأدلة يقتضي المسقطية فيها، كثيرةً؛** مضافاً إلى ما تقدم.

في الفروع التي يترتب أو يختلف حالها على القول بكون التصرف قبل العلم بالغبن مسقطاً في الجملة

فمنها أنه لو أخرجه المغبون بالعقد اللازم عن ملكه ثم فسخ ذلك / ٨٦٤ / العقد ففي جواز الردّ وجهان: من أنه يمكن الردّ فلا يشمل العنوان ولا التعليل بعدم إمكان الاستدارك، ومن أنه سقط الخيار أولاً بنفس التصرف المخرج اللازم على التحقيق من أن خيار الغبن ثابت قبل

---

١) تذكرة الفقهاء ١١/٧١، عدم سقوط خيار الغبن بتصرف غير مخرج عن الملك من جهة المغبون.

*) *اسم. (منه قدس سره)*.

**) *خبر. (منه قدس سره)*.

العلم بالغبن، فعوده يحتاج إلى دليل، كما أن الإقدام بالضرر الذي كان من أدلتهم للمسقطية محقق هنا.

وكذلك تعارض الضررين الموجب لكون الخيار في ترادّ العينين محققاً هنا وامتنع الترادّ أولاً قبل فسخ العقد الثاني، فعود الخيار بعده خلاف الأصل. والتمسك بقوله «لا ضرر» بعد ذلك بعد أنه خرج نفس هذا الفرد عن تحته أولاً مشكل كما بيّناه في محله، بعد أن هذا الفرد كان داخلاً تحته أولاً.

نعم؛ لو كان الدليل على مسقطية التصرف اللازم مجرد الإجماع، فليس إجماع هنا. وأما ابتناء المسألة على أن الزائل العايد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، ففيه: أن هذا لابدّ من أن ينتهي إلى دليل، والدليل ما ذكرناه.

ومنها أنه لو اشتراه ثانياً بعد بيعه أولاً وحاله كحال سابقه. نعم؛ لو قلنا: إن الزائل العائد كالذي لم يزل أيضاً فيشكل جريانه هنا، ومنه ادعى المصنفﷺ أن عدم الخيار هنا أولى.

ومنها أنه لو كان تصرف المغبون بإجارته للمبيع فشمول العنوان والتعليل هنا مشكل بعد أنه يمكن رد العين ولو كان مسلوب المنفعة في زمان الإجارة. وكذلك يمكن منع الإقدام على الضرر بعد إمكان ردّ العين في الجملة، كما أن الإجماع على المسقطية أيضاً ليس هنا، بل تعارض الضررين.

لو قلنا: إنه يوجب الخيار في ترادّ العينين /٨٦٥/ فيجوز أن يقال: إن ترادّ العينين هنا ممكن، غايته أنه يعطي مثل أجرة المثل للمنفعة التي كان لها في زمان الإجارة إلا أن يقال: إن فوات عين المنفعة عن الغابن أيضاً ضرر. وذلك موجب للقول بعدم خيار ترادّ العينين أيضاً، فإن البحث على هذا الفرض.

ومنها أنه لو كان تصرفه بالبيع أو الإجارة إلا أنه لم يعلم بالغبن إلا بعد فسخهما سبب من الأسباب، وهنا نقول: على التحقيق من أن خيار الغبن ثابت قبل العلم بالغبن، فيكون حال هذه الصورة كحال صورة علم بالغبن ثم فسخ البيع أو الإجارة.

وأما لو قلنا بأن خيار الغبن يثبت بعد العلم بالغبن، فهنا قد يدّعى أنه لا مانع من الردّ، كما قوّاه المصنفﷺ إلا أنه لو كان الوجه أن المغبون أقدم على الضرر، فلا فرق.

في حكم ما تصرف بالامتزاج أو غيره بالنقيصة أو الزيادة و أن تصرف الغابن لايوجب سقوط خيار المغبون بأي شيء يفعل

ومنها ما لو تصرف المغبون بامتزاج المبيع المغبون فيه بما يوجب الشركة كأن يرتفع التميز بين المالين بالامتزاج فإنه يوجب الشركة.

وإن قلنا: إنه لا يصير من قبيل الشركة المشاعية كما قال بذلك في الجواهر[1] في الامتزاج الغير الإختياري، فعلى كل حال هذا التصرف مانع من تمكن المغبون من ردّ تمام المبيع بعد أنه لا يردّه مع ما مزجه به، فحينئذٍ نقول: لو كان مدرك كون التصرف اللازم مسقطاً هو الإجماع، فيمكن منعه في المقام وإلا فمقتضى العنوان والتعليل كونه مسقطاً، بل كذلك مقتضى الإقدام على الضرر، وما ذكروه من تعارض الضررين.

ومنها ما لو غيّره بالنقيصة وحاله كحال سابقه، بل المسقطية هنا أوضح.

وأما لو غيّره بالزيادة /٨٦٦/ فهنا نقول: إنه لو غيّره بالزيادة العينية كما لوصبغ الثوب أو الحكمية كما لو سوّى الخشب باباً، فعلى أن مثل هذا التصرف يوجب شركة صاحب التصرف مع صاحب العين شريكاً في نفس العين سيّما بعد أن العمل محترم، فحاله أيضاً كحال سابقه بعد فرض أنه لا يردّ المغبون نفس العين.

وأما لو قلنا: إن الشركة ليس في نفس العين بل في ماليته، كما نقلنا ذلك عن بعضٍ، فيشكل القول بالمسقطية بمقتضى ما تقدم من العنوان والتعليل وغيره.

ثم هذا كلّه فيما لو تصرف المغبون فيما انتقل إليه. وأما لو تصرف الغابن فيما إنتقل إليه فلا وجه لأن يوجب ذلك لسقوط خيار المغبون.

نعم؛ يقع البحث هنا من جهات أخرى:

منها: أن المغبون إذا فسخ العقد وفرضنا أن الغابن كان تصرّفه بإخراج العين عن ملكه على وجه اللزوم كالعتق والبيع اللازم، فهل يتسلّط المغبون على فسخ ذلك العقد من أصله أو من حين الفسخ، أو ليس له شيء من ذلك، بل يكون له أخذ البدل من الغابن ليس إلا؟

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤٦، لايسقط الخيار بالتصرف قبل ظهور الغبن.

وهنا نقول: لو قلنا إن خيار المغبون بعد ظهور الغبن على خلاف التحقيق، فحينئذٍ لا ينبغي التأمل في أنه ليس للمغبون إلا أخذ العوض، وليس له فسخ العقد الذي صدر من الغابن؛ لأن العقد من الغابن كان واقعاً على ماله غير متعلق به حق الغير، فلا مانع من نفوذه فيصير كتلف /٨٦٧/ العين.

إن قلت: إذا تعلق النذر بعين معلّقاً على شرط، فقبل: تحقق الشرط هنا أيضاً لم يتعلق حق بالعين، مع أن بعضاً يقولون بعدم صحة بيعه.

قلت: أولاً: منعنا عدم صحة البيع في العين المنذورة في هذا الفرض عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع.

وثانياً: إن القائل بالبطلان هناك إنما يقول بذلك لكون الحق مجعولاً من قبل المالك، وفي المقام ليس الخيار مجعولاً من قبل المالك.

وأما لو قلنا بما هو الحق من أن خيار الغبن ثابت قبل ظهور الغبن، فحينئذٍ لو قلنا -كما هو المشهور- من أن حق الخيار متعلق بنفس العقد، ومنه يقولون ببقاء الخيار مع تلف أحد العينين أو كلاهما، فحينئذٍ أيضاً ليس للمغبون فسخ ذلك العقد بصدوره من الغابن على ملكه الذي لم يتعلق به حق الغير، فيكون بمثل التلف، فليس للمغبون إلا أخذ العوض.

إن قلت: إذا فسخ المغبون للعقد الأول فيكشف ذلك عن بطلان العقد الثاني؛ لأن بطلان العقد الأول من أصله يكشف من أن الغابن لم يكن مالكاً لتلك العين، فيكون عقده فاسداً.

قلت: قد تقدم عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع من أن اقتضاء الفسخ لصيرورة العقد كأن لم يكن، إنما هو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ، كما ذكره المصنفﷺ في أحكام الخيارات. وذلك لأن العقد هو العهد والمعاهدة، وما كان من المعاهدة في السابق رفعه غير ممكن، ورفع المعاهدة بالنسبة إلى الزمان اللاحق أيضاً صادق.

والقول /٨٦٨/ برفع نفس المعاهدة السابقة من أصلها، لا حقيقةً بل حكماً حتى لا يقال: إنه محال يحتاج إلى دليل جديد غير مجرد أن له خيار الفسخ.

إن قلت: إن ما ذكرت يتمّ في الخيارات التي ثبتت بالنص حيث إن مجرد أن له الخيار لا يقتضي ذلك بعد أن العقد كان صحيحاً قبل الفسخ. وأما ما ثبت من الخيارات بقاعدة «لا

ضرر» فلا مانع من إثبات هذا الكشف الحكمي فيه؛ نظراً إلى أن فوات خصوصيات العينية عن المغبون أيضاً ضرر عليه.

قلت: فيه أولاً: أنه تقدم أن فوات خصوصية العينية لا يعدّ ضرراً.

وثانياً نقول: إن هذا الضرر على تسليمه معارض بضرر أقوى منه، وهو عدم مضيّ تصرف الغابن في ملكه.

إن قلت: أيّ مانع من جعل قاعدة «لا ضرر» في المقام دليلاً على عدم صحة تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار كما نقل ذلك عن الشيخ رحمه الله وغيره؟

قلت: ما تقدم من منع صدق الضرر على فوات خصوصيات العينية، ومن معارضته بالضرر على الغابن في عدم تصرفه في ملكه جارٍ هنا أيضاً*.

إن قلت: بعد تسليم أصل الضرر وأن قاعدة الضرر ترفع الحكم الضرري فيصير نفس صحة العقد هنا ضررياً، فيرفع أصل صحة العقد.

قلت: صحة العقد ليس منّة في رفعها؛ لأن الإنسان مع تعلّق نظره بخصوصيات العينية ربما يريد أن يكون العقد صحيحاً، فليس المنّة في رفع الصحة.

إن قلت: إن مقتضى ما ذكرت تعيّن القول بأن للمغبون أن يفسخ ويرجع إلى الغابن بأخذ المثل أو القيمة مع أنه بعد فرض أن بيع الغابن بمنزلة تلف العين كما تقدم، نقول: لا دليل على كونه ضامناً لهذه العين لأنه حين الإتلاف كان ملكه، ولا يضمن الشخص ملك نفسه بالإتلاف، وحين الفسخ مقتضى القاعدة أن يملك المغبون /٨٦٩/ للتالف، وهو محال؛ لأنه معدوم أو بحكمه.

قلت: حكمهم بالرجوع إلى المثل أو القيمة عند تلف العينين أو أحدهما في باب الفسخ

---

*) *يعني بعد أن مجرد ثبوت الخيار في المعاملة الغبنيّة لا يرفع ضرر فوات خصوصيات العينية، كما تقدم.*

فحينئذ بعد تسليم صدق الضرر عليها وأن قاعدة الضرر ترفع كلّ ضرر، فنقول: إن رفع هذا الضرر يتوقف على أن يرفع أصل صحة المعاملة الغبنية، لا خصوص لزومها ليثبت الخيار. والجواب: أنه لا منّة في رفعها. (منه قدس سره).

والإقالة في الجملة يكون مسلّماً ولم أَرَ من صرّح بدليله.

ويجوز أن يستدل على ذلك بوجهين:

الأول: أن نقول: إن مقتضى «على اليد» إلى آخره هو كون العين على العهدة حتى بعد تلفها، كما أوضحنا ذلك في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد. ثم إن كلاً من المبيع والثمن في حال بقاء العقد كان مضموناً بالمسمّى للمعاهدة بينهما وحكم الشارع بصحة ذلك المعاهدة، ثم إنه بعد الفسخ صار المعاهدة كأن لم يكن، فكلّ من العوضين لو كان تالفاً يصير مضموناً على طبق القاعدة الأولية بالمثل أو القيمة بمقتضى قوله «على اليد*».

الثاني: أن نقول بالضمان بمقتضى قوله: «لا ضرر»[1] نظراً إلى أنه بعد الفسخ يكون عدم الضمان على من أتلف مال الآخر ضرراً على من تلف ماله، وذكرنا في قاعدة الضرر أنه لو كان عدم الحكم ضررياً فينفي ذلك بقوله «لا ضرر»، وهنا عدم الحكم بالضمان كان ضررياً، فيثبت الحكم بالضمان.

إن قلت: إن الضمان ضرر على الضامن.

قلت: نمنع صدق الضرر عليه حيث أتلف مال غيره كما يقولون في إثبات الضمان بقاعدة الضرر في باب الإتلافات.

إن قلت: أيّ مانع في أن يجعل قوله «لا ضرر» في المقام دليلاً على عدم صحة تصرف الغابن فيما انتقل إليه؟

قلت: بعد فرض صحة المعاملة الغبنية حيث تقدم أن مجرد / ٨٧٠ / صحة المعاملة ليست ضررية، نقول: إن منع الغابن من التصرف في ملكه قبل الفسخ ضرر عليه، كما أن منع المغبون من الفسخ ضرر عليه، فانحصر رفع الضرر رأساً بصيرورة الغابن ضامناً حيث إن عدم ضمانه بعد الفسخ ضرر على المغبون.

إن قلت: إنك قلت في قاعدة الضرر: إن الضمان في باب الإتلافات لا يثبت بقاعدة «لا

---

*) ***وسيأتي توضيح لذلك قبل التعرض لجريان خيار الغبن في سائر المعاوضات وقبل مسألة النقد والنسيئة، كما تقدم في أول مستثنيات خيار المجلس. (منه قدس سره).***

١) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

ضرر» وإنما يثبت به مجرد حرمة الإتلاف، وأما بعد الإتلاف لو لم يضمن فليس بضرر وإنما هو بقاء الضرر، وبقاء الضرر لا يعدّ ضرراً، وإنه على فرض صدق الضرر يكون الضمان من قبيل المجازاة، وإن المجازات لا يرفع بقوله «لا ضرر» بعد اقترانه بقوله «لا ضرار»، مع أنه يحتمل أن يكون الضرار بمعنى المجازاة. وعلى هذا نقول: إن هذا الإشكال جارٍ في إثبات الضمان في المقام أيضاً.

قلت: هنا بإتلاف الغابن للعين ليس ضرراً على المغبون حيث كانت العين في تلك الزمان ملكاً للغابن، فليس عدم ضمان الغابن من قبيل بقاء الضرر على المغبون، بل ابتداء ضررٍ عليه حين يفسخ العقد حيث يردّ ما بيده من العوض إلى الغابن. ومنه يظهر أن ضمان الغابن ليس من قبيل مجازاة الضرر؛ لأن إتلاف الغابن لم يكن ضرراً على المغبون /٨٧١/ ليكون ضمان الغابن مجازاةً له؛ فتأمل، فإنه دقيق.

ثم اعلم أنه من الوجه الذي ذكرناه لإثبات أن المغبون بعد الفسخ يرجع إلى المثل أو القيمة ظهر فساد ما ذكره المصنف﵀ من الوجه للقولين الآخرين؛ أحدهما: أن يكون للمغبون إبطال عقد الغابن حين الفسخ.

وثانيهما: أن يكون له إبطاله من رأس، وذلك لأن الوجه الذي ذكر لكلٍّ منهما كان مبنياً على أن نقول: إن حق المغبون يتعلق بأصل العين مع أنك عرفت مفصلاً أن حقه متعلق بأصل العقد.

فيه كلام من جهة أن التصرف من الغابن بالاستيلاد يوجب عدم صحة تملك المغبون لأمّ الولد بالفسخ أم لا

ثم إن كلّما قلنا فيما لو كان تصرف الغابن فيما انتقل إليه بالعقد اللازم يأتي في صورة كان تصرّفه ممّا يمنع الردّ كالاستيلاد. وما ذكره المصنف﵀[1] لترجيح أن يكون للمغبون أن يرجع إلى عين أم الولد من أن سبب حق الخيار مقدم على سبب حق الاستيلاد مبني على كون حق

---

١) كتاب المكاسب ١٩٢/٥، لوحصل مانع من الردّ.

الخيار متعلقاً بأصل العين، وقد عرفت فساده.

نعم؛ يجوز أن يقال: إن للمغبون أن يرجع إلى أم الولد من وجه آخر، وهو أن نقول: إنه لا يستفاد من الأدلة إلا أنه ليس للمالك نقل أم الولد إلى غيره ببيع ونحوه. ولا يستفاد منها أنه لا يصح أن ينتقل إلى الغير أو يتملكه الغير بشيء من الأسباب. وعلى هذا نقول: إن مقتضى الفسخ انتقال أم الولد إلى المغبون، فبالفسخ تملكها المغبون، ولم ينقلها الغابن، /٨٧٢/ وكأنّ المنع فيه، ولم يثبت المنع بأزيد من ذلك لترفع اليد عما يقتضيه الفسخ أولاً وبالذات لولا المانع.

ومنها ما لو أخرج الغابن للعين عن ملكه ببيع خياري أو غيره مما يكون له الرجوع فيه، فهنا إذا فسخ المغبون للعقد الأول فهنا لا ينبغي الإشكال في أنه ليس للمغبون أن يفسخ بعد ذلك لذلك البيع الخياري بنفسه ابتداءًا؛ لأن الخيار فيه لم يكن له وإنما كان الخيار فيه للغابن، وما ذكر لأن يكون للمغبون فسخ العقد الثاني في صورة كان العقد الثاني لازماً أو انفساخه بنفس فسخ المغبون للعقد الأول قد تقدّم فساده.

نعم؛ يكون هنا كلام آخر من أنه يكون للمغبون إلزام الغابن بفسخ العقد الثاني الذي كان فيه له الخيار، وأنه إذا امتنع، فسخه الحاكم من باب أنه ولي الممتنع ومع تعذر الحاكم يفسخه المغبون بنفسه كما ينقل المصنفﷺ ذلك عن المسالك[1]، أم لا، كما هو مدّعى المصنفﷺ.

في إلزام الغابن بفسخ العقد الجائز لردّ العين إلى المغبون بعد فسخ العقد وأن اللازم ردّ العين مع التمكن قبل تحقق الأداء بوجه

ووجّه المصنف كلام المسالك بعد فرض أن المغبون بالفسخ في هذا الفرض يملك بدل العين بأن البدل بدل للحيلولة، وفي بدل الحيلولة مع التمكن من ردّ أصل العين وجب ردّها.

وأورد المصنفﷺ على ذلك بأن وجوب رد العين مع التمكن في مورد بدل الحيلولة الذي

---

١) مسالك الأفهام ٢٠٦/٣، خيار الغبن.

يذكرونه في كتاب الغصب من جهة أنه لا يخرج أصل العين عن ملك مالكه مع رد بدل /٨٧٣/ الحيلولة.

ونحن نقول: قد تقدم أن الدليل على وجوب ردّ البدل إلى المغبون في صورة خرجت العين عن ملك الغابن قبل الفسخ إنما هو قوله «على اليد» إلى آخره، وأن مقتضاه رد أصل العين، وأنه مع التعذر يقوم رد البدل مقام رد العين، كما أوضحت ذلك في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

وعلى هذا نقول: مع تمكن الغابن من ردّ أصل العين بفسخ العقد الثاني لم يتعذر ردّ أصل العين ليرجع إلى بدلها.

وعلى ما ذكرناه لا إشكال في وجوب ردّ أصل العين لو اتفق أن الغابن فسخ قبل فسخ المغبون أو بعده، لكن قبل أن يودّي البدل إلى المغبون، وكذلك لو انتقلت العين إلى الغابن ببيع جديد قبل أن يؤدي البدل إلى المغبون.

وما ذكره المصنف﵀ ردّاً على ذلك من أن الغابن مَلك العين بمِلك جديد تلقاه من مالكه، وأن المغبون إذا فسخ يملك ملكه السابق الذي ارتفع عقده الناقل لها بالفسخ، وهو غير هذا الملك الجديد.

وفيه: أن اختلاف الملكية غير مضرٍّ بعد أن تلك العين عين العين السابقة، والدليل على الضمان هو قوله «على اليد» إلى آخره، واقتضاؤه للضمان بعد تعذر ردّ أصل العين، والمفروض أنه غير متعذّر.

نعم؛ في صورة فرضنا أن ردّ العين صار متعذراً أولاً ولذا قلنا بوجوب ردّ البدل بمقتضى «على اليد»، وفرضنا أنه ردّ البدل إلى المغبون وكان أداء العين في هذه الصورة بردّ بدله، فحصل غاية الضمان والعهدة التي ثبتت على الغابن بمقتضى قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي[1]» فحينئذٍ لو فرضنا أنه /٨٧٤/ انتقلت العين بعد ذلك إلى الغابن بوجه فلا يجب عليه ردّ إلى الغابن لأنه لم يجب عليه أداء العين مرّتين، والمفروض أن أدائها حصل بردّ البدل قبل

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

ذلك.

في بيان أن إجارة غير ذي الخيار لِما انتقل إليه صحيح بعد تحقق الفسخ من ذي الخيار أم لا ووجه القولين

وأما في مسألة بدل الحيلولة لا تخرج العين عن ملك مالكه بعد ردّ البدل أيضاً، فمن هذه الجهة لا دخل له بما نحن فيه.

قوله: فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش[1] .. **إلى آخره.**

أقول: قد تقدم أن الدليل على ضمان الغابن هو قاعدة «على اليد» وقاعدة الضرر، ومقتضى كلٍّ منهما ضمان ما نقص من العين بأي وجه كان إذا كان ما نقص مما يقابل المال ليمكن تداركه بتدارك ماليته. وأما التنقيص الذي لا يوجب الأرش فعبارة عمّا لولا يقابل ما نقص للمالية، فعدم الضمان لعدم إمكان التدارك بعد التلف أو لعدم شمول «على اليد» لما لا مالية[2] له؛ فتأمل؛ ولا تجري قاعدة «لا ضرر» أيضاً.

ثم إن عمدة الإشكال فيما ألحقه المصنفﷺ بالتنقيص الذي لا أرش له من إجارة الغابن للعين التي انتقلت إليه، والمدعى في هذا المقام أن المغبون بعد فسخ عقد البيع ليس له فسخ الإجارة الواقعة على العين للوجه الذي تقدم في أنه ليس للمغبون فسخ العقد اللازم الواقع على العين قبل الفسخ، كما لو باعها ببيع لازم.

وأيضاً ليس على الغابن بدل عوض المنفعة التي استوفاها بالنسبة إلى قبل زمان فسخ المغبون حيث كان ذلك منفعة ملكه، وقد استوفاها أيضاً. بل ليس عليه بدل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدّة بعد الفسخ أيضاً؛ خلافاً لما نقله عن القواعد[3] وقرّره

---

١) كتاب المكاسب ١٩٤/٥، إن كان التغيير بالنقيصة.

٢) في الأصل المخطوط: لمالالية.

٣) قواعد الأحكام ٩٦/٢، الفصل الرابع: في اختلاف المتعاقدين.

شرّاحه[١] في نظير المسألة، بل ينقل عن المحقق القمي﵀[٢] في نظير مسألتنا أنه ينفسخ الإجارة في بقية المدّة.

ونحن نقول: إنه على /٨٧٥/ مختار المصنف﵀ يتحقق لغير ذي الخيار حيلة بأن يؤجر العين في مدّة طويلة قبل تحقق الفسخ من ذي الخيار حتى لا تبقى فائدة لذي الخيار في فسخ العقد. وهذا أمر عجيب، فلابد لنا من أن نبسط الكلام في المقام في الجملة، فنقول: على قول المشهور من أن غير ذي الخيار يملك ما ينتقل إليه في زمان الخيار، وأنه يصح له التصرف فيه في زمان الخيار وأنه يملك المنفعة الدائمة، يتحقق الإشكال المشار إليه.

وهنا تارة نتكلم في أن غير ذي الخيار يملك المنفعة الدائمة لما انتقل إليه -كما هو مختار المصنف﵀ -أم يكون مالكيته لتلك المنفعة متزلزلة، كما قاله المحقق القمي﵀ ؟

وتارة في أنه لو قلنا: إنه يملك المنفعة الدائمة -كما هو مختار المصنف﵀ - ففي صورة آجر العين فهل يكون عليه بدل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ كما يظهر ذلك من القواعد[٣] وشرّاحه[٤]، أم لا، كما قاله المصنف﵀ ؟

أما الأول فنقول: إن ملكية المنفعة الدائمة للعين لا إشكال فيه في صورة كان مالكاً للعين بنحوٍ لا يكون لأحدٍ خيار في البين، ولذا لو آجرها في مدّة طويلة ثم باع أصل العين فتنتقل العين إلى المشتري مسلوبة المنفعة بالنسبة إلى زمان مدّة الإجارة حيث كان مالكاً للمنفعة، وقد استوفاها بالإجارة، فلا تصير تابعة للعين، كما أنه لا ينبغي الإشكال في أن الملك الموقوف على البطون لو آجره البطن السابق في مدّة، ثم مات في وسط المدة ينفسخ الإجارة؛ لأن البطن السابق لم يكن مالكاً للمنفعة الدائمة لهذه العين، بل كان مالكاً لمنفعتها مادام حياته، وذلك لأن البطن اللاحق لا يتلقى الملك من البطن /٨٧٦/ السابق عليه حتى يقال إنه يتلقاه مسلوب المنفعة، بل يتلقى الملك من الواقف الأول كالبطن السابق، والمنفعة

---

١) إيضاح الفوائد ٣/٥٢١ ـ ٤٣٣، كتاب الإجارة.

٢) جامع الشتات ٣/٤٣١ ـ ٤٣٣، كتاب الإجارة.

٣) قواعد الأحكام ٢/٩٦، الفصل الربع: في اختلاف المتعاقدين.

٤) إيضاح الفوائد ١/٥٢١، في الاختلاف؛ جامع المقاصد ٤/٤٤٦، أحكام اختلاف المتعاقدين.

تابعة للملك، ولم يكن البطن السابق مالكاً للعين على نحو الإطلاق. ومنه لا يجوز له نقل العين وإذا لم يكن مالكاً للعين على الإطلاق فلم يملك المنفعة الدائمة لها.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن البحث في أن مالكيّة غير ذي الخيار لما انتقل إليه هو الملكية المطلقة حتى يكون مالكاً لمنفعتها الدائمة أم تكون الملكية الغير المطلقة نظير ملكية الموقوف للبطون بنحوٍ ذكرنا، فنقول: إن المصنفﷺ ينقل في أحكام الخيارات في ذيل مسألة أن لغير ذي الخيار التصرف فيما إنتقل إليه. وجهاً لكون ملكية غير ذي الخيار من قبيل الثاني.

ثمّ يناقش عليه، وحاصل ذلك الوجه. أن الملكية إذا ثبتت لغير ذي الخيار وكان زوالها بارتفاع سبب الملكية ـ وهو العقد الخياري ـ حيث فسخه ذو الخيار، فليس ملك ذي الخيار سبب الفسخ متلقى عن غير ذي الخيار، بل كان مستنداً إلى ما كان قبل تملك غير ذي الخيار له، فيتبعه المنفعة. ولم يتلقّ الملكية عن غير ذي الخيار ليقال: إنه يتلقّاه مسلوب المنفعة، فيكون المقام كما لو زال الملك بانتهاء سببه، كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه؛ فإن المنفعة تتبع مقدار تملّكه.

في أن مقتضى القاعدة في صورة آخر غير ذي الخيار للعين ضمان المنفعة بالنسبة إلى المدة بعد الفسخ للإجارة

وأما المناقشة؛ فيقول أولاً: بأنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطلان الإجارة.

وثانياً: بأنه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لولا الرافع آناً ما.

هذا؛ ونحن نقول: إن في كلا الوجهين نظر[أ]:

/٨٧٧/ أما الأول: فأولاً: بأن المصنفﷺ في مسألتنا يقول بإمكان الفرق بين الفسخ بالخيار وبين التفاسخ، وبعد ذلك كيف يتعدى من حكم يتسلّمونه في التفاسخ إلى الفسخ.

وثانياً: أن هذا الفرع أعني عدم فسخ الاجارة الواقعة على أحد العوضين بعد وقوع التفاسخ في عقد البيع الواقع على العوضين غير مذكور في أكثر الكتب، فكيف يقال: إنّ

الإجماع قائم على عدم انفساخ الإجارة مع أنه لو كان اتفاقاً، فليس بكاشف بعد أن الظاهر أن مدركه القواعد، لا وصول قولٍ من المعصوم إليهم في ذلك، مع أن احتمال ذلك مضرٌّ في كاشفية الإجماع.

وأما الثاني: فمجرد ادعاء لم يذكر له مدرك.

نعم؛ لنا أن نقول: إن ذلك مقتضى القاعدة لما تقدم في رد من قال بعدم جواز التصرف في العين بالبيع ونحوه في زمان الخيار بأن ذلك مبنّي على أن يكون حق الخيار متعلقاً بالعين، وهو باطل، كما تقدم.

ومنه يقولون بثبوت الخيار بعد تلف أحد العوضين أو كلاهما أيضاً. وعلى هذا فيكون غير ذي الخيار مالكاً للعين من دون تعلق حق أحد به، فيكون حال هذه العين كحال العين التي يكون مالكاً لها بغير البيع الخيارى في عدم تعلق حق أحد بها*.

ومنه يكون له نقل أصل العين، وهو أشدّ من نقل منفعته، وقابلية هذه العين لأن يملكه ذوالخيار بالفسخ يكون بمثل قابلية أن يملكه شخص آخر بأن يشتريه في أن ذلك ليس مانعاً من نقل منفعة كما ليس مانعاً من نقل أصل عينه حيث لم يتعلق بالعين حق أحد. وهذا بخلاف الملك الموقوف، فإنه لم يملك الموقوف عليه للعين /٨٧٨/ على نحو الإطلاق، فلا يكون له نقل أصل عينه ولا منفعته.

وأما الثاني: وهو أنه هل يكون على غير ذي الخيار الذي آجر العين بدل عوض المنفعة التي استوفاها بالإجارة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ أم لا؟

فنقول: لا يخفى عليك أولاً: أن القائل بلزوم البدل عليه ليس منحصراً بالعلّامة في القواعد[1] وأمضاه شرّاحه له في نظير مسألتنا، وهو مسألة التقايل؛ بل في المسالك[2]

---

*) *قد ذكرنا [الـ]ـوجه المختار في الموضع المشار إليه من أحكام الخيارات بتقريب آخر. (منه قدس سره)*.

١) قواعد الأحكام ٩٦/٢، الفصل الرابع، في اختلاف المتعاقدين.

٢) مسالك الأفهام ٢٠٥/٣، خيار الغبن.

والجواهر[1] ترجيح هذا القول في عين مسألتنا؛ بل لم يبعد أن يكون ذلك قول المشهور لعدم التزام أحد بالمحظور الذي أشرنا به في أنه يلزم على القول بصحة الإجارة وعدم الضمان لذي الخيار حيث يذهب فائدة جعل الخيار من البين.

وثانياً نقول: إن ذلك مقتضى القواعد أيضاً و ذلك لما عرفت من أن الدليل على ضمان غير ذي الخيار لأصل العين بعد الفسخ إذا أخرجه عن ملكه هو قاعدة «على اليد» وقاعدة «لا ضرر» وهما يقتضيان ضمان المنفعة بالنسبة إلى المدّة بعد الفسخ في صورة أتلفها بواسطة إجارة العين.

أما قوله «على اليد» فلأنه كما يدل على ضمان الأعيان، كذلك يدلّ على ضمان منافعها بعد الاستيفاء؛ بل بدونه مع التلف، كما أوضحنا ذلك في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

ومن الواضح أن ذا الخيار كان مالكاً أولاً للعين مع المنفعة، ومقتضى الفسخ أن يصير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى ما بعد الفسخ و تلف المنفعة في يد غير ذي الخيار تحقّقَ بواسطة عقد الإجارة بعد لزومه.

وأما بالنسبة إلى زمان كان قبل الفسخ /٨٧٩/ لمّا كانت العين ملكاً لغير ذي الخيار والمنفعة تابعة للملكية فلا ضمان عليه.

في كون غير ذي الخيار ضامناً للمنفعة مع التلف

وأما قاعدة «لا ضرر» فلأن رد العين المسلوبة المنفعة إلى ذي الخيار بعد الفسخ ضرر عليه كعدم ردّ بدل العين في صورة تلف أصل العين.

ومنه قلنا بضمان العين مع تلفها في يد غير ذي الخيار، فعدم الحكم بضمان المنفعة في هذه الصورة ضرر على ذي الخيار. وقاعدة «لا ضرر» ينفي عدم الحكم أيضاً إذا كان ضررياً. ورفع الضرر بغير هذا الوجه غير صحيح؛ لأن منع غير ذي الخيار من أصل التصرف ضرر عليه ابتداءًا من غير وجه. ورفع الصحة عن الإجارة بعد الفسخ يوجب الضرر على غير من

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤٥ ـ ٤٦، لايسقط الخيار بالتصرف قبل ظهور الغبن.

كان ضامناً للعين ومنفعته؛ فتأمل.

في أن الزيادة الحكمية هل توجب الشركة أم لا؟ وتلزم الأجرة أم لا؟

قوله: وإن كان التغيير بالزيادة فإن كانت حكميّة[1] .. إلى آخره.

أقول: حاصل كلام المصنف﵀ في صورة كان تصرف الغابن فيما انتقل إليه بما يوجب الزيادة الحكمية بأن أوجد في العين مجرد صفة نظير قصارة الثوب وتعليم الصنعة، لا مثل صبغ الثوب الذي فيه زيادة عينية أيضاً أنه لو لم توجب[2] هذه الزيادة الحكمية لزيادة قيمة العين، فليس لمحدثها شيء.

أما الأجرة فإن عمله كان في ماله وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، وأما الشركة في العين فلأنه لم يحدث في العين ما يقابل المال، ولو في ضمن العين بأن يوجب زيادة قيمة العين، وأما لو أوجبت تلك الزيادة لزيادة قيمة العين فيصير شريكاً في العين بنسبة تلك الزيادة كما بيّنه، ووضح وجهه مما تقدم.

وفي الجواهر[3] في صورة أوجد في العين مجرد صفة كالطحن والقصارة يمنع صيرورة الغابن شريكاً في العين، ولو كانت هذه الصفة موجبة لزيادة قيمة العين أيضاً، /٨٨٠/ كما أنه يمنع أن يكون لمُحدث الصفة أجرة العمل أيضاً في هذه الصورة فضلاً عن صورة لا توجب تلك الصفة لزيادة القيمة، ولكن ينقل عن الروضة أن للغابن المحدث للصفة أجرة عمله، وأنه لو زادت قيمة العين لأجل تلك الصفة شاركه في الزيادة بنسبة القيمة.

ثمّ يورد عليه بأن العمل وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً، وأن زيادة القيمة إنما كان بصفة راجعة إلى المال نفسه وإن كانت بعمل الغابن فلا يوجب الشركة.

نعم؛ لو كانت الزيادة صفة من جهة وعيناً من جهة كالصبغ، صار شريكاً بنسبته إذا فرض زيادته بذلك.

---

١) كتاب المكاسب ١٩٥/٥، إذا كان التغيير بالزيادة.

٢) في المخطوطة: يوجب.

٣) جواهر الكلام ٤٦/٢٣، لايسقط الخيار بالتصرف قبل ظهور الغبن.

في أن مقتضى القاعدة الأول أن لا يكون الغابن المُحدِث لصفة في العين بعد الفسخ شريكاً في العين أو قيمتها و لا يكون له أجرة العمل أيضاً

أقول: لا بأس من أن نتعرض في المقام لبعض الأمور التي لها مدخلية في توضيح حال مسألتنا.

فنقول: كلّ مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميّزان، تحقّقت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أم اتفاقاً، فعلى هذا يجيء في البين سؤال وهو أنه: أي فائدة في عقد الشركة بعد أن المزج شرط في حصول الشركة وأن مجرد العقد لا يكفي؟

فمن الأجوبة عن ذلك ما نقله في الجواهر عن المقاصد من أن العقد فائدته جواز التصرف لكل منهما[1]. وناقش عليه بأن عقد الشركة لا يدل على ذلك، ثم قال: إن عقد الشركة فائدته صيرورة كل من المالين بينهما على الإشاعة، وأما مجرد المزج فلا يفيد ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الأمر، وإنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما بالصلح القهري الذي قد تقدم نظائره، ونقلت في أول مكتوباتي في الرهن عن الأستاذ﵀ أن المزج والتلاصق كالصبغ يوجب الشركة في القيمة، وأما العينان فكلٌّ، باقٍ على /٨٨٠/ ملك مالكه، وهذا على طبق القاعدة.

فالمدعى أنه لم يثبت بالمزج[2] أمر تعبدي سوى ما تقتضيه القاعدة ونقلت في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد عن بعضٍ أنه لو كانت العين من شخص والهيئة والصفة المجردة من شخص آخر -كما لو جعل الخشب باباً- فهنا لا تكون الشركة في العين، لكن تكون الشركة في القيمة ثابتة.

ونحن نقول: إن مسألتنا من هذا القسم الآخر، ولا دليل على ثبوت الشركة في أصل العين فيه بعد أن الصفة الزائدة ليست بنفسها قابلة لأن تملك في صورة كانت العين بأجمعها ملكاً

---

١) راجع: الجامع للشرايع ص ٣١١.

٢) هنا كتب المؤلف - قدس سره - ذيل «بالمزج» لفظة «الصغير».

لشخص آخر، ولم يوجد في البين ما يوجب نقل شيء من العين إلى الغابن المُحدِث للصفة.

وأما الشركة في القيمة فينافي ما هو المسلّم عندهم في البيع من أن الثمن بإزاء نفس العين، وأن الصفة والهيئة توجب لزيادة ثمن أصل العين، ولا يبذل بإزاء الصفة شيء.

وأما القول بثبوت أجرة العمل للغابن بعد أن العمل لم يكن بأمر المغبون ولا في ماله، فليس له مدرك.

هذا كلّه؛ ولكن نقول في صورة أوجبت تلك الصفة لزيادة قيمة العين: إنه يصدق عرفاً أن لمُحدِث الصفة حقّاً في هذه العين. وعلى هذا نقول: إن على صاحب العين أن يرد على محدث هذه الصفة ما يقابل الزيادة الحاصلة في عينٍ من ماله من عمل ذلك المحدث لبعض الآيات والأخبار:

منها ما ورد في ذيل حسنة يزيد الكناسي، /٨٨٢/ أو صحيحه على ما في حجر الجواهر[1] ونقلته في آخر مسألة البراءة قبل قاعدة الضرر من قوله عليه السلام: «**فلا تبطل حدود الله بين خلقه ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم**[2]». ويزيد الكناسي لو لم يكن ثقة يكون ممدوحاً من غير ذمٍّ، ويكفي ذلك في حجية السند على ما شرحناه في مسألة حجية أخبار الآحاد.

تقريب الدلالة: أنه تقدم في خيار المجلس ظاهراً أنا نقلنا عن بعض أنه قال في مقام الفرق بين الحق والحكم: إن الحق كلّ ما يطلق عليه الحق عرفاً.

وناقشنا عليه بأنه: ليس في موارد النزاع في هذه المسألة لفظ «حق» من الشارع ليرجع في تعيين معناه إلى العرف.

نعم؛ كل مورد كان لفظ الحق في الأخبار يكون المعيار على ما يسمّيه العرف حقاً، كما في تعيين معاني سائر الألفاظ.

ثم إن الحق من قبيل الموضوع لحرمة الإبطال، فلا يناسب أن يكون المراد الحق الشرعي الذي من قبيل الحكم الشرعي كما أوضحة في آخر البراءة مع أنه لو سلّمنا أنه ليس المراد

---

١) جواهر الكلام ٢٦/٢٦، معنى الحجر وموجباته وحدّالبلوغ و الإختلاف فيه.

٢) الكافي ١٩٨/٧، باب حدّ الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحدّ تامّاً، ح ٢.

خصوص الحق العرفي، فلا أقل من التعميم؛ إذ لو لم تكن الحقوق العرفية قدراً متيقّناً بمقتضى ظاهر اللفظ، فليس خلافه قدراً متيقّناً.

ومنها قاعدة «لا ضرر» التي تمسك بها في الرياض[1] في نظير المقام، وهو لزوم أن يردّ البايع في المقبوض بالعقد الفاسد الي المشتري ما زاد المشتري /٨٨٣/ في المبيع بفعله من قبيل تعليم الصنعة التي ليس فيه زيادة عينية وغيرها، لكن بشرط أن يكون المشتري جاهلاً بفساد البيع حيث إن الزيادة أثر فعله ولم يكن متبرعاً، فيه، ولا عن العدوان كما أنه قال: إن الأشهر وجوب الردّ في هذا الفرض، وذكر بعض قائليه غير المصنف الذي رجحه.

ونحن نقول: لا إشكال في دلالة «لا ضرر» في كل مورد يصدق عرفاً أن لمحدث الصفة والهيئة حقاً في العين بعد ما قلنا في قاعدة لا ضرر إنه يشمل [الـ]ـضرر الحقّي، كما يشمل الضرر المالي والعرضي وغيرهما. وبعد ما ذكرنا هناك أن «لا ضرر» كما يشمل الحكم الضرري وينفيه بنفي عدم الحكم إذا كان الضرر منه فيثبت الحكم الرافع له، فينفي براءة الذمة عما قابل الزيادة.

في التمسك بقاعدة الحيف و العدل
وعدم إبطال الحق والضرر وغيرهما لكون مُحدِث الصَّفة أحقّ بالعين

ومنها ما ذكره هناك في الرياض أيضاً من أن عدم الردّ حيف عليه. وهذا إشارة إلى قوله تعالى: ﴿ **أم يخافون أن يحيف الله عليهم** ﴾[2]. وفي مجمع البيان[3] أنه يستفاد منه أن خوف الجور من الله خلاف الإيمان؛ لأن الحيف بمعنى الجور.

ونحن نقول: بعد أنه يصدق عرفاً أن لمُحدِث الصفة والهيئة حقاً في العين - كما تقدم - يكون الحكم بأن العين مع الصفة لمالكها من دون أن يردّ ما يقابل الزيادة إلى محدث الصفة جوراً، فينفيه الآية. ثم إنه لو ثبت في مورد نظير ذلك فلا بد أن نقول: إنه من قبيل التخطئة في

---

١) رياض المسائل ١٩١/٨، خيار الغبن.

٢) النور: ٥٠.

٣) مجمع البيان ٢٦٣/٧، تفسير سورة النور.

المصداق، وإن ذلك لا يضرّ بالتمسك بإطلاق اللفظ في غير هذا المورد بعد صدق /٨٨٤/ الحيف عليه عرفاً كما أوضحنا ذلك في الأدلة العقلية عند التمسك بالأدلة النقلية لإثبات الملازمة بين العقل والشرع.

ومنها قاعدة العدل التي تستفاد من قوله تعالى: ﴿ **إعدلوا هو أقرب للتقوى** ﴾[1] ويتمسكون بها في موارد كثيرة، وتعرض لها صاحب البرهان القاطع في رسالته في إرث الزوجة في ضمن فرع. ونحن تمسّكنا بها في فرع في مسألة ما لو قال: بعتُ نصف الدار، بعد بيع الفضولي.

وتقريب الدلالة بعد أن المدار في تعيين معاني الألفاظ هو العرف، وبعد فرض أنه يصدق على أن لمُحدِث الصفة حقاً في هذه العين أن العدل في المقام بأن يردّ العين إلى مالكها ويؤخذ منه ما يقابل الهيئة والصفة ويردّ إلى محدث الصفة والهيئة.

ومنها ما ذكره في الرياض أيضاً هناك من أن عدم ردّ ما يقابل الزيادة إلى محدث الصفة إضاعة لعمله مع احترامه في الشريعة حيث لم يوجد ما يوجب إبطاله.

ونحن نقول: إن مدرك احترام العمل أو عمل المسلم لو كان هو ما تقدم، فهذا تكرار ولو كان مدركه شيء آخر فلا نفهم.

نعم؛ نقل عن بعض* أنه يتمسك لهذه الكلية كراراً بقوله تعالى: ﴿ **لا أضيع عمل عامل منكم** ﴾[2].

وفيه: أن الظاهر من العمل هنا ما يكون لله، وعدم إضاعته بأن يثاب عليه، ولا أقل من أنه المتيقن، فلا تجري مقدمات الحكمة للتعميم إلى غيره، مع أنه لو كان المراد مطلق أفعال الناس فيرد عليه التخصيص الأكثر /٨٨٥/ الموهن، ولو كان المراد مطلق فعل يكون للغير وبداعي الغير حتى يشمل مثل عبادة غير الله أيضاً فكذلك. وغير ذلك لا يقتضيه الإطلاق، وبملاحظة السياق هو ما ذكرناه أولاً.

---

١) المائدة: ٨.

*) ***ميرزا محمد هاشم. (منه قدس سره)***

٢) آل عمران: ١٩٥.

في أنه لو زادت قيمة المغبوض بالعقد الفاسد بإحداث صفة فيه يكون على صاحب العين ردّ مايقابلها

ومنها خبر زريق[١] الذي نقله المصنف﵀ في آخر بحث الفضولي عند التعرض لرجوع المشتري الجاهل إلى البايع الفضولي بما اغترم فإن ذاك الخبر وإن لم يشمل مسألتنا إلا أنه حكم فيه بأنه يرجع المشتري إلى البايع بعد أخذ المالك أرضه المبيعة عن المشتري بكل ما أنفقه المشتري في تلك الأرض، ويدفع تمام النوائب عنه، فيشمل ما لا تكون عينه باقية، فحكم بضمان ما عمله في ملك الغير من دون إذنه. وهذا نظير ما نحن فيه وإن لم يكن عين مسئلتنا هذا.

ونحن نقلنا هناك عن الأستاد﵀ المناقشة على ذلك بأن كل عمل في الأرض إذا كان بغير إذن المالك لا يكون مثل هذا العمل محترماً، فليس له أجرة، كما يقوله في الجواهر[٢] في كتاب الغصب؛ بناءًا على أن المطلب يكون مسلّماً وإجماعياً كما يظهر من الجواهر.

أقول: ما يذكره في الجواهر هو دعوى أن المقبوض بالعقد الفاسد حاله كحال المغصوب، وأن العمل في ملك الغير بغير إذن مالكه لا يستحقّ شيئاً، بل يلوح منه أنه إذا زادت قيمة العين بعمل القابض كما إذا علّمه الصنعة ثم زالت تلك الصفة يكون ذلك مضموناً، ويجب على محدث الصفة ردّ التفاوت الناشي من زوال هذه الصفة إلى مالكه حتى في صورة الجهل بفساد البيع، كما يقولون بذلك في المغصوب هذا.

ولكن فيه أن ما ذكره في الجواهر /٨٨٦/ ليس مسلّماً، بل تقدم عن الرياض أن الأشهر أن ما يحدث في العين من زيادة القيمة يجب على المالك أن يردّه إلى محدث الصفة الموجبة لزيادة القيمة بعد فرض كونه جاهلاً بفساد البيع.

---

١) أمالى الطوسى ٣٠٩/٢؛ أيضاً راجع: كتاب المكاسب ٤٩٥/٣.

٢) جواهر الكلام ١٤٢/٣٧، عدم تملك الغاصب العين المغصوبة بتغييرها.

في أنه لو زاد قيمة العين بعمل الغير جهلاً، فله حقّ فيها

بل في الجواهر[1] في كتاب الغصب بعد التعرض لحكم المقبوض بالعقد الفاسد في مسألة ما لو كان المشتري جاهلاً بالغصب يرجع على البايع بما دفع من الثمن أو أنفقه في المبيع، صار ملتفتاً إلى أن رجوع المشتري على البايع بما أنفقه في المبيع مبني على كون عمل المشتري في ملك الغير بدون إذنه محترماً عند الجهل. وهو منافٍ لما كان مختاره، مع أنه كان مظانّ أن يكون هذا الفرع إجماعياً. فلذا قال في هذا الفرع: إن تمّ إجماعاً فذاك، وإلا للنظر فيه مجال.

ثمّ اعلم أن مقتضى ما ذكرناه لم يكن شركة مُحدث الصفة والهيئة في نفس العين، ولا أن على صاحب العين أجرة عمله مطلقاً، بل ولا الشركة في قيمة العين. وإنما كان مقتضاه أن كل ما زاد في قيمة العين بواسطة عمله يكون على من يتصرف في هذه العين التي تعلق به حق الغير بعد أن عمله لم يكن على نحو التبرّع ولا على وجه العدوان.

ثم إن جريان ذلك في مسألتنا وهو ما لو زاد قيمة العين بعمل الغابن قبل الفسخ لا ينبغي التأمل فيه، حيث إن عمله وإن كان في مال نفسه إلا أن العمل فيه كان /٨٨٧/ بحقٍّ واقعاً، فيصدق عرفاً أن له في العين حقاً. وتمامية الأدلة موقوفةٌ على ذلك.

وأما جريان ذلك في المقبوض بالعقد الفاسد مع جهل مُحدِث الصفة بفساد البيع فمبنيّ على صدق أن لمحدث الصفة حقّاً في هذه العين، ولو لم يكن عمله بحق بحسب الواقع بأن نقول: يكفي في ذلك مجرد أنه لم يكن العمل عن العدوان كما في العمل في المغصوب.

والظاهر أنه يصدق أن له حقاً في العين بمجرد أنه لم يكن عمله عن العدوان وكان معذوراً، فتجري الأدلة هنا أيضاً؛ مضافاً إلى خبر زريق، وتوهم أن عدم ضمان ذلك يكون إجماعياً كما توهم ذلك من كلام الجواهر قد عرفت فساده.

ويلحق بذلك كل مورد كان عمل شخص في ملك الغير باعتقاد أنه أمره أو باعتقاد أنه ملكه بعد أنه صار موجباً لزيادة قيمة العين كما لو اعتقد النجار أن الخشب الفلاني ملكه

---

١) جواهر الكلام ٣٧/١٨١، رجوع المشتري الجاهل بالغصب بالثمن على البايع.

فسوّاه باباً.

في بيان ما ربمّا يوجد للزارع حق في نفس الأرض

وأما جريان ذلك في صورةٍ زاد قيمة الأرض بواسطة عمل زارع الأرض بعد أن كان عمله فيها بمجرّد الزراعة فيها فلا وجه له؛ لأنه ليس مقتضى إجارة الأرض للزراعة أو مزارعتها ذلك، معاطاتياً كانتا أو عقدياً حيث إن الزارع عمل لأجل ما يحصل له من الزراعة، عالماً بأن ما يحصل من نموّ الأرض يكون في ملك الغير. وليس مقتضى الزراعة والإجارة ثبوت شيء له بإزاء ما يوجد في الأرض من النمو.

نعم؛ لو كان عمله بتسميد* الزرع حتى يحصل من أجزاء عينية في الأرض /٨٨٨/ وصار ذلك منشاءًا لنموّ الأرض، فيصير شريكاً في شيء كان في هذه الأرض، إما لكون التسميد بغير النجاسات التي لا تصير مملوكة لأحد أو لأن ما وقع في الأرض كان من المتنجّسات ولم يكن مانعاً في صيرورتها مملوكة بل مالاً، بعد أنه يبدل بإزائه المال.

وعلى هذا نقول: إنه ليس مقتضى الإجارة والمزارعة أن يصير ذلك مملوكاً لصاحب الأرض، فعلى صاحب الأرض إما دفع قيمة ذلك إليه أو إخراجه عن ملكه حتى لا يتصرف في ملك الغير وماله.

قوله: ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس[1] .. **إلى آخره.**

أقول: لا يخفى أولاً: أن في عبارة المصنف﵀ مسامحةً حيث إن الوجه الثالث المذكور في عبارته يناسب أن يكون دليلاً على جواز قلع الشجر من مالك الأرض مع ثبوت أرش الشجر على ذمّته، مع أنه ليس فيه ما يدل على ثبوت الأرش، بل هو تكرار لدليل القول الأول، أعني جواز القلع من دون الأرش.

---

*) ***عن النهاية*** : (النهاية في غريب الحديث... نهاية الأحكام، أنظر: نهاية الأحكام ٢٠٣/٢، في صلاة الخوف، بقايا مسائل هذا الباب) ***السماد ما يطرح في أصول الزرع من العذرة والزبل ليجود نباته (منه قدس سره)*** .

١) كتاب المكاسب ١٩٥/٥، إذا كان التغيير بالزيادة.

نعم؛ يستفاد ثبوت الأرش من التحقيق الذي يذكره بعد ذلك. ثمّ ما ذكره في تحقيق المقام يوافق مع ما رجّحه في الجواهر هنا.

ونحن نقول: أولاً: نتكلم في أنه هل يكون لمالك الأرض قلع الشجر أم لا؟ وأنه لو قلع، هل يثبت عليه الأرش أعني تفاوت القيمة بين المقلوع والمغروش لصاحب الشجر أم لا؟

فنقول: لا يخفى عليك أن غرس الشجر في ملك الغير لو كان عن العدوان فيكون لصاحب الملك قلع ذلك الشجر من دون ثبوت أرش عليه.

كما أنه لو كان الغرس بغير عدوان، وفرضنا أن يكون لصاحب الشجر حق بقاء الشجر في ملك الغير فليس لصاحب الملك قلع ذلك الشجر؛ ولو قلع أيضاً يكون ضامناً.

وذلك / ٨٨٩ / كما إذا فرضنا أنه باع شخص أرضاً مغروسة مشروطة ببقاء الغرس فيه، أو قلنا: إن مفاد البيع المذكور ذلك ولو لم يشترط، وكذلك بايع الأرض إلى من يفلس بعد غرس الشجر فيها لو قلنا: إن البايع يرجع بعين ماله بمقدارٍ لا يضرّ بمال المفلس دون الأزيد منه. ولا نسلّم الحكم في هذين المثالين إلا في مثل الفرض الذي ذكرناه.

وأما لو كان غرس الشجر أولاً عن حق إلا أنه لم يكن لنا دليل على أن لصاحب الشجر حق بقاء تلك الشجر في ذلك الملك، كما أن المقام وأكثر الأمثلة من هذا القبيل.

فحينئذ نقول: تارة نتكلم في أن لمالك الأرض قلع ذلك الشجر أم لا؟

وتارة: في أنه لو قلع مع فرض ثبوت جواز القلع له هل يكون ضامناً لأرش الشجر لصاحب الشجر أم لا؟

أما الاول: فنقول ـ كما تعرّضنا لنظائر هذه المسألة في قاعدة الضرر ـ: إن المفروض أن قلع الشجر يكون ضرراً على صاحب الشجر، فحينئذ لو فرضنا أن بقاء الشجر في ملك الغير لم يكن ضرراً على ذلك الغير ولا حرجاً عليه، بل يريد القلع لمجرد العناد، فلا يجوز له القلع لتقدم قاعدة «لا ضرر» على سائر الأدلة من قوله عليه السلام: «**الناس مسلّطون على أموالهم**[1]» وغيره، كما أن مورد خبر السمرة من هذا القبيل على ما أوضحته في محله.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

وأما لو كان بقاء الشجر في ملك الغير ضرراً على ذلك الغير فحينئذ في جواز القلع ضرر على صاحب الشجر، وفي عدم جوازه ضرر على صاحب الأرض.

فبعد ما قلنا في قاعدة «لا ضرر» أن قاعدة «لا ضرر» كما ينفي الحكم الوجودي كذلك ينفي العدمي / ٨٩٠ / فيكون الضرران متعارضين ولا يشمل قوله: «لا ضرر» للمتعارضين، كما أثبتنا ذلك في محله، من غير فرق بين أن يكون أحد الضررين أقوى من الآخر أم لا، كما أنا ذكرنا هناك أن شيئاً من الأدلّة لا يشمل المعارضين، بل ولا المتزاحمين أيضاً، فلابد أن يرجع إلى سائر القواعد.

وأما لو كان بقاء الشجر في ملك الغير غير مضرٍّ على ذلك الغير؛ لكنه يكون حرجاً وضيقاً على ذلك الغير ولو لمنعه للتصرف في شيء من ماله. ففي مثل هذا الفرض يدّعي المصنف ﷺ في قاعدة «لا ضرر» أن لصاحب الأرض قلع الشجر لحكومة أدلة نفي الحرج على أدلة نفي الضرر.

لكنا ذكرنا هناك أن كلاًّ من دليل الحرج والضرر يكون مقدماً على سائر أدلة الأحكام، ولكن نفس أدلة الحرج والضرر لا دليل على تقدم أحدهما على الآخر. وعلى هذا يقع التعارض بين دليل الحرج والضرر، ولا يرجّح لأحدهما. فلابد أن يرجع إلى سائر القواعد أيضاً على هذا التقدير.

والمراد كل قاعدة كان قاعدة «لا ضرر» وقاعدة نفي الحرج مقدّماً عليها، حيث إن تلك القواعد لا تسقط لمعارضة قاعدة الضرر والحرج معها؛ لأنه لو جرت قاعدة الحرج أو الضرر تكون مقدمةً عليها لعدم كون تلك القواعد في عرض قاعدة الحرج والضرر، فتكون تلك القواعد بمنزلة الأصل بالنسبة إلى هاتين القاعدتين.

/ ٨٩١ / بقي الكلام في اقتضاء تلك القواعد التي تكون مرجعاً في هذا المقام، فنقول:

إن من تلك القواعد حرمة التصرف في مال الغير وكون «الناس مسلطون على أموالهم» وعلى هذا فلو تمكن صاحب الأرض أن يتصرف في أرضه بحفر أطراف الشجر من الأرض حتى ينقلع الشجر، فلا إشكال، كما ذكرنا نظير ذلك في قاعدة الضرر في فرع نظير المقام، فإنه بعد انقلاع الشجر نقول: إن اخراج المقلوع عن ملك صاحب الأرض وإن كان تصرفاً في

ملك الغير بغير إذنه، إلا أنه ليس فيه ضرر على صاحب المقلوع. وأما بقاء المقلوع في ملك صاحب الأرض إما ضرر على صاحب الأرض أو حرج عليه كما هو المفروض، فلا مانع من إخراج المقلوع عن ملكه لجريان قاعدة الضرر أو الحرج في حق صاحب الأرض وتقدّمها على سائر القواعد.

وعلى هذا فيشكل الأمر في صورة لم يتمكن من إخراج الشجر عن ملكه إلا بالتصرف في الشجر ابتداءً بالتصرف الذي يكون فيه ضرر على صاحب الشجر، مع أن الفقهاء يلتزمون في نظير المسألة من أن لصاحب الملك إخراجه عن ملكه حيث يقولون في كتاب الصلح فيما لو خرجت أغصان شجرة أو عروقها إلى ملك الجار من أنه يجب عطف* الأغصان إن أمكن وإلاّ قطعت من حدّ ملكه، وإن امتنع صاحب الأغصان يقطعها الجار، ولا يتوقف على إذن الحاكم أيضاً مع أن قطع /٨٩٢/ الأغصان ضرر على صاحب الأغصان ولم يكن مجيء الأغصان في ملك الجار عن العدوان؛ لأنه كان بغير اختيار صاحب الأغصان أيضاً.

هذا؛ ولكنّا نقول بعد ما عرفت من عدم جريان قاعدتي الضرر والحرج في مفروض المقام بالبيان المتقدم: إن لنا تصحيح فتوى المشهور في الفرع الذي ذكروه في كتاب الصلح وجريان حكمه في مسألتنا وأنه يجوز لصاحب الأرض التصرف في الشجر وإخراجه عن ملكه ببعض القواعد التي أشرنا إليها في الحاشية السابقة، وهو أن «حقوق المسلمين لا تبطل بينهم[1]»، وذلك بعد ما تقدم من انه ليس لصاحب الشجر حق بقاء شجرة أو أغصانه في ملك الغير فنقول:

إن بقاء الشجر أو أغصانه في ملك الغير وعدم الحكم بإخراجهما أو القطع إبطال لحق صاحب الأرض، ومقتضى حرمة إبطال حق المسلم أو نفي بطلان حق المسلم أنه إما أن يكون على صاحب الشجر والأغصان إخراجهما عن ملك الغير أو أن يكون لصاحب الأرض ذلك. فلو قلنا: إنه تكليف على صاحب الشجر، فلا مانع من إلزامه، كما في سائر التكاليف

---

*) *برگردانيدن. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٢٦/٢٦.

التي تكون عليه بعد ما ثبت التكليف عليه من الدليل.

ولو قلنا بدلالته على أن لصاحب الأرض إخراجه، أيضاً يرتفع حرمة التصرف في ماله لإخراجه عن ملك الغير.

إن قلت: لو بقي الشجر في أرض الغير ويعطى أجرة المثل إلى صاحب الأرض أيضاً لم يبطل حق صاحب الأرض.

قلت: أصل /٨٩٣/ حق صاحب الأرض أن لا يكون مال الغير في ملكه، وفيما ذكرت إبطال لحقّه وتدارك لحقه الذي ذهب من البين.

وقوله: «لا تبطل حقوق المسلمين[1]» مقتضاه عدم بطلان حق الغير ابتداءً. وقد تقدم في خيار الغبن، وذكرنا في قاعدة الضرر في ردّ قول من قال بأن قاعدة «لا ضرر» تثبت الأرش في المعاملة الغبنية دون الخيار، بنظير ما قلنا في المقام، فراجع؛ فإن فيما ذكرناه هناك توضيح لحال ما ذكرته هنا أيضاً.

إن قلت: إنه في صورة يريد أن يتصرف صاحب الأرض في شجر الغير بإخراجه عن ملكه يكون قوله: «لا تبطل حقوق المسلمين بينهم» التي ذكرت دلالته على جواز هذا التصرف معارضاً مع ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير.

قلت: حرمة التصرف في مال الغير لو كان من جهة قبح التصرف في مال الغير فنقول: إن التصرف في ملك الغير لتخليص ماله وعدم ذهاب حقه ليس قبيحاً، كما ادعاه في الجواهر في الفرع المنقول من كتاب الصلح.

وأما لو كان دليله النقل مثل «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه» وشبيه ذلك، فحينئذ نقول: إنه لو قلنا: إن كلّ دليل نقلي صبّ مصبّ حكم العقل فلا يؤخذ بإطلاقه إلا بمقدار يحكم به العقل، كما نقلنا ذلك عن الأستاد ﷺ في مسألة اشتراط المصلحة في تصرف الأولياء في مسألة الولايات.

ويلوح ذلك من كلام الجواهر في الفرع المنقول /٨٩٤/ عن كتاب الصلح حيث يكتفي في

---

١) الوسائل ١٨/ باب ٦ من أبواب مقدمات الحدود، ح ١.

ردّ عدم جواز التصرف في ملك الغير هنا بمجرد أنه ليس بقبيح في مفروض المقام.

أو قلنا: إن المتيقن من الأدلة النقلية ليس بأزيد من ذلك بعد احتمال كونها لبيان ما يحكم به العقل، وبعد ذلك لا تجري مقدمات الحكمة للتعميم بصورة لا يحكم العقل بالقبح حيث يتوقف إنقاذ حق الغير على هذا التصرف، كما أن الإنصاف أن النفس لا تطمئن بثبوت الإطلاق لأشباه هذه الصور، فلا إشكال بعد ما عرفت من سقوط قاعدة الضرر والحرج أيضاً في مفروض الكلام.

ولو نمنع شمول إطلاق ما دل على حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه فنقول: إن ما سيأتي في قلع الزرع في هذا الفرض يجري في قلع الشجر أيضاً.

إن قلت: إن جميع ما ذكرت يجري فيما لو كان الزرع من الغابن في ملك المغبون بعد الفسخ مع أن المصنّف وصاحب الجواهر[1] والمسالك[2] يقولون: إنه يتعين إبقاؤه بالأجرة له أمداً ينتظر.

في الفرق بين قلع الشجر عن ملكه وقلع الزرع عنه

قلت: بين الزرع والشجر تفاوت صغروي، وإلا لو فرضت تساويهما من جميع الجهات فلا فرق بينهما. وذلك لما عرفت من أنه لو جرت قاعدة الضرر أو الحرج من أحد الطرفين فيكون مقدماً على سائر القواعد.

فنقول: إن قلع الزرع يكون ضرراً غالباً على صاحب الزرع، وأما بقاء الزرع في الأرض فليس غالباً ضرراً على صاحب الأرض إما مطلقاً أو لأخذ أجرة الأرض من صاحب الزرع، وليس نماء الأرض في هذه المدة غالباً بأزيد من ذلك /٨٩٥/ لو قلع الزرع أيضاً.

والأولىٰ أن يقال: لا يعدّ ضرراً عرفاً في صورة ليس لصاحب الأرض غرض عقلائي من غير جهة العناد إلا الانتفاع الذي يكون المفروض أنه يصل إليه مثله من مالك الزرع.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤٥ ـ ٤٦، لايسقط الخيار بالتصرف قبل ظهور الغبن.

٢) مسالك الأفهام ٣/٢٠٥، خيار الغبن.

وأما كون الزرع بقاؤه في الأرض حرجاً عليه أيضاً ممنوع في الأغلب بحيث يصدق الحرج عليه حيث إن مدّته قليلة، بخلاف الغرس؛ بل لو أغمض عن ذلك نقول: إن الزرع لما كان بقاؤه نافعاً بحال صاحب الزرع والأرض نفعاً كثيراً في مدّة قليلة فيعدّ قلعه مع ذلك ظلماً، فلا يمكن دعوى أنّ ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير لا يشمل هذا التصرف فتقع المعارضة هنا بينه وبين ما دلّ [على] عدم بطلان حقوق المسلمين. وفي مفروض المقام يكون الترجيح مشكلاً، كما سيوضح - إن شاء الله تعالى -.

وأما لوفرضت صورة كان حاجة صاحب الأرض إلى أرضه في خصوص هذه المدة القليلة بحيث كان بقاء الزرع حرجاً عليه حقيقةً، وصار بحيث لا يعدّ قلع الزرع في مفروض المقام ظلماً، فلا يشمله ما دل على حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه بالبيان المتقدم، فتلتزم أنه حاله كحال الشجر بعينه من غير فرق.

هذا كله لو رجّحنا - كما تقدم - من أن ما دل على حرمة التصرف في مال الغير يكون مؤكداً لحكم العقل، لا مؤسّساً.

وأما لو قلنا: إنه لم يثبت ذلك وإن إطلاقه يكون حجة، فحينئذ نقول: إما أن نبتني على أن ما دل على حرمة التصرف في مال الغير مع قوله /٨٩٤/ «لا تبطل حقوق المسلمين» في مورد الاجتماع والتخالف يكونا[ن] من قبيل المتعارضين، أو أنهما من قبيل المتزاحمين؛ فعلى الأول لا ينبغي التأمل في أن شمول ما دل على حرمة التصرف في مال الغير لكل مورد تقدم أنه لا يحكم العقل بقبح التصرف فيه يكون ضعيفاً بخلاف شمول «لا تبطل حقوق المسلمين» لتلك المورد. ومقتضى الجمع في مادة الاجتماع تقدُّم ما هو أقوى دلالةً، فتصير النتيجة بمثل ما تقدم إلا أن يمنع كون الأقوى مقدّماً في صورة كان كلّ من الحقّين من شخص.

في حكم التعارض بين حرمة التصرف في مال الغير و بطلان الحقّ

وعلى الثاني نقول: لا يخفى عليك أولاً أنه لا فرق بين المتزاحمين والمتعارضين في عدم إرادة شيء منهما من الدليل على ما حقّقناه في قاعدة «لا ضرر».

نعم؛ في المتزاحمين علم أن وجه عدم إرادتهما من الدليل عدم إمكان الجمع بينهما، وإلا فجهة المطلوبية موجودة في كلّ منهما.

ثم إن التزاحم لو كان في التكاليف كما لو ضاق وقت صلاة الخسوف واليومية معاً، وكما في اجتماع الأمر والنهي على القول بعدم جواز الإجتماع على التحقيق من أنهما لا تصيران من قبيل المتعارضين، وأن إعمال المرجّحات التعارضية هناك غير مناسب، بل لابدّ من إعمال المرجّحات التزاحمية، فحينئذ نقول: لو أحرز أهمية أحدهما فيقدّم، ولو أحرز تساويهما فالتخيير. وكذلك لو كان احتمال الأهمية في كل منهما موجوداً على نهج واحد.

وأما لو كان احتمال الأهمية في أحدهما بالخصوص دون الآخر، فهنا خلاف في تعيّن الأخذ /٨٩٧/ بمحتمل الأهمية.

و قد ذكرنا التحقيق في مسألة اجتماع الأمر والنهي، وذكرنا هناك حكم صورة نشك في أن الدليلين من قبيل المتعارضين أو المتزاحمين[1] إلى غير ذلك من المطالب المرتبطة بذلك.

في حكم تزاحم الحقوق من الرجوع إلى القرعة وغيرها وأنه قبل الممانعة يمكن القول بالبراءة

وأما لو كان التزاحم في غير التكليف كما في المقام فيسمّى بتزاحم الحقّين أو الحقوق، ففي الجواهر في كتاب الغصب في ذيل مسألة «ما لو دخل دابّة في دار ولا يمكن إخراجها إلا بهدم»، أنه لو كان تَرك أحد الحقين أعظم ضرراً، فيقدّم مراعاته.

وفيه: أنه لو كان المدرك أنه في تعارض الضررين يكون الأعظم ضرراً مندرجاً تحت قوله «لا ضرر» والأقل ضرراً يكون خارجاً، فقد تقدم أنا أبطلنا ذلك في قاعدة «لا ضرر».

ولو تمسك لذلك بقاعدة العدل التي شرحناها في الحاشية السابقة بأن مقتضاها أن يلاحظ ما هو الأعظم ضرراً ويجبر الآخر؛ ففيه: أنه يمكن العكس. ولا يعين قاعدة العدل لشيء منهما، ولو كان له مدرك آخر لا نفهم، فيكون حكم هذه الصورة كحكم صورة يكونان

---

١) في المخطوطة: المتعارضين.

متساويين.

وأما حكم صورة التساوي ففي الجواهر في الموضع المشار إليه بعد أن لا يكون في البين تفريط من أحدهما أنه لابدّ من الرجوع إلى القرعة أو إلى اختيار الحاكم.

ونحن نقول: أما الرجوع إلى القرعة فهو مقتضى القاعدة لأنه للأمر المشكل، وأوضحنا حال القرعة في آخر الإستصحاب، وأنه لا إشكال في التمسك بها في تزاحم الحقوق، كما لو سبق اثنان إلى مكان من المدرسة أو المسجد أو غير ذلك من المشتركات.

وأما الرجوع إلى اختيار الحاكم فلم نظفر له على دليل بعد أنا أبطلنا في باب الولايات وجوب إطاعة الحاكم فيما يتعلق نظره بمصالح العباد، بل لابد أن يثبت أولاً حكم كلّ شيء من الدليل المعتبر، ثم يأمر على طبقه، وإلا ليس بمجرد نظر الحاكم موضوعية.

ولو قيل: إن الحكم في المتزاحمين مع التساوي التخيير، وهو من نفس صاحب الحق يوجب النزاع؛ لأن كل واحد يرجّح /٨٩٨/ جانب نفسه، فلابدّ أن يكون التخيير من الحاكم، فهو كما ترى.

نعم؛ يجوز أن يقال في مسألتنا من أنه: لا دليل على حرمة أن يتصرف صاحب الأرض في الشجر بقطع الأغصان أو القلع في مسألتنا لو لم يمنعه صاحب الشجر؛ لأصالة البراءة عن التكليف بعد تعارض الأدلة، وأن الحكم بالرجوع إلى القرعة يكون في صورة وجد المانع من الرجوع إلى البراءة، وهو فيما لو تصدى صاحب الشجر لمنع مالك الأرض من التصرف في الشجر، فإن الأمر يصير مشكلاً في هذا الفرض؛ فافهم*.

---

*) ***وفي الجواهر*** (جواهر الكلام ٢٠٩/٣٧، حكم ما لو ادخلت دابّة رأسها في قدر لايمكن إخراجها إلا بالكسر) ***في كتاب الغصب في ذيل مسألة « ما لو أدخلت دابّة رأسها في قدر » إشارة إلى ما ذكرناه فراجع، إلا أن يقال على ما قلنا من جريان الاستصحاب مع الشك في المقتضي وأن الموضوع العرفي يكفي بقاؤه في جريان الاستصحاب لا مانع من استصحاب حرمة القلع.***

نعم؛ كل مورد جرى استصحاب التصرف أيضاً من الطرفين، فمقتضى ذلك منع كل من المتخاصمين في مال الآخر بدون(؟) إلا أنه ذكرنا في أحكام القبض أن القطع حاصل بأن الحكم الظاهر للشرع ليس في هذه الموارد حرمة التصرف على كل منهما، فراجع. (منه قدس سره).

في سائر الوجوه التي يستفاد من كلماتهم لجواز قلع الشجر

هذا كلّه؛ فما ذكرناه من الوجه لجواز أن يقلع صاحب الأرض للشجر المغروس في أرضه في مفروض المقام، ولا بأس من الإشارة إلى بعض ما تمسك لذلك في المقام ونظائره.

فمنها: ما ينقله في الجواهر[1] في أواخر كتاب الرهن في ذيل مسألة أنه «هل يجبر الراهن على إزالة الشجر المغروس في الأرض المرهونة» من أن إبقاء الشجر تصرف منهي عنه، كالمتاع الموضوع في دار الغير.

ونحن أوضحنا فساد ذلك في أواخر مكتوباتنا في الرهن، وأثبتنا أن الإبقاء ليس تصرفاً حقيقةً، وعلى التسليم، ليس تصرفاً عرفياً حتى يشمله ما دلّ على حرمة التصرف، فراجع ما كتبته هناك، فإنه لا يجوز إثبات جواز الإجبار على القلع أو جواز قلع صاحب الأرض بنفسه للشجر بهذا الوجه.

ومنها: ما /٨٩٩/ تقدم نقله من الجواهر[2] عن كتاب الصلح من أن التصرف في الشجر بقلعه لصاحب الأرض ليس قبيحاً، وتقدم حال هذا الوجه أيضاً في ضمن الوجه الذي شرحناه.

ومنها: ما قاله المصنف رحمه الله من أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له ولا عليه، فلكلٍّ منهما تخليص ماله.

وفيه: أنا نسلّم أن صاحب الأرض ليس للآخر حق عليه، وأن له تخليص ماله إلا أن ذلك لا ينتج جواز أن يتصرف في مال الغير وهو الشجر، مع أن مقتضى ذلك جواز قلع الزرع أيضاً، مع أنه لم يقُل به.

نعم؛ نحن صحّحنا ذلك في الجملة بما تقدم منا.

ومنها ما نقله المصنف رحمه الله لجواز القلع بلا أرش أو مع أرش، ويرد عليه أنه لم يذكر في ما نقله ما يدل على جواز التصرف في مال الغير أعني الشجر بقلعه، وإنما مقتضاها نفي الأرش،

---

١) جواهر الكلام ٢٤٠/٢٥، إذا رهن مال غيره بإذنه، فيه صور و فروع.

٢) جواهر الكلام ٢٧٨/٢٦، مسائل فيها إذا خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار.

فراجع و تأمل.

وأما الثاني أعني ثبوت أرش الشجر على ذمّة صاحب الأرض في صورة قلع صاحب الأرض لتلك الشجر، والمراد منه تفاوت القيمة بين المقلوع والمغروس، فالظاهر أنه لا إشكال فيه بعد أن صفة المغروسية منشأً لزيادة مالية العين. والمفروض أنه أتلفها صاحب الأرض، كما في سائر الصفات الموجبة للمالية إذا أتلفها الغير؛ فإن الإتلاف من أسباب الضمان سواء كان مدركه النبوي* «**حرمة اموالكم كحرمة دمائكم**[1]»، أو قوله «**لا ضرر**[2]»، أو غير ذلك.

نعم؛ يكون في البين إشكال لابد من دفعه، وهو أن من المسلّم عند الفقهاء عدم الضمان في بعض ما يكون من نظائر المقام.

منها: ما لو قطع الجار أغصان الشجرة التي دخلت في داره وملكه كما يذكرونه في كتاب الصلح / ٩٠٠ / لكن في صورة لم يمكن عطف الأغصان.

ومنها: ما نقله في الجواهر[3] في كتاب الغصب في ذيل مسألة «ما إذا حصلت الدابّة في دار ولا يمكن أن يخرج إلا بهدم»، ومنها أنه لو جاء السيل بنخلة زيد وأثبتها في أرض الغير، ومنها ما لو أطارت الريح حبّة في ملك الغير فنبتت، فإن الظاهر منهم أن تخليص الأرض من ذلك كلّه بالقطع والقلع لا يوجب الضمان.

فإن قلت: تخليص الأرض من ذلك تكليف على صاحب الأغصان مثلاً بناءً على أن مفاد قوله «لا تبطل حقوق المسلمين» هو حرمة أن يبطل شخص حق شخص آخر، فلذا لا يوجب الضمان.

---

*) ***في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد عند التعرض لضمان المنافع المستوفاة وغيرها ذكرنا اعتبار سند بهذا المضمون و بعض وجوه أخر يجوز التمسك بها في المقام. (منه قدس سره).***

١) لم نعثر على نص الروايه ولكن مثله في عوالي اللئالي ٤٧٣/٣، باب الغصب، ح ٤، والرواية هي: «قال رسول الله ﷺ: حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

٢) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

٣) جواهر الكلام ٢٠٧/٣٧، ثبوت الضمان على السبب لو حصلت دابة في دار لاتخرج إلا بالهدم.

قلت: مع الغمض من أنه لا شاهد على ذلك - كما سيأتي توضيحه - نقول: إن الدليل على قلع الشجر في مسألتنا أيضاً قد عرفت أنه هذا الخبر، فيكون الإشكال مشترك الورود، فلابد أن لا يقال بالضمان في مسألتنا أيضاً.

فإن قلت: إنه في مسألتنا كان وضع الشجر بحق واقعاً، فتكون صفة المغروسية محترمة، بخلاف الموارد المشار إليها من دخول الأغصان في دار الغير وغيره، فإن دخول الأغصان في ملك الغير لم يكن محقّقاً[1] من أول الأمر بحيث لو كان ذلك من فعل مالكها لكان ظلماً وعدواناً وغصباً، فملاك الغصب يجري في هذه المسائل.

قلت: لو كان المراد شمول ما دل على أن مثل ذلك ليس موجباً للضمان في الغصب /٩٠١/ قطع الأغصان المشار إليها أيضاً فهو خلاف الإنصاف؛ لأن ما ورد من أنه «ليس لعرق ظالم حق» أو أن «من أخذ أرضاً بغير حقّها».. إلى آخره لا يشمل مثل الأغصان التي دخل في ملك الغير بعد أن دخول الأغصان في ملك الغير لم يكن من اختيار صاحب الأغصان، وبعد أنه لا يصدق الظلم أيضاً.

وأما لو كان المراد أن ما دل على كون الإتلاف موجباً للضمان مثل قوله «لا ضرر» وقوله عليه السلام «حرمة أموالكم..» وأشباه ذلك لا يشمل لمثل قطع الأغصان التي كان دخولها في ملك الغير بغير حق من أول الأمر، فنقول: مجرد كون دخول الأغصان أولاً بغير حق لا يوجب لعدم صدق الضرر في قطعها، ولا أن لا يشمله ما دل على حرمة الأموال وغيرها بعد أن صفة الإتصال أو المغروسيّة جهة مالية موجبة لزيادة العين، وقد أتلفها صاحب الأرض.

نعم؛ لنا أن نقول: بعد أن حدوث أصل جهة المالية المشار إليها كان في ملك الغير ولم يكن من دون ذلك هذه المالية لصاحب الشجر فالحكم بأنّ تخليص صاحب الارض أرضه من ذلك موجب للضمان يكون حيفاً وحكماً بالجور.

وقد تقدم توضيح قاعدة الحيف في الحاشية السابقة.

وهذا بخلاف مسألتنا فان صاحب الشجر هناك صار مالكاً لجهة المغروسية قبل أن يصير

---

١) المخطوطة: محق.

الأرض ملكاً لصاحب الأرض، فكون إتلاف صفة المغروسية هنا موجبة للضمان لا يعّد حكماً بالجور.

في بيان مايصح أن يجعل وجهاً لعدم ثبوت الأرش على الجار الذي يقطع أغصان الشجر التي ذهبت في داره

/٩٠٢/ ثم إن هذا كلّه فيما لو أراد صاحب الأرض وهو المغبون أن يقلع الغرس، وأما لو أراد صاحب الغرس أن يقلع المغروس فهنا أيضاً تارة يقع الكلام في أنه يجوز له التصرف في الأرض ليقلع ذلك الغرس أم لا، وتارة في أنه لو قلع الشجر وحضر الأرض لذلك فهل يجب عليه طمّ الحفر أم لا؟

وهنا نقول: إن جواز التصرف لصاحب الشجر في الأرض يكون حاله بمثل ما تقدم من جواز تصرف صاحب الأرض في الغرس بأن يقلعه، كما أن الحكم بوجوب طم الحفر هنا يكون حاله كحال الأرش هناك.

فرعٌ

في الإشارة إلى حكم قطع الأغصان و قلع الشجر من المغبون أو البايع إلى من يفلس أو بايع الأرض المغروسة وفيما يؤخذ بالشفعة

قد تقدم أن المدرك لأصل القطع والقلع في الأغصان والشجر النابتين في أرض الغير هو قوله «لا تبطل حقوق المسلمين بينهم» فنقول: لو كان مفاده حرمة إبطال الحق فكان المناسب أن يقال: إن قطع الأغصان والقلع تكليف ثابت على صاحب الأغصان والشجر، فإن قطع وقلع وإلا يجبره صاحب الارض من باب الامر بالمعروف بعد أن صاحب الأرض مطالبٌ بحقّه أو يجبره الحاكم بعد ما رفع صاحب الأرض أمره إليه، بل الحاكم يقطع ويقلع بعد الإمتناع من جهة أنه ولي الممتنع، كما تقدم في باب الأولياء، إلا أن مفاد «لا تبطل» ليس معيّناً أن يكون هو التكليف؛ لاحتمال أن يكون مفاده الأخبار عن عدم ذهاب حق المسلم،

كما في خبر آخر مذكور في الوسائل[1] ظاهراً في كتاب /٩٠٣/ الوصايا عند التعرض لقبول شهادة غير المسلم عند الضرورة من التعليل بأنه «لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم» وعلى هذا نقول: إن التكليف بالقطع والقلع على صاحب الأغصان والشجر غير معلوم، بل صاحب الأرض لا يقطع ولا يقلع أولاً من دون اطلاع صاحب الأغصان والشجر بأنه مريدٌ لِحقّه.

نعم؛ بعد الإطلاع لو امتنع صاحب الأغصان والشجر من القطع والقلع فيتصدى صاحب الأرض أو الحاكم لو رفع الأمر إليه للقطع والقلع لأصالة البراءة عن ثبوت التكليف بحرمة التصرف في مال الغير بالقطع والقلع بعد أن ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير مُعارضٌ بما دلّ على عدم ذهاب حق المسلم من الخبرين المشار إليهما.

وتقدم توضيح أن الرجوع إلى البراءة لا مانع منه في مثل المقام قبل أن يتصدى صاحب الشجر للمنع من التصرف في الشجر، وأن الرجوع إلى القرعة في تزاحم الحقين إنما هو في صورة وجد المانع من الرجوع إلى البراءة بأن يتصدى صاحب الحقّين لمطالبة حقّهما، كما مرّ توضيح ذلك منّا.

وتقدم أن في غصب الجواهر في ذيل مسألة «ما لو أدخلت الدابّة رأسها في قَدَرٍ» إشارةً إلى ما ذكرنا من أن الحكم بالقرعة في تزاحم الحقين بعد مطالبة كل من صاحب الحقين حقهما، وإلا لا مانع من التمسك بالبراءة /٩٠٤/ قبل ذلك لرفع الإثم في التصرف، بل التصرف في مثل الأغصان بالقطع لا مانع منه أصلاً من دون حاجة إلى القرعة.

وذلك لأن الحكم ببقاء الأغصان في دار الجار مع أنه لم يكن لمالك الأغصان حق على الجار يكون حيفاً وحكماً بالجور.

وتقدم أنه قام الدليل على نفي ذلك. ولعله السرّ في عدم تأمل الفقهاء في جواز قطع الأغصان وكذا في عدم الأرش مع عدم إمكان العطف.

وأما اختلافهم في الحكمين في الجملة في مثل قلع المغبون وما يؤخذ بالشفعة أو ما يرجع إلى المفلس وبيع الأرض المغروسة لعدم جريان قاعدة الحيف منها، فلابد من الرجوع في

---

١) وسائل الشيعة ٣٠٩/١٩، باب ثبوت الوصية بشهادة مسلمين عدلين، ح ١.

حكمها إلى سائر القواعد.

وقد وضح حكم كل منها بمقتضى القواعد في ضمن كلماتنا السابقة في الجملة؛ فراجع وتأمل في استخراج كل منها.

في حكم مالو امتزج مال شخص بمال شخص آخر من غير اختيار وأن حكمه الشركة في الثمن، وبيان حكم التقسيم و غيره

قوله: ولو كان التغيير بالامتزاج فإمّا[1] .. اه.

أقول: لا يخفى أن امتزاج الغابن كما هو مفروض الكلام غير رافع لخيار المغبون؛ لأنه غاية الأمر أن يكون الامتزاج إتلافاً؛ لكنه غير رافع لخيار المغبون، كما تقدم. فما يلوح من المصنفﷺ من كونه رافعاً لخياره[2] في صورة كان الامتزاج بغير الجنس، لا على وجه الاستهلاك، ففي غير محله.

ومنه لم يقل برفع الخيار في صورة كان الامتزاج على وجه الاستهلاك مع أنه تسلّم /٩٠٥/ أنه بحكم التالف.

ثم إن توضيح أصل المسألة يتوقف على أن نتكلم أولاً فيما هو مقتضى القاعدة فيما لو كان امتزاج مال المالكين من غير اختيار لأحدهما، كما لو امتزجا بالأسباب الغير الاختيارية، كما يتعرّضون لحكم ذلك في كتاب الشركة.

وثانياً: نتكلم فيما لو مزج أحد المالكين ماله بمال الآخر، سواء كان ذلك عن عدوان، كما يتعرضون له في كتاب الغصب، أو بغير عدوان، كما في المقام.

أما المقام الأول فنقول: لو كان من قبيل مزج الجنس بالجنس كالحنطة بالحنطة ولم يكن أحدهما أردئ من الآخر بل كانا متساويين، فمقتضى القاعدة بقاء كل من المالين على ملك مالكه.

---

١) راجع: حاشية المكاسب (للشيخ الأصفهاني) ٣٠٧/٤.

٢) في المخطوطة: للخياره.

نعم؛ لو بيع الممزوج يصير الثمن مشتركاً بينهما لأنه بإزاء مالهما. وتقدم في مسألة التغيير بالزيادة الحكمية سابقاً أنا نقلنا هذا عن الأستاذ﵀ وصاحب الجواهر* يجعل هذا الاحتمال مما يقتضيه المذهب.

ونحن نقول: إن بعضاً وإن يقل بخلاف ذلك إلا أن المتصور أنه ليس إجماع على خلاف ما قلناه لرفع اليد به عن القاعدة.

نعم؛ في غصب الجواهر[1] يقول: إنه يجري عليهما حكم المشترك. فلو كان المراد ـ كما هو الظاهر ـ جريان حكم التقسيم في أصل العين. فنقول: إنه لو امتنع أحدهما عن التقسيم يمكن إجباره لئلا يرِدَ الضرر على الآخر، كما أن كل ما ورد في تقسيم المشترك من الأخبار /٩٠٦/ وقاعدة القرعة لو تمّ هناك يجري في المقام؛ لأنه ليس فيها لفظ المشترك ليمتنع شموله لما نحن فيه مع فرض بقاء كلّ من العينين على ملك مالكه.

وأما لو كان أحد الممتزجين أجود من الآخر فأيضاً كذلك، إلا أن مالك الأردئ يردّ التفاوت لقاعدة «لا ضرر».

ثم إن ردّ مقدار التفاوت يمكن أن يكون من الثمن بعد بيع الممزوج بأن يأخذ مَن كان قيمة ماله أقل من مال الآخر بالنصف، ثلث ثمن المجموع، ويمكن أن يكون من نفس العين يأخذ ثلثها بعد تساويهما من حيث الوزن أو يأخذ قيمته من الآخر، وعلى الأخيرين مشكل من جهة الربا.

ورفع الإشكال: إما بدعوى عدم جريان الربا في غير البيع من المعاوضات، كما في كلام المصنف﵀، أو بدعوى أن أخذ الزيادة يكون من باب الغرامة، كما في غصب الجواهر.

فإن لم نقل بشيء منهما فلابدّ من الحكم بسقوط الأرش، أو أنه يعيّن بيع الممزوج وأخذ مقدار التفاوت من الثمن، ولعلّه المتعيَّن.

وأما لو كان المزج بغير جنسه فإن لم يستهلك أحدهما، كما لو مزج الخلّ بالدبس، فكلّ

---

*) *في كتاب الغصب. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ١٦١/٣٧، حصول الشركة بخلط الدهن المغصوب بمثله.

مال باقٍ على ملك مالكه فعلى إرادة القيمة تكون بنسبة /٩٠٧/ مالية كلٍّ من المالين، وليس هنا محظور لزوم الربا في غير مزج الحنطة بالشعير لو قلنا بجريان حكم التقسيم في مزج الحنطة بالشعير مع إمكان الإمتياز بينهما وفصلهما، كما أنه لو بيع الممزوج يكون الشركة في الثمن بنسبة المالين.

وأما لو استهلك أحدهما كمزج ماء الورد بالزيت بأن يسقط ماء الورد عن المالية من دون أن يزيد قيمة الزيت به، فيصير الممزوج مال صاحب الزيت لأنه تلف مال صاحب الورد رأساً، وأخذ شيء من الزيت من صاحبه ضرر عليه.

فيما لو كان المزج باختيار أحد المالكين إما عن العدوان، أو غيره وبيان الفرق بينه وبين المزج الغير الإختياري

وأما المقام الثاني فنقول: لو مزج أحد المالكين ماله بمال الآخر فإن كان بغير الجنس وعلى وجهٍ يستهلك مال الآخر، فيصير ضامناً لمال الآخر للإتلاف، ولكن الممزوج يكون ماله.

وأما لو لم يستهلك مال الآخر، فما قلنا في مزج الغير الإختياري يجري هنا. ولا وجه لرفع اليد عنه إلا بعض ما يقال مما يأتي في سائر الشقوق، وسيوضح دفعها - إن شاء الله -.

وأما لو مزج بجنسه كما لو مزج مَنّاً من الحنطة من ماله بمثله من مال الغير، فإن كانا متساويين من حيث الجودة والرداءة، فما ذكرنا في نظيره من المزج الغير الإختيارى يجري هنا.

نعم؛ ينقل في غصب الجواهر[1] في صورة كان المزج عن عدوانٍ القول بأنه يصير ضامناً لمال الآخر أو أنه يكون عليه بدل الحيلولة /٩٠٨/، فلو تمّ شيء منهما فلابدّ من رفع اليد عن القاعدة الأولية.

---

١) جواهر الكلام ١٦١/٣٧، حصول الشركة بخلط الدُّهن المغصوب بمثله.

أما القول بالضمان ينقله عن السرائر[١] نظراً إلى أن الزيت المغصوب قد استهلك لأنه لا يمكن للغاصب أن يردّه بعينه.

وفيه: أن ذلك لا يقتضي خروج المغصوب الموجود عن ملك مالكه، وإن لم يمكن له ردّه بعينه، بل يمكن له ردّه بعينه بردّ المجموع.

وأما بدل الحيلولة فاحتمله في الجواهر[٢] أن يكون مراد صاحب السرائر.

وفيه: أن بدل الحيولة في صورة كانت العين موجودة ولم يتمكن الغاصب من ردها؛ وهنا متمكِّن من ردّه بردّ المجموع، إلا أن ردّ المجموع ضرر على الغاصب؛ لكن يردّ بعضاً منه وعوض بعضه الآخر.

إن قلت: إنه بالنسبة إلى ما يردّه عوضه يكون العوض بدل الحيلولة.

قلت: لم يكن النزاع في مجرد التسمية، بل المدعى أن للغاصب أن يردّ من مال آخر تمام مال المالك.

وفي المقام نقول: لا وجه لخروج مال المالك عن ماله مع أنه في بدل الحيلولة يكون مال المالك باقياً على ملكه، وفي ما نحن فيه في مقدارٍ من ماله ردّ أصل عين ماله؛ لعدم المحذور ومقدار آخر منه يردّ عوضه إليه، ثم يكون للغاصب أن يتصرف /٩٠٩/ في تلك المقدار في مال المالك يرتفع الضرر عنه، ولا وجه للخروج عن ذلك ولا دخل ببدل الحيلولة، وعلى الفرض لم يكن النزاع في التسمية.

وأما لو لم يكونا متساويين كأن يمزج الغاصب حنطة رديـ[ـئـ]ـة من مال المالك بحنطة جيّدة من مال نفسه أو بالعكس، فنقول: أما لو مزج الرديئ بجيّدٍ من مال نفسه، فما تقدم من حكم هذه الصورة في صورة كان المزج بغير اختيارٍ يجري هنا؛ فإن ما تقدم له من الوجه لم يفرق بين المقامين.

نعم؛ نقل هنا وجوهاً أخر كما في غصب الجواهر[٣]. ولا بأس من الإشارة إليها ليعلم

---

١) السرائر ٤٨٢/٢، باب الغصب، تقسيم الأموال.

٢) جواهر الكلام ١٦٠/٣٧ـ١٦١، حصول الشركة بخلط الدُّهن المغصوب بمثله.

٣) جواهر الكلام ١٦١/٣٧، هل تحصل الشركة بخلط الدُّهن بأجود أو أدون منه.

حالها.

منها: ما عن غير واحد من أنه يقسم المجموع بالسوية ولو كان مال الغاصب أجود؛ لأن الزيادة الحاصلة في مال المالك زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو علّم العبد المغصوب الكتابة فزاد قيمته؛ وكما لو صاغ الفضّة أو علف الدابّة فسمنَتْ.

وفيه: فرق بين المقامين؛ لأنه في زيادة الصفة في العين نقول: إن فعل الغاصب وكذا ماله الذي بذل بنفسه غير محترم، والزيادة الحاصلة /٩٠٩/ يكون من النماء الحاصل لمال المالك، ومنه لو تلفت هذه الزيادة عند الغاصب يكون مضموناً عليه كما تقدم. وهذا بخلاف المقام، فإن الزيادة الحاصلة في المقام يكون لأجل وجود أجزاء عينية من مال الغاصب في هذه العين وزيادة الثمن الذي يبذل بإزائه يكون لذلك.

ومنها: ما عن المبسوط[1] من أن مال المالك بعد المزج يكون كالمستهلك فيسقط حقه من العين ويصير في ذمّة الغاصب، فالغاصب بالخيار بين أن يعطيه من مال الممزوج أو من غيره.

وفيه: أنه ليس لفظ الاستهلاك في دليلٍ ليقال: إنه صادق هنا أم لا، بل نقول: إن مال المالك لو سقط عن المالية كما لو كان ماء وَرْد ومزج بالزيت فنسلّم الضمان هنا، وما بقي من العين ليس له مالية ليكون ملك أحد بحيث يحرم التصرف فيه على ما تعرضنا لوجه عدم حرمة التصرف في مفروض الكلام قبل شرائط المتعاقدين.

وأما لو كان من قبيل مزج الحنطة بالحنطة فلا وجه لخروج حنطة المالك عن ماله، كما لا وجه لخروج حنطة الغاصب من ماله، من غير فرق بين الأردئ والأجود وبين المتساويين حيث إن مال كلٍّ موجودٌ على وصف المالية /٩١١/ فلا وجه لخروج عين المالك من ماله فضلاً عن دخوله في ملك الغاصب*. وعلى الفرض ليس ذلك أولى من العكس كما لا يفرق

---

١) المبسوط ٣/٧٩، إذا غصب زيتاً فصبّه في مايع آخر.

*) ***كتبنا ما يتعلق بالمقام شطراً من الكلام في الحاشية مثل شرائط المتعاقدين، وأنه لا يتمّ الدليل على رد تمام المال إلى المالك، وبعد ذلك مقتضى قوله «لا ضرر» وقاعدة البدل والحيف التقسيم مع ملاحظة تفاوت القيمة. (منه قدس سره).***

بين المتساويين وغيره من هذه الجهة.

في بعض أحكام الشركة في المزج الإختياري

ومنها: ما عن القواعد والتذكرة وغيرها من إطلاق لفظ الشركة هنا.

وهنا نقول: لو كان المراد من الشركة أنه يعامل معاملة الشركة بنحو تقدم أن القاعدة يقتضيه فلا نزاع، وأما لو كان المراد صيرورة العين مشاعاً بينهما، ففيه: أن مقتضى الأصل عدم خروج شيء من عين مال كلّ منهما عن ملكه كما أن الأصل عدم دخول كل منهما في ملك الآخر أيضاً.

ومنها: ما عن الرياض[1] أخذاً ممّا أشار إليه في التنقيح من أن الخيار يكون للمالك في أن يأخذ مقدار ماله من هذا المال المشترك أو يطالب ماله من الغاصب من غير هذا المال؛ لأنه ربما يكون هذا المال المشترك فيه شبهة بلحاظ أن ما كان منه من الغاصب كان فيه شبهة، والمالك لا يريد أن يأخذ المال المشتبه، فيكون له عذر موجّه في عدم أخذ ماله من خصوص هذا المال.

وفيه: أن مقتضى القاعدة التي ذكرناه أن يقسّم هذا المال مع من كان مالكاً لنصفه الآخر واقعاً من الغاصب أو غيره.

نعم؛ مع الشك في كون النصف الآخر للغاصب أو غيره يحكم ظاهراً بأنه كان للغاصب لليد فيقسّم معه. ومجرد أن المالك يأبىٰ نفسه من أن يأخذ من هذا /٩١٢/ المال لا مدرك له من أن يغيّر ما تقتضيه القاعدة.

ثم إنه في صورة كان مال المالك جيّداً ومال الغاصب الذي مزج الغاصب ذلك المال بمال المالك رديئاً أيضاً قد تقدم ما تقتضيه القاعدة.

وينقل في الجواهر[2] عن بعضٍ خلاف ذلك.

---

١) رياض المسائل ٢٨١/١٢، حكم ما لو مزج الزيت المغصوب بمثله أو بأجود منه.

٢) جواهر الكلام ١٦٢/٣٧، هل تحصل الشركة بخلط الدُّهن بأجود أو أدون منه ؟

ويظهر الجواب عما ذكر لما يقال على خلاف ما يقتضيه القاعدة مما تقدم في الشقّ السابق فراجع.

في الأحكام التي تكون لتلف أحد العوضين

قوله: بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن[1] .. اه.

أقول: من جهة الحكم بسقوط خيار المغبون تقدم الكلام فيه في الجملة.

وتوضيح الكلام في المقام أنه في صورة تلف عين الثمن مثلاً عند البايع الذي كان مغبوناً بآفة سماوية، فمقتضى ما تقدم من التذكرة[2] في الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الإستدراك هو سقوط الخيار.

ويرجّحه في الجواهر وأن عدم التقصير لا ينافي سقوط الخيار لتعذر الرد، وإن خرج منه تصرف غير المغبون ولو بإتلافٍ للإجماع على عدم سقوط خيار المغبون بذلك، لكن ينقل عن جامع المقاصد[3] التردد في سقوط خيار المغبون بالتلف من عدم إمكان الرد، ومن عدم التقصير عن المشتري.

وعن الروضة[4] الجزم بعدم السقوط، بل ظاهره أنه مع الإتلاف أيضاً لا يسقط وأنه يردّ إلى المثل أو القيمة.

ونحن نقول: إنهم لم يذكروا التلف والإتلاف هنا في المسقطات. نعم؛ يعلم حال الإتلاف في الجملة من التصرف الذي ذكره في المسقطات، وتقدم المختار من التصرف الذي يكون مسقطاً بحسب القاعدة. وما يكون لدلالة النصوص وأن الأخير يختص بكل خيار ورد النص بكون التصرف مسقطاً له.

وأما التلف فيعلم مذهبهم فيه من مثل التعليل بعدم إمكان الردّ وشبهه. وتقدم حال هذا

---

١) كتاب المكاسب ١٩٩/٥، حكم تلف العوضين.

٢) تذكرة الفقهاء ٧١/١١، عدم سقوط خيار الغبن بتصرف غير مخرج عن الملك من جهة المغبون.

٣) الجامع المقاصد ٣١٦/٤، أحكام تتعلق بالخيارات.

٤) الروضة البهية ٤٦٥/٣، خيار الغبن.

التعليل في سقوط خيار المغبون و قلنا: إن مقتضى القاعدة عدم سقوط خياره.

وعلى هذا، فإذا فسخ المغبون، فبالنسبة إلى الثمن التالف عنده لابد من أن يردّ قيمة الثمن إن كان قيمياً إلى الغابن إما بقيمة يوم التلف لأنه زمان صيرورة القيمة بدلاً عن الثمن في كل حكم كان للثمن، أو بقيمة يوم الفسخ لأنه اليوم الذي تصير القيمة ملكاً للغابن.

ولو لم نقدر على تعيين أحد القيمتين فلو قلنا: إن المقام يكون مجرى قاعدة البراءة /٩١٣/ - كما رجّحناه في محله - فيردّ أقل القيمتين.

ولو قلنا: إن المقام مقام جريان قاعدة الاشتغال من جهة أن الشك في طريق الامتثال، فيردّ أكثر القيمتين.

وتوضيح حال هذه المسألة يعلم ممّا ذكرنا في نظيرها في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

وأمابالنسبة إلى المبيع الذي كان عند المشتري الغابن فإن كانت عينه موجودة فيستردها ويرجع إلى بدلها على فرض التلف.

وأما أنه بأي قيمة يرجع على فرض التلف لو كان المبيع قيمياً، فكما تقدم في الثمن.

وأما في صورة تلف الثمن عند البايع المغبون بإتلاف المغبون فلو قصد به سقوط خياره فيسقط خياره، كما تقدم في أول عنوان هذا المسقط، وفي صورة لم نقل بسقوط خياره بالإتلاف فمن جهة ردّ أيّ قيمة، فكما تقدم.

في أنه لو أتلف الأجني ما عند المغبون فبعد الفسخ يرجع الغابن إلى كلّ منهما في بعض الفروض الخاصة[1]

وأما في صورة كان تلف الثمن عند البايع المغبون بإتلاف شخص أجنبي له فلا يوجب ذلك سقوط خيار المغبون بدل الثمن عن المُتلِف.

فنقول: إن للغابن أن يرجع إلى المُتلِف ويأخذ بدل الثمن منه أو يرجع إلى المغبون في أخذ البدل /٩١٤/ منه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٠١/٥.

نعم؛ لو رجع إلى المغبون فيرجع المغبون إلى المتلف؛ لأن قرار الضمان على المتلف كما تقدم تفصيل حال هذه المسألة في أواخر الفضولي في مسألة توارد الأيادي على مال المغصوب بتفصيلٍ ذكرناه هناك.

وتوهُّم أنه ليس للغابن إلا الرجوع إلى المتلف ليس في محله؛ لأن تحقق سبب الضمان في حق المتلف لا يمنع من وجود سبب الضمان في حق المغبون أيضاً.

وتقدم أن سبب الضمان موجود في حق المغبون ولو تلف بآفة سماوية أيضاً.

نعم؛ لنا إشكال في جواز أن يرجع الغابن إلى المتلف، كما سيأتي في مسألة رجوع المغبون إليه.

وأما لو رجع المغبون قبل الفسخ إلى المتلف وأخذ بدل الثمن عنه ثم فسخ البيع فليس للغابن إلا الرجوع إلى المغبون فقط.

أما رجوعه إلى المغبون فلأن سبب الضمان موجود في حقه، وهو اليد، كما تقدم وجهه في أوائل أصل المسألة، وكان هذا هنا مسلّماً.

وأما عدم رجوع الغابن إلى المتلف في هذا الفرض فلأنه في الزمان الذي رجع المغبون إلى المتلف لم تكن ذمة المتلف مشغولة إلا بمال المغبون، والمفروض أنه أخذ البدل عنه وبرأ ذمّة المتلف حقيقة، فيكون ذلك بمنزلة أن يبيع المغبون /٩١٥/ الثمن من ذلك الأجنبي ثم فسخ، في أنه ليس للغابن الرجوع إلى ذلك الأجنبي بعد أنه انتقل منه أولاً من مالكه.

فيما لو تلفت العين عند الغابن بإتلاف الأجنبي إيّاه، فهل يكون للمغبون بعد الفسخ الرجوع إلى المتلف أم لا

وأما سائر ما ذكره المصنفﷺ هنا من حكم بعض فروع صورة تلف العين التي كان عند المغبون بإتلاف الغابن إياها، ومن حكم بعض صور تلف العين التي كانت عند الغابن إلى صورة ذكرها في إتلاف الأجنبي إياها فليس لنا كلام فيها.

وأما في صورةٍ فرضنا أنه تلف المبيع مثلاً عند المشتري الغابن بإتلاف شخص أجنبيّ إياه، ففي فروع تلف العين عند المغبون ادّعى المصنفﷺ في مثل هذا الفرض أن المغبون إذا

فسخ وأخذ الثمن يرجع الغابن إلى المتلِف لو لم يرجع إليه المغبون قبل الفسخ.

وأما في فروع تلف العين عند الغابن، فبعد فسخ المغبون وردّ ما عنده إلى الغابن فيحتمل أن يكون للمغبون الرجوع إلى الغابن بأخذ بدل ما أتلفه الأجنبي، ويحتمل أن يكون له الرجوع إلى المتلف، ويحتمل أن يكون له التخيير في الرجوع إلى كل منهما.

ومقتضى ما ذكرته قُبيل ذلك في فروع تلف العين عند المغبون من أن له التخيير في الرجوع إلى كل منهما، وأن قرار الضمان يكون على المتلف، كما في الأيادي المترتبة /٩١٦/ على مال الغير يتوقف صحته على إثبات أن سبب ضمان العين التالفة موجود في حق المتلف وفي حق الغابن معاً.

أما الأول فما ذكره المصنف﵀ له من أن المال في ضمانه وعلى عهدته فقد تدّعى صحته.

وتوضيحه: أن المفروض أن المتلف بواسطة الإتلاف صار ضامناً فتكون هذه العين على عهدته، وما في عهدته بدل عن العين.

وعلى هذا نقول: إنه قبل فسخ المغبون كان ما في عهدة المتلف للغابن، وبعد الفسخ لابدّ من أن يصير للمغبون. وذلك لأن الفسخ عبارة عن حل العقد، ومقتضى حلّ العقد رجوع كل من العينين إلى ملك مالكه الذي كان مالكاً له قبل العقد. وإذا لم تكن العين موجودة بنفسها ولكن كان بدلها موجودة في عهدة المتلف، فمقتضى العوضية أن يترتب حكم المعوّض على العوض فيصير العوض، ملكاً للمغبون، فيكون له الرجوع إلى المتلف.

وفيه: أن مقتضى ذلك أنه لو أخذ الغابن البدل عن المتلف قبل الفسخ وكانت عينه موجودة أن يكون للمغبون بعد الفسخ أن يأخذ خصوص تلك العين عن الغابن، وكذا لو باع الغابن قبل الفسخ العين بثالثٍ بمالٍ في ذمّته أو بعين أن يكون للمغبون بعد الفسخ أن يأخذ /٩١٧/ خصوص تلك الثمن لأنه عوض ماله مع أن أحداً لا يقول بذلك.

وعلى هذا نمنع أن مقتضى البدلية أن يكون ذلك أيضاً لأن مقتضى الفسخ -كما تقدم- حل العقد من زمان الفسخ، فالبدل بدل العين في زمانٍ كانت العين ملكاً للغابن، فالبدل ملك جديد حصل للمغبون، وليس مقتضى الفسخ إلا انقلاب الملكية التي حصلت للغابن بالعقد حتى أنهم يقولون: لو ملك الغابن نفس العين بعد بيعه أولاً فليس للمغبون أن يأخذ منه العين

بعد الفسخ؛ لأنه ليس مقتضى الفسخ إلا انقلاب الملكية التي حصلت من العقد في زمان الفسخ.

نعم؛ للمصنف﵀[1] هنا دعوى جديدة غير ما هو المشهور في باب الضمانات من أن الذى يجيء على ذمّة المتلف عوض العين التالفة كما تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، وهو احتمال أن يكون على ذمّة المتلف نفس العين التالفة لا عوضها.

واستشهد على ذلك بما عن الشرايع من جواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح على قيمته لزم الربا، وبما عن العلامة من أنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمتة بالأقل لزم الربا بناءًا على جريان الربا في الصلح.

ونحن نقول: لو ثبت أن الذي يجيء على ذمّة المتلف نفس العين يمكن إثبات جواز رجوع المغبون إليه بعد الفسخ، حيث إنه بالفسخ يملك نفس العين إلا أن إثبات هذه المقدمة مشكلة.

أما أولاً فلا يخفى أن مقتضى ما نقله عن الفاضلين من التخيير في المصالحة مع التلف بين أن يصالح معه على نفس المال المتلف وبين أن يصالح معه على قيمته، وأنه على أحدهما يلزم الربا دون الآخر، ينافي العقل حيث إن ما في ذمّة المتلف لو قلنا: إنه نفس العين بمقتضى الأدلة، فلا تصحّ المصالحة مع قيمته، كما أنه لو كان عليه قيمته فلا تصحّ المصالحة مع نفس العين معه، مع أنهما فُرض صحة الصلحين مع غمض العين عن لزوم الرباء.

وثانياً نقول: جواز الرجوع من المغبون على المتلف يتوقف على إثبات أن ما يجيء على ذمّة المتلف هي العين، وإثبات ذلك مشكل.

وذلك لأن غاية الأمر أن نقول: إنه لا امتناع عقلاً في أن تجيء نفس العين على ذمة المتلف نظراً إلى أن الحكم الوضعي ثبوته غير متوقف على القدرة، كما ذكرنا نظير ذلك في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد عند التعرض لحكم صورة تعذر المثل في المثلي، وأن المضمون قيمة زمان التعذر أم لا، إلا أن مجرد الإمكان غير كافٍ، بل لابد من اقتضاء الدليل

---

١) كتاب المكاسب ٢٠١/٥ ـ ٢٠٢، لو تلف ما في يد الغابن.

له. وعمدة ما يمكن دعوى دلالته على ضمان نفس العين وأن أداءه بعد ذلك بالقيمة قوله ﷺ «**على اليد ما أخذت**[1]» والمعنيّ في هذا الخبر وإن كان ظاهراً في أن الذي يكون على ذي اليد حتى بعد التلف نفس العين إلا أن الغاية في هذا الخبر ينافي ذلك نظراً إلى أنه لا إشكال في أن الأداء ليس بنفس العين. وظاهر الخبر أن الأداء أداء لما كان عليه، فإذا كان الأداء حال التلف بالعوض فذلك يقتضي أن يكون ما عليه بعد التلف أيضاً العوض. وبالجملة إثبات نفس العين بعد التلف على الذمة من مثل هذا الخبر يكون محل الإشكال.

وأما الثاني: وهو أن يكون له الرجوع إلى الغابن فهو أحد مصاديق ما هو المسلّم عندهم من أن لذي الخيار أن يرجع إلى غير ذي الخيار بعد الفسخ ويأخذ منه بدل العين لو تلفت العين عند غير ذي الخيار، فلابدّ من أن نتعرض لوجه الرجوع إليه وأخذ البدل منه. وكلّ وجه تمّ هنا يصير وجهاً للرجوع في باب الإقالة.

فنقول: يمكن أن يستدلّ على ذلك من وجوه:

منها: ما يلوح من الجواهر[2] في آخر باب الإقالة في البيع من أن الضمان متعلق بالعين مادامت، فإذا تلفت تعلق /٩١٨/ بقيمتها يومئذٍ، وليس المراد من الضمان اشتغال الذمّة بالقيمة يوم التلف؛ إذ لا يعقل اشتغال ذمة المالك بقيمة ماله، بل المراد قيام القيمة مقام العين في صحة تعلق الإقالة.

وفيه: أن مقتضى الإقالة - كما صرّح به - ليس إلا فسخ العقد. ومقتضى حلّ العقد وفسخه أيضاً ليس إلا تملك كل منهما ما ملكه الآخر بالعقد.

فهذا المعنى من الضمان الذي ذكره ليس عليه دليل.

ولو كان المراد أن صحة الإقالة التي تكون مجمعاً عليه تتوقف على ذلك، ففيه - على التسليم -: ليس الطريق منحصراً بذلك مع أنه على ما ذكره لا تصير صحة الإقالة والفسخ على طبق القاعدة مع التلف، فلابد أن يقتصر على مورد يكون الإجماع ثابتاً لو نسلّم الإجماع في

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) جواهر الكلام ٣٥٧/٢٤، إذا تقايلا رجع كل عوض إلى مالكه.

الجملة.

ومنها: ما أشار إليه المصنف في المقام من أن الغابن يردّ إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله.

وفيه: أن هذا ليس دليلاً على أصل ضمان غير ذي الخيار. وذلك لأنه لا يعاوض الثمن فعلاً بمالٍ على ذمّة الغابن ليؤخذ المعوّض، والبيع الأول إنما اقتضى تبادل العوض /٩١٩/ مع أصل المعوض.

وأما البدل فيحتاج إلى دليل يقتضي كون الغابن ضامناً، ولا يقتضي نفس الفسخ أيضاً إلا تملك نفس المعنيين التي تلف أحدهما، وتملك بدل التالف لا يتم إلا بقيام دليل على الضمان.

ومنها: أن نتمسك لإثبات ضمان العين بعد التلف على غير ذي الخيار إذا فسخ ذو الخيار للعقد بقاعدة «لا ضرر»، كما فصّلنا الكلام فيه عند التعرض لكون التصرف مسقطاً لخيار الغبن وقلنا بتماميّة هذا الوجه لإثبات ضمان غير ذي الخيار بعد التلف إذا فسخ ذوا الخيار.

وهذا الوجه في مسئلتنا يتم بناء على ما رجحته من أنه لا دليل على أن يكون للمغبون أن يرجع إلى المتلف الأجنبي. وأما على أن يكون له أن يرجع إلى المتلف فيرتفع الضرر عن المغبون رجوعه إلى المتلف فلا يثبت الضمان في حق الغابن بعد ذلك.

في تقريب التمسك بقوله «على اليد» على ضمان غير ذي الخيار أو ذي الخيار للعين بعد التلف والفسخ

ومنها ما ذكرناه أيضاً في الموضع المشار إليه من إثبات الضمان إذا فسخ بعد تلف العينين أو أحدهما بقاعدة «على اليد» نظراً إلى أن قوله عليه السلام «**على اليد**» على ما فسّرناه في محله دليل اجتهادي على أن ما جاء تحت اليد والاستيلاء لابدّ من أن يؤدى ولو بالمثل أو القيمة، فقبل فسخ المعاملة كان مضموناً بالمسمّى /٩٢٠/ الذي أدّاه حيث وقع العقد على العوضية في الملكية وأمضاه الشارع، وإذا فسخ العقد فيصير بمثل أن لم يؤدّ، فيقتضي «على اليد» وجوب الأداء.

ثانياً: بما يكون مقتضى القاعدة أداءه به من المثل والقيمة. وليس المراد أداء المعدوم بعد التلف حتى يقال: إنه لا أداء له، بل المراد أداء العين السابق الذي كان أداؤه بمثلها أو قيمتها بحسب القاعدة الأولية.

إن قلت: إن غير ذي الخيار بريءٌ ذمّته من تلك العين في الزمان السابق بأداء المسمّى في البيع.

قلت: لو كان الغرض التمسك بالأصل على اشتغال ذمّته، فما ذكرت يضرّه حيث إن المفروض أن ذمّته بريء في الزمان السابق، لكن الغرض التمسك بالدليل الإجتهادى، وهو قوله: «على اليد»، على اشتغال ذمته بعد أن صار الفسخ محقّقاً لموضوع «على اليد» حيث جعله بمنزلة قبل الأداء فيما كان الأداء فيه محققاً، وأوضحنا هذا الوجه بأزيد من ذلك قبل مسألة النقد والنسيئة فيما يأتي*.

فتلخص من جميع ما قلناه أن رجوع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن هنا كسائر المقامات يكون الدليل عليه قائماً، وأما رجوعه إلى المتلف فلا دليل عليه.

نعم؛ مقتضى الاستصحاب أن يكون للغابن بعد الفسخ أن يرجع إلى المتلف /٩٢١/ كما كان له قبل الفسخ أن يرجع إليه /٩٢٢/.

---

*) *ورفعنا بعض المناقشات عنه في مستثنيات خيار المجلس في الحاشية. (منه قدس سره).*

فهرس المطالب

(المجلد الرابع عشر)

في الخيارات ١٣
في الإشارة إلى معنى الخيار لغةً واصطلاحاً ١٣
في بيان أصالة اللزوم في البيع وسائر العقود ١٥
في بيان بطلان كون أصالة اللزوم بمعنى الغلبة ١٧
في التوجيهات التي تكون لعبارة القواعد ١٨
فيه إشارة إلى أن وصف الصحة] كسائر الأوصاف في ما يقابل الثمن ١٩
في أن وضع البيع على اللزوم بمعنى أن مقتضى اللزوم يكون فيه ٢١
في إثبات اللزوم بالإستصحاب المعنى الثالث للأصل فيكون الأصل بمعنى الإستصحاب ٢٢
في الوجوه التي ذكرت لاختلاف الملكية الجائزة واللازمة ماهيةً ٢٣
في أن التمسك بأصالة عدم التداخل لإثبات اختلاف حقيقة الملكية الجائزة مع اللازمة فاسد، وبيان الدليل على اتحادهما من حيث الماهية ٢٤
في أن الملكية الجائزة واللازمة ليستا ماهيتين مختلفتين للملكية ٢٦
في بيان القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي وحجيته ٢٨
في أنه لا مانع من استصحاب الملكية ولو قلنا باختلاف حقيقة الملكية الجائزة مع اللازمة ٣٠
في بيان رفع الموانع عن جريان استصحاب الخيار المزيل لأصل اللزوم والذي يكون مثبتاً هو أن يترتب ما هو من آثار وجوده الواقعي دون الظاهري ٣٢
في أن استصحاب الخيار لا يرجع إلى الإستصحاب التعليقي ٣٤
في أن ما دلّ على انقطاع الخيار بالفراق يضرّ باستصحاب الخيار أم لا؟ ٣٥
في بيان الشقوق التي يدور الأمر بين التمسك بعموم العام أو الإستصحاب ٣٦
في أنه في بعض الموارد يتمسك بعموم العام لا استصحاب حكم المخصّص ٣٨
في أنه لا يجوز التمسك بالعام لو كان الفرد داخلاً أولاً أو علم دخوله بعد مضيّ زمان الشك أو احتمل ذلك فيه ٣٨
في كون الأصل بمعنى القاعدة المستفادة من العمومات وغيرها ٣٩
في حمل الآية على معنى لا يجوز التمسك بها لأصالة اللزوم ٤٠
في دعوى أن المراد من الآية هو الأخذ بما يقتضيه العقد من الجواز واللزوم وبطلانه ٤١
في الرد على المعنى المنقول عن العلامة لقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) ٤٢

في أنه بعد فرض وجود التخصيص الأكثر لا مانع من التمسك بعموم (أوفوا بالعقود)، إما في موردٍ عمل به الأصحاب أو مطلقاً ٤٤
في منع التخصيص الأكثر إما حقيقة من دون تصرف أو معه ٤٨
في أن دعوى كون الخروج بعنوان واحد غير رافع للإشكال ٤٨
في أن دعوى أن ما خرج عن تحت العام كان بعنوان واحد غير مثمر في التمسك ٥٠
تنبيهان ٥٠
في أن الموضوع لوجوب الوفاء نفس العهد وهو لا ينتفي بعد العقد بل يتحقق به، لا أن يكون الموضوع هو الملكية التي تحصل هناك ٥١
في إبطال قول من يقول: إن وجوب الوفاء يكون إرشادياً إلى الصحة أو يتعلق بالآثار أو التشريع، كما توهّم ذلك كلّه ٥٤
في تقريب التمسك بقوله تعالى (أحل الله) ..اه لإثبات لزوم البيع ٥٦
في أن ثبوت الخيار في جزء من الزمان مطلقاً غير مضرٍّ لإثبات اللزوم لما بعده بقوله تعالى (أحلّ الله البيع) .. ٥٩
في جواز التمسك بتجارة عن تراضٍ للزوم لو صحّ التمسك بها لأصل الصحة ومنها قوله تعالى (تجارة عن تراضٍ) ٦٠
في إبطال التمسك لأصالة اللزوم بقوله تعالى (لا تأكلوا) ..اه بتقريبه ٦١
إشارة إلى حكم التمسك بالمطلق أو العام مع ثبوت التخطئة في المصداق ٦٢
في الأجوبة التي ذكرت لرفع الإشكال الموضوعي ٦٣
في الجواب عن الإشكال الموضوعي الذي أورد على كلّ واحد من قوله صلى الله عليه وآله «لا يحلّ» ..اه وقوله «الناس» ..اه وبقاء الإشكال ٦٤
في أن التمسّك بقوله ٩«المسلمون عند شروطهم» لإثبات لزوم العقود غير جائز؛ لأن الشرط ظاهر في الالتزام التابع ٦٧
في الجواب عن إشكال تخصيص الأكثر على قوله «المسلمون عند شروطهم» ٦٩
في أن الأصل في البيع اللزوم بعد انقضاء خيار المجلس ٧٠
في بيان حدّ دلالة كلّ واحد من الأدلة على أصالة اللزوم وأن مقتضى الأصل لزوم حلّ العقود ومقتضى (أوفوا..) ..اه لزوم كلّها ٧٢
تنبيه ٧٣
في أن الفرد المشكوك من العقد لا يكون المرجع فيه العموم، بل الأصل ٧٤
في أنه في الشبهة الموضوعية يثبت اللزوم بالأصل، دون العموم ٧٥
في تزييف بعض الوجوه التي ذكره المصنف؛ لعدم ثبوت الخيار للوكيلين ٧٦
في مجرد إجراء الصيغة، لكنه الحق بتقريب نذكره ٧٦
في أنه إذا كان الوكيلان وكالتهما في مجرد إجراء الصيغة فالخيار للموكّلين لصدق البيّعين عليهما دون الوكيلين

..... ٧٩
في صدق البيّعين عرفاً على الموكلين إذا كان التوكيل في مجرد إجراء الصيغة ٨٠
في أن ثبوت الخيار للموكلين إنما يكون مع حضورهما مجلس العقد ٨٢
في أن الحق أنه في صورة كان الخيار للموكلين انقضاؤه بافتراقهما ٨٣
في أنه إذا كان الخيار للموكّلين فسقوطه بافتراقهما فقط ٨٤
في أنه لا يثمر حضور الموكّلين مجلس العقد لثبوت الخيار لهما ٨٥
في صورة كان الخيار للوكيلين وفي ما يتفرّع على هذا الفرع ٨٦
في سقوط حق الخيار من طرف وأن التوكيل في المعاملة كالتوكيل في نفس المال بالمعاملة على التحقيق ٨٧
في نقل حق الخيار أو التوكيل في إجرائه أو خصوص الفسخ ٨٩
في جريان خيار المجلس في بيع الفضولي للفضوليين ٩٠
فيه إشارة إلى ثبوت الخيار للفضوليين على الكشف لا مطلقاً، كما في الجواهر ٩٢
في أن الإجازة ليست بيعاً بل من قبيل تحقق شرط البيع ٩٣
في أنه اذا تولّى شخص لطرفي العقد فليس هناك خيار المجلس ٩٤
في نقل كلام الجواهر في جريان خيار المجلس إذا كان العاقد متّحداً ٩٥
في عدم ثبوت الخيار للرجوع إلى عين من ينعتق على المشتري ٩٦
في إبطال احتمال الدروس والحدائق من احتمال ثبوت الخيار لعين من ينعتق ٩٧
في أن ما دلّ على الإنعتاق مقدم على أدلة الخيار وأن الأسبق مقدم ٩٨
في ما استدلّ به للرجوع إلى قيمة من ينعتق بعد الفسخ ١٠٠
في اختلاف كلماتهم في توقف الرجوع إلى القيمة على قابلية المبيع لأن يتملك في ما انعتق على المشتري وفي غير ذلك المورد ١٠١
في حال كلّ من التلف الحقيقي أو الحكمي من جهة تقدير الملكية ١٠٢
في أن مقتضى القاعدة هو تقدير الملكية في العين بعد الفسخ أم لا ١٠٣
في أن الحق عدم توقف الرجوع إلى القيمة إلى تقدير ملكية العين آناً ما ١٠٤
في سائر المناقشات على دليل ثبوت الخيار ١٠٨
في بيع من ينعتق على المشتري ١٠٨
في عدم ورود شيء من المناقشات على الدليل الأول لثبوت الخيار في بيع من ينعتق على المشتري ... ١٠٩
في نقل كلام بعض تصدّى لإثبات الخيار في المقام ١١١
في أن ما ذكره بعض لإثبات الخيار في بيع من انعتق لايصح من وجوههم إلاّ ما رجع إلى الوجه الأول الذي اقتضى بقاء الخيار للبايع والمشتري ١١١
في أن الوجه الذي ذكره المصنف لبقاء الخيار راجع إلى ما ذكرناه ١١٣
في الوجه الأول وأن تفصيله ليس على ما ينبغي ١١٣
في عدم جريان الخيار في بيع العبد المسلم الذي اشتراه المسلم من الكافر ١١٤

في أفراد المبيع الذي يدّعى عدم ثبوت خيار المجلس فيها والإشارة إلى ما يستدلّ على الوجوب التكليفي المتقابض قبل التفرق ١١٦
في الصرف والسلَم وثمرة وجود الخيار قبل القبض ١١٦
في مسقطات خيار المجلس ١٢٠
في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في العقد ١٢١
في رفع الإشكال عن التمسك بقوله ٩: « المؤمنون عند شروطهم » لصحة التمسك به للشرط الذي يكون من قبيل عدم الخيار بل هذا الخبر لترك الإستفصال عن السؤال عام للشرط الإبتدائيّ والشرط في ضمن العقد ١٢٤
في المناقشات على التمسك بقوله « المؤمنون عند شروطهم » لسقوط الخيار باشتراط سقوطه في العقد ١٢٥
في تقدم أدلّة العناوين الثانوية على أدلة العناوين الأولية مطلقاً ١٢٧
في صحة شرط عدم الخيار في العقود على طبق القاعدة ١٢٨
في أن الشرط الإلتزام التابع، فلا معنى لوجوب الوفاء به دون العقد ١٢٩
في رفع المانع عن شرط الخيار وعدمه في العقود اللازمة ١٣٢
فيه إشارة إلى عدم ورود التخصيص على قوله « المسلمون عند شروطهم » ١٣٣
في أن شرط عدم الخيار ليس خلاف مقتضى ذات العقد ولا من الشرط المخالف للكتاب ١٣٤
في رفع إشكال أن شرط عدم الخيار إسقاط لما لم يجب قاعدة ونصّاً وعدم جواز التمسك بـ(أوفوا..) لصحة شرط ١٣٦
تنبيه ١٣٧
في أنه لو شرط أن لا يفسخ البيع، فهذا الشرط صحيح ؛ لكنه لا يقتضي إلّا كون الفسخ حراماً لا أنه غير مؤثر في حلّ العقد ١٣٩
في بطلان مقايسة ما نحن فيه ببيع منذور التصدق ١٤٠
في أنه لو اشترط الإسقاط ولم يسقط ولم يفسخ فيثبت الخيار ١٤١
في أن الشرط المذكور قبل العقد لا يلزم الوفاء به ولو كان العقد مبنيّاً عليه ١٤٣
في الوجوه التي ذكرت لوجوب الوفاء على الشرط الذي كان العقد مبنيّاً عليه ١٤٤
في أن المختار عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير المذكور في العقد وبيان المراد من عدم اشتراط اللفظ في النذر والوقف وأشباه ذلك ١٤٥
فيما ذكر هنا إشارة إلى وجه عدم كون الشرط الفاسد مفسداً ١٤٧
في أنه لو نذر عتق العبد لو باعه، فباعه بشرط عدم الخيار ١٤٨
هل يبطل البيع أو الشرط أو لا؟ ١٤٨
في أن من المسقطات إسقاطَ الخيار بعد العقد والدليل عليه ١٤٩
في التمسك بعموم وجوب الوفاء لكون إسقاط الخيار موجباً لسقوطه ١٥١
في المناقشة على التمسك بالآية لكون الإسقاط موجباً للسقوط و الجواب عن المناقشة بأنحاء أشرنا إلى بعضها

..... ١٥٢
في بيان الفرق بين الحق والحكم وأن وجوب الوفاء لا يشمل الحكم ولا يتمسك به لما شك في كونه حكماً وأن حق الخيار يكون من قبيل الحق في الجملة ويسقط بالإسقاط على نحو الاطلاق ١٥٤
كلما ثبت حقّيّته تكفي العمومات في صحة العهد الواقع عليه من غير توقف على إثبات أن الناس مسلّطون عى حقوقهم أو شيء آخر ١٥٧
فيما يقال لعدم جواز التمسك بقوله: الصلح جائز ..اه، لجواز تعلق الصلح بكلّ حقّ دليل المجوّز له ١٥٨
فيأن التمسك بقوله « جائز » ..اه لجواز تعلق الصلح بكلّ حقّ لا مانع فيه مع قطع النظر عن الاستثناء المتصل فيه ١٦٠
في أن الحق إذا جعل مقيداً لا ينتقل بصلح وغيره وفي الولاية في الأوقاف والوصية لا ينتقل مطلقاً ما لم يصرّح وهو أيضاً ليس بنقل ١٦٢
فيما نقله عن بعض في الفرق بين الحق والحكم وبيان فساده ١٦٣
فيما نقل في الفرق بين الحق والحكم وما هو التحقيق ١٦٤
في ما هو التحقيق في الفرق بين الحق والحكم وحكم الشك ١٦٦
في أن الإسقاط يتحقق بكلّ ما دلّ على الإسقاط ١٦٦
في الإشارة إلى ما ذكره المصنف؛ من أنه لو قال أحدهما للآخر « إختر » ففسخ أو أمضىٰ أو سكت الآخر .. ١٦٨
في أنه مجرد قوله « إختر » لا يقتضي سقوط خياره ١٦٩
في بعض الفروض المتصورة فيما لو قال أحدهما للآخر: إختر ١٧٠
في أن الإفتراق يلزم البيع ولولا للرضاء بل سهواً أو لسائر الأغراض وأن المدار على ما يسمّىٰ افتراقاً ١٧١
في حدّ الإفتراق وأن حركة واحد إلى غير جانب الآخر كافٍ ١٧٢
في أنه لو صاحب أحدهما الآخر لا يسقط الخيار ١٧٥
في أنه لو وقع التفرق عن الإكراه أو الإضطرار فلا يوجب إسقاط الخيار وبيان ما استدلّ عليه ١٧٥
في ما قالوا من أن الإكراه رفع حكم الإكراه والاضطرار إذا منع من التخاير أو إذا لم يكن راضياً بالبيع ... ١٧٨
في أنه اذا أكره على التفرق ولكن كان راضياً ببقاء العقد أو كان غير كارهٍ عن سقوط الخيار يسقط الخيار. ١٧٩
في أنه إنما يرفع الإكراه حكم الفعل مع الكراهة عن الفعل وبعض ما يترتب عليه وأن مجرد التمكن من الفسخ غير موجب لرفع الخيار بالتفرق ١٨١
تنبيه ١٨٣
في أنه لا فرق بين الإكراه على التفرق والاضطرار و أنه في البيع فرق بينهما وفي بيان حديث الرفع ١٨٣
في أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار أم لا ١٨٤
فيما يقال لإثبات أن المرفوع في حديث الرفع المؤاخذة ١٨٧
فى التمسك بصحيحة البزنطي لإثبات أن المرفوع ١٨٧
في حديث الرفع تمام الآثار ١٨٧
في المناقشات على إثبات تقدير تمام الآثار بصحيحة البزنطي ١٨٨

في المناقشات على التمسك بصحيحة البزنطي لإثبات أن المرفوع في حديث الرفع تمام الآثار ١٩٠
في أن الحق أن حديث الرفع المذكور في صحيحة البزنطي يكون المرفوع فيه تمام الآثار، وأنه لا يقتضي رفع الضمان ١٩١
تنبيه ١٩٦
ابتناء المسألة على بقاء الأكوان وغير ذلك فيما يستدلّ لحكم مسألة ١٩٨
« ما إذا أكره أحد المتبايعين على التفرق دون الآخر » ١٩٨
في بعض ما في كلام المصنف؛ وأنه لا مانع من القول بسقوط خيار المختار دون المكرَه ٢٠٠
في أنه لو زال الإكراه لا مانع من استصحاب الخيار ٢٠٢
في كون التصرف مسقطاً لخيار المجلس في الجملة ٢٠٣
في تعميم خيار الحيوان إلى الموارد المشكوكة كما في مثل الجراد المجزون وبيع الكلي وبيع المشرف على الموت ٢٠٤
في التعرض لبعض الجزئيات المتعلقة بخيار الحيوان و أنه يجري خيار الحيوان في البيع الكلي الذي على الذمة أم لا ٢٠٦
في أنه هل يكون للبايع خيار الحيوان اذا لم يكن الثمن حيواناً؟ وذكر أدلة عدم ثبوت الخيار له ٢٠٨
في بعض ما يستدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً وأن الحق أنها لا تدلّ على ذلك ؛ بل على المنع أظهر ٢١٠
في ما ذكر من الاحتمال في صحيحة محمد بن مسلم وأن الحقّ أنها لا تدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع إذا لم يكن الثمن حيواناً ٢١٢
فيما هو مقتضى الجمع بعد تسليم دلالة الخبر الذي يدلّ على ثبوت خيار الحيوان للبايع مطلقاً وحكم الرجوع إلى المرجّحات السندية ٢١٣
في ثبوت الخيار للبايع إذا كان الثمن حيواناً وأن ورود القيد مورد الغالب غير مستلزم لانصراف ٢١٥
في جريان خيار الحيوان في الأمة مدّة الإستبراء ٢١٧
في أن ابتداء خيار الحيوان بعد صدور العقد ٢١٧
في أن اجتماع الأسباب على سبب واحد ومقتضاه يعني أن فرض المثال في حصول الملك بعد القبض بإسلاف الطعام وفرض كون الثمن ٢٢٠
في أن ابتداء خيار الحيوان من زمان العقد أو حصول الملك ٢٢٠
في أن بدو خيار الحيوان زمان حصول الملك وأن الخيار يثبت للوكيل إذا أطلق عليه المشتري وللموكّل مطلقاً ٢٢١
في المراد من ثلاثة أيام وأنه يشمل الملفّق ويدخل الليالي أم لا ٢٢٢
في سقوط الخيار بالشرط وتفصيل الكلام في ذلك ٢٢٣
في كون الإسقاط موجباً لسقوط الخيار ودليله ٢٢٤
في أن التصرف مسقط للخيار ؛ بل فيما انتقل عنه موجب للفسخ ٢٢٥

في أقسام التصرف وأنه أيّ واحد منها موجب للسقوط وتفصيل ذلك ٢٢٦
فيما هو محل النزاع من كون التصرف مسقطاً ٢٢٧
في تصوير مختار المصنف؛ من جعل المدار على الظن النوعي ٢٢٨
في الأصل في المسألة في الشبهة الحكمية والموضوعية ٢٢٩
في بيان مقتضى الأدلة من جهة كون التصرف مسقطاً ٢٣٠
في نقل ما ذكره المصنف؛ من الإحتمالات في الخبر المعلّل ٢٣١
في ترجيح المصنف؛ أن الظاهر من الخبر المعلّل أن يكون المسقط ما فيه الظن النوعي بالرضاء ٢٣٣
في مناقشة المصنف على كلّ واحد من مطلق التصرف والظن النوعي ٢٣٤
في تحقيق المقام وأن مقتضى الأخبار أيّ شيء ٢٣٥
في أن مقتضى الخبر المعلّل أن يكون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان كان فيه الرضاء بوجه أم لا . ٢٣٦
في دلالة الخبر المعلّل على كون مجرد التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فضلاً عن الأخبار المطلقة ٢٣٨
في إبطال سائر ما يتمسك به لاعتبار الرضاء في التصرف المسقط ٢٣٩
في تزييف سائر الوجوه التي ذكرت لعدم كون التصرف مسقطاً ٢٤٠
في تزييف سائر الوجوه التى ذكرت لعدم كون التصرف موجباً لسقوط خيار الحيوان ما لم يكشف عن الرضاء. ٢٤١
في أنه لا يتعدى من كون التصرف والرضاء مسقطاً لخيار الحيوان إلى كون كلّ منهما مسقطاً لسائر الخيارات أو موجباً للفسخ ٢٤٣
في التصرف المسقط من جهة الأفراد والحالات ٢٤٧
في أن التصرف الذي ليس إلّا للمالك في نظر العرف مسقط ٢٤٨
في أن التصرف الخطائي وكذا مع الجهل بالبيع غير مسقط ٢٤٩
في أن إيقاع المعاملة على ما انتقل إليه مسقط ٢٥٠
تنبيه ٢٥٢
في أن إيقاع المعاملة على ما انتقل إليه مسقط بعد وجود الشرايط كأن يكون التصرف مسقطاً ٢٥٢
في خيار الشرط ورفع بعض الإشكالات عن دليله ٢٥٣
في أنه لافرق بين أن يكون زمان الخيار متّصلاً أم لا ٢٥٤
في ردّ ما استدلّ على أن الشرط لابدّ من أن لا يكون مجهولاً بوجه ٢٥٤
في إبطال دعوىٰ أن للشرط قسطاً من الثمن وبيان حاله ٢٥٦
في ما يستدلّ على بطلان الشرط المجهول من الإجماع المحكيّ والاستقراء وغير ذلك وما في كلٍّ منها . ٢٥٧
في ما ذكره في الجواهر من بطلان الشرط المجهول الذي لا يؤول إلى العلم وحكم ما ليس له يقين على اعتبار عدم المجهولية ٢٦٠
في بيان حدّه من جهة التسامح العرفي ٢٦٠
تنبيه ٢٦٢

هل دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف؟ ٢٦٢
في أن التوابع ليس الجهل بها مضرّاً ولو شرطها ٢٦٣
في ما لو شرط الخيار مطلقاً، أو إلى مدّة فيما إذا لم يعيّن المدّة وأن ما قالوا فيه بثبوت الخيار ثلاثة أيام، فاسد ٢٦٤
في أنه على ثبوت الخيار ثلاثة أيام يكون مخصصاً للغرر ٢٦٦
في أنه على المشهور من كون الشرط فاسداً يكون البيع أيضاً كذلك ٢٦٧
في مبدأ خيار الشرط وشرط الخيار للأجنبيّ مع الأصل أم لا ٢٦٩
في كون الفاسخ مقدماً إذا كان الخيار ثابتاً لشخصين ٢٧١
تنبيه ٢٧٢
في حكم الوكلاء في الفسخ والخيار وما لو ورث الخيار جماعة ٢٧٢
في أنه يكون على الأجنبي مراعاة مصلحة من جعل له الخيار أم لا؟ ٢٧٢
في الأدلة على صحة جعل الخيار للأجنبيّ ٢٧٣
في رفع بعض المناقشات عن قوله ﷺ «المؤمنون عند»..اه ٢٧٥
في الوجوه التي تصورها المصنف؛ في البيع الخياري المشروط بردّ الثمن وبيان الرجوع إلى آخر وبيان حكم كلّ واحد منها ٢٧٦
في أن مفاد الأخبار الخاصة هو أن يكون ردّ الثمن بداعي أن يفسخ العقد موجباً لانفساخه من دون إنشاء الفسخ ٢٧٧
في حكم صورة لم يقبض الذي اشترط ردّه معيناً كان أم لا ٢٨٠
في الثمن المقبوض المعيّن إذا تلف قبل الردّ ٢٨١
في الثمن الكلي المقبوض كان في ذمة البايع أو أخذه ٢٨٢
في أن الأخبار يُدّعى دلالة بعضٍ منها على الثمن المقبوض للولي ومن البايع ٢٨٣
فيما هو مقتضى الأخبار الخاصة والقاعدة من أن الفسخ يتحقق بنفس الردّ أو بالفسخ بعده وأنه يكفي مجرد الرضاء أو لابدّ من الإنشاء ٢٨٤
لو كان الشرط ثبوت الخيار مطلقاً وأن يكون فسخه بردّ الثمن فلا مانع من إسقاطه قبل ردّ الثمن، وإلّا فلا ٢٨٦
في عدم صحة إسقاط الخيار قبل ثبوته ولو ملك سببه ٢٨٨
تنبيه ٢٨٨
لو كان رد الثمن قيداً للاقالة ٢٨٨
في كون التصرف مسقطاً لخيار الشرط وأنه أيّ تصرف ٢٨٩
في أنه في غير ما ثبت شيء بالخصوص المسقط ما قصد منه السقوط ٢٩٠
في أن الثمن الذي يقال بكون التصرف فيه مسقطاً، أيّ ثمن؟ ٢٩١
في أن التصرف إنما يقال بكونه مسقطاً في بعض الصور ٢٩٢

في أن موثق إسحاق ليس دليلاً على أن التصرف غير مسقط في محل الكلام ٢٩٣
فيما أورده المصنف على الأردبيلي والكفاية والمصابيح والجواهر والإشارة الإجمالية إلى صحة ما أورده على كلٍّ وفساده ٢٩٤
في الردّ على الجواهر في دعواه أن شرط الخيار المقيّد بكون الخيار بعد ردّ الثمن باطل للزومه تعلق الشرط وكونه مجهولاً ٢٩٦
في بيان أن الجهل بالشرط وكذا التعليق فيه في الخيار المشروط بردّ الثمن لا يوجب بطلان الشرط ... ٢٩٨
في أن تلف المبيع على المشتري ونماءه له ٢٩٩
في أن الخيار لا يسقط بتلف المبيع قبل ردّ الثمن أو بعده ٣٠٠
في منع حرمة التصرف في المبيع من المشتري ٣٠١
في أنه لو تلف الثمن يكون تلفه على المشتري أم على البايع ؟ ٣٠٢
فيما يمكن أن يقال لإثبات أن تلف الثمن في زمان الخيار يكون على البايع ولو كان الخيار للمشتري . ٣٠٣
في أن ردّ الثمن إلى الوكيل أو الوارث أو الفقيه كافٍ في جواز الفسخ مع تعذر الردّ إلى المشتري ٣٠٦
في أنه هل يكون قول بجواز الفسخ بمجرد تعيين الثمن؟ ٣٠٧
في ما يكون مبنى لكلّ واحد من الأقوال ٣٠٧
في أن الحق أن مجرد تعيين الثمن غير كافٍ في جواز الفسخ ٣٠٨
في إبطال جواز الفسخ بمجرد إفراض الثمن كما توهّم ٣٠٩
في أن إشكال ولاية الحاكم من جهة الشك في ثبوتها للإمام ٣١٠
في دعوى جواز التمسك بقاعدة الضرر لإثبات ولاية الحاكم ٣١١
في أن الحق أنه يجوز الفسخ بعد ردّ الثمن إلى الحاكم في الجملة ٣١٢
تنبيه ٣١٥
في أنه لو صرّح باشتراط الردّ إلى شخص المشتري لا يفسد الشرط ٣١٥
في أن كون الغرر في الشرط غير مضرٍّ ٣١٦
في أن الغرر الذي ينشأ من تزلزل البيع لا يوجب الفساد ٣١٧
هنا كلام متعلق بتزاحم حاكم مع حاكم آخر ٣١٨
قوله: الأمر السابع.. إلى قوله: إلّا بردّ الجميع.. اه ٣١٩
في أن ردّ جزء الثمن لا يكفي وما يتعلق بهذه المسألة ٣٢٠
في اشتراط الخيار بردّ المثمن وأنه كالثمن ٣٢١
في جريان خيار الشروط في غير البيع من العقود وغيرها ٣٢٢
في الاشارة إلى كلماتهم في جريان خيار الشرط في غير البيع ٣٢٣
في بيان حدّ شمول أدلة صحة الشروط ٣٢٤
في حدّ شمول الدليل وما يكون دليلاً ٣٢٥
في بيان عدم شمول دليل صحة الشرط لما في الإيقاع الخالي عن قبول الشرط ٣٢٨

في بيان الموانع لصحة الشرط الذي يكون في ضمن العقد الجائز ٣٢٨
في ما يمكن أن يقال لعدم صحة الشرط الذي يكون في العقد الجائز ٣٢٩
في أن الإيقاع المجرد لا يصحّ الشرط في ضمنه ٣٣٠
في تقريب كلام المصنف لبيان المانع عن شمول العمومات للإيقاعات ٣٣٠
في تقريب الوجه الذي ذكره المصنف؛ لعدم جريان خيار الشرط في الإيقاعات وتحقيق المقام ٣٣٢
في الإشارة إلى الشرط المحلّل للحرام وعكسه ٣٣٣
فيه إشارة إلى أن المخصص المنفصل قد يصير بحكم المخصص المتصل ٣٣٤
في عدم جواز التمسك بالآية لصحة شرط الخيار بوجهٍ ونتيجة ما تقدّم ٣٣٥
في نقل ما ذكره المصنف لإثبات صحة الشرط الذي يحتمل كونه مخالفاً للكتاب ٣٣٦
في تزييف الوجه الذي ذكره المصنف لإثبات صحة الشرط إذا شكّ في كون الشرط مخالفاً للكتاب ٣٣٧
في أنه بعد أن مخالفة الكتاب والمحلّل فيما لنا طريق إليه، فيجوز تصحيح شرط الخيار في كثير من الموارد. ٣٣٨
في تصحيح شرط الخيار في أغلب العقود أو كلّها قاعدةً وبيان الوجه لعدم جريانه في بعض منها ٣٤٠
في بيان الوجوه الصحيحة لعدم جريان خيار الشرط ٣٤١
في الإيقاعات ودفع بعض الإشكالات عنها ٣٤٢
تنبيه ٣٤٥
في بيان ما ذكره المصنف أو غيره في عدم جريان خيار الشرط إذا أفاد فائدة الإيقاع أو كان لرفع الخصومة. ٣٤٥
في تصحيح جريان خيار الشرط في الصلح مطلقاً سواء أفاده فائدة الإيقاع أم لا، أو كان في مورد رفع الخصومة ٣٤٦
في عدم جريان شرط الخيار في النكاح وبيان وجهه مبتنياً على قاعدة في ظواهر الألفاظ ٣٤٨
في حكم جريان شرط الخيار في المتعة والصداق ٣٤٩
في عدم جريان شرط الخيار في الوقف ٣٤٩
في عدم جريان شرط الخيار في الصدقة وأقسام الهبة التي تكون لازمة ٣٥١
في حكم جريان شرط الخيار في الصلح والضمان ٣٥١
في عدم جريان شرط الخيار في الرهن ٣٥٢
في بيان أن شرط الخيار في الرهن منافٍ لذات عقد الرهن ودفع ما يورد عليه ٣٥٢
في جريان خيار الشرط في الصرف والسَلَم وسائر العقود التي لم ينقلوا الخلاف فيها من العلماء ٣٥٤
في جريان شرط الخيار في القسمة والمعاطاة ٣٥٥
في جريان خيار الشرط في السبق والرماية ٣٥٧
فيما يدعىٰ جريان خيار الغبن فيه ودليله ٣٥٧
في دعوىٰ ثبوت خيار الغبن لعدم التراضي في المغبون ٣٥٨

في أن وصف المبيع أيّ صفة كانت، تارة يكون داعياً، وتارة عنواناً صرفاً، وتارة قيداً وأنه في الأخير يبطل البيع بعد عدم وجوده واقعاً ٣٥٩
في أن الصفة التي تؤخذ في البيع على نحو الشرطية أو الصفتية كصفات المبيع يوجب البطلان لو كان الرضىٰ معلّقاً عليه وكان فاقداً له ٣٦٠
في أن الكراهية التقديرية لا يضرّ بعد وجود الرضاء الفعلي وإن كان الرضاء التقديري بنفسه كافياً وفي أنه لا يكفي الرضىٰ غفلة ٣٦٢
في أن الشروط المستقلّة لا يوجب انتفاؤها بالخيار ما لم يذكر في العقد، ومثل وصف الصحة وإن لم يذكر رأساً وأوصاف الكمالية لابدّ من كون العقد مبنيّاً عليها ٣٦٣
في بطلان التمسك بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم..) الآية على ثبوت خيار الغبن وأنه لو شمل يقتضي بطلان البيع ٣٦٥
في أنه على كلّ حال لا يستفاد الخيار من النهي عن الأكل بالباطل وأن أمره دائر بين اقتضائه البطلان أو عدم الشمول ٣٦٦
في تقريب دلالة قوله ﷺ « لا ضرر » .. اه على ثبوت خيار الغبن؛ بل على ثبوت الخيار في مطلق المعاملة الضررية أعمّ من الغبن والبيع ٣٦٩
في المناقشة على قوله « لا ضرر » بأنه لا يعيّن خصوص الخيار؛ بل أحد الأمرين من الخيار أو الأرش ولا يلتزمونه ٣٧١
في تقريب أن قاعدة الضرر يثبت أحد الأمرين من الخيار أو الأرش ٣٧٢
في الجواب عما يمكن أن يقال لأن قاعدة الضرر لا يعيّن الخيار ٣٧٣
في أن قاعدة الضرر تعيّن الخيار في المعاملة الضررية ٣٧٥
في الردّ على المصنف؛ حيث ادعى أن « لا ضرر » .. اه لا يعيّن الخيار ٣٧٥
في أن تخلف الغرض لا يعدّ ضرراً وفساد التمسك بالأخبار التي تمسكوا بها لثبوت خيار الغبن ٣٧٦
في عدم ثبوت الخيار في صورةٍ أقدم المغبون على ورود الضرر ٣٧٨
في أنه لو أقدم المغبون على الضرر عن عمد ولو مع الشك في الضرر لا يكون له الخيار وفي غير هذا الفرض يكون له الخيار ٣٧٩
مسائل ٣٨٠
في أنه مع بقاء الضرر بعد انقضاء الخيار ولحوق شرط الصحة قبله يثبت خيار الغبن ولا ينفع رفع الضرر بعده. ٣٨١
في أن خيار الغبن للموكل وأن رفعه بإقدامه لا إقدام الوكيل ٣٨٢
في بيان الطرق التي حجة في جهل المغبون لسبب الخيار ٣٨٣
في أن المغبون لو كان منكراً أيضاً يسمع بيّنته ٣٨٤
في ذكر الشواهد على سماع بيّنة المنكر ابتداءً أيضاً ٣٨٦
في أن الحق سماع بيّنة المنكر ابتداءً وفي مقام المعارضة معاً وذكر الدليل عليه والشواهد على ذلك .. ٣٨٦

في الطرق التي حجة في ثبوت الجهل للمغبون ليثبت الخيار ٣٨٧
تنبيه ٣٨٩
في أن الظاهر يكون حجة، وقولٌ بأنّ من يطابق قوله معه منكر ٣٨٩
في أنه لو كان النزاع في زيادة القيمة فيكون قول من ينكر الخيار مقدماً لكونه منكراً على جميع الأقوال ٣٩١
في اعتبار كون الضرر فاحشاً وأنه عند الشك في الشبهة المفهومية من الضرر يكون المرجع أصالة اللزوم ٣٩٢
في أن المرفوع بقاعدة الضرر مطلق الضرر لا خصوص الضرر الذي يصير مضرّاً بحال الشخص ٣٩٤
في أن المرفوع بقاعدة الضرر مطلق الضرر وأن شراء ماء الوضوء ما لم يضرّ بحال الشخص تخصيصٌ للقاعدة . ٣٩٥
في دعوى تصوّر خيار الغبن من الطرفين وأن كلّ من تصوّره بوجه إما خرج عن الغرض أو كلامه باطل ... ٣٩٦
في أن الحق أن حدوث خيار الغبن قبل ظهور الغبن وأنه بفسخه قبل ظهور الغبن ٣٩٨
في أنه لو أسقط الخيار قبل ظهور الغبن على القول بأن حدوث هذا الخيار يكون بعده ٤٠٠
في أن كون الإسقاط مسقطاً لكونه من الإقدام على الضرر ٤٠٣
في عدم تمامية ما ذكره المصنف لكون الإسقاط مسقطاً هنا ٤٠٣
في تقريب الدليل على أن الإسقاط مسقط لخيار الغبن ٤٠٤
في أن الإسقاط لكونه إقداماً على الضرر يرفع الخيار ٤٠٥
في التمسك بأدلة اللزوم من الأصول اللفظية والعملية لإثبات لزوم العقد بعد عدم جريان دليل الخيار .. ٤٠٥
في كون استصحابها تعليقياً لولم يكن الخيار من قبيل الحق ٤٠٦
في المناقشة على استصحاب الخيار لولم يكن بنفسه مجعولاً ٤٠٧
في أن التردد بين كون المجعول حقاً أو حكماً ليس في بعض الموارد ٤٠٨
في أنه لو أسقط الخيار عن أيّ مرتبة يسقط مطلقاً ٤٠٩
في أنه لو أسقط الخيار بزعم عشرة فظهر مأة لم يسقط ٤١٠
في حكم ما لو أسقط الخيار قبل ظهور الغبن ٤١١
في أن إسقاط ما لم يجب ممتنع ولو وجد سبب الحق ٤١١
في أنه يكون المحظور من الصحة في المقام غير تعليق الانشاء بخلاف أمثلة المصنف ٤١٢
تنبيه ٤١٣
في بيان حكم عوض مصالحة حق خيار الغبن ٤١٤
في الإشارة إلى الوجوه التي تكون أو يمكن أن يقال بها لصحة صلح حق خيار الغبن وحكم إرثه ٤١٥
في إثبات صحة صلح الخيار لقيام الدليل على أنه يورث ٤١٦
في دعوىٰ أن الخيار يصحّ صلحه ولو كان من الجواز التكليفي مع المناقشة على ذلك ٤١٧
في تصحيح العوض مع الجهل بثبوت الخيار بالضميمة ٤١٨
في أن من مسقطات خيار الغبن شرط سقوطه في ضمن العقد ٤١٩
في أن الجهل بالقيمة ليس غررياً، دون الجهل بالصفات ٤١٩

في بيان الفرق بين الجهل بالقيمة والجهل بالصفات المغيّرة للمالية وأن الأول لا يوجب الغرر ٤٢٠
في أن التصرف الذي يقصد به سقوط خيار الغبن يوجب سقوطه والدليل على هذه الكلّية ٤٢٥
في أنه ليس إجاع من جهة التصرف المسقط في باب الخيارات و أنه لابد أن تتكلم فيها على طبق القواعد. . . ٤٢٧
في رد من قال: إنه في البيع الغبني يكون الخيار في ردّ العينين لا في أصل العقد حتى يثبت بعد التلف ٤٢٨
في أن التصرف الملزم من المشتري المغبون ليس مسقطاً لخياره فضلاً عن تصرف البايع المغبون ٤٣١
تنبيه ٤٣٣
لا فرق فى عدم امكان الرد بين التصرف اللازم وبين فكّ الملك وبين المانع من الرد مع البقاء على الملك ٤٣٣
في الفروع التي يترتب أو يختلف حالها على القول بكون التصرف قبل العلم بالغبن مسقطاً في الجملة . ٤٣٤
في حكم ما تصرف بالامتزاج أو غيره بالنقيصة أو الزيادة و أن تصرف الغابن لايوجب سقوط خيار المغبون بأي شيء يفعل ٤٣٦
فيه كلام من جهة أن التصرف من الغابن بالاستيلاد يوجب عدم صحة تملك المغبون لأمّ الولد بالفسخ أم لا. . ٤٤٠
في إلزام الغابن بفسخ العقد الجائز لردّ العين إلى المغبون بعد فسخ العقد وأن اللازم ردّ العين مع التمكن قبل تحقق الأداء بوجه ٤٤١
في بيان أن إجارة غير ذي الخيار لِما انتقل إليه صحيح بعد تحقق الفسخ من ذي الخيار أم لا ووجه القولين. ٤٤٣
في أن مقتضى القاعدة في صورة آخر غير ذي الخيار للعين ضمان المنفعة بالنسبة إلى المدة بعد الفسخ للإجارة ٤٤٥
في كون غير ذي الخيار ضامناً للمنفعة مع التلف ٤٤٧
في أن الزيادة الحكمية هل توجب الشركة أم لا ؟ وتلزم الأجرة أم لا ؟ ٤٤٨
في أن مقتضى القاعدة الأول أن لا يكون الغابن المُحدِث لصفة في العين بعد الفسخ شريكاً في العين أو قيمتها و لا يكون له أجرة العمل أيضاً ٤٤٩
في التمسك بقاعدة الحيف و العدل وعدم إبطال الحق والضرر وغيرهما لكون مُحدِث الصَّفة أحقّ بالعين. ٤٥١
في أنه لو زادت قيمة المغبوض بالعقد الفاسد بإحداث صفة فيه يكون على صاحب العين ردّ مايقابلها . . ٤٥٣
في أنه لو زاد قيمة العين بعمل الغير جهلاً، فله حقّ فيها ٤٥٤
في بيان ما ربمّا يوجد للزارع حق في نفس الأرض ٤٥٥
في الفرق بين قلع الشجر عن ملكه وقلع الزرع عنه ٤٦٠
في حكم التعارض بين حرمة التصرف في مال الغير و بطلان الحقّ ٤٦١
في حكم تزاحم الحقوق من الرجوع إلى القرعة وغيرها وأنه قبل الممانعة يمكن القول بالبراءة ٤٦٢
في سائر الوجوه التي يستفاد من كلماتهم لجواز قلع الشجر ٤٦٤
في بيان مايصح أن يجعل وجهاً لعدم ثبوت الأرش على الجار الذي يقطع أغصان الشجر التي ذهبت في داره

٤٦٧
فرعٌ ٤٦٧
في الإشارة إلى حكم قطع الأغصان و قلع الشجر من المغبون أو البايع إلى من يفلس أو بايع الأرض المغروسة وفيما يؤخذ بالشفعة ٤٦٧
في حكم مالو امتزج مال شخص بمال شخص آخر من غير اختيار وأن حكمه الشركة في الثمن، وبيان حكم التقسيم و غيره ٤٦٩
فيما لو كان المزج باختيار أحد المالكين إما عن العدوان، أو غيره وبيان الفرق بينه وبين المزج الغير الإختياري ٤٧١
في بعض أحكام الشركة في المزج الإختياري ٤٧٤
في الأحكام التي تكون لتلف أحد العوضين ٤٧٥
في أنه لو أتلف الأجنبي ما عند المغبون فبعد الفسخ يرجع الغابن إلى كلّ منهما في بعض الفروض الخاصة ٤٧٦
فيما لو تلفت العين عند الغابن بإتلاف الأجنبي إيّاه، فهل يكون للمغبون بعد الفسخ الرجوع إلى المتلف أم لا ٤٧٧
في تقريب التمسك بقوله « على اليد » على ضمان غير ذي الخيار أو ذي الخيار للعين بعد التلف والفسخ ٤٨١

فهرس المطالب (المجلد الرابع عشر) ٤٨٣