بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الأول

بغية الراغب في مباني المكاسب

▼

بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الأوّل)

تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمىٰ الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات

بقلم: نزار آل سنبل القطيفي

الناشر: مدرسة الإمام باقرالعلوم عليه السلام

الطبعة الاولى: ١٤٣٣ هـ ق ـ ١٣٩١ هـ.ش.

المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة

المطبعة: نگارش

السعر المجلّداً: ٧٥٠٠ تومانا

ردمك: ٩ ـ ٣٨ ـ ٢٦٩٤ ـ ٩٦٤ ـ ISBN ٩٧٨

قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٧٧٤٣٢٥٦ - ٠٢٥١

مراكز التوزيع:

١) قم. شارع معلّم، فرع ١٢، رقم ٢٤، منشورات دليل‌ما، هاتف ٧٧٤٤٩٨٨ ـ ٧٧٣٣٤١٣

٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پيام الإسلام، هاتف ٧٧٤٢٤٩٨ - ٧٧٤١٨٤٧

٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١

٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل‌ما، هاتف ٥ ـ ٢٢٣٧١١٣

٥) النجف‌الأشرف، سوق‌الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقرالعلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩

٦) كربلاء المقدسة، شارع قبلة الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلي رحمه الله، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراسانى، حسين، ١٢٩٩ -

عنوان و پديدآور : بغيه الراغب فى مبانى المكاسب: تقرير لابحاث سماحه آيت الله العظمى الشيخ الوحيد الخراسانى دام ظله فى الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفى

مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم عليه السلام، ١٣٩١.

مشخصات ظاهرى : ج.

شابک : (ج ١) 9 - 38 - 2694 - 964 - 978

وضعيت فهرست نويسى : فيپا.

يادداشت : عربى.

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ١٤

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : خيارات (فقه)

شناسه افزوده : آل سنبل القطيفى، نزار، گردآورنده

رده بندى كنگره : ١٣٩١ ٧ ب ٢٧ و / ٥ / BP ١٨٣

رده بندى ديويى : ٢٩٧/ ٣٤٢

شماره كتابخانه ملى : ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الأول

الطبعة الأولى

١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين سيما بقية الله في الأرضين ولعنة الله على أعدائهم الى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض موارد الجزء الاول من كتاب (بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامة الحجة الشيخ نزار آل سنبل القطيفي دامت تأييداته تقريرا لبحوثنا الفقهية التي التيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب ببيان متين واسلوب رصين، ولا غرو في ذلك فانه ممن حضر ابحاثنا في الفقه والاصول مدة مديدة حضور فهم ودقة شكر الله عز وجل سعيه، واسأل الله تبارك وتعالى ان يؤيده في اتمامه ويوفقه فيما يحب ويرضى

الحسيني

١٣ رجب المرجب ١٤٣٣

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين، لاسيما بقية الله في الأرضين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

وبعد

فهذه جملة مما استفدناه من دروس شيخنا المعظَّم، وأستاذنا الأعظم، زعيم الحوزة العلمية في قم المقدسة، وقطب رحاها الذي تدور عليه، العالم العارف الورع التقي، سماحة آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالي، التي ألقاها على ثلة من أهل العلم، وطلاب المعرفة، ممن جاؤوا من كل حدب وصوب من أقطار العالم الإسلامي، على اختلاف ألسنتهم وألوانهم؛ ليكونوا في جوار سيدة عش آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم السيدة فاطمة المعصومة عليها السلام، فاستفادوا من جوارها روحانية المعنى، وسمو الذات، وانتهلوا العلم من منهل الشيخ الأستاذ - دام ظله - وارتووا من نميره العذب، ومن معينه الزلال، فإن درسه في هذه السنين منهل الفضلاء والعلماء، ويجتمع فيه خلاصة حوزة قم المقدسة وزبدتها، حتى بلغوا في

الآن الواحد ما يقارب ألفي طالب علم، يزيدون قليلاً أو ينقصون، وفيهم المجتهد والمراهق للاجتهاد والفاضل والمحصِّل، فصار أصدق مصداق لقول القائل:

* والمنهل العذب كثير الزحام *

ولأني أعرف أن سماحته -حفظه الله- لا يميل إلى المدح، ولا يرغب في الإطراء أمسكت بعنان القلم ولم أتركه باختياره ليسطِّر ما يستحقه مقامه الرفيع من الوصف والمدح.

وأما بالنسبة إلى هذا التقرير فقد حاولت جهدي أن تجتمع فيه نكات البحث الدقيقة مع سلاسة التعبير وسهولة العبارة، وربما سلكت طريق الإسهاب التي عودنا عليها شيخنا الأستاذ في مجلس درسه الشريف، وكان باستطاعتي أن أختزل اللفظ، وأضيّق مسلك المعنى بتعقيد العبارة، كما يفعل الكثير؛ لأن غرضي أن تصل الفكرة إلى القارئ واضحة وضوح الشمس، لا غبش فيها ولا لبس، ليفهمها المبتدئ ولا يستغني عنها المنتهي.

كما أني حاولت قدر الإمكان أن لا يفوتني شيء مما أفاده سماحته في مجلس الدرس حتى الأجوبة التي كان يجيب بها على الطلاب أثناء المناقشة والحوار، فربما تكون هناك شاردة أو واردة تستحق التسجيل فلا أتركها، فإن رأيت من المناسب أن تكون في المتن وضعتها فيه، وإن رأيت الأنسب أن لا تكون في المتن وضعتها في الهامش.

كما حاولت أن أضيف بعض النقاط التكميلية في الهامش لمعرفتي بحاجة المحصّل لها أثناء قراءته للمتن، فلا يحتاج لقطع مطالعته والسعي وراءها، وقد رأيت أن ما هو حقيق به من التسمية هو اسم (بغية الراغب في

مباني المكاسب)؛ فإن من يقرأه يطّلع على جميع المباني المهمة لبحوث الخيارات من كتاب المكاسب مع مناقشتها ومحاكمتها، فأرجو أن أكون قد وفقت في ما أردت، فإن وفقت فذلك من فضل ربي وهو المطلوب، وإن لم أوفق فذلك جهد المعذور، فأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعله في ميزان الأعمال يوم تخف الموازين إلا من الخير؛ فإني قدمته هدية متواضعة خجلى لناموس العصر وإمام الدهر، سيدنا ومولانا صاحب العصر والزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف، وجعلنا من خلّص أنصاره وأعوانه، والذابين عنه، والمجاهدين بين يديه، والمستشهدين تحت لوائه، وإن الهدايا على مقدار مهديها.

وأرجو ممن يقرأه ويستفيد منه أن لا ينسى سماحة الشيخ الأستاذ -دام ظله- من خالص دعائه، وأن لا ينساني ووالدي من الدعاء حياً وميتاً.

ولا يفوتني في ختام هذه المقدمة أن أشكر جميع من وقف معي في كتابة هذا التقرير.

وفي الأخير نقول: قد بيّن سماحة الشيخ الأستاذ -دام ظله- بنحو الإجمال طريقته في البحث فقال:

إن طريقتنا في هذه الأبحاث أن نتعرض أولاً لكلمات الشيخ الأعظم الأنصاري قدس سره في كتابه المعروف بالمكاسب، ثم نتعرض لأقوال المحققين ممن جاء بعده، وما فيها وما يرد عليه وعليها، ثم نبيّن ما هو الحق في المسألة.

كتبه بيمناه الداثرة أقل طلبة العلم عملاً، وأكثرهم زللاً نزار بن المرحوم الوجيه الحاج محمد شوقي آل سنبل القطيفي غفر الله له ولوالديه في بلدة

الجش من نواحي القطيف المحروسة بعين الحق تعالى، وآخر دعوانا:

أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله الطاهرين.

شهر رمضان المبارك/ ١٤٣٢ هـ

الخيارات[1]

الكلام في الخيار وأقسامه وأحكامه:

تعرض الشيخ قدس سره -قبل دخوله في مباحث الخيار- إلى مقدمتين:

المقدمة الأولى: في تعريف الخيار.

وهو في اللغة اسم مصدر من الاختيار[2].

---

(١) الثلاثاء: ١٠/ ٦/ ١٤٢٠هـ ق - ٣٠/ ٦/ ٧٨ هـ ش، وهو الدرس الأول بعد عطلة الصيف.

(٢) في النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢: ٩١: «الخيار: الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين: إما إمضاء البيع، أو فسخه..».

وفي تاج العروس للزبيدي ٦: ٣٧٩ - ٣٨٠: «والخيار: الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع أو فسخه. وفي الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»...، وقولهم: لك خيرة هذه الغنم وخيارها. الواحد والجمع في ذلك سواء، وقيل: الخيار: نضار المال، وكذا من الناس وغير ذلك. وأنت بالخيار وبالمخيار، هكذا هو بضم الميم وسكون الخاء وفتح التحتية، والصواب: وبالمختار، أي اختر ما شئت».

وفي مجمع البحرين للشيخ الطريحي ١: ٧١٨ - ٧١٩: «والخيرة -بالكسر فالسكون- من الاختيار،والخيرة -بفتح الياء- بمعنى الخيار، والخيار: هو الاختيار، ويقال: هو اسمٌ من تخيرت الشيء، مثل الطيرة اسمٌ من تطير، وقيل: هما لغتان بمعنى واحد، قاله في المصباح. والاختيار: الاصطفاء. ومحمد صلى الله عليه وآله خيرتك من خلقك

←

وعرّف اصطلاحاً بتعريفين:

التعريف الأول: ما عرّفه به جماعة من المتأخرين، وعليه فخر المحققين قدس سره واختاره الشيخ قدس سره وهو: ملك فسخ العقد[١].

التعريف الثاني: ما اختاره صاحب الجواهر قدس سره[٢]، والمحقق النائيني قدس سره[٣] من المتأخرين، وهو: ملك إقرار العقد وإزالته.

فيتضح من ذلك أنه غلّب في كلمات الفقهاء في حصة من معناه اللغوي، لأن اسم المصدر -وهو الخيار هنا- يوجد مع مصدره -وهو الاختيار- في جميع موارده؛ حيث إن المصدر واسمه متحدان ذاتاً متغايران اعتباراً، وتعيّن عندهم في المقام في حصة خاصة على سبيل التغليب، وهي ملك فسخ العقد عند بعض، وملك إقراره وإزالته عند آخرين، فمتى أطلقوا الخيار فمرادهم هذا الملك الخاص.

والفرق بين التعريفين من جهتين:

الأولى: وحدة الملك والمملوك في التعريف الأول، وتعددهما في الثاني؛ إذ الملك إنما يتعدد بتعدد متعلقه، وهو في الأول الفسخ خاصة، وفي

-بكسر الخاء وبالياء والراء المفتوحتين- أي المختار المنتخب، وجاء بتسكين الياء. وقول علي بن الحسين عليه السلام: «فأنا الخيرة ابن الخيرتين» يريد خيرة الله من العرب هاشم ومن العجم فارس. وفي الخبر «أنا بين خيرتين» تثنية خيرة كعنبة، أي أنا مخير بين الاستغفار وتركه في قوله تعالى: ﴿اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ﴾. ومنه: خيَّرته بين الشيئين، أي فوضت إليه الخيار».

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٢، ولفظه: (لأن الخيار ملك الفسخ)، المكاسب ٥: ١١.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣، وعرفه به أيضاً صاحب الرياض ٨: ١٧٧.

(٣) منية الطالب ٣: ٣.

الثاني إزالة العقد وإقراره.

الثانيـة: إن متعلق الملك في التعريف الأول هو الفسـخ، والسـلطنة على الوجود سـلطنة على العدم، فيكـون فيه طرف وجودي وآخـر عدمي، فالخيار ملك فسخ العقد، وملك عدمه.

وأما المتعلق في التعريف الثاني فأمران وجوديان: إقرار العقد، وإزالته.

ولا يخفـى أن الإزالـة تحل محل الفسـخ، ولا شـك أن مـن يملك إزالة العقد يملك عدمها.

وبهذا اتضح أن نسـبة التعريف الثاني إلى التعريف الأول هي نسبة الأعم للأخص، فإن ما في الأول موجود في ملك إزالة العقد من الثاني، ويزيد الثاني بملك إقرار العقد.

الإشكال على التعريف الأول ودفعه

أورد علـى التعريف الأول بعدم مانعيته؛ إذ هنـاك موارد يوجد فيها ملك فسخ العقد وهو ليس خياراً، وهي:

١ - العقود الجائزة، كالهبة والوكالة.

٢ - عقد الفضولي، فإن الأصيل يملك فسخ العقد.

٣ - العقد المتعلق بالمال الزائد على ثلث التركة، فإن للوارث فسخه.

وهـذا النقض مبني على كون الوصية عقـداً، وأما على القول بعدم كونها عقـداً -كما هـو المختار- فلا موضوع لنقض الشـيخ قدس سره بـه، فيحمل كلامه حينئـذ على إرادة العقد في مرض الموت، فـإن أمر منجزات المريض فيما زاد

على الثلث بيد الوارث على القول بعدم نفوذ منجزاته[١].

٤- العقد على بنت الأخ والأخت؛ فإن العمة والخالة تملكان فسخه.

٥- ما إذا زوجت الأمة بالعبد ثم أعتقت، فإنها تملك فسخ العقد حينئذ.

٦- عقد النكاح مع وجود أحد العيوب المخصوصة في الزوج أو الزوجة؛ فإن الآخر يملك فسخ العقد.

فمن له أمر العقد يملك فسخه في هذه الموارد، فيدخل ملك الفسخ فيها في التعريف، مع أنه ليس خياراً؛ إذ هو حكم لا يقبل الإسقاط والإرث، بخلاف الخيار فإنه حق ويقبلهما.

دفع الشيخ قدس سره للإشكال ومناقشته

ودفعه الشيخ قدس سره: بكلمة (ملك) في التعريف؛ إذ لعل التعبير بها للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والرد لعقد الفضولي، والتسلط على فسخ العقود الجائزة؛ فإن ما فيها هو الحكم وهو جواز الفسخ، لا ملكه بحيث يكون الواهب والأصيل مالكين للفسخ، فلا يدخل ما فيها في التعريف.

وفيه: أولاً: أن الملك هنا بمعنى السلطنة كما صرح به الشيخ قدس سره في ذيل كلامه، لا الاختصاص المطلق، أعني الملك الاصطلاحي الذي تتفرع عليه السلطنة كما في «الناس مسلطون على أموالهم»؛ فإنها متفرعة على الأموال، والسلطنة لا تلازم الحق حتى تكون كلمة (ملك) تنبيهاً عليه، وسيأتي إن شاء الله تعالى توضيح عدم الملازمة بين السلطنة والحق في مناقشتنا لتفسير

(١) ربما يدعى بأن ما ذكره الأستاذ أخيراً هو الظاهر من عبارة الشيخ الأنصاري قدس سره فراجع.

المحقق الأصفهاني قدس سره للسلطنة بالسلطنة الاعتبارية فانتظر.

ثانياً: أنه إن كان في التعبير بالسلطنة على الفسخ تنبيه على كون الخيار حقاً فليكن كذلك في السلطنة على الفسخ في العقود الجائزة؛ لاعترافه بالسلطنة في المقامين[1].

الصحيح في الجواب عن الإشكال

إن موارد النقض لا موضوع للنقض بها، أما العقود الجائزة؛ فلأن المجعول الشرعي في الهبة -التي هي من أجلى مصاديق العقود الجائزة- هو التسلط على رد العين على ما يستفاد من أخبار الباب[2]، لا التسلط على فسخ العقد.

---

(١) قال في المكاسب ٥: ١٢: (ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة والرد لعقد الفضولي، وسلطنة الرجوع في الهبة، وغيرهما من أفراد السلطنة شائع).

(٢) على ما هو المشهور من جواز الهبة، ويدل عليه جملة من النصوص منها:

١- صحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله، وعبدالله بن سليمان جميعاً، قالا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء».

الوسائل، الباب٦ من كتاب الهبات، الحديث١.

٢- صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام -في حديث- قال: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم فإنّه لا يرجع فيها».

الوسائل، الباب٦ من كتاب الهبات الحديث ٢.

٣- صحيح زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إنما الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول اللّه صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى للّه شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط للّه وفي اللّه فإنّه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز».

الوسائل، الباب٣ من كتاب الهبات، الحديث١.

والموضوع في هذه الأخبار هو الرجوع في الموهوب لا فسخ الهبة، ولكن هذا

←

وأما الأمة المزوجة إذا أعتقت فالمجعول فيها هو الخيار؛ إذ لسان أخبارها لسان «البيعان بالخيار حتى يفترقا، ما لم يفترقا»[١]، فحمل الثاني على الحق، والأول على الحكم بلا وجه.

وللخروج عن حد الدعوى إلى حد الدليل نستعرض بعض روايات المسألة الواردة في باب «أن الأمة إذا كانت زوجة العبد أو الحر ثم أعتقت تخيرت في فسخ عقدها وعدمه» من الوسائل:

١ - عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام -في حديث- قال: «سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم يعتقها، تخيَّر فيه أم لا؟ قال: نعم، تخيَّر فيه إذا أعتقت»[٢].

٢- عن عيص بن القاسم قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «إن بريرة كان لها زوج، فلما أعتقت خيِّرت»[٣].

٣- عن ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما أعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم: اختاري»[٤].

الكلام إنما يتم بناء على ما هو المعروف بينهم من جواز الهبة، وأمّا على اللزوم -كما يدل عليه بعض الأخبار- فلا مجال لهذا البحث كما أفاده شيخنا الأستاذ دام ظله، ومن تلك الأخبار ما روي عن رسول اللّه صلى الله عليه وآله وسلم: «من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه».

الوسائل، الباب١٠ من كتاب الهبات الحديث ٣ و٤.

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٢ و ٣.

(٢) الوسائل، الباب٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

(٣) المصدر السابق، الحديث ٣.

(٤) المصدر السابق، الحديث ٩.

٤- عن زيد الشحام، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيِّرت إن كانت تحت عبد أو حر»[١].

٥- عن الحسين بن علوان، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى في بريرة بشيئين، قضى فيها بأن الولاء لمن أعتق، وقضى لها بالتخيير حين أعتقت»[٢].

إلى غير ذلك من الروايات، ومفادها جعل الخيار للأمة المزوجة إذا أعتقت.

وإن شئت قلت: إن الشيخ قدس سره قد استفاد الحقية في الخيار من التعبير بالملك، وهذا التعبير يستفاد من بعض روايات هذا الباب أيضاً كصحيحة الحلبي، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة قال: «أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها وإن شاءت نزعت نفسها منه»[٣].

وكرواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته»[٤].

فإن مفاد قوله عليه السلام: «أمرها بيدها» مالكية الأمر والسلطنة عليه.

بل في رواية عبدالله بن بكير التصريح بالملك، فقد روى عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل

(١) المصدر السابق، الحديث ١٣.
(٢) المصدر السابق، الحديث ١٤.
(٣) المصدر السابق، الحديث ٢.
(٤) المصدر السابق، الحديث ٨.

أن يطلقها، قال: «هي أملك ببضعها»[١].

والرواية وإن كانت ضعيفة سنداً إلا أن مبنى الشيخ ﷺ على التساهل في الأسانيد[٢].

وأما تزوج بنت الأخ والأخت على العمة والخالة؛ فلأن توهم النقض به يبتني على تمامية أمرين:

أحدهما: تحقق العقد.

والآخر: ثبوت السلطنة على الفسخ للعمة والخالة.

وكلاهما لم يثبت؛ فإن مفاد الروايات وعنوان الباب -كما في الوسائل- هو البطلان عند عدم الاقتران بالإذن أو الرضا، كما لا يستفاد منها السلطنة على الفسخ.

قال الحر العاملي ﷺ: (باب عدم جواز تزويج بنت الأخ على عمتها وبنت الأخت على خالتها نسباً ورضاعاً إلا بإذنهما، فإن فعل بطل ويجوز العكس بغير إذن)[٣].

وأمّا الروايات فقد وردت فيها تعابير مختلفة: تارة بعنوان «فنكاحه باطل» مثل ما عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام في حديث قال: «.. ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العمة والخالة إلا برضاء منهما، فمن فعل

---

(١) المصدر السابق، الحديث ١١.

(٢) لعل نظر الشيخ الأستاذ دام ظله إلى طريقة الشيخ في الفقه وإلا فمبناه الأصولي كما صرح به في الرسائل ١: ٣٤١ حجية الخبر المفيد للاطمئنان، ولعله يحصل له الاطمئنان حتى في بعض الأخبار الضعيفة سنداً لوجود قرائن أخرى تحف بها.

(٣) الوسائل، كتاب النكاح، الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها.

ذلك فنكاحه باطل»[١].

وأخرى بعنوان «لا يحل للرجل» كما في رواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[٢].

وثالثة بعنوان: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها» كرواية أبي عبيدة، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة»[٣].

ورابعة بعنوان «لا تزوج» كرواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا تزوج ابنة الأخ ولا ابنة الأخت على العمة ولا على الخالة إلا بإذنهما»[٤].

ومفاد هذه التعابير هو البطلان من رأس، لا الوقوف على الإجازة؛ فإن هذه التعابير بين ما هو نص في البطلان أو ظاهر فيه، وأمّا السلطنة على الفسخ فلا تستفاد منها كما هو ظاهر.

ودعوى أن جواز الفسخ يستفاد من التعليل في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلى سيده، إن شاء أجازه وإن شاء فرق بينهما».

قلت: أصلحك الله، إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما

---

(١) المصدر السابق، الحديث ٣.

(٢) االمصدر السابق، الحديث ٧.

(٣) المصدر السابق، الحديث ٨.

(٤) المصدر السابق، الحديث ١.

يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحل إجازة السيد له.

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جايز»[١].

فإن مقتضى التعليل هو الالتزام بالصحة الموقوفة على الإجازة في كل مورد كان المنع من ناحية عصيان المخلوق بفقد إذنه أو رضاه، لا من ناحية عصيان الخالق، وما نحن فيه كذلك فيصح بالإجازة.

مدفوعة؛ بأن نسبة تلك الروايات إلى صحيحة زرارة نسبة الخاص إلى العام فتخصص بها، وإنما لم يخصص عمومها بما ورد في صحيحته الأخرى عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده»[٢]؛ لصيرورة العام نصاً في مورده؛ لأجل التطبيق عليه.

فتحصَّل أن مقتضى الروايات هو بطلان العقد، إلا أن يدّعى الإجماع على خلافه، وتمام الكلام وبيان المختار موكول إلى محله.

وأمّا فسخ النكاح بالعيوب؛ فلأن رواياته وردت بلسان «ترد المرأة»، لا بعنوان فسخ العقد، على وزان ما ورد في الهبة من استرداد العين.

ففي صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل، ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا»[٣].

---

(١) الوسائل، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١.

(٣) الوسائل، كتاب النكاح، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١.

وصحيحة أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام -في حديث- قال: «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق... الحديث»[١].

إلى غيرهما من الروايات الدالة على ردّ المرأة لا فسخ العقد.

إلا أن يقال: إن رد المرأة في النكاح مما لا معنى له إلا بفسخ النكاح؛ فإن الخيار في مورد الأملاك يتعلق بالعين ويتعلق بالعقد، وأما في النكاح فلا موضوع له بالنسبة إلى الأعيان.

ولذلك أسند الرد إلى النكاح في صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام -في حديث- قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[٢].

وأمّا فسخ عقد الفضولي فغير مستفاد من الروايات أيضاً؛ فإن غاية ما يستفاد منها: أن المالك له الإجازة والإمضاء، وأمّا فسخ العقد -سواء أكان حقياً أم حكمياً- فلا دليل عليه.

الإشكال على التعريف الثاني

وأما تعريف القدماء فناقشه الشيخ قدس سره بإشكال على تقدير، وبإشكالين على تقدير آخر فقال:

إنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك؛ لتكفّل ملك إزالة العقد له؛ لأن القدرة تتعلق بالطرفين -الوجود والعدم- دائماً، فملك إزالة العقد هو ملك لإزالته ولبقائه.

---

(١) المصدر السابق، الحديث ٥.

(٢) الوسائل، كتاب النكاح، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٦.

وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل للفسخ فيرد عليه:

أولاً: أن ذلك لا يمكن بغير إسقاط حق الخيار، فأخذ في إلزام العقد إسقاط حق الخيار، وأخذ المعرَّف -بالفتح- في التعريف دور.

وثانياً: عدم كون التعريف حينئذ جامعاً لأفراد الخيار، بل ينحصر في الخيار الواحد المختص.

توضيح ذلك: إن إقرار العقد جعل في التعريف مقابلاً لفسخه، والمفروض أنه أريد به الإلزام، وظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، وهو لا يتم إلا في صورة قيام الخيار بواحد، وأما إذا كان الخيار لكلا المتعاملين -بالشرط أو بالشرع- فلا يستقر العقد بإسقاط أحدهما لخياره؛ لتزلزله من ناحية الآخر.

وكذا لو كان لأحدهما خيار متعدد، كما لو اجتمع له خيار العيب والغبن، فإن إسقاط أحدهما لا يوجب استقرار العقد؛ لتزلزله من ناحية الخيار الآخر[1].

وحاصل الإشكال: أنه يلزم من تعريف القدماء -بقرينة المقابلة بين الإلزام والفسخ- أن يكون الإلزام بقول مطلق، فينحصر الخيار بالخيار الواحد المختص.

هذا حاصل ما أفاده الشيخ قدس سره في التعريف[2].

كلام المحقق النائيني قدس سره في تقسيم العقود لما يق تضي اللزوم وما لا يقتضيه

وقبل البحث فيما أفاده قدس سره نتعرض لما ذكره المحقق النائيني قدس سره من

(١) النقض الثاني إضافة من الشيخ الأستاذ دام ظله، ولم يتعرض له الشيخ قدس سره في المكاسب.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١ - ١٢.

المقدمة، وذلك لأهميتها، وقد اشتملت على أمرين:

الأمر الأول: إن العقود تنقسم ثبوتاً إلى أقسام ثلاثة:

١- ما تقتضي اللزوم ذاتاً.

٢- ما تقتضي الجواز ذاتاً.

٣- ما لا تقتضي اللزوم ولا الجواز.

وأما بحسب مقام الإثبات، فالمستفاد من الأدلة الشرعية: أن عقد النكاح والضمان من القسم الأول، والهبة من الثاني، والبيع والإجارة وأضرابهما من الثالث.

وشرط اللزوم في الأول، والجواز في الثاني، مؤكد لما اقتضاه العقد في ذاته، وأما شرط الخيار في اللازم بالذات، وشرط اللزوم في الجائز بالذات، فمناف لمقتضى العقد، ومخالف للكتاب والسنة.

وما ذكرناه من أن عقد النكاح والضمان يقتضيان اللزوم ذاتاً لا ينافيه جواز الفسخ للزوجين لوجود أحد العيوب المخصوصة، وثبوت الخيار في الضمان عند تبين إعسار الضامن من حين الضمان وعدم علم الدائن به، لخروجهما بالتخصيص.

ثم إن اللزوم والجواز إن كانا باقتضاء العقد بذاته كانا حكمين، فلا يقبلان الإسقاط كسائر الأحكام الشرعية.

وأما في العقد اللابشرط من ناحية اللزوم والجواز، فالخيار حقي يقبل الإسقاط، فأصل التفريق بين الحق والحكم في كلام الشيخ قدس سره يرجع -بنظر المحقق النائيني قدس سره- إلى هذا الأساس.

الأمر الثاني: إن العقود أمور إنشائية، وما ينشأ بها إما مدلول مطابقي وإما مدلول التزامي، ولا ينبغي الخلط بينهما، وملاك عقدية العقد هو الثاني دون الأول.

توضيح ذلك: إن المنشأ في البيع هي المبادلة بين الماليـن في إضافة الملكية، فالمنشأ بالمطابقة هو تبديل العين بالمال، وبهذه الجهة يكون بيعاً، والمدلول الالتزامي هو عبارة عن الالتزام بالبقاء على المنشأ، وبهذه الجهة يكون عقداً، فالعقدية إنما تحصل بالدلالة الالتزامية.

وبعبارة أخرى: إن عندنا بيعاً وهو تبديل طرفي الإضافة، وعقداً وهو البناء على استقرار هذا التبديل وعدم الرجوع عنه، والالتزام به، ولهذه الجهة قلنا في باب المعاطاة: بأنها بيع لا عقد، وقلنا بأنها تفيد الجواز لعدم تحقق ما يوجب اللزوم فيها؛ لقصور الأفعال عن إفادة التعهد والالتزام.

(ثم إن هذه الدلالة الالتزامية ناشئة من بناء العرف والعادة على أن من أوجد معنى بالعقد يلزم عليه أن يكون ثابتاً على ما أوجده، وبانياً على إنفاذ ما أنشأه، وإلا لم يقدم أحد على المعاملات الخطيرة والمعاوضة في الأشياء النفيسة..، فإذا كان هذا بناءهم في العقود المعاوضية وما يشبهها، فكل عقد كان اللزوم من مقتضيات ذاته يصير هذا الالتزام مؤكّداً له -كالنكاح والضمان- وكل عقد كان الجواز من مقتضياته -كالهبة- يخرج عن عموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ بالتخصيص، وكل عقد لا اقتضاء له يصير بهذه الدلالة ذا اقتضاء، كالبيع)[1].

---

(١) ما بين المعكوفين لم يذكره الشيخ الأستاذ -دام ظله- وأضفناه من تقريرات المحقق النائيني قدس سره لأهميته في البحث.

وما ذكرناه في البيع جار في الإجارة أيضاً، فإن فيها حيثيتين: تبديل المنفعة بعوض، وبها تكون إجارة، وهي المدلول المطابقي لـ(آجرتك الدار)، والحيثية الأخرى أن لا يرجع في هذا المنشأ، وبهذه الجهة تكون عقداً، وهكذا الحال في سائر المعاملات، و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ناظرة إلى المدلول الالتزامي لا المطابقي[1].

مناقشة ما أفاده المحقق النائيني قدس سره

وفي كلامه نظر من جهات، أما **القسم الأول** منه ففيه:

أولاً: أنه التزم بخروج العقدية عن ذات العقد، وأن العقود عقود بالمدلول الالتزامي لا بالمنشأ المطابقي، وعقدية العقود إنما هي بمناط بناء العقلاء على التزامهم بالوفاء بالمعاملة والبقاء عليها وعدم فسخها، فالعقدية -إذن- بهذا المناط لا بمناط نفس البيع، وإلا فالبيع حاصل في المعاطاة أيضاً، وقد صرح نفسه بأن المعاطاة بيع لا عقد، ووجه النظر في كلامه أنه قدس سره جعل من العقود ما تقتضي اللزوم ذاتاً ومع ذلك قال بأن اللزوم مطلقاً يكون ببناء العرف، والعادة على أن من أوجد معنى بالعقد يلزمه أن يكون ثابتاً على ما أوجده وبانياً على إنفاذ ما أنشأه.

ثانياً: أنه قدس سره ذكر في بحث الشروط أموراً معتبرة في صحة الشرط، منها:

١- أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة[2].

٢- أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد[3].

---

(١) منية الطالب ٣: ٣ - ٥.

(٢) منية الطالب ٣: ١٩٤، وهو الشرط الرابع من شروط صحة الشرط.

(٣) منية الطالب ٣: ٢٠٩، وهو الشرط الخامس منها.

فقد فكّك بين الأمرين -وهو الحق-؛ لأن عدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد في رتبة سابقة على عدم مخالفته للكتاب والسنة، وهذا الاختلاف في المرتبة ذاتي؛ لأن المحذور في مخالفة الشرط لمقتضى العقد هو التناقض، فإنشاء العقد وهذا الشرط متناقضان، ويستحيل تعلق الداعي بالمتناقضين، فمع مخالفة الشرط لمقتضى العقد لا عقد أصلاً للتناقض.

وأما مع مخالفته للكتاب والسنة فالعقد موجود، ولكن بما أن الالتزام في ضمنه مخالف للكتاب والسنة فهو باطل بمقتضى النصوص الواردة في بطلان ما خالفهما، فجعل الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد ومخالفاً للكتاب والسنة غير صحيح؛ لأن المنافاة مع مقتضى العقد توجب انتفاء العقد، فلا يكون هناك شيء يكون مخالفاً لمقتضى الكتاب والسنة.

وبعبارة أخرى: ملاك المحذورين متعدد، فكيف جعلهما من وادٍ واحد؟!

ثالثاً: أنه لو كان اللزوم في عقد النكاح باقتضاء ذاته لاستحال ثبوت الخيار بالتخصيص في العيوب المخصوصة؛ وذلك لأن الخيار إن كان مخالفاً لاقتضاء ذات العقد آل ورجع إلى التناقض[1]، واستحالة التناقض غير قابلة للتخصيص؛ لبطلان التخصيص في المدركات العقلية.

وإن لم يخالف اقتضاء الذات فهو مخالف للكتاب والسنة، وبطلان الشرط المخالف لهما غير قابل للتخصيص أيضاً بحيث يقال: كل شرط مخالف للكتاب والسنة باطل إلا هذا الشرط المخالف لهما.

وعليه فالجمع بين كون اللزوم في النكاح والضمان باقتضاء ذات العقد،

---

(١) لما تقدم من بيان المحذور في الشرط المخالف لمقتضى العقد؛ لأن مقتضى ذات العقد عدم الخيار بنحو مطلق، ومقتضى أدلة التخصيص ثبوته في الجملة.

وبين ثبوت الخيار في الصورتين المذكورتين بالتخصيص باطل.

رابعاً: -وهو العمد-: أنه ليس هناك عقد يقتضي اللزوم أو الجواز بذاته، ولمعرفة ذلك لا بدَّ من معرفة ذات العقد فنقول:

إن ذات العقد هو المنشأ بإنشاء العقد، فذات النكاح عبارة عن الزوجية بين الرجل والمرأة، وهي المنشأ بقول المرأة: (زوجت أو أنكحت)، وذات الصلح عبارة عن التسالم بين الطرفين، وذات البيع عبارة عن تبديل العين بعوض، وذات الإجارة عبارة عن تمليك المنفعة بالعوض، وهكذا في بقية العناوين.

فحقيقة الذات في المعاملات هي المنشآت بالإنشاءات المختلفة، سواء أقلنا بوجودها بالإنشاء أم أنها اعتبارات تبرز بالصيغ، وليس في هذه الذات اقتضاء اللزوم ولا الجواز، بل هما حكمان مجعولان من ناحية الشارع، تأسيساً أو إمضاء، فالمعاملة إن كانت لازمة عند العقلاء، فاعتبار الشارع اللزوم مماثل لما عند العقلاء فيكون إمضائياً، وإن لم تكن لازمة عندهم فاعتباره له تأسيسي.

فلا النكاح يقتضي اللزوم بذاته ولا الضمان، فإن الضمان عند الخاصة هو: نقل ما في ذمة الغير إلى ذمته، وعند العامة هو: ضم الذمة إلى الأخرى، وليس فيه غير هذا إلا أن الشارع حكم فيه وفي النكاح باللزوم وعدم قبولهما للفسخ، فدعوى اقتضاء الذات للزوم باطلة.

وأما **القسم الثاني** من كلامه -الذي حاصله أن عقدية العقد بالمنشأ بالدلالة الالتزامية- فغير تام أيضاً لوجهين:

الوجه الأول: منافاته لما ذكره نفسه في أول البيع؛ حيث قسّم العقود إلى قسمين: عقود إذنية، وعقود عهدية، وجعل قوام الأولى بالإذن كالعارية، وقوام

الثانيـة بالعهد، وقسّـم الثانية إلى قسـمين أيضاً: عقود تنجيزيـة كالبيع والصلح والهبة وأمثالها، وعقود تعليقية كالوصية والسبق والرماية ونحوها.

وقـال: بـأن العقـود الإذنيـة خارجة عـن حقيقة العقـد، وإنما هـي عقود باصطـلاح الفقهـاء، وأمـا العقـود العهديـة فهـي عقود حقيقـة، وقـوام عقدية العقـد بصرف الالتزام بمدلول العقد، فكما أنه يلتـزم في البيع بأن يكون المال للمشـتري بالعـوض، فكذلك فـي الهبة يلتـزم بأنه للموهوب لـه مجاناً، إلا أن الالتزام البيعي محكوم باللزوم شرعاً، وفي الهبة بالجواز[1].

والحاصـل: أن مـا أفاده فـي المقام من كـون عقدية العقد مفـاداً للمدلول الالتزامي، وهو يحصل ببناء العرف على اسـتقرار العاقد على ما تعهد به، مناف لما أفاده في أول البيع من أن عقدية العقد تحصل بصرف الالتزام بمدلول العقد.

فالتناقـض يقـع بين الالتـزام بكون العقديـة مدلول العقد -كمـا في أول البيع- والالتزام بأنها خارجة عن مدلوله، ولازمة له كما في المقام.

الوجـه الثاني: أن الحـق -كما حقق في محله من كتاب البيع-: أن جميع المنشـآت المشتملة على الإلزام والالتزام، المتقومة بالإيجاب والقبول عقود، إلا أن قسماً منها محكوم باللزوم، والآخر بالجواز[2].

الجواز الحقي والجواز الحكمي

بعد بيان مقدمة المحقق النائيني قدس سره وما فيها نعود لكلام الشيخ قدس سره لبيان الطريق للتمييز بين الجواز الحقي والجواز الحكمي، ومعرفة هذا من ذاك، فنقول:

---

(١) منية الطالب ١: ٨٩.

(٢) راجع كتاب البيع مبحث ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

أمـا على ما ذكره المحقق النائيني ﷺ في مقدمتـه فيميِّز بينهما باقتضاء ذات العقد وعدمه، فما يقتضيه العقد بذاته فهو حكم، وما لا يقتضيه كذلك فهو حق، وبما أنها مخدوشة فالنتيجة تتبعها.

وأما الشـيخ نفسـه ﷺ فلم يبيّن في هذا المقام أكثر مـن قوله: بأن جواز الفسـخ في باب البيع حـق، بخلافه في باب الهبة فإنه حكـم، ولم يبين الملاك، وقال: بأن في التعريف في المقام تنبيهاً على كون الجواز حقاً، للتعبير بأنه (ملك فسخ العقد)، وأما الهبة فليس فيها ملك فسخ العقد فالجواز حكم لا حق.

هذا، ويستفاد من ذيل كلامه: أن المراد من الملك هنا ليس هو الاختصاص المطلق المسـتتبع للسـلطنة، بـل المراد نفس السـلطنة؛ إذ توجـد ملكية تكون السـلطنة من أحكامها ومتفرعة عليها، بدليل: «الناس مسلطون على أموالهم»، فتوجـد «أموالهم» أولاً ثم يترتب عليها «مسـلطون»، وليـس المراد من الملك هنـا هو هـذا الملك الذي تتفرع عليه السـلطنة، بـل المراد منه نفس السـلطنة، فيكون تعريف الخيار عند الشيخ هو: (السلطنة على فسخ العقد)[1].

مناقشة المحقق الخراساني ﷺ للشيخ ﷺ

وأورد عليـه المحقـق الخراسـاني ﷺ: بأن الحق هو ما يقبل الإسـقاط والتوريـث، بل قوامـه بقبولهما، والحكم مـا لا يقبلهما، والسـلطنة لا تقبلهما فهي حكم لا حق، وحينئذ يكون تعريف الخيار بها من التعريف بقسيم الشيء، وهو باطل.

وبعبـارة أخـرى: إن المـراد مـن الملك في تعريـف الخيـار لا يخلو من

(١) المكاسب ٥: ١٢.

احتمالين: إما أن يكون المراد منه الاختصاص الخاص المستتبع للسلطنة، أو نفس السلطنة، والأول غير مراد؛ لأنه الأثر المترتب على الخيار، لا نفسه، والثاني حكم، والحكم غير قابل للإسقاط والتوريث، مع أن الحق قابل لهما.

وذهب إلى (أن الخيار حق خاص وهو اعتبار وإضافة مخصوصة بين العقد والأشخاص يستتبع آثاراً، منها السلطنة على الفسخ)[1].

ولكن نظرنا الآن ليس إلى مختاره بل إلى إشكاله.

جواب المحقق الأصفهاني عن إشكال المحقق الخراساني قدس سره

وأجاب عنه المحقق الأصفهاني قدس سره بجوابين، أحدهما عام والآخر خاص.

أما الجواب العام: فبأن الحق يكون بمعنى السلطنة ولا يرد الإشكال؛ لأن السلطنة على قسمين:

الأولى: السلطنة الحقيقية، ومنشأها الجواز التكليفي أو الوضعي، ولا ربط لها بالحقوق؛ فإنه إذا كان الحكم هو الجواز تكليفاً تفرّعت عليه سلطنة على الفعل والترك، وهي سلطنة حقيقية، كما لو أباح الشارع شرب الماء فإن للمكلف السلطنة على الشرب وعدمه، وكذا إذا كان الحكم هو الجواز وضعاً، كالجواز الوضعي في الهبة؛ فإنه يتفرع عليه السلطنة على استرجاع العين الموهوبة.

الثانية: السلطنة الاعتبارية، وهي أن يعتبر السلطنة على الفعل، وهي تستتبع جواز الفسخ تكليفاً ووضعاً لمن له الحق مع عدم المانع.

والشارع في باب الحق يعتبر السلطنة، وهي تستتبع الجواز تكليفاً أو

---

(١) حاشية المكاسب للآخوند: ١٤٣.

وضعاً بالنسبة إلى المتعلق، ففي حق الخيار مثلاً يعتبر الشارع السلطنة للعاقد على فسخ العقد، وأثر هذا الاعتبار جواز الفسخ تكليفاً ووضعاً، وعدم التفريق بين القسمين -السلطنة التي تستتبع الحكم، والسلطنة المتفرعة على الحكم- هو الذي أوجب الإشكال، فالحق أنه في الخيار جعلت السلطنة الاعتبارية على الفسخ، وأما في الهبة فلم تجعل للواهب سلطنة على الفسخ، وإنما جعل جواز استرداد العين تكليفاً ووضعاً، ويتفرع على هذا الجواز وجود سلطنة حقيقية لا اعتبارية، فيندفع الإشكال[1].

وأما الجواب الخاص فهو يختص ببابي بيع الفضولي والهبة، وحاصله: أنا نختار كون الخيار سلطنة على فسخ العقد، ولا ينتقض ببيع الفضولي ولا الهبة.

أما بالنسبة لبيع الفضولي فالرد ليس حلاً للعقد الحقيقي؛ إذ لم ينعقد العقد اللبّي والمعنوي في الفضولي بمجرد إنشاء الصيغة، بل لا ينعقد إلا بإجازة المالك، فسلطنة المالك على الرد وعدم إنفاذ العقد ليست سلطنة على فسخ العقد؛ لعدم العقد حقيقة وإنما الموجود صورته، بخلاف فسخ العقد بالنسبة لذي الخيار.

وأما بالنسبة إلى الهبة فالسلطنة فيها سلطنة على استرداد العين لا على فسخ العقد وإن كان يلزمه انحلال العقد، وأما السلطنة في باب الخيار فهي سلطنة على فسخ العقد وحلّه، فالفسخ في باب الخيار تعلّق أولاً وبالذات بالعقد وثانياً وبالتبع بالعين، والرجوع في باب الهبة تعلّق أولاً وبالذات بالعين، وثانياً وبالتبع بالعقد[2].

---

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ١١.

(٢) الحاشية على المكاسب ٤: ١٢.

رد جواب المحقق الأصفهاني قدس سره

أما جوابه العام فنقول: إنه غير واف لحل إشكال المحقق الخراساني قدس سره؛ لأن المحقق الأصفهاني قدس سره فرّق بين الجواز في باب الهبة -الذي هو حكم ويستتبع السلطنة الحقيقية على الفعل والترك- وبين الجواز في باب الخيار الذي هو سلطنة اعتبارية ويترتب عليه الجواز تكليفاً أو وضعاً، بينما إشكال المحقق الخراساني قدس سره كان منصباً على أن الحق يقبل الإسقاط والتوريث، والسلطنة لا تقبلهما فهي ليست بحق، والخيار حق، فكان على المحقق الأصفهاني قدس سره أن يثبت أن هذه السلطنة الاعتبارية في الخيار -إن عدّ سلطنة- تقبل الإسقاط والتوريث؛ إذ على فرض اعتبار السلطنة فما هو الدليل على كونها حقاً قابلاً للإسقاط والتوريث، لا حكماً لا يقبلهما؟

وترتب آثار الحق على مجرد كون السلطنة اعتبارية دعوى بلا دليل.

وبعبارة أخرى: إنه لا مانع ثبوتاً من كون السلطنة اعتبارية وقابلة للإسقاط والتوريث، وإنما الكلام في الدليل الإثباتي على أنها حق إذا كان الخيار سلطنة، وأن هذا الحق مما يقبل الإسقاط، فيلزمه إقامته.

وبعبارة ثالثة جامعة: إن جوابه العام ينحل إلى دعاوى ثلاث وهي:

الدعوى الأولى: إن الملك في التعريف بمعنى السلطنة الاعتبارية.

الدعوى الثانية: إن السلطنة الاعتبارية إما حق أو ملازمة له، وليست حكماً.

الدعوى الثالثة: إنها قابلة للإسقاط والتوريث.

وكلها باطلة؛ **أما الأولى** فلعدم الدليل على أن المجعول في الخيار هي السلطنة، بل الدليل قام على العدم كما سيأتي بيانه في الرد على جوابه الخاص بالهبة.

وأما الثانية فلعدم الدليل على أن كل سلطنة حق، كما لا ملازمة بين اعتبار السلطنة واعتبار الحقية بأي نحو من أنحاء التلازم: العقلي والعرفي والشرعي.

وأما الثالثة فلأن السلطنة في نفسها غير مقتضية للإسقاط والتوريث فإنها إن كانت باطلة -كسلطنة من تسلط بغير حق شرعي- فهي ساقطة في نفسها ولا شأن لنا بها، وإن كانت حقة -كسلطنة الأنبياء والأئمة عليهم السلام- فهي سلطنة ولا تقبل السقوط بالإسقاط قطعاً، وكذلك بقية مراتب السلطنة الشرعية للأولياء الشرعيين وللحاكم المجعول في قوله عليه السلام في مقبولة عمر بن حنظلة: «ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإني قد جعلته عليكم حاكماً»[1]؛ فإنها غير قابلة للإسقاط إلا إذا تبدل الموضوع فتسقط بنفسها، كما لو انسلخ المجعول حاكماً عن كونه ناظراً في الحلال والحرام.

هذا ما يرتبط بجوابه العام، وأما جوابه الخاص فهو ينحل إلى دعويين:

الدعوى الأولى: أن الحق في باب الخيار سلطنة اعتبارية مجعولة من قبل الشارع، بخلاف باب الهبة فإن الشارع لم يعتبر السلطنة فيها.

وفيها: أنه لا سبيل إلى استكشاف ذلك إلا بالرجوع إلى الأدلة، فإن أفادت التفريق بين البابين فهو، وإن كان اللسان واحداً سقطت دعواه، ولسان أدلة الخيار كما في صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»[2].

---

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ١.

ولسـان أدلة الرجوع في الهبة كما في رواية إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبـي عبدالله عليه السلام قال: «أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها»[1].

فالملاحظ أن اللسان واحد في البابين «البيعان بالخيار»، «أنت بالخيار»، فالقول بأن المجعول في باب الخيار هي السلطنة، وفي باب الهبة مجرد الجواز تحكم على خلاف ما يقتضيه مقام الإثبات بسبب وحدة اللسان.

واختلاف الأثر إنما يكشف عن اختلاف المؤثر في الأمور الحقيقية، وأما الأمـور الاعتباريـة فلا محذور في كون المجعول فيهـا أمراً واحداً مع اختلاف الأحكام، كما في خيار الغبن والعيب؛ حيث إن المجعول فيهما أمر واحد وهو الخيار مع اختلافهما في الأحكام.

نعم، هناك فارق بين البابين وهو: أن متعلق الخيار في باب البيع هو فسخ العقد، أو فسـخه وإقراره كما سـيأتي، وأما في باب الهبة فالمتعلق هو الرجوع ورد العين، كما أشار إلى ذلك عدة من الأعاظم كالمحقق الخراساني والنائيني والأصفهاني رحمهم الله، ويشهد له التتبع.

والحاصل: أن المجعول -بحسـب لسـان الأدلة- في البابين واحد وهو عنـوان الخيـار، فقول المحقق الأصفهاني قدس سره بـأن المجعول في باب الخيار السلطنة وفي الهبة الجواز على خلاف النصوص.

نعم، متعلق الخيار في الأول غيره في الثاني، والخيار في باب البيع قابل للإسقاط، وفي باب الهبة غير قابل له وذلك بمقتضى الدليل الخارجي، ونحن

---

(١) الوسائل، الباب ١٠ من كتاب الهبات، الحديث ٤.

وما قام عليه الدليل، فلا نقول: كل خيار يقبل الإسقاط؛ إذ لا دليل عليه.

الدعوى الثانية: عدم العقد اللبي المعنوي في باب الفضولي قبل إجازة المجيز، فلا خيار فيه؛ لعدم العقد، وإنما الموجود صورة عقد، أي مجرد إنشاء، بخلاف باب البيع الخياري فإن فيه عقداً يتعلق به الخيار.

ويرد عليها: **أولاً**: أن العقد مركب من إنشاء ومُنْشَأ، والعقد الحقيقي هو المنشأ لا الإنشاء، فالإيجاب والقبول إنشاء للبيع، والمنشأ بهما هو البيع، وهكذا في سائر العقود، فإذا قلنا بأن ما في الفضولي مجرد إنشاء البيع، فالإنشاء أمر تكويني لا اعتباري؛ فإن الإيجاب والقبول من مقولة الكيف المسموع، ومن الأعراض الحقيقية، والأمور الحقيقية غير قابلة للاستناد إلى شخص آخر بالإجازة، فإن قول الآخر لا يصح استناده ونسبته إليَّ بمجرد إجازتي له؛ لأنه أمر تكويني صدر منه فينسب إلى مصدره، ولا طريق لإسناده إلى غيره إلا مجازاً.

نعم، ما يقبل الاستناد بالإجازة حقيقة هو المنشأ؛ لأنه أمر اعتباري، فالمنشأ يكون بالإجازة مستنداً إلى المجيز فيكون العقد عقده والبيع بيعه والصلح صلحه، وإذا قلنا بأن ما في الفضولي قبل إجازة المجيز مجرد إنشاء -كما قال به هذا المحقق- فلا بدَّ من الالتزام بعدم المصحِّح لعقد الفضولي؛ لأن المفروض أن ما حصل هو مجرد إنشاء، والإنشاء لا يستند إلى المجيز بمجرد الإجازة، وما يقبل الاستناد بالإجازة -وهو المنشأ- لم يحصل.

وثانياً: أنه يلزم من هذه الدعوى عدم قابلية عقد الفضولي للصحة؛ إذ العقد الحقيقي اللبي يتحقق بالإجازة، فيكون في رتبة متأخرة عنها، وحينئذ يستحيل أن يكون مُجازاً وإلا يلزم تقدم المتأخر رتبة؛ لأن المُجاز متقدم على

الإجازة بالتقدم الطبعي بحكم البرهان، وهي متأخرة عنه بالتأخر الطبعي، والفرض أن العقد الحقيقي يتحقق بالإجازة فهو متأخر عنها، فلا يكون مُجازاً بها، فما تعلقت به الإجازة ليس هو العقد، وما هو عقد لم تتعلق به الإجازة، ومع هذا كيف يمكن الالتزام بانتساب العقد الواقع إلى المجيز بالإجازة، ويكون موضوعاً لـ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؟!

المناقشة في كلامي الشيخ قدس سره والمحقق الخراساني قدس سره

ومما تقدم في مناقشة المحقق الأصفهاني قدس سره في جوابه العام تظهر المناقشة في كلامي الشيخ والمحقق الخراساني رحمهما الله.

أما كلام الشيخ قدس سره الذي حاصله كون السلطنة الاعتبارية قابلة للإسقاط والتوريث فغير تام؛ لعدم الملازمة بين السلطنة الاعتبارية وقابلية الإسقاط، بل لا بدَّ من إقامة الدليل على ذلك بالخصوص.

نعم، الحق الذي هو قسيم للحكم -أي الحق بالمعنى الفقهي، لا بالمعنى اللغوي وهو الثابت- قام الدليل على قابليته للإسقاط والتوريث بخلاف الحكم، ولكن الإشكال هو عدم الملازمة بين اعتبار السلطنة والحق.

وأما دعوى المحقق الخراساني قدس سره أن كل سلطنة حكم غير قابل للإسقاط والتوريث بنحو الموجبة الكلية فغير تامة؛ فإنها دعوى بلا دليل.

نعم، ذلك ثابت بنحو الموجبة الجزئية وأما بنحو الكلية فهو غير ثابت؛ فإن دليل السلطنة: «الناس مسلطون على أموالهم» قام على أن سلطنة الملاك على أموالهم حكم غير قابل للإسقاط والتوريث، أما عدم الإسقاط فواضح، وأما عدم التوريث فلأنه مع موت المورث تنتقل العين إلى الوارث فتحصل

سلطنة جديدة للمالك الجديد وهو الوارث، ولم تنتقل نفس السلطنة الأولى، ولكن هذا لا يعني أن كل سلطنة غير قابلة للإسقاط والتوريث.

رأي السيد الخوئي قدس سره في استفادة السلطنة في الخيار ومناقشته

ذهب المحقق الخوئي قدس سره إلى أن الخيار في ذاته لا يدل على السلطنة والقدرة خلافاً للشيخ قدس سره، بل نستفيدهما من الخارج، فتستفاد السلطنة من كلمتي (الباء واللام)، والقدرة من هيئة (مختار)[1].

أما ما أفاده أولاً من استفادة السلطنة من (الباء) فيرد عليه: النقض بالهبة؛ فإنه من القائلين بأن الواهب في باب الهبة لا سلطنة له على الإسقاط، وإنما يجوز له الفسخ ليس إلا، بينما اللسان الوارد في باب الخيار هو بعينه وارد في باب الهبة كما تقدم في مناقشتنا للمحقق الأصفهاني قدس سره؛ فإنه ورد في الخيار: «البيعان بالخيار» وورد في الهبة: «أنت بالخيار»، فإذا كانت السلطنة مستفادة من (الباء) فهي موجودة في البابين.

وأما ما أفاده ثانياً من أن القدرة مستفادة من هيئة (مختار) ففيه:

أولاً: أن القدرة معنى اسمي، ومدلول الهيئة معنى حرفي، ولا يستفاد المعنى الاسمي من الحروف.

وثانياً: أن هيئة مختار هي هيئة باب الافتعال، فهي موجودة في مادة الاختيار وفي مادة الاضطرار، وليست موضوعة لمادة الاختيار على حدة، فكما أنها لا تدل على السلطنة في مادة الاضطرار فكذلك لا تدل عليها في مادة الاختيار.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٦ - ٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٥.

الحق في بيان المجعول شرعاً في باب الخيار

بعد أن اتضحت أقوال الأعلام في التعريف وتبينت المناقشة فيها حان بيان الحق في المسألة، وبيانه يحتاج إلى ذكر مقدمة تشتمل على أمرين:

الأول: إن المعتبرات الشرعية -إمضائية كانت أو تأسيسية- لها حيثيتان: تكوينية واعتبارية، والنسبة بينهما هي نسبة العلة للمعلول، لا المصدر لاسم المصدر، والأولى هي نفس الاعتبار، فإنه أمر تكويني، والثانية هي الحاصل منه وهو المعتبَر، فإنه أمر اعتباري، فاعتبار علقة الزوجية بين زيد وهند أمر تكويني، والمعتبَر- وهي العلقة الزوجية الحاصلة بذلك الاعتبار -أمر اعتباري، والأول علة للثاني، فالنسبة بين الاعتبار والمعتبَر -بالفتح- هي نفس النسبة بين التخيل والمتخيَّل؛ فإن التخيل أمر واقعي وهو فعل النفس، والمتخيَّل أمر خيالي، والأول علة للثاني.

الثاني: إن الطريق لمعرفة المعتبرات الشرعية منحصر في الأدلة الشرعية، والاجتهاد من دون الاستناد إليها مما لا اعتبار به ولا أثر له، فإذا دلَّ الدليل على شيء ولم يكن هناك مانع عقلي من الأخذ به فالقاعدة تقضي بأن يكون المعتبر هو نفس المستفاد من لسان الدليل.

إذا عرفت هذا فالحقوق بحسب مقام الإثبات على نحوين:

النحو الأول: أن يكون المجعول في لسان الدليل هو نفس عنوان (الحق) كما في روايات الحقوق الواردة في أبواب مختلفة، مثل ما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً»[1]، ومثل ما ورد في رسالة الحقوق

(١) الوسائل، كتاب الحج، ب١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث٢٤.

للإمام علي بن الحسين السجاد عليه السلام وأمثال ذلك، والمجعول في مثل هذه الأدلة هو نفس عنوان (الحق) بمعناه اللغوي وهو الجدير والحريّ، كما في قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾[1] ويقابله في اللغة الفارسية (سزاواري)، ولا وجه لرفع اليد عن هذا الظهور[2].

---

(١) سورة الأعراف: ١٠٥.

(٢) لا بأس باستعراض معاني الحق لغة كما ورد في كتب اللغة، وكلام الشيخ الأستاذ دام ظله يناسب بعض المعاني دون بعضها، والأنسب من المعاني معنى (الثابت)، وإليك كلمات اللغويين:

١- في كتاب العين ٣: ٦:

الحق نقيض الباطل. حق الشيء يحق حقاً، أي وجب وجوباً، وتقول: يحق عليك أن تفعل كذا، وأنت حقيق على أن تفعله. وحقيق: فعيل في موضع مفعول، وقول الله عز وجل: ﴿حَقِيْقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُوْل﴾ معناه: محقوق، كما تقول: واجب.

٢- وفي القاموس المحيط ٣: ٢٢١:

الحق: من أسماء الله تعالى أو من صفاته، والقرآن، وضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والموت، والحزم، وواحد الحقوق..

٣- وفي الصحاح ٤: ١٤٦١:

الحق خلاف الباطل، والحق واحد الحقوق...

قال الكسائي: يقال: حق لك أن تفعل هذا، وحققت أن تفعل هذا، بمعنى. وحق له أن يفعل كذا، وهو حقيق أن يفعل كذا، وهو حقيق به، ومحقوق به، أي خليق له، والجمع أحقّاء ومحقوقون. وحق الشيء يحق بالكسر، أي وجب. وأحققت الشيء، أي أوجبته. واستحققته، أي استوجبته.

٤- وفي مجمع البحرين ١: ٥٤٥ - ٥٤٦:

قوله: ﴿حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ﴾ [٢٨ / ٦٣] أي وجب عليهم الوعيد، ومثله قوله: ﴿وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [٣٦ / ٧٠] أي يجب عليهم الوعيد بكفرهم، ومثله: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ﴾ [٣٦ / ٧]، أي ثبت عليهم هذا القول ووجب لهم...

قوله: ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [٣٠ / ٤٧] أي إيجاباً حققت عليه

←

وقد قام الدليل على أن بعض هذه الحقوق بالمعنى اللغوي قابلة للإسقاط، وبعضها الآخر قام الدليل على عدم قابليته للسقوط بالإسقاط.

النحو الثاني: أن يكون المجعول مصاديق مفهوم الحق وعنوانِه، كحق الخيار وحق الاختصاص وأمثالهما، والمرجع في ذلك لسان أدلتها، وبعد الرجوع لها نلاحظ أن المجعول في مثل: «البيعان بالخيار، وصاحب الحيوان بالخيار» هو عنوان (الخيار)، لا السلطنة، والملك، والحق، والقدرة.

والخيار اسم مصدر من الاختيار كما تقدم، والأصل الأولي حمل اللفظ على المفهوم العرفي لا على المعنى الاصطلاحي، فمقتضى القاعدة أن المجعول في حق الخيار هو نفس عنوان (الخيار).

نعم، الخيار على قسمين: خيار تكويني، وخيار تشريعي، وكل منهما اسم مصدر من الاختيار إلا أن الأول اسم مصدر من الاختيار التكويني كاختيار الفاعل المختار لأفعاله الاختيارية، والمصدر واسمه في هذا القسم تكوينيان.

والثاني اسم مصدر من الاختيار التشريعي، كما لو جعل الشارع للعاقد حق الخيار في فسخ العقد، فله أن يختار فسخه وأن يختار عدمه، وإن لم يجعل له الخيار فهو ملزم بالمضي على طبقه، وهذا هو مقتضى لسان الدليل: «البيعان

القضاء. قوله: ﴿وَيُحِقُّ اللَّهُ الحَقَّ﴾ [١٠ / ٨٢] أي يثبته ويظهره، قوله: ﴿حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾ [٧ / ١٠٥] هو مثل قولهم: فلان حقيق بكذا، أي خليق به، وحقيق أن تفعل كذا مثل ذلك...

قوله: ﴿وَأَذِنَتْ لِرَبِّهَا وَحُقَّتْ﴾ [٨٤ / ٢] أي حق لها أن تسمع إذ هي مخلوقة لله تعالى.

قوله: ﴿حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ﴾ [١٠ / ٣٣] أي وجبت. قوله: ﴿مَا نُنَزِّلُ الْمَلَائِكَةَ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [١٥ / ٨] أي الأمر المقضي المفصول.

بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع».

فمدلول الروايات هو جعل الخيار التشريعي وسلبه، بمعنى أن لصاحب الخيار في خيار المجلس حق الاختيار قبل التفرق وهو مسلوب عنه بعده، وله حق الاختيار في خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام، وبعدها يسلب عنه الاختيار.

وهذا المعنى سار في جميع موارد الخيار إلا أن الخيار -سواء أكان تكوينياً أم تشريعياً- ملازم للسلطنة، وقد وقع الخلط بين المجعول وما هو ملازم له، فالاختيار ليس سلطنة، وإذا لم يكن سلطنة فلا يعقل أن يكون الخيار سلطنة؛ لأن النسبة بين الخيار والاختيار هي نسبة المصدر واسمه بالاتفاق، وهي غير نسبة الاعتبار والمعتبَر؛ فإن بين المصدر واسمه وحدة حقيقية واقعية على ما هو المحقق، والاختلاف بينهما اعتباري، فحقيقة الغَسْل هي عين الغُسْل، فهناك شيء واحد لكنه إذا أضيف إلى الغاسل كان الأول، وإذا لوحظ في نفسه بدون الانتساب للفاعل كان الثاني، فالخيار هو عين الاختيار، ولكن إذا أضيف إلى الفاعل كان اختياراً، وإذا لوحظ في نفسه كان خياراً.

والحاصل: أن الحق في المسألة هو أن المجعول في حق الخيار ليس شيئاً آخر غير جعل الخيار الشرعي، والقدرة والسلطنة والملك لوازم له، وقد خلط بينهما، بل قد وقع الخلط في هذه المسألة من جهتين:

الأولى: الخلط بين المفهوم والمصداق، ولا ينبغي الخلط بينهما؛ إذ لكل منهما بحث، ومحل الكلام هو المصداق لا المفهوم.

الثانية: الخلط بين اللازم والملزوم، وهو لا ينبغي أيضاً، بل ينبغي في تعريف حقيقة الشيء أن يفكك بين الملزوم واللازم والملازمات، وتعريف الخيار بالملك والسلطنة والقدرة تعريف باللازم لا بالحقيقة.

ولا بدَّ من أخذ هذين الأمرين بعين الاعتبار، كما ينبغي التنبيه على أمرين آخرين وهما:

الأمر الأول: أن النسبة بين الخيار الاعتباري والحق هي العموم من وجه؛ فإنه قد يوجد الخيار الاعتباري ولا يكون حقاً كما في الهبة، وقد يوجد الحق بدون الخيار كما في كثير من الحقوق، وقد يجتمعان كما في الخيار في البيع، فمجرد جعل الخيار لا تلازمه الحقية.

الأمر الثاني: أن قابلية الإسقاط والتوريث والنقل والانتقال وعدم كل واحد من هذه الأمور ليست من ذاتيات الحق، بل يدور أمرها مدار جعل الشارع وعدمه، وجميع الحقوق في نفسها بالنسبة لهذه الأمور لا اقتضائية، فإن اعتبرها الشارع كلها أو شيئاً منها فبها، وإلا فالمرجع مقتضى القواعد والأصول.

وزبدة المخض: أن المجعول الشرعي في جميع الخيارات هو نفس عنوان الخيار، إما لكلا طرفي العقد كما في خيار المجلس، أو لواحد منهما كما في خيار الحيوان، والخيار هو نفس الاختيار بمقتضى الاتحاد الحقيقي بين المصدر واسمه، والقدرة والسلطنة خارجتان عنه، فتعريف الخيار بأنه القدرة على الفسخ كما في كلمات بعض، أو بالسلطنة كما في كلمات آخرين، أو بالملك كما في كلام الشيخ قدس سره باطل.

نعم، لازم جعل حق اختيار الفسخ والإمضاء القدرة والسلطنة عليهما لا أنهما نفسه، وقد خلط بين اللازم والملزوم وبينهما بون بعيد.

وإذا ثبت أن المجعول هو الخيار ولم تقم قرينة عقلية ولا نقلية على خلافه وجب الأخذ بهذا الظهور.

هـذا تمـام الكلام في المجعول في باب الخيـار، وبما أن معرفة التعريف الصحيح للخيار تتوقف على معرفة متعلق الخيار لزم التعرض إليه وبيان الحق فيه فنقول:

متعلق الخيار

الأقوال المهمة في متعلق الخيار ثلاثة وهي:

١ - فسـخ العقد وعدمه، فالمتعلق مركب مـن أمر وجودي وعدمي وهو قول الشيخ قدس سره.

٢ - فسـخ العقد وإقراره، فهو مركب من أمريـن وجوديين، وهو مقتضى تعريف القدماء.

٣- نفـس العقـد إلا أن أثر هذا الحق -الذي هو إضافـة قائمة بين العاقد والعقد- السلطنة على الفسخ، وهو قول المحقق الخراساني قدس سره.

الإشكالات على مسلك القدماء ودفعها

أما مسلك القدماء فأورد عليه الشيخ قدس سره نقضاً وحلاً:

أما النقض: فبأن إقرار العقد جعل مقابل الفسـخ فيكون ظاهراً في إلزامه مطلقاً، والحال أنه ليس كذلك في ما لو كان الخيار مشتركاً بين الطرفين كخيار المجلس، أو متعدداً لأحد الطرفين.

والجواب عنه: أنه لا دليل على أن الإقرار إلزام للعقد مطلقاً، بل هو إلزام من جهة، فإن الإقرار متعلق للخيار بمعنى أن لصاحبه حق إقرار العقد، فتكون كلمة (الحق) قرينة على أن الإقرار من ناحية ذي الحق، لا من جميع النواحي،

فإذا تعدد الخيار -كما لو كان له خيار المجلس والبيع والغبن..- وأسقط حقه من أحدها لم يسقط حقه الآخر؛ فإن تعدد الخيارات يعني تعدد الحقوق، فإسقاط أحدها لا يلزم منه إسقاط جميعها.

وكذا لو كان الخيار مشتركاً؛ فإن هناك -حينئذ- حقين: أحدهما قائم بالبائع والآخر بالمشتري، فإذا أسقط أحدهما حقه فقد أقرَّ العقد من جهته وبقي الآخر على حاله.

وأما الحل: فبالدور؛ إذ عرّفوا الخيار بأنه حق فسخ العقد وإقراره، والإقرار لا يمكن إلا بإسقاط حق الخيار، فالخيار عرّف إذن بأنه يحق إسقاط حق الخيار، فأخذ المعرَّف في التعريف وهو دور.

وأضاف المحقق الأصفهاني ﷺ محذوراً آخر، وحاصله: أنه يستلزم الجمع بين النقيضين، فإن الإلزام المأخوذ في تعريف الخيار (حق فسخ العقد وإلزامه) لا يكون إلا بإسقاط الحق، وإسقاطه إعدامه، فعرّف الخيار بإعدام الخيار، وهو جمع بين النقيضين[1].

وأجاب المحقق السيد الخوئي ﷺ عن إشكال الدور بما يرفع إشكال تقوّم الشيء بنقيضه أيضاً لو تمّ الجواب في نفسه، وحاصله: أن الخيار في العقود الجائزة -كالهبة- يفترق عنه في العقود اللازمة، فإن الخيار في الأولى ليس إلا سلطنة على الفسخ، وأما العقود اللازمة -وهي محل الكلام- فالخيار فيها مركب من أمرين: أحدهما السلطنة على الفسخ، والآخر السلطنة على إسقاط الخيار المتعلق بالفسخ وجعل العقد لازماً، وعليه فالتعريف ليس دورياً؛ للتغاير بين الموقوف والموقوف عليه؛ فإن المعرَّف الخيار، وأخذ في

(١) حاشية المكاسب ٤: ١٤.

التعريف الخيار الثاني، وما يسقط به هو الخيار المتعلق بالفسخ، فالموقوف غير الموقوف عليه فلا يلزم الدور، كما لا يلزم تقوم الشيء بنقيضه؛ لعدم تعلق الإعدام بنفس المعرف، فيكون تحليل التعريف بهذا النحو: حق فسخ العقد وحق إعدام هذا الحق المتعلق بالفسخ[1].

وهذا البيان لا يدفع إشكال الدور ولا إشكال التناقض، أما أنه لا يدفع إشكال الدور؛ فلأنه لا يرتفع إلا بإثبات المباينة بين الموقوف والموقوف عليه من جميع الجهات، والفرض أن التعريف قد اشتمل -بحسب دعواه- على بعض المعرَّف؛ حيث ادّعى أن الخيار مركب من أمرين، فلم تتحقق المغايرة من جميع الجهات.

وأما أنه لا يدفع إشكال التناقض فلأن تقوم الشيء بنقيضه محال، سواء أكان النقيض كلاً كما إذا تعلق الإعدام بنفس المعرَّف، أم جزءاً كما فيما نحن فيه.

والمغايرة بين المركب والأجزاء وإن كانت محققة إلا أنها في المقام اعتبارية، فإنّ وحدة المركب في المعرّف وحدة اعتبارية، والكلية والجمع أمر ذهني، وليس في الخارج إلا الأجزاء وهي المعرّف، فالمعرّف أمر واقعي وهو الخيار الواقعي، والمفروض أنّه ليس إلا السلطنة على الفسخ والسلطنة على إسقاط الخيار، فيعود المحذور.

فإشكال الشيخ قدس سره باق على حاله، إلا أنه مبتن على أن إقرار العقد لا يكون إلا بإسقاط حق الخيار، وأما إذا أثبتنا -كما سيأتي- أن إلزام العقد وإقراره ليس بإسقاط حق الخيار فيندفع.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١١، التنقيح ٣٨: ٩.

إشكال ثبوتي مشترك على مسلكي الشيخ قدس سره والقدماء ودفعه

وأورد على تعريفي القدماء والشيخ قدس سره بإشكال مشترك، وحاصله:

أن الحق واحد فلا يمكن أن يتعلق بالمتعدد، وإلا لزم وحدة الكثير، أو كثرة الواحد، والحال أن كلاً من تعريفي الشيخ قدس سره والقدماء مركبان غاية الأمر أن أحدهما من أمر وجودي وعدمي، والآخر من أمرين وجوديين، وعلى التقديرين لا يعقل تعلق الحق بهما؛ لكونه واحداً بسيطاً[1].

وهذا الإشكال -لو تمّ- لم تصل النوبة إلى مقام الإثبات؛ لكونه إشكالاً ثبوتياً، ولكن الجواب عن ما أفاده نقضاً وحلاً:

أما النقض: فهو بتعلق الوجوب الواحد بالمركبات الشرعية كالصلاة مثلاً، فإنها متعددة الأجزاء والشرائط، بل مركبة من مقولات متباينة، وتعلق بها وجوب واحد، فيلزم أن يلتزم بتعدد الوجوب فيها أو بوحدة المتعلق، مع أنه لا يلتزم بشيء منهما؛ فإن الوجوب المتعلق بالصلاة واحد، والصلاة ليست إلا التكبير والركوع والسجود وغيرها فهي مركبة من أجزاء، سواء أقلنا بالهيئة الاتصالية أم لم نقل، فإنه إن قلنا بالهيئة الاتصالية كان المتعلق مركباً من الهيئة والوجودات الخارجية، وإن لم نقل بها كان مركباً من الوجودات المتباينة.

ولا يعقل أن يكون متعلق الوجوب هو الواحد الاعتباري وهو عنوان الصلاة؛ لأنه لا وجود له إلا في عالم الذهن، ومتعلق الحكم هو الفعل الخارجي وهو مركب.

ولا يخفى عدم الفرق بين الحق والحكم إلا بالتكليف والوضع، ولا

---

(١) كتاب البيع ٤: ٦.

فرق بينهما في هذه الناحية؛ فإن كلاً منهما أمر اعتباري.

وأما الحل: فبالخلط بين الأمور الاعتبارية والأعراض الواقعية، فإن البرهان المذكور إنما يجري في الأعراض الواقعية، فإن معروضاتها إذا كانت متعددة يستحيل أن لا يتعدد العرض بتعددها، ولكن نسبة الحق إلى متعلقه ليست هي نسبة العرض إلى المعروض، بل هو اعتبارٌ طرفُهُ متعدد، ولا محذور في تعلق الأمر الاعتباري الواحد بالمتعدد والمختلف لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً، فالوجوب أمر اعتباري فيكون واحداً وإن كان متعلقه عشرة أجزاء، فالتعدد في طرفه لا في الحكم نفسه، وقد نقح هذا البحث في مبحث الأقل والأكثر الارتباطيين وأن الفرق بينهما وبين الأقل والأكثر الاستقلاليين في وحدة الحكم وتعدده.

والحاصل: أن تعلق الأمر الواحد الاعتباري بالمتعدد لا يلزم منه تعدد الواحد ولا وحدة المتعدد.

الإشكال على مختار المحقق الخراساني قدس سره ودفعه

وأما تعريف المحقق الخراساني قدس سره الخيار بأنه عبارة عن إضافة بين العاقد والعقد، وأثرها السلطنة على الفسخ، ففيه جهتان من البحث: ثبوتية وإثباتية.

أما الثبوتية فأورد عليه: بعدم معقولية تعلق الحق بالأعيان والعقود، بل متعلقه الفعل دائماً، فالمتعلق في الهبة هو رد العين، وفي العقد الفسخ، فإضافة الحق إلى العقد والعين من إضافة الشيء إلى غير ما هو له، والمسند إليه -حقيقة- هو الفعل[1].

---

(١) كتاب البيع ٤: ٦.

وهو اشتباه، ومنشأه الخلط بين الحكم التكليفي والحق، فإن الأول لا يتعلق بالأعيان، وإن تعلق بها ظاهراً فهو متعلق -لبّاً- بالأفعال القائمة بها، فإذا قيل: (الماء حلال، والخمر حرام)، فالمراد شربهما، وأما الحق فهو يتعلق بالأعيان كحق الرهانة؛ فإنه متعلق بالعين المرهونة نفسها لا بالفعل المتعلق بها، وتشهد بذلك النصوص الواردة في باب الرهن مثل: (رهن بماله)[1]، فعنوان الرهن أسند إلى العين، والاعتبارات العقلائية على هذا أيضاً، وكحق الاختصاص؛ فإن طرفه الخمر القابل للتخليل، وكحق التحجير؛ فإنه متعلق بالأرض المحجرة، وكحق الأولوية والسبق؛ فإن متعلقه المكان كما يشهد له قوله عليه السلام: «من سبق إلى مكان فهو أحق به»[2].

فالمتعلق في جميع هذه الموارد هي العين نصاً واعتباراً عقلائياً.

وعليه فلا محذور ثبوتاً في جعل الإضافة بين ذي الخيار وبين العقد والعين، إلا أن الإشكال من الناحية الإثباتية، إذ لا دليل عليه.

والخلاصة: أن ما أفاده الشيخ والمحقق الخراساني -قدس سرهما- لا محذور ثبوتياً فيهما كما تصوره بعض المحشين على كتاب البيع، وإنما الإشكال الوارد عليهما إثباتي؛ إذ لا دليل على مدعاهما.

---

(١) وإليك بعض روايات الرهن من الوسائل، الباب ١٠ من أبواب الرهن: الحديث ٣: عن إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) أنه سأله عن رجل ارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟ قال: «لصاحب الدار».

والحديث ٥: عن إبراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن بماله أرضاً أو داراً لها غلة كثيرة، فقال: «على الذي ارتهن الأرض والدار بماله أن يحتسب لصاحب الأرض والدار ما أخذه من الغلة، ويطرحه عنه من الدين له».

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ٢.

الحق في المسألة

فالحق أن إشكال الشيخ قدس سره بالدور باق إن رجع إلزام العقد إلى إسقاط الحق كما أشرنا إليه سابقاً، والمهم في معرفة ذلك أن نرجع إلى الروايات، والمستفاد منها صحة ما عليه القدماء دون ما أفاده الشيخ والمحقق الخراساني -قدس سرهما- ومن قال بأنه حق فسخ العقد[١]، والدليل عليه نصوص:

الأول: رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: «ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»[٢].

فإن الشرط هنا هو حق خيار الشرط، والاستيجاب في الرواية هو نفس الإقرار في تعريف القدماء، فالعقد يلزم بالرضا والاستيجاب، ولازمهما سقوط الخيار، ولولا تحققهما لما سقط، ولم يؤخذ في التعريف إسقاط الخيار، فما يتقوم به الخيار عبارة عن فسخ العقد، أو استيجابه بالرضا، فمتعلق الخيار أمران وجوديان: فسخ العقد، واستيجابه الذي هو إلزامه وإقراره.

هذا، ولكن في سندها النوفلي وفي وثاقته كلام[٣].

---

(١) كتاب البيع ٤: ٧.

(٢) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) هو الحسين بن يزيد بن محمد بن عبدالملك النوفلي، نوفل النخع كما في كتاب النجاشي، كان شاعراً أديباً،لم يصرح بتوثيقه ولكن استفيدت وثاقته من أمور منها: كونه من المعاريف ولم يقدح بشيء، ورواية الأجلاء عنه، وأنه من رواة كامل الزيارات، وتفسير القمي، وأن روايات السكوني وردت عنه وقد تلقاها الأصحاب بالقبول، وكثرة رواية الكليني عنه، وفي كل من هذه الأوجه بحث.

الثاني: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يردَّ الثوب على صاحبه إن ردّ عليه»[1].

ومفادها أن الموجب لاستقرار العقد هو إيجابه على نفسه، وهو معنى ما في كلمات القدماء: إقرار العقد، أو إلزام العقد.

الثالث: صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»[2].

فالإمام عليه السلام قد جعل التصرف في الحيوان مسقطاً للخيار، وسبب مسقطيته كونه رضا من المتصرف بالبيع الواقع.

والحاصل: أن استيجاب البيع أحد طرفي الخيار، والطرف الآخر هو الفسخ، فالحق أن متعلق الخيار أمران وجوديان: فسخ البيع، واستيجابه -الرضا به-، وهو الذي ذهب إليه القدماء، وأما دعوى كل من الشيخ والمحقق الخراساني -قدس سرهما- فهي بلا دليل من ناحية النصوص، فالمتبع رأي القدماء لوجود المقتضي -وهو ظهور الأدلة؛ فإن الأدلة الشرعية هي الكاشفة عن الاعتبارات الشرعية- وعدم المانع، فإن طرف الخيار ليس هو إسقاطه حتى يلزم الدور، بل هو الرضا بالبيع ولازمه إسقاط الخيار، كما أن الإسقاط

---

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

لازم للفسخ أيضاً، وبهذا يندفع إشكال الشيخ ﷺ؛ فإن طرف الخيار إيجاب البيع وهو غير إسقاط الخيار فلا يلزم الدور.

والنتيجة إلى هنا هي: أن المجعول الشرعي في حقيقة الخيار ليست هي القدرة كما أفاده بعضهم، ولا الملك كما جاء في تعريف القدماء، ولا السلطنة كما في عبارة الشيخ ﷺ؛ إذ الشارع لم يقل: البيعان بالقدرة، أو بالسلطنة، أو بالملك، بل هو نفس الخيار الذي هو الاختيار التشريعي بمقتضى «البيعان بالخيار»، ومتعلقه هو فسخ العقد وإلزامه كما هو رأي القدماء واختاره صاحب الجواهر ﷺ من المتأخرين، ويكون الحق في التعريف: أن الخيار عبارة عن (حق متعلق بفسخ العقد وإلزامه)[1].

(١) قال بعض الحضار: بأن هذا مخالف لما ذكره الشيخ الأستاذ - دام ظله - في توضيح المسائل من جعل متعلق الخيار الفسخ خاصة، فأجاب الأستاذ: بأن الغرض في كتاب الفتوى السعي لتوضيح ما يبتلي به الناس، لا بيان الدقائق.

المقدمة الثانية: أصالة اللزوم في البيع

قال العلامة قدس سره في التذكرة: إن الأصل في البيع اللزوم، واستدل على ذلك بوجهين:

الأول: إن عقد البيع وضع لإفادة نقل الملك، فيتم نقل العوض والمعوض للبائع والمشتري بنفس العقد، فإذا شك بعد الفسخ في بقاء الأثر الحاصل منه يستصحب بقاؤه.

الثاني: إن الغرض من البيع حصول المالكية بحيث يتمكن كل من المتعاقدين من التصرف في ما صار إليه، فلا بد أن تكون المالكية مستقرة حتى يتحقق الغرض منه؛ إذ لو كانت متزلزلة وكانت الأموال في معرض الاسترداد لم يأمن من نقض صاحبه عليه، وهو مناف للغرض[1].

والوجه الأول شرعي، والثاني غرض معاملي.

المحتملات في المراد من أصالة اللزوم

قال الشيخ قدس سره: إن المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا محتمل لمعان[2]:

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٥.

(٢) المكاسب ٥: ١٣.

الأول: الرجحان الحاصل من غلبة كون البيع لازماً، وهو الذي احتمله المحقق الثاني ﷺ في جامع المقاصد[١].

وهذا التقريب مركب من صغرى وكبرى، أما الصغرى فغلبة كون البيوع لازمة، وأما الكبرى فإلحاق المشكوك بالأعم الأغلب، فإذا شك في لزوم فرد من العقود أو جوازه، يلحق بالأعم الأغلب.

ولم يناقش الشيخ ﷺ في الكبرى لوضوح المناقشة فيها؛ فإن إلحاق الشيء بالأعم الأغلب إلحاق ظني، والظن لا يغني من الحق شيئاً.

وأما الصغرى فحاصل ما أورده عليها: أن غلبة الأفراد غير متحققة؛ لكون الغالب في أفراد البيع أن تنعقد جائزة؛ لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط...، وغلبة الأزمان وإن كانت على اللزوم -لأن الغالب فيها أن تكون لازمة بعد افتراق المتبايعين، أو بعد مضي ثلاثة أيام في بيع الحيوان- إلا أنها لا تثبت الغلبة في الأفراد، فلا تنفع لإثبات اللزوم في الأفراد المشكوكة التي هي محل الابتلاء؛ فإن الغلبة في الأزمان لا توجب الغلبة في الأفراد، ليلحق الفرد المشكوك بالغالب.

وعليه فلو تمت الكبرى لكان الدليل على عكس المدعى، أي أن الأغلب في الأفراد هو الجواز والشيء يلحق بالأعم الأغلب[٢].

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات التي يجب الرجوع

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٢، وقال فيه معلِّقاً على قول العلامة ﷺ: «الأصل في البيع اللزوم» (أي: بناؤه على اللزوم لا على الجواز، وإن كان قد يعرض لبعض أفراده الجواز، أو أن الأرجح فيه ذلك، نظراً إلى أن أكثر أفراده على اللزوم).

(٢) المكاسب ٥: ١٤، وأضاف الشيخ ﷺ مناقشة أخرى لم يتعرض لها الأستاذ وهي: (مع أنه لا يناسب ما في القواعد [٢: ٦٤] من قوله: وإنما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب).

إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال، ومستندها مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]، وقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[٢]، وقوله عزّ وجل: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٣]، فإذا شك في لزوم فرد أو جوازه في حال ما يتمسك بها لإثبات لزومه، فهي مفيدة للأفراد والأحوال.

ولا يخفى عدم وجود العموم بالنسبة إلى الأحوال، وإنما الموجود هو الإطلاق، بخلاف الأفراد فإنها مشمولة لعموم «العقود».

وهذا الأصل لفظي؛ لقيام الدليل عليه من العمومات والإطلاقات، وسيأتي التعرض إلى خصوصياته، وعبّر الشيخ ﷺ عنه بأنه حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل[٤].

الثالث: الاستصحاب، والمستصحب أحد أمرين:

١- العنوان المعاملي -كالبيع والصلح- المتحقق قبل الفسخ، فيستصحب بقاؤه بعد الفسخ.

٢- الأثر الحاصل -الملكية الحاصلة بالبيع-، فإذا شككنا بعد الفسخ في بقائه نستصحبه.

وهذا الأصل بتقريبيه أصل عملي، والمتيقن من كلام العلامة ﷺ إرادة الثاني، وعبّر عنه الشيخ ﷺ أيضاً: بأنه حسن[٥]، وسيأتي الكلام في جريانه وعدمه.

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٣) سورة النساء: ٢٩.

(٤) المكاسب ٥: ١٤.

(٥) المكاسب ٥: ١٤.

الرابع: بناء العرف والشرع -بحسب الأصل الأولي- في المعاملات المعاوضية على اللزوم، وتقريبه:

إن البيع في نفسه وبغض النظر عن الأمور الخارجية مبني على اللزوم، والجواز فيه ناشئ من أمر خارج عن ذات البيع، ككون المبيع حيواناً، أو اقتضاء المجلس، أو العيب، على العكس من العقود الجائزة كالهبة مثلاً؛ فإنها مبنية في نفسها على الجواز، واللزوم فيها من أمر خارج كشرط العوض في الهبة، وكون الموهوب له ذا رحم.

والحاصل: أن العقود الجائزة تقتضي بذاتها الجواز، على العكس من العقود اللازمة فإنها تقتضي بذاتها اللزوم، ونظّر الشيخ قدس سره لها بقولهم: إن الأصل في الأجسام الاستدارة؛ فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي، وبهذا دفع كلام صاحب الوافية قدس سره؛ حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس؛ ووجه الدفع أن الخيارات جميعها -بما فيها خيار المجلس- ناشئة من أمر خارج عن عقد البيع، ولا يوجد خيار ناشئ من البيع نفسه.

نعم، يرد النقض لو كان البيع في أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون جواز الرجوع حكماً فيه، لا حقاً مجعولاً قابلاً للسقوط؛ فإنه يكون منافياً لبنائه على اللزوم حينئذ، ولكنه مجرد فرض لا واقع له؛ لكون خيار المجلس حقاً لا حكماً.

هذا هو المراد من أصالة اللزوم، فمتى شككنا في مورد نحكم باللزوم؛ لاقتضاء ذات البيع ذلك.

وأما حمل كلام الشيخ قدس سره على إرادة قاعدة المقتضي والمانع -التي

قال بها الشيخ هادي الطهراني ﷺ - فهو فاسد؛ لتصريح الشيخ ﷺ بأن بناء البيع عرفاً وشرعاً على اللزوم، ولا ربط لهذا الكلام بقاعدة المقتضي والمانع.

ثم إن الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني هو أن الثاني ناظر إلى الأصل اللفظي، وهذا الوجه ناظر إلى الأصل اللبي بمعنى البناء العملي على اللزوم شرعاً وعرفاً.

إشكال المحقق الأصفهاني ﷺ على الوجه الرابع

ولم يرتض المحقق الأصفهاني ﷺ الأصل بالمعنى الرابع، وقرّبه بوجهين وناقشهما، والعمدة فيهما الوجه الأول، وهو محل اعتنائه أيضاً بحيث قال بعد مناقشته: فتدبره فإنه حقيق به، وتوضيح كلامه أعلى الله مقامه:

إنه لا بدَّ أولاً من معرفة المراد من كون اللزوم في البيع والجواز في الهبة ذاتيين؛ فإن للذاتي استعمالات غير صحيحة فيما نحن فيه، وهي:

١- ذاتي باب الكليات الخمس، وهو ما يتقوّم به الشيء، ولا يعقل أن يكون هو المراد هنا؛ فإن البيع غير متقوم باللزوم، كما أن الهبة غير متقومة بالجواز.

٢- ذاتي باب البرهان، وهو ما يكون وضع ذات الشيء كافياً لانتزاعه، كالإمكان بالنسبة إلى الممكن؛ فإن وضع ذات الممكن كاف لانتزاع الإمكان منها، وهذا المعنى باطل أيضاً؛ فإن وضع ذات الهبة غير كاف لانتزاع الجواز منها، كما أن وضع ذات البيع غير كاف لانتزاع اللزوم منه.

٣- ذاتي بمعنى ما يكون ثابتاً للشيء بلا واسطة في الثبوت، وبلا واسطة في العروض، كالعرض الذاتي المقابل للعرض الغريب، وهو بهذا المعنى

باطل أيضاً؛ لعدم كون اللزوم والجواز بلا واسطة في الثبوت؛ إذ كون العقد لازماً أو جائزاً إنما هو لوجود منشأ للاتصاف بأحدهما، فجعله بلا واسطة في الثبوت خطأ ظاهر، وأما بلا واسطة في العروض فواضح؛ بداهة أن الموصوف باللزوم والجواز دائماً نفس العقد، لا أن الموصوف بهما تارة نفس العقد، وأخرى أمر آخر متحد معه ليكون واسطة في العروض، فالبيع لازم بلا أية واسطة في عروض اللزوم، والهبة جائزة بلا أية واسطة في عروض الجواز.

وعليه فاقتضاء ذات البيع اللزوم، وذات الهبة الجواز -بأي معنى من المعاني المتقدمة- باطل، وليس الحال فيه كالحال في اقتضاء ذات الجسم للاستدارة وتشكّل الأشكال غيرها بقسر قاسر.

فالمراد من كونهما تارة بالذات وأخرى لا بالذات أن عقد البيع -بما هو عقد البيع- محكوم باللزوم شرعاً وعرفاً، وبانضمام حيثية إليه -ككون المبيع معيباً أو حيواناً- محكوم بالجواز، وعقد الهبة بالعكس؛ فإنه -بما هو عقد الهبة- محكوم بالجواز، وبما هو هبة لذي رحم محكوم باللزوم.

هذا حاصل الوجه الأول.

وقد ناقشه قدس سره بما حاصله: أنه إما غير مفيد في مورد الشك، وإما أجنبي عن المعنى الرابع، وتوضيح ذلك:

إن اللزوم والجواز إما أن يكونا ببناء العرف أو بجعل الشارع، فإن كانا ببناء العرف -كما قال الشيخ قدس سره من أن بناءهم على اللزوم في البيع- فلا يجدي في مورد الشك؛ لأن بناءهم ليس شيئاً آخر غير عملهم، فإن في العرف بابين: أحدهما الاستظهارات العرفية، والآخر السيرة وعمل العرف، فالبناء العرفي يرجع -قهراً- إلى عمل العرف والعقلاء، بمعنى أن بناء العقلاء

عملاً على اللزوم في البيع، وحينئذ فليس عند العرف بناءان: عام وخاص، ومطلق ومقيد ليكون مقتضى بنائهم العام أو المطلق اللزوم، ومقتضى بنائهم الخاص والمقيد الجواز، حتى إذا شككنا -في مورد من الموارد- في التقييد أو التخصيص الزائدين رجعنا إلى العموم والإطلاق، بل العقلاء يعملون في موارد على اللزوم، وفي موارد أخرى على الجواز، وفي موارد الشك لا عموم عندنا ولا إطلاق حتى يرجع إليه، هذا إذا كانا ببناء العرف.

وأما إذا كانا ببناء الشارع فهو لا يخرج عن حالين: إما أن يكون الإمضاء بعدم الردع عن ما عند العرف، فلا ينفع في مورد الشك؛ لأن حاله حال البناء العرفي المتقدم.

وإما أن يكون بالأدلة اللفظية ذات العموم والإطلاق كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهو وإن كان مفيداً في مورد الشك بحيث يحكم بلزوم الفرد المشكوك إلا أنه أجنبي عن المعنى الرابع للأصل؛ لرجوعه حينئذ إلى القاعدة المستفادة من العمومات[1].

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ١٩ - ٢٢.

وللفائدة ننقل تقريبه الثاني، قال: (وهنا تقريب آخر لأصالة اللزوم في البيع وأصالة الجواز في الهبة مثلاً وملخصه: أن طبيعة البيع بما هي مقتضية ثبوتاً للزوم، ولا يتخلف إلا لعروض خصوصية مقتضية للجواز، وفي الهبة بالعكس، ومن البين عند الخبير أن طبيعة العقد ليس لها اقتضاء طبعي كسائر المقتضيات الطبيعية، كيف وقد عرفت أن اللزوم والجواز حكمان مجعولان لا يترشحان من مقام ذات عقد من العقود، بل لو كان هناك اقتضاء لكان بنحو اقتضاء الغاية لذيها، فالمقتضي عبارة عن المصلحة الداعية إلى الجعل، ومن الواضح أن المصلحة قائمة بالأفعال، لا بالعقود والأعيان الخارجية، فالمرجع حينئذ إلى أن الوفاء بعقد البيع -بما هو- فيه مصلحة باعثة إلى إيجابه، كما أن الوفاء بالهبة ليس كذلك، بل الرجوع فيها -بما هي- فيه مصلحة باعثة إلى جوازه، والفسخ في البيع -بما هو متخصص بخصوصية زائدة على طبعه - فيه مصلحة داعية

←

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني قدس سره

والجواب عنه: أن السيرة العملية هنا ليست عملاً تعبدياً، بل بما لها من منشأ عقلائي، كما يشهد لذلك بيان العلامة قدس سره، حيث قال: (والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه)[1]، ومعناه: أن العقد في المعاوضات إذا كان متزلزلًا بطل غرض العقلاء، إذ غرضهم أن يملكوا بملكية مستقرة، وإذا وقع البيع متزلزلاً جاز لكل من الطرفين أن يفسخ العقد متى شاء، غاية الأمر إن كانت العين موجودة ردَّها بنفسها، وإن تلفت رجع إلى المثل أو القيمة، وبذلك ينهدم نظام المعاملات، ولا يطمئن أحد في بيع، ولهذا استقر بناء العقلاء على أن يلتزموا بمعاملاتهم، وأن لا يرجعوا فيها، فكل عاقل -بما هو من العقلاء- يرى نفسه ملزماً بالعقد الذي يحدثه، وهذا شبيه بالشروط الارتكازية العقلائية، فهي وإن لم يصرح بها في متن العقد إلا أنه مبني عليها، ولهذا اعتبر المحقق النائيني قدس سره الدلالة على هذا اللزوم من الدلالة الالتزامية للعقد[2]، فالمدلول المطابقي لعقد البيع هو نفس البيع والشراء، ومدلوله الالتزامي هو الثبات والبقاء على قوله إلى الأبد، وبهذه الجهة يرى المتعامل نفسه بعد المعاملة أجنبياً عن ما انتقل عنه.

هذا هو المقصود بالأصل بالمعنى الرابع، وهذا البناء مثل البناء العقلائي

إلى الترخيص فيه، والوفاء بالهبة- بما هو متخصص بخصوصية زائدة على طبعها -فيه مصلحة داعية إلى إيجابه، فبملاحظة سريان المصلحة تارة في جميع أفراد الوفاء بالبيع و[أخرى] في جميع أفراد الرجوع في الهبة - دون المصلحة المقصورة على لحوق بعض الخصوصيات- جعل اللزوم والجواز تارة أصلاً وذاتياً، وأخرى بالعرض والتبع، هذه غاية التقريب للأصالة على الوجهين).

(١) التذكرة ١١: ٥.

(٢) منية الطالب ٣: ٤.

على حجية خبر الواحد الثقة، فإذا شك في حجية خبر الثقة غير الإمامي شرعاً، ولم يكن هناك دليل لفظي كانت هذه السيرة العقلائية مرجعاً ما لم يردع الشارع عنها أو عن بعض مصاديقها، فكذلك في المقام؛ فإنه إذا شك في لزوم عقد عند الشارع كان المرجع هذه السيرة ما لم يردع عنها.

قوله: إن بناء العرف هو عملهم، والعمل لا إطلاق فيه ولا عموم حتى يرجع إليه في حالة الشك في التخصيص، مخدوش؛ لأن السيرة العقلائية ناشئة من مناشئ عقلائية، وهي بمرأى ومسمع من الشارع، فإن شككنا في قيام سيرتهم في مورد ما، لم يمكن التمسك بها، وإن شككنا -بعد إحراز قيامها عندهم- في شرعيتها؛ أي في إمضائها وعدمه، فهي مرجع قطعاً، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأن الشك إنما هو في انفساخ العقد شرعاً بعد الفسخ وعدمه، فإذا ثبت بناء العقلاء بهذا المعنى فهو المرجع.

نعم، لا يجري هذا الأصل بهذا المعنى في كل عقد مشكوك، بخلاف عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإنه يجري في كل معنون بعنوان العقد، وبخلاف الاستصحاب فإنه يجري في كل عقد له أثر فيستصحب بقاء ذلك الأثر، وأما هذا الأصل فلا يجري إلا في المعاملات المشتملة على المعاوضة، أو ما يشبه عقد المعاوضة كالنكاح، فلا يكون مرجعاً إلا فيها، فإذا شككنا في حقية فسخ الزوج للعقد في مورد من الموارد قلنا: إن بناء العرف في النكاح على اللزوم، فمتى ما أجريت الصيغة فهي منزلة على بنائهم، فيرفع الشك في تأثير الفسخ بهذا الأصل.

هذا هو المراد من الأصل بالمعنى الرابع عند الشيخ قدس سره وغيره من الأعاظم، والأصل فيه ما أفاده العلامة قدس سره في كلامه المتقدم من أن الغرض من المعاملات حصول الملكية المستقرة، ولو بني على تزلزلها لانهدم بنيان

النظام المعاملي.

ثم إنه إن ورد ردع من قبل الشارع عن هذا البناء العقلائي كان الردع بحكم التخصيص، وإلا كان البناء العقلائي مرجعاً حال الشك، وبهذا البيان يندفع إشكال المحقق الأصفهاني قدس سره.

مناقشة كلام الشيخ قدس سره في التفريق بين البيع وغيره

ومنه يظهر الإشكال في تفريق الشيخ قدس سره بين البيع وغيره من العقود حيث قال: (ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع؛ لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل، أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي)[1].

فإن بناء العقلاء كما هو في البيع على عدم الرجوع، والبقاء على الالتزام، فكذلك في سائر العقود، فإذا رجع فيها فهو مخالف للبناء في نظرهم، ويجري ذلك حتى في الهبة؛ ولهذا كان الرجوع فيها قبيحاً عندهم؛ لأن غرضهم منها إيجاد المحبة، والرجوع مناف له.

وعليه فالحق أن يقال في الهبة بالتخصيص، بمعنى أن المحكوم منها بالجواز -وهو ما يكون لغير ذي الرحم، وما لم تقصد به القربة- خارج بالتخصيص، فالحكم بالجواز فيه مثل جعل الخيار في بعض موارد البيع.

معنى قول العلامة قدس سره: لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين

بقي الكلام في معنى قول العلامة قدس سره في القواعد والتذكرة: إنه لا

---

(١) المكاسب ٥: ١٧.

يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب[١].

فقد وقع الكلام في ذلك من جهة أن خيار العيب أحد أقسام الخيار، ومقابلته به تقتضي خروجه عنه، فحق العبارة أن يقال: بثبوت الخيار وأسبابه المجلس والغبن والعيب..، وقد ذكرت في رفع ذلك وجوه:

الوجه الأول: ما في جامع المقاصد[٢]: من أنه من عطف الخاص على العام[٣].

وأورد عليه الشيخ ﷺ بأنه صحيح لو قال: بأسباب الخيار، ولكن المعطوف عليه نفس الخيار، فالمعطوف سبب الخيار، والمعطوف عليه أصل الخيار، وهما متباينان[٤].

---

(١) القواعد ٢: ٦٤، ولفظه: (الأصل في البيع اللزوم، وإنما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار وظهور عيب).
التذكرة ١١: ٥، ولفظه: (وإنما يخرج عن أصله بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار إما لأحد المتعاقدين أو لهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروي خاصة، والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين).

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٢، لم يصرح بذلك ولكن يستفاد من ذيل عبارته تعليقاً على قول العلامة: (ثبوت خيار، وظهور عيب)، وهي: ظهور العيب أيضاً مقتض للخيار، فكان حقه الاستغناء به، إلا أن يقال: إن ثبوت الخيار لا بسبب نقصان في نفس العين وصفاتها قسم برأسه، وبسببه قسم آخر، أو إن مباحث العيوب لسعتها حقيقة بإفراد فصل لها، فلأجل ذلك جعل العيب قسماً برأسه. وهذا هو الملحوظ له والمطابق لفعله، فإنه في أقسام الخيار قال: (السابع: خيار العيب) وسيأتي.

(٣) سئل الشيخ الأستاذ حفظه الله: ما هي الخصوصية لخيار العيب على فرض صحة أنه من عطف الخاص على العام؟
فأجاب: لعله لأنه لا يوجد في جميع الخيارات إلا أمر واحد ما عدا العيب فإن فيه أمرين: الخيار والأرش.

(٤) المكاسب ٥: ١٥.

الوجه الثاني: ما أجاب به الشيخ قدس سره وإن رجع عنه فيما بعد، وحاصله: أن خيار العيب يفترق عن بقية الخيارات بأنها خيار بالنسبة إلى الجميع، وهو خيار بالنسبة إلى المجموع، وتوضيحه:

إن الرد في بقية الخيارات لجميع الثمن، وأما في العيب فيرد مقدار النقص، وهذه الخصوصية أوجبت ذكر العيب منفرداً[1].

وهذا الجواب تام على مبنى من يرى أن الأرش جزء حقيقي من الثمن، وهو باطل عندنا، والتحقيق -كما سيأتي في محله- أن الأرش غرامة، ففي خيار العيب حقان: فسخ العقد، وأخذ الغرامة[2].

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره: من أن الخيارات على قسمين: ما يكون متعلقه ابتداءً هو فسخ العقد وإمضاؤه، وهو ما عدا خيار العيب من الخيارات، والآخر ما يتعلق ابتداء برد العين، نظير الجواز في الهبة، وهو خيار العيب خاصة؛ فإنه مختص بصورة بقاء العين، وعنوانه الابتدائي حق رد العين وإن استلزم رد العين انحلال العقد[3].

---

(١) المكاسب ٥: ١٦.

(٢) فهذا الجواب مناسب لمبنى العلامة في الأرش، حيث قال في التذكرة ١١: ٨١، مسألة ٢٦٧: (لأن الأرش في الحقيقة جزء من الثمن).
وفي ص٨٣، مسألة ٢٦٩: (والأقوى عندي: أن للمشتري المطالبة بالأرش مع الإمساك؛ لأنه جزء من الثمن مقابل لما تلف قبل قبضه من المبيع، فكان له المطالبة به، كالجميع).

(٣) حاشية المكاسب ٤: ٢٣، وقال بعد التوجيه المذكور: (ومع ذلك فهو تكلّف في العبارة أيضاً؛ فإن المقابلة إنما هو بين حق حلّ العقد ابتداء وحق رد العين ابتداء، لا بين الأول وسبب الثاني، إلا أنه أهون من التقابل بين المسبب وسببه، فتدبر جيداً).

وهـذا التوجيـه مما لا يرضى به صاحبه؛ فإن العلامـة ﷺ في التذكرة في بحث العيب قال: بأن الأصل في الثمن والمثمن هي السلامة من العيوب، ويقع البيع من المتبايعين مبنياً على هذا الأصل، فالسـلامة شـرط ضمني فيه، فإذا تبين كون أحد العوضين معيباً انجبر العيب بالخيار بين الفسخ وإمضاء العقد[1].

فـكلام العلامـة ﷺ صريح في أن خيار العيب كخيار سـائر الشـروط، وأن السـلامة شرط يوجب تخلّفه بالعيب الخيار بين فسخ العقد وإمضائه وهو خيـار العيـب، كما يوجب تخلّف أي شـرط آخـر كون صاحبه مخيـراً -حفظاً لشـرطه- بين فسخ العقد وإمضائه، ومعه كيف يفرق -على مسلكه- بين خيار العيـب وغيـره، بكون المتعلق فيه هي العين اسـترداداً، وفي غيره العقد فسـخاً وإمضاء؟[2].

نعـم، ما أفاده المحقق الأصفهاني ﷺ يناسـب ما تبنّاه، هو من أن خيار

---

(١) التذكرة ١١: ٨٠، قال: (مسألة ٢٦٥: الأصل في البيع من الأعيان والأشخاص السلامة عن العيوب، والصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة، فإذا ظهر عيب سابق على العقد، وجب أن يتمكن من التدارك، وذلك بثبوت الخيار بين إمضاء البيع وفسخه. إذا عرفت هذا، فإطلاق العقد أو شرط السلامة يقتضيان السلامة، فإن ظهر عيب سابق، كان للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء).

(٢) ذكر الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال ما حاصله: وأما ما هو الحق في المسألة من كون خيار العيب تعبدياً لوجود النص الشرعي أو أن النص إمضاء لما عند العقلاء؟ فسيأتي تحقيقه، ولكن نقول بنحو مختصر: إن جعل الأرش في حال العيب أمر تعبدي، وأما جعل الخيار فهو إمضاء لما عند العقلاء من الشرط البنائي؛ إذ أن العقد مبني على شرط سلامة العوضين من العيب، ولهذا يؤاخذون صاحب المعيب فيقول له الآخذ: لماذا أعطيتني مالاً معيوباً؟ وهذا يكشف عن أن العقد مبني على أصل الصحة والسلامة.

العيب يتعلق برد العين؛ استناداً لعمدة روايات خيار العيب؛ فإن فيها: «له رد العين»، ولكن هذا شيء وما يريده العلامة قدس سره من كلامه شيء آخر، فلا بد عند التحقيق من التفكيك بينهما، مضافاً إلى أنا لا نوافقه في ما أفاده، بل يتعلق الخيار بالفسخ، ويشهد له أيضاً بعض الروايات، ولا تنافي بين هاتين الطائفتين من الروايات، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى[1].

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره واستحسنه المحقق السيد الخوئي قدس سره وهو: إن أصالة اللزوم في البيع متكفلة لجهتين:

الأولى: كون الطرفين متعهدين بالبقاء على المعاملة، وعدم فسخها، والخيار بحاجة إلى جعل من الشارع أو من المتعاقدين، لهما، أو لأحدهما.

الثانية: أن يكون كل من العوضين في قبال الآخر بلا زيادة أو نقصان، بدون أن يكون لأحدهما مطالبة ما زاد على ذلك.

---

(١) ومن المناسب أن نذكر هنا ملخص ما أفاده المحقق الأصفهاني فى خيار العيب (٤: ٤٤٨ المسقط الثالث) مما يرتبط بكلامه هنا، وجواب شيخنا الأستاذ حفظه الله عنه، قال: إن خيار العيب يختص من بين سائر الخيارات بتعلق الحق بالرد لا بحل العقد، كما يشهد له عناوين الأدلة في هذا الباب؛ حيث إنها مشتملة على جواز الرد تارة وعدمه أخرى، ولم تشتمل على عنوان الخيار كأدلة خيار المجلس وخيار الحيوان وخيار الرؤية وأشباهها، بل لو فرض تعلق الحق في خيار العيب بفسخ العقد فإنه لا مناص من تقيد الفسخ برد العين بمقتضى أخبار الباب.

وأجاب عنه شيخنا الأستاذ دام ظله في مبحث خيار العيب (في الدرس ٧/ ٩/ ١٣٨٣) بأن أهم أخبار العيب معتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب و عوار.. الى أن قال يمضي عليه البيع». ومفهوم عدم مضي البيع وجواز البيع ليس إلا خيار فسخ البيع، فتدل على أن متعلق السلطنة هو البيع لا الرد، مضافاً إلى أن النصوص إمضاء لما عند العقلاء من فسخ العقد وإمضائه في خيار العيب.

وخيار العيب عند ظهوره يوجب رفع اليد عن كلتا الجهتين، أما الأولى فلأنه ليس له الفسخ مع السلامة لا مع عدمها، وأما الثانية فلأن له حق المطالبة بالأرش، بخلاف سائر الخيارات فإنها لا توجب إلا رفع اليد عن الجهة الأولى، ولهذا جعل العلامة قدس سره خيار العيب في مقابل سائر الخيارات[1].

وهو ممنوع؛ لأن التأمل في كلمات العلامة قدس سره يقضي بأن الخيارات جميعها قد شرعت للخروج عن أصالة اللزوم، لا لوجود جهتين منها في خيار العيب، فإن أصالة اللزوم في مقابل أصالة الجواز لا أكثر، فإن العقد لازم أو جائز، والجواز إما بتعبد من الشارع كالجواز في عقد الهبة، أو بالحق لا بالحكم كالجواز في خيار العيب والغبن والتدليس والمجلس والحيوان وتأخير الثمن.

التوجيه الصحيح لكلام العلامة قدس سره

والذي يخطر بالبال عدم الحاجة إلى هذه التكلفات، فإن العلامة قدس سره في أول بحث الخيار قد أثبت لزوم البيع بدليلين: أحدهما الاستصحاب، والآخر غرض المتعاملين المتوقف على استقرار الملك، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بأحد أمرين: الأول الخيار لأجل التروّي، والثاني الخيار لأجل النقص وظهور العيب، وهذه النكتة هي منشأ التقابل المذكور.

نعم، ينقض عليه بخيار التدليس؛ إذ يفترض أن يجعل مع العيب، إلا أن ذلك أمر آخر؛ فإن الكلام فعلاً في تحديد مراده، والكلام فيه شيء والإشكال عليه شيء آخر.

---

(١) منية الطالب ٣: ٧، مصباح الفقاهة ٦: ٢١، التنقيح ٣٨: ١٩.

الأدلة على أصالة اللزوم

استدل الشيخ ﷺ على أصالة اللزوم بوجوه:

الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

وقد اختلف في نحو التمسك بهذه الآية على اللزوم، فتمسك بها عدة من الأعاظم لكون هيئة «أوفوا» إرشاداً إلى اللزوم[2]، وآخرون -ومنهم الشيخ ﷺ- لدلالتها على الوجوب التكليفي بالمطابقة وعلى الحكم الوضعي -وهو اللزوم- بالالتزام[3]، وبين القولين فرق من جهتين:

الأولى: إن اللزوم على مبنى الشيخ ﷺ مدلول التزامي، وعلى المبنى الآخر مطابقي.

الثانية: حفظ أصالة الظهور في هيئة «أوفوا» على مبنى الشيخ ﷺ؛ إذ ظاهر الهيئة دلالتها على الوجوب التكليفي، وحملها على الإرشاد خلاف الظاهر.

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) كالمحقق النائيني ﷺ في منية الطالب ٣: ١٠، والسيد الخوئي ﷺ في مصباح الفقاهة ٦: ٢٥، وفي التنقيح ٣٨: ٢٣ - ٢٤، مع اختلاف في نحو الاستدلال بين العلمين.

(٣) وعبارة الشيخ ﷺ في المقام: (فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد -ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه- كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى اللزوم).

وفي الهامش: (في ش وهامش ف زيادة: بل قد حقق في الأصول: أن لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي).

وتوضيح كلام الشيخ قدس سره يتوقف على بيان أمور ثلاثة هي:

الأمر الأول: إن الشيخ قدس سره -على ما حققه في أصوله[1]- يرى عدم قابلية الأحكام الوضعية للجعل المستقل، بل هي منتزعة من الأحكام التكليفية، فلا محالة من حمل «أوفوا» على التكليف، بخلاف القائلين بجعل الأحكام الوضعية استقلالاً، فإنهم في سعة من هذه الجهة، وسيأتي بيان صحة المبنى من سقمه إن شاء الله.

الأمر الثاني: إن الأصل في جميع الألفاظ -مادة وهيئة- هو الأخذ بالظهور العرفي للفظ ما لم تقم قرينة على الخلاف، ومع عدم القرينة لا يصح رفع اليد عن الظهور شرعاً وعرفاً وعقلاء، ولا شك في ظهور هيئة (افعل) في التكليف، والإرشاد إلى الحكم الوضعي خلاف الظهور.

الأمر الثالث: إن الموضوع في الآية هو (العقود)، والمراد من العقد مطلق

---

(١) فرائد الأصول ٣: ١٢٥ وما بعدها، قال: (ثم إنه لا بأس بصرف الكلام إلى بيان أن الحكم الوضعي حكم مستقل مجعول - كما اشتهر في ألسنة جماعة - أو لا، وإنما مرجعه إلى الحكم التكليفي؟ فنقول: المشهور - كما في شرح الزبدة - بل الذي استقر عليه رأي المحققين - كما في شرح الوافية للسيد صدر الدين -: أن الخطاب الوضعي مرجعه إلى الخطاب الشرعي، وأن كون الشيء سبباً لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشيء، فمعنى قولنا: (إتلاف الصبي سبب لضمانه) أنه يجب عليه غرامة المثل أو القيمة إذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ والعقل واليسار وغيرها، فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: (اغرم ما أتلفته في حال صغرك)، انتزع من هذا الخطاب معنى يعبّر عنه بسببية الإتلاف للضمان، ويقال: إنه ضامن، بمعنى أنه يجب عليه الغرامة عند اجتماع شرائط التكليف..إلى أن قال:

وكذا الكلام في غير السبب، فإن شرطية الطهارة للصلاة ليست مجعولة بجعل مغاير لإنشاء وجوب الصلاة الواقعة حال الطهارة، وكذا مانعية النجاسة ليست إلا منتزعة من المنع عن الصلاة في النجس، وكذا الجزئية منتزعة من الأمر بالمركب.. إلخ).

العهد كما في صحيحة عبدالله بن سنان المروية في تفسير القمي[١]، وبما أن العقود جمع محلى بالألف واللام فهو يفيد جميع العهود، ومن المتسالم عليه أن وجوب الوفاء في بعض العهود حكم تكليفي ليس إلا، كوجوب الوفاء بالنذر وشبهه، فلو أريد من هيئة «أوفوا» في المقام الإرشاد إلى الحكم الوضعي لزم استعمال الهيئة في معنيين: الحكم التكليفي والوضعي، وهو باطل.

توضيح استدلال الشيخ قدس سره بالآية

إذا اتضحت هذه الأمور فنقول: المستفاد من الآية بالمطابقة الحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء بالعقود، ويستفاد الحكم الوضعي -وهو اللزوم- بالدلالة الالتزامية بهذا البيان:

إن العقد في الآية إما أن يراد به مطلق العهد كما ورد في التفسير، وإما أن يراد به ما يسمى عقداً لغة وعرفاً وهو الالتزام المربوط بالتزام آخر، والمراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تمليك العاقد ماله للغير وجب العمل بما يقتضيه هذا التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، ومنها عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه، ومقتضى الإطلاق عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه في جميع الأوقات والأحوال، ومنها ما بعد الفسخ، ولازم حرمة التصرف حتى بعد الفسخ عدم وقوع الفسخ؛ إذ لا يعقل وقوعه ورجوع المال لصاحبه الأول ومع ذلك يحرم عليه التصرف فيه، ومعنى عدم وقوع الفسخ هو الحكم باللزوم، فإذن الحكم التكليفي يقتضي حرمة التصرف

---

(١) تفسير القمي ١: ١٦٠.
﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..﴾ فإنه حدثني أبي عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: قوله « أوفوا بالعقود » قال: بالعهود.

في ما ملّكه للغير حتى بعد الفسخ، ولازمه الحكم الوضعي وهو لزوم العقد.

والحاصل: أن مقتضى عموم العقود وجوب الوفاء بكل عقد، ومقتضى الإطلاق الأحوالي والأزماني وجوب الوفاء في كل حال وزمان حتى بعد الفسخ، بمعنى حرمة التصرف في ما انتقل عنه إلى الغير حتى بعد الفسخ من قبل المالك الأول، ولازم ذلك أن العقد لازم، فالدلالة المطابقية قامت على الحكم التكليفي، والدلالة الالتزامية على الحكم الوضعي.

ويؤكد هذا المطلب أنه لو حملت الآية على الإرشاد إلى اللزوم ونفيت دلالتها على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء للزمت محاذير ثلاثة:

الأول: رفع اليد عن أصالة الظهور مع عدم القرينة على خلافها؛ إذ تدل هيئة (افعل) على البعث والتحريك، والظاهر منها الحكم التكليفي، فحملها على الإرشاد إلى اللزوم خلاف الظاهر ولا قرينة عليه.

الثاني: منافاة حمل الآية على الإرشاد إلى اللزوم ابتداء بالدلالة المطابقية لما حققه في الأصول من عدم قابلية الأحكام الوضعية للجعل بالاستقلال، بل هي منتزعة من الأحكام التكليفية.

الثالث: استعمال الصيغة في معنيين، وذلك لأن العقود بمعنى العهود تشمل ما لا يتصور فيه الحكم الوضعي كوجوب الوفاء بالنذر وشبهه، فيلزم أن تكون صيغة «أوفوا» مستعملة في معنيين: الحكم التكليفي والوضعي وهو باطل[1].

---

(١) سأل بعض حضار مجلس الدرس: أن الوفاء بالعقد واجب ولكن وجوبه لا يستلزم أن يكون ترك الوفاء محرماً، فمن أين جاءت الحرمة؟

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله -: بأنه لا يتوهم أن الحرمة نشأت من اقتضاء الأمر

←

قال الشيخ قدس سره: (ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز[١]، «بمعنى أنه إن كان مقتضى العقد الجواز كالهبة جاز الفسخ، وإن كان مقتضاه اللزوم كالصلح لم يقع الفسخ»[٢]، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

توضيح الضعف: أن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى

بالشيء للنهي عن ضده، فالأمر بالوفاء يقتضي النهي عن ترك الوفاء؛ فإن مؤدى تلك المقولة هي الحرمة الحقيقية لترك الوفاء، بينما حرمة ترك الوفاء - وهو نقض العقد بالتصرف في مال الغير - هنا عرضية في نظر الشيخ، بمعنى أن الوفاء واجب، وترك أي واجب والاشتغال بضده حرام بالعرض، فالتصرف في مال الغير ترك للوفاء بالعقد، فيكون حراماً بالعرض.

ويمكن أن يجاب بجواب آخر وهو: أن مفاد الآية -كما أشار إليه الشيخ الأستاذ مد ظله قبل قليل- العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تمليك العاقد ماله للغير وجب العمل بما يقتضيه هذا التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، ومنها عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه.

وبعبارة أخرى: يتحقق موضوع عدم جواز التصرف في مال الغير بالآية.

(١) القائل هو العلامة في المختلف ٦: ٢٥٥؛ إذ قال: (مسألة: ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى أن عقد الرمي والسبق من العقود الجائزة كالجعالة، لا من العقود اللازمة كالإجارة، وقال ابن إدريس: إنه من العقود اللازمة، والوجه: الأول.

لنا: الأصل عدم اللزوم، ولأنه نوع جعالة، فإن قوله: (من سبق فله كذا) هو عين الجعالة.

احتج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

والجواب: القول بالموجب، فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فإن كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وإن كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز).

(٢) ما بين القوسين توضيح منا.

-أعني: وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه- يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم.

وأضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم -مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور- وهو[١]: أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي ووضعي[٢].

وقد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً »[٣].

الإشكالات على ما أفاده الشيخ قدس سره

أورد على الشيخ قدس سره عدة إشكالات:

الإشكال الأول -وهو أهمها-: ما أورده المحقق الخراساني قدس سره وتبعه من جاء بعده[٤]، وبيانه: إن الوفاء بالعقد هو العمل بما يقتضيه ذلك العقد، والعقود تنقسم إلى قسمين: أحدهما ما يتعلق بالأمور الخارجية كالنذر وشبهه، والآخر ما يتعلق بالأمور الاعتبارية كالبيع والصلح، والوفاء في كلا القسمين وإن كان واحداً مفهوماً وحقيقة إلا أنه يختلف فيهما من حيث اختلاف المتعلق، فالوفاء بالعقد في مثل النذر المتعلق بالأفعال الخارجية يقتضي الإتيان بالفعل الذي تعلّق به النذر، فلو نذر أن يخدم العالم، أو أن يعطي الفقير مالاً فالوفاء

---

(١) ما نشأ من عدم التفطن.

(٢) لم نقف على قائله.

(٣) المكاسب ٥: ١٨ـ١٩.

(٤) حاشية المكاسب للآخوند: ١٤٥، حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ٢٩، مصباح الفقاهة ٦: ٢٣ـ ٢٤، التنقيح ٣٨/ ٣: ٢٢.

يقتضي أن يقوم بالخدمة للعالم وأن يعطي الفقير المال؛ لأن متعلق العقد هو الفعل الخارجي فيلزمه الإتيان به، وأما إذا كان متعلق العقد أمراً اعتبارياً -كتمليك الدار بعوض- فمقتضى الوفاء به أن يمضي على هذا الالتزام ويبرمه وأن لا يرجع فيه ولا يفسخه.

فالوفاء بالعقد عبارة عن العمل بمتعلق ذلك العقد لا العمل بغيره، ومن هذا يتضح أن حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه ليست بمقتضى عقد البيع نفسه، بل هي من مقتضيات الملكية، سواء أحصلت من البيع أم من الإرث أم من أي شيء آخر.

ويشهد لذلك أنه لو باع ماله للغير وكان بانياً على غصبه منه أو التصرف فيه بدون إذنه لم يكن ذلك نقضاً للعهد ولا فسخاً للبيع، ومثله ما لو تزوج امرأة وبنى في حال إنشاء العقد على عدم إعطائها حقوق الزوجية؛ فإنه لا يعد عدم إعطائها تلك الحقوق نقضاً لعقد الزوجية؛ إذ أن نقضه المقابل للوفاء به يتم برفع اليد عن الزوجية وفسخ العقد الواقع.

فما أفاده الشيخ قدس سره من أن مقتضى عقد البيع حرمة التصرف في ما انتقل عنه بدون إذنه غير تام؛ ولا ربط له بمقتضى العقد؛ فإن مقتضى العقد تمليك الغير بعوض وتبديل طرفي الإضافة. نعم، لو تعلق العهد بعدم أخذ المال منه وأخذه كان نقضاً لعهده، ولكنه ليس كذلك في البيع، وهذا الإشكال أقوى الإشكالات الواردة على الشيخ قدس سره.

الإشكال الثاني: ما أفاده بعض الأعاظم قدس سره وحاصله: أن التصرف الخارجي المحرم لو كان نقضاً للعقد للزم أن لا يحرم التصرف في الآن الثاني؛ إذ لا إشكال في أن الموجود في هذه العقود هو أمر وحداني مستمر، ونقض

العقد في مقابل الوفاء به، وقد انتقض بالتصرف المحرم فانتقض ذلك الأمر الواحد، فلم يبق موضوع لوجوب الوفاء، نظير النذر المتعلق بالفعل المستمر، كما لو نذر أن يجلس في مكان من الصباح إلى الزوال؛ فإن قيامه من ذلك المكان ولو لساعة يوجب عدم الوفاء بالنذر وعدم وجوب الجلوس عليه في بقية الوقت.

نعم، لو كان المتعلق متعدداً بحيث كانت هناك عقود والتزامات متعددة لوجب الوفاء في الآنات الأخرى بعدد العقود، ولكنه واضح البطلان؛ إذ ما في البيع ليس من قبيل نذر أمور متعددة بحيث لا يستلزم الخلف في واحد الخلف في الآخر، كأن ينذر أن يزور الإمام الحسين عليه السلام في كل ليلة جمعة فتخلف في ليلة واحدة فإنه لا يوجب الحنث في الليالي الأخر، بل هو نظير النذر المتعلق بفعل واحد مستمر كما تقدم[1].

الإشكال الثالث: ما أفاده عدة من الأعاظم قدس سرّهم: من أن مفاد كلام الشيخ قدس سره أن يكون وجوب الوفاء حكماً تكليفياً، والتصرف في مال الغير بعد العقد منافياً للحكم التكليفي بوجوب الوفاء، فيلزم أن يستحق عقابين: أحدهما لأجل التصرف في مال الغير بدون إذنه؛ إذ لا شك في حرمته، وشمول عموم «لا يحل التصرف في مال الغير إلا بإذنه» له، والآخر لأجل مخالفة الحكم بوجوب الوفاء، واللازم فاسد، فالملزوم مثله[2].

ولأجل هذه الإشكالات ذهب عدة من الأعلام إلى ضرورة حمل الأمر بالوفاء في الآية على الإرشاد، وبيانهم في ذلك:

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٤، التنقيح ٣٨: ٢٣.

(٢) كتاب البيع ٤: ٢٨.

إن المراد من الوفاء بالعقود في الأمور الاعتبارية -كما تقدم- هو إمضاؤها وإبرامها والالتزام بها وعدم فسخها، وضرورة الفقه قامت على عدم كون إمضاء العقد من الواجبات، وعدم كون فسخه ونقضه من المحرمات الشرعية، فبقرينة هذه الضرورة يحمل الأمر في الآية على الإرشاد إلى اللزوم بمعنى أن العقد لازم، ولا ينفسخ بالفسخ، وإن كان مقتضى أصالة الظهور الحمل على الحكم التكليفي المولوي، فتدل الآية على اللزوم بالمطابقة، لا بالالتزام كما ذهب إليه الشيخ قدس سره [1].

التحقيق في مفاد قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2].

هذا، والتحقيق أن الحق مع الشيخ قدس سره من حيث النتيجة، أي أن الأمر في الآية مولوي تكليفي لا إرشادي، ولا ترد عليه الإشكالات المتقدمة.

أما **الإشكال الأول** -وهو إشكال المحقق الخراساني قدس سره وهو العمدة- فنقول: إنه لو قلنا بأن المراد من الوفاء بالعقد هو عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه لكان الإشكال وارداً؛ لأن عدم جواز التصرف من مقتضيات الملكية لا العقد، وما هو مقتضى العقد هو الالتزام به.

ولكن مقتضى التحقيق: أن الوفاء بالبيع لا ينحصر في الأمر الاعتباري وهو البقاء على الالتزام البيعي، وعدم نقضه، بل الوفاء بالبيع -بل بجميع المعاملات- بمقتضى العرف واللغة يأتي بمعنى آخر خارجي وهو تسليم وتسلّم العوضين من قبل المتعاملين.

أما العرف -وهو المرجع في صدق الوفاء في المعاملات- فإنهم يرون

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٥، التنقيح ٣٨: ٢٣.

(٢) سورة المائدة: ١.

البائع قد وفى بالتزامه عندما يسلم المثمن للمشتري، ويرونه قد خالف الوفاء عندما لا يسلمه له، وكذلك في جانب المشتري عندما يسلم الثمن أو لا يسلمه.

وأما اللغة فالمستفاد منها أن حقيقة الوفاء إنهاء الأمر، وإنهاء البيع يتم بتسليم البائع للمبيع، والمشتري للثمن.

وحيث إن التسليم عمل خارجي وهو مصداق حقيقي للوفاء عرفاً ولغة فهو يصلح أن يتعلق به التكليف، ومع إمكان تعلق التكليف به ولو بنحو الموجبة الجزئية يكون رفع اليد عن إرادة الحكم التكليفي وحمل اللفظ على إرادة الحكم الوضعي -وهو اللزوم- خلاف القاعدة.

والنتيجة: أن مقتضى عقد البيع هو تسليم المبيع، لا عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه حتى يرد الإشكال، فإن كل عقد بحسب ارتكاز العقلاء يقتضي تسليم العوض، ويؤاخذ عندهم صاحب المال لو لم يسلمه للآخر؛ لتخلفه عن الشرط الارتكازي، ويرون أن للآخر خيار عدم التسليم، ويشهد له: خيار تعذر التسليم؛ فإن التسليم إذا كان متعذراً كان للطرف الآخر الخيار، فلو لم يكن التسليم من مقتضيات العقد لما تعقل الخيار عند تعذره.

والتسليم الذي هو مقتضى عقد البيع قابل لتعلق التكليف به لكونه فعلاً خارجياً، فلا مناص من الحمل عليه لا على الإرشاد.

ولا يخفى أن اقتضاء العقد للتسليم أمر استمراري لا آني، بمعنى أن المتعاقدين مأموران بتسليم متعلق العقد في كل آن، فإذا أوقع العقد وجب عليه التسليم، وإذا فسخه توجه الأمر إليه بوجوب التسليم أيضاً بمقتضى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، ووجوب تسليم المال عليه مع كونه في ملكه غير معقول، فيكشف عن عدم نفوذ الفسخ وأن المال باق تحت ملك طرف العقد.

يضاف إلى ذلك: أن العقود في الآية الشريفة قد فسرت في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة بالعهود، وهي إما لبيان أن العقود هي العهود، وإما لبيان أن العهود من مصاديق العقود، والأمر بالوفاء بالعهد هو -على كلا التقديرين- تكليفي بلا إشكال على ما يستفاد من الكتاب والسنة، أما الكتاب فكقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾[1]؛ فإن ظاهر الأمر بالوفاء بالعهد هو الأمر التكليفي، ويؤيده بل يؤكده التأكيد بـ﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾.

وأما السنة فبنصوص، منها ما دلّ على أن نقض العهد غدر فهو ممنوع منه، ومنها ما دل على وجوب الوفاء بالعهد، ومن تلك النصوص:

الرواية الأولى: ما في الكافي عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن الحسين بن مصعب الهمداني قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «ثلاثة لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد إلى البر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين»[2].

ودلالتها على الحكم التكليفي تامة بلا إشكال؛ فإن المنفي فيها هو العذر، والأمر الوضعي ليس مورداً للعذر والمؤاخذة؛ إذ موضوع التنجيز والتعذير هي التكاليف.

مضافاً إلى أن فقرات الرواية ناظرة إلى الأوامر الواردة في الآيات الكريمة [الظاهرة في التكليف]، فأداء الأمانة ناظر إلى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[3].

---

(١) سورة الإسراء: ٣٤.

(٢) الكافي ٥: ١٣٢، باب أداء الأمانة، الحديث١.

(٣) سورة النساء: ٥٨.

والوفاء بالعهد ناظر إلى قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾[١].

وبر الوالدين ناظر إلى قوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[٢].

الرواية الثانية: ما ورد في الخصال للشيخ الصدوق بسنده عن عنبسة بن مصعب قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «ثلاث لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصة: بر الوالدين برين كانا أو فاجرين، ووفاء بالعهد للبر والفاجر، وأداء الأمانة إلى البر والفاجر»[٣].

فإن المنفي جعله لأحد من الناس هي الرخصة، ولا شك في أن الترخيص وعدمه مربوطان بالتكاليف، والأحكام الوضعية ليست موضوعاً للرخصة وعدمها، ونفي الرخصة مثبت للوجوب، فالأمر بالوفاء بالعهد كالأمر بأداء الأمانة تكليفي.

الرواية الثالثة: ما في الخصال بسنده عن عبدالله بن بكير، عن أبيه، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أربعة أسرع شيء عقوبة: رجل أحسنت إليه ويكافيك بالإحسان إليه إساءة، ورجل لا تبغي عليه وهو يبغي عليك، ورجل عاهدته على أمر فمن أمرك الوفاء له ومن أمره الغدر بك، ورجل يصل قرابته ويقطعونه»[٤].

فإن ترتب العقوبة على الأحكام الوضعية غير معقول، بل ترتبها إما

---

(١) سورة الإسراء: ٣٤.

(٢) سورة النساء: ٣٦.

(٣) الخصال: ١٢٨.

(٤) الخصال: ٢٣٠.

علـى الأحكام التكليفية ابتـداء، أو على الأحكام التكليفيـة في موارد الأحكام الوضعية.

الروايـة الرابعة: ما رواه الشـيخ الصدوق قدس سره في الخصال أيضاً بسـنده عن عبدالله بن مسعود، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «أربع من كن فيه فهو منافق، وإن كانـت فيـه واحدة منهن كانت فيه خصلة من النفـاق حتى يدعها: من إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[1].

ودلالتها على الحكم التكليفي واضحة.

ودعوى أن مقتضى السـياق عدم حرمة خلـف العهد؛ لأن العهد جاء في سـياق الوعد في قوله: «إذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر»، وخلف الوعد ليس بمحرم فكذلك مخالفة العهد.

مندفعة: **أولاً**: بأن مسـألة خلف الوعد محل بحث؛ لوجود روايات كثيرة تـدل على وجـوب الوفاء به أو على حرمة خلفه[2] إلا أن عدة من الفقهاء ذهبوا إلى عدم حرمته، وحملوا الروايات على أنها لبيان حكم أخلاقي[3].

---

(١) الخصال: ٢٥٤.

(٢) منها: ما في وسائل الشيعة، الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٢: صحيحة شعيب العقرقوفي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليف إذا وعد».

والحديث: ٣: صحيحة هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له، فمن أخلف فبخلف الله بدأ، ولمقته تعرّض، وذلك قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾».

(٣) لا بأس بنقل بعض أقوال الفقهاء في المسألة ليتضح مراد الشيخ الأستاذ بصورة أجلى: قال الشيخ الأعظم في كتاب القضاء والشهادات ص ٣٠٨ - ٣٠٩:

←

[الوفاء بالوعد] في ما يظهر منه وجوب الوفاء بالوعد -مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لاَ تَفْعَلُونَ﴾، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ بناء على شموله للوعد -في باب الوعد: ما عن الكافي- في المتصف بالصحة في المطالع (كذا)- عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام..، وساق الحديث المتقدم.

وعنه - في باب الوعد - عن شعيب العقرقوفي..، وذكر الحديث السابق.

وعنه - في باب البر بالوالدين -..عن عنبسة بن مصعب..، وساق الحديث الذي في المتن.

وعنه - في باب المؤمن وعلاماته - بإسناده، عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته وكملت مروءته وظهر عدله ووجبت أخوته».

وهذه الأخبار وإن دلت بظاهرها على وجوب الوفاء، لكن قيل: إن الظاهر إطباق كلمات من عدا قليل من متأخري المتأخرين على عدم الوجوب، كما يظهر من اتفاقهم على عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير المشترط في عقد لازم، وما دل من الأخبار على جواز نقض اليمين إذا كان - أو صار - ترك ما حلف عليه راجحاً) انتهى.

وقال السيد الخوئي في مصباح الفقاهة ١: ٦٠٢ - ٦٠٤:

وقد استدل على حرمة مخالفة الوعد على وجه الإطلاق بالأخبار الكثيرة الدالة على وجوب الوفاء به.

أقول: الروايات الواردة في هذا المقام كثيرة جداً، وكلها ظاهرة في وجوب الوفاء بالوعد وحرمة مخالفته، ولم نجد منها ما يكون ظاهراً في الاستحباب، ولكن خلف الوعد حيث كان يعم به البلوى لجميع الطبقات في جميع الأزمان فلو كان حراماً لاشتهر بين الفقهاء كاشتهار سائر المحرمات بينهم، مع ما عرفت من كثرة الروايات في ذلك وكونها بمرأى منهم ومسمع، ومع ذلك كله فقد أفتوا باستحباب الوفاء به وكراهة مخالفته حتى المحدثين منهم - كصاحبي الوسائل والمستدرك وغيرهما - مع جمودهم على ظهور الروايات، وذلك يدلنا على أنهم اطلعوا في هذه الروايات على قرينة الاستحباب فأعرضوا عن ظاهرها.

ولكنا قد حققنا في علم الأصول أن إعراض المشهور عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب وهنها، كما أن عملهم بالرواية الضعيفة لا يوجب اعتبارها، إلا إذا رجع

←

وهو ممنوع؛ لعدم صحة التفكيك بين الأحكام الأخلاقية والأحكام العملية، فيبقى خلف الوعد على الحرمة بمقتضى النصوص إلا أن يقوم الإجماع على عدم حرمته.

ثانياً: سلّمنا عدم حرمة مخالفة الوعد فغايته التفكيك في الحجية بدليل خارجي، بمعنى أن المستفاد من الرواية حرمة خلف الوعد والعهد والكذب، ولكن دلّ الدليل على عدم حرمة خلف الوعد خاصة، فيبقى الباقي على حاله.

الرواية الخامسة: ما رواه الشيخ في الأمالي بسنده عن الحسن بن زيد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أقربكم غداً مني في الموقف أصدقكم للحديث، وآداكم للأمانة، وأوفاكم بالعهد، وأحسنكم خلقاً، وأقربكم من الناس»[1].

فمفادها أن من لا وفاء له بالعهد فهو بعيد عن رسول صلى الله عليه وآله وسلم في الآخرة، وهذا المعنى لا يتناسب مع الحكم الوضعي كما هو واضح.

إعراضهم إلى تضعيف الرواية ورجوع عملهم إلى توثيقها. وإذن فلا وجه لرفع اليد عن ظهور الروايات المذكورة على كثرتها وحملها على الاستحباب. ولكن الذي يسهل الخطب أن السيرة القطعية بين المتشرعة قائمة على جواز خلف الوعد وعلى عدم معاملة من أخلف بوعده معاملة الفساق، ولم نعهد من أعاظم الأصحاب أن ينكروا على مخالفة الوعد كإنكارهم على مخالفة الواجب وارتكاب الحرام، فهذه السيرة القطعية تكون قرينة على حمل الأخبار المذكورة على استحباب الوفاء بالوعد وكراهة مخالفته.

نعم، الوفاء به والجري على طبقه من مهمات الجهات الأخلاقية، بل ربما توجب مخالفته سقوط الشخص عن الاعتبار في الأنظار، لحكم العقل على مرجوحيته. ومع ذلك كله فرفع اليد عن ظهور الروايات وحملها على الاستحباب يحتاج إلى الجرأة، والأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد.

(١) الأمالي للشيخ: ٢٢٩.

وبعبارة أخرى: إن الأقرب أفعل تفضيل من القرب، وهو يدور مدار الوفاء، فمن كان أوفى كان أقرب، ومن لا وفاء له ليس له قرب، ومن ليس له قرب، فهو بعيد عنه ﷺ.

والمتحصل مما تقدم أمور ثلاثة:

الأمر الأول: إن صحيحة ابن سنان فسّرت العقود بالعهود، ولا يمكن رفع اليد عن هذا التفسير.

الأمر الثاني: إن الوفاء بالعهد واجب بالوجوب التكليفي عقلاً وشرعاً، كتاباً وسنة.

الأمر الثالث: إن صيغة (افعل) ظاهرة في البعث وطلب الفعل.

ومع حفظ هذه الجهات لا يمكن رفع اليد عن ظهور الآية في الحكم التكليفي، وعليه لا وجه لحمل الأمر فيها على خصوص الحكم الوضعي كما هو واضح، فيدور الأمر في الآية بين محتملات ثلاثة:

الاحتمال الأول: أن تحمل على خصوص الحكم التكليفي.

الاحتمال الثاني: أن تحمل على إرادة الحكم التكليفي والوضعي معاً، بمعنى أن الأمر في الآية بعث نحو الوفاء، وإرشاد إلى اللزوم.

الاحتمال الثالث: أن تحمل على إرادة الجامع بين الحكم التكليفي والوضعي.

أما الاحتمال الثاني فممنوع؛ لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى؛ فإن اللزوم حكم وضعي، وقوامه بعدم اقتضائه التخيير والإلزام، والحكم التكليفي قوامه باقتضائه التخيير أو الإلزام فعلاً أو تركاً، واستعمال اللفظ في أكثر من معنى إما محال ثبوتاً على رأي من قال بامتناعه، أو خلاف الظاهر على

مبنى من قال بإمكانه ولكن لا دليل عليه إثباتاً.

مضافاً إلى أن لازمه أن يراد منه ما فيه اقتضاء الفعل أو التخيير وما ليس فيه شيء منهما، وهو جمع بين النقيضين.

وهذا المحذور يأتي على جميع المباني في مدلول الصيغة، أي سواء أقلنا بأن مدلولها الطلب، أم النسبة البعثية، أم اعتبار اللابدية؛ فإن مدلولها بناء على إفادتها التكليف هو أحد هذه الأمور، وبناء على إفادتها الوضع هو اللزوم، أو اعتبار عدم قابلية العقد للانفساخ بالفسخ، وهو معنى مغاير للمعنى الأول بناء على التكليف.

نعم، ربما يتوهم أن آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قضية حقيقية كقضية (أكرم العلماء) فتنحل بعدد موضوعاتها، فيكون لكل موضوع حكم، فكما أن لكل عالم حكماً بوجوب إكرامه، كذلك لكل عقد هنا حكم بلزوم الوفاء به، وكل عقد بحسبه، فإن كان عقداً اعتبارياً كالبيع والصلح فحكمه اللزوم وعدم الفسخ، أي الأمر به إرشادي، وإن كان عهداً فعلياً فحكمه وجوب الفعل والإتيان به، فيكون الأمر به تكليفياً، فيندفع الإشكال.

ولكنه مندفع؛ إذ منشأه الخلط بين الأحكام العقلية وأحكام اللفظ؛ فإن الانحلال حكم عقلي في مرحلة الفعلية، ومحذور استعمال اللفظ في أكثر من معنى من أحكام اللفظ في مرحلة الإنشاء؛ فإن في (أكرم) من (أكرم العلماء) مادة واحدة وهيئة واحدة، وفي ﴿أوفوا﴾ من ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مادة واحدة وهي الوفاء، وهيئة واحدة وهي الواردة على هذه المادة، واستعمال اللفظ في معنى أو معنيين من أحكام الألفاظ، فبتعدد اللفظ يتعدد الاستعمال، وحين يتعدد الاستعمال يكون المقتضي للاستعمال في أكثر من معنى موجوداً والمانع منه مفقوداً، وأما إذا كان اللفظ واحداً فهو -وإن كان منحلاً عقلاً- إلا أنه واحد استعمالاً وإنشاء، فلا ينحل

به إشكال استعمال اللفظ في أكثر من معنى ثبوتاً ولا إثباتاً.

وأما الاحتمال الثالث فغير ممكن؛ لعدم الجامع الحقيقي بين الحكم التكليفي والوضعي؛ إذ لا جامع بين البعث وعدمه، أو بين الزجر وعدمه، بل بينهما تباين ذاتي؛ للتباين بين ما فيه اقتضاء البعث أو الزجر وما ليس فيه اقتضاء شيء منهما.

ومع بطلان هذين المعنيين وما تبيّن سابقاً من بطلان حمل الآية على خصوص الحكم الوضعي يتعين الحمل على خصوص الحكم التكليفي.

والخلاصة: أن المحتملات في المراد من ﴿**أوفوا**﴾ أربعة:

أحدها: أن يحمل على إرادة الحكم الوضعي خاصة؛ أي على الإرشاد إلى اللزوم، وهو باطل؛ بمقتضى تفسير العقود بالعهود، وكون الحكم المتعلق بالوفاء بالعهد تكليفياً، وكون الأمر ظاهراً في التكليف.

ثانيها: أن يحمل على إرادة الحكم الوضعي والتكليفي معاً، وهو باطل أيضاً؛ لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى، وهو إما محال أو مخالف للظهور، مضافاً إلى أن لازمه أن يراد منه ما فيه اقتضاء الفعل أو التخيير وما ليس فيه شيء منهما، وهو جمع بين النقيضين.

ثالثها: أن يحمل على إرادة الجامع بين الحكمين -التكليفي والوضعي- وهو أيضاً باطل؛ لعدم الجامع بينهما غير الجامع العنواني -أي الحكم-؛ إذ لا جامع حقيقياً بين ما فيه الاقتضاء وهو التكليفي، وما ليس فيه وهو الوضعي.

رابعها: أن يحمل على الحكم التكليفي خاصة، وهو المتعين؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

وبهذا الإصلاح يتبين أن ما أفاده الشيخ قدس سره هو أقوى الأنظار، وأن

إشكال المحقق الخراساني ﷺ يندفع بما قدمناه من أن الوفاء يتحقق بالتسليم الذي هو فعل خارجي، بل يمكن توجيه كلام الشيخ ﷺ بحيث لا يرد عليه إشكال المحقق الخراساني ﷺ بهذا البيان:

إن التصرف في مال الغير بعد العقد يتم بأحد نحوين:

النحو الأول: أن يتصرف فيه البائع بعنوان أنه ملك المشتري.

النحو الثاني: أن يتصرف فيه بعنوان أنه ماله هو -البائع-.

أما التصرف بالنحو الأول فهو ليس نقضاً للعقد ولا مخالفاً للوفاء به، نعم هو مخالف لمقتضى «لا يحل لأحد التصرف في مال غيره إلا بإذنه»، وأما التصرف بالنحو الثاني فإنه نقض للعقد وخلاف الوفاء به؛ لأن مقتضى العقد أن يرى أنه حينما باع المتاع للمشتري فقد انتقل للغير وأن لا يتصرف فيه على أنه مال نفسه، فإذا تصرف فيه بعنوان أنه مال نفسه كان نقضاً للعقد وخلافاً للوفاء به، فنفس العمل -وهو التصرف في المتاع بعنوان أنه ماله- نقض للعقد وخلاف الوفاء.

فإذا كان نظر الشيخ ﷺ إلى هذا المعنى فهو صحيح؛ لأن مقتضى العقد عدم جواز التصرف في المال المنتقل عنه بعنوان أنه مال نفسه، ولا يرد إشكال المحقق الخراساني ﷺ.

وأما الإشكال الثاني فمندفع بما تقدم من أن الوفاء بالعقد يتم بالتسليم والتسلم، والأمر بالوفاء استمراري لا آني، بمعنى أن المتعاقدين مأموران بتسليم متعلق العقد في كل آن، ففي كل آن يأتي خطاب (أوفوا) فلا يسقط الأمر بالوفاء بمجرد العصيان.

وأما الإشكال الثالث -وهو إشكال استلزام القول بالحكم التكليفي لتعدد العقاب- فجوابه أنه لا محذور فيه بعد أن يدل عليه الدليل، فإن كان

العمل مخالفاً لخطاب واحد ففيه عصيان واحد، وإن كان مخالفاً لعنوانين متعلقين لخطابين ففيه عصيانان ونلتزم بصدور معصيتين فيستحق عقابين.

وبيانه في ما نحن فيه: أنه لما أوقع المعاملة ولم يسلم المال للطرف الآخر فبتصرفه في مال الغير خالف حرمة التصرف في مال الغير، وهذه معصية، وبما أنه لم يفِ بالعقد خالف خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وهذه معصية أخرى، والالتزام بهذا لا يخالف العقل ولا النقل، كما لم يقم إجماع على بطلان الالتزام بمعصيتين.

فالنتيجة: أن الحق بين الرأيين الموافق لما تقتضيه الصناعة هو حمل الآية الشريفة على بيان الحكم التكليفي؛ لوجود المقتضي -وهو الظهور- وعدم المانع؛ إذ هذا النحو من التصرف خارجي يتعلق به التكليف، ومما يقتضيه العقد عرفاً وعقلاء.

رأي المحقق الأصفهاني قدس سره

ذهب المحقق الأصفهاني قدس سره إلى أن مدلول الآية حكم تكليفي ولكن بوجه عقلي، فإن تمّ تقوّى كلام الشيخ قدس سره الذي قويناه مع توجيهنا له وبيانه في ذلك:

إن المراد بالوفاء في الآية هو الوفاء العملي، لا عدم الفسخ؛ فإنه غير معقول، نظير التصديق في (صدّق العادل)، وعدم النقض في «لا تنقض اليقين بالشك»؛ فإن المراد من التصديق في الأول التصديق العملي؛ إذ لا يعقل التصديق القلبي مع عدم إفادة قوله للعلم ووجود احتمال خطأه، فلا بد من حمله على التصديق العملي، أي ترتيب آثار الصدق على قوله، وكذلك المراد من عدم النقض في الاستصحاب؛ فإن نقض اليقين بالشك قد حصل بالوجدان، فلا بد من حمل النهي في «لا تنقض اليقين بالشك» على عدم نقضه بالشك عملاً، بمعنى ترتيب آثار اليقين على المتيقن سابقاً.

وفي المقام كذلك؛ إذ لا يعقل إرادة الوفاء الحقيقي بمعنى عدم الفسخ؛ فإن البائع -مثلاً- لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون له حق الفسخ أو لا يكون، فعلى الأول لا يعقل أمره بالوفاء بمعنى نهيه عن الفسخ الجائز له، وصدوره منه لا يعد مخالفة لـ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً، وعلى الثاني لا يعقل النهي؛ إذ لا يكاد يتحقق الفسخ حتى يكون ممنوعاً عنه، وهذه قرينة قطعية توجب حمل الأمر بالوفاء على الوفاء العملي، بمعنى عدم التصرف في المال بعد بيعه[1].

والفرق بين قول المحقق الأصفهاني قدس سره وما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي قدس سره: أن المحقق الأصفهاني قدس سره يرى امتناع تعلق النهي التكليفي بالفسخ، وأما السيد الخوئي قدس سره فيراه ممكناً إلا أنه حمل الأمر على الإرشاد إلى اللزوم؛ لأن الفسخ ليس من المحرمات في الشريعة الإسلامية بالضرورة، فلا يمكن حمل الأمر بالوفاء على الحكم التكليفي بعدم الفسخ[2].

وبالمقارنة بين القولين -لو فرض تمامية قول المحقق الأصفهاني قدس سره في نفسه- يتضح بطلان قول السيد الخوئي قدس سره؛ لأنه يرى إمكان تعلق الحكم التكليفي بالفسخ إلا أن الضرورة الفقهية دلت على عدم حرمته، بينما على رأي المحقق الأصفهاني قدس سره لا موضوع للحكم التكليفي لعدم إمكان الفسخ؛ إذ في حال عدم وجود حق الفسخ لا يمكن حل العقد حتى يحكم بحرمته.

وأما أصل استدلال المحقق الأصفهاني قدس سره فهو بظاهره استدلال قوي؛ إذ مع فرض عدم حق الفسخ لطرف المعاملة، وعدم نفوذ فسخه لا يمكن حل العقد من قبله، فيستحيل توجه الخطاب التكليفي إليه، فلا بد من حمل الوفاء

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٥، التنقيح ٣٨: ٢٤.

على الوفاء العملي.

ولكن في كلامه تهافتاً؛ حيث أورد على الشيخ ﷺ قبل هذا الاستدلال الذي ذكره بعنوان (والتحقيق): بأن الوفاء هو العمل بمقتضى العقد، ومقتضاه هي الملكية، والوفاء بها البقاء عليها والالتزام بها وإبرامها، والبقاء عليها يتم بإبرام العقد وعدم فسخه، وأما عدم التصرف في المبيع فهو من مقتضيات الملكية، فهو مقتضى مقتضى العقد، وليس مقتضى العقد نفسه، وهذا المعنى متهافت مع حمل الوفاء على الوفاء العملي وجعل التصرف في المال نقضاً للوفاء العملي بالعقد؛ فإنه جعل المنع من التصرف في المال مصداقاً للوفاء العملي، بينما نفى في الإشكال على الشيخ ﷺ أن يكون من مقتضيات العقد، وجعله من مقتضيات الملكية، فإما أن يرفع اليد عن الإشكال، أو عن ما أفاده في التحقيق[1].

والحق أن يقال: إن الواجب -على القول بعدم إمكان الفسخ- هو الوفاء العملي للعقد وهو عبارة عن تسليم المال، فمتعلق الوجوب عبارة عن العمل بمقتضى العقد وهو تسليم المبيع من قبل البائع، والثمن من قبل المشتري.

---

(١) الشاهد مما قاله في الإشكال هو قوله في ٤: ٢٩: (وثانياً: أن الوفاء كما أشار ﷺ إليه هو العمل بمقتضى العقد، لا العمل بمقتضى مقتضاه، ومن الواضح أن مقتضى عقد البيع كون المال ملكاً للمشتري بالعوض، والقيام بهذا المقتضى -الذي هو مورد العقد- التحفظ عليه بإبقائه وعدم إزالته، وأما مقتضى الملك [أي عدم التصرف] فهو أجنبي عن مورد العهد والعقد، حيث لا تعهد له بعدم التصرف حتى يجب أن لا يتصرف).

والشاهد مما قاله في التحقيق ص٣٠: (فلا محالة لا يراد من الوفاء وخلافه إلا إبقاء العقد وإتمامه أو التجاوز عنه وتركه عملاً لا حقيقة، وكما أن عدم التمليك مع تعهده خلاف الوفاء عملاً، فكذلك المعاملة مع ما تعهد بكونه ملكاً للغير بعوض معاملة ما لم يتعهد به بالتصرف فيه من دون رضاه خلاف الوفاء عملاً، وهكذا الأمر في نقض العهد والعقد لا يراد منه إلا النقض العملي دون الحقيقي المساوق لحله وفسخه).

إشكالان للمحقق الحائري قدس سره في آية الوفاء بالعقود

نسب الشيخ الأراكي قدس سره إلى أستاذه المحقق الحائري قدس سره إشكالين على الاستدلال بآية الوفاء على اللزوم:

الإشكال الأول: أن العقد -كما في اللغة والنصوص- هو العهد، ولا يطلق العهد على المعاملات السوقية الدائرة بين العقلاء، فالتمسك بها للزوم البيع لا موضوع له.

بل إن تمّ هذا البيان سقط التمسك بها في مطلق المعاملات.

الإشكال الثاني: أن القسم الأكبر من البيوع باطلة شرعاً، فيلزم من ذلك تخصيص الأكثر في آية ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، والعام الخارج منه أكثر مصاديقه يسقط عن العموم فلا يكون قابلاً للاستدلال به؛ لإجماله حينئذ، إلا أن يقال بأن عمل المشهور جابر لضعف الدلالة ورافع للإجمال فيؤخذ بما عمل به المشهور كما في القرعة، فكل مورد عمل المشهور فيه تمسك بدليل القرعة[1].

الجواب عن الإشكال الأول

أما الإشكال الأول ففيه:

أولاً: أنه مناقض لما أفاده في جميع أبواب المعاملات من التمسك والاستدلال بهذه الآية، نذكر موردين للاختصار:

١- تمسكه بها في أول باب البيع في مسألة ما لو كان الثمن حقاً؛ فإنه ناقش في صدق البيع على هذه المعاملة؛ لانصراف البيع عن صورة جعل الثمن حقاً،

(١) الخيارات: ٩.

ولكن تمسك لصحتها وإفادتها الملكية بعموم آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ لصدق العقد والعهد عليها.

ثم قال: ودعوى انصرافها إلى العقود المتعارفة كعقد البيع والإجارة والصلح، فلا تشمل العقد الذي لا يكون مصداقاً لواحد منها.

مدفوعة: بأن هذا الانصراف بدوي ناشئ من أنس الذهن بهذه العقود، نظير أنس الذهن بغلبة الوجود، والمراد في الآية مطلق العقود، متعارفة كانت أو غير متعارفة[1].

٢- تمسكه لصحة المعاطاة بهذه الآية[2].

وثانياً: أنه مردود حلاً؛ فإن كل عقد عهد كما هو المستفاد من كتب اللغة[3]، بل هو المسلّم به عندهم؛ فإنهم وإن ذكروا العقد مستقلاً عن العهد،

---

(١) كتاب البيع ١: ١٥.

(٢) كتاب البيع ١: ٤٠.

(٣) العقد والعهد في كلمات علماء اللغة:

١- في مفردات الراغب مادة عقد ص٣٤١: (العقد: الجمع بين أطراف الشيء ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما).

٢- وفي الصحاح للجوهري ٢: ٥١٠: (عقد عقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد، وعقد الرب وغيره، أي غلظ).

٣- وفي لسان العرب ٣: ٢٩٦: (العقد: نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعقاداً وعقدة... والعقدة: حجم العقد، والجمع عقد. وخيوط معقدة: شدِّد للكثرة. ويقال: عقدت الحبل فهو معقود، وكذلك العهد، ومنه: عقدة النكاح، وانعقد عقد الحبل انعقاداً. وموضع العقد من الحبل: معقد، وجمعه معاقد...

وعقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد.

والعقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود. ويقال: عهدت إلى فلان في

←

فذكـروا العقد في مقابل الحـل، والعهد في مقابل النقض والغدر، إلا أن أعيان اللغويين صرَّحوا باتحادهما ولكـن مصداقاً لا مفهوماً، فيقولون: عقدت البيع والحبل والعهد فانعقد.

كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق. والمعاقدة: المعاهدة. وعاقده: عهده. وتعاقد القوم: تعاهدوا.

٤- وفي تاج العروس للزبيدي ٥: ١١٥: «والعقد -بفتح فسكون- الضمان والعهد، جمعه: العقود).

٥- وفي الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري: ٣٦٥: (الفرق بين العقد والعهد: أن العقد أبلغ من العهد، تقول: عهدت إلى فلان بكذا، أي ألزمته إياه، وعقدت عليه وعاقدته ألزمته باستيثاق، وتقول: عاهد العبد ربه، ولا تقول عاقد العبد ربه؛ إذ لا يجوز أن يقال: استوثق من ربه وقال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهي ما يتعاقد عليه اثنان، وما يعاهد العبد ربه عليه، أو يعاهده ربه على لسان نبيه عليه السلام، ويجوز أن يكون العقد ما يعقد بالقلب).

وفي ص٣٦٦: (الفرق بين العقد والعهد: قيل: الفرق بينهما أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد، ولا يكون إلا بين متعاقدين، والعهد قد ينفرد به الواحد، فبينهما عموم وخصوص).

٦- وفي مجمع البيان في ذيل الآية: (يقال: وفى بعهده وفاء، وأوفى إيفاء، بمعنى، وأوفى لغة أهل الحجاز، وهي لغة القرآن، والعقود جمع عقد بمعنى معقود، وهو أوكد العهود. والفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين متعاقدين، والعهد قد ينفرد به الواحد، فكل عهد عقد، ولا يكون كل عقد عهداً. وأصله عقد الشيء بغيره، وهو وصله به كما يعقد الحبل، ويقال: أعقدت العسل فهو معقد وعقيد).

لا يخفى أن ما تحته خط هو المذكور في الكتاب ولكن لعله من اشتباه النساخ؛ فإن المناسب لما ذكره أولاً أن تكون العبارة: فكل عقد عهد، ولا يكون كل عهد عقداً فلاحظ.

٧- وفي الكشاف في ذيل الآية: (يقال: وفى بالعهد وأوفى به، ومنه: ﴿الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ﴾، والعقد: العهد الموثق، شبه بعقد الحبل ونحوه).

والوجه فيه: أن العقد تارة يطلق على الالتزام المربوط بالتزام آخر، والعهد يطلق على العهد الإنشائي كالعهد في قبال النذر و اليمين. فعلى هذا التقدير يباين كل واحد منهما الآخر؛ لأن العهد من الإيقاعات، والإيقاعات قسيمة للعقود، وأخرى يطلق العقد على الالتزام بأمر وإن لم يكن مربوطاً بالتزام آخر، مثل عقدتم الأيمان، فعلى هذا التقدير كل عقد عهد مصداقاً؛ لأن العهد التزام وكل عاقد متعهد بما عقد، فإن كان مراد المحقق الحائري ﷺ نفي العهد عن العقد عرفاً مطلقاً فهو ممنوع؛ لأن العرف يرى كل عقد عهداً مصداقاً، ويدل عليه الكتاب العزيز بمقتضى الصحيحة المذكورة.

وبعبارة أخرى: إنه خلط بين المفهوم والمصداق؛ فإن مفاهيم المعاملات السوقية في مرحلة الإنشاء مفاهيم خاصة تختلف بحسبها، فالبيع مفهوماً هو التمليك، أو تبديل طرفي الإضافة، ومفهوم الصلح التسالم، والهبة إنشاء التمليك المجاني، ولكن أخذ في جميعها الالتزام بالمتعلق، بمعنى أن البائع يلتزم بأن المال مال المشتري، وأن من أوقع الصلح يلتزم بما تسالم عليه الطرفان، فجميع المعاملات هي من جهة عرفية عهود مصداقاً لا مفهوماً، وما نريده من ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ مصداق العهد وإن لم يكن عهداً مفهوماً.

والدليل القطعي على ذلك: أنه لا شك في أن جميع الالتزامات المتعلقة بالأفعال مشمولة للآية بتفسير صحيحة ابن سنان، والحال أنه لم يؤخذ في مفهوم النذر العهد، ولكنه مصداق للعهد، وجميع الشروط مصاديق للعهد مع أنه لم ينشأ فيها العهد، فإذن جميع هذه المنشآت مصاديق للعهد، فإنكار كون المعاملات السوقية عهوداً ممنوع، بل جميعها عهود مصداقاً وإن لم تكن كذلك مفهوماً.

كلام المحقق الشيرازي قدس سره بما يرتبط بالإشكال الثاني

وأما الإشكال الثاني فهو مسبوق بما أفاده المحقق الشيخ محمد تقي الشيرازي قدس سره في حاشيته[1] إلا أنه أجاب عنه: بأن غاية ما يوجبه تخصيص الأكثر هو الظن على خلاف الظهور، وقد أثبتنا أن الظن الشخصي بالخلاف لا يوجب سقوط حجية الظهور[2].

---

(١) الحاشية على المكاسب ٢: ٧٣ - ٧٤.

(٢) قرّب المحقق الشيخ محمد تقي الشيرازي قدس سره هذا الإشكال بوجوه ثلاثة، ولا بأس بنقل نص عبارته لفائدته وأهميته لاسيما وأن الحاشية غير متوفرة في الأسواق.

قال قدس سره:

(**الوجه الأول**: إنا نعلم إجمالاً بخروج كثير من الأفراد عنها، فلا يمكن التمسك بها؛ لمكان العلم الإجمالي و عدم تعين مورده...

الوجه الثاني: إن التخصيص الكثير على الوجه المزبور لما كان غير شائع في العام لا جرم كان ذلك كاشفاً عن إرادة معنى من العام لا يلزم منه ذلك التخصيص المستبشع المستهجن، ولما كان ذلك المعنى غير متعين عندنا لا جرم يكون هذا العام مجملاً لا يجوز التمسك به في شيء من موارده...

الوجه الثالث: إن كثرة التخصيص وإن لم نقل بامتناعه ولا بمرجوحيته إلا أن ذلك يوجب وهناً في ظهورها وإرادة جميع ما يحتمل إرادته منها.

ولكن ذلك مبني على اعتبار الظن الفعلي في اعتبار ظهور الألفاظ، وهو ليس بمرضي عند الأكثر، والفرق بينه وبين سائر الموهنات لعله لا يرجع إلى محصل.

وحاصل الكلام: أنه إن ادعي في كل مورد يصيب الظهور وهن شخصي يوجب التوقف في العمل به والأخذ بمقتضاه فذلك ممنوع، وطريقة أهل اللسان على خلافه، فإن العلماء لا يتوقفون في العمل بعمومات الكتاب مع فرض وجود ظن غير معتبر على خلافه ولو فرض مثل الشهرة مما يظن بمطابقته لدليل معتبر.

وإن أريد خصوصية لهذه الخصوصية من الموجبات للوهن - أعني كثرة التخصيص لذلك، ودعوى أن أهل اللسان يتوقفون في خصوص هذا الوهن ولا يتوقفون في غيره من الموهنات وإن فرض مساواتها لذلك نوعاً أو شخصاً من حيث السببية - فذلك مما

←

ولكن هذا الجواب لا يدفع الإشكال؛ إذ يرد عليه:

أولاً: أن العمومات الشرعية مقررات قانونية، وجعل القانون بنحو العموم ثم تخصيص أكثر أفراده يتنافى مع قانونية القانون، وهو قبيح من الحكيم عقلاً وعقلاء؛ أما عقلاً فلمنافاته مع الغرض من التقنين، ونقض الغرض قبيح عقلاً، وأما عقلاء؛ فلأن تخصيص الأكثر مستهجن عندهم فيكون قبيحاً في نظرهم، ولا يناسب صدوره من الحكيم.

وعليه فسقوط ظهور العام في المقام ليس بسبب قيام الظن الشخصي على خلافه حتى يندفع الإشكال بما أفاده، بل لقيام الظن النوعي على خلافه؛ فإن نوع العقلاء عندما يرون خروج أكثر الأفراد من تحت العام -وعندهم أن تخصيص الأكثر مستهجن- يحصل لهم ظن بإرادة خلاف الظاهر من هذا العام، ولا شك في سقوط الظهور عن الحجية عندما يقوم الظن النوعي على خلافه.

وثانياً: أن ما ذكره من أن الظن الشخصي لا يوجب الخدشة في حجية

لا يساعد عليه عرف ولا اعتبار، بل يشهد التتبع بخلافه، فراجع وتتبع ولاحظ وتأمل.

ومحصل الكلام أن كثرة التخصيص إما أن يكون معلوماً بالإجمال أو على نحو التفصيل، فالأول يوجب الاحتمال في أطراف مشتبهاته ومحتملاته، والكلام حينئذ في أن عمل العلماء لو لم يصل إلى حد الإجماع بحكم العام في بعض أطراف تلك الشبهة هل يوجب رفع الشبهة عن ذلك البعض ورفع الإجمال حتى يصير ذلك مصححاً ويجوّز التمسك بالعام في ذلك المورد؟

فالذي ينبغي أن يقال: أن ذلك إن لم يبلغ حداً يوجب الظن بإرادة ذلك الفرد الذي حكموا بإرادته فلا يصير ذلك مجوّزاً للعمل لغيرهم؛ إذ الفرض أن ذلك العمل لا يوجب ارتفاع الشبهة عن مورده، لا علماً ولا ظناً، ولو فرض حصول الظن بإرادته كان جواز العمل مبنياً على كفاية الظن بالظهور).

الظهور وإن كان هو المشهور عندهم إلا أنه عندنا محل تأمل وإشكال؛ إذ أن مدرك حجية الظهور ليس هو الدليل اللفظي حتى يقال بالتمسك بإطلاقه في مورد الشك كمورد قيام الظن الشخصي على خلاف الظهور، بل مدركه بناء العقلاء وسيرتهم، وما سيرتهم على الأخذ بالظاهر إلا عملهم به، ولم يثبت عملهم على الأخذ بالظاهر في حال قيام الظن الشخصي على خلافه بحيث لو لم يعمل به من حصل له الظن على خلافه يكون محجوجاً عندهم، ولا أقل من الشك في ثبوت هذه السيرة فلا يثبت انعقادها.

ولا يخفى أن مرادنا من الظن الشخصي هو الظن العقلائي الناشئ من أمور عقلائية لا مطلق الظن.

الحق في الجواب عن الإشكال الثاني

والحق أن رفع الإشكال يتم بأحد طريقين:

الطريق الأول: إن القضايا على نحوين: قضايا حقيقية، وقضايا خارجية، أما القضايا الحقيقية فهي التي يجعل الحكم فيها على موضوع مقدر الوجود، وموضوعها العناوين لا الأفراد، والتخصيص المستهجن فيها هو إخراج أكثر العناوين الداخلة تحت عنوان العام، ولا يندرج فيه ما لو خرج عنوان واحد وكانت أفراده أكثر من بقية أفراد العناوين الباقية، والعناوين الخارجة من تحت العنوان العام في ما نحن فيه -كالبيع الربوي، والغرري، وبيع الكالي بالكالي[1]- ليست بحد من الكثرة بحيث يوجب خروجها الاستهجان.

وأما القضايا الخارجية فموضوعها الأفراد الخارجية، فالعبرة في كثرة التخصيص فيها بخروج الأفراد الكثيرة، ولكن ما نحن فيه وهو آية ﴿**أَوْفُوا**

(١) وهو بيع الدين بالدين، من كلأ مهموزة اللام بمعنى تأخر.

بِالْعُقُودِ﴾ من القضايا الحقيقية لا الخارجية.

الطريق الثاني -وهو العمدة-: إن التخصيص إنما يصدق في المورد الذي لم يكن العام منصرفاً عنه من الأول، وبما أن الشارع أراد من العقود في الآية العهود، فهو يريد العهود الشرعية، فتنصرف عن البيع غير العقلائي والبيع الربوي والغرري ونحوها، فلم تقع هذه البيوع تحت العام ثم خصصت، فلا يصدق موضوع التخصيص حتى يصدق تخصيص الأكثر المستهجن.

والسبب في ذلك: أنه لا بد من ملاحظة مناسبة الحكم للموضوع لتشخيص موضوع الدليل؛ فإن المناسبة المذكورة من القرائن الارتكازية العقلائية العرفية الحافة بالكلام، وهي قد توسّع دائرة الموضوع وقد تضيّقه، وهي في المقام توجب تضيّق الموضوع في الآية بالعقود الشرعية، وذلك بملاحظة متعلق الوجوب، وهو الوفاء، وملاحظة متعلق الوفاء وهو العقود المفسَّر في الصحيحة بالعهود، وملاحظة التعليل في قوله تعالى: **﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾**، فالمراد من العقود التي يجب الوفاء بها هي العقود الشرعية، فلا تشمل غيرها من الأول حتى تخصص.

لا يقال: إن المرجع في تحديد الموضوع هو العرف، فما يصدق عليه العقد عرفاً مشمول للآية.

فإنه يقال: نعم، المراد من العقود في الآية العقود العرفية، ولكن بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع يتضيق الموضوع في خصوص العقود الشرعية.

ونتيجة البحث: أن آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** دالة على اللزوم على المبنيين؛ أما على مبنانا من أن الأمر في الآية تكليفي فبالالتزام، وأما على المبنى الآخر من أن الأمر إرشادي فهو إرشاد إلى اللزوم فيدل عليه بالمطابقة.

الوجه الثاني والثالث: آيتا حل البيع والتجارة عن تراض

استدل الشيخ قدس سره على اللزوم بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[1]، وبقوله في عقد المستثنى من آية التجارة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[2] بنسق واحد.

وتوضيح الاستدلال: إن حلية البيع في الآية الأولى ما أريد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتبة عليه والتي منها التصرفات الواقعة بعد الفسخ بمقتضى الإطلاق، وإذا حلّت هذه التصرفات فهي تدل على لغوية الفسخ وعدم تأثيره، فبالملازمة تدل على لزوم البيع.

وبعين هذا التقريب استدل بالآية الثانية؛ فإن مقتضى إطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض حلية أكل المال حتى بعد فسخ أحدهما وعدم رضا الآخر، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ، وهو معنى اللزوم[3].

ثم أورد على نفسه: بعدم إمكان الإطلاق؛ لأن إطلاق دليل الحكم إنما يتعرض لوجود الحكم عند وجود الموضوع، فيكون ناظراً إلى خصوصيات وحالات موضوع الحكم ومتعلقه، فيفيد في الشك في أحدها، فإطلاق (أكرم العلماء) مثلاً إنما يكون ناظراً إلى حالات العالم من العدالة والفسق وشبههما، ولا يتعرض إلى حالتي وجود الحكم وعدمه فضلاً عن حالة رفعه، فلا يمكن أن يكون مطلقاً بالنسبة إليها، وبما أن محل الكلام هو الشك في تأثير الفسخ الذي هو رافع لحلية التصرفات المترتبة على البيع فلا يكون الدليل مطلقاً

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩.

بالنسبة إلى حالة وجود الفسخ حتى يفيد في هذا الشك وينفى به تأثير الفسخ، فلا يتم التمسك بإطلاق ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾؛ لأنه يستلزم تعرض دليل الحكم لما هو رافع له أعني الفسخ، وهذا اللازم مستحيل؛ لأن رافع الحكم يقع في مرتبة متأخرة عنه؛ فإنه لا بد أن يوجد الحكم أولاً ثم تصل النوبة إلى رفعه، فيستحيل أن يتعرض له الدليل الذي هو في مرتبة متقدمة عليه؛ إذ لا يتعرض الدليل لما هو في رتبة متأخرة عن الحكم.

ولا يرد هذا الإشكال على آية الوفاء؛ لأن الموضوع فيها (العقود) بالمعنى المصدري، فيكفي مجرد حدوثه لترتيب الحكم بوجوب الوفاء بمقتضى الالتزام إلى الأبد، فيتمسك فيها بالإطلاق.

إشكال المحقق الخراساني قدس سره والحائري قدس سره على الشيخ قدس سره ودفعه

وأورد المحقق الخراساني قدس سره على الشيخ قدس سره -وتبعه المحقق الحائري قدس سره- بعدم الإطلاق في الآية؛ فإنها في مقام بيان نفي المماثلة بين البيع والربا، بأن الأول ممضى والثاني مردوع عنه، أي أن البيع حلال وليس كالربا في الحرمة، ولا إطلاق في هذه الحلية، وأضاف الحائري: أن ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مثل قول الطبيب: (اشرب الدواء)؛ فإنه لا يتمسك بالإطلاق لشرب كل دواء[1].

ويجاب عنه:

أولاً: بأن إطلاقات الكتاب لو كانت واردة في مقام بيان أصل التشريع لما صحّ أن يتمسك بأي إطلاق فيه ويتمّ ما أراداه، ولكن هذا المبنى ممنوع قطعاً؛ لأن مقتضى أصالة البيان صحة التمسك بإطلاق الآيات.

---

(١) حاشية المكاسب: ١٤٧.

نعم، لا بد من الفحص عن المانع.

وأصدق شاهد على ذلك روايات الترجيح في باب التعارض الآمرة بالأخذ بما وافق الكتاب[١]؛ فإن الموافقة والمخالفة إنما تكون مع إطلاقات الكتاب؛ إذ المخالف لنص الكتاب لا مقتضي لحجيته في نفسه ولو مع عدم المعارض، بمقتضى قوله عليه السلام: «ما لم يوافق من الحديث القرآن فهو زخرف»، «وكل حديث لا يوافق كتاب الله فهو زخرف»، «وما جاءكم يخالف كتاب الله فلم أقله»، «وإذا جاءك الحديثان المختلفان فقسهما على كتاب الله وأحاديثنا، فإن أشبهها فهو حق، وإن لم يشبهها فهو باطل»[٢].

وقوله تعالى في الآية: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾ لا يمنع من التمسك بإطلاق: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾؛ فإن الثانية لإفادة أمرين: نفي قول من قال: بأنما البيع مثل الربا، وإثبات أن البيع حلال دون الربا، فهي لإفادة الحكم في مقام بيان العمل، وما يكون كذلك لا يمكن أن لا يكون مطلقاً.

ثانياً: بأن الإمام عليه السلام استدل في الرواية الصحيحة بهذه الآية على صحة بيع المضطر مما يوجب القطع بإفادتها الإطلاق، ففي الوسائل عن الشيخ الصدوق قدس سره بإسناده عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «جعلت فداك، إن الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام وهو من الربا، قال: وهل رأيت أحداً يشتري -غنياً أو فقيراً- إلا من ضرورة؟! يا عمر، قد أحل الله البيع وحرم الربا، فاربح ولا تربه..»[٣].

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث: ١، ١٠.

(٢) المصدر السابق، الحديث: ١٢، ١٤، ١٥، ٤٨.

(٣) الوسائل، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١.

إشكال السيد الخوئي قدس سره **على استدلال الشيخ** قدس سره **ودفعه**[1]

تعرض بعض الأعاظم قدس سره لاستدلال الشيخ قدس سره بالآية ومناقشته، وفي كلامه نقاط ثلاث:

النقطة الأولى: في الإشكال على استدلال الشيخ قدس سره وحاصله:

أن الحلية في ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ رتبت على نفس البيع لا على التصرفات، كما أن الحرمة رتبت على نفس الربا، فإما أن يراد من الحلية الحلية الوضعية أو التكليفية أو الجامع بينهما.

أما الأولى فمعناها نفوذ البيع وصحته؛ باعتبار أن أحل بمعنى الحقيق به، وبالفارسي (روا بودن)؛ فإذا أسند إلى أمر اعتباري ومعاملي كان معناه الجواز والنفوذ الوضعي، فلما أسند هنا إلى البيع كان معناه نفوذه، ولا ربط للنفوذ باللزوم وعدمه، فلا يتم الاستدلال بها على بقاء البيع بعد فسخه.

وأما الثانية فالمراد منها الترخيص فيه وجوازه في قبال الربا المحرم ولا ربط للترخيص باللزوم وعدمه أيضاً كما هو واضح.

وأما الثالثة فمعناها عدم المنع والحرمان عنه تكليفاً ووضعاً، كما أن الحرمة المتعلقة بالربا هي الحرمان تكليفاً ووضعاً، فلا دلالة فيها على اللزوم بعد انعقاد البيع وعدمه، فلا تدل الآية على اللزوم.

والإشكال ينحل إلى أمرين:

الأمر الأول: أن كلمة ﴿أحل﴾ تعلقت بالبيع نفسه لا بالتصرفات المترتبة عليه حتى يتمسك بإطلاق حلية التصرفات لما بعد الفسخ ويترتب عليه الحكم باللزوم.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٠ - ٣١، التنقيح ٣٨: ٢٩.

الأمر الثاني: أنه بعد أن ثبت أن متعلق الحلية هو البيع نفسه لا التصرفات فالآيـة تفيد إما نفوذ البيع أو الترخيص فيه أو عدم الحرمان عنه، وعلى التقادير لا تتعرض لبقاء البيع وعدمه بعد الفسخ.

ولكـن هـذا الإشـكال غير فنـي ولا صناعي كمـا يظهر ذلـك بالتأمل في كلام الشـيخ قدس سره وإعطائه حقه من النظر؛ فإنه ينفي إرادة غير حلية التصرفات المترتبة حيث قال: (فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتبة عليه)، والسـبب في ذلك -مع أن الحل تعلّق بالبيع بحسـب الظاهر- هو وجود قرائن في المقام:

منها: أن إرادة الحلية التكليفية بعيدة جداً؛ فإن البيع بمعنى إنشاء الملكية بالعـوض لا تتوهم حرمتـه التكليفية حتى تتعلق به الحليـة، فيكون المراد منها الحلية الوضعية.

ومنهـا: أنهـا تعلقت بالمعاملـة، فالظاهر منها بيان النفـوذ والتأثير؛ إذ هو المطلوب في المعاملات غالباً.

ومنهـا: أن مبنـى الشـيخ قدس سره عـدم قابليـة الحكـم الوضعـي للجعـل بالاستقلال، والنفوذ حكم وضعي.

فلهـذه القرائـن ذهب قدس سره إلى أن متعلق الحلية هـي التصرفات المترتبة وينتـزع منهـا صحة البيع، ومن إطلاق الحلية لما بعد الفسـخ ينتزع اللزوم، فلا يرد الإشكال عليه مع حفظ مبناه.

ثم إن استدلال الشيخ قدس سره بالإطلاق يتمّ حتى على مبنى الحلية الوضعية للبيـع بمعنـى النفوذ والصحـة؛ وذلك لأنها تسـتلزم حلية التصرفـات المترتبة عليه، والنسـبة بينهما نسـبة الملزوم واللازم، والموضوع والحكم، ويسـتحيل

انفكاكهما، فلا يعقل الحكم بنفوذ البيع دون حلية التصرفات المترتبة عليه، فنفس جعل الحلية الوضعية للبيع يلازم جعل حلية التصرفات، ومع هذا التقريب يتم استدلال الشيخ ﷺ أيضاً، ويستفاد اللزوم من الإطلاق؛ فإن الإهمال بالنسبة إلى حلية التصرفات غير معقول، والتقييد منتف، فيتعين الإطلاق، وإطلاق حلية التصرفات لما بعد الفسخ يقتضي اللزوم.

فتحصل مما تقدم أن استدلال الشيخ ﷺ على مبناه تام، بل ضروري، كما يتم الاستدلال على مبنى الحلية الوضعية أيضاً.

جواب السيد الخوئي ﷺ عن إشكال الشيخ ﷺ

النقطة الثانية: في جواب المحقق السيد الخوئي ﷺ عن إشكال الشيخ ﷺ على الاستدلال بالآية:

ما تقدم كان بالنسبة إلى أصل الاستدلال، وأما بالنسبة إلى الإشكال الذي أورده الشيخ ﷺ على نفسه فقد أجاب عنه بعض الأعاظم ﷺ [1] -على فرض قبول أن مدلول الآية هي حلية التصرفات المترتبة على البيع- بما حاصله: أن الإطلاق بالنسبة لما بعد الفسخ تام؛ لأن الحكم وإن لم يمكن إطلاقه بالنسبة إلى حالات نفسه ورافعه إلا أن رافع الحلية ليس من حالات الحكم؛ وذلك لأن الإطلاق في قوة التصريح بالخصوصيات والانقسامات، فمثلاً عندما يقول: (أعتق رقبة) فهو في قوة أن يقول: أعتق رقبة، مؤمنة أو كافرة، وفيما نحن فيه عندما نقول بأن حلية التصرفات مطلقة بالنسبة إلى وجود الفسخ فهو بمثابة قوله: أحل الله التصرفات المترتبة على البيع حصل الفسخ أو لم يحصل؛ فإن الإطلاق وإن لم يمكن بالنسبة إلى رافع الحكم، ولكنه بالنسبة

(١) السيد الخوئي في مصباح الفقاهة ٦: ٣٦، التنقيح ٣٨: ٣٠-٣١.

إلـى وجود الفسـخ وعدمـه ممكن، مثل حكم الشـارع بوجوب إكـرام العلماء رضي الآخر أم لم يرض، وهنا يحكم بحلية التصرفات فسخ أم لم يفسخ.

وبعبارة أخرى: إن الكبرى -أعني عدم إمكان إطلاق الحكم بالنسبة إلى رافعه- مسلمة، ولكن ما نحن فيه ليست صغرى لتلك الكبرى؛ بدليل أنه يمكن التقييـد فيقـول بحلية التصرفات المترتبة على البيع ما لم يفسـخ أحد الطرفين، فيمكـن الإطلاق بأن يقـول بحلية التصرفات المترتبة على البيع مطلقاً، أفسـخ أحد الطرفين أم لم يفسخ.

ومنشـأ دعـوى عدم معقولية الإطلاق بالنسـبة إلى وجود الفسـخ وعدمه هو توهـم أن الفسـخ رافع للحكـم، ولا يعقل إطلاق الحكم بالنسـبة إلـى رافعه، وهو مردود؛ لأن الإطلاق في قوة التصريح بطرفي القضية كقولك: (أكرم العلماء عدولاً كانوا أم فساقاً)، ويصح هنا أن يقال: أحل الله البيع، أحصل فسخ أم لم يحصل.

تأييد الشيخ قدس سره **والجواب عن كلام السيد الخوئي** قدس سره

هـذا، ولكـن مـع توضيحنـا المتقـدم لإشـكال الشـيخ قدس سره تتضـح قوة كلامـه وعدم صحة هذا الجواب عنه؛ وذلـك لأن الكبرى -وهي: عدم إمكان إطلاق أي حكم بالنسـبة إلى رافعه- مسـلمة حتى عند المستشـكل فيسـتحيل أن يقـال: تحل جميع التصرفات المترتبة علـى البيع، أوجد الرافع لهذه الحلية أم لـم يوجد؛ فإن الحكم يرتفع على تقدير وجـود المزيل له، فلا يعقل وجوده مـع وجـود المزيل، فلا بحث من جهة الكبرى، وإنمـا البحث في تطبيقها على الصغرى، فهل ما نحن فيه صغرى لتلك الكبرى أو لا؟

وفي الجواب نقول: إن فرض الكلام أننا نشـك في تأثير الفسـخ؛ فإنه هو مـورد البحث فـي أصالة اللزوم؛ فإنا لو أحرزنا كون الفسـخ مؤثراً أو كونه غير

مؤثر لما كانت هناك حاجة إلى البحث في أصالة اللزوم، وحيث إنّا نشك في المقام في تأثير الفسخ وعدمه فنحتمل بالوجدان مؤثريته، فإن كان مؤثراً كان رافعاً للحكم فلا يمكن الإطلاق بالنسبة إليه، وإن لم يكن مؤثراً لم يكن رافعاً له فيمكن الإطلاق، فالشك في مؤثرية الفسخ وعدمها شك في إمكان الإطلاق وعدمه، فيكون التمسك بالإطلاق حينئذ من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لإمكان ذلك الدليل، والتمسك بأي دليل فرع إحراز إمكانه.

وبعبارة أخرى: إن معنى إطلاق الحكم ليس شيئاً آخر غير وجود الحكم، غاية الأمر أن أصل الحكم هو أصل وجوده، وإطلاقه هي سعة وجوده، فالبحث في أن دائرة الحكم مضيقة أو موسعة، ولكن بما أن الحكم يتعلق بالموضوع فهو يدور مداره سعة وضيقاً، فما يطلبه الفقيه عبارة عن معرفة وجود الحكم هنا وعدم وجوده، والإطلاق إنما هو ليتضح وجود الحكم في المورد، والشيخ قدس سره يقول بأن الحكم يستحيل وجوده في ظرف وجود الرافع، والإطلاق عبارة عن سعة دائرة الحكم ليشمل هذا المورد أيضاً، فإطلاق (أكرم العلماء) معناه سعة الحكم ليشمل العادل والفاسق، ولكن حقيقة الأمر أن الحكم يتكفل لوجود نفسه عند وجود متعلقه وموضوعه، والرافع له ليس متعلقاً له ولا موضوعاً، وعليه فيندفع إشكال السيد الخوئي قدس سره؛ لأنه إذا كان الفسخ مؤثراً واقعاً فالإطلاق بالنسبة إلى حالة وجوده غير ممكن لعدم إمكان الإطلاق بالنسبة لرافع الحكم، ولكن بما أنا نشك في مؤثرية الفسخ وعدمها ونحتمل كونه مؤثراً يكون التمسك بالإطلاق من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لإمكان الدليل.

توسعة السيد الخوئي قدس سره لإشكال الشيخ قدس سره لو تمّ

النقطة الثالثة: أورد السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن الإشكال -إن تمّ- فهو مشترك الورود بين الآيات الثلاث؛ إذ كما أن الحكم في آية الحل

لا يمكن إطلاقه لحال رفعه، فكذلك الحكم في آية العقود؛ فإنها تدل على حلية التصرفات المترتبة على العقد على وجه الإطلاق حتى بعد الفسخ عند الشيخ قدس سره، ومن الواضح أن الفسخ رافع للعقد فكيف يؤخذ الحكم مطلقاً بالنسبة إلى رافعه؟!(١).

والحق عدم ورود هذا الإشكال على الشيخ قدس سره؛ لأنه صرح بأن موضوع الأثر في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو حدوث العقد، أي صرف وجود التعهد من أيٍّ متعهد، فمتى تحقق العقد وجب العمل بمقتضاه إلى الأبد، فلو فسخ فيما بعد فإن ﴿أَوْفُوا﴾ تلزم من الأول بالعمل بمقتضى العقد الحادث وترتيب الأثر عليه، فلا يرد الإشكال في هذه الآية؛ لأن التمسك بها ليس من التمسك بإطلاق الحكم بالنسبة إلى رافعه، فالسالبة هنا منتفية بانتفاء موضوعها؛ إذ نفس الأمر بالوفاء بمجرد حدوث العقد ينفي أثر الفسخ لو حصل في ما بعد، فهو من قبيل ما لو قال المولى: إذا قلت قولاً فابق عليه إلى الأبد، فإذا أنشأت قولاً ثم جئت بعد مدة ورفعت اليد عن قولي فإنها لا ترتفع، ولا يقبل مني، وللآخر الاحتجاج عليَّ بأن القول صدر منك فيجب ترتيب الأثر على مجرد صدوره إلى الأبد.

الحق في المسألة

والحق في المسألة أن آيتي الحل والتجارة عن تراض تدلان على لزوم المعاملة وعدم نفوذ الفسخ أيضاً.

ووجه الدلالة: أن الآيتين ونحوهما من الآيات ليست تأسيسية، بل هي إمضاء لما عند العرف والعقلاء، فإن حلية البيع ونفوذه أمر عقلائي وقد أمضاه

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٧.

الشارع، وإمضاؤه للأمور العقلائية يتم بأحد نحوين: بعدم الردع، وبالدليل المثبت للإمضاء، وموردنا من قبيل القسم الثاني، وعندما تكون الآية إمضاء لما عند العقلاء فالملاحظ ما عندهم، ومما لا شك فيه أن البيع نافذ عند العقلاء، سواء ألحقه فسخ من أحد الطرفين أم لا؛ فإن الفسخ من أحد الطرفين غير مؤثر ما لم يكن في البيع ما يوجب حق الفسخ كالشرط المصرح به، والشرط الضمني كعدم العيب والغبن، وعليه فبما أن الآيتين إمضاء لما عند العقلاء فهما تدلان على عدم تأثير الفسخ إلا في موارد ثبوت حق الفسخ، فهما تدلان على المدعى أعني اللزوم.

الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[1]

وقد قرّب الشيخ ﷺ دلالتها على لزوم المعاملة وعدم تأثير الفسخ بهذا البيان:

إن الآية دلّت على حرمة أكل المال بما يسمى باطلاً عرفاً، وليس منه موارد الخيارات الإمضائية كخيار الشرط والعيب والغبن؛ فإنها ليست باطلاً عندهم، وأما ما رخص الشارع فيه -كأكل المارة من ثمر الأشجار التي يمر بها، وكأخذ الشريك بالشفعة، والخيارات الشرعية التأسيسية كخيار المجلس والحيوان- فهو وإن كان باطلاً عندهم إلا أن ترخيصه يكشف عن عدم كونه من الباطل، فما قام على جوازه الدليل الشرعي يخرج عن كونه باطلاً؛ إذ الجواز يكشف عن حق للمجاز له متعلق بالعين، وما لم يقم على جوازه الدليل يكون باطلاً عرفاً، وبما أنه لم يقم على جواز الفسخ في غير ما ذكر دليل شرعي فهو باطل عرفاً ومتعلق للنهي، والنهي هنا يدل على الفساد بلا إشكال؛ لأن

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

تملك مال الغير بالطريق الباطل عرفاً غير مؤثر قطعاً، فتدل الآية على عدم تأثير الفسخ ولزوم المعاملة[١].

هذا حاصل ما أفاده الشيخ قدس سره.

مناقشة السيد الخوئي قدس سره لكلام الشيخ قدس سره

وقد ناقشه المحقق السيد الخوئي قدس سره كبرى وصغرى وقرّب اللزوم بتقريب آخر.

أما المناقشة في الكبرى؛ فلأن الشيخ قدس سره قيّد الباطل في الآية بالباطل العرفي، ولا وجه لتقييد الألفاظ بجهة خاصة؛ إذ هي موضوعة للمعاني الواقعية، فالمعنى الموضوع له الباطل هو الباطل الواقعي فيكون هو المراد، كما أن المراد من الحق الحق الواقعي، فحمل لفظ الباطل على الباطل العرفي لا وجه له، وعليه يسقط الاستدلال.

وأما المناقشة في الصغرى -على فرض تمامية الكبرى- فبأنه لا دليل على كون الفسخ من الباطل العرفي؛ فإن الباطل العرفي هو ما يكون الأكل به ممنوعاً، ولا دليل على أن الفسخ منه إلا أن يخرج مثل أكل المارة وحق الشفعة من الباطل العرفي بنحو التخصيص، بمعنى أن تكون هذه الموارد من الباطل العرفي موضوعاً إلا أن الشارع أخرجها عن الحرمة حكماً، فيتمسك بالآية لإثبات عدم جواز الفسخ وعدم نفوذه؛ لكونه من الباطل عرفاً، ولم يرد مخصص يخرجه عن الحكم، ولكن خروج الموارد المذكورة في رأي الشيخ قدس سره بنحو التخصص لا التخصيص؛ فإن إجازة الشارع لها كاشفة عن عدم

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠.

كونها من الباطل أصلاً، لا أنها منه وقد خرجت عن الآية تخصيصاً، فموضوع الحكم ليس هو الباطل العرفي بمجرده، بل الباطل العرفي بقيد أن لا يرخص فيه الشارع، ويحتمل أن يكون الفسخ حقاً للفاسخ، فلا يكون من الباطل العرفي حينئذ؛ -لأن فرض الكلام في حالة الشك في تأثير الفسخ وعدمه، وأما حالة العلم بعدم كونه مؤثراً فلا كلام لنا فيها- ومع هذا الاحتمال يكون التمسك بالآية -لإثبات عدم مؤثريته؛ لكونه من الباطل العرفي- من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

والحاصل: أنه بعد ثبوت أن المراد من الباطل في الآية هو الباطل الواقعي فالتمسك بها لإثبات أن الفسخ منه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له؛ لأن ما دلّت عليه الآية هو عدم أكل مال الغير بالباطل الواقعي، ويحتمل أن لا يكون الفسخ منه؛ إذ الفرض أنا لا ندري هل الفسخ من جملة الباطل واقعاً أو لا.

وكذلك الحال إذا قلنا بأن المراد من الباطل الباطل العرفي؛ بناء على خروج الموارد الشرعية من تحت الآية تخصصاً كما هو مبنى الشيخ قدس سره؛ إذ الموضوع حينئذ هو الباطل العرفي الذي لم يرخص فيه الشارع، وكون الفسخ منه مشكوك، فالتمسك بالآية لإثبات أنه منه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وأما التقريب الذي أفاده فهو بالتمسك بمجموع المستثنى والمستثنى منه؛ إذ يستفاد من مجموعهما حصر سبب التملك الشرعي بالتجارة عن تراض، وما عداها فهو سبب باطل، والفسخ بدون رضا الطرف الآخر ليس من التجارة عن تراض قطعاً، فيكون سبباً باطلاً للتملك، فتدل الآية على اللزوم[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٤٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٣٣ - ٣٥.

تأييد الشيخ قدس سره ودفع إشكالات السيد الخوئي قدس سره

وفي كلامه ثلاث جهات من البحث:

الجهة الأولى: وتبتني على مقدمة تقدم الكلام فيها مفصلاً، وحاصلها: أن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية بلا إشكال كما أفاده المحقق الخوئي أيضاً، ولكن بما أن الشارع وضع الأحكام على هذه الموضوعات، وخطابه مطلقاً -التأسيسي منه والإمضائي- كان موجهاً للعرف العام، فإن لم يكن مراده ما عند العرف لزمه البيان وإلا تلزم اللغوية من خطابه؛ إذ لا فائدة من كلامه في حال عدم إرادته ما عند العرف وعدم بيانه لمراده.

وعليه فالمراد من الموضوع في الحكم هو الموضوع العرفي في حال عدم نصب قرينة على إرادة خلافه، وهذا المعنى هو ما أراده الشيخ قدس سره من كون الباطل في الآية هو الباطل العرفي، ولم يقل إن الباطل موضوع للباطل العرفي حتى يرد عليه الإشكال الوارد في الكبرى، بل قال إن المراد به في الآية هو الباطل العرفي، وبينهما فرق، وبيانه ما قدمناه، بمعنى أن الشارع أمضى في حال التطبيق ما عند العرف من معنى الباطل.

وبعبارة أخرى: إن الشارع جعل في هذه الموارد نظر العرف طريقاً إلى الواقع، وإلا لبيّن مراده.

الجهة الثانية: أنه ناقش في الصغرى من حيث احتمال أن يكون الفسخ عن حق فتكون الشبهة شبهة موضوعية للباطل العرفي.

ويجاب عنه: بأن الشبهة المتصورة في العرفيات إنما هي الشبهة المفهومية لا غير، بمعنى أنه ربما يشك في سعة وضيق دائرة معنى اللفظ عند العرف، ولذلك موارد، بل قال الشيخ قدس سره في أول مبحث الطهارة بحصول الشبهة

المفهومية حتى في لفظ الماء الذي هو أوضح المفاهيم العرفية[١]، وأما من حيث المصداق فلا يشك العرف في صدق الباطل على الفسخ بدون الشرط والعيب والغبن، والشاهد على ذلك: أن الرجل لو باع متاعه ولم يكن فيه عيب ولا غبن ولم يشترط الخيار لنفسه ثم جاء بعد يومين أو عشرة أيام وقال بأني فسخت البيع فإن العرف وجميع العقلاء يلومونه على ذلك، ولو كان المورد من موارد الشبهة الموضوعية للباطل لما كان لملامته معنى، فإذن إن كان الباطل في الآية هو الباطل العرفي فلا شبهة موضوعية في ما نحن فيه عندهم.

نعم توجد شبهة مفهومية عند العرف ولكن لا ربط لها بالمقام.

والحاصل: أن ما يحصل عند العرف من الشبهة هي الشبهة المفهومية، وهي منتفية في المقام، وما نحن فيه من الشبهة هي الموضوعية، ولا وجود لها عند العرف[٢].

ما أورده المحقق النائيني قدس سره على الشيخ ودفعه قدس سره

أورد المحقق النائيني قدس سره إشكالين على استدلال الشيخ قدس سره:

أولهما: أن العرف مرجع في تحديد المفاهيم لا المصاديق إلا في ما يرجع إلى تحديد المفهوم، والشيخ قدس سره قد رجع في المقام إلى العرف في تحديد المصداق؛ فإنه لا شك في مفهوم الباطل عرفاً، وإنما الشك في كون الفسخ منه أو لا.

---

(١) كتاب الطهارة ١: ٦٧، ولم يصرح الشيخ قدس سره بذلك ولكنه مستفاد من عبارته حيث قال: (وهو من أوضح المفاهيم العرفية، إلا أن تعريف المصنف - كغيره - له بأنه: (ما يستحق إطلاق اسم الماء عليه من غير إضافة) لأجل الإشارة إلى امتياز أفراده من أفراد غيره عند الاشتباه).

(٢) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله - بأن في كلام السيد الخوئي قدس سره ثلاث جهات ولم يتعرض إلا لاثنتين إلا أن يكون غرضه من الثالثة ما يعود إلى التقريب الآتي بحثه فلاحظ.

ثانيهما: سلمنا بأن العرف مرجع في تحديد المصاديق أيضاً إلا أنه إنما يكون مرجعاً فيما لو لم يشك في حصول المسبب من السبب المعين، وأما مع شكه في حصوله منه فليس بمرجع حينئذ؛ إذ الفرض أنه نفسه يشك في حصول المسبب من هذا السبب، فكيف يكون مرجعاً في تعيينه؟! وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن العرف يشك في كون هذا الفسخ موجباً لانحلال العقد أو لا، فلا يكون مرجعاً حينئذ حتى لو قلنا بأنه مرجع في تحديد المصداق؛ لأنه نفسه يشك في تحققه بهذا السبب[1].

والإشكالان وإن كانا صناعيين وفنيين ولكن يمكن الدفاع عن الشيخ قدس سره بدفعهما بهذا البيان: أنه لو كان للشارع تحديد خاص لموضوع حكمه لكان عليه بيانه؛ إذ مع إلقاء اللفظ إلى العرف واستفادتهم منه معنى عندهم سيعملون بحسب فهمهم له، فإذا كان ما عندهم غير الذي يريده الشارع ولم يبيّنه لزم نقض الغرض والإغراء بالجهل، فمقتضى عدم نقض الغرض وعدم الإغراء بالجهل أن يبين الشارع حدود الموضوع الذي يريده.

هذا هو الملاك في المسألة، ولا يخفى تأثيره في ما نحن فيه وإن لم يكن العرف مرجعاً في تحديد المصداق، ونظر الشيخ قدس سره إلى هذا الملاك بتوضيح منا.

وكون العرف مرجعاً في تحديد المفاهيم لا المصاديق صحيح، فإذا كان موضوع الحكم الشرعي هو الموضوع العرفي فالمرجع في تحديد مفهومه العرف، وبعد تحديده ينبغي الدقة في تطبيقه على المصاديق، فيرجع إلى العقل في تطبيقه، وأما العرف فلا يرجع إليه؛ لأنه غالباً ما يتسامح في تشخيص المصداق وتطبيق المفهوم عليه.

---

(١) منية الطالب ٣: ١٢ - ١٣.

إذا اتضحت هذه القاعدة فتطبيقها على ما نحن فيه بهذا النحو: أن الحكم تعلق بموضوع واقعي وهو عنوان (الباطل) فقال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، والخطاب موجه إلى العرف العام، والمفروض أن الشارع لم يبيّن المراد من ﴿الباطل﴾، فلو كان مراده منه غير المعنى العرفي لكان توجيه الخطاب إلى العرف بدون بيانه لمراده لغواً؛ لأن المفروض أنه لم يبيّن المراد، وأن المعنى العرفي غير مراد.

وعليه ففي مثل هذا المورد يكون نفس الملاك القاضي بأن العرف مرجع في تحديد المفاهيم قاضياً بأن العرف مرجع في تعيين المراد من الباطل، فمراد الشيخ قدس سره أن كل مورد يجعل فيه العنوان موضوعاً للحكم الشرعي فهو محتاج إلى بيان الشارع، وعدم بيانه له إمضاء لما عند العرف في تحديد المفهوم وفي تعيينه.

وهذه القاعدة هي -بطبيعة الحال- إنما تكون في الموارد التي تلزم فيها اللغوية من الخطاب لولا الأخذ بما عند العرف مثل ما نحن فيه.

وبهذا يندفع الإشكال الأول للمحقق النائيني.

وبعبارة أخرى: إن عنوان الباطل وقع موضوعاً للحكم بعدم جواز التملك، وأنشئ الخطاب لأجل ترتيب الأثر، وهو الإفتاء بالنسبة للمفتي، والعمل بالنسبة إلى المستفتي، فالمتعلق هو التملك؛ إذ هو معنى الأكل في الآية، ومتعلق التملك -الذي هو متعلق المتعلق- هو الباطل، والعمل بأي حكم يتوقف على العلم به ومعرفة متعلقه ومتعلق المتعلق، ومعنى النهي والتملك معلومان فتبقى معرفة المراد من الباطل، والمراد به الباطل الواقعي، لا كما تصوره المحقق السيد الخوئي قدس سره من عبارة الشيخ قدس سره كما تقدم توضيحه، وعليه فإن بيّن الشارع المراد من الباطل تمّ الخطاب واتضح الحكم بجميع أجزائه، ولكنه لم

يبيّنه حسب الفرض، وألقى الخطاب إلى العرف لأجل العمل، فلا بد من قبول تشخيص العرف بالضرورة وإلا كان الخطاب لغواً في حال عدم بيان الشارع لمراده كما هو الفرض، وهو خلاف الحكمة؛ إذ كيف تجتمع الحكمة مع إنشاء خطاب لأجل الهداية مع عدم بيان المراد ولا قبول ما عند العرف؟!

فمقتضى هذا البرهان إمضاء الشارع لما عند العرف من تعيين الباطل.

وبهذا النحو ينبغي فهم مراد الشيخ قدس سره، لا بالنحو الساذج من الفهم لظاهر عباراته ليرد عليه الإشكال.

ولا يخفى أن ما بيّنّاه يجري في جميع أبواب الفقه، ففي كل مورد يرد الخطاب من الشارع بدون أن يبين المراد من موضوع الحكم فالمرجع -بحكم البرهان- هو ما عند العرف.

وأما **الإشكال الثاني** للمحقق النائيني قدس سره فحاصله: أن العرف على فرض كونه مرجعاً في تعيين المراد فهو إنما يكون مرجعاً في حالة عدم الشك في حصول المسبب من هذا السبب، وأما في حالة الشك في ذلك فلا يكون مرجعاً؛ لفرض كونه شاكاً في تحقق المصداق.

والجواب عنه: أن هذا خلط بين الشك من ناحية الشارع والشك من ناحية العرف.

توضيح ذلك: إنا نشك في مؤثرية الفسخ وعدمها، فإن كان الشك من ناحية العرف -بمعنى أن العرف يشك في كون الفسخ مؤثراً وعدمه- فإشكال المحقق النائيني قدس سره وارد، ولكن الأمر ليس كذلك؛ فإن الشك إنما هو من ناحية الشارع، بمعنى أنا نشك هل الفسخ مؤثر عند الشارع أو لا؟ وأما العرف

فلا شك عندهم أصلاً؛ إذ لا أحد منهم يشك في كون الفسخ باطلاً إذا كانت المعاملة غير مشتملة على عيب ولا غبن ولا شرط خيار للفاسخ، فالمشكوك هو تحقق المسبب من هذا السبب شرعاً لا عرفاً؛ فإن العرف لا يشكون في عدم تحققه منه، وعندهم يقين ببطلان الفسخ الحاصل من دون موجباته العرفية.

وعليه يندفع الإشكال الثاني للمحقق النائيني ﷺ ويتم من هذه الجهة تقريب الشيخ ﷺ للاستدلال بعقد المستثنى منه.

تقريب المحققين النائيني والخوئي للاستدلال بالآية ومناقشته

استدل كل من المحققين النائيني ﷺ والسيد الخوئي ﷺ بمجموع المستثنى والمستثنى منه على بطلان الفسخ وعدم نفوذه ولزوم المعاملة مع فارق بينهما؛ حيث ذهب المحقق النائيني ﷺ إلى أن الاستثناء في الآية منقطع، بينما ذهب السيد الخوئي ﷺ إلى كونه متصلاً، وبذلك يختلف نحو الاستدلال.

أما تقريب المحقق النائيني ﷺ فبهذا النحو: إن المولى سبحانه وتعالى نهى عن تملّك الأموال بالباطل، واستثنى من ذلك بالاستثناء المنقطع التملك بالتجارة عن تراض؛ لأنها ليست من الباطل ومحكومة بخلافه، فهي خارجة عنه موضوعاً وحكماً، وإخراجها عنه موضوعاً ليس كخروج الحمار عن القوم تكويناً، بل نفس الدليل هنا ناظر إلى خروجها، فيكون المعنى أن التملك بغير التجارة عن تراض داخل في أكل المال بالباطل، والتملك بالفسخ ليس تملكاً بها، فيكون داخلاً في التملك بالباطل، فالاستدلال بمجموع المستثنى والمستثنى منه[1].

والملاحظ أن الاستدلال يتوقف على الانحصار، وهو -بناء على أن الاستثناء

(١) منية الطالب ٣: ١٣.

منقطع- يتوقف على مؤونة زائدة، وأما بناء على أنه متصل فلا يتوقف الانحصار على مؤونة زائدة، ومضمون الآية بناء على الاستثناء المنقطع يكون بهذا النحو تقريباً: لا تتملكوا أموالكم بينكم بالباطل، لكن تملكوها بالتجارة عن تراض، والنتيجة من ذلك أن الآية لا تنفي الغير، وحينئذ يكون الحكم ببطلان الفسخ بلا دليل.

وأما التقريب على أساس الاستثناء المتصل فبهذا النحو: لا تتملكوا أموالكم بينكم بأي سبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض -كما صرّح به في غير هذا المورد-، والفسخ ليس منها، فالانحصار تام فيتم الاستدلال؛ لأن الفسخ داخل حينئذ في عقد المستثنى منه[1].

والإشكال الوارد عليه: أن الأصل في الاستثناء وإن كان هو المتصل؛ -لأن معنى الاستثناء هو الإخراج، وهو لا يكون إلا بعد كون المخرج داخلاً في المخرج منه، كاستثناء الرجل من القوم، بخلاف الاستثناء المنقطع؛ فإنه خلاف الأصل؛ إذ المستثنى غير داخل في المستثنى منه من أصل حتى يخرج، كاستثناء الحمار من القوم-.

ولكن الاستثناء المتصل في المقام يحتاج إلى تقدير جملة (بأي سبب من الأسباب)، وحمل كلمة ﴿**بالباطل**﴾ على كونه علة؛ ليكون المعنى: لا

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٤٠، التنقيح ٣٨: ٣٤. وما ذكره هنا لم يتعرض فيه إلى الحذف المقدر، فإنه قال: (نعم، يمكن التمسك بالآية لإثبات اللزوم بمجموع المستثنى والمستثنى منه، فإن الآية الشريفة في مقام حصر التملك الشرعي بالتجارة عن تراض، ومن الواضح جداً أن التملك بالفسخ مع عدم رضا الآخر ليس منها، فتدل على اللزوم).

ولهذا أشار الشيخ الأستاذ إلى أن السيد قدس سره صرح بذلك في غير المورد، ومراده ما ذكره في مصباح الفقاهة ج٢ ص ١٢٣ بقوله: (وعليه فإن كان الاستثناء متصلاً -كما هو الظاهر والموافق للقواعد العربية- كان مفاد الآية أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل، إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، وإذن فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض).

تأكلوا أموالكم بينكم بأي سبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض، والفسخ داخل في جملة (بأي سبب من الأسباب) وليس خارجاً عنها؛ لعدم كونه من التجارة عن تراض.

ومع حاجة الاستثناء المتصل إلى الحذف والتقدير وارتكاب المجاز يلزم أحد أمرين: إما أن يكون الرأيان متعارضين؛ لكون كل منهما مخالفاً للأصل من جهة، ولا ترجيح لأحدهما في البين، وإما أن ينعقد الظهور في الاستثناء المنقطع[1]، وعلى التقديرين يمتنع استدلال المحقق السيد الخوئي قدس سره؛ لحاجته إلى الحذف والتقدير وارتكاب المجاز وكل ذلك خلاف الأصل.

إن قلت: إن الباء في كلمة ﴿**بالباطل**﴾ للسببية؟

قلت: سلّمنا، ولكن ألا يحتاج إلى تقدير جملة (بأي سبب من الأسباب) حتى يتم الاستثناء المتصل؟ فإنه لو لم تقدر لكان المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالسبب الباطل، والتجارة ليست سبباً باطلاً، فيكون الاستثناء منقطعاً.

فإذن لكي يكون الاستثناء متصلاً لا بد من تقدير هذه الجملة لتدخل فيه التجارة عن تراض ثم تستثنى بالاستثناء المتصل، وهذا التقدير على خلاف الأصل، فاستدلاله على اللزوم مبني على أمر فاسد.

إشكال السيد اليزدي قدس سره على الاستدلال بالآية

أورد السيد اليزدي قدس سره على الاستدلال بالآية بعدم إمكان حمل النهي فيها على الإرشاد وإن كان ممكناً في نفسه؛ لأنه بالنسبة إلى سائر التصرفات حرام تكليفي، فلا يمكن حمله على بيان الوضع بالنسبة إلى خصوص الفسخ[2].

(١) على ما تقدم في كتاب البيع.
(٢) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٦.

ويدفع: بأن ما أفاده تام لو لم نقل بأن الأكل في الآية كناية عن التملك، كأن يكون المراد من ﴿لا تأكلوا﴾ النهي عن التصرفات جميعها التكوينية والاعتبارية، وأما إذا كان الأكل في الآية كناية عن التملك -كما هو الحق- فلا يتم هذا الكلام؛ إذ تخرج التصرفات التكوينية كالأكل واللبس ونحوهما تخصصاً حينئذ، والاستدلال مبني على المعنى الثاني وهو المستعمل في الإطلاقات العرفية؛ فإنهم يقولون: فلان أكل مال الآخر مع أن المقصود من ماله المأكول قطعة أرض وهي غير قابلة للأكل بمعنى الازدراد، فإضافة الأكل إلى المال في مثل هذه الموارد كناية عن التملك، فيكون النهي فيها وضعياً لا تكليفياً.

إشكالنا على استدلال الشيخ قدس سره بالآية

هذا، ولكن يرد على الشيخ قدس سره أن الاستدلال يتوقف على أن يكون مفاد الآية في عقد المستثنى منه هو كون النهي عن أكل المال بالسبب الباطل إرشاداً إلى البطلان، فالفسخ بدون ثبوت الحق عرفاً وعدم قيام الدليل شرعاً من التملك بالباطل العرفي فلا أثر له، ولكن مبنى الشيخ قدس سره أن الأحكام الوضعية غير مجعولة بجعل مستقل، بل منتزعة من الأحكام التكليفية، فلا بد -على هذا المبنى- من حمل النهي على التكليف، ومدلول الآية حينئذ هو حرمة تملّك أموال الناس بالباطل، ومن صغرياته التملك بالفسخ، وبناء على هذا تكون الآية دليلاً على صحة الفسخ ونفوذه؛ لأن النهي تكليفي، وهو لا يتعلق إلا بالمقدور، فعندما يتعلق بالفسخ وحل العقد فلا بد أن يكون مقدوراً فيقع نافذاً.

فإما أن يرفع اليد عن مبناه من عدم جعل الأحكام الوضعية بالاستقلال، وإما أن يرفعها عن الاستدلال بالآية.

المختار في الاستدلال بالآية

بعد أن اتضح الاختلاف بين الفقهاء في الاستدلال بالآية والإشكالات الواردة على أنحاء استدلالاتهم نقول: إن المختار في الآية أن الأكل المنهي عنه بمعنى التملك، والنهي في مثل هذه الموارد إرشاد إلى الفساد، ولكن ليس لأجل جملة ﴿**لا تأكلوا**﴾[1] خاصة، بل لأجل أمور مجتمعة أوجبت ذلك، وتوضيح الكلام:

إن في الآية ثلاثة أمور لا بد من ملاحظتها في الاستدلال لتأثيرها في بيان المعنى:

الأول: المستثنى؛ فإنه في الآية التجارة عن تراض، وهي سبب للتملك، وينتج من هذا الاستثناء أن يكون مدلول الآية: كلوا أموالكم بينكم بالتجارة عن تراض، ولا تأكلوها بغيرها، وبملاحظة ما سيأتي من معنى الأكل في الآية يكون المراد من الآية الكريمة: تملكوا أموالكم بينكم بالتجارة عن تراض، ولا تتملكوها بغيرها.

الثاني والثالث: كلمة الأكل وإضافتها إلى الأموال؛ فإنه -حينما أضيف الأكل إلى المال- لا بد أن يكون الأكل بمعنى يصدق على جميع الأموال، والأكل بمعنى الازدراد لا يصدق إلا على الأموال المأكولة.

فمع ملاحظة كلمة (الأكل) من جهة، و(الأموال) التي جعلت موضوعاً لعدم جواز الأكل من جهة ثانية، و(المستثنى) -أي التجارة عن تراض- من جهة ثالثة، تكون كلمة الأكل ظاهرة في التملك الذي هو الأكل بالمعنى العرفي في أمثال المقام؛ فإنهم يقولون: فلان أكل مال فلان، فيكون المستفاد من الآية أن تملك أموال الناس بغير التجارة عن تراض تملك بالباطل مردوع عنه شرعاً، فيكون فاسداً، ومن صغرياته التملك بالفسخ، فلا يكون نافذاً، فدلالة الآية على المدعى تامة.

---

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

الوجه الخامس: حديث « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه »[1].

---

(١) من المناسب جداً أن نذكر هنا ما أفاده الشيخ الأستاذ - حفظه الله - في بحث لزوم المعاطاة من كتاب البيع حول الرواية وسندها تكميلاً للبحث والفائدة فنقول:

أفاد ما ملخصه -حسب ما عندنا في مسودة الدروس-: إن الروايات الواردة في المقام بهذا المضمون خمس:

١- رواية الكافي ١: ٥٤٧ وهي: عن محمد بن الحسين وعن علي بن محمد جميعاً عن سهل، عن أحمد بن المثنى، عن محمد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: «بسم الله الرحمن الرحيم، إن الله واسع كريم، ضمن على العمل الثواب، وعلى الضيق الهم، لا يحل مال إلا من وجه أحله الله..».

وفي الوسائل: محمد بن الحسن، وفي التهذيبين: محمد بن يزيد الطبري، والصحيح ما أثبتناه كما في الكافي.

هذا، وقد عبر عنها في هامش مصباح الفقاهة ٢: ١٥٤ - تحقيق مؤسسة نشر الفقاهة - بالمرسلة وليس على المصطلح. نعم هي ضعيفة؛ - لا لأجل سهل بن زياد؛ إذ يمكن الاعتماد عليه لاعتماد مثل الكليني عليه كما يظهر من روايته عنه ما يربو على ألفي رواية في الأصول والفروع - بل لوجود أحمد بن المثنى، ومحمد بن زيد الطبري؛ فإنهما مجهولان.

٢- ما في عوالي اللئالي لابن أبي جمهور الأحسائي ٣: ٤٧٣: باب الغصب، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه».

وهي مرسلة لا اعتبار بها.

٣- ما رواه ابن شعبة في تحف العقول: ٣٤ - وفي الوسائل عنه في كتاب الصلاة الباب ٣ من أبواب مكان المصلي الحديث٣ - عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال في خطبة الوداع: «أيها الناس، ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه».

وهي أيضاً مرسلة لا اعتبار بها.

٤- ما رواه الطبرسي في الاحتجاج ٢: ٢٩٩ - وعنه في الوسائل الباب٣ من أبواب الأنفال ذيل الحديث٨؛ حيث قال: « رواه الطبرسي في (الاحتجاج) عن..، وكذا

←

قال الشيخ قدس سره: (ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله: «لا يحل..»)[١].

وتقريب الاستدلال به بوجهين:

الوجه الأول: إن الحلية في الحديث حلية تكليفية، فالمراد أنه لا تحل التصرفات في مال المسلم تكليفاً إلا عن طيب نفسه، والتصرف الواقع بعد الفسخ مشمول لهذا النهي، وكونه منهياً عنه يكشف عن عدم تأثير الفسخ؛ إذ لو كان مؤثراً لانتفى -بعده- موضوع حرمة التصرف في مال الغير.

الذي قبله «يشير إلى الحديث٧ وهو محل بحثنا - عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي، عن أبي جعفر محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام: «وأما ما سألت عنه عن أمر الضياع التي لناحيتنا، هل يجوز القيام بعمارتها وأداء الخراج منها، وصرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية، احتساباً للأجر، وتقرباً إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا؟!..».

والرواية ليست مرسلة؛ لما أفاده الشيخ الطبرسي في مقدمته من إسناد رواياته، ولكن لم يصل إلينا سنده، فلم يثبت اعتبارها.

٥- معتبرة سماعة المروية في الوسائل، الباب٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ وهي: محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن زرعة، عن سماعة، عن أبي عبدالله عليه السلام -في حديث- أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «[ألا] من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه».

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن أبي أسامة زيد الشحام، عن أبي عبدالله عليه السلام مثله.

وهذه الرواية هي الوحيدة من حيث الاعتبار، ولكن الإشكال من حيث دلالتها؛ إذ فيها: «لا يحل دم»، ولا يعقل أن تكون الحرمة المتعلقة بالدم حرمة وضعية، فهي إما تكليفية أو مجملة فلا تفيد في المقام، وبما أنه لم تثبت رواية صحيحة تعلقت الحرمة فيها بالمال فقط فالرواية ساقطة عن الاستدلال.

وليراجع تمام الكلام في مبحث المعاطاة من كتاب البيع.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠.

وهذا التقريب ممنوع؛ لأنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية؛ إذ موضوع الحرمة مال الغير، ومع احتمال تأثير الفسخ يشك في بقاء المال تحت ملكية مالكه السابق، فيشك في كونه مال الغير.

الوجه الثاني: أن يكون المراد من الحلية عدم المنع الأعم من التكليف والوضع، لا الحلية التكليفية فقط، والمراد من متعلقها مطلق التصرفات، فيكون المراد كون مال المسلم ممنوعاً عنه مطلقاً إلا عن طيب نفسه، ومن جملة الممنوع عنه التملك بالفسخ بدون رضا الطرف الآخر، فيكون الاستدلال بمجموع المستثنى والمستثنى منه.

وبعبارة أخرى: إن المستفاد من الرواية انحصار حلية مال المسلم بكونه عن طيب نفسه، وتملك المال بالفسخ ليس عن طيب نفسه، فيدخل في عموم «لا يحل..».

وهذا التقريب خال عن الإشكال بحسب الظاهر[1].

---

(١) ومما ذكرنا ظهر النقاش فيما أشكل به بعض الأعلام على الاستدلال بالحديث: من أن إرادة الجامع غير صحيحة؛ لأن الظاهر من الرواية أن يكون مال الغير متحققاً في رتبة سابقة على التصرفات، وزمان سابق عليها، بأن يحرز المتصرف بأن المال مال زيد مثلاً حين تصرفه فيه بالأكل والتملك وأشباههما، ومن المعلوم أنه مع الفسخ لا يكفي إحراز هذا المعنى بأن يحرز أن المال الذي يتصرف فيه هذا المتصرف هو مال زيد المشتري، وذلك لاحتمال أنه مال نفس هذا المتصرف بسبب الفسخ.

(التنقيح٣/ ٣٥- في الموسوعةج٣٨ص٣٦)

وذلك لأن متعلق المنع شامل للتملك، ولا شك أن التملك بالفسخ حين الفسخ تملك لمال الغير، نعم لو أثر الفسخ لم يكن التصرف في مال الغير، نعم لو كان متعلق المنع خصوص التصرف لكان لما ذكر من الإشكال وجه.

وإن قيل بورود إشكال التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية على هذا التقريب أيضاً؛ فإنه إذا بني على أن الفسخ حل للعقد لم يكن المال مالاً للغير بعد الفسخ.

فيجاب - كما أجاب الشيخ الأستاذ دام ظله - بأن متعلق عدم الحلية ليست هي

←

الوجه السادس: «الناس مسلّطون على أموالهم»[1].

وتقريب الاستدلال: أن الرواية تثبت السلطنة المطلقة للمالك على أمواله، وتنفي مزاحمة الغير له، فلا يجوز لأحد أخذه من يده وتملّكه من دون رضاه، وإذا بني على جواز الفسخ من طرف المعاملة الذي انتقل عنه المال كان ذلك تقييداً لسلطنة المالك المطلقة وخلافاً لظاهر الرواية، فالرواية تدل على عدم جوازه، فتدل على اللزوم.

التصرفات في مال المسلم، حتى يقال بأنه إذا فسخ انحل العقد فلا يكون المال مالاً للغير كي لا تحل التصرفات فيه، أو يقال بكون التصرف بالفسخ بحسب الحقيقة تصرفاً في العقد - كما سيأتي بيانه في حديث السلطنة - لا في المال نفسه إلا مجازاً؛ لأن الاسترداد مقدمة للتصرف في المال.

بل متعلق عدم الحل هو نفس مال المسلم، وبما أن المال نفسه لا تتعلق به الأحكام فيكون معناه: أنه لا يحل تملك مال المسلم بأي وجه من الوجوه، بالفسخ أو بغيره إلا عن طيب نفسه، فلا يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

وأجاب أيضاً عن إشكال: أن الحلية - على هذا - استعملت في أكثر من معنى!

بأن الحلية استعملت في الجامع بين الحلية التكليفية والوضعية كما تقدم في بحث آية (الحل)؛ فإن معنى «أحل» فيها هو الحقيق به، وبالفارسي (روا بودن)، وقد تقدم بعض الكلام في ذلك في بحث لزوم المعاطاة فراجع.

(١) قال الشيخ الأستاذ - حفظه الله تعالى - في مبحث لزوم المعاطاة: إن هذه الرواية نبوية مرسلة، ولكنها كثيرة الدوران في كلام الفقهاء قديماً وحديثاً في أبواب مختلفة من الفقه، فإن كان ذلك يكفي في ثبوت الوثوق بصدورها فهو، وإلا فهي محل إشكال، وقد اخترنا في مباحث الأصول أن إعراض المشهور موهن للرواية المعرض عنها ولكن عملهم لا يفيد الجبر.

نعم، لقاعدة السلطنة مدركان: أحدهما هذه الرواية، والآخر سيرة العقلاء وارتكازهم على سلطنة الملاك على أموالهم، وهذا الارتكاز مؤيد للرواية، ويحتمل أن عمل الفقهاء بالقاعدة مبني على هذا الارتكاز والسيرة لا على الرواية، ومع هذا الاحتمال فالرواية غير تامة حتى على مبنى من يرى أن عمل المشهور جابر للضعف؛ إذ لم يثبت عملهم بها واستنادهم إليها.

وعلى هذا الأساس استدل المحقق ﷺ في الشرايع[١] -ونحوه العلامة ﷺ في بعض كتبه[٢]- على عدم جواز رجوع المقرض في ما أقرضه؛ إذ لو كان للمقرض حق الرجوع لتنافى ذلك مع سلطنة المقترض على المال[٣].

وقد وقع استدلال الشيخ ﷺ محلاً للإشكال؛ لأنه مبتن على دلالة الرواية على نفي سلطنة الغير على مال غيره، بمعنى أن غير صاحب المال لا تسلط له عليه، فيدخل طرف المعاملة في ذلك لو أراد الفسخ، ولكن هذا مبتن على المفهوم في الرواية، ولا مفهوم لها؛ إذ لا مفهوم للقب، فغاية ما تدل عليه الرواية إثبات سلطنة الملاك على أموالهم، وهو لا يتعارض مع ما يرفع موضوع السلطنة[٤].

ويمكن أن يجاب: بأن الاستدلال لا يبتني على اللقب، وإنما على دعوى الملازمة العرفية في أمثال هذه الموارد بين الدلالة على السلطنة المطلقة للملاك وبين نفي سلطنة الغير؛ إذ من الطبيعي أن تتنافى السلطنة المطلقة للملاك مع سلطنة الغير على الفسخ وأخذ المال.

وبعبارة أخرى: إن السلطنة المطلقة للمالك لا تتحقق إلا إذا كانت يد الغير مقطوعة عنه.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٦٨، قال: (الثالث: في أحكامه وهي مسائل: الأولى: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف؛ لأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطاً به. وهل للمقرض ارتجاعه؟ قيل: نعم ولو كره المقترض، وقيل: لا، وهو الأشبه، لأن فائدة الملك التسلط).

(٢) تذكرة الفقهاء ١٣: ٤٤، قال: (مسألة ٤١: عندنا أن المستقرض يملك بالقبض، فليس للمقرض أن يرجع فيه مع بقائه في يد المستقرض بحاله -وهو أحد وجهي الشافعية- صيانة لملكه، وله أن يؤدي حقه من موضع آخر؛ لانتقال الواجب إلى البدل من المثل أو القيمة).

(٣) المكاسب ٥: ٢٠.

(٤) مصباح الفقاهة ٦: ٤٤، التنقيح ٣٨: ٣٧.

نعم، للمحقق النائيني ﷺ في المقام بيان متين، وحاصله: التفصيل بين ما إذا كان معنى الفسخ هو استرداد العين وإرجاعها إلى ملك المالك الأول، وبين ما إذا كان معناه حل العقد، فعلى الأول يتنافى الفسخ مع السلطنة المطلقة للمالك الفعلي ويزاحمها، وعلى الثاني -وهو الحق- لا يتنافى معها؛ إذ لا تعلق للفسخ بالمال حينئذ وإن كان يرجع إلى ملكه بالتبع؛ فإن الخيار يبطل التبديل الواقع بين المتعاقدين من دون إرجاع للعين في البين، ورجوع العين إنما هو أمر قهري يحصل بحل العقد، وعلى هذا فالرواية لا تنفي تأثير الفسخ[1].

لا يقال: إن فسخ العقد مقدمة لاسترداد المال، فيكون تصرفاً في المال بالواسطة، والرواية تنفي بإطلاقها جميع التصرفات، سواء أكانت بالواسطة أم بدونها.

فإنه يقال: إن ظاهر الرواية هو نفي السلطنة على المال نفسه، ولا أقل من الشك في عموم السلطنة وشمولها حتى بالنسبة إلى حل العقد من طرف المعاملة ومنعه عنه، فيقتصر على القدر المتيقن وهو المنع من السلطنة على المال لا على حل العقد، فيكون ما أفاده المحقق النائيني ﷺ وجيهاً، ونتيجته عدم تمامية الاستدلال بالحديث[2].

---

(١) سنية الطالب ٣: ١٤ - ١٥.

(٢) **وما يقال**: من أن هذا أخذ بالقدر المتيقن وعدم التمسك بالإطلاق.

أجاب عنه شيخنا الأستاذ - دام ظله -: بعدم تمامية الإطلاق حينئذ؛ لأن الشك يرجع إلى المفهوم نفسه فتكون الشبهة شبهة مفهومية؛ لأن السلطنة تعلقت بالمال، فهل يراد منها خصوص السلطنة على المال نفسه بلا واسطة، أو تشمل السلطنة على المال بالواسطة، وهي السلطنة على المال بالنسبة إلى حل العقد؟ فيكون المفهوم مجملاً يدور أمره بين الأقل والأكثر، والقدر المتيقن هو الأقل فيقتصر عليه.

الوجه السابع: المؤمنون عند شروطهم[1]

استدل بهذا الحديث على اللزوم غير واحد -منهم المحقق الأردبيلي قدس سره

---

(١) ورد هذا الحديث بلفظ: «المؤمنون عند شروطهم»، وبلفظ: «المسلمون..» وهو الأكثر، وبلفظ: «الناس..».

وبعض طرق الحديث صحيحة فلا حاجة إلى بحثه سنداً، ولكن من المناسب أن نذكر هنا موارد الروايات الوارد فيها هذا المقطع لنعطي صورة عن موارد استعماله التي أشار لها الشيخ الأستاذ حفظه الله في المتن:

١- ما في الوسائل ١٨: ١٦، أبواب الخيار، الباب ٦، باب ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، وكذا كل شرط إذا لم يخالف كتاب الله، الحديث١: محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل».

محمد بن الحسن بإسناده عن الحسن بن محبوب مثله.

٢- نفس الباب، الحديث ٢: وبإسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز».

ورواه الصدوق بإسناده عن عبدالله بن سنان مثله.

٣- نفس الباب، الحديث ٥: وبإسناده عن الصفار، عن الحسن بن موسى الخشاب، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به؛ فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالًا أو أحلّ حراماً».

٤- الوسائل ١٩: ٢١٨،كتاب السكنى، الباب ٢ باب أن السكنى تابعة لشرط المالك إذا وقّتها بحياته أو حياة الساكن أو مع عقبه أو مدة معينة كانت لازمة، فإذا انقضت المدة رجع المسكن إلى المالك، الحديث ١: محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن محمد بن أبي عمير، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله، عن حمران قال: «سألته عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم، إن كان

←

شرط حياته فهي حياته، وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد إلى صاحب الدار».

٥- الوسائل ٢١: ٢٧٦ - ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، باب من شرط لزوجته أن لا يتزوج عليها، الحديث ٤: وعنه، عن أيوب بن نوح، عن صفوان بن يحيى، عن منصور بزرج، عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثم طلّقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: «بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليفِ للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم».

٦- الوسائل ٢١: ٢٩٩ - ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، باب حكم ما لو شرط لامرأة أن لا يخرجها من بلدها، الحديث ٢: وعن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، وعن علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً، عن ابن محبوب، عن علي بن رئاب، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده، قال: فقال: «إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له».

٧- الوسائل ٢٣: ١٤١ - ١٤٢، أبواب المكاتبة، الباب ٤، الحديث ٣: وعن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: «إن الناس كانوا لا يشترطون، فهم اليوم يشترطون والمسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز، رجع وإن لم يشترط عليه لم يرجع... الحديث».

٨- الوسائل ٢٣: ١٥٥، أبواب المكاتبة، الباب ١١، الحديث ١: محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن مالك بن عطية، عن سليمان ابن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك،

←

- كما حكاه الشيخ قدس سره [١]، وتقريب الاستدلال: إن المراد من الشرط في الحديث مطلق التعهد والالتزام ولو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، والمستفاد من «عند شروطهم» عدم انفكاك المؤمن عن شرطه وتعهده، فعقد البيع شرط، ونفوذ الفسخ فيه مناف لهذا الالتزام المستفاد من هذه العندية، فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدّي عنه.

ويشكل الاستدلال به صغرى وكبرى:

أما من ناحية الصغرى؛ فلأن الشرط ليس هو عين الالتزام والتعهد، بل أخذ في مفهومه الربط بشيء آخر، أي الالتزام في ضمن التزام آخر كما يظهر

وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم».

٩- الوسائل ٢٦: ٥٥، كتاب الفرائض، أبواب موانع الإرث، الباب ٢١، الحديث١: محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن ابن محبوب، وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، وعن علي بن إبراهيم، عن أبيه جميعاً، عن ابن محبوب، عن العلا بن رزين، عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له أم مملوكة فلما حضرته الوفاة انطلق رجل من أصحابنا فاشترى أمه واشترط عليها أني أشتريك وأعتقك فإذا مات ابنك فلان ابن فلان فورثتيه أعطيتني نصف ما ترثينه على أن تعطيني بذلك عهد الله وعهد رسوله، فرضيت بذلك وأعطته عهد الله وعهد رسوله لتفين له بذلك، فاشتراها الرجل وأعتقها على ذلك الشرط، ومات ابنها بعد ذلك فورثته ولم يكن له وارث غيرها، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: «لقد أحسن إليها وأجر فيها، إن هذا لفقيه، والمسلمون عند شروطهم، وعليها أن تفي له بما عاهدت الله ورسوله عليه».

(١) المكاسب ٥: ٢١، وتعرض للاستدلال به المحقق الأردبيلي قدس سره في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٣ في بحث الخيارات.

من موارد استعماله مادة وهيئة -كما في مثل: شريطة- ومن كلمات اللغويين؛ حيث قالوا: الشرط هو التزام في ضمن البيع ونحوه، ويؤيده الارتكاز العرفي؛ فإنه يصح سلب الشرط عندهم عن البيع والصلح ونحوهما من الالتزامات الابتدائية[1].

فإذا ثبت هذا المعنى فلا موضوع لهذا الدليل في المقام، وإن لم يثبت فلا أقل من إيجابه الشك[2]، بمعنى أن كلمات اللغويين والمرتكز العقلائي يوجبان الشك في مفهوم الشرط، فهل هو مطلق الالتزام أو خصوص الالتزام المربوط بالتزام آخر، ومع الشك في سعة المفهوم وضيقه يقتصر على القدر المتيقن، ويكون التمسك به في المقام من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

وأما من ناحية الكبرى -بعد تسليم أن الشرط يشمل الالتزام الابتدائي- فلأن غاية ما يدل عليه الحديث هو وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً؛ فإن المؤمن بمقتضى إيمانه يفي بشرطه ولا يتخلف عنه، كما في قوله عليه السلام: «المؤمن عند عدته»؛ فإنه لا يدل على أكثر من وجوب الالتزام بما وعد، وأين هذا مما نحن فيه، أعني الحكم الوضعي بعدم نفوذ الفسخ لو وقع؟! ولا ملازمة بين الحكم التكليفي بلزوم الوفاء بالشرط وبين الحكم الوضعي بعدم نفوذ الفسخ بأي نحو من أنحاء الملازمات، لا العقلية ولا الشرعية ولا العرفية.

---

(١) وقد تقدم تحقيقه في كتاب البيع بحث المعاطاة.

(٢) ذهب الشيخ الأستاذ حفظه الله في مبحث لزوم المعاطاة -بعد نقل كلمات اللغويين واضطرابهم في معنى الشرط ونقل موارد استعمال لفظ الشرط في الروايات- إلى إجماله وعدم ظهوره في خصوص الالتزام التابع، ولهذا لم يستدل بها هناك.

فالاستدلال بهذا الحديث ساقط موضوعاً وحكماً[١]*.

---

(١) وما قيل من أنه إن كان يجب الوفاء حتى بعد الفسخ أيضاً ثبت اللزوم إلا أن تكون الشبهة موضوعية حينئذ.

أجاب عنه الشيخ الأستاذ حفظه الله: بأن الموضوع ينتفي بعد الفسخ، فلا يصح التمسك بالدليل.

ومع التنزل تكون هناك شبهة موضوعية، وتقريب ذلك: أنه كان يجب عليه الوفاء بالشرط ويحرم عليه الفسخ، فالخطاب -بعد الفسخ- بلزوم الوفاء فرع وجود الشرط، ومع احتمال تأثير الفسخ لا يحرز بقاء الشرط، فالتمسك بدليل «المؤمنون عند شروطهم» من التمسك به في الشبهة الموضوعية.

نعم، لو ثبتت الملازمة بين حرمة الفسخ وعدم نفوذه لتم الاستدلال، ولكنها لم تثبت؛ فإنه يحرم البيع وقت النداء ولكن لو باع صح البيع، وما نحن فيه من هذا القبيل فإنه يحرم الفسخ ولكن لو فسخ نفذ الفسخ.

* **تنبيه: في كلام السيد اليزدي** قدس سره:

أورد بعض حضار مجلس الدرس كلاماً للسيد اليزدي قدس سره في المقام، وحاصله -ببيان مني بعد ملاحظته في الحاشية (حاشية السيد على المكاسب ٢: ٣٧٧): أن الشرط هو مطلق الإلزام والالتزام، فيشمل الالتزام الابتدائي، ويدل عليه -مضافاً إلى التبادر- إطلاقه في الأخبار كثيراً على الشرط البدوي مثل قوله عليه السلام: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري»، (الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥)، وقوله عليه السلام: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»، (المصدر السابق، الحديث ١)، وقوله عليه السلام في شراء الجارية: (إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته)، (الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣)، مضافاً إلى ما في المتن من قوله عليه السلام في دعاء التوبة: «ولك يا رب شرطي أن لا أعود في مكروهك»، (الصحيفة السجادية: ١٥٤)، وقوله عليه السلام في دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا»، (إقبال الأعمال ١: ٥٠٤).

وأجاب الشيخ الأستاذ حفظه الله: **أولاً**: بأن التبادر غير صحيح؛ لأنه عبارة عن انسباق المعنى من حاق اللفظ، ولا ينسبق من لفظ الشرط مطلق الالتزام حتى الالتزام في ضمن التزام آخر، كالالتزام في البيع و الصلح مثلاً، نعم كل بائع أو متصالح ملتزم بما أنشأ، ولكن الذي ينشأه ليس الالزام بل البيع أو التسالم مثلاً، ولهذ لا يقال لكل بائع

←

الوجه الثامن: الأخبار الدالة على نفي الخيار بعد الافتراق[١].

الوجه الأخير من الأدلة اللفظية التي استدل بها الشيخ قدس سره على اللزوم الأخبار المستفيضة بهذا المضمون: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»[٢]، وأنه «إذا افترقا وجب البيع»[٣]، وأنه «لا خيار لهما بعد الرضا»[٤].

وتقريب الاستدلال بها: أن مقتضى إطلاق وجوب البيع بعد الافتراق هو وجوبه من جميع الجهات، ومقتضاه نفي نفوذ الفسخ وتأثيره وإلا لم يكن واجباً من جميع الجهات.

وأورد على هذا الاستدلال كل من المحقق الخراساني قدس سره والمحقق الأصفهاني قدس سره بما حاصله: إن هذا الوجوب وجوب حيثي، بمعنى أن البيع

شارط، ويقال إنه ملتزم.

وثانياً: ما استدل به من كلام الصحاح معارض بما عن القاموس و غيره من أنه الالتزام في ضمن التزام آخر.

وثالثاً: أن إطلاقه في الروايات كثيراً على الالتزام الإبتدائي فغايته الاستعمال، وهو أعم من الحقيقة والمجاز.

نعم، يفيد من يقول بأن الأصل في الاستعمال الحقيقة، ولكنه مردود عند المتأخرين؛ فإنهم يقولون بأن أصالة الحقيقة إنما تجري فيما لو علمنا بالوضع وشككنا في المراد، هل هو المعنى الحقيقي أو المعنى المجازي، وأما مع علمنا بالمراد وشكنا في الوضع -كما هو محل الكلام- فلا دليل على هذا الأصل.

نعم، لو أحرز أن إطلاق الشرط في الروايات على الالتزام الابتدائي كان بدون أية عناية لكشف عن كونه معنى حقيقياً له، ولكن إثبات أنه كذلك في غاية الإشكال.

(١) المكاسب ٥: ٢٢.

(٢) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢ و ٣، والباب ٣ الحديث ٦.

(٣) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٤) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

واجب من حيث خيار المجلس، وما كان كذلك لا يفيد نفي تأثير الفسخ مطلقاً، وما ينفعنا هو وجوب البيع من جميع الحيثيات لا من حيثية خاصة.

والشاهد على أن هذا الوجوب حيثي صدر الرواية أي «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فإنه دال على الخيار قبل الافتراق وهو خيار المجلس، فالمراد من: «فإذا افترقا وجب البيع» وجوبه من هذه الحيثية أي حيثية الاجتماع.

ويشهد لذلك أيضاً: أن أدلة خيار العيب والغبن وغيرهما لا تعتبر مخصصة لهذا الدليل، ولو كان وجوب البيع في هذا الدليل من جميع الحيثيات لكانت تلك الأدلة مخصصة له، فهذا كاشف عن عدم كون هذا الوجوب من جميع الحيثيات، وإنما هو من حيثية خيار المجلس فقط[٥].

وأجاب عنه المحقق النائيني قدس سره بما ملخصه: أن مدلول «وجب البيع» في الرواية ليس هو وجوب البيع من حيث خيار المجلس، بل هو مطلق ولا دليل على تحيّثه بحيثية خاصة، فإن الحيثية الخاصة قيد يحتاج إلى مؤونة زائدة ثبوتاً وبيان زائد إثباتاً وهما مفقودان، ومع عدم تقيُّده بحيثية المجلس تتحكم أصالة الإطلاق، والالتزام بالتخصيص لا ضير فيه، فيقال: وجب البيع إلا إذا كان الثمن أو المبيع معيباً، أو كان في البيع غبن[٦].

هذا، ولكن ما يختلج بالبال أن كلام المحقق الخراساني قدس سره مبتن على مبناه في الأصول، أعني مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق؛ فإن صدر الرواية كان لبيان خيار المجلس، فيكون قدراً متيقناً في مقام التخاطب بالنسبة إلى ذيلها، فيمنع من انعقاد الإطلاق في الذيل وهو: «فإذا افترقا وجب البيع»، فلا

---

(٥) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٤٩، حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٤٤.
(٦) منية الطالب ٣: ١٥.

يرد الإشكال على مثل المحقق الخراساني ﷺ القائل بهذا المبنى.

نعم، مقتضى القاعدة بالنسبة لمن لا يرى هذا المبنى هو الأخذ بالإطلاق.

ثم إنه يأتي السؤال -على مبنى عدم منع القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق- هل ينعقد الإطلاق في المقام أو لا؟ فهل يمكن أن نقول: بأنه إذا افترقا وجب البيع من كل جهة -أي حتى لو كان الثمن أو المثمن معيباً، أو كان البائع أو المشتري مغبوناً، أو كان في البيع شرط- أو لا نحرز ذلك، ولا أقل من الشك في انعقاد الإطلاق في غير ناحية خيار المجلس؟

وإذا وصل الأمر إلى الشك في الإطلاق فالاستدلال ساقط أيضاً.

ولكن الذي يبدو لنا -على القول بعدم مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق-: أنا لو خلّينا وجملة «إذا افترقا وجب البيع» فالإطلاق منصرف عن الشروط مطلقاً، بمعنى عدم الإطلاق في «وجب البيع» بالإضافة إلى ما لو شرط المتبايعان الخيار قطعاً، وسيأتي في مبحث خيار العيب والغبن أن الأصل فيهما هي الشروط العقلائية الارتكازية؛ فإن إقدام المتعاملين على المعاملة مبني على أصالة السلامة من العيب في العوضين، وعلى التساوي بينهما في المالية، فوجود العيب فيهما أو في أحدهما، وعدم التساوي في المالية بينهما تخلف عن الشرط الارتكازي.

وعليه فالحق: أن الرواية لا إطلاق فيها بالنسبة إلى الشروط مطلقاً سواء أكانت مصرحاً بها أم مرتكزة في الأذهان، وأما بالنسبة إلى غيرها فالإطلاق تام، والشاهد على ذلك: أنه لا شبهة في إطلاق «وجب البيع» بالإضافة إلى ما لو كان المبيع حيواناً أو غير حيوان، ولو كان وجوب البيع من حيث خاص لما كان دليل خيار الحيوان مخصصاً له؛ لعدم الإطلاق من الأول.

وخلاصة الكلام: أنه لا إطلاق في الرواية على مبنى مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق، وأما على مبنى عدم مانعيته فلا إطلاق فيها بالإضافة إلى خيار العيب والغبن والشروط، ولا حاجة إلى الالتزام بخروجها بالتخصيص، وأما بالإضافة إلى ما عدا ذلك فالإطلاق محكّم، فالاستدلال بهذه الأخبار على نفي تأثير الفسخ تام.

وبهذا يتم الكلام في الأدلة اللفظية التي أقيمت على أصالة اللزوم.

والنتيجة من المباحث السابقة: تمامية أصالة اللزوم من خلال الأدلة اللفظية، فيمكن التمسك لها بآية ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1]، وآية التجارة عن تراض، بصدرها، وبمجموع المستثنى والمستثنى منه أيضاً، وبآية ﴿**أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾[2]، بل يمكن التمسك بالدليل الخاص لكل معاملة؛ فإن دليل أية معاملة هو دليل -بحسب الدقة- على بقاء أثرها.

تفصيل السيد الخوئي قدس سره بين العقود من حيث الاستدلال ونقده

بقي أن نشير إلى التفصيل الذي أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره، فقد فصّل بين العقود من حيث إقامة الدليل على أصالة اللزوم فيها، وقال ما حاصله: إن العقود على قسمين: ما فيها تمليك وتملك، وتحصل الملكية فيها بمجرد العقد، وما لا يحصل فيها الأثر والنقل والانتقال بمجرد العقد، ومن القسم الثاني عقد المضاربة والسبق والرماية والمزارعة والمساقاة وأمثالها، والمرجع فيها -لو شك في اللزوم- آية ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾؛ لتحقق العقد، دون آية التجارة؛ فإنها لا تدل على لزومها من الأول؛ لعدم حصول المعاوضة والنقل والانتقال

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

والتمليك والتملك من الأول حتى يكون إرجاعه تملكاً لمال الغير بدون الرضا، وأما القسم الأول فمثاله الهبة؛ فإنه بمجرد إنشاء العقد يتم النقل والانتقال إلى الموهوب له، فلو رجع الواهب في هبته وشك في تحقق الرجوع أمكن التمسك أيضاً بآية التجارة عن تراض؛ لتحقق النقل والانتقال ودخول الموهوب في ملكية الموهوب له بمجرد العقد، فإذا فسخ الواهب شك في تحقق الرجوع وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، فأخذ المال منه من دون تجارة عن تراض أخذ له بالباطل فيكون حراماً، فالمرجع في الهبة في موارد الشك -لولا دليل التخصيص- هو هذه الآية، كما يمكن التمسك فيها بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

ويرد عليه: أن هذا الكلام لا يستقيم عند من يرى أن الاستثناء في الآية متصل، وأن الباطل فيها هو الباطل الواقعي؛ إذ يكون المعنى حينئذ: لا تتملكوا أموالكم بينكم بأي سبب كان فإنه باطل إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض؛ وبما أن الرجوع في الهبة ليس تجارة عن تراض، فأكل المال به باطل واقعي، فلا بد للقول بجواز الرجوع من تخصيص الآية الشريفة، مع أن الباطل الواقعي يأبى التخصيص، فيكون ما أفاده هنا من تخصيص الهبة بالدليل الخارجي مخالفاً لما ذهب إليه من كون الاستثناء في الآية الكريمة متصلاً، ومن كون الباطل واقعياً.

نعم، لو لم يكن الاستثناء متصلاً، أو أريد من الباطل الباطل العرفي من دون أن يؤخذ طريقاً للباطل الواقعي أمكن التخصيص.

وعليه فالحق أن الاستدلال بهذه الآية على اللزوم في الموارد التي حكم الشارع فيها بالجواز غير صحيح، بمعنى أنه لا يصح -بناء على كون الاستثناء

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٤٨- ٤٩، التنقيح ٣٨: ٤١ - ٤٢.

متصلاً والباطل واقعياً- أن نقول بأنها خرجت من تحت الآية بالتخصيص.

نعم، يمكن الاستدلال فيها بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ فإنها قابلة للتخصيص، ولكن يرد إشكال آخر باعتبار أن روايات الرجوع في الهبة على طائفتين: إحداهما تجيزه، والأخرى تمنع منه، فإن لسان بعضها: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[١] وهو نفس اللسان الوارد في الرجوع في الصدقة[٢]، وعلى أساسه منع الفقهاء من الرجوع فيها، فيقع التعارض بين الطائفتين، فإن قلنا بأن إعراض المشهور موهن للروايات المعرض عنها فالروايات المانعة ساقطة عن الاعتبار، وبذلك ينحل التعارض والإشكال، بل يمكن أن يقال: بأن الروايات المانعة عن الرجوع مخالفة للإجماع، ومعرض عنها من الكل؛ لإجماع الغنية والسرائر و التذكرة وظاهر الشيخ قدس سره على ما في الجواهر[٣]، وما أعرض عنه الكل لا مقتضي لحجيته حتى على القول بعدم وهن السند بإعراض المشهور، هذا مع قطع النظر عما قيل من تقديم روايات جواز الرجوع؛ لأصحيتها وأكثريتها وأظهريتها دلالة؛ من جهة اشتمالها على استثناء ما يكون لازماً، فيدل على أن

---

(١) من الطائفة الأولى: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام -في حديث- قال: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز، إلا لذي رحم؛ فإنّه لا يرجع فيها». الوسائل، الباب ٦ من كتاب الهبات الحديث ٢.

ومن الطائفة الثانية: ما رواه محمد بن علي بن الحسين، قال: من ألفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله الموجزة التي لم يسبق إليها: «العائد في هبته كالعائد في قيئه، هبة الرجل لزوجته يزيد في عفتها». الوسائل، الباب ٧ من كتاب الهبات الحديث ٥.

(٢) منها: صحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إنما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه».

الوسائل، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ١١، الحديث ٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ١٨٥، ولفظ السرائر ٣: ١٧٢: (وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على جواز الهبة واستحبابها).

طبعها الجواز، مع إمكان الحمل على الكراهة كما في حاشية صاحب العروة.

ومع قطع النظر عن قصور المقتضي وفرض تمامية الاقتضاء ووصول النوبة إلى التعارض يرجع إلى المرجحات، والمرجح الأول هي الموافقة لظاهر الكتاب، والروايات المانعة موافقة لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وهي أيضاً موافقة لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[1] على ضوء ما في مصباح الفقاهة، فالترجيح للروايات المانعة، فتسقط روايات الجواز، فلا تكون مخصصة للآيتين حتى يقول بأن الهبة خرجت بالتخصيص.

وأما إذا قلنا بأن آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا تشمل الهبة من الأول فإنا نكون في راحة من هذا الإشكال.

الوجه التاسع: الأصل العملي.

من جملة ما استدل به على أصالة اللزوم الاستصحاب، ويمكن تقريبه بوجهين:

الوجه الأول: استصحاب بقاء نفس العقد؛ فإن العقد بمعنى الالتزام المربوط بالتزام آخر- كالتزام كل من الطرفين بتمليك الآخر في قبال العوض في البيع مثلاً، لا بمعنى نفس الإيجاب والقبول اللفظيين؛ فإنه أمر متصرم قد زال قطعاً -قد تحقق يقيناً بمقتضى المعاملة بين الطرفين، ثم لما فسخ أحدهما شك في انحلاله وارتفاعه فيستصحب بقاؤه، أو عدم انحلاله.

الوجه الثاني: استصحاب بقاء الأثر؛ إذ بالبيع -مثلاً- قد تحقق النقل والانتقال وصار المبيع ملكاً للمشتري، والثمن ملكاً للبائع، فإذا فسخ أحدهما

(١) سورة النساء: ٢٩.

شك في بقاء ملكية المشتري للمبيع، وملكية البائع للثمن، فتستصحب ملكيتهما.

هكذا يمكن أن يقرَّب الاستصحاب وإن كان المتداول في كلمات القوم التقريب الثاني، ولكن أركان الاستصحاب تامة في الموضوع -أي العقد- كما هي تامة في الحكم، واستصحاب الموضوع تام من ناحية المقتضي بلا إشكال، وإنما الإشكال من ناحية المانع، وأما استصحاب الأثر ففيه إشكال من جهتي المقتضي والمانع:

أما من جهة **المقتضي** فالإشكال مبنائي؛ وذلك على مبنى من لا يجري الاستصحاب في الشبهات الحكمية؛ لقصور أدلته عنها؛ لأن مورد رواياته الشبهات الموضوعية فلا تشمل الشبهات الحكمية، كما اختاره السيد الخوانساري قدس سره وأورد الإشكال به على جميع موارد الاستصحاب في الشبهات الحكمية في كتابه جامع المدارك[1]، وهو مسبوق بغيره أيضاً.

وأما من ناحية **المانع** فالإشكال على نحوين:

النحو الأول: مبنائي، أي أن مورد هذا الاستصحاب شبهة حكمية ولا يجري الاستصحاب في الشبهات الحكمية للمعارضة الدائمية بين استصحاب المجعول واستصحاب عدم الجعل، كما اختاره المحقق السيد الخوئي قدس سره، ويرجع الإشكال على هذا المبنى إلى المانع لا إلى المقتضي.

وتفصيل البحث في هذين الإشكالين في محله من الأصول، والحق عندنا -وفاقاً للمشهور- جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأن الروايات -وإن كانت واردة في الشبهات الموضوعية- إلا أنها تشمل بإطلاقها الشبهات

---

(١) من جملتها، جامع المدارك ١: ١٥٧، ١٦٢، ٣٠٠.

الحكمية أيضاً؛ فإن كبرى «ليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك» تشمل ما إذا كان متعلق اليقين موضوعاً وما إذا كان حكماً، كما أن المعارضة التي أفادها السيد الخوئي قدس سره [1] غير تامة، كما فصّلنا البحث في ذلك في مباحث الأصول فراجع.

استصحاب بقاء علقة المالك الأصلي ومناقشته

النحو الثاني: ما ذكره الشيخ قدس سره من جريان استصحاب بقاء علقة المالك الأصلي، بمعنى أن المالك الأول كانت بينه وبين المال علقة خاصة، فبعد البيع نشك هل زالت تلك العلقة بالكلية بمجرد البيع فلا حق له في الفسخ، أو لا زالت باقية فله حق الفسخ؟ وحين الشك نستصحب بقاءها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب بقاء ملكية المالك الثاني للمال؛ لكون الشك في بقاء ملكية الثاني مسبباً عن الشك في بقاء علقة المالك الأول وزوالها بالكلية، فإذا جرى الأصل في السبب انتفى الشك في المسبب.

مثلاً عندما تم البيع بين المتعاملين انتقلت ملكية المبيع للمشتري، فلما فسخ البائع البيع شككنا في زوال ملكية المشتري وبقائها فوجد عندنا استصحابان: أحدهما استصحاب بقاء العلقة المالكية للبائع؛ للشك في زوالها بالكلية بعد البيع بحيث يكون ممنوعاً من إرجاع المبيع إلى نفسه بالفسخ، والثاني استصحاب بقاء ملكية المشتري؛ فإنه بعد تحقق البيع صار مالكاً، وبعد الفسخ نشك هل زالت ملكيته عن المال أو لا فنستصحب بقاءها، ولكن هذا الشك في الاستصحاب الثاني مسبب عن الشك في بقاء وزوال علقة البائع، فإن زالت بالكلية لم يؤثر الفسخ وبقي المال على ملكية المشتري، وإن لم تزل أثَّر فسخه ورجع المال له.

وقد أورد الشيخ قدس سره على استصحاب العلقة: بأن علقة المالك الأول لا

---

(١) مصباح الأصول ٣: ٣٦ وما بعدها، التفصيل الثالث في حجية الاستصحاب.

تخلو من احتمالات، وكلها لا يتم فيها الاستصحاب:

الأول: أن يكون المراد علاقة الملك وما يتفرع عليه من لوازم الملكية كالسلطنة ونفوذ التصرفات، وهذه العلاقة وما يتفرع عليها قد زالت قطعاً بزوال الملك بالبيع.

الثاني: أن يكون المراد بالعلقة حق سلطنة إعادة العين في ملكه، وهذه العلاقة لم تكن وقت ملكيته للعين قطعاً؛ لاستحالة اجتماعها مع الملك؛ إذ يستحيل أن يكون للمالك حق استرداد العين التي هي ملكه لملكه، وإنما هو حق يحدث بعد زوال الملك بدليل يدل عليه، فإن فقد الدليل شك في حدوثه، والأصل عدمه.

الثالث: أن يكون المراد العلاقة التي بين البايع والمبيع مادام لم يفترق هو والمشتري عن مجلس البيع، فتستصحب عند الشك، فيكون الأصل في البيع بقاء الخيار، ويرد عليها:

أولاً: أنها أخص من المدعى؛ وذلك لوجهين:

أولهما: أن البحث في أصالة اللزوم في العقد، وهو أعم من البيع، وخيار المجلس خاص بالبيع.

ثانيهما: أن بعض أفراد البيع لا خيار فيه في المجلس.

ثانياً: أن المقام من موارد التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا التمسك باستصحاب بقاء الخيار؛ وذلك لأن المعاملة مشمولة لعموم الآية، وقد خرج عنه زمان المجلس بمقتضى «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وبعد الافتراق شك في بقاء تلك العلقة الحاصلة في المجلس وزوالها، أي هل العام خصص بأكثر

مـن زمان المجلس أو لا؟ فيكون من الشـك في التخصيـص الزائد، وفي مثله يتمسك بعموم العام، لا باستصحاب حكم المخصص.

ثالثـاً: أن الأخبار تواتـرت بانقطاع الخيار بالافتـراق، فلم تبق علقة حتى تستصحب.

وهنا محتمل آخر لم يذكره الشيخ قدس سره ولعله لوضوح دفعه، وهو: علاقة حق فسخ العقد، ويظهر دفعه من دفع الثاني؛ لاستحالة اجتماع حق فسخ العقد مـع الملكيـة، أي أنه قبل العقد لا عقـد حتى يكون له حق فسـخه، وبعد العقد يشك في حدوثه والأصل عدمه.

وعليه فالاسـتصحاب الحاكم المتصور ساقط، **فالنتيجة**: أن استصحاب الأثر وملكية المالك الثاني سليم عن المعارض، فيكون مقتضى الأدلة اللفظية والأصل العملي لزوم المعاملة، ثم أمر الشيخ قدس سره بالتأمل[1].

بيان الخدشة في مناقشة الشيخ قدس سره لاستصحاب العلقة

ويحتمل في تأمل الشيخ قدس سره وجوه:

الأول: أن التمسـك بعموم العام في مورد التخصيص الأزماني مناف لما حققه في الأصول، وهي المسـألة المعنونة عندهم بدوران الأمر بين التمسـك بالعام أو استصحاب حكم المخصص، والمورد من ناحية فنية من الإطلاق لا من العموم؛ فإن في ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ عموماً أفرادياً بالنسـبة إلى جميع العقود من البيع والصلح وغيرهما، وإطلاقاً أزمانياً بالنسـبة إلى الأزمنة الطولية للفرد الواحد كالبيع مثلاً، فكل فرد يجب الوفاء به في جميع الأزمان.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢ - ٢٣.

وتحرير المسألة في المقام: أنه لمّا تمّ البيع وجب الوفاء به من حيث كونه فرداً من أفراد العقود، وفي جميع الأزمنة بمقتضى الإطلاق الأزماني، ولكن خرج فرد من الزمان عن وجوب الوفاء -وهو وقت المجلس- بمقتضى أدلة خيار المجلس، فشك في وجوب الوفاء في الزمان الثاني -وهو ما بعد الافتراق-، بمعنى هل خرج الفرد الثاني الزماني من تحت الإطلاق الأزماني أيضاً أو لا؟ فهل المورد من موارد التمسك بالإطلاق الأزماني، ومقتضاه وجوب الوفاء فيستفاد اللزوم، أو من موارد استصحاب حكم المخصص فلا يزال له الخيار؟

وفي الجواب نقول: الفرد واحد لم يتعدد، ولكنه لم يخرج من العموم حتى يقال إن الخارج لا يعود، وإنما خرج من تحت الإطلاق الأزماني في برهة من الزمان، فهل خرج في البرهة الأخرى أيضاً؟ أو فقل: خرجت حصة واحدة من تحت الإطلاق الأزماني، فهل خرجت الحصة الأخرى أو لا؟ فيكون الشك في التقييد الزائد، فيتمسك بأصالة الإطلاق بلا أي محذور.

ولكن الشيخ قدس سره اختار في بحث الأصول استصحاب حكم المخصص؛ فإن الفرد واحد غير متعدد فإذا خرج من تحت العموم أو الإطلاق الأزماني لا يعود، بينما اختار في المقام التمسك بالعموم، وهو خلاف مبناه الأصولي، فلعل أمره بالتأمل بلحاظ هذه الجهة.

الثاني: إن المورد ليس من موارد الأصل السببي والمسببي؛ فإن مورد الحكومة ما إذا كان أحد المشكوكين من الآثار الشرعية للمشكوك الآخر؛ بأن يكونا ملزوماً ولازماً، لا مجرد متلازمين، وأن تكون الملازمة بينهما شرعية، لا عقلية ولا عادية، فمع هذين القيدين يكون الأصل الجاري في الملزوم حاكماً على الأصل الجاري في اللازم.

والقيدان لم يتوفرا فيما نحن فيه.

أما **الأول** فلأنه وإن وجد تلازم بين بقاء ملكية المشتري للمبيع وبين عدم علقة البائع إلا أنه ليس بنحو اللازم والملزوم، وليس الأصل في أحد المتلازمين حاكماً على الأصل في الآخر، فلا تكون النسبة بينهما نسبة السببية والمسببية قطعاً.

وأما **الثاني** فلأن السببية عقلية لا شرعية، وحكومة الأصل السببي على الأصل المسببي لا تكون إلا إذا كان المسبب من الآثار الشرعية للسبب، وأما إذا كان من اللوازم العقلية فيكون المورد من صغريات الأصل المثبت.

الثالث: أن بحثنا فعلاً في إثبات قيام الأصل العملي على أصالة اللزوم، فالتمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، أو برواية «فإذا افترقا وجب البيع» عدول عن الأصل العملي إلى الأصل اللفظي.

ومن هذه الوجوه التي هي لبيان تأمل الشيخ قدس سره يتضح سقوط الأصل العملي بالبيان المذكور، ولكن يصح الاستدلال باستصحاب بقاء العقد، واستصحاب بقاء أثره مع قطع النظر عن الدليل اللفظي، كما أوضحناه في بحث أصالة اللزوم في الشبهة الحكمية.

في قول العلامة في المختلف: الأصل عدم اللزوم

قال العلامة قدس سره في كتابه المختلف -في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة-: إن الأصل عدم اللزوم[1].

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٢، وص٢٥٥، قال في المورد الثاني: (مسألة: ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى أن عقد الرمي والسبق من العقود الجائزة كالجعالة، لا من العقود اللازمة كالإجارة، وقال ابن إدريس: إنه من العقود اللازمة، والوجه: الأول).

←

وتعقّبه الشيخ ﷺ بقوله: ولم يردَّه من تأخّر عنه إلا بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، ومعناه: أن مقتضى هذه الآية الكريمة لزوم العقود، والمسابقة عقد، فيكون الأصل فيها عند الشك هو اللزوم.

لنا: الأصل عدم اللزوم، ولأنه نوع جعالة، فإن قوله: (من سبق فله كذا) هو عين الجعالة.

احتج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

والجواب: القول بالموجب، فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فإن كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وإن كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، وأيضاً ليس المراد مطلق العقود، وإلا وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة، وهو باطل بالإجماع، فلم يبق إلا العقود اللازمة، والبحث وقع فيه».

(١) جامع المقاصد ٨: ٣٢٦، وقال فيه تعقيباً على العلامة ﷺ: (واعترض المصنف في المختلف بالقول بموجب الآية، فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه على وجه اللزوم إن كان لازماً، وإلا فالجواز، وبالنقض بنحو الوديعة والعارية لو أريد العموم.

وجوابه: أن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه من دون القيد الذي ذكره، فإن المفهوم لغة وعرفاً من الوفاء بالقول هو العمل بمدلوله. ثم إنه لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على وجه الجواز، فإن وجوب الوفاء به ينافي الجواز، والآية مخصوصة بما عدا الجائز، فإن العام المخصوص حجة في الباقي، والأصح اللزوم.

والأصل الذي ادعاه الشيخ مدفوع بوجود الناقل، وهذا عقد برأسه، فلا يمتنع اختصاصه ببعض الخواص).

وفي الجواهر ٢٨: ٢٢٣، وقال فيه: (كما أن التردد في الجواز واللزوم بعد فرض عقديته في غير محله؛ ضرورة أن الأصل في العقد اللزوم، لعموم ﴿أوفوا﴾، والاستصحاب الذي مقتضاه ذلك أيضاً، وإن لم نقل بعقديته، وما في المختلف «من أن المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه إن كان جائزاً، وليس المراد مطلق العقود، وإلا لوجب الوفاء بالجايزة) واضح الفساد؛ ضرورة ظهور الأمر بالوفاء بالشيء [في] التزامه والعمل به، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم، ومن هنا كان طريقة الأصحاب -حتى هو- الاستدلال بها على اللزوم، وإلا كان دوراً واضحاً، وخروج العقود الجائزة منها للأدلة لا ينافي بقاء حجيتها في الباقي.

وبذلك كله ظهر لك أنه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديته الذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور).

قول الشيخ قدس سره بالتفصيل وإشكاله على العلامة

قال الشيخ قدس سره: ولم يُعلَم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسن في خصوص عقد المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين[1].

توضيح ذلك: إن العقود على نحوين:

النحو الأول: ما يكون أثره التمليك أو التسليط بمجرده، وهو العقد ذو الأثر المنجَّز، كالبيع والصلح.

النحو الثاني: ما لا يكون له أثر بمجرده، وهو العقد ذو الأثر المعلَّق، كعقد السبق والرماية والوصية -بناء على كونها عقداً-، فإن الملكية إنما تترتب في المسابقة على السبق، وفي الوصية على الموت.

وحاصل إشكال الشيخ قدس سره على العلامة قدس سره: أن قوله بأن الأصل عدم اللزوم ليس صحيحاً على إطلاقه، بل يجب التفصيل بين العقود ذات الأثر المنجز، والعقود ذات الأثر المعلَّق، فإن الأصل في الأولى -عند الشك بعد الفسخ- اللزوم؛ لاستصحاب بقاء الأثر الحاصل بمجرد العقد، فلا تأثير للفسخ.

وأما في الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللفظي -وهو عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾- وإن كان هو اللزوم، إلا أنه لا أصل عملياً في البين حتى يجري، أي لا أثر حتى يستصحب، بل ما يجري هو استصحاب بقاء ملكية صاحب المال قبل تحقق السبق.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣.

المناقشة في تفصيل الشيخ قدس سره

هذا، ولكن الحق عدم الفرق بين العقود المنجز أثرها، والعقود المعلق أثرها؛ فإن أصل اللزوم المبتني على الاستصحاب يجري فيهما كليهما؛ إذ في كل منهما يتحقق الالتزام من الطرفين بمجرد تحقق العقد، وبدون تحقق الالتزام والاعتبار منهما لا يعقل صدق مفهوم العقد، والمفروض أن الشارع أمضى هذا الالتزام وأنفذ هذا الاعتبار، فعندما أوصى الموصي قبل الموت بالتمليك بعده في الوصية التمليكية، فهو قد اعتبر الملكية بعد الموت، بحيث يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر استقبالياً، وفي عقد المسابقة التزم الطرفان بـ(من سبق فله كذا)، وهذا الالتزام بالعقد فعلي ولكن متعلقه -وهي الملكية- متأخر عن العقد، ولو لم يكن هذا الالتزام بعد السبق موجوداً لم يعقل التمسك بـ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، ولا بأدلة صحة الوصية، فإذن بمجرد الوصية يندرج الإيصاء تحت قوله تعالى: ﴿**فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ**﴾[1]، وبناء على كونها عقداً ينطبق عليها ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، وبعد الفسخ من أحد الطرفين يرتفع التزامه بالعقد قطعاً، واستصحاب بقاء الالتزام -على ما في بعض الكلمات[2]- لا معنى له مع انتفاء الالتزام بالوجدان، وإنما المستصحب هو اعتبار الشارع الذي تعلق بعقد الوصية قبل الموت، وبعقد المسابقة قبل السبق؛ فإنا نشك -بعد فسخ الملتزم والمتعهد لالتزامه وتعهده- في بقاء هذا الأثر الشرعي وارتفاعه، ومقتضى القاعدة جريان استصحاب بقائه.

ففي العقود المعلَّق أثرها على تحقق شيء لا توجد الملكية ولا السلطنة قبل تحققه، ولكن الإمضاء الشرعي موجود من حيث الالتزام بين الطرفين، وعند الشك في بقائه بعد الفسخ يستصحب بقاؤه، فما نحن فيه نظير استصحاب عدم

---

(١) سورة البقرة: ١٨١.

(٢) لم أقف على قائله.

النسخ، ونظير الاعتبارات الشرعية في القضايا الحقيقية قبل تحقق موضوعها فيما لو حصل الشك في بقائها، كما لو شك في بقاء حكم ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾[1] قبل تحقق الاستطاعة، فإنه يجري استصحاب بقاء الحكم، وهنا أيضاً في أبواب العقود يستصحب بقاء اعتبار الشارع وإمضائه.

والحاصل: أن العقود مطلقاً -سواء أكان أثرها منجزاً كالبيع أم كان معلقاً كالسبق والوصية- يجري فيها أصل اللزوم المستند للدليل اللفظي وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وللأصل العملي وهو استصحاب بقاء إمضاء الشارع وإنفاذه، ولا مجال للتفصيل الذي أفاده الشيخ قدس سره.

هذا تمام الكلام في أصل اللزوم من جهة الشبهة الحكمية.

ونتيجة البحث:

١- إن الأصل في العقود اللزوم بمقتضى الأدلة اللفظية والأصل العملي، أي الاستصحاب، فلا أثر للفسخ حين الشك.

٢- إن أصالة اللزوم تجري -حال الشك في تأثير الفسخ وعدمه- في مطلق العقود، سواء منها ذات الأثر المنجز وذات الأثر المعلق.

٣- إن الاستصحاب -عندنا- يجري في العقد نفسه، وفي الأثر المترتب عليه بالإضافة إلى ما فيه الأثر الفعلي، وأما ما لا أثر له بالفعل فيجري الاستصحاب في العقد وفي إمضاء الشارع وإنفاذه[2].

---

(١) سورة آل عمران: ٩٧.

(٢) أورد بعض الحاضرين ما حاصله: إن هذا العقد في لوح الواقع إما متزلزل أو لازم، فإن كان متزلزلاً تم الفسخ بقول الفاسخ: فسخت العقد، ولم يجر الاستصحاب، وإن كان لازماً تم الاستصحاب، فيكون الاستصحاب شبهة مصداقية.

←

في حكم الشبهة الموضوعية من حيث الجواز واللزوم

أما لو كانت الشبهة موضوعية بأن وقع العقد ودار أمره بين العقد المعلوم الجواز والعقد المعلوم اللزوم فما هو مقتضى القاعدة؟ ومثالها لو شك في الهبة الواقعة هل وقعت بقصد القربة فتكون صدقة فتلزم، أو لم تقع كذلك فتكون جائزة، أو تردد العقد الواقع بين كونه بيعاً فيكون لازماً وبين كونه هبة فيكون جائزاً.

رأي الشيخ قدس سره في الشبهة الموضوعية

قال الشيخ قدس سره: بأنه إن قلنا بجواز التمسك بالعام في الفرد المردد بينه وبين الخاص -أي في الشبهة المصداقية للمخصص كما يتمسك به في الشبهة المفهومية له كما ذهب إليه السيد اليزدي قدس سره- فالمرجع في المشكوك ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ويحكم عليه باللزوم، كما لو تردّد العقد الواقع بين كونه

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن هذا الإشكال وإن أورده البعض ولكنه مندفع نقضاً وحلاً: أما النقض فبأن جميع موارد الاستصحاب بالإضافة إلى الواقع من هذا القبيل، فإذا تغير الماء بالنجاسة وزال تغيره بنفسه، ففي الواقع إما أن يكون التغير علة للنجاسة حدوثاً، وإما أن يكون علة لها حدوثاً وبقاء، بمعنى أنها تدور مداره حدوثاً وبقاء، فإن كان الأول حكم بنجاسته في الواقع، وإن كان الثاني لم يحكم بنجاسته، وهكذا في سائر الموارد، ولكن هذا التردد في الحكم الواقعي أوجب حصول الشك الوجداني الذي هو موضوع الاستصحاب.

وأما الحل فبأن الحكم قد أخذ في موضوع العقد، وهو غير صحيح؛ فإن تزلزل العقد معناه كون العقد خيارياً، ولزوم العقد حكم للعقد، فلا يصح أخذه في الموضوع.

توضيح الحل: أن العقد موضوع ولزومه وجوازه من أحكامه، ولهذا كان تقسيم العقد إلى اللازم والجائز من تقسيم العقد بلحاظ حكمه، فالمستصحب هو العقد، وأركان الاستصحاب بالنسبة إليه متوفرة، وأما العقد بوصف كونه لازماً أو جائزاً فهو مشكوك الحدوث من الأول، مضافاً إلى أن المستصحب في جميع الموارد ما ثبت عندنا بالحجة الشرعية لا الواقع، والثابت بها في ما نحن فيه اعتبار الشارع والالتزام و...

بيعاً فيكون داخلاً في الآية وبين كونه هبة فيكون خارجاً عنها وداخلاً في المخصص، فمقتضى جواز التمسك بالعام الحكم عليه باللزوم وعدم خروجه من تحت العام.

وإن لم نقل بهذا المبنى فلا مجال للأصل اللفظي؛ فيرجع إلى الأصل العملي، فإن وجد أصل موضوعي في المقام جرى ونفى الشك في الحكم والأثر تعبداً، ولا موضوع حينئذ لجريان الأصل في الحكم والأثر، كما لو تردَّد الواقع بين كونه هبة أو صدقة؛ فإن كليهما يشتركان في التمليك المجاني ولكن يشترط في الصدقة أمر زائد وهو قصد القربة، فأصل التمليك المجاني محرز، ولكن وقع الشك في تحقق قصد القربة وعدمه، وبما أنه أمر حادث فالأصل عدم تحققه، فيحرز ببركة هذا الأصل أن الواقع هبة فيكون جائزاً.

وكذا فيما لو تردَّد الواقع بين كونه بيعاً لازماً وبيعاً جائزاً؛ فإن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في اشتراط الخيار في البيع وعدمه، والأصل عدم الاشتراط، فيحرز ببركة هذا الاستصحاب كون البيع الواقع لازماً.

وإن لم يوجد أصل موضوعي يعيّن اللزوم أو الجواز فالمرجع استصحاب الأثر الحاصل من العقد، ومقتضاه اللزوم أيضاً، كما لو تردَّد العقد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة، وفسخ الموجب، فإن كان هبة فقد انحل، وإن كان بيعاً فهو لا زال قائماً، ولا أصل موضوعياً يعيِّن أحدهما، فيجري استصحاب بقاء ملكية القابل.

ولكن هذا الاستصحاب -أعني استصحاب بقاء الملكية- إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، فلا يحكم -بمقتضاه- بزوال الملكية لو فسخ الموجب مثلاً، وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم -كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة حتى يترتب عليه آثار البيع- فلا،

بـل يرجع في الآثار الخاصة إلى الأصول المناسـبة لتلك الآثار، فإذا شـك في اشتغال الذمة بالعوض؛ -من حيث إن كان الواقع بيعاً اشتغلت ذمته بالعوض، وإن كان هبة لم تشتغل به- حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة.

وإذا شك في الضمان -كما لو دار الأمر بين الهبة والبيع الفاسد، فإن كان الواقع هبة لم يكن عليه ضمان العين، وإن كان بيعاً فاسداً لزمه الضمان- فهنا إن قلنا بجواز التمسـك بالعام في الشبهة المصداقية حكم بالضمان؛ لعموم «على اليـد» إن كانـت هي المسـتند في ضمان العقود الفاسـدة، وإن لـم نقل بجوازه فالأصل البراءة من الضمان أو استصحاب عدم اشتغال ذمته به.

وكـذا الأصل البـراءة لو لم يكن مسـتند الضمان قاعدة (علـى اليد)، بل كان المسـتند قاعدة الإقدام، بحيث يجب الضمان في كل مورد يقدم فيه عليه؛ وذلك للشك في الإقدام على الضمان وعدمه، بمعنى أنه إن كان هبة فلم يقدم الآخـذ على الضمان، وإن كان بيعاً أقدم عليه، وعند الشـك يكون الأصل عدم إقدامه عليه، والنتيجة براءة ذمته منه[1].

هذا بيان لما أفاده الشيخ قدس سره في ختام هذا البحث.

كلام المحقق الخوئي قدس سره في عدم جريان استصحاب الملكية في المقام

ربمـا يقـال -كما قيـل-: بأن اسـتصحاب الملكية فـي المقام إنمـا يتمّ بناء علـى جريان الاسـتصحاب في الشـبهات الحكمية؛ وأما على المنـع منه فلا يتم؛ لمعارضة استصحاب الملكية المجعولة قبل الفسخ باستصحاب عدم جعلها بعد الفسخ؛ فإن الملكية قد تحققت على التقديرين -البيع والهبة- ولكن بعد الفسخ نشـك فـي بقائها، فـإن كان الواقع هبة فقد زالـت، وإن كان الواقـع بيعاً فلا زالت

(١) المكاسب ٥: ٢٤.

باقية، فاستصحاب الملكية -وهو استصحاب المجعول- معارض باستصحاب عدم جعلها بعد الفسخ، فيسقط، فيرتفع أصل اللزوم المبتني على الاستصحاب.

فينحصر الحل في استصحاب العدم الأزلي بهذا البيان:

إن العقد قد تحقق بلا إشكال، ولكن تردد أمره بين كونه بيعاً وكونه هبة، واللزوم ليس من آثار البيع ولا الصلح ولا شيء من خصوصيات العقود حتى يجري فيها أصل عدم كونه بيعاً أو صلحاً، وإنما الأثر لعدم كونه هبة؛ لخروج الهبة من تحت العام وهو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فيندرج ما نحن فيه في مسألة ما لو خصص العام بعنوان وجودي وتردد أمر الواقع بين بقائه تحت العام؛ لعدم انطباق عنوان المخصص عليه وبين خروجه عنه؛ لانطباق عنوان المخصص عليه، فيمكن إحراز بقائه تحت العام بأصل عدم كونه من العنوان المخصص فيقال: إن العقد قد حصل بالوجدان، فهل هو هبة حتى يخرج من تحت ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو بيع فلا زال باقياً تحته؟ وبالنسبة إلى الهبة يمكن أن يقال: إنها لما لم يكن العقد لم تكن، فلما وجد هل وجدت أو لا؟ والأصل العدم، أي عدم كون العقد هبة، فيندرج العقد الحاصل تحت العموم، أي هو عقد بالوجدان، وهو ليس هبة بالأصل فيتنقح موضوع ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

مناقشة ما أفاده المحقق الخوئي قدس سره

ولا يخفى أن هذا البيان ليس لبيان استفادة اللزوم من الاستصحاب، وإنما هو تمسك بالدليل اللفظي، ومع ذلك يتوجه عليه إشكالان:

الإشكال الأول: إن اللزوم وإن كان أثراً لمطلق العقد لا للبيع، فلا يجري استصحاب عدم كونه بيعاً حتى يعارض أصل عدم كونه هبة، ولكن

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٥٤ - ٥٥، التنقيح ٣٨: ٤٦ - ٤٧.

للبيع -كسائر المعاملات- أثراً آخر غير اللزوم، فمن آثاره -مثلاً- وجوب تسليم العوض، ومنها -فيما إذا كان من بيع الصرف- اشتراط القبض في مجلس العقد، فبلحاظ هذا الأثر يجري استصحاب عدم كونه بيعاً، فيعارض استصحاب عدم كونه هبة، فيعود المحذور.

الإشكال الثاني: إن استصحاب العدم الأزلي إنما يجري في ما إذا أمكن وجود المشار إليه مع قطع النظر عن الخصوصية المشكوكة، فيقال: هذا في الأزل لم يكن موجوداً، ولم تكن الصفة موجودة أيضاً، وبعد وجوده لا ندري هل وجدت الصفة معه أو لا؟ والأصل عدم وجودها، مثل المرأة والقرشية؛ فإن القرشية ليست عين ذات المرأة، بل من عوارضها ولوازمها الوجودية، فالانتساب إلى قريش أمر، وكونها امرأة أمر آخر، وفي مثله يجري استصحاب العدم الأزلي على مبنى من يجريه، فيشار إلى المرأة ويقال: هذه المرأة لم تكن موجودة في الأزل، ولما لم تكن في الأزل لم تكن منتسبة إلى قريش، فلما وجدت هل وجد معها انتسابها إلى قريش؟ والأصل عدم انتسابها إليه.

وأما إذا لم يكن المشكوك من الخصوصيات بل كان تمام الذات، فهنا لا شيء بدونه حتى يقال إنه وجد ولم تكن الخصوصية موجودة، وكون العقد بيعاً أو هبة من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، أي ليس من قبيل القرشية التي هي أمر زائد على المرأة؛ فإن كون العقد هبة أو بيعاً ليس شيئاً زائداً على العقد، فالعقد جنس -أو كالجنس- منتزع من جميع هذه الأصناف، ففي الهبة لا يوجد عقد وهبة، وفي مورد البيع لا يوجد عقد وبيع، حتى يقال: إن العقد وجد، فهل وجد معه البيع أو الهبة أو لا؟ والأصل عدم وجود الخصوصية، بل ما يمكن قوله هنا: الأصل عدم تحقق الهبة، ولكنه لا يفيد؛ لعدم إفادته حكم ما وقع، وإنما المفيد: هذا ليس بهبة، ولكنه لا يجري، فما يفيد لا يجري، وما يجري لا يفيد.

والحاصل: أن هذه الخصوصيات من مقومات الذات؛ فإن البيعية لو جردت عن البيع لم يبق شيء، والهبة لو جردت عما وقع لم يبق شيء، بخلاف القرشية لو جردت عن المرأة، فلهذا يقال فيها: هذه المرأة في الأزل لم تكن موجودة، ولما لم تكن لم تكن قرشية، فلما وجدت هل وجدت القرشية معها أو لا؟ ولا يقال عن الهبة أو البيع: هذا في الأزل لما لم يكن موجوداً لم يكن هبة ولا بيعاً، فبعد وجوده هل وجدت الهبة أو البيع معه أو لا؟

نعم، لو قلنا بجريان أصل العدم الأزلي في الذوات جرى هنا، ولكن الحق عدم جريانه إلا في الأوصاف الزائدة على الذات، فلا مورد له في المقام؛ إذ لا بد لأجل جريانه من إمكان الإشارة إلى شيء فيقال عنه: هذا لم يكن في الأزل موجوداً ولم تكن الخصوصية موجودة أيضاً، فلما وجد هل وجدت معه الخصوصية أو لا؟ والأصل عدم وجودها، فكلما صدقت هذه الكبرى جرى استصحاب العدم الأزلي وإلا فلا، وهي تنطبق على مثل المرأة والقرشية، ولا تنطبق على ما نحن فيه.

صور المحقق النائيني قدس سره في الشبهة الموضوعية

ثم إن المحقق النائيني قدس سره تعرض في المقام لعدة صور، ناقش في بعضها الشيخ قدس سره، ومن المهم التعرض لها وبيان ما فيها، قال:

إذا اشتبه العقد الصادر بين البيع والهبة، أو الإجارة والعارية، أو القرض والوديعة فهنا صور؛ لأن الاشتباه تارة يكون مع بقاء العين، وأخرى مع تلفها، وعلى التقديرين، تارة مع صحة المعاملة، وأخرى مع فسادها، وعلى التقادير، تارة يكون في مقام المرافعة كأن يكون المتعاقدان متنازعين، فهناك مدع ومنكر، وأخرى لا يكون في مقام المرافعة كأن يكون النزاع بين وارثيهما ممن لم يعلموا بما وقع، أو بين أحد المتعاقدين ووارث الآخر ممن لا يعلم بما

صدر، فلا يوجد هنا مدع، أو مدع آخر؛ لأن المدعي من يعلم، فالصور ثمان.

صور بقاء العين وصحة المعاملة

أما صور بقاء العين وصحة المعاملة فهي:

الصورة الأولى: أن يكون الاشتباه في غير مورد المرافعة.

أن تكون العين موجودة، والعقد صحيحاً، بلا مرافعة في البين، وتردد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة، فهنا -بعد الفسخ- يجري استصحاب بقاء الملكية؛ لاحتمال أن يكون الواقع بيعاً فلم يؤثر الفسخ في رجوع المال لمالكه الأول، والأصل -عند الشك في بقاء ملكية المال وارتفاعها- بقاؤها، ومن جهة أخرى يشك من بيده العين في اشتغال ذمته بالعوض، ومقتضى الأصل براءة ذمته منه، إلا أن هذا الأصل لا يفيده؛ للعلم الإجمالي -بعد فسخ الطرف الأخر- إما بوجوب رد العين عليه إن كان الواقع هبة، أو بوجوب إعطائه العوض إن كان الواقع بيعاً.

وبعبارة أخرى: إما أن يكون الواقع هبة فاستصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ باطل، وإما أن يكون بيعاً فبراءة الذمة من العوض ساقطة، فيلزم من جريانهما معاً المخالفة القطعية، فما أفاده الشيخ قدس سره من اقتضاء استصحاب بقاء الأثر اللزوم في الشبهة الموضوعية غير تام، ويجب الصلح بينهما؛ إذ كما أنه يجب عليه رد العين أو العوض، فالطرف يعلم بعدم استحقاقه إما العين أو العوض.

الصورة الثانية والثالثة: أن يكون الاشتباه في مورد المرافعة.

أن تكون العين موجودة، والعقد صحيحاً، ولكن المورد مورد مرافعة، فهنا صورتان:

الأولى: أن يدعي من انتقلت عنه العين الهبة، ويدعي الآخر البيع، فهنا

إن قلنا بالتحالف رجعت العين إلى مالكها الأصلي؛ والوجه في ذلك: أن كلاً من العقدين حادث مسبوق بالعدم فالأصل عدمه، وكل واحد من المتنازعين مدع ومنكر؛ لأن الأول يدعي الهبة وينكر البيع، والثاني بالعكس، وما كان كذلك كان مورداً للتحالف -كما حقق في باب القضاء- فيتحالفان، فتسقط الدعويان، فترجع العين إلى ملك مالكها الأصلي.

وفي مقابل القول بالتحالف عدم القول به؛ لأنه ليس في كل دعويين وجوديتين كما يستفاد من ظاهر كلماته ﷺ؛ والوجه فيه: أن معرفة المدعي والمنكر وقعت موقع الخلاف في باب القضاء على وجوه كثيرة، أحدها أن المدعي من تكون دعواه على خلاف الأصل، والوجه الثاني -وهو المهم في هذا الفرض- أن المدعي من يطالب بالحق عند الطرف الآخر، بحيث لو كان قوله على خلاف الأصل ولكنه لم يطالب بالحق عند الطرف الآخر لم يكن مدعياً، وعلى هذا الوجه لا يكون المورد مورد تحالف؛ لأن من يدعي الهبة لم يطالب الآخر بالحق، ولا يقول بأن لي حقاً عنده، فلم يكن كل منهما مدعياً ومنكراً، فتخرج المسألة عن باب التحالف، وعليه فبعد فسخ مدعي الهبة يشك في بقاء المال تحت ملك من انتقل إليه، ومقتضى الأصل بقاء أثر العقد -الملكية-، إلا أنه يعلم إجمالاً إما بخروج العين عن ملك من انتقلت إليه، وإما بثبوت العوض عليه، ولو أخذ بمقتضى الاستصحاب لزم عدم استحقاق مدعي الهبة للعين وللعوض، وهو خلاف الواقع، وبما أن مدعي الهبة يدعي عدم استحقاقه للعوض فيجب الصلح بينهما.

الثانية: على عكس السابقة؛ بأن يدعي من انتقلت عنه العين البيع، ويدعي من انتقلت إليه الهبة، فهنا تتمركز الدعوى في ثبوت اشتغال ذمة من انتقلت إليه العين بالعوض وعدمه؛ لأن من انتقلت العين إليه يدعي الهبة، ودعواها

لا تقتضي ادعاء شيء على الواهب، وأما من انتقلت العين منه فبما أنه يدعي البيع فهو يدعي اشتغال ذمة الآخر بالعوض مع اعترافه بعدم استحقاقه الفسخ، فالأصل براءة ذمة مدعي الهبة عن العوض[1].

مناقشة ما أفاده المحقق النائيني قدس سره في صور بقاء العين وصحة المعاملة

أقول: أما بالنسبة إلى **الصورة الأولى** فالحق معه قدس سره من حيث عدم جريان أصل اللزوم؛ فإن أصل بقاء الملكية معارض لأصالة براءة ذمته من العوض؛ لأجل العلم بالمخالفة الواقعية، وأما تعيين الوظيفة بعد تساقط الأصلين وهل هو الصلح أو القرعة؟ فبحثه في محله من باب القضاء، وإنما المهم في المقام إثبات عدم جريان أصل اللزوم.

وأما بالنسبة إلى **الصورة الثانية** فكلامه قدس سره محل إشكال؛ والوجه فيه أن الأصل إنما لا يجري إذا كان معارضاً بمثله، وأما صرف لزوم المخالفة -بحسب الظاهر- من جريانه فلا يمنع من الجريان، وأصل براءة ذمة مدعي البيع غير جار فيما نحن فيه؛ لاعترافه بأن ذمته مشغولة بالعوض، وأما أصل بقاء الملكية فيجري بلا معارض؛ فإن المال قد انتقل إلى الآخذ، فإن كان هبة كان قابلاً للرجوع، وإن كان بيعاً لم يقبله، ومع الشك يحكم ببقائه في ملك من انتقل إليه بمقتضى الأصل، ومن جهة أخرى يعترف بأنه مديون بالعوض للآخر فعليه أن يوصله له بأي نحو وإن كان الآخر لا يرى نفسه مستحقاً له، هذا من جهة مدعي البيع.

وأما من جهة مدعي الهبة فهو لا يرى نفسه مستحقاً للعوض، ولكن يرى نفسه مستحقاً للعين، ولكن حرم منها بمقتضى أصل بقائها في ملكية من

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨ - ١٩.

انتقلت إليه، فله أن يأخذ العوض مقاصة.

هذا هو مقتضى الجمع بين القواعد.

وأما **الصورة الثالثة** فالحق فيها ما أفاده المحقق النائيني قدس سره إن لم يدّع المالك الأصلي أن له حق الفسخ، وأما إذا كان يدعي ذلك -كأن يدعي عدم إسقاط كافة الخيارات، ومنها خيار الفسخ للبائع عند امتناع المشتري من دفع الثمن- فالحكم ليس كما أفاده قدس سره؛ إذ هناك مبنيان:

المبنى الأول: أن يبنى على أن للواهب حق الفسخ فيما إذا كانت العين موجودة ولم تكن لذي رحم.

المبنى الثاني: أن له حق استرداد العين.

والفرق بينهما: أن متعلق الحق على المبنى الأول فسخ العقد، وبعد الفسخ يسترد العين بالتبع، وأما على المبنى الثاني فالمتعلق استرداد العين لا العقد، وبعد ردها ينفسخ العقد بالتبع.

أما على المبنى الأول فلا مورد للبراءة؛ وذلك لأن مدعي البيع يدّعي أن له حق الفسخ؛ لامتناع المشتري من دفع الثمن، ومدعي الهبة يعترف بأن للمالك الأصلي حق الفسخ؛ لأن ما وقع هبة في دعواه، فهناك علم بثبوت حق الفسخ له؛ إما لكونه بيعاً وله حق الفسخ، وإما لكونه هبة.

وأما على المبنى الثاني فلا تجري البراءة أيضاً؛ وذلك لأنه يعلم إجمالاً إما بحق الفسخ إن كان الواقع بيعاً، وإما بحق استرداد العين إن كان هبة، وعلى الفرضين لا طريق لجريان البراءة عن العوض وعدم الاعتراف بالحق للمالك الأصلي.

نعم، مورد البراءة فيما لو لم يدّع المالك الأصلي أن له حق الفسخ؛

للشك في ثبوت الحق له حينئذ؛ إذ على تقدير أن يكون بيعاً فله العوض، وعلى تقدير كونه هبة فلا شيء له، ومع الشك تجري البراءة كما تقدم.

هذا حكم جميع صور ما إذا كانت العين موجودة وكان العقد صحيحاً.

صور تلف العين وصحة المعاملة

وأما إذا كانت العين تالفة واشتبه العقد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة فهنا صور أيضاً:

الصورة الأولى: أن لا يكون المورد مورد مرافعة.

أن لا يكون المورد مورد مرافعة، كما إذا انتقل الأمر إلى وارثي المتعاملين ولا يدعيان العلم بما وقع، فالأصل براءة ذمة من تلفت العين بيده عن العوض، والوجه واضح؛ لأن الواقع إن كان هبة فقد تلفت العين فلا مجال للفسخ ولا للاسترداد، وأصل عدم كونه هبة لا أثر له.

وإن كان بيعاً فذمة الآخذ مشغولة في الواقع، ولكنه يبقى في الظاهر مجرد احتمال، فيشك في اشتغال ذمته، والأصل البراءة بلا معارض، بل الأصل عند الدقة -من ناحية علمية- عدم كون الواقع بيعاً، وهو حاكم على أصل براءة الذمة من العوض والبدل وإن لم يكن يختلف من حيث النتيجة والعمل عن أصل البراءة.

الصورة الثانية: أن يدعي المالك الأصلي البيع

أن يكون المورد مورد مرافعة، ويدعي المالك الأصلي أن ما وقع بيع حتى يستحق العوض، ويدعي الآخر أنه هبة حتى لا يلزم بالعوض، فالأصل هنا البراءة عن اشتغال الذمة بالعوض أيضاً، أو عدم كون الواقع بيعاً، ولا أثر

لأصل عدم كونه هبة كما هو واضح.

ولا يخفى أن هذا الكلام كله مبني على عدم حجية الأصل المثبت، وإلا اختلفت النتيجة؛ فإن من يدعي البيع يدعي اشتغال ذمة من انتقلت إليه العين بالعوض، ومدعي الهبة يدعي عدم اشتغال ذمته به، ولازم أصل عدم كون الواقع هبة أن يكون بيعاً فتشتغل ذمته بالعوض، ومن جهة أخرى الأصل البراءة.

الصورة الثالثة: أن يدعي المالك الأصلي الهبة

أن يكون المورد مورد مرافعة، ويدعي المالك الأصلي أن ما وقع هبة، ويدعي الآخر أنه بيع، فهنا صورتان:

الأولى: أن يدعي من انتقلت عنه العين الهبة ولا يدعي الرجوع قبل تلف العين.

الثانية: أن يدعي الهبة ويدعي الرجوع قبل تلف العين ولكن الطرف الآخر ماطل ولم يردها حتى تلفت.

أما الصورة الأولى ففيها احتمال البيع واشتغال ذمة الطرف الآخر بالعوض، ومقتضى الأصل في الوهلة الأولى براءة ذمته منه، ولكن يشكل: بأن من انتقلت له العين يدعي البيع، فهو يعترف بأن ذمته مشغولة ببدل العوض، فلا تجري البراءة في حقه، فتكون وظيفته إيصال البدل إلى المالك الأصلي بأي نحو كان وإن لم يرَ نفسه مستحقاً لبدل العوض؛ لأنه يدعي الهبة.

وأما الصورة الثانية ففيها -عند من انتقلت إليه العين وتلفت في يده -علم إجمالي إما باشتغال ذمته ببدل المسمى إن كان الواقع بيعاً، وإما بمثل التالف أو بقيمته إن كان هبة، فإن ثبت رجوع مدعي الهبة حال وجود العين لم يجر

الأصل في حق مدعي البيع، بل يجب عليه العمل بمقتضى العلم الإجمالي؛ لتعارض أصل براءة الذمة من العوض مع أصل براءة الذمة من المثل أو القيمة ومخالفتهما للعلم الإجمالي.

ولتتميم البحث نقول: إنه إذا قلنا بجريان استصحاب العدم الأزلي وأجريناه حتى في الذوات ففي جميع هذه الصور يجري أصل عدم كون الواقع بيعاً، وأما إذا لم نقل بجريانه من رأس، أو بعدم جريانه في الذوات فمقتضى القاعدة في المقام أصالة البراءة.

أصالة الاحترام في الأموال

هذا كله لو لم نقل بجريان أصالة الاحترام في الأموال، وأما على القول بها فلا مورد لجريان أصل البراءة من العوض؛ لحكومتها عليه، وأن خروج المال عن ملك مالكه لا يكون بلا عوض، ونتيجة ذلك: أن قول من ادعى اشتغال ذمة الآخر من ناحية قضائية موافق للأصل[1].

وما ينبغي التنبيه عليه: أن لأصالة الاحترام في الأموال إطلاقين:

الأول: أن الشك في المال لا تجري فيه البراءة، أي كما أن أصل البراءة تبدل في النفوس والفروج إلى أصل الاحتياط فكذلك الحال في الأموال؛ فإن الأصل فيها الاحتياط، وهذا الأصل مبني على قاعدة (لا يحل مال إلا من وجه أحله الله)[2]، فإذا شك في سبب الحلية فالأصل عدم تحققه، ويجب التوقف في الأموال، وليس هذا المعنى مراداً في المقام.

---

(١) منية الطالب ٣: ١٩ - ٢٠.

(٢) هذه الجملة قطعة من رواية في الوسائل، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٢.

الثاني: أن المال المضاف إلى المالك يقتضي بطبعه أن لا يخرج عن ملك مالكه بلا عوض، ولا يبعد أن يكون هذا الأصل بهذا المعنى هو منشأ اختيار المشهور الضمان في مورد اشتباه العقد الصحيح بين القرض والوديعة، وبين الإجارة والعارية بالنسبة إلى المنافع وبين البيع والهبة.

وهذا المعنى هو المراد من أصالة الاحترام في المقام.

مناقشة التمسك بأصالة الاحترام في الأموال

أما المعنى الأول فيناقش: بأن قاعدة «لا يحل مال إلا من وجه أحله الله» تامة، إلا أن قاعدة الحل المستفادة من «كل شيء لك حلال»[1] من الوجوه المحللة للتصرف في المال المشكوك جواز التصرف فيه، أي أن قاعدة الحل تندرج في قوله: «إلا من وجه أحله الله».

نعم، لو أحرز كون المال للغير حرم التصرف فيه؛ لعموم: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير بإذنه»[2].

وأما المعنى الثاني ففيه:

أولاً: ما هو المراد من اقتضاء طبع المال؟ فإنه لا يعقل الاقتضاء الطبعي في الأمور الاعتبارية، وإنما هو معقول في الأمور التكوينية؛ فإن الماء بطبعه يقتضي البرودة، والنار بطبعها تقتضي الحرارة، والمالية من الأمور الاعتبارية، وإضافة المال إلى الغير من الأمور الاعتبارية العقلائية التي أمضاها الشارع، والأمور الاعتبارية لا طبع لها حتى يقال إنها تقتضي بطبعها كذا وكذا، وعليه فلا بد أن يستند في ذلك إلى السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع،

(١) الوسائل، الباب ٦١ من أبواب الأطعمة، الحديث ٢.
(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

أو إلى دليل خاص يقتضي أن الأصل في مال المالك أن لا يخرج عن ملكه إلا بعوض، ولم يقم شيء منهما على مدعاه.

ثانياً: أن لازم هذا الأصل بالمعنى الثاني أن تكون الانتقالات المجانية من الهبة والعارية والأوقاف على الأشخاص والجهات والإنفاقات وغيرها من الأمور المجانية من الأعيان أو المنافع للأشخاص أو للجهات كلها على خلاف الأصل، وقد خصصت من القاعدة الأولية الطبعية، مع أن التأمل في الأمر يقضي بأن الهبة في عرض البيع، والعارية في عرض الإجارة، والأمور التي على خلاف الأصل تكون في طوله لا في عرضه.

وبهذين الوجهين يتضح بطلان ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من بيان لقاعدة الاحترام في الأموال.

صور فساد المعاملة

وأما إذا كان العقد فاسداً ففيه صور أيضاً:

الصورة الأولى:

أن تكون العين موجودة، فيجب ردها إلى مالكها؛ لبقائها على ملكه على التقديرين: البيع والهبة؛ لكون العقد فاسداً فلم تخرج عن ملكه، ومقتضى القاعدة وجوب رد المال إلى مالكه.

الصورة الثانية:

أن تكون العين تالفة، فيجب رد عوضها إلى مالكها مثلياً أو قيمياً بمقتضى قاعدة الضمان التي أساسها قاعدة (على اليد)، وببيان المحقق النائيني: إن مقتضى قاعدة (اليد) الضمان، وخصصت بما لو أقدم صاحب

المال على المجانية، أو على الاستيمان، أي موارد إلغاء حرمة ماله، فيكون موضوع الضمان مركباً من اليد وعدم العنوان المخصص، واليد محرزة بالوجدان، وعدم عنوان المخصص بالأصل؛ لأن المخصص -وهو الإقدام على المجانية- مشكوك فيه، فينفى بالأصل فيتم إحراز موضوع الضمان.

وبيان مراده ﷺ: أن هنا احتمالين:

أحدهما: أن الإقدام على المجانية المخصص لقاعدة اليد من أوصاف اليد.

ثانيهما: أنه من أوصاف ذي اليد.

فعلى **الأول** لا يجري الاستصحاب؛ لكونه من صغريات استصحاب العدم الأزلي، وهو لا يجري عنده ﷺ مطلقاً، والسر في كونه من استصحاب العدم الأزلي حينئذ أن إقدام المالك على المجانية لو كان من مفاد كان الناقصة لليد لكان عدمه من مفاد ليس الناقصة، وليست له حالة سابقة؛ لأنه لم تتحقق في زمان يد تتصف بعدم إقدام صاحبها على المجانية، فلا موضوع لاستصحاب العدم النعتي، ولكن تتحقق يد لم تتصف بإقدام صاحبها على المجانية، وذلك في العدم الأزلي.

وأما على **الثاني** فيجري الاستصحاب؛ لأنه عندما يكون الإقدام من أوصاف ذي اليد، فلعدم إقدامه حالة سابقة؛ إذ لم يقدم سابقاً على المجانية، فعند الشك في إقدامه عليها يجري أصل العدم.

ومختار المحقق النائيني ﷺ هو الثاني فيتم موضوع الضمان بضم الوجدان إلى الأصل[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ٢٠.

المناقشة في مختاره ﷺ في الصورة الثانية

ويرد عليه: أنه لو كان مستند الضمان هو قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» لكان كلامه تاماً؛ لإحراز موضوع الضمان بضم الوجدان إلى الأصل، ولكن هذا الحديث ضعيف سنداً؛ لكونه من المراسيل التي لم تذكر في مجاميعنا الحديثية، وإنما روي مرسلاً في الكتب الفقهية كالخلاف وغيره، فإن قلنا بأن عمل المشهور جابر له أمكن التمسك به، وإن لم نقل بذلك -كما هو الحق- لم يصحّ الاعتماد عليه، فيرجع في قاعدة الضمان إلى السيرة العقلائية كما عليه المحقق السيد الخوئي ﷺ، وهي دليل لبي لا لسان لها، فلا تعامل معاملة الأدلة اللفظية حتى يقال بأن موضوع الضمان -حسب ما يستفاد من الدليل- مركب من اليد وعدم الإقدام على المجانية وأنه بنحو التركيب لا الاتصاف؛ لأنه إذا كان بنحو التركيب أمكن جريان الاستصحاب، وأما إذا كان بنحو الاتصاف -أي اتصاف اليد بعدم الإقدام على المجانية- فاستصحاب عدم الإقدام عليها لا يثبت الاتصاف به إلا على القول بالأصل المثبت.

فالحق -إذا كان مستند الضمان سيرة العقلاء- هو عدم جريان استصحاب عدم الإقدام على المجانية، واستصحاب عدم الاستيمان ونحوهما من الأصول؛ لعدم اللفظ في فعل العقلاء حتى يقال: يستفاد من الدليل أخذ عدم الإقدام على المجانية بنحو التركيب لا بنحو التقييد، فلا تغفل عن هذه النكتة الدقيقة.

وبهذا يتم الكلام في المقدمتين اللتين أفادهما الشيخ ﷺ قبل الدخول في أقسام الخيارات.

في أقسام الخيار

وهـي كثيـرة، واختلـف الفقهاء في عددهـا حتى أن الشـهيد الأول قدس سره أنهاهـا فـي اللمعة إلى أربعة عشـر[١]، واقتصر المحقـق قدس سره[٢] وغيره[٣] على سبعة، واقتفى الشيخ قدس سره أثر من اقتصر على السبعة؛ لأن ما عداها لا يستحق عنوانـاً مسـتقلاً؛ إذ ليـس لـه أحـكام خاصـة مغايرة لأحـكام السـبعة، وعمدة الخيارات الزائدة ترجع إلى خيار الشرط.

---

(١) اللمعة الدمشقية: ١٠٨، كتاب المتاجر، الفصل التاسع في الخيار.

(٢) قال في شرائع الإسلام: الفصل الثالث في الخيار، والنظر في أقسامه وأحكامه، أما أقسامه فخمسة) وقال في المختصر النافع: ١٢١: (الفصل الثالث في الخيار...، وأقسامه ستة)، ولم نقف على تصريح له بالسبعة، فالشيخ الأستاذ - دام ظله - تبع الشيخ في هذه النسبة.

نعم، لعل مرمى نظرهما إلى أن المحقق في الشرائع قد ذكر خيار الرؤية في ذيل كلامه في أحكام الخيار، وخيار العيب تحت عنوان (أحكام العيوب)، فيكون مجموع ما ذكره في الشرائع سبعة، كما أنه في المختصر النافع بعد أن ذكر الستة وانتهى منها قال: وسيأتي خيار العيب إن شاء الله تعالى.

(٣) تبصرة المتعلمين: ١٢٢، التذكرة ١١: ٧.

الأول: خيار المجلس

والمراد من المجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع، ولا موضوعية لعنوان المجلس، ولا تأثير له في الخيار، فيثبت الخيار حتى لو وقع البيع حال مشي المتبايعين، وإنما عبّر بفرده الغالب، والإضافة لأدنى مناسبة، وتمام الموضوع لثبوت الخيار عدم تفرق المتبايعين، فينبغي -بمقتضى النصوص- أن يعبر عنه بخيار عدم الافتراق، «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع».

إذا اتضح هذا، فأصل ثبوت الخيار من الضروريات عند الإمامية، وعليه روايات مستفيضة، فيها الصحاح والموثقات[1]، ولا يستفاد خلاف ذلك إلا من

---

(١) من جملتها: ما في الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، باب ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري ما لم يتفرقا، الحديث١: محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام».

والحديث٢: وعن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل وابن بكير جميعاً، عن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا...» الحديث.

والحديث ٣: وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن جميل، عن فضيل، عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما».

←

رواية واحدة، وهي موثقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: قال علي عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»[١].

فإن المستفاد منها لزوم البيع بالتصفيق وإن لم يفترقا، وقد قال عنها الشيخ قدس سره: والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام...، مطروح أو مؤوّل[٢].

ويمكن أن يقال بعدم الحاجة إلى الطرح والتأويل؛ لأن التصفيق عبارة عن اختيار لزوم البيع الراجع إلى إسقاط الخيار حتى لو لم يتم التفرق[٣].

فإن قبلنا بهذا الوجه فالرواية لا تعارض الروايات الأخرى، بل تجتمع معها من حيث الدلالة، وإن لم نقبله فهي مما أعرض عنها المشهور بل الكل، والرواية التي أعرض عنها الكل ساقطة عن الحجية، ولو سلم فهي معارضة لها فتصل النوبة إلى المرجحات، والروايات المثبتة للخيار أرجح منها؛ لاشتهارها رواية وفتوى، ولمخالفتها للعامة، فما خالفها شاذ نادر، وموافق للعامة فيطرح.

وقد يقال بالحمل على التقية كما عن صاحب الحدائق قدس سره[٤]، ولكنه

والحديث٤: وعن علي عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.. الحديث».

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٧.

(٢) المكاسب ٥: ٢٧.

(٣) كما يستفاد من ما في لسان العرب: (وصفق يده بالبيعة والبيع وعلى يده صفقاً ضرب بيده على يده وذلك عند وجوب البيع، فلا يتوهم أن هذا من التأويل).

(٤) قال صاحب الحدائق قدس سره ١٩: ٦: (..أو على التقية، وهو الأقرب، فإنه مذهب أبي حنيفة، وقد نقل عنه أنه رد على رسول الله صلى الله عليه وآله في أربعمائة حديث، منها حديث «البيعان بالخيار ما لم يفترقا) نقله عنه الزمخشري في كتاب ربيع الأبرار مع أنه حنفي المذهب». انتهى.

مشكل لأن التقية لا تحتاج إلى إسناد الرواية من الإمام عليه السلام إلى آبائه عليهم السلام.

ولا يقال: بأن العامة مختلفة القول في المسألة على ما يظهر من الشيخ قدس سره في كتاب الخلاف؛ حيث قال في المسألة السادسة: (البيع ينعقد بوجود الإيجاب من البائع، والقبول من المشتري، لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد، بل يثبت لهما ولكل واحد منهما خيار الفسخ ما داما في المجلس، إلى أن يتفرقا أو يتراضيا بالتبايع في المجلس. وروي هذا في الصحابة عن علي عليه السلام، وعبدالله بن عمر، وعبدالله بن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة الأسلمي، وبه قال الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، والزهري، وعطاء، وفي الفقهاء الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، والشافعي. وذهبت طائفة إلى أن البيع يلزم بمجرد العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال. ذهب إليه في التابعين شريح، والنخعي، وفي الفقهاء مالك، وأبو حنيفة وأصحابه)[1].

وذلك لأن الرواية عن أبي عبد الله عليه السلام، وقول العامة إلى ذلك الزمان لزوم البيع وعدم خيار المجلس، فإن الشافعي (المتولد سنة ١٥٠) وأحمد بن حنبل (المتولد سنة ١٦٤) وغيرهما من الفقهاء القائلين بخيار المجلس كانوا بعد أبي عبد الله عليه السلام، فالرواية حين صدوره كان مخالفا للعامة.

إذا اتضح هذا فالبحث في هذا الخيار يقع في ضمن مسائل، وسنبدأ فيها بما أفاده الشيخ قدس سره ثم نبيّن الحق في المسألة:

---

(١) الخلاف ٣: ٧ - ٨.

المسألة الأولى: في من يثبت له خيار المجلس

لا إشكال في ثبوت الخيار للمتبايعين الأصيلين، والوليين، والولي والأصيل، وكذا للوكيلين في الجملة وبنحو الموجبة الجزئية، وبيان ذلك أن يقال:

أقسام الوكيل

إن الوكيل على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الوكيل في مجرد إجراء الصيغة.

من غير أن يكون له اختيار في مقدمات البيع ولا في ما بعد إنشائه، فيكون موقعه موقع لسان الموكل في إنشاء البيع فقط، وفي ثبوت الخيار له قولان:

القول الأول: الثبوت كما يظهر من صاحب الحدائق قدس سره [1].

القول الثاني: عدم الثبوت، وهو الذي اختاره الشيخ قدس سره.

الأدلة على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إنشاء العقد

واستدل القائلون بعدم ثبوت الخيار على مدعاهم بوجوه، منها خمسة للشيخ قدس سره وهي:

---

(١) الحدائق ١٩ : ٤، وفيه: (وهو ثابت للمتبايعين -سواء كانا مالكين أو وكيلين أو متفرقين-).

الوجه الأول: أنا إذا قلنا بما ذهب إليه المحقق الثاني قدس سره على ما يظهر من كلامه في جامع المقاصد من انصراف دليل الخيار -بحكم الغلبة- إلى العاقد المالك[1]، فهذا الوكيل خارج عن الدليل موضوعاً.

وأما إذا لم نقل بمقالته -لعدم إيجاب الغلبة للانصراف- فالوجه انصراف الأدلة عن الوكيل في مجرد إجراء العقد وإن عمم لبعض أفراد الوكيل، فلا يكون مشمولاً لإطلاق الدليل، والمرجع -بعد عدم الإطلاق- إلى الأصل العملي، ومقتضاه عدم ثبوت الخيار.

الوجه الثاني: أن الخيار حق مجعول للمتعاقدين، وسلطنة لكل منهما على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، ولا سلطنة للوكيل في إجراء العقد، فلا حق لوكيل البائع في إجراء العقد أن يتصرف في الثمن حتى يحق له رده واسترداد المثمن الذي هو حقيقة الخيار.

والشاهد على ذلك أنه لو شك في السلطنة على البدل لم يمكن التمسك بأدلة الخيار لرفع الشك، فلو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعتق عليه قهراً، أو يجب إعتاقه لتعلق النذر به، أو يجب صرفه لنفقة، فإنه لا يمكن رفع

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٦. حيث ذكر في مسألة ما إذا كان العاقد واحداً احتمالات، ثم قال: (والذي يجب أن يحقق في الحديث: أن البيعين إن أريد بهما: العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكلين، وإن أريد بهما: مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث آخره، إلا إذا كان المالكان هما العاقدين، لأن قوله: «ما لم يفترقا» لا يصدق في المالكين إذا كان العاقدان غيرهما، لأنه يصير معناه حينئذ: البيعان بالخيار ما لم يفترق العاقدان، وهو غير ظاهر،...إلى أن قال: أو يقال: الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين، لأنه الغالب، وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاً لهما مستفاد من خارج).
نعم ربما حمل كلامه على تبنّيه القول من جهة أنه لم يناقش فيه وناقش في غيره فتأمل.

الشك والحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، وهذا يكشف عن لزوم وجود سلطنة لمن انتقل إليه المال على المال المنتقل في مرحلة سابقة حتى يمكنه التمسك بأدلة الخيار، والوكيل في مجرد إجراء العقد ليست له هذه السلطنة.

الوجه الثالث: ويتألف من مقدمتين:

الأولى: أن بعض أخبار الخيار -كمعتبرة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»[1]- قد قرن فيها بين خيار المجلس وخيار الحيوان وحكم بهما على موضوع واحد مما يفيد أن موضوعهما واحد.

الثانية: أن خيار الحيوان لا يثبت للوكيل في إجراء الصيغة قطعاً؛ لأن صاحب الخيار هو صاحب الحيوان، وهو لا يصدق على هذا الوكيل.

والنتيجة: أن خيار المجلس لا يثبت للوكيل في إجراء الصيغة، بمقتضى وحدة السياق، وبما أن موضوع هذه الرواية وأمثالها يتحد مع موضوع الروايات المطلقة التي من قبيل «البيعان بالخيار حتى يفترقا» فالمراد منهما واحد، فلا تشمل المطلقةُ أيضاً الوكيل في إجراء الصيغة.

وليس المقام من باب تعارض المطلق والمقيد حتى يورد عليه بعدم صحة حمل المطلق على المقيد في المثبتين لا على نحو صرف الوجود كما نحن فيه؛ بل من باب وحدة الموضوع المستفادة من وحدة السياق؛ فإن المتتبع في الروايات يرى أن الموضوع في الروايات التي جمعت بين خيار المجلس والحيوان هو بعينه الموضوع في الروايات التي لم تجمع بينهما.

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ١.

الوجه الرابع: أن الحكمة من جعل هذا الخيار هي التروي في البيع والتأمل في مصلحته وعدمها، وهذه الحكمة مقترنة بـ«البيعان بالخيار» فلا ينعقد الإطلاق فيه فلا يشمل الوكيل في إجراء الصيغة؛ لأن التروّي لا يكون إلا للمالك أو للوكيل المفوض، وأما الوكيل في إجراء الصيغة فلا ربط له بمصلحة البيع وعدمها حتى يتروّى فيها؛ فإنه مجرد آلة لتحقق الوجود الإنشائي للبيع.

الوجه الخامس: أنه لا شك في عدم ثبوت الخيار للوكيل في مجرد إجراء الصيغة في سائر الخيارات، ولا ينبغي للفقيه القول بثبوته له فيها، فهذا الخيار مثلها.

هذه مجموع الوجوه التي أفادها الشيخ قدس سره [١].

المناقشة في أدلة الشيخ قدس سره

تقريبات الأعلام للوجه الأول ومناقشتهم فيه ودفعها

أما الوجه الأول فاختلفت العبارات في تأديته، فالشيخ قدس سره عبّر عنه بانصراف دليل الخيار عن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة[٢].

وقال المحقق النائيني قدس سره: إن منشأ الانصراف هو أن الوكيل في إجراء الصيغة بمنزلة الآلة واللسان للموكّل، فنسبة البيع إليه نسبة مجازية؛ لأن مبادئ البيع ليست باختياره[٣].

وقال المحقق الأصفهاني قدس سره: بما أن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة

---

(١) المكاسب: ٢٨ - ٢٩.

(٢) المكاسب ٥: ٢٨، ونص عبارته: «لأن المتبادر من النص غيرهما» أي الوكيلين في مجرد إجراء العقد.

(٣) منية الطالب ٣: ٢١.

نـادر الوقوع في باب المعاملات العرفية فلا بأس بدعوى انصراف عنوان البيّع عنـه؛ لأن أكثر البيـوع معاطاتية، فمن يحتاج إلى الوكيل في إنشـاء الصيغة إنما هو غير العربي لو أراد إنشاء العقد بالعربية وهو لا يحسنها، وهذا نادر[1].

أما ما أفاده المحقق النائيني ﷺ فغير تام؛ لأن لفظ البيع موضوع لتمليك عين بعوض، أو لتبديل طرفي الإضافة، فحقيقة البيع ليست شيئاً آخر وراء هذا الإنشـاء، سـواء أقلنا في تعريفه: بأنه مبادلة مال بمال، أم نقل العين بعوض، أم إنشاء تمليك عين بمال كما عرَّفه به الشيخ ﷺ، أم التبديل في طرفي الإضافة كمـا عرَّفه به عـدة من المحققين، فحقيقـة البيع عبارة عن هذا الأمر الإنشـائي سـواء أكانت مبادؤه اختيارية للمنشـئ أم لم تكن، ولهذا كان بيع الفضولي بيعاً حقيقة لا مجازاً مع أن مبادءه ليست اختيارية للفضولي، فما قام به من عمل هو الاعتبـار والإبراز، أو إنشـاء وإيجاد هذا المعنى الاعتبـاري بالقول أو بالفعل، وعليه لا يكون هذا الوجه موجباً للانصراف.

وأمـا مـا أفاده المحقـق الأصفهاني ﷺ فغايتـه الندرة فـي الوجود وقد حقق في محله من الأصول أن الغلبة في الوجود، لا توجب انصراف اللفظ بما لـه مـن المعنى عن الفرد النادر، وما يوجبه هو التشـكيك في الصدق عرفاً، فما أفاده غير تام في نفسه، كما أنه مخالف لمختاره في الأصول.

إشكال السيد الخوئي ﷺ على الوجه الأول ودفعه

أورد المحقق السيد الخوئي ﷺ على الشيخ ﷺ: بأن في (البيّع) مادة وهيئـة، أما معنى المادة فهـي مبادلة مال بمال، أو تبديـل طرفي الإضافة، وهو صادق على الوكيل في إجراء العقد، وأما الهيئة فلا تدل على أزيد من انتسـاب

(١) حاشية المكاسب ٤: ٥٧.

المـادة إلى من قام بها، فلا وجه للانصراف من جهة المادة ولا من جهة الهيئة، وعليه فالإطلاق تام[١].

ولكن في تعبير الشيخ ﵀ ما لا ينبغي الغفلة عنه؛ فإنه لم يعبّر بأن البيّع منصرف حتى يرد عليه ما ذكره السيد الخوئي ﵀ من دوران الأمر بين الهيئة والمـادة ونفي الانصـراف من جهتهما، وإنمـا عبّر بأن الدليـل منصرف، وبين الأمريـن فرق بعيـد؛ فإذا لاحظنا الروايـات عرفنا صحة ما أفاده الشـيخ ﵀؛ ففـي صحيحـة فضيل عـن أبي عبدالله ﵇ -في حديث- قـال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٢].

فالملاحِـظ للروايـة يدرك أنها تثبـت الخيار لمن يكـون لرضاه دخل في بقـاء البيـع، والبيّع بهذه الصفة منصـرف عن الوكيل في مجـرد إجراء الصيغة، ومنحصر في المالك أو الوكيل المفوض في البيع.

ثم إن ما أفاده من أن عنوان البيّع يصدق على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة إنما يصح لو قلنا بمقالة الشـيخ ﵀ من أن الخيار هو ملك فسخ العقد، وأما لو قلنا بما هو التحقيق: من أنه ملك فسخ العقد وإلزامه، أو الاختيار الشرعي لفسخ العقد وإبرامه فلا يصح هذا الكلام أصلاً؛ لأن حق الخيار -حينئذ- لا يكون إلا لمن يملك إلزام العقد، والوكيل في مجرد إنشاء الصيغة لا يملكه.

المناقشة في الوجه الثاني ودفعها

وأمـا الوجـه الثاني فأورد على الشـيخ ﵀ غير واحد مـن الأعلام -بل

---

(١) مصباح الفقاهة: ٦: ٥٨، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨/ ٥١.

(٢) الوسائل الباب الأول من أبواب الخيار الحديث ٣.

عبّر بعضهم عنه بأنه لا يترقب صدوره منه[١]-: بأن هذا الوجه مخالف لمبنى الشيخ ﷺ نفسه؛ حيث اختار أن الخيار فسخ العقد لا ردّ العين حتى يقال: بأن الوكيل في إجراء الصيغة لا سلطنة له على رد العين.

ولكنه غير وارد؛ إذ يحتمل أن يكون مراد الشيخ ﷺ أن من له حق الخيار هو من تكون له سلطنة على رد العين ولو بالتبع؛ فإن الخيار حق متعلق بالعقد، فإذا فسخ العقد ردّ العين، والوكيل في مجرد إنشاء الصيغة ليست له هذه السلطنة، فهذا الوجه قوي عندنا وإن استشكل فيه غير واحد.

المناقشة في الوجه الثالث

وأما الوجه الثالث ففيه: أنه إذا سقط ظهور دليل لأجل ابتلائه بمانع كوحدة السياق مثلاً، فهذا لا يعني أن يسقط ظهور الدليل الآخر الذي لم يبتل بذلك المانع، وإسقاطه على هذا الأساس خلاف مقتضى الصناعة، فمثلاً لو جاء دليل تعلق فيه الأمر بمتعلق ما في سياق المستحبات، وقلنا بأن وحدة السياق تقتضي سقوط ظهور الأمر في الوجوب بالنسبة إلى هذا المتعلق، وجاء دليل آخر تعلَّق فيه الأمر بذلك المتعلَّق ولم يقترن بشيء من المستحبات، فما هو الموجب لسقوط ظهور الأمر في الوجوب في هذا الدليل؟!

و«البيعان» في صحيحة محمد بن مسلم قد ابتلي -حسب الفرض- بمانع وهو اقترانه بخيار الحيوان فسقط ظهوره في الإطلاق، ولكن لا مسوِّغ لسقوط ظهوره في الإطلاق في الدليل الذي لم يقترن بهذا المانع؛ فمقتضي الإطلاق في هذا الدليل بلا مانع.

---

(١) السيد الخوئي في مصباح الفقاهة ٦: ٦١.

إشكال المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره والجواب عنه

وأما ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره من عدم الربط بين خيار الحيوان وخيار المجلس أصلاً؛ فإن الموضوع في خيار الحيوان هو عنوان المالك بمقتضى قوله عليه السلام: «وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»، وموضوع خيار المجلس البيّعان، فهما حكمان على موضوعين لا ربط لأحدهما بالآخر، ومجرد ذكرهما في رواية واحدة لا يقتضي اتحاد الموضوع[1].

فغير تام؛ للفرق بين العموم والإطلاق، فلو كان الوارد عاماً لتمّ كلامه، ولكنه مطلق، ويشترط في انعقاد الإطلاق أن لا يوجد في الكلام ما يحتمل القرينية، فبملاحظة هذا الأمر وبالتأمل في نحو بيان الإمام عليه السلام لحكم المتبايعين لا يحرز انعقاد الإطلاق؛ فإنه عليه السلام قد بيّن أولاً حكم المتبايعين بنحو مطلق ثم خصص الكلام لبيان حكم خيار الحيوان، وهذا النحو من البيان يرجع لباً إلى الاستثناء، فكأنه قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ولكن صاحب الحيوان ليس كذلك، فجعلها في سياق واحد بهذا النحو من البيان يولّد -لا أقل- احتمال أن يكون المراد منهما واحداً، فلا ينعقد الاطلاق في «البيعان» ليشمل الوكيل في إنشاء الصيغة.

المناقشة في الوجه الرابع ودفعها

وأما الوجه الرابع فأورد على الشيخ قدس سره: بالفرق بين العلة والحكمة؛ فإن الحكم يدور مدار العلة وجوداً وعدماً، والعلة تعمم وتخصص، فلو كان ما ذكر في هذا الوجه علة لحكم بانتفاء الحكم في الوكيل في إجراء الصيغة لانتفائها فيه، ولكن ما نحن فيه مجرد حكمة مستنبطة، وهي ليست كالعلة حتى

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٦٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٥٢.

يدور الحكم مدارها فينتفي في المقام لانتفائها، فلا تمنع من انعقاد الإطلاق[١].

والحق عدم ورود هذا الإشكال؛ فإن الحكمة على نحوين: حكمة قطعية وحكمة ظنية مستنبطة، فلو كانت هذه الحكمة ظنية لكان الإشكال وارداً، وأما مع كونها قطعية -لاستنادها لوجه علمي-، فلا يرد الإشكال؛ إذ غايته عدم تعميم الحكم لموارد الحكمة، وهذا وإن كان صحيحاً في نفسه، ولكن في ما نحن فيه -مع كون الحكمة قطعية- خصوصية توجب انتفاء الحكم عند عدم وجود الحكمة.

توضيح ذلك: إنه من المعلوم أن الخيارات إنما شرّعت لأجل أن لا يلزم ذو الخيار بالبقاء على العقد، وأن يكون له طريق للتخلص من التزامه، فما يفهمه العرف والعقلاء من تشريع الخيار أنه إنما شرّع لمصلحة ذي الخيار؛ فإنه حق من حقوقه وقد جعل له حتى لا يكون مقيداً بالالتزام، فهو مجعول لنفعه، فأصل وجود الحكمة مما لا إشكال فيه، وهي بمثابة القرينة المتصلة بالإطلاق، فإن قلنا بمقالة المحقق الخراساني قدس سره من مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق لم ينعقد الإطلاق في المقام؛ لأن هذه الحكمة صغرى للقدر المتيقن، وإن لم نقل بمقالته فالإطلاق محفوف بما يحتمل القرينية والصارفية فلا يحرز انعقاده، وعليه فبما أن «البيعان» محفوف بحكمة التروي، وهي منتفية عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة لم ينعقد فيه الإطلاق بالإضافة إليه، فهذا الوجه قوي عندنا[٢].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٥٩، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٥٤.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ -دام ظله-: بأن الحكمة من العدة عدم اختلاط المياه، فهل يمكن الالتزام بهذا القول فيها فلا ينعقد الإطلاق بالنسبة لمن يقطع بعدم حملها؟!

فأجاب دام ظله: بالفرق بين المقامين؛ لوجود الدليل الخارجي القطعي على لزوم العدة في المرأة حتى لو لم تحمل، وكلامنا في ما لو لم يوجد دليل من الخارج، بل خلينا وعنوان الدليل الأولي وهذه الحكمة.

المناقشة في الوجه الخامس

أما الوجه الأخير فساقط عن الاعتبار؛ لكونه قياساً على خيار العيب والغبن والشرط مع الفارق؛ فإن ملاكها لا يرتبط بملاكه؛ فإن ملاك هذه الخيارات على ما يستفاد من كلمات الفقهاء -كما سيأتي إن شاء الله تحقيقه- إما قاعدة لا ضرر أو المؤمنون عند شروطهم أو الشرط الارتكازي، وملاك هذا الخيار عنوان البيّع، فإن صدق على الوكيل في إجراء الصيغة فبها وإلا فلا، ولا شرط -مصرَّحاً به أو ارتكازياً- فيه، ولا ضرر على البائع أو المشتري.

فتحصل إلى هنا -بعد تأييد بعض الوجوه التي أفادها الشيخ قدس سره ومناقشة بعضها الآخر-: أن الحق هو قصور أدلة خيار المجلس عن شمولها للوكيل في مجرد إنشاء الصيغة، فالننظر في بقية الأدلة.

الوجه السادس: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره ومناقشته

وتقريبه: أن حق خيار المجلس ثابت لمن له حق الإقالة، وبما أن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة لا حق له في الإقالة فلا حق له في هذا الخيار[1].

وفيه: **أولاً**: أنه لا دليل على هذه الملازمة المدعاة.

وثانياً: أن ثبوت الخيار وعدمه يدوران مدار ثبوت إطلاق الدليل وعدمه، فإن ثبت الإطلاق وشمول الدليل للوكيل في مجرد إنشاء العقد ثبت له حق الخيار وإن لم تثبت له الإقالة، وإلا لم يثبت له لعدم الإطلاق، لا لعدم الإقالة والاستقالة.

---

(١) منية الطالب ٣: ٢٤.

الوجه السابع: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره أيضاً ومناقشته

ومحصله: أن نسبة أدلة الخيار إلى آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ نسبة المخصص، فالآية تلزم المتعاقدين بالوفاء بالعقد، وخصص هذا اللزوم اللفظي بأدلة الخيار، فتكون النتيجة: يجب الوفاء على كل متعاقدين إلا من ثبت له حق الخيار، فحق الخيار إنما جعل لمن خوطب بوجوب الوفاء بالعقد، وهو إما المالك، أو الوكيل المفوض، وأما الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة فليس مخاطباً بهذا الوجوب[1].

ويرد عليه: أنه لا شك في أن أدلة الخيار مخصصة لوجوب الوفاء المستفاد من الآية الكريمة، ولكن ثبوت الخيار وعدمه يدوران مدار الدليل وعدمه، فإن ثبت الإطلاق أو العموم لمن لم يخاطب بوجوب الوفاء ثبت الدليل الدال على ثبوت حق الخيار له وإن لم يخاطب بوجوب الوفاء، وإن لم يثبت الإطلاق لم يقم الدليل على ثبوت حق الخيار له بغض النظر عن خطابه بوجوب الوفاء وعدم خطابه به، ولهذا لو اشترط المتعاقدان أو أحدهما ثبوت الخيار لأجنبي فإنه يثبت له الخيار مع عدم خطابه بوجوب الوفاء.

الوجه الثامن لنفي الخيار: ما أفاده المحقق الخوئي قدس سره ومناقشته

وحاصله: أن آية: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أمضت البيع الصحيح الجامع لجميع شرائط الصحة، وبيع الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة بيع صحيح من حيث صدوره من العاقد الجامع لشرائط القيام بالعقد، ولكنه ليس جامعاً لشرائط الصحة من حيث انتسابه إلى المالك؛ فإن البيع الصحيح هو ما ينتسب إلى المالك أو من يقوم مقامه، والوكيل في مجرد إنشاء الصيغة ليس بمالك ولا

(١) منية الطالب ٣: ٢٤.

قائم مقامه، فلا يكون مشمولاً لـ«لبيعان بالخيار»؛ لأنه لا يشمل إلا البيّع الذي يكون بيعه موضوعاً لـ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[١]، وبيع هذا الوكيل ليس كذلك[٢].

وهو ممنوع؛ لأن المنشئ للعقد لم ينشئه إلا لأنه وكيل في إنشائه من قبل ولـي أمر العقد كالمالك أو وليه، وليس الكلام في مطلق من أنشـأ العقد، فهذا الوكيـل وإن كان مجـرد آلة إلا أن لسـانه مسـتند إلى ولي العقد فتكون شـرائط الصحـة تامة، فالمسـألة تنتهي إلى الإطـلاق وعدمه، وبما أنه اعترف بشـمول الإطـلاق للوكيل في إنشـاء العقد، وأنكر جميع جهـات الانصراف فالمقتضي لثبوت الخيار له موجود، والمانع عنه مفقود في نظره[٣].

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٧٠.

(٣) ومنه يظهر ما في البيان الآخر المستفاد من التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٥٨ وحاصله: أن موضوع الخيار ليس هو البيّع على نحو الإطلاق، بل المراد هو البيّع الذي يكون بيعه موضوعاً لـ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وغيره من أدلة الحل، ومن الظاهر أن أدلة حل البيع وإمضاء المعاملات إنما تشمل البيع الصادر عن الوكيل في مجرد إيقاع الصيغة بما أنه منتسب إلى المالك لا بما أنه صادر منه، وعليه فالبيع بحسب الحدوث مضاف إلى المالك، والسلطنة تثبت له حدوثاً، لا للوكيل المذكور؛ إذ لا سلطنة له بوجه؛ لأنه وكيل في إجراء الصيغة فقط، وأدلة الخيار تقتضي بقاء ملك السلطنة بعد حدوثها، والمفروض أنه حدثت في حق المالك دون الوكيل، ولا يمكن إثبات الحيار للوكيل بمجرد إضافة البيع إليه بحسب الصدور، وإلا لانتقض بيع الفضولي؛ فإنه مما لم يذهب أحد إلي ثبوت خيار المجلس للفضولي ولو مع إجازة المالك له في المجلس البيع...

وذلك أن الموضوع بحسب النص البيّع، وهو مطلق من صدر منه البيع وكان بيعه صحيحاً، والمفروض أن الوكيل بايع حقيقة، واختصاص الموضوع بالمالك لا دليل عليه.

وما استدل عليه من أن ثبوت الخيار للوكيل بمجرد إضافة البيع إليه بحسب الصدورر مستلزم لثبوت الخيار للفضولي ولو مع إجازة المالك له في المجلس، ففيه أنه بحسب الظهور لا مانع من شمول أدلة الخيار للفضولي المذكور، وأما عدم الالتزام به من جهة ←

الوجه التاسع: ما أفاده السيد الخوئي قدس سره أيضاً ومناقشته

وتقريبه: أن شمول «البيعان بالخيار» للوكيل في مجرد إنشاء الصيغة بالإطلاق لا بالعموم، فالوجوه المذكورة لنفي الخيار عنه -وإن لم تتم- إلا أنها تمنع من التمسك بالإطلاق.

وبعبارة أخرى: إن الأدلة المذكورة إن لم تنف الخيار فإنها توجب الشك في انعقاد الإطلاق، ومع الشك في انعقاده يقصر الدليل عن ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل، فالأصل اللزوم[1].

ظهور نصوص الخيار في المالك لا الوكيل في مجرد إنشاء العقد، ومن النصوص:

١- محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا التاجران صدقا بورك لهما فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا». (وسائل الشيعة (آل البيت) ج ١٨ - ص ٧).

٢- وعنه عن الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام». (وسائل الشيعة (آل البيت) - ج ١٨ - ص ١٠).

٣- محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن أبي عمير، عن حماد عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط».

ويرد عليه أيضا أن المفروض كون هذا الخيار بجعل الشارع لا المالك فيتبع دليل الجعل، فإن سلم إطلاق دليل الجعل للوكيل وعدم انصرافه عنه فلا وجه لاختصاصه بالمالك.

منه حفظه الله.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٧٠، التنقيح ٣٨: ٥٩.

وهذا الوجه مردود أيضاً؛ لأن الإطلاق حجة في نفسه كالظهور الوضعي، غاية الأمر أن منشأ الحجية مختلف فيهما، فإن منشأها في الوضع هي أصالة الظهور، ومنشأها في الإطلاق هي مقدمات الحكمة، وحيث إن الدليل في حد نفسه مجرى لمقدمات الحكمة فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق.

وبعبارة أخرى: إن ما يوجب رفع اليد عن الإطلاق هي القرينة أو ما يحتمل القرينية، وبما أنه ﷺ قد أبطل جميع الأدلة التي أقيمت على المنع عن الإطلاق فلم توجد قرينة ولا ما يحتمل القرينية، فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق.

نعم، من يحتمل صحة تلك الوجوه أو بعضها له الحق في رفع اليد عن الإطلاق للشك في انعقاده، وأما من يجزم ببطلانها فلا.

الوجه العاشر: ما أفاده المحقق الرشتي ﷺ من منافاة ثبوت الخيار للأجنبي العاقد مع قاعدة سلطنة الناس على أموالهم فتأمل[1].

وفيه: أن خيار الوكيل لا ينافي سلطنة المالك؛ لأن متعلق الخيار هو العقد وليس له سلطنة على العين، وسلطنة المالك على العين غير مقصورة ولا محدودة بخيار الوكيل، ويشهد لعدم التنافي ثبوت الخيار لمن له الخيار مع سلطنة من عليه الخيار بالبيع والهبة وغيرهما من التصرفات.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن أدلة الخيار منصرفة عن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة، ولو لم نرتض بقية الأدلة التي أقامها الشيخ ﷺ لكفى ما يستفاد من

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٣١.

أدلة خيار المجلس من الحكمة لهذا الخيار وهي التروّي والتأمل في المعاملة، فيلزم البيع برضا المتبايعين وتنتهي الحكمة بافتراقهما، وهذه الحكمة منتفية عن الوكيل المذكور.

فرع: في ثبوت الخيار لموكِّلي الوكيلين في إنشاء العقد.

بعد أن اتضح عدم ثبوت الخيار للوكيل في مجرد إنشاء العقد فهل يثبت للموكِّلين؟ وجهان:

أولهما: عدم الثبوت، واستدل عليه بوجهين[1]:

الوجه الأول: إن عنوان (البيّعان) يصدق على المتعاقدين دون غيرهما، والموكِّلان لم يصدر منهما العقد، بل صدر من وكيليهما.

وفيه: أن عنوان (البيّع) غير متقوم بإجراء الصيغة، بل يصدق هو وما يرادفه من سائر اللغات على البائع الذي انتقل منه المال في مقابل الثمن، وعلى المشتري الذي انتقل منه الثمن في مقابل المال على نحو الحقيقة العرفية، والمدار في الموضوعات الشرعية على صدق العنوان عرفاً.

والشاهد على ذلك أنه لو عهد الرجل لغيره في إجراء عقد النكاح له بنحو الوكالة، فعنوان المتزوج يصدق على الموكِّل دون الوكيل.

وأما في البيع والصلح فالحق أنه يصدق عنوان البائع والمصالح على الأصيل وعلى الوكيل، فيقال عن الوكيل إنه باع واشترى، كما يقال ذلك عن الأصيل، وعليه فينطبق على الموكِّلين موضوع أدلة الخيار.

---

(١) تعرض لهما الشيخ في المكاسب ٥: ٣٠.

ويضاف إلى الصدق العرفي: أن حكمة الخيار تقتضي أن يكون زمام أمر العقد من حيث الفسخ والإبرام بيد المالكين الموكِّلين، وهو المستفاد أيضاً من الصحيحة المتقدمة: «فلا خيار بعد الرضا منهما»؛ فإنها شاهد على ثبوت الخيار للموكِّلين، ولكن في المقام ثلاث صور:

صور حالات الموكّلين

الصورة الأولى: أن يكون الموكِّلان حاضرين في مجلس العقد، فهنا يثبت لهما الخيار ما لم يفترقا بلا إشكال.

الصورة الثانية: أن يكونا غير حاضرين فيه ومتفرقين من الأول، وهنا لا يثبت لهما الخيار بلا إشكال؛ لعدم صدق الاجتماع ولا الافتراق عليهما، وموضوع خيار المجلس الاجتماع، وغايته الافتراق.

الصورة الثالثة: أن يكونا غير حاضرين فيه ولكنهما مجتمعان في مجلس آخر أثناء إنشاء الوكيلين للعقد وكانا يعلمان بإنشائه حينه.

وقد ذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره في هذا الفرض إلى ثبوت الخيار لهما؛ لصدق عنوان (البيعان) عليهما حقيقة، وصدق الاجتماع عليهما، فيتم موضوع «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»[1].

ولكن في تحقيقه قدس سره تأملاً، ووجهه: أنه لا إشكال من جهة صدق البيّع؛ إذ الإشكال من جهته كان في انحصار عنوان البيّع في مجري الصيغة وقد ثبت الأعم.

وإنما الإشكال من جهة أن الوارد في أدلة الخيار: «البيعان بالخيار ما لم

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٧٦، التنقيح ٣٨: ٦٢.

يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»، وعنوان الافتراق والاجتماع من العناوين ذات التعلق، فهي تتقوم بما تتعلق به، فلا بد للاجتماع من طرف اجتمعا عليه، كما لا بد للافتراق من طرف تفرّقا عنه، فعلى أي شيء اجتمعا؟ وعن أي شيء افترقا؟

ولا يتصور طرف للتفرق في الأدلة إلا البيع، أي تفرقا عن مجلس البيع، فالبيعان بالخيار ما لم يفترقا عنه، فعندما جعل العنوان ذو التعلق بالبيع موضوعاً للحكم، فإذا كان الموكِّلان مجتمعين في مجلس أجنبي عن مجلس البيع لم يصدق أنهما اجتمعا على البيع، وإذا افترقا عنه لا يصدق أنهما افترقا عن البيع.

فالحق أن المستفاد من الأدلة هو ما يستفاد من كلام الشيخ ﷺ من أن الموضوع هو الاجتماع على البيع والافتراق عنه، فإذا كان الموكِّلان مجتمعين في مجلس البيع صدق عليهما الموضوع فكان لهما الخيار، وإن لم يكونا فيه لم يصدق عليهما فلا خيار لهما.

ولو تنزلنا تنزلاً فرضياً فالحق أن يقال: إن عموم وجوب الوفاء بالعقد قد خصص بأدلة الخيار، ونحتمل -بالوجدان- أن يكون المراد منها بالنسبة إلى الموكِّل خصوص الموكِّلين المجتمعين في مجلس العقد، ولا تشمل الموكِّلين المجتمعين في مجلس آخر، فيدور أمر المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر، وما كان كذلك يقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو خصوص الموكِّلين المجتمعين في مجلس العقد.

الوجه الثاني: أن الموكل لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله.

وفيه: أنه لو حلف بأن لا يبيع داره بنحو مطلق ووكَّل من باع فقد تحقق منه الحنث؛ لاستناد البيع إلى الموكل حقيقة. نعم، لو كان يقصد أن لا يبيع مباشرة لم يحنث.

والنتيجة إلى هنا:

١ - إن خيار المجلس لا يثبت للوكيل في مجرد إجراء الصيغة؛ لا لعدم صدق البيّع عليه، بل لأنه يشترط في من له الخيار أن يكون لرضاه دخل في البيع، ولأن حكمة الخيار تمنع من انعقاد الإطلاق بالنسبة له، ولأن أدلة الخيار منصرفة عن من ليس له حق التصرف في العوض.

٢ - إنه ثابت للموكِّلين المجتمعين في مجلس العقد؛ لصدق البيّع عليهما، ولأن لرضاهما دخلاً في قرار البيع، وحكمة الخيار لا تمنع من شمول الإطلاق لهما.

القسم الثاني: الوكيل المفوض

وأما الوكيل المفوّض في أمر البيع بالنسبة إلى مبادئ العقد وما بعده، فالخيار ثابت له بلا إشكال؛ لانطباق موضوع الأدلة عليه؛ لصدق عنوان البيّع عليه، ولا موجب لانصراف الإطلاق عنه من الوجوه التي أوجبت الانصراف عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، والشاهد على ذلك عامل المضاربة؛ فإن له الخيار بالاتفاق مع أنه ليس مالكاً ولا من أولياء المالك.

فدعوى المحقق الثاني قدس سره اختصاص الخيار بالمالك العاقد[1] منتقضة بعامل المضاربة، وبولي المالك لو قام بالعقد، وإلا يلزم القول بعدم الخيار لهما، وهو تال فاسد لا يقول به أحد.

فرع: في ثبوت الخيار لموكِّلي الوكيل المذكور

هذا بالنسبة إلى الوكيلين المفوضين وأما بالنسبة إلى الموكِّلين لهما

---

(١) تقدم تخريجه وعين عبارته، ص١٧٤.

فللمحقق الأصفهاني قدس سره إشكال في ثبوت الخيار لهما مع وجود الوكيل المفوض، وهذا ما يحتاج إلى توضيح فنقول:

إشكال المحقق الأصفهاني قدس سره على ثبوت الخيار للموكلين

في كلامه نقطتان:

النقطة الأولى: ما يرتبط باستدلال الشيخ قدس سره على ثبوت الخيار للموكّلين مع وجود الوكيل المفوض في البيع، وقد استدل الشيخ على ذلك بدليلين:

الأول: أن المستفاد من النصوص أن الخيار شرّع إرفاقاً بالمالك فيكون له الخيار.

الثاني: أن ثبوته للوكيل لكونه نائباً عن المالك يستلزم ثبوته للمنوب عنه بالأولوية القطعية.

وبعبارة أخرى: إن الخيار ثبت للوكيل بالعرض من حيث الوكالة، فيثبت لما هو بالذات -وهو الموكِّل- بالأولوية القطعية[1].

وأورد على الأول: بأن الخيار شرّع للإرفاق بالمالك، لا أن كل من يناسبه الإرفاق لا بد من ثبوت الخيار له.

وعلى الثاني: بأن الخيار لم يثبت للوكيل بما هو وكيل، بل للبيّع بما هو بيّع، والوكالة علة لحدوث هذا العنوان، وثبوته للبيّع بما هو لا يستلزم ثبوته للموكِّل إن لم يصدق عليه عنوان البيّع، وإذا صدق عليه فلا حاجة إلى هذه الدعوى.

---

(١) المكاسب ٥: ٣١.

النقطة الثانية: ما يرتبط بدليله على نفي الخيار للموكِّلين مع وجود الوكيل المفوض، وتوضيح كلامه ﷺ: أن غاية الخيار -على ما يستفاد من الأدلة- الافتراق، وعندما تكون الغاية الافتراق فالمغيى هو الاجتماع؛ إذ لا افتراق إلا عن اجتماع، وليس المراد منه مطلق الاجتماع، بل اجتماع البدنين كما يشهد له ثبوت الخيار لو وقع العقد في حال المشي، وليس المراد مطلق اجتماع البدنين بل مع كون المجتمع عليه هو البيع، فيعتبر في ثبوت الخيار أمران: اجتماع البيّعين بدناً، بأن يقوم الاجتماع بالبيّعين، وأن يكون اجتماعهما على البيع.

والاجتماع على البيع لا يصدق على الموكِّلين؛ وذلك لأن المواد تنقسم إلى قسمين: ما يكون قيامه بالموضوع قياماً صدورياً، وما يكون قيامه به حلولياً، فما يكون من قبيل الأول يستند إلى المباشر للصدور وإلى من كان في سلسلة علله، فقيام البيع بالبائع قيام صدوري، فلهذا ينسب إلى الوكيل الذي باشر البيع، وللموكِّل الذي وكّله في البيع؛ لأنه علة لتحققه منه، فيكون كل منهما بيّعاً حقيقة، ولكن أحدهما بالمباشرة والآخر بالتسبيب.

وأما ما يكون من قبيل الثاني فهو لا يستند إلا إلى من حل فيه، ولا يستند إلى من تسبب له، والاجتماع من هذا القبيل؛ فإن المجتمعين هما المتعاقدان؛ إذ قام بهما الاجتماع قياماً حلولياً، وأما من سبّبا الاجتماع فهما غير مجتمعين وإنما هما مجمِّعان؛ لعدم حلول الاجتماع فيهما، وعليه فمن يصدق عليهما الاجتماع على البيع بنحو الحقيقة هما الوكيلان، فهما اللذان يعتبر فيهما الافتراق، فيثبت لهما الخيار ما لم يفترقا، وأما الموكِّلان فلا يصدق عليهما الاجتماع على البيع حقيقة، وإنما يصدق عليهما مجازاً، فلهذا لا يعتبر اجتماعهما ولا افتراقهما في الخيار وعدمه، فلا يثبت لهما الخيار وإن صدق

عليهما بيّعان؛ لعدم صدق الاجتماع على البيع عليهما[١].

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني قدس سره

هـذا ما أفاده من التحقيق لنفي ثبـوت الخيار للموكِّلين مع وجود الوكيل المفـوض، ولكن التحقيق ثبوته؛ وذلك لصدق عنوان البيّع على الموكِّل بنحو الحقيقة -كما اعترف به هو أيضاً- وإن كان اتصافه به بالتسـبيب لا بالمباشرة، وبما أن الموكِّلين مجتمعان في مجلس العقد حسب الفرض فاجتماعهما كان علـى البيـع لا على غيره؛ إذ كما أن صدور البيع من الوكيل كان سـبباً لاتصاف الموكِّل بكونه بيّعاً، فكذلك صدوره منه موجب لاتصاف الموكِّل الحاضر في مجلس العقد بصفة الاجتماع على البيع، وليس مجمِّعاً بل هو مجتمع، فالموكِّل نفسـه -كالوكيـل- مجتمع مع الآخر على البيع، ولكـن وصف الاجتماع على البيع كان حاصلاً له بوسـيلة صدوره من الوكيل بالوكالة، وبحثنا في الموكِّلين الحاضرين في مجلس البيع الصادر من الوكيل.

فالنتيجة: أن الموكِّلين الحاضرين في مجلس العقد يصدق عليهما أنهما بيّعـان اجتمعا بدناً على البيع إلا أنه بتوسـط الوكيلين، فيثبت لهما الخيار، كما يثبت للوكيلين لاتصافهما بالوصف نفسه.

القسم الثالث: الوكيل الذي تنتهي وكالته بإنشاء العقد

وأما الوكيل المفوض في أمر البيع ولكن بحيث تنتهي وكالته بمجرد الانقضاء من العقد -فهو برزخ بين الوكيلين السـابقين، فليس هو مجرد آلة كالأول؛ لأن له الاختيـار في مبادئ البيع، وليس مفوضاً في المبـدأ والمنتهى كالثاني؛ لأن وكالته تنتهي بالانتهاء من إنشاء العقد- فقد وقع الخلاف فيه على قولين: الثبوت وعدمه.

---

(١) حاشية كتاب المكاسب ٤: ٦٥ - ٦٨.

أمـا القول بالثبوت؛ فلانطبـاق موضوع الأدلة عليه؛ لصـدق عنوان البيّع عليه بلا إشكال.

وفيه: ما أورده الشـيخ ﷺ على الوكيل الأول؛ فإن أدلة الخيار منصرفة عـن من ليسـت له سـلطنة على التصرف فـي العوض، حتى لو قلنـا بأن الخيار يتعلـق بحل العقـد؛ فإنه -بالتبع- تسـلط على الـرد والاسـترداد، وبما أن هذا الوكيل تنتهي وكالته بمجرد إيقاع العقد فلا سلطنة له على التصرف في العوض حتى بالرد، فلا خيار له[1].[2].

رأي السيد الخوئي ﷺ في الوكيل المذكور

وعمـدة مـا أورد على الشـيخ ﷺ: أنه لا يعتبر في الخيار السـلطنة على العـوض؛ لعـدم تعلقه، ولهذا لو تلـف العوض بمجرد البيع لم تكن له سـلطنة عليه؛ لانتفاء موضوعها، ومع ذلك له حق الخيار، وما ذلك إلا لأن الخيار حق يتعلق بالعقد لا بالعين، فله أن يفسخ.

وعلى هذا الأسـاس اختار المحقق السيد الخوئي ﷺ ثبوت الخيار له؛ لأن موضوعـه لا يرتبط بالوكالة؛ فإن موضوعه صـدق البيّع عليه، وهو صادق علـى هـذا الوكيـل وإن انتهت وكالتـه. نعم، لـو كان الخيار يدور مـدار عنوان الوكالة لم يكن له خيار؛ لانتهاء أمد وكالته بإحداث البيع[3].

وبهذا يظهر وجه القول بعدم الثبوت.

---

(١) المكاسب ٥: ٣٢.

(٢) يمكن أن يقال: بعدم الملازمة بين السلطنة على حل العقد والسلطنة على رد العين، فإن الوكيل يفسخ لكن اذا احتاج إلى رد العين فلا بد من رد المالكين.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ٧٤، التنقيح ٣٨: ٦٠.

الحق في المسألة

والحق في المسألة: أن المستفاد من النصوص -كما تقدم- هو أن الخيار حق لمن يعتبر رضاه في البيع، ولكون رضاه معتبراً يكون لإلزامه وفسخه تأثير في البيع، وهو ليس إلا المالك أو الوكيل المفوض في أمر البيع في المبدأ والمنتهى، وأما الوكيل الذي تنتهي وكالته بمجرد إيقاع البيع فليس لرضاه بالبيع وعدمه تأثير في بقاء البيع، فلا يكون موضوعاً لـ«لا خيار بعد الرضا منهما».

كما أن الحكمة من جعل الخيار -وهي الإرفاق بالمالك- منتفية عنه؛ فإنها لا تكون إلا في من يرتبط به أمر البيع حدوثاً وبقاء.

فهذه الوجوه إن لم تمنع من انعقاد إطلاق أدلة الخيار، فلا أقل من إيجابها الشك في انعقاده، فيتردد أمر المخصص المنفصل -وهو أدلة الخيار- بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو المالك والوكيل المفوض له أمر البيع بالكلية، ويتمسك في غيرهما بالعموم كآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ للقطع بدخوله فيها والشك في تخصيصه منها.

فرع: في ثبوت الخيار لموكّلي الوكيل المذكور

هذا كله بالنسبة إلى الوكيل في البيع مع انتهاء مدة وكالته بإنشاء البيع، وأما بالنسبة إلى الموكِّلين لمثل هذا الوكيل فذهب عدّة إلى الفراغ عن ثبوت الخيار لهما؛ لانطباق موضوعه عليهما؛ لصدق عنوان البيّع عليهما مع اجتماعهما.

تعدد أطراف الخيار في طرفي البائع والمشتري

وبمقتضى إطلاق «البيّعان بالخيار» يثبت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البيّع، فيمكن أن تتعدد الأطراف في طرفي البائع والمشتري كما أفاد

الشيخ قدس سره [١]، بأن يكون الموكِّل حاضراً في مجلس العقد، ووكيله المفوَّض حتى في التوكيل، ووكيل وكيله الذي قام بإيجاد البيع؛ فإن الخيار يثبت لهم كلهم؛ لصدق عنوان البيّع عليهم وأنهم اجتمعوا على البيع؛ فإن المورد كسائر الموارد الشرعية الأخرى مجعول بنحو القضية الحقيقية، فمن صدق عليه العنوان ثبت له الحكم.

نعم، خاصية الخيار أنه لو أعمل أحد طرفي المعاملة خياره تمّ الفسخ وانحل العقد وارتفع موضوع الخيار، فلا يبقى للآخرين خيار؛ لأن للعقد فسخاً واحداً، وحله واحد لا يقبل التعدد، فإذا حصل ارتفع موضوع الخيار، فلو فسخ واحد من طرف البائع لم يبق موضوع للمشتري.

وأما إذا ألزم أحد طرفي المعاملة العقد وأوجب البيع فالإلزام من طرف لا يعني الإلزام من الطرف الآخر، فللآخر أن يعمل خياره فيفسخ، فالفسخ لا حيثية فيه، وأما الإلزام فهو أمر حيثي، فيلزم من حيث البائع دون المشتري أو العكس.

نعم، لو ألزم واحد من أطراف البائع فإن البيع يلزم من جهة البائع ولا يبقى مجال للفسخ بالنسبة للآخرين، فلو ألزمه الموكِّل مثلاً لزم، وليس للوكيل أن يفسخ؛ فإنه وجود تنزيلي للموكِّل، فإذا ألزم الأصيل فلا معنى لعدم إلزام الفرع الذي هو وجود تنزيلي له، كما أن الوكالة التامة تقتضي كون فسخ الوكيل المفوض فسخ موكِّله فلا موضوع لإعمال الخيار بعده.

رأي المحقق الإيرواني قدس سره في ثبوت الخيار للوكلاء والموكِّلين

قال المحقق الإيرواني قدس سره: بأن للبيِّع إطلاقين: فتارة يطلق ويراد به منشئ البيع والموجد المباشر له، وأخرى يطلق ويراد به من كان حصول

(١) المكاسب ٥: ٣١.

البيع باختيار منه واستقلال، باشره أم لم يباشره، فإن كان الإطلاق في الأخبار بالمعنى الأول ثبت لجميع الوكلاء بدون تفصيل دون الموكِّلين، وإن كان بالمعنى الثاني ثبت للموكِّلين دون الوكلاء[1].

والجواب: أن حقيقة البيِّع موضوعة للجامع، فتصدق على كل من الوكيل المنشئ للعقد والموكِّل الذي حصل منه البيع باختياره واستقلاله، ولهذا لو أنشأ الوكيل البيع، وسئل المالك: هل بعت مالك؟ يقول: نعم، إلا أنه ربما يسأل: هل أنشأت البيع بنفسك؟ فيجيب: لا، أنشأه وكيلي، ولهذا أيضاً لو حلف المالك أن لا يبيع ماله ثم وكّل آخر في بيعه فإنه يحنث في حلفه، وما ذاك إلا لصدق البيّع عليه.

تحقيق الملاك في الافتراق والاجتماع بالنسبة إلى الوكيل والموكِّل

وبعد الفراغ من كون الوكيل والموكِّل مصداقين للبيّع فما هو المدار في ثبوت الخيار وسقوطه؟ هل هو اجتماع وافتراق الوكيلين أو الموكلين أو الجميع؟

في المسألة أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن المدار على اجتماع الموكِّلين وافتراقهما لا الوكيلين؛ لكون الموكِّل هو الأصيل، فلا عبرة بوجود الفرع مع وجود الأصل.

الوجه الثاني: أن المدار على اجتماع الوكيلين وتفرقهما؛ لأنهما المنشئان للبيع، وكون اتصاف الموكِّلين بالبيّعين كان تبعاً لفعل الوكيلين.

الوجه الثالث: أن المدار على تحقق الافتراق بنحو الموجبة الجزئية، فلو افترق واحد من الأربعة عنهم سقط الخيار عن الجميع كما اختاره السيد

---

(١) حاشية المكاسب للإيرواني (الطبعة الحجرية) الخيارات: ٦.

اليزدي قدس سره في الحاشية[١].

الوجه الرابع: أن المدار في ثبوت الخيار على اجتماع من يصدق عليه البيّع، وفي سقوطه على تفرق الجميع، فلو بقي واحد من طرف البائع وآخر من طرف المشتري لم يسقط الخيار حتى لو كان أحد الطرفين أصيلاً والآخر وكيلاً، وهذا هو الذي قوّاه الشيخ قدس سره [٢].

أما الوجهان الأولان فيرد عليهما: أن المدار في ثبوت الخيار على صدق اجتماع «البيّعان»، وفي سقوطه على تفرقهما، سواء أكانا وكيلين أم أصيلين أم مختلفين، لا على صدق عنوان الموكِّل ولا الوكيل.

وأما ما أفاده السيد اليزدي قدس سره فالوجه فيه أن المستفاد من قوله عليه السلام: «فإذا افترقا وجب البيع» هو أن موضوع سقوط الخيار تحقق صرف عنوان الافتراق، وهو يتحقق بافتراق أحد الأربعة، وليس المدار على عدم الافتراق الذي يتحقق ببقاء البعض.

ولكنه ضعيف؛ أما **أولاً**: فلأن الموضوع في عمدة أدلة خيار المجلس هو عدم الافتراق، وجعل الافتراق متفرعاً عليه، ففي الصحيحة المتقدمة: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، ثم فرّع على ذلك: «فإذا افترقا وجب البيع»، نعم في بعض الأدلة: «حتى يفترقا»، ولكن لا شبهة في أن المجعول في خيار المجلس واحد، فبالنظر إلى مجموع الأدلة يظهر أن الأصل هو عدم الافتراق، والافتراق متفرع عليه، فالخيار ثابت ما دام عدم الافتراق صادقاً، فيكون معنى «حتى يفترقا»: حتى يتم الافتراق بالكمال والتمام، وهو يكون بافتراق الجميع.

---

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٣٨٧.

(٢) المكاسب ٥: ٣٢.

وأما **ثانياً**: فلأن الموضوع في القضية هو عنوان البيّع، وهذه القضية على وزان القضايا الحقيقية الأخرى، والوكيل -كالموكِّل- بيّع باعترافه ﷺ، فمتى ما وجد مصداقان من عنوان البيّع ثبت الخيار، فإذا لم يوجد مصداقان منه وجب البيع، فافتراق البيّعين بنحو القضية الحقيقية لا يكون إلا بعدم بقاء مصداقين من البيّع، وأما مع بقائهما في مجلس العقد فلم يتم الافتراق حتى لو كان أحدهما وكيلاً والآخر أصيلاً، فيتقوّى في النظر ما قوّاه الشيخ ﷺ.

عدم ثبوت الخيار للفضوليين

ذهب الشيخ ﷺ إلى عدم ثبوت الخيار للفضوليين، لا لأجل عدم صدق عنوان المتبايعين عليهما؛ فإنه صادق عليهما بلا إشكال؛ لأن البيع هو النقل العرفي، وهو متحقق في المقام، بل لعدم شمول أدلة الخيار لهما[1].

فإن قيل: إن البيع في بيع الفضولي غير متحقق فلا موضوع للخيار.

قلنا: إن لم يتحقق البيع فبماذا تعلقت الإجازة إذن؟! فإنها من الأمور ذات التعلق، فتتقوم بالمجاز، فإن لم يكن الصادر من الفضوليين بيعاً لم يكن هناك شيء تتعلق به الإجازة، فيلزم أن لا يتم بيع الفضولي أبداً؛ لعدم كون بيعه بيعاً، وعدم كون الإجازة بيعاً إلا على مسلك ضعيف واضح البطلان؛ لاستلزامه الدور؛ لأن الإجازة تتوقف على ما تتعلق به وهو المجاز، وهو لا يكون بيعاً إلا بالإجازة فيتوقف عليها، فيلزم توقف الإجازة على نفسها، وهو دور.

فاتضح بالبرهان أن ما قام به الفضولي بيع، وبالإجازة يستند هذا البيع إلى المالك، فيكون البيع والعقد -بعد الإجازة- بيعاً وعقداً للمالك.

---

(١) المكاسب ٥: ٣٣.

وأما وجه عدم شمول أدلة الخيار للفضولي فهو انصراف الأدلة عنه، ومنشأ الانصراف وجوه تستفاد من الأدلة نفسها:

أولها: أن في الأدلة: «فإذا افترقا وجب البيع»، والبيع -مع افتراق الفضوليين وعدم تحقق الإجازة من قبل المالك- محكوم بالبطلان فكيف يحكم عليه باللزوم؟!

ثانيها: أنه ورد في الصحيحة المتقدمة: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، فالخيار إنما يكون في مورد يعتبر فيه رضا المتبايعين، ولا يعتبر رضا الفضوليين قطعاً.

ثالثها: أنه ورد في بعض نصوص خيار المجلس -في بيان موضوع ثبوت الخيار- إطلاق عنوان «التاجران» على البيّعين[1]، ولا يصدق عنوان التاجر على الفضولي.

فالحق: أن موضوع خيار المجلس هو البيع الجامع للشرائط، وهو لا يصدق على بيع الفضولي وإن صدق على الفضولي عنوان البيّع.

في ثبوت الخيار للمجيزين وعدمه

وأما بالنسبة إلى المجيزين، فهل يثبت لهما الخيار أو لا؟

أما المجيزان الحاضران في مجلس العقد فيثبت لهما الخيار بلا إشكال؛ لصدق عنوان «البيّعان» عليهما بإجازتهما لعقد البيع، والفرض أنهما حاضران

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٦: محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا».

في مجلس البيع فيصدق عليهما -بعد الإجازة- أنهما مجتمعان على البيع، فيتم موضوع ثبوت الخيار بالنسبة لهما، بلا فرق بين كون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

وأما المجيزان غير الحاضرين في مجلس البيع، فإن كانا متفرقين أو كانا مجتمعين وتفرّقا قبل الإجازة فلا خيار لهما؛ لانتفاء موضوعه وهو اجتماع البيّعين، ولا بحث في ذلك.

وإنما البحث في المجيزين المجتمعين في مجلس الإجازة، فذهب المحقق النائيني قدس سره إلى عدم ثبوت الخيار لهما؛ ومنتهى دليله احتمال أن يكون لاجتماعهما في مجلس البيع دخل في ثبوت الخيار، وهذا الاحتمال كاف لعدم ثبوت الخيار ما لم يرفع[1].

وبيان ذلك منا: أن مجرد احتمال أن يكون لاجتماع المجيزين في مجلس العقد دخل في ثبوت الخيار منشأ للشك في ثبوته بالوجدان، ومقتضى الأصل اللفظي والعملي مع الشك عدم الثبوت، أما الأصل اللفظي فمقتضى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد ما لم يثبت الخيار، وبما أنه لم يثبت فأصالة العموم محكمة، وأما الأصل العملي فللشك في ثبوت السلطنة على حل العقد والأصل العدم، إلا أن تكون أدلة الخيار في مقام البيان من هذه الجهة، وليست كذلك.

هذا، ولكن الحق ثبوت الخيار لهما؛ لأن مقتضى إطلاق «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ثبوته للبيّعين بشرط الاجتماع على البيع، وبإجازة المالكين لعقد الفضولي اتصف كل منهما بكونه بيّعاً كما اعترف به أيضاً، والفرض أنهما

(١) منية الطالب ٣: ٢٩- ٣٠.

مجتمعـان في مجلس الإجازة فيتصفـان أيضاً في مجلس تحقق البيع الصحيح الشـرعي بالاجتماع على البيع ولا نريد أكثر من ذلك في تحقق موضوع ثبوت الخيار لهما.

المسألة الثانية: لو كان العاقد واحداً

قد يكون العاقد واحداً بحيث ينطبق عليه عنوان البائع والمشتري على وجه يثبت له الخيار لو كان متعدداً، كأن يكون أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً مفوضاً، ولا يكون مجرد وكيل في إنشاء الصيغة؛ فإنه لا خيار له من الأساس.

والصور المتصورة في ذلك ثلاث، وإن كان يظهر من الشيخ ﷺ أنها أربع إلا أن تحقق إحدى الصور التي ذكرها -وهي أن يبيع لنفسه عن نفسه- محال، والصور الثلاث هي:

الصورة الأولى: أن يكون ولياً على المالكين، أو وكيلاً مفوضاً عنهما، فيبيع عن أحدهما ويشتري للآخر.

الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه ويشتري لغيره.

الصورة الثالثة: أن يبيع عن غيره ويشتري لنفسه.

وكيف كان فهل يثبت له الخيار حينئذ أو لا؟

في المسألة ثلاثة أقوال، ثالثها ما مال إليه الشيخ ﷺ في آخر المسألة

من القول بالتوقف[١] تبعاً للتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]، والمهم بيان أدلة القولين الأولين:

القول الأول: ثبوت الخيار له، وهو مختار عدة من الأعاظم -أعلى الله مقامهم- منهم السيد اليزدي قدس سره[٤].

القول الثاني: عدم ثبوته له، وهو مختار عدة آخرين من الأعاظم رحمهم الله[٥].

---

(١) المكاسب ٥: ٣٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٤، وقال فيه بعد ذكر الأقوال وأدلتها: (وعندي في ذلك نظر).

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧، وقال فيه: (وأنا في هذه المسألة من المتوقفين).

(٤) حاشية المكاسب ٢: ٣٨٨. وهو المشهور، بل ربما يستفاد الإجماع عليه كما سيأتي، فقد حكي عن الشيخ في المبسوط كما في مفتاح الكرامة (ط. ق) ٤: ٥٤٥، وظاهر الخلاف كما في المقابس: ١٧٧، وفيه أيضاً عن ظاهر القاضي، وهو مختار المحقق، فقد قال في الشرائع ٢: ٢٧٦: (ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد، كان الخيار ثابتاً ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول).

والعلامة في التذكرة ١١: ٩، وفيه: (إذا باع مال نفسه من ولده الصغير أو بالعكس، فالأقرب ثبوت الخيار هنا).

والشهيد في الدروس ٣: ٢٦٥، وفيه: (والعاقد عن اثنين له الخيار).

والشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٩٨ - ١٩٩، حيث قال -بعد ذكر أقوال ثلاثة في المسألة وأن الثاني: ثبوته دائماً ما لم يلتزماه أو يشترطا سقوطه-: (والمسألة لا تخلو من إشكال، وإن كان القول الأوسط أوسط).

وهو المحكي عن غيرهم كالمحقق الميسي والصيمري والفاضل القطيفي في إيضاح النافع كما حكي ذلك كله في مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥.

(٥) مال إلى هذا القول المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ٣٨٩، كما يظهر من مناقشته لدليل القول بالثبوت، واختاره الفاضل الخراساني حيث قال في كفاية الأحكام ١: ٤٦٢

←

دليل القول بثبوت الخيار

أما القول الأول فما يمكن أن يستدل له به هو إطلاقات أدلة خيار المجلس؛ فإن عنوان «البيعان» يصدق على البائع والمشتري مطلقاً، سواء اتحد مصداقهما في الخارج، فكان البائع والمشتري واحداً وجوداً، أم تعددا بحيث ينطبق عنوان البائع على فرد، وعنوان المشتري على فرد آخر.

ويؤكده جريان سائر الأحكام -الثابتة للمتبايعين من حيث كونهما متبايعين- عليه، كخيار الحيوان في ما لو كان المبيع حيواناً، واشتراط التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف والسلم؛ فإن ثبوت بقية الأحكام للواحد والمتعدد كاشف عن عموم خيار المجلس وشموله للواحد أيضاً.

أدلة القول بنفي الخيار ومناقشتها

وأما القول الثاني فللمنع من الإطلاق الشامل لصورة اتحاد البائع والمشتري، وذلك لوجوه ثلاثة:

- ٤٦٣: (ولو كان العاقد واحداً عن اثنين ففيه وجوه ثلاثة.. إلى أن قال: الثالث: عدم ثبوت الخيار أصلاً، وهذا القول لا يخلو عن قوة).

واستقربه المحدث البحراني، حيث قال في الحدائق ١٩: ١٣: (الثالث عدم ثبوت الخيار أصلاً، واختاره بعض فضلاء متأخري المتأخرين، والظاهر أنه الأقرب).

واستظهره المحقق التستري حيث قال في المقابس: ١٧٧ -بعد نقل الأقوال وجعل القول الثاني القول بالعدم-: (والمسألة قوية الإشكال ولعل القول الثاني أقوى).

هذا، ولكن الفاضل العاملي قال في مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥: (وحكى المصنف في التحرير قولاً بعدم ثبوت الخيار ولزوم البيع، والظاهر أنه ليس لأحد من أصحابنا، وإنما هو لبعض الشافعية كما ذكره في التذكرة، وجزم به الأستاذ الشريف قدس سره، قال: هو لبعض العامة، ولا قائل به من الأصحاب).

الوجه الأول: أن أدلة الخيار وردت فيها صيغة المثنى (البيعان) وهي لا تنطبق على الفرد الواحد؛ فإن الأصل في التثنية -كالأصل في الجمع- التعدد؛ لأنها في مقابل الإفراد، فيلزم تعدد البائع والمشتري؛ فإن انطباق عنوانين على فرد واحد لا يحقق صدق التثنية، فلا إطلاق ليشمل الفرد الواحد.

وفيه: أن ما ذكر تام لو انحصر التعدد في التعدد الشخصي، وأما مع صدق التثنية على التعدد العنواني بنحو الحقيقة لا المجاز فلا يتم الاستدلال؛ لأن التثنية كما تحصل في حالة تعدد الشخص، تحصل في حال تعدد العنوان، وما نحن فيه من قبيل الثاني، فإذا وجد عنوان البائع والمشتري صدق «البيعان» وإن كان العنوانان ينطبقان على فرد واحد، كما يصدق أيضاً على ما لو وجد شخصان أحدهما بائع والآخر مشترٍ.

وبعبارة أخرى: إن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» في قوة قوله: البائع والمشتري بالخيار، وحينئذ يدور الأمر مدار تحقق هذين العنوانين، ولا شك في تحققهما في الشخص الواحد.

الوجه الثاني: أنه لو تنزلنا وقلنا: بأن التثنية ليست بلحاظ التعدد الشخصي الخارجي، بل بلحاظ تعدد العنوانين كما في مثل قولهم: (الشمسان والقمران) فإن البيّع غلّب على البائع والمشتري، فالتثنية كانت بلحاظ البائع والمشتري لا بلحاظ كونهما فردين.

إلا أن النصوص مغيّاة بالافتراق، وهو مانع من انعقاد الإطلاق، ويظهر ذلك بملاحظة مقدمتين:

الأولى: أن الخيار مغيّى بالافتراق، وهو مستحيل بالنسبة إلى الفرد الواحد، فيستحيل تحقق الغاية.

الثانية: أن الغاية حدٌّ بلا إشكال، وكل حدٍّ قيد -بالمعنى الذي سنبينه في الجواب عن الوجه الثالث للسيد اليزدي ﷺ- وهي لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تكون قيداً للحكم أو للموضوع[١]، ويستفاد من الشيخ ﷺ الأول[٢]، ومن المحقق النائيني ﷺ الثاني[٣]، وعلى أية حال فالغاية -في ما نحن فيه- قيد لأحدهما؛ وإلا لكان أخذها في الدليل لغواً؛ إذ لو كان الموضوع والحكم مطلقين لما كان للتحديد معنى.

وإنما أوضحنا هذه الجهة لدفع ما توهمه البعض، حتى بعض أعاظم القوم كالسيد اليزدي ﷺ في حاشيته، فإن المستفاد من كلامه القول بأن الغاية ليست قيداً[٤]، ولا يمكن المساعدة عليه كما سيأتي.

فإذا كانت الغاية قيداً فالنص مختص بالمتعدد وجوداً، سواء أكانت قيداً للحكم أم للموضوع؛ لأنه إن كانت قيداً للموضوع، فلا بد أن يكون من له الخيار قابلاً للاجتماع والافتراق، والواحد غير قابل لهما.

وإن كانت قيداً للحكم فثبوت الخيار محدود بالافتراق، فلا بد حينئذ

---

(١) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله العالي - في هذه النقطة: (وهذا بحث دقيق في نفسه يأتي في جميع موارد الغاية، فمثلًا (إلى الليل) في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ غاية، فهل هي غاية للحكم أو للموضوع؟ فإن كانت قيداً للموضوع صار الصيام إلى الليل هو الموضوع وهو المحكوم عليه، وأما إذا كانت قيداً للحكم فالحكم بوجوب الإتمام مقيد بـ(إلى الليل)).

(٢) المكاسب ٥: ٣٦، حيث قال: (إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية).

(٣) منية الطالب ٣: ٣٠، حيث قال: (والظاهر أن قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا» قيد للموضوع، فيعتبر ثبوته للبيّعين اللذين من شأنهما الاجتماع والافتراق).

(٤) حاشية المكاسب ٢: ٣٨٨.

من أن يكون في مورد قابل للاجتماع والافتراق، والواحد الشخصي غير قابل لهما.

وبعبارة أخرى: إن التقابل بين الاجتماع والافتراق من تقابل الملكة وعدمها، فالاجتماع ملكة، والافتراق عدمها، والملكة وعدمها لا تكونان إلا في المورد القابل لهما كالعمى والبصر، فالافتراق عدم الاجتماع في المورد القابل للاجتماع.

وقد أوضحنا سابقاً أن المستفاد من الغاية في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أمران: ثبوت الخيار بالاجتماع، ووجوب البيع بالافتراق.

ومع التأمل في ما ذكرناه يتضح عدم الإطلاق في الرواية؛ لأن أحد الأمرين -إما الموضوع أو الحكم- مقيد بالمورد القابل للاجتماع والافتراق، وتحقق الملكة وعدمها مستحيل في الواحد الشخصي، ومع هذه الاستحالة ينتفي الدليل على ثبوت الخيار في ما إذا كان البائع والمشتري واحداً؛ لاستحالة أن يقيد الشارع حكمه بغاية مستحيلة.

وبعبارة ثالثة: إن الدليل على نفي انعقاد الإطلاق ينحل إلى أمرين:

الأول: أن الخيار في الأخبار مغيّى بالافتراق، ولا يعقل أن يكون الحكم مغيّى بغاية ممتنعة، بل لا بد أن تكون غاية الحكم ممكنة، والافتراق بالنسبة إلى الشخص الواحد مستحيل، وحينئذ فتحديد الحكم بغاية الافتراق بالإضافة له تحديد له بغاية ممتنعة، ولا يعقل من الشارع أن يحدد حكمه بغاية ممتنعة، كأن يحدده بعدم ارتفاع النقيضين، فإذا كانت الغاية ممكنة كان الخيار محدوداً بموارد إمكان الافتراق، فيخرج الشخص الواحد من تحت أدلة الخيار تخصصاً.

الثاني: أنه عندما تكون الغاية هي الافتراق فهو لا يكون إلا في مورد يقبل الاجتماع، ومع عدم قبول المورد له فالتحديد بالافتراق لا وجه له، فنفس الغاية تحدد أدلة الخيار بالمتعدد الشخصي.

المناقشات المذكورة للوجه الثاني وردها

أجيب عن هذا الوجه نقضاً وحلاً.

أما النقض فبما أفاده السيد اليزدي قدس سره في حاشيته[1]، وتبعه المحقق السيد الخوئي قدس سره بنفي البأس عنه[2] وهو: أن الغاية المذكورة قد تكون مستحيلة في شخصين كما لو كانا متلاصقين، أو كانا بدنين مشتركين في الرِجْلين؛ فإن الافتراق مستحيل في حقهما، ومع ذلك يثبت الخيار لهما بلا شبهة، فمن هذا يستفاد عدم لزوم كون الافتراق ممكناً، بل المناط في ثبوت الخيار أن يتحقق البائع والمشتري.

ولا بد من التأمل في ورود هذا النقض؛ لأن حقيقة النقض تتقوم بأمرين:

أولهما: أن يشترك مورد النقض مع مورد البحث والنزاع في جميع الجهات، فلو تخلّف عنه في بعضها لم يصح النقض.

ثانيهما: أن يكون الحكم في مورد النقض مسلماً عند الخصم.

وكلا الأمرين لا ينطبقان على المورد الذي أفاده السيد قدس سره:

أما عدم انطباق الأمر الأول؛ فلأن عدم الافتراق تارة ينشأ من عدم المقتضي، كعدم التعدد، كما لو كان البائع والمشتري واحداً وهو محل البحث

---

(١) حاشية المكاسب ٢: ٣٨٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٩٤، التنقيح ٣٨: ٧١ - ٧٢.

والفرض، وأخرى من وجود المانع من الافتراق مع حصول التعدد كمورد النقض كالبدنين المتلاصقين، فمورد النقض يختلف عن مورد البحث، فلا يصح النقض به؛ فإن منكر ثبوت الخيار يستند إلى عدم تعدد البائع والمشتري، والتعدد حاصل في مورد النقض وإنما امتنع الافتراق لوجود المانع منه.

وأما عدم انطباق الأمر الثاني؛ فلإنكار أن يكون الحكم بثبوت الخيار في البدنين المتلاصقين مسلّماً؛ فإن لمن ينفي الخيار أن يقول: بما أن الغاية هي الافتراق، ولا بد أن تكون الغاية ممكنة، فهي لا تكون إلا في مورد يمكن فيه الافتراق، وأما مع امتناعه فلا، سواء أكان الامتناع لعدم المقتضي أم لوجود المانع، وعليه فيلتزم بعدم ثبوت الخيار في مورد البدنين المتلاصقين.

نعم، لو قام الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر على ثبوت الخيار في البدنين المتلاصقين أخذ به، إلا أنه ممنوع في المقام صغرى وكبرى:

أما الصغرى فلأن مسألة البدنين المتلاصقين لم تطرح في متون الفقهاء المتقدمين الذين عليهم المعول في تحصيل الإجماع، فمن أين نحصِّل الإجماع؟

ولو سلم الإجماع فهو في المتلاصقين تخصيصاً، أو لاندراجه في قوله عليه السلام: «إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا...»، بخلاف صورة الاتحاد شخصاً؛ فإنه لا يكون مصداقاً للنص.

وأما الكبرى فلإن هذا الإجماع على فرض تحققه -مع وجود الوجوه التي أقيمت على الحكم في المسألة- مدركي، فلا يكشف عن رأي المعصوم

ولا عن دليل معتبر خاص قطعاً.

وعليه فالنقض غير فني، ولا يوجب بطلان مختار من قال بعدم ثبوت الخيار في الواحد الشخصي.

وأما الحل فقد أجيب عن الإشكال بوجوه أربعة:

الوجه الأول: أن كلمة «حتى» تدخل على الغاية الممكنة والممتنعة كما تشهد له الاستعمالات الفصيحة كقوله تعالى: ﴿**وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ**﴾[1]، وبناء عليه فلا محذور في أن يغيَّى الحكم بـ«حتى» وقد دخلت على غاية ممتنعة بالإضافة إلى الواحد الشخصي.

وهذا الوجه نقله الشيخ ﷺ، واقتصر في التعليق عليه بقوله: (ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمة «حتى» تدخل على الممكن والمستحيل)[2].

ويشير بذلك -كما سيأتي بحثه- إلى ما أفاده ﷺ أولاً بقوله: (إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد).

ولكن الحق في الجواب أن يقال: إن المغيّى إذا كان ممتنعاً -كما في الآية- فلا بد أن تدخل (حتى) على الغاية الممتنعة، وأما إذا كان ممكناً -كما في ما نحن فيه؛ فإن ثبوت الخيار ممكن، بل واقع- فلا بد أن تدخل «حتى» على الغاية الممكنة، ودعوى دخولها في هذا الفرض على الغاية الممتنعة في الاستعمالات الفصيحة دعوى لا شاهد عليها.

---

(١) سورة الأعراف: ٤٠.

(٢) المكاسب ٥: ٣٦.

ثم لو سُلّم فإن تقييد الخيار بالافتراق -على القول بدلالة الغاية على التقييد- إنما يدل على اختصاص الحكم بمورد إمكان الافتراق فيما كان أصل ثبوت الحكم مقيداً به، بخلاف نصوص الباب؛ فإن المقيد به ليس الثبوت بل السقوط وعدم بقاء الحكم، ولا ملازمة بين تقييد السقوط وتقييد الثبوت لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً.

الوجه الثاني: ما أشار إليه الشيخ قدس سره أولاً -وإن اختار التوقف في الأخير- من أن الغاية مبنية على الغالب؛ فإن الغالب في المتبايعين التعدد الشخصي، فيمكن اجتماعهما وافتراقهما، والقيد الوارد مورد الغالب لا يوجب تقييد المطلق، فلا تنفي هذه الغاية ثبوت المغيّى في غير موردها، نظير قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾[1]؛ فإن قيد «اللاتي في حجوركم» على نحو الغالب، فلا ينفي الحكم في غير مورده، فتحرم الربيبة ولو لم تكن في الحجر، وعليه فالحكم بثبوت الخيار ثابت حتى في المورد الذي لا يمكن فيه الافتراق؛ لأن قيد الافتراق مبني على الغالب.

والإشكال على هذا الوجه واضح؛ إذ -مضافاً إلى أن حمل القيد على الغالب خلاف الأصل؛ لأن الأصل في القيود الاحتراز- أن لازمه ثبوت الخيار في مورد الافتراق، وهو باطل بالضرورة، وذلك للتنافي بين القيدية وكون القيد على نحو الغالب؛ فإن معنى كونه وارداً على نحو الغالب نفي كونه قيداً، وإثبات كونه قيداً ينفي أن يكون وروده على نحو الغالب؛ فإن معنى القيد ما ينتفي الحكم بانتفائه، ومعنى كونه بنحو الغالب عدم انتفاء الحكم بانتفائه.

فالافتراق -فيما نحن فيه- إن كان وارداً على نحو الغالب فهو ليس بقيد،

---

(١) سورة النساء: ٢٣.

ولازم ذلك أن يثبت الخيار حتى في حال تحقق الافتراق، وهو باطل بالضرورة.

الوجه الثالث: ما أفاده السيد اليزدي ﷺ وأشرنا له سابقاً، وحاصله: أن الغاية ليست قيداً للحكم، بل هي رافعة له، فيرتفع بتحققها وينتهي أمده بحصولها، ورافع الحكم ليس قيداً له بالضرورة، فمعنى الخبر: أن الخيار ثابت لكل من المتبايعين، وغايته التفرق، بمعنى أنه إن حصل يرتفع الخيار، فهو نظير أن يقول المولى لعبده: (أكرم زيداً إلى أن يفسق)، فهنا لم يقيد الإكرام بعدم فسق زيد، أي لم يرد الإكرام المقيد بكونه قبل الفسق كما هو ظاهر، بل المراد أن الفسق إذا حصل يرتفع الوجوب.

وفي ما نحن فيه إنما يرد الإشكال بناء على أن الغاية قيد للحكم أو للموضوع، وأما إذا لم تكن قيداً لأحدهما، وإنما كانت لبيان انتهاء أمد الحكم فيرتفع الإشكال؛ إذ لم يقيد الخيار بإمكان الافتراق حينئذ، وعليه فإطلاقات أدلة خيار المجلس محكمة، فتشمل ما لو كان البائع والمشتري واحداً، فيثبت الخيار له من الجانبين[1].

وفيه: أنه لا إشكال في أن الغاية -بما هي- رافعة للحكم، وبيان لانتهاء أمده، ولكن إذا كانت القضية متكفلة لثبوت حكم على موضوع مغيّى بغاية، يستحيل -مع وجود الغاية- أن يبقى الموضوع على إطلاقه.

ولبيان ذلك نأخذ المثال الذي ذكره السيد ﷺ وهو: (أكرم زيداً إلى أن يفسق) فنقول:

لا شك أن زيداً من ناحية حاله قابل للانقسام إلى الفاسق وغيره، ونفس الغاية من انقسامات الموضوع بلا إشكال، فإذا كانت منها وهي غاية، يأتي

(١) حاشية المكاسب ٢: ٣٨٨.

السؤال: هل زيد -الذي هو موضوع وجوب الإكرام- بالنسبة إلى هذا الحكم وبالنظر إلى حالة الفسق مهمل ثبوتاً، أو مطلق، أو مقيد بوجود الفسق، أو مقيد بعدمه؟ والأمر لا يخلو من هذه الصور مع ثبوت كونه مغيّى بهذه الغاية.

أما إهمال الحاكم للموضوع بالنسبة إلى هذه الحال فهو محال، بل يستحيل الإهمال بالنسبة إلى الانقسامات الفردية والحالية في جميع المطلقات؛ لأنه خلف فرض كون المولى في مقام البيان، مع أنه لا يعقل الإهمال في مقام الثبوت من حيث الملاك، وما يقوم به غرض الجاعل.

وكذا الإطلاق بالإضافة إلى حال فسق زيد وعدمه؛ لأن معناه -مع قوله: (أكرم زيداً إلى أن يفسق)- أنه يجب إكرام زيد ولو كان فاسقاً، فالإطلاق ضد لهذه الغاية فلا يجتمعان، فينحصر الأمر في التقييد، والتقييد بوجود الفسق محال أيضاً؛ إذ يكون المعنى: يجب إكرام زيد إلى أن يفسق حال فسقه، وبطلانه ظاهر، فيتعين أن يتقيد موضوع وجوب الإكرام بعدم الفسق، وهو المطلوب.

والنتيجة: أنه ليس المدعى أن نفس الغاية قيد على ما تقدم بيانه، وأن الموضوع مقيد بها، بل المدعى أن كل قضية مشتملة على غاية فإن تلك الغاية -بحسب برهان السبر والتقسيم- تستلزم أن يتقيد الموضوع ويتحدد بعدمها.

وفيما نحن فيه عندما جعلت للخيار غاية وهي الافتراق فلا محالة من أنها تستلزم أن يكون موضوع ثبوت الخيار هو البيعان المقيد بعدم الافتراق، وبما أن تقييد الواحد بهذا القيد غير معقول، فلا مناص من عدم تحقق المقيّد بالنسبة إليه.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره في المصباح، وحاصله: أن الحكم وإن كان يستحيل أن يُغيّى بغاية مستحيلة بالذات كأن

يُغيَّـى باجتمـاع النقيضيـن أو الضدين، إلا أنه لا بأس فـي أن يُغيّى بالجامع بين الممكـن والممتنـع، والحكـم -فـي ما نحن فيـه- مغيّـى بالافتـراق، فلو كان الافتراق مسـتحيلاً مطلقاً لم يعقل جعله غايـة للحكم، ولكنه ممكن في بعض الأفراد كما لو تعدد البائع والمشـتري، ومستحيل في أفراد أخرى كما لو اتحدا وجـوداً، فلا محذور فـي تعليق الحكم علـى هذه الغاية الجامعـة، ولا يوجب ذلـك أن يكـون الحكم منحصـراً في مورد إمـكان الغاية، نظير جعل النجاسـة لملاقي النجس إلى أن يغسل، فإن هذه الغاية ممكنة في مثل الثوب المتنجس، ولكنها مسـتحيلة في مثل الدهن المتنجس؛ لكون الغسـل موجباً لانتفاء العين المغسولة، ومع ذلك لم يمتنع جعل الحكم بالنجاسة على الموضوع المتنجس مطلقـاً، ولم يوجب ذلك انحصار الحكم بالنجاسـة في خصوص مورد إمكان الغسل، وما نحن فيه كذلك؛ فإن الخيار جعل مغيى بالافتراق، وهو ممكن في بعض مصاديق «البيعان»، ومستحيل في بعضها الآخر كما لو اتحدا في واحد، وهـذا الامتناع بنحو الموجبة الجزئية لا يتنافى مع جعل الخيار لمطلق الموارد الممكن فيها الافتراق والممتنع ولا محذور فيه[1].

وهـو مخدوش؛ بأن الأحكام الشـرعية وضعت بنحـو القضايا الحقيقية، فهـي قضيـة واحدة مـن حيث الصـورة ولكنهـا قضايا متعـددة لبّـاً، فالأحكام المجعولة متعددة بعدد الموضوعات، وحينئذ فبالضرورة تكون بعض الأحكام مغيّاة بالغاية الممكنة، والبعض الآخر بالغاية الممتنعة فيعود الإشكال.

نعـم، لـو كان الحكم كليـاً على موضـوع كلـي ومغيّى بغايـة كلية ينحل الإشـكال، ولكنـه خلاف الحـق؛ لأن ما فـي الواقع مـن قبيل (أكـرم العلماء) فالأحكام متعددة، والإطاعة والعصيان متعددان، فلا بد أن يلاحظ كل مجعول

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٩٤، التنقيح ٣٨: ٧٢.

في نفسه من حيث صحة الجعل وعدم صحته، وعليه ففي كل مورد تكون الغاية مستحيلة يكون الحكم ممتنعاً.

ثم إن ما أفاده ﷺ من إمكان جعل شيء جامعاً بين الإمكان والاستحالة غاية للحكم، لا إشكال فيه من حيث الكبرى فيما يمكن أن يكون مقيداً بالغاية كالمثال الذي ذكره لا مطلقاً، وأما ما نحن فيه فالموضوع البيعان المتصفان بعدم الافتراق -حيث تقدم أن مآل الغاية إلى تقيد الموضوع بها- ولا شك أن أصل ثبوت الحكم منتف في صورة الاتحاد.

وأما بالنسبة إلى ما استشهد به فخارج عن البحث؛ لقيام القرينة الخارجية على ذلك، ولولاها لقلنا بأنها قضية حقيقية فيمتنع الحكم في الموارد التي تمتنع فيها الغاية، والقرينة الخارجية هي أن النجاسة -بحسب الارتكاز العرفي- تحصل بتحقق الملاقاة ولو لم تتحقق الغاية، فلهذا نحكم بالنجاسة في جميع موارد الملاقاة، أمكن غسلها أم لم يمكن، وأما في ما نحن فيه من جعل الخيار فلا ضرورة عرفية ولا شرعية تقتضي أن يثبت الخيار ولو لم يمكن تحقق الغاية، بل نحن وهذه القضية الحقيقية «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، ومعناها أنه كلما تحقق بائع ومشترٍ فهما بالخيار في كل قضية إلى أن يفترقا، وعليه لا بد من إمكان الافتراق في كل واقعة، لا مجرد إمكانه في بعض دون بعض، فإن حصل الافتراق انتفى الخيار وإلا فهو ثابت.

هذه مجموع الوجوه التي ذكرت لرفع الإشكال وتبيّنت الخدشة فيها جميعها.

الوجه الثالث: ما ذكره بعض الأعاظم ﷺ، وهو وإن كان مستفاداً من جعل الافتراق غاية ولكن نحو البيان والاستدلال يختلف عن الوجه السابق،

وقد استقاه من كلمات المحقق الأصفهاني قدس سره [١]، وتوضيحه:

(١) حاشية المكاسب ٤: ٧٤ وما بعدها، حيث قال: (تحقيق المقام برسم أمور:

منها: أن الافتراق من المعاني المتضائفة المتقابلة التي تقتضي مفترقاً ومفترقاً عنه، والواحد لا يوصف بالافتراق عن نفسه، حيث لا اثنينية بين الشيء ونفسه، وأما عدم الافتراق فتارة يكون بوجود شيئين لا مصاحبة بينهما، وأخرى بعدم الموضوع، وهو تارة بعدم الطرف رأساً، وأخرى بعدم اثنينية الطرف، فالأول بنحو السالبة بانتفاء المحمول عن الموضوع، والثاني بنحو السالبة بانتفاء ذات الموضوع، والثالث بنحو السالبة بانتفاء ما يكون الموضوع قابلاً به للموضوعية للوصفين المتقابلين.

ومنها: أن الافتراق عبارة عن عدم الاجتماع الذي هو عنوان وجودي، ونسبة هذا العدم إلى ذلك الوجود نسبة العدم إلى الملكة، ولذا يصح سلبهما معاً عن بعض الموارد، كالواحد؛ فإنه لا مجتمع ولا مفترق، ولو كانا من باب السلب والإيجاب لما أمكن ارتفاعهما عن شيء من الأشياء، فحال الافتراق بالنسبة إلى الاجتماع كحال العمى بالإضافة إلى البصر.

وأما عدم الافتراق بالنسبة إلى الافتراق فهو من قبيل السلب بالإضافة إلى الإيجاب كاللاعمى بالنسبة إلى العمى، ولذا لا يعقل ارتفاعهما معاً.

والغاية للخيار -بحسب لسان الأخبار- هو الافتراق وعدمه، لا الافتراق والاجتماع، وما يجري فيه احتمال السلب والايجاب والعدم والملكة هو الثاني دون الأول، فإنه لا مجال فيه إلا للأول.....

ومنها: أن الغاية -سواء كان الافتراق كما في قوله عليه السلام: «حتى يفترقا» أو عدم الافتراق كما في قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا»- لا مجال معها لثبوت الخيار في المقام.

أما **الأول**: فلما مرَّ من أن الافتراق معنى متقوم باثنين، وعنوان المفترق والمفترق عنه لا يجتمعان في واحد، والقضية الإيجابية تستدعي وجود الموضوع، وليست كالسالبة ليكون السلب بنفي الموضوع.....

وأما **الثاني**: فلأن السالبة وإن لم تتوقف على وجود الموضوع، إلا أن الظاهر من مجموع أخبار الباب أنها بصدد إثبات أمر واحد، ومن البديهي أن الموجبة تحتاج إلى وجود الموضوع، فيعلم منها أن السالبة التي تفيد مفاد تلك الموجبة هي السالبة بسلب المحمول، لا السالبة بسلب الموضوع، ولذا جمع بين الأمرين بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار»، فيعلم أن مفاد المرتب عليه مفاد المرتب، فتدبر جيداً).

أن روايات خيار المجلس على نحوين: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و«حتى يفترقا»، ولكن مرجعهما إلى أمر واحد؛ لرجوع «حتى يفترقا» إلى القيد العدمي من حيث المفهوم؛ فإن مفهوم «حتى يفترقا» شرطية عدم الافتراق في ثبوت الخيار، فالمستفاد من الأخبار أن موضوع الخيار مقيّد بعدم الافتراق، والتقابل بين الافتراق والاجتماع وإن كان من قبيل تقابل الملكة وعدمها، فالمورد الذي لا يقبل الاجتماع لا يقبل الافتراق، ولكن المأخوذ في الدليل عدم الافتراق، والتقابل بينه وبين الافتراق من تقابل السلب والإيجاب، ولهذا أمكن ارتفاع الافتراق والاجتماع ولم يمكن اجتماعهما؛ لكونهما ملكة وعدمها، ولكن لا يمكن ارتفاع الافتراق وعدمه، ولا اجتماعهما؛ لكونهما نقيضين، والنقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن يوجد مورد، يمكن فيه عدم الافتراق بل ويتحقق فيه، وهو بنفسه لا يتحقق فيه الاجتماع ولا يكون قابلاً له.

فإذن التقابل في القضية من تقابل السلب والإيجاب، فمقتضى القاعدة -بناء عليه- ثبوت خيار المجلس حتى في الواحد؛ لأن القيد المأخوذ في الموضوع ليس هو الاجتماع حتى يقال بعدم تحققه في الواحد، بل عدم الافتراق وهو يصدق فيه؛ فإن القضية السالبة تصدق بانتفاء المحمول -كما لو كان البيعان اثنين ولم يفترقا- وبانتفاء الموضوع كما لو تولّى الواحد طرفي المعاملة.

ولكن ما ينبغي الالتفات إليه أن القضايا الشرعية ملقاة إلى العرف فلا بد من الأخذ بما عندهم، فالقضية وإن كانت من تقابل السلب والإيجاب، وهي تصدق عقلاً بانتفاء المحمول وبانتفاء الموضوع، إلا أن العرف لا يستفيد منها إلا السلب بانتفاء المحمول، فإذا قيل: (زيد ليس بوسيع الدار) يفهم العرف

أن له داراً ليست واسعة، ولا يفهم أنه ليست له دار أصلاً فتنتفي سعتها بانتفاء وجودها، فكذلك ما نحن فيه؛ فإن قضية «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ملقاة إلى العرف، وهو لا يفهم منها السالبة بانتفاء الموضوع، بل لا ينسبق إلى ذهنه منها إلا السالبة بانتفاء المحمول، أي عدم الافتراق في المورد القابل له، ومن البديهي أن الافتراق وعدمه إنما يتعقلان في صورة التعدد والاثنينية، وأما صورة الوحدة والانفراد فهي غير قابلة للافتراق وعدمه مع فرض وجود الموضوع؛ إذ لا يعقل افتراق الواحد عن نفسه أو عدم افتراقه عن ذاته[1].

المناقشة في الوجه الثالث

ويرد عليه: أن القائل بهذه المقالة لا يمكنه أن يتبنى استصحاب العدم الأزلي؛ لأن قوامه أخذ عدم الخصوصية في الموضوع، فإذا كانت السالبة سالبة بانتفاء المحمول فالعدم فيها لا حالة سابقة له في الأزل؛ لأن العدم بانتفاء المحمول إنما يكون في ظرف وجود الموضوع، فإذن قوام استصحاب العدم الأزلي بالسالبة بانتفاء الموضوع حتى يمكن استصحاب عدم الوصف المتحقق منذ زمان عدم الموصوف.

وتطبيق ذلك: أنه إذا ورد الدليل بهذا اللسان: المرأة ترى الحمرة إلى الخمسين إلا القرشية، كان الموضوع بعد الاستثناء هي المرأة وعدم القرشية بنحو التركيب، أي المرأة غير المتصفة بالقرشية، لا بنحو التوصيف، أي المرأة المتصفة بعدم القرشية؛ لأنه لو كان الثاني لم يكن لاتصاف المرأة بعدم القرشية حالة سابقة في الأزل؛ لأنه سالبة بانتفاء المحمول، واستصحاب عدم الاتصاف في الأزل لإثبات الاتصاف بالعدم بعد وجود الموضوع من الأصل

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٩٧، التنقيح ٣٨: ٧٣.

المثبت، فالموضوع -إذن- هو المرأة وعدم الاتصاف بالقرشية، وحينئذ يتصور لعدم الاتصاف بالقرشية حالتان: إحداهما مع وجود المرأة بنحو التركيب لا بنحو الاتصاف، وهذا من السالبة بانتفاء المحمول، والأخرى مع عدم وجودها، وهذا من السالبة بانتفاء الموضوع، ويجري استصحاب العدم الأزلي على الحالة الثانية بلا أي إشكال، وبتصوير هذه الجهة رفع الإشكال الوارد في استصحاب العدم الأزلي، فإذا قلنا بأن القضايا ملقاة إلى العرف، وهو يرى السالبة في موارد أخذ عدم الخصوصية في الموضوع من السالبة بانتفاء المحمول، فهو يرى أن قضية (المرأة ترى الحمرة إلى الخمسين إلا القرشية) من السالبة بانتفاء المحمول، وحينئذ لا يمكن استصحاب العدم الأزلي؛ لما قلناه من عدم الحالة السابقة في الأزل للعدم بانتفاء المحمول.

وبناء على هذا فما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره من الوجه في المقام يتنافى مع ما ذهب إليه في الفقه والأصول من صحة جريان استصحاب العدم الأزلي[1].

---

(١) طرح على الشيخ الأستاذ دام ظله ما حاصله -ببيان مني-: أنه بقي من الوجوه النافية للخيار عن الواحد دليل «لا ضرر»؛ فإن البيع -إذا ثبت الخيار للعاقد للواحد- ضرري؛ لأنه يثبت له إلى الأبد؛ لعدم تحقق الغاية في حقه وهي الافتراق، فيكون البيع متزلزلاً إلى الأبد، وهو ضرر على المتبايعين، فينفى بلا ضرر.

وأجاب حفظه الله تعالى: بأن هناك أموراً لا بد منها حتى تكون «لا ضرر» حاكمة على الأدلة الأولية، منها أن لا يكون أصل الحكم ضررياً وإنما إطلاقه ضرري، فترفع اليد عن الإطلاق بحد الضرر، فلو بني على تزلزل هذا البيع إلى الأبد فأولاً: لا ضرر في ذلك.

ثانياً: إن أصل الخيار ليس ضررياً بل أبديته ضررية، ولا يعقل أن يرفع دليل عدم الضرر ما ليس ضررياً، فلو كان جارياً في المقام لرفع الخيار المحدود، أي إلى حد تحقق الضرر، وهذا -أي الخيار المحدود- مما لم يقل به أحد.

التحقيق في المسألة

هـذه جملـة الأدلة المثبتـة والنافية، ومقتضـى التحقيق في المسـألة عدم ثبـوت الخيار لعدم الإطـلاق، ويظهر ذلـك بملاحظة ألفاظ النصـوص؛ فإنها على ثلاث طوائف:

الطائفـة الأولى: ما كان بلفظ «حتى يفترقا» كصحيحتي محمد بن مسـلم وزرارة، عـن أبـي عبدالله عليه السلام قال: قال رسـول اللـه صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا[1].

والمسـتفاد مـن هذه الطائفـة أن الموضوع هو البيعـان، والحكم الخيار، والغايـة الافتراق، ويسـتحيل فـي القضية المغيـاة بغاية أن لا يكـون المجعول مغيّـى؛ وإلا يلـزم الخلف من وجود الغايـة، فالمجعول -وهـو الخيار- مغيى بالغايـة، والغايـة منتهـى أمد الحكم وهي رافعـة له بالاتفـاق، إلا أنهم اختلفوا فـي إفادتهـا التقييد أو أنها مجـرد غاية وعلـى التقديرين لاينعقـد الإطلاق في «البيعان»:

أمـا علـى التقديـر الأول -كمـا هو مقتضـى التحقيـق المتقـدم من عدم معقوليـة أن يكون رافـع الحكم غير موجب لتقييد موضوعـه- فالموضوع في هـذه الطائفة مقيد، أي البيعان القابلان للافتراق، والواحد غير قابل له، فيخرج منها موضوعاً.

وأمـا على التقدير الثانـي -وهو كونها مجرد غاية- فالمجعول الشـرعي مغيـى بلا إشـكال، ومعنى ذلـك أن المجعول الشـرعي هي حصـة خاصة من

---

(١) الوسائل الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث١، ٢.

الخيار، وهي الحصة المغياة بالافتراق، وبما أن الواحد الشخصي غير قابل لهذه الغاية فينتفي عنه المجعول وهو الخيار المغيى بالافتراق.

والحاصل: أن المستفاد من هذه الطائفة أن غاية الخيار الافتراق، والغاية إما قيد كما هو التحقيق، أو مجرد غاية كما يقوله السيد قدس سره، وعلى كلا التقديرين فالمجعول حصة خاصة من الخيار، وهي الحصة المغيّاة بالافتراق، ولا يعقل تحققها في الواحد الشخصي فالإطلاق منتف من أصل.

الطائفة الثانية: ما كان بلفظ (ما لم يفترقا) كصحيحة فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام -في حديث- قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»[1].

والموضوع في هذه الرواية البيعان بضميمة عدم الافتراق، وهو السلب المقابل للإيجاب، فيشمل السالبة بانتفاء الموضوع، ولكن ما في ذيل الرواية -وهو قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»- قرينة على أن التعدد في «البيعان» تعدد شخصي لا عنواني؛ فإنه لا يتعقل في الواحد الشخصي تصوير «بعد الرضا منهما»، ويدل على ذلك ما ورد في صحيحة الحلبي -فإن ملاحظة لسان جميع الروايات وضمّ بعضها إلى بعض أمر مهم للغاية- عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.. الحديث[2]؛ فإنه لا يعقل أن يكون المراد من تعبير «رجل اشترى من رجل» الشمول للواحد الشخصي، فهذه الصحيحة توضح المراد من «البيعان» في الروايات الأخرى الذي تمسك بإطلاقها، ويؤكد ذلك

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٤.

معتبرة الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا...»[1]؛ فإن لفظ «التاجران» لا ينطبق على الفرد الواحد.

الطائفة الثالثة: ما كان بلفظ «أن يفترقا» كرواية علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا»[2].

ومن الواضح أن لفظة (أن) مصدرية فتوؤل مع ما بعدها بمصدر فيكون المعنى: وفي غير الحيوان افتراقهما، فيكون الموضوع من الأساس هو المتعدد الشخصي؛ لعدم صدق «أن يفترقا» على الواحد الشخصي.

هذه مجموع روايات الباب، ولا إطلاق فيها ليتمسك به لإثبات الخيار في الواحد الشخصي.

والنتيجة: عدم ثبوت الخيار للواحد الشخصي، إما لأجل التقييد، أو للغاية، أو لأن الموضوع في جميع الروايات -بعد ضم بعضها إلى بعض- ظاهر في التعدد الشخصي والتثنية العددية، لا التثنية العنوانية فلا يشمل الواحد الشخصي من رأس.

وخلاصة البحث: أن عدة من أعاظم القوم قالوا بإطلاق الروايات، فتصدق على الواحد ذي العنوانين، وخالفهم عدة آخرون من الأعاظم وقالوا: بأن هذه الإطلاقات مقيدة بالغاية، فلا إطلاق في المقام.

---

(١) نفس المصدر، الحديث ٦.

(٢) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٥.

ونقول: بما أن «البيعان» في جميع النصوص محتف بالافتراق فلا ينعقد الإطلاق، بل الموضوع مقيد من الأول.

وعلى فرض التنزل فلا أقل من الشك في انعقاده؛ لاحتفافه بما يصلح للقرينية، ومع الشك في شموله للواحد الشخصي فالمرجع إلى أصالة اللزوم، فلم يثبت له الخيار.

تنبيه

تعرض الشيخ قدس سره إلى ثلاثة فروع ترتبط بالمقام من حيث الاستثناء من عموم ثبوت خيار المجلس وعدمه، وهي:

١ - من ينعتق على أحد المتبايعين.

٢ - العبد المسلم المشترى من الكافر، بناء على عدم تملّك الكافر للمسلم اختياراً.

٣- شراء العبد نفسه بناء على جوازه[1].

وبما أن هذه المسائل لا ثمرة عملية لها في هذه الأزمنة فلنطوِ عنها صفحاً، ونقتصر في البحث على ما فيه ثمرة عملية.

---

(١) المكاسب ٥: ٣٨ - ٤٥.

المسألة الثالثة: في اختصاص خيار المجلس بالبيع

هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يثبت في غيره من العقود؟

قال العلامة قدس سره في التذكرة: («ولا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا»)[1] وظاهر التعبير أن المسألة إجماعية[2].

ومنشأ طرح هذه المسألة هو اختلاف كلمات الشيخ الطوسي قدس سره، ففي غير موضع من المبسوط صرّح باختصاص خيار المجلس بالبيع[3]، وصرح في

---

(١) التذكرة ١١: ١٢.

(٢) نقل الإجماع ابن زهرة الحلبي في الغنية: ٢٢٠، حيث قال: «ولا يدخل خيار المجلس فيما ليس ببيع من سائر العقود، بدليل إجماع الطائفة».
ونفى الخلاف الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢١١، حيث قال: (قوله: (خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع). هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا).
وقال المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ٣٨٨: (واعلم أن الظاهر أن هذا الخيار مخصوص بالبيع عند الأصحاب).

(٣) قال في المبسوط ٢: ٨٠: (وأما الحوالة فإذا حال لغيره بمال عليه وقبل المحتال الحوالة لم يدخله خيار المجلس؛ لأنه يختص البيع).
وفي ٢: ٨٢: (العتق لا يدخله الخياران معاً؛ لأن خيار المجلس يختص البيع وخيار الشرط يفسد العتق؛ لأن العتق بشرط لا يصح عندنا..).

الخلاف بعدم جريانه في الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة[١]، ولكنه في موضع آخر من المبسوط -بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها- قال: (وأما السبق والرماية فلا يدخلهما خيار المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه. وأما الوكالة والعارية والوديعة والقراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين معاً فيها مانع)[٢].

ومراده من الخيارين خيار المجلس والشرط، وقد وقع هذا الكلام من الشيخ قدس سره موقع البحث؛ إذ كيف يكون الخيار في هذه العقود الجائزة بلا مانع؟ فلهذا وجّه بتوجيهات:

التوجيه الأول: ما احتمله الشهيد قدس سره في الدروس: من إرادة عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار[٣]، فلا يجوز له التصرف ما دام المجلس باقياً.

وقد وجّه الشيخ قدس سره كلام الشهيد قدس سره بقوله: (ولعل مراده التصرف المرخّص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود، لا الموجب؛ إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار)[٤]، فالوكيل قبل انقضاء المجلس لا حق له في التصرف في مورد الوكالة، وعامل المضاربة قبل انقضاء المجلس لا حق له في التصرف في مال المضاربة، بخلاف الموجب

---

(١) الخلاف ٣: ١٣ - ١٤: (مسألة ١٢: الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة لا خيار فيها في المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها. وقال الشافعي: لا يدخلها الخياران. دليلنا على الأول: الإجماع، فإنه لا اختلاف أنه لا يدخلها خيار المجلس).

(٢) المبسوط ٢: ٨٢.

(٣) الدروس ٣: ٢٦٨، وعبارته: (احتمال إرادتهم - الشيخ وابن إدريس والقاضي - منع التصرف مع الخيار).

(٤) المكاسب ٥: ٤٧.

كالموكِّل في الوكالة، فإن له الحق في التصرف بلا إشكال.

وكيف كان فتوجيه الشهيد ﷺ لا ربط له بكلام الشيخ الطوسي ﷺ؛ فإن ما أفاده ﷺ هو جريان خيار الشرط والمجلس في هذه العقود، ولا ربط لهذا بالمنع من التصرف في زمان الخيار.

التوجيه الثاني: ما احتمله نفس الشيخ الأعظم ﷺ من أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع بنحو شرط النتيجة، فتنفسخ بفسخه في المجلس، كما لو أنشأ البيع واشترط فيه أن يكون وكيلاً له، أو أن يكون هذا المال للمضاربة، أو أن يكون وديعة عنده، فتكون هذه العقود شروطاً في ضمن البيع، وحينئذ كما أن البيع ينحل بخيار المجلس فهي تنفسخ أيضاً بالتبع؛ لكونها بنحو شرط النتيجة في ضمن البيع، فعلى هذا التوجيه لا يدخل الخياران في عقد الوكالة والمضاربة والوديعة مباشرة، بل يدخلان فيها؛ لكونها شرطاً في ضمن البيع.

وهذا التوجيه -مضافاً إلى الإشكال فيه نفسه؛ لأن الانفساخ لا بد أن يكون إما بدليل شرعي، كتلف المبيع قبل القبض، أو بالفسخ؛ لأن الأصل في البيع اللزوم وبقاء العقد- لا يتطابق مع كلام الشيخ الطوسي ﷺ؛ لأنه صرّح بعدم المانع من دخول خيار المجلس والشرط في هذه العقود، وهو ظاهر في جريانهما فيها نفسها بالمباشرة لا بالتبع، ومقتضى هذا التوجيه أن خيار المجلس أو الشرط دخل في البيع، وبما أن هذه العقود أخذت في ضمنه بنحو شرط النتيجة فهي تنفسخ تبعاً لفسخه، فلم يتعلق الخيار بها نفسها، فلم يتعلق الفسخ بالوكالة التي في ضمن البيع، أو بالمضاربة التي في ضمنه، بل تعلّق بالبيع، وهي انفسخت بانفساخه، مثل سائر الشروط المأخوذة في ضمن

العقـود الجائزة بالذات، أو اللازمة إذا أخذ فيها شـرط؛ فإن الشـرط ينتفي تبعاً لانتفاء العقد نفسه.

التوجيـه الثالـث: ما احتمله الشـيخ ﷺ من تصريح السـرائر[١] بدخول الخيارين في هذه العقود؛ لأنها جائزة فيجوز الفسخ في كل وقت، وهو محتمل كلام الشيخ ﷺ، ثم أمر بالتأمل[٢].

ووجه التأمل واضح؛ أما **أولاً**: فلأنه لو كان مراد الشيخ ﷺ هو ما ذكره ابـن إدريس ﷺ لمـا كان لاختصاص هذيـن الخيارين بهذه العقود الخمسـة الجائزة وجه، بل يجريان في كل عقد جائز بالذات.

وأما **ثانياً**: فلأنه لو كان الخيار يجري في هذه العقود لكونها جائزة فلا بدّ أن يسـتمر الخيار إلى الأبد؛ لاستمرار منشأه وهو جوازها إلى الأبد، ولا معنى لتحديد الخيار بغاية التفرق أو بانتهاء زمان الشرط.

ثم قال الشيخ ﷺ: لا إشكال في أصل المسألة[٣].

والتحقيـق أن يقال: إن العقود على قسـمين: عقود جائزة، وعقود لازمة، أما الجائزة ففي جريان خيار المجلس فيها إشكالان: ثبوتي وإثباتي.

أما الإشـكال الثبوتـي؛ فلأن العقـود الجائزة جائزة بالـذات، فيجوز فيها الفسـخ بالـذات، فجعل الخيـار فيها معنـاه تحصيل -ما هو حاصـل بالذات- بالعـرض، وهو من أردأ أنواع تحصيل الحاصل، فبما أن الوكالة جائزة بالذات

---

(١) السرائر ٢: ٢٤٦، وعبارته: «لأن هذه العقود جائزة من جهة المتعاقدين غير لازمة، فمن أراد الفسخ فسخ».

(٢) هامش المكاسب ٥: ٤٨، وقد نقل هذا المطلب عن نسخة (ش) وهامش نسخة (ف).

(٣) المكاسب ٥: ٤٨.

ويجوز لكل من الوكيل والموكِّل الفسخ في كل وقت، فجعل الخيار فيها غير معقول، وكذا العقود الباقية التي ذكرها الشيخ ﷺ.

وبعبارة أخرى: إنه تقدم مفصلاً أن في معنى الخيار مبنيين: ملك فسخ العقد، وملك فسخه وإبرامه، فبناء على أنه ملك فسخ العقد، فبما أن العقد جائز، ولكل من الطرفين السلطنة على فسخه، فجعل هذه السلطنة على الفسخ تحصيل للحاصل، سواء أكان الجاعل الشارع كما في خيار المجلس، أو المتعاقدين كما في خيار الشرط، فكل من الخيارين باطل في العقود الجائزة.

وقال المحقق الأصفهاني ﷺ في خيار الشرط: (مرجع عدم تعقل الخيار إلى أحد أمور:

الأول: كونه من تحصيل الحاصل، لحصول السلطنة على فسخها دائماً، بحيث لا ينفك عنها ولا يسقط بالإسقاط، وهو الفارق بين ما نحن فيه وما إذا اجتمعت في عقد حقوق متعددة؛ فإن البيع مع السلطنة على فسخه من حين انعقاده بخيار المجلس يصح جعل شرط الخيار فيه، لإمكان اسقاط حق خيار المجلس، دون الجواز في العقد فإنه ليس قابلاً للإسقاط.

ويندفع: بأن شبهة تحصيل الحاصل المحال عقلاً إنما تتوجه إذا أريد بشرط الخيار إيجاد الموجود بنفس العقد، وأما إيجاد فرد آخر مماثل للموجود فليس من تحصيل الحاصل المحال.

الثاني: أنه من اجتماع المثلين، وقد تقدم الجواب عنه في باب خيار الحيوان.

وبالجملة: هذا الإشكال لا اختصاص له بالعقد الجائز، بل جار في العقود

اللازمة أيضاً، فما هو الجواب هناك هو الجواب هنا، مع أن العقد اللازم الذي اجتمعت فيه حقوق متعددة أولى بهذه الشبهة كما سيتضح مع وضوحه.

الثالث: اللغوية، فإن الغرض من شرط الخيار السلطنة على حل العقد، وهو بالفرد المماثل حاصل، ولا يكاد ينفك عنه.

ويندفع: بأن الخيار المجعول بالشرط حق حل العقد، وما هو الحاصل مجرد جواز الرجوع، والفائدة المترقبة من الحق -من حيث إمكان المصالحة عليه وبقائه مع التصرف والتلف وانتقاله إلى الوارث ونحو ذلك- غير متحققة في الحكم، وهو مجرد جواز الرجوع، ومن البين أن القابل لأن يكون مجعولاً بالشرط ليس إلا حق حل العقد، لا السلطنة التكليفية والوضعية، فإن مرجع الأولى إلى الترخيص في الرجوع، ومرجع الثانية إلى القدرة على الفسخ والرجوع لنفوذ إنشائه منه، وكلتاهما هنا مترتبة...)[1].

ويرد على ما أفاده في دفع الأول: أن الجواب لا يوافق الإشكال على ما تعرض له؛ لأن مراد المستشكل من تحصيل الحاصل ليس إيجاد الموجود بنفس العقد، بل مراده إيجاد فرد آخر منه؛ فإنه يصرح بصحة جعل خيار الشرط في البيع مع وجود خيار المجلس، فيكون مراده عدم إمكان جعل الخيار في العقود الجائزة من حيث جوازه دائماً، فجعل الخيار فيه لغو.

ولا يمكن الجواب عن إشكال اللغوية بما إفاده في دفع الثالث؛ لأن اختلاف الأثر إنما يفيد في حل إشكال اللغوية إذا لم يكن هناك مانع من شمول الدليل للمورد، وأدلة خيار الشرط لا يشمل الخيار المجعول في العقود الجائزة؛ لاستلزامه التناقض؛ حيث إنه يوجب سلطنة ذي الخيار

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢١٧.

علـى إلزام مـا هو جائز شـرعاً، وهذا يكون من الشـرط المخالـف للكتاب والسـنة، كما لا يمكن جعل خيار المجلس في العقود الجائزة؛ لاختصاص دليله بالبيع.

وأمـا النقض بالخيارين العرضيين فمندفع؛ بالفرق بين المقامين؛ إذ لكل فرد من الخيارين العرضيين ملاك يخصه، فملاك خيار المجلس هو المجلس، ومـلاك خيار الحيوان كون المبيع حيواناً، كما أن لكل منهما أثره الخاص، فلو أسقط خيار المجلس بقي خيار الحيوان.

وأما بناء على أنه ملك فسخ العقد وإبرامه فالأمر يختلف؛ فإن الجواز في العقود الجائزة عبارة عن السلطنة الحكمية لا الحقية على الفسخ وعدمه، وأما جعل الخيار فيها فهو حقي، ومعناه السـلطنة على فسخ العقد وإبرامه، ففيه أثر زائد على جواز الفسخ فلا يكون من تحصيل الحاصل.

ولكن مع ذلك نقول بامتناعه ثبوتاً في العقود الجائزة؛ لأن جعل السلطنة علـى الإبرام في العقـد الجائز بالذات تشـريع محرم، فلهذا يمتنـع جعل خيار المجلس الذي نحن بصدده الآن، وأما خيار الشـرط فسـيأتي الكلام فيه في ما بعد إن شاء الله تعالى.

وأمـا الإشـكال الإثباتي؛ فلأن الموضـوع في جميع أدلـة خيار المجلس «البيعـان»، فتسـرية الخيـار إلـى هذه العقـود تسـرية للحكم من موضـوع إلى موضوع آخر، وهو باطل.

وأمـا عنـوان «التاجر» الوارد فـي رواية عمر بـن يزيد المتقدمـة فلا يفيد التعميـم فـي المقـام لغيـر البيـع؛ لأن عنـوان التجـارة وإن أطلـق فـي كلمات الفقهاء على مطلق التكسـب، ولكنه فسّر في بعض كلمات الأئمة عليهم السلام بالبيع

والشراء[1]، والمراد به في روايات الخيار على نحو الخصوص هو البيعان؛ لأن لسان الروايات بصدد بيان مجعول واحد.

وأما بالنسبة إلى العقود اللازمة فلا محذور ثبوتياً في البين، وإنما المحذور إثباتي؛ لأن الموضوع «البيعان»، وهو لا يصدق على الإجارة والصلح وأمثالهما.

نعم، بالنسبة إلى الصلح ذهب بعض الأعاظم إلى التفصيل فيه؛ فإنه إن

---

(١) يمكن استفادة ذلك من روايات متعددة نقتصر على ذكر بعضها:

١- الوسائل، الباب ٢ من أبواب مقدمات التجارة، الحديث٤: عن معاذ بياع الأكسية، قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: «يا معاذ أضعفت عن التجارة؟ أو زهدت فيها؟ قلت: ما ضعفت عنها، ولا زهدت فيها، قال: فمالك؟ قلت: كنا ننتظر أمراً، وذلك حين قتل الوليد، وعندي مال كثير وهو في يدي، وليس لأحد علي شيء، ولا أراني آكله حتى أموت، فقال: لا تتركها فإن تركها مذهبة للعقل، اسع على عيالك، وإياك أن يكونوا هم السعاة عليك».

٢- والحديث ٥: عن أسباط بن سالم قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فسألنا عن عمر بن مسلم، ما فعل؟ فقلت: صالح ولكنه قد ترك التجارة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «عمل الشيطان ثلاثاً، أما علم أن رسول الله صلى الله عليه وآله اشترى عيراً أتت من الشام فاستفضل فيها ما قضى دينه، وقسم في قرابته، يقول الله عز وجل ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾...».

٣- والحديث ١٠ عن أسباط بن سالم بياع الزطي قال: سأل أبو عبد الله عليه السلام يوماً وأنا عنده عن معاذ بياع الكرابيس؟ فقيل: ترك التجارة، فقال: «عمل الشيطان من ترك التجارة ذهب ثلثا عقله، أما علم أن رسول الله صلى الله عليه وآله قدمت عير من الشام فاشترى منها، واتجر فربح فيها ما قضى دينه».

٤- والحديث ١١ محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن الفضيل بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «إني قد تركت التجارة قال: فلا تفعل، افتح بابك، وابسط بساطك، واسترزق الله ربك».

كان صلحاً على المال بعوض -كأن يقول: صالحتك هذا بهذا، فالباء للمقابلة بين العوضين- فلجريان خيار المجلس فيه وجه؛ لتضمنه تمليك عين بعوض فهو يتضمن البيع، وإن كان المال في قبال الصلح نفسه لا في قبال العوض -كأن يقول: صالحتك بهذا المال- فلا وجه للخيار فيه[1].

ولكن يرد عليه: أن هذا التفصيل يصح لو قلنا بأن حقيقة الصلح تختلف باختلاف الموارد التي يجري فيها، فهي عين المعاملات التي يؤدي معناها، فالصلح على المال بعوض بيع، وعلى المنفعة بعوض إجارة، وعلى الانتفاع بالعين عارية وهكذا؛ فإنه بناء على هذا يكون الصلح على المال بعوض صلحاً في الصورة ولكنه بيع في اللب والواقع، ولكن هذا المبنى باطل؛ فإن حقيقة الصلح هي إنشاء التسالم، وهذا الإنشاء يختلف من حيث الجوهر عن إنشاء تمليك عين بمال، أو إنشاء التبديل في طرفي الإضافة. نعم، من حيث النتيجة يتفق مع البيع إذا كان الصلح على المال بعوض، ومع الإجارة إذا كان على المنفعة بعوض، وعندما تكون حقيقة الصلح إنشاء التسالم مفهوماً فهو يختلف عن البيع دليلاً أيضاً، فلا وجه لجعل «البيعان» شاملاً له إذا كان الصلح على المال بعوض.

فتحصل إلى هنا: عدم جريان خيار المجلس في غير البيع من العقود الجائزة واللازمة حتى في الصلح على المال بالعوض، وأما بالنسبة إلى خيار الشرط فسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٤٢.

المسألة الرابعة: مبدأ خيار المجلس

لا إشكال في أن مبدأ خيار المجلس في جميع أقسام البيع -ما عدا الصرف والسلم- من حين وقوع العقد؛ والوجه فيه بتعبير الشيخ قدس سره: أن ظاهر النص -وهو «البيّعان بالخيار»- كون البيع علة تامة لتحققه[1]، ومراد الفقهاء من التعبير بالعلة التامة في مثل هذه الموارد هو الموضوع التام للحكم، لا العلة بالمصطلح الفلسفي، فالموضوع التام لتحقق خيار المجلس هو البيع؛ لأن «البيّعان بالخيار»، والاتصاف بعنوان البيّع يتحقق بتحقق البيع، فيكون المبدأ من حين وقوعه.

مبدأ الخيار في بيع الصرف والسلم

وإنما الإشكال في بيع الصرف والسلم؛ لاشتراط التقابض في الأول، وإقباض الثمن في الثاني في المجلس وإلا لم تحصل الملكية، بل يبطل البيع لو تفرّقا قبل التقابض أو الإقباض، فلو باع الذهب أو الفضة بالذهب أو بالفضة ولم يتقابضا لم تحصل الملكية، وكذا لو اشترى بالسلم ولم يُقبض الثمن، فإذا حصل التقابض أو الإقباض حصلت الملكية، فإن كان المجلس باقياً فخيار المجلس ثابت لهما في هذه الحال بلا إشكال أيضاً؛ لأن المقتضي للخيار موجود والمانع مفقود.

---

(١) المكاسب ٥: ٤٩.

وإنما الإشكال في مبدأ هذا الخيار، هل هو من حين العقد أو من حين القبض والإقباض؟

بيان كلام الشيخ قدس سره

ذهب الشيخ قدس سره إلى ابتناء المسألة على لغوية الخيار وعدمها، وعدم اللغوية يبتني على الوجوب التكليفي للتقابض في الصرف، والإقباض في السلم، وأما مع عدم الوجوب التكليفي لهما ففي ظهور الثمرة للخيار خفاء.

توضيح ذلك: أنه لا شك في اشتراط التقابض في بيع الصرف، وإقباض الثمن في بيع السلم، بحيث لو لم يحصلا لم تتحقق الملكية، ولكن الكلام في وجوبهما تكليفاً، فإن قلنا به تظهر الثمرة في ثبوت الخيار؛ لأنه بعد إنشاء العقد يجب الإقباض والتقابض تكليفاً، فإن كان له الخيار من حين العقد كان له إعماله وفسخ العقد فيسقط الوجوب، وإن لم يكن له الخيار لم يمكنه فسخ العقد فيجب الإقباض والتقابض، وبما أن لثبوت الخيار هذه الثمرة فيمكن ثبوته.

وإن لم نقل بوجوبهما فلا ثمرة للخيار؛ لأن لكل من المتبايعين -قبلهما- السلطنة على التصرف في ماله؛ ولا يجب الإقباض أو التقابض عليه، والثمرة المرجوَّة من الخيار هي أن تحصل له السلطنة على ماله، وهي حاصلة بدون الخيار قبل تحقق شرط الملكية.

والحاصل: أن ثبوت الخيار يدور مدار ثبوت الوجوب التكليفي للتقابض والإقباض، فإن قلنا به ثبت الخيار بحسب ظاهر النص والفتاوى بلا إشكال، وإن لم نقل به ففي ثبوت الخيار خفاء.

ثم صوّر إمكان حصول الأثر حتى على القول بعدم وجوب الإقباض والتقابض تكليفاً؛ إذ يمكن أن يكون أثر الخيار حينئذ هو خروج العقد بفسخ

ذي الخيار عن قابلية لحوق القبض المملّك، وبقاء القابلية لو لم يفسخ[١].

ثم نقل كلام العلامة قدس سره في التذكرة[٢] والشهيد قدس سره في الدروس[٣] وتصريح الشيخ قدس سره في المبسوط[٤] تأييداً للقول بثبوت الخيار في الصرف والسلم من حين العقد[٥].

هذا ما أفاده الشيخ قدس سره، ولا بد لاتضاح المسألة من التحقيق في أمور:

الأمر الأول: في وجوب القبض في بيع الصرف والسلم

هل يجب القبض في الصرف والسلم وجوباً تكليفياً، أو هو مجرد شرط لتحقق الملكية؟

---

(١) ولكنه قدس سره قال في آخر مسألة مبدأ خيار الحيوان في المكاسب ٥: ٩٤ ما لفظه: (ثم إن ما ذكروه في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من أثر. وقد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض). وظاهره عدم اعتنائه بهذا الجواب.

(٢) التذكرة ١١: ٣٤: (هـ- لو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازاه قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض. فإن تفرقا قبله انفسخ العقد. ثم إن تفرقا عن تراضٍ، لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى).

(٣) الدروس ٣: ٢٦٧: (السادس: يثبت -يعني خيار المجلس- في الصرف تقابضا أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية، ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً، لأن للقبض مدخلاً في اللزوم فله تركه).

(٤) المبسوط ٢: ٧٩، حيث قال: (وأما الصرف فيدخله خيار المجلس لعموم الخبر، فأما خيار الشرط فلا يدخله أصلاً إجماعاً؛ لأن من شرط صحة العقد القبض. وأما السلم فيدخله خيار المجلس للخبر، وخيار الشرط لا يمنع من دخوله أيضاً مانع، وعموم الخبر يقتضيه).

(٥) المكاسب ٥: ٤٩ - ٥٠.

وجهان:

أولهما: عدم الوجوب التكليفي، وإنما هو مجرد شرط لتحقق الملكية، ولا يجب تحصيل شرط تحققها.

ثانيهما: ثبوت الوجوب التكليفي على ما يظهر من كلمات عدة من الأعاظم كالعلامة والشهيد قدس سرهما، ومن المتأخرين المحقق النائيني قدس سره[1].

الأمر الثاني: الأصل الأولي في وجوب القبض في بيع الصرف والسلم.

إن مقتضى الأصل الأولي هو عدم الوجوب التكليفي؛ والوجه في ذلك: أما من ناحية الدليل اللفظي فالقدر المتيقن من الروايات الخاصة ببيع الصرف والسلم مجرد شرطية التقابض والإقباض[2]، وأما من ناحية الأصل العملي فإن

---

(١) منية الطالب ٣: ٤٠. وتقدمت عبارة العلامة والشهيد، ويحتمل الشهيد عدم الوجوب التكليفي.

(٢) من جملة الروايات ما رواه في الوسائل، الباب٢ من أبواب الصرف:

١- محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، وعن محمد بن إسماعيل، عن الفضل بن شاذان جميعاً، عن صفوان بن يحيى، عن عبد الرحمن ابن الحجاج قال: سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدرهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً ثم يقول: أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير، فقال: «ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير»، فقلت: إنما هم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضها من بعض، وهذا يشق عليهم، فقال: «إذا فرغ من وزنها وانتقادها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه ويدفع إليه الورق ويقبض منه الدنانير حيث يدفع إليه الورق».

٢- وعن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد، عن غير واحد، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن بيع الذهب بالدرهم، فيقول: أرسل رسولًا فيستوفي لك ثمنه، فيقول: هات وهلم ويكون رسولك معه».

٣- وعن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يدا بيد ولا يبتاع ذهبا بفضة إلا يداً بيد».

مقتضى أصالة عدم الجعل، وعدم المجعول، والبراءة، هو عدمُ الوجوب التكليفي، والخروج عن هذا الأصل يحتاج إلى دليل، وما أقيم عليه من الأدلة ثلاثة:

الأمر الثالث:في بيان الأدلة على وجوب القبض

الدليل الأول: ما أفاده العلامة قدس سره في خصوص بيع الصرف من أن عدم القبض فيه يستلزم الربا، فيجب القبض تخلّصاً منه[1].

وما يمكن أن يقال لتأييده: أن للأجل قسطاً من الثمن، فإذا أقبض أحدهما وتأخر الآخر صار المقبوض في مقابل العوض والأجل الذي له قسط من الثمن، وهذه زيادة في بيع الصرف، فيكون ربا فيجب القبض تخلصاً من الزيادة الربوية.

وفيه: **أولاً**: أن موضوع الربا مختص بما إذا اشترط الأجل في العقد، كأن يبيع مثقالاً من الذهب بمثله نسيئة، فإنه ربا بلا شك؛ لأن للأجل قسطاً من الثمن، وأما ما نحن فيه فلم يشترط التأخير في العقد، وإنما تأخر أحدهما عن الأداء، وتأخير أحد المتجانسين في البيع بدون اشتراط التأخير في العقد لا يوجب الربا.

وثانياً: أنه على فرض توسعة موضوع الربا وشموله لما لو حصل التأخير بدون شرط أيضاً فالدليل أخص من المدعى؛ لأن وجوب القبض يختص بالطرف الثاني؛ لأن ما يوجب الربا هو تأخيره، ومحل البحث وجوب القبض على الطرفين.

الدليل الثاني: ما يستفاد من كلمات المحقق النائيني قدس سره[2]، وهي

---

(١) يشير إلى ما جاء في التذكرة ١٠: ٤١٦: (ط- لو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأرادا الافتراق لزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما، فإن تفرقا قبله كان ذلك رباً، وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة، ولا يغني تفرقهما، لأن فساد العقد إنما يكون به شرعاً، كما أن العقد مع التفاضل فاسد ويأثمان به).

(٢) منية الطالب ٣: ٤١.

النصوص الخاصة كصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن نزا حائطاً فانزُ معه»[١].

فإن الأمر بتعقب أحدهما الآخر دليل على الوجوب التكليفي.

وفيه: أن الأمر في الرواية إرشادي، وذلك لوجهين:

الأول: أنه أمر تعلق بالمعاملة، والأصل في الأوامر الواردة في المعاملات -كما حقق في محله- هو الإرشاد إلى الشرطية أو الجزئية، بخلاف الأوامر الواردة في العبادات؛ فإن الأصل فيها هو الحمل على المولوية، فيحمل الأمر في الرواية على الإرشاد إلى الفساد لو لم يخرج معه فيصطحبه.

الثاني: أنه أمر ورد لبيان الشرط، والأوامر الواردة في القيود والشروط ظاهرة في الإرشاد إلى الشرطية، سواء أكانت في المعاملات أم في العبادات، فهذا الأمر محمول على الإرشاد إلى شرطية الاجتماع ومانعية التفرق.

الدليل الثالث: -وهو العمدة- قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾؛ فإنه بمجرد أن يحصل العقد يجب الوفاء به، وهو يحصل -حتى في بيع الصرف والسلم- بمجرد إنشائه، فيجب التقابض والإقباض بمجرد حصوله؛ تحصيلاً لوجوب الوفاء[٢].

---

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب الصرف، الحديث: ٨.

(٢) المكاسب ٥: ٤٩، ونسبه المحقق النائيني في منية الطالب ٣: ٤٠ إلى العلامة، ولم نجده، ولعله فهم ذلك من عبارة الشيخ حيث قال: (ولا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفياً، إما للزوم الربا -كما صرح به في صرف التذكرة- وإما لوجوب الوفاء بالعقد)، ولكن لا يخفى أن ما نسبه الشيخ إلى صرف التذكرة هو خصوص الدليل الأول لا الثاني فلا تغفل.

مناقشة السيد الخوئي للدليل الثالث والجواب عنها

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي قدس سره بوجوه ثلاثة:

الأول: أن الأمر بالوفاء في الآية إرشاد إلى لزوم العقد، فلا دلالة فيها على الوجوب التكليفي حتى يدل على وجوب التقابض تكليفاً[1].

وفيه: أولاً: أنه مبنائي فلا يكون فنياً؛ لذهاب الشيخ قدس سره وعدة من الأعاظم -قدس الله أسرارهم- إلى كون الأمر فيها تكليفياً.

ثانياً: سلّمنا بأن الأمر في الآية إرشاد إلى اللزوم، ولكن الحكم بوجوب تسليم العوضين لا يتوقف على دلالة الآية على الوجوب التكليفي، بل نستفيد الوجوب من طريق آخر؛ فإن كل معاملة بيعية توجد فيها شروط ضمنية وارتكازية، وأحدها تعهد المتبايعين بتسليم الثمن والمثمن بعد حصول العقد، وبما أن لزوم الوفاء بالعقد إنما هو بالوفاء بالعقد بما له من الالتزامات الضمنية يجب تسليم الثمن والمثمن وجوباً تكليفياً.

الثاني: سلمنا أن الأمر بالوفاء في الآية تكليفي إلا أن الوجوب التكليفي إنما يكون في المورد الذي يكون للعقد أثر دون ما لا أثر له، فيخرج بيع الصرف والسلم عن حدود وجوب الوفاء؛ لأن أثر البيع هي الملكية، وهي لا تحصل فيهما إلا بعد التقابض، فلا يجب الوفاء قبله حتى يجب التقابض تكليفاً[2].

وفيه: أن هذا الإشكال إنما يتم في ما لو انحصر أثر العقد في الملكية؛ فإنها

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١١٤، التنقيح ٣٨/ ٣: ٨٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ١١٥، التنقيح ٣٨: ٨٩.

تنتفي قبل القبض بانتفاء موضوعها، ولكن القائل بوجوب الوفاء تكليفاً يرى أن للعقد آثاراً أخرى، كالعمل بمقتضى الشروط الضمنية الارتكازية كالتسليم، وكعدم فسخ العقد كما سيأتي بيان ذلك حين التعرض لكلام المحقق النائيني قدس سره.

الثالث: سلَّمنا ترتب الأثر إلا أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد، وهو الالتزام من الطرفين بأن يلتزم كل منهما بأن يكون ماله ملكاً للآخر في مقابل مال الآخر، وهذا المعنى لم يحصل قبل القبض، فلم يتحقق موضوع الوفاء بالعقد قبل حصوله حتى يجب[1].

ويندفع: بأن العقد فعل اختياري للمتعاقدين فيتقوم بإنشائهما، فالعقد في بيع الصرف يتحقق بإنشاء المتعاقدين بدون أن يتوقف على شيء، والمنوط بالقبض إنما هو إمضاء الشارع للملكية التي التزم بها الطرفان في العقد، والشاهد على ذلك أن المعاملة تامة وصحيحة عند العقلاء بمجرد إنشاء العقد؛ لأنهم لا يشترطون القبض في صحتها، وأما عند المتشرعة فما يتوقف على القبض هي صحة العقد لا أصله، وإلا لزم الدور المحال، واجتماع المتقابلين؛ لأن القبض شرط لصحة العقد، وهي تتوقف على العقد، فشرط الصحة يتوقف على العقد، فلو توقف أصل العقد على شرط صحته لتوقف الشيء على نفسه، وهو دور محال.

كما يلزم أن يكون المتقدم متأخراً وبالعكس؛ لأن شرط الصحة متأخر عن العقد، فلو توقف العقد عليه لكان متقدماً، فيلزم تقدم المتأخر وتأخر المتقدم، وهو اجتماع المتقابلين.

وعليه فلا يعقل أن لا يتم العقد موضوعاً قبل تحقق القبض. نعم إمضاؤه شرعاً يتوقف على القبض، فوقع الخلط بين العقد العرفي وإنشاء المتعاقدين

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١١٥، التنقيح ٣٨: ٩٠.

المنتزع منه عنوان العقد وبين إمضاء الشارع واعتباره للعقد.

فإشكالات المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره كلها مندفعة.

ثم إن لكل من المحققين الأصفهاني والنائيني -أعلى الله مقامهما- تقريباً وتوضيحاً لاستدلال الشيخ قدس سره بالآية على وجوب القبض تكليفاً، لا بأس بالتعرض له وبيانه -لدقته- وبيان ما فيه، ولنبدأ بكلام المحقق الأصفهاني قدس سره:

تقريب المحقق الأصفهاني قدس سره للاستدلال بالآية وتأييد الشيخ قدس سره

قال ما توضيحه: إن للعقد مرحلة، ولتأثيره في الملك مرحلة أخرى، ولكل منهما آثار، والمراد من الوفاء بالعقد أحد أمرين:

الأمر الأول: إبقاء العقد على حاله وعدم نقضه وحلّه.

الأمر الثاني: الوفاء بالعقد عملاً.

وأثر العقد عملاً قبض العوضين يداً بيد في المجلس، و أثر تأثيره في الملك حرمة التصرف في ما انتقل عنه، وتأثيره في الملكية إما أن يكون بالقبض كما في الصرف والسلم، وإما أن يكون بمجرد إنشاء العقد كما في سائر البيوع.

وبما أن الملكية في سائر البيوع تحصل بمجرد إنشاء العقد فالثمن يكون للبائع، والمثمن للمشتري من حينه، فمقتضى الوفاء بالعقد تسليم المال لصاحبه.

وأما في بيع الصرف والسلم فالملكية لا تحصل إلا بعد القبض، فمقتضى وجوب الوفاء بالعقد عملاً أن يقبض كل من الطرفين ما عنده للآخر.

والحاصل: أن ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ تقتضي بمجرد إنشاء العقد في بيع الصرف والسلم الوفاء بالعقد عملاً، وعدم الرجوع عن الالتزام، وعدم حل العقد لا يرتبط بالملكية، والوفاء العملي هو العمل بالعقد المقتضي لتسليم

العوضين، فالملكية في بيع الصرف والسلم وإن كانت متأخرة عن القبض، إلا أن عدم حل العقد، والوفاء العملي بتسليم العوضين متقدم، ومعنى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا ينحصر بترتيب الآثار المترتبة على الملكية، بل معناها ترتيب الآثار مطلقاً كل بحسبه، فكل ما كان أثراً للعقد ترتب بمجرد العقد، وكل ما كان أثراً للملكية ترتب بعد حصولها، والإقباض أثر للعقد لا للملكية، فيترتب من حينه، وبهذا البيان يتحكم استدلال الشيخ قدس سره بالآية[1].

تقريب المحقق النائيني قدس سره للاستدلال بالآية

وأما المحقق النائيني قدس سره ففي كلامه جهتان:

الجهة الأولى: في توجيه كلام الشيخ قدس سره، وحاصل ما أفاده قدس سره: أن المخصص الوارد على العقود اللازمة على قسمين:

الأول: أن يخصص جميع مراتب العقد.

الثاني: أن يخصص بعضها.

فمن القسم الأول دليل الخيار، ومن القسم الثاني دليل اعتبار القبض في بيع الصرف والسلم.

ومراتب العقد أمور:

١ - عدم فسخ العقد، فبمجرد تحقق العقد يجب الوفاء به وعدم فسخه بمقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

٢ - الالتزام بالشرائط الضمنية للعقد بمجرد إيقاعه؛ فإن لكل عقد شروطاً ضمنيه كنقد البلد، والتسليم والتسلم، والسلامة من العيب، وعدم

(١) حاشية المكاسب ٤: ٩٢.

الغبن، وإعطاء الثمن معجلاً إن لم يكن هناك شرط للتأجيل.

٣- حصول الملكية بالعقد.

فالدليل المخصص إن كان هو دليل الخيار -سواء أكان من قبل الشارع أم من قبل المتعاقدين كشرط الخيار- فهو يخصص جميع هذه المراتب، فلصاحب الخيار أن يفسخ العقد، وأن لا يلتزم بالشروط الضمنية فلا يسلم الثمن أو المثمن، وأن يرفع الملكية.

وإن كان دليل اشتراط الشارع للقبض في بيع الصرف والسلم فهو لا يخصص إلا الملكية، ولا يخصص المرتبتين الأوليين، وحينئذ فعلى المتعاقدين -حتى في بيع الصرف والسلم قبل القبض- الالتزام بعدم فسخ العقد، وبتسليم العوضين.

الجهة الثانية: في ابتداء الخيار في بيع الصرف والسلم هل هو من حين إنشاء العقد أو من حين الملكية المأخوذ في تحققها القبض؟ وجهان.

أما **الأول** فيبتني على القول بأن وجوب الإقباض حق مالكي؛ استناداً إلى وجوب الوفاء بالعقد؛ لأن الإقباض من جملة الشرائط الضمنية للعقد، ووجوب الوفاء بالعقد يقتضي وجوب الإقباض كما تقدم، فيكون الخيار في بيع الصرف والسلم -بناء على هذا- من حين العقد.

وأما **الثاني** فيبتني على القول بأن وجوب الإقباض من باب وجوب ردِّ مال الغير كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي قدس سره [1]، فالخيار من حين القبض

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٠٣ - ٥٠٤، فقد قال في ذيل قول الماتن: (المطلب الخامس: في التسليم، يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولوية تقديم، مع اقتضاء العقد التعجيل..): «قوله: (المقصد الخامس في التسليم..الخ) اعلم أن الأكثر

←

لا من حين العقد؛ لأن وجوب ردّ مال الغير من زمان حصول الملكية، وهو زمان القبض، فلا يجب الإقباض ولا ردّ المال قبله.

وكذا الحال على قول من يقول: بأن الخيار مجعول في العقد الذي يكون لازماً لولا الخيار، بمعنى أن يكون العقد لازماً في نفسه بغض النظر عن الخيار، وعقد الصرف والسلم -مع قطع النظر عن الخيار- ليس بلازم؛ لأن الفرض فيه -مع عدم جعل الخيار- عدم إلزام المتبايعين بتسليم العوضين، وبناء على هذا يكون جعل الخيار من حين القبض لا من حين العقد.

وخلاصة ما أفاده المحقق النائيني ﷺ أن في المسألة وجهين: ثبوت الخيار من حين العقد، وثبوته من حين القبض، ووجه الأول هو الالتزام بأن وجوب الإقباض حق مالكي؛ استناداً إلى أن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد أن يأتي بكل ما هو مقتضى العقد، ومن مقتضاه أن يعطي -بعد تحققه- كل من المتبايعين ما عنده من العوض للآخر.

ووجه الثاني هو أن وجوب الإقباض في المعاملة من باب وجوب ردّ مال الغير، لا من باب وجوب الوفاء بالعقد، ووجوب ردّ مال الغير إنما يكون

هكذا قالوا، وحاصله: أنه إنما يجب عليهما معاً الدفع، أو بعد أخذ العوض، ويجوز لكل المنع حتى يقبض، وكأنهم نظروا إلى أن البيع معاوضة محضة، ولا يجب على كل منهما الدفع إلا لعوض مال الآخر، فما لم يأخذ ذا العوض لا يجب إعطاء العوض، والمسألة مشكلة كسائرها؛ لعدم النص. وثبوت الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر وعدم جواز الحبس حتى يقتص (يقبض خ) حقه، وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر إن أمكن له على أي وجه كان، لأن ذلك هو مقتضى الملك. ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يستلزم جواز الظلم للآخر ومنعه من حقه، فيجبرهما الحاكم معاً على ذلك إن امتنعا، فيعطي من يد ويأخذ من آخر، أو يقبض لأحدهما ويأمره بالإعطاء).

من حين كونه مال الغير، ولا يكون مال الغير في بيع الصرف والسلم إلا من حين القبض؛ لاشتراطه في حصول الملكية فيهما، فبالضرورة لا يكون الخيار إلا من حين الملكية الذي هو حين القبض[1].

ما أورد على المحققين الأصفهاني والنائيني (قدس سرهما)

وقد أورد على المحقق الأصفهاني قدس سره بعدة إشكالات:

الإشكال الأول: أنه كان المراد أن الإقباض من آثار العقد -كما هو ظاهر المقابلة بينه وبين الوفاء بمعنى إبقاء العقد، فبمجرد أن يحصل العقد يترتب عليه- فيرد عليه: أن الإقباض فعل اختياري للمتعاقدين، والفعل الاختياري يتوقف على مبادئه الاختيارية، فلا يعقل أن يكون الإقباض من آثار العقد، بل من آثار العاقد؛ لأن أثر العقد لا يتخلف عنه، والأفعال الاختيارية لها مباد لا تتحقق إلا بها فكيف يعقل أن يكون من آثار العقد؟!

وإن كان المراد أن وجوب الإقباض من آثار العقد، فهو وإن كان من آثاره إلا أنه لا يعقل أن يتعلق به وجوب الوفاء بالعقد؛ إذ يلزم أن يتعلق الوجوب بالوجوب، وهو غير معقول.

الإشكال الثاني: أن القبض في بيع الصرف والسلم متمِّم العقد ومصحِّحه، ولا يمكن أن يكون متمم العقد ومصححه من آثاره.

الإشكال الثالث: أن موضوع وجوب الوفاء بالعقد بحسب الجدِّ هو العقد الصحيح لا الأعم، وعقد الصرف قبل القبض فاسد فعلاً؛ لأن الفاسد ما لا يترتب عليه الأثر فعلاً وإن كان قابلاً للصحة بلحوق القبض، كعقد الفضولي

---

(١) منية الطالب ٣: ٤٠.

قبل الإجازة، فإنه فاسد فعلاً ولا يجب الوفاء به قبل الإجازة[١].

وهذه الإشكالات ترد أيضاً على المحقق النائيني ﷺ؛ لأنا قلنا في تقريبه: إن للعقد مراتب: إحداها الملكية، والأخرى الالتزام بعدم فسخ العقد والبقاء عليه، والثالثة الالتزام بالشروط الضمنية التي منها الإقباض، فيكون الإقباض من آثار العقد، وقد تقدم في الإشكال أنه ليس من آثاره.

كما يختص بإشكال آخر حاصله: أنه ﷺ قد استدل بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ على وجوب بقاء المتعاقدين على تعهدهما، وبهذا الحكم أثبت اللزوم في العقود، ولازمه أن تكون جميع العقود جائزة، والتالي باطل، فالمقدم مثله.

بيان الملازمة: أن التكليف لا يتعلق إلا بالمقدور، فإذا تعلق بالوفاء بالعقد وعدم حل التعهد والالتزام فلا بد أن يكون حلّه مقدوراً له، ولا يكون إلا إذا كان العقد جائزاً، فتكون العقود كلها جائزة[٢].

الجواب عن ما أورد على المحققين الأصفهاني والنائيني (قدس سرهما)

والجواب عن هذه الإشكالات:

أما **الإشكال الأول** على المحقق الأصفهاني ﷺ -الذي حاصله: أن الإقباض عمل المتعاملين، فهو أثر لهما، فلا يعقل أن يكون أثراً للعقد- ففيه: أنه ناشئ من عدم إمعان النظر في كلام المحقق الأصفهاني ﷺ؛ فإن في كلامه نكتة لا ينبغي الغفلة عنها حيث قال ﷺ: إن الإقباض من الآثار العملية

(١) كتاب البيع للسيد الخميني ٤: ١٠٢.
(٢) كتاب البيع للسيد الخميني ٤: ١٠٢ - ١٠٣.

للعقد، والنكتة كلها في هذا الوصف. نعم، لو عبّر بأن الإقباض أثر للعقد لتمّ الإشكال.

توضيح ذلك: أن الأثر في المصطلح الفلسفي يختلف عن الأثر بالمصطلح الأصولي؛ فإن الأثر على الأول بمعنى ما يترتب على الشيء قهراً، وأما على الثاني فهو مطلق ما يترتب على الشيء ولو كان عملاً، كما يظهر من كلامهم في بحث حجية الخبر من أن أثرها هو التصديق بخبر المخبر؛ فإن المقصود من تصديق العادل المترتب على حجية الخبر هو التصديق العملي، مع أنه ليس أثراً لحجية الخبر بالمعنى الفلسفي.

وبعبارة أخرى: إن التصديق المقابل للتصور قسم من العلم، وهو أمر قلبي، وأثره التصديق القلبي، ولكن الأثر المترتب على الأمر العلمي -كالبينة المعتبرة- هو التصديق العملي، فلهذا كان المراد منه في باب حجية الخبر هو التصديق العملي، فإذا أخبر العادل بوجوب شيء فإن تصديقه العملي الإتيان بما أخبر بوجوبه، فالعمل وإن كان أثر العامل إلا أنه اعتبر أثراً للحجية، وبهذا المعنى قال المحقق الأصفهاني ﷺ بأن الإقباض أثر للعقد، أي أثر عملي لا طبيعي، فكما أن مقتضى حجية الخبر شرعاً وعقلاء هو التصديق العملي للخبر، فكذلك مقتضى الوفاء بالعقد عرفاً وعقلاء هو العمل على طبقه وعدم فسخه والإقباض، فلا يرد الإشكال.

وأما **الإشكال الثاني** -الذي حاصله: أن القبض مصحح ومتمم للعقد، فلا يمكن أن يكون أثراً له- فهو مركب من كبرى وهي استحالة كون متمم الشيء أثراً له، وصغرى وهي أن القبض متمم لعقد الصرف، أما الكبرى فلا شك في صحتها؛ وذلك لأن أثر الشيء فرع تحقق ذلك الشيء، ولا يعقل أن

يحصل الأثر قبل تحقق الشيء بتمامه، وإذا فرض أن شيئاً متمّم لشيء آخر فمعنى ذلك أنه يتحقق به فيحصل قبله حتى يتحقق به، فلا يعقل أن يكون أثراً له فيتأخر عنه، ولكنها غير منطبقة على ما نحن فيه؛ لأن الإقباض ليس متمماً لعقدية العقد في بيع الصرف، وإنما هو متمم لتأثير العقد في الملكية، فما لم يحصل الإقباض لا يؤثر بيع الصرف في تحصيل الملكية، وبين الأمرين بون بعيد فلا ينبغي الخلط بينهما، فالعقد في بيع الصرف يتحقق بنحو التمام والكمال بمجرد إنشاء الإيجاب والقبول، إلا أنه ما لم يحصل القبض لم تحصل الملكية لعدم شرط تأثير العقد فيها نظير الهبة؛ فإن القبض معتبر فيها، لا بنحو أنه يتمِّم عقديتها، بل هو شرط في تأثير العقد في الملكية.

فنظر الشيخ والمحقق الأصفهاني وغيرهما -قدس الله أسرارهم- أن مقتضى العقد و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ -بعد إيقاع العقد واكتماله في بيع الصرف من قبل المتعاقدين- هو الإقباض، فالقبض أثر للعقد عملاً بالمعنى المتقدم، وهو متمم لتأثيره في الملكية، ولم يجعله الشارع متمماً لعقديته، فلا يرد الإشكال.

وأما **الإشكال الثالث** فحاصله: أن موضوع ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ -بحسب المراد الجدي- العقود الصحيحة لا الباطلة، وبيع الصرف قبل القبض عقد باطل فيخرج عن عموم الآية، نظير عقد الفضولي؛ فإنه قبل الإجازة عقد باطل فلا يتمسك له بعموم الآية.

والجواب عنه: أن الكبرى صحيحة أيضاً، ولكن عقد الصرف قبل القبض ليس من العقود الفاسدة؛ غاية الأمر أنه -حينئذ- ليس موضوعاً لأثر الملكية بنظر الشارع، ولو كان فاسداً قبل القبض لاستحال أن يكون صحيحاً بعده؛ لأن الشيء لا ينقلب عن ما وقع عليه، ولا معنى لفساده قبل القبض إلا عدم

ترتيب الأثر عليه شرعاً، وإلا فهو -من حيث العقدية- تام الأجزاء والشرائط فاقد الموانع، ولا نقص فيه أصلاً إلا شرط القبض الذي هو شرط لترتيب أثر الملكية، فقياسه على عقد الفضولي مع الفارق؛ فإن عقد الفضولي لم يصدر من أهله وهو المالك حتى يكون موضوعاً لـ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، بخلاف عقد الصرف، فإنه صدر من أهله إلا أنه لم يتحقق فيه ما اشترطه الشارع في ترتب الملكية، فهو صغرى للعقود التي جُعلت موضوعاً في الآية فينطبق عليه الحكم بوجوب الوفاء قهراً.

وأما ما أورده على المحقق النائيني قدس سره من أن لازم القول بالوجوب التكليفي للوفاء بالعقد أن تكون العقود كلها جائزة؛ لأن التكليف لا يتعلق إلا بالمقدور، فلو لم يكن حل العقد مقدوراً لما تعلق به التكليف، ولا يكون مقدوراً إلا إذا كان جائزاً.

فهو مبنائي، فيرد على من يرى أن عدم جواز فسخ العقد مستند إلى الوجوب التكليفي بالوفاء به، وأما المحقق النائيني قدس سره فيرى الأمر في الآية إرشادياً في كلتا دورتي بحثه كما جاء في تقريريهما[1]، وما ذكره في المقام كان لتقريب كلام الشيخ قدس سره فلا يرد الإشكال على مثله.

بل لا يرد حتى على الشيخ قدس سره بحسب ما تقدم منا مفصلاً في أصالة اللزوم من التوجيه لكلامه قدس سره فراجع.

والنتيجة إلى هنا: أن ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره مطابق لمقتضى القاعدة؛ فإن مدلول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو العمل بمقتضى العقد، وبما أن كلاً

---

(١) المكاسب والبيع للشيخ محمد تقي الآملي قدس سره ١: ١٨١، منية الطالب ١: ١٥٥، ٣: ١٠.

منهما تعهد أن يكون ماله للآخر في قبال العوض فالعمل بمقتضى العقد عبارة عن التسليم والإقباض، فبمجرد تحقق العقد يجب أن ترتب هذا المقتضى عملاً.

تصوير المحقق الرشتي قدس سره للخيار قبل القبض

وقبل التعرض لما أورد على الشيخ قدس سره من إشكالات نتعرض لتصوير المحقق الرشتي قدس سره للخيار قبل القبض لأهميته، وهو يشترك مع الشيخ قدس سره في جهة ويختلف عنه في جهة أخرى، فيتفق معه في أصل ثبوت الخيار في بيع الصرف قبل القبض، ويختلف عنه من جهة أن الشيخ قدس سره يرى ثبوته بعد العقد بنحو التنجيز، ولكن المحقق الرشتي قدس سره يرى ثبوته بنحو الواجب المعلق، فيكون الخيار ثابتاً من حين العقد قبل القبض، ولكن أثره -وهو الفسخ- بعد القبض، ثم تعرض إلى الجمع بين الإباحة والخيار في المعاطاة بناء على مسلك المشهور فيها إلا أنه خارج عن محل بحثنا.

وتصوير ما هو محل البحث بهذا البيان: كما يتصور الوجوب المعلق في الأحكام التكليفية كوجوب الحج؛ فإنه يكون فعلياً إلا أن الواجب -وهو الوقوف بعرفة- استقبالي، وكما يتصور التعليق في المعاملات كما في الوكالة، لا بنحو أن تكون الوكالة معلّقة؛ فإن التعليق في المعاملات مبطل لها بالإجماع، بل بنحو أن تكون الوكالة منجزة وفعلية ومتعلقها استقبالياً، فيكون وكيلاً فعلاً إلا أن ما هو وكيل فيه بعد سنة مثلاً، فكذلك يتصور التعليق في الخيار قبل القبض، فيكون له الخيار فعلاً إلا أن أثره استقبالي؛ فإن مقتضى الأدلة كقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» أن يحصل الخيار بمجرد حصول البيع، ولو لم يحصل في حينه وحصل بعد قبض الثمن للزم تخلف المعلول عن

العلـة أو الحكـم عن الموضـوع بتعبير منا؛ لأن علـة الخيار عنـوان البيع، فإذا حصـل البيع وتخلف الخيار كان من تخلّـف المعلول عن العلة، فعليه يحصل الخيار بمجرد حصول البيع ولكن أثره بعد القبض[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الرشتي قدس سره

أمـا جهة الاشـتراك بينه وبين الشـيخ قدس سره فسـيأتي الكلام فيهـا، وأما ما اختص به من كون ما نحن فيه كالواجب المعلق فنقول فيه:

أولاً: إن الوجـوب والواجـب فـي الواجـب المنجـز فعليـان، وأمـا فـي الواجـب المعلق فالوجوب فعلي والواجب اسـتقبالي، فـإن أمكن الجمع بين هذين الأمرين في إنشاء واحد أمكن قبول قوله قدس سره، وإلا فهو ممنوع، والحق عـدم إمكانه؛ لأن فـي أحدهما تنجيزاً وفـي الآخر تعليقاً، والإنشـاء الواحد لا يفـي بجعـل كلا الأمريـن، والإنشـاء في خيـار المجلـس واحد وهـو «البيعان بالخيار»، والخيار في غير بيع الصرف والسـلم وأثره -وهو الفسـخ- فعليان، وأمـا فيهما فالخيار فعلي، وأثره -وهو متعلق الخيار- اسـتقبالي، فعلى القول بمقالة المحقق الرشتي قدس سره لا بد من الالتزام بأن الشارع جعل الخيار المنجز والمعلق بإنشاء «البيعان بالخيار»، وبما أن التالي ممنوع فالمقدم مثله.

ثانيـاً: إن فـي الواجـب المعلّق خصوصيـة تقتضي رجوعـه إلى الواجب المشروط لا محالة، فيلزم محذور الجمع بين الواجب المطلق والمشروط في إنشاء واحد.

توضيـح ذلـك: أن الحـج عندمـا يجـب فعـلاً، والمفـروض أن ظرفـه في المستقبل، فلا محالة يكون الواجب مشروطاً؛ فالوقوف في عرفة واجب، وظرفه

(١) فقه الإمامية بحث الخيارات: ٩١.

اليوم التاسع من ذي الحجة، وهذا القيد خارج عن الاختيار، فلا محالة يكون وجوب الوقوف مشروطاً بيوم التاسع؛ فإن قيد الواجب الخارج عن الاختيار يقتضي أن يكون الواجب مقيداً وأن يكون الوجوب مشروطاً بذلك القيد.

أو فقل: إن الوجوب المتعلق بواجب مقيد بقيد خارج عن الاختيار وجوب مشروط بحصول ذلك القيد لا محالة، فلهذا يكون وجوب الحج بالنسبة إلى يوم التاسع من ذي الحجة وجوباً مشروطاً، ولا يمكن أن يكون مطلقاً.

وبنحو العموم نقول: بأن كل واجب معلق يرجع بهذه الحيثية إلى واجب مشروط، وحينئذ لا يعقل أن يجعل الواجب المشروط والمطلق بجعل واحد.

والإشكال في ما نحن فيه: أن المحقق الرشتي قدس سره قال بأن الخيار مجعول في الصرف والسلم بنحو الواجب المعلق، فالخيار فعلي والفسخ استقبالي، فالخيار معلق على القبض، فهو مقيد به، فيكون مشروطاً بحسب القاعدة المتقدمة، فيلزم أن يجعل الخيار المطلق والمشروط بجعل واحد وهو «البيعان بالخيار»؛ لأن الخيار في غير بيع الصرف والسلم مطلق بلا إشكال، وفيهما مشروط؛ لرجوع المعلق إلى المشروط، فيلزم جعلهما بإنشاء واحد وهو غير معقول.

إشكال السيد اليزدي والمحقق الحائري قدس سرهما على تقريب الشيخ قدس سره

وأما الجهة المشتركة بينه وبين الشيخ قدس سره فأورد عليها المحقق الحائري قدس سره مع أنه يتفق مع الشيخ قدس سره في أصل ثبوت الخيار من حين العقد ولكن بتقريب آخر، ففي كلامه جهتان:

الجهة الأولى: في الإشكال على تقريب الشيخ قدس سره للاستدلال بالآية، وقد تعرض لهذا الإشكال السيد اليزدي قدس سره أيضاً بعنوان التوهم وأجاب عنه، وحاصله: أن الشيخ قدس سره قد استدل بآية ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ على وجوب

القبض، ومن ثَمَّ يكون للخيار قبل القبض أثر، وهو رفع موضوع وجوب القبض بالفسخ قبله، فإذا كان له أثر صح أن يجري «البيعان بالخيار» في بيع الصرف والسلم قبل القبض.

والإشكال: أن الشيخ قدس سره قد استدل بهذه الآية على لزوم العقد، وبين اللزوم والخيار تناف عقلاً، فبين الآية والخيار تناف، والجمع بينهما محال؛ إذ كيف يعقل إثبات المنافي بالمنافي؟! فإن الآية دليل اللزوم فكيف تكون دليلاً على الخيار في بيع الصرف والسلم؟

وبعبارة أخرى: إن معنى كون الآية دليلاً على اللزوم أنها متى انطبقت على مورد فهو عقد لازم، فجعلها مصححة للخيار في بيع الصرف والسلم مناف لدلالتها على اللزوم، بل يلزم من وجوده عدمه[1].

جواب السيد قدس سره عن الإشكال

وحاصل جواب السيد قدس سره: أن وجوب التقابض في بيع الصرف والسلم وجوب معلق على بقاء العقد، فما دام باقياً يجب التقابض، وحينما يكون الوجوب معلقاً على بقاء العقد فهو لا يتنافى مع جواز الفسخ الرافع له؛ إذ لا مانع من تحقق المرفوع ما دام لم يتحقق رافعه.

نعم، إذا تحقق الفسخ يرتفع موضوع وجوب التقابض، فلا مانع من الجمع بين وجوب الإقباض والخيار، فهو نظير وجوب الصوم فعلاً على المكلف الحاضر عيناً، لكن له أن يسافر فيرتفع موضوع الوجوب، فجواز السفر لا ينافي وجوب الصوم في موضوع الحاضر[2].

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٤٥.

(٢) حاشية المكاسب ٢: ٣٩٩.

الرد على جواب السيد قدس سره

ولكنه غير تام؛ لاستلزامه للمحال، لرجوعه إلى اجتماع المتقابلين.

توضيح ذلك: أن خيار الفسخ متأخر عن وجوب التقابض؛ بمناط تأخر المعلول عن علته؛ إذ لولا وجوب القبض بمقتضى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ لكان الخيار لغواً فلم يمكن تحققه، ووجوب التقابض متأخر عن بقاء العقد، وبقاء العقد متأخر عن الخيار؛ لأن إعمال الخيار بالفسخ رافع لبقاء العقد، وكل مرفوع وممنوع متأخر رتبة عن الرافع والمانع، فيلزم -على ما أفاده السيد قدس سره- أن يكون الخيار متأخراً عن وجوب التقابض ومتقدماً عليه، وهو من اجتماع المتقابلين المحال.

فالحق أن الإشكال متين ووارد على الشيخ قدس سره، وتوضيحه بنحو أدق: أن الشيخ قدس سره لا يرى أن الأمر في الآية إرشاد إلى اللزوم، بل يرى أنه أمر مولوي يدل على وجوب الوفاء بالعقد تكليفاً، ومعنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه، وإطلاق وجوب العمل بمقتضاه يشمل ما بعد الفسخ، فيكون لازماً مساوياً للزوم، وحاصل ذلك أن وجوب الوفاء بالعقد لا ينفك عن اللزوم، ولا يعقل أن يكون العقد واجب الوفاء به وغير لازم، فإذا قلنا بأن عقد الصرف قبل القبض واجب الوفاء فمقتضى الملازمة بين وجوب الوفاء بالعقد واللزوم أن لا يكون البيع خيارياً، وإذا التزمنا بالخيار فلا بد من رفع اليد عن وجوب الوفاء بالعقد.

وللتوضيح والتعميق نقول: ينبغي ملاحظة هاتين القاعدتين العقليتين:

الأولى: أن المعلول لا يتخلف عن علته.

الثانية: أنه يستحيل أن يكون مثبت الشيء رافعاً له.

وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ علة لوجوب القبض في بيع الصرف والسلم بمجرد تحقق العقد وقبل تحقق القبض، فلو ارتفعت ﴿أوفوا﴾ ارتفع وجوب القبض قطعاً، فبقاء وجوب القبض معلول لبقاء ﴿أوفوا بالعقود﴾، ومن جهة أخرى أن الخيار معلول لوجوب القبض؛ لأنه لو لم يجب كان الخيار لغواً.

فإذن بحكم البرهان لا بد أن تحفظ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بمجرد تحقق العقد وقبل القبض في بيع الصرف والسلم، ولازم حفظها أن يكون العقد لازماً، والخيار مناف للزوم، فلو ثبت الخيار حينئذ لكان بها فيكون من إثبات المنافي بالمنافي وهو باطل[1].

الجهة الثانية: في تقريبه للاستدلال على ثبوت الخيار في بيع الصرف والسلم قبل القبض، وحاصله: أنه لا حاجة للاستدلال بالآية على وجوب القبض حتى يلزم منه الإشكال، بل ما نحتاج إليه هو ثبوت الأثر للخيار حتى لا يكون لغواً، والأثر ثابت، وهو رفع الصحة التأهلية للعقد قبل القبض؛ فإن عقد الصرف والسلم إذا وقع يكون مؤهلاً للتأثير في الملكية بلحوق القبض، فإذا أعمل أحد المتعاملين خياره وفسخ العقد رفع هذه الصحة التأهلية عنه، فلا يكون مؤهلاً للتأثير بلحوق القبض، أما لو لم يثبت الخيار فلا مسقط لهذه الصحة التأهلية إلا الافتراق، فللخيار أثر بدون التمسك بالآية، والإشكال في ثبوت الخيار قبل القبض في بيع الصرف والسلم هو كونه تحصيلاً للحاصل

---

(١) ويمكن صياغة الإشكال بهذا البيان: بما أن وجوب القبض معلول لوجوب الوفاء، وهو علة للخيار، فلو ثبت الخيار لارتفع وجوب الوفاء فلزم ارتفاع وجوب القبض؛ لاستحالة انفكاك المعلول عن العلة، فإذا ارتفع وجوب القبض ارتفع الخيار لنفس السبب، فيلزم من وجود الخيار عدمه.

ولا أثر له، وقد ثبت وجود الأثر فلا يلزم هذا المحذور[١].

هذا هو تقريب المحقق الحائري قدس سره لإثبات الخيار من حين العقد، والإنصاف أنه ليس فيه إضافة على ما أفاده الشيخ قدس سره؛ -فإنه بعد قوله: (أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاء)- قال: (ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحوق القبض المملّك)[٢].

وقد استفاد المحقق الأصفهاني قدس سره من ما أفاده الشيخ قدس سره في هذه العبارة فحاول رفع إشكال لغوية الخيار قبل القبض بهذا البيان: إن للخيار -مع غض النظر عن دلالة الآية على وجوب القبض- أثراً زائداً، به ترتفع اللغوية من البين، وتقريبه: أنه لو لم يكن للمتعاقدين حق الخيار فليس لهما بعد العقد إلا إبطاله بالتفرّق، وأما إذا كان لهما حق الخيار فهو سلطنة على حل العقد مع عدم التفرّق، فلهما إعمالها قبل التفرّق، وهذا أمر آخر غير إبطاله بالتفرق، فما كان موجوداً في عقد الصرف هو الإبطال القهري للعقد بالتفرّق، وما يحصل من جعل الخيار حق حلّ العقد قبل التفرّق، فللخيار إثر فيندفع الإشكال[٣].[٤].

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٤٥.
(٢) المكاسب ٥: ٤٩.
(٣) حاشية المكاسب ٤: ٩٣.
(٤) قال بعض حضار مجلس الدرس بما حاصله: أن السلطنة على حل العقد قبل التفرق وإبطاله بالتفرق أمران بالدقة الفلسفية، وأما عند العرف فهما واحد، والأحكام تدور مدار ما عند العرف لا بحسب الدقة الفلسفية.
فأجاب شيخنا الأستاذ دام ظله: بأنهما اثنان بالدقة العرفية لا الفلسفية، وفرق بين عدم المسامحة العرفية وبين الدقة الفلسفية، فكل فرد من أفراد العرف ممن لا ربط له بالفلسفة يدرك الفرق بين من له حق حل العقد قبل التفرق، وبين من لا حق له في حله وإنما له أن لا يقبض العوض للآخر إلى ان يحصل التفرق ويبطل العقد.

فكلا العلمين -قدس سرهما- قد استفادا مما أفاده الشيخ قدس سره وجعلاه وجهاً لتصحيح الخيار، ولكن في قوله قدس سره: (ففي أثر الخيار خفاء) نكتة مهمة قد أغفلاها، وفيها ما يكون جواباً عنهما.

ولكن ما نحتاج إليه فعلاً الإمعان في هذه الجهة: هل الأثر في العقود الجائزة مطلقاً منحصر في إيجاد المانع عن الشرط فقط كالتباطؤ عن القبض إلى حين التفرق حتى يبطل العقد، أو لها أثر آخر غير ذلك؟ فمثلاً الهبة عقد جائز والقبض شرط في صحته، فما لم يحصل لا تقع صحيحة، فهل ينحصر طريق الواهب لعدم إتمام الهبة في عدم القبض فتبطل لأجله، أو له طريق آخر لرفع الهبة؟

والحق أن له أيضاً أن يعرض عن الهبة، ويرجع عن قوله فينحلّ العقد لأجل ذلك، لا لعدم القبض، وتخرج الهبة به عن تأهلها للحوق القبض.

فللمتعاقدين في العقود الجائزة مطلقاً الإعراض عن المنشأ، وبه ينحل العقد، وعليه ففي ما نحن فيه يكون للمتعاقدين في عقد الصرف والسلم طريق آخر لحل العقد قبل القبض، غير الانتظار إلى أن يتفرقا بدون القبض ليبطل العقد، وهو الإعراض عن المنشأ ورفع كل منهما يده عن ما التزم به قبل القبض، وبه ينحل العقد، وترتفع صحته التأهلية وقابليته للحوق القبض، وإذا ثبتت هذه الحيثية للمتعاقدين اندفع كلا قولي العلمين أعلى الله مقامهما؛ لأن جعل الخيار لم يضف شيئاً جديداً حينئذ.

نعم، لو انحصر حل العقد بالإبطال القهري الحاصل بالتفرق قبل القبض لتمّ كلامهما -قدس سرهما- وأما مع إمكان حلّه بالإعراض عن المنشأ ورفع اليد عن قولهما وما التزما به فلا يتم كلامهما؛ إذ بحلّه به ترتفع الصحة التأهلية

فلا يكون لجعل الخيار أثر؛ إذ أثره ينحصر في رفع الصحة التأهلية وهو حاصل بدونه، وبهذا تظهر النكتة الدقيقة في تعبير الشيخ ﷺ: (في أثر الخيار خفاء).

كلام السيد ﷺ في المقام ورده

وقال السيد اليزدي ﷺ: (ويمكن أن يقال: لا يعقل الخيار في المقام؛ إذ هو ملك فسخ العقد، والفسخ إنما يتعلق بالعقد الصحيح، والمفروض أن الصحة موقوفة على التقابض، فقبل وجوده لا يتحقق موضوع الفسخ)[1].

ويرد عليه: أن موضوع الخيار «البيعان»، وتحقق البيع قبل القبض؛ لأن القبض يرد على البيع، نعم خرج منه البيع الفاسد، وأما البيع الذي تم المقتضي للصحة فيه وإن لم يتحقق الشرط فمشمول لإطلاق الدليل بلا مانع، فيترتب عليه الحكم بالخيار، وبالفسخ يرتفع موضوع القبض.

ثم قال ﷺ في آخر كلامه: (هذا ولكن التحقيق معقولية الفسخ؛ لأن أثره رفع الأهلية عن العقد، وهي غير موقوفة على التقابض، بل حاصلة فعلاً حتى مع عدم حجيته أصلاً؛ إذ هو إنما يكشف عن البطلان من الأول، بمعنى التأثير في النقل والانتقال فعلاً، لا البطلان بمعنى عدم الأهلية، ولذا يعقل في عقد الفضوليين قبل الإجازة ولو قلنا بكونها ناقلة، وإنما لم نقل بثبوت الخيار لهما من جهة الانصراف.

نعم لو قلنا: إن الفسخ بمعنى رفع الأثر المترتب على المعاملة فعلاً بحيث تحقق موضوع الوفاء ولو على سبيل الجواز بأن يجوز الوفاء لم يمكن تحققه قبل تمامية شرايط الصحة، فتدبر).

---

(١) حاشية المكاسب ٢:.

ويرد عليه أيضاً: أن تأثير العقد متفرع على أن يكون موضوع الفسخ متحققاً، ومع التزامه بأن الفسخ إنما يتعلق بالبيع الصحيح، والصحة موقوفة على التقابض، فقبل وجود التقابض لا يتحقق موضوع الفسخ حتى يكون معقولاً لوجود الأثر له.

بيان الحق في الاستدلال بالآية

هذا تمام الكلام في هذه الجهة، فيبقى الكلام في أصل استدلال الشيخ قدس سره بالآية على وجوب القبض حتى يكون للخيار أثر فيصح جعله، فهل هو -على فرض قبول جواب السيد قدس سره عن الإشكال- تام أو لا؟

والحق عدم تماميته، وبيان ذلك: أن في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مبنيين:

أحدهما: أنها بنحو القضية الحقيقية، فتكون ناظرة إلى كل عقد يقع، سواء أكان ثابتاً في الشريعة من السابق أم مستحدثاً، وعلى هذا الأساس تصحح العقود التي لم يسبق وجودها ولم تكن معلومة التشريع من السابق، أي تشمل العقود التي لا ينطبق عليها عنوان البيع أو الصلح أو غيرهما مما عرفت مشروعيته من السابق، كما في عقد التأمين في الزمن الحاضر، وإن أرجعناه في المسائل المستحدثة إلى العقود السابقة[1]، ولكن لو لم يرجع إلى أحدها فهو مشمول -على هذا المبنى- لآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

والمبنى الآخر: أنها ناظرة إلى خصوص العقود المعهودة الثابتة في

(١) أفاد السيد الخوئي رحمه الله في مستحدثات المسائل ما لفظه: (يجوز تنزيل عقد التأمين -بشتى أنواعه- منزلة الهبة المعوضة)، وعلّق سماحة الأستاذ - دام ظله - بقوله: (كما يجوز تنزيله على الصلح أو أن يكون عقداً مستقلاً)، المنهاج ٢: ٤٤٦.

الشريعة، ولا تشمل العقود المستحدثة.

وعلى كلا المبنيين فموضوع الآية -بالنسبة إلى العقود الشرعية المعهودة- هي العقود المشرّعة، فهي واردة على البيع والصلح والمزارعة.. وهكذا، فلا محالة ينحل عمومها إلى قضايا متعددة: يجب الوفاء بالبيع، والصلح وهكذا، فيكون موضوع الآية في ما نحن فيه هو البيع كما هو ظاهر، فيأتي السؤال: هل البيع الذي هو موضوع وجوب الوفاء بالعقد هو البيع قبل ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أو هو بعدها؟ لا يخرج الأمر عن أحد هذين، ولا ثالث في البين.

ولا يعقل أن يكون الموضوع هو البيع المطلق، ولا بشرط من ناحية ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وإلا يلزم وجوب الوفاء بالعقد الفاسد، وهو لازم فاسد، فيتعين أن يكون الموضوع هو البيع الذي أحله الله تعالى، فما لم يكن البيع موضوعاً لـ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لا يكون موضوعاً لـ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وبيع الصرف والسلم قبل تحقق القبض ليس موضوعاً لـ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فلا يكون موضوعاً لـ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فشمول آية الوفاء للعقد قبل الشرط -وهو القبض- مستلزم لعمومها للبيع الذي لم يقع موضوعاً لـ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وهو تالٍ فاسد، فالمقدم مثله.

والحاصل: أن بيع الصرف والسلم قبل القبض غير مشمولين لآية وجوب الوفاء بالعقود، فينتفي وجوب القبض من ناحيتها، وإذا انتفى بطل الخيار.

فالحق في المسألة -بعد النقض والإبرام وبيان نظريات الأعلام قدست أسرارهم- أن مبدأ الخيار في بيع الصرف والسلم من حين القبض لا من حين العقد، بخلاف سائر البيوع، فإن مبدأه فيها من حين العقد.

فرع: في مبدأ الخيار للمالكين في عقد الفضولي

قال الشيخ قدس سره في ذيل كلامه السابق: (ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين -على القول بثبوت الخيار لهما- من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد)[1].

تحليل كلام الشيخ قدس سره

وفي كلامه أربعة مطالب:

المطلب الأول: أنه ظهر مما تقدم أن مبدأ الخيار للمالكين من حين الإجازة، وظهر وجه ذلك، ووجه الظهور ما ذكره الشيخ قدس سره من كون البيع علة تامة للخيار، ولا يتصف المالك المجيز بعنوان البيّع والعاقد إلا بعد الإجازة، وأما قبلها فلا يتصف بهما؛ لعدم صدقهما عليه إلا بعد انتساب البيع والعقد إليه، ولا ينتسبان إليه إلا بعد إجازته، وقد حققنا سابقاً أن المراد من ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أوفوا بعقودكم، ولا تتحقق هذه الإضافة إلا بعد الإجازة.

المطلب الثاني: أن الأمر -على القول بالنقل- واضح؛ لأن الإجازة ناقلة؛ فعندها يتصف المجيز بكونه بيّعاً وعاقداً.

المطلب الثالث: أن في المسألة -على القول بالكشف- وجهين: ثبوت الخيار من حين العقد، وثبوته من حين الإجازة، والوجه في الأول يتضح بملاحظة أمور ثلاثة:

الأول: أن الملكية -بناء على الكشف- تتحقق من حين العقد، ولهذا

(١) المكاسب ٥: ٥٠.

صارت الإجازة كاشفة.

الثاني: أن الملكية عين التمليك حقيقة وواقعاً، وإنما الاختلاف بينهما اعتباري؛ لأن النسبة بينهما نسبة المصدر واسمه.

الثالث: أن البيع هو تمليك عين بعوض.

فبملاحظة هذه الأمور الثلاثة يتضح وجه ثبوت الخيار من حين العقد بناء على الكشف.

ولكن هذا الوجه غير وجيه؛ لأن إضافة البيع للبائع أو للمجيز أمر تكويني لا اعتباري، وأما الملكية فهي أمر اعتباري، فيمكن اعتبار الملكية من حين العقد شرعاً وعقلاء وإن حصلت الإجازة متأخرة بناء على الكشف، ولكن اعتبارها من حين العقد لا يستلزم كون المجيز بيّعاً من حينه، بل لا يصدق عليه البيّع إلا من حين انتساب البيع إليه، وهو لا ينتسب إليه إلا من حين الإجازة.

وهذا هو الوجه في إشكال الشيخ قدس سره، وبه يظهر وجه ثبوت الخيار من حين الإجازة لا العقد حتى على القول بالكشف.

المطلب الرابع: قوله: بناء على القول بثبوت خيار المجلس للمالكين المجيزين؛ فإنه يشير إلى إشكال في أصل ثبوت الخيار لهما بعد الإجازة، والوجه فيه: أن موضوع الخيار بمقتضى «البيعان بالخيار» هو البيّع، فلا بد أن يصدق عنوان البيّع على ذي الخيار، والمجيز إنما هو مجيز للبيع، فيستحيل أن يتصف بعنوان البيّع.

ووجه الاستحالة: أن الإجازة من المفاهيم ذات التعلق، فهي تتقوم بالمجاز، فلا بد أن يكون المجاز موجوداً في الرتبة المتقدمة وإلا لم تعقل

الإجازة، فمفهوم الإجازة يقتضي أن يتحقق البيع قبلها، فإذا كان المجيز يتصف بعنوان البيّع بالإجازة، والبيّع من أوجد البيع، فلازمه أن يتحقق البيع بالإجازة، فيلزم أن تكون الإجازة المتوقفة على البيع محققة له، وهو محال.

كلام السيد اليزدي قدس سره في المقام ومناقشته

هذا ما أفاده الشيخ قدس سره في هذه الأسطر القليلة، وقد أوضح السيد اليزدي قدس سره كلامه في نقطة وأضاف مطلبين آخرين.

أما إيضاحه لكلام الشيخ قدس سره فهو إيضاح لقوله: «ومما ذكرنا يظهر..»، فقد قال في توضيحه: (وذلك لأن مبدأ الخيار وإن كان من حين العقد، إلا أن العقد لا يصير عقداً إلا بعد الإجازة، فمبدأ عقدهما أول زمان الإجازة، وإلا فهو قبلهما غير مربوط بهما ولو على القول بالكشف، فلا يعقل مالكية الفسخ قبلها بالنسبة إليهما)[1].

وأما المطلبان اللذان أضافهما فهما:

الأول: معقولية ثبوت الخيار للفضوليين.

الثاني: بيان وجه ثبوته للمالكين قبل الإجازة.

أما **الأول** فهو وإن لم يذكر له وجهاً إلا أنه قدس سره من الفقهاء المتبحرين فلا بد من البحث عن وجه لكلامه فنقول:

إن الوجه فيه: أن المراد من البيع في «البيعان بالخيار» هو نفس المراد من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، والمراد من البيع في الآية هو البيع العرفي بالضرورة؛ لعدم معقولية أن يكون موضوع ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ﴾ هو البيع

(١) حاشية المكاسب ٢: ٤٠١.

الشرعي، وإلا يلزم أخذ الحكم في موضوعه، وعندما يكون المراد من البيع هو البيع العرفي، فالمراد من البيّع هو العرفي أيضاً، والذي أنشأ البيع عرفاً وقام بالعقد وتولى طرف الإيجاب والقبول المحققين للبائع والمشتري عرفاً هما الفضوليان، كما يشهد له أن الإجازة والإمضاء والإنفاذ في بيع الفضولي متعلق بنفس إنشائهما، فيكون لهما الخيار قهراً.

وأما **الثاني** فوجهه: أن العقد الحاصل من الفضولي ورد على مال المالك، فهو تصرف فيه عرفاً وإن كان اعتباراً، فبمقتضى ذلك يكون للمالك الحق في أن يفسخ العقد قبل الإجازة؛ لإسقاطه عن الأهلية.

وكلاهما مخدوشان:

أما **الأول**؛ فلأن الموضوع في الآية وإن كان هو البيع العرفي إلا أن الموضوع إذا كان مطلقاً وقيّد ولو بالمنفصل لا يبقى -بحسب الإرادة الجدية- على إطلاقه، بل يكون موضوع الحكم حينئذ هو المقيّد، فلو ورد: أكرم العلماء، ثم ورد في دليل منفصل: وليكونوا عدولاً؛ فإن موضوع وجوب الإكرام جداً هم العلماء العدول، ولا يعقل أن يكون موضوع الحكم بالإرادة الجدية هو ما قبل التقييد، وهو المطلق، ولهذا كان الحكم العام في العمومات المقيدة بمنفصل ظاهراً في العموم وليس حجة فيه، بل الحجية في حد الإرادة الجدية تتوقف على التقييد.

والموضوع في ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾ وإن كان ظاهراً في البيع العرفي بمقتضى الدلالة الاستعمالية، ولكن بعد أن ورد التقييد بكون البيع من البالغ، وعدم الغرر فيه، وتحقق القبض في بيع الصرف، لا يعقل أن يكون الموضوع بالإرادة الجدية هو نفس الموضوع قبل التقييد، بل المراد الجدي لموضوع

الحكم بالحلية هو الموضوع المقيد، وعليه لا يعقل الخيار للفضولي؛ لأن الخيار إنما يكون في البيع الواقع موضوعاً لـ﴿أَحَلَّ﴾، والواقع موضوعاً لها هو البيع المستند للمالك لا البيع الصادر من الأجنبي.

وأما **الثاني**؛ فلأن فيه: **أولاً** -وهو العمدة-: أن الفسخ هو حلّ العقد، فحق الفسخ سلطنة على حلّه، وكل مِنْ ملك حلّ العقد وإبرامه يحتاج إلى دليل، وغاية ما قام عليه الدليل في بيع الفضولي بالنسبة لصاحب المال هو ملك الإجازة والرد، وأما حق فسخ العقد فلا دليل عليه.

وثانياً: أن مجرد إنشاء البيع من الفضولي لا يعد تصرفاً في مال الغير عرفاً، والموضوع في الأدلة هو عنوان التصرف كما في التوقيع الشريف: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير بإذنه»[1] ومادة الصرف والتصرف والتصريف في مال الغير لا تشمل مجرد الإنشاء الواقع عليه، ولا قيمة لهذا الاعتبار، ولا يعد مزاحماً لسلطنة المالك، ولهذا لو اعتبر نفسه سلطاناً وقال ألف مرة: أنا سلطان، لم يعدَّ تصرفاً في سلطنة السلطان ولا مزاحماً له.

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

مسقطات خيار المجلس

وهي أربعة:

الأول: اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

الثاني: إسقاطه بعد العقد.

الثالث: افتراق المتبايعين.

الرابع: التصرف في العوضين.

فيقع الكلام في مسائل:

المسألة الأولى: في اشتراط سقوطه في ضمن العقد

أدلة المسقط الأول

وقد ذكر الشيخ ﷺ وجوهاً ثلاثة لإثباته: الإجماع، والكتاب، والسنة.

أما الإجماع فمحصلاً ومنقولاً؛ حيث قال: (لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن الغنية[1]:

---

(١) غنية النزوع لابن زهرة الحلبي: ٢١٧. قال ﷺ: (ولا يسقط -خيار المجلس- إلا بأحد أمرين: تفرق وتخاير، فالتفرق: أن يفارق كل واحد منهما صاحبه بخطوة فصاعداً عن إيثار، والتخاير على ضربين: تخاير في نفس العقد، وتخاير بعده ; فالأول أن يقول ←

الإجماع عليه)[١].

الاستدلال بالكتاب ومناقشته

وأما الكتاب فبقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بهذا التقريب: إن الشرط في ضمن العقد جزء منه؛ فإن العقد عنوان ينطبق على الإيجاب والقبول والالتزامات التي في ضمنه، ومقتضى الآية وجوب الوفاء بالعقد بجميع أجزائه التي منها اشتراط سقوط الخيار، بلا فرق بين كون الأمر في الآية إرشاداً إلى اللزوم، وبين كونه تكليفاً بالوفاء بالعقد، إلا أنها -على القول بالإرشاد- تدل على لزوم الشرط بالمطابقة، وعلى القول بالحكم التكليفي تدل عليه بالملازمة؛ فإن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد وما يتضمنه تكليفاً بنحو مطلق ملازم للزوم العقد وما يتضمنه، فيكون الشرط محكوماً بحكمين: وجوب العمل به تكليفاً، ونفوذه وضعاً[٢].

وأورد عليه الشيخ ﷺ: بأن دليل الخيار أخص من الآية فيخصَّص به

البائع: بعتك بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس، فيقول المشتري: قبلت، و الثاني أن يقول أحدهما لصاحبه في المجلس: اختر، فيختار إمضاء العقد. يدل على ذلك إجماع الطائفة).

(١) المكاسب ٥: ٥١.

(٢) استدل به وبما قبله وبما بعده صاحب الجواهر ٢٣: ١١ـ ١٢، حيث قال: ((و) كذا (يسقط) الخيار (باشتراط سقوطه) منهما أو من أحدهما، بلا خلاف أجده فيه، بل في الغنية الإجماع عليه؛ لأصالة اللزوم مع الشك في تناول الأدلة له، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وصحيح «المؤمنون عند شروطهم» الذي هو أرجح مما دل على الخيار من وجوه، فيحكم عليه وإن كان التعارض من وجه).

وإليه يشير الشيخ بقوله: وقد يتخيل معارضته لعموم أدلة الخيار ويرجح على تلك الأدلة بالمرجحات، وهو ضعيف....، ونحوه في الضعف التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

عمومها؛ فإن المستفاد من الآية نفوذ الشرط ولزومه سواء أكان العقد مشتملاً على الخيار أم لا، وسواء أكان العقد عقد بيع أم غيره، و«البيعان بالخيار» -وإن كان مطلقاً من جهة ثبوت الخيار في البيع، سواء أشترط في ضمنه سقوط الخيار أم لا- إلا أنه أخص من جهة اختصاصه بالبيع، فيتعارض الدليلان؛ حيث إن نتيجة إطلاق الآية نفوذ الشرط، ونتيجة إطلاق الدليل عدم نفوذه، وإطلاق الخاص مقدم على العام[1].

الاستدلال بالسنة

وأما السنة فبعموم الحديث المستفيض: «المؤمنون -أو المسلمون- عند شروطهم»[2]، ولم يبيّن الشيخ ﷺ وجه الاستدلال به، ولعله أوكله إلى أهله، وعلى كل فالاستدلال به في المقام يتوقف على تمامية المقتضي وعدم المانع.

أما المقتضي فتماميته بتمامية الإطلاق في دليل الشرط بحيث يشمل شرط النتيجة والفعل؛ فإن الشرط على قسمين: شرط الفعل كأن يكون الشرط في البيع إسقاط الخيار، وشرط النتيجة كأن يكون الشرط سقوط الخيار، أما الأول فداخل في أدلة الشروط بلا إشكال، وإنما الكلام في الثاني فقد وقع فيه الخلاف، فلا بد أن يثبت شموله له حتى يتم الاستدلال.

في المعارضة بين دليل الخيار ودليل الشرط

وأما عدم المانع فينبغي ملاحظة المعارضة بين دليل الشرط وهو

---

(١) المكاسب ٥: ٥٢.

(٢) الوسائل، الباب٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث:٤، والباب٦ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢، ٥.

«المؤمنون عند شروطهم»، ودليل الخيار «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»؛ فإن النسبة بينهما نسبة العموم من وجه؛ حيث ينفرد الأول في الشرط في ضمن عقد غير البيع، وينفرد الثاني في البيع بدون شرط، ويجتمعان في البيع المشروط بسقوط الخيار، فيتعارضان فيه؛ فإن مقتضى دليل الخيار بطلان الشرط، ومقتضى دليل الشرط صحته، وعند التعارض ينبغي أن يقع البحث في وجود المرجحات وعدمها، فيأتي الإشكال من جهة أن دليل المرجحات هل يشمل التعارض بالتباين وبالعموم من وجه، أو ينحصر في خصوص ما إذا كان بين الدليلين تعارض بالتباين؟

فإن قلنا بأن أدلة المرجحات لا تشمل التعارض بالعموم من وجه ففي هذه الحالة يسقط الدليلان وتصل النوبة إلى الأصل العملي فيبحث لتشخيصه.

وإن قلنا بشمولها لمورد العموم من وجه فلا بد من البحث عن وجود المرجح لأحد الطرفين وعدمه.

جهات البحث عند الشيخ قدس سره

وقد بحث الشيخ هذه النقطة من جهات ثلاث:

الجهة الأولى: في عدم المرجح: فقد ذهب قدس سره إلى فقدان المرجح على فرض التعارض، أما فقد المرجح السندي؛ فلأن في كلا الطرفين روايات صحيحة سنداً ومستفيضة عدداً، فلا رجحان لأحدهما على الآخر من هذه الجهة.

كما لا رجحان من جهة الدلالة، وأما موافقة دليل الشرط لعمل الأصحاب -كما يشهد به نفي الخلاف عن سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه وإجماع الغنية- فإنما يكون مرجحاً إذا كشف عن قرائن أوجبت ذلك، وأما مع عدم استكشاف أمر زائد على محل النزاع فلا يكون مرجحاً وإلا لزم الدور.

بيان ذلك: أن مستند الأصحاب لنفوذ شرط سقوط الخيار منحصر في عموم «المؤمنون عند شروطهم» كما يظهر من كتبهم، فيكون عملهم منتهياً إليه لا إلى شيء آخر، والمفروض أنه مبتلى بالمعارض، ومقتضى القاعدة التساقط، فترجيحه بعمل الأصحاب دوري؛ لأن عملهم كان متوقفاً على الحديث، فصار الحديث موقوفاً على عملهم.

الجهة الثانية: في عدم المعارضة بين الدليلين من أصل؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن أدلة الخيار لا تصلح لمعارضة دليل الشروط؛ لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار في أصل الشرع، فلا تنافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط، وإن كان بين الدليلين عموم من وجه، فالمقام نظير دليل إباحة شرب الماء ودليل حرمة الغصب؛ فإنه لا معارضة بينهما مع أن النسبة بينهما نسبة العموم من وجه؛ إذ الماء يكون مغصوباً وغير مغصوب، والمغصوب يكون ماء وغير ماء، ولكن دليل حلية شرب الماء ناظر إلى الماء في نفسه وبغض النظر عن العناوين الطارئة عليه، فلا يتكفل لحالة الاجتماع، فلا يتنافى مع كونه حراماً لكونه مغصوباً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن دليل الخيار يثبت الخيار للبيع في نفسه بغض النظر عن العناوين الطارئة كاشتراط سقوطه، فلا ينافي سقوط الخيار بواسطة الشرط.

الوجه الثاني: أن التعارض في العامين من وجه إنما يستقر لو لم يكن أحدهما حاكماً على الآخر، وأما مع حكومته عليه فلا تعارض بينهما أصلاً، ودليل الشروط حاكم على دليل الخيار، وذلك لأمرين: أحدهما داخلي والآخر خارجي:

أما **الأمر الأول** فهو: أن التأمل في دليل الشرط يقضي بأن وزانه بالنسبة إلى دليل الخيار والأدلة الأولية وزان دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد بالنسبة

إلى الأدلة الأولية، فكما أنه لا تعارض بين الأدلة الأولية الحاكمة بالإباحة وبين دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد؛ لأن عنوان النذر والعهد مغير للحكم الواقعي وناظر إليه، فكذلك لا تعارض بين أدلة الأحكام الأولية وأدلة الشروط، وأحد الأحكام الأولية خيار المجلس.

فنسبة «المؤمنون عند شروطهم» إلى «البيعان بالخيار» نسبة «لا ضرر» و«لا حرج» إلى الأدلة الأولية.

وأما **الأمر الثاني**: فاستشهاد الإمام عليه السلام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الأحكام الأولية؛ فإن معناه تقديم دليل الشرط على أدلة الأحكام الأولية.

منها: صحيحة مالك بن عطية، عن سليمان بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدَّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»[1].

فإن مقتضى الحكم الأولي هو أن للزوجة -إذا صارت حرة- الخيار في فسخ زوجيتها من زوجها العبد، ولكن لما اشترط ابن الزوج أن لا يكون لها الخيار على أبيه إن هو أعانها على أداء مال المكاتبة قال الإمام عليه السلام: «لا يكون لها الخيار»، واستشهد بدليل الشروط «المسلمون عند شروطهم»، وهذا يعني أنه حاكم على أدلة الأحكام الأولية.

---

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب المكاتبة، الحديث ١.

فتحصل إلى هنا: أن مقتضى الدليل الداخلي والخارجي حكومة دليل الشروط على دليل الخيار، فلا تعارض بينهما[١].

---

(١) لا بأس بنقل ما ذكره الشيخ رحمه الله في بحث الشروط لبيان الشرط المخالف للكتاب والسنة من غيره مما يفيد في المقام لرفع التعارض تكميلاً للبحث، قال في كتاب المكاسب ٦: ٢٦ - ٢٨: (م إن المراد بحكم الكتاب والسنة -الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له- هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغيره بالشرط لأجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارٍ عليه، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. ومثال ذلك أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها، حيث إن جواز الفعل والترك إنما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم، فإن الشرع قد دل على إباحته في نفسه، بحيث لا ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده.

وقد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له، وهذا نظير أغلب المحرمات والواجبات، فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق، لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع، إلا عن بعض العنوانات كالضرر والحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج والضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب؛ إذ المفروض أنه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة وبين دليل الالتزام بالشرط ووجوب الوفاء به.

وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسنة.

ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول، كترك التزويج وترك التسري، فإنهما مباحان من حيث أنفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف والشرط وأمر السيد والوالد.

وحينئذ فيجب إما جعل ذلك الخبر كاشفاً عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع

←

الجهة الثالثة: في دفع الموانع عن مختاره، فقد تعرض الشيخ قدس سره إلى دفع الموانع عنه وهي ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: أن الشرط الذي يجب الوفاء به هو الشرط في ضمن عقد لازم، وأما الشرط في ضمن عقد جائز فليس بلازم؛ لأن الشرط من توابع العقد؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، والفرع لا يزيد على أصله، فإذا كان الأصل جائزاً فالفرع مثله، وقد قلنا سابقاً: بأن ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ تشمل العقد ومتعلقاته، والشرط في ما نحن فيه شرط في ضمن عقد جائز؛ لأن المراد من العقد الجائز أعم من الجائز بالذات كالهبة، والجائز بالعرض كالبيع الخياري، والبيع في الفرض خياري؛ لأنه لولا شرط سقوط الخيار لكان لهما خيار المجلس، فشرط السقوط شرط في ضمن عقد جائز فلا يجب الوفاء به.

ولو أريد أن يكون هذا العقد الجائز لازماً فلا طريق له إلا هذا الشرط، فبشرط سقوط الخيار يتحوّل أو يخرج هذا البيع الخياري من كونه خيارياً إلى كونه لازماً، فيلزم الدور؛ لأن لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فإذا توقف لزوم العقد على لزوم شرط سقوط الخيار لزم الدور المحال.

من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط وإن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم.

وإما الحمل على أن هذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة؛ إذ الكتاب دال على إباحتها وأنه مما لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل...، إلى أن قال في ص٢٩:

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا: من انقسام الحكم الشرعي إلى القسمين المذكورين وأن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول، وإنما الإشكال في تميز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات.

الإشكال الثاني: أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وهذا ما يحتاج إلى توضيح؛ فإن لمقتضى العقد اصطلاحين:

أولهما: ذات المنشأ، فيجب أن لا يكون الشرط مخالفاً لذات المنشأ كأن يقول: بعتك الكتاب بشرط عدم الثمن، فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، أي مخالف لذات المنشأ وهو البيع؛ لأن البيع تمليك عين بعوض.

ثانيهما: ما يقتضيه العقد ويترتب عليه من الأحكام والآثار.

والمراد به في المقام الاصطلاح الثاني لا الأول؛ فإن شرط عدم الخيار ليس مخالفاً لذات العقد، وإنما هو مخالف لما يقتضيه العقد من الأحكام؛ فإن من أحكام البيع خيار المجلس، فشرط عدمه مخالف لهذا الحكم، ويرجع لباً إلى الشرط المخالف للسنة فيكون باطلاً.

الإشكال الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط: من أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب؛ وهو باطل ثبوتاً وإثباتاً؛ أما ثبوتاً فلأن الإسقاط فرع الثبوت؛ فإن مفهومه متقوم بكون ما يراد إسقاطه ثابتاً، ولا يتعقل بدونه، فما لم يتحقق البيع لم يحصل خيار المجلس حتى يشترط سقوطه في ضمن البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله، وأما إثباتاً فلأن الإجماع والاتفاق القطعي على أن ما لم يجب غير قابل للإسقاط[1].

---

(١) حكاه العلامة في التذكرة ١١: ٢٢، فقال: (واختلفت الشافعية في ذلك على طريقين: أحدهما: أن هذا الشرط لا يصح قولاً واحداً؛ لأنه خيار يثبت بعد تمام العقد، فلا يسقط بإسقاطه قبل تمام العقد، كخيار الشفعة)، وراجع المغني لابن قدامة ٣: ٥٦٨.
ولا يخفى أن بيان الإشكال بالصورة الفنية التي في المتن من الشيخ قدس سره وبإضافة من الشيخ الأستاذ دام ظله.

والمراد من عدم الوجوب هنا عدم الثبوت، لا عدم الوجوب الشرعي كما لا يخفى.

وأما الجواب عن هذه الموانع فقد أفاد الشيخ ﷺ في ذلك:

أما **الإشكال الأول** فالجواب عنه: أن الشروط الخارجة عن عموم «المؤمنون عند شروطهم» قسمان، **أحدهما**: الشروط الابتدائية غير المرتبطة بالتزام آخر وحالها حال الوعد، وهي خارجة تخصصاً؛ لأن معنى الشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، ولم تشترط في ضمن التزام آخر حسب الفرض.

والآخر: الشروط غير الابتدائية في ضمن عقد جائز، بشرط جواز ذلك العقد بقاء، كالشرط في ضمن عقد المضاربة والوديعة والعارية؛ فإن هذا الشرط تابع، والمتبوع جائز حتى بعد الشرط، فيكون الشرط جائزاً بالتبع؛ لأن الحكم بلزومه مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان؛ لأن الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به.

وأما ما نحن فيه فالشرط شرط سقوط الخيار، ولزوم العقد يحصل بنفس هذا الشرط، بمعنى أن نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به، لا التزام آخر مغاير لالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز، ومنه يظهر الجواب عن الدور أيضاً؛ لأن لزوم الشرط ليس بالعقد، بل بمقضى عموم وجوب الوفاء بالشرط.

وأما **الإشكال الثاني** -وهو العمدة- فللشيخ ﷺ جوابان مختلفان عنه حتى قال المحقق الإيرواني ﷺ في المقام: بأن الشيخ ﷺ قد رجع عن مبناه

إلى غيره[١]، ولكن سيتضح أن كثيراً من الإشكالات التي أوردت على الشيخ قدس سره أخذت منه وأوردت عليه، وأنه قدس سره إنما ذكر الجوابين تنزلاً لا فراراً.

وكيف كان **فالجواب الأول** للشيخ قدس سره: أن دليل «البيعان بالخيار» يثبت الخيار للبيع في حد نفسه، ودليل «المؤمنون عند شروطهم» يصحح شرط سقوط الخيار بلحاظ مرتبة ما بعد الشرط، فلا تنافي بينهما قطعاً، فهو من قبيل ما قدَّمناه من مثال حلية شرب الماء؛ فإن الدليل يثبت حلية شربه في حد نفسه، أي أن الماء في حد نفسه مما يجوز شربه، لا بلحاظ أنه مباح أو مغصوب، فلا يتنافى مع دليل حرمة الغصب حتى في الماء؛ لأن التنافي بينهما يتوقف على أن يكون لدليل حلية شرب الماء إطلاق حتى في صورة غصبية الماء، وهذا الإطلاق منتف قطعاً، فعندما يكون الدليل ناظراً إلى الموضوع في حدّ نفسه، ولا نظر له إلى العناوين المتأخرة المزاحمة لا يكون للمنافاة مع الحكم الإلهي معنى؛ لعدم الحكم حتى ينافيه الشرط.

وهذه قضية عرفية؛ فإنه عندما تلقى إلى العرف العام هذه القضية: (شرب الماء حلال) لا يفهم منها العرف أنه حلال حتى لو كان مغصوباً أو مسروقاً، بل يفهم حليته في نفسه وما دام الموضوع هو الماء، وأما مع تبدل الموضوع إلى كونه ماء مغصوباً فلا، والخيار بالنسبة إلى البيع على وزان الحلية بالنسبة إلى شرب الماء، لا نظر له إلى الجهات الطارئة كالشرط.

الجواب الثاني: أن مقتضى الجمع بين دليل الخيار، وبين دليل الشرط هو كون العقد مقتضياً لا تمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً، وأشار إليه

(١) حاشية المكاسب، الخيارات:١١، وإليك نصه لعدم خلوه من الفائدة: (فإن إنكار الإطلاق في دليل الخيار في غاية الضعف وخلاف ما بنى المصنف كلامه عليه إلى هنا، وهذا أول رجوعه عن ذلك المبنى).

بقوله: مع أن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً لا تمام العلة.

ثم أورد الشيخ ﷺ على نفسه: بأنه إذا حملنا جميع أدلة الأحكام على أنها لبيان ثبوت الحكم في أصل الشرع حتى لا تتنافى مع دليل الشروط لا يبقى موضوع للشرط المخالف للكتاب والسنة، بل ولا للشرط المخالف لمقتضى العقد؛ لأن حكم الأمثال في ما يجوز وما لا يجوز واحد، فإذا حملنا دليل الخيار على أن المجعول هو ثبوت الخيار في أصل الشرع، فهو لا ينافي العنوان الطارئ كالشرط، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى ذات العقد ولا أحكامه، فيمكن الجمع بين بقية أدلة الأحكام ودليل الشروط بهذا الجمع أيضاً، فلا يبقى مورد لدليل كل شرط يخالف الكتاب والسنة فهو باطل، فيكون لغواً، وكذا ما يدل على بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد.

وأجاب عنه: بأن هذا البحث وإن كان محله في باب الشروط إلا أنا نقول ملخصاً: إن الخيار حق من الحقوق، والحق يفترق عن الحكم بأنه يقبل الإسقاط والتوريث، وأما الحكم فلا يقبلهما، ولهذا لما كان الجواز في الهبة حكماً لم يقبل النقل ولا الإسقاط، وبما أن الخيار حق مالي قابل للإسقاط والإرث لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه مخالفاً للكتاب ولا للسنة ولا لمقتضى العقد.

وأما **الإشكال الثالث** فالجواب عنه: أن المراد من الإسقاط لو كان إثبات المانع قبل تمامية العقد لكان من إسقاط ما لم يجب، ولكن المراد به إبطال المقتضي ورفعه من أساس، فلا يكون منه.

توضيح ذلك: أن الحق الذي يراد إسقاطه تارة يكون مقتضيه موجوداً

ومانعه مفقوداً، فإسقاط مثله إسقاط للحق الثابت، كخيار المجلس بعد تمامية العقد.

وأخرى يكون مقتضيه موجوداً كالخيار في أثناء العقد؛ فإنه حينئذ في حد الاقتضاء؛ لأن العقد مركب من الإيجاب والقبول، والإيجاب متقدم عليه، ففي حال تحقق الإيجاب وقبل تعقب القبول به يتحقق المقتضي للخيار، وإسقاط مثله يكون من إسقاط الشيء الذي لولا المانع لثبت، ولا يحتاج الإسقاط إلى أكثر من ذلك.

وثالثة يراد إسقاطه قبل تحقق العقد أصلاً، فهذا من إسقاط ما لم يجب.

وما نحن فيه من القسم الثاني؛ فإن المقتضي لتحقق الخيار موجود، وبهذا الشرط أوجد المانع عن تحققه، فهو إسقاط ما لولا شرط السقوط لكان موجوداً، وكل ما كان كذلك لا يكون من إسقاط ما لم يجب، فلا محذور فيه عقلاً، ولم يقم الإجماع على خلافه إثباتاً.

هذا مجموع كلامه رفع الله من مقامه، والنتيجة منه: عدم المعارضة بين دليلي الشرط والخيار، فلا حاجة إلى البحث عن المرجح.

التحقيق في المسألة:

وللتحقيق في المسألة وفي ما أفاده الشيخ قدس سره لا بد من التعرض لما أفاده الأعلام من بعده وملاحظة ما أوردوه عليه ومدى صحته، وقبل الشروع في البحث لا بد من ملاحظة التعارض بين دليل الشروط ودليل خيار المجلس، ومن تأسيس الأصل، وقد اتضح مما سبق أن رفع التعارض يتم بأحد طريقين:

أحدهما: عدم المقتضي للمعارضة أصلاً، وهو مختار الشيخ قدس سره.

والآخر: ترجيح دليل الشروط على دليل الخيار بعمل المشهور، وهو مختار بعض من تقدم على الشيخ قدس سره [١].

فلو لم يتم الطريقان وتمّت المعارضة فمقتضى القاعدة هو تساقط الدليلين والمرجع أصالة اللزوم؛ فإنه عقد من العقود إلا أنه أخذ فيه شرط سقوط الخيار، ودليلا الشرط والخيار قاصران عن إثباته ونفيه، فتنطبق عليه أدلة اللزوم من قبيل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢].

إذا اتضح الأصل في المسألة فليكن البحث فعلاً في الأدلة وهي:

الدليل الأول: الإجماع ونفي الخلاف.

ويظهر من عبارة الشيخ قدس سره أنهما من الأدلة على المسألة، حيث قال: (ويدل عليه قبل ذلك)، والمشار إليه نفي الخلاف وإجماع الغنية.

ولكن ما يرد على الشيخ قدس سره في هذا المجال: أنه قال -في الجواب عن تخيُّل معارضة «المؤمنون عند شروطهم» لعموم أدلة الخيار، وترجيحه على تلك الأدلة بالمرجحات-: (وموافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط كما يظهر من كتبهم)، فعمل الأصحاب لا أثر له في نظره؛ للعلم باستناده إلى دليل الشروط، فكيف يكون

---

(١) تقدم نقل كلام صاحب الجواهر في ذلك.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ - دام ظله - ببيان مني: بأن القاعدة في المتعارضين في نظركم هي التخيير فكيف قلتم هنا بالتساقط؟

فأجاب: بأن القاعدة هي التخيير في مورد المتعارضين بالتباين، وأما في مورد المتعارضين بالعموم والخصوص من وجه فالتمسك بأدلة التخيير في غاية الإشكال، وبحثه في محله.

الإجماع وعدم الخلاف دليلاً في المسألة فيقول: «ويدل عليه قبل ذلك»؟

ومع غض النظر عن هذه الجهة، فالإجماع في المقام مدركي أو محتمل المدرك؛ للقطع باستنادهم إلى دليل الشروط، أو لا أقل من احتمال استنادهم فلا حجية فيه.

الدليل الثاني: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقد تقدم الكلام فيها.

الدليل الثالث: حديث «المؤمنون عند شروطهم» -وهو العمدة في البحث- وعقدة المسألة في إشكال التعارض بينه وبين دليل الخيار وحلّه، وقد تقدم كلام الشيخ ﷺ في ذلك، فعلينا أن نلاحظ كلمات الأعلام، فإنها تحوم حول كلامه.

تحقيق المحقق الرشتي ﷺ لرفع التعارض

أورد المحقق الرشتي ﷺ على الشيخ ﷺ: بأن ما أفاده من أن دليل الخيار لبيان ثبوت الخيار في أصل الشرع وتقديم دليل الشرط عليه مصادرة على المطلوب وأخذ للدعوى في الدليل.

ثم أقام الدليل بصورة فنية، وحاصل كلامه: أن التعارض بين العامين من وجه في مورد الاجتماع إنما يكون إذا كان لكلا الدليلين عمومان: أفرادي وأحوالي -والمراد من العموم في المقام ما يشمل الإطلاق- وأما إذا كان لأحدهما عموم أفرادي إطلاق أحوالي دون الآخر فلا تعارض بينهما، بل يكون ما فيه العموم والإطلاق حاكماً على ما ليس فيه ذلك.

وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن لدليل الشروط عموماً أفرادياً وإطلاقاً أحوالياً، دون دليل الخيار؛ فإنه ليس فيه إلا العموم الأفرادي.

بيان ذلك: أن الأحكام المجعولة شرعاً على نحوين:

الأول: ما ثبت لموضوعه على نحو الإطلاق حتى بالنسبة إلى العناوين الثانوية الطارئة كالأحكام الإلزامية، كوجوب الصلاة وحرمة الخمر؛ فإن الصلاة واجبة حتى لو نذر أن لا يصلي أو حلف أو تعهد، وكذلك بالنسبة إلى حرمة الخمر؛ فأدلة هذه الأحكام غير مهملة بالنسبة إلى هذه العناوين، فلهذا لا تقبل الاشتراط، ولو اشترط خلاف الحكم الإلزامي في ضمن عقد لازم كان شرطاً مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ وهو شرط باطل.

الثاني: ما ثبت لموضوعه في نفسه، ولو خلي وطبعه، فيكون مهملاً بالنسبة إلى العناوين الثانوية، كالأحكام غير الإلزامية مثل الأمور المباحة في التكليفيات، والجائزة في الوضعيات؛ إذ لا معنى للإطلاق فيها بالنسبة إلى العناوين الثانوية وإلا كان جعل هذه العناوين -كالنذر والعهد وإطاعة الوالدين وإجابة المؤمن وغيرها- لغواً، فحالها حال «لا ضرر» و«لا حرج» بالنسبة إلى الأحكام الأولية، فمثلاً لو كان حكم الوضوء هو الوجوب بنحو الإطلاق حتى في صورة الضرر والحرج لكان جعل «لا ضرر» و «لا حرج» لغواً.

فبهذا البرهان يسقط الإطلاق بالنسبة إلى هذه الأحوال، ولا بد من الالتزام حينئذ بحكومة أدلة هذه العناوين على أدلة الأحكام الثابتة بأصل الشرع، فيلتزم بعدم جريان أدلة الإباحة في مورد النذر والعهد.

إذا اتضح هذا فالأدلة الأولية -كدليل الخيار- بالنسبة إلى الشرط من هذا القبيل، فهو مهمل من جهته، فليس فيه إطلاق أحوالي، فيكون دليل الشرط حاكماً عليه[1].

---

(١) فقه الإمامية: ٩٧.

وأما ما استشهد به ﷺ من صحيحة مالك بن عطية لبيان حكومة دليل الشروط على دليل الخيار؛ فإن الإمام عليه السلام قدّم دليل الشروط على دليل الخيار مما يكشف عن عدم التزاحم بين الدليلين وحكومة دليل الشروط فأورد عليه المحقق الرشتي ﷺ وتبعه فيه غيره[1] بإشكالين:

الإشكال الأول: أن الرواية أجنبية عن محل البحث؛ فإن محل البحث هو ما لو اشترط في العقد سقوط الخيار الموجود في ذلك العقد نفسه، فيشترط في عقد البيع سقوط خيار المجلس من عقد البيع، وأما مورد الرواية فاشترط في عقد سقوط الخيار في عقد آخر؛ فإن خيار الزوجة التي أصبحت حرة في فسخ عقد الزوجية من زوجها العبد إنما يكون بعد أداء مال الكتابة وصيرورتها حرة، واشترط ابن العبد في قرار مستقل أن لا يكون لها خيار في فسخ الزوجية بعد صيرورتها حرة.

الإشكال الثاني: قال الشيخ ﷺ: إن الشرط بحسب ظاهر الرواية شرط ابتدائي لم يؤخذ في ضمن عقد لازم، والإجماع قائم على عدم لزوم الشروط الابتدائية، فلهذا تحمل -بقرينة هذا الإجماع- على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم.

والإشكال: أن هذا الحمل وجيه لو انحصر المصحح فيه، ولكن يحتمل المصالحة على إسقاط حقها في الفسخ في قبال المال المبذول لها في أداء المكاتبة، وسقوط الخيار بالصلح لا يستلزم سقوطه بالاشتراط[2].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٢١.

(٢) فقه الإمامية: ٩٩ - ١٠٠، وله إشكال ثالث حاصله: أن الرواية في مورد إسقاط ما لم يجب.

مواقع الإشكال في كلام المحقق الرشتي قدس سره

وفي كلامه مواقع للنظر:

الأول: رميه كلام الشيخ قدس سره بأنه مصادرة، فإنه غير صحيح؛ لأن المصادرة هي أخذ الدعوى في الدليل، أو أن يكون الدليل عين الدعوى، وأما مع اختلافهما فلا مصادرة وإن كان الاستدلال ضعيفاً من جهة أخرى، ودعوى الشيخ قدس سره: أن دليل الشروط مقدم على دليل الخيار، ودليله على ذلك: أن دليل الخيار ناظر إلى البيع بما هو بيع غير متحيث بحيث، ولا نظر له إلى العناوين الطارئة، ودليل الشرط عنوان طارئ على البيع فلم يلحظ في دليل الخيار، فتنتفي المعارضة بين الدليلين وإن كان بينهما عموم من وجه، فحال دليل الخيار حال الأدلة الناظرة إلى الموضوع من حيث هو، كالدليل الدال على حلية شرب الماء؛ فإنه ناظر إلى الماء من حيث هو، لا من حيث إنه مغصوب أو مسروق، فلا يعارض دليل حرمة الغصب وإن كان بين عنواني الماء والمغصوب عموم من وجه، فدليل حرمة الغصب مقدم على دليل حلية شرب الماء، ودليل الشروط مقدم على دليل الخيار، فأين المصادرة على المطلوب؟!

الثاني: قوله: بأن دليل الشرط مقدم؛ لأن فيه عموماً أفرادياً وإطلاقاً أحوالياً، بخلاف دليل الخيار؛ فإنه وإن كان فيه عموم أفرادي إلا أنه ليس فيه إطلاق أحوالي، فهو مهمل من جهة أخذ الشرط وعدمه.

ففيه: أن كل موضوع بالنسبة إلى جميع الانقسامات، الفردية والصنفية، والأحوالية، يستحيل أن يكون مهملاً ثبوتاً؛ لعدم معقولية الإهمال في الواقعيات، والأحكام الشرعية موضوعة للموضوع الواقعي، وكذلك لا يعقل

الإهمال في حكم الحكيم الملتفت، فإذا قال: (أكرم العلماء)، فبما أن العلماء ينقسمون من حيث الصنف إلى فساق وعدول، ومن حيث الأفراد إلى زيد وعمرو..، ومن حيث الحالات باختلاف حالات كل عالم من قيام وقعود، فإما أن يكون حكمه بوجوب الإكرام مطلقاً بالنسبة إلى هذه الانقسامات أو مقيداً، ولا يعقل الإهمال؛ لعدم الإهمال في الغرض، فإما أن يوجد الغرض في الحالة المعينة أو لا يوجد، ولا منزلة بين النفي والإثبات، فإن وجد في جميع الأقسام كان حكمه مطلقاً، وإن تعلق ببعضها كان حكمه مقيداً.

وبعبارة أخرى: إما أن يكون غرضه لا بشرط من حيث هذه الانقسامات فيكون حكمه مطلقاً، أو بشرط شيء فيكون مقيداً بالوجود، أو بشرط لا فيكون مقيداً بالعدم، ولا رابع في البين.

نعم، لو لم يكن المتكلم في مقام البيان كان الإهمال معقولاً، ولكن هذا الإهمال في مقام الإثبات، وكلامنا فعلاً في مقام الثبوت.

هذا من جهة الواقع، وأما من جهة الإثبات فالفرض أن المتكلم في مقام البيان، فمقدمات الحكمة تامة، فينعقد الإطلاق بالنسبة إلى الحالات، فلا يمكن المصير إلى القول بإهمال دليل الخيار بالنسبة إلى الأفراد والأحوال، فيشكل كلام المحقق الرشتي قدس سره، وما يرد عليه يرد على الشيخ قدس سره أيضاً.

ولعل هذا -بل المطمئن به- أن ذلك هو سبب عدول الشيخ قدس سره عن هذا الوجه في آخر البحث؛ حيث قال: بأنا لو بنينا على هذا الوجه لكانت جميع أدلة الأحكام الأولية حيثية، وهو لازم فاسد[1].

---

(١) المكاسب ٥: ٥٥.

الثالث: أنه ﷺ قد جمع بين متنافيين، وتوضيح ذلك:

أن الحكومة -كما تقرَّر في الأصول- ترجع من حيث النتيجة إلى التخصيص إلا أنها بلسان المسالمة[1]، فهي إما أن تحدد موضوع الدليل أو محموله، وهذا لا يكون إلا إذا كان الدليل المحكوم عاماً أو مطلقاً، فدليل حكم الشك مطلق من حيث الحالات لكثير الشك وقليله، ودليل «لا شك لكثير الشك» حاكم عليه بالتصرف في موضوعه، ودليل وجوب الوضوء مطلق من حيث استلزامه الضرر وعدمه، ودليل «لا ضرر» حاكم عليه بالتصرف في محموله، فينفي وجوب الوضوء في مورد الضرر، ومع الالتزام بعدم إطلاق الدليل المحكوم تبطل الحكومة، فهو جمع بين القول بحكومة دليل الشروط على دليل الخيار، وبين القول بعدم الإطلاق الأحوالي في الدليل المحكوم، وهما متهافتان بمقتضى ما بيّناه.

الرابع: أنه أفاد ﷺ في وجه تقديم دليل الشروط على دليل الخيار وسائر أدلة الأحكام الأولية: أنه لو لم تقدم أدلة العناوين الطارئة وكانت أدلة الأحكام الأولية تشمل موردها للزمت لغوية جعل تلك العناوين.

وما أفاده تام من حيث الكبرى؛ فإن القاعدة في الحكومة تقضي بأنه لو رفعت اليد عن الدليل الحاكم في مورد الاجتماع لزمت لغوية جعله، فلو رفعنا اليد عن «لا ضرر» في موارد الأحكام الضررية لزمت لغويتها.

ولكن التطبيق على المورد غير تام؛ فإنه لو رفعنا اليد عن دليل الشروط في مورد خيار المجلس لم تلزم اللغوية من جعل دليل الشرط؛ لبقاء موارد ما

---

(١) الحكومة على قسمين: حكومة مضيقة، وحكومة موسعة، فمراد الأستاذ - دام ظله - من رجوع الحكومة إلى التخصيص لباً هي الأولى كما هو واضح.

لا يخالف الكتاب والسنة تحته.

توضيح ذلك: أنه لو التزم بإطلاق دليل الخيار بحيث يشمل وجود شرط السقوط وعدمه؛ فإن شرط سقوط الخيار سيكون شرطاً مخالفاً للسنة حينئذ، والشرط المخالف للكتاب والسنة باطل، فيخرج من تحت دليل وجوب الوفاء بالشرط، ولكن يبقى تحته الشرط غير المخالف للكتاب والسنة، فلو قدِّم دليل الخيار عليه لم تلزم اللغوية من جعله، فحال ما نحن فيه حال دليل حرمة شرب الخمر؛ فإنه مطلق سواء أكان هناك شرط أو نذر أو عهد أم لم يكن، فلو اشترط شربه في عقد لازم كان شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، وفي ما نحن فيه عندما يكون لدليل الخيار إطلاق فاشتراط سقوطه شرط مخالف للسنة، ولا لغوية في تقديم دليل الخيار عليه؛ لوجوب الوفاء بالشرط في مورد عدم مخالفته لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم، ولا يجب الوفاء به في مورد مخالفته لهما، فيكون ما نحن فيه مصداقاً للشرط المخالف للسنة.

الخامس: ما أورده على استشهاد الشيخ قدس سره بصحيحة مالك بن عطية من الإشكالين غير واردين:

أما **الأول**؛ فلأن الشيخ قدس سره لو استشهد بالرواية لبيان صحة شرط سقوط الخيار فيما نحن فيه وتقديمه على دليل الخيار لتمّ الإشكال، ولكنه قد استشهد بها لبيان حكومة دليل الشروط على أدلة الأحكام الأولية التي منها دليل الخيار؛ فإن الشيخ قدس سره بعد أن قال: (بل التأمل في دليل الشرط يقضي بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيّز الاشتراط، فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام...)، قال: (ويشهد لما ذكرنا -من حكومة أدلة الشرط وعدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجّح- استشهاد الإمام عليه السلام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة

كثير من الأحكام الأصلية، منها صحيحة مالك بن عطية).

ووجه الاستشهاد: أن مقتضى إطلاق دليل خيار الأمة التي أصبحت حرة أن يكون لها الخيار سواء أكان هناك شرط بسقوطه أم لم يكن، والإمام عليه السلام قدّم الشرط الذي اشترطه ابن العبد على زوجة أبيه واستشهد بـ«المسلمون عند شروطهم»، فكشف لنا ذلك عن حكومة دليل الشروط على الأدلة الأولية -التي من بينها دليل الخيار- وعدم التعارض بينهما، وهذا ما يريده الشيخ قدس سره في المقام، ولم يرد أن يقول: بأن صحة ما نحن فيه مثل صحة الشرط في الرواية، وقد خفيت هذه النكتة على المحقق الرشتي قدس سره ومن تبعه.

وأما **الثاني** فعجيب منه؛ لأن الشيخ قدس سره ذكر الاحتمال الثاني أيضاً؛ فإنه قال: (والرواية محمولة -بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية- على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال).

وأما توهم أن الرواية -بناء على حملها على الصلح- أجنبية عن مسألة الشروط.

فمندفع: **أولاً**: بأن مورد الرواية -كما يظهر من عبارة (فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار)- هو الصلح على الشرط أو بالشرط، فلا تكون أجنبية عن محل البحث.

وثانياً: على فرض التنزل نقول: بما أن الصلح مقيد في الروايات أيضاً بأن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، وأن لا يكون محللاً للحرام ولا محرماً للحلال[1]،

---

(١) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب١ من أبواب آداب القاضي الحديث ١: «واعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالًا، أو أحل حراماً».

فلو صح الصلح على إسقاط الخيار وعلى سقوطه فكذلك يصح شرط إسقاط الخيار وسقوطه؛ لكشفه عن أن هذا الشرط لا يحلل حراماً ولا يحرم حلالاً.

وعليه فاستدلال الشيخ ﷺ بالرواية على حكومة دليل الشروط على أدلة الأحكام الأولية الثابتة بالعناوين الأولية تام وعلى طبق القاعدة.

ولكن من مناقشتنا للمحق الرشتي ﷺ في تصويره لرفع التعارض تبيّن عدم صحة ما أفاده الشيخ ﷺ في الوجه الأول للحل حتى مع التحقيق الذي أفاده المحقق المذكور ﷺ.

تحقيق المحقق الأصفهاني ﷺ لرفع التعارض

للمحقق الأصفهاني ﷺ في ذيل قول الشيخ ﷺ: (لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار) حاشية مفصلة تعرض فيها إلى نقاط ثلاث:

النقطة الأولى: توضيح كلام الشيخ ﷺ، وملخص ما أفاده: أنه ربما يترائى من الجواب الأول للشيخ ﷺ -وهو أن الأحكام الأولية مجعولة للموضوعات في نفسها- أن القضية في مقام الإثبات مهملة[1]، وأنها في الجواب الثاني مقيدة وبنحو الطبيعة بشرط لا، ولكن التأمل في كلامه ﷺ يقضي بعدم إرادة الإهمال في الجواب الأول؛ وإلا لم يكن وجه لمعارضة دليل الشرط، ولا لمسقطيته، بل مراده ﷺ من الجواب الأول: أن الخيار حكم طبعي ذاتي للبيع في مجلس العقد، ولا ينافيه أن يكون محكوماً باللزوم بعنوان عرضي، فالبيع على هذا الوجه خياري بالذات، لازم بعنوان عرضي.

وأما الجواب الثاني فمراده منه أن هنا حكمين كلاهما بالذات: أحدهما

(١) كما تصوره المحقق الرشتي كما تقدم.

موضوعه البيع المجرد عن الشرط وحكمه الخيار بالذات، والآخر موضوعه البيع المقيد بالشرط وحكمه اللزوم بالذات.

فالجمع عند الشيخ ﷺ بين دليل الخيار ودليل الشرط في الوجه الأول بالذات وبالعرض، وفي الوجه الثاني بتعدد الموضوع مع كون كليهما بالذات.

النقطة الثانية: مناقشة ما أفاده الشيخ ﷺ، وحاصلها: أن في كلام الشيخ ﷺ بحثاً ثبوتاً وإثباتاً، أما ما في **مقام الثبوت**، فإن الشيخ ﷺ قد أفاد أن حكم البيع بطبعه وبذاته هو الخيار، وهو غير معقول؛ لأن طبيعة البيع -بل كل ماهية عندما تلاحظ في نفسها وبذاتها- ليست إلا هي، ولا يترتب عليها إلا أحكامها الماهوية، وإذا لوحظت بالقياس إلى الخارج عن ذاتها، فهي مقسم للاعتبارات الثلاثة: بشرط شيء، وبشرط لا، واللابشرط القسمي، فالبيع -بالنظر إلى شرط سقوط الخيار، أو شرط عدم الخيار- إما لا بشرط فيكون مطلقاً، أو بشرط عدم الخيار، أو بشرط لا من جهة عدم الخيار، وحيث إن الكلام في مقام الثبوت، ولا إهمال في الواقعيات، فالبيع المجعول موضوعاً للخيار لا يخلو من أن يكون مطلقاً من حيث الاشتراط بعدم الخيار، أو أن يكون ملحوظاً مجرَّداً عن شرط عدم الخيار، والأول هي الماهية بنحو اللابشرط القسمي، والثاني هي الماهية بشرط لا، فحينئذ إن كان موضوع الحكم ملحوظاً بنحو اللابشرط القسمي فلا محالة يكون الحكم في مثل المقام ثابتاً مع شرط عدم الخيار كما يكون مع عدمه.

ومن الواضح أنه يستحيل أن يكون العقد -مع ثبوت الخيار فعلاً- لازماً فعلاً ولو عرضاً، فالحكم الطبعي الذاتي غير معقول إذا أريد منه حقيقة الحكم.

ففي مقام الثبوت لا بد أن يكون البيع بالنسبة إلى شرط عدم الخيار إما بشرط لا، وإما لا بشرط.

وأما في **مقام الإثبات** فإن القضايا الشرعية ظاهرة في ترتب أحكامها على موضوعاتها فعلاً لا اقتضاء؛ لأن اقتضاء الحكم ليس بحكم، ومنه يظهر أن مدلول أدلة الخيار هو ثبوت الخيار بالفعل، فيكون البيع خيارياً بالفعل لا بنحو الاقتضاء، فلا يتوهم أن البيع مقتضٍ للخيار، فإن لم يوجد شرط السقوط صار الخيار فعلياً، وإن وجد لم يصل الاقتضاء الى حد الفعلية.

وإذا كان الخيار فعلياً، فهو في مورد شرط عدم الخيار إما موجود أو غير موجود، ولا إهمال في مقام الإثبات حسب الفرض، ومع عدم تقييد الدليل بقيد فمقتضى الإطلاق أن يثبت الخيار فعلاً سواء أوجد شرط عدم الخيار أم لم يوجد.

فتبين أن الإطلاق ثابت ثبوتاً وإثباتاً، ومقتضاه أن يجتمع الخيار فعلاً مع شرط سقوطه فعلاً، وهو غير معقول، فلا بد من إيجاد جمع آخر بين هذين الدليلين.

النقطة الثالثة: ما أفاده من الجمع بين دليلي الخيار والشرط، وحاصله: أنه جمع بينهما بنحو ما يجمع بين الأدلة الأولية ودليل «لا ضرر»؛ فإن النسبة بينهما وإن كانت هي العموم والخصوص من وجه؛ فإن الوضوء مثلاً ضرري وغير ضرري، والضرر يكون في الوضوء وفي غيره، فيجتمعان في الوضوء الضرري، إلا أن دليل «لا ضرر» مقدم عليها وإلا لزمت اللغوية من جعله لو خصِّص بجميع الأحكام الأولية، والتخصيص بلا مخصص إن خصص ببعض الأحكام، والحال في المقام من هذا القبيل؛ فإن النسبة بين دليل الشروط وأدلة الأحكام الأولية وإن كانت هي العموم من وجه إلا أنه لو لم يقدم عليها للزمت لغوية جعله، ومن جملة أدلة الأحكام الأولية دليل الخيار، فلا بد من تقديم دليل الشرط عليه دفعاً لهذا المحذور[1].

---

(١) حاشية المكاسب ٥: ٩٨ - ١٠٢.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني قدس سره

هذه خلاصة ما أفاده قدس سره، وفيه:

أولاً: أن ما أفاده في النقطة الأولى من أن الشيخ قدس سره لم يرد من كلامه الإهمال -كما ذهب إليه المحقق الرشتي قدس سره- بل مراده أن البيع خياري بالذات، ولازم بالعنوان العرضي وهو الشرط، يرد عليه:

أن شرط سقوط الخيار هل هو من انقسامات البيع أو لا؟

وبعبارة أخرى: هل البيع ينقسم إلى قسمين: بيع بشرط سقوط الخيار، وبيع بدونه أو لا؟

ولا مجال لإنكار الانقسام؛ فإنه باطل بالضرورة، فيتعين أن يكون البيع منقسماً لهما، وحينئذ لا يخلو المقسم بالنسبة إلى أقسامه من الإهمال أو الإطلاق أو التقييد، وبما أن الشيخ قدس سره يقول: بأن البيع بالذات خياري، فلو لم يكن هناك إهمال فلا بد إما من الإطلاق فيرد عليه ما أورده الشيخ قدس سره، أو من التقييد بشرط لا بالنسبة إلى عدم الخيار، أو من التقييد بشرط عدم الخيار، فإن رفعنا اليد عن هذين ثبت الإهمال.

ثانياً: أنه قدس سره أفاد أن مراد الشيخ قدس سره من الوجه الثاني أنه يوجد موضوعان وحكمان بالذات، أحدهما البيع بدون شرط السقوط وحكمه الخيار بالذات، والآخر البيع بشرط السقوط وحكمه اللزوم بالذات، والإشكال: أن صريح كلام الشيخ قدس سره في الوجه الثاني هي حكومة دليل الشرط على دليل الخيار، وإذا كان موضوع كل منهما مغايراً لموضوع الآخر استحالت الحكومة بينهما.

ثالثاً: أن ما أفاده قدس سره من الجمع بين دليلي الخيار والشرط بنحو الجمع

بين «لا ضرر» وأدلة الأحكام الأولية -فإن «لا ضرر» حاكم عليها؛ وإلا تلزم لغويته، فكذلك في ما نحن فيه، فيقدم دليل الشرط؛ وإلا تلزم لغويته- ليس بتام، فإنه قياس مع الفارق؛ لما تقدم منا في مناقشة المحقق الرشتي قدس سره؛ فإن لدليل الشروط خصوصية لم توجد في دليل «لا ضرر»، وهي تعقيبه باستثناء الشرط المخالف للكتاب والسنة، فالمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً خالف الكتاب والسنة، وعليه فإن كان الشرط مخالفاً لإطلاق الأدلة الأولية كان شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة فيكون باطلاً، فإن ثبت الإطلاق في دليل الخيار -كما هو الفرض- ثبت الخيار في حالتي شرط السقوط وعدمه، فيكون شرط سقوطه مخالفاً للسنة فيكون باطلًا، وهذه الخصوصية لا توجد في دليل «لا ضرر» فصار حاكماً على الأدلة الأولية بالبرهان المتقدم، وأما الشرط فينبغي ملاحظة مخالفته لإطلاق الأدلة وعدمها، فإن لم يخالف إطلاقها كان حاكماً عليها، وإن خالفه فهو باطل، والفرض أنه يخالفه في المقام فيبطل ويقدم دليل الخيار.

تحقيق المحقق النائيني قدس سره لرفع التعارض

تعرض المحقق النائيني قدس سره في المقام إلى نقطتين:

النقطة الأولى: في الإيراد على ما أفاده الشيخ قدس سره، فقد أورد عليه بإشكالين:

الأول: أن الشيخ قدس سره ذهب -عند التعرض للاستدلال بآية: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾- إلى أن شرط عدم الخيار مخالف لمقتضى العقد، فأورد عليه: بأن الشرط المذكور لا يعتبر مخالفاً لمقتضى العقد؛ بل هو مخالف لأحكام العقد، وبينهما فرق؛ فإن ما يخالف مقتضى العقد مثل شرط عدم الثمن في البيع؛ فإن البيع هو التمليك بعوض، فشرط عدم العوض مخالف لمقتضاه، وأما ما نحن

فيه فببركة «البيعان بالخيار» صار خيار المجلس من أحكام البيع، فيكون شرط عدمه مخالفاً للسنة، وتبعه في هذا الإشكال المحقق الخوئي قدس سره [1].

الثاني: أن الشيخ قدس سره ذكر ضابطة للامتياز بين الشرط المخالف وغيره: بأن ملاك الحكم إن كان بنحو العلية فالشرط المخالف له مخالف للكتاب والسنة، وأما إذا كان الملاك بنحو الاقتضاء فالشرط لا يكون مخالفاً وينتفي التعارض، والإشكال: أن هذا الكلام وإن كان صحيحاً ثبوتاً إلا أنه إحالة على أمر غيبي؛ لأنا لا نصل إلى معرفة ملاكات الأحكام وأنها بنحو العلية أو بحد الاقتضاء.

النقطة الثانية: ما أفاده لرفع التعارض، وحاصل تحقيقه: أن الأحكام الشرعية على قسمين: تكليفية ووضعية، وكل منهما ينقسم إلى قسمين أيضاً، فالتكليفية تنقسم إلى اقتضائية -أي إلزامية، سواء أكانت واجبة أم محرمة- وتخييرية، أي غير الإلزامية سواء أكانت مستحبة أم مكروهة أم مباحة، والوضعية تنقسم إلى ما كان من سنخ الحقوق كحق خيار المجلس، وما كان من الأحكام كالجواز في عقد الهبة.

فإذا كان الحكم المجعول حكماً اقتضائياً فدليل الشرط المخالف له معارض لدليل الحكم فيقدم دليل الحكم، مثل دليل وجوب الصلاة وحرمة شرب الخمر؛ فإن الصلاة واجبة سواء أشترط عدم الصلاة في ضمن عقد لازم أم لم يشترط، والخمر حرام سواء أشترط شربه أم لم يشترط، فدليل الحكم يشمل بإطلاقه مورد الشرط، فيقدم على دليله ويكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، إلا إذا قام دليل خاص على خلاف ذلك، فيستكشف من الدليل الخاص سقوط إطلاق الحكم الاقتضائي في صورة العنوان الطارئ، فيكون الوجوب أو الحرمة

---

(١) منية الطالب ٣: ٤٤، مصباح الفقاهة ٦: ١١٩، التنقيح ٣٨: ٩٤.

مشروطاً بعدم الشرط أو النذر حينئذ، كما دل الدليل على صحة نذر الإحرام قبل الميقات مع أن عدم جواز الإحرام قبله حكم اقتضائي فيشمل مورد النذر، ولكنه خصص بواسطة الدليل الخاص، وإلا لو خلينا والدليل العام الدال على وجوب الوفاء بالنذر لم يمكن أن نرفع به الحكم بعدم جواز الإحرام قبل الميقات.

وأما إذا كان الحكم المجعول تخييرياً فالأمر على عكس السابق فيقدم دليل الشرط على دليل الحكم، ولا يعدُّ الشرط المخالف له مخالفاً للكتاب والسنة؛ لأن شرط الترك لا ينافي الإباحة، ومثاله دليل إباحة شرب الماء، وشرط عدم شربه؛ فإن شرط ترك شرب الماء لا ينافي إباحته؛ فإن دليل الإباحة يرخص في الشرب وتركه، والشرط ألزم بأحد شقي الترخيص، فلا يتنافيان، إلا أن يدل دليل على خلافه، كما ورد أن شرط ترك التسرّي والتزويج لا ينفذ، فإن به يستكشف أن الشارع أراد إباحة التسرّي مطلقاً.

فمقتضى الأصل في طرفي الاقتضاء والتخيير متعاكس.

وأما إذا كان الحكم المجعول وضعياً، فإن كان من قبيل الأحكام -كالجواز في عقد الهبة، وإرث الزوجة الدائمة- فاشتراط عدمه مخالف للكتاب والسنة إلا إذا ثبت خلافه بدليل خاص.

وإن كان حقاً من الحقوق فاشتراط عدمه لا يخالف الكتاب والسنة؛ لأنه لما كان حقاً كان اختياره بيد ذي الحق، ومعنى ذلك أن له أن يرفعه بواسطة الشرط.

وهذه قاعدة مطردة: أن كل حكم فاختياره ليس بيد المكلف وإنما هو بيد الحاكم، وكل حق فاختياره بيد المكلف[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ٤٤ - ٤٥.

المناقشة في ما أفاده المحقق النائيني

وفي كلامه قدس سره مواقع للنظر:

أما ما ذكره في الأخير من أن الحكم الوضعي إن كان حقاً فهو لا يتنافى مع الشرط فهو مأخوذ من الشيخ قدس سره؛ فإنه -بعد اللتيا والتي في حل الإشكال- قال في الأخير:

(أنا حيث علمنا بالنص والإجماع أن الخيار حق مالي قابل للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترطا في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر)[1].

وأما **إشكاله الأول** فالإنصاف أن صدوره بعيد من مثله؛ لأن الشيخ نفسه قدس سره بعد أسطر من تعبيره بمخالفة مقتضى العقد قال: (أنه لو بني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرط مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد)، فبملاحظة ما ذكره هنا في المقام نفسه، وملاحظة أن الخيار ليس من مقتضيات المُنشأ -البيع- بالبداهة، بل هو من أحكام العقد وآثاره، يتضح أن مراده من مقتضى العقد هو المعنى الفلسفي للمقتضى وهو الأثر والحكم، أو فقل: المقتضى بالمعنى الأعم، فيشمل المخالف لمقتضى العقد ما يخالف آثار العقد ومقتضيات الأحكام.

وأما **إشكاله الثاني** فغير وارد أيضاً؛ لأن الشيخ قدس سره إنما قال: بأن «البيعان بالخيار» ظاهر في العلية التامة، فاستند إلى ظاهر اللفظ لا إلى ملاك الحكم حتى يرد إشكال الإحالة على الغيب.

---

(١) المكاسب ٥: ٥٥.

ووجه الاستدلال: أن العنوان المأخوذ في موضوع الدليل إن جعل تمام الموضوع للحكم فالشرط المخالف له شرط مناف للكتاب والسنة، وإن لم يجعل كذلك فالشرط المخالف له لا يكون منافياً لهما، فمراد الشيخ قدس سره من العلة في المقام الموضوع، ومن العلة التامة تمام الموضوع، فلهذا قال: بأن «البيعان بالخيار» ظاهر في العلية التامة، ويعني بذلك أن البيع هو تمام الموضوع للخيار، وعندما يكون تمام الموضوع يكون علة تامة، فيكون الشرط مخالفاً للسنة.

فإذا كان الجمع بين الدليل الأولي ودليل الشرط يقتضي أن لا يكون موضوع الدليل الأولي علة، بل جزء الموضوع، فالجمع بين الدليلين يكون بأن الموضوع -الذي هو تمام العلة- هو البيع بشرط لا من جهة شرط عدم الخيار، فيندفع الإشكال عن الشيخ قدس سره.

نعم، لو كان الشيخ قدس سره يرى أن المدار على علية الملاك لورد الإشكال.

وأما ما أفاده في حل الإشكال، فالإشكال هو التعارض بين دليل الخيار ودليل الشروط، فرفعه يتوقف على معرفة الضابطة للشرط المخالف للكتاب والسنة، وعلى انطباقها في المقام، فإن كان الشرط منافياً لهما فهو ساقط، وإلا قدّم الشرط -المبتني على دليل الشروط- على الحكم الأولي.

وملخص ما أفاده في ذلك: أنه إن كان الحكم اقتضائياً أو وضعياً من قبيل الأحكام فشرط الترك مخالف لإطلاق دليل الحكم، وإن كان تخييرياً أو وضعياً من قبيل الحقوق فالشرط غير مخالف.

والإشكال: أنه قدس سره لم يبيّن الفرق بين البابين إلا بأن الدليل الاقتضائي مطلق فيشمل مورد الشرط، فشرط الترك مخالف له دون دليل الإباحة، وهو

غير فارق؛ لأن دليل الإباحة إما أن يكون مهملاً أو مطلقاً أو مقيداً، ونفي الإطلاق عنه لا يعقل إلا باختيار الإهمال أو التقييد، أما الإهمال فلو حصل لانتفى موضوع بحث المخالفة؛ لعدم تعقل المخالفة بين دليل الشرط والدليل المهمل، وأما التقييد فمقطوع العدم، فيتعين الإطلاق، ومعنى الإطلاق في دليل إباحة شرب الماء هو أن شرب الماء مباح سواء أشترط ترك الشرب أم لم يشترط، فيجري في مورد الشرط، فيكون شرط ترك الشرب مخالفاً للسنة أيضاً.

والحاصل: أنه إما أن تقول بالإهمال ففي الموردين ولا موضوع لبحث المخالفة فيهما حينئذ، وإما أن تقول بالإطلاق ففيهما ويكون الشرط مخالفاً في البابين.

وغاية ما يقال في الانتصار له: أن شرط ترك شرب الماء، أو شرط شربه لا يتنافى مع الحكم بإباحته؛ لأن شربه فعل المكلف، وتركه ترك فعله، وهو لا ينافي الحكم بالإباحة ولا يعارضه قطعاً، وما قام به الشرط أن جعل هذا الأمر غير المنافي لازماً.

والإشكال: أن إباحة شرب الماء -بعد اشتراط تركه- إما ثابتة أو غير ثابتة، فإن لم تكن ثابتة فدليل الإباحة مهمل، والإهمال غير معقول، وإن كانت ثابتة فدليلها مطلق يشمل حالة شرط ترك الشرب، فيكون شرب الماء مباحاً استناداً إلى دليل الإباحة، وغير جائز لدليل الشروط، وهما متناقضان فيتعارضان.

أو فقل: فيلزم أن يكون شرط ترك شرب الماء مخالفاً للسنة، فنفس الإشكال الوارد في الأحكام الاقتضائية وارد في الأحكام الترخيصية.

ولا يخفى أن ما قلناه في تقريب كلامه ﷺ -من أن ترك شرب الماء لا يتنافى مع الحكم بإباحة شربه- صحيح، ولكن الإشكال فيما لو اشترط ترك الشرب؛ فإن شرب الماء يكون مباحاً مرخص الفعل والترك حتى في هذه الحالة؛ لإطلاق دليل الإباحة، وغير جائز الفعل أو لازم الترك؛ لدليل الشروط، فيتنافى دليل الشروط مع دليل الإباحة؛ لأن أحدهما يقول: لك أن تشرب الماء، والآخر يقول: ليس لك أن تشربه، فيبقى الإشكال على حاله.

والحاصل: أنه لا فرق بين الأحكام الاقتضائية والتخييرية في محل الإشكال في ما نحن فيه، وعقدة الإشكال في التناقض بين إطلاق دليل الحكم الأولي وبين وجوب الوفاء بالشرط الناشئ من دليل الشروط، وهي باقية على حالها.

كلام المحقق السيد الخوئي في المقام

كانت كلمات الأعلام إلى هنا في رفع التعارض بين دليل الخيار ودليل الشروط، ولكن المحقق السيد الخوئي ﷺ قد اختار طريقاً آخر خالف فيه الجميع، وحاصله: أنه أنكر التعارض بينهما؛ لعدم جريان دليل الشروط في مورد الخيار؛ لأن مفاد «المؤمنون عند شروطهم» حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالشرط؛ بمقتضى كلمتي «المؤمنون» و«عند»؛ فإن معنى الجملة أن مقتضى الإيمان أن يفي المؤمن بوعده وعهده وما التزم به، كما في: «المؤمن عند عدته»، «أو عند وعده»، وهذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفة، فيقال: الرجل عند كلامه، وعند رأيه، وبما أن مفادها حكم تكليفي فلا بد أن يكون متعلقه أمراً مقدوراً للمكلف، وسقوط الخيار -بمعنى أن لا يكون له الخيار في هذا العقد بنحو شرط النتيجة- ليس مقدوراً للمكلف؛ لأن ثبوت الخيار

وسقوطه بيد المولى سبحانه وتعالى، فاشتراطه اشتراط لغير المقدور.

نعم، اشتراط الإسقاط لا إشكال فيه؛ لأنه من شرط الفعل، والفعل مقدور للمكلف[١].

المناقشة فيما أفاده المحقق الخوئي قدس سره

ويرد عليه: أنه قدس سره قال في مبحث الشروط: الشروط على أقسام ثلاثة: شرط فعل، ووصف، ونتيجة، **أما شرط الفعل** فكأن يبيع المتاع بشرط أن يخيط له ثوبه، وهو صحيح ولا إشكال فيه.

وأما شرط الوصف فكأن يشتري العبد بشرط أن يكون كاتباً أو رومياً، أو الفرس بشرط كونه عربياً، وأورد عليه: بأن الوصف لا يقع تحت قدرة المكلف فكيف يؤخذ شرطاً؟ فأجاب: بأنه يرجع إلى شرط الخيار، فكأنه قال: ألتزم باشترائه معلقاً على هذه الصفة، فما لم توجد فيه فلي الخيار، فهذا أمر قابل لتعلق الشرط.

وأما شرط النتيجة فكأن يبيعه المتاع ويشترط في ضمن العقد أن يكون الكتاب ملكه، وهذا صحيح ونافذ إلا أن النتائج تختلف، فبعضها يشترط الشارع في تحققها سبباً خاصاً كالطلاق؛ فإنه لا يكون إلا بالصيغة الخاصة، فلا يؤخذ شرط نتيجة في أي عقد، ولا يتحقق بغير سببه الخاص، وبعضها لم يشترط فيه سبب خاص، فيقع بشرط النتيجة[٢].

والإشكال: أولاً: أنه إذا كان المستفاد من «المؤمنون عند شروطهم» حكماً تكليفياً بوجوب الوفاء بالشرط فكيف يصحح شرط النتيجة؟ لأن

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٢٠، التنقيح ٣٨: ٩٣ - ٩٤.

(٢) مصباح الفقاهة: ٣٠٦:٧-٣٠٧،و٣٥٩-٣٦٠.

التكليف لا يتعلق إلا بالفعل دائماً كما صرح في هذا المقام.

ثانياً: أن كلامه في المقامين متناقض؛ لأنه في هذا المقام صرّح بأن الظاهر من «المؤمنون عند شروطهم» -كما ذكرنا سابقاً- هو الحكم التكليفي، ومتعلق التكليف شرط الفعل، فلا بد أن يكون فعلاً.

وفي بحث الشروط صرّح: بأن مدلولها جعل التلازم بين المؤمن وشرطه، ونتيجة هذا التلازم عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، وبهذا اللحاظ يشمل الحديث شرط الفعل والنتيجة[1].[2]

فغاية ما يقال: أنه رجع في بحث الشروط عن ما أفاده في هذا المقام،

---

(١) مصباح الفقاهة:٧: ٣٦١.

(٢) ولتوضيح التهافت نقول: (إن المحقق السيد الخوئي قدس سره قد صرح في ٦/ ١٢٠ بقوله: «من أن الظاهر من هذه الجملة المباركة هو الحكم التكليفي، فإن قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، كقوله عليه السلام: «المؤمن عند عدته»، يعني أن مقتضى الإيمان هو أن يجب للمؤمن أن يفي بما التزمه وبما وعده، وهذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفة أيضاً، فيقال: المرء عند كلامه وعند رأيه وهكذا).

وصرح في ٦/ ٣٦١ (والظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الأقسام المتقدمة ولا يختص بالفعل، وأن المستفاد من ذلك الحكم التكليفي والوضعي كليهما، فيكون جميع الأقسام مندرجة تحته، ويجب المضي في جميع ذلك بمقتضى الشرط. والوجه في ذلك أن الظاهر من معنى قولهم عليهم السلام في الروايات المستفيضة: «المؤمنون عند شروطهم» أو «المسلمون عند شروطهم» هو أنهم لدى شرطهم، كقولهم عليهم السلام: «المؤمن عند عدته»، وأن الشرط لازم له ولا ينفك عنه خصوصاً مع أخذ الإيمان أو الإسلام موضوعاً للحكم، فإنه يرشد إلى الإيمان وعدم انفكاك الشرط عنه الذي التزم به لا ينفكان وأنهما متلازمان، والشرط لازم له ولاصق به، ويعبر عن ذلك بالفارسية بكلمة: جسبيدن، كأن الشرط لصق به وضمه).

ولا يمكن ظهور جملة واحدة في خصوص الحكم التكليفي و في الأعم منه والوضعي.

فكلامه في ما نحن فيه ساقط عن الاعتبار في نظره.

فلم يبق إلا أن يقال بما قاله الشيخ ﷺ من أن إسقاط الحق وسقوطه من جملة الحقوق فيقبل شرط النتيجة.

تذييل للمحقق الأصفهاني ﷺ

بقي مطلب أفاده المحقق الأصفهاني ﷺ في حاشيته؛ حيث تعرض في تعليقه على قول الشيخ ﷺ: (أنا حيث علمنا بالنص والإجماع...) إلى أمور أهمها أمران:

الأمر الأول: أن الأحكام على قسمين: أحكام اقتضائية، وأحكام لا اقتضائية، والأول على نحوين أولهما أربعة أقسام: الوجوب والحرمة والاستحباب والكراهة -على خلاف ما ذكره المحقق النائيني ﷺ من انحصار الأحكام الاقتضائية في الوجوب والحرمة-؛ وذلك لأن فيها كلها ملاكات ومناطات تقتضي الجعل إلا أنها تختلف، فتارة تكون بحد تقتضي عدم الترخيص في الترك أو الفعل وهو الوجوب والحرمة، وأخرى بحد لا تمنع من الترخيص وهو الاستحباب والكراهة، وبين مقتضي الحكم والعنوان الطارئ كالشرط تزاحم؛ لأن نفوذ الشرط على خلاف هذه الأحكام يقتضي تفويت المصلحة كما في الوجوب والاستحباب، أو الإيقاع في المفسدة كما في الحرمة والكراهة.

والآخر هي الإباحة الاقتضائية، ومعناها أن توجد مصلحة في نفس جعل الإباحة والترخيص، والفرق بينها وبين الأحكام الأربعة السابقة: أن المصلحة التي اقتضت جعل الإباحة مصلحة في نفس الحكم لا في متعلقه، وأما المصلحة في تلك الأحكام فهي في متعلقاتها، والشرط يزاحم نفس هذا

الحكم الذي هو اقتضائي كما يزاحم المقتضي في تلك الأقسام.

والحكم اللااقتضائي ينحصر في الإباحة اللااقتضائية، وهي التي لم تنشأ من مصلحة في جعلها ولا في متعلقها، فلا مصلحة في الفعل، ولا مفسدة في الترك، ولا مصلحة في التسهيل، بل جعلت لعدم المصلحة والمفسدة في متعلقها ولا فيها نفسها، والشرط لا يزاحم هذه الإباحة أصلاً؛ لعدم المزاحمة بين العدم والوجود، فما فيها عدم المصلحة وعدم المفسدة، وهو لا يزاحم وجود الشرط.

وما في الأدلة من استثناء الشرط المحرم للحلال وأنه غير نافذ مختص بالإباحة الاقتضائية[1].

الأمر الثاني: أن متعلق الشرط تارة عمل من الأعمال، وأخرى اعتبار وضعي من الاعتبارات، وثالثة حكم تكليفي من الأحكام الخمسة.

أما الأول فهو شرط الفعل، ولا إشكال فيه، ولكن لا بد من ملاحظة ما تقدم من عدم مخالفته للأحكام الاقتضائية، فينحصر لهذه الجهة مورد نفوذ الشرط فيما إذا تعلق بالمباح فعلاً وتركاً، وبالواجب فعلاً، وبالحرام تركاً إذا لم يكن هناك مانع آخر.

وأما إذا كان متعلق الشرط اعتباراً وضعياً فهو على نحوين:

الأول: ما يحتاج إلى سبب خاص عند الشارع علم منه كالنكاح والطلاق؛

---

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث٥: وبإسناده عن الصفار، عن الحسن بن موسى الخشاب، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به؛ فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالًا أو أحل حراماً».

حيث لا ينعقدان إلا بعنوانهما، وهذا النحو لا يتحقق بالشرط، فلا تحصل عقدة النكاح ولا الطلاق عندما يؤخذان شرطاً في ضمن عقد لازم، فلو كان متعلق الشرط هذا النحو من الاعتبارات الوضعية كان الشرط باطلاً.

الثاني: ما لم يعلم له سبب مخصوص عند الشارع كالملكية؛ حيث يتحقق بعنوان البيع والصلح والهبة مثلاً، فلا مانع من تحققها بالشرط.

وأما القسم الثالث فهي الأحكام التكليفية، وبما أنها من أفعال الشارع فلا يعقل حصولها بالشرط؛ لخروجها عن قدرة الشارط.

ومن هذا يتبيّن أن الخيار مما يتعلق به الشرط وجوداً وعدماً؛ لكونه اعتباراً وضعياً ليس له سبب مخصوص عند الشارع، فكما يمكن أن يشترط الخيار لأحدهما أو لآخر في ضمن العقد يمكن أن يشترط عدمه[1].

أما ثمرة مبناه في الأمر الأول فهي: أن الشرط المخالف للحكم الإلزامي -كشرط الترك في الواجبات، وشرط الفعل في المحرمات- فهو مزاحم لنفس الحكم الإيجابي أو التحريمي، وأما شرط الترك في المستحبات، وشرط الفعل في المكروهات فهو مزاحم لدليل الاستحباب والكراهة.

والفرق بينه وبين ما أفاده المحقق النائيني قدس سره أن الشرط المخالف عند المحقق النائيني قدس سره ينحصر في ما خالف الحكم الإلزامي من وجوب وحرمة، وأما عند المحقق الأصفهاني قدس سره فيشمل ما خالف الاستحباب والكراهة أيضاً؛ لأنهما من الأحكام الاقتضائية، بل يشمل ما خالف الإباحة الاقتضائية أيضاً، وينحصر الشرط غير المخالف عنده في خصوص الإباحة اللااقتضائية، وهذه ثمرة مهمة بين القولين.

---

(١) حاشية المكاسب ٥: ١٠٧ - ١٠٨.

المناقشة فيما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره

ويرد على ما ذكره في الأمر الأول:

أولاً: أنه حصر الشرط غير المزاحم في خصوص الإباحة اللااقتضائية، وليس بأيدينا معرفة الإباحة الاقتضائية من اللااقتضائية؛ لعدم معرفتنا بملاك الحكم، فلا نعلم أن هذه الإباحة ناشئة من عدم المصلحة والمفسدة أو من مصلحة التسهيل، فلا ثمرة ترجى من ما ذكره من المناط لتمييز الشرط المزاحم من غيره؛ لأن كل إباحة فهي تحتمل ثبوتاً أن تكون اقتضائية وأن تكون لا اقتضائية، ولا ملاك يميز لنا إحداهما عن الأخرى، فلا مناص من التوقف في جميع الشروط.

وثانياً: أن ما ورد من أن الشرط المحرِّم للحلال باطل، مطلق يشمل الإباحة الاقتضائية واللاقتضائية، وما ذكره من كون المراد منه خصوص الإباحة الاقتضائية فهو وإن أمكن ثبوتاً إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، بل مقتضى الإطلاق عدمه.

وأما ما أفاده في الأمر الثاني فهو عقيم؛ لأن ما نحتاج إليه في تحقق الاعتبار الوضعي بالشرط أمران: أحدهما أن لا يكون لذلك الاعتبار الوضعي سبب مخصوص عند الشارع كما أفاده قدس سره وهو متين، والآخر أن لا يكون الشرط مخالفاً لإطلاق الكتاب والسنة، وهذا الأمر مغفول عنه في كلماته قدس سره.

فالشرط في ما نحن فيه هو عدم الخيار، والخيار وجوداً وعدماً ليس له سبب مخصوص، ولكن دعوى صاحب الإشكال أن شرط عدمه مخالف لإطلاق «البيعان بالخيار»، وما ذكره لا يرفع هذا الإشكال.

الحق في رفع إشكال التعارض

والحق في رفع الإشكال أن يقال: إن متعلق الشرط تارة هو عدم الخيار كأن يقول: بعتك بشرط عدم الخيار، وأخرى سقوط الخيار، فإن كان الأول فهو باطل؛ لأنه مخالف للسنة[1]، وإن كان الثاني فلا مانع منه؛ لما أفاده الشيخ ﷺ من أن الدليل قام على أن الخيار حق فهو بيد ذي الحق، فالأدلة التي تثبت كونه حقاً تثبت أن أمره بيد صاحبه، فله أن يسقطه وأن يبقيه، وبما أن الشارع لم يعتبر لإسقاطه سبباً مخصوصاً فلصاحب الخيار أن يسقطه بمجرد الشرط.

وعليه فلم يبق إشكال في المسألة إلا إشكال أنه إسقاط ما لم يجب؛ لأن البيع لم يتم بعد، ومما تقدم اتضح رفعه؛ لأن المقتضي للسقوط مصحح له.

صور اشتراط سقوط خيار المجلس

قال الشيخ ﷺ: إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

الأول: أن يشترط عدم الخيار -وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط في محل البحث- فيقول: (بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس)؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع؛ لأن السقوط فرع الثبوت ولو آناً ما، سواء أكان في شرط الفعل أم في شرط النتيجة، فيشترط في شرط الإسقاط -الذي هو شرط الفعل- أن يثبت الأمر قبل إسقاطه، وكذلك في شرط السقوط -الذي هو شرط نتيجة- يشترط أن يكون ثابتاً قبله، وإلا لما تعقل الإسقاط ولا السقوط، فلهذا كان مرادهم من شرط السقوط شرط عدم

---

(١) ربما يقال: بأن ما أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - منافٍ لما ورد في صحيحة مالك ابن عطية؛ حيث جاء فيها: «بشرط أن لا يكون لها الخيار»، وهو ظاهر في المعنى الأول، لا في شرط سقوط الخيار. ولكن سيأتي الجواب عنه فانتظر.

ثبوت الخيار.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: (بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس).

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار.

أما الثاني فقد تعرض فيه الشيخ قدس سره -بعد الفراغ من صحته- إلى نفوذ الفسخ لو خالف الشرط وعدم نفوذه، وبيّن أن فيه وجهين:

الوجه الأول: نفوذ الفسخ؛ لأن متعلق الشرط هو عدم الفسخ لا سقوط حقه في الفسخ، فلو فسخ نفذ وإن كان مأثوماً لمخالفته الشرط.

الوجه الثاني: عدم نفوذه؛ والوجه فيه أننا قلنا سابقاً: إن مقتضى إطلاق ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وجوب الوفاء بها حتى بعد الفسخ فيكون الفسخ لغواً، فكذلك نقول هنا: إن مقتضى إطلاق «المؤمنون عند شروطهم» وجوب الوفاء بالشرط -وهو هنا عدم الفسخ- حتى بعد الفسخ، ومقتضاه عدم نفوذ الفسخ وتأثيره.

وهذا هو الأقوى عند الشيخ قدس سره.

وأما الثالث فمقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد العقد، فلو أخل بالشرط وفسخ العقد، ففي تأثير الفسخ يأتي الوجهان المتقدمان، وقوّى الشيخ قدس سره عدم التأثير[1]؛ لما تقدم أيضاً.

هذا حاصل ما أفاده الشيخ قدس سره، وأما التحقيق فينبغي التعرض للصور تفصيلاً:

---

(١) المكاسب ٥: ٥٥ - ٥٧.

الصورة الأولى: شرط عدم الخيار

أما شرط عدم الخيار فيتصور بنحوين:

أحدهما: شرط سقوط الخيار.

والآخر: شرط عدم الخيار.

أما **النحو الأول** فما يورد عليه: أن هذا السقوط قبل الثبوت؛ لأن ثبوت الخيار بعد تمامية البيع، فما لم يتمّ الإيجاب والقبول لم يحصل خيار المجلس، فشرط السقوط قبل تمامية البيع شرط للسقوط قبل الثبوت [فهو من إسقاط ما لم يجب].

والجواب عنه: أن غاية هذا الإشكال وجود تعليق للشرط؛ فإن شرط السقوط معلّق على تمامية العقد، فعند حصول القبول الذي هو مبدأ حصول الخيار يحصل السقوط، وليس في هذا التعليق محذور ثبوتاً ولا إثباتاً.

أما ثبوتاً؛ فلأن اعتبار السقوط هو المشروط والمعلق، واعتبار المشروطات والمعلقات في الأمور الاعتبارية لا محذور فيه عقلاً ولا ثبوتاً.

وأما إثباتاً فلأن ما قام الإجماع على بطلانه هو التعليق في العقود، وأما التعليق في ثبوت الخيار وسقوطه فلم يقم الإجماع على بطلانه، ولو شك فالإجماع دليل لبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو التعليق في العقود التنجيزية.

وأما **النحو الثاني** -وهو شرط عدم الخيار- فمقتضى صحيحة مالك بن عطية عدم الإشكال فيه؛ فإن فيها (بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي)، وهو ظاهر في شرط عدم الخيار، فلا إشكال من الناحية الإثباتية.

وأما من الناحية الثبوتية فإن كان فيه إشكال فلا بد من التصرف في مقام الإثبات ورفع اليد عن هذا الظهور، والإشكال الوارد: أن كلاً من ثبوت الخيار

وسقوطه غير واقع تحت اختيار المكلف، فهو غير مقدور له، فلا يتعلق به الشرط.

جواب المحقق الخراساني قدس سره عن الإشكال الثبوتي

وأجاب عنه المحقق الخراساني قدس سره -بعد أن قرّب الإشكال: بأن دليل الشرط ليس بمشرِّع، بل يتعلق الشرط بما هو مشروع، مثل أدلة النذر والعهد وأمثالهما؛ فإنها لا تتعلق إلا بما كان مشروعاً في نفسه، ولا تتسبب في تشريعه، وعليه فالتسبب لعدم الخيار بالشرط يستلزم كونه مشرِّعاً، ولما لم يكن كذلك فلا يمكن تحقق عدم الخيار بالشرط:

بأن الملكية والحقية من الأمور الاعتبارية التي يتوسل إليها بما جعل سبباً لها ابتداءً، أو إمضاءً، فكما يمكن تحقق الملكية بأسبابها التي توجبها فكذلك الحق، فيمكن أن يوجد بأسبابه، ومقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» أن الشرط من جملة ما جعل سبباً لتحصيل الحق، فيكون حق عدم الخيار لمن اشترط له.

لا يقال: إن ثبوت الخيار حق من الحقوق قابل للتحصيل بالشرط، ولكن المدعى عدم الخيار فلا يتحقق بالشرط.

فإنه يقال: إذا كان ثبوته مما يصح له التوسل إليه، وكان مما يقدر عليه كان عدمه كذلك؛ إذ لا يعقل أن يكون أحد الطرفين مقدوراً دون الآخر، فإذا كان قادراً على الوجود كان قادراً على العدم، فإذا كان قادراً على إيجاد الخيار بالشرط كان قادراً على عدمه به[1].

---

(١) حاشية المكاسب: ١٦١.

والحاصل: أن الخيار وجوداً وعدماً متعلق للقدرة، وبما أن «المؤمنون عند شروطهم» جعلت لنا القدرة على جعل الخيار بالشرط، فعندنا القدرة على عدمه بالشرط أيضاً، وهذا هو مراد المشهور.

تحرير الإشكال الثبوتي ومناقشة المحقق الخراساني قدس سره

أقول: عمدة الإشكال: أن الخيارات على قسمين:

القسم الأول: ما يكون جعله مربوطاً بالمتعاملين نفسهما عن طريق الشرط الارتكازي كخيار العيب والغبن؛ فإن المتعاملين متبانيان ارتكازاً على سلامة العوضين، وعلى أن يكونا متساويين في المالية عرفاً، فإذا كان أحدهما معيباً كان لآخذه خيار تخلف شرط وصف الصحة وهو خيار العيب، وإذا كان الفارق في المالية بينهما فاحشاً كان له خيار الغبن.

القسم الثاني: الخيارات التعبدية الشرعية التي لم توجد لولا جعل الشارع لها كخيار الحيوان ثلاثة أيام، وخيار المجلس، وهذا القسم لا يرتبط باختيار المتعاملين وقدرتهما؛ فإنه مجعول إلهي، فإذا لم يكن وجوده مقدوراً لهما فكذلك عدمه.

وعليه فما أفاده المحقق الخراساني قدس سره تام في الخيارات المرتبطة بالمتعاملين؛ فإن القدرة على وجودها قدرة على عدمها، وأما الخيارات الإلهية فلا قدرة على وجودها حتى يقدر على عدمها، وخيار المجلس منها، فلا يكون واقعاً تحت الاختيار وجوداً ولا عدماً، فلا مخلص من الإشكال الثبوتي.

وأما صحيحة مالك بن عطية، فبناء على تحكم الإشكال الثبوتي لا بد من رفع اليد عن ظاهرها وحمل قوله: «بشرط أن لا يكون لك الخيار» على إرادة اشتراط سقوط الخيار لا اشتراط عدمه، ولا محذور في اشتراطه ثبوتاً ولا إثباتاً كما تقدم.

فالتحقيق أن الوجه الأول من وجوه هذا الشرط إن رجع إلى شرط سقوط الخيار فهو نافذ، وإن أريد منه عدم الخيار فلا ينفذ.

الصورة الثانية: شرط عدم الفسخ

وأما شرط عدم الفسخ، فأخذ الشيخ ﷺ صحته مفروغاً عنها وانتقل إلى البحث فيما لو خالف المشروط عليه وفسخ البيع وهو في المجلس، فهل ينفذ الفسخ أو لا؟

ولكن ينبغي أن يقع البحث في جهتين مترتبتين:

الجهة الأولى: في صحة هذا الشرط وعدمها.

الجهة الثانية: في نفوذ الفسخ وعدمه.

أما **الجهة الأولى** ففيها وجهان:

الوجه الأول: عدم صحة الشرط وأنه لغو.

الوجه الثاني: صحته.

وأما **الجهة الثانية** فعلى تقدير صحة الشرط ففي نفوذ الفسخ لو خالف الشرط قولان أيضاً:

الأول: حرمة الفسخ تكليفاً ونفوذه وضعاً.

الثاني: حرمته تكليفاً وعدم نفوذه وضعاً.

الجهة الأولى: في صحة شرط عدم الفسخ وعدمها

أما الجهة الأولى فاختار المحقق السيد الخوئي ﷺ عدم صحة هذا الشرط وكونه لغواً فاسداً، خلافاً للمشهور، فتبتني المسألة عندئذ على مسألة أن الشرط الفاسد في المعاملة هل يوجب فسادها أو لا؟ والتحقيق عدم استلزامه لفساد البيع، فالبيع صحيح والشرط فاسد.

ما أفاده المحقق الخوئي قدس سره لبطلان الشرط

بيان ذلك: أن معنى الشرط في العقد -بحسب برهان السبر والتقسيم- لا يخلو من ثلاثة:

الأول: أن يكون الشرط التزاماً مستقلاً مقارناً للعقد ولا يرتبط به، فلا يخرج حينئذ عن الشروط الابتدائية، فلا يشمله «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن موضوعها الشروط، والشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، ولو فرض إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي فإنه مخصص بالأدلة الأخرى، فلا يجب الوفاء به وحاله حال الوعد.

الثاني: أن يرتبط الشرط بالعقد ولكن بنحو يكون نفس الالتزام العقدي معلقاً على الشرط، والتعليق في العقود باطل بالإجماع فالشرط الموجب للتعليق باطل.

الثالث: أن يرتبط الشرط بالعقد ولكن لا بنحو أن يكون الالتزام العقدي معلّقاً كالسابق، بل بنحو يكون الالتزام الوفائي معلّقاً، بمعنى أن الالتزام بالبقاء على العهد والعقد وعدم الرجوع عنه معلق على عمل المشروط عليه بالشرط، وذلك لأن في البيع التزامين: أحدهما الالتزام البيعي وهو التزام ملكية المتاع في مقابل العوض، والآخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول وعدم الرجوع عنه وهو الالتزام بالبقاء على العقد والعهد، ومعنى اشتراط ذلك أن يكون له الخيار فيما لو لم يفِ المشروط عليه بالشرط.

ومعنى الشرط في العقود -بحيث يجب الوفاء به- هو المعنى الثالث ليس إلا؛ لعدم وجوب الوفاء بالأول وبطلان الثاني.

إذا اتضح معنى الاشتراط في العقود فنقول: إن معنى شرط عدم الفسخ

يرجع إلى أنه إذا لم يفِ المشروط عليه بالشرط فللشارط الخيار في أن لا يلتزم بالبيع. ثم إن المشروط عليه أن لا يفسخ العقد لا يخلو أمره من حالين: إما أن يعمل بمقتضى إطلاق «البيعان بالخيار»؛ لعدم سقوط حقه وضعاً فيفسخ البيع، وإذا فسخ لم يبق للشارط خيار؛ لانتفاء موضوعه، فما معنى أن يشترط فيقول: إن لم تفِ بالشرط وفسخت البيع فلي الخيار في أن لا ألتزم بالبيع؟!

وإما أن لا يعمل بمقتضى إطلاق دليل الخيار فلا يفسخ، ومع عدم الفسخ لا يكون للشارط خيار أيضاً؛ لأن الخيار في الشرط إنما هو خيار تخلف الشرط، ومع عدم التخلف لا خيار للشارط، فاشتراط عدم الفسخ لغو على التقديرين فيكون فاسداً، فتبتني صحة المعاملة على أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا.

نعم، لا إشكال في صحة اشتراط عدم فسخ العقد في عقد آخر كما لو اشترط في عقد البيع أن لا يفسخ عقد الهبة المجانية الصادرة منهما سابقاً[1].

ولهذا القول لوازم، منها: أن يلتزم بعدم إمكان اشتراط عدم الفسخ في جميع العقود الجائزة، سواء أكانت جائزة بالذات كالعقود الإذنية كالمضاربة والوكالة والعارية والوديعة، وغير الإذنية كالهبة، أم كانت جائزة بالعرض كالبيع الخياري، وقد التزم ﷺ به في تعليقته على العروة في باب المضاربة؛ معللاً بأن اشتراطه لغو كما تقدم بيانه.

ويرد عليه: ما أجاب به هو ﷺ في تعليقة له أخرى على تلك المسألة من العروة[2]، وحاصله مع التوضيح والتحقيق: أن حقيقة الشرط لا يمكن

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٢٩ - ١٣١، التنقيح ٣٨: ١٠٢ - ١٠٣.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله: إن السيد الخوئي ﷺ أحال في مصباح الفقاهة -بعدما بيّن وجه بطلان الشرط- إلى تعليقته على العروة في باب المزارعة، والصحيح أنه في باب المضاربة، فرجعنا إلى العروة وفيها ما تقدم بيانه، وقد أجبنا عن ما أفاده في المقام

←

تحققها بدون تعليق، فالشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر، وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط؛ وإلا -كما قلنا سابقاً- لا يتحقق موضوع (المؤمنون عند شروطهم)، والارتباط على نحوين:

النحو الأول: أن يعلق العقد نفسه على وجود الشرط كأن يعلق البيع على الخياطة فيقول: (بعتك إن خطت ثوبي) بحيث يكون المنشأ معلّقاً على تحقق الشرط في الخارج، وهذا هو التعليق المبطل في العقود؛ فإن تعليق العقد على أمر مشكوك الحصول أو أمر معلوم الحصول في المستقبل مبطل للعقد بالإجماع.

النحو الثاني: أن يعلق العقد على الالتزام بالشرط لا على وجوده، كأن يعلق البيع على الالتزام بالخياطة لا على نفسها، وهذا التعليق لا يوجب البطلان؛ لأنه تعليق على أمر موجود بالفعل وهو الالتزام وإن كان الملتزم به استقبالياً، ولم يعلق على أمر خارجي غير موجود فعلاً، مشكوك الحصول أم معلومه في المستقبل، والتعليق على أمر حاصل بالفعل خارج عن الإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود.

والتعليق فيما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن تعليق البيع في المقام إنما هو على الالتزام بعدم الفسخ، لا على عدمه، والالتزام بعدمه حاصل بالفعل، فالتعليق ليس على أمر غير موجود فعلاً ليكون مبطلاً.

نعم، أثر الشرط يختلف باختلاف الموارد؛ فإنه تارة يوجب تخلفه

المتفق مع تعليقته، ولكن للاحتياط رجعنا بعد ذلك مرة أخرى إلى حاشيته المنفردة على العروة، الجزء الثاني فوجدت في كلامه ما يكون جواباً عن استدلاله، فتبيّن أنه قدس سره رجع عن ما أفاده أولاً في التعليقة الأولى، وأن له تعليقة أخرى في المقام كما أوضحناها في المتن.

الخيـار، وأخـرى لا يوجبه، ففي الأول يجب الوفاء على المشـروط عليه، ولو لم يفِ كان للشارط الخيار، كما لو باعه واشترط عليه في ضمن البيع أن يخيط ثوبـه، فإنه يجـب عليه أن يخيطه، ولو لم يخطه كان للشـارط الخيار في فسـخ البيع.

وفـي الثانـي يجـب الوفاء على المشـروط عليـه ليس إلا، كما في شـرط الالتزام بعدم الفسخ؛ فإنه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط، ولو لم يفِ نفذ فسـخه، ولا خيار للشـارط لانتفاء موضوعه فجعل الخيار لغوٌ حينئذ؛ إذ لا معنى لجعل الخيار له بعد ارتفاع موضوعه، فأثر هذا الشـرط لم يظهر في ثبوت الخيـار كما في الأول؛ للغويته، ولكنه يظهر في وجوب الوفاء فيكون صحيحاً؛ لوجـود المقتضي وعدم المانع؛ أما المقتضـي فلأنه التزام في ضمن التزام وهو محقـق لحقيقة الشـرط، وأما عـدم المانع فلأن المانع هو التعليـق على أمر غير حاصل بالفعل، والتعليق فيما نحن فيه تعليق على الالتزام بعدم الفسـخ لا على نفس عدم الفسخ، وهو حاصل بالفعل، فينطبق عليه «المؤمنون عند شروطهم»، فالشرط صحيح ويجب الوفاء به، ولكن إن لم يفِ وفسخ نفذ فسخه[1].

---

(١) لا بأس بذكر كلتا تعليقتي السيد الخوئي رحمه الله؛ لعدم خلو ذلك من الفائدة، قال السيد اليزدي رَحِمَهُ اللهُ في كتاب المضاربة المسألة الثانية: (نعم، لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا، يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى؛ لوجوب الوفاء بالشرط، ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد أيضاً؛ لأنه منافٍ لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو منافٍ لإطلاقه، ودعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة..).

وعلق السيد الخوئي رَحِمَهُ اللهُ على قوله: (بل العقد أيضاً) بقوله في التعليقة الأولى:

(ذكرنا في محله أن اشتراط العقد بشيء ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر، كما أنه ليس من تعليقه على وجوده، بل معناه تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه، وعليه فلا يصح اشتراط لزوم العقد ولا عدم فسخه في المقام وفي غيره من العقود الجائزة. نعم، الأظهر عدم بطلان العقد ببطلان شرطه.

←

وما أفاده قدس سره من الاستدلال على الصحة متين.

الجهة الثانية: في نفوذ الفسخ وعدمه

وأما الجهة الثانية ففي نفوذ الفسخ وعدمه، وقلنا: فيها قولان:

القول الأول: نفوذ الفسخ مع كونه حراماً، وسيتضح وجهه عند التعرض لدليل القول الثاني ومناقشته فانتظر.

القول الثاني: عدم النفوذ وسقوط حق الخيار بهذا الشرط بحيث لا يكون لفسخه أثر لو فسخ، وهو مختار الشيخ والمحققين النائيني والحائري قدست أسرارهم، ولكل منهم طريق يخصه.

هذا، ويمكن اشتراط عدم فسخ العقد الجائز في ضمن عقد آخر ويجب الوفاء به حينئذ بلا إشكال).

وعلّق في حاشيته الثانية بقوله: (ذكرنا في محله أن اشتراط العقد بشيء ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر، بل هو يختلف باختلاف الموارد، فقد يكون معنى الشرط في ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه كما إذا اشترط في بيع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك، وقد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشيء كما إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح السكنى في بلد معين مثلاً أو نحو ذلك، وقد يكون كلا الأمرين معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطة ثوب أو كتابة شيء مثلاً. ثم إن الاشتراط فيما نحن فيه ليس من قبيل الأول؛ حيث إنه لا التزام هنا بالعقد حتى يعلق على شيء آخر، بل هو من قبيل الثاني، بمعنى أن المعلق على الالتزام بشيء إنما هو عقد المضاربة نفسه، وعليه ففيما نحن فيه إن كان المعلق عليه هو لزوم العقد ووجوب الوفاء به فهو باطل، وإن كان هو الالتزام بعدم فسخه خارجاً فهو صحيح ويجب عليه الوفاء به ولكن لا يوجب لزوم العقد وضعاً، ومن هنا إذا فسخ كان فسخه نافذاً وإن كان غير جائز وكذا الحال فيما إذا اشترط في ضمن عقد آخر، وبذلك يظهر الحال في سائر فروض المسألة).

طريق الشيخ قدس سره لسقوط حق الفسخ بالشرط ومناقشته

أما الطريق الذي سلكه الشيخ قدس سره فحاصله: أن مقتضى «المؤمنون عند شروطهم» وجوب الوفاء بالشرط، ومعناه في المقام سلب سلطنة المشروط عليه بالإضافة إلى الفسخ، ومقتضى الإطلاق أن يجب عليه ترتيب آثار عدم الفسخ حتى لو فسخ، ونتيجة ذلك سقوط حق الخيار وعدم تأثير الفسخ، نظير ما تقدم من أن مقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد تكليفاً، ومعناه ترتيب آثار العقد، وإطلاق الوجوب يقتضي ترتيب أثر العقد حتى لو فسخ، ولا معنى لذلك إلا لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ [1].

وأورد عليه: بأن قياس ما نحن فيه على وجوب الوفاء بالعقد مع الفارق؛ لتعقل إطلاق ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لما بعد الفسخ دون إطلاق «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد ترتيب آثاره، ومن آثاره -مثلاً- تسليم كل من المتعاملين ما انتقل منه إلى الآخر، ومقتضى إطلاق وجوب التسليم وجوبه حتى بعد الفسخ، ومعنى وجوبه بعده عدم نفوذه وأنه لا أثر له؛ إذ لو كان مؤثراً لرجع كل واحد من العوضين إلى ملك مالكه الأول، فلا يكون المال مالاً للغير حتى يجب تسليمه إليه، فمقتضى إطلاق وجوب ترتيب آثار العقد لما بعد الفسخ بطلان الفسخ، وهو لازم مساوٍ للزوم العقد.

وأما ما نحن فيه من التمسك بوجوب الوفاء بالشرط، فالشرط هو عدم الفسخ، ومعنى وجوب الوفاء بالشرط وجوب ترك الفسخ، ولا يعقل إطلاق وجوب ترك الفسخ لما بعده؛ لأن معناه حينئذ: يجب عليك ترك الفسخ حتى بعد الفسخ، وهو غير معقول.

---

(١) المكاسب ٥: ٥٦ - ٥٧.

توضيح عدم المعقولية: أنه لو اشترط في عقد البيع عدم الفسخ، فإذا فسخ لم يخلُ الحال من أحد أمرين: إما أن يؤثر الفسخ في حل العقد أو لا، فإن أثَّر فقد انحل العقد فلا يعقل أن يخاطب حينئذ بترك الفسخ، وإن لم يؤثر الفسخ ولم ينحل العقد فأيضاً لا يعقل أن يخاطب بترك الفسخ؛ لأنه غير مقدور.

فبحكم هذا البرهان يتضح أن إطلاق وجوب ترك الفسخ لما بعده محال، بخلاف إطلاق وجوب الوفاء بالعقد فإنه ممكن[1].

ويمكن أن يقال: بأن نفوذ الفسخ يتوقف على السلطنة عليه عقلاً وشرعاً، ومع أن الممتنع عقلاً وشرعاً لا يمكن أن يتحقق، ووجوب الوفاء بالشرط يوجب سلب السلطنة على مخالفة الشرط وهو الفسخ ممن لا سلطنة عليه ومن لا حق له في الفسخ، فبقاء حق الفسخ والسلطنة عليه مع حرمته متنافيان شرعاً.

ويدل عليه قول الشيخ قدس سره: لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه، وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به، على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذ في حقه، كما اختار المرجوحية في منذور التصدق المحقق النائيني قدس سره في أجود التقريرات.

وعلى هذا المبنى لا يرد إشكال المحقق السيد الخوئي قدس سره، ولا ما أشكل به المحقق الخراساني قدس سره من الدور والتمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية بقوله قدس سره: (لا يخفى أن الاستدلال بعموم وجوب الوفاء لعدم نفوذ الفسخ، لا يكاد يتم إلا بوجه دائر، أو التمسك بالعام فيما اشتبه كون من مصاديقه، ضرورة أنه لا معنى لوجوب الوفاء بالشرط، مع انحلال البيع، وانفساخه بالفسخ، فيكون التمسك بالعام بلا إحراز عدم تأثيره الفسخ به يكون

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٢٩.

تمسكاً به في المصداق المشتبه، ومعه يلزم الدور؛ لتوقف عدم تأثيره على شموله، وهو يتوقف على عدم تأثيره، وهو واضح.

وأما منذور التصدق ففيما إذا تمكن من استرداد العين بوجه، بخيار، أو استيهاب، أو غيرهما، فلا مجال لتوهم عدم نفوذه بيعه، غايته إنه يجب عليه استرداده والتصدق به. وفيما إذا لم يتمكن من الاسترداد، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء لعدم صحة بيعه، يستلزم أحد المحذورين، بداهة عدم تعقل الوفاء مع صحته، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء على عدم صحته، مع احراز عدم الصحة به، يستلزم الدور، وبدونه تمسك بالعام في المصداق المشتبه. فظهر أن الظاهر هو صحة الفسخ في المقام، والبيع في منذور التصدق)[1].

نعم يبقى الكلام في المبنى الذي بنى عليه الشيخ الأنصاري قدس سره لسقوط الخيار.

طريق المحقق النائيني قدس سره لسقوط حق الفسخ بالشرط ومناقشته

وأما الطريق الذي سلكه المحقق النائيني قدس سره فتوضيحه: أن النهي المتعلق بالمعاملات على قسمين: ما يتعلق بالسبب، وما يتعلق بالمسبب.

أما **الأول** فلا يستلزم الفساد كالنهي عن البيع وقت النداء؛ فإن المنهي عنه هو إنشاء البيع وقت النداء؛ لأن الاشتغال به يستوجب فوت صلاة الجمعة.

وأما **الثاني** فهو يستلزم الفساد؛ لأن المسبب لا بد أن يكون مقدوراً للمتعاملين، فالبيع لا بد أن يكون مقدوراً لهما لتشمله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾،

(١) حاشية المكاسب للآخوند: ١٦٣.

وكذا سائر المعاملات الأخرى، ومع النهي عنه تنتفي القدرة عليه؛ فإن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فإذا نهي عن المسبب انتفت القدرة الشرعية عليه، فلا محالة يقع فاسداً، فلو شرط أن لا يبيع داره على زيد، فمقتضى دليل الشرط تخصيص دليل «الناس مسلطون على أموالهم» فيسلب بواسطة الشرط سلطنته على بيع داره لزيد ولا يكون قادراً عليه، فيكون البيع متعلقاً للنهي النفسي فيقع فاسداً.

وفي ما نحن فيه يشترط لصحة الفسخ أن يكون مقدوراً للفاسخ؛ لأنه مسبب عنه، فإذا اشترط في ضمن البيع أن لا يفسخ العقد، فمقتضى «المؤمنون عند شروطهم» سلب قدرته على الفسخ، فإذا كان مسلوب السلطنة كان الفسخ باطلاً، ويكون العقد لازماً[1].

ويرد عليه: أولاً: أنه لا إشكال في أن الشرط يوجب تحديد دائرة السلطنة؛ فإنه لا يعقل أن تبقى السلطنة مطلقة كما كانت قبل الشرط، وإلا لزم لغوية الشرط وعدم وجوب العمل به، فأصل المدعى من كون دليل الشرط يوجب قصر السلطنة مما لا ننازعه فيه.

ولكنَّ للسلطنة المطلقة -كما لقصرها- نوعين: سلطنة تكليفية، وسلطنة وضعية، فالسلطنة التكليفية جواز البيع لزيد مثلاً، والسلطنة الوضعية نفوذ هذا البيع، فإذا جاء الشرط، فإن كان يسلب كلتا السلطنتين تمّ كلام المحقق النائيني قدس سره؛ لأن البيع صار حراماً وغير نافذ.

ولكن دليل الشرط إنما يسلب السلطنة التكليفية، بمعنى أن البيع المشروطَ تركُهُ يكون حراماً، والحرمة التكليفية للبيع لا تستلزم فساده كما

(١) منية الطالب ٣: ٤٧ - ٤٨

حقق في الأصول من أن النهي المولوي في المعاملات لا يقتضي الفساد.

وعليه فغاية ما نحن فيه أن يكون الفسخ حراماً، ولكنه نافذ لو وقع[١].

ثانياً: أن التكليف -أمراً أو نهياً- لا يتعلق إلا بالمقدور بلا إشكال، وإنما البحث بينهم في منشأ هذا الحكم ووجه اعتبار القدرة في متعلق التكليف، هل هو استحالة تعلق التكليف بغير المقدور بالذات أو بالعرض؟ بمعنى هل هو محال بالذات ولا يمكن حصوله، أو أنه يستحيل صدوره من الحكيم لقبح تكليف العاجز؟

وبعبارة فنية مختصرة: إن تكليف العاجز إما محال أو قبيح، وعلى كلا التقديرين لا يصدر من المولى الحكيم.

وبما أن النهي عن الفسخ تكليف، كما يعترف ﷺ به أيضاً، فلا بد أن يكون الفسخ مقدوراً بمقتضى القاعدة المتقدمة، فإذا سلبت القدرة عليه بواسطة دليل الشرط لم يعد مقدوراً؛ لأن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فلا يتعلق التكليف بالترك، وهو خلف الفرض، فنفس تعلق التكليف به يقتضي

---

(١) أورد على الشيخ الأستاذ دام ظله: أن المعاملات أمور إمضائية، ولا يعقل من الشارع أن يمضي ما هو مبغوض له، فكيف يمضي المعاملة وهي حرام عنده؟!

وبصياغة الشيخ الأستاذ -دام ظله- له: أنه لا معنى لأن يكون الشرط واجب الوفاء ومع ذلك لا يكون البيع مبغوضاً، فإنه إذا اشترط أن لا يبيع الدار لزيد فلا شك أن بيعها له يكون مبغوضاً، والمبغوضية لا تجتمع مع الإمضاء.

فأجاب دام ظله: لا مانع من ذلك ثبوتاً ولا إثباتاً، أما ثبوتاً فيمكن أن تتعلق المصلحة بشيء مع كونه مبغوضاً [لوجود مفسدة ملزمة تزاحم المصلحة]، ولكن لو وقع يمضيه، وأما إثباتاً فدليل ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مطلق، ولا مقيد له إلا دليل الشرط، وهو إنما يقيد الحلية التكليفية، فيبقى مفاده في الحكم الوضعي على إطلاقه.

أن يكـون مقدوراً ونافذاً على خـلاف ما يريده المحقق النائيني ﷺ من إثبات عدم نفوذه.

طريق المحقق الحائري ﷺ لسقوط حق الفسخ بالشرط ومناقشته

وأمـا الطريق الذي سـلكه المحقـق الحائري ﷺ فهو يتضمن إشـكالاً على الشيخ ﷺ وتحقيقاً في المسألة.

أما الإشكال فحاصله: أن التمسك بدليل الشروط بعد الفسخ -كالتمسك بآية الوفاء بعده- من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للدليل.

توضيـح ذلك: أن التمسـك بقوله تعالـى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُـودِ﴾ فرع وجود العقد، فما لم يحرز وجوده لا يمكن التمسـك بها، فإذا فسـخ العقد وشـك في نفوذ الفسـخ وعدمه شـك في بقاء العقد، ومع الشـك في بقائه يكون التمسـك بالآيـة للزومـه تمسـكاً بالدليل فـي الشـبهة الموضوعيـة، وكذلـك الحال في التمسـك بدليل الوفاء بالشـرط؛ فإنه فرع وجود الشرط، فإذا فسخ العقد وشك في نفوذ الفسـخ شـك في بقاء الشرط، ومع الشك في بقائه كان التمسك بدليل الشرط تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وأمـا التحقيـق فذهب إلى أن الحق هـو التفصيل بين تعلق الشـرط بترك الفسـخ المسـببي، وتعلقه بترك الفسخ السـببي أي بترك إنشائه، فإن كان الأول -كأن يشـترط تـرك حـل العقد الواقع- فالفسـخ لو وقـع كان باطـلاً كما أفاده الشيخ ﷺ وإن كان دليله ليس بتام.

وإن كان الثاني -بأن يشترط ترك إنشاء الفسخ- فلو فسخ لم يكن الفسخ باطلاً.

ويترتب على ذلك ثمرات مهمة، منها: أن الشرط كلما كان شرط نتيجة بطل حق المشروط عليه، وكلما كان شرط فعل لم يبطل حقه، والدليل على ذلك يبتني على مقدمات ثلاث:

المقدمة الأولى: أن الشرط عبارة عن إلزام أمر على المشروط عليه، فعندما يقول له: شرطت لي عليك كذا، فالشرط يقتضي بواسطة اللام حصول حق وسلطنة للشارط على المشروط عليه، فهو مالك للشرط وليس مجرد حكم، ولذا لو تخلف المشروط عليه عن الشرط كان للشارط حق المطالبة والإلزام، وللحاكم أن يلزمه أيضاً من باب إحقاق الحق، ولو لم يكن له حق وسلطنة، بل لم يكن إلا صرف الحكم لما كان له ولا للحاكم إلا أن يأمراه بالعمل بالشرط من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن هذا يظهر أن متعلَّق الشرط هو متعلَّق لسلطنة الشارط وحقه.

المقدمة الثانية: أنه لا يعقل أن يكون متعلق السلطنة أحد طرفي الوجود والعدم، بل لا بد أن يكون متعلقها كلا الطرفين.

المقدمة الثالثة: أنه لا يمكن أن يكون الشيء الواحد متعلَّقاً لسلطنتين مستقلتين مطلقتين، ويكون مملوكاً لمالكين مستقلين.

وبناء على هذا، فإذا اشترط ترك الفسخ، كان هذا الترك متعلَّقاً لحق الشارط، وله السلطنة عليه بمقتضى المقدمة الأولى وليس مجرد حكم، وإذا كان ذا سلطنة عليه فهو ذو سلطنة على الفسخ أيضاً بمقتضى المقدمة الثانية، فلا تكون للمشروط عليه سلطنة على الفسخ بمقتضى المقدمة الثالثة، فالنتيجة أن المشروط عليه مسلوب القدرة على الفسخ، فلو فسخ كان فسخه بدون حق فلا ينفذ؛ لأن نفوذه معلول للحق ومتفرع عليه، ولما لم يكن له حق الفسخ

-بمقتضى شرط تركه- لم يعقل نفوذ فسخه.

إن قلت: إن فسخ المشروط عليه إذا كان باطلاً؛ لأنه ليس من حقه ذلك، فهو غير قادر على الفسخ، وإذا لم يكن قادراً عليه فلا يتعلق به النهي؛ لعدم تعلّقه بغير المقدور وعدم توجّهه إلى العاجز.

فالجواب نقضاً: بالبيع الربوي وبيع الخمر؛ فإنهما يقعان فاسدين مع الالتزام بحرمتهما شرعاً بلا إشكال.

وحلاً بوجهين:

الأول: أن متعلق النهي في هذه المقامات هو البيع العرفي، وهو مقدور عليه، فالبيع الربوي الحاصل عند العرف منهي عنه، والفسخ العرفي منهي عنه.

نعم، البيع والفسخ الواقعيان غير مقدورين للمكلف، ولكن لم يتعلق بهما النهي.

الثاني: أن يجاب عنه بالجواب المذكور في ما لو نذر أن لا يصلي في الحمام؛ فإن النذر صحيح وينعقد مع أن الصلاة لو وقعت في الحمام بعد النذر تكون فاسدة، والجواب في ذلك المورد: أن ما تعلق به النذر هي الصلاة الصحيحة لولا النذر، فنقول هنا: إن ما تعلق به الشرط هو الفسخ الصحيح لولا الشرط، وكلاهما مقدوران[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري قدس سره

وفي كلامه جهتان: ما يرتبط بإشكاله على الشيخ قدس سره، وما يرتبط بتحقيقه.

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٥٤ - ٥٦.

أما إشكاله على الشيخ قدس سره: بأن التمسك بآية الوفاء ودليل الشروط في لزوم العقد ونفي نفوذ الفسخ بعد حصول الفسخ من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية فهو غير تام؛ لأن موضوع وجوب الوفاء هو العقد والالتزام بالمعنى المصدري الحدوثي، لا البقائي وهو ما ينشأ من الأول كالملكية بالنسبة إلى العقد؛ فإنها أثر له لا نفسه، فما يجب الوفاء به هو البيع الذي هو مصداق للعقد، والبيع هو ما يصدر من البائع، وما يصدر منه ليس أمراً باقياً في عمود الزمان؛ فإن البيع أنشئ وتحقق ومضى، وما يبقى هي الملكية، فالبيع الذي هو التزام بملكية المشتري مقابل العوض -وهو الذي تحقق ومضى- هو موضوع وجوب الوفاء، بمعنى أن لا يرجع البائع عن ما صدر منه، وهكذا الحال في الشرط.

فإذن بمجرد حصول التعهد والالتزام يتعنون المتعهد به والملتزم به بعنوان العقد والشرط، فيجب الوفاء بهما إلى الأبد، فلا يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، لا في العقد ولا في الشرط؛ فإن الفرض أن كلاً منهما قد حصل وتحقق، وما تحقق هو موضوع وجوب الوفاء أبداً[1].

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظله: أن أصل الإشكال من الميرزا السيد محمد حسن الشيرازي رحمه الله، وأجاب عنه الميرزا محمد تقي الشيرازي رحمه الله كما نقله عنه تلميذه المرحوم الشيخ كاظم الشيرازي في الجزء الأول من كتابه البيع، وقد تبعه من جاء بعده حتى المحققون كالمحقق النائيني رحمه الله.

ولا بأس بنقل عبارة الشيخ كاظم تعميماً للفائدة، قال رحمه الله في كتابه بلغة الطالب في حاشية المكاسب ٢: ٨١ : (وأجاب العلامة الأستاذ التقي طاب ثراه عن ذلك: أولاً: بأن المراد من العقد نفس الإنشاء السابق الواقع من المتعاقدين، أو اللفظ الدال عليه، وشيء منهما مما لا بقاء له ولا استمرار، فهو نظير إخبار العادل الذي يحدث ويفنى شيئاً فشيئاً، والمراد من وجوب الوفاء هو البناء على تحقق مدلوله دائماً، ولا يتوقف ذلك على استمرار العقد وبقائه، بل عرفت أنه لا معنى للبقاء والارتفاع بالنسبة

←

وأما ما أفاده من التحقيق فمخدوش نقضاً وحلاً، **أما النقض** فبشرط الفعل؛ حيث إنه فصّل بين كون متعلق الشرط الأمر المسببي وكون متعلَّقه الأمر السببي، فإذا كان المتعلَّق الأمر المسببي فيبطل حقه ولا ينفذ فسخه، وأما إذا كان المتعلَّق الفعل فلا يبطل حقه، كما لو اشترط أن لا يبيع الدار لزيد، والوجه في التفصيل: أن الشرط إذا تعلق بالمسبب فهو حق من الحقوق، والحق يزول عنه بالشرط، وإذا تعلق بالفعل فهو حكم، والحكم لا يزول بالشرط.

وينقض عليه: بأن العناوين الاعتبارية من قبيل العقود تتوقف على وجود سلطنة عند المتعاقدين لا مجرد حكم، كما يدل عليه في البيع: «لا بيع إلا في ملك»؛ فإن المراد من الملك هنا ليس ملك المتاع، وإلا لم يصح بيع الولي ولا الوصي ولا الوكيل، بل المراد ملك البيع، أي السلطنة عليه سواء أكانت بالأصالة أم بالولاية أم بالوصاية أم بالوكالة، فالبيع متوقف على السلطنة والفرض أنه شرط عليه أن لا يبيع لزيد، وهو شرط فعل كما هو واضح، فلم تكن له سلطنة على هذا البيع حينئذ حسب تقريره؛ لانتقال السلطنة للشارط، والمتعلق الواحد لا يقبل تعلق سلطنتين مستقلتين فينبغي أن يبطل البيع منه.

وأما الحل فيحتاج إلى بسط في المقال؛ فإنه مفيد في المقام وفي غيره فنقول: إنه من جهة قال: بأن اللام في إنشاء الشرط في قوله: (شرطت لك علي كذا) تفيد تحقق السلطنة لمن له الشرط، ومن جهة أخرى قال: بأن المستفاد

إليه؛ لأنه شيء يحدث شيئاً فشيئاً وينعدم، وما يقال إنه باق أو مرتفع يراد منه بقاء أثره التكليفي، يعني وجوب الوفاء به، وترتيب الأثر، أو الوضعي يعني الملكية والزوجية مثلاً.

ومحصل الكلام أن وجود العقد آناً ما كافٍ في وجوب ترتيب الأثر عليه؛ لما عرفت من أنه غير قابل للبقاء والاستمرار).

من «المؤمنون عند شروطهم» حكم تكليفي لا وضعي، أي: أن المستفاد منه الحكم بوجوب الوفاء بالشرط للشارط ليس إلا، فإذا كان متعلَّق الشرط مسبيباً انتزع الحكم الوضعي.

هذا ما أفاده ﷺ، ولنا فيه جهات من البحث:

الجهة الأولى: في دعواه: أن مدلول اللام إفادة السلطنة؛ إذ يرد عليها أن الأصل في معنى اللام هو مطلق الاختصاص؛ فإن الاختصاص وإن كان على نحوين: مطلق الاختصاص، والاختصاص المطلق، إلا أن ما تدل عليه اللام هو الأول كما في مثل قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾[1] و(الجنة للمؤمن)، والمعنى الأول لا ربط له بالحق ولا بالسلطنة، وإنما يستفاد الاختصاص المطلق أو الحقية أو السلطنة من القرائن الأخرى أو من الإطلاق كقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾[2]، ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾[3]، ويدل على ما ندعيه قولهم: (الجل للفرس)؛ فإن هذا الاستعمال حقيقي بلا إشكال، وليست للفرس سلطنة ولا ملكية قطعاً، ومعنى اللام في هذا المورد وفي غيره واحد؛ إذ ليست من الألفاظ المشتركة.

وعليه فهي -في ما نحن فيه- لا تدل على أكثر من اختصاص الملتزم به للملتزم له، فأحد المتعاملين -وهو المشروط عليه- يلتزم للآخر بما يكون في نفعه، والآخر -وهو المشروط لأجله- ملتزم له، والشرط يفيد الالتزام، فمن أين استفيدت السلطنة؟

الجهة الثانية: أننا لو تنزلنا وقلنا بأن مفاد (شرطت لك) الالتزام بالسلطنة،

---

(١) سورة المنافقون: ٨.

(٢) آل عمران: ١٨٩.

(٣) آل عمران: ١٠٩.

فلا بد أن تكون السلطنة متعلَّقة للالتزام فيكون التركيب: التزمت السلطنة لك، وهو تركيب غير صحيح من ناحية أدبية، بخلاف ما لو كان معناه: التزمت لك أن أعمل ما في نفعك.

الجهة الثالثة: أننا لو غضضنا النظر عن هذه الناحية، فمعنى الشرط من ناحية أصولية وفقهية -حسب قوله- أن يجعل الشارط على نفسه السلطنة للمشروط له، وهذه السلطنة تحتاج إلى إمضاء، ولا دليل في المقام -حسب الفرض- إلا «المؤمنون عند شروطهم»، وهو لا يفيد -على مبناه- إلا الحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء بالشروط، وجعل الوجوب في عهدة المكلف لا يدل على الإمضاء، فأين دليل إمضاء هذه السلطنة؟

ليس عنده إلا ما ذهب إليه من انتزاع الحكم الوضعي من الحكم التكليفي، فلا بد من البحث في معاني الانتزاع؛ فإنه تارة يطلق على الأمور الانتزاعية من قبيل الفوقية والتحتية المنتزعتين من السقف والفرش، فإن كان هذا هو مراده فهذه الأمور توجد بوجود منشأ انتزاعها ولا وجود آخر لها غير وجود منشأ انتزاعها، فليس هناك سقفية وفوقية، ومما لا شك فيه أن الحكم الوضعي يختلف وجوداً عن الحكم التكليفي، ولا يعقل أن يكون عينه، فإذا كان مراده من الانتزاع المعنى الاصطلاحي فهو باطل في المقام؛ لأن وجود الأمر الانتزاعي بوجود منشأ انتزاعه، ويستحيل أن لا يكون للحكم الوضعي وجود إلا وجود منشأ انتزاعه وهو الحكم التكليفي؛ لأنهما وجودان متغايران قطعاً.

وأما إذا كان مراده مصحح الانتزاع -كما هو الحال في الأمر بالمركب المصحح لانتزاع الجزئية من أجزائه، كالأمر بالصلاة المصحح لانتزاع الجزئية من التكبير والركوع والسجود وغيرها، والأمر بالصلاة المقيدة بوجود

الطهارة المصحح لانتزاع الشرطية منه، أو المقيدة بعدم الضحك المصحح لانتزاع المانعية منه- ففيه أن المصححية للانتزاع منوطة بالملازمة العقلية أو العرفية بين الأمرين كما في الموارد المذكورة، ولا ملازمة بين الالتزام بالعمل للمشروط له وسلطنته عليه، وكذا بين وجوب العمل بما التزم به وسلطنة المشروط له على العمل لا عقلاً ولا عرفاً، فلو التزم لزيد ببيع داره به ووجب عليه العمل لا تكون هناك سلطنة لزيد على البيع لا عقلاً ولا عرفاً.

والتحقيق في هذا المقام: أن مقتضى القاعدة أن يلاحظ في الأمور الاعتبارية منشأ اعتبارها وعلة ثبوته وسعة دائرة الاعتبار، ولا يعقل أن يكون الأمر الاعتباري أوسع دائرة من منشأ اعتباره، بل يتبعه سعة وضيقاً ولا يتجاوز عنه، ومطلق الالتزامات والتعهدات أمور اعتبارية، ومنها الحق المسمى بحق الشرط لأن منشأ ثبوته هو الشرط، وبما أن منشأه الشرط لم يمكن أن يكون أوسع دائرة مما هو منشأ له، والشرط عبارة عن الالتزام إلا أنه في ضمن التزام آخر، فمتى تعلق هذا الالتزام بشيء كان ذلك حقاً اعتبارياً وهو أمر عقلائي، والحق -كما حقق في محله- عبارة عن إضافة خاصة بين ذي الحق ومتعلق الحق، وهي في المقام معلولة للالتزام، فلا تتجاوز عن متعلقه، فإذا كان متعلق الالتزام الفعل كان طرف الإضافة هو الفعل، وإذا كان متعلقه الترك كان طرفها الترك، فعلى هذا لا يعقل أن يكون متعلق الالتزام الترك ويكون طرف الإضافة -أي الحق- فعلاً، أو العكس.

أو فقل: لا يعقل أن يوجب الالتزام بالترك حقاً فعلياً، بحيث يكون الحق هو الفعل، وكذلك العكس، كما هو الحال في النذر والعهد؛ فإن النذر متى تعلق بشيء كان هو مورد الالتزام النذري لا نقيضه، فإذا نذر أن يترك شيئاً كان الترك هو المنذور ولا يمكن تجاوزه إلى الفعل، وكذلك إذا تعلق نذره بالفعل

لا يتجاوز إلى الترك، والشرط والنذر يرتضعان من ثدي واحد؛ فإن كلاً منهما التزام إلا أن النذر مقيد بصيغة خاصة (لله عليَّ) والشرط غير مقيد فيقول: (لك عليَّ)، والمعنى المنشأ في النذر هو نفسه في الشرط.

وبما أن متعلق الالتزام في ما نحن فيه هو ترك الفسخ فهو طرف الإضافة الحقية للمشروط له، ولا يتجاوز حقه إلى الفسخ الذي هو فعل بمقتضى القاعدة المتقدمة.

نعم، بما أن الفسخ يوجب زوال متعلق الحق وتفويت حق المشروط له منع من عليه الشرط أن يفسخ، فيكون المنع تكليفياً، ولكن الفسخ ينفذ لو وقع.

وقياس الحق بالقدرة باطل؛ لأن القدرة أمر تكويني ويستحيل أن تتعلق بأحد طرفي الوجود والعدم دون الآخر، وأما الحق فهو إضافة اعتبارية، فتدور مدار منشأ تحققها سعة وضيقاً، فربما تتعلق بالوجود وربما تتعلق بالعدم.

الجهة الرابعة: في جوابيه - عن إشكال أن الفسخ إذا كان يقع باطلاً فهو غير مقدور له فلا يتعلق به النهي.

أما **جوابه الأول عنه** -وهو أن متعلق النهي هو الفسخ العرفي لا الواقعي- ففيه جهتان من البحث:

الأولى: في حل الإشكال عن مثل هذه الموارد الكثيرة في الشرع المحكوم عليها بالحرمة والفساد معاً كالبيع الربوي، وبيع الخمر، وبيع آلات اللهو، والإجارة على الأعمال المحرمة كالإجارة على الغناء ومطلق المكاسب المحرمة الجامعة بين الحرمة التكليفية والوضعية؛ فإن كل واحد منها حرام شرعاً وباطل وضعاً، فكيف يمكن الجمع بين الحرمة والبطلان مع أن الحرمة تقتضي عدم القدرة عليها والفساد يقتضي مقدوريتها؟! وبحث هذه الجهة في

محلها وليست محل بحثنا فعلاً.

الثانيـة -وهـي محل البحث فعـلاً-: البحث عن مقدورية الفسـخ لتعلق النهي به مع أنه فاسد، وكان جوابه عنه بأن متعلق النهي هو الفسخ العرفي بدون قيد العرفية، أي أن ما كان بنظر العرف فسخاً فهو حرام.

فنقول: إن الفسخ بنظر العرف لا يخلو أمره -بحسب الواقع- من حالين: إما أن يتحد مع الفسـخ الشـرعي أو يغايره، ولا ثالث في البين، **فإن كان الأول** عاد الإشـكال؛ لأن الفسـخ الـ ـ عي غير مقدور؛ للحكم بفساد ما يقع، فكيف يتعلق به النهي؟

وإن كان الثاني فالفسـخ بنظر العرف غير الفسـخ الشرعي فلازمه الحكم بصحة الفسـخ شرعاً؛ لأن الفرض أن ما تعلق به النهي هو الفسخ العرفي، وهو غير الفسخ الشرعي حسب الفرض، وحينئذ فالمقتضي لتحقق الفسخ الشرعي موجود والمانع منه مفقود.

فجوابـه قدس سره إمـا أن يرجع إلى الالتزام بالإشـكال على تقديـر أو يؤدّي إلـى خـلاف مراده على تقدير آخر؛ لأنه يرى بطلان الفسـخ ودليله على عكس مطلوبه.

وأمـا **جوابه الثاني** عنه وقياسـه على النذر فإن متعلقـه صحيح لولا النذر فكذلـك ما نحـن فيه صحيح لولا الشـرط، فنقول: بأن أصل الإشـكال ناشـئ مـن أخذ القدرة في متعلـق التكليف؛ إذ تكليف العاجز إمـا ممتنع أو قبيح كما تقدم بيانه، فكل تكليف مشـروط بالقدرة، ويشـترط أن تكـون حاصلة بعده لا قبله، وسـر اشـتراطها فـي التكليف أنه يلـزم امتثاله، ولا يمكـن بدونها، فتعتبر فـي الأوامـر القدرة بلحـاظ الانبعاث عن الأمـر، وفي النواهي القـدرة بلحاظ

الانزجار عن النهي، فإذن تعتبر في باب النهي القدرة بعده، وأما النهي مع القدرة قبله والعجز عنده فباطل؛ لأنه يلزم امتثاله وهو يتوقف على القدرة عليه، وبما أن شرط القدرة في الأوامر والنواهي بلحاظ امتثالهما فلا يعقل أن يكون العمل مقدوراً لولا النهي، بل لا بد أن يكون مقدوراً مع النهي، فيبقى الإشكال على حاله، وكون الفسخ لولا النهي مقدوراً لا أثر له، فلا بد أن يكون مقدوراً مع تعلق النهي به حتى يقبل الانزجار عنه، ولازم القدرة عليه حينئذ صحته لا بطلانه.

فالحق في المقام أن الشرط الموضوع لوجوب الوفاء في العقود ما له تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تحقق ما التزم الشارط به بالشرط، فمرجعه إلى صيرورة الخيار للمشروط له لو تخلف المشروط عليه عما التزم به، فكل مورد يمكن ثبوت الخيار للمشروط له يكون الشرط صحيحاً وإلا فيكون فاسداً، وفي المقام مع تخلف الشارط عن الشرط وفسخ العقد لا يبقى موضوع لخيار المشروط له فيكون الشرط فاسداً.

الصورة الثالثة: شرط إسقاط الخيار

وأما شرط إسقاط الخيار ففيه ثلاث جهات من البحث:

الجهة الأولى: في صحته

ولا يخفى أن هذا الشرط شرط فعل لا شرط نتيجة، والمقتضي لصحته موجود؛ والمانع مفقود؛ إذ لا تدخل فيه شبهة كونه شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد، ولا شبهة كونه مخالفاً للكتاب والسنة.

نعم، ما يحتمل فيه من المانع أنه شرط ما لم يجب؛ لأنه قبل تحقق البيع إيجاباً وقبولاً لم يكن له حق الفسخ حتى يشترط عليه إسقاط حقه؛ فإن

خيار الفسخ مجعول للبيّع بمقتضى «البيعان بالخيار»، وما لم يحصل البيْع لم يصدق البيّع فلا موضوع للخيار قبل تحقق البيع، فاشتراط إسقاط الخيار قبل البيع شرط لإسقاط الحق قبل حصوله.

ولكنه لا يقتضي المنع؛ إذ لا دليل يدل على لزوم أن يكون متعلق الشرط موجوداً بالفعل، بل يصح الشرط لو تعلق بأمر معلَّق على أمر آخر، ولا دليل على بطلان هذا التعليق، ومرجع هذا الشرط لبّاً إلى أنه يلتزم بأن يقوم -بعد تمامية البيع إيجاباً وقبولاً وهو وقت حصول حق الخيار- بإسقاط حقه الذي حصل بالفعل، ولا محذور في ذلك ثبوتاً ولا إثباتاً، فيشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم»، فالحق صحة هذا الشرط[1].

الجهة الثانية: في نفوذ الفسخ لو خالف الشرط

ذهب الشيخ قدس سره إلى عدم نفوذه -كما تقدم-، والوجه فيه هو نفس الوجه المتقدم في الصورة الثانية أعني شرط عدم الفسخ، وقد تقدم وتقدمت مناقشته فلا نعيد.

والحق نفوذ الفسخ وضعاً ولو كان عاصياً في فسخه، ولا يعقل إطلاق

(١) وأما إشكال أنه شرط في ضمن عقد جائز فلا يصح فهو وارد على جميع هذه الشروط، ولكن سيأتي إن شاء الله في بحث الشروط أن القول بفساد الشرط في غير العقد اللازم فاسد؛ بل الشرط صحيح ولازم الوفاء سواء أكان في عقد لازم أم في عقد جائز، ولكن الشرط في ضمن العقد الجائز شرط ما دام العقد موجوداً، بمعنى أنه متى كان عقد المضاربة مثلاً موجوداً وجب الوفاء بالشرط المأخوذ فيه، ولكن لو فسخت المضاربة انتفى موضوع الشرط.

وعلى تقدير صحة هذا المبنى فهو مختص بالعقود الجائزة بالذات دون الجائزة بالعرض كالبيع في ما نحن فيه.

أفاده الشيخ الأستاذ -دام ظله- في جوابٍ على سؤال.

وجوب الوفاء بالشرط لما بعد الفسخ، إذ يكون المعنى حينئذ: يجب ترك الفسخ بعد الفسخ، وهو واضح البطلان.

الجهة الثالثة: في ثبوت خيار تخلف الشرط لو لم يسقط خياره.

إن مقتضى القاعدة الأولية في جميع الشروط أن للمشروط له حق خيار تخلف الشرط لو تخلف المشروط عليه عنه، ومقتضى الشرط أن التزام المشروط له بالوفاء بالعقد معلق على حصول الشرط، فله -لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط- أن لا يفيَ بالعقد، فهل تسري هذه القاعدة في هذا الشرط أو لا؟

والثمرة من ثبوت هذا الخيار مع أن له خيار المجلس ما سيأتي من أن الخيار الحاصل من الشرط حق من الحقوق فيقبل التوريث والإسقاط والإجبار على الوفاء بواسطة الحاكم الشرعي.

وقد ذهب الشيخ قدس سره إلى التفصيل بين القول بعدم نفوذ الفسخ لو وقع -كما هو مبناه- وبين القول بنفوذه، فعلى الأول لا يثبت الخيار؛ لأن الغرض منه التمكن من فسخ المعاملة، والغرض من شرط الإسقاط أن لا يتمكن من فسخها، وبما أن الفسخ -مع هذا الشرط- غير مؤثر في حل العقد لم يحصل التخلف عن الشرط.

وعلى الثاني يثبت الخيار؛ لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد واستقراره، ويكون بقاء المشروط عليه على سلطنة الفسخ -مع تأثير فسخه لو وقع- مخالفاً لمصلحة المشروط له.

كما أن بقاء المشروط عليه على سلطنة الفسخ يوجب انتقال حقه إلى ورثته لو مات، ويمكن أن تتعلق مصلحة المشروط له بأن يكون له الخيار مع

شخص المشروط عليه لا مع ورثته.

وهو قوي؛ لأن الغرض من الخيار أن تكون لصاحبه سلطنة للوصول إلى حقه، والغرض من اشتراط الإسقاط أن لا ينحل العقد ويبقى مستقراً، وهو حاصل بمجرد الشرط على القول بعدم تأثير الفسخ، فجعل خيار تخلف الشرط لغو[1].

إشكال بعض الأعاظم قدس سره على الشيخ قدس سره ودفعه

وأفاد بعض الأعاظم قدس سره في المقام: أنه يمكن تصوير الثمرة من ثبوت خيار تخلف الشرط حتى على القول بعدم تأثير الفسخ مع وجود الشرط؛ وذلك لأن غرض المشروط له ربما يتعلق باستقرار العقد عرفاً، ولا يستقر

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ -دام ظله- في مقام الجواب على سؤال أحد الحاضرين ما يكون توضيحاً وضابطة للمقام، وحاصله:

أن الشارط إنما يشترط الشرط لغرض في نفسه، ولا يعقل أن لا يكون لغرض، فإن تخلف المشروط عليه عن الشرط كان للشارط خيار تخلف الشرط حتى لا يلزم نقض الغرض من شرطه، فمثلاً يشترط في البيع أن يخيط الطرف الآخر ثوبه، فإن لم يخطه كان له خيار تخلف الشرط فيجوز له أن يفسخ البيع، ولو لم يكن له هذا الخيار لزم نقض الغرض من شرطه؛ إذ اشترط شرطاً بغرض أن يتمكن من حفظ حقه، فلو لم يفِ المشروط عليه ولم يقدر الشارط على فسخ العقد انتقض غرضه من الشرط فلا يمكنه حفظ حقه، فعلى هذا يمكن تأسيس ضابطة أرادها الشيخ قدس سره، حاصلها:

أن الخيار يثبت في المورد الذي يلزم فيه نقض الغرض لولا جعله، ولا يثبت في المورد الذي لا يلزم فيه نقض الغرض، فبما أن عدم جعل الخيار في المقام -بناء على عدم تأثير الفسخ- لا يلزم منه نقض الغرض؛ لأن الغرض استقرار العقد شرعاً وهو مستقر بمجرد الشرط، فلا يثبت الخيار، بخلاف ما لو كان الفسخ مؤثراً في حل العقد؛ فإن عدم جعل الخيار له حينئذ يلزم منه نقض الغرض من الشرط فيثبت له الخيار، فلو تخلف المشروط عليه كان له الخيار.

عندهم ما دام فسخ المشروط عليه مؤثراً في حل العقد؛ لأن الفسخ وإن لم يؤثر عند الشارع إلا أنه مؤثر عند العرف[١].

وفيه: أن هذا الأثر إنما يتم عند من لم يؤمن بالشرع ولا يعمل به؛ فإن الفسخ مؤثر عنده وبنظر العرف فيثبت الغرض من الخيار الحاصل من تخلف الشرط، وأما من يدين بالشريعة ويعمل بها فلا يثبت الخيار له؛ لعدم الثمرة منه؛ لأن عليه أن يراقب الشارع في حكمه، فإذا لم يكن للفسخ تأثير عند الشارع فالغرض من الخيار حاصل بمجرد الشرط فلا حاجة لثبوت حق الخيار.

إشكال السيد اليزدي قدس سره والمحقق الأصفهاني قدس سره على الشيخ قدس سره ودفعه

أورد كل من السيد اليزدي والمحقق الأصفهاني -قدس سرهما- على الشيخ قدس سره: بأن تخلف الغرض حاصل على كلا التقديرين، وبيانه يتوقف على مقدمتين ببيان المحقق الأصفهاني قدس سره:

المقدمة الأولى: أن الغرض من اشتراط إسقاط الخيار هو سقوط الحق عن الطرف المقابل، لا خروج العقد عن التزلزل إلى اللزوم مع بقاء الحق.

المقدمة الثانية: أن الشرط عندما يتعلق بالمشروط عليه لا يتجاوز عنه إلى غيره، فهو الملتزم بالشرط لا غيره.

والنتيجة: أن المشروط عليه إذا مات انتقل حقه في الخيار إلى وارثه بمقتضى أدلة إرث الحقوق، ولكن شرط إسقاط الخيار لا ينتقل إلى الوارث؛ لأن الفرض أن المشروط عليه هو المورّث لا الوارث، فينتقل الخيار إلى الوارث بدون شرط الإسقاط، فينتقض غرض الشارط وهو سقوط الحق.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٣٢، التنقيح ٣٨: ١٠٤.

لا يقال: إن الحق المنتقل إلى الوارث كان متعلّقاً لحق المشروط له؛ حيث اشترط الإسقاط، فينتقل إلى الوارث كما هو، فلم يلزم نقض غرضه.

لأنا نقول: إن الحق الثابت بالشرط إما أن يتعلق بالعقد أو بالعين أو بالشخص، فعندما تعلق الشرط بالمورِّث ومات، فبعد موته لم يتعلق الحق بالعين ولا بالعقد ولا بالوارث؛ لعدم تجاوز الشرط من الشخص الذي تعلّق به إلى غيره، فينتقل الخيار إلى الوارث بدون حق الإسقاط الذي للشارط، وعليه فينتقض الغرض من الشرط، فيبطل ما أفاده الشيخ قدس سره من عدم انتقاض الغرض بناء على عدم تأثير الفسخ، فالفسخ وإن لم يكن مؤثراً لو صدر من المورّث، ولكن تأثيره بالنسبة إلى الوارث بلا مانع[1].

والحق عدم ورود الإشكال؛ وذلك لأن الغرض من الشرط هو لزوم العقد وخروجه من التزلزل، أو سقوط حق الخيار ليكون العقد لازماً ويخرج عن قابلية الفسخ كما اعترف به هو أيضاً، وهذا الغرض لا يختص بالمورِّث دون الوارث؛ لأنه لا يتعلق بزيد بن عمرو بما هو وإنما يتعلق به بما هو ذو الخيار، أي إنما اشترط عليه إسقاط الحق لأنه صاحب اختيار في الفسخ، فالمشروط عليه في الواقع هو كل من له الخيار، فيشمل -بالضرورة- الوارث إذا كان له هذا الحق، ولا يعقل أن لا يشمله، والشاهد على ذلك: أنه لو اشترط إسقاط الخيار وقيل له: لو مات المشروط عليه بعد العقد مباشرة هل يثبت الخيار لهذا العقد أو لا؟ لأجاب -بحسب ارتكازه- بأني إنما اشترطت إسقاط الخيار ليكون العقد مستقراً وأن لا يتعلق به حق أحد، فإذا مات طرف المعاملة يعمل بالشرط من يقوم مقامه.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١١٤، حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤١٢.

وعليه تكون النتيجة كما أفاده الشيخ قدس سره من أن الفسخ إن كان مؤثراً فالتخلف عن الإسقاط نقض للغرض ومخالف للشرط فيثبت الخيار، وإن لم يؤثر لم ينتقض غرض الشارط حتى لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط فلا يثبت له الخيار، وما أفاده في غاية الدقة والمتانة.

فرع: في اعتبار ذكر الشرط في متن العقد وعدمه

بقي مطلب تعرض له الشيخ قدس سره في المقام لمناسبة تعرضه لصور الشرط الثلاث وإن كان سيأتي البحث فيه مفصلاً في بحث الشروط، وهو: هل يعتبر ذكر الشرط في متن العقد أو يكفي لو ذكراه قبله وبني العقد عليه؟[1]

نقول: إن الشروط تنقسم إلى قسمين: ارتكازية عقلائية، وغير ارتكازية.

وبعبارة فنية: إن الشروط على قسمين: ما تكون مورداً للأغراض النوعية، وما تكون مورداً للأغراض الشخصية.

أما القسم الأول فمثل شرط صحة العوضين وسلامتهما، وشرط عدم الغبن وتساوي العوضين في المالية، وشرط تسليم العوضين وتسلمهما، وهذه لا حاجة إلى ذكرها في متن العقد قطعاً؛ إذ العقد -بحسب ارتكاز المتعاملين بما أنهما من أهل العرف والعقلاء- مبني على هذه الأمور، فهذا القسم خارج من البحث.

وأما القسم الثاني فهو محل البحث، وأمثلته كثيرة، كأن يشتري العبد ويتعلق غرضه بأن يكون كاتباً، أو أي خصوصية أخرى، أو يتعلق غرضه بعمل من الأعمال كخياطة الثوب، وهذه الشروط تقع على صور:

---

(١) المكاسب ٥: ٥٧.

الصورة الأولى: أن لا تذكر في العقد ولا يكون العقد مبنياً عليها، بل الحاصل مجرد تعلّق غرض المتعامل بها، فهذه لا تعد شروطاً ولم يتحقق الشرط واقعاً.

الصورة الثانية: أن تذكر في متن العقد فهي شروط قطعاً ويترتب عليها جميع أحكام الشروط.

الصورة الثالثة: أن يذكرها المتعاملان قبل العقد ولكن غفل عنها حين العقد، فلا شك في عدم تحقق الشرط، وإنما هو مجرد وعد؛ لأن الشرط التزام مربوط بالتزام آخر، وأما الالتزام غير المربوط فليس موضوعاً لـ«المؤمنون عند شروطهم».

نعم، على القول بوجوب الوفاء بالوعد تكون الشروط الابتدائية لازمة، وإلا فلا.

الصورة الرابعة: أن يذكرها المتعاملان قبل العقد ولا تذكر في متن العقد ولكن يقع العقد مبنياً عليها، بحيث لو سئل: هل معاملتك مطلقة أو مقيدة؟ لقال: بل هي مقيدة بأن يكون العبد كاتباً مثلاً، فالحق أنها شروط حقيقة بلا مسامحة عرفية؛ لأن حقيقة الشرط عبارة عن الالتزام المربوط بالتزام آخر، والالتزام بالبيع مرتبط به الالتزام بكون العبد كاتباً ولو لم يذكر في متن العقد، فما أفاده الشيخ قدس سره من لزوم ذكر الشرط في متن العقد لا وجه وجيهاً له.

المسألة الثانية: في إسقاط خيار المجلس بعد العقد

الثاني من مسقطات خيار المجلس إسقاطه بعد العقد، وقد عبّر عنه الشيخ قدس سره بأنه المسقط الحقيقي[1]، والبحث فيه من جهات:

الجهة الأولى: في قول الشيخ قدس سره: بأنه المسقط الحقيقي

وهو غير تام على إطلاقه؛ إذ لا يتم إلا بالإضافة إلى التفرّق؛ لرجوع التفرّق لباً إلى رفع موضوع الخيار؛ فإنه جعل غاية له، ومع تحقق الغاية ينتفي المغيى بالضرورة، فهو في الحقيقة رافع لموضوع الخيار لا مسقط له.

وأما شرط سقوط الخيار، وشرط عدم الفسخ، وشرط الإسقاط، فهي مسقطات حقيقة؛ إذ لا يعقل سقوط الخيار بدون سبب؛ فإنه -في غير موارد السقوط الشرعي- من الأمور الإنشائية، وآلة الإنشاء تارة تكون هي الإنشاء، وأخرى هي شرط السقوط وأخويه، فلا يمكن في شرط السقوط أن لا نقول بالإسقاط حقيقة؛ إذ لو لم يكن إسقاطاً حقيقة للزم إما ثبوت الحق أو زواله بالتعبد، وكلاهما باطل؛ أما الأول فواضح لعدم ثبوته، وأما الثاني؛ فلأن زواله في حالة شرط السقوط لم يكن بالتعبد الشرعي قطعاً، بل سقط بوسيلة الشرط

---

(١) المكاسب ٥: ٦١.

فيكون شرط السقوط مسقطاً.

وبعبارة أخرى: إن الخيار -في حالة شرط السقوط وعدم الفسخ والإسقاط- إما أن يكون ثابتاً أو لا، الأول على خلاف مبنى الشيخ قدس سره، والثاني يثبت كون شرطها مسقطاً حقيقة، فحصر المسقط الحقيقي في الإسقاط لا يجتمع مع التزامه بانتفاء الخيار فيها؛ فإن انتفاءه معها لا يكون بلا سبب، والسبب ليس غير شرطها.

الجهة الثانية: في أدلة هذا المسقط

استدل الشيخ قدس سره على سقوطه بالإسقاط بأربعة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع، وقد اعتمده الشيخ قدس سره؛ حيث قال: (ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه -بعد الإجماع-)[1]، إلا أنه مدركي أو محتمل المدرك؛ للوجوه المذكورة للاستدلال، فلا يكشف عن رأي المعصوم ولا عن دليل معتبر غيرها، ومثله لا ينهض بحجة.

الدليل الثاني: فحوى ما دلَّ على سقوط الخيار بالتصرف كصحيحة علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط..»[2]، وتقريبه: أن المشتري إذا أحدث حدثاً

---

(١) المكاسب ٥: ٦١.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١، وتتمته: «قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء... الحديث».

وفي الباب أيضاً:

الحديث ٢ - وبإسناده عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو

←

في الحيوان -وهو التصرف فيه- فذلك رضا منه بالبيع فلا شرط، فالتصرف اعتبر مسقطاً للخيار باعتبار كاشفيته عن الرضا بالبيع، مع أنه فعل لا لسان له، ويجتمع مع الرضا وعدمه، فالإسقاط مسقط للخيار بالأولوية القطعية؛ لأنه صريح في الرضا بالبيع.

وبعبارة أخرى: إن التصرف اعتبر مسقطاً للخيار من حيث دلالته على الرضا بالبيع، والإسقاط أقوى دلالة عليه؛ لتطرق بعض الاحتمالات في التصرف دون الإسقاط.

وأُورد على هذا الاستدلال بعدة إشكالات:

الإشكال الأول: أن الصحيحة واردة في باب خيار الحيوان ومدلولها أن التصرف في الحيوان رضا بالبيع، فلا وجه لإلغاء الخصوصية[1].

وهو مندفع: بأن الرواية وإن وردت في خيار الحيوان إلا أن بيان الإمام عليه السلام ظاهر في الرضا بأصل البيع لا في الرضا بخصوص بيع الحيوان، فتلغى الخصوصية. نعم، لو قال: رضا ببيع الحيوان لاختص به.

الإشكال الثاني: ما أورده المحقق الرشتي قدس سره من أن الاستدلال إنما

ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقّع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله.

والحديث ٣ - عبدالله بن جعفر في (قرب الإسناد) بالسند السابق عن علي بن رئاب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى -إلى أن قال:- قلت له: أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: «إذا قبَّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته».

(١) لم أجد القائل.

يتم لو كان الرضا علة للحكم، وأما إذا كان حكمة فلا يفيد؛ لأن تمام الموضوع للإسقاط حينئذ هو التصرف، والرضا حكمة له[١].

وهو مندفع أيضاً: بأن المدار في معرفة كون الرضا علة أو حكمة ملاحظة لسان الروايات، فإن كانت ظاهرة في التعليل فلا وجه لحملها على الحكمة، وروايات سقوط خيار الحيوان بالتصرف على طائفتين: إحداهما ما أفادت أن التصرف مسقط بدون أن يوجه بوجه، والأخرى ما اشتملت على الوجه وهي هذه الرواية فقط، وهي من حيث السند صحيحة بطريق أحمد بن محمد، وإن كان لها طريق آخر فيه سهل بن زياد، وأما من حيث الدلالة فالتعبير الموجود فيها: «فذلك رضا منه فلا شرط»، فدخول الفاء على «ذلك رضا منه» عقيب قوله: «فإن أحدث حدثاً» وتعقيبه بقوله عليه السلام: «فلا شرط» ظاهر في التعليل لا الحكمة، فتسقط خصوصية التصرف من حيث إنه تصرف، فيكون سقوط الخيار متفرعاً على التصرف لكونه رضا بالبيع.

ولو حملنا هذا المورد وما شاكله من الموارد التي يوجد فيها التفريع بالفاء على الحكمة دون العلة لما وجد في الفقه مورد يحمل على العلة، فالعلية استفيدت من الفاء، ولأن التصرف يرجع إلى الرضا صار مسقطاً للخيار، فإذن المسقط الحقيقي هو الرضا، وإذا كان الرضا المنكشف بالتصرف مسقطاً فالإسقاط الصريح في الرضا من باب أولى.

الإشكال الثالث: ما أورده المحقق الخراساني قدس سره من كونه منافياً لما أفاده الشيخ قدس سره سابقاً من أن الإسقاط هو المسقط الحقيقي للخيار؛ فإن ظاهر الكلام أن التصرف إنما كان مسقطاً لكونه رضا بالبيع، وبما أن هذه الجهة

---

(١) فقه الإمامية: ١٣٦.

موجودة في الإسقاط بنحو صريح فهو مسقط للخيار بطريق أولى، فالمسقط الحقيقي لم يكن هو الإسقاط بما هو، بل الإسقاط بما أنه رضا بالبيع، فصار المسقط الحقيقي هو الرضا بالبيع[1].

وهو متين ووارد على الشيخ قدس سره، فلهذا التجأ المحقق الأصفهاني قدس سره إلى تغيير بيان الفحوى وأن مراد الشيخ قدس سره هو: أن التصرف مسقط للخيار لأنه رضا بالبيع، والرضا بالبيع إنما يكون مسقطاً له من حيث إن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، فنفس الإسقاط أولى بأن يكون مسقطاً للخيار مما يؤول أمره إلى إسقاط الخيار[2].

نقول: إن صح هذا التوجيه اندفع إشكال المحقق الخراساني قدس سره لا محالة؛ لسقوط الرضا عن العلية حينئذ؛ فإن الرضا في التصرف إنما أوجب سقوط الخيار لرجوعه إلى الإسقاط، فيبقى الإسقاط هو المسقط الحقيقي، ولكنه لا يصح وإن أمكن تأييده بأن مبنى الشيخ قدس سره في تعريف الخيار أنه السلطنة على فسخ العقد وعدمه، في قبال المشهور والمحقق الخراساني قدس سره من أنه السلطنة على فسخ العقد وإبرامه والرضا به، فمتعلق الخيار عند الشيخ قدس سره أمر وجودي وعدمي، والمتعلق عند المشهور أمران وجوديان، وعلى هذا فالتوجيه الذي ذكره المحقق الأصفهاني قدس سره أنسب بمبنى الشيخ قدس سره؛ لأنه لا يرى أن الخيار سلطنة على الإبرام الذي هو الإمضاء والرضا بالبيع فلا يرجع الإسقاط إلى الرضا، فإشكال المحقق الخراساني قدس سره لا يرد على مبنى الشيخ قدس سره، ولكن يرد على تقدير الأخذ بمبنى المشهور في الخيار.

---

(١) حاشية المكاسب للآخوند: ١٦٥.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١١٧.

ووجه عدم صحته: ملاحظة تعبير الشيخ قدس سره؛ حيث قال: (ويدل عليه فحوى النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معلّلاً بأنه رضا بالبيع)، فظاهره أن العلة النهائية هي الرضا بالبيع، فالإسقاط إنما يؤثر لكونه رضا، فلا يكون مسقطاً على حدة فضلاً عن أن يكون هو المسقط الحقيقي، وبما أن الرضا رافع للخيار لا مسقط له؛ إذ مع الرضا بالبيع وإمضائه تنتفي السلطنة على الفسخ فيرتفع موضوع الخيار به، فالإسقاط كذلك، فإشكال المحقق الخراساني قدس سره دقيق ووارد على ظاهر كلام الشيخ قدس سره.

الدليل الثالث: عموم القاعدة المعروفة: (لكل ذي حق إسقاط حقه)، والخيار حق، ولعله لفحوى تسلّط الناس على أموالهم؛ فإنهم متى ما كانوا مسلطين على أموالهم كانوا مسلطين على حقوقهم المتعلقة بالأموال بطريق أولى؛ لكون العلقة الحقية أضعف من العلقة الملكية، ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط[1].[2].

---

(١) المكاسب ٥: ٦١.

(٢) توضيح من الشيخ الأستاذ -دام ظله- في جواب على سؤال: إن السلطنة على القوي سلطنة على الضعيف بحسب المرتكزات العقلائية، ولا مناقشة في هذه الكبرى، إنما الكلام في أن هذه القاعدة هل هي مختصة بالأمور التكوينية أو تشمل الأمور الاعتبارية؟ فإذا أعطانا الشارع سلطنة على إسقاط القوي فهل يفهم العرف والعقلاء أن لنا إسقاط الأضعف من باب أولى؟ الجواب: بنعم بلا ترديد، وفي ما نحن فيه علقة المالك بماله علقة ملكية، وهي أقوى من العلقة الحقية، فإذا كانت له السلطنة على إسقاط الأقوى فله السلطنة على إسقاط الأضعف بطريق أولى.

وأورد بعض الحاضرين كلاماً للمحقق الإيرواني قدس سره، وكان الشيخ الأستاذ دام ظله مطلعاً عليه، ولكن لعله لم يرتض طرحه في مجلس الدرس لعدم معقوليته ولا مناسبته لمقام المحقق الإيرواني كما قال الشيخ الأستاذ دام ظله، فنحن نشير له هنا.

←

وفيه أولاً: أن مستند قاعدة السلطنة المستفادة منها الفحوى في المقام إن كان النبوي «الناس مسلطون على أموالهم» فهو ضعيف سنداً، ولم يثبت عمل الأصحاب به ليدعى جبره على فرض تمامية الجبر بعملهم وهو غير تام، وذكرهم له في المتون الفقهية أعم من الاستناد في مقام الفتوى.

وغير تام الدلالة؛ فإنها إنما تتم لو كانت الرواية مشرّعة لأنحاء السلطنة، بمعنى أن له أن يبيع وأن يهب وأن يصالح، ولكنَّ في الرواية احتمالاً آخر ذهب إليه عدة من الأعاظم كالمحقق الخراساني قدس سره [1] وغيره[2]، وهو أن مدلولها

قال المحقق الإيرواني:

(علقة الحق أضعف من علقة المال، والسلطنة في القوي لا تقتضي السلطنة في الضعيف، بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال..) الحاشية، الخيارات: ١٣.

وعلّق الشيخ الأستاذ دام ظله: بأنا لم نفهم ما يريد قوله؛ فإن ظاهر كلامه غير معقول، وبما أنه من أصحاب النظر والتحقيق فلعله أراد شيئاً ولكن لسهو القلم كتب شيئاً آخر؛ فإن علقة الحق أضعف من علقة المال، والسلطنة في القوي لا تقتضي السلطنة في الضعيف بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال، فلا شك أن متعلق السلطنة في كلامه هي العلقة، فيقول: إن علقة الحق أضعف من علقة المال، والسلطنة في القوي (أي العلقة القوية)، والشاهد عليه أنه طبق الأمر على الحق والمال وقال: فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال. فليس موضوع كلامه صاحب السلطنة حتى يقال إذا كان الضعيف صاحب سلطنة فمن با ب أولى القوي.

وبهذا يندفع ما ربما يقال: بأنه لعل مراده النظر إلى نفس العلقة لا إلى صاحبها، فإذا كانت العلقة قوية فهي تقتضي السلطنة دون ما لو كانت ضعيفة، وعليه فوجود السلطنة في القوي لا يعني وجودها في الضعيف، ولكن الأمر بالعكس فإذا كان الضعيف صاحب سلطنة فمن باب أولى القوي، ولعله لهذا عبّر بقوله: (والسلطنة في القوي لا تقتضي السلطنة في الضعيف) ولم يقل السلطنة على القوي.

(١) حاشية المكاسب، بحث المعاطاة: ١٢، ١٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ١٣٧، التنقيح ٣٦: ٨١.

عـدم حجر الملاك عن التصرف في أموالهم بالأسـباب الشـرعية، ولا نظر لها إلى تشـريع الأسـباب، وهذا الاحتمال هـو الصحيح، وبناءً عليـه فالرواية غير صالحة للاستدلال.

وإن كان المسـتند سـيرة العقلاء -بدعوى قيامها على سلطنة الناس على أموالهم ولم يردع عنها الشـارع- فالسـيرة دليل لبي لا لسـان لها، فيقتصر فيها علـى القدر المتيقن وهو عدم حجر الملاك مـن التصرف في أموالهم، فلا حق لأحـد فـي منعهم من البيع أو الصلـح وأمثالهما لو أرادوا القيـام به، فلا تصلح للاستدلال في المقام.

ثانيـاً: أنه لو بني على أن الرواية مشـرّعة للأسـباب فلـه أن يبيع وأن يهب -كمـا هـو مختار الشـيخ قدس سره في بـاب البيـع، ولهذا اسـتدل بهـا على صحة المعاطـاة- فالاسـتدلال عقيـم أيضاً؛ لابتنائـه على أن الحق مرتبـة ضعيفة من السـلطنة والملك مرتبة قوية منها، وهو يبتني على القول بالتشكيك بين الملك والحـق، وهو غير معقول؛ لكونهمـا من الأمور الاعتبارية، ولا تشـكيك فيها، وإنما التشكيك في الأمور الخارجية التكوينية، كالنور والقدرة.

نعـم، ما يعقـل في الأمـور الاعتباريـة اعتبار المرتبـة الضعيفـة والمرتبة الشـديدة، ففي مورد يعتبر المرتبة الشـديدة، وفي آخر يعتبـر المرتبة الضعيفة، وهـو معقـول ثبوتاً، ولكن لا دليـل عليه إثباتاً بين الملـك والحق؛ لعدم الدليل على أن الشـارع أو المعتبِر اعتبر الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة والملك مرتبة شديدة منها، بل للحق اعتبارات مختلفة بحسب الموارد المختلفة، فيعتبر حق الأولويـة في مورد، وحق الاختصاص في مورد آخر وهكذا، فالقول بأن الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة في مقام الاعتبار دعوى بلا دليل.

ثالثاً: سلمنا، ولكن قاعدة السلطنة -سواء أكان مستندها النبوي أم السيرة العقلائية- إنما تثبت السلطنة على المال، ولا ملازمة بينها وبين السلطنة على الحق. نعم، لو كانت تثبت السلطنة على الملكية لأمكن أن يقال: بأن السلطنة على الأقوى -وهي الملكية- سلطنة على الأضعف -وهو الحق- بطريق أولى، ولكن المفروض أن ما يثبته «الناس مسلطون على أموالهم» السلطنة على المال الذي هو طرف لإضافة الملكية لا السلطنة على نفس الملكية، والمعنى أن الناس مسلطون على أملاكهم لا على ملكياتهم.

وبعبارة أخرى: إن السلطنة على متعلّق الإضافة أمر آخر غير السلطنة على نفس الإضافة، والحق والملكية نحوان من الإضافة، وسلمنا أنهما مرتبتان من السلطنة وأن سلطنة الملكية أقوى من سلطنة الحق، فإذا قام الدليل على الأولى فبالأولوية يدل على الثانية؛ لأن الملكية أقوى من الحق، ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ فإن الدليل دلّ على السلطنة على متعلق الإضافة الأقوى وهو المال، لا على نفسها، فكيف يثبت بالفحوى السلطنة على نفس الإضافة الأضعف وهو الحق؟! إن هو إلا غير معقول.

رابعاً: تنزلنا عن جميع ما سبق، ولكن لا بد للفحوى من مستند، ولا استحسان في الأمور الشرعية، ولا علم لنا بمناطات الأحكام الواقعية، فكيف نحرز الملازمة بين جعل السلطنة على إسقاط الملكية وجعلها على إسقاط الحق؟! فمن المحتمل جداً أن يجعل الشارع السلطنة على إسقاط الملكية دون إسقاط الحق، ولا سبيل إلى القطع بأن الدليل إذا قام على السلطنة على إضافة الملكية فهو قائم على السلطنة على إضافة الحقية بالأولوية أو بالمساواة؛ فإنه يتوقف على القطع بالمناط ولا سبيل إليه، ومجرد الشك كاف في هدم الدعوى.

ودعوى الملازمة العرفية بين السلطنة على إسقاط الملكية والسلطنة على إسقاط الحق، إنما تفيد لو كانت قطعية، ومع توجه العرف إلى عدم الاعتبار بظنية ملاكات الأحكام، وإلى بطلان القياس لا يقطع بالملازمة، بل لا يرى العرف أي محذور في الانفكاك بين السلطنتين فيكون مسلطاً على إسقاط ملكيته دون حقه[١].

فتحصل إلى هنا بطلان ما أفاده الشيخ ﷺ من الاستدلال بفحوى قاعدة السلطنة بوجوه، ولكن يبقى الاستدلال بأصل قاعدة: (لكل ذي حق إسقاط حقه) سالماً عن الإشكال؛ لكونها قاعدة ارتكازية عقلائية لم يردع عنها الشارع.

وقد يشكل على الشيخ الأنصاري ﷺ: (بأن علقة الحق أضعف من علقة المال، والسلطنة في القوي لا تقتضي السلطنة في الضعيف، بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال..)[٢].

ولكن يرد عليه أن كلام الشيخ الأنصاري ﷺ مبتن على أن السلطنة ذات مراتب، والسلطنة على القوي مشتملة على السلطنة على الضعيف مع شيء زائد، بخلاف السلطنة على الضعيف فإنها فاقدة لما في القوي، فهي كالقدرة على القوي المستلزمة للقدرة على الضعيف ولا عكس، فمع فرض كون علقة المال أقوى من علقة الحق، كيف يعقل عدم اقتضاء السلطنة في

---

(١) وأما الإعراض عن الملكية فهو لا يفيد إسقاطها، وإنما للآخر تملك المعرض عنه كما دلت عليه السيرة أيضاً؛ فإنه لو رجع إليه لم يكن حاله كحال الأجنبي عندما يأخذه، وعلى فرض إفادته الإسقاط فلا ملازمة بين إسقاط الملكية وإسقاط الحق عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً بعد توجهه لما ذكرناه في المتن.

أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال.

(٢) حاشية المكاسب، الخيارات: ١٣.

القوي للسلطنة في الضعيف، مع وجدان الأول للثاني وفقدان الثاني للأول.

الدليل الرابع: دليل الشرط على فرض شموله للالتزام الابتدائي[١].

وأورد عليه: **أولاً**: بأن الإسقاط إعدام للخيار، فهو فعل خارجي لا يتعنون بعنوان الشرط ولا يكون مصداقاً له، كالأكل والشرب[٢].

وفيه: أنه لا إشكال في أن الإسقاط إعدام لحق الخيار، لكن لا بالمطابقة؛ فإن الإسقاط مفهوماً غير الإعدام، بل ملازم له، فسقوط الحق مقابل لثبوته، ولكل ذي حق إسقاط حقه، ولكن لا شك في اعتبار الالتزام في جميع الأمور الإنشائية والاعتبارية، إلا أنه تارة يكون مربوطاً بالتزام آخر كما في البيع وسائر العقود، وأخرى ابتداء كما في الإيقاعات، والإسقاط أمر اعتباري وحقيقته التزام ذي الحق بإسقاط حقه، فقياسه على الأفعال التكوينية مع الفارق.

وثانياً: بما أورده بعض الأعاظم قدس سره من أن الإسقاط عبارة عن الالتزام بعدم وجود الحق، ووجود الحق وعدمه ليسا باختيار صاحبه، بل باختيار الشارع[٣].

وفيه: -مضافاً إلى منافاته لما يتبناه من أن الإسقاط على القاعدة، وتصريحه بأن الحق واقع تحت الاختيار، وما يكون واقعاً تحته قابل للإسقاط- أنه مخالف لمفاد صحيحة مالك بن عطية المتقدمة؛ إذ جعل فيها عدم الخيار تحت اختيار الملتزِم.

نعم، ما يرد على الاستدلال: أن الشرط إما أنه لا يصدق على الالتزامات الابتدائية أو يشك في صدقه عليها؛ لأن معناه لغة الالتزام المربوط بالتزام

(١) المكاسب ٥: ٦١.

(٢) حاشية الإيرواني، الخيارات: ١٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ١٤١، التنقيح ٣٨: ١١١.

آخر، فلا يصدق على الالتزام الابتدائي، وهو الذي يساعد عليه العرف؛ فإنهم يسمون الالتزام الابتدائي وعداً لا شرطاً.

ولا أقل من الشك في سعة مفهوم الشرط من جهة دخول الإسقاط فيه وعدمه، ومع كون الشبهة مفهومية فالتمسك بالدليل من التمسك به في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل وهو باطل، فلا يمكن التمسك بدليل الشرط في المقام على كلا التقديرين.

فتحصل إلى هنا: أن الأدلة التي أقيمت على أصل مسقطية الإسقاط محل بحث وإشكال إلا دليلين:

الأول: فحوى التصرف الوارد في خيار الحيوان؛ فإنه إذا كان مسقطاً للخيار فالإسقاط من باب أولى، ولا إشكال فيه إلا ما أورده المحقق الخراساني قدس سره من رجوعه إلى الرضا بالبيع وخروجه عن الموضوعية، وهو وارد على الشيخ قدس سره، ولكنه لا يمنع من أصل الدلالة على كون الإسقاط مسقطاً للخيار.

الثاني: أن الخيار حق من الحقوق بلا شك، ولهذا صح انتقاله بالإرث؛ طبقاً لعموم أدلة إرث الحق فتنطبق عليه الكبرى الارتكازية العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع: لكل ذي حق إسقاط حقه.

فرع ١: لو قال أحدهما لصاحبه: اختر.

لو قال أحد المتعاملين لصاحبه: اختر، فما هو حكم الآمر من حيث بقاء حقه وعدمه؟ في المسألة ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يختار المأمور الفسخ.

ولا شك في هذه الصورة في انحلال العقد وارتفاع موضوع الخيار

عـن الآمر والمأمور؛ لعدم تعدد الانحلال، بخـلاف الإمضاء؛ فإن إمضاء أحد المتعاملين لا يعني إمضاء الآخر.

الصورة الثانية: أن يختار إمضاء العقد.

فلا شـك في سقوط الخيار عنه؛ فإنه رضا بالعقد «ولا خيار بعد الرضا»، وإنما الكلام في سقوط خيار الآمر، فقد اختلفوا على أقوال:

القول الأول: سقوط خياره مطلقاً، سواء أقصد تمليك الخيار لصاحبه أم قصد تفويضه إليه أم قصد استكشاف حاله.

القول الثاني: بقاؤه مطلقاً.

القول الثالث: سقوطه إذا قصد التمليك.

القـول الرابـع: سـقوطه إذا قصـد التمليـك أو التفويض، وبقـاؤه إن كان قاصداً استكشاف حال الطرف الآخر.

والفـرق بين تمليـك الخيار وتفويضه واضح؛ فـإن الأول نقل الخيار منه إلـى الآخـر، والثاني إيـكال أمره إليـه، فالفرق بينهمـا هو الفرق بيـن التمليك والتوكيل.

الصورة الثالثة: أن يسكت.

ولا إشكال في بقاء خيار الساكت -المأمور- وأما خيار الآمر ففيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: سقوطه مطلقاً، أي قصد التمليك أو لم يقصده.

القول الثاني: بقاؤه مطلقاً.

القول الثالث: سقوطه إن كان قاصداً التمليك وبقاؤه إن لم يقصده.

والأهم من بين الصورتين الأخيرتين هي الصورة الأولى وهي اختيار المأمور الإمضاء، فهي محل الإشكال، فإذا اتضح الأمر فيها اتضح في الثانية، أما رأي الشيخ قدس سره في المقام فتوضيحه: أن الخيار حق مجعول شرعاً لذي الحق فسقوطه يحتاج إلى مسقط، وهو لا يخرج عن أحد حالين: إما مسقط تعبدي كخيار الحيوان بعد الثلاثة الأيام، وخيار المجلس بعد التفرق، وإما مسقط مالكي كإسقاط ذي الحق لخياره، وفي كلمة «اختر» هيئة ومادة، أما المادة فلا تدل على تمليك الخيار ولا على تفويضه ولا على الاستكشاف، وأما الهيئة فمدلولها طلب المادة ليس إلا، فليس فيها ما يدل على المسقط التعبدي ولا على المسقط المالكي، فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار مطلقاً[1].

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق أن تبحث المسألة من جهتين:

الجهة الأولى: في النص الخاص، وهو اثنان:

أحدهما: ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[2].

وهي مخدوشة سنداً ودلالة؛ **أما السند** فلأنها مرسلة كما في المستدرك، ولم ترد من طرقنا فلا اعتبار بها.

وأما الدلالة فلأنا لو خلينا وظاهرها لكان معناها: أنه بمجرد قول الآمر:

---

(١) المكاسب ٥: ٦٤.

(٢) المستدرك، الباب٢ من أبواب الخيار، الحديث٣، نقله عن اللئالي مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وآله، وهذا الخبر عامي رواه البخاري في صحيحه ٣: ١٧، وغيره في غيره، ورواه الشيخ في الخلاف ٣: ١١.

«اختر» يسقط خياره، والحال أن السقوط عند من قال به يتوقف على الاختيار، ولا يكتفي بقوله: اختر، فلا تصلح الرواية دليلاً على مدعاه، إلا أن يقوم إجماع قطعي على خلاف ظاهرها وأن المراد منها أن يختار أحدهما بعد قول صاحبه: اختر، ولا يوجد مثل هذا الإجماع.

ثانيهما: ما ورد في باب الطلاق من تخيير الزوج لزوجته في أمر الطلاق[1]،

---

(١) الوسائل، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، وفيه عدة روايات منها:

الحديث١٢: وبإسناده عن علي بن الحسن، عن علي بن أسباط، (عن محمد بن زياد) عن عمر بن أذينة، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل خيَّر امرأته، فقال: «إنما الخيار لها ما داما في مجلسهما، فإذا تفرَّقا فلا خيار لها، فقلت: أصلحك الله فإن طلَّقت نفسها ثلاثاً قبل أن يتفرقا من مجلسهما؟ قال: لا يكون أكثر من واحدة، وهو أحق برجعتها قبل أن تنقضي عدتها».

الحديث١٤: وبإسناده عن ابن أذينة، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا خيَّرها وجعل أمرها بيدها في غير قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين فليس بشيء وإن خيَّرها وجعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها فهي بالخيار ما لم يتفرَّقا فإن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق برجعتها، وإن اختارت زوجها فليس بطلاق».

الحديث١٥: وبإسناده عن ابن مسكان، عن الحسن بن زياد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الطلاق أن يقول الرجل لامرأته: اختاري، فإن اختارت نفسها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب، وإن اختارت زوجها فليس بشيء أو يقول: أنت طالق فأيَّ ذلك فعل فقد حرمت عليه، ولا يكون طلاق ولا خلع ولا مباراة ولا تخيير إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين».

وفي مقابلها روايات أخرى منها:

الحديث١: محمد بن يعقوب، عن محمد بن أبي عبدالله، عن معاوية بن حكيم، عن صفوان، وعلي بن الحسن بن رباط، عن أبي أيوب الخزاز، عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخيار فقال: «وما هو وما ذاك؟! إنما ذاك شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم».

والحديث٢: وعن حميد بن زياد، عن ابن سماعة، عن عبدالله بن جبلة، عن يعقوب

←

ولا يصلح لإثبات المدعى تعبداً؛ لما حقق في محله من عدم العمل بمثل هذه الرواية؛ لانحصار الطلاق في الصيغة الخاصة إما أصالة أو وكالة.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة.

وهو يتوقف على معرفة مدلول كلمة «اختر»، فإن كان مدلولها تمليك الخيار سقط خيار الآمر، وإن كان تفويضه فهو يرجع إلى التوكيل وقد تقدم عدم سقوط خيار الموكِّل، وإن كان استكشاف حال المأمور فأيضاً لا يسقط الخيار.

والحق -كما قال الشيخ قدس سره-: أن كلمة «اختر» في نفسها لا تدل على شيء من ذلك بمادتها ولا بهيئتها، وأما مع ملاحظة القرينة الخارجية -إن وجدت- فيحتمل في غرض القائل الاحتمالات الثلاثة المتقدمة، فينبغي أن نبحثها ثبوتاً وإثباتاً:

الاحتمال الأول: تمليك الخيار، وهو يتصور بنحوين: التمليك، والنقل، وفي أصل تمليك الخيار وجوازه بحث ثبوتاً وإثباتاً، وقد اختلفت الأنظار فيه

ابن سالم، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل إذا خيَّر امرأته قال: «إنما الخيرة لنا ليس لأحد، وإنما خيَّر رسول الله صلى الله عليه وآله لمكان عائشة فاخترن الله ورسوله، ولم يكن لهن أن يخترن غير رسول الله صلى الله عليه وآله.

والحديث٤: وعنه، عن ابن سماعة، عن ابن رباط، عن عيص بن القاسم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل خيَّر امرأته فاختارت نفسها بانت منه؟ قال: «لا، إنما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله خاصة، أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن لطلقهن، وهو قول الله عز وجل: ﴿قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾».

والحديث ١٣: محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: ما للنساء والتخيير؟! إنما ذلك شيء خص الله به نبيه صلى الله عليه وآله.

على أقوال:

القول الأول: ما ذهب إليه المحقق النائيني ﷺ من صحة تمليكه لمن عليه الخيار دون الأجنبي؛ لأنه متقوم بخصوص المتبايعين[١].

القول الثاني: ما ذهب إليه المحقق الرشتي ﷺ من عدم معقولية تمليك الخيار لمن عليه الخيار؛ لاستلزامه حصول الحق على نفسه، أو فقل: لاستلزامه اتحاد من له الحق مع من عليه الحق، وهو غير معقول، فمرجع هذا التمليك في الحقيقة إلى الإسقاط[٢].

وفيه: أن السلطنة لو كانت على نفس الطرف المقابل لاستلزم انتقالها إلى من له السلطنة اتحاد المسلَّط والمسلَّط عليه، وأما إذا كانت على أمر آخر فلا يستلزم انتقالها اتحادهما وإن كان الطرف المقابل ذا علقة وإضافة بالنسبة إلى ذلك الأمر، وفي الخيار مبنيان -كما سيأتي بحثه إن شاء الله تعالى-:

أحدهما أن متعلق الخيار هو رد العين، والآخر -وهو مقتضى التحقيق- أن متعلقه نفس العقد، والعاقد وإن كان طرفاً للإضافة؛ لأن العقد متقوم بالطرفين المتعاقدين، إلا أن السلطنة متعلقة بالعقد لا بالطرفين، فلا يلزم من تمليك الخيار جعل السلطنة على نفسه واتحاد المسلَّط والمسلَّط عليه، بل غاية ما يلزمه أن يكون له سلطنتان على العقد.

القول الثالث: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني ﷺ من عدم إمكان تمليك الحق، وإمكان نقله في نفسه ولكنه لا يصح في خصوص المقام، ففي كلامه جهتان:

---

(١) منية الطالب ٣: ٥١.

(٢) فقه الإمامية، الخيارات: ١٤٠.

الجهة الأولى: عدم معقولية التمليك؛ وذلك لأن الحق -سواء أكان متعلقه شخصاً أم عقداً أم عيناً- هو بنفسه إضافة قائمة بذي الحق ومتعلق الحق لا بإضافة الملكية، وإذا كان هو بنفسه إضافة فلا يضاف إلى صاحبه بالإضافة الملكية، أي لا يكون متعلَّقاً لإضافته الملكية، وحينئذ لا يقبل التمليك؛ لأن التمليك فرع كون المملَّك متعلَّقاً للإضافة الملكية، والحق هو بنفسه إضافة وليس متعلَّقاً لإضافة أخرى ملكية[1].

وفيه: أنه منتقض بالقاعدة المسلمة: (ما تركه الميت من حق فلوارثه)، فلو لم يكن الحق قابلاً للتمليك لما انتقل إلى وارثه على أنه ملكه بدليل اللام في (لوارثه)، فانتقاله إلى الوارث على وزان انتقال المال إليه من أن كليهما باللام.

ومقتضى التحقيق البحث في ذلك ثبوتاً وإثباتاً.

أما مقام الثبوت فلا محذور في كون الحق متعلَّقاً للإضافة الملكية، فيمكن القول بأنه سلطنة، وذو الحق مالك لها؛ لأنه أمر اعتباري ولا مانع من تعلق اعتبارين بشيء واحد مع اختلاف الآثار لئلا يلزم اللغوية.

وأما مقام الإثبات فيبتني بيانه على ذكر مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن ما يدل على الملكية من الحروف هي اللام مثل: (الدار لزيد)؛ فإنها وإن كانت في أصل الوضع اللغوي لمطلق الاختصاص، ولهذا استعملت في الموارد غير القابلة للملكية قطعاً مثل (الجل للفرس) إلا أنها تستعمل في الموارد القابلة للملكية في إفادتها بمقتضى الإطلاق لا بنفسها؛ فإن مقتضى إطلاق الاختصاص هو الاختصاص المطلق وهو عين

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٢١.

الملكيـة، ولهذا استعملت في الموارد التي أريد منها إثبـات الملكية مثل قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾[1].

ففي مقام الإثبات تثبت الملكية باللام لما تدخل عليه.

المقدمة الثانية: أنه قدس سره يرى أن الحق يختلف بحسب موارد اعتباره[2]،

---

(١) سورة الأنفال: ٤١.

(٢) رسالة الحق المطبوعة مع الحاشية ١: ٤٤.

ولا بأس بنقل كلامه لعموم الفائدة، قال قدس سره:

(ويمكن أن يقال -وإن لم أجد من وافق عليه صريحاً-: إن الحق مصداقاً في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة، فحق الولاية ليس إلا اعتبار ولاية الحاكم والأب والجد، ومن أحكام نفس هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولّى عليه تكليفاً ووضعاً، ولا حاجة إلى اعتبار آخر، فإضافة الحق إلى الولاية بيانية، وكذلك حق التولية وحق النظارة، بل كذلك حق الرهانة، فإنه ليس إلا اعتبار كون العين وثيقة شرعاً، وأثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء، وحق التحجير -أي المسبَّب عنه- ليس إلا اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، وحق الاختصاص في الخمر ليس إلا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخر، من دون اعتبار ملك أو سلطنة له، وأثر الأولوية والاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له.

نعم، لا بأس بما ساعد عليه الدليل من اعتبار السلطنة فيه كحق القصاص، حيث قال عزَّ من قائل: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾، وكذا لو لم يكن هناك معنى اعتباري مناسب للمقام كما في حق الشفعة، فإنه ليس إلا السلطنة على ضم حصة الشريك إلى حصته بتملكه عليه قهراً، فإن الشفع هو الضم، والشفعة - كاللقمة - كون الشيء مشفوعاً، أي مضموماً إلى ملكه، ولا معنى لاعتبار نفس الشفعة، وإلا كان معناه اعتبار ملكية حصة الشريك، مع أنه لا يملك إلا بالأخذ بالشفعة لا بمجرد صيرورته ذا حق.

وكذا حق الخيار هو السلطنة على الاختيار -وهو ترجيح أحد الأمرين من الفسخ والامضاء- لا اعتبار كونه مختاراً، فإنه في قوة اعتبار كونه مرجِّحاً؛ أي فاسخاً أو ممضياً، مع أنه لا فسخ ولا إمضاء بمجرد جعل الحق، نعم ليس حق الخيار ملك الفسخ والإمضاء معاً وإلا نفذ إمضاؤه وفسخه معاً، مع أنه لا ينفذ منه إلا أحدهما، وكذا السلطنة؛ فإن

←

فالحق المتعلق بالخمر التي كانت خلاً عبارة عن اعتبار الاختصاص، وفي حق التحجير عبارة عن الأولوية، أي أولوية المحجِّر بالأرض المحجَّرة من غيره، وفي غير هذه الموارد ذهب إلى أن الحق سلطنة ولكن لا بد من استفادة ذلك من الدليل، ففي حق القصاص قام الدليل على أن المجعول هي السلطنة، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[1]، فحق القصاص سلطنة لولي المقتول بالنسبة إلى الاقتصاص من القاتل، وكذلك بالنسبة إلى الخيار والشفعة؛ فإن المعتبر فيهما السلطنة.

وبناء على هذا، فبما أن حق القصاص في الآية كان مجعولاً للولي بواسطة اللام، فلا بد من الالتزام إثباتاً بكون السلطنة متعلَّقاً لإضافة الملكية.

وفي حق الخيار أيضاً أضيف الحق إلى ذي الحق بكلمة اللام كما في صحيحة ابن رئاب؛ إذ فيها: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري»[2].

والنتيجة: أنه لا محذور ثبوتاً في جعل الحق متعلَّقاً للملك، والدليل الإثباتي -من الآية والرواية- دال عليه، فما أفاده قدس سره لا دليل عليه ثبوتاً، وقام الدليل على خلافه إثباتاً.

حالها حال الملك، ولا أحد الأمرين من الفسخ والإمضاء، فإن أحدهما المردد لا ثبوت له حتى يتقوم به الملك والسلطنة، بل الملك أو السلطنة يتعلق بترجيح أحد الأمرين على الآخر، فالمقوم لاعتبار الملك أو السلطنة أمر واحد وهو ترجيحه لأحد الأمرين).

وقال في نهاية الرسالة ١: ٥٢: (وأما بناء على ما قرّبناه من أن الحقوق اعتبارات خاصة في موارد مخصوصة -كاعتبار الولاية في مورد حق الولاية، واعتبار الرهانة والوثيقة في حق الرهانة- فالحق حقيقة ينقسم إلى قسمين، ويكون محكوماً بحكمين، فيجري فيه ما ذكرناه أولاً من حيث التمسك بالعموم وعدمه).

(١) سورة الإسراء: ٣٣.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

نعـم، المعروف أن المملوك إمـا أن يكون عيناً أو منفعة أو انتفاعاً، ولهذا قسـموا الأمـلاك إلى هذه الأقسـام الثلاثة، ففـي البيع ينقل ملكيـة العين، وفي الإجـارة ملكيـة المنفعة، وفي العاريـة ملكية الانتفاع، ولكننا أتبـاع الدليل بعد ملاحظته ثبوتاً وإثباتاً، وهو لا يحصرها في الثلاثة.

الجهـة الثانيـة: ما أفـاده ﷺ من إمكان نقـل الخيار في نفسـه إلا أنه في المقـام غير تـام؛ وذلك لأن نقل خيار المجلس لا يعقـل إلا إلى الطرف الآخر للمعاملـة؛ لأنه حـق للمجتمعين على المعاملـة ويكون مغيّـى بافتراقهما، فلا يمكن نقله للأجنبي، ونقله إليه تخلّف لهذا الأمر الوضعي عن موضوعه، وأما نقلـه إلـى من هو طـرف المعاملة فلا مانع منـه من هذه الحيثية، ولكنه مشـكل مـن جهـة أخرى؛ لأن الخيار سـلطنة على حـل العقد، فيمكـن أن يتعدد بتعدد سـببه فيكون للواحد خيارات متعددة لأسباب متعددة كالغبن والبيع والشرط، ويمكـن أن يتعدد بتعدد متعلّقه، ويمكن أن يتعدد بتعدد ذي الحق، وفي المقام لـم يتعـدد مورده ولا متعلقـه ولا سـببه؛ لأن العقد واحد وسـببه المجلس وذا الحق طرف المعاملة وأثره حل العقد، فنقله مما لا معنى له إلا إرادة لازمه وهو رفع اليد عن حقه وإسقاطه.

وفي ما أفاده ﷺ **أولاً**: أنه مناف لما هو عليه في رسالته في الحق[1]؛ فإنه

---

(١) المطبوعة مع حاشية المكاسب ١: ٤٧.

قال ما لفظه: (أما حقيقة النقل فقد بيّنا سابقاً أن النقل الاعتباري إخراج الشيء عن طرف إضافة ملكية نفسه إلى الطرفية لإضافة ملكية غيره، فنقل من طرف هذه الإضافة إلى طرف إضافة أخرى، ولذا قلنا بأن البيع لا يستلزم النقل دائماً، فإن بيع الكلي صحيح مع أنه لا نقل فيه من طرف إضافة إلى أخرى، بل تمليك ابتدائي).

وأشار بقوله: فقد بيّنا سابقاً إلى ما أفاده في: ١٢ بقوله: (إن النقل وإن لم يكن عرضاً إلا أنه من المعاني التي لا استقلال لها في التحصّل، بل لا بد من أن يكون بملاحظة

←

صرح فيها: بعدم تعقل النقل في الأمور الاعتبارية بدون إضافة الملكية حتى يتم تبديل طرفي الإضافة، ونقل الإضافة القائمة بأحدهما إلى الآخر، وصرّح فيها: بأن النقل أخص من التمليك؛ فإن التمليك يحصل بدون النقل، ولكن لا نقل بلا تمليك، ففي بيع الكلي في الذمة يحصل التمليك ولا نقل؛ فإذا باع مائة مَنٍّ من الحنطة في ذمته فالبائع لم يكن مالكاً لها فعلاً ولكن ملّكها للآخر فحصل التمليك ولم يحصل نقل للإضافة، ولكن نقل الإضافة لا يتحقق إلا إذا كان المنقول مملوكاً.

فمن كان هذا مبناه كيف يقول في المقام: بأن الحق يقبل النقل مع أنه هو بنفسه إضافة قائمة بذي الحق لا بإضافة الملكية؟!

وثانياً: أن نقل الحق لو لم يكن له أثر إلا الفسخ وعدمه لصح ما أفاده؛ لأن كلاً من العقد والحل واحد، فلا معنى لتعدد الحق، ولكن لحق الخيار فائدة أخرى؛ لأنه سلطنة، أحد طرفيها الفسخ والآخر الإمضاء، والفسخ لا يتعدد بخلاف الإمضاء فإنه يتعدد، فلو أمضى المأمور البيع من دون أن ينتقل له حق الآخر أمكن للآخر أن يفسخ، ولكن عندما ينتقل له الحق فالإمضاء

إضافة أو مكان، فإذا لم تكن إضافة الملكية إلى المعدوم معقولة، فالنقل بلحاظها غير معقول، فكما أن الملكية غير فعلية، فكذا النقل غير فعلي، فلا بيع بالحمل الشايع، مع أن البيع لا يتضمن النقل دائماً كما في بيع السلف؛ فإن كلي المنّ من الحنطة لم يكن طرفاً لإضافة ملكية حتى ينقل من طرف هذه الإضافة إلى إضافة أخرى).

وصرّح بذلك في: ٥٣ حيث قال: (غرضه ﷺ: أن البيع للتمليك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك، والنقض ببيع الدين على من هو عليه أيضاً بهذا الاعتبار، بل بالأولوية؛ إذ لو أمكن أن لا يفيد تمليكاً من طرف البيع فمن طرف العوض بالأولوية، إلا أن هذا التعليل عليل؛ لأن التمليك أعم من النقل، كما مرَّ في بيع الكلي الذمي؛ فإنه تمليك ولا نقل، فليس كل ما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك).

والفسخ بيده بلا مزاحم له في اختيار أحدهما، فبإمكانه أن يمضي البيع ولا أحد يمنع من الإمضاء فلا لغو في نقل الخيار له.

نعم، يشكل تمليك خيار المجلس من ناحية إثباتية لا ثبوتية؛ فإن الأصل الأولي أن الحق قائم بذي الحق، وتمليكه إلى الغير وإن كان ممكناً إلا أنه يحتاج إلى دليل، ولا دليل في المقام يصحح ذلك، وإطلاقات الإرث دليل على الانتقال القهري لا على النقل الاختياري الذي هو محل البحث فعلاً، فالقصور في مقام الإثبات لا في مقام الثبوت، خلافاً للمحققين الأصفهاني والرشتي قدس سرهما.

والنتيجة: أنه لو كان قوله: «اختر» دالاً على التمليك لم يقع التمليك، لا لقصوره ثبوتاً، بل لعدم الدليل عليه إثباتاً.

الاحتمال الثاني: تفويض أمر الخيار، وهو يتصور بنحوين أيضاً: التوكيل والاستنابة، وهو ممكن ثبوتاً وصحيح إثباتاً، ولكنه لا يفيد سقوط الحق عن صاحبه الأول.

[**الاحتمال الثالث**: استكشاف حال الآخر من حيث الفسخ والإمضاء؛ ولا محذور فيه ثبوتاً ولا إثباتاً، ولا يدل على سقوط حق الخيار عن الآمر][1].

فتحصل إلى هنا عدم دلالة قوله: «اختر» على سقوط حقه في الخيار، لا بحسب وضع الكلمة لغةً، ولا بحسب القرينة الخارجية.

هذا كله لو علمنا بغرض المتكلم، وأما لو شك في غرضه من قوله: «اختر»، هل هو التمليك فيسقط خياره -بناء على صحة التمليك ثبوتاً وإثباتاً-

(١) ما بين المعكوفين لم يتعرض له الشيخ الأستاذ - دام ظله - ولكن ذكرناه تتمة للبحث.

أو هو التفويض أو الاستكشاف فلا يسقط خياره، فالشك يرجع إلى سقوط الخيار وبقائه، ومقتضى الاستصحاب بقاؤه؛ لليقين السابق بحدوث الخيار بالعقد والشك في بقائه بقوله: «اختر» والأصل بقاؤه.

فرع ٢ - ٣: لو أسقط أحدهما خياره، أو فسخ أحدهما وأجاز الآخر

هنا فرعان تعرض لهما الشيخ ﷺ:

الأول: لو أسقط أحدهما خياره لم يسقط خيار الطرف الآخر بلا إشكال، وهو واضح.

الثاني: لو أمضى أحدهما البيع وفسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت حق الخيار لكل منهما؛ فإمضاء أحدهما للعقد إعمال لحقه وإنفاذ للعقد من جهته، ولكنه لا يرفع حق الطرف الآخر في الفسخ، ولا ربط لذلك بمسألة تعارض الإجازة والفسخ وتساقطهما أو تقديم الفسخ عليها كما ذهب إليه العلامة ﷺ؛ فإن موردها ما إذا اتحد الحق وصاحبه، وأما مع تعددهما -كما في ما نحن فيه- فلا؛ فإن متعلق خيار كل منهما مغاير لمتعلق خيار الآخر فلا موضوع للتعارض.

موارد تعارض الإجازة والفسخ

وبهذه المناسبة تعرَّض الشيخ ﷺ إلى موارد تعارض الإجازة والفسخ وهي صور ثلاث:

الصورة الأولى: ما لو اقتضت الإجازة من أحدهما لزوم العقد من الطرفين، سواء أكان المجيز والفاسخ واحداً أو متعدداً، الأول كما لو أجاز قولاً وفسخ فعلاً بالكتابة مثلاً في آن واحد، والثاني كما لو أجاز الأصيل وفسخ الوكيل في آن واحد.

الصورة الثانية: أن يتصرّف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبداً بجارية ثم أعتقهما معاً؛ فإن إعتاق العبد فسخ للبيع، وإعتاق الجارية إجازة له.

الصورة الثالثة: ما لو اختلف الورثة في الفسخ والإمضاء ففسخ بعضهم وأجاز الآخر.

وظاهر العلامة قدس سره في الصور المذكورة تقديم الفسخ[1].

وملخص ما أفاده الشيخ قدس سره أنه كلما كان الحق متعدداً -كخيار المجلس؛ فإن لكل من البيّعين حقاً- فإن أمضى أحدهما وأجاز الآخر فلا تعارض بين الفسخ والإمضاء، وكلما كان الحق واحداً سواء أكان صاحب الحق واحداً أم متعدداً كالأصيل والوكيل أو الورثة فهو مورد لتعارض الفسخ والإمضاء[2].

اعتراض المحقق الخراساني قدس سره على كلام الشيخ قدس سره.

وقد تعرض المحقق الخراساني قدس سره في حاشيته إلى ما أفاده الشيخ قدس سره في ضمن مطالب:

الأول: أن ما أفاده الشيخ قدس سره من عدم التعارض بين فسخ أحد [illegible]

(١) التذكرة ١١: ٣٣ حيث قال: (ج - لو اختار أحدهما الإمضاء والآخر الفسخ، قدِّم الفسخ على الإجازة؛ إذ لا يمكن الجمع بينهما، ولا انتفاؤهما؛ لاشتماله الجمع بين النقيضين، فتعين تقديم أحدهما، لكن الذي اختار الإمضاء قد دخل في عقد ينفسخ باختيار صاحبه الفسخ ورضي به، فلا أثر لرضاه به لازماً بعد ذلك)، وهو موجود أيضاً في التذكرة ١١: ١٨٧، وقواعد الأحكام ٢: ٧٠.

(٢) المكاسب ٥: ٦٥.

وإمضاء الآخر وتقديم الفسخ إنما يتم على قول من قال: بأن الخيار هو ملك الفسخ وعدمه كما هو مختار الشيخ قدس سره، وعلى قول من قال: بأنه ملك الفسخ والإجازة بالنسبة إلى ذي الخيار نفسه، بأن تكون إجازته موجبة للزوم العقد من طرفه حتى يصير كأنه لم يكن له خيار، وأما على مبنى من يقول: بأنه ملك الفسخ والإجازة مطلقاً حتى كأنه لم يكن خيار في البين أصلاً فيتعارض الفسخ والإمضاء إن وقعا دفعة واحدة، ولو تقدم الإمضاء لم يبق مجال إلى الفسخ، وكذلك العكس.

الثاني: أن مقتضى إطلاق دليل الخيار هو ثبوت حق الإمضاء مطلقاً لا من جهته فقط؛ لأن الإنفاذ الحيثي ومن جهة الممضي فقط يحتاج إلى بيان زائد، بخلاف الإنفاذ مطلقاً فإنه لا يحتاج إلى مؤنة زائدة في مقام الإثبات، وحينئذ يكون ما نحن فيه صغرى للمتعارضين.

الثالث: أن الإجماع قائم على عدم كون الإمضاء من أحدهما إمضاء من كل جهة، بل إنما هو إمضاء من جهة الممضي فقط، وهو المانع من التمسك بالإطلاق.

الرابع: أن مقتضى الحكمة من جعل الخيار -وهي الإرفاق بالمتعاملين- أن يكون الإلزام من جهة الممضي فقط لا مطلقاً.

وحاصل كلامه: أن مقتضى إطلاق «البيعان بالخيار» أن يكون كل منهما مخيراً في الفسخ والإمضاء بنحو مطلق، فيقع التعارض بينهما لكن قيام الإجماع وحكمة الإرفاق يمنعان منه[1].

---

(١) حاشية المكاسب للآخوند: ١٦٧.

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن نبحث في مقامين:

المقام الأول: أن الخيار فيما لو تعددت أفراد طرفه يتصور ثبوتاً على وجوه ذكرها الفقهاء في بحث إرث الخيار بعد الإجماع القطعي والنص الوارد في أن «ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه»[1] فاختلفت الأنظار في كيفية انتقال الخيار إلى الوارث، والوجوه هي:

الأول: أن الخيار يتعدد بتعدد الورثة بنحو العموم الأفرادي، فلكل منهم خيار.

الثاني: أنه واحد، وينتقل إلى مجموع الورثة بما هم مجموع بنحو العام المجموعي، فإن أجمعوا على الإمضاء مضى، وإن أجمعوا على الفسخ انفسخ.

الثالث: أنه واحد، وينتقل إلى طبيعي الوارث، وكل واحد من الأفراد مصداق لذلك الطبيعي.

الرابع: أن الخيار يتعدد بحسب حصص ورثة المال المتعلق للعقد، فلكل منهم خيار بالإضافة إلى حصته، فلو فسخ أحدهم لزم تبعض الصفقة بالنسبة إلى المتعاقد الآخر.

أما الرابع فلا وجه له في ما نحن فيه وإن كان له وجه بالنسبة إلى الورثة بغض النظر عن صحته وسقمه في ذلك الباب، وأما احتمال كونه بنحو العام المجموعي فهو ممكن ثبوتاً إلا أن مقام الإثبات على خلافه؛

---

(١) رواية مرسلة عن النبي ﷺ، أرسلها صاحب المسالك ١٢: ٣٤١ وغيره بدون أو مال، ولم نجدها بهذا النص في الجوامع الحديثية، الشيعية والسنية.

فإن عنوان «البيّعان» ظاهر في تعدد الخيار وأن لكل واحد من المتبايعين خياراً، ومنه يظهر سقوط الاحتمال الثالث وهو الحمل على طبيعي المتعاقد؛ فإنه على خلاف ظهور «البيّعان» أيضاً، فيتعيّن الوجه الأول وهو أن يتعدد الخيار بنحو العام الاستغراقي فيكون لكل واحد منهما خيار، وهو الموافق لظهور الدليل.

والحاصل: أن الأوجه المذكورة وما يؤيدها أو يرد عليها إنما تأتي في بحث إرث الخيار؛ لأن للمورث خياراً واحداً فبأي نحو ينتقل إلى ورثته، أما في ما نحن فيه فالخيار ثابت للمتبايعين بجعل الشارع فينبغي ملاحظة موضوع الجعل، وهو «البيعان»، وهو ظاهر في تعدد الخيار للمتبايعين، بحيث يكون لكل واحد منهما خيار.

المقام الثاني: هل الخيار مجعول لكل منهما على أن يكون لكل منهما اختيار الفسخ والإمضاء بالإضافة إليه نفسه، أو الإمضاء مطلقاً؟

ذهب المحقق الخراساني قدس سره -كما تقدم- إلى أن مقتضى الإطلاق هو الإمضاء مطلقاً إلا أن الإجماع والإرفاق اقتضيا أن يكون الإمضاء مقيداً بالإضافة إلى حال نفسه.

ونقول: **أولاً**: إن مقتضى الإطلاق أن الخيار لكل واحد منهما إلا أن مقتضاه الإمضاء من حيث لا مطلقاً على خلاف ما يدعيه.

بيان ذلك: أنه لا إشكال في أن كلاً من فسخ أحدهما وإمضائه قابل للانقسام بالإضافة إلى فسخ الآخر وإمضائه، بمعنى أن إمضاء أحد البيّعين يجتمع مع إمضاء الآخر ومع عدمه، وكذلك فسخ أحدهما يكون مع فسخ الآخر تارة وبدونه أخرى، ويستحيل الإهمال في كل مقسم بالنسبة إلى انقساماته كما

تقرر في محله، فهو إما مطلق أو مقيد، ومع عدم التقييد يتعين الإطلاق.

فهنا مقدمتان تامتان:

المقدمة الأولى: أن إمضاء كل واحد منهما ينقسم إلى قسمين بالإضافة إلى إمضاء الآخر وعدمه.

المقدمة الثانية: أن المقسم بالنسبة إلى أقسامه -بعد امتناع الإهمال وفرض عدم التقييد- مطلق لا محالة.

وإطلاق الفسخ في ما نحن فيه غير معقول؛ إذ لا يعقل أن يكون لأحدهما حق الفسخ سواء أفسخ الآخر أم لم يفسخ؛ لارتفاع موضوع فسخ الثاني بفسخ الأول، ومع ارتفاع الموضوع لا معنى للإطلاق.

وأما إطلاق الإمضاء بالنسبة إلى إمضاء الآخر وعدمه فمقتضيه موجود والمانع منه مفقود، أما وجود المقتضي فلأن إمضاء أحدهما يجتمع مع فرض إمضاء الآخر وفرض عدمه؛ لما تقدم من أنه ينقسم لهما، وأما انتفاء المانع فلأن موضوع إمضاء الثاني لا يرتفع بإمضاء الأول؛ لأن موضوعه هو العقد، وهو لا ينهدم بإمضاء الأول بخلاف الفسخ.

فتحصل -بعد امتناع الإهمال وعدم التقييد- تعيّن الإطلاق لكل من المتبايعين، بمعنى أن لكل منهما الإمضاء، أمضى الآخر أم لم يمضِ، ونتيجة هذا الإطلاق ثبوت إمضاء العقد من ناحية الممضي نفسه لا مطلقاً، فيندفع ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره.

وبعبارة مختصرة: إن إمضاء كل واحد منهما بالإضافة إلى إمضاء الآخر وعدمه مقسم، فمع استحالة عدم الإهمال إما أن يأتي من ناحية الشارع التقييد

أو الإطلاق، والأدلة خالية عن التقييد قطعاً، فيتعين الإطلاق، ولازمه في المقام أن يكون الإمضاء إنفاذاً وإلزاماً من ناحية الممضي فقط[١].

ثانياً: أنه ورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «إن أبي عليه السلام اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فلما استوجبها قام فمضى فقلت له: يا أبه، عجلت القيام، فقال: يا بني، أردت أن يجب البيع»[٢].

والمستفاد منها عدم كفاية إمضاء أحد الطرفين للزوم البيع؛ إذ لو كان يكفي لما احتاج الإمام عليه السلام أن يمضي، أو يمشي خطوات -كما في رواية أخرى- ليتحقق التفرق، فيتحقق اللزوم.

---

(١) اعترض على الشيخ الأستاذ -دام ظله-: بأن إمضاء أحدهما إمضاء للعقد من كل حيثٍ لا من حيث الممضي.

فأجاب دام ظله: **أولاً**: بأن ذات الإمضاء وأصل طبيعته تقتضي أن يكون الإمضاء إمضاء بالإضافة إلى الممضي، وأما من كل حيث فهو يحتاج إلى بيان زائد كما قررناه في المتن.

وثانياً: بأن هنا إطلاقاً بالنسبة لكل واحد منهما بحيث نقول له: إن لك الإمضاء، أمضى الآخر أم لا، ففي صورة إمضاء الآخر يأتي الخطاب أيضاً: إن لك الإمضاء، وهذا معناه أن إمضاءه كان في حد الإنفاذ من ناحيته، فلم يكن إمضاؤه نافياً لإمضاء الآخر، وليس هو إمضاء للآخر.

(٢) الوسائل، الباب٢ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٤، ووردت بهذا المضمون عدة روايات منها:

الحديث٢: عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إني ابتعت أرضاً، فلما استوجبتها قمت فمشيت خطاً ثم رجعت فأردت أن يجب البيع».

ورواه الصدوق بإسناده عن أبي أيوب مثله إلا أنه قال: أردت أن يجب البيع حين افترقنا.

الحديث٣: عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «بايعت رجلاً، فلما بايعته قمت فمشيت خطا ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا».

ومن هذا يتبين عدم الحاجة إلى التمسك بالإجماع والحكمة من الخيار لإثبات أن إمضاء أحد الطرفين إمضاء للبيع من طرفه لا مطلقاً، فإن الإطلاق الداخلي، وصحيحة الحلبي دليلان عليه، مضافاً إلى كون الإجماع مدركياً فلا يصلح للاستدلال.

الأصل العملي في المقام

ثم إنه لو شك في أن إمضاء أحد الطرفين هل هو إمضاء من طرفه فقط أو إلزام مطلق فما هو مقتضى الأصل العملي؟

ذهب بعض الأعاظم قدس سره إلى أن هذا الشك يرجع إلى الشك في سقوط خيار الطرف الآخر وعدم سقوطه؛ فإنه لا شك في أن للآخر الخيار قبل إمضاء الأول، وبعد إمضائه يشك في سقوط الخيار، فإن الإمضاء إن كان بالإضافة إليه خاصة لم يسقط خيار الآخر، وإن كان مطلقاً سقط خياره، فيستصحب بقاؤه[1].

وفيه خلط؛ فإن المورد من موارد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام أو استصحاب حكم المخصص؛ إذ خُصّص عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بدليل خيار المجلس، والمخصص مجمل؛ للشك في أن الخيار جعل بنحو يسقط لو أمضى أحد الطرفين أو بنحو يبقى على حاله، ومع إجمال المخصص يكون المرجع عموم العام لا استصحاب حكم المخصص.

بيان ذلك: أن الشبهة تارة موضوعية وأخرى حكمية، فإن كان منشأ التخصيص شبهة موضوعية فهو مورد الاستصحاب، ولهذا أجرينا سابقاً استصحاب الخيار فيما لو كان مفاد «اختر» مجملاً، ولم يتضح مراد القائل هل هو التمليك أو التفويض.

---

(١) حاشية الإيرواني، الخيارات: ١٣.

وإن كان المنشأ شبهة حكمية فالمرجع عموم العام، كما في عموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عندما خصص بخيار الغبن وكان مردداً بين الفورية والتراخي.

والأمر في ما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خصص بدليل خيار المجلس وكان مجملاً من حيث إن الإلزام هل هو من طرف الممضي فقط فيبقى الخيار أو هو مطلق فيسقط، فتندرج المسألة في صغريات إجمال المخصص ودورانه بين الأقل والأكثر، والمرجع عموم العام، فلا وجه لما أفاده بعض الأعاظم قدس سره من استصحاب الخيار.

نتيجة البحث إلى هنا:

أن مقتضى إطلاق دليل الخيار وصحيحة الحلبي أن إمضاء كل واحد من المتبايعين موجب لإلزام العقد من طرفه لا من طرفه وطرف الآخر، فلا حاجة إلى التمسك بالحكمة ولا بالإجماع، مضافاً إلى كونه مدركياً فلا يصلح للاستدلال، وعليه فلا تعارض بين الفسخ والإمضاء في مورد خيار المجلس، فإذا سبق أحدهما وفسخ لم يبق موضوع لفسخ الآخر ولا لإمضائه، وأما إذا أمضى البيع فقد سقط حقه، وأما حق الآخر فباقٍ على حاله، فله الخيار في الفسخ والإمضاء، وأما إذا تقارنا في الفسخ والإمضاء فينحل العقد، لا من جهة التعارض بين الفسخ والإمضاء وتقديم الفسخ، بل لأنه ذو حق وله أن يعمله في الفسخ والإمضاء، فإن أعمله في الفسخ انفسخ.

صور التعارض

وأما التعارض فله صور كما تقدم:

الأولى: ما إذا كان الحق واحداً، سواء أقام بواحد أم بمتعدد، والأول كأن يكون الحق لوارث واحد، فإن أمضى صار العقد لازماً ولم يبق موضوع

لفسخه؛ لأن الحق واحد واستفاد منه في الإنفاذ، وإن فسخ لم يبق موضوع لإمضائه.

نعم، لو أمضى وفسخ في آن واحد -كأن أمضى العقد بالقول وفسخ بالكتابة في وقت واحد- وقع التعارض، ومقتضى القاعدة التساقط؛ لأنه أنشأ الفسخ والإمضاء ويستحيل تحققهما معاً؛ لاستلزامه الجمع بين الضدين، وتحقق أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، وأحدهما المردد محال؛ لأنه لا ماهية له ولا هوية، فيتعين التساقط.

ومثله الأصيل والوكيل، والوكيلان عن واحد.

والثاني -وهو ما إذا قام الحق بمتعدد- كأن يقوم الحق بطبيعي الوارث وكان متعدداً، فإن له مصاديق متعددة حينئذ، ولكن الحق لا يتعدد بتعدده؛ لأنه قائم بالطبيعي بما هو، فلا مناص هنا من سقوط الحق بمجرد إمضاء أحد الورثة؛ لأن الطبيعي -وهو ما قام الحق به- يصدق على أحدهم، وقد اختار الإمضاء، وإن فسخ انفسخ البيع.

وإذا أمضى أحدهم وفسخ الآخر في آن واحد وقع التعارض وكان مقتضى القاعدة التساقط بنحو ما قلناه في الصورة السابقة.

نعم، ما قلناه يتوقف على أن يكون المختار في باب إرث الخيار هذا الوجه، ولكن سيأتي في محله -إن شاء الله- أنا لا نقول به ولا الشيخ قدس سره أيضاً يقول به.

الثانية: ما لو تصرف ذو الخيار في العوضين كمن باع العبد بجارية ثم أعتقهما معاً، واعتبر الشيخ قدس سره هذه الصورة من صور تعارض الفسخ

والإجازة؛ فإن عتق العبد فسخ للبيع، وعتق الجارية إمضاء له؛ لأنه لا عتق إلا في ملك.

وربما يقال: بأن عتق الجارية محقق على أي حال، بخلاف عتق العبد؛ فإنه ساقط على أي حال؛ لأن التصرف إما سبب للفسخ أو الإمضاء، فالعتق -الذي هو تصرف- سبب لفسخ بيع العبد ولإمضاء بيع الجارية، أو هو كاشف عن الرضا أو عدمه، وعتق الجارية مقدم على كلا المبنيين.

أما على مبنى السببية فهو قد أنشأ عتقين: عتق العبد والجارية، ولا يمكن الجمع بين هذين الإنشائين؛ لأن أحدهما في ملكه والآخر خارج عنه، فإن أمضى البيع فعتق العبد غير صحيح، وإن فسخه فعتق الجارية غير تام، فالإنشاءان متنافيان فيسقطان للتعارض، فتبقى الجارية تحت ملكه؛ لعدم المخرج لها عن ملكه؛ فإن المخرج هو العتق، وإنشاؤه معارض بإنشاء عتق العبد فيسقطان، وبما أن الجارية باقية على ملكه، وعنده قصد جدّي لعتق مملوكه فلا مناص من تحقق عتق الجارية[1].

وأما على مبنى الكاشفية -بمعنى أن يكون إنشاء عتق العبد كاشفاً عن فسخ البيع وعدم الرضا به، وإنشاء عتق الجارية كاشفاً عن إمضاء البيع والرضا به- فالبحث يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في حكم العقد من حيث بقاء الخيار وارتفاعه.

الجهة الثانية: في حكم العتق.

أما **الجهة الأولى** فربما يقال بسقوط الخيار على أي حال؛ لأن القاعدة

---

(١) لم أجد القائل.

هي سقوط الطريقين المتعارضين من جهة الطريقية إلى خصوصية كل واحد منهما، ولكن المدلول الالتزامي لا يسقط؛ فإن عتق العبد طريق كاشف عن الرضا بفسخ البيع، وعتق الجارية طريق كاشف عن الرضا بإمضائه، فيقع التنافي بين هذين اللازمين: الرضا بالفسخ والرضا بالإبرام، فيسقط الإنشاءان من ناحية الطريقية بالتعارض، ولكن يسقط الخيار أيضاً على كلا التقديرين؛ لأنه لازم لكل منهما.

وفيه: أولاً: أنه يبتني على عدم تبعية الدلالة الالتزامية للدلالة المطابقية في السقوط، والتحقيق تبعيتها لها ثبوتاً وسقوطاً وحجية.

وثانياً: أنا لو غضضنا النظر عن هذا المبنى وقلنا بعدم التبعية، فإنه لا يعقل إلا فيما إذا أمكن تحقق المدلول الالتزامي ثبوتاً، فمثلاً لو قام أحد الدليلين على وجوب فعل، وقام الآخر على حرمته، فهنا يتعارض الدليلان في مدلولهما المطابقي ويسقطان، ولكن يبقى مدلولهما الالتزامي -وهو نفي الثالث- على حاله بناء على عدم التبعية، فلا يمكن للفقيه أن يفتي بالوجوب أو بالحرمة، ولكن لا يفتي بالإباحة.

وأما إذا كان المدلول الالتزامي غير قابل للتحقق ثبوتاً فلا يعقل الالتزام ببقائه مع سقوط المدلول المطابقي حتى على مبنى عدم التبعية.

والمفروض في ما نحن فيه أن المدلول الالتزامي للعتقين هو الرضا بفسخ العقد والرضا بإبرامه، وتحقق كلا الأمرين محال؛ لاستلزامه الجمع بين الضدين: انفساخ العقد وإبرامه، فلا ينفى الخيار بهما، ونفيه بأحدهما المعين غير تام؛ لكونه ترجيحاً بلا مرجح، ولعدم خروجه عن هذا بعينه والآخر بعينه، وكلاهما قد سقطا حسب الفرض، وأحدهما المردد مفهوماً لا واقعية له حتى

يكـون موضوعاً للحجية، وأحدهمـا المردد مصداقاً إما هـذا أو ذاك ولا يعقل انفكاكه عنهما وقد سـقطا، والواحد الانتزاعي القابل للانطباق على كل واحد مـن المعينيـن غير قابل للتحقق؛ لفـرض أن كل واحد منهما قد زال بالتسـاقط ويستحيل بقاء الأمر الانتزاعي مع زوال منشأ انتزاعه.

فالنتيجة: أنه سواء التزمنا بمبنى تبعية الدلالة الالتزامية للدلالة المطابقية ثبوتاً وسقوطاً أم التزمنا بعدمها، وسواء تعقلنا الواحد المردد أم لم نتعقله فهذا التحقيق ممنوع.

وأمـا **الجهة الثانية** فربمـا يقال بتحقق عتق الجاريـة، وحاصل ما أُفيد في تحقيـق ذلك: أن موضـوع أصالة الصحة فـي كلا العتقين موجود؛ للشـك في صحـة كل منهمـا، إلا أن عتـق العبـد لا يوجد فيـه إلا أصل واحـد وهو أصالة الصحـة، وعتـق الجارية يوجد فيه أصـلان: أصالة الصحة، واسـتصحاب بقاء الجاريـة علـى ملكه، وهو حاكـم على أصالـة الصحة، فإما أن نقـول بتعارض أصالة الصحة في أحد العتقين مع أختها في الآخر فيسقطان ويبقى استصحاب بقـاء الملك سـالماً عن المعـارض فيصحح به عتق الجاريـة، وإما أن نقول بأن أصالة الصحة في عتق العبد تتعارض مع الدليل الحاكم -وهو الاستصحاب- في عتق الجارية فيسقطان، فتبقى أصالة الصحة في عتقها سالمة عن المعارض فيصح.

فعلى كلا التقديرين يتحقق عتق الجارية.

وفيـه: **أولاً**: أنـه لا بـد من ملاحظة ما ذكر مـن جهتي المبنـى والبناء، أما مـن جهة المبنى، فلو كان دليل أصالة الصحة لفظياً -كأن يكون من قبيل: كلما شككت في صحة شيء فابنِ على الصحة- لأمكن التمسك بالإطلاق، فيكون

المقتضي لصحة كل منهما موجوداً، فتصل النوبة إلى التعارض والتمانع بين الأصلين.

ولكن لا يخفى أن الدليل القائم على أصالة الصحة دليل لبي وهو سيرة العقلاء على العمل بصحة العقد الواقع عندما يُشك في صحته وفساده وإلا لم يستقر حجر على حجر عندهم، وعليه فتارة نقول: بأن السيرة جارية حتى مع الشك في قابلية المورد وفاعلية الفاعل، وأخرى نقول بعدم جريانها في مثله.

فإن قلنا: بأن سيرة العقلاء إنما تجري في صورة الشك في الصحة من جهة الشرائط، ولا سيرة عندهم فيما لو شك في أصل القابلية، فلا تجري أصالة الصحة على هذا التقدير في ما نحن فيه؛ إذ هو من قبيل الثاني.

وإن كان القائل يلتزم بجريانها حتى في فرض الشك في القابلية، فجريانها في المقام غير قابل للقبول أيضاً؛ لعدم سيرة العقلاء على جريان أصالة الصحة في موارد تعارض السببين قطعاً؛ لأن بناءهم وسيرتهم إنما هو في فرض الشك في حصول الأجزاء والشرائط، أو في كونه ملكاً للبائع وعدمه، وأما في فرض وجود المعارض فلم تقم سيرة ولا بناء من العقلاء على جريانها، وما نحن فيه مورد تعارض الأصلين.

ثانياً: أنه لا يوجد عندنا في مورد كل واحد من العتقين إنشاءان، بل في كل واحد منهما إنشاء واحد، فإنشاء واحد لعتق العبد وهو كاشف عن فسخ العقد أو سبب له، وإنشاء واحد لعتق الجارية وهو كاشف عن إمضاء العقد أو سبب له، والفرض أن هذين الإنشائين متعارضان فيسقطان للمعارضة، فلم يبق سبب لعتق الجارية، فالالتزام بصحة عتقها التزام بالمسبب بلا سبب؛ لسقوط السبب بالمعارضة.

وعليه فالحق ما أفاده الشيخ قدس سره من بطلان عتق كل من العبد والجارية[١].

وقد تم التحرير في بلدة الجش من قرى القطيف المحروسة عصر يوم العشرين من شهر رمضان المبارك من سنة اثنتين وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية على مهاجرها وآله أفضل صلاة وتحية، ونسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، وآخر دعوانا:

﴿أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾[٢].[٣].

---

(١) بقيت الصورة الثالثة وهي ما لو اختلف الورثة في الفسخ والإمضاء، ففسخ البعض وأجاز الآخر، فلم يتعرض لها الشيخ الأستاذ -دام ظله- ولعله أوكلها إلى بحث إرث الخيار.

(٢) سورة يونس: ١٠.

(٣) ينتهي ما ذكرناه بانتهاء درس يوم الثلاثاء ١١/ ٢/ ١٤٢١هـ - ٢٧/ ٢/ ١٣٧٨.

الفهارس الفنية

فهرس الآيات القرآنية الشريفة

حرف الفاء

حرف القاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف الواو

حرف الياء

فهرس الأحاديث الشريفة

حرف الألف

حرف الباء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الخاء

حرف الراء

حرف السين

حرف الصاد

حرف الطاء

حرف العين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف النون

حرف الهاء

حرف الواو

حرف الياء

الموضوعات

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثاني

بغية الراغب في مباني المكاسب

▼

بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الثاني)
تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمىٰ الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات
بقلم: نزار آل سنبل القطيفي
الناشر: مدرسة الإمام باقرالعلوم عليه السلام
الطبعة الاولىٰ: ١٤٣٥ هـ ق ـ ١٣٩٣ هـ.ش.
المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة
المطبعة: نگارش
السعر المجلّداً: ٢٣٠٠٠ تومانا
ردمك: ٨ ـ ٤٨ ـ ٢٦٩٤ ـ ٩٦٤ ـ ISBN ٩٧٨
قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٠٢٥

مراكز التوزيع:
١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پيام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل‌ما، هاتف ٥ ـ ٢٢٣٧١١٣
٥) النجف‌الأشرف، سوق‌الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقرالعلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩
٦) كربلاء المقدسة، شارع قبلة الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلي رحمه الله، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراسانی، حسين، ١٢٩٩ -
عنوان و پديدآور : بغيه الراغب فی مبانی المكاسب: تقرير لابحاث سماحه آيت الله العظمی الشيخ الوحيد الخراسانی دام ظله فی الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفی
مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم عليه السلام، ١٣٩٣.
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : (ج ٢) 8-48- 2694- 964- 978 (ج ١) 9-38- 2694- 964- 978
وضعيت فهرست نويسی : فيپا.
يادداشت : عربی.
يادداشت : ج.٢ (چاپ اول: ١٤٣٥ ق. = ٢٠١٤ م. = ١٣٩٣) (فيپا).
موضوع : فقه جعفری -- قرن ١٤
موضوع : معاملات (فقه)
موضوع : خيارات (فقه)
شناسه افزوده : آل سنبل القطيفی، نزار، گردآورنده
رده بندی كنگره : ١٣٩٣ ٧ ب ٢٧ و / ٥ / BP ١٨٣
رده بندی ديويی : ٢٩٧/ ٣٤٢
شماره كتابخانه ملی: ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثاني

الطبعة الأولى

١٤٣٥هـ ـ ٢٠١٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين

سيما بقية الله في الأرضين ولعنة الله على

أعدائهم إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض موارد الجزء الثاني من كتاب

(بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامة

الحجة الشيخ مزار آل سنبل القطيفي دامت تأييداته تقريراً لبحوثنا

الفقهية التي القيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في

مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب

ببيان متين وأسلوب رصين ولا غرو في ذالك فإنه ممن حضر

أبحاثنا في الفقه والأصول مدة مديدة حضور فهم ودقة شكر الله عز وجل

سعيه وأسأل الله تبارك وتعالى أن يؤيده في إتمامه ويوفقه فيما

يحب ويرضى

الخوئي

المسألة الثالثة: في افتراق المتبايعين

الثالث من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين، ولا يخفى أن في نسبة المسقطية إليه مسامحة؛ لما تقدم من أنه رافع لموضوع الخيار الذي هو اجتماع المتعاقدين؛ فالافتراق غاية ينتهي الخيار عند تحققها، وفرق بين ما ينتهي الخيار عنده وما يسقط به، فالأنسب عدم جعله من جملة المسقطات، بل يفرد له عنوان خاص ويعبَّر عنه: بانتهاء خيار المجلس بافتراق المتبايعين، أو بأن خيار المجلس ثابت ما دامت الهيئة الاجتماعية للمتعاقدين محفوظة.

وكيف كان فالبحث في جهتين:

الجهة الأولى: في الشبهة الحكمية.

وفيها بحثان:

البحث الأول: في أصل كون الافتراق مسقطاً لخيار المجلس.

البحث الثاني: في أنه على فرض الإسقاط، هل هو مسقط بما هو افتراق أو بما هو كاشف عن الرضا النوعي أو الشخصي؟

قال الشيخ قدس سره: (لا إشكال في سقوط الخيار به، ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل

قوله عليه السلام: « فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا »)[١].

أما بالنسبة إلى البحث الثاني فما أفاده الشيخ قدس سره في المقام منافٍ لما أفاده في المسألة الآتية؛ حيث قال: (وإلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً)[٢]، فنترك تحقيقه إلى تلك المسألة.

وأما بالنسبة إلى البحث الأول فلا إشكال في أصل الحكم بسقوط الخيار بالتفرق؛ للنصوص الكثيرة الواردة بهذا المضمون مع اختلاف ألسنتها من قبيل: « البيِّعان بالخيار حتى يفترقا، ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا »[٣].

الجهة الثانية: في الشبهة الموضوعية.

والكلام فيها في تحديد موضوع افتراق المتبايعين وما هو المراد منه، وقد ذكر الشيخ قدس سره ثلاثة أوجه، وهناك وجه رابع نذكره بعدها:

الوجه الأول: اعتبار الخطوة، فلا يتحقق الافتراق بأقلّ من ذلك.

الوجه الثاني: كفاية مطلق افتراق المتبايعين؛ أي طبيعي الافتراق، فبالضرورة يتحقق بأدنى ما يصدق عليه افتراق وانتقال عن الهيئة الاجتماعية التي كانت لهما وقت العقد ولو بأقلّ من خطوة، وهو مختار

---

(١) المكاسب ٥: ٦٦.

(٢) المكاسب ٥: ٧١.

(٣) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢ ، ٣ ، ٤، والباب ٣، الحديث ٦.

الشيخ قدس سره كما يظهر من قوله: (فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما)[١].

الوجه الثالث: اعتبار الافتراق المطلق، والفرق بينه وبين الثاني؛ أن الثاني عقلي فيتحقق بمجرد انفساخ الهيئة الاجتماعية التي كانا عليها ولو كان ذلك بأقل من خطوة، وأما الافتراق المطلق فالمراد به الافتراق العرفي بحيث يصدق عرفاً زوال الهيئة الاجتماعية، وهو لا يصدق بالانتقال بخطوة[٢].

الوجه الرابع: اعتبار الافتراق بثلاث خطوات على الأقل[٣].

نظرة في الأقوال

أما التحديد بخطوة فلا دليل عليه؛ إذ لا يقتضيه مفهوم الافتراق، ولا يساعده العرف، ولم يقم عليه نص خاص ليتعبَّد به.

وأما مطلق الافتراق الذي اختاره الشيخ قدس سره فما يمكن أن يذكر له من الوجه هو صدق مفهوم الافتراق عليه؛ فإن الافتراق المأخوذ غاية للخيار - كغيره من الألفاظ المأخوذة في لسان الأدلة- اسم للطبيعة، ومن الواضح أن الطبيعي يتحقق بصرف الوجود منه.

---

(١) المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) المكاسب ٥: ٦٧.

(٣) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ١٥٧، مصباح الفقاهة ٦: ١٤٩.

وفيه: أن طبيعي الافتراق وإن كان يتحقق بصرف الوجود منه إلا أن هذا التحديد عقلي، والمفاهيم المأخوذة في الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف، فالمرجع في تحديدها إلى العرف، وفي تطبيقها إلى العقل، فالمرجع في تحديد مفهوم الفرسخ والكر والرطل والمد وغيرها من المفاهيم المأخوذة في موضوعات الأحكام الشرعية إلى العرف، فيؤخذ منه ثم يطبق على مورده بالدقة العقلية، والافتراق عند العرف لا يتحقق بمطلق الافتراق، بل بالافتراق المطلق، فلهذا لا يصدق عرفاً بالانفصال بمقدار إصبع أو شعرة كما في بعض العبارات، ومنشأ ذلك الخلط بين التحديد العقلي والعرفي[1].

ثم إن الشيخ قدس سره أشار إلى القول الثالث بقوله: (وعن صريح آخر التأمل في كفاية الخطوة؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار)[2].

فمقتضاه أنه لو شك في تحقق الافتراق بالخطوة فمقتضى القاعدة جريان استصحاب بقاء الخيار، وتوضيحه:

أن المفاهيم المتلقاة من العرف لا تخلو عادة من موارد مشتبهة، ولا بدّ من مرجع يرجع إليه حينئذ، ومن جملة تلك المفاهيم مفهوم الافتراق؛ فإن المراد به ليس الانفصال الجسدي؛ لأنه حاصل بينهما من الأول، وإنما المراد به زوال الهيئة الاجتماعية حال العقد - المعبّر عنها

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٤٨.

(٢) المكاسب ٥: ٦٧.

بالمجلس - عرفاً، وبما أن الأمر أرجع إلى العرف فلا بدّ من حصول الشبهة المفهومية فيه في بعض الموارد، فيمكن أن يشكّ في صدق مفهوم الافتراق بهذا المعنى عند الافتراق بخطوة مثلاً، فالقاعدة تقضي بجريان استصحاب بقاء الخيار المتيقن وجوده قبل حصول هذا المقدار من الانفصال.

ولكن هذا الاستصحاب - كغيره - يتوقف على عدم وجود الدليل الخاص في المورد، وجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية وإن كانت ناشئة من الشبهة المفهومية، وسيأتي البحث إن شاء الله تعالى في جريان الاستصحاب في المقام وعدمه فانتظر.

مناقشة السيد اليزدي لجمع الشيخ بين الانصراف والاستصحاب ودفعها

ولكن الفقيه السيد اليزدي قدس سره ناقش الشيخ رحمه الله: بأن الجمع بين الانصراف والاستصحاب جمع بين المتنافيين؛ لأن الاستصحاب متقوّم بالشك في الصدق، أو في الشمول وعدم الدليل، وفرض الانصراف فرض لوجود الدليل، فإذا فرض انصراف الغاية إلى أزيد من الخطوة فقد فرض قيام الدليل على عدم تحقق الافتراق بها، فتدخل في عدم التفرّق فيبقى الخيار؛ لعدم تحقق غايته، لا للاستصحاب[1].

وهو وإن كان متيناً بظاهره إلا أن فيه:

---

(١) حاشية المكاسب ٢: ٤١٩.

أن الانصراف على نحوين:

الأول: ما يصل إلى حد يصح سلب المفهوم عن المنصرف عنه بلا إشكال.

الثاني: ما لا يصل إلى هذا الحد فيشك في الصدق؛ لكون الفرد خفياً، أي أن يكون للمفهوم فردان أحدهما ظاهر والآخر خفي، فيشك في صدقه على الخفي.

فالقسم الأول لا يجتمع مع الشك بخلاف الثاني، ومفهوم الافتراق بالنسبة إلى الخطوات الكثيرة ظاهر الصدق فيتمسك فيها بالدليل بلا إشكال، فيحكم بعدم الخيار، وأما بالإضافة إلى الخطوة فيشك في صدقه عليها لخفاء فرديتها، فلم يقم دليل على العدم، والمرجع حينئذ إلى الاستصحاب.

بيان المحقق الإصفهاني للانصراف وعدم جريان الاستصحاب

وقد بيّن المحقق الأصفهاني قدس سره الانصراف وعرّض بالشيخ قدس سره والسيد اليزدي رحمه الله في إجراء الاستصحاب.

أما توضيح الانصراف فقال: بأنه فرق بين مطلق الافتراق والافتراق المطلق، وما يكون افتراقاً محضاً عرفاً من دون تدقيق عقلي هو الثاني، وما تقتضيه مقدمات الحكمة هو الأول؛ فإنه هو اللابشرط من جميع الخصوصيات الصادق على أول مرتبة من الانتقال، وقد حقّق في محله أن مقتضى مقدمات الحكمة في الحكم المتعلق بالطبيعة أن يكون متعلقه الطبيعة لابشرط الصادقة على الفرد الأول أو المرتبة الأولى، وهو

المناسب لما أفاده الشيخ قدس سره من كفاية ما يحقق مطلق الافتراق ولو كان بشيء يسير كالأقلّ من خطوة، ولكن بما أن الخطاب ملقى إلى العرف، والمتعين في نظرهم هو الافتراق المطلق لم يكن إرادته بالخصوص منافياً للحكمة، ولا نقضاً للغرض، وقد أحيل في مقام البيان إلى هذا الارتكاز العرفي، فلا مجال للاطلاق.

وأما تعريضه بالشيخ والسيد قدس سرهما في إجراء الاستصحاب فأفاد ما حاصله: إن استصحاب الخيار إنما يتم بالنظر إلى قوله عليه السلام: (فإذا افترقا فلا خيار)[1]؛ لأن غاية ما يدل عليه هو سقوط الخيار بالافتراق المطلق من دون أن يدل على أن مطلق الافتراق لا يسقطه، فيتوقف إثبات بقاء الخيار في مورد الشك على الاستصحاب.

وأما بالنظر إلى الأدلة المشتملة على الغاية كقوله عليه السلام: « البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا »[2]، فلا حاجة إلى الأصل؛ لأن الغاية فيه ظاهرة في الافتراق العرفي وهو الافتراق المطلق، ولا يصدق على الافتراق بخطوة مثلاً، فيبقى الخيار ما لم يتحقق، وعليه فالخيار ثابت ـ في حال تحقق مطلق الافتراق كالافتراق بخطوة ـ بالدليل من دون التوقف على الأصل[3].

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ ، ٢.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٢٣.

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده إشكالان:

الإشكال الأول: يرد على ما أفاده في الانصراف والتمسك بالإطلاق؛ فإن المدار في التمسك بالإطلاق إنما هو اللفظ بما له من المفهوم عرفاً لا عقلاً، وكلامه قدس سره إنما يتم على الثاني دون الأول، والثاني باطل قطعاً؛ لأن الخطابات بما لها من المفاهيم والمعاني ملقاة إلى العرف، فيكون المدار على المفهوم عندهم، لا بحسب الدقة العقلية، وعليه فالمأخوذ في الموضوع من الأول هو الافتراق العرفي، ولو أراد الشارع غيره لبيّنه، ومع عدم بيانه يحمل على ما عند العرف وهو الافتراق المطلق لا مطلق الافتراق، فالافتراق المطلق هو مقتضى الإطلاق ومقدمات الحكمة بلا حاجة إلى ضم مقدمة أخرى لإثباته، لا أن الموضوع من الأول هو مطلق الافتراق وهو الافتراق العقلي، وإنما حمل على المعنى العرفي بواسطة القرينة.

الإشكال الثاني: يرد على ما أفاده من التفريق بين المستندين في جريان الاستصحاب؛ فإنه غير تام؛ لعدم جريانه على كلا التقديرين؛ لدلالتهما على ثبوت الخيار في مورد مطلق الافتراق إلا أن دلالة أحدهما عليه بالمنطوق والآخر بالمفهوم.

بيان ذلك :

أن المراد من الافتراق في الاثنين هو الافتراق العرفي بمقتضى القاعدة المتقدمة، ولا يعقل أن يكون في أحدهما عرفياً وفي الآخر عقلياً،

والفرض أنه الافتراق المطلق، وقد جعل في قوله عليه السلام: (البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا) غاية للخيار، ومفاده ثبوت الخيار ما لم يتحقق الافتراق المطلق، وهو لم يتحقق - حسب الفرض - في الافتراق بالخطوة، وإنما تحقق مطلق الافتراق، فيثبت الخيار.

وقد جعل في قوله عليه السلام: (فإذا افترقا فلا خيار) شرطاً لسقوط الخيار، ومفهومه أنه إذا لم يحصل الافتراق العرفي الذي هو الافتراق المطلق ففيه الخيار.

فالخيار ثابت بالدليل في كلا المستندين من دون توقف على الاستصحاب.

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة يقتضي البحث في مقامين:

المقام الأول: في ما يتحقق به الافتراق

وفيه جهتان:

الجهة الأولى: في ما يتحقق به الافتراق بالنظر إلى النص العام.

الجهة الثانية: في ما يتحقق به الافتراق بالنظر إلى النص الخاص.

أما الجهة الأولى فيتضح المختار فيها مما تقدم، وحاصله:

إن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف العام، فهو المرجع في تحديد الموضوعات المأخوذة فيها، والمفهوم عرفاً من كلمة الافتراق هو

الافتراق المطلق، فلا يصدق على التفرّق بالخطوة وما دونها فضلاً عن مقدار الإصبع ونحوه.

نعم، يمكن أن يدّعى أن ذهاب المشهور - قدماء ومتأخرين - إلى كفاية الخطوة[1] يمنع من التمسك بظهور الإطلاق في الافتراق المطلق النافي للافتراق بالخطوة؛ إذ يستكشف من فتاواهم صدق التفرّق على ما كان بالخطوة، ولا أقل من منعه من الظهور في ما زاد عنها بحيث لا يشملها.

وفيه :

أن الشهرة بما هي لا اعتبار بها؛ لاحتمال كونها مدركية، ويحتمل استنادهم إلى ما أفاده الشيخ قدس سره من كفاية مطلق الافتراق، فلا تكشف فتاواهم عن دليل معتبر، وغاية ما يمكن أن يقال في وجهه: إن من بين المشهور من هو من أهل اللسان بالإضافة إلى كونهم من أهل الدقة والفهم والإتقان، وقد ادعوا تحقق التفرق بالخطوة، فيكشف ذلك عن سعة مفهوم الافتراق عرفاً، ولا أقل من إيجاب دعواهم للخدشة في

---

(١) قال السيد العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة ١٤: ١٣٧ : (وأما حصوله بتباعد أحدهما عن الآخر بخطوة فما زاد فقد نص عليه في المبسوط والخلاف والتهذيب والاستبصار والغنية والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان، ولعله معنى قوله في التحرير: بأدنى انتقال، وفي المسالك: وإن قلّ، وقد حكي عن الصيمري والميسي، ولم أجد لهما تصريحاً بذلك، نعم هو ظاهرهما وظاهر غيرهما من الشارحين والمحشين الذين لم يناقشوا، وظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه، وفي الرياض نفي الخلاف عنه).

الظهور العرفي.

إلا أنه يندرج في باب تعارض العرف العام مع العرف الخاص فيقدَّم العرف العام؛ لاحتمال الاجتهاد في ناحية العرف الخاص، فلم يختاروا هذا الرأي بما هم من أهل العرف واللسان، بل بما هم مجتهدون في اللغة، فلا يعوَّل على اجتهادهم.

والنتيجة من ذلك: أن الافتراق لا يتحقق إلا بالافتراق العرفي، وهو الافتراق المطلق، وهو لا يتحقق بالخطوة، فيثبت الخيار فيها وفي ما شاكلها - مما لا يصدق عليه الافتراق العرفي، ويصح سلبه عنه - بالدليل، لا بالاستصحاب.

الافتراق بملاحظة النص الخاص

وأما الجهة الثانية: وهو البحث في الافتراق بملاحظة النص الخاص كصحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً، فلما بايعته قمت فمشيت خُطَى، ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا[1].

الأقوال في مفاد الرواية

فقد اختلف في مفاد الحديث على أقوال:

القول الأول: ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره

(١) الوسائل، الباب٢ من أبواب الخيار، الحديث٣.

من أن الافتراق وإن كان ظاهراً في الافتراق العرفي وانهدام الهيئة الاجتماعية التي كانت للمعاملة عرفاً إلا أن المستفاد من الصحيحة سقوط الخيار بالمشي خطى، وأقل الجمع ثلاثة، فيتحقق الافتراق بثلاث خطوات[١].

القول الثاني: ما أفاده الفاضل النراقي قدس سره

من الإشكال في حمل الرواية على كفاية ثلاث خطوات؛ إذ لا يتعيّن في لفظ الخُطى أقل الجمع؛ لأنه إخبار عن فعل الإمام عليه السلام ولم يعلم مقداره، فهو مجمل من هذه الناحية، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمناط حصول الافتراق عرفاً، والظاهر حصوله بنحو خمس خطوات أو ست وما زاد[٢].

وما اختاره قوي، وما يمكن أن يقال في قباله: إن علة الحكم وإن كان فعل الإمام عليه السلام إلا أنه كان في مقام بيان الحكم، وترتّب وجوب البيع على المشي خُطى، فيستكشف منه كفاية المصداق الأول للخُطى، أي صرف الوجود لها، وهو أقل الجمع.

ولكن الجزم به مشكل جداً؛ لإجمال العلة وهو الفعل، ومع الشك يقتصر على القدر المتيقن منه وهو الافتراق العرفي، ويرجع في ما عداه إلى إطلاق دليل الخيار، أو استصحاب حكم المخصص لو تمَّ الاستصحاب، وسيأتي الكلام فيه، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٤٩.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٦٩.

الخوئي تدس.

القول الثالث: ما أفاده المحقق الرشتي تدس

من التأمل في أصل دلالة الرواية؛ وذلك: لأن التحديد التعبدي في طرف الأقل بالجمع متوقف على أمرين: مفهوم العدد، ومفهوم العلة، أما مفهوم العدد فكأن يقال: إن اللزوم يتحقق بالمشي خُطى، والخُطى جمع، وأقله ثلاثة، ومفهومه أنه لا يتحقق اللزوم بأقل من الثلاث.

وأما مفهوم العلة فكأن يقال: إن علة اللزوم المشي ثلاث خطوات، ومفهومه أن لا يجب البيع بأقل منها.

ولكن في كلا الأمرين تأملاً؛ لأن العدد لا مفهوم له، وكون الثلاث خطوات علّة للافتراق لا ينفي العلّية عن الأقل منها[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الرشتي

وفي ما أفاده تدس في كلا المفهومين مناقشة:

أما ما أفاده في مفهوم العدد؛ فلأن نفي الحكم عن ما هو أقل من العدد المأخوذ في لسان الدليل إنما هو بمنطوق العدد لا بمفهومه، ولهذا لو حدّد الحكم التكليفي بعدد معيّن كما لو قال: (صم ثلاثة أيام) وصام المكلف يومين لم يعدّ ممتثلاً؛ وذلك بمنطوق الثلاثة؛ لعدم انطباق المأمور به على المأتي به، لا من جهة مفهومها، وكذلك في الحكم

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٥٦ - ١٥٧.

الوضعي؛ وفي المقام لما رتّب لزوم البيع ـ الذي هو حكم وضعي ـ على المشي خطوات لم يشمل الخطوة والخطوتين، فانتفاء الحكم باللزوم في موردهما من جهة انتفاء الموضوع، لا من جهة المفهوم حتى يربط الحكم بثبوت المفهوم للعدد وعدم ثبوته.

وأما ما أفاده في مفهوم العلّة ففيه بحث ثبوتاً وإثباتاً.

أما البحث الثبوتي فالعلّتان المستقلتان إذا كانتا متباينتين فليس في جعلهما في مورد ما أي إشكال، وأما إذا كانت النسبة بينهما نسبة الأقل للأكثر فلا يعقل أن يكون كل من الأقل والأكثر علّة مستقلة؛ إذ يكون الأكثر لغواً دائماً؛ فإنه متى تحقق الأقل أثّرت العلة أثرها، فلا دور للأكثر أصلاً؛ لاندراج الأقل فيه، وكان ضمُّ الأكثر إليه من ضمِّ الحجر إلى جنب الإنسان، فالتعليل بالأكثر ظاهر في انحصار الدخل فيه، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن التعليل كان بالخُطى وهو الأكثر، فإذا كانت الخطوة والخطوتان ـ وهو الأقل ـ علّة لتحقق الافتراق ومن ثَمَّ تكون علة للزوم البيع، فجعل الخطى ـ وهو الأكثر ـ علّة أيضاً لغو، فبما أن التعليل في الرواية كان بالأكثر فهو ينفي العلّية عن الأقل حتى لا تلزم اللغوية من أخذ الأكثر علّة.

وأما البحث الإثباتي، فعلى فرض عدم المحذور الثبوتي نقول: إنه يوجد في مورد العلّة إطلاقان: إطلاق مقابل التقييد بـ(الواو)، وإطلاق مقابل التقييد بـ(أو)، وثمرة الإطلاق الأول أن يثبت كون العلّة تامة، وليست جزء العلّة وإلا لذكر الجزء الآخر معها، وثمرة الإطلاق الثاني أن

يثبت كون العلّة منحصرة ولا عدل لها؛ وإلا لذكرت العلّة الأخرى، وبالتالي ينتفي المعلّل بانتفاء العلّة، وهذه قاعدة جارية في جميع العلل، وعليه فبما أن التعليل في الرواية كان بالأكثر وهو (الخُطى)، ولم تقيّد بـ(الواو) ولا بـ(أو) فمفاده أن الخطى هي العلة التامة المستقلة المنحصرة لتحقق الافتراق، ومن ثَمَّ للزوم البيع، فينفي أن يكون الأقل من الثلاث علّة لتحققه بالضرورة.

المقام الثاني: في تحديد المرجع عند الشك

وفيه جهتان أيضاً:

الجهة الأولى: في منشأ الشك.

الجهة الثانية: في المرجع عند الشك.

أما الجهة الأولى فمن الواضح أنه لا يخلو مفهوم من المفاهيم عن شبهة مفهومية حتى قال الشيخ قدس سره في أول مبحث الطهارة بحصول الشبهة المفهومية حتى في لفظ الماء الذي هو أوضح المفاهيم العرفية[1]، فإذا كان هذا حال الماء ففي مفهوم الافتراق بالأولوية القطعية؛ إذ ليس المراد من الافتراق المجعول غاية للخيار الافتراق الجسدي؛ فإن ذلك

(١) كتاب الطهارة ١: ٦٧، ولم يصرّح الشيخ قدس سره بذلك، ولكنه مستفاد من عبارته، حيث قال: (وهو من أوضح المفاهيم العرفية، إلا أن تعريف المصنف كغيره له بأنه: « ما يستحق إطلاق اسم الماء عليه من غير إضافة » لأجل الإشارة إلى امتياز أفراده من أفراد غيره عند الاشتباه).

حاصل حين المعاملة بلا كلام، بل المراد الافتراق عن الهيئة الاجتماعية؛ فإن للمتبايعين هيئة اجتماعية يعبّر عنها بالمجلس، ولا يراد به أن يكونا جالسين في محل، بل ما يشمل كونهما جالسين أو واقفين أو ماشيين، والافتراق هو الافتراق العرفي عن هذه الهيئة الاجتماعية، وأفراده تتفاوت من حيث الصدق لا محالة، فالخروج عن الموضع الذي كانا فيه، أو ذهاب أحدهما يميناً والآخر شمالاً بمقدار عشر خطوات مصداق بارز له، وانتقال أحدهما عن صاحبه بمقدار إصبع مصداق واضح لعدمه، وانفصالهما بمقدار خطوة مع بقائهما في نفس المجلس محل شك.

وأما الجهة الثانية فالمرجع عند الشك لا يخلو من أحد أمور ثلاثة:

الأول: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[1].

الثاني: إطلاق دليل الخيار.

الثالث: استصحاب بقاء الخيار.

وقد اختار الشيخ قدس سره الاستصحاب.

ويرد عليه:

أولاً: أن استصحاب الخيار قاصر عن الجريان من حيث المقتضي؛ لاعتبار وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة لكي يصدق نقض اليقين بالشك وإلا لم يجرِ، وما نحن فيه لم تتحد فيه القضيتان.

بيان ذلك: أن الشبهة على نحوين: موضوعية، وحكمية.

---

(١) سورة المائدة: ١.

أما الأولى فلا إشكال في جريان الاستصحاب فيها؛ لتمامية أركانه.

وأما الثانية، فإن كان المتبدّل من حالات الموضوع مع بقاء الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوكة جرى الاستصحاب أيضاً، كما لو تغير الماء بوصف النجاسة؛ فإن النجاسة عارضة على ذات الماء، والتغير علة لثبوت الحكم بالنجاسة، فإذا زال التغير وشك في بقاء الحكم بالنجاسة استصحب بقاؤه بلا إشكال؛ لأن موضوع النجاسة، هو الماء وهو موجود بجميع أجزائه، والتغير علة لثبوت الحكم لا جزء من الموضوع.

وإن كان منشأ الشبهة الحكمية هي الشبهة المفهومية، بمعنى أن يشك في صدق المفهوم، عاد الشك إلى بقاء الموضوع، وحينئذ إن جرى الاستصحاب في الموضوع في الشبهة المفهومية انحلّ الإشكال، ولكنه ليس كذلك؛ لعدم الشك في أمر خارجي، بل الشك في صدق المفهوم وعدمه، ومثله لا يكون موضوعاً للاستصحاب، واستصحاب الحكم ـ وهو الخيار في المقام ـ لا يجري أيضاً ؛ إذ ـ مع الشك في بقاء الموضوع ـ يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وهو باطل؛ لتوقف الاستصحاب على صدق نقض اليقين بالشك، ومع الشك في الموضوع لا يحرز صدقه.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ للشك في صدق الافتراق بالتفرق بخطوة، فيشك في زوال الهيئة الاجتماعية وبقائها، واستصحاب الخيار مع

الشك في بقاء موضوعه من التمسك بدليل الاستصحاب في شبهته الموضوعية؛ لأنه من التمسك بلا تنقض مع الشك في صدق النقض.

وثانياً: أنه لا مورد للاستصحاب في المقام مع إمكان التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾؛ فإن المستفاد من الآية الكريمة ـ بالدلالة المطابقية أو الالتزامية ـ لزوم العقود مطلقاً، وخُصِّص عمومها بدليل «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»، وتردد المخصِّص المنفصل بين الأقل والأكثر؛ للشك في مفهوم الافتراق، ومع إجماله يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة الاجتماع، وبما أن حالة التفرق بمثل الخطوة مشكوكة الخروج فتبقى تحت عموم العام.

فتحصّل إلى هنا:

أن غاية خيار المجلس هو الافتراق، وهو ظاهر عرفاً في الافتراق المطلق، لا مطلق الافتراق، وهو لا يصدق على التفرق بخطوة قطعاً، ولو فرض الشك في صدقه فالقاعدة تقتضي التمسك بعموم العام لا بالاستصحاب.

فرع: ما يحصل به الافتراق

قال الشيخ قدس سره: (ثم اعلم أن الافتراق ـ على ما عرفت من معناه ـ يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركة من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق الخارجي من المتحرك،

واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن)[١].

نقول: أما أصل المدعى من تحقق الافتراق بحركة أحدهما دون الآخر، وعدم توقفه على حركتهما معاً فهو متين لا إشكال فيه، ولكن في نحو بيانه تدثر إشكالات:

الأول: تصويره الاتحاد بين الحركة والافتراق؛ حيث فرض الافتراق وصفاً للحركة عندما قال: (واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن)، مع أن الحركة والافتراق متغايران مفهوماً ومصداقاً؛ فإنّ الحركة يقابلها السكون تقابل الضدين، والافتراق يقابله الاجتماع تقابل العدم والملكة، فالافتراق هو نفس عدم المصاحبة، والحركة أمر غير إضافي، والافتراق أمر إضافي، وحقيقة الحركة عبارة عن خروج الشيء من القوة إلى الفعل تدريجاً، في مقابل الكون الذي هو خروج الشيء من القوة إلى الفعل دفعة، وحقيقة الافتراق زوال الاجتماع وعدم المصاحبة.

الثاني: جعله العلّية بين المتضايفين؛ حيث جعل تحقق افتراق المتحرك معلولاً لعدم مصاحبة الساكن، والعلية بين المتضايفين غير معقولة؛ فإنهما في رتبة واحدة، فعدم مصاحبة الساكن إنما هو في رتبة افتراق المتحرك، لا علة له؛ فإن افتراق أحد المتبايعين من أقسام التضايف، والمتضايفان متكافئان قوة وفعلاً ولا يعقل العلّية بينهما،

---

(١) المكاسب ٥: ٦٧.

وعنوان العلّية والمعلولية وإن كانا متضايفين إلا أن ذات العلّة والمعلول مختلفان من حيث الرتبة وليس بينهما تضايف، بل هو محال، فما فيه التضايف لا يعقل فيه العلّية، وما فيه العلّية لا يعقل فيه التضايف.

الثالث: جعله الذات والوصف لشيء واحد وهو الافتراق؛ حيث جعل حصول ذات الافتراق بالحركة، واتصافها بالافتراق بعدم مصاحبة الساكن، ولا يعقل أن تجعل للافتراق مرتبتان: مرتبة ذاته، ومرتبة اتصافه بوصف الافتراق، بل إن الافتراق بتمام ذاته افتراق، والاجتماع بتمام ذاته اجتماع.

والحاصل: أن هنا ثلاثة مفاهيم وهي: الحركة والسكون والافتراق، والافتراق - كالاجتماع - لا يمكن أن يتحقق بلا سبب، ومن جملة أسبابه حركة المتحرك مع سكون الساكن؛ فإن كليهما معاً علة لتحققه، فأصل ما أفاده الشيخ قدس سره من المطلب تام؛ فإن المدار على تحقق الافتراق وانتهاء المصاحبة بينهما، وهو يحصل حتى بحركة أحدهما وسكون الآخر، إلا أن الإشكال في نحو بيانه.

فرع: في الافتراق عن إكراه

اتضح مما سبق بمقتضى مثل قوله عليه السلام: « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع » أن موضوع الخيار هو عدم افتراق البيّعين، فزوال الخيار يدور مدار أمرين: التفرق، وعدم إعمال الخيار إلى زمانه، فتكون الصور - بلحاظ تركّب الموضوع من جزئين - أربعاً:

الأولى: أن يتفرّقا باختيارهما مع عدم المنع من الاختيار.

الثانية: أن يكره أحدهما أو كلاهما على التفرق مع المنع من الاختيار.

الثالثة: أن يقع الإكراه على التفرق بدون المنع من الاختيار.

الرابعة: أن يمنع من الاختيار مع عدم الإكراه على التفرق.

أما الصورة الأولى فهي القدر المتيقن من الافتراق الذي جعل غاية للخيار، وأما باقي الصور فهي محل بحث ونزاع، وتفصيل ذلك:

أما الصورة الثانية فالمعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من الاختيار أيضاً؛ سواء أبلغ حدّ سلب الاختيار أم لا كما حكاه الشيخ تدّس[1]، وأقيم على ذلك عدة أوجه:

أوجه اشتراط الاختيار في التفرق

الوجه الأول: أن الاختيار مأخوذ في الفعل المسند إلى الفاعل المختار، والمتبادر منه صدوره من الفاعل عن اختيار، والافتراق المجعول غاية

---

(١) المكاسب ٥: ٦٩، وقال السيد العاملي تدّس في مفتاح الكرامة ١٤: ١٣٤:

(وأما بقاؤه ـ خيار المجلس ـ مع التفريق بينهما كرهاً، ومنعهما من اختيار الفسخ والإيجاب، كأن سدّ أفواههما، أو هدّدا على التكلم ممن يخاف منه إيقاع ما هدّد به، فقد صرّح به في المبسوط، وما تأخر عنه، مما تعرّض له فيه من دون خلاف ولا تشكيك إلا ممن ستعرفه - يعني به المولى الأردبيلي والفاضل الخراساني - ، وقد حكى عليه الإجماع في الغنية وتعليق الشرائع على ما حكي عن الأخير؛ لأني لم أجده فيما عندي من نسخه).

للخيار أسند إلى البيّعين، فهو فعل للفاعل المختار، فيتبادر منه أن يكون عن اختيار منهما، فلو أكره أحدهما أو كلاهما عليه لم تتحقق الغاية فلا يسقط الخيار.

وما أورده السيد اليزدي قدس سره على الشيخ قدس سره بقوله : (يظهر منه الحاجة إلى الأصل بعد دعوى التّبادر، مع أنّه لو تمّ هذه الدّعوى لا حاجة إلى إجراء أصالة بقاء الخيار؛ لأنّه لو كان المراد من الافتراق الافتراق الاختياري، فمنطوق الرّواية دالّ على بقاء الخيار، ويمكن حمل العبارة على إرادة كون كلّ منهما دليلاً مستقلاً)[1].

ففيه: أنه إنما يرد لو كان مراد الشيخ قدس سره التمسك بالأصل في عرض الدليل، وأما لو كان مراده الاستدلال به في طوله كما يظهر من كلمة « بعد » فلا يرد عليه، فالحمل على التعدد بالظهور لا بالإمكان.

إيراد الشيخ قدس سره عليه

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بإمكان منع تبادر الاختيار في قبال الإكراه؛ فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل[2].

توضيح ذلك: أن التبادر يحتاج إلى سبب، وهو إما داخلي أو خارجي، أما الداخلي فلا يخلو إما من الهيئة أو المادة، ولم يشرب

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٢٦.

(٢) المكاسب ٥: ٦٩.

الاختيار في مقابل الإكراه في مادة الافتراق ولا في هيئته؛ فإن المادة وضعت لذات ما يصدر من الفاعل، والهيئة للنسبة الصدورية من الفاعل، فالسبب الداخلي منتفٍ.

وأما الخارجي فهو إنما يكون في الموارد التي يتعلق بها الأمر أو البعث؛ فإن الأمر والبعث والإلزام توجب أن يكون صدور الفعل من المأمور باختياره، وهو منتفٍ في المقام أيضاً، فينتفي التبادر، وإلا كان بلا سبب، وهو غير معقول.

وأما الاختيار في مقابل الاضطرار فالتبادر فيه تام؛ لأن الفعل الاضطراري لا يعدُّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر.

أقول: أما دعواه الأولى من عدم تبادر الاختيار في قبال الإكراه فمتينة، وأما دعواه الثانية من تبادر الاختيار في مقابل الاضطرار فقد وقعت محل بحث.

اعتراض المحقق الخوئي على الشيخ ومناقشته

فقد اعترض عليها المحقق السيد الخوئي قدس سره: بعدم الفرق بين الإكراه والاضطرار، فالفعل في كل منهما يصدر عن قصد الفاعل وإرادته إلا أن المنشأ في أحدهما تهديد المكرِه ـ بالكسر ـ وفي الآخر اضطرار الفاعل في نفسه، وكما أنه لا يتبادر الاختيار في مقابل الأول لا يتبادر في مقابل

الثاني أيضاً؛ لعدم أخذ الاختيار في الهيئة ولا في المادة مطلقاً[١].

وفي كلامه خلط بين الاضطرار التكويني الموجب لسلب الاختيار كحركة يد المرتعش، والاضطرار العرفي غير الموجب لذلك، كمن اضطر إلى بيع داره للعلاج، فما نفاه الشيخ تدثّر هو الأول؛ فإنه صورة فعل قائمة بجسم المضطر، ولا ينتسب إلى نفس القائم بنسبة صدورية، وما اعترض به هو الثاني؛ فإنه ينتسب إلى الفاعل حقيقة، فما أفاده الشيخ تدثّر متين لا إشكال فيه؛ فإن النسبة الصدورية للفاعل في موارد الإكراه نسبة حقيقية، بخلافها في موارد الاضطرار التكويني الذي هو مراد الشيخ تدثّر؛ فإن الفعل لم يصدر من نفس الفاعل فتنتفي النسبة الصدورية.

تفصيل المحقق النائيني في دلالة الأفعال على الاختيار ومناقشته

ثم إن المحقق النائيني تدثّر فصّل في المقام بين الأفعال، فذهب إلى أنها غير دالة على الاختيار بموادها ولا بهيئاتها، ولهذا أسندت أفعال السجايا وغيرها من الأعراض التسعة إلى الفاعل مع أنها لا تصدر منه حقيقة وليست له إرادة واختيار تجاهها، نعم الفعل في مقابل الانفعال اختياري دون الانفعال[٢].

ويرد عليه: أن للفعل إطلاقين:

الأول: الفعل في مقابل الانفعال في الأعراض التسعة.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٢ ، التنقيح ٣٨: ١٢٣.

(٢) منية الطالب ٣: ٥٢.

الثاني: الفعل في مقابل الانفعال عرفاً ولغة.

فإن أراد من الفعل الفعل المقولي المعبَّر عنه بمقولة الفعل في مقابل مقولة الانفعال ـ كما هو ظاهر كلامه حيث استثناه من الأعراض التسعة ـ ففيه: أن الفعل المقولي عبارة عن التأثير التدريجي في مقابل الانفعال الذي هو عبارة عن التأثر التدريجي، وهو لم يؤخذ فيه الاختيار قطعاً؛ فإن تأثير النار في الماء فعل مقولي مع انتفاء الاختيار فيها قطعاً.

وإن أراد من الفعل الفعل العرفي في مقابل الانفعال العرفي كالكسر في مقابل الانكسار فهو ينقسم إلى الاختياري وغيره، والتقسيم بلا عناية علامة الحقيقة، فمن كسر إناء في أثناء النوم صح إسناد الكسر إليه مع أنه فاقد للاختيار حينه، فكما لا يتبادر الاختيار في ناحية الانكسار فكذلك في ناحية الكسر، فما أفاده من التفريق بين الفعل والانفعال، فيتبادر الاختيار في الأول دون الثاني واضح البطلان في الفعل المقولي والعرفي.

تفصيل المحقق الحائري ومناقشته

وذهب المحقق الحائري تدّس إلى تفصيل آخر حاصله: أن الأفعال على قسمين: ما يحصل من قوة نفس الفاعل، وما لا يحصل من قوته كالطهارة، والافتراق من القسم الثاني، والاختيار إنما يتبادر في القسم الأول؛ فإنه لا يتبادر من مثل: (طهُر زيد) أنه طهّر نفسه؛ لأن مادة الطهارة لم تصدر من القوة الكامنة فيه، بخلاف مثل الضرب والكسر؛

فإنهما يصدران من القوة الكامنة في الفاعل فيكون الاختيار مأخوذاً فيهما، ومراده من الاختيار ـ بحسب ظاهر الكلام ـ ما يكون في مقابل الإكراه، لا الاختيار بمعنى القصد[١].

وفيه: أن غاية ما تدل عليه الأفعال التي أشرب في مفهومها الخروج من القوة إلى الفعل إيجاد النسبة بين الفعل والفاعل المصطلح عليها بالنسبة الصدورية، وأما الاختيار فلا دلالة للأفعال عليه، والنسبة الصدورية قدر مشترك بين أنحاء الصدور، أي بين الصدور عن اختيار في قبال الإكراه، وبين الصدور عن اختيار بمعنى القصد، فالمادة جامعة بين هاتين الحصتين، والشاهد على ذلك: أن الأفعال الصادرة عن قوة الفاعل يصح تقسيمها ـ بدون عناية ـ إلى ما صدرت عن قصد واختيار، وإلى ما صدرت عن غير قصد واختيار، فنحو الكسر والإتلاف مما يترتب عليه بعض الأحكام يصدر تارة عن قصد واختيار، وأخرى لا عن قصد واختيار كما لو صدر في حال النوم والغفلة، والضمان يترتب على كلا النحوين.

فتحصّل أن ما أفاده الشيخ قدس سره من التفصيل متين، ولا يرد عليه ما أورده المحقق السيد الخوئي قدس سره، كما أن ما أفاده المحققان النائيني والحائري قدس سرهما من التفصيلين واضح المناقشة.

الدليل الثاني: حديث الرفع[٢]

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٧٣.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١، ولفظه: « عن حريز بن عبد

ويمكن أن يقرّب الاستدلال به بتقريبين:

التقريب الأول: أن مقتضى: « رفع ما أُكرهوا عليه » رفع الحكم المترتب على الإكراه، فلو أكره أحدهما أو كلاهما على التفرّق لم يترتب عليه الحكم المناط بالتفرّق وهو اللزوم؛ فإن اللزوم حكم وضعي مترتب على التفرق بمقتضى « فإذا افترقا وجب البيع »، ومع الإكراه عليه يرتفع الحكم؛ إذ ثبت في محله عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلَّف، ولا يختص برفع التكليف[1].

التقريب الثاني: أن الافتراق ـ بمقتضى قوله عليه السلام: « فإذا افترقا وجب البيع » ـ غاية شرعية للخيار، فيكون موضوعاً للأثر الشرعي، فيشمله حديث الرفع لو أكره عليه، بخلاف ما لو كان غاية عقلية؛ فإنه لا يشمله، فإذا تعلّق به الإكراه - حسب الفرض - انتفى كونه غاية، فيبقى الخيار بعد التفرّق على حاله[2].

مناقشات المحقق النائيني في الاستدلال بحديث الرفع ودفعها

وأورد عليه المحقق النائيني بثلاثة إشكالات:

الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع عن أمتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أكرهوا عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، وما اضطروا إليه ، والحسد، والطيرة ، والتفكر في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطقوا بشفة ».

(١) المكاسب ٥: ٦٩.

(٢) إرشاد الطالب ٢: ٧٨.

الإشكال الأول: ما أفاده من النقض بالتفرق نسياناً؛ فإن النسيان من جملة المرفوعات في حديث الرفع، والقائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار بالتفرّق نسياناً أو غفلةً، فيستكشف من السقوط في موردهما أن ذات الافتراق بما أنه فعل - لا بما هو صادر عن اختيار - جعل من المسقطات[1].

وفيه: أن سقوط الخيار في حالة التفرق نسياناً أو غفلة إنما ثبت بالإجماع، وهو ـ على فرض ثبوته وكاشفيته عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر - لا يقتضي سقوطه بالتفرّق عن إكراه؛ لعدم الملازمة بينهما بأنحائها: العقلية والعادية والشرعية.

وبعبارة أخرى: إنما لم يتمسك بحديث الرفع في مورد النسيان والغفلة لوجود المانع وهو الإجماع، ولم يثبت ذلك في مورد الإكراه.

الإشكال الثاني: أن مورد بعض المرفوعات في حديث الرفع منحصر في متعلّق التكليف كالحسد والطيرة والوسوسة في الخلق، ومحل البحث من الموضوعات، ونحن وإن لم نقل باختصاص الحديث برفع الحكم التكليفي كحكم التطير والوسوسة، بل يشمل الحكم الوضعي كلزوم البيع، ولكن رفع اليد عن خصوصية متعلّق التكليف والتعدّي إلى موضوعه ـ كالسفر والحضر والتفرّق ـ مع عدم الجامع بين المتعلّق والموضوع لا وجه له.

---

(١) منية الطالب ٣: ٥٢.

فالحديث يرفع الحكم المنصب على متعلّق التكليف، فلو شرب المكلّف نسياناً أو كرهاً، أو أفطر كذلك فشربه كالعدم، ولا يرفع الحكم عن موضوعه، فلو سافر أو أقام أو افترق عن إكراه لم يكن وجوده كالعدم، ولهذا لم يتمسك الفقهاء به في مورد من أقام عشرة أيام في محل مكرَهاً، فلم يحكموا عليه بالقصر، بل يجب عليه التمام؛ لأن الإقامة عشرة أيام ليست متعلّقاً للتكليف، بل هي موضوع لوجوب التمام على المسافر، ولو كان الحديث يشمل الموضوعات الإكراهية لما وجب التمام عليه، والإجماع على خلافه، فهذا يكشف عن أن حديث الرفع إنما يجري في متعلّقات التكاليف لا في موضوعات الأحكام[1].

وما أفاده مردودٌ بكلا قسميه النقضي والحلي:

أما النقض فلم يقم دليل على أن موضوع وجوب التمام هي الإقامة عشرة أيام، سواء أقلنا بأنها قاطعة لموضوع السفر، أم قلنا بأنها قاطعة لحكمه؛ إذ هذا البحث موضع اختلاف بينهم، فقولٌ بالأول، وآخر بالآخر؛ بل مدار الحكم في النصوص ـ على كلا التقديرين ـ على نية الإقامة لا عليها نفسها، فورد في بعضها: (نويت، ونوى) ، وفي بعضها (عزم)، وفي بعضها عنوان (اليقين)[2]، فموضوع الحكم ـ وهي الإقامة

---

(١) منية الطالب ٣: ٥٢.

(٢) وردت الروايات بألسنة مختلفة، فيها النية والإرادة والعزم والاستيقان، فمنها - كما في الوسائل الباب ١٥ من أبواب صلاة المسافر- :

عشرة أيام عن نية - لا يقبل الإكراه، وما يقبله - وهي نفس الإقامة -

---

الحديث١ عن علي بن جعفر ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدركه شهر رمضان في السفر فيقيم الأيام في المكان عليه صوم ؟ قال : « لا حتى يجمع على مقام عشرة أيام ، وإذا **أجمع** على مقام عشرة أيام صام وأتمَّ الصلاة ».

قال: وسألته عن الرجل يكون عليه أيام من شهر رمضان وهو مسافر يقضي إذا أقام في المكان ؟ قال : « لا ، حتى يجمع على مقام عشرة أيام ».

الحديث٣ عن أبي بصير قال : « إذا قدمت أرضاً **وأنت تريد** أن تقيم بها عشرة أيام فصم وأتمَّ..».

الحديث٤ عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : « إذا أتيت بلدة **فأجمعت** المقام عشرة أيام فأتمَّ الصلاة..».

الحديث٥ عن أبي ولاد الحناط ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « إن شئت **فانوِ** المقام عشراً وأتم ، وإن **لم تنوِ** المقام فقصّر ما بينك وبين شهر ، فإذا مضى لك شهر فأتم الصلاة ».

الحديث٦ عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أتى ضيعته ثم **لم يرد** المقام عشرة أيام قصَّر ، وإن **أراد** المقام عشرة أيام أتم الصلاة ».

الحديث ٧ عن موسى بن حمزة بن بزيع قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك إن لي ضيعة دون بغداد فأخرج من الكوفة أريد بغداد فأقيم في تلك الضيعة ، أقصّر أو أتم ؟ فقال : « إن **لم تنو** المقام عشرة أيام فقصِّر ».

الحديث ٨ عن محمد بن إسماعيل بن بزيع ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يقصر في ضيعته ، فقال : « لا بأس **ما لم ينوِ** مقام عشرة أيام إلا أن يكون له فيها منزل يستوطنه الحديث ».

الحديث ٩ عن حريز ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : أرأيت من قدم بلدة إلى متى ينبغي له أن يكون مقصّراً ؟ ومتى ينبغي أن يتمَّ ؟ فقال : « إذا دخلت أرضاً **فأيقنت** أن لك بها مقام عشرة أيام فأتم الصلاة ».

ليست موضوع الحكم.

وأما الحل فمورد بعض فقرات الحديث وإن كان هو المتعلَّق لكن موضوع بعضها كلمة « ما » وهي تشمل المتعلَّق والموضوع، فلا بوجب إرادة خصوص الموضوع في بعض الفقرات تخصيص المرفوع بخصوص الموضوع فيما يكون عاماً للموضوع والمتعلَّق.

وأما قوله بعدم الجامع بين المتعلَّق والموضوع، فإن كان مراده نفي الجامع الذاتي فليكن كما قال؛ لعدم الحاجة إليه، وإن كان نفي الجامع مطلقاً حتى العنواني، فغير تام؛ لوجود الجامع العنواني بين الموضوع والمتعلق في المقام، وهو الاسم الموصول (ما)، كما في قوله عليه السلام: (ما أُكرهوا عليه) (ما اضطروا إليه).

الإشكال الثالث: أنه لا إشكال في أن حديث الرفع يرفع الحكم عن مورد الإكراه، ولكنه لا يثبت حكم ما هو ضد المكره عليه، أو حكم ما هو نقيضه، وذلك ببيانين:

الأول: أن حديث الرفع يرفع حكم ما تعلّق به الإكراه والاضطرار، ولكن ما هو ضد المكره عليه أو نقيضه ليس متعلَّقاً للإكراه حتى يرفع حكمه.

الثاني: أن حديث الرفع يرفع الحكم ولا يثبته، وموضوع الحكم ـ وهو الخيار في ما نحن فيه ـ لا يخرج عن حالين: إما الهيئة الاجتماعية للمتبايعين، أو عدم التفرّق، وهو ليس مكرهاً عليه، وإنما المكره عليه هو

التفرّق، ورفعه تشريعاً لا يثبت بقاء الهيئة الاجتماعية حتى يترتب على بقائها ثبوت الخيار، فلو رفع الخيار بحديث الرفع لأجل الإكراه على التفرق لرفع به حكم نقيض المكره عليه لا حكم نفسه، وهو باطلٌ.

والحاصل: أن حديث الرفع إنما هو رافع للحكم، وليس مثبتاً له بأي حال من الأحوال، فلو كان للتفرّق المكره عليه حكم لرفعه، بينما أريد من الحديث في المقام إثبات الخيار للمكره على التفرّق، وموضوع الخيار هو الهيئة الاجتماعية أو عدم التفرّق الذي هو نقيض التفرّق، ولم يكره على شيء منهما، فلا يصح التمسك به في المقام[1].

ويجاب عنه: بأنه لو لم يكن التفرّق موضوعاً لحكم أصلاً لورد الإشكال، ولا رافع له؛ لعين ما ذكره قدس سره، ولكنه موضوع لحكم شرعي فلا يرد، وتوضيح ذلك يتم بالبحث في جهتي الثبوت والإثبات:

أما من جهة الثبوت؛ فموضوع وجوب الوفاء، والحكم باللزوم هو العقد، وبما أن الإهمال في الموضوع غير معقول، فإما أن يكون العقد - بالإضافة إلى التفرّق - مطلقاً، أو مقيّداً بعدمه، أو مقيّداً بوجوده، أما الإطلاق فغير معقول بعد تخصيص قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] بروايات خيار المجلس، وأما التقييد بالعدم فينافي تحديد الخيار بالتفرّق، فيتعيّن أن يكون موضوع اللزوم هو العقد المقيد بافتراق المتبايعين، فيكون العقد جائزاً، ويكونان بالخيار ما لم يفترقا، ويكون لازماً ولا

---

(١) منية الطالب ٣: ٥٣.

(٢) سورة المائدة: ١.

يكون لهما خيار إذا افترقا.

وأما بحسب مقام الإثبات فورد في عدة نصوص معتبرة ما يفيد ترتيب وجوب البيع على نفس التفرّق كقوله عليه السلام: « قمت فمشيت خطى... ليجب البيع »[1].

وعليه فالتفرّق موضوع لوجوب البيع ثبوتاً وإثباتاً، ومقتضى القاعدة رفع الحكم عن موضوع الحكم الشرعي أو جزئه أو قيده فيما إذا كان متعلّقاً للإكراه، فينتفي اللزوم؛ لأجل الإكراه على موضوعه وهو التفرّق، فإذا ارتفع اللزوم تعيّن الجواز بالمعنى الأعم، وهو وإن كان له قسمان: حقي كالخيار، وحكمي كالجواز في باب الهبة إلا أن المتعين في المقام هو الأول؛ لقيام الضرورة الفقهية على عدم إرادة الجواز الحكمي في المقام، فما أفاده ـ من عدم كون المورد من موارد التمسك بالحديث؛ إذ لو تمسك به لأثبت حكم نقيض التفرق ولم يرفع حكمه ـ في محل المنع.

مناقشة المحقق الرشتي (قده) لحديث الرفع

ونقض المحقق الرشتي قدس سره على الاستدلال بحديث الرفع: بصورة التفرّق عن جهل؛ إذ كما أن في الحديث: « رفع ما اضطروا إليه وما أكرهوا عليه »، فكذلك فيه: « رفع ما لا يعلمون »، فإذا تمسك بالحديث

(١) الوسائل، الباب٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢ ، ٣.

لرفع الحكم في صورة الإكراه على التفرّق فيبقى الخيار معه، فكذلك يتمسك به في صورة الجهل أيضاً فيبقى الخيار معه، ولا قائل به[١].

وفيه: أنه ينبغي الالتفات إلى أن القاعدة في النقض أن يصدق نقيض المدعى في النقض وإلا لا يتمُّ، والمدعى - فيما نحن فيه - التمسك بحديث الرفع في صورة التفرّق الإكراهي، فيرتفع حكم التفرّق - وهو عدم الخيار - في هذه الصورة، بحيث يبقى الحكم بالخيار واقعاً لمن أكره على التفرّق، فالمدعى - إذن - هو بقاء الخيار واقعاً؛ لأن أثر حديث الرفع في موارد الإكراه والاضطرار هو الرفع الواقعي، وأما في موارد الجهل فأثره هو الرفع الظاهري لا الواقعي، ولهذا يجري حديث الرفع في الشبهات الحكمية، وترفع أصالةُ البراءة الحكمَ ظاهراً، ورفعُه ظاهراً ملازمٌ لثبوته واقعاً، وإلا ـ لو كان الرفع الظاهري مستلزماً للرفع الواقعي - لاستلزم التصويب، وهو محال.

وعليه فلو تمسك بـ« رفع ما لا يعلمون » في صورة التفرّق عن جهل فأثره رفع عدم الخيار ظاهراً، وإن كان ثابتاً واقعاً، بخلاف مورد الإكراه؛ إذ يكون الرفع واقعاً كما تقدم، فلا يرد الإشكال، أي أنا نلتزم بأن الحكم في التفرق عن جهل مرفوع ظاهراً، وهو لا ينافي رفع الحكم واقعاً في التفرّق عن إكراه، فيبطل النقض.

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٧٨.

إشكال الشيخ (قده) ومن تبعه على الاستدلال بحديث الرفع

وأورد الشيخ قدس سره ومن تبعه - من أعاظم تلامذته كالمحقق الرشتي قدس سره[1] وغيره - على الاستدلال بالحديث بما حاصله: أنه لو صحّ التمسك به لرفع الحكم - أعني عدم الخيار - عن المكرَه على التفرّق، الذي لازمه بقاء الخيار له، لصحّ التمسك به مطلقاً، ولو في صورة الإكراه على التفرّق مع التمكن من التخاير والفسخ؛ لأن مقتضى الحديث - لو صحّ التمسك به - هو جعل التفرّق المكره عليه كلا تفرّق، فيشمل هذه الصورة أيضاً، والحال عدم التزام الفقهاء بذلك؛ فإنهم إنما قالوا بعدم سقوط الخيار في صورة الإكراه على التفرّق وعلى ترك التخاير، وأما لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، فقالوا بسقوط الخيار لو أكره على التفرّق دون التخاير، فيستكشف من هذه الفتوى عدم شمول الحديث للمكرَه على التفرّق مطلقاً[2].

جواب المحقق الخوئي قدس سره عن إشكال الشيخ قدس سره

وأجيب عنه:

بأن موضوع الحكم بعدم الخيار مركب من جزئين: التفرق، وعدم الفسخ إلى حينه، فلا يكون الحكم إكراهياً إلا إذا كان الإكراه على كليهما، وأما لو أكره على أحدهما وكان مختاراً في الآخر لم يكن الحكم

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٧٨.

(٢) المكاسب ٥: ٧٠.

إكراهياً، والفرض أن ما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنه مكرهٌ على التفرّق ومختارٌ في الفسخ وعدمه، فلو لم يفسخ إلى حين الافتراق لم يشمله حديث الرفع ولم يترتب عليه حكم الإكراه، نظير ما لو أكره شخص على التكلم بكلمة (بع)، فتكلّم بها مع إضافة شيء إليها بقصد الإنشاء، كأن قال: (بعتك الدار) بقصد إنشاء بيع داره؛ فإنه لا يتوهم أحد بعدم مؤثرية هذا الإنشاء؛ استناداً إلى كون بعض أجزاء ما أنشأ به البيع صادراً عن إكراه، وهكذا في جميع الموضوعات المركبة[1].

المناقشة في جواب السيد الخوئي تكمل

والتحقيق في الجواب يقتضي التدقيق في أمرين:

الأمر الأول: في تحديد موارد جريان حديث الرفع من ناحية الكبرى.

الأمر الثاني: في تحديد كون المقام من جملة صغريات تلك الكبرى وعدمه.

أما الكبرى فحديث الرفع إنما يجري في الموارد القابلة للوضع شرعاً، دون ما لو كان بحكم العقل؛ لأن الرافع هو الشارع، والحاكم لا يرفع إلا ما يدخل تحت دائرة حكمه الذي يكون الوضع باختياره، فكل ما كان قابلاً للجعل شرعاً فهو مورد لحديث الرفع.

وأما الصغرى فلبُّ الأمر في ما نحن فيه أن مقتضى الإطلاق

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٣، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ١٢٤.

الأفرادي والأزماني في قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [1] هو اللزوم مطلقاً، تفرّق المتبايعان أو لم يتفرّقا، إلا أن مقتضى أدلة خيار المجلس كقوله عليه السلام: « إذا افترقا وجب البيع » هو اشتراط التفرّق في لزوم العقد، فموضوع الخيار - بعد الجمع بين الآية والأخبار - هو العقد المقيّد بعدم الافتراق، وموضوع اللزوم هو العقد بعد التفرّق، فيكون موضوع اللزوم مركباً من جزئين: بقاء العقد، والتفرّق، فلابدّ من بقاء العقد ليترتب عليه حكم اللزوم، وهذا الترتب عقلي محض؛ لأن بقاء العقد ليس أمراً شرعياً، بل هو بيد المتعاقدين، فليس موضوعاً من قبل الشارع ليرفعه، والحكم يدور مدار موضوعه وجوداً وعدماً، فالحكم الشرعي - أعني اللزوم - مترتب على موضوع مركب من جزئين، أحدهما شرعي وهو التفرّق، والآخر عقلي وهو بقاء العقد؛ لكونه دخيلاً في ثبوت أصل الموضوع؛ إذ لو فسخ لارتفع موضوع اللزوم وهو العقد.

وعليه ففي الموارد التي يكون فيها الموضوع مركباً من جزئين شرعيين لا يعتبر الحكم في الإكراه على أحدهما دون الآخر حكماً إكراهياً، فلا يُرفع بحديث الرفع، بل لابدّ لجريانه من الإكراه على كليهما، وأما في الموارد التي يكون فيها الموضوع مركباً من جزئين، أحدهما عقلي والآخر شرعي، فيعتبر الحكم في حالة الإكراه على الجزء الشرعي حكماً إكراهياً، فيرد نقض الشيخ قدس سره من أن حديث الرفع إن كان يشمل

---

(١) سورة المائدة: ١.

حالة الإكراه في مثل ما نحن فيه فيشملها مطلقاً، أعني صورة الإكراه على التفرّق وترك الفسخ، وصورة الإكراه على التفرّق دون عدم الفسخ؛ لكون الحديث مطلقاً من ناحية ما يدخل في دائرة جعل الشارع، فكل ما كان له دخل شرعاً وكان مكرهاً عليه يرفع حكمه بالحديث.

وإن لم يشملها فمطلقاً.

مناقشة المحقق الأصفهاني تدثّل

وأورد المحقق الأصفهاني تدثّل إشكالاً على الاستدلال بالحديث، وتوضيح كلامه يتوقف على بيان ما أفاده تدثّل في مناقشة الوجه الأول للقائل بعدم سقوط الخيار مع الإكراه على الافتراق، وهو تبادر الافتراق الاختياري، المتقدم الكلام فيه، بيان ذلك:

أنه تدثّل قسَّم الموارد - من حيث اقتضاء الأمر الخارج عن مرحلة الإسناد لتعيّن الاختيارية والقصد، أو تعيّن الرضا والطيب الطبعي، وعدم الاقتضاء لشيء منهما - إلى أربعة موارد:

الأول: متعلقات التكاليف.

الثاني: المعاملات.

الثالث: الأسباب.

الرابع: الغايات.

أما متعلقات التكاليف، ففيها اقتضاء الاختيار في مقابل الاضطرار؛ لأن التكليف إنشاء بداعي جعل الداعي في نفس المكلَّف ليأتي بالفعل،

وليس في المضطر قابلية جعل الداعي.

وبعبارة أخرى: إن متعلق التكليف لا يكون إلا فعلاً اختيارياً؛ لكونه متعلّقاً للبعث، والبعث إنما جعل لإحداث الداعي الذي تتعقبه الإرادة ولا يعقل إلا معها.

وأما المعاملات، ففيها اقتضاء طيب النفس والرضا بالمعاملة، وهذا هو الاختيار في قبال الإكراه.

وأما الأسباب فهي لا تقتضي الاختيار، ولذا لا شبهة في سببية اليد للضمان وإن كانت بلا شعور بأن المال للغير، وفي سببية الإتلاف له وإن صدر من الجاهل، والغافل، والنائم، ومن لم يستجمع شرائط التكليف أو المعاملة، كان عن اختيار أو اضطرار أو إكراه.

وكذلك الغايات، فإن الغاية لا تقتضي الاختيار؛ بدليل أن الزمان وقع غاية في الوضعيات والتكليفيات، وهو أمر غير اختياري، أما في التكليفيات فكقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾[1]، وأما في الوضعيات فكما في خيار الحيوان كقوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام»[2].

وعليه فالبحث في الكبرى وفي الصغرى:

أما الكبرى: فكل مورد يقتضي الاختيار في مقابل الاضطرار فهو

---

(١) سورة البقرة: ١٨٧.

(٢) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

مشمول إلى « رفع ما اضطروا إليه »، وكل مورد يقتضي الاختيار في مقابل الإكراه فهو مشمول إلى « رفع ما أكرهوا عليه »، وكل مورد لا يقتضي الاختيار في مقابل شيء منهما فهو غير مشمول إلى كليهما.

وأما الصغرى: فالمورد في ما نحن فيه من الغايات، كما هو واضح من قوله عليه السلام: « البيِّعان بالخيار حتى يفترقا »[1]؛ فإن التفرق جُعل غاية للخيار، وقد ثبت أن الغاية ليس فيها اقتضاء الاختيار.

فالنتيجة: أن التفرّق - الذي هو موضوع الحكم باللزوم - لا يشمله حديث الرفع، سواء أكان عن اضطرار أم إكراه؛ لأنه غاية، والغايات كالأسباب لا اقتضاء فيها للاختيار، والحديث إنما يجري في ما يقتضي الاختيار[2].

الجواب عن مناقشة المحقق الأصفهاني رحمه الله

والجواب عن الإشكال يقتضي بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن حديث الرفع إنما يجري في المورد القابل للوضع الشرعي، بنحو لولا رفعه بالحديث لوجد، وإذا ارتفع فإنما هو ببركته، فلا موضوع له في المورد الذي لا اقتضاء فيه لوضع الحكم الشرعي، ولهذا قالوا بأخذ الوضع في مفهوم الرفع، فيكون الرفع بعد الوضع، أي يرفع ما كان موضوعاً بخلاف الدفع، فإنه يكون ابتداء، ولكن

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) حاشية المكاسب ٤: ١٢٧- ١٢٨، و ١٣٠.

قامت القرينة في خصوص حديث الرفع على عدم وجود الموضوع قبل الرفع، فلابد من حمله على اقتضاء الوجود، أي يرفع ما فيه اقتضاء الوجود.

المقدمة الثانية: أنه لا مجال إلى جريان حديث الرفع في الموارد المقيدة بقيد وقد انتفى، سواء أكان القيد عقلياً أم عقلائياً أم شرعياً؛ إذ ينتفي الموضوع عقلاً بانتفاء القيد، وحينئذ لا يعقل إسناد رفع الحكم إلى الشارع، بل يرتفع قهراً بانتفاء موضوعه، ولا يعقل الرفع في مورد الارتفاع، وبحصول الثاني لا تصل النوبة إلى الأول.

إذا اتضح هذا فنقول:

أما بالنسبة إلى ما أفاده في متعلقات التكاليف، ففيه: أنه قدس سره يرى - كما صرّح به - أن التكليف هو جعل الداعي، وأن الإنشاء بداعي جعل الداعي في الواجبات، وبداعي جعل الزاجر في المحرمات، فهو متقوّم بإمكان داعوية ذلك الوجوب، وزاجرية تلك الحرمة، فيستحيل جعل الداعي في المورد غير القابل للداعوية، وعلى هذا المبنى لا يكون امتناع تكليف المضطر الفاقد للإرادة بمناط القبح العملي عقلاً، بل بمناط العقل النظري؛ وذلك لاستحالة حصول داعي الجعل في نفس الجاعل بالإضافة إلى جعل الداعي في نفس المكلَّف مع عدم إمكان انبعاثه، والعبد الفاقد للاختيار - في مقابل الاضطرار - غير قابل للانبعاث والانزجار، فجعل الداعي في حقه من طرف الجاعل محال، لا أنه ممكن ولكنه قبيح،

وعلى هذا فلا يعقل جريان حديث الرفع في موارد التكاليف؛ لأنه إنما يجري في مورد وجود التكليف لولا الحديث، وفي المضطر غير القابل للانبعاث يستحيل جعل التكليف، فلا يكون المورد قابلاً للوضع حتى يكون قابلاً للرفع.

وأما ما أفاده في المعاملات من كون المورد فيها مقتضياً للاختيار في مقابل الإكراه: ففيه: أن اقتضاءها للرضا وطيب النفس أمر عقلائي قد جرت عليه سيرة العقلاء، كما يشهد له لوم العقلاء حتى غير المتدينين بدين لمن يتملَّك مال غيره بدون رضاه، وقد أمضى الشارع ذلك بقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، فبما أن اقتضاء المعاملات للاختيار في مقابل الإكراه عقلائي فقيد الرضا في المعاملة قيد عقلائي، فالحكم ببطلان المعاملة المكره عليها لا يقبل وضع الشارع حتى يقبل الرفع، ولهذا كان التمسك بحديث الرفع في موارد الإكراه عليها تنزّلياً؛ إذ عندما يتحقق الإكراه على المعاملة ينتفي قيد الموضوع؛ لأخذ التراضي والاختيار - في قبال الإكراه - في موضوع المعاملات، فينتفي الحكم بانتفاء قيد الموضوع، ومع التنزّل عن ذلك نتمسك لبطلان معاملة المكره بحديث الرفع.

وحاصل الإشكال في المقامين:

أنه تدثل أفاد أن موارد حديث الرفع مختصة بمتعلقات التكاليف

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

وبالمعاملات؛ لأن مورده ما فيه اقتضاء الاختيار وهو مختص بهما، وهو ممنوع؛ لأن ما فيه اقتضاء الاختيار ذاتاً - عقلاً أو عقلاء - يستحيل وضعه شرعاً، فيستحيل فيه الرفع.

إشكال السيد الخوئي تدظ على الاستدلال بالحديث

قد أورد بعض الأعاظم تدظ على الاستدلال بالحديث فقال: بأن الأفعال المأخوذة في موضوع الحكم على نحوين:

الأول: أن يراد من الفعل ما يصدر من الفاعل، فيكون ظاهراً في صدوره منه عن إرادة واختيار.

الثاني: أن يراد من الفعل الفعل النحوي من الماضي والمضارع والأمر، فإذا نُسب إلى الفاعل يكون ظاهراً في الأعم من صدوره عن اختيار وغيره، كقولنا: (قعد عمرو) و (مات زيد).

ومورد جريان الحديث هو الأول دون الثاني، فلو كان الفعل الاختياري متعلّقاً للتكليف كقوله: (لا تشرب الخمر)، أو موضوعاً له كقوله: (من أفطر في شهر رمضان فعليه الكفارة) وأكره المكلَّف عليهما لم يحكم بحرمة فعلهما، كما لا يحدُّ في الفرض الأول، ولا كفارة عليه في الفرض الثاني بلا شبهة، دون ما لو كان من قبيل القسم الثاني؛ فإن الحكم يترتب على موضوعه ولو كان عن إكراه أو اضطرار.

والموضوع في ما نحن فيه هو التفرّق بمقتضى: « البيِّعان بالخيار ما لم

يفترقا »[١]، والتفرّق من القسم الثاني، ولهذا ربّما يُنسب إلى ما لا شعور له ولا اختيار فيقال: تفرّقت أجزاء الدار أو الكتاب، فهو أعم مما لو حصل اختياراً، أي لم يؤخذ بما هو صادر عن الاختيار وإن كان ربّما يصدر على وجه الاختيار، فلا يجري فيه الحديث، فلا يرتفع حكمه بالإكراه، فكما يسقط الخيار بالتفرّق عن إرادة واختيار، فكذلك يسقط بالتفرّق عن إكراه أو اضطرار[٢].

المناقشة في تحقيق السيد الخوئي تقدّس

ويرد عليه: أولاً: أن انقسامات الموضوع لا تخلو تصوراً من أربعة احتمالات: الإهمال، والإطلاق، والتقييد بالوجود، والتقييد بالعدم.

أو فقل: إن الموضوع إما مهمل، أو أخذ لا بشرط، أو بشرط شيء، أو بشرط لا، أما الإهمال فمحال من الحاكم الملتفت، وأما التقييد فإن الموضوع إن كان الفعل المقيّد بالإرادة والاختيار أو بعدمهما فمعناه أن موضوع الحكم هو الحصة الخاصة، لا الطبيعة لا بشرط، وانتفاء الحكم في غير تلك الحصة إنما يكون بانتفاء الموضوع، لا بسبب حديث الرفع، فلا مجرى له فيها، فيتعيّن أن يكون الموضوع هو الأعم لولا حديث الرفع، ولما جاء حديث الرفع حدّد الحصة بعدم كونها إكراهية.

ثانياً: بعد قطع النظر عن البرهان المتقدم نقول: إن نسبة حديث الرفع

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ ، ٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ١٦١، التنقيح ٣٨: ١٣٢.

إلى أدلة الأحكام نسبة الحاكم إلى المحكوم، وحقيقة الحكومة - لبّاً - عبارة عن التخصيص إلا أنه بلسان الرفع، فنسبة حديث الرفع إلى أدلة الأحكام عين نسبة « لا ضرر » إليها، فكما أن « لا ضرر » يخصص وجوب الوضوء بالوضوء غير الضرري، فحديث الرفع يخصص الحكم بغير المكره عليه والمضطر إليه تخصيصاً واقعياً؛ بمقتضى « رفع ما أكرهوا عليه، وما اضطروا إليه » ، وبالعالم تخصيصاً ظاهرياً؛ بمقتضى «رفع ما لا يعلمون ».

فالنتيجة: أن التفرّق المأخوذ في الموضوع عام لولا أنه خصص بالحديث، فيكون مشمولاً له، ومقتضى شموله هو اختصاص التفرّق بغير المكره عليه.

إشكال المحقق الحائري تدظله على الاستدلال بالحديث

وأورد بعض الأعاظم تدظله على الاستدلال به بما يبتني على كبرى وصغرى:

أما الكبرى: فإنّ حديث الرفع إنما يجري في موارد الفعل الصدوري، لا الانفعالي والمطاوعي، فكل فعل يمكن صدوره من المكلَّف فهو مورد له، وأما الانفعالي والمطاوعي فهو خارج عنه موضوعاً؛ لأن موارد المطاوعة والانفعال ليست إلا قبولاً للفعل، وليست بفعل، فالنجاسة - مثلاً - تترتب على الملاقاة ولو كانت عن اضطرار أو إكراه؛ لتحقق الانفعال بها، ولا معنى لتطبيق: « رفع ما اضطروا إليه وما أكرهوا عليه »؛

لترتّب الحكم بالنجاسة وما شابهها على الانفعال لا على الفعل، ومورد حديث الرفع هو الفعل.

وأما الصغرى: فإن الموضوع المأخوذ في روايات خيار المجلس هو الافتراق، وهو عبارة عن الافتعال، فهو من أفعال المطاوعة والقبول، وليس من الأفعال الصدورية، فهو قبول للفراق، فيتحقق بابتعاد المتبايعين عن بعضهما البعض بحركة منهما، إرادية أو قسرية.

فالنتيجة: أن موضوع زوال الخيار المأخوذ في خيار المجلس ليس فعلاً، بل انفعالاً، فلا يشمله الحديث ، فيتحقق ولو عن إكراه[1].

المناقشة في كلام المحقق الحائري

ويُجاب عنه: أولاً: بأن هذا المدَّعى يبتني على أن التفرّق والافتراق - الواردين في الروايات، بهيئة التفعّل في بعضها، وبهيئة الافتعال في البعض الآخر - بمعنى المطاوعة، وهو أول الكلام مع تعدد المعاني للكلمة.

ثانياً: أنه يلزم منه ما لا يمكن الالتزام به، وهو خروج المعاني المطاوعية مطلقاً عن مدلول حديث الرفع، ولازمه أن لا يشمل القبول في المعاملات في صورة الإكراه عليه؛ إذ لا ترديد في كونه من أظهر مصاديق المطاوعة والانفعال، فلو أكره القابل على القبول صحّ العقد ولم يرتّب أثر الإكراه بحديث الرفع، ولا أظنه الالتزام به.

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٧٤.

وكذلك الحال لو قال في مقام القبول - وهو مكره - : (اشتريت) ؛ إذ لا فرق بين هيئة الاشتراء والافتراق؛ فإن كلتيهما هيئة افتعال دالة على المطاوعة والانفعال، فينبغي أن لا يشملها حديث الرفع؛ لكونها معنى مطاوعياً.

ثالثاً: أنه مخالف للاستعمالات الفصيحة كتاباً وسنة، قال تعالى: قال تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [1]، ولا شك في عدم الفرق بين الكسب والاكتساب في الخيرات والشرور؛ فإن كلا عملي الخير والشر فعل صادر من الفاعل إلا أنه استعمل الكسب في الخيرات، والاكتساب في السيئات لنكتة ذكرت في التفسير [2]، ودخلت على الأولى (اللام)

---

(١) سورة البقرة: ٢٨٦.

(٢) قال المولى المازندراني في شرح أصول الكافي ٨ : ١٠٧: (فإن ذكر الاكتساب في طرف المعصية دليل على أنه لا يعذب بها إلا بعد المبالغة في الكسب، والمبالغة لا تتحقق إلا بعد إيجاد المنوي والإتيان بها، بخلاف الطاعة؛ فإنه يثاب بها لأصل الكسب، وهو يتحقق بالنية، فيثاب بها كما يثاب بفعل المنوي..).

وقال السيد علي خان المدني في رياض السالكين في شرح صحيفة سيد الساجدين عليه السلام ٢: ٤٨١ ـ ٤٨٢ : (وكسب الإثم واكتسبه : تحمله . قال الواحدي: إن الكسب والاكتساب واحد . قال تعالى : ولا تكسب كل نفس إلا عليها . وقيل: الاكتساب أخص؛ لأن الكسب لنفسه ولغيره، والاكتساب ما يكتسب لنفسه خاصة . وقيل : في الاكتساب مزيد اعتمال وتصرّف؛ ولهذا خصّ بجانب الشر في قوله تعالى: : ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ ، دلالة على أن العبد لا يؤاخذ من السيئات إلا بما عقد الهمة عليه وربط القلب به ، بخلاف الخير فإنه يثاب عليه كيفما صدر عنه .

وعلى الثانية (على).

رابعاً: أن المعاني الانفعالية والمطاوعية على قسمين:

الأول: ما يكون التأثير فيها من الغير، وليس في الطرف القابل إلا صرف التأثر، كحركة يد المرتعش، والكسر والانكسار، والصرف والتصرّف، والتغيير والتغيّر.

الثاني: أن يكون في طرف القابل جهة صدورية أيضاً مع حفظ كونه معنى مطاوعياً كالاشتراء؛ فإنه مطاوعة للبيع، وقبول له، وانفعال لفعل البائع، ولكن لا بحيث يسلب الاختيار عن طرف المطاوع والمنفعل، فالمشتري يقبل البيع، وصدور القبول منه فعل اختياري له.

فكل ما كان من قبيل القسم الأول كالكسر والانكسار لم يكن مشمولاً لحديث الرفع، وأما ما كان من قبيل القسم الثاني فيشمله، ولا ينبغي الخلط بين البابين، والافتراق والتفرّق فيما نحن فيه من القسم الثاني، فلو سلّمنا أن الهيئة في المقام بمعنى المطاوعة لكن المادة من قبيل الاشتراء في اشتريت، فتصدر من المتبايعين عن اختيار، وقياسه بكسرت الزجاجة فانكسرت مع الفارق[1].

وقال الزمخشري في الكشاف ١: ٤٠٨ : (فإن قلت: لم خُصّ الخير بالكسب والشر بالاكتساب؟ قلت: في الاكتساب اعتمال، فلما كان الشر مما تشتهيه النفس، وهي منجذبة إليه، وأمّارة به، كانت في تحصيله أعمل وأجد، فجعلت لذلك مكتسبة فيه، ولما لم تكن كذلك في باب الخير وصفت بما لا دلالة فيه على الاعتمال).

(١) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله ـ توضيحاً في مقام الجواب على سؤال: أن المراد من

مناقشة السيد اليزدي والمحقق الإيرواني (قدهما) للاستدلال بالحديث

وقد ناقش في الاستدلال بحديث الرفع كل من السيد اليزدي قدس سره[١]، والمحقق الإيرواني قدس سره[٢]، وارتضاه بعض الأعاظم قدس سره[٣]: بأن التفرّق والافتراق في ما نحن فيه ليس موضوعاً للحكم كي يتمسك بحديث الرفع لنفي حكمه في صورة الإكراه، وإنما هو غاية لموضوع الحكم، وهو عدم الافتراق، ولا ربط لغاية موضوع الحكم بنفس الموضوع، فالتمسك به في موارد غاية الموضوع أو الحكم في صورة الإكراه أشبه شيء بالتمسك به لعدم سقوط وجوب الإنفاق وسائر حقوق الزوجة بموتها اضطراراً؛ فإن الموت غاية لأحكام الزوجية، وغاية الحكم غير موضوعه حتى يشمله حديث الرفع.

الافتراق حصول الفرقة بين الطرفين بلا حاجة إلى أن يكون بنحو المطاوعة وإن كان يأتي بمعنى المطاوعة، كما هو الحال في الاكتساب؛ فإنه يأتي مطاوعة للكسب، ويأتي بدون أن يكون بنحو المطاوعة له، بل يحصل بالكسب الاختياري، وهنا الافتراق كذلك، والشاهد على ذلك أن يكون المتبايعان جالسين ثم يقومان ويمشيان فيحصل التفرّق كما في قوله عليه السلام: « قمت فمشيت خطى »، فإنه دليل على أن الافتراق ليس بنحو المطاوعة. بل يتمّ بحصول التفرق مثل الاكتساب، بل النظر الدقيق يقضي بأن قياس ما نحن فيه بالاشتراء باطل؛ لعدم المطاوعة في الافتراق كما قدمنا، بخلاف الاشتراء، ولكن لأجل تتميم البحث ذكرنا جميع المحتملات.

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٢٣.

(٢) حاشية المكاسب للإيرواني ٢: ١٤ ط حجري.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٧، ثم عدل عنه في ص١٥٩.

وبعبارة أخرى: إن موضوع الخيار هو عدم الافتراق بمقتضى مثل قوله عليه السلام: « البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا »، والحكم هو الخيار، والافتراق غاية للموضوع؛ لأن الشارع جعل الحكم على الهيئة الاجتماعية، فارتفاعها لا يكون موضوعاً لحكم شرعي، بل غاية له وينتهي أمده بتحققها، وذكره في لسان الروايات لبيان أمر عقلي، لا للتعبد الشرعي؛ فإنه نقيض عدم الافتراق، ويرتفع النقيض بحصول نقيضه كما في أيّ نقيضين، وارتفاع الحكم بتحقق الغاية - سواء أكانت للموضوع أو للحكم - ارتفاع عقلي.

الجواب عن ما أفاده الأعلام الثلاثة

ولو صحّ ما أفادوه من أن الافتراق لا يترتب عليه أيُّ حكم أصلاً لكانت دعواهم مطابقة للواقع، ولكان هذا الوجه وجيهاً، ولكن لا سبيل لإثبات ما هو الحق في المقام إلا بالرجوع إلى الأدلة، وملاحظة ما يستفاد من الروايات؛ فإنها على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما كانت ظاهرة في ما أفادوه كقوله عليه السلام: « البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا »[1]؛ فإن لهذه الجملة موضوعاً ومحمولاً، فالموضوع هو عدم الافتراق المستفاد من « ما لم يفترقا »، والحكم هو « الخيار »، والافتراق إنما هو غاية الحكم.

الطائفة الثانية: ما كانت ظاهرة في ترتب ثبوت الخيار على عدم

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الافتراق، وترتب نفيه على الافتراق، وهي طائفة كبيرة من الروايات وفيها الصحاح، وهي:

١- صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[١].

٢-صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.. »[٢].

٣- صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: « إن أبي عليه السلام اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فلمّا استوجبها قام فمضى، فقلت له: يا أبه، عجلت القيام، فقال: يا بني، أردت أن يجب البيع »[٣].

٤- صحيح محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: « إني ابتعت أرضاً، فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى، ثم رجعت، فأردت أن يجب البيع ».

ورواه الصدوق بإسناده عن أبي أيوب مثله إلا أنه قال: « أردت أن يجب البيع حين افترقنا »[٤].

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٣) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٥- صحيح محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «بايعت رجلاً، فلمّا بايعته قمت فمشيت خطى، ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا »[١].

٦- صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: « أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع »، قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام: « إن أبي اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فابتاعها من صاحبها بدنانير، فقال: أعطيك ورقاً بكل دينار عشرة دراهم، فباعه بها، فقام أبي فاتبعته، فقلت: يا أبه، لم قمت سريعاً؟ قال: أردت أن يجب البيع »[٢].

٧- موثقة عمار بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل اشترى جارية بثمن مسمّى ثم افترقا، فقال : وجب البيع.. »[٣].

وهذه الطائفة من الروايات كلها معتبرة، والافتراق فيها جُعل موضوعاً للّزوم.

والمستفاد من كلتا الطائفتين من الروايات - بعد التأمل والتدقيق- أمران:

الأول: أن موضوع الخيار هو عدم الافتراق.

---

(١) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٣) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٥.

الثاني: أن موضوع اللزوم هو الافتراق.

والأخذ بمفاد إحدى الطائفتين دون الأخرى، وإرجاع الثانية إلى الأولى - كما يظهر من تعبير السيد اليزدي قدس سره، واستشهاده بـ « فإذا افترقا فلا خيار لهما » - ، أو القول بعدم وقوع الافتراق موضوعاً لحكم أصلاً - كما هو صريح المحقق الإيرواني - بلا وجه، بل لابدَّ من التأمل في كون الجعل والمجعول في المقام متعدداً أو واحداً والآخر تابع له.

وينبغي لتحقيق ذلك أن يقع البحث في مقامي الثبوت والإثبات:

أما مقام الثبوت فلا محذور ثبوتاً في الجمع بين كلا الاعتبارين والحكمين، والالتزام بانقسام البيع إلى قسمين، بيعٌ قبل التفرّق ويكون موضوعاً لثبوت الخيار، وبيعٌ بعد التفرّق ويكون موضوعاً للزوم، كما هو الحال في بقية الموارد؛ ففي بيع الحيوان يكون البيع في الثلاثة الأيام محكوماً بالخيار، وبعد انقضائها محكوماً باللزوم، فلا محذور ثبوتاً في جعل الخيارات الموقتة في العقود، فيكون العقد في وقت من الأوقات موضوعاً للخيار، وفي وقت آخر موضوعاً للزوم.

وأما مقام الإثبات فالمفروض دلالة الروايات على الأمرين؛ فإن مضمون النصوص - كما تقدم - أن البيع خياري ما لم يفترقا، لازم بعد الافتراق.

فمقتضى القاعدة الأخذ بكلتا الطائفتين، والبناء على تعدد الجعل والمجعول، وبما أن الافتراق أُخذ موضوعاً للحكم باللزوم فهو مشمول

لحديث الرفع لا محالة، فما أفاده الأعلام الثلاثة من كون الحكم واحداً وهو الخيار، وموضوعه عدم الافتراق، وأما الافتراق فليس له دخل في الحكم، على خلاف القاعدة ثبوتاً وإثباتاً.

والحق أن العقد في أصله موضوع للزوم، وبمقتضى التخصيص قيّد بتفرّق المتبايعين فصار التفرّق قيداً شرعياً داخلاً في موضوع الحكم - الذي هو لزوم البيع - فيرتفع في صورة الإكراه.

خلاصة البحث في حديث الرفع

هذه مجموعة الوجوه والأنظار التي أفادها أهل الفن في جواز التمسك بحديث الرفع في المقام وعدم جوازه، وعمدتها يتلخص في وجهين: نقضي وحلي:

أما النقض فبالتفرق عن نسيانٍ وغفلة؛ فإن الفقهاء التزموا فيهما بزوال الخيار، فيستكشف من ذلك أن ذات عنوان التفرّق موجب لسقوط الخيار بأي سبب حصل، كان بالاختيار أو بالإكراه أو بالاضطرار.

وأما الحل فبأن الموضوع هو الافتراق والتفرّق، وهما حالتان حاصلتان للمتبايعين، وليسا فعلين صادرين منهما، وكل منهما يصدق حقيقة بحصوله بأي وسيلة كانت، ولو كان بسبب الريح حسب تعبير السيد اليزدي قدس سره[1]، فلا مدخلية في صدقه للسبب أو لاختيار المتبايعين وقصدهما وإرادتهما، وعليه فيصدق في صورة الإكراه.

---

(١) حاشية المكاسب لليزدي ٢: ٤٢٢.

والجواب أما عن النقض فحاصله: أنه إن قام الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام - لا محتمل المدرك - في مورد النقض فنتعبد به فيه، ولكن أنّى لنا وحصول هذا الإجماع؟ فهو غير موجود في ما نحن فيه قطعاً، وحين عدمه فنحن ومقتضى القواعد.

وأما عن الحل فإن عنوان التفرّق والافتراق عنوان عام بلا إشكال، فيشمل الافتراق بالاضطرار، وبالإكراه، ومع الغفلة، وبدون القصد والإرادة، وصدقه في جميع هذه الصور بنحو الحقيقة، ولا كلام لنا في ذلك، وإنما الإشكال من جهة أخذ هذا العنوان في الدليل شرعاً، فإن نسبة حديث الرفع إلى هذا العنوان نسبة المقيد إلى المطلق والمخصص إلى العام؛ فإن للتفرّق أقساماً، وأحدها التفرّق الناشئ عن إكراه، ومقتضى حكومة حديث الرفع على دليل التشريع إخراج صورة الإكراه؛ إذ لا شك أن نسبة حديث الرفع إلى موضوعات الأحكام ومتعلقاتها نسبة الحاكم إلى المحكوم، وهي هنا حكومة مضيّقة لا موسعة، فتضيّق الموضوع، وأحد الموارد ما نحن فيه؛ فإن عنوان التفرّق هو موضوع الحكم، وحديث الرفع يضيّق دائرته بغير الإكراه.

التحقيق في الاستدلال بحديث الرفع

هذا، ولكن الحق عدم تمامية التمسك به في المقام؛ وذلك لأن هذه الرواية وردت في الخصال، والتوحيد، ومن لا يحضره الفقيه، واستند إليها الفقهاء في موارد مختلفة من الفقه، وأورد صاحب الوسائل في

كتاب جهاد النفس ثلاث روايات:

الأولى: الرواية المعروفة التي رواها الصدوق رحمه الله في التوحيد والخصال عن أحمد بن محمد بن يحيى، عن سعد بن عبد الله، عن يعقوب بن يزيد، عن حماد بن عيسى، عن حريز بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « رفع عن أمتي تسعة أشياء: الخطأ، والنسيان، وما أكرهوا عليه... »[(١)].

وفي أحمد بن محمد بن يحيى العطار بحث في موضعه من الرجال.

الثانية: مرفوعة النهدي الواردة في الكافي: محمد بن أحمد النهدي رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « وضع عن أمتي تسع خصال : الخطاء، والنسيان، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه، وما استكرهوا عليه...»[(٢)].

الثالثة: الحديث الذي بيّن فيه استنباطه من الآيات: محمد بن يعقوب، عن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن أبي داود المسترق، عن عمرو بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « رفع عن أمتي أربع خصال: خطاؤها ونسيانها وما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا، وذلك قول الله عز وجل : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ﴾[(٣)]، وقوله:

---

(١) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٨٦.

﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [١] »[٢].

فالرواية نقلت بعنوانين: الرفع عن الأمة، والوضع عنها، وما ينبغي التدقيق فيه والالتفات إليه أن الوضع عن الأمة إنما يكون في الموارد التي أُخذ فيها أن تصدر من الأمة اختياراً، أي لا يوضع إلا العمل الاختياري، وهو العمل الصادر عن إرادة، فهو إما موضوع على الأمة أو عنها، فإذا وضع عليها فهو تكليف به، وإذا وضع عنها فهو رفع له، فالمستفاد من رواية الوضع لابدية صدور العمل عن قصد، والقصد يجتمع مع الإكراه، ومع عدمه، ولكن في صورة الإكراه وضع عنه، وفي غيرها وضع عليه.

وأما الرواية الواردة بعنوان الرفع، فكلمة الرفع وإن لم تتكفل بهذه الجهة، ولكن الرفع لا يكون إلا في مورد يقبل الوضع، وما يقبله هو الصادر عن إرادة كما تقدّم.

وعليه فالتفرّق والافتراق، وأمثالهما من الأمور التي لم يؤخذ في مادتها، ولا في هيئتها الصدور عن قصد، لا تكون موضوعة على الأمة ولا عنها.

وأما الرواية الثالثة فالمستفاد منها أن الرفع عن الأمة امتناني، استجابة

---

(١) سورة النحل: ١٠٦.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢.

لما ذكره الله تعالى بعنوان دعاء النبي صلى الله عليه وآله، أو بعنوان رفع الإكراه.

فمع ملاحظة هذه الجهة يكون مورد حديث الرفع هو الأمر القابل لتعلّق إرادة المكلَّف، وللتكليف، سواء أكان موضوعاً للحكم أو متعلّقاً له، وأما الموضوعات غير القابلة للتعلّق من ناحية المادة، أي في ذاتها ونفسها [أو لم يؤخذ في موضوعيتها للتكليف انتسابها إلى الأمة]، ولو كانت قابلة للانقسام، فلا تكون موضوعة على الأمّة كما في ما نحن فيه؛ فإنّ الافتراق والتفرّق لا يدور مدار الإرادة والاختيار والقصد كما مرّ مفصلاً، فهو حقيقة تحصل مع الغفلة ومع التوجه والالتفات، ومع الإرادة وبدونها، ومع الاختيار وبدونه، ومثل هذه الحقيقة وهذا العنوان ليس مشمولاً لحديث الرفع، ولا أقل من كونه مشكوك الشمول.

وبعبارة أخرى: إن حديث الرفع لا يشمل إلا الموضوعات التي أخذ في كونها موضوعاً للحكم حيثية انتسابها إلى الأمة، كالإفطار في شهر رمضان؛ فإن موضوعيته لثبوت الكفارة من حيث صدوره عن الفاعل، فمثله يكون موضوعاً على الأمة لولا حديث الرفع، وأما الموضوعات التي لم يؤخذ في موضوعيتها للحكم حيثية صدورها من الفاعل، بل هي موضوع للحكم سواء تحققت قهراً أو اختياراً، فهي غير مشمولة لحديث الرفع؛ لعدم حصول الوضع على الأمة حتى يرفع، مثل الملاقاة للنجاسة، فإن الموضوع للانفعال أعم من كونه الصادر عن المكلف باختياره والمتحقق قهراً، والتفرّق من هذا القسم، فإنّ موضوعيته لتحقق اللزوم لا تدور مدار صدوره من الفاعل، وعلى طبق هذه الكبرى لا يكون مشمولاً

لحديث الرفع.

والحاصل: قصور « رفع ما أُكرهوا عليه » عن الاستدلال، وعلى فرض الشك فمقتضى القاعدة في المخصص المنفصل المجمل الدائر بين الأقل والأكثر هو الاقتصار على القدر المتيقن، وهو حالة عدم الافتراق، فيرجع إلى أصالة اللزوم في غيره وهي صورة حصول الافتراق مطلقاً ولو عن إكراه.

ويؤيد ذلك أن الفقهاء والمحدثين قد استفادوا من الحديث إرادة العفو، فحمل الرفع على العفو، ولهذا عنون صاحب الوسائل قدس سره الباب بـ(جملة مما عفي عنه)، وعنوان التفرّق غير قابل لصدق عنوان العفو، ولا عنوان الرفع والوضع.

والحاصل: أن حديث الرفع إما منصرف عن المفاهيم غير القابلة للوضع على الأمة، أو مشكوك الإطلاق.

فإن تمّ الانصراف لم يتمَّ ما أفاده المشهور، فلا يجري الحديث في ما نحن فيه، ولا أقل من الشك في إطلاق الحديث بالإضافة إلى التفرّق، ومقتضى القاعدة عند الشك هو الرجوع إلى أصالة اللزوم؛ فإن البيع محكوم باللزوم مطلقاً بمقتضى ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ ، وخصّص بروايات خيار المجلس الدالة على ثبوت الخيار إلى غاية الافتراق، والمخصص - بمقتضى الشك في شمول حديث الرفع للتفرّق الإكراهي - مجمل مردَّد بين الأقل والأكثر، والمرجع عند إجمال المخصص الدائر بينهما هو

العموم القاضي باللزوم في ما عدا القدر المتيقن، ونتيجة ذلك سقوط الخيار عند التفرّق عن إكراه.

الدليل الثالث: جبر الشهرة للإجماع المنقول

استدل الشيخ تدّثل على عدم سقوط الخيار بالشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي[(١)].

ولا يخفى أن المستفاد من كلام الشيخ تدّثل عدم تحقق الإجماع المحصّل، والمحصّل من آراء الفقهاء إنما هو بحدّ الشهرة فقط، وحصولها وإن كان مسلّماً إلا أنه لا دليل على اعتبارها، وعلى فرض الاعتماد على شهرة القدماء في الفتوى - كما يفتي البعض؛ استناداً إليها -[(٢)]، فالمراد بها غير المدركية، وأما المدركية فغير قابلة للاستناد؛ فإن الشهرة ليست بأحسن حالاً وأرفع درجة من الإجماع، وهو لا يصح الاستناد إليه إذا كان مدركياً، فهي بالأولوية القطعية، والشهرة المحققة في المقام مدركية كما يظهر من استدلالهم في المسألة.

وأما ما أفاده الشيخ تدّثل من جبر الإجماع المنقول بالشهرة، فنقول: إن نقل الإجماع على نحوين؛ فإن الناقل تارة ينقل السبب وهو عبارة عن نقل الآراء والأقوال، وأخرى ينقل المسبب وهو عبارة عن نقل الإجماع على الحكم.

---

(١) المكاسب ٥: ٧٠.

(٢) يُحكى ذلك عن السيد البروجردي تدّثل.

أما نقل السبب فهو نقل حسي، وفي شمول أدلة حجية الخبر له مبنيان:

الأول: أن نقل السبب ملحق بنقل الحكم؛ لأنه نقل للأقوال، ونتيجة إجماع الأقوال حكم شرعي، فهو واقع في طريق الحكم الشرعي، فيكون مشمولاً لأدلة حجية خبر الثقة؛ لأن خبره في الأحكام وفي ما يقع في طريق إثباتها حجة، ولا يلزم التعدّد على هذا المبنى.

الثاني: أنه ليس من موارد التمسك بخبر الثقة في الأحكام، بل من موارد التمسك به في الموضوعات؛ فإن أقوال الفقهاء - ولو كانت سبباً وكاشفاً عن حكم شرعي - إلا أنها ليست حكماً شرعياً، بل موضوعاً من الموضوعات، فيبتني الكلام حينئذ على الخلاف في حجية خبر الثقة في الموضوعات، فبعضهم ذهب إلى حجيته فيها فلا يحتاج إلى تعدّد، وآخرون إلى عدم حجيته فيحتاج إلى قيام البينة العادلة بمقتضى قوله عليه السلام: « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة »[1].

وأما نقل المسبب بمعنى أن يحكي الناقل الإجماع على الحكم، فهو إخبار عن الحكم الشرعي حدساً لا حساً، ومبنى الشيخ قدس سره في الأصول أن الإجماع المنقول في المسبب بما أنه إخبار حدسي عن الحكم

---

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب ما يكتسب به، الحديث٤.

الشرعي، فلا دليل على حجيته، وهو الحق.

فالإجماع المنقول لا يخرج عن هذين الشقين، ومراد الشيخ قدس سره من الإجماع المنقول المنجبر بالشهرة إن كان هو السببي، فإن كان الناقل ثقة فلا حاجة له إلى الجبر؛ لحجية إخباره على طبق المبنى المتقدم، وإن لم يكن الناقل ثقة أو من أهل الخبرة فلا معنى للجبر.

وإن كان المراد به المسببي فهو إخبار حدسي عن قول المعصوم ولا دليل على حجيته قطعاً مطلقاً، فلا وجه معقولاً إلى جبره أيضاً؛ فإن الإجماع المنقول المقطوع بعدم حجيته لا يقبل الجبر بالشهرة المحققة، فما أفاده الشيخ قدس سره منظور فيه بجميع جهاته.

الدليل الرابع: تبادر الافتراق عن رضا

أن المتبادر من الافتراق المجعول غاية للخيار ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً، فلا تتحقق الغاية في صورة الإكراه[1].

وأورد عليه بإشكالين:

الأول: النقض بصورة النسيان والغفلة؛ فإنّ لازم الالتزام بعدم السقوط في صورة الإكراه؛ لعدم الاقتران بالرضا، هو الالتزام بذلك في صورة الغفلة والنسيان أيضاً؛ بنفس المناط، بينما التزم الشيخ قدس سره وغيره بسقوط الخيار في هذه الصورة مع عدم صدوره عن رضا، وهذا يكشف عن

(١) المكاسب ٥: ٧١.

عدم تقيّد الافتراق بكونه ناشئاً عن رضا[١].

ويمكن ردُّه: بأنه إنما يرد على المشهور القائلين بأن الافتراق عن نسيان مسقط للخيار، وما يفيد في البحث أن يرد النقض على نفس المدّعى؛ لعدم تبعيّتنا للمشهور، وعليه إن قام إجماع قطعي على السقوط في هذه الصورة فهو، وإلا فمقتضى التبادر عدم كون الافتراق الفاقد للرضا غاية للخيار، سواء أكان عن نسيان أم عن إكراه.

الثاني: أن التبادر لا يحصل إلا بسبب، فهو إما أن ينشأ من الوضع أو من الانصراف، أما دعوى حصوله من الوضع فباطلة بالضرورة؛ لعدم وضع لفظ الافتراق بمادته ولا بهيئته لخصوص الافتراق عن رضا، بل هو موضوع للأعم من الحاصل عن رضا وغيره.

وأما دعوى الانصراف، فاللفظ المطلق الموضوع للجامع لا ينصرف إلى إحدى حصصه بلا موجب، ولا موجب له في المقام[٢].

ويمكن ردُّه: بأن الموجب للانصراف هي القرينة العقلائية العامة؛ فإن العقلاء لا يتفرقون - عادة - عن مجلس البيع إلا عن رضا بالمعاملة، فإذا جعل الشارع التفرّق غاية للخيار - المنسبق إلى أذهان العقلاء أنه للتوسعة على المتبايعين ليتأملا في البيع وتكون لهما الفرصة للرد و

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٣.

(٢) حاشية الإيرواني ٢: ١٤ ط حجري، مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٣.

القبول- ينصرف إلى التفرّق الذي يكون عن رضا، وهذه النكتة هي منشأ انصراف الافتراق إلى كونه عن رضا بالمعاملة[١].

الدليل الخامس: صحيحة فضيل

صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[٢].

وقُرّب الاستدلال بتقريبين:

التقريب الأول: أن نفي الخيار قيّد في الصحيحة بـ«بعد الرضا منهما»، فالغاية المجعولة للخيار ليست هي مطلق الافتراق، ولا مجرد الرضا؛ لعدم تأثير الرضا قبل الافتراق إجماعاً، بل هي الافتراق المقترن بالرضا.

وبعبارة الشيخ قدس سره (أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتّصل بالتفرّق بحيث يكون التفرّق عنه؛ إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً)[٣].

---

(١) ربما يقال: بأن الانصراف لا يخلو إما أن يكون لغلبة الاستعمال، أو لغلبة الوجود، والأول هو المعتبر في الانصراف دون الثاني، وما أُفيد من النكتة العقلائية يرجع إلى الثاني فلا يكون معتبراً.

فيجاب عنه: بأنه ليس المقصود إثبات الانصرف المصطلح بسبب غلبة الوجود، بل المقصود إثبات القرينة العامة العقلائية لإرادة الافتراق عن الرضا من اللفظ الوارد في النص؛ لكونه ملقى الى العرف العام فيكون محفوفاً بهذه القرينة.

(٢) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣) المكاسب ٥: ٧١.

وبعبارة أخرى: إن موضوع سقوط الخيار يشتمل على جزئين: الافتراق، ورضا المتبايعين بالبيع عند الافتراق، وفي صورة الإكراه عند الافتراق يفقد الموضوع أحد جزئيه وهو الرضا، فلا يؤثر في السقوط، فيثبت أن المسقط هو الافتراق غير الإكراهي.

التقريب الثاني: ما أفاده الشيخ قدس سره بقوله: (أو يقال: إن قوله: « بعد الرضا » إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ)[1]، والافتراق في حالة الإكراه لا يكشف عن الرضا فلا يكون مسقطاً للخيار.

وأورد على الاستدلال بها بعدة إشكالات:

مناقشة المحقق السيد الخوئي قدس سره في الاستدلال بالصحيحة وردها

منها: ما أورده بعض الأعاظم قدس سره وحاصله: أن الرضا في الصحيحة مردَّد بين الرضا بلزوم البيع، والرضا بأصله، والمراد من الأول الرضا عند الافتراق، وهو رضا جديد بقائي، ومن الثاني نفس الرضا الأولي المتعلق بالعقد حين البيع، والاستدلال إنما يتمّ على الاحتمال الأول؛ لأن الرضا مقيّد بكونه عند الافتراق، ولا وجود له في حالة الإكراه، فلا يكون الافتراق الإكراهي مسقطاً للخيار، ولكن مدلول الرواية هو الاحتمال

(١) المكاسب ٥: ٧١.

الثاني: بمعنى أنهما إذا افترقا لا خيار لهما بعد كون البيع ناشئاً عن رضا.

أو فقل: إن البيع لما صدر عن رضاهما فهو محكوم باللزوم بمجرد العقد، وإنما خرجت منه حصة خاصة من الزمان إرفاقاً بالمتبايعين، وهي ما قبل الافتراق، فإذا انقضى زمان الحكم بالجواز فلا وجه للخيار بعده بعد رضاهما بالمعاملة، وينقضي زمانه بالافتراق، فلا دلالة فيها حينئذ على اشتراط كون الافتراق عن رضا.

ولا أقل من إجمال الصحيحة؛ لدورانها بين هذين الاحتمالين، فلا تصلح للاستدلال[1].

ويجاب عنه: بأن ظاهر قوله عليه السلام: « فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » أن الرضا دخيل في سقوط الخيار، وقيد له، فهو دخيل في لزوم البيع، والرضا الدخيل في اللزوم هو الرضا عند الافتراق، وأما الرضا عند حدوث البيع فهو دخيل في أصل صحته.

وهذا الجواب توجيه وجيه أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره في مقام تأييد الاستدلال بالصحيحة؛ حيث قرّبه بذكر ثلاثة احتمالات في قوله عليه السلام: « بعد الرضا منهما »:

١- أن يراد بعد الرضا بالبيع، بذلك المعنى المعتبر في نفوذه.

٢- أن يراد بعد الرضا بالبيع بالوجه الذي يعتبر في لزومه.

٣- أن يراد بعد الرضا بالافتراق، أي صدوره عن طيب ورضا في قبال

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٤.

الكره والإكراه.

ثم قال: (وإن أريد الأول فهو أجنبي عن المطلوب كما هو واضح، إلا أن إرادته بعيدة؛ لعدم ارتباطه بسقوط الخيار بالافتراق؛ لأن بقاء الخيار وسقوطه في فرض صحة البيع المتقوّم بالرضا، وما يجامع بقاء الخيار وسقوطه كيف يعقل أن يجعل كالافتراق علة لسقوطه)[1].

وتوضيحه: أنه لا شك في كون الافتراق في الرواية مقيداً بالرضا، وهذا الرضا دخيل في السقوط، فهو مغاير للرضا الدخيل في أصل نفوذ البيع.

أو فقل بعبارة قريبة من عبارته قدس سره: إن الرضا بأصل البيع يجتمع مع ثبوت الخيار، ومع سقوطه، وما كان كذلك لا يكون علة لسقوط الخيار.

وبهذا يتضح بطلان ما أفاده بعض الأعاظم قدس سره.

مناقشات المحقق الأصفهاني قدس سره للاستدلال بالرواية وردّها

ومنها ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره وهي وجوه:

الوجه الأول: أن الاستدلال مبني على عدم ورود التقييد مورد الغالب، وإلا سقط القيد عن المقيدية، وبما أن الغالب في ما نحن فيه كون الافتراق عن الرضا، فهو وارد مورد الغالب، [ويؤكد وروده مورد الغالب كون التقييد به فيما هو كالمفهوم للإطلاقات الكثيرة، لا أنه كلام مستقل

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣١ - ١٣٢.

ابتدائي حتى يتعيّن حمل التقييد على حقيقته][1].

وفيه: **أولاً**: أن الأصل في القيود الاحتراز، لا سيَّما مع صدورها من الحكيم، فحملُ القيد على الغلبة خلافُ الأصل.

ثانياً: أن الحمل على الغلبة مخالف لمقام الشارع من حيث كونه شارعاً؛ فإن مقامه كذلك يقتضي أن يكون للقيد المأخوذ في كلامه دخل في المطلوب من جهة شرعية، لا أن يكون لبيان جهة خارجية.

ولا ترفع اليد عن هذين الأصلين إلا بالقرينة المقتضية لذلك كما في قوله تعالى : ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [2]؛ فإن الضرورة قامت على عدم اختصاص الحرمة بهذه الحصة، ولا ضرورة في ما نحن فيه تقتضي الحمل على الغلبة، كما لا توجد قرينة أخرى توجب ذلك.

الوجه الثاني: أنه إنما يتعين التقييد ويتم الاستدلال لو كانت الرواية بهذا النحو: « فإذا افترقا بعد الرضا منهما فلا خيار »؛ لأن نفي الخيار حينئذ يكون مرتّباً على جزئين: الافتراق، والرضا، أي على الافتراق الخاص، ولكن الرواية ليست كذلك، بل هكذا: « فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » فنفي الخيار مرتّب على الافتراق وحده؛ حيث إنه التزام عملي منهما، وقوله عليه السلام: « بعد الرضا » بيان للافتراق، فهو في قوة أن يقول: إنه لا خيار بعد الافتراق الذي هو رضا والتزام منهما عملاً.

---

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٢ ، وما بين المعكوفين لم يتعرض له الشيخ الأستاذ - دام ظله - وأضفناه من المصدر.

(٢) سورة النساء: ٢٣.

وإن شئت قلت: في قوة أن يقول: إذا افترقا فلا خيار لهما؛ لأن الافتراق رضا بالبيع، وفرق بين التقييد والبيان[١].

وفيه: **أولاً**: أن تفريقه قدس سره بين تقديم جملة « بعد الرضا » على جملة « فلا خيار »، وبين تأخيرها عنها، فعلى الأول قيد، وعلى الثاني بيان، بلا فارق؛ لأن الافتراق ـ على التقديرين ـ إما أن يكون مهملاً، أو مطلقاً من ناحية الرضا وعدمه، أو مقيداً، وبما أن الإهمال غير معقول كما هو واضح، وكذا الإطلاق مع وجود كلمة « بعد الرضا »، فيتعين التقييد بكون الافتراق عن رضا، فيكون بهذا القيد غاية للخيار، فيعود كلام الشيخ قدس سره.

ثانياً: سلّمنا بما أفاده من أنه بيان لا قيد؛ لكونه جاء بعد كلمة « فلا خيار »، إلا أن معنى البيان - حسب اعترافه - هو كون الافتراق رضا بالبيع، وهذا هو الذي جعل غاية، ولا يتحقق هذا المعنى في صورة الإكراه، فيعود الإشكال، بل كونه بياناً أدل على مطلوب الشيخ قدس سره من القول بالقيدية؛ لأن الافتراق - بناء على التقييد - مغاير للرضا ولكنه مقيّد به، وأما بناء على البيانية فهو بنفسه رضا بالبيع.

ثالثاً: أن قوله: (بأن الافتراق التزام عملي بالبيع) **فيه**:

١- أن الافتراق في حدّ نفسه لا يعدّ التزاماً عملياً بالبيع الحاصل؛ إذ ليس حاله حال مثل البيع والصلح والهبة الصادرة ممن انتقل إليه المال

---

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٢.

بالمعاملة السابقة؛ فإن صدورها منه وتعلّقها بالمال المنتقل إليه التزام عملي بالمعاملة السابقة، فدعوى أن الافتراق التزام عملي بالبيع يتوقف على التعبد الشرعي وجعل الشارع له واعتباره إياه، ولا دليل عليه.

٢- سلّمنا بأن الافتراق التزام عملي، إلا أنه بجعل الشارع، وجعله في هذا المورد منصرف إلى غير الإكراهي قطعاً، وذلك لأن الإفتراق في نفسه ليس التزاماً عملياً - كما تقدم - ، بل بالتعبد الشرعي، بمعنى أن الشارع نزّل الافتراق منزلة الالتزام العملي بالبيع، وهو يرجع لبّاً إلى اعتباره شرعاً التزاماً بالبيع ، فيتوقف على كون دليل التنزيل من القوة بمكان بحيث يشمل صورة الإكراه، ومع كون الشارع ممن يرفع حكمه في موارد الإكراه بمقتضى حديث الرفع وغيره يشك في إطلاق دليل التنزيل، فمقتضى القاعدة الاقتصار على القدر المتيقن وهي صورة الافتراق بدون إكراه.

٣- أن الالتزام بالمعاملة على نحوين: التزام قولي كأن يقول: (التزمت) أو (أمضيت) أو (رضيت)، والتزام عملي بأن يعمل عملاً كاشفاً عن التزامه بالمعاملة وإسقاط الخيار، وعلى التقديرين فهو لا يؤثر إلا في صورة الاختيار، فلو قال: (أمضيت المعاملة) عن إكراه لم يكن مسقطاً للخيار قطعاً، والالتزام العملي ليس بأقوى كاشفية من الالتزام القولي، فلو أكره على الصلح في مورد المعاملة السابقة لم يكن التزاماً منه بها.

وبالجملة: فكلمة « بعد الرضا » وإن كانت بياناً لا قيداً، والافتراق إمضاء عملياً إلا أن الالتزام عن إكراه لا أثر له وساقط بحديث الرفع.

الوجه الثالث: أن الرضا بالبيع يقابل الكراهة لا الإكراه، فيكون مدلول الرواية حينئذ عدم سقوط الخيار في ما لو افترقا عن كراهة للبيع ولو لم يكن عن إكراه من الغير، ولم يقل أحد ببقاء الخيار في هذه الصورة، مع أنه افتراق لا عن رضا بالعقد، وهذا يكشف عن عدم كون الرضا قيداً ينتفي في مورد الإكراه[1].

وفيه: أن مدلول الرواية أن يكون الافتراق عن رضا بالبيع، ومقتضى التقييد به عدم ترتيب الأثر على الافتراق في ما لو حصل عن كراهة له أو عن إكراه عليه؛ لعدم تحقق الغاية المجعولة، ولكن خصص هذا الحكم في مورد الكراهة بالإجماع القطعي، والضرورة الفقهية على حصول الغاية في موردها، فتبقى صورة الإكراه على حالها.

فمقتضى الصناعة التقييد، لا إسقاط الدليل بالمرّة.

الوجه الرابع: النقض بموارد الغفلة والنسيان؛ فلو افترقا لا عن التفات بل غفلة عن العقد أو حكمه لم يكن الافتراق عن رضا بالبيع، مع أنه لا ريب عندهم في سقوط الخيار[2].

وقد تقدم دفعه في مناقشة المحقق السيد الخوئي قدس سره للدليل السابق فلا نعيد.

---

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

(٢) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

الوجه الخامس: أنه يلزم - من تقييد الافتراق بالرضا بالبيع - لغوية أخذ الافتراق غاية للخيار، بل يلزم عدم كونه غاية له أصلاً؛ لأن الافتراق الناشئ عن الرضا بالبيع لا يكون إلا بعد الرضا به؛ لكونه منشأ له، فيتحقق قبله، فيكون هو المسقط حقيقة لا الافتراق، وبهذا يستكشف أن الغاية هي الافتراق غير المقيّد بكونه ناشئاً عن الرضا، [نعم، تقييده بالكشف النوعي عن الرضا معقول، لكنه خلاف الظاهر من الصحيحة][1].

وهذا الوجه وإن كان متيناً؛ لأن في باب الخيار روايتين علّل سقوط الخيار فيهما بالرضا بالبيع، فلعل المحقق الأصفهاني تدّس كان ناظراً إليهما، وهما:

الأولى: عن علي بن رئاب ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط....»[2].

الثانية: وبإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي، عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين، عن أبيه، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله: في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط،

---

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣، وما بين المعكوفين لم يتعرض له الشيخ الأستاذ - دام ظله - ونقلناه من الحاشية تتميماً لكلامه تدّس.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان ..»[١].

فإن المستفاد من تعليل مسقطية إحداث الحدث للخيار بكونه رضا بالبيع في الرواية الأولى، ومن تعليق عدم الضمان على الاستحلاف بعدم رضاه في الرواية الثانية، كون الرضا بالبيع مسقطاً قطعاً، فإذا قلنا بأن الافتراق مسقط مع تقييده بكونه ناشئاً عن الرضا، فالمسقط يتحقق دائماً قبل الافتراق، فيلغو جعل الافتراق غاية.

إلا أن للمناقشة في ما أفاده مجالاً؛ أما الرواية الثانية فهي ضعيفة السند بالفارسي، وبعبد الله بن الحسن؛ لعدم توثيقهما، فلا تصلح للاستدلال[٢].

وأما الأولى فلا إشكال في صحة سندها، وتطبيق الرضا بالبيع على إحداث الحدث كاشف عن مسقطية الرضا بالبيع، فإن كانت هذه الرواية محط نظره تدثر فالاستدلال - بحسب الظاهر - قوي، إلا أن فيه:

أولاً: أنه نفسه تدثر في بحث خيار الحيوان اختار أن المراد من هذا

---

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٢) فائدة: قال المحقق السيد الخوئي تدثر في معجم رجال الحديث ٥ : ٢٦٢ : (أقول: في بعض نسخ الكافي الحسن بن أبي الحسين الفارسي، وهو الصحيح بقرينة سائر الروايات).

والذي يظهر أيضاً من سائر الروايات وكتب الرجال أن اسم والد عبد الله هو الحسين بن زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام، وليس الحسن بن زيد.

الرضا الالتزام بالبيع؛ حيث أورد الشيخ تدثّر في هذه الرواية أربعة أوجه[١]، وأضاف المحقق الأصفهاني تدثّر وجهاً خامساً، وهو الالتزام بالبيع؛ وقسّم الالتزام إلى ثلاثة أقسام: التزام قلبي، وهو الرضا بلزوم العقد قلباً، والتزام قولي، وهو قول أحد المتبايعين: (التزمت بالعقد وارتضيته)، والتزام فعلي، وهو التصرف في المبيع على حدّ تصرفه في سائر أمواله، والانتفاع به بأحد وجوه الانتفاعات، وليس بابه باب الكشف عن الرضا قلباً، بل هو بنفسه من حيث إنه عمل الملتزم يسمى التزاماً عملياً.

والمسقط للخيار هو الالتزام القولي والعملي دون القلبي، وإحداث الحدث المسقط للخيار التزام عملي[٢].

وفي بحث تعريف الخيار عندما عرّفه الشيخ تدثّر بأنه: (ملك فسخ العقد)[٣]، في قبال من قال بأنه: (ملك إقرار العقد وإزالته)[٤]، قال تدثّر - بعد تصريحه بأن طرف الخيار عبارة عن إقرار العقد وإمضائه -: (وهو الالتزام بالعقد المعبّر عنه في لسان الأخبار « بأنه رضا منه »)[٥].

ثانياً: وهو يتوقف على مقدمة حاصلها: أنّا لو خلّينا وكلمة (الرضا)، فلا شك أن الرضا بالبيع غير الالتزام به؛ فإنه من صفات النفس في قبال

---

(١) المكاسب ٥: ١٠٠.

(٢) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٧٠.

(٣) المكاسب ٥: ١١.

(٤) المكاسب ٥: ١٢.

(٥) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٦.

الكراهة، والالتزام من أفعالها، بمعنى التعهد، فهو أمر إنشائي كالشرط الذي فسّر بأنه التزام في ضمن التزام آخر، ولا ينبغي الخلط بين فعل النفس وصفتها، فإذا جمدنا على ظاهر الروايات فالمدار هو حصول الصفة النفسانية، ولكن لا يلتزم به أحد من الفقهاء، وهو منهم، بل حملوا الرضا في الرواية على الالتزام بالبيع، فهو أمر عملي، وما لم يصل إلى مرحلة الإنشاء بالقول أو بالفعل لا يصدق عليه التزام، ولهذا لا يطلق الالتزام على الشروط في المعاملات، وعلى الاعتبارات مطلقاً - سواء كانت بيعاً أو صلحاً أو إيقاعات - ما لم تصل إلى حد الإنشاء.

إذا اتضحت هذه المقدمة فالإشكال أن المسقط للخيار هو الالتزام بالبيع، وإقراره وإمضاؤه، وصرف الرضا النفساني ليس إقراراً وإمضاء له، ولا التزاماً به، وما وقع قيداً في الرواية - محل البحث - هو الرضا بالبيع، فلا يكون هو المسقط، بل هو الافتراق الناشئ من الرضا.

وبعبارة أخرى: إن المنشأ- وهو الرضا - ليس هو المسقط للخيار؛ لأن المسقط هو إقرار البيع وإمضاؤه، وحقيقة الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ أو إمضاء البيع، فإذا حصل الفسخ سقط الخيار بذهاب أصل العقد، وإذا حصل الإمضاء سقط الخيار بإقرار العقد، والإمضاء لا يتم بمجرد الرضا.

والحاصل: أن ما أخذ قيداً في الرواية ليس بمسقط للخيار، وما هو المسقط له لم يؤخذ قيداً فيها، فيمكن القول بأن المسقط للخيار هو

الافتراق الناشئ عن رضا بالبيع، ولا لغوية في أخذه.

الوجه السادس: أن الافتراق لا يمكن أن يكون كاشفاً عن الرضا؛ لعدم خلوّ المتبايعين عن أحد حالين: إما أن يكونا مكرهين على ترك التخاير، أو لا، فعلى الأول لا يكشف افتراقهما عن الرضا، كما هو واضح، وعلى الثاني يكون عدم اختيارهما هو الكاشف عن الرضا، فلا تصل النوبة إلى كاشفية الافتراق[1].

وما أفاده قدس سره يرد على القول بكاشفية الافتراق عن الرضا؛ لعدم الكشف في صورة الإكراه وعدمه، ولكن ما نلتزم به- وهو الظاهر من الشيخ قدس سره- أن مسقطية الافتراق ليست لكونه كاشفاً عن الرضا، بل لأخذه جزءاً في ما اعتبره الشارع مسقطاً، بمعنى أن الشارع جعل المسقط للخيار مركباً من جزئين: الافتراق، والرضا بالبيع، فالمسقط للخيار هو الافتراق المقيّد بالرضا، لا الكاشف عن الرضا، وبينهما فرق دقيق.

وبعبارة أخرى: إن هنا احتمالين: أولهما: أن يكون لنفس الافتراق موضوعية في سقوط الخيار إلا أنه بقيد الانضمام للرضا بالبيع، وهو الظاهر من عبارة الشيخ قدس سره الأولى؛ حيث قال: (دلّ على أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما)[2].

والآخر: أن يكون المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا، وهو المستفاد من عبارة الشيخ قدس سره الثانية، التي ابتدأها بقوله: (أو يُقال: ...)؛

---

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

(٢) المكاسب ٥: ٧١.

حيث قال في آخرها: (فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد، وإعراضهما عن الفسخ)[١].

والمختار- عندنا وعند الشيخ قدس سره - هو الوجه الأول؛ حيث صدّر الجملة الثانية بقوله: (أو يقال) المشعر بتأمله فيه، وإشكاله وارد على الثاني.

المختار في الاستدلال بالرواية

إلى هنا اتضح عدم ورود الإشكالات على الشيخ قدس سره، ولو كنا وهذه الرواية لتمّ استدلاله قدس سره بها على أخذ الرضا قيداً في الافتراق، ولكن الإشكال في التمسك بها من جهتين:

الجهة الأولى: أن هذه الرواية تخالف - في أخذ الرضا قيداً في الافتراق - الروايات الكثيرة الواردة في الباب قبل صدورها وبعده؛ حيث وردت عن الرسول صلى الله عليه وآله، وبيّن الأئمة عليهم السلام وظيفة المتبايعين في حدّ الخيار ببيان الرسول صلى الله عليه وآله، وكلّها فاقدة للقيد، فتقييد الروايات جميعها بهذه الرواية لا يخلو من تأمل، لا سيّما وأن بعض الروايات كانت واردة في مقام العمل، ولم يفصّل الإمام عليه السلام في بيان الجواب.

وأما كون التقييد هو الموافق للصناعة الأصولية على أساس عدم المانع من تأخير البيان عن وقت الحاجة إذا كان ذلك لمصلحة، ولهذا

---

(١) المكاسب ٥: ٧١.

كان المعروف عند الأصوليين في مثل هذه الموارد هو التعامل مع الروايات معاملة المطلق والمقيد.

فتام، ولكن الفتوى على طبقه في مثل المقام في غاية الإشكال؛ إذ مورد القاعدة الأصولية ما إذا ورد مطلق وتأخر التقييد عن وقت الحاجة مع احتمال كون تأخير بيانه لأجل مصلحة، ولكن احتمال وجود المصلحة في التأخير في مثل المقام الذي تأخر فيه البيان منذ زمان الرسول صلى الله عليه وآله إلى زمان الأئمة عليهم السلام احتمال غير عقلائي.

الجهة الثانية: أن هذه الرواية التي أخذت قيد الرضا بمرأى ومسمع من الفقهاء، ومع أنها صحيحة السند إلا أن الشهرة القريبة من الاتفاق قامت على عدم التقييد، ومتى ما أعرض المشهور القريب من الاتفاق عن الدلالة كان موهناً لها، كما قرّر في محله من الأصول؛ فإن مستند الظهورات سيرة العقلاء، وهي دليل لبّي، يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالالتزام بالتقييد - والحال هذه - محل تأمل وإن رفعنا الإشكالات الأخرى عنها.

مضافاً إلى أن في الرواية احتمالات ثلاثة عند القوم كما تقدمت الإشارة إليها.

الدليل السادس: ما نقله المحقق الأصفهاني قدس سره عن غير واحد من الأعلام، من أن تشريع الخيار للإرفاق بالمتعاقدين، وهو غير ملائم

لسقوطه بالافتراق الإكراهي[١].

مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل ودفعها

وأورد عليه: بأن أصل جعل الخيار للإرفاق، وهو أمر امتناني، ولا يلزم أن تكون غايته امتنانية، وملائمة للإرفاق أيضاً؛ إذ الخيار للإرفاق بالمتعاقدين، لا أن كل ما يلائم الإرفاق لا بدّ من جعله لهما، كيف وقد جعل خيار الحيوان للإرفاق بالمشتري حتى يتروّى ويتأمل في ما اشتراه، وامتداده إلى ثلاثة أيام، وليست الغاية تحت اختياره.

ويمكن دفعه بعدم الامتنان في أصل جعل الخيار، في ما لو وقع البيع، ثم أكره البيّعان على الافتراق مباشرة، وإنما يتصور الامتنان في ما لو وُجد الفاصل بين زمان وقوع البيع وزمان التفرّق، فإنه لا محذور - حينئذ - في كون جعل الخيار امتنانياً، وغايته ليست امتنانية كخيار الحيوان.

وعليه فيمكن إكمال هذا الوجه: بأنّ جعل الافتراق الإكراهي غاية للخيار في صورة الإكراه على التفرّق بمجرد وقوع البيع خلاف الامتنان من جعل الخيار، فيحكم بعدم السقوط حينئذ، والحكم في غيرها بالإجماع القطعي على عدم الفصل.

ولكن، بما أن هذا الوجه يعتمد في تماميته على الإجماع المركب، وعدم الفصل، وفيه بحث في الأصول، ولم تثبت حجيته، فهذا الدليل لا

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣ .

يثبت المطلوب ولا يمنع من الفتوى على خلافه[١].

خلاصة

نتيجة المباحث السابقة: أن المشهور ذهبوا إلى عدم سقوط الخيار في صورة الإكراه على الافتراق والمنع من التخاير؛ وذلك لوجوه ستة، وقد أورد عليها الأعاظم بما دفعناه عنها، ومع الاحتراز عن مخالفة المشهور إلا أنا خالفناهم في نهاية الأمر؛ والوجه في المخالفة: أن عمدة أدلة المشهور ثلاثة أوجه:

الأول: جملة « ما أكرهوا عليه » من حديث الرفع، وقد أوضحنا نحو الاستدلال به وما أُورد عليه، وأجبنا عن جميع الإشكالات إلا أننا استشكلنا فيه من جهة أخرى، فالمختار عدم جريانه في المقام.

الثاني: صحيحة فضيل، وقد اتضح نحو الاستدلال بها أيضاً وما أورد

---

(١) تعرض سماحة الشيخ الأستاذ ـ دام ظله ـ في المقام إلى قصة عن مخالفة المشهور وعدم مخالفتهم، لا بأس بذكرها لتكون ذكرى لأهل العلم والفضل، لكيلا يتعجلوا في مخالفتهم قدست أسرارهم: (حدثنا السيد الكلبايكاني رحمه الله وكان في زيارة منه إلي رداً على زيارتي إياه، وقد جرى الحديث عن قول المحقق الحائري قدس سره في كتاب الصلاة في موارد: المشهور كذا، ومخالفة المشهور مشكل، والفتوى بدون دليل أشكل، فقال السيد رحمه الله أنه رأى في عالم المنام - وتردد الشيخ الأستاذ في الرائي من هو، هل هو المحقق الحائري أو السيد أو غيرهما - السيد اسماعيل الصدر رحمه الله - وهو والد السيد صدر الدين، وكان عالماً متضلّعاً ومتديناً من الطراز الأول - وقرأ هذه الآية لمن رآه: ﴿ قِيلَ ٱدۡخُلِ ٱلۡجَنَّةَۖ قَالَ يَٰلَيۡتَ قَوۡمِي يَعۡلَمُونَ ﴾ سورة يس: ٢٦، ثم قال: إني دخلت الجنة؛ لأني أحتاط، ولا أفتي بمخالفة المشهور).

عليها ودفعه، غير أنّا تأملنا فيها من جهتين:

الأولى: ظهور أكثر الروايات في موضوعية الافتراق على وجه الإطلاق، أعم من كونه باختيار المتبايعين أو مع غفلتهما، وهذا الإطلاق آبٍ عن التقييد بمثل هذه الرواية المتأخر زمان بيانها عن وقت الحاجة، مع عدم عقلائية احتمال كون التأخير لمصلحة.

الثانية: إن هذه الرواية بهذا القيد بمرأى ومسمع من المشهور، ومع ذلك أعرضوا عن العمل بها، وإعراض المشهور القريب من الاتفاق عن الدلالة موهن لها قهراً.

الثالث: إن إطلاق الافتراق منزلٌ على الارتكاز العقلائي، وارتكاز العقلاء في معاملاتهم على أن يكون الافتراق بعد الالتزام بالبيع.

وهذا الوجه ممنوع أيضاً؛ فإن المعاملة كالبيع عند العقلاء بعد تماميتها مبنية على اللزوم إلا أن يكون هناك شرط خاص بالخيار، لهما أو لأحدهما، أو شرط عام كعدم الغبن في البيع، وأما خيار المجلس فهو أمر تعبدي ولا علاقة للعقلاء - بما هم عقلاء - به، فكيف يُنزلُ الإطلاق على ارتكازهم؟!

وعلى هذا فالحق سقوط الخيار بالافتراق مطلقاً.

مسألة: لو أكره أحدهما على التفرّق أو البقاء

لو أكره أحد المتبايعين على التفرّق أو البقاء، ومنع من التخـاير، ففـي المسألة صورتان:

الأولى: أن يكره أحد المتبايعين على التفرّق عن مجلس البيـع وتـرك التخـاير، ويكـون الآخـر مختـاراً فـي المصـاحبة والتخـاير، فيبقـى فـي المجلس.

الثانية: أن يكره أحدهما على البقاء في المجلس مع المنع من التخاير، ويترك الآخر مختاراً، فيذهب اختياراً.

أما الصورة الأولى فهي محل الكلام، وباتضاح حكمهـا يتضـح حكـم الصورة الثانية، وفيها أربعة أقوال:

الأقوال في المسألة

القول الأول: سقوط خيارهما، كمـا عـن ظـاهر المحقـق، والعلامـة، وولده السعيد، والسيد العميد، والشهيد أعلى الله مقامهم[1].

القول الثاني: ثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط، والمحقق والشـهيد الثانيين، ومحتمل الإرشاد[2].

القول الثالث: سقوط خيار المختار خاصة، سواء تحرك من المجلـس

(١) المكاسب ٥: ٧٣.

(٢) المكاسب ٥: ٧٣.

أو بقي فيه، كما هو ظاهر الخلاف[١].

القول الرابع: التفصيل بين بقاء المختار في المجلس فيحكم بثبوت الخيار لكليهما، وبين مفارقته فيسقط عنهما، وهو مختار العلامة في التحرير[٢].

ولا يخفى أن البحث في هذه المسألة إنما يجري على مسلك المشهور القائلين في المسألة السابقة باعتبار الاختيار في الافتراق؛ إذ يأتي البحث - حينئذ - في أن المعتبر هل هو اختيارهما أو يكفي اختيار أحدهما؟ وأما على ما ذهبنا إليه من سقوط الخيار بحصول مطلق الافتراق فلا بحث؛ إذ مع القول بسقوط الخيار عند التفرّق الإكراهي منهما يكون سقوطه بإكراه أحدهما على التفرّق بالأولوية القطعية.

وكيف كان فمبنى الأقوال على أن المعتبر في الافتراق المجعول غاية للخيار هل هو اختيارهما معاً، أو الاختيار بنحو الموجبة الجزئية، فيكفي حصوله من أحدهما؟

وبعبارة أخرى: هل المستفاد من الأدلة الاختيار المقابل للإكراه بنحو مطلق لكل من المتعاملين، أو مطلق الاختيار؟

وعلى الأول هل المستفاد من الأدلة الاختيار بنحو العام الاستغراقي،

---

(١) الخلاف ٣: ٢٦ المسألة ٣٥.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٤.

أو بنحو العام المجموعي؟

وكل تقدير مبنى لأحد الأقوال، فعلى الأول من الأول - أعني اعتبار الاختيار وأنه بنحو العام الاستغراقي - يسقط خيار المختار خاصة.

وعلى الثاني منه - وهو اعتباره بنحو العام المجموعي - يثبت الخياران؛ لأن الغاية عبارة عن مجموع الافتراقين عن اختيار ولم تتحقق.

وأما على الثاني ـ وهو كفاية حصول الاختيار من أحدهما لتحقق الافتراق المسقط ـ فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً، وحركة صادرة باختيار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟

فعلى الأول يتوجَّه تفصيل العلامة قدس سره في التحرير بين بقاء المختار في مجلس العقد وذهابه. وعلى الثاني يسقط الخياران، وهو القول الأول.

هذه هي الأقوال الأربعة وهذه مبانيها، ومقتضى التحقيق في المسألة أن تلاحظ أدلة الأقوال:

أدلة الأقوال

دليل القول بسقوط الخيار

أما القول بسقوط الخيار عنهما فتلاحظ أدلة اعتبار الاختيار في الافتراق، وهي على قسمين: الأدلة الخاصة، والعامة:

أما الأدلة الخاصة فربما يستدل على كفاية الاختيار من أحدهما بإطلاق الروايات المتقدمة: « بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت

خُطَى ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا »[١]؛ فإن مقتضى الإطلاق أن الخيار يسقط لتحركه باختياره سواء أكان الباقي في مجلس البيع مختاراً في البقاء أم مكرهاً عليه[٢].

الإشكال في الدليل الخاص

ولكنه لا يتم؛ لأن الرواية حكاية عن فعل المعصوم، والفعل لا إطلاق فيه ليدل على شموله لصورة ما لو كان الباقي في المجلس مكرهاً على البقاء، فلربما كان كل من الإمام عليه السلام والآخر الذي كان باقياً في المجلس مختارين في الذهاب والجلوس، فلا تشمل ما لو كان أحدهما مُكرهاً.

نعم، لو كان نحو بيان الرواية هذه الكيفية: (لو قام أحد المتبايعين ومشى خطوات سقط الخيار) لتمّ الإطلاق، ولكنه لم يرد كذلك[٣].

---

(١) الوسائل، الباب٢ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) المكاسب ٥:٧٦.

(٣) نقل بعض الحاضرين كلاماً لبعض حاصله: إن فعل الإمام عليه السلام يشمل ما لو كان الطرف الآخر غافلاً.

فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن الفعل مجمل ولا إطلاق فيه، ولا نعرف خصوصيات المقام وما عليه الطرف الآخر، ولا يمكن الاستدلال على بقاء الخيار أو سقوطه فيما لو كان أحد المتبايعين مختاراً والآخر مكرهاً إلا بنص في المورد أو بإطلاق، وعمل الإمام ليس شيئاً منهما، والإمام أجلُّ من أن يستغل غفلة الطرف الآخر للخروج.

ثم تعرّض الأستاذ - دام ظله - إلى بيان معرفة المعصوم وأنها فوق إدراكات البشر، ببيان جميل، وبرهان متين، ولكنه خارجٌ عن محل البحث فنتركه لموضعه.

وأما الأدلة العامة فعمدتها: قوله عليه السلام: « البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا »[(١)]، والافتراق وإن كان أعم من الاختياري والإكراهي إلا أنه قُيّد بالاختياري، ولكن بما أن المقيد منفصل ومجمل من حيث كفاية الاختيار من أحدهما أو اعتبار اختيارهما، فيقتصر في المقيد على القدر المتيقن، وهو ما لو افترقا عن اختيار منهما، وتبقى صورة الاختيار من أحدهما تحت الإطلاق، ويترتب على بقائها تحته سقوط الخيار عنهما.

إشكال المحقق الرشتي على الأدلة العامة ورده

وأورد على ذلك المحقق الرشتي قدس سره: بأنه إنما يتم لو قلنا بإطلاق الافتراق وبتقييده بالدليل المنفصل، ولكنه ليس كذلك فإن المتبادر منه خصوص الافتراق عن اختيار، في مقابل ما يكون عن إكراه، فالحديث لا يشمل صورة الافتراق عن إكراه من أول؛ فإنه لا يُقال حينئذٍ: افترقا، بل يُقال: فرّق بينهما[(٢)].

وفي هذا البيان نظر من جهتين نقضاً وحلاً:

أما النقض فأولاً: بأن لازم أخذ الاختيار في مفهوم الافتراق محدوديته به وجوداً وعدماً، وهو يستلزم إمكان وقوع الافتراق بين الكتاب والعترة؛ حيث ورد في حديث الثقلين: « إني تارك فيكم الثقلين ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا: كتاب الله وعترتي أهل بيتي وإنهما لن

---

(١) الوسائل ١١، باب١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ ، ٢.

(٢) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ١٧٥.

يفترقا حتى يردا عليَّ الحوض »[١]، ولا ترديد في عدم إمكان حصول الافتراق بينهما، كان ذلك بالإكراه أو بدونه، وفي ضمن أي هيئة من الهيئات- التفرّق، والتفرقة، والافتراق - فاشتمال نصوص حديث الثقلين على عنوان الافتراق شاهد على عدم أخذ الاختيار فيه وعدم تبادره منه.

وثانياً: بأنه ورد في كل من بابي خيار المجلس وحديث الثقلين عنوان (التفرّق والافتراق)، « ما لم يفترقا »، و« ما لم يتفرّقا »، و« لن يفترقا »، و« لن يتفرقا »، فما أفاده تدّ من أن هيئة الافتراق إنما تكون في صورة الاختيار من الطرفين، والهيئة الأخرى في صورة وجود المفرِّق غيرُ صحيح.

وثالثاً: بأن الافتراق على هيئة افتعال، فلو أُخذ فيها الاختيار للزم أن لا يتحقق الاكتساب الإكراهي، وهو حاصل بالضرورة، ويجري فيه حديث الرفع كما يجري في غيره من موارد الإكراه.

وأما الحل فإن الافتراق بين الشيئين - الذي هو عبارة عن الانفصال بينهما - حقيقة في قبال اجتماعهما، يتحقق تارة بالاختيار والإرادة وطيب النفس، وأخرى بالقهر والإكراه والتهديد، وكما أن مادة الاجتماع مقسم لهذين القسمين بنحو الحقيقة، لا بالعناية والقرينة، فكذلك الافتراق يصدق - بنحو الحقيقة - على الافتراق الاختياري والإكراهي من دون

---

(١) الوسائل، الباب الخامس من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

أية عناية.

وبعبارة أخرى: إن من علائم الحقيقة والمجاز انقسام الشيء إلى قسمين من دون عناية ولا قرينة، والافتراق ينقسم بدونها إلى الاختياري والإكراهي، فيكشف عن عدم أخذ الاختيار في معناه.

الحق في الإشكال على الاستدلال

هذا ما يرتبط بكلام المحقق الرشتي قدس سره وأما بالنسبة إلى أصل الاستدلال، فالحق أن يقال بعدم صحته على إطلاقه، بل لابد أن يراعى فيه الدليل المقيِّد؛ فإن كان دليلاً لبيّاً كالإجماع، أو دليلاً لفظياً مجملاً فالحق ما جاء في الاستدلال من الاقتصار في التقييد على القدر المتيقن، وهي صورة الافتراق عن إكراه منهما، وأما صورة الافتراق عن اختيار من أحدهما فتبقى تحت الإطلاق.

وإن كان دليلاً لفظياً غير مجمل، كـ(حديث الرفع) عند من استند إليه أُخذ بإطلاقه، وكانت نتيجته عدم سقوط الخيار.

دليل القول بالتفصيل بين خيار المكرَه وخيار المختار

أما القول بالتفصيل بين خيار المكرَه وخيار المختار فيثبت الأول ويسقط الآخر، فاستدل عليه: بأن مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية، أعني (البيّعين) و (ما لم يفترقا) أن يثبت لكل واحد من المتبايعين خيار، وأن يكون افتراق كل منهما منشأ لسقوط خياره، وبما أن أحدهما مكره على الافتراق فافتراقه فاقد للأثر، ولا يترتب عليه سقوط الخيار، وأما المختار فيسقط خياره؛ لتحقق الغاية بدون مانع.

إشكال المحقق الثاني على القول بالتفصيل

وأورد عليه المحقق الثاني تغمده الله برحمته: بدوران الأمر بين صدق الافتراق وعدمه، فإن صدق تحققت الغاية وسقط الخياران، وإن لم يصدق بقيا، ولا تبعيض في الافتراق[1].

وأجيب عنه: بصدق الافتراق ولكن حكم الافتراقين مختلف، فالافتراق بالنسبة إلى المكرَه مشمول لحديث الرفع، وأما بالنسبة إلى المختار فغير مشمول له، وشمول الحديث وعدم شموله هو الذي أوجب التفصيل[2].

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٩.

(٢) قد أشير إلى الاستدلال بحديث الرفع في موارد نذكر منها:

١- فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٠٤ ـ ٢٠٥ للمحقق الرشتي تغمده الله برحمته، قال: (وثالثاً: بأنا نختار الشق الأول، فقولك: (إن الافتراق حصل) مسلم، إلا أنه لم يؤثر في حق المكره؛ لأدلة الإكراه، ويؤثر في حق المختار؛ لعدم ثبوت دليل على عدم تأثره في حقه، فيسقط الخيار في خصوص حقه، فيثبت القول بالتفصيل).

٢- حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته ٤: ١٣٧ ـ ١٣٨، قال: (ومنها: [أنّ حديث الرفع ليس في عرض الأدلة المتكفلة للأحكام الواقعية] قد عرفت آنفاً أن حديث الرفع ليس في عرض الأدلة المتكفلة للأحكام الواقعية، حتى يكون مفاده تقييد الافتراق بعدم كونه عن إكراه، حيث لا معنى لمانعية الإكراه إلا اعتبار عدمه في موضوع الأثر؛ ليكون نتيجته عدم سقوط الخيارين إذا كانت الغاية مجموع الافتراقين، أو عدم سقوط خيار المكره خاصة إذا كان افتراق كل منهما غاية لخيار نفسه، كما كان الأمر كذلك بناء على التقييد بالرضا، بل حديث الرفع في طول الأدلة المتضمنة للأحكام وأنه حاكم عليها،

وسيتضح حال هذا الإشكال في تحقيق دليل القول بثبوت الخيار.

دليل القول بالتفصيل بين تحرّك المختار وبقائه

وأما القول بالتفصيل بين تحرك المختار من المجلس فيسقط الخيار عنهما، وبين بقائه فيه فيثبت لهما، فيُستدل عليه: بأن التحرك من المجلس فعل محقِّق للافتراق الاختياري فيكون منشأ لسقوط الخيار، بخلاف البقاء فيه؛ فإنه لا يوجب السقوط، أما بالنسبة إلى المختار فلم يصدر منه افتراق، وأما بالنسبة للمكرَه فافتراقه كالعدم.

المناقشة في الدليل

والجواب عنه: أن الافتراق عنوان واحد ذو حقيقة واحدة غير قابل للتعدد، وإنما المتعدد طرفه، فأحد الطرفين المختار، والآخر المكرَه، وبنفس حركة المكرَه يتحقق الافتراق، سواء أتحرك المختار عن المجلس أم بقي فيه، وإذا تحقق الافتراق فقد تحققت غاية الخيار.

ويكون مفاده رفع الأثر وتنزيل موضوعه منزلة العدم، فلا يقاس بالدليل المتكفل لاعتبار الرضا، وقد عرفت أن مقتضاه وحدة الغاية ولزوم اللغوية من جعلها متعددة، وعليه فليس لافتراق كل منهما أثر حتى يرتفع بعروض الإكراه، فما هي الغاية لم يعرضها الإكراه، وما عرضه الإكراه ليس بغاية، ومقتضاه حينئذ سقوط الخيارين كما إذا لم يكن إكراه أصلاً).

وما أفاده قدس سره بقوله: (قد عرفت آنفاً) إشارة إلى كلام الشيخ قدس سره في الاستدلال بحديث الرفع للتفرق عن إكراه؛ فإن نفس المناط موجود في تفرق أحدهما، قال قدس سره في المكاسب ٥: ٦٩ : (مضافاً إلى حديث « رفع ما استكرهوا عليه »، وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختص برفع التكليف).

دليل القول بثبوت الخيار لهما

وأما القول بثبوت الخيار لهما، فاستدل عليه بوجهين:

الوجه الأول: الاستصحاب، وتقريبه: أن مقتضى الأخبار الواردة في خيار المجلس هو ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا، والمقدار المتيقن من الرافع للخيار هو افتراقهما عن اختيار منهما، وأما إذا أُكره أحدهما على التفرّق وبقي الآخر اختياراً، فنشك في سقوط الخيار وبقائه فيستصحب البقاء[1].

المناقشة في الوجه الأول

ويرد عليه أولاً: أن منشأ الشك في بقاء الخيار وارتفاعه ليس أمراً خارجياً، بل منشؤه الشبهة في مفهوم الافتراق المأخوذ غاية للخيار؛ إذ يُشك في الاختيار المأخوذ فيه، هل هو لكليهما أو يكفي أحدهما؟ والاستصحاب لا يجري في الشبهات المفهومية كما قُرّر في الأصول؛ لعدم الشك في ما وقع خارجاً، فإن الافتراق، وكونه بالنسبة لأحدهما عن إكراه، وبالنسبة للآخر عن اختيار كل ذلك متيقن الحصول، وإنما الشك في مفهوم الافتراق المأخوذ غايةً، فإن اعتُبر فيه اختيارهما لم يقع جزماً، وإن اعتُبر فيه اختيار أحدهما فقد وقع يقيناً، واستصحاب الحكم مع الشك في الموضوع باطل قطعاً؛ لاعتبار إحراز وحدة القضية المتيقنة

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٨٩-١٩٠، حاشية الإيرواني، ط حجري، الخيارات: ١٥، منية الطالب ٣: ٥٦.

والمشكوكة في الاستصحاب، ومع عدم إحراز وحدة القضيتين لعدم إحراز الموضوع يكون التمسك بدليل الاستصحاب لاستصحاب بقاء الخيار من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية[١].

وثانياً: سلّمنا بعدم كون الشبهة مفهومية، وأن الاستصحاب ممكن الجريان من هذه الجهة، إلا أنه لا يجري؛ لرجوع الشك في المقام إلى الشك في جعل الخيار فيما لو تفرّق أحدهما عن إكراه وبقي الآخر مختاراً، فيدور أمره بين الأقل والأكثر، ومقتضى القاعدة حين دوران أمره بينهما هو التمسك بعموم العام، وهو في المقام قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[٢].

الوجه الثاني: إن الدليل الدال على أخذ الافتراق غاية للخيار مقيَّد على أي حال؛ إما بالاختياري لكونه المتبادر من الافتراق، أو بالرضا

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن ما نحن فيه من قبيل الشك في تحقق الغروب من جهة الشبهة المفهومية له، فمفهوم الغروب لم يقع موضوعاً للحكم، وإنما الموضوع هو واقع الغروب، وشك فيه، هل هو استتار القرص فيكون قد تحقق جزماً، أو هو ذهاب الحمرة المشرقية، وهي لم تذهب قطعاً، فأي شيء يستصحب ولم يكن عنده يقين سابق بشيء وقد شك في بقائه؟

ثم قيل للأستاذ: بأن الموضوع هو واقع النهار.

فأجاب: بأن الموضوع لو كان واقع النهار - بعد تبيّن مفهومه - لجرى استصحاب بقائه؛ بناءً على جريان الاستصحاب في التدريجيات، غير أن الموضوع - وهو الغروب - لم يبيّن مفهومه حسب الفرض.

(٢) سورة المائدة: ١.

بمقتضى صحيحة فضيل، أو بعدم الإكراه بمقتضى حديث الرفع، وفي صورة إكراه أحدهما على الافتراق لم تتحقق الغاية على جميع التقادير؛ إذ لم يكن عن اختيار، ولا عن رضا، وكان مشمولاً لحديث الرفع؛ للإكراه عليه.

وهذا الوجه هو الحقيق بالاعتماد، فلو لم نقل بأن الافتراق مسقط للخيار بنحو مطلق، بل اعتبرنا الاختيار فيه لقلنا في هذه الصورة بعدم سقوط الخيار؛ لهذا الوجه.

تنبيه: في اختلاف المتبايعين في التفرق وعدمه

ذكر السيد اليزدي تدّس بعد الفراغ من المسألة تنبيهاً في اختلاف المتبايعين وصوره[1]، ومن المفيد التعرض لها ، وهي كالتالي:

صور اختلاف المتبايعين

الصورة الأولى: أن يختلفا في تحقق الافتراق، والأصل عدمه إن جعلنا الافتراق هو الغاية، وإن كان موضوع الخيار هي الهيئة الاجتماعية فالأصل بقاؤها، وهو واضح، كما يتضح بذلك المدعي من المنكر، والثمرة المترتبة على ذلك الحكم ببقاء الخيار.

الصورة الثانية: أن يتفقا على تحقق الافتراق، ويختلفا في كونه عن إكراه، ولا ثمرة في هذا الاختلاف على ما ذهبنا إليه من كون الافتراق -

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٣٠.

مطلقاً - مسقطاً للخيار؛ للحكم بسقوط الخيار - حينئذ - على تقديري الإكراه والاختيار .

وإنما تظهر الثمرة على مسلك المشهور، من اعتبار الاختيار في الافتراق، ويختلف جريان الأصل باختلاف ما يستفاد من الأدلة، فإن استفيد منها كون الاختيار شرطاً كما يظهر من الاستدلال بالتبادر، وبصحيحة فضيل المتقدمة: « فلا خيار بعد الرضا منهما »، فالأصل بقاء الخيار، أو عدم تحقق الافتراق الاختياري الذي هو الغاية حينئذ؛ لكون القيد وجودياً على هذا المبنى، والأصل عدمه، والنتيجة بقاء الخيار.

وإن استفيد منها كون الإكراه مانعاً، كما يستفاد ذلك من حديث الرفع، فالأصل عدمه، ونتيجته سقوط الخيار؛ لتحقق الغاية ـ وهو الافتراق ـ بلا مانع.

الصورة الثالثة: أن يختلفا في الافتراق وعدمه، من جهة الاختلاف في زمان البيع، كأن يقول أحدهما: كان البيع بالأمس وقد انفضّ مجلس البيع، ويقول الآخر: بل كان في هذا المجلس، وهو باقٍ إلى الآن.

فإن قلنا إن الخيار ثابت بعد البيع ما لم يفترقا، فالأصل بقاؤه؛ لتحقق البيع، والشك في تحقق الافتراق المأخوذ غاية للخيار.

وإن قلنا إنه ثابت في مجلس البيع، فلا أصل ينقح بقاء المجلس ولا زواله[1].

---

(١) هنا ذكر السيد اليزدي قدس سره أصلاً آخر فقال: (فالأصل عدم تأثير الفسخ؛ لعدم إمكان

شبهة وجوابها

وهنا مورد شبهة حاصلها: أن الخيار المراد استصحابه يدور أمره بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء؛ إذ أن مجلس البيع إن كان بالأمس فالخيار مقطوع الارتفاع، وإن كان اليوم فهو مقطوع البقاء، فيندرج المقام في استصحاب الكلي القسم الثاني، فترد عليه الإشكالات الواردة عليه، كما يشترط في جريانه - على مبنى من قال به - أن يكون لكلي الخيار أثر، كما في استصحاب كلي الحدث، ولم يحرز ذلك.

والجواب: أن ما نحن فيه يختلف عن استصحاب الكلي وإن تردد أمره بين مقطوع الارتفاع والبقاء؛ وذلك لأن قوام استصحاب الكلي أن يكون لكل من الخصوصيتين أثر مختص بها، وهي دخيلة فيه، وأن يكون لنفس الكلي أثر أيضاً، كما في الحدث الدائر بين الأصغر والأكبر؛ فإن لكل منهما أثراً مختصاً به، فإذا توضأ تردد أمر الحدث بين مقطوع الزوال ـ وهو ما لو كان أصغر ـ ومقطوع البقاء - وهو ما لو كان أكبر ـ فيستصحب كلي الحدث؛ لترتب أثره عليه.

وأما ما نحن فيه فلا خصوصية للهيئة الاجتماعية الحاصلة أمس، ولا للهيئة الاجتماعية اليوم، ومجلس أمس بهذا العنوان كمجلس اليوم بعنوانه، لا دخل له في الخيار شرعاً، وإنما موضوع الأثر - أي الخيار-

---

استصحاب الخيار؛ لعدم إثباته كون هذا مجلس العقد، أو ما قبل الافتراق). فما رأيكم في إضافة ذلك؟

هو (تحقق البيع وعدم الافتراق)، والبيع مقطوع التحقق، والافتراق مشكوك الحصول، ومنشأ الشك فيه هو الشك في وقوع البيع أمس أو اليوم، وعلى هذا تتم أركان الاستصحاب من دون أن يندرج في استصحاب الكلي؛ لليقين بتحقق الخيار، وذلك بعد تحقق البيع وعدم الافتراق، والشك في بقائه، للشك في زمان وقوع البيع، هل هو اليوم فلا زال باقياً أو أمس فقد ارتفع؟ والأثر لذات الخيار، لا لخيار مجلس البيع أمس، أو لخيار مجلس البيع اليوم، وعليه أمكن أن يقال: كنا على يقين من حدوث الخيار ونشك في بقائه فنستصحب بقاءه[1].

الصورة الرابعة: أن يتفقا على وقوع الافتراق والفسخ، ويختلفا في المتقدم منهما والمتأخر، فيدّعي أحدهما تقدّم الافتراق، ويترتب عليه بقاء العقد، وعدم تأثير الفسخ، ويدعي الآخر تقدم الفسخ، ويترتب عليه انحلال العقد.

وقد ذهب السيد اليزدي تغمده الله إلى أن أصالة عدم كل منهما إلى زمان الآخر تعارض الأخرى فتسقطان، فيستصحب - بعد ذلك - ملكية كل منهما لما انتقل إليه بلا معارض؛ لرجوع الشك في تقدم الفسخ وعدمه إلى الشك في بقاء ملكية كل منهما لما انتقل إليه، فإن تقدم الفسخ زالت ملكية كل منهما، وإن تأخر فهي باقية، فيستصحب بقاؤها[2].

---

(١) في كلام السيد تغمده الله صورة قبل الصورة الآتية لم يتعرض لها الشيخ الأستاذ، وهي قوله: (ولو اختلفا بعد الافتراق في الفسخ قبله فالأصل عدمه).

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي٢: ٤٣٠.

ولتحقيق المطلب وتعميقه نقول: إن جريان الأصل يتوقف على اليقين السابق، والشك اللاحق، وأن يكون المستصحب ذا أثر شرعي، وأن لا يكون الأصل بالنسبة إلى موضوع الأثر الشرعي مثبتاً - بناءً على عدم حجية الأصل المثبت - ، ويترتب على الأخير أن يكون الموضوع فيما نحن فيه مركباً؛ إذ لو كان مقيّداً لكان مثبتاً لا محالة.

إذا اتضح هذا فلننظر إلى مصب الدعوى وموضوع الخلاف بين المتبايعين، فإن مرجع الخلاف في تقدم الفسخ على الافتراق وتأخره عنه، هو بقاء كل من العوضين على ملك من انتقل إليه العوض، أو رجوعه إلى ملك مالكه الأول، وموضوع ذلك من حيث ترتب الأثر الشرعي هو (بقاء العقد إلى زمان الافتراق وعدم بقائه)، أما موضوع بقاء المال على ملك من انتقل إليه العوض فذو أثر شرعي بلا إشكال، واستصحابه تام الأركان؛ لليقين بحدوث العقد وبتحقق الافتراق، ومع الشك في حصول الفسخ قبل الافتراق يجري استصحاب بقاء العقد إلى زمان الافتراق، ويترتب عليه بقاء المال في ملك من انتقل إليه بدون أن يكون مثبتاً.

وأما موضوع رجوع المال إلى ملك مالكه الأول فهو عبارة عن (الفسخ في زمان عدم الافتراق)، أو (الفسخ مع عدم الافتراق)، فإن كان الأول، فالأصل مثبت؛ لأن استصحاب عدم الافتراق إلى زمان الفسخ، لا يثبت الفسخ في زمان عدم الافتراق، وإن كان الثاني فليس

بمثبت؛ لأن الموضوع حينئذ هو صرف اجتماعهما في زمان؛ أي صرف عدم الافتراق والفسخ، لا الفسخ المقيد بكونه في زمان عدم الافتراق.

ولتحقيق هذه الجهة نقول: إن الموضوع إذا كان ذا جزئين، وكانت النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف، والعرض إلى المعروض، فالموضوع مقيّد، ويكون الأصل مثبتاً؛ لأن استصحاب العدم لا يثبت الاتصاف، وأما إذا لم تكن النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف فيكون موضوعاً مركباً، وهو اجتماعهما في زمان، ولا يكون الأصل مثبتاً.

والموضوع فيما نحن فيه مشتمل على أمرين: الفسخ، والافتراق، وكل منهما عرض قائم بالمتبايعين، فالافتراق عبارة عن الهيئة الحاصلة لهما، والفسخ عمل صادر منهما، وليست النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف، والعرض والمعروض، وإن كانا عارضين على معروض واحد، ووصفين لموصوف واحد، فالموضوع ذو الأثر الشرعي يكون مركباً من الفسخ وعدم الافتراق، فيجري الأصل بدون أن يكون مثبتاً، أي يتنقح موضوع الحكم برجوع المال إلى ملكية مالكه الأول؛ لإحراز أحد جزئيه - وهو الفسخ - بالوجدان، والآخر -وهو عدم الافتراق - بالأصل، فيتعارض الأصلان، وحينئذ تصل النوبة إلى استصحاب ملكية كل منهما لما انتقل إليه بلا معارض كما قال السيد قدس سره، ونتيجة ذلك موافقة قول مدّعي لزوم العقد وأن الفسخ وقع بعد الافتراق للأصل.

هذا غاية ما يمكن أن يقال من التحقيق لإثبات المطلب على مبنى تعارض الأصلين في الحادثين المشكوك تقدمهما وتأخرهما.

ولكن هنا نكتة مهمة لا ينبغي إغفالها، وحاصلها: أن في ما نحن فيه ثلاثة أصول:

١- أصالة عدم الافتراق إلى زمان الفسخ.

٢- أصالة عدم الفسخ إلى زمان الافتراق، أو أصالة بقاء العقد إلى زمان الافتراق.

٣- أصالة بقاء العوض على ملك من انتقل إليه.

والأصل الثالث موافق للأصل الثاني من حيث النتيجة، ومخالف للأصل الأول؛ فإن نتيجتهما بقاء العقد وبقاء ملكية العوض لمن انتقل إليه، ونتيجة الأول فسخ العقد ورجوع العوض لمالكه الأول، والنسبة بين الأصل الثاني والثالث هي نسبة السببية والمسبّبية؛ فإن الشك في بقاء ملكية العوض مسبب عن الشك في بقاء العقد، ولا يجري الأصل المسببي في حال جريان الأصل السببي كما هو واضح.

ولكن لا توجد نسبة السببية والمسببية بين الأصل الأول، وبين أي من الأصلين الآخرين، وعليه فإن كان الأصل الأول يعارض خصوص الأصل السببي، تم التعارض بينهما والتساقط، ثم انتقلت النوبة إلى الأصل المسببي وكان سالماً عن المعارض. ولكنه ليس كذلك، بل هو داخل في طرف المعارضة، فتكون الأصول الثلاثة متعارضة فيما بينها فتسقط جميعها؛ لأن الأصل المسببي لا يعارض الأصل السببي، ولكنه يعارض الأصل الآخر الذي لا توجد بينه وبينه سببية ومسببية.

وعليه فما أفاده السيد تدّس من تصوير المعارضة بين الأول والثاني ثم الانتقال إلى الثالث غير صحيح.

هذا، والحق تقديم قول مدّعي بقاء العقد، أو عدم الفسخ إلى حين زمان الافتراق، لا من جهة موافقته لاستصحاب بقاء الملك حتى يرد إشكال المعارضة، بل من باب موافقته لعموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾، وقد تقرّر في باب القضاء تقديم القول الموافق للأصل العملي أو للأصل اللفظي.

ولا يخفى عدم ربط هذا المعنى بالتمسك بعموم العام في الشبهة المصداقية للمخصص؛ فإنه غير جائز كما تقرر في الأصول، وهو أجنبي عما يذكر في باب القضاء من تقديم قول من كان قوله موافقاً للأصل، العملي أو اللفظي، وهو في المقام العموم، فقدّمنا قول من يدعي عدم الفسخ إلى زمان الافتراق، لموافقته لعموم آية الوفاء، لا للتمسك بعمومها، وفرق بين الأمرين، فلا تغفل.

مسألة: لو زال الإكراه

لو زال الإكراه - بناء على اعتبار الاختيار في الافتراق - ففي المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال، وهو المنسوب إلى الشيخ الطوسي قدس سره[1].

القول الثاني: الخيار على الفور، فإن لم يعمله في الآن الأول زال.

القول الثالث: الخيار على التراخي إلى أن يحصل أحد المسقطات.

أما القول الأول، فلا وجه صحيحاً له؛ إذ غاية ما ذكر له أن مقتضى «رفع ما أكرهوا عليه » هو جعل الافتراق الحاصل بالإكراه كالمعدوم، فكأن المتبايعين لا يزالان مجتمعين في مجلس العقد[2].

وهو غير تام؛ لأن أدلة تقييد الافتراق بالاختيار، أو بالرضا، أو بعدم الإكراه، إنما تثبت بقاء الخيار، ولا تتعرض إلى بقاء المجلس، أو الهيئة الاجتماعية للمتبايعين.

وبعبارة أخرى: إن الأدلة لم تجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد، وإنما المستفاد منها عدم ارتفاع الخيار بسبب الإكراه[3].

---

(١) المبسوط ٢: ٨٤.

(٢) المكاسب ٥: ٧٩.

(٣) إن معنى جعل الشارع الافتراق بمنزلة العدم ليس هو التعبد ببقاء المجلس، بل جعل

وأما القولان الآخران فيدور أمرهما مدار كون المسألة هل هي من صغريات التمسك بعموم العام فيما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، أو من موارد جريان استصحاب حكم المخصص، فإن قيل بالأول كان الخيار على الفور، وإن قيل بالثاني كان على التراخي، ويمكن الاستدلال للقول بالتراخي أيضاً بالتمسك بإطلاق دليل الخيار.

ولأهمية المسألة اقتضى المقام البحث مجملاً في جهتين، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله:

الأولى: في أصل القاعدة.

والثانية: في تعيين كون المسألة صغرى لتلك القاعدة.

أما الجهة الأولى، فلا يخفى أن هذه القاعدة قد استفيد منها في موارد من الفقه، عبادات ومعاملات:

منها: باب الخمس، في الفائدة يستفيدها الإنسان وتكون مؤونة له ثم يستغني عنها، كالفرش في الدار، وكالذهب للمرأة بعد أن تصبح عجوزاً، فهل المورد من موارد التمسك بعموم أدلة وجوب الخمس، أو من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص، وهو استثناء المؤونة؟

ومنها: باب خيار الغبن؛ إذ بعد ظهور الغبن والالتفات إليه يكون

الافتراق بحكم العدم من حيث الأثر، فمدلول حديث الرفع هو رفع ما أكرهوا عليه في وعاء التشريع، وفرق بين التعبد ببقاء الموضوع، والتعبد بزوال الحكم.

أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال.

للمغبون حق الخيار في الآن الأول قطعاً، فهل يتمسك بعده بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فيكون الخيار فورياً، أو باستصحاب حكم المخصص وهو ثبوت الخيار، فيكون على التراخي؟

وأما أصل النزاع في القاعدة فيبتني على أن التقييد هل هو أزماني أو أفرادي؟

وعلى الأول، هل الزمان أخذ مفرّداً للحكم، أو ظرفاً له؟ بمعنى هل يتعدد الحكم بتعدد قطعات الزمان، أو أن الحكم واحد سارٍ في وعاء الزمان، فيكون الزمان ظرفاً له؟ ثم هل هناك فرق بين ورود التخصيص أو التقييد من أول الأمر، وبين ورودهما في الوسط أو لا ؟

أما إذا كان التخصيص أفرادياً، بمعنى خروج الفرد من تحت دائرة العام فالقاعدة تقتضي التمسك بإطلاق دليل المخصص، وعدم عود الفرد إلى دائرة العموم بعد أن أخرج منها، ولهذا أفتى المحققون من الفقهاء بعدم تعلّق الخمس بالفائدة التي كانت مؤونة ثم استغني عنها؛ تمسكاً بإطلاق « الخمس بعد المؤونة »[1]، وبعد أن خرج هذا الفرد من تحت عمومات أدلة الخمس فلا يعود.

وأما إذا كان أزمانياً، بمعنى خروج الفرد عن حكم العام في زمان من الأزمنة ففيه خلاف بين الشيخ والمحقق الخراساني، والمحقق النائيني

---

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ١.

قدس الله أسرارهم، والكلام في ذلك طويل الذيل، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله، فنقتصر الآن على مبنى الشيخ قدس سره، وحاصله:

إن الزمان إن أخذ مفرّداً للحكم، بحيث يكون الحكم بنحو العموم الاستغراقي، فيكون لكل قطعة من الزمان حكمها بوجوب الوفاء من حيث الطاعة والعصيان، فالمرجع عموم العام؛ لتعدد الحكم بتعدد الموضوعات، وخصص واحد منها، فيبقى الباقي تحت العموم.

وإن أخذ الزمان ظرفاً، بحيث يكون الحكم بنحو العام المجموعي، فليس هناك إلا حكم واحد لموضوع واحد؛ فعندما خصص فقد خرج من تحت العموم، فلا يعود إليه ثانية، فيكون المرجع حينئذ استصحاب حكم المخصص.

وأما الجهة الثانية، فعندنا في المقام عموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[1] وقد خصّص بدليل خيار المجلس، والفرض أنه باقٍ في ظرف الإكراه حتى بعد التفرّق، فبعد زوال الإكراه يشك في بقاء الخيار بعد الزمان الأول، الثابت فيه الخيار يقيناً لاستدراك حق المتبايعين، فإن كان العموم استغراقياً، والأحكام متعددة اقتصر في التخصيص على المقدار المتيقن خروجه من تحت العموم وبقي الباقي تحته، فيكون الخيار فورياً.

وإن كان العموم بنحو العموم المجموعي بحيث استفيد من آية الوفاء حكم واحد؛ لكون الوفاء عبارة عن إنهاء الأمر بالوصول إلى غاية العمل،

---

(١) سورة المائدة: ١.

فيكون الحكم المتعلق بالوفاء على العاقد واحداً وهو وجوب إنهاء أمر العقد، فإذا خصص فقد خرج من تحت العموم فلا يعود إليه، وكان المرجع استصحاب الخيار، فكان على التراخي إلى أن يحصل المسقط.

إشكال المحقق السيد الخوئي تدّس على كلام الشيخ

وأورد المحقق السيد الخوئي تدّس على ما أفاده الشيخ تدّس: بعدم كون ما نحن فيه صغرى لقاعدة دوران الأمر بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص؛ وذلك لأن القاعدة إنما تأتي في ما إذا لم يكن لدليل الخاص إطلاق، كما هو الحال في دليل خيار الغبن؛ فيجهل حاله من جهة الفور والتراخي.

وأما ما نحن فيه فالدليل الدال على الخيار مطلق إلى أن تحصل الغاية المقررة شرعاً، فالخيار سارٍ إلى أن يحصل الافتراق الاختياري إن استند إلى التبادر، أو إلى الافتراق عن رضاً إن استند إلى صحيحة فضيل، أو غير الإكراهي إن استند إلى حديث الرفع، وشيء منها لم يحصل؛ لحصول التفرّق الإكراهي، ولن يحصل؛ لتحقق الافتراق التكويني، وهو الانفصال بين الجسمين، ومعه يبقى الخيار إلى حصول مسقط آخر، ولا تصل النوبة إلى الرجوع إلى العام، ولا إلى الاستصحاب؛ لحكومة إطلاق الخاص عليهما[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٨، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ١٤١-١٤٢، وذهب إليه أيضاً السيد اليزدي تدّس في الحاشية على المكاسب٢: ٤٢٩.

الجواب عن إشكال المحقق الخوئي تدظ

ويندفع ما أفاده تدظ بما يتوقف على مقدمتين:

الأولى: إن المأخوذ غاية في روايات الخيار هو الافتراق، وهو غاية شرعية، ومعناها تحديد الحكم إلى حدٍ معيّن، والغاية الشرعية لا تكون إلا في مورد يمكن تحققها فيه، وإلا كان جعلها لغواً، فقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [1] لا يعقل شموله لزمان أو مكان لا ليل فيه.

الثانية: إن القضايا الشرعية مجعولة بنحو القضايا الحقيقية، فالمجعول الشرعي متعدد بتعدد الموضوعات المقدرة الوجود، فالمجعول في المقام خيارات متعددة بعدد كل بيع من كل متبايعين، أي كل بيع موضوع مستقل لخيار المجلس.

إذا اتضح هذا، فالغاية - حسب الفرض - هي الافتراق الخاص، المقيّد بالرضا، أو بالاختيار، أو بعدم الإكراه، فيلزم أن لا يؤخذ غاية إلا في مورد يمكن وجوده فيه، وإلا لكان أخذه لغواً، وهي بهذا القيد وإن كانت قابلة للأخذ قبل تحقق الافتراق ولكنها غير قابلة له بعده، فلو أخذت حينئذ كانت لغواً، فيتضح من ذلك أن الافتراق المأخوذ غاية إنما هو الافتراق عن المجلس ما دام المتبايعان فيه، وأما مع افتراقهما عنه ولو عن إكراه فلم يؤخذ غاية للخيار؛ لعدم التمكن منه، فتخرج هذه الصورة عن مدلول الرواية، فلا يكون الخاص مطلقاً كما أفاده تدظ.

---

(١) سورة البقرة: ١٨٧.

ولا أقل أن ما ذكرناه من القاعدة موجب للشك في إطلاق دليل الخاص؛ إذ يشك حينئذ في شمول أدلة خيار المجلس لصورة امتناع تحقق الغاية وعدمه، وعند الشك وإجمال المخصص المنفصل في غير الغاية الاختيارية يسقط الإطلاق، فيعود كلام الشيخ تدثر من كون المرجع هل هو عموم العام أو استصحاب حكم المخصص؟[1].

فتحصل من ذلك متانة ما أفاده الشيخ تدثر من حيث كون المسألة من صغريات تلك الكبرى، وأما الحق في المسألة فما نذهب إليه مخالف لما عليه الشيخ تدثر، وسيأتي بحثه في مبحث خيار الغبن إن شاء الله.

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن القضية لو كانت طبيعية لم يلزم أن تكون الغاية ممكنة الوجود في جميع الأفراد، بل يكفي إمكانها في بعضها، أي بنحو الموجبة الجزئية؛ لتعلّق الحكم فيها بالطبيعة.

وأما القضية الحقيقية فتتعلق بالوجودات، بمعنى الأفراد المقدرة الوجود، أي كلما حصل بيع بين متبايعين فهما بالخيار إلى أن يفترقا، ولا معنى لجعل الحكم المغيى بهذه الغاية في المورد الذي لا يمكن فيه التفرّق؛ لأن الحكم ـ حينئذ ـ أبدي، فلا يدور مدار الغاية، فلا محالة يختص الحكم بمورد إمكان الغاية، فلا إطلاق في الدليل لغيره .

ولا أقل أن ذلك موجب للشك فيعود كلام الشيخ تدثر حينئذٍ.

نعم، يمكن أن ينقض بجعل الخيار للمتبايعين المتلاصقين كالتوأم المتلاصقين، وفيه نلتزم بعدم الخيار لعين ما ذكرناه إلا أن يقوم إجماع على ثبوته، ولا إجماع فيه.

المسألة الرابعة

المسقط الرابع: التصرف

الرابع من مسقطات خيار المجلس التصرف، وتحقيق الكلام فيه:

أن التصرفات المتوقفة على الملك على نحوين:

الأول: ما يكون حاصلاً عن رضا بالبيع فيكشف عن الالتزام به، ومثله مسقط للخيار بلا إشكال؛ لأنه التزام بالبيع عملاً، وهذا النحو خارج عن محل الكلام فعلاً.

الثاني: ما يكون غير كاشف عن الالتزام بالبيع، وهو محل البحث فعلاً، ومقتضى القاعدة فيه عدم الإسقاط؛ لأن إسقاط الخيار أمر إيقاعي إنشائي فيتوقف على القصد، ومع عدمه لا يتحقق الإنشاء، فيبقى الحق ما لم يحصل مسقط آخر.

ولا بد لأجل الخروج من تحت القاعدة من إقامة الدليل على ذلك، وقد استدل عليه بصحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام« قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا

شرط »[١].

وتقريب الاستدلال وتماميته يتوقف على بيان مقدمة وهي: أنه ورد في الروايات أن الشرط في خيار الحيوان ثلاثة أيام، وفي خيار المجلس إلى أن يفترقا، وفي هذه الرواية قال الإمام عليه السلام: « فإن أحدث حدثاً فلا شرط »، ومقتضى إطلاق نفي الشرط عن الموضوع الذي أحدث فيه الحدث هو سقوط الخيار المتعنون بعنوان الشرط في أي مورد كان، فالرواية بيّنت الكبرى، وإحدى الصغريين خيار الحيوان، والأخرى خيار المجلس.

وبعبارة أخرى: إن الإمام عليه السلام جعل مطلق إحداث الحدث رضا بالبيع تعبداً فلا شرط.

وقد تأمل الشيخ قدس سره في الاستدلال بها[٢].

والوجه فيه: أن محل الكلام هو التصرف بما هو تصرف، لا بما هو كاشف عن الرضا، والتصرف كذلك رضاً بالبيع تعبداً على خلاف القاعدة، وكلام الإمام عليه السلام ظاهر في خصوص إحداث الحدث في الحيوان، لا مطلقاً، وما لم يثبت الإطلاق لا يمكن التمسك بها في خيار المجلس، والحق عدم ثبوته؛ لأن محل كلامه عليه السلام هو إحداث الحدث في الحيوان المشترى، كما يدل على ذلك أيضاً ذيل الرواية وبقية

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) المكاسب ٥ : ٨٢.

الروايات؛ إذ فيها؛ « قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء »[١].

فالمراد من الشرط المنفي هو نفس الشرط الذي في الحيوان ثلاثة أيام، وشموله لغيره يتوقف على ثبوت الإطلاق، ولا مثبت له.

ولا أقل من الشك فيه، فيقتصر على القدر المتيقن، وهو خيار الحيوان، فالتصرف في باب خيار المجلس ما لم يكشف عن الالتزام بالبيع ليس بمسقط له. هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

الثاني .. خيار الحيوان

والبحث فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في المراد من الحيوان في خياره

هل هو خصوص ما يقصد بقاؤه، أو مطلق ما فيه حياة؟

قولان: ظاهر النص والفتوى الثاني، وذهب الشيخ والمحقق النائيني (قدس سرهما) إلى الأول[1].

استدلال المحقق النائيني على خصوص ما يقصد بقاؤه

واستدل عليه المحقق النائيني بوجهين:

الوجه الأول: مناسبة الحكم والموضوع، وتوضيحه: إن الإطلاق إنما ينعقد في صورة عدم القرينة على انصراف موضوع الحكم إلى حصة منه، كما نقح في بحث الإطلاق من الأصول، بل محتمل الصارفية يمنع من الإطلاق أيضاً، ومن موجبات صرف الطبيعة إلى بعض الحصص مناسبة الحكم والموضوع.

---

(١) المكاسب ٥: ٨٣، منية الطالب ٣: ٥٧.

وبما أن خيار الحيوان جعل لأجل التروّي والتأمل في الحيوان المشترى وملاحظته ليتبيَّن أنه مما يلتزم بالبيع لأجله أو لا؟ فهذه الخصوصية والمناسبة تقتضي انصراف الحيوان إلى خصوص ما يقصد بقاؤه؛ إذ المقصود منه لحمه ليس محلاً للتأمل والتروّي، ومع هذه المناسبة لا ينعقد الإطلاق.

إشكال المحقق الخوئي على استدلال المحقق النائيني وردّه

وأورد عليه: بأن ما يقيّد الموضوع هي العلة، وأما الحكمة فلا تمنع من الإطلاق، ولا تكون سارية في جميع الأفراد، ووجودها في بعض الأفراد خاصة، أو عدمها في بعض الأفراد لا يمنع من التعميم؛ فإن الحكمة من تشريع عدة الطلاق هي عدم اختلاط المياه، ومع ذلك لم تنحصر العدة في خصوص الحصة التي يحصل فيها اختلاط المياه[1].

وهو غير مرتبط بما أفاده المحقق النائيني قدس سره من الاستدلال؛ فإنه قدس سره لم يستند إلى الحكمة، وإنما إلى مناسبة الحكم والموضوع، وبينهما فرق؛ فإن الأولى وإن كانت لا تعمّم ولا تخصّص إلا أن الثانية توجب التعميم والتخصيص، فلو سئل عن ملاقاة البول للثوب وكان الجواب هو الحكم بالنجاسة، فإن مناسبة الحكم والموضوع- أي الانفعال بالنجاسة والملاقاة- تقتضي عدم الفرق بين الموضوعات، وعدم الاختصاص بالثوب وإن كان السؤال عنه، وهكذا الحال من جهة التخصيص؛ فإن تناسب الحكم والموضوع مما يقيد الموضوع.

---

(١) لعله توضيح لما في مصباح الفقاهة٦: ١٧٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣: ١٥٠.

التحقيق في الجواب عن استدلال المحقق النائيني

وعليه فنحن بين أمرين: إما أن نقول بعدم الحاجة إلى جريان مقدمات الحكمة في مدخول أدوات العموم، بل نفس الأداة مثل (كل) متكفلة لشمول مدخولها إلى جميع الحصص، وإما أن نقول بحاجة مدخولها إلى مقدمات الحكمة لأجل التعميم، فإن اخترنا الأول - كما هو التحقيق - أمكن الجواب عن استدلال المحقق النائيني قدس سره؛ بأن مقتضى العموم عدم الاختصاص بحيوان دون آخر.

وإن اخترنا الثاني - كما ذهب إليه المحقق النائيني قدس سره - فالإنصاف تمامية استدلاله؛ لأن استفادة العموم تتوقف على مقدمات الحكمة، وإحداها عدم القرينة، ومناسبة الحكم والموضوع قرينة، فلا ينعقد الشمول، إلا إذا أنكر كون المناسبة قرينة، وهو غير قابل للقبول.

والحاصل: أن استدلال المحقق النائيني قدس سره يتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن مناسبة الحكم والموضوع من القرائن المقيدة للإطلاق.

الثاني: أن المناسبة موجودة في المقام.

الثالث: أن يستند إلى مطلقات باب خيار الحيوان، أو إلى عموماته مع الذهاب إلى حاجة مدخول أداة العموم إلى جريان مقدمات الحكمة، كما عليه المحقق النائيني قدس سره.

وأما على المسلك المختار من عدم الحاجة إلى جريان مقدمات الحكمة في مدخولها فلا يتم الاستدلال؛ لأن روايات الباب وإن كان فيها

المطلقات من قبيل صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »[١].

فتصلح المناسبة لتقييدها إلا أن فيها العمومات من قبيل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط »[٢]، ومثلها روايته الأخرى[٣]، إلا أن في سندها علي بن حديد وهو محل إشكال[٤].

الوجه الثاني: ما ورد في بعض روايات خيار الحيوان من التعليل بالنظرة[٥]؛ إذ يمكن أن يستفاد منها التخصيص بما يقصد منه حياته، وأما

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٤) وجه الإشكال فيه: أنه - من جهة - من رواة كتاب كامل الزيارات، وتفسير علي بن إبراهيم، وروى عنه جملة من الأجلاء، ومنهم ابن أبي عمير، ومن جهة أخرى ضعفه الشيخ في غير مورد، منها ما في التهذيب ٧: ١٠١، باب بيع الواحد بالاثنين وأكثر من ذلك، ذيل الحديث ٤٣٥ ؛ فإنه قال: (وأما خبر زرارة فالطريق إليه علي بن حديد وهو مضعف جداً لا يعول على ما ينفرد بنقله).

(٥) يشير إلى ما في الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩ : عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد)، عن أحمد وعبد الله ابني محمد بن عيسى، عن الحسن ابن محبوب، عن علي بن رئاب قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما ؟ فقال : الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة ، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ... الحديث ».

مثل الصيد المشرف على الموت، أو ما يقصد منه لحمه فلا يحتاج إلى النظرة[١].

وهذا الوجه يتوقف على ثبوت أمرين:

الأول: كون ما في الروايات علة؛ فإنه لو كان حكمة لم يصلح للتقييد كما تقدم.

الثاني: كون المراد من النظرة النظرة في المبيع؛ إذ عليه لا يكون لها مورد فيما لم يكن الغرض منه البقاء كما أفاد قدس سره، وأما إذا كان المراد منها النظرة في البيع فلا منافاة بينها وبين كون المقصود منه لحمه.

ولهذا كان من اللازم الرجوع إلى لفظ الروايات لنتعرف على أمرين: هل النظرة علة أو حكمة؟ وهل هي بالنسبة إلى البيع، أو إلى المبيع، أو إلى كليهما؟

أما الأول فتعرف الحكمة بورودها بعد بيان الحكم الشرعي، لا معه كما في غالب روايات كتاب (علل الشرائع) للشيخ الصدوق قدس سره، وأما العلة فهي تذكر مع الحكم في نفس الرواية، من قبيل ما لو قال: (لا تشرب الخمر لأنه مسكر).

وبما أن الرواية - محل البحث - من قبيل الثاني؛ حيث قال الإمام عليه السلام فيها: « الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة »، فهي علة لا حكمة.

---

(١) منية الطالب ٣ : ٥٧ .

وأما الثاني فتبيّنه معتبرة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا »[1]؛ إذ هي ظاهرة في أن النظرة بلحاظ المبيع، لا بلحاظ البيع، وسيأتي البحث في خصوص بيان هذه الجهة في بيع كلي الحيوان فانتظر.

والمتحصل من ذلك صحة الأمرين الذين يتوقف عليهما الوجه الثاني.

التحقيق في المقام

هذا كله ما يرتبط بكلام المحقق النائيني قدس سره، وما يمكن أن يقال فيه، ولكن التحقيق أن يقال: بأن المراد من الحيوان في المقام هو خصوص ما يقصد منه البقاء حتى على مبنى من يقول بعدم حاجة مدخول (كل) إلى جريان مقدمات الحكمة، بل هي في نفسها تتكفل التعميم؛ وذلك لأن التعميم يتوقف على كون موضوع الحكم هو (الحيوان)، وهو عنوان عام شامل لجميع الحيوانات حتى ما لم يقصد بقاؤه، ولكن الموضوع هو (بيع الحيوان)، فلما صار عنوان الحيوان متعلقاً للبيع، فالغرض المعاملي، وما هو مورد الإنشاء البيعي هو الحيوان بما هو حيوان، فلا يشمل ما لم تكن الحيوانية متعلّقة للبيع، بل كان المتعلّق له هو اللحم، كما هو الحال في السمك المخرج من الماء، والجراد المحرز في الإناء؛ فإن الغرض من شرائه الأكل لا البقاء.

والحاصل: أن (كل) وإن لم تحتج في مدخولها إلى مقدمات

---

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

الحكمة إلا أن المنصرف من الحيوان خصوص المقصود منه البقاء، والذي تعلّق به البيع بما هو حيوان، لا بما هو لحم.

ولا أقل من إيجاب ذلك عدم انعقاد الإطلاق، وإجمال المخصص لآية الوفاء، أعني ما دلّ على خيار الحيوان؛ حيث أخرج ما يقصد منه البقاء من تحت العموم قطعاً، وأما ما يقصد منه اللحم فيشك في دخوله في المخصص، وخروجه من تحت عموم آية الوفاء، فالمرجع هو عموم العام حينئذٍ، فلا خيار.

تنبيه

إن الحيوان الذي لا يقصد منه البقاء على قسمين:

الأول : ما لا قابلية له للبقاء بالذات، كالسمك المخرج من الماء.

الثاني: ما لا قابلية له للبقاء بالعرض، كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم، أو بجرح الكلب المعلّم.

وقد جزم الشيخ قدس سره بخروج القسم الأول عن موضوع خيار الحيوان، واستشكل في القسم الثاني[1]، فربما يقال بعدم الفرق بينهما، وأنه لا وجه للتفريق؛ لأن المدار على متعلق البيع، هل هو الحيوان بما هو حيوان، أو بما هو لحم؟ والمراد منه في كلا القسمين لحمه لا حياته، فيخرجان معاً عن موضوع الخيار.

---

(١) المكاسب ٥ : ٨٣.

ولكن الحق وجود الفارق الذي أوجب الإشكال عند الشيخ قدس سره في الثاني، وحاصله: أن ما لا قابلية له للبقاء بالعرض مورد للاستصحاب التعليقي، فيقال: إن هذا الحيوان لو بِيعَ قبل العارض لكان مورداً لخيار الحيوان، والآن كما كان، بخلاف الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء بالذات؛ فإنه ليس من موارده، وعليه فمن يرى جريان الاستصحاب التعليقي تمسّك به في المقام فقال بالخيار، دون من لا يرى جريانه.

الجهة الثانية: في منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء

قال الشيخ قدس سره في منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء، ولا يقصد من المعاملة عليه الحيوان من حيث إنه حيوان على مبنى من يقول بثبوت الخيار فيه: (وفي منتهى خياره، مع عدم بقائه إلى الثلاثة، وجوه)[1].

والوجوه المذكورة ثلاثة وهي:

الوجه الأول: أن حدّ الخيار ثلاثة أيام، وذلك لدليلين:

الدليل الأول: اندراج المورد تحت أدلة خيار الحيوان، بناء على شمول الحيوان له كما هو الفرض.

وأورد عليه: **أولاً**: بأن جعل الخيار ثلاثة أيام له - مع تلفه في الآنات الأولى من شرائه - لغو.

ويندفع بأن الإشكال مبني على أن متعلّق حق الخيار هو المبيع،

---

(١) المكاسب ٥ : ٨٣ .

والحق أنه متعلِّق بالعقد؛ فإن الخيار عبارة عن حق حلّ العقد وإبرامه، وهو مما له البقاء، فإن فسخ وكان العوضان موجودين رُدّا، وإلا ردّ بدلهما.

وثانياً: بأن العلة من جعل الخيار هي النظرة وملاحظة المبيع والتأمل فيه، وهي مفقودة في مورد عدم بقاء الحيوان.

وفيه: أنه تام بناء على أن المراد التأمل في المبيع، وأما مع إرادة التأمل في نفس البيع فلا يتمّ، ونحن وإن ذكرنا في رواية بيع الأمة والنظر فيها من حيث الحبل والبرص أنها ظاهرة في التأمل في المبيع، لا البيع إلا أنه يمكن القول بالأعم من التأمل والتروّي في المبيع والبيع كليهما، وسيأتي تحقيقه في بيع الكلي.

الدليل الثاني: استصحاب بقاء الخيار بعد ضمّ الإجماع القطعي على عدم بقائه بعد الثلاثة الأيام[1].

الوجه الثاني: أن حدّه إلى زمان زهاق روحه؛ وذلك لأن الخيار هو حق استرداد العين إلى ملكه، لا حق فسخ العقد وإبرامه، فإذا مات انتفى موضوعه.

وفيه: أولاً : أن متعلّق الحق في الخيارات هو نفس المعاملة فسخاً أو

---

(١) ذكره الشيخ الأستاذ - دام ظله - بعنوان وجه مستقل، فتكون الأوجه أربعة، والأنسب جعله دليلاً ثانياً لهذا الوجه كما أشار له الأستاذ أيضاً في ذيل كلامه.

إبراماً، وترجع العين إلى ملكه بالتبع إذا كانت موجودة، وإن تلفت حقيقة أو حكماً - كما لو انتقلت بناقل أو وقعت طرفاً في المعاملة - انتقل إلى بدلها.

وثانياً: سلّمنا بأن الخيار حق استرداد العين إلا أن زهاق روح مثل هذا الحيوان لا يعدُّ تلفاً كما سيأتي إن شاء الله.

الوجه الثالث: أن الخيار على الفور؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم بمقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [1]، وأصالة بقاء ملكية العوض عند من انتقل إليه، وخصص بدليل الخيار، إلا أنه لما كان المخصص مجملاً مردّداً أمره بين الأقل والأكثر اقتصر في التخصيص على القدر المتيقن وهو الآن الأول، وتمسك بالعموم أو باستصحاب بقاء ملك كل من العوضين على ملك من انتقل اليه في ما عداه.

وفيه: أن الرجوع إلى العام، وكذا التمسك بالأصل إنما يكون فيما لو لم يكن لدليل الخاص إطلاق، وأما معه فلا تصل النوبة إليهما؛ لحكومته عليهما، وقد ثبتت دلالة الدليل الخاص على بقاء الخيار إلى ثلاثة أيام، فينتفيان.

وقد تحصل إلى هنا:

أولاً: عدم ثبوت الخيار في الحيوان الذي لا بقاء له بالذات أو لعارض.

---

(١) سورة المائدة: ١.

وثانياً: أنه على فرض ثبوت الخيار فيه، فهو إلى ثلاثة أيام.

الجهة الثالثة: في أن موت الحيوان الذي لا بقاء له ليس بتلف له

إن زهاق روح الحيوان الذي لا بقاء له، ولم يقصد من شرائه حياته، لا يعدُّ تلفاً، فلا تشمله قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، ولا قاعدة: (تلف المبيع في زمان الخيار ممّن لا خيار له)؛ والوجه فيه: أنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بلِ من حيث إنه لحم، ولا يتلف اللحم بمجرد موته.

نعم، لو كان يباع من حيث إنه حيوان، لكان موته تلفاً له، وهذا هو وجه من حكم بتلفه؛ حيث جعله صغرى للحيوان.

الجهة الرابعة: في اختصاص خيار الحيوان بالشخصي وعدمه

لا يخفى أن الحيوان المبيع تارة يكون شخصياً، وأخرى كلياً، والكلي تارة بنحو الكلي في المعين كبيع شاة من هذا القطيع من الغنم، وأخرى بنحو الكلي في الذمة، والثاني تارة يكون حالاً، وأخرى مؤجلاً، فهل هذا الخيار يختص بالحيوان الشخصي، أو يشمله ويعم جميع أقسام الكلي، أو يعمّ بعضها فقط؟ وجوه.

أما الوجه الأول - وهو الاختصاص بالشخصي - فاستدلّ عليه بأمور:

الأول: ما ذكره الشيخ قدس سره بقوله: (كما هو المنساق في النظر من

الإطلاقات)[١].

ولم يذكر وجهاً لهذا المدّعى، ولا مناط هذا الانسياق، وما في لسان الأدلة هو أن « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام »[٢]، والحيوان يصدق على الكلي والشخصي بنحو الحقيقة.

إلا أن يقال: بأن الكلي ليس بحيوان أصلاً كما هو أحد الوجوه الآتية، وما مع فرض صدق عنوان الحيوان على الشخصي والكلي بأقسامه، فادّعاء الانسياق مفتقر إلى الدليل المفقود.

الثاني: إن الكلي ليس حيواناً بل عنوان له، فلا يصدق على طبيعي الحيوان أنه حيوان بالحمل الشايع، بل هو حيوان بالحمل الأولي، وموضوع الخيار في الروايات هو الحيوان بالحمل الشايع؛ وذلك لأن الحيوان بالحمل الأولي إنما يرد في التعاريف حداً ورسماً، ولا قابلية له لحمل الأغراض حتى يصلح أن يكون متعلّقاً للبيع والشراء[٣].

وهو ممنوع نقضاً وحلاً، أما النقض: فلأن لازمه انحصار جميع

---

(١) المكاسب ٥: ٨٣.

(٢) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٣) إشارة إلى ما أفاده المحقق الأصفهاني تغمده الله في حاشيته ٥: ٣١٦ في قوله: (كما أن تأييد القول بالعموم بأن ما نحن فيه ليس كالتلف قبل القبض؛ فإن المأخوذ في دليله عنوان المبيع بقوله تغمده الله: « كل مبيع تلف . . . إلخ ».
مخدوش: بأنه وإن لم يؤخذ فيما نحن فيه المبيع بالحمل الأولي، لكنه أخذ فيه المبيع بالحمل الشائع؛ لأن مورد جميعها العبد والأمة والدابة والحيوان كما قدمناه).

البيوع بالبيع الشخصي؛ إذ ترجع هذه القضية إلى قضية عقلية، والقضايا العقلية آبية عن التخصيص.

وأما الحل: فبأن الموضوع في هذا الباب هو الحيوان بنظر العرف، لا بالنظر المنطقي، كما هو الحال في سائر المعاملات، فالحيوان الكلي بالنظر المنطقي وإن لم يصدق عليه إلا الحيوان بالحمل الأولي، لا بالحمل الشايع، إلا أن العناوين - كلية كانت أو شخصية - تدور بنظر العرف مدار ترتّب الأثر، ويشهد لذلك ما وقع في الروايات - سؤالاً وجواباً ـ عن بيع الحيوان سلفاً، والحال أن القدر المتيقن من الحيوان المبيع سلفاً هو الكلي، الذي هو عنوان لا مصداق، بالنظر المنطقي، ومن أمثلة تلك الروايات صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن الرجل يسلف في الغنم الثنيان، والجذعان، وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس به »[1].

ومثلها صحيحة الحلبي[2].

الثالث: إن مقتضى التعليل بـ(النظرة) في روايات خيار الحيوان أنها لأجل التروّي في المبيع، والوقوف على أوصافه وجوداً وعدماً، وهو لا يكون إلا في المبيع الشخصي، وأما الكلي فلا معنى للتأمل فيه، بعد أن

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب السلف، الحديث٢.

(٢) الوسائل، الباب١ من أبواب السلف، الحديث٤.

عيّنت جميع الأوصاف والخصوصيات حسب الفرض[١].

ويرد عليه: أن (النظرة) لو كانت لأجل التروّي والتأمل في المبيع فقط لتمّ الاستدلال، ولكنها كما تكون لذلك تكون أيضاً للتروّي في البيع؛ ليتأكد من وجود المصلحة فيه من عدمها، فلا فرق - حينئذ - بين الكلي والشخصي.

إن قلت: تقدّم أن المستفاد من صحيحة عبد الله بن سنان: « عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا »[٢]، هو أن (النظرة) لأجل التروّي في المبيع، لا البيع؛ لأن الحبل والبرص من أوصافه.

قلت: إن هذه الرواية ليست في مقام بيان المراد من (النظرة)، وإنما هي لبيان عهدة البيع، ولهذا كان فيها أيضاً: « وعهدته سنة من الجنون »، وخيار الحيوان لا يمتد إلى سنة، بل لا يزيد على ثلاثة أيام قطعاً، وعليه فنحن وكلمة (نظرة) في تلك الرواية، وهي شاملة للتأمل في البيع وفي المبيع.

والحاصل: أن التأمل في الروايات يقضي بأن (النظرة) - في خيار المجلس إلى أن يحصل الافتراق - كانت لأجل التروّي في البيع، ولملاحظة المبيع أيضاً، فكذلك في خيار الحيوان، ولكنها فيه إلى ثلاثة أيام، ويشهد لهذه الدعوى اقترانهما في بعض روايات الباب، كصحيحة

---

(١) منية الطالب ٣: ٥٧.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»[١]، بل يتأكد ذلك بورود اقترانهما بعنوان يستفاد منه استثناء الحيوان دون غيره، كما في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « البيعان بالخيار حتى يتفرّقا، وصاحب الحيوان ثلاث »[٢]؛ فإن ذلك يكشف عن أن كل معاملة وجد فيها خيار المجلس إلى أن يفترقا، ففيها خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام إن كان المبيع حيواناً، ولا شك في أن خيار المجلس غير مختص بالبيع الشخصي، فكذلك خيار الحيوان، فيكون شاملاً لبيع الكلي، سواء أكان في الذمة أم في المعين، حالاً كان أو مؤجلاً.

وبالجملة: إن مقتضى إطلاق (النظرة) - علة كانت أو حكمة - أن الخيار جعل لأجل التروّي والتأمل في البيع والمبيع، فيكون خيار الحيوان شاملاً لبيع الكلي.

الرابع: انصراف الحيوان إلى الشخصي دون الكلي.

ولا يخفى أن القاعدة هي التمسك بالإطلاق بالنسبة إلى جميع المصاديق التي ينطبق عليها اللفظ، ولا يصح سلب العنوان عنها، فدعوى الانصراف إلى بعض المصاديق تحتاج إلى دليل، فإن كان وجهه في

---

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

المقام دعوى عدم صدق الحيوان على الكلي، أو مناسبة الحكم والموضوع، أو أخذ النظرة في النصوص، فكلها تقدمت الإجابة عنها، وإن أريد التشكيك في الصدق كما هو الحال في عنوان (ما لا يؤكل لحمه) بالإضافة إلى الإنسان؛ لخفاء صدقه عليه عرفاً، فينصرف عنه ما دلّ على عدم جواز الصلاة فيما لا يؤكل لحمه[1]، فنقول: إن بيع الحيوان، أو عنوانه بالنسبة إلى الكلي في مقام المعاملة ليس على وزان عنوان (ما لا يؤكل لحمه) بالنسبة إلى الإنسان في خفاء الصدق كما هو ظاهر واضح، فلا وجه لدعوى الانصراف.

الخامس: ما أفاده المحقق النائيني تقدس سره من عدم المجال لهذا الخيار في بيع الكلي سَلَماً؛ لأن المشتري لا يملك مطالبة الكلي في باب السلم قبل موسم قبضه، فلا يمكن جعل مبدأ الخيار قبل حلول الأجل، وأما بعد القبض فلا دليل على أن مبدأ الثلاثة من حين القبض، وإذ لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته في الكلي الحالّي؛ لعدم الفرق بينهما[2].

وفيه: **أولاً**: أن دعواه عدم ثبوت الخيار بعد حلول الأجل وحصول القبض غير تامة؛ وذلك لأن رتبة اللزوم والخيار متأخرة عن رتبة الصحة ثبوتاً، فما لم يكن البيع صحيحاً لا يتصف بلزوم الوفاء، ولا بقابليته للفسخ، وأما في مقام الإثبات فيمكن استكشاف الصحة من دليل اللزوم،

---

(١) الوسائل، الباب٢ من أبواب لباس المصلي.

(٢) منية الطالب ٣: ٥٧.

ولهذا تمسك الفقهاء بآية وجوب الوفاء بالعقود لصحة العقود المستحدثة كعقد التأمين، فبما أن جعل الخيار واللزوم متفرع على الصحة، وهي متفرعة على تمامية الشرائط، ولا تتمّ الشرائط في بيع السلم إلا بعد القبض، فمقتضى القاعدة أن يكون مبدأ الخيار فيه من حين تمامية الشرائط والحكم بصحته، أي بعد حصول القبض.

وثانياً: سلّمنا عدم جريان الخيار في بيع الكلي سَلَماً، إلا أن إلحاق بيع الكلي الحالّي به قياس لا نقول به، ولا وجه له.

السادس: ما اعتمده المحقق الأصفهاني تغمده الله من أن المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو البيع الشخصي، فالخيار الثابت فيه ينصرف إلى ما هو المتداول عندهم[1].

وهو ممنوع صغرى وكبرى.

أما الصغرى فلأن ما أفاده من أن المتداول في بيع الحيوان أن يكون المبيع شخصياً لا كلياً يردُّه ما ورد في الباب الأول والتاسع من أبواب بيع السلف من الوسائل[2]؛ فإن فيهما روايات متعددة، أكثرها صحاح

---

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ١٤٦.

(٢) من أمثلة ذلك: الوسائل، الباب الأول من أبواب السلف، الحديث٢ : موثقة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن الرجل يسلف في الغنم الثنيان والجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس به . . . الحديث».

والحديث٣ : صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا بأس بالسلم في الحيوان إذا

وموثقات، وسي تدلّ على وقوع بيع السلم والسلف في الحيوان، سؤالاً وجواباً، وابتداء من الإمام عليه السلام، بعنوان بيع السلم في الغنم، وفي مطلق الحيوان، وبيع السلم والسلف لا يكون إلا كلياً، فكيف يقال بعدم تداول بيع الكلي في الحيوان؟

وأما الكبرى فلأن مآل التداول وعدمه إلى كثرة الوجود وندرته، وليس من موجبات الانصراف ندرة الوجود، كما تقرر في محله، فلو قال المولى لعبده: جئني بماء - وكان المتداول ماء الفرات - فجاء له بماء دجلة لعدَّ ممتثلاً بلا إشكال.

الجهة الخامسة: في موضوع خيار الحيوان

في موضوع خيار الحيوان، أو من له الخيار أقوال ثلاثة:

الأول: اختصاص الخيار بالمشتري، وهو مسلك المشهور[1].

الثاني: ثبوت الخيار للمتبايعين، كما عليه السيد المرتضى قدس سره[2]،

وصفت أسنانها ».

والحديث٤ : صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس ».

ومنها: الوسائل، الباب التاسع من أبواب السلف، الحديث٢ عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم في الحيوان، قال : ليس به بأس..».

(١) قال الشيخ قدس سره في المكاسب ٥: ٨٥ : (المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، حكي عن الشيخين، والصدوقين، والإسكافي، وابن حمزة، والشاميين الخمسة، والحليين الستة، ومعظم المتأخرين، وعن الغنية وظاهر الدروس: الإجماع عليه).

(٢) الانتصار : ٤٣٣.

وتبعه السيّد جمال الدين بن طاوس في البشرى[١].

الثالث: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثمناً، ونسب إلى جماعة من المتأخرين[٢].

---

(١) نقله عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز ١: ٤٥٩، والشهيد في غاية المراد ٢: ٩٧.
وقال السيد العاملي تغمّده الله في مفتاح الكرامة ١٤: ١٧٩ : (وذهب السيّدان علم الهدى وابن طاووس إلى ثبوت الخيار لهما، وإطلاق الخلاف قد يؤذن بموافقتهما، قال: يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة أيّام، شرط ذلك أو لم يشترط، وقال جميع الفقهاء: حكم الحيوان حكم سائر المبيعات . دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم . والظاهر أنّ غرضه إثبات أصل الخيار رداً على العامّة، وإنّما احتجّ بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه في النهاية والمبسوط باختصاص المشتري به، فليس الشيخ في الخلاف موافقاً لهما كما قد يتوهّم، ولا أبو الصلاح في الكافي؛ لأنّه صرّح فيه بضمان البائع له، على أنّه لم يحكه أحدٌ عنه).
(٢) حكى الشيخ تغمّده الله النسبة في المكاسب ٥: ٨٩، وذكر السيد العاملي تغمّده الله في كتابه مفتاح الكرامة ١٤: ١٨٣ قولاً ربما يكون رابعاً لم يتعرض له الشيخ تغمّده الله ولا الأستاذ - دام ظله - حيث قال: (فيما اختاره صاحب غاية المرام من أنّ الخيار يثبت للبائع والمشتري في بيع الحيوان بالحيوان، وقد مال إليه أو قال به جماعة كأبي العبّاس، والكركي في المقتصر وتعليق الإرشاد، والقطيفي في إيضاح النافع، والفاضل الميسي، والشهيد الثاني في الروضة؛ لأنّهم بين مستوجه له مقرّب ومقوٍّ له، أو نافٍ عنه البُعد، ولم يحكم به على البتّ سوى الصيمري . وقد جعله في جامع المقاصد ثالث الأقوال ونفى عنه فيه البُعد، لما فيه من الجمع المذكور مع ملاحظة الحكمة المشتركة . وقد علمت أنّ أوّل من احتمله المصنّف في المختلف ورجع عنه).

أدلة القول باختصاص المشتري بالخيار

أما القول الأول فاستدل عليه بأربعة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع.

كما عن الغنية[١] والدروس[٢].

وفيه: - مضافاً إلى وجود المخالف كما تقدم - أنه مدركي.

الوجه الثاني: الأصل العملي.

ولا يخفى أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار هو ثبوته للمشتري، وإنما يشك في ثبوته للبائع، فهل يجري فيه أصل العدم أو لا؟ وينبغي أن يقع الكلام فيه في صورتين:

الصورة الأولى: أن لا يكون في البيع الواقع على الحيوان خيار المجلس، كأن يشترط سقوطه في متن العقد، ويُقرّب عدم الخيار للبائع بتقريبين:

التقريب الأول: أن الخيار من الأحكام الوضعية، والمجعولات الشرعية، والحوادث المسبوقة بالعدم، فعندما نشك في ثبوته وجعله للبائع يمكن استصحاب عدم الخيار له بنحو استصحاب عدم المجعول،

---

(١) الغنية: ٢١٩ ؛ حيث يظهر من قوله: (ويثبت خيار الثلاث في الحيوان بإطلاق العقد للمشتري خاصة من غير شرط، وفي الأمة مدة استبرائها، بدليل الإجماع المتكرر).

(٢) الدروس ٣: ٢٧٢، وقال فيها: (خيار الحيوان ، وهو ثلاثة أيّام من حين العقد أو التفرّق للمشتري خاصّة، وقال المرتضى: لهما، والرواية صحيحة، إلا أن الشهرة رواية وفتوى، بل الإجماع يعارضها..).

ويمكن جريان استصحاب عدم جعل الخيار له، بناء على عدم كونه مثبتاً كما هو المبنى المحقَّق، خلافاً للمحقق النائيني تدّس.

التقريب الثاني: استصحاب الملك، أو استصحاب العقد؛ فإن العقد قد وقع قطعاً، وانتقل الثمن لصاحب المثمن وبالعكس، فإذا فسخ البائع شك في تأثير الفسخ، فيشك في زوال الملك عن من انتقل إليه، كما يشك في زوال العقد، فيستصحب بقاؤهما، ويرجع هذا الأصل لبّاً إلى أصالة عدم تأثير الفسخ؛ إذ يكون الشك في انفساخ العقد الواقع بهذا الفسخ وعدمه[1].

الصورة الثانية: أن يكون في البيع خيار المجلس بمقتضى ما دلّ عليه، وعدم سقوطه بالشرط، فهو ثابت في غير بيع الحيوان إلى حين الافتراق، وأما فيه فيوجد - علاوة على ذلك - خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام، فيشكل الاستصحاب على هذا التقدير، فلابدّ من تقريب الاستصحاب وبيان جهة الإشكال فيه.

أما تقريب الاستصحاب فبهذا النحو: إنا كنا على يقين من ثبوت الخيار بعد إنشاء البيع وقبل التفرّق، ولما تفرّق المتبايعان شككنا في بقاء الخيار وعدمه فنستصحب بقاءه، وهذا الاستصحاب - بعد القول بجريانه

---

(١) تقريبات الأصل ترجع إلى أربعة كما هو واضح، وصرّح بذلك الشيخ الأستاذ ـ دام ظله ـ في موضع آخر، وهي: ١- أصالة عدم جعل الخيار للبائع. ٢- أصالة عدم المجعول. ٣- أصالة بقاء العقد. ٤- أصالة بقاء الملك.

- حاكم على استصحاب بقاء الملك، أو عدم تأثير الفسخ؛ لأن الأول أصل سببي، والثاني أصل مسببي؛ لأن منشأ الشك في بقاء الملك، أو في عدم تأثير الفسخ هو الشك في بقاء الخيار.

وأما جهة الإشكال؛ فهي أنه من موارد استصحاب الكلي القسم الثالث على مبنى، ومن موارد القسم الثاني على مبنى آخر، وتوضيح ذلك:

إن في موارد الخيارات المتعددة مبنيين:

الأول: تعدُّد الخيارات بتعدُّد أسبابها، فيكون للمجلس خيار، وللحيوان خيار ثانٍ، وللغبن ثالث، وهكذا..؛ وذلك لأن الأصل - عند تعدد الأسباب - عدم التداخل، فيتعدد المسبب بتعدد السبب، إلا أن يقوم البرهان على خلاف ذلك، فيدل على اتحاد المسبب وإن تعدد السبب.

الثاني: وحدة الخيار وإن تعدد سببه؛ لأن تعدد الخيار يستلزم اجتماع المثلين، وهو محال كاجتماع الضدين، فلا يمكن أن يكون لبيع واحد خياران.

فعلى المبنى الأول يكون استصحاب بقاء الخيار من استصحاب الكلي القسم الثالث؛ لأن المبيع إذا كان حيواناً كان في البيع خياران: خيار المجلس، وخيار الحيوان، والأول مقطوع الزوال بعد الافتراق، والثاني مشكوك الحدوث بالنسبة للبائع، وقد تقرر في الأصول عدم جريان هذا القسم.

وأما على المبنى الثاني فهو من استصحاب الكلي القسم الثاني؛ وذلك

لحصول الخيار بعد العقد قطعاً، فإن كان سببه المجلس خاصة فقد زال قطعاً، وإن كان بيع الحيوان فهو باقٍ قطعاً، فيتردد أمر الحادث بين الفرد مقطوع الزوال، والفرد مقطوع البقاء، وقد تقرّر في مثله جريان الاستصحاب، فيستصحب بقاء كلي الخيار، ويكون حاكماً على استصحاب بقاء الملك.

الوجه الثالث: الأدلة العامة.

وقد تمسك الشيخ قدس سره بدليلين عامين: أحدهما خاص بالبيع، وهو قوله عليه السلام: « فإذا افترقا وجب البيع »[1]، والآخر عام لكل عقد، وهو قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[2] وضمّ إلى الثاني القول بعدم الفصل، وذلك لنكتة سيأتي التنبيه عليها.

العام الأول: حديث (فإذا افترقا وجب البيع).

أما العام الأول فتقريب الاستدلال به: أن المستفاد من إطلاقه وأمثاله من أدلة خيار المجلس وجوب البيع عند الافتراق مطلقاً، أي سواء أكان المبيع حيواناً أم غيره، وفي الحيوان سواء أكان بالنسبة إلى المشتري أم إلى البائع، وقد خرج من تحت هذا الإطلاق المشتري في بيع الحيوان قطعاً، ويشك في خروج البائع من تحته، ومقتضى إطلاق « وجب البيع »

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث٤.

(٢) سورة المائدة: ١.

بقاؤه تحته، فلا خيار له.

وأورد عليه بإشكالات أهمها ثلاثة:

إشكال السيد اليزدي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الأول: ما أفاده السيد اليزدي تدثّر، من أنه مقيد ببيع غير الحيوان؛ بقرينة المقابلة بين خيار المجلس وخيار الحيوان في غير واحد من الأخبار[1]، فمورد وجوب البيع بسبب الافتراق إنما هو بيع غير الحيوان، فهو لا يشمل بيعه من الأول حتى يحكم بتخصيص المشتري ويشك في تخصيص البائع[2].

وفيه: أولاً: أن لازم ما أفاده تدثّر انتفاء خيار المجلس في بيع الحيوان مطلقاً، فليس للبائع خيار المجلس أصلاً؛ وذلك لأن التقسيم قاطع للشركة، وقد جعل البيع على قسمين: بيع غير الحيوان، وفيه خيار المجلس، وحدُّه الافتراق، وبيع الحيوان، وفيه خيار الحيوان، وحدُّه ثلاثة أيام، فيلزم أن يقول بعدم خيار المجلس في بيع الحيوان مطلقاً.

---

(١) منها: ما في الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث١ : صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام ».

ومنها: الحديث٥ من نفس الباب، عن علي بن أسباط ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: « الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا » الحديث.

(٢) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٣٦.

وثانياً: أن منشأ دعوى التقييد هي المقابلة في النصوص بين بيع الحيوان وبيع غيره، وإلا فليس عندنا نص خاص يدل على أن خيار المجلس مخصوص ببيع غير الحيوان، ولكن غاية ما يستفاد من الأخبار التي استشهد بها السيد قدس سره هو عدم شمول أدلة خيار المجلس لبيع الحيوان، لا نفيه عنه، فإذا وجد عندنا ما لم يشتمل على هذه المقابلة، ولا ذلك التقسيم إلى بيع الحيوان وغيره أخذنا بعمومه أو بإطلاقه، فيشمل بيع الحيوان، وذلك الدليل موجود وهو معتبرة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا...»[1]؛ فإنها مطلقة لكل بيع، من دون تقييدها ببيع خاص، فيحفظ التعميم ما لم يثبت المخصص.

وثالثاً: أن إثبات الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام لا ينفي خيار المجلس عنه، بل يثبت امتداد الخيار فيه إلى ثلاثة أيام، فالروايات لم تقيّد بيع الحيوان وتخرجه عن خيار المجلس، وإنما توسع دائرة الخيار وأمده، وأنه إلى ثلاثة أيام، بخلاف بقية البيوع فهي إلى أن يفترق المتبايعان[2].

ورابعاً: سلّمنا أن تلك الروايات قسّمت البيع إلى قسمين: بيع

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث٦.

(٢) يستفاد هذا الجواب من كلام الشيخ الأستاذ ـ دام ظله ـ في جواب على سؤال.

الحيوان، وبيع غيره، إلا أن التقسيم ما لم يصل إلى حدّ قطع الشركة لا يدلّ على الاختصاص، وبما أن في المقام طائفتين، إحداهما لا تقسيم فيها، والأخرى غاية ما ادّعي فيها استظهار التخصيص، كما في كلمات السيد تدّس، فلم يصل التقسيم إلى حدّ قطع الشركة، وفي كفاية مثل هذا الاستظهار للتقييد تأمل، فلا أقل من إجمال النص من ناحية عدم شمول خيار المجلس لبيع الحيوان، ومع الإجمال يتحكم إطلاق معتبرة عمر بن يزيد.

إشكال المحقق الأصفهاني على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الثاني: ما أفاده المحقق الأصفهاني تدّس، من أن الوجوب في: « فإذا افترقا وجب البيع » وجوب حيثي، أي من حيث المجلس، والوجوب من حيث لا عموم فيه حتى يتمسك به في مورد الشك، وتقريب بيانه:

أن أدلة الخيارات تثبت الخيارات المتعددة، ولا تعارض بينها، بل كلّها مخصصة لأدلة اللزوم، فدليل خيار المجلس يثبت خياره، ودليل خيار الحيوان يثبت خياره، وهكذا العيب والشرط...، فلزوم البيع من جهة لا ينافي جوازه من جهة أخرى، فقوله عليه السلام: « فإذا افترقا وجب البيع » يثبت لزومه من جهة خيار المجلس، لا من كل جهة، فلا عموم فيه حتى يتمسك به في حال الشك.

وبعبارة أخرى: (أن الظاهر من الخيار المنفي بالافتراق هو الخيار المغيّى بالافتراق كما يقتضيه التفريع، و ليس هو إلا خيار المجلس لا

جنس الخيار)[١].

وهو متين لو كنّا وهذه الرواية: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع »؛ فإنها ظاهرة في الوجوب الحيثي، ولكن صحيحة فضيل تمنع من كون نفي الخيار من حيث؛ فإن قوله عليه السلام فيها: « فلا خيار بعد الرضا منهما »[٢] يفيد نفي الخيار بقول مطلق؛ لأن الرضا في الرواية - و باعترافه أيضاً - ليس الرضا بأصل البيع، بل الرضا بالالتزام به، فمدلول الرواية أن الافتراق التزام بالبيع شرعاً، فلا محالة من إثبات العموم من ناحية نفي جميع الخيارات[٣].

إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الثالث: ما أورده المحقق الرشتي قدس سره من أن إطلاق «وجب البيع» قد خصّص قطعاً ببيع الحيوان، ولو كان ذلك من جهة المشتري، فلم يبق على عمومه، بحيث لو قلنا بثبوت الخيار للبائع أيضاً كما كان للمشتري لم يكن ذلك تخصيصاً زائداً حتى يتمسك بالعموم حال

---

(١) حاشية الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٤٧.

(٢) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٣) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن الالتزام بالبيع لا يكون حيثياً، فإما أن الملتزم به أمضى البيع أو لا، ولا معنى للإمضاء من حيث، وكذلك الحال بالنسبة إلى الفسخ.

الشك[١].

وفيه: أولاً: أنه منقوض بما ذكره قبل أسطر من هذا الكلام[٢]؛ حيث استدل بعموم مفهوم « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » على انتفاء الخيار من البيّعين إذا افترقا، وخرج من ذلك العموم خيار المشتري في الحيوان ثلاثة أيام وبقي الباقي تحت العموم، فإذا سقط « وجب البيع » عن العموم ببيع الحيوان، فليس المفهوم بأحسن حالاً من هذا المنطوق، فيرد عليه الإشكال نفسه.

وثانياً: أن الوجوب في الرواية هو عبارة عن الوجوب في الآية الشريفة ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾، وبما أن الوجوب التكليفي بالوفاء فيها - الذي هو منشأ انتزاع اللزوم - انحلالي، فكذلك في الرواية، ومعناه أن كلّ طرف من أطراف أيّ عقد يجب عليه الوفاء، خرج منه المشتري في بيع الحيوان، وشك في خروج البائع، فيبقى تحت عموم العام، ويتمّ الاستدلال.

فتحصل إلى هنا: أن ما استدل به الشيخ قدس سره من عموم «وجب البيع » محل إشكال من جهة واحدة، وهو كون الوجوب حيثياً، أو محتملاً له، ولكن الاستدلال بإطلاق: « فلا خيار بعد الرضا منهما » تام.

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات:٢٢٥.

(٢) فقه الإمامية، الخيارات:٢٢٥.

العام الثاني: آية الوفاء بالعقود.

وأما العام الثاني - وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [(١)] - فقبل بيان الاستدلال به لا بدّ من بيان أن في التمسك بالعموم بعد التخصيص مبنيين:

الأول: أن المرجع - فيما لو خرج فرد من تحت العموم في أحد الأزمنة، بالنسبة إلى باقي الأزمنة - هو العموم.

الثاني: ما اختاره الشيخ قدس سره من سقوط العموم حينئذٍ، وعدم الرجوع إليه في باقي الأزمنة؛ إذ الخارج من تحت العموم لا يعود إليه.

ويختلف تقريب الاستدلال باختلاف هذين المبنيين، فعلى مبنى الشيخ قدس سره يكون التقريب بهذا النحو:

إن موارد البيع على قسمين:

ما فيه خيار المجلس، وما ليس فيه خيار المجلس، كأن يكون لازماً من الأول بالذات - كبيع من ينعتق على المشتري، وبيع العبد المسلم من الكافر إلى المسلم، وكشراء العبد نفسه - أو بالشرط كأن يشترط سقوط خيار المجلس.

ففي القسم الثاني لم يخصص عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلا بالنسبة إلى المشتري في خيار الحيوان، فيبقى البائع داخلاً تحت العموم، فيكون

---

(١) سورة المائدة: ١.

البيع لازماً من جهته، وأما في القسم الأول فيضم إلى العموم الإجماع المركب، وعدم القول بالفصل[١].

والوجه في استناد الشيخ قدس سره إلى هذه الطريقة هو ما تبنّاه من سقوط العموم في الموارد التي فيها خيار المجلس، والساقط لا يعود، فلا وجه للتمسك بعموم الآية فيها، فاضطر إلى التمسك به في موارد عدم خيار المجلس، وضمَّ إليه الإجماع المركب وعدم الفصل في موارد الخيار.

وأما على المختار من الرجوع إلى العام، وعدم سقوطه في بقية الأزمنة كما سيأتي بيانه في خيار الغبن، فيصح التمسك بعموم الآية حتى في موارد الخيار من غير حاجة إلى ضمِّ الإجماع المركب، وتقريبه: أن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو الحكم بلزوم كل عقد، ومنها بيع الحيوان، خرج من تحت هذا العموم المشتري في بيع الحيوان؛ فإن له الخيار ثلاثة أيام، وشك في خروج البائع فيتمسك فيه بالعموم؛ لأنه من التخصيص الزائد، وثمرة ذلك اختصاص خيار الحيوان بالمشتري.

إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بالآية ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي قدس سره بإشكالين:

الإشكال الأول: أن عموم الآية قد سقط على أي حال بمجيء التخصيص بخيار الحيوان، فلم يبق عموم حتى يتمسك به بالنسبة إلى البائع.

---

(١) المكاسب ٥: ٨٦.

نعم، لو ورد الدليل بعنوان: يجب الوفاء على البائع والمشتري، أمكن التمسك بدليل اللزوم في مورد البائع عند الشك في تخصيصه، بعد القطع بخروج المشتري، ولكنه ليس كذلك[١].

ويجاب عنه: بأن في الآية مبنيين:

الأول: أن المستفاد منها حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالعقود، وهو مختار الشيخ تدّس.

الثاني: أنها إرشاد إلى لزوم العقود.

أما على المبنى الأول فهو وإن كان فيه رأيان:

أحدهما: أن الخطاب موجه لجميع المكلفين[٢].

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات:٢٢٥.

(٢) ولغرابة هذا الرأي نقول: تعرض له غير واحد من الأعاظم قدس الله أسرارهم، منهم:

١- الفاضل المراغي تدّس في كتاب العناوين ٢: ٤٣ حيث قال في بحث أصالة اللزوم في العقد والإيقاع: (واحتمال أن المراد إنما هو الجواز والعدم بالنسبة إلى المتعاقدين - إذ لا ربط لغيرهما بذلك - بعيد مستلزم للتخصيص في عموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ الدال على لزوم العقد.

وبيان ذلك: أن عموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ إنما دل على أن كل أحد من المكلفين - لعموم الخطاب - مأمورون بالوفاء بكل عقد عقد من أي شخص صدر، ومن المعلوم أن صدور العقد الواحد من ألف أو جميع المكلفين محال، فيصير المعنى: كل أحد مكلف بالوفاء بكل عقد من أي منهم صدر، وتخصيص هذا بالمتعاقدين يحتاج إلى دليل؛ إذ لا إشعار في الآية على أن الوفاء لازم على المتعاقدين دون غيرهما، ومقتضى ذلك ثبوت لزوم

العقد بالنسبة إلى كل أحد، فلو كان جائزاً في حق المتعاقدين غير جائز من غيرهما فينبغي أن يكون ملفقاً خارجاً بالدليل بالنسبة إلى خصوص المتعاقدين، ويبقى على لزومه بالنسبة إلى الغير، فلا وجه لعدّه جائزاً مطلقاً.

لا يقال : ليس المراد وجوب الوفاء على كل عقد، بل المراد منها وجوب وفاء كل أحد بعقده، فيصير التقدير: أوفوا بعقودكم، ويظهر منه في العرف التوزيع، بمعنى أن كل أحد يفي بما هو عقده، لا أن زيداً يفي بعقد عمرو ونحو ذلك؛ إذ وفاء الغير بعقد الغير غير معقول؛ إذ ليس بيده شيء حتى يفي ذلك، وليس الأمر إلا فرع الاختيار والتسلط، فتدبر.

لأنا نقول: صرف الآية على هذا المعنى إن كان بدعوى الفهم العرفي فهو ممنوع، وإضمار المضاف إليه وإن كان يوجب فهم هذا المعنى في الظاهر لكن هو غير ثابت، وفرضه غير وجوده، وعموم اللفظ محكم، وليس ذلك من قبيل ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ ، بل إنما هو من قبيل ﴿ وَأَمَرُواْ بِٱلْمَعْرُوفِ وَنَهَوْاْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴾ .

وإن كان من جهة عدم إمكان الوفاء من الغير فهو ممنوع؛ إذ يجب على كل أحد إجراء هذه الآثار على هذا العقد، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينتزعه من يد المشتري؛ لأنه ملكه، ولا أن يعطيه البائع؛ لأنه خرج عنه، ويجب جعله ميراثاً للمالك لو مات وصرفه في الديون، ونظائر ذلك مما يتعلق بكون الشيء مملوكاً، فإن كل أحد مكلف بأن يجري على هذا المال أحكام ملكية المشتري، ولا بأس بذلك مطلقاً، فلا تذهل).

٢- المحقق السيد الخوئي تدام في مصباح الأصول ٣: ٣٢٤ في بيان مدرك أصالة الصحة؛ حيث قال:

(الثاني: قوله تعالى : ﴿ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ ، وقوله تعالى :﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ ﴾ ، بناء على أن الخطاب ليس مختصاً بالمتعاقدين، بل جميع المكلفين مخاطبون به، ومأمورون بالوفاء بالعقد الصادر من المتعاقدين، بمعنى ترتيب آثار الصحة عليه.

وفيه: أولاً: أن الخطاب مختص بالمتعاقدين على ما ذكرناه في بحث المكاسب.

وثانياً: - على تقدير تسليم كون الخطاب عاماً - أن الدليل المذكور مختص بالعقود، فلا

والآخر: أنه موجه لأرباب العقود خاصة، وهو الحق.

إلا أن القدر المتيقن من الخطاب هما المتعاقدان، فلكل واحد منهما خطاب بلزوم الوفاء، وخطاب أحدهما مغاير لخطاب الآخر بلا شك، ولا يعقل سراية حكم أحدهما للآخر، أما المشتري فقد خرج ـ بمقتضى الأدلة - من تحت هذا الخطاب، وأما بالنسبة إلى البائع فيشك في خروجه من تحته، ومقتضى حجية العام في حال الشك في التخصيص الزائد هو التمسك بالعموم، فيتمسك بالآية للحكم بوجوب الوفاء على البائع.

وأما على المبنى الثاني - وهو الإرشاد - فاللزوم في العقود ليس دائمياً؛ فإن العقد تارة يكون لازماً من الطرفين - البائع والمشتري - وأخرى يكون لازماً من أحدهما، وجائزاً من الآخر، فعندما نلاحظ الخيارات الجعلية نلاحظ التبعيض في اللزوم، فخيار الشرط لمن اشترط

يشمل الايقاعات.

وعلى تقدير تسليم شموله لها - بناء على أن المراد هو العقود بالمعنى اللغوي لا العقود الاصطلاحي المقابل للإيقاعات - لا يشمل المعاملات بالمعنى الأعم، كالطهارة والنجاسة . والمقصود إثبات أصالة الصحة في جميع هذه الموارد، فالدليل المذكور - على تقدير تمامية دلالته - أخص من المدعى.

وثالثاً: - أن الشبهة - في موارد جريان أصالة الصحة - مصداقية، فإن أصالة الصحة من الأصول المجعولة في الشبهات الموضوعية فقط دون الشبهات الحكمية، كما هو واضح . وقد ذكرنا في محله عدم صحة التمسك بالعام في الشبهات المصداقية).

له من المتبايعين خاصة، وخيار العيب لمن أخذ المعيب، وخيار الغبن لخصوص المغبون، وحكم الطرف الآخر فيها هو اللزوم من جهته، فكما أن في لزوم العقد تبعيضاً، فالإرشاد إلى اللزوم قابل للتبعيض، وعليه فبما أن الآية إرشاد إلى اللزوم - على هذا المبنى - وقد دلّت الأدلة على عدم اللزوم بالنسبة إلى المشتري في بيع الحيوان فقد خرج عن دائرة إرشادها، وأما البائع فيشك في خروجه عن الخطاب الإرشادي باللزوم فيبقى تحت دلالة الآية عليه، فلا يرد الإشكال.

الإشكال الثاني: أنه معارض بمثله؛ إذ يمكن قلب الاستدلال عليه تدّ؛ فإن الشيخ تدّ يرى التمسك بعموم العام لإثبات عدم الخيار لبائع الحيوان في الموارد التي ليس فيها خيار المجلس، وبضمّ الإجماع المركب وعدم الفصل يلحق بها موارد الخيار، فيعارض بالقول بالتمسك باستصحاب حكم المخصص في موارد خيار المجلس، فيثبت الخيار فيها؛ حيث إن بائع الحيوان له الخيار، فنشك بعد انقضاء المجلس هل الخيار ثابت له أم لا، فيجري استصحاب حكم المخصص، وبضمّ عدم الفصل يلحق بها موارد عدم الخيار، أي نثبت الحكم في الموارد التي لم يخصص العام لعدم وجود خيار المجلس، وبما أن مبنى الشيخ تدّ في الدوران بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص هو الثاني فالنتيجة الحكم بالخيار للبائع[1].

ويجاب عنه أولاً: بأن الشيخ تدّ لا يرى صحة التمسك بعموم العام

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات : ٢٢٦.

فيما لو خصص فرد من الأفراد في زمان من الأزمنة؛ لسقوط العام حينئذٍ فلا يعود، إلا أن الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص بعد ذلك لا يكون إلا إذا تمّت أركانه، ومن أركانه اليقين السابق والشك اللاحق، وهو مفقود في المقام؛ للقطع بانتفاء المتيقن سابقاً، وكون الشك في الحدوث، لا في البقاء؛ وذلك لأن المستصحب إما شخصي أو كلي، أما الشخصي فالموجود سابقاً هو خيار المجلس وقد زال بالافتراق قطعاً، سواء أكان المقصود من قوله عليه السلام: « وجب البيع » الوجوب المطلق كما عليه الشيخ قدس سره، أم الوجوب من حيث المجلس، كما هو المختار، وعليه المحقق الأصفهاني قدس سره كما تقدم.

وأما الكلي، فاستصحابه في المقام من القسم الثالث؛ وذلك لأن كلي الخيار المتحقق في ضمن خيار المجلس قد زال بالافتراق قطعاً، وكلي الخيار في ضمن خيار الحيوان مشكوك الحدوث من الأول، وقد تقرّر في محلّه - على ما هو التحقيق - عدم جريان استصحاب الكلي من القسم الثالث، نعم، لا يرد الإشكال على مبنى الشيخ قدس سره من جريان الاستصحاب في القسم الأول من القسم الثالث، لكن المبنى مخدوش كما حقق في محله.

ولو كان الفرد الحاصل مردّداً بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء لكان من القسم الثاني وجرى فيه الاستصحاب.

وثانياً: بأنا سلّمنا جريان استصحاب حكم المخصص في المقام،

وسلّمنا جريان استصحاب الكلي القسم الثالث، إلا أنه إنما يجري في ما إذا كان المورد من موارده، وهو مورد ثبوت خيار المجلس وتخصيص العام، وأما فيما لم يكن فيه خيار المجلس، فلم يخصص العام، فلا وجه للتمسك باستصحاب كلي الخيار، و لا يمكن التمسك بعدم الفصل و الإجماع المركب مع اختلاف الموردين.

التحقيق في مناقشة الشيخ

والحق في الجواب عن الشيخ قدس سره:

أولاً: أن موارد عدم الخيار من قبيل اشتراء أحد العمودين، وبيع العبد المسلم المملوك للكافر على المسلم، وشراء العبد نفسه على القول بجوازه، لا مجال فيها للخيار أصلاً، لا للمشتري ولا للبائع، لا خيار المجلس، ولا خيار الحيوان، فالالتزام فيها بعدم الخيار للبائع ليس من جهة خصوصية فيه، وإنما لكون المورد غير قابل للخيار أصلاً؛ بمقتضى الأدلة الخاصة[1]، فبأي مناط يُتَمّم المطلب فيما فيه خيار بعدم الفصل؟!

---

(١) أما المسألة الأولى فهي من الموارد التي ينعتق فيها العبد قهراً؛ بمقتضى الأدلة الخاصة، منها:

معتبرة أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته وذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً، ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال، ولا يملك أمه من الرضاعة، ولا أخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقن...». الوسائل، الباب٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث١.

وقد تعرض الشيخ قدس سره لهذه المسائل الثلاث في خيار المجلس ٥: ٣٨، وقال عن **المسألة**

الأولى: (منها : من ينعتق على أحد المتبايعين، والمشهور - كما قيل - : عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق. واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع. والكلام فيه مبني على قول المشهور: من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

والظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين؛ لأن مقتضى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك، والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال - ضعّفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيباً - مبني على تزلزل العتق).

وأما المسألة الثانية فقد تعرض لها الشيخ تقدس سره في فروع مسألة بيع العبد المسلم من الكافر في المكاسب ٣: ٥٩٦ وقال فيها: (ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام في عبد كافر أسلم : « اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا تقرّوه عنده »...). الوسائل، الباب٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث١.

إلى أن قال: (وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكي عن الحواشي في خيار المجلس والشرط؛ لأنه إحداث ملك فينتفي، لعموم نفي السبيل؛ لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع ...إلخ).

وقال في خيار المجلس ٥: ٤٣: (ومنها : العبد المسلم المشترى من الكافر بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً ، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما.

أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه...).

وأما المسألة الثالثة فقال الشيخ تقدس سره في خيار المجلس ٥: ٤٥: (ومنها: شراء العبد نفسه - بناء على جوازه - فإن الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة إلى القيمة؛ لعدم شمول أدلة الخيار له، واختاره في التذكرة).

وأما الشيخ الأستاذ - دام ظله - فأعرض عن التعرض لهذه الفروع في خيار المجلس؛

وهل يجدي عدم الفصل إلا إذا كان ملاك المسألتين واحداً؟!

ثانياً: أنه كيف يُدّعى الإجماع المركب وعدم الفصل مع أن السيد المرتضى قدس سره ذهب إلى ثبوت الخيار لكلا المتبايعين كما سيأتي، وتوقّف عدة آخرون في المسألة من أجل ما ذهب إليه السيد قدس سره، وذهب قطب الدين ومن تبعه إلى ثبوت الخيار لصاحب الحيوان، بائعاً كان أو مشترياً.

الحق في الاستدلال

فالحق هو الاستدلال بآية الوفاء بدون ضمّ الإجماع المركب، وذلك على المختار من عدم تأثير خروج الفرد من تحت العام بالتخصيص في زمان من الأزمنة في التمسك بالعموم، فالمرجع في ما زاد على الزمان المتيقن خروجه هو عموم العام، بلا حاجة إلى عدم الفصل والإجماع المركب؛ فإن المستفاد من الآية بحكم الانحلال لزوم العقد على كل من المشتري والبائع، وخرج المشتري بالتخصيص قطعاً، وبما أنه يشك في خروج البائع يتمسك بعموم الآية فيه.

الوجه الرابع: الأدلة الخاصة.

وهي عدّة روايات وفيها صحاح السند، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم

لعدم الثمرة منها في زماننا، راجع الجزء الأول من هذا الكتاب، ص٢٢٤.

يشترط »[١].

وتقريب الاستدلال: أن الإمام عليه السلام خصص الخيار في الحيوان بالمشتري، والتخصيص بلا مخصص غير معقول ثبوتاً وملاكاً في كلام الحكيم، فيثبت اختصاص الخيار به؛ إذ لو كان لمطلق المتعاقدين لكان تخصيصه بالمشتري بلا ملاك.

وهذا النحو من التقريب غير تام فنياً؛ لأنه استدلال بمفهوم اللقب؛ لعدم الشرط، بل ولا الوصف - على القول بالمفهوم فيه - في الرواية ليستدل بمفهومهما، ومفهوم اللقب لا حجية فيه، فلا يدل على القيد.

وأما ما ربما يناقش به: من أن النسبة بينها وبين ما استدل به السيد المرتضى قدس سره - أي صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان..»[٢]- وإن كانت هي العموم والخصوص المطلق إلا أنهما مثبتان، ولم يرد من الخاص صرف الوجود، بل مطلق الوجود، فلا يصلح للتقييد.

وتوضيح ذلك: إن الدليلين إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً وكانا مثبتين، فإن كان المراد من الخاص صرف الوجود، حمل العام على الخاص، كما لو ورد: (أعتق رقبة)، و(أعتق رقبة مؤمنة)، وإن كان المراد منه مطلق الوجود، لم يحمل على الخاص، كما لو ورد: (أكرم

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٣.

العلماء)، و (أكرم الفقهاء)، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن كليهما مثبتان، ولم يرد من الخاص صرف الوجود، فيثبت حق الخيار لكل من البائع والمشتري.

فيمكن دفعه بأن يقال: إن شأن الإمام عليه السلام ومقامه بيان الأحكام، وإن بيانه عليه السلام مطابق لعين الواقع، فإن كان الحكم عاماً بيّن عليه السلام العموم، وعدم بيانه له - مع كونه عاماً في الواقع - لا يكون إلا لنكتة عقلائية تقتضي ذلك، كما لو قال: (أكرم العلماء)، ثم قال: (أكرم الفقهاء)؛ فإن تخصيص الفقهاء بالذكر ليس لأجل التقييد، بل لكونهم أولى بالإكرام، فلو كان الخيار - بحسب الواقع - لكلا المتبايعين، ومع ذلك حدّده الإمام عليه السلام في بيانه بالمشتري - ولا نكتة عقلائية تقتضي ذلك كما في المثال السابق وهو ظاهر - لم يكن البيان مطابقاً للواقع، وهو خلف، فبنفس قرينة المقام، وعدم النكتة العقلائية المقتضية للتخصيص في المقال يثبت أن دائرة الحكم محدودة من الأول بالمشتري، فلم يكن الاستدلال بمفهوم اللقب.

الرواية الثانية: رواية الحلبي ، عن أبي عبد الله (عليه السلام) - في حديث - قال: وقال: « في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها، اشترط أو لم يشترط »[1].

والسند محل إشكال بعلي بن حديد، وأما الدلالة فكالسابقة، والكلام فيها هو الكلام.

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٤.

الرواية الثالثة: موثقة الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: « صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام »[١].

ولا بحث في سندها؛ لصحة أحد طريقي الشيخ قدس سره إلى الحسن بن علي بن فضال[٢]، وأما من حيث الدلالة فهي أقوى دلالة من الروايتين السابقتين؛ لاستناد الاستدلال في السابقتين إلى مفهوم اللقب؛ فإن الموضوع فيهما هو المشتري، وانتفاء الحكم بانتفائه من انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه، وأما في هذه الرواية فـ(المشتري) جعل وصفاً للموضوع وهو (صاحب الحيوان)، ومفهوم الوصف وإن لم يثبت عند غالب الفقهاء والأصوليين، إلا أنه بمقدار ثبوت الاختصاص أمر مقطوع به؛ إذ لو كان الحكم لذات الطبيعة لكان وصفها بالوصف لغواً، وكل

---

(١) كذا في الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٢، وفي التهذيب ٧: ٦٧ باب ابتياع الحيوان، الحديث١: (ثلاثة أيام) بدون الباء.

(٢) قال الشيخ في الفهرست: ٩٨ : (أخبرنا بكتبه ورواياته عدة من أصحابنا ، عن محمد بن علي بن الحسين ، عن محمد بن الحسن ، عن أبيه ، عن سعد بن عبد الله والحميري، عن أحمد بن محمد ، ومحمد بن الحسين ، عن الحسن بن علي بن فضال ، وأخبرنا ابن أبي جيد ، عن محمد بن الحسن بن الوليد ، عن الصفار ، عن محمد بن عبد الجبار ، عن الحسن بن علي بن فضال).

ومراد الشيخ الأستاذ ـ دام ظله ـ بالطريق الصحيح الطريق الأول، طريق الشيخ الصدوق قدس سره.

وصف قيد؛ إذ لا يمكن حصول الوصف بدون حصول التقيّد، والأصل في القيود الاحتراز، فيثبت بتقييد صاحب الحيوان بالمشتري أخذ هذه الخصوصية في الموضوع، فيختص الخيار بالمشتري.

وما ربما يقال: من أن هذا القيد جرى مجرى الغالب، كما في قوله تعالى: ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم ﴾[1].

مخالف لأصالة احترازية القيود، وشأن الإمام عليه السلام في بيان موضوع الحكم، وإنما حمل القيد في الآية على الغالب لقيام القرينة على ذلك، ولولاها لكان احترازياً أيضاً.

الرواية الرابعة: رواية علي بن أسباط، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: « الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا... الحديث »[2].

وهي في حكم الروايات الثلاث الأولى، وتقريب الاستدلال بها من جهات:

الجهة الأولى: إن الإمام عليه السلام إذا كان في مقام بيان الحكم الشرعي وخصّص الموضوع بحصة خاصة، فنفس التخصيص في هذا المقام دليل على الاختصاص، وإن اعتبر المورد اصطلاحاً من مفهوم اللقب.

الجهة الثانية: إن التقييد بوصف المشتري ينفي الخيار عن غير

---

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٥.

المتصف به.

الجهة الثالثة: إن المراد من الوصف في المقام التحديد، وكلّما جاء الوصف لتحديد الموضوع دلّ على المفهوم، ولا خلاف في ذلك، بخلاف مفهوم الوصف الذي يبحث في سياق البحث عن مفهوم الشرط؛ فإنه الوصف الذي لم يرد منه تحديد الموضوع.

الجهة الرابعة: إن التفصيل بمقتضى القاعدة قاطع للشركة، ولا يعقل أن يكون الخيار للبيّعين، ومع ذلك يفصّل الإمام عليه السلام بين خيار المجلس وخيار الحيوان، فيخصص الثاني بالمشتري، ويعمّم الأول للبيّعين، فكون التفصيل قاطعاً للشركة يقتضي أن يكون خيار المجلس عاماً للبيّعين، وخيار الحيوان خاصاً بالمشتري.

الرواية الخامسة: معتبرة فضيل، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: « ما الشرط في الحيوان؟ فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري، قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[1].

ودلالتها أقوى من دلالة ما سبقها من جهات ثلاث:

الجهة الأولى: أن الراوي فصّل في السؤال عن الخيار بين بيع الحيوان

---

(١) ذكر صدر الرواية صاحب الوسائل، في الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٥، وذكر ذيلها في الباب الأول منها، الحديث٣، ونقلناها كاملة عن الكافي الشريف باب الشرط والخيار في البيع، الحديث٦.

وبيع غيره، وكان سؤاله في بيع الحيوان مطلقاً إلا أن جواب الإمام عليه السلام كان خاصاً بالمشتري، ولو كان للبائع خيار لكان التخصيص بالمشتري بلا مخصص، وإغراءاً بالجهل، ففي الدلالة ما يزيد على مفهوم اللقب والوصف.

الجهة الثانية: أن التفصيل قاطع للشركة، وقد فصّل الإمام عليه السلام في الجواب بين بيع الحيوان وغيره، ففي بيعه خصّ الشرط بالمشتري فقال: « ثلاثة أيام للمشتري »، وفي غيره قال: « البيعان بالخيار »[1].

الجهة الثالثة: أن الإطلاق في الذيل « قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا » يشمل ما لو كان الثمن حيواناً، وحدّ الخيار فيه الافتراق، وهذا شاهد على أن الخيار إلى ثلاثة أيام مختص بكون المثمن حيواناً.

الرواية السادسة: صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: « الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء . . . الحديث »[2].

وهي أصرح في المدعى مما سبقها؛ فإن السائل صرّح في السؤال عن من له الخيار، هل هو المشتري أو البائع أو كلاهما؟ إلا أن الإمام عليه السلام خصّص الخيار بمن اشترى.

---

(١) تتفق مع الرواية السابقة في هذه الجهة فلاحظ.

(٢) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث٩.

هذا تمام الكلام في بيان أدلة قول المشهور، وهي بمثابة المقتضي للقول به، والبحث في القولين الآخرين بمثابة البحث عن المانع.

أدلة القول بثبوت الخيار للمتبايعين

استدل عليه بثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع.

ادعاه السيد المرتضى علم الهدى قدس سره في كتابه الانتصار[1].

مناقشته

ويشكل مع مخالفة المشهور لما ادعاه، وذهابهم إلى ثبوته للمشتري خاصة.

وما دافع به المحقق الرشتي قدس سره من أن مراد السيد إجماع أهل عصره، ولا ينافيه ذهاب المشهور إلى خلافه[2].

مدخول؛ أولاً: بأن إجماع أهل العصر الواحد لا أثر له إلا على مبنى ضعيف[3].

---

(١) الانتصار : ٤٣٣ ؛ حيث قال: (ومما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط) .

(٢) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٣٥.

(٣) أشار - دام ظله ـ بذلك إلى الإجماع اللطفي، وهو المستند إلى قاعدة اللطف؛ فإن من بين العلماء من ذهب إلى أنه إذا اجتمع أهل عصر واحد على فتوى، فلو لم يكن اتفاقهم موافقاً للواقع لوجب على الإمام عليه السلام من باب اللطف أن يلقي الخلاف بينهم،

وثانياً: بالقطع بعدم تحقق الإجماع في عصر السيد قدس سره؛ لمخالفة الشيخين، والحلبيين، وأضرابهم من معاصري السيد أعلى الله مقامهم.

وثالثاً: بعدم جدوى مثل هذا الإجماع لو حصل؛ لكونه مدركياً كما هو واضح.

نعم، ما يمكن أن يحمل عليه إجماع السيد قدس سره في المقام - كسائر إجماعاته الأخرى - هو الإجماع على الكبرى، أي الإجماع في ما نحن فيه على الأخذ بمستند الحكم بكون الخيار للمتبايعين، وهي صحيحة محمد بن مسلم الآتية؛ إذ تمتاز عن سائر أدلة خيار الحيوان بسندها المجمع على العمل به.

ثم إن إجماع السيد معارض بإجماع الغنية والشهيد في الدروس[1]، غير أن إجماع الغنية غير معتد به عند الفقهاء، وإجماع الشهيد - وإن كان قوياً - إلا أنه رجع عنه[2]، فالعمدة في ردّه عدم ثبوت صغراه،

فيكون اجتماعهم بدون أن يحصل الخلاف دليلاً على موافقته للواقع، وهو مردود في محله بوجوه، والبحث في ذلك طويل الذيل، في أصل الدعوى، وفي المراد من اللطف الواجب، وما هي الألطاف الواجبة على الإمام عليه السلام في عصر الغيبة.

(١) تقدم منا نقل عبارتهما.

(٢) لم نعثر على تصريحه بالرجوع عنه، ولكن حكاه المحقق الرشتي قدس سره صريحاً حيث قال: (نعم، نقل الإجماع في الدروس يصح الاعتماد عليه، ولكنه في خصوص المقام موهون؛ لما حكي عن الشهيد عدوله وتوقفه في ذلك، فإنه لو كان الإجماع محققاً عنه لما كان لعدوله وتوقفه عن مذهب المشهور سبيل).

ونقل صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ١٧٨، والشيخ الأنصاري قدس سره في المكاسب ٥: ٨٩ توقفه

وكونه مدركياً، لا تعبدياً لو فرض ثبوته.

الدليل الثاني: الأصل.

ويقرّب: بثبوت الخيار للمتبايعين قبل الافتراق، ويشك في بقائه للبائع بعده، فيستصحب بقاؤه.

أو فقل: أصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

مناقشته

وفيه: أنه من استصحاب الكلي القسم الثالث؛ إذ الخيار المتيقن حدوثه قد تيقّن زواله، وهو خيار المجلس، وخيار الحيوان بالنسبة إلى البائع مشكوك الحدوث من الأول، فيتردد أمر الخيار بين مقطوع الزوال ومشكوك الحدوث، وفي مثله لا يجري استصحاب الشخصي ولا الكلي.

الدليل الثالث: صحيحة محمد بن مسلم.

محمد بن الحسن بإسناده، عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « المتبايعان

في المسألة مما يستفاد منه العدول؛ حيث قال الأول: (ويتوقّف الشهيد في غاية المراد وحواشي الكتاب، وأبو العبّاس في المقتصر عن الترجيح).

وقال الثاني: (وتوقّف في غاية المراد، وحواشي القواعد).

ويعجبني نقل كلمة للمحقق الكركي قدس سره تفيد في المقام وفي غيره مما ينقل فيه قولان عن الشهيد قدس سره، قال في رسائله ١: ١٦٦ : (وسمعنا كثيراً من بعض أشياخنا رحمهم الله: أنه رحمه الله كان يقول : خذوا عني ما في الدروس).

بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »[١].

بيان حال هذا الدليل

وهذا الدليل هو عمدة ما استند إليه السيد قدس سره، وهذه الرواية أقوى سنداً من روايات القول الأول؛ لكونها من الصحيح الأعلائي، وأوضح دلالة على مدعى السيد قدس سره؛ حيث نصّت على ثبوت الخيار للمتبايعين: البائع والمشتري.

ولكن ما ينبغي - عند المعارضة بينها وبين روايات القول الأول - هو البحث أولاً عن إمكان الجمع الدلالي بينهما، وإن لم يمكن يرجع إلى مقتضى القاعدة في باب التعارض، وذكرت في علاج معارضتهما وجوه:

وجوه الجمع بين هذه الرواية وما سبقها

الوجه الأول

تقديم صحيحة محمد بن مسلم؛ لكونها أقوى سنداً من بقية الروايات[٢].

وهو غير تام؛ لأن موضوع التعارض عبارة عن خبري الثقة المختلفين، ولا عبرة بالأوثقية؛ لعدم كونها من مرجحات باب التعارض، وكما أن محمد بن مسلم ثقة، فكذلك علي بن رئاب، فيستحيل شمول دليل الحجية لكليهما، وشموله لأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح،

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) المكاسب ٥: ٨٨.

والمردد لا ماهية له ولا هوية، فلا يكون موضوعاً للحجية والاعتبار.

الوجه الثاني

أن صحيحة محمد بن مسلم أظهر في الدلالة ممّا دلّ على قول المشهور؛ لكون دلالتها بالمنطوق، ودلالة تلك بالمفهوم، ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة مقدّمة في باب الترجيح على الأكثرية[1].

وفيه: - بعد تسليم أن دلالة روايات الاختصاص بالمشتري بالمفهوم، سواء أكان مفهوم الوصف أم التحديد أم اللقب مع خصوصية المقام - أن الأظهرية - على القول بتقديمها على الظاهر - كما ذهب إليه الشيخ قدس سره وإن كان التحقيق خلافه على ما ثبت في محله - غير متحققة فيما نحن فيه؛ حيث إن دلالة كل منهما في ما يدلّ عليه تامة فيتعارضان، ولا سيما في المقام؛ لكون المفهوم فيه مفهوم التحديد، وهو قوي الدلالة في ما يظهر فيه، فلو لم نقل بقابلية مفهوم الوصف لمعارضة المنطوق، فدلالة التحديد أو التفصيل معارضة له قطعاً.

الوجه الثالث

أن صحيحة محمد بن مسلم محمولة على التقية؛ لموافقتها العامة، فتطرح، كما احتمله صاحب الوسائل[2].

---

(١) المكاسب ٥: ٨٨.

(٢) قال صاحب الوسائل في ذيل الرواية: (أقول: حمله أكثر الأصحاب على بيع حيوان بحيوان، وإلا لم يكن للبائع خيار؛ لما مضى ويأتي، ويحتمل الحمل على التقية وعلى

وهو واضح المناقشة بتصريح السيد قدس سره حيث قال: (ومما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط.

وخالف باقي الفقهاء في ذلك، وذهبوا إلى أن الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار إلا بأن يشترط)[1].

فالرواية مخالفة للعامة لا موافقة لهم.

الوجه الرابع

أن تحمل صحيحة محمد بن مسلم على ما لو اشترط الخيار للبائع.

وهو واضح البطلان؛ لكونه تبرعياً.

الوجه الخامس

ما اعتمده المحقق الرشتي قدس سره من أن كلاً من صحيحة محمد بن مسلم، وروايات قول المشهور أظهر وظاهراً، ومقتضى القاعدة الأصولية رفع اليد عن ظاهر كل منهما بأظهر الأخرى، فهنا صغرى، وكبرى.

أما الصغرى؛ فلأن أفراد بيع الحيوان ثلاثة:

١- أن يكون كل من الثمن والمثمن حيواناً.

٢- أن يكون الثمن حيواناً دون المثمن.

٣- أن يكون المثمن حيواناً دون الثمن.

الشرط).

(١) الانتصار: ٤٣٣.

وتدل صحيحة محمد بن مسلم بإطلاقها على ثبوت الخيار للمتبايعين في الأفراد الثلاثة، إلا أن دلالتها على ثبوته في الأول أظهر منها في الأخيرين، فيكون القدر المتيقن من دلالة الصحيحة هو ثبوت الخيار للبائع في خصوص الأول.

وأما الصحاح الأخرى الدالة على اختصاص الخيار بالمشتري فدلالتها عليه في الفرد الأخير أظهر من دلالتها في الفردين الآخرين، فيكون هو القدر المتيقن منها.

وأما الكبرى فالقاعدة المقررة في الخبرين المتعارضين إذا كان أحدهما أظهر في مورد وظاهراً في آخر، وكان الآخر على عكسه، أن ترفع اليد عن ظاهر كل منهما بالأظهر من الآخر، أي مقتضى الجمع بينهما هو الأخذ بالأظهر من كل منهما، وطرح الظاهر.

فتكون النتيجة - حينئذ - ثبوت الخيار للبائع في ما لو كان كل من الثمن والمثمن حيواناً؛ بمقتضى الأخذ بالأظهر من صحيحة محمد بن مسلم، واختصاص الخيار بالمشتري فيما لو كان المثمن حيواناً؛ بمقتضى الأخذ بالأظهر من الصحاح الأخرى[1].

والإشكال عليه: أولاً: بالنقض؛ إذ لازم كلامه ارتفاع التعارض بين الروايات مطلقاً؛ فإنه لا تخلو رواية من قدر متيقن، ففي مثل: (أكرم

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٣٦ - ٢٣٧.

العلماء)، و (لا تكرم العلماء) تعارض بالتباين، ولكن القدر المتيقن من الأول هو العالم العادل، ومن الثاني العالم الفاسق، فينتفي التعارض بمقتضى ما أفاده، وهكذا دواليك.

وثانياً: أنا لا نسلم كون القدر المتيقن من الصحيحة هو ما لو كان كل من الثمن والمثمن حيواناً؛ فإن خيار المجلس في ما أخذ مقابلاً لبيع الحيوان في الرواية - وهو بيع غيره - لم يكن مختصاً بمورد دون مورد من حيث الثمن والمثمن، فكذلك الحال في بيع الحيوان؛ فإن الإطلاق واحد في كل منهما.

وثالثاً: أن مبادلة الحيوان بالحيوان في البيع إن لم تكن نادرةً فهي غير غالبة، والروايات الواردة في مقام بيان الأحكام صادرة بنحو القانون، وحمل القانون على غير الغالب يتنافى مع قانونيته.

والحاصل: أن المدار في رفع اليد عن الظاهر بالأظهر كون الثاني قرينة على الأول، أو قيام القرينة العرفية على ذلك، لا مجرد وجود القدر المتيقن من بين الأفراد.

الوجه السادس

ترجيح روايات الاختصاص بالمشتري على صحيحة محمد بن مسلم؛ لشهرتها رواية وفتوى[1].

---

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ١٦.

ردّه

وفيه: أن الشهرة المرجِّحة في باب التعارض هي الشهرة الروائية، لا الفتوائية، والشهرة في ما نحن فيه فتوائية؛ فإن صرف كون تلك الروايات أكثر عدداً لا يصحح الشهرة الروائية ما لم تبلغ حداً يعتبر ما يقابلها شاذاً نادراً، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: « ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك »[١]، و« خذ بما اشتهر بين أصحابك ودع الشاذ النادر »[٢].

الوجه السابع

أن صحيحة محمد بن مسلم أعرض عنها المشهور فتسقط، ولا تنهض للمعارضة.

مناقشته

وفيه: أن إعراض المشهور الموجب لوهن الرواية المعرض عنها على المبنى المعروف، إنما هو فيما إذا كان الإعراض كاشفاً عن ضعفها سنداً، أو كان لقرينة أوجبت سقوطها، قامت عندهم ولم تصل لنا، وأما إذا كان سبب إعراضهم هو الأخذ بالأرجح عندهم من بين الروايتين المتعارضتين، أو لأجل التخيير في المسألة الأصولية فليس بموهن، بل هو مما يوجب قوّتها؛ إذ كانت جامعة لشرائط الحجية عندهم، وإنما لم

---

(١) الوسائل، الباب التاسع من أبواب صفات القاضي، الحديث١.

(٢) عوالي اللئالي ٤: ١٣٣.

يأخذوا بها لأجل وجود الأرجح منها، أو لأجل كونها أحد فردي التخيير، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن عدم العمل بالصحيحة كان بملاك التعارض.

وبعبارة فنية :

إن الإعراض الموهن هو الذي يخدش اقتضاء الحجية، لا ما كان بسبب المانع.

الوجه الثامن

ما أفاده المحققان الشيخ الإيرواني، والسيد الخوئي أعلى الله مقامهما، من تقديم ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري - بعد تحقق التعارض - ؛ لموافقتها لعموم الكتاب، ومخالفة صحيحة محمد بن مسلم له؛ فإن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ هو لزوم العقد، فتتفق معه صحيحة ابن رئاب؛ حيث تنفي الخيار بالنسبة إلى البائع، وتخالفه صحيحة محمد بن مسلم؛ حيث تثبته له[1].

مناقشته

وهو محل تأمل؛ أولاً: لأن المرجّح في باب التعارض هي الموافقة للكتاب والسنة والمخالفة لهما، فما وافقهما أخذ به، وما خالفهما ترك وطرح، وكلتا الطائفتين مخالفة للكتاب؛ فإن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ هو لزوم العقد، سواء أكان ذلك من الابتداء، بأن يكون مفادها

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ١٧. مصباح الفقاهة ٦:١٧٩.

حكماً وضعياً وهو اللزوم، أم كان باللازم؛ لدلالتها على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالعقد الذي لازمه الحكم الوضعي وهو اللزوم، ومفاد الطائفة الأولى عدم اللزوم من ناحية المشتري، ومفاد الطائفة الثانية عدم اللزوم من ناحية المشتري والبائع.

وثانياً: إن الموضوع في الأدلة هو موافقة الكتاب، والموافقة أمر وجودي، وإحدى الطائفتين أقل مخالفة للكتاب من الأخرى، ولكن عندما نشك في كون الأقل مخالفة هل هو موافق للكتاب أو لا؟ يكون التمسك بدليل الأخذ بالموافق من التمسك به في الشبهة المفهومية.

توضيح ذلك: أنه ثبت في محلّه أن المراد من المخالفة للكتاب في باب التعارض هي المخالفة بالعموم والخصوص المطلق؛ فإن المخالف له بالتباين ليس فيه اقتضاء الحجية من الأول، وهو زخرف، باطل، وصحيحة ابن رئاب تخالف الكتاب بالعموم والخصوص المطلق؛ حيث إن الآية تثبت اللزوم مطلقاً، والرواية تثبته في بيع الحيوان في خصوص البائع دون المشتري، فهي مخالفة للكتاب، ويشهد لذلك أنه لو ورد خبر آخر وقال بعدم خيار الحيوان بالنسبة للمشتري لكان موافقاً للكتاب، وكانت رواية ابن رئاب مخالفة له قطعاً فتسقط، وهذا يدل على أن مخالفة صحيحة ابن رئاب للكتاب ثابتة؛ إذ القضايا العقلية لا تقبل التخصيص، حتى تكون في مورد موافقة للكتاب، وفي آخر مخالفة له، فإذن الرواية الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري مخالفة للكتاب

قطعاً بالعموم والخصوص المطلق، وهو المراد من المخالفة في باب التعارض.

نعم، في المقام يوجد خبران مخالفان للكتاب إلا أن دائرة المخالفة في أحدهما أوسع منها في الآخر، والأقل مخالفة لا يعدُّ موافقاً، وموضوع الرجحان هو الموافقة، فلو شك في صدق الموافقة لكفى في عدم جواز التمسك بأخبار الترجيح في موارد دوران الأمر بين الأضيق دائرة في المخالفة والأوسع دائرة فيها.

الصحيح في وجه الجمع بين الطائفتين

والصحيح في الجمع بين الطائفتين أن يقال: بأن روايات الاختصاص لو كانت تثبت اختصاص الخيار بالمشتري، وتنفيه عن البائع بالمنطوق لكان الإشكال محكماً، ولكنها تدل عليه بالمفهوم فيمكن العلاج؛ وذلك لعدم التنافي بين الطائفتين في المدلول المطابقي؛ فإن كلاً منهما مثبت، ولم يكن الإثبات بنحو صرف الوجود ليقع التعارض بينهما، ولكن التنافي يقع بين منطوق صحيحة ابن مسلم؛ حيث أثبتت الخيار للبائع، ومفهوم البقية حيث نفته عنه؛ فإن لها عقدين: عقد إيجابي وهو إثبات الخيار للمشتري، وعقد سلبي وهو نفي الخيار عن البائع، ويقع التعارض بينها وبين الصحيحة في عقدها السلبي، وبما أن عقدها السلبي موافق للكتاب فترجح على صحيحة محمد بن مسلم؛ حيث تخالفه.

فإن تمَّ ذلك فهو، وإلا فلا مرجح في البين، وحينئذ لا يخلو الأمر من أحد مبنيين:

١- سقوط كلا المتعارضين عند فقدان المرجح.

٢- التخيير بينهما في المسألة الأصولية.

أما بناء على الأول فالمرجع بعد ذلك إلى عموم آية الوفاء، ونتيجته عدم خيار الحيوان للبائع، فتتفق مع قول المشهور.

وأما بناء على الثاني - وهو المختار - فيمكن اختيار روايات الاختصاص بالمشتري فيتفق مع قول المشهور أيضاً.

والحاصل: أنه إما أن نقول بسقوط الصحيحة؛ لمخالفتها للكتاب، أو لا نقول به تنزلاً فيمكن على مبنى التخيير اختيار قول المشهور. هذا تمام الكلام في قول السيد قدس سره وما يتعلق به.

أدلة القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان

والكلام فيها يقع في مقامين: أحدهما في المقتضي والآخر في المانع:

أما المقام الأول، فعمدة ما استدل به عليه روايتان:

الرواية الأولى: صحيحة محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « البيعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام »[1].

الرواية الثانية: صحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث١.

أيام . . الحديث[١].

ومدلولهما واحد؛ فإن موضوع الخيار في بيع الحيوان هو صاحب الحيوان، والمشتق ظاهر في المتلبس بالمبدأ فعلاً، فصاحب الحيوان هو المالك الفعلي له، سواء أكان مشترياً كما لو كان المبيع حيواناً، أم بائعاً كما لو كان الثمن حيواناً، أم كليهما كما لو كانت المبادلة البيعية بين حيوانين.

وأما المقام الثاني، فيوجد مانعان:

الأول: الروايات التي استند إليها المشهور لإثبات الخيار للمشتري خاصة؛ فإنها تنافي جعل الخيار للبائع، وقد تقدم ذكرها.

وهي غير صالحة للمانعية؛ لكونها ظاهرة في الاختصاص بالمشتري فيما إذا كان الحيوان متاعاً ومثمناً، لا ما إذا وقع ثمناً، وأصرحها صحيحة ابن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: « الخيار لمن اشترى..»[٢].

الثاني: - وهو العمدة - موثقة الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: « صاحب الحيوان المشتري

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٦، ونقلنا المتن من الكافي، باب الشرط والخيار في البيع، الحديث٤.

(٢) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث٩.

بالخيار بثلاثة أيام »[١].

وتقريب المانعية: أنه أخذ في هذه الرواية قيد « المشتري »، ووصف به صاحب الحيوان، أي مالكه، فلم يكن المفهوم في المقام مفهوم لقب، ومقتضى الأصل في القيود الاحترازية، ومقتضى الظهور في التحديد هو سقوط إطلاق « صاحب الحيوان » في الروايتين السابقتين؛ إذ إما أن تجعل هذه الرواية مقيدة لهما أو مفسّرة، وعلى التقديرين يمتنع الإطلاق.

كلام المحقق الخوئي في الجمع بين روايات الباب ومناقشته

وقد اضطربت كلمات المحقق السيد الخوئي قدس سره في المقام غاية الاضطراب؛ حيث قال في أول كلامه: إن كلتا الطائفتين مثبتتان، ولا تنافي بين المثبتين ما لم يكن أحدهما لبيان صرف الوجود لا مطلقه، وليس الحال في المقام كذلك، فما نحن فيه من قبيل ما لو ورد في دليل: (أكرم العالم)، وورد في دليل آخر: (أكرم العالم العادل)؛ فإنه لا تنافي بينهما؛ إذ لم يكن أحدهما وارداً لبيان صرف الوجود، بخلاف ما لو قال: (أعتق رقبة)، و (أعتق رقبة مؤمنة)؛ فإن أحدهما لبيان صرف الوجود، فيقع التنافي بينهما فيحمل المطلق على المقيد، ثم عدل عن ذلك لأمرين:

الأول: أن ظهور رواية « صاحب الحيوان المشتري » في التقييد أقوى من ظهور الأخرى في الإطلاق، فتقدّم عليها، وترفع اليد عنها، ويبدو أن

---

(١) كذا في الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٢، وفي التهذيب ٧: ٦٧ باب ابتياع الحيوان، الحديث١: (ثلاثة أيام) بدون الباء.

نظره إلى أن ما في الرواية الثانية قيد، والأصل في القيود الاحتراز، أو من جهة كونها في مقام التحديد، فتكون ظاهرة في التقييد وإن كانت مع الأولى مثبتتين.

الثاني: أنه مع ثبوت التعارض بين الروايتين والإغماض عن الحمل الأول تُقدَّم الموثقة التي قيّدت صاحب الحيوان بالمشتري؛ لموافقتها للكتاب والسنة؛ إذ ثبت من عموماتهما لزوم العقد، والقدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري، وأما ما دلّ على ثبوته للبائع فهو مخالف لعمومات الكتاب والسنة فيطرح عند التعارض[1].

وفيه: **أولاً**: أن ما أفاده في المقام مخالف لفتواه في المنهاج وغيره؛ حيث قال بثبوت الخيار للبائع أيضاً، إذا كان الثمن حيواناً[2].

وثانياً: أن ما أفاده في الوجه الأول من ترجيح الرواية المقيِّدة مخالف لما أفاده في أول كلامه من كون كلتا الروايتين مثبتتين ولا تنافي بينهما، ولا يحمل فيهما المطلق على المقيّد.

وثالثاً: أن ترجيحه المقيّدة بموافقتها للكتاب فرع ثبوت التعارض، ومع كون الروايتين مثبتتين - على ما أفاده في أول كلامه - لا تعارض في البين، فينتفي المرجّح.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٨٠ - ١٨١، التنقيح ٣٨: ١٥٦.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٩، خيار الحيوان، المسألة ١٠٩.

ما أفاده بعض الأكابر لرفع التعارض ومناقشته

وقد حاول العلاج بين الروايات بعض الأكابر قدس سره بما يبتني على أمور ثلاثة:

الأمر الأول: (أنّ التبادل في البيع قد يقع بين الأثمان والأجناس، فيختصّ اسم « المشتري » بمن انتقل إليه الجنس، والبائع بمن انتقل عنه ذلك، وانتقل إليه الثمن.

وقد يقع بين الأجناس بعضها مع بعض، وفي مثله وإن لم يتميّز المشتري عن البائع، بل كان كلّ منهما بائعاً باعتبار، ومشترياً باعتبار آخر، لكنّه لا يضرّ بصدق « البيع » وتحقّقه؛ لأنّ ماهيّة « البيع » هي مبادلة مال بمال، وقد حصلت المبادلة بينهما، فلا إشكال في تحقّق «البيع»، ولا وجه لتوهّم عدم صدق « البيع » في هذه المعاوضات).

الأمر الثاني: (أنّ مقتضى صيغة « التفاعل » هو المشاركة، فقوله: تضارب زيد وعمرو، بمعنى ضرب كلّ صاحبه، ولو ذكر المتعلّق وقيل: « تضاربا بالسيف » فمعناه ضرب كلّ صاحبه بالسيف)، فمفاد « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان » هو التبايع في الحيوان، ولا يصدق ذلك إلا ببيع كل منهما الحيوان لصاحبه؛ بمقتضى التفاعل، فلو كانت المبادلة بين الحيوان وغيره لم يصدق أنهما تبايعا في الحيوان.

(فالمبادلة إن وقعت بين الحيوان والثمن يكون المشتري خصوص من انتقل إليه الحيوان دون البائع، وإن وقعت بين الحيوان وسائر

الأجناس غير الأثمان والحيوانات يكون من انتقل إليه الحيوان صاحب الحيوان فعلاً، ويصدق عليه المشتري، وإن وقعت بين الحيوانين يكون كل منهما صاحب الحيوان المشتري).

الأمر الثالث: (أنّ اللازم على الفقيه الباحث في الاستظهار من الروايات، ودعوى الانصراف والإطلاق والغلبة والندرة، ملاحظة العصر والمحيط اللذين صدرت الروايات فيهما، فربّما يكون في عصر أو مصر انصراف، دون غيرهما، ألا ترى : أنّ « الدينار » في الأعصار القديمة، كان منصرفاً إلى الذهب المسكوك بسكّة المعاملة، وفي عصرنا منصرف إلى الدينار المتعارف؛ أي الأوراق النقديّة؛ لمكان اختلاف العصرين في الشيوع وعدمه.

إذا عرفت ذلك فنقول : إنّ في عصر رسول الله صلى الله عليه وآله ومحيطه - أي الحجاز الذي كان الغالب فيه البدو، والتعيّش بالحيوانات، كالإبل والأغنام ونحوهما - كانت المبادلة بين الأجناس بالأجناس، والحيوان بالحيوان، شائعة جداً، ولم تكن المبادلة بالدرهم والدينار ونحوهما شائعة كشيوعها، بل الأمر كذلك في عصرنا في البوادي البعيدة عن الأمصار.

ثمّ بعد مضيّ عصر النبي صلى الله عليه وآله والتابعين، وقيام سلطنة الأمويّين والعبّاسيين مقام النبوّة والخلافة، تغيّرت الأحوال والأوضاع في البلاد، ولا سيّما في العواصم.

فقوله: « صاحب الحيوان بالخيار » حيث إنّه محكيّ عن النبي صلى الله عليه وآله، لا إشكال في إطلاقه بالنسبة إلى البائع والمشتري؛ لمكان شيوع المبادلات

في الحيوانات.

وأمّا قوله: « صاحب الحيوان المشتري بالخيار » فهو صادر من أبي الحسن الرضا عليه السلام، وعصره ومصره مخالفان لعصر النبي صلى الله عليه وآله ومصره؛ فإنّ في عصره عليه السلام كانت المبادلات بالذهب والفضّة رائجة، وفي العواصم أكثر تداولاً)[1].

وملخص ما أفاده قدس سره:

١- أن البيع مبادلة مال بمال، فإن كان التبادل بين الثمن والجنس فالمشتري من انتقل إليه الجنس وانتقل عنه الثمن، وإن كان بين الأجناس كان كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين.

٢- أن مقتضى صيغة التفاعل هو المشاركة بين الطرفين، فإن ذكر المتعلّق اشتركا فيه، فمفاد « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان » هو أن يبيع كل منهما الحيوان على الآخر، ولا يصدق إلا بذلك، فلا تنافي ما تثبت الخيار للمشتري خاصة؛ لأنها في مورد كون المبيع حيواناً في مقابل غيره.

٣- أن رواية « صاحب الحيوان بالخيار » بما أنها عن النبي صلى الله عليه وآله فهي محمولة على ما إذا كان التبادل بين حيوانين فتشمل البائع والمشتري، وأما رواية « صاحب الحيوان المشتري بالخيار »، فبما أنها واردة عن

---

(١) كتاب البيع للسيد الخميني ٤: ١٧٨- ١٨١.

الإمام الرضا عليه السلام فهي محمولة على ما لو كان التبادل بين الحيوان وغيره، فيرتفع التعارض.

ويرد عليه:

أولاً: أن امتياز عناوين العقود بعضها عن بعض لا يكون إلا بحسب المُنْشَأ في ذلك العنوان، وتنقسم العقود من حيث المنشأ إلى أقسام، فالمنشأ في البيع تمليك العين، وفي الإجارة تمليك المنفعة، وفي الصلح التسالم والتصالح بين الطرفين، والمبادلة لازم أعم بالنسبة لها، وليست هي نفس البيع أو الإجارة أو الصلح، فلا ينبغي الخلط بين اللازم والملزوم، فإذا وقع التبديل بين المتاع والثمن وقصدا البيع كان بيعاً، وكان صاحب المتاع بائعاً، وصاحب الثمن مشترياً، وإن قصدا إنشاء المبادلة بين المالين، أي قصدا أن يكون هذا بدل هذا، فهي معاملة مستقلة، لا ربط لها بشيء من الأمور الثلاثة، ويمكن تصحيحها بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، وقوله: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2].

ثانياً: سلّمنا بأن البيع هو مبادلة مال بمال كما نقله الشيخ قدس سره عن بعض اللغويين، وأن المُنْشَأ هي نفس المبادلة إلا أنّ دعوى أن يكون كل من الطرفين بائعاً ومشترياً محل إشكال؛ والوجه فيه أن كل بيع فهو عقد

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

واحد، لا تعدد فيه، والعقد متقوّم بالإيجاب والقبول، فأحد طرفي البيع مُوجِب، وهو من ينقل المتاع بالعوض، والآخر قابل، وهو من يبتاع المتاع بالعوض، فاتحاد من يبيع مع من يبتاع في عقد واحد غير معقول، فلازم كون كل من الطرفين بائعاً ومشترياً أن يكون كل منهما موجباً وقابلاً في آنٍ واحد، وهو باطل[1].

ثالثاً: أن ما أفاده لرفع التعارض بين رواية « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان »، وبين ما تثبته لخصوص المشتري من - أن الموضوع في الأولى هو التبايع، وهو لا يكون إلا في ما إذا كان التبادل بين حيوانين، فيكون الخيار لهما، وأما موضوع الثانية فهو ما لو كان المثمن حيواناً، فيكون الخيار للمشتري خاصة -

فيه أنه وجيه لو لم يكن في الرواية الأولى إلا ما ذكر في صدرها، ولكن في ذيلها: « وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »، ومعناه - على حسب ما أفاده من الجمع - وفي ما سوى بيع الحيوانين فلا خيار إلا خيار المجلس، ويدخل في جملة « ما سوى ذلك » ما لو اشترى حيواناً

---

(١) إن قيل: ما هو المحذور في ذلك إن كان ذلك باعتبارين؟ قلنا - كما يستفاد من جواب للشيخ الأستاذ - دام ظله - : إن الاعتبار لا يكون إلا على طبق موازين عقلائية، واتحاد من يبيع مع من يبتاع بحيث يكون كل واحد منهما موجباً وقابلاً في الوقت نفسه بلا مناط عقلائي، ولا يخفى أن البائع هو من يُنشئ التمليك ويكون التملّك بالتبع، والمشتري على عكسه، وإنشاء التمليك والتملّك من واحد في وقت واحد غير عقلائي، بل على بعض الفروض غير معقول.

بثمن، فلا يكون للمشتري خيار الحيوان حينئذ، وهو خلاف ما قامت عليه الضرورة نصاً وفتوى.

رابعاً: أن ما أفاده قدس سره في الأمر الثالث - من لابدية ملاحظة محيط صدور الرواية وزمانها؛ لتأثير ذلك في الانصراف؛ فإن الدينار في الأعصار القديمة منصرف إلى الذهب المسكوك بسكة المعاملة، وفي عصرنا منصرف إلى الأوراق النقدية، فالرواية الواردة في عصر النبي صلى الله عليه وآله منصرفة إلى التبادل بين الحيوانين؛ لكونه الفرد الشائع الغالب، والرواية الواردة في زمان الإمام الرضا عليه السلام منصرفة إلى كون المبيع حيواناً في قبال الثمن من غير جنسه - فيه:

أولاً: أن قياس ما نحن فيه على الدينار مع الفارق؛ فإن الدينار الورقي غير موجود في تلك الأزمنة أصلاً، كما أن الدينار الذهبي غير موجود في المعاملة في عصرنا، بخلاف بيع الحيوان في زمانيهما صلوات الله عليهما؛ فإن بيع الحيوان في زمان النبي صلى الله عليه وآله لا يقتصر على أن يكون بالمبادلة بين الحيوانين وإن سلمنا أنه الغالب، كما أن بيعه في زمان الإمام الرضا عليه السلام لا يقتصر على أن يكون في قبال الدرهم والدينار وإن سلمنا أنه الغالب، فيمكن أن يكون بنحو التبادل بين الحيوانين، فقياس ما له صغرى غير غالبة على ما لا صغرى له مع الفارق.

ثانياً: أن القضايا الشرعية قضايا حقيقية وليست خارجية، فهي وإن صدرت في عصر مخصوص كعصر النبي صلى الله عليه وآله، إلا أنه ينبغي فيها ملاحظة جميع الأزمنة، فإن كان الوارد مطلقاً فلا ينبغي حمل المطلق على الغالب

في زمان الصدور، وإن كان مقيّداً فلا ينبغي حمل القيد على الغالب فيه؛ لمخالفته لقاعدة احترازية القيود، فحمل القيد في ما ورد عن الإمام الرضا عليه السلام على الغالب في زمانه إلغاء للقيد عن الاحتراز، مع أن الأصل في القيود الاحتراز.

التحقيق في رفع التعارض

والتحقيق في رفع إشكال التعارض أن نقول: بأنا إن قلنا بأن التخصيص بالمشتري في المقام مما لا أثر له؛ من جهة كون الروايتين مثبتتين، فلم يقع التنافي بينهما، فهما من قبيل (أكرم العالم)، و(أكرم العالم العادل) فلا إشكال، فيتمُّ المقتضي للإطلاق بلا مانع، ويكون القول قول من قال بأن الخيار لمن انتقل إليه الحيوان مطلقاً، بائعاً كان أو مشترياً.

وإن لم نقل بذلك؛ لأن الوصف في مقام التحديد، فالذي يبدو في الوهلة الأولى أن موثقة ابن فضال بما أنها واردة عن الإمام الرضا عليه السلام فهي:

إما مفسِّرة لما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله من إطلاق (صاحب الحيوان)، فيكون المراد به خصوص المشتري، فلا يبقى الإطلاق في تلك الروايات على حاله، بل يحمل عليها.

وإما مقيِّدة، بحيث يستفاد من الوصف تقييد (صاحب الحيوان) بالمشتري، وإلا لتنافى مع قاعدة احترازية القيود، ويتضح الأمر على مبنى

من يقول بأن الوصف وإن لم يكن له مفهوم بالمعنى المعروف، ولكنه يقتضي أن لا يثبت الحكم لطبيعة صاحب الحيوان، وإلا لكان الوصف لغواً.

ومقتضى ذلك أن تحمل المطلقات عليها أيضاً.

ولكن التحقيق أن يقال: بأن في المشتري احتمالين:

الأول: أن يكون قيداً لصاحب الحيوان، فينحصر الخيار في المشتري إن اشترى الحيوان.

الثاني: أن يكون بياناً لصاحب الحيوان، بمعنى أن يكون ذكر المشتري لبيان أن المراد من صاحب الحيوان ليس بائعه ، بل مشتريه؛ فإن صاحب الحيوان - كسائر المشتقات - وإن لم يطلق حقيقة إلا على المتلبس بالمبدأ فعلاً، وهو المشتري، وأما البائع فقد انقضى عنه التلبس بالمبدأ، إلا أنه يصح إطلاقه عليه عرفاً ولو بنحو المجاز، وقد كثر استعمال صاحب الشيء في المنقضي عنه التلبس في الروايات، فيحتمل أن يتوهم كون المراد به البائع فيحترز عنه بذكر المشتري.

فعلى الاحتمال الأول تستفاد القيدية، وأما على الاحتمال الثاني فلا، فإن انسد باب الاحتمال الثاني تمَّ المانع، وإلا ترددت الرواية بين الاحتمالين، فتكون مجملة، ولا تصلح للتقييد.

ولتثبيت المطلب نذكر موارد من الروايات لاستعمال كلمة صاحب، وما في معناها في البائع:

١- محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن

الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول ربّ السلعة أو يتتاركا»[١].

فإن المراد من (ربّ السلعة) في الرواية هو البائع لا المشتري، مع أن ربّها الفعلي هو المشتري.

٢- محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن هلال، عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يردَّ ماله إليه[٢].

فأطلق الإمام عليه السلام صاحب المتاع على البائع مع أنه انقضى عنه المبدأ، وصاحبه بالفعل هو المشتري.

٣- محمد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن غير واحد، عن أبان، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

---

(١) وسائل الشيعة، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث٦.

(٢) الوسائل، الباب العاشر من أبواب الخيار، الحديث١.

سألته عن رجل اشترى جارية بثمن مسمّى، ثم باعها، فربح فيها قبل أن ينقد صاحبها الذي له، فأتاه صاحبها يتقاضاه ولم ينقد ماله، فقال صاحب الجارية للذين باعهم: اكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم، قال: « لا بأس »[١].

فأطلق صاحب الجارية على البائع.

٤- محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن، ثم مات المشتري، والمتاع قائم بعينه، فقال: « إذا كان المتاع قائماً بعينه ردَّ إلى صاحب المتاع، وقال: ليس للغرماء أن يحاصّوه »[٢].

٥- وبإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا خفي (حق، حقق) له؟ قال: فقال: «إن كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن أخفى له، فإنّ ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دينه فإنّ صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع »[٣].

---

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب أحكام العقود، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الحجر، الحديث١.

(٣) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الحجر، الحديث٣.

٦- وفي كتاب (إكمال الدين) عن محمد بن أحمد السناني، وعلي بن أحمد بن محمد الدقاق، والحسين بن إبراهيم بن هشام المؤدب، وعلي بن عبد الله الوراق، كلّهم عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي، فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري، عن صاحب الزمان عليه السلام: « وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا، ثم يحتاج إليه صاحبه، فكل ما لم يسلّم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه - إلى أن قال :

وأما ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلّمها من قيّم يقوم فيها ويعمرها، ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤنتها، ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها، إنما لا يجوز ذلك لغيره »[1].

إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة.

فمن المحتمل جداً أن يكون المراد من قيد (المشتري) في قوله: « صاحب الحيوان المشتري » الاحتراز عن بائعه الذي يطلق عليه صاحب الحيوان كثيراً مجازاً، فالمشتري في مقابل البائع، بمعنى نفي الخيار عن البائع الذي كان صاحب الحيوان قبل البيع، ومن له الخيار هو صاحب

---

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث٨ .

الحيوان المشتري، ومع هذا الاحتمال تسقط الرواية عن معارضة المطلقات؛ لإجمالها، فمقتضي الإطلاق موجود والمانع منه مفقود، فيكون الخيار لمن له الحيوان فعلاً[١].

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على دعوى انصراف (صاحب الحيوان) إلى خصوص المشتري، فلا يعمّ ما لو انتقل إلى البائع ما حاصله:

إن الإطلاق عبارة عن شمول اللفظ للمورد الصادق عليه العنوان حقيقة، ومدّعي الانصراف يدّعي انصراف اللفظ عن ما هو قالب له، فيحتاج إلى موجب يقتضي ذلك، وإلا فالأصل الأولي هو الشمول له، ولا شك في أن صاحب الحيوان هو مالكه، مثل صاحب الدار، فالبائع كان مالكاً للحيوان، فلما باع صار المشتري هو صاحبه، فقوله عليه السلام: (صاحب الحيوان بالخيار) يريد به مالكه الذي انتقل إليه، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وكان الحيوان ثمناً أم مثمناً، ومدّعي الانصراف يدّعي انصراف هذا اللفظ إلى حصة خاصة، - وهي ما لو انتقل إلى المشتري- دون الأخرى، وهذا ما يحتاج إلى موجب له.

إن قلت: إن المنشأ هي الغلبة.

قلنا: إن الغلبة المدعاة غلبة وجود، وهي لا توجب الانصراف كما هو مقرّر.

نعم، لو كانت الغلبة بنحو يكون ما يقابله نادراً، بحيث توجب ندرته التشكيك في الصدق لأثّرت في الانصراف، والمعيار أن انصراف اللفظ عن أحد أفراده الحقيقية لا يعقل إلا بالتشكيك في الصدق عرفاً، مثل انصراف (ما لا يؤكل لحمه) عن الإنسان مع كونه من أفراده الحقيقية؛ للشك في صدقه عليه عرفاً؛ إذ يرى أن موضوع (ما لا يؤكل لحمه) هو الحيوان الذي يمكن أن يكون مأكولاً، والآدمي ليس منه، ولهذا ينصرف (لا تصل في ما لا يؤكل لحمه) عن أجزاء الإنسان كشعره.

ولا تشكيك في الصدق في ما نحن فيه، لا عقلاً ولا عرفاً، فصاحب الحيوان هو من انتقل إليه الحيوان بلا فرق بين كونه ثمناً أو مثمناً، فمقتضى القاعدة بمقتضى إطلاق الصحيحة هو ثبوت الخيار لصاحب الحيوان مطلقاً، بائعاً أو مشترياً، وإنما الإشكال نشأ من ناحية الوصف بالمشتري، ولكن بعد اتضاح صحة الإطلاق، وكثرة استعمال صاحب الشيء في

ونتيجة ما تقدم: أن الحق مع القول الثالث وهو أن خيار الحيوان لصاحبه الذي انتقل إليه مطلقاً؛ بائعاً كان أو مشترياً؛ بمقتضى إطلاق صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم، لا لخصوص المشتري كما هو مسلك المشهور، ولا لكلا المتبايعين كما ذهب إليه السيد قدس سره.

البائع، فيحتمل أن يكون الوصف بالمشتري في قبال البائع، لا لأجل تقييد صاحب الحيوان بخصوص ما لو كان مشترياً، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة من هذه الجهة، فلا تصلح لتقييد المطلق.

مسألة: في مدة خيار الأمة.

في المسألة قولان:

الأول: أن الأمة تستوي مع غيرها في مدة الخيار، وعليه الأكثر كما في الرياض[١].

الثاني: أن مدّة خيار الأمة مدّة استبرائها، كما ذهب إليه الحلبي في الكافي[٢]، وابن زهرة في الغنية[٣].

ولا دليل على القول الثاني، بل الدليل على خلافه؛ لمخالفته للأصلين، اللفظي والعملي، وصريح بعض الروايات.

أما مخالفته للأصل اللفظي؛ فلأن الحكم بالخيار في العقود على خلاف الأصل؛ فإن مقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٤] نفي الخيار مطلقاً، وخرج ما خرج بالدليل الخاص، فيبقى ما زاد على الثلاثة الأيام داخلاً تحت عموم العام.

ويمكن ضمّ أصل لفظي آخر، وهو قوله عليه السلام: «فإذا افترقا وجب البيع»[٥]؛ بناء على ما استفاده الشيخ قدس سره من أن مقتضاها نفي الخيار مطلقاً، لا خصوص خيار المجلس.

---

(١) رياض المسائل ٨: ٢٩٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

(٣) الغنية: ٢١٩.

(٤) سورة المائدة: ١.

(٥) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٤.

وأما مخالفته للأصل العملي؛ فلأن الملك يتحقق بمجرد العقد، لا بعد انقضاء الخيار، كما هو التحقيق، فيكون الحكم بالخيار على خلاف استصحاب بقاء الملك.

وأما النصوص الخاصة فمثل صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: « الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام، نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ... الحديث »[1].

وأما ما استدل به عليه من دعوى الإجماع فقد تقدم نقل مخالفة الأكثر له.

وأما ما ذكر من أن تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، والبائع يضمن المبيع في مدة الاستبراء، ومتى ما كان الضمان على أحد لم يكن له خيار، وكان الخيار للطرف الآخر.

فيرد عليه أنه لا دليل على أن المبيع مضمون على البائع في هذه المدة، وعلى فرض ثبوته فلا دليل على أنه إذا كان أحدهما ضامناً فللآخر الخيار.

فمقتضى القاعدة دليلاً وأصلاً اتحاد الأمة مع غيرها في مدة الخيار، فيرتفع بانقضاء الثلاثة الأيام.

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب الخيار، الحديث٩.

مبدأ خيار الحيوان

اختلف في مبدأ هذا الخيار على قولين:

القول الأول: أن مبدأه من حين العقد، وهو المشهور المنصور.

القول الثاني: أن مبدأه من حين التفرّق، وهو مختار ابن زهرة[(١)].

أدلة القول بان مبدأ الخيار من حين التفرّق ومناقشتها

واستدل على القول الثاني بأدلة أربعة وهي:

الدليل الأول:

استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد، وعدم انقضائها من حين التفرّق، وبيان ذلك: أنه لو وقع العقد في أول اليوم الأول واستمر المجلس إلى تمام اليوم ثم تفرّق المتبايعان، فبعد مضي يومين من حين التفرّق نشك في بقاء الخيار؛ للشك في مبدأه، فإن كان مبدأه من حين العقد فقد انقضت الثلاثة الأيام وزال الخيار، وإن كان من حين التفرّق فلا يزال باقياً، فإذا شك استصحب بقاؤه.

وفيه: أنه محكوم بوجهين:

الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[(٢)]؛ فإن مقتضاه من حيث

---

(١) الغنية: ٢٢٠ ، وقال فيها: (واعلم أن ابتداء المدة للخيار من حين التفرق بالأبدان، لا من حين حصول العقد؛ لأن الخيار إنما يثبت بعد ثبوت العقد، وهو لا يثبت إلا بعد التفرق، فوجب أن يكون الخيار ثابتاً من ذلك الوقت).

(٢) سورة المائدة: ١.

العموم الأفرادي، والإطلاق الأزماني، لزومُ كل عقد في كل زمان، وقد قيّد إطلاقه في بيع الحيوان، والقدر المتيقن من التقييد ثلاثة أيام من حين العقد، وفي ما عداها يتمسك بالإطلاق الأزماني.

الوجه الثاني: أدلة خيار الحيوان نفسها؛ فإن ظاهرها ابتداء الخيار من حين العقد؛ فإن عمدتها ما ورد فيه خيار الحيوان مقترناً بخيار المجلس، كصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام »[1]، ولا شك أن مبدأ خيار المجلس من حين العقد، فكذلك مبدأ خيار الحيوان المقترن به.

أو فقل: إن الإمام عليه السلام فصّل بين الخيارين من حيث المنتهى دون المبدأ، ولا شك أن خيار المجلس يبدأ من حين العقد، فكذلك خيار الحيوان، وجعل الأول من حين العقد، والثاني من حين الافتراق تحكّم.

وبعبارة فنية: إن مقتضى إطلاق جعل الخيار هو جعله من حين العقد؛ فإن جعله كذلك لا يحتاج إلى بيان خاص، بخلاف جعله من حين الافتراق؛ فإنه يحتاج إلى بيان، ومع عدمه يثبت الآخر الذي لا يحتاج إلى بيان؛ استناداً إلى الإطلاق[2].

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث:١.

(٢) نُقل للشيخ الأستاذ - دام ظله - أن البعض يقول: بأن هذه الأخبار في مقام بيان أمد الخيار دون بيان جعله، فأفاد: بأن هذه الروايات في مقام بيان أمرين: أصل جعل الخيار؛

الدليل الثاني:

أصالة عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرّق وانقضاء المجلس؛ إذ نشك في حدوثه بعد العقد وقبل التفرّق، والأصل عدم حدوثه.

وفيه: - مضافاً إلى كونه محكوماً بما تقدم - أنه مثبت؛ لأن ما نريد إثباته كون مبدأ خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس، أو عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرّق، وهو لازم عقلي لحدوث الخيار بعد التفرّق[1].

بمقتضى قوله: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »، وبيان أمده؛ بمقتضى «فإذا افترقا وجب البيع»، فدعوى كونها في مقام البيان من جهة دون أخرى تحكم.

ثم إن الغاية في رتبة متأخرة عن أصل الحكم، ولا يعقل أن يكون الدليل في مقام الإهمال بالنسبة إلى أصل جعل الحكم، وفي مقام البيان بالإضافة إلى الجهات المتفرعة عليه، فلو كانت هذه الروايات في مقام بيان أمد الحكم، فأين الروايات الدالة على أصل جعل حكم الخيار؟!

(١) نقل بعض الحاضرين إلى الشيخ الأستاذ - دام ظله - ما أورده المحقق الخوئي تقدس سره في مصباح الفقاهة ٦: ١٨٢ ـ ١٨٣ على هذا الاستصحاب من كون المورد من قبيل الشك في المقتضي، بمعنى الشك في ثبوت الحكم في عمود الزمان، من جهة حصول الغاية، وامتداد المقتضي وعدمهما، فلا يجري.

فأفاد - حفظه الله - : بأن نسبة ما في المصباح إلى السيد الخوئي تقدس سره محل تأمل؛ لأنه تقدس سره ممن يرى جريان الاستصحاب في الشك في المقتضي، فمن كان هذا مبناه الأصولي، وأفتى على طبقه في الفقه، كيف يقول بهذا القول هنا؟! إلا أن يحمل مراده من عدم الجريان على مبنى شيخه الأستاذ، كما نقل عنه ذلك في صدر الصفحة.

الدليل الثالث:

ما دلّ على أن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة من البائع[١]، مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، فمقتضى الجمع بين هذين الحكمين أن لا يكون زمان خيار الحيوان من جملة زمان الخيار المشترك، ومعنى ذلك أن ابتداء خيار الحيوان من حين التفرّق.

جواب الشيخ عن الدليل ومناقشته

وأجاب عنه الشيخ قدس سره بحمل أدلة التلف من البائع على ما هو الغالب، من كون تلف الحيوان -الذي وقعت عليه المعاملة- بعد المجلس وحصول التفرّق، فيكون تلفه وقت خيار المشتري خاصة، فيكون من مال البائع[٢].

إلا أن جوابه قدس سره يتوقف على مقدمتين ممنوعتين:

الأولى: أن الغالب تلف الحيوان بعد انقضاء المجلس، وهو أول الكلام، ولا دليل عليه؛ وذلك لاختلاف الحيوانات المبيعة، فمنها ما هو

---

(١) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الخيار، منها الحديث٢، وهو: عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان - يعني عبد الله- قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري».

(٢) المكاسب ٥: ٩٣.

سريع التلف، ومنها ما هو بطيئه.

الثانية: أن انصراف الإطلاق إلى ما هو الغالب - على فرض ثبوت الغلبة - أول الكلام أيضاً؛ لأن غلبة الأفراد ليست من موجبات انصراف المطلق إلى الغالب.

الصحيح في الجواب

فالحق في الجواب أن يقال: إن مقتضى الأصل الأولي أن تلف المال من كيس مالكه، وكون تلفه من مال غيره يتوقف على دليل خاص، فالحكم بكون تلف المبيع من مال من انتقل عنه، لا من مال من انتقل إليه، يحتاج إلى دليل، وواقع الأمر - مع ثبوته - أن يحكم بانفساخ المعاملة، ورجوع المال للمالك الأول آناً ما قبل التلف حتى يكون التلف من مال مالكه، ولهذا قلنا بانفساخ المعاملة في قاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، ولكن كلاً من الانفساخ، ورجوع المال آناً ما إلى مالكه خلاف الأصل، ويحتاج إلى مخصص.

إذا اتضح هذا، فلا بدّ من ملاحظة دليل التخصيص القائم على دعوى أن التلف في زمان خيار الحيوان من مال البائع؛ فإنه مخصص لقاعدة (تلف المال من مال مالكه)، والدليل المخصص مطلق من ناحية الوقت، بمعنى أن مقتضى إطلاقه ثبوت كون التلف من مال البائع من حين وقت ثبوت خيار الحيوان، وقد تقدّم أن ظاهر الروايات كون مبدأه من حين العقد، فهو متصل بالعقد كاتصال خيار المجلس به، فلا ترفع اليد عن هذا الظهور إلا بدليل مانع منه، ومقتضى هذا الظهور أن تخصص (قاعدة

تلف المال في حال الخيار المشترك من مال المشتري) أيضاً، فيقال: إلا في تلف الحيوان فإنه من مال البائع.

وبعبارة مختصرة: إن دليل تلف الحيوان في الثلاثة من مال البائع كما يخصص القاعدة الأولية وهي تلف المال من كيس مالكه، فهو يخصص بإطلاقه قاعدة تلف المال في الخيار المشترك من مال المشتري الذي هو مالكه.

الدليل الرابع

أنه لو قلنا بأن خيار الحيوان من حين العقد للزم أحد محذورين، إما اجتماع المثلين، أو توارد علتين على معلول واحد؛ وذلك أنه إن قلنا في بيع الحيوان بثبوت خيارين من حين العقد، أحدهما خيار المجلس، والآخر خيار الحيوان لزم اجتماع المثلين؛ لأن حقيقة الخيار هي (ملك فسخ العقد)، أو (السلطنة على حلّ العقد)، والعقد الواحد ليس له إلا حل واحد؛ فإن العقدة الواحدة ليس لها أكثر من حل، فحلّ العقد لا يرفع ملكيتين وسلطنتين، فيلزم اجتماع المثلين من القول بوجود ملكيتين أو سلطنتين على حلّ العقد بالنسبة إلى موضوع واحد ومتعلق واحد.

وإن قلنا بثبوت خيار واحد لزم توارد علتين على معلول واحد، إحداهما بيع الحيوان، والأخرى اجتماع المتبايعين، وهو محال؛ لاستحالة صدور الواحد من الكثير، فلابدّ من الالتزام بعدم تأثير أحد السببين،

فيلتزم بأن مبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق؛ دفعاً لورود المحذور.

الجواب عن الشق الأول من الدليل الرابع

وأجيب عن الشق الأول - اجتماع المثلين - بوجهين:

الوجه الأول: ما أفاده صاحب المقابس قدس سره بقوله: (ولا بأس باجتماع المتماثلين بالذات إذا كانا مختلفين بالجهات)[1].

توضيح ذلك: إن أحد أقسام التقابل هو التقابل بالتضايف، فالمتضايفان كالفوقية والتحتية متقابلان، وغير قابلين للاجتماع في واحد، ولكن يمكن اجتماعهما بتعدد الاعتبار، فالسقف فوق لما تحته، وهو تحت لما فوقه، فاجتمعت فيه الفوقية والتحتية باعتبارين، فإذا أمكن اجتماع المتقابلين باعتبارين أمكن اجتماع المثلين كذلك؛ لأن التقابل بينهما ليس آكد من التقابل بين المتضايفين.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره بقوله: (والخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار، فلا يجتمع المثلان، وفائدته البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الآخر، فلا يتداخل السببان)[2].

وتوضيحه: أنه لم يجتمع المثلان في ما نحن فيه؛ لكون الخيار واحداً بالذات ولكنه متعدد بالجهات، والواحد لا يتعدد بالجهات والإضافات، فنلتزم في المجلس وبيع الحيوان قبل الافتراق بخيار واحد ولكنه ذو

---

(١) مقابس الأنوار للمحقق التستري، كتاب البيع: ١٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨.

جهتين وحيثيتين، فمن حيثية يضاف إلى المجلس، ومن حيثية أخرى يضاف إلى الحيوان، ويختلف الحكم فيهما باختلاف الحيثيتين.

الجواب عن الشق الثاني

وأما بالنسبة إلى الشق الثاني - توارد العلتين على معلول واحد - فأجيب عنه بوجوه:

جواب صاحب المقابس والجواهر عن الشق الثاني من الدليل ومناقشته

الوجه الأول: ما أفاده صاحبا المقابس والجواهر وغيرهما - قدست أسرارهم - من عدم الاستحالة في اجتماع العلل الشرعية؛ لكونها معرّفات، لا مؤثّرات، وتعدّد المعرِّف لا يكشف عن تعدّد المعرَّف، فلا يلزم صدور الواحد من الكثير، ولهذا اجتمعت في المجلس والعيب وخيار الرؤية من غير خلاف[1].

ويرجع هذا الجواب إلى إنكار أصل تعدّد العلة، والإشكال إنما يتفرع على تعدّدها، بحيث يكون بيع الحيوان علّة للخيار، واجتماع المتبايعين علّة أخرى له، وعند إنكار علّيتهما يندفع الإشكال.

ويرد عليه

أولاً: أن ما أفادوه من كون الأسباب الشرعية معرّفات، وإن أمكن ثبوتاً إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، فلا مانع عقلاً من جعل الحكم مترتباً

(١) مقابس الأنوار للمحقق التستري، كتاب البيع: ١٨٤، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨.

على أمر ويكون له أمارات متعدّدة، كما في موضوع وجوب ابتداء القصر للمسافر؛ فإنه البلوغ لحد معين من المسافة، وقد جعل له أمارتان: خفاء الأذان، وخفاء الجدران.

وثانياً: أنه مخالف لظهور أدلة الموضوعات والشرائط؛ فإن الدليل إذا ورد بلسان: (إذا بلت فتوضأ)، و (إذا نمت فتوضأ) كان ظاهراً في أن لكل منهما موضوعية للوضوء، والحمل على الأمارية مخالف له.

وبعبارة أخرى: إن الأصل في ما جعل موضوعاً للأحكام - تكليفية أو وضعية - هي الموضوعية، والحمل على الأمارية والمعرّفية مخالف له.

وثالثاً: أن المراد من كونها معرّفات هو المعرّف المنطقي كما يظهر، فتعريف الإنسان أنه: (حيوان ناطق)، و (حيوان ضاحك)، و (ماش مستوي القامة) وأمثالها كلها حاكية عن حقيقة واحدة، فهي معرّفات لمعرَّف واحد، هذا غاية ما يحمل كلامهم عليه، وفيه:

١- أن قياس الموضوعات الشرعية وأسبابها على المعرّفات المنطقية مع الفارق؛ فإن القرينة الخارجية فيها قائمة على تعدّد المعرّفات ووحدة المعرَّف، بخلاف الأسباب الشرعية، فلم تقم قرينة على كونها معرّفات متعدّدة لمعرَّف واحد.

٢- أن لازم ذلك أن يلتزم في الأسباب الشرعية بما يلتزم به في المعرّفات المنطقية، فتكون متلازمة في الوجود، بمعنى أنه إذا وجد خيار المجلس يوجد معه خيار الحيوان، وبالعكس؛ فإن اجتماع المتبايعين، وكون المبيع حيواناً كاشفان عن حقيقة واحدة من دون أن يكون لهما

دخل وتأثير في الخيار حسب الفرض، كما هو الحال في ما إذا وجدت الناطقية فإنها توجد الضاحكية؛ لكون (الحيوان ناطق أو ضاحك) معرّفين لحقيقة الإنسان الواحدة، ولا يعقل أن يتحقق كونه ناطقاً دون كونه ضاحكاً.

جواب الشيخ الأعظم عنه ومناقشته

الوجه الثاني: ما أجاب به الشيخ قدس سره من أن الخيارين إن اختلفا من حيث الحقيقة والماهية فلا بأس بالتعدد؛ ولم يكن الخيار واحداً - حينئذ - حتى يلزم توارد علتين على معلول واحد، ويرد إشكال صدور الواحد من الكثير، بل كل خيار أثر لعلته.

وإن اتحدا فيها فالجواب بأحد أمرين:

الأول: إمكان القول بأن العلل الشرعية معرّفات لا مؤثّرات كما تقدم عن صاحبي المقابس والجواهر قدس سرهما.

الثاني: أن يلتزم بأنها مؤثّرات، ولكن يتوقف استقلال كلٍّ واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه، فهي علل تامة إلا من هذه الجهة، بمعنى أن اجتماع المتبايعين عندما ينفرد عن بيع الحيوان يؤثر في حدوث الخيار مستقلاً، وكذلك بيع الحيوان عندما ينفرد عن اجتماع المتبايعين، ولكنهما عندما يجتمعان يكون كل واحد منهما جزء العلة في التأثير، فيؤثران في الخيار معاً، ولا يلزم منه توارد علتين على معلول

واحد؛ فإن العلة - حينئذ - واحدة وهي المجموع[١].

وفيه:

أولاً: أن ما أفاده أولاً من أن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد، وإن أمكن تصوراً إلا أنه قطعي البطلان على مبنى الشيخ نفسه وسائر الفقهاء أعلى الله مقامهم؛ فإنهم عرّفوا الخيار بأنه (ملك فسخ العقد) أو (ملك فسخ العقد وإبرامه)، والملكية بالمعنى الأعم الشامل لملكية الباري تعالى وملكية غيره مختلفة الحقيقة قطعاً؛ فإن ملكية الباري حقيقية، وملكية غيره اعتبارية، ولكنها خارجة عن محل البحث، ومحل البحث خصوص الملكية الاعتبارية، وهي حقيقة واحدة غير قابلة للاختلاف والتعدّد، فلا يعقل الاختلاف في حقيقة السلطنة الاعتبارية على حلّ العقد؛ فإن ملك فسخ العقد في العيب والغبن والشرط وغيرها من الخيارات الشرعية والعقلائية واحد.

وثانياً: أن ما أفاده على القول باتحاد الحقيقة من عدم البأس في التعدّد؛ لأن الأسباب معرّفات، يرد عليه ما أوردناه على صاحبي المقابس والجواهر تدثّل.

وثالثاً: أن ما أفاده من كون الأسباب - على تقدير كونها عللاً - عللاً مستقلة على تقدير الانفراد، وجزء العلة على تقدير الانضمام، غير تام أيضاً؛ لأنه يفترض أن الخيارين متحدان في الحقيقة ولكنهما متعددان،

---

(١) المكاسب ٥: ٩٣.

ومع تسليم التعدّد تكون أفراد الحقيقة الواحدة المؤثرة عللاً متعدّدة.

وبعبارة أخرى: أن تعدّد العلة لا يساوق اختلاف الحقيقة، بل هو مساوق لتعدّد الوجود، فالناران متحدان في الحقيقة، ولكنهما علتان لحرارتين، ولا يعقل أن تكونا علتين لحرارة واحدة، وإشكال توارد علتين على معلول واحد يدور مدار تعدّد الوجود، فما أفاده الشيخ قدس سره من التفريق بين القول باتحاد الخيارين في الحقيقة وبين القول باختلافهما فيها لا أثر له؛ لأنه يسلّم كونهما فردين من حقيقة واحدة، ومعه يعود الإشكال؛ إذ لا يمكن أن يصدر حكم واحد من فردين وإن كانا لحقيقة واحدة.

والقول بأنهما في صورة الاجتماع يكون كل واحد منهما جزء العلة فلا يرد الإشكال.

مندفع بأن ذلك لا يتمّ إلا مع انتفاء التعدّد في صورة الاجتماع؛ إذ ينتفي موضوع توارد علتين على معلول واحد حينئذ، ولكنه باطل بالضرورة؛ لأن الاجتماع لا يجعل المتعدّد واحداً؛ فإن الاجتماع والاستقلال من أوصاف المتعدّد، ومع حفظ التعدّد يعود الإشكال؛ إذ كيف يتحقق الواحد من سببين مجتمعين؟ وهل هو إلا عين توارد العلتين على معلول واحد؟[1]

---

(١) فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: الإشكال هو أن الخيار واحد شخصي، لا تعدّد فيه ولا تأكد، فكيف يحصل واحد شخصي بسيط من اثنين متعددين؛

جواب المحقق النائيني عنه

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني تقدس سره، وقد أبطل أولاً القول بأن الأسباب الشرعية معرّفات، وأثبت كونها علـلاً، ويترتب الجواب على ذلك، وحاصل ما أفاده مما يرتبط بالبحث: أنه لو كان المراد من المعرّف أن موضوع الحكم الذي أخذ في القضية الحقيقية ليس علّة لثبوت الحكم عند تحقّقه فهذا بديهي البطلان؛ لأن معنى كونه موضوعاً للحكم الشرعي أن يتحقق الحكم على تقدير تحقّقه، وأن ينتفي عند عدم تحقّقه، فلا يعقل تحقق الموضوع وعدم تحقق الحكم، فالموضوع دخيل في وجود الحكم بالضرورة، ومعنى العلية هو الدخل في الوجود، فالموضوع عين العليّة.

وإذا كان كذلك فالأصل في الأسباب عدم التداخل، عقلاً وشرعاً؛ أما عقلاً فلأن كلّ موضوع سبب لتحقّق الحكم الذي أنشئ على فرض وجوده، وكل سبب مستقل منشأ لوجود المسبَّب، [ولا يعقل] تعدّد السبب مع وحدة المسبَّب.

أو فقل: إن الموضوع علّة - حسب الفرض -، ولكل علّة لم يشترك معها في العليّة غيرها أن يكون لها معلولها الخاص بها.

فإن الواحد لا مرتبة له، وبسيط ليس مركباً.

وبعبارة أخرى: إن حقيقة الخيار سلطنة واحدة لا تعدد فيها ولا تركب، فكيف تحصل من شيئين؟ فيلزم من تحققه من شيئين إما كون الاثنين واحداً، أو كون الصادر متعدداً، وكل منهما خلف.

وأما شرعاً فلأنّ مقتضى إطلاق جعل موضوع لحكم أمران:

١- أن يكون الموضوع مستقلاً، لا جزءاً مع غيره؛ إذ لو كان يشاركه غيره في العليّة لبيّنه الشارع، وهذا ما يطلق عليه الإطلاق المقابل لـ (الواو).

٢- أن يكون منفرداً في التأثير، لا عدل له فيه، وإلا لبيّنه الشارع، وهو الإطلاق المقابل لـ(أو).

فاتضح أن الأصل عدم التداخل، ولا يخرج عنه إلا لمانع يمنع منه كأن يكون المورد غير قابل للتعدد، ورفع اليد في هذه الحال على طبق القاعدة؛ لأن استقلال العلة وانفرادها في التأثير في المعلول إنما يتمُّ في ما لو كان المورد قابلاً للتحقّق، وإن لم يكن قابلاً له فالعلتان ترجعان إلى علة واحدة، وتكون كل واحدة منهما جزء العلة.

ومع هذا التوضيح لكلام المحقق النائيني قدس سره يكون كلام الشيخ قدس سره برهانياً.

والحاصل: أن المورد إن كان قابلاً للتعدّد تعدّد المعلول، كما في الكفارة؛ فإن كل سبب موجب لكفارة.

وإن لم يكن قابلاً للتعدّد وكان قابلاً للتأكّد تأكّد، كما في أسباب القذارات؛ فإنه إذا حصل ما يوجب النجاسة حصلت مرتبة من القذارة، واذا وجد سببان تأكّدت القذارة والنجاسة، ولا يخفى أن مراتب التأكّد توجد في التكوينيات أيضاً كما توجد في الشرعيات.

وإن لم يكن قابلاً للتعدد ولا للتأكد كان كل من السببين جزءاً من العلة وكان المعلول واحداً.

هذه هي الكبرى، وأما بيان الصغرى فنشير أولاً إلى أن المحقق النائيني قدس سره يرى أن كل القضايا الشرعية - تكليفية أو وضعية - ترجع إلى قضايا شرطية، وعنده هذه القاعدة: (كل موضوع شرط، وكل شرط موضوع)، فمثلاً لو ورد: (أكرم العالم) فمعناه: أنه متى وجد شخص واتصف بكونه عالماً وجب إكرامه، ولو ورد: (البيع نافذ) فمعناه: أنه كلما تحققت معاملة واتصفت بكونها بيعاً كانت نافذة.

إذا اتضح هذا فالخيار - الذي هو محل الكلام في المقام - غير قابل للتعدّد ولا للتأكّد؛ أما عدم قابليته للتعدّد؛ فلأن العقد واحد وليس له إلا حلّ واحد، وليس للحلّ الواحد سلطنتان، وأما عدم قابليته للتأكّد؛ فلأن حقيقته ملك حلّ العقد، والملكية غير قابلة للتأكّد، فمجموع السببين - أعني بيع الحيوان، واجتماع المتبايعين - علة لتحققه؛ لعدم قابليته للتعدد، وإن كان الأصل عدم التداخل، ولكن رفعنا اليد عنه لعدم القابلية.

نعم، هو قابل للتعدّد من حيث الإضافة، فيضاف إلى الحيوان، ويضاف إلى المجلس؛ لأن كل واحد منهما دخيل في تحققه، فيكون عندنا خيار واحد ذو جهات متعددة، كجهة المجلس، والعيب، والغبن، والشرط، وكون المبيع حيواناً، ونظيره في الشريعة الإسلامية حكم القتل؛ فإنه غير قابل للتعدد ولكن قد تتعدد أسبابه، فالارتداد موضوع للقتل، وقتل النفس المحترمة موضوع آخر له، وأثر اختلاف الجهات وتعددها

أنه يمكن إسقاطه من جهة، وإبقاؤه من أخرى، ففي مثال القتل يمكن أن يعفو أولياء الدم فيسقط القتل من جهتهم، ولكن يبقى حكم القتل عليه من أجل الارتداد، وكذلك في ما نحن فيه، فيمكن أن يسقط صاحب الخيار إحدى جهتي خياره ويبقي الأخرى.

وعصارة جواب المحقق النائيني تدّس: هو أن الخيار بما أنه حكم وضعي فهو غير قابل للتأكد ولا التعدد، ففي صورة اجتماع موضوعين، أي سببين من أسبابه، فهما يؤثران بمجموعهما على أن يحصل خيار واحد ذو وجهين، فلا محالة ينتفي إشكال توارد علتين على معلول واحد؛ فإن المؤثر واحد، وهو المجموع[1].

وفي كلامه مواقع للنظر:

الأول: أنه استدل على كون الموضوعات عللاً بأنه يلزم من وجودها وجود الحكم، ومن عدمها عدمه، وهو استدلال بالأعم على الأخص؛ فإن محلّ الإشكال هو صدور الواحد من المتعدد؛ فإن لازمه إما تعدد الواحد أو وحدة المتعدد، والعليّة بهذا المعنى - الصدور - لا تثبت من الوجود عند الوجود، والعدم عند العدم؛ فإن الشرط من أجزاء العلة المركبة، ويلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، مع أن المعلول والمقتضى ليس مترشحاً وصادراً عنه، بل الشرط متمّم فاعلية الفاعل للتأثير أو مكمل قابلية القابل للتأثر، فيكشف أن هذه القاعدة لازم أعم بالنسبة إلى

(١) منية الطالب ٣: ٦٤.

العلية بمعنى الصدور التي هي محل الدعوى، فلا يثبت بها المدّعى.

الثاني: أن الحكم ليس صادراً عن الموضوع، بل هو صادر عن الحاكم، فإنه هو الذي ينشأ الحكم.

الثالث: أنه لو قلنا بالنسبة الصدورية بين الموضوعات والأحكام للزم معلولية الأمور الاعتبارية للأمور التكوينية؛ حيث إن غالب موضوعات الأحكام الشرعية أمور تكوينية، والأحكام الشرعية - تكليفية أم وضعية - أمور اعتبارية، ولا يعقل صدورها من الأمور التكوينية.

الثالث: سلمنا، إلا أن دعواه أن الخيار غير قابل للتعدّد ولا التأكّد؛ لكونه حكماً وضعياً، فيلتزم بالواحد ذي الجهتين، مدخول: بأن الجهات المتعدّدة إما أن تكون منشأ للمتعدّد فيبطل قوله بأن الخيار غير قابل للتعدد ولا التأكد، وإما أن تكون منشأ للواحد، فلا يعقل إثبات الواحد وإسقاطه في نفس الوقت وإن كانا من جهتين.

وأما الالتزام بكون الجهات المتعددة منشأ للإضافات المتعددة للواحد، فالخيار الحاصل وإن كان واحداً إلا أن له إضافة إلى العيب، وإلى الغبن وهكذا..

ففيه: **أولاً**: أنه يتوقف على إمكان تعدد الإضافات المتعدده في الواحد، وهو محل كلام.

وثانياً: أنه على فرض حصول الإضافات المتعدّدة للواحد، فلا يعقل إضافة الحكم إلى الموضوع إلا بنحو الإضافة الصدورية كما فرضه في صدر الكلام، فيعود إشكال توارد العلتين على معلول واحد؛ فإنه لازم

إضافتها الصدورية إلى المتعدّد.

وإن ادّعي أنها إضافة أخرى، فما هي؟ وما نوعها؟

والحاصل: أن ما يرد من الإشكال في باب الخيار هو قوله بأنه يمكن إسقاطه من جهة، وإبقاؤه من أخرى، فإذا لم يقبل التعدّد ولا التأكّد فكيف يقبل الإسقاط والإثبات؟ ومآله إلى اجتماع النقيضين؛ وذلك أن نسبة الإثبات إلى الثبوت، والإسقاط إلى السقوط، هي نسبة المصدر إلى اسمه، وهي نفس نسبة الإيجاد إلى الوجود، والإعدام إلى العدم، وبين المصدر واسمه تغاير اعتباري لا واقعي، بمعنى أن الثبوت من حيث النظر إلى المُوجِد يكون إثباتاً، ومن حيث النظر إلى نفسه يكون ثبوتاً، فيكون نتيجة ما أفاده من كون الخيار الواحد ثابتاً وساقطاً، الجمع بين المتناقضين.

الرابع: أن ما أفاده من كون الموضوعات المتعددة أسباباً متعددة، فيكون كل واحد منها عند الانفراد سبباً مستقلاً، وعند الإجتماع جزء السبب، يرد عليه ما أوردناه على الشيخ قدس سره.

الخامس: أن قياسه ما نحن فيه على القتل وأسبابه المتعدّدة- فإنه واحد غير قابل للتعدّد، وله أسباب متعدّدة، كالارتداد وقتل النفس المحترمة- مع الفارق؛ وذلك لأن الارتداد، وقتل النفس ليسا سببين للقتل، بل الأول سبب للحكم بوجوب القتل، الذي هو حق إلهي، والثاني سبب لحصول حق القصاص لوليّ الدم، الذي هو حق بشري، فالسبب

كالمسبَّب متعدّدان.

جواب المحقق الخوئي ومناقشته

وأما المحقق السيد الخوئي تدّس فأفاد أولاً أن اجتماع الخيارين وتعددهما في العقد الواحد كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب، واجتماع خيار العيب مع خيار الشرط، ثم مشى على طريقة المحقق النائيني تدّس في رفع الإشكال، وقال بأن المورد ليس مورداً للتعدد والتأكد؛ إذ لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد؛ فإن الشيء الواحد لا يملك مرتين، ثم قال بأن الخيار واحد - بمقتضى الجمع بين الأدلة في مقام الإثبات -[1].

ولا يخفى ما في هذه الكلمات من التنافي، مضافاً إلى تنافيه مع ما ذهب إليه في مقام الفتوى؛ حيث قال في المنهاج: (وإذا لم يفترق المتبايعان حتى مضت ثلاثة أيام سقط خيار الحيوان، وبقي خيار المجلس)[2]، فكيف يجمع بين هذا القول والقول بأن الخيار واحد؟

جواب المحقق الحائري ومناقشته

وأجاب المحقق الحائري تدّس بما حاصله: إنا إذا فرضنا الخيار واحداً، حقيقة ومرتبة ووجوداً، فإن المؤثر فيه هو المجموع، وهو واحد بسيط؛ لأن تأثير كل من الأسباب استقلالاً في الواحد غير ممكن؛ لاستلزامه

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٨٧ - ١٨٨.

(٢) منهاج الصالحين، كتاب التجارة، خيار الحيوان.

صدور الواحد من الكثير، والاستناد إلى واحد معيّن ترجيح بلا مرجح، وغير المعيّن لا واقعية له، وإلى الجامع يوجب انعزال الخصوصيات عن التأثير مع ضرورة صحة النسبة إليها كما في حال الانفراد[1].

وفيه: أن الأثر الحاصل من الأسباب الشرعية، والمترتب على الموضوعات بنحو القضية الحقيقية وإن كان اعتبارياً كالأحكام الشرعية، التكليفية والوضعية، كملك فسخ العقد، أو السلطنة على حلّه في ما نحن فيه إلا أنه واحد بسيط واقعاً وفي نفس الأمر، وأما المجموع فهو واحد اعتباراً، ولا وجود له في الخارج، بل ينحصر وجوده في اعتبار المعتبِر، فهو يعتبر من السببين مجموع الوجودين، وإلا ففي الخارج لا يوجد شيء غير هذا، وهذا.

ففي ما نحن فيه لا يوجد في الخارج غير اجتماع المتبايعين، الذي هو سبب لخيار المجلس، وبيع الحيوان الذي هو سبب لخيار الحيوان، وأما مجموعهما فلا وجود له خارجاً، فوزان مجموع بيع الحيوان واجتماع المتبايعين، وزان مجموع الأفراد في هذا المسجد؛ فإن المجموع لا وجود خارجياً له فيه؛ فلا يصح الالتزام بخيار واحد مسبب عن المجموع الاعتباري؛ لأن الخيار - بضرورة الفقه - أثر لاجتماع المتبايعين، وبيع الحيوان، ووحدة المجموع بما هو مجموع إنما هي في نفس المعتبِر، فيبقى الإشكال من جهة موضوعية الخارج.

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٩١ - ٩٢.

نعم، لو كان الأثر لاعتبار الشارع مع قطع النظر عن الموضوعات الخارجية لكان لما أفاده وجه، فالشارع يعتبر المجموع الحاصل من اجتماع المتبايعين وبيع الحيوان سبباً للخيار، أو موضوعاً له، إلا أن اعتباره ليس بهذا النحو، بل جعل نفس الاجتماع، ونفس بيع الحيوان سببين.

هذا وفيما أفاده من تعليل عدم الاستناد إلى الجامع نظر؛ حيث إن إسناد الأثر إلى الخصوصيات - مع فرض كون المؤثر هو الجامع - إنما يكون من جهة أن الكلي موجود بوجود الخصوصية والفرد، لا من جهة كون المؤثر هي الخصوصية.

جواب المحقق الأصفهاني ومناقشته

وهو بتوضيح منا: أنه قد تقدّم في المباحث السابقة أن الاعتبارات الشرعية جميعها، معلولة لإرادة الشارع الحاكم واعتباره، ولا يعقل أن يكون حكم الحاكم - تكليفياً كان أو وضعياً - معلولاً لأمر خارجي، ومسبّباً عن الموضوعات الخارجية؛ فإن الحكم أمر اعتباري قائم بالحاكم، والموضوعات الشرعية وإن كان لها دخل في الحكم إلا أنه بمقدار إيجاد القابلية في مورد اعتبار الحاكم، فدخلها دخل إعدادي، من قبيل دخل الشرط في قابلية المحل، ولا محذور في تعدّد الشروط الدخيلة في قابلية المحل لحصول التأثير فيه من قبل المؤثّر، كما هو الحال في قابلية الخشب للاحتراق وتأثير النار فيه؛ فإنها مشروطة بيبوسة المحل، وبمقاربته لها، ولا يلزم من تعدّد هذين الشرطين تعدّد النار التي

هي سبب لاحتراق الخشب، ولا تعدّد الأثر، فكل من السبب والأثر واحد، ولكن محصِّل الاستعداد والقابلية في المحل متعدّد.

وإذا اتضح أن السبب الواقعي للحكم هو اعتبار الحاكم، وأن الموضوعات ما هي إلا مُعدات فنقول: إن اعتبار الحاكم يتوقف على أمرين:

١- وجود المصلحة والملاك كما هو مسلك العدلية، سواء أكان في الجعل أم في المتعلّق، على الخلاف بينهم.

٢- ترتب الأثر.

ومع تمامية ذلك يكون تعدّد الاعتبار والمعتبَر معقولاً، فيعتبر الحاكم سلطنتين على حلّ العقد، إحداهما لوجود الملاك الناشئ من ناحية العيب، والأخرى لوجود الملاك من ناحية الغبن، ولا محذور في أصل الاعتبار؛ لأن اجتماع المتماثلين والتمانع والتضاد والتناقض إنما هي من أحكام الأمور المقولية الواقعية، لا الأمور الاعتبارية، والحق والملك أمران اعتباريان، ولهذا لا محذور في أصل اعتبار حكمين تكليفيين مختلفين، فيعتبر الفعل الواحد واجباً وحراماً.

نعم، يقع التنافي في اعتبار الأحكام المتخالفة من ناحية المبدأ أو المنتهى، أي من ناحية الملاكات، والآثار المترتبة؛ فإن اجتماع المصلحة والمفسدة الملزمتين في شيء واحد غير معقول، كما لا يمكن امتثال الوجوب والحرمة معاً، بحيث ينبعث عن الأول، وينزجر عن الثاني في

وقت واحد، بالنسبة إلى فعل واحد.

ولكن اجتماع مصلحتين - كما هو الفرض - لا محذور فيه، فإذا ترتب الأثر على كل منهما انتفى الإشكال.

والحاصل: أنه لا إشكال ثبوتاً في اعتبار خيارين في العقد الواحد، لا في نفس الاعتبار، ولا في المبدأ والمنتهى، فيعتبر أحدهما لمصلحة ناشئة من جهة العيب، والآخر لمصلحة ناشئة من جهة الغبن، ولا ضير في اجتماع المصالح، والعقد وإن كان واحداً، فليس له إلا حل واحد، لكن عدم تعدد الحل حقيقةً لا يقتضي عدم إمكان تعدد اعتبار السلطنة على الحل، مع اشتمال كل منهما على أثر يختص به من المصالحة عليه بالخصوص، أو إسقاطه بالخصوص، فله أن يصالح على أحدهما، أو يسقطه ويبقي الآخر، وهو أثر عقلائي، فلا يكون تعدد الاعتبار - حينئذ - لغواً[(١)]. [(٢)].

---

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٦٣.

(٢) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن أساس الإشكال يبتني على أن الموضوعات الشرعية هي المؤثّرة في الحكم، ولا يعقل تعدّد المؤثر مع اتحاد الأثر، ولكن الأحكام الشرعية ما هي إلا معتبَرات للشارع وأثر له، اعتبرها في موارد خاصة، فهي معلولات له، بمعنى أنها أثر منه، فيعتبر الحرمان من شرب الخمر، ولابدية الصلاة في الذمة على مسلك بعض الأعاظم قدس سره، ويعتبر البعث والزجر على مسلك التحقيق.

نعم، اعتبار الشارع ليس أمراً جزافياً، وإلا كان لغواً، بل هو تابع لملاكات ومصالح، في الجعل أو في المتعلّق، فإذا اقتضت المصلحة أن يجعل خيارين في العقد الواحد فلا

والإنصاف أنه أسلم الوجوه لحل الإشكال إلا أن فيه:

أولاً: أنه لا يخفى أن الأمر كما أفاده قدس سره من أن اعتبار الخيار المتعدد يتوقف على أن يكون للتعدد أثر يترتب عليه حتى يخرج الاعتبار عن اللغوية، والأثر الذي تصوّره في المقام اثنان: المصالحة عليه، وإسقاطه،

محذور من ناحية الملاك، وإذا كان لكل خيار أثر يخصه فلا محذور من ناحية الأثر، فإذا كان له أثر، وهو (الحق) من ناحية خيار الغبن، و(حق) من ناحية خيار العيب، فله أن يسقط أحدهما ويبقي الآخر، وأما محذور اجتماع المثلين في شيء واحد، وهما السلطنتان، فيرتفع بأن التماثل والتضاد والتناقض من أحكام الواقعيات، أي لا يمكن أن يجتمع اثنان من اللون الأحمر في نقطة واحدة، وأما اعتبار خيارين من نفس الحاكم فهو ممكن، والوجدان يقضي به، فلا استحالة في اعتبار وجود زيد واعتبار عدمه في آن واحد، وإنما المحال اجتماع وجود زيد وعدمه في آنٍ واحد، فإذا كان اعتبار اجتماع النقيضين معقولاً، فكل ما عداه منحل ثبوتاً.

وقال - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال آخر مما يفيدنا في توضيح المطلب: إن الإشكال هو أن الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، فهل الخيار المجعول سلطنتان أو سلطنة واحدة؟ الأول يلزم منه اجتماع المثلين، والثاني يلزم منه توارد سببين على مسبَّب واحد.

والجواب: أنا نلتزم بالأول، ولا محذور في اعتبار السلطنتين.

نعم، ربما يشكل بأن جعل سلطنتين على مسلَّط عليه واحد، أي جعل سلطنتين لحلّ واحد، لغو ولا معنى له، وهذا غير اجتماع علتين على معلول واحد.

فيجاب عنه: بأن أثر السلطنتين لو كان هو الحلّ فقط لتمَّ الإشكال، ولكن لهما أثراً آخر وهو الإسقاط، فيكون لصاحب السلطنتين حق الإسقاط أيضاً، فيمكنه أن يسقط إحدى السلطنتين، ويبقي الأخرى، فلا لغو.

وشيء منهما لا يتمّ:

أما المصالحة عليه، فالصلح إما على نقل الخيار أو على إسقاطه، ولا ثالث في البين، والمصالحة على النقل وإن أمكن حصولها في الأملاك عيناً أو منفعة، وفي الحقوق القابلة للنقل كحق التحجير، ولكن لا يمكن تحققها في خيار المجلس والحيوان؛ إذ ليسا من الحقوق القابلة للنقل، فلا يمكن التصالح على نقلهما.

وأما المصالحة على الإسقاط فلا تصحّ؛ لعدم صحة أخذ الإسقاط أثراً لحق الخيار، ومنه يتضح بطلان المصالحة على الإسقاط، وكون الإسقاط أثراً لاعتبار الخيار المتعدد، وبيان ذلك يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن الإسقاط من الأمور ذات التعلّق، وهي - في أي وعاء وجودي كانت - متقوّمة بما تتعلّق به، كالشوق المستحيل تحققه بدون مشتاق إليه، فيستحيل الإسقاط بدون ما يسقط، الذي هو طرف التعلّق، وطرف التعلّق يكون في الرتبة المقوّمة للمتعلّق، فيكون طرف الإسقاط في الرتبة المقوّمة له، وكل مقوّم فهو متقدم رتبة على المتقوّم، وبما أن الطرف المتعلق به الإسقاط هو الحق، فالحق مقوّم له، فيتقدم عليه رتبة.

المقدمة الثانية: إنه يستحيل الإهمال في الواقعيات، وهذا الحكم كالحكم السابق من أحكام مطلق الوجود، أي الموجود - مطلقاً - في أي وعاء كان، وسواء أكان تكوينياً أم اعتبارياً يستحيل فيه الإهمال.

وعليه فعندما يتقوّم الإسقاط بالحق، فالحق المقوّم له بلحاظ الأثر إما

أن يكون مهملاً أو مطلقاً أو مقيداً، والإهمال محال كما تقدم، والإطلاق مثله؛ لأن الحق بدون الأثر غير قابل للوجود؛ فإن الفرض أن اعتبار الحق يدور مدار ترتب الأثر، فيتعيّن التقييد، أي أن يكون متعلّق الإسقاط هو الحق ذا الأثر.

وحاصلها بعبارة أخرى: أن الحق المهمل بلحاظ الأثر لا يمكن تعلّق الإسقاط به، وكذلك الحق اللابشرط بالنسبة إليه، فلا يقبل تعلّق الإسقاط إلا الحق بشرط الأثر، وكل شرط وقيد فهو مع المقيَّد متقدم رتبة على ما يتعلّق به.

فالنتيجة: أن الإسقاط لا يمكن تعلقه إلا بالحق ذي الأثر، فإذا كان الأثر هو نفس الإسقاط لزم اجتماع المتقابلين؛ إذ يلزم تقدّم المتأخر، وتأخّر المتقدم؛ من جهة أن الأثر متقدم رتبة على الإسقاط، فإذا كان الأثر هو الإسقاط لزم أن يكون الإسقاط المتأخر متقدماً.

كما لا يعقل أن يكون أثر الخيار هو قابليته للإسقاط؛ لأن جعل الأثر قابيلة شيء يكون بداعي تحقق ذلك الشيء، مع أنه قد ثبت استحالة كون أثر الخيار هو الإسقاط.

وثانياً: ما يتوقف بيانه على مقدمتين أيضاً:

المقدمة الأولى: إن من القواعد المتسالم عليها لمطلق الوجود - تكوينياً كان أو اعتبارياً - أن الأثر علة غائية لموضوعه، والعلة الغائية متقدمة على موضوعها تصوراً متأخرة عنه تحققاً، ونسبته إليها نسبة العلة

إلى المعلول، فإذا كان الإسقاط أثراً للخيار كان علة غائية له، وكانت نسبته إلى الخيار نسبة المعلول إلى علته.

المقدمة الثانية: إن نسبة الإسقاط إلى السقوط هي نسبة المصدر إلى اسمه، كنسبة الإثبات إلى الثبوت، ومن الواضح أن المصدر واسمه متحدان واقعاً متغايران اعتباراً، فالإسقاط والسقوط واحد حقيقة متعددان اعتباراً.

والنتيجة: أنه إذا التزم بأن أثر الحق هو إسقاطه فلابد من الالتزام بأن أثر وجود الشيء عدمه، وهو محال، فلا يعقل أن يكون أثر الحق هو إسقاطه.

وبعبارة مختصرة: إنه يلزم أن تكون الغاية من وجود الشيء عدمه، وهو محال.

وحاصل الكلام مع المحقق الأصفهاني تدّس: أن ما أفاده من جهة الكبرى تام؛ فإن الخيار من الأمور الاعتبارية، لا المقولية، فلا يأتي فيه حديث اجتماع المثلين، كما أن تعدد الأمور الاعتبارية بتعدّد الأثر المترتب عليها مخرج لها عن اللغوية، ولكن صحة الكبرى لا تضمن تحقق الصغرى، ولهذا لا تنطبق الكبرى على ما نحن فيه؛ لانحصار الأثر في الإسقاط، وكونه أثراً محال؛ بملاك اجتماع المتقابلين، وكون السقوط أثراً للثبوت.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنه لا مانع من جعل خيارين لعقد واحد؛ وذلك لأن الخيار هي السلطنة على حل العقد وإمضائه، ولا مانع من

جعل سلطنتين على حل عقد واحد، ويشهد له الخيارات الإمضائية المتعددة في عقد واحد، كخيار العيب والغبن والشرط في عقد واحد، وأثره تمكّن ذي الخيار من أن يحل العقد بأي السلطنتين اللتين له، فقد لا يريد أن يستفيد من خيار الغبن فيستفيد من خيار الشرط.

وأما مقام الإثبات فالروايات الواردة في الباب على طوائف ثلاث:

الطائفة الأولى: ما يستفاد منها ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان، كصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا..»[1]؛ فإن مقتضى الإطلاق أنه متى صدق عنوان البيّعين ثبت خيار المجلس، سواء أكان المبيع حيواناً أم غيره.

الطائفة الثانية: ما يظهر منها افتراق موردي الخيارين، كما يظهر من التقابل بين خياري المجلس والحيوان في مثل صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام ..»[2].

الطائفة الثالثة: ما صرّحت بأن المجعول في بيع الحيوان هو خيار الحيوان خاصة، وهي صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث٤.

(٢) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث١.

عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...»[1].

فالسائل سأل عن من له الخيار، ومع أنه فصّل في السؤال، هل هو المشتري، أو البائع، أو هما؟ إلا أن الإمام عليه السلام أجاب بنحو صريح بانحصار الخيار في المشتري، مما يدل على نفي الخيار عن غيره.

إن قيل: بأن هذه الرواية إنما تنفي خصوص خيار الحيوان عن غير المشتري، فلا تنافي ما دلّ على ثبوت خيار المجلس للبيّعين.

قلنا: بأن السائل سأل عن أصل ثبوت الخيار، وذلك مقتضى قوله: (لمن الخيار)، فعندما يحصر الإمام عليه السلام في هذا المقام ثبوت الخيار بالمشتري فهو ظاهر في أن الخيار في بيع الحيوان ينحصر في واحد، وهو المشتري، كما في هذه الرواية، أو صاحب الحيوان، كما في رواية أخرى، وعلى كلٍ فلا خيار لغير من له الحيوان، وإلا لقال عليه السلام في الجواب: بأن الخيار لهما إلى أن يفترقا، وإذا افترقا فالخيار للمشتري ثلاثة أيام، ولما لم يقل ذلك علمنا انحصار الخيار في بيع الحيوان في خصوص المشتري، وبذلك يتقيد إطلاق رواية « البيعان بالخيار ».

ويمكن أن يقال: إن الرواية ظاهرة سؤالاً وجواباً عمن له الخيار من جهة خصوص الحيوان من ناحيته، فكما لا تنفي خيار الغبن لبائع

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٩.

الحيوان ومشتريه، ولا تنفي خيار العيب في الثمن للبائع، كذلك لا تنفي خيار المجلس لهما، ولا أقل من إجمال السؤال، فتكون من صغريات إجمال المخصص المنفصل المردد بين الأقل و الأكثر، فلا مقيد لإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع[1].

نتائج المسألة

١- أن جعل الخيار المتعدد ممكن ثبوتاً.

٢- أن جعل الخيار بغرض إسقاطه غير عقلائي.

٣- أن خيار المجلس يجتمع مع خيار الحيوان إثباتاً كما يجتمع معه ثبوتاً.

وبهذا يتمّ الكلام في هذه المسألة.

فرع: المراد بزمان العقد

هل المراد بزمان العقد، زمان إنشاء الصيغة أو زمان ثبوت الملك؟

وجهان.

أما الأول فيشكل من ناحية التوفيق بينه وبين بيع الفضولي وبيع الصرف والسلم؛ حيث لابد من القول - حينئذ - بحصول الخيار قبل تحقق المالكية في بيع الفضولي، وقبل تحقق البيع الصحيح في بيع

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٤.

الصرف والسلم، وهو مما لا يلتزم به.

وأما الثاني فهو الحق؛ وذلك لأن العنوان الموضوع للخيار في خيار المجلس هو (البيِّعان)، وفي خيار الحيوان (المتبايعان) على مسلك السيد تدّس، و(المشتري) على مسلك المشهور، و(صاحب الحيوان) على المسلك المختار، ولا تصدق هذه العناوين قبل تحقق العقد الناقل الجامع للشرائط.

وأما بالنسبة إلى بيع الصرف والسلم فما لم يتحقق القبض لا يتحقق شرط البيع، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ومع عدم تحقق البيْع لا يتحقق عنوان (البيّع)، فلا يصدق (البيّعان) قبل تحقق القبض؛ فإن ما حصل قبل القبض إنما هو إنشاء البيع، أو البيع الإنشائي، وموضوع الخيار هو البيْع الحقيقي، والبيّع الحقيقي.

هذا إذا لاحظنا عنوان (البيّعان)، وكذلك مع ملاحظة عنوان المشتري؛ فإنه وإن كان يقول قبل القبض: اشتريت كذا، إلا أنه ما لم يحصل القبض لم يتحقق الاشتراء الحقيقي، فيكون مشترياً إنشاءاً، لا حقيقة.

وبعبارة أخرى: إن العنوان في الأدلة الدالة على جعل الخيار شرعاً عبارة عن (البيّع) أو (المشتري) الشرعيين، وما لم تجتمع الشرائط الشرعية لا يصدق عنوان المشتري ولا البيّع شرعاً.

وأما عنوان (صاحب الحيوان) فلا يصدق على من أخذه قبل تحقق شرط الملكية إلا بنحو المجاز؛ لعلاقة الأوْل والمشارفة.

والنتيجة: أن مبدأ خيار المجلس والحيوان في بيع الصرف والسلم من وقت القبض، لا من وقت وقوع العقد[١].

وأما بالنسبة إلى الفضولي، ففيه تفصيل؛ إذ على القول بالنقل لا يصدق عنوان البيّع قبل الإجازة، ويصح سلب عنوان المشتري عنه قطعاً، فيثبت الخيار من زمان تحقق الإجازة.

وكذلك الحال بناء على الكشف الانقلابي الذي هو مقتضى الأدلة في باب الفضولي، وما عليه الارتكاز العقلائي؛ فإن الملكية عليه وإن اعتبرت من زمان العقد إلا أن زمان الاعتبار لا يكون إلا من زمان الإجازة، فالملك قبل تحققها لا يزال للمجيز، وبعد تحققها ينقلب الملك من حين العقد من كونه له إلى كونه للمجاز، والعبرة بوقت الاعتبار، لا بزمان المعتَبَر.

وأما بناء على الكشف الحقيقي - بمعنى أن العقد المتعقَّب بالإجازة

---

(١) نقل بعض الحضار للشيخ الأستاذ - دام ظله - كلام المحقق الإيرواني قدس سره وقوله في المقام: (مضافاً إلى أن الظاهر من صاحب الحيوان هو المتلقي للحيوان، لا المالك له). حاشية الإيرواني ٢: ١٨.

فأجاب عنه: أولاً: بأن ظاهر صاحب الحيوان هو مالكه، كقولهم: صاحب الدار؛ أي مالكها، وما أفاده معنى مجازي مخالف لأصالة الحقيقة، وللظهور العرفي.

وثانياً: بأنه لا معنى له؛ إذ إن كان المراد منه من يكون في المستقبل مالكاً فهو دعوى بلا دليل.

هو المؤثر في حصول الملكية من حين العقد، ويرجع ذلك - لبّاً - إلى أن التعقب شرط لتحقق النقل والانتقال، والإجازة المتأخرة ما هي إلا كاشفة عن تحقق الشرط المقارن وهو التعقب، وأمارة على حدوث العقد مقروناً بالشرط - فالخيار من حين العقد؛ لأنه زمان حصول الملك.

مسألة: في المراد من الثلاثة الأيام في خيار الحيوان

اختلف في المراد من اليوم في المقام، هل هو خصوص بياض النهار، أو ما يشمل الليل؟ ومنشؤه الاختلاف في أصل مفهوم اليوم لغة وعرفاً، ولا يخفى أن لتحقيق ذلك أثراً مهماً في جميع الموارد التي جعل فيها عنوان اليوم موضوعاً للحكم الشرعي، كأيام الحيض، والإقامة عشرة أيام؛ فإنه إن ثبت أن اليوم موضوع للأعم من الليل فلا إشكال في أخذ الليل حكم اليوم، وإن ثبت أنه موضوع لخصوص النهار، فإلحاق الليل باليوم في الأحكام يتوقف على الدليل.

والتحقيق: أن المراد به خصوص النهار، لا ما يشمل قوس الليل؛ لأن المستند في تحديد المفاهيم هو العرف، ثم اللغة، أما العرف فالمتبادر عندهم من اليوم هو القوس النهاري فقط، والتبادر علامة الحقيقة، واستعماله في ما يشمل الليل مجاز، كما يشهد له صحة سلب اليوم بما له من المفهوم عن قوس الليل.

وأما اللغة فقد عرّف اليوم عند اللغويين بقوس النهار[1].

---

(١) مجمع البحرين ٦: ١٩٢: (واليوم : معروف من طلوع الفجر الثاني إلى غروب

فالحق - بمقتضى الكتاب والسنة والعرف واللغة[1] - أن اليوم في

الشمس ، لقوله تعالى: ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا ﴾ [٢ / ١٨٧] الآية).

وفي ٣: ٥٠٧: (والنهار : اسم لضوء واسع ممتد من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وهو مرادف اليوم. وربما توسعت العرب فأطلقت النهار من وقت الإسفار إلى الغروب، وهو في عرف الناس من طلوع الشمس إلى غروبها).

وفي تاج العروس ١٧: ٧٧٨ : (اليَوْمُ: م مَعْرُوفٌ ، مقْدَارُهُ من طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى غُرُوبِهَا، أَوْ من طُلُوعِ الفَجْرِ الصَّادقِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ، ذَكَرَهُ ابنُ هشَامٍ في شَرْحِ الكَعْبِيَّة، والأخيرُ: تَعْرِيفٌ شَرْعِيٌّ عند الأكْثَرِ.

وشَاعَ عنْدَ المُنَجِّمينَ أنَّ اليَوْمَ مِّنْ الطُّلُوعِ إِلَى الطُّلُوعِ، أَوْ من الغُرُوبِ إلى الغُرُوب، نَقَلَهُ شَيْخُنَا).

(١) **أما الكتاب** فكقوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ ، سورة البقرة: ١٨٣ - ١٨٤، وكقوله تعالى:﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ سورة البقرة: ١٩٦، وكقوله تعالى:﴿ سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا ﴾ ، سورة الحاقة: ٧.

وأما السنة فروايات منها: ١- عن الرضا عليه السلام أنه سمعه يقول: « إنما وجب التقصير في ثمانية فراسخ لا أقل من ذلك ولا أكثر؛ لأن ثمانية فراسخ مسيرة يوم للعامة والقوافل والأثقال، فوجب التقصير في مسيرة يوم..». الوسائل، الباب١ من أبواب صلاة المسافر، الحديث١.

٢- عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن طهرت بليل من حيضها ثم توانت (في أن تغتسل) حتى أصبحت عليها قضاء ذلك اليوم »، الوسائل، الباب١ من أبواب الحيض، الحديث١.

مقابل الليل، فهو - مفهوماً - موضوع للنهار خاصة، فلا مجال لإلحاق الليل باليوم موضوعاً، وإلحاقه به حكماً يحتاج إلى دليل[1].

وعلى تقدير الشك في وضعه لخصوص النهار أو للأعم منه ومن الليل فالشبهة مفهومية، فلا يجري فيها الأصل الموضوعي؛ [لعدم اليقين السابق بالنسبة إلى أصل المفهوم، أو لعدم الشك في بقاء شيء أو ارتفاعه، بل في سعة المفهوم وضيقه، وهو خارج عن نطاق الأصل، ولعدم الشك بالنسبة لما هو في الخارج] ولا الحكمي؛ لكونه من الشبهة المصداقية لنقض اليقين بالشك.

مسائل خمس

ويترتب على ما تقدم مسائل خمس:

المسألة الأولى: في حكم الليلتين المتوسطتين

أما على القول بأن اليوم موضوع لما يشمل الليل فدخولهما في حكم الخيار لا يحتاج إلى مؤونة، وأما على ما اخترناه من كونه موضوعاً للنهار

---

(١) لا بأس بنقل ما أفاده العلامة المجلسي تغمده الله في البحار ٥٦: ١٢ بقوله: (الفائدة الثانية : اعلم أن اليوم قد يطلق على مجموع اليوم والليلة ، وقد يطلق على ما يقابل الليل، وهو يرادف النهار ، ولا ريب في أن اليوم والنهار الشرعيين مبدؤهما من طلوع الفجر الثاني إلى غيبوبة قرص الشمس عند بعض ، وإلى ذهاب الحمرة المشرقية عند أكثر الشيعة ، وعند المنجمين وأهل فارس والروم من طلوع الشمس إلى غروبها . وخلط بعضهم بين الاصطلاحين فتوهّم أن اليوم الشرعي أيضاً في غير الصوم من الطلوع إلى الغروب ، وهذا خطأ ، وقد أوردنا الآيات والأخبار الكثيرة الدالة على ما اخترناه في كتاب الصلاة وأجبنا عن شبه المخالفين في ذلك).

فقط، فمقتضى القاعدة عدم دخولهما في الحكم إلا أن القرينة في المقام - أعني الارتكاز والتسالم والضرورة القائمة على استمرار خيار الحيوان وعدم انقطاعه مدة الثلاثة الأيام - تقضي بدخولهما حكماً، فيكشف أن الاستعمال في الأعم في المقام مجاز.

المسالة الثانية: في حكم الليلة اللاحقة لليوم الثالث

وهي على القول بالأعم داخلة في الحكم، وأما على المختار فهي خارجة موضوعاً، ولا قرينة على دخولها حكماً.

المسالة الثالثة: في حكم الليلة التي وقع فيها البيع

وهي وإن كانت خارجة عن مفهوم اليوم إلا أنها داخلة في ثلاثة أيام الخيار للقرينة الخارجية، وهي ما دلّ بالضرورة على اتصال الخيار بالعقد، فتكون مدة الخيار في هذه الصورة أكثر من ثلاثة أيام.

المسالة الرابعة: في حكم اليوم الملفّق

بمعنى أن البيع لو وقع في نصف النهار، فهل يلفق من اليوم الرابع بمقداره، أو يستمر الخيار إلى غروب اليوم الرابع؟

مقتضى القاعدة عدم التلفيق إلا أن القرينة القطعية تقضي - في المقام وغيره من الموارد التي جعل اليوم موضوعاً للحكم الشرعي - بالتلفيق؛ فإن ندرة حدوث البيع والحيض والسفر وغيرها في الآن الأول لمطلع اليوم الواقعي تقضي بأن المراد من اليوم هو الأعم من الملفّق، وهو مختار المشهور.

كلام صاحب الجواهر والسيد اليزدي في اليوم الملّفق

وخالفهم صاحب الجواهر تغمّده الله وذهب إلى عدم التلفيق، فقال ما خلاصته: إنه لو وقع العقد في ظهر يوم الخميس، فالخيار باقٍ إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام، ولا يكون ذلك إلا بغروب الشمس من يوم الأحد؛ وذلك للجمع بين أمور ثلاثة:

الأول: إن المستفاد من مفهوم صحيح ابن رئاب: « فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء »[1] أن الخيار باقٍ ما لم تمض ثلاثة أيام.

الثاني: إن ظاهر روايات خيار الحيوان هو اتصال الخيار بالعقد أيّاً كان زمان وقوعه، ليلاً أو نهاراً.

الثالث: إن اليوم - لغة وشرعاً وعرفاً - اسم للبياض المقابل لليل.

والجمع بين هذه الأمور الثلاثة يقتضي أن يبدأ الخيار من حين وقوع العقد وهو ظهر الخميس، ويستمر إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام، ولا يتحقق إلا بغروب الشمس من يوم الأحد، فيكون دخول المنكسر من يوم الخميس، وليلة الجمعة، والليلتين المتوسطتين في الثلاثة الأيام دائماً دخولاً في حكم الخيار، لا في موضوعه.

ثم قال: (فتأمل جيّداً؛ فإنه دقيق نافع في كثير من المقامات، لم أجد من تنبّه له، مع أنه بالتأمل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله

---

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث٩.

اعتدال الذهن)[١].

وقوى كلامه السيد اليزدي تغمده الله بإضافة ما، وتوضيح كلامه:

إن لفظ اليوم اسم للقطعة الخاصة من الزمان، وهي ما بين طلوع الشمس إلى الغروب، وليس اسماً لمقداره من الزمان، وظاهر لفظ اليوم في النصوص إرادة نفس اليوم لا مقداره، ولا يتحقق هذا العنوان في موارد التلفيق، بل المتحقق فيها مقداره؛ فلو وقع العقد في ظهر يوم الخميس، وقيل بانتهاء الخيار ظهر يوم الأحد، لكانت مدة الخيار يومين، ومقدار اليوم الثالث، لا نفسه، فلا يصدق مضيّ ثلاثة أيام، والموضوع في الروايات ثلاثة أيام.

ثم لو التزم بالتلفيق بين النهارين لالتزم به بين النهار والليل، أي يكتفى لمقدار اليوم الثالث بنصف من النهار ونصف من الليل؛ لأن التلفيق من الليل، ومن اليوم الآخر في عرض واحد، فإما أن تحفظ خصوصية اليوم أو لا، فإن حفظت فاليوم عبارة عن القطعة الخاصة من الزمان، وهي بياض النهار الممتد من طلوع الشمس إلى غروبها، فلا تنطبق على نصفين من نهارين، وإن لم تحفظ فكما يحصل مقداره بالتلفيق من نهارين، يحصل بالتلفيق من نصف نهار ونصف ليل[٢].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣٠ - ٣١.

(٢) حاشية السيد اليزدي تغمده الله على المكاسب ٢: ٤٤٢.

المناقشة في ما أفاده صاحب الجواهر

وما أفاده صاحب الجواهر قدس سره منقوض باختياره في عدة موارد:

الأول: أنه قدس سره صرح في باب الحيض من كتابه نجاة العباد: بأنه لو حاضت المرأة ظهر الخميس، فإن أقلّ حيضها إلى ظهر الأحد[1].

فما هو الفرق بين باب الحيض والخيار؟! فإن كان المراد من اليوم القطعة الخاصة من الزمان فلا تلفيق فيهما، وإلا فالتلفيق فيهما أيضاً.

الثاني: أنه صرّح في مبحث الإقامة عشرة أيام من كتاب الجواهر بكفاية التلفيق؛ حيث قال: (نعم، الظاهر إجزاء الملفّق؛ للصدق العرفي، فلو نوى المقام عند الزوال كان منتهاه زوال اليوم الحادي عشر، كما صرح به غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً من غير المدارك)[2].

الثالث: أنه التزم بالتلفيق أيضاً في مسألة التردد ثلاثين يوماً في مكان واحد[3].

الرابع: أنه قال بالنسبة إلى أشهر السياحة ما لفظه: (في غير واحد من

---

(١) نجاة العباد: ص٤ : قال قدس سره: (الثالث أقل الحيض ثلاثة أيام متوالية... نعم في إجزاء التلفيق قوة، لكن بالمجانس على معنى إذا رأته مثلاً عند الظهر من يوم الخميس واستمر إلى ذلك الوقت من يوم الأحد وانقطع كفى).

(٢) جواهر الكلام ١٤: ٣١٢.

(٣) جواهر الكلام ١٤: ٣١٧.

النصوص[١] في قوله تعالى: ﴿ بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝١ فَسِيحُواْ فِى ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾[٢] قال: فهذه أشهر السياحة، عشرون من ذي الحجة، والمحرم، وصفر، وشهر ربيع الأول، وعشر من ربيع الآخر، وهو كالصريح في التلفيق في الأشهر، بل وإنه يجبر الأولين من الآخر، وإن ذلك كله مصداق أربعة أشهر)[٣].

وبما أن عنوان الشهر موضوع لقطعة خاصة من الزمان، وهي ما بين الهلالين، كان الاكتفاء بالأيام الملفقة من شهري ذي الحجة وربيع الآخر إنما هو لرفع الخصوصية، والالتزام بالتلفيق في الشهر وحمله على المقدار، دون التلفيق في اليوم بلا موجب، فإذا كانت هذه الأشهر بما فيها الشهر الملفّق مصداقاً للأربعة الأشهر، فاليومان مع اليوم الملفّق من يومين مصداق إلى الثلاثة الأيام.

المناقشة في ما أفاده السيد اليزدي

وأما ما أفاده السيد اليزدي قدس سره فيرد عليه:

أولاً: النقوض الثلاثة الأولى، الواردة على صاحب الجواهر؛ حيث صرّح في باب الحيض بكفاية الثلاثة الملفّقة في أقل الحيض، فإذا رأت

---

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب أقسام الحج، الحديث ١١.

(٢) سورة براءة: ١ - ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٣١.

في وسط اليوم الأول، واستمر إلى وسط اليوم الرابع يكفي في الحكم بكونه حيضاً[١].

وصرّح في باب قواطع السفر بقوله: (ويكفي تلفيق اليوم المنكسر من يوم آخر على الأصح، فلو نوى المقام عند الزوال من اليوم الأول إلى الزوال من اليوم الحادي عشر كفى)[٢].

وكذلك في المتردد ثلاثين يوماً، فقال: (يكفي في الثلاثين التلفيق إذا كان تردده في أثناء اليوم كما مرّ في إقامة العشرة)[٣].

فإن اليوم في جميع الأبواب واحد؛ فإنه اسم لقطعة خاصة من الزمان، فكيف تلتزم بالتلفيق في مورد دون آخر؟

وينفرد بورود نقض رابع عليه وهو التزامه بالتلفيق في باب العدة فيما لو وقع الطلاق في أثناء الشهر؛ حيث ذكر في المسألة العاشرة من أقسام العدد احتمالات أربعة، واختار الثاني وهو أن يجعل الشهر الأول عددياً بإكماله من الرابع ثلاثين[٤].

فإن الشهر مثل اليوم اسم لقطعة خاصة من الزمان، فإن ألغيت الخصوصية ففي الاثنين، وإلا ففيهما.

ثانياً: أن ما أفاده قدس سره فيما لو ألغيت الخصوصية، وأخذ بمقدار اليوم،

---

(١) العروة الوثقى ١: ٥٦٩، باب الحيض، المسألة ٦.

(٢) العروة الوثقى ٣: ٤٧٨، الثاني من قواطع السفر.

(٣) العروة الوثقى ٣: ٥٠٥، الثالث من قواطع السفر.

(٤) العروة الوثقى ٦: ٨٩.

من الالتزام بالاكتفاء بالتلفيق من النهار والليل، فيه:

أنه فرق بين الأمرين؛ فإنا إنما رفعنا اليد عن خصوصية القطعة الخاصة من الزمان لأجل القرينة العامة؛ فإن الأحكام علّقت على عنوان اليوم، ثلاثة أو عشرة أو ثلاثين، ووقوع نية الإقامة والتردد والحيض وغيرها في أول اليوم بالدقة في غاية الندرة فنلتزم بكفاية التلفيق، وأما خصوصية النهارية - عندما نلتزم بمقدار اليوم - فلا دليل على رفع اليد عنها.

وبعبارة أخرى: إن الموضوع المأخوذ في جميع الأدلة - بعد ملاحظة القرينة - هو مقدار اليوم، سواء انطبق على اليوم الحقيقي، كأن وقع الحدث مقارناً لمبدأ اليوم، أو تحقق بالملفّق من نهارين، وأما التلفيق بغير المجانس، كأن يحسب نصف نهار ونصف ليل، فهذا خارج عن كونه نهاراً ويوماً، فالقرينة العامة إنما اقتضت الحمل على النهار الملفّق، لا على الملفّق من النهار والليل، وقد وقع الخلط بين هذين.

ثالثاً: أنه قدس سره قال فيما لو وقع العقد في أثناء النهار: (فإن كان ما مضى منه قليلاً بحيث يصدق اليوم الكامل على باقيه، فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً)[1].

ويرد عليه: - مضافاً إلى النقض بالالتزام حينئذ بذلك في المد والكر،

(١) حاشية السيد على المكاسب ٢: ٤٤٢.

وجميع أسماء الأوزان والمقادير والشهور المأخوذة موضوعاً في الأحكام، ولا خصوصية لليوم - أن القاعدة في الفقه قائمة على أن تؤخذ المفاهيم من العرف، وأما تطبيق المفهوم على مصاديقه فبالدقة العقلية، فمفهوم اليوم هو القطعة الخاصة من الزمان، المبتدأة من طلوع الفجر أو طلوع الشمس والمنتهية بغروبها، ومع نقصانها عن هذا الحد ولو بمقدار يسير تخرج عن كونها يوماً كاملاً، والتسامح في ذلك تسامح في تطبيق المفهوم، وهو غير مغتفر إلا على قول من يقبل التسامح العرفي في التطبيقات، وهو مبنى ضعيف.

وحاصل الكلام:

أن ما أفاده المشهور من كفاية التلفيق في ثلاثة أيام الخيار تام، لا إشكال فيه، وما أفاده العلمان في محل المنع.

المسألة الخامسة: حكم ما لو وقع البيع بين الطلوعين، أو في أول طلوع الشمس

فهل الخيار ينتهي بغروب اليوم الثالث، أو يستمر إلى وقت حصوله من اليوم الرابع؟

والكلام في هذه المسألة يبتني على الخلاف في مبدأ اليوم، فهل هو طلوع الفجر أو طلوع الشمس؟ فإن اخترنا الثاني فالخيار ينتهي بغروب اليوم الثالث، وإن اخترنا الأول فلابد من التلفيق بمقداره من اليوم الرابع، فلا بأس بعطف عنان الكلام إلى البحث في تحقيق تلك المسألة؛ لأهميتها في المقام وفي غيره، فنقول متوكّلين على الله تعالى:

إن محل البحث في ما بين الطلوعين، هل هو داخل في النهار، أو في

الليل، أو ليس جزءاً من أحدهما كما يستفاد من بعض الروايات؟[١].

ومع غض النظر عن الاحتمال الثالث، فالمحتملات الثبوتية خمسة:

١- إن اليوم حقيقة في ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس.

٢- إنه حقيقة في ما بين طلوع الشمس وغروبها.

٣- إنه مشترك معنوي بينهما.

٤- إنه مشترك لفظي بينهما.

٥- إن اليوم الشرعي هو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، واليوم العرفي ما بين طلوع الشمس إلى غروبها.

أما الاشتراك المعنوي فهو غير معقول؛ إذ يرد عليه ما يرد على التخيير بين الأقل والأكثر، فكما أنه لا يعقل التخيير بينهما؛ لتحقق الواجب بالأقل دائماً، فكذلك لا يمكن الوضع لهما بنحو الاشتراك؛ لتحققه بالأقل دائماً[٢].

---

(١) كما ورد في الكافي الشريف ٨: ١٢٣ في حديث نصراني الشام، وفيه: (..ثم قال: يا عبد الله، أخبرني عن ساعة ما هي من الليل ولا من النهار أي ساعة هي؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: « ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس »، فقال النصراني: فإذا لم تكن من ساعات الليل ولا من ساعات النهار فمن أي الساعات هي؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: « من ساعات الجنة، وفيها تفيق مرضانا ».

(٢) ربما يقال بالفرق بين التخيير بين الأقل والأكثر وبين الوضع للأقل وللأكثر، بنحو الاشتراك المعنوي، إلا أن يقال بأنه لا ثمرة له؛ إذ متى ما طلب العنوان تحقق بفرده الأقل

فيتردد الأمر بين الاحتمالات الأربعة الأخرى، ومقتضى الظهور العرفي، وكلمات اللغويين أن اليوم اسم لما بين طلوع الشمس وغروبها[1]، فمتى استأجر الأجير يوماً كان اليوم من طلوع الشمس

دائماً.

(١) ففي العين: (اليوم مقداره من طلوع الشمس إلى غروبها).

وفي لسان العرب: (اليوم معروف مقداره من طلوع الشمس إلى غروبها).

ولكن أفاد العلامة المجلسي تغمده الله في البحار ٨٠: ٧٤ ـ ٧٥ بما لا يخلو ذكره عن فائدة فلا بأس بنقله، قال: (اعلم أن بعض أصحابنا في زماننا جددوا النزاع القديم الذي كان في بعض الأزمان السابقة واضمحل لوضوح الحق فيه واتفق الخاص والعام فيه على أمر واحد، وهو الخلاف في معنى الليل والنهار شرعاً، وعرفاً بل لغة: هل ابتداء النهار من طلوع الفجر أو طلوع الشمس، وعندنا أنه لا يفهم في عرف الشرع، ولا في العرف العام، ولا بحسب اللغة من اليوم أو النهار إلا ما هو من ابتداء طلوع الفجر، ولم يخالف في ذلك إلا شرذمة قليلة قد انقرضوا).

ونقل عن الشيخ الطبرسي تغمده الله قوله: (فأما كلمات القوم فقال الشيخ الطبرسي رحمه الله في مجمع البيان في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ وَعَدْنَا مُوسَىٰ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ﴾، الليلة من غروب الشمس إلى طلوع الفجر الثاني، واليوم من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس، ولم يذكر لهما معنى آخر).

وقال في ص٧٦: (وقال الشيخ في الخلاف: الفجر الثاني هو أول النهار وآخر الليل، فينفصل به الليل من النهار، وتحل به الصلاة ويحرم به الطعام والشراب على الصائم، وتكون صلاة الصبح من صلاة النهار، وبه قال عامة أهل العلم..).

وقال في ص٨٠: (وذكر أكثر الأصحاب كالمحقق في المعتبر، والعلامة في المنتهى، والشهيد الثاني، وسبطه قدس الله أرواحهم في تعليل أن غسل الجمعة وقته ما بين طلوع الفجر إلى زوال الشمس: بأن الغسل وقع مضافاً إلى اليوم، وهو يتحقق بطلوع الفجر،

عندهم، وإلحاق ما بين الطلوعين في الأحكام الشرعية يحتاج إلى دليل، كما هو الحال في الصوم.

رأي المحقق الرشتي في معنى اليوم ومناقشته

وذهب المحقق الرشتي تغمده الله إلى أن اليوم يطلق لغة وعرفاً على كل من الأمرين، أي ما بين طلوع الفجر إلى الغروب، وما بين طلوع الشمس وغروبها[1].

ويشكل إثبات كلامه من كتب اللغة المعتمد عليها. نعم، جاء أن معناه من حين طلوع الفجر في بعض كتب اللغة، ولكن الظاهر أن

وكذا في غسل العيدين وعرفة وغيرها مما علّق باليوم، وهم كانوا أهل اللسان، عارفين باللغة والاصطلاح والعرف).

وقال في ص٨١ - ٨٢: (وقال أحمد بن محمد بن علي المقري في المصباح المنير: الليلة من غروب الشمس إلى طلوع الفجر، وقال: النهار في اللغة من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وهو مرادف لليوم، وفي حديث إنما هو بياض النهار وسواد الليل ولا واسطة بين الليل والنهار، وربما توسعت العرب فأطلقت النهار من وقت الإسفار إلى الغروب، وهو في عرف الناس من طلوع الشمس إلى غروبها، وإذا أطلق النهار في الفروع انصرف إلى اليوم، نحو : صم نهاراً واعمل نهاراً).

ولا يخفى أنه لا منافاة بين ما أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - هنا وما ذكره في فتواه في المنهاج ١: ١٤٧، في التعليق على المسألة٥٠٢؛ حيث قال: (الأحوط وجوباً احتساب الليل - في المقام - من الغروب إلى طلوع الفجر الصادق)؛ وذلك لوجه مذكور في محله.

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٥٢ - ٢٥٣.

المذكورفي أكثر الكتب: من طلوع الشمس.

فما في أكثر الكتب المعتبرة موافق لما عند العرف من أنه من حين طلوع الشمس.

ثم قال: باشتهار استعماله في ما بين طلوع الفجر إلى الغروب، فعلى القول بالاشتراك اللفظي تكون الشهرة قرينة معينة للمراد، وموجبة لانصراف لفظ اليوم في الأدلة إلى هذه الحصة، ويحكم حينئذ بامتداد الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع.

وأما على القول بالحقيقة والمجاز فهنا صورتان:

الأولى: أن يقال بأن المعنى الحقيقي لليوم هو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، ولا شبهة - حينئذ - في الحكم بامتداد الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع.

الثانية: أن يقال بأن المعنى الحقيقي لليوم هو ما بين طلوع الشمس وغروبها، فتكون قرينة الشهرة معارضة لأصالة الحقيقة، فيكون اليوم مجملاً، فالمرجع - حينئذ - هو الأصل العملي، ومقتضى الاستصحاب الحكم ببقاء الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع[(١)] [(٢)].

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٥٣.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - على سؤال بما يصلح توضيحاً للمطلب، فقال: إن معنى التمسك بأصالة الحقيقة أنه إذا كان للفظ معنى حقيقي وآخر مجازي، وأطلق المتكلم كلامه ولم يعلم مراده أي المعنيين يحمل على المعنى الحقيقي، ولكن الحمل عليه إنما يكون مع عدم المزاحم، وشهرة الاستعمال في المعنى المجازي تمنع من الحمل

وفي كلامه تدبّر مواقع للنظر:

الأول: إن المراد من الشهرة هي اشتهار استعمال اللفظ في أحد المعنيين الموضوع لهما، على القول بالاشتراك اللفظي، وفي المعنى المجازي على القول بالحقيقة والمجاز، حسب الفرض، والشهرة على ثلاثة أقسام؛ لأنها قد تبلغ حداً يهجر فيه المعنى الحقيقي على فرض الحقيقة والمجاز، أو المعنى الآخر على فرض الاشتراك، وقد لا تبلغ الشهرة إلى هذا الحد، وعلى الثاني، تارة يصدق على المجاز أنه مشهور، وأخرى لا يبلغ لهذه الدرجة أيضاً.

ومقتضى القاعدة في هذه الأقسام أنه إن كانت الشهرة بالنحو الأول كان اللفظ قالباً للمعنى الذي قامت عليه الشهرة، وانصرف إلى المعنى المشهور؛ وذلك لأن الشهرة بلغت حداً توجب التشكيك في صدق المعنى الحقيقي عرفاً.

وإن كانت بالنحو الثاني - وهو ما إذا لم تبلغ إلى حد هجران المعنى الأول، ولكن بلغت إلى حد المجاز المشهور - كان اللفظ مجملاً ولم تجر أصالة الحقيقة.

وإن كان بالنحو الثالث، أي لم تصل الشهرة إلى حدّ المجاز المشهور كان المرجع أصالة الحقيقة، هذا مقتضى القاعدة[1].

على المعنى الحقيقي، وهذا معنى معارضة قرينة الشهرة للمعنى الحقيقي.

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن طبع القضية أن يكون

الثاني: إن شهرة استعمال اليوم في ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس إما أن تصل إلى حد القرينية أو لا، فعلى الثاني لا تكون معيّنة للمراد في الاشتراك اللفظي، ولا موجبة للانصراف إلى الحصة في الاشتراك المعنوي بناء على قبوله وغض النظر عن الإشكال فيه، ولا معارضة للمعنى الحقيقي.

وعلى الأول فلا محصّل للتفصيل بين الاشتراك اللفظي والحقيقة والمجاز بحيث تكون معيّنة للمراد في الأول، ومعارضة للمعنى الحقيقي في الثاني، بناء على أن معناه الحقيقي هو ما بين طلوع الشمس وغروبها؛ وذلك لتقديم القرينة على المعنى الحقيقي دائماً، فلا معارضة بين الشهرة وبينه.

استعمال اللفظ في المعنى المجازي مقارناً للقرينة، واستعماله مع القرينة كثيراً لا يؤثر في حمل اللفظ على المعنى الحقيقي عند الإطلاق، ولكن كثرة الاستعمال أمر تدريجي، فإذا بلغت إلى مرحلة استغني فيها عن القرينة، وهجر المعنى الحقيقي كان ذلك موجباً للتشكيك في الصدق فلا يحمل عليه، كما في ما لا يؤكل لحمه؛ فإنه موضوع لكل ما لا يؤكل لحمه، ولكن يستعمل كثيراً في ما لا يؤكل لحمه من سائر الحيوانات غير الإنسان، بحيث وصل إلى مرحلة التشكيك في صدقه على الإنسان، وكما في لفظ الغائط؛ فإنه موضوع للمحل، وهو المكان المطمئن من الأرض، ثم استعمل في المعنى المعروف؛ لأن الإنسان عندما يريد قضاء الحاجة يقول: سأذهب إلى الغائط، أو جئت من الغائط، واشتهاره في المعنى الجديد أوجب التشكيك في صدقه على المعنى الأول، فينصرف اللفظ عند الإطلاق إلى المعنى الجديد.

وإذا اشتهر واستغني عن القرينة ولم يصل إلى درجة هجران المعنى الأول كان اللفظ عند الإطلاق مجملاً.

وبعبارة أخرى: إن لم تكن الشهرة قرينة فليست معيّنة في المشترك اللفظي، ولا معارضة في الحقيقة والمجاز، وإن كانت قرينة فهي معيّنة للمراد في الأول، ومقدّمة على المعنى الحقيقي في الثاني؛ فإن الرجوع لأصالة الحقيقة إنما يكون مع عدم القرينة على المجاز، فلا وجه للتفصيل.

الثالث: أنه إذا قلنا ببلوغ كثرة الاستعمال وشهرته إلى حد القرينية، فالقرينة حاكمة على ذيها دائماً، فأصالة الظهور في (يرمي) حاكمة على أصالته في (الأسد)، فلا تعقل المعارضة بين القرينة وبين أصالة الحقيقة، وإلا لاستلزم القول بالتعارض بين الحاكم والمحكوم، وهو باطل.

الرابع: أنه تدل أفاد في صورة الإجمال بعد تعارض أصالة الحقيقة والشهرة أن المرجع استصحاب الخيار؛ وذلك لأن العقد لو وقع عند طلوع الشمس، فإن كان مبدأ اليوم طلوع الشمس فالخيار ينتهي عند غروب الشمس من اليوم الثالث، وإن كان طلوع الفجر فالخيار يستمر إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع، ومع الإجمال يشك بعد غروب الشمس من اليوم الثالث في بقائه وارتفاعه فيستصحب بقاؤه.

وفيه: أن المورد من موارد الرجوع إلى عموم العام، لا إلى استصحاب حكم المخصص؛ لدوران أمر المخصص المجمل بين الأقل والأكثر؛ لأن المبدأ إن كان هو طلوع الفجر كانت مدة الخيار أكثر من ما لو كان المبدأ

طلوع الشمس، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، ويتمسك في الأكثر بعموم العام، وهو هنا ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾، فيتمسك بها بعد غروب الشمس من اليوم الثالث.

نعم، هذا الإشكال مبني على المختار عند دوران الأمر في المخصص المجمل بين الأقل والأكثر، وأما على مبنى من يرى أن المرجع فيه هو استصحاب حكم المخصص؛ لخروج الفرد من تحت العموم فلا يعود، فلا يرد، وتحقيقه في محله من تنبيهات الاستصحاب.

والنتيجة من ذلك كله:

أولاً: أنا لا نسلم بأن كثرة الاستعمال بلغت حدَّ القرينية لكي ترفع اليد عن أصالة الحقيقة في لفظ اليوم.

ثانياً: سلّمنا بلوغها حدّ القرينية فيكون مقتضى القاعدة الحمل على المعنى المجازي.

ثالثاً: سلّمنا الإجمال إلا أن المرجع - حينئذ - عموم العام، لا الاستصحاب.

ويترتب على ذلك انتهاء الخيار بغروب اليوم الثالث.

مسألة: مسقطات خيار الحيوان

يسقط هذا الخيار بأمور:

الأول: إسقاطه بعد العقد.

الثاني: اشتراط سقوطه في العقد.

وقد تقدم الكلام فيهما في خيار المجلس، فلا نعيد، وملخصه في المقام: أن خيار الحيوان من جملة الحقوق، ويمتاز الحق عن الحكم بقابليته للإسقاط، فيصح المسقط الأول، كما أن شرط السقوط يبتني على أمرين:

١- قابلية حق الخيار للإسقاط.

٢- عموم أدلة الشروط.

وحق الخيار قابل للإسقاط كما ذكرنا، فشرط سقوطه شرط مشروع، فيشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم »[(١)].

شرط سقوط الخيار في بعض وقته

نعم، في المسقط الثاني بحث من جهة واحدة أشار لها الشيخ قدس سره بقوله: (ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرّح بعض بالصحة، ولا بأس به)[(٢)].

وفي المراد من (البعض) احتمالان:

الاحتمال الأول: أن يراد به بعض المبيع.

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث٤.

(٢) المكاسب ٥: ٩٧.

وأراد من البعض المصرّح هو السيد العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة ١٤: ١٨٧حيث قال: (وكذا يصحّ اشتراط سقوط بعضه، فيسقط ما شرط سقوطه، يوماً أو أكثر أو أقلّ. كلّ ذلك في العقد، لا قبله على ما مرّ بيانه).

الاحتمال الثاني: أن يراد به بعض أزمنة أيام الخيار.

أما الأول فلا دليل على صحته؛ لأن الخيار اعتبار شرعي، حتى في الخيارات العقلائية، كخيار العيب والغبن؛ فإنها تحتاج إلى إمضاء منه، فضلاً عن التأسيسية، كخيار المجلس والحيوان، كما هو واضح، وفي كليهما لا دليل يدل على ثبوت الخيار في بعض المتاع دون بعض.

وعلى فرض الشك في ثبوته فالمرجع أصالة اللزوم؛ كما هو مقتضى الأصل اللفظي وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [1]، والأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك لو أعمل الخيار.

هذا من جهة الدليل، وعلى فرض الشك، كأن يشك في الفسخ بالنسبة إلى بعض الحيوان، ونفوذه في البعض الآخر، فهو يرجع إلى نحو الجعل، فهل جعل للكل خاصة، أو للأعم منه ومن البعض؟

ومقتضى الأصل الاقتصار على القدر المتيقن.

تفصيل المحقق الخراساني ومناقشته

وأما الاحتمال الثاني فنفى الشيخ قدس سره عنه البأس، ولكن المحقق الخراساني قدس سره ناقش في إطلاقه، وذهب إلى القول بالتفصيل؛ حيث أفاد: عدم البأس فيه في ما لو شرط سقوطه من الأول أو من الأخير، وأما لو شرط سقوطه من الوسط بحيث يبقى طرفاه فلا يصح إلا إذا كان الخيار بحسب امتداده حقوقاً متعددة، وتكون الثلاثة الأيام ظرفاً لها، وأما إذا

---

(١) سورة المائدة: ١.

كان حقاً واحداً، وإضافة خاصة مستمرة، كالملكية والزوجية، فيسقط بتمامه إن أسقط من وسطه؛ ضرورة أنه ينعدم بالإسقاط في اليوم الثاني، فإن أرجع في اليوم الثالث نفس ذلك الحق كان من إعادة المعدوم، وهو محال، وإن كان حقاً جديداً فيحتاج إلى دليل[١].

والتحقيق في ما أفاده ﷺ - ومنه يظهر حكم المسألة - يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن حقيقة الخيار كما تقدم[٢] عبارة عن (ملك فسخ العقد) على مبنى، و(ملك إقرار العقد وإزالته) على مبنى آخر، فهو حق متعلّقه حلّ العقد الواقع، وإضافته إلى الثلاثة الأيام من الإضافة إلى ظرف الوجود، كما يفصح عنه التعبير بـ« المشتري بالخيار ثلاثة أيام »؛ فإنه بيان لأمده ، كما أن أمد خيار المجلس ينتهي بالافتراق، وهذا الحق - الذي هو عبارة عن السلطنة على حلّ العقد أو ملك فسخه - إضافة اعتبارية كالزوجية والملكية وسائر الوضعيات الاعتبارية.

المقدمة الثانية: إن حقيقة الإسقاط هو (إنشاء عدم الحق)، فإن كان الحق واحداً بسيطاً، ليست له أفراد ولا أجزاء، فلا يقبل تعدد الإسقاط، وإن كان ذا أفراد تعدّد بعدد أفراده، وإن كان ذا أجزاء تعدّد بعدد أجزائه؛ فإن المركب قابل للتبعيض، فيمكن إسقاط البعض، وإثبات الآخر، بلا

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٧٤.

(٢) تقدم في الجزء الأول من هذا الكتاب : ١٤.

فرق بين المركبات الاعتبارية والخارجية.

إذا اتضحت المقدمتان، فالخيار - على أي مبنى كان - حقيقة اعتبارية بسيطة لا أجزاء له، فلا يقبل التبعيض من هذه الجهة.

وأما من حيث الأفراد، فإن كان المجعول حقوقاً وخيارات متعددة بحسب تعدد آنات الأيام الثلاثة، فيقبل التبعيض مطلقاً، سواء أكان من الأول، أم من الوسط، أم من الأخير، فيمكن إسقاط بعضها، وإبقاء الأخرى، ولا تنافي بينهما.

وإن كان المجعول حقاً واحداً فهو غير قابل للتبعيض مطلقاً، وظاهر الأدلة أن المجعول لـ(صاحب الحيوان) أو (المشتري) حق واحد، لا متعدّد.

وبهذا تتضح المناقشة في ما أفاده المحقق الخراساني تدّس؛ فإنه يرى وحدة الحق، وعدم تعدّده أفراداً ولا أجزاءاً، فكيف يعقل التبعيض في الإسقاط، بحيث يمكن أن يسقط بشرط سقوطه في الأول والأخير دون الوسط؟!

مناقشة ما أفاده الشيخ

وأما ما أفاده الشيخ تدّس من نفي البأس عن صحة شرط سقوط بعضه فيظهر منعه مما تقدّم؛ فإن الخيار وإن كان مستمراً في طول الأيام الثلاثة إلا أنه واحد، ظرفه الثلاثة، لا متعدد، فمتى سقط في آنٍ سقط بالكامل.

دليل المحقق السيد الخوئي على صحة شرط التبعيض ومناقشته

وأما ما استدل به المحقق السيد الخوئي قدس سره على صحة إسقاط بعضه من حيث الزمان، من إطلاق أدلة ثبوت الخيار؛ فإنها تشمل الآن القليل من الزمان، أي أن الأدلة تشمل المبيع إذا كان حيواناً في كل آنٍ وزمان[1].

ففيه: أن الإطلاق عارض على الموضوع، لا معيّن له، فالخيار بمقتضى الإطلاق ثابت إلى ثلاثة أيام، وأما أن هذا الثابت واحد أو متعدد، فالإطلاق لا يتكفله، وإنما يرجع فيه إلى ما يستفاد من الأدلة، والظاهر منها - كما تقدم - وحدة الخيار لا تعدّده، فلا يقبل التبعيض.

دليل السيد اليزدي ورده

وذهب السيد اليزدي قدس سره إلى صحة هذا الشرط؛ لعموم أدلة الشروط، بناء على أن حق الخيار وإن كان وحدانياً إلا أنه بمنزلة الحقوق المتعددة باعتبار الأيام والساعات.

ثم قال: ولو كان متعلّق الشرط عدم الفسخ فأمر جواز تبعيضه أظهر[2].

وما أفاده في محل المنع؛ والذي ينبغي أن يقال: إن متعلق الشرط تارة

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٩٣.

(٢) حاشية السيد اليزدي قدس سره على المكاسب ٢: ٤٤٤.

يكون (عدم الفسخ) فلا شبهة في صحته بدون الحاجة إلى كونه أظهر؛ لأن الفسخ أمر سائغ لذي حق الخيار، والشرط الذي يمكن تعلّق الالتزام به، ولا مانع منه شرعاً، نافذ، ولكن أثره عدم الفسخ، ولا ربط له بالحق نفسه.

وأخرى يكون المتعلَّق (سقوط الخيار)، ومع اعترافه بأن الخيار واحد، فتصحيحه بتنزيله منزلة المتعدد يحتاج إلى دليل تعبّدي يثبت التنزيل، كسائر موارد التنزيل، كما في « الطواف بالبيت صلاة »؛ وذلك للتقابل بين الواحد والمتعدد، ومراتب الأعداد متضادة، ولا يمكن اجتماعهما في شيء واحد، فتنزيله منزلته يتوقف على دليل خاص ولا دليل عليه[1].

محاولة المحقق الأصفهاني للتصحيح

وحاول المحقق الأصفهاني تغمّده الله تصحيح هذا الشرط، وحاصل ما أفاده: أن الأيام متعلقة بحلّ العقد، فيلاحظ الحلّ بنحوين:

الأول: أن يلاحظ بنحو الحركة القطعية، أي كون الشيء في كل آنٍ في حدٍ من المسافة، فيتعدد الحلّ بحسب الآنات؛ إذ لوحظ الحلّ متعدداً

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن الخيار واحد باعتراف السيد نفسه تغمّده الله، فالثلاثة الأيام امتداد لعمره، وبيان لظرف امتداده، وكون مدة عمره هذه المدة لا يقتضي تعدّده، كما هو الحال في الإنسان الذي عمره سبعون سنة؛ فإنه لا يتعدّد بتعدّد سني عمره، وحينئذ فتنزيل الخيار الواحد منزلة الخيارات المتعددة باعتبار الأيام والساعات لا يعقل إلا بالتعبّد، وهو مفقود في المقام.

بحسب قطعات الزمان، فيكون الحق المتعلّق بتلك الأفراد متعدّداً.

الثاني: أن يلاحظ الحلّ بنحو الحركة التوسطية، وهي كون الشيء بين المبدأ والمنتهى، فحق الحلّ هو الطبيعي بينهما، وهو واحد كوحدة متعلّقه، وإن كان قابلاً للانطباق على كل فرد فرض من الحلّ في الخارج.

ثم اختار وحدة الحق جعلاً وإنشاءاً، وتعدّده تحليلاً، واستظهر جواز إسقاطه في اليوم الأول أو الثاني فقط.

ثم نقل عن العلامة قوله في التذكرة: (لو شرط خيار ثلاثة أيام ثم أسقط اليوم الأول سقط خاصة، وبقي الخيار في الآخرين)[1]، وعلّق عليه بقوله: (ولا فرق بين خيار الشرط وخيار الحيوان في الوحدة والتعدد)[2].

مناقشة محاولة المحقق الأصفهاني

والمهم في كلامه ما اختاره من وحدة الحق جعلاً وإنشاءاً، وتعدّده تحليلاً، فنقول في الجواب عنه:

إنه لا شبهة في أن النسبة بين الجعل والمجعول هي نسبة المصدر إلى اسمه، فهما واحد حقيقة، متعدّدان اعتباراً، كالنسبة بين الإيجاد

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٥١.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٦٦ - ١٦٧.

والوجود؛ فإنه عينه، إلا أنه إذا لوحظ الوجود منتسباً إلى الموجِد كان إيجاداً، وإذا لوحظ غير منتسب له كان وجوداً، فبما أن الجعل واحد باعترافه، وهو والمجعول متحدان حقيقة وواقعاً، ومتعدّدان اعتباراً، فالمجعول - وهو الخيار - يكون واحداً، فكيف يتصور تعدّده بالتحليل؟!

لا يقال: بأن الجعل في القضايا الحقيقية الشرعية واحد، والمجعول متعدّد، فيجعل بإنشاء واحد أحكام متعدّدة، فيكون الإنشاء واحداً والمنشأ متعدّداً، والنسبة هي النسبة.

لأنا نقول: مع غض النظر عن الإشكال في باب الجعل في القضايا الحقيقية وأنه بأي نحو، وكيف الجمع بين ما ذكر في ذلك الباب وبين قاعدة اتحاد الجعل والمجعول حقيقة ووجوداً وتعدّدهما اعتباراً؛ فإنه من عويصات المسائل، ولم نعقد المقام لرفع هذا الإشكال إلا أنا نقول في الجواب بما يرتبط بالمقام:

إنه على فرض تسليم وحدة الجعل في القضايا الشرعية إلا أنه لا يتنافى مع تعدد المجعول؛ وذلك لأن التعدد لا يكون إلا بتعدد الموضوع أو المتعلَّق؛ وأما مع وحدتهما ووحدة الجعل فلا يعقل تعدد المجعول، والموضوع أو المتعلَّق في القضايا الحقيقية متعدّدان بتعدّد أفرادهما؛ فإن قضية (الخمر حرام) جعلت بإنشاء واحد، ولكن الحرمة متعددة بتعدد أفراد الموضوع - أي الخمر - في الخارج، وقضية (أكرم العالم) يتعدد فيها وجوب الإكرام بتعدد أفراد المتعلّق وهو الإكرام؛ إذ أخذ بنحو مطلق الوجود، وأما مع وحدة الموضوع والمتعلَّق فيستحيل تعدد المجعول مع

كون الجعل واحداً.

وأما ما نحن فيه فالجعل والإنشاء واحد - حسب اعترافه - فإن كان الموضوع أو المتعلَّق متعدداً تعدّد المجعول وهو الخيار، وأما مع عدم تعدد أحدهما فلا، والموضوع واحد، والمتعلَّق - وهو حلُّ العقد - واحد؛ لاستحالة أن يتعدّد الحلّ للعقد الواحد، فيستحيل أن يتعدد المجعول، فمن أين صار الخيار متعدداً تحليلاً؟[1]

ونتيجة البحث: أنه إذا ثبت من خلال الأدلة تعدّد الخيارات صحَّ تعدّد الإسقاط؛ إذ يتبع تعدّد الثابت، وأما إذا كان الخيار واحداً كما هو المستفاد من الأدلة، ولم يكن متعلقه متعدداً، فلا يصح التبعيض في الإسقاط، كأن يسقط بعض الخيار دون بعض.

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن الخيار الواحد يقبل التعلّق في كل آن، ولكن الحلّ واحد، فالعقد المنشأ واحد، والخيار المجعول واحد، والثلاثة الأيام ظرف لمدة السلطنة على حلّ العقد وفسخه، فبالإمكان أن يفسخ في كل آنٍ آنٍ من آنات الأيام الثلاثة بدون أن يتعدد الخيار أو الفسخ، كما هو الحال في الصلاة بين الزوال والغروب؛ فإن الصلاة الواجبة المتعلّق بها الوجوب الواحد واحدة، ولكن يمكنك أن تصليها في الآن الأول وفي الآن الثاني إلى وقت الغروب، فما بين الزوال والغروب ظرف لوقوع متعلّق الوجوب الواحد، والبناء العقلائي في الخيارات على هذا، فليس عندهم في خيار الغبن خيارات متعددة، بحيث يكون لكل آنٍ خيار، بل الخيار واحد وآناته متعدّدة.

المسقط الثالث: التصرف

لا خلاف ولا إشكال في إسقاطه في الجملة، وإنما الكلام في تحديد المراد منه، وحق البحث أن يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة

لا شبهة في كون الإسقاط من جملة الإيقاعات، والإيقاعات أمور إنشائية، كالنذر والعهد والشرط والطلاق، والفقهاء والأصوليون وإن اختلفوا في معنى الإنشاء على أقوال:

١- ما اختاره المشهور من أنه عبارة عن إيجاد العنوان الإنشائي في وعاء الاعتبار بالتسبيب بالقول أو بالفعل.

٢- أنه الاعتبار المبرز بالقول أو بالفعل.

٣- أنه إيجاد المنشأ بوجود لفظي.

إلا أنهم يتفقون على عدم تحقق الإنشاء مطلقاً - عقداً أم إيقاعاً - إلا بأمرين:

الأول: أن يكون ما به الإنشاء - قولاً أو فعلاً - صالحاً له.

الثاني: أن يقصد به الإنشاء.

وعليه فمقتضى القاعدة الأولية وقوع كل عنوان من العقود والإيقاعات بالفعل كوقوعه بالقول فيما وجد فيه الشرطان، فيشترط في التصرف المسقط هذان الأمران، فلا يكون مسقطاً إلا إذا كان فعلاً من الأفعال الصالحة للدلالة على الإسقاط عرفاً، وكان المتصرّف قاصداً له، وبدون

ذلك لا يتحقق الإسقاط، إلا أن يقوم دليل تعبّدي على تحققه.

والحاصل: فإن الفعل كالقول في تحقق الإنشاء به إن اشتمل على الشرطين المتقدمين، إلا أن يقوم دليل في مورد خاص على اختصاص الإنشاء بالقول، أو على تحقق الإنشاء بمطلق الفعل.

رأي المحقق النائيني في خروج بعض الأفراد عن القاعدة ورده

وذهب المحقق النائيني قدس سره إلى أن خروج بعض العقود كالصلح والضمان والحوالة، وبعض الإيقاعات كالطلاق والعتق من تحت القاعدة الأولية ليس للتعبد الشرعي، وإنما لعدم وجود ما يحقق هذه العناوين من الأفعال عرفاً، أي لعدم كون الفعل آلة عرفية لإيجادها[1].

وفيه: إشكال، بل منع؛ فإن الأمر الإنشائي والاعتباري مطلقاً يقبل التحقق بالقول وبالفعل، والفعل كما له القابلية لأن يُنشأ به البيع والإجارة عرفاً، فله القابلية لإنشاء الصلح، فكما أنه يمكن حصول تمليك العين أو المنفعة بالمعاطاة في البيع والإجارة، فكذلك يمكن حصوله بها في الصلح، كما لو وقع الاختلاف بينهما فتسالما على ملكية الدار، فيعطيه إياها قاصداً بذلك التمليك صلحاً، بل يجري ذلك حتى في النكاح، فلو بني على إنشاء الزوجية بين الرجل والمرأة بوضع الخاتم في يد الزوجة لما كان في ذلك محذور عرفاً، ولهذا ورد: « لكل قوم نكاح »[2]؛ فإنه

---

(١) منية الطالب ٣: ٦٧.

(٢) جامع أحاديث الشيعة ٢١: ١٦٤، الباب ٧٤ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

يعمُّ القول والفعل؛ والوجه في كل ذلك: أن الأمر عند العرف العام لا يدور مدار اللفظ والصيغة الخاصة، بل يحصل بكل ما يدل عليه، ولكن المانع من ذلك هو التعبد الشرعي؛ إذ اعتبر اللفظ في إنشاء النكاح.

وهكذا الحال في الإيقاعات كالعتق والطلاق؛ فإنه يمكن إنشاؤهما بالفعل عرفاً إلا أن الشارع اشترط اللفظ الخاص في وقوعهما.

والحاصل: أن الأصل الأولي في العقود والإيقاعات مطلقاً هو قابليتها للتحقق بالقول وبالفعل، ولكن ليس كل قول، ولا كل فعل، بل ما فيه آلية عرفية للإنشاء بهما، إلا إذا قام الدليل التعبدي على الاختصاص بالقول، والردع عن الفعل.

والنتيجة من ذلك: أن مقتضى القاعدة في ما نحن فيه هو سقوط الخيار بالتصرف الصالح عرفاً لإبراز الالتزام بالبيع وإمضائه، مع قصده لذلك، وأما التصرف الذي ليست فيه تلك القابلية، أو لم يقصد به الإمضاء، فالقاعدة على عدم سقوط الخيار به.

المقام الثاني: في المستفاد من الروايات

وردت في المقام ثلاث روايات:

الرواية الأولى: صحيحة ابن رئاب، ففي الوسائل: محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن علي بن رئاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط »، قيل له:

وما الحدث؟ قال: « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ... الحديث »[١].

فقه الحديث

ولا بدّ من التأمل في مفردات الحديث لاستكشاف ما أفاده الإمام عليه السلام، فنقول: إن الحديث اشتمل على نقاط ثلاث:

النقطة الأولى: بيان خيار الحيوان، فقال عليه السلام: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط »، والمراد من الشرط هو الخيار، سواء اشترطه المشتري لنفسه أو لا، فيستفاد من ذلك أن خيار الحيوان شرط شرعي، لا معاملي؛ وذلك لأن الخيارات على أقسام ثلاثة:

الأول: الخيار الثابت بالشرط الارتكازي العقلائي، وعمل الشارع فيه هو الإمضاء ليس إلا، كخيار الغبن والعيب؛ فإن البناء العقلائي قائم على تساوي طرفي المعاملة في المالية، وعلى سلامة العوضين، فإذا كان في المعاملة غبن فاحش، أو كان في أحد العوضين عيب، فبناء العقلاء على ثبوت السلطنة على الفسخ للمغبون، ولمن أخذ المعيب.

الثاني: الخيار الثابت بالشرط الشخصي، ويسمى خيار الشرط، وله موردان:

١- أن يشترط أحد المتعاملين فعلاً أو وصفاً، فيتخلف الشرط فيثبت

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

الخيار للمشروط له.

٢- أن يشترط الخيار لنفسه، فيكون متعلّق الشرط هو نفس الخيار.

الثالث: الخيار الثابت بحكم الشارع، وقد عبّرت عنه الرواية بالشرط، وهو خيار المجلس والحيوان.

النقطة الثانية: بيان المسقط لهذا الخيار، فقال عليه السلام: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط ».

والجملة شرطية تشتمل على شرط، وهو (أحدث حدثاً)، وجزاء، وهو إما (فذلك رضا منه)، أو (فلا شرط)، والجملة الأولى تمهيد له، على خلاف سيأتي، والملاحظ أن الإمام عليه السلام جعل المسقط إحداث الحدث، بينما الموجود في كلمات الفقهاء هو التصرف، فلا بدّ من ملاحظة النسبة بينهما، فهل هما بمعنى واحد أو متغايران؟ وسيأتي بيان ذلك[1].

---

(١) تأكيداً لما أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - ننقل بعض كلمات الفقهاء في ذلك:

١- قال العلامة قدس سره في التذكرة ١١: ٣٥: (إذا ثبت هذا، فإنّما يثبت الخيار للمشتري لو لم يتصرّف في الحيوان في الثلاثة، فإن تصرّف فيه سقط خياره إجماعاً؛ لأنّه دليل على الرضا به...).

٢- وقال المحقق الكركي رحمه الله في جامع المقاصد ٤: ٢٩١: (فعلى هذا ركوب الدابة وتحميلها والحلب والطحن تصرف، ولو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط، وليس ببعيد).

٣- وقال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك ٣: ٢٠٠ - ٢٠١: (قوله: « وبتصرفه . . . الخ ». لا خلاف في سقوطه بالتصرف...، وإطلاق التصرف والحدث يشمل الناقل وغيره، بل

مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها، أو حلب ما يحلب، ولبس الثوب وصبغه وقصارته، وسكنى الدار..).

٤- وقال المقدس الأردبيلي تغمده الله في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٩٧: (وأما السقوط بالتصرف المعبر عنه في الأخبار بالحدث، فدليله أيضاً الإجماع المدّعى في التذكرة، مستنداً إلى ما تقدم في صحيحة علي بن رئاب مع تفسير الحدث - وهو التصرف - باللمس والتقبيل والنظر إلى ما لا يجوز له النظر إليه قبل الشراء).

هذا، ولكن الذي يبدو أن جعل التصرف محل إحداث الحدث نشأ متأخراً، كما يشهد له عبائر المتقدمين، قال الشيخ المفيد تغمده الله في كتابه المقنعة؛ في ص٥٩٢:

(فإن هلك الشيء في مدة الخيار كان من مال البائع إلا أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا بالابتياع، فيكون حينئذ من ماله دون مال البائع بما وصفناه...

ومن ابتاع حيواناً فله فيه شرط ثلاثة أيام، اشترط ذلك أو لم يشترط، فإن هلك الحيوان في مدة هذه الثلاثة الأيام كان من مال البائع، إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً، كما قدمناه).

وقال في ص٥٩٩ : (قد بيّنا فيما سلف: أن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، اشترط ذلك المبتاع أو لم يشترط، فإن هلك في مدة الثلاثة الأيام كان من مال البائع، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا، فيكون هلاكه حينئذ من مال المبتاع دون البائع على ما قدمناه فيما مضى وشرحناه).

وقال أبو الصلاح الحلبي تغمده الله في الكافي: ٣٥٣: (والخيار في جميع الحيوان ثلاثة أيام، اشترط أو لم يشترط، وفي الأمة مدة استبرائها، فإن هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا، فيبطل الخيار ويكون هلاكه من ماله).

وقال السيد ابن زهرة تغمده الله في الغنية ٢٢١: (وإذا هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا، فيكون هلاكه من ماله).

ولعله ابتدأ من زمان ابن إدريس رحمه الله؛ حيث أضاف التصرف إلى إحداث الحدث، فقال

النقطة الثالثة: إن المرجع في تحديد مفهوم الحدث هو العرف العام، كما هو مقتضى القاعدة في موضوعات الأدلة الشرعية، إلا أن السائل سأل الإمام عليه السلام بقوله: (وما الحدث؟)، فيحتمل في سؤاله احتمالان:

الأول: أنه يكشف عن وجود شبهة مفهومية في معنى الحدث في المبيع عند العرف؛ فإن بعض المصاديق وإن كانت داخلة فيه بلا إشكال، كما لو أنعل الدابة أو أخذ من حافرها، أو هدم جزءاً من الدار ثم بناه، أو اشترى القماش وأعطاه الخياط فخاطه، إلا أن بعض الأمور

في ٢: ٢٨٠: (هذا ما لم يحدث المبتاع في هذه المدة حدثاً يدل على الرضا، أو يتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة تستحق في العرف والعادة ، بأن يركب الدابة، أو يستعمل الحمار، أو يقبل الجارية، أو يلامسها، أو يعتقها، أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه، وهو المنذور، أو يكاتبها، أو غير ذلك من أنواع التصرف، فإنه يلزمه البيع، ويستقر عليه..، إلى أن قال:

فإن هلك الحيوان في مدة الثلاثة الأيام، قبل أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا بمجرى العادة، كان من مال البائع، دون مال المبتاع، وإن هلك بعد إحداثه الحدث، كان من مال المبتاع، دون مال البائع).

وقال قبل ذلك في ص٢٧٧: (هذا ما لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا، في العادة، أو ينقص قيمته بتصرفه).

وتبعه في نحو التعبير المحقق في الشرائع ٢: ٢٧٦ فقال: (ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبالتزامه بعده، وبإحداثه فيه حدثاً، كوطء الأمة وقطع الثوب، وبتصرفه فيه، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع، أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية).

ثم جاء من بعدهما العلامة قدس سره فاقتصر في التعبير على مجرد التصرف كما نقلنا عبارته، وتبعه من بعده.

محل شك كالركوب على الدابة مسافة.

الثاني: أنه يريد معرفة مطابقة المعنى الشرعي للحدث مع المعنى العرفي وعدم مطابقته، فهل كلّ ما يسميه العرف إحداث حدث فهو كذلك عند الشارع، وكل ما لا يراه كذلك فلا يراه الشارع، أم لا؟ ومن جواب الإمام عليه السلام بقوله: « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » عرفنا أن المعنى الشرعي لإحداث الحدث أوسع دائرة منه عند العرف؛ فإن العرف لا يرى (النظر) من أفراد إحداث الحدث.

الرواية الثانية: معتبرة الصفار، ففي الوسائل: وبإسناده - الشيخ - عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً، من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار، بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ ؟ فوقع عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »[1].

فقه الحديث

ظاهر العطف بـ(أو) في سؤال الراوي عندما قال: (بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ)، أن الركوب قسيم لإحداث الحدث وليس منه، فينحصر المسقط- بمقتضى جواب

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث٢، وفي التهذيب (نعلها).

الإمام عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »- بإحداث الحدث، إلا أن يُدَّعى أن الركوب مصداق منه، وظاهر الرواية على خلافه.

والفرق بين الروايتين من جهتين:

الجهة الأولى: إن الموضوع في هذه الرواية في كلام الإمام عليه السلام إحداث الحدث بدون التعرض لمصاديقه، وأما في الرواية السابقة فقد بيّن عليه السلام جملة من مصاديقه بقوله عليه السلام: « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ».

الجهة الثانية: إن الرواية السابقة قد اشتملت على « فذلك رضا منه، فلا شرط »، دون هذه الرواية.

ولهذه الجهة كانت الرواية السابقة محل إشكال من حيث الدلالة كما سيأتي، بخلاف هذه الرواية فلا إشكال في دلالتها إلا من جهة شمول إحداث الحدث للركوب وعدمه؛ فإن الإمام عليه السلام لم يتعرض لحكم الركوب، إلا أن يقال بأنه داخل في مفهوم « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء »؛ فإن مفهومه: إن لم يحدث حدثاً لم يجب الشراء، وعدم الحدث أعم من ركوب الفراسخ، فلا يسقط الخيار بفعله.

ومقتضى الصناعة الفنية خروج الركوب فراسخ عن معنى الحدث؛ بدلالة عطفه عليه بـ(أو)، فيدخل في مفهوم الجملة الشرطية: « إذا أحدث حدثاً »، فلا يؤثر في سقوط الخيار.

الرواية الثالثة: معتبرة عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) بالسند

السابق عن علي بن رئاب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: « الخيار لمن اشترى ».. إلى أن قال. قلت له: أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: « إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمته »[1].

والسؤال فيها عن سقوط الخيار بالقيام بأمور خاصة، فأجاب الإمام عليه السلام بسقوطه بالأمور الثلاثة المذكورة، والملاحظ أن ما في ذيل الرواية الأولى بيان لما في صدرها، وأن ما في الرواية الثالثة عين ما في ذيل الرواية الأولى، فهما متفقتان على سقوط الخيار بالقيام بأحد هذه الأمور الثلاثة، ولا يخفى أن التقبيل، والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك ليسا من مصاديق إحداث الحدث عرفاً، ولكنهما مسقطان للخيار تعبّداً، من باب الحكومة الموسعة لدائرة موضوع الحدث، وأما اللمس فإن أريد به الكناية عن الجماع كما في قوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[2] فهو حدث عرفاً وإلا فلا.

وكيف كان، فهل الأمران الآخران يراد بهما خصوصهما، فيقتصر عليهما، أو هما مثالان لبيان مصداق ما لا يجوز القيام به لغير المالك من دون إذنه، فتلغى الخصوصية؟

وجهان.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) سورة النساء: ٤٣ ، سورة المائدة: ٦.

مقتضى مناسبة الحكم والموضوع هو التعميم؛ إذ يمكن التعدّي من « النظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » إلى كل ما يحرم عليه قبله، ولكن مع الأخذ بهذا لابدّ من الالتزام بالتخصيص من جهة أخرى؛ إذ لازم التعميم إلى كل ما لا يجوز لغير المالك هو سقوط الخيار عند كل تصرف؛ لأنه لا يجوز لغير المالك، ولازمه أن ليس للمشتري التصرف في الحيوان حتى ولو كان لاستخبار حاله، فيلزم انتفاء الحكمة من جعل الخيار؛ فإنه إنما جعل لمعرفة حال الحيوان في المدة المضروبة.

وأما إذا اقتصر على ما في النص فلا يلزم هذا التخصيص؛ إذ المسقط إنما هو ما يطلق عليه عرفاً إحداث حدث في الحيوان، وما هو مذكور في النص، وليس في ذلك أي محذور.

والأقوى الثاني؛ إذ يلزم على الأول إما انتفاء الحكمة من جعل الخيار، أو الالتزام بالتخصيص، ولا يمكن المصير إلى الأول، ولا دليل على الثاني.

ومقتضى القاعدة عند التردد ودوران الأمر بين الوجهين هو الجمود على ما في النص؛ والوجه في ذلك: أن مقتضى إطلاق دليل خيار الحيوان هو ثبوت الخيار لصاحب الحيوان ثلاثة أيام، أحدث المشتري فيه حدثاً أو لم يحدث، نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء أو لم ينظر، وبعد ما ورد المخصص وكان مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر اقتصر في التخصيص على المتيقن كما هي القاعدة، والمتيقن هو ما يعدّ إحداث حدث عند العرف، وما جعل حدثاً تعبداً مما هو مذكور في

النص، وأما في غير ذلك فيتمسك بإطلاق دليل الخيار.

بل يقال بنحو عام: إن كل المفاهيم حتى الواضحة منها - كمفهوم الماء - لا تخلو من شبهة مفهومية كما أفاده الشيخ قدس سره[1]، فيشك في دخول بعض أفرادها وعدمه، ومن جملة تلك المفاهيم مفهوم (إحداث الحدث)، فبعض الأفراد واضحة الدخول فيه كإنعال الدابة، وهدم الجدار، وتعمير الدار، وبعضها مشكوك الدخول؛ إذ لم يصل إلى ذلك الحدّ، ومقتضى القاعدة في المورد المشكوك هو التمسك بإطلاق دليل الخيار؛ لإجمال المخصص وتردده بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن.

أمران لابد من بيانهما

وهنا أمران لا بدّ من بيانهما؛ لأجل اتضاح الاستدلال بالروايات، وما يستفاد منها:

الأمر الأول: في النسبة بين إحداث الحدث والتصرف

إن المستفاد من الروايات كما سبق هو أن المسقط للخيار إما إحداث الحدث العرفي، أو أمور يجمعها ما لا يجوز لغير المالك إلا بإذنه، ولا ذكر فيها لعنوان (التصرف) المذكور في كلمات الفقهاء، فلا بدّ من ملاحظة النسبة بين ما في الروايات وما في الكلمات.

---

(١) كتاب الطهارة ١: ٦٧.

فإن لاحظنا صدر الرواية خاصة فالمراد من الحدث هو الحدث العرفي، وهو أخص مطلقاً من التصرف؛ فإن كل إحداث حدث في المبيع فهو تصرف فيه، وليس كل تصرف فيه فهو إحداث حدث فيه، فالقراءة في الكتاب، أو الجلوس على الفراش تصرف فيه بدون أن يتعنون بإحداث حدث فيه.

وإن لاحظنا مجموع ما في الصدر والذيل كان المراد من إحداث الحدث أعم من الحدث العرفي والشرعي، والنسبة بينه وبين التصرف حينئذ نسبة العموم من وجه؛ فيجتمعان في إنعال الدابة، ويفترق التصرف عن الحدث بركوبها أمتاراً قليلة؛ فإنه تصرف وليس بإحداث حدث عرفاً ولا شرعاً، ويفترق إحداث الحدث عن التصرف بالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه من الجارية إلا إلى مالكها أو يكون بإذنه؛ فإنه إحداث حدث شرعاً وليس بتصرف.

فإحداث الحدث لا يساوي التصرف على كلا التقديرين، وبما أنه لابدّ من ملاحظة ما في الذيل، فالنسبة بينهما نسبة العموم من وجه، فجعل المسقط للخيار هو عنوان التصرف، بلا وجه.

الأمر الثاني: في بيان الجزاء في صحيحة ابن رئاب

ورد في صحيحة ابن رئاب: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط »، واختلف في جزاء الشرط، هل هو « فذلك رضا منه » أو « فلا شرط »، واختلف في المراد منه، ومن ثَمَّ اختلف في المسقط للخيار على أقوال ثلاثة:

القول الأول: إن المسقط هو التصرف مطلقاً، سواء أكان كاشفاً عن الرضا بالبيع والالتزام به أم لا، فيسقط الخيار ولو قطع بأن المتصرف لم يرض أيام الخيار بالمعاملة وإنفاذها، فتمام الموضوع هو التصرف.

القول الثاني: إن المسقط هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام والرضا بالبيع، فلو قطع بعدم رضاه لم يكن التصرف مسقطاً، ولو شك في رضاه كان التصرف مسقطاً.

القول الثالث: إن المسقط هو التصرف الكاشف شخصاً عن رضا المتصرف، فلو شك في الرضا لم يكن التصرف مسقطاً، فتمام الموضوع هو الرضا الشخصي للمتصرف.

المحتملات في الرواية

والاحتمالات في تحديد الجزاء خمسة، ذكر الشيخ قدس سره منها أربعة[1]:

الاحتمال الأول: أن الجزاء هو: « فذلك رضا منه »، والمراد من الرضا هو الرضا بالعقد، والالتزام ببقائه، لا الرضا بأصل الملك؛ فإنه موجود من أول وقوع العقد، فيكون التصرف مطلقاً رضاً بالعقد بحكم الشارع، فيسقط الخيار به؛ إذ يترتب عليه ما يترتب على الرضا.

وبناء عليه لا بدّ من الالتزام بالتعبد الشرعي بجعل التصرف مسقطاً للخيار، التزم المتصرّف بالبيع أو لم يلتزم؛ فإن التصرف في نفسه ليس

(١) المكاسب ٥: ١٠١ - ١٠٢.

التزاماً بالبيع، بل بينهما عموم من وجه؛ إذ يمكن الالتزام بالبيع بدون التصرف، ويمكن حصول التصرف بدون الالتزام بالبيع، ويجتمعان في ما لو التزم بالبيع بنفس التصرف.

الاحتمال الثاني: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا منه » توطئة له من باب بيان الحكمة من سقوط الخيار، وليست علّة حقيقية، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالباً على الرضا، وكشفه عن الالتزام بالبيع غالباً، والفرق بين الحكمة والعلة من جهات، والجهة المربوطة بمحل البحث أن الحكمة أخص دائماً من الحكم، ولا يدور الحكم مدار وجودها.

والنتيجة - بناء على هذا الاحتمال - كالنتيجة في الأول؛ فإن المدلول حينئذ أنه إن أحدث فيه حدثاً فلا شرط له مطلقاً، رضي بالبيع أو لم يرض؛ فإن التصرف يكشف غالباً عن الرضا والالتزام بالبيع، وبناء عليه لا بدّ من الالتزام بكون التصرف مسقطاً تعبداً.

الاحتمال الثالث: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا منه » توطئة لبيان العلة من الجزاء إلا أن الرضا نوعي لا شخصي، فيكون التصرف المسقط للخيار هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد؛ إذ لم يجعل إحداث الحدث - بما هو - مسقطاً، بل بما هو رضا بالبيع، فيدور سقوط الخيار مدار وجود التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد، فيفترق عن الاحتمالين الأولين؛ فإن المستفاد منهما أن كل تصرف مسقط ولو لم يكشف عن الرضا بالبيع.

ويترتب عليه نتيجتان:

النتيجة الأولى: أنه لو شك - بعد التصرف - في حصول الرضا الشخصي بالبيع كان هذا التصرف مسقطاً للخيار؛ لكونه أمارة نوعية على الرضا، فيؤخذ بها إلا في حال القطع بالخلاف، كما هو شأن جميع الأمارات.

النتيجة الثانية: أنه لما كان المدار على الكشف النوعي للتصرف، وقد جعل علة للسقوط، فالعلة تعمم وتخصص، فهي من جهة تخصص التصرف بالكاشف نوعاً عن الرضا والالتزام بالبيع، ومن جهة أخرى تعمم الحكم لغير التصرف مما يكشف نوعاً عن الرضا بالبيع، كجعل المبيع في معرض البيع.

الاحتمال الرابع: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا منه» توطئة لبيان العلة من الجزاء إلا أن الرضا شخصي لا نوعي، بمعنى أن كل تصرف كاشف عن الرضا الشخصي بالمعاملة فهو مسقط للخيار، لا مطلقاً، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلا بدّ من القطع بثبوته، ولو لم يثبت - كأن شك فيه - لم يسقط الخيار.

مختار الشيخ

قال الشيخ قدس سره: بأن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار، وإطلاقات بعض كلمات الفقهاء، إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر، المستفاد منه عدم كون التصرف - بما هو - مسقطاً، بل بما هو

كاشف عن الرضا، مع كونهما مخالفين لأكثر كلماتهم؛ فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، ويؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا وإن لم يعدّ تصرّفاً، كتقبيل الجارية للمشتري، ويؤيده أيضاً حكمهم بأن كل تصرّف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرّف مسقطاً تعبّدياً عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدّي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً.

وعليه فيدور الأمر بين الاحتمالين الآخرين، والاحتمال الرابع وإن كان هو الأظهر من بين المحتملات من حيث اللفظ؛ لقول الإمام عليه السلام: « فذلك رضا منه »، فكلمة « الرضا » تمنع من الظهور في مطلق التصرّف، وكلمة « منه » ظاهرة في الرضا الشخصي لا النوعي، إلا أن المانع من الأخذ به قيام الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الشخصي الفعلي بلزوم العقد، فيتعين إرادة المعنى الثالث[1].

ثم في آخر البحث استشكل في ذلك أيضاً؛ من حيث إن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوى واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطّلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا[2].

ثم انتهى إلى كون الجمع به في غاية الإشكال[3]، وبعد اللتيا والتي لم

---

(١) المكاسب ٥: ١٠٢ - ١٠٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٠٧ - ١٠٨.

(٣) المكاسب ٥: ١١٠.

يرجح شيئاً من المحتملات.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ وردّه

وأورد عليه بعض أعاظم تلامذته تدّس بقوله: (بل الظاهر من الرواية بمقتضى سياقها كون ذلك حكمة لا علة، كما اعترف غير واحد، كما يرشد إليه تقدمه على قوله: « فلا شرط »؛ لبعد تقدم العلة على المعلول)[1].

وكأنه ناظر إلى ما هو المتعارف في بيان الحكم المعلّل، من ذكر الحكم في الأول، ثم تعقيبه بذكر علته، مثل: (لا تشرب الخمر لأنه مسكر).

ويجاب عنه: بأن العلة وإن ذكرت متأخرة عن الحكم في موارد متعددة، كالمثال السابق، ومثل: (لا تأكل الرمان لأنه حامض)، ولكنه لا يوجب استبعاد التقديم؛ لموافقته الاستعمالات العرفية، فيقال: (هذا حامض فلا تأكله)، و(هذا نجس فلا تشربه)، و(خمر فلا تشربه)، و(حرام فلا تتصرف فيه) وهكذا.. بل لو لم نقل بأن الغالب في الاستعمالات العرفية تقديم العلة، لم تكن دعوى شيوعه فيها مجازفة.

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٦٤ - ٢٦٥.

ولا يخفى أن ما في الكتاب (لبعد تقدم المعلول على العلة)، والصحيح ما أثبتناه؛ فإن ما كتب في الكتاب يعطي عكس المطلوب، وما أثبتناه موافق لبيان الشيخ الأستاذ -دام ظله-.

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره في ما قواه من الوجه الثالث بقوله: (فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون إلى خيار الحيوان، فكيف يكون تصرفهم كاشفاً عن الرضا النوعي، بحيث يكون المناط في كون التصرف مسقطاً للخيار هو الرضا النوعي؛ فإنه لا وجه لدعوى أن في أغلب الناس يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي، فإن أغلب الناس لا يلتفتون إلى ذلك، كيف؟ فإن خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات إلى الخيار عند التصرف، بل يثبت لكل شخص حتى اليهود والنصارى والمخالفين وغيرهم.

ومن الواضح أنه مع ذلك فالغلبة في غير الملتفتين إلى الخيار عند التصرف، فكيف يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي من جهة التفات أغلب الناس للخيار عند التصرف.

وكيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع[1].

وهو مدفوع؛ بأن خيار الحيوان وإن لم يوجد عند النوع إلا أن عندهم تصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا بالبيع في ما لو حصلت في موارد خيار العيب والغبن والشرط مما هو جارٍ عندهم، فلو حصلت هذه التصرفات في بيع الحيوان كانت كاشفة نوعاً عن الرضا به.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٩٩.

المناقشة في ما قوّاه الشيخ

نعم، يرد على الشيخ تدّس في تقويته للاحتمال الثالث: أنه خلاف ظهور الرواية؛ فإن طرف النسبة في الرضا النوعي هو النوع، كما أن طرفها في الرضا الشخصي هو الشخص، كما في الوثوق النوعي والوثوق الشخصي، وضمير « منه » في قوله عليه السلام: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه »، راجع إلى المشتري، فيكون طرف النسبة هو رضا المشتري، وهو شخص، فيكون الرضا شخصياً، ولو أراد النوعي لقال: « فذلك رضا نوعي به »، فالحمل على الرضا النوعي يحتاج إلى تقدير، فيكون خلاف الظهور.

ما استقربه المحقق الأصفهاني من الوجوه ومناقشته

الاحتمال الخامس: ما أفاده المحقق الأصفهاني تدّس بقوله: (وهو أن الرضا عبارة عن الالتزام بالعقد؛ فإن معنى ارتضائه إياه اختياره والالتزام به، والالتزام كالتصديق جناني وقولي وعملي، فإن اعتقاد صدق المخبر تصديق جناني، وقوله: « أنت صادق » تصديق قولي، والجري على ما أخبر به، بالعمل على وفقه، تصديق عملي له، فكذا الالتزام قلبي وقولي وعملي؛ فإن الرضا بلزوم العقد قلباً ارتضاء والتزام قلبي، وقوله: « التزمت بالعقد وارتضيته » التزام قولي إنشائي، والتصرف في المبيع على حد تصرفه في سائر أمواله، والانتفاع بأحد وجوه الانتفاعات، التزام عملي وارتضاء فعلي، وليس بابه باب الكشف عن الرضا قلباً ليؤول إلى

الوجه الثالث، بل هو بنفسه من حيث إنه عمل الملتزم يسمى التزاماً عملياً، كما أن الجري العملي على وفق الخبر تصديق عملي بنفسه، لا من حيث كشفه عن اعتقاد الصدق، وكذا في باب إبقاء اليقين عملاً ونقضه عملاً؛ فإن الجري على وفق اليقين السابق إبقاء لليقين عملاً، لا من حيث كشفه عن اليقين قلباً)[١].

(ومما ذكرنا في هذين المقامين يتضح أن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية، التزام عملي بالعقد - سواء عُدَّ تصرّفاً خارجاً في المبيع أم لا، وسواء دلّ على الالتزام القلبي أو الإنشائي أم لا - فهو مسقط، والتصرف لا بذلك العنوان - بل بعنوان الاستخبار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع - ليس مصداقاً للالتزام العملي، وإحداث الحدث، كما أن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف المسقط وإن لم يكشف عن الرضا؛ إذ المناط ليس هو الكشف ولو نوعاً، بل كون التصرف مما يعتاده المالك للعين في مقام الانتفاع بملكه، وهذا منه؛ لعدم دخل للالتفات إلى العقد والخيار في هذا المعنى، بل هو في حد ذاته تصرف مالكي والتزام عملي بكون المبيع له، وإن لم يكن منه التزام قلبي ولا قصدي)[٢].

ويتلخص ما أفاده في أمور:

١- إن الرضا عبارة عن الالتزام بالعقد، فالرضا بمعنى الارتضاء.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٧٠.

(٢) الحاشية على المكاسب ٤: ١٧٢. واقتصرنا على ذكر عين عبارته؛ لوضوحها.

٢- إن الالتزام كالتصديق جناني وقولي وعملي.

٣- إن التصرف في المبيع على حد التصرف في سائر الأموال، التزام عملي، وارتضاء فعلي.

ورتّب على ذلك:

١- إن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية التزام عملي بالعقد، وإن لم يُعدَّ تصرفاً خارجياً في المبيع، ولم يدل على الالتزام القلبي الإنشائي.

٢- إن التصرف بعنوان الاستخبار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع ليس مصداقاً إلى الالتزام العملي.

٣- إن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف المسقط.

وفيه: أولاً: أن الالتزام حقيقة متقومة بالقصد والالتفات، فلا يعقل الالتزام القهري الناشئ من دونهما، بحيث يُعدُّ ملتزماً بشيء من غير التفات له ولا قصد إليه، وحينئذ فحمل قوله عليه السلام: « فذلك رضا منه » على أنه التزام منه، لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون مع القصد، أو بدونه، فإن كان إحداث الحدث ناشئاً عن قصد الالتزام بالبيع فهو مسقط للخيار على القاعدة، ولا حاجة إلى بيان الرواية، وإن لم يكن ناشئاً عن قصد الالتزام به، فكونه مسقطاً لا يكون إلا بالتعبد الشرعي، لا لكونه التزاماً قهرياً.

ثانياً: أن ما في الرواية عنوان (الرضا)، وهو صفة، والالتزام فعل، فحمل الرضا على الارتضاء والالتزام، استعمال مجازي بلا قرينة[١].

وبعبارة أخرى: إن الرضا صفة لا تنقسم إلى قلبي وعملي وقولي، بخلاف الالتزام الذي هو فعل من الأفعال، فتفسيره للرضا بالارتضاء، ثم تقسيمه لهذه الأقسام بلا وجه.

المختار في مدلول الرواية

فالحق أن الأقوى من بين المحتملات هو الأول، فالمسقط - عند الشارع وبتعبد منه - هو كل ما يطلق عليه إحداث حدث في المبيع عرفاً، كإنعال الدابة، والأخذ من حافرها، وهدم الجدار في بيع الدار، وتقطيع القماش في بيعه، سواء أصدر عن قصد لإسقاط الخيار أم لا، وكان غافلاً أم لا؛ فإن إطلاق الرواية محكم.

وما ذكر في ذيل الرواية من الأمور الموجبة لسقوط الخيار، كالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه إلا إلى المالك في بيع الجارية، وتقبيلها - مع أنها ليست من إحداث الحدث عرفاً - إنما هو من باب التوسعة في موضوع الحدث، فتكون حدثاً شرعياً.

فتحصل: أن المستفاد من الرواية صدراً وذيلاً كون المسقط للخيار

---

(١) وهذا لا ينافي ما ذكره الشيخ الأستاذ سابقاً من أن المراد من الرضا هنا ليس الرضا بالملك؛ لحصوله من الأول، بل الرضا بالبيع، وهو معنى الالتزام به.
وذلك؛ لأن الرضا - بأي شيء تعلق - يكون صفة نفسانية كالبغض والغضب والحب، والالتزام عمل من الإنسان كعقد القلب على شيء، نعم هو عمل جناني.

أحد أمرين: إحداث الحدث العرفي، والحدث الشرعي، أصدر بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه.

والوجه في ذلك أن في جملة: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط »، موضوعاً وهو «أحدث حدثاً»، ومحمولاً، وهو « فذلك رضا منه »، والمحمول لا يكون قيداً للموضوع؛ فإن القيد جزء منه، والمحمول خارج عنه، فلو أريد من إحداث الحدث أن يكون عن رضا - سواء أكان شخصياً أم نوعياً - لذكر في الكلام بنحو الوصف والتقييد، فيقول: (حدثاً عن رضا)، ولم يحمله عليه بنحو الإطلاق والإرسال.

وعليه فظاهر الحديث أن ما يحدثه المشتري في المبيع من حدث جديد فهو رضا بالبيع شرعاً، فيترتب عليه ما يترتب على الرضا به، وهو سقوط الخيار، ولا مانع من ذلك ثبوتاً؛ لعدم المانع العقلي من هذه الحكومة، والتنزيلات في الشرع كثيرة، من قبيل «الطواف بالبيت صلاة»[1]، ولما نحن فيه نظائر في الفقه كما في جعل التصرف في المبيع مسقطاً لخيار العيب مطلقاً، نشأ عن التزام بالبيع أو بدونه.

ومقتضى القاعدة لزوم الأخذ بالظهور ما لم يمنع منه مانع عقلي.

ويؤكد ما قلناه أن السائل فهم الموضوعية من الحدث، فسأل عن

---

(١) جامع أحاديث الشيعة ٥: ٥٠٨.

حدوده، وأن الإمام عليه السلام حكم على أمور بأنها من إحداث الحدث، وأنها مسقطة للخيار، بدون تقييدها بالرضا، فقال عليه السلام - بعد سؤال السائل: وما الحدث؟ - : « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء »، فلو قام بأحد هذه الأمور فهو مسقط للخيار حتى لو لم يكن عن قصد الالتزام بالبيع.

فالرواية - إذن - ظاهرة في الاحتمال الأول، وأن الشارع جعل نفس إحداث الحدث التزاماً بالبيع تعبّداً، ورضا به بقاء.

في المرجع حين إجمال المراد

ولو لم نقل بظهور الرواية في هذا المعنى لم يتعيّن أحد من الوجوه الباقية، بل كانت كلها متساوية من حيث احتمال الإرادة، فما هو المرجع حينئذٍ؟

ذهب المحقق الرشتي قدس سره - بعد القول بإجمال هذه الجملة؛ لدورانها بين معانٍ أربعة أو خمسة - إلى سقوطها عن درجة الاعتبار، فلا تمنع من التمسك بإطلاق « إن أحدث فيه حدثاً ».

ثم أجاب عن إشكال سريان إجمالها إلى العام - لتعقبه بالمجمل المتصل فيسقطه عن الاعتبار - بأن ما يوجب الإجمال إنما هو المخصص المجمل المتصل، كما في المثال المعروف: (أكرم العالم غير الفاسق)؛ فإن إجمال الفاسق مفهوماً أوجب الإجمال في العام، وأما ما نحن فيه - أي « فذلك رضا منه » - فأمره يدور بين كونه مخصصاً أو أجنبياً عن العام، فلم يعلم كونه مخصصاً حتى يدخل في كبرى سريان

الإجمال من المخصص المتصل إلى العام[١].

ويرد على القسم الأول من كلامه- أي سقوط الجملة المجملة والرجوع إلى الإطلاق -: أنه لو تمّ لثبت مدعانا أيضاً، من كفاية مطلق إحداث الحدث، ولكنه غير تام كما سيأتي.

وأما القسم الثاني من كلامه، وهو ما يرتبط بعدم سراية الإجمال ففيه:

أولاً: أن سراية الإجمال من المخصص المجمل إلى العام ليست أمراً تعبدياً؛ إذ لم تنزل فيها آية، ولم تدل عليها رواية، بل هي ناشئة عن ملاك، وما هو إلا لكون نسبة المخصص المتصل إلى العام نسبة القرينة إلى ذيها، فمتى ما كان بيّناً عرف المراد منه، ومتى ما كان مجملاً سرى إجماله إليه، وليس لأجل خصوصية في المخصص، وعليه فكل ما كانت نسبته إلى العام نسبة القرينة قام بنفس دور المخصص، فإذا كانت القرينة مجملة سرى الإجمال إلى العام، فجملة: « فذلك رضا منه » ارتبطت بجملة « فإن أحدث فيه حدثاً » بأحد أنحاء الارتباط والاحتمالات المذكورة، وليست كلاماً أجنبياً عنها، وهذا المقدار من الارتباط يوجب سريان إجمالها إليها على طبق القاعدة، سواء أكانت مخصصاً أو لا.

وثانياً: سلمنا بأن قاعدة سريان إجمال المجمل مختصة بالمخصص، ولكن بما أنه اعترف بدوران أمر هذه الجملة بين كونها مخصصاً وكونها

---

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٦٥.

أجنبياً، فهذا المقدار كافٍ لسريان الإجمال؛ إذ تردّد الأمر بين كونها مخصصة فيسري إجمالها، وكونها أجنبية فلا يسري إجمالها، فيكفي هذا التردد لسقوط ظهور الجملة المتصلة.

فعلى التقديرين تسقط جملة (إن أحدث حدثاً) عن الحجية، والمرجع - حينئذٍ - هي مكاتبة الصفار، وهي كافية في الحكم، وسالمة عن الإجمال؛ فإن المستفاد من قوله عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »، سقوط الخيار مع إحداث الحدث مطلقاً، سواء أكان بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه، وبقصد سقوط الخيار أم بدونه.

ولا يخفى عدم سريان إجمال المخصص المنفصل إليها كما هو واضح.

فتحصّل إلى هنا: أن المستفاد من النصوص أن نفس إحداث الحدث مسقط للخيار، ويدل عليه صحيحة ابن رئاب في فرض عدم الإجمال، وأيضاً في فرض الإجمال بناء على عدم سريانه إلى جملة «إن أحدث فيه حدثاً»، حسب ما قرّره المحقق الرشتي قدس سره، وأما على ما اخترناه من سريان الإجمال فتسقط عن الاعتبار، فيدل على المدعى معتبرة الصفار.

وبهذا يتم الكلام في خيار الحيوان من جميع جهاته.

الثالث .. خيار الشرط

لا يخفى أن في الفقه عنوانين:

العنوان الأول: خيار الشرط، ويراد به الخيار الحاصل لمن لـه الشـرط بسبب التخلف عن الشرط.

العنوان الثاني: شرط الخيار، ويراد به الخيار الثابـت بسـبب اشـتراطه في العقد، كأن يشترط أحد المتعاملين أن يكون له الخيار، فيكون متعلق الشرط نفس الخيار، ويطلق عليه أيضاً خيار الشرط.

والبحث فعلاً في العنوان الثاني، وأما العنوان الأول فسيأتي البحث فيه في ما بعد إن شاء الله تعالى، والبحث في ما نحن فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مقتضى الأصل العملي

لا يخفى أن خيار الشرط وسائر الخيارات الآتية تختلف عـن خيـاري المجلس والحيوان؛ فإن الأصل بقسميه - اللفظي والعملي - فيهمـا قـائم على عدم الخيار ما لم يقم الدليل على ثبوته، أما الأصل اللفظي؛ فلعمـوم آية الوفاء بالعقود؛ فإنها بعمومها تنفـي كـل خيـار إلا مـا ثبـت بالـدليل الشرعي، فيكون دليل ثبوت الخيار مخصصاً لها.

وأما الأصل العملي؛ فلأن الأصل - لو شك في زوال الملك بعد أن أعمل أحد المتعاملين الخيار وفسخ العقد - هو عدم تأثير الفسخ، واستصحاب بقاء الشيء على ملك مالكه.

وأما في ما نحن فيه، فلا إشكال في جريان الأصل العملي، وتمامية أركانه؛ فلو شرط الخيار، وأعمله صاحبه، وشك في تأثيره وتحقق الفسخ، كان الأصل عدم تأثيره، وبقاء المال على ملكية مالكه الحاصلة بسبب العقد.

وأما بالنسبة إلى الأصل اللفظي فهو محل إشكال؛ لأن مدلول ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [1] هو وجوب الوفاء بالعقد بجميع خصوصياته، بمعنى وجوب الوفاء به على ما وقع عليه، ومن خصوصياته شرط الخيار المأخوذ فيه، فمقتضى الآية صحة هذا الشرط.

وقد وقع هذا الإشكال محل بحث بين الأعلام، فذهب المحقق النائيني قدس سره إلى كفاية الآية لصحة هذا الشرط ولو لم توجد الأدلة العامة الواردة في الشروط؛ لأن وجوب الوفاء بما التزم به كل عاقد على نفسه إنما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزومياً في مدة[2].

وذهب البعض إلى عدم صحة الاستدلال بها على صحته؛ للتنافي بين اللزوم المستفاد منها، وتصحيح شرط الخيار بها[3].

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ٧٣.

(٣) لم أعثر على القائل، ولكن للمحقق الشيخ علي كاشف الغطاء قدس سره في شرح خيارات

ومنع المحقق الرشتي تدثّل من التمسك بها لصحته؛ لخروج العقود الخيارية من تحتها تخصصاً[١].

وسيأتي البحث في ذلك إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: أدلة هذا الخيار

الدليل الأول: الإجماع.

فقد نقل مستفيضاً حسب تعبير الشيخ تدثّل[٢]، فمن يعتمد على

اللمعة ما يظهر منه هذا المعنى؛ فإنه قال في ص٦٧ ما لفظه: (على أنّ بين عمومات الشروط وما دلّ على لزوم العقد عموم من وجه، وترجيح أحد الدليلين يحتاج إلى مرجّح، والترجيح بالأحاديث الخاصّة الواردة في خيار الشرط والإجماع المنقول نكوص عن القاعدة والاقتصار فيها على المحلّ الخاصّ.

وقد يقال بأنّه لا تعارض بين دليل اللزوم وعمومات الشروط ، فإنّ اللزوم مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه الخيار ، والشرط جزء من العقد فيجب الوفاء به.

قلت: لا ريب أنّ الدليل على اللزوم غير منحصر بالآية الشريفة، مع أنّ ظاهر الآية الأمر بالوفاء بالعقد المطلق من حيث هو، أعمّ من أن يكون مشروطاً أو غير مشروط، والمراد بالوفاء به العمل بمقتضاه من حيث هو هو، من دون ملاحظة شيء من شرط أو غيره، فيحصل التنافي.

واستدلال بعض الأصحاب بالآية الشريفة في مقام الشروط في غير محلّه، كاستدلالهم بها في العقود الجائزة ، فتأمّل).

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٧٥.

(٢) المكاسب ٥: ١١١، وقد نقله السيد المرتضى في الانتصار: ٤٣٤، المسألة ٢٤٦، فقال: (ومما ظن انفراد الإمامية به ولهم فيه موافق : القول بأن للمتبايعين أن يشترطا من الخيار

الإجماعات المنقولة ففي سعة من أمره، وأما نحن فلا نرى حجية مثل هذا الإجماع؛ فإنه لا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر وراء الأدلة الخاصة المذكورة في المسألة.

الدليل الثاني: الروايات الخاصة

وهي الروايات الواردة في شرط خيار رد الثمن، وهي تامة سنداً ودلالة في موردها، إلا أن الاستدلال بها في المقام يتوقف على إلغاء خصوصية المورد؛ فإنها واردة لإثبات شرط الخيار في مورد خاص، والمدعى صحة شرط الخيار مطلقاً، والروايات هي:

الرواية الأولى: محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد علي، فقال: « لا

أكثر من ثلاثة أيام بعد أن يكون مدة محدودة.....، ودليلنا على ما ذهبنا إليه: الإجماع المتردد).

والسيد ابن زهرة في الغنية: ٢١٨؛ حيث قال: (والسبب الثاني للخيار اشتراط المدة، ويجوز أن تكون ثلاثة أيام فما دونها بلا خلاف، ويجوز الزيادة على الثلاث، ويلزم الوفاء بذلك، ولا يفسد به العقد، بدليل إجماع الطائفة).

وفي مفتاح الكرامة ١٤: ١٩٢ : (لاخلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع كما في التذكرة، وأمّا أنّه لا يتقدّر بحدٍّ فقد حكى عليه الإجماع في الخلاف والانتصار والغنية والتذكرة).

بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه.. »[١].

ولا إشكال في سند الرواية إلا ما ربما يقال من أن إسحاق بن عمار لم يرو هذه الرواية عن الإمام عليه السلام بالمباشرة، وإنما قال: حدثني من سمع، ولا نعرف من هو السامع ليثبت توثيقه أو عدمه.

وأجاب المحقق الأردبيلي قدس سره بقوله: (ولا يضر إرسال إسحاق؛ لأنه مؤيد ومقبول)[٢].

ولكنه غير مسموع؛ لأن الموافقة لما هو الحجة غير موجبة للحجية، والمقبولية إن أريد بها عمل المشهور فلم يثبت؛ لاحتمال استنادهم إلى غيرها في الفتوى.

فالرواية مرسلة على نقل الشيخ قدس سره، إلا أن يقال بأن إسحاق أخبر بسماع الراوي من الإمام عليه السلام، وفرق بين إخبار الثقة بسماع الراوي المجهول عندنا، وإخبار الثقة بإخبار الراوي بسماعه.

نعم نسب الشيخ الصدوق رحمه الله السماع إلى نفس إسحاق؛ حيث رواها بإسناده عنه فقال في الفقيه: (وروى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده، فقال : رجل مسلم احتاج إلى بيع داره...)[٣]، فنستكشف من ذلك أن لإسحاق روايتين: أحداهما ما سمعه

---

(١) الوسائل، الباب الثامن من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) مجمع الفائدة ٨: ٤٠٠.

(٣) الوسائل، ذيل الحديث، الفقيه ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٧٧١.

بنفسه من السؤال وجواب الإمام عليه السلام، والأخرى ما سمعه ممن سمع من الإمام عليه السلام.

وأما الدلالة فتامة في موردها بلا إشكال، إلا أنها بالنسبة إلى ما نحن فيه أخص من المدعى.

الرواية الثانية: وبإسناده عن الحسن بن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشترى قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»[1].

والرواية صحيحة، والمراد من ابن سنان في السند هو عبد الله، وصدر الرواية وإن كان وارداً في اشتراء الحيوان[2]، وخياره شرط شرعي لا معاملي، إلا أن الاستدلال بما في الذيل المذكور؛ فإن الإمام عليه السلام لما بيّن حكم الضمان على البائع في الحيوان إلى ثلاثة أيام، جاء بحكم آخر يرتبط بما لو اشترط ما زاد على الثلاثة الأيام، وقد حكم عليه السلام فيه

---

(١) الوسائل، الباب الثامن من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٢) صدر الرواية كما في التهذيب ٧: ٢٤، وفي الوسائل، الباب٥ من أبواب الخيار، الحديث٢ عن الكافي: عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ويحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك ؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط ».

قال : « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع ».

بالضمان على البائع أيضاً، وهو يدل على إمضائه لشرط الخيار.

نعم، ربما يشكل الاستدلال بأن الرواية وإن كانت مطلقة من جهة شرط الخيار بخلاف روايات شرط ردّ الثمن إلا أن موردها الحيوان، فيحتاج لأجل تمامية الاستدلال إلى إسقاط خصوصية الحيوان، إلا أن العرف لا يرى تفاوتاً بين الحيوان وغيره في خيار الشرط، وإن لم يسلّم بذلك وجمد على اللفظ أشكل التعميم لغير الحيوان.

الرواية الثالثة: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: « ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه »[1].

ولا إشكال في سندها إلا من ناحية النوفلي، فمن يبني على توثيق رجال ابن قولويه في كامل الزيارات فهو في سعة؛ لكونه منهم، ومن لا يبني عليه - كما هو الحق - فلا توثيق له صريحاً عنده، إلا أننا نعتمد على رواياته؛ لإكثار الكليني النقل عنه في الأصول وفي الفروع من الكافي، وهو ذلك الكتاب الذي كتبه في عصر الغيبة ليكون حجة للشيعة؛ فإن اعتماد الكليني على أحد وإكثاره للنقل عنه ولاسيما في الأصول لا

(١) الوسائل، الباب١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

يقصر في التوثيق عن تصريح النجاشي بتوثيقه، فالسند تام، والرواية معتبرة لاسيما مع الالتفات إلى أن طريق الوثوق بالخبر لا ينحصر في التنصيص على وثاقة رجال السند.

ولا ينقض بسهل بن زياد؛ للفرق بينهما؛ من جهة أن النوفلي لم يرد في حقه تضعيف بخلاف سهل؛ فقد رمي بالضعف، ولو أمكن ردّ التضعيف عنه لتمسكنا بإكثار الكليني عنه.

وأما الدلالة فهي تامة أيضاً، كما هو ظاهر، بعد إلغاء خصوصية المورد عرفاً.

الدليل الثالث: الروايات العامة

وهي الروايات الواردة في الباب السادس من أبواب الخيار من الوسائل من قبيل صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل »[1].

وهي تامة سنداً ودلالة؛ فإن إطلاقها يشمل شرط الخيار.

إشكال الفاضل النراقي ودفعه

نعم، استشكل الفاضل النراقي قدس سره في الاستدلال بالروايات العامة: بأن

(١) الوسائل، الباب٦ من أبواب الخيار، الحديث١.

شرط الخيار مخالف للسنة؛ أي « فإذا افترقا وجب البيع »[١]؛ فإن شرط الخيار بعد الافتراق مخالف لها؛ لدلالتها على وجوب البيع بمجرد الافتراق، وقد استثني في هذه الروايات الشرط المخالف للكتاب والسنة[٢].

وجوابه: أن ما أفاده تام لو كان المراد من وجوب البيع بالافتراق وجوبه مطلقاً، ولكن الوجوب فيه - كما تقدم - حيثي، أي من حيث خيار المجلس، لا من كل حيثية، ولهذا لا يتنافى مع خيار الغبن والعيب، وإلا للزمه الالتزام بالمنافاة بينه وبينهما، ولا يلتزم بها.

وقد أجيب عنه بثلاثة أجوبة غير ناهضة:

الجواب الأول للمحقق الخوئي ورده

الجواب الأول: ما أجاب به بعض الأعاظم تدّس من أن المخالفة المتصورة في المقام مخالفتان:

الأولى: المخالفة للكتاب، أي لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ فإن مقتضى الآية أن جميع العقود محكومة باللزوم، فيكون شرط الخيار مخالفاً لهذا اللزوم، فيكون مخالفاً للكتاب.

الثانية: المخالفة للسنة؛ أي اللزوم المستفاد من « فإذا افترقا وجب

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٤.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٢.

البيع » الواردة في خيار المجلس.

والجواب: أما عن المخالفة الأولى؛ فبأن ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ ناظرة إلى إفادة اللزوم للعقد المُنْشَأ على النحو الذي أنشأه المنشئ، والمُنْشَأ في موارد العقود إما مطلق، أو مقيد؛ لاستحالة الإهمال في الواقعيات، والإطلاق في المُنْشَأ - مع شرط الخيار - غير معقول، فيتعين التقييد في المعاملات الخيارية، وأن الملكية فيها محدودة بعدم الفسخ، وحينئذ فالآية في المقام إنما تشمل الملكية الخاصة المقيدة بحد خاص؛ فإن مدلولها (أوفوا بما عقدتم)، وما عقد عليه هو الملكية المحدودة، وعليه فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب، كما أنها في حال إنشاء الملكية المطلقة تحكم بلزومها كذلك؛ لأنها تحكم بلزوم كل عقد على ما أنشئ.

وأما عن المخالفة الثانية، فبأن وجوب البيع المستفاد من الرواية هو الوجوب على ما أنشأه المتبايعان، أي أن مدلولها هو أن الذي يجب هو ما أنشأه البيّعان، والمُنشَأ في البيع الخياري هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ، وفي البيع غير الخياري هي الملكية غير المحدودة، فشرط الخيار لا يتنافى مع (وجب البيع) حتى يكون مخالفاً له[1].

وفيه: **أولاً**: أن في تحديد الملكية المنشأة وتقييدها بالفسخ إشكالاً ثبوتياً، لا إثباتياً حتى يقال بشمول ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ لها فيحكم بلزوم الوفاء بالعقد إلى أن يفسخ.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥.

وتوضيح الإشكال يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن كل قيد متقدم رتبة على المقيّد، ولا نقاش في هذه المقدمة.

المقدمة الثانية: إن الفسخ وعدمه من الأمور ذات التعلّق، ومتعلّقهما العقد، فهما متأخران رتبة عنه، فما لم يوجد عقد لا يعقل الفسخ ولا عدمه.

وهذه المقدمة تامة برهاناً، بلا فرق بين القول بأن النقيضين في رتبة واحدة، والقول بعدم لزوم ذلك؛ فإن تأخر الفسخ وعدمه عن العقد ليس من جهة كونهما نقيضين، بل من جهة كونهما من ذوات التعلّق.

والنتيجة: أن الملكية المُنْشَأة إذا كانت مقيَّدة بعدم الفسخ، ومحدودة به، فبمقتضى التقيّد لابد أن يكون الفسخ وعدمه في رتبة متقدمة على العقد، وبمقتضى كونهما من ذوات التعلّق الذاتي، ومتعلّقهما العقد لابد أن يتأخرا عنه رتبة، فيلزم من القول بالملكية المحدودة بعدم الفسخ اجتماع التقدّم والتأخّر في شيء واحد، وهو محال؛ لكونهما من المتقابلين المستحيل اجتماعهما كذلك.

فتحصل: أن تقيّد العقد بعدم الفسخ غير معقول ثبوتاً، وحلّ الإشكال بما تقدم مبتنٍ على إمكانه.

وثانياً: أنه قال في مقام الدفاع عن نفسه: بأن البيع المحدود زماناً بأمد معيّن كسنة وسنتين باطل إجماعاً، دون ما حدّد بالحالات، والتحديد

بعدم الفسخ من التحديد بالحالات لا بالزمان، بمعنى أن الملكية مطلقة من حيث الزمان، ولكنها مقيّدة من حيث الفسخ وعدمه اللذين هما من الحالات[1].

ويرد عليه: أن مبناه في الإطلاق لحاظ الخصوصيات ورفضها، ولازمه سعة وجود الطبيعي للخصوصيات، وعليه فالقول بإطلاق الملكية المنشأة من حيث الزمان، وتقييدها من حيث الزماني جمع بين الضدين؛ فإن الزماني لا ينفك عن الزمان بالضرورة، فالفسخ وعدمه ليسا من الزمان، وإنما هما من الحالات بتعبيره، ولكن هذا الحال لابد أن يقع في زمان، فلا يعقل وجود الفسخ من دون أن يقع في زمان من الأزمنة، فلازم القول بأن الملكية مطلقة من حيث الزمان، ومحدودة من حيث الفسخ، أنها مطلقة ومحدودة بالنسبة إلى شيء واحد؛ فإن الفسخ لابد وأن يقع في ساعة من يوم من شهر من سنة، فالعقد المقيّد بالفسخ مقيّد بزمان حتماً.

نعم، لو انفك الفسخ عن الزمان لكان ما أفاده معقولاً.

وثالثاً: أن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - حسب مبناه - هو الإرشاد إلى لزوم العقد، لا الوجوب التكليفي كما ذهب إليه الشيخ قدس سره، وبما أنه لا إهمال في الواقعيات، فلا يخلو متعلّق الفسخ - وهي الملكية المنشأة بهذا الإنشاء - إما أن يكون الملكية الجائزة أو اللازمة، ولا ثالث

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥.

في البين، واللازمة لا يصح أن يتعلّق بها الفسخ؛ لمخالفته لفرض اللزوم، والجائزة وإن صح أن يتعلّق بها إلا أن ذلك على خلاف مبناه من إرشاد الآية إلى اللزوم، بل خلاف صريح قوله: (فالملكية المنشأة محدودة بالنسبة إلى الفسخ وعدمه إلى الزمان، فتشملها أدلة اللزوم مع هذه الحيثية المقيّدة، فيكون لازماً إلى أن لا يفسخ)[1].

فلا يصح ما أفاده في هذا الجواب ثبوتاً وإثباتاً، برهاناً وجدلاً.

الجواب الثاني للمحقق الخوئي

الجواب الثاني: ما أجاب به المحقق السيد الخوئي قدس سره أيضاً، من عدم المنافاة بين أدلة اللزوم وشرط الخيار؛ فإن أدلة صحة الشروط ولزومها كقوله صلى الله عليه وآله: « المؤمنون عند شروطهم »[2] مخصِّصة لأدلة لزوم العقود.

وبيان هذا الوجه يحتاج إلى ذكر مقدمة في بيان حقيقة الاشتراط في العقود فنقول:

لو اشترط البائع في المعاملة البيعية شيئاً فقال للمشتري: (بعتك على أن تخيط ثوبي) مثلاً، فالمتصور فيه أمران:

أحدهما: أن يكون بمعنى تعليق البيع على خياطة الثوب.

والآخر: أن يكون بمعنى تعليق الالتزام بالبيع على خياطة الثوب.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥ - ٢٠٦.

(٢) الوسائل، الباب العشرون من أبواب المهور، الحديث٤.

والأول باطل بالإجماع؛ لأن التعليق في العقود موجب لبطلانها إجماعاً، دون الثاني.

توضيح ذلك: إن في البيع التزامين:

الأول: الالتزام البيعي الحاصل بالإيجاب والقبول، كالالتزام بمؤدى قول البائع: (بعتك الدار بألف دينار).

الثاني: التزام المتبايعين بالبقاء على ما التزما به.

والالتزام الثاني كما هو موجود في البيع موجود في الهبة، بل في كل معاملة، وإلا تزلزل أساس المعاملات.

والشروط المأخوذة في العقد لا علاقة لها بالالتزام الأول، فلم يكن معلّقاً عليها حتى يلزم التعليق المبطل في العقود، وإنما هي شروط للالتزام الثاني، فهو المعلّق عليها، فالتزام صاحب الشرط بالبقاء على ما التزم به في العقد معلّق على الوفاء بالشرط، فكأنه قال: إن وفيت لي بالشرط فأنا على ما أنا عليه من الالتزام بالبقاء، وأما مع عدم التزامك به فلي أن أفسخ العقد، فيرجع الشرط في العقد إلى جعل الخيار، بل هو عينه؛ فإن معنى كون الالتزام بالبقاء على الالتزام المعاملي مشروطاً بهذا الشرط، أنه إن وفى له بالشرط وقام بالعمل التزم بالعقد، وإلا فله خيار الفسخ، فترجع الشروط لبّاً إلى جعل الخيار، إلا أن جعله بالالتزام، لا بالمطابقة.

وحينئذ فأدلة الشروط تخصّص أدلة اللزوم، فتنحصر الثانية بالموارد التي لم يجعل فيها الخيار، فيكون شرط الخيار مخصصاً لآية ﴿أَوْفُوا

بِٱلْعُقُودِ ﴾ ، لا منافياً لها، والمستثنى من الشروط هو الشرط المخالف للكتاب والسنة، وقد اتضح بهذا البيان أن شرط الخيار مخصص للآية فلم يكن مخالفاً للكتاب، فيرتفع الاشكال.

وبالجملة: إن حاصل إشكال الفاضل النراقي تدثه أن شرط الخيار مخالف للكتاب والسنة فيكون فاسداً، وقد ثبت أن دليل نفوذ الشرط مخصص للكتاب لا منافٍ له[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

وهنا بحثان: مبنائي يرتبط بحقيقة الشرط؛ فإن الفقهاء - قدس الله أسرارهم - لما لاحظوا أن الشرط الراجع لنفس البيع يستلزم التعليق في العقد، المبطل له عقلاً، أو شرعاً للإجماع، كما حُقِّق في محله، ولا طريق للتخلص عن إشكال التعليق في نفس المعاملة؛ لأن كل شرط تقييد؛ إذ الاشتراط يوجب أن يكون المشروط مقيّداً بالشرط، والتقييد عين التعليق.

قالوا في الجواب عن هذا الإشكال: بأن في كل معاملة تعهدين: تعهد بانتقال المال للطرف الآخر في مقابل العوض، وتعهد بالالتزام بالمعاملة الواقعة، والمعلّق هو التعهد الثاني لا الأول، فلا يدخل في محل المنع.

وما أفادوه دقيق ورافع لإشكال الشرط، ولكن ما يرد على المحقق

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥ - ٢٠٦.

السيد الخوئي تدثّل: أن الاشتراط ليس جعلاً للخيار، بل هو ملازم لجعله كما اعترف به أيضاً في أثناء كلامه، وبيان ذلك:

إن مدلول أدلة الشروط عبارة عن وجوب الوفاء بالشرط - الذي هو عبارة عن الالتزام المربوط بالتزام آخر - وأنه نافذ، والملتزم به أحد أمرين إما صفة، أو عمل، فالأول كما لو قال: بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً؛ فإن متعلّق الالتزام هو الوصف، والثاني كأن يقول له: بعتك المتاع بشرط أن تخيط لي ثوباً؛ فإن متعلّق الشرط هو العمل، فالشروط الصحيحة التي أقرّتها روايات الشروط هي هذه الشروط التي تتعلّق بالعمل أو بالوصف.

نعم، لازم هذا النحو من الشروط أن يكون للمشروط له حق الفسخ عند التخلف عنها، ويُعبّر عن هذا الحق بحق الشرط، وهو قابل للإسقاط والإرث، فالشرط ليس جعلاً للخيار، بل هو مستتبع له، أي أن المدلول المطابقي لأدلة الشروط هو نفوذ الشرط وصحة الالتزام بالمتعلّق، فيجب الوفاء به، ويثبت للشارط حق المطالبة، وإقامة الدعوى عند الامتناع، وللحاكم عند امتناع المشروط عليه عن الوفاء أن يلزمه به، وإلا فللآخر أن يفسخ العقد.

هذا هو المستفاد من أدلة الشروط، وهو ما عليه الفقهاء، فإذا قام الدليل الشرعي على صحة الملزوم وثبت اللازم بالملازمة فنخصص أدلة اللزوم على طبق القاعدة، وأما إسراء هذا الحكم إلى ما لو جعل الخيار بالمطابقة بحيث كان متعلّق الشرط هو نفس الخيار ، فتخصص به أدلة

لزوم العقد، فلا دليل عليه؛ فإن تنقيح المناط لا يقول به، ولا يمكن قبوله، والتمسك بنفس الدليل لإلغاء الخصوصية إنما يكون في ما لو كانت الخصوصية ملغاة حسب ارتكاز العرف، من قبيل ما لو حكم بوجوب غسل اليد عند ملاقاتها للنجس، فهنا يمكن إلغاء الخصوصية بالإضافة إلى ملاقاة النجس لجسم آخر؛ بمناط الارتكاز العرفي على أن ما أوجب الغسل هو سراية النجاسة إلى اليد بلا خصوصية للملاقي، وأما إذا فقد الطريق الدال على إلغاء الخصوصية، ولم نقل بتنقيح المناط لم يمكن القول بالتعدّي لغير مورد الدليل، والشارع إنما أمضى الخيار في مورد التخلّف عن الالتزام بشرط الصفة والفعل، فالتعدّي من موردهما إلى الالتزام بجعل الخيار ابتداء، والحكم بنفوذه، لا وجه له، ولا دليل عليه.

الجواب الثالث: ما أجاب به المحقق النائيني

وتقريب ما أفاده قدس سره في الجواب هو أن كلاً من الجواز واللزوم ينقسم إلى حكمي وحقي، فالجواز الحكمي هو الذي لا يقبل التصرّف والتغيّر كالجواز في عقد الهبة؛ فإنها جائزة سواء رفع صاحبها يده عن الجواز أم لا، وأما الجواز الحقي فهو الذي يمكن رفع اليد عنه، كالجواز في عقد الوكالة؛ فإنها عقد جائز ويمكن للموكِّل رفع يده عنه.

واللزوم الحكمي كاللزوم في عقد النكاح؛ فإنه غير قابل لرفع اليد عنه، واللزوم الحقي كاللزوم في عقد البيع؛ فإنه يقبل رفع اليد عنه.

وفي كل مورد يكون اللزوم حقياً أمكن جعل الخيار، وفي كل مورد يكون حكمياً لم يمكن جعل الخيار، وعلى هذا الأساس لم يصح شرط الخيار في عقدي النكاح والضمان، وأما البيع فيصح فيه شرط الخيار؛ لأن لزومه حقي.

والمعيار في كون اللزوم حقياً أو حكمياً هو جريان الإقالة وعدمه؛ فكلما كان للطرفين حق رفع اليد عن التزاماتهما وفسخ المعاملة بينهما كان اللزوم حقياً؛ فإن الإقالة تكشف عن أن لزوم المعاملة واقع تحت اختيار الطرفين، وكلما لم يكن للطرفين حق الإقالة كان اللزوم حكمياً؛ لأن عدمها كاشف عن كون اللزوم ليس واقعاً تحت اختيارهما، ففي النكاح لا تصح الإقالة فلزومه حكمي، فلا يقبل جعل الخيار، وبما أنها تصح في البيع فلزومه حقي فيقبل جعل الخيار[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ٧٢.

ونذكر تتمة كلامه للفائدة:

(فالبائع يُملِّك المشتري المبيع ويُملِّكه التزامه بكون المبيع بدلاً للثمن، فيَملِك المشتري المثمن والتزام البائع، كما يُملِّك البائع الثمن والتزام المشتري، فكل منهما يملك التزام صاحبه.

و﴿ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ يدل على وجوب الوفاء بهذا الالتزام الذي به سُمّي العقد عقداً وعهداً مؤكداً، كما أن بالإقالة ينحل هذا الالتزام ويردُّ كل منهما الالتزام الذي ملكه إلى صاحبه، والخيار ملك كلا الالتزامين، ولذا يثبت في كل ما يجري فيه الإقالة وبالعكس.

فإذا كان الالتزام من منشئات المتعاقدين، فلو اشترطا أن لا يكون هذا في مدة معينة لأحدهما فلا يملك المشروط عليه التزام المشروط له، وإذا ارتفع موضوع الحكم فلا حكم، حتى يكون شرط خلافه مخالفاً للكتاب).

وحاصل الجواب: أن شرط الخيار لا ينافي أدلة لزوم العقد؛ لأن اللزوم في البيع لزوم حقي لا حكمي، فيكون باختيار المتعاملين.

إشكال المحقق الخوئي على المحقق النائيني ودفعه

وأورد عليه: بأن تقسيم الجواز واللزوم إلى حقي وحكمي يبتني على وجود الاختلاف بين الحق والحكم في الحقيقة، وقد أثبتنا أن حقيقتهما واحدة، وأن كليهما حكم، ولا يوجد في الشرع غير الحكم، ولكن الفقهاء اصطلحوا على الحكم القابل للإسقاط بأنه حق، وغير القابل له بأنه حكم، ففرقوا بين الأمرين من جهة اختلاف الآثار والأحكام، وإلا فكل منهما اعتبار شرعي، والاختلاف من حيث الآثار لا يوجب اختلاف الحقيقة[1].

وفيه: أولاً: أنه إشكال مبنائي؛ فإنه وارد على مبنى المستشكل القائل باتحاد الحكم والحق، ولا يرد على مبنى المحقق النائيني قدس سره القائل باختلافهما في الحقيقة[2].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٢.

(٢) منية الطالب ١: ١٠٦. وقال فيه: (وعلى هذا، فلو لم يكن المجعول الشرعي مستتبعا للإضافة والسلطنة فليس إلا حكماً، وتسميته بالحق إنما هو بلحاظ معناه اللغوي، وأما الاصطلاحي فالفرق بينه وبين الحكم واضح جداً؛ فإن الحكم الشرعي هو المجعول المتعلق بعمل المكلفين اقتضاء أو تخييراً، وهو وإن اشترك مع الحق في بعض الآثار: كجواز رجوع الواهب عن الهبة وجواز فسخ ذي الخيار إلا أنهما متباينان سنخاً، فإن

وثانياً: أنه مع غض النظر عن الإشكال المبنائي نقول: إن غاية ما يقال في بيان هذا المبنى عند القائل به هو أن الحقوق كالأحكام اعتبارات شرعية، ولكن اعتبارات الشارع على نحوين: اعتبارات لها أصول عقلائية، واعتبارات تأسيسية، أي شرعية محضة، والثانية على نحوين أيضاً:

الأول: ما تتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء والتخيير، وهي الأحكام التكليفية؛ فإن في الوجوب والحرمة حيث الاقتضاء، كما أن في الإباحة حيث التخيير.

الثاني: ما تتعلق بأفعال المكلفين لا على وجه الاقتضاء والتخيير وهي الاعتبارات الوضعية.

والثاني على نحوين أيضاً: ما فيه قابلية السقوط والإسقاط، وما ليست فيه هذه القابلية كالصحة والفساد والملكية والزوجية، ويعبّر في لسان الفقهاء عن الثاني بالأحكام الوضعية، وعن الأول بالحق.

هذا غاية ما يقال في تصويره، ولكن البحث أن المحقق الخوئي قدس سره يرى أن أمر اختيار هذا النحو من الاعتبارات - المعبّر عنها في لسان الفقهاء بالحق - بيد المتبايعين، وإذا كانت كذلك فجعل الخيار لا ينافيها؛ إذ لم يكن جعل الخيار منافياً لجنس الحكم، فيتمّ كلام المحقق النائيني قدس سره ولو أعرضنا عن كلمة الحق وقلنا بأن لزوم البيع حكم ليس

الجواز في الأول حكم شرعي، بخلاف الثاني فإنه ملك وإضافة).

إلا؛ فإن أمر هذا الحكم مربوط باختيار المتبايعين بخلاف اللزوم في النكاح؛ فإنه لم يجعل باختيار الزوجين، وكذلك الجواز في الوكالة؛ فإنه باختيار الموكِّل، بخلاف الجواز في الهبة؛ فإنه لم يجعل اختياره بيد الواهب.

والحاصل: أنه عندما جعل الحكم تحت اختيار المحكوم له لم يكن شرط الخيار منافياً له، فلا يرد الإشكال على المحقق النائيني تغمده الله وإن اخترنا مبنى الاتحاد بين الحكم والحق، فيصح جوابه عن إشكال الفاضل النراقي تغمده الله[1].

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ - دام ظله -: بأن للسيد الخوئي تغمده الله إشكالاً آخر وهو ما أفاده بقوله: (على أن النكاح أيضاً قد يطرؤه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح).

فأجاب - دام ظله -: بأن ما أنكره المحقق النائيني تغمده الله إنما هو قابلية عقد النكاح لشرط الفسخ من قبل الزوجين، لا قابليته للانفساخ بحكم الشارع.

وقيل للشيخ الأستاذ - دام ظله - أيضاً: بأن السيد الخونساري تغمده الله قد أورد (في جامع المدارك ٣: ١٥٣) على هذا القول بما حاصله: أن اللزوم لو كان لزوماً حقياً لكان قابلاً للإسقاط؛ لأن كل حق قابل له، فيكون الإسقاط بيد المتبايعين، ولا أظن أن يلتزم به.

ونص عبارته ما يلي: (ولازم ما ذكر أنه لو أسقط البايع أو المشتري حق اللزوم من قبله سقط اللزوم من قبله، بحيث لو رجع عن بنائه قبل تحقق الإقالة كان رجوعه بلا فائدة، وكان العقد من طرفه غير لازم، ولا أظن أن يلتزم به).

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن تعبير المحقق النائيني تغمده الله دقيق؛ حيث قال: بأن اللزوم من سنخ الحقوق، ولم يقل بأنه حق لتترتب عليه أحكام الحقوق، ويرد عليه الإشكال؛ فإن التعبير بأنه من سنخ الحقوق لا يوجب ترتب جميع أحكامها عليه؛ فإن

ونتيجة البحث: أن مقتضى النصوص الخاصة في الباب، وعمومات «المؤمنون عند شروطهم»، جواز شرط الخيار وصحته.

فروع

الفرع الأول: عدم الفرق بين اتصال زمان الخيار بالعقد وانفصاله

قال الشيخ قدس سره: (لا فرق بين كون زمان الخيار متّصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه)[١].

أما المتصل فكأن يشترط الخيار في اليومين الأولين من حين العقد، **وأما** المنفصل فكأن يشترط الخيار بعد اليومين الأولين، وكلاهما صحيح؛ لعموم أدلة الشرط، وإطلاقات الروايات الخاصة، وعليه الإجماع كما يظهر من قول العلامة في التذكرة: (لو شرط خيار الغد دون اليوم صح عندنا... خلافاً للشافعي)[٢].

واستدل الشافعي على مدّعاه بقوله: (لأنّه إذا تراخت المدّة عن العقد لزم، وإذا لزم لم يَعُدْ جائزاً)[٣].

وهو عين الدعوى؛ إذ لا يخفى أن تأثير شرط الخيار المنفصل هو جعل العقد اللازم جائزاً، فكيف يستدل على بطلانه بأنه لو صح لأصبح العقد اللازم جائزاً؟! فهل هو ممنوع عقلاً أو شرعاً أو لا ؟ وإذا كان

بعض الحقوق تقبل النقل والانتقال مع أن اللزوم لا يقبله.

(١) المكاسب ٥: ١١٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١: ٥١.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز ٨: ٣١٢.

ممنوعاً فبأي وجه ودليل؟

ومع ذلك فهو مردود نقضاً بخيار التأخير، كما لو أخّر الثمن عن ثلاثة أيام من حين العقد؛ فإن العقد وقع لازماً وصار جائزاً بعد ثلاثة أيام من حينه، وبخيار الرؤية، وخيار التفليس، والبيع المشروط برد الثمن.

وحلاً بمقتضى العمومات والإطلاقات المشار إليها[1].

الفرع الثاني: في حكم العقد بعد انقضاء مدة الخيار

وذلك فيما لو حددت له مدة مضروبة معينة، وفي المسألة ثلاثة وجوه، ترتبط بتعيين المرجع في مثلها، هل هو التمسك بعموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾، أو استصحاب حكم المخصص، أو غيرهما؟

ولا بدّ قبل تعيين ذلك من بيان المستفاد من الآية الكريمة، هل هو خصوص العموم الأفرادي، فيكون مدلولها وجوب الوفاء بكل عقد عقد فقط، أو هو مع الإطلاق من جهة الزمان؟ فيجب الوفاء بكل عقد في كل زمان، ويختلف الحكم باختلاف المدلول.

فإن قلنا بأن مدلولها خصوص العموم الأفرادي، ولا تعرّض لها لناحية الزمان، فبعد انقضاء مدة الخيار لا يمكن الرجوع إلى عمومها؛ لأن

---

(١) وهنا علّق الشيخ الأستاذ - دام ظله - بأن بهذا الاستدلال وأمثاله تظهر مظلومية فقه أهل البيت عليهم السلام؛ فإن غاية ما تعقّله هذا الذي هو إمام في الفقه عند أهل السنة أن جعل الدعوى دليلاً ولم يأت بوجه للمنع.

الفرد الخارج من تحت العام لا يعود إليه مرّة أخرى، فيسقط العام بالإضافة إليه، فلا بدّ من البحث عن مرجع آخر.

فربما يقال: بأن المرجع حينئذٍ هو استصحاب حكم المخصص، فيحكم ببقاء الخيار.

إلا أنه غير صحيح؛ لأن قاعدة دوران الأمر بين التمسك بالعام وبين جريان حكم المخصص إنما تأتي في ما لو كان الزمان المأخوذ في المخصص ظرفاً للحكم لا مفرّداً له، والزمان في مثل موردنا - من جعل الخيار لنفسه مدة معينة كالشهر أو السنة - مفرِّد؛ حيث جعل حدّاً له، فيكون قيداً لا ظرفاً، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار بعد انتهاء المدة المضروبة.

وبعد انتفاء التمسك بالعام، وعدم جريان استصحاب حكم المخصص، يكون المرجع في المرحلة الأولى عدم نفوذ وتأثير الفسخ في ما لو فسخ؛ إذ نشك بعد انقضاء مدة الخيار في تأثير الفسخ، والأصل عدمه.

ولو نوقش في جريانه فالمرجع هو استصحاب بقاء الملكية الحاصلة بالعقد بيد من انتقلت إليه؛ فإنه لو فسخ من كان له الخيار وشك في تأثير الفسخ، فإن كان مؤثراً رجعت الملكية إلى صاحبها الأول، وإن لم يؤثر فهي باقية عند المالك الجديد، فيستصحب - عند الشك - بقاؤها عند من انتقلت إليه؛ فإن المقتضي لاستصحاب الملك موجود، والمانع منه مفقود.

وإن قلنا بأن في الآية عموماً أفرادياً، وإطلاقاً أزمانياً، كما هو التحقيق:

فإن قلنا بأن مفاد الآية هو الإرشاد إلى لزوم العقود، كان مفاد عمومها الأفرادي أن كل عقد لازم، وهو - مقتضى الإطلاق الأزماني - أنه لازم في كل زمان؛ لعدم تعقّل الإهمال بالإضافة إلى الزمان، ولم تقيّد بزمان خاص، وحينئذ لا بدّ من ملاحظة نحو أخذ الزمان، وأنه أخذ بنحو القيدية، أو بنحو الظرفية، فإن أخذ بالنحو الأول كان المعنى أن لكل عقد في كل زمان لزوماً، فيتعدّد اللزوم بتعدّد الآنات، فيرتفع اللزوم بشرط الخيار عن الحصة الخاصة من الزمان، وأما الحصص الأخرى من الزمان التي لم يشترط فيها الخيار فيبقى اللزوم فيها على حاله، بمقتضى الإطلاق الزماني.

وإن أخذ بالنحو الثاني - الظرفية - فاللزوم في العقد واحد مستمر في الزمان، فإذا انقطع بالخيار لم يمكن التمسك بالإطلاق؛ إذ لا فرد آخر له، فيرجع إلى الأصل العملي.

وإن قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالعقد، ولازمه اللزوم، فطبع الحكم التكليفي يختلف عن الحكم الوضعي؛ فإن الأصل الأولي في الحكم الوضعي أن لا يكون متعدّداً؛ لقصور ذاته عن التعدّد والتقيّد بالأزمنة، فاللزوم بحسب الارتكاز العقلائي والعرفي غير متعدّد، فليس للعقد لزومات متعدّدة، كما هو الحال في الملكية؛ فإن ملكية زيد للدار ليست بنحو أن تكون لكل آنٍ ملكية، بل المعتبر ملكية واحدة،

والزمان ظرف لها، وكذا في الصحة والنفوذ؛ فإنه ليس لكل آنٍ صحة ونفوذ، بل المجعول واحد مستمر في الزمان.

وأما الحكم التكليفي فعلى العكس منه؛ فإن طبعه الأولي هو التعدّد بحسب الأزمنة؛ فإن الوفاء بالعقد واجب، والوفاء في الزمان الأول غيره في الزمان الثاني، كما في سائر الواجبات والمحرمات التكليفية؛ فإن الوجوب المستفاد من (أكرم العالم) متعدد بحسب الأزمنة، وحرمة شرب الخمر متعددة كذلك.

وعلى هذا فيحمل الحكم التكليفي على التعدد بحسب الأزمنة إلا أن تقوم قرينة على جعل الزمان ظرفاً له فيكون واحداً مستمراً في الزمان، لا متفرّداً به.

والحاصل: أن الأصل الأولي في الحكم الوضعي أن لا يكون متعدّداً، بخلاف الحكم التكليفي، وربما تقوم القرينة في كل منهما على خلاف طبعهما، فلا بدّ أن يلاحظ هذا المعنى، كما لا بدّ أن يلاحظ المبنى في مفاد الآية، فهل هو خصوص العموم الأفرادي، أو يشمل الإطلاق الأزماني، وعلى الثاني، فهل الزمان أخذ ظرفاً للحكم أو قيداً له، والحكم بعد المدّة المضروبة للخيار يدور مدار هذا الاختلاف.

الفرع الثالث: في حكم شرط الخيار في مدة مجهولة

إذا اشترط الخيار في مدة مجهولة - كقدوم الحاج - فالبيع باطل بلا خلاف، ولكنهم اختلفوا في نحو الاستدلال.

أدلة الشيخ على البطلان

فاستدل عليه الشيخ تغمده الله - مضافاً إلى نفي الخلاف عنه، ونقل الإجماع عليه[1] - بوجوه ثلاثة:

الأول: صيرورة المعاملة بذلك غررية، والبيع الغرري باطل بالضرورة؛

---

(١) المكاسب ٥: ١١٣، وعبارته تغمده الله: (بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً)، وعلّق على ذلك شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن نفي الخلاف أعم من الإجماع على بعض المباني مثل كونه اتفاق العلماء؛ إذ يمكن أن لا يكون لأحد الفقهاء قول في المسألة، كأن يتوقف فيها، أو لم تكن محرّرة، فلا يعدّ مخالفاً ولا يثبت الإجماع، ولهذا ترقى الشيخ تغمده الله من نفي الخلاف إلى نقل الإجماع.

والحاكي للإجماع صاحب مفتاح الكرامة تغمده الله حيث قال في ١٤: ١٩٢ - ١٩٣ ما لفظه: (يشترط تعيين المدّة المشترطة بما لا يحتمل الاختلاف محروساً من الزيادة والنقصان، فلو نيطت بإدراك الغلاّت أو زيادة الماء ونقصانه أو إيناع الثمرات أو نحو ذلك **بطل الشرط بالإجماع**، والنهي عن الغرر، وتطرّق الجهالة إلى العوضين؛ لجهالة الشرط؛ لأنّ الأجل له قسط من الثمن، مع موافقة الحكمة والاعتبار؛ لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف، والإناطة بالمختلف مثار الخلاف).

وأما صاحب المقابس فقال في ص١٨٤: (فلو شرطاه مدة مبهمة، أو أطلقاه بطل على الأظهر الأشهر..).

ثم ادّعى الإجماع على النهي عن الغرر؛ حيث قال في الجواب عن الشيخ المفيد تغمده الله ومن تبعه الذاهبين لثبوت الخيار ثلاثة أيام لو أطلقاه:

(لنا أنه شرط مجهول؛ لعدم التعيين كما هو المفروض، وهو يقتضي الغرر المنهي عنه بالإجماع، والنصوص، فيفسد لذلك..).

لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر[١]، وإن لم يثبت النهي عن مطلق الغرر[٢].

ثم أورد على نفسه دخلاً من طريقين ودفعه:

الطريق الأول: إن العرف يتسامح في بعض المقامات، وهذا منها، وبما أن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف، فالغرر بالحد الذي يتسامح فيه العرف غير مبطل.

الطريق الثاني: إن العقلاء يقدمون على المعاملات المشتملة على مثل هذا الغرر، وإقدام العقلاء يمنع من انعقاد إطلاق « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر ».

وبعبارة مختصرة: إن التسامح العرفي وإقدام العقلاء يمنعان من انعقاد الإطلاق في الحديث، وبعد سقوط إطلاقه يرجع إلى عمومات حل البيع.

ويمكن تعميق الإشكال بصياغة فنيّة بأن يقال: إن نسبة « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » إلى دليل ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ نسبة المخصص المنفصل إلى العام؛ فإن آية الحل تشمل بإطلاقها البيع الغرري وغيره، والحديث يخصِّصها بغير الغرري، وبسبب التسامح العرفي وإقدام العقلاء على بعض الأفراد الغررية تضيّق مفهوم الغرر، ولا أقل من صيرورته مجملاً مردّداً بين الأقل والأكثر، والقاعدة في مثله إذا كان المخصص

---

(١) الوسائل، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث٣.

(٢) أرسل في كتب الفقه: « نهى النبي عن الغرر »، كما في السرائر ٢: ٤٥٩، وغيره.

منفصلاً هو التمسك بالعموم، فيتمسك في المقام بآية الحل.

وحاصل ما أجاب به الشيخ قدس سره عن الإشكال: أنه لا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات، وإقدام العقلاء أحياناً؛ فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع ولو بهذا الحدّ من الغرر، وأنه قد ردع عن ذلك، فالغرر في بيع الجزاف غير مبطل عند العرف، ولكنه مبطل عند الشارع، وكذلك في موارد الأجل والمدة؛ فإنه لو لم يكن على كمال الانضباط لا يمنع من الصحة عند العرف، ولكنه يمنع منها شرعاً، ويباع المتاع عند العرف في بعض الموارد بالمشاهدة، ولا يكتفي الشارع بها، بل لا بدّ من الكيل أو الوزن، ولعل هذا هو مراد بعض الأساطين من قوله: (إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف)[1]، وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف[2].

الثاني: الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم[3]؛ فإن

---

(١) عادة ما يعبر الشيخ قدس سره بهذا التعبير عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله، ولكنا لم نجده عنده، ووجدنا العبارة عند ولده الفقيه المحقق الشيخ علي بن جعفر رحمه الله في كتابه شرح خيارات اللمعة ص١٢١؛ حيث قال: (والظاهر أنّ دائرة الغرر الشرعي أضيق من العرفي، فإنّ النقود مثلاً إذا تساوت وزناً وصرفاً ورغبة لابدّ فيها من ذكر النوع والصنف وإن لم يترتّب على ذلك الغرر العرفي..إلخ).

(٢) المكاسب ٥: ١١٣ - ١١٤.

(٣) الوسائل، الباب٣ من أبواب السلف، وفيه عدة أحاديث منها: الحديث٤ :

عن سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي

المستفاد منها سقوط الأجل غير المعلوم عند الشرع؛ لكيلا يحصل الغرر[١].

الثالث: خصوص موثقة غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: « لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس[٢] ولا إلى حصاد »[٣].

مع أن التأجيل إلى الدياس والحصاد وشبههما فوق حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع[٤].

استدلال صاحب الجواهر على البطلان

واستدل صاحب الجواهر قدس سره على البطلان بوجهين:

الوجه الأول:

أن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة؛ لأنه من صغريات الغرر المنهي عنه؛ لأن الشرط يوجب الجهالة في الثمن؛ لدوران الأثمان ارتفاعاً ونزولاً مدار الشرط وجوداً وعدماً، فقيمة المبيع مع الشرط تختلف عنها بدونه، والجهالة في الثمن تسبب الغرر، وقد «نهى النبي صلى الله عليه وآله

يصنع في البلد الذي أنت به؟ قال: « نعم إذا كان إلى أجل معلوم ».

(١) المكاسب ٥: ١١٤.

(٢) الدياس: دق الطعام بالفدان ليخرج الحب من السنبل، والحصاد: قطع الزرع بالمنجل، الوافي ١٨: ٥٥٣.

(٣) الوسائل، الباب٣ من أبواب السلف، الحديث٥.

(٤) المكاسب ٥: ١١٤.

عن بيع الغرر»، فيكون الشرط الموجب لذلك مخالفاً للسنة، ومن ثمَّ يكون مخالفاً للكتاب أيضاً؛ بمقتضى ما دلّ على وجوب اتباعها، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [١].

الوجه الثاني:

أن تشريع العقود لأجل رفع التشاح وقطع الاختلاف فلا يعقل أن تناط - تأسيساً أو إمضاء - بما هو مثاره ومنشأ له.

ثم قال تدثّر - في ذيل قول المحقق رحمه الله : « ولو شرط كذلك بطل البيع» - : (لا الشرط خاصة، كما ستسمعه فيما يأتي إن شاء الله تعالى محرّراً)[٢].

وحاصل ما أفاده في محله: أن الشرط فاسد فيسري فساده إلى البيع، فيفسد[٣].

والفرق بين الاستدلالين أن الشيخ تدثّر قد استدل بفساد المتبوع، وصاحب الجواهر تدثّر استدل بفساد التابع، وبينهما فرق بيّن، ولهذا الفرق أورد الشيخ تدثّر على صاحب الجواهر تدثّر في الوجه الأول بإيرادين:

---

(١) سورة الحشر: ٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣٢ - ٣٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١٩٨.

مناقشة الشيخ لصاحب الجواهر

الأول: أن كون البيع - بسبب الشرط - مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط، والمقصود الاستدلال على فساد البيع بغرريته، لا بغررية شرطه، فلا معنى للاستدلال بالثاني[1].

الثاني: أن هذا الاستدلال مبنائي؛ فإنه يبتني على أحد المباني في المسألة المختلف فيها، وهي هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟ فالاستدلال على الفساد بغررية البيع نفسه لا بحث فيه، وأما الاستدلال عليه بفساد الشرط ففيه بحث بينهم، من جهة إيجابه فساد العقد وعدمه، وأحد المباني هو الحكم بفساد العقد.

وهذا الإشكال وارد على صاحب الجواهر قدس سره؛ فإنه علّل الفساد بأن الشرط مخالف للكتاب والسنة، ولكن الغرر يحصل في الثمن من ناحية الشرط، فليكن التعليل من الأول بأن البيع مخالف للكتاب والسنة، لا بأن الشرط مخالف لهما.

اللهم إلا أن يريد صاحب الجواهر قدس سره أن يستدل برواية « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر » على أن لا يكون الشرط مطلقاً غررياً، وليس برواية « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، وبما أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر وإن لم يكن بيعاً، فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالفاً

(١) المكاسب ٥: ١١٥.

للكتاب والسنة.

فيرد عليه ما أورده الشيخ قدس سره من أنه أكل من القفا؛ لسراية الغرر إلى البيع، فليعلّل فساده من الأول بأنه غرري، ولا حاجة إلى أن يستند في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب والسنة.

توضيح المحقق الخراساني لكلام الشيخ ومناقشته للعلمين

ثم إنه - بحسب ما تقدّم - عرفنا أن الشيخ قدس سره استدل - بعد الإجماع ونفي الخلاف - بصيرورة المعاملة غررية بذلك، ولم يوضح طريق الغرر، وقد أوضحه المحقق الخراساني قدس سره في حاشيته، وبما أنه قدس سره ناظر إلى كلامي الشيخ وصاحب الجواهر - قدس سرهما - فلا بأس بالتعرض لكلامه وتوضيحه فنقول:

إن الشرط على نحوين، فتارة يكون قيداً، فتكون المعاملة مقيَّدة به، وأخرى يكون التزاماً في ضمن المعاملة بدون أن يكون قيداً لها، واستدلال الشيخ قدس سره مبني على إرادة الأول؛ فإن المعاملة المقيّدة بقيد غرري تكون غررية، فيشملها « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، فتبطل، بخلاف ما لو أخذ بالنحو الثاني، أي كان التزاماً في ضمن المعاملة ولم يكن قيداً لها؛ فإن جهالته لا توجب غرريتها، وعليه فلابد من ملاحظة الشرط نفسه، وهل أنه مخالف للكتاب والسنة أو لا؟ فإن كان مخالفاً فسد الشرط، وهل يفسد العقد به أو لا ؟ يبتني على القول بالسراية.

ثم أشار إلى رأي صاحب الجواهر قدس سره بقوله: (ولعل الاستدلال بأن

اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة؛ لأنه غرر، ناظر إلى ذلك فلا يرد عليه ما أورده عليه).

نعم، يرد عليه: أن جهالته حينئذ لا توجب الغرر في المعاملة أصلاً؛ لعدم تقيّد البيع به حتى يكون غررياً، بل جعل شرط الخيار التزاماً في ضمنه، فلم تتجاوز الجهالة من الالتزام إلى البيع، وحاله حال شرط الخيار في هذا البيع في ضمن عقد آخر إذا لم يكن المشروط مقيّداً به، انتهى[1].

ويتلخّص كلام المحقق الخراساني قدس سره في مطالب ثلاثة:

١- الاستدلال على مدّعى الشيخ قدس سره من كون البيع غررياً بأنه مقيّد.

٢- نفي الغررية في ما لو كان الشرط بنحو الالتزام في ضمن المعاملة.

٣- إرجاع كلام صاحب الجواهر قدس سره إلى كون الشرط بنحو الالتزام في ضمن المعاملة، فيندفع عنه إشكال الشيخ قدس سره.

المناقشة في كلام المحقق الخراساني

وفي جميع هذه المطالب نظر:

أما الأول - وهو ابتناء استدلال الشيخ قدس سره على القيدية بأن يكون البيع مقيّداً، والغرر في القيد يوجب الغرر في المقيّد - فلأن المبنى محل إشكال؛ فإن لازم جعل الشرط قيداً للمعاملة هو التعليق؛ لعدم معقولية تحقّق المقيّد بدون تحقّق القيد، والتعليق مبطل بلا إشكال، فيبطل

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس سره: ١٧٦.

استدلال الشيخ تدثّر من أساس.

وأما الثاني - وهو جعل الشرط التزاماً في ضمن التزام آخر وليس قيداً، فلا يلزم غررية البيع - فلأن معنى الالتزام في ضمن التزام لا يخرج عن أحد حالين؛ ولا شقّ ثالثاً في البين، فإما أن تكون المعاملة مقيّدة والشرط قيداً، أو تكون ظرفاً والشرط مظروفاً، فإن كان الأول عاد الإشكال السابق، وهو لزوم التعليق المبطل، وإن كان الثاني - أي مجرد كون المعاملة ظرفاً والشرط مظروفاً - فهو ينفي مفهوم الشرط وماهيته؛ لأنه أخذ في مفهومه وحقيقته الربط والارتباط، أي أن حقيقة الشرط متقوّمة بالربط، فإذا كان المراد مجرد الالتزام في ضمن الالتزام بدون أن يوجب قيداً أصلاً فهو مخالف لماهية الشرط ومفهومه، والعجب أنه نظّره بالالتزام به في ضمن عقد آخر، فيشكل بأنه ليس بشرط حينئذ؛ فإن الشرط عبارة عن التزام مربوط بالتزام آخر.

ويمكن أن يكون منشأ كلامه - وإن كان شأنه أجلّ من ذلك - ما ورد في كلمات اللغويين في تعريف الشرط من أنه: (إِلزامُ الشيء والتزامُه في البيع ونحوه)[1]، ولكن اللغويين أنفسهم صرحوا بأنه يعتبر الربط في الشرط، وبأن قوام الشرط بالتعلّق والارتباط.

وأما الثالث - وهو حمل كلام صاحب الجواهر تدثّر على إرادة الالتزام

---

(١) لسان العرب ٧: ٣٢٩، مادة شرط.

في ضمن الالتزام - فلأنه لم يعط كلام صاحب الجواهر تدّس سرّه حقّه من التأمل؛ فإن المحقق تدّس سرّه قال في المتن: (لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة، ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج)، وصرّح صاحب الجواهر تدّس سرّه بقوله: (على أن مشروعية العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره)[1]، والإناطة والظرفية متقابلان، فلا يريد صاحب الجواهر تدّس سرّه من جعل الشرط إلا القيد.

تلخيص وتحقيق

وتحقيق الكلام في المقام: أن كلمات الفقهاء في وجه غررية البيع المشروط بشرط مجهول مختلفة، وهي على أقوال:

القول الأول: ما يستفاد من كلام عدّة من الأعاظم كالمحقق تدّس سرّه وصاحب الجواهر تدّس سرّه في عبارتهما المتقدمة، من أن وجه الغررية هي الإناطة بأمر غرري، فالبيع غرري؛ لأنه منوط بالشرط الغرري.

ويرد على هذا البيان - مضافاً إلى إشكال التعليق المبطل - لزوم الدور؛ لأن الخيار في ذاته منوط بالبيع؛ إذ لو لم توجد المعاملة لم يوجد الخيار، فإذا كان البيع منوطاً بشرط الخيار لزم الدور الواضح؛ لتوقّف البيع على الخيار حينئذ، وقد كان الخيار متوقفاً عليه، فيلزم أن يكون الشيء الواحد منوطاً ومنوطاً به.

القول الثاني: ما أفاده عدّة آخرون كالمحقق النائيني تدّس سرّه من أن الشرط

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣٢.

بمنزلة الجزء من العوضين، فجهالته توجب جهالتهما؛ لسرايتها إليهما، فيكون البيع غررياً لذلك[١].

وفيه: أن الشرط وإن كان منشأ لزيادة مالية العوضين أو نزولها إلا أنه خارج عن طرفي المعاملة، فلو جعل بمنزلة الجزء من أحد العوضين لزم ترتّب أحكامهما عليه عند انتفائه، كخيار تبعّض الصفقة؛ لأن التنزيل عبارة عن ترتّب أحكام المنزّل عليه على المنزّل، فتترتب أحكام الجزء على الشرط، مع أن أحكام الشرط تختلف عن أحكام الجزء بالضرورة الفقهية.

القول الثالث: ما أفاده المحقق الخراساني تغمده الله وآخرون من أن المعاملة مقيَّدة بالشرط، فإذا كان القيد غررياً فالمقيّد بما هو مقيّد يكون غررياً[٢].

ولا يخفى أن القيد لا يخرج عن أحد حالين: إما أنه شرط، أو وصف، ومرادنا من الشرط ما يناط به الشيء، ويتوقف عليه المشروط.

فإن كان المراد به في المقام الشرط توجّهت عليه الإشكالات الواردة على المحقق وصاحب الجواهر قدس سرهما.

وإن كان المراد به الوصف، أي الخصوصية، فيكون المراد أن الذات

---

(١) منية الطالب ٣: ٧٤.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني تغمده الله: ١٧٦.

متخصصة بالخصوصية المذكورة بالقيد، من قبيل أن الرقبة مقيّدة بالإيمان، ففيه احتمالان:

الأول: أن يتخصص العوضان بالخصوصية المذكورة.

الثاني: أن تتخصص المعاملة بها.

فالتقيد بهذا المعنى إما أن يرجع إلى تضيق دائرة العوضين، وتخصصها بخصوصية خاصة، أو إلى تقيّد نفس المعاملة، وبما أنه لا معنى لأن يتخصص العوضان بشرط الخيار في مدّة مجهولة، فالشرط ليس وصفاً للعوضين، ولا يعتبر خصوصية لهما، فيتعيّن الثاني وهو أن يكون البيع متخصصاً بهذه الخصوصية، ومعنى تخصّص المعاملة بخصوصية ليس إلا إنشاء البيع الخاص، وهو البيع ذو الخيار، في مقابل البيع الفاقد له؛ وحيث إن البيع متخصّص بالخصوصية فهو يتبعها في الغررية، أي إذا كانت الخصوصية غررية فهو غرري، ولا يرد عليه ما يرد على صاحب الجواهر قدس سره، ولكنه يحتاج إلى إثبات أن البيع مع هذه الخصوصية غرري منهي عنه، وما استدل به عليه وجهان:

الوجه الأول: حديث « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر »[1]، وشرط الخيار في المدة المجهولة غرر، فيشمله النهي.

بيان ذلك: أن متعلق النهي في الحديث هو الغرر، وهو يصدق على الشرط، وعلى البيع، والاستدلال به من حيث انطباقه على الشرط، ولكن

(١) أرسل هذا الحديث في كتب الفقه، كما في السرائر ٢: ٤٥٩، وغيره.

غايته فساد الشرط، وأما فساد البيع فيتوقف على الالتزام بأن الشرط الفاسد في المعاملة مفسد لها، أو يلتزم - على الأقل - بأن خصوص هذا الشرط مفسد للبيع.

وسيأتي البحث في كبرى فساد البيع بفساد الشرط في تتمة الشروط إن شاء الله تعالى، والمعروف بين المحققين المتأخرين أن الشرط الفاسد غير مفسد للبيع، والأحرى أنهم فصّلوا بين الشروط، فقسم من الشروط فاسد ولا يحدث بسببه أي مانع بالنسبة إلى العوضين، ولا إلى المعاملة، فلا يكون مثله مفسداً لها، ومثاله أن يبيع المتاع بشرط القيام بعمل محرم، فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولكنه لا يخل بشروط البيع وجوداً وعدماً، فلا يكون مفسداً.

وقسم آخر يوجب الفساد إذا أخذ قيداً وخصوصية، وهو ما إذا كان الشرط غررياً، والفرق بينه وبين غيره أن تلك الخصوصيات لا توجد المانع في المتخصص بها، ولكن هذه الخصوصية توجده فيه؛ لأن الشرط الغرري يوجب أن يكون البيع غررياً بسبب تخصصه به، وعليه فلا بدّ من الاتزام بسراية فساد الشرط إلى المشروط في المقام وإن لم يلتزم بها بنحو العموم، وبهذا يتم الاستدلال بالحديث في المقام من هذه الجهة.

ولكن الشأن في سنده؛ لكونه مرسلاً غير منجبر بعمل الأصحاب قطعاً، فالاستدلال به في المقام باطل.

الوجه الثاني: قول النبي ﷺ: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، فالاستدلال بنفس غررية البيع، لا بغررية الشرط كالسابق، وهو العمدة؛ للتسالم على مبطلية الغرر في البيع، وإنما البحث في صغروية المقام للبيع الغرري، بمعنى كون البيع - مع شرط الخيار مجهول المدة، بناء على القيدية بالمعنى الثاني - غررياً.

وغاية ما يمكن في تقريب الاستدلال به أن يقال: إنه لا شك في سببية الشروط لحدوث خصوصيات في المعاملات؛ بحيث تتفاوت الرغبات والماليات بحسب وجود هذه الشروط وفقدها، فلها تأثير في نقص المالية وزيادتها، ولا شك أن الثمن في قبال المتاع في البيع الخياري يختلف عنه في البيع اللازم، وعلى هذا الأساس طرحت في باب الخمس مسألة تعلّق الخمس في البيع الخياري قبل اللزوم وعدمه، فعلّق الحكم بوجوب الخمس على حصول الربح في البيع الخياري وعدمه، فإن عدّ ربحاً قبل اللزوم تعلّق الخمس به وإلا فلا.

إذا اتضحت هذه النكتة فنقول هنا: إن شرط الخيار في مدة مجهولة يوجب الغرر في نفس البيع؛ وذلك لأن القيمة أثناء المدة المجهولة قابلة للصعود والنزول، فيختلف وضع المعاملة بحسبه، فلو مضت مدّة وارتفعت قيمة المتاع وكان للبائع الخيار فسوف يفسخ البيع، وسيتضرر المشتري حينئذ، بخلاف ما لو لم يكن له الخيار، وكذلك الحال لو انعكس الأمر، فلو نزلت قيمة المتاع وكان للمشتري الخيار وفسخ البيع لتضرر البائع، فوضع المعاملة بالنسبة لهما متفاوت جداً، فالمعاملة تكون

غررية فتبطل.

مناقشة المحقق الخوئي لهذا الاستدلال وردّها

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي تدّس: بأن الغرر لا يخرج عن أحد معنيين؛ فإنه إما بمعنى الجهالة، أو بمعنى الخطر، فإن كان بالمعنى الأول، فالجهالة المفسدة للبيع هي جهالة الثمن أو المثمن، وكلاهما في المقام معلومان، وجهالة مدة الخيار لا توجب جهالتهما.

وإن كان بالمعنى الثاني، فلا خطر في البين؛ لأن الفسخ إما أن يتحقق أو لا يتحقق، فإن لم يتحقق فالمنتقل للمتبايعين من الثمن والمثمن على ما هو عليه من المعلومية وعدم الخطر، وإن تحقق رجع المال إلى صاحبه بكامله بلا خطر عليه أيضاً.

نعم، الخطر في مقدار المالية؛ إذ ربما تزيد القيمة أو تنقص في المدة المجهولة، ولكن هذا الخطر غير مضر؛ بدليل وجوده في جميع موارد الخيارات، مع قيام ضرورة النص والفتوى على ثبوت الخيار، وعدم الحكم بغررية المعاملة فيها، فخيار المجلس محدود بدوام المجلس وربما تطول مدته، فترتفع قيمة المبيع أو تنقص أثناءها، وكذلك الحال في البيع المشروط بردّ الثمن؛ فإن زمان ردّ الثمن مجهول، فيمكن أن تطول المدة إلى سنة ويمكن أن تقصر، فيزيد الثمن أو ينقص أثناءها،

وكذلك في موارد الشبهة الموضوعية لخيار العيب والغبن[١].

ويندفع أولاً: بأنا نختار المعنى الثاني ولا يرد الإشكال؛ لأن متعلّق النهي في الحديث هو فعل المتبايعين، أي الغرر الناشئ من فعلهما، وهو إيقاع البيع الغرري كما في المقام، وأما موارد النقض فالغرر فيها مترتب على البيع بفعل الشارع أو بتباني العقلاء.

وبعبارة فنية: إن الغرر الناشئ من ناحية نقصان القيمة ونزولها في خيار المجلس مترتب على وجود الخيار، وهو مترتب على حصول البيع بحكم الشارع، وما كان كذلك يستحيل أن يمنع من صحة البيع؛ لأن صحة خيار المجلس متفرعة على صحة البيع، فالغرر الحاصل من ناحية الخيار المتوقف على صحة البيع لا يمكن أن يرفع صحة البيع؛ وإلا يلزم أن يكون المعلول علّة لزوال علّته، وأن يكون ما يأتي من جانب الحكم منشأ لزوال موضوع نفسه، وهو واضح البطلان، فهناك فرق بين موارد النقض ومحل البحث.

وثانياً: بأنا لو غضضنا النظر عن ذلك، فمن نفس وجود مثل هذا الغرر في الشريعة نستكشف أن الغرر المنهي عنه غير هذا.

وثالثاً: بأن وجود مثل هذه الموارد في الشرع يوجب كون دليل الغرر مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في المخصص على القدر المتيقن، وهو الغرر الظاهر في العوضين، لا في ارتفاع المالية ونزولها.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١١ - ٢١٢.

تحقيق المحقق الأصفهاني في وجه غررية البيع مع هذا الشرط

وهنا تحقيق للمحقق الأصفهاني تدثه في بيان وجه غررية البيع المقترن بهذا الشرط وحاصله: أن الالتزام البيعي قد يكون ظرفاً محضاً للالتزام الشرطي، فيكون الغرض من أخذه فيه تصحيح الشرط فقط؛ لأن الشرط لا في ضمن العقد إما ليس بشرط، أو أنه غير صحيح، وعلى هذا التقدير لا ربط للبيع بالشرط، فالشرط وإن كان غررياً إلا أنه لا يؤثر في البيع؛ لكونه مجرد ظرف.

وقد يكون الغرض منه عبارة عن الشرط، فيكون الالتزام المعاملي منوطاً به، وفي مثله تسري غررية الشرط إلى البيع، فيكون غررياً[1].

وفيه: أولاً: أن جعل البيع مجرد ظرف للشرط بدون أي ارتباط، بل لأجل أن يكون الشرط في ضمن عقد ليس إلا، لا يرفع إشكال الشرط الابتدائي.

بيان ذلك: أن عدّة من الفقهاء التزموا بالشروط الابتدائية؛ مستندين إلى قوله صلى الله عليه وآله: « المؤمنون عند شروطهم »[2]، وهو مندفع بأخذ الارتباط في مفهوم الشرط وحقيقته، وكلمات اللغويين في تعريفه بأنه التزام في ضمن التزام من بيع وغيره ناظرة إلى ذلك، فصرف الظرفية بدون أي ارتباط لا يحقق مفهوم الشرط، بل لا بدّ من ارتباطه بما يكون هو في

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٧٦.

(٢) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

ظرفه حتى يصدق عليه عنوان الشرط، فصرف الظرفية لا ترفع إشكال الشرط الابتدائي؛ لعدم صدق مفهوم الشرط عليه حينئذ، فلا يصح أن يقال: (الالتزام البيعي قد يكون ظرفاً محضاً للالتزام الشرطي، فيكون الغرض من أخذه فيه تصحيح الشرط فقط).

وثانياً: أن قوله: (وقد يكون مربوطاً بالإقدام المعاملي..) فيه: أن ارتباط البيع بالشرط لا يخرج عن حالين، إما أن يكون بنحو التعليق، أو بنحو التقييد، فإن كان بالنحو الأول كان البيع باطلاً؛ لأجل التعليق، لا لأجل الغررية ، وإن كان بالنحو الثاني فقد صرّح - قبل قوله : (والتحقيق) - بـ(أن التقييد في البيع الشخصي لا معنى له؛ حيث لا سعة له حتى يتضيّق بتقييده)[1]، ومع انتفاء التقييد تنتفي الغررية أيضاً، فتبطل دعوى الغرر على كلا التقديرين.

هذه جملة أنظار أكابر الفن من صاحب الجواهر والشيخ والمحقق الخراساني والمحقق الأصفهاني وغيرهم أعلى الله مقامهم، ولم ينهض منها وجه وجيه لبيان غررية البيع.

التحقيق في المسالة

والتحقيق في المسألة يحتاج إلى بيان مقدمة وهي:

إن الخيارات على قسمين:

القسم الأول: الخيارات التعبدية التأسيسية من قبل الشارع، كخيار

(١) حاشية الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٧٥.

المجلس والحيوان، وهي متحققة على كل تقدير، سواء أكان ذو الخيار عالماً أم جاهلاً، وسواء أكانت مدة خيار المجلس معلومة أم مجهولة من جهة حصول الافتراق وعدمه، والغرر الناشئ من هذه الخيارات على فرض حصوله لا ضير فيه، ويكون مستثنى من دليل النهي عن الغرر؛ لأن النهي عن بيع الغرر مختص بالغرر الناشئ من المتعاملين، لا ما يحصل بحكم الشارع، والغرر في هذه الموارد بحكمه؛ إذ يمكن أن تكون هناك مصلحة توجب أن يمضي الشارع هذه الموارد الغررية وينفذها؛ فإن الملاكات ليست بأيدينا.

وبهذا يندفع ما أفيد من أن الشارع بنفسه جعل الغرر، فيستكشف عدم نهيه عن الغرر في المقام[1]؛ ووجه الاندفاع أنه إذا ثبت بحجة شرعية سنداً ودلالة أن الشارع جعل الغرر في مورد من الموارد لا يمكننا أن نعديه إلى مورد لم يقم عليه دليل ونحكم بعدم مانعية مثل هذا الغرر.

القسم الثاني: الخيارات الإمضائية، كخيار العيب والغبن؛ فإنها موجودة عند العقلاء قطعاً؛ فإن في كل معاملة شرطاً ضمنياً بسلامة العوضين، ومساواتهما في القيمة، فلو كان أحدهما معيباً، أو كانت ماليته أقلّ من الآخر بتفاوت فاحش كان لمن أخذه حق الفسخ، والشارع أمضى ذلك.

ومن هذا القسم خيار ردّ الثمن؛ فإنه من الخيارات العقلائية التي

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١١ - ٢١٢.

أمضاها الشارع، كما تدلّ عليه موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّ علي، فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه..)[1].

فهذا الخيار ليس تأسيسياً من قبل الشارع كخيار الحيوان، بل هو إمضاء لما هو رائج عند العقلاء من حيث إنهم عقلاء، فهو موجود حتى عند غير منتحلي دين الإسلام أيضاً كبيع الشرط.

إذا اتضح هذا نقول:

أولاً: إن الغرر في مثل شرط الخيار هذا، المجعول من قبل المتبايعين متحقق قطعاً؛ فإن قيمة الدار في السنة المجعولة في الشرط في معرض النزول والارتفاع الكبير، مما يوجب الخطر في مالية المال، فإمضاء الشارع له يكشف كشفاً قطعياً عن أن مثل هذا الغرر غير مشمول للنهي في « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، أي لا يراد بهذا النهي مثل هذا الغرر في المالية، الناشيء من ناحية جهالة مدة الخيار.

ثانياً: إن إمضاء شرط المتعاملين إن لم يوجب القطع بعدم إرادة هذا النحو من الغرر فهو يوجب - على الأقل - الشك في سعة دائرة الغرر المنهي عنه، فيكون المخصص - وهو « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » -

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث١.

مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، والمرجع حينئذ في غير القدر المتيقن من التخصيص هو إطلاق ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

والنتيجة: أن البيع المشتمل على شرط الخيار في مدّة مجهولة إما أنه غير غرري، أو مشكوك الدخول في عنوان المخصص، فيصح.

نعم، يبقى إشكال الإجماع، ولكن القدر المسلّم من الإجماع هو الإجماع على غررية الشرط نفسه، كما أفاد صاحب الجواهر قدس سره بقوله: (قولاً واحداً)[1]، وأما بطلان البيع فلم ينعقد الإجماع عليه، ولهذا أراد أعاظم القوم أن يثبتوا غررية البيع بواسطة غررية الشرط لكي يندرج في الغرر المنهي عنه، فعبّروا بقولهم إن للشرط قسطاً من الثمن، فتسري الجهالة إلى الثمن فيكون البيع غررياً، وقال قسم آخر من الفقهاء بأن الشرط غرري فهو فاسد؛ فيكون مفسداً للبيع، وقد اشتمل كلام صاحب الجواهر قدس سره على الأمرين، كما تقدّم سابقاً.

وبالجملة: أنه لا إجماع على فساد البيع، بل المسألة محل خلاف بينهم، فمن بنى على أن الشرط غرري، وأن فساده يسري إلى البيع، قال بفساد البيع، ومن بنى على عدم مفسديته لم يقل بفساده، ونحن لا نرى المفسدية فنحكم بصحة البيع؛ لعدم تمامية الدليل على الفساد، وعدم ثبوت الإجماع عليه، ونحن وإن كنا نحتاط في موارد الإجماعات

---

(١) الجواهر ٢٣: ٣٢.

ونراعيها إلا أن الإجماع على الفساد غير ثابت، فلا وجه للاحتياط، وأما بالنسبة إلى الشرط فنحتاط في مقام الفتوى؛ لأجل الإجماع على بطلانه، لا لأجل « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر ».

الفرع الرابع: في بطلان البيع مع ذكر مدة الخيار مطلقة أو عدم ذكرها

في هذا الفرع مسألتان:

الأولى: أن يشترط الخيار مع عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار.

الثانية: أن يشترط الخيار مع ذكر المدة المطلقة، كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة.

والفرعان من وادٍ واحد، واختلف في حكمهما على قولين، بل على ثلاثة، مع ملاحظة أقوال المتأخرين، والمعروف بينهم قولان:

القول الأول: الحكم بالبطلان؛ لكونه غرراً، وهو المحكي عن الشيخ في أحد قوليه، والفاضل وثاني الشهيدين والصيمري[1]، وهو مختار الشيخ الأعظم قدس سره[2].

---

(١) حكاه الجواهر ٢٣: ٣٣ . وأما صاحب مفتاح الكرامة قدس سره فقال في ١٤: ١٩٤: (ففي ظاهر المبسوط والمراسم وصريح التحرير والتذكرة والمختلف وغاية المرام والمسالك والكفاية أنّه يبطل الشرط فيها).

فلم ينسب لهم بطلان البيع.

(٢) المكاسب ٥: ١١٦، قال الشيخ قدس سره: (لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج ، وبين عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: « بعتك على أن يكون لي الخيار »،

القول الثاني: الحكم بالصحة، كما هو المشهور بين المتقدمين كما ذكره صاحب الجواهر قدس سره وقوّاه[١].

واستند القائلون بالصحة [من المتأخرين] إلى الإجماع المنقول عن السيد المرتضى وابن زهرة والقاضي في الجواهر أعلى الله مقامهم، وإلى مرسلة الخلاف[٢] المنجبرة بالإجماع المذكور، وقرّب الاستدلال صاحب

وبين ذكر المدة المطلقة، كأن يقول: « بعتك على أن يكون لي الخيار مدة »؛ لاستواء الكل في الغرر).

(١) الجواهر ٢٣: ٣٣ ـ ٣٤ . وقال صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ١٩٥: (وفي المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والكافي على ما حكي أنّه يصحّ الشرط وينصرف إلى ثلاثة أيّام، وكأنّه مال إليه الشهيد في الدروس، وقد حكي عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والجواهر والغنية، وادّعى في الخلاف ورود أخبار الفرقة به، وليس ما يحكيه إلاّ كما يرويه.

(٢) قال الشيخ رحمه الله في الخلاف ٣: ٢٠، مسألة ٢٥ : (من ابتاع شيئاً بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً ، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، ولا خيار له بعد ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن البيع فاسد، فإن أجازه في الثلاثة جاز عنده خاصة، وإن لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة.

وقال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز ، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة.

وقال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار، كان له الخيار أبداً .

دليلنا : إجماع الفرقة ، وأخبارهم).

والمراد من مرسلة الشيخ قدس سره ما أفاده بقوله: (وأخبارهم).

الجواهر قدس سره: بأن الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان، كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان، والمعيّن له مرسلة الشيخ رحمه الله المنجبرة بالإجماع، ومدلولها: من ابتاع شيئاً بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام[1].

إشكال الشيخ على صاحب الجواهر

وأورد عليه الشيخ قدس سره بإشكالين:

الأول: أن الدعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر، لا في تخصّصها، وقد خلط صاحب الجواهر قدس سره بين الأمرين.

توضيح ذلك: إن المانع من صحة البيع هو الغرر؛ بمقتضى: « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، والمرجع في تحديد مفهومه هو العرف، وهو يرى أن البيع المشتمل على شرط الخيار بدون ذكر المدة، أو مع ذكرها من دون تعيينها غرري، والتعبد الشرعي لا يرفع الغرر العرفي، بل لو ورد من الشارع في مثل المقام الحكم بالخيار لمدة ثلاثة أيام، فهو تعبد منه يقتضي تخصيص دليل نفي الغرر، لا كما قال صاحب الجواهر قدس سره من أن الغرر مندفع بتحديد الشارع؛ فإن دليل التخصيص لا يقتضي التخصّص.

ونظيره ما ورد في الوصايا المبهمة، كما إذا أوصى بعتق كل مملوك

---

(١) الجواهر ٢٣: ٣٤.

قديم له، أو بإعطاء شخص دراهم كثيرة، أو بجزء من ماله؛ فإنه ورد من الشارع ما يفيد حمل القديم على المملوك ستة أشهر؛ استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ وَٱلْقَمَرَ قَدَّرْنَٰهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴾ [1]، وحمل الكثيرة على الثمانين؛ استناداً لقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِى مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ [2]، وعدّت مواطن الرسول ﷺ فكانت ثمانين، وحمل الجزء على العشر؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ فَخُذْ أَرْبَعَةً مِّنَ ٱلطَّيْرِ فَصُرْهُنَّ إِلَيْكَ ثُمَّ ٱجْعَلْ عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا ﴾ [3]، وكانت الجبال عشرة [4]، فإن هذه الروايات لا ترفع الإبهام

---

(١) سورة يس: ٣٩.

(٢) سورة التوبة: ٢٥.

(٣) سورة البقرة: ٢٦٠.

(٤) أشار إلى ما ورد في الوسائل، كتاب العتق، الباب ٣٠، الحديث١:

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن داود النهدي، عن بعض أصحابنا قال: دخل ابن أبي سعيد المكاري على أبي الحسن الرضا عليه السلام، إلى أن قال: فقال له: رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله، قال: « نعم، إن الله يقول في كتابه: ﴿ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴾ ، فما كان من مماليكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حر ..».

وإلى ما ورد في الوسائل، كتاب النذر، الباب٣، الحديث١:

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن بعض أصحابه - ذكره - قال: لما سُمَّ المتوكل نذر إن عوفي أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفي سأل الفقهاء عن حد المال الكثير فاختلفوا عليه، فقال بعضهم: مائة ألف، وقال بعضهم: عشرة آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفة، فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال له صفوان: ألا تبعث إلى هذا الأسود فتسأله عنه؟ فقال له المتوكل: من تعني ويحك؟

في الوصية، وإنما تحمل الإبهام فيها على هذا الحد المعين تعبّداً، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن المرسلة المنجبرة المعيّنة لكون الخيار ثلاثة أيام لا ترفع الغرر عن فعل المتعاملين، بل تقضي بصحة المعاملة الغررية، وكم فرق بين الأمرين.

الثاني: أن مستند المسألة أمران:

أحدهما: ما روي في كتب العامة: أن حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجّة أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: « إذا بعت فقل: لا خلابة» وجعل له الخيار ثلاثاً، وفي رواية: « ولك الخيار ثلاثاً »[1].

فقال: ابن الرضا، فقال له: وهو يحسن من هذا شيئاً؟ فقال: إن أخرجك من هذا فلي عليك كذا وكذا وإلا فاضربني مائة مقرعة.

فقال المتوكل: قد رضيت، يا جعفر بن محمود صر إليه وسله عن حد المال الكثير، فصار جعفر بن محمود إلى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام فسأله عن حد المال الكثير فقال له: « الكثير ثمانون »، فقال جعفر: يا سيدي! إنه يسألني عن العلة فيه، فقال أبو الحسن عليه السلام: « إن الله يقول: ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين ».

وإلى ما ورد في الوسائل، كتاب الوصايا، الباب٥٤، الحديث٣:

عن معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: « جزء من عشرة، قال الله عزّ وجل: ﴿ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا ﴾ ، وكانت الجبال عشرة أجبال ».

(١) المكاسب ٥: ١١٨ - ١١٩، والرواية في البخاري ٣: ١٩، مسلم ٥: ١١، سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٩.

والخلابة: الخديعة[١].

وهي غير قابلة للاستدلال، لا سنداً ولا دلالة.

ثانيهما: ما أرسله الشيخ رحمه الله بعنوان أخبار الفرقة، وهي غير قابلة للاحتجاج أيضاً؛ لأن الإجماعات المنقولة إنما تجبر قصور الخبر المرسل المعلوم العين، فتجبره سنداً، أو دلالة إن كانت قاصرة، كمرسلتي الشيخ قدس سره: « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر »[٢]، و« على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[٣]، وأما المرسل مجهول العين، المردد بين الرواية والدراية فلا تجبره، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن تعبير الشيخ رحمه الله: (وأخبارهم)، أي أخبار الفرقة المحقة، ولم ينقل عين الرواية، فيحتمل أنه عنى بأخبارهم ما ورد في خيار الحيوان الذي جعل ثلاثة أيام؛ بأن اجتهد واستنتج أن كل خيار اشترط، ولم تذكر له مدّة، أو ذكرت ولم تحدّد، يحمل شرعاً على ثلاثة أيام، فخبر الشيخ قدس سره مردد بين كونه حسياً قابلاً للجبر، وبين كونه حدسياً غير قابل له.

ويؤكّد ما قلناه عدم ذكر الشيخ رحمه الله له في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار.

---

(١) العين ٤: ٢٧٠، لسان العرب ١: ٣٦٣ وغيرهما.

(٢) الخلاف ٣: ٣١٩، وقال فيه: (دليلنا : ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر »).

(٣) الخلاف ٣: ٢٢٨، قال: (وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » أو « حتى تؤدي »).

هذا كله بالنسبة إلى المنجبر، وأما بالنسبة إلى الجابر فالإجماع المنقول هنا غير جابر أيضاً؛ وفيه بحث مفيد أجمله الشيخ قدس سره وتوضيحه:

إن الإجماع المنقول هو إجماع السيد المرتضى، وابن زهرة في الغنية، والقاضي في الجواهر، أعلى الله مقامهم، والمستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهرة هي إجماعات السيد في الانتصار، ولا اعتبار بها؛ لأنها بحسب التتبع والاستقصاء إجماعات على الكبرى، والسيد طبّقها على الصغرى؛ اجتهاداً منه، فلا تفيدنا فائدة.

فما ذكر من حكاية الأخبار ونقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة[1].

وربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد، ولعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

فيقال: بأن المورد ليس من موارده - فإن مورده الذي هو محل بحث بين الفقهاء - ما لم يحصل من فساد الشرط مانع في نفس البيع، كأن يبيع بشرط القيام بالعمل المحرم مثلاً، وأما ما يحصل منه المانع فلا بحث في سرايته، كأن يكون الشرط غررياً؛ فيكون البيع غررياً بسببه، فيفسد البيع للغررية، وإن لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط.

---

(١) المكاسب ٥: ١١٨ ـ ١١٩.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

هذا ما أفاده الشيخ تدّثُ مع توضيح منا، ولكن يرد عليه:

أنه قال - تبعاً للمشهور - بأن المرسَل إن كان رواية انجبر سنداً ودلالة، وإن كان دراية لم ينجبر، كما لا ينجبر ما كان مردّداً بين الرواية والدراية كما في المقام.

أما الأخير فواضح؛ للشك في كونه خبراً، فلم يثبت موضوع حجية الخبر، فيشك في شمول دليلها له؛ لأنه إن كان خبراً شمله دليل حجية الخبر، وإن كان دراية لم يشمله هذا الدليل، وإنما يشمله دليل حجية قول أهل الخبرة، فيكون معتبراً للمقلِّد، لا للمجتهد، والقاعدة مع التردد بينهما تقتضي عدم حجيته؛ إذ لا يصح التمسك بالدليل في شبهته الموضوعية، قولاً واحداً، بخلاف التمسك به في الشبهة الموضوعية للمخصِّص فقد وقع فيه الخلاف.

نعم، لو علم بكونه خبراً وشك في كونه عن حس أو حدس لحمل على الحسية وأخذ به؛ لما حرّر في الأصول من كون الأصل في الخبر الحمل على الحسية.

وأما قوله بجبر الدلالة بعمل المشهور إن كان المرسل معلوم العين - أي ثبت كونه خبراً ورواية - فالحق منعه؛ لأن موضوع أدلة الحجية هو الظهور، وعمل الأصحاب لا يجعل غير الظاهر ظاهراً، ولا المجمل مبيَّناً، ولا قاصر الدلالة تاماً، بل غايته أنهم استظهروا ذلك، فيكون حجة لهم

وعليهم، لا على من لم يستظهر ما استظهروه.

وأما جبر الخبر سنداً، ففيه: أن موضوع دليل الاعتبار هو الخبر الموثوق بصدوره، وخبر الثقة، أما اعتبار الموثوق بصدوره فللسيرة العقلائية القطعية غير المردوعة شرعاً، وأما اعتبار خبر الثقة فللسيرة ولروايات حجية خبر الثقة، فلأجل العمل بالخبر إما أن يحصل الوثوق بصدوره أو يخبر به الثقة، وغاية ما يكشفه عمل المشهور بالخبر المرسل حصول وثوقهم بصدوره، ووثوقهم به ليس بحجة لنا.

نعم، ربما يقال بحصول الوثوق المخبري، بمعنى أن عمل المشهور توثيق عملي للراوي، فيكون حجة.

وفيه: أنه لو تمَّ القول بانجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور فهو إنما يكون في الراوي المعيّن المجهول حاله عندنا، كما لو كانت الرواية مسندة، وأما في الرواية المرسلة - كما لو ورد تعبير: عن النبي صلى الله عليه وآله، أو عن أبي عبد الله عليه السلام - فهو مجهول العين، ولا يعرف من هو، فلم يتحقق موضوع الجبر، ولا يعدّ عملهم توثيقاً عملياً.

فما أفاده الشيخ قدس سره - تبعاً للمشهور - من انجبار المرسل، سنداً ودلالة، بعمل المشهور إذا كان معلوم العين، ممنوع في كلا الجانبين.

تحقيق المحققين الخراساني والأصفهاني في المسألة ومناقشته

ثم إن للمحققين الخراساني والأصفهاني قدس سرهما تحقيقاً في المقام، وبما أن ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره أكثر استيعاباً فنقتصر على بيانه، ومنه يتضح كلام المحقق الخراساني قدس سره.

وقد أفادتثل أن مدة الخيار المأخوذة في العقد تتصور على أنحاء ثلاثة:

الأول: أن يكون لها تعيّن واقعي مجهول عند المتعاقدين، كقدوم الحاج مثلاً في المسألة السابقة، فالمعاملة تكون غررية، وقد تقدم بحثه.

الثاني: أن لا يكون لها تعيّن واقعي أصلاً، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة)، غير قاصد لخصوص مدّة ولا لعمومها، فالمدّة مردّدة، والمردّد لا تعيّن له، ولا ثبوت له ذاتاً ولا وجوداً، فالالتزام به غير معقول، لا أنه معقول وغير صحيح بسبب الغرر ونحوه؛ لأن الصحة والبطلان فرع وجود الواقع، والمردد لا وجود له.

الثالث: أن يكون لها تعيّن بالإرسال والشيوع، إما بأن يجعل لنفسه الخيار بنحو اللا بشرط من حيث خصوصيات الأزمنة، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار) بلا توقيت له أصلاً، أو بأن يجعل له الخيار في مدّة، بحيث تكون المدّة لا بشرط من حيث خصوصيات الأزمنة، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة)، قاصداً بها المدّة غير المختصة بوقت دون وقت، على وجه اللابشرط القسمي، والشرط والمعاملة في كلتا الصورتين صحيحان، ولازمه ثبوت الخيار دائماً إلى أن يسقط بأحد المسقطات، فيكون العقد الخياري بهذا النحو من الشرط كالعقد الجائز بالذات، الذي لازمه حق الرجوع في جميع الأوقات،

وليس فيه غرر أصلاً، ولا جهالة أبداً[(١)].[(٢)].

وما أفاداه - قدس الله سرهما - وإن كان في غاية المتانة في ما لو كان البيع بالنحو الذي ذكراه، إلا أنه لا يرد على الشيخ قدس سره؛ لأن مراده ومراد سائر الفقهاء من قولهم في تحرير المسألة: (بعت ولي الخيار)، أو (باع مع شرط الخيار)، غير الصورة الثالثة من كلامهما التي جعل الخيار فيها دائمياً[(٣)].

---

(١) حاشية المحق الخراساني: ١٧٦، وحاشية المحقق الأصفهاني ٤: ١٧٧.

(٢) ادعى بعض الحاضرين أن البيع بالنحو الثالث غير عقلائي، فأفاد سماحة شيخنا الأستاذ - دام ظله - بما حاصله:

إن البيع عند العقلاء يتم بحسب أغراضهم، فتارة يبيع الدار بيعاً لازماً، وأخرى يبيعها بيعاً جائزاً، وثالثة يبيعها بشرط الخيار في مدة معلومة كسنة، ورابعة بأن يجعل له الخيار إلى الأبد فيكون بمثابة الجائز بالذات، وكل ذلك مع ملاحظة التفاوت في القيمة؛ فإن للمتاع في البيع اللازم قيمة أعلى منها في البيع الجائز أو بشرط الخيار، وفي كل ما ذكر لا يوجد غرر في المبيع ولا في الثمن ولا في المالية.

نعم، لو كان الخيار المشروط غير معلوم من حيث المدة، فلا يدرى هل أن له الخيار لمدة يومين أو أكثر أو أقل لكان غررياً.

(٣) والشواهد على ذلك من كلماتهم قدست أسرارهم:

الانتصار للسيد المرتضى : ٤٣٤ : (ومما ظن انفراد الإمامية به و لهم فيه موافق: القول بأن للمتبايعين أن يشترطا من الخيار أكثر من ثلاثة أيام بعد أن تكون مدة محدودة، ووافقهم في ذلك ابن أبي ليلى ومحمد وأبو يوسف والأوزاعي، وجوزوا أن يكون الخيار شهراً أو أكثر كالأجل.

وقال مالك: يجوز على حسب ما تدعو الحاجة إليه في الوقوف على المبيع وتأمل حاله.

وحكي عن الحسن بن حي أنه قال: إذا اشترى الرجل الشيء فقال له البائع: اذهب فأنت

فيه بالخيار، فهو بالخيار أبداً حتى يقول: قد رضيت.

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أنه لا يجوز أن يشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن فعل فسد البيع، و هو قول الشافعي.

ودليلنا على ما ذهبنا إليه: الإجماع المتردد، وأيضاً فإن خيار الشرط إنما وضع لتأمل حال المبيع، و قد تختلف أحوال تأمله في الطول و القصر، فجاز أن يزيد على الثلاث كما جاز أن ينقص عنها، ولا يلزم على ذلك أن يثبت بلا انقطاع؛ لأن ذلك ينقض الغرض بالبيع.

فإن اعترض المخالف بما يروونه عن النبيﷺ من أنه قال: « الخيار ثلاث »، فالجواب عن ذلك: أن هذا خبر واحد، و قد بينا أن أخبار الآحاد لا يعمل عليها في الشريعة، وبإزائه الأخبار الواردة بجواز الخيار أكثر من ثلاثة أيام؛ ولأن قولهﷺ: « الخيار ثلاثة أيام » لا يمنع من زيادة عليها، كما لم يمنع من نقصان عنها.

فإذا قيل: زيادة خيار الشرط على الثلاثة غرر، و دخول الغرر في البيع لا يجوز يفسدها.

قلنا: و ثبوته في الثلاثة أيضاً غرر، لأنه لا يدري في هذه المدة أيحصل له البيع أو لا يحصل، و مع ذلك فقد جاز البيع مع ثبوت هذا الغرر.

المهذب لابن البراج ١: ٣٥٩ : (ومن باع شيئاً بشرط الخيار متى أراد، كان فاسداً؛ لأنه كان مجهولاً).

جواهر الفقه ٥٤: ١٩٤: (مسألة :إذا باع غيره شيئاً بشرط الخيار ، و لم يعين أجلاً و لا وقتاً، بل أطلق ذلك إطلاقاً، هل يصح له الخيار أم لا؟ الجواب: الخيار يصح ثلاثة أيام، فإذا مضت الثلاثة، لم يكن له خيار، لأن إجماع الطائفة عليه).

إصباح الشيعة بمصباح الشريعة: ٢٠٥ : (إذا باع بشرط الخيار متى شاء، فالبيع باطل لأنه مجهول).

تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف ٢: ١١ : (مسألة ٢٤ قال الشيخ: من باع شيئاً بشرط الخيار و لم يسم وقتاً و لا أجلاً بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام، و لا خيار له بعد ذلك.

مسالة: مبدأ خيار الشرط

إن اشتراط الخيار على نحوين:

وقال أبو حنيفة البيع فاسد، فان أجازه في الثلاثة جاز عنده خاصة، فإن مضت الثلاثة ولم يجز بطل عند الجميع. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة. وقال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة. و قال الحسن ابن صالح: يكون له الخيار أبداً.

والمعتمد بطلان الشرط والعقد و هو مذهب الشيخ في المبسوط، و مذهب المفيد، و اختاره العلامة وادعى هنا إجماع الفرقة على أن له الخيار ثلاثة أيام).

الكافي في الفقه: ٣٥٣ : (وان اقترن بالعقد شرط الخيار فالعقد صحيح ولمشرط (كذا) الخيار في مدته، فإن لم يعين مدة فله الخيار ثلاثة أيام حسب).

الغنية : ٢١٨ : (و السبب الثاني للخيار: اشتراط المدة، ويجوز أن تكون ثلاثة أيام فما دونها بلا خلاف، ويجوز الزيادة على الثلاث، ويلزم الوفاء بذلك، ولا يفسد به العقد، بدليل إجماع الطائفة، ويدل على صحة العقد أيضا ظاهر القرآن ودلالة الأصل.

ويحتج على المخالف في جواز اشتراط ما زاد على الثلاث بقوله صلى الله عليه وآله: « المؤمنون عند شروطهم »، وبقوله: « الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب و لا سنة » وما روى من قوله صلى الله عليه وآله: « الخيار ثلاثة » خبر واحد.

ثم إذا لم يمنع من النقصان منها لم يمنع من الزيادة عليها، فإن شرط الخيار ولم يعين مدة كان الخيار ثلاثاً.

السرائر ٢: ٢٤٤ : (وأيضاً فالعقد يثبت بالإيجاب والقبول، وقال الله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، فمن أثبت الخيار لأحدهما، يحتاج إلى دليل شرعي، قاطع للأعذار، وإجماعنا منعقد على أن الخيار للمشتري، فمن أثبته للبائع، يحتاج إلى دليل. و ما زاد على الثلاث، فعلى حسب ما يشترطانه من الخيار، إمّا لهما أو لواحد منهما، فإن أوجبا البيع، بعد أن شرطا مدة معلومة، ثبت العقد، ولزم، و بطل الشرط المتقدم).

النحو الأول: أن ينص المشترط على أن له الخيار من اليوم الفلاني إلى خمسة أيام مثلاً، فيكون مبدؤه أوّل ذلك اليوم المعيّن؛ للانصراف إليه عند الإطلاق، وأما كونه من نصف النهار مثلاً أو من الساعة الكذائية فهو يحتاج إلى بيان زائد.

نعم، اختلف في تحديد مبدأ اليوم، هل هو طلوع الفجر أو طلوع الشمس؟ فمن قال بأن اليوم اسم لما بين طلوع الشمس وغروبها كان أول اليوم عنده طلوع الشمس، ومن قال بأنه اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس كان مبدأ اليوم عنده طلوع الفجر، وتبحث هذه المسألة عادة في كتاب الصلاة، في مبحث أوقات الصلاة، في وقت صلاة الصبح وصلاة الليل، وتقدم الكلام فيها[1]، وأن المستفاد من بعض الأدلة أن مبدأ اليوم طلوع الفجر، كما أن مبدأه عند العرف - كما يستفاد من الإجارات - هو طلوع الشمس.

النحو الثاني: أن يطلق في الكلام، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار خمسة أيام)، وفي هذا النحو قولان:

القول الأول: أن مبدأ الخيار من حين التفرّق، وهو مختار عدّة من أعاظم الفقهاء قدس الله أسرارهم.

القول الثاني: أن مبدأه من حين العقد؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق، وأما

---

(١) في خيار الحيوان، مسألة المراد من الثلاثة الأيام.

غيره فيحتاج إلى بيان، وهو مختار الشيخ قدس سره.

أدلة القول بأن مبدأ الخيار من حين التفرّق

أما القول الأول فاستدل له بوجوه، ثبوتية وإثباتية، منها:

الوجه الأول: وهو إشكال ثبوتي على القول بثبوت الخيار من حين العقد، وقد تقدّم مفصلاً في خيار الحيوان، وحاصله: أن لازم القول بأن الخيار من حين العقد إما اجتماع المثلين، أو اللغوية، أو توارد علتين على معلول واحد؛ وذلك لأن الخيار لو حصل من حين العقد لوجد في العقد الواحد سببان للخيار: المجلس، والشرط، فإن قلنا بتأثير كل منهما وتعدّد الخيار، لزم اجتماع المثلين في شيء واحد، أو اللغوية؛ لأن حقيقة الخيار هي (ملك فسخ العقد)، أو (السلطنة على حلّ العقد)، والعقد الواحد ليس له إلا حلّ واحد، فإما أن يلزم اجتماع المثلين فيه، أو لغوية الثاني، وكلاهما باطل.

وإن قلنا بوحدة الخيار لزم توارد علتين على معلول واحد، وهو محال؛ فإن حقيقة الخيار ليست من الحقائق المشككة ذات المراتب المتعددة حتى يقال بأن الشرط يؤثّر في حدوث مرتبة منه، والمجلس يؤثر في حدوث المرتبة الأخرى، فيوجد من اجتماعهما فرد واحد ذو مرتبة شديدة، كما هو الحال في المعلول التشكيكي الذي يحصل من علل متعدّدة، كحصول النور الشديد من اجتماع المصباحين.

وقد تقدّم الجواب عن هذا الإشكال نقضاً وحلاً، وخلاصة ما تقدّم:

أما النقض فبموارد الغبن والعيب؛ إذ يلتزم فيها بحصول خيارات

متعدّدة ناشئة من المجلس، وكون البيع غبنياً، وكون المبيع معيباً، ولا يمكن أن يلتزم فيها بوحدة الخيار.

وأما الحل فبأن نلتزم بتعدد الأسباب مع كون المسبَّب واحداً، ولا يلزم أي محذور؛ وذلك لأن السببين إن اجتمعا أثّرا معاً، فكان كل واحد منهما جزء العلة، وإن افترقا كان كل واحد منهما سبباً مستقلاً في التأثير، فلا يلزم اجتماع المثلين، وفائدة تعدّد السبب أن يكون لصاحب الخيار حقان، فله أن يسقط أحدهما ويبقي الآخر، فلا تلزم اللغوية.

ولكن الجواب بهذا المقدار غير رافع للإشكال؛ لأن المفروض أن كل واحد من المجلس والشرط سبب مستقل في التأثير، أي في حدوث الخيار، فلا يعقل أن يكون كل منهما علة تامة حال الافتراق، وجزء العلة حال الاجتماع؛ لاستحالة الانقلاب من العلة التامة إلى الناقصة[1].

الوجه الثاني: إن المتبادر من جعل الخيار لنفسه جعله في زمان ليس له فيه الخيار؛ فإن الزمان الذي له فيه سلطنة على حلِّ العقد لا يحتاج إلى جعلها له، فيظهر من حال الشارط أنه جعل الخيار لنفسه في زمان لا

---

(١) وقد سئل الشيخ الأستاذ - دام ظله - عن ذلك فأفاد بما يوضح المقام، وحاصله: أن الفرض أن المجلس علة تامة للخيار بنحو الاستقلال والانحصار، فهو علة تامة، سواء أوجد معه غيره أم لا، وسواء أوجد غيره أم لا، كما يذكر في الإطلاق المقابل للواو والمقابل لأو، بلا فرق بين كون الأسباب الشرعية علاً أو كالعلل، وعليه فالذات التي تكون في حدّ ذاتها تامة كيف تصير ناقصة إذا انضم لها شيء آخر؟!

خيار له فيه، ونتيجة ذلك أن يكون مبدأ الخيار من زمان التفرّق[1].

مناقشة الشيخ للوجه الثاني من وجوه القول الأول

وأورد عليه: أولاً: بأن لازم ذلك أن يقال بأن مبدأ خيار الشرط في بيع الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، والحال أن القائلين بالقول الأول يقولون بأن خيار الشرط في بيع الحيوان من حين التفرّق.

وثانياً: بأن مستند التبادر هو ظهور حال الشارط، ولم يثبت ظهور حاله في ذلك؛ إذ ربما يتعلّق غرضه بحصول الخيار له من جهات متعدّدة.

وثالثاً: بأن ظهور الحال إنما يتمّ في من كان يعلم بثبوت خيار المجلس، وهم قليل، كالعلماء ومن يسألهم في المعاملات، وأما عامة الناس فهم غير ملتفتين لذلك، بخلاف خيار الشرط؛ فإنه أمر دارج بين العقلاء حتى من غير المسلمين، فيكون ظاهر حالهم جعل الخيار من حين العقد.

ورابعاً: بأن لازم الحكم بثبوته من حين التفرّق حصول الغرر؛ فإن المتعاملين لو اشترطا الخيار لأنفسهما خمسة أيام مثلاً، فمع الجهل بزمان التفرّق يحصل الغرر؛ فإن مدة الخيار تكون مجهولة حينئذ، فإن تفرّقا بعد ساعة كان لهما الخيار خمسة أيام بعد تلك الساعة، وإن دام

---

(١) المكاسب ٥: ١٢١، وقال قدس سره: (كما أشار إليه في السرائر)، ولفظ السرائر ٢: ٢٤٧: (ويكون مدة خيار الشرط من حين التفرّق؛ لأن خيار الشرط يدخل إذا استقر العقد، ولزم، والعقد لم يلزم ولم يستقر قبل التفرق).

مجلسهما شهراً كانت مدة الخيار خمسة أيام بعد الشهر، وفي ذلك غرر بيّن.

وأورد عليه: بنفي الغرر؛ فإن الشرط هنا لا يكون مجهولاً؛ حيث إن منتهى أمد الخيار معلوم، وهو خمسة أيام من حين التفرّق[1].

والظاهر عدم وروده؛ فإن الغرر حاصل بناء على القول بثبوت الغرر مع احتمال التفاوت في المالية؛ فإن احتمال ارتفاع القيمة ونزولها في هذه المدة المجهولة مما لا إشكال في حصوله، ومجرد العلم بأن مدة الخيار خمسة أيام من حين التفرّق لا يرفع الخطر المحتمل، فمع التفاوت في المالية، والجهل بمدة الخيار يقع الغرر بلا إشكال[2].

وخامساً: بأن لازمه أيضاً تخلّف العقد عن القصد؛ لأن قصد

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٥.

(٢) يمكن أن يقال بورود الإشكال؛ لأن مدة المجلس زادت أو قصرت لا تؤثر؛ لأن له الخيار في كل المدة، أي له الخيار ما دام المجلس لأجل المجلس، وله الخيار بعد التفرق خمسة أيام لأجل الشرط، فما دام يعلم بنهاية الخيار فلا غرر.

فيجاب عنه: على فرض ثبوت الغرر بتفاوت المالية لا شك في ثبوت الغرر؛ لأنه لو كان مدة خيار الشرط ثلاثة أيام مثلاً، وكان العقد في أول يوم السبت وحصل التفرق أول يوم الأحد، وفرض ارتفاع القيمة يوم الثلاثاء، فإن كان مبدأ الخيار من العقد فقد انقضى خيار الشرط آخر يوم الإثنين، فلا خيار له يوم الثلاثاء، يوم ارتفاع القيمة، وإن كان مبدؤه من التفرق فخياره باقٍ إلى آخر يوم الثلاثاء، فله الفسخ واسترداد المتاع.

المتعاقدين أن يحصل الخيار من حين العقد[١].

جواب المحقق النائيني عن الإشكال الخامس للشيخ ودفعه

وأجاب المحقق النائيني قدس سره عن هذا الأخير: بأن المورد ليس من صغريات قاعدة تخلّف العقود عن القصود؛ فإنها إنما تكون في المتباينين، كأن يقصد عنواناً خاصاً ويترتّب عليه عنوان آخر مضادّ له، كما لو قصد البيع وترتّب عليه الهبة، لا في ما كانت النسبة بينهما نسبة الأقل والأكثر، فيقصد الأكثر ويمضى الأقل، كما في بيع ما يملك وما لا يملك، بفتح الياء وكسر اللام، أو بضم الياء وفتح اللام؛ فإن القصد فيه في الحقيقة ينحلّ إلى قصدين، فهو ليس من تخلّف العقد عن القصد، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن المتعاقدين قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى سنة مثلاً، ولم يمضه الشارع من حين العقد إلى حين التفرّق، وأمضاه من حين التفرّق إلى سنة[٢].

وهو غير تام؛ لأن ما يكون من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك إنما هو لو قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى شهر ولم يمض الشارع إلا من حين التفرّق إلى بقية الشهر، ولكن الفرض خلاف ذلك؛ فإنهما قصدا الخيار شهراً يبدأ من حين العقد، وما اعتبره الشارع شهر يبدأ من حين التفرّق، وهذان متخالفان، فيتخلف العقد عن القصد.

---

(١) المكاسب ٥: ١٢١.

(٢) منية الطالب ٣: ٧٦.

تنبيه

وهنا تنبيه لا بدّ من لفت النظر إليه، وهو: أن إمضاء الأقل دون الأكثر لا يعدّ من تخلّف العقود عن القصود في جميع الموارد، بل لا بدّ من ملاحظة غرض المتبايعين؛ فإنه تارة يتعلّق بكون المُنشَأ بنحو تعدّد المطلوب، وأخرى بنحو وحدة المطلوب، فإن كان من قبيل الأول، بحيث يكون للبائع أو للمشتري غرضان، أقصى وأدنى، فإن لم يحصل الأول اكتفى بالثاني كما في مثل بعض موارد بيع ما يملك وما لا يملك، وكما لو تعلّق غرضه بشراء أصل العبد، وله غرض آخر متعلّق بكونه كاتباً، فتبيّن عدم كونه كذلك، فهنا إمضاء البيع في ما يملكه دون الآخر، أو في أصل العبد، لا يعدّ من تخلّف العقود عن القصود، وإن كان له خيار الفسخ.

وأما إذا كان من قبيل الثاني، بحيث لا يكون لهما أو لأحدهما إلا غرض واحد، كما لو اشترى زوجي نعل، ومصراعي باب؛ فإن غرض المشتري تعلّق بهما معاً، وليس له غرض متعلّق بشراء أحد الزوجين أصلاً، فإن تبيّن أن أحدهما له والآخر ليس له، فإمضاء البيع في أحدهما دون الآخر يعدّ من تخلّف العقود عن القصود، مع أن بينهما أقل وأكثر.

فما يقوله الفقهاء - من أن كل إمضاء للأقل دون الأكثر ليس من موارد التخلّف - ليس بصحيح على إطلاقه.

والنتيجة: أن الحق ما ذهب إليه الشيخ تغمّده الله؛ للوجوه المذكورة.

مسألة: جعل الخيار للأجنبي

في المسألة جهات من البحث:

الجهة الأولى: في صحة جعل الخيار للأجنبي.

قال الشيخ قدس سره: (يصح جعل الخيار للأجنبي)[١]، وادعى العلامة رحمه الله الإجماع عليه؛ حيث قال في التذكرة: (لو شرطا الخيار للأجنبيّ دونهما، صحّ البيع والشرط عندنا)[٢].[٣].

والبحث في هذه الجهة يقع في نقاط:

النقطة الأولى: في مقتضى القاعدة

ومقتضاها المستفاد من الأصل العملي واللفظي عدم الصحة، أما الأصل العملي؛ فلأن الخيار حق من الحقوق، وكل حق يحتاج إلى مثبت شرعي، فمع قطع النظر عن الدليل يكون الأصل عدمه، فالأصل عدم صحة جعل الخيار للأجنبي.

أو فقل: الأصل بقاء الشيء على ملك من انتقل إليه، لو فسخ الأجنبي

---

(١) المكاسب ٥: ١٢٢.

(٢) التذكرة ١١: ٥٥.

(٣) وفي مفتاح الكرامة ١٤: ١٩٧: (قوله : « ويجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث ولهما أو لأحدهما مع الثالث » بلا خلاف في ذلك كلّه كما في الكفاية، وفي التذكرة الإجماع منّا على جواز جعل الخيار للأجنبي، ونسب الخلاف إلى الشافعي في أحد قوليه، وظاهره أنّ جعله لغيره ممّا ذكر محلّ إجماع بين الجميع. وفي الرياض حكى نقل الإجماع على الجميع عن الخلاف والغنية والتذكرة، ولم أجد حكايته في الأولين، والموجود في الثالث ما ذكرناه).

وشككنا في تأثيره ورجوع الشيء إلى ملك صاحبه الأول.

وأما اللفظي؛ فلأن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد ولزومه، سواء أقلنا بأنها إرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي يستتبع اللزوم، فأصالة اللزوم المستفادة منها تنفي صحة جعل الخيار للأجنبي، فلو فسخ العقد وشككنا تمسكنا بها.

وهكذا مقتضى الرواية الشريفة: « فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.. »[1]، بناء على استفادة اللزوم منها.

فمقتضى القاعدة من ناحية الدليل الاجتهادي والفقاهتي هو عدم صحة جعل الخيار، فالصحة تحتاج إلى إثبات.

النقطة الثانية: في بيان المانع الثبوتي من الصحة

وما ذكر وجهاً لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي أمران:

الأمر الأول: أن الخيار ليس معنى اسمياً، وملحوظاً استقلالياً، وهو مجرد السلطنة على الفسخ والإمضاء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن ردّ المال من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكه الأصلي، أو إبقائه وإقراره في ملك مالكه الفعلي، ففي الخيار ردّ واسترداد للملك، سواء أقلنا بأن متعلّق الخيار هو ردّ العين، أم قلنا بأنه العقد، أي حلّ العقد وإبرامه، فصاحب الخيار بإعماله له يردّ المال إلى ملك نفسه، والأجنبي عن المال

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٤.

والملك أجنبي عن ردّ الملك لنفسه، فلا يعقل أن يكون هو صاحب الخيار[١].

الأمر الثاني: أن حقيقة الخيار عبارة عن ملكية الشخص التزام نفسه مضافاً إلى ملكية التزام الطرف المقابل، وبيان ذلك:

إن كل معاملة كالبيع مثلاً تتضمن تمليك كل واحد من الطرفين التزامه للآخر، فالبائع يملّك التزامه للمشتري، فيكون المشتري مالكاً لالتزام البائع، وكذلك العكس، ويترتب على هذه الملكية أن لا يكون لأحدهما الحق في رفع اليد عن التزامه؛ لأنه صار ملكاً للآخر، إلا أن يكون هناك خيار؛ فإن صاحب الخيار حينئذ يملك التزام الطرف الآخر، والتزام نفسه، أحدهما بالعقد والآخر بالخيار، بمعنى أن الطرف الآخر في حال الخيار يردّ التزامه إلى صاحب الخيار، فيمكن لذي الخيار أن يبقي المال الذي انتقل له تحت يده، ويمكنه أن يردّه لصاحبه الأول، وهذا المعنى لا يمكن فرضه للأجنبي؛ لأنه أجنبي عن الالتزامين، فلا معنى لأن يملكهما[٢].

هذا ما ذكر من المانع الثبوتي عن صحة جعل الخيار للأجنبي.

طرق التخلص من المانع عن صحة جعل الخيار للأجنبي

وقد سلك الأعلام طرقاً للتخلّص منهما، ولا بدّ قبل التعرض لإجاباتهم من تقديم مقدمة مفيدة في فهم كلماتهم أعلى الله مقامهم

---

(١) تعرض لهذا الوجه المحقق النائيني قدس سره في منية الطالب ٣: ٧٦ - ٧٧.

(٢) تعرض له المحقق النائيني قدس سره أيضاً في منية الطالب ٣: ٧٧.

فنقول:

إن المتصور من جعل الخيار للأجنبي ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يكون على نحو التمليك، فيكون الأجنبي مالكاً له.

الثاني: أن يكون على نحو التوكيل، فيكون وكيلاً في إجراء الخيار.

الثالث: أن يكون على نحو التحكيم، فيكون محكَّماً فيه ومفوَّضاً إليه أمره، بلا تمليك ولا توكيل.

أما الأول فممتنع في حق الأجنبي؛ لأن الخيار الثابت لصاحبه حق من الحقوق بلا إشكال، فيقبل الإسقاط، والصلح عليه، والتوريث، وهذه الآثار غير ثابتة للأجنبي قطعاً، فلو ثبت له الخيار بالشرط بمقتضى الإجماع، لم يكن له حق الإسقاط، ولا الصلح عليه، ولو مات لم يرثه أهله، فيكشف ذلك عن عدم كونه مالكاً.

وأما الثاني؛ فهو وإن كان ممكناً إلا أن معنى التوكيل أن يحتفظ صاحب الخيار به لنفسه مع جعل الأجنبي وكيلاً عنه في إعماله، ومن آثاره أن له حق عزله متى أراد، فينعزل بعزله، بينما لا يجري قانون الوكالة في جعل الخيار للأجنبي، فلا يحق له عزله، ولو عزله لم ينعزل.

ومع انتفاء هذين يتعين الثالث.

إذا اتضح هذا فنقول: إن هنا طرقاً للتخلّص من الإشكالين السابقين، منها:

طريق المحقق النائيني

الأول: ما ذهب إليه المحقق النائيني تدثّل من أن جعل الخيار للأجنبي إنما هو بنحو التحكيم، وهو أمر متوسط بين الملكية والوكالة، لا بنحو التمليك حتى يترتب عليه آثار الملك من التوريث وغيره، ولا بنحو التوكيل حتى يمكن عزله، ولا يرد شيء من الإشكالين، وذلك لأن معنى التحكيم هو التفويض، أي أن يفوّض إليه أمر الخيار، ويرجع ذلك إلى أن نظره متّبع، وأنه مالك لتسليم الالتزام الذي هو تحت يد المالك إلى الطرف الآخر، أو إبقائه للمالك، فهو كالوكيل في القبض والإقباض، فله إعمال الخيار، وإذا أعمله انحل العقد ورجع كل من العوضين إلى محله الأصلي الذي خرج عنه، لا إلى ملك من حَلّ العقد، فيندفع الإشكال الأول، وهو واضح، وكذا الثاني؛ لعدم القول بملكيته للالتزامين، بل هو حاكم فيهما.

والحاصل: أن للأجنبي حقاً ولكن في دائرة مخصوصة، وهو التصرف بنحو ما ذكر، وليس هذا الحق من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث أو تقبل الإسقاط والصلح عليها[1].

طريق المحقق الأصفهاني

الثاني: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني تدثّل، وفي كلامه نقطتان:

الأولى: التعريض بجواب المحقق النائيني تدثّل ومناقشته، وحاصلها: أن

(١) منية الطالب ٣: ٧٧ - ٧٨.

في الخيار أمرين:

١- نفس السلطنة، وهو الحق.

٢- متعلّق السلطنة، وهو حلّ العقد.

فإما أن يجعل للأجنبي حق الخيار فهو تمليك فقط، فيترتب عليه آثاره من التوريث والإسقاط والصلح عليه.

وإما أن يجعل له حلّ العقد مع قيام الحق والسلطنة بالجاعل فهو توكيل؛ إذ لا حقيقة له إلا تسليط الأجنبي على العمل الذي يملكه الجاعل المسلِّط من ملك أو حق.

وعليه فلا يتصور البرزخ بين الملكية والوكالة المسمّى بالتحكيم.

الثانية: ما ذهب إليه من الجواب، وبيان كلامه: أنه يمكن اختيار أحد الأمرين من التمليك والوكالة، بحيث لا يترتب عليهما آثارهما، ولا يرد الإشكال.

أما على الأول؛ فلأن السعة والضيق في المجعول تابعان لسعة الجعل وضيقه، فإذا كانت دائرة جعل الخيار للأجنبي ضيّقة تكون دائرة المجعول ضيّقة أيضاً، فيجعل ذو الخيار السلطنة المحدودة للأجنبي بنفسه، بأن يقوم الحق به بما هو ذو نظر ورأي يعتمد عليه في أمر حلّ العقد وإمضائه، فلا محالة ينقطع الجعل بموته، ولا يرثه وارثه، وبما أنه حق خاص لا يتعداه، فلا معنى لنقله إلى غيره بالمصالحة عليه بمال.

وأما على الثاني، فيمكن لصاحب الخيار أن يسلّط الأجنبي على إعمال الحق بالتوكيل بحيث لا يشاركه في عمله، فيكون الخيار الثابت للموكِّل مشروطاً بعدم مباشرته لإعماله، أي أن صاحب الخيار يوكّل الأجنبي على حلّ العقد في ضمن العقد اللازم، ويشترط على نفسه أن لا يعمل الخيار، فلا ينعزل الوكيل بعزل الموكِّل؛ لوقوع الوكالة شرطاً في ضمن عقد لازم، وليس للموكِّل حلّ العقد؛ لاشتراط عدم إعماله للخيار، فينحل كلا إشكالي التوكيل[1].

مناقشته

ويرد عليه: **أما** ما عرّض به للمحقق النائيني تدّس من عدم البرزخ بين التمليك والتوكيل، فلا معنى للتحكيم.

فنقول فيه: **أما** من ناحية ثبوتية فلا ريب في كون التحكيم يختلف عن التمليك والتوكيل؛ فإن معنى الحكومة هو جعل الآخر حاكماً في الأمر، وهو مغاير لمالكية الخيار، ولمالكية حلّ العقد، وللتوكيل فيهما.

وجعل القرار في الأمر بيد آخر أمر عقلائي وشرعي، ومنه الحكومة في باب القضاء، فقد ورد: « فإني قد جعلته عليكم حاكماً »[2]، وكذلك اختيار الطرفين المتنازعين لحكم يفصل في القضية بينهما، ومن هذا الباب تحكيم أبي موسى الأشعري، فما أفاده المحقق النائيني تدّس من وجود شق ثالث هو الصحيح ثبوتاً.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني تدّس ٤: ١٧٩ - ١٨٠.

(٢) الوسائل، الباب١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث١.

وأما إثباتاً، فالحق عدم الدليل على التحكيم في المقام إلا إذا أمكن إتمام عموم « المؤمنون عند شروطهم »، وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

وأما كلامه الآخر ففيه: أن فاقد الشيء لا يعطيه، عقلاً وعقلاء وشرعاً، وما يملكه ذو الخيار من الحق هو الحق الكامل، المجتمعة أركانه الأربعة من قابلية الإسقاط، والنقل، والصلح عليه، والتوريث، وهو غير قابل لجعله للأجنبي، وما نقله للأجنبي - وهو الحق الفاقد لهذه الأركان - لا يملكه، فكيف يعطيه لغيره؟

إن قلت: إن الشارع هو الذي جعل هذا الخيار للأجنبي تعبّداً.

قلت: أولاً: هو خلاف ما ادّعاه، من أنه من جعل المالك.

وثانياً: لا دليل على أنه من جعل الشارع.

فالإشكال باقٍ على إعضاله، مع كمال قدرتهما - أعلى الله مقامهما - في باب المعاملات.

طريق السيد اليزدي ومناقشته

الثالث: ما ذهب إليه السيد الفقيه اليزدي قدس سره من دوران الأمر بين التوكيل والتحكيم، ولم يتعرض للتمليك، والثمرة بينهما أنه بناء على القول بالتحكيم فلو مات الحاكم الأجنبي انتقل الخيار إلى وارثه، وأما بناء على التوكيل فيبطل خياره ولا ينتقل إلى وارثه، وأيضاً يجوز عزل

الوكيل فيبطل الخيار، ولا يجوز عزل الحاكم[١].

وفيه: **أولاً**: أنا إذا لاحظنا حقيقة التحكيم فهي ليست إلا تفويض أمر الحكومة إلى آخر، وهذا النحو من الجعل غير قابل للانتقال والتوريث؛ لأنه - كالتولية، وتولية الأمر - حيثية قائمة بالمجعول له، فلا يتجاوز عنه إلى غيره.

وثانياً: إن الإرث يحتاج إلى دليل؛ فإن موضوع الميراث هو المتروك من قبل الوارث؛ بمقتضى « ما تركه الميت فهو لوارثه »، فلا بدّ من صدق عنوان (المتروك، وما ترك)، وإلا فمع الشك في قابلية انتقال الأمر القائم بهذا الشخص إلى وارثه يكون مجرى لأصالة عدم الانتقال، فخلط السيد قدس سره بين التحكيم والتمليك، وقد تقدم البحث في تمليك الخيار فلا نعيد.

والحاصل: أنه على القول بالتحكيم لا معنى لأن يكون ميراثاً، والإرث في مورد تمليك الخيار أمر ممكن، وبحسب الظاهر لم يذهب أحد من الفقهاء - في ما نحن فيه - إلى القول بتوريث خيار الأجنبي.

طريق الشيخ ومناقشته

الرابع: ما أفاده الشيخ قدس سره في آخر المبحث؛ حيث نظّر خيار الأجنبي بخيار الزوجة في بيع العقار في ما لو باع زوجها عقاراً واشترط لنفسه الخيار ثم مات؛ فإنها لا ترث من الأرض؛ بمقتضى ما دلّ على عدم إرثها

---

(١) حاشية السيد اليزدي ٢: ٤٧٢.

منها[١]، ولكنها ترث حق الخيار؛ وذلك لأن مقتضى إطلاق « ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه » شمولها في إرث الاثنين، ولكنها أخرجت عن إرث الأرض خاصة فتبقى تحت الشمول في إرث الباقي، والخيار من جملة الحقوق، فهي ترث حق الخيار المتعلّق ببيع الأرض وإن لم ترث الأرض نفسها، وسيأتي البحث في هذه المسألة في باب أحكام الخيار إن شاء الله تعالى[٢].

ويرد على ما أفاده الشيخ قدس سره إشكالان:

الأول: إن في متعلق الخيار مسلكين: أحدهما أن متعلق الحق هو العقد، والآخر أن متعلقه العين، ومعنى الخيار على الأول هي السلطنة على حلّ العقد، وعلى الثاني السلطنة على ردّ العين إلى الملك، والمستفاد من الشيخ قدس سره في تعريف الخيار أنه ملك فسخ العقد وعدم فسخه، في مقابل المشهور القائلين بأنه ملك فسخ العقد وإمضائه،

---

(١) منها ما في الوسائل، الباب٦ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث٤:

وعن علي بن إبراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن محمد بن حمران، عن زرارة، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: « النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئاً ».

(٢) المكاسب ٥: ١٢٤، ولفظ الشيخ قدس سره في ردّ الإشكال: (وهو ضعيف بمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلّق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً، فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي في العقد ، وسيجئ نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين).

والمتعلّق على كلا القولين هو العقد.

وبناء على هذا لا يكون إشكال الشيخ قدس سره في إرث الزوجة في الأرض المبيعة بالبيع الخياري على القاعدة؛ فإن حق المرأة لم يتعلق بالأرض حتى تكون أجنبية، بل تعلّق بالعقد وهي من ورثة الحق.

نعم، بناء على ما يستفاد من كلمات أخرى للشيخ قدس سره من أن الخيار يتعلق بردّ العين، فتشكل المسألة في إرث الزوجة، وفي ما نحن فيه أيضاً.

أما في إرث الزوجة؛ فلعدم وجود العلقة بينها وبين الأرض ليكون لها الحق في ردّها.

وأما في ما نحن فيه؛ فلعدم العلقة بين الأجنبي وبين المال ليتعقّل منه ردّه إلى ملك مالكه، فينحصر الردّ والاسترداد بنفس المالك الذي خرج المال من كيسه فيردّه إليه.

وهذا ما أفاده المحقق النائيني قدس سره في طرح الإشكال بقوله: (إن الخيار ليس معنى اسمياً وملحوظاً استقلالياً وكان مجرد السلطنة على الفسخ والإمضاء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن ردّ كل مال إلى مالكه الأصلي، أو إبقائه وإقراره في ملك مالكه الفعلي، وهذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، وأما الأجنبي فأجنبي عنه)[1].

والحاصل: إن كان الخيار هو ردّ العين، فالإشكال في الموردين، ما

---

(١) منية الطالب ٣: ٧٦ - ٧٧.

نحن فيه وإرث الزوجة من الأرض المبيعة بالخيار.

الثاني: إن غاية ما يثبته قياس ما نحن فيه على إرث الزوجة للخيار هو الإمكان الثبوتي، أي أنه يمكن ثبوتاً جعل الخيار للأجنبي عن المال، كما هو الحال في الزوجة بالنسبة إلى الأرض التي باعها زوجها بالبيع الخياري ثم مات.

وهذا الإمكان غير مفيد في ما نحن فيه؛ إذ الإشكال في مقام الإثبات، فلا بدّ من الرجوع إلى أدلة نفوذ هذا الخيار المجعول للأجنبي، ولا ريب في عدم وجود الدليل الخاص في المقام إلا الإجماع المدّعى من العلامة رحمه الله، وأما الدليل اللفظي فلا أثر له، إلا أن يدّعى إمكان التمسك بإطلاق « المؤمنون عند شروطهم »، وسيأتي البحث فيه.

النقطة الثالثة: في الدليل على صحة جعل الخيار للأجنبي

تقدم نقل دعوى العلامة رحمه الله الإجماع على صحة جعل الخيار للأجنبي، فمن يعتمد على مثل هذا الإجماع فهو في سعة من أمره، وأما على المختار من عدم صلاحية مثله للاستناد إليه في مقام الفتوى؛ لعدم كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر، فلابدّ من البحث عن الدليل على الصحة، وما أقيم من الدليل هو: عموم روايات الشروط، من قبيل « المؤمنون عند شروطهم »[1]؛ فإن جعل الخيار له إنما هو

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

بشرط المتبايعين، كليهما أو أحدهما، فيكون صغرى للكبرى المذكورة في الرواية، فيصح ويلزم.

ويمكن أن يقرّب بهذا التقريب: إن شرط الخيار للأجنبي مما يصدق عليه عنوان الشرط، سواء أقلنا بأخذ الالتزام ضمن التزام في معنى الشرط وحقيقته، أم قلنا بعدم الأخذ، وكفاية الالتزامات الابتدائية؛ فإن شرط الخيار في نفسه التزام، وهو أيضاً التزام في ضمن البيع، فالصغرى متحققة قطعاً، والكبرى منطبقة قهراً فيتم المطلوب.

الإشكال الأول للمحقق الخوئي على الاستدلال به ومناقشته

وأورد عليه المحقق الخوئي قدس سره بإشكالين:

الإشكال الأول: أن مدلول هذه الروايات حكم تكليفي، وهو وجوب الوفاء بالشرط؛ فإن التعبير بالمؤمن عند شرطه، كعبارة عند وعده وعهده، والمدّعى - وهو صحة جعل الخيار للأجنبي ونفوذه - حكم وضعي خارج عن مدلولها[1].

وقد تعرض له في بحث لزوم المعاطاة أيضاً؛ حيث أورد على استدلال الشيخ قدس سره بها للزوم المعاطاة بإشكال صغروي، وهو أن الشرط التزام في ضمن التزام، والمعاملات التزامات ابتدائية فلا تكون صغرى للشرط، وإشكال كبروي، وهو أن مدلول الحديث حكم تكليفي لا وضعي[2].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ١٥٨.

ولو تمّ كلامه لما أمكن التمسك بها لأي حكم وضعي، ولكن في كلامه:

أولاً: أن كلماته متهافتة في مدلول الحديث، فذهب في المقامين المذكورين إلى أن مدلوله حكم تكليفي، إلا أنه في مبحث الشروط، في مصباح الفقاهة، وفي موارد من شرح العروة، ذهب إلى أن المدلول حكم وضعي، بتقريب أن الشرط ملازم للمؤمن، ولا ينفك عنه، فإذا شرط لم يقبل الانفكاك عنه، وكان شرطه لازماً وصحيحاً[1].

وثانياً: بعد غض الطرف عن التهافت، أن عبارة « عند شروطهم » في الحديث لا تدل على الحكم الوضعي، وهو لزوم الشرط ونفوذه؛ فإنه ورد في باب وعد المؤمن « المؤمن عند عدته »[2]، ولم يذهب أحد من الفقهاء أعلى الله مقامهم - وهو منهم - إلى دلالتها على نفوذ الوعد، وأن مخالفته غير مؤثرة، وإن اختلفوا في وجوبه التكليفي، فذهبت طائفة إلى وجوب الوفاء تكليفاً، وأخرى إلى كونه حكماً أخلاقياً.

فمن يلتزم بدلالة الحديث على الحكم الوضعي كان عليه أن يلتزم

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦١، التنقيح في شرح المكاسب ٤٠: ٣٦، و ٧٩، وفيها صرح بقوله: (وبالجملة: أن الحديث يدل على الحكم الوضعي فقط، وهو إمضاء الشارع لالتزامات المتبايعين واشتراطاتهم، ومعناه أن شروط المؤمنين نافذة وجائزة ولازمة..)، التنقيح في شرح العروة ٢٢: ٤٧٢ - ٤٧٣.

(٢) لم أجد هذا النص في الروايات.

بلزوم كل وعد، وشرط ابتدائي.

ولو تنزلنا فاتفاق من يعتنى بشأنهم من الفقهاء كافٍ لتزلزل ظهور الحديث في الحكم الوضعي.

فغاية ما يدلّ عليه الحديث، وما يستفاد من « المؤمن عند عدته » أن مقتضى إيمان المؤمنين أن يعملوا بوعدهم وشروطهم، فلا يدلان على ما زاد على الحكم التكليفي.

وثالثاً: أن الشرط - كما سيأتي في بحث الشروط إن شاء الله تعالى - على نحوين: شرط الفعل، كأن يشترط في ضمن عقد البيع أن يخيط له ثوباً، وشرط النتيجة، كأن يشترط فيه أن يكون الكتاب ملكاً له، واختلف الفقهاء في صحة شرط النتيجة، فلم يقل بها جماعة منهم، وصحّحه آخرون، واخترنا القول بصحته في كل أمر اعتباري يكون اعتباره باختيار الشخص نفسه، ولم يكن له سبب خاص عند الشارع كما في الطلاق؛ فإنه مشروط بصيغة خاصة، فلا يأتي فيه شرط النتيجة، والمحقق السيد الخوئي قدس سره ممن ذهب إلى صحته، وتمسك لها بالحديث المذكور، مع أنه لا يصح هذا الاستدلال على ما اختاره في بعض كلماته من دلالة الحديث على الحكم التكليفي فقط.

نعم، يصح الاستدلال على القول بكون المستفاد حكماً وضعياً كما يستفاد من بعض كلماته الأخرى[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦٢، ولكنه هنا صرّح بدلالة الحديث على الحكم التكليفي والوضعي معاً فلاحظ.

العمدة في الجواب عن الإشكال الأول

والعمدة في حلّ الإشكال هو استدلال الإمام عليه السلام بالحديث على نفوذ الشرط، وبهذا افترق هذا الحديث عن روايات الوعد، والروايات الواردة على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما دلّ على أصل نفوذ الشرط بدون الاستدلال بكبرى روايات الشروط وهي:

١- صحيحة معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: إني كاتبت جارية لأيتام لنا واشترطت عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرّق وأنا في حلّ مما أخذت منك، قال: فقال لي: « لك شرطك، وسيقال لك: إن علياً عليه السلام كان يقول: يعتق من المكاتب بقدر ما أدّى من مكاتبته، فقل: إنما كان ذلك من قول علي عليه السلام قبل الشرط، فلمّا اشترط الناس كان لهم شرطهم.. الحديث »[1].

ومفادها حكم وضعي، لا تكليفي، وهو نفوذ شرط النتيجة، وهو الردّ في الرّق إن عجزت عن أداء مال الكتابة، كما أن الإمام عليه السلام أرشد السائل إلى الجواب فيما لو احتجوا عليه بقول أمير المؤمنين علي عليه السلام بأن المكاتب ينعتق منه بمقدار ما أدّى من مال الكتابة، وأن ذلك إنما هو قبل الشرط، فالحكم الأولي هو ذلك لولا الشرط.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب المكاتبة، الحديث١.

٢-صحيحته الأخرى، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبة أدّت ثلثي مكاتبتها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرّق، ونحن في حلّ مما أخذنا منها، وقد اجتمع عليها نجمان، قال: « تردّ ويطيب لهم ما أخذوا.. الحديث»[١].

٣- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب يكاتب ويشترط عليه مواليه إن عجز فهو مملوك ولهم ما أخذوا منه، قال: «يأخذه مواليه بشرطهم»[٢].

الطائفة الثانية: ما فيها الاستدلال بالكبرى، علاوة على دلالتها على الحكمين الوضعي والتكليفي وهي:

١- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب إذا أدّى بعض مكاتبته، فقال: « إن الناس كانوا لا يشترطون فهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع... الحديث »[٣].

وقد اشتملت هذه الصحيحة على الصغرى والكبرى، ومدلول الكبرى الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالشرط، والحكم الوضعي وهو نفوذه، كما دلّت على صحة شرطي الفعل والنتيجة.

٢- صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب شرط

---

(١) الوسائل، الباب١٠ من أبواب المكاتبة، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب١٠ من أبواب المكاتبة، الحديث٢.

(٣) الوسائل، الباب٤ من أبواب المكاتبة، الحديث٣.

عليه إن عجز أن يردّ في الرّق، قال: « المسلمون عند شروطهم »[١].

٣- صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة، قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: « لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم »[٢].

فإن من المعلوم أن الأمة المزوّجة من عبد عندما تصبح حرّة تكون مختارة في فسخ الزوجية منه، ومفاد الرواية أن ابن الزوج اشترط على زوجة أبيه إن هو أعانها على أداء مال الكتابة أن لا يكون لها الخيار في فسخ زوجيتها من أبيه، فمتعلّق الشرط هو عدم الخيار، وهو حكم وضعي، لا تكليفي، مضافاً إلى أن الشرط شرط نتيجة لا فعل، وقد حكم الإمام عليه السلام بصحته ونفوذه، وطبّق الكبرى عليه.

وحاصل الكلام: أن جملة « المؤمنون عند شروطهم » لا تدلّ بنفسها على الحكم الوضعي - وهو صحة الشرط ونفوذه - لولا تطبيق الإمام عليه السلام لها في موارد شرط النتيجة والحكم الوضعي، كعدم الخيار، والردّ في الرّق، وببركة هذا التطبيق أمكن الاستدلال بها في المقام،

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب المكاتبة، الحديث٧.

(٢) الوسائل، الباب١١ من أبواب المكاتبة، الحديث١.

فيصح شرط الخيار للأجنبي، ويرتفع عنه إشكال كونه حكماً وضعياً لا تشمله « المؤمنون عند شروطهم ».

الإشكال الثاني للمحقق الخوئي

الإشكال الثاني: أن هذه الروايات ليست مشرِّعة لشرط لا نعلم بمشروعيته، وإنما تصحح الشروط المشروعة، فلا بدّ من إحراز شرعية الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك بها لاستفادة لزوم الوفاء بالشرط، وشرط الخيار للأجنبي ـ حسب مقتضى الأصل والقاعدة المتقدمة - إما غير مشروع، أو مشكوك المشروعية، وعلى التقديرين لا يصح التمسك بها لتصحيحه.

طريق التخلص عن الإشكال بنظر المحقق الخوئي

وتخلّص عنه المحقق السيد الخوئي قدس سره: بأن المُنشأ في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ؛ وذلك بعد استحالة الإهمال في الواقعيات، وعدم اجتماع الملكية المطلقة مع الخيار فيتعين التقييد، فتكون الملكية المُنشأة هي الملكية المحدودة إلى زمان فسخ الأجنبي، وآية ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾، خطاب انحلالي بوجوب الوفاء بكل عقد، ومفادها الحكم بنفوذ ما عقد عليه، ومتعلقه في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة، فالآية بنفسها تدلّ على نفوذ هذا النحو من الشروط، فيكون الاستدلال على صحة شرط الخيار للأجنبي بالآية، لا بالحديث

ليرد الإشكال، ولا طريق للتخلص عنه إلا هذا[١].

ولأهمية البحث لا بدّ من توضيح المطلب بشكل جيّد فنقول:

إن مبناه تدثل في جميع موارد الشروط - كما يظهر من كلامه في هذا الباب، وباب الغبن، والشروط، وجميع مسائله في منهاج الصالحين - هو أن الشرط المأخوذ في ضمن العقد يرجع إلى جعل الخيار، فمثلاً إذا باع المتاع بشرط خياطة الثوب، فحقيقة هذا الشرط أنه جعل لنفسه الخيار في ما لو لم يخطه، فلا يكون ملزماً بالوفاء بالعقد حينئذٍ، وجعل الخيار - بمقتضى برهان عدم الإهمال في الإنشاء - يرجع إلى إنشاء الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، والدليل على صحة هذه الملكية هو ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾.

المناقشة في طريق المحقق الخوئي

وفي هذا المبنى وجوه من الإشكال:

الوجه الأول: مناقضة مختاره لمبناه في آية ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾؛ فإن فيها مبنيين:

الأول: أن مدلولها حكم تكليفي وهو وجوب الوفاء بالعقد، ولازمه الذي لا ينفك عنه هو اللزوم، فهي تدل بالدلالة المطابقية على الحكم التكليفي، وبالدلالة الالتزامية على الحكم الوضعي، وهو مختار الشيخ تدثل.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٦ - ٢١٧.

الثاني: أنها إرشاد إلى اللزوم، فمدلولها - ابتداء - حكم وضعي، ولا مناص من رفع اليد عن ظهور هيئة الأمر في اعتبار اللابديّة، والوجوب؛ لقيام الضرورة الفقهية على عدم حرمة الفسخ تكليفاً، وعدم وجوب عدمه، بحيث يكون مرتكبه مذنباً وفاسقاً، فمع بطلان الحرمة التكليفية يتعيّن كون المراد منها لزوم العقد، فلو فسخ لا ينفسخ، وهذا هو مختار المحقق الخوئي قدس سره.

ومن كان مبناه في الآية أنها إرشاد إلى اللزوم، وأن مفادها أن العقود لازمة، كيف يعقل منه أن يستدل بها على صحة هذا البيع الخياري؟!

فالجمع بين هذين ما هو إلا جمع بين المتناقضين.

الوجه الثاني: أن ما أفاده قدس سره مخالف لما عليه الارتكاز العقلائي؛ فإن المعاملات مطلقاً أمور عقلائية ارتكازية، والمُنشأ في الارتكاز العقلائي واحد في جميع المعاملات، سواء أكانت خيارية - بالأصل أو بالعارض - أم غير خيارية؛ فإن المُنشأ في البيع والصلح والإجارة من العقود اللازمة هي الملكية المطلقة، والمُنشأ في المعاملات الخيارية هي الملكية المطلقة أيضاً، ولم تحدّد بغاية ولا أمد، فإنشاء (بعت) في موارد عدم الغبن، وكون المبيع صحيحاً هو بنفسه في موارد الغبن وكون المبيع معيباً، فالإنشاء واحد ولا اختلاف في المنشأ، ولكن المنشأ - وهي الملكية - يكون محكوماً بالجواز إذا كان البيع خيارياً، وباللزوم إذا لم يكن خيارياً، فما أفاده قدس سره مخالف للارتكاز العقلائي[1].

---

(١) فإن قلت: إذا لم يكن بينهما اختلاف فلماذا حكم في أحدهما باللزوم وفي الآخر

الوجه الثالث: أن لازم هذا القول أن يكون وزان العقد الخياري وزان إجارة الأعيان، وهو ممنوع فقهاً؛ وذلك لأن المراد من الفسخ في المعاملات أحد معنيين باختلاف المبنيين، أحدهما حلّ العقد، والآخر رد العين إلى ملكية من انتقلت منه، وكلا المبنيين يشتركان في أن قوامه بالاسترداد في الملك، إلا أن الاسترداد على المعنى الأول لازم للفسخ وحلّ العقد، وعلى الثاني يحصل ابتداء، فحقيقة الفسخ في جميع العقود التي يوجد فيها هذا الحق - كالبيع والصلح والإجارة - هو ردّ الملك، مطابقة أو التزاماً، أي رجوع الملك المنتقل إلى صاحبه الأول.

فإذا التزم بأن البيع الخياري هو إنشاء الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فمعناه أن الفسخ ليس ردّ الملك - الذي انتقل - إلى صاحبه؛ إذ هو صاحبه من الأول من هذا الحدّ، فيكون وزان جميع المعاملات الخيارية وزان الإجارة وتمليك المنفعة؛ فإن المنفعة تنتقل إلى ملك المستأجر مدة الإجارة المضروبة فقط، وتكون بعدها باقية على ملك مالكها الأول، ولهذا لا يحصل للمؤجر - بعد انتهاء مدة الإجارة - ملك جديد، فلا بدّ لمن قال بالملكية المحدودة بالفسخ أن يلتزم بأن العين قد

بالجواز؟

والجواب: أنه ليس الاختلاف من حيث المنشأ؛ فإن الملكية في كليهما مطلقة، والحكم بالجواز وعدمه إنما جاء من قبل جعل الخيار وعدم جعله، فإن جعل الخيار موضوع لحكم الشارع بالجواز.

خرجت بالبيع عن ملك البائع مدة معينة محدودة، وأما بعدها فلم تخرج عن ملكه حتى ترجع، وهو ممنوع فقهاً؛ فإن حقيقة الفسخ - كما تقدم - هو ردّ العين مطابقة أو التزاماً، وليس انتهاء أمد الملك المنتقل، وبينهما بون بعيد[1].

الوجه الرابع: أن تصحيح جعل الخيار للأجنبي بفرض الملكية المحدودة بالفسخ مستلزم للدور؛ وذلك لتوقف صحة جعل الخيار على صحة الملكية المحدودة بالفسخ، وبما أنه أخذ في الموقوف عليه حدّ الفسخ، فصحة الخيار تكون متوقفة على صحة الفسخ، ومما لا شك فيه أن الفسخ موقوف على الخيار فيلزم الدور المحال.

الطريق الصحيح للحل

فهذا الطريق للحلّ - مع هذه الإشكالات - غير قابل للقبول، فلا بدّ من اختيار طريق آخر، وهو لا يتمّ إلا برفع إشكالين:

---

(١) سئل الأستاذ - دام ظله - فأفاد بما يوضح المطلب وحاصله: أن مبنى المحقق السيد الخوئي قدس سره في المعاملة التي جعل فيها الخيار أن المُنشأ هي الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فإذا جعل البائع للدار الخيار في البيع، فمعناه أنه قال للمشتري ملكتك الدار إلى أن أفسخ.

والإشكال: أن قوله ملكتك الدار إلى أن أفسخ البيع، مثل قوله: ملكتك منافع الدار شهراً، إلا أن التحديد في الإجارة كان بالزمان، وفي البيع بالزماني، وهو الفسخ، فما زاد عن هذا الحد لم تخرج فيه الدار عن ملك البائع من الأول حتى ترجع إلى ملكه بالفسخ، وهو خلاف حقيقة الفسخ؛ فإن حقيقته رجوع المال الذي انتقل للمشتري إلى ملك البائع بواسطة الخيار.

الإشكال الأول: ما تقدم من أن دليل الشرط ليس بمشرِّع، فلا بدّ من إحراز جواز الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك به.

والحق في الجواب عنه أن يقال: إن مقتضى إطلاق دليل نفوذ الشرط جواز كل شرط ونفوذه، إلا أنه ورد استثناء الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله[1]، ونحن نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفاً لهما أو لا، فإن كنا نقول بجريان استصحاب العدم الأزلي فلا إشكال، وإلا فلا دافع له؛ وذلك لأن مدلول الحديث بعد التخصيص هو جواز الشرط الذي لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، وبما أنا نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفاً لهما أو لا، فالتمسك بدليل الشرط من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصِّص، وهو باطل بالضرورة.

وأما إذا قلنا بجريان استصحاب العدم الأزلي فيمكن جريانه في المقام فيتنقح موضوع الدليل؛ لأن موضوعه بعد التخصيص صار مركباً من أمر وجودي، أعني (الشرط)، وهو محرز بالوجدان، ومن أمر عدمي، وهو (لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة)، وهو محرز بأصل العدم الأزلي، فينحل الإشكال الأول، ولكن يأتي:

الإشكال الثاني: وقد أورده المحقق السيد الخوئي قدس سره في بحث الشروط[2]، وهو يرد حتى مع القول بجريان الاستصحاب في العدم

---

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٣٢٧.

الأزلي، وحاصله: أن الأصل في المعاملات وفي الشروط الفساد، فلو اشترط في ضمن المعاملة أن يكون المتاع لفلان، فلو لم يكن دليل الصحة فهل ينتقل المال لفلان بالشرط أو لا ؟ الأصل عدم الانتقال، وبما أن الأصل الفساد لا يجري استصحاب عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أزلاً.

والجواب عنه: أن موضوع قاعدة (الأصل في العقود الفساد) هو عدم الدليل على الصحة، فإذا قام الدليل على الصحة من عموم أو إطلاق أو نص خاص كان حاكماً عليها، ولا يعقل أن يكون الدليل المحكوم مانعاً عن وجود الدليل الحاكم، ولا مسقطاً له؛ لأن الثاني مزيل لموضوع الدليل الأول دائماً، والفرض في ما نحن فيه أن عموم « المؤمنون عند شروطهم » دليل، وهو شامل لهذا الشرط، وبما أنه يوجد مستثنى منه وهو « شروطهم »، ومستثنى وهو « ما خالف كتاب الله وسنة نبيّه »، وانطباق عقد المستثنى منه بالوجدان، وبجريان الأصل يتمّ المستثنى، فالعموم بضميمة الاستصحاب يكون حاكماً على أصالة الفساد، فلا يعقل أن تكون مانعة من عمومه.

ولو كان نظره إلى احتمال فساد هذا الشرط لمخالفته للكتاب والسنة، لا من جهة عدم الدليل، فجوابه واضح؛ فإن استصحاب عدم المخالفة يزيل الشك من هذه الجهة.

فتحصل مما تقدم: أن مقتضى القاعدة الحكم بمشروعية جعل الخيار للأجنبي، والدليل عليه إطلاق أدلة الشروط بضم أصل العدم الأزلي.

الجهة الثانية: في اشتراط قبول الأجنبي وعدمه

لا يخفى أن الأصل في ما لو شككنا في تحقق الخيار للأجنبي بمجرد جعل المتعاملين أو أحدهما من دون قبوله هو عدم تحققه، فلا بدّ من إقامة الدليل على عدم اشتراطه.

تفصيل المحقق النائيني في المقام ومناقشته

وقد أفاد المحقق النائيني قدس سره في ذلك ما حاصله: إن قلنا بأن جعل الخيار للأجنبي توكيل له أو تفويض، فلا شبهة في احتياجه إلى القبول؛ لأن الوكالة من جملة العقود، فتتوقف على الإيجاب والقبول، وحقيقة التفويض تولية الأمر، فيحتاج إلى قبول أيضاً.

وأما إن قلنا بأنه تمليك، فإن قلنا بانحصار تحقق الملك القهري بخصوص الإرث، والوقف على البطون، فلا بدّ من القبول، وإن قلنا بحصوله بشرط النتيجة أيضاً فلا حاجة إلى القبول، فيملك الخيار بمجرد جعل المتعاقدين[1].

وما أفاده من عدم الحاجة إلى القبول إن التزم بحصول الملكية بشرط النتيجة، محل تأمل ونظر؛ لأن مستند شرط النتيجة هو دليل الشرط، أعني « المؤمنون عند شروطهم »، واستفادة عدم اشتراط القبول منه منافٍ لقاعدة السلطنة على النفس؛ فإنه وإن لم يرد « الناس مسلطون على

(١) منية الطالب ٣: ٧٨.

أنفسهم » إلا أن مقتضى قاعدة السلطنة على المال - المستفادة من مرسلة « الناس مسلطون على أموالهم »[١]، أو من القاعدة العقلائية - هو أن الناس مسلطون على أنفسهم بالأولوية القطعية، وحصول الملك أو الحق للإنسان من دون قبوله منافٍ لسلطنته على نفسه، فمقتضى الجمع بين دليل الشرط وقاعدة السلطنة صحة شرط النتيجة؛ لدليل الشرط، واشتراط القبول؛ لقاعدة السلطنة، فلو أراد أن يهب لآخر شيئاً، وأنشأ الهبة كان للموهوب له عدم القبول ولا يلزم به، وكما يمكنه أن ينشئ الهبة بقوله: وهبتك، يمكنه بشرط النتيجة؛ لعدم توقف الهبة على إنشاء خاص، بل يمكن إنشاؤها بكل ما له صلاحية إنشاء هذا الأمر الاعتباري، والشرط له الصلاحية حسب الفرض، ولكن لا ينفي اشتراط قبول الموهوب له؛ فإن ما تحقق من طرف الواهب هو الإيجاب بالشرط، وهو لا ينفي الحاجة إلى القبول.

وعليه فمقتضى الجمع بين القاعدتين اعتبار القبول، من دون أن ينافي شرط النتيجة.

دليل المحقق الخوئي على عدم الحاجة الى القبول ومناقشته

وقد ذكر المحقق السيد الخوئي قدس سره وجهاً آخر لعدم الحاجة إلى القبول، وحاصله: أن باب الحقوق أجنبي عن باب الملك؛ فإن حصول الملك إنما هو بالأسباب الاختيارية التي جعلت في الشريعة المقدسة،

---

(١) الخلاف ٣: ١٧٦، وقال فيه: (وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: « الناس مسلطون على أموالهم »).

فلا يحصل بدون القبول، إلا في موارد خاصة ثبت فيها حصول الملك القهري على خلاف القاعدة، كالإرث، والوقف على البطون، والمصالحات القهرية، وأما في غيرها فالتملّك يحتاج إلى سبب، وهو إما أن يكون اختيارياً غير إنشائي كالحيازة؛ « من حاز ملك »[1]، أو اختيارياً إنشائياً كالعقود.

وأما باب الخيار فلا ربط له بباب الملك؛ فإن حقيقة الحقوق ليست شيئاً آخر غير الاعتبارات الشرعية، إلا أن الاعتبارات على نحوين:

١- ما يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحق.

٢- ما لا يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحكم.

فليس بين الجواز في الهبة، والجواز في البيع الخياري فرق ذاتي، فكل منهما حكم شرعي بجواز الفسخ، إلا أن الجواز في الهبة لا يمكن إسقاطه بخلاف الجواز في البيع، وإذا لم يكن له ربط بباب الملك فلا يلزم فيه القبول[2].

ويرد عليه: أولاً: أن ما اختاره هنا منافٍ لما اختاره في باب الوصية

---

(١) هذه القاعدة متصيدة، وحصول الملكية بالحيازة مستفاد من مثل ما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: « للعين ما رأت ولليد ما أخذت ».
الوسائل، الباب٣٨ من أبواب الصيد، الحديث١.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٧ - ٢١٨.

التمليكية؛ حيث قال: (وأما الوصية التمليكية فكما إذا قال: هذا المال لزيد بعد مماتي، فالمشهور احتياجه إلى القبول من الموصى له، لكن الأظهر عدمه)[١]، فنفيه لاعتبار القبول في الوصية التمليكية منافٍ لقوله هنا باعتبار القبول في مطلق الملك[٢].

وثانياً: أن ما أفاده من التفريق بين الملك والحق، بأن ثبوت الأول بدون اختياره منافٍ لسلطنته، دون ثبوت الثاني، بلا فارق؛ فإن الحق وإن كان حكماً شرعياً إلا أنه نحو من السلطنة، ولهذا قلنا في تعريف الخيار: إنه (ملك فسخ العقد وإبرامه)، فحصولها بدون اختيار المكلف منافٍ لسلطنته على نفسه[٣].

والتحقيق: أن سلطنة الإنسان على نفسه ثابتة قطعاً، ولكن لم يقم عليها دليل لفظي قابل للتمسك بإطلاقه، ليدل على ثبوتها له بنحو مطلق،

---

(١) منهاج الصالحين بتعليق الشيخ الأستاذ - دام ظله - ٣: ٢٣٧.

(٢) ومن أراد معرفة ما أفاده السيد الخوئي قدس سره في عدم اعتبار القبول في الوصية التمليكية بنحو التفصيل فليرجع إلى الموسوعة ٣٣: ٢٩٦ - ٢٩٩.

(٣) ربما يقال بالفرق، وذلك لأنكم لما سلمتم بأن الحق حكم شرعي، فإعطاء الحق يكون من قبل الشارع، فيتصور فيه الإعطاء بدون القبول؛ لأن له السلطنة على ذلك.

فيقال: إن الحكم الشرعي تارة يكون من دون دخل للمكلف فيه كخيار المجلس، فهذا لا يحتاج إلى القبول من المكلف، ولا يكون مخالفاً لسلطنته على نفسه؛ لأنه من ناحية المولى الحقيقي.

وأخرى يكون جعل الخيار من الشارع بواسطة إيجاد موضوعه من قبل المكلفين، ومثل هذا الخيار - لو تحقق بلا قبول من الطرف الآخر - كان مخالفاً لسلطنته على نفسه.

فمثل قوله تعالى: ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي لَآ أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي ﴾ [١]، استفيد منه السلطنة على النفس، وقوله تعالى: ﴿ ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ ﴾ [٢] دال على ثبوت السلطنة على النفس، ولكن لا إطلاق فيهما، فلا يدلان على حدود هذه السلطنة ولا مقدارها، فلا بدّ في مثل هذه الموارد من المشي على طبق ما تقتضيه القاعدة، ومقتضاها أن نلاحظ ما في سيرة العقلاء، وبما أنها دليل لبي فنقتصر على القدر المتيقن.

ولا شك أن تمليك الأشخاص وإعطاءهم الحقوق عند العقلاء ليس بنحو مطلق، بأن يُملّك شخص آخر أو يعطيه الحق قهراً وقسراً عليه، مسلوب الإرادة والاختيار، ولكن حدّ ذلك عدم التمليك القسري، والقدر المتيقن منه أن له حق الردّ، ولا دليل على اعتبار القبول، فلو أعطي الولاية على أمر لم تثبت له الولاية قسراً عليه، بمعنى أن له أن يردّها، وهذا أمر، واعتبار القبول أمر آخر لم يثبت بدليل.

وبعبارة أخرى: إن غاية ما يثبت من السيرة أن الردّ مانع من تحقق الملك أو الحق، لا أن القبول شرط لتحققهما.

ولو غضضنا الطرف عن السيرة، وشككنا في اشتراط القبول في جعل الخيار للأجنبي، فمقتضى الأصل الاشتراط؛ لأن مقتضاه عدم تحقق أي سلطنة أو حق لأحد إلا بمقدار ما قام عليه الدليل خصوصاً أو عموماً،

---

(١) سورة المائدة: ٢٥.

(٢) سورة الأحزاب: ٦.

ففي مثل المقام نشك في جعل الخيار للأجنبي بمجرد الشرط من دون قبوله، ولا دليل على صحة الاشتراط إلا « المؤمنون عند شروطهم »، ولا إطلاق فيه ليشمل صورة عدم القبول، فالأصل عدم تحققه بدونه.

والحاصل:

أن مقتضى السيرة هو كون الردّ مانعاً لا أن القبول شرط، فيتحقق الخيار للأجنبي إن لم يردّ، ومقتضى الأصل عدم تحققه إلا بالقبول.

الجهة الثالثة: في جواز إسقاط خيار الأجنبي وعدمه

هل يجوز لمن اشترط الخيار للأجنبي أن يسقطه عنه أو لا؟

ذهب السيد اليزدي تدّس إلى السقوط بالإسقاط، قال تدّس: (لأن شرطه كون الأجنبي ذا خيار، فخيار الأجنبي حق للمشروط له، فكما يجوز إسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا في الأجنبي، وليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي، بل دوامه، فيكون كخيار نفسه في جواز إسقاطه، ولا يضر سقوط حق الأجنبي أيضاً من غير اختياره، كما أنه يجوز للأجنبي إسقاطه، فيسقط حق المشروط له أيضاً قهراً عليه)[1].

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي تدّس بأن جعل الخيار حدوثاً للأجنبي، حق للمتعاقدين، وأما بقاء فلا دليل على أن إسقاطه من حقوقهما، ولا ملازمة بين الحدوث والبقاء[2].

---

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٧٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٠.

وفيه: أنه وإن لم يوجد دليل على جواز الإسقاط، إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار بعده.

بيان ذلك: أنه كما أن سقوط الخيار يحتاج إلى دليل، فكذلك بقاؤه، والصور المتصورة في جعل الخيار للأجنبي ثلاث:

الأولى: أن يجعل له لمدة محدودة، فيسقط خياره بانتهاء تلك المدة.

الثانية: أن يجعله له مطلقاً ويشترط أن لا حق له في الإسقاط، فلا يحق له الإسقاط؛ بمقتضى دليل الشرط، وهو واضح.

الثالثة: أن يجعله له مطلقاً، ولا يشترط شيئاً.

والكلام في هذه الصورة، ونحن وإن قلنا بعدم الملازمة بين الحدوث والبقاء، ولكن عدم تأثير إسقاط خيار الأجنبي حكم من الأحكام الشرعية فيحتاج إلى دليل، وهو مفقود، ومع عدم الدليل، والشك في بقاء الخيار بعد إسقاط جاعل الخيار للأجنبي ما هو الموقف العملي؟ فهل المرجع في مثل هذا المورد أصالة اللزوم أو استصحاب بقاء الخيار ؟

أما على مبنى المحقق السيد الخوئي قدس سره من عدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية الكلية؛ للتعارض بين استصحاب بقاء المجعول، واستصحاب عدم الجعل، فلا مجال للبحث عن جريان الاستصحاب أو الرجوع إلى العام في المقام.

وأما مع قطع النظر عن هذه الناحية، فبما أن العام وهو آية ﴿أَوْفُوا

بِٱلْعُقُودِ ﴾ قد خصصت بدليل جعل الخيار للأجنبي، فيكون المورد من موارد دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص، وبين التمسك بعموم العام.

والقاعدة - على ما حقق في محله - تقتضي التمسك بعموم العام؛ وذلك للشك في سعة دائرة المخصص وضيقها، للشك في سقوط الخيار المجعول للأجنبي بالإسقاط وعدم سقوطه، فنرفع اليد عن العام بالمقدار المتيقن من التخصيص، وهي صورة عدم إسقاطه عنه، وأما ما زاد على ذلك - وهي صورة الإسقاط - فالمرجع فيه هو عموم العام، وعليه فلا خيار بعد الإسقاط.

نعم، على مبنى عدم جواز التمسك بالعام وجريان استصحاب حكم المخصص في هذه الموارد - كما عليه الشيخ قدس سره - يجري استصحاب بقاء الخيار للأجنبي.

ومع قطع النظر عن هذه الجهة أيضاً، وعن أصالة اللزوم لفظاً فالقاعدة تقتضي جريان أصل اللزوم العملي، وهو بقاء العقد؛ وذلك لأنا بعد إسقاط الشارط لخيار الأجنبي، نشك في تأثير إعمال الخيار من قبل الأجنبي، والأصل عدم التأثير، أو بقاء العقد، وبقاء الملك.

والنتيجة: أنه وإن لم تكن هناك ملازمة بين الحدوث والبقاء إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار للأجنبي بعد أن أسقطه الشارط، ومع الشك فالتحقيق ما قدمناه على اختلاف المباني، والحق منها سقوط الخيار وعدم تأثير الفسخ.

الجهة الرابعة: في اشتراط مراعاة المصلحة من قبل الأجنبي وعدم اشتراطها

هل أن خيار الأجنبي مشروط بملاحظة الغبطة والمصلحة لمن جعل الخيار أو لا ؟

إن كان إعطاؤه إياه بنحو التوكيل فلا شك في أن الوكيل عليه أن يراعي غبطة الموكِّل ومصلحته، وليس في التوكيل إطلاق حتى لصورة قيام الوكيل بعمل على خلاف مصلحة موكِّله.

وإن كان بنحو التمليك، فإن ثبت الإطلاق لصورة عدم الغبطة، أو التقييد بها، فلا بحث، وإنما الكلام في ما لو لم يثبت أحدهما؛ لعدم نصبه قرينة في مقام الإثبات على شيء منهما، وفيه أوجه ثلاثة:

الأول: أنه مالك للخيار وله مطلق الحرية في إعمال سلطنته، سواء أكان فيه صلاح لطرف العقد أم لا.

الثاني: أنه مقيَّد بوجود المصلحة.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان جعل الخيار له من طرف أحد المتعاقدين، فتشترط مراعاة المصلحة، وبين ما لو كان من كلا الطرفين، فلا تشترط.

والحق هو الوجه الثاني؛ فإن مقتضى القاعدة - بملاحظة مقتضى عمل العقلاء وطبعهم الأولي - أنهم لا يعطون الخيار لأحد - بنحو التمليك أو التفويض أو تولية أمر العقد - بنحو مطلق، بحيث يكون له إعماله حتى لو كان فيه ضررهم، أو كان على خلاف مصلحتهم، فالمعطي لا يعطي

إلا بملاحظة حفظ مصالحه، فإقدامه على ذلك محدود بمصالح نفسه، ولو كان يريد الأعم من حصول المصلحة وعدمها لبيّن ذلك وصرّح به، فتمليكه الخيار في المقام مشروط ومقيّد بالمصلحة ولو لم يبيّن ذلك في مقام الإثبات.

ولو شك في ذلك فمقتضى الأصل التقييد بالمصلحة أيضاً؛ لرجوع الشك إلى الشك في سعة دائرة الخيار المجعول وضيقها، والمتيقن من جعل الخيار جعله في صورة مراعاة المصلحة، وأما في ما عداها فمشكوك، والأصل عدمه.

ومنه يظهر بطلان الوجه الأول أيضاً.

وأما التفصيل فوجهه: أن فسخ العقد أو إمضاءه لا يكون بحسب الواقع في مصلحة الطرفين، بل غالباً ما يكون في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، فإذا ملّكه الخيار كلاهما كانت هذه الغلبة قرينة على عدم لزوم مراعاة كلا الطرفين.

ولكن، لا يخفى أن هنا صورتين:

الأولى: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين غير ممكنة؛ إذ يكون الفسخ دائماً في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، والإمضاء على العكس منه، وهنا لا مناص من القول بعدم إناطة جعل الخيار بمراعاة المصلحة؛ لعدم إمكان الجمع بين مصلحة الطرفين، فجعله مشروطاً بمراعاة مصلحتهما لغو.

الثانية: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين ممكنة إلا أن الغالب

عدمها، والحكم بثبوت الخيار على خلاف مصلحة كليهما مطلقاً مشكل؛ والوجه فيه: أنهما جعلا الخيار له، وأمر العقد بيده، وملاحظة مصلحتهما معاً ممكنة حسب الفرض إلا أنها غير غالبة، والعاقل لا يقدم على ضرر نفسه، بل لا يقدم إلا على ما فيه مصلحته، فبمقتضى القاعدة المتقدمة نجزم بأن كل واحد من الطرفين إنما ملّكه الخيار بلحاظ حفظ منفعته، والغلبة لا تصلح للتخصيص، فيكون الخيار محدوداً بمراعاة مصلحة كلا الطرفين، فيختص بالمورد غير الغالب.

هذا ما تقتضيه القاعدة، ولو شك حينئذٍ في جعل الخيار له مطلقاً؛ لكون الغالب عدم إمكان مراعاة مصلحة الطرفين، فالشك يرجع إلى سعة دائرة جعل الخيار وضيقها، والأصل عدم جعله في ما إذا كان في الفسخ أو الإمضاء ضرر أحد المتعاقدين.

فما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره من التفصيل على أساس الغلبة محل إشكال[1]، والحق أن الخيار في جميع الصور مقيّد بمصلحة جاعل الخيار، سواء أكان بنحو التوكيل أم التمليك أم التفويض، كان من أحدهما أو من كليهما إلا في صورة امتناع مراعاة مصلحة كلا الطرفين.

الجهة الخامسة: في حكم جعل الخيار للمتعدد

إن لجعل الخيار للأجنبي صورتين رئيسيتين:

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢١ - ٢٢٣.

الصورة الأولى: جعله للواحد، وحكمه واضح.

الصورة الثانية: جعله للمتعدد.

والبحث في الصورة الثانية تارة في فرض جعل الخيار بنحو التوكيل، وأخرى في فرض جعله بنحو التمليك والتفويض.

أما الفرض الأول، فجعل الخيار للمتعدد بنحو التوكيل على نحوين أيضاً:

١- أن يكون كل منهما وكيلاً مستقلاً، فإن أمضى أحدهما العقد مضى، وإن فسخ انفسخ، ولا ينتظر لما يقوم به الثاني.

٢- أن يكونا وكيلين بنحو العام المجموعي، فلا بدّ من اتفاقهما على الفسخ، أو على الإمضاء، ولا يكفي فسخ أحدهما، ولا إمضاؤه.

وأما الفرض الثاني، فجعله يتصور على ثلاثة أنحاء:

١- أن يجعل لطبيعي المتعدد.

٢- أن يجعل للمتعدد بنحو العام الاستغراقي.

٣- أن يجعل للمتعدد بنحو العام المجموعي.

فإن عرف نحو الجعل، فلا إشكال؛ فإن الخيار في النحو الأول واحد لا تعدد فيه؛ فإن الطبيعة غير متعددة، وما قيل من أن الطبيعي موجود بوجود أفراده حكم آخر غير الحكم الذي لنفس الطبيعة، فجعل الخيار هنا لطبيعي هذه الأفراد - المتعدد - فهو مجعول بنحو صرف الوجود، وهو ليس إلا واحداً، فالخيار واحد.

وأما في النحو الثاني فالخيار يكون متعدداً بتعدد الأفراد، فإن فسخ واحد انفسخ العقد ولم يبق مجال لغيره في إعمال الخيار؛ لارتفاع الموضوع، وإن أمضى فحق غيره محفوظ، فله الفسخ والإمضاء؛ لبقاء الموضوع حينئذ، فيبقى حق غيره على حاله، وما قام به الأول إنما هو رفع ليده عن حقه؛ فإن الإمضاء حيثي دائماً دون الفسخ فإنه حلّ للعقد.

وأما إذ كان بالنحو الثالث فالخيار واحد للمجموع، فلا بدّ لفسخ العقد أو إبرامه من اجتماع المجموع، ولا أثر لفسخ أحدهم ولا لإمضائه.

وإن لم يعرف نحو الجعل، فعندنا علم إجمالي بحصول التمليك أو التفويض، مع الجهل بنحوه، هل لطبيعي المتعدد فلا يكون هناك إلا خيار واحد بنحو صرف الوجود، أو للمتعدد بنحو العموم الاستغراقي ليكون لكل واحد خيار، أو للمتعدد بنحو العام المجموعي فالخيار واحد للمجموع، ويختلف كل منها من حيث الأثر كما تقدم، وبما أن أصالة العدم في كل من الأمور الثلاثة معارضة بمثلها في الأمرين الآخرين، فالقاعدة تقتضي أحد أمرين على اختلاف المبنيين:

المبنى الأول: التمسك بعموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾؛ لأنه عام قد خصص بمخصص مردّد بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو ما إذا فسخ الجميع؛ لأنه القدر المتيقن من تأثير الفسخ، كما يقتصر على إمضاء واحد في لزوم العقد؛ لأنا نشك - بعد إمضائه - في تأثير الفسخ فيرجع إلى أصالة العموم.

المبنى الثاني: أنه لا مجال إلى الرجوع إلى العام، فعند فسخ أحدهم يحصل الشك في زوال الملك الحاصل، فيستصحب بقاؤه، أو يشك في زوال العقد الحاصل فيستصحب بقاؤه؛ فلا بد من فسخ الجميع، كما أنه لو أمضى العقد واحد منهم نشك في زوال الملك بفسخ الآخر فيستصحب الملك، فلا تأثير لفسخه.

فعلى كلا التقديرين لا يحكم بالفسخ لو لم يتفق الجميع عليه، كما يحكم بكفاية إمضاء واحد في لزوم العقد.

مسألة: شرط الاستئمار

والمراد منه أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما مشاورة الأجنبي في العقد، واستئماره والرجوع إلى أمره، فيأتمر المشروط عليه بأمره[1]، ولهذا الشرط صور:

---

(١) ولا بأس بنقل الأقوال في هذا الشرط كما في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠١ - ٢٠٢:

(قوله: « واشتراط المؤامرة إن عيّن المدة » أمّا جوازها مع تعيين المدّة فإجماعي كما في « جامع المقاصد »، وظاهر « التذكرة »، ويدلّ عليه الأصل والعمومات، فلا معنى لتأمّل الأردبيلي.

وفي « المبسوط والخلاف » أنّه ليس للاستئمار حدّ إلاّ أن يشترط مدّة معيّنة. وقد يلوح ذلك من إطلاق « الشرائع والإرشاد » .

وفي « التحرير والتذكرة والمختلف واللمعة وتعليق الإرشاد والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية » أنّه لا بدّ من تعيين المدّة وأنّه يبطل مع الإطلاق للجهالة .

وفي « الدروس » أنّ قول الشيخ مشكل.

والظاهر أنّه لا يشترط تعيين المؤامر باسمه).

الصورة الأولى: أن يشترط الخيار لنفسه أو للمتعاقد الآخر في ما لو أمر الأجنبي بالخيار، بمعنى أنه يجعل الخيار لنفسه أو للآخر مشروطاً ومعلّقاً على أمر الأجنبي.

الصورة الثانية: أن يجعل الفسخ معلّقاً على أمر الأجنبي ومشروطاً به، وليس المعلّق نفس الخيار كما في الأولى، بمعنى أن يشترط لزوم الفسخ عند أمر الأجنبي.

الصورة الثالثة: أن يجعل عدم الفسخ مشروطاً بأمر الأجنبي، بمعنى أن يشترط أن لا يفسخ إلا إذا أمر الأجنبي.

ولا يخفى أنه ليس في الاستئمار - وهي الاستشارة - جهة موضوعية، بل هو طريق لأمر الأجنبي، والموضوعية لرأي المستشار وأمره، فالشرط يتحقق سواء استأمره فأمره، أو أمره ابتداء، ولبّ المطلب يرجع إلى أن أمر الأجنبي دخيل في أصل الخيار، أو في إعماله فسخاً أو إمضاء.

أما الصورة الأولى فما يرد عليها أن الخيار معلّق على أمر مجهول؛ لعدم معرفة أصل تحقق أمر الأجنبي، ولا وقت تحققه، فيكون حاله حال تعليق الخيار على قدوم الحاج، فيرد إشكال غررية البيع من جهة جهالة الخيار، فيأتي فيها ما تقدم مفصلاً، من أن مثل هذا التعليق هل يوجب الغرر المبطل للبيع أو لا ؟

فعلى رأي يوجبه؛ لتفاوت قيمة الأجناس بحسب الأزمنة، ولم يعلم وقت الخيار فيوجب الغرر، فيحكم ببطلانه.

وعلى رأي لا يوجبه؛ لأن الطرفين يعلمان بأنه متى حصل الخيار والفسخ فسيرجع لكل منهما ما أخذ منه، وهو أمر معين فلا غرر، فيحكم بصحته، فإن أمر حصل الخيار، وإلا لزم العقد.

وأما الصورة الثانية، فالمفروض فيها أن الفسخ مشروط بأمر الأجنبي، فإن لم يأمر بالفسخ لم يكن للمشروط عليه حق الفسخ، وإن أمر به، فإن فسخ انفسخ العقد، وإن لم يفسخ كان للطرف الآخر الفسخ؛ لخيار تخلّف الشرط؛ فإن الشرط أن يفسخ المشروط عليه حين أمر الأجنبي به، وقد أمر به ولم يفسخ فللآخر الفسخ، وهو واضح.

وأما الصورة الثالثة ففيها احتمالات أربعة بحسب اختلاف المباني:

الأول: أن نقول بأن معنى الشرط سلب القدرة شرعاً من المشروط عليه، فيكون متعلّق الشرط ممتنعاً شرعاً بدون الشرط، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، كما هو مختار المحقق النائيني تدّس بحسب بعض كلماته في باب الشروط[1]، والمفروض في المقام أنه اشترط عليه أن لا يفسخ إلا إذا أمر الأجنبي، فما لم يأمره لا يكون قادراً على الفسخ، فلو فسخ لم يقع مؤثراً.

الثاني: أن نقول بأن المستفاد من أدلة الشروط هو جعل الملازمة بين الشرط والشارط، فمفاد « المؤمنون عند شروطهم » عدم انفكاكهم عنها، تكليفاً ووضعاً، وبما أن الملتزم به - حسب الفرض - هو عدم الفسخ،

(١) منية الطالب ٣: ١٩٣.

فيكون نتيجة عدم الانفكاك عنه أن لا يؤثر فسخه لو فسخ بدون أمر الأجنبي.

الثالث: أن نقول بأن ما يستفاد من دليل الشروط هو الحكم التكليفي فقط، فإذا اشترط عدم الفسخ حرم عليه الفسخ، ولو فسخ ارتكب إثماً إلا أنه ينفذ؛ لأن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد.

الرابع: أن نقول بأن الشرط يرجع إلى جعل الخيار، بمعنى أن من باع المتاع واشترط أن يخيط المشتري ثوبه، فمعناه أنه لو لم يخطه كان للبائع صاحب الشرط الخيار في الفسخ وعدمه، وعلى هذا المبنى لا معنى لشرط عدم الفسخ ويكون لاغياً؛ لأن الآخر عندما فسخ انحل العقد، فيرتفع موضوع الخيار، فلا معنى - بعد ذلك - لجعل الخيار لصاحب الشرط.

إشكال المحقق الأصفهاني على شرط الاستنمار

هذه صور المسألة، ومحتملاتها، والإشكال العمدة في المقام ما أورده المحقق الأصفهاني تغمده الله، وهو إشكال دقيق، وحاصله بتوضيح منا:

إن تعليق الخيار على أمر المستأمَر - بالفتح - وجعل أمر الأجنبي بنحو البعث الجدّي شرطاً له محال، والمعقول هو تعليق الخيار على البعث الإنشائي للمستأمَر.

بيان ذلك: أن من القواعد المسلّمة غير القابلة للشك والإشكال قاعدة استحالة اتحاد العلة والمعلول، والشرط والمشروط، وهي قاعدة تختلف

عن قاعدة تأخّر العلة عن المعلول التي يمكن تصوّرها وتعقّلها كما في الشرط المتأخر، وما نحن فيه من قبيل الأول، لا الثاني؛ وذلك لأن البعث الجدّي - الذي هو حقيقة الأمر - مشروط بالقدرة، فالبعث الجدّي نحو الفسخ لمن لا قدرة له عليه محال، ونتيجة ذلك أن القدرة على الفسخ شرط للأمر به، فلا بدّ أن تكون مقدَّمة عليه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى إن القدرة على الفسخ متوقفة على وجود الخيار، فتكون معلولة له، والخيار معلول للأمر؛ لأن الفرض أنه مشروط بأمر المستأمَر - بالفتح - فيلزم من ذلك أن تكون القدرة علة ومعلولاً؛ فإن القدرة على الفسخ علّة للأمر به؛ لأنها شرط الأمر به، وبما أنها معلول للخيار، وهو معلول للأمر به؛ لأنه ما لم يوجد أمر المستأمَر لا يوجد الخيار، تكون معلولاً للأمر وقد كانت علة له، فلزم اجتماع العلة والمعلول في شيء واحد، وهو مستحيل قطعاً، فيبطل أصل البحث.

نعم، كون الخيار مشروطاً بالبعث الإنشائي (إنشاء البعث)، لا الحقيقي أمر معقول[(١)].[(٢)]

والحق في الجواب عنه أن يقال: إنه لو أخذت القدرة الخارجية شرطاً

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٨٥.

(٢) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال بما يضفي توضيحاً للمطلب، وحاصله: أن القدرة شرط للبعث بلا إشكال؛ لأن البعث والانبعاث أمران إضافيان، فإذا لم يكن قادراً على الانبعاث كان الانبعاث محالاً، فيكون البعث محالاً أيضاً؛ إذ لا يمكن أن يكون أحد المتضايفين محالاً والآخر ممكناً، وإلا لزم الانفكاك بين المتضايفين، فيوجد أحدهما وهو الممكن، دون الآخر المستحيل.

للبعث الجدّي وأمر الآمر، لورد الإشكال؛ لما تقدّم من أن القدرة الخارجية على الفسخ معلولة للخيار، وهو معلول للأمر، والأمر مشروط بتلك القدرة الخارجية.

ولكن الحق أن أمر الآمر ليس متوقفاً على الوجود الخارجي للقدرة، بل على الوجود العلمي لها، فعلّة الأمر هو العلم بالقدرة، ومعلوله هو نفس القدرة، فلم تتحد العلة بمعلولها.

بيان ذلك: أن شرط الأفعال الاختيارية - التي منها أمر الآمر - هو التصور والتصديق؛ فإن الأفعال الاختيارية معلولة للنفس، ومتحصلة منها، وما في الخارج لا يمكن أن يكون متأثراً بما في النفس، وإلا لزم أن يكون الخارجي نفسانياً، أو النفساني خارجياً، وكلاهما غير ممكن، وعليه فعندما يعلم الآمر بأن أمره محقق للقدرة يحصل عنده داعٍ للبعث الجدّي، والمفروض أن الآمر يعلم بأن أمره يكون منشأ للخيار، والخيار منشأ للقدرة على الفسخ، فيكون علمه بالقدرة علّة للأمر الجدّي، وهو علّة للقدرة الخارجية، فتغايرت العلة عن المعلول، ولم يتحدا، وبذلك ينحل الإشكال، ونبقى على ما أفيد من أن الشرط هو البعث الجدّي، ولا حاجة للالتزام بإنشاء البعث لحلّ الإشكال.

مسألة: بيع الخيار

من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، ويقال له: «بيع الخيار»، وهو - كما قال الشيخ قدس سره -: (أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة

بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع)[١].

والبحث فيه من جهات:

الجهة الأولى: في حكم هذا الشرط في الجملة

نقل الشيخ قدس سره الإجماع على جوازه[٢]، وقال بأن الأصل فيه - أي وجه القول بصحته - دليلان: عام وخاص، أما العام فهو « المؤمنون عند شروطهم »[٣]، وأما الخاص فهي عدّة نصوص، بعضها صحيح، وبعضها موثق، وثالثة لم يثبت اعتبار سندها، وما ذكره الشيخ قدس سره من الروايات أربع وهي:

١- موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى

---

(١) المكاسب ٥: ١٢٧.

(٢) في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠٥: (قوله : « وردّ المبيع في مدّة معيّنة يردّ البائع فيها الثمن » أي يجوز اشتراط البائع ردّ المبيع من المشتري حيث يردّ عليه الثمن في مدّة معيّنة، للأصل، والإجماع - كما في « الخلاف، وجواهر القاضي، وجامع المقاصد، والمسالك، »، وظاهر « شرح الإرشاد » لفخر الإسلام. وهو المحكي عن « الغنية »؛ لأنّي لم أجده فيما عندي وكأنّه سقط. وهو - أي الإجماع - ظاهر « التذكرة » على ما حكي، والموجود فيها التوقّف، ولعلّ فيها أيضاً سقطاً).

أقول: في التذكرة ١١: ٥٩ : (مسألة ٢٤٧ : بيع الخيار جائز عندنا، وهو أن يبيعه شيئاً عقاراً أو غيره، ويشترط البائع الخيار لنفسه سنةً أو أقلّ أو أكثر، إن جاء بالثمن الذي قبضه من المشتري وردّه إليه، كان أحقّ بالمبيع...).

(٣) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد علي؟

فقال: « لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه ».

قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟

فقال: «الغلّة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله»[١].

٢- رواية معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: « له شرطه ».

قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: « هو ماله ».

وقال أبو عبد الله عليه السلام: « أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري »[٢].

٣- صحيح سعيد بن يسار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر، والعشرة ثلاثة عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب

---

(١) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيار، الحديث:١.

(٢) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيار، الحديث:٣.

لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء، قد باع وقبض الثمن منه، فنعده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟

فقال: «أرى أنه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه»[(١)].

٤- موثقة أبي الجارود، عن أبي جعفر عليه السلام قال: « إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك »[(٢)].

الجهة الثانية: في بيان صور المسألة

وهي - ببيان الشيخ قدس سره[(٣)] - خمس صور:

الصورة الأولى: أن يؤخذ ردُّ الثمن قيداً للخيار على نحو التعليق، بأن يجعل الخيار معلَّقاً على ردّ الثمن، أو على نحو التوقيت، بأن يجعل وقته زمان ردّ الثمن، وعلى كليهما يكون وقت الخيار منفصلاً عن زمان العقد، فلا خيار قبل الردّ؛ لعدم الشرط في الفرض الأول، والمشروط ينتفي بانتفائه، ولم يحن وقته في الفرض الثاني.

الصورة الثانية: أن يؤخذ قيداً للفسخ، لا لنفس الخيار، كأن يقول: بعتك الدار فإن رددت الثمن كان لي الفسخ، والفرق بين هذه الصورة

---

(١) الوسائل، الباب٧ من أبواب الخيار، الحديث:١.

(٢) الوسائل، الباب٧ من أبواب الخيار، الحديث:٢.

(٣) المكاسب ٥: ١٢٩.

وسابقتها: أن ردّ الثمن في الصورة السابقة شرط للخيار نفسه، فلا خيار له في المدة المضروبة قبل ردّه، وفي هذه الصورة شرط لمتعلّق الخيار وهو الفسخ، فيكون له الخيار في جميع المدة المضروبة، إلا أنه لا تسلط له على الفسخ إلا بردّ الثمن، على وجه المقارنة له أو التأخّر عنه.

الصورة الثالثة: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، لا شرطاً للخيار ولا لمتعلّقه؛ فإن الفسخ من الأمور الإنشائية الإيقاعية التي تحصل بالقول وبالفعل، فالشارط يجعل ردّ الثمن إنشاء فعلياً للفسخ.

والفرق بينها وبين الصورة الأولى: أن الأولى لا يوجد فيها خيار قبل الردّ، وأما في هذه فالخيار موجود قبله.

والفرق بينها وبين الثانية: أن الردّ في الثانية شرط للفسخ، فإذا ردّ أمكنه الفسخ، ولكن يحتاج إلى إنشائه، وأما في هذه الصورة فنفس الرد إنشاء للفسخ.

الصورة الرابعة: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلّطاً على سبب الانفساخ، لا على مباشرة الفسخ.

الصورة الخامسة: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن واستقاله.

إرجاع المحقق الخوئي الصور إلى واحدة ومناقشته

هذه هي الصور، وقد اتضح الفرق بينها، إلا أن المحقق السيد الخوئي قدس سره قد أرجع ما عدا الأخيرة إلى الأولى، وحاصل ما أفاده:

أما الصورة الثانية فترجع إلى الأولى؛ لأن الفسخ فيها مقيّد بردّ الثمن، ومعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبله، ومعنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا خيار له قبل ردّ الثمن، فلا فرق بينهما إلا بحسب الصورة[1].

وفيه: أولاً: أن الافتراق بينهما جوهري وذاتي؛ فإن متعلّق الشرط في الصورة الأولى هو نفس الحق، وهو الخيار؛ إذ لا خيار قبل ردّ الثمن، وأما متعلّق الشرط في الثانية فهو الفسخ، الذي هو متعلّق الحق، وبين تعلّقه بالحق وتعلّقه بمتعلّقه فرق، كالفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلّق؛ فإن الوجوب في الأول مشروط، فلا وجوب قبل تحقق الشرط، وأما في الثاني فهو موجود قبل تحقق الشرط إلا أن الواجب معلّق على حصول ظرفه.

ثانياً: أن الخيار في الصورة الأولى معلّق على ردّ الثمن، فيكون العقد قبل ردّه لازماً، وأما في الصورة الثانية فقد علّق الفسخ على ردّه، لا الخيار، فيكون العقد جائزاً من الأول، ولا يعقل إرجاع ما هو جائز إلى ما هو لازم.

ثالثاً: أن البيع لازم في الصورة الأولى قبل ردّ الثمن، فلا خيار في هذه

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٧.

المدة، فلا يجوز له التصرف في المال المنتقل عنه، وأما في الصورة الثانية فالبيع خياري - حسب الفرض - فيكون تصرفه فيه تصرف ذي الخيار، فتترتب عليه أحكام تصرّفه؛ فإن في البيع الخياري أحكاماً تترتب على التصرف، وعلى تلف المبيع في زمان الخيار.

والحاصل: أن البائع إذا تصرّف في المبيع فهو - على الصورة الأولى - تصرّف غير ذي الخيار، وأما على الثانية فتصرف ذي الخيار، وبينهما فرق.

رابعاً: أنا لو غضضنا النظر عن الإشكالات الثلاثة السابقة فلا يصح هذا القول على إطلاقه، بل يبتني على اختلاف المباني، فإن قلنا بأن الشرط يوجب سلب القدرة على الفعل فلما أفاده تدّس وجه؛ إذ مع تعليق الفسخ على ردّ الثمن بمقتضى الشرط لا يكون المشروط عليه قادراً على الفسخ قبله، فيرجع هذا الشرط من حيث النتيجة إلى الشرط في الصورة الأولى.

وأما إذا قلنا بأن مقتضى الشرط هو الوجوب التكليفي فقط - بمعنى أنه إذا اشترط ردّ الثمن في الفسخ فإنه يحرم عليه الفسخ قبله، ولكن لو فسخ لكان نافذاً - فلا يرجع الشرط هنا إلى الشرط في الصورة الأولى؛ إذ في الأولى علّق الخيار على ردّ الثمن، فلو فسخ قبله لكان باطلاً من أساس.

وأما الصورة الثالثة فقد أفاد تدّس: أنها ليست غير الأولى؛ لأن معنى

كون ردّ الثمن فسخاً فعلياً أنه لا خيار له قبل الردّ، إلا أن فسخه - مضافاً إلى كونه مقيّداً بردّ الثمن - لا يتحقق بالقول وإنما بالفعل[١].

وفيه: أن معنى كون ردّ الثمن فسخاً فعلياً أن الخيار موجود في مرحلة سابقة؛ إذ لا معنى لإنشاء الفسخ بدون خيار.

وبعبارة أخرى: إن الخيار إما أن يكون قبل الرد أو بعده، فإن كان قبله ثبت الفرق بين الصورة الثالثة والصورة الأولى؛ لأن الخيار في الأولى بعد الرد، وفي هذه قبله، وإن كان بعد الردّ فهو غير معقول؛ لأن الرد فسخ فعلي، ولا يعقل حصول الخيار بعد انفساخ العقد.

وأما الصورة الرابعة فأرجعها إلى الأولى بهذا البيان: (أن مرجع هذا إلى أن العقد ينفسخ بحصول سبب الفسخ، وإيجاد ما يتحقق به الفسخ، وهو عين الوجه الأول؛ فإنه عليه أيضاً ينفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولي أو الفعلي كما هو واضح)[٢].

وفيه: أن معنى اشتراط الخيار بردّ الثمن في الصورة الأولى أن يكون البيع بردّ الثمن خيارياً، ولازم ذلك أن البيع باقٍ بعد ردّ الثمن، ولكن للبائع الخيار في فسخه، وأما في الصورة الرابعة فالبيع ينفسخ بردّ الثمن؛ لتحقق سبب انفساخه، ومعنى انفساخه زواله، فكيف يعقل إرجاع ما يتقوّم بالزوال عند تحقق الردّ إلى ما يتقوّم بالبقاء عند تحقّق الردّ؟!

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٨.

فالتحقيق أن الصور تختلف في ما بينها ذاتاً وأثراً؛ أما ذاتاً فلأن نحو الجعل والمجعول في كل منها مختلف عنه في الأخرى، فالمجعول في الأول بعد الردّ هو الخيار، وفي الثاني الفسخ، وفي الثالث الانفساخ الفعلي، وفي الرابع سبب الفسخ أو الانفساخ القهري، وأما من حيث الأثر؛ فلأن أثر كل واحد من هذه الأنحاء يختلف عن أثر الآخر، كما هو ظاهر[1].

الجهة الثالثة: في حكم هذه الصور

إشكال الشيخ في الصورة الرابعة

قال الشيخ قدس سره: (الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع؛ فإن فيه إشكالاً من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلي

---

(١) أورد بعض الحضور كلام المحقق الإيرواني قدس سره، في إرجاعه الثالثة إلى الثانية؛ حيث قال في ٢: ٢٢ : (والثالث من جزئيات الثّاني وأفراده، لا ينبغي عدّه وجهاً مستقلاً في عرضه؛ فإن اشتراط الخيار المستوعب بشرط أن لا يفسخ إلا عند ردّه مثل الثمن، تارة يطلق فيحصل الفسخ بكلّ ما ينشأ به الفسخ، من قول أو فعل، وأخرى يقيّد بأن يكون الفسخ بالقول، كما يقيّد ثالثة بأن يكون بالفعل، والفسخ بردّ الثّمن من جزئيّات الفسخ بالفعل)

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن الفسخ في الصورة الثانية معلّق على الردّ، بمعنى أنه إذا ردّ الثمن كان له الفسخ بالقول أو بالفعل، فله أن يفسخ العقد مباشرة، وله أن ينتظر إلى بعد الردّ بمدة، وأما في الصورة الثالثة فردّ الثمن فسخ فعلي، أي ينفسخ العقد بمجرد الردّ، فكيف تكون الصورة الثالثة من جزئيات الثانية؟!

أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع من توقّف المسبّبات على أسبابها الشرعية)[١].

وتوضيحه: أن المسبباب الاعتبارية تتوقف على أسبابها الشرعية، فلا تحصل إلا بها، فلا ينعقد البيع بدون السبب، وهو العقد، فلو اشترط أن ينعقد البيع بدون الإيجاب والقبول لم ينعقد، وكما أن انعقاد البيع يدور مدار السبب، فانفساخه أيضاً كذلك، وليس ردّ الثمن من جملة الأسباب الشرعية للانفساخ، فجعله سبباً بالشرط باطل؛ فإن الشرط لا يجعل غير السبب سبباً، فكما لا يصح أن يجعل رفع شيء من الدار مثلاً سبباً لانفساخ بيعها، فكذلك ردّ الثمن في ما نحن فيه، وليس اختياره بيد العبد، وحديث: « المؤمنون عند شروطهم » لا يغيّر الأسباب الشرعية، ولا يبدّل الإنشاءات عن وضعها الذي يلزم أن تُنشَأ عليه وهي الأسباب الخاصة قولية أو فعلية.

ثم قال الشيخ تدّثّ في ذيل كلامه: (وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه)[٢].

---

(١) المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) قال الشيخ تدّثّ في بحث الشروط ٦: ٥٩ - ٦٠ ما لفظه: (وأما الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية - أعني الملكية، والزوجية، ونحوهما - اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية، فيرجع إلى الثاني، وهو اشتراط الفعل.

وإن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعي الخاص - كالزوجية، والطلاق، والعبودية، والانعتاق، وكون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل، ونحو ذلك - كان الشرط فاسداً؛ لمخالفته للكتاب

إشكال المحقق الخراساني على الصورة الأولى والرابعة وجوابه عنهما ومناقشته

وأضاف المحقق الخراساني قدس سره إشكالاً آخر على الصورة الأولى؛ إذ أن شرط الخيار غرري حينئذٍ؛ لأن تحديد مبدأ الخيار بردّ الثمن موجب لجهالة مدّة الخيار، فلا يدرى أنه يردّه على رأس شهر أو سنة.

ثم أجاب عن كلا الإشكالين.

أما الإشكال الأول فأجاب عنه بقوله:

(فلأن الجهالة في مدة الخيار لا ضرر فيه إلا من جهة الغرر، ولا غرر أصلاً فيما إذا كان منشأ الخيار في المدة المعينة بيده، بحيث يكون له في أي جزء منها شاء إحداثه وإنشاؤه، كما لا يخفى)[1].

وبيانه: أن الغرر يتصور في مثل التعليق على قدوم الحاج مما لا يكون بيد الشارط؛ فإنه غير معلوم، وأما تعليق الخيار على أمر بيد الشارط فلا يعدّ غررياً؛ إذ بإمكانه أن يقوم به في أي وقت شاء وأراد، وما نحن فيه من قبيل الثاني.

والسنة.

كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه - كالوكالة، والوصاية، وكون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكاً للمشتري - فلا إشكال.

وأما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين - كالأمثلة المذكورة - ملكاً لأحدهما، أو صدقة، أو كون العبد الفلاني حراً ، ونحو ذلك، ففي صحة هذا الشرط إشكال...).

(١) حاشية المكاسب: ١٧٨.

ولكن ما أفاده إنما ينفع في جانب البائع، وأما المشتري فليس الأمر بيده، فيجهل مبدأ الخيار، فإذا عدّ ذلك غرراً كان غررياً بالنسبة إليه، فيلزمه أن يرفع الإشكال عن كلا الطرفين.

فالحق أن يقال: إن التزمنا بالغرر في هذه الموارد التي يجهل فيها مبدأ الخيار، فالغرر ثابت في الشرط، فإن كان الغرر يسري من الشرط إلى البيع، فالبيع غرري فيفسد، وإلا فلا، فالمسألة في المقام تبتني على هذا المبنى الذي تقدم البحث فيه فراجع.

وأما الإشكال الثاني فأجاب عنه تدّ: بأن نفس الشرط من الأسباب بمقتضى دليل الشروط الشامل لشرط الفعل والنتيجة، والانفساخ من صغريات شرط النتيجة.

نعم، ربما يقال هنا: بأنا نحتمل أن يكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، فيكون التمسك بالدليل لإثبات صحته من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

ولكن يجاب عن ذلك: بإمكان جريان أصالة عدم كونه شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة[1].

إشكال المحقق النائيني على الصورة الرابعة

وقد أورد المحقق النائيني تدّ على الصورة الرابعة بأحد محذورين: إما انفساخ العقد بلا سبب، وإما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه؛ فإن بيع

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٧٧.

الدار واشتراطه انفساخه بردّ الثمن، إما أن يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب، فهو باطل؛ لمخالفته للكتاب والسنة؛ لأن انتقال الدار من المشتري إلى البائع بلا سبب - أي بلا إنشاء قولي ولا عملي - غير ثابت في الشريعة، بل لا بدّ في انتقال المال من مالكه من حصول سبب، إما قهري كالإرث، أو اختياري كالبيع.

وإما أن يرجع إلى حصول الانفساخ بنفس الشرط، أي أن نفس اشتراط الانفساخ هو إنشاء للفسخ، ففيه صورتان:

الصورة الأولى: أن يشترط في ضمن المعاملة انفساخها فعلاً إلا أنه معلّق على حصول أمر متأخر، وهو ردّ الثمن، نظير إجازة بيع الفضولي بناء على الشرط المتأخر بحسب مسلك صاحب الفصول تتمّ في الواجب المعلّق، فكما أن النقل والانتقال فيه حاصلان بالفعل والإجازة متأخرة، فهنا الفسخ والانفساخ حاصلان بالفعل بمجرد الشرط إلا أن المعلّق عليه - وهو ردّ الثمن - متأخر، وعلى هذا التقدير يلزم من وجود الشيء عدمه؛ إذ يلزم من وجود البيع مع هذا الشرط عدمه.

الصورة الثانية: أن يشترط الانفساخ حين الردّ، بحيث يكون الإنشاء فعلياً بدون أن يحصل معه الانفساخ، وإنما يحصل الانفساخ في ظرف الردّ، فلا يلزم على هذا التقدير المحذور المذكور، ولكن يلزمه محذور آخر، وهو عدم كون الشارط مالكاً لهذا الشرط حين الإنشاء، واللازم أن يكون مالكاً له، كمن وكّل شخصاً في نكاح زوجة وطلاقها ورجوعه

إليها، فهنا منشآت ثلاثة: النكاح، والطلاق، والرجوع، وكما أن الطلاق متأخر عن النكاح فكذلك إنشاؤه، وكما أن الرجوع متأخر عن الطلاق، فكذلك إنشاؤه، فإذا تحقق المتقدم - وهو النكاح - ملك إنشاء المتأخر - وهو الطلاق - ، فصح له أن يوكّله فيه، وما لم يتحقق لم يملكه، فلا يصح أن يوكّله فيه.

وفي ما نحن فيه اشترط انفساخ العقد بالردّ وهو لم يملك الانفساخ حينئذٍ، فلا يملك إنشاءه[1].

وفي كونه لا يملك الإنشاء نكتة تتضح بطرح كلام المحقق الأصفهاني قدس سره.

جواب المحقق الأصفهاني عن الإشكال

فإنه قال في تقرير الإشكال ما حاصله: إن شرط انفساخ العقد بردّ الثمن باطل، لا من جهة حصر دليل الشروط في شرط الفعل، بل هو شامل لشرط النتيجة أيضاً، إلا أن يكون للنتيجة سبب خاص كالطلاق؛ فإنه لا يتحقق إلا بإنشاء (هي طالق)، وأما النتائج التي لا سبب خاصاً لها - كالملكية، فإنها تتحقق بالشرط، كأن يقول: بعتك الدار بكذا على أن يكون الكتاب ملكي - فيشملها دليل الشروط.

بل لكون العقد من الحقائق التي لا تتحقق بالشرط، بل لا بدّ لها من سبب خاص، فيمكن تحقيق نتيجة الهبة - وهي الملكية - بالشرط،

(١) منية الطالب ٣: ٨١ - ٨٢.

ولكن لا يمكن تحقيق عقد الهبة به، وكذا غيرها من العقود كالصلح والبيع؛ وذلك لأن العقد أمر قائم بالطرفين، وقرار مرتبط بقرار آخر، فلا يتحقق بالشرط، وكما لا يتحقق العقد والانعقاد بنفس الشرط، فكذلك الحل والانفساخ.

ثم أجاب عن الإشكال: بأنه يمكن تحقق العقد بالشرط؛ فإنه يمكن إنشاء القرار المعاملي المرتبط بقرار آخر بقوله: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا)؛ فإنه مع قبول الطرف الآخر يتحقق القراران المرتبطان، وإذا أمكن تحقق العقد بالشرط أمكن تحقق إنشاء حلّ المعاملة بعد ردّ الثمن بالشرط؛ وذلك لأن النسبة بين الفسخ والانفساخ، وبين العقد والانعقاد، ليست هي نسبة السبب والمسبب، بل نسبة المصدر لاسمه، فهما متحدان بالذات، مختلفان بالاعتبار، فحقيقة الانفساخ ليست شيئاً آخر وراء الفسخ، غاية الأمر أنها بانتسابها إلى الفاعل وصدورها عنه تكون فسخاً، وبانتسابها إلى العقد وقبوله لها تكون انفساخاً، وهكذا الحال في طرف العقد والانعقاد.

فالنتيجة: أن شرط الانفساخ هو شرط حلّ العقد، وحلّه كالعقد نفسه قابلان للتحقق بالشرط[1].

مناقشة كلام المحقق الأصفهاني وبيان المختار

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٩٠ - ١٩١.

وفيه: أن ما أفاده غير صالح لرفع الإشكال؛ إذ لا بدّ من كون متعلّق الشرط مشروعاً ومقدوراً، وما لم يجتمع هذان الأمران لم يصح، ومتعلق الشرط في الفرض هو العقد، وهو غير مقدور عليه بنفس الشرط؛ لأن العقد التزام مرتبط بالتزام آخر، وكل واحد من المتعاملين إنما يملك التزام نفسه، ولا يملك التزام الطرف الآخر، فلا يحصل بمجرد أن يشترط حصوله؛ لأنه لا يملك التزام الطرف الآخر ليكون مقدوراً له، وما أفاده من الحلّ ليس من تحقّق العقد بالشرط، بل هو من تحقق العقد بشرط النتيجة والقبول، فقوله: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا) مع قبول الطرف الآخر هو الذي حقّق القرارين المرتبطين، ومحل الكلام ومورد الإشكال إنما هو في تحقق العقد بنفس الشرط بدون ضمّ القبول.

وبعبارة أخرى: إن ما وقع متعلّقاً للشرط هو إنشاء ملكية العين بالعوض، فمتعلّق الشرط هو مدلول إيجاب البيع ليس إلا، والذي يتمّم عقدية هذه القضية هو القبول، فلم يحصل العقد بنفس الشرط.

ولك أن تقول: إن القضية التي أوردها - وهي: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا) مع قبول الطرف الآخر - تشتمل على إيجاب وقبول، وما أُنشئ بالشرط - وهو كون الدار لك بعوض كذا - طرف العقد، لا تمامه، والإشكال إنما هو في عدم تحقق العقد - وهو المركب من الإيجاب والقبول - بالشرط، أي لا يمكن بمجرد قولي: شرطت أن أصحح المعاملة البيعية، أو الصلح.

فالإشكال: أن انعقاد العقد لا يمكن تحققه بالشرط؛ لأنه التزام مرتبط

بالتزام آخر، والشارط لا يملك التزام الطرف الآخر إلا بالوكالة، وما أفيد في الجواب هو إمكان تحقق الإيجاب بالشرط، وذلك أمر آخر؛ فإن الإيجاب باختيار الشارط، فتمليك العين مجاناً - الذي هو الهبة - أمر باختيار الواهب، فيمكنه أن ينشئه بقوله: (وهبتك)، وبقوله: (شرطت) على القول بشمول أدلة الشروط لشرط النتيجة.

هذا في العقد، وأما ما نحن فيه - وهو الانفساخ - فهل هو مثل العقد، فلا يتحقق بالشرط، أو لا، فيمكن تحققه به؟

والجواب: أن الحلّ يختلف عن العقد؛ فإن العقد التزام بين الطرفين فلا يملك أحدهما التزام الآخر، ولا يمكن تفويضه إليه إلا بنحو الوكالة، وأما الحلّ فهو وإن لم يكن قسراً على الطرف الآخر أيضاً، بل لا بدّ فيه من رضا الطرفين، إلا أنه يقبل التفويض بلا توكيل، فيفوّض أحدهما للآخر حلّ العقد، ويجعل له حق الفسخ والانحلال.

وعليه فالانفساخ قابل للتحقق بنفس الشرط وقبول الطرف الآخر، بنحو شرط النتيجة، فيسلم كلام المحقق الخراساني قدس سره من الإشكال؛ فإن شرط انفساخ العقد بردّ الثمن أحد صغريات شرط النتيجة، ومقتضي عموم « المؤمنون عند شروطهم » موجود، والمانع منه مفقود.

الجهة الرابعة: في صور الثمن المشروط ردّه

إن الثمن المشروط ردّه: إما أن يكون كلياً في الذمة، وإما أن يكون شخصياً، وعلى التقديرين: إما أن يكون قد قبضه، وإما أنه لم يقبضه،

فالصور أربع:

الصورة الأولى والثانية

أن البائع لم يقبض الثمن - كلياً كان أم شخصياً - وفي ثبوت الخيار وعدمه في الصورتين وجهان:

أما عدم الثبوت فوجهه: أن متعلّق الشرط ردّ الثمن، وهو مفهوم متقوّم بالقبض والأخذ، فما لم يحصل القبض لم يصدق الردّ، فلم يتحقق شرط الخيار وإن كان الثمن عند المشتري، فلا خيار[1].

وأما الثبوت فوجهه أمران:

الأول: ما يستفاد من الشيخ قدس سره من أن شرط الردّ لثبوت الخيار إنما هو على تقدير قبضه، لا مطلقاً، فما لم يقبض فالخيار متحقق[2].

وأورد عليه: بأن الموجود في مقام الإثبات إنشاء واحد، لا إنشاءان، فلا معنى للقول: إنه إذا لم يقبض فله الخيار مطلقاً، وإذا قبض فلا خيار له إلا بعد الردّ، بل الصحيح أن يقال: إنه اشترط الردّ في ثبوت الخيار، فما لم يحصل الردّ لم يثبت الخيار.

الثاني: ما أفاده عدّة من الأعلام كالمحقق النائيني قدس سره ومن تبعه، من أنه لا موضوعية للردّ، وإنما أخذ طريقاً لوصول الثمن إلى المشتري،

---

(١) أشار له الشيخ قدس سره في المكاسب ٥: ١٣١، بقوله: (ويحتمل العدم..).

(٢) المكاسب ٥: ١٣١.

والثمن الكلي قبل القبض حاصل عند المشتري فيثبت الخيار[١].

وهذا هو الأقوى؛ لعدم موضوعية الردّ، وعليه فيثبت له الخيار في هذه المدة، فإن فسخ العقد انفسخ، وإن انتهت المدّة ولم يفسخ لزم البيع، بخلافه على القول الأول؛ فإنه لا خيار من الأول.

الصورة الثالثة

أن يكون الثمن شخصياً وقد قبضه، ويتصور الشرط فيها على أربعة أنحاء:

الأول: أن يشترط رد عين الثمن، فإن كان موجوداً وردّه بعينه كان له الخيار، وإن تلف لزم البيع؛ لامتناع تحقق الشرط حينئذ؛ لانتفاء موضوع الردّ، فيمتنع المشروط.

الثاني: أن يشترط ردّ عين الثمن إن كان موجوداً، وردّ بدله إن كان تالفاً، فإن كان موجوداً لا يكون له الخيار إلا بردّه بعينه، وإن كان تالفاً كان له الخيار بردّ بدله.

الثالث: أن يشترط ردّ الثمن أو بدله حتى مع وجوده، كأن يقول البائع للمشتري: (بعتك الدار بكذا، على أن يكون لي الفسخ إن رددت الثمن أو بدله).

الرابع: أن يشترط ردّ الثمن بنحو الإطلاق، فلا يصرح بعين الثمن ولا

---

(١) منية الطالب ٣: ٨٣.

ببدله، فهل يحمل على خصوص ردّ العين أو على الأعم؟

أما الأول والثاني فالأمر فيهما واضح ولا إشكال فيهما.

وأما الثالث فاستشكل فيه الشيخ قدس سره؛ من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً - بل لغة - ردّ العين مع الإمكان[1].

توضيح ذلك: إن في حقيقة الفسخ مبنيين:

أحدهما: أنه حلّ العقد، ويترتب عليه استرداد الثمن والمثمن.

ثانيهما: أنه إرجاع المبيع إلى ملك البائع، وإرجاع الثمن إلى ملك المشتري.

والفرق بينهما أن متعلق الفسخ في الأول هو العقد، ومتعلقه في الثاني هو المال، وسيأتي في محله - إن شاء الله تعالى - ما يترتب على الاختلاف بين المبنيين من الآثار، ولكنهما يجتمعان في ردّ كل من العوضين إلى محله الأول، ابتداء على الثاني، وبعد حلّ العقد على الأول.

إذا اتضح هذا فالإشكال: أن شرط ردّ بدل الثمن مع وجوده مخالف لحقيقة الفسخ، ولا معنى لأن تقع المعاملة على المالين المعيّنين، وبعد فسخ العقد وفي ظرف الاسترداد يرجع محلّ الثمن مال آخر مع وجوده.

والجواب: أن الشرط لا بدّ أن يلاحظ ثبوتاً وإثباتاً.

أما ثبوتاً فيمكن تصور شرطين في هذه المعاملة:

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٢.

الأول: أن يكون له حق الفسخ بالردّ.

الثاني: أن يكون له حق المبادلة بين الثمن وبدله.

والشرط الثاني يتصور بنحو شرط الفعل، وبنحو شرط النتيجة.

أما بنحو شرط الفعل فكأن يقول: بعتك كذا بكذا بشرط أن يكون لي خيار الفسخ، وأن أفسخ المعاملة بالمبادلة بين الثمن وبدله، ويرجع ذلك - حقيقة - إلى أن يكون وكيلاً عن مالك الثمن في استبدال الثمن بمثله.

وهذا الشرط مشروع، ومعقول ثبوتاً، سواء قلنا بنظرية الاعتبار المبرز في المعاملات، أو بالتسبيب؛ فإن من المعقول جداً إبراز الأمرين الاعتباريين - وهما الفسخ واستبدال الثمن ببدله - بفعل واحد، وهو ردّ الثمن، كما يمكن إيجاد الأمرين الاعتباريين بسبب واحد.

وأما بنحو شرط النتيجة؛ فلأن المبادلة هي إحدى المعاملات المستقلة في قبال البيع، وإن عرّف صاحب المصباح المنير البيع بأنه مبادلة مال بمال إلا أنه تبيّن في بحث البيع زيفه، وبما أنها كذلك ولا يشترط فيها سبب خاص فيمكن تحققها بشرط النتيجة، كما في الهبة.

وأما إثباتاً فيتوقف على أن يقصد المتعاملان أو من له الشرط تحقّق كلا المعنيين بردّ بدل الثمن.

وبهذا ينحلّ إشكال الشيخ قدس سره ثبوتاً وإثباتاً، إلا أن الحل يتوقف على نكتتين:

الأولى: أن يتعقّل تحقّق الأمرين الطوليين المختلفين في الرتبة بفعل واحد، فيتحقق الفسخ، والمبادلة بين الثمن وبدله بردّ بدل الثمن؛ فإن بين الفسخ والمبادلة طولية؛ إذ لا تتحقق إلا بعد تحقّقه.

الثانية: أن يقصد كلا الأمرين وينشئهما بمبرز واحد.

وأما الرابع فحمله الشيخ تدثّر على ردّ العين؛ مستنداً إلى مقتضى ظاهر الشرط؛ فإن ظاهره في الثمن الشخصي ردّ نفس الثمن الواقع عوضاً في المعاملة[1].

ويمكن تكميله بالتمسك بالإطلاق المقابل لـ(أو)؛ فإن مقتضى اشتراط ردّ الثمن وعدم ذكر عدل له أن يردّ نفس العين، ولو لم يرد الانحصار لكان عليه أن يذكر العدل الآخر.

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ

وذهب بعض الأعاظم تدثّر إلى أن ما أفاده الشيخ تدثّر متين في غير مورد البحث وهو بيع الشرط؛ وذلك للقرينة المانعة من الاستظهار فيه؛ فإن للبائع في بيع الشرط غرضين غالباً:

١- أن يحتفظ بخصوصية متاعه المباع حدّ الإمكان، ولم يصرف نظره عنه.

٢- أن يصرف الثمن في شؤونه؛ لاحتياجه إليه، وإلا لما باع متاعه بهذا الشرط.

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٢.

ومع هذه القرينة نرفع اليد عن الظهور اللفظي للثمن، وعن الإطلاق المقابل لـ (أو)، فيكون المراد من الشرط ردّ الثمن مع وجوده، وردّ بدله مع تلفه وإن أطلق الشرط[1].

التحقيق في المقام

والتحقيق: أنه وإن كان الغالب في من يبيع متاعه ببيع الشرط أن يكون لأجل حاجته إلى ثمنه، ولكن هذه الغلبة ليست قرينة عامة تقتضي رفع اليد عن الظهور مطلقاً، بل ذلك يختلف بحسب اختلاف الموارد، فينبغي ملاحظة غرض البائع، فتارة يقع البائع في شدّة فيبيع داره بهذا الشرط، فمن الواضح أنه محتاج إلى الثمن لصرفه في شؤونه، فلا يكون المراد من الشرط هو ردّ عين الثمن.

وهكذا الحال في مثل ما يحصل في الأرياف من بيع المتاع في مقابل الحنطة مثلاً؛ فإنه إذا اشترط الردّ وأطلق يكون ظاهراً في أن المراد ما هو الأعم من ردّه وردّ بدله.

وربما يبيع المتاع بشرط ردّ الثمن ويكون الثمن تحفة قديمة، ويكون غرضه أن يتجمل بها في موقف معين؛ ليستفيد فائدة اعتبارية، فإن الشرط في مثله يحمل على خصوص ردّ العين.

فالحاصل: أنه لا ينبغي أن يؤخذ بكلام الشيخ قدس سره على إطلاقه، ولا

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٢.

بكلام بعض الأعاظم تدثر على إطلاقه.

وبعبارة أخرى: إنه لا ينبغي التمسك بمقتضى الظهور والإطلاق مطلقاً كما فعل الشيخ تدثر، ولا التمسك بالقرينة الصارفة مطلقاً، بل لا بدّ من التفصيل بحسب اختلاف غرض البائع[1].

الصورة الرابعة

أن يكون الثمن كلياً وقد قبضه، ومن الواضح أنه لا مجال في مقام الأداء إلا لتطبيقه على الفرد؛ لعدم الاستفادة من الكلي مع حفظ كليته، ومع تعيينه تأتي الأنحاء السابقة وهي:

١- أن يشترط ردّ عين الثمن، فإن وجد ردّه وكان له الخيار، وإلا ارتفع موضوعه وامتنع المشروط لامتناع الشرط.

٢- أن يشترط ردّ عين الثمن مع وجوده، وبدله مع عدمه، فيمشي على ضوء الشرط.

٣- أن يشترط ردّ الثمن أو ردّ بدله حتى مع وجوده.

٤- أن يشترط ردّ الثمن ويطلق القول.

ولا بحث في النحوين الأولين، وإنما البحث في النحوين الآخرين.

والمستفاد من كلام الشيخ تدثر أن الردّ يعم البدل، وعلى فرض الشك،

---

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله بأن غرض العقلاء من البيع حفظ المالية.

فأفاد: ليس ذلك على إطلاقه، بل الأغراض مختلفة كما بيّنا.

فالقدر المتيقن من ردّ البدل هو مورد تلف العين[١].

وربما يقال كما قيل: إن الفرد الذي أعطي للبائع في مورد كون الثمن كلياً ليس هو الثمن، بل ما ينطبق عليه الثمن؛ والثمن باقٍ على كليته، وعليه فعندما يشترط ردّ الثمن، فهو ينطبق على كل فرد من أفراد ذلك الكلي، فمتى أرجعه يكون له الخيار، سواء أكان هو الفرد الذي أخذه عند التطبيق، أم غيره[٢].

والتحقيق: أنه لا شك - في مورد كون الثمن كلياً - في أنه كذلك في المعاملة والمبادلة، فيكون الثمن في هذا المقام ملغى عنه جميع الخصوصيات، ولا بحث في ذلك، وإنما البحث في مقام الأداء وفراغ الذمة؛ فإنه لا يمكن أن يبقى على كليته؛ إذ يستحيل الأداء إلا مع الخصوصية، وأما الكلي مع حفظ كليته فهو غير قابل للأداء.

وهذه القاعدة جارية في جميع الكليات، مالكاً أو مملوكاً، فالمالك لسهم السادة - مثلاً - هو كلي الفقير والمسكين وابن السبيل من الهاشميين، لا أفرادهم، ولكن في مرحلة الأداء لا يمكن إعطاء الكلي بما هو كلي، بل لا يكون الأداء إلا إلى الأفراد، وبمجرد أن يعطى الفرد يصبح مالكاً، وتفرغ ذمة المعطي، ولا يبقى كلي الهاشمي مالكاً، وإذا تصرّف أحد في ماله فهو تصرف في مال الغير.

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٤.

وهكذا الحال في جانب المملوك؛ إذ لا فرق بين المالك والمملوك من هذه الناحية أصلاً، فالمملوك الكلي لا بدّ في مرحلة الأداء من أن يتشخص بالفرد، وعليه فإذا كان الثمن كلياً في الذمة، وسلّم المصداق في مقام الأداء لم يعقل بقاء الثمن على كليته، فلو باع داره بألف دينار في الذمة كان المشتري مديوناً للبائع بثمن كلي، وكان عليه الأداء، ولم يعقل أداء ما في الذمة بدون تشخصه في الفرد، وبمجرد أن يطبّق المشتري الكلي على الفرد ويقبضه البائع تبرأ ذمته.

وهكذا الحال في سائر الديون، فإذا كان الحال كذلك - وهو كذلك واقعاً - فلا معنى للقول ببقاء الثمن على كليته بعد أداء المصداق وتطبيق الكلي على الفرد، وإلا لزم بقاء الدين - بعد الأداء - في ذمة المديون، والحال أنه ساقط بالضرورة.

إذا اتضح هذا يتضح أن حكم الكلي بعد الأداء والتطبيق على الفرد هو عين حكم الثمن الشخصي، وحيث إنه عينه، فما قلناه هناك في صورة التعيين وصورة الإطلاق يجري هنا.

الجهة الخامسة: في كفاية ردّ الثمن في الفسخ وعدمه

نقل الشيخ قدس سره القول بأن ظاهر الأصحاب عدم كفاية ردّ الثمن في الفسخ؛ وذلك لأمور:

الأول: أن الردّ مقدمة لفسخ البائع، فلا يتحقق بمقدمته، بل لا بدّ من تحققها حتى يتحقق موضوعه.

الثاني: أن الردّ من حيث هو لا يدل على الفسخ.

الثالث: أن الردّ يدل على إرادة الفسخ، والإرادة غير المراد.

وأجاب قدس سره عن الثاني: بأن الردّ وإن لم يكن في حدّ نفسه دالاً على الفسخ إلا أنه يدل عليه بالقرينة، كما هو الحال في المعاطاة؛ فإن الفعل في نفسه يدل على الأخذ والعطاء، لا على البيع، ولكن المعاطاة في مقام البيع تدل عليه، ولا يشترط في الإنشاء أن يكون الدال عليه دالاً بنفسه، بل تكفي دلالته بمعونة القرينة.

وأجاب عن الثالث: بأنه لا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من كون ردّ الثمن بإرادة حلّ المعاملة، وإرادة كون المبيع ملكاً له، والثمن ملكاً للمشتري.

مع أن ظاهر الأخبار كفاية الردّ في وجوب ردّ المبيع، بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة[1] حصول تملك المبيع بردّ الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به[2].

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن الإشكال ثبوتي، فلا يدفع بالدليل الإثباتي، وتوضيح ذلك:

إن حاصل الإشكال - وهو الأمر الأول المتقدم - هو أن الفسخ متفرع

---

(١) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيار، الحديث:١.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٣ - ١٣٤.

على وجود الخيار، الذي هو ملك فسخ العقد وإمضائه، فما لم يحصل الخيار لم يقع الفسخ، والخيار متفرع على ردّ الثمن؛ لكونه شرطاً له، فالفسخ متأخر عن الردّ بمرتبة أو مرتبتين فكيف يحصل به؟

ولم يجب عنه الشيخ قدس سره إلا بمقام الدلالة والإثبات، وهو لا يدفع الإشكال الثبوتي[1].

جواب المحقق الأصفهاني عن إشكال المحقق الخراساني ودفعه

وأجاب عنه المحقق الأصفهاني قدس سره بما توضيحه:

إن الفسخ بالفعل يقع على أنحاء:

١- أن يفسخ المعاملة بالبيع، بأن يبيع من له الخيار ما وقعت عليه المعاملة.

٢- أن يفسخ المعاملة بالعتق، بأن يعتق البائع الذي له الخيار العبد الذي باعه.

والفسخ بهما غير معقول.

أما الأول؛ فلأن البيع لا يكون إلا في ملك، فيتملّك أولاً ثم يبيع، فإذا فسخ بالبيع، فمقتضى الفسخ أن يكون المتاع ملكاً للفاسخ مقارناً لفسخه، ومقتضى البيع أن يكون ملكاً للمشتري، واجتماع ملكيتين بالاستقلال على عين واحدة في زمان واحد غير معقول.

وأما الثاني؛ فلأن مقتضى العتق هو زوال الملك وفكّه، فإذا فسخ

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ١٧٨ - ١٧٩.

بالعتق، فمقتضى الفسخ أن يكون ملكاً له، ومقتضى العتق خروجه عن ملكه، واجتماع الملك وزواله من اجتماع النقيضين.

٣- أن يفسخ المعاملة بردّ الثمن، ولا يرد فيه المحذوران السابقان، وإنما يرد عليه اجتماع المختلفين في الرتبة في زمان واحد، وهو معقول في الأمور التكوينية والاعتبارية؛ فإن الشرط متقدم على المشروط في الرتبة، والمشروط متقدم على معلوله كذلك، ومع ذلك يجتمعان في زمان واحد، والمقتضي - بالكسر - يجتمع مع المقتضى - بالفتح - في زمان واحد مع تقدّمه عليه في الرتبة.

فردّ الثمن في ما نحن فيه شرط للخيار متقدم عليه رتبة، والخيار موضوع للفسخ، ومع اختلاف الثلاثة في الرتبة إلا أنها تجتمع في الزمان، فلا محذور في كون الردّ شرطاً للخيار، وسبباً للفسخ.

فالفسخ يتوقف على الخيار توقف المسبب على سببه، والخيار يتوقف على ردّ الثمن توقف المشروط على شرطه، ولكن الشرط والمشروط والمسبب كلها تجتمع في زمان واحد، كما أن الوطئ بالملك يتوقف على الملك، وهو يتحقق بالفسخ، والفسخ يحصل بالوطئ، فالوطئ الذي قصد به الفسخ سبب مقارن للملك الحاصل بنفس الوطئ، والوطئ المقارن للملك حلال، والتقدم والتأخر الذاتيان لا ينافي المعية في الوجود[1].

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٩٥.

وما أفاده قدس سره لا ينفع في الجواب عن الإشكال؛ إذ لو كان الإشكال من جهة كيفية اجتماع السبب والمسبب في زمان واحد لكان الجواب مجدياً، ولكن الإشكال من جهة أخرى، وهي لزوم محذورين:

الأول: أن لازم ذلك أن يكون الشيء الواحد موقوفاً وموقوفاً عليه؛ وذلك لأنّ ردّ الثمن شرط للخيار، والخيار سبب للفسخ، فالردّ بما أنه شرط يكون موقوفاً عليه؛ لتوقّف الفسخ على الخيار، وتوقّف الخيار على الردّ ، وبما أنه فسخ للعقد - لأن المدعى أن الفسخ يكون بنفس الردّ - يكون موقوفاً؛ لتوقفه على الخيار، فصار الشيء الواحد موقوفاً وموقوفاً عليه، وهو غير معقول وإن كان بلحاظين.

الثاني: أن لازمه اجتماع المتقابلين؛ فإن الردّ اعتبر سبباً للفسخ، وسبب الفسخ - سواء أكان قولاً كلفظ: (فسخت)، أم فعلاً كالردّ - متفرّع على الخيار لا محالة؛ إذ ما لم يكن للفاسخ خيار لم يكن ردّه سبباً للفسخ؛ فإن ردّ الثمن سبب للفسخ في حال حصوله من ذي الخيار، لا من غيره، فالردّ متأخر رتبة عن الخيار، وإذا كان شرطاً له فهو في مرتبة متقدمة عليه؛ لتقدم الشرط على المشروط، فيجتمع المتقابلان - التقدم والتأخر -

---

(١) وتوضيح الأستاذ - دام ظله - للمطلب في الإجابة على سؤال: إن النار سبب للاحتراق، فيتوقف الاحتراق عليها توقف المسبب على السبب، والمماسة للجسم المحترق شرط لتأثيرها فيه، فيتوقف الاحتراق على المماسة توقف المشروط على شرطه، وكل هذه الثلاثة المختلفة في الرتبة تجتمع في زمان واحد، وهنا الفسخ مسبب عن الخيار، وهو مسبب عن الردّ، وهذا الاختلاف في الرتبة لا يقتضي الاختلاف في الزمان.

في شيء واحد، وهو غير معقول أيضاً؛ فإن المعقول هو اجتماع المختلفين رتبةً في زمان واحد، وأما اجتماع المتقابلين في شيء واحد فهو محال.

ولهذين المحذورين، يكون ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره من الإشكال الثبوتي باقياً على حاله، ونتيجة ذلك: أنه لا يعقل - ثبوتاً - أن يكون الردّ شرطاً للخيار، وفي الوقت نفسه سبباً للفسخ.

وأما ما أفاده الشيخ قدس سره من الاستدلال برواية معاوية بن ميسرة على تحقق الفسخ بالردّ ففيه: أن مدلولها - بحسب ما يظهر منها - أن العقد ينفسخ بردّ الثمن، فهي تشير إلى الاحتمال الرابع، فيكون الردّ شرطاً للانفساخ، لا للفسخ الذي هو محل البحث فعلاً.

وإن لم تكن ظاهرة في هذا المعنى فهي غير ظاهرة في المدّعى؛ لتعدّد الاحتمال فيها، فيحتمل أن الردّ شرط للفسخ، وللخيار، وللانفساخ، ومع تعدّد الاحتمال يسقط الاستدلال.

وعليه، فالإشكال العقلي مانع من تحقق الفسخ بالردّ في فرض كونه شرطاً للخيار[1].

---

(١) توضيح من الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن كلامنا الآن في ما إذا جعل الردّ شرطاً للخيار، فهل يمكن تحقّق الفسخ به أو لا؟ أما لو كان الخيار ثابتاً قبل الردّ، فلا إشكال في تحقّق الفسخ به.

الجهة السادسة: في مسقطات بيع الخيار

وهي أمور:

الأول: الإسقاط

وهنا صور:

الصورة الأولى: أن يثبت الخيار من حين العقد قبل الردّ، ولا شك في سقوطه بالإسقاط؛ لكون الخيار من الحقوق، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

الصورة الثانية: أن يكون الخيار مشروطاً بالردّ، فهل يسقط بالإسقاط قبل الردّ؟

قال الشيخ قدس سره: (لكن مقتضى ما صرّح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد - بناء على حدوثهما من زمان التفرّق - عدم الجواز أيضاً)[1].

والوجه فيه: أن لكل عقد حلاً واحداً، فلا يجتمع فيه خياران، فلا يمكن في بيع الحيوان وخيار الشرط أن يجتمع خيار المجلس وخيار الحيوان قبل التفرّق، وكذا بالنسبة إلى خيار الشرط، وعليه فلا يبدأ خيارا الحيوان والشرط إلا من حين التفرّق، فإسقاطهما قبله من إسقاط ما لم يجب؛ لعدم ثبوتهما حينئذٍ.

وبعبارة أخرى: إن الإسقاط فرع الثبوت، ولم يثبت خيار الحيوان والشرط قبل التفرّق، فينتفي ما يتفرّع عليه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٥.

وكلام العلامة تدثّل في ذلك المقام يجري في ما نحن فيه؛ فإن الخيار لا يثبت إلا بعد الردّ - حسب الفرض - فإسقاطه قبله من إسقاط ما لم يجب.

جواب الشيخ عن إشكال إسقاط ما لم يجب وردّه

وأجاب الشيخ تدثّل عنه: بالفرق بين ما نحن فيه وبين خياري الحيوان والشرط؛ فإن المشروط له في ما نحن فيه هو البائع، وهو متمكن من تصحيح موضوع الخيار بالردّ متى شاء؛ لقدرته عليه في كل آن، فيكون مالكاً للخيار قبل الردّ - ولو من حيث تملكه للرد الموجب له - فله إسقاطه، ولا يكون من إسقاط ما لم يجب، بخلافهما؛ فإنه لا قدرة له على تصحيح موضوع الخيار، فقياس ما نحن فيه عليهما مع الفارق[1].

وما أفاده غير تام بحسب ظاهره؛ وذلك:

أولاً: أن ردّ الثمن ليس مقدوراً للبائع في جميع الأحوال، بل تارة يكون مقدوراً له، وأخرى غير مقدور.

ثانياً: أن مجرد القدرة على ردّ الثمن لا تثبت الخيار، وإنما المثبت له هو نفس الردّ.

فيبقى إشكال إسقاط ما لم يجب على حاله.

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٥.

جواب المحقق الخوئي عن إشكال إسقاط ما لم يجب ورده

وقد أجاب المحقق السيد الخوئي قدس سره عن الإشكال: بعدم قيام دليل لفظي على عدم جواز إسقاط ما لم يجب، غير أنه ذكره جمع من الفقهاء، وعليه ففي كل مورد قامت السيرة على عدم الجواز نأخذ به، وفي غيره لا بأس بالالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب[1].

وهو غير وافٍ بدفع الإشكال، والسر في ذلك:

أولاً: أن الكبرى الموجودة هي: (لكل ذي حق إسقاط حقه)، فما أخذ معقداً للإجماع هو (إسقاط الحق)، والنسبة بين الإسقاط والسقوط - كالنسبة بين الإثبات والثبوت، والإيجاد والوجود - هي نسبة المصدر لاسمه، لا نسبة العلة إلى المعلول، فهما واحد حقيقة متعددان اعتباراً، إن أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن قطع النظر عنه سمّي سقوطاً.

والإسقاط متقوّم بالثبوت، كالإعدام المتقوّم بالوجود مفهوماً ومصداقاً، فما لم يكن الشيء موجوداً لا يصدق مفهوم الإعدام، كما لا مصداق له بدونه، وما لم يكن ثابتاً لم يصدق مفهوم الإسقاط، كما لا مصداق له بدونه، فما لم يكن في ذمة الآخر دين لم يكن لإسقاطه مصداق.

وحيث إن الكبرى التي عندنا هي: لكل ذي حق إسقاط حقه، والإسقاط متقوم - مفهوماً ومصداقاً - بالثبوت، فلا وجه للإسقاط ما لم يثبت الحق.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٧.

ولا يخفى أنه لا مانع عقلاً من الاعتبار في المستقبل، كما لا مانع من اعتبار إسقاط حق يثبت فيما بعد؛ فإن الاعتبار خفيف المؤنة، لكن ثبوت كل حق وسقوطه بعد ثبوته محتاج إلى دليل، فالإشكال من جهة أنه لم يقم دليل على جواز إسقاط ذي الحق حقه قبل ثبوته، والثابت بالدليل هو أن لكل ذي حق إسقاط حقه، وهو يتوقف على تحقق العنوان المأخوذ في الدليل، والمفروض أنه لا يصدق الإسقاط إلا بعد الثبوت.

وثانياً: أن الدليل الذي أقيم على إسقاط الحق قبل الثبوت هي القاعدة الإجماعية: لكل ذي حق إسقاط حقّه، ومن قام الإجماع عندهم - كالعلامة وغيره - أشكلوا على صحة الإسقاط قبل الثبوت بأنه من إسقاط ما لم يجب فلا يجوز، ويستفاد من ذلك - على الأقل - عدم الإجماع على صحة الإسقاط قبل ثبوت الحق، وعدم الدليل على ذلك كافٍ في المطلوب.

فما ادّعاه من عدم قيام الدليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب مدفوع ثبوتاً وإثباتاً، والإشكال باقٍ على قوته.

كلام المحقق الإيرواني وردّه

وقد يقال كما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره بقوله: (والتّحقيق: أنّ مفهوم الإسقاط لا يصدق إلا مع فعليّة ما تعلّق به الإسقاط، ولا تكفي القوّة والشأنيّة، لكن لا حاجة لنا إلى صدق هذا المفهوم، بل إن صدق أو لم يصدق أمكن أن يقال بسقوط الخيار بكراهة ثبوته، والكراهة كما تتعلّق

بأمر حاليّ كذلك تتعلّق بأمر استقبالي؛ فإنّ دليل سقوط الخيار بالإسقاط هو تعليل سقوطه بالتصرف في الأخبار بأنه رضى بالبيع، ومعلوم أنّ الرّضا بالبيع كما يتحقّق مع فعليّة الخيار كذلك يتحقّق مع لا فعليّته وانتظاره وترقّبه)[1].

فيقال: بأن جعل إحداث الحدث رضاً بالبيع إنما هو للتعبّد، ولا أثر في المقام للرضا بالبيع قبل ثبوت الحق.

نعم، ما يفيدنا في المقام الرضا بعد ثبوت الحق ليكون إنفاذاً للبيع، وأما قبله فهو من إسقاط ما لم يجب، فيعود الإشكال.

الثاني: انقضاء المدّة

الثاني من مسقطات بيع الخيار هو انقضاء مدّة الشرط مع عدم ردّ الثمن أو بدله، وهو واضح؛ إذ الفرض أن الخيار مشروط بردّ الثمن في المدّة المعينة، فمع عدم ردّه أثناءها ينتفي الشرط، فيرتفع موضوع الخيار.

وهنا فرعان:

الفرع الأول: لو ردّ غير جنس الثمن

لو ردّ غير جنس الثمن - ولو غفلة - لم يكن ردّاً، فلا خيار؛ إذ الشرط - وهو ردّ الثمن - لم يحصل، وما حصل - وهو ردّ غير الثمن - لم يكن شرطاً، فإن انتهت المدّة ولم يردّ الثمن ارتفع موضوع الخيار.

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني ٢: ٢٤.

الفرع الثاني: لو ردّ جنس الثمن فظهر معيباً

لو ردّ جنس الثمن وظهر معيباً، فهل يصدق الشرط، فيكون له الخيار أو لا؟

الأقسام التي أفادها المحقق الخوئي ومناقشتها

قسم المحقق السيد الخوئي تدّس الفرع إلى أقسام ثلاثة:

الأول: أن يكون الثمن كلياً وقد اشترط ردّه، فإذا دفع إلى المشتري فرداً معيباً فللمشتري أن يرضى بذلك المعيب كما له أن يستبدله بفرد آخر صحيح.

وبعبارة أخرى: إن هناك معاملتين: إحداهما المعاملة على المبيع بأن يكون الثمن كلياً، وهذا الشرط يتضمن أن يكون الثمن صحيحاً.

والأخرى المعاملة الواقعة على تطبيق ذلك الكلي على فرده، وهو يقتضي أن يكون إعطاء فرد الكلي من المشتري وفاء بالعقد، غاية الأمر تخلّف المشتري عن الشرط في التطبيق على الفرد المعيب، الفرد المدفوع للمشتري، وهذه بمنزلة المعاملة وليست معاملة حقيقة، فالمطلوب أن يكون المشتري راضياً بذلك التطبيق[1].

وفيه: أنه ليس في الثمن الكلي أمران: أحدهما المعاملة على الكلي، والثاني أن يكون المشتري راضياً بتطبيق الكلي على الفرد، بل أمر واحد

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٧ وما بعدها.

وهو البيع بالثمن الكلي المشترط في ضمنه صحة الثمن، وبنفس المعاملة على الكلي، ومصداقية الفرد له، وأن وجود الطبيعي بوجود فرده يثبت للبائع الحق بمقتضى الشرط.

الثاني: أن يكون الثمن معيّناً، فليس هناك حق الاستبدال؛ لأن الثمن أمر واحد وقد اشترط فيه الصحة ضمناً، وبما أن المدفوع غير ما اشترط دفعه إليه، فلا محالة لا يثبت له الخيار؛ لانقضاء المدة وعدم حصول شرط الخيار وهو رد الثمن الصحيح.

وفيه: أن الثمن المشروط فيه الصحة يقتضي أن يكون الثمن هو الذات، والصحة أمر زائد قد ثبت بالشرط؛ لاقتضاء الشرط تعدّد المطلوب، فمتقضى التزامه بأن الصحة شرط في الثمن أن الثمن هو المشروط، ولازم الشرط ثبوت الخيار، لا انتفاء المعاملة.

الثالث: أن يشترط ردّ الثمن الأعم من الصحيح والمعيب، فدفع المعيب إلى المشتري وإن كان يوجب حصول شرط الخيار؛ لأنّ المفروض اشتراط رد الأعم من المعيب والصحيح، إلاّ أنه إذا تمكّن من الخيار ففسخ المعاملة، فمقتضى الفسخ أن يردّ كل من الثمن والمثمن إلى مالكهما الأول، وبما أنّ الثمن الذي انتقل من المشتري هو الثمن الصحيح، فالفسخ يقتضي أن يرجع الثمن الصحيح إلى المشتري ويدخل في ملكه، وأمّا ما دفع إليه من المعيب فهو وثيقة وأمانة لديه فيرجعه إلى البائع.

وفيه: أنه كيف يتمكن من الفسخ على مبناه من أن مفاد « المؤمنون

عند شروطهم » لزوم الشرط للشارط، وأن المؤمن لا ينفك عن شرطه؟ فإن المفاد ليس هو التكليف حتى يقبل التخلف، بل الوضع، فالنتيجة أن عدم الانفكاك عن الشرط مع التمكّن من الخيار متنافيان، ولا معنى لكون المعيب أمانة عنده مع كونه حق البائع المردود إليه بمقتضى شرطه الملازم له.

كلام المحقق الحائري

وقال الحقق الحائري تدّس: (قد يفرض الكلام في الثمن الكلّي وقد يفرض في الشخصي:

أمّا في الأوّل: فحيث إنّ الكلّي المقيّد بقيد لا ينطبق على الفاقد لذلك القيد، فإذا فرض أنّ الثمن كلّي والمفروض انصرافه إلى المقيّد بالصحّة، فالفرد المتّصف بالعيب غير مصداق لذلك الكلّي المقيّد، فاللازم عطف هذا أيضاً على صورة ظهوره من غير الجنس.

وأمّا في الثاني: فيمكن أن يقال: إنّه وإن تغيّر وصف الصحّة، وأن الثمن مقيّد بها حسب الانصراف، ولكنّه يعدّ عرفاً متّحداً مع الواجد لا مغايراً له، فلا يقال: إنّ هذا ردّ لغير الثمن، ولكن لمّا كان شرط الردّ أيضاً منصرفاً إلى الصحيح فكأنّه تعهّد بوصف الصحّة، وحيث لم يسلّمه كان عليه تداركه ببذل التفاوت، فلا وجه لما ذكره - تدّس - من قوله : وله

الاستبدال)[١].

وفيه: **أولاً**: أن التفريق بين الكلي المقيّد بالصحة، والفرد المقيّد بها، بأن الثاني مع كونه فاقداً للصحة متحد مع الواجد دون الأول بلا وجه.

مع أن قاعدة المقيد ينتفي بانتفاء قيده غير قابلة للتخصيص عقلاً ولا عرفاً.

وثانياً: أنه فرق بين التقيد بنحو وحدة المطلوب، والاشتراط بنحو تعدد المطلوب، ففي الأول ينتفي المقيد بانتفاء قيده دون الثاني، فعلى الأول يكون المردود الفاقد للقيد مغايراً مع الواجد دون الثاني؛ لتخلّف أصل الالتزام البيعي في الأول دون الثاني؛ لمخالفته للالتزام في الالتزام دون الالتزام البيعي.

فالحق في المسألة أنه إذا ردّ المعيب كفى في ثبوت الخيار، في الثمن الكلي والشخصي، إلا أن للمشتري الحق في المطالبة بوصف الصحة[٢].

---

(١) الخيارات للأراكي: ١٣٢.

(٢) وهنا توضيح للمطلب أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال، وحاصله: أنه لو قال البائع: بعتك الكتاب بدولار، فإن أدى له الثمن بالتومان لم يؤدّ الثمن، وقال له صاحب الكتاب: إن هذا ليس بثمن كتابي، وإن أعطاه دولاراً معيباً صدق عليه الثمن إلا أنه فاقد للشرط الارتكازي وهو الصحة، فيقول له: بعتك الكتاب بثمن صحيح، لا معيب بنحو الشرط.

والحاصل: أنه لو صرّح بالشرط فإن التصريح به على نحوين؛ إذ تارة يصرّح بوحدة المطلوب، فلو أعطاه المعيب كان له أن يقول: هذا معيب وليس هو بعوض أصلاً،

الثالث: التصرف في الثمن

الثالث من المسقطات تصرّف ذي الخيار في ما انتقل إليه؛ فإن مقتضى إطلاق الأصحاب لجعل التصرّف مسقطاً وتعدية مسقطيته من مورد النص إلى سائر الخيارات، الشرعية والجعلية، شموله لما نحن فيه أيضاً.

كلام المحققين الأردبيلي والسبزواري في عدم السقوط بالتصرف

ولكن خالفهم في ذلك المحققان الأردبيلي والسبزواري - قدس سرهما - في ما نحن فيه لأمرين:

الأمر الأول: أن سقوط الخيار بالتصرّف في الثمن منافٍ للغرض من جعله؛ فإن البائع إنما أقدم على بيع متاعه بهذا الشرط، وبأقل من ثمنه

وأخرى بتعدد المطلوب، كأن يكون المطلوب الأول أصل الثمن، والمطلوب الثاني أن يكون سالماً، فإذا فقدت الصحة فقدْ فقدَ المطلوب الثاني وكان له الحق في الرضا بالمعاملة وفسخها.

فإذا كان في المعاملة لفظ نظر له، فإن كان بنحو الشرط فهو من تعدد المطلوب، وكان له الخيار، وإن كان بنحو التقيّد فهو من وحدة المطلوب وكان له المطالبة بأن ما وقع عليه العقد غير هذا الثمن.

وإن لم يكن في المعاملة لفظ لوحظ الارتكاز العقلائي، والارتكاز في مثل الإعطاء من غير جنس الثمن أنه من وحدة المطلوب، كمن اشتر ذهباً وأعطي مذهّباً، وأما في مثل الثمن المعيب - كمن اشترى فضة وأعطي فضة معيبة - فإن ارتكازهم على كونه شرطاً لا مقوّماً، فهو من تعدّد المطلوب، فما لم يصرّح بشيء يحمل على كونه شرطاً.

الواقعي غالباً لتحقيق أمرين: أن يستفيد من الثمن لرفع حاجته، وأن لا يقطع صلته بالمتاع، بحيث لو أمكنه تهيئة الثمن في المدّة المضروبة لردّه وأعاد متاعه، فإذا كان التصرّف في الثمن مسقطاً للخيار انتفى الغرض من شرطه، فهذا الغرض يكون قرينة قطعية على تخصيص إطلاق اتفاق الأصحاب بهذا المورد.

الأمر الثاني: موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّ علي؟

فقال: « لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه ».

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال: « الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله »[1].

فإن ظاهرها تصرّف البائع في الثمن، وأن بيع الدار لأجل ذلك، فتكون مخصصة لإطلاق إطباق الأصحاب[2].

---

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) مجمع الفائدة ٨: ٤١٣، حيث قال: (على أن الظاهر عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف مطلقاً، لأن غالبه الاحتياج إلى الثمن والتصرّف فيه، فلو كان تصرّف البايع فيه مسقطاً لخياره فلا يترتب عليه الفائدة.

ويؤيده ما تقدم من مرسلة ابن عمار: أنه باع رجل داره إلى سنة للاحتياج إلى ثمنه، قال:

جواب السيد بحر العلوم عنهما

وأجاب عنهما السيد بحر العلوم قدس سره في مصابيحه: بأن ما عليه الأصحاب هو أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار، ولا خيار إلا بعد الردّ، فالتصرف في الثمن قبله لم يكن في زمان الخيار، فيكون خارجاً عن ما اتفق عليه الأصحاب تخصّصاً لا تخصيصاً.

نعم، لو استثني من اتفاقهم التصرف بعد الرد لكان تخصيصاً[1].

مناقشة صاحب الجواهر لكلام السيد بحر العلوم

وناقشه صاحب الجواهر قدس سره بوجوه:

الوجه الأول: إن جعل زمان الخيار بعد الردّ يقتضي جهالة مبدأ الخيار؛ لاحتمال أن يكون الردّ بعد أسبوع أو شهر أو سنة، فيكون غررياً، فيبطل الشرط، ومع سرايته إلى المشروط - أي البيع - يبطل هو أيضاً.

الوجه الثاني: إن ما عليه العرف والعقلاء هو صدق زمن الخيار على مجموع المدّة[2].

« لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه ».

ودلت على أنه لو تصرف المشتري أيضاً فيه بأخذ الغلة لم ينفسخ، وهو ظاهر).

وأما عبارة المحقق السبزواري في الكفاية ١: ٤٦٥ فهي: (والظاهر أنّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف كما قاله بعض الأصحاب؛ لظاهر الروايات).

(١) المكاسب ٥: ١٣٦، ونقل في الهامش عن المصابيح (مخطوط): ١٣٩.

(٢) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله - في بيان الإشكال الثاني: إن صورة بيع الشرط لا

الوجه الثالث: إن جعل الخيار بعد زمان الردّ منافٍ لما أفاده الأصحاب في ردّهم على الشيخ قدس سره حينما ذهب إلى توقف الملك على انقضاء الخيار؛ فإنهم استدلوا بروايات خيار الشرط - الدالة على كون غلّة المبيع قبل الردّ للمشتري - على أن الملكية تنتقل إلى المشتري في زمان الخيار، فلو لم يكن زمان ما قبل الردّ زمان خيار عندهم لما صحّ ردّهم على الشيخ قدس سره[1].

تنظّر الشيخ فيما أفاده الجميع

ثم إن الشيخ قدس سره تنظّر في ما أفاده الجميع، فقال: (في أصل الاستظهار المتقدم، والردّ المذكور عن المصابيح، والمناقشة على الردّ نظر)[2].

وأفاد في وجه ذلك:

أما ما ذكره المحقق الأردبيلي قدس سره؛ فلأن إطلاق اتفاق الأصحاب على سقوط الخيار بالتصرف تام، ولا مخصص لدليلهم، فيشمل جميع الخيارات الشرعية والشرطية، التعبدية، والجعلية، ومنها محل الكلام، وما ذكر من المخصص غير ناهض.

تنحصر في جعل الردّ شرطاً للخيار، بل قد يكون الردّ شرطاً للفسخ، فيثبت الخيار من حين العقد قبل الردّ إلا أن زمان إعماله وقت الردّ.

ثم عقبه بما ذكرناه في المتن، وما ذكره صاحب الجواهر هو خصوص ما في المتن، وأما هذا فيصلح إشكالاً آخر لم يتعرض له صاحب الجواهر.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٠.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٧.

أما الأول - وهو بناء هذا العقد على التصرّف - فلأن هذا البناء من جهة أن الغالب المتعارف كون البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، وحينئذٍ فلا يكون التصرّف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرّف.

نعم، لو كان الثمن شخصياً لكان التصرّف فيه مسقطاً للخيار، ولكن الغالب خلافه.

وأما ما ذكره ثانياً من الاستدلال بالموثقة فلأن ظاهرها كون الثمن كلياً أيضاً، والتصرف في مصداق الثمن الكلي لا ينقض إجماع الأصحاب.

وأما ما أفاده السيد بحر العلوم قدس سره؛ فلأن المستفاد من النص والفتوى كون التصرّف مسقطاً فعلياً كالقول، ففي كل مورد يصح إسقاط الخيار بالقول يصحّ بالفعل - التصرّف - ، والظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار بالقول قبل الردّ فكذلك بالتصرّف، فما أفاده قدس سره من عدم الموضوع للإسقاط قبل الردّ ممنوع.

وأما ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره أولاً من لزوم جهالة مدّة الخيار، ففيه: أنها لا تقدح مع تحديد زمان التسلط على الرد والفسخ بعده إن شاء.

وأما ما أفاده ثانياً من كون العرف على أن الخيار من زمان العقد، ففيه: أن زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلا ما كان الخيار متحقّقاً فيه شرعاً

أو بجعل المتعاقدين، والمفروض أنه في ما نحن فيه بجعلهما، فتارة يجعلانه من زمان العقد، وأخرى من زمان الردّ، ولم يقم ارتكاز على أنه من زمان العقد في بيع الخيار.

وأما ما أفاده ثالثاً ففيه: أنه لعل الأصحاب فهموا من مذهب الشيخ قدس سره توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً، سواء أكان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً عنه، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، والخيار في ما نحن فيه منفصل عن العقد، أي يبدأ من زمان ردّ الثمن، فلا يتوقف ردّ الفقهاء لمذهب الشيخ رحمه الله على كون مدّة الخيار هي مجموع المدّة، حتى ما بين العقد والردّ، بل يصحّ ردّهم مع كون حدوث الخيار فيما بعد الردّ أيضاً، فلا يثبت من استدلالهم أن الخيار من زمان وقوع العقد، فلا يكون هذا الردّ منهم على الشيخ قدس سره منافياً لما ذكره السيد بحر العلوم قدس سره من حدوث الخيار بعد الردّ.

إشكال المحقق الخوئي في أصل المطلب

قال المحقق السيد الخوئي قدس سره: بأن جميع ما أفاده الشيخ قدس سره من الإيرادات متين جداً، ولكن الكلام في أصل المطلب من الذهاب إلى مسقطية التصرّف مطلقاً، فإنه لا بدّ - بعد عدم قبولنا للإجماع - من الاقتصار على ما قام عليه الدليل الوارد في بيع الحيوان، ومقدار ما قام عليه هو إحداث الحدث في الحيوان، حقيقة أو حكماً كالتقبيل واللمس والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك.

وأما في غير بيع الحيوان، فإن كان التصرّف كاشفاً عن الرضا بالبيع

فهو مسقط للخيار؛ لكونه مصداقاً للإسقاط، وإلا فمقتضى إطلاق دليل الشروط عدم الإسقاط به، وثبوت الخيار[١].

والحق أن يقال: بأنا إن منعنا من الأخذ بالإجماع فلا طريق لما أفيد من كون مطلق التصرّف مسقطاً للخيار، ومنعه ولو من جهة صغروية هو الحق؛ فإنه لا يمكن تحصيل الإجماع على أن مطلق التصرف مسقط للخيار، وعهدة من يدعي ذلك عليه؛ إذ غاية ما يمكن دعواه عدم التعرض للخلاف، وهو لا يكشف عن اتفاق الأصحاب على هذه القاعدة الكلية.

ولو سلّم تحصيله فهو محتمل المدرك؛ إذ يحتمل أنهم استندوا للنص الوارد في خيار الحيوان مع إلغاء الخصوصية، فهو أمر اجتهادي منهم، لا يكشف عن قول الإمام عليه السلام، ولا عن دليل معتبر.

وإن أخذنا بالإجماع - على فرض أن الشيخ قدس سره قد تمسّك به - فهل تتمّ جميع إشكالاته أو لا ؟

الحق: هو التفصيل.

إما إشكالاته على المحقق الأردبيلي وصاحب الجواهر - قدس سرهما - فهي واردة عليهما.

وأما إشكاله على السيد بحر العلوم قدس سره فغير وارد؛ لأن حاصل ما ذكره

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٤٣ - ٢٤٤.

السيد تدّس أنه لا خيار قبل الردّ، فالتصرّف - حينئذ - ليس من تصرّفات صاحب الخيار حتى يرد التخصيص في كلمات الأصحاب، بل هو خارج تخصّصاً؛ لأن مورد كلامهم ما إذا وجد الخيار فتصرّف، وهذا يتمّ في ما لو تصرّف بعد ردّ الثمن لا قبله.

وأما جواب الشيخ تدّس: - وهو أن الإسقاط القولي في ما نحن فيه مسقط، فالتصرّف مثله؛ لكونه مسقطاً فعلياً - ففيه دعويان، وفي كليهما نظر:

أما دعوى أن الإسقاط القولي مسقط، فلا دليل عليها في المقام، بل تقدم منعه عقلاً في ما نحن فيه؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، ومشهور الفقهاء على منعه أيضاً.

وأما دعوى أن الإسقاط الفعلي مسقط فلأنه لو سلّم إسقاط الخيار بالقول فهو من جهة كشفه عن الرضا والالتزام بالبيع، والإسقاط الفعلي إن كان كاشفاً عنه أيضاً فهو مسقط للخيار؛ إذ لا فرق في الكاشف بين كونه قولاً وكونه فعلاً، ولكن البحث في مطلق التصرّف، كشف عن الرضا أو لم يكشف.

فما يمكن قياسه على الإسقاط القولي هو الإسقاط الفعلي، وما نحن فيه هو مطلق التصرّف، وهو لا يقاس على الإسقاط القولي.

الجهة السابعة: في حكم تلف المبيع والثمن

ويقع البحث في نقطتين:

النقطة الأولى: في حكم تلف المبيع

وقد تعرض فيها الشيخ قدس سره إلى أمرين:

الأمر الأول: أن تلف المبيع من مال المشتري، سواء كان قبل الردّ أو بعده، ونماؤه له مطلقاً.

الأمر الثاني: أن الظاهر عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع[1].

أما الأمر الأول فليس المستند فيه قاعدة: أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، بل المستند هي القاعدة الأولية، والنص؛ فإن مقتضاهما أن يكون التلف من مال المشتري.

أما القاعدة الأولية فهي: أن تلف المال من مال مالكه، فإذا انتقل المال لشخص بأي سبب من أسباب الانتقال، القهرية كالإرث، أو الاختيارية كالحيازة والعقد، ثم تلف فهو من ماله، ولا يحكم بكون تلفه من مال الغير إلا لوجود ما يوجب الضمان كالإتلاف، أو قاعدة اليد، وأما بدونهما فلا يضمن الغير، كما أن مقتضى الأصل عدمه أيضاً.

نعم، استثني موردان من هذه القاعدة:

١- تلف المبيع قبل قبضه؛ فإنه من مال البائع، نصاً وفتوى، مع أن مالكه المشتري؛ وذلك للنص تعبّداً[2]، لا لما احتمل من أن السيرة كما

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٩.

(٢) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث١ : عن عقبة بن خالد ، عن أبي عبد

قامت على كون تلف المال من مال مالكه فهي قائمة على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه؛ إذ لا وجود لها؛ فإن سيرتهم على أن المال ينتقل بالعقد إلى المشتري، فيكون هو المالك له، فإن تلف كان منه، ولم تقم سيرة على ضمان البائع ولا على انفساخ العقد بالتلف، كما لم يكن هناك شرط ضمني على ذلك، بل الشرط الضمني هو تسليم البائع المبيع إلى المشتري، وتسليم المشتري الثمن إلى البائع[(١)].

٢- التلف في زمان الخيار؛ فإنه من مال من لا خيار له، فلو تلف الحيوان في الثلاثة الأيام كان من مال البائع الذي لا خيار له[(٢)].

الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: « من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه ».

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: إن ذلك بسبب الشرط الضمني، فأفاد بأن الشرط الضمني في المعاملة أن يسلم البائع المبيع للمشتري، ويسلم المشتري الثمن له، وأما أن ينفسخ البيع بالتلف فليس بمشترط ضمناً.

نعم، قام الدليل التعبدي على أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، والمستفاد من نحو البيان التعبدي أن السيرة على خلافه فاحتاج إلى بيان وتنبيه؛ إذ لو كانت السيرة على كون التلف من مال البائع لما احتاج إلى هذا النحو من بيان الشارع، بل كان البيان إمضائياً.

(٢) لما دلّ عليه من الروايات مثل صحيحة ابن سنان، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ». الوسائل، الباب٥ من أبواب الخيار، الحديث٢.

فخصصت القاعدة الأولية بهذين الموردين، فلا مجال فيهما إلا للالتزام بانفساخ العقد ورجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول آناً ما قبل التلف؛ فإن ضمان الغير لا يكون إلا بسبب الإتلاف، أو لليد بمقتضى قاعدة (على اليد ما أخذت)، ولا شيء منهما بحاصل في الفرض، فلا محيص عن الالتزام بالملكية الآنية، ووقوع التلف في ملك من كان من ماله.

والخيار في ما نحن فيه للبائع بمقتضى الشرط، فيكون التلف من مال المشتري الذي لا خيار له، وكون التلف من ماله على طبق القاعدة الأولية، مع قطع النظر عن الشرط والتخصيص الوارد عليها أيضاً؛ فإنه أحد مصاديقها؛ لكونه مالكاً له، كما أن النماءات للمشتري أيضاً.

وأما النص فهو كموثقة إسحاق بن عمار؛ فإن في ذيلها: قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟

فقال: « الغلّة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله »[1].

وأما الأمر الثاني: ففيه وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: ما استظهره الشيخ قدس سره من عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع، ولم يزد على الاستظهار[2]، وتحليل ذلك يتوقف على بيان

---

(١) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيار، الحديث:١.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٩.

مقدمتين:

الأولى: أن للبائع من شرط الخيار غرضين: أن يستفيد من الثمن الذي قبضه في قضاء حوائجه، وأن يحتفظ بعين المبيع ليمكنه الرجوع إليها.

الثانية: أن متعلّق الخيار هو العقد، لا العين؛ فإن الخيار ملك فسخ العقد وعدمه، أو ملك فسخ العقد وإبرامه، لا ملك ردّ العين.

فلو كان متعلّقه العين لكان قائماً بها، وإرجاعها إلى ملكيته السابقة يتوقف على بقائها، وأما مع كون متعلّقه العقد فهو لا يدور مدار بقاء العين؛ فإن للعقد بقاء في عالم الاعتبار، فيتعلّق به الحلّ، سواء كان المال موجوداً أو معدوماً.

وبعد ضمّ هاتين المقدمتين يتضح بقاء الخيار وإن تلف المبيع؛ لأن متعلّق الخيار هو العقد، وهو محفوظ حتى لو تلفت العين، هذ من جهة، ومن جهة أخرى أن غرض البائع يتعلق بالعين وماليتها، فإن ذهبت العين فبالمالية.

فالتحقيق في المسألة بقاء الخيار، وما ذكرناه هو وجه استظهار الشيخ قدس سره.

وللمحقق الخراساني قدس سره بيان في المقام، وحاصله: أن اختلاف الحكم بثبوت الخيار وعدمه ناشئ من الاختلاف في ما شرطاه، فإن شرطا الخيار ببقاء العين فلا إشكال في سقوطه مع تلفها، وإن لم يشترطاه ببقائها فلا إشكال في بقائه لو تلفت، والمرجع في تعيين الاشتراط، هو

الظهور إن وجد، ومع عدمه فالمتّبع أصالة الإطلاق وعدم الاشتراط[١].

وما أفاده قدس سره مبتنٍ على أن الإطلاق عبارة عن عدم الاشتراط، وأن التقابل بين الإطلاق والاشتراط أو التقييد هو تقابل العدم والملكة، فإذا كان الإطلاق عبارة عن عدم التقييد فعدم الاشتراط هو نفس إطلاق الخيار، فإذا تلفت العين فالخيار باقٍ.

ولكن واقع الأمر هو أن التقابل بين الإطلاق والتقييد هو تقابل التضاد؛ فإن التقييد عبارة عن الاعتبار بشرط شيء، والإطلاق عبارة عن الاعتبار لا بشرط، فالتقييد لحاظ الخصوصية وأخذها، والإطلاق لحاظها ورفضها، فلا محالة يكون الإطلاق قسيماً للاشتراط والتقييد، ولا يرجع إلى عدم الاشتراط.

وعليه فكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ، فيدور الأمر بين لحاظ الخيار وأخذه لا بشرط بالنسبة إلى وجود العين وتلفها، فيحكم ببقاء الخيار، وبين لحاظه وأخذه بشرط وجود العين، فينتفي الخيار عند تلفها.

ومع عدم استظهار شيء منهما يكون الأمر مجملاً مردّداً بين المتباينين، وكل منهما - الإطلاق والاشتراط - مسبوق بالعدم، فمع العلم الإجمالي بأحدهما يتعارض الأصلان، أي أصل عدم الاشتراط، وأصل

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٨٠.

عدم الإطلاق، أو أصل عدم اللحاظ بشرط شيء، وأصل عدم اللحاظ لا بشرط، ومع التعارض يسقط أصل عدم الاشتراط، فينتقض ما بناه قدس سره.

ومقتضى القاعدة اندراج المسألة في القسم الثاني من استصحاب الكلي؛ وذلك لأنا نعلم بثبوت الخيار للشرط، ولا نعلم أنه اشترط بقاء العين فينتفي الخيار بتلفها، أو لم يشترط فيبقى لما بعد التلف، فيتردد الأمر بين بقاء الفرد المردّد بين الطويل والقصير وزواله؛ فإن الخيار إن كان مشروطاً ببقاء العين فهو فرد قصير وقد زال بتلفها، وإن لم يكن مشروطاً ببقائها فهو فرد طويل ولا يزال باقياً بعد التلف، ولا يمكن جريان استصحاب الفرد لو كان الأثر له؛ لأنه مردّد بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء، وإن كان الأثر للكلي جرى استصحاب الكلي، وبما أن الأثر المترتّب على الخيار - وهو الإسقاط والصلح عليه وسائر الأحكام - أثر للكلي، فيجري استصحابه.

الوجه الثاني: ما احتمله الشيخ قدس سره من عدم الخيار؛ بناء على أن مورد هذا الخيار ما إذا ردّ البائع الثمن ليسترجع المبيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فمع تلفه ينتفي موضوعه، فلا خيار[1].

وبيانه: أن البائع عندما اشترط الخيار عند ردّ الثمن كان غرضه أن يحتفظ بالمبيع فيسترجعه عند ردّ الثمن، ففي المورد شرط ارتكازي بإبقاء العين على المشتري؛ ليتمكن البائع من تحقيق غرضه، وهو ردّ المبيع لملكه، فالخيار - إذن - مقيّد ببقاء العين، فإذا تلفت انتفى.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٠.

ثم إن الشيخ قدس سره أشار إلى دفع دخل مقدّر حيث قال: (ثم إنه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط)[1]، وحاصل الدخل:

أنه ربما يقال بأن بين اشتراط الخيار ببقاء العين، وشرط إبقائها على المشتري - بمعنى عدم جواز تفويته الشرط - تنافياً بأحد بيانين:

البيان الأول: أنه عندما يكون الخيار مشروطاً ببقاء العين، فبقاؤها شرط في ثبوته، فلا يجب تحصيل الشرط ولا حفظه.

أو قل: إن الغرض من شرط إبقاء العين هو أن تبقى، ومعنى كون الخيار مشروطاً ببقائها هو أنه إن بقيت ثبت الخيار، وإن لم تبق لم يثبت.

البيان الثاني: أن نتيجة شرط الفعل في المعاملات أن يثبت الخيار مع التخلّف عنه، فلو باع متاعاً بشرط أن يخيط له ثوباً فلم يخطه كان للبائع الخيار في فسخ البيع، وعليه فنتيجة شرط إبقاء العين أن يكون للبائع الخيار مع تخلّف المشتري عنه، أي لو لم يحفظ العين وتلفت كان للبائع الخيار، ونتيجة كون الخيار في المورد مشروطاً ببقاء العين عدم ثبوت الخيار لو تلفت، والجمع بين هذين جمع بين المتنافيين.

والجواب، أما عن الأول: فبأن الخيار الذي هو للبائع مشروط ببقاء العين، ولا يجب عليه - البائع - أن يحقق الشرط؛ بمقتضى قاعدة عدم

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٠.

وجوب تحصيل الشرط والموضوع ولا حفظهما، وأما شرط الحفظ والإبقاء فهو على المشتري، فلا تنافي بينهما.

وأما عن الثاني: فبأن الشروط على قسمين: فقسم يلزم من تخلّفه الخيار كما في المثال المتقدم، وكما لو اشترط في البيع صفة خاصة فتبيّن عدمها، وقسم لا يوجب الخيار، وإنما فائدته إلزام المشروط عليه تكليفاً فقط، كما في الشروط في باب النكاح؛ فإن تخلّفها لا يوجب خيار الفسخ للمشترِط.

وعليه: فبما أن البائع جعل الخيار مشروطاً ببقاء العين، فشرطه على المشتري إبقاؤها ليس إلا؛ للزوم التكليفي بالإبقاء، ولا يوجب تخلّفه الخيار، فلا تنافي بين شرط إبقاء العين واشتراط الخيار ببقائها.

والنتيجة إلى هنا: أن تلف المبيع في البيع بشرط الخيار غير مضر بثبوته مطلقاً، كان التلف قبل الردّ أو بعده، بمقتضى النص والقاعدة.

الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره من التفصيل بين التلف قبل الردّ والتلف بعده، وقد أورد عليه المحقق النائيني قدس سره بخمسة إشكالات، بعضها تام والآخر غير وارد، ولكن بما أن أصل المدّعى غير تام ويظهر جوابه مما تقدم فلا حاجة للتعرّض إليه[1].

---

(١) ولا بأس بنقل ما أفاده قدس سرهما؛ تكميلاً للفائدة، قال صاحب الجواهر قدس سره في ٢٣: ٣٩:

(وكما أن النماء له فالتلف منه بلا خلاف أجده فيه؛ للصحيح والموثق، بل هو كذلك وإن كان بعد الرد إلا أنه مضمون عليه؛ لأنه وقع في زمن خيار البايع، فله حينئذ الفسخ ثم

الرجوع عليه بالمثل أو القيمة، بخلاف التلف قبل الرد الذي هو ليس زمان خيار، كي يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ، بل المتجه فيه سقوط الخيار، إلا أن يشترط عليه الرجوع به عيناً أو قيمة، فيلزم بناء على صحة هذا الشرط، وبدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفاً ناقلاً ، فضلاً عن التلف السماوي؛ للأصل، وظاهر الصحيح والموثق).

وقال المحقق النائيني تقدس سره في منية الطالب ٣: ٩٣:

(إذا عرفت هذا نقول: يرد عليه:

أولاً: أن مقتضى كلامه في رد المصابيح هو أن مجموع المدة ظرف الخيار لا بعد الردّ، فالتفصيل بين قبل الردّ وبعده في ثبوت الخيار بعده دون قبله لا وجه له.

وثانياً: لا وجه لقوله: إذا تلف المبيع بعد رد الثمن يكون تلفه من المشتري؛ لأنه وقع في زمان خيار البائع؛ لأن قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) - كما عرفت - تختص بتلف المقبوض عند ذي الخيار.

وبعبارة أخرى : هذه القاعدة مفادها أن القبض كالعدم، فلو كان الخيار للمنتقل إليه فتلفه يحسب من المنتقل عنه، وفي المقام التلف عند القابض كان في زمان خيار المنتقل عنه وهو البائع، وخياره ليس علة لكون تلف المبيع على المشتري؛ لأن قبضه مع عدم الخيار له صار سبباً لأن يكون تلفه عليه.

نعم ، فائدة هذه القاعدة تظهر في تلف الثمن عند البائع لو قلنا بالتعدي إليه أيضاً، كما سنشير إلى وجهه.

وثالثاً: أن هذا التعليل مشترك بين قبل الردّ وبعده على ما اختاره هو تقدس سره من عدم الفرق في قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بين الخيار المتصل والمنفصل، فقبل الرد وإن لم يكن الخيار ثابتاً إلا أنه يتحقق بعده. فإذا اقتضت القاعدة كون تلف المبيع على المشتري بعد رد الثمن لوقوعه في زمان خيار البائع، فتقتضي كونه عليه أيضاً قبل الردّ؛ لتحقق الخيار ولو بعد ذلك.

النقطة الثانية: في حكم تلف الثمن

قال الشيخ قدس سره بأنّ التلف من المشتري؛ استناداً إلى قاعدة: (أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)، ونتيجته انفساخ المعاملة.

وتحقيق الأمر يتوقف على بيان كلا المبنيين في المسألة:

الأول: ما اختاره الشيخ قدس سره من الفرق بين تلف المبيع وتلف الثمن؛ فإن الخيار محفوظ مطلقاً في الأول، والعقد ينفسخ في الثاني، والقاعدة الأولية وإن كانت على أن تلف كل شيء من مال مالكه إلا أنها مخصصة في المقام بقاعدة: (أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له).

الثاني: أن مقتضى القاعدة الأولية أن يكون التلف من مال مالكه، وقد انتقل الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع، فالتلف من ماله، ولا يخرج عن هذه القاعدة إلا بمخصص، وهو مفقود في المقام.

وتحقيق المسألة أن يقال: إن تلف الثمن تارة يكون بعد الردّ وأخرى قبله، وإن الثمن تارة يكون شخصياً وأخرى كلياً.

أما إذا كان الثمن شخصياً وكان التلف بعد ردّ الثمن وقبل الفسخ، فالتلف من مال البائع؛ وذلك للقاعدة الأولية المتقدمة من أن تلف كل

ورابعاً: أن مقتضى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له انفساخ العقد قهراً؛ لأن حال المقبوض كحاله قبل القبض، فلا معنى لقوله: لأنه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ.

وخامساً: أنه لا وجه لإطلاق كلامه في ثبوت الخيار بعد الردّ، لو فرض أن للبائع نظراً إلى الخصوصية العينية).

شيء من مال مالكه، والثمن لا زال ملك البائع، وأما المخصص المذكور فهو غير ناهض في المقام؛ وذلك لأن الشيخ قدس سره خصّص القاعدة الأولية بقاعدة: أن التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له؛ بناء على تعميمها إلى الثمن، وإلى كل معاملة خيارية، واستند في التعميم إلى أمرين:

الأول: أن ظاهر إطلاق غير واحد من الأصحاب هو عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة - المجلس والشرط والحيوان - وإن كان مورد النص هو الحيوان؛ وذلك لأن مقتضى (حتى ينقضي الشرط) التعميم من هذه الجهة.

الثاني: أن مناط الحكم بأن التلف من مال من لا خيار له هو تزلزل المعاملة، فينطبق على ما نحن فيه.

وكلا الأمرين مدفوع.

أما الأول؛ فلعدم حجية إطلاق كلام الأصحاب ما لم يصل قولهم إلى حدّ الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن دليل معتبر عندنا، وهو منتفٍ في المقام، والنص المذكور - وهو صحيحة عبد الله بن سنان - مختص بالمبيع وكونه حيواناً، وإنما عدّي من خيار الحيوان إلى المجلس والشرط بمقتضى (حتى ينقضي الشرط)[1]، وأما التعدّي من

---

(١) إشارة إلى ما في الوسائل ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ : عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط

المبيع إلى الثمن فلا وجه له.

وأما الثاني؛ فغايته تنقيح مناط ظني، فلا حجية فيه؛ إذ ربما يوجد ملاك في خصوص خيار الحيوان أو مع التعدّي إلى خياري المجلس والشرط، ولا يوجد في كل معاملة متزلزلة[1].

والنتيجة: أن التلف من مال البائع بمقتضى القاعدة الأولية، ولكن الخيار محفوظ.

إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ».

(١) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال عن تنقيح المناط ما حاصله: إن الحكم عندما يتعلّق بموضوع فإلغاء الخصوصية يحتاج إلى مؤونة، ومجرد احتمال مدخلية العنوان في الحكم كافٍ لعدم التعدّي لغيره، فلا يمكننا توسعة الموضوع ولا تضييقه؛ فإن دين الله لا يصاب بالعقول، إلا إذا قامت القرينة القطعية أو تنقيح المناط القطعي على إلغاء الخصوصية، كما في ملاقاة الثوب للبول؛ فإن الارتكاز العرفي القطعي على أن سبب الانفعال هو الملاقاة للنجاسة، فلو أصاب البول جسماً آخر غير الثوب لحكم عليه بالنجاسة، وأما مع عدم القرينة القطعية ولا المناط القطعي فلا يمكن التعدّي، وحسبنا في ذلك صحيحة أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأة، كم فيها؟ قال: عشرة من الإبل، قلت: قطع اثنتين؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان الله! يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون، ويقطع أربعاً فيكون عليه عشرون؟! إن هذا كان يبلغنا ونحن بالعراق فنبرأ ممن قاله ونقول: الذي جاء به شيطان، فقال: مهلاً يا أبان، هذا حكم رسول الله صلى الله عليه وآله، « إن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث الدية، فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف، يا أبان إنك أخذتني بالقياس، والسنة إذا قيست محق الدين ». الوسائل، الباب٤٤، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث١.

هذا، وقد استدل صاحب الجواهر قدس سره - مضافاً للقاعدة الأولية - على اختصاص قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له) بخصوص المبيع بخبر معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: « له شرطه ».

قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: « هو ماله ».

وقال أبو عبد الله عليه السلام: « أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري »[1].

فإن ظاهره أن تلف الثمن من البائع، وأنه ملكه وإن كان الخيار له[2].

---

(١) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيار، الحديث:٣.

(٢) الجواهر ٢٣: ٨٧ - ٨٨، ولا بأس بنقل كلامه في المقام لفائدته، قال قدس سره في مناقشته لصاحب الرياض قدس سره: (ومن ذلك يظهر لك خطأ بعض الأعلام الناشئ من الوهم في المراد من قاعدة (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) وأنها أعم من الثمن والمثمن، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما، قال - أي السيد صاحب الرياض في ٨: ٢٠٨ - : « ولو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الإلهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البايع، فالتالف ممن لا خيار له بلا خلاف أجده؛ لما مرَّ في كل من خياري الشرط والحيوان من المعتبرة المستفيضة.

وأخصيتها من المدّعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة، مع أن هذا الحكم غير

وناقشه الشيخ قدس سره[1]: بأن في الرواية حكمين:

أحدهما: أن نماء الثمن للبائع، وهذا الحكم - مضافاً لكونه مجمعاً عليه - على طبق القاعدة؛ لأنه باع داره فأصبح الثمن ماله، ونماؤه تابع له.

والآخر: أن تلف المبيع من مال المشتري، وهو مجمع عليه أيضاً، ومطابق للقاعدة؛ لكونه مالكاً له حينئذٍ.

ولا يحتاج شيء منهما إلى هذه الرواية، ولا يخصص قاعدة: (التلف

محتاج إلى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة، وهو - على المشهور - ما إذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبايع وبالعكس؛ لكون المتلف مال من لا خيار له، المنتقل إليه بمجرد العقد، فيكون الحكم في الصورتين موافقاً للقاعدة، مع تأيّد أولهما بأخبار خيار الشرط، وإنما المحتاج إلى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشتري وبالعكس؛ لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدمة جداً ولا إشكال فيه أصلاً بعد قيام النص والفتوى بإثباته فيهما، فيكون كل منهما بهما عن القاعدة مستثنى».

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن، أن تلف الثمن من البايع، وأنه ملكه وإن كان الخيار له. فمن العجيب دعوى أن النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبايع خاصة، ومقتضاه الانفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصة الذي قد عرفت أنه مدلول النص والفتاوى.

وأغرب من ذلك كله إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن، هذا كله على المختار من الملك بالعقد).

(١) المكاسب ٥: ١٤٠.

في زمان الخيار ممن لا خيار له)؛ فإنه يمكن أن يكون نماء الثمن مالاً للبائع ولكن تلف الثمن يوجب انفساخ البيع ويكون من مال المشتري، فاستدلال صاحب الجواهر قدس سره بالرواية على أن التلف من مال البائع، وأن العقد لا ينفسخ به غير تام.

بل يمكن أن يستفاد منها خلاف ما يدعيه قدس سره؛ فإن نحو بيان الإمام عليه السلام هو أن نماء الثمن للبائع واستدل عليه بقوله: « أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري »، فلو أراد أن يثبت أن تلف الثمن يكون من مال البائع لقال في الاستدلال على كون نماء الثمن للبائع: أرأيت لو أن الثمن تلف لكان من مال البائع، فالعدول من هذا إلى ما ذكر في الاستدلال من أن تلف الدار من مال المشتري، والسكوت عن تلف الثمن يكشف عن أن تلفه ليس من مال البائع.

وما أفاده الشيخ قدس سره من الإشكال على صاحب الجواهر قدس سره بالنسبة إلى تخصيص القاعدة بالرواية تام، فإن قلنا بثبوت القاعدة فهي غير مخصصة بالرواية؛ لعدم المقتضي لذلك؛ فإن غاية ما دلّت عليه هو أن نماء الثمن للبائع، ولم تتعرض لحال تلفه سلباً ولا إيجاباً، فلم تثبته للمشتري ولم تنفه عن البائع، بل ولوجود المانع أيضاً كما تبيّن قبل قليل.

ولا أقل من القول - تأييداً للشيخ قدس سره -: بما أن الرواية تعرّضت لنماء الثمن، ولم تتعرض لحال تلف الثمن نفسه سلباً ولا إيجاباً فهي مجملة

من هذه الجهة، وفي حال الإجمال يرجع إلى العام أو المطلق إن وجدا، وهو هنا: أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، فيكون التلف على المشتري.

بيان عدم المنافاة بين قاعدتي التلف في زمان الخيار والخراج بالضمان

بقي شيء وهو: أنه ربما يقال بأن قاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) - بناء على الاستدلال بها في المقام - منافية لقاعدة (الخراج بالضمان)؛ فإن مقتضى الأولى أن يكون التلف من مال المشتري وينفسخ العقد، ومقتضى الثانية أن يكون التلف من مال البائع؛ لأن المراد من القاعدة هو أن من له الخراج - وهي المنفعة، أخذ مما يخرج من الشيء، لا من باب الخراج والمقاسمة - هو الذي عليه الضمان، وبما أن النماء للبائع بالإجماع وللقاعدة، فالضمان عليه، فيكون التلف منه.

ولكن فيه: أولاً: أنها غير تامة سنداً[1].

وثانياً: أن في الرواية تفسيرين:

---

(١) الرواية عامية، أخرجها غير واحد منهم عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قضى « أن الخراج بالضمان »، كما في سنن الترمذي ٢: ٣٧٧ وغيره من كتبهم، ولم يخرجها أصحابنا المتقدمون في كتبهم الحديثية، وإنما تعرضوا لها في الكتب الفقهية الاستدلالية عنها أيضاً، كالشيخ الطوسي قدس سره في الخلاف ٣: ١٠٧، ثم تعرض لها المتأخرون في كتب الحديث كابن أبي جمهور رحمه الله في عوالي اللئالي ١: ٥٧، وعنه المحدث النوري رحمه الله في مستدرك الوسائل في الباب٧ من أبواب الخيار، الحديث٣.

التفسير الأول: أن كل من يضمن شيئاً فمنافعه له، وهو استنباط أبي حنيفة منها، وعليه تخرج عن محل الكلام، وقد ردّه الإمام الصادق عليه السلام كما في صحيحة أبي ولاد[1].

---

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث١، ولا بأس بذكرها؛ فإنها رواية شريفة جليلة، وننقلها عن الكافي؛ لكونها فيه تامة، قال في ٥: ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد: عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد الحناط قال: اكتريت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجّه إلى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجّه إلى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلّل منه مما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل.

فقال لي: وما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته إليه سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، فقال: ما تريد من الرجل؟ قال : أريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً، فقال: ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكتراه إلى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، فأعطيته شيئاً وتحلّلت منه، فحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟

قال : أرى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد، ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه إياه.

التفسير الثاني: أن من يكون لـه نمـاء شـيء، فضـمان الأصـل عليـه، وعلى هذا التفسير يأتي إشكال المنافاة، إلا أنه ينـدفع بـأن النسـبة بـين القاعدتين هي نسبة العموم والخصوص المطلق؛ فإن قاعدة: (التلف فـي زمان الخيار ممـن لا خيـار لـه) أخـص مطلقـاً مـن قاعـدة: (الخـراج بالضمان)؛ فإن مدلول الثانية هو أن كل من يكون له نماء شيء فالضمان عليه، ومدلول الأولى هو أن التلف في خصـوص مـورد الخيـار ممـن لا

قال: فقلت: جعلت فداك، إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه.

فقال: لا؛ لأنك غاصب.

فقلت: أرأيت، لو عطب البغل ونفق، أليس كان يلزمني؟

قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟

فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفـت علـى القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حـين أكـري كـذا وكذا فيلزمك.

قلت: إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلني.

فقال: إنما رضي بها وحلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجـع إليـه فأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.

قال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري فأخبرته بما أفتاني به أبو عبـد الله عليه السلام، وقلت له: قل ما شئت حتى أعطيكه.

فقال: قد حبّبت إليّ جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وأنت في حـلّ، وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذت منك فعلت.

خيار له، فيكون من مال الآخر، فتخصص قاعدة الضمان بقاعدة التلف.

والنتيجة إلى هنا: أنه إذا تمّ الدليل على إطلاق قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)، بحيث تشمل الثمن والمثمن، وخيار الحيوان وغيره، فهي المرجع في المقام؛ لأن البحث فعلاً في ما بعد ردّ الثمن، وثبوت الخيار للبائع، فيكون التلف من مال المشتري؛ فإنه الذي لا خيار له، ولا مخصص لها، لا رواية معاوية بن ميسرة، ولا قاعدة: (الخراج بالضمان).

ولكن إطلاق القاعدة غير تام، ولا مقتضي له؛ فإنها مختصة بتلف المبيع وكونه حيواناً، فلا تشمل تلف الثمن، ولا خيار الشرط؛ وذلك لأن المستند فيها روايات الباب الخامس من أبواب الخيار، وعنوان الباب كما عنونه به صاحب الوسائل قدس سره: (باب أن الحيوان إذا تلف، أو حدث فيه عيب في الثلاثة كان من مال البائع...)، ومع غض النظر عن عنوان صاحب الوسائل قدس سره فنفس الروايات - المعتبرة وغيرها - دالة على اختصاص الحكم بالمبيع وكونه حيواناً، فالرواية الأولى هي:

محمد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن غير واحد، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون

الضمان؟ فقال: « ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»[(١)].

وهي معتبرة سنداً؛ فإن الحسن بن محمد بن سماعة يرويها عن غير واحد، وهذا التعبير يكشف عن كونه يروي عن عدّة من الرواة، بحيث يطمئن بكون بعضهم ثقة، فلا تعامل معاملة المرسل.

والرواية الثانية - وهي عمدة ما استند إليه الفقهاء - صحيحة ابن سنان وهي:

وعن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟

فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري »[(٢)].

فإنهما دالتان على اختصاص الحكم بكون التالف هو المبيع وكونه حيواناً، فلا تشملان الثمن ولا خيار الشرط، وليس هذا من باب أن المورد يخصص الوارد حتى يقال بعدم تخصيصه به، بل الحكم من الأول ورد عن الإمام عليه السلام خاصاً، أي في خصوص خيار الحيوان، وتلف المبيع، فتعميمه إلى غير خيار الحيوان وإلى تلف الثمن يحتاج إلى دليل.

وهكذا دلالة الرواية الخامسة: وبإسناده عن الحسين بن سعيد، عن

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب٥ من أبواب الخيار، الحديث٢.

الحسن بن علي بن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع »[١].

وهي وإن كانت مرسلة بطريق الشيخ رحمه الله إلا أنها مسندة بسند صحيح في طريق الصدوق رحمه الله؛ فإنه ذكر الواسطة بين ابن رباط والإمام عليه السلام، فرواها بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، وإن كان في نسخة من الفقيه[٢] (عمن رواه) بدل: زرارة، إلا أنها غير معتبرة، وبحثه في محله.

والحاصل: أن قاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) إن أريد شمولها لمحل البحث فلا بدّ من طي مرحلتين:

١- التعميم من خيار الحيوان إلى خيار الشرط.

٢- التعميم من المبيع إلى الثمن.

ولا دليل على شيء منهما، فيتعين اختصاصها بالمبيع وخيار الحيوان، والبحث في ما نحن فيه في تلف الثمن في زمان خيار الشرط، وعليه فمقتضى القاعدة أن لا ينفسخ البيع ويكون التلف من مال البائع مع حفظ خياره.

---

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٢) انظر: من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠٣.

هذا كله إذا كان تلف الثمن بعد الرد، وأما إن كان قبله فيتضح الكلام فيه بما ذكرنا في الصورة السابقة، مع الإلتفات إلى ما تقدم منا في نفس مبحث الرد، من كونه فسخاً أوشرطاً للفسخ و...إلخ.

وأما إذا كان الثمن كلياً فهو خارج عن محل الكلام؛ لما ذكرنا في السابق من أن ما يدفعه المشتري إلى البائع عوضاً عن الثمن ليس هو الثمن، بل هو ما ينطبق عليه الثمن، فلا بد له أن يدفع فرداً آخر مكان التالف، وهو أيضا يكون مما ينطبق على الكلي.

الجهة الثامنة: في ردّ الثمن إلى الوكيل أو الولي مع التصريح به وبدونه

أفاد الشيخ قدس سره في الأمر السادس من الأمور التي بحثها في خيار الشرط: أنه لا إشكال في تحقق الشرط بردّ الثمن على نفس المشتري، وبردّه على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد.

وأما إذا لم يصرح بالبدل، بل اقتصر في الشرط على الردّ إلى المشتري فامتنع ردّه إليه بنفسه عقلاً لغيبة أو حبس، أو شرعاً لجنون ونحوه، فهل يحصل الشرط بردّه إلى وكيله أو إلى وليه؟

قولان:

الأول: حصول الشرط به، وهو مختار المحقق القمي رحمه الله في بعض أجوبة مسائله[1].

(١) جامع الشتات ٢: ١٤١، المسألة ٩٩.

الثاني: عدم حصول الشرط، وهو مختار السيد صاحب المناهل رحمه الله[1].

كلام صاحب الحدائق في المقام

ثم قال الشيخ قدس سره: (وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنه بعد [نقل] قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار، وأنه لا اعتبار بالإشهاد - خلافاً لبعض علمائنا - قال: إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه، فما ذكروه: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار

---

(١) المناهل: ٣٣٤، غير أنه افتتح البحث باشتراط خصوص المشتري، قال قدس سره:

(الثاني عشر: إذا كان المشروط الرد إلى المشتري بخصوصه، ولم يتمكن منه البايع في المدة، إما لجنون المشتري، أو لإغمائه، أو لسكره، أو لغيبته لئلا يفسخ البايع، أو لأمر آخر، فهل يقوم الحاكم مقام المشتري في الرد إليه، فإذا رد البايع الثمن إلى الحاكم جاز له الفسخ أو لا؟

فيه إشكال، من أن الأصل لزوم العقد، وعموم الأخبار الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم، وعدم وجود نص ولا فتوى يدلان على قيام الحاكم مقام المشتري.

ومن عموم ما دلّ على نفي الضرر.

وقد يجاب عنه: بأن البايع هو الذي أدخل الضرر على نفسه وأقدم عليه؛ لتركه ما كان قادراً وهو اشتراط الرد إلى الحاكم مع عدم التمكن من الرد إلى المشتري، مع أن العموم المذكور شامل للضرر المترتب على المشتري بفسخ الحاكم، فإذن الاحتمال الثاني هو الأقرب).

المذكورة)[١].

مناقشة الشيخ لصاحب الحدائق

وأورد عليه الشيخ قدس سره:

أولاً: أن ما استشهد به صاحب الحدائق قدس سره مما تعرض له الفقهاء أجنبي عن ما نحن فيه؛ فإن ذكرهم لعدم اشتراط حضور الخصم في تحقق الفسخ من ذي الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة، وابن الجنيد من الخاصة؛ حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، والصحيح عدمه؛ لكونه من الإيقاعات التي تحصل بمجرد إنشاء من له صلاحية إنشائها، وما الفسخ إلا إنشاء يتعلّق بالعقد، لا بردّ الثمن، ولا تنافي بين عدم اعتبار الحضور فيه، وبين اعتبار الحضور في ردّ الثمن الذي هو شرط آخر للفسخ؛ فإن هذا الخيار من قسم الخيارات الجعلية التي تدور مدار نحو الجعل، فيمكن أن يشترط الجاعل خصوص الردّ إلى المشتري، ويمكن أن يشترط الردّ إلى الأعم.

وثانياً: أن صاحب الحدائق قدس سره خلط بين المورد والشرط؛ فإن ما ذكره من أخبار المسألة لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ، وإن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الردّ، إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الردّ بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للردّ وعدم الاكتفاء به عنه[٢].

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٢، الحدائق ١٩: ٣٥ - ٣٦.

(٢) المكاسب ٥: ١٤١ - ١٤٢.

وما أفاده الشيخ قدس سره في ردّه على صاحب الحدائق قدس سره متين.

ثمرة الخلاف بين قولي المحقق القمي وصاحب المناهل

وأما ما يرتبط بقولي العلمين، المحقق القمي، وصاحب المناهل قدس سرهما، فتظهر الثمرة بينهما في ما لو تعذر الوصول إلى المشتري عقلاً كأن يكون غائباً أو مسجوناً، أوشرعاً كأن يكون مجنوناً؛ فإنه على قول صاحب المناهل قدس سره يكون البيع لازماً؛ لانتفاء الشرط فينتفي المشروط، وأما على قول المحقق القمي قدس سره فإن العقد لا يزال جائزاً؛ لإمكان ردّ الثمن على وكيل المشتري أو وليّه، فيكون للبائع الخيار فيما لو ردّه إلى أحدهما.

مختار الشيخ ودليله

وكيف كان فاختار الشيخ قدس سره قول المحقق القمي قدس سره؛ لأن شرط ردّ الثمن - فيما لو لم يشترط الردّ إلى خصوص المشتري - يرجع لبّاً بحسب المرتكز العقلائي والعرفي إلى وصول الثمن إلى المشتري بدون أن تكون هناك خصوصية أو موضوعية لعنوانه تعبّداً، فمتى صدق الوصول إليه كفى في تحقق الشرط، والردّ إلى وكيله أو وليه محقق له.

ولا يخفى أن مستند الشيخ قدس سره هو الارتكاز العقلائي، لا غرض المتبايعين وإلا لكان الدليل عليلاً؛ فإن غرضهما لا يقيّد مورد المعاملة بخلاف الارتكاز العقلائي، فكلام الشيخ قدس سره متين، والحق ما ذهب إليه المحقق القمي قدس سره.

ومن هذا يظهر بطلان ما أورده كل من المحققين الأصفهاني والإيرواني - قدس سرهما - على الشيخ قدس سره من عدم التعميم في أدلة الولاية والوكالة[1]؛ فإن الاستدلال ليس بهما، بل بالارتكاز كما أوضحناه، ولهذا رجع الفقيه السيد اليزدي قدس سره عن الاستدلال بأدلة الولاية التي استدل بها أولاً[2].

والمتحصل إلى هنا: أن قول السيد صاحب المناهل قدس سره مبتنٍ على عدم وجود دليل يدل على التعميم فيقتصر في ثبوت الخيار على ردّ الثمن إلى خصوص المشتري؛ للأصل.

وأما قول المحقق القمي قدس سره فيبتني على أن الارتكاز العقلائي دليل على كفاية إيصال الثمن لوكيل المشتري أو لوليه.

ولو لم يثبت هذا الارتكاز فما هو مقتضى القاعدة؟

مقتضى الأصل عند المحقق الرشتي

ذهب بعض المحققين إلى القول بالتفصيل بين الأصل العملي واللفظي؛ أما الأصل العملي فإن القدر المتيقن من تحقق الفسخ هو ما لو ردّ على المشتري نفسه، وأما إذا ردّه على وكيله فيشك في تحقق الفسخ وعدمه، فيشك في زوال الملكية الحاصلة، والأصل بقاؤها.

وأما الأصل اللفظي من قبيل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فالتمسك به مبني على

---

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ٢١٤، حاشية الإيرواني ٢: ٢٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٨٨ - ٤٨٩.

جريانه في الشبهات المصداقية؛ إذ لا شك في الحكم؛ فإن حكم ما لو علم أنه اشترط الردّ إلى خصوص المشتري أو إلى الأعم واضح، وإنما الشك في موضوع الحكم، أي في اندراج صورة الإطلاق تحت أحدهما، والتمسك بالدليل في الشبهات المصداقية خلاف التحقيق[1].

مناقشته

وهو مخدوش نقضاً وحلاً:

أما النقض فبالتمسك بمرسلة ابن أبي عمير في تحديد سن اليأس[2] فيما لو شك في كون المرأة قرشية أو غيرها؛ فإنها بيّنت أن المرأة القرشية تحيض إلى الستين، وغيرها تحيض إلى الخمسين، فحكم القرشية وغيرها معلوم، وإنما الشك في الموضوع والمصداق، فيتمسك بعموم المرسلة، ويحكم بحيضية الدم الخارج من المرأة المشكوكة.

وأما الحل؛ فهو أن ذلك ليس لأجل التمسك بنفس العام في الشبهة المصداقية ابتداء، وإنما لجريان أصل العدم الأزلي في الموضوع، ومن ثَمَّ يتمسك بالعام، فالمرأة التي يشك في كونها من قريش، يعلم أزلاً بعدم انتسابها إليه، ويشك بعد وجودها في الانتساب وعدمه، والأصل الأزلي

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٢) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب٣١ من أبواب الحيض، الحديث٢: عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون امرأة من قريش».

على عدم انتسابها إليه، فيتنقح عندنا موضوع الحكم، وهو المرأة غير المنتسبة إلى قريش، فنتمسك بالعام حينئذ.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنا لا نريد أن نتمسك بعموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ ابتداء في مورد الشك في موضوع وجوب الوفاء، وإنما نريد أن نجري أولاً الأصل الموضوعي ثم نتمسك به؛ فإنا نعلم بحكم ردّ الثمن لو اشترط الردّ إلى المشتري، ونعلم بحكمه لو اشترط الردّ إلى الأعم منه ومن وكيله، فإذا ردّه إليه في الأول أو إلى أحدهما في الثاني خرج المورد من تحت عموم ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾، وأما في مورد الإطلاق فنشك في جعل الخيار وعدمه عندما يردّه إلى غير المشتري، فيكون الموضوع مركباً؛ أي العقد الذي لم يجعل فيه الخيار يجب الوفاء به، وأحد الجزئين - وهو العقد - ثابت بالوجدان، والجزء الثاني يثبت بأصالة عدم جعل الخيار، فيتنقح الموضوع، فيتمسك بالعام حينئذ.

والحاصل: أن إشكاله قدس سره إنما يرد لو أريد التمسك بالعام في مورد الشبهة ابتداء، وأما إذا نقّح الموضوع ببركة الأصل ثم تمسك بالعام فلا إشكال، ومع التمسك بالعام لا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب.

والنتيجة إلى هنا: هي ثبوت الخيار لو ردّ الثمن إلى الوكيل؛ وذلك للارتكاز العقلائي القائم على عدم موضوعية المشتري، بل تمام المدار على إيصال المال إلى كيسه، فكما أن كاف الخطاب في البيع من الوكيل لا تجعل له خصوصية، بل خرج الثمن من كيس موكِّله ودخل المبيع محله، فكذلك عنوان المشتري لا موضوعية له، فإذا ردّ الثمن على وكيله

فقد رجع الثمن إلى كيسه، لا إلى كيس وكيله.

ولو شك في ذلك فمقتضى الأصل اللفظي نفي الخيار؛ وذلك بعد جريان الأصل العملي في الموضوع، فيتنقح موضوع العام الدال على وجوب الوفاء بالعقود.

فرعان

الفرع الأول: لو اشترى الأب للطفل شيئاً، واشترط البائع عليه الخيار إن ردّ الثمن، فهل يصح للبائع الفسخ مع ردّ الثمن إلى الجد مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب، أو لا؟

وحكمه يظهر مما تقدم تحقيقه؛ فإنه إن قلنا بأن الارتكاز العقلائي قائم على كون المدار وصول الثمن للمولّى عليه فلا فرق بين وصوله إلى أبيه ووصوله إلى جدّه في صدق الوصول.

وإنما الكلام على رأي من لم يقبل بذلك، فهل يمكن الحكم بكفاية الردّ إلى الجدّ استناداً إلى أدلة الولاية؟

الحق عدم كفاية أدلة الولاية لإثبات ذلك؛ فإن الشرط يتبع نحو جعل الجاعل له، والمفروض أن البائع قد جعل الشرط أن يردّ الثمن إلى الأب، فلا يكون الردّ إلى الجد رداً إلى الأب.

ولا أقل من الشك في سعة دائرة أدلة الولاية، فهل تشمل المقام، فيعتبر الردّ إلى الجدّ رداً إلى الصغير كما أنها تصحح الولاية عليه وعلى أمواله في حدود مصلحته أو عدم مفسدته، أو لا؟

وعند الشك يقتصر على القدر المتيقن، وهو السلطنة عليه وعلى ماله في حدود مصلحته أو عدم مفسدته، فلا تشمل المقام؛ فإن الشرط أن يردّ على الأب، والردّ على الجد ليساً رداً عليه.

فما أفاده عدّة من الأعاظم - قدست أسرارهم - من أن المدار على الردّ إلى الولي، فكما أن الأب ولي فالجد كذلك غير تام[1].

نعم، يتم الاستدلال بما قدمناه من أن العرف في هذه الموارد بانٍ على أن المراد من الردّ رجوع الثمن إلى ملك الصغير وهو يتحقق بالردّ إلى أي منهما.

الفرع الثاني: في الردّ إلى الحاكم بعنوان أنه ولي، وذلك في ما لو لم يمكن الردّ إلى المشتري عقلاً لغيبته، أو شرعاً لجنونه؛ فإن الحاكم ولي على الغائب والمجنون، فالردّ إليه ردّ إلى ولي المال.

ويشكل: بأن للحاكم الولاية فيما تكون فيه المصلحة للمولّى عليه، ولا شك أن الغالب في بيع الخيار أن تكون المصلحة للبائع دون المشتري، فإن العادة اقتضت أن يبيع المحتاج للثمن متاعه بأقل من ثمنه الواقعي، فالردّ بعد تحصيل الثمن والاستفادة من المبيع في صالحه وضرر المشتري، فلا تكون للحاكم الولاية على أخذ الثمن عن المشتري الذي هو مقدمة للفسخ؛ لعدم كون أخذه في مصلحته[2].

---

(١) منهم: السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهة ٦: ٢٥٦.

(٢) المكاسب ٥: ١٤٣ - ١٤٤.

وأجيب عنه: بأن أخذ الحاكم للثمن ليس من التصرف في مال الغائب أو المجنون حتى يناط بمصلحتهما، بل هو من باب أن الردّ إليه ردّ إلى المشتري؛ لكونه ولياً عليه، وبما أن ردّ الثمن أخذ شرطاً في البيع فهو حق من حقوق البائع، ولا يصل إلى حقه إلا بإيصال الثمن إلى المشتري عند التمكن منه، أو إلى وليّه عند تعذر الوصول إليه بنفسه، فيأخذه الحاكم مراعاة لشرط البائع.

ومن هنا ينفتح الباب لفرع آخر، وهو أنه لو اشترى الحاكم متاعاً للمولّى عليه بشرط الخيار، فهل للبائع أن يردّ الثمن لحاكم آخر؟

وقد أدرج الشيخ قدس سره هذا الفرع في مسألة مزاحمة الحاكم للحاكم الآخر، فإن عُدّ قبول الحاكم الثاني مزاحمة للحاكم الأول لم يجز قبوله للثمن، وإلا جاز له، ولا يعدّ مزاحمة له؛ لأن الثمن - بعد ردّه - ملك جديد للمولّى عليه لم يتصرف فيه الحاكم الأول حتى يزاحمه فيه، ولكن الأظهر كونه مزاحمة عرفاً[1].

ووجه استظهار الشيخ قدس سره: أن تملك المشتري للثمن بفسخ البائع إنما هو بمقتضى الشرط المأخوذ في المعاملة الأولى التي قام بها الحاكم الأول، فالفسخ من توابع البيع الأول، والبيع الأول عمل للحاكم الأول، فهو وجميع متعلقاته داخل في سلطنة الحاكم الأول وولايته، فأخذ الحاكم الثاني للثمن يعدّ مزاحمة له عرفاً.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٤ - ١٤٥.

ولكن نقول: إن تزاحم الأولياء على وزان تزاحم الأحكام وتعارض الأدلة؛ فكما أنه لا يقع التعارض بين دليلين إلا بوجود المقتضي للحجية في كل منهما، ولا يقع التزاحم بين حكمين إلا بوجود الملاك في كليهما، فكذلك لا يقع التزاحم بين الأولياء إلا بوجود الملاك في كل منهما.

وعليه فإن وجد إطلاق في دليل ولاية الحاكم الشرعي ثبت المقتضي لكل من الحاكم الأول والثاني بالنسبة إلى هذه المعاملة، فتصل النوبة إلى التزاحم بين الحاكمين، فنبحث في أن المورد هل هو من صغرياته، أو ليس منها؛ لكونه ملكاً جديداً؟

أما على مبنى الشيخ قدس سره من أن ولاية الحاكم الشرعي إنما هي من باب الحسبة في الأمور التي نعلم بعدم رضا الشارع بفوتها، فلا مقتضي لثبوت الولاية للحاكم الثاني أصلاً؛ لقيام الحاكم الأول بالأمر الحسبي المطلوب تحققه، فينتفي موضوع ولاية الحاكم الثاني، فتدخله بعد ذلك نحو من الفضول، ومع انتفاء المقتضي لا يبقى موضوع للتزاحم، فما أفاده الشيخ قدس سره من اندراج المسألة في تزاحم الأولياء، واختياره في الأخير التزاحم عرفاً لا وجه له.

والنتيجة: أنه لما كانت ولاية الحاكم من باب الحسبة، فبعد تصدّي الحاكم الأول لا يبقى مجال لولاية الثاني، ولا أقل من الشك في ثبوت ولايته.

نعم، لو كان الدليل الدال على ولايته هو الإطلاق لثبت المقتضي

واندرجت المسألة في باب تزاحم الحاكمين، وتمّ ما أفاده الشيخ قدس سره من ثبوت المزاحمة عرفاً.

لا يقال: بأن العرف مرجع في باب الظهورات وتحديد المفاهيم، لا في باب التزاحمات.

فإنه يقال: بما أن أخذ الثمن كان بسبب الشرط، وهو من توابع العقد، والعقد مع توابعه متعلق بالحاكم الأول، فيكون تدخل الحاكم الثاني مزاحمة له.

الجهة التاسعة: في ردّ البائع بعض الثمن

وهو الأمر السابع من الأمور التي تعرض لها الشيخ قدس سره، وهو أن يشترط البائع الخيار لنفسه في ما لو ردّ جزء الثمن، ولا يخفى أنه خارج عن مورد الروايات الخاصة، فلا محيص من الرجوع إلى مقتضى القواعد، فنقول:

إن الصور المتصورة لهذا الشرط أربع:

الصورة الأولى: أن يشترط الخيار بردّ جزء من الثمن على أن يكون له الخيار في كل جزء يردّ مقداره من الثمن، بنحو العام الاستغراقي، فإذا ردَّ عشر الثمن - مثلاً - كان له الخيار في عشر المبيع، فيفسخ بمقداره، من دون أن يكون لهذا الجزء ارتباط بالأجزاء الأخرى، فتتعدّد الخيارات بتعدّد الأجزاء.

وصحة هذا النحو من الشرط تتوقف على ركنين:

الركن الأول: أن لا نقول بوحدة الإنشاء والمُنْشَأ، وإلا لم يصح الشرط وكان خيار تبعض الصفقة في بيع ما يملك وما لا يملك - بكسر اللام أو فتحها - على خلاف القاعدة؛ فإن المعاملة الواحدة ذات وحدة الإنشاء والمُنشأ لا تتحمل تعدد الفسخ.

وأما لو قلنا بأن الإنشاء وإن كان واحداً إلا أن المُنشَأ متعدّد بحسب اللب والتحليل بالنسبة إلى الأجزاء العرفية للثمن والمثمن فالمقتضي لشرط الخيار بالنسبة إلى أجزاء المبيع عند ردّ جزء الثمن تام، كما أن خيار تبعض الصفقة يكون على وفق القاعدة.

الركن الثاني: شمول إطلاق دليل الشروط له من دون دخوله تحت المانع، وهو الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله[1].

ومع تمامية الركنين - كما هو كذلك - يصح الشرط، فيكون له الخيار والفسخ بمقدار ما ردّ من الثمن، ويبقى الباقي تحت ملكية المشتري، وليس له خيار تبعّض الصفقة؛ لوقوع الشرط بهذه الكيفية[2].

---

(١) الوسائل، الباب٦ من أبواب الخيار.

(٢) فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن العقد واحد غير متعدد ولكن ما عقد عليه متعدد، فالمُنشأ وإن كان بالوجود الإجمالي واحداً، إلا أنه بالوجود التفصيلي متعدد، ومثال ذلك أنك لو اشتريت داراً فالعقد والإنشاء واحد، ولكن أجزاء الدار متعددة من أبواب وجدران و...، فملكيتك للباب تغاير ملكيتك للجدار، ولا يعقل اتحاد الإضافة الملكية بالنسبة إلى الجدار مع الإضافة الملكية بالنسبة للباب، والشاهد على ذلك قبولها للتبعيض في النقل اختياراً أو قهراً، فينتقل الباب عن ملكية مالكه بالعقد ويبقى الجدار، أو ينتقل الباب قهراً لأحد الورثة، وينتقل الجدار للوارث الآخر.

الصورة الثانية: أن يشترط عند ردّ جزء الثمن أن يكون له الخيار والفسخ في الجميع.

وحكمها الصحة؛ لشمول دليل الشرط له وعدم المانع منه؛ لعدم كونه مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، فإذا ردّ جزء الثمن كان له الحق في فسخ الجميع وصار مديوناً للمشتري ببقية الثمن.

الصورة الثالثة: أن يكون شرط الخيار عند ردّ جزء الثمن مأخوذاً بنحو العام المجموعي، وبنحو وحدة المطلوب، بمعنى أن ردّ أي جزء من الثمن يوجب أن يكون له الخيار بمقداره من المثمن مقيّداً بتعقّبه ببقية الأجزاء، فإذا ردّ جميع أجزاء الثمن تمّ له الخيار، وإن لم يردّ جزءاً منه انكشف بطلان الخيار من أصل وعدم صحة الفسوخ المتقدمة، نظير الأقل والأكثر الارتباطيين؛ فإن كل جزء مشروط بتعقبه بالجزء الآخر إلى تمام الأجزاء.

وحكمها الصحة أيضاً؛ لتصور هذا النحو من الشرط ثبوتاً، وشمول دليل الشروط له إثباتاً، وعدم اندراجه في المانع، وهو الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، ولو شك في اندراجه في المانع جرى استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما.

وعليه فإن ردّ جميع الثمن تدريجاً ثبت له الخيار وصح فسخ كل جزء جزء، وإن لم يردّ جزءاً من الثمن لم يثبت له الخيار وانكشف بطلان ما تقدم من فسخ، فكان للمشتري المطالبة بحقه والرجوع إلى

الحاكم.

الصورة الرابعة: نفس الصورة السابقة ولكن بنحو تعدد المطلوب لا وحدته، وبنحو الاشتراط لا التقييد، بمعنى أن يشرط تعقّب كل فسخ عند ردّ كل جزء بالفسخ الآخر إلى أن تجتمع الفسوخ، ولكن اجتماعها بنحو الاشتراط لا التقييد.

والحكم فيها واضح مما تقدم غير أنه إذا لم يردّ الجزء الأخير لم تبطل الخيارات السابقة، بل كان للمشتري خيار تخلّف الشرط.

الجهة العاشرة: اشتراط المشتري الفسخ بردّ المثمن

كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ بردّ الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ المثمن، لا لدخوله في دائرة الروايات الخاصة؛ فإنها واردة في اشتراط البائع ردّ الثمن، وإنما لمقتضى القاعدة؛ فإن هذا الشرط مشمول لإطلاق أدلة الشروط، ولا مانع منه.

نعم، يفترق ما نحن فيه عن المقام الأول بأن البيع بشرط ردّ الثمن عادة ما يكون بسبب الحاجة لثمن المبيع، فالبائع يقصد التصرف فيه، ولهذه الجهة كان الشرط أعم من ردّ عين الثمن أو بدله.

وأما الشراء بشرط ردّ المبيع فلا يكون من أجل الحاجة إلى عين المبيع في الاستفادة من بيعها، وإنما يكون لأجل الاستفادة من منفعتها، فمقتضى القاعدة أن يردّ المبيع نفسه لا بدله، وعليه فإذا تلف المبيع انتفى الخيار، بخلاف ما تقدّم؛ فإنه إذا تلف الثمن انتقل إلى بدله ولم ينتفِ الخيار؛ لكون الشرط بمقتضى إطلاقه هو الأعم من العين والبدل.

وكيف كان فالصور المتصورة في هذا المقام ثلاث:

الصورة الأولى: أن يشترط ردّ المبيع، فيكون موضوع الشرط هو المبيع بنفسه.

الصورة الثانية: أن يشترط الأعم من ردّ المبيع أو بدله عند تلفه، بمعنى أنه إن كان المبيع موجوداً ردّه، وإن كان تالفاً ردّ بدله.

ولا إشكال في صحة هاتين الصورتين لصحة الشرطين.

الصورة الثالثة: أن يشترط ردّ المبيع أو ردّ بدله حتى مع التمكن من ردّ العين.

قال الشيخ قدس سره: فيه إشكال، ولم يتعرّض إلا لبيان أحد وجهي الإشكال - وهو وجه البطلان - فقال: (من أنه خلاف مقتضى الفسخ؛ لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة)[1].

ولا يخفى أن عدم المشروعية حكم من الأحكام، وهو متأخر في الرتبة عن الموضوع، فلا يعقل قبل تحقق الموضوع أن يقال: وجه الإشكال هو عدم المشروعية، كما ربما يظهر من عبارة الشيخ قدس سره، ولكن الحق أنه قدس سره يرى من الأول أنه ليس بفسخ، لا أنه يراه غير مشروع ثم أضرب عنه إلى عدم كونه فسخاً.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٦.

بيان ذلك: إنهم اختلفوا في حقيقة الفسخ على مبنيين:

الأول: أن الفسخ حلّ العقد، ولازمه ردّ الملك.

الثاني: أنه ردّ الملك.

والأول هو الحق كما تقرر في محله، ولكن موضوع الفسخ على كلا المبنيين هما العوضان، فيستحيل أن يكون البدل موضوعاً له، أي كما أن العقد يتم بين المبيع والثمن، فكذلك الفسخ، فمقتضى الفسخ هو رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فلا يكون ردّ البدل فسخاً للمعاملة، فما أفاده الشيخ بعد الإضراب بـ(بل) هو الصحيح.

وأما الوجه الآخر للإشكال - وهو وجه الصحة - فهو أن هذا الشرط يتصور بنحوين:

الأول: أن يكون على نحو شرط الفعل، بأن يشترط في البيع أنه إذا ردّ بدل المبيع فله الخيار، وأن يكون - بعد الفسخ - وكيلاً له في تبديل المبيع بالبدل، وكلا الشرطين مشروع، فلم يجعل الفسخ بين الثمن وبدل المبيع، بل بين الثمن والمبيع نفسه، وبعد الفسخ وقع التبديل بمقتضى الشرط، لا بمقتضى الفسخ.

الثاني: أن يكون على نحو شرط النتيجة، بأن يشترط الخيار إذا ردّ بدل المبيع، وأن يكون بعد الفسخ مالكاً للمبيع في مقابل البدل، وبما أن الملكية من الأمور التي لا تتوقف على سبب خاص فتحصل بشرط النتيجة، ولا إشكال.

وأصل هذا التصوير للصحة من المحقق الرشتي قدس سره[١] وتبعه فيه غيره، وهو تام، ولعل الشيخ قدس سره يشير إليه عندما أمر في الأخير بالتأمل[٢].

بقي شيء تعرض له الشيخ قدس سره وهو أنه لو اشترط ردّ التالف القيمي بالمثل، وردّ التالف المثلي بالقيمة، ففيه وجهان:

الأول: الصحة والجواز؛ لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، ولا محذور فيه.

الثاني: البطلان؛ لأنه بمنزلة اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة، والقيمي بالمثل، وهو باطل؛ لأن ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة.

ثم أمر الشيخ قدس سره بالتأمل، ولعله يشير إلى أن وجهي الإشكال الواردين في تبديل القيمة بالمثل وعكسه يأتي مثلهما في ما نحن فيه بنحو ما بيّناه، فلا يرد على الشيخ قدس سره أنه لم يتعرض للشق الثاني من الإشكال.

فتحصل إلى هنا: أن اشتراط الفسخ بردّ البدل يتصور على نحوين، أحدهما باطل، وهو أن يشترط الفسخ بردّ البدل، والآخر صحيح وهو أن يشترط الخيار، وبعد الفسخ له التبديل أو أن يكون مالكاً للمبيع عوض البدل.

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٧٢.

(٢) المكاسب ٥: ١٤٦.

مسألة: في جريان خيار الشرط في غير البيع وعدمه

وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في جريانه في الإيقاعات

واستدل على عدم جريانه فيها بعدة وجوه:

الوجه الأول: عدم الخلاف في عدم دخول الخيار في الإيقاعات[١].

ونفي الخلاف غير مفيد في الاستدلال إلا أن يكشف عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر، ومع استناد النافين لأدلة عقلية ونقلية يتبيّن عدم كشفه عن غير ما استدل به من الوجوه الآتية.

الوجه الثاني: أنه أخذ الربط في ماهية الشرط، فالمفهوم منه ما كان بين اثنين، والإيقاع قائم بالواحد فلا يحصل فيه الشرط[٢].

وفيه: ما أورده الشيخ قدس سره من أن الشرط قائم بشخصين: المشروط له، والمشروط عليه، لا أنه متوقف على الإيجاب والقبول، فالاستدلال بقيامه بالاثنين على الاختصاص بالإيجاب والقبول من الاستدلال بالأعم على إثبات الأخص، وهو باطل بالضرورة.

الوجه الثالث: إن الشرط لغة وعرفاً هو الالتزام في ضمن العقد، فلا يصدق الشرط على ما يكون في ضمن الإيقاع[٣].

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٨.

(٢) أشار له الشيخ قدس سره بقوله: (مضافاً إلى إمكان منع الشرط). المكاسب ٥: ١٤٩.

(٣) المكاسب ٥: ١٤٨.

وبما أن التحديد اللغوي لا قيمة له ما لم يكن طريقاً لمعرفة الموضوع الشرعي عند العرف فيمكن تقريب الوجه بهذا النحو: إن الموضوع المأخوذ في « المؤمنون عند شروطهم » هو الشرط، والمرجع في تحديد الموضوعات الشرعية هو العرف، والشرط عند العرف هو الالتزام في ضمن العقد، والمستفاد من كلمات اللغويين أنه الالتزام في ضمن البيع ونحوه[1]، فإن عرف المراد من نحو البيع فهو، وإلا كان مجملاً واقتصر فيه على القدر المتيقن.

وفيه: **أولاً**: ما ذكرناه قبل قليل من أن قول اللغويين لا قيمة له ما لم يكن طريقاً لمعرفة الموضوع عند العرف.

ثانياً: أن الاستناد إلى اللغة في المقام يوقعنا في الإشكال في كثير من العقود، لا خصوص الإيقاعات.

ثالثاً: أن ما يستفاد من العرف أن الشرط التزام مربوط، لا مطلق الالتزام، وهو الظاهر من مشتقات الكلمة، ولكن كون المربوط به هو خصوص العقد يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه.

رابعاً: أن الفقهاء مختلفون في ما بينهم في أصل مفهوم الشرط؛ فإن عدّة منهم ذهبوا إلى شمول الشرط للشروط الابتدائية، كما يظهر من

---

(١) قال الفيروزآبادي: (الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه). القاموس المحيط: ٢: ٣٦٨.

استدلالهم بدليل الشروط على لزوم المعاطاة، مع أنها ليست التزاماً مربوطاً، ومع هذا الاختلاف بينهم يكون الاستناد إلى اللغة والعرف لإفادة كونه التزاماً في العقد في غاية الإشكال.

نعم، يمكن أن يدّعى انصراف دليل الشروط عن الشروط الابتدائية، أي عن الالتزام غير المربوط، ولا أقل من دعوى الإجمال فيقتصر على القدر المتيقن.

ولكن أقصى ما يفيده هذا الدليل أن الشرط هو الالتزام المربوط، لا الالتزام في ضمن العقد خاصة.

الوجه الرابع: أن الأصل في المسألة - كما قال الشيخ قدس سره[1] - هو عموم « المؤمنون عند شروطهم »[2]؛ لعدم ما يدل عليها من الأدلة الخاصة، وهذا العموم مخصَّص قطعاً بأن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، وأن لا يكون محلّلاً للحرام ولا محرّماً للحلال، ونحن نحتمل أن يكون هذا الشرط الواقع في الإيقاع غير مشروع، فالتمسك بدليل الشروط من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، والعام إنما هو مرجع في الشبهات الحكمية.

ويورد عليه: بالنقض والحل:

أما النقض فكما أن « المؤمنون عند شروطهم » مختص بالشروط

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٧.

(٢) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

المشروعة بلا إشكال؛ إذ لا إهمال فيه، ولا يراد منه الإطلاق قطعاً، فكذلك آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مختصة بالعقود المشروعة؛ إذ لا إهمال فيها، ولا يتصور فيها الإطلاق لغير المشروعة، فإذا لم يجز التمسك بالحديث الشريف في المورد المشكوك؛ لكونه من الشبهة الموضوعية، فكذلك الحال بالنسبة إلى الآية الشريفة.

وأما الحل فإن عموم « المؤمنون عند شروطهم » قد خصّص بالشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، فيكون من صغريات العام المخصص في حال كون الشبهة موضوعية للمخصِّص، فيجري الأصل الموضوعي لنفي الخاص ويتنقح موضوع العام، فكما أنه في المرأة تحيض إلى الخمسين المستثنى منها القرشية يجري الأصل الأزلي لنفي كون المرأة قرشية، فكذلك في المقام يجري الأصل الأزلي لنفي كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، فيتنقح موضوع العام أو الإطلاق فيندفع الإشكال.

وأما ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره بقوله:

(وعلى فرض الجواز فالأصل الموضوعيّ في المقام - أعني أصالة عدم جعل السّلطنة على حلّ المعاملة - يدرج المشكوك في الخارج عن العموم، فكان شرط الخيار شرطاً مخالفاً للسّنة، وقد عرفت حكومة هذا الأصل على أصالة عدم تحقق المخالفة بين الشرط والكتاب إن صحّ ذلك الأصل في ذاته، وإلا فقد عرفت أنّه عليل لا يثبت عدم مخالفة الشّرط الخارجي للسّنة، ولا حالة سابقة في الشّرط الخارجي حتى

يستصحب عدم مخالفته على سبيل السّلب النّاقص، وما لم يثبت ذلك، ولم ينسد احتمال مخالفة الشّرط الخارجيّ للكتاب ولو تعبّداً لم يجز التمسّك بالعموم)[1].

فيجاب عنه: بأنه تدّس قال بتقديم أصالة عدم المشروعية على أصالة عدم المخالفة، وتبعه في ذلك المحقق الخوئي تدّس أيضاً، ولكن لا بد وأن يتعين المتقدم والمتأخر والحاكم والمحكوم والوارد والمورود من خلال مقام الإثبات، ولا شك في أن الدليل الإثباتي هو « المؤمنون عند شروطهم »، وقد خصّص بلا إشكال، إلا أن المخصص لو كان هو (إلا أن يكون شرطاً غير مشروع) لجرى الأصل فيه، ولكن المستثنى في الأدلة هو « إلا شرطاً خالف الكتاب والسنة ».

هذا من جهة الدليل الإثباتي، وأما بحسب الواقع فالشك في مشروعية الشرط وعدمها ناشئ من الشك في مخالفته للكتاب والسنة، أي أن مشروعية الشرط وعدمها مسببان عن موافقته للكتاب والسنة ومخالفته لهما.

وبعبارة أخرى: إن المناط تخلل الفاء واقعاً، فلا يقال: هذا غير مشروع فهو مخالف للكتاب والسنة، بل يقال: هو مخالف للكتاب والسنة فهو غير مشروع.

إذا اتضح الحال ثبوتاً وإثباتاً، فأصالة عدم المخالفة لا يرد عليها

---

(١) حاشية الإيرواني ٢: ٢٧.

إشكال إلا إشكال استصحاب العدم الأزلي، والمحقق السيد الخوئي قدس سره من القائلين به.

والحاصل: أن عندنا عاماً ومخصصاً، وعندنا شبهة موضوعية للمخصص، ومقتضى القاعدة المسلمة عند الأصوليين من جريان أصل عدم العنوان المخصص هو دخول الشرط في العموم.

الوجه الخامس: أن الشرط يتعلق بالفسخ، ومعناه النقض والحلّ، وهو لا يتمّ إلا بين الأمرين المرتبطين، فلا يكون إلا في العقود؛ فإن بين الإيجاب والقبول ارتباطاً؛ إذ التزام الموجب مربوط بالتزام القابل، فيقبل الحلّ والنقض، وأما الإيقاع فهو التزام قائم بواحد، فلا موضوع فيه للحل والانحلال، فيبطل شرط الفسخ في مطلق الإيقاعات.

وأجاب عنه المحقق الأصفهاني قدس سره بجوابين:

الأول: أن الفسخ هو رفع الأمر الثابت، أو رفع الأثر الحاصل، كرفع الملكية، فكما أنها ترتفع في البيع بالفسخ، ففي الإيقاع يرفع الأثر الحاصل بالفسخ[1].

وهو محل تأمل ونظر؛ فإن الرفع يغاير الفسخ مفهوماً وصدقاً.

أما من حيث المفهوم؛ فإن مفهوم الرفع ما يقابل الوضع، كما في «رفع ما لا يعلمون»، وهو يغاير مفهوم الفسخ الذي هو بمعنى النقض لغة

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢١٩.

واصطلاحاً، كما يستفاد من كلمات الفقهاء - أعلى الله مقامهم - من أن الفسخ حلّ العقد.

وأما من حيث الصدق؛ فإن مفهوم الرفع أعم مورداً من مفهوم النقض؛ فكل نقض رفع للأثر، وليس كل رفع للأثر نقضاً، وعليه فلا يصح أن يقال بأن الفسخ رفع للأثر فيتأتّى في الإيقاع؛ فإن الفسخ وإن كان رفعاً للأثر إلا أنه في المورد الذي يكون بين اثنين مرتبطين فينحلّ به الربط الذي بينهما.

الثاني: إن الفسخ هو الحل والنقض، وهو لا يتمّ إلا بين أمرين مرتبطين كما أفيد، ولكن يوجد الأمران في الإيقاع؛ فإن بين الإنشاء والمنشأ، والسبب والمسبب ارتباطاً، والفسخ في الإيقاع حلّ لهذا الارتباط ونقض له، فإنشاء العتق سبب له، وفسخ الإنشاء نقض للارتباط الحاصل بين السبب والمسبب[1].

وهذا الجواب وإن كان له وجه وجيه، إلا أنه محل تأمل أيضاً؛ إذ لو اكتفينا في صحة شرط الفسخ بصلاحية حلّ المسبب عن السبب والنقض بينهما للزم ما لا يلتزم به، وهو صحة ونفوذ اشتراط فسخ كل سبب عن مسببه، فلو باع أو صالح واشترط فسخ السبب عن المسبب، ونقض الربط بين الإنشاء والمُنشأ لجاز وكان نافذاً، والحال عدم صحته بلا إشكال، فلو أمكن في الإيقاع أن نشترط حل السبب عن المسبب

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢١٩.

لأمكن في العقود؛ لعدم اختصاص الأحكام العقلية بباب دون باب.

الوجه السادس: ما أفاده الشيخ قدس سره[1]، وحاصله: أن دليل الشروط ليس مشرِّعاً لكي يجعل بالشرط ما ليس بسبب سبباً، بل لا بدّ أن تحرز مشروعية المشروط قبل اشتراطه، وبما أن الفسخ غير سبب في الإيقاعات، أو غير محرز السببية على الأقل، فلا يجعل سبباً بواسطة الشرط، وإلا كان ما ليس بمشروع، أو غير محرز المشروعية مشروعاً بالشرط، وكان دليل الشروط مشرّعاً، وهو باطل، كما أن التمسك به في حالة الشك من التمسك بالدليل في شبهته الموضوعية.

وما قلناه في الإيقاعات لا يأتي في العقود؛ فإن لنا طريقين يكشفان عن سببية الفسخ فيها، ومن ثم نستفيد من دليل الشروط نفوذ شرط الفسخ والخيار فيها، والطريقان هما:

الطريق الأول: أنه ثبت الفسخ في العقود بنحو الموجبة الجزئية؛ حيث ثبتت في بعضها الخيارات الشرعية كخياري المجلس والحيوان، والخيارات العقلائية التي أمضاها الشارع كخياري العيب والغبن، فقابلية العقود للانفساخ بالفسخ ثابتة شرعاً، فيحكم بصحة شرط الخيار في العقود أيضاً، بخلاف الإيقاعات؛ فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٩ - ١٥٠.

الطريق الثاني: ثبوت الإقالة في العقود دون الإيقاعات؛ فإنه لا إشكال في ثبوتها في البيع والصلح، وعندها ينفسخ العقد بالتراضي بين الطرفين، ومن ذلك نستكشف أن العقود التي تدور مدار الطرفين قابلة لشرط الفسخ.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد المحقق الإيرواني قدس سره: بأن كلام الشيخ قدس سره مبني على أن أدلة الشروط ليست كدليلي الضرر والاضطرار من حيث كونها مشرّعة؛ بمعنى أن لدليلي الضرر والاضطرار اقتضاء يزاحم اقتضاء الأدلة الأولية ويقدم عليه، ولهذا نحكم بزوال الحرمة عند الاضطرار للمحرم، ويرتفع الحكم في حال الضرر، وأما دليل الشروط فلا اقتضاء له في نفسه، بل له اقتضاء حيث لا مقتضي على خلافه.

ولكن الإشكال عليه: أن عموم « المؤمنون عند شروطهم » لا يقصر عن عموم مثل دليل نفي الضرر، فهو مقتضٍ في قبال الاقتضاءات الأوّلية، نعم لما تذيل باستثناء الشّرط المحلِّل للحرام وبالعكس لم يجز الأخذ به إلا في شرط ثبتت مشروعيّته في ذاته، وكفاك شاهداً على ما قلناه اشتماله على هذا الاستثناء.

فكلام الشيخ قدس سره مبتنٍ على أن الشرط ليس مغيّراً للموضوع، والحال أنه مغيّر له[1].

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٢٦.

ويرد عليه: أن لازم القول بأن نسبة أدلة الشروط إلى الأدلة الأولية هي نفس نسبة دليلي الضرر والاضطرار إليها هو تحليل كل حرام بواسطة الشرط؛ إذ كما ترتفع حرمة الشيء بالاضطرار إليه ترتفع حرمته باشتراطه، ولا يلتزم به فقيه.

وأما قوله: بأن الاستثناء شاهد على عموم الشرط.

ففيه: أن الاستثناء ليس على نسق واحد، وموارده مختلفة، ففي بعضها يكون ما قبل الاستثناء لفظاً قابلاً للعموم في نفسه، فإن لم يوجد الاستثناء كان العموم حجة، وإن وجد كان مؤكداً لوجود العموم أو الإطلاق فيه قبل تخصيصه أو تقييده، وفي بعضها لا يكون اللفظ في نفسه قابلاً للعموم وإن كان اللفظ عاماً، فيكون الاستثناء في كلام الإمام عليه السلام تنبيهاً وإرشاداً لذهن المخاطب إلى عدم العموم أصلاً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ إذ لا يعقل أن يكون الشرط مغيّراً لكتاب الله وسنة نبيّه صلى الله عليه وآله، وأن يدور أمرهما مدار التزامات المكلف، فالعموم مقيّد في نفسه بأن لا يكون الشرط مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، وأن لا يكون محلّلاً للحرام ولا محرّماً للحلال ولو لم يوجد الاستثناء، وإلا لكان دين الله بيد العبد، وهو باطل قطعاً، فيكون الاستثناء إرشاداً إلى حكم العقل، وتنبيهاً على الخصوص، وليس مخصّصاً بحيث لو لم يوجد لكانت الشروط عامة، فهو من قبيل تنبيههم عليهم السلام إلى أن: ما خالف قول

ربنا لم نقله، زخرف، باطل[١].

وعليه فقياس أدلة الشروط على دليلي الضرر والاضطرار مع الفارق.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وناقش المحقق الخراساني قدس سره في الكبرى التي أفادها الشيخ قدس سره، فقال: لا يعتبر في نفوذ الشرط وصحته إحراز مشروعية ما شرط قبل شرطه، بل يكفي كونه مما صحّ اعتباره عقلاً، واشتراطه عرفاً، فإذا تمّت فيه هاتان الخصوصيتان كان « المؤمنون عند شروطهم » إمضاء له.

نعم، يرد الإشكال على الصغرى، لا من جهة الشبهة الموضوعية للدليل، بل لأنه لم يعهد من العرف حلّ الإيقاعات ونقض آثارها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها[٢].

وفيه: أولاً: أن ما أفاده صحيح كبروياً في غير الشرط، أي أنه يمكن التمسك بالدليل في ما إذا كان المورد ممكناً عقلاً، ودارجاً عرفاً، وأما ما نحن فيه فلا يكفي فيه مجرد ذلك؛ لأخذ قيد زائد في الموضوع، وهو أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ولا محرّماً للحلال، ولا محلّلاً للحرام، فلا يكفي فيه مجرد كونه ممكناً عقلاً ودارجاً عرفاً، بل لا بدّ من إحراز مشروعيته بعدم هذه الأمور، ولا يكفي صرف العموم، فيعود إشكال الشيخ قدس سره ما لم يوجد أصل منقح للموضوع.

---

(١) الوسائل، كتاب القضاء، الباب٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث١٢ وغيره.

(٢) حاشية المحقق الخراساني: ١٨١ - ١٨٢.

وثانياً: أن ما أفاده في الصغرى لا دليل عليه؛ فلا مانع عرفاً من أن يعتق السيد عبده ويشترط عليه إعادته في الرّق إن لم يقم بخدمته مدة سنة، أو يقول الدائن للمديون: أبرأت ذمتك بشرط أن لا تقوم بالعمل الفلاني، أو يقول الموصي - بناء على أن الوصية من الإيقاعات - : أوصيت لك بكذا بشرط أن يكون لي الخيار.

ويشهد لما قلناه موثقة إسحاق بن عمار وغيره - الواردة في شرط الخيار في العتق، وهو من الإيقاعات - : عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشرط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق؟ قال: « له شرطه »[1].

ولا شيء فيها إلا إعراض المشهور، وعمل بها الشيخ الطوسي قدس سره[2] والقاضي قدس سره[3]، فبناء على موهنية إعراضهم نستفيد منها أن الشرط في الإيقاع أمر عرفي وإن لم يثبت شرعاً، وأما بناء على عدم الموهنية فهي دليل شرعي على المطلوب، ولهذا قال السيد اليزدي قدس سره: (فتحصّل أن

---

(١) الوسائل، الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث٣.

(٢) النهاية: ٥٤٢، قال الشيخ قدس سره فيها: (وإذا أعتق مملوكه، وشرط عليه شرطاً، وجب عليه الوفاء به، ولم يكن له خلافه. فإن شرط عليه: أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، فخالفه، كان له ردّه في الرق).

(٣) المهذب ٢: ٣٥٩، وقال فيه: (وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، أو كان عليه مال معلوم، كان الشرط صحيحاً ولزمه ذلك).

مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الإيقاعات، وأن المانع منحصر في الإجماع)[١].

فالمتحصل إلى هنا: أن الإيقاع قابل للفسخ، سواء أكان مدلول الرواية هو شرط الخيار أم أن لا يغيرها بأخذ زوجة عليها.

الإشكال على الشيخ

نعم الحق في الإيراد على الشيخ قدس سره:

أولاً: بالنقض؛ فإنه في بحث الشروط أجرى أصالة عدم المخالفة، فيظهر أنه عدل عن ما ذكره هنا وإلا وقع في التناقض[٢].

وثانياً: بالحل؛ بأن الشك في مشروعية الشرط في جميع الموارد ناشئ من الشك في كونه مخالفاً للكتاب والسنة وعدمه؛ إذ لا شبهة في كون الشرط المخالف لهما باطلاً، وعدم المخالف لهما صحيحاً ونافذاً، وبناء على القول بجريان استصحاب العدم الأزلي - كما هو الصحيح - يجري استصحاب عدم كونه مخالفاً وينحل الإشكال.

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٩٨.

(٢) قال الشيخ قدس سره في المكاسب ٦: ٣١: (فإن لم يحصل له ـ أي التمييز بين الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشرط وغيره - بنى على أصالة عدم المخالفة، فيرجع إلى عموم: « المؤمنون عند شروطهم »، والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعاً للكتاب والسنة، لا ما علم مخالفته، إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفي في إحراز عدمها واقعاً، كما في سائر مجاري الأصول، ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط).

الوجه السابع: أن الشرط هو الذي يقع في ضمن الشيء، فمتى وقع في ضمنه انطبق عليه عنوان الشرط المأخوذ موضوعاً في الأدلة، وإلا فلا، وهذا المعنى يتحقق في العقود؛ فإن الشرط يقع بعد الإيجاب وقبل القبول فيكون في ضمن العقد، فيقول البائع مثلاً: بعتك الدار بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقول المشتري: قبلت، وأما الإيقاعات فالشرط لا يقع إلا بعدها؛ إذ لا قبول فيها، فيقول السيد لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، فيتمّ العتق بإنشاء أعتقتك، فيكون الشرط بعده، فلم يقع في ضمنه حتى يتحقق عنوان الشرط المأخوذ في الأدلة.

وفيه: أنه لو كان الشرط كما أفيد لم يختص الإشكال بشرط الخيار الذي نحن فيه، بل يلزم الحكم بعدم صحة جميع الشروط المأخوذة في الإيقاعات، ولا يمكن الالتزام به؛ وذلك:

أولاً: أن العرف يرى قابلية الإيقاع للشرط، فيصح الوقف مثلاً بشرط، بناء على أن الوقف مطلقاً من الإيقاعات، ولا أقلّ من أن الوقف العام لا يحتاج إلى القبول، فيلزم من هذا القول أن لا يصح الشرط في الوقف.

وثانياً: أنه مخالف للموثقة المتقدمة؛ فإنها صريحة في قابلية الإيقاع للشرط.

وثالثاً: أن المراد من الضمنية المأخوذة في الشروط حينما قالوا: الشرط التزام في ضمن التزام، ليس الظرفية، بل المراد منها الارتباط، أي أن المحقق للشرطية الارتباط، فمجرد ذكر الشرط في العقد بدون

الارتباط به لا يحقق عنوان الشرط، في قبال من قال بشمول الشرط للالتزامات الابتدائية كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي قدس سره وآخرون ممن استدل بـ« المؤمنون عند شروطهم » على صحة بعض العقود المشكوكة صحتها، ومن استدل به على لزوم المعاطاة كالشيخ قدس سره.

فأورد على قولهم: بأن الشرط أخذ في قوامه الالتزام في ضمن التزام، لا مجرد الالتزام، فالمأخوذ فيه الارتباط لا الضمنية، فلو قال: بعتك الدار واستأجرتها، لم يكن شرطاً، ولكن لو قال: بعتك الدار على أن تؤجرني إياها، كان شرطاً؛ لتحقق الربط في الثاني دون الأول.

وعليه فكما يحصل الربط في العقود كالمثال السابق يحصل في الإيقاع، فيقول السيد لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، فيربط بين العتق والخدمة، بخلاف ما لو قال له: أعتقتك، اخدمني؛ فإنه لا يكون شرطاً لعدم الربط فيه[1].

---

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على استفسار: إن القبول محقق لعنوان العقد، وأما الشرط فهو المحقق لارتباط شيء بشيء، وهذا معنى الشرط حتى في الأمور التكوينية، فإذا قلت: إذا طلعت الشمس فالنهار موجود، فالمحقق للشرطية الارتباط بينهما، فقوام الشرط بالربط، وحينئذ لا شك أن نفس الشرط بملاحظة ما صدر التزام؛ فإن كل شرط قائم بالملتزم؛ إذ عندنا التزام، وملتزم، وملتزم به، والالتزام عنوان الشرط المصدري، والملتزم به عنوان المشروط، وهذا الالتزام الذي هو عبارة عن العهد النفساني في الشروط مربوط، ولهذا أجاب الفقهاء عن المحقق الأردبيلي قدس سره: بعدم إمكان تصحيح المعاطاة بـ« المؤمنون عند شروطهم »؛ لعدم كونها التزاماً مربوطاً.

نعم، لا يخفى أن نفس الإيجاب والقبول مرتبطان، فيشكلان عقداً، ولكن ما يقع في

إشكال السيد الخوئي على شرط الخيار في الإيقاعات

الوجه الثامن: ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره، وحاصله: أن المستند لشرط الخيار في الإيقاعات، إن كان هو « المؤمنون عند شروطهم »، فهو غير تام، ولا يشمل الإيقاعات أصلاً؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنه لا يدل على المدعى؛ لكون مدلوله حكماً تكليفياً بوجوب الوفاء، والعمل بالشرط، وبحثنا في الحكم الوضعي، وهي الصحة.

الثاني: أن ظاهر « المؤمنون عند شروطهم » أن يلتزم المشروط عليه بأمر يقوم به حتى يجب عليه الوفاء، ولا معنى لذلك في شرط الخيار في الإيقاعات؛ فإن الزوج مثلاً عندما يطلّق زوجته ويشترط لنفسه الخيار، فهو لم يأخذ شرطاً على الزوجة، بل لم تكن تعلم بشيء، فلم تشترط على نفسها شيئاً حتى تلتزم به.

وإن كان المستند هو ما ذكرناه في شرط الخيار في العقود - وهو مختارنا أيضاً - من أن المنشأ في البيع مثلاً هي الملكية المحدودة بالفسخ، فلا طريق له في الإيقاعات؛ لأن الفسخ هو رفع الأمر الثابت، أو

ضمنهما - بمعنى ما يرتبط بهما، سواء ذكر بينهما أو بعدهما - يكون شرطاً.

فالشرطية متقومة بالربط، ويكون الربط بين الالتزامين، سواء وقع الالتزام المربوط بين الإيجاب والقبول أو بعدهما أو بعد الإيقاع، فإذا قال السيد لعبده: أعتقتك على أن تخدمني سنة، فهو شرط عقلاً وعقلاء وشرعاً، فالإشكال بأن الشرط في الإيقاع ليس بشرط مخالف للعقل والعرف والشرع.

الأمر الموجود، وهو متصور في العقود، وأما في الإيقاعات فغير متصور؛ لأن المنشأ فيها أمور عدمية، وهي غير قابلة للرفع، فالطلاق إعدام الزوجية، والعتق إعدام الرقية، والإبراء إعدام اشتغال الذمة، فلم يوجد القائم بها شيئاً حتى يرفع بالفسخ[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

وفيه: أما الوجه الأول مما ذكره في المستند الأول فقد عدل عنه في بحث الشروط؛ حيث اختار أن مدلول الحديث هو عدم الانفكاك بين المؤمن وشرطه، فيكون مدلوله الأعم من الوضع والتكليف.

وأما الوجه الثاني: فالالتزام به يستلزم إنكار شرط الخيار مطلقاً؛ إذ لا إلزام فيه على أحد، بل يستلزم إنكار شرط النتيجة، وحصر الشرط الصحيح في خصوص شرط الفعل، وهو لا يلتزم بكلا هذين اللازمين.

وأما ما أفاده بناء على المستند الثاني ففيه:

أولاً: أن دعوى عدمية الإيقاعات، من العتق والطلاق والإبراء تحتاج إلى دليل، ولا يخفى أن الدليل في تحديد المفاهيم ليس إلا اللغة أو العرف، ولا دليل فيهما يدل على مدعاه، ويكفي عدم الدليل لبطلان الاستدلال؛ لتوقفه على إثبات العدم ولم يثبت

وثانياً: أن التأمل في اللغة والعرف يقضي بعدم كون هذه الأمور عدمية؛ فإن البراءة ومشتقاتها جاءت بمعنى التخلص، والخلوص،

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٦٨ ـ ٢٧١، التنقيح ٣٨: ٢٥٥.

والخلاص، وهذه المعاني ليست معاني عدمية.

نعم، الغالب في هذه المفاهيم أن يكون الواحد منها وضده من الضدين اللذين لا ثالث لهما، فيكون ملازماً للأمر العدمي، وملازمته له غير كونه نفسه.

والطلاق جاء في اللغة بمعنيين: حلّ عقدة النكاح، والإرسال، وكلاهما وجودي، لا عدمي، وعدّة من أعاظم اللغويين[1] قالوا بأن الطلاق هو البينونة، وامرأة طالق من زوجها، بمعنى بائن منه، والبينونة بمعنى الانفصال، وهو ليس أمراً عدمياً، وكذلك الحال بالنسبة إلى مشتقات هذه الكلمة كالإطلاق، والطلقاء، فمعنى أطلقها: ألقى حبلها على عاتقها، وأطلقه: جعل اختياره لنفسه.

والعتق في اللغة بمعنى الحرية، في قبال الرقية، وهو أمر وجودي أيضاً.

وثالثاً: سلمنا بأنها مفاهيم عدمية، إلا أن الأمر العدمي على نحوين، العدم المطلق، والعدم المضاف، وبينهما فرق من حيث الأحكام، فالأول لا يقبل الرفع ولا الإرجاع، وأما الثاني فيقبله، وهذه المفاهيم من سنخ العدم المضاف، فتقبل الرفع.

ورابعاً: أن موثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة دليل على قابلية العتق

---

(١) مثل لسان العرب ١٠: ٢٢٦، القاموس المحيط ٣: ٢٥٨.

للرفع؛ إذ فيها: « ويشرط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق؟ قال: له شرطه ».

الوجه التاسع: أن المُنشأ في هذه الأمور أمر عدمي آني لا بقاء له، فإذا طلق الرجل زوجته فالمنشأ عدم الزوجية أو إعدامها، وللإنشاء أثر حدوثاً، لا بقاء، أي بمجرد إنشاء الطلاق تنعدم زوجية الزوجة، ولكن عدم كونها زوجة من حيث البقاء ليس بسبب إنشاء الطلاق، بل لعدم وجود سبب الزوجية.

وهذا الوجه أوضح فساداً من سابقه؛ وذلك:

أولاً: أنه متوقف على كون المُنشأ أمراً عدمياً وتقدّم ما فيه.

وثانياً: أنه لا معنى للقول بأن الإنشاء يؤثر في المنشأ العدمي حدوثاً وآناً ما؛ فإنه عندما يبرئ الدائن ذمة المدين، فلا إشكال في أن براءة ذمة المدين بقاء مستندة إلى إنشاء الإبراء، وإذا رأيت المطلقة بعد شهر من طلاقها تقول: هذه مطلقة بالإنشاء السابق، ولا معنى للقول بأنها مطلقة آناً ما ثم لا بقاء للمُنشأ، والعبد الذي أعتق يكون حراً حدوثاً وبقاء بنفس إنشاء العتق.

الوجه العاشر: أن شرط الخيار مخالف للكتاب؛ فإن مدلول ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ هو اللزوم، فيكون شرط الخيار مخالفاً لها، وقد استثني من حديث « المؤمنون عند شروطهم » الشرط المخالف للكتاب والسنة.

ويظهر جوابه مما تقدم في المباحث السابقة؛ إذ يرد عليه:

أولاً: أنه لا يأتي على القول بأن المراد من العقود في الآية هو العهد المشدّد، وهو المركب من الإيجاب والقبول؛ إذ تخرج الإيقاعات عن موضوع الآية رأساً حينئذٍ، وإنما يأتي على القول بأن المراد من العقود فيها مطلق العهود، كما هو مقتضى الرواية الصحيحة[1]، فالوجه مبنائي.

وثانياً: أن الآية ليست في مقام الإهمال قطعاً، وليست مقيدة بخصوص العقود غير المشروطة؛ إذ من الواضح أن العقود على قسمين: عقود مطلقة غير مشروطة بشيء، وعقود مشروطة، والآية شاملة لكلا القسمين وغير مختصة بالأول، فيكون معنى الآية وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، وبالكيفية التي أنشئ بها، إن كان مطلقاً فمطلق، وإن كان مشروطاً فمشروط، فنستدل بنفس الآية في العقود المشروطة - كما في ما نحن فيه - على لزوم العقد بالنحو الذي وقع عليه، وعلى صحته بهذا الشرط، فلا يكون شرط الخيار مخالفاً للآية.

الوجه الحادي عشر: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو ينحل إلى ثلاثة إشكالات:

الأول: أنه أخذ في معنى الشرط الربط، فإن كان الشرط المأخوذ في الإيقاع ليس بنحو الارتباط، أي ذكر غير مرتبط بالمُنشأ، فليس بشرط،

---

(١) تفسير القمي ١: ١٦٠ : حدثني أبي، عن النضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: « بالعهود ».

بل حاله حال المعاملتين المنضمتين إلى بعض كقوله: بعتك الدار، وآجرتك البستان، وإن كان بنحو الربط بأن أنيط المنشأ به كان تعليقاً في الإيقاع فيبطل.

الثاني: أن حقيقة الشرط هي إناطة المُنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين، والإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضمّ الشرط إليه.

الثالث: أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، فإذا وقع في ضمن العقد الذي هو عهد صدق عليه هذا العنوان، وأما إذا وقع في ضمن الإيقاع الذي هو ليس بعهد ولا التزام فلا يتحقق عنوان الشرط.

ومع قطع النظر عن الإجماع فالإشكال مع عدم الإجابة عن هذه الوجوه ثبوتي[1].

وحاصل الإشكالات أن الشرط في الإيقاع لا يخلو من ثلاثة وجوه: إما أن يكون شرطاً ابتدائياً، أو بنحو التعليق في الإنشاء، أو أن يُنشأ المنشأ بكيفية خاصة، وتقريب الوجه الثالث: أنه لو اشترط في العتق خدمة العبد مثلاً فمعناه أنه أنشأ العتق بكيفية خاصة؛ فإن العبد وجميع منافعه مملوك لمولاه، فله الحق في أن يحرّر قسماً منه ويبقي الباقي، فإذا أعتقه بشرط الخدمة خمس سنين مثلاً فمعناه - كما صوّره عدّة من الفقهاء - أنه حرّر العبد نفسه وفكّ ملكه، وأبقى الخدمة في هذه السنين

(١) منية الطالب ٣: ١٠٣.

تحت ملكه.

وأيّاً كان من هذه الوجوه الثلاثة فهو ليس من الشرط في ضمن الإيقاع، وخارج عنه موضوعاً؛ وذلك لأنه إن كان شرطاً ابتدائياً أو كان المنشأ منشأ بنحو خاص فهو خارج عن الشرط في ضمن الإيقاع، وإن كان بنحو التعليق في الإنشاء فهو باطل، فيخرج عن الشرط في ضمن الإيقاع أيضاً.

المناقشة في ما أفاده المحقق النائيني

أما الأول فهو ينحل إلى أمرين:

١- أن لا يوجد تقييد بين الإيقاع والشرط فلا يصدق عنوان الشرط.

٢- أن يوجد التقييد فيكون تعليقاً للإيقاع، وهو باطل.

ومن الواضح أن الثاني ليس بإشكال ثبوتي، وإنما يرد من جهة مخالفته للإجماع، وإلا فلا مانع منه عقلاً.

وكيف كان فلا بدّ أولاً: من البحث في أن الشرط في الإيقاع هل يستلزم التعليق المبطل أو لا ؟ فنقول: إن نفس الإنشاء - أي الإيقاع - لو كان منوطاً بالشرط لصدق التعليق بلا إشكال، ولكن حقيقة الحال أن الشرط المأخوذ حين الاشتراط يتصور على نحوين:

الأول: أن يعلّق نفس المُنشأ، وهو الالتزام العقدي أو الإيقاعي، فيعلّق تارة على الالتزام الشرطي، وأخرى على الملتزم به؛ فإن في الشرط أمرين: ملتزم به كالخياطة والخدمة، والتزام، وهو نفس تعهد الملتزِم

بالملتزم به، وتعليق العقد - كالبيع - على الملتزم به - كالخياطة - مخالف للإجماع، وأما التعليق على نفس الالتزام بها فليس بمخالف له؛ فإن المعلّق عليه - حينئذ - أمر فعلي حاصل.

الثاني: أن لا يعلّق نفس المُنشأ، وإنما يعلّق الالتزام بالبقاء على المنشأ؛ فإن في المعاملات التزامين: أحدهما الالتزام بتمليك المتاع بعوض كما في البيع، والآخر الالتزام بالبقاء على هذا الالتزام وعدم الرجوع فيه ورفع اليد عنه، فلا يعلق الالتزام الأول، بل الثاني، ولا محذور فيه، بخلاف تعليق الأول، والتعليق في موارد كون الشرط صفة من قبيل تعليق الالتزام الثاني، فعندما يقول: بعتك الدار بالعبد بشرط أن يكون كاتباً، لم يعلّق أصل البيع على كتابة العبد، وإنما علّق البقاء على التزامه بالبيع على كون العبد كاتباً، فكأنه قال: أنا ملتزم ببيعي إذا كان العبد كاتباً، وإن لم يكن فيه هذا الوصف فلي الخيار في رفع يدي عن هذا الالتزام.

والحاصل: أن الاشتراط في الإيقاعات كالاشتراط في العقود يكون بأحد نحوين، فإما أن يكون بنحو يعلّق فيه الالتزام الأول على نفس الالتزام بالشرط، لا على الملتزم به، وإما أن يكون بنحو يعلّق فيه الالتزام الثاني على الشرط - أي على الملتزم به -، ولا إشكال في كل منهما، ويتحقق بهما عنوان الشرط، ويرتفع إشكال التعليق المبطل في العقود والإيقاعات، ومنشأ الإشكال عدم التفريق بين التعليق على الالتزام، أي الأول، وبين التعليق على الملتزم به.

وثانياً: أنه يلزم مما أفاده قدس سره أنه لا يوجد إيقاع قابل للاشتراط، بل الشرط - لو حصل - يرجع إلى أن المُنشأ به نحو خاص.

وهذا البيان لا يتفق مع الرواية المعتبرة المعمول بها عند الأصحاب وهي رواية إبراهيم بن أبي البلاد ، قال : قرأت عتق أبي عبد الله عليه السلام، فإذا هو: « هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق فلاناً غلامه لوجه الله، لا يريد به جزاءاً ولا شكوراً، على أن يقيم الصلاة، ويؤتي الزكاة، ويحج البيت، ويصوم شهر رمضان، ويوالي أولياء الله، ويتبرأ من أعداء الله، شهد فلان وفلان وفلان ثلاثة »[1].

وذلك؛ لأن إرجاع الشرط في الإيقاع مطلقاً إلى أن المنشأ بالإنشاء كان بنحو خاص يمكن تصوّره في المنافع المملوكة للمولى، فيحرر المولى قسماً ولا يحرّر الآخر، وأما في مثل شرط الصلاة والزكاة والصوم والحج والتولّي لأولياء الله والتبّري من أعدائهم فلا يعقل تصوره؛ فإنها ليست من منافع العبد المملوكة لمولاه، فلا توجيه لهذه الرواية إلا بحملها على ظاهرها من كون الشرط حقيقياً واقعياً الذي هو التعليق؛ فإن عبارة الرواية هي « أعتق ... على أن يقيم الصلاة...»، وهذا اللسان عين لسان: (بعتك على أن تخيط ثوبي) واحد.

بل ما أفاده قدس سره مخالف لنصوص أخرى دالة على وقوع الشرط في العتق أيضاً؛ فإن مدّعاه قدس سره عدم حصول الشرط في الإيقاعات مطلقاً،

---

(١) الوسائل، الباب٦ من أبواب العتق، الحديث١.

والعتق أحد أفرادها، وقد دلّت نصوص على وقوع الشرط فيه، مثل:

١- ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريتي هذه، فإن نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أو تسرّى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟

قال : « يجوز عليه شرطه »[1].

٢- وما عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه على أن يزوجه ابنته، وشرط عليه إن تزوج أو تسرّى عليها فعليه كذا وكذا.

قال: « يجوز »[2].

٣- وما عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يقول لعبده : أعتقك على أن أزوجك ابنتي، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك وزوّجه فتسرّى أو تزوّج.

قال : « عليه شرطه »[3].

فالروايات - وفيها الصحيح - نص في الشرط في العتق، ولو لم يوجد لفظ الشرط لكان نفس قوله: (أعتقك على أن أزوجك) كافياً في المطلوب، ويؤكد ذلك قول السائل بعد ذلك في الرواية الأولى: (ويجوز شرطه؟)، وإمضاء الإمام عليه السلام بنفس التعبير: « يجوز عليه شرطه ».

---

(١) الوسائل، الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث٢.

(٣) الوسائل، الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث٤.

٤- موثقة إسحاق المتقدمة: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشرط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق؟ قال: « له شرطه »[١].

نعم، لا يخفى أن في هذه الرواية احتمالين:

أحدهما: أن يكون الشرط في ضمن العتق.

والآخر: أن يكون في ضمن التزويج، أي يعتقه ثم يزوجه ويشترط فيه عليه.

فعلى الأول تدخل الرواية في محل البحث، وأما على الثاني فالإنشاءان أجنبيان عن بعضهما البعض، فإن صحّ أن تكون الروايات الأخرى قرينة على المراد من هذه الرواية؛ إذ المساق واحد، كانت دالة على ما نحن فيه، وإلا كان الشرط فيها في ضمن العقد، فتكون أجنبية عن ما نحن فيه، ولكنها تفيدنا من جهة أخرى، وهي أصل صحة اشتراط الردّ إلى الرقية التي منع منها المحقق النائيني قدس سره أيضاً.

نعم، ربّما يدّعى إعراض المشهور عن هذه الرواية فيكون موهناً لها، ولكن يرد عليه - مضافاً إلى أن مقدار ما أعرض عنه المشهور هو اشتراط الردّ إلى الرقية، لا الشرط في العتق - أن الشيخ الطوسي والقاضي ابن البراج - قدس سرهما - عملا بها، فلم يثبت إعراض مشهور القدماء

---

(١) الوسائل، الباب١٢ من أبواب العتق، الحديث٣.

الموهن للرواية.

وعلى هذا فالمستفاد من الروايات أن الشرط في الإيقاع أمر مشروع كما أنه معقول، فتطابق العقل والنقل على دخول الشرط في الإيقاع.

وأما الوجه الثاني - وهو أن حقيقة الشرط هي إناطة المُنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين، والإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضمّ الشرط إليه - ففيه جهتان، وفي كلتيهما تأمل.

أما الجهة الأولى فهي أن الشرط جزء من العوض ويرد عليها: أن هذا لا وجه له؛ لأن الشرط لو وقع في البيع وعدّ جزءاً من العوض، فسواء أكان بنحو شرط النتيجة أم شرط الفعل يلزم أن يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العوض، والحال أن الأحكام الفقهية المترتبة على العوض لا تسري إلى الشرط.

فالحق أن الشرط ليس جزءاً من العوض، بل العوض في كل معاملة معيّن في نفسه، ولكن الشرط مرتبط بها، فحدّ الشرط هو الارتباط بالمعاملة ليس إلا.

وأما الجهة الثانية فهي أنه يترتب على كون الشرط جزءاً من العوض أن لا يكون إلا في ما فيه عوض، والإيقاع لا عوض فيه، وفيها: أن لازم ذلك اختصاص الشروط بخصوص المعاملات المعاوضية، فلا يأتي في العقود غير المعاوضية كالوكالة والصلح بلا عوض، والحال أن الشرط يدخل فيها بلا إشكال.

وأما الوجه الثالث - وهو أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، فإذا

وقع في ضمن العقد الذي هو عهد صدق عليه هذا العنوان، وأما إذا وقع في ضمن الإيقاع الذي هو ليس بعهد ولا التزام فلا يتحقق عنوان الشرط - ففيه:

أولاً: أن مقتضى كلامه تدُّس انحصار الالتزام في خصوص العقود، وهو منقوض بالنذر والعهد؛ فإنهما من الإيقاعات، لا من العقود، وهما التزامان بلا إشكال، بل العهد هو القدر المتيقن من الالتزام، فنفي الالتزام عن الإيقاعات ممنوع.

بل ينقض بالعتق والإبراء؛ فإن فيهما التزاماً، فيلتزم المعتِق بحرية المعتَق، والمبرئ ببراءة ذمة المدين، بل بالوقف أيضاً على القول بأنه إيقاع ولا يحتاج إلى القبول كما ذهب إليه جماعة[1]؛ فإن الواقف يلتزم

---

(١) وقد جمع سيد المناهل تدُّس في ص ٤٦٩ قولي الاختلاف فقال: (منهل: إذا وقف على شخص معيّن أو أشخاص معينين فهل يتوقف صحة الوقف حينئذ على قبول الموقوف عليه، فيكون هذا الوقف حينئذ من جملة العقود، ويلزم بطلانه بموت الموقوف عليه قبل القبول، أو لا، بل يصحّ بدون القبول، فيكون الوقف حينئذ من جملة الإيقاعات كالعتق، ولا يبطل بموت الموقوف عليه قبل قبوله؟

إختلف الأصحاب في ذلك على قولين:

الأول: أنّها تتوقّف على القبول كتوقفها على الإيجاب، وهو صريح التذكرة والتحرير والقواعد والتبصرة والإيضاح والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروضة والمسالك والرياض وظاهر الشرايع.

الثاني: أنّه لا يتوقف عليه، واستظهره في الروضة من اللمعة والأكثر، وفي المسالك من الشرايع والأكثر أيضاً، وفي الكفاية من الأكثر أيضاً، وكذا استظهره منهم في الرياض قائلاً:

بملكية الموقوف عليهم، وحاله حال البيع من هذه الجهة؛ فإن البائع يلتزم بملكية المشتري.

فالالتزام الأول لا إشكال في حصوله في الإيقاعات كما هو حاصل في العقود، وأما الالتزام الثاني - ونعني به أن يلتزم بعدم رجوعه عن التزامه الأول - فهو حاصل في العقود بلا كلام، وأما الإيقاعات فالكاشف عن حصوله فيها هو الكاشف عن حصوله في العقود وهو الارتكاز العقلائي، وهو قائم على أن من أبرأ ذمة أحد فهو ملتزم بإبراء ذمته، وبأن لا يرجع عن هذا الإبراء، والشاهد عليه أن من أبرأ ذمة أحد ثم قال له: رجعت في قولي يلومه العقلاء ويؤاخذونه، ولو لم يكن الالتزام الثاني موجوداً لكان له الحق في أن يقول رجعت في قولي، وعدلت عن الإبراء.

فالحق وجود التزامين في كل من العقود والإيقاعات: التزام بالمُنشأ، والتزام بالبقاء عليه وعدم الرجوع فيه.

وعليه فبما أن الإيقاع التزام، والشرط هو التزام في ضمن التزام فهو متحقق في الإيقاع فلا محذور من هذه الجهة.

في صحة وقوع الشرط في العتق وعدمها

بقي شيء: وهو أنه ربما يقال: بأن شرط العود إلى الرقية باطل عند المشهور، كما صرّح بذلك السيد الفقيه قدس سره في حاشيته؛ حيث قال: (نعم،

ويظهر من العبارة وعبائر أكثر الجماعة - كما في المسالك والروضة، ولعلّه من حيث اكتفائهم بذكر الإيجاب خاصّة من دون ذكر القبول - عدم اشتراطه).

حكي عن المشهور عدم العمل بالموثّق المزبور، والحكم بفساد الشرط فقط، أو مع العتق أيضاً)[١]، وكلام غيره قريب منه أيضاً، فيكون النص مما أعرض عنه المشهور.

ولكن التحقيق عدم ثبوت إعراض المشهور عنه؛ وذلك لأن في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: أن الشرط فاسد والعتق صحيح، وهو قول ابن إدريس[٢].

الثاني: أن كلاً من الشرط والعتق فاسد[٣].

الثالث: أن كليهما صحيحان، كما اختاره الشيخ[٤] والقاضي[١]، بل

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٤٩٧.

(٢) السرائر ٣: ١١، وعبارته رحمه الله: (وقال شيخنا في نهايته: وإذا أعتق مملوكه وشرط عليه شرطاً ، وجب عليه الوفاء به ، ولم يكن له خلافه ، فإن شرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق ، فخالفه كان له رده في الرق.
وهذا غير واضح ؛ لأن الحر لا يجوز أن يعود رقاً ، والشرط إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة كان باطلاً ، وهذا شرط يخالف السنة ، فأما إن كان الشرط لا يخالف كتاباً ولا سنة فهو شرط صحيح ، فإن شرط عليه خدمته سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك لزمه).

(٣) قال العلامة في المختلف ٨: ٢٧: (والمعتمد : أنه إذا شرط عليه شيئاً معيناً لزمه ، ويكون ذلك عتقاً وشرطاً، لا عتقاً معلقاً على شرط ، مثل أن يقول : أنت حر وعليك كذا . أما لو علق العتق بشرط فإنه يبطل ، كقوله : أنت حر إن فعلت كذا ، ولو شرط عليه أنه متى خالفه في الأول كان رداً في الرق بطل العتق ؛ لما تقرر من عدم قبوله للشرط).

(٤) النهاية: ٥٤٢، وعبارته: (فإن شرط عليه : أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق ، فخالفه ، كان له رده في الرق).

وغيرهما كما نقل ذلك صاحب الجواهر قدس سره[٢].

وبمخالفة هؤلاء تتزلزل الشهرة على الخلاف، لاسيما وأن المحقق قدس سره قد عبَّر عن القول بالبطلان بـ(قيل)، فقد قال في المسألة: (لو اشترط إعادته في الرق إن خالف أعيد مع المخالفة عملاً بالشرط، وقيل: يبطل العتق؛ لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حريته)[٣].

وأما رأي المحقق وصاحب الجواهر - قدس سرهما - في الرواية من حيث السند والدلالة فهو ما أفاده قال صاحب الجواهر قدس سره بقوله: (والرواية - مع كونها من الموثق الذي فيه ما فيه - شاذة، كما في

---

(١) المهذب ٢: ٣٥٩، وعبارته: (وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق ، أو كان عليه مال معلوم ، كان الشرط صحيحاً).

(٢) جواهر الكلام ٣٤: ١٢٠، ولعل المقصود به الشيخ الصدوق رحمه الله؛ فقد قال الفاضل الآبي رحمه الله في كشف الرموز ٢: ٢٨٦ ما لفظه: (قال دام ظله: « ويجوز أن يشترط مع العتق شيء ، ولو شرط إعادته في الرق إن خالف ، فقولان ، المروي اللزوم ».

هذه رواها الكليني في الكافي والشيخ في التهذيب ، مرفوعاً إلى إسحاق بن عمار وغيره، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يعتق مملوكه ، ويزوجه ابنته ، ويشترط (ويشرط خ) عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق ، قال : « له شرطه » .

وعليها فتوى الشيخ ، وهو مذهب ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه).

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٦٦٢، وقد علّق الفاضل الآبي رحمه الله في المصدر السابق على كلمة أستاذه المحقق قدس سره بقوله: (وقال شيخنا في الشرائع : وقيل يبطل العتق ؛ لاشتراط الاسترقاق .

وهو ضعيف ؛ لأن الشرط هنا واقع (وقع خ) بعد العتق ، وما وقفت على القائل به ، وأشار - دام ظله - في الدرس إلى المتأخر ، والله أعلم)، وعنى بالمتأخر ابن إدريس.

المحكي من نكت المصنف على النهاية ، فلا يثبت بها الحكم المزبور المخالف لأصول المذهب وقواعده التي منها عدم عود الحر - بعد أن صار حراً - رقاً)[١].

وأما بالنسبة إلى الطلاق فقد قيل بعدم دخول الشرط فيه؛ لكونه أمراً عدمياً، وقد تقدمت الإجابة عليه إلا أننا نضيف هنا: أن المرجع في قابلية الاشتراط وعدمها في الأمور العقلية والعقلائية هو العقل والعقلاء، كما أن المرجع في الأمور الشرعية هو الشارع.

فإذا رجعنا إلى العقل لم نره يمنع من أخذ القيد في الطلاق الذي هو أمر اعتباري بمعنى البينونة؛ فإنه لا مانعاً ثبوتاً من فسخ الطلاق.

وكذلك الحال مع العقلاء؛ فإن المادة في الطلاق والإطلاق وسائر المشتقات واحدة، وهي بمعنى الإرسال والترك وحلّ القيد، ولا محذور عندهم في أخذ الردّ إلى القيد شرطاً وقيداً، ويشهد له أنهم يقولون للمسجون: سوف نطلق سراحك بشرط أن لا تعود إلى الجرم الذي أخذت من أجله وإلا أرجعناك إلى السجن.

فلا تنافي بين الشرط ومفهوم الإرسال من ناحية عقلية وعقلائية.

وأما من ناحية الشارع، فقال المحقق الحلي قدس سره في طرحه المسألة:

---

(١) جواهر الكلام ٣٤: ١٢٠، قال المحقق في نكت النهاية ٣: ١٠: (والرواية شاذة، وفي ابن عمار ضعف ، وغيره مجهول ، وهي منافية للأصول ، فينبغي اطراحها ، والقول ببطلان العتق الموقوف على الشرط).

(ويشترط في الصيغة تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور، لم أقف فيه على مخالف منا)[١].

وعمدة ما استدل به على بطلان الشرط فيه، ومن ثم بطلان الطلاق المعلّق وجهان كما أفادهما صاحب الجواهر قدس سره:

الأول: إن الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية، فكما لا يعقل تخلّف المسبب عن السبب في الثانية، فكذلك في الأولى إلا ما خرج بالدليل.

الثاني: إن هذا الشرط من الشرائط المخالفة للكتاب والسنة، والمحللة للحرام؛ ضرورة أنه بعد ظهور الأدلة في ترتّب الأثر على السبب الذي هو الصيغة، فاشتراط تأخّره إلى حصول المعلَّق عليه شرع جديد[٢].

ثم إن صاحب الجواهر قدس سره حمل في هذا المقام على الشهيد الثاني قدس سره حملة شديدة فقال: (فمن الغريب بعد ذلك كله ميل ثاني الشهيدين في المسالك إلى الصحة لذلك، وقياساً له على الظهار ونحوه مما ثبت في الأدلة، مؤيِّداً له بأن في تعليقه حكمة لا تحصل في المنجز؛ فإن المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده، فتفعل ما يكرهه، وتمتنع مما يرغب فيه، ويكره الرجل طلاقها من حيث إنه أبغض المباحات إلى الله تعالى شأنه، ومن حيث إنه يرجو موافقتها، فيحتاج إلى تعليق الطلاق بفعل ما يكرهه أو ترك ما يريده، فإما أن تمتنع فيحصل غرضه، أو تخالف فتكون هي المختارة للطلاق،...إلى قوله:

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٥٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٧٨ - ٧٩.

وهو كما ترى لا يرجع إلى محصل ينطبق على أصول الإمامية، وإنما هو مناسب لخرافات العامة، ولذا أطبقوا على الجواز فيه، وملؤوا كتبهم من فروعه، والحمد لله الذي عافانا من كثير مما ابتلى به خلقه، ولو شاء لفعل، وكأن خلو نصوصنا من هذا الخرافات والحصر بالصيغة المنجزة للتعريض بهم..)[1].

والإنصاف أن صاحب الجواهر تدثر لم يعط كلام الشهيد الثاني تدثر حقه من التأمل؛ وذلك لأن الشهيد الثاني تدثر قد تعرض لعدة أمور قبل بيان ما علّق عليه صاحب الجواهر رحمه الله:

فأولاً: أشار إلى أمرين مهمين في كلام المحقق تدثر، يدركهما من له معرفة بلحن كلامه رحمه الله، ومن له معرفة بطريقة الفقهاء - قدس الله أسرارهم - في بيانهم للأمور، وهما:

قوله: (نبّه بقوله: « على قول مشهور » على ضعف مستنده؛ فإنه ليس عليه نص، وإنما أوردوا عليه أدلة ظاهرية..).

وقوله: (وقول المصنف: « لم أقف فيه على مخالف » يخرج به عن دعوى الإجماع عليه؛ فإن عدم الوقوف على المخالف لا يكفي في تحقق الإجماع الذي يصير حجة من حيث دخول المعصوم في جملة أقوالهم؛ لجواز أن يكون هناك قائل بوقوعه كذلك ولم يقف المصنّف

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٧٩ - ٨٠.

على قوله، ومن الأصحاب من اعتدّ بمثل ذلك في ثبوت الإجماع وحجيته، بل صرّح ابن إدريس هنا بثبوت الإجماع).

وثانياً: استدل على مدعاه بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع، أعم من كونه منجزاً ومعلّقاً على شرط.

وثالثاً: تعرّض إلى مخالفة هذا الشرط للكتاب وعدمها؛ حيث قال: (وسيأتي أن الظهار يصح تعليقه على الشرط، وبه نصوص تفيده، وذلك يؤنس بقبول مثل هذه الأحكام التعليق في الجملة).

وجهة الأنس أن كلاً من الظهار والطلاق إيقاع، فالطلاق ولو لم يقم دليل إثباتي على قبوله للشرط إلا أنه لا محذور ثبوتاً في قابليته له، كما يستنتج من قيام الدليل في الظهار.

ورابعاً: تعرّض لخلاف الفقهاء في الإيلاء، واستدل في المقام بدليل المجوزين هناك؛ حيث قال: (واختلفوا في وقوع الإيلاءمعلّقاً، ومن جوّزه - كالشيخ[1] والعلامة في المختلف[2] - احتج عليه بعموم القرآن

---

(١) يشير إلى ما ذكره الشيخ قدس سره في المبسوط ٥: ١٧ في الإيلاء بقوله: (إذا قال: والله لا أصبتك خمسة أشهر، فإذا انقضت فوالله لا أصبتك سنة، فهما إيلاءان ويمينان مختلفان، إحداهما خمسة أشهر، والأخرى سنة، والأولى مطلقة معجلة، والثانية معلقة بصفة، فإذا وجدت الصفة انعقدت كقوله: إذا قدم زيد فوالله لا وطئتك سنة، فمتى قدم زيد انعقدت الإيلاء.

وليس هذا يجري مجرى الطلاق والعتاق اللذين قلنا: لا يقعان بصفة؛ لأن هناك منعنا فيه إجماع الفرقة، وليس هاهنا ما يمنع منه، والظواهر يتناوله).

(٢) قال العلامة في المختلف ٧: ٤٥٠ - ٤٥١: (مسألة: اختلف قول الشيخ في الإيلاء هل

الدال على وقوعه من غير تقييد، السالم عن المعارض.

وهذا الدليل وارد هنا، وعموم « المؤمنون عند شروطهم » يشمل الجميع)[١].

وبعد هذا كله تعرّض للحكمة المشار إليها في كلام صاحب الجواهر تدثّر فقال: (وفي تعليقه حكمة لا تحصل بالمنجّز؛ فإن المرأة..، إلى آخر ما نقله الجواهر)[٢]، فترك صاحب الجواهر تدثّر أدلة الشهيد الثاني تدثّر وحمل على هذه الجملة من كلامه، والإنصاف أن ما أفاده الشهيد تدثّر موافق لمقتضى القاعدة والصناعة، وكان على صاحب الجواهر تدثّر أن يناقشه في أدلته، ولم يفعل.

وأما ما أفاده تدثّر في مقام بيان بطلان التعليق من قياس الأسباب

يقع بشرط؟ قال في الخلاف: الإيلاء لا يقع بشرط، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، واستدل بإجماع الفرقة وأخبارهم، والأصل براءة الذمة، وثبوت الإيلاء بشرط يحتاج إلى دليل.

وقال في المبسوط: إذا قال: والله لا أصبتك خمسة أشهر.... إلى قوله المتقدم: والظواهر يتناوله.

وابن حمزة، وابن زهرة، وابن إدريس وافقوا الشيخ في الخلاف.

والوجه ما قاله الشيخ في المبسوط.

لنا: عموم القرآن السالم عن المعارض).

(١) مسالك الأفهام ٩: ٩٠ - ٩١.

(٢) مسالك الأفهام ٩: ٩١ - ٩٢.

الشرعية على الأسباب العقلية فلا برهان عليه، وهو إن لم يكن أضعف مما أورده الشهيد قدس سره فليس بأقوى منه، ولا يصلح لتقييد الإطلاق الذي استدل به الشهيد رحمه الله على مدّعاه، فالإطلاق محكم.

نعم، ما يصلح لتقييد الإطلاق هو الإجماع، وقد هدمه الشهيد قدس سره في كلامه الأول، فيسلم الإطلاق عن المقيّد، وهذا ما أراده قدس سره، وهو يكشف عن مدى دقته وعلو فقاهته[1].

والحاصل: أن ما أفاده الشهيد قدس سره متين جداً، وأن ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره من ردّ الحكمة، وأنها من خرافات العامة متين أيضاً، إلا أنه لم يناقش في استدلال الشهيد قدس سره، وكان عليه التعرض له.

ونتيجة ما تقدم: أن الطلاق قابل للاشتراط عقلاً وعقلاء، فإن ثبت الإجماع على عدم صحة التعليق فيه فهو، وإلا فلا دليل على مبطليته.

ثم إن البعض استدل على عدم صحة شرط الخيار في الطلاق: بأن لازمه أن يصح إرجاع المطلقة بشرط الخيار - بعد أن تتزوج من آخر - إلى الزوجية الأولى، وذلك بفسخ الطلاق، وهو باطل جزماً.

---

(١) نعم، ربما يظهر منه في أحكام الخيار خلاف ما ذكره هنا؛ إذ قال في التعليق على كلام المحقق قدس سره: « وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف، وكذا الإبراء والطلاق والعتق، إلا على رواية شاذة »: (وأما استثناء ما ذكر، فلأن النكاح لا يقصد فيه المعاوضة، والوقف إزالة ملك على وجه القربة، ومثله العتق، وقريب منه الإبراء. وهذه المواضع محل وفاق، وهو الحجة، وأما التعليل فلا يصلح لتخصيص النص العام، وكذا القول في الطلاق، وفي معناه الخلع والمباراة..). مسالك الأفهام ٣: ٢١٢.

وفيه: أن الدليل أخص من المدعى؛ فإن للقائل بإمكان الاشتراط أن يستثني هذا المورد، فيقول بصحة اشتراط الخيار في الطلاق إلى أن تتزوج.

وبعبارة أخرى: إن الإشكال إنما يرد في ما لو قيل بإمكان اشتراط الخيار في الطلاق حتى بعد أن تتزوج المطلقة بزوج آخر، ولكن بإمكان الشهيد الثاني قدس سره - الذي قال بعدم تمامية الأدلة التي استدل بها على بطلان الشرط، وبكون مقتضى إطلاق الأدلة الصحة - أن يجيب عن الإشكال هنا بأن مقتضى الأدلة الدالة على أن النكاح الواقع لا يرفع إلا بالطلاق هو تخصيص عموم دليل الشرط من ناحية المورد الذي يلزم منه هذا التالي الفاسد[1].

---

(١) نقل بعض الحضار كلام السيد اليزدي قدس سره ولفظه: (والظاهر تحققه - الإجماع - بالنسبة إلى الطلاق؛ فإن الرجوع وإن كان فسخاً إلا أنه إذا كان في الأول والثاني فلا حاجة فيه إلى اشتراط الخيار، وإن كان في الثالث فليس مشروعاً، سواء كان بعنوان اشتراط الخيار أو بغيره وكذا في كل طلاق بائن). حاشية المكاسب ٢: ٤٩٦.

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - بما حاصله: أن الرجوع حكم، والشرط حق، والجواز الحقي في موارد الجواز الحكمي لا لغوية فيه؛ فإن له آثاراً كجواز إسقاطه والمصالحة عليه، بخلاف الجواز الحكمي. نعم، لو كان الحكم الثاني متحداً مع الأول للزم اللغو، ولكنه ليس كذلك.

وأما الطلاق الثالث فمما لا شك فيه أنه لا يرفع بالشرط حتى عند من يقول به كالشهيد الثاني قدس سره.

في جريان خيار الشرط في ما يلحق الإيقاعات

هذا تمام الكلام في الإيقاعات، وأما ما يلحقها مما يعطي نتيجتها كالصلح المفيد فائدة الإبراء، والصلح على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها، فهي بحكم الإيقاعات في عدم قابليتها للاشتراط عند الشيخ قدس سره[1].

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ وردّه

وأورد عليه المحقق الأصفهاني قدس سره: بالنقض ببيع الدين على من هو عليه؛ فإنه يفيد فائدة الإبراء، ومع ذلك يجوز فيه شرط الخيار بلا إشكال.

توضيح ذلك: إن الفقهاء اختلفوا في الصلح على مبنيين:

الأول: أنه عقد مستقل في جميع الحالات إلا أنه تارة يفيد فائدة البيع كما لو كانت المصالحة على متاع بعوض، وأخرى يفيد فائدة الإجارة كما لو كانت المصالحة على المنفعة بعوض، وثالثة يفيد فائدة العارية كما لو كانت المصالحة على الانتفاع.

الثاني: أنه عقد مستقل في خصوص مورد المنازعة، وأما في ما عداها فهو بيع إن كان متعلّقه ملكية العين بالعوض، وإجارة إن كان متعلّقه ملكية المنفعة بالعوض، وعارية إن كان متعلّقه الانتفاع مجاناً، أي يتعنون بالعنوان الذي يفيد فائدته.

أما على المبنى الثاني فالصلح المفيد فائدة الإبراء إبراء، فيجري عليه حكمه من عدم جريان شرط الخيار فيه، وأما على المبنى الأول - وهو

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٠.

مقتضى التحقيق - فهو صلح وإن أفاد فائدة الإبراء، فيجري فيه الشرط، ولكن يلزم على كلام الشيخ تدُّل أن لا يصح شرط الخيار فيه، فينقض ببيع الدين على من هو عليه؛ إذ هو بيع ولكنه يفيد فائدة الإبراء فيلزم أن يمنع دخول الخيار فيه، مع أنه يجري فيه شرطه بلا إشكال[1].

وفيه: أن الصلح على نحوين؛ إذ تارة يشتمل على العوض، كما لو قال: صالحتك عمّا في ذمتك بكذا، وأخرى لا يشتمل عليه، كما لو قال: صالحتك عما في ذمتك بدون أي مقابل، والأول صلح معاوضي ويدخل فيه شرط الخيار وإن كانت نتيجته الإبراء، وأما الثاني فهو الذي لا يدخل فيه الخيار، ولا ينقض عليه ببيع الدين على من هو عليه؛ لأنه معاوضة وبيع حقيقة وواقعاً وإن أفاد فائدة الإبراء من حيث النتيجة، بخلاف الصلح بدون عوض؛ فإنه ليس بمعاوضة أصلاً، بل إبراء بإنشاء الصلح.

نعم، ينبغي ملاحظة الإشكالات الواردة على خيار الشرط في الإيقاعات، لنرى هل تأتي في مثل الصلح المفيد فائدة الإيقاع أو لا ؟

وما ذكر من الإشكال اثنان:

الأول: أن الشرط التزام معلّق على التزام الطرف الآخر، وبما أنه ليس في الإيقاع طرف آخر فلا يقع فيه الشرط.

وهو مندفع عن الصلح؛ لأنه عقد مركب من الإيجاب والقبول حتى

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢٢٢ - ٢٢٣.

ولو لم يكن معاوضياً.

الثاني: الإجماع على عدم دخول شرط الخيار في الإيقاعات.

وهو دليل لبّي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص الإيقاع، فلا يشمل العقد المفيد فائدته.

وعليه، فحتى لو قلنا بعدم دخول شرط الخيار في الإيقاع لم يكن هناك سبيل إلى القول به في الصلح المفيد فائدته؛ فمقتضى القاعدة صحته فيه[1].

والنتيجة إلى هنا:

١- أنه لا إشكال ثبوتياً في أخذ شرط الخيار في الإيقاع؛ إذ لم ينهض دليل عقلي على الامتناع.

٢- أنه لا إشكال من ناحية العرف فيه، وقد أجبنا عن إشكال المحقق الخراساني تدثّل بذلك.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن شرط الخيار في الصلح ينافي الغرض منه.
فأفاد: أولاً: بعدم المنافاة بينهما؛ إذ يمكن أن يرفع أحد المتخاصمين دعوى على خصمه، فيطلب منه إسقاطها، ويخاف المدّعي من أذيته له بعد الإسقاط، فيقول له: أنا أصالحك على إسقاط الدعوى بشرط الخيار لي في ما لو رجعت إلى أذيتي، وفي مثله لا ينافي الغرض من الصلح أصلاً.
ثانياً: إن الغرض غرضان: غرض الطرفين، والغرض من التشريع، أما الثاني فالشرط المنافي له باطل؛ لكونه شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، وأما الأول فإن كان الغرض إسقاط الدعوى بالمرة فلا يعقل الشرط، فيكون الغرض من الشرط هو تزلزل الأمر لكي يحصل على غرض آخر.

٣- أن النص دلّ في العتق على قابليته للشرط.

٤- أن الدليل في الطلاق والإبراء ينحصر في الإجماع، ولا شك في قيام الدعوى به، ولكنه لم يثبت كما نقلنا كلام الشهيد الثاني قدس سره في استفادته من كلام المحقق.

٥- أن المتيقن من ناحية الأقوال ذهاب المشهور إلى ذلك.

٦- أن مقتضى القاعدة عدم المنع منه ولكن الأحوط في مقام الفتوى عدم الاشتراط.

نعم، يمكن دعوى قيام سيرة المتشرعة على عدم أخذ شرط الخيار في الطلاق، بخلاف العتق والإبراء؛ فإنه لا وجه لدعواها فيهما.

هذا كله في ما يرتبط بالإيقاعات.

أقسام العقود عند الشيخ من حيث دخول خيار الشرط فيها

وأما العقود فقد قسمها الشيخ قدس سره إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما لا يدخله شرط الخيار بالاتفاق.

وهو : **عقد النكاح**

وقد أقام قدس سره على دعواه - بعد دعوى الاتفاق على عدم دخول خيار الشرط فيه، وحكاية الإجماع عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك - دليلين:

الدليل الأول: توقف ارتفاع النكاح شرعاً على الطلاق، فلا مجال إلى

الشرط فيه.

الدليل الثاني: عدم مشروعية التقايل فيه، وكل ما لم تشرع الإقالة فيه لا يشرع فيه الشرط[١].

مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل الأول للشيخ وردّها

أما الدليل الأول فقد أورد عليه المحقق الأصفهاني تدّس: بأن حقيقة الفسخ تختلف ذاتاً عن الطلاق؛ فإن حقيقة الطلاق بينونة الزوجة وفراقها عن الزوج، ويلزمه ارتفاع علقة الزوجية، والفسخ نفس رفع العلقة وعود الأمر إلى ما كان، ولذا يتعلّق الفسخ بعلقة الزوجية، والطلاق بالزوجة، وحينئذٍ فلا محذور في جريان الطلاق والفسخ في النكاح؛ للاختلاف الذاتي بينهما، وتعدّد متعلقيهما[٢].

وفيه: أنه إنما يرد على الشيخ تدّس لو كان للطلاق عمل آخر غير الفسخ، ولكن ما نلاحظه في النصوص خلاف ذلك؛ فإن الوارد فيها التعبير عن الفسخ بأربعة تعبيرات:

الأول: الردّ، أي أن الفسخ ردّ الزوجة، وهو وارد في روايات كثيرة[٣].

الثاني: الطلاق، كما في رواية غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه،

---

(١) المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) حاشية المكاسب ٤: ٢٢٣ - ٢٢٤.

(٣) مثال ذلك ما ورد في الوسائل، الباب١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث١: عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص، والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل، ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا ».

عن علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء، قال: « إن كان لم يدخل بها ولم يتبين له فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، ولا صداق لها، وإذا دخل بها فهي امرأته »[١].

وعلّق عليها صاحب الوسائل قدس سره بقوله: (حمل الشيخ الطلاق هنا على المعنى اللغوي دون الشرعي لما تقدم ويأتي...)[٢].

وقال أيضاً في التعليق على الحديث الأول من الباب الثالث: (الطلاق هنا مستعمل بالمعنى اللغوي لما مضى ويأتي).

الثالث: الفراق، والتفريق، والمفارقة[٣].

الرابع: التسريح[٤].

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث١٤.

(٢) وقوله: لما تقدّم ويأتي، إشارة إلى ما ورد في الحديث٥ من نفس الباب: « فإنها تردّ على أهلها من غير طلاق »، والحديث١ من الباب٢.

(٣) مثال ذلك ما جاء في الوسائل، الباب٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث٨: عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) عن عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر، عن أخيه قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل وهي رتقاء، قال: « يفرق بينهما ولا مهر لها ».

(٤) الوسائل، الباب٣ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث٣: عن الحسن بن صالح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً، قال: « هذه لا تحبل وينقبض زوجها من مجامعتها ترد على أهلها »، قلت: فإن كان قد دخل بها؟ قال: «إن كان علم قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم إلا بعدما جامعها، فإن شاء بعد أمسكها، وإن شاء سرحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها ».

ومجموع هذه التعابير يكشف عن وحدة الحقيقة بين الطلاق والفسخ، وأنه ليس بينهما اختلاف ذاتي، فكما أن الطلاق إخلاء سبيل المرأة فكذلك الفسخ، ولهذا عبّر عن الفسخ بالطلاق، وبالمفارقة والفراق، وعبّر في المتون الفقهية عن كتاب الطلاق بكتاب الفراق، فإذا عبّر في النصوص عن الطلاق والفسخ بالبينونة والفراق، وعن الفسخ بالتسريح الذي عبّر به عن الطلاق في قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [1] فهو أقوى شاهد على عدم الاختلاف الذاتي بينهما، وإلا لم يكن وجه للتعبير عن كليهما بلفظ واحد وعنوان فارد.

وأما استشهاده على الاختلاف الذاتي بينهما بتعلّق الطلاق بالزوجة، وتعلق الفسخ بالعقد، فلعله استفاده من تعبيرهم في تعريف الخيار بأنه ملك فسخ العقد.

ولكن المتّبع النص، وقد لاحظنا تعلّق الفسخ بالزوجة كتعلّق الطلاق بها.

المناقشة في الدليل الأول للشيخ

نعم، يرد على الشيخ قدس سره: أنه لا إشكال في كون الطلاق رافعاً لعلقة الزوجية، ولكن ما هو الدليل على انحصار الرفع فيه؟ فإن غاية ما يستفاد من دليله أنه رافع للنكاح، ولا يدل على نفي رفع غيره له، فلو ثبت الانحصار فيه لكان شرط الخيار مخالفاً للسنة، وإلا فلا.

---

(١) سورة البقرة: ٢٢٩.

بل قام الدليل على ثبوت ارتفاع النكاح بالفسخ في العيوب، فيثبت بذلك أيضاً قابليته للرفع بغير الطلاق، وإذا شككنا في رفعه بالشرط أمكن التمسك بدليل الشروط؛ فإنه يشمله بعمومه، ولا مقيّد له إلا أن يثبت انحصار رفع النكاح بالطلاق ليثبت أن الشرط مخالف للسنة، ودليل الشيخ تدّس لا يثبت إلا جهة الإثبات للطلاق، لا جهة النفي عن غيره.

المناقشة في الدليل الثاني للشيخ

وأما الدليل الثاني للشيخ تدّس فقد تبنّاه غير واحد من الأعلام، كالمحقق النائيني تدّس؛ حيث قال: بأن اللزوم في النكاح حكمي لا حقي، كما يكشف عنه عدم مشروعية الإقالة فيه؛ فإنها والخيار توأمان، وما لم يكن حقياً لم يأت فيه شرط الخيار[1].

وقد أوضحه المحقق الإيرواني تدّس ببيان مقدمتين:

الأولى - وهي الكبرى - أن العقد الذي يدخل فيه الفسخ والخيار هو الذي يكون الاختيار فيه للمتعاقدين حدوثاً وبقاء، لا حدوثاً فقط، ومعنى ذلك أن يكون كل واحد منهما مالكاً لالتزام الآخر، كما في البيع؛ فإن كل واحد من المتبايعين يعطي التزامه للآخر فيملكه، وأما النكاح فليس فيه تمليك التزام، فهو وإن كان إحداثه باختيار الزوجين إلا أنه ليس

(١) منية الطالب ٣: ١٠٤.

باختيارهما بقاء حتى يقع فيه الخيار.

الثانيـة - وهـي الصـغرى - أن الكاشـف عـن كـون العقـد باختيـار المتعاقدين وعدمه هو دخول الإقالة فيه وعدمه، فإن كان مما تدخل فيـه الإقالة فهو باختيارهما، وإن لم تدخل فيه لم يكن باختيارهما، والنكاح لا تدخله الإقالة فلا يأتي فيه الخيار[1].

وفيه: أما ما أفاده في الكبرى، فيتوقف على أن حقيقة الفسخ أن يملك كل واحد من الطرفين التزام الطرف الآخر، وهو غير تام؛ لأن الفسخ يقع في النكاح بسبب العيوب الموجبة له، وتخلف شرط البكـارة، أو شـرط الحرية، مع أن الزوجة لا تملك فيه التزاماً لتملكه للزوج.

وأما ما أفاده في الصغرى - وهو الذي أفاده المحقق النائيني تدّس أيضـاً من أن الإقالة والخيار توأمان - فمجرد دعوى لا دليل عليها؛ إذ لا ملازمة عقلية بينهما كما هو ظاهر، ولا شرعية؛ لعدم الدليل الخاص علـى ذلـك، بل ولا الدليل العام من لفظ أو قاعدة أو أصل، والدليل الشرعي لا يخلـو من أحدهما[2].

وأما ما أفاده المحقق النائيني تدّس لبيان التوأمية والملازمة فهـو مركـب

---

(١) حاشية الإيرواني ٣: ١١٣.

(٢) قال بعض حضار مجلس البحث: بأن الاستقراء دليل على هذه الملازمة.

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن الاستقراء في الأمـور الشـرعية - كالاسـتقراء فـي الأمـور التكوينية - غير حجة ما لم يكشف عن العلة الرابطة بين الأفراد، وإلا كان ظنياً، والظـن لا يغني من الحق شيئاً.

من كبرى وصغرى أيضاً.

أما الكبرى فهي: أن اللزوم تارة يكون حقاً وأخرى حكماً، فمتى كان حقاً جاز جعل الخيار فيه، ومتى كان حكماً لم يجز.

وأما الصغرى فهي أن الدال على كون اللزوم حكمياً أو حقياً هي مشروعية الإقالة وعدمها، فإن كان العقد يقبل الفسخ برضا الطرفين كان اللزوم حقياً، وإن لم يقبله كان حكمياً.

وبعبارة أخرى: إن اللزوم إن نشأ من الدليل اللفظي - وهو قوله تعالى : ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ فهو حقي يقبل جعل الخيار، وإن نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكمي لا يقبل جعل الخيار.

وفيه أولاً: أن ما به الامتياز بين الحق والحكم أمران:

الأول: أن الحق يقبل الإسقاط بخلاف الحكم.

الثاني: أن الحق ينتقل للوارث؛ بمقتضى « ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه »، بخلاف الحكم.

ولا ينطبق شيء منهما على اللزوم في العقد؛ إذ ليس لزوم العقد مما يقبل الإسقاط، كما لا يقبل الانتقال بالإرث، فقوام الحقية قبول هذين الأمرين، واللزوم لا يقبلهما وإن كان يصح فسخ العقد برضا الطرفين، فالفسخ شيء، والإسقاط شيء آخر.

وثانياً: أن قوله: إن اللزوم إن كان ناشئاً من ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ فهو حقي،

وإن كان ناشئاً من العنوان فهو حكمي، ففيه احتمالان ناشئان من أن في الآية موضوعاً وهو « العقود »، وحكماً وهو « أوفوا »، والاحتمالان هما:

الأول: أن يكون المراد أن اللزوم الناشئ من ﴿أَوْفُواْ﴾ حقي.

وفيه: أن في الآية مبنيين:

أحدهما: أنها تدل على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء الملازم للحكم الوضعي، وهو ليس بحق ولا يقتضيه، بمعنى أنها لا تفيد حصول الحق الذي لصاحبه الإسقاط والإرث.

وثانيهما: أنها إرشاد إلى اللزوم، بمعنى أن العقود لازمة، وهو لا يقتضي الحق؛ لكونه أعم؛ فإنه يجتمع مع الحق ويفترق عنه.

الثاني: أن اللزوم ناشئ من العقدية، وكل ما ينشأ منها فهو حقي بخلاف الناشئ من العنوان فهو حكمي، وهو الأنسب بالمطلب.

وله وجه، إلا أنه يشكل بأن العقد - سواء كان بمعنى الالتزام المربوط بالتزام آخر، أي الإيجاب المربوط بالقبول، أو كان بمعنى العهد المشدَّد - لا ملازمة بينه وبين الحقية؛ إذ أي ملازمة بين العقد بما هو عقد وبين كونه حقاً؟!

وعليه فالدعوى سواء كانت أن منشأ الحقية هي ﴿أَوْفُواْ﴾، أو هي العقدية، فهي مجرد دعوى بلا دليل.

إشكال المحقق الخوئي على جريان الشرط في النكاح

ذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى أن شرط الخيار في النكاح فاسد

ومفسد حتى لو لم نقل بإفساد الشرط للمشروط في غير المقام؛ لأن الأمر هنا يختلف؛ وذلك لأن النكاح في الشريعة الإسلامية على نحوين: النكاح المنقطع، والنكاح الدائم، والنكاح بشرط الخيار خارج عن كليهما فيفسد.

أما خروجه عن النكاح المنقطع؛ فلأنه المؤقت بأجل مسمى، والنكاح بشرط الخيار غير مؤقت بأجل مسمى.

وأما خروجه عن النكاح الدائم؛ فلأنه غير المؤقت بشيء، والنكاح بشرط الخيار مؤقت بعدم الشرط؛ فإن مرجع الاشتراط في العقود إلى تضييق دائرة المُنشأ وجعله على قسم خاص وكونه مقيّداً بعدم الفسخ، فتكون الزوجية محدودة إلى زمان الفسخ فتتنافى مع الدوام قهراً.

وإذا خرج هذا النحو من النكاح عن القسمين المذكورين كان الشرط مخالفاً للشرع فيكون فاسداً، ويكون مفسداً للنكاح؛ لعدم تشريعه أصلاً.

نعم، لو كان التوقيت بما وقّت به الشارع كالطلاق، والعيوب الخمسة فلا مانع منه؛ فإنه أمر تعبدي بحيث لو صرّح الزوجان من الأول به فقالت المرأة: زوجتك نفسي إلى أن تطلقني أو إلى أن يظهر عيب من العيوب لكان صحيحاً أيضاً[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٧٢.

المناقشة في كلام المحقق الخوئي

وهذا الوجه - على قوته - إلا أنه مدخول:

أولاً: بأن هناك فرقاً بين انحصار المعهود في الشريعة في هذين القسمين، وبين انحصار المشرَّع في الشريعة فيهما، والمفيد في الاستدلال إثبات المعنى الثاني؛ لأنه يحمل الإثبات لهما والنفي عن ما عداهما، ولكنه لا دليل على هذا الانحصار إلا ما ربّما يظهر من موثقة عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث: « إن سمّي الأجل فهو متعة، وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات »[1].

كما ذكرها في الوسائل في الباب العشرين من أبواب المتعة، وهي جزء من حديث ذكر صدره في الباب التاسع عشر وهو: « ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز »[2].

ولكنها ناظرة إلى ذكر الأجل من حيث الزمان، وعدم ذكره من هذه الحيثية.

وبعبارة أخرى: إن مدلول الرواية هو أن المؤقت بوقت خاص كيوم وشهر وشهرين متعة، وغير المؤقت بوقت خاص من حيث الزمان نكاح بات.

وبما أن النكاح بشرط الخيار غير مؤقت من حيث الزمان؛ إذ لم يسمّ

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث٢.

فيه الأجل؛ فإن جعل الخيار ليس تسمية له، فيكون باتاً، فلا تدل الرواية على مطلوب المحقق السيد الخوئي قدس سره.

وثانياً: سلمنا بأن هذا النوع من النكاح خارج عن كلا القسمين، ولكن النصوص الشرعية إنما تثبت - بحسب الاستقراء - شرعية القسمين، ولا مفهوم لها لتنفي شرعية النكاح بشرط الخيار.

نعم، هو غير معهود في الشريعة، ولا يوافق ما في النصوص الخاصة، وعدم معهوديته شيء، وعدم شرعيته شيء آخر، وعدم موافقته لما ثبت من النصوص إنما يقتضي فساده في ما لو لم يوجد دليل عام يدل عليه؛ فإن الأصل في المعاملات الفساد، وأما إذا وجد الدليل العام عليه فهو حاكم على الأصل، والعموم موجود في المقام وهو « المؤمنون عند شروطهم » مع ضمٍّ استصحاب العدم الأزلي إليه.

توضيح ذلك: أن شرط الخيار - كسائر الشروط في سائر المعاملات - ينطبق عليه عنوان العام بلا إشكال، ولا مانع من التمسك به إلا أحد أمرين: مخالفته لمقتضى العقد، أو مخالفته للكتاب والسنة؛ لاستثناء المخالف لهما من تحت العموم.

أما الأول فمنتفٍ قطعاً؛ لعدم مخالفة شرط الخيار لمقتضى عقد النكاح، بل أخذه فيه فرع ثبوته، فهو مؤكد له لا نافٍ؛ فإن المخالف لمقتضى العقد من قبيل البيع بشرط عدم الثمن.

وأما الثاني فهو منتفٍ بالأصل؛ وذلك لأنا نشك في كون هذا الشرط

مخالفاً لهما، فنجري استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما بالأصل الأزلي، فيتنقح موضوع الدليل العام، وهو الشرط الذي لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، فلا يقع فاسداً.

فتحصل إلى هنا: أن جميع الإشكالات التي أوردت على شرط الخيار في النكاح مندفعة، فلا يبقى إلا الإجماع، وهو قوي لولا أنه مدركي[1]، فمقتضى القاعدة صحته، ولكن الاحتياط في مقام الفتوى يقتضي عدم اشتراطه فيه هروباً عن مخالفة الإجماع[2].

القسم الثاني: ما اختلف في دخول الشرط فيه

وهو أمور، منها:

---

(١) قال السيد العاملي تغمده الله في مفتاح الكرامة ١٤: ٢١٨: (أمّا النكاح فلا يجري فيه خيار أصلاً إجماعاً كما في الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك؛ لمشاكلته العبادة، وابتنائه على الاحتياط التامّ، وسبق التروّي فيه على العقد، وتوقّف رفعه على رافع مخصوص فلا يرتفع بغيره).

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظله - في مقام الجواب على سؤال بأن سيرة المتشرعة قائمة على عدم شرط الخيار في النكاح كما هو الحال في الطلاق - ما حاصله: إن بين الطلاق والنكاح فرقاً؛ فإن السيرة ثابتة في الطلاق، وأما في النكاح فالسيرة وإن كانت ثابتة إلا أنها مستندة إلى فتاوى الفقهاء فلم يحرز اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام فلا تفيد.

وأما دعوى استفادتها من أدلة حصر أسباب الفسخ بالعيوب، من قبيل: لا ترد الزوجة إلا من هذه العيوب.

فمدفوعة بأن هذا الحصر إضافي بالنسبة إلى العيوب لا مطلقاً، أي أن النكاح لا يفسخ إلا من هذه العيوب الخمسة، لا من غيرها من سائر العيوب، وليس الحصر حقيقياً لينتفي الفسخ بشرط الخيار.

الوقف

واختلف فيه، فقيل إنه من العقود، وقيل إنه من الإيقاعات، وقيل بالتفصيل بين الوقف الذي نتيجته التمليك وبين الوقف الذي لصرف المنفعة.

فإن قلنا بأنه من الإيقاعات، وأن الإيقاعات مطلقاً لا يدخلها الشرط فلا بحث فيه.

وأما إذا قلنا بأنه من العقود، أو قلنا بأنه من الإيقاعات ولكن لم نقل بعدم دخول الشرط في الإيقاعات مطلقاً فيقع البحث في دخول الشرط فيه، وقد استدل للقول بعدم دخوله فيه بعدة وجوه:

أدلة عدم دخول الشرط في الوقف

الوجه الأول: أنه يعتبر فيه القربة، وما كان لله تعالى لا يقبل الرجوع.

وفيه: أولاً: أن مقتضى الإطلاق عدم اعتبار قصد القربة في الوقف، وإنما يعتبر في الصدقة، وهي أعم من الوقف؛ فإنه إن قصد به القربة كان صدقة، وإن لم يقصد به كان وقفاً لا صدقة.

وثانياً: أنه على فرض اعتبار قصد القربة في الوقف، فهل ينافيه شرط الخيار؟

هذا ما سيأتي في البحث في الصدقة إن شاء الله تعالى.

ولو شك في الاعتبار وعدمه كانت المسألة من صغريات بحث

التعبدي والتوصلي المبحوث في الأصول[١].

الوجه الثاني: أن الوقف فك ملك بغير عوض، فلا يقبل شرط الخيار

وفيه: أولاً: أن الوقف وإن اختلف في حقيقته إلا أن الموافق لأقوال الفقهاء وما في النصوص أنه ليس فكّ الملك، وإنما هو تحبيس العين وتسبيل الثمرة، وهو الموافق للمفهوم من كلمة الوقف؛ فإن وقف الأرض جعلها متوقفة عن التصرفات فيها بالبيع والهبة وما شاكل ذلك، ويستلزم ذلك الملكية أحياناً، كالوقف على الذرية، وعلى العناوين كالوقف على العلماء؛ فإنه تمليك للعنوان نظير الفقراء في الزكاة، وأما الوقف على مثل أن يصرف في عزاء سيد الشهداء عليه السلام فليس لازمه التمليك.

فالمنشأ في الوقف ليس هو فك الملك، وإنما هو حبس العين ولازمه أحياناً الخروج عن ملكيته وتمليك الآخر.

---

(١) **قال** بعض الحضار: يمكن الاستدلال بروايات أوقاف الأئمة عليهم السلام؛ فإنهم ذكروا القربة، ويشير إلى مثل ما ورد في الوسائل، الباب١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث٣: عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: بعث إلي بهذه الوصية أبو إبراهيم عليه السلام: « هذا ما أوصى به، وقضى في ماله، عبد الله علي، ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة، ويصرفني به عن النار، ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه، وتسود وجوه: إن ما كان لي من مال بينبع، يعرف لي فيها وما حولها صدقة.....».

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله: بعدم المنافاة لما قلناه؛ لأنا قلنا بأن الوقف على قسمين: ما يقصد به التقرب فيسمى صدقة، وما لا يقصد به فهو وقف لا صدقة، فلا تدل الرواية وأمثالها على اشتراط القربة في جميع الأوقاف كما هو المدّعى.

وثانياً: سلّمنا بأن الوقف فكّ الملك، بمعنى ارتفاع وزوال إضافة الملكية التي بين المالك والمملوك، إلا أنه لا يلازمه عدم جواز اشتراط خيار الفسخ، فلا بدّ من إقامة الدليل - عقلاً أو شرعاً - على عدم جواز إرجاع الملك إلى مالكه بعد انفكاكه عنه، فالطلاق مثلاً فك العلقة الزوجية ولكنها ترجع في الطلاق الرجعي بالرجوع، فلتكن الملكية كذلك.

نعم، جواز الرجوع بعد الانفكاك - كعدم جوازه بعده - يحتاج إلى إثبات، وذلك أمر آخر، أي ليس من جهة كونه فكّ ملك فلا يقبل الرجوع.

الوجه الثالث: موثقة إسماعيل بن الفضل

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث »[1].

فإن المستفاد من جملة « ترجع إلى الميراث » أن الوقف غير قابل لشرط الخيار، إلا أن الشيخ قدس سره تأمّل في دلالتها على المدّعى، وهو الحق، ووجه التأمل أمران:

أحدهما: أن الرجوع في الرواية مشروط بشرط النتيجة، ومحل الدعوى شرط الفعل، وبين مورد الرواية ومورد البحث اختلاف

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٠، الحديث ٦١٢.

موضوعي.

وثانيهما: أن في الرواية شبهة الوقف على النفس، كما ربما يستفاد ذلك من قوله: (إن احتجت إليها فأنا أحق بها)، والمدّعى أن يوقفه على الغير ويكون له السلطنة على الإرجاع.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي

وحاصله: (أن الوقف على قسمين:

١- أن يكون تحريراً وفكّاً للملك كالمساجد ونحوها، فهو مثل العتق، فيكون من الأمور العدمية، فبالوقف يعدم الملكية ويفكّها ويجعلها محررة، ويجري فيه جميع ما ذكرناه في الطلاق والعتق والإبراء، فلا يمكن جعل الخيار فيه؛ لكونه منافياً لمفهوم التحرير بحسب الارتكاز العرفي؛ فإنه لا معنى للتحرير مع كونه مختاراً في إرجاعه إلى ملكه.

٢- ما كان من قبيل التمليك كالأوقاف الخاصة، والظاهر أنه مبني على أن التأبيد مأخوذ في حقيقة الوقف أم لا، فإنه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط؛ لكون الاشتراط مناقضاً للوقف؛ لأن الوقف يقتضي التأبيد، والاشتراط يقتضي التوقيت، بناء على ما ذكرناه من رجوع الشرط إلى تضييق دائرة المنشأ، وهما لا يجتمعان، واعتبار التأبيد حتى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح.

وأما بناء على عدم أخذ التأبيد في الوقف والقول بجوازه سنة، نظير السكنى والرقبى، فلا بدّ من تنقيح هذه الكبرى وأن التأبيد مأخوذ في

الوقف أم لا)[١].

وفيه: أن المراد من فكّ الملكية إن كان هو الفك عن إضافة المالك فلا يتنافى مع شرط الخيار، فهو وإن خرج عن ملكه بالوقف إلا أن له عوده بالشرط.

وإن كان المراد الفكّ عن حقيقة الملكية ففيه:

أولاً: أنه ينقض عليه بالعتق؛ فإنه أظهر مصاديق التحرير، وصيغته: أنت حر، ومصدره الحرية، ومع ذلك ورد النص بجواز اشتراط الرجوع.

وثانياً: أن إرجاع أي عنوان لآخر يحتاج إلى دليل وليس أمراً جزافياً، ومفهوم التحرير يغاير مفهوم الوقف، والمنشأ في كل إنشاء يتوافق مع مفهوم المنشأ، فالمنشأ في باب البيع التمليك بعوض، بلفظ ملكتك أو بعتك، والمنشأ في باب الصلح المصالحة بإيجاب صالحتك، وفي باب النكاح هذا المفهوم بلفظ أنكحتك أو زوجتك، ومفهوم الوقف هو الحبس، كما عليه النص وأقوال الفقهاء، وقد عرّفه هو أيضاً به في منهاجه فقال: (وهو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة)[٢]، وهو مغاير لمفهوم التحرير، فكيف أرجعه إليه؟!

ثم إن صيغة الإنشاء في موارد الوقف كلها هي (وقفت)، سواء أكان

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٧٢ - ٢٧٣.

(٢) منهاج الصالحين ٣: ٢٦٢، بتعليقة سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله، باب الوقف.

الوقف على الذرية أم جعل الأرض مسجداً، وليس اللفظ مشتركاً بينهما، بمعنى أن الوقف على الذرية يكون بمعنى تمليكهم، ووقف المسجد يكون بمعنى التحرير، فإرجاع وقف المسجد ونحوه إلى التحرير ممنوع إنشاء ومنشأ.

نعم، لازمه التحرير؛ لأنه سيبقى المال بلا مالك، وهو لازم المسجدية، وبين هذا المعنى والدعوى بون بعيد.

فالحق أن المسألة تبتني على اعتبار التأبيد في الوقف، فإن قلنا باعتباره - كما هو الحق - كان شرط خيار الإرجاع منافياً له، سواء أكان الشرط محدّداً لدائرة الوقف من حين الإنشاء، فيكون المنشأ من الأول هي الوقفية المحدودة، أم لم يكن محدّداً لها؛ فإن اشتراط خيار الإرجاع منافٍ للتأبيد، بلا فرق بين موارد الوقف من حيث كونه تحريراً كما في المسجد، أو تمليكاً كالوقف على الذرية.

الصدقة

ومنها الصدقة، فقد اختلف في كونها عقداً أو إيقاعاً؛ فإنها في موارد التمليك هبة إلا أنه يشترط فيها قصد القربة، ولكنها في بعض الموارد ليست بعقد كالأموال التي تعطى للصرف على مواكب سيد الشهداء عليه السلام.

وأيّاً كانت الصدقة - عقداً أو إيقاعاً - فهل يجوز فيها شرط الخيار أو لا؟

قال السيد الفقيه اليزدي قدس سره: (والتحقيق: أنه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار؛ لأن إخراجه للمال ليس على كل تقدير،

والإخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقة، فالرجوع إنّما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك، لا مثل المقام، فتدبّر)[1].

وظاهر كلامه قدس سره أن الإخراج في الصدقة مع شرط الخيار ليس على كل تقدير فلا يكون الفسخ بالخيار رجوعاً في الصدقة، وهو غير قابل للقبول؛ وذلك:

أولاً: لأن حقيقة الخيار - سواء أقلنا بمقالة الشيخ قدس سره من كونه ملك فسخ العقد وعدمه، أم بمقالة الآخوند قدس سره ومن تبعه من أنه ملك فسخ العقد وإبرامه - هي ملك فسخ العقد، وفسخ العقد فرع تحقّقه، فما لم يتحقق العقد على كل تقدير لم يكن سبيل إلى الفسخ.

وعليه فالقول بأن المال في الصدقة مع شرط الخيار لم يخرجه عن ملكه على كل تقدير غير معقول؛ لأن إخراجه عن ملكه فيها إما أن يكون مهملاً أو معلّقاً، والأول غير متصور، والثاني تعليق في التمليك وهو مبطل له.

وثانياً: أنه إذا لم يخرجه عن ملكه على كل تقدير مع وجود الخيار، فمعناه أنه لم يتحقق العقد، ومع عدم تحققه لا يعقل الفسخ.

والحق: أن شرط الخيار متقوّم بإخراج المال، وإرجاعه لا يكون إلا

---

(١) حاشية المكاسب للسيد قدس سره ٢: ٥٠٤ - ٥٠٥.

بعد خروجه، والصدقة - سواء أكانت عقداً أم إيقاعاً، وسواء أكانت في موارد التمليك أم في موارد الصرف - إذا كانت قربة إلى الله تعالى فشرط الخيار فيها مخالف للنصوص الدالة على أن ما جعل لله ﷻ فلا رجعة فيه[١]، فلا يصح الشرط شرعاً وإن لم يمتنع عقلاً.

الصلح

ومنها الصلح، وقد تقدّم من الشيخ تدثّر التفصيل فيه؛ إذ هو على نحوين: معاوضي فيقع فيه الشرط، وما يفيد فائدة الإيقاع كالذي يفيد فائدة الإبراء فلا يدخل فيه الشرط، وقد أحال المقام إلى ما تقدم[٢].

وذهب المحقق السيد الخوئي تدثّر إلى أن الصلح إذا كان لإسقاط الدعوى كان مثل الإبراء فلا يدخل فيه الشرط؛ لاعتبار التأبيد في الإبراء والشرط منافٍ له[٣].

وفيه: أن حقيقة الإبراء هو إفراغ ذمة الغير مما اشتغلت به، وجعلها بريئة منه، فما هو المحذور في وقوع هذا المعنى مشروطاً؟

إن كان عقلياً فلا نعرف إلا قاعدة استحالة إعادة المعدوم، إلا أنها تامة في الأمور التكوينية، لا الاعتبارية، فلا تفيد في المقام، فيمكن أن يعتبر

---

(١) منها: ما في الوسائل، الباب١١ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث١:
عن الحكم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «... إنما الصدقة لله عز وجل ، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه.. ».

(٢) المكاسب ٥: ١٥٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ٢٨٧.

سقوط الدين عن ذمة المديون، ثم يعتبر إعادته فيها.

وإن كان عرفياً فالعرف على خلافه كما يشهد له بيع الدين على من هو عليه؛ فإنه لا ثمرة له إلا الإبراء وسقوط ما في الذمة، ولا إشكال في قبوله لشرط الخيار كغيره من البيوع، وهذا أقوى شاهد على قبول الإبراء لشرط الخيار عرفاً وشرعاً.

فما أفاده الشيخ قدس سره والمحقق السيد الخوئي قدس سره محل تأمل وإشكال.

عقد الضمان

ومنها عقد الضمان، ومعناه عند العامة: (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه)، وعند الخاصة (نقل الدين الذي في الذمة إلى ذمة أخرى)[1].

وعليه فإن قلنا بأن شرط الخيار لا يدخل في الإبراء؛ فإنه لا يقبل الرجوع؛ لاعتبار التأبيد فيه، وتقوّمه به، فكذلك القول في الضمان؛ لبراءة ذمة المضمون عنه بعد الانتقال للضامن.

---

(١) قال العلامة رحمه الله في التذكرة ١٤: ٢٧٩: (والضمان عندنا مشتقّ من التضمّن ؛ لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ .

وقال بعضهم : إنّه مشتقّ من الضمّ ، فإنّ الضامن قد ضمّ ذمّته إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحقّ ، فيثبت في ذمّتهما جميعاً ، فلصاحب الحقّ مطالبة مَنْ شاء منهما).

وأخرج محقق الكتاب القول الثاني عن المغني والشرح الكبير ٥ : ٧٠ .

وإن قلنا بعدم تقوّم مفهوم الإبراء بالتأبيد، بل هو على قسمين؛ إذ تارة لا يشترط فيه الخيار فيكون له دوام، وأخرى يشترط فيه فلا يكون له دوام، فهو ينقسم إلى مؤقت محدود، ودائمي أبدي، فلا محذور في شرط الخيار فيه.

فالمسألة في هذا العقد، ومثله الصلح والإبراء تدور مدار كون الشرط هل هو مخالف لمقتضى نفس المنشأ أو لا ؟ وهل هو مخالف للكتاب والسنة أو لا ؟ فإن خالف الأول كان باطلاً لمناقضته لمقتضى العقد، وإن خالف الثاني كان باطلاً لمخالفته للكتاب والسنة، وما لم يخالف شيئاً منهما فلا يكون باطلاً، مع ملاحظة ضمّ أصالة عدم المخالفة في الثاني.

والحق عدم مخالفة شرط الخيار لمقتضى الضمان ولا للكتاب والسنة.

عقد الرهن

ومنها عقد الرهن، واختلف في جواز شرط الخيار فيه على أقوال ثلاثة:

القول الأول: عدم قبوله له مطلقاً.

القول الثاني: قبوله له مطلقاً.

القول الثالث: التفصيل بين كون الرهن استيثاقاً وجعل الرهن وثيقة، وبين كونه حبس المال على الدين، فلا يقبل الشرط في الأول ويقبله في الثاني.

وقد ذهب المحقق الأصفهاني تغمّده الله إلى الأول واستدل على ذلك: بأن حقيقة الرهن - سواء أكانت العين المرتهنة وثيقة للدائن، أم كانت

محبوسة على الدين ليستوفي منها الدين عند امتناع المديون، ولئلا يضرب معه الغرماء - حقيقة آبية عن دخول شرط الخيار فيها؛ لأن الاستيثاق وشرط السلطنة على رفع الاستيثاق متنافيان، كما أن قصد جعل العين محبوسة على الدين، وقصد الالتزام بحلّ المحبوسية قصد أمرين متنافيين[1].

وذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى أن الرهن وإن كان وثيقة إلا أنه وثيقة للدين بمعنى وصله وشدّه به، فلا مانع من أن يجعل لنفسه الخيار في رفع هذا الشدّ متى أراد؛ لعدم التنافي بين مقتضى الرهن وجعل الخيار فيه، فالرهن متصل بالدين، وبعد الفسخ يبقى الدين كالحال الذي لا رهن فيه.

وبعبارة أخرى: إن حقيقة الرهن هو شدّ المال بالدين وربطه به، وحقيقة الخيار السلطنة على حلّ هذا الشدّ، فلا تنافي بين الرهن وشرط الخيار[2].

والتحقيق في المسألة: أنا إذا رجعنا إلى كلمات اللغويين رأيناها مختلفة، وبينها قدر مشترك، فعرّف الرهن في بعض الكلمات بالدوام، فنعمة راهنة، أي ثابتة دائمة، وفي بعضها بالحبس، وقد جاء بهذا المعنى

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢٣٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٨٨.

فـي الآيـات والروايـات، كقولـه تعـالى: : ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [(١)]، أي محبوس بعمله، وفي الحديث: « إن أنفسكم مرهونة بأعمـالكم ففكّوهـا باستغفاركم »[(٢)].

وفي بعض كلمات اللغويين عبّر بالوثاقة والاستيثاق والمال المرهـون وثيقة للدين، والاختلاف بين اللغويين أوجـب الاخـتلاف بـين الفقهـاء، فبعضهم عرّفه بالاستيثاق، وآخرون بـالحبس، وقـالوا بـأن الوثاقـة ثمـرة للرهن لا أنها هو.

فإن قلنا بأن الرهن هو جعل العـين وثيقـة، فيكـون الاسـتيثاق مقوّمـاً للمفهوم كان الحق مع المحقق الأصفهاني تدّس؛ فإن شـرط الخيـار يكـون مخالفاً لمقتضى العقد حينئذ.

وإن قلنا بأنه شدّ الدين بالمال وربطه به، وثمرتـه كـون العـين وثيقـة للدائن فالحق مع المحقق السـيد الخـوئي تدّس؛ إذ لا منافـاة بـين الشـرط والرهن حينئذ؛ فإن الشدّ علـى قسـمين: شـدّ باسـتحكام، وشـدّ بدونـه، فيكون الشرط مشمولاً إلى « المؤمنون عند شروطهم ».

ولكن الإشكال في ما أفاده تدّس أنه لا شاهد عليه من اللغة ولا العـرف، وأما ما استشهد به من قولـه تعـالى: ﴿فَشُدُّوا الْوَثَاقَ﴾ [(٣)] فغيـر مفيـد؛ لأن الشدّ الوثيق هو المحكم الذي لا يقبل التزلزل؛ فإنـه أشـرب الاسـتحكام

---

(١) سورة الطور: ٢١.

(٢) الوسائل، الباب١٨ من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث٢٠.

(٣) سورة محمد: ٤.

في أصل معنى الوثاقة بهيئاتها المختلفة من الوثاق والوثيق والواثق والثقة والموثق، فالجمع بين كون معنى الوثاقة موجوداً في الرهن وبين جواز الشرط جمع بين المتنافيين.

فما ينبغي تحقيقه هو إثبات أخذ الوثاقة في مفهوم الرهن وعدمه، والمرجع النهائي في ذلك إلى ما يستظهر من الآيات والروايات، والمستفاد منها دخلها في مفهومه، فمن الآيات قوله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾[1]، و﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[2]؛ فإن الظاهر منها أن كل نفس في شدّة مما أتت بحيث يكون التخلّص منه في غاية الصعوبة، لا أنها مرتبطة بأمر سهل الزوال.

ومن النصوص:

١- صحيحة عبد الله بن سنان - في حديث - قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً، قال: « نعم استوثق من مالك »[3].

٢- موثقة سماعة أنه سأله - يعني أبا عبد الله عليه السلام - عن الرهن يرهنه الرجل في سلم إذا أسلم في طعام أو متاع أو حيوان، فقال: « لا بأس بأن

---

(١) سورة الطور: ٢١.

(٢) سورة المدثر: ٣٨.

(٣) الوسائل، كتاب الرهن، الباب١، الحديث١.

تستوثق من مالك »[١].

٣- صحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن، فقال: « نعم، استوثق من مالك ما استطعت »[٢].

٤- معتبرة يعقوب بن شعيب، قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل تمر أو حنطة أو رمان، وله أرض فيها شيء من ذلك فيرتهنها حتى يستوفي الذي له، قال: « يستوثق من ماله »[٣].

٥- رواية معاوية، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في الحيوان ويرتهن الرهن، قال: « لا بأس، تستوثق من مالك »[٤].

ولا إشكال في سند هذه الرواية الأخيرة إلا من جهة إسماعيل بن مرار؛ فإنه محل بحث بينهم[٥].

---

(١) الوسائل، كتاب الرهن، الباب١، الحديث٣.

(٢) الوسائل، كتاب الرهن، الباب١، الحديث٤.

(٣) الوسائل، كتاب الرهن، الباب١، الحديث٥.

(٤) الوسائل، كتاب الرهن، الباب١، الحديث٩.

(٥) قال المحقق السيد الخوئي قدس سره في معجم الرجال ٤: ٩٦: (إسماعيل بن مرار: روى عن يونس بن عبد الرحمن، وروى عنه إبراهيم بن هاشم. رجال الشيخ ، في من لم يرو عنهم عليهم السلام (٥٣) .

وفي وثاقة الرجل خلاف، فذهب بعضهم إلى ذلك؛ لأجل أن محمد بن الحسن بن الوليد قال: كتب يونس بن عبد الرحمن التي هي بالروايات كلها صحيحة معتمد عليها، إلا ما ينفرد به محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس، ولم يروه غيره، فإنه لا يعتمد عليه ولا

فهذه روايات فيها الصحيح والموثق والمعتبر، وكان السؤال فيها عن جواز الرهن في بيع السلف فأجاب الإمام عليه السلام بالجواز، وعقب بقوله: « استوثق من مالك ».

ولا يخرج مدلول هذه الروايات عن أحد أمرين، إما أن كون الرهن هو أخذ الوثيقة للدين، أي أن حقيقته هو الاستيثاق للدين، وإما كونه حقيقة لازمها الاستيثاق للدين، وشرط الخيار منافٍ له على كلا التقديرين، أما على التقدير الأول فهو منافٍ لحقيقة الرهن، وأما على الثاني فمنافٍ للازمه؛ إذ مع جواز الشرط وأخذه يكون للمديون حق الرجوع متى ما أراد فلا يحصل الاستيثاق للدين؛ فإنه لا يحصل للدائن إلا إذا كان المال محبوساً عنده، فإن أدّى المديون دينه فهو وإلا استوفاه من الرهن، ومع تزلزله وإمكانية رجوع المديون فيه لا يحصل الوثوق باستيفاء الدين منه.

ومع استظهار أن الاستيثاق مقوّم للرهن يكون شرط الخيار منافياً

يفتى به، ذكره الشيخ في ترجمة يونس (٨١٠).

أقول: إن إسماعيل بن مرار تبلغ رواياته عن يونس، أو يونس بن عبد الرحمن مائتين وزيادة، فالظاهر أن رواياته هي من كتب يونس، ومقتضى كلام ابن الوليد أن هذه الروايات صحيحة معتمد عليها، لكن قد تقدم في المدخل أن تصحيح القدماء لرواية لا يدل على وثاقة الراوي ولا على حسنه.

نعم، الرجل ثقة لوقوعه في إسناد تفسير علي بن إبراهيم كما تقدم بعنوان إسماعيل ابن ضرار، وإسماعيل بن فرار، ويأتي في إسماعيل بن مهران).

لمقتضى الرهن فيكون فاسداً بالضرورة.

ولو لم نستظهر ذلك فلا أقلّ من احتمال مدخلية الاستيثاق في حقيقة الرهن، ولا محيص عن هذا الاحتمال بعد مراجعة الروايات المتعدّدة المعتبرة، فيأتي الكلام في إمكان التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » وعدمه، فنقول:

إن الحديث يشمل جميع الشروط ما عدا الشرط غير المقدور، والمخالف لمقتضى العقد، والمخالف للكتاب والسنة، والشبهة في ما نحن فيه أنه شرط مخالف لمقتضى العقد، وهذه الشبهة تختلف عن شبهة كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة من جهتين:

الجهة الأولى: أن الشرط المخالف للكتاب والسنة فاسد، ولكن اقتضاء فساده فساد العقد محل خلاف بينهم، فبعض ذهب إلى اقتضائه له، وآخرون - وهو الحق - إلى عدم اقتضائه له، وسيأتي بحثه في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

وأما الشرط المخالف لمقتضى العقد فهو يقتضي فساد العقد قولاً واحداً؛ لأن بطلانه ناشئ من جهة التناقض في القصد؛ إذ يستحيل أن يحصل القصد الجدّي لمضمون العقد ولما يخالفه في وقت واحد؛ لاستحالة تعلّق القصد بالمتناقضين، وتعلّقه بأحدهما المعيّن ترجيح بلا مرجّح، وتعلّقه بأحدهما المردّد محال؛ لأن المردّد لا ماهية له ولا هوية، فلا يتعلّق به القصد، فيكون العقد نفسه باطلاً.

الجهة الثانية: أن في شبهة كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أصلاً

محرزاً لعدم المخالفة، وهو استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما، فيجري ويتمّ موضوع حديث « المؤمنون... »، بخلاف شبهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد؛ فإنه لا أصل يحرز عدمه؛ لبطلان أصالة عدم كونه مخالفاً له؛ فإنه مع احتمال كونه مخالفاً له يدور أمر الواقع بين أحد أمرين إما أنه مخالف له، أو ليس مخالفاً له، فإن كان الأول لم يتحقّق العقد، وإن كان الثاني تحقّق، وإنما قلنا بدوران الواقع بينهما؛ لأنه كما لا يعقل اجتماع المتناقضين فكذلك لا يعقل احتمال اجتماعهما كما قرّر في محله، فلا يعقل أن يتحقق العقد مع مخالفة الشرط لمقتضاه.

وعليه فيرجع الشك في كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد إلى الشك في تحقّق العقد وعدم تحقّقه، والأصل عدم تحقّقه.

أو فقل: إما أننا نحرز عدم وجود الأصل المحرز لما وقع، أو أننا نشك - على الأقلّ - في تحقّق العقد، فيكون الأصل عدم تحقّقه.

وهذا أصل مهم تبتني عليه ثمرة مهمة، ويأتي في جميع المسائل المتقدمة، فإنّا إذا احتملنا دخل الأبدية في حقيقة الإبراء، ودخل الدوام في حقيقة الطلاق، فلا شكّ أن شرط الخيار منافٍ لهما على تقدير مدخليتهما فيهما، فإذا شككنا في مدخليتهما رجع الشك إلى وقوع أصل الإبراء والطلاق والأصل عدم تحققهما.

والنتيجة إلى هنا: أن المستفاد من الروايات المعتبرة أن الاستيثاق مقوّم لحقيقة الرهن، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد، فلو أخذ

فيه كان العقد باطلاً.

ولو لم نستظهر مدخلية الاستيثاق في الرهن فلا أقلّ من احتمالها، فيبطل أيضاً؛ لأن الشك في مدخليته يولّد الشك في تحقق أصل العقد، والأصل عدمه، ولا يمكن التمسك بعموم « المؤمنون »؛ لعدم الأصل المحرز لكونه غير مخالف لمقتضى العقد.

بيع الصرف

ومن جملة ما عدّه الشيخ قدس سره مما اختلف فيه بيع الصرف؛ ولا وجه فنيّاً يعتمد عليه لنفي أخذ الشرط فيه، وما قيل: من أن المقصود من اعتبار التقابض في بيع الصرف والسلم أن يفترقا ولم يبقَ بينهما علقة ولو أثبت الخيار بقيت العلقة[1].

فهو أشبه بالخطابة منه بالبرهان؛ فإن غايته أن التقابض في بيعهما شرط للصحة وإذا تمّ صار البيع لازماً، فهو كسائر البيوع مع تمامية شرائط صحتها؛ فإنها تكون لازمة حينئذ، ولا يمنع ذلك من دخول شرط الخيار فيها، فلا وجه للتفريق بين بيع الصرف وغيره من سائر البيوع.

القسم الثالث: ما يدخله الشرط بالاتفاق

وهو أقسام البيع ما عدا الصرف، ومطلق العقود المعاوضية المنجزة كالإجارة والمزارعة والمساقاة، والعقود التعليقية كعقد السبق والرماية؛ فإنه لا خلاف في قبولها لاشتراط الخيار.

---

(١) حكاه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥: ١٥٥.

بقيت أمور تعرّض الشيخ قدس سره بعد انتهائه من الأقسام الثلاثة إلى دخول شرط الخيار فيها وعدمه، منها:

دخول خيار الشرط في القسمة

الأول: القسمة، وقد قسمها إلى قولية وفعلية، وقال بتصور دخول شرط الخيار في الأولى دون الثانية، ومن ثَمّ قال بعدم جريان هذا الخيار في المعاطاة؛ لكونها فعلاً، والشرط القولي لا يكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي[1].

نقول: إن القسمة هي عبارة عن إفراز المال المشاع أو المشترك، وهو يحصل بالقول تارة، وبالفعل أخرى، أما بالقول فكأن يشير إلى السهم المعين فيقول: هذا لي، ويشير إلى السهم الآخر المعين ويقول: وهذا لك، وبما أن التقسيم عهد فالالتزام في ضمنه التزام في ضمن العهد والعقد، فيصدق عليه عنوان الشرط؛ لأنه الالتزام في ضمن التزام، وإذا كانت القسمة قولية أمكن أن يكون الالتزام في ضمنها؛ لوجود القول، فيكون شرطاً، وعليه فمقتضى القاعدة صحته؛ إذ تنطبق عليه كبرى « المؤمنون عند شروطهم ».

وإن أنيطت صحة الشرط بقابلية العقد للإقالة فالقسمة مما تقبلها، فيمكن لأحد الشركاء أن يطلب من الآخر الإقالة فيقيله عن رضا منهما.

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٥ - ١٥٦.

وأما بالفعل فكأن تعيّن الأسهم بالفعل، ثم يقترع بينهم فيها، فلا يكون الإنشاء إلا بالفعل دون القول، وقد استشكل الشيخ قدس سره في أخذ الشرط فيها؛ لأن الفعل لا تضمن فيه، فلا يصدق على الالتزام عنوان الشرط الذي هو التزام في ضمن التزام.

وفيه: أن الشرط التزام في ضمن التزام، والالتزام والعهد كما يحصل بالقول يحصل بالفعل، ولا ينحصر بالقول، فيصدق على التقسيم الفعلي مع الالتزام به أنه عهد والتزام، فإذا وقع الربط بينه وبين الخيار صدق عنوان الشرط بلا إشكال؛ فإن المراد من الضمنية المأخوذة في الشرط أن يكون الالتزام مبنياً ومنوطاً ومقيّداً به، وهو يحصل في القول وفي الفعل.

وبذلك ينحل الإشكال في المعاطاة أيضاً؛ فإن الإنشاء تعهد والتزام، كان بالقول أو بالفعل، ولا فرق عقلاً وعقلاء بين إنشاء البيع بالقول وبالتعاطي؛ فإن كليهما التزام بتمليك المال بالعوض .

والحاصل: أن شرط الخيار يدخل في القسمة، قولية كانت أم فعلية.

دخول شرط الخيار في الصداق

الثاني: الصداق، كأن يعطي الزوجة مهراً معيّناً ويشترط الخيار فيه، وقد قيل: بدخول الشرط فيه، وقال الشيخ قدس سره: (لعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوّجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظر)[1]؛ فإن لها فسخ المهر ويبقى النكاح ولها مهر المثل، ووجه النظر

(١) المكاسب ٥: ١٥٦.

يحتاج إلى توضيح مبنى الشيخ قدس سره أولاً فنقول:

إن مبناه قدس سره أن قبول العقد للشرط لا يكون إلا بعد إحراز قابلية العقد له، ولا يصحّح بنفس « المؤمنون عند شروطهم »، فهو يصحّحه بأحد أمرين:

الأول: قابلية العقد للفسخ، أو تشريع الفسخ فيه، فكل عقد شرّع الفسخ فيه فهو يقبل الخيار، وإطلاق دليل الشروط لا يتعرض لقابلية العقد للفسخ، ولهذا قالوا بأنه غير مشرِّع.

الثاني: الإقالة، فكل عقد يقبلها يقبل شرط الخيار، وكل عقد لا يقبلها لا يقبله، وهو الذي ارتضاه المحقق النائيني قدس سره، فمن الأول البيع، ومن الثاني عقد النكاح.

والصداق ربّما يقال بقبوله الفسخ؛ فإن للبنت أن تردّ الصداق إذا عيّنه الوليّ وكان دون مهر المثل، فيقال على ضوئه بقبوله لشرط الخيار حينئذ؛ للضابطة السابقة.

ولكن يحتمل أن يكون ردّها للمهر ليس من جهة قابليته للفسخ، بل لأن الوليّ لا تكون له الولاية إلا إذا لم يكن مضاراً، ومع كون المهر دون مهر المثل يكون فعله فضولياً فلها أن لا تمضيه، فيكون ردّها للمهر الذي هو دون مهر المثل إنما هو لقصور ولاية الولي وكون فعله فضولياً، لا لقابلية الصداق للفسخ، وبينهما فرق، ولوجود هذا الاحتمال تنظّر الشيخ قدس سره فيه؛ لعدم كشف الردّ عن الفسخ الكاشف عن قبول شرط

الخيار، وما أفاده الشيخ تدثّل هو الحق[١].

دخول شرط الخيار في العقود الجائزة وعدمه

في دخول شرط الخيار في العقود الجائزة أقوال:

القول الأول: ما يستفاد من السيد الفقيه اليزدي تدثّل في حاشيته، من عدم دخول شرط الخيار فيها؛ لكونها جائزة بالذات، ونتيجة شرط الخيار هي الجواز فيكون جعله لغواً[٢].

القول الثاني: ما يستفاد من كلام المحق الإيرواني تدثّل من أنه يجوز ويكون مؤكّداً لجواز العقد[٣].

القول الثالث: استحالة شرط الخيار في العقد الجائز، لا أنه ممكن ولكنه لغو.

القول الرابع: أنه جائز عقلاً وحاصل شرعاً، ولا لغوية فيه.

وللقائلين بالمنع ثلاثة وجوه:

---

(١) قال بعض حضار مجلس الدرس: إن الصداق ليس بعقد فكيف يقع فيه الشرط؟ فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن هذا يتمّ لو قلنا بأن الشرط هو التزام في ضمن العقد، وأما إذا قلنا بأنه التزام في ضمن التزام، فالمهر التزام فيقع فيه الشرط؛ فإن الزوج يصدر منه التزامان، الأول الالتزام بالزوجية، والثاني بالمهر، ويكون الشرط للالتزام الثاني، فلا إشكال.

(٢) حاشية السيد اليزدي تدثّل على المكاسب ٢: ٤٩٣.

(٣) حاشية المكاسب للإيرواني تدثّل ٢: ٢٦. ولكن عبارته: (فلئن صحّ شرط الخيار كان ذلك تأكيداً لما عليه العقد..).

١- إن جعل شرط الخيار تحصيل للحاصل.

٢- إنه من اجتماع المثلين.

٣- إنه لغو.

وبناء على الأولين يكون جعل الشرط مستحيلاً، وأما على الأخير فممكن إلا أنه لا يصدر من الحكيم.

أما الوجه الأول فيجاب عنه: بأن تحصيل الحاصل هو إيجاد ما هو الموجود، وما يحصل بالشرط هو جواز مماثل لما هو الموجود، وليس هو نفسه ليكون تحصيلاً للحاصل.

وأما الوجه الثاني فلا بدّ للجواب عنه من توضيح الكبرى أولاً فنقول:

إن المراد من المثلين هما الفردان المشتركان في جامع ماهوي، سواء كانا من الجواهر أو من الأعراض، كفردين من طبيعة الإنسان، أو فردين من البياض، والمراد من اجتماعهما أن يجتمعا في موضوع واحد، ومثاله في التكوينيات أن يوجد في نقطة معيّنة من الجسم فردان من البياض، ومثاله في الاعتباريات أن يتعلّق فردان من الوجوب بمتعلّق واحد كالصلاة، فتكون الصلاة واجبة بوجوبين، أو يتعلق فردان من الحرمة بشرب الخمر، فيكون حراماً بحرمتين.

أما اجتماع المثلين في التكوينيات فهو محال بالذات، وأما اجتماعهما في الاعتباريات فهو على المبنى، فإن قلنا بالتضاد والتماثل في الأحكام

كان اجتماع الحكمين محالاً بالذات، وإن قلنا بعدمه - كما هو المسلك المحقق - فالاستحالة في المبدأ والمنتهى.

توضيح ذلك: أن اتصاف هذه النقطة ببياضين محال بالذات، وأما اتصاف الصلاة بوجوبين فليس كذلك، ولكن الاستحالة نشأت من جهة أن الوجوبين يقتضيان مصلحتين ملزمتين بدون كسر وانكسار، وحصولهما كذلك في شيء واحد محال، كما أنهما يقتضيان طاعتين مستقلتين، والواجب الواحد لا يقبل إلا طاعة واحدة.

والحاصل: أن اجتماع المثلين في الأمور التكوينية محال بالذات، وأما في الأمور الاعتبارية فهو محال بالعرض، وعلى كل تقدير فهو محال ذاتاً أو عرضاً.

ولكن هذه الكبرى لا تنطبق على ما نحن فيه؛ فإن الجواز في العقود الجائزة إما جواز تكليفي أو وضعي، بمعنى أنك لو أعرت لأحد عارية فيجوز لك تكليفاً - أي يباح لك - أن تستردّها منه، ويكون ردّك نافذاً بحيث لو تصرّف فيها بعد ذلك من غير إذنك كان تصرفه في مال الغير بدون إذنه، وكذلك الحال في مثل الهبة لغير ذي رحم ما دامت العين موجودة.

وأما ما جعل في شرط الخيار فليس متعلّقه الجواز التكليفي أو الوضعي، بل متعلّقه الخيار، ولهذا أطلق عليه شرط الخيار، والخيار ليس جوازاً تكليفياً ولا وضعياً، فإنه سلطنة، أو ملك فسخ العقد وإمضائه، فما جعله الشارع في العقود الجائزة هو الجواز التكليفي أو الوضعي، وما

جعل بالشرط هو الحق، وأثره الجواز الحكمي أو الوضعي.

وبعبارة أخرى: إن ما جعله الشارع حكم اصطلاحي، وما جعل بالشرط حق اصطلاحي، وهما حقيقتان مختلفتان، فلا ينطبق عليهما اجتماع المثلين.

ومن جهة أخرى: إن مورد كل منهما مغاير لمورد الآخر؛ فإن متعلّق الجواز في الهبة هو العين؛ فإن معناه أنه يجوز للواهب استرداد الموهوب، وأما متعلق الشرط فهو الخيار الذي متعلّقه العقد؛ فإن الخيار سلطنة على حلّ العقد، فلا يعقل اجتماع المثلين أيضاً.

وبهذا يظهر بطلان ما أفاده المحقق الإيرواني تدّس من القول باجتماع الجوازين وتأكّدهما؛ فإن التأكّد إنما يتمّ في الفردين من حقيقة واحدة كاجتماع البياضين في نقطة واحدة، فيحدث بياض ذو مرتبة شديدة، وكوجوب إكرام العالم، ووجوب إكرام الهاشمي؛ فإنهما يجتمعان في العالم الهاشمي فيتأكد الوجوب، وأما مع اختلاف الأمرين حقيقة ومتعلّقاً فلا يعقل التأكّد.

وأما الوجه الثالث فحاصله: أن غاية ما حصل من شرط الخيار هو جواز الفسخ، وهذا الأثر حاصل من الأول، فالشرط لغو فيبطل.

والجواب: أن العقود الجائزة على نحوين:

الأول: ما يعبر عنها بالعقود الإذنية التي قوامها الإذن كالعارية والوديعة، وليس في هذه العقود عهد ولا التزام، بل مجرد إذن، وإنما

أطلق عليها العقود لاشتمالها على الإيجاب والقبول، ولهذا قال المحقق النائيني تدثر بأن خروجها من تحت الآية الشريفة ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ خروج تخصصي لا تخصيصي؛ لأن موضوع الآية العهود، ولا عهد فيها[1].

الثاني: ما فيه عهد والتزام كالهبة؛ فإن الواهب يلتزم بتمليك الموهوب له المال.

أما النحو الأول فشرط الخيار فيه لغو؛ لأن الجواز في العقود الإذنية أبدي غير محدود بحد، والغرض من شرط الخيار أن تكون له السلطنة على فسخ العقد، وهذا الغرض حاصل بالجواز الحكمي من طرف الشارع.

وبكلمة جامعة: إن العقد الذي قوامه بالإذن يبقى ما دام الإذن، ويرتفع بمجرد زواله، فلا أثر لشرط الخيار.

وأما النحو الثاني فالجواز فيه محدود بحدّ، فالجواز في الهبة محدود بعدم تلف العين تلفاً حقيقياً، أو تلفاً حكمياً كما لو باعها الموهوب له من آخر، فإذا وقع أحد التلفين ارتفع موضوع الجواز الحكمي الشرعي، ولكن إذا شرط الخيار، فالخيار لا يتعلق بالعين وإنما يتعلق بالعقد فله حق الفسخ، فيكون للخيار أثر ظاهر، فتنتفي اللغوية.

والحاصل: أنه متى لم يأت الشرط بأثر جديد غير ما جاء من قبل الشارع كان الشرط لغواً، ومتى جاء بأمر جديد لم يكن لغواً، وقد جاء به

---

(١) منية الطالب ٣: ١٠٢.

في النحو الثاني.

وأما ما ذكره البعض من عدم اللغوية حتى في النحو الأول من العقود الجائزة؛ لاختلاف أثري الجواز الحكمي والجواز الحقي؛ فإن الأول لا يسقط بالإسقاط، ولا ينتقل بالإرث، ولا يقع في الصلح، والثاني بخلافه فيما ذكر.

فممنوع؛ لاستلزامه الدور؛ فإن ترتّب هذه الآثار على الشرط متوقف على كونه مشروعاً، وكلامنا فعلاً في مشروعيته، فإذا توقّفت مشروعيته على ترتّبها كان دوراً، فالآثار المترتبة على الخيار يستحيل أن تكون مصحّحة لاشتراطه.

وعليه فلا بدّ - مع قطع النظر عن الآثار المترتبة على الخيار - أن يكون هناك أثر له ليصح شرطه بعموم « المؤمنون عند شروطهم »[1].

والحاصل: أنه متى كان للخيار أثر يترتب عليه مع قطع النظر عن دليل الشرط - كما مثّلنا في الهبة بعد تلف العين حقيقة أو حكماً - كان الشرط صحيحاً ومشمولاً له، ومتى لم يكن له أثر كذلك فهو باطل؛ لأن

---

(١) وقد أوضح الشيخ الأستاذ - دام ظله - ذلك في جواب على سؤال فقال: إنه لا قصور في عموم « المؤمنون عند شروطهم » من ناحية شموله لشرط الخيار، ولكن يتوقف هذا العموم على وجود أثر للخيار، وأن يكون الأثر موجوداً قبل مجيء العموم لا بعده، فشمول العموم للشرط يتوقف على وجود الأثر، فإذا توقف وجود الأثر على شمول العموم كان دوراً.

الغرض منه حينئذ هي السلطنة على إزالة العقد وإرجاع أثره، وهو مترتب بالجواز الذاتي.

وبهذا يتمّ الكلام حول خيار الشرط وتوابعه، وبه يكمل الجزء الثاني من كتابنا (**بغية الراغب في مباني المكاسب**) وكان ذلك في بلدة الجش بالقطيف، صانها الله تعالى من طوارق الحدثان، عصر يوم الخميس المصادف ليوم القدر الثالث والعشرين من شهر رمضان المبارك من سنة أربع وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية على مهاجرها وأهل بيته ألف سلام وتحية، ونسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، وآخر دعوانا :

﴿ أَنِ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ .

الموضوعات

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقريراً لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثالث

بغية الراغب في مباني المكاسب

▼
بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الثالث)
تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمىٰ الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات
بقلم: نزار آل سنبل القطيفي
الناشر: مدرسة الإمام باقرالعلوم عليه السلام
الطبعة الاولىٰ: ١٤٣٧ هـ ق ـ ١٣٩٥ هـ.ش.
المطبوع: ١٠٠٠ نسخة
المطبعة: نگارش
السعر المجلّداً: ١٥٠٠٠ تومانا
ردمك: ٨ ـ ٧٧ ـ ٢٦٩٤ ـ ٩٦٤ ـ ISBN ٩٧٨
قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٠٢٥

مراكز التوزيع:
١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پيام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل ما، هاتف ٥ ـ ٣٢٢٣٧١١٣
٥) النجف الأشرف، سوق الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقرالعلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩
٦) كربلاء المقدسة، شارع قبلة الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلي رحمه الله، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراسانى، حسين، ١٢٩٩ -
عنوان و پديدآور : بغية الراغب فى مبانى المكاسب: تقرير لابحاث سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراسانى دام ظله فى الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفى.
مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم(ع)، ١٤٣٣ ق.= ٢٠١٢ م.= ١٣٩١-
مشخصات ظاهرى : ج.
شابک : (ج ١) 9-38- 2694- 964- 978 (ج ٢) 8-48- 2694- 964- 978
(ج ٣) 8-77- 2694- 964- 978
وضعيت فهرست نويسى : فيپا.
يادداشت : عربى.
يادداشت : ج.٢ (چاپ اول: ١٤٣٥ ق. = ٢٠١٤ م. = ١٣٩٣) (فيپا).
يادداشت : ج.٣ (چاپ اول: ١٤٣٧ ق. = ٢٠١٦ م. = ١٣٩٥) (فيپا).
موضوع : فقه جعفرى -- قرن ١٤
موضوع : معاملات (فقه)
موضوع : خيارات (فقه)
شناسه افزوده : آل سنبل القطيفى، نزار، گردآورنده
شناسه افزوده : مدرسة الامام باقرالعلوم (ع)
رده بندى كنگره : ١٣٩١ ٧ ب ٢٧ و / ٥ / BP ١٨٣
رده بندى ديويى : ٢٩٧/ ٣٤٢
شماره كتابخانه ملى: ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثالث

الطبعة الأولى

١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين

سيما بقية الله في الأرضين ولعنة الله على

أعدائهم إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض موارد الجزء الثالث من كتاب

(بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامة

الحجة الشيخ نزار آل سنبل القطيفي دامت تأييداته تقريراً لبحوثنا

الفقهية التي القيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في

مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب

ببيان متين وأسلوب رصين ولا غرو في ذلك فإنه ممن حضر

أبحاثنا في الفقه والأصول مدة مديدة حضور فهم ودقة شكر الله عز وجل

سعيه وأسأل الله تبارك وتعالى أن يؤيده في إتمامه ويوفقه فيما

يحب ويرضى

الخامنه‌ای

حسینی الحسینی الخامنه‌ای

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

وبعد فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا الموسوم بـ(**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، مما استفدناه من أبحاث الأستاذ الأكبر، علم التحقيق والتدقيق، جامع المنقول والمعقول، حامل لواء الولاء، والمدافع عن حريم الشريعة الغراء، زعيم الحوزة العلمية في قم المقدسة، العارف التقي، سماحة آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالي، ويبدأ بخيار الغبن.

الرابع .. خيار الغبن

وهو من المباحث المهمة علماً وعملاً، والكلام فيه يقع في جهات، وقبل البحث في تلك الجهات نشير إلى أن الشيخ قدس سره قرّر في أول مباحث الخيارات[1] أن الأصل اللفظي والعملي في البيع هو اللزوم، ولا يخرج عن ذلك إلا بدليل، فالبحث في الخيارات يقتضي البحث في الأدلة المخرجة عن ذلك الأصل، وبمقتضى تلك الأدلة انقسمت الخيارات إلى قسمين: أحدهما ما دلّ عليه الدليل الخاص، وهو خيار المجلس والحيوان، والآخر ما دلّ عليه الدليل العام وهو سائر الخيارات، ولذلك قدم الشيخ قدس سره البحث في القسم الأول على الثاني، وخيار الغبن من القسم الثاني.

الجهة الأولى: في حقيقة خيار الغبن لغة واصطلاحاً

الغبن لغة: الخديعة، قال الشيخ قدس سره: (وأصله الخديعة، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي)[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: تمليك المال بما يزيد على قيمته، أو تملّكه

---

(١) المكاسب ٥: ١٣.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٧، وفي الهامش عن الصحاح ٦: ٢١٧٢، مادة غبن.

بأقل من قيمته مع جهل الآخر، أعم من حصول الخديعة وعدمه كما لو كانا جاهلين.

فالنسبة بين المعنيين - اللغوي والاصطلاحي - نسبة العموم والخصوص من وجه؛ فمن جهة أخذ الخديعة في الغبن اللغوي - وهي لا تكون إلا في صورة العلم - كان المعنى اللغوي أخص من الاصطلاحي؛ لأن الفقهاء يحكمون بالغبن حتى في صورة الجهل.

ومن جهة عدم اشتراط كون التفاوت فاحشاً في المعنى اللغوي كان أعم من الاصطلاحي؛ إذ لا يحكم الفقهاء بالغبن إذا كان التفاوت متسامحاً فيه.

ثم إن ما تعرض إليه الفقهاء كالشيخ قدس سره، من بيان المعنى اللغوي للغبن إنما يحسن لو كان العنوان مأخوذاً في لسان الأدلة، كما لو كان المستند دليلاً لفظياً خاصاً ذكرت فيه لفظة الغبن، فيرجع إلى اللغة والعرف لتعيين معناه، وأما مع كون المستند « لا ضرر »، أو عقد المستثنى، أو المستثنى منه في قوله تعالى: ﴿ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[1]، أو الشرط الارتكازي، أو الإجماع، فلا حاجة للبحث اللغوي؛ لعدم الرجوع إلى اللغة والعرف حينئذٍ.

نعم، يمكن أن يكون المصحّح لما ذكروه، هو أن بعض الأدلة التي

---

(١) سورة النساء: ٧٦.

استدل بها لخيار الغبن - كما في الجواهر[١] - رواية « غبن المسترسل سحت »[٢]، و« غبن المؤمن حرام »[٣]، و« لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل »[٤]، وإن كان الاستدلال بها موضع إشكال، ولكن ذكر الغبن فيها مصحح لطرح المعنى اللغوي.

الجهة الثانية: الأقوال في المسألة

استظهار إجماع الفقهاء على خيار الغبن

وكيف كان، فالذي يستظهر من بعض الكلمات، إجماع الفقهاء على ثبوت هذا الخيار، كما في نسبة العلامة قدس سره له في التذكرة إلى علمائنا[٥]، وفي المختلف التصريح بالإجماع[٦]، وهو المصرّح به في بعض المتون الفقهية أيضاً[٧]، وجعله صاحب الجواهر قدس سره الحجة في المقام[٨].[١].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٤) الوسائل، الباب٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث٧.

(٥) التذكرة ١١: ٦٨، ونص عبارته: (مسألة ٢٥٢ : الغبن سبب ثبوت الخيار للمغبون عند علمائنا - وبه قال مالك وأحمد).

(٦) مختلف الشيعة: ٥: ٤٤، قال: (وأما ثبوت الخيار مع الغبن فللإجماع عليه).

(٧) كما في الغنية: ٢٢٤؛ حيث قال: (السبب الخامس للخيار: ظهور غبن لم تجر العادة بمثله؛ بدليل الإجماع المشار إليه).

(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٤١، قال:

(وفي الغنية الإجماع عليه ، وهو بعد التتبع الحجة).

(١) وقد استوعب نقل الأقول بعبارة أصحابها الفقيه المتتبع السيد العاملي تغمّده الله في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٢٤، ولا بأس بنقل عبارته، قال تغمّده الله: (المشهور بين الأصحاب ثبوت خيار الغبن كما في « المهذّب البارع وغاية المرام والروضة »، وخصوصاً المتأخّرين كما في « المسالك والكفاية »، بل كاد يكون إجماعاً بين المتأخّرين كما في « إيضاح النافع »، وعليه المتأخّرون كما في « التنقيح »، والشيخ وأتباعه كما في « الدروس »، وعلماؤنا كما في « التذكرة »، وإجماع الطائفة كما في « الغنية ».

وبه صرّح في « المبسوط والخلاف والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والإرشاد والتبصرة والدروس واللمعة والحواشي المنسوبة إلى الشهيد والتنقيح وغاية المرام وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد وإيضاح النافع والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان »، وبه صرّح يحيى بن سعيد في « جامع الشرائع » في مسألة تلقّي الركب، وكذا المصنّف في « نهاية الإحكام » إن قلنا: إنّ المسألتين من سنخ واحد كما صرّح به بعضهم.

وينبغي أن يكون مذهب القاضي؛ لأنّه من أعاظم أتباع الشيخ، وقد نسبه الشهيد إلى الأتباع، ولم يحضرني من كتبه إلاّ « الجواهر ».

وهو ظاهر باقي المتأخّرين من شارحين ومحشّين، وإن كانت مسألة التلقّي من سنخ هذه المسألة كان جميع المتأخّرين مصرّحين به إلاّ من شذّ . وقد أسبغنا الكلام فيها بما لا مزيد عليه.

وكم من حكم معروف مشهور خلت عنه المقنعة والانتصار والمراسم ، فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا يورث ريبة فيه.

وأمّا الهداية والمقنع فقد خلا عنهما أكثر الأحكام، وأبو عليّ لم يزل موافقاً للعامّة. وقد نقل في « الخلاف » مخالفة أبي حنيفة والشافعي ومالك وأبي يوسف لنا في هذا الفرع، وسكت عن باقي علمائهم، على أنّ الشهيد إنّما نسب الخلاف إلى ظاهر أبي عليّ، وأمّا المحقّق فما كنّا لنلتفت إلى ما ينقل عنه في الدروس مع

الإشكال في صغرى الإجماع

ولكن في ثبوت صغرى الإجماع إشكالين:

الأول: خلوّ كلمات عدّة من القدماء عن ذكره، وعدم التعرض وإن كان أعم من إنكاره، فلا يكشف عن المخالفة إلا أنه في مثل المقام يدل على النفي؛ وذلك لأنه حينما يتعرض الفقيه لأقسام الخيار، ويكون في مقام تعدادها واستقصائها، ويذكرها ولم يذكر خياراً معيّناً، ولم يذكر ما يعمّه يكون عدم ذكره ظاهراً في نفيه، وإلا لم يكن معنى لعدم ذكره مع القول به وهو في صدد تعدادها.

الثاني: ما نقل من إنكار المحقق قدس سره له في مجلس درسه[1].

الجواب عن الإشكال

ويندفع الثاني بأن المحقق قدس سره ذكره في الشرائع رابع الخيارات[2]، وما

ما نشاهده منه.

فقد ظهر أنّ قول الشهيدين ومَن تأخّر عنهما « إنّ أكثر القدماء لم يذكروه » كأنّه لم يصادف محزّه (كذا) كما عرفت، ولا وجه أصلاً لاستظهار صاحب «الكفاية» عدم ثبوت الإجماع، وقوله « للتأمّل فيه مجال »، وقد تبعه على ذلك صاحب الحدائق).

(١) حكاه الشهيد قدس سره في الدروس ٣: ٢٧٥؛ حيث قال: (وربما قال المحقّق في الدرس: بعدم خيار الغبن).

(٢) الشرائع ٢: ٢٧٧؛ حيث قال: (الرابع: [خيار الغبن] من اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء).

ذكره في الشرائع مقدم على ما نقل عنه في مجلس الدرس.

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه

ولكن المحقق الرشتي قدس سره قال: بأن المورد من موارد تعارض الكتابة مع القول، فالمكتوب في الشرائع معارض لقوله قدس سره في الدرس، وقد تقرّر في محله تقديم القول على الكتابة عند التعارض، فلا ينعقد الإجماع مع مخالفة المحقق قدس سره[1].

ويرد عليه: أن ما أفاده قدس سره تام في بعض الموارد، كما هو الحال في الوصية؛ فإنهم قالوا - وهو الصحيح - أنه لو تعارض ما هو مكتوب في الوصية مع وصيته القولية فالقول هو المقدّم؛ والسر في ذلك أن القول صريح في الإنشاء، ولا يحتمل عرفاً إرادة خلاف ما يظهر منه؛ تمسكاً بأصالة الجد، وأما الكتابة فهي قاصرة الدلالة على إنشاء الوصية؛ إذ يحتمل أن الموصي كتب ذلك لينظر فيه فيما بعد، ثم ينشيء الوصية، فالوصية القولية دالة على الإنشاء دلالة قطعية بحسب سيرة العقلاء، وأما الوصية الكتبية فهي ليست بتلك المنزلة، بل تحتاج إلى إقامة القرينة، وعلى هذا أفتى الفقهاء بتقديم القول على الكتابة في الإنشائيات، دون الإخباريات.

وما نحن فيه ليس صغرى لتلك الكبرى؛ فإن بناء الدرس على النقض والإبرام، وتشريح الأذهان، بخلاف ما هو مدوّن في كتاب الفتوى، فهو مقام الاختيار وبيان الرأي، فلا يعارضه القول.

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٨٧.

نعم لو استفتي المحقق تدثر وأجاب بالقول، فهو معارض للكتابة، ولا وجه لتقديم القول أيضاً؛ لكون كل منهما في مقام الفتوى وبيان الرأي، فينبغي أن يلاحظ تأريخ صدورهما فيؤخذ بالمتأخر إن عرف وإلا جرت قاعدة مجهولي التأريخ.

فالحق أن المحقق تدثر غير مخالف قطعاً، بل هو قائل بأن خيار الغبن أحد أقسام الخيار، وإنما الإشكال في الإجماع من الجهة الأولى، أي عدم تعرض عدّة من الفقهاء المتقدمين في متونهم الفقهية له مع كونهم في مقام استقصاء أقسام الخيار.

الإشكال في كبرى الإجماع

ثم إن الإجماع محل إشكال من ناحية الكبرى؛ فإنه مدركي؛ حيث استند المجمعون إلى آية ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، أو إلى قاعدة (لا ضرر)، أو إلى الشرط الارتكازي، فما أفاده صاحب الجواهر تدثر ممنوع صغرى وكبرى.

فالمهم البحث في الأدلة:

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن

الدليل الأول: (إلا أن تكون تجارة عن تراض)

استدل العلامة تدثر في التذكرة بعقد المستثنى، من قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[1]، ومعلوم أن المغبون لو عرف

(١) سورة النساء: ٢٩.

الحال لم يرض[١]؛ فإن المعاملة بين الطرفين مبنية على التساوي بين الثمن والمثمن في المالية، ومع عدمه لا تكون تجارة عن تراض.

إشكال صاحب الجواهر على العلامة

وأورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بحصول الرضا الفعلي بالمعاملة بين الطرفين، وإن كان الداعي له الجهل بالقيمة، وما عليه المدار هو الرضا الفعلي بها، وإلا لكانت باطلة، وعدم الرضا تقديري، بمعنى أنه لو علم لم يرض، وهو غير مضر بالمعاملة[٢].

دفاع الشيخ عن العلامة

وأجاب عنه الشيخ قدس سره بتوجيه استدلال العلامة رحمه الله بقوله: (إن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبني على عنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: « اشتريت هذا الذي يساوي درهماً بدرهم »، فإذا تبيّن أنه لا يساوي درهماً تبيّن أنه لم يكن راضياً به عوضاً)[٣].

فلم يثبت الرضا بقول مطلق، ولم ينفه كذلك.

وبما أن هذا المقدار من التوجيه لا يرفع الإشكال بالمرة، بل يبقى إشكالان:

الأول: أنه إذا كان الرضا مبنياً على تساوي الثمن والمثمن في المالية،

---

(١) التذكرة ١١: ٦٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

(٣) المكاسب ٥: ١٥٨.

فمع عدمه ينتفي الرضا، فيلزم البطلان.

الثاني: بما أن الرضا منوط بالتساوي في المالية، والفرض أنه مفقود فلا يفيد الرضا اللاحق.

أجاب الشيخ قدس سره **عن الأول** بقوله: (لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع - ولم يكن من مقوّماته - لم يكن تبيّن فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة، التي لا يوجب تبيّن فقدها إلا الخيار)[1]، كما هو الحال في تخلف الكتابة عن العبد والعربية عن الفرس.

وأجاب عن الثاني بقوله: (فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكره)؛ فإن ما نحن فيه لم يكن البيع من الفضولي، ولا من المكره، بل كان من المالك المختار، فالرضا المتعقب موجب لصحة البيع بطريق أولى من بيع الفضولي والمكره المتعقبين بالرضا.

مناقشة الشيخ للعلامة

ثم أورد قدس سره على العلامة رحمه الله إشكالين:

الأول: استدلال العلامة رحمه الله يتوقف على كون الوصف المذكور - أي تساوي الثمن والمثمن في المالية - عنواناً لا داعياً، وهو ليس كذلك.

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩، وكذا ما بعده.

توضيح ذلك: أن الداعي لا يقع تحت الإنشاء، ولا يتعلق الإنشاء بـه، فتخلّفه لا يؤثر في المعاملة، من حيـث الـبطلان، ولا اللـزوم، فـلا تقـع باطلة، ولا تكون جائزة، وذلك من قبيل ما لو اشترى الرجل المتاع بداعي مجيئ الضيف له، فتبيّن عدم مجيئـه؛ فـإن ذلـك لا يخـلّ بصـحتها، ولا بلزومها.

وأما العنوان فيقع تحت الإنشـاء، فـإن كـان مـن العنـاوين المقوّمـة للمبيع، وأخذ في مقام الإنشاء، أوجب تخلّفه بطلان المعاملـة، كمـا لـو اشترى العبد، فتبيّن جاريـة، وإن كـان مـن الأوصـاف أثّـر فـي اللـزوم، فأوجب تخلّفه الخيار، كما لو اشترى العبد الكاتـب، فتبـيّن عـدم كونـه كاتباً.

والتساوي في المالية، ليس منهما، بل أخذ بنحو الداعي للمعاملة؛ فإن الداعي له، أن لا يكون مغبونـاً، وأن يأخـذ بقيمـة مـا أعطـى، وتخلّـف الداعي لا يوجب بطلان المعاملة، ولا تزلزلها.

الثاني: أنه لو كان من العناوين، فهو غير مؤثر أيضاً، ما لم يؤخذ فـي متن العقد، كأن يقول: « اشتريت المتاع بدرهم على أن يكون مساوياً لـه في المالية »، أو « بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً »، ومـا لـم يؤخـذ فيه - كما هو الحال في المقام - لم يكن تخلّفه موجباً للخيار[1].

ردّ مناقشة الشيخ للعلامة

وهنا جهتان من البحث:

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩.

الجهة الأولى: في كون التوجيه رافعاً لإشكال صاحب الجواهر قدس سره وعدمه، والذي يظهر من الشيخ قدس سره - مع قطع النظر عن إشكاليه - أنه رافع له؛ ولكنّه بعد ذكره الإشكالين قال: (ولو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1] كان أولى)[2].

الجهة الثانية: في إشكالي الشيخ قدس سره، والصحيح عدم ورودهما على العلامة قدس سره:

أما الأول؛ فلأن الغرض الأول عند العقلاء في معاملاتهم البيعية هو حفظ المالية، وعدم دخول النقص فيها، وهذا ما يشير إليه أصل تعريف البيع لغة، بأي تعريف عرّف، سواء أعرّف بمبادلة مال بمال، أم بتمليك عين بعوض، أو بالتبديل في طرفي الإضافة.

وبناء على هذا البناء العقلائي يكون جعل التساوي في المالية من العناوين المقصودة عندهم، وأن الإنشاءات واردة على هذه الخصوصية، فلا يشتري العاقل المتاع بألف دينار، بنحو مطلق، أي حتى لو كانت قيمته بنصفه، فالمعاملة من الأول مقيدة بأن لا تنقص قيمة المتاع عن هذا المبلغ بالنحو المتعارف، فعدم كونه مغبوناً من القيود المأخوذة في العقد.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٩.

نعم، لا شك أن كل واحد من المتبايعين يريد أن يحصل على ربح كبير، ولكن ما يريده راجع إلى هوى النفس، وأما ما عند العقلاء - بما هم عقلاء - فهو الربح بالنحو المتعارف، فلا تزيد القيمة زيادة فاحشة لا يتسامح فيه، وأما ما يتسامح فيه، فلا مانع منه، ولم يمنع منه الفقهاء.

وعليه، فإنكار كون التساوي من العناوين المقصودة في الإنشاء، ممنوع بلا تأمل.

وأما الثاني؛ فلأن الخصوصية - سواء أكانت من العناوين، أم من الأوصاف، أم من القيود - إن كانت مركوزة في أذهان العقلاء، فيكفي ذلك أن يكون العقد مبنياً عليها، وإن لم تذكر في متن العقد، ويكفي في تحقق عنوان الشرط ومفهومه، أن يكون العقد مبنياً عليها.

وبعبارة أخرى: إن القيود والعناوين، إن كانت من الأغراض الشخصية، التي يتعلق به غرض صاحب المعاملة، فلا بدّ لتحقق كونها شرطاً من ذكرها في متن العقد.

وإن كانت من الأغراض النوعية، التي يتعلق بها غرض العقلاء، فبناؤهم على إنشاء المعاملة مبنياً عليها، فتكون شرطاً فيها، فمثلاً من الخصوصيات التي يوجب تخلّفها الخيار مع عدم ذكرها في متن العقد، هو بناء كل معاملة على تسليم الثمن واستلام المثمن، فلو سلّم أحدهما ما عليه دون الآخر كان للأول الخيار؛ وذلك لأن هذه الخصوصية مرتكزة في أذهان العقلاء، أي أنه أخذ التسليم والاستلام بعد تمامية كل معاملة في ذهنهم، فيكون تخلّفها منشأ للخيار، من غير حاجة لأخذها في متن

العقد.

الصحيح في الإشكال على استدلال العلامة

وأما أصل استدلال العلامة قدس سره فهو غير تام أيضاً؛ وذلك لأن الرضا في المعاملة غير مهمل قطعاً، فإما أن لا يحصل الرضا مطلقاً في فرض عدم التساوي في المالية، فلا تصح المعاملة؛ لأن التراضي قيد فيها؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

وإما أن يحصل الرضا بنحو مطلق، حتى مع فرض عدم التساوي في المالية، فالمعاملة صحيحة، ولازمة بلا إشكال.

وإما أن يحصل الرضا، معلّقاً على التساوي في المالية، فتبطل المعاملة أيضاً؛ بمقتضى التعليق المجمع على بطلانه.

وعليه فالاستدلال بالآية على صحة المعاملة مع الخيار باطل على جميع تقادير المسألة؛ لدورانها بين الصحة واللزوم، أو البطلان، والخيار فرع الصحة.

الدليل الثاني: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)

قال الشيخ قدس سره: (ولو أبدل قدس سره هذه الآية - أي السابقة - بقوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1] كان أولى)[2]، وتقريبه قدس سره

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٩.

للاستدلال: أنه لا شك أن المعاملة الغبنية إنما تقع في حال الجهل بعدم مساواة الثمن للمثمن، فإن تبيّن للمغبون العدم، ولم يرض بالمعاملة، فإذا لم يكن له تسلّط على ردّها، كانت صغرى لقوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾، وإن رضي بها بعد التبيّن، لم يعدّ أكلاً بالباطل، وصحّت بالأولوية؛ فإن عقد الفضولي لم يصدر من المالك، ويصح بعد إجازته ورضاه، وعقد المكره لم يصدر عن اختيار المالك، ويصح بعد رضاه، وهذا العقد صدر من المالك المختار، فإذا رضي بعد تبيّن عدم المساواة صحّ بطريق أولى.

ومقتضى الآية، وإن كان حرمة الأكل حتى ما قبل التبيّن، إلا أن هذه الصورة خرجت بالإجماع، وبقي ما بعد اطّلاع المغبون، وردّه المعاملة.

لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾؛ فإن مقتضى عقد المستثنى منه - مورد الاستدلال - الخيار، ومقتضى المستثنى عدمه؛ لكون المعاملة - في ما نحن فيه - تجارة عن تراضٍ، ومع التعارض والتكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم[1].

هذا ما حققه الشيخ قدس سره في المسألة، وقد وقع موقع الإشكال عند غير واحد من الأعلام، كالمحقق الإيرواني والسيد الفقيه اليزدي والمحقق الخراساني قدس الله أسرارهم.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

أما المحقق الإيرواني قدس سره فحاصل إشكاله: أن الاستثناء على قسمين:

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩ - ١٦٠.

استثناء متصل، واستثناء منقطع، ولا يرد إشكال التعارض على كلا التقديرين:

إما على الاستثناء المتصل؛ فلأن المستثنى مبيِّن للمستثنى منه، فلا يعقل التعارض بينهما؛ فإن معنى المستثنى منه بعد ضمِّ المستثنى - حينئذ - هو أنه لا تأكلوا أموالكم بينكم بأي سبب كان؛ فإنه باطل، إلا إذا كان تجارة عن تراض منكم، ولا شك في تحقق التجارة، كما لا شك في حصول التراضي باعتراف الشيخ قدس سره، فينتفي موضوع الباطل.

وأما على الاستثناء المنقطع؛ فلأن في الآية موضوعين حسب الفرض: موضوع الباطل، وموضوع التجارة، وهما متباينان؛ لأن معنى الاستثناء المنقطع أن يكون المستثنى خارجاً موضوعاً عن المستثنى منه، لا حكماً، ومع تعدّد الموضوع ينتفي التعارض؛ لأن التعارض هو تنافي الدليلين في مقام الإثبات بالنسبة إلى موضوع واحد.

فالتعارض ينتفي على كلا التقديرين[1].

إشكال السيد اليزدي على الشيخ

وأما إشكال السيد الفقيه اليزدي قدس سره فهو: أن الآية صدراً وذيلاً تصنف المعاملات إلى صنفين: باطلة، وغيرها، فالباطلة ما لا يكون تجارة عن تراض، وغيرها ما يكون تجارة عن تراض، فإذا انطبق ذيل الآية

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني، الخيارات: ٢٨.

على مورد انتفى عنه عنوان صدرها؛ فإن مدلول عقد المستثنى أن المعاملة إذا كانت عن تراض كانت حقاً وليست باطلاً، فمع صدق التراضي الفعلي في المقام - كما هو كذلك واعترف به المصنف - يخرج عن كونه أكلاً للمال بالباطل، ولا يكون من التعارض بين الفقرتين[١].

المناقشة في ما أفاده العلمان وغيرهما

والإشكالان بحسب ظاهر الحال قويّان، إلا أنه لا بدّ - قبل ذلك - من التأمل في أمرين:

الأول: في المراد من الباطل في الآية، فهو أساس في الاستدلال، وهو محل خلاف بينهم، فبعضهم حمله على الباطل العرفي، وآخر على الباطل الواقعي، وثالث على الباطل الشرعي، ولا يخفى أن الباطل الشرعي باطل واقعي؛ لعدم الانفكاك بينهما، وربما يقع الاضطراب في كلام الواحد منهم، كما وقع فيه السيد اليزدي تدّس؛ فإنه في مقام بيان الاستدلال حمل الباطل على الباطل العرفي، ولكنه في التعليق على قول الشيخ تدّس: (ويمكن أن يقال..)[٢] حمله على الباطل الواقعي[٣].

والثمرة بين المبنيين مهمة جداً؛ فإن الباطل إذا كان المراد به العرفي فيمكن تخصيصه، بخلاف ما إذا كان واقعياً وشرعياً؛ فإنه لا يقبل التخصيص، وبذلك يختلف مسار الاستدلال، فمثلاً أورد المحقق السيد

---

(١) حاشية السيد اليزدي ٢: ٥١٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٠.

(٣) حاشية السيد اليزدي ٢: ٥١٥.

الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره - حينما قال: بأن مقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل قبل تبيّن الغبن إلا أنه خرج بالإجماع[١] - : بأن الباطل غير قابل للتخصيص بالإجماع، فلا يمكن أن يقال: هذا باطل، ولكنه محكوم بالصحة بالإجماع[٢].

وهو إشكال قوي من حيث الصورة؛ إذ كيف يحكم على الباطل بالصحة؟! إلا أنه غفل عن مبنى الشيخ قدس سره في المراد من الباطل؛ فإن مبناه قدس سره فيه لو كان هو الباطل الواقعي أو الشرعي لصح الإيراد؛ فإنه لا يقبل التخصيص حتى يحكم بصحته، ولكن مبناه هو الباطل العرفي، وهو مما يقبل التخصيص؛ فإن العرف يرى هذا النوع أكلاً للمال بالباطل، والشارع يخطّئه فيه.

وعليه، بما أن مبنى الشيخ قدس سره في الباطل هو العرفي، كما صرّح به في غير مورد من كتاب البيع والخيارات[٣]، فلا يرد عليه إشكال

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٣ - ٢٩٤.

(٣) **منها**: ما ذكره الشيخ قدس سره في الاستدلال على أصالة اللزوم ٣: ٥٥ من قوله: (ويمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، ولا ريب أن الرجوع ليست تجارة، ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال. والتوهم المتقدم في السابق [غير] جارٍ هنا؛ لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للآكل لا لغيره . ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إن أكل المال ونقله عن مالكه بغير

المستشكل، ولا إشكال المحققين السيد والإيرواني قدس سرهما؛ وذلك لأن مفاد صدر الآية هو النهي عن التملّك بالباطل العرفي، ومفاد الذيل صحة التملّك به مع الرضا الفعلي، وهو حاصل حسب الفرض، فيقع التعارض.

الثاني: أن الاستثناء عند الشيخ قدس سره منقطع، فيقع التعارض أيضاً، بخلاف ما لو كان متصلاً؛ فإنه لا يعقل التعارض عليه؛ لكون المستثنى - حينئذ - مبيِّناً للمستثنى منه فيكون حاكماً عليه.

وأما مع كونه منقطعاً، وكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي، فلا حكومة في البين، بل يقع التعارض؛ إذ يكون مقتضى عقد المستثنى منه عدم التملّك وعدم جواز الأكل؛ لكونه باطلاً عرفاً، ومقتضى عقد المستثنى جواز الأكل؛ لحصول الرضا الفعلي.

وبعبارة أخرى: إن التعارض يقع حتى على القول بأن الاستثناء منقطع؛ لأنه وإن تعدّد الموضوع حينئذٍ إلا أن ذلك إنما يرفع التنافي بالتباين، وأما التنافي بالعموم من وجه فهو حاصل؛ وذلك لأن مقتضى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ هو النهي عن أكل المال بالباطل العرفي مطلقاً؛ أي سواء أكان مع حصول الرضا الفعلي أم بدونه، ومقتضى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ هو صحة الأكل مع الرضا

رضا المالك، أكل وتصرف بالباطل عرفاً).

ومنها: ما في ٥: ٢٠ قوله: (ومنها: قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ دلّ على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفاً).

الفعلي مطلقاً؛ أي سواء أكان مع كون أكل المال بالباطل العرفي أم لا، فيجتمعان في ما إذا كان أكل المال بالباطل عرفاً، مع حصول الرضا الفعلي؛ فإن الأول يمنع منه، والثاني يجيزه.

الحق في الإشكال على الشيخ

نعم، ما يرد على الشيخ قدس سره وجوه:

الإشكال الأول

لو سُلّم بأن المراد من الباطل هو العرفي كما صرّح به في غير مورد، وأن الاستثناء منقطع كما صرّح به في بحث المكره، ومقتضاهما تحقق التعارض، إلا أنه قدس سره اعترف بإمكان الجمع بينهما في ثلاثة موارد من البيع والخيارات، ونقتصر على مورد واحد، وهو ما ذكره في أول بحث الخيارات، في أصالة اللزوم في البيع؛ فإنه صرّح بأن الباطل في الآية وإن كان هو العرفي إلا أنه يرتفع من البين مع التصرف الشرعي، كما في موارد العقود الجائزة، والأخذ بالشفعة، وأكل المارة؛ فإن تملّك مال الغير في هذه الموارد من الباطل عند العرف، إلا أن الشارع قد أجازه، فيقدّم على ما عند العرف، قال قدس سره:

(ومنها: قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾، دلّ على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلاً عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل؛ فإن أكل المارة من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار؛ فإن

رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن أخذ مال الغير وتملّكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً.

نعم، لو دلّ الشارع على جوازه - كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض - كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين)[1].

وهذا التصريح من الشيخ قدس سره يرفع التعارض في المقام؛ فإن الفرض أن الشارع هو الذي جعل الرضا الفعلي سبباً للتملّك، وقد قال أن السببية الشرعية مقدَّمة على الباطل العرفي، فما في المستثنى مقدّم على ما في المستثنى منه.

الإشكال الثاني

إن حمل الباطل على الباطل العرفي مما لا وجه له؛ لأن الباطل في الآية مطلق، والباطل العرفي مقيّد، فلا يحمل عليه إلا بدليل، وهو مفقود، فيتعيّن الحمل على الباطل الواقعي.

ولأن الباطل في مقابل الحق، وكما أن الحق واحد وهو الواقعي، ولا وجود للحق العرفي، فكذلك الحال بالنسبة إلى الباطل، فليس فيه إلا الباطل الواقعي.

نعم، إذا تعلّق الحكم بالواقع، ولم يُنصَب طريق لتعيينه، فالمرجع إلى العرف، فالعرف طريق إلى الواقع ليس إلا؛ فإنه مرجع في تحديد

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠.

المعاني والمفاهيم.

الإشكال الثالث

إن الاستدلال بالآية في ما نحن فيه محل إشكال؛ فإن الآية تنهى عن أكل المال بالأسباب الباطلة، والأكل فيها كناية عن التملّك، وليس الازدراد؛ حيث أضيف إلى الأموال، وليست جميعها مما يؤكل، فمفاد الآية صدراً وذيلاً أن الباطل ليس سبباً للتملّك، فهي تنفي الأثرين، الوضعي، والتكليفي عن الأسباب الباطلة، ولا شك أن البيع الخياري مشمول لأدلة الصحة؛ لدخوله تحت إطلاق قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]؛ لشمول الآية للبيع اللازم والخياري، فيخرج عن تحت الأسباب الباطلة، وعليه فلا وجه للاستدلال بآية ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ في مورد البيع الخياري؛ إذ أن البيع الخياري فرع الصحة، والصحة ضد البطلان.

الإشكال الرابع

سلّمنا التمامية والمعارضة إلا أن هنا إشكالاً آخر وهو: أن الشيخ قدس سره قد استدل على صحة البيع بالتراضي بعد انكشاف الغبن؛ بفحوى الرضا اللاحق في بيع الفضولي والمكره.

وهو غير تام؛ لاختلاف الرضا في الموردين سنخاً وأثراً، ومع اختلافهما كذلك تنتفي الأولوية.

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

أما اختلافهما سنخاً؛ فلأن الرضا في باب الفضولي والمكرَه شرط لصحة البيع؛ لأن بيع الفضولي قبل رضا المالك لم يكن بيعاً للمالك، وبيع المكره - بمقتضى عدم التراضي، ورفع ما استكرهوا عليه - لم يكن قبل رضاه بيعاً صحيحاً، وأما الرضا في ما نحن فيه فهو فرع للصحة.

وأما اختلافهما أثراً؛ فلأن الرضا في بيع الفضولي والمكره يجتمع مع الخيار، كما لو كان البيع بيع حيوان، أو كان المبيع معيباً، وأما الرضا في الغبن فهو مسقط له.

و**عليه**، فمع اختلافهما سنخاً وأثراً تنتفي الأولوية، وقياس أحدهما على الآخر باطل.

وبعبارة أخرى: إن الأولوية بين الرضا في المقامين إنما تتمّ لو كان الرضا فيهما في مرتبة واحدة، ولكنه ليس كذلك؛ فإن الرضا في الغبن متفرع على الصحة والخيار، والرضا في الفضولي والمكره متقدم على الصحة، فهما في مرتبتين مختلفتين، فلا تتمّ الأولوية.

الإشكال الخامس

قال الشيخ قدس سره - بعد حصول التعارض -: (فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم)[1].

وفيه: أنه إن أريد بها الأصل اللفظي - وهو قوله تعالى: ﴿ أوفوا

(١) المكاسب ٥: ١٦٠.

بالعقود ﴾[1] - فغير تام؛ لأنها وإن كانت تدل على اللزوم، إما مطابقة أو التزاماً، على اختلاف المبنيين، إلا أنه بما أنها ملقاة إلى العرف فلا بدّ من ملاحظة المرتكزات العرفية إن وجدت، وحملها على ما هو مرتكز عندهم، وما في الارتكاز العرفي والعقلائي في البيع الغبني هو عدم اللزوم، ولهذا قال المحققون من الفقهاء: إن المستند العمدة لخيار الغبن هو الشرط الارتكازي للعقلاء بالتساوي في المالية بين العوضين، ومع وجود هذا الارتكاز العقلائي لا يمكن انعقاد الإطلاق في الآية، بل تتضيق دائرتها بما عند العقلاء، فينصرف وجوب الوفاء عن البيع الغبني بمقتضى الارتكاز العقلائي.

ولا أقلّ أن الإرتكاز العقلائي القائم على عدم لزوم المعاملة الغبنية بمقتضى شرط التساوي في المالية بين العوضين عندهم، إن لم يمنع من انعقاد الإطلاق، فهو يوجب الشك في انعقاده، وعلى التقديرين لا يمكن التمسك بالآية على اللزوم في البيع الغبني.

وإن أريد بها الأصل العملي فنعم؛ فإن مقتضى الاستصحاب بقاء الملك عند من انتقل إليه.

ويمكن أن يقال: بأن استصحاب بقاء الملك محكوم باستصحاب عدم جعل الخيار؛ حيث إن الشك في بقاء الملك مسبّب عن جعل الخيار

---

(١) سورة المائدة: ١.

وعدمه، وهذا الإشكال جارٍ في نحوه من الموارد، فتأمل.

الدليل الثالث: روايات تلقّي الركبان

قال الشيخ قدس سره: (واستدلي أيضاً في التذكرة[١]: بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله أثبت الخيار في تلقّي الركبان، وإنما أثبته للغبن)[٢]؛ وذلك لأن من يأتي من البادية، أو من القرى والأرياف، لا يعرف أسعار المدينة عادة، فيقع في الغبن، فإذا باع للمتلقي، ثم دخل المدينة، فوجد التفاوت غير متسامح فيه، كان له الخيار.

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأن الروايات في إثبات الخيار لذلك ليست من طرقنا[٣]، فلا حجية فيها، ولا وجه لانجبار ضعفها بعمل الأصحاب[٤].

وينظر الشيخ قدس سره في ذلك إلى أن الرواية عندما تكون من طرقنا ولم يكن للراوي توثيق خاص عند الرجاليين وعمل المشهور بروايته، فعملهم بها توثيق عملي له، فتتمّ حجية الرواية، وأما إذا كانت الرواية من طرق العامة لم يكن عملهم بها توثيقاً عملياً للراوي، فلا محالة ينتفي

---

(١) التذكرة ١١: ٦٩.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٠.

(٣) لعله يشير إلى ما في سنن الترمذي ٢: ٣٤٦ وهو: (..عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يتلقى الجلب . فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق).

(٤) المكاسب ٥: ١٦٠.

موضوع الانجبار بالعمل مع كون الرواية من طرقهم.

وعلى فرض القول بانجبار الرواية بعمل الأصحاب، فعملهم بها لا يفيدنا؛ إذ يحتمل أن يكون ناشئاً من حصول الوثوق بصدورها، وهو ليس حجة لنا إلا إذا حصل لنا الوثوق بالصدور، فالمفيد لنا - على هذا القول - هو ثبوت التوثيق العملي، وأما مع احتمال أن عملهم بها من باب حصول الوثوق، فهو حجة لهم لا لنا.

ولو تمّ السند فيمكن المناقشة في الدلالة؛ إذ غاية ما تفيده هذه الروايات هو ثبوت خيار الغبن في هذا المورد الخاص، ولا إطلاق فيها ولا عموم، والتعميم لموارد الغبن الأخرى يتوقف على إلغاء الخصوصية، ولا يكون ذلك إلا مع القطع، أو مع تنقيح المناط القطعي، واحتمال الخصوصية في المورد كافٍ لرفع اليد عن الإلغاء، فتكون المسألة من موارد مسألة دوران أمر المخصص المنفصل المجمل بين الأقل والأكثر، والقاعدة فيه التمسك - فيما زاد عن القدر المتيقن - بالعام، وهو هنا أصالة اللزوم.

الدليل الرابع: لا ضرر ولا ضرار

قال الشيخ قدس سره: (وأقوى ما استدلّ به على ذلك في التذكرة وغيرها[1]

(١) التذكرة ١١: ٦٩، الغنية: ٢٢٤، ففيها:

(ويحتج على المخالف بقوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار »).

قوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »[١].)[٢].

واستدل بها العمدة من أعاظم الفقهاء قدس الله أسرارهم، وتقريب الاستدلال بها كما في كلمات الشيخ قدس سره يتم بكلا الجملتين أعني « لا ضرر » و« لا ضرار ».

أما التعبير الأول؛ فلأن لزوم مثل هذا البيع، وعدم تسلّط المغبون على فسخه، ضرر عليه، فيكون منفياً في الإسلام؛ فإن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر.

وأما التعبير الثاني؛ فلأن الشارع لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، وبما أن مفاده حرمة الإضرار، وهو حكم تكليفي لا وضعي، فربما يتوجه عليه:

أولاً: بأنه منفي في صورة جهل المتعاملين؛ إذ لا يوجد إضرار.

وثانياً: بأن مفاده حكم تكليفي، ولا ربط له بما نحن فيه؛ فإنا نريد نفي الحكم الوضعي وهو اللزوم، ولا تدلّ عليه.

فلزم تتميمه: بأن الشارع لمّا لم يسوّغ إضرار المسلمين، لم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

وبعبارة أخرى: إن الشارع لما جعل حرمة الإضرار، كشف عن عدم جعله ما يسببه، وإلا لكان مضراً، والحكم بوجوب الوفاء بهذه المعاملة

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث١٠.

(٢) المكاسب ٥: ١٦١.

ولزومها، سبب للإضرار فهو منفي.

ومنه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء أكان من جهة الغبن أم لا، كما لو حصل من العيب، وسواء أكان في البيع أم في غيره، كالصلح غير المبني على المسامحة، والإجارة وغيرها من المعاوضات[١].

إشكال المحقق الخراساني على الاستدلال بلا ضرر

وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بأن أقصى ما يدلّ عليه الحديث هو نفي اللزوم، لا إثبات الخيار؛ لأن مفاده النفي - سواء أقلنا هو نفي الحكم عن الموضوع الضرري، أم نفي الحكم الناشيء منه الضرر، كما يراه الشيخ قدس سره - ، والخيار حق مثبت، ولا يثبت بنفي اللزوم، وإلا لكان الحديث مثبتاً لا نافياً.

والحاصل: **أولاً**: أن المدعى هو ثبوت السلطنة على الفسخ وإبرام العقد، أو السلطنة على الفسخ وعدمه، والسلطنة أمر وجودي، فلا تثبت بلا ضرر.

وثانياً: إنا نريد من إثبات الخيار إثبات أمر قابل للسقوط بالإسقاط، وللانتقال بالإرث، وللمصالحة عليه بالمال، وأقصى ما يستفاد من « لا ضرر » جواز المعاملة وعدم لزومها، وهو لا يثبت تلك الآثار[٢].

---

(١) المكاسب ٥: ١٦١.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٨٣.

والإشكال متين جداً.

جواب المحقق النائيني عن إشكال المحقق الخراساني

وأجاب عنه المحقق النائيني قدس سره: بأن في العقد أمرين:

١ـ المدلول المطابقي للعقد، وهو المُنْشأ، وهو في البيع تمليك العين بالعوض، أو تبديل طرفي الإضافة، على حسب معاني البيع.

٢ـ المدلول الالتزامي له، وهو الالتزام والتعهد بالبقاء على ما أنشأه من المدلول المطابقي، وعقدية العقد تدور مدار هذا التعهد؛ فإن معنى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] هو الوفاء بهذا التعهد.

وعليه فكل من المتعاقدين يُملِّك الآخر التزامه، بحيث يخرج التزامه عن يده، وهذا معنى وجوب الوفاء، وكون العقد لازماً، فإذا قلنا بأن « لا ضرر » ترفع وجوب الوفاء، فمعناه أن الالتزام المملَّك للآخر لا زال أمره بيده، وهذا معنى الخيار، وتترتب عليه جميع الآثار، فما قاله المحقق الخراساني قدس سره من أن « لا ضرر » إنما ترفع اللزوم، ولا تثبت الحق.

فالجواب عنه: أن الحق ليس شيئاً آخر غير أن يبقى اختيار الالتزام بيده؛ فإن مقتضى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] هو أنه لا يَملِك التزامه، بل قد ملّكه للآخر، وعندما جاءت « لا ضرر » ارتفع وجوب الوفاء وكان مالكاً لالتزامه، وهو عين الحق[3].[1].

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) منية الطالب ٣: ١١٦.

المناقشة في جواب المحقق النائيني

وكما كان الإشكال قوياً فالجواب قوي أيضاً، إلا أنه غير واف برفع إشكال المحقق الخراساني تغمده الله، ولكن يحتاج إلى توضيح فنقول: إن وجود الالتزام والتعهد في العقود مما لا يقبل الإنكار، وعلى هذا الأساس قسم المحقق النائيني تغمده الله المعاملات المشتملة على الإيجاب والقبول إلى أقسام، منها هذان القسمان:

الأول: العقود الإذنية - كالعارية والوديعة والوكالة - التي قوامها بالإذن، وليس فيها تعهد والتزام، وهي في الحقيقة خارجة عن العقود تخصّصاً لا تخصيصاً، وإنما تسمّى عقوداً لاعتبار رضا الطرفين وإلا فهي ليست إلا تسليطاً على التصرف.

---

(١) قال الشيخ الأستاذ حفظه الله في جواب على سؤال بما يوضح مطلب المحقق النائيني تغمده الله: إنه يوجد جواز ولزوم حكميان، وجواز ولزوم حقيان، فالأول ما يتعلق بالمدلول المطابقي، وهو المنشأ، ومثاله في اللزوم عقد النكاح، فإن اللزوم فيه حكمي لا اختيار فيه للمكلف، ومثال الجواز الحكمي عقد الهبة؛ فإن الجواز فيها من قبل الشارع بلا مدخلية للمكلف فيه.

والثاني؛ أي اللزوم والجواز الحقيان فهما المتعلقان بالالتزام بالمدلول المطابقي.

وعلى مسلك المحقق النائيني تغمده الله أن وجوب الوفاء يتعلق بهذا الالتزام لا بالمُنشأ، وبهذه الجهة يكون حقاً، ففي بيع الخيار جعل قرار الالتزام بيد المتبايعين، وأما في صورة عدم الخيار فالالتزام خارج عن يد البائع مثلاً، بل يملكه الطرف الآخر، فإذا رفع اللزوم ووجوب الوفاء رجع أمر الالتزام إلى البائع ولم يعد ملكاً للطرف الاخر.

الثاني: العقود التي فيها عهد والتزام كالبيع والإجارة والصلح؛ فإن البائع يتعهد بتمليك الدار للمشتري، والمؤجر يتعهد بتمليك المنفعة للمستأجر، بل حتى في الهبة تعهد من الواهب بتمليك الموهوب له العين، إلا أنها خرجت من تحت ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] تخصيصاً؛ ببركة الدليل المخصِّص، وأما البيع ونحوه من العقود اللازمة فبقيت تحتها[2].

وما أفاده قدس سره من المبنى وإن كان ضابطة عامة في المعاملات، وهو أمر مفيد جداً، إلا أن بحثنا فعلاً ليس فيه، وإنما البحث في ما بناه عليه، وفيه:

أولاً: **قوله**: بأن في العقود العهدية عهداً والتزاماً، وكل واحد من المتعاقدين يملّك التزامه إلى الآخر، فصحيح بالنسبة إلى وجود التعهد والالتزام، وغير صحيح بالنسبة إلى تمليكه؛ إذ ليس في عقد البيع مثلاً إلا تمليك واحد، وهو تمليك العين ليس إلا ، ولا وجود لتمليك الالتزام، وإنما الموجود نفس التعهد والالتزام بدون تمليك، بمعنى أن البائع عندما يقول للمشتري ملكتك العين، فهو - مضافاً إلى هذا التمليك - يلتزم ويتعهد بالبقاء على ما أنشأه، وهذا الالتزام منه أمر غير قابل للإنكار، وهو أمر ارتكازي عند العقلاء في جميع المعاملات من هذا النحو، ويلزم الوفاء به عندهم، فتكون ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[3] - بحسب الدقة والتأمل -

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ١٦.

(٣) سورة المائدة: ١.

إمضاءاً لما عندهم وليس أمراً تعبدياً، ويشهد على ذلك أن أحدهم لو أنشأ المعاملة ثم جاء بعد ذلك وقال: رجعت في كلامي، لم يقبل منه ويلومه العقلاء على قوله.

إذن ليس عند العقلاء إلا لزوم الوفاء بالعقد، والآية الكريمة إمضاء لما عندهم.

وعليه: فالشارع - بمقتضى « لا ضرر » الحاكمة على جميع أدلة العبادات والمعاملات - رفع وجوب الوفاء بالتعهد والالتزام إذا كان ضررياً، وليس فيها ما زاد على هذا النفي، فمن أين جاءت أحكام الحق؟!

وبعبارة أخرى: إنا لا ننكر الحكم بلزوم الوفاء بالتعهد، ولكن نقول: إذا كان الوفاء بالتعهد ضررياً فهو منفي بـ« لا ضرر »، فلا يكون البائع أو المشتري ملزماً به، ونفي الإلزام بالتعهد عنه لا يثبت أن له حق الإسقاط، والمصالحة عليه، وأن يكون ميراثاً، فيعود إشكال المحقق الخراساني قدس سره إلى قوته.

جواب المحقق الخوئي عن إشكال المحقق الخراساني

وأجاب المحقق السيد الخوئي قدس سره عن إشكال المحقق الخراساني قدس سره بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول ورده

توضيح الجواب: أن ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره مبتنٍ على القول

باختلاف حقيقتي الجواز الحقي، والجواز الحكمي، أي مبني على الاختلاف بين حقيقة الحق والحكم، ولكن الصحيح اتحاد حقيقتهما، وإنما الاختلاف بينهما في الآثار، فحكم الشارع في بعض الموارد بقابلية سقوطه بالإسقاط، وانتقاله بالصلح والإرث، دون الآخر، فجواز الرجوع في كل من الهبة والبيع واحد، إلا أنه في الهبة ليس باختيار الواهب، وأما في البيع فباختيار من بيده الخيار، فيلزم - مع الاتحاد في حقيقتهما - أن يثبت الحق برفع لزوم العقد[1].

ويردّ: أولاً: بأن لمعرفة اتحاد الحقيقة بين الحكم والحق واختلافهما طريقين، فالمرجع إليهما:

الأول: الارتكاز العقلائي؛ فإن الأحكام والحقوق ليستا من الأمور المخترعة للشارع، بل هي موجودة عند العقلاء بغض النظر عن الشرع والشريعة، فينبغي أن يلاحظ ما عندهم، فإن كانوا يرونهما حقيقة واحدة، فهي كذلك، وإلا فمتعددة.

الثاني: لسان الأدلة الكاشف عن نحو الاعتبار؛ فإن الأحكام مطلقاً - تكليفية أو وضعية - تشترك في أمر جامع وهو الاعتبار، فهي من سنخ الاعتباريات، فكما أن حرمة الخمر أمر اعتباري، وقوامه باعتبار المعتبِر، فكذلك ملكية الدار لزيد متقومة بالاعتبار ، وإنما الاختلاف بينها في المعتبَر - بالفتح -.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٤ - ٢٨٥.

وبعبارة أخرى: إن الأحكام كلها تشترك في أصل الاعتبار، ولكنها تختلف في نحو جعله.

والشاهد على وجود الاختلاف في نحو الجعل في الارتكاز العقلائي والأدلة الشرعية، أنّا عندما نلاحظ الماء مثلاً نرى أنه في نفسه مباح لكل أحد شرعاً وعقلاء، بلا فرق بين الماء في الغدير، والماء في الصحراء، ولكن عندما يسبق إليه أحد، يكون أحقّ به من غيره، وليس السابق والمسبوق على حد سواء، شرعاً وعقلاء، فالإباحة المشتركة بين جميع الأفراد حكم من الأحكام، ويعبّر عنه بالحلية، ودليله ما يذكر في باب الأطعمة والأشربة من أدلة الحلية الواقعية والظاهرية.

وأما الاعتبار المختص بالسابق، فهو حق من حقوقه؛ بمقتضى المرتكز العقلائي، من عدم كون السابق كالمسبوق بالنسبة إليه، ودليله من الشارع ما ورد بهذا المضمون: « من سبق الى ما لم يسبق اليه أحد فهو أحق به »[1].

---

(١) المبسوط ٣: ٢٦٨، بهذا اللفظ:

« وروي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به ».

وفي الوسائل الباب٥٦ من أبواب أحكام المساجد، الحديث١: عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : تكون بمكة، أو بالمدينة، أو الحيرة، أو المواضع التي يرجى فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه، فقال: « من سبق إلى موضع فهو أحق به يومه وليلته ».

فهنا - بحسب الارتكاز العقلائي والدليل الشرعي - اعتباران: اعتبار مشترك بين جميع الأفراد، واعتبار مختص بالسابق، فالأول هو إباحة الشرب وجوازه، وهو حكم، والثاني نحو سلطنة للسابق، وهو حق، ودليل السبق ودليل الحلية نحوان من اعتبار المعتبِر - بالكسر -، والمعتبَر - بالفتح - في أحدهما الإباحة وجواز الفعل وتركه، وفي الآخر السلطنة.

وهذا المعنى سارٍ في جميع موارد المشتركات بحسب الإرتكاز العقلائي والأدلة الشرعية، ففي المسجد اعتبار مشترك للجميع - وهو جواز الصلاة في أي مكان منه لكل مصلٍ - واعتبار مختص لمن سبق إلى مكان خاص منه؛ فإن السابق ليس كغيره من نظر عقلائي وشرعي؛ فإنه بمجرد أن سبق إلى المكان وجلس فيه كان أحق به من غيره، فالإباحة والجواز مغايران - من حيث الحقيقة - للسلطنة والأولوية.

فما أفاده تتمّ من كون الحق والحكم حقيقة واحدة والفرق بينهما في اختلاف الآثار، ممنوع شرعاً وعقلاء، بل الاختلاف بينهما في الحقيقة والسنخ، ففي الهبة إباحة وجواز تكليفي فقط، وفي البيع الخياري سلطنة لذي الخيار، فيعود إشكال المحقق الخراساني تتمّ؛ فإن لرفع اللزوم عملاً واحداً، وهو تصحيح الجواز التكليفي، الذي هو سنخ من الجواز للواهب في الهبة، لا الجواز في البيع الخياري الذي هو سلطنة لصاحب الخيار.

ثانياً: سلمنا بكون الحق والحكم حقيقة واحدة، إلا أن الفرض أن المعتبَر الواحد قد جعل في بعض الموارد موضوعاً لأحكام خاصة كالإسقاط، والإرث، ولم يجعل كذلك في موارد أخرى، فالجواز في الهبة

لم يجعل موضوعاً للإسقاط، بخلافه في البيع الخياري، مع أن كليهما جواز، وسنخ واحد منه، فأيضاً يرد إشكال المحقق الخراساني قدس سره؛ فإنه يقول: بأن « لا ضرر » إنما ترفع وجوب الوفاء، ولا تثبت موضوع الأحكام الخاصة كقابلية الإسقاط والصلح والإرث.

فالحاصل: أن إشكال المحقق الخراساني قدس سره وارد على كلا التقديرين، قلنا بأن الحكم والحق حقيقة واحدة أو متعددة.

الجواب الثاني ورده

أن دليل نفي الضرر إنما يرفع اللزوم الذي يلزم منه الضرر، فيكون المرفوع من اللزوم مقدار ما يرتفع به الضرر، فيكون الخيار فورياً عرفياً حينئذٍ، بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ والإمضاء لسقط خياره، فيعلم أنه من الحقوق، فيسقط بإسقاط ذي الخيار أيضاً.

ودعوى ثبوت الجواز الذي يكون ثابتاً إلى الأبد نظير الجواز في الهبة، يحتاج إلى عناية زائدة، فلا دلالة في دليل نفي الضرر عليه.

وإذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله أن يصالح عليه بالمال، وأما انتقاله إلى الورثة فلا يتكفله دليل نفي الضرر، بل لا بدّ من مقدمة خارجية؛ لأن عدم انتقال بعض مال الوارث إلى الورثة ليس ضرراً عليهم؛ إذ لا مال عندهم، بل قلة نفع لهم، فيقال: بما أن بعض الروايات الواردة في عدم نفوذ الوصية بأكثر من الثلث

علّلت الحكم بأنه ضرر على الورثة[١]، استكشف منها أن الوارث وجود تنزيلي للمورِّث، فالغبن الداخل على المورِّث داخل على الورثة، والضرر الداخل عليه داخل عليهم، فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتاً لهم[٢].

وفيه: أولاً: أن قوله: إن « لا ضرر » إنما ترفع اللزوم بمقدار ما يحصل منه الضرر، فيثبت له الخيار الفوري ليس إلا، بحيث إنه يسقط لو لم يعمل به، تام إلا أنه لا ربط له بثبوت حق الإسقاط؛ فإن السقوط بانتهاء أمد الشيء أمر، والسقوط بإسقاط ذي الحق أمر آخر، ولهذا

---

(١) يمكن الإشارة إلى ما في الوسائل، الباب٨ من أبواب كتاب الوصايا، باب عدم جواز الجور في الوصية والحيف فيها بتجاوز الثلث، ووجوب ردّها إلى العدل والمعروف.

الحديث١: ..عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى وأوصى بماله كله أو أكثره، فقال له: « الوصية تردّ إلى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والحيف، فإنها ترد إلى المعروف ، ويترك لأهل الميراث ميراثهم . . . الحديث».

والحديث٤: الفضل بن الحسن الطبرسي في (مجمع البيان) قال : جاء في الحديث: « إن الضرار في الوصية من الكبائر ».

ويمكن الإشارة إلى ما في الباب٩، الحديث:٢ عن حماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة، والوصية بالربع والخمس أفضل من الوصية بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك ».

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٦ - ٢٩٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٥.

نلاحظ في الهبة أن الواهب إذا لم يرجع في هبته إلى أن تلفت العين الموهوبة يسقط منه جواز الرجوع ولكن لا ربط له بالإسقاط.

وثانياً: أن ما أفاده قدس سره من المقدمة الخارجية من كون روايات الوصية تثبت أن الوارث وجود تنزيلي للمورِّث فيثبت له الخيار فيرد عليه:

أن مقتضى أصالة الحقيقة الأخذ بظاهر الكلام في غير ما قامت القرينة على خلافه، ويقتصر - مع قيامها - على موردها، ولا يتعدّى إلى غيره، والمعنى الحقيقي للضرر المنفي هو النقص في المال أو العضو أو النفس، ولكن بما أن الروايات استعملته في مورد عدم النفع في الوارث مجازاً، فالروايات جعلته وجوداً تنزيلياً للمورِّث في باب الوصية، فيقتصر على موردها، والتعدّي إلى غيره أخذ بخلاف الظاهر، وعلى خلاف أصالة الحقيقة بلا قرينة ولا حجة، فلا يصح، واذا بطلت المقدمة بطلت النتيجة، فيبقى إشكال المحقق الخراساني قدس سره على قوته.

الجواب الثالث ورده

أنه كما يصح إسقاط الخيار حدوثاً قبل المعاملة، بأن يقدم على المعاملة حتى لو كان التفاوت بين الثمن والمثمن فاحشاً، فكذا يصح إسقاطه بقاء بالأولوية[1].

وفيه: **أولاً**: أن المحقق الخراساني قدس سره ينكر أصل ثبوت الخيار؛ لأن «

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٧ ، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٦.

لا ضرر » إنما تنفي اللزوم، ولا تثبت ما زاد على ذلك، فلا يرد عليه أن الخيار إذا كان يسقط بالإسقاط حدوثاً فمن باب أولى يسقط به بقاء، وإنما يرد على من يقول بثبوت الخيار.

وثانياً: إن المتصور من إسقاط الخيار حدوثاً، هو الرضا بالمعاملة بأي نحو حصلت، ولو بأن يكون التفاوت بين الثمن والمثمن فاحشاً، ومعنى هذا نفي الخيار من الأول، لا ثبوته وإسقاطه، وبينهما فرق؛ فإن إسقاط الخيار فرع ثبوته، وأما نفي الخيار فبالإقدام على المعاملة والرضا بها ولو كانت غبنية، بحيث ينتفي الخيار بانتفاء موضوعه ودخول المعاملة في التجارة عن تراض، فخلط بين سقوط الخيار حدوثاً ونفيه كذلك.

والحاصل: أن ما أجيب به عن إشكال المحقق الخراساني تدثر على الاستدلال بـ« لا ضرر » غير تام، فيبقى الإشكال على قوته[1].

إشكال الشيخ على الاستدلال بلا ضرر

ثم إن الشيخ تدثر أورد على الاستدلال بـ« لا ضرر » بما توضيحه: أن

---

(١) نقل بعض الحاضرين جواب المحقق العراقي تدثر عن إشكال المحقق الخراساني تدثر، وحاصله: أن « لا ضرر » ترفع اللزوم، وبالإجماع على الملازمة بين رفع اللزوم والخيار يثبت الخيار.

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : أولاً: بأن المسألة لم تكن محررة عند قدماء الأصحاب، فكيف استكشف تدثر الإجماع؟!

وثانياً: إن هذا الإجماع - على فرض حصوله - مدركي بلا ريب، فلا يكون حجة.

نفي اللزوم بها لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الإمضاء والردّ بكل الثمن إلا إذا انحصر فيه، ولكن في المقام احتمالين آخرين يرتفع الضرر بهما أيضاً:

الأول: أن يتخير المغبون بين الإمضاء بكل الثمن وبين الردّ في المقدار الزائد، غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن؛ لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض الذي أنشأ المعاملة المحاباتية في مرض موته، كأن اشترى ما يسوى ألف دينار بثلاثة آلاف، أو باع ما يسوى ثلاثة آلاف بألف، وحال المغبون بعد العلم بالغبن حال وارث ذلك المريض إذا مات؛ فإن له أن يمضي المعاملة أو يردّها بمقدار الغبن، فيأخذ الألفين في المثال من دون ردّ جزء من العوض، كما عليه الأكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة، وإن اعترض عليهم العلامة رحمه الله بما حاصله:

أن استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة[1]؛ لأن المعاملة الواقعة واحدة لا تعدد فيها، فلا يعقل

---

(١) ولا بأس بنقل ما أفاده العلامة بطوله لفائدته، قال في القواعد ٢: ٥٣٦ - ٥٣٨:

(ولو باع فحابى: فإن أجاز الورثة لزم البيع، وإن لم يجيزوا فاختار المشتري الفسخ فله ذلك؛ لتبعيض الصفقة.

وإن اختار الإمضاء قال علماؤنا: يصح ما قابل الثمن من الأصل، والمحاباة من الثلث.

والحق عندي: مقابلة أجزاء المبيع كما في الربوي؛ ولأن فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن.

وكما لا يصح البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن . فلو باع عبداً لا يملك سواه وقيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى بثلثي ماله، فعلى الأول يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن؛ لأنه استحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن.

وعلى ما اخترناه: يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، ويفسخ البيع في الباقي؛ لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه، كما لو اشترى قفيزاً يساوي تسعة بقفيز يساوي ثلاثة.

ولو باعه بخمسة عشر جاز في ثلثيه بثلثي الثمن، وعلى الأول في خمسة أسداسه بالجميع.

وطريق هذا: أن ينسب الثمن وثلث التركة إلى قيمته، فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه.

وعلى ما اخترناه : يسقط الثمن من قيمة المبيع، وينسب الثلث إلى الباقي، فيصح البيع في قدر تلك النسبة، وهو ثلثاه بثلثي الثمن، أو ينسب الثلث إلى المحاباة، فيصح البيع في قدر تلك النسبة.

فإن خلف عشرة أخرى فعلى قولنا يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن، وعلى ما اختاره علماؤنا يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن، ويرد نصف تسعه، أو ينسب الثمن إلى المثمن، ويستخرج قدر المحاباة، فللورثة ضعفها من العبد والثمن.

فنقول في الأولى: صح البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن، فالمحاباة بثلثي شيء، فللورثة شيء، والشيء من العبد، فيبطل من الثمن ثلث شيء، فالثمن في تقدير ثلثي شيء، والعبد في تقدير شيئين، فالشيء خمسة عشر، فللمشتري

التبعيض في الفسخ، بأن يرجع في حصة من الثمن دون البعض الآخر؛ لأن حقيقة المعاوضة متقومة بأن كل واحد من العوضين في مقابل الآخر، فإذا رجع في بعض الثمن دون بعض المثمن لم تحصل المقابلة، فتنتفي حقيقة المعاوضة.

الثاني: أن يتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد أمرين: الفسخ في الكل، أو تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد إن وجد أو بدله إن فقد، ومرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبة مستقلة.

ومع وجود هذين الاحتمالين لا تصل النوبة إلى التمسك بـ «لا ضرر» لإثبات الخيار في كل المعاملة إمضاء أو ردّاً، فالمتيقن من ثبوت الخيار

خمسة عشر هي نصفه، ورجع إليه من الثمن خمسة، وكذا للورثة.

وفي الثانية : يصح البيع في شيء بنصف شيء من الثمن، فالمحاباة بنصف شيء، فللورثة شيء، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء، يبقى لهم نصف شيء من العبد، فيبطل البيع في مقابله، وهو ربع شيء من الثمن، فالعبد في تقدير شيء ونصف، والثمن في تقدير نصف شيء وربع، فالشيء عشرون.

وفي الثانية: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة والثمن، وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن، فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شيء ونصف، فالشيء ستة وعشرون وثلثان).

له صورة امتناع الغابن من البذل[١].

مناقشة المحقق السيد الخوئي للشيخ ودفعها

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الأول منهما: بأن الخيار في بعض الثمن إنما يصحّ في ما لو أمكن الانحلال في البيع، كما في بيع ما يُملَك وما لا يمُلَك كبيع الشاة والخنزير، أو الخل والخمر في صفقة واحدة، وبيع ما يَملِكه وما لا يملكه في صفقة واحدة؛ فإنه يمكن الالتزام بصحة البيع في الشاة والخل وما يملكه، دون الخنزير والخمر وما لا يملكه، غاية الأمر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في المالية وإلا فلا محذور أصلاً، والوجه فيه أن البيع وإن كان واحداً، ولكنه بحسب الحقيقة بيوع متعددة حسب تعدد المبيع.

وأما في ما نحن فيه فلا يمكن ذلك؛ لعدم الانحلال حتى يلتزم برد بعضه وإمضاء البعض الآخر؛ لأن المبيع هنا والبيع واحد، وقد وقع البيع على المثمن بثمن خاص[٢].

والحق عدم وروده؛ لأن المدار في الانحلال وعدمه على وحدة المطلوب وتعدده، فإن كان المبيع بنحو وحدة المطلوب لم ينحل وإن كان مركباً من جزئين، وإن كان بنحو تعدد المطلوب - كأن اشترى المركب من جزئين وكان الغرض الأقصى أن يكونا معاً، والغرض الأدنى

---

(١) المكاسب ٥: ١٦١ - ١٦٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٩ - ٣٠٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٩١.

الاقتصار على أحدهما - حصل الانحلال، وإلا فما هو الفرق بين ما لو باع الدار المشتركة بينه وبين غيره ببيع واحد، وما لو كانت الدار له لوحده وباعها كذلك، حتى يقال بالانحلال في الصورة الأولى، وعدمه في الصورة الثانية، مع كون المبيع واحداً في الموردين؟

نعم، يرد على الشيخ قدس سره إشكال العلامة رحمه الله المتقدم ذكره، من أن استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة.

المناقشة في الأمر الثاني للشيخ

وأما ما أفاده في الاحتمال الثاني من رد بعض الثمن غرامة على الغابن، فيردّه: أن الغرامة لا تكون إلا في مورد الضمان، والضمان لا يكون إلا بأسبابه التي هي عبارة عن وضع اليد العادية، والإتلاف، وليس شيء منهما موجوداً في المقام، فينتفي الضمان فتنتفي الغرامة.

إشكال المحققين الأصفهاني والإيرواني والسيد الخوئي على الاستدلال بلا ضرر

وذهب المحققون الأصفهاني والإيرواني والسيد الخوئي - قدس سرهم - إلى أنه لو جاز التمسك بـ« لا ضرر » لكان لازمه بطلان العقد، لا نفي اللزوم؛ لأنها تنفي ما ينشأ منه الضرر، والضرر ينشأ من الحكم بصحة العقد الواقع بين المثمن ذي الثمن العالي وبين الثمن الرخيص؛ فإنه هو الذي أوجب نقصان مال المغبون، ولم ينشأ الضرر من الحكم بلزومه؛ لأن اللزوم إنما هو إلزام من الشارع بما فيه الضرر، لا أن الضرر

يلزم من ناحيته[١].

وهذا الكلام وإن كان قوياً في نفسه، وتاماً في حدّ المقتضي، إلا أنه مبتلى بمانعين:

الأول: قيام الإجماع، بل التسالم على صحة المعاملة الغبنية وعدم القول بفسادها، ودليل نفي الضرر كغيره من الأحكام الشرعية القابلة للتخصيص، فيخصص بهذا الإجماع بالنسبة إلى صحة المعاملة، وأما بالنسبة إلى اللزوم فتجري القاعدة؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

ولا يخفى أن هذا الإجماع لا يمكن خدشه بكونه مدركياً؛ لتسالم الإصحاب على الحكم، وما كان كذلك لا يورد عليه بكونه مدركياً، فلا يمكن رفع اليد عنه.

الثاني: أن « لا ضرر » من الأدلة الامتنانية، كحديث الرفع ودليل نفي الحرج، وبما أنه كذلك لا يجري في ما يكون فيه خلاف الامتنان؛ لقصور إطلاقه عن ذلك، فكما لا يجري حديث الرفع لنفي صحة بيع المضطر لداره؛ لكونه خلاف الامتنان عليه، وكما لا يجري دليل نفي الحرج في الموارد التي يكون جريانه فيها خلاف الامتنان على صاحبه، فكذلك « لا ضرر »، ونفي صحة البيع الغبني خلاف الامتنان فلا تجري.

فيتحصل من ذلك: عدم جريان « لا ضرر » بالنسبة إلى نفي الصحة

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٢٤٣، حاشية المكاسب للإيرواني ٢: ٢٨ مصباح الفقاهة ٦: ٣٠١، التنقيح ٣٨: ٢٩٣.

ولكن تجري لنفي اللزوم ليس إلا، ولا يترتب على نفيه ثبوت الأحكام الخاصة الثابتة للخيار[١].

---

(١) نقل أحد الحاضرين ملخص قول المحقق الإيرواني قدس سره في حاشيته ٢: ٢٩، ولفظ المحقق المذكور هو: (والتّحقيق أن يقال: إنّ دليل نفي الضّرر يقتضي سلطنة المغبون على تغريم الغابن بمقدار ما أضرّه، كما يقتضي ذلك آية الاعتداء أيضاً، فيثبت به اشتغال ذمّة الغابن بالغرامة بلا حلّ للمعاملة فضلاً عن ربطها، بل ليس له حلّ المعاملة حتّى لو لم يؤدّ الغرامة، وإنّما له أن يجبره على الغرامة إن تمكّن من ذلك، وإلا بقي الحق في ذمة الغابن كما في سائر الدّيون؛ فإنّ الدّائن إذا لم يتمكن من استيفاء دينه لا يتسلّط على حلّ شيء من معاملات أوقعها مع المديون، والدّليل على تعيّن احتمال التغريم من بين سائر المحتملات الّتي من جملتها فساد المعاملة الغبنيّة، هو أنّ الجمع بين دليل نفي الضّرر، وبين عمومات صحّة المعاملات الشاملة للمقام، وبين عمومات لزوم المعاملات يقتضي ذلك، فيحكم بصحّة المعاملة ولزومها؛ عملاً بالعمومين، ثم يحكم باشتغال الذّمة بالغرامة؛ عملاً بدليل نفي الضّرر، ومعلوم أنّ الجمع بين الأدلّة مهما أمكن أولى من طرح بعضها وإن لزم من ذلك الجمع ما لزم، ما لم يكن على خلاف شيء من الأدلّة).

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله:

أولاً: أن الأدلة لا تلاحظ بنحو العام المجموعي، وإنما تلاحظ بنحو العام الاستغراقي، فيلاحظ كل دليل مستقلاً عن الآخر، فدليل الحل يدل على صحة المعاملة لا أكثر، ودليل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ يدل على اللزوم ليس إلا، ودليل نفي الضرر حدّه النفي، وهو ناظر إلى الأدلة الأولية فيكون ناظراً لهما فيكون حاكماً عليهما، ومقتضى القاعدة أن ينفي الصحة؛ لحصول الضرر من الحكم بها، ولكنه لا

الدليل الخامس: روايات الغبن سحت

قال الشيخ قدس سره: (وقد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: « غبن المسترسل سحت »[١].

وعن ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: « غبن المؤمن حرام »[٢].

وفي رواية أخرى: « لا تغبن المسترسل؛ فإن غبنه لا يحل »[٣])[٤].

ولكنها لا تصلح للاستدلال على ثبوت الخيار:

أولاً: لكون مفادها حكماً تكليفياً لا وضعياً.

وثانياً: أن الرواية الثانية يحتمل فيها تحريك الباء من الخديعة، أي خديعة المؤمن حرام، فتكون أجنبية عن الباب.

فموضوع هذه الروايات كمحمولها محل تأمل، فلا نطيل فيها.

بقي شيء: العمدة في المسألة عند الشيخ

قال الشيخ: (فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة

يجري فيها بحسب ما تقدم من الإجماع والامتنان، فينفي اللزوم ليس إلا.

وثانياً: إن الغرامة أمر إثباتي فكيف جاء من الجمع بين الأدلة الثلاثة؟!

وقوله: بأن الجمع أولىٰ من الطرح صحيح بشرط أن يكون جمعاً.

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث:١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث:٢.

(٣)الوسائل، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة الحديث:٧.

(٤) المكاسب ٥: ١٦٤ - ١٦٥.

المحققة، وحديث نفي الضرر، بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت)[1].

ولكن نقول: أما الإجماع فقد اعترف الشيخ قدس سره بكونه منقولاً، وقد أفاد في الأصول بأنه إخبار حدسي عن رأي المعصوم عليه السلام، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

وأما الشهرة فلا حجية فيها، وضم اللاحجة إلى اللاحجة لا ينتج الحجية.

وأما « لا ضرر » فقد تقدم أن غاية ما يستفاد منها نفي اللزوم، فلا تثبت المطلوب الذي هو الخيار.

تنبيه

إن « لا ضرر » حكم امتناني على جميع الأمة كما تقدم، فلو أجريت لنفي الصحة لكانت خلاف الامتنان على الغابن والمغبون، أما على الغابن؛ فلأن باب النفع ينسد عليه حينئذٍ من جميع الجهات، وأما إذا لم تنفِ الصحة وإنما نفت اللزوم فيبقى الباب مفتوحاً له؛ إذ ربما يرضى المغبون بالمعاملة بكامل الثمن.

وأما بالنسبة إلى المغبون؛ فلأن غرضه ربما يتعلق بهذا المبيع، فإن نفيت الصحة انسد الباب عليه، وإن لم تُنفَ أمكنه أن يبقي على المبيع

---

(١)المكاسب ٥: ١٦٥.

وأن يصالح على إسقاط حق الخيار بعوض.

والحاصل: إن الحكم بالبطلان خلاف الامتنان، وأما الحكم بالصحة وعدم اللزوم فهو امتناني على الغابن والمغبون.

طريق صاحب الجواهر في الاستدلال بلا ضرر

وحاصل ما أفاده قدس سره: أن مدلول « لا ضرر » إن كان النهي فهي أجنبية عن المقام؛ لأن مفادها حرمة الضرر ليس إلا.

وإن كان مدلولها النفي، فهي وإن دلّت على عدم مشروعية ما فيه ضرر، إلا أن بضم أصالة صحة البيع وحليته يكون المراد من نفي المشروعية نفي اللزوم[1].

توجيه المحقق الرشتي لكلام صاحب الجواهر

وبما أن ظاهر كلامه قدس سره غير قابل للقبول وجهه المحقق الرشتي قدس سره بقوله: (إن المنفي هو مشروعية ما يشتمل على الضرر، سواء كان من الأسباب كالمعاملات أو من العبادات.

غاية الأمر: على الأول: يدل على نفي التأثير، وعلى الثاني: يدل على التحريم.

وعلى الأول - أعني المشتمل على الضرر من المعاملات - نفي المشروعية فيه تارة يكون بنفي الصحة واللزوم، وأخرى بنفي اللزوم خاصة، فعلى الأول: يثبت فساد المعاملة، وعلى الآخر يثبت الخيار،

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

فيدور الأمر حينئذٍ بين ارتكاب التخصيصين اللازم على الأول؛ إذ عليه يلزم التخصيص في دليل الصحة وهو قوله تعالى: ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾[1]، ودليل اللزوم وهو قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[2] وإن كان الثاني تابعاً للأول، وبين ارتكاب تخصيص واحد وهو تخصيص دليل اللزوم خاصة، ومن البين أن حمل الخبر بما يوجب قلة التخصيص أولى من حمله على ما يوجب الكثرة، بل هو المتعين.

هذا توضيح ما في جواهر الكلام، وظاهره وإن كان يأبى عن هذا التوجيه إلا أنه لا بدّ من إرجاعه اليه)[3].

تأييد صاحب الجواهر لكلامه

ثم أيّد صاحب الجواهر قدس سره كلامه بأمرين:

الأول: أن مورد الضرر منجبر بالخيار.

الثاني: أن الخيار وجه جمع بين الحقين، ورافع للضرر من الجانبين.

وقد أوضحنا وجه الجمع سابقاً بذهاب حق الغابن عند نفي الصحة وعدم انتفاعه دون ما لو نفي اللزوم؛ فإن حقه وحق المغبون محفوظان.

ثم قال قدس سره في الأخير: (والأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) فقه الإمامية، قسم الخيارات ٢: ٣٩١ - ٣٩٢ .

المزبور)[1].

وما أفاده المحقق الرشتي تغمده الله من التوجيه - وإن كان تاماً كبروياً ومتيناً من حيث الصورة؛ إذ مع دوران الأمر بين حصول تخصيص واحد أو تخصيصين يقدم التخصيص الواحد من باب حفظ الحجة؛ لدوران سقوط الحجة حينئذٍ بين الأقل والأكثر، فيقتصر على الأقل - إلا أن تطبيقه على ما نحن فيه غير تام؛ لمنع التطبيق عليه، ووجه المنع:

أولاً: أننا إما أن نقول بأن « لا ضرر » غير مخصصة لدليل صحة البيع وحليته بمقتضى التسالم ودليل الامتنان، وإما أن نقول بأنها مخصصة له.

أما على الأول فـ« لا ضرر » قاصر عن تخصيص دليل الصحة والحل من أصل؛ بمقتضى الامتنان والتسالم على صحة البيع الغبني.

وأما على الثاني فـ« لا ضرر » وإن كانت تنفي المشروعية حينئذٍ ولكن الدوران إنما يتمّ في ما لو كانت نسبة الدليل المخصِّص إلى الدليلين المراد تخصيصهما واحدة، وأما إذا كان الدليل في حدّ نفسه قاصر الشمول بالنسبة إلى أحد الطرفين لا يتمّ الدوران، و« لا ضرر » إنما تنفي الصحة بالإطلاق، ومع قيام التسالم على صحة البيع من جهة، وكون الحكم بالبطلان مخالفاً للامتنان من جهة أخرى يحصل الشك في انعقاد الإطلاق، فيشك في صلاحية تخصيص « لا ضرر » لدليل ﴿ أحل الله

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

البيع ﴾[١]، فينتفي موضوع الدوران.

وثانياً: أن قاعدة الدوران إنما تأتي في ما لو دار الأمر بين تخصيصين وبين تخصيص واحد، ولكن ما نحن فيه يدور الأمر بين تخصيص واحد من جهة، وبين تخصيص آخر يستلزم تخصّصاً؛ فإنه إن خصص دليل اللزوم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] لوحده حكم بصحة البيع مع ثبوت الخيار، وإن خصص دليل الحل ﴿ أحل الله البيع ﴾[٣] حكم ببطلان البيع، فانتفى موضوع ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٤]، فخرج المورد عنها تخصصاً لا تخصيصاً، وبين الأمرين فرق، وقد وقع الخلط بينهما.

والنتيجة إلى هنا: أن الاستدلال بدليل « لا ضرر » محل إشكال، والعمدة في الإشكال ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره من أن غاية ما يدل عليه نفي اللزوم لا ثبوت الخيار.

والدليل العمدة لإثبات خيار الغبن هو تخلّف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء؛ فإن بناءهم في جميع المعاملات على الربح لا على الخسارة، وعلى أن لا يقع في الغبن، وأن التبادل في المعاملات يقع بين الخصوصيات مع التحفظ على المالية، وهذا التباني من جملة التعهدات

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) سورة المائدة: ١.

والالتزامات المركوزة في الأذهان، فهو توأم مع المعاملة محقق للشـرط، فلا يحتاج إلى إبرازه وبيانه باللفظ؛ فإن المعاملة من ناحية الغبن لم تقـع عندهم مهملة قطعاً، ولا مطلقة بمقتضى هـذا التعهـد والالتـزام، فتكـون مقيدة بالتساوي بين الثمن والمثمن في المالية، أو بعدم التفاوت الفاحش بينهما، ومع تخلّفه يثبت الخيار للمغبون بنحو الحق، فتترتب عليه جميع آثاره.

شرائط خيار الغبن

ذكر الفقهاء - قدس الله أسرارهم - شرطين لثبوت خيار الغبن:

الشرط الأول: عدم علم المغبون بالقيمة

فلو علم بها فلا خيار، بل لا غبن حينئذٍ، والدليل على ذلك أمران:

الأول: أن الدليل على ثبوت خيار الغبن أحد أمور ثلاثة: إما الإجماع كما عليه الشيخ قدس سره، أو تخلف الشرط الارتكازي القائم على عدم الغبن في المعاملة، أو دليل نفي الضرر.

أما الإجماع فهو دليل لبي، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه، وهو عدم علم المغبون بالقيمة.

أما الشرط الارتكازي فلا يتحقق إلا في ظرف الجهل بالغبن، فإذا أقدم على المعاملة مع العلم بوجوده فقد أسقط الشرط؛ فإن حقيقة الشرط هو كون الالتزام بالمعاملة معلّقاً على عدم الغبن، فإذا كان عالماً به لم يكن الالتزام معلّقاً، بل كان محققاً حتى في صورة الغبن، فينتفي موضوع الدليل مع العلم بالغبن.

وأما دليل نفي الضرر فهو إنما يجري في ما لو كان الضرر ناشئاً من

الحكم الشرعي، لامن نفس المتعاملين، ومن أقدم على المعاملة - مع علمه بالغبن - فقد أقدم على ضرر نفسه، فينتفي الدليل بانتفاء موضوعه أيضاً.

فسواء أتمسكنا - لإثبات خيار الغبن - بالدليل الأول أم بالدليل الثاني فموضوعهما منتفٍ مع العلم بالغبن، فيسلم دليل اللزوم عن المخصص.

إشكال المحقق الحائري على الشيخ

قال الشيخ قدس سره: (فلو علم بالقيمة فلا خيار، بل لا غبن...؛ لأنه أقدم على الضرر)[1].

وأورد عليه المحقق الحائري قدس سره بإشكالين:

الأول: ما يرتبط بالقسم الأول من كلام الشيخ قدس سره، وحاصله: أن عنوان الغبن لم يرد في أي دليل من الأدلة حتى يتمسك بعدم صدقه.

والثاني: ما يرتبط بتعليل الشيخ قدس سره من قصور « لا ضرر » عن الشمول لمورد العلم، وحاصله: أنه إن أريد بذلك أن الضرر نشأ من فعل نفسه حينما عقد على ماله بما ينقص عن قيمته، والشارع لم يقم إلا بإمضاء فعله، فلم يحصل أي ضرر من ناحيته، و« لا ضرر » تنفي الأحكام الضررية، لا الأفعال الضررية، ففيه: أن هذا مشترك الورود بينه وبين الجاهل؛ فإنه أيضاً عقد على ماله بما هو أنقص منه، والشارع لم يقم إلا بإمضائه[2].

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٦.

(٢) الخيارات للشيخ الأراكي قدس سره: ١٨٤.

استدلال المحقق الحائري على الشرط الأول بعدم صدق الضرر

ثم قال تدّس: فالذي ينبغي أن يقال في الاستدلال: إن المعاملة لا تخرج عن أحد حالين: سفهائية أو عقلائية، أما الأولى فخارجة عن محل الكلام؛ لأن البحث في المعاملة الصحيحة، والمعاملة السفهائية لا دليل على صحتها، وغير مشمولة إلى دليلي ﴿ أحل الله البيع ﴾[1] و﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2].

وأما الثانية فلا تنشأ إلا عن غرض عقلائي، فالعالم بالغبن لم يقدم على المعاملة إلا لوجود غرض عقلائي مزاحم للنقص الحاصل في المال ومقدم عليه، وحينئذٍ لا يصدق عليه أنه متضرر، فلا تجري « لا ضرر » في حقه من باب السالبة بانتفاء الموضوع؛ فإنه وإن لم يقع الغرض في مقابل المال إلا أن وجوده كافٍ لرفع عنوان الضرر عنه عند العقلاء، كما في الهبة؛ فإنه لا يصدق على الواهب أنه متضرر وإن نقص من ماله مقدار ما وهبه بلا عوض، بخلاف ما لو أخذ مقداره بالسرقة والنهب[3].

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري

وفي جميع ما أفاده إشكال:

أما إشكاله الأول فهو وإن كان ذا صورة فنية إلا أنا نقول: بأن الدليل

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) الخيارات للشيخ الأراكي تدّس: ١٨٤ - ١٨٥.

على نحوين: لفظي ولبي، ولا يخفى عدم ورود عنوان الغبن في الأدلة اللفظية غير ما ورد عنهم عليهم السلام: « غبن المسترسل سحت »[١]، و« غبن المؤمن حرام »[٢]، و« لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل »[٣]، وقد أخرجها الشيخ قدس سره عن دائرة الاستدلال في المقام.

ولكن الدليل في المقام هو الدليل اللبي وهي السيرة العقلائية، وعنوان الغبن مأخوذ عندهم بنحو الموضوعية؛ فإن الشرط الارتكازي عند العقلاء أن لا يكون في المعاملة غبن، وأن الخيار ثابت في المعاملة الغبنية، فعنوان الغبن موجود في الدليل اللبي، والمدار على وجوده سواء أكان في الدليل اللفظي أم اللبي.

والحاصل: إن كان الاستدلال بالدليل اللفظي أو بمعقد الإجماع لزم ذكر عنوان الغبن فيهما وإلا ينتفي الحكم المترتب على العنوان.

وإن كان بالشرط العقلائي فالعنوان ثابت؛ لبناء العقلاء على عدم الغبن في المعاملات العقلائية، فلا يرد الإشكال على الشيخ قدس سره.

وأما إشكاله الثاني ففيه: أن العالم بالغبن والجاهل به وإن اشتركا في صدور العقد منهما إلا أن الجاهل لم يقدم على ضرر نفسه؛ لأنه يشترط ارتكازاً بأن لا تكون المعاملة غبنية، وإلا فله الخيار، فلو أمضى الشارع المعاملة على نحو اللزوم والحالة هذه لكان الضرر ناشئاً من الشارع،

---

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الباب٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث٧.

بخلاف العالم به؛ فإنه أقدم على المعاملة مع وجود الغبن، فقد أسقط الشرط، والشيخ قدس سره إنما يرى قصور دليل نفي الضرر عن شموله للعالم بالغبن لأنه أقدم على ضرر نفسه.

وأما ما أفاده من الاستدلال من نفي الضرر مع وجود الغرض المزاحم له والمقدم عليه ففيه: أن الضرر - وهو النقص في المال بدون أن يسد مسدّه شيء - أمر واقعي لا يزاحم بالغرض ولا يعوض عنه؛ فإن الغرض منشأ لتحمل الضرر، لا أنه نافٍ له، وبينهما فرق؛ فإن العمل العقلائي مبني على طبق موازين عقلائية؛ فإنهم في مقام وجود الغرض والضرر ينظرون إلى الراجح منهما، فإن كان الغرض أرجح أقدموا على الضرر وتحمّلوه، وإلا فلا، ونفس كون الغرض أرجح دليل على وجود المرجوح لا على انتفائه، فما أفاده قدس سره من انتفاء الضرر في حال وجود الغرض في محل المنع.

وكذلك الحال في الهبة؛ فإن الضرر واقع لا محالة، إلا أن الغرض منها أرجح منه فيقدم العقلاء عليه، ويتحملون الضرر لأجله.

فالحق: أن الضرر في هذه الموارد حاصل لا محالة، إلا أن الغرض مقدّم عليه، والوجه في قصور « لا ضرر » وعدم شمولها لهذا المورد أنها لو شملته لكانت على خلاف الامتنان بالنسبة للمتضرر المقدم على ضرره لغرض عقلائي، والحال أنها قاعدة امتنانية، فلا تجري في ما

يخالف الامتنان[١].

فتحصل إلى هنا: أن المغبون إذا كان يعلم أو يطمئن بحصول الغبن ومع ذلك أقدم على المعاملة لم يكن له خيار الغبن، لا من جهة دليل « لا ضرر »؛ لقصور شمولها عن المقام؛ لأنه أقدم على ضرر نفسه، ولا من جهة الشرط الارتكازي؛ لإلغائه للشرط.

صور العلم بالتفاوت في القيمة

إذا علم بالتفاوت في القيمة بين الثمن والمثمن ومع ذلك أقدم على المعاملة، فهنا صور، ولا بدّ - قبل بيانها - أن نشير إلى أن حكم هذه الصور يعرف بعد الفراغ عن معرفة أمور:

١ـ أن العقد الغبني صحيح، وغير مشمول لدليل نفي الضرر؛ للتسالم، ولأن جريانها خلاف الامتنان.

٢ـ أن القول بالخيار وعدم لزوم العقد مبتنٍ على الشرط الارتكازي، وعموم « لا ضرر ».

٣ـ أن إسقاط الشرط لا يكون إلا بإلغائه.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: إن مراد المحقق الحائري قدس سره أنه ضرر متدارك.
فأفاد دام ظله: إن قولك بأنه ضرر متدارك يثبت الضرر فمحال أن ينفيه، وليس هذا مراده، بل مراده قدس سره نفي الضرر من أصل؛ لوجود الغرض، كما يظهر منه عبارته: « وحينئذٍ لا يصدق في مثل هذا الشخص أنّه متضرّر ».
وجوابه: أن الضرر موجود إلا أنه مرجوح بالنسبة إلى الغرض، والوجه في عدم شمول «لا ضرر» ما ذكرناه في المتن.

٤ـ أن الإقدام على الضرر يمنع من شمول قاعدة « لا ضرر ».

وبعد هذا نقول إن الصور أربع:

الصورة الأولى

أن يعلم بالتفاوت ويعتقد أنه بمقدار يتسامح فيه، ثم تبيّن له أنه مما لا يتسامح فيه عرفاً، فهنا له الخيار؛ لانتفاء الشرط الارتكازي؛ لعدم إلغائه بهذا الإقدام؛ ولشمول « لا ضرر » للمورد على فرض صحة الاستدلال بها؛ لعدم إقدامه على هذا الضرر.

الصورة الثانية

أن يعلم بالتفاوت وأنه بمقدار لا يتسامح فيه، ثم تبيّن له أنه بمقدار لا يتسامح فيه لكن بأكثر مما كان يعتقد، كأن يشتري ما قيمته السوقية - حسب اعتقاده - خمس مائة دينار بألف، ثم يتبيّن له أن قيمته مائتا دينار، فهنا له الخيار أيضاً؛ لحفظ الشرط، وشمول « لا ضرر ».

الصورة الثالثة

أن يعلم بالتفاوت بمقدار يتسامح فيه عرفاً كأن اشترى المتاع على أن ثمنه أكثر من الواقع بمقدار العُشْر، وكان هذا المقدار مما يتسامح فيه عادة، ولكن تبيّن له أن ثمنه أكثر مما كان يعتقد بمقدار العُشْر أيضاً، ومن الواقع بمقدار عُشْرين، ومقدار العُشْر وإن كان مما يتسامح فيه لو كان لوحده، إلا أن مقدار العُشْرين لا يتسامح فيه، فالذي كان معلوماً يتسامح فيه عرفاً، والمقدار المنكشف مما يتسامح فيه أيضاً لو كان

لوحده، ولكن المجموع مما لا يتسامح فيه.

والحكم فيها هو ثبوت الخيار أيضاً؛ بمقتضى الشرط الارتكازي؛ و « لا ضرر »؛ فإن الشرط قائم على عدم كون التفاوت بين الثمن والمثمن مما لا يتسامح فيه، والعُشر وإن كان مما يتسامح فيه إلا أن المجموع من العُشرين - الذي هو مقدار التفاوت - مما لا يتسامح فيه، فيثبت له الخيار.

ولأن التفاوت الواقع ضرر لم يقدم عليه، فتشمله « لا ضرر ».

الصورة الرابعة

أن يعلم بالتفاوت وأنه بمقدار لا يتسامح فيه كأن يشتري المتاع بضعف قيمته السوقية باعتقاده، ثم تبيّن أنه أزيد مما اشتراه بالعُشْر، فلو كان الثمن بمقدار الضعف فقط لم يكن له خيار؛ لإقدامه على ذلك، ولو كانت الزيادة على القيمة السوقية بمقدار العُشْر فقط لم يكن له الخيار؛ لأنه مما يتسامح فيه، ولكن الفرض أن الثمن صار أكثر مما أقدم عليه بالعُشْر.

والحكم هنا ثبوت الخيار أيضاً؛ لتخلف الشرط؛ فإن الشرط أن لا يكون التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه إلا أن يلغيه، ومقدار ما ألغاه هو الضعف، لا الأكثر منه بعُشْر.

ولشمول « لا ضرر » له أيضاً؛ فإنها تشمل مطلق الضرر إلا ما أقدم عليه، ولم يقدم على ما هو الأكثر من الضعف.

وبهذا التوضيح يتضح الخلل في بعض حواشي المحققين؛ لأن المدار

على الشرط والإقدام، فالشرط نافذ إلا في مقدار ما يلغيه، وما يرفع شمول « لا ضرر » هو الضرر الذي أقدم عليه، والزائد على الضعف لم يلغ الشرط فيه، ولم يقدم عليه.

نعم، حكمهما منفردين يختلف عنه منضمين.

وبملاحظة هذين الأمرين يتضح الحكم في سائر الفروع.

في زمان اعتبار القيمة

وفيه احتمالات ثلاثة:

الأول: المعتبر القيمة حال العقد.

الثاني: حال العلم بالغبن.

الثالث: حال الردّ.

رأي الشيخ

قسّم الشيخ قدس سره المعاملات إلى قسمين:

الأول: المعاملات التي لا يتوقف فيها الملك على القبض، واختار فيها أولاً اعتبار القيمة حال العقد، فلو زادت قيمة العين بعده - ولو لم يطلع المغبون على النقصان حال العقد - لم ينفع؛ لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه، والمعاملة وقعت على الغبن.

ثم احتمل عدم الخيار حينئذ؛ لأن التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر؛ لارتفاع موضوعه، ونظيره ما لو برئ المعيوب قبل العلم بالعيب؛ فإن المدار في خيار العيب على العيب حين

الردّ لا حين العقد.

الثاني: المعاملات التي يتوقف فيها الملك على القبض كبيع الصرف فلم يجعل المدار فيها على حال العقد، فلو حصل الغبن حاله ثم ارتفع قبل القبض فلا خيار؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته.

نعم، لو قيل بوجوب التقابض بمجرد العقد يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص[1].

مقتضى التأمل في البحث

ومقتضى التأمل في البحث أن يلاحظ المبنيان في ثبوت خيار الغبن؛ مبنى « لا ضرر »، ومبنى الشرط العقلائي الإرتكازي في القسمين.

أما القسم الأول فالبحث على المبنى الأول يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة؛ فإن الأصل اللفظي في العقود بمقتضى قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] هو اللزوم؛ فيجب - بمقتضاها - الوفاء بكل عقد، ولا يخرج عنها إلا بدليل مخصص، وهو « لا ضرر » حسب الفرض، فإذا أحرز أن موضوع الخيار هو حدوث الضرر، والفرض أنه قد حصل حين العقد، كان المدار على الغبن حاله، فيثبت الخيار من حينه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٧ - ١٦٨.

(٢) سورة المائدة: ١.

وإن أحرز أن موضوع الخيار هو الضرر المستمر إلى حين القبض ثبت الخيار إن استمر إلى حينه، وإلا فلا؛ لارتفاع الضرر الموجب له، فيكون المدار على الغبن وقت التسليم.

وإن تردّد أمر الضرر الموجب للخيار، هل هو حدوث الضرر، أو الضرر المستمر؟ كانت المسألة من صغريات الرجوع إلى العام في المخصص المنفصل المجمل، المردد بين الأقل والأكثر؛ فإن مقتضى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] هو اللزوم، ودليل « لا ضرر » حاكم عليه لساناً بما نتيجته التخصيص، وبما أن « لا ضرر » متصل ومجمل مردّد بين الأقل والأكثر فالحق فيه هو التمسك بعموم العام في غير القدر المتيقن خروجه، ونتيجته نفي الخيار؛ فإن الضرر إن لم يستمر يوجب الشك في جعل الخيار وعدمه فيتمسك بعموم العام.

رأي المحقق الرشتي

واختلف الأعلام بعد الشيخ قدس سره في نحو الاستدلال وإن لم يخرج خلافهم من ناحية الأقوال عن ما أفاده قدس سره قولاً واحتمالاً، فقوّى المحقق الرشتي قدس سره ما احتمله الشيخ قدس سره، ولكنه بعد أن ضعّف ما أفاده قدس سره من وجهي الاحتمال قال:

(**نعم**، يمكن الاستدلال له: بأن الحكمة في تشريع الخيار هو عدم ورود الضرر والإضرار على كل من المتبايعين، ومن المبيّن أن تحقق

---

(١) سورة المائدة: ١.

الضرر إنما يكون وقت التسليم، وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما وإن اشتملت المعاملة عليه.

وحينئذٍ فيمكن أن يقال: إن زوال الضرر حين التسليم يكشف عن خروج موضوع هذا النحو من المعاملة عن موضوع ذلك الحكم الخياري.

وإنك إذا تأملت يتضح لك الفرق بين ما ذكرنا وبين الوجه الأول من الوجهين المذكورين؛ لانتفاء الخيار)[1].

رأي السيد اليزدي

وذهب السيد اليزدي قدس سره إلى تقوية ما احتمله الشيخ قدس سره أيضاً؛ باعتبار أن المدار في الخيار على بقاء الضرر، لا على مجرد حدوثه، فقال قدس سره في التعليق على قول الشيخ قدس سره: (ويحتمل عدم الخيار)[2]:

(هذا هو الأقوى، بناء على كون المدرك قاعدة الضرر، لكن بمعنى أنّه يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أن يكون كاشفاً عن عدمه من الأول؛ وذلك لأنه لا يلزم من إثبات اللزوم حينئذ ضرر عليه من جانب الشارع، وكون الزيادة حاصلة في ملكه لا دخل له في ذلك؛ لأنه لا بد أن يكون الخيار مما يندفع به الضرر، وليس كذلك في الفرض.

نعم، لو كان أصل المغبونية في المعاملة مما يُعدُّ ضرراً وإن انجبر بعد ذلك، بحيث لم يفد الفسخ في رفعه، كما لو فرض أن يكون له

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٤٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٧.

غرض عقلائي في عدم المغبونية مع قطع النظر عن حيث المالية أمكن أن يقال ببقاء الخيار)[١].

رأي المحقق النائيني

واختار المحقق النائيني تدثّل نفس الاحتمال، واستدل عليه بدليل الشيخ تدثّل فقال: (ثم إن هذا كله لو كان المدرك تخلّف الشرط.

وأما لو كان قاعدة « لا ضرر » فحكم الصور الثلاث أظهر، كما أشار إليه المصنف بقوله: « لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الخيار المشروع؛ لتدارك الضرر »؛ لأنه دائر مدار الضرر، فإذا ارتفع قبل الفسخ ارتفع الخيار)[٢].

رأي المحقق الأصفهاني

وذهب المحقق الأصفهاني تدثّل إلى: أن المدار على الغبن حين العقد؛ وقال ما لفظه: (تحقيق المقام: أنّ موجب الخيار إن كان ظهور الغبن بنحو الشرط المقارن فلا خيار؛ إذ العقد قبل ظهور الغبن لازم لا خيار فيه، سواء كان هناك غبن أم لا، و بعد ظهوره - وهو موقع ارتفاع اللزوم و ثبوت الخيار - لا ضرر حتى يكون اللزوم في موقع رفعه ضررياً، وإن كان الغبن بنفسه سبباً للخيار، أو كان ظهوره شرطاً بنحو الشرط المتأخر، فاللزوم في موقع ثبوته ضرري فيرتفع، و زيادة القيمة حينئذٍ لا مانعة عن

---

(١) حاشية السيد اليزدي تدثّل على المكاسب ٢: ٥٣٠ - ٥٣١.

(٢) منية الطالب ٣: ١٢٠- ١٢١.

ثبوت الخيار حدوثاً ولا بقاء، أمّا حدوثاً فلتمامية علته، وأمّا بقاء فلأنّها ليست من مسقطات الخيار)[١].

التحقيق في المسألة

وفي الكل نظر.

المناقشة في كلام المحقق الرشتي

أما ما أفاده المحقق الرشتي قدس سره ففيه:

أولاً: أن معنى الضرر هو النقص في النفس أو الطرف أو المال، وهو أمر واقعي، إما أن يحصل حين المعاملة أو لا يحصل؛ إذ لا إهمال فيه ثبوتاً، فإما أن يكون ما دخل في ملك المشتري مساوياً من حيث القيمة للثمن الخارج منه، أو يتفاوت معه بمقدار يتسامح فيه، فلم يحصل الضرر أصلاً، وإما أن لا يتساوى معه ويكون التفاوت بينهما مما لا يتسامح فيه، فيحصل الضرر، وبما أن محل الفرض هو الثاني فقد حصل الضرر من حين العقد جزماً، وارتفاع القيمة بعد ذلك لا يرفعه؛ لحصوله في ملك المشتري كما قال الشيخ قدس سره، وارتفاع سلعة المشتري لا يرفع الخسارة عن المعاملة.

وبتعبير آخر: أن الضرر قد حصل حين العقد قطعاً؛ لكون ما دخل في ملكه أقلّ قيمة مما خرج من ملكه بمقدار لا يتسامح فيه، وارتفاع قيمة السلعة عند المشتري لم يرفع النقص الحاصل؛ لارتفاع قيمة سلعته، لا لتدارك النقص.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدس سره ٤: ٢٥٠.

فنفيه للضرر عند العقد باطل بالضرورة.

وثانياً: أن في كلامه تهافتاً؛ إذ كيف يجمع بين قوله (وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما)، وقوله: (وإن اشتملت المعاملة عليه)! فكيف تشتمل المعاملة على الضرر بدون أن يتوجه إليه؟!

نعم، لو كان مراده عدم بقاء الضرر يرتفع التهافت، ولكن يرد عليه ما تقدم، من عدم ارتفاعه بارتفاع القيمة السوقية.

المناقشة في كلام السيد اليزدي

وأما ما أفاده السيد قدس سره فيرد عليه: أن مسقطات الخيار أمور محصورة معلومة وليس منها ارتفاع القيمة، وجعله مسقطاً يحتاج إلى دليل، شأنه شأن سائر المسقطات.

نعم، لو قال بعدم ثبوت الخيار لم يرد عليه ما ذكر، ولكنه قال: يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أن يكون كاشفاً عن عدمه من الأول.

المناقشة في كلام المحقق النائيني

وأما ما أفاده المحقق النائيني قدس سره فيرد عليه: أن الغبن - حسب الفرض - قد حصل حين العقد، وبه ثبت الضرر وتمّ موضوع الخيار، وكون تدارك الضرر - بأي وجه حصل - مسقطاً للخيار مخالف لما قامت عليه ضرورة الفقه، بل لا بدّ من دليل يدلّ على مسقطيته، وإلا لقيل بسقوط الخيار فيما لو تدارك الغابن الضرر بإعطائه للمغبون ما يتدارك به، أو فيما لو تداركه الأجنبي فأعطى المغبون مقدار النقص، ولا

يمكن الإلتزام به.

والفرض أن المعاملة فيما نحن فيه غبنية، ولكن ارتفعت قيمة المتاع بعد تحققها، وبه تدارك النقص الحاصل، فارتفاع الضرر كان لارتفاع قيمة المتاع وهو في ملك المغبون، ولا وجه شرعياً ولا عقلائياً على أن الإرتفاع تدارك للضرر ورافع للخيار.

نعم، لو لم يحصل الضرر حين العقد لانتفى الخيار بانتفاء موضوعه، ولكنه خلاف الفرض.

فتحصل إلى هنا: أن الوجوه المذكورة لإثبات سقوط الخيار؛ لاشتراط بقاء النقص إلى حين الردّ كلها باطلة.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وأما ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من كون المعيار على الغبن حين العقد، وارتفاع القيمة لا يمنع من ثبوت الخيار حدوثاً؛ لتمامية علته، ولا يمنع من ثبوته بقاء؛ لعدم كون ارتفاعها من مسقطات الخيار.

ففيه: أن ما أفاده لتعليل عدم المنع بقاء تام، ولكن ما أفاده من علّة الحدوث ففيه تأمل، وتحقيق ذلك يقتضي البحث في أصل المبنى المستفاد من « لا ضرر »؛ فإن فيه مبنيين:

الأول: نفي الحكم عن الموضوع الضرري، وهو مختار المحقق الخراساني قدس سره.

الثاني: نفي الحكم الضرري، وهو مختار الشيخ قدس سره.

أما على الأول فالموضوع الضرري في ما نحن فيه هو العقد؛ لأن المعاملة ضررية، وقد تقدم البحث في ذلك مفصلاً وكانت النتيجة عدم إمكان الالتزام برفع الحكم - أعني الصحة - عن العقد الضرري؛ لمخالفته للإجماع والامتنان، وما يمكن الالتزام به هو رفع اللزوم.

ومنه يتضح الحال على المبنى الثاني أيضاً؛ إذ لا يمكن الحكم برفع الصحة، فإذا كانت المعاملة ضررية كان مقتضى « لا ضرر » رفع اللزوم الضرري، بلا فرق في ذلك بين المبنيين؛ وذلك بعد ملاحظة الإجماع ومخالفة الامتنان.

فعلى ما ذكر يأتي البحث في أن المعاملة إذا كانت ضررية حين العقد ثم ارتفع الضرر حين القبض والإقباض، فهل يعتبر لزومها ضررياً في العرف وعند العقلاء، أو يكون مشكوك الضرر؟

فإن أحرز أن لزوم مثل هذه المعاملة ضرري عندهم تمّ كلام الشيخ والمحقق الأصفهاني قدس سرهما، وإن شك في ذلك كان من صغريات إجمال المخصص الدائر أمره بين الأقل والأكثر، وكان المرجع حينئذ عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]؛ فإن مقتضاها الحكم بلزوم كل عقد، ولم يخرج من تحتها - بمقتضى « لا ضرر » - إلا العقد الضرري الذي بقي فيه الضرر إلى حين القبض والإقباض، وأما غيره فباق تحت العموم، وبما أنا نشك في كون اللزوم ضررياً في ما نحن فيه كان حكمه البقاء

(١) سورة المائدة: ١.

تحت العموم؛ لإجمال المخصص ودوران أمره بين الأقل والأكثر فيقتصر في الخروج على الأقل، وهو ما بقي فيه الضرر إلى وقت القبض والإقباض.

الحق في المسألة

والحق في المسألة هو ما ذكره الشيخ تدثّر بنحو الاحتمال، ولكن لا بالطرق التي سلكها المحققون الثلاثة - الرشتي والنائيني والسيد قدست أسرارهم - بل لطريق آخر، وحاصله:

أما على مبنى « لا ضرر » فلأن العرف والعقلاء على عدم الحكم بكون اللزوم ضررياً فيما لو ارتفع الضرر قبل القبض والإقباض، ولا أقل من حصول الشك في ذلك، والقاعدة في إجمال المخصص ودورانه بين الأقل والأكثر هو التمسك بعموم العام فيتمسك في المقام بـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

وأما على المبنى العمدة في ثبوت الغبن، أعني الشرط العقلائي الإرتكازي في ضمن العقد القائم على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، فللمحقق النائيني تدثّر كلام طويل[2]، ولكن المدار في ذلك على ما عند العقلاء، وما عندهم هو التساوي في المالية بينهما، وعدم التفاوت بما لا يتسامح فيه حين المعاملة، لا حين العلم، ولا حين الرد، ولا حين القبض.

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ١١٩ - ١٢٠.

فتحصّل: أن الحق في المسألة يدور مدار المبنى في ثبوت الغبن، فإن كان هو « لا ضرر »، فالمدار على الغبن حين الرد، وإن كان الارتكاز العقلائي، فالمدار على الغبن حين العقد، وبما أن المبنى العمدة هو الثاني فالمختار هو الغبن حين المعاملة.

هذه كله في القسم الأول من المعاملات، وهي التي لا يشترط فيها القبض لتحقق الملكية.

وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض

وأما القسم الثاني من المعاملات وهو: ما يتوقف الملك فيها على القبض، فإذا ارتفع الغبن قبله فقد اعتبره الشيخ قدس سره أشكل من القسم الأول بالنسبة إلى القول بأن المدار على زمان العقد؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته، ثم استدرك بقوله:

(**نعم**، لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد - كما صرح به العلامة رحمه الله في الصرف - يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص.

لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض)[1].

وكيف كان فيقع البحث في أن المدار في الغبن، هل وقت العقد؟ أو وقت القبض الذي هو وقت حصول الملك؟

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٧ - ١٦٨.

والمسألة تبتني على أن الإقباض في بيع الصرف هل هو واجب بوجوب شرطي، بمعنى أنه شرط لحصول الملك، أو واجب بوجوب تعبدي، فيجب حتى لو لم يحصل الملك؟

فإن كان الأول، فبما أن التفاوت في القيمة كان قبل تحقق الملكية وقد ارتفع حين تحققها، فمقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار.

وإن كان الثاني، بحيث يجب الإقباض تعبّداً على كلا الطرفين بمجرد وقوع العقد وإن لم تحصل الملكية قبله، فبما أن الغبن قد وقع حين العقد، ووجب الإقباض من حينه فهو ضرري؛ لوجوب إقباض الزائد في مقابل الناقص، فيثبت الخيار.

دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف

إنما الكلام في الدليل على وجوب الإقباض تعبّداً في بيع الصرف، وقد استدلّ عليه المحقق الرشتي قدس سره بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] وتقريبه: أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد، وهو يتحقق بالإيجاب والقبول، وتخلّف الحكم عن موضوعه غير معقول، وقد تحقق العقد في بيع الصرف قبل التسليم، فتشمله الآية.

نعم، في الموارد التي لا يتوقف فيها الملك على القبض يكون وجوب التسليم فيها من باب الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وأما في ما يتوقف الملك فيها على القبض فهو للأمر التعبدي، وليس ذلك من باب

(١) سورة المائدة: ١.

استعمال اللفظ في أكثر من معنى؛ لأن الهيئة قد استعملت في معنى واحد، وهو الوجوب، ولكن الداعي في مورد هو الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وفي الآخر الأمر التعبدي، كما لا يوجب ذلك في مثل قوله: (أكرم العشرة) إذا كان غرض الأمر من إكرام بعض، جهة العلم، ومن الأخر جهة الصداقة، وهكذا..

ودعوى اختصاص وجوب الوفاء - بالمعنى المزبور - بما إذا حصل العقد تام الأجزاء والشرائط، فلا يشمل المقام؛ لعدم حصول الملكية قبل القبض، فلم يتحقق شرط كمال العقد، فلا يجب الوفاء به.

فاسدة؛ بأنه تقييد لإطلاق وجوب الوفاء بلا قرينة تقتضيه؛ فإن مقتضى إطلاق الآية وجوب الوفاء متى ما وقع العقد، سواء أحصل القبض أم لا[1].

مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي

وما أفاده المحقق المذكور من التحقيق محل تأمل ونظر، ووجهه:

أنه لا بحث في كون العقود موضوعاً لوجوب الوفاء، ولكن لا شك أن العقود تنقسم إلى قسمين، عقود صحيحة وأخرى باطلة، وصحتها وبطلانها تدوران مدار تمامية الشرائط ونقصانها، كما هو الحال في العبادات فإنها تنقسم إلى عبادات صحيحة وأخرى باطلة، ومدار الصحة

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥.

والبطلان فيها واجديتها للشرائط وعدم واجديتها لها، ولا يمكن أن يكون موضوع وجوب الوفاء مهملاً عند الحاكم بالإضافة إلى العقد الصحيح والفاسد، كما لا يعقل أن يكون مطلقاً شاملاً لكلا القسمين، ومع بطلان الإهمال والإطلاق يتعين عقلاً التقييد بخصوص العقد الصحيح، وهو لا يتم إلا بتمامية جميع أجزائه وشرائطه، وفي حالة الشك في الصحة والفساد مبنيان:

الأول: عدم إمكان التمسك بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]؛ لأنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

الثاني: إمكان ذلك، وهو الحق؛ لأن العقد وإن كان مقيداً بالصحيح من حيث اللبّ والواقع، ولكنا نستكشف - من حكم الشارع بوجوب الوفاء بكل عقد - إحراز الصحة في الرتبة السابقة؛ لأن مرتبتي اللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد متأخرتان عن مرتبة الصحة، فسواء استفدنا من الآية الحكم الإرشادي باللزوم، أو الحكم المولوي بوجوب الوفاء، فإن كلاً منهما في مرتبة متأخرة عن الصحة، وبما أن الشارع حكم باللزوم أو بوجوب الوفاء عن طريق الجمع المحلى بالألف واللام، فهو يكشف عن صحة كل عقد إلا ما قام الدليل على تخصيصه وبطلانه[2].

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال عن كيفية استكشاف الصحة من الحكم باللزوم أو بوجوب الوفاء بما حاصله:

لا شك أن الحكم بوجوب الوفاء بكل عقد قضية حقيقية، فيفيد لزوم كل ما صدق

وكيف كان فالموضوع على المبنيين مقيد لبّاً وواقعاً بالصحة، وبما أن بيع الصرف قبل القبض غير محكوم بالصحة؛ لعدم تحقق شرطها فلا يجب الوفاء به، فيكون الحق مع ما ذهب إليه المشهور من عدم وجوب الإقباض تعبّداً في بيع الصرف؛ لعدم الدليل عليه، وبما أنه لا يحصل الملك قبل القبض، ولا دليل على وجوب الإقباض، كان مدار الغبن على وقت حصول الملك، لا على وقت تحقق العقد.

وعليه، فالحق أن المدار - في العقود التي لا يشترط القبض في صحتها، وبناء على الشرط الإرتكازي في الخيار - على الغبن حين العقد، وأما العقود التي يشترط القبض في صحتها فالمدار فيها على الغبن حين القبض.

في حكم علم الوكيل بالغبن

قسم الشيخ تدّس الوكيل إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الوكيل في مجرد إنشاء العقد.

الثاني: الوكيل في المعاملة والبيع.

الثالث: الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقّبه.

عليه أنه عقد، وبما أن الحكم باللزوم مترتب على الحكم بالصحة؛ حيث لا يعقل الحكم بوجوب الوفاء بالعقد الفاسد، وكذلك بالعقد مطلقاً سواء أكان فاسداً أم صحيحاً، فنستكشف عقلاً بالدلالة الالتزامية الحكم بالصحة فيما إذا حكم باللزوم.

أما الأول فلا عبرة لعلمه وجهله في إجراء حكم الغبن، ولا في تحقق موضوع الخيارات، بل المدار على علم الموكِّل وجهله؛ وذلك لأن ثبوت الخيار إما أن يكون من باب الضرر، أو للشرط الارتكازي، ومثل هذا الوكيل ليس موضوعاً للحكم الضرري، ولا مورداً للشرط الارتكازي، فلا يكون موضوعاً لخيار الغبن، فلا أثر لعلمه ولا لجهله، بخلاف الموكِّل؛ فإنه البائع الحقيقي، فالعبرة بعلمه وبجهله.

وأما الثاني فهو إن كان عالماً بالغبن، وكانت معاملته صحيحة كأن وكّله الأصيل باشتراء المتاع المحتاج إليه بأي قيمة كانت ولو كان مع الغبن، فلا خيار له ولا للموكِّل.

وإن كان جاهلاً به فهنا صورتان:

الأولى: أن يكون كل من الوكيل والموكِّل جاهلين بالغبن، ويكون الوكيل وكيلاً في مجرد البيع، بحيث تنتهي وكالته بعد ذلك، فبالنسبة إليه لا موضوع للخيار؛ لكونه أجنبياً حينئذ، ولكن يثبت الخيار للموكِّل.

الثانية: أن يكون الوكيل جاهلاً بالغبن والموكِّل عالماً به، فهنا حالتان:

١ـ أن لا يكون الموكِّل قادراً على منع الوكيل عن إجراء المعاملة، ولم يمضها له فيثبت له الخيار؛ لكون لزوم المعاملة في هذه الحال ضرراً عليه، فتشمله القاعدة، وعلى خلاف الشرط الإرتكازي العقلائي وإن كان عالماً بالغبن؛ لعدم رفع يده عنه.

٢ـ أن يكون الموكِّل قادراً على منع الوكيل عن إجراء المعاملة ولم يمنعه وأمضى فعله فلا خيار له.

وأما الثالث، وهو الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقبه فيثبت له الخيار[١].

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ في الصورة الثانية من القسم الثاني

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على هذه الصورة بما حاصله:

إن الأمر لا يخلو عن أحد حالين، إما أن الموكِّل العالم بالغبن قد وكّل الوكيل الجاهل به في خصوص البيع مع التساوي بين العوضين فقط دون غيره، فلا شبهة في كون البيع فضولياً، فإن أجاز الموكِّل صحّ البيع، وإلا فلا.

وإن وكّله بنحو الإطلاق فلا شبهة في ثبوت الخيار للموكِّل؛ فإن اطلاعه على الغبن في المعاملة لا يوجب سقوط الخيار؛ فإنه كاطلاعه على أن الوكيل يجري المعاملة بشرط الخيار للموكِّل، فكما أنه لا يوجب سقوط الخيار فكذلك المقام، غاية الأمر أن الاشتراط في المقام ضمني؛ فإن الوكيل لجهله بالغبن اشترط المساواة بين العوضين ضمناً[٢].

الحق في المسألة

والحق في المسألة يقتضي التحقيق في أمرين:

الأمر الأول: إن عمل الوكيل وإن صدر منه بالمباشرة إلا أنه ينتسب عرفاً إلى الموكِّل، ألا ترى أنه لو باع دار موكِّله زيد، فقد صدر البيع من

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣١٤ - ٣١٥، التنقيح ٣٨: ٣٠٧.

الوكيل، ولكن العرف يقولون باع زيد داره؛ وذلك لكون الموكِّل سبباً، ولأن الوكيل وجود تنزيلي للموكِّل.

وعليه فالبيع الصادر من الوكيل يعتبر بيع الموكِّل.

الأمر الثاني: إن المستند العمدة في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي العقلائي القائم على المساواة بين العوضين في المالية، بحيث لا يكون التفاوت بينهما فاحشاً، ومستند هذا الشرط ليس دليلاً لفظياً حتى يتمسك بإطلاقه، بل هي السيرة العقلائية، وهي دليل لبي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن في المقام ما إذا كان الموكِّل جاهلاً بالغبن، أو أنه غير قادر على منع الوكيل عن إنشاء البيع، وأما في ما نحن فيه من العلم بالغبن والقدرة على منع الوكيل، فثبوت قيام السيرة على هذا الشرط محل شك، فتكون المسألة من صغريات إجمال المخصص المردد بين الأقل والأكثر، والقاعدة عند الشك هو التمسك بالعموم في غير الفرد المتيقن خروجه منه، وهو في المقام آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، فيحكم بلزوم هذه المعاملة، فيندفع ما أورد على الشيخ قدس سره، فيكون ما أفاده الشيخ قدس سره ومن تبعه من نفي ثبوت الخيار للموكِّل في هذه الصورة هو الحق الحقيق الذي عليه التحقيق.

دعوى بالغبن

وهذه الجهة من المباحث القضائية المهمة، وحاصلها أنه لو ادّعى أحد المتبايعين الغبن وأنكر الآخر فما هو العمل؟

---

(١) سورة المائدة: ١.

في المسألة مقامان من البحث:

المقام الأول: تشخيص المدّعي والمنكر.

المقام الثاني: وظيفة القاضي.

أما المقام الأول فيقع البحث عنه في ثلاث مراحل؛ إذ الاختلاف بينهما في حصول الغبن وعدمه، فلا بدّ من معرفة أساس الغبن؛ فإن حصوله يتوقف على ثلاثة أمور، بحيث ينتفي بانتفاء واحد منها وهي:

١ـ الاختلاف في القيمة.

٢ـ أن يكون الاختلاف فاحشاً.

٣ـ أن يكون المغبون جاهلاً بالاختلاف.

فالنزاع في المسألة القضائية ينشأ من أحد هذه الأمور الثلاثة، فينشعب إلى ثلاث مسائل؛ إذ تارة يكون منشأ النزاع هو الاختلاف بينهما في العلم والجهل، فيدّعي أحدهما أن له خيار الغبن؛ لكونه جاهلاً بالقيمة، وينكر الآخر جهله بها، ويدّعي علمه.

وتارة يكون منشأ النزاع هو الاختلاف في القيمة، فيدّعي أحدهما الاختلاف بين العوضين في القيمة، فله خيار الغبن، وينكر الآخر الاختلاف بينهما فيها.

وثالثة يكون المنشأ هو الاختلاف في التفاوت الفاحش، فيدعيه أحدهما ليثبت له الخيار وينكره الآخر.

ولا بدّ من ملاحظة الأصول اللفظية والعملية في المسائل الثلاث.

المسألة الأولى: في الاختلاف في علم المغبون بالقيمة، ورأي الشيخ في ذلك

أما المسألة الأولى، وهي أن يكون الاختلاف بينهما في علم المغبون بالقيمة والجهل بها مع تسليم الاختلاف في القيمة وكونه فاحشاً، فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة

فقد ذهب الشيخ قدس سره إلى أن جهله يثبت بأحد أمور ثلاثة:

١ـ اعتراف الغابن؛ وذلك لأن المغبون يدّعي أن له حق الخيار؛ لكونه جاهلاً بالقيمة، فإذا اعترف المدّعى عليه بذلك فقد ثبت الخيار بإقراره.

٢ـ البينة إن تحقّقت، وإنما قيّدها بأداة الشرط؛ لأن العلم والجهل من الأمور النفسانية، فيتعسر إقامة البينة عليها، وإثباته بالبينة لأمرين:

الأول: عمومات حجية البينة، من قبيل « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البينة »[1]؛ فإنها تشمل المقام.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث٤، وكامل الحديث هو:
عن علي بن إبراهيم، عن هارون بن مسلم، عن مسعدة بن صدقة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: « كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة، أو المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البينة ».

الثاني: الأدلة الخاصة المثبتة لحجية البينة في باب القضاء[١].

٣ـ يمين مدّعي الغبن، واستدل عليه الشيخ بأمور ثلاثة:

الأول: أن قوله موافق للأصل؛ لأنه يدعي الجهل، والعلم أمر حادث مسبوق بالعدم.

الثاني: أن الجهل من الأمور النفسانية التي يتعسر الاطلاع عليها من غير أصحابها، فيتعسّر إقامة البينة عليها، فتثبت بيمينه.

الثالث: عدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون؛ لجهله بالحال؛ لكونه من الأمور النفسانية، ويشترط في الحلف أن يكون عن علم وجزم، ومع عدم تمكّنه من الحلف ينتقل الحلف إلى المغبون.

هذا ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام، ثم أمر بالتأمل[٢].

الإشكالات على الشيخ

وأورد على الشيخ قدس سره بإشكالات سبعة وهي:

الإشكال الأول

أن المستفاد من صدر كلام الشيخ قدس سره وذيله أن المغبون هو المدّعي،

---

(١) وهي روايات متعددة كما في الوسائل، الباب٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث٢: وعنه عن أبيه ، عن ابن أبي عمير، عن بريد بن معاوية، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن القسامة، فقال: « الحقوق كلّها، البينة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه، إلا في الدم خاصة..» الحديث.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٨.

والغابن هو المدّعى عليه، أما الصدر فمن قوله بإثبات دعواه باعتراف الغابن، وبالبينة، وكلاهما من أدلة المدّعي، وأما الذيل فمن قوله بعدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون، فلهذا ينقل إلى المغبون، ومعنى ذلك أن وظيفة الغابن هي الحلف، وهي وظيفة المدّعى عليه.

وعليه فكيف جمع على المغبون بين البينة التي هي وظيفة المدّعي، والحلف الذي هو وظيفة المدّعى عليه، فقال بثبوت الجهل بالبينة وبقول مدّعيه مع اليمين؟! فإن ذلك من الجمع بين الضدين؛ فإن معنى توجّه اليمين عليه أنه منكر، ومعنى ثبوت قوله باعتراف الآخر وبالبينة أنه مدّع، ولا يمكن أن تكون وظيفته كلا الأمرين، بل إما البينة وإما اليمين؛ بمقتضى: البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر[1]، وأن التقسيم قاطع للشركة.

الإشكال الثاني

إن الشيخ قدس سره قال بثبوت جهل المغبون بيمينه، وعلّله بأصالة عدم العلم، ومعنى ذلك أنه منكر؛ لأنهم ذكروا في باب القضاء للتمييز بين المدّعي والمنكر ثلاثة أوجه:

١ـ أن المدّعي هو الذي إن تَرَك تُرِك.

٢ـ أن المدّعي هو الذي يطالب الآخر حقاً أو مالاً.

٣ـ أن المدّعي هو الذي يخالف قوله الظاهر، أو الأصل المعتبر، والمنكر هو الذي يوافق قوله الأصل، وهو الذي عليه المشهور.

---

(١) الوسائل، الباب٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث٣.

ومن تعليل الشيخ تدّس بأصالة عدم العلم يعرف أن قول المغبون موافق للأصل، فيكون منكراً.

الإشكال الثالث

إنه تدّس صرّح بأن وظيفة المغبون - مع تعسّر إقامة البينة على الجهل - هو اليمين، وذلك مناقض لما قاله من قبل بثبوت الجهل بيمينه لكونه موافقاً للأصل؛ لأن مقتضى توجّه اليمين له - بعد تعسر إقامة البينة - أن وظيفته الأولية هي البينة، ومعنى ذلك أنه مدع، ومقتضى ثبوت قوله باليمين لكون قوله موافقاً للأصل أنه منكر.

الإشكال الرابع

إن الكبرى التي أفادها تدّس من الانتقال إلى اليمين مع تعسر إقامة البينة لا دليل عليها، وإنما قام الدليل على الانتقال في خصوص ما لا يعلم إلا من قبله، لا في كل ما تعسر إقامة البينة عليه.

الإشكال الخامس

إنه تدّس قال بتعسر إقامة البينة على العلم والجهل؛ لكونهما من الصفات النفسانية، فينقض عليه بالعدالة والاجتهاد؛ فإنهما من الصفات النفسانية، فيفترض تعسر إقامة البينة عليهما، فينتقل إلى اليمين، وهو خلاف ضرورة الفقه.

والحل: أن الصفات النفسانية التي يمكن إثباتها بالآثار يمكن إقامة البينة عليها، والعلم والجهل بالقيمة من هذا القبيل؛ فإنه يمكن إثباتهما

من خلال القرائن، فيمكن إقامة البينة عليهما.

الإشكال السادس

أنه قدس سره قال: بما أنه لا يمكن للغابن أن يحلف على علم المغبون فينتقل الحلف إليه، ومنشأ ذلك أن العلم من الصفات النفسانية، فكما لا يمكن إقامة البينة عليه لم يمكن الحلف.

والإشكال عليه يظهر مما ورد في الإشكال الخامس.

الإشكال السابع

إن المغبون في باب المرافعة والتنازع يحلف على عدم علمه بالقيمة وجهله بها، وحلفه على ذلك إنما يكون في ما لو كان لجهله أثر شرعي؛ فإن ما لم يكن حكماً شرعياً ولا له أثر شرعي لا يجري فيه الأصل؛ فإن في مجرى الأصول مبنيين:

الأول: أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي، وهو المعروف المشهور.

الثاني: ما هو أوسع من السابق، وهو أن يكون قابلاً للتعبد الشرعي وإن لم يكن حكماً شرعياً أو موضوعاً له.

وعلى كلا المبنيين لا يتمُّ كلام الشيخ قدس سره؛ فإنه لم يقم دليل شرعي على مدخلية العلم بالقيمة والجهل بها في اللزوم ولا في الخيار، والمتبع لسان الأدلة، سواء أكان مبنى الخيار هو « لا ضرر »، أم الشرط الارتكازي، وإنما هما من مقدمات تحقق موضوع الحكم.

وبناء على عدم لغوية التعبد لا بدّ أن يجري الأصل في مقام الحكم

والتكليف، أو في مقام الامتثال، والعلم والجهل لم يؤخذا في مقام الحكم، ولا في مقام الامتثال.

في الأصل الجاري لتشخيص المدعي من المنكر

البحث في تشخيص المدعي من المنكر بالنسبة إلى دعوى الغابن علم المغبون بالقيمة، ودعوى الثاني الجهل بها، وقد اختلف في الأصل الجاري فيه على وجوه:

وجوه الأصل الجاري في المقام

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ

من أن الأصل في المقام هو عدم العلم.

وهو غير تام؛ لعدم كون العلم والجهل حكماً شرعياً ولا موضوعاً له، ولا بدّ في مجرى الأصل من كونه ذا أثر شرعي.

الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم

كالمحققين النائيني والسيد الخوئي قدس سرهما وغيرهما: من أن الأصل الجاري في المقام هو أصالة عدم الإقدام على الضرر؛ حيث إن الضرر موضوع للخيار، والإقدام عليه مزيل له، فمع الشك في إقدامه عليه تجري أصالة عدم الإقدام، ومن ثمّ يثبت أحد جزئي موضوع الخيار، والجزء الآخر هو الغبن المحرز بالوجدان[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ١٢٣، مصباح الفقاهة ٦: ٣١٦.

الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر)

وفيه: أن الإقدام وعدمه لم يردا في لسان الأدلة، فإن كان المبنى في المسألة هو « لا ضرر ولا ضرار »، فمعناها نفي جعل الحكم الضرري في الإسلام، فيكون موضوع الأثر هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الإقدام عليه من قبل المكلف لا يكون الضرر من قبل الشارع، بل من قبل نفس المكلف، كما صرّح بذلك السيد الفقيه اليزدي قدس سره[1]، وعليه فأصل عدم الإقدام - بالنسبة إلى الحكم الضرري الآتي من الشارع - مثبت؛ وذلك لأن المكلف إذا أقدم على المعاملة التي يعلم بكونها غبنية وحكم الشارع باللزوم لم يعدّ الضرر مستنداً إلى الشارع، وأما مع عدم إقدام المغبون على الضرر فاللازم العقلي لأصالة عدم الإقدام هو أن يكون الحكم باللزوم مستنداً إلى الشارع، فيكون مثبتاً.

والحاصل: أن الإقدام وعدمه ليسا حكمين شرعيين ولا موضوعين له، ولكن الإقدام ملازم لعدم استناد الضرر إلى الشارع، كما أن عدمه ملازم لاستناد الضرر إليه، والأصل في موارد الملازمات مثبت.

رفع المحقق السيد الخوئي للإشكال ورده

وقد رفع المحقق السيد الخوئي قدس سره هذا الإشكال بما حاصله: أن منشأ الخيار هو الشرط الارتكازي بالتساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما في المالية، وقد جرت معاملة العقلاء على الأشياء بهذا

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٣٣.

الشرط، فإذا شك في إقدام المغبون على المعاملة - مع العلم بعدم التساوي بحيث يكون إقدامه على الضرر مزيلاً لهذا الشرط - فالأصل عدمه، فيكون الشرط باقياً على حاله مع ثبوت الضرر بالوجدان، فلم يترتب ثبوت الشرط على الأصل، بل هو ثابت ببناء العقلاء.

وبالجملة فإن موضوع الخيار هو الضرر مع عدم إقدامه عليه، أي مقيّداً بذلك، فلا شبهة في أن الضرر محرز بالوجدان، والقيد محرز بالأصل فيثبت الحكم وهو الخيار للمغبون[1].

ولكن هذا التقريب لا يرفع إشكال المثبتية الوارد على أساس كون المبنى في الخيار حديث « لا ضرر »؛ فإن موضوع الحكم المنفي حينئذ هو الضرر المستند إلى الشارع، وأصل عدم الإقدام مثبت بالنسبة إليه.

وإن كان المبنى في المسألة هو الشرط الإرتكازي فينبغي التحقيق في المراد منه عند العقلاء؛ فإن الشرط إن كان تعبدياً، أي مما جعله الشارع، كخياري الحيوان والمجلس، فلا شأن للمكلف بالنسبة إلى جعله، وإنما شأنه بالإضافة إليه إنما هو الإسقاط ليس إلا، فالشارع جعل خيار الحيوان للمشتري، ولصاحب الخيار أن يسقطه.

وأما في الشروط الإرتكازية فليس الأمر كذلك، بحيث يشترطها العقلاء ويكون للمتعامل الإسقاط، بل كل متعامل بما أنه من العقلاء يقوم

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣١٧.

باشتراط هذا الشرط.

والشرط في المعاملة التي هي محل البحث لم يكن من بناء العقلاء، بل اشترطه نفس المتعاملين؛ فإن بناء كل عاقل في معاملاته أن يتساوى ما أخذه مع ما خرج منه في المالية، فمعنى بناء العقلاء أن كل متعامل يشترط في ضمن المعاملة هذا الشرط، ولكن بما أنه ارتكازي لم يحتج إلى التصريح به في ضمن العقد.

وعليه فالشرط الإرتكازي لم يثبت ببناء العقلاء ولكن البائع أو المشتري قد أسقطاه بإقدامهما، بل بين الإقدام والشرط تضاد فلا يجتمعان، فلا يمكن أن يشترط عدم التفاوت في القيمة ومع ذلك يقدم على المعاملة مع إحراز التفاوت، وبما أن النسبة بينهما هي نسبة التضاد، فعدم أحد الضدين ملازم لوجود الآخر، فعدم إقدامه ملازم لاشتراطه، وإقدامه ملازم لعدم اشتراطه، فيكون أصل عدم الإقدام بالنسبة إلى تحقق الشرط مثبتاً لا محالة.

فالنتيجة: أن موضوع الأثر على هذا المبنى هو الشرط، فالخيار وعدمه تابعان لوجود الشرط وعدمه، والإقدام على المعاملة الضررية ملازم لعدم اشتراط اختلاف القيمة، فيكون أصل عدم الإقدام على هذا التقريب مثبتاً أيضاً.

فإشكال المثبتية وارد على كلا المبنيين، « لا ضرر » والشرط الإرتكازي.

الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرواني

من أن الأصل لتعيين المنكر هو أصالة بقاء العلقة وعدم انحلال المعاملة، وأصالة اللزوم[١]، وتوضيح ذلك:

إن أصل اللزوم على نحوين: أصل اللزوم اللفظي، وأصل اللزوم العملي، أما الأول فهو المستند إلى قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]، ولا يمكن التمسك به في المقام؛ لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص؛ فإن العقود في الآية عام، وخصص بالبيع الغبني، ونحن نشك هل البيع في المسألة غبني أو لا؟

فعلى هذا لا يصح أن يقال بأن قول المغبون موافق للأصل، أي للآية.

وأما الثاني فتقريبه استصحاب بقاء أثر العقد الواقع فيما لو فسخ مدّعي الغبن وشككنا في بقاء الأثر وارتفاعه، فيكون هو المتبع.

وعليه فقول مدّعي الغبن مخالف لهذا الأصل.

والحق أن هذا الأصل هو المتبع، فيجري استصحاب بقاء الملك الحاصل من العقد، لا أصالة عدم العلم، ولا أصالة عدم إقدام المغبون.

ولكن فيه: أولاً: أن تمامية جريان هذا الأصل متوقفة على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأما على من ينكر جريانه فيها، سواء لقصور أدلة الاستصحاب عنها كما عليه السيد

---

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ٣١.

(٢) سورة المائدة: ١.

الخوانساري تدّس، أو للتعارض الدائمي فيها بين استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل كما عليه المحقق السيد الخوئي تدّس فلا فائدة في هذا الأصل، فهو لا يجري على جميع المباني.

وثانياً: أن هذا الأصل - حتى على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية - مخدوش بكونه مسببياً؛ حيث إن الشك في بقاء الملكية الحاصلة من العقد وعدم بقائها بعد الفسخ مسبب عن الشك في جعل الشارع للخيار وعدمه، فإن جعل الشارع الخيار زالت الملكية بالفسخ، وإن لم يجعله كانت باقية، فلا بدّ أن يكون المرجع هو الأصل الحاكم، وقد أوضحه المحقق الأصفهاني تدّس بما يأتي في الوجه الرابع.

الوجه الرابع: ما اختاره المحقق الأصفهاني

من أن الأصل هو عدم جعل الخيار؛ لأن مدعي الجهل بالغبن يدّعي الخيار، والمنكر له يدّعي اللزوم، وبما أن الخيار من المجعولات الشرعية، وهو حادث مسبوق بالعدم، فإذا شك في جعله فالأصل عدمه. والسر في اختياره له ما أوردناه من الإشكال على المحقق الإيرواني تدّس من كونه أصلاً حاكماً على أصالة اللزوم[1].

نعم، لا يخفى أن نحو العدم في المقام هو العدم الأزلي، لا النعتي؛ إذ أن عدم الخيار قبل تحقق العقد من السالبة بانتفاء الموضوع، وأما حين تحققه فهو إما إنه وجد محكوماً بالخيار أو محكوماً باللزوم.

وعليه فجريان هذا الأصل يتوقف على القول بجريان استصحاب

---

(١) حاشية الأصفهاني تدّس على المكاسب ٤: ٢٥٤ - ٢٥٥.

العدم الأزلي، ولعل هذا هو السبب في تمسك المحقق الإيرواني قدس سره باستصحاب بقاء الملك الحاصل بالعقد؛ لأنه لا يرى استصحاب العدم الأزلي، فمتى لم يتمسك بأصالة عدم الخيار كانت النوبة لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

ولكن، بما أنا نرى جريانه فهو دليل حاكم على أصالة اللزوم.

ولقائل أن يقول: إن المبنى في ثبوت خيار الغبن إما هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الإرتكازي، وعلى كلا التقديرين يمكن تصور الشك السببي والمسببي في المقام.

فإن كان المستند هي القاعدة فالشك في ثبوت الخيار وعدمه ناشئ من الشك في كون اللزوم الضرري للمعاملة مستنداً إلى الشارع أو لا؛ فإن موضوع ثبوت الخيار هو كون اللزوم ضررياً، وكون الضررية مستندة إلى الشارع، و« لا ضرر » إنما ترفع الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فالشك في ثبوت الخيار مسبب عن الشك في تحقق هذا الموضوع، فلا بدّ من جريان الأصل فيه.

وإن كان المستند هو الشرط؛ فثبوت الخيار مسبب عن شرط المتعاملين بتساوي العوضين، وبما أن الشرط حادث مسبوق بالعدم فالأصل عدمه.

ولكن يرد عليه: أن الأصل إنما يجري لأجل تشخيص المدّعي من المنكر، فمن كان قوله موافقاً للأصل فهو منكر، ومن خالف قوله الأصل

فهو المدّعي، وينبغي أن لا يكون الأصل مخالفاً لظاهر ما عليه العقلاء، فلا يجري الأصل غير العقلائي، وأصالة عدم اشتراط التساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما غير عقلائي؛ إذ الفرض أنه شرط ارتكازي عقلائي، والمفروض أن المتعاملين منهم، فأصل عدم هذا الشرط مخالف لظاهر عقلائية المعاملة فلا يجري.

وبما أن المستند العمدة لثبوت خيار الغبن هو هذا الشرط الإرتكازي، وبما أن أصالة عدمه الذي هو أصل موضوعي غير جارية في المقام فتصل النوبة إلى أصالة عدم الخيار، وبناء عليه فأقوى الأقوال في المسألة والأقرب إلى القواعد ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره.

الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة

ولهذه الصورة حالات ثلاث:

حالات الصورة الثانية

الحالة الأولى: أن يدّعي الجهل بالقيمة

وأصل قبول الدعوى محل بحث كما حرّر في باب القضاء؛ إذ يشترط - قبل تشخيص المدّعي من المنكر - أن تكون الدعوى صالحة للقبول، فإن كان فيها محذور عقلي، أو عقلائي لم تقبل، ولا يصح طرحها حتى تصل النوبة إلى تشخيص المدّعي من المنكر، ودعوى صاحب الخبرة عدم علمه بالقيمة تستبطن التناقض؛ للتمانع بين الخبروية والجهل؛ فإن معنى كونه صاحب خبرة أنه عالم بالقيمة، وكونه جاهلاً بها يعني أنه غير صاحب خبرة.

وعلى فرض إمكان الجمع بينهما عقلاً، فهي غير مقبولة عند العقلاء،

فلا يسمع لها.

الحالة الثانية: أن يدّعي العلم بالقيمة ولكنه نسيها حين العقد أو غفل عنها

وهذه الدعوى وإن كانت قابلة للطرح أمام القاضي، إلا أنها مخالفة للظاهر لا للأصل، وتشخيص المدّعي من المنكر كما يكون من خلال مخالفته وموافقته للأصل، يكون أيضاً من خلال موافقته ومخالفته للظاهر، فمن كان قوله مخالفاً للأصل أو مخالفاً للظاهر فهو المدّعي، ومن كان قوله موافقاً لهما فهو المنكر، ومقتضى الصناعة الترتيب بينهما في التقديم، فتقدم مخالفة الظاهر على مخالفة الأصل.

وقول مدّعي الغفلة مخالف لظهور حال المتصدّي، والأصل وإن كان عدم الإلتفات؛ لكونه حادثاً مسبوقاً بالعدم فالأصل عدمه، إلا أن الإلتفات موافق للظاهر؛ فإن ظاهر حال العاقل العالم بالقيمة المقدم على العمل عن إرادة واختيار أن يكون ملتفتاً غير غافل، فدعوى الغفلة منه مخالفة لظاهر حاله.

فمدّعي الغبن للغفلة وإن سمعت دعواه؛ لإمكانها إلا أن قوله مخالف للظاهر، فيكون مدّعياً، والطرف الآخر منكراً؛ لكون دعواه موافقة للظاهر، فيطالب المدّعي بالبينة، وإن لم يقمها طولب المنكر باليمين.

دعوى الحلف على المدعي في المقام

ويمكن أن يقال: بأن على المدّعي الحلف في المقام؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول لدعوى الحلف

أن قوله وإن كان مخالفاً للظاهر الحجة؛ لأن سيرة العقلاء قائمة - في الأفعال الاختيارية - على عدم الاعتناء باحتمال الغفلة، المعبّر عنه عندهم بأصالة عدم الغفلة.

ولا يخفى أن هذا الأصل ليس أصلاً عملياً، بل أصلاً عقلائياً، والفرق بينهما: أن الأصول العملية غير محرزة للواقع، ولو كان فيها إحراز فهو ملغى، وأما الأصول العقلائية فاعتبارها ليس ناشئاً من التعبد، بل من كاشفيتها عن الواقع، فدعوى الغفلة مخالفة للظاهر الحجة، أما كونه ظاهراً فلما تبانى عليه العقلاء، وأما كونه حجة فلعدم ردع الشارع عنه، فقول مدعي الغفلة مخالف للظاهر الحجة، فيكون مدّعياً، ويكون قول الآخر موافقاً له، فيكون منكراً، والقاعدة الأولية أن على المدّعي البيّنة، فإن أمكنه إقامتها على غفلته أقامها وأخذ بها، وإلا انتقلت الوظيفة إلى يمين المنكر، فإن كان يعلم بعدم غفلة مدّعيها حلف بذلك، وإلا حلف على عدم علمه.

إلا أن مقتضى القاعدة الثانوية أن وظيفة المدّعي - إذا تعسّر عليه إقامة البينة - هو اليمين، وبما أن مدّعي الغفلة يتعسر عليه إقامة البينة على دعواه كانت وظيفته اليمين.

ردّ الوجه الأول

وهذا الوجه مردود كبرى وصغرى:

أما الكبرى؛ فلأن القاعدة في باب القضاء المستفادة من النصوص

هي تقسيم الدعوى إلى: أن البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر، فجعل اليمين على المدّعي خلاف القسمة القاطعة للشركة، فلا يصار إليه إلا بدليل يخصص تلك القاعدة، ولم يقم دليل على تخصيصها إلا في موارد خاصة كما في اليمين المردودة، وذلك إذا لم يحلف المنكر فردّ اليمين على المدّعي، فيردّها القاضي عليه، وأما صورة تعذّر إقامة البينة على المدّعى من قبل المدّعي فليست مما قام عليها دليل من نص أو إجماع.

وأما الصغرى؛ فلأن الغفلة وإن كانت من الصفات النفسانية إلا أنها مما يمكن العلم بها من خلال القرائن، كما لو علم أن المغبون كان في أزمة نفسية طارئة توجب اغتشاش الحواس، بحيث يمكن دعواه الغبن وإن كان من أهل الخبرة.

الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه

إن الدعوى إن كانت مما لا تعرف إلا من قبل المدّعي يقبل قوله مع اليمين، والغفلة من هذا القبيل.

وفيه: أنه قد ثبت بالنص أن الموارد التي لا تعرف إلا من قبله كصفات النساء وحالاتهن يقبل قول المدّعي مع يمينه إلا أن الغفلة ليست منها.

فتحصّل من هذا: أن مدّعي الغبن إن كان من أهل الخبرة وادعى الغفلة؛ فلمخالفة دعواه لأصالة عدم الغفلة، ولم يقم البينة عليها تنتقل

الوظيفة إلى المنكر، ووظيفته اليمين على نفي الغفلة إن كان يعلم بها، وإلا حلف على عدم علمه بالحال.

الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة

ولهذه الحالة صورتان؛ إذ تارة يكون الاختلاف بينهما في تغير القيمة وعدمها، كأن يدّعي البائع بأن قيمة المتاع خمسون ديناراً من قبل المعاملة بشهر، وقد بعتك بهذا المقدار، فلا غبن، ويقول المشتري بأن قيمته كانت خمسين ديناراً إلا أنها نزلت حين العقد فصارت بعشرين فأنا مغبون.

وأخرى في أصل القيمة، كأن يدعي البائع بأن الثمن المسمّى في المعاملة هو قيمته الواقعية، ويقول المشتري بأنه أكثر من قيمته الواقعية بالضعف.

الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ

وقد قال الشيخ قدس سره بعدم الخيار في الصورتين؛ وذلك لأصلين:

١ـ أصالة عدم التغيّر الموافق لأصالة اللزوم.

٢ـ أصالة اللزوم.

ونتيجة كل من الأصلين عدم الغبن، ومن ثمّ نفي الخيار[1].

وأورد عليه بإشكالات:

الإشكالات الواردة على الأصل

الإشكال الأول

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٩.

إن المراد من أصالة اللزوم لا يخلو إما الأصل اللفظي، أو العملي، فإن كان الأول - وهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[١] - فهو مخصص بالمعاملة الغبنية؛ بمقتضى قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الضمني الارتكازي، وبما أن المعاملة الواقعة يُحتمل كونها غبنية، فهي شبهة موضوعية للمخصص، فلا يصح التمسك بالعام فيها.

وإن كان الثاني فهو أصالة بقاء الملك عند من انتقل إليه، بمعنى أنه بالبيع قد حصل النقل والانتقال قطعاً، فإذا فسخ مدّعي الغبن شك في بقاء المال في ملك من انتقل إليه وزواله عنه فيستصحب بقاؤه.

فيرد عليه: بأنا نشك من أول الأمر في كون الملكية المنتقلة هل هي ملكية محدودة بحصول الفسخ أو باقية حتى بعده؟ وفي مثل ذلك لا يجري الاستصحاب؛ للشك في أصل الجعل، فيكون معارضاً بأصالة عدم الجعل[٢].

ولكن هذا الإيراد أولاً: مبني على ما اختاره الفاضل النراقي قدس سره وتبعه المحقق السيد الخوئي قدس سره من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية؛ للتعارض بين أصل بقاء المجعول وأصل عدم الجعل، والشيخ قدس سره لا يرى ذلك.

وثانياً: أن لازمه جريان الاستصحاب لولا المعارضة، والحال أنه قاصر

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢١.

من حيث المقتضي.

فالحق في الإشكال على الشيخ قدس سره: أن استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ محكوم باستصحاب عدم جعل الخيار؛ لكون الشك في بقاء الملك ناشئاً من الشك في جعل الخيار، ومع وجود الأصل الحاكم لا تصل النوبة إلى الأصل المحكوم.

إلا أن يقال: بأن السببية بينهما ليست شرعية، فلا حكومة بين الأصلين فتأمل، وهذا الكلام يجري في نظيره في سائر الموارد، مما تقدم ومما يأتي.

الإشكال الثاني

إن المسلم به لزوم كون موضوع الأصل ذا أثر شرعي، وفي دليل خيار الغبن مبنيان:

١ـ أن المستند فيه هو « لا ضرر ».

٢ـ أن المستند هو الشرط الارتكازي الضمني بالتساوي بين الثمن والمثمن في القيمة.

وأياً كان منهما فلا ربط لأصالة عدم التغيّر بهما إلا بنحو الأصل المثبت في بعض الموارد؛ للتلازم أحياناً بين عدم التغير والحكم الضرري، أو بينه وبين اختلاف العوضين في القيمة، فأصل عدم التغيّر لا يكون معتبراً شرعاً، فلا يكون ميزاناً لمعرفة المدّعي من المنكر[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٠ - ٣٢١.

والحق ورود هذا الإشكال على الشيخ قدس سره؛ لعدم ورود عنوان التغيّر وعدمه في لسان الأدلة، ولا بدّ من استفادة موضوع الأصل منها[1].

الإشكال الثالث

إن الاستدلال بأصالة عدم التغير أخص من المدّعى؛ حيث إن الاختلاف في القيمة كما يكون منشؤه الاختلاف في تغير القيمة وادعاء العلم والجهل بها، ربما يكون منشؤه الاختلاف في القيمة الواقعية، كما لو تمّت المعاملة على خمسين ديناراً قيمة المتاع بالاتفاق بينهما، فادّعى أحدهما الغبن؛ لكون قيمته الواقعية ثلاثين، وأنكر الآخر، فهنا لا مورد لأصالة عدم التغيّر؛ لعدم دعوى التغير أساساً.

الإشكال الرابع

إن الشيخ قدس سره صرّح بموافقة أصل عدم التغير لأصل اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء الملك وأثر العقد، مع أنه يخالفه في بعض الصور ويترتب عليه الخيار، وذلك كما لو تمّ البيع على ثمانية دنانير قيمة المتاع،

---

(١) طرح بعض الحاضرين كلام المحقق الأصفهاني قدس سره: (أما إذا كان المراد أصالة عدم وقوع العقد على الزائد أو الناقص فلا تكون مثبتة؛ فإن العقد الواقع على الناقص أو الزائد موضوع الخيار، فالتعبد بعدمه تعبد بعدم الخيار).

فأجاب الشيخ الأستاذ حفظه الله: أن المدار في جميع الموارد على حجية الظهور، فإرجاع الكلام الظاهر في شيء إلى معنى آخر لرفع الإشكال على خلاف الصناعة، وكلام الشيخ قدس سره في المقام صريح في أصالة عدم التغيّر، فحمله على إرادة أصالة عدم وقوع العقد على ما اختلفت قيمته مخالفٌ للقاعدة.

فادعى مدّعي الغبن أن قيمته السابقة عشرة دنانير ولم تتغير، فصدّقه الآخر ولكن قال بتغيّرها حين البيع، فمقتضى جريان أصل عدم التغير ثبوت الغبن، ومن ثمّ ثبوت الخيار فيكون على خلاف أصل اللزوم.

فتحصل إلى هنا: أن الشيخ قدس سره قد تمسك - في غير ما إذا كان الاختلاف من جهة العلم والجهل بالقيمة - بأصلين، أصل عدم التغير، وأصل اللزوم، وقد اتضح سقوط أولهما بهذه الإشكالات، وأما الثاني فلا يرد عليه إلا ما أورد على مسلك التعارض بين أصل عدم الجعل والمجعول، وأنه مرجع حيث لا أصل حاكم.

تحقيق المحقق السيد الخوئي

وهنا تحقيق للمحقق السيد الخوئي قدس سره وتقريبه وتوضيحه:

أن المستند الصحيح في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي لعدم الغبن في المعاملة، فلا بدّ من ملاحظة ذلك لتشخيص المدّعي من المنكر، فلا بدّ من معرفة هوية الشرط، هل هو شرط عدمي أو وجودي، فإن كان تباني العقلاء على تساوي العوضين في القيمة كان الشرط وجودياً، وإن كان تبانيهم على عدم الاختلاف في القيمة كان شرطاً عدمياً.

وتوضيح هذه الجهة: أن حقيقة الشرط هي الالتزام المربوط بالتزام آخر، ففي كل شرط التزام وملتزم به، ونفس الالتزام فعل نفساني بلا شك، وقد يعبر عنه بالعهد، أو بالشرط، أو بالالتزام.

وبتعبير أدق: أن في التعهد والشرط التزاماً، والالتزام ذاته الالتزام، ففرق بين العناوين الثلاثة، فللالتزام في ضمن العقد خصوصية، وللالتزام

المطلق خصوصية، وللالتزام بعنوان الشرط خصوصية أخرى، ولهذا عبّر الفقهاء واللغويون عن الشرط بأنه التزام مربوط بالتزام آخر، أو التزام في ضمن التزام آخر، فهذه الخصوصية مأخوذة في مفهوم الشرط.

ولا شبهة في أن نفس الالتزام أمر وجودي، والمردد بين الوجودي والعدمي هو الملتزم به، وعليه فإن كان متعلق التزام المتبايعين هو تساوي قيمة الثمن والمثمن فهو أمر وجودي، وكل أمر وجودي مسبوق بالعدم، فالأصل الجاري عند الاختلاف هو أصل عدم التساوي بينهما، ونتيجته ثبوت الخيار.

وإن كان هو عدم اختلاف العوضين في القيمة فهو أمر عدمي فالأصل الجاري فيه هو أصل عدم الاختلاف أزلاً، ونتيجته لزوم المعاملة ونفي الخيار.

فالتحقيق - إذن - أن يعيّن المبنى أولاً في خيار الغبن، هل هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الارتكازي؟ وعلى الثاني، هل الملتزم به تساوي العوضين، أو عدم الاختلاف بينهما؟ فعلى الأول يجري أصل عدم التساوي، ونتيجته الخيار، وعلى الثاني يجري أصل عدم الاختلاف، ونتيجته اللزوم[1].

التعليق على هذا التحقيق

ولا يخفى أنه إن أحرز بواسطة القرائن المرتكز العقلائي من بين

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢١ - ٣٢٢.

هذين الاحتمالين أمكن جريان الأصل، وإن لم يحرز أحدهما وتردّد بينهما فلا يجري؛ لعدم إحراز أركان الاستصحاب من اليقين السابق والشك اللاحق، ولا عبرة بالظن بأحدهما، استناداً لبعض الخصوصيات؛ لعدم كون هذا الظن معتبراً.

وعليه فالمرجع أصالة اللزوم بتقريب: أنه بالبيع الحاصل حصل نقل العوضين من أحد المتعاملين إلى الآخر، وملك كل منهما ما انتقل إليه، فإذا فسخ مدّعي الغبن شك في خروج الملك عما انتقل إليه ورجوعه إلى المالك الأول فيستصحب بقاؤه عنده، وقد تقدم أن هذا الأصل محكوم بأصالة عدم جعل الخيار، واستصحاب عدم الخيار، وإن كان أثر الأصلين واحداً.

هذا تمام الكلام في الشرط الأول وفروعه، والكلام الآن في:

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

والبحث فيه من جهات ثلاث:

الجهة الأولى: في الدليل عليه

وقد استدل عليه: بأن التفاوت بين قيمة الأشياء في المعاملات العقلائية الواقعة في الأسواق من اللوزام العادية لها، بل هو من الضروريات، فلو كان يتحقق الغبن بمطلق التفاوت للزم الخيار في جميع المعاملات، وهو أمر غير عقلائي قطعاً، ومخالف لضرورة الفقه وتسالم الفقهاء، فيتعين أن يكون التفاوت مما لا يتسامح فيه عادة، المعبر عنه

بالتفاوت الفاحش[١].

الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش

ذهب بعض العامة إلى أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر منه أوجبه، وذهب آخرون منهم إلى كون المعيار الربع، وثالث إلى كون المعيار الخمس[٢].

وكل ذلك باطل؛ لكونها دعاوى بلا دليل؛ إذ لا بدّ من ملاحظة التناسب بين المسألة ودليلها، موضوعاً ومحمولاً وماهية، وبما أن المسألة عقلائية، لا تعبّد فيها من قبل الشارع، وإنما دوره فيها الإمضاء، إما عن طريق « لا ضرر »، أو عن طريق « المؤمنون عند شروطهم »، فالمرجع في تحديد التفاوت إلى العقلاء بما هم عقلاء ليس إلا، وليس المرجع فيه أيضاً إلى العرف بما هو عرف؛ لأن دروه إنما هو في تحديد المفاهيم، وما يتبادر إلى أذهانهم من ظواهر الألفاظ، وأما في البناءات العقلائية - كما في ما نحن فيه - فالمرجع هم العقلاء بما هم عقلاء، بحيث يستكشف ذلك من ارتكازاتهم، فلا يخلط بينهما.

وعليه فكل تفاوت لا يتسامح فيه عند العقلاء يكون هو موضوع خيار الغبن، وأما تحديده بالكسور التي تقدمت فبلا وجه.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٢.

(٢) ما نقله العلامة في التذكرة ١١: ٧٠ عن مالك هو الثلث فقال: (وقال مالك: إن كان الغبن الثلث لم يثبت الخيار . وإن كان أكثر من الثلث ثبت الخيار).

وذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى أن المسألة عرفية، وهو يختلف من مورد إلى مورد، فالتفاوت بالخمس في بعض المعاملات غبني، كما لو باع ما يساوي أربعة آلاف بخمسة آلاف، وفي بعضها ليس غبنياً كما لو اشترى ما يساوي أربعة فلوس بخمسة.

نعم، الواحد في الألف لا يكون غبناً قطعاً[1].

وفيه: **أولاً**: أن المسألة عقلائية لا عرفية كما ذكرنا.

وثانياً: أن التفاوت بنسبة الواحد على الألف يختلف أيضاً بحسب الموارد، فالتفاوت بهذه النسبة في معاملة بألف تومان لا يعد غبناً، ولكن التفاوت بها في معاملة بمليار دولار يعدّ غبناً عند العقلاء.

فالحق أن المرجع في جميع المعاملات إلى الإرتكاز العقلائي،ولا بدّ عندهم من ملاحظة الجهة الكمية والكيفية، فربما يكون التفاوت بنسبة الواحد إلى الألف غبناً، وربما لا يعدّ غبناً.

الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقق للتفاوت الفاحش

ربما يقع الاشتباه في تحديد المفاهيم العرفية، والارتكازات العقلائية، وهو المعبّر عنه بالشبهة المفهومية، فلو اشتبه الحال في بعض الموارد بين كون التفاوت المعيّن مما لا يتسامح فيه أو لا، فما هو مقتضى القاعدة؟

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٣.

رأي الشيخ

استظهر الشيخ قدس سره أولاً كون المرجع عند الشك في ذلك أصالة ثبوت الخيار، واحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، وليس ذلك منه عدولاً كما نسبه إليه المحقق السيد الخوئي قدس سره[1]؛ فإن ذكر الاحتمال بعد الاستظهار لا يعتبر عدولاً.

ووجه الاستظهار عند الشيخ قدس سره أن مبنى الخيار هو « لا ضرر »، وهو دليل لفظي، مؤداه أن كل معاملة ضررية خيارية، خرج من تحته الضرر المتسامح فيه عند العقلاء، فإذا شك في مورد من الموارد في كون الضرر مما يتسامح فيه أو لا، فمعناه أنه شك في خروجه من تحت عموم الدليل اللفظي أو إطلاقه فيتمسك به، فيكون الأصل ثبوت الخيار.

وأما وجه الاحتمال فهو أن الأصل الأولي هو اللزوم، فكل معاملة محكومة باللزوم، وخصص بالمعاملة التي وقع فيها الضرر غير المتسامح فيه، وبما أنه يشك في كون الضرر الواقع مما يتسامح فيه أو لا، فبالتالي يشك في خروج هذا المورد من تحت أصالة اللزوم وعدمه، فيتمسك بها[2].

تفصيل المحقق السيد الخوئي

وذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى التفصيل بين ما إذا كان

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٧٠.

المستند في خيار الغبن « لا ضرر »، فيكون الأصل الخيار، وبين ما إذا كان المستند الشرط الارتكازي، فالأصل اللزوم، ووجه التفصيل أنه:

أما بناء على كون المستند « لا ضرر »؛ فلأن أدلة اللزوم كآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] قد خصصت بـ« لا ضرر »، وبما أن المخصص دليل لفظي فالإطلاق فيه محكم، فيشمل كل معاملة ضررية، سواء أكان الضرر الواقع فيها مما يتسامح فيه أم لا، إلا فيما ثبت فيه التخصيص كصورة الإقدام على الضرر، وفي غيره من الموارد التي يشك في خروجه من تحتها يتمسك فيه بإطلاق لا ضرر، فإذا شك في كون فرد من الضرر مما لا يتسامح فيه، فيكون مما لم يقدم عليه، أو مما يتسامح فيه، فيكون مما أقدم عليه، أو مما خرج ببناء العقلاء، كان الشك في المخصص لها، فيتمسك بإطلاقها، والنتيجة الخيار.

وأما بناء على كون المستند في الخيار هو الشرط الارتكازي الضمني؛ فلأن مقتضى الإطلاق اللفظي في مقام الإثبات هو تمليك العين بالثمن بدون أي قيد، وبمقتضى كاشفية مقام الإثبات عن مقام الثبوت نحكم بإطلاق العقد في مقام الثبوت أيضاً، فتشمله أدلة اللزوم، وليس في المقام شيء يصلح للقرينية والتخصيص إلا الشرط الإرتكازي بأن لا يكون في المعاملة تفاوت لا يتسامح فيه بين الثمن والمثمن، وبما أنه دليل لبي لزم الاقتصار فيه على القدر المتيقن، وذلك ما لو أحرز كون التفاوت مما لا يتسامح فيه، وأما ما عداه فليس في المقام دليل لفظي

---

(١) سورة المائدة: ١.

على الخيار كي يتمسك بإطلاقه، فلا محيص من الأخذ بإطلاق الكلام والتمسك بأدلة اللزوم[١].

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

ويرد عليه: أما ما أفاده من التمسك بإطلاق « لا ضرر » فالحق معه من ناحية كون قاعدة « لا ضرر » قاعدة كلية عامة لجميع المعاملات والعبادات، والحق معه من حيث النتيجة لو كان المخصص لها هو (الإقدام على الضرر)، إلا أنه لم يرد في شيء من الأدلة كون هذا اللسان مخصصاً للقاعدة، فلم يرد أن مع الإقدام على الضرر ينتفي الحكم الضرري.

وإنما لم يحكم بثبوت الخيار معه؛ لكون الضرر الموجب لنفي الحكم - إما لكون موضوعه ضررياً، أو لكونه بنفسه ضررياً، على اختلاف المبنيين - إنما هو الضرر المستند إلى الشارع، وفي حال إقدام المكلف عليه لم يستند إلى الشارع، وإنما استند إلى المكلف، فلا يرفع بـ« لا ضرر »؛ لخروجه تخصصاً، لا تخصيصاً كما ادّعي.

وحينئذ يكون مورد الشك شبهة موضوعية إلى « لا ضرر »، فلا يعقل التمسك بها؛ لكونه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا يتمّ ما أفاده الشيخ قدس سره ولا تأييد السيد المحقق قدس سره له على مبنى « لا ضرر ».

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٤ - ٣٢٥.

وبعبارة أخرى: إن دائرة الموضوع في « لا ضرر » بنحو لا تشمل صورة الإقدام عليه، فيكون خروجها تخصصاً لا تخصيصاً، فلا تكون من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المفهومية للمخصص، بل من صغريات التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية؛ حيث كان الحكم المرفوع هو الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع، كما هو التحقيق عندنا وعند الشيخ تقدس سره وعند المحقق السيد الخوئي تقدس سره، وأما على مبنى شيخ الشريعة الأصفهاني تقدس سره، والمحقق الخراساني تقدس سره فقد حقق بطلانهما في محله.

وأما ما أفاده على مبنى الشرط الارتكازي من التمسك بأصل اللزوم اللفظي فتام لو كان التقييد بمعلوم الغبنية، ولكنه ليس كذلك؛ فإن التقييد بواقع الغبن، فيكون التمسك بالدليل اللفظي من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا يصح.

توضيح ذلك: أن الإطلاق في مقام إنشاء المعاملة مقيّد قطعاً بصورة عدم الغبن حتى ولو لم يقيد في مقام اللفظ؛ فإن المعاملة ثبوتاً - بالنسبة إلى الأمور الارتكازية - لا تخلو من ثلاث حالات، إما أن تكون مهملة من ناحيتها، أو مطلقة، أو مقيدة، ولا شك في استحالة الأول؛ لوضوحه، ولا في بطلان الثاني؛ لجريان العاقل الملتفت على طبق ما عليه ارتكاز العقلاء، فيتعين الثالث، وهو تقييد المعاملة بعدم الغبن الواقعي فيها، وحيث تردد أمر الغبن الواقع بين كونه مما يتسامح فيه، فعلى الأول يكون للمغبون الخيار، وعلى الثاني لا خيار له، وكانت المعاملة مقيدة

بعدم كونه مما لا يتسامح فيه واقعاً كان التمسك بـ﴿ أوفوا بـالعقود ﴾[١] لإثبات اللزوم من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص؛ فإن المعاملة إن كانت مشتملة واقعاً على الغبن الذي لا يتسامح فيه كانت مخصصة من الآية، ويثبت الخيار للمغبون، وإن لم تكن مشتملة عليه لم يثبت له الخيار[٢].

دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها

ربما يقال: بأن الشبهة على نحوين: مصداقية، ومفهومية، ولا يمكن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص، كما هو التحقيق، ولكن

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) **وبعبارة أخرى** أفادها الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن المعاملة الواقعة المقيدة من ناحية عدم الغبن، إما أن تكون مقيدة بعدم العلم بالغبن، وإما بعدم الغبن نفسه، والغبن أمر واقعي، يعلم تارة، ويجهل أخرى، وهذه المعاملة الواقعة بالنسبة إلى الغبن الواقعي، إما أن تكون مهملة، أو مطلقة، وكلاهما مقطوع العدم، فيتعين أن تكون مقيدة بعدمه، وبما أنا نشك في تحقق الغبن الواقعي وعدمه، يكون التمسك بالعموم من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية للمخصص.

وضابطة ذلك: أن الشك إن كان يرجع إلى الشك في التخصيص الزائد فالمرجع العام، وإن كان يرجع إلى الشك في مصداق التخصيص لم يمكن الرجوع إليه لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأنا نشك في الغبن وعدمه.

يمكن التمسك به في الشبهة المفهومية فيما لو تردد المخصص بين الأقل والأكثر، فيتمسك به فيما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لتردد مفهوم ما لا يتسامح فيه بين الأقل والأكثر، فلا يرد الإشكال.

فنقول: بأن الشبهة في المورد وإن كانت مفهومية إلا أنه لا يمكن التمسك بالعام فيها أيضاً؛ لكون الشرط من الشروط العقلائية، فيكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن مفاد ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] هو وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فإن كان مطلقاً وجب الوفاء به كذلك، وإن كان مقيداً أو مشروطاً وجب الوفاء به كذلك، أي بجميع شروطه ومتعلقاته، ومقتضى الارتكاز العقلائي أن العقد وقع مشروطاً ومقيّداً بعدم الضرر الواقعي مما لا يتسامح فيه، وبما أننا لا نعلم بكون الضرر الواقع ضرراً لا يتسامح فيه أو لا، كان شبهة موضوعية للدليل، فلا يمكن التمسك به من هذه الناحية وإن كان المرجع في الشبهات المفهومية للمخصص هو العام، فالإشكال على قوته.

الحق في المسألة

والحق أن ما يجري في المقام هو الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملك من انتقل إليه؛ فإن المال قد انتقل بالبيع من مالكه الأول إلى صاحبه قطعاً، فإذا فسخ العقد وشك في تأثيره؛ لعدم العلم بكون الغبن مما لا يتسامح فيه، شك في بقاء الملك على ملك من انتقل

---

(١) سورة المائدة: ١.

إليه وعدمه فيستصحب بقاؤه[١].

في مناط الضرر الموجب للخيار

قال الشيخ تغمده الله تحت عنوان: (بقي في المقام شيء)[٢] ما حاصله: أن دليل نفي الضرر واحد، ومفاده على المسلك المحقق نفي الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فيجري بنسق واحد في المعاملات والعبادات، بلا فرق بينهما، إلا أن ظاهر الأصحاب وغيرهم التفريق بين المعاملات والعبادات، ففي المعاملات جعلوا المناط في الضرر على الضرر المالي، وكون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، ولهذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس، أو بالزائد على الثلث كما تقدّمت الإشارة إليه عن بعض العامة.

وأما في العبادات فقد لاحظوا فيه حال المكلف، ولهذا قالوا في باب الوضوء بعدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضرّ بالمكلف،

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المورد يكون أيضاً شبهة موضوعية لدليل « لا تنقض اليقين بالشك ».

فأجاب: بأن الغبن وعدمه لا دور له بالنسبة إلى انتقال الملك؛ فإنه ينتقل بالعقد قطعاً، فإن كان في المعاملة غبن كان للمغبون الفسخ، فإذا فسخ انحل العقد، وإن لم يوجد كان العقد لازماً، فالشك يكون في الرافع للملك، ومتى ما كان كذلك تمّت أركان الاستصحاب.

(٢) المكاسب ٥: ١٧٠ - ١٧١.

ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر بحاله، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية في حقّ الكل.

والحاصل: أن العبرة إن كانت بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالي تعيّن التفصيل في خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره، ولا معنى للتفريق بين المعاملات والعبادات، فيلاحظ المال في الأولى، وحال الشخص في الثانية، مع كون الدليل والمدلول واحداً.

جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر

ثم أجاب الشيخ قدس سره عن هذا الإيراد بجوابين:

الأول: أن المدار على الضرر المالي في الجميع، بدون مدخلية لحال الشخص، ولكن خرج شراء ماء الوضوء عن تحت القاعدة بالدليل المخصص، ولا يخفى أن الدليل الحاكم كالدليل المحكوم قابل للتخصيص.

الثاني: أن المدار على الضرر المالي، ولكن خرج شراء ماء الوضوء تخصصاً؛ لعدم كونه ضرراً بملاحظة ما بإزائه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام: « إن ما يشترى به مال كثير »[1].

المناقشة في ما أفاده الشيخ

ويرد على الشيخ قدس سره - مع غض النظر عن النص - :

---

(١) الوسائل، الباب٢٦ من أبواب التيمم، الحديث ١.

أولاً: عدم كفاية الثواب الأخروي لرفع الضرر عند العرف، فيصدق عندهم على من بذل المال الكثير لأخذ الماء أنه متضرر، والمدار في تطبيق الأدلة على الموضوعات هو النظر العرفي.

نعم، لو كان الأجر في الدنيا لم يصدق الضرر عرفاً.

وثانياً: أن نفي الضرر متفرع على عدم جريان قاعدة « لا ضرر »؛ لأن مع عدم جريانها يتوجه له الأمر بالوضوء، فيكون له أجر بإعطاء المال في مقابل الامتثال، فينتفي الضرر، وأما مع جريانها، فلا أمر بالوضوء حتى يكون لذلك الوضوء أجر وثواب.

وبعبارة أخرى: أن عدم الضرر فرع وجود الأثر، وترتب الأجر ووجوده فرع عدم جريان « لا ضرر ».

ولكن الشيخ قدس سره استند في عدم كون ذلك ضرراً إلى الرواية المتقدمة، وهو تام على ما ورد في التهذيب، التي أوردها الحر في هامش الوسائل، دون ما ورد في متن الوسائل: « وما يسرني بذلك مال كثير »[1].

---

(١) التهذيب ١: ٤٠٦، باب التيمم، الحديث١٤: عن صفوان قال: سألت أبا الحسن قدس سره عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاة وهو لا يقدر على الماء، فوجد قدر ما يتوضأ به بمائة درهم، أو بألف درهم، وهو واجد لها، يشتري ويتوضأ أو يتيمم؟ قال: « لا بل يشتري، قد أصابني مثل هذا فاشتريت وتوضأت وما يشترى بذلك مال كثير ».
وفي هامشه: (نسخة في المخطوطات (يسرني) وفي الفقيه (يسوءني) وقال في الوافي : وفي النسخ اختلاف شديد في هذه اللفظة ولعل ما كتبناه أصوب اهـ وما

فما أفاده الشيخ تدّس بناء على تلك النسخة تام، وسبقه في ذلك الفاضل النراقي تدّس، ولعله أخذه منه؛ فإن الفاضل المذكور قد تعرّض لذلك في عدّة فروع من باب الحج، كما في مبحث الاستطاعة، في ما لو توقف الحج على بيع متاع بضرر، أو على شراء شيء من وسائل الحج بمال كثير، واستدل على عدم كونه ضرراً بهذه الرواية؛ لكون ما فيها علة، فلا ينحصر الحكم بباب الوضوء[1].

كتبه عين ما أثبتناه).

وفي الوسائل، الباب٢٦ من أبواب التيمم، الحديث١: « فاشتريت وتوضأت وما يسرني بذلك مال كثير ».

وفي هامشه: (في التهذيب: وما يشتري - هامش المخطوط).

(١) مستند الشيعة ١١: ٤١، ومبدأ المسألة ص٣٩، المسألة الرابعة، ولا بأس بنقلها للفائدة، قال تدّس:

(المسألة الرابعة: لو لم يكن له عين الزاد والراحلة وأمكن شراؤهما أو استئجار ما يصح استئجاره منهما، وجب إجماعاً؛ لتوقف الواجب عليه.

ولو لم يوجد إلا بالزائد عن الثمن والأجرة، فصرح في الشرائع والمنتهى وغيرهما بوجوب الشراء والإجارة، ونسبه في المدارك والذخيرة إلى الأكثر.

وقال في التذكرة: وعن المبسوط عدم الوجوب، وقال في التذكرة: فإن كانت تجحف بماله لم يلزمه شراؤه وإن تمكن على إشكال.

وفي التحرير: ولو وجده بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر من أجرة المثل، فإن تضرر به لم يجب الشراء إجماعاً، وإن لم يتضرر فالأقرب وجوب الشراء. انتهى.

ومراده من التضرر إما إهلاك النفس والعيال، أو الوقوع في ذل المسكنة والسؤال، فلا يجب مع مثل ذلك ويجب بدونه، أو المراد ما يعد ضرراً عرفاً ولو

كان مالياً - أي لم تكن الزيادة شيئاً لا يعدّ بالنسبة إليه ضرراً - وهذا هو مراده من قوله في التذكرة: تجحف بماله.

أقول: دليل الأكثر: عمومات وجوب الحج بالاستطاعة، أو بوجدان الزاد والراحلة، ولا شك أن مثل ذلك الشخص واجد لهما عرفاً.

ويدل عليه أيضاً المروي في الدعائم المتقدم في بحث التيمم: في من يجد الماء بثمن غالٍ، قال: (إذا كان واجداً لثمنه فقد وجده).

ودليل النافين للوجوب - الذي يمكن التعويل عليه - : أدلة نفي الضرر والضرار والعسر والحرج، بجعلها معارضاً للأولى وتقديم الثانية، أو الرجوع إلى الأصل.

ومنه يظهر دليل المفصِّل بين الإجحاف والتضرر وعدمه.

والحق على الظاهر مع المفصِّل؛ لما ذكر، بل النافي للوجوب مطلقاً؛ لصدق الضرر على بذل الزائد على الثمن مطلقاً، كما يظهر من استدلال بعضهم لخيار الغبن مطلقاً بنفي الضرر. إلا أن في صدق الضرر على مثل ذلك نظراً؛ لما يقع بإزائه من تحصيل مقدمات الحج بملاحظة العلة المنصوصة في صحيحة صفوان الواردة في شراء ماء الوضوء بمائة درهم أو ألف درهم من قوله: (وما يشتري بذلك مال كثير)؛ فإنه علّل وجوب الشراء بأنه يشتري بإزائه مالاً كثيراً، وهو هنا أيضاً متحقق.

وتؤيده الأخبار الأخر المتضمنة لشراء ماء الوضوء بمائة ألف أو ألف أو مائة دينار، فالأقرب هو مذهب الأكثر.

ومنه يظهر وجوب بيع المتاع أو الضياع بأقل من ثمن المثل ولو كثيراً إذا لم يمكن البيع بالثمن؛ للعلة المنصوصة، ولأنه يجب البيع لو كان ثمنه الزاد أو الراحلة ويتعدّى إلى ثمنهما بالإجماع المركب، مع أن العلة المنصوصة جارية هنا أيضاً).

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ ورده

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي تدظله: بأن القول بعدم الضرر بملاحظة ما بإزائه من الأجر أشبه بالعرفان؛ بداهة أن هذا ضرر بلا شبهة، على أن لازم ذلك القول به في جميع أبواب العبادات، ولم يقل به فقيه[١].

وفيه: أولاً: أن الشيخ تدظله قد استند في ذلك إلى الرواية المذكورة فلا يكون قوله أشبه بالعرفان.

وثانياً: أن مثل الفقيه الكبير الفاضل النراقي تدظله قد التزم به في باب الحج؛ لعموم العلة، وهو من الفقهاء العظام.

وإنما الإشكال: أن الجملة التي استند إليها الشيخ تدظله غير ثابتة؛ لعدم ورودها إلا في بعض نسخ التهذيب.

مضافاً إلى أن تعميمها لغير الوضوء يلزم منه عدم جريان قاعدة « لا ضرر » في جميع أبواب العبادات؛ لكون الضرر الواقع فيها متداركاً بالأجر دائماً، والالتزام به في غاية الإشكال[٢].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٨.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن لازم انتفاء الضرر لوجود الأجر أن لا يكون ضرر في الزكاة والخمس والجهاد.

فأجاب: بأن أصل تشريع هذه الأمور ضرري، لا أنها تستلزم الضرر، مضافاً إلى أن لازم ما أفاده الفاضل النراقي تدظله من العلية الشمول لذلك، فلا يعدّ ما يحصل منها ضرر.

فالحق أن نسبة قاعدة « لا ضرر » إلى المعاملات والعبادات واحدة، فتجري فيهما بنسق واحد، والميزان في ذلك إلى العرف، ونظرهم أن الأجر الأخروي لا يرفع الضرر، فمتى ما تحقق الضرر تحقق موضوعها، من دون فرق بين المعاملات والعبادات.

نعم، نرفع اليد عن ذلك في باب الوضوء؛ لوجود النص الصريح فيه، بلزوم شراء الماء بمائة درهم، وبألف درهم، ولا تصل النوبة إلى التيمم.

ونود الإشارة إلى أن الفاضل النراقي قدس سره قال في المستند: (وتؤيده الأخبار الأخر المتضمنة لشراء ماء الوضوء بمائة ألف درهم)[1]، ولكنا لم نعثر على هذه الأخبار.

والحاصل: أن الحق هو التخصيص، لا التخصص؛ لعدم ثبوت الرواية بلفظ « إن ما يشترى به مال كثير »، وصدق عنوان الضرر عرفاً.

اجتماع الغابن والمغبون في واحد

قال المحقق والشهيد الثانيان قدس سرهما: إن المغبون إما أن يكون هو البائع، أو المشتري، أو كل منهما[2].

---

(١) مستند الشيعة ١١: ٤١.

(٢) الروضة ٣: ٤٦٧، وعبارته:

(والمغبون إما البائع أو المشتري أو هما)، جامع المقاصد ٤: ٢٩٥، وعبارته هي: (ولو كانا معاً مغبونين).

الإشكال على اجتماعهما في واحد

ووقع تصوّر غبن كل من المتبايعين معاً محلاً للإشكال؛ فإن معنى الغبن هو عدم تساوي الثمن والمثمن في المالية، ومعنى كون كل منهما غابناً ومغبوناً أن يكون الثمن أقل من المثمن وأكثر منه في آنٍ واحد، وهو من الجمع بين المتقابلين، وهو محال.

والإشكال محكم في نظر بعض الأعلام[1]، وأجاب عنه آخرون بطريقين:

جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردّه

الطريق الأول: الطريق الظاهري، وهو ما أفاده السيد العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة، من أن اجتماع الغابن والمغبون في الواقع غير ممكن، فلا يرتفع الإشكال بذلك، ولكن يمكن اجتماعهما في مرحلة الظاهر، وذلك فيما لو ادعى كل من البائع والمشتري أنه مغبون، ولا يوجد مقوّم ليرجع له في تقييم المتاع، ولا بيّنة لأحدهما تشهد له بدعواه، فهنا عند الحكومة يقع التحالف بينهما؛ لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فإذا تحالفا ثبتت غبنية كل منهما من قبل الآخر، فيجتمع الغابن والمغبون في واحد

---

(١) جاء في هامش المكاسب ٥: ١٧٢، تعليقاً على قول الشيخ قدس سره:

(والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة)، ما لفظه: (وهو المولى أحمد بن محمد التوني أخو المولى عبد الله التوني صاحب الوافية، ذكره في تعليقه على الروضة ذيل قول الشارح: «والمغبون إما البائع أو المشتري»، راجع الروضة البهية (الطبعة الحجرية) ١: ٣٧٨).

ظاهراً[١].

وفيه أولاً: أن مقتضى التحالف التساقط، فتسقط كل من الدعويين، لا أنهما تثبتان.

وثانياً: أن مقتضى القاعدة الأخذ بمدلول اليمين، كما هو الحال في الأخذ بمدلول البينة، ومتعلّق اليمين نفي دعوى الغبن عن الطرف الآخر الذي يدّعي كونه مغبوناً، لا إثبات أن الحالف مغبون، فمقتضى حلف كل منهما نفي الغبن عنهما، لا إثباته لهما، فيكون الحكم في مرحلة الظاهر عدم غبن البائع والمشتري، لا ثبوته لهما.

الطريق الثاني: الطريق الواقعي، وذكر في ذلك ثلاثة وجوه:

جواب المحقق القمي عن الإشكال

الوجه الأول: ما أفاده المحقق القمي قدس سره من كون ذلك من باب الاشتراط بهذا التقريب: أن يبيع المتاع بأربعة تومان بشرط أن يعطيه المشتري ما يقابلها بالدينار، وهي ثمانية دينار، ثم تبيّن أن قيمة المتاع خمسة تومان، وأن ما يقابل الثمانية دينار خمسة تومان، فالبائع مغبون؛ من جهة أنه باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، والمشتري مغبون؛ من جهة أن الشرط أن يعطي بالدينار ما يقابل أربعة تومان، والثمانية التي سلّمها تقابل الخمسة تومان لا الأربعة.

---

(١) مفتاح الكرامة ١٤: ٢٣٨.

إشكال الشيخ على جواب المحقق القمي

وأورد عليه الشيخ تتمّ: بأن الجواب مدفوع، سواء أكان البيع مع الشرط معاملة واحدة أم معاملتين.

أما على كونهما معاملة واحدة - كما هو التحقيق من أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، فالشرط التزام في ضمن البيع - فلا غبن على الطرفين.

أما بالنسبة إلى البائع؛ فلأنه وإن كان باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، إلا أن ما دخل في كيسه - وهو الثمانية دينار - يساوي الخمسة، فلم ينقص منه شيء.

وأما بالنسبة إلى المشتري؛ فلأن المتاع الذي دخل في ملكه يساوي ما خرج منه بلا نقص.

وأما بناء على كونهما معاملتين - بناء على ما هو خلاف التحقيق من أن البيع التزام، والشرط التزام آخر - فالغبن وإن وجد إلا أن المغبون في كل معاملة واحد، فالبائع مغبون في البيع دون المشتري، والمشتري مغبون في الشرط دون البائع، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد.

فالنتيجة: أنه بناء على كونهما معاملة واحدة لا غبن أصلاً، وأما بناء على كونهما معاملتين، فالغبن وإن وجد إلا أنه على واحد في كل

معاملة، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد[١].

ما ذكره صاحب الجواهر

الوجه الثاني: أن يبيع شيئين بثمنين في معاملة واحدة، كأن يبيع كتاب الرسائل بنصف دينار مع أن قيمته دينار، ويبيع كتاب المكاسب بدينارين ونصف مع أن قيمته ديناران، فالبائع مغبون في الأول، غابن في الثاني، والمشتري على العكس منه[٢].

إشكال الشيخ عليه

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأننا إما أن نفرض كون المعاملة واحدة، وأن الثمنين قيمة واحدة لمجموع الكتابين، وأن مجموع ما خرج من كيس كل منهما مساوٍ لما دخل في كيسه، فلا غبن في المعاملة أصلاً على كلا الطرفين.

وإما أن نفرضهما معاملتين مستقلتين، فالغبن وإن وجد إلا أنهما لواحد في كل معاملة، ففي المعاملة الأولى يكون البائع مغبوناً دون المشتري، وفي الثانية يكون المشتري هو المغبون دون البائع، فلم يجتمع

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٣.

(٢) ذكره صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ٢٣: ٤٤؛ حيث قال: (بل لو فرض تصور الغبن فيهما، كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد، وكان كل منهما بثمن معين، في أحدهما الغبن على البايع، وفي الآخر على المشتري، ثبت الخيار لهما معاً).

الغابن والمغبون في واحد[١].

ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه

الوجه الثالث: ما ذكره الشيخ قدس سره بقوله: (ما ذكره بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه)[٢].

ويشكل: بأن اختلاف مكاني المتبايعين لا إشكال في حصوله، كأن يكون المشتري من داخل البلد، والبائع من خارجه، كما لا إشكال في اختلاف قيمة المتاع في مكانين، وإنما المهم، هل أن اختلاف مكاني المتبايعين يوجب اختلاف محل العقد أو لا ؟

قطعاً لا؛ لأن البيع أمر واحد فيستحيل أن يقع في مكانين، فإما أن يقع في بلد البائع أو في بلد المشتري، فإن وقع في بلد البائع فهو المغبون خاصة؛ لأنه باعه بأقل من قيمته في بلده، وإن وقع في بلد المشتري كان هو المغبون؛ لأنه اشتراه بأكثر من قيمته في بلده، فلم يجتمع الغابن والمغبون.

نعم، لو كان المبيع في مكانين أمكن ذلك، ولكنه خلاف الفرض.

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٧٤ ـ ١٧٥، ولم نتحقق من هذا البعض.

تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره من التفصيل في المقام بين كون المبنى في خيار الغبن الشرط الإرتكازي بالتساوي بين قيمتي الثمن والمثمن، وبين كونه « لا ضرر »، فإن كان الأول نفى حصول الغبن لكل منهما؛ إذ لا يخلو الأمر من تخلّف الشرط وعدمه، فإن لم يتخلّف الشرط لم يحصل غبن أصلاً، وإن تخلّف الشرط كان المغبون خصوص من تخلّف الشرط في حقه، كأن أخذ أقل من قيمة ما أدّاه.

وإن كان الثاني أمكن اجتماع الغابن والمغبون، وذلك كما لو باع الحقّة من الخشب بدينار، وكانت قيمته الواقعية نصف دينار، واشترط المشتري عليه أن يكون من خشب داره، فالمعاملة ضررية على الطرفين؛ فإن البائع متضرر فيكون مغبوناً؛ لتوقف تسليم الخشب على تخريب داره، والمشتري متضرر؛ لأنه اشترى ما قيمته نصف دينار بدينار[1].

ومما تقدم من الإشكال على المحقق القمي قدس سره يتضح الإيراد عليه، بعد ملاحظة أن الضرر المنفي هو الضرر الحاصل من الشارع، فلو كان لزوم العقد الموجب للضرر منتسباً إلى الشارع لتمّ ما أفاده قدس سره؛ فإن المعاملة ضررية عليهما، ولكن سبب الضرر فيها غير منتسب للشارع؛ فإن البائع يعلم بتضرّره؛ لكون الشرط موجباً لخراب داره ومع ذلك أقدم

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٣٢.

على المعاملة، فهو أقدم على الضرر، فلا يكون منفياً بـ« لا ضرر ».

جواب المحقق الحائري والمناقشة فيه

الوجه الخامس: ما أفاده المحقق الحائري قدس سره وحاصله: إن مالية الشيء ربما تختلف بحسب اختلاف المالكين وإن كانا في بلد واحد، فقد يكون ثمن الدواء المجلوب من الخارج في الصيدليات الرسمية بخمسة وعشرين ديناراً، ولكن ربما يأتي به الشخص بنفسه بقيمة عشرة دينار؛ لاعتبارات خاصة به، فإذا اشترى هذا الشخص الدواء من الصيدلية بعشرين ديناراً كان كل من البائع والمشتري مغبونين، أما البائع فلأن القيمة المتعارفة للدواء خمسة وعشرون، بينما باعه بعشرين، وأما المشتري فلأن قيمته بالنسبة إليه عشرة، بينما اشتراه بعشرين[1].

ويرد عليه: **أولاً**: بالنقض بما لا يلتزم به فقيه، وذلك فيما لو كان نوع من الفرش يباع في سوق الفرش بخمسة وعشرين ديناراً، وقيمته عند شخص بعشرة دينار؛ لكونه متهماً بالسرقة، فينبغي لو اشترى هذا الشخص هذا الفرش من السوق بعشرين ديناراً أن يكون غابناً ومغبوناً.

وثانياً: بالحل، ويكون ذلك بمعرفة معيار الغبن؛ فإنه قدس سره قال في معيار الغبن ما لفظه: (الانتقال من القيمة العليا الى السفلى وإن كان بواسطة القبض، لا صرف إنشاء المعامله، ولكن يكفي فى غبنية المعاملة بالنسبة الى المشتري حدوث الضرر من ناحية القبض الذي هو من توابع

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٢٠٠.

المعاملة)[1]، فجعل القبض من توابع المعاملة، فيصدق الغبن لو حصل الضرر من ناحيته.

ولكن، أولاً: لا بدّ من معرفة رتبة الشرط العقلائي الارتكازي في المعاملة.

وثانياً: لا بدّ من معرفة محلّ شرط القبض في المعاملة شرعاً وعقلاء.

أما الأول فالمدار على الغبن وعدمه، هو تساوي قيمة الثمن والمثمن وعدمه، وهو في رتبة متقدمة على البيع، فيشترط وقت إنشاء البيع أن لا يختلفا في القيمة، فإن وقع البيع مع اختلاف القيمة حصل الغبن، وإن وقع مع التساوي لم يحصل الغبن؛ فإن المتعلِّق متأخر رتبة عن المتعلَّق دائماً، فلا بدّ من حيث الرتبة، ومن حيث الوجود الخارجي من حصول التساوي أو الاختلاف قبل البيع، ويكون البيع واقعاً عليه.

فهذه هي مرحلة ملاك الغبن وعدمه، فلو كان القبض من متممات الملكية لكان لكلامه قدس سره وجه، ولكنه ليس من متممات الملكية، ولا من متممات البيع، بل هو من الآثار الواجبة المترتبة على البيع، فبمجرد تحقق البيع تتحقق الملكية، ويحصل النقل والانتقال، فلو أتلف البائع المبيع بعد البيع، أو أتلف المشتري الثمن كان ضامناً بالضرورة، وهذا

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٢٠٠.

الضمان برهان على تحقق الملكية، وباتفاق المحققين من الفقهاء - إلا من شذ وندر - على أن وجوب الإقباض من باب وجوب ردّ مال الغير، بمعنى أنه بمجرد تحقق المعاملة يكون المال الذي بيد البائع مال الغير ويجب عليه تسليمه له، فإن لم يكن متعدّياً في تأخيره إلى أن حصل الغبن فيده يد أمانة، وإن كان متعدّياً كانت يده يد عدوان.

والنتيجة: أن ارتفاع القيمة وقت القبض لا يعقل أن يجعل البيع غبنياً، وعليه فالغبن في مثال الدواء إنما يكون على البائع خاصة؛ لأن قيمته وقت البيع تساوي خمسة وعشرين وباعه بعشرين، وكذلك مثال الفرش، فلا يتمّ ما أفاده قدس سره.

تصوير المحقق الأصفهاني والرد عليه

الوجه السادس: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره في ذيل قول الشيخ قدس سره: (والأولى من هذه الوجوه)[1]، ونذكره بلفظه لوضوحه، قال قدس سره: (يمكن أن يقال: بفرض لزوم الضرر في كل من الطرفين في معاملة واحدة، فيما إذا كان قيمة الشيء منضماً أزيد من قيمته منفرداً، كمصراعي الباب، فإذا فرض أن قيمة المصراعين منضماً ستة دنانير مثلاً، وقيمة كل منهما منفرداً ديناران، فباع أحد المصراعين بثلاثة دنانير، فالمشتري مغبون بدينار واحد، والبائع أيضاً مغبون بدينار واحد؛ لأن حيثية الانضمام زالت بهذه المعاملة، فنقصت قيمة المصراع الباقي على

(١) المكاسب ٥: ١٧٥.

ملكه، ولعله أولى من جميع الوجوه المزبورة)[١].

ويرد عليه: ما أوردناه على المحقق الحائري تدامت بركاته؛ فإن المدار في حصول الغبن على القيمة حين العقد، وعلى أي شيء وقع العقد، فقيمة أحد مصراعي الباب منفرداً واقعاً بدينارين، في السوق، وعند البائع والمشتري، ولا يعقل تغيّر قيمته الواقعية باختلاف النسب والإضافات، فعندما باعه بثلاثة دينار فالمغبون هو خصوص المشتري.

نعم، هذه المعاملة كانت منشأ لدخول الضرر على البائع؛ من جهة تنزّل قيمة المصراع الثاني الذي بقي عنده، وتنزّل قيمة جنس بسبب المعاملة على جنس آخر لا يعقل أن يوجب الغبن في المعاملة الواقعة.

فتمام الملاك ملاحظة القيمة السوقية بالنسبة لما وقع عليه البيع، وأما إيجاب المعاملة لتنزّل قيمة مال آخر فلا ربط له بالغبن فيها.

تصوير الفقيه السيد اليزدي ومناقشته

الوجه السابع: ما أفاده الفقيه السيد اليزدي تدامت بركاته؛ حيث قال: (وأولى من ذلك أن يقال: إن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالية عرفاً في حدّ نفسه، بأن يكون قيمته في حدّ نفسه أزيد من الثمن، وأن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون، من أجل المعاملة وإن كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمة تسوى عشرة توامين، ولها

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٢٦٤.

ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون الولد بعشرين، وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإن كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة اشترى ما يسوى عشرة بعشرين، فكل منهما مغبون)[1].

وهذا الوجه مقبول على مبنى دون مبنى؛ فإن في ثبوت الغبن مبنيين كما تقدّم، مبنى الشرط الارتكازي، ومبنى « لا ضرر »، ولا يأتي هذا الوجه على المبنى الأول الذي هو مقتضى التحقيق؛ فإن مفاده أن يلاحظ ما وقع عليه العقد، فيشترط فيه أن لا يكون بين قيمته الواقعية وقيمته المفروضة تفاوت فاحش، فالضرر الموجب للغبن هو الحاصل من هذا التفاوت، وأما الضرر الأجنبي - وإن حصل بسبب المعاملة - فلا ربط له بالشرط الارتكازي، فلا يوجب الغبن.

وعليه فالبيع المذكور في المثال غبني بلا إشكال؛ لأنه على خلاف الشرط الارتكازي، ولكن المغبون هو خصوص المشتري، وأما البائع فليس بمغبون وإن تضرر من أجل المعاملة؛ إذ ليس من شروط العقلاء الارتكازية أن لا ينشأ أي ضرر من المعاملة، بحيث يكون الضرر معلولاً لها وإن لم يكن من ناحية التفاوت في القيمة، لكي يكون البائع مغبوناً أيضاً، أي أن الضرر المعلول للمعاملة لا ربط له بالشرط الارتكازي.

فهذا الوجه على هذا المبنى غير تام قطعاً.

---

(١) حاشية المكاسب للسيد ٢: ٥٣٧ - ٥٣٨.

وأما على المبنى الآخر وهو ثبوت الخيار بقاعدة نفي الضرر، والضرر يثبت بالحكم باللزوم فنقول: بأن للبائع حالتين؛ إذ تارة يعلم بأن انفصال الولد عن أمه موجب للوقوع في هذه الخسارة، وأخرى يجهل ذلك، مع علمه بأن للولد لوحده قيمة، وله مع أمه قيمة، فإن كان يعلم بذلك كان إقدامه على البيع إقداماً على الضرر، وقد تقدّم عدم جريان « لا ضرر » مع الإقدام عليه.

وإن كان يجهل ذلك كان لما أفاده السيد قدس سره وجه، ولكن الشأن في تصوّر هذا الجهل؛ فإنه لا يتصوّر ـ عقلاء - أن يجهل العاقل وقوع هذه الخسارة عند فصل الابن عن أمه.

والحاصل: أنه إن كان يعلم وأقدم عليه فهو خارج عن « لا ضرر »، وإن لم يكن يعلم وكان منشأ الضرر نفس المعاملة كان كلام السيد قدس سره تاماً على مبنى « لا ضرر ».

هذا تمام الكلام في مسألة اجتماع الغابن والمغبون، وكل ما ذكر من الوجوه في تصويره مدخول، والحق فيها استحالة حصول الغبن على كل من البائع والمشتري في معاملة واحدة.

وقت تحقق خيار الغبن

اختلف الفقهاء في وقت تحقق خيار الغبن على قولين:

القول الأول: وقت وقوع العقد.

القول الثاني: وقت ظهور الغبن.

وبعبارة أخرى: اختلفوا في أن ظهور الغبن هل هو شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عقلي عن ثبوته من حين العقد؟ وجهان، ذهب إلى كل فريق من الفقهاء.

وتحقيق المسألة يقتضي البحث في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: مقتضى الأصل العملي.

الجهة الثانية: مقتضى الأصل اللفظي.

الجهة الثالثة: مقتضى الأدلة الخاصة.

مقتضى الأصل العملي

أما الجهة الأولى فمقتضى الأصل العملي كون مبدأ الخيار وقت ظهور الغبن؛ إذ لو فسخ أحد الطرفين العقد قبل ظهور الغبن لشكّ في نفوذه، ومقتضى الاستصحاب بقاء الملك وجميع آثار العقد، ولم يخرج من تحت هذا الأصل إلا ما بعد ظهور الغبن.

مقتضى الأصل اللفظي

وكذلك الحال بالنسبة إلى الجهة الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللفظي، وهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] لزوم العقد إلا فيما خرج بالدليل، فقبل ظهور الغبن لم يحرز المخصص فنتمسك بالعموم، وأما بعد ظهوره فنقطع بخروجه من تحته.

---

(١) سورة المائدة: ١.

مقتضى الأدلة الخاصة

وأما مقتضى الأدلة الخاصة فيقتضي أن نلاحظها جميعها وهي ستة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع

فإنه لا شك في قيامه على ثبوت خيار الغبن، بل ثبوته من ضروريات الفقه، وبما أنه دليل لبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما بعد ظهور الغبن فتكون نتيجته نتيجة الأصلين: اللفظي والعملي.

الدليل الثاني: قوله تعالى: { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل }

وتقريب الاستدلال بها: أن أكل مال الطرف الآخر في مورد الغبن بعد الفسخ من أكل المال بالباطل، ومقتضى ذلك أن يكون مبدأ الخيار من حين وقوع العقد؛ لأن الفسخ يؤثر من زمان وقوع العقد، فيتحقق من حينه أكل المال بالباطل.

إن قيل: بأن أكل المال بالباطل لا يكون إلا بعد الفسخ، والفسخ بعد الالتفات، فيكون مبدأه عند ظهور الغبن.

قلنا: بأن منشأ الأكل بالباطل أن له حق الفسخ، والقاعدة أن الفسخ إذا حصل عند تحقّق الغبن - وهو زمان وقوع العقد - يكون أكل المال بالباطل من حينه، فيكون مبدأ الخيار بحسب الآية عند العقد.

الدليل الثالث: قوله تعالى: { إلا أن تكون تجارة عن تراض }

والتراضي إما أن يكون تقديرياً، أو تحقيقياً فعلياً، ومقتضى الآية على

التقديرين ثبوت الخيار من حين وقوع العقد، أما على الأول - كما ذهب إليه العلامة قدس سره -؛ فلأن المغبون لو التفت إلى الغبن لم يرض بالتجارة، ونفس هذه الحيثية موجبة للخيار.

وأما على الثاني؛ فلأن أيّاً من الطرفين لم يرض بالغبن.

نعم، لا يخفى أن هذه الأدلة كانت محل إشكال في محل بحثها، ولكن مقتضى التحقيق أن تلاحظ النتيجة على جميع الأدلة.

الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان

فإن فيها « فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق »[1]، فالقضية المأخوذة في الرواية شرطية، والأصل في العناوين المأخوذة في القيود والشروط هي الموضوعية، فيكون مقتضى ذلك أن لا يثبت الخيار قبل الدخول في السوق، ومما لا شك فيه أنه ليس المراد من شرطية الورود في السوق أن يكون شرطاً تعبدياً من حيث هو، بل هو شرط من حيث إن السوق مركز للتجارة وفيه ينكشف الغبن، فيكون مقتضى الرواية أن مبدأ الخيار هو وقت ظهور الغبن.

وفيه: أن المقدمة الثانية - وهي أن العناوين المأخوذة في الشروط بنحو الموضوعية - محل إشكال؛ فإن الأصل كذلك ما لم يكن العنوان مأخوذاً بنحو الطريقية، كما في قوله تعالى: ﴿ كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾؛ فإن تبيّن العنوانين - الأبيض والأسود - لا من حيث ذاتهما، بل بما هما طريق، ومن حيث

(١) تقدم تخريجها عن سنن الترمذي ٢: ٣٤٦.

كشفهما عن دخول الفجر، ولهذا لو لم يتضح الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلا بعد طلوع الفجر الصادق، فلا إشكال في دخول الوقت من حينه، فالغاية هي التبيّن، ولكن التبيّن جهة طريقية، وتمام الموضوع ذلك المتبيَّن.

وكذلك الحال في ما نحن فيه؛ فإن شرط الخيار دخول السوق فيعلم حال القيمة، فيكون طبع المطلب أن دخول السوق كاشف وطريق، لا أنه موضوع، وإنما الموضوع هو المنكشف، وهو الغبن الحاصل حين العقد، فيكون مبدأ الخيار من حين العقد.

والحاصل: أن مقتضى ظهور الرواية هو كون دخول السوق طريقاً لانكشاف الغبن، والعبرة بالمنكشف، فينسلخ العنوان المأخوذ فيها عن الموضوعية، فتكون النتيجة أن مبدأ الخيار من حين العقد.

وإن أبيت هذا الظهور، فلا أقل من أن تكون مجملة، فيسقط هذا الوجه من أصله.

الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر

فإن حكم الشارع بلزوم العقد الغبني ضرري فيرتفع بالقاعدة، وبناء عليه يثبت الخيار من حين الحكم بالضررية، وهو وقت وقوع العقد؛ لأن الإهمال في حكم العقد محال، فإما أن يكون لازماً أو جائزاً، والمفروض أن القاعدة حاكمة على عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، وبما أن ضررية

(١) سورة المائدة: ١.

اللزوم من حين العقد، لا من زمان ظهور الغبن، فيثبت الخيار من حين العقد.

الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين

فإن الشرط - بحسب الارتكاز العقلائي في العقد - قائم على عدم التفاوت الفاحش بين العوضين، ولا شك أن هذا الالتزام حاصل عند تحقق العقد، لا عند ظهور الغبن، وإنما ظهوره كاشف عن ثبوت ما ينافيه، فيثبت الخيار من حين وقوع العقد.

فتحصل من ذلك كله:

١ـ أن مقتضى الأدلة الخاصة - ما عدا الإجماع - هو ثبوت الخيار من حين العقد.

٢ـ ومقتضى الأصلين اللفظي والعملي ثبوته من حين ظهور الغبن.

محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات

وقد رفع الشيخ تقدس سره الاختلاف بين الفقهاء بهذا التقريب:

أنه يمكن إرجاع القول الأول إلى الثاني، والثاني إلى الأول؛ فإن في باب الخيارات أمرين: أصل الحق، والسلطنة الفعلية التي يقتدر بها على فسخ العقد وإمضائه، فمن قال بأن زمان حدوث الخيار هو حين العقد فمراده ثبوت حق للمغبون، لو علم به لقام بمقتضاه؛ فإنه ثابت له قبل العلم، وإنما يتوقف على العلم إعمال الحق.

ومن قال بأن زمانه حين ظهور الغبن فمراده وقت تحقق السلطنة الفعلية؛ فإنها لا توجد إلا بعد ظهور الغبن لا حين العقد.

المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء

وفي ما أفاده قدس سره إشكالان:

الإشكال الأول: في ما أفاده قدس سره من الجمع بين كلمات الفقهاء بحمل بعضها على كون المراد منها الحق، والأخرى على كون المراد منها السلطنة الفعلية، وتحقيقه يتوقف على إيضاح معنى كل من الحق والسلطنة الفعلية اللذين جعلهما الشيخ قدس سره أمرين متغايرين، سبب الأول منهما العقد، وسبب الآخر ظهور الغبن فنقول:

إن للسلطنة في مرحلة الثبوت وجهين:

الأول: السلطنة الاعتبارية، بأن يعتبر المعتبِر السلطنة على أمر ما لشخص آخر.

الثاني: السلطنة التكليفية والوضعية، والأولى بمعنى جواز التصرف تكليفاً، والثانية نفوذ التصرف وضعاً.

وكلا المعنيين موجودان في مرحلة الإثبات أيضاً؛ فإن الشارع جعل لذي الحق السلطنة على إمضاء العقد وفسخه، وجعل للمكلف سلطنة تكليفية في جميع موارد حكمه بجواز التصرف، سواء أكان للمالك، أم للأجنبي بعد إذن المالك؛ بمقتضى « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير بإذنه »[1]، كما جعل سلطنة وضعية للمالك والولي والوكيل،

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الأنفال الحديث ٦.

ومعناها نفوذ تصرفهم، فينفذ بيعهم ومصالحتهم.

والنسبة بين السلطنة الاعتبارية والسلطنة التكليفية والوضعية عموم وخصوص من وجه، فتفترق السلطنة الاعتبارية عنهما في المالك أو ذي الحق المحجور عليه لسفه أو إفلاس مثلاً؛ فإن الأول يملك المال، والثاني صاحب حق، فلهما سلطنة اعتبارية، ولكن ليست لهما سلطنة تكليفية ولا وضعية، فلا يجوز لهما البيع ولا الصلح عليه، ولو باعا أو صالحا لم ينفذا.

وتفترقان عنها في الوليّ على الصبي والمجنون؛ فإن له السلطنتين - التكليفية والوضعية - على مالهما، فيجوز له إجراء المعاملات الناقلة وتكون نافذة، وليست له سلطنة اعتبارية؛ فإنه لا يملك المال، بل يملكه الصبي والمجنون.

وتجتمع الثلاث في موارد الملك والحق للبالغ العاقل غير المحجور عليه؛ فإن له سلطنة اعتبارية، وهي حقيقة الحق، ويجوز له التصرف، وينفذ وضعاً.

فالحق - عند عمدة القائلين به - سلطنة اعتبارية، فلمن حجّر أرضاً سلطنة عليها، وجواز التصرف تكليفاً، ونفوذه وضعاً لا ينفكان عن هذا الحق، فكما أن من آثار الملك السلطنة التكليفية والوضعية، فكذلك هما من آثار الحق، فلكل ذي حق أن يتصرف في متعلَّق حقه، ولو تصرّف فيه بشيء من الأمور الاعتبارية كان نافذاً.

ومن هذا تتضح المناقشة في ما أفاده الشيخ قدس سره من أن الحق يحصل

من حين العقد، ولكن السلطنة الفعلية من حين ظهور الغبن؛ فإن السلطنة الفعلية - سواء أريد منها السلطنة الاعتبارية أو التكليفية أو الوضعية - هي عين الحق؛ فإن الحق هو سلطنة ذي الحق على متعلَّق الحق اعتباراً، والسلطنة التكليفية والوضعية أثران له غير منفكين عنه، إلا في موارد الحجر لصغر أو سفه أو إفلاس.

وبعبارة أخرى: إن كان مراد الشيخ قدس سره أن الحق يحدث من حين العقد، ولكن السلطنة الاعتبارية تحصل من حين ظهور الغبن، فما هو الحق الذي وجد إذن، وذو الحق ليس له أمران: الحق، والسلطنة على متعلّق الحق اعتباراً، بل ليس له إلا أمر واحد وهو الحق، وهو نفس السلطنة الاعتبارية في هذه الموارد؟

وإن كان المراد أن السلطنة الاعتبارية تحصل من حين العقد، ولكن جواز التصرف والنفوذ يحصلان من حين ظهور الغبن، فهو غير تام أيضاً؛ لاستلزامه تخلف الحكم عن موضوعه، وهو محال، فبمجرد أن يحصل الحق تثبت السلطنة التكليفية والوضعية، فيجوز تصرفه ويكون نافذاً.

نعم، هو حين العقد كان جاهلاً بحقه، والجهل لا ينفي وجوده، فهو كمن يملك شيئاً ويجهل أنه مالك له، فهو مملوك له فعلاً وواقعاً وتترتب عليه جميع الأحكام والآثار، وخيار الغبن هو السلطنة على الفسخ والإمضاء بمقتضى الأدلة، فيحدث عند تحقق العقد، ولكن المغبون

الجاهل بالغبن لم يكن يعلم بحقه من الجواز التكليفي والنفوذ الوضعي، فيتوقف إعماله له على ظهور الغبن، فاختلط الأمر على الشيخ قدس سره بين السلطنة وإعمالها[1].

الإشكال الثاني: أن الحق هو نفس السلطنة الفعلية، وليست له مرتبتان، مرتبة القوة، ومرتبة الفعلية حتى يكون الحق - قبل ظهور الغبن - في مرتبة القوة، ثم بعد ظهوره يكون في مرتبة الفعلية.

نعم، الاستفادة من السلطنة الفعلية لا تكون إلا بعد ظهور الغبن.

وحاصل الإشكال على الشيخ قدس سره: أن الحق إما أن يكون هو اعتبار كون صاحبه هو الأولى والأجدر والحقيق بمتعلّقه، فمن حجّر أرضاً هو الأولى بها من غيره، والشريك حقيق بالأخذ بالشفعة، فكل من له هذه الأولوية والحق فله السلطنة، ولا يمكن انفكاكهما، فعلى هذا تكون السلطنة الفعلية من لوازم الحق.

وإما أن يكون هو السلطنة - كما هو أحد القولين - فالسلطنة الفعلية تكون عين الحق.

فالحق إما أن يكون ملازماً للسلطنة الفعلية، أو هو عينها، فتفكيك الشيخ قدس سره بينهما، وقوله إن الحق يحصل عند العقد، والسلطنة الفعلية

---

(١) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن الملكية لا تقبل الإعمال، وكذا الحق في نفسه لا يقبل الإعمال، وإنما يمكن الاستفادة منه، فيبرم صاحبه العقد أو يفسخه.

عند ظهور الغبن لا وجه وجيهاً له.

فالذي يظهر - بعد الرجوع إلى كلمات الفقهاء - أن في المسألة قولين لا يرجع أحدهما إلى الآخر:

الأول: أن الخيار يحصل من حين العقد، وظهور الغبن كاشف عنه.

الثاني: أنه لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن.

آثار الخيار عند الشيخ

ثم تعرّض الشيخ قدس سره إلى أن الآثار المجعولة للخيار على ثلاثة أقسام:

١ـ ما يترتب على السلطنة الفعلية، فلا يثبت إلا بعد ظهور الغبن كالسقوط بالتصرف.

٢ـ ما يترتب على الحق، فيثبت من حين العقد كإسقاطه بعد العقد قبل الظهور.

٣ـ ما يتردّد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة.

كما صرّح بأن ما ذكر في الغبن جار في العيب[1].

المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار

وأما ما رتبه الشيخ قدس سره من الآثار المجعولة على الخيار، فبعضها يترتب على السلطنة الفعلية، وآخر على الحق، وثالث يتردد بينهما ففيه:

أولاً: أنه يبتني على التفريق بين الحق والسلطنة الفعلية، ومع بطلان

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٧ - ١٧٩.

المبنى ينهدم البناء.

وثانياً: - بعد التنزّل عما تقدم - ينبغي ملاحظة ثمرات الخيار وأحكامها، وخلاصتها خمس:

الثمرة الأولى: جواز إسقاط الحق؛ فإن لكل ذي حق إسقاط حقه، فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين العقد - كما هو التحقيق؛ لكون اللزوم حين العقد ضررياً فيكون منفياً، ولكون الشرط الإرتكازي للمتبايعين عدم الاختلاف الفاحش في القيمة بين العوض والمعوض - فموضوع الإسقاط يثبت من حينه، ومع ثبوت الحق لذي الخيار يكون له إسقاطه.

وهذا الحكم ثابت حتى لو قلنا بمقالة الشيخ قدس سره من أن السلطنة الفعلية تثبت بعد ظهور الغبن؛ فإن الحق يثبت من حين العقد أيضاً، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

وإن قلنا بأن الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور الغبن، فإن قلنا بأن إسقاط ما لم يجب غير ممكن حتى في صورة وجود المقتضي لم يصح الإسقاط قبل ظهوره؛ لأنه من إسقاط ما لم يجب.

وإن قلنا بكفاية تحقق المقتضي لنفي إسقاط ما لم يجب جاز الإسقاط بمجرد حصول الغبن وإن لم يظهر؛ لأن نفس الغبن مقتضٍ للخيار، وظهوره شرط لتحققه، والفرض أنه بمجرد وجود المقتضي يحصل حق الإسقاط، نظير من أعطى متاعه للغير عارية، فله بعد حصول العارية أن يسقط الضمان، والحال أن الضمان إنما يكون بعد التعدّي أو التفريط في العارية، وليس ذلك إلا لكون نفس العارية مقتضياً للضمان،

وله الإسقاط بمجرد حصوله.

الثمرة الثانية: الإرث؛ فإن « ما تركه الميت من حق فلوارثه »[١]، والحكم فيه يبتني على اختلاف القولين، فإن قلنا بأن الخيار يحصل من حين العقد، فلو اشترى وكان مغبوناً ومات قبل ظهور الغبن انتقل إلى وارثه.

وإن قلنا بأن الخيار لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن، فلو مات المغبون قبل ظهوره لم ينتقل لوارثه؛ لانتفاء موضوع الإرث حينئذٍ.

ولا أثر للقول بأن السلطنة الفعلية تحصل بعد ظهور الغبن؛ فإن المدار في انتقال الحق وعدمه على حصول الحق وعدمه.

الثمرة الثالثة: التلف؛ فإنه لو تلف متعلّق الخيار كان التلف ممن لا خيار له؛ لقاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، كما لو تلف الحيوان في الثلاثة الأيام؛ فإنه من مال البائع مع كونه مملوكاً للمشتري؛ لكون الخيار له دون البائع، ومعنى أنه من مال البائع أن العقد ينفسخ آناً ما، فيرجع الحيوان إلى البائع، فيتلف في ملكه.

وهذه القاعدة على خلاف الأصل الأولي؛ فإن الأصل أن يكون التلف من مال المالك، لا من مال غيره، فبما أنه اشترى الحيوان وانتقل إلى

---

(١) رواية مرسلة عن النبي صلى الله عليه وآله، أرسلها صاحب المسالك ١٢: ٣٤١ وغيره، ولم نجدها بهذا النص في الجوامع الحديثية، الشيعية والسنية.

ملكه، فإذا تلف كان مقتضى القاعدة أن يتلف من ماله، ولكنها خصصت بالدليل الخاص، وفي هذا التخصيص أنظار ثلاثة:

الأول: أنه خاص بالحيوان المبيع في خيار الحيوان.

الثاني: عدم الاختصاص بخيار الحيوان وإن ورد النص فيه؛ لعدم الخصوصية؛ فإن منشأ الخيار هو تزلزل العقد، وهو سارٍ في كل معاملة خيارية، كما لا يختص بالمثمن، بل ينتقل إلى الثمن أيضاً.

والتحقيق في كل حكم يكون على خلاف القاعدة هو الاقتصار على مورد النص ما لم يحرز عدم الخصوصية، وأما مع احتمالها فلا يتعدّى عنه إلى غيره، وبما أن النص ورد في خيار الحيوان، ونحتمل الخصوصية فيه لا مجرد تزلزل العقد، لم يجز التعدي إلى غيره، فيتمسك في غيره بالقاعدة الأولية؛ فإن مجرد احتمال الخصوصية يوجب الشك في إلغائها، فإذا كان العام محكماً والخاص مجملاً يتمسك بالعام في غير القدر المتيقن خروجه، وأما التمسك بالخاص في المشكوك، فهو ترك للحجة إلى اللاحجة وهو باطل بالضرورة.

ونتيجة البحث: أنا إذا خصصنا هذه الثمرة بخيار الحيوان فلا موضوع لها في خيار الغبن، فتكون سالبة بانتفاء الموضوع، وأما إذا عممناها إلى خيار الغبن وألغينا خصوصية خيار الحيوان - كما هو رأي غير واحد من الفقهاء - فالتلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، وهو الغابن، فإن قلنا بأن مبدأ الخيار من حين العقد، فلو تلف المبيع قبل ظهور الغبن كان من ماله، وإن قلنا بأن مبدأه من حين ظهور الغبن، وتلف قبل ظهوره كان

من مال المغبون؛ لعدم الخيار حينئذ.

فاتضح ان هذه الثمرة تدور مدار أمرين: التعمييم لغير خيار الحيوان، ومبدأ خيار الغبن.

الثمرة الرابعة: أن عدّة من الفقهاء ذهبوا إلى عدم جواز التصرفات الناقلة ممن لا خيار له في مورد المعاملة الخيارية، فلا يجوز له البيع لو أراده؛ لاحتمال أن يعمل صاحب الخيار خياره، والمبيع متعلّق لحقه.

وهنا بحثان، كبروي وصغروي.

أما الكبروي، ففي الخيار مسلكان:

الأول: أن الخيار متعلّق بالعقد، فلصاحب الخيار أن يفسخه.

الثاني: أنه متعلق بالعين، فلصاحب الخيار أن يردّها إلى ملكه.

فبناء على الثاني تكون القاعدة عدم جواز تصرف من لا خيار له؛ لأن لصاحب الخيار استرداد العين، وبتلفها يبطل مورد حق الرد.

وأما بناء على الأول - كما هو الحق - فالعقد باقٍ، فله أن يفسخه، فإن كانت العين موجودة ردّها، وإن كانت تالفة - حقيقة أو حكماً - انتقل إلى بدلها.

وأما الصغروي، فإنه إن قلنا بعدم جواز التصرف في ما انتقل إليه فالأمر في خيار الغبن يدور مدار تحقق الحق، فإن قلنا بأنه يتحقق من حين العقد لم يجز له التصرف من حينه، وإن قلنا بتحققه بعد ظهور

الغبن فله التصرف قبل ظهوره؛ لعدم الخيار حينئذ.

فهذه الثمرة من ثمرات وجود حق الخيار كما هو ظاهر.

الثمرة الخامسة: سقوط خيار من له الخيار بالتصرف في المال.

وفي هذه الثمرة بحثان أيضاً، كبروي وصغروي.

أما البحث الكبروي، فإن سقوط الخيار بالتصرف تابع لكشفه عن الرضا بالمعاملة، فإن كان كاشفاً عن الرضا بها كان إمضاء ومسقطاً، وإن لم يكن كاشفاً عنه، أو صدر لا بقصد الإمضاء كان مقتضى القاعدة عدم سقوط الحق.

وبعبارة أخرى: إن الخيار يسقط بالكاشف عن الإسقاط، قولاً أو فعلاً، فإن كان التصرف كاشفاً عنه بحيث دلّ على إمضائه للمعاملة والرضا بها سقط، وإلا كان مقتضى القاعدة عدم السقوط.

نعم، قام الدليل الخاص - في خصوص خيار الحيوان - على سقوطه بمجرد إحداث الحدث فيه، سواء أقصد بالتصرف أمضاء المعاملة أم لا، فهو حكم تعبدي في خصوص خيار الحيوان، وأما في غيره فلم يقم هذا الدليل الخاص، ومقتضى القاعدة أن التصرف - بما هو - لا موضوعية له، بل إن دلّ على الإمضاء كان مسقطاً، وإلا فلا.

وأما الصغرى، فلو قلنا بأن التصرف مسقط للخيار مطلقاً حتى في خيار الغبن ولم يختص الأمر بخيار الحيوان، فالأمر في سقوط خيار الغبن بالتصرف يدور مدار ثبوت الحق، فإن قلنا بأن ثبوته من حين العقد، فالتصرف الحاصل بعده وقبل ظهور الغبن مسقط للخيار، وإن قلنا

بثبوته بعد ظهور الغبن كان المسقط هو التصرف الحاصل بعد ظهوره.

نتيجة البحث: أن ما أفاده الشيخ قدس سره من الجمع بين كلمات الفقهاء غير قابل للقبول، كما لا يقبل ما أفاده قدس سره من التفريق بين وقت حصول الحق - وهو حين العقد - وبين وقت حصول السلطنة الفعلية - وهو حين ظهور الغبن - وحمل كلام الفقهاء قدس الله أسرارهم على إرادة ذلك؛ فإن الخيار هو نفس السلطنة على الفسخ والإمضاء، وهي - على القول بثبوته من حين العقد - موجودة من حين العقد إلا أنه لا يعلم بحصولها إلا بعد ظهور الغبن، لا أنها معدومة حينه وتوجد بظهور الغبن، ولا يخفى أن الجهل بالحكم أو بالموضوع لا يؤثر في نفي الحكم وإثباته.

وعليه فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين العقد وإن لم يظهر الغبن، فيثبت الحق له من حين العقد، ويسقط بإسقاطه وإن لم يعلم به، بحيث لو قال بنحو التعليق: إن كان في المعاملة غبن فقد أسقطت خياري، أو قال: أسقطت كل خيار لي في هذه المعاملة، سقط الخيار قطعاً، ولا معنى للسلطنة إلا ذلك.

وما أفاده قدس سره من التفريق بين الثمرات، فبعضها مما يترتب على السلطنة الفعلية، وأخرى على العقد، وثالثة تتردد بين الأمرين، محل المنع أيضاً؛ فإن الثمرات جميعها تترتب على ثبوت الخيار، فإن قلنا بثبوته من حين العقد ترتبت كلها من حينه، وإن قلنا بثبوته بعد العلم

بالغبن ترتبت كلها من حينه.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة ونتيجة البحث: أن الحق من بين القولين هو القول بثبوت الخيار من حين العقد، وظهور الغبن ما هو إلا كاشف عن تحققه من السابق، سواء أتمسكنا لثبوت خيار الغبن بدليل نفي الضرر أم بالشرط الإرتكازي.

أما على الأول؛ فلأن الحكم بلزوم المعاملة الغبنية حين العقد ضرر على المغبون فينفى بـ« لا ضرر ».

وأما على الثاني؛ فلأن وجود الغبن في المعاملة مخالف للشرط الإرتكازي، فيثبت للمغبون خيار تخلف الشرط من حين حصوله.

مسقطات خيار الغبن

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأول: الإسقاط بعد العقد

وله صور أربع؛ لأن الإسقاط تارة يكون قبل العلم بالغبن، وأخرى بعد العلم به، وعلى التقديرين تارة يكون مجانياً، وأخرى بالعوض.

الصورة الأولى: إسقاط الخيار مجاناً قبل العلم بالغبن.

ومعرفة الحكم فيها يبتني على بيان فرضين:

الأول: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين العقد، وقد أسقطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن، فحق الخيار ثابت فعلاً، وإطلاق(لكل ذي حق إسقاط حقه)[1] شامل له.

الثاني: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين ظهور الغبن، فإسقاطه قبل ظهور الغبن من صغريات إسقاط ما لم يجب؛ لعدم تحقق الخيار حينئذٍ، فربما يستشكل في صحة الإسقاط من جهتين عقلية وشرعية.

---

(١) هذه القاعدة متصيدة من الموارد وليست نصاً وارداً بهذا اللفظ.

أما الجهة العقلية فتتضح بعد معرفة حقيقة الحال فنقول: بأن في حقيقة الإسقاط مبنيين:

أحدهما: أنه سبب لتحصيل السقوط، وذلك على مبنى التسبيب؛ لأن الإسقاط من الإيقاعات، وهي إنشائية، والإنشاء على مبنى التسبيب سبب لحصول المسبب، فالإسقاط سبب للسقوط.

والآخر: أن الإسقاط عبارة عن اعتبار السقوط، لا إيجاده، ويبرزه بقوله: أسقطت خياري.

وعلى كلا المبنيين تكون رتبة السقوط متأخرة عن رتبة الثبوت، فما لم يكن الشيء ثابتاً لا يمكن إسقاطه، وبما أن رتبة السقوط متفرعة على رتبة الثبوت، فكذلك رتبة الإسقاط متفرعة على رتبة الثبوت، وبما أنه لا يعقل السقوط قبل الثبوت لم يعقل الإسقاط قبله أيضاً، وإلا يلزم التفكيك بين السبب والمسبب؛ إذ سيقع الإسقاط من الآن ولا يحصل السقوط إلا بعد تحقق الثبوت.

ويندفع الإشكال: بأن هذه القاعدة العقلية وإن كانت ثابتة في التكوينيات بلا إشكال، فلا يعقل الإعدام قبل الوجود، ولا انفكاك الأسباب التكوينية عن مسبباتها إلا أن قياس الاعتباريات عليها مع الفارق؛ فإن من المعقول أن تنفك الأسباب الاعتبارية والشرعية عن مسبباتها، فيعتبر السقوط قبل ظهور الغبن، ولكن لا يتحقق السقوط إلا بعد ظهوره، فانفكاك الاعتبار عن المعتبر أمر معقول.

وأما الجهة الشرعية؛ فلأن الإسقاط حينئذ معلّق على ثبوت الخيار،

والتعليق في الإنشاءات مبطل بالإجماع.

والجواب: **أولاً**: أن هذا الإجماع غير كاشف عن رأي المعصوم؛ لاحتمال استناده إلى الوجه العقلي المتقدم.

وثانياً: سلّمنا الإجماع إلا أنه دليل لبّي لا إطلاق له، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهي الموارد التي يعلّق فيها الإنشاء على ما لا يتوقف عليه تحقق مفهومه، كما لو علّق الإيقاع على مجيء زيد من السفر، وأما في الموارد التي يتوقف فيها تحقق مفهوم الإنشاء على المعلّق عليه فلم ينعقد الإجماع، كما لو علّق طلاق هند على كونها زوجته، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن الإسقاط معلّق على ثبوت الحق، وهو مقوّم له.

وأجاب الشيخ قدس سره عنه أيضاً: بأن تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي، كاف في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، وهو ظهور الغبن[1].

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردّها

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن السبب إما أن يكون تام التأثير، بحيث يؤثر في المعلول بالفعل، فيكون الخيار ثابتاً بالفعل، فهو خلف الفرض، وإما أن لا يكون تاماً بل مشروطاً بظهور الغبن فيكون الإسقاط معلّقاً؛ إذ كان قبل الثبوت[2].

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣٣٩.

ولكنه لا يرد على الشيخ قدس سره؛ لأن دليل محذور التعليق هو الإجماع، والقدر المتيقن منه ما لم يتحقق أصل السبب، وأما بعد حصول السبب وإن لم يكن تاماً فلا محذور فيه، ومثّلوا لذلك بإبراء المالك للودعي والمستعير عن الضمان - لو فرّطا في الحفظ - قبل أن يحصل التعدّي والتفريط، والإبراء وإن كان معلّقاً إلا أنه جاز لكفاية تحقق أصل المقتضي وهي العارية والوديعة.

وكما لو أسقط الموجب جميع خياراته في حال الإيجاب قبل تحقق القبول، فقال: بعتك المتاع على أن لا يكون لي خيار؛ فإنه جائز على رأي الشيخ قدس سره؛ لخروج هذه الموارد - التي وجد فيها المقتضي للحق ولم يحصل الشرط - عن دائرة الإجماع، وبناء عليه فلا محذور في إسقاط خيار الغبن بعد العقد وقبل ظهور الغبن[1].

---

(١) نقل أحد الحضور عن بعض الأعلام أنه قال بعدم الدليل على هذا الإسقاط، فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: إن كان مراده نفي الدليل مطلقاً ففيه:

أن سيرة العقلاء قائمة على الإسقاط قطعاً في ما إذا تحقق السبب ولم يتحقق الشرط.

بل إن دائرة السيرة العقلائية أوسع من ذلك، بحيث هي قائمة حتى في ما لو لم يتحقق السبب، كما لو قال أحدهما للآخر: أسقطت جميع خياراتي في جميع المعاملات الصادرة مني معك في هذه السنة.

وإن كان مراده من عدم الدليل عدم وجود هذا النص (لكل ذي حق إسقاط حقه)، فهو صحيح، إلا أنها قاعدة متصيدة من موارد متعددة؛ وأن أصل إسقاط الحق على وفق القاعدة، وقامت عليه السيرة، ولم يمنع منه مانع عقلي ولا شرعي؛ لعدم تمامية

الصورة الثانية: إسقاط الخيار مجاناً بعد ظهور الغبن.

وفيها صورتان:

الأولى: أن يسقط خياره بعد ظهور الغبن باعتقاد أن الغبن بمقدار معيّن كالمئة مثلاً فصادف اعتقاده الواقع، أو كان الغبن أقلّ مما اعتقده.

ولا إشكال في هذه الصورة حتى إشكال التعليق؛ لعدمه؛ إذ كان الإسقاط بعد ظهور الغبن وثبوت الخيار.

الثانية: الصورة الأولى، ولكن انكشف له أن الغبن أزيد مما اعتقد بنحو فاحش، ففيها وجهان:

الوجه الأول: عدم سقوط الحق؛ لأن ما قصد إسقاطه لم يقع، وما وقع لم يقصد إسقاطه.

الوجه الثاني: سقوط الخيار بمقدار الحدّ الذي اعتقده دون الزائد.

ويرد على الثاني: أن ما ذكر في التعليل إنما يصح في الموارد التي تتعدد فيها مراتب الوجود، فيسقط بمقدار المرتبة التي قصدها، كما لو كان له دين على شخص وكان يعتقد أنه عشرة دراهم فأسقطها، فتبيّن أنه عشرون درهماً، فهنا يسقط من ذمته بمقدار العشرة ويبقى الباقي، وأما ما نحن فيه فليس كذلك؛ فإن خيار الغبن وإن كان متعلّقه متعدّداً إلا أنه حق واحد لا تعدّد فيه كي يتبعّض، فإما أن يسقط وإما أن يبقى.

الإجماع في المقام.

وأما الوجه الأول فتحقيق الأمر فيه أن يقال:

بأن إسقاط الحق يتصور بنحوين:

النحو الأول: أن يسقط الحق بداعي كون الغبن بهذا المقدار المعيّن الذي كان يعتقده.

النحو الثاني: أن يسقط الحق بقيد أن يكون الغبن بهذا المقدار المعيّن.

أما على الأول فلا إشكال في تحقق الإسقاط؛ لثبوت الإسقاط وتخلّف الداعي، ولا محذور في تخلّفه؛ فإن الداعي ليس بقيد.

وأما على الثاني فلم يحصل الإسقاط أصلاً؛ لكونه مقيّداً ولم يحصل القيد، فينتفي المقيّد بانتفاء قيده.

الصورة الثالثة: إسقاط الخيار بعوض قبل العلم بالغبن.

فإن قلنا بأن الخيار يحصل من حين العقد فلا إشكال فيه؛ لثبوت الحق والمصالحة عنه بالعوض.

وإن قلنا بأن الخيار لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن فيشكل الإسقاط؛ لعدم ثبوت الحق حينئذٍ، فلم يكن للعوض الذي أخذه ما بإزاء، فيكون من صغريات أكل المال بالباطل.

جواب الشيخ عن الإشكال وردّه

وقد أجاب عنه الشيخ قدس سره بقوله: (فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول : صالحتك

عن كل خيار لي بكذا، ولو تبيّن عدم الغبن لم يقسط العوض عليه؛ لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود)[١].

إلا أنه غير تام؛ لأنه لا يوجد عندنا إلا عقد واحد، وإسقاط واحد، فإن كان الإسقاط لأجل أن يكون العوض في مقابل الضميمة والحق المجهول معاً، بمعنى تقسيط العوض عليهما عاد الإشكال؛ لأن قسماً من العوض كان في مقابل الحق المجهول.

وإن كان لأجل جعل العوض في مقابل تلك الضميمة فقط، فهو خلاف الفرض؛ لأن الفرض أنه لم يُنشأ كذلك، وإنما أنشيء التقسيط بحيث يكون في مقابل الضميمة والحق المجهول.

والحاصل: أن جعل بعض العوض في مقابل الحق المجهول باطل كجعل العوض كله في مقابل الحق المجهول.

جواب المحقق الخراساني والسيد اليزدي عن الإشكال

وقد تخلّص المحقق الخراساني قدس سره عن الإشكال بقوله: (يمكن أن يقال: بأن العوض مثل هذا الصلح إنما يكون بإزاء نفس الصلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول)[٢].

وأما السيد الفقيه اليزدي قدس سره فقد تخلّص عن الإشكال: بأن العوض في الحقيقة مقابل الحق المحتمل بوصف أنه محتمل، وفسّره بمقابل

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٢.

(٢) حاشية المحقق الخراساني قدس سره: ١٨٨.

احتمال الحق في الواقع، ثم فسّره أيضاً بأن العوض في مقابل تجاوزه عن الحق المحتمل[1]، فيكون أخذه العوض ليس في مقابل الحق المجهول، بل في مقابل التجاوز عن الحق المجهول، فيؤول إلى كلام المحقق الخراساني قدس سره، وحاصل كلامهما قدس سرهما: أن العوض في مقابل الفعل - صلحاً كان أم إسقاطاً - لا في مقابل الحق.

إشكال المحقق الأصفهاني على السيد اليزدي والمحقق الخراساني

وقد أورد عليهما المحقق الأصفهاني قدس سره بوجهين، وتوضيحهما:

الوجه الأول: أن العوض إما أن يكون في مقابل الحق المحتمل - كما يظهر من العبارة الأولى للسيد قدس سره - فهو باطل؛ لأن الحق المجهول غير قابل للمعاوضة، والمبادلة بالعوض، فيكون العوض في مقابله أكلاً للمال بالباطل.

وإما أن يكون في مقابل احتمال الحق، فهو باطل أيضاً؛ لعدم كون الاحتمال ذا مالية ليكون مقابلاً بالمال، وليس قابلاً للإسقاط ليجعل المال في مقابل سقوطه.

وإما أن يكون في مقابل التجاوز عن الحق على فرض وجوده، ومرجعه إلى كون العوض بإزاء الصلح المعبّر عنه بالتجاوز فيرد عليه:

(أن الصلح الواقع بقوله « صالحتك بكذا » ملحوظ آلي، ومتعلقه ملحوظ استقلالي، فلو كان هو معوضاً في نفس هذا الإنشاء كان ملحوظاً

(١) حاشية السيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٤.

استقلالياً، والجمع بين اللحاظين محال).

الوجه الثاني: أن المعوض هو الصلح بالحمل الشائع؛ لأنه ذو الأثر، لا الصلح الإنشائي بما هو مجرد استعمال اللفظ في المفهوم، والصلح بالحمل الشائع من الأمور ذات التعلّق، ويستحيل وجود المفاهيم التعلّقية بدون متعلّقها، فإذا قال (صالحت) لا بدّ أن يكون هناك شيء صالح عليه، ومتعلّق الصلح في المقام هو سقوط الحق، وهو فرع ثبوته، ومع عدم ثبوته - كما هو الفرض - ينتفي سقوطه، فينتفي الصلح؛ لانتفاء متعلّقه الذي لا يحصل إلا به، فما أفاده العلمان من المصالحة على سقوط الحق بعوض مستلزم للمحال[1].

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني

أما إشكاله الأول فجوابه: أن المعاني الآلية، أي التي تلحظ بلحاظ آلي تنحصر في قسمين:

الأول: العلم؛ فإنه وإن كان من المعاني الاسمية إلا أن له جهة طريقية وكاشفية عن المعلوم، فربما يلحظ بلحاظ آلي وطريقي، وربما يلاحظ بلحاظ موضوعي استقلالي، كما ذكر في مبحث قيام الأمارات مقام القطع الطريقي والموضوعي.

الثاني: المعاني الحرفية؛ فإنها على مبنى المحقق الخراساني قدس سره قابلة

(١) حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره على المكاسب ٤: ٢٧٥ - ٢٧٦.

لكلا اللحاظين؛ فإن المعنى إن لوحظ آلة وحالة لغيره كان معنى آلياً حرفياً كما في لفظ (من ، على)، وإن لوحظ مستقلاً كالاستعلاء والابتداء كان معنى اسمياً.

وعناوين المعاملات كالصلح والبيع والإجارة والمضاربة والشركة معاني اسمية، وليس فيها جهة طريقية حتى ينظر إليها نظراً آلياً، بل ينظر إليها استقلالاً ثم تنشأ، إلا أنها من المعاني ذات التعلّق، فتتوقف على وجود طرف تتعلّق به، وهذا أمر آخر غير كونها آلة إلى لحاظ الطرف، وقد دلّ على ذلك الوجدان والبرهان.

أما الوجدان، فلا شك أن من قال (صالحتك عن هذا بهذا) لم يجعل الصلح فانياً في الطرفين كفناء العلم في المعلوم، ومن أنشأ البيع لم يجعله كالمعنى الحرفي - عند المحقق الخراساني قدس سره - آلة للحاظ حال العوضين، بل هو معنى تعلّقي ينظر إليه بنظر استقلالي ثم ينشأ.

وعليه فالصلح - سواء أوقع معوّضاً أم تعلّق بالعوض - ملحوظ استقلالاً، لا أنه يكون آلياً في صورة، واستقلالياً في أخرى حتى يلزم اجتماع اللحاظين.

وأما البرهان؛ فلأن الصلح من المعاني الإنشائية المستقلة، فليس هو من المعاني الحرفية الآلية، ولا من مقولة العلم والظن حتى يقبل الطريقية والاستقلالية، فما أفاده العلمان - قدس سرهما - من أن العوض في مقابل الصلح، أو في مقابل التجاوز عن الحق المجهول سالم عن إشكال لزوم اجتماع اللحاظين.

وأما إشكاله الثاني فممنوع نقضاً وحلاً:

أما النقض فبأمرين:

الأول: أنه قدس سره صرّح في تعليقه على كلام الشيخ قدس سره: (وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن..)[1] بجواز إسقاط الحق المحتمل، أي الحق معلقاً على شرط ثبوته، حيث قال هناك:

(أما المحذور الثالث المختص بما إذا كان الظهور شرطاً فهو إنّما يرد إذا أسقط منجزاً فإنّه محال؛ حيث لا سقوط مع عدم الثبوت، وأمّا إذا أسقط معلّقاً على شرط ثبوته فهو إسقاط في ظرف الثبوت، وأمّا كفاية مجرد وجود المقتضي في الإسقاط فهو بظاهره غير صحيح؛ إذ الشيء لا ثبوت له قبل تمامية علته، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت)[2].

فنقول أن ما أفاده هناك يأتي بنفسه هنا، بمعنى أن الصلح وقع على الحق في ظرف ثبوته.

إلا أن يقال بأن ذلك الجواب لا يفيد هنا؛ لأنه تام على فرض عدم قدح التعليق في الإيقاعات، كما هو كذلك؛ لأن القدر المتقين من الإجماع هو العقود، والمفروض فيما نحن فيه وقوع الصلح معلقاً على

---

(١) المكاسب ٥: ١٨١.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٢٧٢.

شرط ثبوته وهو من التعليق في العقود.

ولكن يمكن أن يقال بأن الإشكال ليس من جهة مانعية التعليق في العقود شرعاً، بل الإشكال عقلي، من جهة عدم تعقّل وجود الأمر ذي التعلّق بدون متعلّقه.

وبعبارة أخرى: لا شك أن الأثر يترتب على الإسقاط بالحمل الشائع، لا على الإنشائي المفهومي، ولا شك أنه من المعاني ذات التعلّق غير المستقلة في التحصّل، فكما أن الصلح يتوقف في وجوده على المتعلّق فكذلك الإسقاط، ولا طرف للإسقاط التعليقي إلا الحق المحتمل، فما يقال فيه يقال في الصلح قبل ثبوت الحق.

الثاني: أن لازم إشكاله قدس سره أن يقول باستحالة جميع العقود والإيقاعات المعلّقة، مع أن الفقهاء قالوا بجواز المعلّق منها على أمر مقوّم لنفس العقد أو الإيقاع، فيمكن إنشاء الهبة معلّقاً على كونه مالكاً للعين الموهوبة، وإنشاء العتق معلّقاً على كون المعتق مملوكاً، ولا شكّ أن العتق والهبة من الأمور ذات التعلّق المتقوّمة بالمتعلّق، فإن لم يعقل الصلح على الحق المحتمل لم تعقل هبة العين محتملة الملكية، ولا عتق المحتمل حريته.

وأما الحل، فالأمور ذات التعلّق قسمان:

الأول: الأمور التكوينية كالإضافة، وتحققها بدون وجود المتعلّق أمر مستحيل.

الثاني: الأمور الاعتبارية، وهي التي قوام وجودها بالاعتبار، كالصلح

والبيع والهبة، فهي من الأمور ذات التعلّق إلا أنها معان اعتبارية، وهي وإن كانت مما يتوقف على وجود المتعلّق أيضاً، ولكن لا يلزم وجوده خارجاً، فيكفي وجوده لاحقاً في الزمان المتأخر، بل يكفي مجرد احتمال وجوده، ولهذا جاز بيع ثمرة الشجرة قبل قطعها لمدة سنة أو سنتين؛ فإن ضمّ محتمل الوجود إلى المسلّم وجوده أمر معقول عقلاء وشرعاً.

وعليه ففي ما نحن فيه يكفي نفس احتمال وجود الحق لتحقق الصلح، والتجاوز عن الحق، والإسقاط، ولا يضره كونه من الأمور ذات التعلّق.

فبهذا يندفع ما أورده المحقق المذكور قدس سره على العلمين -قدس سرهما - ويسلم جوابهما عن الإشكال.

نعم، ما أورده على قول السيد اليزدي قدس سره أولاً - من جعل العوض في مقابل الحق المحتمل، أو بإزاء احتمال الحق - تام.

بقي أن نقول: بأن جعل العوض في مقابل الصلح يحتاج إلى مؤونة في مقام الإثبات؛ فإن الظاهر من عبارة (صالحتك عن كذا بكذا) هو كون العوض في مقابل المتصالح عليه، بمعنى أن المقابلة وقعت بين ما بعد (عن) وما بعد (الباء)، فحق العبارة لجعل الصلح مقابلاً للعوض أن يقول: أصالحك، وصلحي لك في مقابل كذا، ولا إشكال في الإنشاء

بذلك ثبوتاً، ولا إثباتاً[١].

الصورة الرابعة: إسقاط الخيار بعوض بعد العلم بالغبن.

وفيها فروض:

الفرض الأول: أن يعلم بمقدار الغبن ويصالحه عليه، فلا إشكال في صحة ذلك.

الفرض الثاني: أن يعتقد بمقداره فيصالح عليه، ثم يتبيّن له كما اعتقد أو أقل منه، فلا إشكال فيه أيضاً.

الفرض الثالث: أن يعتقد بمقداره فيصالح عليه، ثم يتبيّن أنه أزيد مما صالح عليه، وهو محل إشكال، وفيه أقوال:

القول الأول: بطلان الصلح.

القول الثاني: صحة الصلح ولزومه.

القول الثالث: صحيح غير لازم.

أما الأول؛ فلأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ فإنه قصد الصلح على أن يكون الغبن بالمقدار الذي يعتقده وهو لم يقع، وما وقع وهو

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال - يظهر منه نفي الثمرة في الصلح على الحق المحتمل لجريان استصحاب عدم الحق -:

إنه إذا كان يريد براءة ذمته في الواقع فهو من أغراض العقلاء المرغوب فيها، واستصحاب عدم الحق إنما يصحح فراغ ذمته ظاهراً.

ثم إنه اذا صالحه على الحق المحتمل ثم ظهر الغبن لم يكن له حق الدعوى.

المقدار الزائد لم يقع عليه الصلح.

وأما الثاني؛ فلأن المورد من موارد تخلّف الداعي، ولا ضير فيه، بعد عدم القصور في مرحلة القصد والإنشاء؛ فإنه أسقط الحق الموجود في الواقع، وكان داعيه أن الغبن بمقدار معيّن في اعتقاده فتبيّن أنه أزيد منه، ولا محذور في تخلّف الداعي.

وبعبارة أخرى: إنه أسقط حقه باعتقاد أن الغبن قليل فتبيّن أنه كثير، والاعتقاد لا يقيد الخيار الساقط؛ فإن الاعتقاد من مقارنات إنشاء إسقاط الخيار، والإنشاء لا يتقيّد بمقارناته، وبما أنه أسقط الحق فالساقط لا يعود، فيكون الصلح صحيحاً لازماً.

وأما الثالث؛ فلوقوع الغبن في الصلح كما وقع في البيع؛ إذ كان يعتقد بأن مقدار الغبن قليل فكان أكثر مما اعتقده بنحو فاحش، والغبن يوجب الخيار.

وقد قوّى الشيخ قدس سره الوجه الثالث[1]، ووجه القوة يتضح ببيان أمور:

الأول: أن العنوان الواقع على هذا الخيار معاملة من المعاملات، فإن كان صلحاً كان عقداً، وإن كان إسقاطاً كان إيقاعاً.

الثاني: أن العوض في الصلح أو في الإسقاط يختلف بحسب اختلاف مراتب الغبن، فإن كان الغبن بمقدار قليل كان العوض في

---

(١) المكاسب ٥: ١٨١.

الصلح عليه قليلاً، وإن كان كثيراً كان العوض بما بإزائه.

الثالث: أن عمدة ما استند إليه في خيار الغبن أمران: قاعدة نفي الضرر، وتخلف الشرط الارتكازي، وكلاهما ينطبقان على الصلح الغبني؛ فإن المغبون في البيع كان له خيار الغبن، فلما علم بالغبن واعتقد أنه بمقدار معيّن فصالح عليه بالعوض المناسب لاعتقاده فتبيّن له أن الغبن أكثر من العوض بمقدار فاحش كان له خيار الغبن في الصلح؛ إذ لو كان الصلح لازماً لكان الحكم بلزومه منشأ للضرر عليه، فينفى بقاعدة (لا ضرر).

كما أنه صالح بهذا العوض المعيّن بشرط أن لا يكون التفاوت بين العوض ومقدار الغبن فاحشاً، فإذا كان فاحشاً - كما هو الفرض - كان له الخيار لتخلّف الشرط.

فيتحصل من هذا وجه القوة في كون الصلح صحيحاً غير لازم، وفي الضمن يتضح بطلان القول بلزومه.

وأما وجه بطلان القول بالبطلان؛ فلأنه استند إلى قاعدة (ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد)، وهي أجنبية عما نحن فيه؛ لأنه قصد الصلح يقيناً إلا أنه كان يعتقد بكون الغبن قليلاً فبان كثيراً، والاعتقاد لا يقيّد القصد، كمن صلّى خلف إمام باعتقاد أنه زيد فبان آخر، أو أعطى رجلاً مالاً باعتقاد أنه هاشمي فتبين كونه عامياً؛ فإن الاعتقاد لا يقيّد الصلاة ولا الإعطاء، فكذلك في ما نحن فيه؛ فإن اعتقاده بكون الغبن قليلاً لا يقيد الصلح أو الإسقاط.

ثم إن الشيخ قدس سره أمر بالتأمل، وقد وجّهه المحقق الإيرواني قدس سره بأمرين:

الأول: أن الصلح يدور أمره بين الصحة والبطلان، فإن كان الاعتقاد من المقارنات فلا يتقيّد به الصلح ولا الإسقاط، بحيث يكون الإسقاط متعلّقاً بالحق الموجود أيّاً كان سببه، صحّ الصلح بالعوض وكان لازماً، وإن كان مقيّداً له كما لو كان من الدواعي، بحيث تعلّق الإسقاط بالحق غير الموجود - وهو الخيار الناشئ مما اعتقده من الغبن - لم ينعقد الصلح وكان باطلاً.

الثاني: إن بناء المصالحة على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن؟[1].

أما الوجه الثاني فيرد عليه: أن الصلح - كما قال - مبني على المغابنة، لا على نحو الإطلاق، بل بحدّ لا يكون التفاوت فيه فاحشاً، فلو اعتقد بكون مقدار الغبن خمسة دنانير وصالحه على أربعة فبان سبعة فهو متسامح فيه، ولكن لو تبين أنه بمقدار عشرين ديناراً لم يبن الصلح عليه، فالعاقل لا يوقع الصلح بنحو الإطلاق وبأي مقدار، بل يلاحظ الحق، ويلاحظ مالية العوض المتصالح عليه، ثم يوقعه في ما إذا كان التفاوت مما يتجاوز عنه عادة.

وأما الوجه الأول ففيه: أن قوله بأن الداعي مقيّد، غير تام؛ فإن

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني قدس سره على المكاسب ٢: ٣٣.

الداعي لا يقيد المدعو إليه؛ لأن القيد في رتبة المقيَّد، والداعي في رتبة متقدمة على المقيد، وما في الرتبة المتقدمة لا يقيّد ما في الرتبة المتأخرة، ولهذا لما كان الداعي لإنشاء المعاملة حصول النفع والربح، فإذا اتفق عدم حصولهما لم يفتِ فقيه ببطلانها.

وبعبارة أخرى: إن المعاملة أمر إنشائي، ولا يتصور الإهمال في الإنشاء؛ لكونه من الأمور الإرادية، فإما أن يترتب الغرض على الخصوصية المعينة فيقيد المعاملة بها، وإما أن يقوم بالجامع ويترتب عليه فينشئها مطلقة، وكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ في مقام الثبوت، والبيان في مقام الإثبات، والدواعي ليست من المقيدات.

والذي يقوى في النظر أن أمر الشيخ قدس سره بالتأمل ليس لبيان الخدشة في ما قوّاه من صحة الصلح وعدم لزومه، بل للدقة في المطلب، وبيان ضعف القولين الآخرين.

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد

وفي هذا المسقط ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول

وهو عام في جميع الخيارات، وحاصله: أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط ما لم يجب؛ لأن الخيار مطلقاً متأخر رتبة عن تحقق المعاملة، وتحقق المعاملة مطلقاً متوقف على تمامية الإيجاب والقبول، فيكون إسقاط الخيار في ضمن العقد - قبل تماميته - إسقاط ما لم يجب.

الإشكال الثاني

وهو مختص بخيار الغبن والرؤية، وهو إشكال الغرر الذي أفاده الشهيد قدس سره في الدروس[١]، وبيانه:

أنه يعتبر في البيع بيان صفات المبيع الدخيلة في ماليته ككون العبد كاتباً، ولو لم تُبَيّن لكان البيع غررياً؛ إذ تتغير قيمة المبيع بتغيّر هذه الصفات، فقيمة العبد الكاتب أعلى من قيمة العبد غير الكاتب، ومع عدم بيان الصفة لم تتعين القيمة فيحصل الغرر.

وعين هذا الإشكال يرد في ما إذا أسقط خيار الغبن في ضمن العقد؛ إذ يحصل الغرر أيضاً؛ لأنه لا يعلم - حينئذٍ - بمالية العوض الذي انتقل إليه في قبال ما خرج من كيسه، بخلاف ما إذا لم يسقطه؛ فإن وجود خيار الغبن مانع من الغرر.

وبعبارة أخرى: إن الجهل بأوصاف المبيع الدخيلة في المالية سبب للجهل بالمالية؛ لدوران مالية الأمتعة مدار أوصافها، فيكون البيع مع الجهل بها غررياً، فالبيع - مع الجهل بالمالية أولاً وبالذات - غرري بطريق أولى، فإذا كان له الخيار ارتفع الغرر، دون ما لو أسقطه.

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦، حيث قال: (وسابعها: خيار الرؤية، وهو ثابت في بيع الأعيان الشخصيّة مع عدم المطابقة، فيتخيّر من وصف له، ولو وصف لهما وزاد ونقص تخيّر، أو تقدّم الفاسخ منهما، وهو فوري على الأصحّ ، وكذا خيار الغبن. ولو شرطا رفعه فالظاهر بطلان العقد؛ للغرر، وكذا خيار الغبن).

الإشكال الثالث

وهو مختص بخيار الرؤية، وهو التناقض بين أخذ الأوصاف في المبيع، وبين إسقاط خيار تخلّف الوصف عند الرؤية، وبيان ذلك:

أنه يشترط في البيع عندما يكون المبيع غائباً أن يبيّن البائع أوصافه، وإذا رآه المشتري بعد البيع، فإن كانت أوصافه مطابقة لما ذكر لزم البيع، وإلا كان للمشتري خيار الرؤية، وهو خيار تخلّف الوصف، فإذا أسقط هذا الخيار لزم التناقض؛ إذ يفترض أنه اشتراه مبنيّاً على هذه الأوصاف، وذلك يقتضي وجودها وأخذها في المعاملة شرطاً، ومعنى إسقاط الخيار عند الرؤية في حال تخلّف الأوصاف إطلاق المعاملة بالنسبة إليها، وعدم أخذها فيها، وبين أخذ الوصف ورفضه تناقض بيّن.

الجواب عن الإشكال الأول

أما الإشكال الأول فالجواب عنه: بأن إسقاط ما لم يجب ينحل عند التحليل إلى أمرين، وذلك لأن ما أنشأه - وهو الإسقاط - فعلي، وما وقع - وهو سقوط حق - استقبالي، فيلزم إما تخلف المعلول عن العلة، والانفكاك بين السبب والمسبب، وإما الانفكاك بين المصدر واسمه، وهو آكد في الإشكال؛ لتعدد العلة والمعلول وجوداً، واتحاد المصدر واسمه وجوداً وإن تعدّدا اعتباراً، وبيان ذلك:

إما أن نقول بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة العلة إلى المعلول، فينبغي أن يعرف هل قانون عدم الإنفكاك بينهما خاص بالتكوينيات أو عام لهما وللاعتباريات؟

ولا يخفى أن القول بانفكاك المعلول عن العلة - بعد تسليم العلية - غلط فاحش؛ فإن قانون العلية حكم عقلي عام للأمور التكوينية والاعتبارية غير قابل للتخصيص بواحد منهما، ولكن يمكن إنكار العلية في الاعتباريات، بمعنى أن تكون العلية والسببية فيها اعتبارية فيكون التخلّف أمراً ممكناً.

وعليه، فإن قلنا بأن الإنشاء - في الأمور الإنشائية والاعتبارية - ليس بعلة ولا سبب انحلّ الإشكال.

وإن قلنا بكونه علة وسبباً، فـ(بعت) في البيع سبب لتحقق الملكية، و(زوجت وأنكحت) سبب للزوجية فأيضاً ينحل الإشكال؛ لكون سببية الإنشاء للأمور الاعتبارية اعتبارية، فالمعتبِر اعتبر (أنكحت) سبباً للزوجية، و(بعت) سبباً للنقل، والإسقاط سبباً للسقوط، وبما أنها اعتبارية فهي تدور مدار نحو الاعتبار، فيمكن اعتبار الإسقاط الفعلي سبباً للسقوط الاستقبالي فينحل الإشكال.

وإما أن نقول بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمه كالإيجاد والوجود، فهما واحد وجوداً، متعدّدان اعتباراً، ولا يمكن الإنفكاك بين الشيء ونفسه، فيصعب حلّ الإشكال؛ إذ القول بأن الإسقاط حصل فعلاً، والسقوط سيحصل استقبالا كالقول بأن الغَسل - بالفتح - حصل الآن، والغُسل - بالضم - يحصل استقبالاً، وكالقول بوقوع الضرب المصدري الآن، وأما اسمه وهو حاصل الضرب ونتيجته فسيقع

مستقبلاً، وهو من الاستحالة بمكان.

نعم، ينحصر الحلّ بما يستفاد من النصوص الواردة في خيار المجلس، والحيوان، وبيع ذي الخيار في زمان الشرط، من قبيل: صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[1]، و« فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط....»[2]، وما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل: اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه »[3]؛ فإن المستفاد منها أن تمام الموضوع - لأجل سقوط الحق - هو الرضا بالبيع بقاء، فإن كان الرضا بالبيع بعد العقد كان مسقطاً للخيار ورافعاً له، وإن كان حينه كان مانعاً عن حصوله ودافعاً له.

جواب الشيخ عن الإشكال الثاني

وأما الإشكال الثاني المختص بخيار الرؤية والغبن فتخلّص منه الشيخ قدس سره بوجوه:

الوجه الأول: أن الجهل بالقيمة السوقية - المالية - لو كان موجباً

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث١.

للغرر لكان البيع باطلاً بلا شك؛ للنهي عن بيع الغرر[١]، وهو إرشاد إلى الفساد، ولازم القول بأن الجهل بالمالية منشأ للغرر أن لا يتمكن من الشراء من يعرف جميع خصوصيات المبيع ولكنه يجهل القيمة السوقية، وهو خلاف ضرورة الفقه؛ فإن الجهل بها لا يكون منشأ لبطلان المعاملة، ولهذا اتفقوا على صحة المعاملة مع الجهل بها، ولكن إذا كان التفاوت بين الثمن الذي اشترى به المبيع والثمن الواقعي تفاوتاً فاحشاً كان له حق الفسخ، فالاتفاق والضرورة الفقهية يكشفان عن أن الجهل بالقيمة لا يجعل المعاملة غررية.

الوجه الثاني: أن الغرر إنما يتحقق في صورة الجهل بذات المبيع أو بأوصافه الدخيلة في ماليته التي تكون محل عناية ورغبة عامة العقلاء، وأما إذا رأى المبيع فعرفه بذاته وبأوصافه، ولكنه كان يجهل قيمته السوقية، أي يجهل مساواة ثمنه المجعول للقيمة الواقعية لم يحصل الغرر أصلاً، ومع تبيّن عدمها كان له الخيار لانتفاء الشرط الارتكازي.

الوجه الثالث: سلمنا بأن الجهل بالقيمة السوقية موجب للغرر إلا أن الخيار حكم شرعي، وهو لا يرفع الغرر حتى يقال بعدم جواز إسقاط الخيار لكي لا يكون البيع غررياً.

بيان ذلك: أن الحكم متأخر عن موضوعه وعن جميع خصوصياته،

---

(١) الوسائل، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

فإذا كان الموضوع مشروطاً بشروط وجودية وعدمية، فمتى لم تتحقق جميع تلك الشروط لم يأت الحكم، والخيار حكم وضعي، وموضوعه العقد الصحيح، لا الفاسد، وعليه فصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ لكون الغرر مانعاً منها، فإذا قلنا بمقالة الشهيد قدس سره من بقاء الخيار ليرتفع الغرر كان عدم الغرر متوقفاً على الخيار المتوقف على صحة العقد فكان دوراً باطلاً، وهذا معنى قول الشيخ قدس سره: (لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر)[1].

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ

وهذا الوجه في غاية القوة والمتانة، إلا أن المحقق الأصفهاني قدس سره أورد عليه بما توضيحه: أن موضوع الخيار لو كان هو العقد العيني الخارجي للزم الدور؛ لتوقف صحة العقد - حينئذ - على الخيار، والخيار على صحة العقد، ولكن يستحيل أن يكون هو الموضوع له، بل موضوعه العقد العنواني فلا يلزم؛ وذلك لأن الخيار اعتبار شرعي قائم بالمعتبِر شأن بقية الأمور الاعتبارية القائمة بمن اعتبرها، فالخيار قائم بنفس الجاعل، فيكون موضوعه العقد العنواني قهراً؛ لأنه هو الذي يلاحظ العقد ويعتبر الخيار له، وأما العقد الخارجي فهو قائم بالعاقد، والعهد الخارجي قائم بالمتعهد، فالخيار القائم بالجاعل لا يعقل أن يكون عارضاً على ما يقوم بالعاقد، فيرتفع إشكال الدور[2].[1].

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره على المكاسب ٤: ٢٧٨.

دفع إشكال المحقق الأصفهاني عن الشيخ

وهو ممنوع نقضاً وحلاً:

أما النقض؛ فلأن لازم ما أفاده أن تكون جميع الأحكام الوضعية قائمة بالموضوعات العنوانية، لا العينية الخارجية؛ لأنها اعتبارات قائمة بالمعتبِر فتتقوم بالعناوين، فالصحة واللزوم اعتباران قائمان بالمعتبِر، فينبغي أن يكون موضوعهما العقد العنواني لا الخارجي، وكذا الطهارة بالنسبة إلى الأعيان الطاهرة، والنجاسة بالنسبة إلى الأعيان النجسة، فينبغي الالتزام بعدم الحكم على العين الخارجية بالطهارة والنجاسة، وهو مخالف للضرورة الفقهية والإجماع القطعي.

وأما الحل؛ فلأن الحق والحكم الوضعي وإن كانا أمرين اعتباريين، والأمر الاعتباري وإن كان قائماً بالمعتبِر، إلا أنه يعتبر - بحكم العقل - على الموضوع الخارجي، وتوضيح ذلك:

إن الأمور الاعتبارية - عقلاً - متقومة بالاعتبار، والاعتبار قائم بالمعتبِر، ولا بحث في ذلك، ولكن نحو وجود الأمر الاعتباري مطلقاً

---

(١) أوضح الشيخ الأستاذ دام ظله كلام المحقق الأصفهاني قدس سره في مقام الجواب على سؤال بما حاصله: إن الخيار حق اعتباري من لدن معتبِر، والمعتبِر له هو نفس الشارع بقوله مثلاً: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »، وهذا الاعتبار - الحكم - يحتاج إلى موضوع، ولا بدّ أن يكون الموضوع في أفق الاعتبار، وهو البيع العنواني، وأما البيع الذي قام به البائع فهو قائم به، ولا ربط له بالشارع .

يدور مدار نحو اعتباره، فعند العقلاء أمور اعتبارية جرت سيرتهم على اعتبارها، كالسلطنة والحكومة والمناصب والمقامات، وعلة وجودها هو الاعتبار، ولكن ظرف اعتبارها هو الموجود الخارجي، بمعنى أن اعتبار السلطنة وإن كان قائماً بالمعتبِر إلا أن موضوعه الشخص الخارجي.

وذلك مقتضى النصوص أيضاً؛ فإن مدلول قول الإمام عليه السلام: « فإني قد جعلته عليكم حاكماً »[1] جعل الحاكمية لهذا الشخص الخارجي، وكذا في جعل الإمامة؛ فإن المجعول إمامة هذا الشخص الخارجي، فجميع هذه العناوين وإن كانت قائمة بالاعتبار إلا أن ظرف تحققها الموجودات الخارجية.

وهذا ما عليه البرهان؛ فإن العقد العيني الخارجي القائم بالعاقد عندما نلاحظه بالإضافة إلى اللزوم والجواز، أو الخيار في ما نحن فيه، فهو لا يخلو إما مهمل أو مطلق أو مقيد؟

أما الإهمال فمستحيل كما هو واضح، فيتعين كونه مطلقاً أو مقيّداً، وعلى كلا التقديرين يكون الحكم قائماً بهذا العقد العيني والوجود الخارجي، فيعود إشكال الشيخ قدس سره إلى قوته؛ إذ يتوقف الخيار على صحة العقد، وتتوقف صحته على عدم الغرر المتوقف على ثبوت الخيار[2].

---

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: بأن قوام الأمور الاعتبارية أنه في عين وجودها بسببية الاعتبار أخذ في نفس الاعتبار أن ظرفها

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن ما أفاده قدس سره متين في ما كان الخيار ثابتاً بجعل الشارع، كخياري المجلس والحيوان؛

الخارج، ومنشأ الإشكال فيها عند المحقق الأصفهاني قدس سره أن الأمور النفسانية إذا كانت قائمة بالخارج لزم انقلاب النفساني خارجاً أو العكس.

وهذا تام في الأمور التكوينية كالشوق؛ فإنه قائم بنفس الإنسان فلا يعقل أن يكون موضوعه ما في الخارج، ولهذا - كما حقق في محله - عندنا معلوم بالذات ومعلوم بالعرض، ومراد بالذات ومراد بالعرض، والخارج ليس متعلَّقاً للعلم القائم بالنفس بحسب الدقة والحقيقة، فكما يقول أهل المنطق والفلسفة أن المعلوم بالذات هي الصورة وذوها معلوم بالعرض، وإلا لزم انقلاب النفساني خارجاً أو الخارجي نفسياً.

وهذا البرهان لا يجري في الأمور الاعتبارية؛ لأن قوامها بنحو الاعتبار، فعندما يعتبر هذا الشخص الخارجي حاكماً، فقوام الاعتبار أن هذا محكوم بهذه الحاكمية، ولو لم يكن كذلك لكان خلفاً.

هذه هي خاصية الأمور الاعتبارية، فمثلاً معنى أن الماء كله طاهر حتى تعلم أنه قذر، أن الماء الخارجي محكوم بالطهارة، فالطهارة أمر قائم باعتبار المعتبِر في مرحلة الاعتبار، ولكن في مرحلة ثبوت الحكم يكون الموضوع هو الماء الخارجي.

وفي ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، هل يعقل أن يكون المطلوب هو الوفاء بالعقود العنوانية؛ حيث قال بأن العقد العنواني قائم بالمعتبِر؟! أي هل يعقل أن يكون العاقد محكوماً بالوفاء بالعقد العنواني القائم بالمعتبِر أو بالعقد القائم به؟

لا شكّ أنه الثاني، وما أفاده ممنوع نقضاً وحلاً.

فإنهما من الأحكام الشرعية التي لا ترتبط بالغرر نفياً ولا إثباتاً، فلا يرتفع الغرر بثبوتهما، ولا ينتفي بسقوطهما.

وأما الخيار الثابت بجعل المتعاقدين فهو يوجب رفع الغرر؛ فإن المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غررية، بمعنى أن الشرط رافع للغرر موجب لسقوطه؛ فإن الغرر هو الخطر، ولا خطر في المعاملة مع الشرط؛ إذ هو مختار في أن يرضى بها وأن يفسخها[1].

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي

وهو مندفع؛ فإن حقيقة الشروط عبارة عن الإلتزامات، ففي كل شرط التزام وملتزم به، فهل الرافع للغرر نفس الالتزام أو الملتزم به؟

لا شكّ أن الأثر منوط بمتعلق الالتزام، وأما الالتزام بدون الملتزم به فلا أثر له، فالأثر في المعاملة على العبد بشرط الكتابة ليس في الالتزام بكتابته، بل في الملتزم به وهو الكتابة، والخيار في ما نحن فيه - بناء على ما هو التحقيق - يحصل بالشرط؛ فإن كلاً من المتعاملين يشترط في المعاملة أن لا يكون فيها تفاوت فاحش بين الثمن والمالية الواقعية، هذه هي حقيقة الشرط، وما يرفع الغرر هو الملتزم به، فإذا حصل التفاوت الفاحش كان للمغبون حق فسخ المعاملة، فالرافع للغرر في الخيار المحقق بالشرط هو نفس الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين؛ إذ لما كان له الخيار لم تكن المعاملة غررية، وإذا كان الأثر للخيار كان

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٤٨.

التفريق بين الخيار المجعول بجعل الشارع والخيار المجعول بجعل المتعاقدين مما لا وجه له؛ فإن الرافع للغرر في البيع الغبني هو وجود حق الفسخ، فليس الأثر لنفس الشرط والالتزام، بل للملتزم به وهو حق الخيار، ونفس هذا الحق موجود في خياري المجلس والحيوان إلا أن الجاعل مختلف، وهو وإن اختلف إلا أن المجعول في كليهما واحد وهو الخيار، وهو ذو الأثر، فكيف يكون بيع الحيوان في صورة وجود الخيار غررياً، وفي باب الغبن ليس غررياً؟!

نعم، لو كان الغرر يرتفع بالجاعل كان هذا التفريق صحيحاً؛ لاختلاف الجاعل في المقامين، ولكنه يرتفع بالمجعول، وهو واحد فيهما، سواء كان جاعله الشارع أو شرط المتعاقدين، فلا يرد ما أورد على الشيخ قدس سره.

ونتيجة البحث إلى هنا:

١ـ أن الجهل بالقيمة السوقية مع معرفة ذات المبيع وأوصافه الدخيلة في ماليته لا يجعل المعاملة غررية.

٢ـ ولو كانت غررية لم يرفع غررها ثبوت الخيار كما أفاده الشهيد قدس سره.

المسقط الثالث: تصرف المغبون

إن تصرف من له الخيار على نحوين:

الأول: التصرف الكاشف عن رضاه بالعقد، ولا إشكال في مسقطيته للخيار؛ فإن الإسقاط لا ينحصر بالمسقط القولي.

الثاني: التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد، وهو محل البحث في المقام.

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد

استدل الشيخ قدس سره على مسقطيته بما حاصله وتوضيحه:

إن النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف مختص بخيار الحيوان؛ فإن فيه « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً »[1]، بل في النص ما يدل على سقوطه بأعمال لا تعدّ من إحداث الحدث عرفاً، كتقبيل الجارية ولمسها والنظر إلى ما لا يحل النظر إليه إلا إلى مولاها؛ فإنها ألحقت شرعاً بإحداث الحدث.

لكن يستدل على تعميم كون التصرف مسقطاً لخياري المجلس والشرط بوجهين جاريين في ما نحن فيه أيضاً:

الأول: إطلاق بعض معاقد الإجماع - بأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، وفيما انتقل عنه فسخ - فإنه يشمل كل خيار، ومنه خيار المجلس والشرط وخيار الغبن، فيدل على سقوطه بالتصرف.

الثاني: عموم العلة الواردة في خيار الحيوان، من كون التصرّف رضا بلزوم العقد[2]؛ فإنها بعمومها تدلّ على أن تصرّف كل صاحب خيار رضا منه بالعقد، ومنه صاحب خيار الغبن.

---

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) فإن الوارد في الحديث السابق بعد العبارة السابقة : (... فذلك رضا منه فلا شرط).

فهذان وجهان لسقوط خيار الغبن بالتصرف مطلقاً، كما أن هنا وجهاً ثالثاً حاصله: أن الدليل على خيار الغبن إما الإجماع، وإما نفي الضرر، وكلاهما قاصر الدلالة لما إذا تصرف صاحب الخيار.

أما الإجماع؛ فلأنه دليل لبي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما قبل تصرف صاحب الخيار، فلم يثبت الإطلاق لما بعده، ونفس قصور الدليل عن خيار الغبن دليل على سقوطه بالتصرف.

وأما « لا ضرر »، فلأنها تنفي الحكم عن الضرر المستند إلى الشارع، فكما أنها لا تجري في حق من أقدم على الضرر ورضي بالغبن حدوثاً؛ لأن الضرر مستند إليه، لا إلى الشارع، فكذلك لا تجري في حق من تصرف في المال الذي اشتراه، فإنه قد رضي بالضرر بقاء، فلا يكون الضرر مستنداً إلى الشارع، فلا خيار له.

إلا أن يقال: إن الشك - بعد التصرف - في رفع الخيار، لا في دفعه فيستصحب بقاؤه، وتوضيحه:

إن الخيار ثابت في مورد الغبن بالإجماع ودليل نفي الضرر، ونحن نشك في ارتفاع الخيار بعد تصرفه، فيستصحب بقاؤه.

ثم أمر الشيخ قدس سره بالتأمل، والوجه فيه أن المورد من موارد الشك في الموضوع كما سيأتي بيانه.

هذا تمام ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام[١].

إشكالات المحقق الخراساني على الشيخ

وقد أورد عليه المحقق الخراساني قدس سره بثلاثة إيرادات:

الإشكال الأول

أن مورد معقد الإجماع وعموم العلة هو الخيار الثابت، بمعنى أن الإجماع قام على أن الخيار الثابت يسقط بالتصرف، ومقتضى التعليل أن كل مورد يثبت فيه الخيار، فإن أحدث فيه صاحبه حدثاً سقط خياره؛ لأنه رضا به، فهما يردان في مورد ثبوت الخيار، بينما لم يثبت الخيار في حالة الغبن حتى يرد الدليلان، وإنما الثابت حاله عدم لزوم العقد؛ فإن المستند فيه - وهو « لا ضرر » - إنما تنفي اللزوم الضرري، ولا تثبت الحق، وفرق بين نفي اللزوم وثبوت الحق؛ فإن الحق سلطنة على الفسخ والإبرام، ولم تثبت بدليل نفي الضرر حتى يقال بسقوطه بالتصرف.

ومع التنزّل فغاية ما يمكن أن يقال: إنا نشك فيما يستفاد من دليل نفي الضرر، هل هو ثبوت الحق أو نفي اللزوم؟ فيشك في أصل ثبوت الحق، فالمرجع حينئذ إلى الأصل العملي، ومقتضاه جواز الردّ بعد التصرف؛ وذلك لأن للمغبون جواز الردّ قبل التصرف، سواء أقلنا بأن المستفاد من « لا ضرر » ثبوت حق الخيار، أم قلنا نفي اللزوم، فإذا تصرّف في العين - مورد الغبن - شككنا في بقاء جواز الردّ وعدمه فنستصحب بقاءه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٥.

الإشكال الثاني

أنه يرد على قول الشيخ قدس سره - بأن « لا ضرر » لا تجري بعد التصرف؛ لعدم جريانها مع الرضا به بعده، كما لا تجري مع الإقدام عليه -:

أنه لا حاجة إلى جريانها ثانياً كي يقال بأنها لا تجري، فإنه يكفي جريانها أولاً في ثبوت جواز الردّ، الباقي بعد التصرف بمقتضى الإطلاق، أو الاستصحاب؛ أي إن مقتضى الإطلاق في « لا ضرر »، والاستصحاب نفي اللزوم بعد التصرف.

الإشكال الثالث

أن الشيخ قدس سره قد تمسك بالاستصحاب مطلقاً ثم تأمل فيه، والحال أن مورد الاستصحاب مبني على ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن، وأما لو بني على ثبوته من حين العقد كان المورد من موارد التمسك بإطلاق ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

ثم أرجع التأمل في كلام الشيخ قدس سره إلى هذا البيان، أو إلى كونه من الشك في المقتضي الذي لا يجري فيه الاستصحاب عنده[2].

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

هذا تمام ما أفاده قدس سره إلا أنه - مع دقة نظره وعمق فهمه - لا يرد شيء من إشكالاته على الشيخ قدس سره، كما لا يتمّ ما أفاده من بيان وجه

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس سره: ١٨٨ - ١٨٩.

التأمل، وتوضيح ذلك:

أن الإشكالات التي أوردها على الشيخ قدس سره إنما تأتي على مبناه في مدلول « لا ضرر »، من أنها تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، ولا تجري على مبنى الشيخ قدس سره في مدلولها، من أنها تنفي الحكم الضرري، فالإشكالات غير فنية، ويلزم لدقة البحث أن نمرّ على توضيحه بما تسمح له حاجة المقام فنقول:

بما أن مبنى المحقق الخراساني قدس سره في « لا ضرر » أنها تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، فإذا تحقق الموضوع الضرري انتفى حكمه مطلقاً حتى لو زال الضرر بعد ذلك؛ بمقتضى إطلاقها، بمعنى أن الحكم ينتفي عن الموضوع الضرري بمجرد تحققه، فإذا زال الضرر وشككنا في بقاء انتفاء الحكم وعدمه تمسكنا بالإطلاق لنفي الحكم.

ولو تنزلنا وقلنا بعدم الإطلاق أمكن التمسك بالاستصحاب بهذا البيان: أن هذا الموضوع لما كان ضررياً كان حكمه منفياً، ولما ارتفع الضرر شككنا في بقاء ذلك النفي فنستصحب بقاءه.

وأما الشيخ قدس سره فهو يرى بأن مدلول « لا ضرر » بقرينة ذكر « في الإسلام » هو نفي الحكم الضرري، أي لا حكم ضررياً في الإسلام، كما هو مفاد قوله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾[1]، والحكم الضرري المنفي في الإسلام، هو الحكم المستند ضرره إلى

(١) سورة الحج: ٧٨.

الإسلام، لا الحكم المستند ضرره إلى المكلف، والمفروض أن التصرف رضا بالبيع الغبني، فإذا رضي المكلف بالغبن لم يستند ضرر اللزوم إلى الإسلام فلا ينتفي، فلا يتعقل الإطلاق في « لا ضرر » بالنسبة إليه، وإن تعقّل على مبنى المحقق الخراساني قدس سره.

وكذلك الحال بالنسبة إلى الاستصحاب؛ فإن المتيقن انتفاؤه هو الحكم المستند ضرره إلى الشارع، فقوام الموضوع عند الشيخ قدس سره باستناد الضرر إليه، وبعد الرضا بالبيع لا يكون الضرر مستنداً إليه، فجريان الاستصحاب فيه من باب إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، فموضوع الاستصحاب في المقام منتفٍ عند الشيخ قدس سره بخلافه عند المحقق الخراساني قدس سره.

ولا أقلّ من تردّد الضرر عند الشيخ قدس سره بين كونه مقوّماً للموضوع، أو من حالاته، وما لم يثبت كون المتغيّر من الحالات لم يمكن جريان الاستصحاب، ومجرد احتمال كونه مقوّماً يكون التمسك بدليل الاستصحاب من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وبهذا البيان تندفع إشكالات المحقق الخراساني قدس سره كلها.

وأما ما أفاده في وجه التأمل أولاً، فهو مبني على مبناه في العام المخصّص عند دوران الأمر بين التمسك بالعام واستصحاب حكم المخصص، وتوضيح ذلك:

إنه قدس سره ذهب - في مورد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام

واستصحاب حكم المخصص - إلى التفصيل بين ورود الخاص من الأول وبين وروده في الوسط، فإن ورد من الأول فالمورد من موارد التمسك بالعام، وأما إذا ورد في الوسط فهو من موارد استصحاب حكم المخصص؛ وذلك لأن المخصِّص إن ورد من الأول فالحكم لم ينقطع، بل هو ثابت من بعد زمان التخصيص، فلا محيص من التمسك بعموم العام.

وإن ورد في الوسط، فالفرد كان مشمولاً للعام ثم انقطع عنه، فلا يعود تحته، فلا مجال إلا إلى التمسك باستصحاب حكم المخصص.

وبناء على هذا المبنى قال هنا بالتفصيل، فإن كان المبنى ثبوت الخيار من حين وقوع العقد، فالمخصِّص ورد على عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] من الأول، فبعد ارتفاع المخصص يتمسك بالعام.

وإن كان المبنى ثبوت الخيار من حين ظهور الغبن، فالمخصص ورد على العموم من الوسط؛ حيث حكم ابتداءً بلزوم العقد، ثم لما ظهر الغبن جاء المخصص فانقطع حكم العام عن الفرد، فبعد ارتفاع المخصص والشك في الحكم يتمسك باستصحاب حكم المخصص.

فهذا التفصيل والتوجيه للتأمل تام على مبناه قدس سره إلا أن الشيخ قدس سره لا يرتضيه، فلا يصلح أن يكون توجيهاً لكلامه قدس سره.

كما أن توجيهه الآخر للتأمل - وهو أن المورد من موارد الشك في

(١) سورة المائدة: ١.

المقتضي الذي لا يجري الشيخ قدس سره فيه الاستصحاب - غير تام أيضاً وإن احتمله غير واحد من المحشين كالسيد الفقيه اليزدي قدس سره في حاشيته[١].

والصحيح ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، من كونه راجعاً إلى الشك في بقاء الموضوع[٢]؛ وذلك لأن مورد الشك في المقتضي أن لا يكون الشك في البقاء من حيث ورود أمر زماني على المستصحب، بل من حيث عدم قابلية ذاته للبقاء، كما في الزوجية المنقطعة؛ فإن العقد المنقطع غير قابل للاستمرار في عمود الزمان من حيث ذاته، فلو شك في بقائه كان من الشك في المقتضي.

وأما ما نحن فيه، فالشك في بقاء جواز الردّ ناشيء من الشك في ورود الأمر الزماني عليه وهو التصرف، فالشك فيه شك في الرافع، لا في المقتضي؛ إذ لو خُلّي وطبعه ولم يرد عليه التصرف لم يحصل شك في بقائه.

فإذن جهة التأمل في جريان الاستصحاب جهة أخرى عند الشيخ قدس سره، وهي الشك في بقاء الموضوع؛ لأن « لا ضرر » إنما ترفع الحكم المستند ضرره إلى الشارع، فالشك يرجع - دائماً - إلى كون الضرر هل هو مستند إلى الشارع أو لم يستند إليه؟ فيرجع الشك إلى الشك في الموضوع.

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٦.

(٢) منية الطالب ٣: ١٣٥.

مقتضى القاعدة

هذا بالنسبة إلى ما أفاده الأعلام قدست أسرارهم، وأما مقتضى القاعدة فنقول:

إن التصرف تارة يكون بعد العلم بالغبن، وأخرى قبله، وعلى التقديرين تارة يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد، وأخرى لا كاشفية له عنه، فالصور أربع:

صور تصرف المغبون بالعين

الصورة الأولى

أن يكون التصرف بعد العلم بالغبن، فإن قامت قرينة حالية أو مقالية على رضاه بالعقد سقط خياره بلا إشكال؛ لأن المسقط كما يكون بالقول يكون بالفعل.

وبعبارة أخرى: إن الخيار حق، واختيار الحق في مقام الإسقاط بيد صاحبه، فيكون هذا التصرف مسقطاً له؛ لأن صاحبه رفع يده عنه بالالتزام بالبيع عملاً.

الصورة الثانية

أن يكون التصرف بعد العلم بالغبن، ولم تقم قرينة على كونه عن رضا بالعقد، فإن قام الإجماع على كون التصرف - بما هو - مسقطاً للخيار، وأخذنا به فهو المستند في المقام، وإن لم نأخذ به؛ لكونه محتمل المدرك، فلا يكون كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر غير ما ذكره الفقهاء، فلا بدّ أن نرى، هل في التصرف كاشفية عقلائية عن الرضا بالعقد أو لا ؟

وبكلمة أخرى: هل تصرف المغبون العالم بالغبن يعدّ كاشفاً عقلائياً عن رضاه بالعقد أو لا؟

فإن عدّ عندهم طريقاً كاشفاً عن الرضا، فما لم يعلم أو يطمئن بالخلاف اعتمدت طريقيته، وكان إمضاء للبيع وسقط الخيار.

وإلا فالتصرف في نفسه أعم من كونه طريقاً للرضا والإمضاء، حتى الصادر من العالم بالغبن، فيمكن أن يكون صادراً منه بما هو مالك له التصرف في ملكه، ويمكن أن يكون لإسقاط حقه، فما لم يحرز كونه من قبيل الثاني، ولم يعلم أنه كاشف عقلائي عن الرضا، فمقتضى القاعدة عدم سقوط الحق.

الصورة الثالثة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ويكون كاشفاً عن الرضا بالعقد، فمقتضى القاعدة سقوط الحق على المبنى السابق في البحث السابق، فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين وقوع العقد، فيسقط الخيار؛ لأن المسقط الفعلي كالقولي، وإن قلنا يثبت من حين ظهور الغبن وهو وقت العلم به، فهو من باب إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم البحث فيه، ومقتضى التحقيق السقوط.

الصورة الرابعة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ولا يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد، وهذه الصورة هي محل الإشكال؛ فإن ما يكون كاشفاً عقلائياً -

على فرض ثبوته - إنما هو التصرف بعد العلم بالغبن، وأما التصرف قبله لا يعدّ كاشفاً عند العقلاء، فلا طريق لنا من هذه الجهة للحكم بسقوط الخيار.

مقتضى الأدلة

وأما مقتضى الأدلة، فأدلة ثبوت خيار الغبن ستة:

الأول: التمسك بروايات تلقي الركبان.

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

الثالث: قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾[2].

الرابع: قاعدة « لا ضرر ».

الخامس: الشرط العقلائي الارتكازي.

السادس: الإجماع على ثبوت خيار الغبن.

عمدة الأدلة ثلاثة

والعمدة منها ثلاثة:

الأول: « لا ضرر »؛ فإن الحكم باللزوم ضرر مستند إلى الشارع فينتفي بها؛ ومقتضى الإطلاق شمولها لهذا النحو من التصرف؛ لعدم علم المتصرف بالغبن؛ فإن التصرف الذي لا تجري معه « لا ضرر » إنما هو المحقق للإقدام على الضرر؛ حيث يسند الضرر إلى المغبون، لا إلى

(١) سورة النساء : ٢٩.

(٢) سورة النساء : ٢٩.

الشارع، وليس هو ما نحن فيه.

الثاني: الشرط العقلائي الارتكازي القائم على عدم التفاوت الفاحش بين العوضين، ومقتضاه عدم سقوط الحق ما لم يثبت الإسقاط، والتصرف غير الكاشف عن الإسقاط بنفسه، ولا بالقرينة، الحاصل قبل العلم بالغبن لا يسقط الحق.

الثالث: الإجماع على ثبوت الخيار، والقاعدة الأولية في الأدلة اللبية الاقتصار فيها على القدر المتيقن؛ لعدم الإطلاق فيها، فنحتاج إلى تصحيح الإطلاق في معقد الإجماع، ولهذا الشيخ قدس سره قال بإطلاق بعض معاقد الإجماع[1].

الإشكال على الاستدلال بالإجماع

وفيه: **أولاً**: أن هذا الإجماع ليس تعبدياً؛ لوجود المستند له، وهو النص الوارد في خيار الحيوان؛ فإنه فيه: « فإن أحدث المشري فيما اشترى حدثاً »، ولكن الموضوع خاص؛ لاختصاصه بالحيوان، فيكون الحكم كذلك.

نعم، يمكن أن يستند إلى العلة، وهي: (فذلك رضا منه)، وهي تعمم وتخصص.

ولكن، نقول: بأن العلة على نحوين: تعبدية، وغير تعبدية، فإن لم

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٥.

تكن تعبدية كان مقتضى القاعدة الأخذ بعمومها، وأما إذا كانت تعبدية اقتصر فيها على موردها، والعلة في ما نحن فيه تعبدية؛ لكون التصرف أعم من الرضا بالمعاملة؛ إذ ربما يكون لكونه مالكاً للمال، وللمالك سلطنة التصرف على ما يملكه، فجعل التصرف رضا بالبيع أمر تعبدي، فتكون العلة في النص تعبدية، وبما أنها كذلك لم تكن عامة، وعليه فلا الحكم في النص عام، ولا علته عامة، فلا يصح الاستناد إليها.

ولو تنزلنا وقلنا: بعدم إمكان الجزم بكونها علة تعبدية، لم يمكن الاستناد إليها أيضاً؛ إذ لا أقلّ من الشك في كونها تعبدية أو لا، ومع الشك تكون مجملة، فيحتف الحكم بعلة مجملة، فيكون النص مجملاً، ومع إجماله يؤخذ بالقدر المتيقن، وهو خصوص مورد النص، فينحصر سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن، في خصوص خيار الحيوان.

نفي بعد سقوط الخيار بالتصرف مع الاحتمال والالتفات عند المحقق الإيرواني

هذا، ولكن المحقق الإيرواني قدس سره لم يستبعد سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن، مع احتمال الغبن والالتفات؛ لأن التصرف في هذه الصورة دليل على الرضا بالمعاملة، كما ذهب إلى ذلك المشهور في خياري العيب والتدليس[1].

المناقشة فيما أفاده المحقق الإيرواني

إلا أن ما أفاده - مع إطلاق « لا ضرر » ودليل الشرط - محل إشكال؛ لأن الدليلية لا تكون بلا مناط، فكون شيء دليلاً على شيء آخر يحتاج

---

(١) حاشية المكاسب للإيرواني قدس سره ٢: ٣٤.

إلى دليل، والدليلية إما ذاتية كدليلية العلم، وإما جعلية، وكلاهما منتفيتان في المقام.

أما الدليلية الذاتية - بحيث يكون التصرف دليلاً ذاتياً على الرضا بالمعاملة - فمنتفية قطعاً.

وأما الدليلية الجعلية الاعتبارية، فهي إما بالتعبد الشرعي، أو بقيام السيرة العقلائية، والتعبّد الشرعي - كالوارد في خيار الحيوان من كون إحداث الحدث في الحيوان رضا بالبيع - منتفٍ في المقام قطعاً، والسيرة العقلائية وإن كان لها وجه في مورد العلم بالغبن، إلا أنها لم تقم قبل العلم به قطعاً.

ولو شك في قيامها قبله لزم الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكونها دليلاً لبياً، فمقتضى القاعدة الحكم بثبوت الخيار؛ لإطلاق دليله وعدم ثبوت المخصص.

وأما ما ذهب إليه المشهور في خياري العيب والتدليس، فالبنسبة إلى خيار العيب فقد ورد النص فيه قبل العلم، ولا يقاس عليه ما لا نص فيه.

وأما بالنسبة إلى خيار التدليس، فلو سلّم ذهاب المشهور إليه لم يكن مجرد ذهابهم حجة؛ لعدم كونه من الأدلة الشرعية.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن التصرف قبل العلم بالغبن ليس من جملة المسقطات؛ تمسّكاً بإطلاق أدلة ثبوت الخيار.

المسقط الرابع: التصرفات اللازمة الناقلة للملك

لا يخفى أن موضوع البحث هو ما لو تصرّف المشتري المغبون فيما اشتراه تصرّفاً مخرجاً له عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، والدعوى أن المبيع يكون - حينئذٍ - في حكم التالف وإن كان موجوداً حقيقة؛ وذلك لأن المشتري مالك للمال وغير محجور عليه من التصرفات التكوينية والاعتبارية، فإذا باع صحّ بيعه وكان نافذاً؛ بمقتضى ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]، وإذا أعتق صح عتقه؛ بمقتضى « لا عتق إلا في ملك »[2]، فإذا كان المبيع تالفاً حكماً سقط الخيار، فيكون هذا النوع من التصرفات مسقطاً للخيار.

الأدلة على كونه من المسقطات

ومجموع ما ذكره الشيخ قدس سره من الأدلة على هذه الدعوى أربعة:

الدليل الأول: دليل العلامة

الدليل الأول: ما أفاده العلامة رحمه الله في التذكرة، وتوضيحه: أن حقيقة إعمال الخيار هو ردّ العين المغبون فيها إلى ملكه، ومع تلفها ينتفي الموضوع، وبما أن التصرفات الناقلة على وجه اللزوم توجب التلف الحكمي لم يمكن ردّ العين عندئذ؛ لانتفاء موضوع الخيار[3].

---

(١) سورة البقرة:٢٧٥.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب العتق، الحديث ١، ولكن بلفظ : ولا عتق قبل ملك، وفي الحديث ٢: لا عتق إلا بعد ملك، وفي الحديث ٦: ولا عتق إلا من بعد ملك، وفي الحديث ٥: ولا عتق لمن لا يملك.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١: ٧١ ، وعبارته قدس سره: (ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون؛ لأصالة

مناقشة الشيخ لدليل العلامة

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأنه تام لو قلنا بأن متعلق حق الخيار هو العين، بمعنى أن الخيار هو حقّ ردّ العين؛ لأن الردّ حينئذٍ يدور مدار وجودها، فإذا تلفت حقيقة أو حكماً انتفى موضوع الردّ.

وأما إذا قلنا - كما هو الحق - بأن متعلق الخيار هو العقد، بمعنى أن الخيار هو حق فسخ العقد وإبرامه، على ما هو المختار، أو حق فسخ العقد وعدمه، كما هو مختار الشيخ قدس سره، فلا يتمّ الدليل؛ لأن العبد وإن أعتق، وخرج عن الملك، وكان بحكم التالف، إلا أن العقد الواقع عليه لا يزال قائماً، فبالإمكان فسخه، فإذا فسخ ولم يمكنه ردّ العين انتقل إلى بدلها، القيمي أو المثلي.

الدليل الثاني وردّه

الدليل الثاني: أن حديث « لا ضرر » لم يدل على ثبوت الخيار، وإنما دلّ على جواز ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها لتلفها حكماً بانتقالها بنحو اللزوم انتفى موضوع الردّ.

والجواب: سلّمنا بأن « لا ضرر » لا تثبت حق الخيار، إلا أن الدليل غير ناهض على المدّعى؛ فإن مفاد « لا ضرر » نفي الضرر المستند إلى الشارع عنه، وبما أن الحكم بلزوم العقد في المعاملة الغبنية ضرر على المغبون، منتسب إلى الشارع، فهو منفي بها، فيثبت جوازه بمقتضى

الاستصحاب، إلا أن يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبهه؛ لعدم التمكن من استدراكه).

المقابلة بين اللزوم والجواز، فإذا انتفى أحدهما ثبت الآخر، فهي تدلّ على جواز العقد وإن لم تدلّ على ثبوت حق الخيار، فإذا كان العقد جائزاً جاز فسخه، سواء أحصل التصرف الناقل للملك أم لم يحصل، وسواء أمكن ردّ العين أم لم يمكن، فالمستفاد من « لا ضرر » جواز فسخ العقد، أقلنا بأن مفادها ثبوت الحق، أم جواز العقد فإن المتعلق فيهما واحد وهو العقد، وهو لا زال موجوداً حتى بعد حصول البيع والعتق، فإن فسخ وكانت العين موجودة ردّها بنفسها، وإن تلفت كما هو الفرض ردّ بدلها.

الدليل الثالث وردّه

الدليل الثالث: أن « لا ضرر » إنما تنفي الضرر المستند إلى الشارع، وأما المستند إلى المغبون فلا تنفيه، وبما أن المغبون نقل العين المغبون فيها عن ملكه بالبيع أو العتق أو الوقف، فهو رضا منه بالبيع والتزام بالعقد، فلا خيار له؛ لإقدامه على ضرر نفسه، وانتساب الضرر إليه، فلا يرفع بالحديث.

وفيه: أن الضرر إنما يستند إلى المغبون فيما لو نقل العين عن ملكه بعد علمه بالغبن، وأما قبل العلم - الذي هو محل الفرض والبحث - فلا يوجب الرضا بالبيع والالتزام بالمعاملة، ولا استناد الضرر إليه.

الدليل الرابع

الدليل الرابع: أن ضرر المغبون مزاحم بضرر الغابن، فتسقط « لا ضرر »، فيرجع إلى أصالة اللزوم.

توضيح ذلك: أن الأمر لا يخلو من أحد أمرين، إما أن لا يثبت للمغبون الخيار فيتضرر، وإما أن يثبت له فيتضرر الغابن؛ لفسخ العقد وعدم ردّ العين المأخوذة منه إليه، بل ردّ بدلها، وفي مثل هذا الفرض لا تجري « لا ضرر ».

وفي تصوير عدم جريانها في مثل ذلك عدّة بيانات:

البيان الأول: أن « لا ضرر » من الأدلة الامتنانية في الإسلام كحديث الرفع وشبهه، ويلزم في جريان مثله أن لا يحصل منه ما يخالف الامتنان على آخر، فجريانها في حق المغبون لرفع الضرر عنه وجبران خسارته امتنان من الشارع عليه، ولكنه يوجب خلاف الامتنان على الغابن؛ لتضرره بعدم إرجاع العين المأخوذة منه إليه، فلا تجري.

البيان الثاني: أن « لا ضرر » تنفي الحكم الضرري، ويلزم من نفيها للضرر الواقع على المغبون، الحاصل من اللزوم، ثبوت الضرر على الغابن، وهو خلاف مفادها، فلا تشمله من أصل ولو لم نقل بأنها امتنانية؛ فإن مفادها الرفع لا الوضع، فلا تجري في المورد الذي يلزم من نفي الضرر إثبات ضرر آخر[1].

---

(١) **ربما يقال**: بأن الغابن أقدم على الضرر، فلا تجري في حقه.

فيقال - كما يستفاد من الشيخ الأستاذ دام ظله -: إنه على فرض أنه كان عالماً بالغبن فهو لم يقدم على البدل، وإنما أقدم على المعاملة الخيارية، بحيث لو فسخ المغبون لرجعت عين ماله له.

البيان الثالث: أن الدليل - أيّاً كان - لا إطلاق فيه ليشمل مورد تزاحم المدلول، بمعنى استحالة شمول الدليل للمورد إذا كان في مدلول نفس الدليل تزاحم، وأن المدلول مبتلى بالمزاحم، ومدلول دليل نفي الضرر في ما نحن فيه، هو ثبوت خيار الغبن إلا أن ثبوته للمغبون بعد نقله المبيع إلى غيره بالبيع اللازم، أو بعد نقله بالعتق والوقف، مبتلى بالمزاحم الذي هو سلب سلطنة الغابن عن عين ماله، وانتقالها إلى البدل، ولا إطلاق في الدليل ليشمل مورد التزاحم في المدلول.

وحاصل هذه الوجوه: أن شمول « لا ضرر » مبتلى بمانع، فيسقط دليل الخيار.

جواب الشهيد عن الدليل الرابع

وأجاب عنه الشهيد قدس سره - واستحسنه الشيخ قدس سره -: بعدم التزاحم في مدلول « لا ضرر » في المقام؛ لتضرّر المغبون لو لم يكن له خيار الفسخ، وتصرّفه مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، وعدم تضرّر الغابن لو كان للمغبون الخيار وفسخ البيع؛ لأن عين مال الغابن إن كانت مثلية فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها وقد حصل عليها، فلا ضرر أصلاً حتى يزاحم الضرر الواقع على المغبون[1].

مقتضى القاعدة من حيث الكبرى

اتضح مما تقدّم بطلان ما استدل به على نفي الخيار، ومقتضى

---

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢: ٣٠٩ - ٣١٠، المكاسب ٥: ١٨٨ - ١٨٩.

القاعدة عدم سقوطه؛ لتعلقه بالعقد، ولا أثر لوجود العين ولا لتلفها، فإن فسخ وكانت موجودة دفعها إلى صاحبها، وإن كانت تالفة - كما هو الفرض - انتقل إلى مثلها أو قيمتها، سواء أكان الدليل على ثبوت الخيار حديث « لا ضرر » أم الشرط الارتكازي.

صغريات المسألة

هذا من حيث الكبرى، وأما من حيث الصغرى فقد ذكرت موارد لعدم إمكان ردّ المغبون للمبيع، بعضها تام، والآخر غير تام، وهي:

١ـ حالة التلف الحقيقي للمبيع، وهو واضح.

٢ـ حالة التلف الحكمي له، كأن يبيعه المغبون ببيع لازم، أو يعتقه أو يوقفه أو يصالح عليه؛ فإن العين وإن كانت موجودة حقيقة إلا أن حكم الشارع بصحة هذه المعاملات ولزومها؛ بمقتضى إطلاق أدلتها، يوجب عدم قابلية المبيع للردّ والاسترداد، فيكون بحكم التالف.

٣ـ أن يمنع مانع من الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاد.

٤ـ أن تكون العين المبيعة متعلقة لحق الغير، كما لو أجّرها المغبون للغير قبل علمه بالغبن، فهي لم تتلف حقيقة ولا حكماً، والصحيح في هذا المورد أنه يمكنه الفسخ، وترجع العين إلى صاحبها مسلوبة المنفعة، ولا تنتقل إلى بدلها أو قيمتها.

٥ـ ما لو دبّر العبد أو أوصى بالمبيع قبل علمه بالغبن، فهنا كالسابق؛ أي أن له الفسخ وتردّ عين المبيع إلى صاحبها، ولا ينتقل إلى بدلها أو

قيمتها؛ لتمامية مقتضي الفسخ، وعدم المانع منه، وبالفسخ يبطل التدبير والوصية.

٦ـ ما لو نقل العين إلى الغير بعقد جائز، كما لو باعها ببيع خياري، أو وهبها لغير ذي رحم وكانت موجودة ويمكنه إرجاعها، فهنا محل بحث وخلاف بينهم، فذهب المحقق النائيني تقدس سره إلى امتناع الفسخ ما دامت العين المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون؛ لأن الفسخ يقتضي ردّ نفس العين من ملك الفاسخ المغبون إلى ملك الغابن، وبما أن العين لم تكن ملكاً للفاسخ يمتنع الردّ[1].

وذهب غيره إلى إمكان الفسخ؛ لأن الفسخ وإن كان هو ردّ العين إلا أن للفسخ عملين: فسخ المعاملة الأولى، وفسخ المعاملة الخيارية، فيتمّ الفسخ وردّ العين.

والحق أن مقتضى القاعدة أن للمغبون الفسخ، فإذا فسخ ردّ بدل العين؛ لأن العين - ما دام لم يفسخ المعاملة الخيارية - ليست في ملكه ليردّها، فيردّ بدلها، فما أفاده المحقق النائني تقدس سره ليس تاماً؛ لأن متعلّق الخيار ليس العين حتى يمتنع الردّ، بل متعلقه العقد، كما حقق في محله.

وأما القول بأن فسخ المغبون يقتضي عملين، ثانيهما فسخ المعاملة الخيارية ففيه: أن ذلك يحتاج إلى دليل؛ فإن البيع أو فسخه من الالتزامات الاختيارية المتوقفة على القصد، ولا توجد ملازمة تكوينية

(١) منية الطالب ٣: ١٣٦.

بين فسخ المعاملة الأولى والثانية؛ إذ يمكن أن يفسخ المعاملة الغبنية، ويحتفظ بالمعاملة الخيارية، ففسخ الأولى لا يستلزم فسخ الثانية، وعليه فإن قصد فسخ المعاملة الثانية رجعت العين، وإلا فيرجع بدلها على ما هو مقتضى القاعدة عند عدم إمكان ردّ العين تكويناً أو شرعاً.

فرع: ما لو امتزج المال المغبون فيه بغيره

لو امتزج المال المغبون فيه بمال المغبون أو بمال غيره، كما لو اشترى دهناً مغبوناً فيه فمزجه أو امتزج بدهن له أو لغيره، فهنا مسألتان:

المسألة الأولى: في بقاء خيار الفسخ.

المسألة الثانية: على فرض البقاء، ونفوذ الفسخ، فهل يجب إرجاع نفس العين الممزوجة؟ أي هل يمكن ردّ نفس العين فيردّها، أو لا يمكن فيردّ بدلها؟

أما الحكم في المسألة الأولى فهو بقاء الخيار، وهو مقتضى القاعدة، ويتضح ذلك من خلال بيان أمرين:

الأول: إطلاق دليل خيار الغبن، سواء أكان حديث « لا ضرر »، أو الشرط الارتكازي؛ فإن مقتضى الإطلاق بقاء خيار الغبن ما لم يسقطه المغبون أو يرضى بالغبن.

الثاني: إن متعلّق الخيار هو العقد، ولا علاقة له بالعين.

وأما المسألة الثانية فينبغي ذكر صور:

الصورة الأولى: أن يكون المال المغبون - مع اختلاطه بالغير -

متميّزاً عنه، فيجب فصله عنه، وردّه بعينه.

الصورة الثانية: أن يستهلك في المال الآخر، فيردّ المثل أو القيمة؛ لأن الاستهلاك فيه إعدام له وإتلاف موضوعاً.

الصورة الثالثة: أن يمتزج المالان، بحيث تحصل الشركة، كما لو كان دهناً فاختلط بدهن آخر، وهذه الصورة هي محل البحث، وينبغي تحرير محل البحث فيها؛ إذ ربما يقال: بأن المال الممتزج بالآخر له صور:

١ـ أن يمتزج مع المساوي له في الصفات.

٢ـ أن يمتزج مع الأردأ منه.

٣ـ أن يمتزج مع الأجود.

ولكن هذا التقسيم لا أثر له في البحث؛ فإن المدار على حصول الشركة بين المالكين في المال، والشركة على نحوين: عقدية، وقهرية، وقد حصلت القهرية حسب الفرض، بلا فرق بين حصولها مع المساوي أو الأردأ أو الأجود.

نعم، ما يؤثر في البحث تقسيم الامتزاج إلى أقسام أخر وهي:

١ـ أن يمتزج مع مال المغبون.

٢ـ أن يمتزج مع مال الغابن.

٣ـ أن يمتزج مع مال الغير.

أن يمتزج مع مال المغبون

أما على الأول فقد حصل الامتزاج قطعاً، إلا أنه لا يقال بحصول

الشركة؛ لعدم تصورها بين مالي الشخص الواحد، وإنما كانت له - قبل المزج - حصتان من الدهن منفصلتان، والآن صار عنده مجموع واحد للحصتين.

كما لا يقال: بأن النسبة بينهما نسبة الجزء إلى الكل، فكان يملك الجزء وأصبح يملك الكل؛ لأن المملوك السابق ليس بجزء لشيء، بل يقال بأن المملوك دهن معين، وصار يملك مجموع الدهنين، أي انتفى الامتياز بين الدهنين.

وكيف كان، فإذا فسخ، فهل يردّ ما في هذا المجموع؟ أو ينتقل إلى المثل أو القيمة؟

كلام المحقق الأصفهاني في ردّ الممتزج بمال المغبون ومناقشته

قال المحقق الأصفهاني قدس سره: بإمكان ردّ العين بردّ المجموع[1].

ويشكل: بأن قاعدة الفسخ أن يردّ ما وقع عليه العقد؛ فإن الفسخ في نقطة مقابلة للعقد، وما وقع عليه العقد هو الدهن المتميّز، لا المجموع بما هو مجموع، فلا تأتي قاعدة الفسخ بعد الامتزاج؛ فإن المال قد تبدّل بعد الامتزاج، إذ ما كان يملكه قبل المزج هو الدهن المتميز، وما يملكه بعده هو المجموع، فلم يبقَ الذي كان مملوكاً له من الأول، كما لم يبق ما ملكه بالمعاملة الغبنية، ولا نريد من قولنا بعدم بقائهما عدمه عقلاً، بل

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٢٨٧.

عرفاً، فعندما يشار إليه لا يقال: هذا الذي كان يملكه سابقاً، ولا يقال: هذا الذي اشتراه بالمعاملة الغبنية، فمن نظر عرفي أنهما دهنان وامتزجا، والمجموع غير كل واحد منهما، فردّ المجموع ليس مقتضى قاعدة الفسخ، فلا يتصور ردّ المجموع إلا بمعاملة جديدة؛ لأن قسما منه مملوك له من الأول، والآخر مملوك له بالمعاملة الغبنية.

فما أفاده المحقق الأصفهاني تدّس ممنوع؛ لأن بحثنا في الردّ بالفسخ، والمجموع ليس هو ما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية، ولا بدله.

أن يمتزج مع مال الغابن

وأما على الثاني، ما لو امتزج المال بمال الغابن، فقد قال المحقق الأصفهاني تدّس: (يمكن ردّه بردّ المجموع حقيقة من دون محذور، إلا إذا كان المورد المسلّم من الردّ ردّ العين مميزة عن غيرها)[1].

ولا يخفى أن هذا القسم يختلف عن القسم السابق، فقد قلنا هناك بامتناع حصول الشركة، وأما هنا فالشركة القهرية حاصلة قطعاً بين مال المغبون ومال الغابن، وقد اختلف الفقهاء في تصور حقيقة الشركة على أقوال، إلا أن أهمها قولان:

الأقوال في حقيقة الشركة

القول الأول: أن الملكية في الشركة بنحو الإشاعة في المالك والمملوك؛ أما من ناحية المالك؛ فلأن كلاً من المالكين - قبل الامتزاج والشركة - كان مالكاً لما في يده بالاستقلال، وأما من ناحية المملوك؛

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٢٨٧.

فلأن كل واحد من المالكين كان يملك العين المنفصلة عن الأخرى، وبعد حصول الشركة لم يتغير المالك، ولا الملكية، ولكن تغيّر المملوك؛ إذ صار مشاعاً بعد أن كان متميّزاً.

ومعنى الإشاعة أن كل جزء جزء متصور من عين المال - مهما تناهى في الصغر - فهو مملوك للشخصين، ومشاع بينهما.

أو فقل: إن ملكية كل واحد من الشريكين سارية في كل المال، فمعنى الاشاعة سريان الملكية الى تمام أجزاء هذا المال، ولا ينتهي الى حد بحيث يقال هذا لهذا، وذاك للآخر، بل كل ما يشار إليه بكلمة هذا، فهو بينهما.

ولا يعقل وجود الجزء الذي لا يتجزأ في الأجسام؛ فإن الأجزاء إما أن تنقسم خارجاً - كسراً أو قِطَعاً - أو تنقسم وهماً، أو عقلاً، ولا يمكن أن نصل إلى جزء لا يتجزأ من الجسم.

نعم، ربما لا ينقسم خارجاً فينقسم بالتقسيم الوهمي، والمراد من الوهم، هو الوهم الفلسفي، لا العرفي، بمعنى أن للنفس قدرة خلاقة تجزء الجزء، ثم تجزء ذلك الجزء وهكذا..، وربما يقف الوهم فيأتي التقسيم العقلي.

والحاصل: أن للتقسيم مراتب:

الأولى: التقسيم الخارجي، بأن يقطع الجسم إلى قطعة قطعة، أو إلى كسور وأجزاء.

الثانية: التقسيم الوهمي، أو التجزئة الوهمية.

الثالثة: التقسيم العقلي؛ فإن الجسم قد يصل إلى مرتبة من الصغر يتوقف فيها عن التجزئة والتقسيم، فتصل النوبة إلى التقسيم العقلي؛ فإن للعقل قدرة تفوق كل القوى، فحتى لو وصل الوهم إلى مرحلة لم يميز فيها بين الطرفين، إلا أن العقل يحكم بأن الجزء ذو طرفين فينقسم قهراً.

فمعنى الشركة أن الملكية تنقلب إلى هذه الملكية المشاعة، بحيث يكون الشيء ملكاً لهما وبينهما في جميع الانقسامات - الخارجية والوهمية والعقلية - ولا يوجد جزء يقال عنه هذا ملك لهذا، وذاك ملك للآخر.

القول الثاني: أن حقيقة الشركة عبارة عن تبدّل الملكيتين السابقتين، والمملوكين السابقين، أما تبدّل المملوك؛ فلأن المملوك صار هو المجموع، فالمجموع هو ملك لهما، لهذا ولذاك، لا بنحو أن يكون كل جزء جزء مملوكاً لهما بنحو الإشاعة، بل المملوك الكل، والمالك كلا الشخصين، بحيث يملكانه بملكية ناقصة، بمعنى أن كل واحد من الشريكين كان يملك النصف ملكية تامة كاملة، ولما امتزج المالان صار كل واحد منهما يملك الكل بنصف ملكية، أي صار نصف مالك للكل، فتبدّل المالك والملكية إلى ما هو أضيق من السابق، وتبدّل المملوك إلى دائرة أوسع، فلو كان الشركاء ثلاثة لكان كل واحد منهما يملك المجموع بثلث ملكية، ولو كانوا عشرة لكان كل واحد منهم مالكاً للمجموع بعشر ملكية، وهكذا..

والتحقيق - على ما ذكر في محله - وإن كان هو القول الأول؛ إذ لا يعقل انقسام الملكية إلى كسور، وإنما الذي ينقسم إليها هو المملوك، إلا أنه لا بدّ من البحث ومعرفة إمكان الردّ وعدمه بناء على كلا القولين.

أما بناء على القول الأول فيمتنع الردّ؛ لأن الفرض أن ملكية كل واحد من الشريكين سارية في الكل، فما انتقل إلى المغبون بالمعاملة الغبنية كان مملوكاً منحازاً مميّزاً، وكانت ملكيته له ملكية مستقلة، وقد تبدّل كلاهما بعد الامتزاج وحصول الشركة القهرية، فصار المملوك مشاعاً، والملكية غير مستقلة، فإذا فسخ وأراد إرجاع نفس السابق لم يتمكن منه، فلا يقبل الردّ، وإن أراد أن يرجع المجموع فهو لم ينتقل إليه حتى يرجعه، فردّ نفس العين محال، ومع امتناعه ينتقل إلى البدل، فإن كان قيمياً فالقيمة، وإن كان مثلياً فالمثل.

وأما بناء على القول الثاني - لو سلّم بصحته - فأيضاً يمتنع الردّ؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة الغبنية ليس هو المجموع، وإنما البعض، وهو غير الكل، فلو أراد الردّ لم يكن المردود هو المملوك بالبيع الغبني، ولا الملكية هي تلك الملكية السابقة؛ لأن الملكية والمالكية السابقتين كانتا تامتين بالنسبة إلى البعض، والملكية والمالكية الموجودتين ناقصتان ولكن بالنسبة إلى الكل، فلا يمكن ردّ نفس ما انتقل بالفسخ، فلو ردّ ردّ غير ما انتقل إليه، فتنهدم قاعدة الفسخ؛ فإن قاعدته أن يردّ نفس ما انتقل إليه بالعقد بخصوصيته، والذي يتغير خصوص المالكين؛ لاختلاف

المالك للعين قبل الفسخ وبعده.

والحاصل: أنه لا يمكن الردّ على كلا القولين، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة أم بالملكية الناقصة بالنسبة إلى الكل، ومع امتناع الردّ ينتقل الحال إلى ردّ البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

أن يمتزج مع مال الأجنبي

وأما على الثالث، ما لو امتزج المال بمال الأجنبي، فهنا مانعان من الردّ:

الأول: ما ذكر في السابق، من امتناع ردّ ما اشتراه بالعقد الغبني، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة، أم بمبنى الملكية الناقصة.

الثاني: أنه بعد حصول الشركة القهرية مع مال الغير لم يكن له حق في التصرف في ماله، لا وضعاً ولا تكليفاً.

وعليه فيمتنع الردّشرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فينتقل إلى ردّ البدل، مثلاً أو قيمة.

فروع في تصرفات الغابن

ما تقدم كان في تصرفات المغبون فيما انتقل إليه، وفي تصرفات الغابن فيما انتقل إليه فروع أيضاً فنقول:

المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون

لو تصرف الغابن لم يرتفع خيار المغبون؛ بناء على ما هو التحقيق، من تعلّق حق الخيار بالعقد، وقد قلنا سابقاً بعدم ارتفاعه فيما لو تصرّف المغبون فيه بالبيع ونحوه، فعدم ارتفاعه عند تصرّف الغابن بالنقل اللازم

بالأولوية القطعية؛ لأن في تصرف المغبون شبهة رضاه بالمعاملة، فيسقط خياره، وهذه الشبهة لا تأتي عند تصرّف الغابن كما هو واضح؛ فإن تصرّفه لا ينافي حق المغبون.

وأما على القول بتعلّقه بالعين، فبما أنها متعلَّقة لحق المغبون فمعاملة الغابن عليها معلَّقة على رضاه، فإذا لم يرض انفسخت المعاملة، وبالتالي يمكنه ردّ العين لو فسخ المعاملة الأولى.

المسألة الثانية: في حكم الردّ لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً

لو تصرّف الغابن فيما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية تصرّفاً لازماً كالبيع اللازم، أو العتق، أو الوقف، ففي الحكم لو فسخ المغبون أقوال:

القول الأول: أن التصرّفات اللازمة للغابن كالتصرفات اللازمة للمغبون، فلا تنفسخ، فينتقل إلى المثل أو القيمة.

القول الثاني: أن المعاملة الثانية للغابن تنفسخ من أصل بنفس فسخ المغبون للمعاملة الأولى.

القول الثالث: أنها تنفسخ من حين الفسخ.

أما دليل القول الأول فحاصله: أن العين انتقلت إلى الغابن وصارت ملكاً له، وإن كان ذلك بالبيع الخياري، ومتعلَّق حق المغبون هو العقد، لا العين؛ إذ ليست كالعين المرهونة، وبعد انتقالها له يجوز له فيها مطلق التصرفات الاعتبارية والخارجية، بمقتضى قاعدة السلطنة، فإذا تصرّف فيها بالبيع ونحوه أمكن التمسك بإطلاق أدلة تلك المعاملات؛ لتصحيحها

ونفوذها، فلو باع مثلاً أمكن التمسك بـ﴿ أحل الله البيع ﴾[١]، فيحكم بصحة البيع ونفوذه أولاً، ويحكم ثانياً وبالعرض بامتناع الردّ شرعاً، فينتقل - بعد الفسخ - إلى البدل.

وأما دليل القول الثاني فحاصله: أن العين التي انتقلت إلى الغابن متعلَّقة لحق المغبون، فيكون العقد الذي أنشأه الغابن متزلزلاً من الأول، فإذا فسخ المغبون العقد - ومعنى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول - لزم بطلان عقد الغابن من الأول، وكأنه لم يكن، وعليه تردّ نفس العين، ولا ينتقل إلى البدل.

وفيه: أن متعلق حق المغبون هو العقد، لا العين ليقال بتزلزل معاملة الغابن من الأول، ولهذا لم يرتبط بقاء الخيار ببقاء العين وزوالها، وعليه فبما أن العين مملوكة له، ومقتضى قاعدة السلطنة جواز التصرف فيها بالبيع وشبهه، فإذا باع كانت بحكم التالفة، فينتقل إلى البدل[٢].

وأما دليل القول الثالث فهو: أن لكل من الغابن والمغبون حقاً؛ فإن حق المغبون خيار الفسخ، ويترتب عليه ردّ العين، وحق الغابن أنه يملك

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن العقد من الأمور ذات التعلق، ولكن لا يعني ذلك أن يتعلق الحق بالعين، بل يتعلق بالعقد، ولا يتجاوز عن ما تعلّق به، إلى متعلّق متعلّقه، وإن كان متعلّق المتعلّق - وهي العين في المقام - دخيلاً في حقيقة العقد الذي هو متعلّق الحق، فالحق كالحكم الذي لا يتجاوز عن متعلّقه أو موضوعه.

العين التي انتقلت له، وله التصرّف فيها بما شاء من أنواع التصرفات المشروعة، فليس هو بمحجور بأحد أسباب الحجر، فإذا باع صح بيعه، ولكن مقتضى الجمع بين الحقين أن للمغبون أن يفسخ، فإذا فسخ انفسخ بيع الغابن من حين الفسخ، لا من الأول.

وفيه: أولاً: أنه - كالسابق - مبني على أن يكون للمغبون حق في العين، وقد بيّنا بأن حقه متعلق بالعقد ليس إلا، فإذا فسخ وكان متعلّق العقد موجوداً ردّ بنفسه، وإلا ردّ بدله، وبما أن بيعه صحيح، فالعين بحكم التالف فينتقل إلى بدلها.

وثانياً: أن الأمر يدور بين احتمالين، إما أن يتعلّق الحق بالعقد، أو بالمال، فإن تعلّق بالعقد انتقل الردّ إلى البدل، وإن تعلّق بالمال وقع الفسخ من الأول، كما في العين المرهونة؛ لكون المعاملة متزلزلة من الأول، فلا معنى للبرزخية والقول بأن الفسخ من حين الفسخ.

والحاصل: أن بيع الغابن يقع صحيحاً، فتكون العين بحكم التالف، فإذا فسخ المغبون انتقل الردّ إلى البدل، مثلاً كان أو قيمة، وبهذا يتضح الحكم في جميع تصرفات الغابن اللازمة، من بيع أو صلح أو هبة معوضة، أو وقف أو عتق.

المسألة الثالثة: في حكم الردّ لو تصرّف الغابن تصرّفاً مانعاً

إذا تصرّف الغابن فيما انتقل إليه تصرّفاً يمنع من ردّها وإن كانت باقية في ملكه، كما لو كانت جارية فاستولدها جاءت الوجوه الثلاثة في

المسألة السابقة.

فإن قلنا بأن الحق يتعلق بالعقد، ولا ربط له بالعين، فالجارية - بعد الاستيلاد - تكون بحكم التالف، فللمغبون الفسخ ويعطيه الغابن قيمتها.

وإن قلنا بأن الحق يتعلّق بالعين جاء الوجهان الآخران.

تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد

نعم، هنا مطلب ذكره الشيخ قدس سره بنحو الاحتمال، وهو أن مثل أم الولد لها حق، فيتزاحم حقها مع حق المغبون[1]، وتوضيحه:

أنه إذا وجد سببان في مورد، وكان كل منهما يقتضي حقاً، ولم يمكن الجمع بين الحقين كان المورد من صغريات باب التزاحم، فتنطبق قاعدته عليه، بالترجيح بالأهمية او الأسبقية، وتطبيق ذلك على ما نحن فيه:

أن للمغبون حق الفسخ، وبالتالي ردّ العين الموجودة، وسبب هذا الحق هو الغبن الذي حصل في المعاملة.

وأن لأم الولد حق العتق؛ للتشبث بالحرية، وسببه استيلادها.

ولا يمكن الجمع بين هذين الحقين؛ إذ إما أن يؤخذ بحق المغبون فتردّ إلى ملكه، وإما أن يؤخذ بحقها فتبقى في ملك الغابن، ومع التزاحم وعدم إمكان الجمع بينهما، يقدم ما فيه المرجّح، وهو حق المغبون؛ لأسبقيته بسبق سببه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٢.

ولا يخفى أن مبنى هذا الاحتمال، هو تعلّق حق الخيار بالعين، فيجتمع على ذلك حقان في أم الولد، لا يمكن الجمع بينهما.

ولكن مقتضى التحقيق: أن حق الخيار يتعلق بالعقد، وحق الأمة موضوعه العين، فلم يجتمع الحقان في شيء واحد ليقع التزاحم.

وقد وجّه المحقق الأصفهاني قدس سره جعل الشيخ قدس سره له احتمالاً ليس إلا: بأن تزاحم السببين إنما يكون فيما إذا كان بين الحقين منافاة، وبما أن حق الخيار يتعلّق بالعقد، فهو لا ينافي حق أم الولد المانع من الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقين فلا تزاحم بين السببين[1].

وكيف كان فالذي يظهر من الأعلام كالشيخ، والمحقق الأصفهاني، والسيد اليزدي[2] قدس الله أسرارهم أن التزاحم مفروغ عنه، ولكن بعضهم رجّح بالأسبقية كالشيخ قدس سره، فلا بدّ من التحقيق في المسألة فنقول:

لا بدّ أولاً من تحقيق كون المورد من موارد التزاحم أو لا، ثم البحث في الترجيح بالأسبقية الذي أفاده الشيخ قدس سره:

التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم

أما الأول، فقوام التزاحم بأن لا يكون بين الدليلين - في مقام الجعل ولا في مقام الإثبات - أي تمانع ومنافاة، وإنما تكون المنافاة في مقام

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدس سره ٤: ٢٩٢.

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٩.

الامتثال؛ لانحصار القدرة في واحدة، ولا يمكن صرفها في الاثنين، فلا يمكن امتثالهما معاً، كما لو جعلت الصلاة على كل مكلف قادر، وجعل الحكم بوجوب إزالة النجاسة عن المسجد على كل مكلف قادر، فهنا لا تنافي بين الجعلين؛ لجعل حكمين على موضوعين بنحو القضية الحقيقية، ولا بين الإطلاقين؛ لأخذ شرط القدرة فيهما، الذي هو شرط في سائر التكاليف، فإذا دخل المسجد في آخر الوقت ليصلي فرأى النجاسة فيه، ولا يمكنه الجمع بين الامتثالين؛ إذ ليست لديه إلا قدرة واحدة، فدليل الصلاة في مقام الامتثال يقتضي صرف القدرة فيها، ودليل الإزالة يقتضي صرف القدرة فيها، فيقع التمانع، فالتمانع في المنتهى الذي هو مقام الامتثال.

هذا هو قانون التزاحم، بخلاف قانون التعارض؛ فإن التنافي فيه يكون بين الدليلين في مقام الجعل، فإن كان لا يمكن جعل أصل الدليلين، فالتنافي بينهما بنحو التباين، وإن كان لا يمكن إطلاقهما، فالتنافي بينهما بالعموم والخصوص من وجه.

إذا اتضح هذا، فنقول في ما نحن فيه: إن دليل خيار الغبن بالنسبة إلى انقسامات الخيار وموارده لا يخلو أمره من حالات ثلاث، إما أن يكون مهملاً، أو مطلقاً، أو مقيّداً، وبما أن الإهمال في مقام الثبوت محال، فينحصر الأمر في الإطلاق والتقييد، وأقسام المبيع من جملة الانقسامات، فينقسم البيع الغبني إلى بيع الأمة وبيع غيرها، وبيع الأمة إلى الأمة التي يستولدها وغيرها، وأحد الأقسام بيع الأمة التي صارت أم ولد،

ولا نرى في دليل الخيار ما يخرجها ليكون مقيّداً، فيتعيّن الإطلاق، فهو بإطلاقه يشمل بيع الأمة التي صارت أم ولد في ما بعد.

ومن جهة أخرى، إذا لاحظنا الدليل الدال على عدم جواز نقل الأمة أم الولد نراه مطلقاً شاملاً لجميع الأقسام، فهو يدل على عدم جواز نقلها سواء أكانت مورداً للبيع الغبني أم لغيره.

فكل من دليلي الخيار والمنع من البيع مطلق بالنسبة إلى مثل هذه الأمة، فيقع التمانع بين الدليلين من جهة الإطلاق، حصل الامتثال أو لا، عمل بالدليلين أو لا، فتكون المنافاة بينهما في مرحلة الجعل، والتعارض بالعموم من وجه، ولم يؤخذ في الموضوع القدرة عليه لتندرج في باب التزاحم.

فالنتيجة: أن المورد يندرج في باب التعارض، لا التزاحم، وعليه فينبغي ملاحظة مرجحات باب التعارض، فتلاحظ الأدلة الدالة على الخيار، وتفصيل ذلك:

إن مستند الخيار إن كان قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1]، أو ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾[2]، فدليل المنع عن بيع الأمة ودليل خيار الغبن وإن كانا متعارضين إلا أن دليل خيار الغبن

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

هو المرجح؛ لموافقته للكتاب، فلا يكون الاستيلاد مانعاً في هذه الصورة.

وإن كان المستند روايات تلقّي الركبان، فيكون كل من دليلي خيار الغبن، والمنع من نقل الأمة المستولدة، هي الأخبار، ولم يكن أحدهما موافقاً للكتاب، فيتحكم التعارض بينهما، إلا أن يقال بموافقة أدلة عدم جواز ردّ الأمة المستولدة لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ فيتقدم، ولو فرض التكافؤ في المتعارضين، فإما أن يقال في مثل ذلك بالتخيير في المسألة الأصولية، فيتخير الفقيه في الأخذ بأيهما، وإما أن يقال بالتساقط، فيرجع إلى الأصل العملي، وهو الاستصحاب في المقام، ونتيجته بقاء الأمة على ملك الغابن.

ويمكن أن يقال: بأن هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب خيار المغبون؛ وذلك لأن الشك في بقاء الأمة على ملك الغابن بعد فسخ المغبون وعدم بقائه، مسبب عن الشك في زوال الخيار الثابت للمغبون بسبب الاستيلاد، فيجري استصحاب خيار المغبون.

رأي المحقق الرشتي في تقديم لا ضرر على فرض التعارض ومناقشته

وإن كان المستند « لا ضرر » فقد قال المحقق الرشتي قدس سره بتقديمها؛ نظراً إلى حكومتها عليها وعلى سائر الأدلة عند التعارض، فيبطل الاستيلاد والرجوع إلى العين المستولدة[1].

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٥٣.

ولكنه غير تام؛ لأن الاستيلاد يقتضي وجود حق للأمة، وهو تشبثها بالحرية، ولهذا لما ذكروا شرائط صحة البيع في كتاب البيع قالوا بأن أحد الشروط أن يكون المبيع ملكاً طِلْقاً، ومثّلوا لما ينافي هذا الشرط، بحيث لا يجوز بيعه، بالعين المرهونة؛ لتعلّق حق الدائن، والموقوفة، وأم الولد، فقهراً يخرج المورد من تحت موارد حكومة « لا ضرر »؛ لأنها دليل امتناني، فيشترط أن لا يكون في جريانه ما يخالف الامتنان على آخر، وجريانه في المقام لحفظ حق المغبون ينافي حقها، فيكون خلاف الامتنان بالنسبة لها، فإطلاق « لا ضرر » قاصر.

وعليه، فيبقى دليل المنع عن نقل الأمة المستولدة بلا مانع، فتكون النتيجة بالعكس، فالنسبة بينهما وإن كانت العموم من وجه إلا أن دليل المنع من نقلها هو المقدم؛ فلا يجوز ردّ أم الولد بإعمال الخيار.

وإن كان مستند الخيار الشرط الارتكازي، فمعنى ذلك أن بناء العقلاء في المعاملات على عدم الغبن، فكل عاقل أخذ في المعاملة شرط عدمه ضمناً بحسب الارتكاز العقلائي، فيكون بحسب الدلالة الالتزامية قد اشترط لنفسه خيار الفسخ لو كان مغبوناً، فيكون الدليل عليه إطلاق دليل « المؤمنون عند شروطهم »[1]؛ لعدم الفرق بين كون الشرط مذكوراً أو ضمنياً، وهذا الدليل أخذ فيه قيد « إلا ما حرّم حلالاً أو حلّل حراماً »،

---

(١) الوسائل، الباب٢٠ من أبواب المهور، الحديث٤، وفي الوسائل، الباب٦ من أبواب الخيار، الحديث١، بلفظ « المسلمون ».

وشرط « أن لا يخالف الكتاب والسنة »، وبما أن دليل المنع عن نقل الأمة مطلق حسب الفرض، فيشمل حتى صورة النقل بسبب خيار الغبن، فهو يرفع موضوع دليل الشروط؛ لأن اشتراط الخيار في بيع الأمة ولو صارت مستولدة فيما بعد يقتضي مخالفة الحكم الشرعي، فيكون الشرط محلّلاً للحرام، ومخالفاً للسنة، ونتيجة ذلك حكومة دليل المنع من نقل الأمة المستولدة على دليل الشروط.

نتيجة البحث في المسألة

والنتيجة مما تقدم: أنا إن قلنا بأن متعلّق الحق هو العقد، فلا تندرج المسألة في باب التزاحم ولا التعارض؛ لاختلاف متعلقيهما وعدم المنافاة بينهما، فمتعلق حق الخيار هو العقد، ومتعلّق حق الأمة هي العين، ولهذا قال المحقق الأصفهاني تدّس بعد طرح كلام الشيخ رحمه الله: (وإنما جعله احتمالاً لما أفاده من أن تزاحم السببين وتعيين الأسبق في التأثير إنما يكون في ما إذا كان منافاة بين الحقين؛ لتكون مزاحمة بين السببين، وحق الخيار حيث إنه متعلّق بالعقد فيجتمع مع إمكان ردّ العين بنفسها وعدمه، فلا ينافي مثل هذا الحق لحق أم الولد المانع عن الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقيقن فلا تزاحم بين السببين)[1].

وإن قلنا بأن متعلق الحق استرداد العين، فيحصل التنافي قطعاً بين الحقين، حق المغبون في ردّ العين، وحق الأمة المقتضي لعدم الردّ، فهل هو من صغريات باب التزاحم أو التعارض؟ الحق أنه من باب التعارض،

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني تدّس ٤: ٢٩٢.

خلافاً لما أفاده الشيخ قدس سره وغيره من الأعلام قدست أسرارهم؛ لكون التنافي في مقام الجعل بين الإطلاقين بنحو العموم والخصوص من وجه، وذلك آية التعارض، فينبغي جريان قواعده كما أوضحناه.

ولو تنزلنا وقلنا بأن المورد من باب التزاحم، فقد رجّح الشيخ قدس سره ومن تبعه حق الخيار؛ لكونه أسبق، إلا أن المحقق في محله عدم الترجيح بين المتزاحمين بالأسبقية؛ فإن أحد السببين وإن كان أسبق حدوثاً إلا أنهما متنافيان بقاء.

وبعبارة أخرى: إن المرجح في باب التزاحم هو خصوص الأهمية، ولا عبرة بكون أحدهما أسبق؛ لأن السبب والموضوع دخيلان في الحكم آناً فآناً، فحينما وجد السبب الأسبق أولاً كان هو السبب بلا مزاحم، ولما وجد الآخر وجد المزاحم بقاء فيحتاج إلى مرجّح فعلاً.

المسألة الرابعة: في تصرّف الغابن بالعقد الجائز

إن العقد الجائز على نحوين؛ إذ تارة يكون الجواز حقياً، كالجواز في البيع الخياري، وأخرى يكون حكمياً، كالجواز في الهبة غير المعوضة لغير ذي رحم، والبحث فيه تارة من جهة بقاء حق المغبون وارتفاعه، وأخرى في حكم ردّ العين.

أما الجهة الأولى، فلا إشكال في بقاء حق المغبون؛ فإنا أثبتنا بقاءه فيما لو نقل الغابن العين بالعقد اللازم، أو فكّها عن ملكه كما لو وقفها مسجداً أو أعتق العبد، فبالأولوية القطعية فيما لو نقلها بالعقد الجائز.

وإنما الكلام في الجهة الثانية، فقد ذهب الشيخ قدس سره إلى عدم ردّ العين، والانتقال إلى بدلها؛ لأن تصرّف الغابن بالبيع الجائز، أو بالهبة غير المعوضة تصرّف صحيح، صدر من أهله ووقع في محله؛ بمقتضى سلطنته على ما يملكه، وإطلاقات أدلة البيع والهبة.

وأما كون العقد جائزاً، فلا يقتضي الفسخ؛ لأن الجواز إن كان حقياً كما في العقد الجائز، فهو حق قائم بذي الحق وهو الغابن، وأما المغبون فهو أجنبي، فلا دليل على تسلّطه عليه، وإن كان حكمياً كما في الهبة، فهو قائم بطرفي العقد، والمغبون أجنبي عنه أيضاً، وعليه فلو فسخ المغبون فلا مجال إلا ردّ البدل إليه[1].

كلام الشهيد الثاني

ثم نقل كلام الشهيد الثاني قدس سره في المسالك من قوله: (ولو كان العقد الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار للمشتري، والهبة قبل القبض، احتمل قويّاً إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذّر قيل: يفسخ المغبون، بل قيل: إن له الفسخ مطلقاً..)[2].

وأساس رأي الشهيد الثاني قدس سره أن للمغبون حقاً متعلّقاً بالمال الذي نقله الغابن بالعقد الجائز؛ لأن له الخيار، ولكل ذي حق إلزام من عليه الحق، ففي الدرجة الأولى له أن يلزم الغابن بالفسخ، وإن لم يفسخ كان ممتنعاً من أداء الحق، فيرفع أمره إلى الحاكم الشرعي؛ لأنه ولي على

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٢.

(٢) المسالك ٣: ٢٠٦.

الحق الممتنع عنه فيقوم الحاكم بالفسخ، وإن تعذّر الوصول إليه قام المغبون بالفسخ.

وبهذا البيان يكون كلام الشهيد قدس سره فنيّاً استدلالياً.

إشكال الشيخ على الشهيد الثاني

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأن فسخ المغبون إما أن يقتضي دخول العين في ملكه، أو دخول بدلها، فإن كان الأول فلا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ، وإن كان الثاني فقد وصل إليه حقه، فلا حاجة للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره.

اللهم إلا أن يقال: بأن البدل المنتقل إلى المغبون بالفسخ إنما هو بدل الحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها.

ولكن يندفع بأن بدل الحيلولة إنما يتمّ في حال كون العين باقية على ملك المغبون، وأما مع عدمه، وتملّك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين[1].

انتصار المحقق الخراساني للشهيد الثاني

وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره في كلتا جهتيه:

أما الجهة الأولى: فبأن فسخ المعاملة هو حلّ العقد الواقع، وحقيقة حلّه رجوع كل من العوضين إلى محله، فما انتقل إلى المغبون يرجع

(١) المكاسب ٥: ١٩٣.

إلى الغابن، وما انتقل إلى الغابن يرجع إلى المغبون، والفسخ في المقام وإن لم يكن مقتضياً بنفسه لدخول العين في ملكه حقيقة؛ لخروجها عن ملك من انتقلت إليه، ولكن ترجع إلى ملكه تقديراً، فيكون الغابن ضامناً، فيلزمه المغبون بالفسخ، والتنزّل إلى البدل إنما يكون في ما إذا لم يتمكّن من عين المبدل، والمفروض في المقام تمكّنه منها بالفسخ.

وأما الجهة الثانية: فلأن بدل الحيلولة لا ينحصر في ما إذا كانت العين في ملك المضمون له، بل يكون ثابتاً ولو خرجت عن ملكه، كما إذا صار الخل خمراً في يد الغاصب؛ فإنه يلزم بتسليم بدل الخل بدلاً للحيلولة مع أنه لا يملك الخمر.

دفع جواب المحقق الخراساني

أما ما أفاده في الجهة الأولى فيندفع: بأن دليل ردّ العين في المعاملات - بعد الفسخ -هو كونه مال الغير، ولا يجوز التصرف فيه، بل يجب ردّه إلى صاحبه، فيكون وجوب ردّ العين فرع ملكية الغير لها، ومن الواضح أن المراد من هذه الملكية هي الملكية التحقيقية لا الأعم منها، الشاملة للتقديرية؛ فإن الملكية الفرضية ليست موضوعاً لوجوب الردّ؛ فإن الموضوع مال الغير، والفرض والتقدير لا يحقق كونه ماله، فما هو حق للمغبون هو حلّ العقد ليس إلا، فإن كانت العين تحت يد الغابن كان له حق استردادها، وإن لم تكن في ملكه - كما هو الفرض - لم تكن له سلطنة على استردادها؛ لأن الجواز في المعاملة الثانية حق للغابن، أو حكم بينه وبين الموهوب، والمغبون أجنبي عنه، ولا دليل

على تسلّطه، كما أفاد الشيخ تدّس، بل عدم الدليل دليل العدم، فلو شكّ فإن مقتضى الأصل عدم سلطنة المغبون على العين التي وهبها الغابن للغير.

والحاصل: تمامية ما أفاده الشيخ تدّس؛ فإن حق المغبون يتعلّق بالعقد، فله حق الفسخ، فإن فسخ وكانت العين موجودة حقيقة ردّها بنفسها، وإن لم تكن موجودة كذلك ردّ بدلها، والملكية التقديرية ليست موضوعاً للردّ.

وأما ما أفاده في الجهة الثانية في بدل الحيلولة، من النقض بالخل المنقلب إلى الخمر عند الغاصب، فهو قياس مع الفارق؛ فإن الخمر الذي يكون في معرض صيرورته خلاً متعلّق لحق المغصوب منه، وهو في معرض أن يعود إلى ملكيته، وأما العين التي انتقلت إلى الغابن، فنقلها إلى الغير في ما نحن فيه، فليست متعلّقة لحق المغبون، ولا في معرض عودها إلى ملكه.

المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه

لو نقل الغابن المال بالعقد الجائز ثم عاد إليه، ففيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد

كأن وهب المال إلى الغير، ثم اشتراه منه.

ذهب الشيخ تدّس في هذه الصورة إلى عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه ملك جديد تلقّاه من مالكه، أي أن ملكية الغابن للعين الحاصلة بالسبب الجديد ليست هي الملكية السابقة، والعين صارت طرفاً لمعاملة أخرى

غير المعاملة التي حصل فيها الغبن، فليس للمغبون حق المطالبة بـالعين وإن كانت في يد الغابن فعلاً؛ فإن الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز

وكذا برجوعه في الهبة، ويكون ذلك قبل فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ تدّس فيها وجوب ردّ العين؛ وذلـك لأن ملكيـة الغـابن للعين لم تكن بسبب جديد، بل بنفس ملكه السابق بعد ارتفـاع السـبب الناقل بواسطة الفسخ، وحقيقة الفسخ رجوع كل من العوضين إلى محلّه، فالمقتضي لرجوع العين إلى المغبون موجود، والمانع منه مفقود.

الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون

بأن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز، أو برجوعه في الهبة، ويكون ذلك بعد فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ تدّس فيها عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه تملّك البدل قبـل أن يفسخ الغابن، ولا دليل على انتقال حقه منه إلى العين[1].

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وأورد المحقق الرشتي تدّس على الصورتين الأولى والثالثة بما حاصله: أن العبرة بالأخذ لا بالفسخ، وتوضيح ذلك:

أما بالنسبة إلى الصورة الثالثة، فحالها ليس بأسوأ من حال المغصوب التالف؛ فإن الفقهاء قالوا بأن المغصوب إذا تلف في يد الغاصب ضـمن

(١) المكاسب ٥: ١٩٣.

بدله، ولكن لو قدر له العود ثانية بأمر غير طبيعي يرجع بنفسه إلى المغصوب منه، كما لو وقع في قاع البحر، بحيث لا يمكن ردّه عادة، وعدّ تالفاً، ينتقل الضمان إلى البدل، فلو حصلت زلزلة فخرج إلى شاطئ البحر وجب إعطاؤه للمغصوب منه، وما نحن فيه كذلك، فهو لما كان ملكاً لمن اشتراه من الغابن كان بحكم التالف، فانتقل إلى البدل، ولما رجع إلى الغابن لزم إعطاؤه إياه؛ فإن الرجوع إلى البدل حكم مؤقت ما دام لم تكن العين عنده.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الصورة الأولى، فإن الملكية الأولى وإن لم تَعُد؛ لأنه عاد بسبب جديد، ولكن القاعدة أن ما يرجع إلى المغبون هو الأقرب فالأقرب إلى ماله، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، ولا تفرغ الذمة بتسليم الأبعد مع وجود الأقرب، وهو وإن عاد بملكية جديدة إلا أن حاله حال الخل المغصوب إذا انقلب إلى خمر؛ فإنه ينتقل إلى البدل، ولكن إذا عاد خلاً يعود إلى المغصوب منه بعينه.

فالحاصل أن المدار أن ينتقل الضمان إلى الأقرب فالأقرب، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، والضمان بالبدل من باب الضرورة، والضرورة تتقدر بقدرها، فمتى ارتفع المانع من أخذ العين أخذها.

هذا كله إن لم يأخذ البدل، وإلا فأخذه له رضا به، ومتى حصل التراضي فلا رجوع، فالمدار - إذن - على الأخذ بالرضا، فإن أخذه لم

يرجع، وما دام لم يأخذ رجع حقه إلى العين[١].

الجواب عن إشكال المحقق الرشتي

والجواب عن ما أفاده قدس سره: أما عن النقض بالغصب ففرق بين الغصب وما نحن فيه؛ فإنه في الغصب تأتي قاعدة اليد، وحديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »[٢]، فتكون الذمة مشغولة بالعين التي أخذت إلى أن يؤديها الآخذ؛ فإنه لما تلفت العين بوقوعها في قاع البحر كان الغاصب محكوماً بالضمان بالبدل، إلا أن العين لما عادت - ولو بأمر غير طبيعي، وكان ذلك قبل الأداء - انطبق الحديث؛ إذ لا زالت ذمة الغاصب مشغولة بها.

ولكن لا توجد هذه القاعدة، ولا هذا النص في ما نحن فيه، فإسراء الحكم من مورد الغصب إلى ما نحن فيه قياس لا نقول به.

وأما في ما نحن فيه، لما نقل الغابن العين بعقد صحيح إلى الغير، كان مقتضى إطلاق دليل صحة العقد الجائز أن العين غير قابلة للردّ وإن كان للغابن فسخ العقد، إلا أنه لا ملزم له، وليس للمغبون إلا حق فسخ العقد، ومقتضى دليل الصحة أيضاً أن العقد الغبني إذا فسخ ولم تكن العين موجودة انتقل الضمان إلى البدل، فمقتضى الدليل هو الانتقال إلى البدل - كما اعترف المحقق الرشتي قدس سره بذلك أيضاً - فإذا انتقل إليه فمعناه أنه صار ملك المغبون، فإذا فسخ الغابن بعد ذلك ورجع المال إلى

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) مستدرك الوسائل، الباب ١ من أبواب الوديعة، الحديث ١٢.

ملكه فلا دليل على تبدّل ما في ذمة الغابن من البدل إلى العين.

بل مقتضى الأصل عدم تبدّل ما في ذمته من البدل إلى العين؛ فإنه لما انتقل ما في ذمة الغابن إلى البدل فرغت ذمته من ضمان العين، فإذا عادت وشك في اشتغال ذمته جرى استصحاب براءة ذمته من العين، كما يجري استصحاب بقاء ملكية البدل للمغبون، ومقتضى الاستصحابين أنه إذا فسخ المغبون - قبل عود العين إلى الغابن - انحصر حق المغبون في البدل.

وأما تفصيله بين الأخذ وعدمه، فإن أخذ لم يرجع إلى العين، وإن لم يأخذ رجع إلى العين ففيه: أنه بعد أن اعترف - بأن انتقال العين من ملك الغابن بالعقد الجائز يقتضي انتقال الضمان من العين إلى البدل بعد فسخ المغبون، ومعنى انتقالها إلى البدل أن ما يملكه المغبون هو البدل مثلاً أو قيمة - فلا يعقل أن يكون له حق في العين، فتكون دعوى تعلّق حقه بالعين مع الاعتراف بانتقال الضمان إلى البدل جمع بين المتنافيين.

كما أن مقتضى الأصل أن لا حق له في ما زاد على البدل، فلا وجه لهذا التفصيل، والحق ما أفاده الشيخ قدس سره من التفصيل.

الإشكال على ما أفاده الشيخ

نعم، ما أفاده الشيخ قدس سره في ما لو عادت العين بسبب جديد من عدم الردّ مطلقاً **غيرُ تام**؛ لأن حقيقة الفسخ هو حل العقد، والعقد هو نفس العقدة بين الإيجاب والقبول، والتزام الموجب والقابل، وخاصية هذا

الحلّ والانحلال عود العين ما لم تكن تالفة أو بحكمها، فإذا رجعت العين إلى الغابن بالفسخ أو بسبب جديد، فهي موجودة عنده وغير تالفة ولا بحكمها، فإذا فسخ المغبون - بعد ذلك - كان له المطالبة بردّها، والانتقال إلى البدل هو الذي يحتاج إلى دليل.

المختار

فالذي ينبغي أن يقال هو التفصيل المتقدم بين أن يكون فسخ المغبون متقدماً على ردّ الغابن لها أو متأخراً عنه، حتى يلاحظ الانتقال إلى البدل وعدمه، فإن كان فسخ المغبون متقدّماً على ردّ الغابن فقد انتقل الضمان إلى البدل، فلا دليل على تبدّله إلى العين، بل الدليل على خلافه، وإن كان فسخه متأخراً عن ردّ الغابن كان مقتضى القاعدة المطالبة بها، ولا دليل على الانتقال إلى البدل، بلا فرق في ذلك بين السبب الجديد والفسخ.

هذا تمام الكلام في موارد النقل وحاصله:

أن تصرّف الغابن على أنحاء:

١ـ التصرّف بالنقل اللازم كالبيع اللازم والصلح.

٢ـ التصرّف بالنقل الجائز كالبيع الخياري والهبة.

٣ـ التصرف بفك الملك كالوقف والعتق.

٤ـ التصرف بما يمنع من الردّ كالاستيلاد.

وفي جميع ذلك لا يسقط حق المغبون في الفسخ إلا أنه ينتقل إلى البدل، ولا يلزم الغابن بالردّ حتى في مورد العقد الجائز.

المسألة السادسة: في تصرّف الغابن بغير النقل

إن تصرّف الغابن في العين بغير النقل على نحوين أساسيين:

الأول: أن لا يوجب التصرّف أي تغيير من الزيادة والنقص والامتزاج، ولا شك في رجوع العين إلى المغبون لو فسخ؛ فإن المقتضي لاسترداد العين موجود، والمانع مفقود.

الثاني: أن يوجب التصرّف التغيير في العين، وله أقسام ثلاثة كما جعله الشيخ قدس سره:

١ـ التصرّف بما يوجب النقيصة في المال.

٢ـ التصرّف بما يوجب الزيادة فيه.

٣ـ التصرّف بما يوجب الامتزاج.

أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة

أما التصرّف بالنقيصة، فهو على أنحاء أيضاً:

الأول: أن يوجب النقص في الأجزاء، وفي مثله يردّ ما بقي من العين، ويعطى المغبون عوض ما يقابل النقص، فأثر الفسخ في هذا النحو هو ردّ العين، وردّ بعض الثمن المقابل للنقص.

الثاني: أن يوجب النقص في وصف الصحة، كما لو صار الحيوان معيباً بسبب تصرّف الغابن.

الثالث: أن يوجب النقص في وصف الكمال، كما لو كان المبيع عبداً

كاتباً، فنسي الكتابة وقت الفسخ.

ظاهر مراد الشيخ واختياره

والظاهر أن مراد الشيخ قدس سره من قوله: (فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش)، هو القسم الثاني، ومن قوله: (وإما أن يكون مما لا يوجبه)، هو القسم الثالث؛ لأنه عبّر بالأرش، وهو لا يكون إلا في موارد العيب، والعيب فقد وصف الصحة.

وعليه فيكون رأي الشيخ قدس سره فيهما الحكم بالضمان فيما يوجب النقص في وصف الصحة؛ حيث قال: (فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفائت مضمون بجزء من العوض..)، والحكم بعدم الضمان فيما يوجب النقص في وصف الكمال؛ حيث قال: (وإن كان مما لا يوجب شيئاً، ردَّه بلا شيء)[1].

ولكن مجرد تعبيره بذلك لا يوجب الجزم بأنه المراد؛ لأنه وإن كان ذلك كذلك في ما يوجب الأرش، إلا أن في نسبة عدم الضمان - في موارد فقد وصف الكمال - إلى الشيخ قدس سره إشكالاً.

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ

وكيف كان، فإن كان مراده ما ذكرناه فيرد عليه إشكالان:

الأول: أن ما أفاده قدس سره في فقْدِ وصف الصحة على طبق قاعدة الفسخ، ولكن ما أفاده في فقْدِ وصف الكمال فعلى خلافها؛ لأن مقتضاها أن

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

يكون المردود نفس ما نقل بالبيع، وإن كان ناقصاً ردّ مع جبران النقص، والحال أن المنقول هو العبد بوصف الكتابة، والمردود هو العبد بدونها، فما أرجع غير ما نقل، ولم يجبر النقص، فما أفاده من التفصيل بين الموردين غير تام[1].

الثاني: قال الشيخ قدس سره في تعليله للحكم بالأرش في فقد وصف الصحة: (كما هو مقتضى الفسخ؛ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض،

---

(١) أورد بعض حضار مجلس الدرس كلام المحقق الخراساني قدس سره: (وأما إذا كان بإزاء صفة الصحة، وإحداث عيب فيها، ففي الأرش إشكال؛ من ثبوته فيما ظهر المبيع معيباً، ومن أن الثمن بتمامه إنما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئاً منه بإزاء صحتها، وإن كانت موجبة لزيادة قيمتها، كسائر الأوصاف، وإنما كان ثبوت الأرش عند فواتها في عيب المبيع دونها تعبّداً لأجل دليل خاص). حاشية المكاسب: ١٩٣.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأنا لا نقول بأن الحكم هنا هو الحكم في خيار العيب حتى يقال: بأن الأرش في خيار العيب إنما كان للنص الخاص، ولا نص في المقام.

وإنما نقول: بأن ردّ العين في المقام بدون الجبران على خلاف قانون الفسخ؛ فإن قانونه أن يرجع كل من العوضين إلى صاحبه كما انتقل عنه، فعلى الآخذ أن يردّ نفس ما أخذه، فإذا أخذ الصحيح ردّ الصحيح، وإذا أخذ الكامل ردّ الكامل، وأما إذا أخذ العبد بوصف كونه كاتباً وردّه بدون الكتابة، وأخذ العوض كاملاً، ولم يجبر النقص، كان على خلاف قانون الفسخ بأن يردّ ما أخذه.

فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدله).

وظاهر هذا الاستدلال أنه جعل الثمن في مقابل العين والوصف، بحيث يكون للوصف جزء من الثمن، بينما الأوصاف مطلقاً، سواء أكانت أوصاف صحة أو كمال، لا تقابل بالمال، ولا يكون في مقابلها جزء من الثمن، وإن كان لها تأثير في زيادته، بمعنى أن الثمن يقابل العين وأجزائها، فيقسط الثمن عليها بحسب أجزائها، وأما الأوصاف فتوجب ارتفاع ثمن العين ونقصانها، فالثمن يقابل العبد إلا أن العبد إذا كان كاتباً كانت قيمته أعلى من العبد إذا لم يكن كاتباً، والعبد إذا كان سليماً كانت قيمته أعلى مما إذا كان معيباً، ومع وضوح ذلك لا يتمّ استدلال الشيخ قدس سره؛ لأنه أوجب الأرش بمقتضى قانون التبعيض في الثمن، والحال أن هذا القانون يأتي في الأجزاء لا في الأوصاف.

الحق في المسألة

والحق في المسألة أن يضمن ما نقص مطلقاً في الأقسام الثلاثة؛ وذلك لما قلناه سابقاً: من أن مقتضى قانون الفسخ أن يردّ ما أخذه؛ فإن يد الغابن يد ضمان وليست مجانية، فإن فسخ المغبون وكانت العين موجودة بنفسها سلّمها له، وإن كانت تالفة ضمن بدلها، وإن كانت ناقصة بعض أجزائها نقص من الثمن بنسبته، وإن كانت ناقصة بعض أوصافها أرجعها مع ما به التفاوت ما بين الواجد والفاقد؛ فإن الثمن في المعاملة وإن لم يكن في مقابل الأوصاف، إلا أنه وقع في مقابل العين

مع أوصافها، فالذي وقع تحت استيلاء الغابن هو العبد الكاتب، لا العبد مجرداً عنها، أي العبد الذي قيمته ألف دينار، لا العبد الذي قيمته ثمان مائة دينار فعليه الضمان.

والحاصل: أنه لا بدّ من أداء ما به التفاوت بمقتضى قانون الفسخ، وبمقتضى أن هذا المال كان مضموناً بالضمان المعاوضي في برهة، وبضمان اليد في برهة أخرى؛ لعدم انحصار الضمان في اليد العدوانية، بل أحد أسبابه اليد غير المجانية، وهو المراد في المقام.

تصرف الغابن بالإجارة

ألحق الشيخ قدس سره بالتصرف الذي لا يوجب التغيّر إجارة العين، فلو فسخ المغبون العقد فوجد العين مستأجرة رجعت العين له مسلوبة المنفعة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ[1].

واحتمل ما ذهب إليه المحقق القمي رحمه الله من انفساخ الإجارة في بقية المدة[2].

ونقل عن العلامة رحمه الله في القواعد: أن الأجرة للغابن المؤجر، ووجب عليه للمغبون أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ[3].

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

(٢) جامع الشتات ٣ : ٤٣١-٤٣٢، المسألة ٢٠٣.

(٣) القواعد ٢ :٩٦.

وجوه المسألة

ففي المسألة ثلاثة أوجه:

مختار الشيخ

الوجه الأول: ما اختاره الشيخ قدس سره، ودليله على ذلك: أن المنفعة من الزوائد المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للغابن؛ فإنه حين الإجارة كان مالكاً للعين، وكل من يملك العين يملك منفعتها إلى الأبد؛ فإن المنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمان ملك منفعة العين بأسرها، فتصحّ الإجارة بمقتضى الدليل الخاص والعام، فينتقل ملك المنفعة إلى المستأجر، ويملك الغابن المؤجر مال الإجارة الذي هو عوض المنفعة المملوكة له، فإذا فسخ المغبون حينئذٍ عادت له العين مسلوبة المنفعة، وهذا النقص لا يوجب الأرش.

مختار المحقق القمي

الوجه الثاني: ما اختاره المحقق القمي قدس سره من انفساخ عقد الإجارة في بقية المدة؛ لأن المنفعة تابعة للعين، فإن كانت ملكية العين مستقرة كانت ملكية منفعتها كذلك، وإن كانت ملكية العين متزلزلة كانت منفعتها كذلك، وبما أن ملكية العين في المقام متزلزلة؛ بسبب خيار الغبن فملكية المنفعة كذلك، فإذا فسخ المغبون العقد انفسخت الإجارة.

إشكال الشيخ على المحقق القمي

وأجاب عنه الشيخ قدس سره: بأن ملكية المنفعة وإن كانت تابعة لملكية العين، إلا أن تزلزل ملكيتها غير تابع لتزلزل ملكية العين؛ فإن تزلزل ملكية العين يدور مدار وجود الخيار، وهو موجود في المقام حسب

الفرض، وأما المنفعة، فإن كانت من الزوائد المتصلة فهي تابعة للعين؛ لكونها جزءاً منها، وإن كانت من الزوائد المنفصلة، فلا دليل على تبعيتها للعين في التزلزل.

وعليه فبما أن الغابن يملك العين فهو يملك المنفعة إلى الأبد مثل بقية الأملاك ذات الملكية المستقرة، فإذا أجّرها فهو يملك الأجرة، وليس للمغبون بعد الفسخ إلا العين.

مختار العلامة

الوجه الثالث: ما ذهب إليه العلامة رحمه الله في القواعد، والوجه فيه: أن الإجارة محكومة بالصحة بمقتضى القاعدة؛ لأن الغابن يملك العين ومنفعتها حينها، إلا أن ملكيته المستقرة لها تستمر إلى حين الفسخ، وما بعده، وإن كان يملكها فعلاً إلا أنها متعلّقة لحق المغبون؛ إذ لا معنى لأن ترجع له العين مسلوبة المنفعة، وبما أنه فوّت عليه المنفعة في المدة الباقية وجب عليه إعطاؤه أجرة المثل لها، فالجمع بين الحقين يقتضي أن تصحّ الإجارة، وأن يضمن المدة الباقية بعد الفسخ[1].

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة: أن ما أفاده الشيخ قدس سره من أن الغابن يملك المنفعة إلى الأبد؛ لأنه يملك العين، وملكيتها تقتضي ذلك فهو على مقتضى الصناعة، إلا أن هنا أمراً آخر ينبغي ملاحظته وتحقيقه، وهو

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

الضمان المعاوضي بالبيع الأول، فنقول:

إن العقود على قسمين:

الأول: ما لا ضمان في صحيحه، كالهبة؛ فإن الواهب يملّك المال للموهوب مجاناً، وبلا عوض.

الثاني: ما فيه الضمان، وهو ما فيه معاوضة، فيكون مبنياً على الضمان؛ أي أن نفس العقد يقتضي الضمان، كالبيع؛ بمعنى أن كلاً من المتبايعين أخرج المال من كيسه بضمان العوض والبدل، فيسمى هذا الضمان، الضمان المعاوضي، في مقابل الضمان الحاصل من استيلاء اليد، فإن كان البيع صحيحاً كان الضمان بالمسمّى، وإن كان فاسداً كان الضمان بالمثل أو القيمة.

ومن هذا القسم الإجارة، فإن كانت صحيحة كان الضمان بالأجرة المسماة، وإن كانت فاسدة كان الضمان بأجرة المثل.

هذه هي القاعدة في العقود المعاوضية، وحينئذ فما دام العقد موجوداً فهو يقتضي أن تكون ملكية العوضين للطرفين على التبادل، بمعنى أن كل واحد منهما يملك ما عند الآخر في مقابل ما يعطيه له من العوض، فإذا فسخ أحد الطرفين، فالعقد يقتضي بذاته أن يرجع ما انتقل منه بالمعاوضة إليه، فإن كان موجوداً فبنفسه وإلا فببدله؛ بدليل أنه لو تلف في يد الغابن كان من ماله، فإذا فسخ المغبون أعطاه الغابن بدله اتفاقاً.

وحينئذٍ، فحلّ المسألة في هذه النكتة: أن مقتضى العقود المعاوضية

أن العقد ما دام موجوداً، فكل عوض محفوظ ببدله، فإذا انفسخ العقد عاد العوض إلى محلّه على ما كان عليه، فبما أن العين عند المعاملة لم تكن مسلوبة المنفعة، فإرجاعها بعد الفسخ مسلوبة عنها على خلاف قانون الضمان المعاوضي وحقيقة الفسخ؛ فلا بدّ أن ترجع بنحو ما كانت عليه.

فالجمع بين الأدلة يقتضي القول بصحة الإجارة، وأن الأجرة ملك للغابن، ولكن بما أن المنفعة في مدة الإجارة قد تلفت على المغبون، ولم يمكن ردّها مع العين، فلا بدّ من تقويم العين مع المنفعة، وتقويمها مسلوبتها، وضمان ما به التفاوت؛ بمقتضى قانون الفسخ، والضمان المعاوضي[1].

---

(١) أورد بعض الحضور إشكال المحقق الأصفهاني تغمّده الله في المقام الذي أثبت فيه من خلاله أن الفسخ لا يقتضي إلا رجوع العين بما لها من الخصوصيات حال الفسخ، لا حال العقد، ونص كلام المحقق الأصفهاني تغمّده الله هو:

(وأما كون المعقود عليه منوطاً به فلا يخلو - كما مرّ مراراً - من أحد أنحاء الإناطة، إما إناطة المعلق بالمعلق عليه، ومقتضاه دخله في ثبوت الملكية المتعلقة بذات العين، ولا يعقل دخل مثله في المتعلق، وإما إناطة المقيد بقيده، وهي وإن كان تقتضي المقومية للمبيع إلا أن المبيع الشخصي لا يتجاوز حدّه ولا يتخطى خطه الوجودي، فلا يتضيق به دائرته بوجوده، ولا يتسع بعدمه، فلا معنى للتقييد بهذا الوجه إلا في الكليات القابلة للتوسعة والتضييق، وإما إناطة البيع بشرط، وهو الالتزام في ضمن الالتزام الذي لا يوجب تخلفه إلا الخيار، ومقتضاه أيضا خروج

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة

وأما التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة فهو على نحوين:

النحو الأول: الزيادة الحكمية

ولها صورتان:

الأولى: أن لا يكون للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فلا توجب شيئاً؛ لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الثانية: أن توجب ارتفاع القيمة كما لو اشترى العبد فعلّمه الكتابة أو صنعة، وهي محل بحث بين الأعلام، وفيها أقوال:

الأقوال في الزيادة الحكمية

القول الأول

الملتزم به في المبيع.

ومنه تعرف أن الفسخ لا يقتضي إلا رجوع العين بما هي عليه حال الفسخ تبعاً كما كانت الأوصاف الموجودة حال العقد تتبعها في الملكية ، فافهم جيداً).

فنقض عليه الشيخ الأستاذ دام ظله: بما لو باع الحيوان بالمعاملة الغبنية، وكان المغبون هو البائع، فاستفاد منه الغابن إلى أن زال عنه وصف الصحة أو الكمال، وصارت قيمته أقل من ثمنه الواقع في المعاملة الغبنية، ثم فسخ المغبون، فهنا يلزم على كلام المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته: أن يردّ المغبون مال الغابن كاملاً تاماً، لا ينقص منه شيء، ولكنه يأخذ العوض - الحيوان في المثال - بأقل من قيمته في المعاملة الغبنية، يعني يأخذ أقل مما دفعه.

ولحل المطلب مقام آخر.

ما استظهره الشيخ قدس سره من ثبوت الشركة في العين بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوّم العين معها وبدونها، وتؤخذ النسبة بين الواجد والفاقد، فيكون شريكاً بمقدار النسبة، فلو كانت قيمته بدون الكتابة خمس مائة دينار، وقيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في النصف، وهكذا..[1]

فإن كان مراده قدس سره كما استظهره الفقيه السيد اليزدي قدس سره وغيره من أنه أراد الشركة في العين بالنسبة[2] فالإشكال فيه واضح؛ لأن الشركة في العين تقتضي تبدّل المالك والمملوك والملكية، فيحتاج ذلك إلى دليل مفقود.

القول الثاني

ما عن الشهيد الثاني قدس سره من أن له أجرة عمله.

وفيه: أنه لا معنى للأجرة؛ لأنه إنما عمل في ماله وملكه، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره.

وبعبارة أخرى: إن الأجرة لا تكون إلا بعقد الإجارة، أو بالقيام بعمل يقتضي الأجرة، وكلاهما منتفيان، أما الأول فواضح، وأما الثاني؛ فلأن عمله في ماله، فلا يستحق على غيره شيئاً.

القول الثالث

الشركة في المالية التي تبنّاها عدّة من الأعاظم في موارد متعددة من

---

(١)المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي قدس سره على المكاسب ٢: ٥٥٦.

الفقه، وحاصلها: أن لا يكون الغابن شريكاً للمغبون في عين المال، بل في ماليته الاعتبارية بنسبة تلك الزيادة، فلو كانت قيمته بدون الزيادة بخمس مائة دينار، وصارت قيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في نصف القيمة، بحيث يبيعها ويعطيه النصف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الشركة في المالية

وقد وقع هذا القول موقع الإشكال، فأورد عليه المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته: بأن الشركة في المالية والقيمة إما أن تكون بتبع الشركة في العين، بمعنى أن تحصل الشركة في العين، وبالتبع تحصل في المالية، وإما أن تكون بالاستقلال، والأول غير معقول هنا؛ لأن العين مختصة بمالكها، والشركة فيها يحتاج إلى سبب، ولم يوجد سبب من الأسباب المملّكة بالنسبة إليها بعد الفسخ.

والثاني لا معنى له؛ لأن الشركة بالاستقلال لا تكون إلا في الأمور الخارجية، كأن تحصل الشركة في أرض أو متاع خارجي، ولا تقع في الأمور الاعتبارية، والمالية أمر اعتباري.

نعم، حيث إن العين لا بدّ من رجوعها بما هي عليه من الأوصاف المقوّمة للمالية حال الفسخ، وهذا الوصف الموجب لزيادة قيمتها زائد على تلك الأوصاف، فالمالية الزائدة غير القابلة للانفكاك عن العين تكون كالشركة، من حيث الإشاعة التي لا تنفك إلا بعد الإفراز، فهذه المالية الزائدة تكون لمن أحدثها في العين العائدة[1].

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته ٤: ٢٩٧ - ٢٩٨.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

ولا يخفى أن إشكاله قدس سره - لو تمّ - لكان سارياً في جميع موارد الشركة في المالية، ولكنه مردود:

أولاً: بأن مبناه أن كل واحد من العوضين بما له من الخصوصية عند الفسخ يرجع إلى من انتقل منه بالمعاملة الغبنية، ومختاره أن الخصوصية الطارئة أمر زائد، فيكون متعلّقاً لحق الغابن، والسؤال:

بما أن المالية التي حصلت في العين بسبب وصف الكتابة حق للغابن، فهي إما مفروزة أو مشاعة، ولا سبيل إلى الاحتمال الأول، فيتعيّن الثاني؛ لعدم وجود مالية مفروزة معينة في العين؛ لأن العين وإن كانت قيمتها بحسب أوصافها، إلا أنها غير معيّنة من حيث مقابلتها بأوصافها؛ لأن الأموال في مقابل الأعيان، لا في مقابل الأوصاف، وإنما الأوصاف واسطة في زيادة مالية العين، فللعين الفاقدة للوصف قيمة محددة مقدرة، وللواجدة ضعف قيمتها مثلاً، ولا توزّع القيمة بحيث جزء منها في مقابل العين والأوصاف الموجودة من السابق، والجزء الآخر في مقابل الوصف الجديد، الكتابة في المثال.

وبعبارة مختصرة: أن القيمة في مقابل الأعيان لا الأوصاف.

وعليه: بما أن المالية التي أحدثها الغابن في مقابل وصف الكتابة ليست مفروزة ولا معيّنة، يتعيّن أن تكون مشاعة؛ إذ لا واسطة بينهما.

وثانياً: بأن دعواه بانحصار الشركة في المالية في الخارجيات بلا

دليل؛ فإن الشركة في المالية وإن كان ثبوتها في الخارجيات أمراً مسلّماً، إلا أن نفيها عن الأمور الاعتبارية يحتاج إلى دليل؛ فإن دعوى النفي - كدعوى الإثبات - لا بدّ لها من دليل.

وأما الدليل على ثبوتها في المالية، فهو قيام السيرة العقلائية القطعية على ذلك؛ فإن هذه الخصوصية التي حصلت في المال عند الغابن - سواء أكانت بفعله، كما لو علّم العبد الكتابة أو الصنعة، أم كانت من غير فعله كأن تعلّمها العبد بنفسه - حصلت في ملكه، وعندما حصلت في ملكه لا يمكن أن تكون هذه الصفة بلا مالك؛ فإن العبد لما كان في ملكه كان في ملكه بجميع أوصافه، ولا يخلط بين كون الوصف مملوكاً للمالك، وبين عدم جعل جزء من الثمن في مقابله؛ فإن الأوصاف - كالأعيان - مملوكة لملاك الأموال، فكما أنه يملك العين فهو يملك أوصافها، فيكون هذا الملك طرف إضافة للغابن، فيلزم إما أن يكون شريكاً في العين أو في ماليتها، وسلب حقه عنها على خلاف السيرة العقلائية القطعية.

وبعبارة أخرى: إن ثبوت الحق في هذه العين بعد حدوث الوصف في ملكه، مما لا إشكال فيه، وللعين حيثيتان، حيثية الذات والعينية، وهي الأمر الخارجي، وحيثية المالية، وهي الأمر الاعتباري، وبما أن متعلق الحق ليس هو الأمر الخارجي؛ بمقتضى الدليل المتقدم، فيتعيّن أن يكون الأمر الاعتباري، وبما أنه غير مفروز فهو مشاع، وهذا هو معنى وحقيقة الشركة في المالية في جميع مواردها.

خلاصة البحث وبيان المختار

فيتلخّص مما تقدم: أن العين إذا زادت زيادة حكمية، وفسخ المغبون كان الغابن شريكاً له في المالية، لا في نفس العين، كما هو المستظهر من كلام الشيخ قدس سره، ولا أن له الأجرة كما هو رأي الشهيد الثاني قدس سره.

النحو الثاني: الزيادة الخارجية

كأن يشتري الغابن أرضاً فيغرسها، وفي المسألة ستة أقوال، إلا أن أهمها ما ذكره الشيخ قدس سره وهي ثلاثة:

القول الأول

أن المغبون مسلّط على القلع بلا أرش[1]، والدليل عليه أمران:

الأول: أن صفة كونه منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض موجباً للزيادة في القيمة، فلصاحب المكان أن يقول له ارفع متاعك من الأرض، ولا حق للآخر

---

(١) نسبه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥ : ١٩٥، إلى العلامة في المختلف، في الشفعة، قال العلامة في المختلف ٥ : ٣٥٦: (والمختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك، وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك، وطم الحفر؛ لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره، فعليه أرش ما ينقص بذلك، كما لو أراد كسر القدر؛ لتخليص رأس دابته).

في الامتناع.

الثاني: أن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، فله الحق في البقاء ما دام في ملكه، وأما بعد انتقاله عن ملكه فلا دليل على استحقاقه لبقاء الغرس.

القول الثاني

عدم تسلّط المغبون عليه مطلقاً[1].

والدليل عليه أمران:

الأول: أن الشجر الذي غرسه الغابن قبل الفسخ ليس بحكم المال في الدكان؛ لأن النسبة بين الشجرة المغروسة والشجرة المقلوعة نسبة التباين تقريباً، ونسبة الحي إلى الميت، بخلاف المتاع في الدكان، بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان.

الثاني: مفهوم ما روي عنهم عليهم السلام «ليس لعرق ظالم حق»[2]؛ فإن مفهومه أن لعرق غير الظالم حقاً، والغابن لما غرس الشجر في الأرض كانت الأرض ملكاً له، فتصرّفه فيها كان عن حق، وعرق كل ذي حق محترم شرعاً.

ونتيجة هذين الوجهين: أنه ليس للمغبون حق في قلع شجر الغابن.

القول الثالث

---

(١) نسبه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥ : ١٩٥، إلى المشهور.

(٢) الوسائل، الباب ٣٣ من أبواب الإجارة، الحديث ٣.

ما اختاره الشيخ قدس سره واعتبره مقتضى التحقيق، من تسلّط المغبون على قلع الشجر مع ضمانه للغابن الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمته منصوباً مغروساً وقيمته مقلوعاً[1].

وتوضيح دليله قدس سره: أن ما يملكه الغابن هي الشجرة قائمة في الأرض، وقد غرسها لما كانت الأرض ملكاً له، ولما فسخ المغبون العقد عادت الأرض إلى ملكه من دون الشجر المغروس فيها، ومن حق المغبون تخليص ماله عن مال صاحبه، فباعتبار أن الأرض ملكه وله تخليص ماله عن مال صاحبه يجوز له قلع الشجر، وباعتبار أن الغابن يملك الشجرة قائمة، لا مقلوعة فله الأرش، وهو ما به التفاوت بين الشجرة قائمة ومقلوعة.

تحقيق المحقق الرشتي في المسألة

وذهب المحقق الرشتي قدس سره إلى ما ذهب إليه الشيخ قدس سره، من جواز القلع، مع الأرش، واستدل على كلتا الجهتين بما اقتضاه من التحقيق:

أما الجهة الأولى: ففي ثبوت الحق للمغبون في قلع الشجر، وبيانه:

إن ما يضعه الغابن في الأرض من الزرع على قسمين:

الأول: ما لم يبن فيه على البقاء في الأرض كزراعة النباتات والبقول؛ فإنه يضعه فيها لوقت محدود، وأمد معيّن.

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٧.

الثاني: ما يبنى فيه على البقاء كغرس الأشجار؛ إذ ليس له أمد، فيبني على بقائها ما دامت موجودة، عشرين عاماً أو ثلاثين أو أكثر.

فإذا كانت الأرض سالمة عن مزاحمة الحقوق، فلو غرس فيها غرساً لكان ذلك مبنياً على الدوام قطعاً من غير إشكال، كما في أملاك الملاكين السالمين عن الحقوق، بمعنى أن الملك كان طلقاً لصاحبه، فإذا غرس ذلك المالك أشجاراً، ثم باع الأرض من دون أغراسها، فلا يجوز للمشتري قلع تلك الأغراس، التي بنيت حين غرسها على الدوام، ويستحق للبقاء أيضاً؛ لأن الأرض إنما اشتريت مشغولة بتلك الأشجار، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حينئذٍ.

وأما إذا كانت الأرض مشغولة لحق الغير، فالغرس فيها - مع اشتغالها في حق - لم يكن مبنياً على الدوام، كما إذا غرس فيها مع تعلق حق الشفيع والمغبون، فلصاحب الحق - حينئذٍ - سلطنة على قلع الغرس؛ لسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام، فيكون للمغبون في المقام سلطنة على القلع كالشفيع.

وهذا معنى قول الفقهاء قدست أسرارهم: إن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، أي أن الغرس وقع في أرض متعلّقة لحق المغبون، فلا يكون مبنياً على البقاء.

إن قلت: لو كان للمغبون سلطنة على القلع فقلع، للزم الضرر على الغابن.

قلت: بأن الضرر يتوجه على كليهما؛ فإن بقاء الغرس في الأرض

ضرر على المغبون أيضاً؛ فإن للأرض المشغولة بغرس الغابن قيمة مغايرة لقيمة الأرض الخالية منه.

وعليه فيتعارض الضرران؛ لأن كليهما مشمولان لقاعدة « لا ضرر »، وليس أحدهما بخارج منها، كما في تصرّف الغاصب، أو المشتري بعقد فاسد، فإذا تعارضا تساقطا ورجع إلى قاعدة « الناس مسلطون على أموالهم »، وهي تقتضي جواز إزالة الغرس عن ملك المغبون.

فالنتيجة: **أولاً**: أن للمغبون الحق في قلع الغرس؛ لعدم كون الغرس مبنياً على البقاء؛ لكون الأرض مشغولة لحق الغير.

وثانياً: ولو تنزّل عن ذلك، ولزم تضرر كل منهما، فالضرران يتعارضان فيسقطان، ومن ثَمَّ يتمسك بقاعدة السلطنة، وهي تثبت الحق للمغبون في قلع الغرس أيضاً.

ولا يقال: بأن القاعدة مقيدة بأن لا يكون ضرر على الغابن.

لأنه يقال: بأن ضرره سقط بالتعارض، فتسلم قاعدة السلطنة عن المعارض.

وأما الجهة الثانية: ففي وجوب الأرش على المغبون:

وقال فيها: ظاهر المشهور ممن تعرّض للمسألة وجوب إعطاء الأرش على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره؛ حيث كان المختار في الجهة الأولى جواز قلعه للمغبون، وعلّله صاحب الجواهر قدس سره بقوله:

(لأنه مقتضى الجمع بين الحقين)[١]؛ فإن من حق المغبون أن يخلّص ملكه من الغرس؛ إذ في بقائه ضرر عليه، وبما أن في قلعه ضرراً على الغابن، فمن حق الغابن أن يتدارك ما فاته، فيعطى الأرش.

وأورد على التعليل: بأن القول بجواز قلع الشجر إنما هو من جهة استلزام بقائه للضرر على صاحب الأرض، فلو قيل بلزوم الأرش على صاحب الأرض في صورة قلعه للزم الفرار من الضرر إلى ضرر آخر.

ولكن مقتضى القاعدة - بما أن البقاء ضرر على المغبون، والقلع ضرر على الغابن ويتعارض الضرران ويسقطان - الرجوع إلى قاعدة السلطنة، ومقتضاها سلطنة صاحب الأرض على جواز تصرّفه في أرضه كيف يشاء، وإن استلزم ضرراً على صاحب الغرس، ونتيجة ذلك عدم الأرش.

نعم، يمكن أن يستدل لقول المشهور - وإن لم ينصوا عليه - بقاعدة الإتلاف؛ فإن أقصى ما تدلّ عليه قاعدة السلطنة جواز إزالة الغرس، ولكنها ساكتة عن أنه مع وجوب الضمان أو بدونه، فلا ينافي جواز القلع مع الأرش؛ بقاعدة الإتلاف؛ فإن قلع الشجر إتلاف من المغبون لمال الغابن، ومن أتلف مال غيره فهو له ضامن، ولا تبرأ ذمته إلا بإعطاء الأرش.

إن قلت: بعدم جريان قاعدة الإتلاف؛ لإذن الشارع بقلعه، وإذن المالك الحقيقي به يرفع الضمان، كما لو أذن المالك بإتلاف ماله.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٦.

قلت: إن إذن الشارع إنما يقتضي عدم حرمة الإتلاف، وجواز إزالة ملك الغير عن ملكه، ولا تنفي الضمان، ولا سببية الإتلاف له، كما هو الحال في موارد جواز الأكل من مال الغير في أيام المخمصة[1].

المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي

وفي تحقيقه مواقع للنظر:

الأول: أن المورد ليس من موارد التعارض؛ حيث إن التعارض عبارة عن تنافي الدليلين في مدلولهما، وليس هاهنا إلا دليل واحد وهي قاعدة لا ضرر.

الثاني: قوله - لإثبات أن الغرس ليس مبنياً على البقاء في صورة تعلّق الحق، فيكون لصاحب الحق - حينئذٍ - سلطنة على قلع الغرس - بسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام.

يرد عليه: **أولاً**: أن مقتضى كون حقه غير مبني على الدوام أن يكون محدوداً بفسخ المغبون، وحينئذٍ ينتفي حقه بعد الفسخ، فكيف يقال بتقديم حق المغبون على حق الغابن مع انتفاء حق الثاني، والتقديم فرع وجود كليهما؟

وبعبارة أخرى: إن التقدم بالسبق الزماني في موارد التزاحم يتوقف على مقدمتين:

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٨٥ - ٤٨٨.

الصغرى: وجود الحقين.

الكبرى: الترجيح بالسبق الزماني.

أما الكبرى، فقد اختلفت فيها الأنظار، ورأينا عدم الترجيح به؛ إذ في حال عدم وجود المسبوق، لا وجود للمزاحم للأسبق، وفي حال وجود المسبوق، فهما موجودان معاً، ويكونان متزاحمين بقاء، ولا دليل عقلاً ولا شرعاً على ترجيح أحدهما على الآخر بمجرد كونه أسبق زماناً، ولا مرجح آخر في البين؛ لانتفاء الأهمية حسب الفرض.

وأما الصغرى، فلا وجود للحقين معاً؛ لأن حق الغابن - كما اعترف به - محدود بالفسخ؛ بمقتضى تعلّق حق المغبون، فينتفي حقه بمجرد فسخ المغبون.

فالقول بأن حق الغابن محدود بالفسخ، والغرس غير مبني على الدوام، والقول بتقديم حق المغبون لكونه أسبق، جمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنه قدس سره قال: بأن غرس الغابن في الأرض غير مبني على الدوام، والمراد من ذلك - كما بيّنا - أنه لا حق للغابن بعد الفسخ، فما معنى تعارض الضررين إذن؟!

وبعبارة أخرى: إن تعارض الضررين إنما يكون في مورد وجود الحقين؛ إذ الجمع بين الحقين يقتضي تعارض الضررين، وبما أن حق الغابن محدود بوجود مالكيته، فهو محدود بالفسخ، فلا حق له بعده، ومع عدم وجود الحق حينئذٍ لا يكون الضرر الوارد عليه وارداً بلا حق، حتى ينفى بقاعدة « لا ضرر »، فلا معنى لتعارض الضررين.

النظر الثاني: ما أفاده قدس سره من التمسك بقاعدة الإتلاف لإثبات الأرش غير تام؛ لأن أصل وجود الغرس في الأرض وإن كان ناشئاً عن حق؛ لوقوعه في ملكه قبل الفسخ، إلا أن الغرس في المقام غير مبني على البقاء كما اعترف به، وتقدم معناه، فيكون بقاؤه في أرض المغبون بعد الفسخ بلا وجه حق، فلا تشمله قاعدة الإتلاف؛ لكون موضوعها مال الغير، وحق الغير، والغرس بعد الفسخ وإن كان ملكه إلا أن بقاءه في أرض المغبون لم يكن عن حق، فالإتلاف الحاصل لتخليص الأرض المغبون فيها غير مشمول لقاعدة الإتلاف.

وأما ما أفاده من التنظير بأكل مال الغير في المخمصة فقياس مع الفارق؛ لأن آية ﴿ إلا ما اضطررتم ﴾[1]، وحديث: «رفع ما اضطروا إليه»[2] إنما يرفع الحكم التكليفي، لا الوضعي، فيرفع حرمة إتلاف مال الغير بأكله أيام المخمصة تكليفاً، وأما وضعاً فهو محكوم بالضمان؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير فتشمله قاعدة (من أتلف مال غيره فهو له ضامن).

وبعبارة أخرى: إن المقتضي للضمان موجود، والمانع منه مفقود، لكون المانع من طرف جواز الأكل ليس حكماً وضعياً، ولكن للمغبون في ما نحن فيه حقاً وضعياً؛ لكون بقاء الشجرة في ملك المغبون من

---

(١) سورة الأنعام: ١١٩.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

زمان الفسخ لم يكن عن حق، فالقياس على تلك المسألة باطل.

فما أفاده المحقق الرشتي تدثّل لتثبت ما أفاده الشيخ تدثّل في كلتا الجهتين ممنوع.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام

أفاد المحقق الخراساني تدثّل في حاشيته تحقيقاً رشيقاً ينحل إلى أمرين:

الأمر الأول: الإشكال على الشيخ تدثّل، وحاصله:

أن تخليص كل من الغابن والمغبون ملكه من مال صاحبه حق له ما لم يستتبع ضرراً على الآخر، وتخليص الأرض بقلع الشجر مستتبع للضرر على الغابن، وتخليص الشجر من الأرض مستتبع للضرر على المغبون، والأرش إنما هو تدارك للضرر الحاصل، فيكون الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوقاً للحكم بجواز الإضرار مع التدارك، بينما المنفي والمرفوع بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » هو جواز الإضرار، ولا تثبت الإضرار مع الأرش.

فعمل كل من الغابن والمغبون على خلاف « لا ضرر ولا ضرار ».

الأمر الثاني: مختاره في المقام، وبيانه: أن يحكم ببقاء الغرس في الأرض بالأجرة، ولا يعدُّ ذلك إضراراً بمالك الأرض ليرد الإشكال الوارد على الشيخ تدثّل؛ لأن استيفاء المنفعة بالأجرة نحو من أنحاء الانتفاع بالأرض.

نعم، إلزام المغبون بإبقاء الشجر في الأرض مع إعطائه الأجرة

موجب لتحديد سلطنته، وقبض يده عن إعمالها، فيخالف قاعدة « الناس مسلطون على أموالهم »، ولكن لا ضير فيه؛ لأن قاعدة السلطنة - كسائر الأحكام الشرعية - محكومة بـ« لا ضرر »، فتتضيق سلطنة المالك فيما لو صارت منشأ للإضرار.

لا يقال: بأن إبقاء الشجر في الأرض، وحجر المغبون، وعدم تسلّطه على تخليص أرضه ربما يسبب الإضرار بها كنقصان قيمتها، لا مجرد الحرمان من إعمال السلطنة.

فإنه يقال: بأن الضرر على نحوين:

الأول: ما يكون موضوعاً لقاعدة الضرر، فينفى بها.

الثاني: ما يكون معلولاً لقاعدة نفي الضرر، بمعنى أنه ينشأ من قبل حجر المالك؛ استناداً لقاعدة نفي الضرر، فلا ينفى بها.

وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ إذ هو نتيجة جريان « لا ضرر »، ومحال أن تنفيه القاعدة؛ لأنها لا تنفي إلا ما كان في رتبة متقدمة عليها، بحيث تنفي الضرر الحاصل، وأما الضرر المعلول لها، فهو في رتبة متأخرة عنها، فمحال أن تنظر إليه وينفى بها.

ويشهد على ذلك نفس رواية « لا ضرر »؛ فإن سمرة بن جندب لما أصرّ على عناده، قال الرسول صلى الله عليه وآله: « اقلعها وارم بها وجهه »[1].

---

(١) حاشية المحقق الخراساني قدس سره على المكاسب: ١٩٤ - ١٩٥.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

وما أفاده ﷺ وإن كان في غاية القوة والمتانة، إلا أن ما أفاده من الإشكال على الشيخ ﷺ بأن الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوق للحكم بجواز الإضرار وتداركه، وهو مخالف لما يستفاد من « لا ضرر ولا ضرار »؛ لنفي جواز الإضرار بالجملة الثانية فنقول فيه:

بأن هذا المعنى بنفسه قد أورده الشيخ ﷺ في قاعدة « لا ضرر »، إشكالاً وجواباً؛ حيث قال فيها أولاً: (إن المعنى بعد تعذر إرادة الحقيقة: عدم تشريع الضرر، بمعنى أن الشارع لم يشرّع حكماً يلزم منه ضرر على أحد، تكليفياً كان أو وضعياً).

ثم ساق أمثلة في ذلك منها: (فلزوم البيع مع الغبن حكم يلزم منه ضرر على المغبون فينفى بالخبر...، وكذلك وجوب الوضوء على من لا يجد الماء إلا بثمن كثير).

إلى أن قال: (ومنه: براءة ذمة الضار من تدارك ما أدخله من الضرر، إذ كما أن تشريع حكم يحدث معه الضرر منفي بالخبر، كذلك تشريع ما يبقى معه الضرر الحادث، بل يجب أن يكون الحكم المشروع في تلك الواقعة على وجه يتدارك ذلك الضرر كأن لم يحدث.

إلا أنه قد ينافي هذا قوله: « لا ضرار »، بناء على أن معنى الضرار المجازاة على الضرر . وكذا لو كان بمعنى المضارة التي هي من فعل الاثنين؛ لأن فعل البادئ منهما ضرر قد نفي بالفقرة الأولى، فالضرار المنفي بالفقرة الثانية إنما يحصل بفعل الثاني.

وكأن من فسره بالجزاء على الضرر أخذه من هذا المعنى، لا على أنه معنى مستقل)[١].

فمن كان هذا مبناه في المنفي بـ« لا ضرار »، من أنها تنفي المجازاة على الضرر، لا يمكن أن يستند في وجوب الأرش في المقام إلى قاعدة نفي الضرر والضرار؛ لأن الحكم بجواز قلع الغرس مع إعطاء الأرش هو لزوم تدارك الضرر ومجازاته، والقاعدة لا تنفي مجازاة الضرر، فلا يمكن أن يكون مستند لزوم إعطاء الأرش هي قاعدة لا ضرر.

وإنما مستنده في الحكم بجواز القلع قاعدة السلطنة، فلكل من المالكين تخليص ملكه من مال الآخر، فللغابن السلطنة على تخليص غرسه من أرض المغبون، وللمغبون تخليص أرضه من الغرس، وليس من حق الغابن أن يعترض؛ إذ لا يملك إلا الغرس منصوباً، ولا يستلزم ذلك أن يكون له الحق في إبقاء الشجر في الأرض وقد خرجت عن ملكه بالفسخ، إلا أن هذا التخليص يستتبع إتلاف الخصوصية في مال الآخر، فيضمنه بالإرش؛ لقاعدة إتلاف مال الغير؛ إذ بالقلع تلفت خصوصية كونه منصوباً، وقد صرح الشيخ قدس سره سابقاً: بأن جميع الأوصاف مضمونة، إلا أن الخلاف في ضمان جميع الأوصاف، أو خصوص ما يوجب فقده عيباً كوصف الصحة.

---

(١) فرائد الأصول ٢: ٤٦٠ - ٤٦١.

والحاصل: أن المستفاد من مجموع كلمات الشيخ قدس سره هو أن المستند لجواز القلع هي قاعدة السلطنة، ولوجوب الضمان بالأرش قاعدة إتلاف مال الغير.

فإذا كان هذا هو مستند الشيخ قدس سره، ولم يستند إلى قاعدة الضرر؛ لأن مبناه عدم تصحيحها لجواز الإضرار، كان إشكال المحقق الخراساني قدس سره على الشيخ رحمه الله بلا وجه.

وأما ما أفاده قدس سره في مختاره فهو ينحل إلى أمرين:

١ـ أن يلزم المغبون ببقاء الشجر في أرضه.

٢ـ أن يعطى الأجرة في مقابل البقاء.

والدليل على كليهما قاعدة « لا ضرر »؛ فإنها حاكمة على قاعدة السلطنة، فتقيد سلطنة المغبون في أرضه بأن لا يلزم منها الضرر، وبما أن قلع الشجر من أرضه يوجب الضرر على الغابن فلا يقلع، وبما أن إعطاء الأجرة للمغبون ينفي الضرر عليه، فيعطى الأجرة.

وفيه: **أولاً**: أن قاعدة « لا ضرر » وإن كانت حاكمة على قاعدة السلطنة، إلا أن أيّ حكم من الأحكام يحتاج إلى دليل، فما هو الدليل على إلزام المغبون بالرضا ببقاء الشجر في أرضه؟

وثانياً: أن حجر المغبون عن السلطنة على أرضه، يتوقف على ثبوت حق للغابن في الأرض بعد فسخ البيع؛ ليكون المورد أحد موارد « لا ضرر »، وهي حاكمة على قاعدة السلطنة، لكن ما هو الدليل المثبت لهذا الحق؟

وثالثاً: أفاد تدثر في الجواب على الإشكال - الذي أورده على نفسه: بأنه ربّما يوجب حجر المغبون ضرراً عليه -: بعدم البأس؛ لأن الضرر الناشئ من قبل حجر المالك بقاعدة نفي الضرر، لا ينفى بها، كما يظهر من رواية سمرة بن جندب.

وفيه: أنه لا بدّ من تحليل كون الضرر في قضية سمرة ناشئاً من ناحية « لا ضرر »، أو لا، وهذا يستدعي أن نذكر الرواية وهي:

(عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان، فكان يمرّ به إلى نخلته ولا يستأذن، فكلّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلما تأبّى جاء الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فشكا إليه وخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وآله وخبّره بقول الأنصاري وما شكا، وقال: إذا أردت الدخول فاستأذن، فأبى فلمّا أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذق يمدّ لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار »[1].

فالملاحظ أن بقاء الشجرة في الأرض ليس علة للضرر، ووجوب الاستئذان عند دخوله لها ليس علة للضرر، وإنما العلة للضرر هو جواز

---

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث٣.

دخوله إلى الأرض بدون استئذان، فهو المنفي بلا ضرر، ولا يلزم من رفعه ضرر حتى يقول المحقق الخراساني قدس سره بأن من جريان « لا ضرر » حصل ضرر.

وأما قلعها ورميها له فهو ليس من آثار جريان « لا ضرر »؛ فإن ملكية الشجرة في الأرض ليست علّة للضرر ولا معلولاً لها.

بل الشيخ قدس سره يصرح في رسالته في « لا ضرر »: بأن الملكية أمر وضعي ليست علة للضرر ولا معلولة له، ولا علة للحكم الضرري ولا معلولة له، ولم يعلّق عليه المحقق الخراساني قدس سره[1].

وأما ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من التوجيه: بأن ملكيته للشجرة علّة لدخوله بلا استئذان، فمن هذه الجهة صار علة للضرر.

فهو مردود؛ لأن ملكيته ليست علة للدخول بلا استئذان حتى يكون علة للضرر، بل تجرّيه ودخوله بلا استئذان هو علة الضرر.

والحق في المسألة: أن أمر النبي صلى الله عليه وآله بقلع النخلة ورميها إليه حكم سلطاني ولائي؛ بمقتضى ولايته صلى الله عليه وآله المطلقة على الأموال والأنفس، الثابتة له بمقتضى قوله تعالى: ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾[2].

المناقشة في كلام الشيخ

هذا ما يرجع إلى مبنى المحقق الخراساني قدس سره وإلى إشكاله على

---

(١) رسالة لا ضرر : ٢٠٩.

(٢) سورة الأحزاب: ٦.

الشيخ قدس سره، وقد تبيّن ضعفهما، وأما بالنسبة إلى ما ذهب إليه الشيخ قدس سره فيرد عليه ما أوردناه على المحقق الرشتي قدس سره من أن الغابن بما أنه غرس الشجر في الملك المتزلزل، فليس غرسه مبنياً على البقاء، فلا حق له إلا ما دامت الأرض ملكه، بمعنى أنه يملك الغرس منصوباً كما قال الشيخ قدس سره، ولكن هذه الملكية - بصفة كونه منصوباً - مقيدة بما دامت الأرض ملكه، لا دائماً وأبداً، وبمجرد الفسخ ينتفي حقه في الأرض، فيجوز القلع بلا أرش[1].

فالنتيجة إلى هنا: أن ما أفاده الشيخ قدس سره محل إشكال، وأشكل منه ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره.

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال بما يوضح ما في المتن:

إن ملك الغابن للأرض محدود بالفسخ قطعاً؛ لأنه لا يخلو الأمر، إما أن يكون ملكه لها مهملاً من حيث لحاظ الفسخ، والإهمال باطل قطعاً، وإما أن يكون مطلقاً من حيث الفسخ، بمعنى أنه يملك الأرض مطلقاً، فسخ المغبون أو لم يفسخ، وهو باطل جزماً، فيتعيّن أن يكون ملكه محدوداً بالفسخ، فإذا كان ملكه محدوداً به، فحقه فيها يكون محدوداً به أيضاً، فإذا فسخ المغبون انتفى أيّ حق للغابن في الأرض، فلا يكون من حقه أن يبقى الغرس منصوباً فيها، فقول الشيخ قدس سره: بأن الغابن يملك الغرس منصوباً، صحيح، ولكن ليس دائماً بل محدوداً بالفسخ، فإذا فسخ المغبون صار هو المالك للأرض، وانتفى حق الغابن، فبمقتضى قاعدة السلطنة أن يعطى الأرض كما أخذت منه.

مبنى المحقق الأصفهاني في المقام

أفاد المحقق الأصفهاني تدّس ما حاصله: أن حيثية الملكية لها شؤون، ومن شؤونها سلطنة المالك على ملكه، ومقتضاها عدم جواز تصرّف الغير فيما يضاف إليه بدون إذنه.

وسلطنة المغبون على القلع والإبقاء بعنوانهما، سلطنة على مال الغير، فلا تجوز، وسلطنته على تخليص الأرض من الغرس الذي أفاده الشيخ تدّس وإن كان سلطنة على ماله، لا على مال غيره، بحسب عنوان التخليص، إلا أن التخليص فعل توليدي من القلع، أو أمر انتزاعي، ومنشأ انتزاعه القلع، فبقلعه الشجر يخلّص ماله منه، ولا يمكن استقلال التخليص بالتحصّل، والقلع تصرّف في مال الغير، فلا سلطان له عليه، وحيث لا سلطنة له على القلع، الذي هو الفعل المتولد منه التخليص، والتخليص لا يستقل بالتحقق، فلا محالة لا سلطان له عليه[1].

الإشكال على المحقق الأصفهاني

وفيه: أن المتيقن من ثبوت الحق للمغبون هو منع الغابن من التصرف في الأرض؛ فإن مقتضى سلطنته على الأرض أن يمنع الغير من التصرّف فيها، وأما قلع الشجر المغروس فهو تصرّف في مال الغير فلا يجوز، ونتيجة ما أفاده تدّس أن للمغبون أن يرضى ببقاء الشجر بالأجرة.

ولكن الحق عدم صحة ما أفاد، وتحقيق ذلك يتوقف على بيان معرفة حقيقة سلطنة الملاك على أموالهم، فنقول:

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني تدّس ٤: ٢٩٨.

في قاعدة السلطنة مبنيان أساسيان:

الأول: أن مدلول القاعدة هو تشريع أنواع التصرفات التكوينية والاعتبارية.

الثاني: أن مدلولها نفي حجر الملاك بالنسبة إلى تصرفهم في أموالهم، وعدم حق الغير من منعهم عنها، وليس مفادها تشريع التصرّفات، وإلا للزم أن يتمسك بها لتصحيح ما يشك في صحته من المعاملات، ولزم أن يتعارض مفادها مع مدلول أدلة المحرمات؛ إذ مقتضاها جواز شرب المملوك المحرم، وهو يعارض دليل تحريمه.

وبناء على هذا، فسلطنة المالك على ماله متقومة بأمرين: دفع المزاحم، ورفعه، فانتفاء القدرة عليهما مساوق لانتفاء السلطنة، ويشهد له ملاحظة جميع موارد السلطنة والتسلط والسلطان في الارتكاز العقلائي؛ فإن وجود هذه المادة في السلطنة التكوينية الخارجية والاعتبارية مقترن بالقدرة على رفع المزاحم ودفعه، ولا يعقل الانفكاك بينهما.

وعليه، فمعنى ما أفاده قدس سره أن المالك المغبون مسلّط على ماله، ولكن لا قدرة له على رفع المزاحم، وهو مناف لمفهوم السلطنة.

فالصحيح أن معنى « الناس مسلطون على أموالهم » وقوامها بالسلطنة والقدرة على رفع المزاحم، فإذا غرس الغابن في الأرض التي عادت إلى المغبون كان للمغبون أن يرفع الغرس؛ استناداً إلى القاعدة، فلا يقال أنه تصرّف في مال الغير.

نعم، لو كان للغابن حق لما جاز للمغبون القلع، ولكن ليس من جهة السلطنة، بل لأنه تصرّف في حق الغير.

زبدة المخّض

وبعد التعرّض لجميع الكلمات المهمة في المسألة ومناقشتها يتضح: أن للمغبون أن يقلع الغرس، وليس عليه أرش؛ لأن ما للغابن من الحق في غرس الأرض وبقية التصرّفات منحصر في زمان تملّكه إياها؛ فإن ملكيته لها وتوابعها محدودة بزمان الفسخ، أي محدودة بما دامت ملكه.

وأما بعد الفسخ فهي وجميع موادها وتوابعها ملك طلق للمغبون، فيكون بقاء الغرس فيها من تصرفات الغابن في ملك الغير، فيحتاج إلى إذنه؛ لعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، ولما صارت الأرض بالفسخ ملكاً للمغبون، لم تنفكّ السلطنة المطلقة عن هذه الملكية، والسلطنة المطلقة متقوّمة برفع المزاحم ودفعه، وبما أن شجرة الغابن مزاحمة لملكية المغبون أمره بقلعها، وإلا جاز له قلعها؛ استناداً لقاعدة السلطنة.

وأما الأرش، فلا يجب عليه؛ لأن معنى الأرش وحقيقته أن يجبر المتلف ما فوّته من حق من تلف منه، فلا بدّ من تصوير الحق للغابن بقاء أولاً، ثم جبران ما أفقده إياه، فإذا انتفى حقه، فالقلع جائز بمقتضى قاعدة السلطنة، وعدم الأرش بمقتضى عدم التفويت، وعدم إتلاف مال

الغير، وعدم الإضرار بماله[١].

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن مال المسلم محترم.

فقال: نعم، بل كل محترم المال والحق فماله وحقه محترمان وإن لم يكن مسلماً كالمعاهد إذا قام بشروط الذمة، ولكن الكلام في إثبات أنه ماله أو حقه أولاً ثم يكون محترماً، وقد أثبتنا عدم تعلق حق الغابن بالأرض بعد الفسخ.

تنبيهات

التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة

تقدم الكلام في ما لو اشترى الأرض بالمعاملة الغبنية وغرسها، واخترنا فيها جواز القلع وعدم الأرش، خلافاً لما نقلناه عن الأعلام، فربما ينقض بالأرض المستأجرة، كما لو اشترى الغابن أرضاً بالمعاملة الغبنية، ثم أجّرها مدة معينة، فالإجارة صحيحة، وليس على الغابن ردّ الأجرة إلى المغبون، فليكن الأمر كذلك في غرس الشجر، فنقول بجواز بقاء الغرس إلى نهاية ثمره، والضمان لما به التفاوت بين الأرض الفارغة والمشغولة.

الأقوال في المسألة

فنقول: الأقوال في الأرض المستأجرة ثلاثة:

القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ

من عدم فسخ الإجارة، ولا يغرم الغابن للمغبون أجرة المثل؛ لأنه يملك المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق المغبون بالفسخ، وبعد أن استوفى المنفعة لا حق له في الرجوع، فترجع العين إلى المغبون مسلوبة المنفعة، بخلاف مسألة الغرس؛ فإن المستحق هو الغرس المنصوب من

دون استحقاق مكان في الأرض.

وأساس هذا المبنى أن ما حصل بالعقد المتزلزل متزلزل، وما حصل به ملكية العين، وأما ملكية المنفعة فهي مستقرة، وقد استوفاها[1].

وفيه: أن لازمه أن الغابن لو أجّر الأرض مائة سنة، لعادت إلى المغبون مسلوبة المنفعة، فيلزم تضرره بأكثر من الضرر الذي دخل عليه من المعاملة الغبنية، ولا فرق بين المدة القصيرة والطويلة.

القول الثاني: أن لا تنفسخ الإجارة

ولكن للمغبون ما به التفاوت بين الأرض مسلوبة المنفعة، وبينها واجدتها، بهذا البيان:

أنه فرق عند العقلاء بين الأمور الخارجية والأمور الاعتبارية، فالمنافع التي حصلت في الغرس أمور خارجية واقعية؛ فإن الغابن غرس شجره في الأرض، وهذه استفادة واقعية، فلما فسخ المغبون تكون هذه المنافع الواقعية تصرفات من الغابن بلا حق؛ لكونها في أرض الغير، وعلى خلاف قانون السلطنة.

وأما في باب الإجارة، فالاستيفاء أمر اعتباري، والاعتبار خفيف المؤونة، فالمعتبَر فيها ملكية المنفعة إلى مدة معيّنة، وبما أن المعتبَر ملك للمعتبِر، فيحقّ له بمقتضى أدلة الإجارة أن يعتبره للغير.

نعم، بما أن قيمة الأرض مسلوبة المنفعة أقلّ من قيمتها واجدتها،

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٧.

وقد أخذها المغبون مسلوبة، فللمغبون الحق في أخذ ما به التفاوت بين القيمتين؛ إذ مقتضى قانون الفسخ أن تردّ العين كما أخذت، فلما لم يمكن ردّها مع المنفعة؛ لصحة الإجارة وعدم فسخها، ردّها مع إعطاء التفاوت.

القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقق القمي

من انفساخ الإجارة في بقية المدّة الواقعة بعد فسخ المغبون؛ إذ كما أن ملكية الأرض متزلزلة، فكذلك ملكية منفعتها، فلا فرق بين الأرض المغروسة، والمؤجّرة، فكما أن الغابن لا حقّ له في بقاء غرسه في الأرض بعد فسخ المغبون، فكذلك لا حقّ له في إجارتها.

مقتضى التحقيق في المسألة

والتحقيق بين الأقوال يؤيد في بادئ النظر ما أفاده المحقق القمي رحمه الله، وإن اعتبر شاذاً بينها؛ لكونه الموافق لمقتضى القاعدة؛ فإن ما أفاده الشيخ قدس سره من استقرار ملكية المنفعة مع تزلزل ملكية الأرض، لا دليل عليه، ولا قاعدة تقتضيه، ولم يقم إجماع تعبدي كاشف عن رأي المعصوم عليه.

وما أفيد في القول الثاني، لا يرجع إلى محصّل؛ فإن بحثنا ليس في خفة الاعتبار وعدمه، وإنما في ثبوت الحق للغابن في أن يؤجر الأرض التي وصلت إليه عن طريق العقد الخياري حتى بالإضافة إلى ما بعد الفسخ وعدمه.

فإن مقتضى القاعدة وما عليه الارتكاز العقلائي أن تتبع المنافع أصولها، في أصل الملكية وكيفيتها، والتخلّف فيهما يحتاج إلى دليل، فإن كانت ملكية العين مستقرة وغير محدودة بحدّ - إلا إذا نقلت بناقل كعقد، كالتي تنتقل بإرث أو بعقد لازم - كانت منفعتها مستقرة.

وإن كانت ملكية العين متزلزلة - بمعنى أن بقاءها مرتبط بالفسخ، فتكون مملوكة إلى المنتقل إليه ما دام ذو الخيار لم يفسخ، ومتى فسخ انتقلت عنه - كانت منفعتها كذلك؛ بمقتضى الارتكاز العقلائي، فالتفصيل بيبن العين ومنافعها على خلاف ارتكازهم، فيحتاج إلى دليل يدلّ عليه.

ولو تنزّلنا، وشككنا في كيفية تبعية ملكية المنفعة للعين؛ لعدم قيام دليل على استقرار ملكية المنفعة، ولا على تزلزلها، فالأصل - وهو الاستصحاب - يقتضي عدم ملكية المنفعة بالنسبة لما بعد الفسخ.

إن قلت: لماذا لا نقول: بأن الاستصحاب يقتضي بقاء الملكية، بمعنى أن الغابن كان يملك المنفعة قبل الفسخ يقيناً، وبعد الفسك نشك في بقاء ملكيته، فيستصحب بقاؤها، وليس الفسخ من المقوّمات بل من الحالات، فلا يقال بتبدل الموضوع.

وأما ما أفيد: فإنما يفيد لو قلنا بأن الملكية أمر تدريجي، بحيث يكون لكل آن ملكية، فإذا شككنا في ملكية ما بعد الفسخ نستصحب عدمها، كما يقال في جعل الأحكام، ولكن الملكية ليست كذلك.

قلت: بأن استصحاب الملكية إنما يجري فيما إذا كانت قابلة للبقاء يقيناً، والمفروض فيما نحن فيه هو الشك في أصل قابليتها للبقاء.

وتقريب الاستصحاب: أن العين كانت ملكاً للمغبون وغير منتقلة إلى الغير يقيناً مثلاً، فانتقلت بالبيع الغبني إلى الغابن، لكن نشك هل انتقلت إليه مطلقاً أو انتقلت إليه إلى حين الفسخ، فالاستصحاب يقتضي عدم الانتقال إلا إلى زمان الفسخ[1].

ولكن الحق عدم صحة ما ذهب إليه المحقق القمي قدس سره؛ وذلك لأنا عندما نلاحظ الإجماع القطعي، ومقتضى الأدلة في الإجارة نلاحظ أمرين:

الأول: أن من شرط الإجارة الملكية، ولا يشترط أن يكون ملك العين مستقراً، بل إن كان يملك المنفعة جاز له الإجارة إجماعاً، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، والمحقق القمي قدس سره يعترف بذلك أيضاً.

الثاني: أن تكون المدّة في الإجارة معلومة.

وعليه، فبما أن الغابن يملك المنفعة، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، فله أن يؤجر العين إلى أجل مسمى؛ لتمامية أدلة الإجارة، وشمول عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] له، وهو دليل حاكم على الأصل المتقدم، فيكون الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلَّس

من المسائل التي أشار إليها الشيخ قدس سره في المقام، ما لو باع البائع

---

(١) ما ذكرناه بعنوان: إن قلت قلت، استفدناه من الشيخ الأستاذ دام ظله خارج الدرس.

(٢) سورة المائدة: ١.

أرضه في الذمة، بحيث يكون المشتري مديناً له، ثم غرسها المشتري، وبعد ذلك أصبح مفلّساً، فلم يمكنه تسليم الثمن، وحكم الحاكم بتفليسه، والحجر على أمواله، فالبائع أحق بالأرض من غيره من الغرماء؛ لوجود عين ماله، فيجوز له فسخ البيع، ولكن لو فسخه لم يحق له قلع الشجر ولو بالأرش.

والسؤال هنا: ما هو الفرق بين المسألتين، ما نحن فيه، ومسألة التفليس، بحيث حكم الأكثر في الثانية بعدم جواز القلع للبائع الفاسخ ولو بالأرش؟

ما أفاده الشيخ من الفرق

قال الشيخ قدس سره: بإمكان كون الفرق بينهما بأن الغرس في مسألتنا كان متأخراً عن ثبوت الحق للمغبون؛ باعتبار أن البيع كان متزلزلاً، فكان للمغبون حق الفسخ قبل حدوث الغرس، فإذا فسخ، فمقتضى قاعدة الفسخ أن يردّ المشتري ما أخذه كما كان حين انتقاله إليه، وقد انتقلت الأرض إليه خالية من الغرس فيردّها كذلك، وأما في مسألة التفليس فلم يكن البيع متزلزلاً، فكان الغرس في ملكه الطلق، وإنما ثبت الخيار للمغبون بعد تفليس المشتري، فكان حق المغبون متأخراً عن الغرس، فيشبه بيع الأرض المغروسة، فيما لو باع الأرض دون الغرس؛ فإنه ليس للمشتري حق القلع ولو مع الأرش بلا خلاف[1].

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٧.

المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق

وفيه: أن الشيخ قدس سره قد صوّر ثبوت حقين في المسألتين، أحدهما سابق، والآخر لاحق، فحق المغبون في مسألة البيع الغبني سابق، وحق المشتري في مسألة التفليس سابق، ولكن الصحيح عدم ثبوت حقين، بل هو حق واحد.

أما في مسألة الغبن فلم يكن للغارس بعد الفسخ أي حق؛ فإن الأرض ملك للمغبون، وبقاء الغرس فيها بلا حق؛ لكونه تصرّفاً في ملك الغير، ومقتضى قاعدة السلطنة أن له أن يرفع المزاحم عنها.

فليس في الغبن حقان، أحدهما سابق، والآخر لاحق، بل لا حقّ بعد الفسخ للغابن أصلاً، وإنما حقه كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه.

وأما في مسألة التفليس، فالبائع وإن لم يكن له حق حين الغرس، إلا أنه بعد أن أفلس المشتري كان له حق الفسخ، ومعنى الفسخ أن يردّ كل منهما ما أخذه كما انتقل إليه، وبما أن الأرض انتقلت من البائع إلى المشتري بلا غرس، فتعود إليه كذلك، فحق الفسخ يقتضي بذاته أن حق المشتري في الغرس كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه، فليس له حق بعد ذلك، فلم يثبت في المسألتين إلا حق واحد.

وأما قياسه على بيع الأرض المغروسة، فمع الفارق؛ لأن الغرس في الأرض المغروسة كان في ملكه الطلق، وباعها المالك حينما باعها مسلوبة المنفعة ما دام الغرس موجوداً، فمتعلّق المعاملة الأرض مسلوبة

المنفعة، فتفترق عن مسألة الخيار الثابت من ناحية التفليس.

والنتيجة: أن فتوى المشهور على خلاف القاعدة؛ فكما أن من حق المغبون أن يرفع الغرس بعد الفسخ، فكذلك للبائع في مسألة التفليس بعد فسخ البيع.

التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه

لو قلنا بجواز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة الغابن بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم، أو يقلعه المغبون؟

وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجرة الجار إلى داره.

بيان الوجوه في المسألة وأدلتها

وينبغي أن يقع البحث في جهتين:

الجهة الأولى: في الوجوه وأدلتها.

الوجه الأول

إن للمغبون قلع الغرس بلا مراجعة الغابن ولا الحاكم، والدليل على ذلك: أن في المقام دليلين لفظيين متعارضين، فيسقطان وينتقل إلى الأصل العملي المقتضي للجواز، وبيان ذلك:

أنه من جهة يكون قلع الغرس تصرّفاً في مال الغير، فبمقتضى دليل حرمة التصرف في مال الغير عدم جوازه.

ومن جهة أخرى أن الأرض مملوكة للمغبون، ومقتضى إطلاق دليل السلطنة أن يكون له السلطة في رفع ما يزاحم ملكيته، وتخليص أرضه من ملك غيره، فيجوز له القلع مباشرة.

وبما أن كلا الدليلين لفظيان ومتعارضان، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فيسقطان، وتنتقل الحالة إلى الأصل العملي، وهو يقتضي الجواز؛ استناداً إلى قاعدة الحل: « كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه »[1].

الوجه الثاني

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإذا امتنع رفع الأمر إلى الحاكم؛ وذلك لأن قلع المغبون للشجر تصرّف في مال غيره، فلا يجوز تكليفاً، وعليه الضمان وضعاً، فيراجع الغابن في قلعه، فإن امتنع راجع الحاكم؛ لكونه وليّ الممتنع.

الوجه الثالث

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإن امتنع قلعه بنفسه، من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم؛ لعدم الدليل على كون هذا المورد من الموارد التي يرجع فيها إلى الحاكم، وبما أن بقاء الشجرة في أرضه مزاحم لسلطنته، وأن التصرف من قبل نفسه ابتداء تصرّف في مال الغير كان عليه مطالبة الغابن بالقلع، فإذا امتنع قام به بنفسه؛ لرفع المزاحم عن سلطنته؛ فإن مقتضي السلطنة - حينئذ - موجود، والمانع منه مفقود.

مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها

أما ما أفيد في الوجه الأول، فيتوقف التعارض والتساقط على تمامية

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث٤.

مقتضي الحجية في كليهما بالنسبة إلى المورد، وبما أن الشمول غير ممكن فيقع التعارض، وفي ما نحن فيه وإن كان عندنا قاعدتان:

الأولى: قاعدة حرمة التصرف في مال الغير، ودليلها لفظي، وهو: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »[1]، وهو تام سنداً، ودلالة؛ لشمول إطلاقها للمورد.

والثانية: قاعدة السلطنة، ودليلها أحد أمرين:

الأول: السيرة العقلائية بضمّ عدم الردع عنها شرعاً، كما هو مبنى غير واحد من الأعلام.

وبما أنه دليل لبي لم يحرز إطلاقه ليشمل صورة ما لو أوجبت السلطنة التصرف في مال الغير، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما لم توجب التصرف في مال الغير.

مضافاً إلى كونه غير مشرّع لأنحاء التصرفات.

وبناء على هذا، لا يقع التعارض؛ لتمامية مقتضي دليل حرمة التصرف مع عدم المانع، وقصور دليل السلطنة.

الثاني: حديث « الناس مسلطون على أموالهم »[2]، مع دعوى انجباره بعمل الأصحاب؛ لكونه ضعيف السند.

وهو غير صالح لمعارضة دليل حرمة التصرّف أيضاً؛ لأنه غير مشرّع

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب قسمة الخمس، الحديث٦.

(٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢.

لجواز جميع أنحاء السلطنات، وإنما يدلّ على جواز خصوص التصرّفات المشروعة، من دون أن يكون لأحد حق منعه عنها، ودليل حرمة التصرّف يصحّح عدم مشروعية التصرّف في مال الغير، فلا تعارض بينهما؛ لكون أحدهما في رتبة موضوع الآخر، وتكون نتيجة الجمع بينهما: أن الناس مسلطون على أموالهم، في حال عدم كون التصرّف خلافاً للشرع، وقاعدة عدم الحل تثبت أن قلع الشجر من غير إذن المالك مخالف للشرع.

فالنتيجة: أنه لا تعارض بين القاعدتين، سواء أكان المستند لقاعدة السلطنة، السيرة العقلائية أم النص.

ولو شكّ في كون حديث السلطنة مشرّعاً أو لا، فالشك يرجع إلى إطلاقه، فالنتيجة هي النتيجة؛ لأن دليل حرمة التصرّف في مال الغير محرز الإطلاق، ودليل السلطنة مشكوك الإطلاق، فلا يعارضه.

فيتحصّل إلى هنا: عدم جواز القلع ابتداء، بل عليه أن يراجع المالك.

فإن امتنع، فهل يجب عليه مراجعة الحاكم أو يجوز له القلع بدون مراجعته؟

الحق جوازه له؛ لأن مقتضى السلطنة وما قامت عليه السيرة أن له أن يدفع المزاحم عن ملكه، والرجوع إلى الحاكم الشرعي يحتاج إلى دليل مفقود، فالصحيح من بين الوجوه الثلاثة هو الوجه الثالث.

الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار

الجهة الثانية: في الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار إلى داره؟

قال الشيخ قدس سره: بأن هذه الوجوه الثلاثة ذكرت (فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره)، واحتمل الفرق بينهما، بأن دخول الأغصان في دار الجار لم يكن بفعل المالك، فلا يجب إجابته إلى القلع، بخلاف الغرس؛ فإنه بفعل الغابن[1].

وهو محل إشكال؛ إذ الفرق بينهما في الحدوث والبقاء؛ فإن غرس الشجر حدوثاً كان بفعل الغابن وباختياره، ودخول أغصان الشجرة إلى دار الجار وإن لم يكن بفعل المالك، ولا اختياره حدوثاً، إلا أنه باختياره بقاء، فلا فرق بين الموردين من هذه الجهة.

فالحق فيها أيضاً المطالبة من الجار بقطعها، وإن امتنع كان له قطعها.

التنبيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع

فصّل الشهيد الثاني قدس سره بين الزرع والغرس، فقال بتعيّن إبقاء الأول إلى أوان بلوغه بالأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر، فيصبر المغبون إلى وقت حصول الثمرة، وأما الثاني فيجوز للمغبون قلعه بعد مطالبة الغابن بذلك[2].

وما أفاده من التعليل غير تام؛ لأن لكل من الغرس والزرع أمداً إلا

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) الروضة البهية ٢ : ٣١١. ط مجمع الفكر الإسلامي، المسالك ١: ١٩٣، ط قديم.

أنه في أحدهما أطول منه في الآخر.

ووجّهه الشيخ قدس سره: بأن في إبقاء الزرع جمعاً بين الحقين على وجه لا يحصل منه الضرر على المغبون، بخلاف إبقاء الغرس؛ فإن في تعيّن إبقائه ضرراً على مالك الأرض؛ لطول مدّة البقاء[1].

وهو غير تام أيضاً؛ أولاً: لعدم الضرر على مالك الأرض لو أبقي الغرس مع إعطاء الأجرة على بقائه فيها؛ لاستيفائه المنفعة بالعوض.

وثانياً: لأن التعليل بالجمع بين الحقين فرع ثبوتهما، ولم يثبت للغابن حق في بقاء الزرع في الأرض بعد فسخ المعاملة.

فالحق أن ما ذكرناه في الغرس يجري في الزرع بعينه.

التنبيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع

لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه أو لا ؟

وجهان في المسألة:

الأول: أن لمالك الأرض حق المنع؛ لأن كلاً من المالكين مسلّط على ماله، فيحق للمغبون منعه عن التصرف في ماله، ولا يجوز للغابن تصرّفه في مال غيره إلا بإذنه.

الثاني: ما قوّاه الشيخ قدس سره من عدم حق المنع له؛ لأن التسلّط على

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرّف في ملكه[١].

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي تتمّ: بأن الغابن وإن كان له السلطنة على الغرس؛ لكونه ماله، إلا أن قلعه للشجر يتوقف على الدخول إلى أرض الغير، ولا يجوز له التصرف فيها بدون إذن مالكها، فيكون دخوله فيها حراماً، ودليل السلطنة لا يجعل المقدمة الحرام حلالاً، فتحدّد سلطنته بما لم توجب التصرّف الحرام في مال المغبون، بخلاف سلطنة المغبون؛ فإن منعه للغابن من الدخول في الأرض، ومن التصرّف فيها ليس بحرام، فإذا دار الأمر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك المغبون هو المتعيّن؛ لأنه لا يلزم التصرّف في مال الغير من دون العكس[٢].

ويندفع: بأنه لا شك في كون غرس الغابن الشجر في الأرض كان بحق، لأنها ملكه قبل الفسخ، فسلطنة الغابن على ماله تقتضي جواز تخليص ماله.

نعم، هذا التخليص مستلزم للتصرف في أرض المغبون بدون رضاه وهو حرام، إلا أن منع المغبون له من الدخول والقلع مع إرادته له، يستلزم أمرين محرمين أيضاً:

الأول: استيلاء المغبون، ووضع يده على الغرس الذي هو ملك الغير بدون رضاه، وهو حرام تكليفاً، ومستوجب للضمان وضعاً، سواء

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٤٩٩.

أتمسكنا في إثبات قاعدة اليد، بحديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[1]، أم بالسيرة العقلائية.

الثاني: حبس المغبون لمال الغير، ونفس حبس مال الغير وحقه عن صاحبه حرام تكليفاً؛ إذ يجب على من عنده مال الغير أن يؤديه إليه، وهو مخاطب بالأداء آناً فآنا، كما في سائر الموارد، كأداء الزكاة، وخمس الأموال.

فالنتيجة: أن قلع الغابن للغرس يستلزم التصرّف في مال الغير، فيشمله « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »، وإبقاء المغبون للشجر، ومنعه الغابن عن القلع يستلزم الاستيلاء على مال الغير، وهو محرم، فيتعارض عموم « لا يحل » مع عموم ما دلّ على حرمة الاستيلاء، ولا مرجّح في المقام، فيسقطان، فيتقوّى كلام الشيخ قدس سره.

التنبيه السادس: التصرّف بالامتزاج

طرح الشيخ قدس سره في حالة الامتزاج صورتين أساسيتين، لأحداهما صورتان، وللأخرى ثلاث، فيكون المجموع خمس صور، وهي:

الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه

وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يمتزج بغيره على وجه الاستهلاك فيه عرفاً، كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو عند الشيخ قدس سره بحكم التالف، فإذا

---

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤.

فسخ المغبون العقد، يرجع إلى قيمته[1].

والتحقيق: أن يفصل بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يحصل الامتزاج من غير أن يكتسب المال أية خصوصية بواسطة الامتزاج، ففي هذه الحالة يأتي ما قاله الشيخ قدس سره من كونه بحكم التالف، فيرجع إلى بدله؛ بمقتضى قاعدة التلف.

الحالة الثانية: أن يكتسب خصوصية تزيد في ماليته، كما لو ارتفعت قيمة الزيت؛ لكونه أصبح معطّراً، فهنا مبنيان:

الأول: ما يستفاد من الشيخ قدس سره، من كونه بحكم التالف.

الثاني: أن لا يعامل معاملة التالف، بل تحصل الشركة في المالية، بهذا البيان:

إن المال - بعد امتزاجه - صار ذا صفة أوجبت ارتفاع قيمته المالية، وبما أن الشركة في العين غير متصورة؛ لعدم الدليل عليها في المقام، فتقع الشركة في الماليه، فيكون شريكاً له في المالية بنسبة ارتفاع قيمتها، فلو بيع بثمن أكثر كان شريكاً في زيادة الثمن بالنسبة.

وفي كلا المبنيين إشكال:

أما ما أفاده الشيخ قدس سره فيرد عليه: إن المال وإن تلف بالاستهلاك، إلا أن العين اكتسبت صفة أوجبت زيادة في ماليتها، والأوصاف وإن لم تقابل بالمال؛ لأن المال في مقابل الأعيان، فالأوصاف ليست حيثية

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

تقييدية بالنسبة إلى الثمن، ولكنها حيثية تعليلية، فيتبدل الثمن - نزولاً وارتفاعاً - بسبب تبدلها، فكيف لا يكون للغابن سهم من هذه المالية المرتفعة بسبب ما اكتسبته العين من الامتزاج بماله؟

وأما ما أفيد في الشركة المالية، فيرد عليه: أن خروج قسم من المال عن ملك المالك - كدخوله في ملكه أو ملك غيره - على خلاف الأصل، ومالية المال التي هي أمر اعتباري مختصة بمالك المال، فخروج قسم منها عن ملكيته، ودخولها إلى ملك الغير على خلاف الأصل، يحتاج إلى دليل.

مقتضى التحقيق في الصورة الأولى

فالتحقيق أن يقال: بأن التلف قد حصل بالامتزاج والاستهلاك لا محالة، وبما أن المغبون أعمل خياره وفسخ المعاملة الغبنية، وصادف انعدام ماله في الخارج عرفاً وإن لم ينعدم واقعاً وعقلاً، فمقتضى قاعدة التلف أن يرجع إلى البدل، قيمة أو مثلاً؛ لعدم تخلّف الحكم عن موضوعه؛ فإن يده يد ضمان معاوضي؛ بحكم (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، ومعنى الضمان المعاوضي أنه متى ما فسخ العقد ردّ العوض إن وجد، وإن لم يوجد ردّ بدله، ومع الرجوع إلى البدل لا يتصور أن يكون للمغبون سهم في العين، كما لا يمكن أن يكون له حقان، حق بالانتقال إلى البدل، وحق في مالية الزيت المرتفعة، فلا فرق بين الصورتين في الانتقال إلى البدل، صورة اكتساب المال خصوصية

توجب ارتفاع ماليتها، وصورة عدم اكتسابها.

وأما الشركة في المالية، فهي في غير المقام؛ فإن المستند فيها السيرة العقلائية، وهي قامت في صورة بقاء العين غير تالفة، ولكنها اتصفت بصفة أوجبت زيادة قيمتها، كما في بيع العبد غير المتعلم، ثم صار كاتباً أو صانعاً أو طبيباً؛ فإن الأوصاف لا تقابل بالمال كي يكون شريكاً له في العين، ولا يمكن إغفال جانب الاتصاف بالصفة؛ فإنها أوجبت زيادة قيمته لا محالة، ولا يعقل القول بإعطائه الأجرة؛ لأن الاتصاف إن كان بعمل قام به المالك بنفسه، فهو عمل في ملكه، ولا يأخذ الأجرة على العمل في ملكه.

وإن لم يكن بعمله، بل بعمل العبد نفسه، كأن تعلم الكتابة بدون معرفة سيده، فلم يقم المالك بعمل ليأخذ الأجرة عليه.

فيتعيّن القول بالشركة في المالية.

وأما في ما نحن فيه فالفرض أن المبيع قد استهلك في مال الغابن بالامتزاج فهي بحكم التالف، فلا تتصور الشركة في المالية، فيكون الحق مع ما ذهب إليه الشيخ قدس سره.

الثانية: أن يمتزج به، لا على وجه الاستهلاك، كالعسل الممتزج بالخل، ففيه وجهان:

الأول: أن يكون بحكم التالف، ولم يذكر الشيخ قدس سره وجهاً له[1]،

(١) أشار الشيخ قدس سره إلى الوجه في نسخة ش كما في الهامش حيث قال: (ومن تغيّر

فالظاهر أنه ناظر إلى أن ما انتقل من المغبون هو العسل، وما يراد إرجاعه ليس هو العسل بصورته النوعية، وقوام وجود أيّة حقيقة بصورتها النوعية، فإذا زالت انعدم عرفاً، فيكون بحكم التالف.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقق الإيرواني قدس سره: بأن الأحكام العقلية غير قابلة للتخصيص، فكما أن الصورة النوعية للعسل قد انعدمت، فكذلك الخلّ الممتزج معه؛ لتساوي نسبة الامتزاج بينهما، فإن قلت بتلف العسل لذهاب صورته النوعية، فعليك أن تقول بذلك في الخلّ، فيلزم أن يكون المزيج غير مملوك لأحد، وهو باطل بالضرورة[1].

ولكنه غير وارد؛ لأن تغيّر الصورة النوعية لكليهما كان في ملك الغابن، فتحولّت المادة المملوكة للغابن من صورتها النوعية للعسل والخل إلى صورة ثالثة وهي (السكنجبين)، فيملكها من يملك المادة، فلا يلزم من تغيّر صورتهما النوعية إلى ثالثة خروجهما عن ملكه، بخلاف العسل؛ فإنه انتقل من ملك المغبون إلى الغابن بصورة العسلية، فلما فسخ المغبون المعاملة لم تكن الصورة النوعية للعسل - التي بها قوام مال المغبون - موجودة، بل تبدّلت بسبب الامتزاج إلى صورة نوعية أخرى، فكان تالفاً عرفاً وقت الفسخ، فينتقل إلى البدل.

حقيقته..).

(١) حاشية المحقق الإيرواني قدس سره ٢: ٣٨.

الثاني: حصول الشركة بينهما، وقد وجّه بعدّة توجيهات:

مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك

١ـ ما أفاده الشيخ قدس سره وغايته: حصول الاشتراك قهراً لو كان العسل والخل لمالكين فامتزجا، فيكون المالكان شريكين في الممتزج، فكذلك المقام[١].

وهذا المقدار من الدليل غير تام؛ لكونه قياساً؛ إذ لقائل أن يقول: بأن المالين إذا كانا لمالكين وامتزجا حصلت الشركة القهرية، كما في المقيس عليه، ولكن إذا كان المالان لواحد وامتزجا عنده، فلا معنى لحصول الشركة في ماله، وما نحن فيه كذلك؛ فإن كلا المالين كانا ملكاً للغابن حين الامتزاج، ولم يحصل امتزاج آخر بعد فسخ المعاملة، فجعل المقام كالمقام الآخر قياس لا نقول به.

مختار المحقق الخراساني ومناقشته

٢ـ ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره، من أن مقتضى الفسخ، هو رجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه الأول، فالأجزاء الخلية ترجع ملكاً للآخر - صاحبها الأول -، وبما أنها ممتزجة مع الأجزاء العسلية، وكل واحد منهما لمالك، فيحصل الاشتراك قهراً، كما في صورة الامتزاج بالجنس، مثل ما لو امتزج الزيت بالزيت؛ حيث إن ملاك الشركة فيه موجود في المقام بعينه[٢].

---

(١) التعليل موجود في المكاسب ٥: ١٩٩، الهامش، نقلاً عن نسخة ش.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٩٥ - ١٩٦.

وهو محل إشكال؛ فإن في حالة الامتزاج بالجنس لم تتبدّل الصورة النوعية، وإنما انتفى التمايز بين أجزاء الشخصين، بخلاف المقام؛ لانتفاء الصورة النوعية لكل من العسل والخل، وحدوث صورة نوعية ثالثة، فلا يوجد - فعلاً - عسل ولا خل، فالأجزاء الخلية بما هو خلّ معدومة، وإنما الموجود مادة الخل، وكذلك الحال في العسل، ولا ينبغي الخلط بين العسل والخل وبين مادتهما.

ومن هذا يظهر أن قياس ما نحن فيه على الامتزاج بالجنس مع الفارق؛ فإن المال حينما كان عند المغبون كان عسلاً أو خلاً، وعند الفسخ ليس بخل ولا عسل، فالملاك الموجود في ذلك المقام غير موجود في هذا المقام.

مختار المحقق النائيني ومناقشته

٣_ ما أفاده المحقق النائيني قدس سره وحاصله: أن الخصوصية العينيّة الشخصية لكل من العسل والخلّ - بعد الامتزاج وتبدّل الصورة النوعية - لا يمكن أن يتعلق بها الحكم تكليفاً ولا وضعاً؛ إذ من الواضح أن يتوجه - بعد فسخ المغبون - خطاب تكليفي للغابن بردّ مال المغبون، وخطاب وضعي بالضمان؛ إذ لم تكن يده مجانية حسب الفرض، وبما أن الأجزاء العسلية غير قابلة للردّ، فينتفي موضوع كل من الحكم التكليفي، والوضعي، فيتعلّق الحكم الوضعي بأصل المالية، وضمان المالية على نحوين:

أحدهما: أن يكون مورد الضمان نفس القيمة، بمعنى أن يبيع المال، ثم يقسّم الثمن.

والآخر: الشركة في العين بحسب المالية، بمعنى أنهما يشتركان بنسبة الثمن، فإذا كانت قيمة العسل دينارين، وقيمة الخل ديناراً كانا مشتركين بنسبة الثلث، فلصاحب الخل ثلث الممزوج، والثلثان لصاحب العسل[1].

وفيه: **أولاً**: أن مما لا شك فيه أن مقتضى قانون الفسخ هو رجوع ما خرج عن الملك إليه، وأما الشركة فهي على خلاف الأصل من جهتين، فلا يصار إليها إلا بدليل؛ فإن متعلّق الملكية في مفروض الكلام هو هذا العسل، وهذا الخل، وبمقتضى الشركة التي أفادها المحقق النائيني قدس سره يكون متعلّقها الحصة من الممزوج، فتبدّل متعلّق الملكية يحتاج إلى دليل؛ فإن كل مملوك حادث يحتاج إلى سبب اختياري كالعقد، أو قهري كالإرث، أو مثل الحيازة.

وثانياً: أن ما انتقل من المغبون كان مفرزاً معيّناً، وما سيرجع إليه مشاعاً، وبينهما تباين.

وأما ما أفاده قدس سره من عدم إمكان تعلّق الحكم التكليفي والوضعي بالخصوصية العينية الشخصية، فلا يصلح لأن يكون دليلاً على الشركة؛ لكونه أعم من المدّعى؛ إذ بما أن العين - وقت الفسخ - تالفة، فمقتضى

---

(١) منية الطالب ٣: ١٥٣ - ١٥٤.

قانون الفسخ الانتقال إلى البدل، وأما الانقلاب إلى الشركة فلا دليل عليه.

مختار السيد اليزدي ومناقشته

٤ـ ما أفاده الفقيه النبيه السيد اليزدي قدس سره ضمناً؛ حيث قال: بأن المغبون مخيّر بين أخذ العوض، وبين اختيار الشركة؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، فله المطالبة به، ويكون طريق ذلك الشركة في الثمن، لا في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أن يطالب العوض؛ لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز[1].

وفي كلامه ثلاثة مطالب:

١ـ نفي الشركة في العين؛ لعدم الدليل عليها.

٢ـ إثبات الشركة في الثمن؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، وطريق الوصول إليه بالشركة في الثمن.

٣ـ إثبات المطالبة بالعوض؛ لبدل الحيلولة.

ويكون المغبون مخيّراً بين هذين الأمرين - الثاني والثالث - .

٤ـ جواز الشركة في العين مع التراضي.

والتحقيق يقتضي أن تلاحظ هذه النقاط على حدة، فيكون في كلامه جهات من الإشكال:

---

(١) حاشية السيد على المكاسب ٢: ٥٦٣.

الأولى: استدلاله على الشركة في الثمن؛ بكون عين ماله موجوداً في الضمن، غير صحيح بعد الامتزاج وزوال الصورة النوعية؛ فإن الموجود مادة المال، وماهية الأشياء تدور مدار الصور، لا مدار المواد، فالقول بتبدّل الصورة النوعية ووجود عين المال جمع بين الضدين، فإن العين إذا كانت موجودة فالصورة النوعية محفوظة، وإن كانت الصورة متبدلة فالعين غير موجودة، وإنما الموجود مادتها.

الثانية: أن العين إذا كانت موجودة فالأقرب لماله هي الشركة في العين، وهي طريق الوصول إليه، لا الشركة في الثمن، وينبغي حفظ المراتب في المالية.

الثالثة: جعله العوض أحد طرفي التخيير؛ استناداً إلى بدل الحيلولة، غير تام؛ لأن دليل بدل الحيلولة هو الإجماع، والقدر المتيقن منه فيما لو كان ماله موجوداً، ولم يتيسر الوصول إليه مؤقتاً، وفي فرض تبدّل الصورة النوعية لا يمكن الوصول إلى العين الشخصية أبداً، فلا دليل على بدل الحيلولة.

الرابعة: قوله: (ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز)، لا محصّل له؛ لأن الجواز في الشريعة إما حكمي أو وضعي، ولا إشكال في كون المراد به هنا هو الوضعي، بمعنى تحقق الشركة في العين، ومعناه تحوّل الملك المفروز المنحاز لكل واحد منهما إلى ملك مشاع، ولا يخفى عدم كون الرضا أحد أسباب تبدّل الملك بملك، وزوال ملك وحصول آخر؛ فإن أسباب حصول الملكية في الشريعة معيّنة، وليس من بينها الرضا بها.

الخامسة: قال تمثل بالتخيير بين أخذ العوض والشركة في المال، ولا يخفى أن التخيير يحتاج إلى دليل، فإما أن يكون بالدليل الخاص، أو بالدليل العام، أما الدليل الخاص على التخيير في المقام فهو منتفٍ قطعاً؛ فإنه لم يرد إلا في موارد خاصة، كالتخيير بين خصال الكفارة، وليس المقام منها.

وأما الدليل العام فهو منحصر في مقامين:

الأول: مورد التزاحم، وذلك فيما إذا كان المقتضي في كل من الدليلين للحكمين موجوداً، والمانع منه مفقوداً، ولكن لا يمكن الأخذ بكليهما معاً في مقام الامتثال، كما أن الأخذ بأحدهما المعيّن ترجيح بلا مرجح، وأحدهما المردد غير معقول؛ لأن المردد لا ذات له ولا وجود، فلا يكون موضوعاً للحكم، فيحكم العقل بتقييد إطلاق كل من الواجبين بترك الآخر، فالنتيجة التخيير.

الثاني: مورد التعارض؛ وذلك فيما إذا لم يمكن شمول دليل الحجية لكلا الدليلين؛ للتنافي بينهما، ولم يوجد مرجّح لأحدهما، من موافقة الكتاب، ومخالفة العامة، فيحكم بالتخيير.

والحاصل: أنه لا دليل على القول بالتخيير في المقام؛ لانتفاء الدليل الخاص قطعاً، وعدم كون المورد من موارد التعارض أو التزاحم.

الحق في هذه الصورة

والحق الحقيق بالاتباع - بعد اتضاح وهن جميع الوجوه المذكورة

للشركة - هو الانتقال إلى البدل؛ لكونه تالفاً عرفاً؛ وذلك لأن الامتزاج، يكون تارة بين ملكي مالكين، كما لو كان العسل لشخص، والخل إلى آخر، فلا شك في وقوع الشركة القهرية، وأخرى يكون بين جنسين لمالك واحد، فلا تعقل الشركة، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأن المالين - بعد المعاملة - صارا في ملك الغابن، وحصل الامتزاج بينهما وهما في ملكه، فلا معنى لحصول الشركة حينئذ، ولما فسخ المغبون لم يحصل امتزاج جديد، ففسخ المغبون وماله حين الفسخ تالف عرفاً؛ لأن الموجود قبل المعاملة غير موجود فعلاً، فتنطبق عليه قاعدة الفسخ، من رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه السابق إن وجد، وإن كان تالفاً انتقل إلى بدله.

الصورة الثانية: امتزاج المبيع بجنسه

كما لو امتزجت حنطة المغبون بحنطة الغابن، وله ثلاث صور:

الأولى: أن يمتزج المبيع بالمساوي من حيث الجودة والردائة، وحكم الشيخ قدس سره بثبوت الشركة، ولم يقم على ذلك دليلاً[1].

في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين

ولا يخفى أن المالين تارة يكونان لمالكين، وأخرى لمالك واحد، فإذا كانا لمالكين، وكانا متساويين في الجودة والردائة فامتزجا، حصلت الشركة القهرية بينهما على المشهور، ولكن ينبغي تنقيح الأصل في المسألة أولاً، فنقول:

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، فالأصل يقتضي بقاء كل من المالين على ملك مالكهما؛ وليس في الامتزاج سببية عقلية، ولا شرعية على الخروج عن ملك مالكه.

وإن قلنا بمقالة الفاضل النراقي قدس سره، من عدم جريان الاستصحاب فيها، فالأمر مشكل؛ لأن استصحاب المجعول - وهو بقاء الملكية بعد تحقق الامتزاج - معارض باستصحاب عدم جعل الملكية له بعد الامتزاج، فلا يجري[1].

فليس في المقام ما يمكن الاستناد إليه إلا ما يدّعى من الإجماع، وهو ثابت عند القوم، إلا أنه لا معقد له؛ لكي يتمسك بإطلاقه لو شك في سعته وضيقه، فيقتصر فيه - على فرض ثبوته - على القدر المتيقن، وهو ما لو حصل الامتزاج بين المتجانسين.

ولكن يرد عليه: أولاً: أنه لم يثبت الإجماع المحصّل، والمنقول غير مقبول.

وثانياً: أنه - على فرض ثبوته - لا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام،

---

(١) إن قيل: هل جعل الملكية من قبيل جعل الحكم تدريجي الحصول، بحيث يكون لك آن ملكية؟

فالجواب: أن تعارض استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل ليس مختصاً بالأحكام التدريجية كما يظهر بمراجعة كلام النراقي والمحقق السيد الخوئي قدس سرهما.

ولا عن دليل معتبر؛ لكونه مدركياً أو محتمل المدرك؛ فإن عدّة من الأعاظم ممن قال بالشركة قد استند إلى السيرة العقلائية، فنحن والسيرة.

وإذا انتهى الأمر إلى السيرة، فلا تكون حجة إلا إذا تحقق فيها أمران:

الأول: أن يحرز قيامها بين العقلاء، بحيث يرون حصول الشركة العينية بنحو الإشاعة بمجرد امتزاج المالين، ومع احتمال أنهم يرون بيعها وتقسيم القيمة، أو تردّد الأمر بين هذين الأمرين لا تثبت السيرة.

الثاني: أن يحرز اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام، وتمضى من قبله ولو بعدم الردع، مع كونها بمرأى ومسمع منه.

وفي إحراز ذلك - وإن كان ليس ببعيد - تأمل ونظر، كما أن كون الشركة في العين من جملة المرتكزات العقلائية في غاية الإشكال.

وتوضيح ذلك: أن سيرة العقلاء على نحوين، ما يكون بحدّ الارتكازات العقلائية، التي هي عبارة عن الأمور المفطور عليها العقلاء بما هم عقلاء، كاستنادهم إلى إخبار الثقة؛ فإنهم يرتبون الأثر عليه، ويعملون على طبقه بمجرد إخباره من دون توقف.

وفي مثل هذا لا يحتاج إلى بيان إحراز الاتصال بزمان المعصوم عليه السلام لكي نحرز الإمضاء؛ لأنها متصلة و ثابتة حتى في زمان المعصوم عليه السلام فهي ممضاة، ولكن ليست سيرتهم المدعاة على الشركة في العين في ما نحن فيه من هذا القبيل، كما يشهد له اختلافهم في دليل الشركة؛ إذ عدّة استندوا إلى الإجماع، وآخرون إلى السيرة، واختلافهم في الشركة نفسها؛ إذ لا معنى للاختلاف مع كونها من الأمور الارتكازية، فمتى ما عرض

الأمر على العقلاء، فتوقفوا فيه ولو آناً ما، ثم اختاروه بدليل أو برهان علمنا أنه ليس من جملة المرتكزات، ففيما نحن فيه مثلاً يستدل العقلاء ببرهان السبر والتقسيم على الشركة؛ حيث يقولون مثلاً: إن هذا المال الممتزج بعضه ملك لأحدهما، ولا يمكن إفراز ملكه ليترتب عليه آثار الملكية، فلا بد أن يكونا مشتركين في كل المال[1].

والقسم الثاني هو الذي لم يصل إلى هذا الحدّ، فإن ثبتت السيرة اشترط فيها إحراز الاتصال، والإمضاء ولو بعدم الردع، ولم يثبت.

فمحصل البحث: أن مقتضى الأصل العملي بقاء العين على ملك مالكها، فإن ثبت الإجماع، أو السيرة العقلائية على الشركة في العين رفعنا اليد عن الأصل، وإلا فلا، ولم يثبتا، فالحق أن الشركة في المالية بنسبة ما لهما من العين.

هذا إذكان المالان متساويين في الجودة والردائة، وأما لو اختلفا، فالسيرة قائمة على الشركة في العين بنسبة مالية المالين، بمعنى أنه لو امتزج كيلو حنطة من الجيد، بكيلوين حنطة رديئة، لم يبنَ على التثليث، فيقسم أثلاثاً، بل تلاحظ القيمة، ويشتركان في العين بنسبة قيمة المالين.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله : بأن الاختلاف وقع في خبر الثقة أيضاً، فخالف في حجيته ابن ادريس، فكيف يكون من المرتكزات العقلائية؟
فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن ابن ادريس لم ينكر سيرة العقلاء على ذلك، وإنما ادّعى ردعها من قبل الشارع.

ومع قيام هذه السيرة وثبوتها لا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية كل مال على ملك مالكه كما هو ظاهر، والاحتياط في الصلح.

وكيف كان فالمسألة لا تخلو من إشكال، كما ذكرنا وجوهه فيها، ولهذا تجد الاضطراب في كلمات أعيان الفن، فالسيد الفقيه اليزدي قدس سره استظهر إجماعهم على الشركة في العين، واستشكل فيه، واختار الشركة في الثمن؛ لأنه الطريق إلى التوصّل إلى الملك، ثم قال: لو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، ثم استشكل فيه من جهة أن الإعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله من إعطاء العوض؛ حيث إنه مشتمل على ماله وغيره، هذا ما أفاده في الحاشية[1].

وأما في العروة فاختار الشركة الظاهرية في العين[2]، التي هي محل

---

(١) حاشية السيد اليزدي قدس سره على المكاسب ٢: ٥٦٤.

(٢) قال قدس سره في العروة ٥: ٢٧٣، ط. مؤسسة النشر الإسلامي:

(في أحكام الشركة: وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا وهي:

إما واقعية قهرية كما في المال أو الحق الموروث.

وإما واقعية اختيارية من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفرا بئراً، أو اغترفا ماء، أو اقتلعا شجراً.

وإما ظاهرية قهرية، كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل

إشكال ومناقشة، بل غير معقولة؛ لأن موضوع الحكم الظاهري الشك في الواقع، فإذا أحرز بحسب الواقع عدم الشركة، فلا يعقل الحكم بالشركة الظاهرية.

والمحقق السيد الخوئي تدّس ذهب في مصباح الفقاهة إلى تحقق الشركة في العين[1]، وفي المستند جزم بعدم تحقق الشركة في صورة امتزاج دراهم بدراهم، ولم يستبعد ذلك في امتزاج الحنطة بالحنطة[2]،

بالدبس.

وإما ظاهرية اختيارية كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٦١.

(٢) قال في المستند ٣١: ١٨٢:

(إذن فالصحيح أن يقال: إن الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئاً واحداً عرفاً وأمراً ثالثاً مغايراً للموجودين السابقين، كما في مزج السكر بالخل؛ حيث يوجب ذلك انعدامهما معاً وتولد شيء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجبين، ففيه تكون الشركة شركة واقعية حقيقة؛ فإن الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالين فيكون ملكاً لهما معاً؛ إذ لا موجب لاختصاص أحدهما به.

وهذا الكلام يجري في كل مزيج يعدّ موجوداً واحداً لدى العرف فإنه يكون مشتركاً واقعاً.

ولا ينافي ذلك أنه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصاً بمالكه الأول؛ إذ الشركة الواقعية في المقام مشروطة ببقاء الامتزاج وكونه موجوداً واحداً بنظر العرف، فإذا امتازا انفسخت الشركة لا محالة.

فيبقى المال على ملك مالكه، وفي المنهاج قال بتحقق الشركة[1].

في امتزاج المالين إذا كانا لمالك واحد

وأما إذا كان المالان لمالك واحد، كما في ما نحن فيه؛ حيث إن المالين كليهما للغابن حين الامتزاج، بمعنى أن حنطة المغبون صارت ملكاً للغابن وقد امتزجت مع حنطة أخرى له، فلا وجه صحيحاً للشركة؛

وأما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عبارة عن موجودات متعددة غير قابلة للتمييز خارجاً، كما في مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركة أصلاً، فإن كل درهم موجود مستقل عن الآخر ومحفوظ في الواقع.

ولا يبعد أن يكون مزج الحنطة بالحنطة والحنطة بالشعير من هذا القبيل؛ حيث تكون كل حبة من الخليط مملوكة لصاحبها، ولا موجب للقول بالشركة، بعد أن لم يكن العرف يراه موجوداً واحداً في قبال الموجودين السابقين.

نعم، في دقيقهما لا يبعد حكم العرف بوحدة الموجود بالفعل.

والحاصل، ففي فرض عدم اعتبار العرف للموجود الخارجي بالفعل موجوداً واحداً يبقى كل من المالين على ملك مالكه، وحينئذٍ فلا بدّ من مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهري أو القرعة على ما سيأتي).

(١) قال في منهاج الصالحين، باب المعاملات، المسألة ٥٥١:

(تتحقق الشركة في المال باستحقاق شخصين فما زاد مالاً واحداً عيناً كان أو ديناً بإرث أو وصية أو بفعلهما معاً كما إذا حفرا بئراً، أو اصطادا صيداً، أو اقتلعا شجرة أو نحو ذلك من الأسباب الاختيارية وغيرها.

وقد تكون بمزج المالين على نحو يرتفع الامتياز بينهما مع الاتحاد في الجنس، كمزج الحنطة بالحنطة والماء بالماء، واختلافه كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، ودهن اللوز بدهن الجوز).

إذ لا معنى لحصول الشركة وقت الامتزاج؛ لكونهما ملكين لمالك واحد حينئذٍ، ولا تتعقل الشركة في مالي رجل واحد.

نعم، ربما تصحّح الشركة، بدعوى رجوع حصة المغبون إلى ملكه آناً ما قبل الفسخ، فيحصل الفسخ والحنطة لهما، لا لخصوص الغابن، فتحصل الشركة القهرية بين المالين، فيكون بحكم مال المالكين.

ولكنه غير قابل للقبول؛ لأن الملكية الآنية أمر على خلاف ما عليه سيرة العقلاء في معاملاتهم، فلا يصار إليه إلا بدليل تعبّدي، كما في المعاطاة؛ حيث إن الجمع بين الأدلة اقتضى القول بالملكية آناً ما؛ إذ الجمع بين القول بعدم إفادة المعاطاة إلا الإباحة من جهة، وبين قيام الإجماع القطعي على صحة التصرّفات الاعتبارية للمشتري في ما أخذه من جهة ثانية، وبين « لا بيع إلا في ملك » من جهة ثالثة، هو القول بالملكية الآنية، فيقال بانتقال المأخوذ إلى ملك الآخذ آناً ما قبل بيعه له، ثم يبيعه.

وكما في سهم الإمام عليه السلام على ما هو التحقيق؛ فإنه ملك للإمام عليه السلام، وإنما يجوز للفقيه صرفه فيما يرضى الإمام عليه السلام، ونتيجة ذلك جواز إعطائه إلى من يستحق السهم، مما يحرز رضا الإمام عليه السلام في إعطائه إياه، ومقدار ما دلّ عليه الدليل: أنه له على نحو الإباحة في التصرف، ولكن بما أنه سيضطر جزماً إلى الشراء به، لقضاء حاجاته، فيقال جمعاً بين الأدلة بتملّكه له آناً ما ثم يشتري به.

ولا يوجد مثل هذا الدليل في المقام، فلا وجه للملكية الآنية.

وحاصل البحث: أن المالين إذا كانا من جنس واحد، سواء أكانا متساويين في الجودة والردائة، أم مختلفين، فالقاعدة تقتضي الانتقال إلى البدل؛ لأن الامتزاج قد تمّ حال كونهما في ملك الغابن، ولا مورد للشركة حينئذٍ، فلما فسخ البيع كان مقتضى قاعدة الفسخ أن يردّ مال المغبون بعينه، لا على نحو الإشاعة؛ إذ لا دليل عليها، ولمّا لم يمكن ذلك؛ لحصول الامتزاج عند الغابن، انتقل إلى بدله.

وبعبارة أخرى: إن قانون الفسخ أن ترجع الملكية التي كانت بين المالك والمملوك إلى سابق وضعها، لا بمعنى أن ترجع الملكية بشخصها، بل بسنخها، وبما أن المملوك الذي انتقل عنه كان مفروزاً، وملكيته لم يكن أحد يشاركه فيها، فلا بدّ أن يعودا كذلك، ورجوعهما مشاعاً نقض لقانون الفسخ.

فالنتيجة: أن مقتضى الفسخ عود ما انتقل عنه إليه، فإن لم يوجد انتقل إلى بدله، قيمة أو مثلاً.

ثم إنه إذا قلنا بالشركة في العين على حسب المالية حين امتزاج الحنطة الردئية بالجيدة، فقهراً يكون سهم صاحب الجيدة أكثر من سهم صاحب الرديئة، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديئ كان المجموع بينهما أثلاثاً.

دعوى الشيخ الطوسي الربا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها

ولكن ردّه الشيخ الطوسي قدس سره - في مسألة رجوع البائع على المفلّس

بعين ماله - بأنه يستلزم الربا[1]؛ وذلك لأن ما أخذه من بعد الامتزاج أكثر

---

(١) المبسوط ٢: ٢٢٥ - ٢٢٦، ولا بأس بذكر ما قاله الشيخ رحمه الله بطوله لفائدته قال رحمه الله:

(وإن كان الزيت الذي اختلط به أجود من زيته، فهل يسقط حقه من عينه أم لا؟

قيل: فيه: وجهان:

أحدهما: أنه يسقط حقه وهو الصحيح. والثاني: لا يسقط.

ووجه الأول أن عين زيته تالفة؛ لأنها ليست بموجودة من طريق المشاهدة، ولا من طريق الحكم؛ لأنه ليس له أن يطالبه بقسمته، وإذا لم يكن موجوداً من الوجهين كان ذلك بمنزلة التالف، ولا حقّ له في العين ويضرب بدينه مع الغرماء.

ومن قال بالقول الثاني قال: يباع الزيتان معاً، ويؤخذ ثمنه فيقسم بينهما على قدر قيمة الزيتين.

وقيل: إنه لا يباع الزيت، لكن يدفع إلى البايع الذي زيته دون زيت المفلّس من جملة الزيت بقدر ما يخصّه، مثل أن يكون للبايع جرّة تساوي دينارين، واختلطت بجرّة للمفلّس تساوي أربعة دنانير، فإن جملة الزيت تساوي ستة دنانير، فيكون قيمة جرّة البايع ثلث قيمة جميع الزيت، فيدفع إليه ثلث جميع الزيت، وهو ثلثا جرّة.

وهذا غلط؛ لأنه يقال لهذا القائل - إذا أعطيته ثلثي جرة - فلا يخلو أن يدفعه بدلاً [عوضاً خ ل] عن جرّته، أو يدفع بدلاً عن ثلثي جرّته، ويسأله أن يترك الثلث الباقي، فإن دفعت الثلثين بدلاً عن الجرّة، فهذا محض الربا، فلا يجوز، وإن دفعته إليه بدلاً عن ثلثي الجرّة، وسألته ترك ما بقي، فله ألا يجيبك لأنه لا تلزمه الهبة والتبرّع).

من ما سلّمه قبله.

وعلّق عليه الشيخ الأنصاري رحمه الله بقوله: (وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة)[1].

وتوضيح ذلك: أن الالتزام بالربا في المقام، بناء على الشركة في العين يبتني على أمرين:

الأول: أن يستفاد من أدلة حرمة الربا عموم حرمته لكل المعاوضات، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بجريان الربا حتى في المعاوضات القهرية، ولا يختص بالمعاوضات الاختيارية.

وفي كل منهما بحث، ولو فرض أن أدلة حرمة الربا لا تختص بالبيع، بل تشمل كل معاوضة، فلا شكّ أنها تختص بالمعاوضات الاختيارية، ولا تشمل القهرية كما في ما نحن فيه.

ولو سلّم شمولها لكل معاوضة لم يسلّم صدق المعاوضة على الشركة القهرية؛ لعدم حصول المقابلة والمبادلة في الشركة في العين الحاصلة بالامتزاج، بحيث يصدق عليه أنه بدّل ماله القليل بمال أكثر؛ ليصدق عنوان المعاوضة؛ فإن ما حصل فيها هو انعدام الملكية السابقة واستحداث ملكية جديدة.

والحاصل: أن ما حسّنه الشيخ قدس سره من صدق الربا على المالين

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

الممتزجين، إذا كانا من جنس واحد، وتوفرت سائر شرائط الربا من المكيل والموزون، يتوقف على الالتزام بأمور ثلاثة:

الأول: أن يلتزم بشمول أدلة حرمة الربا لكل معاوضة، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بشمول أدلته للمعاوضات الاختيارية والقهرية.

الثالث: أن يلتزم بأن الشركة القهرية بالامتزاج فرد من المعاوضات.

ولا أقل من إجمال دليل حرمة الربا، ومقتضى القاعدة في المجمل المردّد بين الأقل والأكثر، الاقتصار على الأقل، وهو غير الشركة القهرية في العين، فينتفي إشكال الربا فيها[1].

---

(١) نقل أحد حضار مجلس الدرس قول السيد اليزدي قدس سره - في تعليقه على قول الشيخ رحمه الله: (وفي استحقاقه لأرش النقص..) المكاسب ٥: ١٩٩ -: ثم لا يخفى أن إشكال الربا الآتي في الفرض الآتي آتٍ في هذا الفرض أيضاً، بناء على الشركة في العين مع الأرش، أو فيها على حسب القيمة. حاشية السيد ٢: ٥٦٥.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله:

أولاً: بالنقض بخيار العيب إذا بلغ الأمر إلى الأرش؛ فإن خيار العيب يأتي في جميع المعاملات بضرورة الفقه، فربما تبقى العين مع الأرش، فإذا كان مورد المعاملة مكيلاً أو موزوناً كان عليه أن يلتزم بتخصيص دليل الرش لدليل الربا، ولا يلتزم به فقيه.

وثانياً: بالحل بأن الأرش عبارة عن جبران النقص الحاصل من العيب، وجبران النقص لا يعتبر معاوضة ولا مبادلة.

مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن

أفاد الشيخ قدس سره: بأن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون، والتلف، إما بآفة، أو بإتلاف أحدهما، أو بإتلاف الأجنبي، فالصور ثمان؛ إذ يتصور التلف عند أي منهما على أربع صور، فالمتصور في تلف ما وصل إلى المغبون:

١ـ أن يكون التلف بآفة سماوية.

٢ـ أن يكون التلف بإتلاف الغابن.

٣ـ أن يكون التلف بإتلاف المغبون.

٤ـ أن يكون التلف بإتلاف الأجنبي.

وهكذا بالنسبة إلى ما وصل إلى الغابن.

في حكم تلف ما عند المغبون

أما بالنسبة إلى تلف ما عند المغبون فأفاد الشيخ قدس سره:

بأنه إن كان بآفة أو من المغبون، فعلى مبنى من قال بسقوط الخيار في حال انتقال المبيع عن الملك بعقد لازم، فهو يقول هنا بالسقوط بطريق أولى؛ لأنه إن قال بسقوطه في التلف الحكمي، فهو يقول بسقوطه في التلف الحقيقي بالأولوية القطعية.

لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن ما نحن فيه، وتوضيح ذلك:

أن الخيار لو كان هو حق ردّ العين، لسقط الخيار في التلف الحكمي والحقيقي، ولكن التحقيق أنه حق فسخ العقد، فمتعلّقه العقد، وهو باقٍ حتى بعد التلف الحقيقي، فضلاً عن الحكمي، فيبقى الحق المتعلِّق به.

وعليه، فإذا فسخ المغبون العقد، فبالنسبة إلى ما عند الغابن، إن كان موجوداً ردّه المغبون إلى ملكه، وإن كان تالفاً أخذ بدله.

وأما ما عند المغبون، فالفرض أنه تالف، فينتقل الضمان الى البدل، مثلاً أو قيمة، حسب قاعدة التلف، ولكن الكلام في قيمة ما يغرمه، هل هي قيمة يوم التلف؟ أو يوم الفسخ؟ وذلك مع اختلاف القيمة بين الزمانين، كأن حصل التلف قبل الفسخ بأيام وقد ارتفعت القيمة.

ومقدار ما أفاده الشيخ رحمه الله ذكر الوجهين على نحو الترديد، ولم يبيّن الوجه فيهما، فنقول:

أما وجه اعتبار يوم الفسخ؛ فلأن مال المغبون - ما دام لم يفسخ - هو الذي تلف، فلما فسخ انتقل ما عنده إلى الغابن، وانتقل ما عند الغابن إليه، فلو كان موجوداً أخذه، ولما لم يكن موجوداً انتقل إلى بدله في ذلك الحين، فيكون يوم الفسخ هو يوم الانتقال إلى القيمة.

وأما وجه اعتبار يوم التلف؛ فلأن التالف يخرج من ملك مالكه يوم التلف، فإذا فسخ كان يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة.

وإن كان التلف بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتلِف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل؛ -إذ هو ملكه حين التلف، فمن حقه الرجوع إليه- ثم ظهر الغبن، ففسخ ردّ على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ.

والوجه فيه: أن الضمان بالنسبة إلى الأجنبي يكون في زمان الإتلاف؛ « فإن من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فإذا فسخ المغبون كان البدل بدل ما أتلفه الأحنبي، فإن لم يأخذه المغبون رجع الغابن إلى الأجنبي، وإن أخذه رجع الغابن إليه.

وإن كان بإتلاف الغابن ففيه ثلاث صور:

١ـ أن لا يفسخ المغبون فيأخذ البدل من الغابن؛ لأن « من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فعلى الغابن أن يخرج من عهدة البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

٢ـ أن يفسخ المغبون من دون إبراء الغابن، فيأخذ منه الثمن، وليس على المغبون شيء؛ لأن الغابن قد أتلف ما وجب عليه ردّه.

٣ـ أن يفسخ المغبون، ولكن كان إتلافه قبل ظهور الغبن، وأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغبن ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة إلى الغابن؛ لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض؛ لأن إبراء الذمة بمنزلة وصول التالف إليه.

في حكم تلف ما عند الغابن

وأما إذا تلف ما عند الغابن، فالصور أربع أيضاً:

فإن كان التلف بآفة، أو بإتلاف الغابن، ففسخ المغبون أخذ البدل، وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ؛ إذ النسبة بينهما عموم وخصوص من وجه، قولان، ظاهر الأكثر الأول.

ولكن ما ذهبوا إليه في المقام ينافي ما ذهب إليه عدّة منهم - في مسألة ما لو اشترى عيناً بعين، فقبض أحدهما دون الآخر، فباع القابض ما قبضه، ثم تلف غير المقبوض في يده - من القول بانفساخ البيع الأول بتلف متعلّقه قبل القبض؛ بمقتضى قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، بخلاف البيع الثاني؛ فإنه وقع صحيحاً، فلا ينفسخ؛ لوقوعه في ملكه، فتشمله: ﴿ أحل الله البيع ﴾[1]، ويغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض.

وهذا ظاهر، بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، والفرق بين المسألتين مشكل، فإذا بني في تلك المسألة على إعطاء قيمة يوم الانفساخ، فيبنى في ما نحن فيه على قيمة يوم الفسخ[2].

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) يمكن أن يقال بأن فرض تلك المسألة وحدة يومي التلف والانفساخ؛ لأن البيع الأول انفسخ بتلف متعلقه، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن النسبة بينهما عموم من وجه.

فيجاب: بأن فرض ما قاله في الدروس، والمسالك، ومحكي حاشية الشرائع، وصاحب الحدائق، وبعض آخر: تلف غير المقبوض، وزمانه - أي زمان الانفساخ - قد يختلف مع زمان تلف ما أخذه، مثلاً لو باع زيد كتابه بقلم عمرو، ثم أخذ زيد القلم ولم

وإن كان بإتلاف الأجنبي، وفسخ المغبون المعاملة، ففي رجوع المغبون إلى الأجنبي أو إلى الغابن احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يرجع بعد الفسخ إلى الغابن، والوجه فيه أمران:

١ـ أنه الذي يردُّ إليه العوض؛ بمقتضى قانون الفسخ من رجوع المال المنتقل إلى من انتقل عنه، فيؤخذ منه المعوَّض أو بدله.

٢ـ أنه ملك القيمة على المتلِف؛ لحصول التلف وهو في ملكه، فهو الذي يطالب الأجنبي؛ لأنه ماله، فلا وجه لرجوع المغبون إلى المتلِف.

الثاني: أن يرجع إلى الأجنبي المتلِف؛ لأن المال في ضمانه، فلما فسخ المغبون كان له - بمقتضى قانون الفسخ - أن يأخذ العين إن وجدت أينما كانت، وإن لم توجد فيأخذ بدلها، فما لم يدفع الأجنبي العوض فنفس المال في عهدته.

ويشهد لكون المال في عهدته ما صرّح به في الشرائع من جواز المصالحة على ذلك المتلَف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا[1].

وما صرّح به العلامة رحمه الله من أنه لو صالحه على نفس المتلَف بأقلّ

يأخذ عمرو الكتاب، فباع زيد القلم إلى شخص آخر، وتلف الكتاب عنده، فهذا التلف يوجب انفساخ البيع الأول، فلا بدّ من رجوع القلم إلى عمرو، مع أنه قد باعه، فيغرم قيمته - أي قيمة القلم الذي بحكم التلف لبيعه إلى آخر- يوم تلف غير المقبوض، أي يوم الانفساخ، وهو قد لايكون متحداً مع زمان بيع القلم.

(١) راجع الشرائع ٢: ١٢٢.

من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقلّ لزم الربا، بناء على جريانه في الصلح[1].

فإن هذا شاهد على أن العين في عهدة المتلِف، فلم يكن الصلح بالأقل من الربا.

الثالث: التخيير بين الرجوع إلى الغابن والرجوع إلى الأجنبي؛ أمّا الغابن؛ فلأنه ملك البدل، وأما المتلِف؛ فلأن المال المتلَف في عهدته قبل أداء القيمة.

وإن كان بإتلاف المغبون، فالمستفاد من كلام الشيخ قدس سره ثلاث صور:

الأولى: أن لا يفسخ المغبون المعاملة، فيغرم بدل ما أتلفه عند الغابن؛ لأن « من أتلف مال غيره فهو له ضامن ».

الثانية: أن يفسخ المعاملة، ولم يبرئ الغابن ذمة المغبون، فيأخذ الغابن ماله من المغبون.

الثالثة: أن يفسخ المعاملة، ولكن أبرأه الغابن من بدل المتلَف قبل الفسخ، فظهر الغبن ففسخ، ردّ المغبون الثمن، وأخذ قيمة المتلف؛ لأن المبرأ منه كالمقبوض.

هذا حكم جميع الصور التي أفادها الشيخ قدس سره وبيّناها بطولها

---

(١) راجع التحرير ١: ٢٢٩ - ٢٣٠.

وأوضحنا الأحكام فيها بوجوهها[١].

ولا يخفى عدم الثمرة في التقسيم؛ لأن الحكم واحد في الصورتين، فحكم إتلاف الأجنبي واحد، سواء أكان التالف ما عند الغابن أم كان عند المغبون، وكذا بالنسبة إلى إتلاف أحدهما، أو إذا كان بآفة.

التحقيق في المقام

وفي هذه المسألة مواقع للنظر:

عدم ضمان المغبون لو تلف عنده بلا تفريط

الأول: أن الفقهاء قالوا: بأن المال التالف مضمون بضمان اليد، سواء أكان التلف قبل الفسخ أم بعده، وعليه فمقتضى « على اليد ما أخذت »، والسيرة، الغرامة بالقيمة أو المثل.

وفي إطلاق هذا الكلام تأمل؛ أما بناء على أن المستند حديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[٢]:

فأولاً: لا يخفى أن المراد من اليد هي اليد العدوانية، فتكون ضامنة مطلقاً، سواء أكان التلف بالاختيار أم بآفة.

واليد في ما نحن فيه ليست عدوانية، وإن لم تكن مجانية؛ إذ وقعت يد الغابن أو المغبون على المال بواسطة المعاملة، فكانت يد كل واحد منهما على ما في يده، يد المالك على ملكه، بلا تعدٍ ولا تجاوز، فإذا

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠٠ - ٢٠٢.

(٢) مستدرك الوسائل، الباب الثاني من كتاب الوديعة، الحديث١٢.

انكشف الغبن وفسخ المغبون، كان من ذلك الحين مالاً للغير، ولم يجز له التصرف فيه، بل عليه حفظه وإيصاله إلى مالكه، فإذا تلف بدون تعدٍ ولا تفريط، بل بآفة سماوية لم يكن ضامناً؛ لعدم كون يده عادية.

وثانياً: إن حديث « على اليد..» غير ناظر إلى مورد التلف أصلاً، بل حدّ دلالته ما دامت العين موجودة؛ إذ بعد التلف يكون « ما أخذت حتى تؤدي » سالبة بانتفاء الموضوع، فلا مجال للتمسك به.

وتوضيح ذلك: أن المغيّى في الحديث: « على اليد ما أخذت »، والغاية: « حتى تؤدي »، فإذا كنا وهذا الحديث فقط، فمدلوله أن اليد التي استولت على مال الغير، يكون المال في عهدتها إلى أن تؤديه، فأقصى ما تدلّ عليه من وجوب الأداء ما دامت العين موجودة، وأما بعد تلفها، فالأداء منتف بانتفاء موضوعه، فلا محيص من الرجوع إلى أدلة أخرى لإثبات ضمان التالف.

نعم، لو كان المدلول حتى تؤدي عينه أو بدله، كما قيل به، لكان ناظراً إلى مورد التلف، ولكنه تصرّف بلا قرينة، فلا نقبله.

وأما في مورد الغصب، فقد قامت القرائن الخارجية على ضمانه، من الإجماع والسيرة العقلائية، وفحوى ﴿ إن الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[1]، وأما لو خلينا وهذا الحديث لكان قاصراً عن مورد التلف.

---

(١) النساء: ٦٢.

وأما بناء على كون المستند سيرة العقلاء، فلم تثبت سيرتهم على الضمان في مثل ما نحن فيه، ويظهر جلياً ما ندّعيه في ما لو فرض أن الغابن كان يعلم بالغبن، ولم يكن المغبون عالماً بذلك، بل كان مخدوعاً، فأخذ المال وذهب به إلى بلده المختلف عن بلد الغابن، ثم علم بالغبن؛ فإن حدّ ما قامت عليه السيرة أن له حقّ الفسخ، وأن يردّ المتاع إلى مالكه، وليس له التصرّف فيه، ولم تقم على ضمانه لو تلف بلا تعدٍ ولا تفريط، بل بآفة سماوية[1].

ولا أقل من الشك في ثبوتها، وبما أنها دليل لبي، فلا بدّ من إحرازها صغروياً، وبمجرد الشك في قيامها يكفي لعدم نهوضها.

ولو سلّم ثبوتها صغروياً لم يثبت إمضاؤها كبروياً؛ ويشترط في

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إنهم عاملوا اليد حتى في صورة التلف السماوي معاملة اليد العدوانية، واعتبروا يده كيد الغاصب، استناداً إلى الحديث والسيرة، وهو غير صحيح، فراجعوا مصباح الفقاهة.

قال في المصباح ٦: ٣٩٤: (أما المسألة الأولى فقد يكون التلف بعد الفسخ، وقد يكون قبل الفسخ، أما الأول فلا شبهة في كونه موجباً للضمان؛ فإنه بعد الفسخ يكون المال مال الغير، فيكون حكمه حكم الغصب، فيكون ضمانه على الفاسخ؛ فإن يده بعد الفسخ يد ضمان، فلا بدّ من الخروج عن عهدته لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ولو كان ذلك بالسيرة، سواء كان التلف غير مستند إلى شخص، أي شخص كان، أو مستند إليه).

السيرة العقلائية - بعد إحراز ثبوتها - أن يثبت إمضاؤها من قبل الشارع، ولو بعدم الردع مع كونها بمرأى ومسمع منه، ولم يثبت الإمضاء؛ لأن الشارع يرى (أن المغرور يرجع على من غرّه)[1]، كما هو كذلك عند العقلاء، فبما أنا نرى وقوفه إلى جانب المغرور، فكيف نحرز إمضاء السيرة القائمة على ضمان المغبون فيما لو خُدع ففسخ، ثم تلف المال في يده بلا تعدٍ ولا تفريط؟

في تحديد وقت احتساب القيمة

الثاني: إذا كانت اليد يد ضمان، فبأي قيمة تراعى بالنسبة إلى القيميات؟ هل قيمة يوم التلف، أو يوم الفسخ، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم؟ وجوه.

أما بالنسبة إلى الغصب فالأقوال فيه خمسة:

١ـ قيمة يوم الغصب.

٢ـ قيمة يوم التلف.

---

(١) هذه قاعدة متصيدة، وليست برواية، وإن اعتبرها بعض الفقهاء رواية مرسلة، إلا أنها غير موجودة في كتب الحديث، ولعل منشأها أو أحد أدلتها ما أخرجه في الوسائل، الباب الثاني من أبواب العيوب والتدليس، الحديث٢ : عن رفاعة بن موسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - إلى أن قال : - وسألته عن البرصاء؟ فقال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلّسها...».

٣ـ قيمة يوم الأداء.

٤ـ أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

٥ـ أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأداء.

ولا يخفى عدم صحة قياس ما نحن فيه على باب الغصب؛ لأن اختلاف القيمة السوقية، المعبّر عنه بالزيادة الحكمية، محل بحث في باب الغصب، وأما في ما نحن فيه، فارتفاع القيمة ليس مورداً للضمان؛ لأن مقتضى الفسخ، رجوع كل واحد من العوضين - بالذات والصفات الدخيلة في المالية كالجودة - إلى مالكه السابق، وأما ارتفاع القيمة فليست من مقتضيات المعاوضة، ولم تقع تحت اليد، فلا موجب إلى ضمانها.

وعليه فالوجوه في المسألة ثلاثة:

الأول: قيمة يوم التلف.

الثاني: قيمة يوم الفسخ.

الثالث: قيمة يوم الأداء.

الأصح ضمان قيمة يوم الفسخ

والأصح من بينها قيمة يوم الفسخ؛ إذ بمجرد حصول المعاملة انتقل كل من العوضين إلى ملك الآخر، فيبقى في ملكه ما لم يفسخ المغبون، ولا وجه للضمان بالقيمة قبل الفسخ وإن تلف المال؛ لأنه تلف في ملك مالكه، فلا يضمن لنفسه، وعندما يقع الفسخ يكون يوم الفسخ هو يوم

رجوع كل عوض إلى مالكه السابق، فإن كانت عينه موجودة أرجعها إلى مالكها بنفسها، وإلا أرجع بدلها، وهو القيمة حسب الفرض، فيكون المدار على قيمة يوم الفسخ.

وأما ما قيل من قيمة يوم الأداء، فقد وجّه بقيام السيرة العقلائية على ذلك، كما أن مقتضى: « على اليد ما أخذت.. » أن تكون العين بنفسها في ذمة كل واحد من الطرفين حتى بعد التلف؛ لأنها هي التي أخذت، لا مثلها ولا قيمتها، فإن كانت موجودة وقت الأداء سلّمت بنفسها، وإلا انتقل إلى بدلها مثلاً أو قيمة.

وإن شكّ في ذلك كان مقتضى الاستصحاب بقاء العين في الذمة إلى وقت الأداء.

فيردّه أن الدليل إن كانت هي السيرة، كان الإشكال: أن العين قد تلفت وانعدمت - حسب الفرض - ولا يمكن إعادتها، وبما أنه لا تعبّد في السيرة العقلائية، ولا في ارتكازات العقلاء، فلا معنى لاعتبار العقلاء كون العين في الذمة مع عدم قابليتها للاستفادة الخارجية، ولا الاعتبارية.

وبعبارة أخرى: إن اعتبار العين في ذمة الآخر، إنما هو بملاك رجوع العُين لكي يستفاد منها، فتؤكل إن كانت مما يؤكل، أو تباع إن كانت مما يباع، والمعدوم غير قابل للاستفادة منه بالاستفادة التكوينية ولا الاعتبارية، فدعوى سيرة العقلاء على جعل العين المعدومة في الذمة فاقد الملاك، ولا دليل عليه.

فما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره - من انحصار دليل الضمان في

سيرة العقلاء؛ لضعف دليل « على اليد » سنداً، والتزامه ببقاء نفس العين في الذمة بعد التلف والعدم[١] - لا وجه له.

وإن كان هو حديث: « على اليد..»، فالإشكال: أن المجعول فيه سواء أكان حكماً تكليفياً أم وضعياً فهو مغيّى بالأداء، ومتعلّق الأداء نفس ما أخذ، وبما أنه تالف، فينتفي ضمانه بنفسه، من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وأما ما قيل من ضمّ الإجماع والضرورة الفقهية على ضمانها.

فنقول: بأن غاية ما قام عليه الإجماع والضرورة هو ضمانها بنفسها إن كانت موجودة، وإلا فببدلها؛ فإن المال الواقع في اليد لم يكن مجاناً، ولا يذهب هدراً، وأما أن تكون العين مضمونة بنفسها بعد تلفها، فمما لم يقم عليه الإجماع، ولا نهضت به الضرورة.

لو أتلف كل منهما ما عند الآخر

الثالث: لو أتلف كل منهما ما عند الآخر، فالقاعدة تقتضي أن يغرم كل واحد منهما للآخر ما أتلفه؛ لصدق « من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فإن كان قيمياً غرم القيمة، وإن كان مثلياً فالمثل.

وما ذكرناه في الأمر الثاني، من الاختلاف في كون ضمان القيمة يوم التلف، أو يوم الفسخ، أو يوم الأداء، ظاهر التأثير في المقام؛ وذلك:

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٩٦.

لأنه إن قلنا بأن الضمان قيمة يوم الأداء، لزم منه التهاتر، وبـراءة ذمـة الطرفين؛ لأن القيمة يوم الأداء واحدة؛ فإن الضمان حينئذٍ يتعلّق بـالعين، فكان يفترض على الغابن أن يؤدي العين التي أتلفها وهي عند المغبون، ولنفرضه الكتاب الذي اشتراه المغبون، ولكن بما أنها تالفة فيؤدي قيمتها يوم الأداء، وكان على المغبون بعد الفسـخ أن يـؤدي تلـك العـين التـي اشتراها، وهو نفس ذلك الكتاب أيضاً، ولكـن بمـا أنهـا تالفـة فعليـه أن يؤدي قيمتها يوم الأداء، والفرض أن القيمة في يوم الأداء واحـدة، فيقـع التهاتر، ما في ذمة الأول بما في ذمة الآخر.

وإن قلنا بضمان التالف يوم التلف، أي يوم الغصب، وضمان المغبون يوم الفسخ، فقد يتعدّد الزمانان بسبق زمـان التلـف علـى زمـان الفسـخ، وعليه فإن كانت القيمة متحدة في الزمـانين، كـان التهـاتر بـين الـذمتين كالسابق، وإن اختلفت القيمة كان التهاتر بالمقدار المشترك، ويأخذ الآخر الباقي.

مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه

الكلام في ثبوت خيار الغبن في المعاوضات المالية غير البيع يبتني على المستند في خيار الغبن، وقد أطال الشيخ قدس سره في ذكر الأقوال، ونقل الكلمات، والمهم ذكر المباني وما يبتني عليها، فنقول:

إن ما ذكر من المستند في خيار الغبن ستة أدلة:

الأول: الإجماع.

الثاني: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1].

الثالث: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[2].

الرابع: أخبار تلقّي الركبان.

الخامس: قاعدة (لا ضرر).

السادس: الشرط الارتكازي.

والعمدة بين هذه الأدلة ثلاثة: الإجماع، و« لا ضرر »، والشرط الارتكازي؛ فإن أخبار تلقّي الركبان ضعيفة سنداً، موهونة دلالة، والآية بعقديها - المستثنى والمستثنى منه - غير تامة الدلالة على المدّعى.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، كما ذهب إليه جماعة من الأعاظم، فلا يثبت في غير البيع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون المخصص لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] الدال على لزوم كل عقد، دليلا لبياً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص البيع، ويتمسك بالعموم في الباقي.

حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند « لا ضرر » كما عليه جماعة كثيرة من الفقهاء؛ باعتبار أن اللزوم في البيع الغبني حكم ضرري، وهو منفي في الإسلام، فالخيار يثبت في جميع المعاملات المعاوضية الغبنية؛ لنفس المناط، ويستثنى خصوص ما لو أقدم المتعاملان أو أحدهما على الضرر؛ فإن الضرر لا يستند إلى الشارع حينئذٍ، وإنما إلى نفس من أقدم عليه.

حاجة لا ضرر للجبر عند المحققين الخراساني والأصفهاني ورده

نعم، قال المحقق الأصفهاني قدس سره في المقام:

(**نعم**، إذا قلنا بأن قاعدة الضرر تحتاج في العمل بها إلى الجابر أمكن الإشكال في خصوص الصلح؛ حيث لا شهرة على جريان خيار الغبن فيه؛ لتكون قاعدة الضرر مجبورة بعمل المشهور)[2].

وقد سبقه بهذا المعنى المحقق الخراساني قدس سره أيضاً؛ حيث قال في

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) الحاشية على المكاسب ٤: ٣١٩.

حاشيته على المكاسب: (وعدم الحاجة في الاستناد إلى نفي الضرر، إلى الجبر بعمل معظم الأصحاب، وإلا فلا يصحّ الاستناد إليه في ثبوته في غير البيع؛ لعدم ظهور الاستناد من المعظم إليه، وإلا في البيع)[1].

ولكنه مما لا وجه له؛ لأنا نحتاج في حجية الخبر إلى ركنين: تمامية السند، وتمامية الدلالة، وكلاهما تامان في حديث « لا ضرر »، فلا حاجة إلى الجبر بعمل الأصحاب؛ فإنا إنما نحتاج إليه - على القول به - في مورد ضعف السند لينجبر وهنه به، أو في مورد قصور الدلالة فيرفع قصورها بعمل الأصحاب.

إن قيل: بأن التمسك بـ« لا ضرر » في المقام يستلزم تخصيص الأكثر.

قلنا: بأن كثيراً من الموارد التي تخرج من دائرة « لا ضرر » إنما تستلزم كثرة التخصّص، لا كثرة التخصيص؛ فإن الموارد التي تكون مبنية على الضرر من أول تشريعها، كالجهاد، والدفاع، خارجة من تحت « لا ضرر » تخصّصاً، وكذلك موارد إقدام المكلف على الضرر.

حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، القائم بين العقلاء في معاملاتهم، على أن لا يكون تفاوت فاحش بين العوض والمعوض،

---

(١) الحاشية على المكاسب: ١٩٧.

فتخلّفه في أي مورد اتفق يوجب الخيار، فيختلف باختلاف الموارد:

فإن قامت قرينة نوعية على أن المعاملة مبنية على المداقة، كما في الصلح الذي يراد به نتيجة البيع أو الإجارة، فالتفاوت الفاحش بين العوضين موجب للخيار؛ لتخلف الشرط الارتكازي.

وإن قامت القرينة النوعية على المسامحة، كما في الصلح الذي يراد به رفع المشاجرة والنزاع، أو في موارد إبراء الذمة، فلا شرط ارتكازياً عندهم على التساوي بين العوضين، فلا خيار.

نعم، يختلف الحال في التفاوت الفاحش بين الموارد، فربما التفاوت بمائة دينار يوجب الغبن في الصلح الذي يراد به أن يقوم مقام البيع، ولكن لا يوجبه في موارد إبراء الذمة، ولكن التفاوت بخمس مائة دينار يوجب الغبن حتى في موارد إبراء الذمة.

ولو شكّ في مورد من الموارد أنه مما بني فيه على التسامح عند العقلاء أو لا، فمقتضى الأصلين، اللفظي والعملي، هو لزوم المعاملة؛ لأن الشك في ذلك يرجع إلى الشك في اللزوم وعدمه، ومقتضى الأصل اللفظي اللزوم، كما أن مقتضى الاستصحاب - لو فسخ - بقاء أثر العقد الواقع.

فيتلخّص من ذلك: ثبوت خيار الغبن في الصلح الذي لم يبنَ فيه على التسامح، إلا إذا ثبت إسقاطه من قبل المتعاملين أو أحدهما، وأما ما يبنى فيه على التسامح فلا يجري فيه خيار الغبن.

مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي

اختلف الأصحاب في كون خيار الغبن على الفور، بحيث يسقط حق الخيار لو لم يعمله المغبون في أول أزمنة الإمكان، أو على التراخي، فيجوز له التأخير في الإعمال على قولين.

نسب الشيخ قدس سره إلى المشهور الأول[1]، واستُدِلّ له بدليلين:

دليل القول بالفور

الدليل الأول

إن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

تقرير المحقق الكركي للدليل الأول

وقرّره في جامع المقاصد: بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإلا لم ينتفع بعمومه[2].

وتوضيح ذلك: أن في قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[3] عمومين: أفرادياً، وأزمانياً، فمقتضى الأول أن كل فرد من أفراد العقد محكوم بوجوب الوفاء، وهو يستتبع العموم الأزماني، فيكون وجوب الوفاء به

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠٦.

(٢) في المكاسب ٥: ٢٠٦، عن جامع المقاصد ٤: ٣٨.

(٣) سورة المائدة: ١.

في كل زمان، ولو لم يستتبعه لم ينتفع بعمومه، فيكون العموم الأفـرادي لغواً؛ إذ لو وجب الوفاء بالعقد في آنٍ ما، لم يكن له ثمرة، فإن أريـد أن يكون ذا فائدة لزم أن يكون مستمراً، وإذا ثبـت الاسـتمرار، فتخصيصـه بزمان دون زمان ترجيح بلا مرجح، فيثبت العموم الأزماني لكل فرد.

وبعبارة أخرى: إنه إذا ثبت وجوب الوفاء لكل عقد، فلا يخلو الحال من ثلاثة أمور: إما أن يجب الوفاء به آناً ما، فيكون العموم الأفرادي لغواً.

وإما أن يجب الوفاء به في مدة معيّنة، فترجيح أحد أفرادها، كشهر أو شهرين، دون الأفراد الأخرى، ترجيح بلا مرجح.

فيتعيّن الثالث، وهو العموم الأزماني، فيجب الوفاء بكل عقد فـي كـل آنٍ.

وعليه، فإذا ثبـت العمـوم الأزمـاني، فمـن الواضـح أن دليـل الخيـار يخصصه، فبمجرد أن يلتفت المغبون للغبن لم يمكن التمسـك بـالعموم الأزماني في الآن الأول، وبعده يشك في بقاء الخيار، فـإن لـم يكـن فـي المقام عموم تمسك بالأصل، وهو استصحاب بقاء الخيار، ولكن العمـوم الأزماني ثابت حسب الفرض، فيتمسك به في ما عدا الآن الأول؛ لرجوع الشك إلى التخصيص الزائد من حيث الزمان، وهذا معنـى كـون الخيـار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، فيكون على الفور.

والحاصل أن بهذا التوضيح يعرف معنى كون الخيـار علـى خـلاف الأصل، واقتصاره على القدر المتيقن، كما يتضح أن القول بالفور برهاني جارٍ علـى مقتضـى القاعـدة، وأن المرجـع - بعـد الآن الأول - العمـوم

الأزماني في قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[١].

دليل القول بالتراخي

ومستند القول بالتراخي هو الاستصحاب، بدعوى الشك في بقاء الخيار بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

رأي صاحب الرياض

ونسب الشيخ قدس سره إلى صاحب الرياض رحمه الله إناطة الحكم في المقام بالمستند في ثبوت أصل الخيار، فإن كان المستند الإجماع اتّجه التمسك بالاستصحاب؛ لأن الإجماع دليل لبي، لا لسان له، فيدل على أصل ثبوت الخيار، ولا يدل على حدّه، فيشك في بقائه بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

وإن كان المستند قاعدة « لا ضرر » وجب الاقتصار على الخيار في الزمان الأول؛ لارتفاع الضرر به[٢].

ولكن لا يخفى أن كلام صاحب الرياض رحمه الله كان في مطلب آخر، وهو ثبوت الخيار مع بذل الأرش، لا في الفور والتراخي.

مناقشة الشيخ في الأدلة

وقد خدش الشيخ قدس سره في جميع الوجوه المذكورة:

أما ما أفيد من وجوب الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكون الخيار

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٠٥.

على خلاف الأصل، فهو غير متجه مع وجود الحجة، وهو الاستصحاب في المقام.

مناقشة الشيخ فيما قرره المحقق الثاني

وأما ما قرره المحقق صاحب جامع المقاصد تتمّ من استتباع العموم الأفرادي للعموم الأزماني، ففيه: أن الاستتباع يستلزم متبوعاً وتابعاً، فلا بدّ من تحقق العموم الأفرادي، وشموله للفرد، ثم يكون لازمه العموم الأزماني، والعموم الأزماني الثابت يكون على نحوين:

النحو الأول: أن يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر، أي يكون الزمان قيداً بالنسبة إلى الحكم، فيكون كل آنٍ من الزمان موضوعاً، ولكل موضوع حكم، كما لو قال المولى: (أكرم كل عالم في كل يوم)، فيكون عندنا عموم أفرادي شامل لكل فرد من أفراد العلماء، استفيد من (كل عالم)، وعموم أزماني بالنسبة إلى كل فرد فرد، استفيد من (في كل يوم)، بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً، غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر.

فهنا لو علم بخروج فرد من أفراد العلماء في يوم ما، وشك في خروجه في ما عداه، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام، ولا محلّ للاستصحاب؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنه يشترط في جريان الاستصحاب أن لا يكون المتغيّر من مقوّمات الموضوع، بل من الحالات، والزمان - على القيدية - من

المقوّمات.

الثاني: أن الاستصحاب في المقام محكوم للدليل، وهو العموم.

فحاصل القول في هذا النحو: أن المرجع عموم العام، ولو فرض عدم وجوده لم يجز التمسك فيه بالاستصحاب.

النحو الثاني: أن لا يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يرد الاستمرار والزمان على الحكم، لا أن يرد الحكم على الزمان كما في النحو الأول، فيكون الحكم بوجوب الإكرام من حيث الأفراد متعلّقاً بكل فرد من أفراد العلماء، ومن حيث الزمان فهو حكم واحد مستمر في الزمان، فلم تتعدّد الوجوبات بتعدّد قطعات الزمان.

وفي هذا النحو يكون الزمان تابعاً للحكم، فلا بدّ من فرض الحكم أولاً، ثم استمراره، فلا محالة يكون الزمان بالنسبة لكل فرد من موضوع الحكم تابعاً لدخوله تحت العموم، فإذا ورد المخصص، وفرض خروج فرد منه، لم يثبت الحكم في الزمان الثاني حتى نتمسك بعمومه الأزماني، فيكون الحكم المستمر منتفياً بانتفاء موضوعه، فيبطل ما أفاده المحقق الثاني قدس سره.

فالنتيجة من حيث الكبرى: أنه كلما كان الزمان مفرّداً، فخروج الفرد في زمان ما، لا يؤثر في التمسك بالعام فيما عداه، وما لم يكن كذلك لم يكن العموم مرجعاً، بل يرجع إلى استصحاب حكم المخصص.

وأما من حيث الصغرى، فالدليل في المقام هو: ﴿ أوفوا

بالعقود﴾[١]، ومدلولها وجوب الوفاء بكل عقد على نحو الاستمرار، لا بنحو يكون الزمان مفرّداً حتى يتعدد الحكم بوجوب الوفاء بالعقد بحسب قطعات الزمان، فإذا خصص هذا الوجوب وارتفع تبعه الاستمرار، فينتفي موضوع العموم الزماني، فالبيع الغبني خرج من تحت آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]، فارتفع اللزوم عنه، فلا يرجع ثانية، فينتفي دليل اللزوم في المقام، فيكون المرجع الاستصحاب[٣].

مناقشة الشيخ في الاستصحاب

ثم إن الشيخ قدس سره قد أورد على الاستصحاب بإيرادين:

الإيراد الأول: أن الاستصحاب إنما يجري في المقام بناء على جريانه في الشك في المقتضي، وأما على التحقيق من عدم جريانه فيه فلا يجري؛ وذلك: لأن الخيار في المعاملة الغبنية ثابت في الزمان الأول، والشك في بقائه في الزمان الثاني ليس ناشئاً من وجود الرافع، كما في الشك في بقاء الطهارة للشك في الحدث؛ لعدم الرافع هنا قطعاً، وإنما نشأ الشك في الخيار من الشك في حدّه، فهل هو محدود بالزمان الأول أو لا، فالشك إذن في المقتضي للبقاء، كما في الشك في بقاء الزوجية؛ للشك في كون العقد الواقع دائماً أو منقطعاً؛ فإن الشك فيه ليس في الرافع قطعاً، وإنما في الأمد واستعداد البقاء، وبما أن الشك في بقاء

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) المكاسب ٥: ٢٠٧ - ٢٠٨.

الخيار من قبيل الشك في المقتضي، فهو لا يجري على التحقيق.

الإيراد الثاني: أن من أركان الاستصحاب أنْ يحرز كون المتغيّر من حالات الموضوع، لا من مقوماته، فإذا تردّد أمره بين الحالات والمقومات لم يجر الاستصحاب، إلا على مبنى التسامح العرفي في بقاء الموضوع، وعدم جريانه؛ لكونه من الشك في الشبهة الموضوعية للدليل؛ إذ إن كان من المقومات كان جريان الاستصحاب من قبيل إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان من الحالات جرى، ومع التردد يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب؛ من حيث الشك في صدق النقض الذي هو الموضوع في أخبار الاستصحاب.

وذلك لأن موضوع الخيار في ما نحن فيه - بناء على كون المستند قاعدة « لا ضرر » - هو المتضرر بالمعاملة الغبنية، وهو ينطبق على المغبون في الآن الأول حتى لو أضيف قيد: (الذي لم يتمكن من الفسخ)، وأما في الآن الثاني فقد تمكّن من الفسخ ولم يعمل حقه، والتمكن من الفسخ إن لم يقطع بكونه من المقوّمات فهو يحتمل كونها منها، فإن كان منها وجرى الاستصحاب، كان الحكم بالخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى آخر، فيكون المورد من الشبهة الموضوعية للدليل.

وأما بناء على كون المستند هو الإجماع فبما أنه دليل لبّي - وهو ليس كالدليل اللفظي الذي يمكن فيه معرفة الموضوع بجميع حدوده

وقيوده - كان الموضوع مجملاً ولم يمكن معرفة حدوده، فيكون التمسك بالاستصحاب من التمسك به في الشبهة الموضوعية للدليل أيضاً.

فيتلخص الإشكال على الاستصحاب في جهات ثلاث:

١ـ جريانه مع كون الشك في المقتضي.

٢ـ عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند « لا ضرر »؛ إذ لم يحرز أن الموضوع مطلق المتضرر، أو المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ.

٣ـ عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند الإجماع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون الموضوع مجملاً[1].

مناقشة الشيخ لصاحب الرياض

وأما ما أفاده صاحب الرياض قدس سره من التفصيل ففيه: أن المدار في جريان الاستصحاب وعدمه ليس على كون المستند الإجماع أو « لا ضرر »، بل إن بني على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما حققناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع، وإن بني على المسامحة فيه - كما اشتهر - جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى « لا ضرر »، وتوضيح ذلك:

أنه إن بني على التدقيق في موضوع الخيار، وأنه خصوص المتضرر بالمعاملة الغبنية، كالذي لم يمض زمان يتمكن فيه من الاستفادة من حق

(١) المكاسب ٥: ٢٠٩ - ٢١٠.

الخيار، أو احتمل ذلك، لم يجر الاستصحاب وإن كان المستند الإجماع؛ لأن المغبون متمكن من الاستفادة من حق الخيار في الآن الثاني، والاستصحاب لا يجري مع تبدّل الموضوع، أو مع احتمال تبدّله بخصوصية من المقومات.

وإن بني على التسامح العرفي، بحيث يكون الموضوع مطلق المتضرر، جرى الاستصحاب وإن كان المستند « لا ضرر »، كما اعترف به ولده قدس سره[1]، مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة لجعل الخيار بصرف حدوثه، والمعاملة الغبنية ضررية حدوثاً، فيكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع.

وبعبارة أخرى: إن الضرر إن كان علة حدوثاً وبقاء فالخيار فوري، وإن كان علة حدوثاً فالخيار باقٍ؛ لكون المعاملة ضررية حدوثاً[2].

إشكال السيد اليزدي على الشيخ وردّه

وأورد السيد الفقيه اليزدي قدس سره على قول الشيخ قدس سره: (ويمكن الخدشة في جميع الوجوه)[3]: بعدم اجتماع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن؛ فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار على القدر المتيقن؛ إذ المفروض أن الأصل في البيع

---

(١) راجع المناهل: ٣٢٧.

(٢) المكاسب ٥: ٢١٠ - ٢١١.

(٣) المكاسب ٥: ٢٠٧.

اللزوم[١].

ولكن لا يخفى أن الشيخ قدس سره وإن ذكر العبارة بنحو الإطلاق، إلا أن في كلامه ما يفيد بأنه أراد ردّ القول بالقدر المتيقّن، بحسب تقرير المحقق صاحب جامع المقاصد قدس سره.

مختار الشيخ في المقام

وقوّى الشيخ قدس سره في الأخير أصالة اللزوم، وكون الخيار على الفور؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أصالة فساد فسخ المغبون؛ فإنها تجري في المقام، كما تجري في الشك في أصل صحة العقد.

الوجه الثاني: أصالة عدم ترتب الأثر على الفسخ، وبقاء آثار العقد على ما هي عليه؛ فإن العقد لا شك في صحته وحصول الأثر به، وإنما الكلام في لزومه، فيشك في الآن الثاني بعد فسخ المغبون في بقاء الآثار من الملكية الحاصلة به فيستصحب البقاء.

وإنما ذهب إلى ذلك؛ لعدم صحة التمسك بالأصل اللفظي؛ لكون عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] زمانياً، وهو متفرع على العموم الأفرادي، فمع سقوطه يسقط، وعدم صحة التمسك باستصحاب الخيار؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٦٩.

(٢) سورة المائدة: ١.

لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له، فيتعيّن ما ذكرناه من الوجهين[١].

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني قدس سره على ما أفاده الشيخ قدس سره في الاستصحاب: بأن أركانه تامة؛ حيث إن الموضوع هو المغبون المتضرر بالغبن، وقد ثبت له الخيار في الآن الأول قطعاً، ويشك في ثبوته له في الآن الثاني فيستصحب بقاؤه، ولا يعتنى باحتمال أن يكون الموضوع له هو الذي لا يتمكن من تدارك ضرره، وإلا لانسدّ باب الاستصحاب في الأحكام بالمرة؛ لعدم تحقق الشك بدون تغيّر الموضوع.

وأما ما أفاده قدس سره في ردّ تقريب جامع المقاصد، فليس على إطلاقه؛ بل لا بدّ من التفصيل، فإن كان المخصص وارداً على العام من الأول، أو في الأخير كان المرجع عموم العام، كما في خيار المجلس؛ فإن المرجع بعد انقضاء المجلس هو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]؛ لأن الحكم الوحداني المستمر إنما تعلّق بالعقد بعد مضي الزمان المعلوم خروجه، فلم ينقطع أصلاً.

وأما إن كان المخصص وارداً على العام في الوسط، أي بعد الحكم بلزوم العقد، فالمرجع الاستصحاب؛ لانقطاع حكم العام بعد أن دلّ

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٢.

(٢) سورة المائدة: ١.

الدليل على حدوث الخيار بعد اللزوم، فلا وجه للرجوع إلى إطلاقه[1].

المناقشة في كلام المحقق الخراساني

أما الإشكال في الاستصحاب فغير وارد؛ إذ لا يلزم من عدم جريان الاستصحاب في المقام؛ لتردد الموضوع بين مطلق المتضرر، والمتضرر الذي لم يمكنه التدارك، انسداد باب الاستصحاب في الأحكام؛ وذلك لأن التغيّر في الموضوع أصل أساسي لجريان الاستصحاب؛ لعدم معقولية الشك في الحكم مع بقاء الموضوع بتمامه؛ لاستحالة تخلّف الحكم عن موضوعه، فلا بدّ من التغيّر في الموضوع ليحصل الشك، ولكن المتغيّر تارة يكون من حالاته، وأخرى من مقوماته، فإن كان من الحالات جرى الاستصحاب بلا إشكال، وإن كان من المقومات لم يجر، وإلا لكان من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، ومع الشك في كونه من المقومات أو من الحالات يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب، فلا يتمسك به أيضاً.

وبما أنه يُشك في المتغيّر في ما نحن فيه، هل هو من الحالات أو من المقومات لم يجر الاستصحاب، وعدم جريانه فيه وفي نظائره من موارد الشك في كون المتغيّر من الحالات أو من المقومات لا يلزم منه انسداد بابه؛ لبقاء التمسك به في ما علم أنه من الحالات.

ومنشأ الشك في الموضوع في ما نحن فيه، هو أن المستند للخيار قاعدة: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، فالضرر المستند إلى الإسلام

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٩٨ - ١٩٩.

منفي، فلا وجه للحكم بالخيار مع عدم استناد الضرر إلى الإسلام، كما لو أقدم مع علمه بالغبن، ولو حكم الشارع بلزوم العقد الغبني مع عدم علم المغبون ووجود الضرر في المعاملة، لكان الضرر مستنداً إلى الإسلام، فيكون منفياً، ولكن لما حكم في الآن الأول بالخيار، فحكمه باللزوم في الآن الثاني بعد علم المغبون، وعدم إعماله الخيار لا يكون مستنداً إلى الشارع، بل إلى المغبون نفسه، فمع الشك في المراد من الضرر، هل هو مطلق الضرر، أو خصوص ما لم يمكن تداركه؟ لم يحرز بقاء موضوع الاستصحاب فلا يجري.

وأما ما أفاده قدس سره من التفصيل في التخصيص، فغير تام؛ لأن ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، لها أفراد، وأحد أفرادها البيع الغبني، والإهمال في الواقعيات محال، فالفرد الغبني في الزمان الأول، إما أن يخرج من تحت العموم أو لا، والثاني باطل قطعاً؛ لاستلزامه الجمع بين الضدين، اللزوم والخيار، فيتعين الأول، وليس معنى الخروج من تحته إلا قطع حكمه عنه، وما ذلك إلا بسبب ثبوت الخيار في الزمان الأول، فإذا حصل انقطاع الحكم، فما هو الفرق بين الأول والوسط؟

فإما أن يلتزم بعدم وورد التخصيص، وهو باطل بالضرورة، أو يلتزم بوروده، والتخصيص لا يخرج عن حالين، إما أن يكون أفرادياً أو أزمانياً، فإن كان الأول، فالفرد خرج من تحت العام، فلا يرجع ثانية إليه،

---

(١) سورة المائدة: ١.

وإن كان الثاني، فكما أنه يمكن من الأول وفي الأخير، فلا وجه لاستحالته في الوسط، فالتفصيل ممنوع.

مناقشة المحقق النائيني للشيخ في جريان الاستصحاب

وقد ناقش المحقق النائيني تتمّ في كلا الأمرين أيضاً بما مفاده:

أما بالنسبة إلى الاستصحاب فبحثه من جهتين، كبروية وصغروية:

أما الجهة الكبروية فحاصلها: أن مورد الاستصحاب إنما هو في ما إذا أحرز الموضوع ثبوتاً، ولم يحصل أي شك فيه من هذه الناحية، بل يتمحض الشك في بقائه، وتوضيح ذلك:

أنه قد يحرز موضوع الحكم حدوثاً، بمقتضى مناسبة الحكم والموضوع، ثم يطرأ تغير في وصفه فيقتضي الشك، هل هذا الوصف علة للحكم حدوثاً فقط، أو حدوثاً وبقاء؟ ففي مثل هذا يكون مورداً للاستصحاب، كما في تغيّر الماء بالنجاسة، فإنه يعلم بحصول التنجس، وتحقق الموضوع، فلو زال التغيّر بنفسه، وشك هل لا زال الماء متنجساً؛ لأن التغيّر بالنجاسة علة لتنجس الماء حدوثاً، أو ارتفعت النجاسة؛ لدوران تنجسه مدار بقاء التغيّر حدوثاً وبقاء؟

فهذا المورد يكون من موارد الاستصحاب؛ إذ لا ترديد في موضوع الحكم؛ فإن موضوع الانفعال هو ذات الماء، وهي محفوظة في المتيقن والمشكوك، فينحصر الشك في البقاء، فالموضوع الحدوثي محرز، والموضوع البقائي غير محرز.

وقد لا يحرز الموضوع، بل يكون في مقام الحدوث مردداً، فلا مجال

للاستصحاب حينئذ، كما في حرمة العصير العنبي؛ فإن الحكم ثبت في العنب، وشك في مدخلية العنبية في موضوع الحكم، فلا يمكن إجراء الحكم في الزبيب؛ إذ إن كان موضوع حدوث الحكم هو عنوان العنبية، فمع طرو الزبيبية ينقلب الموضوع، فالحكم ببقاء الحرمة من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان موضوع الحكم هو الذات، والعنبية من الأوصاف، فالذات باقية حتى مع تغيّر وصف العنبية، ومع الشك ثبوتاً في موضوع الحكم لم يكن للاستصحاب مجال.

(وبالجملة: إذا أحرز بمناسبة الحكم والموضوع أن الموضوع هو ذات الشيء، وشك في علّيّة الوصف للحكم حدوثاً، أو حدوثاً وبقاء، فهنا محل الاستصحاب، وأما لو لم يحرز أن الموضوع ذات الشيء، أو أحرز عدمه وأن الوصف هو تمام الموضوع كالفقر لاستحقاق الزكاة، فلا يمكن إجراء الاستصحاب).

والفرق بين الموردين، أن في مثال العنب لم تقتض مناسبة الحكم والموضوع تعيين الموضوع، هل هو عنوان العنب بذاته، أو أصل مادته، والعنبية وصف، وأما في التغيّر بالنجاسة، فقامت المناسبة على أن الموضوع هو ذات الماء.

فإذا تحققت المناسبة، فالموضوعات بالنسبة إلى الأحكام على قسمين:

الأول: الموضوع جامد.

الثاني: الموضوع عنوان اشتقاقي.

فإن كان الأول، كان بقاء الموضوع وزواله دائراً مدار الصورة النوعية، لا المادة والهيولى المتصورة بهذه الصورة، فموضوع النجاسة في الكلب، هو نفس هذا العنوان، وهو عنوان جامد، فبقاء موضوع النجاسة وزواله يدور مدار بقاء الصورة النوعية للكلب وزوالها.

وإن كان الثاني، ففيه احتمالان:

١ـ أن الموضوع هو الموصوف.

٢ـ أن الموضوع هو الوصف العنواني.

ومثال ذلك جعل حق الخيار للمتضرر، فالمتضرر عنوان اشتقاقي، فيحتمل أن موضوع الخيار الوصف العنواني، أي عنوان المتضرر، فما دام هذا العنوان موجوداً فالخيار باقٍ، ومتى انتفى ينتفي، ويحتمل أن يكون الموضوع ذات المتضرر، ووصف التضرر منشأ لثبوت حق الخيار له، فلو انتفى الوصف لم يؤثر في انتفاء الحق.

وحاصل الكلام بما يصلح أن يكون ضابطة في المقام وفي غيره: أن موضوع الحكم بمقتضى مناسبة الحكم والموضوع، قد يحرز بأنه الوصف العنواني، كما في تقليد المجتهد؛ فإن التقليد وإن كان لشخص المجتهد، ولكن لا بما هو شخص، بل بما هو مجتهد؛ إذ التقليد لا يكون إلا لصاحب الرأي، فما دام الوصف العنواني موجوداً جاز تقليده، ومتى ارتفع عنه الوصف لم يجز، وإن كان شخصه موجوداً.

ومنه الأحكام المترتبة على عنوان العادل والفاسق وشبههما؛ فإن

موضوع الحكم هو الوصف العنواني، والحكم يدور مداره وجوداً وعدماً.

وقد يحرز الموضوع - بواسطة المناسبة المذكورة - بأنه الذات، والوصف علة لحدوث الحكم فيها، كما في تغيّر الماء بالنجاسة؛ فإن المناسبة تقتضي الحكم بانفعال المائع بالنجاسة، فيكون الماء نجساً، والتغيّر علّة لحدوثها، فيبقى الحكم بالنجاسة حتى لو زال الوصف، ولو شك في بقاء الحكم أجري الاستصحاب؛ لبقاء الموضوع.

وقد يتردد الأمر، فلا يحرز شيء منهما، فلم يحرز أن موضوع الحكم، هل هو الذات، والوصف علة لثبوت الحكم، أو الموضوع وصفها العنواني؟ فإن كان الأول، فالحكم باقٍ ولو ارتفع الوصف، وإن كان الثاني، فالحكم ينتفي بانتفائه، ومع التردد في متعلق الحكم ثبوتاً، هل هو الذات أو الوصف العنواني لم يجر الاستصحاب؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع، فيكون المورد شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب.

وما نحن فيه من القسم الأخير؛ لعدم العلم بالموضوع، هل هو ذات المغبون، والتضرر علّة لحدوث الحكم بالخيار له، أو وصف المتضرر، فإن كان الأول فله الخيار في الزمان الثاني؛ لبقاء الموضوع فيستصحب الخيار، وإن كان الثاني، فليس له خيار في الآن الثاني، مع تمكّنه منه في الآن الأول وعدم إعماله له؛ لانتفاء الموضوع، وفي حال التردد بينهما لم يجرِ الاستصحاب؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع.

وبهذا يظهر الإشكال في الاستصحاب على تقرير الشيخ قدس سره، وحاصله: أما على كون المستند دلالة الدليل على ثبوت الخيار للمتضرر، فالمعيار في الاستصحاب إحراز الموضوع، فإن أحرز أن الموضوع هو الوصف العنواني للمتضرر، فهو غير باقٍ في الزمان الثاني، فلا يجري الاستصحاب، وإن أحرز أن الموضوع هو الشخص المتضرر، وعنوان الضرر علّة لثبوته له، فالموضوع باقٍ، فيمكن أن يقال بالثاني، فيجري الاستصحاب.

وإن كان المستند - كما هو واقع الحال - « لا ضرر »، فلا معنى للاستصحاب؛ لعدم تحقق أركانه أصلاً؛ لأنها تنفي تشريع الحكم الضرري في الإسلام، فمتى كان المغبون قادراً على الخيار ولم يعمله، كان الضرر الحاصل من اللزوم مستنداً إليه، لا إلى الشارع، فلا تنفيه « لا ضرر ».

أو فقل: إن الحكم باللزوم حينئذٍ ليس ضررياً، فالقضية المتيقنة غير المشكوكة بأسرها، موضوعاً ومحمولاً ونسبة[1].

مختار المحقق النائيني في جريان الاستصحاب

ثم قال في آخر البحث: إن جريان الاستصحاب وعدمه يدور مدار الاختلاف في المدرك، فإن كان مدرك الخيار هو قاعدة « لا ضرر »، فلا يجري الاستصحاب لوجهين:

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٢ - ١٦٣.

الأول: أن الموضوع لو كان اشتقاقياً كالمتضرر، فيمكن أن يكون الموضوع ثبوتاً هو الوصف العنواني، ويمكن أن يكون هو الشخص الموصوف بهذا الوصف، فإن أحرز في مقام الإثبات أحدهما فهو، وإلا فلا يجري الاستصحاب؛ للشك في الموضوع، والفرض عدم إحرازه فيما نحن فيه، فلا يجري.

الثاني: أن المستفاد من « لا ضرر » نفي الحكم الضرري في الإسلام، فالحكم باللزوم الناشيء من عدم إعمال المغبون لخياره، لا يستند ضرره إلى الشارع حتى ينفى، فلا حكومة أصلاً، فلا شك ليجري الاستصحاب.

وإن كان مدرك الخيار الإجماع، فهو يثبت الخيار للمغبون، فالموضوع باقٍ في الزمان الثاني، فيجري الاستصحاب.

نعم، بما أنه ثبت في محلّه، عدم جريان الاستصحاب مع الشك في المقتضي؛ أي مع الشك في بقاء المستصحب بحسب طبعه في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طروّ زماني عليه، فلا يفيد الإجماع أيضاً في استصحاب الخيار[1].

التحقيق في كلام المحقق النائيني

لا يخفى أن ما أفاده، من أن المستند للخيار إن كان « لا ضرر »، فالضرر المنفي إنما هو المستند إلى الشارع، لا إلى المغبون نفسه كما

(١) منية الطالب ٣: ١٧٤.

في المقام، فلا تكون حاكمة على دليل اللزوم، ولا يجري الاستصحاب، كلام متين إلا أنه أخذه من الشيخ قدس سره في رسالة « لا ضرر»[1].

ثم في كلامه نظر من جهتين:

الجهة الأولى: أنه قدس سره قال: بأن المستند إن كان هو الإجماع، فلا يجري الاستصحاب من جهة كون الشك في المقتضي.

وهذا الإشكال لا يختص بالإجماع، بل يرد حتى على المباني الأخر؛ فإن الخيار مجعول شرعي، ونشك في سعة أمده، فهو مجعول مردّد وجوده بين المنقضي والمستمر، فإن كان فورياً فهو مما ينقضي بنفسه، وإن كان على التراخي فهو مستمر.

الجهة الثانية: أنه قدس سره قال: بأن المستند إن كان هو الإجماع فالموضوع باقٍ.

ويشكل بأن مستند مشهور الأصحاب من قبل العلامة إلى ما بعد الشيخ رحمه الله هي قاعدة « لا ضرر »، واستدل عدّة من المحققين ممن تأخر عن الشيخ قدس سره بدليل الشرط الارتكازي، فكيف يجزم بثبوت الموضوع مع استناد المشهور إلى « لا ضرر »؟!

فهم إما أن يذهبوا إلى حكومة « لا ضرر »، فينتفي الموضوع جزماً، وإما أن يستفيدوا منها أن للمتضرر الخيار، فيرجع إلى الترديد السابق، من كون عنوان المتضرر موضوعاً، أو أن الضرر علة للحكم، ولا يجري

---

(١) رسائل فقهية: ١١٧.

الاستصحاب مع الترديد؛ لعدم إحراز الموضوع.

نعم، لو ثبت الإجماع، ولم يتمسك مدّعي الإجماع بـ« لا ضرر » لـتمّ ما أفاده قدس سره[1].

كلام المحقق النائيني في التمسك بالعموم في زمان الشك

هذا كله فيما يرتبط بالاستصحاب وأما كلامه في التمسك بالعموم في زمان الشك، فهو مهم في نفسه، وفي فهم كلام الشيخ قدس سره، ويحتاج إلى توضيح، وقد ذكر توقّفه على أمور خمسة، إلا أن ما له دخل في البحث أربعة منها، فنقتصر على بيانها وتوضيحها:

الأمر الأول: أن الزمان بحسب طبعه الأولي ظرف للأمر الواقع فيه، وكونه قيداً له يحتاج إلى عناية ومؤنة زائدة، ومنشأ جريان الاستصحاب في الزمانيات، هو كون الزمان ظرفاً، وإلا يكون إسراء الحكم من

---

(١) **ربما يقال** بعدم ورود هذا الإشكال؛ لأن كلام المحقق النائيني فرضي، فعلى فرض التمسك بلا ضرر فيرد كذا وكذا، وعلى فرض كون المستند الإجماع فيرد كذا.

والجواب: أن مراد الشيخ مد ظله العالي: أنه على فرض كون الدليل (لا ضرر) فهم بين من ذاهب إلى حكومتها، فالموضوع غير باقٍ، وبين من ذهب إلى كون الموضوع المتضرر المردد بين بقائه وعدمه.

وبعبارة أخرى: مع كون المجمعين استدلوا بقاعدة نفي الضرر، والموضوع على هذا التقدير غير محرز البقاء؛ لما تقدم، فلا مجال للاستصحاب.

موضوع إلى موضوع آخر[١].

وتوضيحه: أن عندنا في القضايا الشرعية أموراً ثلاثة، الموضوع والحكم والمتعلق، وللموضوع إطلاقان، أحدهما المكلف، والآخر متعلق المتعلق، فالموضوع في قضية: (يحرم شرب الخمر)، هو المكلف، والحكم هي الحرمة، ومتعلق الحرمة الشرب، والخمر متعلق المتعلق، فيطلق الموضوع أحياناً ويراد به المكلف، ويطلق أحياناً أخرى ويراد به متعلق المتعلق، وهو الخمر في المثال، وكل واحد من هذه الأمور الأربعة زمانية، فكل من المكلف، والحرمة، والشرب، والخمر زماني، أي تقع في وعاء الزمان، إلا أن بعضها اعتباري، والآخر واقعي تكويني.

والزمان بحسب طبعه الأولي ظرف لها، لا قيد، وإذا أريد أن يكون قيداً فيحتاج إلى مؤنتين، إحداهما في مقام الثبوت، والأخرى في مقام الإثبات، فمثلاً إذا أريد تقييد الصوم بالزمان، سواء أكان دائماً أم في زمان خاص، فيحتاج إلى الملاحظة ثبوتاً، بمعنى أن يؤخذ في المتعلَّق في مقام اللحاظ، وإلى البيان في مقام الإثبات، فيقول: صوم هذا اليوم واجب، أو صوم يوم غدٍ واجب، وإلا فالزمان بطبعه يكون ظرفاً، لا قيداً.

ولكن، لا يخفى عدم الوجه في أخذ الزمان في الجواهر قيداً؛ لعدم تعدّدها بحسب الأزمنة، فزيد اليوم، هو زيد أمس وغداً، والخمر اليوم هو نفسه أمس وغداً، بخلاف الحكم والمتعلّق؛ فإنهما يقبلان التعدّد بحسب الأزمنة، فصوم اليوم المتعلَّق للحكم بالوجوب، مغاير لصوم يوم

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٣.

غدٍ، وشرب الخمر المتعلَّق للحرمة في هذا الآن، يختلف عنه في آنٍ آخر، وكذلك الحكم؛ فإنه بالنسبة إلى الزمان قابل للتعدّد والاستمرار، فيمكن حصول وجوب ليوم، ووجوب آخر ليوم آخر، وحرمة لساعة، وحرمة لساعة أخرى.

والحاصل: أن الموضوع وهو المكلف، ومتعلَّق المتعلَّق، الذي يطلق عليه الموضوع أيضاً باعتبار آخر، غير قابلين للتعدّد بحسب الزمان، فلا يكون بالنسبة لهما إلا ظرفاً، وأما المتعلَّق والحكم فيقبلان الاستمرار والتقسيم، فيمكن أن يكون لهما ظرفاً، ويمكن أن يكون قيداً، والأصل الأولي في الجميع أن يكون الزمان ظرفاً، وأما أخذه بنحو القيدية في ما يقبل التقييد يحتاج إلى مؤنة ثبوتية، وإثباتية.

الأمر الثاني: أن الزمان قد يكون ظرفاً لمتعلَّق الحكم، وقد يكون ظرفاً لنفس الحكم، أي أن الزمان تارة يرد على الحكم، وأخرى يرد الحكم عليه.

وبتعبير المحقق النائيني قدس سره: أن الزمان قد يقع تحت دائرة الحكم، ويرد الحكم عليه، كما يرد على الأفراد، كما إذا كان إكرام كل عالم في كل زمان واجباً، وقد يقع الحكم تحت الزمان، ويرد الزمان عليه، فيكون الزمان ظرفاً لوجوب الإكرام[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٣.

فكلما أخذ الزمان في المتعلّق، كان الحكم وارداً على الزمان، وكان الزمان ظرفاً، كقول المولى: (أكرم العالم دائماً)؛ فإن الزمان أخذ في الإكرام، فيكون واقع القضية: (إكرام العالم دائماً واجب)، ومنه (يجب عليك الصوم في كل يوم من شهر رمضان).

وكلما تعلّق الحكم بالمتعلَّق، كان الزمان وارداً على الحكم، فيكون قيداً فيه، كأن يقول: (إكرام العلماء واجب) بحيث يكون الوجوب مستمراً.

والفرق بينهما، أن الفرض الأول ينحل إلى قضية: (الإكرام الواجب مستمر)، وفي هذا الفرض: (وجوب الإكرام مستمر)، فالاستمرار في الفرض الأول وقع تحت الوجوب، وفي الفرض الثاني على العكس؛ فإن الوجوب وقع تحت الاستمرار، وفي حديث: « حلال محمد صلى الله عليه وآله حلال إلى يوم القيامة »[1]، وقعت الحلية تحت الزمان؛ فإن إلى « يوم القيامة » واردة على الحلية.

والحاصل: أنه في القضايا الشرعية، إن أخذ الزمان في المتعلّق،

---

(١) ورد في الكافي ١: ٥٨، باب البدع والرأي والمقائيس بهذا اللفظ: عن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحلال والحرام فقال: « حلال محمد حلال أبداً إلى يوم القيامة، وحرامه حرام أبداً إلى يوم القيامة...».

وفي الوسائل، الباب١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث٥٢ بهذا اللفظ: عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قال جدي رسول الله صلى الله عليه وآله: « أيها الناس! حلالي حلال إلى يوم القيامة، وحرامي حرام إلى يوم القيامة...».

فالحكم وارد على الزمان، والزمان واقع تحت الحكم، وإن أخذ في نفس الحكم، فالحكم تحت الزمان، والزمان وارد عليه.

وبعبارة أخرى: إن الزمان الذي أخذ قيداً، تارة يكون قيداً للمتعلّق وأخرى للحكم، وكلما كان قيداً للمتعلّق، كان الحكم وارداً، وكلما كان قيداً للحكم كان الزمان وارداً.

الأمر الثالث: كلما أخذ الزمان في المتعلَّق، وكان الحكم وارداً على الزمان، كان المرجع بعد التخصيص هو العموم، لا الاستصحاب، وأما إذا كان الزمان وارداً على الحكم، فالمرجع بعد التخصيص هو الاستصحاب.

الأمر الرابع: أن العموم ينقسم إلى قسمين: أفرادي، وأزماني، فالأول كأن يقول: (أكرم كل فرد من أفراد العلماء)، والثاني كأن يقول: (أكرم العلماء في كل زمان من الأزمنة).

وكل منهما ينقسم إلى مجموعي واستغراقي، والمراد من الأول منهما ما كان الحكم الوارد على الأفراد المتعددة، والأزمنة المتكثرة ملحوظاً على وجه الارتباطية بين الأفراد، أو الأزمان، فيكون كل فرد، أو كل زمان جزءاً من الكل، والمراد من الاستغراقي ما كان كل فرد من الأفراد أو الأزمان جزئياً، فزيد جزئي، وعمرو جزئي، وهذا الآن جزئي، وذاك الآن جزئي، وهكذا..

فكما أن الأفراد تارة تلاحظ بنحو المجموع، فيجب إكرام المجموع بما هو مجموع، فيكون كل فرد جزءاً، وأخرى تلاحظ مستقلة فيجب

إكرام كل واحد منهم على حدة، فيكون كل فرد جزئياً، فكذلك الحال بالنسبة إلى الأزمنة، فربما تلاحظ الأيام بنحو المجموع، فيكون كل يوم جزءاً، وربما تلاحظ بنحو الاستغراق، فيكون كل يوم جزئياً.

وليعلم بأن التخصيص لا يضرّ بالمجموعية، كما لا يضرّ بالاستغراقية؛ لأنه كما يوجب خروج فرد من الاستغراقي، كذلك يوجب خروج جزء من المجموعي، وكما أنه إذا خرج فرد عن العموم الاستغراقي يجب امتثال الحكم في سائر الأفراد، فكذلك إذا خرج جزء عن المركب يقع الارتباطية في باقي الأجزاء.

والنتيجة من هذا الأمر: أن الشيخ قدس سره في جوابه على المحقق صاحب جامع المقاصد قدس سره قد جعل الموارد على قسمين، قسم مورد للاستصحاب، والآخر للتمسك بالعموم، فتصوّر البعض بأن مورد التمسك بالعموم هو العام الاستغراقي، وأن مورد الاستصحاب هو العام المجموعي، وهو تصوّر باطل؛ فإن مراد الشيخ قدس سره - وهو الحق - عدم مدخلية المجموعية والاستغراقية في المطلب، بل إن التمسك بالعام يدور مدار أخذ الزمان في المتعلّق، ووقوعه تحت الحكم، والتمسك بالاستصحاب يدور مدار أخذ الزمان في الحكم، وورود على الحكم.

وأما الدليل على هذا المدعى فهو: أنه إذا أخذ الزمان في المتعلق، بأي نحو كان، فدليل الحكم متكفل لعموم الحكم بالنسبة إلى الأزمنة؛ وحينئذٍ فإذا شك في التخصيص، أو في حدوده وسعته، تمسك بالدليل لنفيه ورفع الشك؛ فإن الحال في الأفراد الطولية، كالحال في الأفراد

العرضية، كما لو قال: (أكرم العلماء)، وكانت له أفراد عرضية، كمحمد وأحمد وعلي، فإذا شك في تخصيص أحدهم، أو في سعة دائرة التخصيص، تمسك بالعام في المقدار المشكوك، فكذلك لو ورد: (أكرم العلماء دائماً)، وشك في تخصيص أحد الأزمنة، أو علم تخصيصه وشك في تخصيص غيره، تمسك بالعام لنفيه.

والحاصل: أنه إذا لوحظ العام بالنسبة إلى الأزمنة اعتبرت أفراداً طولية له، وكما أنه مرجع في الأفراد العرضية، فكذلك في الأفراد الطولية.

وأما إن لم يؤخذ الزمان في المتعلق، بل كان ظرفاً للحكم، لم يمكن التمسك بالعام، وكان المرجع الاستصحاب؛ وذلك لأن الزمان في هذا الفرض طارئ على الحكم، بخلاف الفرض السابق؛ فإن الحكم هو الطارئ على الزمان، وحينئذٍ فحال الزمان في هذه الصورة حال العلم والجهل بالنسبة إلى الحكم؛ فإنهما متأخران عنه وطارئان عليه، فيستحيل شمول الدليل بإطلاقه إليهما؛ لأن العلم بالحكم والجهل به متفرعان عليه، ولا يمكن تقييد الحكم بما في المرتبة المتأخرة عنه، كما لا يمكن الإطلاق بالنسبة إليه، فلا يمكن التقييد بالعلم أو بالجهل به، ولا الإطلاق، ولهذا التجأنا إلى التمسك بمتمم الجعل لإثبات الإطلاق أو التقييد، ووزان استمرار الحكم وانقطاعه، وزان العلم بالحكم والجهل به، فلا يمكن أن يتكفّل دليل الحكم لاستمراره أو انقطاعه، فيحتاج إلى دليل آخر، فيقوم الدليل الأول مثلاً على الحرمة أو الحلية، ثم يقوم الدليل الثاني على

استمرارها أو انقطاعها، كما في قوله صلى الله عليه وآله: « حلال محمد حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة »[١].

وعليه فإذا خرج فرد من الأفراد في زمان من الأزمنة من تحت العموم لم يمكن الرجوع إليه، فمثلاً قام الدليل على حلية لحم الشاة، وخصص في مدة الجلل، فلا يحل أكل لحم الحيوان الجلال، فإذا ارتفع عنه الجلل، وشككنا في حلية أكل لحمه، ولم يقم دليل من الخارج عليه، لم يمكن التمسك للحلية بدليل حلية لحم الشاة، بل لم يكن لنا إلا التمسك باستصحاب الحرمة.

والسر فيه: أن دليل حلية الشاة لا يتكفل ببيان استمرار الحكم؛ لما تقدّم من تأخّر رتبة الاستمرار والانقطاع، كما في العلم والجهل.

كما لا يمكن التمسك بدليل استمرار الحكم، وهو « حلال محمد حلال إلى يوم القيامة »؛ لمفروغية أخذ كونه حلالاً، بمعنى أن ما علم كونه حلالاً فهو حلال إلى يوم القيامة، وأما ما شك في حليته كما نحن فيه، فلا يدل على حليته، فضلاً عن استمرارها إلى يوم القيامة؛ فإن دليل الاستمرار لا يثبت الحلية، ولا يحرز الموضوع[٢].

هذا ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من التحقيق، واعتبر كلام الشيخ قدس سره مبتنياً على ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه والتعليق عليه.

(٢) منية الطالب ٣ : ١٦٣ - ١٦٥.

المناقشة فيما أفاده المحقق النائيني

والكلام معه قدس سره في مقامين:

المقام الأول: في صحة نسبة ما أفاده إلى الشيخ قدس سره.

المقام الثاني: في تمامية ما أفاده من التحقيق وعدمه.

المقام الأول: في صحة النسبة إلى الشيخ وعدمها

أما المقام الأول فقد نسب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى الشيخ قدس سره أنه يرى بأن العموم بالنسبة إلى الأزمنة، إن كان استغراقياً، فالمرجع - بعد تخصيص فرد من الأفراد، وحصول الشك في الباقي - هو العموم.

وإن كان مجموعياً فالمرجع الاستصحاب؛ لتعدد أفراد الحكم في الأول، دون الثاني[1].

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ

ثم أورد عليه: بعدم تماميته إلا في الجملة؛ لعدم جريانه في الأحكام التكليفية، وإنما يجري في الأحكام الوضعية؛ فإن الحكم التكليفي تارة يتعلّق بموضوعه على نحو العموم الاستغراقي، بحيث ينحل إلى كل واحد واحد من أفراد موضوعه، كما في النواهي بأجمعها، وكما في بعض الواجبات، كما إذا قال: (أكرم العلماء)، وفي مثله إذا ورد تخصيص بعض أفراد الموضوع، فلا ينبغي الإشكال في التمسك بالعموم

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٤٠٥ - ٤٠٧.

حينئذٍ في سائر الأفراد؛ إذ كل فرد من الأفراد موضوع مستقل، ولا ربط لخروج أحدهما عنه بالآخر، فيبقى غيره من الأفراد تحت العموم.

وأخرى يتعلق بموضوعه على نحو العموم المجموعي، بأن يفرض الجميع فرداً واحداً مركباً من أجزاء متعددة، كعشرة أو أزيد، بحيث يكون إتيان الجميع امتثالاً واحداً، ومخالفته مخالفة واحدة، وفي هذه الصورة أيضاً، إذا ورد دليل، وأخرج فرداً من العام، فلا محالة يبقى عموم العام في الباقي متّبعاً، ويجب عليه إتيان سائر الأفراد، كما لو قال: (أكرم هؤلاء العشرة)، واستثنى زيداً بالاستثناء المتصل، أو التخصيص في دليل منفصل.

وبالجملة: لا فرق في التمسك بالعموم بين العام الاستغراقي والمجموعي؛ فإن العام في كليهما متّبع في غير ما أخرجه الدليل[1].

المناقشة فيما استفاده المحققان النائيني والخوئي من كلام الشيخ

نقول: إن المعيار عند الشيخ قدس سره ليس على الاستغراقية والمجموعية، بل على الظرفية للحكم أو للمتعلق، فليس كما فسّره المحقق النائيني قدس سره، ولا كما حمله المحقق السيد الخوئي قدس سره، وبيان ذلك:

إن الشيخ قدس سره في الأصول في التنبيه العاشر، في دوران الأمر بين الرجوع إلى عموم العام أو إلى استصحاب حكم المخصص، صرّح بأن الزمان تارة يكون مفرّداً، بمعنى أن تكون لكل قطعة قطعة من الزمان

---

(١) راجع مصباح الفقاهة ٦: ٤٠٧ وما بعدها، والتنقيح ٣٨: ٤١٣ - ٤١٤، ولخصنا بعض عبارته.

حكم خاص، كما لو قال: (أكرم العلماء في كل يوم)، فإذا كان كذلك وأخرج يوماً من تحت العموم، فالمرجع في سائر الأيام هو العموم، ولا يمكن الرجوع إلى الاستصحاب وإن لم يوجد عام؛ لكونه من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر.

وأخرى لا يكون مفرّداً، بل ظرفاً كما لو قال: (أكرم العلماء دائماً)، فهنا لا يكون العموم مرجعاً بعد التخصيص[1].

هذا صريح الشيخ قدس سره في رسائله، وأما المحقق النائيني رحمه الله فقال: بأنه إذا قال: (أكرم العلماء في كل يوم، مستمراً، دائماً)، بأي نحو كان، فالزمان مأخوذ في المتعلّق، وإذا أخذ فيه كان المرجع بعد التخصيص هو عموم العام.

فكيف نجمع بين كلامه وبين قول الشيخ قدس سره من أنه إذا قال: (أكرم العالم دائماً)، ثم خصص زمان ما وأخرج منه لم يمكن التمسك بالعام، مع التوجه لما أفاده الشيخ قدس سره في الرسائل؟!

وأما كلام الشيخ قدس سره في المكاسب فهو أن الزمان تارة يكون مفرّداً، وتارة يحصل العموم الزماني من الإطلاق، فإن كان مفرّداً كقوله: (أكرم العالم في كل يوم)، ثم خصص يوم من الأيام، فالمرجع بعد التخصيص إلى العموم، وأما لو استفيد الحكم بالاستمرار من الإطلاق، فالمرجع

---

(١) الرسائل ٣: ٢٧٤.

الاستصحاب.

وعندما يقول الشيخ قدس سره بأن استمرار الحكم يحصل بالاطلاق، فكيف يوجّه كلامه بأن استمرار الحكم - كالعلم به - في الرتبة المتأخرة عنه، فلا يتكفل به الدليل.

فبيان المحقق النائيني قدس سره مخالف لتحقيق الشيخ قدس سره في أصوله وفي فقهه.

فتحصل إلى هنا الفرق بين نظرية الشيخ قدس سره والمحقق النائيني قدس سره، وأن الشيخ قدس سره يذهب إلى التفريق بين مفرّدية الزمان، وبين أخذه بنحو الدوام والاستمرار في متعلّق الحكم، ففي الصورة الأولى يتمسك بالعام لا بالاستصحاب، وفي الصورة الثانية لا يتمسك بشيء منهما، وإنما يرجع بعد الزمان - عند الشك في ثبوت الخيار - إلى أصالة الفساد.

وأما المحقق النائيني قدس سره فيذهب إلى التفريق بين ما إذا أخذ الزمان في متعلق الحكم وورد عليه الحكم، وبين ما إذا لم يؤخذ فيه، بل كان ظرفاً له، كما لو كان الزمان وارداً على الحكم، فالمرجع على الأول - بعد تخصيص العام من ناحية الأزمان - هو العموم، وعلى الثاني هي الأصول.

المقام الثاني: المناقشة في تحقيق المحقق النائيني

والحق في المسألة، عدم صحة ما أفاده قدس سره من التحقيق وذلك لأن حاصل دليله هو: استحالة تكفّل دليل الحكم لاستمرار الحكم ودوامه، كاستحالة تكفّل أدلة الأحكام للعلم والجهل بالأحكام، فلا بدّ أن يتكفّل

به دليل آخر، وبعد ورود التخصيص، لا يمكن التمسك بدليل الحكم؛ لاستحالة تكفّله به، ولا بدليل آخر، كالذي ورد في استمرار الحلال والحرام إلى يوم القيامة؛ لكونه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وفيه: **أولاً**: أن قياس استمرارية الحكم وانقطاعه بالعلم والجهل به قياس مع الفارق؛ فإن العلم والجهل بالحكم مغايران لنفس الحكم ماهية ووجوداً؛ فإن الأحكام مطلقاً - الشرعية والعقلائية - من مقولة الاعتبار، والاعتبارات الشرعية والعقلائية قائمة بنفس المعتبر، وأما العلم والجهل فهما من الأمور الواقعية، والصفات القائمة بالنفس.

مضافاً إلى التأخّر الرتبي بين العلم والجهل، وبين الحكم؛ فإن أحدهما لا يستغني في وجوده عن الآخر، بخلاف الآخر؛ فربما يوجد الحكم ولا يحصل العلم أو الجهل به، ولكن لا يمكن حصول العلم بالحكم أو الجهل به بدونه.

فلهذا يشكل تكفّل الدليل المتكفّل لجعل أصل الحكم، بواسطة إطلاقه، إلى ما في المرتبة المتأخرة؛ لأن ما في الرتبة المتقدمة لا يتكفل بما في الرتبة المتأخرة.

وأما استمرار الشيء وبقاؤه ودوامه، فهو لا يختلف مع نفس الشيء حقيقة وجوهراً؛ فإن حقيقة بقاء أي شيء ودوامه - سواء أكان من الموجودات الواقعية أم الاعتبارية ـ هو استمرار الوجود الأول وامتداده،

ومعنى انقطاعه عدم امتداده، ولا يعقل الاختلاف الذاتي بين الوجود وامتداده، ولا بينه وبين انقطاعه، كما لا يعقل الاختلاف الرتبي بينهما؛ فإن نفس وجود الشيء في الزمان الثاني هو بقاؤه فيه، فبقاء الحكم وانقطاعه لا يختلف عن نفس الحكم ذاتاً، ولا مرتبة، فقياسه على العلم والجهل واضح البطلان، بساطع البرهان.

وعليه فالمقتضي لتكفّل دليل الحكم باستمراره موجود، والمانع منه مفقود، بخلاف العلم والجهل بالحكم؛ إذ لا مقتضي لهما، ولو فرض تمامية المقتضي فالمانع موجود.

وثانياً: أن الإهمال في الواقعيات محال، والأحكام مطلقاً - التكليفية والوضعية - تابعة للأغراض، على الخلاف في تبعيتها لها، في متعلقاتها أو الأعم منها وفي نفسها، والغرض أمر واقعي، فهو إما أن يقتضي الاستمرار، أو يقتضي التوقيت، وبما أن اللزوم حكم وضعي مجعول للشارع، تابع للغرض كسائر الأحكام الوضعية الأخرى، فإن كان الغرض قائماً بلزوم العقد مؤقتاً، كان المجعول مؤقتاً، وإن كان قائماً بلزوم العقد مستمراً بقاء، كان المجعول باقياً، فالشارع حين جعل اللزوم، إما أن يعتبر لزوم العقد مستمراً وإما أن يعتبره محدوداً.

وثالثاً: أن الاستمرار والانقطاع لا يخلو حالهما، إما أن يكونا من توابع الحكم، أو من الأمور المترتبة عليه، أو من انقساماته، والمحقق النائيني قدس سره يرى بأنهما من الأمور الطارئة على الحكم، وفي الرتبة المتأخرة عنه، ولكنهما ليسا كذلك، بل من انقساماته؛ إذ بالضرورة أن كل

ماهية وشيء، سواء أكان تكوينياً أم اعتبارياً ينقسم إلى باقٍ وزائل، فهما من انقسامات الحكم، وهو مقسم لهما، فبعض الأحكام باقية، وبعضها محدود بأمد معين.

فإذا ثبت كونه مقسماً لهما، فالمقسم بالإضافة إلى أقسامه إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً، كما في انقسام الرقبة إلى المؤمنة والكافرة؛ فإن دليل (اعتق رقبة) إما أن يكون مطلقاً بالإضافة إلى الإيمان والكفر، وإما أن يكون مقيّداً، فالحكم بما أنه مقسم إلى المستمر والزائل، فدليل جعل اللزوم إما ان يكون مطلقاً بالنسبة إلى الاستمرار والانقطاع، أو مقيّداً، فإن قيّد فهو منقطع، وإلا فمستمر، هذا من ناحية ثبوتية.

وأما من ناحية إثباتية، فدليل جعل اللزوم هو قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، وهو مطلق بالنسبة إلى كل فرد من أفراد العقود من حيث البقاء في الزمان.

فأصالة الإطلاق من ناحية الزمان تامة ثبوتاً وإثباتاً.

المناقشة في مختار الشيخ

[2]**وأما ما أفاده الشيخ** قدس سره؛ فيرد عليه:

أولاً: أن ما أفاده في المقام يتهافت مع ما أفاده في الأصول من

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) يوم الاثنين: ١٤٢٣/١٢/٢٢هـ - ٨١/١٢/٥.

جهتين:

الأولى: أنه قدس سره اختار في الفقه عدم التمسك بالعام، ولا باستصحاب الخيار؛ لاحتمال تبدّل الموضوع، بل تمسك بأصالة الفساد، واستصحاب عدم تأثير الفسخ، وبقاء أثر العقد، بينما قوّى في الأصول، في مبحث دوران الأمر بين التمسك بالعام أو بالاستصحاب، استصحاب بقاء الخيار؛ حيث قوّى كلام الشهيد الثاني قدس سره القائل بجريان الاستصحاب في هذه المسألة، على قول صاحب جامع المقاصد رحمه الله، القائل بالتمسك بالعام[1].

الثانية: أنه قدس سره اختار في الفقه عدم بقاء الخيار؛ بناء على كون المدرك هو « لا ضرر »؛ لاحتمال كون الموضوع عند الشارع هو من لم يتمكن

---

(١) الرسائل ٣: ٢٧٥. ولا بأس بنقل كلام الشيخ قدس سره فيها، قال قدس سره:

(وقد صدر خلاف ما ذكرنا - من أن مثل هذا من موارد الاستصحاب، وأن هذا ليس من تخصيص العام به - في موضعين:

أحدهما: ما ذكره المحقق الثاني قدس سره في مسألة خيار الغبن في باب تلقّي الركبان: من أنه فوري؛ لأن عموم الوفاء بالعقود من حيث الأفراد، يستتبع عموم الأزمان.

وحاصله: منع جريان الاستصحاب؛ لأجل عموم وجوب الوفاء، خرج منه أول زمان الاطّلاع على الغبن، وبقي الباقي.

وظاهر الشهيد الثاني قدس سره في المسالك إجراء الاستصحاب في هذا الخيار. وهو الأقوى؛ بناء على أنه لا يستفاد من إطلاق وجوب الوفاء إلا كون الحكم مستمراً، لا أن الوفاء في كل زمان موضوع مستقل محكوم بوجوب مستقل، حتى يقتصر في تخصيصه على ما ثبت من جواز نقض العقد في جزء من الزمان، وبقي الباقي).

من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له[١]، بينما قوّى في الأصول جريان الاستصحاب كما قدمنا.

وثانياً: أن ما اختاره في الأصول يتهافت مع مختاره في الأصول في مقام آخر؛ فإنه قوّى جريان الاستصحاب في المورد المتقدم، بينما اختار عدم جريانه في الشك في المقتضي، بخلاف الشك في الرافع[٢]، واستصحاب خيار الغبن من موارد الشك في المقتضي بلا إشكال؛ فإن الخيار إذا كان على الفور فأمده ينقضي بنفسه، بخلاف ما إذا كان على التراخي؛ فإن أمده باقٍ، فوزان الفور والتراخي وزان العقد المنقطع والدائم.

وثالثاً: أن الشيخ قدس سره أفاد في إشكاله على المحقق الثاني قدس سره من التمسك بالعموم: أن خروج الفرد من تحت العموم بالتخصيص في زمان من الأزمنة، في حال عدم كون الزمان مكثّراً للأفراد، يوجب عدم كونه فرداً من العام، ليشمله حكمه في الزمان الثاني، فلا معنى لرجوعه إليه ثانياً.

وفيه: أنه لو كان المراد خروج فرد من تحت العام الأفرادي بالتخصيص في زمان من الأزمنة، وشك في مقدار خروجه، هل هو في كل الأزمنة، أو في خصوص هذا الزمان، لتمّ ما أفاده الشيخ قدس سره، كما لو

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٢.

(٢) الرسائل ٣: ٥١ وما بعدها.

خصص « من حاز ملك »[١] ببعض الأفراد، كأن أخرج من تحته الأراضي المعمورة؛ فإنها لا تعود تحت العام.

وكما لو قال: (أكرم العلماء) وخصص زيداً؛ فإنه لا يعود تحت العام ثانية.

ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ لعدم التخصيص الأفرادي في ما نحن فيه، فلم يخصص العموم الأفرادي، بل قيّد الإطلاق الأزماني، وفرق بين الأمرين، فلا يخلط بينهما.

وبيان ذلك: أن لآية : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] عموماً وإطلاقاً، أما العموم فهو المستفاد من كلمة « العقود »، الجمع المحلى بأل، فيشمل جميع أنواع العقود وأفرادها، فيشمل البيع، والإجارة، والصلح وغيرها من الأنواع، كما يشمل أفراد البيع، وبقية أفراد العقود.

وأما الإطلاق فهو بلحاظ الزمان، بمعنى أن كل فرد من العقود يجب الوفاء به مطلقاً من حيث الزمان، أي دائماً ومستمراً، لا أن وجوب الوفاء به بنحو الموجبة الجزئية.

إذا اتضح هذا، فالمخصص في خيار الغبن كما هو التحقيق، إما الشرط الارتكازي، أو « لا ضرر »، وكلاهما لم يخرجا البيع الغبني من تحت أفراد العام، بل قيّدا إطلاقه الأزماني؛ فإن مدلولهما أن المغبون متى

---

(١) هذه قاعدة متصيدة جرت على لسان الفقهاء، وليست رواية.

(٢) سورة المائدة: ١.

ما كان متضرّراً ارتفع عنه لزوم الوفاء، وأما في الوقت الذي تمكّن من الخيار ولم يعمله، لم يكن اللزوم ضررياً عليه فلم يُنفَ، ولم يكن مخالفاً للشرط الارتكازي، فلم يتحقق التقييد من ناحية الشرط إلى ما بعد الزمان الأول.

فهو من قبيل ما لو قال: (أكرم العلماء)، ثم خصص زيداً في زمان معين، فقال: (لا تكرم زيداً في هذا الوقت المعين)، فإكرامه في ما عدا الزمن المخصص يشمله الإطلاق الأزماني لوجوب إكرام العلماء.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن اللزوم المجعول لكل فرد من أفراد البيع منفي عند تحقق البيع الغبني، أو عند ظهور الغبن، إلا أن نفي اللزوم محدود بحسب الأدلة؛ وذلك لأن دليل نفي اللزوم إن كان هو « لا ضرر » فمفادها: أن الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع منفي في الإسلام، وبما أن الحكم بلزوم العقد الغبني ابتداء يستند ضرره إلى الشارع فهو منفي، وأما لو اطلع المغبون على الغبن، وحكم له بالخيار، ولم يعمله، فالحكم باللزوم بعد ذلك الآن، لا يستند ضرره إلى الشارع، فلا يكون منفياً بـ« لا ضرر »، فمقتضى القاعدة عدم تقييد الإطلاق الزماني بالوفاء بالعقد الغبني بنحو التراخي، بل على نحو الفورية.

وإن كان الدليل هو الشرط الارتكازي، فمفاده أن المعاملة بين العقلاء مبنية على عدم الغبن الفاحش، فإن وجد كان للمغبون الفسخ، وبما أن

البناء العقلائي سيرة للعقلاء وعمل لهم، والعمل لا لسان له؛ ليتمسك بإطلاقه، فيقتصر على القدر المتيقن، فيكون له فسخ المعاملة في ما إذا علم بالغبن وأمكنه، وأما استمرار الخيار إلى ما بعد علمه وتمكّنه من الفسخ ولم يفسخه فمشكوك، فيقتصر على القدر المتيقن، وبما أن النسبة بين البناء العقلائي، و﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] نسبة المخصص المنفصل المجمل، الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فالمرجع الإطلاق.

ولقائل أن يقول: إن المرجع في ما زاد على القدر المتيقن في المخصص المنفصل المجمل هو إطلاق الدليل أو عمومه، ولكن المخصص في المقام هو البناء العقلائي، وهو متصل بالخطاب، وليس منفصلاً عنه.

والجواب: أن المخصص اللبي والبنائي على نحوين؛ إذ تارة يكون ضرورياً، فيكون كالمتصل، ويكون احتفافه بالكلام مسقطاً للعموم أو الإطلاق، وأخرى يكون نظرياً يحتاج إلى تأمل، فيعامل معاملة المخصص المنفصل، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ بدليل أنه لم يطرح الشرط الارتكازي كدليل في المسألة إلا في العصر الأخير، وإلا فقد كان استدلال مشهور القدماء، ومن بعدهم على خيار الغبن بدليل « لا ضرر »، أو بأخبار تلقّي الركبان، وهذا يكشف عن عدم كونه ضرورياً، بل يحتاج إلى تأمل ونظر، وإن كان حقاً، ومتى كان المخصص اللبي نظرياً كان مثل المخصص المنفصل.

---

(١) سورة المائدة: ١.

فتحصل مما ذكر: أن الحق في المسألة كون خيار الغبن فورياً، والمستند العمدة الإطلاق الأزماني لدليل لزوم العقد؛ إذ لم يخرج منه - سواء بـ « لا ضرر » أو بالشرط الارتكازي - إلا خصوص القدر المتيقن.

ولا يخفى أن المراد من الفورية في المقام هي الفورية العرفية، لا العقلية؛ لبناء الأمور الشرعية في مثل هذه الموارد على العرف.

وبهذا يتم الكلام في خيار الغبن، ولله الحمد والمنّة، ويقع الكلام بعده في خيار التأخير[1].

(١) وكان الانتهاء من هذا المبحث في يوم الاثنين المصادف ١٤٢٣/١٢/٢٢هـ

الخامس .. خيار التأخير

قال العلامة قدس سره في التذكرة: (من باع شيئاً ولم يسلّمه إلى المشتري، ولا قبض الثمن، ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزم البيع ثلاثة أيّام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين. وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخيّر البائع بين فسخ العقد، والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع)[1].

أدلة خيار التأخير عند الشيخ

وقد أقام الشيخ قدس سره على هذا الخيار ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها، المعتضد بدعوى الاتفاق المصرّح به في التذكرة، والظاهرة من غيرها[2].

الوجه الثاني: ما اعتبره الشيخ قدس سره الأصل في المسألة، وهي قاعدة نفي الضرر؛ إذ أن الصبر أبداً مظنة الضرر، المنفي بالخبر.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٧١.

(٢) المكاسب ٥: ٢١٧.

بل اعتبر الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ لأسباب ثلاثة:

١ـ أن المبيع في ما نحن فيه في عهدة البائع وضمانه؛ حيث إن المبيع مال للمشتري، ولكنه في يد البائع، وهو مكلّف بحفظه، وحفظ نماءاته، ونفس هذا التكليف - بسبب كون يده يد ضمان - يكون ضرريا على البائع.

٢ـ أن تلف المبيع من البائع؛ لقاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، فيتضرر البائع بضرر ثانٍ، بخلاف خيار الغبن؛ إذ لا يضمنه.

٣ـ أن الثمن لم يصل إليه، والمبيع ملك لغيره، ولا يجوز له التصرف فيه.

فلا محالة يكون لزوم المعاملة، وعدم الخيار للبائع، ضرريا عليه بضرر آكد من ضرر الغبن، فما دام يلتزم في الغبن بالخيار؛ لقاعدة « لا ضرر »، فالتمسك بها هنا أولى.

الوجه الثالث: النصوص الخاصة، وما ذكرها الشيخ قدس سره أربع، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[1].

الرواية الثانية: موثقة إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح، قال: « من

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له »[١].

الرواية الثالثة: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أيّاماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[٢].

الرواية الرابعة: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثمنه؟ قال: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[٣].

فإن مدلولها إن جاء بالثمن بينه وبين الثلاثة الأيام فله، وإلا لا بيع له.

إشكال الشيخ على مدلول الروايات

ولكن الشيخ قدس سره أورد على الاستدلال بها بقوله: (وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط؛ حيث قال: (روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع أجيئك بالثمن ومضى،

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٤.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٣) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث١.

فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له، وإن لم يجئ بطل البيع)[1].

وتوضيح الإشكال: أن الحكم بالخيار متفرّع على إثبات البيع، والتعبير بـ« لا بيع له » يفيد نفي الحقيقة؛ بمقتضى ظهور (لا) الداخلة على الماهية، ونتيجة نفي الحقيقة بطلان البيع، لا إثبات الخيار؛ فإن نفي الحقيقة وإثبات الخيار، متنافيان متضادان.

جواب الشيخ عن الإشكال

وأجاب عنه الشيخ قدس سره **أولاً**: بأن ظهور الأخبار وإن كان في الفساد، إلا أن فهم العلماء، وحملة الأخبار نفي اللزوم، فيتقرب هذا المعنى.

وثانياً: أن قوله عليه السلام في أكثر الروايات: « لا بيع له » ظاهر في انتفائه عن المشتري، وبما أن البطلان لا يتبعض، بحيث يبطل بيع المشتري دون البائع، فهو محمول على نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين: « لا بيع بينهما ».

وثالثاً: لو شك في المراد؛ إذ ظاهر العبارة وإن كان هو البطلان، إلا أن فهم العلماء - وهم أهل الحرفة والصناعة - نفي اللزوم يجعلها مجملة، فالمرجع الأصل، وهو استصحاب الآثار المترتبة على البيع؛ حيث إن البيع قبل انقضاء الثلاثة صحيح بلا كلام، فبعد انقضائها نشك في بقاء الصحة والبطلان، فنستصحب بقاء الصحة، وترتيب آثار البيع.

وتوهم: كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، وقد ارتفع قطعاً، سواء

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٩، وما نقله عن الشيخ في المبسوط ٢: ٨٧.

أقلنا بالبطلان أم بالخيار، فترتفع بارتفاعه.

مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة؛ لترتفع بارتفاعه، وإنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار، وإن كانت نسبة الصحة إلى اللزوم نسبة الموضوع له، بمعنى أن البيع لا بدّ من أن يكون صحيحاً حتى يكون موضوعاً لأثر اللزوم، فلا يلزم من ارتفاع اللزوم نفي الشك في الصحة، فتستصحب الصحة، ويحكم على البيع بالجواز.

المناقشة في أدلة الشيخ

أما الإجماع المنقول ففيه: أولاً: عدم ثبوته مع مخالفة الشيخ الطوسي، وتوقّف المحقق الأردبيلي، وجزم صاحب الحدائق بالبطلان، وتقوية المحقق السبزواري له، بل يكفي مخالفة الشيخ قدس سره، فأقصى ما يمكن القول بثبوته هي الشهرة، وهي ليست بحجة.

وثانياً: - مع غض النظر عن البحث في خصوصيات ناقلي الإجماع؛ إذ يختلف من واحد لآخر، فنقل الشهيد الثاني قدس سره له اعتباره الخاص؛ إذ يعتمد على البحث والتتبع والتدقيق، دون نقل السيد قدس سره، المستند عادة على الإجماع في الكبرى؛ لإثباته في الصغرى -

فلو سلّم الثبوت، فالثابت هو الإجماع المنقول، وقد اعترض عليه الشيخ قدس سره في الأصول: بأن الإجماع المنقول إخبار حدسي عن قول المعصوم عليه السلام، وأدلة حجية خبر الواحد قاصرة الشمول عن الأخبار

الحدسية.

وثالثاً: أنه لو سلم الثبوت فهو إجماع مدركي؛ للاستدلال عليه بحديث: « لا ضرر »، والأخبار الخاصة، فلا يكون حجة.

إشكال المحقق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه

وأما الاستدلال بقاعدة نفي الضرر، فأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بأن الضرر إنما نشأ من تأخير قبض الثمن، لا في نفس المبيع، وقاعدة « لا ضرر » إنما تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، فلا معنى لتدارك الضرر الحاصل من شيء، بنفي حكم شيء آخر، فالضرر الحاصل من التأخير، لا ينفي لزوم البيع.

وبعبارة أخرى: لو كان للتأخير حكم لكان مرفوعاً بـ« لا ضرر »، وأما حكم موضوع آخر كالبيع فلا وجه لرفع حكمه[1].

وهو وإن كان متيناً من حيث الصورة، إلا أنه محل إشكال من جهتين:

الجهة الأولى: أنه مبني على مبناه في مفاد قاعدة نفي الضرر؛ حيث يرى بأن المنفي فيها هو حكم الموضوع الضرري، بخلاف الشيخ قدس سره القائل بأن مفادها نفي الحكم الضرري، والحكم باللزوم في هذه المعاملة ضرري، فينفى بالقاعدة، ولا يلاحظ عدم كون الموضوع ضررياً، فلا يكون الإشكال فنياً.

---

(١) حاشية المحقق الخراساني قدس سره على المكاسب: ٢٠٠.

الجهة الثانية: أن لازم مبناه أن لا يقول بخيار الغبن، بل يقول بنفي صحة العقد؛ حيث إن البيع الغبني موضوع ضرري، وحكمه الصحة، فينفى هذا الحكم بها.

مناقشة المحقق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردّها

وأورد المحقق الإيرواني قدس سره على استدلال الشيخ رحمه الله بقاعدة « لا ضرر » بإشكالين:

الأول: ان قاعدة نفي الضرر، لا تحدّد التأخير بثلاثة أيام، بل تحدّده بما يوجب الضرر، قلّ التأخير عن ثلاثة أو زاد عليها، فالحكم بعدم الخيار في أثناء الثلاثة خرج عن تحت « لا ضرر »، بالإجماع والنصوص، فلم يبق العموم الأزماني فيها ليرجع إليه بعد قطعة زمان التخصيص.

ولا أقلّ من الشك في ثبوت العموم الأزماني، ومعه يرجع إلى استصحاب حكم المخصص[1].

الثاني: عدم جريان قاعدة « لا ضرر » في المقام؛ لأن المبيع لا يزال في يد البائع، فمع عدم أداء المشتري للثمن يمكن للبائع التخلّص من الضرر، بأخذ المبيع مقاصة عن الثمن[2].

---

(١) قال بعض الحاضرين: بأن التأخير في الثلاثة الأيام لا يوجب الضرر.
فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن منشأ الضرر لا ينحصر في مجرد تأخير الثمن، بل لأسباب متعددة تقدم بيانها في المتن.

(٢) حاشية المكاسب ٢: ٤٢.

أما الأول، فيجاب عنه: بأن مبناه تتمّ في قاعدة « لا ضرر » كون «لا» لنفي الحقيقة، حقيقة لا ادعاء، فيراد من نفي الضرر نفي وجود حقيقة العمل الضرري في جملة الأعمال التي قررها القانون الإسلامي، كما يشهد له وجود قيد (في الإسلام) في بعض الأخبار، فيكون المراد نفي وجود العمل الضرري في عداد تلك الأعمال، لا في الخارج حتى يحتاج إلى حمل القضية على النفي الإدعائي.

فالكلام مسوق لبيان أن ما هو الثابت من الضرر في الخارج، خارج عن الإعمال الإسلامية، والأصل في ذلك أن الأعمال المرخَّصة في شريعة أو دولة بأي أنحاء الترخيص، كان إلزامياً أو غير إلزامي، يعدّ من أعمال تلك الشريعة، بخلاف الأعمال الممنوعة فيها؛ فإنها تعدّ خارجة عن أعمال تلك الشريعة والدولة.

فإذا أريد بيان الترخيص والمنع، فكما يصح أن ينشأ بنفس عبارة الترخيص والمنع، صحّ أن يُنشأ بلسان: أن العمل الكذائي من أعمال هذه الشريعة أو الدولة، أو ليس من أعمالها، بل هذه أبلغ في إفادة المقصود.

فتدلّ قضية « لا ضرر » بأبلغ وجه: على نفي كل حكم تكليفي، أو وضعي ضرري.

واحتمل في آخر البحث: أن يكون الضرر بمعناه المصدري، فيكون مفاد الرواية: أن الشارع لا يورد الضرر على أحد بسبب تشريع حكم

ضرري[١].

إذا اتضح ما أفاده قدس سره فالجواب على كلا التقديرين:

أنه لا شبهة في أن « لا ضرر » تحمل اطلاقين، أفرادي، فتشمل نفي جميع أفراد الأعمال، والأحكام الضررية، وأزماني، فتنفي الضرر في الإسلام عن جميع الأزمنة، ولا معنى لنفي الضرر في زمان دون زمان، فإذا خصص النفي في أحد الأزمنة، فلا إشكال في تقييد الإطلاق في ذلك الزمان، وأما في سائر الأزمنة فالإطلاق على حاله، فيتمسك به، فيرتفع الإشكال عن الشيخ قدس سره؛ فإن الثلاثة الأيام الأولى خرجت من تحت النفي بالإجماع، فيبقى الباقي تحته؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

وأما الثاني، فيرده أولاً: أن لازم كلامه قدس سره أن يخصص خيار الغبن بحالة ما إذا لم يكن المغبون متمكناً من التقاص، وإلا فإذا كان متمكناً فلا ضرر عليه، فلا خيار له، ولا يمكن أن يلتزم به أحد من الفقهاء؛ إذ مقتضى عموم الدليل، والفتوى، والإجماع المحصّل ثبوت خيار الغبن مطلقاً، سواء أكان المغبون متمكناً من التقاص أم غير متمكن.

وثانياً: أن مدلول « لا ضرر » نفي الحكم الضرري، سواء كان بلسان نفي الموضوع الضرري، أو بلسان نفي الحكم مباشرة، وليس مدلولها ثبوت جبران الضرر وتداركه، وجواز المقاصة يجبر الضرر، فلا تدل عليه

---

(١) نهاية النهاية ٢: ١٥٨ - ١٥٩. حافظنا على عين عباراته في الغالب لوضوحها.

القاعدة.

وبهذا يندفع الإشكالان عن الشيخ تدثّل، كما دفعنا إشكال المحقق الخراساني تدثّل عنه أيضاً، وأما الحق في الإشكال عليه تدثّل فنقول:

الصحيح في الإشكال على الشيخ

إن استدلال الشيخ رحمه الله بـ« لا ضرر » ؛ لكون الضرر في المقام آكد منه في خيار الغبن، فلا بدّ من ملاحظة مناشئ الضرر المدّعاة في المقام ومحاسبتها، وهي ثلاثة:

أما الأول، فهو أن تلف المبيع من مال البائع؛ لكون التلف قبل القبض، فيكون من مال بائعه.

وأورد عليه: بأنه يأتي أيضاً في ما لو تلف المبيع في الثلاثة الأيام قبل قبضه، ولا قائل بثبوت الخيار حتى الشيخ نفسه.

وهو غير تام؛ لأن التلف قبل القبض في الثلاثة الأيام، خارج عن « لا ضرر » بالنص، والإجماع على لزوم البيع فيها.

وأورد عليه المحقق الأصفهاني تدثّل: بأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، حكم وارد في مورد « لا ضرر »، فيكون مخصّصاً لها، لا محكوماً بها؛ فإنها إنما تكون حاكمة على الأحكام التي تشمل بإطلاقها مورد الضرر، فتخصصها بغير مورده، سواء أكان الحكم تكليفياً، كما في وجوب الوضوء الشامل بإطلاقه لمورد الوضوء الضرري، فترفع الوجوب عنه، أو وضعياً، كما في لزوم البيع الشامل للبيع الغبني، فترفع اللزوم فيه.

وأما اذا كان الحكم في نفسه ضررياً فلا ترفعه، كالذي نحن فيه؛ فإن

الحكم بكون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه حكم ضرري، وارد في مورد الضرر، فلا يرفع بها[١].

وهو مع دقته ومتانته إلا أنه مندفع: بأن الحكم بتلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وإن كان حكماً ضررياً؛ إلا أنه لو كان بجعل الشارع، وكان منشأ الضرر هو جعل الشارع، لكان وارداً في مورد الضرر، فيكون مخصِّصاً إلى « لا ضرر »، ولم يكن مخصَّصاً بها، ولكنه ليس كذلك؛ فإن منشأ الضرر، هو تأخير المشتري للثمن، فلا وجه لتخصيص « لا ضرر » به.

التحقيق في التمسك بلا ضرر

والتحقيق في المسألة: أن منشأ التمسك بقاعدة « لا ضرر » في المقام، هو دعوى حصول الضرر من جهات أربع:

الأولى: كون التلف من مال البائع، وقد ناقش فيه المحقق الأصفهاني قدس سره وتقدّم رفع مناقشته.

الثانية: كون البائع ضامناً.

وفيه: أن يد البائع على المبيع يد أمانة، وليست بعدوانية، فلا يضمن إلا مع التعدّي أو التفريط.

الثالثة: كون البائع محروماً من التصرف في المبيع.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٤٣ - ٣٤٤.

وفيه: أن المبيع صار ملكاً للمشتري بالمعاملة، ولا ضرر في حرمان البائع من التصرف في مال المشتري.

نعم، يحصل الضرر بضم الحرمان من التصرف في الثمن، وهذا بحث آخر، سنتعرض له في ما يأتي إن شاء الله.

الرابعة: كون المشتري حبس الثمن عن البائع، والصبر على حبس الثمن ضرر على البائع.

وفيه: **أولاً**: أنه إذا أريد إثبات خيار التأخير من جهة الضرر الحاصل من حبس الثمن، فلا وجه لضم عدم إقباض المبيع، والحال أن الفقهاء مطلقاً إنما أفتوا بالخيار في حال عدم حصول القبض من الجانبين، ولو كان بسبب الضرر من جهة حبس الثمن، فهو موجود سواء أقبض المشتري المبيع أم لم يقبضه، ولم يفتوا بالخيار في صورة قبض المشتري للمبيع وإن أخّر الثمن.

والحاصل: أن المستند للخيار إن كان هو « لا ضرر »؛ بدعوى ضررية الصبر على الحبس، فالضرر يحصل عند حبس الثمن، سواء أقبض المشتري المبيع أم لا، فيفترض أن يحكم بالخيار في الصورتين؛ لعموم المنشأ الموجب لعموم الناشئ.

وثانياً: أن بين الضرر وثبوت الخيار عموماً وخصوصاً من وجه؛ فإنه ربما يحصل الضرر قبل التأخير عن الثلاثة الأيام، كأن يبيع المتاع، ثم تحصل له فرصة لشراء متاع آخر يتضرر من فوته، فلا خيار مع وجود الضرر، وربما يحصل التأخير عن الثلاثة الأيام بلا ضرر؛ لعدم حاجته

إلى الثمن إلى شهر، فله الخيار ولا ضرر، وربما يجتمعان.

وثالثاً: أن غاية ما يلزم هو حرمان البائع من التصرف في ماله، وهو لا يعدّ ضرراً، وإنما عدم انتفاع؛ فإن الضرر نقص في المال أو النفس أو الطرف، فوقع الخلط في كلام الشيخ قدس سره بين الضرر وعدم الانتفاع.

ورابعاً: تقدم في المباحث السابقة عدم صحة التمسك بقاعدة « لا ضرر » لإثبات الخيار؛ لأن الخيار حق تترتب عليه أحكام خاصة، كقبول الإسقاط، والمصالحة عليه بعوض، والإرث، وأثر « لا ضرر » نفي الأحكام الضررية، من قبيل لزوم المعاملة إذا كان ضررياً؛ فإنه ينفى بها، فيحل محلّ اللزوم المنفي الجواز الحكمي، كالجواز في مورد الهبة؛ فإنه ليس بحق، وإنما هو حكم، فلا يقبل الإسقاط ولا غيره من آثار الخيار، فـ« لا ضرر » لا تثبت الحق الذي هو منشأ للآثار الخاصة.

وبعبارة مختصرة: أن « لا ضرر » تنفي اللزوم، ونفيه أعم من إثبات الحق.

ردّ ما أفاده المحقق الحائري

وأما ما أورده المحقق الحائري قدس سره بقوله: (وقد يشكل على الاستدلال بلاضرر - من أن الصبر الذي في كلمات الأصحاب كالعلامة في التذكرة من أن الصبر مظنة الضرر المنفي بالخبر- أن الصبر غير واجب، بمعنى عدم المطالبة، بل يجوز له المطالبة، ويجب بحكم الشرع على المشتري التسليم، وهذا الإيجاب حكم دافع للضرر، ولو خالف

المشتري ولم يسلّم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناشٍ من قِبَل عصيانه)[١].

فهو شبهة منشأها أن كلمة الصبر وردت في لسان الشيخ قدس سره، والصبر لغة حبس النفس، وهو الذي نظرت إليه الروايات، وهو مراد الشيخ قدس سره؛ فيكون مراده أن حبس المشتري الثمن عن البائع ضرر عليه، فلو حكم الشارع على البائع بلزوم المعاملة، ولا بدّ له من الصبر مع حبس المشتري الثمن عنه لكان ضررياً، لا أن مراده وجوب صبر البائع على حبس المشتري للثمن، ليقال بعدم وجوبه، وبنفيه يرتفع الضرر.

المناقشة في الاستدلال بالروايات

وأما التمسك بالروايات، فالشيخ قدس سره استند إليها بناء على تقريبين:

التقريب الأول: أن مفاد الروايات وإن كان هو نفي الحقيقة كما هو ظاهر التعبير بـ « لا بيع له »؛ لأن ظاهر النفي المتعلق بحقيقة نفي تلك الحقيقة، لا نفي آثارها، إلا أن تقوم قرينة على الخلاف كما في: « يا أشباه الرجال ولا رجال »؛ فإن المراد نفي أثر الرجولة عنهم، إلا أن فهم الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين بأن المراد في المقام نفي الأثر أوجب رفع اليد عن الظهور، والقول بنفي اللزوم، لا نفي حقيقة البيع.

التقريب الثاني: أن ما ورد في الروايات نفي البيع عن المشتري، وبما أن البيع حقيقة واحدة لا يتعقل فيها التبعيض، بحيث يكون ثابتاً للبائع،

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي رحمه الله : ٢٥٨.

ومنفياً عن المشتري، وكذلك الحال في الصحة، لزم حمل النفي على ما يقبل التبعيض وهو نفي اللزوم، فيكون لازماً من جهة المشتري، غير لازم من جهة البائع[١].

المناقشة في تقريبي الشيخ للاستدلال بالروايات

أما التقريب الأول، فيرد عليه: أن فهم الفقهاء إنما هو حجة عليهم وعلى مقلديهم، لا على المجتهدين الآخرين؛ فإن الحجة عليهم ظاهر الأدلة، وبما أن الظهور قام على نفي الحقيقة، فلا وجه لحمله على نفي اللزوم بناء على فهم الفقهاء.

نعم، لو أوجب فهمهم الظهور عندنا، بحيث يكون اللفظ قالباً لنفي اللزوم، لتمّ ما أرداه الشيخ قدس سره، ولكن دون إثبات ذلك خرط القتاد.

وأما التقريب الثاني، فيرد عليه: أن النفي وإن تعلّق بالبيع عن المشتري في رواية إسحاق بن عمار، وابن الحجاج، وزرارة، إلا أن ذلك لأجل وقوعه محل السؤال، فبيّن الإمام عليه السلام وظيفته، فيحمل « لا بيع له » على حقيقته، وهو نفي الحقيقة، وسبب اختصاصه بالمشتري، كونه مورداً للسؤال.

ولا أقل من احتمال ذلك - أعني كون الاختصاص لأجل السؤال - ومجرد احتماله يكفي في حمل النفي على نفي الحقيقة، وعدم رفع اليد

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٩ - ٢٢٠.

عن أصالة الحقيقة.

كما يحتمل أن عدم نفي حقيقة البيع عن البائع والمشتري، إنما هو للملازمة العقلية القطعية بين نفي البيع عن أحدهما ونفيه عن الآخر؛ لعدم قابلية حقيقة البيع للتبعيض، فاكتفى الإمام عليه السلام بنفي حقيقة البيع عن المشتري عن نفيها عن البائع؛ لعدم الحاجة للتعرض لنفيها عن الآخر بعد نفيها عن الأول.

ومع وجود هذين الاحتمالين في الروايات بالوجدان، لا موجب لرفع اليد عن أصالة الحقيقة.

ولا أقل أن وجود هذين الاحتمالين يوجب الإجمال في الروايات، فلا يعلم أن المراد منها نفي اللزوم أو نفي الحقيقة، وبما أن صحيحة ابن يقطين بيان؛ لكونها نصاً في نفي الحقيقة عنهما؛ بمقتضى: « فلا بيع بينهما »، فتحمل تلك الروايات عليها، أو لا تصلح لمعارضتها؛ لعدم معارضة المجمل للمبيَّن، فيتمّ كلام الشيخ الطوسي، والفاضل السبزواري، والمحدث صاحب الحدائق قدست أسرارهم.

تقريب المحقق الخراساني الاستدلال بالروايات

وأما ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره في حاشيته بقوله: (إن مثل هذا التركيب، - أي لا بيع له - وإن كان بحسب أصل الوضع لنفي الماهية، إلا أنه حيث قد غلب استعماله في نفي صفة الصحة، أو الكمال، أو

غيرهما من الأحكام، كما في « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »[١]، بناء على وضع أسامي العبادات للأعم، و«لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[٢]، و« لا ضرر ولا ضرار »[٣]، ونحوهما، فيراد منه نفي إحدى هذه الصفات، حسب اختلاف المقامات، وملاحظة مناسبة الموضوعات، لا يبعد دعوى ظهور الأخبار في إرادة نفي اللزوم؛ لبعد بطلان البيع، وارتفاعه بنفسه بمجرد التأخير)[٤].

فيرد عليه: أولاً: أنه مخالف لمبناه في الأصول؛ فإن مبناه الحمل على المعنى الحقيقي في مرحلتي الإرادتين، الاستعمالية والجدية، بمعنى أنه إذا كان للفظ معنيان حقيقي ومجازي، ودار الأمر بينهما، فالقاعدة الأولية تقتضي الحمل في مقام الإرادة الاستعمالية على استعماله في المعنى الحقيقي، وفي مقام الإرادة الجدية على إرادته أيضاً؛ بمقتضى تباني العقلاء على ذلك ما لم تقم قرينة صارفة عن معناه الحقيقي، وغلبة الاستعمال ليست من القرائن الصارفة عن المعنى الحقيقي، فلو كان للفظ معنى حقيقي، ومعنى مجازي، واستعمل في المعنى المجازي كثيراً لم يكن ذلك من القرائن المانعة من أصالة الحقيقة في الاستعمال.

---

(١) الوسائل، ٧٣٢/٤ الباب١ من أبواب، الحديث١.

(٢) الوسائل، ٤٧٨/٣ الباب١ من أبواب، الحديث١.

(٣) الوسائل، ٣٤١/١٧ الباب٢ من أبواب، الحديث١.

(٤) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس سره ص٢٠٠ - ٢٠١، ونقلناه بلفظه لوضوحه.

وثانياً: أن غاية ما ذكره قدس سره لعدم الحمل على نفي الحقيقة، والحمل على نفي اللزوم، هو استبعاد بطلان البيع بمجرد تأخير الثمن، والاستبعاد ليس مناطاً في القواعد الفقهية، والأحكام الشرعية؛ لعدم العلم بملاكات الأحكام الواقعية، فليس لنا إلا العمل بالظهورات، والظهور في المقام يوجب نفي الحقيقة، وأصل الصحة.

كلام صاحب الجواهر

ولوقوع الاضطراب في كلمات الأعاظم قدست أسرارهم في فهم هذه الأخبار، وحل الإشكال، ينبغي طرح كلام صاحب الجواهر قدس سره أيضاً؛ لاشتماله على مطالب مهمة، وحل للإشكال، قال رفع مقامه في ما يرتبط بالإجماع:

(بل في المبسوط: « روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبايع: أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له، وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع »[1]، إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم)[2].

وفي هذه الجملة رفع الإشكال عن عبارة الشيخ الطوسي قدس سره؛ فإن الشيخ الأنصاري قدس سره وغيره قد استفادوا من عبارته رحمه الله في المبسوط بطلان البيع بعد الثلاثة، ولكن صاحب الجواهر قدس سره حملها على إرادة

---

(١) المبسوط ٢: ٨٧

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥١.

بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غير المبسوط من كتبه؛ حيث نسب الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم، والجمع بين الكلامين يقتضي إرادة بطلان اللزوم، لا البيع.

فإن ثبت توجيهه قدس سره يسلم الإجماع المدّعى على الخيار من المخالف، وإلا فلا يتمّ؛ فإن مخالفة مثل الشيخ الطوسي قدس سره مما يهدم الإجماع قطعاً؛ فإن المهم إجماع المتقدمين واتفاقهم، والشيخ قدس سره من أركانهم، فإن خالف لم يتمّ، وأما مخالفة المتأخرين كصاحب الحدائق وغيره فلا تضرّ بالإجماع إن ثبت.

وإن لم يثبت التوجيه، بل كان محتملاً، فاحتماله مفيد في المقام أيضاً؛ حيث يسلم إجماع العلامة رحمه الله وغيره من ثبوت المخالف.

فلدعواه قدس سره فائدة على التقديرين؛ إذ على تقدير تمامية التوجيه يثبت الإجماع، وعلى تقدير احتماله لم يثبت المخالف له.

هذا ما يرتبط بالإجماع، وأما ما يرتبط بالنصوص، فقال بإمكان إرادة بطلان اللزوم منها، وأقام على ذلك وجوهاً، أخذ بعضها الشيخ قدس سره، والآخر المحقق النائيني رحمه الله، وعبارته في ذلك:

(كما أنه يمكن إرادة ذلك - بطلان اللزوم - من النصوص، ولو بمعونة الشهرة، والإجماع، المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة، وعدم

المبطل، وغير ذلك)[١].

وهي تشتمل على عدّة مطالب، ولا يخفى أن مراده قدس سره من أصالة الصحة ليس معناها المصطلح؛ فإن تلك لا تجري إلا في الشبهات الموضوعية، والشبهة في ما نحن فيه حكمية، فمراده منها هو استصحاب الصحة عند الشيخ رحمه الله الذي بيّناه سابقاً، وبيان ذلك:

أنا إذا استفدنا من الروايات بطلان البيع بعد الثلاثة الأيام، فنقض اليقين بصحته - الموجود قبل انقضائها - يكون باليقين، وأما إذا كان مدلولها بطلان اللزوم، أو احتمل ذلك ولو بمعونة الإجماع والشهرة، فنقض اليقين بصحته يكون بالشك، فلنا يقين سابق بصحة البيع، وشك لاحق في بطلانه، فنستصحب بقاء الصحة، وهو المراد من تعبيره بأصالة الصحة.

الأصل الثاني في كلامه قدس سره: عدم المبطل؛ للشك في إيجاب تأخير الثمن عن الثلاثة الأيام بطلانَ البيع، فيرجع الشك إلى تحقق المبطل له وعدمه؛ فإن البيع قد وقع مع تمام شرائط الصحة بلا إشكال، فيشك في مبطلية تأخير الثمن عن القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، فالأصل عدم المبطلية.

وأما قوله: (وغير ذلك) فيحتمل فيه ثلاثة أوجه، نقتصر على ذكر وجه واحد؛ تحرّزاً من الإطالة، وهو استصحاب الاشتغال، وبيانه:

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥١.

أن المعاملة بعد أن تمّت بين المتبايعين اشتغلت ذمة البائع بتسليم المبيع للمشتري، وذمة المشتري بتسليم الثمن للبائع، وهذا الاشتغال محرز إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيشك في بقائه وعدمه؛ إذ إن بطل البيع ارتفع الاشتغال، وإلا فلا يزال، فيستصحب بقاؤه.

ثم قال رحمه الله: (على أنه هو المناسب للإرفاق للبايع).

وهذا وجه آخر، وهو المستند العمدة للمحقق النائيني قدس سره، وبيانه: أن المطلوب حفظ حق البائع، وضمان وصول الثمن إليه، والإرفاق به يقتضي نفي اللزوم، لا بطلان البيع، والنكتة في ذلك ما علّل به القول السابق بقوله: (إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة)؛ فإن المبيع ربما تنزل قيمته، فيكون البطلان على خلاف الإرفاق بالبائع، دون نفي اللزوم، والقول بالخيار.

ثم أشار إلى مطالب ثلاثة بقوله: (بل قد يدّعى انصراف الإطلاق إليه، ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبايع، واللزوم قابل للتبعيض بخلاف الصحة).

أما مراده من قرينة المقابلة في الشرطية، فهو الإشارة إلى ما في الروايات؛ فإنها تضمنت الجملة الشرطية، كما في قوله عليه السلام: « فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما ».

وقوله: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له ».

فإن قوله عليه السلام: « فلا بيع بينهما، أو فلا بيع له » وقع في مقابل الشرط،

ومقتضى تحقق الشرط حصول اللزوم، فبالمقابلة يكون مقتضى عدم تحققه موجباً لنفي اللزوم، لا لنفي الصحة [١].

ثم دفع إشكال التنافي بين صحيحة علي بن يقطين، التي نفت البيع بينهما: « وإلا فلا بيع بينهما »، الظاهرة في نفي الصحة؛ لعدم تعقّل نفي اللزوم عن المشتري، وبين بقية الروايات التي وقع النفي فيها على نفيه عن خصوص المشتري: « وإلا فلا بيع له »، بقوله:

(ولا ينافيه صحيح ابن يقطين؛ لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبايع منهما).

هذا تمام الكلام فيما أفاده صاحب الجواهر تغمده الله.

التحقيق في كلام صاحب الجواهر

والتحقيق في كلامه يقتضي التعرض لجهات:

الأولى: ما أفاده تغمده الله من الجمع بين عبارتي الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف، بحمل المراد من بطلان البيع على بطلان اللزوم، غير تام؛ لأن البطلان والصحة من صفات موضوعات الأحكام ومتعلقاتها، كالبيع المتصف بهما، كما بيّن في مبحث الصحيح والأعم، وأما الأحكام، التكليفية والوضعية، فلا تتصف بهما، بل يدور أمرها بين الوجود والعدم، واللزوم حكم وضعي، فلا يتصف بالبطلان لكي يقول: (إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم..)، فينهدم الأساس الذي بنى عليه الجواب عن

(١) أشار الشيخ الأستاذ دام ظله إلى قرينية الظرفية فانتهى الوقت ولم يبينها.

التعارض بين كلامي الشيخ قدس سره، والتعارض بين الروايات.

الثانية: أراد صاحب الجواهر قدس سره أن يستعين بالشهرة والإجماع، المستفيض أو المتواتر، لبيان إرادة نفي اللزوم من النصوص المصرّحة بنفي البيع.

ولا يخفى أن الأصل في هذا التعبير، هو نفي الحقيقة، وهو هنا يعني بطلان البيع، والحمل على نفي اللزوم يحتاج إلى مؤونة زائدة، والمؤونة التي أقامها صاحب الجواهر قدس سره، هي الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر.

ولا بدّ من التوقف في هذه الجهة؛ فإن الكلام إذا كان له ظهور، وأعرض الأصحاب عنه، فهل ينهدم ظهوره، فلا يتمسك به، أو يبقى على ما هو عليه، فيصح التمسك به؟

فيه أنظار:

الأول: الأخذ بالظهور، وعدم الاعتناء بإعراض المشهور عن الدلالة، كما عليه المحقق السيد الخوئي قدس سره، على ما في مصباح الفقاهة جازماً به؛ لعدم الوجه في إسقاط الحجية بإعراض المشهور، ولهذا ذهب في المقام إلى بطلان البيع، تبعاً للشيخ الطوسي قدس سره في المبسوط[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٦، والتنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥، و٨، وقال في المصباح في ص٨: (فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن، كما ذهب إليه الشيخ الطوسي رحمه الله،

وفيه: أولاً: ينقض عليه بما اختاره في المنهاج؛ فإنه اختار ما ذهب إليه المشهور، من صحة العقد وثبوت الخيار[١].

وثانياً: بما سيأتي في بيان الرأي الثاني.

الثاني: أن المشهور، والإجماع المنقول، يوجبان انقلاب الظهور.

وهذان النظران في حدّي الإفراط والتفريط، والحق هو:

الثالث: وهو: إجمال الكلام، وعدم انعقاده في خلاف ظاهره، وتوضيح ذلك:

إن المتكلم إذا صدر منه الكلام، ورأينا أصحابه والعارفين بكلامه لم يأخذوا بظاهره، وأعرضوا عنه، لم يمكن الأخذ بظاهر كلامه؛ إذ لا يكون ظهور كلامه حجة عند العقلاء، وسيرتهم هي المعتمدة في حجية الظواهر.

ولكن في نفس الوقت، لم يمكن الأخذ بخلاف الظاهر، بل يكون الكلام مجملاً، فلا تتمّ دعوى صاحب الجواهر رحمه الله، من الأخذ بخلاف الظاهر، ولا دعوى المحقق السيد الخوئي قدس سره، من الأخذ بالظاهر، وعدم

ناسباً ذلك إلى رواية الأصحاب).

(١) منهاج الصالحين ٣: ٤٢، الطبعة التي فيها تعليقة سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله، قال في كتاب التجارة: « الخامس: خيار التأخير... ويتحقق فيما إذا باع سلعة، ولم يقبض الثمن، ولم يسلم المبيع حتى يجيئ المشتري بالثمن؛ فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبائع فسخ البيع..).

الاعتناء بالإعراض.

الثالثة: قوّى صاحب الجواهر رحمه الله مسلك المشهور بدعوى إمكانية إرادة نفي اللزوم من النصوص، ولو بمعونة أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك.

وفيه: أن ما هو حجة للفقيه هو ظهور الكلام، ولو ببركة القرينة، وما لم يكن الكلام ظاهراً لم يكن حجة، ولو كان الأصل على طبقه؛ فإن الأصول لا تسقط الكلام عن ظاهره، فضلاً عن أن تجعله ظاهراً في غير معناه.

وبهذه الجهة يفترق المشهور عن الأصول؛ فإن إعراض المشهور يوجب سقوط ظهور الكلام، ولا يوجب انعقاد الظهور في غيره، بخلاف مخالفة الأصول؛ فإنها لا توجب سقوطه عن الظهور، فضلاً عن إيجابها لانعقاد الظهور في المعنى المخالف.

الرابعة: أن في ما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله خلطاً بين المرجّح، والمرجع؛ حيث جعل أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك، مرجّحاً لما دلّ على نفي اللزوم، والحق أن الأصول بعد تعارض الروايات تكون مرجعاً، وذلك بعد تساقط الروايات المتعارضة، ولا تكون مرجّحاً لأحدى الروايتين، فالروايات النافية للبيع عن المشتري ظاهرة في نفي اللزوم، وصحيحة ابن يقطين ظاهرة في بطلان البيع، فمع عدم وجود المرجّح بينهما تسقطان، وتكون أصالة الصحة مرجعاً، لا مرجحاً للطائفة

الأولى.

والسر في ذلك: أن المرجّح لا يخلو أمره من حالين، إما أن يكون مرجّحاً ذاتياً، ككون أحدهما أظهر من الآخر، أو جعلياً كموافقة الكتاب، ومخالفة العامة، وموافقة الأصول ليس شيئاً منهما.

الخامسة: أنه رفع التنافي بين صحيحة ابن يقطين، المستفاد منها نفي اللزوم بينهما، وغيرها المستفاد منها نفي اللزوم عن أحدهما: بصدق نفي اللزوم بينهما، ولو بنفيه عن أحدهما وهو البائع.

والإشكال: أن لسان الروايات على نحوين؛ إذ تارة يكون لسانها إثبات اللزوم بين الاثنين، وأخرى يكون لسانها نفي اللزوم بينهما، فإن كان الأول كانت بنحو الموجبة الجزئية، وهي تصدق بتحققها في أحد الطرفين.

وإن كان الثاني، فنقيض الموجبة الجزئية سالبة كلية، فلا تصدق إلا بالسلب الكلي.

وما في الرواية « لا بيع بينهما »، فهي تنفي أصل البيع بينهما، ونفي الحقيقة بين المتبايعين يختلف مع نفي الحقيقة عن أحدهما، فلا يصدق إلا بالانتفاء عنهما كليهما، كما لو قيل: (لا كدورة بين زيد وعمرو)؛ فإن هذه القضية لا تصدق إلا إذا انتفت من كلا الطرفين، وأما لو وجدت عند أحدهما دون الآخر لم تصدق، وبما أن البيع من الحقائق ذات التعلّق، وقد نفيت عن الطرفين، فسواء أكان المنفي حقيقة البيع أم لزومه، فهو على نحو السلب الكلي بينهما، لا على نحو التبعيض.

وأما قوله: (المناسب للإرفاق للبايع)، فسيأتي عند مناقشة المحقق النائيني قدس سره.

تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات

وأفاد المحقق الأصفهاني قدس سره تحقيقاً لتقوية ما ذهب إليه المشهور، من نفي اللزوم، وحاصله: أن المراد من البيع المنفي في هذه الروايات، إما الإنشائي، وهو العقد الذي يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية، وإما الحقيقي، وهو المسبب، وما يكون بالحمل الشائع تمليكاً.

فإن كان الأول، فلا يعقل إرادة نفي الحقيقة من: « لا بيع له »؛ لتحقق البيع العقدي وجداناً، وما وقع لا ينقلب عما هو عليه، فلا بدّ من رجوعه إلى نفي الآثار، أي نفي أثر هذا السبب، وأثره إما الصحة أو اللزوم، وتعيين أحدهما يحتاج إلى قرينة، والمتعيّن نفي اللزوم؛ لأن البيع بما هو عقد، وإن كان أثره الظاهر منه نفوذه وتأثيره، إلا أنه بما هو بيع أثره الظاهر منه لزومه؛ فإنه المعاملة المبنية على اللزوم؛ وحيث إن المنفي هو البيع بما هو بيع، لا بما هو عقد ومعاملة، فالنفي متوجه إلى أظهر آثاره وخواصه، وهو اللزوم.

وإن كان المراد الثاني، أي نفي البيع الحقيقي، فأمره يدور بين الوجود والعدم، لا بين الصحة والفساد، فلا يعقل أن يحصل البيع الحقيقي ويتصف بالبطلان، فالنفي له يرجع إلى نفي أصل الحقيقة، وحينئذٍ فلا يخلو الأمر من أحد حالين:

إما أن نقول: بأن تركيب (لا بيع) ظاهر بظهور ثانوي في نفي الأثر، كقوله تعالى: ﴿ لا رفث ولا فسوق ولا جدال ﴾[1]، وقوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار »، فالنتيجة نفي اللزوم.

وإن لم نقل بذلك؛ لعدم بلوغ الاستعمال إلى حدٍّ يوجب انقلاب الظهور، فنقول بقيام القرينة على إرادة نفي الأثر، لا نفي الحقيقة؛ لقولهم عليهم السلام: « لا بيع له »؛ فإن البطلان أو الانفساخ غير قابلين للتبعيض، بحيث يكون العقد باطلاً أو منحلاً من طرف المشتري فقط؛ فإن الأثر واحد، فلا يعقل وجوده من طرف البائع وعدمه من طرف المشتري، والعقد واحد، فلا يعقل أن يكون منحلاً وغير منحل، بخلاف اللزوم؛ فإنه يمكن أن يكون العقد لازماً من طرف المشتري، وخيارياً من طرف البائع، فيكون المراد من قولهم عليهم السلام: « لا بيع له »، أي ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع، بخلاف البائع؛ فإن أمر البيع بيده، فله مطالبة المشتري بالثمن، وله تركها بحلّ البيع.

وأما قوله عليه السلام في صحيحة ابن يقطين: « لا بيع بينهما »، وإن كان له ظهور في نفيه حصولَ حقيقة البيع بينهما، إلا أنه ليس بحيث لا يمكن الجمع بينه وبين تلك النصوص الدالة على نفي اللزوم، فليس هو بحيث يأبى عن الحمل على عدم البيع، الذي يستحق به كل منهما على الآخر؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض.

---

(١) البقرة: ١٩٧.

وتوضيحه: أن المقرر بينهم في الأصول، وهو الحق: أن الظاهر لا يعارض الأظهر، فكما ترفع اليد عن الظاهر بالنص المخالف له، فكذلك ترفع اليد عن الظاهر بالأظهر المخالف له، والنصوص النافية للبيع عن المشتري، الظاهرة في نفي اللزوم - حسب الوجه المتقدم، من عدم قابلية الصحة للتفكيك، لكي تنفى عن المشتري دون البائع - أظهر في نفيه من رواية ابن يقطين، الظاهرة في نفي البيع، فيتخلّى عن الظاهر بالأظهر.

مضافاً إلى ورود هذه العبارة في بيع ما يفسده المبيت[١]، والإجماع على عدم البطلان، فحملت على إرادة نفي اللزوم[٢].

هذا نهاية ما أفاده هذا المحقق من التحقيق، ونتيجته تقوية ما عليه المشهور من نفي اللزوم، وخلاصته:

أن المقتضي في الروايات لحمل النفي على نفي اللزوم موجود، والمانع منه مفقود؛ ببركة رفع اليد عن الظاهر بالأظهر، والإجماع في ما يفسد في يومه.

---

(١) إشارة إلى ما ورد في الوسائل، الباب١١ من أبواب الخيار، الحديث ١: عن أبي عبد الله، وأبي الحسن عليهما السلام: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه، ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: « إن جاء فيما وبينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له ».

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٤٥ - ٣٤٦.

المناقشة فيما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد عليه: أولاً: ما أفاده من التقسيم بين البيع الإنشائي والحقيقي، وأن الأول سبب لتحقق الثاني، لا يتمّ على ما أفاده في الأصول، من عدم كون الألفاظ في الإنشائيات سبباً للمعاني الاعتبارية، وهذا المبنى هو الذي دعا المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى تبنّي فكرة أن النسبة بين الإنشاء والمعاني المنشأة نسبة المبرِز إلى المبرَز، لا السبب إلى المسبَّب.

وثانياً: أن ما أفاده، من جعل البيع على قسمين، إنشائي، وحقيقي، وكون الصحة واللزوم من آثار الأول، وأما الثاني فأمره يدور بين الوجود والعدم، محل نظر وإشكال.

ووجهه: أنه جاء في القرآن الكريم، وفي السنة المطهّرة، إثبات أثر الحلية والجواز إلى البيع، ففي قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1] أثبت الحلية للبيع، فالبيع الذي جعل موضوعاً في الآية، إما أنه البيع الإنشائي، أو الحقيقي؛ لانحصار الأقسام فيهما، حسب الفرض، فإن كان الإنشائي لزم رفع اليد عن أصالة الحقيقة؛ لأن البيع الإنشائي هو سبب البيع، وليس ببيع؛ فيلزم استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب، وهو استعمال مجازي.

وإن كان الحقيقي، فالمفروض أنه لا أثر له على مبناه؛ إذ يدور أمره بين الوجود والعدم، فلا يتصور ترتّب الحلية على البيع الحقيقي على مبناه.

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

وأما في السنة المطهرة، فورد في الرواية المعتبرة، في من يريد الشراء من شخص يبيع ما يملك، وما لا يملك، فقال الإمام عليه السلام: « لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك »[1]، فرتّب أثر الجواز على البيع، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي؛ لأن أمره يدور بين الوجود والعدم.

والحاصل: أن البيع في الكتاب والسنة قد حكم عليه بأثري الحلية والجواز، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي.

وثالثاً: ما أفاده - من أنه لو أريد من نفي البيع عن المشتري، البيع الإنشائي، الذي هو سبب البيع، فهو نفي للأثر، وهو إما الصحة، أو

---

(١) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث١:
محمد بن الحسن الطوسي بإسناده، عن محمد بن الحسن الصفار، أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أني قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بكلها؟
فوقع عليه السلام: « لا يجوز بيع ما ليس يملك....».
ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، ورواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسن.

اللزوم، ولكن يتعيّن في المقام نفي اللزوم؛ لتعلّق النفي بالبيع بما هو بيع، لا بما هو عقد، وأثره بما هو بيع، اللزوم - محل إشكال؛ وذلك:

لأن إثبات الآثار - ثبوتاً وإثباتاً - لا يكون إلا من خلال الأدلة الشرعية، وبالرجوع إليها نستفيد عكس ما أفاده تدّس؛ وذلك لأن مدّعاه: أن أثر العقد الصحة، وأثر البيع اللزوم، ومقتضى النصوص - كتاباً وسنة - عكس ذلك؛ فإن ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] دليل على اللزوم، سواء أقلنا بأن مفادها الإرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء، ولازمه اللزوم، وعلى كل حال، فمدلول الآية هو كون اللزوم أثراً للعقد.

ومفاد الكتاب والسنة كون الصحة والحلية والجواز والنفوذ آثاراً للبيع، كما في قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[2]، و« يجوز الشراء »؛ فإن الجواز والحلية يجتمعان مع اللزوم، ومع الخيار.

ورابعاً: ما أفاد تدّس، من حمل « لا بيع بينهما »، في صحيحة ابن يقطين على نفي اللزوم، وإن كانت ظاهرة في نفي الحقيقة؛ بقرينة كون المنفي في « لا بيع له »، هو اللزوم؛ لنفيه عن المشتري بالخصوص، والحقيقة لا تقبل التبعيض.

محل إشكال أيضاً؛ لأن مقتضى ظهور (لا) نفي مدخولها، فمقتضى الظهور، وأصالة الحقيقة في « لا بيع بينهما » حمل نفي البيع على نفي

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الحقيقة، فلا يكون بينهما بيع حقيقة، ونتيجته البطلان، وحمله على نفي البيع، الذي يستحق به البائع على المشتري الثمن، والمشتري على البائع المثمن؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض، حمل له على معنى مجازي، وهو مدفوع بأصالة الظهور؛ لعدم الوجه في كون الرواية المنفصلة - وهي النافية للبيع عن المشتري - قرينة على رفع اليد عن ظهورها؛ فإن مقتضى القاعدة الأصولية، أنه متى انتفت القرينة الصارفة المتصلة، أو التي بحكمها، كانت أصالة الظهور هي الحاكمة في الكلام، وتكون الرواية الأخرى - إذا كانت ظاهرة في معنى آخر - معارضة للأولى.

نعم، ترفع اليد عن الظهور في صورتين، في ما لو كانت المعارضة بين النص والظاهر، أو بين الأظهر والظاهر؛ فإن مقتضى الجمع الدلالي بينهما، رفع اليد عن الظاهر بالنص والأظهر.

والمفروض فيما نحن فيه، أن جملة « لا بيع بينهما » ظاهرة في نفي الحقيقة، كسائر مواردها من قبيل (لا عداوة بينهما) أو (لا صداقة بينهما)؛ فإنها تنفي الحقيقة بالمرة، وجملة « لا بيع له » وإن كانت ظاهرة أيضاً في نفي الحقيقة، لو خلّيت ونفسها، ولكن للقرينة العقلية القائمة في خصوصها، وهي عدم إمكان التبعيض في الحقيقة، بحيث تنتفى حقيقة البيع عن المشتري وتثبت للبائع، كانت ظاهرة في نفي اللزوم، فيكون عندنا رواية ظاهرة في نفي اللزوم، وأخرى في نفي

الحقيقة، والقاعدة تقتضي التعارض بينهما، لا حمل النافية للحقيقة على نفي اللزوم.

وخامساً: أنه قدس سره أفاد: بأنه وردت عبارة « لا بيع بينهما » في ما يفسده المبيت، والإجماع على عدم البطلان فيه، بل المراد بها نفي اللزوم.

وما أفاده قدس سره على خلاف مقتضى الصناعة؛ فإن مقتضى أصالة الظهور الأخذ به، وبقاعدة (الضرورات تتقدر بقدرها)، ترفع اليد عنه بمقدار ما قامت عليه القرينة، سواء أكانت القرينة لفظية أم إجماعاً قطعياً، فإذا سقط الظهور في مورد ما يفسده المبيت؛ لقيام الإجماع على خلافه، لم يوجب ذلك سقوط الظهور في الاستعمالات الأخرى، فجملة « لا بيع بينهما » ظاهرة في نفي الحقيقة في الموردين، ولكن قام الإجماع على عدم إرادته في مورد ما يفسده المبيت، فترفع اليد عن الظهور فيه، ولكن يبقى الظهور فيما نحن فيه على حاله، والنتيجة بمقتضى القاعدة التعارض بين روايتي « لا بيع له » و « لا بيع بينهما ».

كلام المحقق الحائري لرفع التعارض بين الروايات

وذهب المحقق الحائري قدس سره إلى القول بدلالة: « لا بيع بينهما » على نفي اللزوم، على خلاف ما أفاده الجميع من دلالتها على نفي الحقيقة، وتقريبه في ذلك: أنا إذا لم نقل بأنها لنفي اللزوم يستلزم اللغوية في كلام الإمام عليه السلام؛ فإن بيان البطلان يكفي فيه أن يقتصر على القول بـ« لا بيع »، بدون إضافة « بينهما »، فإضافتها لأجل بيان نفي الحقيقة لغو، والذي يخرجه عن اللغوية، أن يكون لنفي معنى الإلزام والالتزام، الموجود في

حاقّ البيع، أو الذي هو من آثاره وخواصه، فينتفي مطالبة أحدهما إلى الآخر، أو الاحتجاج بينهما، بأن يقول أحدهما إلى الآخر: أين البيع إذا رآه خالف مقتضاه؟

فصوناً لكلام الإمام عليه السلام عن اللغوية، لا بدّ من حمل « لا بيع بينهما » على نفي الأثر، لا نفي الحقيقة، ولو كان الظهور الأولي نفي الحقيقة[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري

ويندفع ما أفاده قدس سره، عموماً وخصوصاً، أما العموم؛ فلأن المتعارف في ذكر الأمور ذات التعلق أن تذكر مع أطرافها، فلو سئل عن العداوة بين اثنين، لكان الجواب: لا عداوة بينهما، والبيع من هذا القبيل؛ فإنه من الأمور ذات التعلّق التي تحتاج إلى طرفين، البائع والمشتري، فحينما ينفى البيع عنهما، ينفى بذكر الطرفين، كما هي عبارة (لا بيع بينهما)، وبهذا ترتفع اللغوية من البين.

وأما خصوص هذه الرواية؛ فلأنها تتحدث عن أمر بين طرفين، فالسؤال كان عن البائع والمشتري؛ حيث فيها: « قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[2].

فالتأمل في صدر الرواية وذيلها، يقضي بأن ذكر البيع مضافاً إلى

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي قدس سره: ٢٦١.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

كلمة « بينهما »، على وفق القاعدة.

ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات

ذهب الفاضل النراقي قدس سره إلى أن ظهور « لا بيع بينهما » في نفي الحقيقة، وناقش في جميع الوجوه المذكورة لنفي اللزوم، ثم في آخر المطاف، قال: بأن مدلول الروايات - بما فيها رواية ابن يقطين - نفي اللزوم، لا نفي الصحة، واستند في ذلك إلى أن البيع هو فعل صادر من البائع، فلا يصح نفيه بنحو الحقيقة؛ إذ النفي المتعلّق بالبيع، إما أن يكون تعلّق به عند الحدوث، أي بالبيع السابق، أو بعد الثلاثة الأيام.

أما الأول فغير ممكن؛ إذ لا يتعلّق نفي الحقيقة بالبيع الحاصل قطعاً؛ فإن الموجود لا ينقلب إلى المعدوم، فلا يعقل نفي البيع قبل الثلاثة الأيام بنفي الحقيقة.

وأما الثاني؛ فلا بيع حينئذٍ بعد الثلاثة الأيام حتى ينفى.

فالنتيجة: عدم إمكان الحمل على المعنى الحقيقي، فإذا لم يمكن الحمل على المعنى الحقيقي، تصل النوبة إلى المعنى المجازي، وهو يدور بين خمسة معان: نفي المبيع، ونفي الصحة، ونفي الاستمرار، ونفي مطلق الآثار، ونفي اللزوم.

ومع تعدّد المجازات، وعدم تعيين أحدها يقتصر على القدر المتيقن، ويرجع إلى الأصل في الباقي، والقدر المتيقن في المقام نفي اللزوم؛ فإنه يجتمع مع جميعها؛ فإنه متى انتفى المبيع، أو الصحة، أو الاستمرار، أو

مطلق الآثار، انتفى معها اللزوم[١].

والحمل على نفي الصحة - لكونها أقرب المجازات - غير جيّد؛ إذ لا دليل على تعيّن الحمل على مثل ذلك الأقرب[٢].

والمراد من الأصل في المقام إطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾[٣]، فالقدر المتيقن من أخبار النفي، إثبات الحليّة، ونفي اللزوم.

وفيه: أن النفي إذا تعلّق بحقيقة من الحقائق، فإما أن يمكن ذلك على وجه الحقيقة، أو لا يمكن، فإن كان ممكناً، فمقتضى أصالة الحقيقة الحمل على نفي تلك الحقيقة والماهية، على نحو الحقيقة، وإن لم يمكن تعيّن الحمل على نفي الحقيقة ادّعاء، ولا تصل النوبة في هذا الباب إلى بقية المجازات، ففي مثل « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »[٤]، و« يا أشباه الرجال ولا رجال »[٥]، وغير ذلك من الموارد التي تعلّق فيها النفي

---

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله: لماذا لا يمكن تعلق النفي بنفس البيع؟
فأجاب دام ظله: بأن البيع أمر إنشائي، وهو عبارة عن إنشاء التمليك، والجهة المصدرية، وهو يتحقق بنفس الإنشاء، وقد تحقق وانقضى، وإنما يبقى نتيجة البيع وهي الملكية.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٩٨ - ٣٩٩.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) عوالي اللئالي ١: ١٩٦.

(٥) الكافي ٥: ٦، باب فضل الجهاد، الحديث٦، نهج البلاغة ١: ٧٠.

بالحقيقة، ولم يمكن الحمل على نفي الحقيقة على نحو الحقيقة، لا ترفع اليد عن نفي الحقيقة، وإنما يبقى متعلّقاً بالحقيقة ادّعاء، ومعنى نفيها ادّعاء نفي جميع الآثار، وهو عين البطلان، فما أفاده قدس سره من تردّد الأمر بين خمسة أمور في محل المنع.

فتحصّل إلى هنا: أنا تعرضنا إلى جميع ما أفاده الأعلام من صاحب الجواهر، والفاضل النراقي، والشيخ، والمحقق الخراساني، والمحقق النائيني، والمحقق الأصفهاني، والمحقق الحائري قدست أسرارهم، واتضح من خلال ذلك اضطراب كلماتهم غاية الاضطراب، فلم تنهض لإثبات الخيار، ونفي اللزوم من الروايات[1].

التحقيق في المسألة البحث في المقامين

والتحقيق في المسألة أن نوقع البحث في مقامين:

المقام الأول: البحث في مقتضى القاعدة مع غض النظر عن الروايات.

المقام الثاني: البحث مع ملاحظة الروايات.

المقام الأول: مقتضى القاعدة

أما المقام الأول، فالمعاملة وقعت - حسب الارتكاز العقلائي - مبنيّة على شرط الإقباض على كل من الطرفين، البائع والمشتري، فإذا تخلّف

---

(١) سئل سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله: كيف نثبت الخيار من خلال نفي اللزوم؟ فأجاب دام ظله: بأن الإجماع القطعي قائم في المقام على أن المراد من نفي اللزوم هنا ليس هو الجواز الحكمي، بل الجواز الحقي.

الشرط، فالأصل بحسب ارتكازهم صحة البيع، وله خيار تخلّف الشرط.

وبعبارة أخرى: إن على كل من الطرفين إقباض الآخر ما في يده حسب ما عليه العقلاء، ويلزمهما على هذا الأساس أن لا يتأخرا في الإقباض عن الحدّ المتعارف بين العرف والعقلاء، فالأصل عندهم الصحة، وإذا تأخر أحدهما عن الإقباض عن الحدّ المتعارف في المعاملة، كان للآخر الخيار، فالقول بالخيار مطابق للمرتكز العقلائي، وقول الشيخ رحمه الله في المبسوط مخالف لمقتضاه.

المقام الثاني: مقتضى الروايات

وأما المقام الثاني، فمقتضى ظهور صحيحة علي بن يقطين - كما تقدّم - نفي حقيقة البيع ادعاء، فتفيد نفي صحته، وهو الموافق لكلام الشيخ رحمه الله في المبسوط.

ولكن، لا يمكن الأخذ بها؛ وذلك لأنا لو نظرنا إلى الأقوال في المسألة، لما وجدنا من المتقدمين إلا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، وقد خالفه في كتابه الخلاف؛ حيث نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم[2]، ومع هذا التعارض بين قوليه لا يثبت عندنا قول بالبطلان

---

(١) المبسوط ٢: ٨٧.

(٢) الخلاف ٣: ٢٠، حيث قال:

(مسألة ٢٤: من ابتاع شيئاً معيناً، بثمن معين، ولم يقبضه، ولا قبض ثمنه، وفارقه البائع، فالمبتاع أحق به ما بينه وبين ثلاثة أيام، فإن مضت لم يحضره الثمن، كان

عند المتقدمين، إلا ما يمكن أن يستفاد من عبارة العلامة رحمه الله في المختلف؛ حيث نسب القول بالبطلان إلى غير المشهور[١].

وأما من المتأخرين فلم يذهب إليه إلا صاحب الحدائق[٢]، وقرّبه صاحب الكفاية[٣]، والمحقق السيد الخوئي في المصباح، وخالفه في

البائع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن.

وإن هلك المبيع في مدة الثلاثة كان من مال المبتاع، وإن هلك بعدها كان من مال البائع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم).

(١) المختلف ٥: ٧٠ - ٧١، وعبارته هي:

(مسألة : قال ابن الجنيد: إذا خرجت الثلاثة ولم يأت بالثمن فلا بيع له.

وفي المبسوط: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان المبيع له، وإن لم يجئ في هذه المدة بطل البيع.

وظاهر هذه العبارة توهم بطلان البيع بعد مضي الثلاثة. والذي نص عليه المفيد، والشيخ في النهاية: أنه يكون للبائع الخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء طالب بالثمن، وهو الحق. لنا: الأصل بقاء صحة العقد، والأخبار تعطي الذي قاله الشيخ أولاً وابن الجنيد...).

(٢) الحدائق ١٩: ٤٧، حيث قال:

(وبالجملة، فإن الحق هو ما ذهب إليه ابن الجنيد والشيخ هنا، كما هو ظاهر الأخبار المذكورة والله العالم).

(٣) كفاية الأحكام ١: ٤٦٧، حيث قال:

(..فعند جماعة ثبوت الخيار، وعن ظاهر ابن الجنيد والشيخ، بطلان البيع، ولعل

المنهاج، فقال بالصحة[١].

فمن هذا يظهر أن هذه الصحيحة، مما أعرض عنها مشهور الفقهاء بل كلهم؛ حسب تصريح العلامة في التذكرة[٢]، والشهيد في الدروس[٣]، والشهيد الثاني في المسالك[٤]؛ حيث ادّعوا الإجماع على الخيار، فلا تكون هذه الرواية مشمولة لأدلة حجية الخبر، كما حقق في الأصول[٥].

الأقرب الثاني؛ لظاهر صحيحة علي بن يقطين، وصحيحة زرارة وغيرهما).

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٨، حيث قال:

(.. وعلى هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن، كما ذهب إليه الشيخ الطوسي، ناسباً ذلك إلى رواية الأصحاب...)، وفي منهاج الصالحين، قسم المعاملات، كتاب التجارة، جعل الخيار الخامس، خيار التأخير.

(٢) التذكرة ١١: ٧١، وتقدمت عبارته في أول البحث، وفيها: (عند علمائنا أجمع).

(٣) تعرض في الدروس ٣: ٢٧٣ إلى خيار التأخير، ولم يصرح بالإجماع عليه، بل في ص٢٧٤ نقل الخلاف فقال في الفرع السادس: (ظاهر الأكثر أن البائع يملك الفسخ والمطالبة بالثمن بعد الثلاثة، وظاهر ابن الجنيد والشيخ في المبسوط بطلانه، والذي في الرواية لا بيع بعد الثلاثة، وحمل على نفي اللزوم).

(٤) المسالك ٣: ٢٠٨، حيث قال:

(هذا النوع من الخيار مما أطبق الجمهور على عدمه، كما أطبق أصحابنا على ثبوته. وأخبارهم به متظافرة...).

(٥) ذهب الشيخ الأستاذ دام ظله في درس الأصول إلى أن إعراض المشهور - فضلاً عن الجميع - موهن للرواية الصحيحة، وأما عملهم على طبق الرواية الضعيفة فليس بجابر لضعفها.

والسر في ذلك: أن الروايات الدالة على حجية خبر الثقة، إنما هي إمضاء لسيرة العقلاء، ومثل هذه الرواية التي أعرض عنها مشهور القدماء، وفقهاء الأصحاب، وبطانة المذهب في الفقه والحديث، ما عدا ابن الجنيد، الذي لا يعتني الفقهاء بمخالفته[1]، لا تكون مورداً للاحتجاج في السيرة العقلائية، فيكون دليل حجية خبر الثقة قاصر الشمول عنها.

وبهذا يتضح: أن عمدة الإشكالات في المسألة - وهو ظهور صحيحة ابن يقطين - قد تبيّن سقوطه، وعدم حجيته[2]، فلا تعارض الروايات

---

(١) مثّل الشيخ الأستاذ - دام ظله - لبعض موارد عدم اعتناء الفقهاء بمخالفة ابن الجنيد رحمه الله، بعمله بالرواية التي قسّمت الخمس إلى خمسة أقسام، في إشارة منه إلى رواية ربعي بن عبد الله بن الجارود، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا أتاه المغنم أخذ صفوه وكان ذلك له، ثم يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمسه، ثم يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه، ثم قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس، يأخذ خمس الله عزّ وجلّ لنفسه، ثم يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل، يعطى كل واحد منهم حقاً، وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول صلى الله عليه وآله. الوسائل، الباب١ من أبواب قسمة الخمس، الحديث٣.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأنه متى ما علم وجه إعراض المشهور لم يكن موهناً.

فأجاب دام ظله: بأن إعراض المشهور، إن احتمل حصوله من تعارض الأدلة لم يكن دليلاً على وهن السند، ولكن ما نقوله، أن العقلاء لا يحتجون بالخبر المنسوب إلى أحد مع رؤيتهم عمل بطانته على خلافه، فلو نقل خبر عن الشيخ

الأخرى بناء على دلالتها على نفي اللزوم، كما استفاده الشيخ قدس سره وعدّة من الأعاظم.

ولو غضضنا النظر عن سقوطها، وقلنا بتماميتها في نفسها، فإما أن يقال بإجمال روايات « لا بيع » أو يقال بعدم إجمالها:

أما على الأول فلا ظهور لها في نفي اللزوم؛ وذلك لما تقدّم من أن الشيخ قدس سره وغيره، ممن ذهب إلى ظهورها في نفي اللزوم، استند إلى عدم إمكان التبعيض في الصحة، وبما أنها نفت البيع عن المشتري بالخصوص، فتحمل على نفي اللزوم.

ولكن مع قيام احتمال كونها تنفي الصحة، وإنما خصّص المشتري بالذكر؛ لكونه مورد السؤال، لم تكن دالة على نفي اللزوم حينئذٍ، بل كما يحتمل نفي اللزوم، يحتمل دلالتها على نفي الصحة عن الجميع، لا على نحو التبعيض؛ ليرد المحذور، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة، فلا تعارض الروايات الدالة على الصحة.

الأنصاري قدس سره، ووجد العقلاء ما عند أصحابه على خلاف ذلك، لم يكن ذلك الخبر محل اعتماد عندهم؛ فإن الغرض من الخبر الكشف عن مراد المتكلم؛ ليعمل على طبقه، وما كان بهذه المثابة لم يكن كاشفاً عن مراده عندهم، بأي جهة كان الإعراض، وبما أن رواية ابن يقطين لم يعمل بها من الأصحاب القدماء إلا ابن الجنيد رحمه الله، وأما الشيخ رحمه الله فقد عرف حال تعارضه بين كتابيه، فلا تكون محلاً لاعتماد العقلاء بها.

وأما على الثاني أي عدم إجمالها فهي معارضة بتلك الروايات، والترجيح لتلك الروايات؛ لشهرتها رواية وفتوى.

ولو قلنا بعدم ترجيح تلك الروايات عليها، وتحكّم التعارض، فهنا مبنيان:

الأول: أن يقال بالتخيير في المسألة الأصولية بين المتعارضين، ومقتضاه صحة الأخذ بالروايات الدالة على نفي اللزوم، فمقتضى الاحتياط في الفتوى الأخذ بها؛ لموافقتها للمشهور.

الثاني: أن يقال بالتساقط، فمقتضى القاعدة التمسك بالأصل اللفظي أو العملي، والمتصور من الأول اثنان: عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، و﴿أحل الله البيع﴾[2]، أما الأول منهما، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن البيع - بعد الثلاثة الأيام - يدور أمره بين البطلان وعدم اللزوم، ولا احتمال ثالث في البين، وعلى كلا التقديرين لا يمكن التمسك بها، ويتعيّن التمسك بآية الحلّ؛ فإن البيع - بعد الثلاثة الأيام - غير لازم قطعاً، ويشك في نفي صحته، فالمرجع للآية الكريمة، ونتيجته القول بما اختاره المشهور، من الصحة ونفي اللزوم.

وأما بناء على الإجمال في كلتا الطائفتين، كأن يقال: بأن كلاً من الروايتين: « لا بيع بينهما » و« لا بيع له »، يحتمل فيهما نفي اللزوم، ونفي

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الصحة، فمقتضى القاعدة التمسك بالإطلاق؛ لتردد المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر.

توضيح ذلك: أن مقتضى قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]، صحة المعاملة التي أخّر فيها الثمن إلى ما بعد الثلاثة الأيام؛ فإنها مطلقة من حيث الأفراد والأزمان، والفرض أن الروايات الواردة مخصّصة لها، إلا أنها مخصّص مجمل بين الأقل والأكثر؛ لدورانه بين نفي اللزوم فقط، وبقاء الصحة، كما عليه المشهور، وبين نفيها اللزوم والصحة، كما عليه الشيخ في المبسوط، واختاره صاحب الحدائق، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو الحكم - بعد الثلاثة - بالصحة ونفي اللزوم، ونتيجته ما عليه المشهور.

هذا هو مقتضى سير البحث على جميع الاحتمالات والوجوه.

والحاصل: أن في المسألة عدّة جهات ينبغي ملاحظتها، فمن جهة كان السؤال في الروايات عن المشتري، ومن جهة أخرى أن ظهور « لا » في نفي الحقيقة، ومن جهة ثالثة أن المقام مقام الإرفاق بالبائع دون المشتري؛ لكونه المتخلّف عن أداء الثمن، وهو يقتضي نفي اللزوم لا الصحة؛ إذ يمكن دخول نفع عليه في هذه المدة، ولا تقصير له ليفوته بفعل نفسه، وإنما المشتري هو المقصّر، ومن جهة رابعة رعاية قاعدة

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

نفي الضرر التي تمسك بها الفقهاء في المقام، كل هذه الأمور توجب إجمال « لا بيع له »، من جهة تردّده بين نفي الصحة واللزوم، وبناء على الإجمال يمكننا الحكم بما حكم به المشهور، من نفي اللزوم.

مقتضى الأصل العملي في المسألة

هذا كله في مقتضى الأصل اللفظي، وأما الأصل العملي في المسألة، فتشخيصه يبتني على مفاد « لا بيع بينهما »، فهل مفادها - على القول بالبطلان - نفي الصحة من الأول، أو بعد انقضاء الثلاثة الأيام؟

فإن كان من الأول، فلا مجال للاستصحاب؛ إذ الفرض أنه بعد الثلاثة الأيام يحكم ببطلان البيع من حين العقد، فلم يحرز البيع، ولا الملكية ليستصحب أحدهما.

وإن كان الثاني، فالتردد في كون إفادتها نفي اللزوم أو نفي الصحة، يقتضي التردد في الصحة والبطلان بعد الثلاثة الأيام، أي إن كان مفادها نفي الصحة، فلا ملكية بعد الثلاثة الأيام، وإن كان مفادها نفي اللزوم، فالملكية باقية، فبما أن الملكية متيقنة الحدوث في الثلاثة، ونشك في بقائها بعدها، فالأصل بقاء الصحة، واستصحاب الملكية.

إشكال الفقيه السيد اليزدي على الاستصحاب والجواب عنه

وقد قوّى السيد الفقيه اليزدي قدس سره الاحتمال الأول، فلم يجر الاستصحاب[1].

---

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠، قال قدس سره: (ثم إنه يمكن الاستشكال في هذا الاستصحاب بأنه يحتمل أن يكون البطلان من أول العقد، بأن يكون التأخير كاشفاً

وفي ما أفاده قدس سره إشكالان:

الأول: أن الظاهر من الروايات - سؤالاً وجواباً - أن الحديث فيها عن حكم ما بعد الثلاثة الأيام، لا ما قبلها؛ فإن المستفاد منها عدم ضررية تأخير الثمن والمثمن إلى ما قبل الثلاثة، وإنما الإشكال في تأخيرهما إلى ما بعد انقضائها، قال عليه السلام: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[1].

الثاني: لو سلّمنا عدم الظهور في ما ذكرنا أعلاه، وقلنا بإجمال الروايات، بحيث لا يظهر أنها تنفي البيع من الأول، أو بعد انقضاء الثلاثة، فبمجرد هذا الإجمال، يتحكم التمسك بإطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾[2]؛ أي يتمسك بإطلاقها إلى الثلاثة الأيام، فتثبت الحلية فيها، وبعد انقضائها نشك في الصحة وعدمه، ومقتضى الأصل العملي بقاء البيع، وبقاء الملك[3].

عن عدم الصحة من الأول، كما هو ظاهر الأخبار؛ إذ ظاهر قوله: « لا بيع له » عدم ذلك البيع الذي صدر منه، أو المبيع لذلك البيع؛ ولذا يفهم من هذه الأخبار كون النماء المتخلل للبائع، كما يفهم كون نماء الثمن للمشتري، وإذا احتمل البطلان من الأول، فليس هناك متيقن سابق).

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٣) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله: لماذا لم تتمسك بإطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾ بعد الثلاثة؟ فأجاب حفظه الله: بأنا تمسكنا بها في السابق كما تقدم، ولكن الكلام الآن تنزيلي، فعلى

إشكال آخر للسيد اليزدي

نعم، الإشكال المهم، ما أورده السيد الفقيه قدس سره من أن اللزوم والجواز فصلان للملكية؛ فإن البائع حينما أنشأ الملكية، لا يعقل أنه أنشأها مهملة، بل إما ملكية لازمة، أو ملكية جائزة، نظير جعل الجواز؛ فإنه إما مع المنع من الترك، وهو الوجوب، وإما مع جواز الترك، وهو الإباحة أو الاستحباب، فكما أن جعل الجواز المطلق من دون أحد الفصول، غير معقول، فكذلك جعل الملكية المطلقة، وعليه فاستصحاب بقاء الملكية غير ممكن[1].

ما يصلح للجواب عن الإشكال في كلمات الشيخ

وأفاد الشيخ قدس سره ما فيه الجواب عن الإشكال؛ فإنه بعد أن أجرى الاستصحاب في الآثار المترتبة على البيع، قال: (وتوهّم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فترتفع بارتفاعه، مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، وإنما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار)[2].

ووجه التوهّم: أن الاستصحاب المذكور يكون من القسم الثالث من استصحاب الكلي، وهو على قسمين:

١ـ ما يحتمل فيه حدوث فرد آخر مقارن مع حدوث الفرد المعلوم.

فرض عدم نهوضها بعد الثلاثة فيمكن التمسك بالاستصحاب.

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠.

(٢) المكاسب ٥: ٢٢٠.

٢ـ ما يحتمل حدوث فرد آخر مقارن مع زوال الفرد الأول.

واختار الشيخ قدس سره جريان الاستصحاب في الأول دون الثاني، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن الملكية المتحققة في الثلاثة الأيام كانت ملكية لازمة، وبعد انقضاء الثلاثة ارتفعت قطعاً، وشك في حدوث الملكية الجائزة مقارناً لارتفاع الملكية اللازمة، فلا يجري الاستصحاب بنظر الشيخ قدس سره.

وأجاب الشيخ قدس سره **عنه**: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، وإنما هو حكم من الأحكام الشرعية مقارن للصحة والملكية، وهي متحققة قطعاً في الثلاثة الأيام، فإذا انقضت وارتفع اللزوم، لم يرتفع ما هو مقوّم للملكية؛ لنمنع من استصحابها.

وإشكال السيد قدس سره على الشيخ رحمه الله: بأن اللزوم من قبيل الفصل للصحة؛ إذ معناها النقل والانتقال وحصول الملكية؛ فإن النقل والانتقال في مرحلة التحقق لا يمكن أن يكون إلا متشخصاً بإحدى خصوصيتين، اللزوم أو الجواز، وقد تشخّص فيما نحن فيه بخصوصية اللزوم في الثلاثة الأيام، ولما انقضت ارتفعت خصوصية اللزوم قطعاً، سواء فهمنا من الروايات نفي الصحة، أو نفي اللزوم، فالفرد المحقق قد زال قطعاً، ونشك في حدوث فرد جديد مقارناً لارتفاع الأول، وهو القسم الثالث من الكلي، الممنوع جريانه عند الشيخ رحمه الله.

ولا يخفى أن مقتضى القاعدة حينئذٍ عدم جريان الاستصحاب، كما

تقدم، ولكن السيد تدّس قد أجراه؛ باعتبار أن المنع إنما يصح فيما لو كان المدار على الدقة العقلية في تشخيص موضوع الاستصحاب؛ فإن الملكية المتحققة يقيناً هي اللازمة، ويشك في حدوث ملكية جديدة جائزة، ولكن المدار ليس عليها، بل على ما هو الموضوع عرفاً، والعرف يرى بأن الملكية التي كانت متيقنة الحدوث هي مشكوكة البقاء، فيجري الاستصحاب[1].

وعليه فالشيخ والسيد كلاهما يجريان الاستصحاب في المقام، وإن اختلفت الجهة، فالشيخ تدّس يجريه؛ باعتبار أن اللزوم حكم من الأحكام المقارنة للصحة والملكية، فالملكية المقطوعة لم يقطع بارتفاعها، وأما السيد تدّس فيرى بأن اللزوم من قبيل الفصل إلا أنه بالدقة العقلية، لا العرفية، والمدار في موضوع الاستصحاب على النظر العرفي.

المناقشة في إشكال السيد اليزدي على الاستصحاب

أما ما أفاده السيد الفقيه تدّس من الدليل على عدم جريان الاستصحاب، من أن اللزوم والجواز فصلان للملكية؛ فإن البائع حينما أنشأ الملكية، لا يعقل أنه أنشأها مهملة، بل إما ملكية لازمة، أو ملكية جائزة، نظير جعل الجواز، وبما أن ما أنشأه المنشيء هو الملك المتخصص بالخصوصية اللازمة، فقد ارتفع يقيناً، فما علم وقوعه علم ارتفاعه، وشك في حدوث فرد آخر، وهو الملك المتخصص بالخصوصية الجائزة، فلا يجري الاستصحاب.

---

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠.

ففيه: **أولاً**: أن الدليل أعم من المدّعى؛ فإن المدّعى أن خصوصية اللزوم والجواز من قبيل الفصل بالنسبة إلى الملكية المنشأة، والدليل أن الملكية لا يمكن أن تُنشأ إلا متشخصة بخصوصية اللزوم أو الجواز، وهو مما نسلّم به، ولكنه أعم من المدّعى، ولا تترتب عليه النتيجة، نقضاً وحلاً؛ فإن الجسم لا يمكن أن يوجد إلا متشخصاً بالكم، الزائد أو الناقص، ولكنه ليس مقوّماً له؛ إذ هو من الأعراض لا الفصول، ووزان الملكية المنشأة وزان الموجود بالإيجاد، إلا أن الجسم موجود تكويني، وهي موجود اعتباري، فالإنشاء لا يمكن أن يكون بدون خصوصية اللزوم، ولكنها ليست مقوّمة له، بل نسبتها له نسبة العرض إلى الجوهر، والحكم إلى الموضوع.

وثانياً: أنه يلزم على القول: - بأن المنشيء حينما أنشأ الملكية، فهي إما متخصصة باللزوم أو بالجواز - أنه في البيع، إما أنه أنشأ الملكية اللازمة أو الجائزة، فإن أنشأ اللازمة فمع خيار المجلس ليست كذلك، فما أنشأه المنشيء، لم يمضه الشارع، وما اعتبره الشارع لم ينشئه المنشيء، وإن أنشأ الملكية الجائزة، فبعد التفرّق يكون البيع لازماً عند الشارع، فيرد الإشكال نفسه؛ فإن ما أنشأه المنشيء لم يمضه الشارع، وما اعتبره الشارع لم ينشئه المنشيء، وهو باطل بالضرورة.

وكذلك في الهبة، فإن الواهب إن أنشأ الهبة اللازمة، لغير ذي الرحم، فالشارع لم يعتبرها لازمة، بل جعلها جائزة بالإجماع القطعي، وضرورة

الفقه، فما جعله الشارع لم ينشئه الواهب، وما أنشأه الواهب لم يعتبره الشارع.

وثالثاً: أنه اعتبر اللزوم والجواز خصوصيتين مقوّمتين، ومن قبيل الفصل، فهذه الخصوصية إما متواطئة أو مشككة، ولا ثالث في البين، فإن كان بنحو التواطيء، فهو يقتضي أن تكون الملكية اللازمة والجائزة متباينتين، ونسبتهما نسبة النوعين بالنسبة إلى الجنس.

وإن كان بنحو التشكيك، فهو لا يخرج عن حالين، إما بنحو القلة والكثرة، أو بنحو الشدة والضعف، ولا شق ثالث لهما.

فنسأل: أن اللزوم بالنسبة إلى الملكية، إن كانت نسبته نسبة الناطق إلى الحيوان، فبعد زوال اللزوم يكون المتحقق وهو الملكية الجائزة مبايناً لما سبق بالضرورة.

وإن كان بنحو التشكيك، فالتشكيك بنحو الزيادة، لا طريق له في الملكية؛ فإن القول بأن الملكية اللازمة ملكية زائدة، والجائزة ملكية ناقصة، باطل بالضرورة، فينحصر الأمر في كون اللزوم والجواز من باب التشكيك على نحو الشدة والضعف.

وفيه: أنه لو سلم التشكيك فيها فلا شك أن كلاً من الملكية الشديدة اللازمة، والضعيفة الجائزة محتاجة إلى الاعتبار، فزوال الملكية الشديدة لا يلازم اعتبار الملكية الضعيفة، هذا إذا كان المراد التشكيك في الملكية، وأما نفس الاعتبار فلا مجال للتشكيك فيه كما لا يخفى، بل أمره دائر بين الوجود العدم.

وبهذا ينتهي الكلام حول أصل خيار التأخير، وبه يكمل الجزء الثالث من كتابنا (**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، وكان ذلك في بلدة الجش بالقطيف المحروسة بعين الله الناظرة، في شهر ربيع الآخر، من سنة ستة وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية، على مهاجرها وآله الكرام ألف سلام وتحية، وأسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، ورجائي ممن يستفيد منه، أو يقرأ فيه، أن لا ينسى سماحة شيخنا الأستاذ دام ظله من الدعاء، وأن يدعو لي ولوالدي بالمغفرة والرحمة، وقبول العمل وآخر دعوانا:

﴿ أن الحمد لله رب العالمين ﴾[1].

---

(١) سورة يونس: ١٠.

الموضوعات

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الرابع

بغية الراغب في مباني المكاسب

▼
بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الرابع)
تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمىٰ الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات
بقلم: نزار آل سنبل القطيفي
الناشر: مدرسة الإمام باقرالعلوم عليه السلام
الطبعة الاولىٰ: ١٤٣٨ هـ ق ـ ١٣٩٦ هـ.ش.
المطبوع: ١٠٠٠ نسخة
المطبعة: نگارش
السعر المجلّداً: ٢٢٠٠٠ تومانا
ردمك: ٦ ـ ٨٤ ـ ٢٦٩٤ ـ ٩٦٤ ـ ISBN ٩٧٨
قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٠٢٥

مراكز التوزيع:
١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پيام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل ما، هاتف ٥ ـ ٣٢٢٣٧١١٣
٥) النجف الأشرف، سوق الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقرالعلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩
٦) كربلاء المقدسة، شارع قبلة الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلي رحمه الله، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراسانی، حسين، ١٢٩٩ -
عنوان و پديدآور : بغية الراغب فی مبانی المكاسب: تقرير لابحاث سماحة آية الله العظمی الشيخ الوحيد الخراسانی دام ظله فی الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفی.
مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم(ع)، ١٤٣٣ ق.= ٢٠١٢ م.= ١٣٩١-
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : (ج ١) 9-38- 2694- 964- 978 (ج ٢) 8-48- 2694- 964- 978
(ج ٣) 8-77- 2694- 964- 978 (ج ٤) 6-84- 2694- 964- 978
وضعيت فهرست نويسی : فيپا.
يادداشت : عربی.
يادداشت : ج.٢ (چاپ اول: ١٤٣٥ ق. = ٢٠١٤ م. = ١٣٩٣) (فيپا).
يادداشت : ج.٣ - ٤ (چاپ اول: ١٤٣٧ ق. = ٢٠١٦ م. = ١٣٩٥) (فيپا).
موضوع : فقه جعفری -- قرن ١٤
موضوع : معاملات (فقه)
موضوع : خيارات (فقه)
شناسه افزوده : آل سنبل القطيفی، نزار، گردآورنده
شناسه افزوده : مدرسة الامام باقرالعلوم (ع)
رده بندی كنگره : ١٣٩١ ٧ب ٢٧و / ٥ / BP١٨٣
رده بندی ديويی : ٢٩٧/ ٣٤٢
شماره كتابخانه ملی: ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقريرًا لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الرابع

الطبعة الأولى

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين

سيما بقية الله في الأرضين ولعنة الله على

أعدائهم إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض الموارد من كتاب

(بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامة

الحجة الشيخ نزار آل سنبل القطيفي دامت تأييداته تقريراً لبحوثنا

الفقهية التي القيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في

مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب

ببيان متين وأسلوب رصين ولا غرو في ذالك فإنه ممن حضر

أبحاثنا في الفقه والأصول مدة مديدة حضور فهم ودقة شكر الله عز وجل

سعيه وأسأل الله تبارك وتعالى أن يؤيده في إتمامه ويوفقه فيما

يحب ويرضى

الخوئي

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

وبعد فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا الموسوم بـ(**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، مما استفدناه من أبحاث الأستاذ الأكبر، علم التحقيق والتدقيق، جامع المنقول والمعقول، حامل لواء الولاء، والمدافع عن حريم الشريعة الغراء، زعيم الحوزة العلمية في قم المقدسة، العارف التقي، سماحة آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالي، ويبدأ بشروط خيار التأخير.

شروط خيار التأخير

الشرط الأول: عدم قبض المبيع

قال الشيخ رحمه الله عن هذا الشرط: (ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدّمة قوله عليه السلام: في صحيحة علي بن يقطين المتقدّمة: « فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »، بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع)[1].

إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات

وأنكر صاحب الرياض رحمه الله دلالة الأخبار عليه[2]، وتبعه صاحب الجواهر رحمه الله[3]، واعتمد في اشتراطه على الإجماع، وهو المعني بقول الشيخ رحمه الله: (وتبعه بعض المعاصرين).

ولم يرَ الشيخ رحمه الله لهما محملاً إلا وجهين:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٠.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٠٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٥٤.

الأول: سقوط هذه الفقرة من النسخة المأخوذ منها الرواية.

وهو عذر غير صالح، كما هو واضح؛ لأن صاحب الجواهر رحمه الله ذكر هذه الجملة في الرواية.

الثاني: احتمال قراءة « قبَض »بالتخفيف، و« بيّعه » بالتشديد، يعني قبض بائعه الثمن، في قبال « قبّض » بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف، بمعنى المبيع.

إشكال الشيخ عليهما

وأورد عليهما الشيخ رحمه الله بوجهين:

الأول: أن استعمال « البيّع » بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، بخلافه في التثنية، فقد ورد « البيّعان بالخيار ».

الثاني: إمكان إجراء أصالة عدم التشديد في « البيّع »، نظير ما ذكره في الروضة: من أصالة عدم المدّ في لفظ « البكاء » الوارد في قواطع السفر؛ حيث شك في كونه بالقصر أو بالمدّ، فإن كان بالمدّ كان القاطع البكاء بالصوت، وإن كان بالقصر كان القاطع مطلق البكاء[1].

والحاصل: أن المستفاد من الرواية عند الشيخ رحمه الله اشتراط عدم قبض المبيع لثبوت الخيار؛ بناء على قراءة « قبّض » بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف.

وأما مختار صاحب الرياض فالأمر بالعكس من حيث تشديد الكلمة

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٠ - ٢٢١.

وتخفيفها؛ أي « قبض » بالتخفيف، و« بيعه » بالتشديد، أي البائع، وما يقبضه البائع هو الثمن، فيكون الشرط عدم قبض الثمن.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بالرواية: بأن فيها احتمالات ثلاثة، فلا يتم الاستدلال مع وجودها، وهي:

الأول: أن يكون « البيع » فيها بمعنى الثمن، فيقال: باع ولم يقبض بيعه، كما يقال بالنسبة إلى المبيع: اشترى ولم يقبض شراءه، فالمراد من (شراءه) المبيع، ومن (بيعه) الثمن.

الثاني: أن يكون المراد كناية عن عدم قبض مجموع العوضين، المفروض في السؤال، فيكون مفادها أنه إذا تمّ قبض المجموع لزم البيع، وإلا ثبت الخيار.

الثالث: أن تكون كلمة « بيعه » جواباً للشرط، على أن يكون مفعول « قبض » محذوفاً؛ يعني إن قبض الثمن أو مجموع العوضين، فالبيع بينهما، أي فله بيعه، وإن لم يقبض الثمن فلا بيع بينهما.

والعمدة في الاستدلال اختصاص موارد الأخبار بصورة عدم قبض المبيع، وعدم الإطلاق في الرواية، أو تنقيح مناط، بحيث تشمل صورة قبض المبيع، فلهذا يقتصر على القدر المتيقن، وهو صورة عدم القبض، وهو مورد الروايات؛ إذ مع عدم الإطلاق في الرواية يكون المرجع أصالة

اللزوم في غير القدر المتيقن[١].

هذا ما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله، ولكن إثبات الإجمال في الأدلة يتوقف على كون المحتملات المذكورة في الكلام موافقة لقواعد المحاورة، وهو غير تام في ما ذكر:

أما الاحتمال الأول؛ فلعدم استعمال كلمة البيع وإرادة الثمن في الروايات، ولا في كلمات الفقهاء، بخلاف إرادة المبيع منها؛ فإنه أمر شائع الاستعمال، والقياس على الاشتراء مع الفارق؛ إذ يستعمل الشراء في ما اشتراه (المشترى)، كما يستعمل البيع في المبيع، فأي ربط باستعمال البيع في الثمن؟ بل استعمال الشراء في المشترى يؤيد كلام الشيخ رحمه الله من استعمال البيع في المبيع، لا العكس.

وأما الاحتمال الثاني؛ فلأن استعمال البيع في مجموع الثمن والمثمن، استعمال له في غير ما وضع له، وغير معناه العرفي.

وبعبارة أخرى: أن المعنى اللغوي والعرفي على خلاف هذا الاحتمال؛ فإن البيع لغة، إما أنه فعل البائع خاصة، وإن كان من الأضداد أطلق على فعل البائع وفعل المشتري، ويأتي عند العرف بمعنى المبيع، فمعناه في « إن قبّض بيعه » مبيعه، وحمله على مجموع الثمن والمثمن حمل له على معنى غير متعارف عند الإطلاق، بلا قرينة تدل عليه.

وأما الاحتمال الثالث؛ **فأولاً**: أن تقدير المحذوف على خلاف

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني ٢: ٤٢.

الأصل.

وثانياً: لا توجد قاعدة تدلّ على أن « بيعه » في « فإن قبض بيعه » جواب شرط محذوف.

تاييد المحقق الرشتي إلى الشيخ

وأيّد المحقق الرشتي قدس سره، ما احتمله الشيخ رحمه الله؛ برواية « قبضه » مع ضمير المفعول، بناء على قراءة « قبّض » حينئذٍ بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف؛ أي « قبّضه بيْعه »، بمعنى قبّض البائع المشتري مبيعه، فتكون حينئذٍ دليلاً على المشهور، وسالمة عن الإشكال.

وأما على قرائتها بتخفيف « قَبَضَه »، وتشديد « بيّعه »، فهي على عكس المطلوب أدل؛ إذ يكون المعنى قبَضَ الثمنَ بائعُه[1].

الحق في لفظ الرواية ومفادها

والذي ينبعي أن نتابع الرواية من أولها ومرجع الضمائر فيها، فأولها السؤال: « عن الرجل يبيع البيع »، ولا شك أن المراد من « البيع » هنا هو المبيع، « ولا يقبضه صاحبه »، وفي ضمير « صاحبه » احتمالان:

١- أن يعود على المشتري، الذي هو صاحب البائع، فيكون «صاحبه» مفعولاً به إلى الفعل المتعدّي، وهو « يقبضه ».

٢- أن يعود على البيع بمعنى المبيع، أي صاحب المبيع، وهو

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٥٤٧.

المشتري.

وعلى كل فالمراد أن المشتري لم يقبض المبيع، كما أن البائع لم يقبض الثمن، فما هي الوظيفة؟

فأجاب الإمام عليه السلام : « الأجل بينهما ثلاثة أيام »؛ أي أن المعاملة إذا وقعت ولم يتمَّ قبض المبيع ولا الثمن، فالمعاملة لازمة إلى ثلاثة أيام، ثم: « فإن قبض بيعه »، والقاعدة تقتضي أن تحمل النصوص على ما وصل إلينا من حملتها، فإن كان الضبط بالتخفيف فالحكم بالتشديد خلاف القاعدة، وقد ضبطت الرواية بالتخفيف؛ إذ لم تشدّد في كتب الحديث، فيرجع ضمير « بيعه » إلى الصاحب، فيكون المعنى فإن قبض المشتري المبيع فالبيع لازم، ويكون المفهوم، فإن لم يقبض البيع فلا بيع بينهما.

هذا هو الحق في بيان الرواية، وعليه يتمّ مدّعى المشهور، ولا عبرة بمدّعى الشيخ رحمه الله، ولا باحتمالات المحقق الإيرواني رحمه الله.

ثم على احتمال تشديد « قبّض » يتمّ أيضاً قول المشهور؛ لأن الضمير يعود حينئذٍ إلى البائع، والمراد من « بيعه » مبيعه، فيكون المعنى فإن قبّض البائعُ المشتريَ المبيعَ فقد لزم البيع، وإلا فلا، فيفيد اشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار.

وكذلك يتمّ قولهم على النسخة التي نقلها المحقق الرشتي رحمه الله: « فإن قبّضه بيعه ».

نعم، لا يتمّ قولهم على الاحتمال الذي احتمله الشيخ رحمه الله في وجه

إنكار صاحب الرياض رحمه الله لدلالتها، وهو: « إن قبَض بيّعه » بتشديد البيّع.

إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه

وقد أورد عليه الشيخ رحمه الله بإيرادين:

الأول: ندرة استعمال « البيّع » بالتشديد مفرداً.

الثاني: أصالة عدم التشديد.

أما الأول، فيرد عليه: أن الاستعمال إذا كان صحيحاً مادة وهيئة، فعدم الاستعمال لا يضر، فضلاً عن ندرته، ولا شك أن الاستعمال صحيح؛ بدليل وروده في حال التثنية كما في « البيّعان بالخيار »، فمع صحة استعماله في حال التثنية، فما هو المانع من صحة استعماله مفرداً؟

فليس من شرائط الصحة، رؤية الاستعمال، وكل استعمال مسبوق بالعدم، فلا بدّ من شروع الاستعمال من نقطة ابتداء.

وأما الثاني، فيحتمل فيه احتمالان:

الأول: الأصل العقلائي.

الثاني: الأصل الشرعي.

أما الأصل العقلائي، فالمراد به أصالة عدم الزيادة في الكلام لو شك فيها، بما أن التشديد أمر زائد في الكلمة، فالأصل عدمه.

ولا يخفى أن هذا الأصل ثابت من حيث الأصل، ولم يثبت إطلاقه، بمعنى أنه ثبت جريانه عند العقلاء، فيما لو شك في زيادة كلمة أو جملة

في الكلام، هل هي ثابتة أو زائدة، فالأصل عدم الزيادة، وأما إذا شك في كيفية الكلمة - وإن اعتبرت الكيفية زيادة فيها - فلم يثبت جريان الأصل عندهم، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن التشديد زيادة في كيفية الكلمة.

وأما الأصل الشرعي، فهو هنا استصحاب العدم الأزلي؛ لعدم الحالة السابقة زماناً؛ أي أن الكلمة قبل تلفّظها لم توجد، ولم تكن مشدّدة ولا مخفّفة، فحينما تلفّظ بها الإمام عليه السلام، فهل نطقها مشدّدة أو مخففة؟ هذا ما نشك فيه، فالعدم المأخوذ، سالبة بانتفاء الموضوع، لا بانتفاء المحمول، وما كان كذلك كان أصلاً أزلياً.

وجريانه يدور مدار المبنى فيه، فالمحقق النائيني رحمه الله الذي لا يرى جريانه من أساس، لا يتمسك به في المقام، بخلاف من يراه.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه

ولهذا، لا يصح إيراد المحقق الخراساني رحمه الله عليه: بعدم وجود حالة سابقة للكلمة حتى تستصحب؛ فإن التخفيف والتشديد كليهما، من الكيفيات التي تكون للكلمة، فتوجد مكيّفة به أو بعدمه، فهي - حينما وجدت - إما وجدت مشدّدة أو مخفّفة[1].

فإنه مخالف لمبناه، من جريان استصحاب العدم الأزلي، فحال الكلمة حال المرأة؛ فإنها إما وجدت قرشية أو غيرها.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني رحمه الله: ٢٠١.

المناقشة في أصل عدم التشديد

نعم، يرد عليه وجهان:

الأول: أنه أصل مثبت؛ فإن أصالة عدم التشديد في « بيّعه »، لا تثبت التخفيف فيه إلا من باب إثبات اللازم العقلي؛ فإن البيع بالتخفيف ضد البيّع بالتشديد، فلازم نفي أحدهما ثبوت الآخر عقلاً، وبما أن الأصل المثبت غير ثابت، فلا يثبت التخفيف، فلا أثر لأصالة عدم التشديد، فينتفي مستند المشهور، ولا مخلص من هذا الإشكال.

الثاني: معارضته بأصل مثله، وتصوير المعارضة بنحوين:

النحو الأول: أن أصالة عدم التشديد في البيّع، معارضة بأصالة عدم التخفيف فيها؛ إذ كل منهما هيئة مستقلة للمادة، وكما أن للبيع بالتشديد أثراً؛ حيث يترتب عليه الحكم بشرطية عدم قبض الثمن، فكذلك للبيع بالتخفيف؛ فإن له أثراً؛ حيث يترتب عليه القول بشرطية عدم قبض المبيع.

وهو إشكال لا مفرّ منه، ولا دافع له أيضاً.

النحو الثاني: معارضة أصالة عدم التشديد في « بيّعه »، بأصالة عدم التشديد في « قبّض »؛ بناء على لا بدّية التشديد في أحدهما.

وهذا الإشكال، إنما يتمّ على قول من قال: بتوقف قول المشهور على

تشديد « قبّض »، وأما على ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني رحمه الله[1]، وهو المختار عندنا - كما تقدم - من تمامية قولهم حتى على قرائتها بالتخفيف، فلا موضع له.

فتلخّص: أن الإشكالات الواردة على الأصل ثلاثة:

الأول: أنه مبنائي؛ لكونه استصحاب العدم الأزلي.

الثاني: أنه أصل مثبت.

الثالث: معارضته لأصالة عدم التخفيف في « بيعه ».

وأما قياس أصالة عدم التشديد، بأصالة عدم المدّ في البكاء الوارد في قواطع الصلاة، فهو مع الفارق؛ إذ أن الأمر في مسألة البكاء مردد بين الأقل والأكثر؛ فإن في البكاء بالمدّ مداً زائداً، وهمزة زائدة، وهما حرفان زائدان، دون البكا بالقصر، فإذا تردّد الأمر بينهما جرى الأصل العقلائي بعدم الزيادة، وجرى الأصل الشرعي على القول بجريانه، كما أجراه الشيخ رحمه الله.

وأما ما نحن فيه فالأمر مردّد بين متباينين؛ فإن « البيّع » بالتشديد مباين إلى « البيع » بالتخفيف؛ لأنه ضده، فلا يقاس على البكاء.

ونتيجة البحث:

أن الرواية دالة على شرطية عدم قبض المبيع، سواء أقرئت « قبض » بالتخفيف أم بالتشديد؛ فإن « بيعه » بمعنى المبيع.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٣٤٩ - ٣٥٠.

استدلال المحقق الإيرواني على شرطية عدم قبض المبيع

وبقي هنا أمران:

الأمر الأول: أن المحقق الإيرواني رحمه الله بعد أن ضعّف الاستدلال بالرواية على شرطية عدم قبض المبيع؛ لإجمالها وترددها بين احتمالات ثلاثة، استدل عليه بما حاصله: أن مورد الروايات عدم قبض المبيع، ولا إطلاق فيها لتشمل مورد القبض، كما لا يوجد تنقيح مناط يستفاد منه الشمول له، فيقتصر على القدر المتيقن، وهو مورد الأخبار[1].

ويرجع دليله إلى أن الأصل في البيع اللزوم، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل حاكم على اللزوم، أو مخصص له، والروايات لا تدلّ عليه في صورة القبض، فيثبت مسلك المشهور، لكن لا عن طريق الروايات؛ لإجمالها، بل عن طريق القاعدة والأصل.

المناقشة في دليل المحقق الإيرواني

وما أفاده تام لو ثبت عدم الإطلاق في الروايات، ولكن الروايات على طائفتين:

الأولى: صحيحة ابن يقطين، ومورد‌ها عدم قبض المبيع، وعدم قبض الثمن؛ إذ فيها: « عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن ».

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني رحمه الله ٢: ٤٢.

الثانية: صحيحة زرارة، ومورودها قبض المبيع؛ إذ فيها: « الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده »؛ فإن ظاهر مادة « يدعه عنده» أن المشتري قبضه من البائع، وخلّى البائع بينه وبينه، ثم وضعه عنده.

ولا أقلّ، فإن مقتضى الإطلاق ذلك؛ فإن عبارة « ثم يدعه عنده » تشمل ما لو خلّى البائع ما بين المشتري والمتاع، وما لو لم يخلِّ بينهما، بل حتى صحيحة عمار تامة الإطلاق عند التأمل فيها، ولكن يكفي في ردّ المحقق المذكور إثبات الإطلاق في صحيحة زرارة، فدعواه كون المورد عدم تحقق القبض، وعدم الإطلاق غير تامة.

فالدليل على شرطية عدم قبض المبيع، ينحصر في صحيحة ابن يقطين، فإن تمّت دلالتها على مسلك المشهور فهو، وإلا فلا مستند لهم.

تحقيق المحقق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والمثمن

الأمر الثاني: ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله، وتوضيحه:

أن أدلة اعتبار خيار التأخير لا تخلو من ثلاثة: الإجماع، ودليل نفي الضرر، والأخبار.

فإن كان المستند الإجماع، فبما أنه دليل لبّي، اقتصر في تخصيصه لعموم دليل اللزوم على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض الثمن والمبيع؛ وذلك لأن عموم: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ يقتضي اللزوم، سواء أقبض كل منهما الثمن والمثمن أو لم يقبضاهما، ولكن خصّص هذا العموم بالإجماع القائم على خيار التأخير، وبما أنه دليل لبّي، لا لسان له، وهو مخصص منفصل مجمل لتردّده بين الأقل والأكثر، اقتصر في

تخصيصه على القدر المتيقن، وهي صورة عدم تحقق قبض كل من الثمن والمثمن.

وإن كان المستند « لا ضرر »، فلا وجه لاعتبار الجلّ، لولا الكل؛ إذ المدار حينئذٍ على حصول الضرر وعدمه، لا على قبض الثمن أو المثمن وعدمه، فلو حصل الضرر وقبض الثمن والمثمن ثبت الخيار، ولو لم يحصل الضرر، ولم يقبض الثمن ولا المثمن، لم يثبت الخيار.

ولا شبهة في ثبوت الضرر مع فقدان أحدهما، أي لم يحصل قبض للثمن أو المثمن.

وإن كان المستند الأخبار، فظاهر بعضها كصحيحة علي بن يقطين عدم الاعتبار إلا بعدم قبض المثمن، وظاهر بعضها الآخر اعتبار عدم قبض الثمن، والتوفيق بينهما كما يتمّ بتقييد إطلاق كل منهما بالآخر، وهو يقتضي اشتراطهما معاً؛ أي عدم قبض الثمن والمثمن، يتمّ بالحمل على كفاية عدم قبض أحدهما، والأول أظهر، ولو لم يكن بأظهر فليس الثاني بأظهر، ومع تساويهما يسقطان، فيرجع إلى الأصل.

بيان ذلك: أنه في صحيحة علي بن يقطين شرط، وهو « فإن قبض بيعه »، ومفهومه إن لم يقبض المبيع فله الخيار مطلقاً؛ أي سواء أقبض الثمن أم لم يقبض.

وفي صحيحة زرارة شرط أيضاً، وهو: إن قبض الثمن فلا خيار له، ومفهومه أنه إذا لم يقبض الثمن فله الخيار مطلقاً، سواء أقبض المثمن أم

لم يقبضه.

والتوفيق بينهما يتمّ بأحد وجهين:

الأول: أن يقيد إطلاق كل منهما بتقييد الأخرى، والنتيجة إن لم يقبض المثمن، بمقتضى صحيحة ابن يقطين، ولم يقبض الثمن بمقتضى صحيحة زرارة ثبت الخيار، وإن تخلّف أحدهما فلا خيار.

الثاني: أن ترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، بمعنى أن صحيحة ابن يقطين تقضي بالخيار إن لم يقبض المثمن، ولا يشترط شيء آخر غيره، وصحيحة زرارة تقضي بالخيار إن لم يقبض الثمن، ولا يشترط شيء آخر غيره، فترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، فيكون الشرط هو الجامع بينهما، أي إذا تحقق أحدهما ثبت الخيار.

والوجه الأول هو الأظهر، وعلى فرض عدم أظهريته، فليس الثاني بأظهر، فيقع التنافي بينهما، ويرجع حينئذٍ إلى الأصل، فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل اللزوم عدم تحقق قبض الثمن والمثمن معاً[1].

المناقشة في تحقيق المحقق الخراساني

ولا بدّ من تعيين أصل المسألة؛ فإن المجعول على المشهور اللزوم، والجواز (والخيار)، وعلى مسلك الشيخ رحمه الله الصحة والبطلان، والمسألة من صغريات تعدّد الشرط، واتحاد الجزاء؛ فإن في صحيحة علي بن يقطين، شرط عدم قبض المبيع، وفي صحيحة زرارة واسحاق بن عمار

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٠١.

شرط عدم قبض الثمن، فالحكم واحد وهو الخيار، والشرط متعدد.

هذا هو أصل المسألة، وقد ذكر المحقق الخراساني رحمه الله في الأصول في كبرى هذه المسألة - إذا تعدّد الشرط واتّحد الجزاء - أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن إطلاق مفهوم كل منهما مقيد بمنطوق الآخر، ونتيجته اعتبار أحد الشرطين لتحقق الجزاء.

الوجه الثاني: أنه في مثل هذه الحالة لا مفهوم لكلتا القضيتين، فيتحقق الجزاء بتحقق أي من الشرطين.

الوجه الثالث: أن يتقيّد كل منهما بالآخر بنحو الانضمام، فيكون الشرط اجتماعهما، أي مركب من جزئين.

الوجه الرابع: الشرط هو الجامع.

واختار من جهة عرفية الوجه الثاني؛ لعدم المفهوم في مثل هذه القضية؛ لعدم تعرّضها للنفي، وإنما تقتصر على الإثبات.

وأما من جهة عقلية فقد اختار الوجه الرابع؛ فإنه وإن كان مقتضى الظهور أن يكون كل واحد من الشرطين شرطاً مستقلاً؛ إلا أن هذا الظهور ساقط عقلاً؛ لامتناع صدور الواحد من الكثير؛ فإن الواحد لا يصدر إلا من الواحد، فيمتنع ترتّب الجزاء على الخصوصيات المتباينة، فيكون الشرط هو الجامع بحكم العقل.

وما اختاره هنا، مخالف لما اختاره في الكفاية في كلا الوجهين؛ فقد

اختار في الكفاية من جهة عرفية عدم المفهوم للقضية الشرطية في مثل هذه الصورة، فيكون تحقق كل واحد من الشرطين كافياً لترتب الأثر، بينما اختار في المقام كون الشرط عدم قبض الثمن والمثمن معاً.

وهو مخالف أيضاً لما اختاره في الكفاية من جهة عقلية؛ لأنه اختار فيها كون الشرط هو الجامع، وهو كلي ينطبق على كل واحد، فيخالف كون الشرط هو الجميع.

وأما الحل، فما أفاده من الوجه العرفي مردود؛ لأن مستنده أن مفهوم الشرط إنما يوجد مع كون العلة منحصرة، وفي حال تعدد الشرط لم يحصل الانحصار، فلا مفهوم.

وهو ممنوع؛ لأن كل واحدة من القضيتين الشرطيتين يوجد فيها اقتضاء المفهوم؛ فإن تعليق شيء على شيء يقتضي الثبوت عند الثبوت والانتفاء عند الانتفاء، فإذا تمَّ المقتضي في القضيتين وتعارضا في الأثر كان مقتضى الجمع بينهما إما بـ(أو) أو بـ(الواو)، فيكون الشرط كليهما منضمين أو أحدهما.

وأما الوجه الثاني، فهو مبتنٍ على قاعدة فلسفية، وفيها صيغتان:

الأولى: الواحد لا يصدر إلا من الواحد.

الثانية: الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وهي لو تمّت في محلها لم تتمَّ في ما نحن فيه؛ فإن محلها العلل الطبيعية، أي الفاعل الطبيعي التكويني، فلا يصدر من النار الحرارة

والبرودة، كما لا تصدر الحرارة من النار والماء، وأما ما نحن فيه، فما هو إلا الاعتبار الشرعي، ولا علل فيه، وإنما الموجود الموضوع، وهو ليس بعلة للحكم، والشروط الشرعية موضوعات للأحكام، لا أن الأحكام تترشح منها؛ فإن فاعل الحكم هي إرادة المولى، فلا وجود للمقتضي والمقتضى، ليقال الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وحق المطلب: أن عندنا قضيتين شرطيتين، الأولى ما في صحيحة ابن يقطين: إن قبض المبيع فلا خيار له، ومفهوم الشرط: إن لم يقبض المبيع فله الخيار، وهو مطلق؛ أي سواء أقبض الثمن أم لا.

والثانية ما في صحيحة زرارة، ومدلولها: إن قبض الثمن فلا خيار له، ومفهومها: إن لم يقبض الثمن فله الخيار، أعم من قبض المبيع وعدمه.

والملاحظ أن مفهوم كل منهما معارض لمنطوق الأخرى، وبما أن النسبة بينهما نسبة العموم المطلق، فيحمل العام على الخاص، ونتيجة الجمع بينهما - كما حقق في الأصول - التقييد بـ(أو)، ونتيجة ذلك أنه إذا وقع البيع ولم يقبض الثمن أو المثمن ثبت الخيار، فيكون الشرط في المسألة - بحسب كبرى المسألة وصغراها - وجود أحد الأمرين.

فروع

الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع

ثم إنه لو كان عدم القبض بعدوان البائع، كأن بذل المشتري له الثمن، فامتنع عن قبضه وعن إقباض المبيع، فهل للبائع الخيار؟

استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار

استظهر الشيخ رحمه الله عدم الخيار، واستند في ذلك إلى (أن ظاهر النص والفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرّره، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله)[١].

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله: بعدم إناطة الحكم بالإرفاق بالبائع في الروايات، ومقتضى إطلاقها ثبوت الخيار - على القول بثبوته - ما دام لم يحصل القبض ولو كان عدم القبض بسببه[٢].

التحقيق في المسالة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:

إن كان المستند في ثبوت هذا الخيار هو الإجماع، فبما أنه دليل لبّي، ومخصِّص منفصل لآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، لزم الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة ما إذا لم يكن عدم القبض من قبل امتناع البائع.

ومن الواضح تمامية ما أفاده الشيخ رحمه الله بناء على هذا المستند، ولعل هذا مراده رحمه الله من قوله: (ظاهر الفتوى).

وإن كان المستند قاعدة (لا ضرر)، فالحال كالسابق؛ لأنها إنما تنفي

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢١.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ١١، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ١٢.

اللزوم الضرري إذا استند الضرر إلى الشارع، وأما إذا كان مستنداً إلى البائع نفسه، فلا ترفعه.

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، بمعنى أن معاملات العقلاء مبنية على أن يُقبض البائعُ المشتريَ المبيعَ، وعلى أن يُقبض المشتري البائعَ الثمن، فإقباض كل منهما الآخر، شرط ضمني في المعاملة، ومتى تخلّف أحدهما عنه كان للآخر الخيار، فالحق مع الشيخ رحمه الله أيضاً كما هو واضح.

وإن كان المستند الأخبار، فبعد وضوح أن التمسك بالإطلاق يتوقف على عدم القرينة، وعدم ما يحتمل القرينية، ولا عبرة باحتمال القرينة؛ فإن الإطلاق يرفعه.

نقول: إن الخيارات، من حيث المستند على قسمين: ارتكازية، وتعبدية، فالارتكازية كخياري الغبن والعيب؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، وعلى سلامتهما، فمتى تخلّف أحدهما ثبت الخيار.

والتعبدية كخياري المجلس والحيوان؛ فإن مستندهما الوحيد النصوص، لا المرتكز العقلائي.

وكلا القسمين جعلا لمصلحة صاحب الخيار، والإرفاق به؛ فخيار المجلس جعل للمتبايعين ليتروّى كل واحد في ما انتقل إليه، وفي مصلحته من العقد، ولرفع الغفلة عنه إن كانت، وخيار الحيوان - كما

يظهر من روايات صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام[١]- جعل لكي يتروّى المشتري ويتأمل في الحيوان ليعرف عيوبه.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الخيارات الارتكازية؛ فإنها جعلت للإرفاق بصاحبها، فرفقاً بالمغبون لم يجعل البيع الغبني لازماً في حقه، ورفقاً بمن انتقل إليه المعيب لم يجعل البيع لازماً له.

وما نحن فيه، أعني خيار التأخير لم يخرج عن هذه القاعدة؛ فإنما جعل - من ناحية عقلائية، وعطفاً له على سائر الخيارات - إرفاقاً بالبائع؛ لكي لا يقع في شدّة؛ إذ لو كان البيع لازماً، وحرم من ماله، وهو الثمن، وألزم بحفظ مال غيره، وهم المثمن، لوقع فيها، فجعل الخيار له إرفاقاً به، وهذا هو معنى كلام الشيخ رحمه الله : (لأن ظاهر النص كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع).

والحاصل: أن الفحص والتأمل في الخيارات التأسيسية التعبدية، والإمضائية يقتضي أن يكون جعل الخيار في ما نحن فيه إرفاقياً.

ولو تنزلنا عن هذا الظهور، وقلنا بعدمه، فلا أقل أن المعاملة مبنية بحسب الارتكاز العقلائي على أن ينتقل الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، ومتى تخلّف أحدهما عن الإقباض لم تكن المعاملة لازمة؛ بمقتضى السيرة العقلائية القطعية، ومعه لا يعقل انعقاد الإطلاق؛ فإن الإطلاقات ملقاة إلى العرف والعقلاء، فتكون الارتكازات العقلائية قرائن

---

(١) الوسائل الباب٣ من أبواب الخيار.

حافة بالكلام، ولا أقل أنها محتملة القرينية، وعلى كلا التقديرين لا ينعقد الإطلاق.

فما أورده المحقق السيد الخوئي رحمه الله على الشيخ رحمه الله غير تام.

الفرع الثاني: لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع

لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع، مع عدم إقباض الثمن، فهو وإن كان ملكاً له؛ بمقتضى المعاملة الواقعة، و(الناس مسلطون على أموالهم)، إلا أن الشرط الارتكازي عند العقلاء: أن يحجر على كل واحد من الطرفين من التصرف في ملكه، إلا أن يُقبض صاحبه ما عنده، في قبال ما انتقل إليه.

وكيف كان، ففي ثبوت الخيار أو سقوطه أربعة وجوه، ذكرها الشيخ رحمه الله:

الوجه الأول: أن القبض من دون إذن - كالقبض مع الإذن - موجب لسقوط الخيار؛ لإطلاق الأدلة؛ حيث جعلت الخيار يدور مدار القبض وجوداً وعدم، بمعنى إن لم يحصل القبض فله الخيار، وإن حصل فلا خيار له، سواء أكان القبض بإذنه أم من غير إذنه.

الوجه الثاني: أن القبض بلا إذن كلا قبض؛ لانصراف أدلة القبض عنه.

الوجه الثالث: التفصيل بين استرداد البائع للمبيع وعدمه، فإن استردّه كان القبض كلا قبض؛ لعدم تحقق القبض بقاء، فله الخيار؛ لتحقق

شرطه، وإن لم يستردّه فهو راضٍ بالقبض، فلا خيار له.

رأي الشيخ في المسألة

الوجه الرابع: ما اختاره الشيخ رحمه الله من ابتناء هذه المسألة على مسألة ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

توضيح ذلك: أن من القواعد المعروفة في الفقه: (أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، فإذا تلف قبل القبض مطلقاً، فهو من مال بائعه بلا إشكال، ولكن إذا تلف بعد قبضه بدون إذن البائع، فهل يرتفع الضمان عنه أو لا ؟ فإن قلنا بارتفاعه، قلنا هنا بحصول القبض وعدم الخيار، وإن قلنا هناك بعدم ارتفاعه، قلنا هنا بعدم القبض وثبوت الخيار.

والوجه في ذلك: أن المستند في هذا الخيار هو قاعدة نفي الضرر، فإذا قلنا في تلك المسألة بعدم الاعتبار بالقبض بدون إذن، بحيث يضمن البائع المبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بثبوت الخيار؛ إذ لو لم نقل به لزم تضرّر البائع؛ للحكم بثبوت الضمان عليه لو تلف، ووجوب حفظ المبيع، مع حرمانه من الثمن.

وإن قلنا في تلك المسألة باعتبار هذا القبض، وعدم ضمان البائع للمبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بعدم الخيار؛ لعدم تضرّره؛ إذ لا ضمان عليه، وأما ضرر حفظه وحرمانه من الثمن فيرتفع بأخذ المبيع مقاصة، وبما أن رأيه في تلك المسألة هو سقوط الضمان، فرأيه في

المقام سقوط الخيار[١].

المناقشة فيما اختاره الشيخ

وما أفاده الشيخ قدس سره يبتني على مقدمات تقدّمت مفصلاً، وهي:

الأولى: أن المبنى في خيار التأخير قاعدة نفي الضرر.

الثانية: نفس قاعدة (تلف المبيع من مال بائعه قبل قبضه) يعدّ ضرراً؛ إذ الفرض عدم حصول التلف لحد الآن.

الثالثة: حفظ المال في عهدة البائع، ونفس الحفظ ضرر.

ومع أخذ هذه المقدمات بعين الاعتبار يظهر تأثيرها في المطلب، ولكن تقدّم منا أنا قلنا بأن نسبة الضرر إلى عدم القبض والإقباض في خلال الثلاثة الأيام، نسبة العموم والخصوص من وجه، فربما يحصل الضرر بالتأخير في خلال هذه المدة، وربما لا يحصل الضرر، فليس كل تأخير ضررياً.

وأما الحكم بالضمان لو تلف قبل القبض، فهي قضية تعليقية؛ حيث علّق الضمان على حصول التلف، وصرف الحكم بذلك لا يعدّ ضرراً عرفاً؛ فإن الضرر - لغة وعرفاً - هو النقص في المال أو الطرف أو النفس، وليس ذلك شيئاً منها، وكذلك حرمانه من الثمن، وعدم وصوله إليه؛ فإنه لا يعدّ ضرراً عرفاً، بل هو عدم انتفاع.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢١، بشرح وتوضيح من الشيخ الأستاذ دام ظله.

فإذا اخذنا هذه الأمور بعين الاعتبار اتضح بطلان ما أفاده الشيخ ﵀ كبرى وصغرى، هذا أولاً.

وثانياً: أن عمدة ما استند إليه الشيخ ﵀ في المقام هي الروايات، ولو استفيد منها كون الضرر علّة للحكم بالخيار لتمَّ ما أفاده ﵀، ولكن غاية ما يستفاد منها كونه حكمة، فلا يفيد.

وثالثاً: أن غاية ما دلّت عليه الروايات هو أن القبض إن تمَّ في خلال الثلاثة الأيام فالبيع لازم، وإلا فالبيع باطل، على مبنى، وغير لازم، على مبنى آخر، ولا تدل على كون الضرر علّة ولا حكمة.

فما أفاده الشيخ ﵀ يتمُّ على احتمال من ثلاثة احتمالات، وهو ما إذا استفيد كون الضرر علّة للحكم، وأما إذا استفيد كونه حكمة فالمدار على الإطلاق، كما في باب عدّة المطلقة؛ فإن اختلاط المياه حكمة لا علّة، فالمدار فيها على إطلاق الدليل.

فتحصل إلى هنا:

أنه يرد على الشيخ ﵀: أن كون الضرر علّة أمر مجهول عندنا، وغاية ما يمكن ادّعاؤه أن الخيار للإرفاق بالبائع، وهذا أصل كلي لجميع الخيارات.

وعلى فرض كونه علّة ثبوتاً، إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، والعلّة ثبوتاً تحتاج إلى بيان إثباتاً، مثل: (لا تشرب الخمر فإنه مسكر)، فإذا ثبت مثله دار الحكم مدار العلة، ولا شيء في النصوص ما يشعر بالعلية، وغايتها استفادة الحكمة.

التحقيق في المسألة

إذا اتضح هذا فليس لنا إلا الرجوع إلى الروايات؛ لمعرفة ما يستفاد منها، فمنها صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[1].

وفي الرواية نكات أربع، لا بدّ من ملاحظتها:

الأولى: إن قرئت « قبّض » بالتشديد، كما احتمله عدّة من الأعاظم، فلا أثر للقبض بلا إذن؛ لأن الضمير يعود - حينئذٍ - إلى البائع، فإذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع لم يتحقق شرط اللزوم، وهو تقبيض البائع للمبيع، فيثبت الخيار.

الثانية والثالثة: إن قرئت « قبَض » بالتخفيف، فربما يقال بتحقق الشرط؛ لأن الضمير يعود حينئذٍ على المشتري، فيتحقق القبض وإن لم يكن بإذن البائع، فلا خيار.

ولكن الحق ليس كما يحتمل، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن المعاملات البيعية تقع مبنية على الشروط الإرتكازية بين العقلاء، فمن الشروط أن يسلّم البائع المبيع للمشتري في ظرف تسليم المشتري الثمن له، ولم يبنِ البائع على تسليم المثمن ولو لم

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

يستلم الثمن.

وبعبارة أخرى: أن المعاملة مبنية على أن يكون كل واحد من العوضين وثيقة عن العوض الآخر، ولم تبنَ على أن يأخذ المشتري المبيع من دون أن يسلّم الثمن، أو أن يأخذ البائع الثمن من دون أن يسلّم المبيع.

فالشرط الإرتكازي بين العقلاء أن يتحقق الإعطاء والأخذ من الطرفين، وما لم يحصل ذلك فهو على خلاف الشرط عندهم.

وعليه، فالرواية تنزّل على ما عند العقلاء، وإطلاقها يحمل على الشرط المرتكز عندهم، فهي وإن كانت مطلقة بحسب ظاهرها إلا أنها لا تدلّ إلا على ما عند العقلاء، فلا تشمل قبض المشتري بلا إذن، ومن دون إعطاء الثمن؛ وحيث لم يتحقق الشرط يثبت الخيار.

والنتيجة: أن الخيار يثبت على كلا التقديرين في قراءة « قبض »، أي قرئت بالتشديد أو بالتخفيف؛ لأنه لم يتحقق شرط اللزوم.

الوجه الثاني: أن مقتضى التأمل في روايات الباب يفيدنا بأن هذا الخيار إنما جعل لكي لا يحرم البائع من الثمن، والمشتري من المبيع، فلاحظ قوله عليه السلام في رواية ابن الحجاج: « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[1].

وصحيحة ابن يقطين: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع،

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٢.

ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[١].

ورواية إسحاق بن عمار: « من اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له »[٢].

فالمستفاد من مجموعها أن لا يحرم البائع من الثمن، وهذا الشرط المستفاد منها قد تخلّف في فرض المسألة؛ فإن المشتري أخذ المبيع من دون إذن البائع ولم يسلّم له الثمن، فحتى لو قرئت « قبض » بالتخفيف إلا أن الشرط أن يقبض المبيع، وأن يسلّم الثمن، فبما أنه لم يسلّمه لم يتحقق شرط اللزوم المستفاد من الروايات، فيثبت الخيار للبائع.

فتحصّل أن فقه الحديث يقضي بأن يكون قبض المبيع بإذن البائع وتوأماً مع إقباض الثمن.

الرابعة: سلّمنا الإطلاق في صحيحة ابن يقطين، فيكون مفاد: « فإن قبض بيعه » أعم من كونه بإذن البائع أو من غير إذنه، ولكنها مقيّدة بما في رواية ابن الحجاج؛ فإن فيها: « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »؛ فإن مفهومها: (من اشترى شيئاً ولم يجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع له)، فيثبت بهذا التقييد الخيار للبائع.

---

(١) الوسائل، الباب٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) الوسائل، الباب٩ من أبواب الخيار، الحديث٤.

نعم، هذا الوجه مبتنٍ على غمض العين عن مناقشتنا السابقة في سند الرواية، وبما أن الكلام مع الشيخ رحمه الله فالإشكال وارد عليه.

فالنتيجة: أن المستفاد من الروايات أيضاً ثبوت الخيار للبائع فيما لو أخذ المشتري المبيع بدون إذن البائع ولم يسلّم الثمن.

الفرع الثالث: لو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض

الفرع الثالث: لو مكّن المشتري من قبض المبيع فلم يقبضه، فهل يبقى الخيار للبائع؟

رأي الشيخ

قوّى الشيخ رحمه الله ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه، بمعنى أنه لو تلف المبيع بعد التمكين وعدم القبض، فهل على البائع الضمان؛ باعتباره من مصاديق تلف المبيع قبل قبضه، أو لا ضمان عليه؛ لأنه مكّنه منه؟ فإذا اختير بقاء الضمان، فالخيار باقٍ؛ إذ لو لم يحكم له بالخيار للزم تضرّره؛ حيث يضمن لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع حرمانه من الثمن.

وإذا اختير في تلك المسألة ارتفاع الضمان عن البائع بمجرد التمكين، فالحكم في هذه المسألة عدم الخيار؛ لعدم تضرّره؛ حيث لا يضمن المبيع لو تلف، والضرر الناشيء من ناحية حرمانه من الثمن يرتفع بالمقاصة بالمبيع، ولا يجب حفظ مال الغير؛ لعدم كونه مال الغير حينئذٍ.

وبما أن الشيخ رحمه الله قوّى في تلك المسألة عدم الضمان في صورة

التمكين من القبض، فالأقوى عنده هنا سقوط الخيار[١].

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله بتوضيح منا.

رأي صاحب الجواهر

وأما صاحب الجواهر رحمه الله فذهب إلى أن التمكين والتخلية إن صدق عليه القبض، فيسقط الخيار؛ لأن شرط الخيار عدم القبض، وقد تحقق القبض.

وإن لم يصدق عليه القبض، فالخيار ثابت؛ لأن موضوع عدم الخيار في الروايات هو القبض، ولم يتحقق، كما لم يثبت أن التمكين جعل بدلاً عنه، فالأصل بقاء الحق[٢].

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة النظر إلى عدّة جهات:

الجهة الأولى: في مستند خيار التأخير، والمتصور ثلاثة مبانٍ:

المبنى الأول: قاعدة « لا ضرر »؛ إذ الحكم بلزوم المعاملة - في حال عدم تحقق قبض المشتري للمبيع، والبائع للثمن - ضرري، وبما أن « لا ضرر » ترفع الحكم الناشئ منه الضرر، فهي تنفي اللزوم، فيثبت الخيار.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢، بتوضيح الشيخ الأستاذ دام ظله.

(٢) الجواهر ٢٣: ٥٤.

المبنى الثاني: الشرط الارتكازي العقلائي؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على أن يسلّم البائع المبيع للمشتري، وأن يسلّم المشتري الثمن للبائع، وعند تخلّف الشرط يثبت الخيار.

المبنى الثالث: النصوص الخاصة؛ فإن المستفاد منها - عند عدم تحقق قبض الثمن والمثمن - لزوم المعاملة إلى ثلاثة أيام، وبعدها يكون البيع باطلاً على رأي، وجائزاً على رأي آخر.

ثم إن على مبنى الأخبار طريقين:

الطريق الأول: ورد في السؤال في صحيحة زرارة: (الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده)، واستظهر من (يدعه عنده) عدم كفاية التمكين؛ حيث إن البائع مكّن المشتري من المبيع ولم يقبضه، بل تركه عنده، فيثبت الخيار.

واكتفى الشيخ رحمه الله في مناقشته بقوله: (فيه نظر)[1].

ولعل وجه النظر هو أن كلمة « يدعه » في مقابل الأخذ، وهي لا تدل على التمكين من قبل البائع.

أما إذا كان المبنى الشرط الارتكازي، فغاية ما يستفاد منه تمكين البائع المشتري من المبيع ورفع المانع من أخذه، وتمكين المشتري البائع من الثمن، والأخذ والقبض يكون في عهدة الطرف الآخر، ولا يشترط العقلاء أن يقبض كل من الطرفين ما عند الطرف الآخر، وعليه

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢.

فإذا مكّنه من المبيع، ولم يقبضه المشتري فقد انتفى شرط الخيار، ولا يتوقف على تحقق القبض.

وأما على مبنى قاعدة نفي الضرر، فالضرر هو ضمان البائع للمبيع لو تلف قبل القبض، وهذا الضمان يدور مدار التمكين وعدمه، فإذا جعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري لم يضمن، ولجعله تحت اختياره نحوان:

النحو الأول: أن يجعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري بغرض أن يمكّنه من الثمن، فهنا وإن لم يتضرر البائع من جهة ضمان المبيع؛ لأنه مكّن المشتري منه، إلا أنه يتضرر بحرمانه من الثمن، فيثبت له الخيار من هذه الجهة.

النحو الثاني: أن يمكّنه من المبيع، لا بغرض أن يمكّنه المشتري من الثمن، فهنا لا يثبت الخيار للبائع؛ لأنه لا يضمن المبيع لو تلف؛ إذ مكّن المشتري منه، وجعله تحت اختياره، وتضرّره بحرمانه من الثمن لا يوجب الخيار؛ لأنه كان بإقدامه عليه، فلا تشمله قاعدة « لا ضرر ».

فمقتضى مبنى قاعدة « لا ضرر » هو التفصيل.

وأما بناء على الأخبار، ففيها عبارتان:

الأولى: القبض، كما في صحيحة ابن يقطين: « فإن قبض بيعه ».

الثانية: الإتيان والمجيء، كما في صحيحة زرارة: « آتيك بثمنه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام..».

فلو جمدنا على ظاهر العبارتين تعبداً لم يصدقا على التمكين، بل لا بدّ من تحقق القبض؛ فإن التمكين مقدمة له.

وإن لم نجمد على العبارة؛ باعتبار أن الأخبار ملقاة إلى العرف والعقلاء، فهي منزّلة على المرتكز العقلائي للمتعاملين، إلا أن الشارع أضاف شيئاً تعبّداً كإعطاء المهلة ثلاثة أيام، فيصدقان على التمكين، ويتحقق شرط اللزوم به، فينتفي الخيار.

فإن أحرز كون المراد من القبض هو الاستيلاء الخارجي، فالتمكين غير محقّق له، فيثبت الخيار؛ لكون شرطه المستفاد من الروايات هو عدم القبض.

وإن أحرز أن المراد منه التمكين، فلا خيار؛ لانتفاء شرطه.

وإن تردّد الأمر بينهما، ولم يحرز أحدهما كان المورد من موارد الشبهة المفهومية للمخصص؛ لتردده بين الأقل والأكثر؛ إذ يجتمع عدم التميكن مع عدم الاستيلاء الخارجي (القبض)، كما قد يتحقق التمكين بدون الاستيلاء، والقدر المتيقن الخارج من تحت دليل اللزوم هي الصورة الأولى، أعني ما لو لم يمكّنه من المبيع ولم يقبضه، وأما الصورة الأخرى، وهي ما لو حصل التمكين دون القبض، فيشك في خروجها من تحت عموم دليل اللزوم، فيتمسك به، كما يمكن التمسك بالأصل العملي المفيد للزوم أيضاً.

فالنتيجة: أن الخيار يثبت في خصوص ما إذا أحرز أن المراد من القبض نفس الاستيلاء الخارجي؛ إذ لم يتحقق بالتمكين، فيثبت الخيار؛

لثبوت شرطه، وأما في فرض إحراز صدقه على التمكين، وفي صورة تردد أمره بينهما، فلا يثبت الخيار؛ لانتفاء شرط الخيار في الأول، والتمسك بعموم دليل اللزوم في الثاني.

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع، فهل يسقط الخيار؛ لصدق تحقق القبض، ولو في الجملة، أو لا يسقط؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؟

فيه وجوه ذكرها الشيخ رحمه الله وهي:

الوجه الأول: سقوط الخيار؛ لصدق القبض عليه؛ فإن الشرط في الروايات عدم القبض، والمراد منه مطلق القبض، فيرفع بتحقق القبض في الجملة، نظير السالبة الكلية التي تنتفي بالموجبة الجزئية.

الوجه الثاني: عدم سقوط الخيار؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؛ لأن المأخوذ في الروايات قبض المبيع، وقبض البعض ليساً قبضاً له.

الوجه الثالث: تبعيض الخيار بالنسبة إلى المقبوض، أي يسقط الخيار بمقدار المقبوض، ويبقى بالنسبة إلى غير المقبوض؛ لابتناء الخيار على قاعدة نفي الضرر، فبالنسبة إلى المقدار المقبوض لا يكون ضمانه على البائع، فلا ضرر عليه، فيسقط الخيار بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى غير المقبوض، فلو تلف كان في يده، وضمانه عليه، فلو لم يثبت له الخيار

بإزائه لكان ضرراً عليه[١].

الوجه الرابع: أن البيع على نحوين، فتارة يكون الإنشاء واحداً، والمنشأ متعدداً، كما لو قال: بعتك هذين البيتين، كالأحكام الشرعية المجعولة بنحو القضايا الحقيقية؛ فإن إنشاء حرمة الخمر واحد، ولكن المنشأ متعدد بتعدد المواضيع.

وأخرى يكون الإنشاء والمنشأ واحداً، كما لو قال: بعتك هذا الفرش.

فإن كان من قبيل الأول يسقط الخيار بمقدار المقبوض، كما لو قبض أحد البيتين دون الآخر؛ فإن الخيار بالنسبة له ساقط، ويبقى الخيار بالنسبة إلى البيت الآخر.

وإن كان من قبيل الثاني، فلا يسقط الخيار، ولا يسقط إلا بقبض المجموع.

والإنصاف: أن هذا الوجه لا يخرج عما أفاده الشيخ رحمه الله من الوجوه الثلاثة؛ لأن نظر الشيخ رحمه الله إلى ما إذا كان الإنشاء والمنشأ واحداً[٢].

---

(١) هذه الوجوه هي التي ذكرها الشيخ رحمه الله في المكاسب ٥: ٢٢٢، مع توضيح وشرح الشيخ الأستاذ دام ظله.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن تعدد المنشأ مع وحدة الإنشاء لا يكون بلا ملاك، بل لا بد له من ملاك، فإذا قال المولى: (لا تشرب الخمر)، فالإنشاء واحد، ولكن المنشأ وهي حرمة الشرب متعدّدة، والسر فيه أن موضوع الحكم، ونعني به هنا متعلق متعلق الحكم يتعدد، فإذا تعدّد متعلّق المتعلّق تعدّد المتعلّق لا محالة.

ولكن إذا تعلّق الحكم بموضوع واحد كالأمر التكليفي بالصلاة، فلا يتعدد الحكم بتعدد أجزائها؛ لعدم تعدّد المتعلق، فالموارد تختلف بحسب اختلافها.

وظهور الرواية يقتضي الوجه الثاني؛ لأن ظاهر قبض المبيع، الذي أخذ شرطاً لسقوط الخيار، قبضه كله، لا بعضه.

ولو تردّد الأمر في المراد من القبض، هل قبض المبيع كلّه أو بعضه، فالقاعدة تقتضي اللزوم؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم، وخصّص منه ما لو لم يقبض المبيع كاملاً، وأما ما لو قبض بعضه فيشك في خروجه من تحت عموم اللزوم، فيتمسك بالعام؛ لكونه من الشك في التخصيص الزائد.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وهنا ورد في تقريرات المحقق الرشتي رحمه الله : هكذا أفاد شيخنا الأستاذ دام ظله العالي، وقد أوردت عليه في مجلس البحث بأن المرجع في المقام دليل الخيار، لا دليل اللزوم، وقبل بيان الإشكال ينبغي لنا التنبيه على أن المورد ليس من صغريات دوران الأمر بين التمسك بالعام أو استصحاب حكم المخصص، فيكون المرجع حال الشك هو العموم؛ إذ لا حالة سابقة عندنا إلا اللزوم؛ حيث إن البيع ما لم يحصل القبض لازم إلى ثلاثة أيام، فلا يوجد مخصّص بالخيار حتى يقال باستصحاب

والمعاملات تجري هذا المجري، فما كانت من قبيل القسم الأول تعدد فيها المنشأ، وما كان من قبيل القسم الثاني فلا تتعدد.

وأما بالنسبة إلى الملكية، كما في ملكية الفراش، فبحسب الدقة العقلية تتعدد الملكيات بعدد أجزاء الفراش، وأما بحسب العرف فالملكية واحدة متعلّقة بالفراش بما هو واحد.

حكمه، ولهذا تفطّن المحقق المذكور إلى التمسك بدليل الخيار، لا باستصحابه، وبينهما فرق، وبيان إشكاله رحمه الله:

أن النص المشتمل على قبض المبيع هو صحيحة علي بن يقطين، وباقي أخبار الباب راجعة إلى الثمن، ومطلقة من هذه الجهة، بمعنى أن موثقة إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، فيها: « من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ، فلا بيع له »، ومفادها أن للبائع الخيار بعد الثلاثة الأيام، سواء أقبض المشتري بعض المبيع أم لم يقبض شيئاً، فالمرجع إذا لم يأت بالثمن، وانقضت الثلاثة، هو إطلاق تلك الأخيار، التي هي دليل الخيار، لا دليل اللزوم؛ لأن عموم دليل اللزوم، وهو: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ قد خصّص بالأخبار، والقاعدة عند التردد والشك تقتضي الرجوع إلى إطلاق الدليل المخصِّص، لا إلى دليل العام.

إشكال ودفع

إن قلت: إن تلك الأخبار - وإن كانت مطلقة - إلا أنها مقيّدة بالإجماع على اشتراط الخيار بصورة عدم القبض.

قلت: بأن الإجماع دليل لبّي، ففي حالة الشك يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض المجموع، فلو قبض الجميع لم يكن للبائع الخيار، وأما لو قبض البعض فمحل شك فيرجع إلى إطلاق دليل الخيار.

والإشكال دقيق جداً، ثم نقل جواب شيخه الأستاذ بجواب متين أيضاً، وحاصله:

أن الروايات الواردة - ما عدا صحيحة ابن يقطين - وإن لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه، إلا أنها كلها مشتملة على الثمن، أي أن الخيار مقيّد بما لو لم يأت بالثمن، فيأتي البحث فيه أيضاً، أي هل المراد من عدم الإتيان بالثمن أن لا يأتي به بالمرة أو حتى لو لم يأت به كاملاً، بحيث يصدق على عدم الإتيان ببعضه، وإذا تردّد الأمر فيه كان المرجع اللزوم، فلو أتى ببعض الثمن وشك في ثبوت الخيار وعدمه تمسّك بدليل اللزوم.

وإذا ثبت اللزوم في حال عدم قبض بعض الثمن، فبالإجماع المركب يثبت اللزوم في المبيع؛ فإن الإجماع المركب قام على التلازم في الحكم بين المبيع والثمن.

ثم قال رحمه الله: هكذا أفاد دام ظله، فافهم[1].

المناقشة في الدفع

وهذا الجواب مخدوش بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الإجماع المركب، يبتني على القول بأصالة اللزوم، في مورد الإجمال والشك في قبض بعض المبيع، هل هو كلا قبض أو كقبض المجموع، أي لأجل التمسك بالإجماع المركب لا بدّ أن

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٥٥٣ - ٥٥٤، وصرح الشيخ الأستاذ دام ظله بنسبة الإشكال إلى المحقق الرشتي، والجواب إلى الشيخ الأنصاري قدس سرهما، ثم احتمل أن يكون الإشكال من مقرر بحث المحقق الرشتي، والجواب من المحقق الرشتي.

نقول: بأن الأصل بعد قبض بعض الثمن هو اللزوم، ثم نقول: وكل من قال به في الثمن قال به في المثمن، فلا بدّ من إحراز أن مبنى الفقهاء في فرض الإجمال، هو أصل اللزوم.

وأصل اللزوم له فردان: الأصل العملي، والأصل اللفظي، وفي كل منهما اختلاف بين الفقهاء، فكيف ينعقد الإجماع؟

بيان ذلك: أما الأصل العملي فتقريبه: أنه في موارد الشك في وجود الخيار، يشك بعد الفسخ في انفساخ العقد وزوال الملكية، والأصل عدم انفساخه وبقاء الملكية.

وهو يتوقف على أمرين:

الأول: أن نقول بحجية أصل الاستصحاب.

الثاني: أن نقول بحجيته في الشبهات الحكمية الكلية.

وفي كل منهما اختلاف؛ فإن حجية الاستصحاب محل خلاف بين الفقهاء، ومن ذهب إلى حجيته اختلفوا في حجيته في الشبهات الحكمية الكلية؛ فإن بعض من ذهب إلى حجيته قال بها في الشبهات الموضوعية، دون الحكمية الكلية، واختلفوا في ذلك أيضاً على مبنيين:

فمنهم من ذهب إلى عدم جريانه في الأحكام الكلية؛ لقصور في المقتضي؛ لأن الروايات الواردة في حجيته مختصة مواردها بالشبهات الموضوعية.

ومنهم من قال: بأن موردها وإن كان هي الشبهات الموضوعية، كما

في: « لأنك كنت على يقين من طهارتك فشككت »، إلا أن التعليل الموجود فيها من قبيل: « فإنه لا ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك » يشمل الشبهات الحكمية أيضاً.

ولكن الإشكال من جهة المانع؛ لمعارضة استصحاب المجعول باستصحاب عدم الجعل، كما ذهب إلى ذلك الفاضل النراقي رحمه الله.

ومع وجود الاختلاف في أصل المبنى - أعني أصل اللزوم - كيف يمكن انعقاد الإجماع المركب المترتب عليه؟!

وأما الأصل اللفظي، فهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾؛ حيث يقتضي لزوم كل عقد، فلو وجد دليل يدل على الخيار وكان مجملاً، فالمرجع في الفرد المشكوك، هو أصالة العموم.

ونفس هذه المسألة محل بحث وإشكال من جهات، نقتصر على بعضها:

الجهة الأولى: هل الجمع المحلى بالألف واللام يفيد العموم أو لا ؟ محل بحث بينهم، فإن كان يفيد العموم، فالمرجع عند إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر هو العموم في غير القدر الميتقن.

وإن لم يفد العموم الوضعي، بل يستفاد من الإطلاق، فهنا بحث، هل يرجع إلى إطلاق المطلق في حال إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر، في غير القدر المتيقن أو لا؟

مقتضى التحقيق عندنا - وإن كان المرجع هو الإطلاق، ولا فرق بينه

وبين عموم العام - إلا أن هذا الكلام بعد التحقيق، لا قبله، وغرضنا بيان البحث والخلاف في المسألة.

الجهة الثانية: بعد الفراغ من الجهة السابقة، نقول: بأن الإجماع يتوقف على إحراز عدم تمامية الإطلاق في موثقة عمار عند فقهاء السلف، وأما لو احتملنا أنهم متوجهون للإشكال، ولكنهم تمسكوا بإطلاق الموثقة، فلا ينعقد الإجماع، ومجرد احتمال ذلك يكفي في سقوط الإجماع.

فالنتيجة: أنه سواء أكان المبنى الأصل العملي أم اللفظي، فالمسألة مورد خلاف، فلا يحرز الإجماع، بل بحسب ما حققناه في الأصول، واخترناه في الجمع بين الروايات يظهر بأن دعوى الإجماع أول الكلام.

الوجه الثاني: أن الإجماع المقبول - على فرض قبوله - إنما هو الإجماع المحصّل لا المنقول؛ فإن الثاني لا يعدو كونه إخباراً حدسياً عن الإمام عليه السلام، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

وعلى فرض تحصيل الإجماع وقبوله، فالحجة هو الإجماع المحقّق لا المعلّق، والتحقيقي لا التقديري، وما صحّحه الشيخ رحمه الله أو المحقق الرشتي رحمه الله هو الثاني، لا الأول؛ لأن أساسه أنه إذا وصلت النوبة إلى الشك، فكل من قال باللزوم في الثمن، فهو يقول به في المثمن، وسيأتي البحث نصاً وفتوى في الثمن، فهل استفاد الفقهاء من النصوص قبض المجموع أو كفاية قبض البعض؟ ولم يطرح عند المتقدمين حالة الشك والإجمال، والشيخ رحمه الله لم يطرح في بحث الثمن قبض البعض؛ لأنه

استفاد من النصوص قبض المجموع، فيكون الإجماع تقديرياً.

الوجه الثالث: أن المراد من الإجماع المركب المعتبر على فرض قبوله، هو ما إذا وجد قولان ينفيان الثالث، لا ما إذا وجد قولان لا ينفيان الثالث، وإنما نريد نفي الثالث بهما، والموجود فيما نحن فيه هو الثاني، بمعنى أنه يوجد قولان في المسألة فقط؛ أي لا يوجد قول ثالث في المسألة، وهذا لا يضر بوجود قول ثالث فيما بعد، بل كثير من المسائل الفقهية كانت ذات قولين، ثم صارت ذات ثلاثة أقوال أو أربعة، فغاية ما في المسألة أن في المسألة قولين، وعدم وجود قول ثالث فيها لا يضر بالفتوى، ولا ينعقد به الإجماع؛ فإن ما له الأثر هو وجود قولين يتفقان على نفي الثالث.

فالجواب، سواء أكان من الشيخ رحمه الله أم من المحقق الرشتي رحمه الله غير ناهض برد الإشكال، فيبقى على قوته.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن

وفي هذا الشرط جهات من البحث:

الجهة الأولى: الكلام في أصل الشرط، وهو بتعبير الشيخ رحمه الله: (عدم قبض مجموع الثمن)[1]، فاللزوم لا يتمّ إلا في مورد واحد، وهو حال قبض المجموع، وأما الخيار فيأتي في موردين:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢.

١- ما إذا لم يحصل قبض أصلاً.

٢- ما إذا قبض بعض الثمن.

الجهة الثانية: في الدليل عليه، وما استدل به وجهان:

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ رحمه الله بقوله: (واشتراطه مجمع عليه نصاً وفتوى)[١].

الوجه الثاني: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أيّاماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[٢].

استدل بها العلامة رحمه الله في التذكرة، على أن قبض بعض الثمن كلا قبض؛ باعتبار أن الوارد فيها أنه قبض بعض الثمن، ومع ذلك حكم بعدم ثبوت الخيار.

وتنظّر الشيخ رحمه الله في ذلك، ولعل وجه تنظّره: ضعف الرواية سنداً ودلالة، أما السند فلوجود الحسن بن الحسين، وأبي بكر بن عياش، ولا

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٢.

توثيق لهما.

وأما الدلالة؛ فلأنها مستندة إلى اجتهاد أبي بكر بن عياش وحدسه؛ حيث إن ما نقله عن الإمام عليه السلام: « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن »، ففهم منه أنه لا بدّ من المجيء بمجموع الثمن، وما لم يجئ به فلا بيع له، ولا اعتبار باجتهاده.

ولكن ما أفيد في السند يمكن دفعه: بأن الحسن بن الحسين، وإن لم يوثّق، إلا أن الراوي عنه إبراهيم بن هاشم، وهو من القميين الذين لا يروون عن كل أحد، ولا يأخذون بقول كل راوٍ، بل يتشددون في أمره، بحيث امتنعوا من الأخذ عن من يروي عن الضعفاء، كما هو معروف من حالهم، فيشكل طرحه، مع كون إبراهيم بن هاشم الراوي عنه.

وأما أبو بكر بن عياش، فيشكل طرحه أيضاً، مع كون الراوي عنه عبد الرحمن بن الحجاج، الذي عبّر عنه النجاشي بقوله: (وكان ثقة ثقة ثبتاً وجهاً)[1]، وكونه من رجال ابن أبي عمير وصفوان، وقال عنه المفيد: بأنه من الفقهاء والخاصة من أصحاب جعفر بن محمد عليه السلام[2].

---

(١) رجال النجاشي: ٢٣٨.

(٢) الإرشاد ٢: ٢١٦، قال الشيخ المفيد رحمه الله في فصل النص على إمامة الإمام الكاظم عليه السلام: فممن روى صريح النص بالإمامة من أبي عبد الله الصادق عليه السلام على ابنه أبي الحسن موسى عليه السلام من شيوخ أصحاب أبي عبد الله، وخاصته، وبطانته، وثقاته، الفقهاء الصالحين - رضوان الله عليهم - ... وعبد الرحمن بن الحجاج...

هذا ما يرتبط بكلام الشيخ رحمه الله، ووجه تنظّره، والإشكال فيه، ولكن:

الحق في المسألة

الحق في المطلب تمامية الشرط، والاستدلال عليه بالنصوص؛ فإن المستفاد عرفاً من « فجاء بالثمن » هو المجموع، لا البعض؛ إذ لا يصدق على قبض بعض الثمن، قبض الثمن حقيقة، وإطلاق الثمن عليه يحتاج إلى عناية، والشاهد على ذلك صحة السلب عنه، فتقول: قبض بعض الثمن، ليس قبضاً للثمن.

وربما يقال: بما هو الفرق بين هذا الشرط والسابق، بحيث إن الشيخ رحمه الله قال في تلك المسألة، في حال قبض بعض المبيع: إن فيها ثلاثة وجوه: قبضه كلا قبض، وقبضه كقبض المجموع، وتبعيض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره، بينما لم يذكر في هذه المسألة إلا قولاً واحداً؟

فنقول: إنما قام بذلك؛ لكون دليله في الخيار هو « لا ضرر »، وفي تلك المسألة في حال عدم القبض، ولم يحكم بالخيار، توجد أضرار ثلاثة: ضرر الضمان؛ إذ يكون تلفه قبل القبض من كيس البائع، وضرر حفظ مال الغير؛ لأنه أمانة في يده، يلزم بحفظها، وضرر حرمانه عن ملكه، فإذا قبض بعض المبيع انقسم الضرر، فلا يضمنه كله لو تلف، ولا يجب عليه حفظه، ولا يحرم من ماله؛ لإمكانه التقاص.

وأما في هذه الشرط، فالفرض أنه قبض بعض الثمن، ولم يتمّ قبض المبيع، فالأضرار الثلاثة باقية على حالها.

والحاصل:

أن أصل هذا الشرط تام بمقتضى النص عندنا، والإجماع عند من يرى اعتباره في المقام.

مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها

ولكن بعض الأعاظم رحمه الله قال: بأنه لا دليل على اعتبار قبض مجموع الثمن إلا الإجماع، وهو مدركي؛ لاستناده إلى رواية أبي بكر بن عياش، فلا اعتبار به، ولا اعتبار بمستنده؛ إذ على فرض ثبوت وثاقة أبي بكر بن عياش، لا دليل على حجية فهمه بالإضافة إلى غيره[1].

وهو غير تام؛ لأن المستند ليس الإجماع، وإنما هو النص؛ لما ذكرناه من أن الوارد في الجملة الشرطية في الرواية: « فجاء بالثمن »، واطلاق الثمن - كإطلاق المثمن - ظاهر في المجموع، لا في البعض، وحمله على بعض الثمن كحمل المثمن على بعضه، خلاف الظهور الإطلاقي، كما أن العرف في المحاورات العرفية يقولون: أعطيت المبيع، وأخذت الثمن، ويعنون بذلك المجموع فيهما، لا البعض، ولو أعطاه نصفه مثلاً لبيّن ذلك واحتاج إلى قرينة لبيانه.

ولو وجد الإجماع لكان مدركياً.

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٥، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ١٨.

فروع

الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري، فهل يسقط الخيار؟

رأي الشيخ ودليله

ذهب الشيخ رحمه الله إلى التفصيل بين ما لو قبضه بدون حق، كما لو لم يعرض عليه المبيع، وأخذ الثمن بلا إذن، وبين ما لو قبضه بحق، كأن عرض عليه المبيع فلم يقبضه.

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حق

أما الأول، فقال: بأن القبض كلا قبض، واستدل عليه بوجهين:

الأول: ظهور الأخبار في اشتراط وقوع القبض بالإذن، في بقاء البيع على اللزوم، ووجه الظهور ورود كلمة « وجاء بالثمن »؛ فإن المستفاد من كلمة « جاء » أن يكون بإذنه.

الثاني: أن قبض الثمن إذا لم يكن بإذن المشتري، لم يجز للبائع أن يتصرّف فيه؛ لأن الثمن وإن كان ملكه، إلا أن الشرط الارتكازي للمتبايعين أن يسلّم كل واحد منهما الآخر ما عنده، فيعطي البائع المبيع للمشتري، ويعطي المشتري الثمن للبائع، في وقت واحد، فإذا لم يعط البائع المبيع للمشتري، لم يكن له حق في التصرّف في الثمن، وكان قبضه بدون إذنه كلا قبض، ولم يتحقق شرط اللزوم، فلو تلف المبيع كان الضمان عليه، فيتحقق الضرر الذي هو ملاك الخيار؛ فإنه يضمن المبيع لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع الحرمان من التصرف في

الثمن[١].

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمه الله: بأن المستفاد من الأخبار، أن موضوع الخيار عدم قبض الثمن، والإذن أمر زائد، فلو حصل جنس القبض خرج عن موضوع الحكم بالخيار، كان ذلك عن إذن أو عن غير إذن.[٢].

وهو غير وارد؛ لأن جميع الروايات الواردة في الباب، سواء منها المعمول به عند الفقهاء، كالروايات المتقدمة التي أخذت الشرط المجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام، أم الرواية التي أعرض عنها الأصحاب، التي أخذت الأجل شهراً، كلها أخذ فيها المجيء بالثمن، أو الإتيان به، والمستفاد منه أن يأتي به، لا أن يؤخذ منه بدون إذنه.

نعم، في صحيحة علي بن يقطين، أخذ القبض، ونسبته إلى البائع أيضاً، ولكنها مجملة من هذه الجهة، فلا تعارض البيّن[٣].

فالنتيجة: أن مقتضى النصوص كون إذن المشتري شرطاً.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٢) حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله على المكاسب ٢: ٤٣.

(٣) ووجه الإجمال من جهة هل أنه قبض مع الإذن أو بدونه؟

إشكال السيد اليزدي على الشيخ ودفعه

ذهب السيد الفقيه اليزدي رحمه الله أولاً إلى ما أفاده الشيخ رحمه الله، من أن المدار في الأخبار على مجيئه بالثمن، ولا يصدق على القبض من دون إذن المشتري.

ثم رجع عنه فقال: إلا أن يقال بأن المجيء بالثمن طريقي، لا موضوعي، والغرض منه وصول الثمن إلى البائع؛ فإن الغرض في جميع المعاملات وصول المبيع إلى المشتري، ووصول الثمن إلى البائع، ولهذا لو فرض كونه مقبوضاً قبل ذلك، أو في ذمته لا يحتاج إلى شيء آخر من إذن أو غيره.

ولا أقل من الشك في صدق القبض بدون الإذن وعدمه، ومقتضى الأصل حينئذٍ اللزوم[1].

وهو محل إشكال؛ أما موارد ما استشهد به، كما لو كان مقبوضاً قبل ذلك، فهي خارجة من تحت الروايات تخصّصاً؛ لأن الخيار إنما جعل في ما لو كان الثمن عند المشتري، ولم يأت به إلى ثلاثة أيام، بحيث لو جاء به قبلها لكان البيع لازماً، ولما لم يأت به خلالها فللبائع الخيار، فلا تصلح أن تكون شاهداً على مدّعاه.

وأما ما ذكره من كون الإتيان طريقاً إلى الوصول؛ فنقول: بأن الأصل في العناوين المأخوذة في الروايات أن تكون بنحو الموضوعية، إلا أن

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٣: ١٣.

يكون العنوان المأخوذ في الدليل، طريقياً من حيث ذاته؛ كما في عنوان العلم واليقين والقطع؛ فإن طريقيتها ذاتية، وأما ما لم يكن كذلك - كالذي نحن فيه - فمقتضى أصالة الموضوعية الجمود على نفس العنوان المأخوذ، وحمله على الطريقية يحتاج إلى قرينة تصرفه عنه، ولا قرينة في المقام.

دفع شبهة أثارها المحقق النائيني

ثم إن هاهنا شبهة أثارها المحقق النائيني رحمه الله تقتضي ارتفاع الخيار، لا من جهة كفاية مطلق أخذ الثمن أو وصوله كيف اتفق، وإنما من جهة كون قبضه عدواناً كأنه ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار.

وهي مندفعة؛ بأن إسقاط الخيار من الإيقاعات، فهو من الأمور الإنشائية، وهي - سواء أكانت عقوداً أم إيقاعات - تتوقف على القصد المبرز بالقول أو بالفعل، فإن قصد البائع بأخذ الثمن بلا إذن المشتري إسقاط خياره فيسقط، وإلا فلا موجب لسقوطه[1].

وأما ما ربما يقال: من أن الإنشاء لا يتحقق بهذا الفعل المحرم؛ فإن أخذ الثمن بدون إذن المشتري غير جائز، فلا يتحقق به الإنشاء.

فيجاب عنه: بأن النهي التكليفي في المعاملات بالمعنى الأعم، لا يقتضي فسادها، فالإنشاء نافذ لو كان عن قصد الإسقاط، ولكن كلامنا

(١) منية الطالب ٣: ١٧٩.

فيما لو أخذه بدون إذن، ولا قصد بذلك الإسقاط.

فتحصل إلى هنا: أن الحق في المسألة، اشتراط كون القبض بإذن المشتري، وإلا لا يتمّ به سقوط الخيار، والدليل على ذلك وجهان:

الأول: ظهور النصوص - بضم أصالة الموضوعية في العناوين - في أن شرط اللزوم هو المجيء، والإتيان بالثمن، وشرط الخيار عدم المجيء به، وهذه العناوين تعتبر الإذن قطعاً.

الثاني: أن الروايات ملقاة إلى العرف وما عند العقلاء، وبناء العقلاء في معاملاتهم على أن يتحقق قبض المبيع في ظرف تحقق قبض الثمن، ومقتضى هذا الشرط الضمني، أن لا يأخذ البائع الثمن بلا إذن المشتري، ولو أخذه بدونه، ولم يسلم له المبيع، كان قبضه كلا قبض.

هذا كله، فيما لو قبضه بلا حق.

عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق

وأما الثاني وهو ما لو قبضه بحق - كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه - فاستظهر الشيخ رحمه الله عدم الخيار؛ لوجهين:

الأول: عدم دخول هذا المورد في منصرف الأخبار، أي لا إطلاق في هذه الروايات لتشمل ما لو قبضه بحق.

الثاني: عدم تضرّر البائع بالتأخير؛ فإنه حينما يقبض الثمن بلا حق، يكون المبيع في ضمانه، بحيث لو تلف لكان من كيسه، ولا يجوز له التصرف في الثمن، فيكون محروماً منه، فيتضرر بالضمان وبالحرمان.

وأما إذا قبضه بحق، فلا يكون التلف من كيسه، بعد أن عرضه على المشتري ولم يقبضه، ولا يحرم من الثمن بعد أن قبضه بحق، فلا ضرر عليه من جهة المبيع، ولا من جهة الثمن، فلا تجري قاعدة « لا ضرر » في حقه، فلا خيار له.

لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري

لو قبض البائع الثمن بدون إذن، ثم أجازه المشتري، فهل يكفي في رفع المانع؟ وعلى فرض تأثيرها، فهل هي كاشفة أو ناقلة؟

في المسألة صورتان:

الأولى: أن تكون الإجازة في خلال الأيام الثلاثة، ولا إشكال في كفايتها؛ لأن شرط اللزوم أن يحصل القبض المأذون فيه في خلال الثلاثة، وقد تحقق؛ فإنه وإن لم يكن القبض عن إذن، إلا أنه قبض مجاز في الثلاثة، فيترتب عليها أثر الإذن؛ لصدق تحقق قبض الثمن قبل انقضاء الثلاثة برضا المشتري وإمضائه.

الثانية: أن تكون الإجازة بعد انقضاء الأيام الثلاثة، فتبتني كفايتها على كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، فإن كانت كاشفة فتكفي؛ لأنها تكشف عن حصول الإذن من حين قبض الثمن، كما هو معنى الكاشفة.

وإن كانت ناقلة، فلا تكفي، ويكون القبض كلا قبض؛ لأن الإجازة الناقلة إنما تؤثر من حين وقوعها، والفرض أنها وقعت بعد الثلاثة، وشرط اللزوم حصول القبض المأذون فيه في خلالها، فالنتيجة البطلان

على مسلك الشيخ رحمه الله، وثبوت الخيار على مسلك المشهور.

وهنا بحث مع الشيخ رحمه الله؛ فإنه اختار في بيع الفضولي كون الإجازة كاشفة بالكشف الحكمي، بمعنى ترتيب الآثار شرعاً من حين العقد، لا الحقيقي الذي اختاره صاحب الفصول رحمه الله، ولا الانقلابي الذي عليه كثير من المحققين، بينما اختار في المقام كونها ناقلة.

ولمعرفة الفرق بين المقامين، لا بدّ من ذكر مقدمة، وهي:

إن الفقهاء قد اختلفوا في صحة العقد على تقدير الإجازة، من جهة كون الصحة على طبق القاعدة، أو على خلافها، بحيث يحتاج إلى الدليل التعبدي، على قولين:

القول الأول: أنه على خلاف القاعدة، بمعنى إن قام الدليل على صحة العقد الملحوق بالإجازة فهو، وإلا فالعقد باطل، والمستند الأساس لهذا القول ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[1]؛ فإنها تدل على شرطية كون التجارة ناشئة عن التراض؛ فإنها إذا كانت كذلك خرجت من تحت عقد المستثنى منه، ودخلت في عقد المستثنى، والإجازة المتأخرة لا تجعل العقد ناشئاً عن تراضٍ، وعليه فإذا قام الدليل على صحة العقد بالإجازة المتأخرة، فهو على خلاف القاعدة.

القول الثاني: أن صحة العقد حينئذٍ على طبق القاعدة، وإن لم يوجد

(١) سورة النساء: ٢٩.

دليل خاص؛ وذلك لأنه يلزم في التجارة وفي العقد حصول أمرين:

الأول: استناد ما وقع إلى مالك العقد - وهو المجيز في المقام -؛ لأن قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ خطاب إلى المتعاقدين، كأنه قال: أوفوا بعقودكم، فما لم ينتسب البيع إلى المالك، لم يحصل موضوع الوفاء، فلا يصح أن يخاطب بالوفاء بعقده، وهو لم يكن عقده بعد، وانتساب العقد إلى مالك المتاع، تارة يكون بالأصالة، وأخرى بالوكالة، وثالثة بالإجازة.

أما تحقّقه بالأولين فواضح، ووجه تحققه بالإجازة هو أن الأمور على نحوين:

ما كان من الأفعال التكوينية، كالشرب والأكل والقيام والقعود، فهذه لا تنتسب إلا إلى من قام بها بالمباشرة، ولا يصح استنادها إلى الرجل لقيام وكيله بها، أو إذنه فيها.

وما كان من الأمور الاعتبارية، التي يدور تحققها مدار المعتبر، فيتحقق فيها الاستناد بقيام الوكيل، أو بالإذن والإجازة.

فبناء على هذا، فإن كان الأثر يترتب على قيام الشخص نفسه، فلا اعتبار بإذنه بقيام الآخر، أي أن قيام الآخر لا يكون قياماً له وإن أذن له، وأما إذا كان الأثر يترتب على التعهّد، فالتعهّد وإن صدر من الغير إلا أنه ينتسب إليه بالإذن والإجازة.

ومطلق الأمور العهدية على هذا الوزان، فالبيع الواقع وإن صدر من

الفضولي، وهو المسبب ببعت، أو هو الذي اعتبر وأبرز ببعت، إلا أنه ينتسب إلى المالك بعد إجازته، أي بالإجازة يكون البيع الصادر مضافاً إلى المجيز ومنتسباً إليه، فبالإجازة يتحقق موضوع ﴿ أوفوا ﴾، وهو العقد المضاف.

الثاني: رضا المالك بالبيع؛ إذ أخذ التراضي في التجارة، والتصرف في مال الغير بدون رضاه مخالف لقانون: (الناس مسلطون على أموالهم)، فقاعدة السلطنة تقتضي الرضا وكذا: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ».

ولكن الرضا من الصفات النفسية التي تتعلق بالماضي والحاضر والمستقبل، فالإجازة وإن حصلت متأخرة، إلا أنها تحقق الرضا بالمعاملة الحاصلة سابقاً، وهو كافٍ.

نعم، الذي لم يحصل، هو كون إنشاء التجارة عن رضا، ومقتضى الجمع بين الأدلة عدم اعتباره، بل المعتبر حصول الرضا بالتجارة.

وعلى هذا، فكلا الأمرين متحققان في بيع الفضولي إذا لحقته الإجازة، فتكون صحة بيعه مطابقة لمقتضى القاعدة، بمعنى أنه يحكم عليه بالصحة بنفس آية وجوب الوفاء بالعقود، « ولا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ».

وعليه، فإن كانت الإجازة تصحح البيع من حين وقوعها، فالإجازة ناقلة، وإن كانت تصححه من زمان وقوعه، فهي كاشفة؛ لأنها وإن حصلت الآن، إلا أنها من الأمور ذات التعلّق، وبما أنها تعلّقت بالبيع

الذي وقع سابقاً، فهي تصحح إسناده إلى المجيز من حين وقوعه.

نعم، الإشكال في أنه، هل ينتسب البيع للمجيز من حين العقد حقيقة، أو من حيث الأثر، أو لا هذا ولا ذاك، بمعنى أن المال يبقى ملك البائع، والثمن ملك المشتري إلى أن تحصل الإجازة، فينقلب من الآن، ولكن الرجوع من السابق، فالأول - وهو الكشف الحقيقي - مبنى صاحب الفصول، والثاني - وهو الكشف الحكمي - مبنى الشيخ رحمه الله، والثالث - وهو الكشف الانقلابي - مسلك المشهور.

إذا اتضح هذا، فهل ما ذكر في البيع يأتي في القبض أو لا ؟

فنقول: أنه اتضح إلى هنا: أن الأمور الاعتبارية - التي تحققها يدور مدار الاعتبار - قابلة للاستناد بالإجازة، ولتعلّق الرضا المتأخر بها، وبما أن من خواص الإجازة صحة تعلّقها بالعقد من حين وقوعه؛ لأن مضمون العقد ملكية الدار لزيد مثلاً من حين العقد، وتعلّقت الإجازة بذلك المنشأ يصبح عندنا أمران موافقان للقاعدة:

الأول: صحة عقد الفضولي بنفس العمومات، كـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

الثاني: كاشفية الإجازة.

وأما الأمور التكوينية، فالأمر على العكس، بمعنى أن صحة الاستناد بالإجازة، والكاشفية كليهما على خلاف القاعدة؛ فإن الأمور التكوينية تنقسم إلى ما يقبل الاستنابة، وما لا يقبلها، والمرجع في تحديد ذلك إلى المرتكز العقلائي، فما يتحقق عندهم بالمباشرة، وبالتسبيب فهو يقبل

الإجازة، فتجري فيه االوكالة، وما لا يقبل إلا المباشرة في القيام به، أي ما لا يصدر بالتسبيب، فلا يقبل الاستنابة، ولا تجري فيه الوكالة، ولهذا كانت التكاليف الشرعية على قسمين، فقسم منها لا يصح الإتيان به الا بالمباشرة كالصلاة، وقسم آخر يمكن ان يؤتى به بالنيابة كعيادة المريض.

والقبض ليس من الأمور الاعتبارية، بل من الأمور التكوينية، التي تقبل الاستنابة، وتتحقق بالتسبيب، فيتمّ الاستناد بالإذن والوكالة[1]، ولهذا أمكن في الحقوق الشرعية أن يقبضها نفس صاحب الحق بالمباشرة، وأن يقبضها وكيله، وفي الحالين تبرأ ذمة من عليه الحق، ويكون القابض بنفسه أو بوكيله مالكاً؛ لأن سهم السادة مثلاً ليس ملكاً للأشخاص، وإنما هو ملك أو مصرف للطبيعي الجامع بين اليتيم والمسكين وابن السبيل من الهاشميين، وهو غير قابل للإعطاء والأخذ، فيسلّم إلى مصداقه، فإذا أعطي له وقبضه صار مالكاً، على الخلاف أيضاً كما في محله.

وسهم الإمام عليه السلام من هذا القبيل، فهو مال الإمام عليه السلام، ولكن الولاية عليه في عصر الغيبة للحاكم الشرعي، فإذا قبضه هو أو وكيله أو المأذون من قبله برأت ذمة المكلَّف.

والحاصل: أن القبض من الأمور التكوينية القابلة لتحققها بالتسبيب، فيمكن فيها الاستناد بالنيابة والإذن، فهل يمكن فيها الاستناد بالإجازة؟

---

(١) أشار هنا شيخنا الأستاذ دام ظله إلى الفرق الفقهي بينهما؛ فإن الإذن من الإيقاعات، والوكالة من العقود، ولكل منهما أحكام تخصه.

نقول: نعم يمكن، فلو قبض الفضولي حقاً لذي حق، ثم أجازه صاحب الحق استند القبض إليه، وإنما الكلام في مجيء بحث الكاشفية والناقلية هنا أيضاً وعدم مجيئه.

أما النقل، فلا إشكال فيه أصلاً؛ فلو أجاز صاحب الحق في المثال المتقدم ترتّبت الآثار من حين الإجازة بلا إشكال، وإنما البحث في الكاشفية، بحيث يترتب الأثر من حين القبض.

والحق أن حدّ الإجازة تحقّق الاستناد من حينها، لا من حين حصول المجاز، ولهذا التزم الشيخ رحمه الله في بيع الفضولي بالكشف الحكمي، وقال بترتب الأثر من زمان المجاز، وأما في المقام فقال بترتب الأثر من حين الإجازة، والتزم بالنقل.

والسر في ذلك: أن البيع من الأمور الاعتبارية، ومقتضى ذات الإجازة والمجاز، التحقق من حين وقوع المجاز، وأما القبض فهو من الأمور التكوينية، إلا أنه من الأمور القابلة للاستناد بالإذن والإجازة؛ بمقتضى المرتكزات العقلائية، ولكن من حين تحققها، لا من حين تحققه.

ويترتب على ذلك:

أنه لو قبض البائع الثمن في أثناء الثلاثة، وأجازه المشتري بعد انقضائها، فلا أثر لهذه الإجازة؛ لأنه حين القبض لم يكن مأذوناً فيه، وبعد الإذن انقضت الثلاثة، وليست الإجازة كاشفة، لتكشف عن تحقق القبض أثناءها، فالقبض كلا قبض، ويبقى الخيار للبائع.

بيان آخر للمحقق النائيني لعدم كاشفية الإجازة

وقد أفاد المحقق النائيني رحمه الله وجهاً آخر لعدم كاشفية الإجازة، وهو يتوقف على بيان مقدمة وهي:

أن موارد تعلّق الإجازة تنقسم إلى أربعة أقسام:

الأول: المعاملات المعاوضية، كالبيع والصلح.

الثاني: ما كان من قبيل الجعالة والمضاربة.

الثالث: العقود الإذنية المتقومة بالإذن كالوكالة والوديعة والعارية.

الرابع: العقود في موارد كون العين متعلّقةً لحق الغير، كبيع العين المرهونة بدون إذن الدائن.

والإجازة في كلها ناقلة ما عدا قسماً واحداً، وهو الأول.

وما نحن فيه من قبيل بيع العين المرهونة؛ فإن الإجازة في جميع موارد تعلّق الحقوق مثبتة، لا كاشفة، بمعنى أنها تؤثر في رفع المانع من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد، والذي اختاره الفقهاء - بما فيهم المحقق الثاني، مؤسس بحث كاشفية الإجازة - في بيع العين المرهونة، هو عدم كاشفية الإجازة.

وأقوى ما استدلوا به على ذلك: أن بيع الفضولي يجب أن يكون تام الأجزاء والشرائط، وفاقداً لجميع الموانع من غير جهة استناده إلى المالك، ووظيفة الإجازة أن تحقق الاستناد، فيتمّ البيع، وأما لو كان البيع فضولياً، والمبيع مجهولاً مثلاً، ثم أجازه المالك، فلا يمكن أن تكشف هذه الإجازة عن صحّته من حين الوقوع؛ لفقده للشرط من غير جهة

الاستناد.

والفرض في مورد بيع العين المرهونة، أن البائع مالك للمبيع، فلا ينقص البيع شرط الاستناد؛ لصدوره من أهله، فلا أثر للإجازة من جهة الاستناد، وإنما المانع من صحة البيع كون المبيع متعلّقاً لحق الرهانة، وإجازة صاحب الحق ترفع المانع من حين وقوعها، لا من زمان العقد.

وهذه هي القاعدة في باب الفضولي لتمييز الموارد، فكل مورد يكون فيه النقض من جهة الاستناد إلى المالك فقط، فالإجازة تصحح الاستناد في الأمر الاعتباري من حين تحقق العقد.

وكل مورد يفقد شرطاً، أو يوجد فيه مانع، من غير جهة الاستناد، فالإجازة لا أثر لها إلا من حين وقعها[1].

وما نحن فيه من قبيل القسم الأخير؛ حيث إن البائع إنما قبض ماله، غايته للمشتري حق الحبس؛ لعدم أخذه المبيع، فقبضه بدون إذن منه منافٍ لحقّه الثابت فيه، فيكون من قبيل تصرّف المالك في العين المرهونة. فتأمل ولا تغفل.

أقول: إن أصل البحث هو أن شرط اللزوم في البيع أن يقبض البائع الثمن في الثلاثة الأيام بإذن المشتري، وشرط الخيار عدم قبضه بإذنه فيها، والفرض أن البائع قبض الثمن في الثلاثة بدون إذن المشتري، ثم

(١) منية الطالب ٣: ١٨٠ - ١٨٢.

أجازه المشتري بعد انقضائها.

ومحل الإشكال: أن البائع قبض ماله؛ إذ بعد حصول البيع انتقل الثمن إلى البائع، والمثمن إلى المشتري، فلا إشكال من جهة الاستناد، ولكن هذا القبض على خلاف المرتكز العقلائي؛ فإن ارتكاز العقلاء في المعاملات البيعية أن يعطي البائع المبيع للمشتري في ظرف قبضه الثمن منه، وقد تخلّف هذا الشرط، والإجازة المتأخرة لا تجعل فاقد الشرط واجداً له، ولا واجد المانع فاقداً له.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء حتى المحقق الكركي رحمه الله في جميع هذه الموارد إلى تأثير الإجازة من حين وقوعها.

وبعبارة فنية: ذهبوا إلى أن الإجازة مثبتة، لا كاشفة، فيكون حكمها حكم الناقلة.

هذا، غاية ما عندهم من التحقيق في المسألة، ولكن لا يمكننا المساعدة عليه، مع ما عليه من القوة والإحكام؛ وذلك:

أما بالنسبة إلى المقيس عليه - وهو بيع العين المرهونة - فلأن مستنده وجهان:

الأول: رواية: « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف »، وهي مرسلة، لا سند لها، غير قابلة للاستناد في الفتوى[1].

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٤٢٧، وهي: [١٥٨٠٤] ٦ - ابن أبي جمهور في درر اللآلي : عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: « الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن ».

الثاني: الإجماع، وهو العمدة، وهنا مبنيان:

١- من يرى بأن الإجماع مدركي، فلا يعتمد عليه، فيقول بصحة بيع العين المرهونة، فتنتقل إلى المشتري متعلَّقة لحق الرهن، وعليه لا موضوع للبحث.

٢- من يعتمد على هذا الإجماع، والإجماع دليل لبي، والأصل فيه أن العين المرهونة متعلقة لحق المرتهن، وهذا البيع تصرف في متعلق الحق، وتعلق الحق مانع كما ذكرنا، وعندما يكون المانع من صحة البيع تعلق الحق، فحد دليله ما إذا لم يأذن به إذناً مقارناً، ولا لحقته إجازة متأخرة، وأما ما عداه فلا إطلاق يدل على بطلان التصرف فيه.

وأما بالنسبة إلى ما نحن فيه، من اعتبار الإذن في قبض الثمن، فالمستند الأساس فيه هو الشرط الإرتكازي عند العقلاء؛ فإن المعاملات البيعية الدائرة بينهم، مبنية على أن يعطي البائع المبيع للمشتري بعد تحقّق البيع، في ظرف تسلّمه الثمن من المشتري، وكذلك العكس، فما لم يسلّم البائع المبيع، لا إذن له بقبض الثمن، فيكون الإذن شرطاً.

وأما الروايات، فهي ملقاة إلى العقلاء، فلا ينعقد فيها الإطلاق، كي يقال بشمولها إلى حال عدم الإذن في القبض؛ فإن المرتكزات العقلائية حافة بالكلام، فيتسع أو يضيق بقدرها، فهي تشمل حال عدم تحقّق الإذن المقارن، ولا الإجازة اللاحقة، كما قلنا في بيع العين المرهونة، وأما شمولها إلى ما لو لم يأذن بالقبض حاله، وأجازه بعد ذلك، فلا؛ لعدم

الإطلاق، ولم يقم الإرتكاز العقلائي على البطلان في هذه الصورة؛ فإن الشرط الضمني عندهم أن يأذن حال القبض، أو يجيز بعده، فيكتفون بالإجازة اللاحقة.

ونتيجة ما ذكرناه: أن الحكم بصحة القبض الملحوق بالإجازة على طبق القاعدة؛ إذ بمجيئها ارتفع المانع من الأول، ومع ارتفاعه من الأول يصح القبض من حين وقوعه.

فما أفاده المشهور وإن كان قوياً إلا أن ما ذكرناه غير قابل للرد[1].

ويمكن أن يستدل له أيضاً، بما ورد في خيار المجلس: « ..فإذا افترقا

---

(١) وقد نبّه الشيخ الأستاذ دام ظله - في جواب على اعتراض -: على أن ما ذكرناه لا يعني جواز القبض بدون إذن المشتري، وإنما كلامنا في الاكتفاء عندهم بالإجازة المتأخرة من حيث الجهة الوضعية، ولا يخلط بين الجهتين.

ثم أضاف دام ظله ما يصلح للتوضيح: أن خيار التأخير ليس من الخيارات التعبدية، بل هو امر عقلائي؛ فإن المعاملة مبنية على أن يعطي كل من الطرفين ما عنده للآخر، بحيث لو تخلّف أحدهما عن التسليم لقيل للآخر: لك الحق في فسخ المعاملة.

وعليه، لو كانت الروايات تعبدية لجمدنا على اللفظ، ولكنها ملقاة إلى العقلاء، فتحدد بما عندهم.

نعم، التحديد بكون القبض في الثلاثة الأيام، أمر تعبدي، وأما أصل الخيار فعقلائي، فنلاحظ ما عند العقلاء في الجهة العقلائية، وننزل الروايات عليها، وما عندهم بطلان القبض في حال لم يأذن المشتري بالقبض حاله، ولم يجز بعده، وأما في حال لحوق الإجازة فلم يبنِ العقلاء على الخيار حينئذٍ، فلا ينعقد الإطلاق في الروايات ليشمل البطلان صورة لحوق الإجازة.

فلا خيار بعد الرضا منهما »[١]؛ فإن المستفاد منها عدم بقاء الخيار بعد رضا المتعاملين بالمعاملة، والفرض - في ما نحن فيه - أن الخيار للبائع، فإذا قبض الثمن - ولو بدون إذن المشتري - فقد رضي بالمعاملة، فإذا أجاز المشتري، فقد تمّ الرضا بينهما، فانطبقت كبرى: « فلا خيار بعد الرضا منهما »[٢].

هذا كله من ناحية الظهور، ولا أقل - بعد ملاحظة الإرتكاز العقلائي- من الشك في كون القبض الملحوق بالإجازة كلا قبض أو لا؟

أو فقل: هل الخيار بعد القبض الملحوق بالإجازة ثابت أو لا ؟

فنقول: إن المرجع حينئذ هي أصالة اللزوم؛ لكون الدليل المخصص

---

(١) الوسائل، الباب١ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: أنه يمكن الاستدلال أيضاً برواية: « إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جائز »/ الوسائل، الباب٢٤ من أبواب نكاح العميد والإماء، الحديث١.

فقال الشيخ الأستاذ دام ظله: بأنها تدل على أصل الإجازة، ولكن من أي وقت؟ لا دلالة فيها على شيء، فلا يستفاد منها الكشف، ولهذا لم نرَ المحقق الكركي رحمه الله، مبتكر مبحث الكشف، قد تمسك بها في مورد من موارد الفعل الخارجي.

نعم، يختلف الحال بالنسبة إلى الأمور الاعتبارية؛ فإن الأمر الاعتباري كالبيع مثلاً في حال حصوله من الفضولي، ليس مهملاً، بل أراد فيه التمليك من وقت الإنشاء، فإذا أجازه بعد أيام، فهو قد أجاز ما قام به الفضولي، وهو التمليك من حين العقد، فخصوصية الإجازة ذات التعلق، والمورد الاعتباري، يقتضيان الكشف قطعاً.

مجملاً، فلم يثبت إطلاقه.

فتحصّل: أن إجازة القبض كالإذن فيه، فيكون مسقطاً للخيار، فنخالف في ذلك القوم؛ استناداً للأصل اللفظي والعملي.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تاخير تسليم أحد العوضين

واستدل له الشيخ رحمه الله بوجهين:

الوجه الأول: كونه في الجملة إجماعياً[١].

وأشار بقوله: (في الجملة) إلى الخلاف الذي طرحه صاحب الجواهر رحمه الله في المثمن، وأن الخيار قد انعقد في خصوص شرط التأخير بالنسبة إلى الثمن دون المثمن[٢].

الوجه الثاني: انصراف النصوص إلى غير صورة الشرط.

وقد وجّه الإنصراف بعض أعاظم تلامذة الشيخ رحمه الله بقوله: (ان المتبادر من نصوص الباب صورة الحلول؛ لغلبة وندرة صورة التأجيل، فيخرج عن منصرف تلك الأخبار)[٣].

وفيه: أن غلبة الوجود وندرته، ليست منشأ لانصراف المطلق إلى الفرد الغالب، ولا عن الفرد النادر، والعبرة بصدق العنوان وعدمه.

والحق في وجه الإنصراف:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٣.

(٢) الجواهر ٢٣: ٥٥.

(٣) فقه الإمامية ٢: ٥٥٦.

أولاً: أن خيار التأخير إنما جعل لمن كان له حق المطالبة، وأما من ليس له هذا الحق، فلا خيار له، ومع اشتراط تأخير الثمن، فمن حق المشتري التأخير، وليس من حقّ البائع المطالبة به، فينصرف عنه الخيار.

وثانياً: أن خيار التأخير، وإن كان مستنده النصوص، إلا أنه جعل لكيلا يحرم البائع من الثمن بسبب تأخيره، فإذا اشترط المشتري تأجيله، كان من حقه التأخير، وكان سبب حرمان البائع منه إقدامه على ذلك، فتنصرف النصوص عن جعل الخيار له.

ولو لم يُحرز الانصراف بواسطة هاتين القرينتين، فلا أقل من إيجابهما الشك في الإطلاق، وعدم إحرازه، فلا يمكن التمسك به، فتصل النوبة إلى الأصل، وهو يقتضي اللزوم؛ لأن المسألة حينئذٍ تكون من صغريات إجمال المخصص، وتردّده بين الأقل والأكثر، فيتمسك - فيما عدا المتيقن - بالعموم، أو بالأصل العملي.

والنتيجة: انتفاء الخيار في صورة اشتراط التأجيل.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهها

يشترط في خيار التأخير أن يكون المبيع عيناً، أو شبهها، وهو الكلي في المعين، كصاعٍ من صبرة، وأما لو كان المبيع كلياً في الذمة، فلا خيار ولو أخّر المشتري الثمن.

أدلة الشيخ لإثبات هذا الشرط ومناقشتها

وقد أتمّه الشيخ رحمه الله بثلاثة أوجه:

الوجه الأول: من خلال كلمات الفقهاء؛ فإنه حاول أن يثبت الإجماع من كلماتهم.

وهو مخدوش، صغرى، وكبرى، أما الصغرى؛ فلأن الشهيد الأول رحمه الله نقل الاختصاص بالمعين عن الشيخ الطوسي رحمه الله[1]، فلو كان إجماعياً لم يكن معنى لتخصيص الشيخ رحمه الله بالذكر، فيستفاد من عبارة الشهيد رحمه الله عدم الإجماع في المسألة، وذلك كافٍ في خدش صغرى الإجماع.

ثانياً: أن مقدار ما نقله الشيخ رحمه الله من كلمات الفقهاء، لا يحصّل الإجماع، وغاية ما تفيده الإجماع المنقول، وهو ليس بحجة.

وأما الكبرى؛ فلأن الشيخ رحمه الله استدل على المدعى بالقاعدة والنصوص، فمثل هذا الإجماع محتمل المدرك، فلا يكشف عن قول المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر، غير القاعدة والنصوص المذكورة، فلا يكون حجة.

الوجه الثاني: أن المناط في خيار التأخير هو الضرر، فتجري فيه قاعدة « لا ضرر »؛ لتضرّر البائع لو أخّر المشتري الثمن، ولم يحكم له بالخيار؛ لأن المبيع حينئذٍ سيكون في ضمانه، ولو تلف كان من ماله، ولزوم حفظه عليه، مع عدم جواز تصرّفه فيه، وحرمانه من ماله، وهذه الأضرار إنما تأتي في ما لو كان المبيع شخصياً، أو كلياً في معيّن، بخلاف ما إذا كان كلياً في الذمة؛ فلا يتصوّر فيه التلف قبل القبض، ولا

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٣، وعبارته رحمه الله هي: (قيّده في المبسوط بشراء معين، فعلى هذا لو اشترى في الذمة لم يطرد الحكم، سواء كان سلماً أم غيره).

وجوب حفظه، ولا الحرمان من الاستفادة من ماله بلا عوض.

المناقشة في كلام المحقق السيد الخوئي في جريان لا ضرر

نعم، ذهب المحقق السيد الخوئي رحمه الله إلى صدق الضرر على عدم إعطاء الثمن للبائع في بيع الكلي في الذمة، وأن جعله من باب عدم النفع دعوى جزافية[1].

وفيه: **أولاً**: أنه مخالف لمبناه في معنى الضرر؛ فإن معناه النقص في المال أو الطرف أو الوجاهة والاعتبار، وأن التقابل بين الضرر والنفع تقابل الضدين، لا الملكة والعدم؛ إذ يرتفعان في المورد الذي لا نقص فيه، ولا نفع، فمن يذهب إلى هذا، كيف يقول هنا بالضرر، وما حصل ليس نقصاً في مال البائع، ولا نفعاً، بل عدم انتفاع؟

وثانياً: أن الضرر لغة وعرفاً، هو النقص في المال، وعدم النفع ليس بضرر، وبما أن قاعدة « لا ضرر » حاكمة على أدلة الأحكام جميعاً، التكليفية والوضعية، بنحو التخصيص لبّاً، فينحصر رفع لزوم المعاملة في مورد ورود النقص على المال، كما في خيار الغبن، وأما ما نحن فيه فليس فيه إلا عدم النفع، فلا محلّ إلى القاعدة.

ولو تنزلنا، فنفس تعريف اللغويين والفقهاء للضرر بأنه النقص في المال، وذهاب عمدة الأعاظم إلى أن التقابل بينه وبين النفع تقابل

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٢١، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٢٥.

الضدين، يقتضي الشبهة في مفهوم الضرر، بحيث يشك في سعته، وشموله إلى مورد عدم كل من الضرر والنفع، وعندما يكون من الشبهة المفهومية، فالمرجع عند تأخير الثمن في بيع الكلي في الذمة، هو أصل اللزوم.

فالنتيجة: عدم جريان قاعدة « لا ضرر » لإثبات خيار التأخير فيما إذا كان البيع كلياً في الذمة.

نعم لنا مناقشة في أصل المطلب؛ فإن الضرر وإن كان في اللغة والعرف بمعنى النقص، ولا يشمل عدم النفع، إلا أن عندنا رواية صحيحة تدل على شموله إلى عدم النفع، وهي ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: « رجل كانت له رحى على نهر قرية، والقرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر، ويعطل هذه الرحى، ألـه ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام: يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف، ولا يضرّ أخاه المؤمن »[1].

ومن الواضح أن تغيير مجرى الماء، وتعطيل الرحى ليس بضرر، وإنما هو عدم نفع، فمقتضى النص توسعة دائرة الضرر.

مضافاً إلى التفريق بين اللغة والعرف؛ فإن عدم النفع وإن لم يعدّ ضرراً لغة، إلا أنه ضرر عرفاً بدون مسامحة؛ فإن حرمان المالك من ماله

(١) الوسائل، الباب١٥ من أبواب إحياء الموات، الحديث١.

- الذي من شأنه أن ينتفع منه - ضرر عند العرف، فلو اقترض منه المال في مدّة سنة، ولم يرد على ماله أي نقص، ولكن لو كان تحت يده لحصل به على ربح كثير، لصدق عليه عرفاً عنوان المتضرر، بنحو الحقيقة لا المجاز.

والحاصل: أن الضرر لغة، وعلى مبنى كون التقابل بينه وبين النفع تقابل الضدين، لا يصدق على عدم النفع، ولكن عرفاً، وبمعونة الصحيحة المتقدمة يصدق عليه، فالأقوى صدقه على تأخير الثمن في بيع الكلي في الذمة.

نعم، الإشكال في أصل التمسك بقاعدة « لا ضرر » في خيار التأخير؛ فإن غاية ما يستفاد منها نفي اللزوم، ولا تثبت حق الخيار، فلو اكتفينا بنفي اللزوم لكان للتمسك بها وجه وجيه، وأما التمسك بها لإثبات الخيار فغير ممكن.

الوجه الثالث: النصوص، فقد استظهر منها الشيخ رحمه الله عدم شمولها إلى مورد بيع الكلي فيَ الذمة، وبيان ذلك:

أن الروايات الواردة في خيار التأخير أربع، وكلها لا تفيد الشمول إلى مورد بيع الكلي في الذمة، أما صحيحة ابن يقطين، وموثقة عمار؛ فلأن فيهما لفظ « البيع »، ففي الأولى: « يبيع البيع »، وفي الثانية: « من اشترى بيعاً »، وهو بمعنى المبيع قطعاً؛ لأن البيع لا يتعلّق به البيع والشراء، ولفظ المبيع حقيقة في المبيع بعد بيعه، وأما قبله فالاستعمال فيه مجازي قطعاً؛

بعلاقة كونه معرضاً للبيع، وما هو معرض للبيع هو الشخصي وشبهه، وهو الكلي في المعين، دون الكلي في الذمة؛ إذ لا مناسبة لإطلاقه عليه، فيخرج عن موضوع الروايتين، وتنحصران في بيع العين الخارجية، والكلي في المعين.

طبعاً، لا يخلط بين استعمال لفظ المبيع فيه، وبين صحة بيعه؛ فإنه يصح بيعه، كما لا يخفى، ولكن المصحح لاستعمال اللفظ فيه كونه معرضاً للبيع، وهو ليس كذلك.

ولتتمييم كلام الشيخ رحمه الله - دفعاً لما يمكن أن يقال: بأنا لا نعلم أن الكلي في الذمة ليس في معرض البيع.

نقول: لا أقل من الشك في صدق المبيع على بيع الكلي في الذمة قبل البيع، ولا يمكن التمسك بالروايتين إلا في حال الجزم بالصدق؛ إذ لو لم يحرز كونه في معرض البيع، لكان شبهة موضوعية لهما.

وأما رواية زرارة، ففيها لفظ « المتاع »، وهو لا يصدق على الكلي في الذمة؛ لخصوصية معناه، وهو ما يتمتع به، وهي صفة لما في الخارج، مضافاً إلى قوله: « يدعه عنده ».

وأما رواية أبي بكر بن عياش، فالموضوع فيها كلمة « الشيء » الواردة في: « من اشترى شيئاً »، وهو وإن شمل بإطلاقه المعيّن، والكلّي، إلا أن الظاهر من « الشيء »، الموجود الخارجي، ولا يحتاج استعماله فيه حينئذٍ إلى قرينة على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور، والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرافاً لا يحوج إرادة المطلق إلى قرينة.

واستدل على ذلك المحقق النائيني رحمه الله بما اعتبره أسدّ وأخصر: بأن ظاهر لفظ « الشيء » كلفظ المبيع والمتاع، أن يكون المبيع معنوناً بهذا العنوان قبل البيع، والكلي الثابت في الذمة، لا يكون قبل البيع شيئاً، بل يتعنون به وبالمبيع بعد العقد، فرواية أبي بكر بن عياش منصرفة عنه[1].

ونتيجة البحث: أن مفاد الروايات انحصار خيار التأخير في كون المبيع عيناً خارجية، أو كلياً في المعين، دون الكلي في الذمة.

وما أفاداه قدس سرهما محل المنع؛ لأن المعيار في صحة الاستعمال ووجود المناسبة بين اللفظ والمعنى المستعمل فيه هو النظر العرفي، أي عرفية الإستعمال، فإذا كان الاستعمال مستهجناً عند العرف لم يصح، وإلا فلا مانع منه.

وعليه، فهل يصدق – حقيقة – على من باع كلياً في الذمة، أنه باع شيئاً أو لا ؟

لا شكّ، أن الجواب بنعم؛ فإن جميع البيوع التي من قبيل الكلي في الذمة، لا يوجد فيها المتاع في الخارج، ومع ذلك، لو قيل عن البائع لم يبع شيئاً، لم يكن صحيحاً؛ فإن الذي لم يبع شيئاً، إما أنه لم يصدر منه البيع أصلاً، أو يصدق عليه أنه باع اللاشيء، وكلاهما غير صحيح في المورد.

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٢.

ولهذا يحنث من نذر أن لا يبيع شيئاً، ثم باع الكلي في الذمة، وهذا أقوى شاهد على صحة الاستعمال عند المتشرعة، كما يصدق عند العرف والعقلاء.

وأما بالنسبة إلى المتاع، وما شابهه من العناوين كالطعام والشراب تدرو مدار شانية الاتصاف، لا فعليته، كما يشهد له إطلاق « المشروب » بصيغة اسم المفعول على ما من شأنه أن يشرب، وقابل له، وإن لم يقع عليه الشرب، ولو لم يصدق المتاع على ما بيع في الذمة؛ لأنه مما يتمتع به، فلا يصدق إلا على الفعلي، لما صدق عنوان الطعام على ما بيع بنحو الكلي في الذمة بالأولوية؛ لعدم صدق كونه مطعوماً، ولا طعاماً بالفعل، مع أن الروايات الكثيرة أطلقت عليه هذا العنوان، وإليك بعضها:

١- عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل فلم يجد صاحبه..»[١].

وفيها أطلق الكلي في الذمة بأنه طعام وعلف.

٢- معتبرة عبد الله بن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها ولم يستوف سلفه قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره[٢].

وقد استعمل الشيء في الكلي في الذمة، بل هي نص فيه.

---

(١) الوسائل، الباب١١ من أبواب السلف، الحديث١٥.

(٢) الوسائل، الباب١١ من أبواب السلف، الحديث١٤.

٣- صحيحة هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل وضمن البيع؟ قال: لا بأس به[١].

ومورِدها الكلي في الذمة بلا إشكال، ولو كان كما أفاد الشيخ رحمه الله، من عدم المناسبة بين المتاع أو الشيء، وبين الكلي في الذمة، لما صح الاستعمال في الأخبار.

ومن هذا يعرف أن « البيع » بمعنى المبيع، في صحيحة ابن يقطين أريد به الأعم من العين الخارجي، والكلي المعين، والكلي في الذمة.

ولنا أن نسأل المحقق النائيني رحمه الله - الذاهب إلى أن ظاهر لفظ المبيع أن يكون المبيع معنوناً بهذا العنوان قبل البيع - عن الرواية الثالثة التي جاء فيها التعبير: بـ« باع بيعاً ليس عنده »، فهل المراد منها قبل البيع أو بعده؟

ونسأل الشيخ رحمه الله - القائل بخطأ إطلاق لفظ المبيع على الكلي في الذمة؛ لعدم المناسبة المصححة -: بأي مناط صح الاستعمال في النصوص الصحيحة؟!

وعليه فلسنا بحاجة - إذا لم يكن معرضاً للبيع - إلى التمسك بعلاقة المشارفة؛ فإن أدل دليل على الصحة وقوعه في الأدلة الصحيحة.

فتحصّل من ذلك: صحة استعمال لفظ الشيء والمتاع والبيع، بمعنى

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب السلف، الحديث١.

المبيع، على الكلي في الذمة، فيتمّ هذا الشرط بلا إشكال.

ويمكن أن يقال: إن الاستعمال أعم من الحقيقة، وإن كانت الاستعمالات المذكورة بلا قرينة، لكن ليست بتلك الكثرة التي توجب الجزم بكون الاستعمال حقيقياً، فالفتوى بالصحة محل إشكال، ولذا احتطنا في حاشية المنهاج.

ما قيل باعتباره في هذا الخيار

ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار:

الأول: عدم الخيار لأحدهما أو لهما من جهة أخرى

وقد وقع هذا الشرط موقع الخلاف بين الفقهاء على قولين رئيسيين:

القول الأول: اعتبار هذا الشرط في الخيار

فلو كان لأحدهما أو لهما خيار آخر، لم يثبت هذا الخيار في المعاملة، ذهب إليه العلامة رحمه الله، قال في التحرير: (وكذا لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما)[1]، وفي السرائر قيّد عنوان المسألة بقوله: (ولم يشترطا خياراً لهما، ولا لأحدهما)[2]، والمستفاد من عبارته

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٩.

(٢) السرائر ٢: ٢٧٧، وعبارته كاملة هي: (وإذا باع الإنسان شيئا، ولم يقبض المتاع، ولا قبض الثمن، ومضى المشتري، ولم يشترطا خياراً لهما، ولا لأحدهما، ولا ضربا للثمن أجلاً، ولا قبض أحدهما شيئاً من المعوضين، لا الثمن ولا المثمن، ففي هذه الصورة يكون العقد موقوفاً، عند أصحابنا إلى ثلاثة أيام، فإن جاء المبتاع في مدة الثلاثة الأيام، كان البيع له، وإن مضى ثلاثة أيام، كان البايع أولى بالمتاع، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء

الاختصاص بخيار الشرط، إلا أن الشيخ رحمه الله احتمل أن يكون الاقتصار عليه من عنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان وهو المتاع[١].

القول الثاني: عدم اعتبار هذا الشرط في هذا الخيار، كما ذهب إليه الأكثر.

والعمدة ذكر دليل القولين، فنقول:

أدلة النافين لهذا الشرط

استدل النافين بوجهين:

الوجه الأول: عدم الدليل على هذا الشرط، وما ذكر من الوجوه مخدوش.

وهذا الوجه ساقط فنياً؛ فإن عدم الدليل على هذا الشرط، لا يثبت الخيار؛ فإن إثبات الخيار في المعاملة المبنية على اللزوم، يحتاج إلى دليل.

الوجه الثاني: وهو العمدة، إطلاق أدلة خيار التأخير؛ فإن مفادها أنه إذا وقعت معاملة وأخر المشتري الثمن، وأخر البائع تسليم المبيع، فالبيع لازم مدة ثلاثة أيام، وبعد انقضائها يكون البائع بالخيار، سواء أكان في المعاملة خيار آخر أم لا.

لم يفسخه، وطالب المشتري بالثمن، لا يجبر على أحد الأمرين، بل الخيرة له في ذلك).

(١) المكاسب ٥: ٢٢٨.

ولا يخفى أن الإطلاق صالح للاستناد، إلا أنه لا بد من إحرازه، ورفع المناقشات الواردة عليه.

أدلة المثبتين للشرط

واستدل المثبتون للشرط بخمسة أوجه:

الوجه الأول: أن الأصل اللزوم في كل معاملة يشك في ثبوت الخيار فيها، فإذا شك في اشتراط ثبوت خيار التأخير بعدم وجود خيار آخر، فمع وجود الخيار الآخر، نشك في ثبوت خيار التأخير، والأصل اللزوم، فعلى مدّعي الخيار إثبات ذلك بدليل قطعي رافع للزوم، ولا رافع له إلا دعوى الإطلاق وهي منتفية؛ وذلك لأمور:

الأول: ما أفاده المحقق الرشتي رحمه الله، من أن روايات خيار التأخير مهملة، من جهة شرط عدم وجود خيار آخر، فينتفي الإطلاق فيها بانتفاء موضوعه؛ فإن موضوعه ما إذا كان الكلام في مقام البيان[1].

الثاني: انصراف النصوص إلى صورة لزوم البيع، من غير جهة تأخير الثمن.

وبين هذين الوجهين فرق؛ فإن الأول يفترض الإهمال، وعدم البيان، والثاني يفترض البيان والإطلاق، إلا أنه منصرف عن المورد، وتترتب على كل منهما نتائج مختلفة في الفقه، فإن قلنا بالإهمال، فالمقتضي لأصالة اللزوم موجود، والمانع منه مفقود، وأما إذا قلنا بثبوت الإطلاق

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٦٢.

والإنصراف، فلا بدّ من بيان منشأ الإنصراف، وسيأتي بحثه إن شاء الله.

الثالث: أن الملاك في ثبوت خيار التأخير دفع ضرر البائع، ومتى ما ثبت الخيار من جهة أخرى، لم يكن في البيع ضرر عليه من جهة التأخير، فينتفي خيار التأخير بانتفاء علته.

ولا بدّ من النظر في هذه الجهات الثلاث بالدقة والتأمل فنقول:

أما الأول، فغاية ما يقرّب بأن أدلة الخيار إنما هي في مقام بيان تأخير الثمن خاصة، ومهملة بالنسبة إلى أي جهة أخرى، التي منها وجود خيار آخر وعدمه، فوزانها وزان قوله تعالى في صيد الكلب: ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾[1]؛ فإنها في مقام بيان حلية صيده، لا الحكم بطهارة موضع إمساكه.

ولو تمّ لتمّ إشكاله على الشيخ رحمه الله؛ فإن ما يورد على الأصل به أنه مرفوع بالإطلاق، ومتى ما ثبت الإهمال انتفى الإطلاق، ولا حاجة لدعوى الانصراف أيضاً.

ولكن فيه: نقضاً وحلاً: أما النقض فبأدلة الخيارات الأخرى، فكما أن أدلة خيار التأخير في مقام بيان هذا الخيار من هذه الجهة، ومهملاً من ناحية وجود خيارات أخرى وعدمه، فكذلك يأتي القول بالنسبة إلى أدلة خيار الحيوان والعيب والغبن، وحكم الأمثال في ما يجوز وما لا يجوز

---

(١) سورة المائدة: ٤.

واحد، والحال أن الضرورة قائمة على ثبوت الإطلاق في خيار العيب، فهو ثابت سواء أكان في المعاملة غبن أم لا، وخيار المجلس مطلق، سواء وجد في المعاملة خيار حيوان أم لا، فهنا أيضاً خيار التأخير ثابت، سواء أوجد خيار آخر أم لا، فإذا التزمنا بكون هذه الروايات في مقام البيان من جهة تأخير الثمن خاصة، ولا إطلاق فيها بالنسبة إلى وجود خيار آخر وعدمه، فكذلك بقية أدلة الخيارات بالنسبة إلى مؤدياتها.

وأما الحل: فالحكم الحيثي يحتاج إلى قرينة، وإلا فالأصل في الكلام المطلق، أن يتعرض إلى جميع انقسامات الموضوع، فإذا كان موضوع الحكم مقسماً إلى عدّة أقسام، فالأصل في المتكلم أن يكون في مقام بيان موضوع حكمه، بجميع خصوصياته وانقساماته، وعلى هذا الأساس، نحكم بالإطلاق، فيما لو كان موضوع الحكم الرقبة، وتعلّق به وجوب العتق، وهي - كموضوع - تنقسم إلى مؤمنة وكافرة؛ فإن مقتضى أصالة البيان هو الإطلاق.

ولا شكّ أن البيع - فيما نحن فيه - ينقسم إلى بيع خياري، وغير خياري، بمعنى أن المعاملة التي وقعت، ولم يأتِ فيها المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام، تنقسم في حدّ نفسها إلى معاملة فيها خيار من جهة أخرى، ومعاملة لا يوجد فيها أي خيار آخر، فالموضوع مقسم لهذين القسمين بالضرورة، وحينئذٍ أصالة البيان تقتضي ثبوت الحكم إلى جميع الأقسام.

ولا سيما في ما نحن فيه؛ فإنه يمتاز بخصوصية زائدة، وهي أن حمل

البيع الواقع على بيع لازم من جميع الجهات، حمل له على فرد نادر؛ إذ يندر وجود بيع لا خيار فيه، ولا أقلّ خيار المجلس، فمقتضى أصالة البيان، وخصوصية المورد أن يكون موضوع الحكم مطلقاً من جهة ثبوت خيار آخر وعدم ثبوته.

فهذا الوجه الأول باطل نقضاً وحلاً.

وأما الثاني، وهو ما ذهب إليه عدّة من الأعاظم، وهو انصراف الإطلاق إلى البيع الذي لا خيار فيه من جهة أخرى غير تأخير الثمن، وقد ذكر في وجه الإنصراف وجهان:

الوجه الأول: ما أفاده المحقق الرشتي رحمه الله، من أن قوله عليه السلام: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »، يعني أن البيع لازم، إلا إذا لم يأتِ المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام[1].

الوجه الثاني: ما بيّنه المحقق الأصفهاني رحمه الله، وتوضيحه: أن ظاهر النصوص الواردة في هذا الخيار، هو اللزوم في الثلاثة، والخيار بعدها، ولا يخلو هذا الخيار من أمرين: إما أن يكون مقيّداً بسبب وهو تأخير الثمن، أو أن يكون مطلقاً، وأحد الشقين باطل لا محالة، وهو كون الخيار المحكوم بثبوته مقيّداً بكونه ناشئاً من سبب التأخير؛ إذ لازمه أن يكون المسبب مقيّداً بالصدور من السبب، ولازم ذلك أن يكون الشيء علّة

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٦٢.

لنفسه، ولاقتضاء نفسه؛ إذ الفرض أنا قيدنا الخيار بخيار ناشيء من تأخير الثمن، وبعد تقييده بالصدور من هذا السبب، فلا محالة من جعل السبب علة للقيد كي يحصل المقيد، وهو محال، كما يلزم أن يكون علة لعليّة نفسه، ولاقتضاء نفسه.

ومقتضى هذا البرهان عدم وجود مسبب مقيداً بصدوره من سبب نفسه، فيكون مطلقاً، وعليه فالخيار الناشيء من تأخير الثمن خيار مطلق، لا مقيّد.

وقرينة المقابلة تقتضي أن يكون المثبت بعد الثلاثة هو المنفي فيها، أي عندما يكون الخيار مطلقاً بعد الثلاثة، فاللزوم في أثنائها مطلق أيضاً، ومعنى كون اللزوم مطلقاً، أن المعاملة التي فيها خيار التأخير، لازمة من جميع الجهات، غير جهة التأخير.

وقد أجاب عنه رحمه الله: بأن المسبب لا يتقيّد بالسبب؛ فإن المعلول لا يتقيّد بصدوره عن العلة أبداً، ولكن مع ذلك لا يتحقق الإطلاق أو العموم، الذي يفيد الخيار بنحو مطلق، وبما أن البحث يشتمل على الدقة فلا بدّ من توضيحه:

أن المعلول الحاصل من علة لا يتقيد بها، وأما الحصة الخاصة، لا بنحو أن تشمل جميع الحصص فيمكن تقيدها، فمثلاً النار علة للحرارة، ولكن يستحيل أن تكون علة للحرارة المقيّدة بالصدور عنها؛ بمقتضى الدليل المتقدم، ولكن هذه الحرارة الصادرة من النار، حصة خاصة من الحرارة، مغايرة للحرارة الصادرة من إشراق الشمس، وهذا تضيّق ذاتي،

وهو غير التقيّد الذاتي.

والخيار الحاصل من تأخير الثمن - في ما نحن فيه - حصة من الخيار، والمقابلة التي تقتضي اللزوم في الثلاثة، تقتضيه في حدّ هذا الخيار، لا من جميع الجهات[1].

وكلامه رحمه الله وإن كان فنياً من حيث الصورة؛ إذ لا إشكال في الكبرى التي أفادها، إلا أن الإشكال في تطبيقها على المورد؛ فإنه غير تام؛ إذ خلط فيه بين باب الموضوعات والأحكام، وباب العلل والمعلولات، والأسباب والمسببات؛ حيث لا وجود لخيار سببه تأخير الثمن، وليست النسبة بينهما نسبة العلة والمعلول، بل نسبة الموضوع للحكم؛ فإن الخيار مسبب عن جعل الحاكم واعتباره، كما هو الحال في جميع الأحكام، وضعية كانت أو تكليفية، فالخيار حكم، وسببه اعتبار الشارع، وموضوعه تأخير الثمن.

نعم، ربما تتعدّد الموضوعات فتتعدّد الأحكام بتعدّدها، فلكل موضوع حكم، ودائرة الحكم بسعة دائرة الموضوع، لا أوسع منها ولا أضيق، فالطهارة المجعولة في الماء تكون بمقدار دائرته، والطهارة المجعولة في التراب تكون بسعة دائرته، وهكذا..، والخيار المجعول في موضوع تأخير الثمن يكون في حدّ دائرته، بمعنى أن مدلول النصوص هو أن لتأخير الثمن - من حيث هو تأخير له - خياراً، فيكون اللزوم في

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٦٦ - ٣٦٧.

قبال ذلك قهراً.

هذا هو طبع المطلب، ولا ربط لذلك بالإهمال الذي أفاده المحقق الرشتي رحمه الله في نصوص خيار التأخير، بل ارتباطها بمسألة أن كل موضوع يقتضي الحكم من جهة نفسه، فيكون اللزوم بمقتضى المقابلة اللزوم من هذه الجهة، فنفي الخيار حينئذٍ لا يكون من جهات أخرى.

الوجه الثالث: ما ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة، بقوله: (لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار.

ولو تبرع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضية للخيار)[1]؛ فإنه إذا ثبت لصاحب الخيار - البائع أو المشتري - حق الإمساك، فظاهر الروايات أنها غير ناظرة إليه، بل هي ناظرة إلى تأخير الثمن بغير حق، وهو في حال عدم وجود الخيار، فتكون النتيجة اشتراط عدم وجود خيار آخر لثبوت خيار التأخير.

وحاصل هذا الوجه أنه يبتني على مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن من أحكام الخيار أن لصاحب الخيار أن يمسك ما عنده من الثمن أو المثمن ولا يسلّمه للطرف الآخر، فيكون تأخير الثمن عن حق.

المقدمة الثانية: أن ظاهر نصوص خيار التأخير، أنه جعل لمن له حق

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ١٨١.

المطالبة، فالبائع له حق المطالبة بالثمن، فيكون له الخيار لو أخّره المشتري، ويكون تأخير المشتري له بغير حق، وأما إذا كان للمشتري خيار في المعاملة، لم يكن تأخيره بغير حق؛ إذ من حقّه ذلك بمقتضى المقدمة الأولى، فتكون الروايات منصرفة عن مورد ثبوت حق التأخير.

فالنتيجة: أن خيار التأخير مشروط بعدم وجود خيار آخر.

وفيه: أن دعوى العلامة رحمه الله من ثبوت الحق لصاحب الخيار في أن يمسك المال عن صاحبه، مما يحتاج إلى إثبات؛ إذ لا يثبت الحق إلا بدليل، ولا يخلو الدليل من أحد ثلاثة: دليل خاص، أو عام، أو شرط في ضمن عقد، وكلها غير حاصل، وغاية ما ثبت لصاحب الخيار أن له حق فسخ المعاملة، سواء أقلنا بأن متعلّق الخيار هو العقد، أم العين.

أما على ما هو الحق من تعلّق الخيار بالعقد، فلم يثبت لصاحب الخيار إلا حق فسخ العقد أو إبرامه، ولا حق له متعلقاً بالعين.

وأما على المبنى الآخر المخالف للتحقيق، من تعلّقه بالعين، فالثابت أن له استرداد العين إلى ملكه، المعبّر عنه في لسان الفقهاء بحق ردّ العين.

فعلى كلا التقديرين والمبنيين، لا حقّ له بالتصرف بإبقائها عنده، وحرمان مالكها منها.

ومقتضى القاعدة أنه بمجرد أن تمّت المعاملة، انتقل المثمن إلى المشتري، والثمن إلى البائع، ولا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلا

بإذنه، وليس لصاحب الخيار إلا حق فسخ المعاملة، فما أفاده العلامة رحمه الله على خلاف قاعدة السلطنة.

وقد أجاب الشيخ رحمه الله عن كلام العلامة رحمه الله بإنكار كلتا المقدمتين، ولم يبيّن وجه الإنكار، بل اقتصر على قوله: (وفيه - بعد تسليم الحكم في الخيار، وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بحق -)[1].

والوجه في إنكار المقدمة الأولى، عدم الدليل على ثبوت حق الإمساك لصاحب الخيار؛ فإن غاية ما يصححه الخيار أن يكون لصاحبه سلطنة على الفسخ.

وأما إنكاره للمقدمة الثانية فمما لا وجه له؛ فإنها سالمة عن الإشكال؛ فإن الروايات ظاهرة في ما لو كان للبائع حق المطالبة، وتأخّر المشتري بالمجيء بالثمن.

فالعمدة في البحث إنكار المقدمة الأولى، وقد أوضحنا منعها سابقاً، وبمنعها يتمّ سقوط الدليل.

إشكال المحقق النائيني على الشيخ

وقد أورد المحقق النائيني رحمه الله على الشيخ بإشكالين:

الأول: منافاة ما أفاده الشيخ رحمه الله هنا لما أفاده في باب القبض؛ حيث اعترف به في ذلك الباب، وبنى عليه جواز حبس أحد المتبايعين ما انتقل عنه، مع امتناع الآخر عن تسليم ما انتقل إليه، وبه أجاب عن

(١) المكاسب ٥: ٢٢٩.

إشكال المحقق الأردبيلي رحمه الله في المسألة: من أن ظلم أحد المتبايعين، ومنع الغير عن حقّه لا يوجب جوازه على الآخر[١].

ولا بحث لنا في هذا، وإنما المهم الإشكال:

الثاني: وتوضيحه: أن مفاد قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فيجب الوفاء به بجميع متعلقاته، فيجب الوفاء بجميع شروطه المصرحة، وغيرها، وهي الشروط الضمنية التي يبنى عليها العقد في ارتكاز العقلاء، كشرط السلامة في العوضين، والمساواة بينهما في القيمة، بحيث لا يكون التفاوت بينهما فاحشاً؛ فإن الشروط من الإيقاعات، فتحتاج إلى إنشاء، إلا أنه لا يشترط التصريح في إنشائها، بل يكفي في إنشائها كونها مرتكزاً عند العقلاء، فيقع العقد مبنياً عليها، وهي التي يعبّر عنها بالشروط الضمنية، ولهذا التزم بالخيار لو كان المبيع معيباً، أو كان التفاوت بين العوضين فاحشاً.

وعليه، فإذا ثبت الخيار في معاملة، ارتفع وجوب الوفاء بها، وارتفع وجوب الوفاء بجميع ما تضمنته من الشروط الصريحة أو الضمنية؛ إذ الرفع كالوضع، فكما أن وضع وجوب الوفاء يتعلق بالعقد وبجميع شروطه، فكذلك رفعه يتعلق بالجميع.

ونتيجة ذلك: أنه مع وجود الخيار ينتفي وجوب الوفاء بشرط التسليم

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٣.

والتسلّم؛ لأنه من جملة الشروط الضمنية، فينتفي وجوب الوفاء به بانتفاء وجوب الوفاء بالعقد، وما تضمنه من الشروط، فيتمّ قول العلامة رحمه الله من كون حبس الثمن حينئذٍ بحق، والمستفاد من النصوص أن خيار التأخير إنما إذا كان حبس الثمن بغير حق.

ثم أضاف المحقق النائيني رحمه الله قوله:

(أما إذا كان له الخيار فواضح.

وأما إذا كان عليه الخيار، ولم يسلّم الآخر ما انتقل عنه، فلما عرفت من أن التسليم والتسلّم التزام من الطرفين، فإذا لم يفِ أحدهما به ولو حقّاً فلا يجب على الآخر أيضاً الوفاء به.

نعم، لو سلّم ذو الخيار، فيجب على من عليه الخيار أيضاً أن يسلّم ما انتقل عنه بجميع ما اشترط عليه في ضمن العقد صريحاً أو ضمناً)[1].

إشكال المحقق الخوئي على المحقق النائيني ودفعه

وقد أورد المحقق السيد الخوئي رحمه الله عليه: بأن ما أفاده تام على مبنى من يرى بأن مفاد ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ حكم تكليفي، وأما على ما أثبتناه في محله من كون مفادها إرشاداً إلى اللزوم، فلا يرد؛ لعدم استفادة وجوب التسليم منها[2].

ولا ثمرة لهذا الإشكال؛ لذهاب الشيخ رحمه الله، إلى أن مفاد الآية حكم

(١) منية الطالب ٣: ١٨٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٢٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٣٦.

تكليفي، وإشكال المحقق النائيني رحمه الله على الشيخ رحمه الله، فهو تأييد لكلام المحقق النائيني رحمه الله، لا إشكال عليه.

الصحيح في مناقشة المحقق النائيني

هذا، ولكن الحق عدم تمامية ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله لوجوه:

الوجه الأول: أنه - سواء أكان مفاد آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ هو الإرشاد إلى اللزوم، أم وجوب الوفاء تكليفاً، ولازمه اللزوم - لا بدّ من ملاحظة مدلول دليل الخيار؛ لأن لزوم العقد - سواء وجد من ناحية الدليل اللفظي أم الأصل العملي - يرتفع بأدلة الخيار، بنحو التخصيص، كما لو كان دليل اللزوم لفظياً، أو بنحو الحكومة، كما لو كان الدليل أصلاً عملياً.

ومعنى الخيار هو السلطنة على حلّ البيع أو إبرامه، وعمله رفع وجوب الوفاء بالعقد.

وعليه فإذا رجعنا إلى أدلة الخيار، فالمستفاد من دليل خيار المجلس: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع »، عدم لزوم العقد وقت المجلس، أو فقل إن حال ما قبل الافتراق ظرف للخيار، وبعد الافتراق يكون البيع واجباً، فمتعلّق الخيار نفس البيع.

وهكذا الحال بالنسبة إلى خيار الحيوان بالإضافة إلى الثلاثة الأيام؛ فإنها ظرف للخيار، ويرتفع بعدها، وكذلك مفاد دليل خيار التأخير على مبنى من يستفيد الخيار من جملة « لا بيع له »، بخلاف مبنى الشيخ رحمه الله،

الذي ذهب إلى البطلان.

والحاصل: أن حدّ مدلول دليل الخيار هو السلطنة على حلّ العقد، واستفادة ما زاد على ذلك يحتاج إلى دليل، فمدّعى المحقق النائيني رحمه الله من أن دليل الخيار يرفع وجوب الوفاء بالعقد وشروطه، لا دليل عليه.

الوجه الثاني: ينبغي أن نفرّق بين الوضع والرفع؛ فإن مقتضى آية الوفاء، وجوب الوفاء بالعقد وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط المأخوذة فيه، كما بيّنه المحقق النائيني رحمه الله، ولكن بالنسبة إلى الرفع، فمقدار ما يمكن استفادته من دليل الخيار هو رفع وجوب الوفاء بالعقد، لا وجوب الوفاء بمتعلقاته أيضاً؛ لعدم انحصار دليل وجوب الوفاء بالشرط في دليل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، بل كما تدلّ هي عليه، يدلّ عليه أيضاً دليل « المؤمنون عند شروطهم »[1]، فرفع وجوب الوفاء بالعقد بواسطة الخيار، لا يقتضي رفع وجوب الوفاء بالشرط المستفاد من دليل الشروط؛ لعدم الملازمة بينهما.

ويشهد على ذلك وجوب الوفاء بالشروط الواقعة في العقود الجائزة ما دام العقد قائماً؛ استناداً إلى « المؤمنون عند شروطهم »[2].

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال: بأن في وجوب الوفاء بالشروط في ضمن العقود الجائزة قولين: أحدهما عدم وجوب الوفاء، والآخر - وهو المختار - وجوب الوفاء ما دام العقد قائماً؛ بدليل: « المؤمنون عند شروطهم »؛ لانطباق عنوان الشروط عليها، وهو الالتزام في ضمن التزام آخر، فلو اشترط في ضمن عقد

فالنتيجة: أن البيع يكون جائزاً؛ بمقتضى دليل الخيار الرافع لوجوب الوفاء بالعقد، وتجب الشروط؛ بمقتضى دليل" « المؤمنون..».

الوجه الثالث: أن البيع - سواء أكان تمليك عين بعوض، كما هو مسلك الشيخ رحمه الله، أم تبديل طرفي الإضافة، كما هو مسلك المحقق النائيني رحمه الله - يقتضي نقل ملكية كل من العوضين، من أحدهما إلى الآخر، وحينئذٍ تكون يد من انتقل عنه العوض على ذلك العوض، إما يد ضمان، أو يد أمانة - مالكية أو شرعية - ولا ثالث لهما، فإن كانت يده يد ضمان، فبمقتضى: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »، يجب عليه الأداء، فيؤدي المشتري الثمن، والبائع المثمن، وإن كانت يده يد أمانة، وجب عليه الرد؛ بحكم قوله تعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[1]، وعلى كلا التقديرين يحرم التصرف في مال الغير حتى بحبسه.

فيتضح بطلان ما ذهب إليه العلامة رحمه الله مع تأييد المحقق النائيني رحمه الله؛ إذ اتضح أن مقتضى ثبوت الخيار، ليس هو ثبوت الحق لصاحبه في حبس العوض، فيثبت للمشتري - إن كان له خيار - حق حبس الثمن، وبضم أن خيار التأخير جعل في مورد حبس الثمن من غير حق، يثبت

المضاربة أن يجبر العامل الخسارة في رأس المال من ماله لزم.

نعم، لو اشترط أن يكون ضامناً للخسارة لكان باطلاً.

(١) سورة النساء: ٥٨.

هذا الشرط.

إشكال الشيخ على اشتراط عدم خيار آخر في خيار التاخير

ثم إن هنا وجهاً آخر لبطلان هذا الاشتراط أفاده الشيخ رحمه الله، وبيانه:

أن اشتراط عدم وجود خيار آخر في خيار التأخير يستلزم أمرين على سبيل منع الخلو، ولكل واحد منهما تالٍ فاسد، فإذا بطل التالي، بطل المقدم، وبيان ذلك:

أن أدلة خيار تأخير الثمن موضوعها عنوان البيع، وفي أغلب أفراد البيوع خيار المجلس؛ إذ يستثنى الموارد النادرة التي اشترط فيها المتبايعان إسقاط جميع الخيارات، فمقتضى عنوان البيع من جهة، وعموم خيار المجلس لجميع أفراد البيع من جهة أخرى، أن يلزم - إذا اشترط في خيار التأخير عدم خيار آخر – إما انحصار خيار التأخير في أفراد نادرة؛ إذ تخرج أكثر أفراد البيع من تحته، وتخصيص أكثر الأفراد باطل على جميع المباني؛ فإن ورود المخصص على الأحكام، التي هي بنحو القانون، بحيث لا يبقى تحته إلا أفراد نادرة، باطل بضرورة العقل، وبالإجماع القطعي.

أو الالتزام بأن مبدأ الثلاثة الأيام - التي يلزم فيها البيع - في خيار التأخير، بعد الافتراق من المجلس، في أغلب البيوع، وبعد الثلاثة الأيام في خيار الحيوان، وهو خلاف ظهور أدلته؛ إذ هي ظاهرة في اتصالها بالعقد.

فالحاصل: أنه يلزم من اشتراط عدم خيار آخر في خيار التأخير أحد

أمرين: إما تخصيص الأكثر، أو انفصال الثلاثة الأيام عن العقد، وكلاهما باطل، فيبطل الشرط[١].

ونتيجة البحث - بعد ردّ كلام العلامة رحمه الله، وتأييد المحقق النائيني رحمه الله - ثبوت خيار التأخير وإن وجد خيار آخر، سواء أثبت الخيار الآخر بالدليل التعبدي كخياري المجلس والحيوان، أم بالشرط الارتكازي، كخياري الغبن والشرط؛ وذلك لتمامية المقتضي - وهو إطلاق النصوص الدالة على خيار التأخير - وانتفاء المانع.

القول الثاني: اشتراط عدم الخيار للبائع دون المشتري

وهو القول بالتفصيل بين البائع والمشتري، فيشترط في ثبوت خيار التأخير، عدم الخيار للبائع، دون المشتري[٢]، واستدل عليه بثلاثة أوجه:

أدلة القول بالتفصيل/ الوجه الأول ومناقشته

الوجه الأول: أصالة اللزوم؛ وذلك لأنا - مع وجود خيار آخر للبائع - نشك في ثبوت خيار التأخير، فيدور أمر المخصص بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة عدم وجود خيار آخر، والمرجع في الباقي إلى أصالة اللزوم.

وفيه: أنه تام لو وصل الأمر إلى الشك، وأما مع وجود الإطلاق في

---

(١) المكاسب ٥: ٢٢٩.

(٢) القائل بالتفصيل السيد العاملي في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٥٥.

أدلة خيار التأخير، مع إمكان تعدد الخيار، بل وقوعه، فهو مقدم على الأصل.

الوجه الثاني

الوجه الثاني: أن حكمة ثبوت خيار التأخير، هو تضرّر البائع لو حكم بلزوم المعاملة؛ وذلك لتضرّره من جهة حرمانه من الثمن، الذي هو ملكه، وانتقل إليه بالبيع، ومن جهة وجوب حفظ المبيع عليه؛ لكون مال الغير في يده، ومن جهة ضمانه لو تلف في يده.

فإذا كان له خيار آخر انتفت الأضرار الثلاثة عنه، فلا موجب لجعل خيار التأخير له.

إشكال المحقق الخوئي

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله: بأن الدليل تام لو كان المستند في خيار التأخير قاعدة « لا ضرر »، ولكن تقدّم منا أنا أثبتنا أن الدليل عليه هي الأخبار[1].

الصحيح في الإشكال على الوجه الثاني

ولكن الصحيح عدم صحة الاستدلال بها لنفي الخيار الآخر وإن تمسكنا بها في أصل خيار التأخير؛ وذلك لأن مدلول « لا ضرر » هو رفع لزوم المعاملة لو كان ضررياً؛ لكونها حاكمة على جميع أدلة الأحكام الوضعية والتكليفية، والضرر المتوجه إلى المعاملة، تارة يكون

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٢٨، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٣٨.

من جهة الغبن، وأخرى من جهة العيب، وثالثة من جهة تأخير الثمن، فلو حكم باللزوم في هذه الموارد للزم الضرر منه، فيرفع اللزوم بـ« لا ضرر »، فمن كانت هي مستنده في الخيار، أمكنه أن يقول بتعدد الخيارات في المعاملة الواحدة؛ لإمكان التعدّد ثبوتاً، وعدم المانع منه إثباتاً، فيكون له خيار من جهة العيب، وآخر من جهة الغبن، وثالث من جهة تأخير الثمن.

فلا وجه لدعوى انتفاء الضرر عن البائع إذا كان له خيار آخر، وإلا فما هو الموجب للقول بثبوت خيار العيب أو الغبن بها مع تأخير الثمن، من غير أن يثبت له الخيار من جهة التأخير؟

وبعبارة مختصرة: إن القواعد الشرعية انحلالية، فقاعدة « لا ضرر » ترفع الحكم الضرري من أي جهة جاء الضرر، فترفع اللزوم الضرري الناشيء من الغبن، أو من تأخير الثمن، فلا وجه لاشتراط عدم خيار آخر للبائع في ثبوت خيار التأخير، سواء أقلنا بثبوته بقاعدة « لا ضرر »، أم بغيرها.

الوجه الثالث والإشكال عليه

الوجه الثالث: أن ظاهر الفتوى والنص الدال على خيار التأخير، هو لزوم البيع على البائع إلى ثلاثة أيام، وإن لم يأت المشتري بالثمن بعدها صار البيع خيارياً، ومعنى لزومه في الثلاثة انتفاء كافة الخيارت، وإلا لم يكن لازماً، وكان على خلاف النص والإجماع.

وهو محل إشكال؛ لأن اللزوم في الأيام الثلاثة - بمقتضى المقابلة بينه وبين الخيار بعدها - هو اللزوم من جهة تأخير الثمن؛ إذ كما أن الخيار بعد الثلاثة بسبب تأخير الثمن، فاللزوم في أثنائها يكون من جهته، لا من جميع الجهات.

جواب السيد العاملي في مفتاح الكرامة عن الإشكال

وأجيب عنه: باستحالة تقيّد الخيار بالتأخير؛ لأن التأخير سبب الخيار، ولا يتقيّد الحكم بصدوره عن السبب؛ إذ يلزم من تأثير السبب في المسبب المقيّد بسببه، توقف الشيء على نفسه، وتأثير العلة في نفسها.

وحينئذٍ يكون الخيار الناشئ من التأخير مطلقاً، غير مقيّد بشيء، فيكون اللزوم في الثلاثة مطلقاً أيضاً، ومعنى ذلك انتفاء الخيار في الثلاثة من أية جهة؛ أي لا يكون للبائع خيار آخر[1].

مناقشة الشيخ لجواب السيد صاحب مفتاح الكرامة

ونقل الجواب صاحب الجواهر رحمه الله، وقبله في الجملة[2]، إلا أن الشيخ رحمه الله قد أجاب عنه: بعدم الملازمة بين إطلاق الخيار، وإطلاق اللزوم؛ فإن المستحيل تقيّد الخيار بالتأخير؛ لكونه سببه، ولكنه ليس

---

(١) مفتاح الكرامة ١٤: ٢٥٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٤، ولعل قول الأستاذ دام ظله: (قبله في الجملة)، إشارة إلى تعقيب صاحب الجواهر رحمه الله على الدعوى؛ حيث قال:

(قيل : وليس المراد به نفي الخيار المخصوص؛ لأن الثابت بالتأخير أصل الخيار، والحكم لا يتقيد بالسبب، وإن كان في الأخير ما فيه).

سبباً إلى اللزوم حتى يستحيل تقيّده به، فيكون الخيار مطلقاً لاستحالة تقيّده بسببه، وأما اللزوم في الثلاثة فيكون مقيّداً من ناحية التأخير؛ لعدم استحالة تقيّده به، أي يكون اللزوم في الثلاثة حيثياً وفي الجملة، ولا موجب لجعله لزوماً مطلقاً، فلا يتنافى مع وجود خيار آخر.

الإشكال على الشيخ والحق في مناقشة الوجه الثالث

وفيه: أن المستفاد من كلام الشيخ رحمه الله قبوله بعدم تقييد الخيار المسبب عن التأخير بسببه الذي هو التأخير، وقد نبّهنا سابقاً على أن نسبة الأحكام مطلقاً، التكليفية والوضعية، إلى موضوعاتها، ليست نسبة المعلولات إلى عللها، حتى يأتي بحث التقيّد بالسبب؛ فإنه منتفٍ فيها من باب انتفاء السالبة بانتفاء موضوعها؛ إذ لا وجود إلى السبب والمسبب، والعلة والمعلول، بل الموجود موضوع وحكم.

نعم، كل حكم، تكليفي أو وضعي، يتضيّق تضيّقاً قهرياً بتضيّق موضوعه، ويتسع قهراً باتساعه؛ فإن التضيّق والسعة تارة يكونان قهريين، وأخرى اختياريين؛ فإن التضيق الاختياري هو تقييد موضوعات الأحكام من قبل الحاكم في قبال الإطلاق؛ فإنه أمر اختياري له؛ فإن موضوع الحكم بوجوب الإكرام مثلاً عند الشارع، تارة يكون هو العالم، فيأتي به مطلقاً فيقول: (أكرم العالم)، وأخرى يكون موضوعه العالم العادل، فيأتي به مقيّداً به، فيقول: (أكرم العالم العادل).

فالسعة في المثال الأول، والتضييق في المثال الثاني كانا بالاختيار،

ولكن سعة الحكم في المثال الأول وإطلاقه قهري بسعة موضوعه، كما أن تضيّق الحكم في المثال الثاني قهري، تبعاً لتضيق موضوعه.

فالإطلاق والتقييد في موضوع الحكم باختيار الجاعل، ولكن بعد الإطلاق أو التضييق فيه يكون الحكم موسعاً أو مضيّقاً قهراً.

والموضوع في ما نحن فيه، عبارة عن تأخير الثمن، فيكون الخيار المترتّب عليه مضيقاً بحسبه، في قبال الخيار المترتب على موضوع الغبن، والخيار المترتب على موضوع العيب.

فيكون الحق في المسألة أن خيار تأخير الثمن مضيّق تضييقاً قهرياً؛ لعدم إمكان تجاوز الحكم عن حدّ موضوعه، وإذا كان الخيار مضيّقاً بالتأخير، فبقرينة المقابلة يكون اللزوم في الثلاثة الأيام مضيّقاً به أيضاً، بمعنى أن الشارع حكم في الثلاثة الأيام باللزوم من حيث تأخير الثمن، فإذا انقضت كان للبائع الخيار، سواء أكان له خيار آخر أم لا.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وأورد المحقق الرشتي رحمه الله على الشيخ رحمه الله، ويرد على بياننا أيضاً: بأن الخيار، بما أنه سلطنة على حلّ العقد، فهو قابل للتعدد؛ إذ يمكن أن تكون لصاحب الخيار سلطنة على حلّ العقد من جهة العيب، ومن جهة الغبن، ومن جهة تأخير الثمن، وأما اللزوم فليس للعقد إلا لزوم واحد؛ إذ هو عبارة عن عدم جواز إزالة العقد، أو وجوب الوفاء به، ولا معنى لكونه إضافياً، بل هو حاصل على الإطلاق، لا يجتمع مع خيار آخر، كما

لا يجتمع مع لزوم الآخر[١].

والإشكال من حيث الصورة قوي؛ لأن معنى كون العقد لازماً أنه غير قابل للفسخ، ومعنى كونه جائزاً أنه قابل له، ولا يمكن الجمع بين قبوله للفسخ وعدمه[٢].

ولكن يرد عليه: أن كلاً من الجواز واللزوم ينقسمان إلى قسمين: حكمي، وحقي، فالجواز الحكمي كجواز الهبة، والجواز الحقي كجواز البيع الخياري، واللزوم الحكمي كلزوم عقد النكاح، واللزوم الحقي كلزوم عقد البيع والصلح، وكل عقد لازم.

والسؤال: هل يمكن الجمع بين اللزوم والجواز أو يستحيل؟

والجواب: أما ثبوتاً، فلا استحالة في ذلك؛ إذ يمكن الجمع بين اللزوم من حيث، والجواز من حيث آخر، ويشهد له أن النكاح عقد لازم لزوماً حكمياً، ومع ذلك يجوز فسخه من حيث العيوب، فهو محكوم

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٦٧ - ٥٦٨.

(٢) قال أحد حضار مجلس البحث: بأن هذا يتنافى مع ما ورد في خيار المجلس: « فإذا افترقا وجب البيع ».

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن هذا لا يصلح جواباً على المحقق الرشتي رحمه الله؛ لوجود مبنيين في المراد من العبارة، أحدهما: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني رحمه الله، من ان الوجوب من حيث المجلس، والآخر: أن الوجوب مطلق، إلا أن دليل الخيار الآخر خصصه، فلا يأتي الإشكال على المبنى الثاني.

بالجواز من حيث العيوب، ومحكوم باللزوم من حيث غيرها.

فإذا أمكن اجتماع اللزوم الحكمي مع الجواز الحكمي، بل وقع الاجتماع بينهما، فاللزوم والجواز الحقيان على وزانهما.

ويؤكده أن المحقق الرشتي رحمه الله نفسه، تعرض في أول خيار الشرط إلى الإشكال الوارد على الشرط، من أنه مخالف لمقتضى العقد، الذي هو اللزوم، الثابت بالكتاب والسنة، والشرط المخالف لهما باطل.

وأضاف إليه: أن هذا الإشكال يأتي في خيار الحيوان، لكن بعد انقضاء الثلاثة الأيام، لا في أثنائها؛ لأن البيع فيها جائز؛ لخيار الحيوان، ثم قال:

(ويمكن تقريره في الثلاثة بتقريب أن مقتضى العقد فيها هو الجواز من جهة خيار الحيوان، لا من جميع الجهات، فهو من سائر الجهات يكون لازماً في الثلاثة أيضاً، وإن كان جائزاً من جهة خيار الحيوان، وتظهر الثمرة في الإسقاط)[1].

فإذا أمكن في خيار الحيوان اجتماع الجواز في الثلاثة من جهة، مع اللزوم من سائر الجهات، فالحال كذلك في خيار التأخير، فيكون اللزوم في الثلاثة من جهة خيار التأخير، فيجتمع مع الجواز من سائر الجهات.

فإشكال المحقق الرشتي رحمه الله على الشيخ رحمه الله مندفع على حسب مبناه.

وبهذا ينتهي الكلام حول هذا الشرط، وتبيّن عدم أخذه في خيار

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٢٧٣.

التأخير.

الثاني: تعدد المتعاقدين

نسبه صاحب الجواهر رحمه الله إلى بعض الأساطين بقوله: (ويظهر من بعض الأساطين، اشتراط التغاير بين البايع والمشتري بالذات، في هذا الخيار)[١].

أدلة هذا الشرط

وما يمكن ان يستدل به عليه وجهان:

الوجه الأول: أن النص ورد في صورة تعدّد المتعاقدين، بحيث يكون أحدهما لم يسلّم المثمن، والآخر لم يأت بالثمن، ولم يرد نص تعييناً أو إطلاقاً يدل عليه حال اتحادهما، فيتمسك - فيما عدا صورة تعدّدهما - بالأصلين، اللفظي والعملي الدالين على اللزوم.

الوجه الثاني: أن خيار التأخير إنما يثبت بعد خيار المجلس، وغاية خيار المجلس الافتراق، فمع فرض اتحاد العاقد، لا يتصور الافتراق، فيبقى خيار المجلس إلى الأبد، فلا يبقى مجال إلى خيار التأخير، إلا مع إسقاط الأول[٢].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٥.

(٢) أشار إلى الوجهين صاحب الجواهر ٢٣: ٥٥:٢٣، والمكاسب ٥: ٢٣٠.

إشكال الشيخ على الوجه الأول

أما الأول فأورد عليه الشيخ رحمه الله: بأن المناط عدم القبض والإقباض، ولا إشكال في تصوّره من المالكين، مع اتحاد العاقد من قبلهما[١].

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأجاب عنه المحقق الرشتي رحمه الله: بأن النص ورد في صورة تعدّد المتعاقدين، ودعوى عدم كون تعدّدهما مناطاً للحكم، بل المناط تعدّد المالكين، دعوى ظنية قطعاً؛ لعدم العلم بملاكات الأحكام الواقعية، والمناط الظني غير مفيد[٢].

والحق عدم وروده؛ فإن الشيخ رحمه الله وإن عبّر بالمناط، إلا أنه لا يريد به علة الحكم؛ وإنما يريد به تنقيح الموضوع، وفرق بين استخراج المناط لإسناد الحكم إليه، وبين تنقيح موضوع الحكم، وجعل الحكم يدور مدار وجود الموضوع وعدمه.

توضيح ذلك: بما أنا - نحن العدلية - نرى بأن الأحكام تدور مدار الملاكات الواقعية، فتنقيح المناط إن كان ظنياً كان باطلاً ولم يؤخذ به، وإن كان قطعياً أخذ به، ولكن ما أراده الشيخ رحمه الله غير ذلك؛ فإنه أراد تنقيح الموضوع المأخوذ في روايات خيار التأخير؛ فإنه استفاد من النصوص كون الموضوع عبارة عن أمرين: عدم إقباض المثمن، وعدم قبض الثمن، فإذا وقع البيع ولم يحصل الإقباض والقبض، فالأجل ثلاثة

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٠.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٥٦٩.

أيام، فإذا انقضت فلا بيع له، أو بينهما، فاعتبر في النصوص عدم إقباض المثمن، وعدم قبض الثمن شرطاً لثبوت الخيار، فلسانها لسان القضية الشرطية، وحينئذٍ متى وجد الشرط ثبت الجزاء، ومتى انتفى الشرط انتفى الجزاء، بلا دخل لتعدّد العاقد ووحدته، وهذا هو الحق.

وبهذا التقريب ينتفي موضوع إشكال المحقق الرشتي رحمه الله .

إشكال الشيخ على الوجه الثاني

وأما الثاني، فأورد عليه الشيخ رحمه الله: بما عرفت من عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في مجرد إجراء العقد، ففي صورة اتحاد العاقد، لم يثبت خيار المجلس، ليكون مانعاً من ثبوت خيار التأخير[1].

وهذا الإشكال مبنائي كما هو ظاهر.

فيرد على هذا الوجه إشكال آخر، وهو منع أصل الدعوى؛ فإنا أتباع الدليل، ولا يوجد دليل يدل على أن خيار التأخير يأتي بعد خيار المجلس.

نعم، لو علّق ثبوت خيار التأخير على عدم خيار آخر، لانتفى بثبوت خيار المجلس، ولكن تقدّم عدم ثبوت ذلك.

فالنتيجة: أن الحق هو اشتراط خيار التأخير بعدم إقباض المثمن، وتأخير الثمن إلى أن تنقضي الثلاثة الأيام، فإذا انقضت ثبت الخيار،

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣١.

سواء أتعدّد العاقد أم اتحد.

نعم، لو كان العاقد وليّاً لهما بيده العوضان، لم يتحقق شرطا ثبوت الخيار - أعني لم يتحقق عدم الإقباض والقبض - فلا يثبت الخيار، لا من جهة اشتراط التعدّد، بل من جهة انتفاء شرطه.

الثالث: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية

نسب هذا الشرط إلى الشيخ الصدوق رحمه الله، في صورة ما إذا كان المبيع جارية[1]، ونسب إليه آخر في ما لو كان المبيع حيواناً[2].

واستدل عليه بما رواه علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية، وقال: أجيئك بالثمن؟ فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له[3].

والبحث فيها من جهتين: دلالية وسندية:

---

(١) المقنع: ٣٦٥، وقال فيه ما لفظه: (وإذا اشترى رجل من رجل جارية، وقال: أجيئك بالثمن، فإذا جاء فيما بينه وبين شهر مضى، وإلا فلا بيع له).

(٢) نسب الحكاية الشيخ في المكاسب ٥: ٢٣١ إلى ظاهر المختلف، ولكن لم يظهر من المختلف ٥: ٧٠ ذلك.

(٣) الوسائل، الباب٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

قال في الوسائل: ورواه الصدوق بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام.

وقال الصدوق في الفقيه ٣: ٢٠٣: وفي رواية أخرى، عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «... ومن اشترى جارية، وقال للبائع: أجيئك بالثمن، فإن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له ».

أما البحث الدلالي، فقد ناقشها الشيخ رحمه الله: بأن من شرط خيار التأخير عدم إقباض المثمن، ولم يظهر من الرواية عدم إقباض الجارية، ولا قرينة على حملها عليها، فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهر[١].

وأما البحث السندي، فقد ضعفها العلامة رحمه الله في كتابه المختلف، فقال: (والجواب : المنع من صحة السند)؛ والسبب تردّد أبي إسحاق الموجود في السند بين الثقة وغيره[٢].

وقد أفاد المحقق السيد الخوئي رحمه الله: بأن أبا إسحاق في السند هو إبراهيم بن هاشم؛ بقرينة الراوي والمروي عنه، وهو ثقة بتوثيق ابنه، فالسند تام[٣].

نقول: وإن كان في المقام بحث من جهة تمييز المشتركات، وتعيين الراوي بقرينة الراوي والمروي عنه، وهل ينتهي إلى التمييز الظني أو الاطمئناني، إلا أننا في غنى عنه في المقام؛ إذ لا مجال للعمل بهذه

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣١.

(٢) المختلف ٥: ٧٠، وسند الرواية كما في الوسائل هو: (وباسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن ابن أبي عمير، عن محمد بن أبي حمزة، عن علي بن يقطين).

(٣) مصباح الفقاهة ٧: ، التنقيح في شرح المكاسب من الموسوعة ٣٩: ٤٢.

الرواية وإن فرض صحة السند؛ لإعراض الأصحاب القريب من الاتفاق عنها، ومثلها لا تشمله أدلة حجية خبر الثقة، التي من أهمها سيرة العقلاء؛ فإنا نقطع بعدم قيامها في مثل ما لو أعرض الأصحاب قديماً وحديثاً عن الخبر، ما عدا شخصاً واحداً.

ولا ربط لهذا بالقول بوهن الرواية بإعراض المشهور؛ فإن الإعراض فيما نحن فيه كاد أن يكون اتفاقياً.

ثم لا يخفى أن للرواية سنداً آخر، رواه الصدوق قدس سرّه بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة (وفي نسخة: عمّن رواه وكذا في الوافي)، عن أبي عبد الله عليه السلام ...

وإسناد الصدوق إلى الحسن بن علي بن فضال، وإن كان تاماً، ولكن الحسن بن علي بن رباط لم نجد له توثيقاً عاماً، ولا خاصاً.

مضافاً الى إرسال الرواية على بعض النسخ، فالرواية غير حجة على هذا الإسناد أيضاً.

وبهذا ينتهي الكلام في شروط خيار التأخير.

مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التاخير

في مبدأ الثلاثة الأيام التي يبدأ بعدها خيار التأخير وجهان:

الوجه الأول: أنه من حين التفرّق، ونقل القول به صاحب الجواهر رحمه الله عن: (ظاهر الشيخين، والسيدين، والقاضي، والديلمي،

والحلي، والعلامة في المختلف والتحرير)[١].

الوجه الثاني: أنه من حين العقد، وهو المنقول عن الأكثر[٢].

وقوّى الشيخ رحمه الله الثاني[٣].

والبحث في ذلك من جهتين:

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة، لو فرض إجمال النص، أو معارضته.

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص

أما الجهة الأولى، فمجموع ما يستفاد من الأدلة التي أقامها الأعلام للقول الأول ثلاثة:

الوجه الأول: أن المستفاد من النص أن الثلاثة الأيام ظرف لزوم العقد، وأن ما بعدها ظرف للخيار، وبما أن لزوم العقد بعد التفرق من المجلس، فيكون مبدأ الثلاثة من حين التفرّق.

وفيه: أنه يتم على قول من قال بأن اللزوم في الثلاثة لزوم من جميع

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٦.

(٢) هذا ما نسبه الشيخ الأستاذ دام ظله، ولكن الظاهر أنه سبق لسان؛ فإن الظاهر أن الأول هو الذي عليه الأكثر.

(٣) المكاسب ٥: ٢٣٢.

الجهات، وأما على ما استفدناه من النصوص، من أن اللزوم إضافي، ومن حيث تأخير الثمن فقط، لا من كل جهة، فلا يأتي هذا الوجه؛ إذ يجتمع اللزوم من حيث تأخير الثمن مع خيار المجلس، ولا يتوقف على التفرّق.

الوجه الثاني: ورد في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قال: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[١].

والتعبير بـ« جاء » يقتضي التفرّق؛ إذ لا يصدق على الإعطاء والتسليم، وإنما تصدق على من ذهب ليأتي، ولا يتمّ ذلك إلا بالتفرّق، فتدلّ الصحيحة على أن مبدأ الثلاثة من حين التفرّق.

ذكره صاحب الجواهر رحمه الله ، ولم يجب عنه[٢]، كما ذكره الشيخ رحمه الله، ولم يناقش في ظهوره[٣]، بعد غض النظر عن بيان دليل القول الآخر.

والحق أن هذا الظهور غير قابل للإنكار، ولكن المحقق الإيرواني رحمه الله، ناقش فيه بما حاصله:

أن الجملة غير ظاهرة في كون مبدأ الثلاثة من زمان التفرّق؛ لكون الضمير في « بينه » من جملة « إن جاء ما بينه » إما أن يعود إلى

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٧؛ حيث قال: (بل لعل المتبادر من قوله عليه السلام « إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام » مجيئه من وقت المفارقة؛ إذ لا يعقل المجيئ حال الاجتماع، إلا إذا أريد به مجرد دفع الثمن، وهو خلاف الظاهر).

(٣) المكاسب ٥: ٢٣٢؛ حيث قال: (من ظهور قوله: « فإن جاء بالثمن...)، ولم يعلّق عليه.

الاشتراء، المفهوم من قول السائل: (عن الرجل يشتري)، وزمان الاشتراء هو زمان العقد، لا التفرّق، وإما أن يعود إلى المشتري بوصف كونه مشترياً، وهو من حين العقد أيضاً[١].

وهو واضح الضعف؛ فإن إرجاع الضمير إلى الاشتراء مع عدم الأثر عليه في الكلام خلاف الظاهر، وأما عوده على المشتري وإن أمكن؛ لتقدّمه في الكلام، إلا أنه غير دال على كون المبدأ من حين العقد؛ لمنافاته للمجيء، الذي لا يصدق على ما قبل التفرّق؛ إذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع، وقد غفل عن هذه الجهة في الرواية.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الرشتي رحمه الله، من أن الضمير يعود على المشتري، ولكن بما أنه لا معنى لأن يكون المشتري مبدأ الثلاثة، فلا بدّ أن يكون المبدأ ما كان له جهة اختصاص بالمشتري، وهو ليس إلا التفرّق؛ لكونه مختصاً بالمشتري؛ فإنه هو الذي يفترق عن البائع للمجيء بالثمن، وأما زمان العقد فهو مشترك بينهما، ولا اختصاص له بالمشتري، فيكون المبدأ حين التفرّق، وهو الذي قواه في قبال قول الشيخ رحمه الله[٢].

وفيه: أنه وإن كان الضمير يعود إلى المشتري، فلا بدّ أن يرجع إلى ما يختص به، إلا أن الضمير في صحيحة علي بن يقطين يعود إليهما

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٤٥.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٥٧٢.

كليهما: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»[١]، والأمر المشترك بينهما هو العقد، فلا تتمّ تقويته مع هذا الظهور.

وأما القول الثاني - وهو أن المبدأ من حين العقد - فقد ذكرت له وجوه ثلاثة أيضاً، وهي:

الوجه الأول: ما يستفاد من صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[٢].

فإن الظاهر منها كون المبدأ زمان حصول العقد، ومنشأ الاستظهار أمران:

الأول: أن السؤال كان عن الرجل يبيع البيع، فلم يقبض المشتري البيع، ولا المشتري الثمن، وكان الجواب: « الأجل بينهما ثلاثة أيام »، فمعناه أن مبدأ الأجل زمان البيع.

الثاني: كلمة « بينهما »؛ فإنها ظاهرة في كون الأمر الذي يكون مبدأ للثلاثة مربوطاً بكليهما، وهو ليس إلا العقد؛ فإن الافتراق مخصوص بالمشتري؛ إذ هو الذي سيذهب للمجيء بالثمن.

الوجه الثاني: ما يستفاد من موثقة إسحاق بن عمار؛ إذ فيها: « من

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له »[١].

فإن الموضوع فيها الذي رتّب عليه « ولم يجيء » هو: « من اشترى بيعاً »، والعنوان المأخوذ في موضوع الحكم، يؤخذ بنحو الموضوعية، فيكون الموضوع هو عنوان الاشتراء، وهو يحصل عند العقد.

الوجه الثالث: أنه يلزم من القول بأن المبدأ زمان التفرّق، تالٍ فاسد، وهو فيما لو لم يفترق المشتري عن البائع في مدة ثلاثة أيام، وامتنع أيضاً عن المجيء بالثمن؛ فإنه على القول بأن مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، فينبغي أن يكون البيع لازماً في الثلاثة الأولى؛ لعدم التفرّق، ولازماً في الثلاثة الأيام الأخرى؛ لابتداء زمانها من حين التفرق، فيكون البيع لازماً ستة أيام، ولا قائل به من الفقهاء، ومع فساد اللازم يفسد الملزوم، فيتعين كون المبدأ من حين العقد، فإذا نقضت الثلاثة الأولى كان للبائع الخيار، سواء أتفرّقا أم لم يتفرّقا.

ومع ملاحظة هذه الأوجه الثلاثة يعرف وجه تعبير الشيخ رحمه الله بالأقوى؛ فإن المستفاد من ذلك أنه لا يناقش في ظهور « فإن جاء » في كون المبدأ الافتراق، إلا أن صحيحة علي بن يقطين أظهر في كون المبدأ زمان العقد، ومع دوران الأمر بين الأخذ بالظاهر أو الأظهر يقدم الأظهر، فقدّمه الشيخ رحمه الله، فقوّى القول الثاني.

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٤.

ووجه الأظهرية ما قدمناه من النكتتين، مضافاً إلى تأييدهما بالوجهين الآخرين.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى القاعدة؛ وذلك فيما لو قلنا بإجمال النصوص، أو لم يمكن تقديم أحد الظاهرين على الآخر، بحيث يقع التعارض بين ما دلّ على كون مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، وبين ما دلّ على كون المبدأ زمان العقد، مع العلم بكون المبدأ أحدهما، فالمسألة تندرج في صغريات إجمال المخصص، فالمرجع حينئذٍ في غير المتيقن تخصيصه هو الأصل، اللفظي، والعملي على التعاقب.

أما تقريب الأصل اللفظي فبهذا البيان:

أنه لو تأخر زمان التفرّق عن زمان العقد بخمس ساعات مثلاً، فبعد انقضاء الثلاثة الأيام من حين العقد، تبقى خمس ساعات عن انقضاء الثلاثة من حين التفرّق، فنشك في ثبوت الخيار في هذه المدة؛ إذ إن كان مبدأ الثلاثة من زمان العقد، فقد انقضت وثبت الخيار، وإن كان المبدأ من حين التفرّق، فلم تنقض بعد، فلم يحن وقت الخيار، ومع الشك في ثبوت الخيار وعدمه يتمسك بعموم ما دلّ على اللزوم، فالمرجع هو عموم: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ما دام لم يتيقن بثبوت الخيار.

وأما تقريب الأصل العملي فبنحوين:

النحو الأول: أنه في المثال السابق لو فسخ البائع العقد في المدة المتخللة بين انقضاء الثلاثة من زمان العقد، وعدم انقضائها من زمان

التفرّق، فنشك في انفساخ العقد وعدمه، فنستصحب بقاءه.

النحو الثاني: أننا نشك هل أوجب هذا الفسخ الصادر من البائع زوال ملكية كل واحد من المالكين بالنسبة إلى ما انتقل إليه أو لا، فنستصحب بقاء ملكية كل واحد على ما انتقل إليه.

والنتيجة على كلا التقديرين عملاً أن يكون المبدأ من زمان التفـرّق، هذا هو مقتضى التحقيق في المسألة بحسب النصوص والقاعدة.

مسقطات خيار التأخير

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأول: إسقاط الخيار

وفيه مقامان:

المقام الأول: إسقاط الخيار بعد انقضاء الثلاثة الأيام.

المقام الثاني: إسقاط الخيار بعد وقوع العقد، وقبل انقضاء الثلاثة.

المقام الأول: إسقاط الخيار بعد الثلاثة الأيام

أما المقام الأول، فقد قال الشيخ رحمه الله: لا إشكال ولا خلاف في سقوطه بإسقاطه حينئذٍ[1].

ووجه عدم الإشكال: أن الإشكال إنما ينشأ من قصور المقتضي، أو وجود المانع، أما المقتضي فتام؛ لحصول سبب الخيار بعد انقضاء الثلاثة، سواء أقلنا بأنه النصوص، أم قاعدة « لا ضرر »؛ لتحقق موضوع النصوص حينئذ، ولزوم الضرر بالتأخير لو لم يحكم بالخيار أيضاً.

وأما المانع، فمفقود؛ لأن الإسقاط والسقوط فعليان؛ لتحقق الحق

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٣.

بالفعل، لا بالقوة، فيشمله عموم قاعدة : (لكل ذي حق إسقاط حقه).

المقام الثاني: إسقاط الخيار أثناء الثلاثة

وأما المقام الثاني، فقد نقل صاحب الجواهر رحمه الله عن بعض المعاصرين المنع من السقوط[1]، وقد بيّن الشيخ رحمه الله وجهي المسألة، مع بيان ما يؤيد كلاً منهما:

الوجه الأول: عدم السقوط

لكونه إسقاط ما لم يجب؛ لانتفاء السبب والمسبب قبل انقضاء الثلاثة، أما انتفاء السبب؛ فلكون سبب الخيار هو الضرر، وهو من ثلاث جهات - كما تقدم - وكلها، ولا سيما عمدتها ضرر التأخير، لا تحصل قبل انقضاء الثلاثة، وإذا انتفى السبب انتفى المسبب، وهو الخيار، فيكون إسقاطه إسقاط ما لم يجب، ولا سيما في المقام، من كونه إسقاط ما لم يجب من حيث المقتضي والمقتضى؛ لانتفاء كليهما؛ إذ يوجد قسم آخر من إسقاط ما لم يجب، وهو ما لو وجد المقتضي دون مقتضاه.

وأيّده بفحوى كلام العلامة في التذكرة؛ حيث صرّح بعدم جواز إسقاط خيار الشرط في المجلس قبل التفرّق، بناء على كون مبدئه بعد المجلس[2]؛ لأن شرط خيار آخر لا يفيد في ثبوته، مع وجود خيار المجلس؛ لكونه من اجتماع المثلين، أو أن اشتراطه لغو، فلا يجتمعان.

---

(١) الجواهر ٢٣: ٥٧، قال: (أما لو أسقطه فيها فقد قال بعض الأساطين: لا يسقط).

(٢) تذكرة الفقهاء ١١: ٥٠.

فإذا لم يجز إسقاط خيار الشرط، ما داما في المجلس؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، مع وجود المقتضي للخيار، وهو الشرط، وإن لم يوجد المقتضى - الخيار - إلا بعد المجلس، فعدم جواز إسقاطه في المقام من باب أولى؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، من حيث المقتضي والمقتضى؛ فإن المقتضي للخيار في المقام، لا يحصل إلا بعد انقضاء الثلاثة، فضلاً عن المقتضى بالفتح.

الوجه الثاني: حصول السقوط بالإسقاط.

وذلك لأن معنى إسقاط ما لم يجب، هو إسقاط ما ليس فيه أي مرتبة من مراتب الثبوت؛ لأن السقوط فرع الثبوت، والإسقاط فرع الإثبات، وأما مع ثبوت مرتبة من مراتب الحصول، لا يقال عنه إسقاط ما لم يجب، وسبب الخيار فيما نحن فيه موجود، وهو وإن لم يكن سبباً تاماً، إلا أنه بحد الاقتضاء، وعند وجود المقتضي، يوجد المقتضى - بالفتح - بمرتبة من مراتبه.

وعليه، فإذا وقع العقد، حصل المقتضي للخيار، فيثبت الخيار بمرتبة من مراتبه؛ إذ أن شرطه بعد انقضاء الثلاثة، فلا يعتبر إسقاطه أثناءها، من إسقاط ما لم يجب بنحو مطلق، فيصح الإسقاط حينئذٍ.

ويؤيده: فحوى الحكم بجواز اشتراط سقوط الخيار في متن العقد، فيجوز فيما نحن فيه من باب أولى؛ لأنه عندما يجوز اشتراط سقوط كافة الخيارات في متن العقد، مع أنه لم يثبت المقتضي للخيار بعد؛ إذ

لم يتمّ العقد حينئذٍ، فيجوز هنا من باب أولى؛ لأن المقتضي لثبوت الخيار - وهو العقد - متحقق.

وقد اختلف الأعلام من بعد الشيخ رحمه الله في تصحيح شرط الإسقاط على وجوه:

إشكال المحقق الخراساني على دليل الوجه الثاني وتوجيهه له

الوجه الأول: ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله، بعد أن أورد على الشيخ رحمه الله : بأن العقد ليس سبباً للخيار، وإنما سببه التأخير، فلا يكفي وجود العقد في إسقاطه.

حيث قال: (اللهم إلا أن يقال: بانه إسقاط لما يثبت بعد الثلاثة، فيثبت بعدها بالتأخير، فيسقط به، وليس هذا من إسقاط ما لم يثبت، كي لا يعقل)[1].

بمعنى أن متعلق الإسقاط أمر استقبالي، وهو الخيار بعد ثبوته، فلا يكون من إسقاط ما لم يجب.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

أما ما أفاده من عدم كون العقد سبباً للخيار فهو حق؛ فإن العقد موضوع للخيارات جميعاً، وليس سبباً لها؛ لأن حقيقة الخيار السلطنة على حلّ العقد وإبرامه، والسبب غير الموضوع، والسبب إن كان مستند الخيار قاعدة نفي الضرر، هو الضرر بعد تأخير الثمن، وإن كان المستند

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٣.

النصوص، فهو تأخير الثمن.

وما أفاده بقوله: (اللهم إلا..)، فهو ممنوع؛ لأن الإثبات لأجل الإسقاط غير معقول.

وبعبارة أخرى: إن الثبوت الذي لا أثر له إلا السقوط، لا يتصور له وجه معقول.

نعم، يلتجأ إلى ذلك في الموارد التي يقتضيها الجمع بين الأدلة، كما في شراء من ينعتق على المشتري، كشراء الرجل لأبيه؛ فإن مقتضى الجمع بين دليل صحة البيع بين مالك العبد وبين مشتري العمودين، ودليل انعتاق الأب قهراً، عندما يشتريه ولده، ودليل: « لا عتق إلا في ملك »، هو الالتزام بملكية الولد لأبيه آناً ما، ثم انعتاقه عليه، فنلتزم بالملكية الآنية ثم السقوط.

وتقريب المحقق الخراساني رحمه الله فيما نحن فيه: أن يثبت الخيار آناً ما بعد تأخير الثمن، ثم يسقط، والإشكال عليه: أن هذا الثبوت للخيار لا أثر له إلا السقوط، فلم يستفد من الخيار شيء؛ لأن حقيقته السلطنة على الفسخ وعدمه، أو على الفسخ والإبرام، على الاختلاف بين مسلكه ومسلك الشيخ رحمه الله، ولا يمكن الاستفادة من هذه السلطنة على أي تقدير؛ فإنه وإن حصلت هذه السلطنة بعد التأخير، إلا أن وجودها كعدمها، من حيث الأثر، ولم يقم عندنا إجماع قطعي على ثبوت السلطنة، كما قام في مسألة صحة البيع والانعتاق القهري في شراء

العمودين، حتى نلتجأ إلى الخيار الآني جمعاً بين القواعد؛ لكون المسألة ذات قولين.

ما أفاده المحقق الرشتي لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت ومناقشته

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق الرشتي رحمه الله، وبيانه: أن الخيار قبل انقضاء الثلاثة وإن لم يكن فعلياً؛ لأن البائع لا يملك فسخ العقد إلا بعد انقضائها وتأخير الثمن، إلا أن له حقاً فعلياً، وهو كونه بحيث يحصل له الخيار، ويُسلّط على الفسخ والإسقاط، المعبّر عنه بأنه ملك أن يملك الفسخ والإبرام، فهو نحو من الحق؛ فإنه وإن لم تكن له فعلية الخيار، إلا أنه في قوة أن يملكه، وهذا يوجب تصحيح الإسقاط، فلا يكون إسقاط ما لم يجب غير معقول[1].

وفيه:

أولاً: أن مثل هذه الملكية الشأنية، لا تحصل بالعقد؛ فإن سبب الخيار هو التأخير، وهذا العقد كبقية العقود، ليس له تأثير من هذه الجهة إلا في حصول القابلية لتحقق الخيار ليس إلا، في قبال ما لو لم يوجد عقد؛ فإنه لا يتصور الخيار حينئذٍ أصلاً.

وثانياً: سلمنا حصول الملكية الشأنية، وثبوت الحق قوة لا فعلاً، إلا أن ما يقبل الإسقاط هو الحق الفعلي، وأما شأنية الحق أو قوته أو قابلية تحققه فليست من الحقوق، فلا معنى لقابليتها للإسقاط.

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٧٣.

ما أفاده المحقق النائيني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، من أن فعلية الخيار وإن لم تحصل إلا بعد الثلاثة، إلا أن مبدأ الخيار - وهو استحقاق مطالبة الثمن في كل آنٍ - موجود من حين العقد، وهو حق من الحقوق، فيكون مرجع إسقاطه إلى اجتيازه عن حقّه الثابت بالعقد[1].

وفيه: **أولاً**: أن استحقاق المطالبة بالثمن غير مختص بخيار التأخير، بل هو في كل بيع؛ فإن البيع إذا تمّ بين الطرفين، انتقل الثمن إلى البائع، والمثمن إلى المشتري، فكان لكل منهما أن يطالب بماله، ولا يجوز للآخر التأخير والتصرف فيه؛ لكونه مال الغير، ولا يجوز التصرف في مال الغير.

وثانياً: أن المطالبة بالثمن ليست حقاً من الحقوق القابلة للإسقاط، بل هو حكم من الأحكام التي لا تقبل الإسقاط، فلو جاز له أن يسقط حقه في المقام، لجاز إسقاط حقهما في المطالبة بالثمن في جميع البيوع، ولا يلتزم به فقيه.

ما أفاده المحقق الأصفهاني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمه الله، من أن المراد بإسقاط الحق، إن كان هو الإسقاط الفعلي المنجز، فهو غير معقول؛ إذ لا وجود

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٦.

للحق قبل انقضاء الثلاثة، ولا يعقل السقوط إلا مع الثبوت.

وأما ثبوته بثبوت المقتضي، فهو ثبوت عرضي، بمعنى أن الثبوت حقيقة للسبب، وإسناده إلى المسبب بالعناية والمجاز، وكما لا ثبوت لما بالعرض إلا بعين ثبوت ما بالذات، كذلك لا سقوط له إلا بسقوطه، وما هو قابل للإسقاط هو الحق دون العقد وشبهه.

ومنه تعرف أنه لا معنى لإسقاط السبب عن السببية والأهلية للتأثير.

وإن كان المراد الإسقاط المعلّق، بمعنى كون إسقاط الحق معلّقاً على تقدير ثبوته، فهو معقول؛ لحفظ تفرّع السقوط على الثبوت فيه، إلا أنه لا دليل على نفوذه؛ لانحصار الدليل على جواز إسقاط الحق في القاعدة المجمع عليها، وهي: (أن لكل ذي حق إسقاط حقه)، ومن الواضح انتفاء موضوعها في المقام؛ فإن الموضوع ذو الحق، والفرض عدم وجوده قبل انقضاء الثلاثة وتأخير الثمن[1].

إشكال المحقق الخوئي على المحقق الإصفهاني ودفعه

وأجاب المحقق الخوئي قدس سره: بعدم الدليل على بطلان التعليق إلا الإجماع، وهو منتفٍ في المقام؛ لكون إسقاط ما لم يجب أمراً معروفاً بين الفقهاء، فلا يدخل في معقد الإجماع[2].

ويرد عليه: أن الإشكال في المقام غير منحصر في التعليق؛ بل العمدة

---

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٣٧٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٣٤.

هو أن الإسقاط فرع الثبوت، فما لم يثبت، لا يمكن إسقاطه، ولا ثبوت للحق قبل تحقق تأخير الثمن، ولا ثبوت له بعده؛ لفرض ذهاب الموضوع بالإسقاط السابق، ولا فرق في ذلك بين الاعتباريات والتكوينيات.

نعم، التعليق في مثل تعليق الملكية على ما بعد الموت في الوصية، وتعليق الطلاق على النكاح، كأن ينشيء من الآن طلاق المرأة التي سيتزوجها بعد تزوجّه بها، فلا محذور عقلياً فيه؛ لأن الاعتبار فعلي، والمعتبر استقبالي، أو قل الإنشاء فعلي، والمنشأ استقبالي، بحيث يتحقق عند تحقق شرطه، ولا إشكال عقلياً في الاعتباريات، بخلاف التكوينيات، فيمكن في الاعتباريات أن ينشيء الهبة فعلاً على تقدير تملك الموهوب، فبعد أن يتملكها تكون هبة للموهوب له بالإنشاء السابق.

كل هذا لا محذور فيها عقلاً، وإنما المانع قيام الإجماع القطعي على عدم تأثير الطلاق قبل الزواج، ولا إنشاء الهبة قبل تملك العين الموهوبة.

والحاصل: أن في المسألة إشكالاً ثبوتياً، وإشكالين إثباتيين، أما الإشكال الثبوتي فهو أن الإسقاط فرع الثبوت، وما أريد هو رفع الثبوت بالإسقاط، وهو محال، بلا فرق بين الأمور الاعتبارية والتكوينية، وهذا الإشكال باقٍ على حاله.

والإشكال الإثباتي الأول، هو إشكال التعليق، ودفعه سهل.

والإشكال الإثباتي الآخر، هو أنه لا بدّ أن يوجد الحق حتى يسقط،

ولا وجود للسبب، وهو التأخير، ولا المسبب وهو الخيار، فأي شيء يسقط؟!

فما أفاده الأعلام جميعهم من جواز الإسقاط بمعناه الحقيقي غير قابل للقبول.

الإشكال على المحقق الأصفهاني

وما أفاده المحقق الأصفهاني رحمه الله، من أن قاعدة: (لكل ذي حق إسقاط حقه) مجمع عليها، فغير صحيح؛ لعدم قيام الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، أو عن دليل معتبر، ولا بدّ من التحقيق في ما أرسله المتأخرون إرسال المسلمات؛ فإنا لا نجد ذلك في كتب قدماء الأصحاب، وهذه الكلية من القواعد المستحدثة عند المتأخرين، بعد أن نقحوا مسألة الحق والحكم، والموجود في كلمات المتقدمين عبارة عن قضايا جزئية، كأن يقولوا: يجوز إسقاط خيار المجلس، أو خيار الحيوان، ولا يستفاد منهم قاعدة كلية مجمع عليها.

نعم، ما يمكن ادعاؤه، قيام السيرة العقلائية القطعية على إسقاط الحق، في الموراد التي يوجد فيها الحق الفعلي، أو التقديري، أعني ما فيه قابلية ثبوت الحق.

فعلى فرض ثبوت قاعدة (لكل ذي حق إسقاط حقه) عند العقلاء، فلا يعني قيام الإجماع التعبدي عليها؛ إذ لا يمكن دعوى الإجماع في موارد القواعد التي قامت عليها سيرة العقلاء.

ولا أقل من كون القاعدة محتملة المدرك.

حاصل البحث وبيان المختار

وحاصل البحث: أنه لم يثبت عندنا دليل لفظي خاص، ولا عام، ولا إجماع تعبدي، على جواز الإسقاط قبل الثبوت بعنوانه.

نعم، قامت السيرة العقلائية على ذلك، فإذا لم يثبت بدليل، ولم توجد إلا السيرة لم يمكن إثبات الإسقاط بالمعنى الحقيقي، بل لا بدّ أن نرجع إلى واقع ما قامت عليه السيرة، وما قامت عليه هو أن للبائع أن يقول للمشتري قبل التأخير: إنه لو اتفق لك التأخير، فليس لي أن أطالبك.

ولو أريد تتميمه بعنوان إسقاط الحق، فلا يكون إلا بإثبات الحق آناً ما، بعد التأخير، مع إمكان تعلق الاعتبار السابق بالمعتبر الاستقبالي، وهو أمر ممكن عقلاً، وإنما المانع منه الإجماع، وهو غير متحقق في أمثال المقام، وإنما ثبت في العقود، وفي الطلاق المعلّق على النكاح، والهبة المعلّقة على حصول البيع.

فإذا تمّ هذان الأمران - عدم المحذور في التعليق، وثبوت الخيار آناً ما بعد التأخير - فيمكن إنشاء الإسقاط فعلاً، ومتعلّقه الخيار الاستقبالي الآني، ولكن أثبتنا سابقاً عدم وجود الدليل الدال على ثبوت الخيار الآني.

والنتيجة: أنه إذا أريد إثبات جواز إسقاط الحق قبل ثبوته بعنوانه، فلا سبيل إليه إلا عن طريق الخيار آناً ما بعد التأخير، وأما إذا كان المدار على ما في سيرة العقلاء، فلا يلزم إثبات عنوان الإسقاط.

المسقط الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد

ولا يخفى أن الإشكال في هذا المسقط أشدّ منه في المسقط السابق؛ لأن ما ذكره الشيخ رحمه الله من وجه الجواز في السابق، وصار محلاً لبحث الأعلام، هو كفاية تحقق العقد الذي اعتبره سبباً للخيار، بينما في ما نحن فيه، لم يوجد السبب ولا المسبب، فلم يوجد الخيار، ولا التأخير الذي هو سببه، ولا العقد الذي بوجوده توجد مرتبة من مراتب وجود الخيار.

تحقيق الشيخ في المقام

وكيف كان، فنذكر كلام الشيخ رحمه الله أولاً مع التوضيح، فنقول:

نقل الشيخ رحمه الله عن الدروس، وجامع المقاصد، وتعليق الإرشاد سقوط خيار التأخير بالشرط، ولعله لعموم أدلة الشروط.

ثم أورد عليهم: بأن المستند إن كان ذلك، فهو غير مشرّع، فلا بدّ أن تحرز مشروعية متعلّق الشرط قبل تعلّقه به؛ فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، وبما أن ما نحن فيه من إسقاط ما لم يجب، فمتعلّق الشرط غير قابل للتحقق، ودليل الشرط، لا يجعل غير القابل قابلاً.

وحاصل إشكال الشيخ رحمه الله : أن التمسك بعموم دليل الشروط دوري؛ فإن موضوعه الشرط القابل للتحقق، فإذا أريد تصحيح القابلية به لزم الدور المحال، إلا أنه في آخر كلامه قال: فإن كان إجماع على السقوط بالشرط - كما حكاه بعض - قلنا به، وبالأولوية نقول بصحة الإسقاط بعد العقد، قبل انقضاء الثلاثة.

ووجه الأولوية: أن الإسقاط بعد تحقق العقد، وشرط السقوط قبل تحققه، فإذا قام الإجماع على سقوطه بالثاني، فيسقط بالأول بطريق أولى.

وإن لم يثبت الإجماع كان للنظر فيه مجال، ووجه الإشكال: أن السبب في هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير، وبما أنه لم يحصل التأخير، فلم يحصل السبب ولا المسبب، فلا يجري فيه عموم دليل الشروط؛ لتخصيص موضوعه بالشرط الجائز التحقق عقلاً وشرعاً، والإجماع المحكي منقول، فلا حجية فيه؛ لكونه إخباراً حدسياً عن المعصوم، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

هذا تمام تحقيق الشيخ رحمه الله بتوضيح منا[1].

الإشكالات الواردة عليه

وأورد على الشيخ بإشكالات:

الإشكال الأول

وهو إشكال مشترك بين هذا المسقط، والمسقط السابق، وحاصله: أنه إسقاط ما لم يجب، وهو محال عقلاً، وممنوع شرعاً.

أما محال عقلاً؛ فلأن الإسقاط والسقوط متفرعان على الثبوت، فيستحيل حصولهما قبله.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٣ - ٢٣٤.

وأما ممنوع شرعاً؛ فلأنه يستلزم التعليق، وبصورة أوضح نقول: بأن في إشكال التعليق نظرين:

الأول: أن التعليق محال عقلاً أيضاً؛ لاستلزامه التفكيك بين السبب والمسبب.

والثاني: أنه ممنوع شرعاً؛ لقيام الإجماع على عدم جوازه.

أما الأول، فلم يقبله المحققون؛ لعدم المحذور في الإنفكاك بينهما في الأمور الاعتبارية، وإنما المحذور في خصوص الأسباب والمسببات التكوينية.

وبعبارة مختصرة: أن في هذا الشرط إشكالين:

١- أنه يشترط في الشرط أن يكون متعلّقه ممكناً، وهو هنا مستحيل.

٢- ويشترط فيه أن يكون مشروعاً، وهو هنا غير مشروع.

ولا بد من التفكيك بينهما؛ فإنه وقع الخلط بينهما في كلمات جملة من المحققين، فالمحقق الرشتي رحمه الله جعل الإشكال كونه شرطاً غير مشروع، ودليل الشروط غير مشرّع، واستند في عدم مشروعيته إلى قاعدة: إسقاط ما لم يجب[1].

والتعليل إنما يتمّ لو قلنا بأن إسقاط ما لم يجب مخالف للإجماع، فلا يكون مشروعاً، وأما إذا قلنا باستحالتها عقلاً، فيكون دليل بطلان الشرط عدم معقوليته، لا عدم مشروعيته، وبينهما فرق واضح.

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٧٣.

ثم إن في المقام إشكالاً ثالثاً، وهو أنا لو فرضنا إمكان إسقاط ما لم يجب، فهو إنما يتمّ فيما لو تحقق العقد، ولم يحصل التأخير، كما في المسقط السابق، وأما مع انتفاء العقد بالمرة، فضلاً عن التأخير، كما في ما نحن فيه، فلا مجال لها أصلاً.

الإشكال الثاني: إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ورده

الإشكال الثاني: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله، من أن إشكال عدم المشروعية إنما يأتي فيما لو كان الشرط شرط فعل، لا نتيجة.

توضيح ذلك: إن الشرط على نحوين: شرط فعل، كما لو اشترط في عقد البيع أن يهبه الشيء الفلاني، وشرط نتيجة كما لو اشترط في عقد البيع أن يكون الشيء الفلاني ملكاً له.

فإن كان الشرط شرط الفعل، كأن يشترط الإسقاط، فبما أنه أخذ في الشرط أن يكون مشروعاً في نفسه، وبما أن شرط الإسقاط في المقام شرط ما لم يجب، فهو غير مشروع، فيرد الإشكال.

وأما إن كان الشرط شرط النتيجة، فهو إنما يدور مدار اشتراط السبب الخاص في تحقق النتيجة وعدمه، فإن كان مثل الطلاق، فهو يشترط فيه سبب خاص، فشرط النتيجة فيه باطل، وإن كان من قبيل الرهن، الذي لا يشترط فيه سبب خاص، فاشتراطه بنحو شرط النتيجة، لا إشكال فيه، فيشترط في ضمن عقد البيع أن تكون العين الفلانية رهناً عنده.

وبما أن سقوط الخيار، لا يشترط فيه سبب خاص، فاشتراطه في

ضمن العقد، بنحو شرط النتيجة، لا إشكال فيه[١].

ويرد عليه إشكالات عديدة، نقتصر على بعضها:

الأول: أن الإشكال في المقام عقلي؛ لما ذكرناه من أن إسقاط ما لم يجب محال عقلاً؛ فإنه إعدام للشيء قبل وجوده، ولا تخصيص في الأحكام العقلية، فكما لا يمكن الإسقاط قبل الثبوت، فكذلك السقوط قبل الثبوت، الذي هو متعلّق الشرط، فلا فرق بين شرط الفعل، وشرط النتيجة، فيما نحن فيه.

الثاني: ولو غضضنا الطرف عن الإشكال العقلي، وقلنا بأن الإشكال شرعي؛ من جهة قيام الإجماع على المنع من التعليق، فالتعليق جارٍ في الاثنين، في شرط الفعل والنتيجة، فكما أن الإسقاط معلّق؛ لكون إنشائه فعلياً، وتحقق السقوط استقبالياً، فكذلك الحال في شرط السقوط؛ فإن إنشاء الشرط فعلي، والسقوط استقبالي؛ إذ لا يتحقق إلا بعد تحقق التأخير، فلا فرق بينهما في هذه الجهة.

بيان المحقق النائيني لرفع الإشكال عن شرط السقوط

أجاب المحقق النائيني رحمه الله عن الإشكال الوارد على شرط السقوط، القاضي بأنه إسقاط ما لم يجب، بما حاصله: أن إنشاء السقوط إنما هو في رتبة متأخرة عن إنشاء الملكية، وتحقق السقوط في رتبة متأخرة عن رتبة تحققها، فإذا ترتب إنشاؤه على إنشائها، وفعليته على فعليتها، فلا

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٤٥.

إشكال في ذلك؛ لأنه لم يرد الإسقاط، لا في مرحلة الإنشاء، ولا في مرحلة التحقق، إلا على أمر ثابت، واحتياجه إلى أزيد من ذلك ممنوع جداً، ولا موجب له عقلاً، ونظائره كثيرة في الفقه، كما صرّحوا بصحة أن يقال: بعتك هذا، وجعلت ثمنه رهناً عندك، أو اشتريت هذا، ورهنته عندك، أو يقال: وكّلتك في نكاح فلانة وطلاقها[1].

وهذا المقدار من التحقيق غير رافع للإشكال، وقياس ما نحن فيه على النظائر الفقهية المذكورة قياس مع الفارق؛ إذ لا محذور في تلك النظائر إلا محذور التعليق؛ إذ علّق الرهن على البيع، وعلّق الطلاق على النكاح، ولا محذور فيه إلا من جهة الإجماع، وهو غير ثابت في الشروط، بل الثابت فيها خلافه؛ فإن خياري المجلس والحيوان لا يثبتان إلا بعد تمامية المعاملة، وحصول الإيجاب والقبول، ومع ذلك يسقطان باشتراط سقوطهما في ضمن العقد، عند جميع الفقهاء، مع أن إسقاط خيار المجلس والحيوان في حال الإيجاب من البائع معلّق على حصول قبول من المشتري.

فإذن لا إشكال من هذه الناحية حتى يحتاج إلى دفعه في الشرط، وليس فيها محذور ثبوتي، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن المحذور الأهم هو المحذور الثبوتي؛ فإن الإشكال في شرط الإسقاط، والسقوط قبل تحقق التأخير إشكال عقلي، وبيان الإشكال وتحقيقه مضافاً لما تقدم:

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٦.

أن الإسقاط من جملة الإيقاعات، والإيقاع أمر إنشائي، وفي الإنشاء مسلكان:

المسلك الأول: ما عليه المشهور، من سببية الإنشاء بالصيغة لحصول المنشأ، أي بآلية وسببية (بعت) يتحقق التبديل في طرفي الإضافة، بالنسبة إلى الثمن والمثمن، أو يتحقق بها حصول الملكية.

المسلك الثاني: إبراز الأمر الاعتباري بالصيغة، أو قل: الاعتبار المبرز، فيعتبر الملكية ويبرزها بقوله: (بعتك) في المعاملة القولية، أو بالفعل في المعاطاة.

والقصد - على كل تقدير - مقوّم للإنشاء، فلا بدّ فيما نحن فيه من أن يقصد صاحب الحق، المنشأ بالإسقاط، فيعتبره ويبرزه بـ(أسقطت حقي)، أو يتسبب لتحصيله بهذه الجملة، والمنشأ والمعتبر فيما نحن فيه هو السقوط، وهو الذي لا بدّ له من القصد والاعتبار، وقصد سقوط أمر أو اعتباره بدون ثبوته قبل ذلك أمر غير معقول، ولا ممكن.

وهذه النكتة التي لا ينبغي غفلتها؛ فإن البحث يرتبط بالإنشاء، لا بأمر عرفي، من قبيل المجاز والاستعارة، والإنشاء على أي تقدير يحتاج إلى القصد، وتحقق المنشأ.

ويرد هذا الإشكال في جميع موارد الإسقاط قبل فعلية الحق، حتى لو كان السبب فعلياً، ويرد فيما لو حصل جزء السبب دون الجزء الآخر، كما لو كان سبب خيار العيب، هو وجود العيب وظهوره، وسبب خيار الغبن، وجود الغبن وظهوره، فأجرى المعاملة التي فيها العيب أو الغبن،

وأسقط خيارهما قبل ظهورهما؛ فإن الإسقاط حينئذٍ يكون من إسقاط الحق قبل ثبوته، وهو محال.

ولا دافع لهذا الإشكال، إلا إذا التزمنا بثبوت الخيار آناً ما بعد التأخير، ثم السقوط، أو أرجعنا شرط السقوط إلى إنشاء عدم الثبوت، بمعنى أنه لو حصل التأخير من قبل المشتري، فلا يثبت الخيار للبائع، وهو الذي قال به الشيخ رحمه الله في خيار المجلس؛ حيث أرجع شرط السقوط إلى عدم الثبوت[1]؛ فإن كلا التصويرين ممكنان ثبوتاً، ولا إشكال عقلياً فيهما، وإنما يحتاجان إلى دليل إثباتي.

نعم، يبقى إشكال التعليق؛ إذ التعليق حاصل فيهما كليهما؛ فإن الإنشاء فيهما فعلي، والمنشأ استقبالي، أي بعد تحقق التأخير، وأمره سهل؛ إذ يرتفع بعدم ثبوت الإجماع في مثل المقام.

المسقط الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

في مسقطية بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة الأيام قولان:

القول الأول: سقوط الخيار بهذا البذل.

القول الثاني: عدم السقوط.

---

(١) المكاسب ٥: ٥٥ – ٥٦، حيث قال الشيخ رحمه الله: (ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه: أحدها: أن يشترط عدم الخيار – وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط – فيقول: « بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس »، كما مثّل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع).

ولا يخفى عدم مجيء الإشكال الثبوتي في هذا المسقط؛ لكون الخيار ثابتاً فعلاً بعد التأخير، ولا يرد الإشكال التعليقي أيضاً؛ لعدم التعليق فيه، وإنما يقع الكلام في الدليل الإثباتي فقط.

دليل القول بسقوط الخيار

أما القول الأول فدليله: أن سبب الخيار هو الضرر الحاصل بالتأخير، وهو منتفٍ بعد البذل؛ بانتفاء سببه، وأما بعد التأخير وقبل البذل، فهو منجبر بثبوت الخيار.

وبعبارة مختصرة: أن المدار في ثبوت الخيار على الضرر الفعلي، وهو منتف بعد البذل.

دليل القول بعدم السقوط

وأما القول الثاني فدليله:

أولاً: إبطال دليل القول الأول: بأنه إنما يتم لو كان المستند في الخيار هو الضرر، وأما إذا كان المستند فيه الأخبار كما هو الحق، فلا يفيد؛ إذ ليس المناط على الضرر، حتى يقال انتفى الخيار بانتفاء سببه.

وثانياً: إطلاق الأخبار؛ فإن مفادها أنه إذا لم يأت المشتري بالثمن إلى أن انقضت الثلاثة، فللبائع الخيار، سواء أتى به بعد ذلك أم لا.

ولو لم يثبت الإطلاق، فنقول: إن الخيار بعد التأخير ثابت قطعاً، فإذا أتى بالثمن بعد ذلك، نشك في سقوطه وعدمه، فنستصحب بقاءه.

مختار الشيخ

أما الشيخ قدس سره فقد قوّى رأي العلامة رحمه الله في التذكرة؛ حيث قال بسقوط الخيار حين بذل المشتري للثمن؛ لكون مستنده الضرر، ولا ضرر حينئذٍ ليتدارك بالخيار.

وذكر الاستصحاب وجهاً لبقاء الخيار، واستحسنه، لو استند في الخيار إلى الأخبار[1].

الإشكال على الشيخ

وفيه: أولاً: أن ما أفاده مبني على كون المستند للخيار الضرر، وقد تقدّم أن المستند هي الأخبار، ولا ملازمة بين الضرر وخيار التأخير.

وثانياً: أنه رحمه الله قد استحسن الاستصحاب في فرض كون المستند الأخبار، وفيه: أن الأخبار لا يخلو أمرها من اثنين: إما أن يستفاد منها الإطلاق، أو لا.

فإن استفيد منها الإطلاق - كما هو الحق؛ فإن مفادها ثبوت الخيار، فيما لو لم يأتِ المشتري بالثمن إلى أن انقضت الثلاثة الأيام، سواء أبذل المشتري الثمن بعد ذلك أم لا؛ فإن تأخير الثمن مقسم إلى صورتي البذل وعدمه؛ إذ يتصور التأخير مع بذل الثمن بعده، كما يتصور مع عدم بذل الثمن - فلا مجال للاستصحاب حينئذٍ، فاستحسانه على خلاف

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٤.

القاعدة والصناعة.

وإن لم يستفد منها الإطلاق، فأيضاً لا يجري الاستصحاب؛ وذلك:

أولاً: لأنه من الشك في المقتضي، غير المشمول لأدلة الاستصحاب على مبنى الشيخ رحمه الله؛ فإنا نعلم بثبوت الخيار، ولكن لا نعلم، هل هو مرتبط بوجود الضرر، وعدمه حدوثاً وبقاء، فإن وجد الضرر يثبت الخيار، وإن انتفى ينتفي، أو لا يرتبط به، فيبقى الخيار وإن انتفى الضرر؟ فيرجع الشك في الخيار إلى الشك في أمده من ناحية ثبوته، أي هل لما ثبت، كان له أمد محدد أو لا ؟ نظير الشك في الزوجية الواقعة، هل هي دائمة أو منقطعة؟

وثانياً: سلمنا جريان الاستصحاب حتى في الشك في المقتضي، إلا أن الاستصحاب لا يجري هنا أيضاً؛ لاندراج المسألة حينئذٍ في مسألة دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص، بهذا البيان:

أن أدلة اللزوم، من قبيل قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، قد خصّصت بأدلة خيار التأخير، وسعة دائرة التخصيص وضيقها، تدور مدار إطلاق المخصص وعدمه، ولما لم تكن أدلة الخيار مطلقة - حسب الفرض - اقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، فيحكم بالخيار بعد الثلاثة قبل البذل، وأما بعد البذل، والشك في بقاء الخيار، فيرجع إلى عموم العام، لا إلى استصحاب حكم المخصص.

ثم، إن هنا إشكالين أساسيين على الشيخ لا بد من التعرض لهما:

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه

الإشكال الأول: ما أورده المحقق الخراساني رحمه الله على قول الشيخ رحمه الله: (ودعوى: أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوع بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر، تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان)[١].

من أن حدوث الضرر، وإن كان لا يكفي بمجرده في بقاء الخيار؛ لأن دليل « لا ضرر »، وإن كان يثبت الخيار بتحقق الضرر، إلا أنه لا تعرّض له إلى حالة ارتفاع الضرر، فهي تثبت الخيار بعد التأخير، وقبل البذل؛ لتحقق الضرر، وأما بعد البذل وارتفاع الضرر، فلا تعرض لها ثبوتاً ولا نفياً، ولكن يمكن تتمييمه باستصحاب الخيار؛ لليقين بحدوث الخيار، والشك في بقائه، فيستصحب بقاؤه[٢].

وفيه: مع غض النظر عن ما ناقشنا به الشيخ رحمه الله في جريان الاستصحاب؛ لأنا لا يمكن أن نناقش المحقق الخراساني رحمه الله : بكون المورد من الشك في المقتضي؛ لأنه لا يقول بمقالة الشيخ رحمه الله، ولأن الشيخ رحمه الله أجرى الاستصحاب، بناء على الاستناد إلى الأخبار، والمحقق الخراساني رحمه الله، أجراه استناداً إلى قاعدة « لا ضرر »، إلا أننا نقول:

بأن نسبة « لا ضرر » إلى أدلة الأحكام الأولية، نسبة الحاكم

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٤.

(٢) حاشية المحقق الخراساني رحمه الله على المكاسب: ٢٠٣.

للمحكوم، وترجع لبّاً إلى التخصيص، ففي المقام ترجع حكومة « لا ضرر » إلى تخصيص عموم أدلة اللزوم، فإذا كان المخصص مجملاً بين الأقل والأكثر؛ لاعترافه بسكوتها عن حالة ما بعد البذل، فبالنسبة إلى ما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، يرجع فيه إلى العموم، فيتمسك بـ« لا ضرر » قبل البذل، وأما بعد ارتفاع الضرر بالبذل، فيتمسك بعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، لا بالاستصحاب.

نتيجة البحث وبيان الحق في المسالة

ونتيجة البحث: أن المستند في الخيار، إن كان قاعدة « لا ضرر »، فالخيار يدور مدار وجوده، وبما أنه ينتفي بعد البذل، فينتفي الخيار بانتفائه.

وإن كان الأخبار - كما هو الحق - فهي مطلقة جزماً؛ لدوران الخيار مدار التأخير، وبما أن التأخير يتصور في حالتي بذل الثمن وعدم بذله، فالخيار مطلق أيضاً، فيبقى الحكم بالخيار وإن بذل المشتري الثمن.

إشكال المحقق الرشتي على الإطلاق

أورد المحقق الرشتي رحمه الله إشكالاً على إطلاق الأخبار في المقام، وقدّم له ببيان قاعدة كلية، وحاصل ما أفاده رحمه الله :

أن الخبر إذا كان مطلقاً وورد على طبق القاعدة، فهل ينزّل على مؤداها أو يؤخذ بإطلاقه؟ فهل يكون كالإجماع الذي قام على وفق القاعدة، فيوهن ذلك الإجماع؛ لتنزيله على مؤدى القاعدة؟

لا يبعد دعوى انصراف الإطلاق إلى مؤدى القاعدة، ولا أقل من

احتمال ذلك، وعلى كلا التقديرين، لا يمكن التمسك بالإطلاق؛ للشك في انعقاده.

وتطبيقها على ما نحن فيه: أنه وردت عندنا أخبار مطلقة مفادها ثبوت الخيار عند تأخير المشتري بالثمن، وتوجد في موردها قاعدة « لا ضرر »؛ حيث يستفاد منها الخيار حتى لو لم يرد نص؛ إذ الحكم باللزوم منشأ للضرر على البائع من جهات، كما هو واضح، فالإطلاق في تلك الأخبار، إما منصرف عن صورة ارتفاع الضرر بالبذل، أو يشك في انعقاده، فلا يمكن التمسك به، وعند الشك يرجع إلى الأصل.

فالمرجع في مورد عدم الضرر هو الأصل، إما أصالة اللزوم، أو استصحاب الخيار الثابت قبل البذل، والأقوى الأول؛ لأن الثاني شك في المقتضي[1].

ونتيجة الإشكال: أن المستند للخيار وإن كان هو الأخبار إلا أن نتيجته نتيجة « لا ضرر »، فينتفي الخيار في صورة البذل.

المناقشة فيما أفاده المحقق الرشتي

والحق التفصيل بين الأخبار والإجماع، وقياس الإجماع عليها مع الفارق؛ وذلك لأن قيام الإجماع في مورد القاعدة يقتضي تنزّله عليها؛ لكونه إجماعاً محتمل المدرك حينئذٍ، فلا يكشف عن رأي المعصوم،

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٧٤ - ٥٧٥.

ولا عن دليل معتبر آخر.

ولو تنزّلنا واعتبرناه دليلاً في عرض القاعدة، فأيضاً لا يمكن التمسك بإطلاقه، بعد أن قام في مورد القاعدة؛ لكونه دليلاً لبياً، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه حينئذٍ.

وأما بالنسبة إلى الأخبار، فهي مطلقة في حدّ نفسها حسب الفرض، فحملها على القاعدة المقيّدة يتوقف على كونها مقيّدة له؛ إذ الإطلاق كالعموم حجة من الحجج الشرعية، فكما أن العموم لا ترفع اليد عنه إلا بوجود الدليل المخصص، فكذلك الإطلاق لا ترفع اليد عنه إلا بثبوت الدليل المقيد[1].

ولا أقل من الشك في تقييد الإطلاق بالقاعدة، ومقتضى الأصل الأخذ بالحجة، ما دام لم تحرز الحجة على الخلاف.

فما أفاده من سقوط الخيار بالبذل؛ بسبب هذا الإشكال ممنوع.

وأما ما أفاده أخيراً من الرجوع عند الشك إلى عموم العام، لا إلى استصحاب الخيار؛ لكون الشك في المقتضي، يظهر منه الرجوع إلى الاستصحاب لو لم يكن الشك في المقتضي، وهو غير صحيح؛ بل يرجع إلى عموم العام ولو قلنا بجريان الاستصحاب في الشك في المقتضي؛ وذلك لأنه متى دار الأمر بين التمسك بالعام، واستصحاب حكم

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: أن كلاً من الأخبار والقاعدة مثبتان، ولا يقيد المطلق المثبت، بالمقيد المثبت، فهما لو أريد التنظير لهما لكانا مثل (أكرم العلماء)، و(أكرم العلماء العدول).

المخصص، فمعناه أن منشأ الدوران، هو أن العموم، هل يسقط بمقدار المتيقن من التخصيص فقط، أو بأزيد منه أيضاً؟

والحق الرجوع حينئذٍ إلى عموم العام، لا إلى استصحاب المخصص، في جميع موارد الدوران بينهما، وإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشك في المقتضي، فتعليله رحمه الله بعدم الرجوع إلى الاستصحاب؛ لكون الشك في المقتضي غير تام.

وبهذا ينتهي الكلام في هذا المسقط، وزبدة البحث: عدم سقوط الخيار ببذل الثمن.

المسقط الرابع: أخذ الثمن من المشتري

من المسقطات التي ذكرها الشيخ رحمه الله أخذ الثمن من المشتري، وبناه على القول بعدم سقوطه بالبذل، وإلا فلا تصل النوبة إليه؛ لتقدم البذل من حيث المرتبة على الأخذ؛ إذ لا أخذ إلا بعد البذل.

فإذا قلنا بعدم سقوطه بالبذل كان الأخذ مسقطاً له؛ لسقوط الخيار بالالتزام بالبيع، والالتزام كما يكون قولياً يكون فعلياً، وأخذ الثمن التزام فعلي بالبيع، ورضا بلزومه[1].

وبما أن مسقطية الأخذ كانت من جهة الكشف عن الالتزام بالبيع، فقد ذكر الشيخ رحمه الله وجوهاً ثلاثة، من جهة أخذ العلم بالالتزام وعدمه،

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٥.

وهي:

الأول: اشتراط العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع؛ إذ لابدّ من إثبات الالتزام به، والمثبت هو العلم.

الثاني: كفاية الظن برضا البايع والتزامه بالبيع؛ لكون الأخذ مع إفادة الظن أمارة عرفية على الالتزام، كالقول.

الثالث: عدم اشتراط العلم، ولا الظن بالالتزام؛ لكون الأخذ في نفسه كاشفاً نوعياً عن الالتزام، ولو لم يحصل الظن الشخصي به.

ثم قال الشيخ رحمه الله: (وخير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير)[1].

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله من التحقيق، وفيه:

أولاً: ما أفاده في أول الكلام، من ابتناء هذا المسقط على عدم سقوطه بالبذل، غير تام؛ إذ يمكن تصور الأخذ بدون بذل، فيأتي البحث في كون هذا الأخذ مسقطاً؛ لكاشفيته عن الالتزام بالبيع أو لا، فلا يرتبط أحدهما بالآخر، ولنا في ذلك صورتان:

الأولى: أن يسلم البائع المبيع للمشتري بعد ثلاثة أيام من البيع، ويأخذ الثمن بدون أن يبذله المشتري؛ لأنه من حقه ذلك حينئذٍ.

الثانية: أن يأخذه بعدها عدواناً بدون أن يسلّم المبيع، وبدون إذن المشتري.

وفي كلتا الصورتين يأتي البحث، في سقوط خياره حينئذٍ وعدمه،

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٥.

من دون أن تترتب مسقطية الأخذ على عدم مسقطية البذل.

وثانياً: أن كلمة الشيخ رحمه الله بأن (خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى هو الأخير)، وقعت موقع الإشكال من قبل الأعلام، فقد قال المحقق السيد الخوئي رحمه الله : إن الخيرية في المقام معناها الأقوائية وبالعكس[1].

فلهذا كان من اللازم أن نبين مستند الوجوه الثلاثة أولاً، ووجه أقوائية الوجه الأخير، ثم بيان الوجه في عبارة الشيخ رحمه الله، فنقول:

أما الوجه الأول، فدليله واضح؛ حيث إن الخيار ثبت للبائع قطعاً، وسقوطه لا يكون إلا بمسقط شرعي، أو بإسقاط ذي الحق، والمسقط الشرعي منتفٍ، والإسقاط لا بدّ من إحرازه، ولا اعتبار بالظن بالرضا؛ لعدم حجيته، فيتعيّن في العلم.

وأما الوجه الثاني، فلأن مقتضى القاعدة وإن كان ما ذكر في الوجه الأول؛ لأن الظن لوحده لا يغني من الحق شيئاً، ولكن لما انضم الأخذ إلى الظن الشخصي تولدت عندنا قرينة عرفية على الإسقاط، والقرائن العرفية حجة.

وأما الوجه الثالث، فهو محل الإشكال؛ لعدم دلالة الأخذ في نفسه على الإسقاط، وعدم إفادته للظن حسب الفرض؛ لتتولد القرينة العرفية، والأخذ في نفسه أعم من الالتزام بالبيع، فكيف صار هو الأقوى، مع أن

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٠.

الأخص - وهو الالتزام بالبيع - لا يثبت بالأعم، وهو الأخذ؟

وجه القوة هو ما استفيد مما ورد في خيار الحيوان، كصحيحة علي بن رئاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: «إن لامس، أو قبّل، أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء...»[1].

فإن المستفاد منها أن التصرف قرينة عرفية عامة على الرضا، وإن لم يستفد منها الظن الشخصي، والمدار على الكاشف النوعي.

وعليه، فجعل الوجه الثالث هو الأقوى؛ باعتبار المستفاد من النص، وأما كون الثاني هو خير الوجوه، فالمراد مع غض النظر عن النص؛ فإن الأخذ حينئذٍ، لا يشكل بنفسه قرينة، وهو أعم من الرضا والالتزام، ولا يثبت الأخص بالأعم، وأما الوجه الثاني فهو على مقتضى القاعدة حينئذٍ؛ باعتبار القرينة العرفية المستفادة من انضمام الأخذ إلى الظن الشخصي، والقرينة العرفية معتبرة في سيرة العقلاء،

وبهذا يتضح اندفاع ما أورده المحقق الخوئي رحمه الله على الشيخ رحمه الله.

هذا، ولكن الحكم بسقوط الخيار بمجرد الأخذ، من دون حصول الظن الشخصي، وعدم الكاشف عن الالتزام، بناء على هذا المقدار من الإفادة في غاية الإشكال.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

نعم، يمكن ذلك بأحد طريقين:

الطريق الأول: أن نستفيد من قول الإمام عليه السلام في خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه »، أنه إرشاد إلى أمر عرفي عقلائي؛ بحيث يثبت أن التصرف بنظر العقلاء كاشف عن الرضا والالتزام بالبيع.

ولكن الحكم بذلك في غاية الإشكال، وإثبات السيرة يحتاج إلى أن العقلاء بما هم عقلاء، يرون أن مطلق التصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا.

الطريق الثاني: إلغاء خصوصية خيار الحيوان المنصوص عليه، ولو لم يثبت من نظر عقلائي.

ولكن مقتضى حجية الرواية الصحيحة الأخذ بمضمونها، وأما تعميمه إلى غير الحيوان، فمما لا وجه له.

وبهذا تظهر الخدشة فيما اعتبره الشيخ رحمه الله هو الأقوى.

تاييد المحقق الأصفهاني للشيخ

ومن الإنصاف أن نذكر هنا تأييد المحقق الأصفهاني رحمه الله للشيخ رحمه الله ، فقد قال ما حاصله: أن في المقام خصوصية تقتضي أن نقول بوجود الكاشف النوعي عن الرضا؛ وذلك لأن محل البحث هي المعاملة التي ثبت فيها الخيار بسبب تأخير الثمن، سواء أكان ثبوته لحصول الضرر على البائع أم لوجود النص، المهم أنه ثبت الخيار للبائع بسبب حرمانه من الثمن، فلو تبدّل الرضا العقدي بالكراهة، فإنما هو من ناحية هذا

التأخير، فحينئذٍ أخذ البائع الثمن، بعد تحقق الكراهة وثبوت الخيار، قرينة عرفية عامة، وكاشف نوعي عن رضاه بالمعاملة، ولو لم يحصل ظن شخصي به؛ لكفاية الظن النوعي، من قبيل حجية الظهور؛ لأن ظواهر الأفعال كظواهر الأقوال حجة ببناء العقلاء، والظهور متقوم بإفادة الظن النوعي[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده قدس سره: أنه فرق بين الألفاظ والأفعال، فإن الألفاظ بعد وضعها على معانيها تكون قالباً للمعاني، على جميع المباني في الوضع، بما فيهم مبناه رحمه الله، من جعل اللفظ علامة على المعنى اعتباراً، على مثال جعل العلامة على رأس الفرسخ جعلاً حقيقياً، فاللفظ بعد الوضع الاعتباري يكون قالباً للمعنى، وحينئذٍ يكون كاشفاً عن المراد، وفي حال لم يوضع اللفظ للمعنى، ولكن احتفّ بالقرينة يكون اللفظ المحتف بالقرينة كاشفاً عرفياً عن المراد أيضاً، وعلى هذا الأساس تبتني أصالة الظهور.

فكاشفية باب الألفاظ عن المراد تبتني على أحد هذين الأمرين، الوضع، أو احتفاف اللفظ بالقرينة، وبهما كانت الألفاظ كاشفاً نوعياً عن المراد.

وأما باب الأفعال، فالوضع الموجود في باب الألفاظ، لا مجال له فيها؛ والفعل في حدّ ذاته مجمل، يحتمل الأمرين، وبما أن الكاشفية

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله على المكاسب ٤: ٣٨٢.

الذاتية الحاصلة من الوضع مفقودة فيها، فلا شيء يؤثر في الكاشفية إلا القرينة - الحالية أو المقالية - المنضمة إلى الفعل، ويشترط فيها أن تكون بحدٍّ من القوة، بحيث يكون الفعل معها كاشفاً عرفياً عن المراد.

والموجود فيما نحن فيه، عبارة عن وقوع العقد، وتأخير الثمن، فتسبب التأخير في ثبوت الخيار للبائع، والذي حصل من البائع أنه أخذ الثمن، وذات العقد من حيث هو يقتضي الالتزام به، سواء أكان العقد لازماً أم كان جائزاً؛ فإن نفس العقد عبارة عن الالتزام بمضمونه، ففي البيع مثلاً يلتزم البائع بملكية المشتري للمبيع في مقابل العوض، ويلتزم المشتري بملكية البائع للثمن في مقابل المعوض، هذا ما يقتضيه العقد في حدّ ذاته، فهو يقتضي النقل والانتقال للعوضين، من أحدهما إلى الآخر، فيكون المبيع للمشتري، والثمن للبائع، ولازم الملكية جواز الأخذ؛ لتحقق سلطنة كل مالك على ماله.

فإذن نفس العقد يقتضي أخذ الثمن ولو كان العقد خيارياً، ولكن لما كانت المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسلم، كان مقتضى الشرط الذي وقع عليه العقد، أن يكون أخذ الثمن في نفس الوقت الذي يكون المبيع تحت اختيار المشتري.

فإذن أخذ الثمن في حدّ نفسه من آثار الالتزام العقدي، وإنما الفرق بين البيع اللازم والبيع الجائز، أن في الأول التزاماً آخر، وهو الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي، دون البيع الجائز، فليس فيه هذا الالتزام.

والحاصل: أن الموجود في ما نحن فيه هو أخذ الثمن بعد حصول التأخير الذي هو سبب للخيار، وأخذ الثمن من لوازم ملكيته له، ومن مقتضيات الالتزام العقدي، وهو لا يكون كاشفاً عن الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي إلا إذا انضمت له قرينة عرفية تفيد ذلك، وهي غير موجودة، فيكون قياس أخذ الثمن على باب ظهورات الألفاظ مع الفارق، والاستناد إلى ذلك بلا مستند[١].

فالحق في المسألة: عدم كون أخذ الثمن مسقطاً للخيار، ومقتضى القاعدة بقاء الخيار إلى أن يثبت الإسقاط، والوجه في ذلك إطلاق روايات خيار التأخير، التي هي العمدة في ثبوته بعد تأخير الثمن؛ فإنه شامل لما قبل الأخذ وبعده.

ولو فرض وشكّ - بعد أخذ الثمن - في حصول رضا جديد يتعلّق بالبقاء على المعاملة، علاوة على الرضا المعاملي الأول، فأيضاً نتمسك بالإطلاق[٢].

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في الجواب على سؤال: يشترط في الأخذ حتى يكون مسقطاً للخيار أن يكون كاشفاً نوعياً عن الالتزام بالبيع، كالكاشفية النوعية في خبر الثقة، وإثبات ذلك في غاية الإشكال.

(٢) أورد بعض الحاضرين تقوية السيد اليزدي رحمه الله الوجه الأخير في صورة الالتفات إلى الحكم والموضوع؛ لكونه كاشفاً عن الاسقاط حينئذٍ فعلاً، بمعنى أن كشفه فعلي وإن لم يحصل الظن الفعلي بإرادة الإسقاط. الحاشية على المكاسب ٣: ٢٨.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن جوابه يظهر مما قدمناه؛ لأن فرض الكلام في صورة العلم والالتفات إلى الحكم والموضوع.

نعم، لو كان المستند « لا ضرر » لقلنا بدوران الخيار مدار وجود الضرر، وبما أنه منتفٍ بعد أخذ الثمن، فينتفي الخيار بانتفائه، ولكن الصحيح أن المستند الأخبار، وليس « لا ضرر ».

المسقط الخامس: مطالبة الثمن

ومما تقدم في المبحث السابق يظهر عدم مسقطية المطالبة بالثمن من باب أولى؛ لأن أخذ الثمن أعم من الالتزام بالمعاملة وإسقاط الخيار، وإثبات الأخص لا يثبت الأعم.

والأعمية في المطالبة بالثمن من جهتين:

الأولى: أن المطالبة بالثمن أعم من الإسقاط ومن إرادة الوصول إلى ماله.

الثانية: يحتمل أن تكون المطالبة لإرادة استكشاف أن المشتري هل هو في مقام إرادة إعطاء الثمن وعدمه، فتكون المطالبة أعم من الإسقاط وإرادة استكشاف هذا المعنى.

ومع كون المطالبة أعم من الإسقاط من جهتين، فيكون إثبات الإسقاط به من مصاديق إثبات الأخص بالأعم.

وذكر الشيخ رحمه الله في المسألة وجهين:

الأول: عدم سقوط الخيار به، واستدل العلامة رحمه الله عليه بالأصل وعدم الدليل.

الثاني: السقوط، وذكره بنحو الاحتمال؛ لدلالته على الرضا بالبيع.

وأجاب عن الثاني؛ بأن المطالبة بالثمن لا تدل على الالتزام بالضرر المستقبل، حتى يكون التزاماً بالبيع، بل هو استدفاع للضرر المستقبل، وفرق بينهما، أي يطالب بالثمن حتى يدفع ضرر تأخير الثمن؛ وذلك لأن العقود على قسمين:

الأول: عقد يقتضي الخيار بنفسه.

الثاني: عقد لا يقتضيه بنفسه.

الأول كالعقد الغبني، أو ما إذا كان المبيع معيباً؛ فإن العقد فيهما يقتضي الخيار، والالتزام فيهما بالضرر مسقط له، والمطالبة بالثمن فيهما بعد العقد والعلم بالضرر تكون التزاماً بالضرر؛ لكونه متحققاً فعلاً، فالمطالة بالثمن كاشفة عن الالتزام به.

وأما في خيار التأخير، فالضرر لم ينشأ من العقد، بل من التأخير، والضرر السابق لا ينجبر بالخيار، فالخيار إنما هو لدفع الضرر المستقبلي، فإذا طالب بالثمن، فإنما يريد دفع الضرر المستقبلي من ناحية التأخير، فليس فيه التزام بالضرر.

ثم إن الشيخ رحمه الله في الأخير، قال هو محل نظر[1].

والحق أن مطالبة الثمن ليست من جملة المسقطات؛ إذ يمكن ان تكون مبنية على الرضا بأصل البيع، لا الرضا بإمضائه وإنفاذه، والوجه فيه: إطلاقات روايات خيار التأخير؛ فإن مفادها ثبوت الخيار مطلقاً،

(١) المكاسب ٥: ٢٣٥ - ٢٣٦.

طالب بالثمن أو لم يطالب به.

وأما الشيخ رحمه الله فقد استند في عدم المسقطية إلى أن مطالبة الثمن ليست من باب الالتزام بالبيع، بل من باب دفع الضرر المستقبلي؛ لكي يحصل على حقه ولا يتأخر عليه أكثر مما تأخر.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق الرشتي رحمه الله على الشيخ رحمه الله: بعدم الفرق بين القسم الأول من العقود التي يكون الضرر فيها لازماً للعقد كالغبن والعيب، وبين القسم الثاني الذي لا ينشأ الضرر من نفس العقد، بل من التأخير؛ فقال بسقوط الخيار في الأول دون الثاني، ولا معنى لبقاء الخيار حتى في الثاني؛ فإن الالتزام بالعقد التزام بجميع لوازمه، وبما أنه التزم بالبيع في القسم الثاني فهو يلتزم بعدم الخيار[1].

ويندفع بالتأمل في كلام الشيخ رحمه الله؛ لتصريحه بأن المطالبة بالثمن ليست التزاماً بالبيع، حتى يرد عليه الالتزام بالبيع التزام بلوازمه.

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٧٧.

وهنا مسائل:

المسألة الأولى: هل خيار التاخير فوري أو على التراخي

في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، وبحث الشيخ رحمه الله هذه المسألة في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: مقتضى القاعدة في جميع الخيارات.

الجهة الثانية: مقتضى القاعدة في خصوص خيار التاخير، وفيها جنبتان:

الأولى: مقتضى الدليل.

الثانية: مقتضى الأصل.

ومجمل ما توصل له الشيخ رحمه الله أن مقتضى القاعدة في جميع الخيارات هو الفور، ومقتضى الأصل في خصوص خيار التأخير هو التراخي.

وتفصيل ذلك وتوضيحه:

الجهة الأولى: مقتضى القاعدة في جميع الخيارات عند الشيخ

أما الجهة الأولى، فإنا إذا شككنا في بقاء الخيار وزواله بعد الآن الأول، المعبر عن الأول بالتراخي، وعن الثاني بالفور، فعلى مبنى

الشيخ رحمه الله لا يمكن التمسك بعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لإثبات اللزوم، ولا باستصحاب بقاء الخيار أيضاً، وفي جميع موارد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص في الخيارات، لا يمكن التمسك بأي منهما، والنتيجة في جميع ذلك اللزوم، لا من باب العموم، بل للأصل العملي، كما سيتضح.

وبيان أساس هذه النظرة، أن في المعاملة الغبنية مثلاً يثبت الخيار للمغبون، فإذا لم يعمله في الآن الأول، لم يمكن في الآن الثاني التمسك بعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، ولا باستصحاب الخيار، الذي هو حكم المخصص.

أما عدم التمسك بالعموم؛ فلأنه قد خصص بخيار الغبن، وأخرج هذا الفرد من العقود من تحت عموم اللزوم، وبما أن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد، واحد مستمر في الزمان؛ لكون الزمان ظرفاً له، لا مفرّداً، فيكون لكل عقد حكم واحد، فالخارج لا يعود.

وليس المقام من موارد الشك في التخصيص الزائد؛ ليتمسك بأصالة العموم، لأن المتعلق بالعقد وجوب واحد بالوفاء، إلا أنه مستمر في الزمان، فلما جاء المخصص زال وجوب الوفاء بالتخصيص، فخرج من تحت عموم الآية، فلا يمكن التمسك به.

وأما عدم إمكان التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فلأن جريان الاستصحاب يتوقف على وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة، فلا بدّ من

إحراز بقاء الموضوع، وبالتالي لا بدّ من إحراز أن المتغير ليس من مقوّمات الموضوع، بل من حالاته، ومجرد احتمال كونه من المقوّمات، يمنع من التمسك بالاستصحاب؛ لكون التمسك بدليل الاستصحاب حينئذٍ، من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل؛ إذ يشك في صدق « لا تنقض اليقين بالشك ».

فإذا ثبت الخيار من جهة الغبن أو العيب، أو فيما نحن فيه، فهو لأجل رفع الضرر عنه؛ فإن الحكم باللزوم ضرر عليه، نفاه الشارع بدليل نفي الضرر، فإذا لم يعمل صاحب الخيار خياره في الآن الأول، فالحكم باللزوم بعد ذلك، لا يكون ضرره مستنداً إلى الشارع، بل إليه نفسه، فلا تجري « لا ضرر »؛ لأنها إنما تجري فيما إذا إذا كان الضرر مستنداً إلى الشارع، وهو منتفٍ عنه؛ لأنه جعل الخيار له، ولكنه لم يعمله.

ومجرد احتمال ذلك، والشك في كون الضرر حيثية تعليلية، أو تقييدية للحكم بالخيار، يمتنع التمسك بالاستصحاب.

وعليه، فإذا لم يمكن التمسك بعموم العام، ولا باستصحاب حكم المخصص، تصل النوبة إلى مرحلة أخرى؛ وذلك فيما لو فسخ صاحب الخيار العقد، فإنا نشك في تأثير هذا الفسخ، وفي زوال الملكية عن مالكها الثاني، فنستصحب عدم تأثيره، وبقاء الملكية.

ولهذا كان الحكم بالفور هو الأقوى[1]، فيحكم بسقوط الخيار، لا عن طريق التمسك بالعام، بل لاستصحاب بقاء أثر العقد.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٧. قال الشيخ رحمه الله: (وقد عرفت أن الأقوى الفور).

الجهة الثانية: مقتضى القاعدة في خصوص خيار التاخير

وأما الجهة الثانية، فمختار الشيخ رحمه الله فيها هو التراخي، وللبحث فيها جنبتان:

الجنبة الأولى: مقتضى الدليل.

واستدل على مراده: بأن ظاهر قوله عليه السلام: « لا بيع له » هو نفي البيع رأساً، ولكن بما أنه لا يمكن إرادة هذا الظاهر، فيحمل على المعنى المجازي، ومع تعدّد المجازات فاللازم حمله على أقربها للمعنى الحقيقي، وهو نفي اللزوم رأساً، بأن لا يعود اللزوم أبداً، فتكون النتيجة هي التراخي.

ثم أمر بالتأمل[1].

وفي وجه التأمل وجوه:

الوجه الأول: أن تعيين أقرب المجازات - بعد تعذر الحمل على المعنى الحقيقي - لا دليل عليه، ولا يقتضي العرف تعيينه؛ فإن أقرب المجازات يتساوى مع غيره، والتعامل في النصوص على الظهور.

الوجه الثاني: أنه إذا تعذّر الحمل على المعنى الحقيقي، الذي هو ظاهر اللفظ، فالأمر يتردد بين الحمل على نفي اللزوم الأبدي، ونفيه في الجملة، ومع التردد يكون اللفظ مجملاً، فيسقط عن الدليلية.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٧.

الوجه الثالث: أن منشأ تعذر الحمل على المعنى الحقيقي في المقام هو الإجماع، وهو دليل لبّي، لا إطلاق فيه، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

الوجه الرابع: أن غاية ما يستفاد من الأخبار، هو ما يستفاد من دليل نفي الضرر؛ إذ التأمل فيها يقتضي أن الخيار إنما جعل لرفع تضرر البائع، ومع هذا الاحتمال لا وجه لبقاء الخيار الناشيء من الضرر، في الآن الثاني، إذا أمكن للبائع أن يأخذ به في الآن الأول ولم يفعل.

ثم على تقدير إهمال النص، وعدم ظهوره في العموم يأتي دور:

الجنبة الثانية: مقتضى الأصل.

واستدل على مراده بالاستصحاب، وتقريبه: أن اللزوم الذي كان موجوداً في الثلاثة الأيام قد ارتفع يقيناً، سواء بالنص أو بـ« لا ضرر »، فعوده يحتاج إلى دليل، ولا يمكن الرجوع إلى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ كما تقدم، فليس لنا إلا استصحاب بقاء الخيار.

ولا يرد عليه ما تقدم، من عدم جريان الاستصحاب في موارد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص، كما لا يمكن التمسك بالعام أيضاً.

للفرق بين الموارد السابقة وما نحن فيه؛ فإنما منعنا التمسك بالأصل في الموارد السابقة؛ لتبدل الموضوع، أو احتمال تبدله، ويشترط في الاستصحاب بقاؤه؛ وذلك لأن الموضوع قد أخذ من قاعدة نفي الضرر، فيكون موضوع الخيار هو الشخص المتضرر، الذي لا قدرة له على دفع

الضرر، فإذا جعل له الخيار في الآن الأول، ولم يأخذ به لم يصدق عليه في الآن الثاني أنه متضرر، فيتبدل الموضوع جزماً.

ولا أقل من احتمال تبدّل الموضوع؛ لاحتمال مدخلية الضرر فيه بقاء.

وعلى كلا التقديرين لا يجري الاستصحاب.

وأما فيما نحن فيه، فقد أخذ الموضوع من الأخبار، والموضوع فيه من لم يجئ بالثمن إلى ثلاثة أيام، كما يستفاد من القضية الشرطية في قوله عليه السلام: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »، وهو صادق في الآن الثاني كصدقه في الآن الأول، فلم يتبدل الموضوع، فيجري الاستصحاب بلا محذور.

وفي ختام المطاف، قال رحمه الله بنحو النتيجة: (وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة، إما لظهور النص، وإما للاستصحاب).

وبعد أن اتضح رأي الشيخ رحمه الله بجميع مطالبه نقول:

مقتضى التحقيق في المسالة

مقتضى التحقيق في المسألة، أن نلاحظ مستند الحكم بثبوت الخيار، وعلى أساسه يتضح الحكم؛ فإنها مختلفة بحسب المباني:

المستند الأول: الإجماع، وإنما صير إليه؛ لأن ظاهر النصوص نفي الصحة، لا اللزوم، فلا تصلح أن تكون مستنداً للخيار، وكذلك قاعدة « لا ضرر »؛ إذ بين تأخير الثمن والضرر عموم من وجه، فربما تحصل المنفعة في التأخير.

مضافاً إلى دلالتها على نفي اللزوم، لا على إثبات حق الخيار.

المستند الثاني: قاعد « لا ضرر »؛ فإن الحكم باللزوم في حال تأخير المشتري للثمن ضرر على البائع، فينفى بها.

المستند الثالث: الشرط الإرتكازي؛ فإن المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسلّم من الطرفين بعد تحققها مباشرة، ولكن تصرّف الشارع في الشرط، فأجاز التأخير إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيأتي قانون تخلّف الشرط يستلزم ثبوت الخيار.

المستند الرابع: الأخبار، وفيها طريقان:

الأول: أن نحمل النفي في الرواية على نفي اللزوم؛ لتعذر حملها على المعنى الحقيقي، فنلجأ إلى الحمل على أقرب المجازات، كما تقدم شرحه.

الثاني: أن يدعى أنّ مفادها نفي اللزوم.

الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، فمقتضى القاعدة أن الخيار على الفور؛ وذلك لأنا إن قلنا - كما هو المختار - بإمكان الرجوع إلى العموم، عند التردد في حدّ الخيار، ودوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص، فالقدر المتيقن من الإجماع تخصيص الآية في الآن الأول، وأما بعده فيرجع إلى العموم المقتضي للزوم، فيكون الخيار فورياً.

وإن قلنا بمقالة الشيخ رحمه الله، من عدم إمكان الرجوع إلى العموم، فالإجماع لا يدل على الخيار إلا في الآن الأول، ولا يدل على ثبوته بعده، فيكون المرجع بعد الآن الأول استصحاب أثر العقد، والحكم ببقائه، فيما لو فسخ العقد، وشككنا في تأثيره، والنتيجة كون الخيار على الفور أيضاً.

فالنتيجة:

أن الخيار - في فرض كون المستند هو الإجماع - فوري.

ودعوى أن استصحاب بقاء الخيار مقدم على استصحاب بقاء الملك؛ لأن الشك في تأثير الفسخ وعدمه، وبقاء الملك وزواله، مسبب عن الشك في بقاء الخيار.

ممنوعة بإن المستند إن كان هو الإجماع، فنحن لا نعلم سعة موضوعه، بمعنى هل أنه قام على الخيار في خصوص المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ أو مطلق المتضرر، حتى لو أمكنه الفسخ ولم يفسخ، ومع الشك في الموضوع، وكون الإجماع دليلاً لبياً، لا لسان له، لا نحرز بقاء الموضوع بعد الآن الأول، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار؛ لاشتراط إحراز وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة في موضوع الاستصحاب، ولم تحرز.

نعم، لو استفيد من كلمات المجمعين، قيام الإجماع على الخيار للمتضرر الذي لم يعمل خياره، فهو مورد استصحاب بقاء الخيار.

الحكم إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند هو « لا ضرر »، فالأمر مشكل، وقبل بيان جهة الإشكال، يلزمنا أن نبيّن الفرق بين ما نحن فيه، وبين خيار الغبن، مع كون المستند في كليهما « لا ضرر »، فنقول: بأن الفرق من جهتين:

الأولى: أن الضرر في خيار الغبن ناشئ من نفس العقد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ناشئ من تأخير الثمن.

الثانية: أن الضرر في خيار الغبن واحد، وهو نقصان المالية؛ للتفاوت الفاحش بين قيمة ما خرج من كيسه، وقيمة ما دخل فيه، وأما في ما نحن فيه، فالضرر متجدّد؛ إذ كل تأخير في كل يوم يعدّ ضرراً، فالضرر من التأخير في اليوم الأول إن لم يجبر بالخيار، فيمكن جبران الضرر الناشيء من التأخير في اليوم الثاني.

إذا اتضح الفرق بين البابين، ففي خيار الغبن، إذا علم المغبون بالحكم والموضوع، ولم يعمل خياره، كان الضرر في الآن الثاني مستنداً إليه، لا إلى الشارع، فلا تجري في حقه « لا ضرر ».

وأما فيما نحن فيه، فعدم إعماله للخيار في اليوم الأول مستند إلى نفسه، وإما الضرر في اليوم الثاني فلم يلتزم به.

وعلى هذا الأساس ذهب المحقق النائيني رحمه الله إلى أن « لا ضرر » ترفع اللزوم آناً آناً؛ لأن الضرر الناشيء من الحكم باللزوم ممتد في طول الزمان، آناً فآناً، فكلما حكم باللزوم حصل ضرر فيرفع بها، فـ« لا ضرر »

بنفسها تثبت التراخي في الخيار، بلا حاجة إلى استصحاب بقائه[١].

وفي قباله ما أفاده المحقق الرشتي رحمه الله؛ فإنه قال: بأن المستند إن كان « لا ضرر » أو الأخبار بتنزيلها على مؤدى « لا ضرر »، فيثبت الخيار بها، وبعد الشك في بقاء الخيار، في الآن الثاني، نستصحب بقاءه[٢].

والفرق بين الرأيين - مع اشتراكهما في كون الخيار على التراخي - أن الخيار يثبت في الآن الثاني، حسب مبنى المحقق النائيني رحمه الله، بنفس « لا ضرر »، وأما على مبنى المحقق الرشتي رحمه الله ، فباستصحاب بقائه.

والفرق بين رأي المحقق النائيني رحمه الله ورأي الشيخ رحمه الله، أن الشيخ رحمه الله أخذ الموضوع من الأخبار، وتمسك باستصحاب بقاء الخيار؛ لبقاء موضوعه.

وأما المحقق النائيني رحمه الله، فقال لا حاجة إلى ذلك، بل نفس « لا ضرر» تثبت بقاء الخيار.

والفرق بين رأي المحقق الرشتي رحمه الله، ورأي الشيخ رحمه الله ، أن رأي المحقق الرشتي رحمه الله استصحاب بقاء الخيار حتى لو تمسكنا بقاعدة « لا ضرر »، وغضضنا النظر عن الأخبار، بخلاف الشيخ رحمه الله، الذي قال بلزوم أخذ الموضوع من الأخبار لأجل جريان استصحاب بقاء الخيار.

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٩.

(٢) راجع فقه الإمامية ٢: ٥٧٨ - ٥٧٩.

هذا ما أفاده الأعلام، ولكن لا يخفى أن المستند إن كان « لا ضرر »، فهي إنما ترفع الضرر المستند إلى الشارع، لا غير، وبما أن نسبتها إلى دليل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ نسبة الحكومة التي هي بمنزلة التخصيص، فهي ترفع اللزوم الضرري في الآن الأول؛ لانتساب الضرر إلى الشارع لو حكم باللزوم، وأما اللزوم الضرري في الآن الثاني - بعد علم البائع والتفاته للحكم والموضوع، وعدم إعماله الخيار - فلا يستند إلى الشارع، وإنما يستند إلى البائع، فيتمسك عند الشك بعموم الآية.

ولا أقل من الشك والتردد في إسناد الضرر إلى الشارع، وبما أنه لم يحرز الاستناد إليه كان المخصص مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو التخصيص في الآن الأول، ويتمسك بالعموم في ما عداه.

الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، فالقاعدة تقتضي التراخي؛ لأن مقتضى الشرط ثبوت الخيار عند تأخير الثمن مطلقاً، من دون اشتراط الفور في إعماله، فما دام التخلف عنه ثابتاً يثبت الخيار.

الحكم إذا كان المستند الأخبار

وإن كان المستند الأخبار، فكلمات الشيخ رحمه الله مضطربة، ولكن نقول: تارة نقول بأن الروايات منصرفة إلى مؤدى « لا ضرر » ومنزلة عليها، وأخرى، لا نقول بذلك.

وعلى الأول، تارة نقول بأن الضرر علة، وأخرى حكمة.

فإن كانت منصرفة إلى مؤدى « لا ضرر » وكان الضرر علة، كان مفادها عين مفاد « لا ضرر »، وإن كان حكمة، فالمرجع إلى إطلاق الأخبار.

والحق بعد أن نرجع إلى النصوص أنا لا نجد فيها للضرر عيناً ولا أثراً، بل ما أخذ فيه هو عدم القبض والإقباض، وغاية ما يمكن أن يقال أن الضرر حكمة للحكم بالخيار، فلا يدور مدارها، وعليه فيتمسك بإطلاقها، ومقتضاه التراخي؛ لأن مدلولها المستفاد من « وإلا فلا بيع له » هو نفي اللزوم، من دون تحديد بزمان دون زمان[1].

(١) وأوضح الشيخ الأستاذ دام ظله الإطلاق في النصوص في مقام الجواب على سؤال، فقال ما حاصله: إن موضوع الحكم ومتعلقه إذا كان ينقسم إلى انقسامات، وجعل الشارع الحكم على الموضوع أو على المتعلق بدون أن يخصصه بأحد الأقسام فمقتضى أصالة البيان أن يكون الحكم على جميع الأقسام، وبما أن الخيار ينقسم إلى الفور والتراخي، ونفى الشارع اللزوم عن هذا البيع بقوله: « لا بيع له » المحمول على نفي اللزوم، لا البطلان حسب الفرض، من دون تحديده بحد، فمقتضى الإطلاق نفي اللزوم أبداً.

المسألة الثانية: تلف المبيع قبل القبض

في هذه المسألة صورتان:

الصورة الأولى: تلف المبيع قبل القبض بعد الثلاثة

واختار فيها الشيخ رحمه الله كون التلف من مال البائع، وقد بحثها من جهتين[1]:

الجهة الأولى: في المقتضي لضمان البائع

وأقام عليه دليلين:

الدليل الأول: الإجماع المستفيض، بل المتواتر.

الدليل الثاني: النبوي المشهور - وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور -: « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »[2].

مناقشة المحقق السيد الخوئي للشخ وردها

وناقشه المحقق السيد الخوئي رحمه الله:

أولاً: بأن الإجماع المدعى مدركي؛ لاستناده إلى النبوي الذي عبّر عنه الشيخ رحمه الله: بالمشهور، وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور، فلا يكشف عن رأي المعصوم، ولا عن دليل معتبر، فلا يكون حجة.

وثانياً: بأن النبوي وإن كان مشهوراً إلا أنه لم يذكر إلا في كتب

---

(١) المكاسب ٥: ٢٣٨.

(٢) عوالي اللئالي ٣: ٢١٢.

العامة، فلا يمكن الالتزام بانجباره صغرى وكبرى؛ أما الصغرى؛ فلعدم ثبوت عمل المشهور به، واستنادهم إليه؛ لأنه لم يذكر في كتب قدماء الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك؛ إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به، وإنما ذكروا فتاواهم بغير تعليل.

وأما من حيث الكبرى؛ فلما عرفت مراراً أن عمل المشهور لا يوجب انجبار ضعف الرواية[1].

تحقيق في المراد من قاعدة جبر السند الضعيف بعمل المشهور

ولا بد قبل الدخول في مناقشته رحمه الله أن نبحث عن المراد من جبر السند، في قاعدة انجبار السند الضعيف بعمل المشهور، الذي ذهب إلى القول به مشهور الفقهاء، ومنع منه غيرهم، فنقول:

إن الحجة في الأخبار - على ما هو الحق عندنا - تنحصر في أمرين: خبر الثقة، والوثوق بالخبر، أما الوثوق ففيه مبنيان:

١- أن الحجة هو الوثوق النوعي.

٢- أن الحجة هو الوثوق الشخصي.

أما الوثوق النوعي، فالصحيح عدم الدليل على حجيته، فإذا حصل الوثوق النوعي من الأمارة، من دون حصول الوثوق الشخصي لمن قامت عنده، فليس ذلك بحجة؛ لأن الفرض عدم حصول العلم، ولا الوثوق

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٩، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٤ - ٥٥.

الشخصي، فالاستناد إليها استناد إلى غير علم، وأما الاستناد إلى الوثوق الحاصل لنوع الفقهاء فاستناد إلى غير مستند معتبر.

نعم، بعض الأمارات حجة بنفسها، ومنشأ حجيتها إفادتها للوثوق النوعي، فهي حجة؛ لقيام الدليل على اعتبارها في نفسها، كخبر الثقة؛ فإنه حجة بما أنه موجب للوثوق النوعي، فتثبت الحجية حتى لمن لم يحصل عنده وثوق شخصي بالخبر.

وعليه فتنحصر الحجة في أمرين:

١- الوثوق الشخصي.

٢- خبر الثقة.

أما الوثوق الشخصي؛ فلكونه حجة عقلائية لمن حصلت عندها، وأمضاها الشارع قطعاً.

وأما خبر الثقة؛ فلقيام الأدلة على اعتباره.

وعليه، فمقتضى القاعدة والأصل، أن الرواية ضعيفة السند، ليست في نفسها بحجة عقلية ولا شرعية، فتحتاج إلى ضم ضميمة أخرى لتكون حجة، ولا يكون ذلك بمجرد عمل المشهور؛ لأن الخبر في نفسه ليس بحجة، وعملهم كذلك، فضمهما إلى بعض من ضم اللاحجة إلى اللاحجة، لا يولد الحجية قطعاً، فليس عندنا للحكم بحجية الخبر الضعيف الذي عمل به المشهور إلا سلوك أحد طريقين:

الطريق الأول: أن نقول بأن عمل المشهور بالخبر يوجب حصول الوثوق الشخصي بصدور الخبر، والوثوق حجة كما تقدم.

وهذا إن حصل فتام، ولكنه يدور مدار حصوله عند الفقيه نفسه، لا مدار حصول الوثوق لنوع الفقهاء كما تقدم.

الطريق الثاني: أن يكون عملهم به توثيق عملي منهم لرواة السند، فيكون الخبر أحد مصاديق خبر الثقة، وهو حجة.

ومورد هذا الطريق أن يكون رواة السند معينين، ولكنهم مجهولو الحال في كتب الرجال، فيكون عمل المشهور بالخبر توثيقاً لهم، ولا يتمّ ذلك إلا بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون من بين المشهور، من لا يعمل إلا بخبر الثقة؛ إذ لو فرض أنه يعمل بغيره، لم يكن لعمله أثر من حيث التوثيق، كما هو الحال في الخبر الحسن؛ فإن من بين المشهور من يعمل به، والفرض عدم حجيته عندنا.

الشرط الثاني: أن لا يتردد حال عملهم بالنسبة إلينا، من حيث التوثيق وحصول الوثوق لهم، فلو لم نعلم أن عملهم بالخبر كان لأجل توثيقهم لرواته، أو لحصول الوثوق الشخصي لهم، لم يمكن العمل به من باب التوثيق العملي له؛ لعدم ثبوت حجيته لنا؛ لتردده بين الحجة واللاحجة، فما لم يحرز التوثيق العملي لم يكن مصداقاً لخبر الثقة، وإن أحرز كان مصداقاً له، وهذا معنى انجبار ضعفه بعمل المشهور.

ويترتب على ما ذكرناه: عدم انجبار الرواية المرسلة؛ إذ لا معنى للتوثيق العملي، مع عدم العلم بالرواة، وبهذا تظهر الخدشة في كثير مما

ورد في كتب الأعاظم، من قولهم: بأن الرواية وإن كانت مرسلة إلا أنها منجبرة بعمل الأصحاب؛ إذ لا يحصل من عملهم بها التوثيق لرواتها، مع الجهل بأسمائهم، وإن أريد حصول الوثوق الشخصي بصدورها، فهو يختص بمن حصل له الوثوق، فلا ينسحب إلى غيره، ليقال بانجبارها عند الجميع.

وعليه، فبما أن النبوي - في ما نحن فيه - مرسل، فلا وجه لانجباره بعمل الأصحاب؛ لعدم حصول التوثيق العملي بمجرد عملهم، كما أوضحناه، وأما حصول الوثوق النوعي، فغير مفيد؛ لعدم حجيته، والوثوق الشخصي بصدوره عن النبي ﷺ - إن حصل - فهو بالنسبة لمن حصل عنده خاصة، ولا يحصل للفقيه النبيه الملتفت إلى تعدّد المدارك في المسألة.

هذا هو مقتضى التحقيق المفيد في المقام وفي غيره، وهو الإشكال العمدة، من حيث جبر السند بعمل المشهور.

وأما دعوى كون الإجماع المدّعى في المقام محتمل المدرك؛ لاحتمال استنادهم إلى هذه الرواية المرسلة.

فممنوعة؛ وذلك لأن المدّعى نفي الخلاف، عند المتقدمين والمتأخرين، وقيام الإجماع على ذلك، ونقل مستفيضاً، بل متواتراً كما في عبارة صاحب الجواهر[1]، والشيخ قدس سرهما، فمن بين المجمعين

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٨.

السيد المرتضى، وابن إدريس، اللذان لا يعملان بخبر الواحد الثقة، فضلاً عن الضعيف والمرسل، وصاحب المدارك، ممن عرف أنه لا يعمل إلا بالخبر الصحيح، والمحقق الأردبيلي المتشدد حتى فيما قام عليه الإجماع، فهل يعقل منهم استنادهم في الفتوى إلى هذا الخبر المرسل؟!

نعم، احتمال استناد بعض الفقهاء له، غير بعيد، وأما استناد الكل فغير محتمل، فلا بدّ أن نفرق بين موارد الإجماع، وموارد عمل المشهور، فإذا كانت المسألة مما لا خلاف فيها، من البدو إلى الختم، وليس في المقام ما يصلح للاستناد، فإجماعهم حجة؛ لكشفه القطعي عن التلقي كابراً عن كابر، خلفاً عن سلف إلى الإمام عليه السلام.

فالنتيجة إلى هنا: أن دعوى المحقق الخوئي رحمه الله من ظن استناد المجمعين إلى هذه الرواية المرسلة، فيكون مدركياً، غير تامة؛ إذ لا يحتمل استنادهم كلهم لهذه الرواية، التي لا تكاد توجد في كتب العامة، وغير مسطرة في روايات الخاصة، مع ما نعرف عنهم من المباني المشدّدة عند بعضهم، بل نقطع بتلقيهم الحكم في مثل هذه الحالة عن الإمام عليه السلام.

الدليل الثالث للمسالة الذي ذكره المحقق الخوئي وناقشه ورد مناقشته

الدليل الثالث: رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده، ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟

قال: « من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه »[١].

وأورد عليها المحقق السيد الخوئي رحمه الله: بضعف سندها، وعدم انجبارها بعمل الأصحاب ولو قلنا بجبر السند بعملهم؛ لعدم عملهم بها؛ فإنها تدل على ضمان البائع ما لم يقبض خارجاً، ولم يخرج من بيته، ومن الواضح أن الأكثر على كفاية التخلية بين المشتري والمبيع في القبض[٢].

وفيه: **أولاً**: أنها معتبرة على مبناه؛ إذ ليس فيها ما يمكن أن يضعف إلا محمد بن هلال، وهو موثق عنده، وعقبة بن خالد، وهو من رجال كامل الزيارات، وهم كلهم ثقاة عنده حين طرحه هذا الكلام.

وثانياً: قوله بعدم انجبار ضعفها؛ لعدم عمل المشهور بها، مردود بأن في الرواية جملتين:

الأولى: ما دلت على كون الضمان من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع.

والثانية: ما دلت على الضمان إلى أن يخرجه من بيته.

والجملة الثانية هي التي لم يعمل بها المشهور، فتسقط عن الحجية،

---

(١) الوسائل، الباب١٠ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٤٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٥.

وأما الأولى فلا وجه لسقوطها عن الحجية، بناء على التفكيك في الحجية.

الدليل الرابع: الشرط الارتكازي

ذهب المحقق الخوئي رحمه الله إلى إمكان الالتزام بالشرط الارتكازي؛ ليكون مستنداً إلى أن تلف المبيع قبل القبض، من مال بائعه بهذا التقريب:

أن البيع وقع مبنياً عند العقلاء على الإعطاء والأخذ الخارجي، بل في الحقيقة أن إعطاء البائع المبيع للمشتري، وإعطاء المشتري الثمن للبائع من متممات البيع، فإذا وقعت المعاملة وكان البائع متمكناً من تسليم المبيع، ألزم بذلك مع بقاء المعاملة، وأما إذا تلف المبيع، فلم يبق موضوع للإعطاء والأخذ الخارجيين، فتنفسخ المعاملة من أصل.

ويرجع بناء العقلاء في الحقيقة إلى أحد أمرين:

الأول: توقيت البيع بالتلف ، بمعنى أن يحكم بصحة البيع ما دام المبيع لم يتلف، فإذا تلف انقضى أمد البيع، فينفسخ، ويكون دركه على البائع.

الثاني: كون البيع مشروطاً بشرط متأخر، وهو إعطاء المبيع وإقباضه، فإذا تلف المبيع قبل الإقباض كان من مال البائع[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٤٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٦.

المناقشة في الشرط الارتكازي

وهو مخدوش بكلا وجهيه، ولا بدّ قبل بيان جهة الخدشة من بيان المدّعى أولاً فنقول: إن المدّعى هو أنه إذا وقعت معاملة، ومضت ثلاثة أيام ولم يعط البائع المبيع إلى المشتري، فبعد انقضائها تلف المبيع، فهنا تنفسخ المعاملة قبل التلف آناً ما، وتنحل العقدة التي هي حقيقة العقد، ويرجع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول.

هذا هو المدّعى، والدليل الذي أقيم عليه هو: الارتكاز الثابت عند العقلاء بدون أن يردع عنه الشارع، فيكون ممضى من قبله، ونتيجته انفساخ المعاملة شرعاً.

فالدليل مبتنٍ على مقدمتين:

الأولى: قيام السيرة وبناء العقلاء على ذلك.

الثانية: عدم الردع الكاشف عن إمضاء الشارع.

والمقدمة الثانية متفرعة على المقدمة الأولى، وحلّ المسألة في المقدمة الأولى بالتوقيت أو بالشرط المتأخر، وكلاهما ممنوعان:

أما التوقيت فممنوع بوجهين:

الأول: أنا عندما نرجع إلى أنفسنا، وكذلك العقلاء، لا نجد ولا يجدون في صقع أنفسهم، التمليك المؤقت بالانفساخ آناً ما قبل التلف، عند إنشاء البيع، بل سيرتهم قائمة على تمليك العين بالعوض بنحو مطلق، من دون تقييده بزمان ولا زماني خاصين، فيقول البائع بعتك، ويقول المشتري قبلت أو اشتريت، من دون تحديده حتى في الارتكاز

إلى زمان التلف.

الثاني: أن معنى البيع المؤقت الذي تصوره، هو تمليك المتاع مقابل الثمن، إلى زمان التلف، ويرجع - بعد التلف - إلى ملك مالكه، وبما أنه لا تعبّد في السير العقلائية، ولا وجود عندهم لملكية التالف أو المعدوم، فلا محيص عن تتميم ذلك بالتعبد الشرعي، فمتى ما حصل التلف الحقيقي، أو التلف الحكمي، كما في انعتاق العمودين، وحكم بانفساخ المعاملة، ورجوع المبيع إلى ملك بائعه، كان الحكم ببركة الدليل الشرعي، لا بالارتكاز العقلائي.

وأما الشرط المتأخر فممنوع؛ من جهة أن الشرط في المعاملة، وكما يعترف به رحمه الله أيضاً، يرجع إلى أحد أمرين لا ثالث لهما؛ لأن في المعاملة التزامان:

الأول: الالتزام المعاملي، وهو المحقق للعقد، فيلتزم البائع بأن المشتري يملك المتاع في مقابل الثمن، كما يلتزم المشتري بالعكس، وبه يتحقق أصل البيع.

الثاني: الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، ونتيجته لزوم البيع.

وبما أن الشرط في ذاته وقوام مفهومه، متقوم بالارتباط بالغير؛ لأنه التزام في ضمن التزام، ولهذا لم يصح الشرط الابتدائي عند المحققين، فهو إما أن يرتبط بالالتزام الأول، فيرجع إليه، أو إلى الالتزام الثاني، ومعنى أخذ الشرط في ضمن العقد، إما بأن يكون الالتزام الأول منوطاً

به، أو الالتزام الثاني، وأما الشق الثالث، فليس إلا عدم إناطة أحدهما بالشرط، ومعناه الشرط الاستقلالي الابتدائي، وهو باطل حسب الفرض.

فإن رجع الشرط إلى الالتزام الأول، وهو الالتزام المعاملي العقدي، فهو من التعليق المبطل.

وإن رجع إلى الثاني، فلا معنى له إلا جعل حق الخيار عند فقده، وهو يتنافى مع الانفساخ.

فتحصل من ذلك: إما عدم الشرط، وإما رجوعه إلى التعليق المبطل، وإما إلى جعل حق الخيار في الفسخ، والأولان على خلاف مطلوبه، والأخير على خلاف المدّعى، الذي قام عليه الإجماع القطعي، وهو الانفساخ قبل التلف بآنٍ ما.

ولو تنزّلنا وقلنا برجوعه إلى الالتزام العقدي، وبعدم بطلان العقد بالتعليق، إلا أنه لا يجديه أيضاً؛ لأن معنى كونه مشروطاً بعدم التلف قبل القبض، وكون الشرط متأخراً، أن نتيجة تخلّف الشرط بطلان البيع من الأول؛ لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه، لا الحكم بصحته، ثم انفساخ العقد آناً ما قبل التلف، الذي هو المدّعى ويراد إثباته.

ولا يخفى أن أصل قيام الاتكاز على هذا الشرط حق لا إشكال فيه، ولكن مقتضى الشرط ثبوت الخيار في الفسخ، بينما مقتضى الإجماع، ورواية عقبة بن خالد، أن التلف يكون من مال البائع، الذي نتيجته الانفساخ، فلا يمكن الاستناد إلى الارتكاز مع غمض العين عن الإجماع

والرواية.

ومقتضى التحقيق:

أن مستند الحكم في هذه المسألة، لا يخرج عن أحد أمرين: الإجماع القطعي الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، أو رواية عقبة بضم الاتفاق؛ وذلك لأن رواية عقبة، ليس في سندها إشكال إلا من ناحية عقبة، فإن قلنا بثبوت التوثيق العام لابن قولويه في كتاب كامل الزيارات، فهي معتبرة، وإن لم نقل بذلك، فغايته أنه مجهول لنا؛ لعدم ذكره في كتب الرجال، فحتى لو لم نقل بجبر ضعف السند بعمل المشهور، إلا أنه لا محيص عن القول به عند قيام الإجماع عليه، واتفاق الكل على العمل به[1].

وبهذا يتم الكلام حول المقتضي للحكم.

الجهة الثانية: في المانع

وقد ذكر الشيخ رحمه الله مانعين، يمنعان من المقتضي، وهما قاعدتان:

---

(١) نقول لم يثبت اتفاق الكل على العمل به لينجبر السند، وإنما الثابت ان فتواهم مطابقة لها، وفرق بين الأمرين، فينحصر المستند في خصوص الإجماع.

ويمكن أن يجاب بما أجيب عن مثله في مبحث جبر ضعف السند بعمل المشهور على القول به، وبعمل الكل، ومجمله: أن الفقهاء بما هم عدول، وأهل معرفة بالفقه وو.... لا يحتمل في حقهم أن تكون فتواهم بلا مستند، فإذا كانت فتواهم مطابقة لرواية، وليس هناك مستند آخر، كشف ذلك عن اعتمادهم على تلك الرواية.

المانع الأول: قاعدة الملازمة بين الخراج والضمان

وبتعبير الشيخ رحمه الله: قاعدة (الملازمة بين النماء والدرك)، المستفادة من النص النبوي: « الخراج بالضمان »[1]، وهي قاعدة معروفة بين الخاصة والعامة، والمراد من الخراج، ما يخرج أو يستخرج من الشيء، من المنافع والفوائد، فمن يملك هذه الفوائد يكون التلف من ماله، وهذه القاعدة تتعارض مع مفاد النبوي المتقدم؛ فإن مفادها أن من يملك المنافع يكون الضمان من ماله، ومالك المنافع هو المشتري، فيكون التلف من ماله، بينما مفاد النبوي أن التلف يكون من مال البائع.

وأجاب عنه الشيخ رحمه الله: بأن « تلف المبيع قبل قبضه..» أخص مطلقاً من قاعدة: (الخراج بالضمان) من جهتين؛ لأن فيها إطلاقين أفرادياً وأحوالياً.

أما الإطلاق الأفرادي، فهي تشمل المبيع، والثمن، وجميع الأسباب الناقلة كالبيع والصلح، بل والنواقل القهرية، فكل من ملك شيئاً بأي سبب كان وكانت منافعه له، فضمانه عليه.

وأما النبوي فهو خاص بالمبيع؛ حيث موضوعها: « كل مبيع تلف.. ».

وأما الإطلاق الأحوالي؛ فلأن الخراج في مقابل الضمان، يشمل حال قبض المال وعدمه.

وأما النبوي فهو مختص بما قبل القبض.

---

(١) عوالي اللئالي ١: ٥٧، سنن أبي داود ٢: ١٤٥.

ومع كون النبوي أخص مطلقاً من القاعدة في كلتا الجهتين، فلا تعارض في البين.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني رحمه الله على دعوى المعارضة بين النبوي وقاعدة (الملازمة بين النماء والدرك): بخروج مفاد النبوي من تحت القاعدة تخصصاً، لا تخصيصاً، وبيان ذلك:

أن مدلول القاعدة هو أن من كان منافع المال له، كان ضمان المال عليه، فلو كان المال قبل التلف ملكاً للمشتري، لافترض أن يكون الضمان عليه؛ لأن منفعته له، فإذا حكم بكون الضمان على البائع حينئذٍ، يقع التعارض بينهما.

وأما إذا صار المال ملكاً للبائع آناً ما، قبل التلف ولو تقديراً، فلا تعارض بينهما؛ لخروج مدلول النبوي من تحت موضوع القاعدة؛ لأن التلف حينئذٍ كان في ملك البائع، كما في التلف بعد الفسخ[1].

تقوية المحقق الأصفهاني لإشكال المحقق الخراساني

وقواه في ذلك المحقق الأصفهاني رحمه الله، وبما أن في كلامه إضافة كان علينا بيانه أيضاً، قال رحمه الله :

إن توهم المعارضة إنما يتمّ لو قلنا بمقالة الشهيد الثاني رحمه الله ، في

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٤.

معنى: (ضمان المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، من أنه يتلف في ملك المشتري، ولكن خسارته تكون على البائع؛ فإن كون نمائه للمشتري يقتضي أن تكون خسارته عليه، فإذا كانت خسارته على غيره - وهو البائع - كان ذلك منافياً للتلازم بين النماء والخسارة.

وأما إذا قلنا بمقالة المشهور، من انفساخ العقد قبل التلف، ودخول المبيع في ملك البائع آناً ما قبله، فلا ينافي التلازم المذكور؛ لعدم شمول قاعدة (الخراج بالضمان)، لهذا المورد أصلاً حتى يعارضه ونذهب للتخصيص؛ فإن المال للبائع، وقد تلف من كيسه، وخسارة المال وتلفه تكون من كيس مالكه[1].

المناقشة فيما أفاده والانتصار للشيخ

والإشكال وإن كان قوياً إلا أن الحق مع الشيخ رحمه الله من اندراج المسألة في التخصيص، لا التخصص، وقبل بيان الإشكال نذكر مقدمة، وفيها تقوية لقول الشهيد الثاني رحمه الله على المشهور، وإن كان سيأتي البحث في ذلك في محله، والمقدمة هي:

أن المشتق حقيقة في المتلبّس بالمبدأ، واستعماله فيما انقضى عنه التلبّس استعمال مجازي، لا يصار إليه إلا مع وجود القرينة الدالة عليه؛ وإلا فمقتضى القاعدة العمل بأصالة الحقيقة.

وعليه، فإذا قلنا بمقالة الشهيد الثاني رحمه الله، من كون التلف في ملك

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله على المكاسب ٤: ٣٨٤.

المشتري، والخسارة على البائع، فقد جرينا على طبق القاعدة؛ لأن في قاعدة التلف أخذ عنوان (المبيع)، فلا بدّ من صدق المبيع على التالف حين التلف حقيقة، ولا يصدق عليه حقيقة إلا إذا قلنا بأنه - حينئذٍ - ملك للمشتري، ولكن كانت الخسارة على البائع بالتعبد الشرعي.

وأما إذا قلنا بمقالة المشهور، فلا بدّ من ارتكاب المجاز؛ لأن التالف يخرج عن ملك المشتري ويدخل في مالك البائع آناً ما قبل التلف، فلا يكون حينئذٍ مبيعاً، بل كان مبيعاً؛ فيلزم استعمال المشتق في ما انقضى عنه التلبس بالمبدأ.

وهذا إشكال مهم يرد على مسلك المشهور، وإذا بنينا عليه يتضح بطلان ما أفاده المحققان الخراساني والأصفهاني قدس سرهما؛ لأن النسبة بين النبوي والقاعدة نسبة العموم والخصوص المطلق، فيكون الحق مع الشيخ رحمه الله.

وإذا غضضنا الطرف عن هذا الإشكال، وعن مقالة الشهيد رحمه الله ، وقلنا بمقالة المشهور، فلا يتمّ أيضاً كلامهما قدس سرهما؛ لأن مسلك المشهور يقتضي كون التلف من مال البائع، بعد رجوع المبيع آناً ما إلى ملكه، وبتعبير المحقق الخراساني رحمه الله ولو تقديراً، فنقول: بأن مقتضى قاعدة الخراج بالضمان، أن تكون خسارة المال من كيس من له فائدته، والملكية التي توجب النماء والفائدة، هي الملكية التحقيقية للعين، وأما الملكية التقديرية لها، فلا توجب النماء، فما دام في العين فائدة، فهي

ملك المشتري، ومتى ما صارت ملكاً للبائع لم يكن فيها نماء، فيكون المورد، حتى على مسلك المشهور، من موارد تخصيص قاعدة (الخراج بالضمان)؛ لأن المنافع كلها للمشتري، فيقتضي أن يكون الضمان عليه، ولكن استثني هذا المورد عن الضمان، فكان على البائع.

فيتم كلام الشيخ رحمه الله، ويندفع إشكال المحققين الخراساني والأصفهاني قدس سرهما، فتكون النتيجة: تخصيص قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، بقاعدة تلف المبيع من مال بائعه.

هذا كله، لو كان المستند في الحكم بكون التلف قبل القبض من مال بائعه هو الإجماع القطعي، أو رواية عقبة بن خالد، بعد جبر ضعفها بعمل الأصحاب كلهم.

رفع المانع على مبنى الارتكاز العقلائي ومناقشته

وأما لو كان المستند، هو الارتكاز العقلائي، كما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله، كما مرّ بيانه، فأفاد في مقام المانع: بأن المانع منها قاعدة ارتكازية أيضاً، فيكون عندنا قاعدتان ارتكازيتان:

الأولى: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وقد تقدم بيان ارتكازيتها.

الثانية: الخراج بالضمان، أو الملازمة بين النماء والدرك؛ فإنها قاعدة ارتكازية عند العقلاء؛ لوضوح أن من يملك شيئاً، ويملك منافعه، فخسارته تحسب عليه، ولا يطالب بها غيره.

ولكن بما أن القاعدة الأولى أخص مطلقاً من الثانية؛ لاختصاصها

بالبيع، وكون التلف قبل القبض، وشمول الثانية للبيع وغيره، وكون التلف قبل القبض وبعده، فتخصص الثانية بالأولى فيرتفع التعارض[١].

وفيه: أولاً: - بناء على انحصار المستند، في الارتكاز العقلائي كما ذهب إليه -: أن قاعدة التخصيص والتقييد، فيما لو كان أحد الدليلين عاماً أو مطلقاً، والآخر خاصاً أو مقيداً، إنما تجري في الأدلة اللفظية، كما لو ورد (أكرم العلماء) و(لا تكرم الفساق منهم)، ولا مسرح لها بين الأدلة اللبية؛ ليقال بتخصيص القاعدة الارتكازية الثانية بالقاعدة الارتكازية الأولى، على ما حقق في الأصول[٢].

وثانياً: أن قاعدة: (تلف المبيع..)، وإن كان لا مستند لها - حسب رأيه - إلا الارتكاز العقلائي، إلا أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، فمضافاً إلى كونها مرتكزة عند العقلاء، قد دلّت عليها الأدلة اللفظية، كموثقة إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام، وسأله رجل وأنا عنده، فقال: (رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي، إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد علي؟

فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٤١ - ٤٢، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٦ - ٥٧.

(٢) كما في حاشية المحقق الأصفهاني ٣: ٢٥٤.

فقال: الغلة للمشترى، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله)[١].

ومفادها أن الدرك على من له النماء مطلقاً، سواء أكان مبيعاً أم غيره، وسواء أكان قبل القبض أم بعده.

ومن الواضح أن الارتكاز العقلائي ليس حجة بنفسه، وإنما يكتسب حجيته من إمضاء الشارع له، وعدم ردعه عنه، وهذا الدليل اللفظي رادع عنه بإطلاقه.

ولا أقل من احتمال ردعه به، ويكفي احتمال الردع لعدم حجية الارتكاز؛ إذ يشترط لتمامية الارتكاز والسيرة العقلائية إحراز الإمضاء.

والحاصل: إن قلنا بمقالة المحقق الخوئي رحمه الله من انحصار دليل قاعدة التلف في الارتكاز العقلائي، فهو مردوع عنه، أو لم يثبت إمضاؤه فلا يكون حجة، ولا مجال لحل الإشكال على هذا التقدير.

وأما لو قلنا بمقالة الشيخ رحمه الله وبقية المحققين، من كون المستند في القاعدتين هو الدليل الشرعي، فيكون مستند قاعدة الملازمة هي النصوص المطلقة، ومستند قاعدة التلف، هو الإجماع القطعي، أو رواية عقبة بن خالد، فمقتضى القاعدة التخصيص؛ لكون النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، وبه ينحل الإشكال[٢].

---

(١) الوسائل، الباب٨ من أبواب الخيارات، الحديث١.

(٢) نقض على الشيخ الأستاذ دام ظله بالعمل بالارتكاز والسيرة العقلائية، وعدم مردوعيتهما بما دلّ على المنع عن العمل بالظن مطلقاً، في باب حجية الخبر.

فأجاب دام ظله: بالفرق بين البابين؛ فإن الردع كان عن العمل بغير العلم، ومقتضى السيرة

المانع الثاني: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له

فإن مقتضاها أن يكون التلف بعد الثلاثة من المشتري؛ لعدم الخيار له، بينما مفاد النبوي أن يكون التلف من مال البائع، فيقع التعارض.

وأجاب الشيخ رحمه الله عنه: بأن هذه القاعدة لا تشمل جميع أفراد الخيار؛ لاختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان، فهي لا تشمل خيار التأخير الذي نحن فيه من أصل، فلم يتحد الموضوع ليقع التعارض.

ومن جهة أخرى لا تشمل جميع أحوال البيع؛ لاختصاصها بما بعد القبض، وما نحن فيه التلف قبل القبض[1].

وهذا الجواب تام، لا إشكال فيه، إلا أن المحقق الرشتي رحمه الله أضاف: أنه حتى لو كان دليل القاعدة الثانية مطلقاً، فيشمل جميع أقسام الخيار، وقبل القبض وبعده، إلا أن دليل قاعدة التلف مقدم عليه؛ لكونه عاماً؛ بمقتضى لفظة (كل) الداخلة على المبيع في: « كل مبيع تلف..»، والأول مطلقاً، وقد حقق في الأصول تقديم العموم على الإطلاق؛ لأخذ

في ذلك الباب جعل خبر الواحد علماً، فينتفي موضوع تلك الأدلة، وأما فيما نحن فيه فالموضوع محفوظ في القضيتين؛ فإن موضوع إحداهما (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، والأخرى أن تلف المال يكون من مال من له فائدته، وبما أنه ليس بينهما حكومة، ولا ورود، ولا تخصص، فينحصر في التخصيص، فإذا كان أحدهما سيرة، والآخر دليلاً، فإن لم نحرز الردع عنها به، فلا أقل من احتماله، وهو يكفي للقول بعدم ثبوت الحجية.

(١) المكاسب ٥: ٢٣٨ - ٢٣٩.

عدم البيان في تحقق الإطلاق، والعموم بيان[١].

وهو محل نظر؛ لأنا وإن سلمنا بالمبنى، وهو الذي اختاره الشيخ ﵀، وعليه مشهور المتأخرين، وقد خالفناهم في ذلك، كما حررناه في الأصول، إلا أنه مع غض النظر عن الإشكال في المبنى، نقول: بأن ما نحن فيه ليس صغرى لتلك الكبرى؛ لكون القاعدة إجماعية، ولم يرد في أكثر كلماتهم لفظة (كل)، بل وردت بعنوان (تلف المبيع..).

وبعبارة مختصرة: أن لفظ (كل مبيع)، لم يرد في نص، ولا معقد إجماع معتبرين، فهذه الصغرى ليست لتلك الكبرى.

فالحق ما أفاده الشيخ ﵀، من قصور هذه القاعدة عن خيار التأخير، فيخرج ما نحن فيه تخصّصاً، وبهذا يتم الكلام في الصورة الأولى، أعني كون التلف بعد الثلاثة.

الصورة الثانية: تلف المبيع قبل القبض في أثناء الثلاثة

واختلف فيها الأصحاب على قولين:

الأول: ما ذهب إليه المشهور من كون التلف من مال البائع.

الثاني: ما ذهب إليه جماعة من القدماء، منهم المفيد، والسيدان، من كون التلف من مال المشتري، وهو المنقول عن الشهيد في بعض كتبه.

دليل القول بأن التلف من المشتري ورده

واستدل للثاني بوجهين:

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٨٠.

الوجه الأول: الإجماع.

وهو - مضافاً إلى معارضته بالإجماع القائم على إطلاق قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، وكونه منقولاً، بينما الإجماع على كون التلف بعد الثلاثة من مال البائع، والشهرة على كون التلف في أثناء الثلاثة عليه محصلين محققين - موهون؛ بمخالفة المشهور له.

الوجه الثاني: أن التلف بعد الثلاثة، إنما كان على البائع؛ لأن له الخيار، فيمكنه أن يدفع الضرر عن نفسه بإعماله، فلما لم يعمل خياره كانت الخسارة عليه؛ لأنه هو الذي أقدم على ضرر نفسه.

وأما أثناء الثلاثة، فلا خيار له؛ لكون البيع لازماً، فلا يمكنه دفع الضرر عن نفسه، فلا تكون الخسارة عليه.

وفيه: أن ما ذكر من الفرق بين الفرضين، لا إشكال فيه، ولكن لا تأثير له في الحكم؛ لأن مستند الحكم في الفرضين - قبل الثلاثة وبعدها - قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)؛ لشمولها لهما.

غاية الأمر أن في فرض ما بعد الثلاثة، تنضم إلى هذه القاعدة، قاعدة نفي الضرر، وهي لا تأتي في فرض التلف قبل الثلاثة.

تمامية دليل القول بان التلف من البائع

وبهذا يتضح تمامية المقتضي لضمان البائع، وأما المانع، فليس في هذا الفرض إلا مانع واحد؛ لأن المانع الثاني في الصورة السابقة، وهي قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)، لا يأتي في المقام؛

لأن البيع لازم حسب الفرض، فالتلف وقع في زمان اللزوم، لا الخيار.

وأما المانع الآخر، وهو (الخراج بالضمان)، فيجاب عنه بما تقدّم في الصورة الأولى، من أن مستند قاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، إن كان هو الإجماع أو النص، فالنسبة بينها وبين قاعدة الملازمة، نسبة العموم والخصوص المطلق، فتخصص قاعدة الملازمة بها.

الإشكال على المحقق الخوئي

وإن كان المستند الارتكاز العقلائي - كما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله - فإشكال المانعية باقٍ؛ لأن مستند كلتا القاعدتين هي سيرة العقلاء وارتكازهم، غير أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، قد قام عليه الدليل اللفظي المعتبر أيضاً.

وعليه، فإن قلنا باختلاف موضوع القاعدتين، فتخرج القاعدة فيما نحن فيه تخصصاً، فلا إشكال.

وإن قلنا بمقالته، من اتحاد موضوعهما، وأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فلا ينحل الإشكال على حسب مبناه في الأصول؛ لكون السيرة مردوعة بالعموم، بهذا البيان:

أنه إذا كان في مورد السيرة العقلائية عموم على خلافها، فالعموم رادع عنها، لا أن السيرة مخصصة له؛ لاستحالة تخصيص العموم بها؛ فإن حجية سيرة العقلاء تتوقف على ثبوت إمضائها من قبل الشارع، وإحراز إمضائها يتوقف على أن لا يكون العام رادعاً عنها، وعدم رادعيته عنها يتوقف على سقوط عمومه، المتوقف على تخصيص العام بها، فيلزم

الدور.

والسر في ذلك: حاجة السيرة إلى ثبوت عدم الردع، لا إلى عدم ثبوت الردع.

وأما من جهة العموم، فالمقتضي لرادعيته عن السيرة موجود، والمانع منه مفقود؛ فإن المقتضي ثبوت العموم، ولا إشكال في كون العام عاماً وشاملاً لمورد السيرة، وحجية العموم تتوقف على عدم ثبوت المخصص، لا على ثبوت عدم المخصص، والمانع ثبوت مخصصية السيرة للعام، وقد تبيّنت استحالته[1].

وعليه فمع قيام العام في مورد السيرة - كما فيما نحن فيه؛ فإن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك مما قام عليها دليل لفظي عام - تكون السيرة مردوعة به، أو لم يثبت إمضاؤها، فلا ينحل الإشكال حسب مبناه.

نعم، لا يرد هذا الإشكال على مبنى من يرى في مثل الفرض المذكور - وهو المختار أيضاً - احتفاف العموم أو الإطلاق بالقرينة، فيتنزل عليها، بمعنى أن العام أو المطلق الوارد في مورد السيرة العقلائية، يتخصص أو يقيد بها؛ لكونه ملقى إلى العرف، فيتضيق بحسب ما عندهم؛ لكون سيرتهم قرينة حافة به، ولكنه لا يرى هذا الرأي، فالإشكال وارد على مبناه رحمه الله.

---

(١) مصباح الأصول ٢: ٢٣١.

والحق في المسألة: ما أفاده الشيخ رحمه الله من التخصيص، حسب ما أوضحناه سابقاً.

هذا تمام الكلام في هذه الصورة، ولم يبقَ إلا ما نقله الشيخ رحمه الله من عبارة الشيخ الطوسي رحمه الله، التي وقع الكلام في بيانها وتخريجها، وبما أنه لا ثمرة عملية في ذلك، فنطوي عنها صفحاً.

فرع: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه

إذا مكّن البائع المشتري من القبض فلم يقبضه، فهل يكون التمكين بحكم القبض، بحيث لو تلف فيما بعد كان من مال المشتري أو لا؟

بنى الشيخ رحمه الله المسألة على المبنيين في الضمان، فإن قلنا بارتفاع الضمان بالتمكين، قلنا هنا بأن التمكين بحكم القبض، وإن قلنا بعدم ارتفاعه به، لم يكن هنا بحكمه[1].

التحقيق في المسالة

والتحقيق: أن ذلك يدور مدار المستند في المسألة:

فإن كان المستند لقاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، هو الارتكاز العقلائي، القائم على أن القبض والإقباض من متممات البيع، فالحق كفاية التمكين؛ لكونه هو الشرط المتمم للبيع والشراء في مرتكزهم العقلائي، لا القبض الخارجي.

وعليه فالتمكين يكون بحكم القبض، فإذا تلف بعده كان من مال

(١) المكاسب ٥: ٢٤٠.

المشتري.

وإن كان المستند هو النبوي، فقد أخذ فيه عنوان القبض، ولا يصدق لغة على التمكين، كما يشهد عليه صحة السلب عنه، فيكون التلف من مال البائع.

ودعوى الانصراف إلى صورة عدم التمكين، منعها المحققان الرشتي والإيرواني قدس سرهما: باختصاص الانصراف في الإطلاق، كانصراف المطلق إلى الفرد الشائع، وأما انصراف اللفظ من معناه إلى غير معناه، كما نحن فيه من انصراف القبض إلى التمكين، فلا وجه[1].

والتحقيق: عدم الدليل على حصر الانصراف في حالة الإطلاق، بل لابدّ من البحث في وجود القرينة الموجبة للانصراف وعدمه، وبيان ذلك يقتضي الكلام في الكبرى والصغرى:

أما الكبرى، فإن الألفاظ قوالب للمعاني، وأن قاعدة أصالة الحقيقة تجري في مرحلتي الإرادة الاستعمالية، والجدية، فالأصل في الاستعمال أن يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي، كما أن الأصل في مراد المتكلم أنه أراد المعنى الحقيقي أيضاً، ولا خلاف في نفس هذين الأصلين.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني رحمه الله ٢: ٤٦، إلا أنه اكتفى بقوله ممنوعة، ولم يعلل، وأما المحقق الرشتي فلم نجده في تقريرات بحثه.

فالأصول العقلائية مشروطة من الأول بعدم وجود القرينة الصارفة، بلا خصوصية للإطلاقات، فلا وجه لما أفاداه من الحصر.

وأما الصغرى، فكما قلنا سابقاً: بأن الارتكاز العقلائي قائم على الإعطاء والأخذ الخارجي، بمعنى وقوع المعاملة مبنية على أن يسلّم كل من المتعاملين كلاً من العوضين إلى الآخر، وأن ما له الموضوعية عندهم هو التمكين والتمكن، لا القبض الخارجي، وهذا الارتكاز قرينة موجبة لانصراف القبض.

والنتيجة: أنا إذا استندنا إلى النبوي، فمقتضى الجمود على اللفظ، أن لا يكون التمكين بحكم القبض، وأما مع ملاحظة قرينة الارتكاز، ومناسبة الحكم للموضوع، فالتمكين كافٍ لتحقق ذلك الشرط المعاملي.

وإن كان المستند رواية عقبة بن خالد، فلا يكفي التمكين؛ لأن في النص « حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته »، فالتصريح بالقبض والخروج من البيت يمنع من القرينة المذكورة، إلا أن يقول قائل: بأن الخروج من البيت، لا يدل على أكثر من القبض، والقبض منصرف، كما تقدم، ولكن عهدة هذه الدعوى على مدّعيها.

وإن كان المستند هو الإجماع، فبما أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، تقتضي أن يكون التلف من مال مالكه مطلقاً، قبل القبض وبعده، والإجماع مخصص لها، وهو دليل لبي، فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو صورة تحقق القبض الخارجي، فلا يكتفى بمجرد التمكين.

فرع: في تلف الثمن

والحكم فيه يبتني على ما تقدم، من المباني في المسألة السابقة:

فإن كان المستند الارتكاز؛ لعدم تمامية النص والإجماع، فهو يقتضي بأن تلفه قبل قبضه من مال المشتري، كما كان تلف المبيع من مال البائع؛ فإن الشرط الارتكازي الذي بنيت عليه المعاملة، ويعتبر من متممات البيع، هو تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، فالحال فيهما واحد، والتفكيك بينهما باطل.

وإن كان المستند النص، فقد قيل بإلحاق الثمن بالمبيع أيضاً؛ لأن البيع يطلق على ما يعمّ الشراء، فإذا ذكر المبيع، فلا يقصد خصوص المثمن؛ بل يعمّ المثمن والثمن.

وهو ممنوع؛ لأن المثمن لغة وعرفاً غير الثمن، وإطلاقه على الثمن مجاز بلا إشكال، فلا يصار إليه إلا بقرينة، ومع عدمها، يكون حمل اللفظ عليه مخالفاً لأصالة الحقيقة والظهور، فبناء على الالتزام بالنص أن نتعبّد باختصاص القاعدة بالمبيع.

ولا أقل من الشك؛ لبطلان الجزم بكون المبيع أعم من المثمن والثمن؛ لأنه إما ظاهر في المثمن المقابل للثمن، أو مجمل مردّد بين الأقل والأكثر، وإذا كان المخصص مجملاً اقتصر فيه على القدر المتيقن، فينحصر تخصيص قاعدة الملازمة بتلف المبيع خاصة.

وإن كان المستند الإجماع، فلا إشكال في اختصاص القاعدة بتلف

المبيع، ولا وجه للتعدّي إلى الثمن.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة، ولم يبقَ إلا البحث في المراد من اليوم، هل هو بياض النهار خاصة، أو ما يشمل النهار والليل، وهل يصدق على التلفيقي منه أو لا؟ وقد بحثناه في خيار الحيوان، فلا نعيد[1].

(١) تقدم في ج٢ من هذا الكتاب ص ٢٢٨.

المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه

ذهب المشهور إلى أن المعاملة لازمة إلى الليل، وبعد دخوله يثبت الخيار للبائع، وتعرض الشيخ رحمه الله في هذه المسألة إلى خمسة مطالب، وبيّن المدّعى والدليل عليه، وذكر دليلين، ولكن الأدلة في المسألة أربعة، ونبدأ بما ذكره الشيخ رحمه الله[1]:

الدليل الأول: قاعدة « لا ضرر »؛ فإن الحكم بلزوم البيع مع ذهاب طراوة ما يفسد ليومه، ضرر على البائع؛ لكونه ضامناً للمبيع، ممنوعاً من التصرف فيه، محروماً عن الثمن، فينفى اللزوم بالقاعدة، ويثبت الخيار له.

ثم أفاد قدس سره: بأن المستند إذا كان « لا ضرر »، فلا يقتصر على ما يطابق فتوى المشهور، بل يتعدّي إلى ما يستمر إلى يومين أو إلى ثلاثة، فيحكم بلزومه أكثر من يوم، ثم يحكم بالخيار، وكذلك فيما يفسد في نصف يوم، فيثبت الخيار في أقل من يوم.

فالدليل تام عند الشيخ رحمه الله، ولكن مع ملاحظة النسبة بين الدليل ومدّعى المشهور، من أنها نسبة العموم والخصوص من وجه.

الدليل الثاني: مرسلة محمد بن أبي حمزة: في الرجل يشتري الشيء

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤١- ٢٤٢.

الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: « إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له »[١].

وهي مرسلة، ودلالتها محل إشكال؛ من جهة أن الموضوع فيها « ما يفسد من يومه »، والحكم فيها بثبوت الخيار من أول الليل، فيكون الخيار في أول ازمنة الفساد، فلا يكون الخيار حينئذ ذا فائدة تعود للبائع.

ولهذا التزم بالتصرف في مدلولها، وذكر الشيخ رحمه الله كلمات الفقهاء في ذلك، ثم اعتبر أحسن الكلمات كلمة الشهيد رحمه الله؛ حيث جعل اليوم ما يعم النهار والليل، فيفسد بعد انتهاء الليل، والخيار يبدأ من أوله، ولهذا عبّر عنه بخيار ما يفسده المبيت.

وأحسن منها كلمة الصدوق رحمه الله التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال: « العهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل »[٢].

وفي ما أفاده الشيخ رحمه الله إشكال:

أما الاستدلال بـ« لا ضرر »، - فمضافاً إلى أن بينها وبين مدّعى المشهور خصوصاً وعموماً من وجه، كما أشار الشيخ رحمه الله إليه؛ فإن بعض المبيعات مما يتلف في أقل من يوم، وبعضها يتأخر إلى يومين وثلاثة، ولاختلاف المناطق دور أيضاً، من حيث حرارة المكان وبرودته، فيما يتلف في أقل من يوم في مكان، لا يتلف إلا بعد يومين في مكان آخر-.

---

(١) الوسائل، الباب١١ من أبواب الخيار، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب١١ من أبواب الخيار، الحديث٢.

أنها لا تدل على إثبات الخيار على مبناه رحمه الله في مفاد « لا ضرر »؛ فإن في مفادها قولين: ما اختاره المحقق الخراساني رحمه الله، من نفي الحكم عن الموضوع الضرري.

وما اختاره الشيخ رحمه الله - وهو الحق - من نفي الحكم الضرري، بمعنى عدم جعله في الشريعة الإسلامية، على وزان: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾[1]، فيكون مفادها نفي اللزوم، ونفيه لا يثبت حق الخيار الذي هو المدّعى.

وأما المرسلة، فهي ضعيفة سنداً ودلالة:

أما السند؛ فلكونها مرسلة، فلا يمكن الاستناد إليها إلا على القول بانجبارها بعمل المشهور، فقد ادّعى من لا يرتضى بقاعدة الجبر عمل المشهور بها، إلا أن المناقشة فيها من حيث الكبرى[2].

ولكن الصحيح عدم ثبوت الصغرى أيضاً؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنا لكي نثبت عمل المشهور بها علينا إحراز استنادهم إليها لا إلى غيرها، وأنى لنا إثبات ذلك مع وجود دليلين آخرين في المسألة، مرسلة الصدوق، التي عنونها الوسائل برواية زرارة، وارتكاز المتعاملين، وإذا أضفنا « لا ضرر » كانت الأدلة ثلاثة.

---

(١) سورة الحج: ٧٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٤٨.

الثاني: أن الرواية مرسلة، ومورد انجبار ضعف السند بعمل المشهور - كما حقق في الأصول - ما إذا كان الراوي معيّناً، إلا أنه مجهول الحال عندنا، حتى يمكن القول بالتوثيق العملي، لا ما إذا لم يكن معيّناً أصلاً.

وأما الدلالة؛ فأولاً: أن مقتضى ظهورها أن نقول بلزوم البيع إلى الليل، ثم نحكم بالخيار من أوله، فيكون الحكم بالخيار حين طرو الفساد، ومن الواضح أن الخيار حينئذٍ لا فائدة فيه؛ لأن الخيار إنما جعل لدفع الضرر، فجعله بعد تحقق الفساد لغو محض، فلا يمكن المصير إليه.

ولهذا التجأ الشهيد رحمه الله إلى التصرف في المراد باليوم، بحيث يشمل النهار والليل، والقول بما يفسده المبيت، فالفساد بعد انتهاء الليل، والخيار من أوله، ولكنه رفع لليد عن الظاهر بلا دليل.

ومجرد عدم إمكان الالتزام بالظاهر، لا يعني الالتزام بما يطابق ما نريد، بل ينبغي الطرح.

وثانياً: أنه لا بدّ من التصرف في كلمة الفساد أيضاً؛ لأن غالب الموارد التي أفتى فيها المشهور، كالخضروات لا تفسد إلى الليل، ولا إلى اليوم التالي، وإنما تذهب طراوتها، وهو غير فسادها.

فالحاصل: أن الرواية مخدوشة سنداً ودلالة، وما ذكره الأعاظم لا يرفع الإشكال؛ لعدم الشاهد على حمل اليوم على ما يشمل الليل، ولا على حمل الفساد على ذهاب الطراوة.

إلا أن يقال: بأن عمل المشهور كما يجبر ضعف السند فيجبر ضعف

الدلالة أيضاً.

ولكن - مع وجود القائل بهذه الكبرى - إلا أن المحقَّق في الأصول، أن الحجة في دلالة الألفاظ هي الظهور، سواء أكانت ظاهرة بنفسها أم بضم القرينة، وعمل المشهور لا يجعل غير الظاهر ظاهراً.

الدليل الثالث: مرسلة الصدوق رحمه الله قال: « العهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل »[1].

والكلام فيها من حيث السند نفس الكلام في المرسلة السابقة، وإن أسندها بعض المحدثين[2]، إلا أنها مرسلة، أو مرددة بين الإرسال

---

(١) الوسائل، الباب١١ من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٢) إشارة على صاحب الوسائل رحمه الله؛ فإنها قال: (محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن ابن فضال، عن ابن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام..)، بينما في الفقيه ٣: ٢٠٣ : (وفي رواية أخرى، عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع ».
ومن اشترى جارية وقال للبائع: أجيئك بالثمن فإن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له.
والعهدة فيما يفسد ...إلخ).

فأولاً: ما ذكره الصدوق عمن رواه، ولم يذكر زرارة.

وثانياً: يحتمل أن الرواية المسندة تنتهي بقوله: « مال البائع »، كما في التهذيب ٧: ٦٧، والباقي من كلام الشيخ الصدوق رحمه الله، كما احتمل، والشيخ الأستاذ دام ظله - كما في جواب على سؤال - يرى أن الأصل فيما ذكره الصدوق رحمه الله في الفقيه هي الرواية، إلا أن يقوم دليل على خلافه، وهذه الرواية مرسلة، ولا أقل أنها مرددة بين المسند والمرسل،

والإسناد، فلا تنجبر بعمل المشهور، حتى لو ثبت عملهم بها، وقبلنا بالكبرى أيضاً، فلا تشملها أدلة حجية الخبر.

وغاية ما يمكن أن يقال: إن فتوى المشهور كان بسبب حصول الوثوق الشخصي عندهم بالمرسلتين، أو استناداً إلى « لا ضرر ».

وبحسب ما قدمناه يتبين عدم حجية كلتا الروايتين سنداً ودلالة، ولكن ذهب المحقق الرشتي رحمه الله - مع اعترافه بلغوية الخيار بعد الفساد - إلى القول بالالتزام بظاهر الرواية؛ لعدم الموجب لانصراف الرواية عن معناها الحقيقي[1].

وفيه: بأنا لم نفهم المراد من عدم الموجب للانصراف؛ لأن المستند في حمل اللفظ على المعنى الحقيقي أمران: أصالة الحقيقة، وأصالة الظهور.

أما أصالة الحقيقة، فلا تجري إلا إذا أمكن الحمل على المعنى الحقيقي، ومع كون الحمل عليه مستلزماً للغوية فيمنع التمسك بها ثبوتاً.

بيان ذلك: أن العمل بأصالة الحقيقة يتوقف على وجود أمور ثلاثة:

١- الإمكان الثبوتي.

٢- عدم المانع في مرحلة الإثبات.

٣- عدم القرينة الحالية أو المقالية.

فلا تنجبر بعمل الأصحاب.

(١) فقه الإمامية: ٥٨٧ - ٥٨٨.

والأولان منتفيان في المقام، أما الأول؛ فلأن الحمل على المعنى الحقيقي، بحيث يجعل مبدأ الخيار أول الليل، ومن جهة لفظ الفساد، يقتضي لغوية جعل الخيار، فيستحيل على الحكيم.

وأما الثاني؛ فلأن حمل الفساد على معناه الحقيقي يتنافى مع ما في ذيل مرسلة الصدوق: « مثل البقول والبطيخ والفواكه »؛ فإنها لا تفسد في يومها إلى الليل، فأصل الحقيقة لا يمكن أن يصار إليه، ولهذا التجأ الفقهاء إلى حمله على ما يفسده المبيت، وإن لم ينحل به الإشكال كما تقدم.

ثم إن المحقق الخوئي رحمه الله أورد على التمسك بـ« لا ضرر »، بأنه إنما يتمّ لو انحصر التخلّص من الضرر في جعل الخيار، ولكنه ليس كذلك في المقام؛ إذ يمكن التخلّص بالمقاصة؛ فإن للبائع إن لم يأتِ المشتري بالثمن أن يقتص من المبيع، فلا تصل النوبة إلى رفع لزوم المعاملة بها[1].

وهو محل تأمل ونظر، وذلك بعد ملاحظة حقيقة التقاص ومورده وحكمه، ولكن نقتصر في المقام على بيان ما يرتبط بمحل البحث؛ فإن التقاص تصرف وتملك لمال الغير؛ ليستنقذ حقه الذي منعه منه، فيقتضي مخالفة القواعد والأصول، تكليفاً ووضعاً؛ فإن التصرف في مال الغير حرام تكليفاً؛ بمقتضى ما ورد عنهم عليهم السلام: « لا يحل لأحد أن يتصرف في

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٥١.

مال غيره بغير إذنه »[١]، وغير نافذ وضعاً؛ لأن تملّك مال الغير يتوقف على حصول سبب من أسباب التمليك، ولا يمكن حصوله من دونه من جهة فقهية، والفرض أن كلا الأمرين غير حاصلين في مورد التقاص، فالقاعدة تقتضي الاقتصار في جواز التقاص تكليفاً ووضعاً على مورد انحصار أخذ الحق فيه.

فإذن جواز التقاص، متوقف على انحصار طريق أخذ الحق فيه، وانحصاره في موردنا، يتوقف على عدم تحقق الخيار بـ« لا ضرر »؛ - إذ لو ثبت له الخيار بها، لما انحصر استخلاص حقه فيه، ولما احتاج إلى مخالفة الأصل في الحكمين، التكليفي والوضعي - وعدم تحقق الخيار بها، يتوقف على جواز التقاص، فيكون جواز التقاص دورياً.

فما أفاده من جواز التقاص؛ لمنع التمسك بـ« لا ضرر » لإفادة الخيار، يستلزم الدور المحال.

الدليل الرابع: التمسك بالشرط الارتكازي، وتقريبه: أن العقلاء في جميع معاملاتهم بنوا على شرط التسليم والتسلم، وجواز تأخير الثمن بإجازة البائع للمشتري إنما هو بحدٍ لا يوجب النقص في نفس المبيع أو صفته أو في ماليته، فإذا تأخر بمقدار سيوجب ذلك كان للبائع الخيار في الفسخ؛ ليدفع الضرر عن نفسه، بل ليدفع عدم النفع أيضاً، كما لو باعه عليه في وقت أوج حصول المعاملات في السوق، فأخّره إلى حدٍ سيضعف السوق وسيضطر إلى بيعه بأقل من الثمن المتعارف.

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب الأنفال، الحديث٦.

وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، فيستند الخيار في المقام إلى خيار الشرط.

فتحصل مما تقدم الفرق بين الوجوه؛ فإن المستند إن كان إحدى المرسلتين، فاللازم الاقتصار على مورد النص، وهو خصوص ما يفسد ليومه، أو ما يفسده المبيت، على ما تقدم من التأويل، ولا يصح التعدّي إلى غيره؛ لأن التعدّي إليه، إما أن يكون بإلغاء الخصوصية المستند إلى تنقيح المناط، أو لقاعدة « لا ضرر »، والأخذ بأي منهما في غاية الإشكال؛ إذ الأول ظني، والثاني مبتلى بعدة إشكالات تقدمت.

وعليه، فيتمسك في غير مورد النص بمقتضى القاعدة.

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، فهو يدور سعة وضيقاً مدار ما عند العرف والعقلاء، وما بنيع عليه المعاملة عندهم، ويختلف ذلك باختلاف الأمتعة، من حيث سرعة حصول الفساد فيه وتأخّره، وكذا سرعة التغيّر في الصفة أو في المالية أو عدم النفع، فبعض الأمتعة تبقى ساعتين أو ثلاث على نظارتها وطراوتها ثم تتغير صفتها، وبعضها تتأخر إلى يومين وثلاثة، وبعضها تختلف قيمتها في السوق باختلاف وقت البيع والشراء فيه، ففرق بين ما يباع في وقت أوج السوق وارتفاعه وكثرة المشترين، وبين ما يباع وقت انتهاء السوق وقلة الراغبين، فلا بدّ من ملاحظة كل ذلك، والفتوى على طبق ما تقتضيه قاعدة تخلّف الشرط الضمني الارتكازي.

وما نحن فيه، أعني ما عنون (بما يفسده المبيت) إحـدى صـغريات تلك الكبرى العامة، وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسـألة، والأسـلم عن الإشكال.

السادس .. خيار الرؤية

وهو من الخيارات التي وقع فيها البحث من جهات، وكما التزمنا سابقاً أن نبيّن ما أفاده الشيخ رحمه الله أولاً، ثم ما يقتضيه المقام، من البحث والكلام، فنقول:

تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه

قال الشيخ رحمه الله في بيان المراد منه: (والمراد به الخيار المسبَّب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان)[1].

فجعله خياراً مسبَّباً عن تخلّف الشرط بعد الرؤية، ومن المعلوم أن الخيارات في الشريعة المقدسة تنقسم إلى قسمين أساسيين:

الأول: الخيارات الشرعية التعبدية، المسبَّبة من أمور خاصة، كخيار المجلس والحيوان.

الثاني: الخيارات المسببة عن تخلّف الشرط، وهي نوعان:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤٥.

١- الخيارات المسبَّبة عن تخلف الشروط الارتكازية العقلائية، وإن ورد في موردها نص شرعي، كخياري العيب، والغبن؛ فإن المعاملات الجارية عند العقلاء، مبنية على سلامة العوضين، والتساوي بين ماليتهما، وعدم الغبن بينهما.

٢- الخيارات المسبَّبة عن الشروط الخاصة، التي يجعلها أحد المتعاملين.

وجميع الخيارات ترجع إلى أحد هذه الأنحاء، والظاهر من عبارة الشيخ رحمه الله أنه يرجع خيار الرؤية إلى القسم الأخير، ولكنه في مقام الاستدلال أقام ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع، وعبّر عنه بـ(المحقق والمستفيض)[1].

وقد عبّر عنه الفقهاء بألسنة مختلفة، منها: عدم الخلاف، وعدم وجدان الخلاف، واتفاق الأصحاب، وإجماع الأصحاب، وفي الجملة - بعد التتبع والبحث - عدم وجدان الخلاف، بل هي مسألة اتفاقية بينهم.

الدليل الثاني: قاعدة « لا ضرر »، ببيان: أن الحكم بلزوم المعاملة المبنية على شرط وصف في المتاع، وقد تبيّن بعد الرؤية خلافه، ضرر على المشتري، فينفى بالقاعدة، ونتيجته ثبوت الخيار.

الدليل الثالث: النص الخاص، وهو صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤٥.

منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: « إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية »[1].

المناقشة في تحرير الشيخ

ومن الواضح أن دليل الشيخ رحمه الله، لا يتفق مع مدّعاه؛ فإن المدعى كون خيار الرؤية مسبَّباً عن الشرط المتخلف، فلا يتفق مع قاعدة نفي الضرر، ولا مع النص الخاص.

أما بالنسبة إلى القاعدة؛ فلأن مبناه فيها نفي الحكم الضرري، وأن الضرر بمعنى النقص، والنسبة بين حصول الضرر، ومورد خيار الرؤية، نسبة العموم والخصوص من وجه، سواء أقلنا بأنه مسبَّب عن الشرط أم لم نقل، كما يستفاد من صحيحة جميل؛ فإنا إن قلنا بأنه مسبَّب عن الشرط، فلا ملازمة بين تخلّف الشرط والضرر؛ إذ ربما يتخلّف الشرط، ولا يتضرر صاحبه. نعم يتخلّف غرضه، وتخلّف الغرض، لا يعني الوقوع في الضرر.

وإن قلنا بأنه غير مسبَّب عن الشرط، فتخلّف المبيع عن الصفة المعتقد البائع بوجودها، أعم من حصول الضرر أيضاً؛ لعدم الملازمة

---

(١) الوسائل، الباب١٥ من أبواب الخيار، الحديث١.

بينهما.

وأما بالنسبة إلى الصحيحة؛ فلأن غاية ما تدل عليه أن المشتري كان يعتقد بوجود صفة معينة في الضيعة، ولم يكن رآها كلها، فلما اشتراها ودخلها وقلبها، لم يجد الصفة التي اعتقد بوجودها، فاستقال البائع فلم يقله، فبيّن له الإمام عليه السلام أنه لا يحتاج إلى الإقالة، بل له خيار الرؤية، فليس في الرواية عين ولا أثر للاشتراط، فالرواية مطلقة من حيث اشتراط الوصف المعتقد بوجوده وعدمه، فالموضوع فيها أعم من صورة الاشتراط.

بل ما في ذيل الصحيحة شاهد على عدم الاشتراط؛ إذ لو وجد الشرط لما احتاج إلى الاستقالة والإقالة؛ فإنها لا تكون إلا في البيع اللازم، فطلبه الاستقالة دليل على عدم الاشتراط.

فالصحيحة - سؤالاً وجواباً - لا ربط لها بالخيار المسبَّب عن الشرط، فلا تتوافق مع مدّعى الشيخ رحمه الله.

نعم، ربما يرد على الرواية إشكال، من جهة أن المشتري اشترى شيئاً مجهولاً بالنسبة إليه، فيقتضي البطلان، ولكن الشيخ رحمه الله حملها على محمل تصح معه المعاملة؛ فإنه اشتراها استناداً إلى وصف القطعة غير المرئية، أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره، وكلامه حق.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق في المسألة: أن الخيار إن كان مسبَّباً عن الشرط، فيختلف المدّعى والدليل والنتيجة؛ فإن الدليل على لزوم الشرط أمران:

الأول: آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾؛ فإنها تدل على وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، أي العقد بجميع متعلقاته، ومن بينها الشرط، بلا فرق بين أن نقول بإفادتها اللزوم ابتداء، أو الحكم التكليف المستلزم له.

الثاني: دليل الشروط: « المؤمنون عند شروطهم »، كما سيأتي في محله من بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

فالخيار - على هذا المبنى - مسبب عن الشرط، والدال عليه هذان الوجهان، والإجماع القطعي في المقام، مدركي بلا كلام، أو محتمله.

وقاعدة « لا ضرر »، لا تجري في الشروط، كما قلنا؛ لعدم الملازمة بين تخلّف الشرط والضرر، إلا إذا وسعنا دائرة الضرر، بحيث تشمل فوت الغرض، ولكن مقتضى الأخذ بظهور كلمة الضرر عدم التوسعة، والاقتصار على ما يصدق عليه ضرر عرفاً.

والنتيجة: أن الخيار - بناء على كونه مسبَّباً عن الشرط - يثبت مع تخلّفه مطلقاً، سواء للبائع أم للمشتري، تعلّق الشرط بالمثمن أم بالثمن؛ لأن للشرط أثرين: وجوب الوفاء تكليفاً، وثبوت الخيار وضعاً، بمعنى أن صاحب الشرط يملك التزامه وتعهده بالمعاملة، لو تخلّف الآخر عن شرطه، فله أن يرفع يده عنه حينئذٍ، بخلاف المعاملات التي لا شرط فيها؛ فإن التزامه يخرج عن اختياره.

وإن لم يكن مسبَّباً عن الشرط، بل كان بمعنى أنه اشترى متاعاً بوصف، من دون أن يشترطه؛ لأن الوصف أعم من الاشتراط، أو كان

يعتقد بوجوده، فلا يخفى عدم إمكان التمسك بآية الوفاء؛ لعدم كون الأوصاف، المعتقد بوجودها، من متعلقات العقد، لتدخل في ما يجب الوفاء به.

وتحتاج المسألة في هذا الحال، إلى بسط من المقال، فنقول:

إن المشتري إذا اشترى المتاع بوصف البائع صاحب المال، فكان على خلاف وصفه، فالذي يقوى في النظر أن له حق الخيار، وإن لم يكن اشترطه؛ لسيرة العقلاء وارتكازهم على ذلك، وفرق عندهم بين توصيف البائع، وبين توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف؛ إذ في الأول للمشتري أن يقول - بحسب ارتكاز العقلاء وسيرتهم - أني اشتريت المتاع منك بهذا الوصف، وقد تخلف عنه، فلست بملزم بالبقاء على المعاملة.

وأما في الصورتين الأخريين - أعني صورتي توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف - فلم تقم السيرة على ذلك، ولا تشملهما قاعدة نفي الضرر، ومقتضى الدليل اللفظي، والأصل العملي اللزوم، فليس لنا لإثبات الخيار إلا النص الخاص، والدليل التعبدي، وصحيحة جميل دالة عليه؛ إذ دلّت على ثبوته في حال عدم اشتراط المشتري، ولا وصف البائع.

فتحصل من ذلك: أن القاعدة فيما نحن فيه - ونعني به عدم الاشتراط من قبل المشتري، وعدم الوصف من قبل البائع، وإنما اعتقد المشتري وجود وصف خاص، أو وصفه له الأجنبي - لا تقتضي الخيار،

وإنما يقتضيه الدليل الخاص، وهو صحيحة جميل؛ فإنها تامة سنداً، ظاهرة دلالة.

وأما في صورتي اشتراط المشتري، وتوصيف البائع، فالخيار في الأولى خيار تخلّف الشرط الخاص، وفي الثانية خيار تخلّف الشرط الارتكازي، لا خيار الرؤية.

ولو فرض إجمال الرواية لاقتصر في الخيار على وجود الشرط من قبل المشتري، أو توصيف البائع، ومع عدمهما، فالمدار على وجود عنوان آخر من العناوين الموجبة للخيار كالغبن وغيره، والفرض عدم كل ذلك، وإنما نحن والرؤية على خلاف ما يعتقد، فلا خيار حينئذٍ.

وقد يستدل عليه بصحيحة زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: « لا تشتر شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج »[1].

ولا دلالة فيها على المطلوب؛ فإنه - كما أورد الشيخ رحمه الله - إما أن يكون السهم المشترى مشاعاً، فالمعاملة صحيحة، ولا مورد لخيار الرؤية، وإما أن يكون السهم المعيّن الذي يخرج، فهو شراء فرد غير معين، وهو باطل[2].

---

(١) الوسائل، الباب١٥ من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٤٦.

والنهي في الرواية قرينة على أن السؤال كان عن شراء المعين قبل تعيينه، فيكون باطلاً، ولا محل لخيار الرؤية.

واستدل أيضاً برواية عبد الرحمن بن الحجاج، عن منهال القصاب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم، أو يشتري الغنم جماعة، ثم يدخل داراً، ثم يقوم على الباب، فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثم يخرج السهم، قال: « لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة »[1].

وهي - مضافاً إلى ضعف سندها؛ لجهالة منهال القصاب - أنها ظاهرة في تعديل السهام في قسمة الشركة، ولا ربط لها بخيار الرؤية.

وعليه، فينحصر المستند لخيار الرؤية من حيث إنه خيار رؤية، في صحيحة جميل[2].

---

(١) الوسائل، الباب١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث٨.

(٢) وفي هذا المحل طلب أحد الحاضرين من شيخنا الأستاذ دامت بركاته أن يتحدث بشيء عن مناسبة الغدير؛ لأنها تصادف اليوم الثاني، فأعرض أولاً لعدم المجال، ثم قال ما ملخصه، وإنما نذكره للفائدة:

إن أمير المؤمنين عليه السلام مظلوم من الجميع، حتى منا نحن أتباعه؛ لأنا لم نوفه حقه للدفاع عنه، وعن مظلوميته، وما يحيرنا في ذلك كلمته في هذا الموضوع، مع العلم بأن كلامه عليه السلام لا مبالغة فيه، وهو الميزان الذي يفصل بين الحق والباطل، وقد قال: « قد ظلمت عدد الحجر والمدر »، (شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد ٢٨٦/١٠).

وأيضاً سمع أعرابياً، صاح: وا مظلمتاه! فاستدناه علي عليه السلام، فلما دنا قال له: إنما لك مظلمة واحدة، وأنا قد ظلمت عدد المدر والوبر. (شرح النهج ٤/ ١٠٦: عن المسيب بن نجبة، قال : بينا علي عليه السلام يخطب إذ قام أعرابي..).

في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه

قال الشيخ قدس سره: (والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم يرَ المبيع وباعه بوصف غيره فتبيّن كونه زائداً على ما وصف)[1].

هذا من حيث الأقوال، وأما من حيث الأدلة، فالذي ينبغي أن نلاحظ المستند في هذا الخيار:

ما الذي حصل؟! هذا ما يحير العقول!

ولكن الخوارزمي - وهو أحد علماء السنة العارفين - روى بسنده عن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وآله: « لو أن الأشجار أقلام، والبحر مداد، والجن حساب، والإنس كتاب، ما أحصوا فضائل علي بن أبي طالب عليه السلام ».

وفي زيارة الغدير عن الإمام الهادي عليه السلام - وهي معتبرة جداً، وفي كل جملة منها بحار من العلم -: « لعن الله من ساواك بمن ناواك »، واستدل على هذا اللعن بما لا يستدل عليه ملا صدرا وأمثاله، فقال: لأن الله تعالى يقول: ﴿ هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ﴾.

هنا يأتي معنى: « ظلمت عدد الحجر والمدر »!

هو باب مدينة العلم، ولعله يأتي الوقت الذي نبين معنى ذلك، ولكن روى الخاصة والعامة عن الإمام الحسن عليه السلام أنه قال حين قتل علي عليه السلام: « لقد فارقكم رجل ما سبقه الأولون بعلم ولا أدركه الآخرون »، (ذخائر العقبى ٧٤).

هذا ما يحير العقول! فإن في الأولين آدم الذي قال عنه الله تعالى: ﴿ وعلم آدم الأسماء كلها ﴾، وفيهم إبراهيم وموسى وعيسى!

وبعد ذلك يساوونه بمن قال عن نفسه: كل الناس أفقه منه..!!

(١) المكاسب ٥: ٢٤٦.

فإن كان المستند الشرط، كما يظهر من الشيخ رحمه الله في عنوان المسألة، فالقاعدة تقتضي عدم الفرق بين البائع والمشتري؛ فإن الخيار لمن كان له الشرط مطلقاً، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وسواء أكان في المثمن أم الثمن؛ فإنه مشمول لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط، ولعموم: « المؤمنون عند شروطهم »؛ فإن نسبتهما إلى البائع والمشتري واحدة، ولم يثبت تخصيصهما.

وإن كان المستند الوصف من طرف المعطي، كما بيّناه واخترناه، فالقاعدة أيضاً التعميم، بمعنى إن صدر الوصف من المشتري للثمن، وجرت المعاملة مبنية عليه، فتبيّن للبائع خلافه، كان للبائع الخيار وإن لم يشترط؛ بمقتضى سيرة العقلاء وارتكازهم، كما اخترناه في جانب المشتري، لو صدر الوصف من البائع، فتبيّن خلافه.

وإن كان المستند صحيحة جميل، فالتعميم في غاية الإشكال؛ لاختصاصها بالمشتري، والتعدّي إلى البائع يحتاج إلى دليل، وقد ذكروا وجهين للتعدّي منه، وهما:

الوجه الأول: إلغاء خصوصية المشتري وإن كان هو موضوع الحكم.

وبما أن إلغاء الخصوصية على خلاف الأصل، ذكروا لاختياره سببين:

١- تنقيح المناط.

٢- مناسبة الحكم للموضوع عرفاً، بحيث يكون حجة في الفقه.

أما تنقيح المناط، فما لم يصل إلى حدّ القطع، فلا يفيد؛ لعدم تجاوزه

القياس الظني، والظن لا يغني من الحق شيئاً، وحصول القطع - مع خفاء مناطات الأحكام نفس الأمرية علينا - لا طريق له عند أهل الفن.

وأما مناسبة الحكم للموضوع، وإن كانت تقتضي إلغاء الخصوصية عرفاً في بعض الموارد، كما في الحكم بتنجس الثوب بملاقاته للنجاسة؛ فإنه يتعدّى إلى غيره، مع كون الموضوع خاصاً؛ لأن مناسبة الحكم للموضوع تقضي بكون العبرة بانفعال الملاقي للنجاسة بها، ولا يختص الانفعال بالثوب.

إلا أنها لا توجب التعميم في المقام؛ لكون المناسبة فيه هي الإرفاق فقط؛ إذ لا يوجد في خيار الرؤية غبن، ولا عيب، من الأمور العقلائية الموجبة للخيار، بل لا يوجد إلا أن المشتري، كان يعتقد بوجود أوصاف في المبيع، فتبيّن له بعد الشراء انتفاؤها، فالتخلّف كان بحدّ الداعي؛ لأنه اشتراه بداعي وجود الصفة، فالشارع جعل له خيار الرؤية إرفاقاً به، فتعدّي الإرفاق منه إلى البائع يحتاج إلى دليل.

وبعبارة أخرى: أن المتخلّف في خيار الرؤية هو الغرض الشخصي، من دون حصول ضرر مالي، وتخلّف الغرض ليس من موجبات الخيار بحسب السيرة العقلائية، فإذا حكم الشارع بالخيار في مورد لأجله، لا يستلزم ثبوت الخيار في غيره، فلا موجب للتعميم من هذه الجهة[1].

---

(١) وقد أوضح الشيخ الأستاذ دام ظله المطلب بصورة أخرى في جواب على سؤال فقال: إن الشارع عندما أرفق في مورد على خلاف الأصل، احتاج إلغاء الخصوصية إلى

الوجه الثاني: الاتفاق على ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً.

والحق أن هذا الاتفاق وإن كان تاماً في نفسه، إلا أن قيامه على مورد صحيحة جميل في غاية الإشكال؛ فإن موردها ما إذا لم يوجد شرط، ولا توصيف من قبل صاحب المتاع، بل كان المشتري يعتقد بوجود الوصف فتبيّن خلافه، وكلمات الفقهاء مختلفة، فبعضها - كعبارة الشيخ رحمه الله - أخذت وجود الشرط، وإن ذكر الصحيحة من جملة الأدلة، ويظهر من غيره وجود الوصف، فيمكن أن يكون منشأ الاتفاق تخلّف الشرط، ويمكن أن يكون منشؤه تخلف الوصف، فتعميم الاتفاق إلى تخلّف الاعتقاد مشكل جداً.

وتوضيح ذلك: أن المحقق الحلي رحمه الله في الشرائع أخذ ذكر الوصف في خيار الرؤية، فقال: (وهو : بيع الأعيان من غير مشاهدة، فيفتقر ذلك إلى: ذكر الجنس...إلى قوله:

وإلى : ذكر الوصف، وهو: اللفظ الفارق بن أفراد ذلك الجنس، كالصرابة في الحنطة، أو الحدارة، أو الدقة)[1].

وصاحب الجواهر رحمه الله أخذ ذكر الوصف أيضاً في موارد من كلامه[2].

دليل، فإن لم يكن الحكم تعبدياً، كان إلغاء الخصوصية مورداً لارتكاز العقلاء، وإن كان تعبدياً اقتصر في مخالفة الأصل على المورد، والمرجع في غيره إلى الأصل والقاعدة.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩٣؛ حيث قال ما لفظه: (نعم، لا يبعد جوازه بعد الإناطة بالوصف، وإن لم يوثق بوجوده؛ لارتفاعه به على كل حال، وجبر الخلاف بالخيار.....

والمحقق الأردبيلي رحمه الله في مجمع الفائدة والبرهان ذكر الوصف في موردين، فقال: (لعل في ثبوت أصل هذا الخيار أيضاً عندنا لا خلاف فيه، إن لم يوافق الوصف ما وصف، وتغيّر الغائب بعد الرؤية تغيراً موجباً لزيادة الثمن أو نقصانه عادة وعرفاً....

وقال: لعلها محمولة على عدم كونها على الوصف الذي بيع به)[1].

وهكذا غيرهم من أعاظم الفقهاء؛ فإن كلماتهم تشتمل إما على ذكر الشرط أو الوصف، وعلى بعض النصص التي استندوا إليها وهي محل مناقشة، ولا يخفى أن بين مخالفة الوصف، ومخالفة الاعتقاد فرقاً، فذكر الوصف في مورد المعاملة حيثية تقييدية، فترجع إلى الموضوع، وأما مخالفة الاعتقاد فالتخلّف عن الداعي، ولا ربط له بالموضوع.

وعليه فالقول بكون مورد تخلّف الداعي والاعتقاد محل اتفاق، بحيث يحكم بثبوت الخيار للبائع بالنسبة إلى المثمن، في غاية الإشكال.

نعم، يمكن ادعاء إلغاء الخصوصية بالنسبة إلى البائع في خصوص الثمن؛ فإنه بيع واحد، فإن تخلّف وصف المبيع عن ما اعتقده المشتري كان له الخيار، وإن تخلّف وصف الثمن عن ما اعتقده البائع كان له

فالأولى الإناطة بما عرفت، من أنه لا بد من ذكر كل وصف، تتفاوت الرغبة بثبوته وانتفائه، وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضاً، وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٠.

الخيار، والتعدية إلى البائع بالنسبة إلى خصوص الثمن أمر يحكم به العرف.

وأما التعدية له بالنسبة إلى المثمن، كأن باع متاعه باعتقاد وجود وصف فيه، من غير شرط ولا توصيف، ثم تبيّن خلافه، ولم يحصل من ذلك ضرر ولا غبن عليه، فمشكل؛ لانسداد جميع طرق التعدية.

ولهذا الإشكال علّقنا على هذه المسألة في تعليقة المنهاج، في الطبعة الثانية، بعد أن كنا نوافق المحقق السيد الخوئي رحمه الله فيها.

مورد خيار الرؤية

قال الشيخ رحمه الله: (مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيّة الغائبة)[1].

أقول: إن المبيع من حيث الكلية والشخصية على أقسام، فيكون البيع من هذه الناحية على أقسام أيضاً:

١- بيع الكلي في الذمة.

٢- بيع الكلي في المعين.

٣- بيع السهم المشاع.

٤- بيع العين الشخصية.

والكلام في شمول خيار الرؤية لكل هذه الأقسام وعدمه، والعمدة ملاحظة الأدلة، وقبل ذلك نبدأ بمقتضى الأصل والقاعدة.

وبما أن الأصل في العقود اللزوم، والخيار على خلاف الأصل،

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤٨.

فالمدار على إحراز الدليل الحاكم أو المخصص، وإلا فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمتيقن منه في المقام ما إذا كانت العين شخصية، كما قال الشيخ رحمه الله.

وأما مقتضى الدليل، فلا شك في خروج الكلي في الذمة من تحت خيار الرؤية خروجاً تخصصياً؛ لعدم قابلية الكلي في الذمة للرؤية، وإنما يقبلها فرده ومصداقه، فيشتري المشتري الكلي بأوصاف معينة، فتشتغل ذمة البائع به، فإن طابقه المصداق في مقام الأداء فرغت ذمته؛ لأدائه الدين، وتسليمه المبيع، وإلا فيكون مديوناً للمشتري.

وعليه فما يمكن جريان خيار الرؤية فيه، هو الأقسام الثلاثة الأخرى، فينبغي ملاحظة جريانه فيها على حسب المباني فنقول:

إن كان المستند للخيار هو الشرط، كما يظهر من عبارة الشيخ رحمه الله في العنوان، فهو يجري في الأقسام الثلاثة بلا إشكال؛ فإن المبيع - سواء أكان كلياً في المعين، أم سهماً مشاعاً، أم عيناً شخصية - إذا كان مشروطاً بوجود أوصاف معينة فيه، وتخلّفت عنه حين ما رآها المشتري كان له الخيار.

ومنه يظهر الإشكال في حصر الشيخ رحمه الله لمورد الخيار في العين الشخصية، مع أن موضوع البحث عنده رؤية المبيع على خلاف الشرط.

وإن كان المستند التخلّف عن وصف البائع لمتاعه، فهو يجري أيضاً في الأقسام الثلاثة.

وإن كان المستند قاعدة « لا ضرر »، فيجري أيضاً فيها ثلاثتها؛ لأن لزوم المعاملة فيها كلها ضرر على المشتري، فينفى بالقاعدة.

وإن كان المستند صحيحة جميل، وجمدنا على النص، فهو يختص بالعين الشخصية؛ لأخذها فيها سؤالاً وجواباً؛ وعدم الإطلاق في جواب الإمام عليه السلام، ليتمسك به.

وأما بالنسبة إلى الكلي في المعين، والكسر المشاع، فيتمسك فيهما بالأصل والقاعدة، وهما يقتضيان اللزوم؛ لعدم ثبوت التخصيص إلا في العين الشخصية.

نعم، يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع، حسب الارتكاز العرفي.

وهو أمر ممكن في الكسر المشاع؛ فإنه وإن كان خارجاً عن مورد الصحيحة، إلا أنها ظاهرة في كون منشأ ثبوت الخيار، هو تخلّف ما اعتقده عمّا رآه، ولا فرق من هذه الحيثية بين الفرد المعين والمشاع، فلو اشترى نصف الضيعة، ثم ذهب وقلبها فوجد بعضها على خلاف ما وصف له، أو ما اعتقده فيها، كان له الخيار، ولا فرق بين المعين والمشاع.

بل عند التأمل، لا فرق بين العين الشخصية، والكلي في المعين، من جهة عرفية، فلو اشترى صاعاً من صبرة من الحنطة بصفات خاصة، فتبيّن أنها على خلاف تلك الصفات، فله الخيار، وتلغى الخصوصية عرفاً.

فالنتيجة:

أن المستند إن كان الشرط، أو الوصف، أو قاعدة نفي الضرر، فالخيار يأتي في الأقسام الثلاثة بلا إشكال، وإن كان الصحيحة، ففي التعميم للكسر المشاع، والكلي في المعين إشكال، إلا أنه يندفع بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى ملاحظة الارتكاز العرفي.

فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع

إذا باع العين الغائبة، واشتراها المشتري باعتقاد اشتمالها على صفات معينة، فتبيّن خلافه، كما هو مورد خيار الرؤية، فذكر الشيخ رحمه الله؛ لأجل صحة البيع، شرط الوصف، ونقل أقوال الفقهاء في ذلك، ومجموع ما تنتهي إليه أقوالهم أربعة:

١- الاقتصار على اعتبار ذكر الوصف، من دون قيد فيه.

٢- اعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

٣- ذكر الوصف المعتبر في صحة بيع السلم.

٤- ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر.

وهذا الاختلاف لم يقتصر على ما بين الفقهاء، بل وقع حتى في كلام الواحد منهم، كما في العلامة رحمه الله في التذكرة، ولهذا ينبثق إشكال؛ إذ مع هذا الاختلاف ينفي أحدها الآخر؛ فإذا كان الشرط ذكر مطلق الوصف، فهو يتحقق بمطلقه، وأما إذا كان الشرط ذكر الوصف الدخيل في مراتب المالية، فلا يتحقق بذكر مطلق الوصف.

المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع

وقد رفع الشيخ رحمه الله الإشكال بكون الظاهر (أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادّعي الإجماع على كل واحد منها.

ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفي في السلم عندنا.

وعنه في موضع آخر من التذكرة : أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع)[1].

فلا بد أن يكون الشرط المجمع عليه واحداً، وإن كانت عباراتهم قاصرة عنه، والمستفاد من الشيخ رحمه الله في آخر بحثه: أن الوصف المجمع على اعتباره في صحة البيع، هو الوصف الرافع للجهالة والغرر.

الإشكالات الواردة في المقام ودفعها

ثم أورد الشيخ رحمه الله عدّة إشكالات:

الإشكال الأول وجوابه

أنه ربما يترائى التنافي بين اعتبار الأوصاف الدخيلة في المالية، والتي يختلف الثمن باختلافها، وبين الأوصاف المأخوذة في صحة بيع السلم؛ فإن الأولى كثيرة، واعتبار ذكرها كلها يوجب تضيّق دائرة المبيع، وأما صحة السلم، فمبنية على التوسعة والتسامح؛ لئلا يلزم عزّة الوجود، أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق، فلا يشترط فيه وصف كل عضو من

(١) المكاسب ٥: ٢٤٩.

الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوتت به القيمة.

وأجاب عنه الشيخ رحمه الله بأجوبة ثلاثة:

الأول: أن الشرط واحد في الاثنين، بمعنى أنه يشترط في بيع السلم ما يشترط في بيع العين الغائبة، من ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية، بغض النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم.

الثاني: أن استقصاء الأوصاف الدخيلة في المالية، شرط في صحة بيع السلم، حتى وإن أفضت إلى عزّة الوجود؛ لأن المدار على حصول الغرر، وعدم ذكر ما يوجب اختلاف القيمة غرر، وعزّة الوجود ليس بعذر للترخيص، بل عزّة الوجود وتعذّره يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه[1].

الثالث: ما اختاره في آخر البحث، وهو الحق، من أن مقتضى إطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾ صحة كل ما يصدق عليه بيع، والمانع من هذا الإطلاق ينحصر في « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، وعليه فيكون المدار في جميع الموارد - سواء في بيع العين الغائبة، أو بيع السلف - على وجود الغرر، فلا تنافي بين الموردين؛ فإن المرجع إلى القواعد الأصولية، فإن وجد الإطلاق نظرنا، فإن كان له مقيّد، نظرنا في حدوده، فإن كان مبيّناً قيدنا به المطلق، وإن كان مجملاً اقتصرنا في التقييد على

(١) المكاسب ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠.

القدر المتيقن، وتمسكنا بالإطلاق في غيره[١].

وهذا البيان في غاية الإتقان.

الإشكال الثاني

أن الأوصاف الدخيلة في المالية، التي تختلف باختلافها القيمة، كثيرة غير محصورة، وخصوصاً في العبيد والإماء؛ فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أثمانهم، كالكتابة، والفهم، وجودته، والجمال، والطول..، غير محصورة جداً، فإذا علّقت صحة بيع العين الغائبة على استقصائها لم يتيسر بيعها، وانتهى بيعها إلى الغرر، لا سيما وأن الغرر الشرعي أدق من العرفي، والثاني أخص من الأول؛ فإن بيع الحنطة إلى وقت الذرو، ليس بغرري عرفاً، ولكنه غرري شرعاً[٢].

الإشكال الثالث

وهو ما عبّر عنه وأشكل من ذلك، وحاصله: أنه يلزم - إذا علّقت صحة بيع العين الغائبة، على ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية - عدم الفرق بين بيع العين الغائبة، والعين الحاضرة؛ فإن الظاهر أن وصف العين الغائبة، يقوم مقام الرؤية في الحاضرة، فكما أنه يعتبر ذكر الأوصاف الدخيلة في المالية في العين الغائبة، فكذلك يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطّلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة، مما يختلف الثمن باختلافها، والحال أن السيرة العقلائية القطعية في حال

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٣.

(٢) المكاسب ٥: ٢٥٠.

الرؤية، على عدم حصول الاطّلاع على جميع الخصوصويات، فينبغي - والحال هذه - أن يُفصّل في شرط صحة البيع، من حيث الأوصاف، ولم يذهب إليه أحد من الفقهاء المتقدمين، ولا المتأخرين[١].

جواب الشيخ عن الإشكالين

وما أجاب به الشيخ رحمه الله في الأخير يكون جواباً عن هذين الإشكالين، وبيانه:

أن المدار في الصحة على نفي الغرر، وعنوان الغرر مما ذكر في لسان الدليل، فيكون المرجع فيه إلى العرف، وأن المانع هو الغرر العرفي، ولا معنى للقول بالغرر الشرعي، بل لا معنى لتقسيم الغرر إلى عرفي وشرعي؛ فإنه من الأغلاط.

نعم، الشارع أضاف في بعض الموارد قيوداً، مما أوجب التضييق في نظر العرف، كما في بيع المكيل والموزون؛ فإن الغرر العرفي يرتفع بالمشاهدة، ولكن الشارع اعتبر فيه الكيل والوزن بالدليل الخاص، واعتبار الزائد لا يوجب أن يكون للغرر حقيقة شرعية.

فالمانع هو خصوص الغرر العرفي، وما أضافه الشارع من القيود، يكون بتعدد الدال والمدلول[٢].

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٠.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال: أن إضافة الشارع قيد الكيل والوزن في ما يكال ويوزن، ليس بتصرف منه في مفهوم الغرر؛ فإن الغرر عرفاً يرتفع

نعم، بما أن الغرر كغيره من المفاهيم، تقع فيه الشبهة من ناحية المفهوم؛ فإنا وإن أخذنا الغرر من العرف، إلا أنه ليس بالنحو الذي كانت جميع حدوده مبيّنة عند العرف، فلو شك في سعته وضيقه يكون من المخصص المجمل، المردد بين الأقل والأكثر، فيخرج عن الإطلاق بالمقدار المتيقن، ويتمسك في حالة الشك في غررية فرد من أفراد البيع بإطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾، فيحكم بصحة البيع.

الإشكال الرابع والجواب عليه

أن الغرر يحصل في بيع العين الغائبة، سواء أذكرت الأوصاف أم لم تذكر، أما إذا لم تذكر فالغرر فيه واضح؛ لاختلاف قيمة المبيع من حيث وجود الأوصاف فيه وعدمه، ولاختلاف قيمته من حيث نوع الوصف، وأما إذا ذكرت وأخذت مقيدة فيه، فيشك في وجود العين المتصفة بها، فيكون الغرر فيه أعظم[1].

وما يستفاد من الشيخ رحمه الله للجواب عنه وجوه:

الوجه الأول: أن الغرر هو ترك ذكر الأوصاف، أو أخذها مقيدة في العين، وليس المراد أحدهما، بل هنا شق ثالث، وهو أخذ الأوصاف مشروطة، لا مقيدة، ولا غرر فيه، بحيث يبيع العين ملتزماً بوجود الأوصاف الفلانية.

بالمشاهدة، ولكن لخصوصية في المكيل أضاف قيداً زائداً، فيكون عدمه مانعاً آخر عن صحة البيع.

(١) المكاسب ٥: ٢٥٢.

ثم نقل وأيّد ما صرّح به النهاية والمسالك - في مسألة ما لو رأى المبيع ثمّ تغيّر عمّا رآه -: أن الرؤية بمنزلة الاشتراط، ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً[1]، فإذا رأى العين بصفة معيّنة، ثم تغيّرت، فهو بمنزلة اشتراط تلك الصفة، فالوصف قائم مقام الرؤية فيكون ذكره اشتراطاً.

الوجه الثاني: كما أن الاعتماد على وصف الأجنبي يرفع الغرر، فكذلك الاعتماد على بيان البائع لأوصاف المبيع.

الوجه الثالث: أن المانع من صحة البيع الغرري هو: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، وبما أنه أخذ في المانع عنوان الغرر، فالمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى الغرر في بيع العين الغائبة، المبني بيعها على الأوصاف.

هذا من جهة العرف، وأما من جهة الشارع، فلا دليل على المنع من صحة بيع العين، من حيث الجهل بوجود تلك الأوصاف، التي بنيت

---

(١) نهاية الإحكام ٢: ٥٠١، وعبارته هي: (وإن وجده متغيراً، احتمل البطلان؛ لسبق انتفاء المعرفة، والأقوى الصحة؛ لبناء العقد في الأصل على ظن غالب، ولكن له الخيار، ولا نعني بالتغير التعيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، ولكن الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية، فكل ما فات منها، فهو بمثابة ما لو تبين الخلف في الشرط).

وفي المسالك ٣: ١٧٨: (وبالجملة، فالرؤية بمثابة الشرط للصفات الكائنة عند الرؤية، فكلّما فات منها كان كما لو تبيّن الخلف بالشرط).

عليها المعاملة، فالمقتضي للصحة موجود، والمانع مفقود[١].

إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وقد أورد المحقق الخراساني رحمه الله على الوجه الأول: بأن الشرط نفسه غرري؛ لأنه باع العين مع الالتزام بوجود الأوصاف المعيّنة، فبما أنه لم يعلم بتحقّقها ووجودها، فلا محالة يكون الشرط غرريـاً، والغرر في الشرط موجب لفساده، فإذا فسد الشرط، فإن قلنا بأن الشرط الفاسد موجب لفساد المشروط، فلا محالة يكون البيع باطلاً.

وإن قلنا بعدم إيجابه بطلان المشروط، فلا شك في أن الشرط الغرري يوجب غررية المشروط، فيسري الغرر من الشرط إلى البيع، فيبطل البيع من جهة غرريته.

فهذا الاشتراط على كلا المبنيين منشأ لفساد البيع، فينحصر رافع الغرر في ذكر البايع أوصاف المبيع، واعتماد المشتري عليه[٢].

رد إشكال المحقق الخراساني

وفيه: أولاً: أن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة البيع مطلقاً، والمانع من صحته إنما هو البيع الغرري؛ بمقتضى « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، وأما الغرر في غير البيع، فلم يثبت منعه من الصحة؛ لكون رواية « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر » مرسلة، وعلى هذا، فالغرر في الشرط

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٢) حاشية المحقق الخراساني رحمه الله على المكاسب: ٢٠٦.

لا يقتضي بطلانه.

وثانياً: أن الغرر عرفاً عبارة عن الخطر، والمدار على كون المعاملة خطرية عند العرف، والمبيع مع اشتراط وجود أوصاف فيه، معاملة متداولة عند العرف والعقلاء، ولا يرون فيها أي خطورة، فلا غرر في بيع العين الغائبة مع اشتراط وجود الأوصاف، وما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله على خلاف ما عند العرف والعقلاء.

ولو شك في صدق الغرر بالنسبة إلى بيع العين مع اشتراط وجود أوصاف معينة فيها، فهو شبهة صدقية، لا مصداقية، والقاعدة تقتضي في الشبهة المفهومية للمخصص، الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، فما علم أنه غرر يخرج من تحت عمومات الصحة، والباقي يبقى تحته، فيحكم بصحة بيع العين الغائبة مع شرط الأوصاف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وأورد المحقق الأصفهاني رحمه الله على الوجه الأول أيضاً: بأن الشيخ رحمه الله أرجع الوصف إلى الاشتراط، لا إلى التقييد، ومع الالتزام بالوصف لا غرر، لا من حيث وصف المبيع، ولا من حيث وجود المبيع.

والتحقيق: أنه مع الجهل بصفات المبيع، لا يعقل التقييد، ولا الالتزام، حتى يكون أحدهما مدار الإشكال، والآخر مدار الجواب:

أما التقييد، فلا يقال بإيجابه البطلان إلا إذا كان ممكناً، والحال أنه محال؛ فإن مورده الكلي الذي يتضيق به دائرته، فيكون المبيع حصة

خاصة، وأما الجزئي فغير قابل للتقييد؛ لكون التقييد تضييقاً في المقيّد، والجزئي غير قابل للتضييق والتضيّق.

وبعبارة فنية: أن التقابل بين الإطلاق والتقييد، سواء أكان تقابل التضاد أو الملكة والعدم، لا بد أن يتواردا على موضوع قابل للتوسعة والتضييق، كما في الرقبة القابلة للتوسعة بالنسبة إلى الإيمان والكفر، وقابلة للتضييق بالإيمان، والموضوع الخارجي شخصي جزئي، والجزئي لا يقبل التوسعة والتضييق، فالتقييد غير متصور في مورد البحث.

وأما الالتزام الشرطي، فالمعقول منه أمران:

١- الالتزام بفعل، كأن يلتزم بخياطة ثوب، فيوجب استحقاق المشروط له ذلك العمل المشروط على الشارط.

٢- الالتزام بالنتيجة، كأن يبيع الدار بشرط أن يكون الكتاب ملكاً له، فيؤثر الشرط في حصولها للمشروط له.

وأوصاف المبيع، ليست فعلاً حتى يتعلق بها الالتزام، وليست نتيجة حتى تتحقق بالشرط[1].

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني

وما أفاده قدس سره قوي من جهة فنية، ووارد على تعبير الشيخ رحمه الله؛ لإرجاعه الاشتراط إلى الالتزام؛ فإن كتابة العبد، وصفات الفرس، غير قابلة لتعلّق الالتزام؛ لعدم وقوعها تحت الاختيار.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله ٤: ٤٠١ - ٤٠٢.

ولكن هنا شرطاً ثالثاً صحيحاً؛ إذ هو ممكن ثبوتاً، وقام الدليل عليه إثباتاً، وبيان ذلك:

أن في كل معاملة التزامين، أحدهما الالتزام بأصل نقل الملك إلى طرف المعاملة، وهو الالتزام المعاملي، والآخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، والوفاء به، والشروط في المعاملات ترجع إلى الالتزام الثاني، فإذا اشترى المبيع مشروطاً بوجود الوصف، كأن يشتري العبد الكاتب، فهو لم يشتر العبد المقيّد بكونه كاتباً، لتكون الكتابة مقوّماً للمبيع، بل اشترى العبد بشرط أن يكون كاتباً، فلو أراد بذلك الشرط الالتزام المعاملي، بمعنى تعليق الإنشاء على الكتابة، لكان من التعليق المبطل بالإجماع.

ولكنه إذا أراد به الالتزام بالوفاء، بمعنى أن يكون الوفاء بالمعاملة مشروطاً بأن يكون العبد كاتباً، فلا ضير فيه، وهو ليس من قبيل شرط الفعل، ولا شرط النتيجة، اللذين هما محل الإشكال عند المحقق الأصفهاني رحمه الله، وهذا النحو من الشرط ممكن ثبوتاً، وقام عليه الدليل إثباتاً، وهو حديث « المؤمنون عند شروطهم »، بل قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أيضاً؛ فإن المقصود منها الوفاء بالعقود وبجميع متعلقاتها.

ونتيجة ذلك: ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط والوصف.

والحاصل: أن إشكال المحقق الأصفهاني رحمه الله وارد على تعبير الشيخ رحمه الله، ولكن حصره لاشتراط وصف المبيع في القيد الممتنع في الجزئي، والشرط المنحصر في شرط الفعل والنتيجة، غير تام؛ لأن هناك

قسماً ثالثاً للشرط، وبيع العين الغائبة بشرط الأوصاف، بالنحو المتقدم من الشرط صحيح، إلا أن له الخيار عند تخلّف الشرط والوصف.

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور

والمشهور بين الأصحاب أن الخيار بين الردّ، والإمساك بدون الأرش، وفي المسألة وجهان آخران:

الوجه الأول: التخيير بين الردّ والإمساك بالأرش، فيكون تخلّف ثبوت الوصف عن العين الغائبة المبيعة بالوصف موجباً لخيار العيب، وهو مختار الحلي رحمه الله في السرائر[1].

الوجه الثاني: بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف، ونقله الشيخ رحمه الله عن جماعة من المتقدمين[2]، ووجّهه المحقق الأردبيلي رحمه الله

---

(١) السرائر ٢: ٢٤١ - ٢٤٢، وعبارته رحمه الله هي:

(فأما بيع العين الموصوفة، غير المشاهدة بخيار الرؤية، فهو بيع الأعيان الغائبة، وهو أن يبتاع شيئاً لم يره، مثل أن يقول: بعتك هذا الثوب الذي في كمي، أو الثوب الذي في صندوقي، وما أشبه ذلك، فيذكر جنس المبيع، فيتميز من غير جنسه، ويذكر الصفة؛ لتقوم مقام المشاهدة في العين المرئية؛ لأن العين المرئية، لا يحتاج في بيعها إلى ذكر صفتها.

ومن شرط هذا البيع، وصحته، ذكر الجنس والصفة معاً، فإن أخلّ بأحدهما، بطل البيع، فإذا عقد البيع، ثم رأى المشتري المبيع، فوجده على ما وصفه البايع له، كان البيع ماضياً، ولم يكن لأحدهما خيار، وإن وجده على خلاف الصفة، كان له رده، وفسخ العقد، أو أخذه، وأخذه الأرش، لا يجبر على واحد من الأمرين).

(٢) نقله الشيخ رحمه الله بعنوان النسبة في المكاسب ٥: ٢٥٣: إلى ظاهر المقنعة، والنهاية، والمراسم، ونسبه إليهم صريحاً السيد صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ٢٧٥ - ٢٧٦؛ حيث قال: (وخالف المفيد في المقنعة، في موضعين منها، فقال: إن خرج على غير الصفة كان البيع

كما سيأتي.

أما ما أفاده ابن إدريس رحمه الله ففيه ما أورده الشيخ رحمه الله عليه:

أولاً: أنه لا دليل على الأرش، وثبوته يحتاج إلى دليل؛ فإن ثبوته حتى في خيار العيب ليس بمقتضى القاعدة، بل لثبوت الدليل عليه؛ فإن مقتضى القاعدة أن سلامة المبيع من جملة الشروط، فإذا تخلّفت ثبت الخيار، وأما ثبوت الأرش، فهو على خلاف القاعدة، فيحتاج إلى دليل.

وثانياً: أن الوصف المفقود لو كان له دخل في صحة المبيع لتوجّه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب، لا بخيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه.

وأما ما استظهر من كلام المفيد والشيخ قدس سرهما، فالنسبة مورد تأمل؛ لأن تعبير كل منهما أنه (إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً)، والرد وإن كان ظاهره البطلان، إلا أن الشيخ رحمه الله عبّر بهذا التعبير في خيار الغبن[1]، ولا يخفى أن المراد منه فيه، الخيار في البيع، لا البطلان، وأما الشيخ المفيد رحمه الله فقد تعرّض للمسألة في مقامين، في أحدهما عبّر بمردود، وفي الآخر بالبطلان، ومع هذه العبارات المختلفة

باطلاً، ووافقه الشيخ وأبو يعلى في النهاية، والمراسم، في الأعدال المحزومة).

(١) ورد هذا التعبير في النهاية: ٣٩١، ولكن في باب البيع بالنقد والنسيئة، وعبارته هي: (ولا بأس أن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى في الحال بنسيئة، إذا كان المبتاع من أهل المعرفة . فإن لم يكن كذلك، كان البيع مردوداً).

لا يبقى مجال لظهور الرد في البطلان في المقام[١]، إلا أن المحقق الأردبيلي رحمه الله قد تأمل في الصحة، وبيّن الوجه في تأمله، فنحن وما أفاده، والبحث يقع في ضمن نقاط:

النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقق الأردبيلي

وحاصله: وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود، والموجود غير معقود عليه[٢].

وتوضيحه: أنه لما وقع العقد على المبيع موصوفاً بالوصف الخاص، كأن قال بعتك هذا العبد الكاتب، ثم تبيّن أن العبد الموجود ليس بكاتب، لم يقع العقد على الموجود؛ لأنه ليس بكاتب، وما وقع عليه

---

(١) تعرض الشيخ المفيد رحمه الله للمسألة في مقامين، وفي أحدهما عبّر بمردود، وفي الآخر بالبطلان، قال في المقنعة: ٥٩٤: (ولا بأس ببيع الموجود في الوقت بالصفة وإن لم يشاهده المبتاع في الحال . فإن قبضه ووجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضيا . وإن كان بخلاف الصفة كان مردوداً).

وقال في ص٦٠٩: (باب بيع الأعدال المحزومة والجرب المشدودة ولا يجوز بيع المتاع في أعدال محزومة وجرب مشدودة ، إلا أن يكون له بارنامج يوقف منه على صفة المتاع في ألوانه وأقداره وجودته ، فإن كان ذلك كذلك وقع البيع عليه ، فمتى خرج المتاع موافقا للصفات كان البيع ماضيا . وإن خرج مخالفا لها كان باطلاً).

وأما الشيخ رحمه الله فكما أفيد قال في النهاية: ٣٩١ : (ولا يجوز بيع المتاع في أعدال محزومة وجرب مشدودة إلا أن يكون له بارنامج يوقفه منه على صفة المتاع في ألوانه وأقداره . فإذا كان كذلك ، جاز بيعه . فإذا نظر إليه المبتاع ، ورآه موافقا لما وصف له وذكر ، كان البيع ماضيا . وإن كان بخلاف ذلك ، كان البيع مردوداً).

(٢) مجمع الفائدة ٨: ١٨٣.

العقد لم يكن موجوداً، فمقتضى القاعدة البطلان؛ لاندراجه تحت كبرى: ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقق الأردبيلي

وناقشه صاحب الجواهر رحمه الله - ورماه بالضعف -: بأنه يبتني على عدم التفريق بين وصف المعيّن، والوصف المعيّن، والخلط بين الذاتي والعرضي[1].

وقد سبقه كاشف الغطاء رحمه الله في الإشكال عليه بما نصه:

« والقول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة فيكون البيع باطلاً، لا وجه له.

وسر الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات، ووصف المعين من الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي. مع أنه أقصى ما هناك أنه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى..»[2].

وقد تعرّض له الشيخ رحمه الله أيضاً وأضاف له هذه الضميمة: (وأن أقصى ما هنالك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى)[3].

---

(١) الجواهر ٢٣: ٩٤.

(٢) شرح خيارات اللمعة ص١١٨ للمحقق الشيخ علي كاشف الغطاء.

(٣) المكاسب ٥: ٢٥٥.

وتوضيح مراد صاحب الجواهر رحمه الله: أن المبيع إذا كان كلياً فالوصف ليس معيِّناً له؛ لأن الكلي غير معيَّن، بل هو معيِّن للموصوف، فإذا باع الحنطة بيعاً كلياً، كأن قال بعتك مائة منٍ من الحنطة، ووصفها بالحنطة السيحية، فهذا الوصف لهذا الفرد معيِّن للموصوف، والكلي يتصف بهذا الوصف ويتعين به.

والوصف للكلي على نحوين: ذاتي، وعرضي، فالأول عنوان الحنطة، والثاني كونها سيحية، وكلا الوصفين مقوّمان للكلي، فإذا كان المبيع الحنطة السيحية، فكما لا تنطبق على الشعير، لا تنطبق على الحنطة المسقية سقياً بالماء، وعلى هذا التقدير يتمّ كلام المحقق الأردبيلي؛ فإنه إذا تخلّف الوصف - الذاتي أو العرضي - كان المقصود غير موجود، والموجود غير مقصود، فلا بدّ في مقام الأداء من انطباقه على الخصوصيتين، الذاتية والعرضية.

وتوضيحه: أن الكلي كلما وصف لا يخرج عن الكلية، فالكلي المتصف بوصف يخالف الكلي غير المتصف، والكلي المتصف بغير ذلك الوصف، فيلزم تخلّف المبيع عند فقدان الوصف، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، وعليه فالوصف في الكلي سواء أكان ذاتياً أم عرضياً مقوّم للمبيع، فإذا تخلّف يوجب البطلان.

وأما إذا كان المبيع جزئياً، فلا يعيّنه الوصف، بل يكون الوصف معيَّناً، فإذا باعه الحنطة التي في المستودع بوصف كونها سيحية، وتخلّف الوصف، فهنا لا تأتي قاعدة: (ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد)، بل

المبيع نفس هذه الحنطة، وقد تخلّف الوصف.

نعم، لو تخلّف الوصف الذاتي، كأن قال بعتك الحنطة التي في المستودع، فتبيّن أنها شعير، لكانت صغرى إلى: الموجود غير مقصود، والمقصود غير موجود.

فتحصّل أن تخلّف القصد عن الموجود يكون في موردين:

الأول: كون المبيع كلياً، أكان المتخلّف الوصف الذاتي أم العرضي.

الثاني: كون المبيع جزئياً، والمتخلّف الوصف الذاتي.

ومورد بحثنا في ما إذا كان المبيع شخصياً، والوصف معيَّناً، لا معيِّناً، وتخلّف الوصف العرضي لا الذاتي، وعليه فيبطل برهان المحقق الأردبيلي رحمه الله.

النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر

وأشكل الشيخ رحمه الله على كلامي كاشف الغطاء وصاحب الجواهر: بأنه مجازفة لا محصّل لها[1].

ومراده رحمه الله يحتاج إلى تحقيق؛ فإنه أراد أن يبيّن منشأ تأمل المحقق الأردبيلي رحمه الله: بأن المعاملة لما وقعت على المبيع بالوصف الخاص، وتبيّن كونه فاقداً له، لم تكن مورداً للرضا المعاملي، فإنه لما باع العين الشخصية، ولو كانت موصوفة بالوصف العرضي، ككتابة العبد، وكون

(١) المكاسب ٥: ٢٥٥.

الحنطة سيحية، وتبيّن الخلاف؛ فإن المبيع الفاقد للوصف لم يكن مورداً للرضا المعاملي، فما كان مورداً للرضا المعاملي لم يوجد، وما وجد لم يكن مورداً للرضا المعاملي.

وبعبارة أدق: أن كبرى (تجارة عن تراضٍ) لا تنطبق على هذه المعاملة؛ لأن البناء في المعاملة على وجود خصوصية معينة مفقودة.

وإذا كان هذا هو المراد، فجواب صاحب الجواهر رحمه الله لا يدفع الإشكال.

وأما تعارض الإشارة والوصف، وتقديم الإشارة، فلم يتعرض له صاحب الجواهر رحمه الله ، ولكن مراد الشيخ رحمه الله منه: أنه البائع عندما أشار إلى العبد، وقال بعتك هذا العبد الكاتب، فمقتضى الإشارة أنه باع العبد المشار إليه، فما قصد وقع، وما وقع قصد، فيصح البيع، ومقتضى الوصف أنه باع العبد الكاتب، وهو غير موجود، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فيبطل البيع، وبما أن ظهور الإشارة مقدم على ظهور الوصف، فالبيع صحيح.

وإشكال الشيخ رحمه الله عليه: أولاً: أن هذه القاعدة وإن كانت مسلمة من حيث الكبرى، إلا أنها فيما إذا وجد الظهوران المتنافيان، أي ظهور الإشارة، وظهور الوصف، وبما أن الإشارة أظهر من الوصف فتقدم، ولكن في المقام لم يوجد تعارض بين الإشارة والوصف، بل إن متعلق البيع هو مورد للإشارة والوصف، وقد جمع بينهما، فقال: بعتك هذا العبد الكاتب، فأشار إلى العبد، ووصفه بالكاتب، فلا يوجد بينهما

تعارض، وإنما تخلّف الوصف، والتخلّف أمر، والتعارض أمر آخر.

وثانياً: تنزلنا وقلنا بالتعارض، فمقتضى تقديم الإشارة على الوصف أن يصح البيع ويكون لازماً؛ لأن معنى تقديم الإشارة هو إسقاط الوصف، فلا يأتي خيار تخلّف الوصف، وما يراد إثباته في مقابل المحقق الأردبيلي رحمه الله أن يصح البيع مع كونه خيارياً.

فاتضح إلى هنا كلام كل من المحقق الأردبيلي، وصاحب الجواهر، والشيخ قدست أسرارهم.

وأما التحقيق، فالحق ما قال به صاحب الجواهر رحمه الله، وذهب إليه بعض شراح اللمعة أيضاً، وهو صاحب الإضافة التي لم يذكرها صاحب الجواهر، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمه الله: بأنه (مجازفة لا محصل لها)، والدليل على ما نقوله، هو بيان نفس الشيخ رحمه الله في بحث الشرط الفاسد؛ فإنه طرح هذا الإشكال وردّه، فقال في بيان الإشكال:

(أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون الشرط، معاوضة أخرى، محتاجة إلى تراضٍ جديد، وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراضٍ).

ثم قال: (ودعوى: أن الأصل في الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد - لأجل الدليل - لا

يوجب التعدي).

وهذا هو لبّ مدعى المحقق الأردبيلي رحمه الله، من أن تخلّف الشرط يقتضي أن يكون المقصود غير واقع، والواقع غير مقصود.

فأجاب الشيخ رحمه الله عن ذلك:

(وحل ذلك: أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتتن جيداً، والغسل بماء الفرات؛ فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعدّ التصرف الناشيء عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراضٍ.

نعم، غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين . ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول)[1].

---

(١) المكاسب ٦: ٩٣، ٩٤، ٩٥، ونقلنا عين عبارة الشيخ رحمه الله لوضوحها.

وقد فرّق الشيخ رحمه الله في ذلك المبحث بين التقييد والاشتراط، ومعنى ذلك: أن المبيع تارة يكون كلياً مقيّداً بقيد، ذاتياً أو عرضياً، فهنا إذا تخلّف القيد، فالمقيّد ينتفي بانتفائه.

وتارة يكون معيَّناً، وموجوداً خارجياً، إلا أنه متصف بوصف، فهذا الوصف يكون شرطاً، لا قيداً ينتفي المقيد بانتفائه.

ففرق بين الوصف المعيِّن للكلي، وبين الوصف الموجود المعيَّن، وأيضاً فرق بين الوصف الركني، والوصف الذي ليس بركن، بل من العوارض.

وهذا الكلام، هو عين كلام صاحب الجواهر رحمه الله على اختصاره؛ حيث قال: بأنه اشتباه ناشيء من عدم الفرق بين الوصف المعيِّن للكليات، والوصف المعيَّن في الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي.

فما رماه الشيخ رحمه الله بالمجازفة، هو عين الصواب بلا إشكال.

نعم، الإشكال على الضميمة - غير الموجودة في كلام صاحب الجواهر رحمه الله ، وموجودة في كلمات الشيخ علي شارح اللمعة، من حصول التعارض بين الإشارة والوصف، والإشارة أقوى - تام ووارد عليه.

فالنتيجة: أن جواب صاحب الجواهر رحمه الله، هو نفس جواب الشيخ رحمه الله في باب الكلي والوصف المعيَّن، وفي الركن المقوِّم، والعرضي، وبه

ينحل الإشكال.

وبعبارة أخرى: إن الحاكم في ثبوت التباين بين الموجود، والمعقود عليه، وفي تخلّف القصد عن العقد، هو العرف والعقلاء، فمتى ما حكم العرف بأن المورد من مصاديق ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فالحكم هو البطلان، ومتى ما حكم بأنه ليس من مصاديقه، وإنما هو من مصاديق تخلّف الشرط أو الوصف، فهو صحيح مع ثبوت الخيار.

والعرف والعقلاء يحكمون بالأول في موردين:

١- في الكلّي المقيّد بقيد، ركني أو عرضي، كما لو باع بنحو الكلي مائة منٍ من الحنطة السيحية، وفي مقام الأداء أتى بحنطة غيرها، فهنا ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ لأنه باع الكلي، فلا بدّ أن يأتي بما هو فرده.

بخلاف ما إذا باعه الحنطة التي في المستودع، واشترط أن تكون سيحية؛ فإنه إذا تبيّنت أنها غيرها، لم يبطل البيع، ولكن له الخيار؛ فإن الوصف المعيَّن، غير الوصف المعيِّن للكلي.

٢- في الشخصي، الموصوف بوصف ركني؛ فإن تخلّفه يوجب البطلان؛ لأن المتخلّف قوام المبيع، فإذا تخلّف، تخلّف ما تعلّق به الإنشاء.

خلاصة البحث

وخلاصة المباحث السابقة: أن المبيع إذا كان كلياً، وكان موصوفاً بوصف ركني مقوّم للمبيع، أو بوصف عرضي، فالبيع صحيح ولازم،

ويجب في مقام الأداء أن يؤدي ما هو مصداق لذلك الكلي، فإذا باعه العبد الكاتب، وسلّم له الحمار، أو العبد غير الكاتب، لم يتخلّف البيع الكلي، ووقع صحيحاً، إلا أن ما أداه لم يكن هو المبيع، وعليه أن يؤدي ما وقع عليه العقد.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، وتخلّف الوصف المقوّم، فالبيع باطل، كما لو باعه العبد الحبشي، وما في الخارجي حمار وحشي.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، وتخلّف الوصف غير المقوّم، فالبيع صحيح، والمورد من موارد خيار الرؤية، ويجري خيار تخلّف الوصف والشرط.

إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض

هذا كله إذا كانت الخصوصية واضحة، كأن اتضح كونها من مقوّمات المبيع أو من أوصافه.

وأما إذا تردّد أمرها بينهما، فلا يخفى قبل كل شيء، أن تعليق البيع على ما هو ركن ومقوّم، غير مبطل له، وأما التعليق على غيره فمبطل، فإذا قال بعتك ما في الدار على أن يكون عبداً، بحيث علّق البيع على هذه الخصوصية، فالبيع صحيح، وأما إذا قال بعتك ما في الدار على أن يكون كاتباً، فهذا التعليق مبطل له.

أما عدم كون الأول مبطلاً؛ فلأن البيع معلّق على ما هو دخيل في صحته، والتعليق على ما هو الدخيل فيها، موافق لمقتضى القاعدة، كأن

يقول: بعتك هذا إن كان مالي؛ فإن هذا البيع المعلّق صحيح بلا إشكال.

وأما تعليق البيع على الخصوصيات غير الدخيلة في الصحة، فهو مبطل له للإجماع القطعي.

ولكن البيع فيما نحن فيه، ليس بمعلّق، وإنما المعلّق هو الالتزام بالوفاء به، والتعليق المبطل، هو تعليق نفس البيع على قيد أو شرط، وأما تعليق الالتزام والوفاء بالمعاملة على شرط، فليس من التعليق المبطل، ولكنه موجب لثبوت الخيار.

إذا اتضح هذا، فإذا تردد أمر الخصوصية المعلّق عليها البيع، بين كونها من المقومات للمبيع، فيصح البيع، وبين كونها من الصفات الكمالية له، فيبطل، فقد ذهب المحقق السيد الخوئي رحمه الله إلى صحة المعاملة؛ لأن مقدار ما قام عليه الدليل من بطلان التعليق، هو التعليق على وصف كمالي، لا على المقوّمات؛ وبما أن الدليل ينحصر في الإجماع؛ لعدم وجود الدليل اللفظي، ليتمسك بإطلاقه، والإجماع دليل لبّي، لا لسان له، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص ما إذا أحرز كون الوصف وصفاً كمالياً.

وببيان آخر: أن مقتضى إطلاق قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ صحة كل بيع ونفوذه، بما فيه البيع المعلّق، وخصص هذا الإطلاق بواسطة الإجماع، الدال على بطلان البيع المعلّق، والإجماع دليل لبّي منفصل، وقد حقّق في الأصول أن الدليل المنفصل إذا كان مردداً بين الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، ويتمسك

بالإطلاق بالنسبة إلى ما زاد عليه، فيقتصر في التخصيص على ما إذا أحرز كون المعلّق عليه من الأوصاف العرضية[١].

ثم قال في ذيل الكلام: أنه إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة، فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير؛ لأنه إن كان التخلّف في الواقع في المقوّم، فيحكم بالبطلان؛ لعدم وجود المبيع، وإن كان التخلّف في غيره، فيحكم بالبطلان؛ للتعليق[٢].

وفي كلامه: أولاً: أن حكمه بصحة المعاملة في صدر البحث مطلقاً، ثم حكمه بالبطلان على كلا التقديرين متهافتان؛ لأن حكمه بالصحة في أول الكلام كان لأجل أن التعليق إن كان على المقوّم فلا يوجب البطلان، وإن كان على العرضي، فلا يوجبه؛ لعدم دخوله في الإجماع، وعليه فإذا تبيّن الخلاف، فإن كان فاقداً للخصوصية المقوّمة، كانت المعاملة باطلة؛ لأن المبيع غير محقق، وأما إذا كان فاقداً للخصوصية العرضية، فالمعاملة صحيحة، ولا وجه لبطلانها[٣].

---

(١) لا يخفى أن جهة الاقتصار على القدر المتيقن في الإجماع هي كونه دليلا لبيا كما ذكر في الأعلى، وأما تردد المخصص بين الأقل والأكثر فهذه جهة أخرى.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٦٨.

(٣) وإن قيل بأن الوجه في بطلانها أنه تبيّن أن البيع معلّق على الخصوصية العرضية، والتعليق موجب للبطلان حينئذ.

فيقال: بأنه قد تقدم أن التعليق في الإنشاء مبطل وإن كان ذكر على وجه الاشتراط، والاشتراط صحيح وإن ذكر عل وجه التعليق، فالمعيار على ما هو الواقع من كون

وثانياً: أنه حكم في الذيل بالبطلان على التقديرين، فنقول: بأن متن الواقع لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون المتخلّف ركناً، فالمعاملة باطلة، وإما أن يكون غير ركن، فهي باطلة أيضاً بنظره، فلا يعقل صحة هذه المعاملة من أساس؛ إذ لا يوجد غير هذين التقديرين، وكلاهما محكوم بالبطلان[1].

المذكور من المقومات أو الخصوصيات، فإن كان من الخصوصيات فالعقد صحيح، وإن ذكر على نحو التعليق.

(١) إن قيل: إن الحكم بالصحة كان في ظرف عدم تبيّن الخلاف، وهو موافق للقاعدة، وأما مع تبيّن الخلاف فلا موجب للصحة.

قيل: المفروض أن المحقق الخوئي حفظه الله حكم بالبطلان من جهة عدم التراضي على فاقد الوصف.

مسالة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟

قال الشيخ قدس سره: (الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد؛ حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، واحتمله فيب نهاية الأحكام)[1].

هذا من جهة الأقوال، وأما البحث في الأدلة، فكلام الشيخ رحمه الله - على تشويشه - يقع في نقاط:

الأولى: مقتضى القاعدة.

الثانية: مقتضى الدليل الخاص.

وهاتان النقطتان ترتبطان بالقول بالفور.

الثالثة: دليل القول بالتراخي.

مقتضى القاعدة عند الشيخ

أما النقطة الأولى، فقد قال الشيخ رحمه الله تعليقاً على قول القائلين بالفور: (ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقّن).

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٧.

وتوضيح مراده: أن الأصل في البيع هو اللزوم، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بمقدار ما قام عليه الدليل، فإن لم يكن للدليل إطلاق اقتصر في الخروج على المقدار المتيقن، وأما ما عداه فيبقى تحت اللزوم، وفي المقام ثبت الخيار في الزمان الأول، فثبت خروجه عن أصالة اللزوم، وأما ما عداه، فلم يثبت خروجه، فيبقى تحتها، والنتيجة هي الفور.

وللتوضيح أكثر، لا بدّ من معرفة مبنى الشيخ رحمه الله في كبرى المسألة، وأصالة اللزوم، وما المقصود منه في المقام، اللفظي أو العملي، فنقول:

إن منشأ أصل اللزوم، أصل لفظي، وأصل عملي، أما الأصل اللفظي، فالمراد به التمسك بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، ويتمّ بهذا البيان: إن موضوع بحثنا هو البيع الواقع، وهو بحسب الزمان محكوم باللزوم مستمراً؛ فإن لـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ حيثيتين:

الأولى: العموم الأفرادي، بمعنى وجوب الوفاء بكل عقد، أو كل عقد لازم.

الثانية: العموم الأزماني، بمعنى أن وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقد، مستمر من حيث الزمان.

ولا إشكال في ثبوت خيار تخلّف الوصف، أو الاعتقاد عند الرؤية، بالنسبة إلى المبيع الذي وقعت عليه المعاملة موصوفاً بوصف، أو مع اعتقاد اشتماله على وصف، فتبيّن خلافه، ومعنى ذلك تخصيص العموم الزماني للزوم؛ فإن هذا الفرد قد خرج من تحت عموم دليل اللزوم في هذه القطعة من الزمان، فما هو الحكم بعد الزمان المقطوع؟

وبعبارة أخرى:

أن ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ قد ارتفعت دلالتها على اللزوم بالنسبة إلى المقدار المتيقن، فما هو الحكم بالنسبة إلى غيره؟

مبنى الشيخ رحمه الله، هو أن العموم الزماني على قسمين:

١- العموم الزماني بنحو العام الاستغراقي.

٢- العموم الزماني بنحو العام المجموعي.

ولا ثالث لهما؛ لأن عموم الحكم في الزمان، إن كان بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فلازمه تعدّد الحكم، وهو معنى العام الاستغراقي، ومع تعدّد الأحكام، فالفرد المتيقن خرج من تحت العموم يقيناً، وأما ما عداه فتنطبق عليه قاعدة التمسك بالعموم عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن لم يكن بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فالعام مجموعي، فالحكم واحد، ومتعلّقه واحد، فإذا ورد عليه التخصيص، فقد زال ذلك الحكم الواحد، ورجوعه بعد زواله يحتاج إلى دليل، فلا مرجعية للعموم حينئذٍ.

هذا نظر الشيخ رحمه الله في البابين من حيث الكبرى، وتطبيقه على ما نحن فيه لا بدّ أن يكون بهذه الصورة:

أن لزوم العقد في المقام بحسب الزمان، ليس بنحو العموم الاستغراقي؛ إذ ليس فيه وجوب وفاء لكل آنٍ، بل له لزوم واحد، أو قل

وجوب وفاء مستمر، وقد ارتفع، فلا يعود، ولا يمكن التمسك بـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

فليس المراد من الأصل اللزوم، في كلام الشيخ رحمه الله - إذن - هذا الأصل اللفظي؛ لزواله قطعاً حسب مبناه.

وإنما مراده رحمه الله هو الأصل العملي؛ فإنه بالبيع انتقلت الملكية من أحدهما إلى الآخر، وقام الدليل على جواز هذا الانتقال في الآن الأول، وهو القدر المتيقن، وأما بالنسبة إلى الآن الثاني، فمحل شك، فلو فسخ البائع لشك في نفوذ الفسخ، وشك في بقاء الملكية عند المنتقل إليه، فيستصحب بقاؤها.

مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ

وأما النقطة الثانية: فالنص الخاص في المسألة، هي صحيحة جميل المتقدمة، ولو خلينا والصحيحة لدلّت على التراخي؛ لعدم بيان مدة الخيار، وعدم تقييده بعد الرؤية بزمان خاص، وهي حاكمة على الأصل.

ولكن بما أن الملاك في الخيار هو الضرر؛ إذ يدخل عليه الضرر لو لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، فالنص ينزل عليه، ويسقط إطلاقه، فنكون نحن وما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، وهي تدل على ثبوت الخيار في الآن الأول فقط؛ لأن اللزوم وعدم الخيار فيه يوجب الضرر، مع انتسابه إلى الشارع، وأما في الآن الثاني، فالضرر الحاصل من الحكم باللزوم، لا ينتسب إلى الشارع، وإنما هو أوقع نفسه في الضرر؛ لعدم إعماله الخيار، فلا ينفى بالقاعدة، فالنتيجة هي الفور أيضاً.

دليل القول بالتراخي

وأما النقطة الثالثة، وهي دليل القول بالتراخي، فهو التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فإن دليل خيار الرؤية خصّص دليل اللزوم، فيستصحب الخيار في الآن الثاني.

ولكنه ضعيف؛ لعدم جريان الاستصحاب؛ لأن مستند الخيار هو « لا ضرر »، فلا يحرز - بعد الآن الأول - وحدة الموضوع في القضية المتيقنة والمشكوكة.

وتوضيح ذلك: أن موضوع هذا الخيار هو المتضرر غير المتمكن من رفع ضرره؛ إذ لو حكم عليه باللزوم، لكان ضرره مستنداً إلى الشارع، فلهذا ينفى بـ« لا ضرر »، وهذا الموضوع محرز في الآن الأول، وأما في الآن الثاني فقد تبدّل الموضوع؛ لتمكنه من رفع ضرره بإعمال الخيار.

ولا أقل من احتمال تبدّل الموضوع؛ لاحتمال كون الموضوع هو المتضرر الذي لا يمكنه رفع ضرره بالخيار، فيتردد أمر الخصوصية الزائلة بين كونها قيداً للموضوع وعدمه، فعلى تقدير كونها قيداً له، فالموضوع قد تبدّل، وعلى تقدير العدم فالموضوع باقٍ، فيكون المورد شبهة موضوعية إلى « لا تنقض اليقين بالشك ».

والحاصل:

أن القول بالتراخي يتوقف على جريان الاستصحاب، وهو لا يجري، إما لإحراز تبدّل الموضوع، أو لعدم إحراز بقائه.

نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام

وهنا نكتة دقيقة في كلام الشيخ رحمه الله، وهي: أن الاستصحاب محكوم للدليل، والدليل حاكم على الاستصحاب دائماً، وبما أن الشيخ رحمه الله فيما نحن فيه قد ردّ التمسك بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، بحسب البيان المتقدم، فموضوع الاستصحاب تام؛ لعدم الدليل الحاكم عليه.

ولكن بما أن الشيخ رحمه الله قد استند في اختياره الفورية إلى الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملكية من انتقل إليه، فلا بدّ من البحث في النسبة بينه، وبين استصحاب بقاء الخيار، وربما يقال بتقديم الثاني، فيبطل كلامه رحمه الله، والبحث فيه يبتني على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن أصالة اللزوم لو كانت هي الأصل اللفظي، فلا شك في حكومتها على استصحاب الخيار، ولكن بما أن الأصل هو العملي، فلا شك في تقديم استصحاب الخيار عليه؛ لأنه أصل سببي بالنسبة إلى أصالة بقاء أثر العقد؛ فإن الشك في بقاء أثر العقد مسبب عن الشك في الخيار، فإن كان له الخيار شرعاً، لم يجرِ استصحاب أثر العقد، وإن لم يكن له الخيار جرى.

المقدمة الثانية: أن الاستصحاب يقوم مقام العلم بنفس دليل اعتباره، وعليه فاستصحاب بقاء الخيار محرز تعبدي، فإذا فسخ زال أثر العقد، الذي هو موضوع أصل اللزوم.

ولهذا ذهب الشيخ رحمه الله - في مقام الإشكال على استصحاب بقاء الخيار - إلى تبدّل الموضوع، وإلا لو كان موضوعه تاماً، لجرى وقدّم

على استصحاب بقاء أثر العقد، كما أوضحناه، ولكن لمّا تبدّل موضوعه لم يجرِ، فلا تبقى إلا أصالة اللزوم عملاً.

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله من التحقيق مع إيضاح منا.

التحقيق في أصل المسألة

وأما التحقيق في أصل المسألة، فينبغي أن يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في مقتضى القاعدة.

الجهة الثانية: في مقتضى الأدلة المستدل بها على خيار الرؤية.

مقتضى القاعدة

أما الجهة الأولى، فما أفاده الشيخ رحمه الله فيها ممنوع؛ لأنه استند في ذلك إلى كون الحكم المستفاد من العموم الأزماني في آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] من قبيل العام المجموعي، فيكون الحكم واحداً مستمراً، فإذا انقطع لم يعُد، فلا يمكن التمسك بالآية لإثبات الفورية.

وفيه: أن التمسك بالعام في حال الشك في التخصيص الزائد، لا يفرق فيه بين العموم الاستغراقي والمجموعي، أما الأول فيجوز التمسك به بلا إشكال عند الجميع حتى الشيخ رحمه الله.

وأما الثاني، فالعام المجموعي على قسمين:

الأول: العام المجموعي العرضي، كما لو قال: أكرم هؤلاء العشرة

---

(١) سورة المائدة: ١.

بنحو العام المجموعي، بحيث لا توجد إلا طاعة واحدة، وعصيان واحد، ثم ورد المخصص واستثنى واحداً منهم؛ فإنه لا يقال بسقوط الحكم عن البقية أيضاً، بينما لازم مبنى الشيخ رحمه الله أن يسقط الحكم عن الجميع؛ لكونه حكماً واحداً لا يتبعض.

الثاني: العام المجموعي الطولي، كما فيما نحن فيه؛ فإن لجميع الأزمنة بنحو المجموع حكماً واحداً بوجوب الوفاء، فلما خرج منها فرد لم يسقط العام عن بقية الأفراد[1].

وعليه، فالمرجع في اللزوم، بحسب القاعدة - بعد الآن الأول الذي ثبت فيه الخيار - هو آية الوفاء، لا استصحاب بقاء أثر العقد، فيرتفع استصحاب حكم المخصص بالآية، بلا حاجة إلى الإشكال عليه بتبدّل موضوعه.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى القاعدة عندنا، وعند الشيخ رحمه الله فورية الخيار، إلا أن المستند على حسب مبنانا هي آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، وعلى حسب مبنى الشيخ رحمه الله الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء أثر العقد، ومع رفع إشكال الشيخ رحمه الله، والتمسك بالآية لا يبقى مجال للتمسك بالأصل.

مقتضى الأدلة الخاصة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى الأدلة التي استدل بها الفقهاء لخيار

---

(١) ألا يقال بأن ما ذكر في العام المجموعي العرضي والطولي مجرد دعوى.

الرؤية، فهي وجوه:

الوجه الأول: قاعدة لا ضرر

التي استند إليها عدّة من الفقهاء، ونتيجتها الفورية، إلا أن وجهه يحتاج إلى توضيح، وبيان مقدّمة مسلّمة وهي:

أن جريان « لا ضرر » وحكومتها على الأدلة الأولية يتوقف على إحراز الضرر، وعلى استناده إلى الشارع.

فإذا اتضح هذا، يتضح جريانها في الآن الأول؛ لأن الحكم باللزوم فيه ضرري بلا إشكال، ومستند إلى الشارع أيضاً، فيرفع بها، ويحكم بالخيار، وأما في الآن الثاني، فإن لم يكن استناد الضرر إلى الشارع محرز العدم، فهو غير محرز؛ لأنه تمكن من دفع الضرر بإعمال الخيار، ولم يعمله، فالضرر المتوجه له من لزوم المعاملة مستند إليه، لا إلى الشارع.

ولا أقل أنه لم يحرز استناده إلى الشارع، ومع عدم إحرازه، لا يمكن التمسك بها؛ لعدم انعقاد الإطلاق فيها.

فالنتيجة: فورية الخيار[1].

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: يمكن جريان استصحاب استناد الضرر إلى الشارع، بمعنى أن الضرر في الآن الأول كان مستنداً إلى الشارع، فنستصحبه في الآن الثاني.

فأجاب دام ظله:

أولاً: يشترط في الاستصحاب أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً له،

الإشكال في هذا الوجه

ولكن المبنى مخدوش؛ لأن خيار الرؤية لا يدور مدار الضرر؛ فإن المشتري لو اشترى عيناً غائبة باعتقاد أنها متصفة بأوصاف معيّنة، فتبين الخلاف بعد رؤيتها، كان له الخيار عند الفقهاء ولو لم يكن متضرراً.

الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي

بمعنى أن ارتكازهم قائم على جعل الخيار لمن اشترى شيئاً بوصف، ثم تبيّن خلافه، ونتيجته الفورية أيضاً؛ لأن الارتكازات العقلائية من جملة الأمور اللبّيّة، التي لا لسان لها، حتى يتمسك بإطلاقها، فيؤخذ منها بالقدر المتيقن، وهو ثبوت الخيار له في الآن الأول فقط، بنحو الفورية العرفية، وأما ما زاد عليها، فالمرجع أصالة اللزوم.

الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة

وهي إن ثبت فيها الإطلاق دلّت على التراخي، وإلا فعلى الفور، وفيها نظران:

مفادها عند الشيخ

الأول: ما أفاده الشيخ رحمه الله، من أنها إنما تثبت جعل الخيار بملاك الضرر، كما أشار إليه بقوله في المقام: (مع أن صحيحة جميل - المتقدمة في صدر المسألة - مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار

والمستصحب ليس شيئاً منهما.

وثانياً: أنه أصل مثبت.

فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق، كما نبّهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص)[١].

وبناء على هذا، فمدلول الرواية ما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، فتدل على كون الخيار على الفور.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

ولكن ما أفاده رحمه الله غير تام؛ لعدم تعرّض الصحيحة إلى الضرر سؤالاً وجواباً؛ فإن تمام الموضوع في السؤال هو: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟).

وتمام الموضوع في الجواب هو: فقال أبو عبد الله عليه السلام: « إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية »[٢].

فليس فيها للضرر عين ولا أثر، فهي تثبت الخيار، حصل ضرر أو لم يحصل.

مفاد الرواية عند المحقق السيد الخوئي

الثاني: ما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمه الله، من أن الخيار إذا أضيف

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٦.

(٢) الوسائل، الباب١٥ من أبواب الخيار، الحديث١.

إلى شيء فلا يخلو - بحسب الاستقراء - من أقسام ثلاثة، وإن كانت الأقسام أكثر بحسب التقسيم العقلي، وهي:

١- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى متعلّقه، كإضافة الخيار إلى الحيوان؛ فإن الحيوان هو المبيع الذي تعلّق به الخيار.

٢- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى سببه، كما في خيار الغبن؛ فإن الخيار مسبب عنه، ولا يبعد كون خيار العيب من هذا القبيل.

٣- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى ظرفه، كخيار المجلس؛ فإن المجلس ليس بسبب للخيار ولا متعلّق له، بل هو ظرف له، وهو واقع فيه.

والإضافة فيما نحن فيه ليست من القسم الأول بلا شبهة؛ فإن الرؤية ليست متعلّقة للخيار، فليس حالها حال الحيوان، فيدور أمرها بين القسم الثاني والثالث، والفرق بينهما أنه إذا كانت الإضافة بنحو السببية فمفاد الرواية تراخي الخيار؛ لأن المسبَّب - بعد تحقق السبب - غير مقيّد بزمان، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي، وإذا كانت بنحو الظرفية فمفادها الفورية؛ لأن مقتضاها أن الخيار حال الرؤية وفي ظرفها، وأما بقاؤه بعدها فلا أقل من الشك وحصول الإجمال، فيكون المرجع حينئذٍ عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

ولكن قام الدليل على أن المراد هي الظرفية دون السببية؛ لأن تقييد

(١) سورة المائدة: ١.

الخيار بالرؤية - في حال أريد كونها سبباً للخيار - لغو محض؛ لأن السؤال في الرواية كان عن الرجل الذي اشترى الأرض من دون أن يراها كلها، فلما رآها بعد الشراء استقال صاحبه فلم يقله، فأجابه الإمام عليه السلام: بأنه لو « نظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية »، فلو كانت الرؤية سبباً لاكتفى بقوله كان له الخيار، ولا حاجة للتقييد بالرؤية؛ فإن السائل سأل عن حكم المسألة بعد الرؤية، ومقتضى الحال حينئذٍ أن يقال: له الخيار؛ إذ بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلّف الحاصل بأن له خيار الرؤية؛ فإن ذلك مثل أن يقال: إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، والصحيح أن يقال: فيجب الصوم.

وبما أن حمل الرؤية على السببية يلزم منه لغوية التقييد، فيتعيّن الحمل على الظرفية، والنتيجة حينئذٍ الحكم بفورية الخيار[1].

الإشكال فيما أفاده المحقق الخوئي

وفيما أفاده رحمه الله تأمل وإشكال:

أولاً: ما نقض به من مثال الصوم في شهر رمضان، والحكم بعدم صحته أول الكلام، بل غير تام؛ فإن الآية الشريفة تقول: ﴿ شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن ... فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾[2]، ولم تقل:

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٧١ - ٧٢.

(٢) سورة البقرة: ١٨٥.

فليصم، فهي بقوة فليصم شهر رمضان، إلا أنه استبدل الظاهر بالضمير.

وثانياً: أن تعلّق الصوم بالشهر في الآية بعد فرضية دخول الشهر دليل على جوازه مع أن دخول الشهر سبب للصوم، وفيما نحن فيه أمكن تقييد الخيار بالرؤية مع كون الرؤية سبباً له.

فالكتاب والسنة شاهدان على صحة هذا الاستعمال، مضافاً إلى صحة الاطلاق عرفاً، وعدم وجود المحذور فيه عندهم، فالرؤية لها دخل في الخيار.

الصحيح في مفاد الرواية

إن منشأ ثبوت هذا الخيار وعلة تحقّقه في مثل هذه الموارد، حسب المرتكزات العرفية والعقلائية، هو تخلّف الوصف، وحمل سببه على غير ذلك يحتاج إلى تعبّد خاص، وحيثية الرؤية حيثية كاشفة، ولا موضوعية لها؛ فإن المشتري اشترى المتاع بوصف معيّن، فلما رآه على خلاف الوصف كان له الخيار؛ لتخلّفه عن الوصف المنكشف بالرؤية، فوزان هذه القضية وزان من اشترى المتاع ثم رآه فبان معيباً؛ فإن له خيار العيب.

ومن التعبير المتقدم بضم المرتكز العقلائي نستفيد أن منشأ الخيار هو تخلّف الوصف، ولمّا رآه على خلاف ما وصف حكم له بالخيار.

ولو قلنا بأن الرؤية ظرف ثبوت الخيار للزم القول بعدم ثبوت الخيار قبلها ولو تخلّف وصف المبيع، ولوجب الالتزام بلزوم المعاملة فيما لو اشترى العين بوصف ثم مات قبل الرؤية، وكانت العين فاقدة للوصف

من الأول؛ لأن الفرض حينئذٍ أن الرؤية ليست سبباً ولا كاشفاً عنه، وإنما هي مجرد ظرف للخيار.

والحاصل: أنه لا يمكن الالتزام بالتعبد المحض في نفس الرؤية، لا من نظر عقلائي وعرفي، ولا من نظر فقهي، فلا يقال بأن الرؤية - من حيث إنها رؤية، لا من حيث إنها كاشفة عن التخلّف - تمام موضوع الخيار.

فالحق في المسألة: - بعد ضمّ الارتكاز إلى ظهور النص - استظهار سببية تخلّف الوصف لهذا الخيار، والرؤية كاشفة عنه، وطريق إليه، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي.

ولهذا اختار نفسه رحمه الله في المنهاج القول به، فقال: (المشهور أن هذا الخيار على الفور، ولكن الأقرب عدمه)[1]؛ لأن مستنده في خيار الرؤية النص، لا قاعدة نفي الضرر، ولا الإجماع، وإنما اختار في بحثه القول بالفور استناداً إلى كون علاقة إضافة الخيار للرؤية علاقة الظرفية.

خلاصة البحث

وملخّص البحث: أنه إذا كان مستند خيار الرؤية قاعدة « لا ضرر »، أو الارتكاز العقلائي فالخيار على الفور بلا إشكال.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة الظرفية فالخيار على

---

(١) منهاج الصالحين، المعاملات، المسألة: ١٤٨.

الفور أيضاً.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة المسبب إلى السبب، من حيث إن الرؤية طريق إلى تخلّف الوصف، والتخلّف هو السبب فالخيار على التراخي، وهذا هو الحق.

مسقطات خيار الرؤية

المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً

على ما ذكره الشيخ رحمه الله في أول المسقطات، ولكنه صحيح على مبناه، من القول بالفورية في الخيار، وأما على ما اخترناه من التراخي، فلا يتمّ.

المسقط الثاني: الإسقاط

والبحث فيه من جهات؛ حيث إن الإسقاط تارة يكون بالقول، وأخرى بالفعل، وكل منهما تارة بعد الرؤية، وأخرى قبلها، وعلى الثاني، تارة نقول بظرفية الرؤية، وأخرى بكاشفيتها، فهاهنا جهات:

الإسقاط بعد الرؤية

أما بعد الرؤية فإسقاط الخيار بالقول، أو بالفعل، وهو التصرف الكاشف عن الرضا بالمعاملة صحيح بلا إشكال؛ لوجود المقتضي وعدم المانع؛ فإن خيار الرؤية حق، لا حكم، وهو بعد الرؤية فعلي بفعلية سببه وشرطه، ولكل ذي حق إسقاط حقه، وبما أن الإسقاط إيقاع، فإنشاء هذا

الأمر الإيقاعي كما يتم بالقول يتمّ بالفعل.

الإسقاط قبل الرؤية

وأما قبل الرؤية، فإن قلنا بأنها كاشفة عن تحقّق الخيار، لا سببية فيها، ولا شرطية، فلا إشكال أيضاً في الإسقاط؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية

وإن لم نقل بأنها كاشفة، فالإسقاط محل إشكال؛ وتصويره بتقريبين:

التقريب الأول للإشكال ودفعه

أنه يلزم منه تخلّف المنشأ عن الإنشاء؛ لعدم وجود الحق بالفعل حتى يتسبب الإنشاء في سقوطه، فالإنشاء قد حصل فعلاً، ولم يحصل المنشأ؛ إذ لا يثبت الخيار إلا بعد تحقّق الرؤية.

ويمكن دفعه بهذا البيان:

أننا تارة نقول:

بأن النسبة بين الإنشاء والمنشأ نسبة السببية والمسببية، كما هو المعروف من أن الصيغ الإنشائية موجدة للمعاني المنشأة، كإيجاد البيع مثلاً بصيغة (بعت)، والنكاح بصيغة (أنكحت)، وهكذا..، فيكون لبّ الإشكال تخلّف المسبب عن السبب.

والجواب: أن قاعدة استحالة تخلّف المسبب عن السبب إنما هي في الأسباب التكوينية، وأما الأسباب الجعلية الاعتبارية فهي تدور مدار

المعتبِر، فيمكن له أن يعتبر شيئاً سبباً لأمر اعتباري استقبالي، بحيث يوجد السبب الاعتباري من الآن، ولا يوجد المسبب الاعتباري في وعاء الاعتبار إلا في المستقبل، وسببية الصيغ الإنشائية للمعاني المنشأة اعتبارية، اعتبرها العقلاء؛ إذ هم من اعتبر أن الصيغ الإنشائية أسباب لتلك المعاني الاعتبارية، فيندفع الإشكال بهذا التقريب.

وتارة أخرى ننفي السببية بين الإنشاء والمنشأ من أصل، ونقول بالاعتبار المبرَز، فلا سببية في البين حتى يقال بتخلّف المسبب عن السبب، وتعلّق الاعتبار بأمر استقبالي أمر ممكن.

التقريب الثاني للإشكال ودفعه

أن جعل الإسقاط فعلياً، والسقوط معلّقاً على الرؤية مستلزم للتعليق المبطل بالإجماع.

والجواب عنه: - بعد فرض ثبوت عدم كون الإجماع مدركياً مستنداً للوجه المتقدم، بل كان تعبّدياً - فبما أنه دليل لبّي يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالمتيقن منه صورة ما لو لم يوجد سبب المنشأ ولا شرطه، وأما مع وجود السبب دون الشرط، فلم يحرز ثبوت الإجماع.

وعليه، فإن كان الإسقاط قبل تحقّق العقد، فالإسقاط باطل؛ لكونه قبل تحقق السبب والشرط، وهو القدر المتيقن مما قام عليه الإجماع، وأما إذا كان بعد تحقّق العقد وإن لم يحصل الشرط - وهو الرؤية - فلم يثبت قيام الإجماع على بطلانه حينئذٍ.

الصحيح في الإشكال

هذا، ولكن الصحيح في الإشكال هو: عدم إمكان الإسقاط قبل الثبوت عقلاً؛ وذلك:

لأنا إن قلنا بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمه، كنسبة الإيجاد للوجود، فالإسقاط عين السقوط، والاختلاف بينهما اعتباري؛ فإنه إذا أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن لم يضف إليه كان سقوطاً، فلا يعقل تحقق الإسقاط فعلاً، وعدم حصول السقوط إلا بعد الرؤية مستقبلاً، كما لا يعقل تحقّق الإيجاد فعلاً، والوجود غداً؛ فإنهما من وادٍ واحد.

وإن قيل:

بأن المراد من الإسقاط هو أنه يعتبر قبل الرؤية ثبوت حق الخيار بعد الرؤية، فالنسبة بينهما لا تكون نسبة المصدر لاسمه، بل ترجع إلى نسبة الإنشاء إلى المنشأ المتقدم بحثه، ولكن الجواب السابق غير وافٍ بحل الإشكال حتى على هذا التقدير؛ لأن السقوط يتوقف على الثبوت، فلا يعقل تحققه من دونه، فلا بدّ من فرض الثبوت أولاً، وبعد ذلك يسقط ما ثبت، ومن هذه الناحية اختلف هذا الإيقاع عن سائر الإيقاعات؛ فلا محذور عقلياً في أن ينشيء من الآن عتق العبد في السنة القادمة، وكذلك في سائر الأمور الاعتبارية، فينشيء من الآن الزوجية غداً، ولكن إنشاء الإسقاط قبل الثبوت أمر غير معقول؛ لتوقف السقوط على الثبوت مفهوماً.

عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال

وما ذكره الشيخ رحمه الله وآخرون - من الاقتصار في الجواب على أن الإسقاط إن كان قبل تحقق السبب - وهو العقد - فلا يمكن السقوط، وأما إذا كان بعد تحقق السبب فممكن وإن لم يتحقق الشرط، وهي الرؤية[1] - فلا يدفع الإشكال.

جواب المحقق الرشتي

وقد سلك المحقق الرشتي رحمه الله طريقاً آخر للجواب، وحاصله: أنه بعد تحقق السبب وهو العقد، وقبل تحقق الشرط التي هي الرؤية وإن لم يثبت له حق الخيار، ولكن ثبت له استحقاق ثبوت الحق، فيكفي ذلك في صحة الإسقاط، ويرجع ذلك إلى إسقاط حق الاستحقاق، لا إسقاط نفس الخيار[2].

المناقشة في جواب المحقق الرشتي

وما أفاده تام لو كان ما دلّت عليه الأدلة ثبوت الحق بالعقد، ولكن ما دلّت عليه ثبوت الحكم، وبين الحكم والحق فرق كما هو واضح.

وبيان ذلك: أن العقد وقع على العين الغائبة الموصوفة، فيكون العقد موضوعاً لثبوت حق الخيار فيما لو حصلت الرؤية وبان تخلّف الوصف،

---

(١) قال الشيخ رحمه الله في المكاسب ٥: ٢٥٨: (ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرّد تحقّق السبب، وهو العقد. ولا يخلو من قوة).

(٢) فقه الإمامية، ج٢ من الخيارات: ٥٩٤.

فنسبة العقد إلى ثبوت الخيار بعد الرؤية نسبة الموضوع، ومعنى ذلك أن العقد مصحّح لموضوع الخيار بعد الرؤية، فالعقد لا يوجد الحق، وإنما المنشأ للحق - بحسب النص - هي رؤية العين على خلاف الوصف، واستحقاق الحق يحتاج إلى دليل.

وببيان آخر: إن الحق على جميع المباني نحو اعتبار قابل للإسقاط والميراث؛ لأن (ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه)، و(لكل ذي حق إسقاط حقه)، والحق على المسلك المحقق، وما أفاده عمدة الفقهاء هو سلطنة خاصة، وذلك جارٍ في جميع موارد ثبوت الحق، كحق التحجير، والسبق، وحق الشفعة، وحق الخيار، والعقد الحاصل لا يُوجِد الحق، وإنما هو موضوع لحكم الشارع بثبوت الخيار، فلا يفي ما ذكر لرفع الإشكال.

جواب المحقق الخراساني ومناقشته

وأجاب المحقق الخراساني رحمه الله عن الإشكال بقوله: (يمكن أن يقال بجواز الإسقاط، ولو بناء على كون الرؤية سبباً، بأن يكون إسقاطاً لما ثبت بعد الرؤية، ليثبت، فيسقط، لا أن يكون إسقاطاً فعلاً، كي يكون إسقاطاً لما لم يثبت)[1].

فأولاً يتحقق ثبوت الحق، ويتفرع عليه السقوط بالإنشاء السابق، فلم يحصل الإسقاط فعلاً حتى يقال بعدم وجود الحق حينه ليسقط، ولا يلزم

(١) حاشية الآخوند على المكاسب: ٢٠٧.

السقوط بدون الثبوت في ظرفه، أي بعد تحقق الرؤية، حتى يشكل بأن لازمه السقوط بدون الثبوت.

ويرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول: أن ثبوت أي حق بدون استثناء يحتاج إلى دليل، وبما أن الحق من الاعتبارات الشرعية فيحتاج إلى جعل شرعي، والدليل على مثل هذا الثبوت، بحيث يثبت فيسقط لا يخرج عن وجهين:

الأول: سيرة العقلاء القائمة على ذلك، المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام بدون أن يردعها.

ومن المقطوع به عدم وجود سيرة عقلائية قائمة على مثل هذا الحق، أي الحق الذي يتحقق ولا يترتب عليه إلا العدم والسقوط، وغاية ما قامت عليه السيرة هو إسقاط الحقوق الموجودة بالفعل.

الثاني: النصوص.

ولكن لا يوجد أي نص يدلّ في مورد الإسقاط قبل التحقق على أن الحق يثبت، وبعد ثبوته يسقط.

الإشكال الثاني: أن كل أمر اعتباري، فاعتباره إنما يكون بلحاظ الأثر الذي يترتب عليه، وأما اعتبار العنوان الذي تكون نتيجة وجوده العدم، كالحق الذي نتيجة ثبوته السقوط، فهو لغو.

وأما الموارد التي وردت في الفقه، فبما أن الدليل قام عليها التزمنا

باعتبار الشيء آناً ما، واعتبار ذلك المعتبَر في مثل هذه الموارد إنما كان بلحاظ الأثر لذلك العنوان، فنلتزم مثلاً في شراء العمودين بتحقق الملكية آناً ما، والأثر المترتب عليه الانعتاق وإن كان لازمه العدم، ولكن الأثر المترتب هو العتق.

والحاصل: أن هذا النحو من الثبوت إنما كان ببركة قيام الدليل، وهو ضم قاعدتين مسلمتين بالإجماع الضروري، بل التسالم، وقيام النص، أولاهما: « لا عتق إلا في ملك »، والأخرى: عدم ملكية الإنسان لعموديه، ولهذين الدليلين التزمنا بالملكية الآنية، وفي مثل ما نحن فيه لا يوجد مثل هذا الدليل لنلتزم بالحق آناً ما، وأيضاً يفترق الحق عن مسألة الملكية الآنية؛ فإنه لا أثر لوجود الحق إلا عدمه، كما لا أثر لثبوته إلا سقوطه، وأما في مسألة الملكية الآنية فله أثر وهو العتق.

فلا يفي جواب الآخوند بحل الإشكال، ولا طريق لحلّه.

وأما التشبث بالعرف فلا طائل تحته؛ فإن مرجعية العرف منحصرة في أمرين:

الأول: في تعيين مفاهيم الألفاظ.

الثاني: في مناسبة الأحكام للموضوعات، مثلا عندما يُسأل عن حكم ملاقاة البول للثوب، فيأتي الجواب: طهره بالماء؛ فإن الثوب وإن كان هو موضوع الحكم في السؤال، ولكن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عدم الخصوصية لمورد السؤال، وأن التأثير والتأثر بالنجس عام.

وأما في ما عداهما فليس بمرجع، والرجوع إلى العرف لا يجعل غير

المعقول معقولاً.

نعم، هنا رواية يمكن أن يتمسك بها في المقام، وهي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: « لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم ».

فإنه يمكن أن يقال: بأن الشرط كان قبل أن يثبت لها الخيار؛ فإن الخيار لا يثبت لها إلا بعد أداء مال الكتابة.

ولكنه غير تام؛ فإن متعلق الشرط في الرواية هو عدم ثبوت الخيار لها، لا سقوطه، وبين الأمرين فرق كبير، ومحل بحثنا الثاني، لا الأول.

وبعد استقصاء جميع أنظار الأعاظم، كالشيخ والمحقق الخراساني والمحقق الرشتي قدس الله أسرارهم والمناقشة فيما أفادوه يظهر عدم وجود الحل لهذا الإشكال، وصاحب الجواهر وأمثاله أرسلوا المسألة إرسال المسلمات ولو أنه نقل عن التذكرة مخالفة العلامة للقول بإسقاط خيار الرؤية قبل تحققها، فإن ثبت الإجماع التعبدي على إسقاط هذا الحق وأمثاله في ظرف الثبوت تعبدنا به، وإلا فمن ناحية صناعية لا يوجد حلّ للإشكال.

بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه

ذكر الشيخ رحمه الله في شرط سقوط الخيار ثلاثة أوجه:

الأول: أنه إذا شرط في ضمن العقد سقوط الخيار، فالشرط فاسد ولكن العقد صحيح.

الثاني: الشرط والعقد صحيحان.

الثالث: الشرط والعقد فاسدان.

الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله

أما الأول فالوجه فيه ينحصر في أن متعلّق الشرط في شرط السقوط سقوط ما لم يجب، وإسقاط ما لم يجب فاسد بالإجماع، فالشرط فاسد، وسيأتي في مباحث الشرط: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، ونتيجة انضمام هاتين أن الشرط فاسد، والعقد صحيح.

الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله

وأما الثاني فالوجه فيه أن شرط سقوط الخيار متفرع على ثبوته، وثبوت الخيار في العقد متفرع على صحة العقد؛ فإن شرط سقوط الخيار في العقد الفاسد غير معقول؛ وبما أن المعلول لا بمكن أن يوجب زوال علته، فالشرط لا يمكن أن يوجب فساد العقد، فالعقد محكوم بالصحة إذن.

وأما صحة الشرط؛ فلأن وجه الفساد ينحصر في كونه من إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم أن مستند ذلك الإجماع، وبما أن القدر المتيقن من

الإجماع هو خصوص صورة عدم تحقق السبب والشرط، والسبب فيما نحن فيه هو العقد، وهو متحقق، ولكن الشرط - وهي الرؤية - هي المفقودة، فالإسقاط مع وجود المقتضي خارج عن مورد الإجماع، فلا موجب للحكم بفساده، فيكون الشرط - كالعقد - صحيحاً.

الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله

وأما الثالث، وهو مختار الشيخ رحمه الله وجماعة من المحققين فذكرت له وجوه:

الأول: أن شرط سقوط الخيار فاسد؛ لأنه إسقاط ما لم يجب، والشرط الفاسد مفسد للعقد، فيفسد كلاهما.

وفيه: **أولاً**: أنا قد أثبتنا سابقاً عدم المحذور في إسقاط الخيار قبل تحقّقه، لا عقلاً ولا شرعاً، فليس الشرط فاسداً.

وثانياً: أنه سيأتي إن شاء الله تعالى في بحث الشروط عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

دليل المحقق الثاني ومناقشته

الثاني: ما أفاده المحقق الثاني رحمه الله، من لزوم الغرر عندما يشترط السقوط؛ لأن الغرر يرتفع إما بالرؤية، أو بالوصف الذي يقوم مقامه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، فيكون البيع

غررياً، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[(١)].[(٢)]

وفيه: أنه وإن كان له وجه فني إلا أنه يمكن المناقشة فيه: بأن حكم البدل لا يتجاوز حكم المبدل، ولا يكون البدل أقوى من المبدل، ولو تمّت الرؤية - التي هي المبدل - ثم اشترط سقوط الخيار في المعاملة لم يكن الشرط مضراً بالمعاملة، ولم يوجب الغرر، فشرط ذلك في البدل بالأولوية القطعية، فلا ينهض هذا الوجه للاستدلال.

الدليل المعتمد عند الشيخ

الثالث: ما اعتمده الشيخ رحمه الله، ويقرّب بتقريبين:

التقريب الأول: أن التحقيق وإن كان عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، إلا أنه في هذا المقام مفسد له؛ لخصوصية تقتضي ذلك؛ لأن معنى أن يبيع العين الغائبة بشرط الخيار في صورة تخلّف الوصف هو أن البائع ملتزم بوجود الوصف في العين، ومعنى ذلك عدم الإطلاق في المعاملة، بل تقيّدت بهذه الأوصاف، والتقييد - بمقتضى القسمة العقلية - إما أن يرجع إلى البيع أو إلى المبيع، ورجوع التقييد إلى البيع غير صحيح؛ لأنه يلزم التعليق المبطل، ومع انتفاء رجوعه إلى البيع يتعيّن رجوعه إلى المبيع بالضرورة؛ لبطلان الإطلاق، وبطلان تقييد البيع، فيتعين تقييد المبيع.

---

(١) عوالي اللئالي ٢: ٢٤٨.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

فإذا كان معنى اشتراط الوصف تقييد المبيع به، فلو اشترط سقوط الخيار حينئذٍ - الذي معناه أن يلتزم بالبيع سواء أكان المبيع واجداً للوصف أم فاقداً له - للزم الجمع بين المتنافيين، أي بين تقييد المبيع بالوصف، الذي هو نتيجة اشتراط الوصف، وبين إطلاق المبيع من ناحيته، الذي هو نتيجة شرط سقوط الخيار، وهو فاسد بحكم العقل، فيكون وجود هذا الشرط في المبيع المقيّد بالوصف موجباً لفساد نفس البيع.

التقريب الثاني: أنه يشترط أن يخرج بيع العين الغائبة عن الغرر، وبما أن الفرض عدم رؤيتها، فلا مخرج له عن الغرر إلا اشتراط الوصف، بحيث يلتزم البائع بوجوده فيها، فإذا اشترط سقوط الخيار فمعناه عدم الالتزام بوجوده، فيلزم الغرر، فيكون شرط السقوط فيما نحن فيه فاسداً ومفسداً؛ لأن مدلول شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بالوصف، ومع عدم التزامه به يكون البيع غررياً بالضرورة.

دفع إشكال

لا يقال: إذا كان كما تقولون فيلزم أن يكون اشتراط البراءة من العيوب في المبيع موجباً للغرر أيضاً، فيكون فاسداً.

فإنه يقال أولاً: (وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة، لا على تعهد

البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه؛ فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع، والمشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

نعم، لو شاهده المشتري واشتراه معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البراءة من العيوب....

والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمارة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك).

وثانياً: أن الفارق بين الموردين هو النص والإجماع؛ فإن مقتضى الأصل والقاعدة فيهما البطلان، إلا أنه في اشتراط البراءة من العيوب قلنا بالصحة للنص والإجماع عليها، فخصصنا قاعدة البطلان، وأما فيما نحن فيه من شرط سقوط الخيار فلم يقم إجماع ولم يرد نص، فمقتضى القاعدة الحكم بالفساد والإفساد[1].

جواب المحقق الخراساني عن إشكال الشيخ

وأجاب المحقق الخراساني رحمه الله عن إشكال المنافاة للشيخ رحمه الله : بأن

(١) راجع المكاسب ٥: ٢٥٩ - ٢٦٢.

المنافاة المذكورة إنما تتم فيما لو كان اشتراط الخيار علّة تامة، دون ما لو كان مقتضياً له، والحال أن الشرط هنا يصحّح المقتضي للخيار ليس إلا، وشرط السقوط وإن كان يمنعه من التأثير فيما يقتضيه، إلا أنه لا ينافيه، بل ربما يؤيّده؛ حيث التزم باقتضائه، وصار بصدد إبداء المانع عن التأثير فعلاً فيه[1].

وحاصل كلامه قدس سره: أنه عندما يبيع العين الغائبة، ويشترط لنفسه الخيار في حال فقدها للأوصاف يكون له الخيار لولا شرط السقوط، وشرط السقوط مانع من تأثير المقتضي، فلا منافاة بينهما.

دفع جواب المحقق الخراساني

وهو ممنوع؛ لأن المراد من الشرط رفع الغرر عن المعاملة؛ لأن بيع العين بدون رؤيتها، وبدون اشتراط الأوصاف فيها غرري، فبما أن الرؤية غير حاصلة حسب الفرض، فالرافع للغرر هو الشرط، ورفعه لا يتمّ بإيجاد المقتضي للخيار، المبتلى بالمانع؛ فإن شرط سقوط الخيار يمنع من وصول الخيار - الذي وجد مقتضيه - إلى حد الفعلية، فيلزم من ذلك بيع العين من دون رؤية، ومن دون شرط الخيار، فتكون غررية قطعاً.

وحاصل الكلام: أنه بالشرط يرفع الغرر، فإذا كان المقتضي مبتلى

---

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٨.

بمانع فالخيار منتفٍ على كل حال، إلا أنه تارة ينتفي لعدم وجود المقتضي، وأخرى لوجود المانع للمقتضي الموجود، فتكون المعاملة مع شرط سقوط الخيار غررية، فلا يرتفع إشكال الشيخ رحمه الله بهذا الجواب.

الإيراد على الشيخ

وقد أورد على الشيخ رحمه الله: بأن للشيخ رحمه الله تقريبين، أحدهما: أنه عندما يبيع بهذا الشرط فهو يلتزم بوجود الأوصاف، وعندما يشترط سقوط الخيار، فهو لا يلتزم بوجودها، وهو جمع بين المتنافيين؛ وذلك لأن التقييد إما في البيع، وأما في المبيع، وبما أن الأول باطل؛ لاستلزامه التعليق فيتعين الثاني، والإشكال في ما أفاده:

أولاً: أن الإلتزام لا بدّ أن يتعلق بأمر اختياري للملتزِم، فلا يكون متعلّق الالتزام إلا أفعال الشخص نفسه؛ فإنها الواقعة تحت اختياره وإرادته، وأما أوصاف الأعيان فهي أمور خارجية غير قابلة للتعهد والالتزام، فمن الغلط أن يلتزم الشخص بأن يبيع العبد الكاتب؛ لأن كتابة العبد إما أن تكون موجودة بالفعل أو غير موجودة، وعلى كلا التقديرين لا تكون قابلة للتعهد والالتزام، أي إن كانت موجودة فلا تقبل التعهد والالتزام بوجودها، وإن كانت غير موجودة فأيضاً لا تقبل التعهد والالتزام، فقول الشيخ رحمه الله بأن الالتزام بالأوصاف يرفع الغرر غير تام؛ لأن الأوصاف غير قابلة للالتزام؛ لكونها خارجة عن الاختيار.

وثانياً: أن التقييد الحاصل من بيع العين بشرط الوصف، كما أنه لا يصح أن يرجع إلى تقييد البيع؛ لاستلزامه التعليق المبطل، فكذلك لا

يصح رجوعه إلى المبيع؛ لأن المبيع عين شخصية، فهي جزئي لا يقبل التقييد، فلا يقبل الإطلاق، وإن لم تكن المقابلة بينهما مقابلة الملكة والعدم.

الدفاع عن الشيخ

وهذان الإشكالان واردان على ظاهر كلمات الشيخ رحمه الله، وغير قابلين للجواب من هذه الناحية، ولكن يمكن الدفع بنحو آخر، حاصله:

أن كلمات الشيخ رحمه الله وإن كانت مضطربة في هذا الباب، ولكن المستفاد من بعضها أن الشروط بالنسبة إلى الأمور الخارجية لا ترجع إلى الإلتزام بوجودها، بل ترجع إلى تعليق الالتزام العقدي، وهذا مطلب دقيق يحتاج إلى حسن التأمل في كلامه رحمه الله، فنقول في بيانه:

إن متعلَّق الشرط تارة يكون الفعل والعمل، كأن يبيعه العين بشرط أن يخيط له ثوباً، فهذا الشرط التزام بالعمل، وتعهد بالقيام به؛ لأن متعلّق الشرط أمر اختياري.

وأخرى يكون المتعلّق أمراً غير اختياري، مثل كتابة العبد، وعربية الفرس، فالشرط هنا يرجع إلى الوفاء بالعقد؛ فإن عندنا في البيع التزامين:

١- الالتزام البيعي، بمعنى أن البائع يلتزم بتبديل المتاع بالثمن المقرر.

٢- الالتزام الوفائي، بمعنى أن يلتزم بأن يبقى على التزامه الأول، ويفي به ولا يرجع عنه.

والشروط في الأمور غير الاختيارية ترجع إلى الالتزام الثاني، وتكون

النتيجة: أن البائع قال بعتك العبد، فقال المشتري قبلت، ولكن التزامي بالمعاملة مبني على وجود صفة الكتابة فيه، فلو تخلّفت لم ألتزم بالوفاء.

وهذا المعنى يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في موارد، وهو التحقيق في باب الشروط، وبناء عليه لا ترد الإشكالات؛ لأن القيد لم يرجع إلى المبيع الجزئي، ليقال باستحالة تقييده، ولم يتعلّق الالتزام بأمر خارج عن الاختيار، وإنما تعلّق بالالتزام بالوفاء بالعقد، فأصبح الوفاء به معلّقاً على وجود الوصف، وهو أمر اختياري، ومتى ما حصل هذا الشرط كانت النتيجة ثبوت الخيار.

الحق في المسألة

هذا، وأما الحق في المسألة، وما هو مقتضى القاعدة فيها؟ بعد ملاحظة كلمات الأعلام فنقول:

إن البيع يكون على أنحاء:

الأول: أن يبيع العين بعد الرؤية، فهنا يصح العقد والشرط بلا إشكال، أما العقد، فلأن المانع إنما هو الغرر، وهو مرتفع بالرؤية، فيكون البيع جامعاً للشرائط، ولو تخلّفت العين عن الوصف لكان له الخيار، كما في صحيحة جميل، من رؤيته لبعضها وحمله الباقي عليه، فتبيّن له خلاف ذلك.

وأما شرط سقوط الخيار؛ فلوجود مقتضيه، وفقد مانعه.

الثاني: أن يبيع العين من دون أن يراها المشتري، بل يعتمد في ذلك على وصفها، فيكون الوصف بدلاً عن الرؤية، فبما أن الوصف قائم مقام

الرؤية فالغرر مرتفع به، فيصح البيع، فإذا رآها على خلاف الوصف كان له الخيار، فإذا شرط سقوط الخيار، فمقتضي الشرط موجود والمانع مفقود أيضاً؛ لارتفاع الغرر بالوصف، وتخلّف الوصف سبب للخيار، ولا مانع من شرط سقوطه.

الثالث: أن يبيع العين من دون رؤية ولا وصف، فهل يرتفع الغرر بواسطة الشرط؟ وهل يمكن اشتراط سقوط الخيار حينئذٍ؟

يقع البحث في فرضين:

الأول: أن تكون أوصاف العين مجهولة للمشتري، ويشتريها بشرط الخيار.

الثاني: أن تكون أوصاف العين مجهولة له، ويشتريها بشرط وجود الأوصاف.

أما الأول ففيه ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الغرر المانع من الصحة أمر عرفي، والخيار حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يمكن أن ينفي الأمر العرفي أو يثبته.

الإشكال الثاني: إن لازم القول بارتفاع الغرر بشرط الخيار أن تصح المعاملة على المجهول بشرط الخيار، ولا يلتزم به فقيه.

الإشكال الثالث: إن رفع الغرر المانع من صحة البيع بشرط الخيار يستلزم الدور؛ لأن الخيار لا يتحقق إلا في ضمن العقد الصحيح، فيتوقف

الخيار على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ بمقتضى: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، فإذا أريد رفع الغرر بشرط الخيار، فلازمه توقف صحة العقد على الخيار الذي كان متوقفاً على صحة العقد، وهو دور واضح.

وبهذه الإشكالات الثلاثة يظهر بطلان ما أورده المحقق السيد الخوئي رحمه الله على الشيخ رحمه الله بقوله: (..ففي مثل ذلك لا شبهة في كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط، ومعه يرتفع الغرر، ولا وجه لما ذكره المصنف، من أن الخيار حكم شرعي يثبت للبيع الصحيح، فلا ربط له بالغرر، ولا يجب رفعه؛ وذلك لما عرفت سابقاً أنه مع الخيار يرتفع الغرر)[1].

إذ لا يمكن رفع الغرر بشرط الخيار للمحاذير الثلاثة.

أما الثاني، وهو ما كان بشرط وجود الأوصاف، وبتعبير الشيخ رحمه الله: رفع الغرر بسبب الخيار، فقد ارتضاه الشيخ رحمه الله ومن تبعه؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع، فيشمله دليل: « المؤمنون عند شروطهم »، وتخلّف الأوصاف سبب للخيار.

ولكن شرط سقوط الخيار غير ممكن؛ لما تقدم من استلزامه الجمع بين المتنافيين بالتقريب الذي ذكرناه، لا ما كان بحسب ظاهر كلام الشيخ رحمه الله، من تقييد المبيع، بل من طريق تعليق الالتزام بالعقد على

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٧٤ – ٧٥.

وجود الأوصاف؛ فإن الشروط التي يكون متعلّقها الأمور غير الاختيارية صحيحة على هذا التقريب، وبها يرتفع الغرر في المعاملة، فإذا اشترط أيضاً سقوط الخيار فقد عاد الغرر، فيجتمع المتنافيان: عدم الغرر؛ حيث ارتفع بواسطة شرط وجود الوصف، وثبوت الغرر؛ حيث عاد بشرط سقوط الخيار.

في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط

وهنا بحث دقيق، فيه جهتان:

الجهة الأولى: في أصل صحة هذا الشرط، بمعنى هل يرتفع الغرر بشرط وجود الأوصاف أو لا ؟

الجهة الثانية: هل هذا الشرط الرافع للغرر في البيع قابل للسقوط بالشرط أو لا ؟

أما الجهة الأولى فذهب الشيخ رحمه الله وآخرون إلى ارتفاع الغرر به، إلا أن فيه تأملاً؛ وذلك بملاحظة أصل ماهية الشرط وحقيقته؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، فالربط أخذ في حقيقته وماهيته، ولهذا لا يصدق عنوان الشرط على الشرط الابتدائي، وعلى هذا يكون بين الشرط والعقد تقدم وتأخر طبعي؛ إذ يتوقف الشرط في وجوده على العقد، ولا يتوقف العقد في وجوده على الشرط، فقهراً كل عقد متقدم طبعاً على الشرط المأخوذ في ضمنه، وذلك الشرط متأخر عنه.

هذا من ناحية نفس الشرط والعقد، وأما من ناحية صحة الشرط

وصحة العقد، فهل يوجد بينهما هذا التقدم والتأخر؟

لا يخفى أن الشرط فيما نحن فيه - وهو الرافع للغرر - هو شرط الأوصاف، الذي هو سبب للخيار بتعبير الشيخ رحمه الله، وليس الرافع للغرر الخيار نفسه؛ لأن الغرر ينتفي بالشرط، ومصلحة هذا الشرط عائدة إلى المشتري؛ ليكون في سعة من أمره بالنسبة إلى العقد، فيختار إمضاءه أو فسخه؛ إذ لو قيّده الشرط من ناحية قبول العقد وردّه لم ينتفِ الغرر؛ حيث سيكون ملزماً بأخذ المبيع مع فقده للأوصاف.

وعليه فإذا كان النافي للغرر نفس الشرط الذي هو سبب الخيار فيلزم الدور بهذا التقريب:

إن موضوع سببية الشرط للخيار لا يمكن أن يكون مهملاً.

أو فقل: إن العقد المهمل من حيث الصحة والفساد لا يمكن أن يكون هو الموضوع أو الظرف للشرط الذي هو سبب للخيار عقلاً.

وعليه إما أن يكون الموضوع للشرط العقد المطلق من ناحية الصحة والفساد، أو العقد المقيد بالصحة، ولا شق ثالث في البين، والقول بأن الشرط الذي هو سبب الخيار هو الشرط في ضمن العقد مطلقاً، أي سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً الذي نتيجته الإطلاق، فلازمه أن يكون شرط الأوصاف في ضمن العقد الفاسد سبباً للخيار، وهو باطل بالضرورة؛ لعدم معقولية أن يكون الشرط في ضمن العقد الفاسد نافذاً حتى يكون سبباً للخيار ورافعاً للغرر.

فينحصر الشرط الذي هو سبب للخيار في الشرط في ضمن العقد

الصحيح، وإذا تعيّن هذا الشق بمقتضى البرهان لزم الدور والخلف؛ لأن سببية الشرط للخيار يتوقف على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على نفي الغرر المانع من الصحة، ونفي الغرر يتوقف على سببية هذا الشرط للخيار، فيلزم الدور والخلف واجتماع المتقابلين.

وبهذا يتضح استحالة نفي الغرر بشرط وجود الأوصاف.

وأما الجهة الثانية، فلو تنزلنا وقلنا بصحة شرط وجود الأوصاف، وكونه رافعاً للغرر، فلا إشكال في كون شرط السقوط باطلاً؛ لاستلزامه الجمع بين المتنافيين، وهو باطل بالضرورة.

مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

قال الشيخ رحمه الله: (مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، ولا بإبدال العين؛ لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة...إلخ)[1].

تعرّض الشيخ رحمه الله في هذه المسألة إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

كما لو اشترى هذا العبد بوصف كونه كاتباً وكان قيمته ألف دينار مثلاً، فتبيّن أنه غير كاتب وقيمته ثمان مائة دينار، فبذل البائع التفاوت بينهما، وكذا لو بذل له عبداً آخر واجداً لوصف الكتابة.

ودليله على هذا المدّعى: أن العقد إنما وقع على العين الشخصية، فتملّك ما به التفاوت، أو العين الأخرى يحتاج إلى سبب جديد، ومعاوضة جديدة فلا يسقط الخيار ببذلهما.

المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف

لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، فهل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٤.

رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه

ذهب الشهيد رحمه الله في الدروس إلى أن الأقرب الفساد[١]، ووجّهه الشيخ رحمه الله بقوله:

(ولعله لأن البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كل منهما معلّق على ظهور المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك.

وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضاً إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المبدل.

وعلى أي تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيَفسد ويُفسد العقد)[٢].

وحاصله: أن للشرط عملين:

الأول: انفساخ المعاملة الأولى بالشرط على تقدير المخالفة، وما لم تنفسخ يستحيل أن يقع الثمن في مقابل البدل، فيرجع الشرط إلى شرط انفساخ البيع الأول.

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٤.

الثاني: أن يكون البدل في مقابل الثمن، فيكون متعلّق الشرط معاوضة أخرى.

ويلزم من هذه المعاوضة أمران:

١- التعليق؛ لأنها معلّقة على تخلّف الوصف.

٢- الغرر؛ لعدم العلم بالتخلّف، وعدم العلم بما بإزاء الثمن.

فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولا يندرج في دائرة دليل الشروط؛ لأن « المؤمنون عند شروطهم » غير مشرّع، بل هو يقضي بنفاذ الشرط المشروع، وانفساخ المعاملة الأولى، وحدوث بيع جديد بمقتضى الشرط يتوقف على كون دليل الشروط مشرّعاً.

وإن كان البدل في مقابل المبيع فتكون المعاوضة معلّقة غررية، أما معلّقة؛ فلتعليقها على تخلّف الوصف، وأما غررية؛ فلعدم العلم بحال المبيع من حيث وجود الوصف وفقده.

المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد

وأورد صاحب الحدائق رحمه الله على الشهيد رحمه الله بقوله: (إن ظاهر كلامه - أي الشهيد - أن الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البايع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمة.

نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجرّه

هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار، والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور؛ حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

وبالجملة، فإني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحمل عليه ، والله العالم)[1].

وتوضيح إشكال صاحب الحدائق رحمه الله : أن الظاهر من كلام الشهيد رحمه الله فساد الشرط مطلقاً، سواء أكان المبيع مطابقاً للوصف أم لم يطابقه، وهذا الإطلاق باطل؛ لأنه لا يخرج عن حالين؛ فإن المبيع إن لم يتخلّف عن الوصف فالشرط غير فاسد ولا مفسد، والمعاملة صحيحة؛ لأن مقتضى أخبار خيار الرؤية صحة المعاملة لو باع العين الغائبة بالوصف، وكان كما وصفت، وجد الشرط في المعاملة أم لم يوجد، بينما حكم الشهيد رحمه الله بالفساد، فالتعميم غير تام.

نعم، لو تبيّنت المخالفة للوصف فالبيع فاسد والشرط لا يجبره.

المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق

قال الشيخ رحمه الله: وبما بيّناه من توجيه كلام الشهيد رحمه الله ظهر فساد ما أورده في الحدائق[2]، ومرجعه:

أولاً: إلى عدم وضوح مراد الشهيد رحمه الله له؛ فإن مراده أن هذا الشرط

---

(١) الحدائق ١٩: ٥٩.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٥.

يرجع إلى انفساخ المعاملة الأولى وحدوث معاملة جديدة، وليس الشرط بمشرّع ليصح، فيقع فاسداً.

وثانياً: أن قوله: بفساد المعاملة عند المخالفة، غير صحيح؛ لأن تخلّف الوصف يوجب الخيار، لا فساد المعاملة، إلا على مبنى المحقق الأردبيلي رحمه الله، وهو واضح الفساد؛ فإن التخلّف في المقام تخلّف للوصف، لا لقوام المبيع، فلا يقتضي الفساد، بل الخيار.

التحقيق في المسالة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:

أما القسم الأول، ونعني به عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت، فالأمر يدور مدار المستند في ثبوت الخيار، فينبغي ملاحظته، فنقول:

إن المبنى في ثبوت الخيار، إن كان دليل الشرط، الذي مقتضاه أن الوفاء بالمعاملة يدور مدار ثبوت الوصف المشترط وجوده في المبيع، فإن كان موجوداً وفى بالتزامه بالعقد، وإلا كان له الخيار.

وهذا الشرط غير مقيّد بشيء، فمقتضاه ثبوت الخيار عند تخلّف الوصف بنحو الإطلاق، بذل البائع التفاوت أم لا، ودليل نفوذ هذا الشرط نفس عموم دليل الشروط.

وإن كان المبنى الأخبار كصحيحة جميل المتقدمة، فأيضاً المستفاد منها ثبوت الخيار بالإطلاق.

ولو فرض الشك في الإطلاق لكان مقتضى الأصل العملي ثبوت

الخيار بعد بذل التفاوت أيضاً؛ لأن أصل الخيار قد ثبت بالشرط أو بالدليل اللفظي، فإذا شككنا في بقاء الخيار بعد البذل وعدم بقائه نستصحب بقاءه.

إلا أن يقال: بأن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر في مخصّص دليل اللزوم؛ فإن دليل اللزوم - وهو عموم قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ - يقتضي لزوم العقد، وخصّص بالدليل المنفصل الدال على ثبوت الخيار، فإذا شك في كون الخيار محدوداً بعدم بذل التفاوت أو لا كان المخصّص مجملاً دائراً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو صورة عدم البذل، ويتمسك في صورة البذل - عند الشك في الخيار - بعموم دليل اللزوم.

والذي يهوّن الأمر أنا لا حاجة لنا بالأصل العملي؛ لإحراز إطلاق الدليل اللفظي.

وإن كان المبنى قاعدة نفي الضرر، فمن الواضح انتفاء الضرر مع بذل التفاوت، ومع انتفائه لا تكون القاعدة حاكمة على دليل اللزوم، فيسقط الخيار.

نعم، ربما يشكل بأن بذل التفاوت يجبر به الضرر الحاصل، ولا ينفي ضررية اللزوم، بمعنى أن المفروض أن لزوم المعاملة مع تخلّف الوصف ضرري، فينفى لزومها بـ« لا ضرر »، وبذل التفاوت يجبر الضرر، وبين عدم الضرر، ووجوده وانجباره بالبذل فرق.

وبالجملة، إن قلنا بعدم الضرر مع بذل التفاوت فلا خيار؛ لانتفاء موضوعه، وإن قلنا بوجود الضرر وانجباره بالبذل فالخيار ثابت.

وبما أن المستند الصحيح عندنا هو الشرط أو النص، فالحق عدم سقوط الخيار ببذل التفاوت؛ للإطلاق[١].

وأما القسم الثاني، وهو شرط الإبدال في متن العقد، فيحتاج إلى تحليل:

فإن متعلّق الشرط يكون الإبدال تارة، ويكون المبادلة أخرى، فإن كان الأول فهو من صغريات شرط الفعل، وإن كان الثاني فهو من صغريات شرط النتيجة، بحيث يرجع الشرط إلى العقد، وتتحقق المبادلة والمعاوضة بنفس الشرط، ولا ينبغي الخلط بينهما، والموجود في كلام الشهيد رحمه الله هو الأول؛ حيث قال: (ولو شرط البائع إبداله إن لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد)[٢]، وهو الظاهر من كلمة الشيخ رحمه الله في توجيه كلام الشهيد رحمه الله بقوله: (ولعله لأن البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط..)[٣].

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن التراضي بينهما موجب لسقوط الخيار.

فأجاب: بأن كلامنا في أصل بذل التفاوت هل يوجب سقوط الخيار أو لا، كما في الأرش في خيار العيب، هل يسقط به الخيار أو لا، وأما إسقاطه بأمر آخر من قول أو فعل فأجنبي عن محل الكلام.

(٢) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٣) المكاسب ٥: ٢٦٤.

فإن كان الشرط الإبدال - بمعنى أن يشترط المشتري على البائع أن يبدله المبيع إن لم يكن المبيع على ما وصف، فيبدل العبد غير الكاتب بالعبد الكاتب - فالشرط والعقد الذي وقع فيه الشرط صحيحان على كلا التقديرين، [أي سواء أجعل البدل بإزاء الثمن أم بإزاء المبيع].

وهنا نكتة دقيقة ينبغي التنبيه عليها، فلاحظوا تعبير الشيخ رحمه الله في موردين؛ فإنه قال: (ولو شرط.. الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف)، وقال: (على تقدير ظهور المخالفة)، ثم قال: (بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة)، وفرق كبير بين التعبيرين؛ إذ فرق بين أن يجعل الشرط عند ظهور المخالفة، وبين أن يجعله عند المخالفة، ولكن على كلا التقديرين إذا اشترط الإبدال فالشرط صحيح لا إشكال فيه، فيلزم البائع بالعمل بالشرط لو تخلّف، ولو امتنع عن الوفاء بالشرط ألزمه الحاكم الشرعي بالوفاء وأداء البدل.

وإن كان الشرط المبادلة، الذي هو شرط نتيجة، فإن كانت بين الثمن والبدل الواجد للوصف، فلا يمكن إلا بأن تنفسخ المعاملة الأولى؛ لعدم وقوع الثمن الواحد في مقابل مثمنين، فتنفسخ المعاملة الأولى أولاً، ثم تحدث معاملة جديدة، فهل يصح ذلك من دون الرجوع إلى دليل الشروط أو لا؟

ذهب إلى كل فريق.

أما الرأي الأول؛ فلأن متعلّق الشرط عند ظهور التخلّف عن الوصف

هي المعاوضة بين الثمن والبدل، وعندما يكون متعلّقه المعاوضة فهي تندرج تحت عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، و﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ﴾[1]؛ لأنهما غير مقيّدتين بأن لا تكون العقود والتجارة شرطاً في ضمن العقد، فتشملان هذه المعاوضة بعمومهما، وحينئذٍ يكون هذا الشرط جائزاً مشروعاً بدليل هذين العمومين، فينهدم ما بناه الشيخ رحمه الله، ونحكم بصحة الشرط والعقد.

ولكن يرد عليه: أن العموم لا يشمل هذا الشرط إلا على وجه دائر؛ فإن المعاوضة بين الثمن والبدل، أو بين البدل والمبيع تتوقف على انفساخ المعاملة الأولى؛ إذ لا يمكن حدوث المعاملة الثانية إلا بعد انفساخ الأولى، وانفساخها يتوقف على مشروعية الشرط، ومشروعيته تتوقف على شمول العموم له، وشموله له يتوقف على انفساخ المعاملة الأولى، فيلزم الدور.

فأساس العويصة في المسألة في تصحيح انفساخ العقد الأول بالشرط، وإثبات مشروعيته، والشرط هنا على أحد نحوين:

الأول: شرط الانفساخ بعد ظهور المخالفة.

الثاني: شرط الانفساخ على تقدير المخالفة.

وبينهما فرق كبير، وإن لم يبيّن ذلك في كلمات القوم، بل وقع الخلط بينهما في كلمات الشيخ رحمه الله كما أشرنا لذلك في ما تقدم؛ فإنه

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

في صدر المسألة عبّر بظهور المخالفة، وفي ذيلها بعند المخالفة.

وكيف كان، فإن كان الشرط هو الأول، فالعقد قد وقع تاماً، وشرط الانفساخ حصل بعد تحقّقه، بخلافه على التقدير الثاني؛ فإن الشرط وقع قبل تمامية العقد، وعلى واقع عدم وجود الوصف، والكلام الآن في الأول، والبحث فيه ببيان مقتضى القاعدة، والأدلة العامة والخاصة عميق طويل، وإجمال البحث:

إن في المسألة وجهين:

الوجه الأول: عدم مشروعية هذا الشرط والعقد.

الوجه الثاني: صحة الشرط والعقد ومشروعيتهما.

أما الوجه الأول، فما يمكن أن يستدل عليه به هو: أن انفساخ العقد كانعقاده لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وانفساخ العقد الذي هو انحلاله بنفسه - كالفسخ الحاصل بفاسخ - لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وكما أن الفسخ غير ممكن بدون ثبوت حق الخيار شرعاً، فالأمر في الانفساخ بطريق أولى؛ لأنه انحلال بنفسه، فهو أشدّ إشكالاً من الفسخ، فيحتاج بمقتضى العقل والشرع إلى سبب ثابت الشرعية، فإذا أريد تحصيل الانفساخ بالشرط فلا بدّ من كون الشرط مشرّعاً، أو دلّ الدليل على مشروعيته.

والمستفاد من غير واحد من أعلام الفن، ومنهم الشيخ رحمه الله عدم إمكان الانفساخ؛ لما بيّناه الآن، وقد أوضحه الشيخ رحمه الله في بحث ردّ

الثمن، وأشار إليه في المقام بقوله: (ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك)[1]، فالنتيجة فساد الشرط.

وأما فساد العقد ففيه طريقان:

الطريق الأول: أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً.

الطريق الثاني: أن الشرط الفاسد وإن لم يكن مفسداً مطلقاً، إلا أنه مفسد في المقام؛ لاقتضاء غررية الشرط غررية العقد، فيفسد لهذه الناحية.

وأما الوجه الثاني، وهو صحة الشرط والعقد - فبعد تسليم أن كلاً من انفساخ العقد، والمبادلة بين المالين لا يتحققان من دون سبب؛ لأنهما أمران إنشائيان، والأمور الإنشائية، عقوداً أو إيقاعات، مسببات عن أسباب، على جميع المباني في حقيقة الإنشاء – نقول:

إن الأمور الإنشائية على قسمين:

القسم الأول: ما يكون لها سبب خاص، كالطلاق والنكاح، وفي مثلها لا يتحقق إلا بسببه، فلا يتحقق بالشرط، فلو اشترط في ضمن عقد البيع طلاق امرأته لم يقع الطلاق بالضرورة.

القسم الثاني: ما لا يتوقف إنشاؤها على سبب خاص في الشريعة، فيتحقق بكل ما يفيد إنشاءه، قولاً أو فعلاً، فيتحقق بالشرط؛ وذلك لأن للشرط صلاحية السببية في الإنشاء، وهو أحد أسباب حصول التمليك

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٤.

بلا إشكال؛ إذ من الممكن أن يوجب عقد البيع على الدار، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب الفلاني ملكه، والشرط والتمليك صحيحان بلا إشكال، مع أن حصول الملكية بلا سبب غير ممكن.

وبما أن المورد - وهو انفساخ العقد، وحصول المبادلة - ليس من القسم الأول؛ إذ لم يقم دليل على توقّفه على سبب خاص شرعاً، فيمكن حصوله بالشرط.

والحاصل: أن في الشرط صلاحية إنشاء انفساخ العقد، كما فيه صلاحية حصول المبادلة بين المالين، كما أوضحناه، وهو مشمول لعموم « المؤمنون عند شروطهم » بلا إشكال، فإذا حصل الشرط انطبقت عليه هذه الكبرى فوجب نفوذه.

نعم، ربما يقال بمخالفة هذا الشرط للكتاب والسنة، ولكن لا دليل على ذلك، وعلى المدّعي الإثبات، ولا يخفى أن التعبير الوارد في أدلة الشروط، وإن كان بثلاثة عناوين: موافقة الكتاب والسنة، وعدم مخالفة الكتاب والسنة، وأن لا يكون محلّلاً للحرام، أو محرّماً للحلال، إلا أنها ترجع إلى اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة، كما سيأتي تحقيقه في مبحث الشروط إن شاء الله تعالى، والشرط هنا غير مخالف لهما.

ودعوى أن التمسك بدليل الشروط - مع احتمال مخالفته للكتاب والسنة - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

فهنا بحث دقيق وهو: هل تقييد الشروط بعدم مخالفتها للكتاب

والسنة عقلي، والأدلة الشرعية بيّنته وأرشدت إليه، أو هو بالتعبد الشرعي؟

إن كان الأول فموضوع دليل الشروط مقيّد بعدم مخالفة الكتاب والسنة من الأول.

وإن كان الثاني فدليل الشروط في نفسه عام، إلا أن الأدلة الأخرى قد خصصته بعدم المخالفة.

فإذا شككنا في كون شرط مخالفاً للكتاب والسنة أو لا، كان التمسك بالعام على المبنى الأول من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وأما على المبنى الثاني فالتمسك بالدليل من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص، ويمكن تصحيح الشرط على هذا المبنى بهذا البيان:

أنا إذا شككنا في مخالفة الشرط للكتاب والسنة فيمكن إحراز الموضوع بالأصل؛ لأن موضوع النفوذ مركب من جزئين: الشرط، وعدم مخالفته للكتاب، والشرط محرز بالوجدان، وعدم المخالفة باستصحاب عدمها.

نعم، هذا الأصل من قسم استصحاب العدم الأزلي؛ للشك في حدوثه من الأول، بمعنى أنه من أول وجوده، إما وجد مخالفاً للكتاب والسنة، أو وجد غير مخالف لهما، كما في قرشية المرأة التي أخذ عدمها في موضوع التحيض إلى الخمسين، فيتوقف جريانه على المبنى، وبما أنا نرى جريانه، فنحرز هنا الجزء الثاني من موضوع دليل الشروط بالأصل،

فيتم الموضوع ونرتب عليه حكم الشروط.

هذا كله من حيث المقتضي، وأما من حيث المانع، فالمانع المذكور هو التعليق على تقدير، والتعليق والغرر على تقدير آخر، أما التعليق ففيما لو باع العبد بوصف الكتابة بثمن ما، فالثمن في مقابل العبد بوصف الكتابة، واشترط إن ظهر العبد على خلاف الوصف، فالثمن يكون في مقابل عبد بهذه الصفة، فمرجع ذلك إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، وكل منهما معلّق على ظهور المخالفة.

وإشكال التعليق مندفع؛ بأن دليل مبطلية التعليق دليل لبي، وهو الإجماع، والقدر المتيقن منه التعليق في العقد المستقل، كأن يبيع الدار معلّقاً على شيء، وأما إذا كانت المبادلة في ضمن العقد كما فيما نحن فيه فلا إطلاق في الإجماع ليشمله.

وأما التقدير الآخر ففيما لو كان البدل بإزاء المبيع إذا ظهر على خلاف الوصف؛ فإن مرجعه إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المبدل.

وإشكال التعليق مندفع كما تقدم، وأما إشكال الغرر ففيه:

أولاً: عدم الغرر في المقام؛ لأن المبيع والبدل كليهما معلومان؛ فإن المبيع هو العبد الفاقد للوصف، واشترط إذا ظهر هذا العبد على خلاف ذلك فبدله العبد الواجد للوصف، فكل منهما معلومان، فلا غرر.

وثانياً: سلمنا بالغرر، ولكن الغرر المسلم مانعيته هو الغرر في البيع؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، فلا يشمل المورد، وأما الغرر بنحو مطلق، المستفاد من نهي النبي عن الغرر، فهو وإن كان يشمل المورد، إلا أن المستند مرسل، ولم يثبت انجباره بالعمل[1].

وبعبارة أخرى: إن الشرط الغرري غير مشمول لدليل المنع عن الغرر.

فتحصل إلى هنا - بعد الجواب على التعليق وانتفاء الغرر- : أن مقتضي صحة هذا الشرط موجود، والمانع منه مفقود، فالأقوى حسب نظرنا - خلافاً للشيخ رحمه الله، ومن اختار فساد الشرط تبعاً للشهيد رحمه الله - صحة الشرط والعقد فتحقق المبادلة به.

هذا كله إذا كان الشرط ظهور المخالفة، وأما إذا كان الشرط على تقدير المخالفة، بمعنى أن يشترط - فيما لو كانت العين الغائبة الموصوفة على خلاف الوصف - كون الثمن في مقابل العين الواجدة للوصف، أو كون المبيع في مقابل العين الواجدة للوصف، فيكون الانفساخ والمبادلة معلقين على تخلّف الوصف.

فهنا ثلاثة إشكالات: اثنان منها مشتركان، والآخر مختص، وهي:

الأول: أن الشرط إذا كان بأن تكون المبادلة بين الثمن والبدل، أو بين

---

(١) لم نجدها في كتب الحديث، لا عند الخاصة، ولا العامة، ولكن يوجد في كتاب الخلاف ٣: ٣١٩ قوله في مسألة: لا يصح ضمان المجهول..: (دليلنا: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر).

المبيع والبدل، فلا يعقل بدون أن يكون مع انفساخ العقد السابق، فالشرط يرجع لبّاً إلى انفساخ العقد، والمبادلة بين الثمن أو المبيع وبين البدل الواجد للوصف.

فمتعلّق هذا الشرط أمران: انفساخ العقد، والمبادلة بين متعلق العقد والبدل، والإشكال: أن انفساخ العقد لا يعقل قبل انعقاده؛ لتفرّعه عليه، فكيف يشترط المشتري على البائع انفساخ العقد عند تخلّف الوصف قبل تمامية العقد، والحال عدم وجود العقد حينئذٍ؟!

فبما أن مقتضى هذا الشرط حصول الانفساخ قبل الانعقاد فهو غير معقول قطعاً.

الثاني: أن متعلّق الشرط عبارة عن المبادلة، والمبادلة بين المالين مبادلة في الإضافة، وهي تتوقف على تحقق الإضافة، والفرض عدم تحقق إضافة الملكية قبل تمامية العقد؛ فإن شرط المبادلة بنحو شرط النتيجة، سواء أكان متعلق الشرط المبادلة بين الثمن والبدل أم كان بين المبيع والبدل، فالشرط - إذن - يقتضي المبادلة قبل التملك.

فهذان الإشكالان تشترك فيهما كلتا صورتي الشرط، أعني أن يكون الثمن في مقابل البدل، أو أن يكون المبيع في مقابل البدل.

الثالث: وهو الإشكال المختص بصورة كون الشرط هو الثمن في مقابل البدل، وحاصله: لزوم التردد والغرر حينئذٍ، وبيانه:

أن المشتري اشترى هذه العين بشرط وجود الوصف فيها، وعلى

فرض المخالفة، فالمبادلة تكون بين الثمن والبدل الواجد للوصف، وبما أن المفروض تحقق المخالفة من الزمان الأول للعقد، لا أنها ستتحقق فيما بعد، فقهراً وقع العقد مردّداً بين أن يكون الثمن في مقابل المبدل، على فرض أن تكون واجدة للوصف، أو بينه وبين البدل، على فرض المخالفة، وعدم واجدية المبدل للوصف، فالمبيع في المعاملة مردّد بين البدل وبين هذه العين، فالعقد باطل بسبب التردّد الحاصل فيه، سواء أقلنا بمفسدية الشرط الفاسد للبيع، أم قلنا بعدم مفسديته، بخلاف الإشكالين السابقين؛ فإن فساد العقد بهما يتوقف على القول بمفسدية الشرط الفاسد للعقد، وإلا - كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط - فلا موجب للبطلان.

هذا مقتضى التحقيق في هذه المسألة، على خلاف ما أفاده أعيان القوم؛ إذ ذهب الشيخ رحمه الله ومن تبعه إلى البطلان مطلقاً، وذهب المحقق الخراساني، والفقيه النبيه السيد اليزدي قدس سرهما إلى القول بالصحة مطلقاً، والتحقيق التفصيل كما بيّناه، فإنه إذا كان الشرط نفس المخالفة فالشرط باطل على تقدير، وعلى تقدير آخر يبطل الشرط والعقد، وإذا كان الشرط ظهور المخالفة لا تحققها فالشرط والعقد صحيحان.

مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد

ذهب الشيخ رحمه الله إلى القول بثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة، واستدل على ذلك بما لفظه:

(لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبيّن المخالفة، فإما أن يحكم ببطلان العقد؛ لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة.

وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار.

والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلّف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه.

والثاني فاسد؛ من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقض، ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرّف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

والحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأول منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني)[1].

وفيه: **أولاً**: أن استدلاله على بطلان الالتزام بالبطلان: بأنه مخالف

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٥، ونقلناه بلفظه لوضوحه.

لطريقة الفقهاء، مخالف لطريقة الفقهاء؛ فإن طريقتهم ليست من الأدلة الشرعية للاستنباط ما لم تبلغ حدّ الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم رحمه الله، أو عن دليل معتبر.

وإن أريد منه الإجماع، فهو - في المقام - لا يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام مع قطع النظر عن ما يدلّ عليه، وخصوصاً مع مخالفة مثل المحقق الأردبيلي.

وثانياً: أن الشيخ رحمه الله لم يطرح المسألة بصورة صحيحة؛ فإن المراد من خيار الرؤية المطروح سابقاً هو الأعم من صورة الشرط؛ إذ يوجد مع التخلّف ولو لم يحصل شرط، وعدم الالتزام به في غير البيع، والحكم باللزوم فيما عداه لا يكون مخالفاً لقاعدة ولا لأصل.

نعم، ما يخالف طريقة الفقهاء - غير الأردبيلي رحمه الله - الحكم بالبطلان في صورة الاشتراط.

والحاصل: أن الدليل الذي أفاده الشيخ رحمه الله أخص من المدعى؛ فإن المدّعى - وهو موضوع خيار الرؤية، وهو المذكور في العنوان أيضاً - أعم من صورة الشرط، إلا أن الدليل عليه كان بمورد الاشتراط وهو أخص.

إشكال المحققين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ

وأقوى ما أورد على الشيخ رحمه الله ما أورده المحقق الإيرواني رحمه الله، وتبعه المحقق السيد الخوئي رحمه الله ، وحاصله:

أنه إذا وجد احتمالان في مورد، ولم يقم دليل على أحدهما، فعدم

قيامه عليه لا يثبت الاحتمال الثاني، وتطبيقه على ما نحن فيه: أن الشيخ رحمه الله ادعى عدم شمول دليل اللزوم وهو آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لما نحن فيه؛ لأن عدم ترتيب الآثار - في ما إذا اشترط الوصف في الإجارة أو الصلح، وتخلّف الشرط - لا يكون من نقض العهد والعقد، ومع انتفاء الشمول فلا دليل على اللزوم، وهذا تام، إلا أنه استنتج من ذلك جواز عقد الإجارة والصلح، وهو غير صحيح؛ لأن الفرض أنا لم نكن نعلم بأن عقد الإجارة أو الصلح المتخلّف فيه شرط الوصف، هل هو لازم أو جائز، وعدم الدليل على اللزوم لا يكون دليلاً على الجواز[1].

دفع إيراد العلمين

والحق عدم ورود هذا الإشكال مع قوته ومطابقته للصناعة، إلا أن بيان الدفع يتوقف على تحقيق كلام الشيخ رحمه الله في موارد ثلاثة:

الأول: مسلك الشيخ رحمه الله في آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

الثاني: في الشرط الفاسد.

الثالث: في بحث خيار ردّ الثمن.

أما الأول، فمسلك الشيخ رحمه الله فيها أن مفادها حكم تكليفي في قبال من يراها إرشاداً إلى لزوم العقود، بمعنى أن المستفاد منها وجوب الوفاء بالعقد، وترتيب آثاره على طرفي العقد، ومعنى الوفاء أن يكون البائع

(١) حاشية المحقق الإيرواني ، مصباح الفقاهة ٧: ٨٣.

ملزماً بتسليم المثمن إلى المشتري، وعدم التصرف فيه بدون رضاه، كما على المشتري ذلك بالنسبة إلى الثمن، وهذا الحكم التكليفي عام، وفيه إطلاق لما بعد الفسخ، أي حتى لو فسخ أحدهما المعاملة فهو ملزم بتحويل ما عنده من العوض إلى الطرف الآخر، ولا يتصرف فيه، فبالدلالة المطابقية للإطلاق يحكم بترتيب آثار العقد، فسخ أو لم يفسخ، وبالالتزام يدل على اللزوم.

وتقريب الدلالة الالتزامية: أنه عندما يكلّف البائع - بعد أن يفسخ - بعدم التصرف في المبيع، فهذا الحكم كاشف قطعاً عن عدم تأثير الفسخ؛ إذ لو أثّر لكان المبيع من أمواله وجاز له التصرف فيه؛ لأن حقيقة الفسخ حلّ العقد ورجوع العوضين، كل لمالكه الأول، فعموم حرمة النقض، ووجوب ترتيب الأثر حتى بعد الفسخ يكشفان عن عدم تأثير الفسخ، فتتمم الملازمة العقلية مع اللزوم.

وبالتوجه لهذا المسلك يرتفع ما أورده العلمان؛ لأن استدلال الشيخ رحمه الله على جواز معاملة الصلح أو الإجارة - فيما لو اشترط وصفاً في العين وتخلّف الوصف - قائم على أن عدم ترتيب الأثر ممن له الشرط، في حال استفادته من الشرط، وعدم معاملته مع العين معاملة مال الغير، لا يعدّ نقضاً للعقد، ولا يكون ناقضاً له، ولا يعتبر متخلّفاً عن وجوب الوفاء، ويكشف ذلك بالضرورة عن نفوذ الفسخ، وإلا لكان عدم ترتيب الأثر نقضاً للعقد، فبهذا تكون الآية دليلاً على جواز هذه المعاملة.

والحاصل: أن الشيخ رحمه الله - طبقاً لمبناه في آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ -

يستدل بعدم لزوم ترتيب أثر المعاملة في المقام على نفوذ الفسخ، وبعده لا يكون المال مال الغير حتى يكون عدم ترتيب الأثر مخالفاً لوجوب الوفاء، فتدل على الجواز؛ فإن الشيخ رحمه الله في جميع أبواب المكاسب استدل على اللزوم بأن المورد الذي يكون عدم ترتيب أثر العقد عليه بعد الفسخ نقضاً له، ومخالفاً لوجوب الوفاء فالمعاملة لازمة، والمورد الذي لا يعدّ عدم ترتيب الأثر نقضاً له، ولا مخالفاً لوجوب الوفاء بالعقد فالمعاملة جائزة، والسر فيه أن عدم ترتيب الأثر بعد الاشتراط والتخلّف لا يعدّ عند العرف والعقلاء نقضاً للعقد، فتكون بين نفوذ الفسخ والجواز ملازمة ظاهرة.

ولو توجّه لمبناه لما أورد الإشكال.

وأما الثاني، فالشيخ رحمه الله قد التزم بأن المتخلّف عن العقد - من الشرائط والأوصاف - إن لم يكن مقوّماً للموضوع، ولا ركناً فيه لم يوجب البطلان، وإنما الخيار، ولهذا قسّم في بحث الشرط الفاسد العناوين المأخوذة في المعاملات إلى قسمين:

الأول: أن يكون العنوان تمام الموضوع أو مقوّماً له ولغرضه، كأن يريد الفرس العربي وأعطي الحمار الوحشي، فالتخلّف مبطل للعقد؛ لانتفاء الركن المقوّم له.

الثاني: أن لا يكون العنوان مقوّما للموضوع، وقد أخذ شرطاً أو وصفاً، فالغرض متعلّق بالذات كما هو متعلّق بالوصف، فإذا تخلّف

الوصف فقد انتفى الغرض الوصفي، وأما الغرض المقوّم للذات فهو محفوظ، فالعقد صحيح ولكن له الخيار.

فبمعرفة هذين المبنيين يتضح عدم ورود الإشكال على الشيخ رحمه الله.

مقتضى التحقيق في المقام

والحق في المقام يدور مدار المبنى المختار في أصل خيار الرؤية، وهو لا يخرج عن أمور ثلاثة:

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار

الأول: أن يكون المبنى صحيحة جميل والروايات الخاصة، وبناء عليه لا إشكال في عدم تعدّي الخيار إلى غير البيع؛ لانحصار الموضوع فيها بالبيع، ولا إطلاق فيها ليشمل غيره، فيختص الحكم بموضوعه.

نعم، من ينفي خصوصية البيع بتنقيح المناط، ودعوى أن ثبوت الخيار فيه من حيث إنه معاملة، لا من حيث إنه بيع، يمكنه التعميم لغيره.

إلا أنه واضح البطلان؛ لكون تنقيح المناط ظنياً.

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط

الثاني: أن يكون المبنى هو الشرط، فيجري خيار الرؤية في جميع المعاملات؛ لأن خاصية الشرط - بما هو شرط - أنه إذا وقع على أمر اختياري فيجب العمل على طبقه، وإذا وقع على أمر غير اختياري كالوصف، بحيث يكون الوصف شرطاً كما إذا اشترط العبد الكاتب، فلا

معنى لوجوب العمل على طبقه؛ لعدم وقوعه تحت الاختيار، وإنما يرجع إلى أن الالتزام بالوفاء بهذه المعاملة معلّق على وجود هذا الوصف، فإذا انتفى ثبت الخيار، بلا فرق في ذلك بين البيع والصلح والإجارة وغيرها.

بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر

الثالث: قاعدة « لا ضرر » كما هو معتمد صاحب الجواهر، والمحقق الرشتي قدس سرهما، وقد اختار صاحب الجواهر رحمه الله - بناء عليها - التفصيل بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة؛ فإنه يشترط فيها عدم الجهالة، فإذا وقع العقد مبنياً على الوصف وكانت العين فاقدة له، فقاعدة « لا ضرر » تثبت الخيار.

وبين العقود غير المبنية على الوصف ورفع الجهالة كالصلح؛ لاغتفار الجهالة فيه، فالخيار بالنسبة إلى العين الغائبة الموصوفة منزّل منزلة الإبدال في المبيع الكلي الموصوف بخصوصيات معينة، وبيان ذلك:

إذا كان مورد المعاملة كلياً مقيّداً بوصف، وسلّم لطرف المعاملة فاقد الخصوصية فالوظيفة الإبدال، سواء أكانت المعاملة بيعاً أم صلحاً أم غيرهما؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة هو الكلي الموصوف بخصوصية معينة، وفاقد هذه الخصوصية ليس بمصداق لمورد المعاملة.

وأما إذا كان متعلق المعاملة هي العين الشخصية الموصوفة، فالحكم في حال التخلّف عن الوصف هو الخيار، لا الإبدال، والفرق بين هذه

الصورة وتلك الصورة أن في تلك الصورة لم يكن المعطى مصداقاً لمورد المعاملة، بخلاف هذه الصورة فإن المعطى هو نفس المبيع إلا أنه فاقد للوصف.

فالخيار في نظر صاحب الجواهر رحمه الله في هذه الصورة منزّل منزلة الإبدال في صورة كون المبيع كلياً[1].

المناقشة في كلام صاحب الجواهر

وهنا بحثان:

الأول: في المبنى.

الثاني: في البناء.

أما الأول، فلا يصح أن تكون قاعدة « لا ضرر » مستنداً لخيار الرؤية؛ لكونها أخص من المدعى؛ فإن الفقهاء أفتوا - وهو الحق - في ما لو رأى المشتري المتاع، واشتراه بدون أن يصفه له البائع، ولا أن يشترطه في العقد - بأن للمشتري خيار الرؤية فيما لو تخلّف المبيع عن الوصف، مع أن ضرر تخلّف الوصف - إن وجد - لم يستند إلى البائع، ولو حكم الشارع باللزوم لم يكن الضرر مستنداً إليه، بل إلى المشتري؛ لإقدامه على المبيع استناداً لرؤيته السابقة.

وكذلك فيما لو اشتراه استناداً إلى توصيف البائع؛ فإن وصفه لها في الأعم الأغلب أعم من الشرط؛ إذ تارة يصف البائع سلعته فيشتري

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٩٧.

المشتري بناء على الوصف بلا شرط ولا إلزام.

بل حتى في صورة اشتراط الوصف يفترق الحال من حال إلى أخرى؛ إذ تارة يشترط الوصف في المبيع ولم يكن الوصف مما تتبدل به قيمة المتاع تبعاً لوجوده وعدم وجوده وإن كان غرض المشتري متعلّقاً به، وأخرى تدور القيمة مداره، فعلى الأول لا يحصل الضرر من تخلّف الوصف، إلا بناء على تعميم الضرر إلى تخلّف الغرض، وهو خلاف المستفاد من النصوص واللغة؛ فإن الضرر هو النقص في المال أو الطرف، وتخلّف الغرض لا يعدّ ضرراً، بخلاف الثاني؛ فإن تخلّفه ضرري، فينبغي أن لا تجري القاعدة إلا في الصورة الأخيرة.

ولو تنزلنا، فقاعدة نفي الضرر إنما هي حاكمة على الأحكام الضررية، فترفع الحكم الضرري عن المكلف، فغاية ما تدل عليه القاعدة - على فرض جريانها - نفي اللزوم، لا إثبات الخيار، الذي هو حق من الحقوق، يقبل الإرث والإسقاط، وفرق بينهما، وما نريده الثاني، لا الأول.

وعلى فرض تمامية المبنى، فالمستفاد من كلام صاحب الجواهر رحمه الله التفريق بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة، فتجري فيها « لا ضرر »، وبين العقود غير المبنية عليهما كالصلح، فدليله أن الخيار بمنزلة الإبدال في ما إذا كان المبيع كلياً.

والسؤال: ما هو الدليل على هذا الإبدال؟ فإن كانت « لا ضرر » تجري، فلا فرق بين الإجارة والصلح، وإن لم تجرَ فالقاعدة تقتضي

الحكم باللزوم؛ لأن مبنى الخيار قاعدة نفي الضرر، ولم تتمسك بها في الصلح، فلا سبيل إلا إلى الحكم باللزوم، ولا دليل على الجواز، وأما كونه بمنزلة الإبدال في بيع الكلي، فغير تام؛ للفرق بينهما؛ فإن المبيع في بيع الكلي أو المتصالح عليه فيه هو الكلي، وهو لا ينطبق على الفرد الفاقد للخصوصية فيجب الإبدال، وأما فيما نحن فيه فالمتصالح عليه هو نفس هذه العين الشخصية، فمقتضى القاعدة اللزوم، ودعوى ثبوت الخيار لتنزيله منزلة الإبدال في تلك المسألة بلا دليل.

كلام المحقق الرشتي والإشكال فيه

وأما المحقق الرشتي رحمه الله فقد قال في المقام بالتفصيل بين الصلح وغيره، وهو من حيث المبنى يستند في خيار الرؤية إلى « لا ضرر »، ولكنه لا يجريها في الصلح ويقول بعدم الخيار في حال تخلّف الوصف؛ لاغتفار الجهالة والغرر في الصلح[1].

وفيه: أن الصلح وإن كان مبنياً على الاغتفار فيه ما لا يغتفر في غيره كالبيع والإجارة، فلهذا يمكن المصالحة على المجهول دونهما، إلا أن ذلك في غير مورد الشرط، أما فيه - كما فيما نحن فيه، فإنه إذا صالح على العين الموصوفة، فهو يشترط هذا الوصف - فمع التخلّف عنه يندرج في عموم « المؤمنون عند شروطهم »، ومقتضاه عدم الاغتفار، فلا ينبغي الخلط بين طبيعة الصلح المبنية على الاغتفار، وبين الصلح مع الشرط.

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات ٢: ٦٠٣.

والحاصل: أن الحق في المسألة - بناء على كون المبنى في خيار الرؤية هي قاعدة « لا ضرر » - عدم الفرق في جريان الخيار بين الصلح وغيره، فيما إذا كانت العين مشروطة بوصف دخيل في ماليتها.

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه

لو اختلف البائع والمشتري، فقال البائع لم تختلف صفته، وقال المشتري قد اختلفت، فالمسألة تدخل في باب القضاء وتعيين المدّعي من المنكر، وبعد تعيينهما يتضح حال الحكم فيها، وكلمات الشيخ رحمه الله في هذه المسألة جاءت بين كرّ وفرّ، كما سيتضح من بيانها:

شرح كلام الشيخ الأعظم

نقل أولاً قول العلامة رحمه الله في التذكرة فقال:

(ففي التذكرة: قدّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة)[1]؛ فإن المشتري على هذا التقريب يكون هو المنكر؛ لموافقة قوله للأصل، وقول المنكر هو المقدّم.

ثم نقل ردّ العلامة رحمه الله في المختلف في نظير هذه المسألة، بقوله: (وردّه في المختلف في نظير المسألة: بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن)[2]؛ أي أن المشتري قد اعترف بالشراء، والإقرار به إقرار

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ٦١، وتمام عبارته: (لو اختلفا فقال البائع: لم تختلف صفته . وقال المشتري : قد اختلفت، قدّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة).

(٢)المكاسب ٥: ٢٦٨، المختلف ٥: ٢٩٧، وتمام كلامه في مسألة الاختلاف في نقصان المبيع بعد العقد: (مسألة: إذا اشترى شيئاً كان قد رآه قبل العقد صحّ، فإن رآه ناقصاً كان له الرد، فإن اختلفا فقال المبتاع: نقص وقال البائع: لم ينقص قال الشيخ: القول قول المبتاع؛ لأنه الذي ينتزع الثمن منه، ولا يجب انتزاعه إلا ببينة أو إقرار، والأقرب أن القول

بالاشتغال بالثمن، أو قل: إقرار بوجوب انتزاع الثمن منه، فينقلب الأصل من البراءة إلى الاشتغال، فيكون قول البائع موافقاً لأصل الاشتغال، فيكون هو المنكر.

ثم وجّه قول العلامة رحمه الله في التذكرة بقوله: (ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثمن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر)[1].

فالمراد من أصل البراءة في المقام البراءة من وجوب التسليم، لا من أصل الثمن؛ لوقوع المعاملة واشتغال ذمته به، فيعود القول قول المشتري لكونه المنكر.

توضيح ذلك: أنه لا بدّ لمعرفة المدّعي من المنكر من ملاحظة الاختلاف بين الحكم الوضعي والتكليفي؛ فإن الحكم الوضعي هنا اشتغال ذمة المشتري بالثمن؛ بمقتضى المعاملة، ولكن الحكم التكليفي في زمان الخيار عدم وجوب تسليم الثمن للبائع، فأصل براءة الذمة من وجوب تسليم الثمن يقع في صالح المشتري، فيكون قوله موافقاً للأصل.

قول البائع؛ لأن الأصل عدم النقصان، واعتراف المشتري بالشراء إقرار بوجوب انتزاع الثمن منه).

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧.

ثم أشكل عليه بقوله: (فيمكن أن يخدش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن، سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد)[1].

وتوضيحه: أن المعاملة قد تحققت بين المتبايعين قطعاً، واشتغلت ذمة المشتري بالثمن، ودعوى أن لمن له الخيار أن لا يؤدّي الثمن في زمن الخيار غير صحيحة؛ لأن كل واحد من العوضين صار مالاً للآخر بمجرد وقوع المعاملة، ولما صار ماله كان حبسه عنه حبساً لمال الغير وحقه، وعليه أداؤه له؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[2]، وفائدة الخيار ثبوت حق فسخ العقد، لا حق حبس الثمن، وعليه فأصالة الاشتغال تقضي باشتغال ذمة المشتري، ووجوب الأداء عليه، فيكون قوله مخالفاً للأصل.

ثم أشار للرجوع عن ذلك بقوله: (ويمكن دفع ذلك بأنّ أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط)، بمعنى أن المسألة ترجع إلى أنه هل اشترط الوصف أو لا ؟ والاشتراط حادث مسبوق بالعدم والأصل عدمه، فالمنكر هو البائع.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٢) سورة النساء: ٥٨.

إلا أنه لم يقبله كما يتضح من الاستثناء عقيب العبارة المتقدمة بقوله: (..إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلّق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة، أو ما يعمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه)[1].

وتوضيحه: أن الأصل وإن كان عدم اشتراط الوصف، ونتيجته لزوم البيع، وأثره تقديم قول البائع؛ لموافقته لأصل عدم الاشتراط، إلا أن الاشتراط في الأوصاف يختلف عن الاشتراط في سائر الموارد؛ فإن المعاملة لو وقعت وشككنا في اشتراط قيام أحدهما بعمل ما، فالأصل عدمه.

وأما إذا كان المبيع العين الموصوفة فالشرط فيها يرجع إلى التقييد، بمعنى أنه يبيع هذه العين مقيدة بأنها واجدة لهذا الوصف، كأن يبيع العبد مقيّداً بمعرفته الكتابة، فاشتراط الأوصاف في الأعيان المبيعة يرجع إلى تقييدها بها، فيكون الأصل حينئذٍ موافقاً لقول المشتري؛ فإن الاختلاف بين البائع والمشتري يرجع إلى أن البيع هل وقع على العين مقيّدة بهذا الوصف الفاقدة له، فتكون النتيجة الخيار، أو وقع عليها بهذا الوصف الواجدة له، أو الأعم من وجدانه وفقدانه، ونتيجتهما اللزوم؟

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٨.

وبما أن الاختلاف يرجع إلى هذه الجهة؛ لأن معنى الاشتراط التقييد، فقهراً يرجع الشك إلى اللزوم وعدمه، والأصل العدم، فيكون قول المشتري هو المقدّم.

والنتيجة: أن الشيخ رحمه الله بعد كرّه وفرّه في المسألة ست مرات اختار تقديم قول المشتري الذي نقله عن العلامة رحمه الله أولاً، ولكن ليس من أجل جريان أصالة البراءة عن الثمن، بل لأصالة عدم اللزوم؛ فإن اللزوم أمر زائد على صحة البيع، والأصل عدمه، فيكون المشتري منكراً لموافقة قوله لهذا الأصل.

ضابطة تشخيص المدّعي والمنكر

هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمه الله، وتحقيق المسألة يقتضي البحث أولاً في ضوابط المدّعي والمنكر، ثم تطبيقها على المقام، فنقول:

إن المسألة ذات محتملات متعدّدة، وللأعاظم فيها أقوال مختلفة:

الأول: القاعدة في مثل هذا الاختلاف هي التحالف، وذهب إليه المحقق الرشتي رحمه الله.

الثاني: إن المورد من موارد الحلف، لا التحالف، واختاره من سوى المحقق الرشتي رحمه الله.

وفي مورد الحلف وجوه وأنظار، ومستندها في غاية الاختلاف.

مستند المحقق الرشتي في القول بالتحالف

أما مستند التحالف فهو تعارض الأصلين الجاريين في الطرفين؛

وذلك بناء على كون مثبتات الأصول في مقام تشخيص المدّعي والمنكر حجة، وبيان ذلك:

أن أحد الطرفين - وهو البائع - يدّعي أن العقد وقع على العين الموجودة، أعم من وجود الوصف فيها وعدمه، وهذا العقد بهذا النحو موضوع للزوم، والأصل يقتضي عدمه.

والطرف الآخر - وهو المشتري - يدّعي أن العقد وقع على العين الموصوفة بالوصف المفقود، وهو وإن لم يترتب أثر على عدمه، إلا أن لازم عدم وقوعه على العين بتلك الأوصاف المفقودة أنه وقع على العين الموجودة، أعم من اتصافها بتلك الأوصاف وعدمه، وهو وإن كان أصلاً مثبتاً، إلا أن أمر تشخيص المدّعي موكول إلى العرف، والعرف يرى صدق عنوان المدّعي على من كان قوله موافقاً للأصل المثبت.

فيصدق عرفاً على كل منهما أنه مدّعي؛ لأن كل واحد منهما يدّعي شيئاً غير ما يدّعيه الآخر، ولا يضرّ بالصدق العرفي كون الأصل في أحدهما مثبتاً، والقاعدة - بعد ثبوت أن كلاً منهما مدّعٍ عرفاً - هي التحالف، فيحلفان ثم تنطبق آثار التحالف، وهي محل بحث عميق مذكور في محله[1].

ومن الواضح أنه لا يوجد على هذا المبنى مدّعٍ ومنكر، بل كلاهما

(١) فقه الإمامية، بحث الخيارات ٢: ٦٠٥.

مدعيان.

المناقشة في كلام المحقق الرشتي

ويرد عليه: أن في المدّعي أربعة تعريفات:

الأول: أن المدّعي هو الذي إن تَرَك تُرِك.

الثاني: أن المدّعي من كان قوله مخالفاً للدليل أو الأمارة المعتبرة أو الأصل، وهذا هو المعروف بينهم.

الثالث: أنه من كان في مقام إثبات القضية على الغير.

الرابع: أن عنوان المدّعي وارد في النصوص، كما في « البينة على المدعي واليمين على المدّعى عليه »[1]، وكل عنوان أخذ في موضوع الدليل الشرعي فالمرجع فيه إلى العرف.

ونظر المحقق الرشتي رحمه الله مستند إلى هذا المبنى، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في بحث القضاء أن هذه الألفاظ وإن وردت في النصوص، وكل عنوان جعل في موضوع الحكم فالمرجع فيه إلى العرف، إلا أن العرف يرى - بحسب ارتكازه - أن المدّعي هو كل من احتاج في دعواه إلى إقامة الدليل عليها، وعليه فمن نظر عرفي أن كل من كان قوله مخالفاً للدليل، أو للأمارة المعتبرة، أو للأصل المعتبر فهو مدّعٍ، وهذا هو المعروف المشهور بين الفقهاء، وهو مرادهم من التعبير بأن المدّعي من كان قوله مخالفاً للأصل؛ فإن المراد من الأصل هنا الأعم من الدليل

(١) الوسائل، كتاب القضاء، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث٢.

والأمارة المعتبرة والأصول الشرعية، فيلزم لإثبات صغرى المدّعي أن يكون قوله مخالفاً للأصل المعتبر شرعاً، وبما أن الأصل المثبت لا شرعية له، فلا يصلح لأن يكون ميزاناً لتشخيص المدّعي.

والحاصل: أنا نسأل: هل الأصل المثبت حجة أو لا ؟ فإن كان حجة فمن خالفه مدّعٍ، ويحتاج أن يقيم الدليل على دعواه، وإن لم يكن حجة - كما هو الحق - لم يصلح لأن يقال لمن خالفه أن قولك مخالف للأصل فأنت مدّعٍ.

أدلة القول بتقديم قول المشتري

مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري

وأما القول بالحلف فقد اختلف القائلون به في تقرير دليله، فقد تقدّم تقريب الشيخ رحمه الله، وخلاصته: أن الاختلاف يرجع إلى الشك في تعلّق البيع بالعين، فهل تعلّق بالموصوفة بالوصف المفقود، أو بالوصف الموجود، أو بالأعم من الموجود والمفقود؟ وعلى الأخيرين يكون البيع لازماً دون الأول، فيشك في لزوم البيع وعدمه، والأصل عدمه.

لا يقال: كما أن الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف الموجود أو الأعم، كذلك الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف المفقود.

لأنه يقال: بأن الأخير مثبت؛ إذ لا أثر يترتب عليه، بل يترتب على لازمه، وهو وقوع العقد على العين الواجدة للوصف.

المناقشة في تقريب الشيخ

وفيه: أن قوله برجوع توصيف العين الغائبة إلى التقييد، لا إلى الاشتراط، فلا يجري أصل عدم الاشتراط، الذي نتيجته اللزوم، وكون البائع منكراً.

مردود: بأن العين الغائبة شخصية، والجزئي لا يقبل التقييد والإطلاق، فلا يعقل فيها إلا الاشتراط.

ولو تنزّلنا وقلنا بقبولها للتقييد، وأن الوصف يرجع إلى التقييد، فالإشكال أن المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، والنتيجة بطلان البيع، لا الخيار.

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثاني للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده الشهيد رحمه الله، من أن الثمن في يد المشتري، والبائع يريد أن ينتزعه منه، واليد أمارة على الملكية، فيكون قول المشتري موافقاً للأمارة المعتبرة[1].

وهو مردود اقتضاء ومنعاً، أما من حيث الاقتضاء؛ فلأن دليل أمارية اليد على الملكية لا يخرج عن ثلاثة: النصوص، والسيرة العقلائية، والإجماع، وكلها غير ناهضة في المقام.

أما النصوص الواردة فلا إطلاق فيها لتشمل المقام؛ لأنها لا تشمل المورد الذي يعترف فيه صاحبه بسبق يد الغير على المال، والمشتري يعترف بانتقال الثمن إلى البائع بالعقد.

---

(١) إرشاد الطالب ٣: ٢٣٥.

لكنه يدّعي أن له حق الفسخ، وبالفسخ يملك الثمن، والنصوص لا تثبت أماريتها كذلك.

وأما السيرة فهي منتفية في هذا المورد قطعاً.

وأما الإجماع فالقدر المتيقن منه غير هذا المورد.

وأما المنع؛ فلأن التمسك بأدلة أمارية اليد على الملكية مستلزم للدور؛ لتوقف أمارية يد المشتري بالنسبة لملكية الثمن على ثبوت حق الفسخ ونفوذه؛ إذ لو لم ينفذ فسخه لكانت يده على الثمن يداً على ملك الغير، ونفوذ الفسخ يتوقف على أمارية يده على الملكية، وهو دزر محال.

مستند المحقق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثالث للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده المحقق الثاني رحمه الله، وحاصله: أنا في هذا المورد نشك في وصول حق المشتري إليه، والأصل عدمه، فيكون قوله موافقاً للأصل، فيقدّم[1].

وفيه: أن هذا الشك مسبب عن الشك في ثبوت الحق له زائداً على العين التي سلّمها له البائع؛ لأن مورد الشك هو هل أن المعاملة وقعت على هذه العين، أو على العين الواجدة للوصف؟ فيجري الأصل في السبب، وهو أصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

---

(١) راجع جامع المقاصد ٣: ٤٤٢.

أدلة القول بتقديم قول البائع

وقبل البدء فيها نذّكر بأن المناط في تعيين المدّعي والمنكر - كما تقدّم - هي الموافقة والمخالفة للدليل أو للأصل المعتبر، والأصل الأولي - اللفظي والعملي - في كل معاملة هو اللزوم.

رأي السيد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام

أما بالنسبة إلى الأصل اللفظي ففي بعض أدلته اختلاف بين الأعلام، فالإطلاق في آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ محل بحث وإشكال بينهم، فقد ذهب المحقق السيد الخوئي رحمه الله إلى أن التمسك بها لإثبات اللزوم في هذه الموارد من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن الإهمال والإطلاق في المنشأ من ناحية المتبايعين غير معقولين، أما الإهمال فواضح، وأما الإطلاق؛ فلأن الملكية المنشأة في موارد حق الفسخ محدودة به، أي إلى أن يختار الفسخ، فمن له خيار العيب أو الغبن مثلاً، إذا أنشأ الملكية فلا يعقل صدور إنشاء الملكية المطلقة منه؛ لأنه إذا اختار الفسخ فملْكيته قهراً تكون محدودة بحدّ إلى أن يفسخ، ولا يمكن تجاوز هذه الملكية إلى ما بعده، فالمالك إذا أنشأ الملكية، فإن لم يكن له حق الفسخ كان إنشاؤه مطلقاً، وإن كان له حق الفسخ فإنشاؤه مقيّد، وبما أنا نشك في ثبوت حق الفسخ له - في ما نحن فيه - فإنا نشك في الملكية المنشأة، فإن كان له حق الفسخ فالملكية مقيّدة، وإن لم يكن له الحق فالملكية مطلقة، فالتمسك بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ تمسك بها في الشبهة الموضوعية؛ لأن الملكية المستفادة من الآية

الشريفة هي الملكية المطلقة، فالأصل اللفظي من ناحية هذه الآية ساقط الاعتبار[١].

التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع

نعم، إطلاق آية التجارة عن تراضٍ لا إشكال فيه؛ لأن المال عندما يكون مال الغير لا يحلّ التصرّف فيه، ولا تملّكه وضعاً إلا بسبب شرعي، والأسباب المعينة في الشرع معلومة، وليس الفسخ من بينها، فالمال المنتقل من البائع إلى المشتري إذا أريد إرجاعه فلا بدّ أن يكون بسبب شرعي، وما هو إلا التجارة عن تراضٍ، وما لم يتحقق هذا السبب فإطلاق ﴿ لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ محكم.

فإذن لا بدّ أن يثبت حق الفسخ ليسقط هذا الإطلاق، وإن لم يثبت بقي الإطلاق على حاله، فيتضح بذلك قيام الأصل اللفظي على اللزوم.

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال وهو مفيد في توضيح كلام المحقق الخوئي رحمه الله: إن المنشأ لا يمكن أن يكون مهملاً، بل إما مقيد أو مطلق، والإطلاق والتقييد - حسب مبناه - أمران وجوديان متقابلان بتقابل التضاد؛ لأنه إما أن يلحظ الخصوصية فيأخذها أو يرفضها، والأخذ والرفض أمران وجوديان، فالإطلاق كالتقييد يحتاج إلى مؤنة، كما أن كلاً من الأخذ والرفض على خلاف الأصل.

وعليه فبما أن الإهمال محال، فلا يعقل ممن له الخيار أن ينشيء الملكية حتى لما بعد الفسخ، فالملكية المنشأة تكون محدودة لا محالة، فيكون شمول الآية لهذا المورد في حال الشك شبهة موضوعية.

وبناء على هذا يكون مقتضى الأصل اللفظي لزوم هذه المعاملة الواقعة، فيكون قول البائع موافقاً للدليل، وقول المشتري مخالفاً له، فيقدّم قول البائع.

ولو لم يتمّ الدليل ونوقش فيه فالمرجع إلى الأصل العملي؛ فإن العين الغائبة قد انتقلت بالمعاملة إلى المشتري، كما أن الثمن انتقل إلى البائع، والشك في تخلّف الوصف أوجب الشك في ثبوت الخيار، فإذا فسخ والحال هذه يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملكية في ملك من انتقلت إليه، فيكون قول البائع موافقاً لأصل اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع موافق للأصل دون قول المشتري، سواء أقلنا بالأصل اللفظي أم لم نقل به، فيكون المشتري مدّعياً، والبائع منكراً[1].

والتحقيق: أن الاختلاف بين المتبايعين على أنحاء:

النحو الأول: أن يكون الاختلاف في تحقق سبب الخيار كشرط الوصف الخاص الذي تخلّف، فالأصل مع البائع كما تقدّم، وتتميم البحث أن نقول: إن المبنى في ثبوت خيار الرؤية ثلاثة أمور:

١- شرط وجود الوصف في العين الغائبة.

٢- قاعدة نفي الضرر.

٣- صحيحة جميل المتقدمة.

ومقتضى الأصل على المبنى الأول عدم تحقق الشرط، والنتيجة

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٨٨.

اللزوم.

وعلى مبنى قاعدة نفي الضرر، فالمفروض الشك في تحقق الضرر المستند للشارع، الحاكم على دليل اللزوم، ومقتضى الأصل عدم تحقّق هذا الضرر، فالنتيجة اللزوم.

وإذا كان المستند صحيحة جميل فالشك في مورد الاختلاف شك في تحقق خيار الرؤية، ومقتضى الأصل عدم تحقّقه؛ لأن الخيار مجعول شرعي، وقد شك في تحققه وثبوته، والأصل عدمه، والنتيجة اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع هو المقدم على جميع المباني؛ لموافقته للدليل والأصل المعتبرين.

النحو الثاني: أن يكون الاختلاف في تحقق الوصف المشترط، بمعنى أنهما متفقان في حصول أصل اشتراط الوصف، كاشتراط وصف الكتابة في العبد، ولكنهما اختلفا في وجود الوصف المشترط عند البيع وعدمه.

وبما أنهما متفقان في أصل الاشتراط ومختلفان في متعلّقه فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الوصف المشترط مسبوقاً بالعدم، أي من الأوصاف غير اللازمة للوجود، كوصف الكتابة في العبد.

الصورة الثانية: أن يكون الوصف المشترط غير مسبوق بالعدم، بمعنى أنه من لوازم الوجود للمشترط فيه، كوصف الحبشية لهذه الأمة.

أما الصورة الأولى فبما أن الشك فيها شك في وجود الوصف الملتزم به في وقت البيع وعدمه، فالأصل عدم وجوده في العين، فيكون الأصل موافقاً لقول المشتري، فيكون هو المقدّم.

وأما الصورة الثانية فالمسألة تبتني على جريان استصحاب العدم الأزلي فيها وعدمه، فعلى من يرى جريانه - كما هو الحق - يكون القول قول المشتري؛ لموافقته للأصل، وهو عدم اتصاف العين بالوصف الملتزم به، فحال حبشية هذه الأمة كحال قرشية هذه المرأة؛ فإنها حينما لم تكن لم تكن حبشية، ويشك عند وجودها في اتصافها بها فالأصل عدمه.

وأما على القول بعدم جريانه - كما اختاره المحقق النائيني رحمه الله -، فلا أصل موضوعياً في المقام، ولكن بما أنهما متفقان على وقوع البيع على الأمة الحبشية، ولا أصل في المقام، فهما يتفقان على ثبوت الحق للمشتري، فيكون الشك في وصول الحق إليه، فيأتي كلام المحقق الثاني رحمه الله، من أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه، فيقدّم قوله؛ لموافقته للأصل.

النحو الثالث: أن يكون الاختلاف في زوال الوصف قبل البيع أو بعده، بعد الاتفاق على أصل وجوده وعلى ارتفاعه، كأن يتفقا على تعلّق البيع بهذا العبد الكاتب، ويتفقا على أنه كان كاتباً وقد زالت الكتابة عنه، ولكن اختلفا في أن زوالها عنه كان قبل البيع أو بعده، فيدّعي البائع أن زوالها بعده فالبيع لازم، ويدّعي المشتري أن الزوال قبله فله حق الخيار.

فهنا موردان للأصل، أحدهما الأصل بقاء وصف الكتابة إلى زمان البيع، والآخر عدم تحقّق البيع في زمان وجود الوصف، فإن كان المقتضي في كل من الأصلين تاماً تعارض الأصلان، وإن كان أحدهما تاماً دون الآخر كان قول صاحبه هو المقدّم.

ولمعرفة ذلك لا بدّ من التدقيق في تشخيص موضوع الأثر، فهل هو اجتماع البيع مع الوصف في زمان، فإذا تحقّق البيع وكتابة العبد في زمان واحد كان القول قول البائع؛ لوصول الحق إلى المشتري.

أو هو بيع العبد الموصوف بالكتابة؟

الصحيح أن موضوع اللزوم هو بيع العبد الموصوف بالكتابة، بمقتضى الارتكاز والنصوص، وصرف اجتماع البيع والوصف في زمان لا أثر له؛ لأن الأثر يترتب على البيع المتعلق بالعبد الكاتب، واستصحاب بقاء الكتابة بالنسبة إلى وقوع البيع على العبد الكاتب مثبت.

فعلى رأي من يقول بحجية الأصل المثبت يكون قول البائع هو المقدّم؛ لتحقّق البيع بالوجدان، وثبوت الكتابة بالأصل.

وأما عند من لا يرى حجيته فلا مجال لإثبات موضوع اللزوم؛ فإن استصحاب بقاء كتابة العبد إلى زمان البيع لا يصحح وقوع البيع على العبد الكاتب، فلا يقدّم قول البائع.

وأما من الطرف الآخر، أعني أصل عدم تحقق البيع في زمان وجود الوصف، فلا إشكال في كونه مثبتاً أيضاً؛ لأن لازم عدم تحقق البيع في

زمان كتابة العبد هو وقوع البيع على العبد الفاقد للوصف، وهذا لازم عقلي بالنسبة إلى أصل عدم البيع.

فالأصل من طرف المشتري مثبت أيضاً.

فالنتيجة: أن كلاً من الأصلين ساقطان، فلم ينهض أصل بقاء الكتابة حتى يقدّم قول البائع، ولا أصل عدم وقوع البيع على العبد الكاتب حتى يقدّم قول المشتري، وإذا سقط الأصلان تمسّك بأصل اللزوم؛ فإنه بعد فسخ المشتري يشك في ارتفاع الملكية الحاصلة، فيستصحب بقاؤها، فيقدّم قول البائع؛ لموافقته لأصالة اللزوم.

الخلاصة

وخلاصة الكلام: أن في الاختلاف ثلاثة فروض:

١- الاختلاف في أصل تحقّق سبب الخيار، أي في أصل اشتراط الوصف في البيع، وقد ناقشنا جميع أنظار الأعلام من العلامة والشهيد والمحقق الثاني والشيخ الأعظم قدست أسرارهم، القائلين بتقدّم قول المشتري، واخترنا تقديم قول البائع.

٢- الاختلاف في أصل وجود الوصف حين البيع، والحق تقديم قول المشتري على جميع التقادير، على خلاف الفرض السابق.

٣- الاختلاف في بقاء الوصف في وقت البيع وزواله، والحق فيه تقديم قول البائع؛ لكون الأصول الموضوعية مثبتة، والمرجع بعد ذلك إلى أصالة لزوم العقد.

مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول

ذهب الشيخ الطوسي، والقاضي، وابن سعيد، والعلامة في بعض كتبه، والمحقق الكركي في جامع المقاصد إلى القول بالبطلان[١].

والدليل الذي نقله الشيخ رحمه الله في المكاسب عن التذكرة وجامع المقاصد هو: (أن بعضه عين حاضرة، وبعضه في الذمة مجهول)[٢]، فلا تكون المعاملة واجدة لشرط صحة البيع.

وذهب العلامة رحمه الله في المختلف إلى القول بالصحة[٣]، وقال الشيخ رحمه الله: (لا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً)[٤].

تحقيق الشيخ في المسألة

ثم قسّم الشيخ رحمه الله المسألة إلى صور ثلاث:

الصورة الأولى: أن يبيع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معيّن على أن ينسجه على ذلك المنوال.

---

(١) المبسوط ٢: ٧٧، المهذب ١: ٣٥٢، الجامع للشرائع: ٢٥٦ - ٢٥٧، التذكرة ١١: ٧٩، جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٩.

(٣) المختلف ٥: ٧٣، وقال فيه: (والأقرب عندي الجواز.

لنا : إنها عين مملوكة يصح الانتفاع بها، فيجوز بيعها كغيرها من الأعيان).

(٤) المكاسب ٥: ٢٦٩، وقد نقلنا دليله في الهامش السابق.

وحكم فيها بالصحة؛ وذلك لأن المبيع مؤلف من جزئين، أحدهما المنسوج والآخر الغزل الجزئي المعين، واشترط في المعاملة شرط نسج الغزل على منوال المنسوج، فالمقتضي لصحة البيع موجود، والمانع مفقود، والشرط مشمول لعموم « المؤمنون عند شروطهم »، ولو لم يفِ البائع بالشرط كان للمشتري خيار تخلّفه.

الصورة الثانية: أن يبيع البعض المنسوج منضماً معه مقدار معين كلي من الغزل، على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وقد حكم فيها أيضاً بالصحة؛ إذ لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة إلا بالكلية والجزئية، ولا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وللمشتري خيار الشرط لو تخلّف البائع.

الصورة الثالثة: أن يبيع هذا البعض المنسوج المعيّن منضماً إلى منسوج معيّن كلي على أن يكون النسج على هذا المنوال.

والفرق بينها وبين سابقتها أن النسج الكلي في السابقة أخذ شرطاً، وفي هذه الصورة أخذ قيداً ووصفاً.

وقد حكم فيها بالصحة أيضاً؛ إذ ضم الكلي إلى الجزئي لا يضرّ بصحة البيع، غايته يكون البائع مديناً للمشتري بالكلي الموصوف، والفرق بينها وبين السابقة أن للمشتري في الصورة السابقة خيار تخلّف الشرط؛ لاستلامه المبيع فاقداً للشرط، وأما في هذه الصورة فلم يستلم المشتري كامل المبيع، بل المتخلّف باقٍ على مال البائع، فله في القسم المنسوج خيار تبعّض الصفقة.

ولو تعذّر التسليم كان له خيار آخر، أعني خيار تعذّر التسليم.

هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمه الله من التحقيق في المقام[١].

أدلة القول بالبطلان

الوجه الأول: ما نقله الشيخ رحمه الله عن العلامة والمحقق الكركي قدس سرهما، من أن بعضه معلوم وبعضه مجهول، والنتيجة تتبع أخس المقدمات فيكون المبيع مجهولاً.

وهو غير ناهض؛ إذ الفرض أن البعض المنسوج معيّن، واشترط في البعض الآخر أن يكون على منواله، فلا جهالة في البين ولا غرر.

الوجه الثاني: ما اعتمده الشيخ الطوسي رحمه الله، من أن البيع واحد، وهو بالنسبة إلى المنسوج لازم، وبالنسبة إلى غير المنسوج، الذي اشترط فيه أن يكون نسجه على منوال الأول جائز، والبيع الواحد لا يتحمل حكمين متضادين.

وهذا الوجه لم يذكره الشيخ الأنصاري رحمه الله، وذكره العلامة رحمه الله في بعض كتبه[٢] وأجاب عنه بجوابين:

الأول: أن في هذا البيع عقدين، عقد تعلّق بالمنسوج، وهو المحكوم باللزوم، والآخر تعلّق بغير المنسوج، وهو المحكوم بالجواز، فلم يجتمع

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٢) المختلف ٥: ٧٣.

اللزوم والجواز في شيء واحد.

وفيه: أنه خلاف الفرض؛ فإن الفرض كون البيع واحداً، والمبيع مركباً من جزئين، منسوج وغير منسوج.

الثاني: أن حكم هذا البيع واحد؛ لثبوت الخيار في الثوب أجمع لو لم ينسج الباقي على منوال الأول.

الوجه الثالث: ما استدل به العلامة رحمه الله في بعض كتبه، من أن هذا النحو من البيع غير معهود في الشرع؛ فإن المعهود بيع الكلي، أو الجزئي، وأما بيع الكلي منضماً إلى الجزئي فليس بمعهود.

وفيه: أن إطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾ يشمل مثل هذا البيع مع رعاية المعتبر في بيع الكلي والجزئي، والمعهودية ليست من موجبات الانصراف، والمعيار انطباق عنوان متعلّق الإنشاء على المورد، فيكفي في انطباق الحكم عليه، أعم من كونه نادراً أو شائعاً[1].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٧٩، تحرير الأحكام ٢: ٢٩١.

والموجود في المختلف ٥: ٧٣، هو الإشكال الآتي؛ فإنه تعرّض فيه لاستدلال الشيخ رحمه الله والجواب عنه، ولا بأس بنقل ما ذكره رحمه الله بطوله، قال:

(مسألة : إذا ابتاع ثوباً على خف نساج، وقد نسج بعضه على أن ينسج الباقي ويدفعه إليه. قال الشيخ في المبسوط : يبطل البيع. وتبعه ابن البراج.

واحتج الشيخ: بأن ما شاهده من الثوب البيع لازم فيه من غير خيار الرؤية، وما لم يشاهده يقف على خيار الرؤية فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وانتفاؤها، وهذا متناقض.

والأقرب عندي الجواز .

تنبيه

إن الحكم في ما ذكره الشيخ رحمه الله من الصور الثلاث صحيح ولا إشكال فيه، ولكن هذه الصور تختلف عن الفرع المعنون عند القدماء؛ فإنهم لم يعنونوا المسألة بضم الكلي إلى الجزئي، بل المعنون عندهم بيع ثوب شخصي، بعضه منسوج، وبعضه الآخر غير منسوج، فهو من ضم الموجود الشخصي إلى المعدوم الشخصي، ومثل هذا البيع غير معهود؛ لاشتراط الملكية في المبيع، والمملوك إما جزئي خارجي، أو كلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فليس طرفاً لإضافة الملكية، فبيع الثوب

لنا : إنها عين مملوكة يصح الانتفاع بها، فيجوز بيعها كغيرها من الأعيان.

واحتجاج الشيخ ليس بجيد؛ لأنا نثبت الخيار في الثوب أجمع إن لم ينسج الباقي كالأول، ونمنع لزوم البيع في المنسوج.

سلمنا، لكن نمنع التناقض؛ لأن الموضوع يختلف؛ فإن موضوع اللزوم هو المنسوج وموضوع الجواز هو غيره، ومع تغاير محل الموضوعين لا تناقض.

لا يقال: إنه بيع لشيء معدوم معيّن؛ لأنه باعه ثوباً ولم يثبت مثله في الشرع؛ لأن الثابت إما بيع عين موجودة معينة أو بيع معدوم غير معين.

لأنا نقول: نمنع أولاً من أنه باع معدوماً.

وقوله: (إنه باعه ثوباً).

قلنا: بمعنى أنه باع نصف ثوب منسوج ونصف ثوب غير منسوج، وليس النسج هنا إلا كما لو شرط الخياطة أو الصباغة، وكما يصح هنا فكذا هناك.

سلمنا، لكن نمنع بطلان ذلك، ولا يجب في كل حكم ثبوت نظير له. والمعتمد في صحته عموم قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾).

الشخصي بنحو ما عنونه القدماء، من أن بعضه منسوج، وبعضه غير منسوج محل إشكال، والحكم بصحته في غاية الإشكال.

وإما إطلاق ﴿أحل الله البيع﴾، فلا يشمله؛ للزوم أن يكون متعلّق البيع مملوكاً؛ لأن حقيقة البيع التمليك، أو تبديل طرفي الإضافة، فلا بدّ من وجود الإضافة، والمضاف بالإضافة الملكية لا يخلو من شيئين: الجزئي الموجود في الأعيان، والكلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فلا يقع طرفاً للإضافة[1].

وبهذا ينتهي الكلام في خيار الرؤية، والحمد لله رب العالمين.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المطلوب عمل، وهو نسج الباقي على منوال الأول. فأجاب: بأن العمل أمر آخر، خارج عن محل بحثنا؛ فإن العمل في الذمة قابل للتمليك، فيكون أجيراً لنسج الثوب، والفرض في ما نحن فيه تمليك الجزئي المعدوم قبل تعيّنه، وهو غير قابل للتمليك.

السابع .. خيار العيب

لا يخفى أن موضوع خيار العيب هو المبيع الشخصي، لا الكلي، ومنشأه فقدان المبيع لوصف الصحة، ويشترك هذا الخيار مع سائر الخيارات في أن صاحب الخيار مخيّر بين الإمضاء والردّ، ويفترق عنها - بمقتضى الأدلة - في أن الإمضاء في خيار العيب ليس مجانياً، بل لصاحبه مقدار ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وهو المسمّى بالأرش، بخلاف سائر الخيارات؛ فإن الإمضاء فيها مجاني.

وقد تعرّض الشيخ رحمه الله في مبدأ البحث إلى مطالب أربعة[1]:

مبنى خيار العيب عند الشيخ

الأول: في مبنى خيار العيب، فقال ما لفظه: (إطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنيّاً على سلامة العين من العيب).

ومراده من ذلك: أن العين إذا كانت معيبة، فعلى ناقلها - البائع أو المشتري - بيان العيب، أو التبرّيء منه، وعدم ذكر ذلك في العقد معناه

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧١.

وقوعه مبنياً على سلامتها من العيب، فإطلاق العقد يقتضي وقوعه على العين مشروطة الصحة والسلامة من العيب.

فيرجع هذا الإطلاق إلى الشرط الإرتكازي، بمعنى أن بناء العقلاء ومرتكزهم في المعاملات عند عدم ذكر العيب ولا التبريّء منه على سلامة العين.

منشأ الحكم بصحة المعاملة مع الجهل بسلامة المبيع

الثاني: إن منشأ الحكم بصحة هذه المعاملة مع الجهل بسلامة المبيع هو أصالة السلامة.

توضيح ذلك يتوقف على بيان الإشكال في المسألة أولاً، وحاصله: أن المشتري اشترى العين مع جهله بكون العين صحيحة أو معيبة، فينشأ عندنا إشكال الجهالة وإشكال الغرر في البيع، ومقتضاهما الحكم ببطلان المعاملة، ولكن الفقهاء أفتوا بصحتها ما لو كانت العين معيبة، بخلاف حكمهم في سائر الأوصاف؛ فإنهم ألزموا ببيانها من خلال توصيف البائع، أو رؤية المشتري، ولو الرؤية السابقة مع جريان الاستصحاب، ومع عدم البيان وانكشاف الفقدان حكموا بالبطلان.

والسبب في ذلك أن المعاملة وقعت مبنية على أصالة السلامة، فيخرج المورد من تحت الجهالة والغرر.

دفع الإشكالات الواردة على هذا المبنى

الثالث: في دفع الإشكالات الواردة على مبنى خيار العيب؛ إذ يرد على التمسك بإطلاق العقد ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الإطلاق لا يقتضي الصحة، أي لا ينصرف العقد إلى خصوص الصحيح، ولذا لم يقتضه في مثل النذر والعهد، فلو نذر أن يعطي الفقير شاة فأعطاه معيبة كان موفياً بنذره؛ لتعلّق النذر بالعين، أعم من الصحيحة والمعيبة.

الإشكال الثاني: إن المبيع في ما نحن فيه جزئي حقيقي خارجي، ولا محلّ للإطلاق فيه؛ لأن الإطلاق يأتي في مورد التقييد، والجزئي لا يقبله.

الإشكال الثالث: إن مقتضى الإنصراف إلى الصحيح عدم وقوع العقد على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما.

والجواب عنها ثلاثتها: أن المراد من الإطلاق في المقام ليس الإطلاق الأصولي، وإنما وقوع العقد مبنيّاً على شرط الصحة، بمعنى أن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية، واستغني عن ذكره لاعتماد المشتري في وجود الصحة على الأصل، وانصرافه عن المعيب إنما هو من ناحية الالتزام الوفائي[1].

مناقشة من يقول بوجود خيارين في باب العيب مع اشتراط الصحة

المطلب الرابع: إن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد؛ لأنه

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٢.

تصريح بما يكون العقد منزّلاً عليه، ولا يفيد خياراً آخر مضافاً إلى خيار العيب، كما ربما يقال: من أن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن تصرّف لو ظهر عيب[١].

وأيّده بما ورد في رواية يونس: « في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمة »[٢]؛ فإن الاقتصار على أخذ الأرش ظاهر في عدم جواز الردّ، فيدلّ على أن الخيار خيار العيب ليس إلا، ولو كان هنا خيار تخلّف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرّف في الجارية بالوطء أو مقدماته[٣][٤].

المراد من أصل السلامة الذي أفاده الشيخ ومناقشته

وهنا جهتان من البحث:

الجهة الأولى: إن الشيخ رحمه الله عقد هذه المسألة لردّ إشكال أن البيع إذا

---

(١) حكاه في المسالك ٣: ٢٨٢.

(٢) الوسائل، الباب٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث١.

(٣) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب استفسار ما حاصله: عن في الرواية جهتين:

١- إن بعضهم قال بأن كلمة « على أنها عذراء » في الرواية لا تفيد الاشتراط، بل تصور أنها بكر، وردّه الشيخ رحمه الله بأنه خلاف الظاهر؛ فإن ظاهر قوله: على كذا هو الاشتراط.

٢- أن كلمة « فلم يجدها عذراء » بمعنى علم بذلك بدون التصرّف، فردّه الشيخ رحمه الله بأن ظاهرها انكشف له بالتصرّف فيها بالوطء.

ومع هاتين الجهتين حكمت الرواية بالأرش، ولو كان الخيار خيار الاشتراط لم يسقط بالتصرّف.

(٤) المكاسب ٥: ٢٧٣ - ٢٧٤.

تعلّق بالعين الغائبة بدون اشتراط الصحة فبان معيباً، فلا شك في صحة البيع، مع أن العين لو كانت مجهولة من جهة صفات الكمال، والصفات الدخيلة في المالية لكان البيع غررياً باطلاً، وجهالة وصف الصحة أولى بالغررية والبطلان، فكيف اجتمعت الجهالة والغرر والصحة؟

واختار الشيخ رحمه الله لرفع هذا الإشكال أن البيع وقع مبنيّاً على أصالة السلامة، فتنتفي الجهالة والغرر.

والكلام الآن في المراد من هذا الأصل، ومحتملاته لا تخرج عن ثلاثة:

١- الأصل التكويني.

٢- الأصل العقلائي.

٣- الأصل الشرعي.

أما الأول فالمراد منه أن الأشياء بطبعها الأولي، وفي أصل خلقتها سالمة صحيحة، والعيب والنقص يطرآن عليها بحسب العامل الخارجي، فالأصل الأولي في خلقتها سلامتها عن العيب.

وفيه: أولاً: أن هذا المعنى للأصل تام في الجملة، بنحو الموجبة الجزئية؛ فإن النقص والعيب - كالحركة القسرية في الأشياء - على خلاف طبعها الأولي؛ فإن الفساد في الكائنات يحصل من عامل خارجي؛ فإنها صنع من أتقن كل شيء.

ولكنه أخص من المدّعى؛ فإن متعلّق البيع لا ينحصر في خصوص صنائع الله تعالى ومخلوقاته، بل كثير من المبيعات من صنع البشر وعملهم، فلا أصل يقتضي سلامتها، بحيث يقال: الأصل في الفرش المنسوج أنه سالم لا عيب فيه، والأصل في الدار المبنية أنها سالمة، وهكذا..

نعم، عندنا أصالة الصحة في المعاملات، بمعنى أنا لو شككنا في صحتها من حيث تمامية الأجزاء والشرائط وعدمها نحكم بالصحة، من باب « ضع أمر أخيك على أحسنه »[1]، فلو تكلّم بكلام وشككت في أنه قال فحشاً أو لا، لم تحمله على قول الفحش، بهذا المقدار، ولا ينجرّ إلى أن نقول: لو عرض شيئاً في السوق فلا تفتش فيه، ولا تفحصه لتراه سالماً أو صحيحاً، بل ابنِ على الصحة؛ فإنه لا دليل على ذلك من الشرع، ولا مقتضى الأصل والخلقة.

وثانياً: أن الرافع للغرر إنما هو الوثوق والإطمئنان، وغاية ما يوجبه هذا الأصل - لو تمّ في نفسه - الظن، والظن لا يغني من الحق شيئاً.

وأما الثاني، أي الأصل العقلائي، فهو ليس شيئاً آخر غير البناء العقلائي، وليس من بنائهم أخذ المبيع من كل أحد مبنياً على سلامته، من دون فحص ولا تفتيش، بل بناؤهم على تفتيشه.

وأما الثالث، أعني الأصل الشرعي، فهو إما الاستصحاب أو البراءة،

---

(١) الوسائل، الباب ١٦١ من أبواب العشرة، الحديث٣.

ولا شيء منهما يقتضي سلامة المبيع.

فالحق أن أصل السلامة الذي أفاده الشيخ رحمه الله وآخرون، لو سلّم به لم ينفِ الجهالة والغرر المانعين من صحة المعاملة.

أصل السلامة عند المحقق الأصفهاني وردّه

وقد قرّب المحقق الأصفهاني رحمه الله هذا الأصل بدون أن يعترض عليه بما حاصله: إن الغلبة في الأشياء على السلامة، فإذا ورد العقد عليها فالظاهر وروده على الغالب، وهو الصحيح السالم، إلا إذا قيّد بشيء يصرف هذا الظهور كالتبرّي من العيب، فأصل الصحة مركب من أمرين: المقتضي لإرادة الصحيح من المبيع، وهو غلبة السلامة في مورد المعاملات، وعدم المانع، وهو عدم ذكر العيب، أي أن عدم ذكر العيب يدفع المانع[1].

وفيه: أن المقتضي المذكور لا يتجاوز الظن؛ فإن غلبة السلامة تقتضي الظن بإلحاق الشيء على الأعم الغلب، والمطلوب لرفع الغرر حصول الوثوق بعدمه.

وأما عدم ذكر العيب من طرف البائع أو المشتري، في الثمن أو المثمن فلا يفيد؛ لأن عامة الناس - إلا ما شذَّ من أهل الصلاح - لا يذكرون عيوب مبيعاتهم، بل ربما يخفونها للتوصل إلى بيعها.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله على المكاسب ٤: ٤٣٢.

فما أفاده المحقق الأصفهاني من تقرير الأصل غير مجدٍ أيضاً.

طريق المحقق الخوئي لرفع إشكال الغرر في بيع المعيب

ولهذا نرى المحقق السيد الخوئي رحمه الله لم يرَ طريقاً لرفع الإشكال إلا طريق جعل الخيار من طرفي المعاملة، وتوضيح دليله:

إن الخيار على قسمين:

١- خيار شرعي، كخياري المجلس والحيوان، وهذا الخيار لا يرفع الغرر.

٢- خيار جعلي، بأن يجعل المتعامل لنفسه خياراً، وهذا الخيار يرفع الغرر؛ لأن الغرر أمر عرفي، وعندما يشتري المبيع بشرط أن يكون له الخيار - فيما لو تبيّن كونه معيباً - لا تعدّ المعاملة غررية ولا خطرية في نظر العرف، فيكون المصحح لبيع المعيب مع الجهل به هو الخيار المجعول في المعاملة من طرف المتعاملين[1].

الإشكال في طريق المحقق الخوئي

وفيه: **أولاً**: أن الرافع للغرر هو المسبَّب، وهو الخيار، وهو المجعول، بأن يكون لمن أخذ المعيب حق ردّه، فلا فرق حينئذٍ بين أن يكون بجعل الشارع أو بجعل المتعاملين، ولا وجه لهذا التفصيل.

نعم، لو كان للجاعل مدخلية في رفع الغرر لكان لهذا التفصيل وجه.

وثانياً: أنه يلزم من القول بأن جعل الخيار رافع للغرر لازم فاسد، لا

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٩٦.

يمكن الالتزام به، وهو تصحيح جميع المعاملات المتعلقة بالمجهولات، فيكون بيع المجهول صحيحاً إذا اشترط فيه الخيار؛ لارتفاع مانعية الجهالة بشرط الخيار، والتخصيص بخيار العيب بلا مخصّص.

وثالثاً: إن رفع الغرر بشرط الخيار لو تبيّن كون المبيع معيباً مستلزم للدور الباطل، وتوضيح ذلك:

إن المفروض أن الخيار الرافع للغرر خيار مسبّب عن الشرط، بمعنى أن المشتري اشترط لنفسه الخيار لو كان المبيع معيباً، وهذا ما يلتزم به القائل أيضاً، وبما أن الشرط الابتدائي باطل؛ لأن المقوّم لمفهوم الشرط كونه التزاماً في ضمن التزام آخر، فلا بدّ أن يكون هذا الشرط - الذي هو منشأ للخيار - في ضمن العقد، وبما أن الإهمال بالنسبة للصحة والفساد غير معقول، لا في الشرط ولا في العقد الذي وقع فيه الشرط، وكذلك الإطلاق في العقد من جهتهما؛ لعدم الأثر للشرط في ضمن العقد الفاسد، فلا مجال إلا من القول بأن موضوع الشرط هو البيع المقيّد بكونه صحيحاً.

وعندما يكون مقيّداً بالبيع الصحيح، وصحة البيع تتوقف على عدم الغرر، فإذا كان عدم الغرر يتوقف على هذا الخيار لزم الدور المحال، واجتماع المتقابلين؛ لأن هذا الخيار لا يرفع الغرر إلا إذا كان مورداً لإمضاء الشارع، ومحكوماً بالصحة، وصحته تتوقف على صحة الشرط، وصحة الشرط تتوقف على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم

الغرر، فإذا كان عدم الغرر مستنداً إلى هذا الخيار، فهو يستلزم أن يكون ما في الرتبة المتقدمة متأخراً، وما في الرتبة المتأخرة متقدّماً، وهذا هو اجتماع المتقابلين، وهو دور واضح[1].

التحقيق في الرافع للغرر

والحق في المطلب: أن الالتزامات إذا كانت مورداً لبناء العقلاء فهي تعدّ من جملة القواعد العقلائية وإن لم يلتفت الأفراد إلى أنهم في مقام إنشاء الإلزام والالتزام، وبهذا تكون حجة عقلائية، فإذا كانت كذلك كانت رافعة للغرر والخطر.

وتطبيقه على المقام: أن بناء العقلاء - فيما إذا كان أحد العوضين معيباً - قائم على إلزام صاحب المتاع المعيب بقبول الردّ، سواء التفت وجعل الشرط في ضمن المعاملة أو لم يلتفت، ويعتبر ذلك من الحقوق العقلائية لمن أعطي المعيب، وهذا البناء أو السيرة العقلائية قطعية، وقد أمضاها الشارع.

وبهذا يعرف أن الرافع للغرر ليس أصل السلامة، ولا شرط المتعاملين، بل السيرة العقلائية القائمة على مؤاخذة صاحب المعيب،

---

(١) نقل بعض الحاضرين كلام المحقق الحائري في المقام، فقرره الشيخ الأستاذ دام ظله بما حاصله: أن بإعمال الخيار ترتفع الخسارة والضرر، ولكن يفوت الغرض.
فأجاب الشيخ الأستاذ: بأن المدار في المعاملات ليس على الأغراض الشخصية، وإنما هي دواع، وتخلّفها غير مضر.

وإلزامه بقبول الردّ[١].

المناقشة في تاييد الشيخ برواية السكوني

وأما ما أفاده الشيخ رحمه الله، من أن اشتراط الصحة يفيد التأكيد لخيار العيب، لا خياراً آخر، وأيّد دعواه برواية يونس، فالتأييد بالرواية يتوقف على تمامية المقتضي، وانتفاء المانع، وتمامية المقتضي تتوقف على تمامية السند والدلالة، وفي كلها بحث:

أما السند، فقد نقل الكليني الرواية بهذا الطريق: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن إسماعيل بن مرار، عن يونس.

وفي إسماعيل بن مرار وجهان لتوثيقه:

الأول: كونه من رجال تفسير القمي، وهذا الوجه قوي، ولهذا نلاحظ أن المحقق السيد الخوئي رحمه الله، قد عدل عن مبناه في تصحيح رواة كتاب كامل الزيارات، ولم يعدل عن مبناه في تصحيح رواة تفسير القمي، وفي ذلك نكتة، نتركها إلى محلها.

الثاني: وهو قوي وهو: أن محمد بن الحسن بن الوليد قد اعتمد على روايات يونس ما عدا ما يرويه محمد بن عيسى بن عبيد، فإسماعيل بن

---

(١) إن قيل: ألا يعتبر هذا شرطاً أيضاً إلا أنه شرط ارتكازي ضمني، فلا يفترق عن ما سبق؟

قيل: ليس من الشرط الارتكازي؛ لأنه يحتاج إلى الالتفات ولو ارتكازاً، وهذا من القوانين العقلائية الممضاة، فهو ثابت وإن لم يلتفت إليه.

مرار يندرج في ضمن من اعتمدهم ابن الوليد وهو توثيق منه لهم.

وهنا وجه ثالث أيضاً، حاصله: أن الراوي عن إسماعيل بن مرار هو إبراهيم بن هاشم، وهو شيخ القميين في زمانه، والمعروف عن القميين عدم الرواية عن الضعفاء، ولا عن من يروي عنهم ولو كان في نفسه ثقة، فلا يعقل من مثل هذا الشخص، في مثل هذا المحيط، مع هذا المبنى أن يروي عن الضعيف، فلهذا نحن في مثل هذه الموارد لا نرى التوقف - في قبول الخبر - على ثبوت التوثيق الخاص للراوي، من النجاشي أو الشيخ وأمثالهما، بل نتأمل فيها وفي طريقها، ولا نتسرع في طرحها[1].

وعليه، فالرواية إن لم تكن صحيحة فهي قوية، فيشكل الفتوى على خلافها.

نعم، الإشكال في الرواية من جهة أن يونس لم يروها عن الإمام عليه السلام؛ إذ هي: « عن يونس في رجل اشترى جارية على أنها عذراء.. »، بل ولم يقل عنه، لتكون مضمرة، فنصححها بأن مضمرات يونس مقبولة كمضمرات زرارة وأمثاله ممن لا يروون إلا عن

---

(١) لازم هذا المبنى أن نلتزم بتوثيق من يروي عنه إبراهيم بن هاشم، بل من يروي عنه القميون، ولا يمكن الالتزام به.

نعم، هذا المبنى يفيد بالنسبة إلى الإكثار عن شخص، بمعنى أن نقول بأن إكثار إبراهيم بن هاشم عن شخص مجهول لنا يكشف عن وثاقته؛ للسبب المذكور في المتن، ولا أقل من الاستشكال في طرح روايته.

وأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله في مثل هذه الموارد: بأن الاعتماد ليس على رواية القميين فقط، بل فيما إذا اجتمع مع رواية القميين أمور أخر، كما فيما نحن فيه.

الإمام عليه السلام، فالمحتمل قويّاً - إن لم يكن جزماً - أنها فتوى ليونس، لا أنها رواية عن المعصوم عليه السلام.

ولو تنزلنا وسلّمنا بتمامية الرواية سنداً ومتناً، إلا أن الدلالة محل إشكال؛ فإن بحثنا في العيب، وثيبوبة الجارية لا تعدّ عيباً في العرف؛ فإنها الغالبة في الإماء، والقليل منهن أبكار، بل يمكن القول بأن الثيبوبة في مطلق النساء - حتى الحرائر - لا تعدّ عيباً، وأقصى ما يمكن أن يقال بأن البكارة صفة كمال في المرأة، لا أن الثيبوبة نقص، ولا سيما في الجواري.

وعلى هذا فالرواية غير مرتبطة بمحل البحث، وتأييد الشيخ رحمه الله بلا وجه[1].

ولو سلّم تمامية جهة الاقتضاء في الرواية إلا أنها مبتلاة بالمعارض، وهي رواية سماعة قال: سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك؟

قال: « لا يرد عليه ولا يجب عليه شيء؛ إنه يكون يذهب في حال

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: بأن البكارة لها دخل في المهر:
نعم، لا شك في أن صفات الكمال لها دخل في المهر، ولا ربط لذلك بكون الثيبوبة عيباً، بل حتى الصفات الاعتبارية لها دخل في المهر، فربما يكون مهر البنت غالياً لكونها ابنة التاجر الكبير.
كما أن معرفة العبد بالكتابة لها دخل في قيمته، ولكن عدمها لا يعدّ عيباً فيه.

مرض، أو أمر يصيبها »[١].

وهي وإن كانت ضعيفة بسند الكليني، إلا أنها صحيحة بسند الشيخ[٢]، ومدلولها نفي الردّ، ونفي أن يكون له شيء، فإحدى الروايتين مثبتة للأرش، والأخرى نافية له، فيقع التعارض بينهما.

ولكن المستفاد من التعليل في رواية سماعة لعدم الرد، وعدم الأرش بـ« إنه يكون يذهب في حال مرض، أو أمر يصيبها »، أن ذهاب البكارة إن كان بسبب الوطء فله الأرش، وأما إن كان بسبب عارض آخر كالمرض فلا أرش له.

وكيفما كان فرواية يونس غير قابلة للتأييد؛ لما ذكرناه سابقاً.

---

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٢.

(٢) الكافي ٥: ٢١٥، وسنده هو: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عمن حدثه، عن زرعه بن محمد، عن سماعة.

وفي الاستبصار ٣: ٨٢: أحمد بن محمد عن الحسين عن زرعة عن سماعة.

مسألة: التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب

إن المتسالم عليه بين الفقهاء، قديماً وحديثاً، في ما إذا كان في أحد العوضين عيب، أن لمن انتقل إليه المعيب - بائعاً أو مشترياً - حق الخيار بين الردّ مجاناً، وإبقاء البيع مع أخذ ما به التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب، المسمّى بالأرش.

فالمسألة من حيث الأقوال بلغت درجة من التسالم بحيث إن الشيخ رحمه الله نفى فيها الخلاف، فقال: (بلا خلاف)[1]، ولم يحكه عن غيره، مع ما هو المعروف من دقته وورعه، فيكشف ذلك عن حصول القطع له أو الاطمئنان بعدم المخالف، ولا يحصل ذلك إلا بعد الإحاطة الواسعة بالأقوال وسبرها، وعدم وجدان المخالف بينها؛ إذ لا يخفى أن الشهادة على الإثبات أسهل من الشهادة على النفي، كما هو مبيّن في باب القضاء.

ولبلوغ هذا الإجماع هذه المرتبة من القوة، فهو يختلف عن سائر الإجماعات، التي يمكن مناقشتها من جهة كونها منقولة أو حدسية أو مدركية أو محتملة المدرك.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٥.

وأما من حيث الأدلة، فالروايات الواردة في أصل الخيار بلغت حدّ الاستفاضة، وأما بالنسبة إلى الأرش فقد جعل الشيخ رحمه الله البحث في جهتين: الروايات، ومقتضى القاعدة، وقد عبّر عنهما بقوله: (وقد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعب جداً، وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة)[1].

وقوله صعب في الأولى، وأصعب في الثانية؛ لورود إشكالين على الأولى، وأربعة على الثانية، كما سيأتي.

وكيف كان فالبحث يقع في مقامين:

المقام الأول: مقتضى الروايات.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة.

المقام الأول: مقتضى الروايات

أما المقام الأول فاستفيد من التعبير بالردّ الوارد فيها فيما إذا كان المبيع معيباً؛ فإن الردّ على نحوين: ردّ في الجملة، وهو ردّ البعض، وردّ بالجملة، وهو ردّ الكل، وعنوان الردّ شامل لهما، فالأول الأرش، كما أن الثاني الخيار.

وقد قال الشيخ رحمه الله عن هذا الوجه كما تقدم: (وهو صعب جداً)، ووجه الإشكال فيه:

أولاً: أن كلمة الردّ عندما تضاف إلى العين تكون ظاهرة - إن لم

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٦.

تكن صريحة - في ردّ الكل، وردّ البعض ليس ردّاً للشي، بل ردّ لبعضه، والردّ في الروايات أضيف إلى المبيع، فيخرج الردّ في الجملة عنه موضوعاً.

وثانياً: سلّمنا بأن الردّ مطلق شامل للردّ في الجملة، إلا أنه لا يشمل مورد الأرش؛ لأن الردّ في الأرش أعم من أن يردّ بعض الثمن، وأن يردّ من غيره.

نعم، لو كان الردّ ردّاً لبعض الثمن دائماً لصدق على ردّه الردّ في الجملة، ولكنه ليس كذلك.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة

وأما المقام الثاني، فتقريب ما أفيد لجعل الأرش مقتضى القاعدة: أن الصحة وإن كانت وصفاً، إلا أنها بمنزلة الجزء؛ لأنها كالأجزاء من حيث ركنيتها في مقام المالية وبذل الثمن، ودخالتها في أصل المطلوب، بخلاف غيرها من أوصاف الكمال، الدخيلة في تمام المطلوب، لا في أصله، وعندما تكون بمنزلة الجزء فالثمن يقسّط عليها وعلى سائر الأجزاء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذٍ لتبعّض الصفقة، فالأرش على مقتضى القاعدة.

إشكالات الشيخ الأعظم

وقد أورد عليه الشيخ رحمه الله بإشكالات:

الإشكال الأول: منع كون الصحة بمنزلة الجزء، لا عرفاً ولا شرعاً،

وتوضيح ذلك:

أن الصحة ليست بجزء، بل هي وصف بلا إشكال، فالحكم بترتيب أثر الجزء عليها يتوقف على دليل التنزيل، كما في تنزيل الطواف بالبيت منزلة الصلاة ليترتب عليه حكمها؛ لأن التنزيل على خلاف الأصل، وإلحاق شيء بشيء في الأثر على خلاف الأصل قطعاً، والخروج عن هذا الأصل يتوقف على وجود دليل قطعي، ودليل التنزيل لا يخرج عن وجهين: العرف أو الشرع.

أما العرف، فلم تقم السيرة العقلائية على كون الصحة بمنزلة الجزء، بل هي عندهم من الأوصاف، إلا أن الأوصاف على نحوين:

النحو الأول: أوصاف من الدرجة الأولى، كوصف الصحة، والتساوي بين الثمن والمثمن، بأن لا يكون بين الثمن والمثمن تفاوت فاحش.

النحو الثاني: أوصاف كمال.

فلم يثبت قيام السيرة العقلائية على كون الصحة بمنزلة الجزء.

ويمكن تقرير ذلك: بأن وصف الكمال يفترق عن وصف الصحة في بذل الثمن، فترتفع قيمة المبيع ارتفاعاً كبيراً بملاحظة وصف الصحة، أكثر مما لو لوحظ وصف الكمال فقط، ولكن لا بنحو تكون الصحة حيثية تقييدية، بل هي علّة لارتفاع قيمة المبيع، فتكون حيثية تعليلية، فلا يكون الأرش على طبق القاعدة، بل على خلافها، بخلاف ما لو كانت حيثية تقييدية، وعدم التفريق بين هذين أوقع المستدل في الاشتباه.

وأما الدليل الشرعي، فهو النص أو الإجماع، والنص غير موجود في

المسألة قطعاً، وأما الإجماع فلم يثبت، ولو ثبت لم يكن تعبّدياً كما سيأتي.

الإشكال الثاني: إنه لو كان مقتضى القاعدة تنزيل وصف الصحة منزلة الجزء للزم القول ببطلان البيع بمقدار ما يقابل الصحة من الثمن؛ لأن حقيقة البيع التمليك بعوض، ومع فرض عدم الصحة يكون جزء من الثمن بلا عوض، فيكون البيع بالنسبة إليه باطلاً، والحال أن المشهور أو مورد دعوى الإجماع صحة البيع، إلا أن له حق المطالبة بالأرش.

الإشكال الثالث: على فرض التنزّل، فإن حقيقة الأرش عبارة عن بذل ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، ولا فرق بين أن يؤدّى من الثمن أو من غيره، ولو كانت الصحة بمنزلة الجزء للزم أن يرجع من عين الثمن، والحال أن الذي استقرت عليه الفتوى - قديماً وحديثاً - عدم استحقاق المطالبة بعين الثمن.

الإشكال الرابع: أنا لو فرضنا الصحة بمنزلة الجزء أو القيد لوقع تحت القصد؛ لأن الإنشاء - سواء أكان بمعنى التسبيب إلى تحقق الملكية، أم بمعنى الاعتبار المبرز - متقوّم بالإرادة والقصد، ولا يوجد بائع في مقام إنشاء البيع إلا ويقصد بذل الثمن في مقابل العين، لا في مقابل أوصافها، فعدم القصد أدل دليل على عدم إمكان ترتيب آثار الجزء.

الإشكال الخامس: إن الخيار والأرش كليهما من الحقوق اتفاقاً، والحق يتقوّم بقابليته للإسقاط، أي أن لصاحب الحق أن يسقط حقّه، وبهذا

يمتاز الحق عن الحكم.

فإذا قلنا بأن الصحة بمنزلة الجزء، فمع فقدها يكون ما بإزائها من الثمن باقياً على ملك المشتري، وجواز أخذ المشتري له من البائع حكم لا حق؛ لأن يد البائع على هذا المقدار من الثمن يد على مال الغير، والسلطنة على أخذ ماله من يد الغير من الأحكام، لا من الحقوق القابلة للإسقاط، بينما الأرش من الحقوق القابلة للإسقاط بالضرورة.

الإشكال السادس: أنه في حال كون الأرش مقتضى القاعدة، فالثمن لا يبعّض، بحيث يكون جزء من الثمن في مقابل الصحة؛ لأن أخذ وجود الصحة في المبيع الشخصي على وجه الشرطية؛ لما تقدّم مفصّلاً في المسألة السابقة، من ابتناء معاملات العقلاء على اشتراط الصحة، فإذا كانت الصحة شرطاً فهي قسيم للجزء؛ لأن الشرط قسيم للجزء، والفرق بينهما أن الثمن يقع في مقابل الجزء لا الشرط، فنمنع أن يكون جزء من الثمن في مقابلها.

وما قيل من أن للشرط قسطاً من الثمن مردود من ناحية فنية؛ فإن الشروط قيود ترجع إلى الالتزامات الوفائية بالمعاملات، فلا يقسط الثمن عليها.

إشكال بعض المحشين على الإشكال السادس

وقد ناقش في هذا الإشكال عدّة من المحشين، وحاصله: أن المناط في كون شيء شرطاً ليس هو الذكر في اللفظ، بل المناط على اللب والواقع، فإذا كانت الصحة جزءاً فهي جزء وإن جاءت بصورة الشرط،

أي أن الشرط يكون في حكم الجزء، فلو باع الأرض بشرط أن تكون مائة متر، فكانت ثمانين متراً، فالثمن - حسب رؤية العقلاء - يكون في مقابل جميع الأجزاء، ففرق بين ما لم يكن جزءاً ووقع تحت الشرط، وما كان جزءاً ووقع تحت الشرط، فالثاني يكون الثمن في مقابله وإن كان بصورة الشرط، فيدخل في خيار تبعّض الصفقة بلا إشكال، دون الأول[١].

فهذا الإشكال مندفع، وأما الإشكالات الخمسة فلا دافع لها، فلا يمكن إتمام الأمر بلحاظ القاعدة.

فالحق أن القاعدة لا تقتضي ثبوت الأرش؛ فإن الصحة حيثية تعليلية، لا تقييدية، بمعنى أنها منشأ لارتفاع قيمة المبيع، كما أن العيب منشأ لنزولها، فلا تقابل بالثمن كما لو كانت حيثية تقييدية، فما يمكن ادعاؤه - حسب مقتضى الدليل، الخاص أو العام - هو ثبوت الخيار، وأما ما زاد عليه - ونعني به تملّك المشتري لمال الآخر الذي باعه المعيب - فثبوته له محل شك، ومقتضى إطلاق ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[٢]، عدم جواز أخذ الأرش.

كما أن مقتضى الأصل العملي عندما نشك في جعل مثل هذا الحق، عدم جعله.

---

(١) منهم مصباح الفقاهة ٧: ١٠١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

وأما الإجماع، فقد عبّر عنه صاحب الجواهر رحمه الله بقوله: (إجماعاً محصلاً، ومحكياً مستفيضاً، صريحاً وظاهراً، وهو الحجة)[١].

ونفى الشيخ رحمه الله الخلاف في المسألة، فقال: (ظهور العيب في المبيع يوجب تسلّط المشتري على الرد وأخذ الأرش بلا خلاف)[٢]، وقال في آخر البحث: (وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الرد والأرش).

إلا أنه صرّح بعد ذلك بقوله:

(نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد، لكنه - مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية، وبعض مواضع المبسوط -...إلخ).

فنفي الشيخ رحمه الله للخلاف مخدوش بما نقله عن الشيخ الطوسي رحمه الله في المبسوط، وكتاب المبسوط وإن كان لا يقاس بكتاب الخلاف من ناحية آراء الشيخ رحمه الله، كما لعلنا نوضحه في مقام آخر، إلا أن لهذه المسألة خصوصية، وهي مخالفة المبسوط لما في النهاية، وهذه نقطة مهمة؛ فإن كتاب النهاية كتاب فتوى، وكتاب المبسوط كتاب استدلالي، وبعد اللتيا والتي لم يتضح مختار الشيخ رحمه الله، فتسقط دعوى نفي الخلاف.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٦.

(٢) المكاسب ٥: ٢٧٥.

وأما دعوى صاحب الجواهر رحمه الله الإجماع المحصّل فبلا دليل، وأما الإجماع المنقول فدعوى تامة، إلا أنه غير مقبول، لاسيما بملاحظة الاستناد إلى القاعدة، أو إلى النصوص، أو إلى « لا ضرر »، مما يدلّ على كون الإجماع مدركياً.

فالحق: عدم ثبوت التخيير بين الردّ والأرش، بل الأرش لا يكون إلا بعد عدم إمكان الردّ.

وفي الختام نشير إلى أن المحقق الأردبيلي رحمه الله لما بلغ إلى هذه المسألة اعتبرها من المشكلات، وسأل الله تعالى أن يمدّه بفهمها، وقال: وهذه واحدة من كثير مما لم نفهمه، وهذا دليل على معرفته.

هل ظهور العيب مثبت للخيار أو كاشف عنه

هل خيار العيب يثبت بمجرد العقد على المعيب، أو لا يثبت إلا بعد ظهور العيب؟

المحتملات الثبوتية للمسالة

الكلام أولاً في المحتملات الثبوتية للمسألة، وهي أربعة:

الأول: أن الوجود الواقعي للعيب علّة تامة للخيار.

الثاني: أن العلة التامة لثبوت الخيار هو ظهور العيب.

الثالث: أن الوجود الواقعي للعيب مقتضٍ لثبوت الخيار، وظهوره شرط.

الرابع: أن أصل وجود الحق تابع لوجود العيب، ولكن إعماله يتوقف على ظهوره.

مختار الشيخ وبيان أدلته

ومختار الشيخ رحمه الله هو الرابع، كما هو الحال في خيار الغبن، وقال: وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، وأيّد استظهاره من كلماتهم: بأن ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط، وبما أن خيار الرؤية يتحقق بالرؤية، ففي العيب يثبت الخيار بظهوره.

وأكّد استظهاره بكلام العلامة رحمه الله: بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها، معلّلاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية[1].

ثم اختار رحمه الله بأن الخيار يتحقق بنفس الوجود الواقعي للعيب.

واستند في ذلك إلى ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: اتفاق الفقهاء على جواز التبرّي وإسقاط خيار العيب

---

(١) لعله يشير إلى ما في التذكرة ١٠: ٥٩: (ج - إذا أختار إمضاء العقد قبل الرؤية ، لم يلزم ، لتعلق الخيار بالرؤية ، وبه قال أحمد والشافعي في أظهر الوجهين.

د - لو تبايعا بشرط عدم الخيار للمشتري ، لم يصح الشرط ، وبه قال أحمد والشافعي في أظهر الوجهين).

أو ما في ١١: ١٥٣: (مسألة ٣٢٤ : إذا اختار إمضاء العقد قبل الرؤية ولم يوصف المبيع ، كان البيع باطلا . ويصح عند الشافعي. وحينئذ لو اختار الإمضاء ، لم يصح ؛ لأن الخيار يتعلق بالرؤية).

عند تحقّق العقد، ولو أنيط الخيار بظهور العيب لا بوجوده لم يكن معنى لإسقاطه قبل ظهوره.

الدليل الثاني: وذكره بنحو التأييد، وحاصله: أن في العيب يوجد استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو طرف مقابل للخيار؛ فإن من انتقل إليه المعيب مخير بين الأرش وإبقاء المعيب، وبين الخيار وفسخ البيع، إلا أن الفقهاء اختلفوا في أن هذين الطرفين - الأرش والخيار - في عرض واحد، أو الأرش في طول الخيار، فلا تصل النوبة إليه إلا بعد التصرّف في المبيع، ذهب المشهور إلى الأول، وغيرهم إلى الثاني.

وكيف كان، فإنه لا شكّ في أن في خيار العيب يوجد فيه استحقاق الأرش، وهذا بنفسه يؤيد أن الخيار يدور مدار وجود العيب، لا مدار ظهوره؛ لأن الأرش هو التفاوت بين الصحيح والمعيب، والموجب له العيب في المتاع، لا ظهوره فيه، فاستحقاق الأرش يؤيد أن سبب الخيار واقع العيب، لا ظهوره.

وإنما اعتبره مؤيداً، لا دليلاً؛ لأن استحقاق الأرش وإن كان يدور مدار وجود العيب، وأن العيب موضوع له، إلا أنه لا محذور ثبوتاً وعقلاً في أن يجعل الشارع استحقاق الأرش منوطاً بظهور العيب لا بوجوده.

الدليل الثالث: ظهور بعض أخبار المسألة في أن السبب هو نفس العيب.

ويشير الشيخ رحمه الله إلى:

١- صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »[١].

حيث يستفاد منها أن منشأ الردّ هو العيب الذي لم يتبرأ منه، لا ظهوره.

ولا يخفى أن التعبير عنها بالصحيحة لا يخلو من مسامحة؛ لاشتمال سندها على موسى بن بكر، ولكنه ثقة، فهي صحيحة بمعنى أنها معتبرة، لا بالمعنى المصطلح.

٢- ورواية داود بن فرقد في باب العيوب، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدْركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه »[٢].

وبيان الاستدلال برواية داود أن الإمام عليه السلام جعل الصغرى عدم الحيض لمن كانت في سنّ من تحيض، والكبرى أن العيب موجب للردّ، فترتيب الردّ على العيب يدلّ على أن حقّ الردّ يدور مدار العيب، لا ظهوره.

وهذا الظهور يستفاد من روايات أخرى في باب أحكام العيوب.

---

(١) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٢) الوسائل، الباب من أبواب العيوب، الحديث١.

ثم ناقش الشيخ رحمه الله فيها: بأن المستفاد منها مدخلية العيب في الخيار، ولكن لا تدلّ على العليّة التامة؛ إذ يحتمل أن يكون بنحو المقتضي والظهور شرط، ونفس الاحتمال كافٍ لبطلان الاستدلال.

وحاصل كلام الشيخ رحمه الله: أنه استدل بثلاثة أوجه: الاتفاق، واستحقاق المطالبة بالأرش، والظهور، وقد ناقش في الاستحقاق والظهور، ثم قال:

(فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله، وأنه يفيد ثبوته بمجرّد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد).

وختم تحقيقه بقوله: فافهم.

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله من أوله إلى آخره[1].

والنتيجة: أنه لا يبقى عند الشيخ رحمه الله إلا دليل الاتفاق؛ إذ لم يناقش فيه، ولكنه ساقط عن الاعتبار أيضاً؛ فإن الاتفاق قام على جواز الاسقاط قبل ظهور العيب، وقد قدّمنا سابقاً جواز إسقاط الخيار بعد وجود المقتضي وإن لم يوجد الشرط، ولهذا جاز أن يشترط المتعامل سقوط الخيار في متن العقد، والحال أنه في ضمن العقد لم يوجد إلا المقتضي.

فكما يمكن أن يكون منشأ الاتفاق هو تلقّي الأصحاب للحكم كابراً عن كابر إلى أن يصل إلى الإمام عليه السلام، يمكن أن يكون مستندهم هذه

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٧- ٢٧٨.

القاعدة، أعني كفاية المقتضي لجواز الإسقاط، فلا يثبت أن علّة الخيار هو الوجود الواقعي للعيب، فلم يبقَ للشيخ رحمه الله ما يصلح للاستناد.

مقتضى التحقيق في المسالة

ومقتضى التحقيق في المسألة البحث في مقامات ثلاثة:

المقام الأول: مقتضى الأصل العملي.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة.

المقام الثالث: مقتضى الأدلة الدالة على خيار العيب.

مقتضى الأصل العملي

أما المقام الأول فيمكن أن يقرب الأصل بعدّة تقريبات:

التقريب الأول: الأصل عدم ثبوت الخيار إلى أن يظهر العيب؛ لأن البحث ومحل الشك قبل ظهور العيب، وأما بعد ظهوره فالخيار لا إشكال فيه.

وأورد عليه بعض أهل النظر: بأن استصحاب عدم الخيار بنحو السلب التام مثبت، وبنحو السلب الناقص لا حالة سابقة له.

وتوضيح الإشكال: إن ما له الأثر هو عدم خيارية هذا العقد بمفاد ليس الناقصة، فإذا أريد استصحاب عدم خياريته، فيشترط أن تكون له حالة سابقة متيقنة، ولا حالة سابقة له؛ لأن هذا العقد في زمان تحقّقه، إما تحقّق خيارياً أو لازماً، فعدم الخيارية لهذا العقد لا حالة سابقة له.

وأما عدم الخيار بنحو السلب التام، ومفاد ليس التامة، فهو وإن كانت

له حالة سابقة، أي عدم الخيار أزلاً، والآن نشك في جعله، إلا أن استصحاب عدم الخيار أزلاً لا يثبت عدم الخيار لهذا العقد إلا بنحو الأصل المثبت.

وهذا الإشكال لا يتمّ إلا إذا قلنا بأن الوجود إذا كان نعتياً فالعدم لا بدّ أن يكون نعتياً أيضاً، وبما أن خيارية هذا العقد نعتي، فعدم خياريته كذلك.

وبعبارة أخرى:

إن خيارية هذا العقد مفاد كان الناقصة، فإذا كان عدم الخيارية مفاد ليس الناقصة كان استصحاب عدم الخيار مثبتاً.

وأما إذا كان طرف العدم مفاد ليس التامة وإن كان طرف الوجود مفاد كان الناقصة، أي أن الوجود نعتي، وأما العدم فليس بنعتي، فالأمر يختلف، وقد بني على هذا النظر الدقيق في استصحاب عدم قرشية المرأة؛ فإن قرشيتها نعت، ومفاد كان الناقصة، ولكن لرفع قرشيتها اكتفي باستصحاب عدمها أزلاً، ولهذا حلّت مسألة عدم قرشية هذه المرأة بهذا البيان: أن هذه المرأة حال عدم وجودها لم تكن امرأة، ولا قرشية، فلما وجدت المرأة شككنا في تبدّل عدم القرشية بالنسبة لهذه المرأة من العدم إلى الوجود، فنستصحب عدم ثبوت القرشية لهذه المرأة، وهو كافٍ.

والأمر فيما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن هذا العقد مسبوق بالعدم،

فحال عدمه لا عقد ولا جواز، فلما حصل العقد شككنا في تحقق الخيارية والجواز الحقي مع وجوده، فنستصحب عدم التحقق؛ لتمامية أركانه، ولا يرد إشكال المثبتية؛ لعدم الملازمة بين الوجود النعتي ومفاد كان الناقصة، وبين العدم النعتي ومفاد ليس الناقصة، بمعنى أنه ليس دائماً إذا كان الوجود نعتياً فالعدم مثله.

فالكلام إذن يبتني على المختار في جريان استصحاب العدم الأزلي، فمثل المحقق النائيني رحمه الله الذي لا يجريه لإشكال المثبتية لا يجريه في المقام؛ لنفس السبب، وأما مثل المحقق صاحب الكفاية رحمه الله وغيره ممن لا يمنع من جريانه فيمكن جريانه هنا، وهو المختار؛ لتمامية المقتضي وانتفاء المانع.

نعم، يرد في المقام إشكال المعارضة بين استصحاب عدم الجواز الحقي، واستصحاب عدم اللزوم الحقي، وبيان ذلك:

إن اللزوم والجواز على نحوين: لزوم وجواز حقيان، كلزوم الصلح، وجواز البيع الخياري، ولزوم وجواز حكميان، كلزوم عقد النكاح في غير موارد العيوب المنصوصة، وجواز الهبة، والفرق بين الأمرين أن الحقي منهما بيد المتعاملين، فبإمكان من يجوز له الفسخ في الجواز الحقي أن يسقط خياره، وأما في الجواز الحكمي فليس له أن يسقط الحكم بالجواز.

والجواز واللزوم - فيما نحن فيه - جواز ولزوم حقيان لا حكميان، وهذا العقد حينما أنشيء، إما أنشيء لازماً باللزوم الحقي، وإما أنشيء

جائزاً بالجواز الحقي، فإن كان لازماً فلا خيار فيه، وتشمله ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، وإن كان جائزاً ففيه الخيار، وتشمله أدلة الخيار، فكل من الجواز واللزوم اعتباران شرعيان، فإذا شككنا في جواز هذا العقد ولزومه، فكما يجري أصل عدم الجواز، فكذلك يجري أصل عدم اللزوم، فيتعارضان.

ونتيجة البحث: أن هذا الأصل لا يجري في المقام؛ إما لعدم المقتضي على مبنى المحقق النائيني رحمه الله، وإما لوجود المانع على ما هو المختار.

التقريب الثاني: أن هذا العقد وقع يقيناً، وإذا ظهر العيب وفسخ من له الخيار انحل يقيناً، وأما إذا فسخ قبل ظهور العيب فنشك في انحلاله وبقائه، والأصل بقاؤه.

ولا إشكال في جريان هذا الأصل؛ لتمامية أركانه.

التقريب الثالث: أن لهذا العقد بعد تحققه آثاراً تترتب عليه، ومنها انتقال كل من العوضين إلى ملكية الطرف الآخر، فلو فسخ قبل ظهور العيب، وشكّ في زوال ملكية العوض عن من انتقل إليه فالأصل بقاؤه في ملكه.

فالنتيجة في هذا المقام:

أن مقتضى الأصل بالتقريبين، الثاني والثالث، عدم ثبوت الخيار قبل ظهور العيب، فيكون ظهوره موضوعاً لتحقق هذا الخيار.

رأي السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في مقتضى القاعدة

وأما المقام الثاني، وهو مقتضى القاعدة، فقد ذهب عدّة من الأعاظم، منهم الفقيه النبيه السيد اليزدي، والمحقق الإيرواني قدس سرهما إلى التمسك بالإطلاق الأزماني في ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، فيحكم بلزوم هذا البيع إلى أن يظهر العيب.

وتوضيح ذلك: إن في ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ عموماً أفرادياً، مفاده يجب الوفاء بكل عقد، وإطلاقاً أزمانياً، ومفاده يجب الوفاء بكل عقد في كل زمان، وبيع المعيب داخل في كليهما، فيجب الوفاء به في كل زمان، ولكن بالنسبة إلى ما بعد ظهور العيب نعلم يقيناً بتقييد الإطلاق، وأن البيع بعد ظهور العيب خياري قطعاً، وأما قبل ظهوره فنشك، ومقتضى الإطلاق الأزماني اللزوم[1].

المناقشة فيما أفاده السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في بيان القاعدة

ونحن وإن تمسكنا بهذا الإطلاق في بعض الموارد، إلا أن التمسك به إنما يكون في غير صورة وجود الشرط الإرتكازي العقلائي في المعاملة، وأما فيها فلا ينعقد الإطلاق، وبما أن المعاملة فيما نحن فيه مبنية بحسب الشرط الإرتكازي على سلامة العوضين - فإن العاقل عندما يقدم على شراء المتاع يكون بانياً على سلامته، ولهذا يحتاج البائع إلى التبريء من العيب، أو أن يبعيه أعم من كونه سالماً أو معيباً ويقبل المشتري على ذلك - فالعقود الداخلة في وجوب الوفاء هي العقود مع

(١) حاشية السيد اليزدي ٣: ٩١، حاشية المحقق الإيرواني، قسم الخيارات: ٥٢.

شرائطها ومنضماتها، وبما أن الصحة من الشروط العقلائية الارتكازية فهي مأخوذة في ضمن العقد واجب الوفاء، فبيع المعيب غير مشمول إلى الإطلاق الأزماني من أساس؛ لقصور الإطلاق، فلا يصح التمسك به في المقام.

فالقاعدة وإن كانت في نفسها تامة، إلا أنها لا تشمل موارد الشروط الارتكازية التي منها سلامة المبيع.

مقتضى أدلة خيار العيب

وأما المقام الثالث، وهو مقتضى الأدلة الخاصة الدالة على خيار العيب، فهي وجوه:

مقتضى قاعدة لا ضرر

الوجه الأول: التمسك بقاعدة « لا ضرر »، ومفاد الاستدلال بها: أن الحكم باللزوم مع وجود العيب ضرر على المشتري، مستند إلى الشارع، فينتفي بها، والمستفاد من ذلك ثبوت الخيار من حين العقد، إلا أنه لم يكن يعلم بالعيب، وعدم علمه به لا يعني عدم ضررية هذا اللزوم، ويترتب على ذلك أنه لو لم يكن ملتفتاً إلى العيب ولكنه ندم من إنشاء المعاملة ففسخها، فإن كان الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب ففسخه لغو، ولا أثر له، وإن كان ثابتاً من حين العقد فقد تمّ الانفساخ.

وما يرد على هذا الوجه الإشكال على أصل المبنى كما حققناه سابقاً، من أن حدّ دلالة « لا ضرر » هو نفي اللزوم، لا إثبات حق الخيار؛

فإن الثاني أخص من الأول؛ إذ نفي اللزوم يجتمع مع الجواز الحكمي كما في الهبة، والجواز الحقي كما في البيع الخياري.

مقتضى الشرط الإرتكازي

الوجه الثاني: التمسك بالشرط الارتكازي العقلائي، ومقتضاه ثبوت الخيار من حين العقد أيضاً؛ لأن العقلاء يجرون المعاملة مبنية على شرط السلامة في المتاع، وهذا الاشتراط من حين العقد، فإذا تخلّف كان له الفسخ من حينه.

نعم، سواء أكان المستند « لا ضرر »، أم الشرط الارتكازي فهو لا يثبت أكثر من جواز الفسخ، ولا يخفى أن في باب العيب حكمين على نحو التخيير، الأخذ بالخيار، أو المطالبة بالأرش، والثاني على خلاف القاعدة، فيحتاج في إثباته إلى دليل خاص، و« لا ضرر »، والشرط الارتكازي لا يثبتانه.

مقتضى الأدلة الخاصة

الوجه الثالث: الأدلة الخاصة بالبحث كالروايات الواردة في باب العيوب، وفي باب الخيارات، المتقدم بعضها، كصحيحة زرارة، ورواية داود بن فرقد، والمستفاد منها ثبوت الخيار من حين العقد؛ لاستناد الخيار إلى العيب، لا إلى ظهوره، كما يظهر من التعبير بـ وبه عيب، أو عوار، ولم يتبرأ منه.

إشكالان

ولكن هنا إشكالين:

الإشكال الأول على كون مفادها الخيار من حين العقد ودفعه

أن خيار العيب في الروايات معلّق على عناوين نفسانية، مثل وجد، ظهر، رأى، وهي أخص من واقع العيب، فالمستفاد من التعليق على الوجدان والظهور والرؤية هو أن المعلّق عليه الخيار هو ظهور العيب لا واقعه.

وقد أجاب عمدة أعاظم الفن: بأن أخذ هذه العناوين ظاهر في الطريقية.

وهذه الدعوى تحتاج إلى إثبات؛ إذ يمكن أن يقال: بأن الأصل في العناوين المأخوذة في الحكم هي الموضوعية، فإسقاط مدخليتها وحملها على الطريقية يحتاج إلى دليل، وما يمكن الاستدلال به لرفع الإشكال طريقان:

الطريق الأول: أن هذا الأصل - أي كون العناوين المأخوذة في الأحكام بنحو الموضوعية - لا عموم فيه؛ لقصور المقتضي، وبيان ذلك:

إن الأصل في العنوان المأخوذ في الحكم أن يكون بنحو الموضوعية ما لم تكن الطريقية ذاتية فيه، وأما ما كانت ذاته الطريقية فالأصل فيه أن يكون بنحو الطريقية، والعلم والوجدان والظهور من هذا القبيل؛ لأن حاق هذه الأمور الطريقية؛ والمرآتية عين ذات القطع واليقين والظهور، فالنظر لها بنحو الموضوعية هو الذي يكون على خلاف الأصل فيها، فمثلها مثل النور، فإنا لا نلتفت معه إلا إلى المستنير دون الالتفات إليه، وأما لو

أريد النظر إليه لاحتاج إلى التفات له، والوجدان والعلم والقطع كذلك، فالأصل فيها الطريقية، والموضوعية تحتاج إلى مؤونة زائدة.

الطريق الثاني: إن الروايات الواردة في الباب ليست تعبدية، بل هي واردة في مورد الارتكازات العقلائية، القائمة على أن منشأ الخيار هو وجود العيب، لا ظهوره، وعدم العبرة بالعلم به عندهم، فتكون هذه الارتكازات قرينة حافة بالكلام، فلو كان مقتضى الأصل - في هذه العناوين - الموضوعية لكانت الارتكازات العقلائية صارفة لها عن الموضوعية إلى الطريقية.

فتحصل - بعد ملاحظة هذين الوجهين -: أن الحق كون المستفاد من الروايات ثبوت الخيار من حين وقوع العقد؛ فإن المأخوذ في الموضوع، وإن كان وجدان العيب، إلا أنه أخذ طريقاً إلى واقع العيب.

الإشكال الثاني للشيخ ودفعه

ما أورده الشيخ رحمه الله، من أن ظاهر بعض الأخبار أن السبب هو نفس العيب، لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعله بحدّ المقتضي، وظهور العيب شرط، فلا تدلّ على تحقق الخيار من حين العقد[1].

ولبّ إشكال الشيخ رحمه الله يرجع إلى إثبات الأخص بالأعم؛ فإن مفاد الروايات إثبات أصل دخل العيب، والمدّعى السببية التامة للعيب، وهو أخص من الدليل.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٧.

ويمكن دفعه:

أولاً: بأن الخيار عندما يستند إلى العيب في الروايات من دون أن ينضم إليه غيره، فإطلاق الاستناد يقتضي أن العيب هو تمام المؤثر؛ إذ لو وجد مؤثر آخر معه لكان مقتضى القاعدة بيانه، وبما أنه لم يبيّن فمقتضى الإطلاق عدم التقييد.

وثانياً: المفروض أن الارتكاز العقلائي قائم على أن الوجود الواقعي للعيب هو تمام السبب، ولا أثر للعلم والجهل بحسب بنائهم في ثبوت الخيار وعدمه، وضمّ هذا الارتكاز إلى إطلاق « وبه عيب أو عوار » يؤكد أن المؤثر التام في الخيار هو العيب، لا أنه بحدّ المقتضي.

الحق في المسألة

والحاصل: أن الحق في المسألة هو: أن مقتضى الأصل العملي كون الخيار من زمان ظهور العيب، وكذلك مقتضى القاعدة على مبنى القوم، وأما بحسب ما بنينا عليه من تنزيل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ على المرتكز العقلائي يكون مقتضى القاعدة ثبوت الخيار من حين العقد؛ لأن وجوب الوفاء يتعلّق بالعقد مع متعلّقاته ومنضماته، والشروط من جملتها، والشرط الارتكازي أحدها.

وكذلك مقتضى الأدلة الخاصة؛ فإنها دالة على ثبوت الخيار من حين العقد.

وهكذا مقتضى دليل « لا ضرر » على فرض التمسك بها.

لا فرق في الخيار بين الثمن والمثمن

قال الشيخ قدس سره: (لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرّح به العلامة وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معيباً)[1].

دليل الشيخ في التعميم والمناقشة فيه

واستند في التعميم للثمن إلى وجهين:

الأول: نفي الخلاف ظاهراً.

الثاني: إن الأخبار وإن كانت ظاهرة في عيب المبيع، إلا أنه من أجل كون الثمن نقداً غالباً، والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد.

وكلاهما محلّ المنع؛ أما الوجه الأول فيرد عليه:

أولاً: أنه لا يمكننا أن نحكم بعدم الخلاف جزماً؛ لأن كثيراً من أعاظم المحققين لم يتركوا مصنَّفاً ولا كتاباً يحمل آراءهم.

وثانياً: أن علماءنا متفرقون في البلدان كما صرّح الشيخ الطوسي رحمه الله بذلك، فلم تصل أيدينا على جميع كتبهم.

وهذان الإشكالان يسريان في جميع موارد دعوى نفي الخلاف.

وثالثاً: أن في المسألة وجوهاً متعدّدة، فلا يكشف نفي الخلاف عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٨.

فالوجه الأول ممنوع صغرى وكبرى.

وأما الوجه الثاني فيرد عليه: أن عندنا بحثين:

الأول: أن يرد العموم، أو الإطلاق في مورد خاص، فيكون صغرى لكبرى: خصوص المورد لا يخصص الوارد.

الثاني: أن يختص الحكم من الأول بالمورد، من دون أن يكون في المورد عموم أو إطلاق، فإسقاط خصوصية المورد، وإلغاؤها يحتاج إلى دليل، وغاية ما أفاده الشيخ رحمه الله لإلغاء الخصوصية: أن الغالب في الثمن أن يكون نقداً فيقلّ فيه العيب، بخلاف المثمن؛ فإن الغالب فيه كونه متاعاً فيكثر فيه العيب.

وغاية هذا الوجه إفادته الظن، والظن لا يغني من الحق شيئاً، بل لا بدّ من إحراز إلغاء خصوصية الموضوع في المورد الذي لا يوجد فيه عموم ولا إطلاق.

فكلا الوجهين ساقطان، ولا يصلحان مستنداً في الفتوى.

مقتضى التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال: إن في المسألة حكمين، الخيار، والأرش، وكلاهما على خلاف الأصل والقاعدة، أما الأول؛ فلأن مقتضى الأصل - فيما لو وقع البيع، وتحقق النقل والانتقال، ثم فسخ وشكّ في رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول - بقاء المال على ملك الذي انتقل إليه.

ومقتضى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ - بغض النظر عن إشكالنا - لزوم البيع، فلا بدّ من دليل على الخيار.

وأما الأرش؛ فلأن أخذه تملّك لمال الغير؛ فإن الأرش هو ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وما به التفاوت مال للغير، فتملّكه يحتاج إلى دليل.

أدلة الخروج عن مقتضى الأصل في الخيار والأرش

وما ذكر من الأدلة للخروج عن مقتضى الأصل والقاعدة فيهما ثلاثة:

الدليل الأول: قاعدة لا ضرر

فإن مقتضاها التعميم؛ لأن الحكم بلزوم المعاملة - مع كون الثمن معيباً - ضرر على البائع، كما أن الحكم بلزومها مع كون المثمن معيباً ضرر على المشتري، فينتفي اللزوم في الموردين؛ لأن حكومتها في المقامين.

ولكن يرد على الاستدلال بها: أن أقصى ما تفيده نفي اللزوم، لا إثبات الخيار، الذي هو من الحقوق القابلة للإرث والإسقاط، ولا الأرش.

ولا أقل من الشك، فيقتصر على خروج القدر المتيقن من تحت العام؛ وذلك: لأن نسبة « لا ضرر » إلى أدلة اللزوم كـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ نسبة الحاكم إلى المحكوم، والحكومة هنا تخصيص لبّاً، فإذا شك في سعة الخارج وضيقه اقتصر على خروج القدر المتيقن، وبما أن الجواز الحكمي والجواز الحقي يشتركان في أصل رفع المعاملة، ويزيد الجواز الحقي عليه بجواز إسقاطه، وبانتقاله إلى الورثة، فالقدر المتيقن في

المقام هو الجواز الحكمي فيقتصر عليه، فترفع اليد عن العام في حال الضرر بمقدار الجواز الحكمي فقط، فيجوز الفسخ دون ثبوت حق الخيار الذي يجوز إسقاطه وينتقل إلى الورثة.

الدليل الثاني: الشرط العقلائي الارتكازي

وهو دال على ثبوت حق الخيار في الثمن أيضاً؛ لأن بناءهم في المعاملات على سلامة العوضين، وبما أنه شرط من الشروط، فتخلّفه يوجب الخيار.

ولكنه لا يدلّ على الأرش، إلا إذا ثبت بناؤهم في موارد العيب على التخيير بين الفسخ وأخذ ما به التفاوت، ولا طريق لإحرازه، وغاية ما يمكن أن يدّعى بناؤهم على التوافق فيما به التفاوت، وهو يختلف عن استحقاق أخذ ما به التفاوت، الذي هو الأرش.

وبعبارة أخرى:

أن معنى الأرش استحقاق تملّك مال الغير؛ لأن الأرش هو مقدار ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وهو ملك للغير، فأخذه تملّك لمال الغير، وهو على خلاف الأصل، ولا يجوز إلا بسبب، وقامت السيرة على جواز الفسخ، وأما جواز التملّك فلا؛ لأنها دليل لبّي لا لسان لها؛ لتثبت أكثر من ذلك.

نعم، يمكن أن يدّعى قيامها على التوافق بين المتعاملين، بمعنى أن المال إذا كان معيباً وتبيّن لهما ذلك كان لهما أن يتوافقا على تسليم

الأرش وما به التفاوت، ولكن التوافق عليه ورفع اليد عن فسخ المعاملة أعم من ثبوت حق السلطنة على تملّك ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، فيقتصر - بناء على الشرط الارتكازي - على ثبوت الخيار فقط، وأما الأرش فمقتضى القاعدة والأصل عدم حق تملّك ما به التفاوت[1].

وأما إذا كان المستند الأخبار، فقد تقدّم أنها مختصة بالمثمن، إلا أن الشيخ رحمه الله قال بإلغاء الخصوصية، استناداً إلى غلبة كون الثمن نقداً، وغلبة كون النقود سالمة.

وقد تقدّم أن ذلك لا يعدو الظن، والأصل - في حال تعلّق الحكم بمورد خاص - دخل تلك الخصوصية فيه، ولا يرفع اليد عنها إلا بدليل، ولإلغائها طريقان، لا ثالث لهما: إما تنقيح المناط، أو الارتكاز العرفي على عدم دخل خصوصية الموضوع.

أما تنقيح المناط، فلا يفيد إلا إذا كان قطعياً، وأما الظني منه فهو قياس مردود بضرورة المذهب.

وأما إلغاء الخصوصية بالظن، فلا دليل عليه أيضاً.

---

(١) سأل بعض الحاضرين عن ما إذا كان الثمن كلياً وسلّم المعيب.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن كلامنا الآن في ما إذا كان الثمن والمثمن شخصيين، وليس في كلام الشيخ رحمه الله ذكر للكلي في المقام.

نعم، ذكر ذلك السيد اليزدي والمحقق الأصفهاني قدس سرهما، وليس هو محل البحث الآن.

إشكال السيد الخوئي على السيد اليزدي ورده

وقد أورد المحقق السيد الخوئي رحمه الله في المقام هذا الإشكال على السيد اليزدي رحمه الله، بعد أن حمل كلامه في إلغاء الخصوصية بسبب غلبة كون المثمن متاعاً، فيحصل فيه العيب، وغلبة كون الثمن نقداً، ويندر العيب فيه.

وردّه بأن ذلك لا يعدو إفادة الظن[1].

ولكن تعبير السيد اليزدي رحمه الله ليس كما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمه الله، بل قال: (فإنه - المناط - وإن لم يكن معلوماً، إلا أنه يكفي كونه مظنوناً، لا لأن الظن حجة، بل لأنه قد يكون الظن بالمناط قرينة عرفية على المراد من اللفظ، كما هو كذلك في المقام؛ فإنه قرينة على كون المبيع كناية عن العوض في البيع، سواء المبيع والثمن)[2].

فالسيد اليزدي رحمه الله جعل الظن الحاصل من الغلبة منشأ للقرينة العرفية على إلغاء خصوصية المثمن، ولم يجعل الإلغاء بسبب الظن الحاصل من الغلبة.

وهو محل إشكال أيضاً؛ فإن الحكم إذا تعلّق بموضوع خاص فلا تلغى الخصوصية إلا إذا رجع الخاص إلى العام عرفاً، وما لم يبلغ لهذا الحدّ، أو شك في ذلك، فالأصل يقتضي الأخذ بأصل الخصوصية.

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٠٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي رحمه الله ٣: ٩٢.

فمثلاً في موارد الطهارة والنجاسة، لو ورد الأمر بغسل اليد أو الثوب عند إصابتها للدم، فهنا تلغى الخصوصية جزماً؛ لقيام الارتكاز العرفي القطعي على أن الملاك في التنجيس السراية، وهي لا تختص باليد أو بالثوب، فالمورد وإن كان خاصاً إلا أن الحكم عام؛ لقيام الارتكاز العرفي على أن ذكر الخصوصية من باب المثال وبيان المصداق، ومتى ما كان كذلك كانت القرينة العرفية تامة.

ومثل ذلك ما لو سأل عن حكمه لما اشترى الدار وكانت معيبة، فأجيب بأن لك حق الفسخ، فإن العرف لا يفرق بين الدار وبين الكتاب المعيب في الحكم بجواز الفسخ.

ولكن الإشكال في المقام أن الخيار والأرش وردا في مورد المثمن، فتعديتهما إلى الثمن، وإلغاء خصوصية المثمن، إما أن يكون لنفس الارتكاز الموجود في باب السراية والملاقاة، وهو مفقود في المقام جزماً.

وإما لكون الغلبة قرينة عرفية، والقرينة العرفية إنما تكون في المورد الذي لا يتردد في قرينيتها، أي يحصل الجزم بأن الغلبة قرينة على عدم خصوصية المثمن، وعهدة ادعاء هذه القرينية على مدّعيها.

فما أفاده السيد اليزدي رحمه الله لا يحلّ الإشكال[1].

---

(١) أورد بعض الحضور كلام السيد الخوئي رحمه الله: (..وعليه فالأخبار الدالة على ثبوت الخيار والأرش في المبيع تدل على ثبوتهما في الثمن أيضاً، فيكون الخيار ثابتاً للمشتري أيضاً، كما ذكرنا سابقاً أن ما دلّ على أن ثمن العذرة سحت، أو ثمن الخمر سحت، أو

فالحق في المسألة: أن ما يمكن أن يفتى به في الثمن - استناداً إلى الدليل - الحكم بخيار العيب؛ بسبب الشرط الارتكازي العرفي، وأما ثبوت حق الأرش فلا دليل عليه.

تعميم خيار العيب إلى غير البيع

هذا كله بالنسبة إلى جريان خيار العيب في البيع، وأما في غيره من المعاملات كالإجارة والصلح فهو يدور مدار المبنى، وهو وجوه:

الوجه الأول: أن يكون المبنى الأخبار، بحيث نقول: إن ذكر البيع فيها من باب المثال، فالخيار والأرش يأتيان في غير البيع.

ولكن هذا الادعاء باطل؛ إذ لا دليل على أن ذكر البيع فيها لا خصوصية فيه، وإنما كان من باب ذكر مثال إلى المعاملات.

الوجه الثاني: أن يستند إلى تنقيح المناط، بأن يقال: إن المناط

ثمن الكلب سحت، أنه [لا] يختص بالمثمن فقط، بل يجري في الثمن أيضاً؛ لعدم الفرق في الفرض الذي نهي عن الثمن الأمور المذكورة [كذا]، فهي موجود فيما إذا كانت الأمور المذكورة ثمناً لشيء آخر، أو أجرة للعمل أيضاً كما هو واضح.

وإذا أمكن اثبات هذه الدعوى في المقام أيضا كان الخيار والأرش جارياً في طرف البايع أيضاً)، مصباح الفقاهة ٧: ١٧ -١٨.

وأجاب عنه الأستاذ دام ظله: بأنه قياس مع الفارق؛ فإنا نعلم بأن المانع في المثال كونه سحتاً، وأن السحتية جاءت من كونه عذرة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون ثمناً أو مثمناً، بخلاف ما نحن فيه.

الموجود في البيع موجود في بقية المعاملات.

وهو مردود؛ لأن المناط الظني لا حجية فيه، والقطعي لا يحصل.

الوجه الثالث: الشرط الارتكازي العقلائي؛ فإن بناء العقلاء في المعاملات على سلامة العوضين، فإذا تخلف هذا الشرط كان لمن أخذ المعيب الخيار.

وهذا الشرط يثبت الخيار، دون الأرش، ومقتضى القاعدة فيه عدم ثبوته.

الوجه الرابع: قاعدة « لا ضرر ».

وهي على القول بإفادتها الحق تثبت الخيار فقط، وأما على التحقيق فلا تفيد إلا نفي اللزوم، لا الحق القابل للاسقاط والإرث، فيمكنه الفسخ ليس إلا.

حكم جريان خيار العيب في بيع الكلي

ما تقدّم من الكلام كان في المبيع الشخصي، والكلام الآن يقع في المبيع الكلي، بمعنى أنه لو اشترى مائة كيلو حنطة، ثم في مقام الأداء سلّمه البائع حنطة معيبة، فهنا جهات من البحث:

الجهة الأولى: في ثبوت الخيار لردّ أصل العقد - كما في المبيع الشخصي – وعدمه.

الجهة الثانية: في ثبوت الأرش وعدمه في هذه المعاملة.

الجهة الثالثة: في تحقّق الوفاء بالفرد المعيب وعدمه.

الجهة الأولى: عدم ثبوت الخيار في البيع الكلي

أما الجهة الأولى، فتعرّض لها صاحب الجواهر رحمه الله - تبعاً للمحقق رحمه الله - في مبحث بيع الصرف، وذكرها من جهة الأرش في بيع السلف، والمستفاد من موارد من كلماته أنه يرى ثبوت الخيار والأرش[1].

وينبغي أن نوقع البحث بناء على النصوص تارة، وعلى القاعدة أخرى:

أما النصوص، فنصوص اشتراء الجارية يستفاد منها بشكل واضح أن المبيع شخصي، وأما التي كانت بعبارة: « اشترى شيئاً »، فالظاهر من عبارة « وبه عيب أو عوار » أن العيب أو العوار في نفس ما اشتراه، وهذا لا يصدق إلا في المبيع الشخصي، وأما الكلي فلا عيب فيه، وإنما يكون العيب في مصداقه، فالنصوص قاصرة الشمول للكلي؛ فإن المبيع لا عيب فيه، وما فيه عيب غير مبيع.

ولو أريد التمسك بالنصوص في المقام، فلا سبيل إلا من طرق ثلاثة:

الأول: تنقيح المناط، بمعنى أن مناط الحكم بثبوت الخيار في المبيع الشخصي هو وجود العيب فيه، فإذا وجد في الفرد المنطبق عليه المبيع كفى في الحكم بثبوته.

---

(١) راجع جواهر الكلام ٢٤: ٢٤ - ٢٨.

وهو واضح البطلان؛ لعدم استناد الأحكام إلى المناطات الظنية.

الثاني: أن يحمل ما ورد في النصوص على المثال، وذكر أحد المصاديق، وإلا فالحكم مجعول للأعم.

وهذا الوجه باطل أيضاً؛ لأن الأصل في العناوين المأخوذة في لسان الأدلة حملها على الموضوعية، وإلغاء الخصوصية، وجعل الموضوع أعم من كون المشترى معيباً أو كونه مصداقاً للمعيب خلاف أصالة الموضوعية.

الثالث: أن هذا المعيب وإن كان مصداقاً للمبيع بالدقة العقلية، إلا أنه مبيع بالنظر العرفي، وقد أشار إليه السيد اليزدي رحمه الله في حاشيته[1].

وهو مردود أيضاً؛ إذ لا بدّ من التفريق بين العرف المسامحي والعرف الدقي؛ فإنا وإن لم نعتمد في الموضوعات الشرعية على الدقة العقلية إلا أنا لا نأخذ بالعرف المسامحي، بل بالعرف الدقي، بحيث يصح الحمل ولا يصح السلب عنده في جميع المراتب، فمن اشترى الكلي وأعطي في مقام الأداء المصداق المعيب، فإنه وإن أطلق عليه عرفاً أنه أعطي ما اشتراه، إلا أنه لو سئل المشتري: هذا الذي اشتريته؟ لقال: لا، أنا اشتريت مائة كيلو من الحنطة، ولكن أعطاني هذا المعيب، فيسلب عنوان الشراء عن ما أعطي، فصحة السلب صحيحة عرفاً، وكاشفة عن أن المعيب غير المشترى، ولكن العرف المسامحي يتسامح

(١) حاشية السيد اليزدي ٣: ٩٤.

في الإطلاق.

فتحصّل مما ذكرنا: أن النصوص قاصرة عن إثبات الخيار في بيع الكلي، والتعميم إنما يكون بواسطة هذه الوجوه الثلاثة، وكلها باطلة.

الجهة الثانية: في عدم ثبوت الأرش

وأما الجهة الثانية، وهي في ثبوت الأرش وعدمه، فالكلام تارة على القول: بأن الأرش مقتضى القاعدة، وأخرى على القول: بكونه على خلاف القاعدة، وإنما ثبت في خيار العيب بالتعبد.

أما من يقول: بأنه مقتضى القاعدة، فيفرض أن الصحة تقابل بالثمن، فلها حصة من الثمن، فإذا فقدت في المثمن أخذ ما يقابله من الثمن.

وأما من يرى بأنه خلاف القاعدة، فيرى بأن الثمن إنما يقابل الأجزاء، لا الأوصاف؛ فإنها حيثية تعليلية لبذل الثمن، بخلاف الأجزاء؛ فإنها حيثية تقييدية لبذله، وهذا الرأي هو الحق.

وبناء عليه، فإذا كان المبيع كلياً، وأدّى المعيب، لم يكن مورداً للأرش؛ لكونه على خلاف القاعدة، والنصوص قاصرة الشمول عنه.

وأما على القول بأنه مقتضى القاعدة، فلا طريق له في المقام أيضاً؛ لأن الثمن - بناء على هذا القول - جعل في مقابل المثمن، فينقص منه بمقدار ما نقص من المثمن، فينقص مقدار ما قابل الصحة، فيتمّ فيما لو جعل الثمن في مقابل الفرد، ولكن في المقام جعل الثمن في مقابل

الكلي، والكلي لا عيب فيه لينقص منه ما قابل الصحة.

فلا يثبت الأرش على كلا القولين.

الجهة الثالثة: في تحقّق الوفاء بالفرد المعيب وعدمه

وأما الجهة الثالثة(مقتضى القاعدة)، فذهب المحقق الأصفهاني رحمه الله إلى تحقق الوفاء بالفرد المعيب؛ لأن الوفاء بالمعاملة تسليم المبيع إلى المشتري، وقد تحقّق إلا أنه معيب؛ وذلك لأن الأوصاف المأخوذة في المبيع على قسمين:

الأول: الوصف المقوّم للمبيع، فإذا تخلّف فالمبيع لا ينطبق على المؤدّى، مثل ما لو اشترى عبداً وأعطي أمة، أو بالعكس؛ فإن الذكورية والأنوثية في المملوك من المقوّمات.

الثاني: الوصف غير المقوّم للمبيع، كوصف الصحة، فإذا تخلّف يصدق على الفرد الفاقد له أنه مصداق للمبيع، وإن كان فاقداً للوصف، فيتحقّق الوفاء به، ولكن بما أن المبيع كان موصوفاً بوصف وقد تخلّف فللمشتري أن لا يقبله ويردّه، كما له أن يرضى به، فإن ردّه كان الكلي في ذمة البائع[1].

التحقيق هو التفصيل

ومقتضى التحقيق التفصيل؛ فإن الصحة المأخوذة في مبيع الكلي تتصور بصور:

---

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني رحمه الله ٤: ٤٤٠.

الصورة الأولى: أن يؤخذ وصف السلامة شرطاً في المبيع، بمقتضى الارتكاز العقلائي المبني على سلامة الثمن والمثمن في المعاملات.

الصورة الثانية: أن يؤخذ وصف السلامة من العيب قيداً في المبيع، بأن يكون المبيع الكلي مقيّداً بالسلامة.

ولهذه الصورة ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يؤخذ القيد في المبيع بنحو وحدة المطلوب، على وزان أن يشتري العبد الكاتب، على أن تكون الكتابة قيداً بنحو وحدة المطلوب.

الثاني: أن يؤخذ فيه بنحو تعدّد المطلوب، بحيث يكون القيد دخيلاً في كمال المطلوب.

الثالث: أن يشك في المأخوذ قيداً، هل أخذ بنحو وحدة المطلوب أو بنحو تعدّده.

فالصور أربع، وحكمها:

أما إذا أخذت الصحة شرطاً، فتسليم المعيب يحقق الوفاء بالعقد دون الوفاء بالشرط؛ فإن ما وقع عليه البيع مائة كيلو حنطة، وهذا العنوان ينطبق على ما أعطي للمشتري إلا أنه معيب، وكلام المحقق الأصفهاني رحمه الله في هذه الصورة تام.

وأما إذا أخذت قيداً، كأن يؤخذ في متعلّق البيع أن يكون عبداً سالماً، فإن كان بنحو تعدّد المطلوب، بحيث يكون للمشتري غرضان،

غرض يتعلق بأصل العبد، وغرض آخر يتعلّق بسلامته، فلو أعطاه العبد المريض صدق الوفاء عرفاً أيضاً، وإن أخذت السلامة وصفاً لا شرطاً.

وأما إذا أخذت بنحو وحدة المطلوب، فالفرد المعيب الذي سلّمه البائع ليس وفاء للبيع أصلاً؛ فإن المشترى حنطة سالمة، والمعطى حنطة معيبة، فلا يكون مصداقاً له بما هو مبيع، وإن كانت الحنطة المعيبة مصداقاً لكلي الحنطة بما هي كلي؛ فإن المعتبر في الوفاء بالمعاملة صدق الطبيعي بما هو مبيع، لا بما هو طبيعي.

وعلى هذا فيبقى الفرد المبيع في ملك مالكه الأول، ويكون في يد المشتري أمانة مالكية، تجري عليه أحكامها، ويجب ردّها لصاحبها؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[1].

وأما إذا شك في أن وصف الصحة أخذ بنحو وحدة المطلوب أو بنحو تعدّده، كأن نعلم بأن البيع تعلّق بالعبد السالم، ولكن لم نعلم هل أن السلامة دخيلة في أصل الغرض، أو في كماله، فمع فقدها نشك هل ارتفع أصل الغرض، أو الغرض الأكمل، فتكون المسألة من صغريات أخذ الخصوصية في المتعلّق، وفيها طريقان:

الأول: أن دخل الوصف في أصل الغرض مسلم، وأما بنحو وحدة المطلوب فمشكوك، فما يمكن الحكم به دخوله في الغرض، وأما الحكم بفساد المعاملة لو فقد الوصف، أو الحكم بعدم كون تسليمه وفاء

---

(١) سورة النساء: ٥٨.

للعقد، فلا.

الثاني: أن الأصل في موارد الخصوصيات المذكورة في المتعلقات أن تكون الخصوصية دخيلة في جميع الغرض، وخلافه يحتاج إلى إثبات، ونظير ذلك في العبادات الصلاة المقيّدة بالوقت، كما لو كان متعلّق الطلب الصلاة في الوقت؛ فإن مقتضى الأصل كون الوقت قيداً بنحو وحدة المطلوب، فالصلاة خارج الوقت وإن صدق عليها طبيعي الصلاة، إلا أنه لا يصدق عليها طبيعي الصلاة بما هي مأمور بها.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنه وإن صدق على العبد المريض طبيعي العبد، ولكن لا يصدق عليه طبيعي العبد بما هو مبيع، وفرق بين الأمرين.

وهذا الوجه أوجه؛ فمقتضى الأصل في موارد الشك الحمل على وحدة المطلوب، وتعدّده يحتاج إلى إحراز.

فإذا أحرزنا في الصلاة أن الوقت دخيل فيها بنحو تعدّد المطلوب حكمنا بأن القضاء بالأمر الأول.

وإن لم نحرز أنه بنحو وحدة المطلوب أو تعدّده، فمقتضى القاعدة أن نحكم بأن الصلاة خارج الوقت غير مأمور بها بالأمر الأول، فيحتاج القضاء إلى أمر جديد.

فالحق إذن التفصيل بين ما إذا أحرز أخذ الوصف شرطاً، أو أخذه قيداً بنحو تعدّد المطلوب، فيتحقق الوفاء بالفرد المعيب، وفي غيرهما لا

يعدّ وفاء.

فإن لم يحصل الوفاء كان المعيب في يده أمانة مالكية، ويجب ردّه كما ذكرنا، وإن عُدَّ وفاء، فالمال مال المشتري، إلا أنه فاقد الخصوصية، فله أن يرضى به وأن يردّ الوفاء به، وردّ الوفاء أمر، وعدم تحقق الوفاء به أمر آخر، فالعقد على صحته ولزومه، أي أن البيع لازم، والوفاء جائز.

ولو تعذّر تسليم السليم، فتارة يكون التعذّر من الأول، وأخرى يكون طارئاً.

فإن كان من الأول، فإن كان بنحو الاشتراط، فله خيار تخلّف الشرط.

وإن كان قيداً بنحو وحدة المطلوب، فالبيع باطل من أصله.

وإن كان التعذّر طارئاً، بأن كان متمكناً من تسليم السليم ولم يسلمه، فله خيار الفسخ، إلا أنه خيار تعذّر التسليم، لا خيار العيب، وبينهما فرق.

والنتيجة: أن النصوص غير دالة على خيار العيب في البيع الكلي، وأما مقتضى القاعدة التفصيل بين ما إذا أخذ شرطاً، أو قيداً، وعلى الثاني بين أن يكون بنحو وحدة المطلوب أو تعدّده، ومع التعذّر، هل كان من الأول أو طارئاً، وقد اتضح حكم كل ذلك.

القول في مسقطات هذا الخيار

بما أن في خيار العيب حقين: حق فسخ العقد وإبرامه، وحق أخذ الأرش، وإنما الخلاف بين المشهور وغيرهم في أنهما عرضيان أو طوليان، فذهب المشهور إلى الأول، واختار غيرهم الثاني، بحيث لا تصل النوبة إلى الأرش إلا مع عدم تيسّر الخيار، ولا طريق للرد.

قال الشيخ رحمه الله: يسقط الردّ خاصة بأمور:

المسقط الأول: التصريح بالالتزام بالعقد

وذكر الشيخ رحمه الله فيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: التصريح بالتزام العقد، وإسقاط الردّ واختيار الأرش.

ولا إشكال في سقوط الخيار وبقاء حق الأرش في هذه الصورة.

الصورة الثانية: أن يطلق الالتزام بالعقد، كأن يقول: التزمت بالعقد، فقال الشيخ رحمه الله هنا: (الظاهر عدم سقوط الأرش).

ويفهم من هذا التعبير احتمال سقوط الأرش أيضاً، ووجه احتماله: أن الالتزام بالعقد التزام بكون المبيع ملكاً له على ما عليه العين من

الأوصاف، ونتيجة ذلك سقوط حق الخيار، والأرش.

ولكن الظاهر كما قال الشيخ رحمه الله؛ فإن مدلول الالتزام بالعقد عدم فسخه، والبقاء على ما التزم به، ولا يستظهر من ذلك عدم استفادته من حق الأرش.

الصورة الثالثة: أن يسقط الخيار، كأن يقول: أسقطت الخيار.

وهنا قال الشيخ رحمه الله: لا يبعد سقوطه، يعني الأرش، ووجه عدم استبعاده رحمه الله: أن خيار العيب يختلف عن سائر الخيارات، الشرعية كخياري المجلس والحيوان، والجعلية العقلائية كشرط الخيار؛ فإن في الخيار طرفين، وهما في سائر الخيارات: فسخ العقد وعدمه، أو فسخ العقد وإمضاؤه، وأما في خيار العيب فهما الفسخ، والأرش، وبما أن خيار العيب بهذا النحو، فإذا قال: أسقطت الخيار، سقط كلا الطرفين[1].

ومقتضى التحقيق في المسألة أن نبحث أولاً في إمكان إسقاط أحدهما وبقاء الآخر، فإن أمكن ذلك جاء تفصيل الشيخ رحمه الله، من أنه تارة يسقط أحدهما ويبقى الآخر، وتارة يسقط كلاهما، وإن لم يمكن ذلك، فلا مجال إلا من إسقاطهما معاً في كل مورد يحصل فيه الإسقاط.

كلام المحقق الإيرواني في عدم وجود حقين في خيار العيب

ذهب المحقق الإيرواني رحمه الله إلى عدم وجود حقين في خيار العيب، حق فسخ العقد، وحق أخذ الأرش، بل الخيار واحد ومتعلّقه متعدّد،

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٩.

وتعدّده لا يوجب تعدّد الحق، كما هو الحال في سائر الخيارات؛ فإن المتعلّق فيها اثنان، فسخ العقد، وإبرامه، ولكن الحق واحد، فإذا كان الحق واحداً، فالواحد لا يتعدد، والبسيط لا يتبعض، فلا يعقل أن يسقط بعضاً ويبقي البعض الآخر حتى نقول يسقط الردّ، ويبقى الأرش[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الإيرواني

والإنصاف أنه إشكال قوي، إلا أنه مردود نقضاً وحلاً.

أما النقض، فبالواجب التخييري؛ فإن الوجوب فيه واحد، ومتعلّقه متعدّد، ولا إشكال في حال تعذّر أحد طرفي المتعلَّق لا يسقط الطرف الآخر، فلو تعذر في خصال الكفارة عتق الرقبة وإطعام ستين مسكيناً لم يسقط وجوب صيام شهرين متتابعين، ولا فرق بين ما نحن فيه وما في الواجب التخييري، إلا أن ذلك حكم تكليفي بالتخيير، وهذا حكم وضعي بالتخيير.

وأما الحل، فنحو تعلّق الحق بمتعلّقه هو نحو تعلّق الوجوب بمتعلَّقه، وبيان ذلك:

إن الحق والحكم أمران اعتباريان من طرف الشارع، والاختلاف بين الحق والحكم في الوضع والتكليف.

وبعبارة أخرى: إن الوجوب حكم تكليفي، والحق حكم وضعي،

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب، قسم الخيارات: ٥٣.

وسواء أقلنا بمقالة المشهور، من أن حقيقة الحق هي السلطنة، أم بمقالة غيرهم، من أن الحق أمر اعتباري.

فعلى كلا التقديرين يشترك الحكم والحق في أصل الاعتبار المبرز، فقهراً يكون نحو التخيير في الحق هو نحو التخيير في متعلّق التكليف.

بيان المباني في الوجوب التخييري

والمباني في الوجوب التخييري مختلفة، والمهم منها ثلاثة:

المبنى الأول: إن الوجوب التخييري عبارة عن وجوبين مشروطين، فكل منهما مشروط بترك الآخر، فوجوب عتق الرقبة مشروط بترك الإطعام الذي هو عدله، ووجوب الإطعام مشروط بترك عدله، العتق، فالوجوب على هذا المبنى - المختار لعدّة من الأعاظم - يتعدّد بعدد الأبدال، وإذا تعذّر بعض الأعدال لم يسقط العدل الآخر، وإنما يتحقّق شرط الفعلية للمتيسر منها.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الحق التخييري؛ فإن المجعول على هذا المبنى هو جعل حق الردّ بشرط عدم أخذ الأرش، وجعل الأرش بشرط عدم فسخ العقد، فالمجعول حقان مشروطان، فإسقاط أحدهما لا يلازم إسقاط الآخر، كما لا يلزم الجمع بين الحقين؛ لكونهما مشروطين.

فإشكال المحقق الإيرواني رحمه الله منحل على هذا المبنى.

المبنى الثاني: ما ذهب إليه كل من المحققين النائيني والأصفهاني قدس سرهما، من أن الوجوب التخييري وجوب مشوب بجواز الترك إلى البدل، فيختلف عن التعييني في أن الثاني غير مشوب بجواز الترك

إلى البدل، بل يتعين الأخذ بمتعلّقه، فالوجوب التخييري على هذا المبنى متعدّد أيضاً، فينتفي الإشكال؛ لأن حق فسخ العقد مشوب بجواز تركه إلى الأخذ بالأرش، وكذلك العكس، فهنا حقان، وكل حق منهما مشوب بعدم الاستفادة من الحق الآخر، فإسقاط أحدهما لا يستلزم إسقاط الآخر.

المبنى الثالث: ما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله، من أن الوجوب في الوجوب التخييري يتعلق بالجامع الانتزاعي، وهو عنوان أحدهما، أو أحدها، المنطبق على أفراد التخيير، فمتعلّق الوجوب في مثل: (أعتق رقبة، أو أطعم ستين مسكيناً، أو صم شهرين متتابعين) هو عنوان أحد هذه الثلاثة، فنحو تعلّقه نحو تعلّق العلم الإجمالي، فكما أن المعلوم بالإجمال في مثل العلم بنجاسة أحد الإنائين، هو عنوان الأحد، فكذلك في الواجب التخييري، وعنوان (أحدهما أو أحدها) ينطبق على كل فرد لوحده، ولكن أخذ في ذاته أن لا يقبل الانطباق عليهما كليهما معاً، بخلاف الجامع الذاتي كالإنسان؛ فإنه يصح انطباقه على أفراده في عرض واحد.

والإشكال على هذا المبنى مندفع أيضاً؛ فإن الحق تعلّق بعنوان أحد الأمرين، فيمكنه أن يأخذ بالسلطنة على الفسخ، كما يمكنه أن يأخذ بالأرش، وليس له أن يجمع بينهما، وإسقاط أحدهما لا يلازم إسقاط الآخر.

والحاصل: أن خاصية الحق التخييري أن يقبل إسقاط السلطنة، أو الحق في أحد الأطراف من دون أن يلزم سقوط الحق من أصله.

ويؤكد ذلك الارتكاز العقلائي؛ فإن أحدهم لو اشترط أن يكون المتاع بالقيمة السوقية، وإلا كان مخيّراً بين الفسخ وأخذ ما به التفاوت بين المالية الواقعية وبين ما سلّمه، فإن هذا الشرط شرعي، وتشمله أدلة الشروط؛ إذ لم يكن محلّلاً للحرام، ولا محرّماً للحلال، ولا مخالفاً للكتاب والسنة، فإذا حصل الشرط ثبت له حق التخيير بين الفسخ وبين أخذ ما به التفاوت، فلو رضي بالعقد، وأسقط حقه في الفسخ، وأخذ ما به التفاوت، فلا إشكال في كونه مقبولاً عند العقلاء.

فالحق التخييري في المقام من قبيل هذا الشرط، فيمكن لصاحبه أن يرفع اليد عن أحد الطرفين، ويبقي الطرف الآخر، فإشكال المحقق الإيرواني رحمه الله مندفع بالنظر إلى كيفية جعل الحق؛ فإن الحق التخييري على وزان الوجوب التخييري، وبالنظر العقلائي أيضاً، فما أفاده الشيخ رحمه الله في الصورة الأولى تام، لا إشكال فيه.

وكذا لا إشكال في صحة ما أفاده الشيخ رحمه الله في الصورة الثانية، من قوله: إن الظاهر عدم سقوط الأرش؛ فإن استظهاره رحمه الله تام؛ فإن ظاهر كلام من أطلق الالتزام بالعقد إسقاط الخيار دون الأرش.

وأما ما أفاده رحمه الله في الصورة الثالثة، من سقوط حق الردّ والأرش فيما لو قال: أسقطت الخيار، فوجهه: امتياز خيار العيب عن سائر الخيارات بأن فيه طرفين: الرد، والأرش، فإذا أسقط الخيار سقط كلاهما.

ولكنه مردود؛ إذ ليس لخيار العيب حقيقة شرعية، ولا متشرعية، ولم يحصل فيه نقل عن مفهوم عرفي، بل للخيار في جميع الموارد حقيقة واحدة، وهي حق فسخ العقد وإبرامه، وخيار العيب أحد مصاديق هذا الكلي، وإنما امتاز عن سائر الخيارات بأن جعل الشارع - مضافاً إلى الخيار - حق أخذ الأرش، فإذا أسقط الخيار انصرف إلى السلطنة على حلّ العقد وإبرامه، وأما الأرش فيبقى.

ولا أقل من اندراج المسألة في المجمل المردد بين الأقل والأكثر، فإذا أسقط الخيار تردّد بين إسقاط خصوص حلّ العقد، أو إسقاط كلا الأمرين، وإذا بلغت النوبة إلى الشك كان مقتضى القاعدة الاقتصار على القدر المتيقن.

المسقط الثاني: التصرف

واستدلّ عليه بوجوه، وهي كما وردت في كلمات الشيخ رحمه الله:

الأول: الإجماع

وهو بلفظ العلامة رحمه الله في التذكرة: (عند علمائنا)[1]، وفي السرائر لابن إدريس رحمه الله: (الإجماع حاصل، على أن بعد التصرف في المبيع،

(١) التذكرة ١١: ٩١. قال فيها: (مسألة ٢٧٣: تصرف المشتري كيف كان يسقط الرد بالعيب السابق عند علمائنا - وبه قال أبو حنيفة -؛ لأن تصرفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها).

يسقط الرد، بغير خلاف بينهم)[١].

وقال الشيخ رحمه الله عنه: (وسيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهرة، وظاهر المحقق، بل المحقق الثاني)[٢].

الثاني: دليل العلامة

وهو ما استدل به العلامة رحمه الله - تبعاً للغنية[٣] - كما حرّره الشيخ رحمه الله بقوله: (بأن تصرّفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها)[٤].

وهذا الدليل مركب من مقدمتين:

الأولى: أن التصرّف في المبيع كاشف عن الرضا بالبيع.

الثانية: أن الرضا السابق للبيع منشأ لتحقق أصل البيع؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾، وأما اللاحق للمعاملة فهو كاشف عن الرضا بها على ما وقعت عليه، فيكشف عن سقوط الخيار.

والحاصل: أن الرضا بالمعاملة شرط فيها، والكاشف عن الرضا

---

(١) السرائر ٢: ٣٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) قال في الغنية: ٢٢٢: (وخامسها: التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملك، أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب؛ فإنه يمنع من الرد بشيء من العيوب، ولا يسقط حق المطالبة بالأرش؛ لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع، لا بالعيب، وكذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب..).

(٤) المكاسب ٥: ٢٨٠.

بالمعاملة الواقعة هو التصرّف في المبيع، فيكون التصرّف دالاً على إسقاط الخيار حسب القاعدة، وحسب النصوص؛ كما ورد في خيار الحيوان: « فذلك رضا منه »[١].

الدليل الثالث: النصوص

وهي:

١- صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أيّما رجل اشترى شيئاً، وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »[٢].

فقد علّق في الصحيحة سقوط الخيار على إحداث الحدث، والاستدلال بها يتركب من مقدمتين أيضاً:

الصغرى: أنه بالتصرف قد أحدث في المبيع حدثاً.

الكبرى: أن المستفاد من الصحيحة أنه إذا أحدث في المبيع حدثاً فلا يردّه، ويثبت الأرش.

٢- مرسلة جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما (عليهما السلام): في الرجل يشتري الثوب، أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: « إن كان

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيارات، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٢.

الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب »[١].

ثم قال الشيخ قدس سره - بعد ذكره للأدلة - ما لفظه: (هذا، ولكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف، حتى مثل قول المشتري للعبد المشترى: «ناولني الثوب» أو « أغلق الباب » - على ما صرح به العلامة رحمه الله في التذكرة - في غاية الإشكال)[٢].

ووجه الإشكال: أن مقتضى إطلاق مرسلة جميل عدم سقوط الخيار بمطلق التصرّف؛ لأن منطوقها: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه »، وذكر موارد لعدم قيامه بعينه، كتقطيع الثوب، أو خياطته، أو صبغه، فإذا كان المبيع قائماً بعينه ردّه، سواء أتصرف فيه أم لم يتصرّف.

فمقتضى إطلاق المرسلة عدم سقوط خيار العيب بمطلق التصرّف، بل الأمر يدور مدار قيام المبيع بعينه وعدمه، ويؤيد إطلاقها بإطلاقين:

الأول: إطلاق أخبار الردّ بخيار العيب؛ فإن مفادها يردّ المعيب سواء أتصرّف المشتري فيه أم لم يتصرّف.

الثاني: ما ورد في ردّ الجارية بعدما لم تحض ستة أشهر عند المشتري[٣]؛ فإن من المعلوم التصرّف في الجارية في هذه المدّة ولو

---

(١) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) المكاسب ٥: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٣) إشارة إلى رواية داود بن فرقد في الوسائل، الباب٣ من أبواب العيوب، الحديث١، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى

باستخدامها في أمور البيت.

وكذلك ما ورد في ردّ المملوك في أحداث السنة[1]، ومن المقطوع به حصول التصرّف فيما اشتراه مع طول المدة.

والحاصل: أن مقتضى إطلاق هذه الروايات جواز الردّ حتى مع التصرّف في المبيع ما دام باقياً بعينه، فلا يسقط خيار العيب بمجرّد التصرّف.

فإن وجد المقيّد لهذه الإطلاقات أخذ به، وإلا تمسّك بها، وما يمكن أن يذكر من المقيّدات أمران:

المقيدات المتصورة لإطلاقات النصوص ومناقشتها

الأول: دليل العلامة رحمه الله، من أن التصرّف اللاحق كاشف عن الرضا اللاحق، والرضا اللاحق مسقط للخيار.

لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه ».

(١) إشارة إلى ما ورد في الوسائل، الباب٢ من أبواب العيوب، الحديث٢:

عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: « يرد المملوك من أحداث السنة، من الجنون والجذام والبرص، فقلت: كيف يرد من أحداث السنة؟

قال: « هذا أول السنة فإذا اشتريت مملوكاً، به شيء من هذه الخصال، ما بينك وبين ذي الحجة رددته على صاحبه ».

فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: « ليس الإباق من ذا، إلا أن يقيم البينة أنه كان آبقاً عنده ».

وفيه: أن بين التصرف، والرضا والالتزام بالبيع، عموم وخصوص من وجه؛ فقد يحصل الرضا اللاحق والالتزام بالبيع، من دون أن يحصل التصرّف، وقد يحصل التصرّف من دون حصول الرضا والالتزام بالبيع، فالاستدلال به استدلال بما هو أعم فيبطل.

الثاني: صحيحة زرارة المتقدمة؛ حيث فيها التعبير بـ« فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ».

وفيه: عدم صدق إحداث الحدث على كل تصرّف، فجعل المملوك في خدمة البيت تصرّف فيه، ولكن لا يعدّ من إحداث الحدث فيه، وكذلك مجرد الجلوس على الفرش لو تبيّن أنه معيب، تصرّف من دون إحداث حدث فيه.

إن قيل: بأن الإشكال يرد لو خلّينا ومدلول هذه الرواية، ولكنه لا يرد بعد ضمّ تفسير إحداث الحدث في صحيحة ابن رئاب بلمس الجارية، وتقبيلها، والنظر إلى ما لا يحلّ النظر إلى غير المالك[1]؛ إذ يستفاد منها سقوط الخيار بمطلق التصرّف، فيقيّد بها إطلاق مرسلة جميل.

قلت: هذا الجواب تام لو كان معنى إحداث الحدث في الروايتين

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١، عن علي بن رئاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء . . . الحديث».

واحداً، فتكون إحداهما مفسرة للأخرى، والنتيجة سقوط الخيار بمجرّد التصرّف وإن كان المبيع قائماً بنفسه.

ولكن المعنى في الروايتين مختلف؛ فإن التعبير الوارد في صحيحة زرارة: « فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً.. »، والمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى صدقه على مثل ما لو قال له: (اسقني)، أو (ناولني الثوب)، فمدلول إحداث الحدث في العرف أخص من مطلق التصرّف، فالقاعدة تقضي بحمله على المعنى العرفي، فلا تدلَ على أزيد مما دلّ عليه ذيل المرسلة، من أن العبرة بتغيّر العين، وعدم قيامها بعينها.

وأما الحدث في صحيحة ابن رئاب فيحمل على المعنى التعبّدي الشرعي، فلا تكون مفسّرة لها، فلا تكون صحيحة زرارة مقيّدة للاطلاق المتقدّم.

هذه عمدة ما أفاده الشيخ رحمه الله بتمامه[1]، وبقيت أمور لا حاجة لذكرها.

مقتضى التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق: أن يقال:

أما بالنسبة إلى الإجماع، فيرد عليه:

أولاً: أنه إجماع منقول، فهو إخبار حدسي عن قول المعصوم، لم

(١) المكاسب ٥: ٢٧٩ - ٢٨٢.

يثبت اعتباره، ولا تشمله أدلة حجية خبر الواحد.

وثانياً: أنه ممنوع من ناحية الصغرى؛ لمخالفة غير واحد من أعلام الفقهاء لإطلاقه؛ حيث خصوا المسقط للخيار بخصوص التصرّف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد، لا مطلق التصرّف المدّعى عليه الإجماع.

وثالثاً: سلّمنا، إلا أنه مدركي؛ لأن العلامة رحمه الله نفسه قد استدل على مدّعاه بما تقدّم بيانه، ومع الخدشة في مستنده تبطل دعواه.

فغاية ما يمكن أن يدّعى، ذهاب المشهور إلى أن مطلق التصرّف مسقط للخيار.

وأما الدليل الاعتباري الذي أفاده العلامة رحمه الله، من كون التصرّف كاشفاً عن الرضا بالبيع، والالتزام به، فيكون مسقطاً للخيار، فهو مؤلف من صغرى وكبرى:

الصغرى: أن التصرف كاشف عن الرضا والالتزام بالعقد.

والكبرى: أن الالتزام بالعقد مسقط للخيار.

أما الكبرى فتامة؛ لعدم اجتماع الالتزام بالعقد والخيار؛ فإن معنى الرضا اللاحق للعقد أن يلتزم به على ما هو عليه، فيكون إمضاء منه له، ومعنى إمضائه إعماله لأحد طرفي الخيار، فيسقط.

وإنما الإشكال في الصغرى؛ فإن التصرّف تارة يكون كاشفاً شخصياً عن الرضا بالعقد والالتزام به، فلا إشكال حينئذٍ في سقوط الخيار من

جهة حق الردّ.

وأخرى يكون كاشفاً نوعياً عنه، فهو محل بحث.

وثالثة لا يكون كاشفاً شخصياً ولا نوعياً، ومطلق التصرّف ليس فيه كشف شخصي ولا نوعي عن الالتزام، وإن صدق عليه التصرّف، وكان موضوعاً للحرمة إن كان مالاً للغير، كما في الرواية: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »[1]، فمن اشترى فراشاً وجلس عليه، أو كتاباً وقرأ فيه ، فهو تصرّف منه فيه ، ولو كان للغير ولم يأذن قلنا بحرمته، ولكن لا يكون بإطلاقه كاشفاً عن الالتزام بالبيع بكلا قسمي الكشف.

فقول المشهور بأن مطلق التصرّف كاشف عن الالتزام بالعقد غير صحيح.

وأما الأخبار - وهي العمدة في الباب - فالعمدة فيها عنوان «أحدث شيئاً »، في صحيحة زرارة: « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »[2].

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب الأنفال، الحديث٦.

(٢) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٢.

إيراد الشيخ على استدلال المشهور برواية إحداث الحدث

فإن المشهور حملوا إحداث الحدث على مطلق التصرّف فقالوا بسقوط الخيار به، وأورد الشيخ رحمه الله على ذلك: بأنا لو أخذنا بإطلاقها لكانت معارضة لإطلاق مرسلة جميل، التي يتعامل معها المشهور معاملة الصحيح؛ فإن مفادها عدم سقوط الخيار ما دامت العين قائمة بنفسها ولم تتغير، وإن تصرّف فيها؛ إذ لفظها: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب »[1].

فمقتضى إطلاق الصحيحة أن المشتري إذا تصرّف في المبيع لا يردّ، تغيّر أو لم يتغيّر، ومقتضى إطلاق المرسلة إذا لم يتغيّر له الردّ، تصرّف أو لم يتصرّف، فيتعارضان فيما لو تصرّف في المبيع ولم يتغيّر.

وقد أيّد الشيخ رحمه الله إطلاق المرسلة بوجوه؛ لتترجح على صحيحة زرارة عند التعارض، وهي:

الأول: إطلاق أدلة الردّ بالعيب، أي إطلاق أدلة خيار العيب؛ فإنها مطلقة تشمل صورتي التصرف وعدمه.

الثاني: رواية الجارية التي لم تحض ستة أشهر؛ فإنها تدلّ على جواز الرد مع وقوع التصرّف في خلال هذه المدّة ولو بالخدمة في البيت.

الثالث: روايات أحداث السنة؛ فإنها تدلّ على جواز الردّ بحصول

---

(١) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٣.

العيب في أثناء السنة، ومن المقطوع به حصول التصرّف في خلالها[١].

دفع المحقق الآخوند لإشكال الشيخ وتأييد المحقق الأصفهاني له

وقد دفع المحقق صاحب الكفاية رحمه الله إشكال التعارض، وأيّده المحقق الأصفهاني رحمه الله، وخلاصة ما أفاداه: نفي التعارض بين الروايتين؛ فإن مفاد الصحيحة سقوط الخيار بالتصرّف الكاشف نوعاً عن الرضا بالمعاملة، فهي تدلّ على المسقط العام، الذي يأتي في خيار الحيوان والشرط والغبن، ولا يختص بخيار العيب، وأما المرسلة فهي تدلّ على عدم سقوط خيار العيب إلا بالتصرّف الموجب للتغيّر[٢].

التعليق على قولي الشيخ وصاحب الكفاية والمحاكمة بينهما

وبين كلام الشيخ رحمه الله، وكلام العلمين اتفاق من جهة، واختلاف من جهة أخرى:

أما جهة الاتفاق فكل منهم يرى أن التصرّف إذا كان كاشفاً نوعياً عن الرضا بالمعاملة فهو مسقط للخيار.

وأما جهة الافتراق فمن جهتين:

الأولى: أن المحققين صاحب الكفاية رحمه الله، والأصفهاني رحمه الله يقولان: بأن المراد من التصرّف في الصحيحة المسقط للخيار، هو التصرف

---

(١) المكاسب ٥: ٢٨١.

(٢) حاشية الآخوند على المكاسب: ٢١٢، وحاشية الأصفهاني ٤: ٤٤٣ - ٤٤٥.

الكاشف كشفاً نوعياً عن الرضا بالعقد.

وأما الشيخ رحمه الله فيرى دلالتها على سقوط الخيار بتغيّر العين، وعدم قيامها بعينها.

الثانية: أن الشيخ رحمه الله يرى التمسك بإطلاق روايات العيوب الحادثة في أثناء السنة، ورواية الجارية التي لم تحض إلى ستة أشهر لنفي ما ذهب إليه المشهور، من كون مطلق التصرّف مسقطاً للخيار، بل لا يسقطه إلا التصرّف المغيّر.

وأما المحقق صاحب الكفاية، فيرى بأن هذه الروايات ليست في مقام البيان من هذه الجهة، بل هي في مقام بيان أن هذه العيوب موجبة للردّ، من دون نظر فيها إلى حصول التصرّف وعدمه قبل ذلك، فلا يصح التمسك بإطلاقها.

التصرف الكاشف النوعي هل يسقط الخيار

وقبل النظر في الروايات والمحاكمة بينهم نذكر هذا المطلب المهم:

إن التصرّف الكاشف نوعاً عن الرضا بالعقد، والالتزام به، هل هو مسقط للخيار أو لا ؟

لإثبات دعوى مسقطيته للخيار طريقان:

الطريق الأول: إن الأفعال كالألفاظ، فكما أن الألفاظ إذا كانت كاشفة نوعاً عن مدلولها، فهي تدلّ على الإرادة الجدية للكلام في مورده، فكذلك الأفعال، وتوضيح ذلك:

إن الألفاظ قوالب للمعاني عرفاً، فإذا جاءت مطلقة جرى في موردها أصلان: أصل في الإرادة الاستعمالية، والآخر في الإرادة الجدية، فإذا قال: (جئني بماء)، فهو بحسب أصالة الحقيقة يريد المعنى الحقيقي للماء، الذي هو المائع المتعارف، فالأصل الجاري في الإرادة الاستعمالية يدلّ على أن المراد من لفظ الماء في مقام الاستعمال هو معناه الحقيقي.

والأصل الآخر يجري ليدلّ على أن المعنى الحقيقي هو المراد الجدي للمتكلم، بمعنى أن ما قاله أراده، ولم يكن هازلاً، ولم يرد الامتحان، فالمطلوب الجدّي له هو المعنى الحقيقي.

ومستند الأصل الأول هو الوضع، بأي معنى فسّر.

ومستند الأصل الثاني هي سيرة العقلاء؛ فإنهم يحملون كلام المتكلم عند الإطلاق على إرادة معناه الحقيقي بالإرادة الجدية، فلا يقبلون اعتذار من يعتذر: بأني كنت هازلاً في كلامي، أو أردت الامتحان، أو أي معنى آخر غير المراد الجدّي.

هذا، بالنسبة إلى الألفاظ، فهل يجري هذا الأصل في الأفعال؟

إن جرى ثبت قول الشيخ والمحقق صاحب الكفاية قدس سرهما، من أن التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد مسقط للخيار، فيحمل عند الإطلاق على المراد الجدّي، وإن لم يثبت ذلك من جهة الأصل العقلائي فقولهما دعوى بلا دليل.

ولا يخفى أن الأمور الإنشائية، كما تُنشأ بالألفاظ يمكن إنشاؤها

بالأفعال، والإسقاط منها، فيمكن تحققه بقوله: أسقطت الخيار، قاصداً ذلك، ويمكن تحققه بالفعل قاصداً ذلك.

فإذا أحرز أنه بهذا العمل يقصد إنشاء سقوط الخيار، فالسقوط يحصل بلا إشكال.

وأما إذا لم يحرز القصد، وإنما أتى بفعل كاشف نوعي عن إرادة إسقاط الخيار، ولكنا نشك في قصده الشخصي، فهل نحكم بسقوطه مستندين إلى ذلك؟

ليس لنا في مثله إلا دعوى قيام السيرة العقلائية على الحمل على الإرادة الجدية، كما في باب الألفاظ.

ولكن إثباتها في باب الأفعال، في غاية الإشكال، وإن ثبتت في باب الألفاظ، ويكفي الشك في تحققها، للقول بعدم ثبوتها.

ويشهد على ذلك: أنا لو سمعنا شخصاً يقول لآخر: (بعتك المتاع)، فإننا نحمل مراده الجدي على البيع بلا ريب، وأما لو رأيناه أعطى لآخر شيئاً، وأخذ منه شيئاً آخر، بدون أن توجد قرينة على البيع، لا لفظية، ولا مقامية، فإن نفس الفعل وإن كان كاشفاً نوعياً عن البيع، ولكن بما أنا لم نعلم بقصده الشخصي من هذا الفعل بالخصوص، فيشكل الحكم عليه بالبيع، وإثباته بالسيرة العقلائية مشكل جداً.

فإثبات ما ادّعاه الشيخ والمحقق صاحب الكفاية قدس سرهما - من إثبات سقوط الخيار بالتصرّف؛ باعتبار كونه كاشفاً نوعياً عنه، عن طريق السيرة العقلائية - غير تام.

الطريق الثاني: طريق النصوص، وما يمكن الاستناد إليه صحيحة ابن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط..»[1].

وتقريب الاستدلال: أن الإمام عليه السلام حكم بأن إحداث الحدث من المشتري رضا منه، فيسقط الخيار؛ إذ هو معنى« فلا شرط »، فنستفيد ببركة هذه الرواية سقوط الخيار عند حصول أي فعل يكشف كشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع.

ولكن يرد عليه: **أولاً**: أن تقييد الفعل المسقط للخيار بكونه كاشفاً نوعياً، كما ذهب له الشيخ وصاحب الكفاية قدس سرهما، لا دليل عليه في الرواية؛ فإن لفظ « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً » مطلق، يشمل الكاشف النوعي عن الرضا وغيره.

وثانياً: أن الضمائر في الرواية تعود إلى المشتري في بيع الحيوان، فلا ينعقد فيها الإطلاق لتشمل كل من اشترى إذا أحدث حدثاً فهو رضا منه بالبيع.

فالحق: أننا سواء أقلنا بأن المراد من إحداث الحدث هو مطلق التصرّف، كما ذهب إليه المشهور، أم قلنا بأن المراد به التصرّف المغيّر،

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث١.

كما ذهب إليه الشيخ رحمه الله، فإن مدلول الرواية أن إحداث الحدث في خصوص بيع الحيوان رضا منه، ومعنى ذلك أن نفس إحداث الحدث أعم من الرضا بالبيع، ولكن الشارع حكم في باب بيع الحيوان بأنه رضا من المشتري تعبّداً، فيقتصر عليه[1].

والنتيجة: أن ما أفاده العلمان من طريق السيرة، أو النص مورد إشكال.

التحقيق في المسألة

والتحقيق أن يقال: إن إحداث الحدث لغة هو إيجاد الأمر المسبوق بالعدم، ومن هذه الجهة يكون إطلاق الحدث على الحدث الأكبر والأصغر إطلاقاً حقيقياً، فما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمه الله، من أخذ التغيير في معنى الحدث[2]، غير تام؛ فإن مدلول مادة الحدث، وهيئة (الإفعال) لغة، هو مطلق التصرّف.

نعم، المعنى العرفي يختلف عن المعنى اللغوي، فالمعنى العرفي فيما

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المورد لا يخصص الوارد.

فأجاب: نعم لو كان في الكلام إطلاق أو عموم، ولكنا نقول بأن الكلام من أوله مختص بالمشتري في بيع الحيوان، فلا عموم فيه، ولا إطلاق؛ لأن الإمام عليه السلام لم يبدأ الكلام بقوله: إن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً؛ ليقال بالإطلاق بلا إشكال، بل قال: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه..»، فهي خاصة بالمشتري في بيع الحيوان من أولها إلى آخرها.

(٢) يظهر من بعض كلماته رحمه الله، كما في مصباح الفقاهة ٧: ١٠٩، و ١١٢.

لو لم يضف الحدث إلى شيء هو مطلق التصرّف، ولكنه إذا أضيف إلى شيء فيؤخذ فيه التغيير، ولا يكفي في صدقه مطلق التصرف، فلو اشترى داراً وسكنها، من دون أن يغيّر فيها شيئاً، أو اشترى ثوباً ولبسه من دون تغييره، أو اشترى كتاباً وقرأ فيه، أو قرأه كله، كل ذلك لا يصدق عليه عند العرف أنه أحدث فيه حدثاً، ولكن يصدق عليه أنه تصرّف فيه، ولو لم يكن يملكه وقام بما قام به من دون إذن مالكه لكان فعله حراماً؛ لشمول أدلة حرمة التصرّف في مال الغير له، بخلاف ما لو غيّر في الدار شيئاً، أو كتب في الكتاب سطراً؛ فإنه يعدّ من إحداث الحدث عرفاً، فأخذ التغيير في المعنى العرفي، دون المعنى اللغوي.

فالنسبة بين المعنى العرفي والمعنى اللغوي نسبة العموم المطلق.

وفي الروايات ما يدلّ على الارتكاز العرفي، منها:

معتبرة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: في الرجل اشترى من رجل دابة، فأحدث فيها حدثاً، من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار، بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »[1].

فإن المرتكز في ذهن السائل أن الركوب ليس من إحداث الحدث،

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب الخيار، الحديث٢.

ولهذا عطفه بأو فقال: (بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها)، والتقسيم قاطع للشركة، فلو كان الركوب من جملة إحداث الحدث لما كان لتقسيمه وجه.

والحاصل: أن المستند العمدة في المقام هي رواية إحداث الحدث، ولا يستفاد من الحدث مطلق التصرّف من نظر عرفي، فيمتنع ما ذهب إليه المشهور، من كفاية مطلق التصرّف في عدم الردّ.

فيتأيّد رأي الشيخ رحمه الله وآخرين، ممن ذهب إلى أخذ التغيير في معنى الحدث، فيكون المانع من الردّ، والانتقال إلى الأرش، هو الحدث المغيّر.

ردّ كلام المحققين الخراساني والأصفهاني

وأما إنكار المحقق صاحب الكفاية رحمه الله، وتبعية المحقق الأصفهاني رحمه الله له، كون روايات الردّ في مقام البيان من جهة التصرّف وعدمه، فمخدوش؛ لأن رواية داود بن فرقد الواردة في باب العيوب، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه »[1].

مطلقة من هذه الجهة بلا إشكال؛ وذلك لأن القاعدة أن يكون الجواب وافياً بردّ السؤال، وعدم وفائه به مخالف لمقتضى القاعدة؛ فإن السؤال بمنزلة بيان الداء، والجواب علاج له.

---

(١) الوسائل، الباب من أبواب العيوب، الحديث١.

والموضوع المسؤول عنه في الرواية هي: جارية مدركة، لم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل، فيسأل: هل ذلك عيب، فله الردّ أو لا؟ فأجاب الإمام عليه السلام: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه »، فالجواب يرجع إلى هذه الجارية التي بقيت عنده ستة أشهر من دون أن تحيض وليست بحامل، فإن كان عدم حيضها غير راجع للكبر فهو عيب تردّ منه، ومن المقطوع به أنه تصرّف في الجارية في هذه المدّة بمثل الاستخدام والأمر والنهي.

فبملاحظة صدر الرواية وذيلها، سؤالاً وجواباً، يتضح اطلاق الحكم بحقّ الردّ حتى مع التصرّف، بل ينعقد الاطلاق حتى بالنسبة إلى التغيّر وعدمه، إلا أنا نرفع اليد عن هذا الاطلاق من هذه الناحية بالأدلة المقيّدة.

والحاصل: أن ترك الإمام عليه السلام للاستفصال بين التصرّف وعدمه، وعدم عقلائية احتمال عدم استخدام الجارية في مدة ستة أشهر بأي نحو من أنحاء الاستخدام، يقتضيان تمامية انعقاد الاطلاق لحالة التصرّف غير المغيّر، فلا يسقط به الخيار.

ويشهد لذلك روايات باب: (أن من اشترى جارية فوطأها، ثم ظهر بها عيب غير الحبل، لم يكن له الرد بل الأرش)[1]؛ فإن مفادها أن

---

(١) الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، ومن جملتها:

١- محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال:

الحكم بعد الوطيء سقوط الردّ، وأما التصرّفات الأخرى غير الوطيء فهي غير مانعة من الردّ.

والمتحصّل: أن من اشترى متاعاً، ولم يعلم بكونه معيباً، وتصرّف فيه تصرّفاً غير مغيّر له، فله حق الردّ، فما ذهب إليه المشهور مردود بالارتكاز العرفي، ومفاد النصوص.

وأما إذا كان التصرّف مغيّراً فهو مسقط للخيار؛ بمقتضى صحيحة زرارة: « فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً »، ومرسلة جميل التي تعامل المشهور معها معاملة الصحيح، التي أناطت ثبوت الخيار وسقوطه مناط قيام العين بنفسها.

التصرفات الاعتبارية في العين

بقي الكلام في التصرفات الاعتبارية، فهل هي موجبة لسقوط الخيار أو لا ؟

وهي على نحوين:

قال علي عليه السلام: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها ».

ورواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب مثله.

٢- وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد ابن يحيى، عن طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: « تقوّم وهي صحيحة، وتقوّم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء ».

النحو الأول: الهبة والتدبير وأمثالهما من العقود الجائزة.

النحو الثاني: البيع والصلح وأمثالهما من العقود اللازمة.

أما النحو الثاني فسيأتي في البحث الآتي حول ما إذا تلف المبيع أو كان بحكم التالف، والكلام الآن في النحو الأول:

رأي الشيخ ومناقشته لكلام المحقق الثاني

ذهب الشيخ رحمه الله إلى سقوط الخيار به، وتعجّب من المحقق الثاني رحمه الله؛ حيث تنظّر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة[1]، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر[2].

وحاصله: أنه يرى بأن التصرّف مسقط، فكيف تنظّر في مسقطية الهبة مع كونها تصرّفاً، مضافاً إلى كون العين الموهوبة لا تعدّ قائمة بعينها، فتشملها مرسلة جميل.

اعتراض المحقق الخوئي على الشيخ

واعترض المحقق السيد الخوئي رحمه الله على الشيخ رحمه الله مؤيّداً للمحقق الثاني: بأن الهبة تفترق عن البيع؛ فإن الواهب بإمكانه أن يردّ المال الموهوب المعيب إلى ملكه، فيكون الردّ إلى البائع واقعاً تحت اختياره،

---

(١) قال في جامع المقاصد ٤: ٣٤٢: (قوله: (لو باع المعيب سقط رده).
لخروجه عن الملك، ولو وهبه هبة لازمة فكذلك، وفي غير اللازمة نظر؛ لإمكان فسخها).

(٢) المكاسب ٥: ٢٨٩.

فإذا قال: (فسخت العقد) كانت هذه العبارة منه فسخاً للعقد، ورجوعاً في الهبة، بخلاف البيع؛ فإن المبيع يخرج عن اختيار البائع الثاني، الذي اشترى المال معيباً من البائع الأول، فيسقط خيار البائع دون الواهب[١].

التحقيق في المسالة

والتحقيق في المسألة يقتضي النظر في المستفاد من النصوص:

أما المرسلة، فالمستفاد منها دوران الخيار مدار بقاء العين بنفسها، فما لم يحصل التصرّف المغيّر لها فالخيار باقٍ، والهبة للغير وإن عدّت تصرّفاً إلا أنها غير مغيّرة للعين، فهي باقية على حالها، فلا يسقط الخيار.

وأما الصحيحة فالمدار فيها على إحداث الحدث، والهبة حدث عرفاً، فمقتضاها سقوط الخيار.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخوئي من الفرق بين الهبة والبيع

وأما ما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمه الله، من الفرق بين الهبة والبيع؛ لإمكان الرجوع فيها دونه، فيرد عليه - مضافاً إلى أنه على خلاف فتواه في المنهاج؛ حيث اختار فيه سقوط الخيار والأخذ بالأرش[٢] -:

أولاً: بالنقض بموارد منها:

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٠٧.

(٢) قال في المنهاج في موارد جواز طلب الأرش: (لا يجوز فسخ العقد بالعيب في موارد، وإنما يتعيّن جواز المطالبة بالأرش فيها:

الثاني: خروجها عن الملك ببيع أو عتق أو هبة او نحو ذلك).

١- ما لو باع ما اشتراه إلى آخر، وجعل المشتري الآخر أمر البيع بيد البائع - أي الثاني - كأن قال له: إن شئت أن أقيلك أقلتك، فهنا الرجوع في البيع باختياره كما في الهبة.

٢- ما لو باعه، واشترط على المشتري في ضمن عقد آخر أن يكون وكيلاً مطلقاً عنه، بحيث يمكنه أن يشتري المتاع من المشتري لنفسه، فأمر المبيع يكون في يده وتحت اختياره، كالحال في الواهب.

وثانياً: بالحل؛ فإن المعيار على ما يستفاد من النص، والمستفاد من المرسلة - كما تقدّم - أن المدار في بقاء الخيار على قيام العين بنفسها وعدمه، والمستفاد من الصحيحة أن المدار على إحداث الحدث، فليس المعيار بحسبهما تمكّنه من الرد، وكونه تحت اختياره وعدمه، والهبة حدث عرفاً، وإن كان يجوز للواهب شرعاً أن يرجع في هبته إن لم تكن معوّضة، ولا إلى ذي رحم، فيسقط الخيار بحسب الصحيحة وإن أمكنه الرجوع في هبته.

كلام المحقق الأصفهاني

وقد أورد المحقق الأصفهاني رحمه الله على ذلك: بأن حقيقة الفسخ ردّ نفس الملكية التي حصلت، فإذا انتقل المال بالهبة، فلو رجع في هبته، وردّه إلى البائع، لم يردّ نفس الملكية، بل هذه ملكية جديدة.

وبعبارة أخرى: إن الفسخ عبارة عن إرجاع الملكية التي حصلت بالفسخ، وهذه الملكية لم تحصل به.

وقد أراد ما نص عليه بقوله:

(**والتحقيق**: كما ذكرنا في مبحث خيار الغبن أن الرد مشروط عقلاً بنفس الملك لا بإمكانه، فله رد الملك ولا ملك، لا أنه له رد ما يمكن كونه ملكاً، حتى يقال بأنه في الهبة يمكن رد الملك، وفي البيع لا يمكن رده)[1].

وتوضيحه مع ما أفاده في خيار الغبن: أن حقيقة الفسخ ردّ نفس الملكية التي حصلت، فإذا انتقل المال بالهبة، فلو رجع في هبته، وردّه إلى البائع، لم يردّ نفس الملكية، بل هذه ملكية جديدة.

وبعبارة أخرى: إن الفسخ عبارة عن إرجاع الملكية التي حصلت بالفسخ، وهذه الملكية لم تحصل به.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وإشكاله وإن كان فنياً، وعلى مقتضى القاعدة، إلا أنه مردود؛ فإن الخيار حق متعلّق بالعقد، لا بالعين، فيمكن لصاحبه أن يفسخ وإن تلفت العين، وبما أنه متعلّق بالعقد فيرد عليه:

أولاً: بالنقض بما لو تلفت العين؛ فإن له الفسخ مع أن الملكية الحاصلة بالعقد غير قابلة للرجوع؛ لتلف العين، ولهذا ينتقل إلى بدلها، كما سيأتي في البحث الآتي.

وثانياً: بالحل؛ فإن الخيار يتعلّق بالعقد - كما تقدم - والعقد محفوظ

---

(١) حاشية المكاسب ٤: ٤٤٧.

وإن وهب العين، فمقتضى القاعدة أن له الخيار ما دام لم يحدث في العين المعيبة حدثاً، وأما مع إحداث الحدث فالمانع من الخيار هو النص، فمن لا يرى صدق إحداث الحدث على الهبة، ورجع فيها كان له فسخ العقد؛ لتعلّق حقه به.

فالنتيجة: أن الهبة حدث عرفاً، فيسقط الخيار بسببها.

حالة الشك في شمول مفهوم الحدث للهبة من جه الشبهة المفهومية

ولو شك في شمول مفهوم الحدث للهبة، أي لو كان في الحدث شبهة مفهومية، فشكّ هل تعدّ الهبة إحداث حدث في العين أو لا؟

فلا يخفى أن الأصول لا تجري في الشبهة المفهومية، لا الموضوعية، ولا الحكمية.

أما الأصل الموضوعي فعدم جريانه؛ لأن موضوع الحكم الشرعي هو الفعل الخارجي، ولا شك فيما وقع في الخارج؛ لأنا نعلم بوقوع الهبة.

وما وقع فيه الشك هو حدّ المفهوم وسعة دائرته، وهل أن الحدث يصدق على ما وقع في الخارج، أي الهبة، أو لا؟ والمفهوم ليس بحكم، ولا موضوع لحكم.

وأما الأصل الحكمي، فربما يقال بدواً: بتمامية أركانه؛ لأنا نعلم يقيناً بوجود الحكم بالخيار قبل الهبة، ونشك في بقائه بعدها، فنستصحب بقاءه.

ولكن الإشكال في موارد الشبهة المفهومية أننا في واقع الأمر نحتمل تحقق الحدث بحصول الهبة، فلا ريب في حصول التردّد وجداناً بين تحقّقه وعدم تحقّقه، فإن لم يتحقق الحدث أمكن جريان الاستصحاب، وإن تحقق كان جريان استصحاب الخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر؛ لتغيّر الموضوع حينئذٍ، والاستصحاب لا يجري إلا مع إحراز بقاء الموضوع، وكون التغير حاصلاً في حالاته، فيكون استصحاب الحكم الثابت قبل الهبة حينئذٍ شبهة موضوعية إلى « لا تنقض اليقين بالشك »، ولا يتمسك بالدليل في شبهته الموضوعية.

فتحصل إلى هنا عدم إمكان التمسك باستصحاب عدم الحدث، ولا باستصحاب بقاء الخيار الثابت قبل الهبة، فالمرجع حينئذٍ إلى دليل خيار العيب، وهو:

إما الشرط الارتكازي، المتقدّم بيانه، المبني على بناء العقلاء على سلامة المبيع في كل معاملة تجري بينهم، بحيث لو كان المبيع معيباً لكان للمشتري حق الردّ، وهي سيرة عقلائية قطعية، ممضاة من قبل الشارع، ومقتضاه ثبوت الخيار.

أو النصوص، وهي صحيحة زرارة الدالة على ارتفاع الخيار فيما لو أحدث حدثاً في المبيع، وبما أنها مخصص منفصل مجمل، يدور أمره بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والنتيجة ثبوت الخيار أيضاً؛ لثبوت الخيار في المعيب، والمخصص، وهو إحداث الحدث مجمل؛ للشك في شموله للهبة.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى ما نستفيده من النص سقوط الخيار بالهبة؛ لأنها من جملة إحداث الحدث عرفاً، وكل ما يصدق عليه حدث عرفاً مسقط للخيار، بخلاف ما لم يصدق عليه.

وأما لو شككنا في مفهوم الحدث كان مقتضى القاعدة ثبوت الخيار.

المسقط الثالث: تلف العين أو ما في حكمه

عنون الشيخ رحمه الله المسألة بقوله: (الثالث: تلف العين، أو صيرورته كالتالف؛ فإنه يسقط الخيار هنا، بخلاف الخيارات المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين)[1].

فتصل النوبة حينئذٍ إلى الأرش، والذي بحكم التلف مثل عتق العبد، أو إباقه بنحو يمتنع رجوعه عادة، وكالعقود اللازمة، كالصلح، والبيع، والهبة، والإجارة، والرهن، فكل هذه داخلة في حكم التالف؛ لأن سلطنته مقطوعة عن المال.

مستند الشيخ

ومستنده في ذلك وجهان:

الوجه الأول: ظهور الإجماع.

الوجه الثاني: ظهور مرسلة جميل المتقدمة؛ فإنها أناطت الردّ بقيام العين، فيكون مفهومها إن لم تكن قائمة فليس له الردّ، الظاهر منها اعتبار

---

(١) المكاسب ٥: ٢٨٩.

بقائها في ملكه.

المناقشة في مستند الشيخ

أما الدليل الأول فمردود: أولاً: بأنه إن أريد بالإجماع اتفاق الكل، فهو غير حاصل، كيف؟ والكثير من كتب قدماء الأصحاب لم تصل إلينا، كما صرّح بذلك الشيخ الطوسي رحمه الله في كتابه الفهرست[1].

وهذا الإشكال وارد على جميع موارد دعوى الإجماع.

وثانياً: أن هذا الإجماع مدركي؛ لاستناد المجمعين إلى نصوص المسألة.

وأما الدليل الثاني، فساقط سنداً ودلالة:

أما السند فلإرساله، كما هو المبنى المحقق من عدم الاعتماد على المرسلات مطلقاً.

وأما على مبنى الشيخ رحمه الله والمشهور، من معاملتهم لهذه المرسلة معاملة الصحيح؛ لعمل المشهور بها، والشهرة جابرة، فيرد عليه:

أولاً: إنما يتمّ ذلك لو انحصر مستندهم فيها، ولكنا نرى استنادهم في هذه المسألة إلى عدّة أدلة: كقاعدة « لا ضرر »، وأصالة السلامة، والشرط

---

(١) يشير الشيخ الأستاذ دام ظله إلى ما ذكره شيخ الطائفة في مقدمة الفهرست: ٣٣ من قوله: (ولم أضمن أني أستوفي ذلك إلى آخره؛ فإن تصانيف أصحابنا وأصولهم لا تكاد تضبط؛ لانتشار أصحابنا في البلدان وأقاصي الأرض، غير أن علي الجهد في ذلك، والاستقصاء فيما أقدر عليه ويبلغه وسعي ووجدي).

الارتكازي بالسلامة من العيب، وصحيحة زرارة، ومرسلة جميل، فالإشكال يرد حتى على مبنى جبر ضعف السند بعمل المشهور.

توضيح في قاعدة جبر الخبر الضعيف بعمل المشهور

وثانياً: أن في قاعدة جبر ضعف السند ولو كان مرسلاً إشكالاً، وتوضيح الإشكال:

إن مقتضى القاعدة عدم حجية الخبر الضعيف، والذي يجعله مندرجاً في دليل الحجية أحد أمرين: الوثوق الخبري، أو المخبري.

أما الوثوق بالصدور بمجرد عمل المشهور به فممنوع، ولو حصل الوثوق لأحد فهو حجة له، ومعذور فيه.

وأما الوثوق المخبري - وهو العمدة - فالمراد من جبر ضعف السند بعمل المشهور، أن المشهور لما عمل بها - مع وجود المجهول في سندها - فإن ذلك توثيق عملي منهم له؛ فإن التوثيق لا يقتصر على التوثيق اللفظي، فكما يستند في التوثيق إلى قول النجاشي أو الشيخ بأن فلان ثقة، فكذلك يستند إلى عمل المشهور في إثبات وثاقة المجهول؛ لأن معنى عملهم بالخبر اعتمادهم عليه.

بهذا يتضح مناط القول بجبر الخبر الضعيف بعمل المشهور، وهو إنما يأتي فيما لو ذكر اسم الراوي في سلسلة السند وكان مجهولاً لنا، فيكون مورداً للتوثيق العملي، وأما إذا كانت الرواية مرسلة، ولم يعلم من هو الراوي، فلا معنى للتوثيق العملي، فلهذا كان مختارنا - في ما لو قلنا

بقاعدة جبر ضعف السند بالعمل - عدم اندراج المرسلات في ضمن هذه الكبرى، وإنما تصدق فيما لو عرفت هوية رجال السند، إلا أنه مجهول الحال بالنسبة لنا، فيكون اعتماد مشهور القدماء جابراً للجهالة.

ونتيجة ذلك: أن مرسلة جميل غير داخلة في الكبرى لو ثبتت؛ لعدم العلم بهويّة الراوي، فلا وجه علمياً للاعتماد عليها.

وأما الدلالة، فجهة المنع تتضح بعد النظر إلى متنها: « في الرجل يشتري الثوب، أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن.. »[1]؛ فإن منطوق القضية: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه »، فيكون مفهومها: (إن لم يكن الشيء قائماً بعينه فلا يردّه)، فمدلول القضية - منطوقاً ومفهوماً - أن يكون الشيء موجوداً، إلا أنه تارة يكون قائماً بعينه، وأخرى غير قائم بعينه، كما يشهد له ذيل الرواية: « وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب »، فهو موجود إلا أنه تغيّرت بعض حالاته، فظاهر الرواية وجود العين، وأما في حال التلف فلا يصدق منطوق الرواية ولا مفهومها، فلا يصدق أن الشيء لم يكن قائماً بعينه، فالاستدلال بها على كون التلف مسقطاً للخيار غير ناهض.

تحقيق المحقق الأصفهاني لإثبات مسقطية التلف عقلاً لا شرعاً

وهنا بحث دقيق للمحقق الأصفهاني رحمه الله، ويحتاج إلى توضيح،

---

(١) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٣.

وحاصل ما أفاده: أن التلف وما بحكمه ليس مسقطاً شرعياً، بل عقلياً، ولا ينبغي الخلط بينهما؛ فإن المسقط للخيار تارة يكون من جعل الشارع، كالتصرّف الموجب للتغيير، في خيار العيب، وكافتراق المتبايعين في خيار المجلس، والسقوط في ما نحن فيه بحكم العقل، ولم يجعله الشارع، والوجه فيه:

أن خيار العيب يختلف عن سائر الخيارات؛ فإن المجعول فيها هو نفس الخيار، ففي خيار المجلس: « البيّعان بالخيار »، وفي خيار الحيوان: « صاحب الحيوان بالخيار »، وكذا في خيار الرؤية..، وأما في خيار العيب فلم يجعل فيه الخيار، وإنما جعل فيه ردّ المبيع، والافتراق في الجعل يقتضي الافتراق في الثمرة المترتبة أيضاً؛ ففي المورد الذي جعل فيه الخيار يكون متعلّقه العقد، فتكون رتبة الفسخ متقدمة على رتبة ردّ المبيع، وفي المورد الذي جعل فيه الردّ يكون متعلّقه العين، فتكون رتبة الردّ متقدمة على رتبة انفساخ العقد[1]، وهذا فارق جوهري.

ويترتب على ذلك: أن المورد الذي يكون المجعول فيه هو الخيار لم يسقط بالتلف؛ لأن متعلّقه العقد، وهو باقٍ حتى بعد ذهاب العين.

وأما إذا كان المجعول الردّ، فهو قائم بالعين، ففي حال تلفها ينتفي موضوع تعلّق الحق.

---

(١) علّق الشيخ الأستاذ دام ظله على هذه النقطة: بأنها نقطة مهمة، وقد أوردت على المحقق الأصفهاني رحمه الله بعض الإشكالات بسبب الغفلة عن هذه الجهة.

وهذا هو معنى كلامه أن المسقط لخيار العيب عقلي لا شرعي؛ لأن المجعول حقّ ردّ العين، وحقّ ردّها مع زوالها منتفٍ عقلاً لا شرعاً.

نعم، التلف على أقسام أربعة:

الأول: التلف الحقيقي، المتحقق بانعدام العين، فيستحيل ردّها، فينتفي الحق عقلاً.

الثاني: التلف الشرعي، كانعتاق العبد، فيما لو اشترى أحد العمودين، فالعين وإن كانت موجودة، إلا أنها بحكم التالفة؛ لامتناع عود الحر رقاً شرعاً، فلا تكون قابلة للردّ.

الثالث: أن تنتقل إلى الغير بعقد لازم، كالصلح والبيع، والعين وإن كانت موجودة غير تالفة، إلا أنها صارت في ملك الغير، فلا يمكنه ردّها؛ حيث لا ربط له بها.

الرابع: أن تكون العين تحت سلطان الغير، ومتعلّقة لحقه، كالعين المرهونة، والمستأجرة، فهي وإن لم تعدّ تالفة عقلاً، ولا شرعاً، إلا أنه لا يتمكن من ردّ العين خارجاً؛ لكونها متعلّقة لحق الغير، فتكون بحكم التالف[1].

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وحاصل دليله رحمه الله: أن خيار العيب يفترق عن سائر الخيارات؛ من حيث تعلّقه بردّ العين، وتعلّقها بنفس العقد، فلهذا يكون سقوط خيار

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله على المكاسب ٤: ٤٤٨ - ٤٤٩.

العيب بالتلف وما بحكمه عقلياً، لا شرعياً؛ لعدم إمكان الردّ، بخلافها.

ويرد عليه: **أولاً**: أن الضرورة، والتسالم بين الفقهاء قائمان - في المعاملة على المعيب - على جواز مطلق التصرّفات للمشتري في المبيع، فيجوز له إتلافه، وعتقه، وبيعه، والمصالحة عليه، وإجارته، وجعله رهناً، كما صرّح به ﷺ، بينما لو كان حق المشتري متعلّقاً بالردّ، لما جاز له أن يتصرّف فيه بهذه التصرّفات، كما لا يجوز للبائع التصرّف في الثمن؛ لأن الثمن متعلّقاً لحق الغير - المشتري -؛ حيث يجوز له أخذه، والمثمن متعلّقاً لحق الغير - البائع - حيث يجوز للمشتري ردّه، وتصرّف كل واحد من الطرفين في متعلّق حق الآخر بدون إجازة صاحب الحق فضولي، ولكن بما أنه يجوز للمشتري أن يتصرّف في المبيع بأنواع التصرفات جاز للبائع أن يتصرّف في الثمن كذلك.

والحاصل: أنه إذا قلنا بأن الخيار متعلّق بالعقد، فالعين غير متعلّقة للحق، وإذا لم يكن العوضان متعلّقين للحق جاز للطرفين كل تصرّف، فإذا أعمل صاحب الخيار خياره انفسخ العقد، فإن كانت العين موجودة ردّها، وإلا انتقل إلى البدل.

وأما إذا قلنا بأن له حق الردّ، فإما أن نقول بأن حق التصرّف مختص بالمشتري، فيجوز له أنواع التصرّفات في المبيع، دون البائع فليس له حق التصرّف في الثمن، فلا يرد عليه ما أوردناه عليه، ولكنه مما لا يمكن الالتزام به.

فيتعين القول بأن للبائع حق التصرّف أيضاً في الثمن، فيكون لكل من الطرفين حق التصرّف، وهذا يكشف عن عدم تعلّق الحق بردّ العين؛ وإلا كانت العين متعلّقة لحق الغير، فلا يجوز لكل منهما التصرّف فيما عنده بدون إذن الآخر، فلما جاز التصرّف لهما كشف عن عدم الحق، فلا يكون فرق بين خيار العيب وسائر الخيارات.

وثانياً: أنا عندما نرجع إلى نصوص باب العيب نجد فيها العنوانين، عنوان الردّ، كما أفاده رحمه الله، من قبيل ما عن ابن فضال، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: « تردّ الجارية من أربع خصال: من الجنون والجذام والبرص والقرن..»[1].

وعنوان الخيار، من قبيل ما رواه ابن فضال، عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال: في أربعة أشياء خيار سنة: الجنون والجذام والبرص والقرن[2].

فالمجعول في هذه الرواية الخيار، والمورد العيب، فإما أن نلتزم في باب العيوب بأن المجعول هو الخيار، فيتعلّق بالعقد، أو نلتزم بأن المجعول حقّ الردّ، وأما التفصيل بين العيوب في السنة، وبين غيرها فلا قائل به قطعاً، وعندما يكون له الخيار والردّ بحسب النصوص، فهو كاشف عن أن المجعول الخيار، وأن منشأ الردّ في سائر الروايات هو الخيار.

---

(١) الوسائل، الباب٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٧.

وثالثاً: إن عمدة المستند في خيار العيب معتبرة زرارة، وقد أخذ فيها عنوان يدلّ على جعل الخيار، لا حق الردّ؛ فإن لفظها:

« أيّما رجل اشترى شيئاً، وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين لـه، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبـذلك الـداء، أنـه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلـك الـداء والعيـب مـن ثمن ذلك لو لم يكن به »[1].

فإن مدلولها المنطوقي: إن أحدث حدثاً فيها أمضى البيـع، أي العقـد لازم، ومفهومها: إن لم يحدث حدثاً لم يمضِ البيع، أي البيع جائز، فهـي نص في أن المجعول في باب العيب الخيار.

فالحق أن خيار العيب كسائر الخيـارات، مـن حيـث كونـه مجعـولاً شرعياً، فكما أن المجعول في الغبن الخيار، والمجعول في باب الحيـوان الخيار، فكذلك في العيب.

تحقيق الحق في هذه المسالة

إذا اتضح ذلك، نقول لبيان الحق في هذا المسقط:

مقتضى النصوص

أما من جهة النصوص فإن العمدة في هذا الباب هـي معتبـرة زرارة، وقد أخذت للإسقاط ولزوم العقد عنـوان إحـداث الحـدث، وهـو كمـا

---

(١) الوسائل، الباب١٦ من أبواب الخيار، الحديث٢.

يصدق عرفاً على التصرّفات المغيّرة، فكذلك يصدق عرفاً على الإتلاف[1]، كما يصدق على التصرفات الأخرى، من البيع والصلح والإجارة وغيرها..

فالحق أن التلف الحقيقي من أظهر مصاديق إحداث الحدث عرفاً، وكذلك ما في حكمه، من الأمثلة المتقدّمة، فلنقتصر على المستفاد من النص، ولا حاجة إلى تبعيد المسافة.

فالنتيجة: أنا نقول بأن التلف وما بحكمه من جملة المسقطات، من دون أن نسلك في ذلك طريق الشيخ رحمه الله، من التمسك بالإجماع، ومرسلة جميل، ولا طريق المحقق الأصفهاني رحمه الله، من القول بأن المتعلّق هو الردّ، وبما أنه غير ممكن في حالة التلف، فيكون مسقطاً عقلياً، بل لأن المجعول بمقتضى المعتبرة هو مضي البيع وعدمه، الذي هو الخيار، والمسقط له هو إحداث الحدث، ومن مصاديقه التلف وما بحكمه.

مقتضى القاعدة

وأما من حيث القاعدة - لو لم يتمّ مفاد النص - فالمسألة تبتني على

---

(١) ربما يقال: بأنه لا إشكال في صدق إحداث الحدث على الإتلاف، ولكن هل يصدق على التلف لو كان بغير متلِف، كما لو كان بآفة سماوية؟

فنقول: إن المقصود من إحداث الحدث - بمناسبة الحكم والموضوع - أعم من أن يكون بفعل إنسان أو بآفة سماوية، وقد نبّه عليه السيد الخوئي رحمه الله في ٧: ١٠٦ : (و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه إحداث للحدث؛ فإن المراد من الأحداث هو الكناية عن ثبوت حدث في المبيع، لا معناه الصريح، أعنى إسناد الحدث الى الفاعل).

وجود الإطلاق في أدلة خيار العيب وعدمه، فإن وجد الإطلاق، وشككنا في سقوط الخيار في حال التلف، كان المرجع الإطلاق، إلا أنا بعد الفحص في نصوص أبواب الخيار، وأبواب أحكام العيوب لم نعثر على مثل هذا الإطلاق، فالمرجع أصالة اللزوم، وهو أصلان، لفظي وعملي.

أما الأصل اللفظي فهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾؛ فإن مفادها الحكم بلزوم جميع أفراد العقود، في جميع الأزمنة، فالخيار بحاجة إلى دليل مخصص، وعندما يكون مجملاً منفصلاً يكون المرجع عموم ﴿ أوفوا﴾.

ويشكل: بأن المستند العمدة في خيار العيب هو الشرط الارتكازي الضمني، المستفاد من بناء العقلاء في جميع معاملاتهم على شرط سلامة العوضين من العيوب، ومفاد ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لزوم الوفاء بالعقد وما تضمّنه من الشروط، المصرّحة والضمنية، ونتيجة هذا الشرط الخيار، فيكون دليل خيار العيب حينئذٍ متصلاً بدليل اللزوم، لا منفصلاً، فيشكل التمسك بالعموم اللفظي.

وأما الأصل العملي، فهو أن الملكية قد حصلت بالعقد حسب الفرض، فهي موجودة قبل حصول التلف وما بحكمه يقيناً، وبعد التلف نشك في زوالها فيما لو وقع الفسخ؛ لأنا نشك في وجود حق الفسخ وتأثيره، فنستصحب بقاءها، فالنتيجة لزوم العقد.

ولا يخفى أن هذا الأصل إنما يجري على مبنى من يجري الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، وأما على مبنى مثل الفاضل

النراقي، والمحقق السيد الخوئي قدس سرهما، من عدم جريانه فيها فلا يفيد[١].

وخلاصة البحث: أن مقتضى النصوص الخاصة - عند حصول التلف وما بحكمه - هو لزوم العقد، وكذلك مقتضى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لو تمّ التمسك بها، وإن لم يصح التمسك بها؛ لإشكال الشرط الارتكازي كان المرجع الأصل العملي عند من يجريه في الشبهات الحكمية الكلية، وهو استصحاب بقاء الملك، ونتيجته اللزوم أيضاً.

فرع: في مانعية وطء الجارية عن ردّها بالعيب

قال الشيخ رحمه الله: (لا خلاف نصّاً وفتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردّها بالعيب)[٢].

في المسألة ثلاثة أدلة على منع الردّ:

الأول: ما يستفاد من كلام العلامة رحمه الله، من أن الوطئ جناية، ولهذا يوجب غرامة جزء من القيمة، كسائر جنايات المملوك[٣].

والإشكال فيه واضح؛ لأن الوطئ إنما يعدّ جناية في البكر؛ لذهاب تلك الحيثية التي كانت عليها، ويشهد له المهر، والغرم في غير مورد المهر، وأما إذا كانت ثيّباً فليست بجناية قطعاً، ولا غرامة ضرورة.

---

(١) فعلى مبنى عدم الجريان ما هو المرجع؟

(٢) المكاسب ٥: ٢٩٠.

(٣) التذكرة ١١: ٩٣؛ حيث قال: (ولأن الوطء يجري مجرى الجناية؛ لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال، فوجب أن يمنع الرد، كما لو كانت بكراً).

الثاني: أن الوطئ إحداث حدث في الجارية.

وهو قوي؛ لعدّه عرفاً من جملة الأحداث الواقعة على الجارية؛ فإنها بعده بكيفية غير الكيفية التي كانت قبله.

وجعل المحقق السيد الخوئي رحمه الله الوطئ كاللمس والتقبيل من التصرّفات غير المغيّرة، فلا تعدّ إحداث حدث[١].

والصحيح خلافه؛ فإن المرجع إلى العرف، وهو لا يرى الزنا بالأجنبية ولمسها على وزان واحد، فهو يرى أن الوطئ حدث دون اللمس.

الثالث: الروايات الواردة في الباب الرابع من أبواب أحكام العيوب، وهي معتبرة بلا إشكال، مثل رواية طلحة بن زيد[٢]، ورواية منصور بن حازم[٣]، ورواية محمد بن مسلم[٤]، ورواية أبان عن زرارة[١]؛ فإنها كلها

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١١٤.

(٢) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٢: وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن يحيى، عن طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: « تقوّم وهي صحيحة، وتقوّم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء ».

(٣) الوسائل، الباب٤ من أبواب احكام العيوب، الحديث٣: وعنه، عن محمد بن الحسين، عن صفوان، عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فوقع عليها، قال: « إن وجد بها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما نقصها العيب » ، قال: قلت: هذا قول علي عليه السلام؟ قال: « نعم ».

(٤) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٤: وعنه، عن محمد بن الحسين،

دالة على عدم ردّ الجارية بعد الوطئ، بل يأخذ ما به التفاوت بين الصحيحة والمعيبة.

ردّ الجارية المشتراة لو وطئت وكانت حاملاً

تقدّم أن وطئ الجارية المشتراة ذات العيب مانع من ردّها، فهل يشمل ذلك الجارية الحامل، أو هي مستثناة من هذا الحكم؟

ذهب المشهور إلى استثنائها، وأن الوطئ غير مانع من ردّها، فتخصص تلك النصوص المتقدمة بما سيأتي من النصوص، وخالفهم الأسكافي، وابن حمزة من المتقدمين، وصاحب الرياض من المتأخرين، واختاره الشيخ رحمه الله أيضاً.

نصوص المسألة

وقبل الخوض في بيان المسألة، والأوجه التي أفادها الشيخ رحمه الله للعدول عن رأي المشهور نستعرض روايات الباب، وهي كما في الباب الخامس من أحكام العيوب:

عن علي بن الحكم عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) أنه سأل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، ثم يجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: « لا يردّها على صاحبها، ولكن تقوّم ما بين العيب والصحة، فيرد على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً».

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٥: وعن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن الحسن بن علي، عن أبان عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: « كان علي بن الحسين عليه السلام لا يردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها ».

١- محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى، ولم يعلم بحبلها فوطأها، قال: « يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها؛ لنكاحه إياها . . . الحديث »[١].

٢- عن رفاعة النخاس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها - إلى أن قال : - قلت: أرأيت إن وجدت بها عيباً بعدما مسستها؟ قال: « ليس لك أن تردها، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب »[٢].

وحملها صاحب الوسائل رحمه الله على كون العيب غير الحبل[٣].

٣- عن عبد الملك بن عمير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، وله أرش العيب، وتردّ الحبلى، ويردّ معها نصف عشر قيمتها[٤].

٤- عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها، فيجدها حبلى؟ قال: « يردّها ويردّ

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث١.

(٢) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٢.

(٣) المفروض أن لا تذكر فيما يدل على المدعى لأنها من جملة أدلة الفرع السابق.

(٤) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٣.

معها شيئاً »[١].

٥- عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشترى الحبلى، فينكحها وهو لا يعلم؟ قال: « يردّها ويكسوها »[٢].

٦- عن عبد الملك بن عمرو، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها؟ قال: يردّها، ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى[٣].

٧- عن فضيل مولى محمد بن راشد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم، فنكحها الذي اشترى؟ قال: « يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها[٤].

٨- عن سعيد بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم، فنكحها الذي اشترى؟ قال: يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها[٥].

هذه مجموع روايات المسألة، وهي على طوائف، وتتفق في شيء وتختلف في آخر، فتتفق في أن وطئ الجارية الحبلى لا يمنع من الردّ، وأما جهة الاختلاف ففي:

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٥.

(٢) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٦.

(٣) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٧.

(٤) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٨.

(٥) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٩.

١- أن الموضوع في بعضها جهل البائع، وفي الأكثر جهل المشتري.

٢- أن ما يردّ مع الجارية مردّد بين أمور، ففي بعضها نصف عشر قيمتها، وفي آخر الكسوة، وفي ثالث مطلق الشيء، وفي رابع العشر[1].

أدلة الشيخ في مخالفة المشهور

وللشيخ قدس سره هنا كلام طويل في ردّ ما ذهب إليه المشهور؛ إذ بعد أن اعترف بأن ظاهر هذه الروايات في باديء النظر ما ذكره المشهور، قال بأن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه فنرفع اليد عنه، والوجوه التي ذكرها خمسة، وعلى تقدير تكون ستة، وهي:

الوجه الأول

أن الأخذ بظاهر النصوص، وحملها على جواز ردّ الجارية الحبلى مطلقاً، سواء أكانت أم ولد أم كان حملها من غير سيدها، يستلزم مخالفة ظاهرها في وجوب الردّ؛ لأن جواب الإمام عليه السلام في النصوص بالجملة الخبرية: « يردّها، وتردّ »، والجملة الخبرية - كما حقّق في الأصول - ظاهرة في الوجوب، بينما فتوى المشهور جواز الردّ، وعدم سقوط الخيار بالوطئ، والأخذ بظاهر الجملة الخبرية في وجوب الردّ لا يكون إلا إذا كان البيع فاسداً؛ إذ يكون ردّاً لمال الغير، وهو واجب، ولا يكون فاسداً إلا إذا كانت الحبلى أم ولد، فإما أن نحافظ على ظاهر الجملة الخبرية

(١) الرابع لم يبيّنه الشيخ الأستاذ دام ظله، ولكنه موجود في بعض الروايات المذكورة.

في الوجوب، فنحمل النصوص على خصوص الحبلى أم الولد.

وإما أن نرفع اليد عن ظاهرها في الوجوب، ونقول بدلالتها على الجواز، فلا يكون إلا بحمل الحبلى على خصوص ما إذا كان الحمل من غير مولاها؛ إذ تكون الجملة الخبرية - حينئذٍ - واردة في مقام توهّم الحظر، الناشيء من الأخبار المتقدمة، المانعة من ردّ الجارية بعد الوطئ؛ إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم تستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهّم الحظر؛ إذ لا منشأ لتوهّم حظر ردّ الحامل، حتى أم الولد.

والنتيجة: أنه لا بدّ إما من التقييد، أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية، وبما أنه خلاف الأصل، فنبقى على ظهورها في وجوب الردّ، فيكون قرينة على إرادة خصوص الحبلى أم الولد؛ إذ لا يكون وجوب الردّ إلا إذا كان البيع فاسداً، ولا يكون فاسداً إلا إذا كانت الجارية الحبلى أم ولد.

الوجه الثاني

أنه ورد في النصوص السابقة: « يردّها، ويردّ معها نصف عشر قيمتها»، والجملة الخبرية الثانية ظاهرة في الوجوب، ومحمولة عليه قطعاً؛ لأن تسليم نصف العشر في مقابل وطئ المشتري لها، وعليه إن حملت الجملة الخبرية الأولى على الجواز لزم اختلاف السياق، فمقتضى وحدة السياق، إما أن تحمل كلتا الجملتين على الوجوب أو على الجواز، وبما أن الجملة الثانية محمولة على الوجوب اتفاقاً، ولم يقل أحد باستحبابه لم يمكن رفع اليد عنه، فلا بدّ من حمل الأولى على الوجوب

أيضاً.

ووجوب ردّ الجارية الحبلى منحصر في مورد أم الولد؛ لكون البيع فاسداً، فيجب ردّ المبيع إلى صاحبه، وأما في غير أم الولد، فالحبل عيب يقتضي جواز الردّ والخيار.

والحاصل: أن الأخذ بقول المشهور يقتضي رفع اليد عن ظهور الجملة الثانية في الوجوب، وحملها على الجواز، ولا قائل به، أو حملها على الوجوب، وحمل الجملة الأولى على الجواز، وهو منافٍ لوحدة السياق.

وأما الأخذ بقول الأسكافي رحمه الله، الذي اختاره الشيخ رحمه الله فالظهور والسياق محفوظان في الجملتين، فتحمل كلتا الجملتين على الوجوب، فيجب ردّها؛ لكون البيع فاسداً، ويجب ردّ نصف عشر قيمتها غرامة للوطئ.

الوجه الثالث

إن عندنا قاعدتين مسلمتين في الفقه:

القاعدة الأولى: أن منافع العين تابعة لها في الملكية، فمن يملك العين يملك منفعتها بالتبع، والتفكيك بينهما في الملكية لا يكون إلا بأمر زائد، كما إذا بيعت العين بعد استئجارها؛ فإن مالك العين في هذه الحالة غير مالك المنفعة.

القاعدة الثانية: ذهب المشهور - وهو مقتضى الأدلة أيضاً - إلى أن

انفساخ العقد بالفسخ يكون من حين الفسخ، لا من زمان العقد، ولهذا لو وقعت المعاملة، وكان فيها خيار الفسخ، ثم أعمل خياره وفسخ، كانت التصرّفات السابقة على الفسخ غير مضمونة؛ لأنها تصرفات وقعت في ملكه.

بخلاف ما لو قلنا بأن الانفساخ يقع من حين العقد؛ فإن التصرّفات الواقعة قبل الفسخ تكون مضمونة؛ لأنها وقعت في ملك الغير؛ لأن العين تعود إلى ملك صاحبها الأول من حين العقد.

إذا اتضح هذا، نقول: إن الروايات السابقة حكمت بوجوب إعطاء المشتري للبائع نصف عشر قيمة الجارية بسبب وطئها، وهذا الحكم يتنافى مع القاعدتين السابقتين، ولا يجتمع معهما؛ لأن مقتضى القاعدة الأولى أن منفعة العين تابعة لها في الملكية، فتكون مملوكة للمشتري، ومقتضى القاعدة الثانية أن انفساخ العقد من حين الفسخ، فوطئ المشتري لها كان في ملكه، فلا معنى لضمانه المنفعة المستوفاة.

فيلزم على رأي المشهور رفع اليد عن إحدى القاعدتين، فإما أن نقول بأن المنافع غير تابعة للعين، فتكون باقية تحت ملك البائع، ويكون التصرّف تصرّفاً في مال الغير.

أو نقول: بأن الانفساخ يحصل من زمان العقد، لا من حين الفسخ، فيكون التصرّف في ملك الغير أيضاً.

وبما أن ذلك يستلزم ارتكاب خلاف القاعدة، بخلاف ما إذا حملت الحبلى على خصوص أم الولد؛ - فإنه يمكن اجتماع القاعدتين مع

الحكم؛ فإن بيعها يكون فاسداً، فيكون الوطئ واقعاً في ملك البائع؛ إذ لم تنتقل، ولم تنتقل منفعتها، فيكون ضامناً -.

كان المقدّم قول غير المشهور؛ لموافقته للقاعدتين، بخلاف قولهم، وحفظ كلتا القاعدتين قرينة على إرادة خصوص الجارية الحبلى أم الولد.

الوجه الرابع

أنه يلزم من قول المشهور - عدم مانعية وطئ الحبلى عن الردّ، وبقاء الخيار - رفع اليد عن عمومين في روايتين:

الأول: عموم صحيحة زرارة الدالة على سقوط خيار من أحدث فيما اشترى حدثاً؛ فإن المشهور يخالفون ذلك ويقولون بثبوته، بخلاف حمل الحبلى على أم الولد؛ فإنه لا يلزم ارتكاب مخالفة العموم؛ لأن البيع فاسد من الأول.

الثاني: عموم الروايات المعتبرة الدالة على مانعية الوطئ عن الردّ مطلقاً، الشاملة للحائل والحامل؛ فإنا إذا قلنا بمقالة المشهور، وحملنا هذه الروايات على جواز الردّ في الحبلى مطلقاً لزم منه رفع اليد عن عموم تلك الروايات، بخلاف ما إذا حملنا هذه الروايات على خصوص أم الولد؛ فإن عموم تلك على حاله.

الوجه الخامس

أن الظاهر من قول السائل في مرسلة ابن أبي عمير المتقدّمة: (رجل

باع جارية حبلى وهو لا يعلم) وقوع السؤال عن بيع أم الولد، وإلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة؛ لأن المؤثر على مقالة المشهور هو علم المشتري وجهله، لا البائع؛ لأن المشتري إذا كان عالماً بالعيب سقط خياره.

كما أن ظاهر صحيحة محمد بن مسلم، الوارد فيها عبارة « يكسوها » أن المراد بها أم الولد؛ لأن الكسوة لا تكون إلا إلى الحرائر، ونسبت إلى أم الولد لتشبّثها بالحرية، فشبّهت بهنّ، وأما غيرها فهي مملوكة صرف، فلا ينسب لها الكسوة.

الوجه السادس

أن النسبة بين روايات مانعية وطئ الجارية عن الردّ، وبين هذه الروايات الدالة على جواز ردّ الجارية الحبلى، نسبة العموم والخصوص من وجه، وبمقتضى الأوجه السابقة ترجح روايات مانعية الوطئ من ردّ الجارية الحبلى، فتحمل هذه الروايات على كون الجارية الحبلى أم ولد لمولاها، وتقريب ذلك:

أن روايات مانعية الوطئ من الردّ، فيها جهة خصوص، وجهة عموم:

أما جهة الخصوص فهو اختصاص موضوعها بأم الولد، وكون البيع صحيحاً؛ لأن مدلولها سقوط خيار المشتري بوطئه الجارية المعيبة، وانحصار حقه في الأرش، ولا يسقط الخيار إلا إذا كان البيع صحيحاً، ولا يكون صحيحاً إلا إذا لم تكن الجارية أم ولد لمولاها، وإلا لكان البيع فاسداً وجاز ردّها.

وأما جهة العموم، فهو شمولها للجارية الحبلى وغيرها.

والروايات الدالة على عدم مانعية الوطئ عن ردّ الجارية الحبلى، فيها جهة خصوص، وجهة عموم أيضاً.

أما جهة الخصوص فهو اختصاصها بكون الجارية حبلى.

وأما جهة العموم فهو شمولها للحبلى أم الولد، وغيرها.

فتكون النسبة بين هاتين الطائفتين نسبة العموم والخصوص من وجه، فيجتمعان في مورد الجارية الحبلى غير أم الولد، فإحداهما تجيز الردّ، والأخرى تمنعه، فيقع التعارض بينهما فيها، والقاعدة في المتعارضين بالخصوص والعموم من وجه، وإن كان هو التساقط في مورد الاجتماع، إلا أن ذلك في صورة عدم وجود المرجّح لأحداهما، وبمقتضى الوجوه السابقة قال الشيخ رحمه الله بترجيح الطائفة الدالة على مانعية الوطئ عن الردّ، فتقيّد الحبلى في هذه الروايات بأم ولد لمولاها، فتكون النتيجة ما ذهب إليه غير المشهور[1].

المناقشة في كلام الشيخ

وبعض ما أفاده الشيخ رحمه الله من الوجوه محل إشكال:

أولاً: قال الشيخ رحمه الله في الوجه الأول: أنه إذا حمل البيع على الصحيح، فيلزم إما التصرّف في قاعدة تبعية المنفعة للعين، فيلتزم بكون

(١) المكاسب ٥: ٢٩٦ - ٢٩٨.

الواطئ مالكاً للأمة غير مالك لمنفعتها، أو الالتزام بوقوع الفسخ من زمان العقد، لا من حين الفسخ، وكلاهما على خلاف القاعدة.

والإشكال عليه:

أن الخروج عن القاعدة إذا كان مستنداً للدليل لا يعدّ خلافاً للقاعدة، فمقتضى القاعدة - وإن كان كما ذكر الشيخ رحمه الله - إلا أن كل قاعدة قابلة للتخصيص، وبالتالي نقول: إن الشارع في هذا المورد بالخصوص، ببركة النصوص، حكم تعبّداً للبائع على المشتري بضمان نصف عشر قيمة الجارية وإن كانت ملكاً له، فلم نرفع اليد عن القاعدتين، ولكن التزمنا بدليل التعبّد، القاضي بردّ نصف عشر قيمة الجارية معها.

وثانياً: أن الإشكال الثاني للشيخ رحمه الله هو: أن لازم التمسك بهذه الروايات، تخصيص الروايات الدالة على مانعية الوطئ من الردّ، وهو بعيد.

وأورد عليه أكابر المحشين:

بأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فلا مانع من التخصيص؛ فإن مفاد تلك الروايات مانعية وطئ الجارية من الردّ مطلقاً، ومفاد هذه الروايات عدم مانعية خصوص وطئ الحبلى من الردّ، هذا حاصل كلماتهم على اختلاف عباراتهم[1].

---

(١) حاشية السيد اليزدي رحمه الله ٣: ١٠٧ - ١٠٨، حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله ٢: ٥٤، حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله ٤: ٤٥٢ - ٤٥٣، مصباح الفقاهة ٧: ١٢٢.

الدفاع عن الشيخ

وهو محلّ تأمل؛ لأنا إذا راجعنا روايات باب مانعية الوطئ عن الردّ وجدناها على طائفتين، طائفة لا تأبى التخصيص، وطائفة أخرى تأباه، فيتمّ كلام الشيخ رحمه الله بناء على الطائفة الثانية، دون الأولى:

أما الطائفة الأولى فهي مثل ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: « تقوّم وهي صحيحة، وتقوّم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء »[1].

فإن الإمام عليه السلام في مقام بيان الحكم؛ وذلك أنه بيّنه ابتداء، من دون أن يسبقه سؤال السائل، فينطبق على الحبلى وغيرها، فالإطلاق فيها تام، فيقيّد بروايات ردّ الحبلى.

وربما يشكل في خصوص هذه الرواية: بأنها قضية في واقعة؛ لأن لسانها: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها »، فتكون خاصة من الأول، فيمكن أن تكون الجارية المقضي فيها حبلى، وربما تكون غيرها، فالأولى الاستشهاد بغيرها مثل:

ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى جارية فوقع عليها، قال: « إن وجد بها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما

---

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

نقصها العيب »[١].

فإن الجارية في هذه الرواية مطلقة، تشمل الحبلى وغيرها.

وأما الطائفة الثانية، وهو عمدة ما ارتكز عليه الشيخ رحمه الله، فهي:

ما عن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام): أنه سأل عن الرجل، يبتاع الجارية، فيقع عليها، ثم يجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: « لا يردها على صاحبها...»[٢].

فإن الإطلاق في هذه الرواية آبٍ عن التخصيص؛ ويعرف ذلك بعد ملاحظة ثلاثة أمور:

١- أن كلام الإمام عليه السلام كان جواباً على سؤال الراوي، ولم يكن بياناً للحكم ابتداء.

٢- ترك الإمام عليه السلام للاستفصال في الجواب.

٣- كون المقام مقام عمل.

فإن المستفتي عندما يكون في مقام العمل، ويسأل عن الحكم ليعمل به، ولم يفصّل المفتي في الجواب يكون كلام المجيب مطلقاً، فللسائل أن يأخذ بإطلاق كلامه، ويعمل على طبقه، ولو كان حكمه الواقعي مقيّداً، ولكن بيّن الإمام عليه السلام المطلق في مجلس، وأراد أن يبيّن المقيّد في مجلس آخر، لكان من تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهو قبيح من

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.

الحكيم، ويلزم منه حرمان المكلّف من الواقع بلا مصلحة ولا ملاك.

فنحن وإن نعمل بقاعدة الإطلاق والتقييد، إلا أنه في الموارد التي لا يكون الاطلاق فيها آبياً عن التقييد، وأما فيها كما لو كان السائل في مقام الحاجة للعمل، لم يكن وجه للجواب الناقص.

وما قلناه لا ينافي ما حقق في الأصول، من جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة لحكمة تقتضيه؛ لأن المورد ليس من صغريات هذه الكبرى؛ لعدم التقية في المقام، ولا طريق فيه للحكمة في تأخير الحكم عن وقت الحاجة بحسب الاحتمالات العقلائية.

ولهذا كان مختارنا في جميع الإطلاقات، التي يكون السائل فيها في مقام العمل، ولم يكن الحكم من موارد التقية، ولا توجد حكمة تقتضي تأخير الحكم عن وقت الحاجة، بحسب الاحتمالات العقلائية، هو قوة الإطلاق أو العموم، وتماميته، ويكون المقيّد معارضاً له.

فإلى هنا يكون الحق في هذه الروايات مع الشيخ رحمه الله في استبعاده التقييد، مع دقّته والتفاته إلى قاعدة: (ما من عام إلا وقد خص)[1].

---

(١) سئل الشيخ الأستاذ رحمه الله عن ما أفاده في المتن فأوضحه بقوله:
إن الرواة والرواية على قسمين؛ إذ تارة يكون المجلس مجلس تعليم وتعلّم، فيبيّن الإمام عليه السلام الحكم ابتداء كبياناته لمثل محمد بن مسلم وزرارة، ويكون ذلك بنحو الإطلاق، فمثل هذا الحكم قابل للتقييد؛ لعدم كون الإمام عليه السلام في مقام بيان كل شيء في هذا المجلس.

الرجوع عن الدفاع عن الشيخ وتأييد الإشكال عليه

هذا، ولكن الصحيح خلاف ذلك؛ فإن الكبرى المذكورة وإن كانت تامة في موارد السؤال عن الأمر المبتلى به في مقام العمل، إلا أن المورد ليس من صغرياتها؛ فإن السائلين مختلفون؛ إذ تارة يكون السائل من عامة الناس، فيسأل عند حاجته ليعمل بالجواب، وأخرى يكون من الفقهاء، فإن كان من القسم الأول كانت القاعدة منطبقة، وإن كان من القسم الثاني فلا تنطبق القاعدة؛ لأنهم غالباً ما يسألون للتعلّم ومعرفة الحكم، لا للعمل الفعلي، والسائل في مورد الرواية، هو محمد بن مسلم، وهو من أعاظم فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السلام، فقاعدة الإطلاق والتقييد جارية فيها بلا ريب.

والنتيجة: أن إشكال تقييد تلك المطلقات وارد على الشيخ رحمه الله؛ لأن عموم كل من رواية « من أحدث حدثاً »، وروايات مانعية الوطئ من الردّ قابلان للتخصيص والتقييد.

وأما الإشكال الآخر للشيخ رحمه الله، وهو ظهور الجملة الخبرية « تردّ » في وجوب الرد، ولا يكون ذلك إلا في بيع أم الولد، فهو إشكال قوي؛

وتارة يأتي أحد الرواة فيسأل الإمام عليه السلام عن مسألة وقعت له، ويريد معرفة حكمها؛ للعمل به، فجواب الإمام عليه السلام حينئذٍ لبيان الفتوى للعمل، فالإطلاق في مثل هذا المورد محكم، وغير قابل للتخصيص، إن لم يكن المورد مورد تقية، ولا يحتمل احتمالاً عقلائياً وجود حكمة في التأخير.

وبما أن المقام من قبيل الثاني فالإطلاق قوي، وكلام الشيخ رحمه الله تام، والتخصيص بعيد.

فإن الجملة الخبرية - كما حقق في الأصول - إن لم تكن آكد في الظهور في الوجوب من هيئة (افعل)، فلا أقل أنها مثلها في إفادة الوجوب؛ فإن التعبير بها يكشف عن مفروغية إرادة فعل المطلوب.

مناقشة المحقق الخوئي لإشكال الشيخ الثاني

ولكن أورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمه الله بما حاصله: أن الردّ في الرواية ليس ردّاً خارجياً، بل اعتبارياً، أي يكون المراد من يردّ الردّ الملكي، فيما إذا كان المبيع الجارية الحبلى وقد وطئت، ولا يكون الردّ الملكي إلا في البيع الصحيح؛ إذ لا معنى لردّه إذا كان البيع فاسداً، وبما أن بيع أم الولد بيع فاسد، فهو لم يقع حتى يردّ الملك، فنفس هذه الجملة دالة على عدم كون الجارية أم ولد[1].

رفع مناقشة المحقق الخوئي

وهو قوي من حيث الصورة، إلا أن جملة: « يردّها على الذي ابتاعها منه » قد تعقبتها جملة: « ويردّ معها نصف عشر قيمتها »، والردّ في الثانية لا يكون إلا خارجياً، ولا يمكن أن يراد به الردّ الملكي؛ لأن معناه الفسخ، إلا أنه فسخ باسترداد الملك، فإذا فسخ استردّ كل من المتعاملين ما كان يملكه، فالردّ والاسترداد في الردّ الملكي متضايفان، ولا موضوع له في ردّ نصف العشر؛ فإن الواطئ يسلّمه إلى البائع ابتداء، فهو ردّ

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٢٢.

محض، بدون استرداد.

وعليه فلازم إشكاله رحمه الله: أن يحمل الردّ في الجملة الأولى على الردّ الملكي، وفي الجملة الثانية على الردّ الخارجي، وهو خلاف الظاهر؛ فإن ظاهر السياق كون الردّ في الجملتين بمعنى واحد، فيتعيّن الردّ الخارجي، وهو لا يكون إلا في بيع أم الولد[1].

إيراد غير واحد من الأعلام على الشيخ

وقد أورد غير واحد من أعلام المحققين على الشيخ رحمه الله، منهم السيد الفقيه اليزدي رحمه الله، والمحقق الأصفهاني رحمه الله، والمحقق الإيرواني رحمه الله، والمحقق السيد الخوئي رحمه الله بما حاصله: أن من بين الروايات روايتين ذكرتا كلا العدلين، ردّ الحبلى، وردّ غيرها، وبما أنهما ذكرتا القضيتين في عرض واحد، بأن جعل كل منهما مقابلاً للآخر، فالمستفاد منهما أن الموضوع في القضيتين واحد، لا متعدّد، وبما أن

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال توضيحاً لما في المتن:
جاء في الجملة الثانية: « ويردّ معها نصف عشر قيمتها »، والسيد الخوئي رحمه الله قد اختار أن الردّ في الجملة الأولى هو الردّ الملكي، وهو بمعنى الفسخ، ومعناه أن يردّ المبيع ويستردّ الثمن منه، وبما أن الردّ في الجملة الثانية لا يكون ملكياً، بل ردّاً خارجياً، فيكون الردّ في الرواية بمعنيين، أحدهما الردّ الاعتباري، والآخر الخارجي، وهو خلاف الظاهر؛ إذ المراد من الرد في الموردين معنى واحد، وبما أن الردّ في الجملة الثانية لا يمكن أن يراد منه إلا الردّ الخارجي؛ إذ لا معنى للردّ الاعتباري فيه، فيتعين أن يكون المراد منه في الجملتين الردّ الخارجي، وإذا ثبت أن المراد من الردّ في الأولى الردّ الخارجي، فهو لا يكون إلا في بيع أم الولد، بمعنى أن يرجع مال الغير إليه، لا ردّ الملك.

البيع في غير الحبلى بيع صحيح، فكذلك يكون في بيع الحبلى، فيكون الموضوع في كليهما هو العقد الصحيح، بمعنى أن المبيع المعيب في العقد الصحيح تارة يكون الجارية الحائل، وأخرى الجارية الحامل، وحينئذٍ لا يمكن أن يراد من الجارية الحبلى أم الولد؛ لأن البيع فيها بيع فاسد، على خلاف ما ذهب إليه الشيخ رحمه الله، والإسكافي من المتقدمين، وصاحب الرياض من المتأخرين[1].

والروايتان هما:

١- صحيحة ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى، ولم يعلم بحبلها فوطأها، قال: « يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها؛ لنكاحه إياها . . . الحديث »[2].

ففي هذه الرواية توجد ضميمة لم يذكرها صاحب الوسائل رحمه الله في هذا الباب، بناء على ما مشى عليه من التقطيع في الروايات، بل ذكرها في الباب الرابع، والضميمة بعد الجملة المتقدمة مباشرة هي: « وقد قال علي عليه السلام: لا تردّ التي ليس بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها »[3].

---

(١) حاشية السيد اليزدي رحمه الله ٣: ١٠٧ - ١٠٨، حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله ٢: ٥٤، حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله ٤: ٤٥٢ - ٤٥٣، مصباح الفقاهة ٧: ١٢٢.

(٢) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث١.

(٣) الوسائل، الباب٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث١، والكامل في الكافي ٥: ٢١٤.

فالمراد في الجملة الثانية البيع الصحيح قطعاً؛ لأنها لا تردّ، بل يعطى الأرش، فإذا حمل المراد في الجملة الأولى على بيع أم الولد فالبيع فاسد، فلم يكن ربط بين القضيتين، وكانت إحداهما أجنبية عن الآخر، وبقول السيد الفقيه رحمه الله: (كان ذكر كلام علي عليه السلام لغواً).

فيتضح من ذلك: أن السؤال كان عن الحبلى، فأجاب الإمام عليه السلام: إن كانت الجارية المبيعة حبلى كان له الردّ والخيار، وإن كانت غير حبلى فحكمه عدم الردّ، وله الأرش، وبما أن الموضوع في القضيتين واحد، وهو البيع الصحيح، كان ما أفاده المشهور، من ثبوت الخيار في بيع الأولى، وسقوطه في الثانية هو الصحيح.

٢- عن عبد الملك بن عمير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، وله أرش العيب، وتردّ الحبلى، ويردّ معها نصف عشر قيمتها[١] ».

وهي التي استشهد بها المحقق الأصفهاني رحمه الله، بناء على عدم اعتنائه بجهة السند، وظاهرها واضح، من جعل المقابلة بين الحبلى وغيرها، فوطئ الأولى لا يوجب سقوط الخيار، دون الثانية، فيحمل على البيع الصحيح فيهما، وأما على مسلك الشيخ رحمه الله، فيقتضي أن يحمل البيع في الجارية الحامل على البيع الفاسد، وفي الجارية غير الحامل على البيع الصحيح، ولا ربط بينهما.

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٣.

والحاصل: أن هاتين الروايتين شاهد صدق، بل شارحتان للمراد من البيع في سائر الروايات، وأنه البيع الصحيح، في بيع الحبلى وغيرها، حتى الروايات التي لم تذكر إلا بيع الجارية الحبلى، فحمل البيع على البيع الفاسد، ومن ثَمَّ حمل الحبلى على أم الولد ساقط الاعتبار، فيثبت ما ذهب إليه المشهور.

ولو تنزّلنا وقلنا بعدم حكومتهما عليها، لقلنا بأن وجود هاتين الروايتين يقتضي إجمال تلك الروايات، فلم يتضح أن المراد من الحبلى أم الولد، أو غيرها، فإذا كانت تلك مجملة، وهذه مبيّنة أخذ بالمبيّن وثبت قول المشهور أيضاً.

فتحصّل من ذلك: أن المراد من الحبلى غير أم الولد، فتكون النسبة بين الطائفتين - أعني الطائفة الدالة على مانعية الوطئ من الردّ، والطائفة الدالة على عدم مانعية وطئ الحبلى من الردّ - نسبة العموم والخصوص المطلق، فيحمل العام على الخاص، ويرتفع الإشكال، ويسقط ما أفاده الشيخ رحمه الله من جعل النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص من وجه، وبذلك يتمّ ما أفاده المشهور.

فسواء أقلنا بأن الوجوب يستفاد من ظهور اللفظ أم من حكم العقل، على كلا التقديرين لا بدّ من رفع اليد عن ظهور « ترد » في الوجوب بحسب صحيحة عبد الله بن سنان، فيرتفع إشكال الشيخ رحمه الله من جهة الظهور.

وإما الإشكال بمخالفة السياق؛ لأن جملة « ترد » الأولى متعقبة بجملة: « ويردّ معها نصف عشر قيمتها »، ولا إشكال في دلالة الثانية على الوجوب.

فيندفع بعدم الإشكال في التفكيك في الحجية في جمل النص، إذا قام الدليل على سقوط الحجية في بعض الفقرات دون بعض، فترفع اليد عن ظهور إحدى الفقرتين؛ لقيام القرينة على ذلك، دون الفقرة الأخرى، وله نظائر كثيرة في الفقه، كما لو قال: (اغتسل للجمعة والجنابة)؛ فإن الأول قام الدليل على عدم وجوبه، فترفع اليد عن ظهور الأمر في الوجوب بالنسبة له، ولا ترفع اليد عن ظهوره في الوجوب بالنسبة إلى الجنابة.

وأما ما أفاده من التعارض بين الطائفتين بالعموم والخصوص من وجه.

فمندفع بأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق كما تقدم.

وأما استدلاله بما دلّ على أخذ جهل البائع بحبل الجارية؛ فإن جهله لا أثر له إلا في بيع أم الولد، ولا أثر له في خيار العيب.

فهو مردود بأن هذا القيد إنما كان في كلام السائل، لا في كلام الإمام عليه السلام، والقيود المؤثرة هي المأخوذة في كلامه عليه السلام.

وأما استدلاله برواية عبد الملك بن عمرو الآمرة بالكسوة، وهي لا تكون إلا للحرة، ومن فيها شائبتها.

فهو مردود: أولاً: بضعف سند الرواية بعبد الملك؛ إذ لا توثيق له.

وثانياً: سلّمنا صحتها، إلا أنها محمولة على التخيير، كما سيأتي بيانه في الجمع بين الروايات إن شاء الله.

فجميع ما ذكره الشيخ رحمه الله من الأدلة على مدعاه مردود.

إشكال صاحب الجواهر على رأي الإسكافي ومن تبعه

وقد أورد صاحب الجواهر رحمه الله إشكالاً متيناً على رأي الإسكافي رحمه الله ومن تبعه، القائلين بأن المراد من الجارية الحبلى هي أم الولد، وحاصله:

أن بيع أم الولد باطل بلا إشكال، فلو كانت هي المراد بالجارية في الرواية لم يكن معنى لتقييد وجوب الردّ بالوطئ؛ فإن ردّها واجب على التقديرين، وطئت أم لم توطأ، فالتقييد بالوطئ دليل على صحة البيع في نفسه، إلا أن له الخيار في صورة الوطئ[1].

فتحصل إلى هنا: أن الحق الحقيق بالاتباع ما أفاده المشهور، وهو تام بلا إشكال؛ فإن الروايات الدالة على مانعية الوطئ من الردّ مطلقة، تشمل الحبلى وغيرها، والروايات الدالة على الردّ مختصة بالحبلى، فالنسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فتحمل الأولى على الثانية، وتكون النتيجة إن الوطئ مانع من ردّ الجارية المشتراة إلا الحبلى؛ فإن المشتري بالخيار بين الردّ وأخذ الأرش.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٤.

كيفية الجمع بين الروايات

ويبقى الكلام في كيفية الجمع بين الروايات بملاحظة إشكالات الشيخ رحمه الله ليتمّ مبنى المشهور، فنقول:

أما الرواية الأولى الصحيحة، التي دلّت على وجوب الردّ، وردّ نصف عشر القيمة، فقد أورد الشيخ رحمه الله عليها - بناء على مبنى المشهور - بلزوم مخالفة إما قاعدة تبعية النماء للعين، أو تحقق الفسخ من حين العقد، لا من حين الفسخ.

وأجيب عنه: بأن مخالفة القاعدة بالدليل المخصص - وهو هذه الرواية الصحيحة - لا محذور فيه.

وأما رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها، فيجدها حبلى؟ قال: « يردّها ويردّ معها شيئاً »[1].

فيحمل الشيء المبهم فيها على ما بيّن في الصحيحة السابقة - أعني أن يردّ معها نصف عشر قيمتها - إما بالتخصيص، أو بالحكومة؛ فإن الصحيحة مبيّنة للشيء، فلا إشكال من هذه الجهة.

وأما معتبرة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشترى الحبلى، فينكحها وهو لا يعلم؟ قال: « يردّها ويكسوها »[2].

---

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٥.

(٢) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٦.

فيمكن الجمع بينها وبين معتبرة ابن سنان بالتخيير في المردود بين نصف عشر القيمة والكسوة؛ وذلك لأن الصحيحة نص في وجوب ردّ نصف العشر، وظاهرة في تعيينه؛ لاستفادة التعيين من الإطلاق وعدم ذكر عدل آخر، ومعتبرة محمد بن مسلم نص في وجوب ردّ الكسوة، وظاهرة في تعيينها؛ للإطلاق وعدم ذكر عدل آخر، فيرفع ظاهر كل واحدة منهما بنص الأخرى، فتكون النتيجة يجب ردّها وردّ نصف عشر قيمتها أو كسوتها.

هذا ما تقتضيه قواعد الجمع بين الروايات[1].

تقوية المحقق الإيرواني لرأي الشيخ

الوجه السادس: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله وقوّى به رأي الشيخ رحمه الله، واعتبره أوجه من الوجوه التي ذكرها، قال ما لفظه:

(ثم إن هاهنا وجهاً سادساً لاختصاص هذه الأخبار بالحمل من المولى، أوجه من الوجوه التي ذكرها المصنف، وحاصله: أن ظاهر بعض هذه الأخبار العموم لما إذا كان الوطئ بعد العلم بالحمل، إن لم ندّعِ اختصاصه بخصوص هذه الصورة، ومقتضى ذلك عدم مانعية الوطئ من الردّ، عالماً قاصداً للالتزام بالعقد، وهذا لا يكون إلا في حملٍ كان من المولى؛ لتكون المعاملة باطلة، والالتزام بأن المعاملة صحيحة، والخيار لا

(١) لكن الشيخ رحمه الله قد قال بأن الكسوة لا تكون إلا للحرة أو من فيها شائبة الحرية!

يسقط بالاسقاط بالوطئ في غاية البعد)[١].

المناقشة في تقوية المحقق الإيرواني

وما أفاده رحمه الله مخدوش: بأن مسلك المشهور أن هذه الروايات مخصِّصة للروايات الدالة على مانعية الوطئ من الردّ؛ فإن مدلول تلك الروايات مانعية الوطئ عن الردّ مطلقاً، حاملاً كانت الجارية أم حائلاً، وهذه الروايات خاصة بعدم مانعية وطئ الحبلى بالخصوص من الردّ، أي ليس وطئ الحبلى مانعاً من الأخذ بالخيار.

وأما الأخذ بالخيار مع قصده لإسقاطه فلا يجتمعان؛ فإن إسقاط الخيار على نحوين: إسقاط باللفظ، كأن يقول: أسقطت خياري، وأخرى بالفعل.

وتوضيح ذلك: كما أن العقود قابلة للإنشاء بالقول وبالفعل، فكذلك الإيقاعات؛ فإنها من الأمور القصدية، فتتحقق بهما، وبما أن مقتضى الإطلاق في العقد أن يحصل بالأعم من القول والفعل، فكذلك في الإيقاع، إلا أن يقوم دليل خاص على عدم تحقّقه بالفعل، كما في الطلاق؛ فإن مقتضى القاعدة تحقّقه بالفعل، إلا أن النص الخاص قام على عدم تحقّقه بالفعل.

وإسقاط الحق إيقاع، فكما يمكن إنشاؤه بقوله: أسقطت خياري، فكذلك يمكن بالقيام بفعل مبرز له.

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله على مكاسب ٢: ٥٤.

إذا اتضح هذا، فإطلاق دليل الخيار بالنسبة إلى إسقاطه لا معنى لـه، والمفروض أن مسلك المشهور دلالة هذه الروايات علـى ثبـوت الخيـار مع وطئ الجارية إذا كانت حبلى، فإذا ثبت أن الوطئ مـع قصـد إسـقاط الخيار إسقاط فعلي، فلا إطلاق في دليل الخيار بالنسـبة إليـه مـن الأول، فهو مقيّد بالتقيّد الذاتي من الأول، أي أن دليل الخيار مـن الأول مضـيّق بما إذا لم يكن لذي الخيار قصد إلى إسقاطه.

وبعبارة أخرى: أنه لا إطلاق في دليل الخيار بالنسبة إلى صورة وطئ ذي الخيار للجارية بقصد إسقاط خياره حتى يقال ببعـد الإطـلاق؛ فـإن البعد إنما يكون في فرض وجوده.

وعليه، فما دام لم يوجد الإطلاق مـن هـذه الجهـة، فالنتيجـة: أن ردّ الحبلى ثابت بعد الوطئ، عالماً كان أو جاهلاً، وهذا الإطلاق بالنسبة إلى العلم في صورة عدم قصده الإسقاط بوطئه لا مانع منه، إنما المانع - كما صرّح به - مع قصد الإسقاط، ولا إطلاق فيه بالذات بالنسبة لهـذا الفـرد حتى تصل النوبة إلى استبعاده.

ولو فرض أن لدليل الخيار قابلية الإطلاق بالنسبة إلى هذا الفرد ذاتـاً، إلا أنه منصرف عنه قطعاً، ومع الانصراف لا إطلاق إيضـاً حتـى يحكـم ببعده.

والنتيجة إلى هنا: أن الحق مع مسلك المشهور، من أن المستفاد مـن الروايات جواز ردّ الحبلى بعد الـوطئ؛ فـإن المقتضـي لـذلك موجـود،

والمانع منه مفقود، وأما حمل الروايات على أم الولد، والأخذ بإطلاق الروايات الدالة على مانعية الوطئ حتى بالنسبة إلى الحبلى، فهو على خلاف القاعدة والصناعة.

وبهذا يتم الكلام حول هذه المسألة المهمة.

فرع: حكم الجارية البكر الحامل إذا وطئت

عرفنا مسلك المشهور، من أن الجارية الحامل إذا كانت ثيّباً ردّت وردّ معها نصف عشر قيمتها، والكلام الآن في شمول تلك الروايات للبكر الحامل وعدمه.

وعلى فرض الشمول، فهل يردّ معها نصف عشر قيمتها، أو عشر قيمتها؟

مختار الشيخ وتقوية السيد اليزدي

أفاد الشيخ رحمه الله قصور إطلاق النص والفتاوى ومعقد الإجماع، وعدم شموله للجارية البكر على فرض حملها بالمساحقة، أو بالوطئ دون الفرج[1].

وقال السيد الفقيه رحمه الله: (الإنصاف أن المسألة مشكلة، وإن كان القول بالتفصيل قوياً للمرسلة، المعتضدة بإجماع الغنية، ونفي خلاف السرائر، ورواية العشر بناء على حملها على البكر)[2].

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩٨.

(٢) حاشية السيد اليزدي رحمه الله على المكاسب ٣: ١١٤.

ومراده من التفصيل، تفصيل الشيخ رحمه الله بين البكر وغيرها، ومراده من المرسلة، مرسلة الكليني رحمه الله؛ حيث قال:

(وفي رواية أخرى: إن كانت بكراً فعشر ثمنها، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر ثمنها)[1].

وهذه المرسلة تدلّ على كلا الحكمين، أعني ثبوت حق الردّ في الحبلى البكر، وثبوت عشر القيمة، في قبال الحبلى التي ليست ببكر.

المناقشة فيما أفاده الشيخ

أقول: أما ما ذكره الشيخ رحمه الله من قصور إطلاق النص والفتوى، فهو تام، وإن كان المحقق في الأصول شمول الإطلاق لجميع أفراد الطبيعة، وغلبة الوجود غير موجبة للإنصراف؛ فإن المدار على كون الفرد مصداقاً للعنوان المأخوذ في الدليل، سواء أكان غالب الوجود أم نادره، فمثلاً ماء الفرات نادر الوجود في قم، فلو قال المولى: (جئني بماء)، فجاء له بماء الفرات لعدّ ممتثلاً قطعاً.

ولكن، كيف استند الشيخ رحمه الله في الإنصراف إلى غلبة الوجود، فما هو وجه الجمع بين هذه القاعدة وبين دعوى الانصراف لغلبة الوجود؟

هذا ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى فانتظر.

ولكن دليل الشيخ رحمه الله في المقام ينحصر في المرسلة المنجبرة

---

(١) الكافي ٥: ٢١٤، الوسائل، الباب٥ من أبواب احكام العيوب، الحديث٤.

بإجماع الغنية، ونفي الخلاف في السرائر[١].

وهنا لنا بحث مبنائي، تقدّم توضيحه في بعض الأبحاث السابقة، وحاصله: أنا ولو قلنا بانجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور، إلا أن هذه القاعدة لا تجري في المرسلات، وإن ذهب إلى ذلك عدّة من الأعاظم؛ فإن المدار في حجية الرواية على شمول دليل الحجية لها، ولشمول دليل حجية الخبر طريقان لا غير:

١- الوثوق المخبري، بأن يثبت لنا توثيق رجال السند، فيكون الخبر مورداً لروايات حجية خبر الثقة.

٢- الوثوق الخبري، كأن يحصل الوثوق بصدوره بسبب القرائن.

والمرسل غير قابل للتوثيق؛ لأن الكليني قال: وفي رواية أخرى، فمن نقل الخبر؟ غير معلوم، والتوثيق العملي يحتاج إلى معرفة الطرف الذي أريد توثيقه.

وغاية ما يمكن أن يقال: حصول الوثوق بمضمون الخبر؛ من جهة إجماع الفقهاء على الفتوى بمضمونه، ولكنه وثوق شخصي حجة لمن حصل له.

بلورة المسألة وتنقيحها

وتنقيح المسألة أن يقال:

الكلام يقع في مقامين:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩٩.

المقام الأول: في شمول روايات الردّ للبكر الحامل وعدمه.

المقام الثاني: في مقدار ما يردّ مع الجارية، العشر أو نصف العشر.

المقام الأول: في ردّ البكر الحامل وعدمه

أما المقام الأول ففيه قولان:

القول الأول: ما اختاره الشيخ رحمه الله، من عدم شمول الروايات للبكر؛ لانصراف المطلقات إلى الغالب، وهي الجارية الثيّب، وأما البكر فحملها من الأمور النادرة.

القول الثاني: شمول المطلقات للجارية البكر؛ لأن المدار على صدق العنوان على الفرد، والمطلوب أن لا ينصرف إلى الفرد النادر، لا أن ينصرف عنه؛ لندرته، والمحقّق في محلّه عدم كون الندرة من موجبات عدم صدق العنوان، ولا من موجبات الانصراف.

والحق في هذا المقام: أن الكبرى المحققة في الأصول أن ندرة الوجود في حدّ نفسها غير موجبة لانصراف الإطلاق، وهو الذي عملنا عليه في موارد الإطلاقات في الفقه، والوجه في ذلك أن المعيار في موضوعات الأحكام صدق العنوان، فإذا تساوت الأفراد في الصدق شملها الإطلاق.

وإنما يسقط الإطلاق في حالة التشكيك في الصدق، ولا يكون ذلك إلا فيما إذا تفاوتت الأفراد في الصدق، ولم تكن على حدّ سواء، فمثلاً

عنوان (ما لا يؤكل لحمه)، لا شكّ في صدقه على الإنسان، ولا شك في حرمة أكله شرعاً، إلا أن أجزاءه لا تشكل مانعاً في الصلاة؛ وذلك للتشكيك في صدقه على الإنسان عرفاً.

وبعبارة أخرى: أن عنوان (ما لا يؤكل لحمه) لا يصدق على الأصناف غير المأكولة بمستوى واحد، بل صدقه على البعض ظاهر، وعلى البعض الآخر خفي، وصدقه على الإنسان خفي، وكون الإنسان من ناحية عرفية فرداً خفياً لهذا العنوان أوجب خفاؤه الانصراف عنه.

وأما ندرة الوجود في حدّ نفسها، من دون أن توجب التشكيك في الصدق، ليست موجبة للانصراف، ولا تمنع من صدق العنوان.

وأما الصغرى، فالموضوع - فيما نحن فيه - هو عنوان الحبلى، وهو يصدق على البكر - فيما لو حملت بالمساحقة مثلاً - كصدقه على الثيّب على حدّ سواء، وليس صدقه على حمل الثيّب أظهر من صدقه على حمل البكر.

نعم، حمل البكر نادر الوجود، والندرة غير مضرّة.

وبهذا تتضح الخدشة فيما أفاده الشيخ رحمه الله من الانصراف؛ استناداً إلى الغلبة؛ فإنه على خلاف مقتضى القاعدة.

ولكن، مع ذلك كله، إلا أن الإطلاق غير تام؛ لا لأجل الغلبة، كما قال الشيخ رحمه الله، كما أن القول بأن الندرة غير مانعة، فالإطلاق محكم غير تام.

والوجه في عدم تماميته: أنه ورد عندنا في روايات متعدّدة، في

أبواب مختلفة، كما في أبواب نكاح العبيد والإماء، وأبواب الحدود والديات، وتحليل الجارية لما دون الفرج، ووطئ أحد الشريكين الجارية بعد أن أعتق الآخر نصيبه منها، أن أرش زوال البكارة في الجارية البكر عشر قيمتها، كما ورد في صورة الاغتصاب التفريق بين الحرة، فتعطى المهر، والأمة إن كانت ثيّباً فنصف عشر قيمتها، وإن كانت بكراً فعشر قيمتها، وكذلك في مورد مساحقة البكر[1].

---

(١) ومن أمثلة ما أشير له في المتن:

١- الوسائل، الباب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث١:

عن الفضيل بن يسار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام: (...قلت: أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج، فغلبته الشهوة فاقتضها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها).

٢- الوسائل، الباب٧٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث١:

عن الوليد بن صبيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له؟ قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: « إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها...».

٣- الوسائل، الباب٢٢ من أبواب حد الزنا، الحديث١:

عن أبي ولاد الحناط قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن جارية بين رجلين، أعتق أحدهما نصيبه منها، فلمّا رأى ذلك شريكه وثب على الجارية، فوقع عليها قال: فقال: « يجلد

فهذا التعدّد والاختلاف في الغرامة، وتحديدها في البكر بعشر قيمتها، يوجب انصراف روايات نصف العشر إلى غيرها.

ولا أقل أن ذلك يكون منشأ للشك في الإطلاق.

وعلى كلا التقديرين تكون المطلقات قاصرة الشمول عن البكر[1].

الذي وقع عليها خمسين جلدة، ويطرح عنه خمسين جلدة، ويكون نصفها حراً، ويطرح عنها من النصف الباقي الذي لم يعتق، إن كانت بكراً عشر قيمتها، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، وتستسعى هي في الباقي ».

٤- الوسائل، الباب٣ من أبواب النكاح المحرم، الحديث٣:

عن جعفر بن محمد ، عن أبيه إن علياً عليه السلام قال: « إذا اغتصبت أمة، فاقتضت فعليه عشر قيمتها، فإذا كانت حرة فعليه الصداق ».

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله عن هذه الجهة فأجاب توضيحاً للمطلب بما حاصله:

هنا ثلاثة أمور لا بد وأن تؤخذ بعين الاعتبار:

الأول: ان مستند حجية الإطلاق هي سيرة العقلاء.

الثاني: أن الخطابات الصادرة من الأئمة عليهم السلام بمنزلة الكلام الواحد، الصادر من واحد، في مجلس واحد، فما يقوله الرضا عليه السلام يمكن أن يقال في حقه: قاله الإمام الصادق عليه السلام، كما هو منقّح في محلّه.

الثالث: أنه ورد في روايات كثيرة، وفي أبواب مختلفة أن غرامة وطئ البكر عشر قيمتها، وغرامة وطئ الثيّب نصف العشر.

إذا اتضحت هذه الأمور فنقول: إن ما ورد في المقام أن تردّ الجارية ويردّ معها نصف عشر قيمتها، والكلام هل ينعقد الإطلاق في الجارية لتشمل البكر أو لا؟

ومع وجود الخصوصيات التي بيّناها، لا أقل من الترديد وحصول الشك في انعقاده، ومجرد الشك فيه كافٍ للحكم بعدمه؛ فإن دليله لبّي، فيحكم بإجماله.

وأما رواية عبد الملك بن عمرو، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها؟ قال: يردّها، ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى[(١)].

فلا يصحّ حملها على خصوص البكر لتكون دليلاً على المدّعى؛ وذلك لوجوه:

أولاً: ضعف سندها.

وثانياً: عدم سلامة متنها؛ لاحتمال السقط فيه؛ فإن الشيخ الصدوق رحمه الله رواها بإضافة نصف إلى العشر، فقال: وفي رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام « يردها ويرد نصف عشر ثمنها إذا كانت حبلى »[(٢)].

وثالثاً: حملها على خصوص البكر - وهي مطلقة - من حمل المطلق على الفرد النادر، وهو باطل بالضرورة، وإبقاؤها على إطلاقها لتشمل الثيّب والبكر، يوجب المعارضة بينها وبين تلك الروايات، فتسقط هذه الرواية؛ لشهرة تلك الروايات، رواية وفتوى.

وعليه، فالنتيجة - بعد قصور المطلقات الواردة في الحبلى عن

وحينئذٍ يكون المرجع المطلقات الدالة على مانعية الوطئ عن الردّ.

(١) الوسائل، الباب٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٢١.

شمولها للبكر - يكون المرجع في حكمها عموم الروايات الدالة على سقوط الخيار بالوطئ؛ فإنها جارية وطئت، والوطئ مسقط للخيار.

وروايات سقوط الخيار بإحداث حدث في المبيع؛ فإن وطئ البكر إحداث حدث فيها بلا إشكال، سواء أقلنا بأن وطئ الجارية مطلقاً إحداث حدث فيها عرفاً - كما هو الحق - أم لم نقل به في الثيّب.

هذا تمام الكلام في المقام الأول.

المقام الثاني: ردّ عشر القيمة أو نصفه

وأما المقام الثاني، فعلى فرض شمول هذه الإطلاقات للبكر، فهل الغرامة التي يسلّمها الواطئ عشر قيمتها أو نصفه؟

والجواب: أنا إن اعتمدنا على مرسلة الكليني، فالقول هو التفصيل بين البكر والثيّب، فيردّ مع البكر عشر قيمتها، ومع الثيّب نصفه، ولكن لا يمكن الاستناد إليها؛ لضعفها.

دليل المحقق الأصفهاني على ردّ العشر

وأما مقتضى القاعدة، فقد ذهب المحقق الأصفهاني رحمه الله إلى ردّ عشر قيمة البكر، وذلك لوجهين:

الأول: أن مقتضى المطلقات أن يردّ مع الحبلى نصف عشر قيمتها؛ للوطئ بما هو وطئ، وأن يسلّم الغرامة لإزالة البكر، وهي نصف العشر.

الثاني: أن المستفاد من النصوص المتعدّدة، في الأبواب المختلفة، أن

غرامة إزالة البكارة عشر قيمة الجارية[١].

المناقشة في دليل المحقق الأصفهاني

والمهم فيما أفاده رحمه الله هو الثاني، ولكنه مردود بأمرين:

الأمر الأول: وتوضيحه: أنه إذا وجد عندنا موضوع لم يقم على حكمه دليل خاص، ووجد عندنا موضوع أو موضوعات أخرى قام الدليل على حكمها، فإسراء ذلك الحكم من هذه الموضوعات إلى ذلك الموضوع لا يصحّ إلا بأحد طريقين:

الطريق الأول: إلغاء خصوصية الموضوعات التي قام الدليل على حكمها.

الطريق الثاني: تنقيح المناط.

أما الأول، فإلغاء الخصوصية تتقوّم بوجود مناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي إلغاء الخصوصية، وإلا فمقتضى الأصل هي خصوصية العنوان المأخوذ في الموضوع، وارتكاب خلاف الأصل يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية، وعدم دخلها يتوقف على وجود الحجة.

وبهذا أمكن إلغاء الخصوصية في موارد إحراز العرف عدمها، كما لو ورد: (اغسل ثوبك من الدم)؛ فإن الحكم يتعدّى إلى غير الثوب؛ لأن

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦.

العرف يحرز أن المدار في مثل هذا على الانفعال بالنجس بسبب الملاقاة بالدم.

وأما الثاني، فهو تنقيح المناط، بأن يحرز اتحاد الموضوع واجد الحكم، مع الموضوع الفاقد له.

إذا اتضح هذا، فكلا الطريقين منسدان في المقام:

أما الأول؛ فلأن الموارد المذكورة في الروايات التي أمرت بردّ العشر، كانت إزالة البكارة فيها جناية من غير صاحب الحق، كالمغتصب، والشريك بعد أن باع شريكه نصيبه، وأما إزالتها فيما نحن فيه فقد كان بسبب صاحب الحق، فإسراء الحكم من المورد الذي لم يكن بحق، إلى المورد الذي كان عن حق باطل قطعاً؛ لأن جميع موارد الغرامة موافق لمقتضى القاعدة، التي هي قاعدة الاحترام؛ فإن مال الغير وأعضاءه محترمة، ولهذا كان الحكم بالدية في الأعضاء، والحكم بالضمان في الأموال على القاعدة.

وأما في موردنا، فالفرض أن واطئ الجارية هو مالكها؛ فإن البيع وقع صحيحاً، وانتقلت الجارية إلى ملكه، ووطأها وهي في ملكه، ولهذا كان أمره بتسليم الغرامة على خلاف القاعدة قطعاً، إلا أن يقال بإيجاب الفسخ الفعلي لإزالة الملك من حين العقد، وهو خلاف التحقيق؛ فإن الفسخ يؤثر من حينه، لا من حين العقد، وكل المنافع قبل الفسخ هي ملك للمشتري، وعندما تكون ملكه تكون القاعدة عدم الضمان، فالحكم بالضمان حتى بردّ نصف العشر في الثيّب على خلاف القاعدة، وهو أمر

تعبّدي ثبت بالنص الخاص.

فإسراء الحكم من تلك الموارد إلى موردنا - كما صنعه المحقق الأصفهاني رحمه الله - معناه إسراء الحكم الجاري في مورد القاعدة، إلى المورد الذي يكون الحكم فيه على خلاف القاعدة، وإلغاء الخصوصية في مثل ذلك باطل قطعاً.

وأما الثاني، وهو تنقيح المناط؛ فالمفروض بحسب أصول المذهب أن يكون قطعياً، والموجود في تلك الموارد الوطئ في ملك الغير، وما نحن فيه هو الوطئ في ملك نفسه، فكيف يتّحد المناط فيهما؟!

فلا أقل من أن يقال بأن القدر المتيقن أنه مناط ظني، بأن يقال: إنه يحصل من الحكم بغرامة العشر في إزالة البكارة في تلك الموارد الظن بنفس الغرامة في موردنا، والظن لا يغني من الحق شيئاً.

فإذا انسدّ البابان بطل كلا المحقق الأصفهاني رحمه الله.

الأمر الثاني: أنه من شرط التقييد أن يرد المقيِّد والمقيَّد على موضوع واحد، وإذا اختلف الموضوع وتعدّد لم يكن معنى للتقييد، وتلك الروايات وردت في الوطئ بغير حق، وهذه الروايات وردت في مورد الوطئ بحق، ومع اختلاف الموضوع لا يمكن التقييد.

فتحصل إلى هنا سقوط الإطلاق، وعلى فرض الالتزام بانعقاده لم يصحّ التقييد.

بيان الحق في المسألة

والحق في المسألة: إنه إذا قلنا بإطلاق روايات الردّ وشمولها للبكر، فبما أنه لم يثبت النص على التفصيل بين الثيّب والبكر، فالقاعدة تقتضي الأخذ بالإطلاق، والحكم بعدم الفرق بينهما.

واستبعاد استوائهما في مقدار المردود مردود:

أولاً: أن قيمة البكر بحسب العادة أغلى من قيمة الثيّب دائماً، فنصف عشر قيمتها أكثر من نصف عشر قيمة الثيّب، فلم يتساويا في المردود، فلو كانت قيمة الجارية البكر مائة دينار، وقيمة الثيّب خمسين، فسيكون نصف عشر قيمة البكر خمسة دينار، وأما نصف عشر قيمة الثيّب فديناران ونصف.

طبعاً، ربما تكون قيمة الثيّب أغلى من قيمة البكر لبعض الخصوصيات في الأولى، ولكن كلامنا فيما لو كانت البكر بنفس مواصفات الثيّب؛ فإن قيمتها أغلى من الثيّب دائماً.

ولو لم يندفع الاستبعاد، والإشكال الذي اقتضاه، فأيضاً نتمسك بالإطلاق؛ فإنه إذا وجد، ولم يقم دليل على التقييد أخذ به، والاستبعاد لا يوجب رفع اليد عنه.

ولو تنزّلنا وشككنا فمقتضى القاعدة اليقين باشتغال الذمة بنصف العشر، وما زاد عليه مشكوك، ومقتضى الأصل البراءة عنه.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة، وبقيت فروع ذكرها الشيخ رحمه الله، لا حاجة للتعرّض لها، وإن كان بعضها لا يخلو من بحث علمي.

وبهذا ينتهي الكلام حول أصل خيار العيب وبعض مسقطاته، وبه يكتمل الجزء الرابع من كتابنا (**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، وكان ذلك في بلدنا الجش بالقطيف المحروسة بعين الله الناظرة، في شهر شعبان المبارك، من سنة سبع وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية، على مهاجرها وآله الكرام ألف سلام وتحية، وأسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، ورجائي ممن يستفيد منه، أو يقرأ فيه، أن لا ينسى سماحة شيخنا الأستاذ دام ظله من الدعاء، وأن يدعو لي ولوالدي بالمغفرة والرحمة، وقبول العمل وآخر دعوانا:

﴿ أن الحمد لله رب العالمين ﴾[1].

---

(١) سورة يونس: ١٠.

المحتويات