

الختارات

تأليف

شيخ الفقهاء والمجتهدين

آية الله العظمى

الشيخ محمد علي الأركاني درأيت بركاني

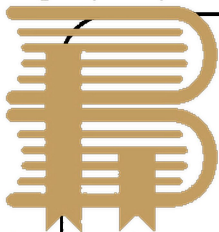
الخيارات

تأليف

شيخ الفقهاء والمجتهدين

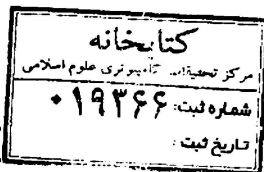
آية الله العظمى

الشيخ محمد علي آل كرمي



shiabooks.net

رابطہ پیدیل < mktba.net



مواصفات الكتاب

- اسم الكتاب الخيارات *
- المؤلف آية الله العظمى الاراکي دامت برکاته *
- الطبعة الأولى *
- التاريخ ۱۴۱۴ هـ.ق *
- المطبعة مهز - قم *
- عمل التوزيع مؤسسة في طريق الحق (دراہ حق) - قم *
- الکَمِیَّة ۱۰۰۰ نسخة *
- الصف والإخراج بالاینوترون مؤسسة الإمام الصادق علیہ السلام - قم *



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين
واللعن على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين

البحث في الخيار وأقسامه وأحكامه

ولنقدم مقدّمتين، أوليهما: في بيان حقيقة الخيار، والثانية: في تقرير الأصل عند الشك وأنه اللزوم أو عدمه.

أما المقدّمة الأولى: ففي بيان حقيقة الخيار، اعلم أنه يتصور كونه حقاً متعلّقاً بالعين، أثره جواز استرداد برء بدله، وكونه متعلّقاً بالفسخ بأن يكون والياً عليه، وكونه متعلّقاً بالعقد بمعنى الولاية عليه بالفسخ أو الإمضاء.

ولازم الأوّل هو السقوط بتلف العين، ولازم الثاني والثالث عدمه ويفترقان فيما لو تعدّد صاحب الخيار من جانب واحد، فعلى الأوّل لو أمضى واحد كان حقّ الثاني بحاله فله الردّ أو الإمضاء، وعلى الثاني حال الإمضاء كالردّ فكما أن الردّ مسقط للعقد عن قابلية اجازة الثاني فكذلك الإمضاء وسيجئ تحقيق المسألة فيما

بعد إن شاء الله.

ويمكن أن يقال: الظاهر بحسب اعتبار العرف في موارد حكمهم بالخيار هو عدم كونه حقاً على العين لأنهم يعتبرون الرجوع في المعاملة، وأما الوجهان الآخران فيمكن تأييد الثاني منهما أولاً: بأنه لا معنى لحق الإنسان على فعل نفسه، وثانياً: ظاهر قوله: «فإن ذلك رضى منه» ^(١) أن الرضى بنفسه موجب لسقوط الخيار، لا لأجل كشفه عن الإسقاط، وعلى الوجه الأول لابد من التزام ذلك وهو خلاف الظاهر لأن الظاهر أن هذا العنوان موضوع لا معرف.

وإذن فنقول إذا كان طرف الحق التخييري أحد الأمرين من الإمضاء والرد، فأياً منهما اختاره ذو الخيار سقط حقه لأنه بذلك استوفى حقه كما لو فسخ.

هذا ويمكن أن يقال في باب الفضولي أيضاً بانطباق عدم فائدة الإمضاء بعد الرد على القاعدة على هذا المبنى، بأن يقال هناك أيضاً بثبوت حق للمالك تخييري بين الأمرين كما في المقام، ويستفاد ذلك من قوله -ع- السلام- في بعض أخبار نكاح العبد بدون إذن سيده: «إن شاء السيد أجاز وإن شاء رد» ^(٢) بضميمة عدم الفصل بين النكاح وسائر العقود فيقال إنه بالرد قد استوفى حقه وسقط كما في كل حكم تخييري أو وضعي هذا.

أما المقدمة الثانية: اعلم أنه استدلل شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - على أصالة اللزوم بوجوه: منها قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٣). ومنها قوله تعالى:

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

٢- المصدر نفسه: الجزء ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبد والاماء، ص ٥٢٣ ح ١. المستدرک:

الجزء ١٥، الباب ١٨ من أبواب نكاح العبد والاماء ص ١٥ ح ١.

٣- المائدة: ١.

﴿أحلّ الله البيع﴾^(١). ومنها قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾^(٢) بتقريب أنّ التصرف المتأني للمعاملة بعد الفسخ مشمول للآيات الثلاث فيكون حراماً وتركه واجباً، ويستكشف من هذا فساد الفسخ كما أنّ مقتضى إطلاق الأخيرتين نفوذ البيع والتجارة عن تراض بعد الفسخ أيضاً.

ومنها قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾^(٣). وقوله - عليه السلام - : «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»، وقوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»، وقوله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٤).

تقريب الاستدلال بالآخر ما تقدّم في ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٥) وأما ما سبق فبأنّ نفس الفسخ والاسترجاع أكل للمال بالباطل وتصرف بغير طيب نفس المالك ومخالف للسلطنة.

ومنها الأخبار المستفيضة الدالة في خصوص البيع على أنّ «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٦) وأنه «إذا افترقا وجب البيع»^(٧) وأنه «لا خيار لهما بعد الرضا»^(٨). هذا جملة ما تمسك به - قدس سره - من الأدلة الاجتهادية^(٩).

واستشكل في الكلّ شيخنا الأستاذ، أما في الأخير فبأنه حكم حقيقي

١- البقرة: ٢٧٥.

٢ و٣- النساء: ٢٩.

٤- الوسائل: الجزء ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ص ٣٠ ح ٤. الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار ص ٣٥٣ الحديث ٢٠١.

٥- المائدة: ١.

٦- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦ ح ٣.

٧- المصدر نفسه: ح ٤.

٨- المصدر نفسه: ح ٣.

٩- المكاسب: ٢١٥.

والقدر المتيقن منه تحديد شخص الخيار المذكور، وأما فيما تقدم فهنا اشكال عام وإشكالات خاصة ببعض.

أما الإشكال العام فهو أنه لا شبهة في أنه كما أن العرف يحكمون بحصول المبادلة في بعض الموارد وبعدم حصولها في بعض آخر والشارع قد أمضى طريقتهم في بعض الموارد، كذلك يحكمون أيضاً بكون المعاملة قابلة للرجوع تارة وغير قابلة له، وأن الرجوع ظلم وصادر عن غير الحق وعلى وجه الباطل أخرى.

وفي المورد الأول ليس الأكل أكلاً بالباطل ولا أكلاً لمال الناس بلا رضاهم ولا مزاحمة لسلطنة الملاك على أموالهم؛ لأن هذه العناوين بعد فرض وجود الحق ليست مصادفة عندهم، كما أنه لا يبيع بعد الرجوع بل صار منحللاً منفصلاً.

وفي المورد الثاني يحكمون بصدق جميع هذه العناوين ويكون البيع باقياً بحاله، وهنا موارد مشكوكة الحال يتوقف العرف فيها عن الحكم بالصحة والبطلان والانحلال واللايعية والعدم.

إذا عرفت ذلك فنقول: كما أننا نحمل ألفاظ الشارع من قوله: البيع كذا والصلح كذا، وهكذا على ما يصدق عليه هذه العناوين بنظر العرف، كذلك في بقاء هذه المصاديق وارتفاعها أيضاً المنبع هو العرف فمادامت باقية عندهم نحكم بإطلاق حكم الشارع، وإذا زالت زال الحكم، ولو صار مشكوك الحال سقط الحكم عن الإطلاق لأنه فرع إحراز الموضوع.

وإذن فنقول: أما في موارد الشك فتسقط جميع الأدلة المذكورة عن التمسك، لما عرفت من الشك في صدق عنوان البيع والعقد والتجارة عن تراض بحسب البقاء، وكذلك في صدق عنوان الباطل والأكل لمال الغير ورفع سلطته، لا يقال: إنها يصح ذلك لو كان العقد بوجوده الأعم من الحدوث والبقاء

موضوعاً بأن كان طبيعة الأثر مسيئاً عن طبيعة العقد حدوثاً وبقاءً نظير الحرارة المسببة عن النار كذلك، وأما إذا كان الموضوع هو العقد بالوجود الحدوثي فهو أبداً محرز لأن الحدث أمر غير قابل للارتفاع.

لأننا نقول: لا شبهة في أن الفسخ متعلق بعين ما هو موضوع الأثر إذ لا أثر لحلّ غيره، فإن كان المؤثر هو البقاء كان الفسخ وارداً عليه وإن كان الحدث كان الفسخ أيضاً وارداً عليه.

وأما قولك: كيف يمكن فسخ الأمر الماضي؟ فجوابه: أنه عند العرف أمر ممكن فكما يوردون الإمضاء من اللاحق إلى الأمر السابق كذلك يعتبرون ذلك في جانب الفسخ، فيكون الأمر السابق في هذا الحين مفسوخاً وتكون الآثار منفية من هذا الحين.

وبالجملة: القول بأن منشأ الآثار هو الحدث ومورد الفسخ هو البقاء ليس له وجه، هذا حال موارد الشك.

وأما موارد القطع باللزوم العرفي فلا حاجة إلى الأدلة المذكورة لوجود الارتكاز والسيرة القطعية وهي بضميمة عدم الردع حجة شرعية، نعم هذه الأدلة على فرض تمامية إطلاقها يصير إمضاء للسيرة ولكن لسنا محتاجين إلى تجشم اثبات إطلاقها إذ الغرض قطع العرف ببقاء البيع وباطلية الرجوع وكونه أخذاً لمال الناس بنحو الظلم فحكمها غير محتاج إلى جعل الشرع، بل هي من قبيل نفس الظلم مما يقطع العرف به ويتم بضميمة عدم ردع الشارع، كما أنه في موارد القطع بالجواز العرفي أيضاً لا تصلح هذه الأدلة رادعة لما قرر في محله من عدم كفاية العموم أولاً ولما مرّ آنفاً من عدم الموضوع لها ثانياً.

ثم موارد حكم الشارع على المصاديق العرفية لهذه العناوين بخلاف

حكمها عند العرف، مثل الحكم بفساد بيع الخمر، وحلية أكل المارة تختلف حالها تخصيصاً وتخصّصاً باختلاف المبنيين في كيفية الخطابات الشرعية المتعلقة على العناوين العرفية هل هي متعلقة بلحاظ المصاديق العرفية لا بنحو التقيد بل بنحو يتكلم نفس العرف واحد منهم واحداً، أو متعلقة بالمصاديق الواقعية النفس الأمرية؟ غاية الأمر لما كان الشارع بمقام البيان وألقى قضيته إلى العرف مع خطائهم في نظره بدون نصب قرينة تدلهم على خطائهم كان هذا دليلاً على مساعدته لهم، لا أن القضية مستعملة في المصاديق العرفية بل في الواقعية وإنما جعل نظرهم طريقاً إلى التشخيص.

فإن قلنا بالمبنى الأول كان خروج تلك الموارد تخصيصاً، لأن الموضوع العرفي محفوظ بعد البيان أيضاً كما نشاهد في بيع الخمر وأكل المارة.

وإن قلنا بالثاني كان تخصّصاً وذلك لكشف حكم الشارع عن عدم أصل الموضوع وإلّا فمع وجوده فالحكم ضروري غير قابل للارتفاع فلا يمكن صيرورة الباطل الواقعي حلالاً ولا البيع الواقعي حراماً، لكن على هذا يصير التمسك في موارد الشك في حكم الشارع تمسكاً في الشبهة الموضوعية، والتمسك بطريقة النظر خروج عن التمسك بالعام، نظير التمسك بالاستصحاب المنقح للموضوع حيث لا يُعدّ من التمسك بالعام في شيء.

وبالجملة: كون الخارج قبل تبين خروجه تخصيصاً نتمسك في رفعه بنفس الأدلة، بلا حاجة إلى ضم شيء آخر، وبعده تخصّصاً كما يظهر ذلك من شيخنا المرتضى - قدس سره - لا ينطبق على شيء من الوجهين، وهذا إشكال آخر غير ما ذكرنا من عدم الحاجة إلى التمسك بها في موارد القطع وعدم فائدتها في موارد الشك. هذا هو الإشكال العام.

وأما الإشكال الخاص بآية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فأمران الأول: المراد بالعقد على ما يظهر من تفسيره في بعض الروايات وصريح بعض أهل اللغة بمعنى العهد، ولا يعهد عند أحد من أهل العرف كون المعاملات السوقية معاهدات بين أهالي السوق.

والثاني: أن الخارج عن تحت الآية أكثر من الداخل فيها إذ البيوع العرفية التي يحكم العرف فيها بالصحة والشرع بالفساد بحدّ يكون الباقي تحته على قدر البشاعة والاستهجان من القلة، وهذا يدلّ إما على قرينة متصلة في الآية سقطت ولم يلزم معها هذا الاستهجان، وإما أن المراد بها أمر آخر غير مرتبط بيباب المعاملات أصلاً مثل العقود الإلهية، اللهم إلا أن يقال بإمكان إصلاح هذه الجهة بتمسك المشهور كما يقال في دليل القرعة ونحوه.

وأما الخاص بالآيتين بعده: فهو أنّهما بمقام الإهمال نظير قول القائل في مقام الردع عن المساهلة في معالجة المرض: لا تسامح واشرب الدواء. فهنا أيضاً في مقام الردع عن الأكل بالباطل أرشد إلى التجارة عن تراض، فكما لا يمكن أخذ الإطلاق من قول القائل في المثال: «اشرب الدواء» كذلك في المقام من قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾^(١).

وأما آية: ﴿أحلّ الله البيع وحرّم الربوا﴾^(٢).

فهو في مقابل ما قالوا في مقام استيحاشهم: ﴿إنما البيع مثل الربوا﴾^(٣) فقال: كيف يتماثلان والحال أن الله أحلّ البيع وحرّم الربا؟ فليس المقام إلا مقام تقابل الطبيعتين في الحكم ولا يصحّ أخذ الإطلاق من هذا المقام كما هو واضح.

١- النساء: ٢٩.

٢- البقرة: ٢٧٥.

هذا حاصل الكلام في الأدلة الاجتهادية الثمانية.

بقي الكلام في الأصل المرجوع إليه عند الانقطاع عن الدليل وقد عرفت ممّا سبق أنّ موارد الشكّ في حال المعاملة عند العرف من هذا القليل.

فاعلم أنّ استصحاب ملك الطرف بعد الفسخ جارٍ، إلّا أنّه قد يورد عليه بأنّ هنا استصحاباً حاكماً على هذا الاستصحاب، وتقريب الحاكم بأحد وجوه ثلاثة.

الأوّل: أن يقال: إنّ المالك الأصلي قد بقي من علاقة ملكه في موارد ثبوت الخيار علة ضعيفة نظير اللون الضعيف المتخلف عن اللون الشديد، وكان من أثر بقاء هذه العلة جواز الفسخ والاسترداد، وعلى هذا فعند الشكّ يستصحب بقاء أصل العلاقة كما يستصحب أصل السواد عند احتمال تخلف الضعيف.

والجواب: أنّ هذا مجرد فرض ومقام الإثبات يكون الدليل على خلافه؛ فإنّ البائع والمشتري حسب ما هو مفاد انشاءيهما قد نقلّا تمام مالهما من العلاقة في العين إلى صاحبه ولم يبق منه لنفسه شيئاً، وإمضاء الشرع أيضاً لحق هذا.

الثاني: أن يقال: إنّ الخيار في موارد ثبوته حقّ جديد يستحدث بالعقد إمّا متعلّقاً بالعين أولاً، أو بتبع العقد، وعلى هذا فعند الشكّ يحتمل بقاء جامع العلاقة المشتركة بين علاقة الملك وهذه العلاقة، كما يستصحب وجود الإنسان في الدار عند القطع بذهاب زيد واحتمال دخول فرد مقارناً لذهابه، واستصحاب عدم الفرد لا يغني عن استصحاب بقاء الكلي؛ لأنّ الترتّب عقلي فكّل منهما جارٍ بلا مزاحمة للآخر.

والجواب: أولاً: لا أثر لهذا الجامع، بل الأثر لكلّ من الخاصين أعني: علاقة الملك وعلاقة الخيار.

وثانياً: سلمنا وجود الأثر له لكن نقول: فرق بين ما إذا كان الخاص الذي نحكم بشوته أو بنفيه بالاستصحاب من الموضوعات الخارجية كزيد، وبين ما كان من قبيل مجعولات الشرع كما في الوجوب، ففي الأول ما ذكرت من حديث الترتب العقلي صحيح، وأمّا في الثاني فكما أنّ اثبات الخاص لا ينفك عن أصل الجامع؛ لأنّ جعل الأمر المجعول تكوينه حقيقة، ولا يعقل تكوين الفرد بدون الجامع، كذلك نفى جميع الأفراد أيضاً لا ينفك عن نفي الجامع كما في مقام التكوين الذي يكون المقام منه حقيقة، وإذن فيتعارض استصحاب نفي الفرد مع استصحاب وجود الجامع.

الثالث: أنّه لا شبهة في حدوث حقّ الخيار في البيع ما دام المجلس، ونشكّ في بقاءه بعد انقضائه ومقتضى الأصل البقاء.

والجواب: أنّه بحسب مقام الثبوت هنا أنحاء الأول: أن يكون المسبّب وهو حقّ الخيار متعدّداً بتعدّد أسبابه، والثاني: أن يكون متحدّاً وتكون الأسباب متداخلة وحيثنذا إمّا نقول بكونه حقيقة ذات تشكيك فتختلف مرتبته بتعدّد السبب كالوجوب، أو نقول بعدم ذلك أيضاً.

فالقسم الأول أيضاً يحتل كون الحقّ الآخر موجوداً مع حقّ خيار المجلس من أول الأمر والثاني أن يكون حادثاً بزواله، فاستصحاب كليّ الحقّ على الأول من القسم الأول من القسم الثالث لاستصحاب الكليّ، وعلى الثاني من القسم الثاني منه.

وعلى كلّ حال، الكلام في القسم الأول بقسميه ما تقدّم في استصحاب الجامع بين الملك والعلاقة حرفاً بحرف فلا نطيل بالإعادة.

وأما القسمان الأخيران حيث يكون المستصحب نفس الشخص لا الكليّ

فيمكن دفعه أولاً: بأننا وإن قلنا قوله: «فإذا افترقا وجب البيع»^(١) حكم حيثي لكنه يفهم منه عرفاً أنه ليس هنا ولو بعنوان عارضي خيار لا ينفك عن البيع.

وثانياً: أن المسبب وإن كان شخصاً واحداً على فرض البقاء لكن لا شبهة في احتياجه إلى سبب آخر، إذ السبب الأول وهو المجلس قطعي الارتفاع بالدليل فيحتاج إلى جعل آخر، فيكون مقتضى الاستصحاب عدم هذا الجعل الآخر فيعارض مع استصحاب الشخص. وبعد التعارض في جميع الأقسام نرجع إلى استصحاب الملك الذي هو المحكوم.

فإن قلت: لا تصل النوبة إليه بل هنا استصحاب حاكم آخر بعد الحاكمين المتعارضين السابقين وهو استصحاب مؤثرية الفسخ الثابتة حال المجلس بعد انقضائه.

قلت: هو أيضاً غير جار لعدم اتحاد القضيتين؛ فإن الفسخ أمر كلي ولا شبهة في تعدد موضوع هذا الكلي باختلاف اعتباره مع وصف الاجتماع والافتراق، فالمتيقن مؤثرية الفسخ المقرون بالاجتماع في المجلس والمشكوك الفسخ المقرون بالافتراق فلم تتحد القضيتان.

هذا ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - حكى^(٢) عن مختلف العلامة^(٣) أنه جعل الأصل في مسألة (أن المسابقة لازمة أو جائزة) هو الجواز وعدم اللزوم ولم يرد منه تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٤) ولم يتعرض أحد

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٤ ص ٣٤٨.

٢- حكى عنه - ره - في المكاسب: ٢١٦.

٣- المختلف:

٤- المائدة: ١.

لنفس هذا الأصل وأنه ما المراد منه.

نعم في خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تملكاً أو تسليطاً يمكن تقرير هذا الأصل، بأن يقال بعد فسخ أحدهما بدون رضى الآخر: الأصل بقاء ملك المالك الأصلي للسبق بعد سبق غيره، وهذا تقرير أصل الأصل وإن كان فعلاً غير جارٍ إماماً لحكومة الأدلة الاجتهادية، وإماماً لحكومة أصل حاكم آخر وهو أصالة بقاء الأثر الحادث بعقد المسابقة قبل حصول سبق وهو ملكية السابق، لا بمعنى أنه فعلاً مالك، بل بمعنى أنه لا تنتظر مالكيته إلا حصول سبقه ولم يكن هذا قبل العقد، إذ لو كان يسبق سابقاً لما يملك وهذا حاكم على استصحاب ملك المالك الأصلي.

والحاصل: مقصود شيخنا - قدس سره - بيان أصل جريان الأصل لا فعليته والاعتماد عليه، كيف ولو لم يكن أصل آخر كانت العمومات بمذاقه - قدس سره - حاكمة، فلا يرد عليه - قدس سره - ما رتباً يورد عليه من حكومة الأصل الذي ذكرنا على الأصل الذي ذكره - قدس سره - .

ثم إن استصحاب الملك كما يجري في الشبهة الحكمية كذلك يجري في الشبهة الموضوعية، نعم رتباً يكون في الشبهة الموضوعية أصل منقح للموضوع إماماً مثبت للزوم، وإماماً للجواز فيكون حاكماً على الأصل الحكمي وهذا واضح بحسب الكبرى. ولكن شيخنا العلامة المرتضى - قدس سره - جعل من صغرياته ما إذا تردّد العقد الواقع بين كونه هبة أو صدقة، فجعل الأصل عدم قصد القرية فيثبت الهبة الجائزة^(١). قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: جريان هذا الأصل وعدم مثبتته يتوقف على أمرين:

الأول: مأخوذة عدم القرية في الهبة على وجه الجزئية والتركيب دون القيدية والتقييد؛ بأن كان حقيقتها عبارة عن تمليك مجاني وعدم داع إلهي، لا التمليك المجاني الغير الناشئ عن الداعي الإلهي أو الناشئ عن غيره وإلا لم يفد هذا الأصل إثبات المقيد، بل الأصل هو عدم المقيد، فيعارضه أصالة عدم المقيد الآخر فيكون أثر الأول عدم جواز تملك المال بالفسخ، وأثر الثاني عدم اللزوم فيتناهيان في المؤدى فيتساقطان فيرجع إلى الاستصحاب الحكمي.

الثاني: عدم مأخوذة عدم الذي هو الجزء في فرض الفراغ عن الجزء الآخر، بأن اعتبر في فرض الفراغ عن وجود التمليك المجاني أمران: وجود القرية وعدمها، فالأول: صدقة، والثاني: هبة، ويحتمل أن تكون الهبة نفس التمليك المجاني، فالصدقة قسم منه، إذ على هذا أيضاً يكون الأصل عدم تحقق هذا الجزء العدمي لكونه مسبقاً بالعدم الأزلي، فيعارضه استصحاب عدم تحقق الجزء الوجودي فيتعارضان ونرجع إلى الأصل الحكمي، وهذا وإثبات الأمرين في غاية الإشكال، بل لا يبعد استظهار الخلاف مع أنّ الشك كاف في عدم جريان الاستصحاب لكون الشك في بقاء الموضوع.

ثم في مورد جريان الأصل الحكمي في الشبهة الموضوعية وإن كان يثبت اللزوم لكن لا يثبت عنوان العقد اللازم لو كان له أثر، بل نرجع في ذلك الأثر إلى أصل آخر جار في ذلك المقام وهذا بحسب الكبرى واضح، ولكن جعل منه شيخنا العلامة - قدس سره - ما إذا تردد الأمر بين كون العقد الواقع هبة أو بيعاً فاستصحاب الملك بعد الفسخ يثبت اللزوم. وأما الشك في اشتغال الذمة بالعوض فنرجع فيه إلى استصحاب البراءة، واستشكل عليه السيد الطباطبائي - قدس سره الشريف - بالعلم الإجمالي بعد الفسخ بأنه إما يجب عليه رد العين، أو يكون مكلفاً بأداء العوض وهو جيد.

القول في أقسام الخيار:

الأول: خيار المجلس:

وتنقيح مباحث هذا الخيار يحصل برسم مسائل.

مسألة: لا إشكال في ثبوته للمالكين المتعاقدين، إنَّها الإشكال في ثبوته للوكيل فنقول: جهة الإشكال صدق البيعين^(١) عليهما والعدم، وتنقيح المقام يحتاج إلى تقديم مقدّمة هي: أنّ إسناد الفعل إلى المباشر بحيث يكون قوة الفاعل بدون توسط آلة في البين، هو المؤثر في الإيجاد لا شبهة في كونه حقيقياً، وكذلك إذا كانت الوساطة من قبيل الآلة الصرقة كالمنشار والمنحت، حيث إنّ الفعل يحصل أيضاً بقوة الفاعل والآلة شأنها بإصال القوة فيكون الفعل مسنداً إلى الفاعل بالحقيقة.

وأما إذا كانت الوساطة أيضاً فاعلاً وكان الصادر من ذبها هو التسبب فإن كانت فاعلاً بلا شعور سواء كان فاعلاً بالطبيعة كالنار أم بالإرادة كالسبع - وبعبارة أخرى كان ضعيفاً بحيث يعدّ كالآلة - فالفعل بالحقيقة مسند إلى الوساطة، فالإحراق فعل النار وليس قوة الملقى أبداً دخيلاً في حصوله، وكذلك الإلتلاف فعل السبع من غير دخالة قوة الملقى ولكن يصحّ الإسناد إلى الملقى إسناداً مجازياً كالحقيقة، بمعنى أنّ الإطلاق لا ينصرف عنه فإذا قيل: من أحرق كذا، أو من أثلف كذا، كان شاملاً لهذا القسم أيضاً.

وإن كانت الوساطة فاعلاً قوياً لا يعدّ كالآلة فالإسناد مجازي لا يجوز حمل

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١.

الاطلاق عليه، ومن هذا القليل قوله تعالى: ﴿يَا هَامَانَ ابْنِ لِي﴾^(١)، وقولك: فنج الأمير المدينة.

فتحصل: أن الاطلاق يشمل كلا قسمي المباشرة والقسم الأول من التسيب دون الثاني منه.

إذا تحقق هذا فنقول: الوكيل على ثلاثة أقسام: الأول: الوكيل في مجرد إجراء الصيغة. الثاني: الوكيل في العقد دون ما يترتب عليه ويتفرع عليه. والثالث: الوكيل في العقد وما يتفرع عليه مطلقاً.

لا إشكال في صدق البيع على المالك الموكّل في القسم الأول؛ لأن الوكيل بمنزلة الآلة له، ولا في عدم انصراف الإطلاق إلى نفسه؛ لأنه بمنزلة الصغير الذي أعطيت مال الغير إياه فأتلفه، حيث لا يحكم بضمانه بل بضمانك. كما لا إشكال في عدم صدق البيع على المالك في القسمين الآخرين وصدقه على الوكيل فيهما لكونه فاعلاً قوياً.

وحينئذ فنقول: الحق أن قوله -عبد السلام-: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) -بملاحظة اقترانه في بعض الأخبار بقوله: «والمشتري للحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»^(٣) حيث لا يلزم الفقيه بشبوه للوكيل مطلقاً وبملاحظة حكمة الخيار حيث إنه للارفاق بالمالك - يكون منصرفاً إلى المالك ولا يشمل الوكيل كما حكى ذلك عن جامع المقاصد، وإذن فلا يثبت الخيار لجميع أقسام الوكيل بأن يكون ذا حق اختياري.

١- غافر: ٣٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار ص ٣٤٦ ح ٣.

٣- المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار ص ٣٤٩ ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥.

وأما المالك: ففي القسم الأول قد عرفت كونه بيعاً، وأما في القسمين الآخرين فيمكن إثبات الخيار له لا من جهة كونه بيعاً، بل من جهة أن فعل الوكيل بنظر العرف والشرع بمنزلة فعل الموكل، والفرق بينه وبين النائب أن الثاني يحتاج صيرورة فعله بمنزلة فعل المنوب عنه إلى قصد النيابة، وأما الأول ففعله بحسب الذات يعدّ فعلاً للموكل، فيفيد هذا التنزيل ترتيب كل أثر كان لفعل الموكل على فعل الوكيل، ومن جملة الآثار أن الموكل لو صدر منه البيع كان له عند حضوره مجلس البيع الخيار، فيترتب هذا الأثر ببيع وكيله فلو كان حاضراً في المجلس كان له الخيار.

وأما مع غيابه؛ فإن قلنا: بأن دليل التنزيل يجعل حضور الوكيل أيضاً بمنزلة حضوره كان له الخيار أيضاً، وإن قلنا: بعدم الشمول لمثل هذا وإلا لزم القول بثبوت الخيار للمالكين لو باشرا العقد نفرّاً عن المجلس مع حضور وكيليهما المطلقين في جميع أمورهما فيه، ولا يمكن الالتزام به، فالخيار منحصر بحالة الحضور. هذا حال المالك.

وأما الوكيل، فقد عرفت عدم شمول الدليل له إما لعدم صدق البيع عليه لغة وإما انصرافاً، نعم يمكن في حق القسم الأخير الذي فرض كونه وكيلاً مطلقاً مباشرة الفسخ أو الإمضاء من باب الوكالة عن المالك إذا كان المالك حاضراً في المجلس دون القسمين الأولين.

هذا كله على تقدير تسليم الانصراف الذي ادّعيناه من وحدة السياق وملاحظة حكمة الخيار كما هو الحق، وأما على تقدير إنكاره وأن الحكم ثابت للبيع كائناً من كان، فاللازم الحكم بثبوت الخيار للقسمين الآخرين من الوكيل لما عرفت من صدق البيع عليهما ويكون هذا حقاً لهما، وإن منع المالك عن إعماله

فلا تأثير لمنعه إذ لم يلحظ في جعله غبطة المالك، إذ الفرض أنه حق الوكيل لا المالك فالاختيار مع الوكيل لا المالك.

وأما ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - : من أن الاستفادة من أدلة الخيار إثبات سلطنة ذي الخيار على المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن سلطته على المنتقل إليه فلا تنفيذ تخصيص دليل سلطنة المالك الموكّل من حيث تجويز إخراج ماله الجديد عن ملكه بدون رضاه، فاللازم التفصيل بين القسمين الأولين من الوكيل وبين القسم الأخير بعدم الخيار للأولين وثبوتها للأخير^(١).

ففيه: أنه بعد تسليم صدق البيع على الوكيل كما هو المفروض وكون الحكم فعلياً لا حيثيّاً نظير حلّية لحم الغنم - وإلا لزم التوقف في مورد الشك عند عروض عارض حتى بالنسبة إلى المالك أيضاً والرجوع إلى الأصل العملي - وعدم ندرة الوكيل على نحو القسم الثاني بل شيوعه لا وجه لهذه الدعوى فإنّ الظاهر أنّ البيعة علة تامّة لثبوت الخيار الفعلي.

وحاصل ما ذكر: أنا إما أن نقول بانصراف البيع بمناسبة المقام - حيث إنه بمقام الامتنان على المالك - إلى صاحب المال وأنّ وصف كونه يتعاً يلغى، وإثماً الموضوع تحقّق بيع مضاف إلى صاحب المال ولو لم يكن بمباشرة بلسانه، ولهذا قلنا بكفاية التسيب فيها كانت الوسطة كالآلة.

وإما أن نقول بعدم إلغاء وصف البيعة ونجعل الموضوع التام بلا انصراف إلى المالك.

فعلى الأول لا يثبت الخيار في القسمين الأخيرين من الوكيل لعدم كونها مالكين، ومقتضى ذلك وإن كان عدم الثبوت للمالكين أيضاً - لعدم إضافة البيع

إليهما - لكن كفانا مؤنة ذلك التنزيل العرفي الممضى شرعاً في باب الوكالة.

وحاصله: أن كل أثر كان ثابتاً لإضافة الفعل إلى صاحب المال بالأعم من مباشرته بجوارحه أو بنحو التسبيب، فهذا التصرف إذا صدر من وكيله يكون عند العرف بمنزلة الفعل المضاف إليه، فيقولون: بيع هذا بيع ذاك، وصلاح هذا صلاح ذاك وهكذا، يعني يترتب ذلك الأثر الثابت للإضافة، والمفروض في المقام أن البيع إذا تحقق نسبته إلى المالك ولو لم يكن هو المباشر بجوارحه يترتب عليه أثر ثبوت الخيار بالتنزيل المحقق للنسبة يتحقق هذا الأثر.

وهذا التنزيل وإن لم يشر لوصف البيعة لكن عرفت أن الموضوع حسب المناسبة المقامية ليس إلا نسبة البيع إلى صاحب المال، وإن شئت قلت: البيع المتسبب إلى صاحب المال، فإن المناسبة المقامية تنقص من الكلام وتزيد عليه، هذا بناء على الانصراف.

وأما بناء على العدم، فاللازم الحكم بثبوته للوكيلين دون الموكلين، أما الأول: فواضح، وأما الثاني: فلعدم الصدق لا حقيقة ولا تنزيلاً.

أما الأول فواضح، وأما الثاني: فلأن التنزيل إنما يفيد في ترتب الآثار التي يكون لإضافة الفعل إلى شخص الموكل دخل في ترتبها، وأما ما كان نسبتها إليه وإلى الوكيل على حد سواء فإن كلاً منهما لو تلبس بوصف الباعية كان له هذا الأثر ولا مزية لأحدهما في ذلك على الآخر فلا يفيد شيئاً.

وبعبارة أخرى: بناء على هذا يكون الخيار مسبباً عن إضافة البيع إلى البائع ولو لم يكن مالكاً، والتنزيل يفيد الإضافة إلى الذات لا بوصف أنه بائع فيقال: هذا البيع بيع زيد مثلاً، ولا يقال: هو بيع زيد البائع والمفروض موضوعية الثاني.

هذا وقد تحصل أن ثبوت الخيار لكل من الموكل والوكيل كما اختاره شيخنا

المرتضى في الوكيل المستقل بمعنى كون كلّ ذا حقّ لا يستقيم على شيء من المبنيين، نعم يثبت للوكيل المستقل بمعنى جواز مباشرته للفسخ أو الإمضاء بعنوان الوكالة عن صاحب الحقّ.

ثمّ إنّه - قدّس سرّه - بعد أن اختار ذلك قال: فقد يتحقّق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين، فكُلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانهساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز فإنّ تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانيين وهذا فرض من جانب واحد^(١). انتهى كلامه الشريف - قدّس سرّه -.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله أيام إفاضاته الشريفة -: مبنى ما ذكره - قدّس سرّه - على أخذ البيع باعتبار صرف الوجود؛ إذ على هذا كلّ من سبق فقد انطبق عليه الصرف، فياسقاطه يسقط الخيار، ويلزمه يلزم العقد ولا أثر لفسخ أو إمضاء من يلحقه لعدم انطباق الصرف على ثاني الوجود وهذا واضح.

وبالجملة: موضوع الحقّ على هذا هو الطبيعي الموجود في المعيّن كموضوع الكلمة ولا ربط له بالأشخاص، ولكنك خير بأنّ هذا غير ملازم مع كون التعدّد من جانب أو من جانبيين، فيمكن فرض الوجود الساري مع التعدّد في الجانب الواحد كما في الوراثة بناءً على القول به فيجئ فيه مسألة تقديم الفاسخ على المجيز هذا، وأمّا بناءً على أخذ البيع في المقام باعتبار الوجود الساري كما يشهد به اعتباره كذلك بالنسبة إلى البيوع المتعدّدة فلا يستقيم ما ذكره، إذ كلّ من سبق بالإمضاء فقد سقط حقه ولا ربط له بحقّ من عدها من أهل طرفه.

هذا بناءً على ما اختاره - قدّس سرّه - من أنّ الإمضاء مرجعه إلى الإسقاط،

وأما بناءً على أنه كالفسخ أحد عدلي الحقّ التخيري فللكلام فيه محل آخر.

فرع: لو مات الموكل وكان الوكيل حاضراً في المجلس أو بالعكس، فعل ما ذكره من اعتبار صرف الوجود لا إرث؛ لأنّ الصرف لم يمت، وهذا نظير ما تقدّم في بيع الصاع الكلي من الصبرة حيث إنّه لو تلف إلا صاعاً بقي حقّ المشتري وهذا واضح.

إنّما الكلام فيها لو ماتا دفعة في المجلس فهل يتقل إلى جامع وارث الصرف أو لا؟ يتنى على القول بأنّ أدلة الإرث هل تشمل الصرف أو أنّها متعرّضة لحال موت الأشخاص؟ فعلى الأول يتقل إلى ورث الموكل والوكيل كما كان لهما، يعني يتعلّق بالجامع فيما بينهم، ينطبق على السابق منهم، وعلى الثاني يتنفي الحقّ بانتفاء الموضوع.

ثمّ بناءً على ثبوت الخيار للموكل والوكيل بل والوكيل في التوكيل وإن طالّت السلسلة، فهل العبرة بتفرّق أيّ من الموكل والوكيل؟ الظاهر اختلاف الحال بناءً على اختيار صرف الوجود واختيار الوجود الساري، فعلى الأول يتني المسألة على أنّ التعبير بعدم التفرّق من باب الأصالة أو من باب الكناية عن الاجتماع.

فإن قلنا بالأوّل فالمعتبر حصول التفرّق مضافاً إلى جنس البيع وهو محقق بأوّل مصداق تحقّق له، فواحد من أهل السلسلة لو خرج عن المجلس سقط خيار جميع أهل السلسلة لصدق تفرّق البيع.

لا يقال: التفرّق أمر عديم بمعنى عدم اجتماع البيع، لأنّا نقول أولاً: هو أمر وجودي مثل الاجتماع فكما أنّه عبارة عن هيئة خاصّة فكذا هذا. وثانياً: سلّمنا أنّه عديم لكنّه من باب العدم والملكة نظير العمى، فإنّه ليس عبارة عن مطلق

عدم الاجتماع ولو بعدم الموضوع كما أنّ العمى ليس عدم البصر كذلك بل عدم الاجتماع عن الموضوع القابل، وإذن فحاله كالوجودي.

وإن قلنا بالثاني كما ربّما يشهد له نظائره في العرف حيث يفهمون من جعل شيء غاية للحكم أنّ الموضوع ما قبله مثل «صم إلى الليل» يعني: صم في النهار و«كلّ شيء طاهر حتى تعلم» يعني ما دام الشكّ، فهنا أيضاً الخيار ثابت ما دام الاجتماع حاصلًا، فالمعيار صدق اجتماع جنس البيع مع جنس البيع وهو يتحقق ولو بوجود وكيل من طرف وأصيل من آخر في المجلس.

هذا بناءً على صرف الوجود، وأمّا على اعتبار الوجود الساري فالاعتبار بالتركيب الثنائي الحاصل من كلّ فرد من طرف مع كلّ فرد من الطرف الآخر، فإذا فرض زيد وعمرو في طرف وبشر وخالد في آخر، فتركيب زيد مع بشر فرد للدليل وتركيبه مع خالد فرد آخر وهكذا عمرو، فإذا خرج بشر مثلاً عن المجلس فالخيار للثلاثة محفوظ، ولو خرج زيد أيضاً فالخيار لل اثنين الباقيين محفوظ.

وبالجملة: يتحد الحال نتيجةً مع القول بصرف الوجود بناءً على جعل عدم الافتراق كناية ولا يحصل هنا فرق بين جعله كنايةً أو أصالة.

هذا ولكنّ الذي يقتضيه النظر الدقيق كما نبّه عليه شيخنا وملاذنا الأستاذ - أطال الله عمره وأيام إفاداته الشريفة - عدم الفرق بين اختيار صرف الوجود والوجود الساري في أنّ النتيجة حصول الغاية بالنسبة إلى من خرج وبقاء الخيار لمن بقي ما دام بقي من كلّ طرف واحد.

بيان ذلك: أنّ الحكم ولو تعلّق بحسب الصورة بالطبيعة بأحد الاعتبارين والذي جعل شرطاً أو غاية خارج عن موضوع الحكم، ولهذا يفرق بين قولنا: «إذا

أهانك الإنسان فأهنته» أو «إذا دخل الزوال فاجلس» وبين قولنا: «الإنسان المهين لك فأهنته» و «الجلوس الكائن فيما بعد الزوال اثبت به» في باب الاستصحاب وباب أخذ المفهوم فيقال: الموضوع بعد زوال الإهانة وانقضاء وقت الزوال باق بناءً على الاعتبار بموضوع الدليل بناءً على الأول، وأنه غير باق بناءً على الثاني، وكذلك يكون الموضوع في جانب المفهوم محفوظاً، فيكون من باب مفهوم الشرط على الأول بخلاف الثاني فإنته من باب مفهوم الوصف فينتهي على القول به.

ولكن بحسب اللب لا فرق بين التعبيرين فإنَّ الاستفادة تنويع الطبيعة وتقسيمها إلى واجد الشرط وفاقد، وإعطاء كلِّ حكمًا خاصاً به، فيقال: «الإنسان المهين يجب إهانته» لا أنه إذا تحقق فرد من الإهانة من فرد من الإنسان يجب الإهانة للإنسان ولو في ضمن فرد غير المهين، وهكذا يقال: الجلوس المقيّد بما بعد الزوال واجب، لا أنه بمحض دخول الزوال يتساوى نسبة الوجوب إلى جميع أفراد الجلوس من المقيّد بهذا الوقت والمقيّد بأوقات أخرى، فإنَّ هذا وإن كان أمراً ممكنًا لكنّه ممّا لا يكاد يفهمه العرف من القضية الشرطيّة أو الغائيّة، فالشرط والغاية وإن كانا راجعين إلى الهيئة حسب الصورة لكنّها راجعان إلى المادة حسب المعنى واللب.

لا يقال: هذا في ما إذا اعتبر الطبيعة بالوجود الساري صحيح، وأما لو اعتبر بنحو صرف الوجود فلا يتصور قسمان للطبيعة بهذا الاعتبار - قسم واجد وقسم فاقد للشرط أو الغاية - مثلاً إذا اتّصف صرف وجود الإنسان بوصف الإهانة فلا يمكن نسبة عدم الإهانة إلى الصرف ولو صحَّ إلى الفرد، للفرق بين الأعراض الوجوديّة والأعراض التي من قبيل الوجود والعدم، فالأولى تسري من

الفرد إلى الصرف، ولكن الثانية لا تسري عديماتها إلا بعد اتصاف تمام الأفراد بذلك العدم وإلا فاتصاف فرد واحد بوجود تلك الصفة كاف في صحة النسبة إلى الصرف وعدم صحة السلب عنه وإن اتصف جميع ما عدا ذلك الفرد بسلب تلك الصفة.

لأننا نقول حال الطبيعة على ما ذكرنا كمحالتها في القضية التوصيفية مثل: «الإنسان المهين كذا» إذا أريد صرف الوجود، فإنه لا إشكال أنه من باب تقسيم الإنسان إلى المهين وغيره وملاحظة الصرفية بعد هذا من مجموع الموصوف والصفة لا اعتبارها في الموصوف وإيراد الصفة على الصرف.

والذي يرد عليه ما ذكرت هو الثاني لا الأول ضرورة أنه كما يصح اعتبار صرف الوجود في الإنسان العالم كذلك يصح اعتباره في الإنسان الغير العالم، فإذا تحقق في الخارج فردان اتصف أحدهما بالعالمية والآخر بعدمها تحقق الصرفان في زمان واحد ويترتب عليهما حكمهما، نعم لو اعتبر الصرفية في الموصوف، أعني: الإنسان، امتنع تحقق الحالتين، أعني: العالمية وعدمها فيه في زمان واحد.

وعلى هذا فنقول: طبيعة البيع قد قسمت على قسمين، مفترق وغيره فالخيار ثبت لصرف وجود البيع الغير المفترق وعدمه لصرف وجود البيع المفترق هذا.

ثم إنه قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - : إنه لا يجوز للموكل تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى، لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله في الفسخ أو مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً^(١) انتهى.

لا شبهة في ما ذكره - قدس سره - ؛ لأنه إن أراد صيرورة الوكيل بدلاً لنفسه

في أصل ثبوت الحق له دون نفسه فهذا تشريع، وإن أراد إثبات السلطنة المطلقة له حتى يشمل الدليل فالدليل قاصر عن شمول مثله بناءً على ما ادّعاء - قدس سره - من انصرافه إلى مورد الفراغ عن ثبوت السلطنة عند العقد فلا يشمل ما إذا ثبت بعده، هذا.

وأما نقله الحق مستقلاً من نفسه إلى الأجنبي مجاناً أو مع العوض، فقد يقال بإمكان تطبيقه على القواعد نظراً إلى أنّ عموم الهبة أو الصلح مثلاً شامل لكل مال أو حق قابل للانتقال، وهو وإن كان ساكتاً عن إعطاء القابلية لكن يمكن استفادتها من تسلّم إرث هذا الحق.

وأما احتمال تخصيص العموم المذكور مع وجود القابلية فمضافاً إلى دفعه بالأصل، مدفوع بمخالفته لعموم قاعدة السلطنة أيضاً، فإنها وإن كانت حيثية ولكن بالنظر إلى الأسباب الشرعية مثل الصلح والهبة حكم فعلي.

وفيه: أنّ الإرث لا يفيد إلّا إيجاباً جزئياً، ومن المحتمل أن يكون المقام من قبيل حق المضاجعة حيث يقبل الانتقال إلى الضرة ولا يقبله بالنسبة إلى الأجنبية مع أنّه ليس تخصيصاً في دليل الهبة والصلح إلّا أن يقال بالفرق بين المقامين بأنّ موضوع المضاجعة هو الزوجة، فلا يتحقق في حق الأجنبية، كحق الشفعة المتقوم بالشريك، والإرث كاشف عن عدم التقوّم بشخص المورث.

لكن فيه مع ذلك أنّ باب الإرث ليس باب النقل والانتقال، بل هو من باب تنزيل الوارث منزلة المورث فكأنّه بنفسه صاحب الحق وذلك بادّعاء الارتكاز العرفي في حقيقة الإرث وأنّه هذا التنزيل.

ويظهر الثمرة بين الوجهين فيما إذا لم يكن للميت مال أصلاً، فعلى الأول: لا وجه لفسخ الوارث، إذ لا ملك للميت حتى يخرج معادل العوض أو نفسه عن

كيسه، ويدخل المعوض في كيسه فيتلقاه الوارث منه.

وأما على الثاني: فنفس الوارث يتصدى للدخال في كيسه والاخراج منه بما هو نائب مناب الميت من دون تلقيه المال من الميت، وكذا يظهر في حق الزوجة إذا كان ما انتقل عن الميت عقاراً كما هو واضح.

ثم إنك عرفت الكلام في الوكيل والموكل، وأما الكلام في الفضولي والمجيز فعدم ثبوت الخيار للأول على ما تقدم منا واضح، وثبوته للثاني يحتاج إلى إثبات أحد أمرين:

الأول: أن يقال بكون نفس الإجازة عقداً وبيعاً مستقلاً.

والثاني: أن يقال بأنه وإن لم يكن كذلك لكنها توجب إضافة البيع الصادر من الفضولي إلى نفسه، حيثئذ وإن كان لا يصدق في حقه أنه باع لأن المتبادر منه إيجاد أصل العمل لا إضافة العمل المفروغ عن وجوده لكن يصدق عليه أنه يبيع.

وأما على مبنى شيخنا - قدس سره - فالحال في المالك كما تقدم، وأما في الفضولي فالبيع وإن كان عبارة عمن انتسب إليه المعنى المسيبي العرفي لا الشرعي - ولهذا نقول بثبوته للبيعين في الصرف والسلم قبل القبض - لكن الظاهر عدم تحقق البيع العرفي في بيع الفضولي حتى بالنسبة إلى الغاصب البائع لنفسه، فإن العرف أيضاً حاكم بتوقف حصول البيع على رضى المالك، نعم بعد تحقق الرضى من المالك مع بقاء المجلس لا مانع من القول بثبوت الخيار للفضوليين لأنهما بالرضى يصيران بيعين

فإن قلت: بل البيع حيثئذ هو المالك لأن الفعل يستند إلى الجزء الأخير من العلة وهو المالك لأنه موجد الشرط، فهو فاعل المبادلة.

قلت: فرق بين الفاعل وموجد الشرط أو رافع المانع، فلا يقال لمن جفف

المحلّ بعد ملاصقة النار له إنّهُ فاعل الإحراق، وكذا لو رفع الحائل، ألا ترى أنّه لا يقال للمشتري إنّهُ بائع، مع أنّ للقبول مدخلاً في تحقّق المبادلة، فبيعية المالك في المقام متوقّفة على إثبات أحد الأمرين المتقدمين، وللكلام فيها محلّ آخر.

مسألة: لا إشكال على المبنى الذي تقدّم منّا في صورة قيام البائع والمشتري بشخص واحد، فإنّه يعتبر حضور المالكين في المجلس حتّى يثبت لهما الخيار، وأمّا بناءً على ما تقدّم عن الشيخ - قدس سرّه - فهل يثبت لنفس هذا المتصدّي لطرفي العقد إذا لم يكن في المجلس غيره أو لا؟
فاعلم أنّ المانع أحد أمور ثلاثة:

الأوّل: أنّ الموضوع هو البيعان، وهو بمقتضى كونه ثنية يدلّ على مدخلية الاثنيّة فلا يثبت للواحد، وكذا هيئة مالم يفترقا.

والثاني: أنّ الافتراق والاجتماع غير ممكنين في حقّ الشخص الواحد ولا الجسدين المتلاصقين والغاية ظاهرة في إمكانها في حقّ الموضوع.

والثالث: أنا وإن سلّمنا أنّ الغاية أعمّ من الممكنة والمستحيلة كما في: ﴿حتّى يلجّ الجمل﴾^(١) وكما في: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» حيث نقول بثبوت الضمان بعد التلف مع أنّ الغاية غير ممكنة، ومعنى غائبتها أنّه لو عادت العين بنفس عيسويّ مثلاً وردّها كانت الغاية حاصلة.

ولكن نقول: مادّة الافتراق لا تناسب مع الواحد، نعم تناسب مع الجسدين المتلاصقين، غاية الأمر عدم الإمكان، فإذاً لا بدّ من الفرق بينهما فإنّ الغاية مخصّصة للحكم نظير العلة.

والحاصل: أنّا نسلم كون الغاية غير ظاهرة في الممكنة، ولهذا نقول بالثبوت

في المتلاصقين، ولكن لابد من إمكان الفرض ولا يمكن فرض الافتراق في الجسد الواحد ولو فرض قطعة قطعة، وأما الجسدان فلو فرض عدم تلاصقهما جاء فيهما الافتراق والاجتماع.

وحيثذ نقول: الغاية تخصّص الحكم بالموضوع الممكن فيه فرض تحقق الغاية، فيكون غير الممكن فيه فرضه خارجاً عن عموم اللفظ، فيحتاج اثبات الحكم فيه إلى تنقيح المناط، ومن هنا تبين عدم المانعية في المانع الثاني المتوهم مانعيته.

وأما المانع الأول: فالثنية وإن كان ظاهراً في الاثنية الخارجية دون العنوانية لكن الظاهر منه في هذا المقام أنه من باب التغليب من قبيل القمرين والشمسين، وتكون كناية عن عنواني البائع والمشتري، فكأنه قيل: البائع والمشتري كلّ منهما بالخيار حتّى التفرّق، فلا مانعية من قبل الموضوع بالنسبة إلى الجسم الواحد لصدق العنوانين عليه حقيقة، كصدق العالم والهاشمي على الفرد المجمع لهما، وإنّما المانع من قبل قوله: حتّى التفرّق حيث يستظهر منه التضييق في الموضوع لكونه ممّا يقبل فرض التفرّق وليس هكذا الجسم الواحد.

إن قيل: لم لا يمكن فرض الغاية في الواحد والحال أنّ المذكور في الدليل قوله: ما لم يفترق وهذا الأمر العدمي ممكن في الواحد كالجلدار وإنّما الغير الممكن هو الافتراق.

قيل: إن كان المقصود عدم تحقق الافتراق في العالم، صحّ ما ذكرت لكنّ اللازم منه القول بالخيار في البيّعين المتعدّدين إذا لم يجمعهما مجلس واحد من أول الأمر أيضاً إذ يصدق في حقّها أنّهما لم يفترقا يعني لم يحدث منهما التفرّق وإنّما بقي التفرّق السابق، فإنّ الظاهر من هذا العنوان عدم الحدوث ولكن هذا خلاف

الظاهر، بل الظاهر هو عدم التفرق ممن شأنه التفرق، وهذا لا يصدق في حق الواحد لعدم الشأنية، ولا حق المتعدد المفرق من الابتداء لعدم تحقق الحدوث في حقهما.

إن قيل: يمكن القول بثبوت الخيار للواحد وبجعل الغاية خروجه عن المجلس لأن انقضاء المجلس في حقه هذا، كما أن انقضاءه في حق الاثنين تارة بخروج أحدهما وأخرى بخروج الاثنين معاً ومفارقتها عن مجلس البيع.

قيل: لو كان الغاية في الدليل مفارقة المجلس كان ما ذكر حقاً ولكنها افتراق البيعين، ولهذا نقول ببقاء الخيار في الاثنين لو خرجا عن المجلس على هيتهما الاجتماعية بدون افتراق بينهما في الطريق.

فرع: لو مات أحد المتبايعين في المجلس أو كلاهما فهل هذا افتراق بينهما فلا يورث خيار المجلس فإن الميت قد فارق الدنيا فكيف بصاحبه؟ أو أن العبرة باجتماع البدنين وهو حاصل فيورث؟

وحينئذ هل الموروث هو الحق المطلق الغير المعنى بشيء، أو أنه أيضاً معنى؟ وحينئذ فهل الغاية افتراق بدن الميتين أو الميت والحَي من المتبايعين؟ أو أنها افتراق الوارثين من مجلس العقد؟ الظاهر هو الوجه الثالث، أما الوجه الأول وهو عدم الإرث فمبني على أحد أمرين:

الأول: المناقشة في صدق البيعين على الميتين وهو محل منع؛ فإنه كما يطلق عرفاً أن هذا أبو زيد مثلاً وزوج هند، كذلك يقال: هذا مشتر أو بائع وليس الإطلاق بنحو ينصرف عنه الإطلاق.

والثاني: المناقشة في عدم تحقق الغاية وهو أيضاً كذلك، فإنه يطلق أيضاً بلا عناية أن الزيد وأباه ما افرقا. والسر أن الاختيارية غير دخيلة في الحكم كما في:

اغسل ثوبك من النجاسة، حيث إن الغسل يراد به مطلق وصول الماء إلى الثوب ولو لم يكن عن مباشرة اختيارية، فكذلك العرف يفهم في المقام أيضاً أنّ العبرة بالكون في نقطة والكون في نقطتين، فلو حصل الافتراق بينهما سهواً أو في حال النوم كفى في صدق الغاية.

وإذن فبعد فرض صدق اليتعين على الميتين يصير الحكم في حقهما مغنى بالكون في نقطتين، وهذا أمر لم يتحقق ما داماً في محل واحد.

وأما الوجه الثاني: وهو التوريث بلا غاية فلا وجه له، إذ المتروك كان ذا أمد فليس بعد انقضاء الأمد متروك حتى يورث كما في خيار ثلاثة الحيوان.

وأما الوجه الأخير: وهو كون الغاية افتراق الوارثين، فلا وجه له أيضاً فإن غاية الافتراق من قبيل الحكم لا الحق فلا يورث هو، وليس هنا أيضاً دليل نزل افتراق الوارثين منزلة افتراق مورثتهما، فتعين الوجه الثالث وهو كون الغاية افتراق الميتين.

مسألة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها: من ينعق على أحد المتبايعين، والمشهور كما قيل: عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق، واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للمالك، 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 الانعقاد بمجرد الملك والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها.

والحاصل: يقع الكلام - بعد مسلمية أصل صحة البيع وحصول الانعقاد

وعدم زواله بعد التحقق - في ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة وعدمه، فقد يقال: إنه مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقبة، فيفرض المعتقد كالتالف فلكل من الطرفين الفسخ والرجوع إلى القيمة.

وقد يستند في عدم الثبوت عند العلم بالاعتناق إلى أن الإقدام على البيع أو الشراء إتلاف للعبد وسيجيء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف فعدم ثبوته به أولى.

ولكن فيه أولاً: أنه ليس إتلافاً فإنه عرفاً إقدام على البيع والشراء، والاعتناق حكم شرعي، فالتلف حقيقة هو الشارع.

وثانياً: سلمنا لكن الدليل على مسقطية التصرف عموم التعليل المستفاد من قوله - عليه السلام - في بعض الروايات: «فذلك رضى بالبيع» وظاهره المفروغية عن وجود البيع فلا يشمل مثل هذا الذي هو مقارن له.

فالعمدة في المقام هو النظر في كيفية الفسخ عند التلف الحقيقي، ثم في جريانها في المقام وعدمه فنقول - وعلى الله التوكل: هنا وجوه متصورة^(١).

الأول: أن يكون من آثار الفسخ عند وجود العين استرجاعها وعند عدمها استرجاع البدل، وفيه أن الخيار حق متعلقه العقد لا العين وهذا الوجه يناسب الثاني.

والثاني: أن يكون الفسخ حلاً للعقد وجعله كأن لم يقع من أول الأمر نظير الكشف الحكمي في الإجازة، فإن اللازم حينئذ أن يكون العين التالفة في يد المفسوخ عليه بمرتبة المال التالف من الفاسخ في يد المفسوخ عليه.

١- سيأتي ما يربط بالمقام في الصفحة: ٦١٠، منه دام ظله العالي.

وفيه: أن اللازم الرجوع بالنهات المتجددة بين العقد والفسخ أيضاً كما هو الحال في الكشف الحكمي ولا يلتزمون به.

والثالث: أن يكون الفسخ حلاً للعقد أيضاً لكن من حين الفسخ لا من أول الأمر، لكن معنى الحل هو عكس العقد، فكما كان العقد مبادلة بين المالين فالحل عبارة عن عكس هذه المبادلة بعنوان حلها، ولازمه انتقال الثمن إلى البائع والتمن إلى المشتري.

ثم إن العوض التالف يعود إلى ماله الأصلي بما هو عليه من العوارض، فلو تجدد له بياض عند المالك الجديد، انتقل ببياضه إلى المالك الأصلي، فمن العوارض التي أتصف بها عند المالك الجديد هو وصف التالفية فلا بد أن ينتقل هكذا إلى الأصلي.

ومنها أيضاً: كون هذا التلف وارداً خسارته على كيس المالك الجديد، فلو كان مقوماً بالعشرين لتلف من ماله عشرون وهكذا فلا بد أن ينتقل إلى الأصلي أيضاً بهذا الوصف، فلو لم تشتغل ذمة الجديد بعد انتقال التالف إلى الأصلي بعوضه الواقعي لخرج عن وصف كون تلفه عليه لأنّ الفرض جبران خسارته برجوع عوضه المستحق إليه، فمعنى بقاءه على الأوصاف السابقة الحاصلة له في يد المالك الجديد هو اشتغال ذمته للمالك الأصلي بعوضه الواقعي عند انتقال عوضه الجعلي إليه حتى لا يلزم انقلاب وصف التالفية عليه بالتالفية على المالك الأصلي.

وحينئذ نقول: اللازم من هذا البيان عدم ثبوت الخيار في مسألتنا المفروضة فيها بقاء العين وزوال صفة المالية؛ فإنّ الخسارة وإن كانت كما في صورة تلف العين واردة على المفسوخ عليه لكن مجرد هذا لا يصحح النقل والانتقال واعتبار إضافة الملك، فإنّه خاص بموضوع المال، فيعتبر في صحّة اعتبار هذه الإضافة أمران:

الأول: المالية وهي قائمة بالعين في حالتي وجودها وعدمها، فالخطة مثلاً مال فكما نحمل عليها موجود ومعدوم وهو في كل حال خطة فكذلك متصفة بالمالية.

والثاني: كون الخسارة في موضوع المال السالف على غير من اعتبر إضافة الملكية بالنسبة إليه.

فالأمر الثاني وإن كان في مقامنا متحققاً كما في صورة تلف العين لكن الأمر الأول مفقود؛ فإن الحرّ لا مال عرفاً وشرعاً، وهذا هو الفارق بين المقامين والماتر بين المسألتين، ولكن لا يخفى أنّ لازم هذا البيان عدم جواز الفسخ مع طروق العتق، أو صفة أخرى مخرجة عن المالية بعد تحقق العقد الخياري ومضي زمان عليه هذا.

والرابع: أن يكون الفسخ أيضاً حلاً للعقد من حينه ولكن ليس معناه صرف إعدام العقد وتبديله بالنقيض، بل يدعى أنّ معناه عرفاً ما يستقى بالفارسية (واتاباندن)، ومعنى ذلك أن يكون مثل العقد في جميع الجهات إلّا في تبديل العوضين فنقول: إنّ العقد مشتمل على أمرين:

الأول: إنشاء المبادلة وهذا مدلوله المطابقي. والثاني: تعهد كل من الطرفين بتسليم ما ملكه إلى صاحبه، وهذا مدلوله الالتزامي المفهوم منه عرفاً وعلى هذا ينطبق أصل الضمان قبل القبض على القاعدة، نعم اللازم على هذا هو الضمان بالعوض الواقعي فالضمان بالمستوى الذي هو انحلال العقد وانفساخه يكون بالتعبد، ووجه كون أصل الضمان على طبق القاعدة أنّ كون عين الخطة الشخصية مثلاً على عهدة البائع للمشتري معناه كون المشتري مستحقاً لمطالبة هذا العين من البائع، ووفاء البائع عند الوجود بردّ نفسها وعند العدم بردّ ما هو

أقرب الأشياء إليها وهو في المثلي المثل وفي القيمي القيمة.

وعلى هذا فمعنى الفسخ عكس هذه المبادلة وعكس هذا التعهد، فإذا كانت الخنطة حين الفسخ تالفة عند المشتري فمعنى الفسخ جعل الخنطة في عهدة المشتري منتقلة إلى البائع بازاء الثمن كذلك، ومعنى ذلك صيرورة البائع ذا حق على المشتري بمطالبة بنفس الخنطة المبيعة، وحيث إنها تالفة فخرج المشتري عن عهدها بدفع مثلها.

لا يقال: على هذا يلزم بيع العين التالفة حين البيع أيضاً بهذا الوجه. لأننا نقول: حال العين بهذا الوجه حال المنفعة فكما أنها مال ومع ذلك لا تقبل اعتبار البيع فكذلك العين التالفة.

ولازم هذا الوجه أنه لو كانت العين موجودة ولكن انتقلت إلى ملك غير المفسوخ عليه بنقل لازم وأمكنه الاسترداد منه بعقد جديد ولو يبذل مال كثيراً وجب عليه ذلك لأن الانتقال إلى البدل إنما هو بعد تعذر العين والأصل، وكذلك اللازم منه أنه لو كانت العين موجودة حال الفسخ ولكن تلفت قبل الرد إلى الفاسخ كانت مضمونة على المفسوخ عليه كما كان هو الحال في نفس العقد قبل القبض.

هذا كله حال التلف الحقيقي من غير فرق بين تلف ذات المال أو وصف الماليتة، وأما حال مسألتنا، وهي الانعتاق القهري فيمكن أن يقال بأنه حيث عرفت ابتناء الأمر في مسألة التلف الحقيقي على التعهد بالتسليم يمكن القول بعدم الخيار في مسألتنا بملاحظة أنه لا تعهد بعد صيرورة العين خارجة عن سلك الأموال بمجرد البيع وحصول المبادلة، فلا يتمشى التعهد مع العلم ولا يمضى شرعاً مع الجهل، فالفسخ إنما يفيد مبادلة على عكس المبادلة السابقة خالية عن

التمهّد وقد كان حكم الضمان مبنياً عليه.

والخامس: أنّ الفسخ حلّ من حين ولكن في صورة التلف ينزّل بعد الفسخ التالف بمنزلة التالف من مال الفاسخ، فيعامل من هذا الحين معه معاملة ما تلف من مال الفاسخ في يد المفسوخ عليه من تضمينه للبدل، وفي صورة الانتقال عن ملك المفسوخ عليه بعقد لازم يعامل مع المتقلّ معاملة كونه مالاً للفاسخ وقد انتقل عن ملك المفسوخ عليه وملك هو ثمنه فصار تالفاً على الفاسخ في يد المفسوخ عليه وهكذا في صورة طريان الحرّية، فينزّل العبد بوصف كونه متحرراً عن ملك المفسوخ عليه منزلة شيء تحرّر من مال الفاسخ مفيداً بحال المفسوخ عليه وفي يده.

وبالجملة: المنزل هو المال بوصف ما جرى عليه لا هو بذاته حتى يكون الطاري طارياً في ما هو بحكم مال الفاسخ فيعامل مع الانتقال معاملة الفضولية وهكذا.

وحيثنذ نقول: قد يكون طرق التلف أو ما هو كالتلف بعد استقرار الحق في العينين وذلك بمضيّ زمان عليهما مع بقائهما بوصف الملكية للمفسوخ عليه، وقد لا يكون كذلك، بمعنى أنّه لا يجري شيء من أجزاء الزمان على العين بوصف بقائها على ملكية المفسوخ عليه وقد كانت متعلّقة لحقّ الفاسخ بل كانت من أوّل آتات ما بعد آن دخولها في ملكه تالف الماليّة.

ففي الصورة الأولى: لا شبهة في التنزيل الذي ذكرنا لسبق تعلّق الحقّ بالعين في حال وجودها، فبعد التلف يعامل معها معاملة المال التالف من ملك الفاسخ.

وأما في الصورة الثانية: فحيث لم يتعلّق بالعين في شيء من الزمان حقّ من

الفاسخ فلا محلّ للتنزيل المذكور فإنه فرع فعلية الحقّ في نفس العين في زمان ولا يكفي وجود مقتضيه بدون الفعلية.

هذا وفيه أنّ غاية ما يثبت بهذا تصحيح الضمان بواسطة التنزيل المذكور بعد تسليم مساعدة دليل الفسخ على هذا التنزيل.

وأما تلقّي الفاسخ الملك عن ملك المفسوخ عليه، فلا يثبت بهذا فإنّ المنزل هو العين بوصف ما جرى عليه من التلف أو ما هو كالتلف وقد كان المعتر في الفسخ ذلك حيث إنّ عكس البيع والتلقي معتبر فيه كما هو واضح.

والسادس: أن يقال: إنه بعد الفسخ نستكشف أنّ العين أنّا ما قبل التلف صار في ملك الفاسخ، أو ينزّل كذلك، فالأوّل كشف حقيقي والثاني كشف حكمي، وحينئذ نقول: لا يجري هذا في مسألة الاعتناق، أمّا على الكشف الحقيقي فواضح، لأنّ ما بين ملكية المفسوخ عليه والاعتناق ليس فصل ولو بمقدار آن.

وأما على الحكمي فلأنّ الملكية هنا ليس على وجه يترتب عليها سوى الاعتناق، فهي نظير ملكية الكلّي في بيع السلف، حيث إنّ البائع يملك أنّا ما في عهدة نفسه الخنطة باعتبار الوجود الخارجي ثمّ ينقله إلى المشتري وإلاّ فيلزم نقله ما ليس له، فهذه الملكية ليست على حدّ سائر الأملاك ولا يترتب عليها فائدة سوى النقل في مسألة الكلّي والاعتناق في مسائلتنا ولهذا لا يعدّ هو متمولاً لكذا وكذا خنطة مثلاً.

والسابع: أن يقال: لا شك أنّ عقد البيع يعتبر في حقيقته دخول كلّ عوض في ملك من خرج عن ملكه العوض وأيضاً هو يتعلّق بالعين، وليس للبديل فيه عين ولا أثر، فالفسخ أيضاً لا بدّ أن يكون مبادلة مثل نفس العقد وعكسه، وواقعاً بين نفس العينين لا بكنههما.

فإن قلت: العقد عبارة عن الإنشاء الذي هو الخاطر النفساني واللفظ الذي هو من مقولة الصوت وكلاهما متدرج ومتصرم لا بقاء لهما، فكيف يرد عليهما الفسخ؟

قلت: نعم ولكن أثره وهو المبادلة باق، وبهذا الاعتبار يعتبر لنفسه البقاء كما يعتبر للوضوء البقاء مع أنّ الباقي أثره وهو الطهارة لا بتأثيره بل بطبعه بعد تأثيره في الحدوث، ومن هنا يتضح فساد جميع الوجوه السابقة.

أما تنزيل العقد كأن لم يكن من حدوثه فقد عرفت أنه يلزم منه رجوع النماءات إلى الفاسخ وهو خلاف ما يقولون.

أما الحلّ الحالي والتأثير في الملك آنأ ما قبل التلف حقيقة فهو أمر غير معقول؛ لعدم تعقل تأثير اللاحق في السابق.

وأما تعلق حق الخيار بالأعم من العين والبدل، بمعنى أن يتعلّق بالعين عند وجودها وبالبديل عند عدمها، فقد عرفت أنه لا عين ولا أثر للبديل في العقد فكيف يكون في الفسخ مع أنه عكس العقد.

وأما تنزيل التالف بوصف التالفية منزلة التالف من ملك الفاسخ، فهو يصحح الضمان لو قام الدليل على أصل التنزيل ولا يصحح التلقّي المعتبر في حقيقة الفسخ.

وأما الحلّ الحالي والتأثير في السابق حكماً بمعنى التنزيل، فلا معنى له إلّا ترتيب الأثر وهو تضمين البديل، فكانه قلنا من الأول إنّ أثر الفسخ هو الرجوع إلى البديل، فقد وقعنا فيها فررنا منه.

وأما الحلّ الحالي والتأثير في انتقال التالف على المفسوخ عليه بوصف كونه كذلك، أو التأثير في انتقال نفس العين بلحاظ الوجود الخارجي على أنها في عهدة

المفسوخ عليه نظير الكلي في بيع السلم، فقد عرفت أن الفسخ عكس العقد وليس في العقد إلا المبادلة بين نفس العينين الموجودتين لا التالفتين ولا المعترتين في العهدة، فاعتبار أحد الأخيرين في الفسخ مناف لكونه قلباً وعكساً للعقد المقتضي لمشايبته معه من جميع الجهات إلا جهة القلبية والعكسية.

وأما ما ذكر في مقام توجيه العين المعترية في العهدة: بأن التعهد أمر مدلول عليه في العقد، فهو على تقدير تسليمه ليس مأخوذاً في أحد طرفي المبادلة بأن نبادل العين المتعهد بالعين كذلك، بل المبادلة بين نفس العينين والتعهد واقع على تسليم طرفي المبادلة، فالفسخ أيضاً بعد تصحيح طرفي المبادلة فيه يكون فيه بمقتضى العكسية هذا التعهد ولكنه لا يقتضي أن يكون وصف التعهد مأخوذاً في طرفي المبادلة كما عرفت.

وحينئذ فنقول: الخيار بحسب ما ارتكز من معناه في أذهان العرف هو حق إعادة العقد، فمتعلقه العقد ولكن قد يقال: إن لازم هذا أن يتعلق حق بالعين أيضاً بالعرض.

وقد يقال: بل لا يتعلق حق بالعين وإنما المتحقق صرف الحكم وهو جواز تملكه من ملكه والظاهر الأول بملاحظة حكم العرف بذلك، فإنهم كما يحكمون بأن إعادة العقد حق كذلك يحكمون بأن تملك العين واسترجاعه أيضاً حق وهذا الحق خاص بالعين ومتقوم بها لا بالجامع بينها وبين البديل بل نقول: لو خرج العين عن ملك المفسوخ عليه ثم دخلت بنقل جديد غير الفسخ مثل البيع ونحوه أيضاً لا يجب نقل عينها، بل يجوز تبديلها ببديلها فمتعلق الحق هو الاسترجاع من عين الملك السابق.

ومقتضى هذا أن لا يتحقق حقيقة الفسخ بعد تلف العين أو انتقالها بنقل

لازم، لفوات ما به قوامه أعني العين بالملك السابق، ولكن إذا رأينا أن العرف يعامل مع شيء آخر عند عدم العين، معاملة التدارك للعين ويجعلونه بدلاً وقائماً مقامها، ويرتبون عليه الآثار المطلوبة منها وهو المثل في المثلّي والقيمة في القيمي، فحينئذ يلزم قيام هذا الحق بذلك الشيء؛ لكونه بمنزلة نفس العين وتداركها.

فهذا أشبه شيء بالإرث، حيث إن الملك كان للميت في حال حياته متقوماً بشخصه لا بالجامع فيما بينه وبين وارثه ومع ذلك إذا مات يتقل إلى وارثه، والسر أن الملك ثابت لشخصه لا بوصف حياته بحيث لو كان في حال الممات قابلاً للتملك لكان مالكاً، فالقصور ليس من ناحية المقتضي، وهذا بخلاف ما لو كان لوصف الحياة فيه مدخل فيرتفع موضوعه بارتفاع الحياة فلا يبقى موضوع حتى يتقل إلى القائم المقام.

وهنا أيضاً الحق قائم بالعين لكن ليس لوصف وجودها مدخل في موضوع هذا الحق ليكون حقاً ما دامت حتى يرتفع بارتفاع موضوعه، ولا يكون معنى لانتقاله إلى بدله بل هو حق مطلق ومدخليّة حال الوجود من باب المورديّة وأنّ حال العدم غير قابل لتعلّق الحق به، ومثل هذا يقوم البذل مقام المبدل في المعروضية له.

وبالجملة: فقد تحقّق أنّ الحق إنّما يتعلّق بالمبدل بعد قيامه بالمبدل وليس له قيام بالمبدل ابتداءً واستقلالاً، ولازم هذا أنّه لو تلف المبدل في أوّل أنات ما بعد أن ملك المفسوخ عليه لم يكن وجه للانتقال إلى البذل، إذ لم يتحقّق في المبدل منه عين ولا أثر وإنّما تحقّق صرف المقتضى له بدون الفعلية فكيف يتقل إلى البذل مع أنّه تابع للفعلية في المبدل ولو في آن عقلي، ولا فرق في هذا بين العلم والجهل وصدق الانتلاف وعدمه، ومن هنا يتضح الخدشة فيما ذكره شيخنا المرتضى

- قدس سره - عقيب قوله: «وبالجملة» من قوله: «فإن الخيار حق في العين»^(١) إلى آخره، فإنه غير ملائم مع شيء مما سبق هذا الكلام ومالحقه فراجع كلامه - قدس سره -.

فإن قلت: بعد ما ذكرت من أن حقيقة الفسخ لا يتمشى إلا في حال وجود العينين لعدم تعلق العقد إلا بهما دون البذل فلا يتعلق بالبذل فسخ، حيث لم يتعلق به عقد يجب الاقتصار عليه في حال وجود كليهما، وأما التنزيل والمعاملة مع البذل مبادلة المبدل فقد سبق منك الخدشة فيه بأنه لا يسمن ولا يغني من جوع بعد كونه لباً خروجا عن مقتضى الفسخ، فكأنه إيراد له من أول الأمر على البذل. وبالجملة: مقتضى كل دليل حمله على المصاديق الحقيقية لموضوعه، وأما المصاديق التنزيلية فهي لباً إساء الحكم إلى غير الموضوع فيحتاج إلى دليل آخر ولا يكفيه نفس الدليل الأولي.

قلت: نعم ما ذكرت حتى لو أريد التمسك لما ذكرنا بعموم أدلة الخيار بل نقول: مقتضى الأدلة الأولية كما ذكرت الاختصاص بحالة وجود العينين لعدم تمشي الفسخ حقيقة إلا فيها.

ولكن يمكن التمسك بدليل اليد على إثبات التنزيل الذي ذكرنا، حيث إن مفاده أن الخسارة الحاصلة من ناحية المأخوذ على أي شخص ورد مالكا كان أم غيره، فهي على عهدة صاحب اليد وحينئذ فيتجه التفصيل بين تلف ما انتقل إلى الفاسخ في يده وبين تلف ما انتقل إلى المفسوخ عليه.

فيقال في الصورة الثانية: إن يد المفسوخ عليه بمقتضى عموم «على اليد» ضامن لما أخذ يعني: إن الخسارة الحاصلة من ناحية التالف على الفاسخ، حيث

إنه كان محلّ حقّه وملكاً شأنيّاً له، بمعنى أنّه يصير ملكه بمقدمة فسخه، يكون على الفاسخ جبراتها وتداركها.

فقد أُقيم بمقتضى هذا العموم المثل أو القيمة منزلة نفس العين في إمكان تملكها بإنشاء الفسخ؛ لأنّ هذا تدارك وجبران لما خسره ذو الخيار، لإنشاء الفسخ حينئذ يكون من قبيل إنشاء الموجب البيع حيث إنّ يكون بنظره لا واقعية له أصلاً لا عرفاً ولا شرعاً؛ لتوقف حصوله فيها على القبول فهنا أيضاً يقصد إلى إنشاء الفسخ مع العلم بعدم حصول حقيقة الفسخ لعدم وجود العينين؛ فإنّ القصد الجذّي إلى الإنشاء المجرد. إذا ترتّب عليه فائدة لا مانع منه أصلاً؛ فإنّ الإنشاء أمر خفيف المؤنة.

هذا وتحقيق المقام زيادة على هذا يطلب من محله، ولعلّ الله تعالى يوفّقنا لذلك بمَنّه وجوده إن شاء الله تعالى.

فقد تحصّل ممّا ذكرنا، عدم الخيار في شيء من المسائل الثلاث أعني: مسألة من ينعق على أحد المتبايعين، والعبد المشتري من الكافر، وشراء العبد نفسه لو جوّزناه على تقدير القول بملكه بأن قلنا بكفاية المغايرة الاعتبارية بين المالك والمملوك.

فكما يقال: إنّ الإنسان مسلّط على نفسه، يعتبر هنا أيضاً مالكيته لنفسه، ولو فرض صحة هذا الاعتبار عرفاً - ولازمه صحته في جانب الحرّ أيضاً بأن يبيع نفسه - فلا إشكال من جهة أخرى؛ فإنّه من غير الجهة المذكورة حال الكليّ في السّلم، والدين في بيع الدين على من هو عليه؛ حيث إنّ في الكلّ يحصل الملك آنأما وأثره السقوط في الأخير والانتقال في مسألتنا والانتقال في باب السلم.

وعلى كلّ حال فوجه عدم الخيار في الجميع واحد، وهو أنّ العين لا يقبل

لتعلق الحق به ولو في آن عقلي؛ لعدم استقرار ملك المشتري إلا في آن في مسألة من ينعتق على أحد المتبايعين ومسألة شراء العبد نفسه، وعدم قبول العبد المسلم للملكية الكافر في المسألة الوسطى.

نعم، لو قلنا: بأن المنوع هو الملك الابتدائي لا على وجه الاستدامة، والملك بالفسخ عود الملك السابق، لم يكن مانع من الفسخ فيها.

مسألة: دليل هذا الخيار من قوله -عبد السلام-: «البيعان»^(١) إلى آخره خاص حسب اللفظ بالبيع، ولكن هل يتعدى إلى الصلح كما تعدوا في مسألة بيع الوقف وبيع أم الولد مع كون النهي خاصاً بالبيع، يمكن ابتناء المسألة على أن الصلح هل هو مشتمل على بيع ضمنّي أو لا؟

توضيحه: أن قول الموجب: «صالحتك على هذا بهذا» هل هو من قبيل «ملكك هذا بهذا» فكما أن الباء في الثاني تكون للمقابلة بين العينين لا بين التملك والعين، كذلك في الأول أيضاً، فتكون المصالحة كأنها واقعة على المقابلة بين العينين ولا مقابل لنفسها، أو أن الباء في الأول اعتبر للمقابلة بين المصالحة والعين، فالمصالحة واقعة على ملكية المخاطب للمتناع فيه وقد أعطي المخاطب بإزاء هذا الصلح شيئاً وهو مدخول الباء، فإن قلنا بالأول دخل تحت العموم وإلا احتاج إلى تنقيح المناط.

هذا حال الصلح، وأما العقود الجائزة: فهل لجعل الخيار فيها معنى أو لا؟ يمكن دعوى الثاني، فإن الخيار أثره الطبيعي جواز فسخ العقد، وإذا كان هذا المعنى حاصلًا في العقد أبداً يصير الجعل لغواً وتحصيلاً للحاصل ولا يكفي وجود ما هو من أحكام الخيار من الإرث وقابلية الإسقاط، فلأنها أحكام مترتبة بعد تحقق

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦ ح ٣.

الاعتبار العرفي لنفس الخيار، فإذا كان هو تحصيلاً للحاصل من حيث أثره الطبيعي فوجود تلك الأحكام غير مجد في الاعتبار العرفي.

ونظير المقام: ما إذا اشترط في ضمن العقد على الحيوان خيار الثلاثة أيام أو في ضمن العقد على غيره الخيار الممتد بمقدار المجلس، فإن هذا أيضاً لا اعتبار عرفي له بعد تحقق الخيارين بالجعل الشرعي، ولا يكفي إمكان الإسقاط في تحقق الاعتبار.

نعم، لو كان الجعل بحسب الأثر الطبيعي مؤثراً في أمر غير حاصل ولو كان نسبته مع الحاصل نسبة القصير والطويل، تحقق الاعتبار العرفي، كما لو اشترط مع خيار المجلس المفعول بأصل الشرع خياراً ممتداً يطول بعد المجلس أو في بيع الحيوان خياراً يمتد أمده إلى ما بعد الثلاثة كسنة وشهر.

وبالجملة: حال وجود السبيل إلى انفساخ العقد حال ملكية الشيء، فكما لا معنى لصيرورة الملك ملكاً ثانياً حتى يصير مشتدّاً، كذلك لا معنى لتحقيق السبيل ثانياً إلى الانفساخ، إذ لا معنى لاشتداد السبيل.

هذا كله بناء على كون الخيار عبارة عن السلطنة على الحل وعدمه، وأما بناء على أنه ملك إقرار العقد وإزالته، فقد يقال: إنه حيثنذ يوجب أمراً زائلاً على مقتضى العقد، فإن العقد الجائز ليس معنى جوازه إلا جواز حله لا إبرامه، والمفروض كون ثمرة الخيار جواز إبرامه ولكن فيه أنه وإن كان الأمر كما ذكر لكته شرط مخالف للمشروع، فإن شرط لزوم ما جعله الشارع جائزاً مطلقاً أو عند قصد إنشاء الإلزام مخالف لحكم الشرع بالجواز، نظير اشتراط حرمة لحم الغنم مع كونه حلالاً بأصل الشرع، وسيجئ توضيح ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، لأن ظاهر النص كون البيع علة

تامة، ومقتضاه كظاهر الفتاوى على المحكيّ شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض.

قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -: لا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفاً إمّا للزوم الربا كما صرح به في صرف التذكرة، وإمّا لوجوب الوفاء بالعقد وإن لم يكن بنفسه مملّكاً؛ لأنّ ثمرة الخيار حيثئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض^(١). انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله بركات أنفاسه القدسية -: توضيح ما ذكره - قدس سره -: أنّ قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) يدلّ على الوجوب التكليفي للوفاء وهو عبارة عن التسليم والتسليم بعنوان الملكية على نحو ما جعله المتعاقدان في متن العقد، ومن وجوب هذا المعنى نستكشف الوضع أعني حصول ملكية الثمن للبائع والمثلن للمشتري.

ففي باب الصرف والسلم إنّما دلّ الشرع على أنّ المستكشف وهو الملكية متأخر عن التقابض وليس هذا تصرفاً في عموم ﴿أَوْفُوا﴾، فهو بعمومه يقتضي وجوب الوفاء بالمعنى المذكور فيهما أيضاً، غاية الأمر إنّ مقتضى العقد إنّما هو التقابض ولو في خارج المجلس لكن دلّ الدليل في خصوص المقام على أنّه منحصر في المجلس.

هذا ولكن تصوير الخيار مع فرض وجوب الوفاء مشكل، ألا ترى أنّه - قدس سره - تمسك لأصالة اللزوم بعموم الآية؟ فلو لم يكن بين ثبوت الخيار

١- المكاسب: ٢١٩.

٢- المائدة: ١.

وجوب الوفاء منافاة لما كان وجهه للتمسك، والحاصل أنّ معنى الوفاء بالعقد هو الالتزام به خارجاً وعدم نقضه، فمعنى وجوبه حرمة نقضه، فإذا جاز النقض فلا معنى لوجوب الوفاء.

إن قلت: يلزم على ما ذكرت خروج العقد المشروط فيه الخيار عن غموم الآية.

قلت: لا يلزم ذلك لأنّ العقد بهذا الوصف ليس له وفاء إلا بهذا القدر أعني مادام بقاء العقد وعدم انتقاضه بالفسخ، وأمّا العقد المطلق فمعنى الوفاء به حفظ موضوعه، فلا يقال: إنّ الحكم ليس حافظاً لموضوعه، فإنّ معنى الوفاء إنّما هو إبقاء العقد وعدم نقضه، وعلى هذا فالأقوى أنّ وجوب التقابض إنّما يحصل بعد سقوط الخيار إمّا بأعماله بالإجازة، أو بإسقاطه كما هو مقتضى عبارة التذكرة أيضاً.

ولكن في مجئ الخيار في العقد قبل القبض لا نحتاج إلى ذلك بل يكفي الأثر التأهيلي التعليقي؛ وهو أنّه لو حصل القبض يحصل الملك، فبالفسخ يبطل هذه الأهلية فيصير القبض المتأخر لغواً، فإنّ شأن الفسخ إبطال أثر العقد كيفما كان.

القول في مسقطات هذا الخيار: وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة، اشتراط سقوطه في ضمن العقد، واسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف، فيقع الكلام في مسائل.

مسألة: لا خلاف ظاهراً على المحكي في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد وعن الغنية الاجماع، ويدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض: «المسلمون عند شروطهم»^(١). وقد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار ولكن الحق

عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة بل التحقيق عدم معارضة شيء من أدلة الأحكام الأصلية لدليل الشرط إذ لا يخلو الحال من أمرين:

إما يكون ذلك الدليل غير ناظر إلى عنوان الشرط فيكون نسبته مع دليل الشرط مثل نسبة دليل رجحان متعلق النذر مع دليل النذر.

وإما يكون متكفلاً للحكم حتى في هذه المرتبة مثل دليل حرمة الخمر، فلا معارضة أيضاً؛ لأن دليل الشرط مورده مخصوص بما إذا لم يكن تحليلاً للمحرم أو تحريماً للحلال وكيف كان لا إشكال من حيث المعارضة.

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

الأول: أن هذا الشرط مخالف للمشروع، فإن الشارع جعل للبتعين الخيار فاشتراط عدمه لهما مخالف له.

أقول: توضيح المقام يحتاج إلى بسط في المقال في بيان معنى قوله -عنه السلام-: «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١) عقيب قوله -عنه السلام-: «المسلمون عند شروطهم»^(٢).

فنعول وعلى الله التوكل: قد يقال إن معناه الحلال والحرام الفعليان المطلقان حتى بالنسبة إلى حال الشرط فيفرق بين الحلال والحرام الحثيين مثل حلية الغنم، فاشتراط خلافهما جائز وبين الفعليين مثل حرمة الخمر فاشتراط خلافه غير جائز.

وفيه: أنه يلزم الركاقة في العبارة إذ المعنى على هذا: أن الشرط واجب، إلا أن يكون هنا حرام فعلي حتى في حال الشرط أو حلال كذلك وهذا لا جدوى تحته،

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

٢- المصدر نفسه: ص ٣٥٣، ح ١ و ٢ و ٥.

فإنَّ عدم اجتماع الحكمين المتضادَّين الفعلَين من أبده البديهيَّات.

نعم لو كان ناظراً إلى مقام الإثبات والدلالة بمعنى أن يكون مفاده أنَّ الأدلة الدالة على حليَّة الأشياء فعلياً أو حرمتها كذلك يكون مقدّمة عند معارضتها مع دليل الشرط، كان له معنى، ولكنّه خلاف الظاهر فإنَّ الظاهر كون المراد هو الحلال والحرام الواقعيَّين وفي مقام الثبوت لا هما بيا هما مفاد الأدلة وفي مقام الإثبات، وإذن فيلزم الركاقة التي ذكرنا.

فالذي يصحّ في معنى العبارة أن يكون المراد هو الحلال مع قطع النظر عن طرق عنوان الشرط والحرام كذلك، نظير الرجحان المعتر في متعلّق النذر فإنّه الرجحان مع قطع النظر عن عنوان النذر ولهذا يكون صحّة النذر للإحرام قبل الميقات أو للصوم في السفر تخصيصاً في دليله.

وعلى هذا فلو شرط فعلاً حراماً أو ترك واجب كان تحليلاً للحرام، وكذا إذا شرط لزوم عقد جائز أو حرمة لحم الغنم، وأمّا إذا شرط نفس العقد الجائز بنحو النتيجة مثل شرط العارية أو الوكالة على إشكال فيها في ضمن عقد لازم، أو شرط أكل لحم الغنم أو ترك أكله فهذا لا مانع منه، لأنَّ أصل العارية والوكالة قد فرضنا الفراغ عن مشروعيتها وكذلك الأكل وتركه وإن كانا يصيران لازمين بواسطة حكم الشرط وكذا الأكل أو تركه يصير واجباً كذلك، لكن لا ينافي هذا مع جوازها الذاتي أو إباحتهما كذلك؛ لأنَّ الجواز والإباحة بعنوان أوّلٍ وللزوم والوجوب بعنوان الشرط.

فإن قلت: ما الفرق بين عدم الملكية للمشروط له أو عدم الوكالة أو العارية الثابت له قبل الشرط بحكم الشرع الذاهب بحكم الشرط وبين حليَّة الغنم والجواز الشابتين مع قطع النظر عن الشرط؟ فإن قلت بجواز الأوّل وأنّه ليس

تحليلاً للحرام وتحريماً للحلال فلا بد أن تقول به في الثاني، وإن قلت في الثاني بأنه تحليل أو تحريم فكذلك في الأول ولا وجه للتفكيك.

قلت: الفرق أن الشارع جعل للغنم حكماً وهو الحليّة، وكذا للعارية والوكالة حكماً وهو الجواز، فشرط حرمة الأول ولزوم الثاني مخالفة للمشروع، وأما عدم ملكية المشروط له أو عدم عارية المال له أو عدم ثبوت الوكالة له فليس حكماً معمولاً من قبل الشرع في حق المشروط له بل الملكية والعارية والوكالة أمور معمولّة في حق كلّ أحد، غاية الأمر توقّفها على حصول أسبابها الشرعية، والمفروض أن الشرط أيضاً سبب شرعي عند كون متعلّقه أمراً مشروعاً.

نعم لو خصص الشارع سببه في أمر خاص غير الشرط مثل الطهارة الحديثية أو الخبثية في الغسلتين والمسحتين أو الغسل والغسل ومثل حليّة بضع المرأة الحرة في النكاح كان شرط حصوله بغير ذلك السبب أيضاً مخالفاً للمشروع، وأما إذا كان نفس السبب أمراً مشروعاً ولا يحتاج في التحقق إلى سبب مخصوص إلا بخصوصيّة كونه سبباً معمولاً شرعياً فنفس متعلّق الشرط أمر مشروع، وسببته للمتعلّق أيضاً شرعي فاللازم تحقق المتعلّق.

وعلى هذا فنقول في المقام لو كان مقصود المشتراط عدم ثبوت الخيار في هذا البيع رأساً فهو خلاف المشروع فإنه ثبوته وإن كان المقصود سقوطه بعد الثبوت آنأً ما، كان جائزاً؛ لأن سقوط الخيار بعد الثبوت أمر فرغنا عن مشروعيته ولهذا يسقط بالإسقاط.

وأما رواية مالك بن عطيّة فلا بدّ فيها من التصرف على كلّ حال، إمّا بأن يقال: إن المراد فيه من قوله: «بشرط أن لا يكون لك الخيار» مع ظهوره في اشتراط عدم الثبوت هو اشتراط السقوط فيكون الاستدلال بقوله: «المسلمون عند

شروطهم»^(١) في محله.

وإما من حمل هذه الفقرة على ظاهرها من اشتراط عدم الثبوت والتصرف في الاستدلال بحمله على الاستدلال المبني على التعبد فلمنه من التمسك بالعام فيما نقطع بانطباق عنوان المخصص عليه، ولكن التمسك من الإمام - عليه السلام - يكشف عن عدم كون هذا المورد مراداً من المخصص هذا.

لا يقال: ما ذكرت من أن اشتراط السقوط بمعنى عدم الثبوت رأساً حتى بمقدار آن ما - كما هو محل الكلام ظاهراً في المقام - شرط مخالف للشرع يمكن القول بعدم مخالفته بملاحظة أن جعل الخيار حيث يكون في مقام الامتنان فلا يشمل ما إذا أقدم المتبايعان على سقوطه، نظير ما إذا أقدم على البيع بأقل من القيمة، حيث تقولون بأنه غير مشمول لدليل لا ضرر لأنه في مقام الامتنان، فلا يشمل صورة الإقدام.

لأننا نقول: الفرق بين المقامين: أن الإقدام هناك كان على موضوع ضرري فيمكن عدم شمول حكم الشرع له، وأما هنا فالمقدم عليه نفس مجعول الشرع، يعني أقدماً على عدم ثبوت حق أثبتته الشارع.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - أجاب عن هذا الإشكال بما حاصله: أن قوله - عليه السلام -: «البيعان بالخيار»^(٢) وإن كان له ظهور في العلية التامة، لكن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو من الشرط، بمعنى أن ذات البيع في حال عدم ملاحظة عنوان الشرط معه صار محكوماً بالخيار، ففي مقام الفعلية يتوقف على عدم الشرط، فيكون مالا يتخلف عن الخيار هو العقد بشرط لا.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٣ ح ١ و ٢ و ٥.

٢- المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦ ح ٣.

وأما العقد من حيث هو فلا يمتنع شرعاً تخلفه عن الخيار فلا يكون اشتراط السقوط اشتراطاً للمنافي هذا، مع أننا لو سلمنا ظهور الدليل في العلة التامة لكن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط حمله على الاقتضاء دون تمام العلة.

فإن قلت: فاللازم على هذا أن لا يبقى شرط مخالف للكتاب والسنة لأن جميع العمومات المنافية للشرط يجري فيها هذا الجمع بينها وبين دليل الشرط. قلت: قد علمنا بالنص والإجماع أن الخيار حق مالي قابل للاسقاط والإرث فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي^(١) هذا.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة -: مضافاً إلى ورود الإشكال عليه بما تقدم منا في معنى تحليل الحرام وتحريم الحلال - أنه لو كان دليل «اليعان» إلى آخره كما ذكره، فاللازم عدم المشمولية ولو لم يكن للشرط حكم معمول في الشرع ولا يمكن الالتزام به.

وأما ما ذكره - قدس سره - من أن ذلك مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط فورود الإشكال عليه بما نبه هو - قدس سره - عليه في كلامه بقوله: إن قلت إلى آخره واضح وأما دفعه بقوله: علمنا بالنص والإجماع إلى آخره فهو خروج عن المفروض من كون ذلك مقتضى الجمع بل يصير الدليل هو النص والإجماع.

ثم إنه - قدس سره - عتبر عن الإشكال بالمخالفة لمقتضى العقد مع أنه عنوان آخر غير عنوان المخالفة للمشروع، والمقصود من الشرط المخالف لمقتضى العقد ما يلزم منه التناقض في مقام الإنشاء، مثل البيع بشرط عدم الملكية أو عدم السلطنة، ولا يخفى عدم ارتباطه بالمقام.

الثاني: أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً لأن

المشروط في ضمن العقد الجائر لا يزيد حكمه على أصل العقد بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزوم الدور والجواب: أنه لا توقف في جانب لزوم الشرط على لزوم العقد المشروط به فإن لزوم الشرط معنيين، أحدهما: لزومه التبعية الجائي من قبل دليل لزوم العقد حيث إن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فالملزوم للمبادلة بين العوضين ملزم لما هو قيد لهما أو لأحدهما، لعدم معقولية تعلق اللزوم بالشيء دون ما هو كالجزم منه أو قيده.

والثاني: لزومه الذي يأتي من قبل قوله - عليه السلام -: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) ولو فرض عدم ما يدل على لزوم أصل العقد فالذي يتوقف على لزوم أصل العقد هو اللزوم بالمعنى الأول حيث فرضناه تبعاً وأثراً للزوم العقد بل عينه، وأما اللزوم بالمعنى الثاني فهو لا يجامع مع جواز العقد فعلاً الساري إلى مرتبة الشرط لما عرفت من عدم تعقل عدم سريّة حكم العقد لزوماً أو جوازاً إلى الشرط المشتمل هو عليه، فإذا كان حكم العقد الفعلي الغير المتغير حتى بملاحظة حالة الشرط هو الجواز والمفروض صيرورته سارياً إلى الشرط، فلو كان حكم الشرط هو اللزوم، لزم اجتماع المتنافيين في الأمر الواحد.

وحينئذ نقول في المقام: البيع علة نامة لفعلية الخيار في الآن المتصل باللاحق به، وأما بالنسبة إلى الآن الثاني فحكمه أيضاً وإن كان هو الخيار لكنه بالنسبة إلى هذا الحكم اقتضائي قابل للتغيير ولهذا يقبل الاسقاط، فالحكم الاستقلالي الجائي بالعنوان الطاري أعني الشرط لا يتأفیه.

فإذا جاء حكم (ف بالشرط) والمفروض أن الشرط سقوط خيار البيع في الآن

الثاني فمعنى لزوم هذا الشرط عين لزوم العقد ويسري منه بالتبع - بالقاعدة العقلية المتقدمة - حكم تبعية إلى الشرط أيضاً بالجملة المانع هو تفكيك ما بين العقد المتبوع والشرط التابع في اللزوم والجواز، فمتى لم يتحقق هذا التفكيك فلا مانع عقلاً ولا يلزم تحقق اللزوم في العقد سابقاً على تحققه في الشرط قضية للتوقف لما عرفت من منع التوقف.

فعمامنا أشبه شيء بباب اشتراط القدرة في الأمر، فإنه أيضاً ليس بمعنى توقف الأمر على القدرة الخارجية حتى لا يعقل تحققها بنفس الأمر للزوم الدور، بل الذي يحكم به العقل عدم اجتماع الأمر مع العجز حال العمل، فإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا مانع، بالجملة الباب باب التلازم لا التوقف.

فإن قلت: الآن الأول الذي اعترفت فيه بجواز العقد فعلياً ينافي مع لزوم الشرط بالبيان المتقدم.

قلت: لزوم الشرط لا يشمل ذلك الآن، فإن المفروض أن الشرط إنما هو السقوط في الآن الثاني، ومرجه إلى أنه لو انقضى الآن الأول على العقد وخرج منه سالماً بلا فسخ فسخه، كان في الآن الثاني ساقط الخيار، فليس في دليل لزوم الشرط أيضاً تعترض لهذا الآن حتى ينافي مع جواز العقد.

الثالث: من الإشكالات أن هذا الشرط إسقاط لما لم يجب؛ لأن حدوث الخيار بعد العقد، فشرط سقوطه حال العقد كشرطه قبله.

والجواب: أنه لا مانع من إسقاط ما لم يجب، كضمان ما لم يجب بل وبيع ما لم يجب عقلاً بمعنى أنه كما يعقل الإنشاء الجدي لإسقاط أمر موجود حال الإنشاء - وكذا ضمان دين كذلك وبيع مال كذلك - كذا لا مانع عقلاً من إنشاء الإسقاط

لأمر يستحدث أو ضمان دين كذلك أو بيع مال كذلك ملاحظاً في الإنشاء ظرف تحقق ذلك الأمر والدين والمال، نظير الإنشاء في الواجب المشروط والوصية والتدبير والوقف على البطون والإشكال العقلي المتوهم هنا ليس زائداً على ما توهم في تلك الأبواب والجواب أيضاً الجواب فبعد الفراغ عن الإمكان العقلي ينحصر المانع في الشرع.

فنقول: المانع الشرعي إما هو الإجماع على البطلان، وإما انصراف أدلة صحة هذه العناوين إلى صورة وجود المتعلقات حال الإنشاء بإحدى الدعويين: إما دعوى انصراف عنوان البيع والضمان والإسقاط إلى ما كان منها مطلقاً فعلياً كما ادّعي ذلك في مادة الوجوب أيضاً وأن إطلاق الواجب ينصرف إلى المطلق منه دون المشروط.

وإما دعوى أن المتعارف والمتداول من أهل العرف في معاملاتهم إنما هو الفعلي المطلق من هذه العناوين دون المتعلقة المشروطة، فبيع المال الذي سيحصلونه ليس متداولاً عندهم وهكذا، فإطلاق الأدلة ينصرف إلى المتعارف ولا يشمل النادر فيبقى ما ذكر من صورة التعليق بلا دليل على الصحة، فيكفيه حكم الأصل الأولي بالفساد وشيء من الوجهين غير جار في المقام.

أما الإجماع فواضح مع أنه من الممكن استناد المجمعين إلى الوجه الثاني ومعه لا اعتماد به، وأما الانصراف فممنوع بكلا وجهيه في المقام، فإن غير المتعارف إنما هو إيقاع هذه العناوين على ما يتأخر حصوله زماناً عن زمان الإيقاع لا ما يكون تأخره بمقدار الآن الذي لا يحويه الزمان فإن هذا من المتعارف بينهم؛ فإن شرط النتيجة متعارف بينهم مثل شرط عارية المبيع عند البائع، ومنه مورد رواية مالك بن عطية.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

الأول: ما تقدم من اشتراط السقوط إما على نحو ما ذكرنا من سقوطه بعد ما ثبت آناً ما، وإما على نحو ما استظهره شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - من كلام المشهور وهو عدم ثبوته من الأصل.

الثاني: اشتراط عدم الفسخ بأن يقول: (بعت بشرط أن لا أفسخ) فلو خالف الشرط وفسخ احتمل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره - وجهين: عدم النفوذ والنفوذ، وشبهه المقام ببيع منذور التصديق، ثم جعل الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الشامل لما بعد الفسخ نظير ما مر منه - قدس سره - من التمسك بأوفوا بالعقود لأصالة اللزوم بتقريب أنه إذا وجب الوفاء حتى بعد الفسخ بأن يجب عليه التسليم بعنوان ملكية الطرف هناك وكذا يجب عليه هنا ترتيب آثار عدم الفسخ من عدم إعادة العين من يده والمعاملة معه معاملة ماله حتى بعد الفسخ، يكشف ذلك عن لغوية الفسخ وفساده في كلا المقامين^(١).

وقد عرفت فيما تقدم الإشكال في هذا التمسك وأنه من باب التمسك في الشبهة الموضوعية، فإنه إذا شككنا في مؤثرية الفسخ وعدمها فمعنى ذلك شكنا في بقاء العقد والشرط الموجود في ضمنه المتقوم به حدوثاً وبقاءً وقد كان حكم وجوب الوفاء مترتباً على موضوع العقد والشرط، نعم قبل الفسخ يشمل وجوب الوفاء لنفس الفسخ أيضاً، بمعنى أنه يصير حراماً لكونه خلاف الوفاء ولكن بعده مع الشك في فساد فلا.

إذا عرفت ذلك فتقول: قد يقال بأن دليل الشرط كدليل النذر لا يفيد سوى حكم تكليفي متعلق بالمشروط والمنذور، فلو كان متعلق النذر والشرط هو عدم

البيع مثلاً فغاياته المنع التكليفي من البيع وهو لا يستلزم الفساد الوضعي، بل نقول في خصوص المقام يستلزم صحته حيث إنه متعلق بالمعنى المسيبي أو هو الذي تعلق به الجعل الشرطي أو التذري، فكما أنه لو شرط البيع لا يستلزم وقوع المبادلة بلا حاجة إلى إنشائه كذلك شرط عدم البيع أيضاً غير مستلزم لعدم تحقق المبادلة حتى مع إنشائه.

هذا ويمكن أن يقال بالتفصيل بين ما إذا كان المقصود من اشتراط عدم الفسخ جعل عدم الحل بالمعنى المسيبي للمشروط له، وبين ما إذا كان المقصود جعل عدم إنشاء هذا المعنى الذي هو السبب له، ففي الأول يطل الفسخ، وفي الثاني يصح.

توضيح المقام: أن قوله - عليه السلام -: «المسلمون عند شروطهم»^(١) مفيد لحكم تكليفي على طبق ما جعله المشارطان، فإن تعلق جعلهما بالنتيجة مثل الملكية والسقوط كان الحكم التكليفي راجعاً إلى آثارها؛ لأن الوفاء بهذا الشرط ترتيب تلك الآثار ويتنزع منه حكم وضعي بثبوت النتيجة.

وإن كان متعلقاً بالفعل أفاد وجوبه أو بالترك فكذلك، وحيث إن مفاد (اللام) في قوله: شرطت لك على نفسي كذا، هو الاختصاص والسلطنة، يتنزع من هذا الحكم التكليفي - بل ومن الحكم التكليفي الجائي من قبل «أوفوا بالعقود»؛ حيث إن الشرط أيضاً تابع للعقد - حكم وضعي هو ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه، ولهذا يستحق المطالبة والإجبار ولو كان مجرد الحكم لما كان له ذلك.

وحينئذ فلماذا شرط عدم الفسخ المسيبي تحقق للمشروط له حق على عدم

الحلّ والمفروض كون الخيار أيضاً بمعنى ملك حل العقد، ولا تجتمع هاتان الملكيتان في أمر واحد شخصي فإنّ الملكية معناها الاستيلاء على طرفي الوجود والعدم، وكما لا يمكن اجتماع نفس الوجود والعدم في الأمر الواحد الشخصي كذلك لا يمكن الاستيلاء المطلق الفعلي المطلق لشخص على وجود الأمر الواحد الشخصي والاستيلاء المطلق الفعلي لشخص آخر أيضاً عليه إمّا بوجوده ابتداءً أو بعدمه كذلك، وبعد ثبوت التنافي بين هذين الحقيقتين لا محالة يذهب حقّ المشروط عليه والمفروض أنّ نفوذ الفسخ أيضاً من آثار الحقّ فيرتفع بنفوذه أيضاً.

فإن قلت: فإذا كان الشرط موجباً لذلك فلا قدرة للمشروط عليه على الفسخ فكيف يتوجه إليه النهي عنه.

قلت: يمكن تصحيح النهي بنحوين.

أحدهما: كالنهي عن بيع الربا وبيع الخمر حيث إنّهُ منزّل على المبادلة العرفية لا بقيد العرفية بل على نحو يشير إليه أهل العرف، فذاك المعنى الذي يقع في أذهانهم بذاته وقع تحت النهي والحرمة والفساد، فكذلك هنا أيضاً وإن كان لا مجال للفسخ والحلّ الحقيقي وينظر الشرع، ولكنّ الذي يراه العرف حلاًّ ممكن فيكون هو حراماً وفساداً، أو الشرط أو النذر مثلاً متعلّق بهذا المعنى أيضاً وإن صدرا من المتدينين.

والثاني: كالنهي عن الصلاة في الحمام عند نذر تركها حيث إنّ متعلّق النهي هو الصلاة الصحيحة لولا النهي النذري فهنا أيضاً متعلّق النهي الفسخ الذي يكون كذلك لولا تعلّق النهي الشرعي وهو مقدور.

ومن هنا نقول بثبوت الخيار للمشروط له لو خالف المشروط عليه وأتى بالفسخ بهذا المعنى فإنّه وإن لم يفت بذلك غرض عن المشروط له لفرض بقاء

العقد بحاله إلا أن خيار تخلف الشرط لا يدور مدار فوت الغرض، ولهذا لو شرط الخياطة فلم يفعلها واتفق وجود متبرع بها لم يسقط الخيار بوجود المتبرع مع حصول الغرض وهو الخياطة، فانتعاب النفس لأجل إثبات فوت غرض على تقدير كما يظهر من شيخنا في الفرع الآتي لم نفهم له وجهاً.

فإن قلت: فعلى هذا لو فسخ مرة فقد تخلف الشرط وعصى، فلو فسخ ثانياً فلا بد من صحته؛ لسقوط الشرط بعصيان أمره.

قلت: هذا تابع لنظر الشارط، فإن جعل متعلق الشرط عدم الفسخ بمعنى عدم هذه الحقيقة ما دام المجلس يكون المرة الثانية والثالثة وهكذا كلها تخلفاً؛ لانحلال الشرط إلى شروط، ولا تلازم بين عدم مصداق في الخارج للفسخ إلا واحداً وبين لحاظ صرف الوجود وإن جعل المتعلق عدمه باعتبار صرف الوجود أعني عدم قلب عدمه الأزلي بأصل الوجود، فاللازم ما ذكرت من سقوط الخيار، وهذا التفصيل يحى في باب النذر أيضاً عند تعلقه بعدم الفعل.

وحاصل الكلام: أنه بعد أن دليل الشرط مفيد لحق وضعي بالنسبة إلى ما شرط فلا بد من الفرق بين ما إذا كان ما شرط عدم نفس الفسخ المستبني وبين ما إذا كان عدم إنشائه.

فعلى الأول: - حيث لا يمكن اجتماع الحقيقتين في موضوع واحد، فلا بد من ذهاب حق المشروط عليه بواسطة المزاحمة لحق المشروط له، وإذا ذهب يحى الفساد.

وأما على الثاني: فالإنشاء أمر خارجي مقدور للمشروط عليه ولا ينافي بثبوت حق المشروط له فيه مع القدرة الخارجيّة للمشروط عليه، فهو نظير شرط عدم الأكل.

وبالجملة يختلف مورد الحقيقتين، لأنَّ المشروط عليه ليس له حق في الإنشاء بل من أحكام حقه في المسبب جواز إنشائه، ومن هنا يظهر أنه لو قلنا بأنَّ الخيار ملك العقد بالإقرار والإزالة كان الحال هكذا حتى في صورة شرط عدم الحلَّ المسبب، فإنَّ مورد حق المشروط عليه هو العقد، والحلَّ والإقرار موردان للحكم بالنسبة إليه.

والأول مورد حق المشروط له فلا يلزم الإشكال العقلي المتقدم، ومن هنا يظهر الحال في شرط عدم البيع، وفي نذر التصديق على القول باشتماله على نذر ضمنى بعدم البيع وقلنا بثبوت الحق للمندور له في متعلق النذر، فإنَّ البيع ليس مورداً للحق بالنسبة إلى المالك وإنما هو مورد الحكم، فلا يلزم إشكال عدم إمكان اجتماع الحقيقتين.

الثالث: اشتراط الإسقاط، ولا يبيح هنا التقريب المتقدم في سابقه - بعدم نفوذ الفسخ - فإنَّ الباب هنا باب التضاد ويمكن تعلّق الحقيقتين وضعاً بالضدين وإن لم يمكن التكليف بهما، ولهذا يمكن رجحانها بخلاف التقيضين، فلا يمكن كون زمام أمر أحدهما وضعاً بيد أحد وزمام الآخر بيد غيره كذلك.

كما لا يمكن رجحان كليهما، فكما أنَّ رجحان أحد طرفي التقيضين يوجب لا محالة مرجوحية الطرف الآخر، كذلك هنا أيضاً كون زمام الأمر بيد أحد الشخصين في أحد طرفي التقيضين يوجب خروجه عن يد الشخص الآخر، ولا يمكن في الآن الواحد وجود الزمام وضعاً بيدهما معاً.

وأما الضدّان: أعني الإسقاط والفسخ فلا مانع من ثبوت كلا الحقيقتين في الآن الواحد متعلّقتين بهما، وليس كالتكليف حتى يكون ممتنعاً، ألا ترى إمكان رجحان كليهما.

وبالجملة ثبوت الحقّ للمشروط له في الإسقاط مسلّم وأما كونه موجباً لفساد الفسخ كما قوّاه شيخنا - أعلى الله مقامه - فلم نعرف وجهه.

بقي الكلام في أنّ المشهور عدم تأثير الشرط المذكور قبل العقد من دون إشارة في متن العقد إلى ما ذكر سابقاً بقوله مثلاً: «على ما ذكر» فالمحكّي عن شيخ الطائفة - قدس سرّه - القول بتأثيره، واختار شيخنا المرتضى - قدس سرّه - عدم التأثير، ولا بدّ أن يعلم أولاً أنّ الإشكال هنا من وجوه ثلاثة لا بدّ من التمييز بينها وعدم الخلط.

الأول: أنّ هذا الشرط شرط ابتدائي فتكلّم فيه من حيث نفسه ولو فرض الغفلة عنه حال العقد، والكلام فيه مبني على صدق الشرط بحسب المادّة على الشروط الابتدائية وعدم قيام إجماع أيضاً على خروجها عن حكم الشرط.

الثاني: أنّ هذا الشرط إسقاط لما لم يجب ولو فرض كون الشرط عدم ثبوت الخيار لا سقوطه فإنّ عدم الثبوت أيضاً لا بدّ له من اقتضاء الثبوت.

الثالث: أن نتكلّم في فرض وجود الاشتراط قبل العقد وحضوره في ذهن حال العقد وإيقاع العقد مبنياً عليه بالإشارة النفسانية مع خلو الكلام عمّا يدلّ على تقييد الإنشاء به، وهذا على الكلام في المقام.

وحاصل الكلام: أنّ ابتناء العقد على المذكور قبله بحسب عالم الثبوت يمكن بنحوين:

الأول: أن يوقع العقد بعد الفراغة واستراحة النفس عن حصول الالتزام السابق بتخيّل كفايته ونفوذه، فهو في حال إيقاع العقد ملتفت إلى الالتزام السابق ويكون العقد أيضاً مبنياً عليه بمعنى أنّه لولاه لما أقدم على العقد، ولكن الإنشاء خال عن التقييد.

والثاني: أن يدرج الالتزام في العقد في عالم الإنشاء فينشئ التزامين أحدهما في ضمن الآخر والآخر مبني على الأول، هذا بحسب عالم الثبوت، ومن المعلوم أن الذي يندرج في موضوع الشرط هو الثاني، والأول من قبيل الدواعي، وأما بحسب مقام الاستظهار فلا بد من وجود دالّ عرفي على النحو الثاني، فلو فرض وجود العلم من الطرفين به مع عدم نصب قرينة دالة عرفية كان فاسداً.

فالذي ينبغي التكلّم فيه هنا هو الكلام في أن الاشتراط قبل العقد ثم إيقاع العقد بلا دالّ فعليّ كالإشارة، ولا قوليّ هل هو بنفسه قرينة على تقييد إنشاء العقد المتأخر بذلك الالتزام - فيكون مغنياً عن قرينة أخرى - أو أنه أعم من ذلك ومن النحو الآخر؟ فلو فرض تحقق النحو الثاني في عالم الثبوت والعلم به أيضاً من المتشارطين لم يكف؛ لعدم وجود الدالّ العرفي لا خارجاً كما هو الفرض ولا من قبل هذه الهيئة الحاصلة من سبق الاشتراط على العقد.

والذي اختاره شيخنا المرتضى - قدس سره - هو الثاني، وهو الحقّ فإن مجرد الذكر السابق بنفسه غير مؤثّر في اللزوم، لأنّه إمّا التزام شرعيّ ابتدائي، وإما وعد بالالتزام، فليس محكوماً على كلّ حال بوجوب الوفاء، والعقد أيضاً غير ملزم له، لأنّه التزام مستقلّ لا يرتبط بالالتزام العقديّ إلّا بجعل المتكلّم وإلّا فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقديّ مثل العوضين وقیودهما حتّى يقدر شرطاً منوياً فيكون كالمحذوف النحوي بعد نصب القرينة. انتهى.

وحاصله الفرق بين سبق ذكر العوضين وما يوصفان به مع عدم الذكر في العقد حيث يقدر في الكلام بقرينة الذكر السابق فيكون كقول القائل: (مكّة) عند قولك له في حال تهيئة السفر: (أين تريد)، فهنا أيضاً إذا وصف شخص لك عبداً له فقال: إن لي عبداً كذا وكذا وكذا. فقلت له: بعنيه. فقال: بعثك. فقلت:

اشترت. فحيثُذ وإن لم يذكر شيء من نفس العبد ولا من أوصافه في شيء من الإيجاب والقبول لكأنه من باب المحذوف النحوي مع نصب القرينة يكون مقدراً في الكلام والمقدّر كالمذكور.

وهذا بخلاف الحال في مقامنا، فإن سبق الاشتراط لا يكون قرينة على تقييد العقد اللاحق وموجباً لتقدير الشرط في الكلام كما هو الحال لو قال أحدهما لآخر: تعال نتبايع بيعاً مشروطاً بسقوط خياره، فقال آخر: نعم فشرعاً في ذكر الإيجاب والقبول وخلياً الكلام عن ذكر الشرط، فإن الحال هنا كعدم ذكر العوضين في المثال المتقدم.

وأما إذا سبق العقد بنفس التزام سقوط الخيار ثم أوقعا العقد فليس في الكلام حيثُذ ما يدل على التقدير، وكلام شيخنا محمول على الأخير كما أن كلامه في العوضين وقبودهما محمول على ما ذكرناه من المثال دون ما إذا ذكرنا أوصاف المبيع قبل العقد ثم ذكرنا نفس المبيع في العقد خالياً عن الأوصاف وعن اللام العهديّة، فإن الكلام فيه كعين الكلام فيما نحن فيه، فكلامه - قدس سره - محمول على صورة عدم ذكر الموصوف والصفات معاً.

فرع: ذكر العلامة - قدس سره - في التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد وهو: ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بأن قال: الله عليّ أن اعتقك إذا بعثك، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع؛ لصحة النذر فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار، وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصح انتهى.

هذا مبنيّ على كون النذر موجباً لتعلّق حقّ للمندور له في العين، وعلى القول بأن التضاد والتنافي أيضاً موجب لعدم إمكان تعلّق الحقيّن بهما، إذ حيثُذ لا

يجتمع حقّ المنذور له في العتق مع حقّ الناذر في الفسخ المتأني له إذا فرض عدم إمكان التوصل إليه بسبب آخر غير الفسخ كالأقالة ونحوها.

وأما وجه اختصاص المثال بنذر العتق على تقدير البيع دون العتق المطلق — مع أنّه أيضاً على القول المذكور مناف لتفوذ التصرفات — أنّ في صورة النذر للعتق المطلق يكون المتأني له نفس البيع لوقوع العين بسببه عرضةً للزوال وانقطاع سلطنة الناذر عنها بانقضاء مدّة الخيار وعدم الفسخ قبله، فخصّ الكلام بصورة نذر العتق بعد البيع فإنّ البيع حيث لا محالة لا يسقط عن الصحة بواسطة النذر، لأنّه متأخر عنه، ولا يعقل تأثير المتأخر في المتقدم فيتمحض المناقاة في الاشتراط.

فإن قلت: لا وجه للفرقة بين البيع والشرط، إذ عين ما ذكرت في وجه عدم بطلان البيع من عدم منافاته لحقّ المنذور له لسبقه رتبةً عليه جارٍ في جانب الشرط، فإنّ البيع والمبادلة إنّما تتحقق بعد تمام الإيجاب والقبول، والمفروض كون الشرط في ضمنهما، فالتقدم الرتبي موجود في الشرط أيضاً فلا وجه لبطلانه وصحة البيع، بل لا بدّ إمّا من بطلانهما أو صحتهما.

قلت: ما جعله الناذر شرطاً لنذره حقيقة البيع بمعناه العربي أعني ما وقع تحت حكم (أحلّ) من الشارع، والفرض أيضاً إمكان التفكيك بين حصول المبادلة مع وجود الالتزام الشرطي في ضمنه وبين حصول ذلك الشرط وعدم الملازمة بين صحتهما وفسادهما، ولا شبهة أيضاً أنّ رتبة البيع متقدم على رتبة الالتزام الذي في ضمنه، ضرورة تأخر المتضمن عن المتضمن والمندرج عن المندرج فيه؛ فإنّ حقيقة الاشتراط ليس صرف التزام مقارن لالتزام آخر، بل أخذ في حقيقة كونه بوصف الاندراج والاتصاف بذلك الالتزام الآخر، ومن المعلوم أنّ وجود الاتصاف متأخر عن ذاتي الالتزامين والشرط عبارة عن مجموع الالتزام

والالتصاق، فهو أيضاً متأخر عن نفس الالتزام، إذا ثبت ذلك فنقول: إذا تحقق الالتزام البيعي فهو موجب لحصول أمور في الرتبة المتأخرة عنه.

الأول: حكم (أحل) من الشارع، والثاني: تحقق موضوع الاشتراط، والثالث: فعلية حكم (ف بالنذر) حيث إنه كان كنفس النذر مشروطاً بالبيع ومعلوم أن فعلية الشرط في الخارج سبب لفعلية المشروط، والرابع: فعلية حكم وضعي مستكشف من حكم (ف بالنذر) أعني ثبوت حق المندور له وتعلقه برتبة المال، فإن هذا غير متأخر رتبةً عن الحكم التكليفي بالوفاء بالنذر بل مستكشف عنه، فالاستكشاف متأخر وأما نفس المستكشف أعني الحق فمتساوٍ رتبةً مع ذلك الحكم فقد تحصل أن المانع عن نفوذ حكم الشارع بالوفاء بموضوع الإشتراط أعني حق المندور له متحقق في رتبة موضوع ذلك الحكم أعني نفس الإشتراط، فلا يصل النوبة إلى مجيء ذلك الحكم؛ لأن القاعدة في باب نزاحم الحقوق تأخير ما كان منها أسبق مقتضياً.

لا يقال: كما تقولون في الوجوبات المشروطة أنه يتحقق للإرادة بعد فعلية الشرط وتحققه خارجاً مرتبة جديدة ما كانت حاصلة قبل، وهذا تصححون الترتيب في الأصول بين الاستصحاب التقديري والتجزئي على تفصيل مقرر في محله، كذلك الحال هنا في نذر الناذر، فيحصل لموضوع النذر مع قطع النظر عن حكمه فعلية حادثة بعد البيع فيتأخر حكمه عن هذه المرتبة ويتساوى مع رتبة حكم الشرط.

لأننا نقول: نعم ولكن ليس لهذه الفعلية المستحدثة أثر بل وجودها وعدمها سيان، بل الأثر لحدوث النذر التعليقي، ولو فرض رجوع الناذر عن نذره قبل حصول الشرط.

مسألة: ومن المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي، ولا خلاف ظاهراً على ما حكاه شيخنا المرتضى - قدس سره - في سقوطه بالإسقاط وهذا هو العمدة في دليله وإلا ففيم استدل به عليه نظر.

فإنه استدل شيخنا - قدس سره - بفحوى ما سيجيء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللاً بأنه «رضى منه بالبيع»^(١) فإنه إذا كان التصرف لكاشفاته النوعية عن الرضا مسقطاً كان الإسقاط الذي هو كاشف صريح كذلك بطريق أولى.

وبفحوى تسلط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

أما النظر في الاستدلال الأول: فلأنه من الممكن الفرق بين التصرف وبين الإسقاط فإنه إذا كان الانسان مخيراً بين رد المال وإمساكه فاختر في مقام العمل الثاني ورتب عليه الأعمال الخارجية من التصرفات الكاشفة عن ذلك فرتب الشارع على هذا التصرف الكاشف بأنه موجب لزوال اختيار المتصرف عن الشق الآخر من تخيره أعني الرد، فهذا لا يدل على ملزمة مثل قول: أسقطت حق تخيري واختياري.

فإن قلت: هذا أيضاً كالعمل يدل على رضاه والتزامه بهذا الطرف من التخيير.

قلت: الفرق أن العمل واقع عن الرضى بالإمساك والالتزام به ومعلول له فيكون كاشفاً عن سبق الرضى والالتزام عليه كشفاً نوعياً، وأما القائل: «أسقطت

حقّ خياريّ» فإنه ربّما لم يرتفع الترديد والتزلزل عن نفسه وإنّما يريد رفعه وخروجه عن الاضطراب بنفس هذا القول والإسقاط، فغاية ما يدلّ عليه هو الرضا والالتزام المتأخّر وأما المتقدّم فلا دلالة نوعيّة فيه عليه، نعم يدلّ على رضاه سابقاً بحصول الرضى والالتزام بالعنوان الثانوي لاحقاً.

وأما النظر في الاستدلال الثاني: فلأنّ المساق من قضيّة «الناس مسلّطون على أموالهم» هو التسلّط على نقلها والتصرّف فيها بذاتها فإنّ البيع والهبة والصلح وسائر التصرفات واردة على ذات المال لا بوصف كونها مضافة إلى المالك بالإضافة الملكية.

وبالجمله التسلّط على المضاف غير التسلّط على الإضافة، ولو فرض تسلّط المالك على الإضافة أيضاً بأن يكون قوله (أسقطته عن ماليّتي) مؤثراً وناقذاً، فهو يكون بدليل آخر ولا يستفاد من دليل السلطنة على الأموال، وعلى هذا فالتعدي إلى الحقوق إنّما يفيد إمكان تبديل إضافته إلى الحقّ باضافة أخرى أو نقلها إلى الغير مجاناً، وأما إسقاط إضافته عنه فهو كإسقاط إضافته عن المال غير مفهوم عن دليل السلطنة لا منطوقاً ولا فحوى.

إذا عرفت ذلك فالعمدة ما عرفت من عدم ظهور الخلاف وكون ذلك أمراً عرفياً ارتكازياً فكما أنّ أصل حقّيّة الخيار لا مدرك له غير العرفية والارتكاز فكذلك كونه قابلاً للإسقاط أيضاً من الأمور العرفية، وبضميمة عدم الردع بصير حجة شرعية ولعل القاعدة المسلّمة «لكلّ ذي حقّ إسقاط حقه» أيضاً مستفادة من هذا.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» فهنا وجوه متصوّرة بحسب عالم

الثبوت:

الأول: أن يكون غرضه من ذلك استكشاف الحال.

والثاني: أن يكون الغرض جعل أمر خيار نفسه مفوضاً إليه ويكون هو بمنزلة عقله فيختار ما يراه صلاحاً له.

والثالث: أن يريد نقل الحق إليه وليس هذا إنشاء لأمر حاصل على ما مر في اشتراط الخيار في العقود الجائزة؛ فإنه بخيار نفسه وحده وإن كان يمكنه فسخ العقد رأساً لكن لم يمكنه الإمضاء كذلك بحيث لم يقبل الانفساخ بعده كما كان يقدر عليه ذو الخيار الواحد ويحصل له ذلك بعد هذا النقل، فالإنشاء ليس إنشاء لأمر حاصل حتى لا يمكن الجذ إليه.

الرابع: أن يريد تمليك أمر الخيار إياه بأن يكون هو وحده صاحب اختيار العقد لا بشركة غيره وهذا بأن يسقط هو حقه فيكون تعبيراً عن الإسقاط بلازمه.

ففي الفرض الأول: لا وجه للسقوط مطلقاً، وفي الثاني: حاله حال الوكيل في أنه لو أمضى ينفذ من ناحية نفسه قطعاً ومن ناحية الأمر أيضاً إلا أن يقيده بكونه من ناحية نفسه أو من ناحية الأمر ولو سكت فخيار الأمر بحاله.

وفي الثالث: حيث إن النقل غير مؤثر شرعاً، فالخيار باق مطلقاً كالفرض الأول، وإنشاء النقل ليس دالاً على الرضى بالبيع حتى يشمل النص المتقدم إليه الإشارة، نعم لو علم من حال صاحبه أنه يختار الرضى كان دالاً، هذا ولو فرض تمامية ذلك في الإسقاط فإنه لم يسقط حقه وإنما أبقاه ونقله إلى صاحبه.

وفي الرابع: يكون ساقطاً مطلقاً كما هو واضح، هذا بحسب الثبوت وأما بحسب الإثبات فلا يبعد دعوى ظهور الكلمة في الوجه الأخير، وعلى هذا يحمل ما في بعض الروايات، أنها بالخيار ما لم يفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، وأما

حمله على مطلق التلقظ بهذه اللفظة بأي وجه من الوجوه المذكورة كان فبعيد، بل لو فرض الإجمال في عرفنا واحتملنا كونه في العرف السابق ظاهراً في الوجه الأخير لسقط الرواية عن صحة التمسك أيضاً.

ثم إن ثبوت الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون كل واحد كذي خيار واحد، فكما أنه في صورة وحدة ذي الخيار يكون له الفسخ وله الإمضاء، فيلزم العقد إما لأن الإمضاء كالفسخ بنفسه طرف الخيار وإما لأنه إسقاط للحق، كذلك كان لكل من الاثنين أيضاً الفسخ وكان له الإمضاء بحيث لا يقبل الانفساخ بعده ولو بفسخ صاحبه.

الثاني: أن يكون لكل من الاثنين الفسخ والإمضاء من ناحيته بأحد المعنيين، إما الزام العقد وإبرامه من ناحيته وإما إسقاط الحق كذلك.

الثالث: أن يكون هنا حق واحد قائم بالاثنتين فلا ينفذ فسخ أحدهما ولا إمضاؤه بل المؤثر فسخ المجموع وإمضاؤه.

ففي الفرض الأول: لا كلام مع الاتفاق في الاختيار، وأما مع الاختلاف - بأن اختار أحدهما الإمضاء والآخر الفسخ - فإن كان أحدهما أسبق من الآخر فاللازم تأثير المقدم ولغوية المؤخر، وإن كانا متقارنين فاللازم لغوية كليهما عن التأثير وبقاء العقد بحاله من الجواز.

وفي الفرض الثاني: لا تعارض بين الفسخ من أحدهما والإمضاء من الآخر أصلاً، إذ الفرض أن الإمضاء لا يفيد إلا إعمال الحق أو إسقاطه من ناحية المضي فقط مع بقاء حق الآخر بحاله، فالحكم بالانفساخ ليس تقدماً للفسخ على الاجازة إذ هو فرع التعارض.

وفي الأخير: يسقط كلا الأمرين عن التأثير مطلقاً، لعدم استقلال أحد الشخصين بالأمر حسب الفرض هذا بحسب مقام الثبوت.

وأما إثبات أن مقامنا أعني خيار البيعين من أي من الأقسام: يمكن دعوى القطع بعدم كونه من قبيل الأخير إذ لا اختصاص له بحال المجلس بل هو ثابت بعده أيضاً لإمكان التقابل، فيدور الأمر بين أحد الأولين ويمكن إثبات الثاني منهما بأمرين:

الأول: إطلاق الخيار المستفاد من قوله -عنه السلام-: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) لصورة إمضاء أحدهما.

لا يقال: فيلزم ثبوت الإطلاق لصورة فسخه أيضاً لأننا نقول: خروجه من باب ارتفاع الموضوع أعني العقد، حيث إن الفسخ لا يمكن اختصاصه بطرف واحد، وعلى فرض عدم الإطلاق قضية الاستصحاب ثبوت الخيار لكل بعد إمضاء الآخر.

الثاني: قوله -عنه السلام- في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا»^(٢) فإنه لو كان الخيار على الوجه الأول لما اختار -عنه السلام- المشي بالخطأ، بل كان يقول: قد أمضيت البيع، فاختيار المشي لحصول الوجوب دال على حصر الموجب فيه وعلى هذا فلا يفرض التعارض بين الفسخ والإجازة في مسألتنا.

نعم يفرض في الولتين والوكيل والأصيل، حيث إن إمضاء كل إلزام للعقد وموجب لسقوط حق الآخر، وكذا الورثة إن قلنا بأن خيارهم أيضاً من هذا القبيل

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢- المصدر نفسه: ص ٣٤٨، ح ٢ و ٣ و ٤.

بأن يقوم كل واحد منزلة مورثه.

وكذا يفرض في تصرف ذي الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً بجارية ثم أعتقهما جميعاً، حيث إنّ اعتاق العبد فسخ واعتاق الجارية إجازة وقد عرفت حال التعارض في مثل الولتين والوكيل والأصيل.

وأما حاله في الفرض الأخير فمجمل الكلام فيه: أنا إما أن نقول: بسببية التصرف للإمضاء والفسخ، وإما أن نقول: بكاشفتيهما عن الرضى السابق عليهما بأحد الأمرين، فإن قيل بالأول فاللزام سقوطهما عن التأثير فيكون ملك المتصرف للجارية محفوظاً في رتبة اعتاقه فيقع العتق صحيحاً، لأنه أنشأ انشاءً جدياً لعتق الجارية في ملكه فيقع صحيحاً، وحيث إنّ المفروض كون كل تصرف موضوعاً مستقلاً للإلزام العقد في عرض الإمضاء، نظير التقبيل والوطي للزوجة المطلقة الرجعية بناءً على الاحتمال الذي قواه شيخنا الأستاذ فيه من كونه بنفسه رجوعاً لا من باب كشفه عن الرجوع، فاللزام في المقام لزوم العقد بواسطة هذا التصرف العتقي المستبني.

وبالجملة: بعد تساقط التصرفين الإنشائيين عن الأثر بواسطة المعارضة يبقى هذا التصرف المستبني في جانب الإمضاء مؤثراً لسلامته عن المعارض.

هذا على القول بالسببية، ولا ينافيه قوله - عليه السلام - في بعض الأخبار: «فذلك رضى منه بالبيع»^(١) بل الجمع بينه وبين سائر الأخبار يقتضي الحمل على أنّ هذا التصرف بنفسه حكمه حكم الرضى، فمفاد الكلام هو التنزيل ويؤيده حمل الرضى على نفس التصرف، ولو كان المعتبر هو الكشف لكان حقّ العبارة أن يقول: هو دالّ على الرضى.

وأما بناءً على الكاشفية؛ فلا إشكال في تحقق الإنشاء الجذبي لكل من العتق، وأصاله الظهور في كليهما جارية، لإمكان اجتماعهما، كيف وإنشاء العتق في مال الغير جذاً متمشٍ ولهذا قلنا بتمشي الجذ في الفضولي، نعم لازم كل من الجذين عرفاً لا يجمع مع لازم الآخر كذلك، فإنَّ اللازم العرفي المكشوف عنه بالجذ في عتق الجارية هو الرضى باللزوم واللازم العرفي في الجانب الآخر هو الرضى بالانفساخ، ولا يمكن اجتماع الرضائين في نفس واحدة في زمان واحد، فيتحقق التعارض بين الظهورين، وقاعدة تعارض الطريقتين هو التساقط في المفاد المطابقي والأخذ بهما في نفي الثالث، فلا بد في المقام من الحكم بثبوت أحد الرضائين وعدم الحكم بخصوص أحدهما فلا يمكن الحكم ببقاء العقد على حاله الأقوي من الجواز بل الخيار ساقط إما بالإمضاء أو بالفسخ.

وأما حال العتق فأصاله الصحة مقتضية للصحة في كل منهما، وكذلك استصحاب بقاء الملك إلى حين العتق في جانب عتق الجارية مقتض للصحة فيه، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في مورد موافقته مع أصل الصحة وحكومته على أصل الصحة فالأصل الجاري في جانب الجارية هو الاستصحاب، ويعارضه أصالة الصحة في الجانب الآخر فيتساقطان، فنرجع إلى أصل الصحة في جانب الجارية الذي هو الأصل المحكوم.

وإن قلنا بأن الاستصحاب غير جارٍ في مورد أصل الصحة ولو مع الموافقة فيتعارض أصل الصحة في كل جانب بمثله في الجانب الآخر فنرجع إلى الاستصحاب في جانب الجارية، وعلى كل حال يكون عتق الجارية محكوماً بالصحة.

مسألة: من جملة مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعين، وتسميته مسقطاً

مساعدة إذ لا سقوط في الحقيقة بل الانعدام بتمام المقتضى ولا إشكال في أصل انعدام الخيار به، ومعنى حدوث افتراقهما مع كونهما متفرقين بالبدن حدوث الافتراق بملاحظة الحالة الاجتماعية الحاصلة حال العقد؛ فإنَّ الشئين إذا تلاصقا جسماً لا يعتبر في نسبة الافتراق إليهما إلا رفع التلاصق الذي هو حاقّ معنى الافتراق ولا نحتاج إلى لحاظ أمر زائد.

وأما إذا كانا جسماً متفرقين غير مجتمعين، فنسبة الافتراق لأبداً فيها من ملاحظة، إمّا ملاحظة أصل الوجود في العالم بأن انمحي وجود أحدهما، وإمّا الوجود في مملكة خاصّة فيعتبر انتقال أحدهما إلى مملكة أخرى، وإمّا الوجود في بلد خاص، وإمّا في محلّة خاصّة، وإمّا في مجلس خاص، وإمّا من هيئة خاصّة، فيعتبر افتراق أحدهما من تلك الهيئة ولو لم يخرج عن المجلس، مثلاً إذا كان بينهما بُعد ذراع، فتصرّفهما عن هذه الهيئة عبارة عن انتقال أحدهما من مكانه إلى حدّ ذراع وربع ذراع أو نصف ذراع أو ذراعين، كما أنّ الجسمين المتلاصقين يفترقان بانفصال أحدهما ولو بمقدار خط دقيق.

وهذا معنى قول شيخنا - قدّس سرّه -: فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسّاه ارتفع الخيار، فلو فرض انتقال أحد الجالسين على حدّ الذراع عن محله إلى حدّ ذراع وعشر شبر كفى في صدق الافتراق فإنَّ البعد الذراعي قد ازداد بعشر شبر، وليس مراده - قدّس سرّه - بالإضافي ما يطلق في مقابل الحقيقي كما إذا كان الشخص فاسقاً بقول مطلق فيقال هذا عادل بالإضافة إلى فلان وأشير إلى من هو أفسق منه، فإنّه قد عرفت أنّ الافتراق في مقامنا على وجه الحقيقة والإطلاق.

هذا ولكن تنظر شيخنا الأستاذ - دام بقاه - في تعميمه - قدّس سرّه - الافتراق الواقع غاية لكلّ مورد يصدق مسّاه العرفي، بأنّه وإن كان كذلك

وصادقاً على أقل من الخطوة كما عرفت ولكن يمكن دعوى انصرافه الإطلاقي إلى مقدار معتد به نظير انصراف لفظ الإنسان عن الفرد ذي الرأسين مع كونه مصداقاً عرفياً.

وعلى فرض تسليم عدم الانصراف، فلا قصور في الرواية المذكورة في كلامه - أعني قوله - «له السلام» في بعض الروايات : «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا»^(١) - من حيث الدلالة على اعتبار الزيادة على مقدار الخطوة بخطوة أخرى فإنه طبق الافتراق على المشي خطأ وجعل وجوب البيع علة غائية له، ولو كان الخطوة أو الأقل كافياً في صدق الافتراق وحصول الغاية لكان الزائد لغواً، وليس الأقل والأكثر هنا في الفرد مع صدق الطبيعة على الأقل فإن ذلك في الدفعتين لا في مثل المقام مما يوجد الأقل والأكثر تدريجيتين.

ثم إنه لا شبهة في صدق الافتراق منسوباً إلى كليهما بحركة أحدهما عن مكانه وبقاء الآخر في محله وعدم مصاحبته إتياء في الحركة ولا يعتبر حركة كل إلى خلاف جانب الآخر.

نعم نسبة الفعل في الصورة الأولى إلى المتحرك والساكن ليست على نهج واحد، بل الفاعلية مختصة بالمتحرك وإن كان لاختيار الساكن أيضاً مدخلية ولكن مجرد ذلك لا يشركه في فاعلية الفعل، واختياره هنا نظير اختيار السامع في صدق عنوان الإعلام على المتكلم؛ فإنه لو لم يصنع لم يتحقق عنوان الإعلام، فلاختياره مدخلية في صدقه ولكن الفاعل إنما هو المتكلم لا هو والسامع.

وفي مقامنا التلبس بهادة الافتراق وإن كان مشتركاً بينهما حيث لا يمكن

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار ص ٣٤٨، ح ٣.

حصوله من جانب دون آخر كالمقابلة والبعد وأمثالهما ولكن إيجاد هذا المعنى النسبي لا يضاف إلا إلى المتحرك ولو كانا معاً مختارين في أصل حصوله ووجوده هذا.

ولكن شيخنا العلامة المرتضى - قدس سره - ذهب في هذا المقام إلى أن الافتراق ذاته من المتحرك ووصفه من الساكن، كما أن ذات الإعلام من المتكلم ووصف إعلاميته من السامع، ولكن هذا المقدار يكفي في صدق افتراقهما ولا يلزم حصول الذات المتصفة بالافتراقية من كليهما، ثم استشهد في كفاية هذا المقدار للصدق العرفي بقوله - عليه السلام - فيما تقدم: «فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا»^(١) حيث إنه أثبت الافتراق لكلا الطرفين بمشييه - عليه السلام - فقط.

مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع عن التخاذل أيضاً سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافاً إلى حديث رفع ما استكروها عليه.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاضاته الشريفة - : ليس مطلق الفعل المسند إلى الفاعل المختار كذلك بل المواد التي يوجد في مفهومها الخروج عن قوة الفاعل مثل الضرب والكسر حالها كذلك، فالكسر حال النوم، وإن خرج عن قوة النائم، لكن لا باختياره وشعوره هو خلاف منصرفه، وأمّا المواد التي لم يوجد ذلك في مفهومها فليست هكذا، كما يقال: طهر زيد، وليس المتبادر أنه طهر نفسه، والافتراق لا يبعد كونه من هذا القبيل. وعلى هذا يتضح الحال في هذا الفرع والفرعين الآتين إذ الحكم في الجميع هو السقوط عن كلا الطرفين لحصول الغاية. وأمّا قوله - عليه السلام - في صحيحة الفضيل: «فلماذا افترقا فلا خيار بعد الرضا

منهما»^(١) فلا يصلح لتقييد الافتراق بوقوعه عن الرضى منها، لأنه لما لم يكن العمل على طبقه - لأن المسلم سقوط الخيار فيما إذا نام أحدهما وخرج الآخر - فلا بد من حمله على معنى آخر.

وأما ما ادّعه شيخنا - قدس سره - من تبادر الافتراق إلى ما كان عن الرضى من أحدهما ففيه أولاً: أنه لا سند لهذا التبادر. وثانياً: لا يتحقق النشوء في الفرع الوسط، أعني: ما إذا جلس أحدهما بالاختيار وخرج الآخر بالكراهة، فإنه على مذاق شيخنا القائل بأن ذات الافتراق من المتحرك ووصفه من الساكن لم ينشأ الافتراق عن رضى الجالس وإن كان لجلوسه مدخل في الانصاف بالافتراقية، إلا أن يدعى أن المتبادر هو الافتراق والرضى المتقارنان ولو كان الافتراق من أحدهما والرضى من الآخر وهو كما ترى.

بل اللائق بهذا المذاق أن يقال: إنه لما لم يتحقق الافتراق الناشئ عن الرضى فالخيار ثابت لهما كما قلنا، نعم في الفرع الأخير أعني ما إذا خرج أحدهما بالاختيار وجلس الآخر بالكراهة تمّ ما ذكره من السقوط عن الكل.

وأما حديث الرفع، فالظاهر عدم شموله للمقام، واختصاصه بما إذا ترتب الأثر وضعاً أو مؤاخذهً على العناوين القصدية كما في عنوان المعصية والعقد، والشاهد على هذا أنه لا يساعد الوجدان على أنه لو أكره إنسان إنساناً على وضع اليد على النجاسة يكون هذا خارجاً من باب التخصيص، وكذا لو أكرهه على النوم. وليس حصول النجاسة في الأول والحدث في الثاني خروجاً عن الحديث بالتخصيص بواسطة الإجماع، مع أنه على فرض الشمول لابد من

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٣.

التفصيل بين ما إذا عزم على الفسخ، وبين ما إذا عزم على الإمضاء، وبين ما إذا تردّد بين الأمرين.

ففي الأخير: لا بدّ من عدم السقوط ولو لم يمنع من التخيير؛ لأنّه أكرهه على أمر وهو التفرّق، والنتيجة وهو اللزوم مبغوضة له وليس له مندوحة؛ إذ الفرض أنّه مردّد لا يعلم أنّ أيّاً من الفسخ والإمضاء صلاح بحاله.

وفي الثاني: لا بدّ من السقوط وإن منع من التخيير، فإنّ النتيجة وهو اللزوم غير مبغوضة له، وصدق الإكراه فرع كون النتيجة المترتبة على الفعل المكروه عليه مبغوضة للمكروه - بالفتح - ولا يكفي كون التفرّق من جهة أخرى مبغوضاً كبرودة الهواء ونحوها، فإنّه لا منّة في رفع الأثر في مثل هذا.

وفي الأول لا بدّ من التفصيل بين المنع عن التخيير وعدمه، فمع المنع يسقط لمبغوضيّة النتيجة وعدم المندوحة ومع العدم لا يسقط لثبوت المندوحة وهو الفسخ فلا منّة في الرفع.

ثمّ لو قلنا بما أفاده - قدّس سرّه - بتقريب أن يقال: إنّ المتبادر من قولنا المتبايعان بعد وقوع الفرقة فيما بينهما لا خيار لهما، يتبادر منه أنّها حال وقوع الفرقة راضيان غير متخيلين للفسخ وإنّما يحدث ذلك بعد وقوع الفرقة، فكأنّه قبل وقوع الفرقة مع الرضى مسقط للخيار.

وحينئذ لو كنّا وهذه العبارة لحكمنا أنّ المقام من قبيل تقابل الجمع بالجمع كما هو الحال في نظائره، أعني أنّ الفرقة مع الرضى في حقّ كلّ مسقط لخياره، فلو اختلف أحدهما وبقي الآخر فالافتراق مع الرضا إنّما حدث من الأول دون الثاني فلا بدّ من سقوط خياره دون الثاني، ولكن بعدما فهمنا من الرواية الحاكية لمشي الإمام - عليه السلام - وتسلم كفاية الرضى من أحدهما من تسلمهم سقوط خيار

الطرفين في صورة موت أحدهما وخروج الآخر اختياراً، فلا بد من التفصيل بين من يتحرك ومن يسكن، فالأول حسب ما ذكره - قدس سره - متحقق في حق الفرق الناشئة عن الرضى بخلاف الثاني، فإنَّ الفرق وإن كانت نسبتها إليهما على السواء ولكن النشوء لم يتحقق في حق الثاني فلا بد من التفصيل بين الفرعين، أعني ما إذا كان المكروه عليه المنوع عن التأخير هو الجالس أو المتحرك، بالسقوط في الأول، لأنَّ المتحرك مختار، وبالثبوت في الثاني؛ لأنَّ الجالس وإن كان مختاراً لكن لم يتحقق في حق النشوء فتأمل في أطراف كلامه - قدس سره - لعلك تعرف حقيقة مرامه.

مسألة: لو زال الإكراه فالمحكّي عن الشيخ وجماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال، وقد وجّه شيخنا الأستاذ - دام علاه - هذا القول بأن يقال: إنَّ الغاية حقيقة الافتراق عن أيّ اجتماع كان، وليس الملحوظ منه فرد خاص، أعني خصوص ما كان عن الهيئة الاجتماعية حال البيع.

وحيثئذ فإذا سقط الافتراق الأول الذي هو ما كان عن اجتماع حال البيع عن التأثير وصار بمنزلة العدم، فالحكم معلق على عدم مجيئ فرد آخر من حقيقة الافتراق وهو منحصر فيما كان عن هيئة اجتماع حال الزوال.

هذا ولكنّه كما عرفت مبني على عدم فهم الخصوصية من الخبر، والحق أنّها مفهومة كما عرفت فيما تقدّم أيضاً.

وحيثئذ قد يقال كما في بيع المكروه إذا زال الإكراه ولحق الرضى، بأنّه يسقط من هذا الحين الخيار بالدليل؛ فإنَّ المسقط كان هو الافتراق وقد حصل والرضى وهو حاصل في هذا الحال فقد تمّ كلا جزأي السبب.

وفيه: أنّ المؤثر حدوث الافتراق عن الرضى ولا يكفي اقتران بقائه بالرضى؛ فإنَّ الظاهر من قولك: افترق وهو راض، أنّه حدث منه الافتراق في حال الرضى،

وعلى هذا فالذي ينبغي أن يقال: هو أن الخيار باق لعدم حصول الغاية وهو الافتراق المقتد بالرضى فيكون ما بعد الزوال كما قبله داخلاً في النص ومحكوماً بالخيار بالدليل ولا نحتاج في إثباته عند احتمال وجود رافع إلى الاستصحاب كما يظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره -.

هذا ويمكن أن يقال كما تقدم: إن الغاية، أعني: حتى يفترق، مضيقه للمغنى ومخصصة له بالمورد القابل، فلا يشمل الصدر صورة وحدة البيعين وكذا المفترقان من الابتداء، وعلى هذا فبعد حصول الفرقة يخرج المورد عن القابلية للافتراق عن مجلس العقد وقد فرضنا أن حكم النص في موضع يقبل لأن يقال في حقه: حتى يفترق.

وهذا نظير أن يقال: البيعان بالخيار ما لم يجئ زيد، فمات زيد؛ فإن حالة موت زيد مسكوت عنه في الدليل إثباتاً ونفيّاً، وحيث أن فتحناج في أصل إثبات الخيار من أول زمان الفرقة الإكراهية إلى الرجوع إلى الأصل من عموم ﴿أَوْفُوا﴾ على تقدير تماميته، وإلا فإلى استصحاب بقاء الخيار لا أنه في أصل ثبوته يكفينا النص، وفي بقائه في مقابل احتمال غاية أخرى نرجع إلى الاستصحاب كما يظهر من شيخنا - قدس سره -.

فقد تلخص: أننا إما أن نقول باعتبار المحل القابل وإما لا، فعلى الأول: يكون النص ساكتاً عن أصل الثبوت أيضاً لا عن خصوص الارتفاع بعد الثبوت، وعلى الثاني: يكون متكفلاً للثبوت والبقاء أيضاً، فالتفكيك لا يتمشى على أي تقدير.

هذا على تقدير القول باعتبار قيد الاختيار والرضى من باب التبادر ونحوه غير دليل الإكراه، وأما على تقدير القول بأن المستند فيه دليل رفع الإكراه فأولاً

يمكن القول بعد الغض عن الوجه المتقدم من اختصاصه بالعناوين القصديّة بأنّه غير شامل للمقام، لأنّه مخصوص بمقام كان له مع قطع النظر عن الرفع أثر شرعيّ، فيكون الحديث رافعاً لذلك الأثر، والافتراق ليس له أثر شرعيّ، لأنّ حاله حال الليل في قولك: صم إلى الليل، فإنّ الموضوع للأثر هو النهار لا الليل، وبعد الغض عن ذلك يمكن أن يقال: حيث إنّ سوقه لامتنان فلا بدّ من ثبوت الخيار عند الفرقة الإكراهيّة بل بعد زوال الإكراه بمقدار يسع الفسخ ومقدّماته وبعد هذا المقدار فالمرجع إمّا العموم وإمّا استصحاب الخيار.

فعلم أنّ ما قاله شيخنا - طاب ثراه - يتمّ على هذا مع أنّه - قدّس سرّه - لم يستند في اعتبار القيد المذكور إلى حديث الرفع، هذا.

فروع: الأوّل: لو اتّفقا على الافتراق واختلفا في كونه على وجه الإكراه أو الاختيار، فإن قيل باعتبار قيد الاختيار من جهة الانصراف فالأصل مع من يدعي كونه على وجه الإكراه لأصالة عدم تحقّق المقيّد، أعني الافتراق الاختياري. وإن قيل به من جهة حديث الرفع فجريان أصالة عدم تحقّق الإكراه وعدمه مبنيان على أنّ لسان دليل رفع الإكراه، كيف اعتبر المرفوع، فهل اعتبر الأفعال المفروغ عن وجوداتها إذا وقعت عن إكراه فرفع الحكم عنها؟ أو أنّه اعتبر نفس عنوان الإكراه وعلّق عليه الرفع.

فعلى الثاني: استصحاب عدمه الأزليّ جارٍ، وعلى الأوّل: يكون مثبتاً لعدم الحالة السابقة في الافتراق المفروض الوجود، والعدم الأزلي لا ينفع بحال الموجود بالفعل، وعلى هذا فيتعارض استصحاب عدم تحقّق تمام القضية المشتملة على الافتراق المفروض المحكوم فيها بعدم الإكراه مع استصحاب عدم تحقّق القضية الموجبة، فيكون المرجع هو العموم أو استصحاب الخيار على الخلاف.

الثاني: لو اختلفا بعد الافتراق وإنشاء الفسخ في المتقدم منها والمتأخر، فإن كان الأثر مرتباً على المقيّد في الجانبين، أعني على الفسخ المقيّد بما قبل الافتراق وعلى الافتراق المقيّد بما قبل الفسخ؛ فأصلاً عدمهما متعارضان، فنرجع إلى استصحاب الملكية.

وإن كان الأثر لكلٍ في حال عدم وجود الآخر؛ فلا بدّ من التفصيل بين صورة معلوميّة تاريخ أحدهما وبجهولية التاريخين، ففي الأولى: نستصحب عدم مجهول التاريخ إلى التاريخ المعلوم للآخر وترتب أثره، وفي الثانية: نرجع إلى استصحاب الملكية.

الثالث: لو اختلفا في الافتراق وعدمه من جهة الاختلاف في زمان البيع كأن يقول أحدهما: كان البيع بالأمس وقال الآخر: بل كان في هذا المجلس، فالظاهر أنّ المقام من قبيل الشكّ في المتقدم والمتأخر من الطهارة والحدث، فاستصحب بقاء الهيئة الاجتماعية لا يحرز اتصال زمان شكّه بزمان اليقين.

مسألة: ومن مسقطات هذا الخيار التصرف.

اعلم أنّ التصرف الكاشف عرفاً عن الرضى والالتزام بالعقد حاله حال قول: أمضيت العقد؛ إذ لا يعتبر في الإمضاء المسقط إلّا الرضى القلبي مع وجود المظهر، ولا يعتبر كون المظهر هو اللفظ ولكن على هذا لو انكشف مخالفة الكاشف للواقع حكم بثبوت الخيار، هذا على القاعدة فالذي يحتاج إلى تعبد خاص أحد أمور آخر:

الأول: اعتبار الكاشف المذكور بنحو الموضوعية بحيث لو انكشف الخطاء أيضاً ترتّب عليه الأثر.

الثاني: كون مطلق التصرف الدالّ على الرضى بالملكيّة - ولو لم يدلّ على

الالتزام بالعقد - مسقطاً، والتعبد الوارد في الباب هو التعليل المذكور في بعض أخبار خيار الحيوان حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه فلا شرط»^(١) (أو ولا شرط) و استفادة العموم والعلية منه ثابتة سواء كان قوله: «فذلك رضى منه» جواباً للشرط أو كان توطئة للجواب وكان هو قوله: فلا شرط.

أما على التوطئة فواضح؛ فكأنه قيل: إن أحدث حدثاً فلأجل أنه رضى، لا يبقى شرط، وأما على الجوابية فلظهور قوله: فلا شرط أو ولا شرط في كونه تفرعاً على قوله: فذلك رضى وعلى كل حال يصير الكلام بمنزلة قولك: تصرف مشتري الحيوان موجب لسقوط خياره، لأن التصرف رضى، وقاعدة باب التعليل إلغاء خصوصية المورد فيستفاد منه قضية كلية وهي أن كل تصرف كان رضى فهو موجب لسقوط الخيار.

لكن هذا كله بناء على كون قوله: فذلك رضى، غير مبني على التعبد بل كان قضية وجدانية سواء كان بمعنى أن هذا التصرف رضى والتزام بالعقد، أم بمعنى أنه رضى بالملكية.

وأما إذا كان مبنياً على التعبد وتنزيل التصرف بمنزلة الإمضاء فيسقط الكلام من قابلية التعدي بسببه إلى مورد آخر؛ لأن المعنى حيثشأن أن تصرف مشتري الحيوان لكونه بمنزلة الإمضاء تعبداً يكون مسقطاً.

فالمستفاد أن كل ما كان بمنزلة الإمضاء فهو مسقط، وأما إن التصرف في غير المشتري المذكور أيضاً ينزل هذه المنزلة أو لا؛ فهو ساكت عن هذا ولا دليل آخر عليه أيضاً.

ثم لا شبهة أنّ الظاهر من هذه الوجوه كون المراد هو التصرف الكاشف عرفاً من الالتزام والإمضاء وأنه لم يعتبر في قوله: «فذلك رضى» إلا بيان القضية الواقعية الوجدانية وتطبيق الرضى على نفس التصرف لأجل نحو اتحاد فيما بين الكاشف والمكشوف، نظير ما يقال: هذا فسق، مشيراً إلى العمل الخارجي.

وأما كون المراد من الرضى هو الرضى بالملكية فيعبده أنه يلزم حينئذ لغوية هذا الخيار؛ فإنه لا ينفك غالباً عن مثل هذا التصرف الذي لا يحلّ لغير المالك ولو مثل اسقني ماءً وأغلق الباب، وأما كون تطبيق الرضى من باب التنزل والتعبد فبعيد كما لا يخفى.

ولكن يبعد الوجه الأول الأمثلة التي وقعت في الجواب عن السؤال عن الحدث، فإنه ذكر في الجواب ملامسة الجارية وتقبيلها والنظر إلى ما لا يحلّ منها قبل الشراء ومن المعلوم أنّ هذه تصرف كاشف عن الرضى ببقاء الملكية لا عن الالتزام والإمضاء.

ويمكن أن يقال بعدم منافاة هذه الأمثلة أيضاً لذلك الوجه كالأمثلة الأخر المذكورة في الخبر الآخر مثل ركوب الدابة فراسخ، ونعلها، وأخذ حافرها، فإن كلّ هذه دوال على إرادة الفاعل إمساك الدابة وعدم ردّها إلى البائع.

وأما وجه عدم منافاة التمثيل بملامسة الجارية وتقبيلها والنظر إليها كذلك؛ فلأنّ حال الجارية حال الزوجة في أنّ المرغوب فيها المستورّة وأنها معدودة من عورات الرجل التي يكره دخالة الأجنبي فيها بوجه من الوجوه، والجارية في حال خيار المشتري وإن كانت شرعاً ملكاً له ولكنّه إذا أراد الفسخ فباشرها أو قبلها أو نظر إليها، يعدّ عند العرف هذا أمراً شنيعاً كمباشرة جارية الغير وتقبيلها والنظر إليها، وهذا وإن لم يمضه الشارع ولكنّه بواسطة ثبوت هذا

الارتكاز كاشف عن إرادة صاحبه إبقائها وإساقها وعدم ردها.

هذا ويبقى حيثذ الكلام في أن الكاشفة النوعية عن الإمضاء والالتزام هل هي معتبرة موضوعاً أو طريقاً؟ والرواية قابلة لكليهما، وعلى كل تقدير يصح التعدي إلى غير مورد خيار الحيوان من سائر أقسام الخيار.

الثاني: خيار الحيوان:

لا خلاف بين الإمامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، وهل يشمل الحيوان كل ذي حياة ولو مثل الجراد والزنبور والسماك والعلق ودود القز؟ استظهر الأستاذ الاستناد - دام علاه - انصرافه عن مثل هذا، ألا ترى عدم انصراف الذهن إلى مثل ذلك من قول القائل: فلان يملك كذا وكذا حيواناً؟ وفي شموله للحيوان المشرف على الموت كالصيد الذي أصابه السهم أو جرحه الكلب المعلم تردّد؛ لاحتمال انصراف اللفظ إلى ما يكون معرضاً للبقاء ثلاثة أيام، فحاله دائر بين عدم الخيار رأساً وبين الخيار. وعلى تقديره يكون منتهى الخيار آخر الثلاثة سواء بقي أم تلف قبل انقضاء الثلاثة.

فلم نعلم وجه ما أفاده شيخنا - قدس سره - من أن في منتهى الخيار حيثذ وجوهاً، وكذلك التردّد في شموله للحيوان الكلي لقوة احتمال انصراف مثل قولك: «فلان يملك كذا حيواناً» إلى المعين.

وكيف كان فالكلام في من له هذا الخيار وفي مدته من حيث المبدأ والمنتهى ومسقطاته يتم برسم مسائل.

مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، وعن سيدنا المرتضى

- قدس سره - وابن طاووس - قدس سره - ثبوته للبائع أيضاً وهنا قول ثالث وهو ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنياً، وقد اختلفت الأخبار في الباب وبذلك اختلفت الأنظار في الجمع، والأولى التيمن بذكر الأخبار أولاً، فنقول وبالله الاستعانة:

منها: صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال لي: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال - عليه السلام - : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضى منهما»^(١).

ومنها: صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد: «قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو البائع أو لهما كليهما؟ قال - عليه السلام - : الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(٢).

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال: قال رسول الله ﷺ : البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(٣).

ومنها: موثقة زرارة عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال: سمعته يقول: قال رسول الله ﷺ : البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان ...»^(٤).

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال:

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار ص ٣٤٦، ح ٣.

٢- المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار ص ٣٥٠، ح ٩.

٣- المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١.

٤- المصدر نفسه: ص ٣٤٥، ح ٢.

المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا^(١).

ومنها: صحيحة الحلبي في الفقيه عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»^(٢).

ومنها: صحيحة ابن رثاب عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «قال: الشروط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري»^(٣).

ومنها: رواية علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا - عليه السلام - : «قال: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا»^(٤) الحديث.

ومنها: رواية الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا - عليه السلام - يقول: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام»^(٥).

هذه جملة ما عثرت عليه من أخبار الباب، ثم التكم في موضعين.

الأول: هل بين هذه الأخبار جمع عرفي حتى لا نحتاج إلى الرجوع إلى المرجحات السندية، أولا حتى لا يبقى محيص عن الرجوع إليها؟

الثاني: بعد فرض عدم الجمع العرفي هل هنا عموم من الكتاب أو السنة موافق لأحد طرفي التعارض حتى يصير مرجحاً ويدخل المقام تحت عنوان ما وافق الكتاب والسنة، أو لا حتى ينجز الأمر إلى التخيير الخبري؟

أما الموضع الأول: فالحق وجود الجمع؛ لأن الأخبار بين معلق للخيار على

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

٢- المصدر نفسه: ح ١ و ٤.

٣- المصدر نفسه: الباب ٤، ص ٣٥١، ح ١.

٤- المصدر نفسه: ص ٣٥٠، ح ٨.

٥- المصدر نفسه: ص ٣٤٩، ح ٢.

عنوان المشتري وهذه الطائفة بين ما جعل ذلك حداً لهذا الخيار مثل الخبر الأول، حيث إن ظاهر سؤال السائل: (ما الشرط)؟ أنه سؤال بما الحقيقية، فيقع في الجواب ما كان جامعاً ومانعاً.

وبين ما ليس في مقام التحديد ولكن سؤال السائل وقع في خصوص من له الخيار حتى صرح أنه البائع فقط، أو المشتري كذلك، أو هما معاً مثل الخبر الثاني.

وبين ما ليس في مقام التحديد ولا في مقام تعيين من له الخيار مثل السادس والسابع والثامن.

وبين معلق على المتبايعين، وبين معلق على صاحب الحيوان، وبين معلق على صاحب الحيوان المشتري.

وهذه الطوائف من حيث التخصيص بعنوان المشتري في قبال البائع بحيث كان للمشتري موضوعية يكون بينها النفي والاثبات الصريحان، أما صراحة الإثبات؛ فلأن قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان»^(١) صريح في كلا العنوانين، وأما صراحة النفي؛ فقد عرفت أن الخبرين الأولين المعلقين على عنوان المشتري صريحان في النفي عن البائع، أحدهما بواسطة الكون في مقام شرح الحقيقة وبيان الحد، والآخر بواسطة التصريح في السؤال عن الاختصاص والتعميم، وأما من حيث التخصيص بصاحب الحيوان مشترياً كان أم بائعاً فلا تأمى عن الجمع.

أما ما ذكر فيه صاحب الحيوان فواضح، ودعوى انصرافه إلى المشتري

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

لغلبة وقوع الحيوان مثمناً وندرة وقوعه ثمناً ممنوعة، لعدم إيجاب هذه الغلبة للانصراف، مضافاً إلى أنّ الحكمة الداعية لجعل الخيار والمناسبة بين الحكم والموضوع يقتضي التعميم كما هو واضح.

وأما ما ذكر فيه صاحب الحيوان المشتري سواء قرئ بالفتح أم بالكسر، فيمكن أن تكون النكتة في ذكر القيد دفع توهم أنّ المقصود بصاحب الحيوان من انتقل عنه الذي هو الصاحب الأولي ونكتة ذكر المشتري كون الغالب فيمن انتقل إليه أنه المشتري.

وأما ما ذكر فيه المشتري لا بعنوان التحديد ولا الجواب عن سؤال التمين لمن له الخيار، فلا أنه يكفي في نكتة التقييد الغلبة المذكورة. مضافاً إلى أنّ حمل المطلق على المقيّد المثبتين إذا كانا بملك واحد كما في المقام؛ إنّما يكون فيما إذا كان الحكم في المطلق متعلقاً بالطبيعة بعنوان صرف الوجود كما في مثال: أعتق الرقبة، وأعتق الرقبة المؤمنة، وأما إذا كان باعتبار الوجود الساري كما في المقام - حيث إنّ الحكم أعني الخيار، سار في جميع أفراد صاحب الحيوان - فذكر المقيّد أعني المشتري يمكن أن يكون من باب التطبيق لا من باب خصوصية في نفسه.

وأما ما كان بعنوان التحديد فالتعبير بالعنوان الملازم الغالب مع الشيء في مقام تحديد الشيء ليس خارجاً عن المحاوراة واحتياطاً بعيداً لا يمكن حمل الكلام عليه.

وإن شئت التمثيل فلاحظ هذا المثال وهو أنه، لو بسط شخص سفرة لمطلق من كان جائعاً سواء كان محتاجاً أم غنياً فيصح في مقام الجواب عن سؤال: ما الذي بسطت هذه السفرة له؟ أن يقال: هم المحتاجون؛ بملاحظة غلبة انطباق العنوانين أعني الجائع والمحتاج في الخارج، وهذا بخلاف ما إذا كان المبسوط

لأجله مطلق الإنسان فإنه يقبح في مقام الجواب المذكور القول المذكور وإن كان يحسن أيضاً بطريق الابتداء لا في مقام الجواب المذكور بملاحظة كون الغالب في من يتنفع بالسفرة هم الفقراء والمحتاجين.

وأما ما يكون جواباً عن سؤال تعيين من له الخيار، فمفروض السائل أن رجلاً اشترى جارية، وفي هذا الغرض لا شبهة أن الخيار خاص بالمشتري لأنه صاحب الحيوان لا البائع بملاحظة غلبة وقوع الثمن نقداً لا حيواناً.

فبقي صحيحة محمد بن مسلم الواقع فيها قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان»، ويقرب فيها أيضاً أن يقال: إن التعبير بالمتبايعين بملاحظة التلخيص في العبارة لأن يحمل على الموضوع الواحد محمولين، والمقصود في الصدر أن كلاً منهما صار صاحباً للحيوان يكون بالخيار وفي الذيل أن لكل واحد بشخصيته الخيار، فالمقصود اشتراك الخيار فيما بينهما وعدم تخصيصه بواحد، غاية الأمر في خيار المجلس يكون أبداً لكليهما وفي الحيوان يختلف باختلاف الموارد؛ فقد يكون للمشتري فقط وقد يكون للبائع كذلك وقد يكون لهما معاً، وإذن فتعين بحسب الجمع بين الروايات القول الثالث أعني الثبوت لصاحب الحيوان ثعناً كان أم مشمناً.

الموضع الثاني: العموم الذي يمكن أن يكون مرجحاً للمقام بعد فرض التعارض وعدم الجمع، شيان أحدهما: عموم «أوفوا بالعقود»، والثاني: عموم ما وقع في بعض الروايات «فإذا افترقا وجب البيع»^(١).

أما الأول فقد تقدّم الإشكال فيه، من حيث إنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية للشك في بقاء العقد بعد فسخ من يحتمل تأثير فسخه، وأما الثاني

فالإشكال المتصور فيه من جهات:

الأولى: أنّ وجوب البيع أمر وحداني غير قابل للتبعض لبساطة محله، أعني البيع فكما أنّ الصحة والفساد لا يمكن تبعضهما في حقّ المشتري والبائع، كذلك اللزوم وعدمه، فالبيع إن كان لازماً فهو كذلك في حقّ الطرفين، وإلاّ فليس كذلك في حقّها أيضاً. وحيث قد ثبت في المقام في حقّ المشتري بعد التفرّق عدم لزوم البيع ما لم ينقض الثلاثة، وإنّما الشك في خصوص البائع ولا معنى للزوم بالنسبة إليه فقط.

وبالجملة: فقد خصّص هذا العموم بالنسبة إلى المقام سواء كان للبائع بعد التفرّق أيضاً خيار كالمشتري أم لم يكن.

الثانية: أنّ هذه الجملة قد وقعت في ذيل أخبار خيار الحيوان بعنوان (ما عدا الحيوان) فيوجب تخصيص ما كان منها منفردة، وفي غير أخبار الحيوان بعنوان (ما عداها) أيضاً، فيكون مصبّ خيار المجلس ما عدا الحيوان، فلا ربط لهذا العموم بمقامنا الذي هو مبيعة الحيوان.

الثالثة: أنّه بمقام الحكم الحيثي وليس له نظر إلى نفي الخيار المطلق، وإنّما المنفي خصوص خيار المجلس فثبوت خيار الحيوان لا يتنافى هذا النفي واللزوم الحيثيين.

ويمكن ذبّ الأول: بمنع عدم قبول الوجوب للتفكيك فإنّ معنى الوجوب ليس إلّا عدم قبول الفسخ، وهذا يقبل التفكيك بأن يكون بالنسبة إلى واحد قابلاً وإلى آخر غيره، كما أنّ القابلية أيضاً ممكن التفكيك، ويدلّ عليه صحّة ذكر كلمة (سواء) عقيب قولنا: وجب البيع، بأن نقول: سواء بالنسبة إلى البائع أم إلى المشتري.

وحينئذ نقول: الإطلاق المنفرد عن باب خيار الحيوان مقتضاه عدم قابلية البيع بعد الافتراق للفسخ مطلقاً، خرج عن هذا الإطلاق المشتري في خصوص الحيوان إلى ثلاثة وبقي البائع.

وأما الإشكال الثاني: وهو أنه حيث وقع في ذيل هذه الأخبار في ما سوى الحيوان فلا إطلاق له بالنسبة إلى الحيوان.

فيمكن دفعه بأنه في مقام تشقيق الغاية دون مقام الثبوت، يعني بعد ثبوت الخيار يكون الغاية له في الحيوان ثلاثة وفي غيره الافتراق، حتى في مثل قوله - عليه السلام -: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفي ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١).

والمحصل من المجموع: أن غاية الخيار في الحيوان في حق المشتري انقضاء الثلاثة وفي غير الحيوان في حق كليهما هو الافتراق، وهذا ساكت عن حكم البائع في الحيوان، فيكون ظهور الإطلاق المستقل المفروض تعرضه له خالياً عن المزاحم والمعارض، على ما تقرّر في محله من حجية المطلق المقيّد بالمنفصل في ما عدا مورد التقييد.

وأما الإشكال الثالث: فالحق عدم إمكان ذبّه، إذ غاية ما يقال في ذبّه: أنه حيث وقع في ذيل روايات الحيوان قوله: «فإذا افترقا فلا خيار»^(٢) يعلم منه أنه ناظر إلى جميع الجهات، ولكن علمت أن إطلاق ثبوت خيار المجلس المنفصل عن دليل خيار الحيوان شامل لبيع الحيوان أيضاً من حيث الثبوت ومن حيث الغاية، وحينئذ لو كان الغاية حكماً فعلياً لزم بالنسبة إلى المشتري في الحيوان

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

٢- المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٣.

تخصيصه، وحيث يُلزم إما عدم ثبوت خيار المجلس في حقه مع الثبوت في حقّ البائع وإما ثبوته في حقه ولكن عدم سقوطه في حقّ المشتري بالتفرق الواقع في إنشاء الثلاثة، وحيث إنّ شيئاً منهما لا قائل به وجب المصير إلى كون الافتراق مسقطاً في حقه من حيث المجلس فقط مع بقاء خيار الحيوان، وإذا ثبت كون الغاية في حقه شيئاً ثبت في حقّ البائع أيضاً لاتحادهما في الإنشاء، فلا يمكن كون الإنشاء الواحد من جهة بعض الأفراد شيئاً ومن جهة آخر فعلياً، فقد تحصل ممّا ذكرنا أنّ المتعين على فرض التعارض هو التخيير الخبري لعدم المرجح.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، فلو لم يفرقاً ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان وبقي خيار المجلس، لظاهر قوله - عليه السلام -: «إنّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفرقا»^(١) خلافاً للمحكّي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق، وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم. اعلم أولاً: أنّه لا بدّ من التكلّم أولاً في أنّه هل لخيار المجلس في بيع الحيوان أعمّ من اجتماعه مع خيار الحيوان أو افتراقه ثبوت أو لا ؟ قد عرفت فيما تقدّم تأييد الثبوت ونزهد هنا فنقول:

قوله في صحيحة الفضيل المتقدمة - حيث إنّ السائل سأل أولاً عن خصيصة الحيوان فأجاب: ثلاثة أيام للمشتري، ثمّ سأل عن خصيصة غير الحيوان فعدل عن سياق الجواب الأول وأجاب بلفظ العموم فقال: «البيعان بالخيار ما لم يفرقا»^(٢) - دليل على عموم خيار المجلس لجميع أقسام البيع حتى بيع الحيوان، وأنّ ما ذكره - عليه السلام - في الصدر إنّما هو في مقام الزيادة التي تكون لبيع الحيوان على غيره، ويستفاد ذلك أيضاً من قوله في صحيحة محمد بن مسلم

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٥.

٢- المصدر نفسه: ح ٣.

وموثقة وزارة: «البَيْعَان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١) ويبقى منافياً لهذا روايتان:

الأولى قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٢).

والثاني قوله: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا»^(٣) وهذا وإن كان ظاهرهما التخصيص لأصل تشريع خيار المجلس بما سوى الحيوان، لا خصوص لغاية الافتراق كما تقدم ...

فإذا تحقق ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان، فهل يمكن اجتماعهما في زمان واحد حتى إذا كان ظاهر الأدلة ذلك أخذنا به أو لا حتى يتصرف في ذلك ويجعل مبدأ خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس؟ فلا بد أولاً من بيان الانحاء الممكنة بحسب التصور.

الأول: أن يكونا حقيقتين مختلفتين كالظهر والعصر وحقائق الأغسال على قول، فيكون حالهما حال العالم والهاشمي، وحيث لا إشكال في إمكان اجتماعهما ولا يلزم تأثير العلتين في المعلول الواحد بل لكل منهما معلول مستقل.

الثاني: أن يكون حقيقتهما واحدة ولكن كانت ذات مراتب من الشدة والضعف كالسواد، وحيث لا يلزم لغوية الأسباب المتعددة بل كل منها مؤثر أثره فيفيد ازدياد المرتبة كما هو الحال في السواد عند تعدد المسودات في المحل الواحد الشخصي.

الثالث: أن يكون الحقيقة واحدة والمرتبة أيضاً واحدة، والوجود أيضاً

١- الرسائل: الجزء ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١ و ٢.

٢- المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

٣- المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٥.

حسب الفرض من وحدة المحلّ شخصاً أيضاً واحد، وحيث لا يمكن تأثير كل من الأسباب استقلالاً بل لابد من مؤثرية المجموع، وهذا نظير توارد الأسباب المتعددة التي يكفي كل واحد بانفراده على إزهاق روح زيد، فلا بد من استناد هذا المعلول الواحد الشخصي إلى مجموع تلك العلل؛ لأن الاستناد إلى واحد معيّن ترجيح بلا مرجح وإلى الغير المعيّن غير معقول؛ لأن المبهم الواقعي لا واقع له، وإنّما هو صرف انتزاع عقلي، وإلى الجامع يوجب انعزال الخصوصيات عن التأثير مع ضرورة صحّة النسبة إليها كما في حال الانفراد، فكما يقال عند الانفراد: قتل زيد عمراً، كذلك في حال الاجتماع أيضاً يقال: قتل زيد وعمرو بكرة.

لا يقال: يلزم حيثئذ تبعض المعلول على أجزاء هذا المجموع فيكون المعلول كالعلة مركباً مع ضرورة كونه بسيطاً كما في حال وحدة العلة.

لأننا نقول: لا يضرّ بساطة المعلول تركيب العلة، لأن المجموع أيضاً عنوان بسيط، كما أنّ الصلاة تؤثر في النهي عن الفحشاء مع أنّه بسيط وهي ذات أجزاء، والحلّ: أنّ الهيئة المجموعية أمر وحداني بسيط، هذا ما أفاده شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -.

فتحصّل أنّه إذا كان ظاهر الدليلين أعني: دليل خيار المجلس، ودليل خيار الحيوان، هو ثبوت كل منهما من حين العقد اللازم منه اجتماع كليهما في ما قبل الافتراق، لا يمنع عنه مانع حتّى نلتزم بالتصرّف، وجعل مبدأ الثاني من ما بعد التفريق من غير فرق بين شيء من الأنحاء الثلاثة المذكورة.

أمّا على الأولين فواضح، وأمّا على الأخير فقد عرفت أنّ المسبّب وهو الخيار أمر واحد شخصي غير قابل للتأكد والشدة، ولكن يقبل تأثير المتعدد فيه بنحو الجزئية، والذي لا يقبل تأثير المتعدد بنحو الاستقلال، وظاهر الدليل وإن كان هو

الاستقلال ولكن لابد من غمض العين عن هذا الظاهر بواسطة شهادة العقل بعدم الإمكان.

وأما إنَّ الثابت من هذه الأنحاء ماذا؟ فالظاهر هو القسم الأخير.

أما تعدّد الحقيقة فالطريق إليه تعدّد الآثار وليس أثر الخيار غير الفسخ والإمضاء، وأما الإسقاط والنقل فهما فرع ثبوت أصله ولا شك أنَّ الفسخ والإمضاء أثر واحد ولا يتمشى من طبع الخيار غير هذا الأثر الواحد حتّى نستكشف من اختلاف الأثر اختلاف حقيقة المؤثر، مضافاً إلى أنَّ حقيقة الخيار كحقيقة الملكية حقيقة عرفية، وليست كالظهور والعصر وحقائق الأغسال ممّا لا سبيل للعرف إلى معرفتها، ولا شك أنَّ العرف كما لا يرى للملكية حقيقتين متصادقتين في مال شخصي، كذلك عندهم حال الخيار، ومن هنا تعرف عدم صحة الوجه الثاني، وأنّه ليس الباب باب الاختلاف في الشدّة والضعف أيضاً، لأنَّ الفسخ والإمضاء ليسا بقابلين لذلك، فتحقّق الوجه الثالث.

ثم على الوجهين الأولين لو أسقط من ثبت له الخياران أحد الخيارين كان مؤثراً في سقوطه بلا إشكال، وأما على الوجه الأخير فهل للإسقاط الحيثي أيضاً أثر كحصول الغاية؟ - فإنّه يوجب استناد المعلول الواحد الشخصي إلى الفرد الآخر من السبب بعينه على الاستقلال - رجّح شيخنا الأستاذ - دام علاه - ذلك ببيان: أنَّ الإنشاء للإسقاط من حيثية واحدة في غاية الإمكان، فيكون هو مقتضياً للسقوط، ولكن وجود السبب الآخر حافظ للمعلول ومانع عن سقوطه، فمتى خُلّي هذا المقتضي عن المانع أثر أثره.

مثلاً: إذا أسقط الخيار من حيث بيع الحيوان فما دام لم يحصل الافتراق لا يؤثر هذا الإنشاء شيئاً، وأما بعد حصوله فيرتفع المانع فيسقط الخيار من هذا

الحين، لأن أحد السببين له بطل بحصول الغاية والآخر بواسطة الإسقاط.

ثم إنه على فرض عدم الدليل في جانب الإثبات والشك في أن مبدأ خيار الحيوان هو العقد أو من حين التفرق فهل مقتضى الأصل ماذا؟ قد يقال: إن أصالة عدم حدوث خيار الحيوان إلى ما بعد الافتراق جارية، وكذلك أصالة بقاءه إلى ما بعد الثلاثة من حين العقد.

واستشكل على الأول شيخنا المرتضى - قدس سره - بأنه مثبت ووجهه شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأن الخيار وعدمه وإن كانا كالوجوب وعدمه لا يلتمس في إجراء الأصل فيهما وجود الأثر الشرعي وعدمه - لأن نفسيهما أثر شرعي - لكن لابد من أن يكون للجعل الظاهري لهما فائدة ولو عقلية، إذ لو خلى عن كل فائدة كان لغواً، وجعل عدم خيار الحيوان فيما قبل التفرق بقضية الاستصحاب لا ترتب عليه فائدة أصلاً، إذ الفائدة المنوطة عدم جواز الإسقاط لخيار الحيوان، ولكنه لا يعد ثمرة؛ لأنه لو كان مبدؤه ما بعد التفرق أيضاً جاز الإسقاط لمعرضيته للوجود فيكون كالإسقاط في ضمن العقد، وحينئذ فلا بد لتحصيل الثمرة من إثبات كون المبدأ للحدوث ما بعد التفرق وهذا مثبت، هذا ما قاله - دام ظله -.

لكن استشكل عليه الحضار: بأنه يكفي في الثمرة أنه لو صرح في ما قبل التفرق: بأن إسقطت كل خيار ثابت لي فعلاً ما لم يحصل التفرق بحيث صار لي بواسطته الفسخ والإمضاء جائزين قبل التفرق، لا يؤثر هذا في سقوط خيار الحيوان لو كان مبدؤه ما بعد التفرق، ويؤثر لو كان مبدؤه من حين العقد.

واستشكل على الثاني شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأنه بعد العلم بأن مدة خيار الحيوان لا تزيد ولا تنقص عن ثلاثة أيام، غاية الأمر شك في مبدأ هذه الثلاثة وأنه العقد أو التفرق، فلا يوجب هذا الاستصحاب زيادة في عمر

المستصحب وقد كان معتبراً فيه حسب ما استظهر من دليله على تفصيل مقرر في الأصول ذلك، نعم لا بأس باستصحاب الجامع.

ثم إنه استدلل على كون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق بما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري.

وأجاب شيخنا المرتضى - قدس سره -: بأن أدلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس، انتهى.

واستشكل فيه شيخنا الأستاذ: بأن وجه ذلك إن كان هو الانصراف فهو ممنوع، ألا ترى أن ما دل على أن التلف في زمن الخيار المشترك من المشتري يشمل التلف الحاصل في المجلس؟

فالحق أن يقال بتخصيص ذلك الدليل أعني: ما دل على أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، بما دل على أن التلف بمن لا خيار له، فيتحصل من مجموع الدليلين: أن ورود التلف على كيس المشتري مشروط بمماثلته مع البائع، وعدم زيادته عليه بخيار يختص به دونه، وإن كان هنا خيار مشترك أيضاً، وهذا وإن كان خلاف الظاهر - فإن الظاهر من دليل ورود التلف على كيس من لا خيار له عدم جنس الخيار - ولكن بعد ملاحظة مجموع الدليلين يصير متعيناً في مقام الجمع.

هذا على تقدير كون الدليل على أن التلف في الخيار المشترك من المشتري لفظياً، وأما على تقدير كونه القاعدة أعني: قاعدة ورود تلف المال على مالكة حين التلف فالأمر أوضح، لأن المقام من باب المقتضي واللامقتضي.

ثم إن الظاهر جريان ما قلنا في خيار المجلس من اختصاصه بالمالك العاقد في هذا الخيار أيضاً، فلا يثبت في حق الوكيل بأقسامه، وأما الأصيل في باب الفضولي بعد الإجازة، فإن قلنا: بأنه يصير بالإجازة بيعاً، فلا إشكال لاجتماع

القيدتين فيه، وأما على العدم فلا يثبت له كالفضوليتين.

ودعوى أن إثبات الخيار لعنوان صاحب الحيوان في بعض الأخبار المتقدمة مقتض لكفاية هذا القيد مدفوعة، بأنه وإن لم يصرح قيد البيئية في الكلام، ولكنه مفهوم من السياق كما هو واضح على العارف بأسلوب الكلام وقرينة التقابل بالبيعين.

وأما الصرف والسلم: فلا شك أن البيع العرفي متحقق فيهما قبل القبض، فاللازم ثبوت الخيار أيضاً قبله ولا يلزم اللغوية؛ إذ يكفي في عدم اللغوية وجوب التقابض لو قلنا بوجوبه نفساً قبل القبض مع توقف الملكية عليه وعلى تقدير عدم القول به، قابلية حصول الملكية فيما بعد بتوسط القبض، فيؤثر الفسخ في إزالة هذه القابلية، هذا.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة الأيام، وهل الليلة الأولى أيضاً داخلة بأن يكون المراد من كل يوم هو مع ليلته - فيكون مقدار الخيار اثنتين وسبعين ساعة - أو أن المراد بكل يوم بياض اليوم وإنما أريد الليلتان المتوسطتان من القرينة الخارجية أعني الاستمرار المستفاد من غير مادة اليوم؟ رجح شيخنا الأستاذ - دام علاه - الأول، ورجح شيخنا المرتضى - قدس سره - الثاني.

وحاصل ما أفاد شيخنا الأستاذ في تقريب مرامه في مجلس بحثه الشريف: أنه لا شبهة أن المتكلم إذا صار بصدد بيان امتداد الشيء ومقدار عمره كما إذا قال: طول عمر البق ثلاثة أيام، فالإنسان يفهم أنه قاصد لحدّ محدود مضبوط، لا يزيد ولا ينقص باختلاف الأحوال والأفراد والسنين والفصول، فلو ولد بق في أول النهار لا يصير أقصر عمراً من بق آخر ولد أول الليل، فهذه القرينة معيّنة لأن يكون المراد من اليوم هو مع ليلته، فإن ثلاث دورات اليوم والليل مضبوطة

الساعات، بخلاف ما إذا أُريد من اليوم نفسه، فإنَّ أيام الصيف أطول من أيام الشتاء.

وأيضاً لو أُريد بياضات الأيام، فإزادة الليلتين المتوسطتين كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - يستفاد بقرينة أنَّ الخيار خيار واحد مستمر غير متخلَّل في أثنائه عدم، وأمَّا الليلة الأولى لو فرض وقوع العقد في أولها أو أثنائها، فلا دليل على إدخالها لعدم شمول مادة اليوم ولا اقتضاء القرينة الخارجية المذكورة.

فإن قلت: هو لقضية قوله: «صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة»^(١) فإنَّ تعليق الحكم على العنوان مقتض لثبوته بمحض تحقق العنوان، وأمَّا قيد ثلاثة أيام فهو إنَّما يكون في مقام بيان غاية الامتداد وأنَّه لا يتجاوز عن هذا الحد، وليس في مقام الحصر مبدأً وغايةً في الثلاثة.

قلت: دلالة بعض الأخبار على ما ذكرت مسلّم، أعني: كونه بصدد بيان الغاية مع السكوت عن المبدأ، فيؤخذ بالإطلاق ويحكم بتحقيق الخيار من أوَّل آنات حصول عنوان صاحب الحيوان.

وأمَّا لو فرض ظهور بعض الأخبار الأخر المتقدمة في الكون بصدد التعرُّض من كلتا الجهتين، أعني: التعيين للأوَّل والآخر وأنَّه بتمامه يكون في ظرف ثلاثة أيام، فهذا مقدّم على الطائفة الأولى تقدّم المقيد على المطلق، فإنَّ الأخذ بالأوَّل من باب عدم ذكر الخلاف، فإذا ورد المخالف فهو غير مزاحم معه كما هو الحال في كلٍّ مطلق ومقيد.

اللَّهمَّ إلّا أن يقال: بتوهين هذا الظهور في الثانية في حدِّ نفسه من باب أنَّه وإن كان ظهوراً مستفاداً من الجمود على اللفظ إلّا أنَّ استبعاد العرف خروج الليلة عن الخيار والانتظار للصبيحة في تحقُّقه يوجب إلغائه، فافهم وتأمل هذا.

وأيضاً لو جمدنا على ظهور الأيام في البياضات الثلاثة فربما يمكن دعوى صدق هذا العنوان على ما إذا بقى من اليوم الأول ساعة فوق العقد، فإذا كان الخيار من هذا الحين إلى آخر اليوم الثالث يصدق أنّ الخيار تحقق ثلاثة أيام وانقضى بانقضاء الثلاثة، ألا ترى أنك لو صرت ضيفاً لأحد تقول: إني كنت يوم الجمعة في منزل فلان مع أنّ مقدار توقفك في منزله، لم يبلغ إلا ساعة.

وبالجمله إطلاق اليوم على بعضه صار شائعاً بحيث لا ينصرف عنه الإطلاق وأما وجه اعتبار انقضاء اليوم الثالث فهو قوله -مدهم- في بعض الروايات: «فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(١) حيث أناط حصول الوجوب على مضي الثلاثة وهو متوقف على انقضاء اليوم الثالث.

اللهم إلا أن يقال: إنّ الإطلاق المذكور في المثال وأمثاله يكون بمعونة القرينة وإلا فمثل قول المسافر: إني توقفت في البلد الفلاني ثلاثة أيام، أو قولك: أمسكت عن الغذاء ثلاثة أيام، أو جلست كذلك ظاهر في تمام الأيام الثلاثة.

وبالجمله الأمر القارّ الذات إذا اضيف إلى قطعة من الزمان ظاهر في استيعابه لتتام تلك القطعة، والمقام من هذا القبيل.

وعلى كلّ حال المعتمد ما ذكر أولاً من إرادة الأيام ولياليها من الأيام الثلاثة لعدم تحقق الانضباط في الحدّ إلا بذلك.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور.

أحدها: اشتراط سقوطه في العقد ولو شرط سقوط بعضه جاز.

الثاني: إسقاطه بعد العقد، وقد تقدّم الأمران.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٥٠، ح ٩.

الثالث: التصرف و لاخلاف على المحكي في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار، ويدل عليه صحيحة ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري [فيما اشترى] حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضى منه و لا شرط له (أو فلا شرط له) قيل له: وما الحدث؟ قال -عنه السلام-: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء»^(١) وقوله -عنه السلام-: «فذلك رضى منه»^(٢) ليس المراد به الرضى بأصل الملكية فإن هذا ليس أمراً حادثاً بواسطة التصرف بل أمر حاصل من حين العقد إلى حين الفسخ، فالمراد به الرضى بالعقد في مقابلة كراهة ضده أعني الفسخ فنقول: قوله -عنه السلام- فذلك رضى منه ولا شرط له يحتمل وجوهاً أربعة.

أحدها: أن يكون جملة (فذلك رضى منه) جواباً للشرط، يعني حكماً شرعياً للموضوع المتقدم لا خصوص الجواب التحوي، فكأنه قيل: لإحداث الحدث في الثلاثة من المشتري في ما اشترى التزام وإمضاء للعقد، ومعلوم من الخارج أن حكم الإمضاء نفي الخيار إما لأنه أحد عدليه وإما لرجوعه إلى الإسقاط على الخلاف المتقدم في حقيقة الخيار، وعلى هذا لا وجه لتخصيص الحدث بتصرف مخصوص بل لا بد من التعدي إلى كل ما تصدق عليه هذه اللفظة، ولا يستفاد من الكلام على أيضاً، فإن قوله: (لا شرط) على هذا تفصيل لذلك الإجمال نظير قولك: هذا خمر تنزيلاً يحرم شربه.

الثاني: أن يكون الجواب الشرعي بالمعنى المتقدم قوله -عنه السلام-: «لا شرط» ويكون «فذلك رضى»^(٣) إخباراً عن الواقع وهذا أيضاً على قسمين:

الأول: أن يكون هذا الإخبار بياناً للحكمة في التشريع فكأنه قيل: مطلق

١ - ٢ - الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار ص ٣٥١، ح ١.

٣ - المصدر نفسه.

إحداث الحدث مسقط الخيار والحكمة في تشريع هذا الحكم كون الحدث بحسب النوع التزاماً بالعقد وهذا أيضاً كالأول في عدم التقيد للحدث، فإنّ الحكمة لا يجب أطرافها.

فإن قيل: ما الفرق بين الحكمة والعلة؟ ولو لم تكن الحكمة مطردة لزم كون التشريع في غير موردها جزافاً صرفاً.

قلت: مرادنا بالحكمة الغرض الأصلي الباعث على التشريع، ولا ينافي أضيقيّة دائرته من دائرة التشريع بواسطة توليدها غرضاً آخر موجباً لتوسيع دائرة التشريع، كما يلاحظ في حكم السلطان العرفي بأخذ كلّ من يخرج في الساعة الرابعة من الليل مع كون الغرض الأصلي أخذ السارق، لكن بما يرى أنّ تخصيص خطابه بعنوان السارق يوجب الوقوع في خلاف الواقع كثيراً يوجب هذا تعميمه الحكم فمثل ذلك أيضاً ممكن فيما نحن فيه.

الثاني: أن يكون الإخبار بياناً للعلة وهذا يوجب التقيد للحدث بمورد وجود العلة، فالمحكوم بالمسقطيّة خصوص الأحداث التي تكون التزاماً وإجازة فعلية للعقد عرفاً، لأنّ العلة مضيقة كما هي موسعة، وهذا أيضاً يحتمل وجهين:

الأول: أن يكون الشارع حين رأى تلك الأحداث التي حالها حال الأقوال في الكشف عن الرضى القلبي والالتزام الباطني بالعقد مع عدم الاقتران بالصارف أو ما يصلح للصارفيّة، بملاحظة نوع اتحاد بين الكاشف والمكشوف طبق الرضى على نفس الأفعال الخارجية من أخذ الحافر والنعل والركوب فراسخ وأمثالها.

الثاني: أنّه وإن لاحظ تلك الأفعال لكن لا بما هي بل بما هي حاكية عن الرضى القلبي - وفي هذا النظر الاستطراقي الذي كلّ ما يحمل من المحمولات

فيه يرجع إلى ذي الطريق - طبق الرضى وعلّق عليه حكم الإسقاط.

ولازم أول هذين الوجهين دوران الحكم مدار وقوع تلك الأفعال بشرط تمامية أركان كشفها عن عدم القرينة بعد الدلالة في حدّ أنفسها، فلو تبين عدم الرضى القلبي بعد ذلك وتخلّف الكاشف النوعي في مورد شخصي عن المكشوف لا يضرّ بالحكم.

ولازم الثاني: كون تمام الاناطة بالمكشوف فمع التخلّف يرتّب آثار عدم السقوط، فهذه أربعة احتمالات.

فإن قلت: لا موجب للحصر فإنّ هنا احتمالاً خامساً وهو أن ينظر إلى مجموع الكاشف والمكشوف ويحمل عليه الرضى ويعلّق عليه حكم الإسقاط، وهو العلم الطريقي على وجه جزء الموضوع، وقد فرغ عن إمكانه في محله.

قلت: نعم هو صرف إمكان عقلي ولكنّه لا يعدّ احتمالاً في الرواية، فإنّه لكثرة بعدها عن الظاهر غير محتمل فتصير الاحتمالات منحصرة في الأربعة.

وحيث إنّ احتمال التنزيل وهو الاحتمال الأوّل بعيد عن اللفظ - فإنّه ظاهر في مقام الإشارة إلى أمر مسلم لدى المخاطب كبرى وصغرى لا كبرى فقط - والاحتمال الثاني أعني كون ذلك حكمة يكون أيضاً خلاف الظاهر فإنّ الظاهر من أمثال هذه التعبيرات هو العلية.

وأما الاحتمال الرابع: أعني كون الجملة علّة للحكم مع الاناطة على المكشوف فهو وإن كان لا يبعد عن ظاهر اللفظ ولكنّه مقطوع الخلاف من الخارج، فإنّ الكبرى المسلمة الخارجية التي طبقها الإمام - عليه السلام - على المقام قد أخذ فيها جزءان: الرضى والمظهر، فلو فرض العلم بالرضى بطريق الرمل والجفر لا يكفي في الحكم بالسقوط، فينحصر الأمر في الاحتمال الثالث.

فإن قلت: يبعد هذا الاحتمال أيضاً أمران، أحدهما: الأمثلة المذكورة في الذيل، فإنَّ النظر واللمس والتقبيل غير دالة على الرضى نوعاً، الثاني: أنَّ أفراد الحدث في الخارج يغلب فيها ما لا دلالة فيه على الرضى بحيث يمكن دعوى قلَّة الدالِّ منها في جنب غيره، ومع هذا يستهجن التعليل بقول مطلق فهو نظير التعليل للنهي عن أكل الرمان بأنَّه حامض مع كون الحامض في أفرادهِ قليلاً.

قلت: أمَّا الأوَّل فيمكن الجواب عنه بالفرق في نظر العرف بين الجارية وسائر المملوكات، فحال الجارية حال الزوجة في كون المرغوب فيها المحجوبة والاستتار، فلو أخذها المشتري وقبلها أو لامسها أو نظر إلى ما يحرم قبل الشراء أعني إلى العورة - فإنَّ النظر إلى ما عداها غير محرمة قبل الشراء مقدَّمة للشراء - ثمَّ ردَّها إلى بائعها صار ذلك موجباً لعدم رغبة الناس في ابتاعها، فإنَّ العمدة في الجارية تصيرها أمَّ ولد ولاشكَّ أنَّ النظر في أمر أمِّ الولد كنظرهم في أمر الزوجة في مراعاة قلَّة نظر الغير إلى عورتها ولمسها وتقبيلها فلا يرغبون فيمن وقع في حقِّه أمثال ذلك.

أمَّا الثاني: فلا نسلم قلَّة الأفراد المذكورة في جنب غيرها بل إذا لوحظ أخصيَّة مادة الحدث من مادة التصرف يمكن دعوى العكس، وأنَّ الغالب في أفراد الحدث هو الدلالة فتدبر.

هذا كلُّه على تقدير تسليم أنَّ المراد بالرضى هو الرضى والالتزام بالعقد الذي هو ضدَّ الفسخ ولا يتمسَّى لاحالة من غير العالم بالخيار، ولكنَّه مناف لإطلاق الرواية، فإنَّ قوله - عليه السلام - : فإنَّ أحدث المشتري^(١) إلى آخره لا اختصاص له بالمشتري العالم بخيار الحيوان فيشمل الحدث الصادر من الجاهل، وبهذه القرينة بضم القطع بعدم إرادة الرضى بأصل الملكية كما تقدَّم يحصل معنى ثالث

وهو الرضى بأصل إمساك الملك والغمض عن ردّه إلى البائع، فإن هذه الحالة يمكن التمثيل من العالم والجاهل الذي بحسب نفسه ملجأ بقبول البيع والتزامه، ولكنها ما دامت كامنة في نفسه ولم تصل إلى مقام الإظهار بالفعل الدالّ النوعي على وجودها في نفس الفاعل لا تثمر في سقوط الخيار وإنما تثمر بسبب تحقق الإظهار الفعلي.

فإن قلت: الجاهل المذكور يرى نفسه من الأوّل ملتزماً بالقبول فكيف يصحّ حل هذا المعنى على الحدث؟ وهذا أيضاً كالرضى بأصل الملكية الذي قلت إنه غير مقصود من العبارة لكونه أمراً حاصلًا من الأوّل.

قلت: مجرد الجهل لا يوجب ما ذكرت فإنّه ربّما يتوسّل إلى انفساخ العقد بالتقابل أو بوجه آخر، فما دام لم يبرز منه العمل الدالّ على الالتزام بالملكية فمجرد الجهل غير حاكم بكونه ملتزماً.

وبالجملة على هذا الوجه يسقط الاحتمال الأوّل من الاحتمالات الأربعة المذكورة أعني إرادة التنزيل، فإنّ التنزيل إنّما يصحّ فيما إذا كانت في موضوع الرضى كبرى وجدانية خارجية، وعلى هذا المعنى ليس للرضى هذا المعنى، وإنّما المرتكز في الأذهان مسقطية الالتزام بالعقد الذي هو عدل الفسخ الصادر من العالم بالخيار، لا هذا المعنى المتساوي النسبة إلى العالم والجاهل، فتدبر.

الثالث: خيار الشرط:

أعني: الثابت بسبب اشتراطه في العقد، وقال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - : لا خلاف في صحة هذا الشرط ولا في أنّه لا يتقدّر بحدّ عندنا، ونقل الإجماع عليه مستفيض، والأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوّغة لاشتراط كلّ شرط إلّا ما استثنى، والأخبار الخاصّة الواردة في بعض أفراد المسألة.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره «أن المسلمين عند شروطهم»^(١) ويزيد في صحيحة ابن سنان «إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز»^(٢) وفي موثقة إسحاق بن عمار «إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً»^(٣) انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام ظله -: أما الأخبار الخاصة مثل صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام - في حديث قال - عليه السلام -: «وإن كان بينهما شرط أيتماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن ... الشرط فهو من مال البائع»^(٤). ورواية السكوني: «إن أمير المؤمنين - عليه السلام - قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط إلى نصف النهار»^(٥).

والأخبار المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برّد الثمن كما سيأتي نقلها إن شاء الله تعالى، فالتمسك بها مع التأيد بالإجماعات المنقولة المستفيضة حسن في إثبات المطلب.

وأما الأخبار العامة: فلا إشكال في التمسك بها أيضاً بناءً على ما ذهب إليه - قدس سره - في معنى الاستثناء الواقع فيها، وأما على ما نحتمل من معنى آخر فيها فربما يشكل الحال.

وتوضيح معنى الاستثناء على سبيل الإجمال: أن المراد بالتحليل والتحرير هو الترخيص والمنع الصادران من نفس الشارط، فإذا قال: بعثك بشرط شربك الخمر، فهذا معناه: رخصتك في الشرب، وإذا قال: بشرط عدم شربك الماء، فهذا

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٣، ح ١، ٢ و ٥.

٢- المصدر نفسه: ح ٢.

٣- المصدر نفسه: ح ٥.

٤- المصدر نفسه: الباب ٨، من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ٢.

٥- المصدر نفسه: الباب ١٢ من أبواب الخيار، ص ٣٥٩، ح ١.

منع منه للمشروط عليه عن الشرب، وعلى هذا فربما يستشكل بأنه لا داعي لكل مشرط لفعل أو ترك أو نتيجة إلا لأن يحصل به أمر غير حاصل وهو بأن لا يكون للمشروط عليه في صورة شرط الفعل ملزم شرعي إلى الفعل أو نفساني وكذا النتيجة، فإنه إذا كانت النتيجة حاصلة فاشترطها أمر لغو لا يصدر عن عاقل.

فعلى هذا مرجع كل شرط إما إلى سد باب فتحه الله أو فتح باب سده الله، وهذا معنى تعميم التحليل والتحريم إلى الطلبي والوضعي، وكذا الحلال والحرام فلا يبقى للمستثنى منه إلا شرط ترك المحرمات، وفعل الواجبات والتأنيح الحاصلة لولا الشرط.

وحاصل التفصي على ما اختاره شيخنا المرتضى - قدس سره - أن يقال: إن الحلال والحرام الثابتين في الشريعة على قسمين، أحدهما: ما ثبت للذوات في حال التجرد عن العناوين الطارئة وباعتبار أنفسها لو خلّيت وطبعها كما في حلية لحم الغنم، وهذا لا يزاحم حكماً ثابتاً لعنوان ثانوي وارد على الذات؛ فإن وروده يوجب قلب الموضوع وخروجه عن وصف التجرد إلى موضوع آخر معنون.

والثاني: ما يثبت للذوات مع الإطلاق لجميع الحالات الطارئة والعناوين العارضة عليها، وهذا لا محالة يحصل التنافي بينه وبين الحكم المنافي الثابت للعنوان الطارئ، لأن الموضوع حسب الفرض محفوظ فيبقى التنافي بين الحكمين، فما ورد في بابي الشرط والصلح من استثناء ما كان منها تحليلاً للحرام وتحريماً للحلال ناظر إلى الحلال والحرام اللذين كانا من قبيل القسم الثاني، وما يلزم من استثناءه لغوية البايين هو الحلال والحرام اللذان من القسم الأول.

فشان البايين هو التغيير والتبديل فيما كان من القسم الأول وليس فيه تحليل وتحريم بل هو قلب للموضوع وإخراج له عن الوصف الذي به صار موضوعاً

والتحليل والتحریم إنما يتحققان في القسم الثاني الذي فرض فيه سראية الحكم وإطلاقه إلى جميع حالات الموضوع التي منها حالة الاشتراط؛ فإنه لو نفذ الشرط حيثنذ فاللزام منه رفع الحكم مع حفظ الموضوع.

وحاصل الإشكال الذي أورد على هذا التفصّي شيخنا الأستاذ - دام ظلّه -: أنه إن أريد من الحلال والحرام ما كان مدلولاً للأدلة بها هو مدلول، وبعبارة أخرى: كان قوله - عليه السلام -: الحلال والحرام ناظراً إلى مفاد الأدلة الذي يستنبطه المجتهد في مقام الإثبات، فالتشقيق صحيح، فلما المعنى حيثنذ أنه ينظر إلى مفاد الأدلة الأولى، فإن استفيد منها حكم حيثي مع عدم النظر في مقام الدلالة إلى العناوين الطارئة، فالشرط صحيح وإن كان المفاد منها الحكم مع ثبوت الإطلاق الدلالي بالنسبة إلى الحالات الطارئة، فالشرط باطل ولا يجوز رفع اليد عن ذلك العموم والإطلاق الإثباتيين بدليل الشرط وملاحظة المعارضة بينهما، ولكن كون الكلام ناظراً إلى مقام إثبات الأدلة بعيد غاية البعد.

وإن أريد الحلال والحرام الثابتان بحسب مقام الثبوت ونفس الأمر اللذان هما ذات المكشوف بالأدلة في مقام الإثبات، فالاستثناء حيثنذ يرجع إلى أمر ركيك وتوضيح للواضح، فإن المعنى أنه إن كانت الحلية والحرمة الواقعتين اللتين شرط خلافهما الشارط بحسب مقام ثبوتها وواقعتهما ساريتين إلى هذه الحالة الطارئة على الموضوع وهو حالة الاشتراط فالشرط باطل، وإن لم تكونا بساريتين إلى العنوان الطارئ وواقعتين على مرتبة الذات المجردة فالشرط صحيح، والشق الأول راجع إلى أنه لو كانت الحرمة الواقعية الفعلية ثابتة حال الشرط بفعليتها فلا يمكن أن يجيء الوجوب من قبل الشرط، وهذا أمر بديهي لعدم إمكان الحرمة والوجوب التعمينيين في مورد شخصي مع عدم المندوحة.

فإن قلت: يمكن وجودهما بوصف الفعلية وتزامهما.

قلت: معنى الفعلية في المتزامين ثبوتها مع قطع النظر عن حال التزامهما والمفروض هنا الفعلية حتى بالنظر إلى حال الابتلاء بصفة الاشتراط، وحكمها الجائي من قبل أوفوا بالشروط ولا شبهة في عدم معقولية اجتماع الفعليتين بهذا المعنى.

وحاصل التفتي على ما مال إليه أستاذنا - دام ظلّه - بعض الميل في مجلس الدرس أن يقال: إنّ الحلال والحرام يراد بهما الواقعيان لا ما هو مفاد الأدلة وفي مقام الإثبات لكنّ المقصود منهما كلّ حكم جاء من قبل اقتضاء في الموضوع لجعل ذلك الحكم، وحاصل الاستثناء يرجع إلى أنّ الاشتراط لا يقوم بقبال الأحكام التي جعلها الشارع باقتضاء المقتضيات في موضوعاتها ولو فرض كون المقتضي بحيث لا يقاوم العناوين الطارئة ويكون مغلوباً لها، ولكن إذا وقعت متعلقاتها تحت عنوان الشرط، فهذا العنوان ليس كسائر العناوين في مغلوية ذلك الاقتضاء في جنبه ونخرج بهذا الأحكام التي جعلها الشارع لا لاقتضاء في الموضوعات لجعلها، بل لعدم اقتضاء في جعل أضدادها.

مثلاً الإباحة قد تكون معمولة لاقتضاء في الموضوع، كما لو كان في حد ذاته مناسباً للإيجاب، ولكن مناسبتة للتسهيل والامتنان، وغلبة هذا على الأول أوجب جعل الإباحة.

وقد تكون مسببة لا عن الاقتضاء بل لعدم اقتضاء في شيء من جانبي الفعل والترك للطلب الإلزامي ولا غيره إلى جعل ذلك، فكلّ ما كان من قبيل الأول فالشرط في مورده باطل لأنّه تحليل وتحريم، وكلّ ما كان من الثاني فلا تحليل ولا تحريم فيصح.

إن قلت: كيف يكون في الأول تحليل وتحريم إذا فرض عدم ناظرية الحكم بواقعه لحالة الاشتراط وكان حكماً حيثياً فإنه حينئذ قلب الموضوع وفرق بين إبطال الموضوع وإبطال الحكم.

قلت: قد أسند التحليل والتحريم إلى الشارط فهما فعله ولا شك أنه علق التزامه الشرطي على نفس العنوان المحكوم بالحكم، وبعبارة أخرى هو مع الحكم يرد على ذات الموضوع دفعة وفي عرض واحد، فلو فرض نفوذه كان إبطالا للحكم في رتبة وجود موضوعه، نعم حكم الشارع حيث إنه متأخر عن فعل الشارط والتزامه كان لا محالة في موضوع آخر غير الذات المجردة، وحينئذ يمكن أن يقال بمناسبة الحكم والموضوع بانصراف عنوان التحليل والتحريم إلى القسم الأول، إذ يصدق في الثاني أن الشارط ما فعل شيئاً بقبال الشارع - عليه السلام -، هذا حاصل الكلام في توضيح الاستثناء.

إذا عرفت ذلك فنقول في مسألتنا: شرط الخيار في البيع مناف بحسب الصورة، لآية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ولرواية «إذا افترق البيعان وجب البيع»^(٢) ولكن على المذاق الأول في معنى الاستثناء يمكن أن يقال بعدم المنافاة لشيء منهما.

أما الآية الشريفة: فلأن مفادها وجوب الوفاء بالعقد والإتيان بمقتضاه كيف ما كان؛ فإذا فرض إدراج الشرط في العقد فالوجوب يتعلق بهذا الموضوع المقيّد.

وأما الرواية الشريفة: فمفادها حكم حيثي وقد عرفت اختصاص التحليل والتحريم على هذا المذاق بما لم يكن من هذا القبيل.

١- المائدة: ٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

لا يقال: يتنافى كونه حيثياً جعله - قدس سره - هذه الرواية مع الآية مرجعاً في ما تقدم في مسألة نفي خيار بائع الحيوان بعد تعارض الأخبار من الطرفين.

لأننا نقول: لا منافاة لإمكان كون الخطاب من جهة فعلياً ومن أخرى حيثياً ومن الممكن القول بفعلية الحكم المزبور بالنظر إلى خصوصية بايعة الحيوان، وبعبارة أخرى بالإضافة إلى أفراد البايعين والبيوع والمبيعات وعدم فعليته بالنظر إلى مثل عنوان الاشتراط، هذا على المذاق الأول.

وأما على المذاق الثاني فيمكن أيضاً تقريب عدم المناقاة، أما في الآية فيها تقدم، وأما في الرواية فبأن يقال: إن الوجوب ونفي الخيار حكم جاء من قبل عدم الاقتضاء، فإن الملك إذا حصل فالرفع والإزالة محتاج إلى السبب وأما الترك بحاله فيكفيه عدم سبب الرفع.

لا يقال: يكفي في السببية للوجوب نفس بقاء الملك الذي هو بطبعه.

لأننا نقول: هذا من قبيل بقاء الجسم في محله ما لم يحدث المزيل وهذا بقاء الموضوع، والذي نحن فيه وجود خصوصية في الملك مقتضية للحكم عليه بعدم الخيار وأتى لنا بإثبات ذلك، إذ من الممكن كون الملك بحسب طبعه باقياً مع كونه لا اقتضاء في شيء من طرفي الحكم بالخيار والحكم بالعدم، ولكن حيث إن عدم لا مؤنة له بل يكفي عدم تحقق علّة الوجود حكم بالعدم.

لكن هذا التقريب في الرواية مسقط لها عن قابلية التمسك بها في مثل المسألة المتقدمة من نفي خيار بائع الحيوان، إذ ليس مفادها على هذا إلا نفي الاقتضاء للخيار فلا ينفي احتمال الاقتضاء من ناحية خصوصية.

هذا والذي يسهل الخطب كما عرفت هو الأخبار الخاصة مؤيدة

بالإجماعات المنقولة المستفيضة.

ثم الكلام في أحكام الخيار المشترط في العقد يظهر برسم مسائل.

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه، لعموم الأدلة حتى لو شرط يوماً ويوماً لا، أو شهراً وشهراً لا، إنما الكلام فيما لو لم يعين المدة وحصل التراضي بالخيار في مدة مجهولة كقدوم الحاج.

فقال شيخنا المرتضى - قدس سره -: بطل بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحاً لصيرورة المعاملة بذلك غررية، انتهى.

وجه غررية البيع: أن الشرط في المجهولة المرددة بين شهر وشهرين مثلاً لا شك في كونه غرراً وخطراً، ومعنى الغرر هو إلقاء النفس في معرض الخطر وليس المعيار فيه عدم إقدام العقلاء عليه؛ إذ لا منافاة في إقدامهم في كثير من أفراد الغرر وهو ما يستتونه إقداماً على حظ وبخت.

وبالجملة: إذا كان الشرط غررياً فالبيع أيضاً يصير كذلك لمساس الشرط به، فإنه كما يسري الغرر الآتي من ناحية المتعلق أعني: العوضين وما يتعلق بهما إلى البيع كما في بيع ما لا يعلم قدره في المكيل والموزون، فكذلك حال الشرط فإنه أيضاً وإن كان لا يرتبط بحسب الإنشاء بشيء من العوضين وإنما يلاحظ جانبه في مقدار القيمة بحسب اللب والغرض، ولكنه مرتبط بنفس المبيعة والمبادلة؛ فإنه وإن لم يقع إنشاء البيع والالتزام بالمبادلة منوطاً بالشرط كما هو الشأن في الشرط الأصولي بل أدرج الالتزام الشرطي في ضمن الالتزام البيعي من دون أن يفرض الالتزام البيعي ظرفاً، ولكنه يرجع بالمآل إلى الشرط الأصولي إذ ليس حقيقة الشرط مجرد مقارنة بين الالتزامين بلا مساس لأحدهما بالآخر بل المقصود تضيق دائرة المندرج فيه بالمندرج.

وعلى هذا فإذا كان في المندرج جهالة وغرر فلا محالة يسري إلى المندرج فيه ضرورة أنّ النتيجة تابعة لأحسن المقدمتين، والمقيد بها هو مقيد يصير غررياً لغررية القيد وهذا واضح.

ولكن لابد أن يعلم أنّ هنا أيضاً كما تقدّم في مسألة تعيين العوضين فرداً غررياً عند العرف وإن كانوا يقدمون عليه وفرداً غير غرري مع ثبوت مطلق الجهالة فيه، ومثلنا له فيما تقدّم بمبايعة الجنسين في كفتي الميزان متساويين وزناً وقيمة، وبمبايعة الجنس المرتد بين خمسة أمان جياد وعشرة ردية متساويين في القيمة؛ فإنّ فيها مطلق الجهل ثابت ولكن لا تعدّ مثل هذه المعاملة غررية.

وهكذا فيما نحن فيه فقد يفرض الجهالة بمثل ما مثلنا من التردّد بين الشهر والشهرين، وهذا لا شبهة في صدق الغرر معه عرفاً، وقد يفرض فيما بين ساعة وساعتين ممّا يتسامح فيه عرفاً ولا يخرج بواسطة هذا المقدار عن الانضباط.

ثمّ في المسألة المتقدمة قام الإجماع على لزوم مراعاة العلم بالمقدار في المكيل والموزون ومضريّة الجهل حتّى في مثل المثاليين وفي مثل بيع عبد من عبيدين، ولكن في مسألتنا هذه لا نصّ مخصوص بالفرض، وعمومات النهي عن بيع الغرر وحدها غير كافية لإثبات التعميم المذكور لما عرفت من عدم الصديق عرفاً في مثل الساعة والساعتين، فالشّيع حيثشذ الإجماع إن ثبت كما يظهر دعواه من العبارة المتقدمة من شيخنا - قدّس سرّه -.

ولكنّه خلاف ما نرى مسلميّة في باب الأجل في السلم الذي استشهد - قدّس سرّه - به في المقام أيضاً، فإنّ جعل الأجل رأس الشهر الهلالي مثلاً صحيح مع أنّه لا يعلم رؤية الهلال في الثلاثين أو في التسعة والعشرين، فقد اغتفر مثل هذا التفاوت الذي هو بيوم وليلة فكيف لا يغتفر مثل الساعة والساعتين؟

وعلى هذا فإن تابعنا موارد صدق الغرر عرفاً لا يصير دائرة الغرر بحسب العرف والشرع متفاوتة، نعم إن قلنا بأنه يحصل من تتبّع موارد كلمات العلماء في مواضع متفرقة - حيث علّلوا مضرّة الجهل بما لا يستقى غرراً عرفاً كالأمثلة المذكورة بلزوم الغرر - انعقاد الإجماع على أنّ مراد الشارع - عليه السلام - من الغرر الواقع تحت النهي مطلق الجهل، فحينئذ يصير دائرة الغرر الشرعي أضيق دائرة من العرفي، كما ذكره بعض الأساطين - قدس أسرارهم -، وإن كان حقّ العبارة أن يقال: إنّ الشرعي أوسع دائرة من العرفي، لكن أنّى لنا بإثبات ذلك.

ثم إنّه ربّما يقال في قبال ما قلنا في وجه بطلان البيع بغرريّة الشرط بواسطة الجهل بمعدّته: أنّه لا شك أنّ البيع عند تخلف الشرط ليس حاله كحاله عند تخلف أحد العوضين فيمكن انتفاء الشرط مع بقاء البيع الذي هو المشروط، غاية الأمر حصول الخيار، وحينئذ نقول: إذا فرض وجود الدليل على فساد الغرر في مطلق الجعل والالتزام لا خصوص البيع، إنّ الشرط حينئذ يصير فاسداً لغرريّته، وفرضنا إمكان بقاء البيع بدون الشرط، وإذا سقط الشرط فلا موجب لبطلان البيع لأنّ المفروض عدم الغرر فيه من جهة أخرى.

ولكن فيه أنّ موضوع الغرر لا بدّ أن يلاحظ وجوده وعدمه قبل حكمه، فقبل حكم الشارع بالبطلان إذا لاحظنا جعل البائع الشارط نراه جملاً غرريّاً، وتسري الغرريّة إلى جعله البيعيّ أيضاً. وحينئذ فإذا فرض وجود الدليل على بطلان مطلق الغرر فاللازم بطلان الشرط من جهتين، إحداهما من جهة دخول نفسه تحت دليل الغرر، والأخرى من جهة تبعيّة البيع الذي هو أيضاً داخل تحته.

وبالجملّة: بعد سريّة الغرر من الشرط إلى البيع بقضية التقييد يتعيّن القول ببطلان البيع، ولكن يظهر من المحقق الخراساني - قدس سرّه - في حاشيته على

مكاسب شيخنا - قدّس سرّه - في هذا المقام إمكان كون الشرط غير قيد للعقد وإن كان في ضمنه، وهو - قدّس سرّه - أعلم بما أفاد.

مسألة: لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، وبين عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: بعثك على أن يكون لي الخيار، وبين ذكر المدة المطلقة كأن يقول: بعثك على أن يكون لي الخيار مدة، لاستواء الكل في الغرر.

خلافاً للمحكّي عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والجلبي، فجعلوا مدة الخيار في الصورة الأولى ثلاثة أيّام ويحتمل حمل الثانية عليها، وعن الانتصار والغنية والجواهر الإجماع عليه، وفي محكّي الخلاف وجود أخبار الفرقه به. اعلم أنّه لو قصد الشارط في الصورة الأولى جعل الخيار في ظرف الدوام - كما هو الحال في جعل الأحكام لا بمعنى التعرّض في إنشائه لذلك حتى يخرج عن المفروض، بل إنّما يتعرّض لجعل حقيقة الخيار ويستفاد الإطلاق والامتداد بحسب طول الزمان من مقدّمات الحكمة - فلا شبهة في جوازه، فإنّ الدوام أمر مضبوط لا جهل فيه فلا غرر، كما أنّه لو أخذ الزمان قيداً مفترداً للفسخ فانتزع عمّا بين تلك الأفراد الفرضيّة جامعاً كليّاً، ويُنسئ ملكيّة ذلك الكلّي نظير الصاع من الصبرة في الأعيان يخرج عن الغرر أيضاً، لأنّ الكلّي لا جهل فيه، فلا بدّ من فرض الكلام فيما إذا كان المقصود ملكيّة الفسخ على نحو الإهمال، إمّا بأن يجعله معترفاً لفرد خاص وإمّا بأن يوكل التعيين إلى زمان آخر، وهذا لا إشكال في شمول دليل الغرر إيّاه كالصورة الثانية.

وما يتوهم في قبال هذا العموم أمور :

الأوّل: الإجماع المنقول في لسان الأساطين الثلاثة - قدّس الله أسرارهم - .

الثاني: إرسال الخلاف وجود أخبار الفرقه به، وهذا بمنزلة أخبار مرسله على

لسان الشيخ - قدس سره -.

الثالث: مفهوم بعض أخبار خيار الحيوان وهو صحيحة ابن رثاب حيث قال - عليه السلام - : «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط»^(١) حيث خصّ التعميم لصورة الاشتراط والعدم بالحيوان، فيستفاد منه لمفهوم اللقب أنّ غير الحيوان يكون فيه هذا الحكم في صورة الاشتراط، وحيث إنّ الاشتراط المطلق يعلم أنّه ليس كذلك فيحمل على صورة الاشتراط بدون تعيين المدة.

الرابع: ما روي في كتب العامة أنّ حنان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجة أصابته في رأسه، فقال له النبي ﷺ : «إذا بعت فقل لا خلاية وجعل له الخيار ثلاثاً» وفي رواية: «ولك الخيار ثلاثاً». والخلاية الخديعة. تقريب الدلالة: أنّ معنى لا خلاية «إني لا أتحمّل منك الخدعة» يعني أفسخ البيع لو شئت، فعُتبر عن عدم لزوم البيع بعدم الخلاية بطريق الكناية، وجعل النبي ﷺ حكمه الخيار ثلاثة أيام.

وتوقم الاختصاص لهذا الحكم بذلك الشخص أو بمن هو مثله في المخدوعة أو بهذه اللفظة بعيد عن الظاهر؛ فإنّ الكلام في مقام بيان المخلص، وظاهره أنّ هذا من خواص ذات العمل من أيّ فاعل صدر، هذا ما يتوقم والكمل غير قابل للاعتداد.

أمّا الإجماع: فعيه أنّه منقول، مضافاً إلى إمكان إرادة ناقله أنّ الإطلاق منصرف إلى الخيار المجعول الشرعي لكونه معهوداً في ذهن المشرّع وهو ثلاثة أيام بالإجماع.

وأما الثاني: فلا أنه لم يُعثر في كتب الأخبار ولا في كلام أحد من الفقهاء من تعرّض لذكر هذه الأخبار، مع أنّ العادة تقضي بأنّها لو كانت لوجدت في تلك الكلمات، فمن القريب بعد ملاحظة ذلك كون قول الخلاف إشارة إلى أخبار الحيوان بالتقريب الذي ذكر.

وأما الثالث: فوهو واضح.

وأما الرابع: فالدلالة وإن لم يبعد تماميتها ولكنّ السند قاصر لأن الرواية كما عرفت عامية ولم يعلم انجبارها بالعمل، إذ استناد المجمعين إليها غير معلوم وإذن فالحكم بالبطلان في كلتا الصورتين متّجه.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنّه المتبادر من الإطلاق، ولو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أوّل جزء من ذلك الزمان، ولو جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان، فبناءً على القول بأنّ مبدأ ثلاثة الحيوان من حين العقد لا إشكال، وأما على القول بأنّ مبدؤها من حين التفريق، فربّما يشكل بأنّ الضرر حاصل حيث لا يعلم أنّ المجلس في أيّ زمان ينقضي، ولكنّه محلّ إشكال لأنّ المجلس حسب المتعارف معلوم مقدار مكثه، والمقدار المحتمل من الزيادة والتقصية فيه قليل يتسامح به عادةً، وليس حال هذا الجهل بأقوى من الجهل في الشهر الهلالي الذي لا يعلم ختمه بثلاثين أم بتسعة وعشرين.

ثمّ بناءً على ما هو الحقّ من إمكان الخيار المتعدّد في الزمان الواحد بأنّ تتداخل الأسباب في المسبّب الواحد لا إشكال، وأما بناءً على القول بعدم فلا بدّ من تقييد الإطلاق إلى ما بعد زمان خيار الحيوان والحكم بالصحة عمّا بعد هذا الزمان، فلو جعل الخيار عشرة أيّام يسقط من أوّله مقدار زمان خيار الحيوان ويبقى بقيّة العشرة صحيحاً، والجهل بانقضاء خيار الحيوان هنا غير مضّر وإن

قلنا بإضراره في السابق؛ فإنَّ الجهل المضرّ ما كان في مقام الجعل ولا جهل حسب الفرض في ذلك المقام، لأنّه متعلّق بعشرة مبدؤة من حين العقد، غاية الأمر التفكيك في التأثير والصحة حسب قطعات الزمان كما يحصل التفكيك في الانشاء الواحد المتعلّق في باب البيع بما يملك وما لا يملك وقد فرغ عن إمكانه في محلّه، وأمّا جعل تمام المدة كالعشرة في ما بعد ثلاثة الحيوان فهو خلاف ما قصده الجاعل.

مسألة: يصحّ جعل الخيار لأجنبي، ولو جعل الخيار لمتعدّد ففي المسألة وجوه بحسب التصوير.

الأوّل: جعل الخيار للمجموع بحيث لا يكون لواحد استقلال لا في الفسخ ولا في الإمضاء ويكون حالهم كالوراث في وجّه.

الثاني: جعله لكلّ واحد وهذا يتصوّر على وجوه:

الأوّل: أن يكون الواحد ذا حقّ على الفسخ وعلى الإلزام بحيث لا يقبل العقد بعده انفساخاً بأحد من أسبابه حتّى التقايل، وهذا خلاف الشرع فإنّ العقد قابل للانفساخ بالتقايل.

الثاني: أن يكون ذا حقّ على الفسخ ويكون الإمضاء منه اسقاطاً لهذا الحقّ، وهذا صحيح، ولازمه أنّها لو اختلفا في الفسخ والإمضاء فكلاهما نافذ والعقد منفسخ كما هو واضح.

الثالث: أن يكون ذا حقّ على الفسخ وعلى الإلزام من طرف نفسه وحده ومن طرف صاحبه كذلك في مقابل الانفساخ بالتقايل.

الرابع: أن يكون ذا حقّ على الفسخ وعلى الإلزام من ناحية نفسه فقط دون صاحبه.

وقد تنظر في صحّة الأخيرين شيخنا الأستاذ - دام أيتام بقاءه - بأن متعلّق الحقّ بعد الإلزام حسب الفرض وهو العقد باق بحاله، إذ الفرض أنّه لم يؤخذ في موضوع الحقّ سوى وجود العقد بلا قيد آخر، وحيثّذ فانقطاع يد الآخر بواسطة هذا الإلزام ليس إلّا بالتصرّف في إطلاق نفوذ حقّ الآخر وأنّه غير نافذ في صورة وجود هذا الإلزام.

لا يقال: ليس تصرّفاً في نفوذه، بل في موضوعه فإنّ موضوعه ليس مطلق العقد بل العقد القابل للانفساخ وهذا الإلزام يوجب خروج العقد عن القابلية.

لأنّا نقول: كلاً، فإنّ العقد بعد باق على القابلية للانفساخ ولهذا يجوز التقابل، فلا قصور في ناحية قابلية العقد فيتمتّض في جانب نفس الحقّ فيصير الشرط من هذه الجهة خلاف الشرع، نعم له تضيق موضوع الحقّ بأن يجعل موضوعه العقد الذي لم يرد عليه إمضاء من صاحبه وحيثّذ فكّل من الفسخ والإمضاء تقدّم كان هو المؤثر دون ما تأخر.

ثمّ إنّه هل يجب على الأجنبي مراعاة المصلحة للجاعل؟ قيل: نعم والحقّ أنّ هذا تابع لجعل الجاعل، فإن جعله مستقلاًّ في الأمر ومختاراً تاماً فله ما يشاء ولو كان فساداً بحال الطرفين.

نعم يمكن دعوى أنّ الظاهر من شاهد حال من يجعل الأجنبيّ ذا خيار على معاملته كونه في ذلك متكلّلاً على خبريّته ونظره، وأنّه في ذلك يقوم مقام نفسه في رعاية جانبه وملاحظة صلاحه بحيث يوجب هذا المعنى انصرافاً في عالم الإثبات إلى ثبوت التقييد في موضوع الجعل، فالمجموع هو الخيار الخاص أعني ما روعي فيه المصلحة للجاعل وإلّا فإن صار من قبيل الحيثيّة التعليليّة مع الإطلاق في مقام الجعل والإنشاء فلا ينفع، وهذا واضح.

ثم إنه يظهر من المحقق الطباطبائي - قدس سره - في هذا المقام من تعليقه تفصيل آخر في المسألة حاصله: أن جعل الخيار للأجنبي نارة من باب التوكيل، وأخرى من باب التحكيم، وإذا كان من باب التوكيل فقد يكون للموكل أيضاً خيار وقد يكون لخصوص الوكيل، فأوجب في صورة التوكيل مراعاة المصلحة وذكر في صورة التحكيم مثل ما قلناه.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه - : صحة اشتراط الوكالة للأجنبي بعد جعل الخيار لنفسه مبنية على كون الوكالة شرطاً على الموكل وإلا فلو اعتبر اشتراطها على طرفه فلا معنى لهذا الاشتراط، فإن صاحب الحق يصح له جعل الوكالة، ولو كان ضرراً على صاحبه وليس لرضى صاحبه وقبوله في ذلك مدخل، وإنما الدخيل قبول الوكيل، والحال أن المطلوب من الاشتراط حصول إلزام والتزام لولاه لم يحصل، وهذا إنما يتحقق في جانب الموكل فإنه غير ملزم على الثبات لو عقد صيغة الوكالة مستقلاً، وأما إذا ألبسه صورة الاشتراط تنجز عليه البقاء والدوام.

وحينئذ فنقول: طبع الوكالة آب عن قبول اللزوم - بمعنى عدم تأثير العزل في زوالها - فإن حقيقتها متقومة ببقاء الموكل على نصبه وتوكيله، فإذا رجع وعزل فلا وكالة ولا تفويض ولا ايكال قهراً، وحينئذ فلا بد أن نقول ببطلان هذا الشرط؛ فإن دليل الشرط إنما يكون مصبّه الأمور القابلة للزوم والبقاء بعد رجوع الشارط عن شرطه.

اللهم إلا أن يقال: إن مفاد الدليل ابتداءً إنما هو التكليف، والوضع إنما ينتزع تبعه فإذا لم يكن للوضع مجال بواسطة ما ذكرت من عدم القابلية لا يوجب هذا أن لا نأخذ بظاهر الدليل من إثبات التكليف وحده، وحينئذ فنقول بحرمة العزل تكليفاً، وإن كان ينعزل لو عصى وعزله.

ثم المراد بكونه لخصوص الوكيل أن الخيار للموكل لكن بلسان وكيله.

ثم في صورة التحكيم هل للمشروط له إسقاط حقّه حتى يوجب سقوط حقّ الأجنبي، لأنّ المفروض أنّ حقّ الأجنبي نفس حقّ المشروط له فمعنى إسقاط حقّه زوال هذا الحقّ وكذا للأجنبي أيضاً إسقاط حقّه حتى يلزم منه قهراً سقوط حقّ المشروط له؟ فصل شيخنا الأستاذ - دام علاه - بين الموردين فجوّز في الأخير دون الأوّل.

أما وجه الجواز في الأخير فلأنّه من قبيل إعدام الموضوع بالنسبة إلى حقّ المشروط له فإنّ حقّه متعلّق بحقّ الأجنبي، فإذا أسقط الأجنبي حقّه لا يبقى محلّ لحقّ المشروط له.

وأما وجه العدم في الأوّل فلأنّ حقّ الأجنبي ليس مبنياً على حقّ المشروط له بل إنّها معنى عدم بقاء حقّ المشروط له انتفاء هذا الحقّ كما هو الحال في شرط سائر التناجج، وعلى هذا نقول: القدر المتيقّن من أنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه غير هذا المورد ممّا لم يوجب الإسقاط تفويت حقّ ثابت للغير.

ثم إنّّه قد يستشكل في أصل نفوذ هذا الشرط، أعني شرط الخيار للأجنبي، بأنّه مخالف لعموم «إذاذا افترقا وجب البيع»^(١) فيدخل تحت قوله: «إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»^(٢)، خرج عن عموم هذا الاستثناء في خصوص المتعاقدين بالنسبة إلى خيار ثلاثة الحيوان وخيار الشرط بالنصوص الخاصة الناصّة وبقى الباقي، فلا موجب بالنسبة إلى الأجنبي لرفع اليد فيه عن عموم الاستثناء، وأنت خبير بأنّ هذا الاشكال لا مدفع له بما أفاده شيخنا المرتضى - قدس سره - بأنّ

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢، من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

٢- المصدر نفسه: الباب ٦، من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

الفسخ لا يعتبر في حقيقته كونه من المتعاقدين، ولهذا يقال يارث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين؛ فإنه يقال: نحن نسلّم مرحلة إمكانه ولكن كلامنا في الوقوع وأنّ الدليل قائم بخلافه.

والذي أفاده شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - في جواب هذا الإشكال: أنه لا بدّ أن يعلم أولاً، أنّ عموم الاستثناء المزبور من العمومات الغير القابلة للتخصيص لا بمعنى إبانة عقلاً، بل بحسب سياق اللفظ وأسلوب العبارة، فإنّ قوله ﷺ: «قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق» يستفاد بحسب متفاهمه العرفي أنّه لا مخصص له، وإن كان يمكن حسب ما قرّرنا في معنى الاستثناء من أنّ المراد عدم إقادة الاشتراط تغييراً وتبديلاً في اقتضاءات الشرع، فإنّه بمكان من الإمكان مزاحمة الأحكام الاقتضائية بحكم آخر أقوى ملاكاً.

وحينئذ فنقول: بعد ورود النصّ الخاص في مورد المتعاقدين بثبوت الخيار بعد التفرّق، يستكشف منه كون عموم خطاب وجب البيع عند الافتراق، حكماً نشأ من قبل عدم الاقتضاء. بمعنى: أنّ العقد في حدّ نفسه كالموضوعات الخارجية له قرار وبقاء، فما دام المجلس يكون المقتضي لجعل الخيار فيه باقياً، وإذا زال المجلس صار البيع حسب مقتضى طبعه لازماً؛ فإنّ المانع جعل الشارع الخيار، فإذا انتهى الجعل بانتفاء موجهه وهو المجلس تحقّق للزوم قهراً، فمُنشأ للزوم انقضاء المقتضي لجعل الخيار بواسطة التفرّق، لا حدوث المقتضي لجعل العدم بسببه.

لا يقال: لا شك أنّ الظاهر الأوّل من خطاب «إذا افترقا وجب البيع» بل كلّ خطاب هو أنّ الموضوع مقتضى للحكم لا أنّه صرف عدم الاقتضاء لنقيض الحكم، وحينئذ فيجب الأخذ بهذا الظاهر بقدر الإمكان، فالذي يجب رفع اليد فيه

عن هذا الظهور إنَّها هو في موضوع المتعاقدين.

وأما في حقَّ الأجنبيِّ فالأخذ به ممكن، وذلك لأنَّ الأمر دائر بين أن نقول بأنَّ الافتراق مطلقاً منعزل عن مرحلة الاقتضاء، وبين أن نقول بأنَّه في الجملة له اقتضاء ذلك، غاية الأمر لا بنحو الإطلاق، فالثاني رفع اليد عن الإطلاق، والأول رفع اليد عن الأصل، ولا شك أنَّ الأول أولى لكونه حفظاً للظهور بقدر الإمكان.

لأنَّنا نقول: لو حملنا الخطاب على الاقتضاء لزم رفع اليد عن إطلاق المادة بالنسبة إلى المتعاقدين في خصوص حال الشرط، بخلاف ما إذا حملناه على عدم الاقتضاء، فإنَّ إطلاق المادة حيثنَّذ محفوظ حتى في حال الشرط، ومع ملاحظة حكمه فيمكن جعل أصالة الإطلاق في المادة أمانة على كونه من قبيل الثاني.

ولو سلَّم التعارض بين الظهورين أعني: ظهور الخطاب في الاقتضاء وظهور أصالة الإطلاق تحقُّق الإجمال، فيكون اشتراط الخيار للأجنبي من موارد الشبهة في كونه محلاً ومحزماً، والأصل المؤتس لهذا المقام على ما يأتي إن شاء الله تعالى في محله، أصالة عدم المخالفة للكتاب والسنة.

مسألة: من أفراد خيار الشرط ما يضاف إليه البيع ويقال له: بيع الخيار، وهو: أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرده الثمن فيها ويرتجع المبيع، وتحقيق حال المسألة محتاج إلى التكلُّم في أمور.

الأول: اعتبار ردِّ الثمن في هذا الخيار يتصوَّر على وجوه:

الأول: أن يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت بأن يكون له الخيار مشروطاً بنفس الردِّ أو بزمانه، وعلى كلِّ حال لا خيار قبل الردِّ. والمراد بالردِّ: فعل ماله دخل في القبض من طرفه وإن أبى المشتري.

الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ، فيكون جميع المدة المضروبة ظرفاً للخيار والسلطنة، لكنّ المسلط عليه أمر مضيق وهو الفسخ الخاص بخصوصية المقارنة أو التأخر للرد.

الثالث: أن يكون الرد فسخاً فعلياً، بأن يقصد به تمليك الثمن ليمتلك المثلث، وعليه حل في الرياض على المحكمي ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد الرد كما يأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن يؤخذ رد الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ، فإنّ التسلّط على أمر كالزوجية والملكية والانفساخ تارة يكون بإنشاء نفس تلك المعاني وإمضاء الشارع، وأخرى يكون بإيجاد ما هو سبب لوجودها من دون تحقق إنشاء قولّي أو فعلي متعلّق بنفسها.

فالوجوه الثلاثة المتقدمة من قبيل الأول. غاية الأمر إنّ الإنشاء في الثالث يكون فعلياً وبفس الرد، وفي الأولين يكون إمّا فعلياً وإمّا قولياً بعده، وهذا الوجه الرابع من قبيل الثاني.

الخامس: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري بأن يلتزم على نفسه الإقالة إذا جاء البائع بالثمن واستقاله.

إذا عرفت هذا، فالكلام في صحة هذه الوجوه تارة على القواعد وأخرى بحسب النصوص الواردة، وأنها مساعدة مع الكلّ أو البعض، وعلى الثاني مع أيّ منها.

أما الكلام على القاعدة: فمقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) صحة

الكلّ، لا يقال: نعم ولكن مقتضى الاستثناء أعني قوله - عليه السلام -: «إلا ما حلّل الحرام وحرمّ الحلال» البطلان، لأن الشرط بجميع هذه الوجوه محلّ للحرام ومخالف للمشروع؛ فإنّ المشروع هو لزوم البيع بمقتضى إطلاق «فإذا افترقا وجب البيع».

لأننا نقول: لا محيص عن القول بعدم الإطلاق في هذه القضية بالنسبة إلى حال الشرط، وإلّا لزم التخصيص في عموم الاستثناء بملاحظة القطع بصحة أحد الوجوه بواسطة النص، وقد مرّ إيبائه عن التخصيص، فنستكشف بذلك عدم الإطلاق لهذه القضية كما تقدّم.

وعلى هذا فقضية عموم دليل الشرط صحة الجميع، إلّا أن يكون هنا مانع آخر من موجبات البطلان من التعليق على القول بمبطلته والغرر وغيرهما، ولهذا قد يقال بعد تسليم عدم المانع من ناحية الإطلاق المذكور: بأنّ الوجه الأوّل وهو تعليق الخيار على الردّ أو على وقته باطل من جهة التعليق ومن جهة جهالة وقت الردّ، وأنّه مثل قدوم الحاج، فكما أنّ اشتراط الخيار المعلق على قدومهم يكون باطلاً للجهالة، فكذا هنا بل يقال: لا فرق في هذه الجهة بين التعليق للخيار على مثل الردّ والقدوم ممّا يجهل وقته، وبين إطلاقه وتقييد الفسخ بذلك، وإن كان يرتفع إشكال التعليق على التقدير الثاني، ولكن إشكال الغرر باق بحاله غير مندفع؛ إذ من الواضح أنّ الغرر اللازم في التقدير الأوّل - بواسطة جهالة زمان القدوم، وأنّه يتحقّق بعد شهر أو شهرين مثلاً، وبهذا المقدار تختلف الأغراض والرغبات - لا يرتفع بمجرد كون الخيار أمراً منجز الحصول مع كون متعلّقه من الفسخ على حالة التردّد والجهالة المذكورة، فإنّ الذي يختلف باختلافه الرغبات، هو السلطنة الخارجيّة على الفسخ، والمفروض تردّد أمرها، دون صرف الاعتبار

القائم بنفس المنشئ، فإن بذل المال بإزاء مثله يعد سفهاً، فالمنظور الأصلي في بذل المال إنما هو السلطنة الخارجية دون هذا الأمر الاعتباري، فالفرق بين الوجهين في حصول الغرر في غاية الإشكال بل جزم شيخنا الأستاذ - دام علاه - بخلافه.

وعلى هذا يسري الإشكال في جميع الوجوه الخمسة لجريان الملاك المذكور فيها أجمع، وعلى هذا فإن كان مفاد أخبار الباب بعض هذه الوجوه كان هو بخصوصه خارجاً عن دليل الغرر ويبقى الباقي تحته، وحيث إن الظاهر منها كما يأتي - إن شاء الله تعالى - هو الوجه الرابع أعني: قيدية الردّ للانفساخ فيبقى سائر الوجوه محكوماً بالبطلان وهو مما يبعد منهم الالتزام به.

والذي ذكر شيخنا الأستاذ - دام علاه - في رفع هذه العويصة أن يقال: فرق عرفاً بين كون الأمر المعلق عليه الخيار أو الفسخ الذي فرض كونه مجهول الحصول أو مجهولاً زمان حصوله من الأمور الخارجة عن تحت قدرة الفاسخ كقدوم الحاج ونحوه من طيران الغراب ونزول المطر، وبين كونه من الأمور الاختيارية له المنوطة بإرادته ومشيته، بحيث في أيّ زمان شاء إحداثه وإيجاده، أحدثه وأوجده، فلو لم يوجد لكان من ناحية عدم إرادته وإن كان مسبباً عن عدم تمكنه.

والحاصل: فرق بين ما كان من قبيل الأفعال المنوطة بإرادته المحتمل عدم تمكنه من بعض مقدماتها، وبين ما لا ربط له به أصلاً، فالوجدان حاكم بارتفاع الغرر مع الأول سواء مع التعليق أم مع التقييد، وبحصوله في الثاني من غير فرق بينهما أيضاً.

أما الثاني: فلما مرّ. وأما الأول: فلأن هذه الجهالة مثل جهالة أنه هل يريد

فيا بعد ذلك الفسخ أو لا ؟ مثل صورة جعل الخيار مطلقاً ؟ فكما لا تضر هذه الجهالة التي مستندها جهالة الإرادة، كذلك في مقامنا أيضاً يكون الجهل بواسطة الجهل بأنه يريد في ما بعد أو لا ؟ ولو كان عدم ارادته لأجل عدم قدرته من المال بمقدار الثمن.

فإن قلت: نعم هذا بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى المشروط عليه فهذا الأمر المجهول من الأمور الغير الاختيارية، فهو كقدوم الحاج بالنسبة إليه.

قلت: هذا مثل جهالة الفسخ لا يعدّ غرراً بالنسبة إليه؛ والسّر أنّ السلطنة هي المبذول لأجلها المال ومعناها الإناطة بالإرادة، أعني: إن شاء فسخ وإن شاء لم يفسخ، ولا فرق عرفاً بين كون اختيار الفسخ بيده مطلقاً أو مع الاقتران بفعل اختياريّ له، لا أعني كونه مقطوع الاختيارية له في موطنه، بل بمعنى كونه في معرض ذلك.

ألا ترى أنّه لا فرق في عدم الغرر بين جعل خيار الفسخ مطلقاً، وبين جملة واشتراط كون الفسخ مقتراً أو متأخراً عن صعود جبل أو عدو ريع ففسخ، مع كونه بحسب القوة والبنية تمّن يكون في معرض التمكن من ذلك بأن يجعل له الفسخ الخاص بهذه الخصوصية، وبعد عدم مساعدة الوجدان على غررية هذا لافرق أيضاً بين جملة بصورة التعليق أو بصورة التقييد، فإنّ هذا إنّما يجدي في مقام إصلاح الصورة، والتعليق وعدمه، وأما اللّب فلا يتفاوت، وإذن فلا ينبغي الإشكال في الصحة من هذه الجهة.

واستشكل شيخنا العلامة المرتضى - قدس نفسه الزكية - في الوجه الرابع، وهو كون الرد سبباً للانفساخ بها حاصله: أنّ ترتّب الانفساخ على غير سببه الشرعي من الإنشاء الفعلي أو القولي مخالف للمشروع، وقاس ذلك باب المبادلة،

فلو شرط في ضمن عقد حصولها بالنظر في المرأة أو حصول أمر كذائي مثلاً،
فحاله حال ما لو شرط حصول الزوجية أو الطلاق بمثل ذلك .

ولكن استشكل شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - في ذلك أيضاً، وأنه لا مانع في
جانب الانفساخ، فإنه أمر معقول وليس يمنعه إجماع، كما لعلّه تحقق في الأبواب
الثلاثة أعني: الزوجية والطلاق والبيع. هذا كلّهُ، الكلام في الوجوه الخمسة حسب
القواعد.

وأما حسب نصوص الباب فلا بدّ أولاً من التيمّن بذكرها ثم التكلّم في ما
يستفاد منها، وأنه أيّ من الوجوه المذكورة؟ وإن كان لا يهتّمنا تحقيق ذلك بعد ما
عرفت من تطبيق تمامها على القواعد، فنقول وبالله المستعان:

منها: موثقة إسحاق بن عمار «حدّثني من سمع أبا عبد الله - عليه السلام - :
وسأله رجل وهو عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه،
فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشتري
لي إن أنا جئتك بشئها إلى سنة أن تردّها عليّ؟ فقال - عليه السلام - : لا بأس بهذا إن
جاء بشئها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنّها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن
تكون الغلة؟ قال - عليه السلام - : الغلة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من
ماله؟» (١).

ورواية 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 اشتري منه
الدار خلطة، فشرط: إنك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأناه
بماله؟ قال - عليه السلام - : له شرطه، قال أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب

في ذلك المال في ثلاث سنين، قال -عليه السلام-: هو ماله، وقال -عليه السلام-: رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^(١).

وعن سعيد بن يسار في الصحيح على المحكي قال: قلت لأبي عبد الله -عليه السلام-: إنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم، فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر و ثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء قد باع وقبض الثمن منه، فنعهده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ فقال -عليه السلام-: أرى أنه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه»^(٢).

وعن أبي الجارود عن أبي جعفر -عليه السلام- قال: إن بعث رجلاً على شرط، فإن أتاك بهالك وإلا فالبيع لك»^(٣).

وكون الأخيرة من أخبار الباب مبني على كون (بعث) بمعنى اشترت. قال في المجمع: ويقال: البيع: الشراء، والشراء: البيع، لأن أحدهما مربوط بالآخر، ثم قال بعد كلام: وفي الخبر «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»^(٤) أي: لا يشتري على شراء أخيه، والنهي إنما وقع على المشتري لا البائع. انتهى.

وكذا مبني على كون قوله: (بهالك) بكسر اللام، فإن كان بالفتح كانت أجنبية عن باب شرط الخيار ومرتبطة بخيار تخلف الشرط.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ص ٣٥٦، ح ٣.

٢- المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ١.

٣- المصدر نفسه: ح ٢.

٤- مجمع البحرين: الجزء ٤، ص ٣٠٣، مادة «بيع».

وعلى كل حال فقد عرفت أن التعبير في هذه الأخبار وقع بنحوين:

الأول: تعليق رد المبيع على المجبئ بالثمن، والثاني: تعليق نفس ملكية المبيع ثانياً للبائع على المجبئ بالثمن.

أما الثاني: فواضح الانطباق على شرطية الردّ للانفساخ، فإن الظاهر من المجبئ والاثنيان بالثمن هو المجبئ والإثنيان الخارجي، لا الجملي الإنشائي بمعنى إنشاء إدخاله في ملك المشتري، فمقتضاه كون نفس الإثنيان الخارجي به عند المشتري موجباً لعود المبيع.

وأما الأول: فقد اختار شيخنا الأستاذ - دام علاه - أيضاً كونه كذلك ببيان: أن المراد برد المبيع أو ردّ الشراء أيضاً ليس الردّ الإنشائي بل الردّ الخارجي للعين إلى البائع، ومعنى وجوب الردّ بهذا المعنى ليس إلا أنه صار ملكاً له بنفس إتيانه الثمن، فوجوب الدفع لكونه ماله هذا.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة وإما أن يكون معيّنًا، وعلى كل تقدير إما أن يكون قد قبضه وإما لم يقبضه، فإن لم يقبضه إلى أن حضر المدة فلا اشكال في صورة انقضاء المدة في لزوم البيع لو لم يفسخ، إنها الكلام في أن له الفسخ في أثناء المدة أو لا ؟ في المسألة وجهان:

الأول: الجواز، بملاحظة أن الردّ ليس له موضوعية، فالشرط حقيقة مطلق الكون عند المشتري وإن لم يتحقق الردّ وهو هنا حاصل، وظاهر شيخنا المرتضى - قدس سره - تقوية هذا .

والثاني: العدم، بملاحظة أن تمام النظر إلى قبض الثمن من المشتري؛ فإن البائع إنما يقدم لحاجته إلى الثمن، فتقدير عدم القبض مفعول عنه رأساً، فيكون محط الإنشاء صورة القبض، فلا إنشاء مع العدم، نعم لا تقييد بالقبض في لب

الغرض لكن أعمية الغرض لا فائدة فيها بعد أخصية دائرة الإنشاء.

فإن قلت: فيلزم أنه لو حصل تهاثر بعد القبض، بأن اشتغل ذمة المشتري للبائع بمقدار الثمن وقد كان البائع قبض الثمن فأراد الفسخ عند حضور المدة لم يكن جائزاً إلا بالرد الخارجي وهو من البعد بمكان.

قلت: السر أن خصوص هذا الفرد وإن كان مغفولاً عنه حال الانشاء، لكن الجامع المتحقق في ضمنه قد تحقق فيه الإنشاء، فالإنشاء قد ورد على مطلق كون موازي الثمن من مال البائع عند المشتري عند حضور المدة في تقدير القبض للثمن، فحاصل الفرق أن ما قبل القبض المغفول عنه نفس الجعل والإنشاء، وهنا المغفول عنه هو الفرد مع تحقق الإنشاء في الجامع والمضّر هو الأول دون الثاني، وقد قوى هذا الوجه شيخنا الأستاذ - دام علاه - فتأمل.

هذا كله هو الكلام على تقدير عدم قبض الثمن إلى حضور المدة.

وأما إن قبض الثمن، فهنا صور حاصلة باختلاف صور الجعل:

فأما يجعل الشرط في صورة تعيين الثمن رده بعينه، وإما يجعل الشرط الأعم من ردّ البدل، حتى مع التمكن من ردّ العين، بل أو يجعل الأعم من ذلك ومن ردّ القيمة في المثلي بل ورد ما لم يبلغ قيمته قيمة المبيع.

كل ذلك صور ممكنة تابعة للقرار والجعل حتى الصورة الأخيرة، كما لو شرط مقارنة الفسخ مثلاً لدفع ربحانة إلى المشتري، فيكون دفع الربحانة موجباً بعد هذا الاشتراط لانفساخ المبيعة وعود كل عوض إلى صاحبه الأصلي، ولو قلنا بصحة شرط المبادلة المسببة أيضاً، جاز اشتراط حصول الانفساخ ثم وقوع المبادلة بين ذلك الأجنبي المدفوع وبين الثمن ليردّ المبيع إلى البائع بقضية الانفساخ ويصير الثمن أيضاً ملكاً له بقضية المبادلة، هذا في الثمن المعين ويجري مثله في الكلّي.

الأمر الثالث: هل يكفي مجرد ردّ الثمن إلى المشتري في الفسخ، أو لابدّ مقارناً له أو متأخراً عنه من إنشاء فسخ إما قولياً وإما فعلياً؟ الظاهر ابتناء المسألة على الوجهين في أصل مسألة الفسخ فإن فيه وجهين:

الأول: أنه كسائر العقود من البيع والصلح ونحوه لا يكفي المظهر عن الرضى الباطني بحصول المضمون، ألا ترى أنه لو أخبر أحد: بأنني مشتاق إلى زوجة المرأة الفلانية، ومعلوم من حالها أنها أيضاً مشتاقة إلى الزوج، لا يكفي مجرد ذلك في انعقاد الزوجية، بل لابدّ فيه من حصول الإنشاء. وكذلك الحال في باب البيع ونحوه، فكذا الحال في الفسخ، فمجرد إظهار الندامة على المبايعة والرضى بعود الملك إليه غير كاف في الفسخ، بل لابدّ من تحقق الإنشاء إما فعلاً وإما قولاً.

الثاني: أن باب الفسخ غير سائر الأبواب، فيكفي هنا مجرد الرضى الباطني مع الإظهار ولو بطور الإخبار ولو لم يتحقق بطقه إنشاء فعلاً ولا قولاً.

فإن قيل بالوجه الأخير: فلا شبهة في أن الردّ دالّ ومظهر للرضى بعود المبيع إليه، ولا قصور في دلالة على هذا فلا بدّ أن يكون كافياً وغير محتاج إلى شيء آخر.

وإن قيل بالأول: فالوجه عدم الكفاية والفرق بين المقام وبين المعاوضة في البيع مثلاً، وتصرف ذي الخيار في ما انتقل عنه بما يتوقف على الملك كالبيع ونحوه، بل ونفس ردّ الثمن إلى المشتري في صورة إطلاق الخيار المشترط في العقد وعدم تقيدها بالردّ ثبوت الدلالة والظهور في المقامات الثلاثة للفعل على الإنشاء المطلوب، فإنّه لا احتمال معتنى به في دفع الثمن وقبول الثمن غير كونه بعنوان المبايعة، وهكذا بيع ذي الخيار لما انتقل عنه لا يحتمل احتمالاً معتنى به غير إنشاء الفسخ ثمّ المعاملة طولاً، وهكذا الردّ للثمن في صورة الإطلاق أو اشتراط الفسخ

بالرد كما هو الوجه الثالث.

وأما في مقامنا فحيث إن في البين احتمالين كلاهما متعارف مرسوم غير موهوم، الأول انشاء الفسخ بنفس الرد، والثاني بإيجاده بعنوان كونه مقدّمة للفسخ ثم تصدّي الفسخ بعده بإنشاء قوليّ أو فعليّ، وليس في البين قرينة معيّنة للأول، فيكون نفس الردّ قاصر الدلالة على الفسخ، فلهذا لا يحصى عن عدم الكفاية.

الأمر الرابع: لا اشكال في سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد فيما إذا كان الردّ شرطاً للفسخ مع فعليّة الخيار، وإنّما الكلام في صور آخر كان أصل حدوث الحقّ مشروطاً بالردّ، كما في الوجه الأول؛ فإنّ الإسقاط فيه إسقاط لما لم يجب وهو وإن لم يكن في إنشائه محذور عقلي كما في الواجب المشروط وغيره، ولكن لا دليل على الصحة والنفوذ فيه شرعاً، وذلك أنّه لا دليل لفظي في البين حتّى ننظر فيه هل له إطلاق وعموم يشمل مثل هذا الحقّ الذي لم يتحقّق إلّا مقتضيه مع تزلزل تنمّة علته في الحصول في ما بعد والعدم، أو لا يشمل ؟

والدليل في الباب منحصر في الارتكاز والسيرة بضميمة عدم الردع، والذي تحقّق عليه ذلك ونجده عند مراجعة الغرف والعقلاء إنّها هو السلطنة على رفع اليد عن الحقوق الفعلية، وأما الحقوق التي لم يتحقّق إلّا مقتضيتها فلم نجزم منهم الإقدام على مثل ذلك فيها، كما لم نجدهم يقدمون بيع الأعيان التي سيملكونها بإرث أو اصطیاد أو شراء أو نحو ذلك، ومعلوم أنّ مجرد عدم الدليل كاف في الحكم بالعدم، ولو لم يكن لدليل ثبوت الحقّ أيضاً إطلاق مفيد لما بعد هذا الإسقاط أيضاً كفاً استصحاب بقاء الحقّ والخيار.

فإن قلت: سلّمنا ذلك بالنسبة إلى حقّ الخيار، وأما بالنسبة إلى حق الشرط فلا؛ فإنّه حادث بمجرد العقد ولا يتوقّف على حصول الردّ ولعلّ هذا هو الفارق

بين المقام وبين خياري الحيوان والشرط بناءً على تأخر مبدأيهما عن التفرق حيث لا يصح إسقاطهما في ما بين العقد والتفرق، ويصح هنا فيما بين العقد والرد.

وحاصل الفرق أن الحق هناك واحد متعلق بالفسخ، وأما التفرق فهو وإن كان اختيارياً له لكنه مجرد حكم لا حق، وأما في المقام فعلاوة على حق الخيار الذي فرض كونه معلقاً على الرد يكون حق آخر هو فعلي غير معلق على شيء، وهو حق أنه لو رد كان مختاراً ومسلطاً على الفسخ وهذا حق جاء من ناحية الاشتراط.

قلت: حق الشرط أيضاً تابع للمشروط وليس بحق آخر، ولهذا في صورة إطلاق الخيار ليس في البين حقان، حق شرط وحق خيار، فكذا في صورة التعليق أيضاً ليس في البين إلا حق واحد معلق على الرد، وقد مر الإشكال في إسقاطه.

ويسقط أيضاً بانقضاء المدة وعدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً على التفصيل المتقدم.

ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد وهذا واضح، ولو ظهر معيماً، قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: كفى في الرد وله الاستبدال. قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: قد يفرض الكلام في الثمن الكلّي وقد يفرض في الشخصي.

أما في الأول: فحيث إن الكلّي المقيّد بقيد لا ينطبق على الفاقد لذلك القيد، فإذا فرض أن الثمن كلّي والمفروض انصرافه إلى المقيّد بالصحة فالفرد المتصف بالعيب غير مصداق لذلك الكلّي المقيّد، فاللازم عطف هذا أيضاً على صورة ظهوره من غير الجنس.

وأما في الثاني: فيمكن أن يقال: إنه وإن تغير وصف الصحة والثمن مقيّد بها حسب الانصراف ولكنه يعدّ عرفاً متحداً مع الواجد لا مغايراً له، فلا يقال: إن هذا رد لغير الثمن، ولكن لما كان شرط الرد أيضاً منصرفاً إلى الصحيح فكأنه

تعهد بوصف الصحة، وحيث لم يسلمه كان عليه تداركه ببذل التفاوت، فلا وجه لما ذكره - قدس سره - من قوله: وله الاستبدال.

نعم يتم ما ذكره - قدس سره - في صورة كون الثمن كلياً لو قلنا بانصراف شرط الرد إلى رد الفرد المقبوض من الكلي بعينه، إذ حيثئذ يكون شرط الفسخ وهو رد العين المقبوضة حاصلًا، لفرض عدم المغايرة فيما بين حالتي الصحة والعيب في العين الشخصية، ولكنه بعد الفسخ يتقل إلى المشتري ما جعله في المبايع ثمنًا وهو الكلي الصحيح، وهو غير منطبق على المعيوب، فله الاستبدال بهذه الملاحظة وإن كان له الاكتفاء بالمعيوب عوضاً عن الصحيح، هذا.

وقال شيخنا المرتضى - قدس سره -: ويسقط أيضاً بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد عين المدفوع، كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضئ بالعقد ولا خيار، وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس والشرط.

والمحكمي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية - قدس سرهما -: أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن؛ لأن المدار في هذا الخيار عليه؛ لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقط الفائدة، وللموئى المتقدم المفروض مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك.

والمحكمي عن العلامة الطباطبائي - قدس سره - في مصابيح، الرد على ذلك بعد العطن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما عصبه: أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خيار إلا بعد الرد، ولا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك زمنه لا قبله وإن كان قادراً على إيجاد سببه فيه؛ إذ

المدار على الفعل لا على القوة، على أنه لا يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً . انتهى محصل كلامه - قدس سره - .

وناقش بعض من تأخر عنه في ما ذكره؛ من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله: بأن ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار وبأن الظاهر من إطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ - رحمه الله - بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الدالة على أن غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار . انتهى، هذا .

وقد استشكل شيخنا الأستاذ - دام علاه - في كل من كلام الشيخ، واستظهار الأردبيلي، ورد العلامة الطباطبائي والمناقشة على الرد.

أما الأول: فلأن إطلاق كلامه - قدس سره - يرد عليه ما أورده الأردبيلي - قدس سره -؛ فإن الثمن المعين المشروط ردّ عينه نقداً أم غيره، فيه فرضان: الأول: أن يكون البيع به بفرض الانتفاع به بما لا يتلف عينه، كما إذا كان الثمن دابة وكان الغرض ركوبها.

والثاني: أن لا يكون كذلك كما إذا باع داره بمقدار من النقود لأجل أنه يحتاج بعد سنة إليها ويحتمل عسر التحصيل بعد هذا إلى آخر السنة، ففي الفرض الأول اشكال الأردبيلي وارد؛ لأن التصرف المسقط سواء قلنا بكاشفيته أم بتعبديته لا عموم لدليله بالنسبة إلى هذا الفرض المعلوم فيه ابتناء المعاملة على التصرف المذكور، فكيف يكون كاشفاً عن الالتزام بالعقد، ودليل التعبد أيضاً لا يشمل صورة العلم بعدم ابتناء التصرف على الالتزام؟

نعم الفرض الثاني يكون التصرف فيه كاشفاً، فلو جعل النقود المذكورة من حلّي زوجته كان له الكشف عن الالتزام.

فنقول: إن اعتمدنا في مسألة سقوط الخيار بالتصرف على القاعدة أعني: قاعدة أن لكل ذي حق إسقاط حقه - غاية الأمر قد يكون الإسقاط باللفظ الذي له ظهور وقد يكون بالفعل كذلك وهذا من الثاني - فلا إشكال.

وإن اعتمدنا فيها على النص الوارد في خيار الحيوان فإن استفدنا منه الكاشفية، جاز التعدي من مورده لاستفادة العلية، فلا إشكال أيضاً، وإن لم نستفد منه الكاشفية وإنما حملناه على التعبد بأن التصرف بمنزلة الرضى، فلا وجه للتعدي من مورده إلى غيره مطلقاً، وعلى فرض التعدي فلا إشكال في شموله للمقام أيضاً، نعم الفرض الأول خارج قطعاً.

فحاصل الإشكال: أنه كان عليه - قدس سره - تقييد العنوان بما ذكرنا من صورة عدم الإقدام بفرض الانتفاع بالثمن، وهذا وإن كان فرضاً نادراً لكنه - قدس سره - أيضاً بصدد الفرض النادر، إذ جعل الثمن معيّنًا ثم اشتراط رد عينه أيضاً من الفروض النادرة، فلا بد من تمحيض الكلام في هذا الفرض النادر مع ذلك القيد الذي ذكرنا.

وأما الثاني: فلا ته بعد ما جعلنا الكلام محمّضاً في ما فرضناه من الفرد النادر، فلا يرد عليه شيء مما ذكره من اللغوية، ومن ظهور الموثق؛ فإن كلاًّ منهما خاص بالفرض الأول، بل نقول: إن الموثق وسائر أخبار الباب لا يشمل صورة جعل الثمن معيّنًا رأساً؛ لأنها محمولة على المعاملات المتعارفة من البيع بالثمن الكلّي، فهي ساكتة عن حكم ما فرضنا.

وأما الثالث: فلأن ما ذكره - قدس سره - من التفرقة بين ما قبل الرد وما بعده بجعل التصرف في الأول غير مسقط لعدم وقوعه في زمن الخيار، وفي الثاني مسقطاً لوقوعه في زمنه وإن كنّا نحن أيضاً ذكرنا ذلك سابقاً ببيان: أن القدر

المتيقن من الارتكاز في باب إسقاط الحقوق هو الحقوق الفعلية لا المعلقة.

ولكن دقيق النظر يقتضي خلاف ذلك، وأنه لا فرق في جواز الإسقاط بين ما قبل الرد وما بعده، وذلك لأن الخيار وإن كان قبل الرد مشروطاً غير فعلي، ولكن المشروطة وقعت تحت جعل الشارع.

وفرق بين ما إذا كان الجعل الصادر من الشرع بنحو الإطلاق من دون تعليق بشيء - لكن العقل بواسطة رؤية المزاحم الأقوى جعله معلقاً على زوال ذلك المزاحم الأقوى، كما لعله الحال بالنسبة إلى اشتراط خيار الحيوان بالتفرق عن المجلس، فإنه لم يرد خطاب من الشرع بهذا الاشتراط وأن صاحب الحيوان بالخيار إذا تفرق هو وصاحبه، وإنما الخطاب ورد مطلقاً كما في خيار المجلس بلا فرق، وإنما العقل بعد رؤية المزاخمة والفهم من مذاق الشرع أن المجلس أقوى، يحكم بتأخير خيار الحيوان عن انقضاء الأول، وليس هذا تقييداً للخطاب بمقتد عقلي لما تقرّر في محله من أن إطلاق الخطابات بالنسبة إلى المزاخمت غير متعزّضة حتى تكون قابلة للتقييد، وبالجمله لم يقع التعليق والاشتراط هنا تحت الجعل الشرعي -

وبين ما إذا وقع ذلك بجعل من الشرع كما في المقام، فإن المشاركين جعلوا خيار البائع على تقدير الرد، ودليل «المؤمنون عند شروطهم»^(١) أوجب نفوذ هذا المضمون وانعقاده.

وبعبارة أخرى: هذا الدليل يفيد ثبوت الحق للمشروط له في ما هو مفاد شرطه، إن مطلقاً فمطلق وإن مشروطاً فمشروط، فإن اشترط الخيار المطلق يفيد الحق المطلق، وإن اشترط الخيار المشروط على تقدير الرد مثلاً، يفيد الحق المشروط

١- مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، من أبواب الخيار ص ٣٠١، ح ٧.

بهذا التقدير، فكأنه ورد الخطاب من الشارع بأن للبائع حقّ الفسخ لو ردّ الثمن، فيكون هذا خطاباً مشروطاً صادراً من الشارع كسائر الخطابات المشروطة من التكليفية والوضعية، كخطاب «العصير العنبي إذا غلا يحرم» وخطاب «إذا غلا ينجس».

ووجه الفرق: أنه قد تقرّر أنّ الخطابات المشروطة الشرعية قبل حصول الشرط أحكاماً ولها حظّ من الوجود لا أنّها معدومة صرفة، غاية الأمر إنّ تأثير ما كان منها من قبيل التكليف في بعث العبد نحو المكلف به يتنظر لحصول المعلق عليه، وعدم التأثير غير عدم المؤثر، فكما أنّ التكليف المنوط هناك متحقّق كذلك الوضع المنوط فيما كان من قبيل الوضع الذي منه المقام أيضاً متحقّق، فالحقّ هنا بمنزلة التحريم هناك فكما أنّ التحريم بنحو الإناطة مجعول - ولهذا يعامل معه معاملة الموجود فيستصحب ويرد عليه النسخ - كذلك الحقّ بنحو الإناطة أيضاً مجعول، فيعامل معه معاملة الحقّ الموجود من الاسقاط وسائر الآثار.

وأما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم الجهالة فقد فرغنا عن جوابه في ما تقدّم، وأنّ التعليق على الأمر الاختياري ليس كالتعليق على غيره، وأما حكم العرف بأنّ مجموع المدة زمن الخيار فلعله مبنيّ على جعل الردّ قيداً للفسخ مع إطلاق الخيار، كما لعله المتعارف في البيوع الخيارية.

وأما ما ذكره بعض الأصحاب في ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعله لأجل أنّه حمل على المتعارف المرسوم بين الناس من اشتراط الخيار مطلقاً، وجعل الردّ قيداً للفسخ هذا.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع فلا إشكال في صورة وقوعه قبل الردّ وكذا بعده وقبل الفسخ في الوجهين الأوّلين من الوجوه الخمسة المتقدّمة في كونه من

مال المشتري.

وأما إذا وقع بعد الرد بناءً على كونه قيد الانفساخ أو كونه فسخاً فعلياً أو بعده وبعد الفسخ أيضاً، فلا إشكال أيضاً في وقوعه من مال البائع ولكن هل نحكم بضمان المشتري الذي فرض وقوع التلف في يده بالمثل أو القيمة للبائع أو لانحكم؟

تحقيق المقام أن يقال: لا إشكال في صورة المسامحة في الرد إلى البائع في الضمان، لقاعدة اليد، وما سيأتي، ولا في صورة الإذن الجديد من البائع في عدم الضمان. فالكلام محمّض في ما إذا بادر بعد الفسخ إلى الرد بأسرع زمان ممكن، مع عدم تحصيل الإذن الجديد ثم تلف سهاوياً قبل الوصول إلى البائع.

فنقول: الظاهر عدم شمول قاعدة اليد لمثل هذا وذلك لتبادر الاختيار من قوله -عليه السلام-: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فظاهر «أخذت» هو الأخذ الاختياري، ألا ترى أنه لا ينسب إلى الذهن من هذا الكلام ما إذا أطار الريح مال الغير في حجب الإنسان فورد عليه التلف السهاوي، أو وقع في يده بغير التفات منه بوجه آخر؟

نعم لا شبهة في شمول الشبهة الموضوعية؛ فإن الأخذ اختياري، والمقام من قبيل الغير الاختياري، فإنه وإن كان ملتفتاً لكنه كالتوسط في الأرض المغصوبة لا يقدر على ترك هذا المقدار من الأخذ، فالإنسان لا يفهم من الكلام مثل هذا.

ولكن مع ذلك يمكن القول بالضمان في ما نحن فيه من طريق آخر غير قاعدة اليد وهو أن يقال: لا شك أن العقد البيعي كما أنه عبارة عن إنشاء المبادلة، كذلك يتضمن أو يكون من أحكامه العرفية تعهد كل طرف لتسليمه ماله إلى صاحبه، ولهذا يطالب كل من الآخر التسليم لا بعنوان أنه ماله وفي يده بل

ب عنوان أنه متعهد بالتسليم، ولعلّ هذا قضيّة الوفاء بالعقد أيضاً، حيث إنّه تكوين ما أوقعه إنشاءً في الخارج.

وعلى هذا نقول: الفسخ عكس العقد وحله، في أصل المبادلة وفي لازمه المذكور، فينعكس المبادلة وينعكس التعهد، فكما أنّه لو تلف هناك أحد العوضين قبل القبض كان مقتضى الحكم العرفي بالتعهد غرامة البذل وإن كان الشارع حكم على خلافه بالانفساخ القهري، كذلك لو تلف هنا أيضاً بعد الفسخ وقبل القبض لزم الخروج عن العهدة بإعطاء البذل.

ثمّ في صورة تلف المبيع قبل الردّ أو بعده وقبل الفسخ هل يسقط الخيار أو لا؟ استظهر العدم شيخنا المرتضى - قدس سره - فيسترّد المثل أو القيمة، واحتمل السقوط، وبناء على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له ردّ الثمن وارتجاع المبيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز نقض الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجيء في أحكام الخيار، لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله ولا يتمّ إلّا بإلزام إبقائه على المشتري. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: هنا بحسب الثبوت طريقتان للحكم بسقوط الخيار بتلف المبيع.

الأول أن يقال: إنّ الخيارات المجمولة غير الخيارات الشرعية، فالثانية عبارة عن ملك فسخ العقد، فيكون الحقّ ابتداءً مربوطاً بالعقد وفسخه. وأمّا الأولى فيمكن أنّ نظر الجاعلين من الابتداء إنّما هو مربوط بخصوص العين المتقلّة منهم واستردادها، فما يقع بحسب الإلزام والالتزام هو استرداد العين إمّا مطلقاً أو مشروطاً بأمر كذا، كردّ الثمن ونحوه، فمورد الحقّ في هذه الشروط نفس

العين ابتداءً.

وعلى هذا فلو تلفت سماًوياً فقد انتفى الحق بانتضاء مورده، وأما إتلاف المشتري فلا إشكال أنه مُذهب للحق أيضاً ولكنه حرام تكليفاً؛ لأنه تفويت محل حق البائع ولو فرض كونه قبل رد الثمن؛ لما مر من أن الحق المنوط أيضاً نوع حق وهو ثابت فعلاً، نعم لا اقتضاء له بالنسبة إلى حفظ شرطه وهو الرد، فيجوز للمشتري إيجاد المانع عنه، وأما إتلاف الموضوع وهو العين المبيعة فغير جائز.

وهل يجوز تضمين المشتري بأن يتدارك الحق الفاتت بإقامة البديل مقام العين المتلفة حتى يكون هو متعلقاً لحق البائع كالمبدل؟ مبني على جريان ضمان الإتلاف في الحقوق أيضاً، كما لو أُلِف العين المرهونة، فكما يجب تدارك مال الراهن، كذا تدارك حق المرتهن، بأن يوضع البديل مقام المبدل في الرهانة.

الطريق الثاني: وهو ظاهر عبارة الشيخ أن يقال: إن الخيار هنا أيضاً سنخه سنخ الخيارات المشروعة من كونه حقاً في العقد، ولكن لما كان نظر الجاعلين مقصوراً على خصوصية العين واسترجاعها، فهم لا يجعلون الخيار إلّا في فرض ثبوت العين لانتفاء الغرض مع انتفائها، فكأنه قيل: جعلت لنفسي الخيار إن بقي العين.

وأما حرمة إتلاف العين على هذا، مع أن المشروط بشيء لا يقتضي حفظ ذلك الشيء، فلأجل تعهد والتزام آخر متعلق بإبقاء المشتري ذلك المبيع إلى زمان حصول الخيار، فإنه بعد ما كان غرض البائع استرجاع عين ماله، فلا يتم هذا إلّا بإلزامه على المشتري إبقائها وعدم تفويتها، فهذا كنذر أضحية الشاة المعينة على تقدير مرزوقية الولد حيث إنه متضمن لنذر ضمنّي بإبقاء الشاة.

وعلى هذا فلا إشكال في انتفاء حق الخيار المجعول بتلف العين سماًوياً كان

أم بإتلاف المشتري أم غيره كما أنه في صورة الإتلاف أيضاً، يمكن أن يقال بثبوت خيار آخر للبائع بواسطة تخلف المشتري عن شرطية البقاء، والحاصل أنه يحصل للبقاء شرطية أصولية وفقهية، فمن حيث إناطة حق خيار الردّ به شرط أصولي فبانتفائه يتنفي المشروط، ومن حيث إلزامه على المشتري شرط فقهي كشرط الحياطة، ففقدانه من قبل المشتري موجب لخيار تخلف الشرط، هذا.

ولكن هذا التقريب الثاني مخدوش بأن مجرد كون الغرض في استرجاع عين المال لا يوجب تخصيص دائرة الجعل والإنشاء به وإنما يوجبه لو كان فرض تلف العين مفعولاً عنه، وأما إذا كان ملتفتاً إليه ولكن أطلق الجعل بملاحظة اطمئنان البائع بشخص المشتري، حتى أنهم في هذه المعاملات الخيارية يراعون شخصاً لا يملك ما لهم حتى بعد انقضاء زمان الخيار وحصول اللزوم، حتى صار في زماننا بيع العين المبيعة ببيع الخيار قبيحاً في أنظار العرف، فلا يوجب الاطمئنان تقييداً في الجعل أصلاً.

هذا كله في تلف المبيع ولو تلف الثمن فإن كان بعد الردّ وقبل الفسخ فمقتضى ما سيجيء من أن التلف في زمان الخيار يمنّ لا خيار له كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع حسب الفرض من عدم حصول الانفساخ بنفس الردّ وانتظاره لإنشاء آخر.

نعم هذا مبني على عموم قاعدة التلف في زمن الخيار بالنسبة إلى الثمن مع كون مورده المثلث وبالنسبة إلى خيار الشرط، وتحقيق الحال في ذلك موكول إلى محله، والذي مربوط بهذا المقام أنه إن قلنا بالعموم من كلتا الجهتين فهل يصلح للتخصيص رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة في روايات الباب، وكذا قاعدة «أنّ الخراج بالضمان» أو لا؟

قال شيخنا الأستاذ: الحق عدم الصلاحية لشيء منها، أما الرواية فليس المذكور فيها إلا أن نهاء الثمن للبائع وتلف الثمن من المشتري، وشيء من هذين لا ينافي قاعدة التلف في زمان الخيار، بل يثبتان في موردها كما هو واضح، فلم نعلم أن نظر من جعلها صالحة للتخصيص إلى ماذا؟

وأما القاعدة فيمكن أن يقال بعد الغض عن اعتبارها سنداً، أن الكلية إنما يستفاد منها في جانب العكس، أعني كل من هو ضامن لمال فهو مالك لمنافعه كما هو مذهب أبي حنيفة في قضية البغلة المعروفة، وهذا غير نافع بالمقام، والذي ينفعنا أن كل من له المنافع فهو ضامن، بضميمة الإجماع على أن نهاء الثمن للبائع، ولكن هذه الكلية يمكن منع استفادتها من العبارة؛ فإنه جعل فيها المنافع بإزاء الضمان ودائراً مداره لا الضمان في قبال ملك المنافع فافهم. هذا في التلف بعد الرد.

وإن كان التلف قبل الرد فشمول قاعدة التلف في زمن الخيار حيثئذ علاوة على التعميمين السابقين يحتاج إلى تعميم ثالث وهو التعميم بالنسبة إلى الخيار المنفصل عن العقد إذا وقع التلف فيما بينه وبين العقد الذي هو زمان اللزوم.

ولا يبعد القول بهذا التعميم كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -؛ فإن في بعض أخبار تلك المسألة قوله: «حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١)، وظاهر هذه العبارة أن العلة في هذا الحكم كون ملكية المشتري في معرض الزوال وعدم خروجه عن التزلزل، ومعلوم أنه في الزمان الواقع بين العقد والخيار المنفصل وإن كان الملك الشخصي الخاص بخصوصية هذا الزمان غير قابل للزوال ولكن لا يمكن الحكم بأن حقيقة الملكية على قول مطلق صارت

لازمة غير قابلة له، والمعيار للحكم المذكور ذلك، فتدبر.

الأمر السادس: لا إشكال في الرد إلى نفس المشتري، وكذا إلى من يقوم مقامه شرعاً كالوكيل المطلق والولي الشرعي والوارث، بل والأجنبي ولو لم يكن له وكالة ولا ولاية إذا كان هذا التعميم مصرحاً به في العقد.

إنما الكلام في ما إذا جعل الشرط، الرد إلى المشتري فقال: لو رددت إليك كان لي الخيار، فهل ينفع في صورة تعذر الرد إلى نفسه الرد إلى من يقوم مقامه كالوارث والحاكم والوكيل المطلق؟

قال شيخنا الأستاذ — دام بقاءه —: لا شبهة في عدم إمكان التمسك بعمومات أدلة الوكالة والولاية والإرث لهذا المقام؛ فإن الوكالة ولو فرضت إطلاقها فإنما هي في موضوع أموال الموكل أو فعل موجب لحصول المال كالقبول في باب العقود، وفي مقامنا الثمن قبل الفسخ الصحيح غير ملك لموكله وليس هنا فعل مربوط بما هو الشرط من الرد لموكله؛ فإن البائع اشترط الرد بمعنى إيجاد المقدمات التي من قبله، فليس لقبول المردود إليه ولا امتناعه دخل لا وجوداً ولا عدماً في ذلك أصلاً، فحال في هذا كالجدار، فكأن الشرط جعل وضع الثمن عند الجدار، ومجرد هذا ليس فعلاً حتى يقال بأن فعل الوكيل فعل الموكل، وهكذا الكلام في الولاية بعينها.

وأما الإرث فلأن هذا لا يعد حقاً ولا مالاً للمردود إليه حتى يتنقل إلى وارثه، نعم لو تحقق الشرط وهو الرد إلى نفس المشتري وتحقق المال للمورث كان منتقلاً إلى الوارث، وهذا كله بخلاف الحال في طرف البائع؛ فإنه أيضاً وإن جعل الشرط الرد الصادر منه المدلول عليه بقاء المتكلم في قوله: (لورددت) ولكن عموم أدلة الوكالة والولاية والإرث يمكن أن يقال بعدم المانع لها عن شمول المقام، أما

الوكالة والولاية فهذا الرد فعل في مال الموكل والموكل عليه، والمفروض أن فعل الوكيل والولي فيها أنيط الحكم بفعلهما يقوم مقام فعلهما ويفيد فائدته، وأما الإرث فلأن الحق المنوط كما مر سابقاً نوع حق ثابت فعلي فهو موروث.

إن قلت: نعم لكنه معلق على تصوير غير ممكن في حق الوارث وهو رد خصوص البائع.

قلت: يمكن أن يجاب بأنه كما كان الحق الثابت للميت هو الخيار لو رد نفسه فهذا إذا انتقل إلى الوارث فمعناه أن للوارث الخيار لو رد نفسه.

لا يقال: هذا التقريب جارٍ في ما اشترط الخيار بمباشرة لسان المورث مع أن الإرث فيه مما لا يلتزم به أحد.

لأننا نقول: التعبير المذكور أعني التقييد باللسان مفيد لتقييد الحق بحال حياة المورث ومما قرّر في محله أنه يشترط في صدق المتروك الذي هو موضوع الإرث كون المتقضي في كلتا حالتَي الحياة والموت موجوداً؛ إذ لو كان المتقضي قاصراً لا يصدق أن الميت مات وترك هذا، وهذا بخلاف قيد الرد في ما نحن فيه، فإنّ حاله حال الفسخ، فهما وإن كانا مضافين إلى المورث لكن ليس للإضافة مدخلية، فالذي قام به الحق هو حقيقة الفسخ على تقدير حقيقة الرد والإضافة إلى البائع من باب عدم قابلية غيره، ولهذا لو قيد في المقام أيضاً الرد بكونه بمباشرة نفسه كان حاله حال قيد مباشرة اللسان في الفسخ، فافهم.

فتحصل ممّا ذكرناه أن التمسك لمقامنا بأدلة النيابة غير مجد، كما أن التمسك بعموم الغرض - وأنه مطلق الوصول إلى من يملك التصرف في الثمن بعد الفسخ وضرورة الثمن ملكاً للمشتري ولا خصوصية لنفس المشتري، فإن المقصود أن لا يبقى ديناً في ذمة البائع وهو حاصل بالرد إلى نفس المشتري أو من يقوم مقامه -

غير مجد أيضاً؛ فإن الغرض غير متبع في أبواب المعاملات ما لم يقع تحت الإنشاء.

نعم الذي يمكن أن يقال في وجه الجواز في المقام: أن كاف الخطاب في قوله: (لو رددت إليك) وإن كان ظاهره الأولي خصوصية المخاطب، ولكنه يتنزل على الأعم منه وتمن ينوب منابه، وبعبارة أخرى على من يملك التصرف بعد الفسخ كما ذكروا ذلك في كاف الخطاب في قول البائع: «بعتك»، لو ظهر المشتري وكيلًا وغير مالك للثمن، حيث ينزلونه على الأعم من خصوص المخاطب ومن ينوب هذا منابه ويعد وجوده التنزيلي، وبعبارة أخرى على المالك للثمن.

ولكن صحة هذا أيضاً منوطة على تعارف وقوع هذه الأمور الموجبة لتعذر الرد إلى المشتري، من الموت والجنون والغيبة الموجبة لانقطاع اليد عنه إلى زمان حصول الخيار، بحيث لم يكن مغفولاً عنه حال الإنشاء، كما أن الوجه في التعميم المذكور في (كاف بعتك)، هذا التداول، أعني تداول وقوع الشراء من كلتا الطائفتين أعني المالكين ومن يقوم مقامهم، وأما إذا كان وقوع مثل ذلك غير متعارف بل كان خلافها مظنوناً بالظن الاطمئنان بحيث تسكن النفس بعدم الوقوع، فلا وجه حيثذ لصرف اللفظ عما هو ظاهره من خصوصية نفس المخاطب بالخطاب بها هو هذا الشخص الخاص.

وبالجملة: المعيار وقوع الجامع تحت الإنشاء، فلا يضّر اعتقاد أن مصداقه منحصر في فرد ولا يتحقق مصداق آخر، أو وقوع المصداق تحت الإنشاء بواسطة الاعتقاد المذكور.

ومن هنا يعرف الحال في مسألة شراء الأب للطفل بخيار البائع، ورد البائع الثمن إلى الجدة مع التمكن من الأب أو بدونه، فإن الكلام فيه أيضاً بعينه ما تقدم، ولازم صيرورة الجامع المذكور أعني: مطلق من يملك تصرف المال بعد

الفسخ ويكون قبضه قبض المالك مقصوداً في الإنشاء، كفاية الرد إلى أي فرد منه ولو مع التمكن من آخر، كما أنّ لازم وقوع المصداق عدم الكفاية حتى مع التعذر. وعلى هذا فربما يمكن الاستشهاد لوقوع المصداق بإبائه الذهن عن الرد إلى وكيل المشتري مع إمكان الوصول إليه بسهولة، وكون الوكيل آلة للموكل؛ فإنّ الذهن لا يساعد على عدم العمل بالشرط في هذا الفرض، ولو كان الخصوصية ملغاة لما كان لأحد الفردين مزية على الآخر كما هو واضح.

ثمّ هذا كلّ في مثل الأب والجدّ اللذين لا يتقيّد ولاية أحدهما بعدم مزاحته لما تصدّاه الآخر من المعاملة في أموال الصغير، وأمّا لو وقع ذلك في الحاكمين اللذين ولاية أحدهما منوطة بعدم المزاحمة للآخر في مورد تصديبه، بأن ردّ البائع الثمن الذي اشترط ردّه في معاملته مع أحد الحاكمين إلى الحاكم الآخر، فحيث إنّ ولو قلنا بتعميم مقام الإنشاء لكلّ من يملك التصرف بعد الفسخ، لا بدّ أن نقول بعدم كفاية الردّ إلى الآخر، فإنّ الآخر غير مصداق لهذا العنوان؛ فإنّ المفروض أنّ ولايته وجواز تصرفه منوط بعدم ابتداء الأول في التقلب والتقلب في المال، لأنّه مع هذا الفرض يعدّ عرفاً دخالة هذا مزاحمة للأول، فيكون الدفع إليه كالدفع إلى الأجنبي العامي في عدم حصول الشرط.

ومن هنا يستشكل على كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - في هذا المقام حيث إنّّه بعد اختيار كفاية الردّ إلى الثاني استظهر وجوب دفع الثاني الثمن إلى الأول بملاحظة عدم مالكيته للتصرف، للمزاحمة العرفية، مع أنّه لا وجه للكفاية وحصول الشرط بعد تسليم صدق المزاحمة عرفاً على تصرفاته في الثمن بعد الفسخ، فتدبر.

الأمر السابع: لا إشكال في صحّة اشتراط الفسخ برد الثمن كما تقدّم

الكلام فيه، ولو اشترط الفسخ في بعض المثلثين برء ما قابله من الثمن كالنصف والربع مثلاً، فقد استشكل في المستند على ما حكى في صحته؛ نظراً إلى عدم إمكان التمسك لصحته بعموم أدلة الشروط، بواسطة مخالفة هذا الشرط لعموم دليل لزوم البيع بعد الافتراق عن المجلس، وهذا الوجه وإن كان بعينه موجوداً في الفرض الأول أيضاً، لكنه خرج بالنقض الخاص، فيكون شرطاً مخالفاً للسنة قد شرع بالدليل الخاص تخصيصاً في عموم عدم نفوذ الشرط المخالف، فيجب الاقتصاد على مقدار الدليل، ولا شبهة أنه الفرض الأول، فيجب في الثاني العمل بالعموم.

وعلى هذا فلا بد من التفرقة بين شرط الفسخ في البعض برء البعض وبين شرط ارتجاع البعض برء البعض، أو كون البعض له كذلك، فإن الثاني غير مخالف لعموم من عمومات الكتاب والسنة فلا مانع فيه من الأخذ بعموم أدلة الشروط بخلاف الأول. هذا ما ذكره.

ولكنّا فرغنا فيما تقدّم عن هذا الإشكال بما إجماله: أنه وإن كان قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» ^(١) ظاهراً - كما هو الحال في نوع القضايا - في الفعلية وكون اللزوم باقتضاء في ذات البيع، وأنّ هذا الاقتضاء على حسب إطلاق المادة غير مقيد بحال دون حال، وقضية هذا كون شرط الخيار بعد التفرق داخلاً في عنوان ما يحلّ حرام الشرع ويحرم حلاله، ولكن بعد ورود الدليل بالجواز في بعض الأفراد وعدم إمكان التزام التخصيص في عموم «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً» ^(٢) لإبائه عرفاً عن التخصيص يستكشف كون هذا الاقتضاء في البيع غير مطلق، بل

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

٢- المصدر نفسه: الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

مقيّد بحال عدم الشرط، وهذا الاستكشاف وإن كان في خصوص مورد الدليل دون غيره، ولكنّه يوجب وهن الإطلاق بالنسبة إلى الغير أيضاً، فيكفي حيثنذ الشك، لأنّ المرجع حيثنذ أصالة عدم المخالفة. هذا مجمل الكلام في صحة الشرط المذكور، وقد تقدّم تفصيله.

والذي ينبغي التكلّم فيه هنا أنّه على الفرض الأوّل أعني: صورة اشتراط الفسخ في الكلّ برّد الكلّ، لو أطلق ذلك فلا إشكال في عدم القدرة على فسخ البعض برّد بعض الثمن، ويكون البعض المدفوع باقياً على ملك البائع، ولو تلف كان مضموناً على المشتري إلّا أن يكون يده يد أمانة، هذا مع الإطلاق.

وأما لو صرح في هذا الفرض: بأنّ له الفسخ في كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن، فلا إشكال في جواز الفسخ في ما قابل المدفوع، لكن هل يحدث للمشتري خيار التبويض لو خرجت المدة ولم يدفع الباقي من الثمن أو لا ؟

الموجود في كلام شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - هو الثبوت، وهو بظاهره مخدوش؛ لأنّ خيار التبويض ليس له دليل على الإطلاق، وإنّما المتيقّن منه صورة عدم إقدام المشتري، وبعد ما فرض أنّه قد وقع التصريح في العقد بهذه الخصوصية فقد أقدم على التبويض، فكيف يحدث مع ذلك له الخيار.

نعم لو فرض أنّه في هذه الصورة شرط المشتري على البائع بأنك على تقدير ردّك البعض وفسخك البعض، ردّ البقية وتفسخ البقية فوراً وفي ذلك المجلس، فحيثنذ لو تخلف كان فسخه البعض نافذاً، ولكن بقضية تخلفه الشرط يحدث للمشتري الخيار، بل ويحدث له أيضاً خيار التبويض، فإنّه مع ضميعة هذا الاشتراط يمكن أن يقال: إنّ ما أقدم على تبعض الملك عليه ... فتح الباب وضعاً لكن سدّه تكليفاً.

بل وعلى وجه الحقيقة وصحة المطالبة فإنه حيثئذ لا يخلو حاله من أمرين إما يفي بالشرط ولا يبعض، وإما يتخلف فحيثئذ أيضاً للمشتري بحسب العرف خيار الفسخ، فيدفع عن نفسه أيضاً التبعض بفسخ نفسه فهو غير مقدم على التبعض مطلقاً.

ولو فرض أنه شرط هذا الشرط ولكن لم يقيد الفورية بل قيد بعدم مضي المدة فحيثئذ لا يورث التخلف - حتى انقضت المدة - إلا خيار التخلف؛ لأنه أقدم حيثئذ على التبعض.

لكن هذا كله إنما هو مع وجود هذا الشرط في البين، أما على ما هو صورة المفروض من عدم عين ولا أثر لهذا، وإنما شرط الفسخ في الكل برد الكل، غاية الأمر على هذا الوجه أعني أن يكون مختاراً على الفسخ في كل جزء من الثمن بدفع ما يخصه من الثمن بلا قيد ولا شرط آخر، فلا يعلم ظاهراً وجه لخيار التبعض للمشتري لوجود الإقدام.

وقد يقال في مقام التوجيه: إنه قد يجعل الشرط رد الكل والمشروط فسخ الكل، وقد يجعل الشرط رد البعض والمشروط فسخ البعض، ولكن يجعل رد البعض الباقي والفسخ الباقي شرطاً للشرط على نحو الشرط المتأخر، وهذان مشتركان نتيجة، وقد يجعل الشرط رد البعض والمشروط فسخ البعض بدون اشتراط كله لرد البعض الباقي في فسخ البعض الأول أصلاً.

وحيثئذ يمكن أن يقال: إن الشارط إنما أقدم على جعل الاختيار والقدرة بيد الفاسخ ولم يقدم على الفسخ، وفرق بينهما؛ فإن الثاني إقدام على الضرر، وأما الأول فإن وقع بداعي وقوع الفسخ فكذلك أيضاً، وأما إن وقع من باب انحصار الوصلة إلى المعاملة فيه برجاء أن لا يتمكن البائع من الثمن في رأس المدة أصلاً، أو تمكن

ولم يعزم على الفسخ فلا يصدق أنّ هذا الشرط مقدم على ضرر نفسه، فتأمل.

فإن قلت: كما أنّه في صورة تبين بعض المبيع مستحقاً للغير يقولون بخيار التبعض للمشتري مع الصحة في البعض المملوك مع أنّ الصحة ملازمة للوقوع تحت الانشاء، ولم يناف هذا مع ثبوت الخيار المبني على عدم الإقدام، فلم لا تقولون بمثله في المقام؟ بأن يقال: إنّ جعل ردّ الكلّ شرطاً لفسخ الكلّ حاله حال جعل الكلّ مقابلاً بالكلّ، فكما أنّ الثاني ينحلّ إلى مقابلة الأبعاض بالأبعاض، فكذا الأوّل ينحلّ إلى جعل الأبعاض شرطاً للأبعاض.

قلت: فرق بين المقامين، أما مقام جعل المقابلة، فالجعل فعل قلبيّ مثل فعل جوارحي، فكما أنّك لو رفعت كلا يديك للوضع على رأس شخصين فوقع في الأثناء حائل غير اختياري بين إحدى يديك وبين أحد الرأسين، فليس وقوع يدك الأخرى على الرأس الآخر خارجاً عن اختيارك، فكذا جعل المقابلة بين الشيئين، والشيئان إذا كان أحد الشيئين مصحوب المانع واقعاً عن الانتقال، فبالنسبة إلى الخالي عن المانع قصدك للنقل بالعوض موجود محقق، وهذا بخلاف مقام الاشتراط، فقولك: إذا رددت الثمن كنت مختاراً على فسخ الثمن يراد بالثمن مجموع المال الذي وقع قبلاً للمبيع، وبالثمن مجموع ما قابله.

وبالجملة جعلت الالتزام بالفسخ على تقدير حصول أمر فلا بدّ أن تنظر في أنّ الظاهر العرفي من التقدير ماذا؟ ولا شك أنّك إذا قلت: إذا رددت الثمن أجبتك أو أفعل كذا، يفهم العرف منه ردّ التهام، فكذا في المقام بلا فرق.

وبالجملة المنشأ في المقام الالتزام بإيقاع أمر في الاستقبال على تقدير كذا، وهو غير الإنشاء الفعلي، وإيقاع الفعل الانشائي فعلاً مربوطاً بالمجموع كما هو الحال في مقام البيع، فافهم وتدبر.

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برّد الثمن، يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برّد الثمن، ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين ولا في جواز التصريح برّد البدل مع تلفها، بل ولا في جواز جعل الشرط ردّ البدل ولو مع التمكن من العين، أو جعل الشرط ردّ القيمة في التالف المثلي أو المثل في التالف القيمي.

والمسائل الثلاث من باب واحد، بمعنى أنّ ردّ المثل في التالف المثلي مثلاً الذي هو المسألة الأولى معناه: تعيّن كلّ المثل المستقر في الذمة بعد الفسخ في هذا الشخص المردود، وليس مقتضى الفسخ إلّا نفس استقرار الكلّي من دون تعيّن في شخص، فلا بدّ من تصحيح التعيّن بدليل الشرط وآتاه يشمل شرط النتيجة.

وكذا ردّ البدل مع وجود العين معناه: كون الفسخ علّة لانعكاس المبادلة وانتقال الثمن إلى البائع ثم انتقاله منه إلى المشتري ثانياً مقابلًا بالبدل المدفوع، فصحة هذا أيضاً مبتنية على صحة شرط النتيجة، وذلك لأنّ مقتضى الجمع بين القصد الجدّي إلى تحقّق الفسخ بحقيقته مع ردّ البدل في حال وجود العين إرادة هذا المعنى بدلالة الاقتضاء كما يقولون نظيره في (بيع عبدك عني)، وإرادة انتقال نفس البدل ابتداءً بتوسّط الفسخ إلى البائع منافع لعرفيّة كون معنى الفسخ هو الحلّ والقلب للمعاملة.

وكذا ردّ القيمة في التالف المثلي أيضاً معناه: أنّه بعد وقوع الفسخ بحقيقته المقتضي لانتقال المثل في ذمة المشتري إلى البائع وقع المعاوضة بين المثل المستقر وبين القيمة المدفوعة، وأمّا كونها إيفاء لما في الذمة فلا عرفية له، هذا.

وبما ذكرنا ظهر لك الخدشة في ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - في

هذا المقام ولعلّه أشار إلى بعض ما ذكر أو كلّه بالأمر بالتأمل.

مسألة: هل الأصل في خيار الشرط جريانه في عامّة العقود المشتعلة على المعاوضة اللازمة غير البيع، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة، حتى إنّ لا بدّ من التماس الدليل في عدم الجريان؟ أو أنّه لا يجري بحسب القاعدة له فيها، ولا بدّ من التماس الدليل للجريان؟

نعم العقود الجائزة إلى الأبد خارج عن محلّ الكلام، فإنّ جعل الخيار فيها تحصيل للحاصل، اللّهمّ إلّا أن يقال: الذي ثابت بنفس العقد هو السلطنة على استرجاع العين، والذي يثبت بالخيار هو السلطنة على إزالة العقد، وتظهر الثمرة في حال تلف العين، فعلى تقدير عدم الخيار لا وجه لمطالبة البدل؛ لأنّ محل السلطنة وهو العين قد فات، وعلى تقدير الثبوت مقتضى القاعدة هو المطالبة به فتأمل.

نعم لا يجري هذا في مثل شرط الخيار بمقدار المجلس أو الثلاثة الأيام في العقد الذي شرّع فيه الخياران شرعاً.

وأما العقود اللازمة فقد يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة نفوذها الشامل بإطلاقه لحال الاشتراط، وبين عموم: «المؤمنون الخ» محلّ الأوّل على حال عدم الشرط، يعني هذا الاقتضاء الذاتي الذي ثابت للعقد لو خلّي وطبعه ليس له بيا هو عقد بل بضميمة عدم الاشتراط.

وفيه: أنّه لا داعي إلى هذا التصرف بل الداعي إلى خلافه فنحملها على ظاهرها من كون الحكم الأصلي ثابتاً لنفس المعاملة بلا قيد، ولازمه عدم إمكان التمسك بدليل الشرط؛ إذ يصير الشرط حيثنذ خلاف الكتاب والسنة فيندرج في المستثنى، وإنّما ألبأنا إلى الحمل المذكور في خصوص البيع النصوص الخاصة

ولولاها كان قضية القاعدة فيه أيضاً ذلك.

وقد يقال: إنّنا تتبّعنا العقود فوجدنا الإقالة جارية في كلّها، وخيار المجلس والحيوان والشرط في بعضها، فعلمنا بهذا أنّ الفسخ فيها مؤثّر في رفع أثرها، ويصير إطلاق الأدلة بهذا موهوناً، فيعلم أنّه لا إبقاء في ذات المعاملة عن الفسخ بالتقابل، فلا يكون الشرط إلّا مفيداً للتسلّط على الفسخ المؤثّر في رفع الأثر بجعل الشارع، لا جاعلاً له مؤثراً حتّى يكون مخالفاً للكتاب والسنة.

وفيه: أنّ مؤثريّة الإقالة لا يفيد، إلّا أنّ الفسخ في ما إذا تراضى المتعاقدان عليه مؤثّر، وأين هو من الفسخ الغير المقرون برضى غير الفاسخ الذي هو محلّ الكلام، فمن المحتمل عدم مؤثريّته، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، لأنّه حينئذ من الشبهة المصداقيّة.

بل نقول: يمكن التمسك بعموم: «إلّا ما خالف» وتعيين كونه من هذا القيل بواسطة إطلاق دليل نفوذ العقد، فإنّه محمول على الاقتضاء المطلق، غاية الأمر أنّه صار مغلوباً للمقتضي الأقوى في مورد الإقالة، وأمّا في مورد الفسخ من الطرف الواحد فلا يصير عنوان الشرط مزاحماً لذلك الاقتضاء بقضيّة قوله -عليه السلام-: «إلّا ما خالف الكتاب والسنة».

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّهُ متى شرع التقايل في العقد مع التراضي بعده، جاز تراضيهما حاله على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كاف في ذلك بعد ما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إتياء بعد العقد بالرضى بما يفعله صاحبه من الفسخ وعدم الاعتراض عليه؛ قائماً مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه وإن لم يرض فعلاً.

وأما إذا لم يصحّ التقايل في العقد لم يصح اشتراط الخيار، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثراً، لما عرفت من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضى الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً.

ولكن فيه أيضاً: أنّ المعبر في التقايل تقارن الرضاءين ولا يكفي الرضى من أحدهما حال العقد ومن الآخر بعده حال الفسخ، وأما قيام أمر الشارع مقام الرضى الفعلي فهو فرع صحّة الشرط، والكلام الآن فيه، ومن المعلوم أنّ الحكم لا يصحح موضوعه.

نعم حيث إنّ العرف أيضاً حاكم بلزوم متابعة الشرط وعدم التعدي عنه، فهو ملزم بحكمهم بالوقوف عند شرطه، لكن هذه المزمية أيضاً من باب ترتيب أثر الفسخ، وأنه صار مؤثراً فيجب معاملة مال الغير مع هذا المال الذي عند المفسوخ عليه، وفرق بين مثل هذا الرضى والرضى بالفسخ بالعنوان الأولي، والذي هو المعبر في الإقالة هو الثاني.

فإذن لا محيص عن التفصيل الذي تقدّم عن صاحب المستند في مسألة بيع الخيار في صورة شرط ردّ البعض في فسخ البعض، وهو: التفصيل بين شرط الانفساخ بعد قول أو فعل كذائي من الشارط وبين شرط الفسخ إلا إذا لم يكن في ذلك المعاملة دليل يقتضي إطلاق لزومه الذاتي، فحيث إن كان الشك في مؤثرية الفسخ، لكن يمكن تنقيح الموضوع بأصالة عدم المخالفة.

وبعد ما عرفت الحال على نحو الكليّة فلا بدّ من التكلّم عن موارد خاصّة. منها: خصوص الإيقاع مطلقاً والمدعى فيه تارة عدم قبوله للاشتراط أصلاً لا

للخيار ولا لغيره، وأخرى عدم قبوله لخصوص شرط الخيار مع تسليم قبوله لأصل الاشتراط.

أما الأول: فقد حكى شيخنا المرتضى - قدس سره - الاستدلال له بأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما ينته عليه جملة من الأخبار، والإيقاع إنما يقوم بواحد.

ورده هو - قدس سره - عليه بأن المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين، المشروط له والمشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب والقبول، واستشهد لهذا بأنهم جوزوا أن يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول انتهى كلامه - رفع مقامه -.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة -: يمكن تقريب الاستدلال بوجه يسلم عن إirاده - قدس سره - لكن على مبنى من يقول: بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، وهو أن يقال: إذا وقع الشرط في ضمن الإيقاع فلا يخلو حاله، إنما يلزم على الطرف المشروط عليه بدون توقف على قبوله ورضاه، وإنما يحتاج إلى قبوله ورضاه، وبدونه لا لزوم ولا صحة.

أما الأول: فهو مما لا يمكن الالتزام به، حيث يلزم أن يجب على أحد شيء مالم يأم غيره أو يتعلق بعهدته حق أو يخرج عن ملكه مال من دون رضاه بل والتفاته.

وأما الثاني: ففي صورة عدم قبوله ورضاه لا يخلو الحال إنما أن نقول ببطلان الشرط مع المشروط، وإنما أن نقول بصحة المشروط وبطالان الشرط، فالثاني خلاف

المبنى من مفسدة الشرط الفاسد لما وقع في ضمنه، وأن العقود تابعة للقصد، فإذا قصد الإيقاع مقيداً فلا يقع مطلقاً.

وعلى الأول: إما أن نقول بالصحة مع القبول، وإما بالبطلان معه أيضاً، فعلى الأول يلزم كون الإيقاع متوقفاً على القبول، وقد فرضنا أنه من المسلم عندهم عدم الحاجة فيه لا في الصحة ولا في اللزوم إلى قبول الغير، فتعين الثاني وهو المطلوب، وهذا التقريب لا يرد عليه سوى فساد المبنى فيلتزم بوقوع الإيقاع على كل حال بدون توقف فيه صحة ولا لزوماً على القبول، وإثبات الشرط هو المحتاج إلى القبول، فمعه يصح وبدونه يطل، ولا محذور لما قرّر في محله من فساد المبنى المذكور. هذا تقريب المدعى الأول مع جوابه.

وأما الثاني: وهو عدم قبول الإيقاع لخصوص اشتراط الخيار في ضمنه، فيمكن تقريبه بوجوه: الأول أنه من قبيل جعل ما ليس بسبب سبباً بالاشتراط، كما لو جعل الإتيان في منزل زيد شرطاً، فإنه لا يفيد أزيد من جواز ذلك للمشروط له، وأما حصول الانفساخ بسببه فلا يتأتى من الشرط، ففيما نحن فيه أيضاً إذا شرط قول فسخت مع الإنشاء، فغاياته جواز هذا الأمر له، وأما صيرورته سبباً فلا يحصل هذا من الشرط، فلا بد من إحراز أصل السببية من الخارج حتى يحصل بالشرط التسلط عليه.

ولا يستشكل بأنه على هذا فلا يبقى وجه لهذا الشرط في باب العقود وذلك للفرق الواضح، حيث علمنا أصل السببية هناك بواسطة صحة الإقالة وسائر الخيارات الشرعية، وأما هنا فلم نعهد من الشرع تجويز نقض آثار إيقاع بعد وقوعه ورجوع المطلق ليس إلّا حكماً شرعياً ولا ربط له بالفسخ.

وفيه: أنه فرق بين اشتراط مثل المجيء إلى دار زيد مما ليس له طبعاً خاصة

نقض العقد وبين مثل الفسخ، فإنّه بطبيعته مقتض للنقض والحلّ نظير صيغة البيع حيث إنّ مقتضى للمبادلة، بخلاف مثل الوثبة وسائر الأفعال، فإذا وقع مثل الأوّل تحت عنوان الشرط، فلا يفيد فيه حكم الشرط إلّا لزومه أو جوازه، وأمّا مثل الثاني ففضية وقوعه تحت الشرط وإمضاء الشارع وقوع ما هو مقتضاه طبعاً بنظر الشارع، ومساعدته في ذلك لنظر الفاسخ.

فإن قلت: فسخ الإيقاع نظير إعدام العدم، فالإعدام يحتاج إلى أمر وجودي، وأمّا العدم الصرف فلا يقبل الإعدام، فأثر الطلاق والعتق والإبراء والفسخ ليس إلّا إعدام ما وجد سابقاً من الزوجية والرقية والدين والعقد، وأمّا العدم الحاصل من هذا الإعدام فلا يقبل إعداماً آخر.

قلت: إن أردت عدم قابليته عقلاً، فممنوع، وكذا إن أردت عدم القابلية عرفاً؛ وذلك لأنّ الانطلاق والحرية أيضاً شيء وجودي قابل للإعدام والرفع، وكذا الانحلال والبراءة، وبالجملّة: مراجعة العرف والوجدان أقوى شاهد على قبول الإيقاع للحلّ كما هو المشاهد في مثل الوعد.

وإن أردت عدم القابلية شرعاً، فهذا مشترك الوجود بين الإيقاع والعقد، وبمجرد رؤية السببية في مورد الإقالة والخيارات الشرعية لا يكفي لغيرها، بعد احتمال دخل خصوصية المورد، فالتحقيق هو الرجوع في كلا المقامين إلى أصالة عدم مخالفة الأزلي، والمعجب من شيخنا المرتضى - قدس سره - كيف اكتفى هنا بمجرد احتمال عدم المشروعية في المنع، مع أنّه اعتمد في باب الشروط على إحراز قيد عدم المخالفة باستصحاب عدمها الأزلي.

الوجه الثاني: من وجوه منع اشتراط الخيار في الإيقاع: أنّ المانع إطلاقات أدلة صحة الإيقاع ونفوذه، حيث إنّ شامل لما بعد الفسخ، فيستفاد منها أنّ

الحكم ثابت لنفس الإيقاع من حيث هو وإن كان يمكن رفعه لعروض عارض، وقد عرفت أن عنوان الشرط لا يمكن تأثيره في قبال المقتضي الشرعي الثابت اقتضاؤه الذاتي للذات المجردة حتى حال تحقق الشرط، وعلى هذا فيكون شرط الخيار داخلاً في ما خالف السنة ومحللاً للحرام ومحزماً للحلال.

والجواب: أن الأدلة الناهضة بصحة الإيقاع لا تنفي بأزيد من أصل ترتب الأثر عقيب وقوع الصيغة والإنشاء في قبال وقوعه لغواً وبلا أثر، وأما إن الأثر بعد وقوعه وتحققه فلإ متى يبقى وأي شيء يرفعه؟ فلا نظر فيها إلى اثبات ذلك ولا نفيه، فهو نظير دليل تنجيس النجاسات للأشياء الملاقية لها من حيث إنها غير متعرضة لأن النجاسة متى عرضت على المحل فهو غير قابل للتطهير والرفع أو قابل، وعلى الثاني يكون باقياً إلى أي مقدار من الغسل، فعلم أنه من المحتمل أن يكون الفسخ إذا وقع تحت حق الموقع قابلاً لارتفاع أثر الإيقاع وأنه لا ينافي ذلك لاطلاق أدلة الإيقاع، وإذن فيصير شرطه في ضمن الإيقاع بلا مانع بعد إجراء أصالة عدم المخالفة الأذلي.

الوجه الثالث: أن الفسخ غير مؤثر في رفع أثر الإيقاع بواسطة أصالة بقاء الأثر بعد الفسخ، وهو ملازم لفساد الفسخ ظاهراً وبعد جريان هذا الأصل لا يبقى لاشتراط الفسخ مجال لأحد الوجهين، إمّا لتزيل هذا الاستصحاب بقاء الأثر منزلة بنفس الواقع في كون الشرط المخالف له شرطاً مخالفاً للسنة غير نافذ، كما يقال في أصالة حل لحم الحيوان المشكوك لتجوز الصلاة في وبره وسائر أجزائه.

وإمّا لأن السنة التي اعتبر عدم مخالفة الشرط إياها أعم من الحكم الواقعي، والقاعدة الظاهرية المقررة للشاك كالاستصحاب، فالشرط هنا مخالف

للاستصحاب وجداناً، كما أنه على الأول مخالف للسنة الواقعية تنزيلاً وتعبداً، ونظير هذين الوجهين جارٍ في اشتراط شرب المائع المستصحب الخمرية، فإنه لا يمكن لأحد الالتزام بجواز الشرب بواسطة الشرط، ولا فرق بينه وبين المقام.

والجواب: - مضافاً إلى إمكان القول بمشيتية هذا الاستصحاب حيث لا يحرز عنوان الشرط المخالف بناءً على كون القيد المعبر خصوص عدم المخالفة للسنة الواقعية، وليس حال المقام حال الصلاة في وبر ما لا يؤكل، فإنه قد اعتبر في الدليل من آثار جزء ما لا يؤكل لحمه، أن الصلاة في وبره غير جائز، ومن آثار جزء ما يؤكل لحمه أن الصلاة في وبره جائز، فيكون ترتيب ذلك على الأصل الذي مفاده أن الحيوان مما يؤكل لحمه، ترتيباً للأثر الشرعي، وهذا بخلاف المقام؛ حيث رتب البطلان من الإبتداء على الشرط المخالف للكتاب والسنة، لا أنه اعتبر من آثار الكتاب والسنة أن الشرط المخالف لهما باطل - أن قياس المقام باشتراط شرب مستصحب الخمرية ونحوه مع الفارق.

والحاصل: سلمنا أن لا فرق في مخالفة حكم الله الموجبة لبطلان الشرط بين مثل الاستصحاب من القواعد الظاهرية المجعولة للشاك بأحد التقريرين المتقدمين، وبين الأحكام الواقعية، ولكن لا ربط للمقام بذلك الباب.

وجهه: أن احتمال عدم تأثير الفسخ وبطلانه الموجب لاستصحاب بقاء أثر الإيقاع، إنما هو ناشٍ من كون الشرط المذكور في الإيقاع مخالفاً للكتاب والسنة، حيث إن من المعلوم أن الفسخ الواقع عقيب الشرط المذكور فاسد، كما أن من الواضح أن الفسخ الواقع عقيب شرطه الغير المخالف لهما نافذ صحيح، ولا يعقل أن يكون الأصل المترتب على الشك المتولد من المخالفة وعدمها مؤثراً في بطلان الشرط، والمؤثر فيه إنما هو الحكم الذي له واقع مع قطع النظر عن المخالفة

والعدم، وهو هنا كون أثر الإيقاع لازماً بحيث لا يقبل التغير بالفسخ الواقع عقيب الشرط، فإنّ من المحتمل كونه كذلك، كما أنّ من المحتمل أيضاً كونه بخلافه، وأنّه بحيث يرتفع بسبب الفسخ المذكور.

فالذي يحتمل مخالفة الشرط وعدم مخالفته له هذان، ولا أصل في هذه المرتبة ينقح أحد الاحتمالين، فتكون أصالة عدم المخالفة جارية بلا مزاحم. نعم يتولّد من احتمالي المخالفة وعدمها، احتمال أن يكون الأثر الحاصل بالإيقاع قبل الفسخ زائلاً بعده وأن يكون باقياً، والأصل فيه وإن كان يقتضي البقاء، لكن لا يمكن تأثير هذا الأصل في بطلان الشرط؛ فإنّه يعتبر في الحكم المخالف - بالفتح - أن يكون ثابتاً مع قطع النظر عن عنوان المخالفة، وهذا معلول للشك المسبّب عن الشك المتعلّق بعنوان المخالفة وعدمها.

نعم هذا الحكم الأصلي لا يجتمع مع عدم مخالفة الشرط، لا أنّ الشرط صار مخالفاً له، وعلى هذا فيكون أصل عدم المخالفة جارياً وحاكماً.

ومنها العقود: وهي بين ما اتفق على عدم الجريان فيه، وما اختلف فيه، وما اتفق فيه على الجريان.

فمن القسم الأوّل النكاح، قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بعد نقل الإجماع: ولعلّه لتوقّف رفع أثره على الطلاق، ومراده أنّ المجمعين فهموا من الشرع ذلك فصار ذلك جهة إجماعهم.

وكيف كان لا إشكال في فساد الشرط، وهل الشروط أيضاً فاسدة؟ ربّما يقال بذلك نظراً إلى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، ونحن وإن قلنا في الشروط الفاسدة أنّها غير مفسدة، لكن ما كان منها منافياً لمقتضى العقد لا بدّ من القول فيها بالافساد، وذلك للزوم التناقض في الإنشاء، فلو شرط عدم الثمن في

البيع أو عدم ملكية المشتري للمثمن فيه كان هذا مناقضة في القصد، بمعنى: أن الجذّ المعتبر في تأثير الإنشاء يفوت، فلا يمكن الجذّ بالمبادلة مع الجذّ بعدم تمليك المثمن، لا أنه لا يمكن تحقق صورة الإنشاء المتحققة في (بعت السماء والكواكب) أو (بعت الحشرات)، فلا يقال بعد حصول الانشاء بترتب الأثر ولو حصل مناقضة معه أيضاً.

وحاصل وجه كون شرط الخيار في النكاح من هذا القبيل أن يقال: إن النكاح الدائم يمتاز عن الانقطاع بأن الإنشاء فيه متعلق بالزوجية الدائمة ولا بدّ في قسّمه من تعيين المدة ولو بألف سنة، وإذا فرض أنه يُنشئ الزوجية في جميع الأزمان وإلى الأبد، فلا يبقى مجال لاشتراط الفسخ، إذ معناه عدم الجذّ في إنشاء الزوجية في زمان حصول الفسخ، فبين الأمرين تهاوت وتناف.

لا يقال: فكيف الحال في باب الإجارة؟ حيث إن التقييد بالمدة مأخوذ فيه قطعاً، ومع ذلك يصحّ جعل الخيار فيه قبل انقضاء المدة ولم يستشكل أحد بمناقضاته لمقتضى العقد.

فإنه يقال: الوجه أن المدة هناك قيد للمملوك وهو المنفعة لا للملك، فالمنفعة الممتدة عشر سنين مثلاً بمنزلة العين الواحدة يملكها المنشئ بلا تقييد لتمليكها، فلا منافاة لشرط الفسخ حيثشذ، نعم اللازم أن يكون الراجع إلى المجرع بعد الفسخ تمام المنفعة من أول المدة إلى آخرها، والمسلم بينهم إنما هو رجوع المنفعة تماماً بعد الفسخ، ولكنه حكم على خلاف قاعدة الفسخ ثابت في محله بالدليل الخاص.

وكيف كان يرد على الوجه المذكور بطلان مبناه، وهو كون عقد النكاح من مقوماته أخذ قيد الدوام، فإن المقوم له عدم ذكر المدة، ولهذا يكون الانقلاب في

مسألة ما إذا نسي ذكر الأجل في المتعة، حيث يتقلب دائماً، حكماً على وفق القاعدة، ولا يحتاج فيه إلى التعبد، فمضمون الأخبار مطابق لمقتضى القاعدة.

وبالجملة بالوجدان حال إنشاء التزويج، حال إنشاء التملك في البيع، فكما لا اسم في الثاني عن الزمان، فكذا الأول بلا فرق، وعلى هذا لا يبقى منافاة كما هو واضح، فالعمدة في الباب هو الإجماع على البطلان فيكون الشرط مخالفاً للمشروع، فيكون فاسداً مع صحة أصل النكاح.

ومن القسم الثاني: الوقف، ويمكن تقريب البطلان فيه بأحد وجهين.

الأول: الأخبار الدالة على أنّ «الراجع في صدقته كالراجع في قبته» وأنّ «ما جعل لله فلا رجعة له فيه»، فإنّ دلالتها على أنّ المردود لا يصير ملكاً للراد، ظاهراً ممّا لا ينكر.

وأما القول بأنّه مع إدراج شرط الرجوع في عقد الصدقة لا يصدق الرجوع ففيه أنّه مناف لمفهوم الفسخ، فإنّ الرجوع عمّا فعله سابقاً فدخوله في عنوان الرد أيضاً، لا ينبغي إنكاره.

وأما كون الوقف ممّا جعل لله، فيمكن استظهاره من إطلاق الصدقة الجارية عليه الواقع في الأخبار، ومن المعلوم أنّ الصدقة فصلها قصد القرية، وإن أبيت إلّا عن عدم دخول قصد القرية في حقيقة الوقف - ولهذا يتمشّى من الدهري - فيتم المطلوب في خصوص القسم الداخل منه في الصدقة بالاشتغال على قصد القرية، وهذا الوجه كما ترى جارٍ في مطلق الصدقة.

الوجه الثاني: أن يقال: إنّ مناف لمقتضى الوقف؛ فإنّه قد أخذ فيه قيد حبس تلك الرقبة وإدامته وتأبيده، على خلاف الحال في التملك البيعي، ولهذا

يكون المنع عن التصرف الناقل فيه على وفق القاعدة، وقد عرفت أنه لا يجتمع الجذ في إنشاء الملكية المرسله الخالدة مع شرط الإعادة عند الفسخ.

لا يقال: فكيف المقال في شرط العود إلى الواقف عند الحاجة؟ حيث ورد الخبر بصحته، وما الفرق بينه وبين شرط الفسخ؟

فإنه يقال: الفرق أنه راجع إلى التضييق في دائرة الوقف، نظير القيود المعتمدة في الموقوف عليه، فكما يعتبر التأييد هناك في الموضوع المقيّد، كذلك يعتبر هنا أيضاً التأييد في المقيّد، أعني: وقف البستان مثلاً مقيّداً بما قبل حاجة الواقف أو في حال كونه غنياً، فالانتهاء بانتهاء الغناء لا يضرّ بالتأييد المعتمد فيه.

إن قلت: لم لا تقول بمثله في شرط الفسخ؟

قلت: سرّه أنه يخرج بذلك الفسخ عن حقيقته؛ لأنّ معناه الرجوع عن القرار وهو فرع وجود القرار في فرض الفسخ، وعلى فرض التقيد يكون القرار في نفسه منقضيّاً بمجيئ الفسخ لمجيئ غايته.

ومن هذا القسم أيضاً الصلح، وقبل التكلّم فيه لا بدّ من تقديم مقدّمة.

وهي: أنه هل يعتبر في مفهوم الصلح سبق منازعة كما هو الحال في لفظة (آشتي) في الفارسية؟ أو هو أعمّ من ذلك ومن أن يكون المحلّ معرضاً لوقوع النزاع في المستقبل؟ كما إذا وقع على المعاوضة بين شيئين مجهولي المقدار، حيث يوجب أقلية الثمن من المثلثين نزاع البائع وأقلية المثلثين نزاع المشتري، فمعنى الصلح: أنا لا تنازع في هذين المالين بعد ذلك.

أو لا يعتبر في مفهومه لا سبق النزاع ولا ترقّب لحوقه، كما إذا وقع على المعاوضة بين شيئين معلومين من جميع الجهات، بحيث لا يتطرق إليهما النزاع كما

لم يكن بين المعاضين سابقة مخاصمة أصلاً، وهو بأن يكون عبارة عن مطلق جعل القرار على الشيء كما هو المتفاهم من لفظة الاصطلاح.

تحقيق المقام أن يقال: إن المفهوم من مادة (ص ل ح) ليس فيه اعتبار مخاصمة أصلاً، ولهذا يقال: صلح أمر فلان، أو أصلح الله الأمير، أو هذا العمل صالح لكذا، ولا معنى في شيء من ذلك لاعتبار المخاصمة، ولكن تبادر ذلك من هيئة باب المفاعلة الذي مصدره الصلاح وإسم مصدره الصلح لعلّه غير قابل للإنكار.

وحينئذ فصدق هذا المفهوم الحاصل إمّا بوضع الهيئة أو بالانصراف، في مورد تحقق المداقة من الطرفين في جميع الجهات محل إشكال، فلا بد أن يقال: بأنه حينئذ مجرد لفظ لم يرد به حقيقته وإنما أطلق وأريد به البيع مثلاً، فترتب عليه الآثار الخاصة بالبيع من اعتبار القبض في الصرف والسلم وعدم الغرر وخياري المجلس والعيب وأمثال ذلك.

نعم على مذاق مثل المحقق الخراساني - قدس سره - ممن يقول بأن لفهوم الطلب مصداقين، أحدهما حقيقي وهو الصفة النفسانية التي هي الشوق الأكيد بفعل الغير، والآخر مصداق اعتباري وهو لا هوية له سوى التلّفظ بلفظ الطلب مع قصد تحقق هذا المفهوم، ولا يحتاج إلى تلك المقدمات المحتاج إليها في القسم الأول - يمكن أن يقال هنا أيضاً بأن مفهوم الصلح كمفهوم الإرادة له مصداقان، أحدهما حقيقي وهو متقوم بسبق نزاع أو بالأعم منه ومن ترقّبه، والآخر اعتباري، وهو لا هوية له سوى التلّفظ بهذه اللفظة مع قصد تحقق مفهومه، ولا حاجة فيه إلى نزاع أصلاً.

لا يقال: الإنشاء وإن كان متمشياً، لكن حاله حال الإنشاء في مثل (بعت

السماء) غير مقرون بالجدّة، ومن المعلوم احتياج التأثير إليه.

لأنّا نقول: الجدّة وعدمه إنّما يتزعان من كون الإنشاء بداعي ترتّب الأثر الذي يفيدّه الإنشاء بحسب طبعه وكونه لا بهذا الداعي كما هو الحال في (بعث السماء)، ومن المعلوم أنّ المقصود من الإنشاء في المقام ترتّب الأثر أعني: وقوع المعاوضة بين المالين التي هي المصالح عليها، فالمقام حاله حال الأمر الذي إنشاؤه الأمر بداعي إيجاد المتعلّق، لكن لا لغرض في المتعلّق وشوق نفسيّ منه إلى حصوله، بل كان حصوله وعدمه سيّان عنده ولكن تعلق غرضه بنفس إنشاء الأمر بداعي تحريك المخاطب، فلا شبهة أنّ هذا الأمر والبعث جذبي وملزم للامتنال عقلاً، فكما أنّه غير مشتاق إلى الفعل ولكّنه طالب له بغرض التحريك الذي هو الأثر الطبيعي للطلب، كذلك هنا أيضاً ليس مصداق الصلح الحقيقيّ في النفس حاصلًا، ولكّنه منشئ له بالصيغة بغرض أثره الطبيعي الذي هو الانتقال مثلاً.

لكن هذا على مذاق من يقول بالوجود الاعتباري على نحو ما يقوله القائل المذكور، وأمّا على ما هو الحقّ من أنّ المنشئ أبداً مظهر عن المعنى في ضميره وبتبع هذا الإظهار قد يتحقّق عنوان حقيقيّ واقعيّ، فلا يتمشّي إنشاء الصلح إلّا مع سبق النزاع أو ترقيّه.

ونحن وإن قلنا بأنّ الإرادة في صورة عدم الشوق نحو الفعل المراد يمكن أن تصير مخلوقاً للنفس لأجل المبادي في نفسها، ولكّنها مع ذلك لا يمكن بالنسبة إلى فعل غير مقدور كالطيران، والبناء القلبي على الصلح أيضاً من هذا القبيل، فلا يمكن تمثّيه لأجل مصلحة في نفسه كما لا يتمشّي إرادة الطيران.

وإذن فلا محيص إلّا عن تعميم معنى الصلح ولو عند الشارع بأن علم من دليل خارجيّ أنّ المصلحة التي جعل لها الأثر في الشرع أعمّ من هذا الذي في

أذهاننا من هذه اللفظة، وهو مطلق القرار على الشيء.

وحاصل الكلام: أن المتبادر من لفظ الصلح، ما كان مسبوقاً بالمنازعة، فيختص بالرفع فلا يشمل الدفع إلا على ضرب من التجوّز. غاية الأمر إنه على قسمين: صلح خارجي وهو أن يقبل مثلاً كلّ منهما وجه الآخر، وصلح عقدي وهو أن يصلح بينهما في منازعة مالية بأن يتحمل كلّ واحد أو واحد بعض الخسارة على سبيل العفو والإعماض.

وعلى كلّ حال فالتمسك لإجراء عقد الصلح في غير مورد سبق النزاع بإطلاق دليل «الصلح جائز» كما وقع في كلامي المسالك والجواهر لا يخلو من نظر، فإن التمسك بالإطلاق فرع إحراز عنوان الموضوع.

نعم الظاهر تحقّق الإجماع من الشيعة على عدم الاختصاص بصورة سبق النزاع ولكنّ القدر المتيقّن منه صورة توقّعه، بل الظاهر من استدلال البعض على الجريان في مورد عدم السبق والتوقع - بأنه لا قائل بين الأئمة بالفصل بين الصورتين وبين غيرهما - تحقّق الإجماع في صورة عدم السبق والتوقع أيضاً، ولكن الكلام في إتمام المطلب على القواعد مع قطع النظر عن الإجماع.

وحيث نقول: استدلال شيخنا الأستاذ - دام علاه - على التعميم بروايات مشتملة على إسناد الصلح إلى المديون الذي أبراه الدائن إما من تمام الدين وإما من بعضه.

منها: الصحيح عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «في الرجل يكون عليه شيء فيصالح (فيتصالح خ ل)؟ فقال - عليه السلام - : إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(١).

ومنها: ما عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: سألناه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويرأه عما كان عليه، أيرأ منه؟ قال - عليه السلام -: نعم^(١).

ومنها: رواية علي بن أبي حمزة قال: قلت لأبي الحسن - عليه السلام -: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات، ألي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال - عليه السلام -: لا يجوز حتى تخبرهم^(٢).

واحتمال كون الكلمة في الأولى «فيتصالح» لا يضر، لأنه مشترك مع كلمة «يصالح»، وما اشتهر في الفارسية من ذكر المتصالح في مقام المطاوعة، من الأغلاط المشهورة، وأما احتمال كونها بفتح اللام وفعلًا مجهولًا فيعده أمران:

أحدهما: ركابة نسبة المفعوليّة إلى المخاطب بكاف الخطاب في صالحتك وهو كنسبة المبيوعيّة إلى المخاطب بكاف الخطاب في بعثك، بل المتعارف التعبير عنه بالمصالح له، وعن الثاني بالمشتري أو المبيوع منه.

والثاني: أنه إذا صدر السؤال بذكر موضوع ثم عقبه بفعل فالظاهر كونه معلوماً وإن احتمل كونه مجهولاً لكنه مخالف لظاهر الأسلوب، ألا ترى إذا كان السؤال بهذه الصورة: (رجل له بيت فيصلّي في بيته؟ فقال: لا بأس) فكلمة يصلّي وإن احتمل أن يكون مجهولاً حتى يكون المراد: أن الغير يحیی ويصلّي في منزله، لكنه بعيد ولا يقرأ الكلمة إلّا معلوماً.

وهذا الوجه الثاني يجري في الرواية الثانية أيضاً بالنسبة إلى احتمال أن يكون فاعل (يصالحه) الضمير الراجع إلى الدائن أعني: الوارث؛ فإنه خلاف تصدير

١- الرسائل: الجزء ١٣، الباب ٦، في أحكام الصلح، ص ١٦٧، ح ١.

٢- المصدر نفسه: الباب ٥، في أحكام الصلح، ص ١٦٦، ح ٢.

الكلام بذكر الرجل الذي عنده مال فإنّ الظاهر إسناد (يصالحه) إليه.

وعلى هذا فتقريب الاستدلال: أنّ المصالحة من طرف المدين مع فرض معلومية أصل الدين ومقداره لا تتحقّق بمعنى رفع اليد عن الخصومة إلى العفو والمصالحة، لأنّه حيثنّذ إمّا لا يدفع تمام الدين، وإمّا يدفع بعضه فقط، وعلى كلّ حال فالعفو من طرف الدائن، لأنّه يتجاوز على سبيل التخيير عن أخذ ماله إمّا بالتام أو ببعضه، وأمّا المدينون فبالنسبة إلى البعض الغير المدفوع لا تجاوز منه كما هو واضح، وكذا بالنسبة إلى البعض المدفوع، لأنّه في دفعه مريد لاستخلاص رقبته واستفراغ ذمّته، وأيّ تجاوز وفتوة في ذلك؟

نعم بالنسبة إلى من لا يقنع بأحكام الشرع ويسلك سبيل الظلم والتعدي علانية يمكن التجاوز، إلّا أنّ الكلام في غير مثل هذه الخصومات ممّا كان له ولو في الظاهر طريق، لا ما كان من محض الظلم.

وبالجملة: لا يتحقّق في الفرض المذكور الصلح القراري إلّا من جانب الدائن، وأمّا كون ذلك كافياً لصحة الإسناد إلى المدين بملاحظة أنّه مورد هذا الصلح، ففيه ما عرفت من أنّ المتحقّق من قبله ليس هو ما يقال له في الفارسية: (آشتي) و (سازگاری).

نعم يتحقّق ذلك في ما إذا كان مقام الإثبات مشكوكاً إمّا في أصل الدين وإمّا في مقداره، فتراضياً على مقدار معين، فإنّ العفو والإغماض حيثنّذ من طرف المدين بملاحظة أنّه يحتمل براءة ذمّته رأساً أو عمّا يوازي هذا المقدار، ومن طرف الدائن بملاحظة أنّه يحتمل الاشتغال بأزيد منه، وهذا واضح.

لكنّ المفروض في الروايتين الأخيرتين المفروغية عن مرحلة الإثبات من كلا الجهتين، نعم تحتمل الرواية الأولى الجهل بالمقدار، فيمكن أن يقال فيها بأنّ لفظ

(يصالح) بعد ظهوره فيما يرادف لفظة (أشتى) في الفارسية، لابدّ من حمله على صورة الجهل بالمقدار من باب كونه محققاً لمصداق هذا المفهوم، كما إذا قيل: من يصالح كذا، فإنه محمول على صورة تحقق المحققات، لكن في الروايتين الأخيرتين كفاية.

وعلى هذا فلا بدّ من حل لفظ المصالحة الواقع في الرواية على غير ما يتبادر منه وهو مطلق جعل القرار على الشيء، سواء كان مربوطاً برفع خصومة حاصلّة أو دفع خصومة متوقّعة أم لم يكن كذلك.

ولا يخفى أنّه على هذا يصير قسماً لتمام العقود وأعمّ مورداً وأكثر نفعاً من جميعها، وذلك لأنّه كما يجري في موارد تمامها - لأنّ القرار والمواضعة والاصطلاح متمشّ في الجميع - يجري أيضاً في مثل إسقاط الدعوى الذي لا يجري فيه غيره.

وأما وجه القسيميّة، فلأنّ البيع مثلاً إنشاء الملكيّة بعوض، والهبة إنشاء الملكيّة مجاناً، والإجارة إنشاء الملكيّة للمنفعة بعوض، ولكنّ المنشأ الأوّل هنا هو القرار والتوافق ومتعلّقه نفس العين أو المنفعة، نعم لازم ذلك هو التملك، وأما العوض وهو مدخول (باء) فيكون مقابلاً لنفس القرار، فلو فرض أنّه أراد إنشاء نفس التملك ابتداءً وجعل العوض مقابلاً لنفس المملوك، خرج عن عنوان الصلح.

لا يقال: على ما اعترفت به من تبادر معنى المسألة والإغماض بعد الخصومة من اللفظة، فلا نصير الرواية مصادمة لهذا الوجدان القطعي.

وعلى فرض الشك في أعمال أصالة الحقيقة في مثل المقام ممّا يكون المراد معلوماً مبنيّ على مذهب السيّد المرتضى - قدس سرّه - وقد ارتضيتم في محله خلافه، فالتمسك بالروايات لا يفيد في تعيين حال معنى اللفظة.

لأننا نقول: ما ذكرت حقاً لو كنا في الاستدلال بصدد تشخيص الوضع اللغوي، وأما إن كنا بصدد تعيين الموضوع الذي أطلق عليه الشرع هذه اللفظة ورتب عليه الأثر سواء كان بحسب اللغة حقيقة أم مجازاً فلا إشكال.

وعلى كل حال فاللازم بعد ما عرفت من عدم أخذ معنى رفع الخصومة في الصلح الذي يراد في لفظ الإيجاب عند الشرع أن لا يكون شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد حتى في مورد وقوعه في مقام رفع الخصومات؛ لأنّ الرفع المذكور في هذا المورد أيضاً خارج عن حقيقته، فعموم دليل الشرط لا مانع من التمسك به، وكذا كل خيار ثبت بالعمومات مثل خيار الغبن.

وأما ما كان دليله خاصاً بعنوان مخصوص مثل خيار حيوان والمجلس، فلا مجال لجريانها فيه، ولكن ما ذكرنا من إمكان التمسك في ما كان دليله العمومات بالنسبة إلى خيار الشرط الذي دليله عموم (المؤمنون ...) إنّها هو صرف الإمكان وإلاّ فالتحقيق كما مرّ الإشارة في أول البحث إليه عدم الجواز، لأنّ هذا الشرط مناف للمشروع في عقد الصلح، وذلك لمنافاته لإطلاق قوله - عليه السلام -: «الصلح جائز بين المسلمين»^(١) فما ذكرنا إنّما هو في مقام عدم كون الشرط منافياً لمقتضى حقيقة عقد الصلح مع قطع النظر عن حكمه وأنه في الشرع النفوذ المطلق أولاً.

وأما ما عن بعض الأساطين من التفصيل بين الصلح المشتمل على الإبراء فلم يُجَوِّز فيه الشرط وغيره فجَوِّزه، فلعله مبنيّ على أنّ الإبراء والإسقاط حيث إنّهُ إعدام لا يقبل الفسخ عند العرف، لأنّ العدم لا يقبل العدم، لكنك عرفت الخدشة فيه في ما تقدّم مع أنّه منقوض بمثل بيع الدين على من هو عليه، حيث

إنه على هذا لا بد من عدم جريان خياري المجلس والغبن وخيار الشرط فيه أيضاً لأنه أيضاً مفيد للإسقاط.

ومن هذا القسم الرهن، والظاهر منافاة شرط الخيار فيه لمقتضاه؛ فإن حقيقته استيثاق الدائن بأنه متى تعذر الوصول إلى دينه استوفاه من هذا المال، وترتفع هذه الوثيقة مع جعل الخيار للراهن، ومن هذه الجهة منعوا عن رهن مثل الطير في الهواء والسماك في الماء، فإنه نظير رهانة الشخص مع كون اختيار الذهاب بيد نفسه، فإن حقيقة المعنى الذي يعبر عنه في الفارسية بـ (گرویی) لا يتحقق ولو فرض أن المرتهن يطمئن بأنه لا يذهب، فإن هذا الاطمئنان الخارجي لا يفيد في صدق المعنى بعد كون الاختيار بيده بحيث متى شاء ذهب، كما لا يقال في حقه إنه محبوس بحبس النظر.

ومن هنا يظهر أنه لو جعل الخيار بعد انقضاء مدة ك رأس ستة أشهر لا يكفي بعد كون الرهانة في تمام السنة، فإنه لا يجامع مع الرهانة في ما بعد الستة أشهر وإن كان لا ينافي مع ما قبلها، وهكذا الكلام بعينه في باب الضمانة حرفاً بحرف فلا يحتاج إلى الإطالة.

ومن القسم الأخير أعني: ما اتفق على صحة شرط الخيار فيه ما عدا الصرف والسلم، وبيع من ينعتق على المشتري، والعبد المسلم المشتري من الكافر، من أقسام البيع سواء في ذلك المعاطاة وغيرها، وإن استشكل في جريان مطلق الاشتراط في مطلق العقد المنشأ بالفعل شيخنا المرتضى - قدس سره - لكن من الممكن أن يتقاولا سابقاً على الإنشاء الفعل على الاشتراط، كما يتقاولان على تعيين كمية العوضين وكيفيتهما، ثم يؤتى عند التقابض بكاشف فعلي كالإشارة باليد ونحوها للإشارة إلى الاشتراط السابق بقصد الإنشاء.

ولو فرض قصور الدلالة في الإشارة كفى التلفظ بقول على الشرط المذكور مقارناً للإعطاء أو القبض، فإنه حينئذ يرتبط بالإشياء الفعلية كما يرتبط الفعل باللفظ بمعنى أن الاحتفاف به قد يوجب تغييراً في ظهوره، وبالجمله لم أعرف وجهاً للإشكال فهو - قدس سره - أعرف بما قال.

بقي الكلام في الضابطة التي أفادها شيخنا المرتضى - قدس سره - في هذا المقام لتحقيق أن أي عقد يجري فيه شرط الخيار؟ وأي عقد لا يجري؟ وهو جريان الإقالة وعدمه، فأناط الجريان بجريان الإقالة والعدم بعدم جريانها.

قال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -: يمكن تسليم أصل الأولوية في طرف النفي، فإن طرفي العقد اللذين هما العاقدان له إذا اتفقا على الحل ولم يثمر في الانحلال فاستقلال أحدهما على الحل بدون رضى الآخر إلا حال الاشتراط في ضمن العقد يكون غير مثمر بالأولوية، وإن كان هذا أيضاً منقوضاً بباب النكاح، حيث إنه مع عدم جريان الإقالة فيه يجري فيه فسخ الواحد عند العيوب المخصوصة.

وأما في جانب الإثبات فلا وجه للأولوية أصلاً؛ فإنه إما يراد بذلك أنه إذا رأينا أن العقد قابل للانفساخ في الجملة كفى ذلك في مشروعية الفسخ، لنقض ذلك بباب النكاح، حيث علم فيه قابليته للفسخ في الجملة مع عدم جريان الشرط فيه، وإن أريد كما هو ظاهر الكلام أن مناط الإقالة جارٍ مع الشرط ببيان: أنه إذا كان توافق الطرفين على الحل الفعلي مثمراً فاستقلال أحدهما إذا كان ناشئاً عن التوافق في ضمن العقد على هذا الاستقلال أيضاً حاله حال التوافق الفعلي.

ففيه منع الأولوية؛ فإن باب الإقالة باب إقالة النادم ويعتبر فيه تقارن الرضاين فعلاً، ودعوى عدم الفرق بين التواطؤ الفعلي وبين التواطؤ السابق على

استقلال أحدهما منقوض بباب العقد، فإنه أيضاً يكفي فيه توافق الطرفين على عقده، ومع ذلك لو تواطأ على استقلال أحدهما ثم بدا لصاحبه واستقل الآخر بالعقد لا يكفي قطعاً.

وإن أريد أنه وإن لم يتحقق الرضى الفعلي من صاحب الفاسخ حال الفسخ وجداناً، ولكنه متحقق تعبداً، بمعنى أن قول الشارع: «ف بشرطك» منزل لرضاه الحاصل حال العقد منزلة المستمر إلى ما بعده حين فسخ صاحبه، ففيه: أنه دور واضح؛ فإن المفروض أننا نشك في المشروعية مع قطع النظر عن هذا التزليل، وإنما يصير مشروعاً بالدخول تحت الإقالة بواسطة هذا التعبد، وفرضنا أن التعبد المذكور أيضاً يحتاج إلى مشروعية المشروط مع قطع النظر عنه وهذا واضح.

الرابع: خيار الغبن:

لا حاجة إلى تعيين معنى اللفظة لغة، لأنه ما وقعت في آية أو رواية، بل المحتاج إليه تشخيص موضوع أدلتهم وإجماعهم، وهو كما يعتبر فيه جهل المغبون، يكون أعم من حيث جهل صاحبه وعلمه. ويعتبر فيه أيضاً أن يكون الزيادة أو النقصان بما لا يتسامح به عادة.

فلا بد من التكلم في هذا الموضوع بأي اسم سمي. فنقول وعلى الله التوكل: لا إشكال في صورة علم المغبون بالحال في الصحة واللزوم كما عرفت، إنما الكلام في الجاهل وهو على قسمين؛ لأن جهله إما بسيط وإما مركب.

أما القسم الأول: فأصل صحة المعاملة والحال هذه على القاعدة في غاية الإشكال، وهل ترى من نفسك أن الغرر في هذا أقل من الغرر في صورة الجهل بالجنس أو الوصف أو الكم؟

مثلاً إذا عرف أنّ الجنس فيروزج وعرف صفته من اللون وغيره بالإحساس، ولكنه لعدم كونه خبرةً شاكّةً في أنّه مقوم بتومان واحد أو بخمسين تومانا؟ فأقدم بدون الفحص على سبيل الحظ والبخت على شرائه بخمسين، لا يكون هذا بأدون من إقدامه على شراء ما في الصندوق مع تردّده بين خاتم واحد من فيروزج بتومان واحد أو خمسين خاتماً كلّ واحد كذلك، فكما أنّ الثاني يعدّ في العرف جزافاً، وبعبارة فارسية (دل بدر يازدن) كذا الأول بلا فرق.

نعم الجهل بالكمّ - ولو انفك عن الجهل بالمالية كما لو علم أنّه على كلا التقديرين من كونه واحداً أو خمسين مقوم بخمسين - قام الإجماع على مضرّته، ولكنّ الكلام في موضوع الفرر والخطر الذي هو أيضاً واقع تحت النهي، فالإنصاف أنّهما من هذه الجهة على نحو واحد، فالحكم بالصحة في ما نحن فيه من الجهل بالقيمة مع العلم بالجنس والصفات والمقدار لا يتمّ إلّا بالإجماع كما هو المحقّق.

وبعد ذلك فمآثبات الخيار للمغبون أيضاً على القاعدة في غاية الإشكال؛ لأنّ الأدلّة لا تنفي في هذا القسم بإثباته.

أمّا أنّه التجارة عن تراض؛ فلأنّ المفروض رضاه بوقوع المعاملة مع احتمال أنّه أنقص من الثمن بمراتب، وبعد دخوله تحت التراضي فخروجه عن الأكل بالباطل أيضاً واضح.

وأما قاعدة لا ضرر، فإنّه مقدم على الضرر، فلمنّه بالفرض محتمل وليس لاحتمال الضرر دافع من أصل عقلائي، غاية الأمر أنّه دخل برجاء احتمال النفع، ولهذا لو انفك الاحتمال الأوّل عن هذا الرجاء وكان قاطعاً بالضرر لما أقدم، ولكنه ما لم يوطّن نفسه على تحمّل الضرر في جنب ما يرجوه من حصول النفع لما كان

مقدماً مع الاحتمال أيضاً، بل يكون متجاوزاً عن النفع المحتمل خوفاً عن الضرر المحتمل. والحاصل أن هذا شخص جعله الرجاء المذكور مقدماً على الضرر على تقدير ثبوته.

وأما في صورة ثبوت الاحتمال مع الدافع العقلاني، فالاحتمال يصير موهوناً غير قابل للاعتناء وبمنزلة العدم، فهو قد تحرّز عن الضرر بالطريق العقلاني وعلى وجه يعذره العقلاء ولا يلومونه، إلا أن يكون الضرر خطيراً في الغاية بحيث يكون احتمالاً ولو موهوماً واجب التحرّز عندهم، فحينئذ يكون حاله حال الاحتمال، والحاصل أن هذا أيضاً وإن كان إقداماً لكنّه عن حجة ومعذور، والأول إقدام بلا حجة، والمنتقن من الخروج عن قاعدة لا ضرر هو الأول.

وكيف كان فإثبات الخيار في هذا القسم أعني الجاهل البسيط الغير القائم عنده اماره عقلانية، لا يتم إلا بالاجماع كما هو المحقق أيضاً.

وأما القسم الثاني: وهو الجاهل المركّب والمحمّل القائم لديه اماره عقلانية فأصل الصحة فيه لا إشكال فيه، وأما إثبات الخيار فقد يتشكك فيه بآية: **الـ ﴿تجارة عن تراض﴾** تارة وبآية: **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾** أخرى، والظاهر عدم التهامية في شيء منهما؛ لأن المعاملة على هذا الوجه وإن فرض أن وصف كون العوض ممّا يساوي قيمته العوض الآخر وصفاً مقوّمًا في المعاملة، كوصف الصحة وأمثاله لا من قبيل الدواعي، لا يخلو حالها إمّا يقال: إنّها مع تخلف هذا الوصف وكونه أنقص من عوضه قيمة لا يخرج عن عنوان التجارة عن تراض.

وإمّا يقال: إنّها مع هذا التخلف خارجة عن العنوان المذكور، فالثاني مفيد للبطلان على تقدير استفادة الحصر من الآية، أو لا يستفاد حكمه صحةً وبطلاناً

من الآية على تقدير عدم الاستفادة، والأول غاية ما يفيدُه هو الصحة، وأما الخيار فساكت عنه كما يكون ساكناً عن عدمه.

ومن هذا يعلم الخدشة في الاستدلال بالآية الثانية، فإن أمرها أيضاً دائر بين صدق عنوان الأكل بالباطل وعدم الصدق، فعلى الثاني لا يستفاد حكمه أو يستفاد أصل الصحة المجامعة مع الخيار واللزوم، وعلى الأول يستفاد البطلان، فالحق أن الآيتين ليستا بدليلين في الباب.

وقد يقال: إن وصف المساواة مع العوض قيمةً وعدم النقصان عنه كذلك مأخوذ في طرف المبادلة والمعاوضة على وجه القيدية، مثل ما إذا صرح في اللفظ بذلك بصورة الوصف أو الشرط، فكما أنه في هذه الصورة لم يكن إشكال في تحقق الخيار على القاعدة المتضمنة للخيار في صورة تخلف الوصف والشرط، فكذا مع عدم الذكر اللفظي، ولكن كان عقد المعاملة مقيداً واقعاً وفي نفسها بثبوت وصف المساواة، فتكون قاعدة تخلف الوصف جارِ هنا بلا فرق.

وفيه: منع ذلك ولا أقل من الشك.

وقد يتمسك أيضاً بما ورد في خيار تلقي الركبان. وفيه: أن الرواية غير موجودة في كتب الإمامية، والشهرة وإن كانت على طبقها، لكن الاستناد غير معلوم، على أنه على فرض التسليم، يمكن أن يكون قسماً مستقلاً من الخيار غير متوقف على الغبن، وعلى فرض التوقف أيضاً لا وجه للتعدي عن مورده بعد عدم عموم في اللفظ. فالدليل في الباب لو كان إنَّها هو قاعدة لا ضرر، فاللازم التكلم فيه.

فنقول وبالله الاستعانة: قد يقال في تقريب الاستدلال: إنَّ المراد بالنفي بعد تعذر إرادة الحقيقة نفسي آثار الضرر، كما في لا رجال وأمثاله، فيكون المراد بالضرر

الموضوع الضروري كالعقد الغنبي والوضوء الشيني وأمثالهما، فكما يراد من لا رجال أن آثار الرجال منفية، يراد بهذا أيضاً أن آثار العقد الغنبي والوضوء الشيني منفية.

ثم آثار العقد الجواز التكليفي والصحة الوضعية واللزوم الوضعي، وحيث قام الإجماع على ثبوت الأولين يكون المرفوع فيه هو الأخير، مع أنه يمكن أن يقال بأنه لا وجه لرفع الأولين؛ لأن المرفوع والمنفي هو الأثر المترتب عليه الضرر لا غيره، والصحة وكذا الجواز التكليفي الذي يترتب عليهما في الآن العقلي المتأخر عنهما الجواز الوضعي، والسلطنة للمغبون على الفسخ ليس فيها ضرر أصلاً، وخروج المال عن ملك المغبون بإزاء الأقل من قيمته وإن كان قد حصل بنفس الإنشاء ولكن هذا الآن العقلي عند العرف حاله حال الفلاس الواحد حيث إنه أيضاً ضرر بالدقة، ولكنه يتسامح فيه العرف ولا يعدونه ضرراً.

وعلى هذا فليس في إثبات الصحة تخصيص في قاعدة لا ضرر؛ لأنها ليس من ناحيتها الضرر وإن كان يندفع بنفيها، فتعين الأمر في نفي اللزوم، وهو وإن كان أعم من الجواز بمعنى ثبوت حق الخيار المتفرع عليه الإسقاط والإرث وسائر آثار الحق؛ لأنه يلائم مع الحكم ولكن المقصود وهو نفس قدرة المغبون على الفسخ حاصل، وإن كان آثار الحق ليست جارية، هذا.

ولكن في هذا التقريب إشكال من جهتين.

الأولى: أنه فرق بين كلمة (لا) النافية للجنس وبين قولنا: رفع كذا، كما في حديث الرفع، فالثاني ظاهر في أن العنوان التالي مثل النسيان والخطأ موجب لارتفاع الأثر المترتب على الذات المعنونة به، ضرورة أن العنوان يقتضي لثبوت الأثر لا يمكن أن يقتضي ارتفاعه، وهذا بخلاف النفي الوارد على العنوان بكلمة لا، فإن الظاهر أن المنفي الأثر المترتب الجائي من قبل نفس هذا العنوان كما هو

الشائع في التركيبات التي من هذا القبيل، مثل لا رجل، ولا ربا بين الوالد وولده، حيث يؤتى بذلك في مقام أنّ الأثر الذي يقتضيه عنوان الرجولية والربوية متف في هذا المصداق من الرجل والربا.

فالمناسب لهذا في المقام أن يراد بقولنا: «لا ضرر»: أنه ليس في هذا الضرر، الآثار المترتبة من طبيعة الضرر كما يقال في الضرر اليسير: ليس هذا بضرر، وأما الإرجاع إلى المعنونات بهذا العنوان مع جعل العنوان عبرةً حتى كأن قيل العقد الغبني ليس بعقد، والوضوء الشيني ليس بوضوء، فهو خارج عن متفاهم اللفظ عرفاً، بل الظاهر أنّ الموضوع بما هو معنون بعنوان الضرر منفي، ولازمه حسب نظائره رفع الآثار المترتبة على عنوان الضرر.

الثانية: سلّمنا الحمل على نفي آثار الذات ولكن حسب اعترافه يكون المنفى خصوص الآثار المترتب عليها الضرر، ولهذا ذكر أنّ الصحة والجواز التكليفي باقيان، وعلى هذا فمقتضى ذلك ليس نفي اللزوم برأسه، فإنه لو فرض كونه مشروطاً ببذل الغابن التفاوت فوراً بدون فاصلة معتد بها ليس فيه أيضاً ضرر، نعم إطلاقه بالنسبة إلى مورد التسامح من البذل ضرري، فاللازم من هذا إنّما هو الجواز المشروط لا المطلق كما هو المدعى.

ومّا ذكر في الجهة الثانية يعرف الخدشة بناءً على المعنى الآخر للحديث اختاره شيخنا المرتضى - قدس سره - وهو: أن يكون النفي على حقيقته مثل لا رجل في الدار، وأريد بالإسلام الأحكام المجعولة في هذه الشريعة، فكأنه قيل: لا ضرر في هذه الأحكام، ومرجعه إلى نفي جعل الحكم الضري، فلو اقتضى إطلاق أو عموم شمول حكم لمورد ترتب الضرر يكون الحديث حاكماً عليه.

إذ على هذا نقول: لنا في العقد الغبني حكمان. الأول: مثل: «أحلّ الله

البيع» مما مفاده الصحة وهو غير مترتب عليه ضرر كما تقدم بيانه.

والآخر مثل: «أوفوا بالعقود» واستصحاب الملك مما مفاده اللزوم وهذا أيضاً لا يترتب عليه في مورد إقدام الغابن فوراً على بذل التدارك ضرر، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاقه.

لا يقال: بذل التدارك عبارة عن تمليك ما يساوي الزيادة مجاناً، وهذا أمر مستقل لا ربط له بالضرر الذي ورد على المغبون في عقده، والمربوط به إنما هو إعادة نفس ماله.

لأننا نقول: نعم لو كان الداعي هبة مستقلة، وأما لو كان الداعي هو التدارك بحيث لولا ورود الضرر لما وهب، فمنع ما ذكرت، فإن هذا عند العرف يعدّ جبراً لذلك الكسر وتداركاً لذلك الضرر، ونفس اللزوم المقرون بهذا التدارك حاله حال الصحة المقرونة بالجواز، فكما أنّ الثاني ليس عند العرف ضرراً فكذا الأول، فاللزام على هذا أيضاً تخصيص الجواز بحال عدم بذل التضاوت أو التسامح فيه.

بل نقول وهكذا الحال أيضاً بناءً على ما اخترناه في محله في معنى الحديث من حمل النفي على حقيقته وعدم الإشارة فيه إلى الأحكام المجعولة، والمراد بكلمة «في الإسلام» ما هو المراد في «لا رهبانية في الإسلام»، فهو إشارة إلى هذا المذهب، ونظير «لا فسوق ولا جدال في الحج»^(١) غاية الأمر أنّ النفي تشريعي والمراد به أنّ الشارع بحسب التشريع سدّ باب الضرر بجميع الجهات الممكنة بحسب وظيفة التشريع، ومرجعه إلى أنّه حرّم الضرر تكليفاً ثمّ على تقدير العصيان يكون بقاء هذا الضرر الحادث أيضاً مسدوداً بإيجاب ردّ العين، كذلك على تقدير البقاء

وتضمنين الضار لصاحب المال على تقدير التلف.

فإنه قد يقال على هذا: أما الصحة والجواز التكليفي فقد عرفت حالهما، وأما اللزوم على تقدير عدم بذل الغابن التفاوت فلا داعي إلى رفعه بناءً على هذا المعنى؛ لإمكان إثباته والتوصل إلى نفي الضرر بإيجاب البذل على الغابن؛ إذ هو مغن عن جعل اختيار الفسخ للمغبون، وإن أبيت عن كفاية صرف التكليف فتضمنيه الارش بلا شبهة يكون كافياً، فيمكن حفظ ظهور دليل اللزوم حتى في هذه الصورة أيضاً.

ولكن نقول: إن سدّ الضرر تشريعاً ما دام للوظيفة التشريعية مجال لا يكفيه هذا المقدار؛ إذ في فرض الامتناع عن الارش بعد هذا التضمن الشرعي أيضاً يكون للوظيفة مجال وهو رفع اللزوم عن العقد؛ فإذا صار رفع لزوم العقد هو المرحلة الأخيرة ولا بد منها فالإيجاب و التضمن المذكوران لغو؛ لكفاية تشريع رفع اللزوم على تقدير المسامحة في البذل عن تشريعهما وعدم كفايتهما عنه، فتكون النتيجة على هذا أيضاً هو جعل الخيار المشروط كما على المعنيين الأولين، هذا.

وحاصل الكلام في المقام أن معنى الحديث الشريف ليس أن الحكم الضرري ليس في الأحكام الإسلامية، وليس أن الموضوع الضرري منفي حكمه الثابت له مع قطع النظر عن الضرر، أما الثاني فلما عرفت، وأما الأول؛ فلأن المتبادر من كلمة «في الإسلام» ما يراد في قول القائل: أول رأس رفع على الرمح في الإسلام، وأول مولود ولد في الإسلام، وليس هذا بأول قارورة كسرت في الإسلام بالجملة إرادة الجامعة والحوزة في هذه العبارة مما لا شبهة فيه؛ إذ لا معنى لإرادة مظرافية الأحكام للولادة ورفع الرأس وكسر القارورة، فالمتبادر إلى الذهن كون الكلمة في الحديث أيضاً من هذا الباب.

وحينئذ فالمراد بالنفي هو التشريعي ومن الضرر نفس موضوعه الخارجي ومرجع النفي التشريعي لموضوع الضرر أنّ الشارع شرّع التشريعات التي لها مدخل في سدّ باب الضرر على حسب ما يقتضيه كلّ مقام، ففي مقام يكون بجعل النهي، وفي آخر بعدم الإمضاء، وفي ثالث بتشريع الخيار، وفي رابع بغير ذلك من وجوه التشريع الدافعة النافية للضرر.

وحينئذ نقول: في المعاملة الغبنية دليل الصحة متفكّ عن دليل اللزوم، ورفع اليد عن ظهور الأوّل بلا وجه؛ لأنّ الصحة بمجرّدها ولو انقسم معها تشريع الخيار والتسلّط على الردّ ليست ضررياً، ولا ينافي سدّ الضرر تشريعاً كما عرفت، بل الضرر جاء من عدم إمكان التخلّص عن هذا الضرر الجائي بالصحة.

وبالجملة الضرر الممكن التخلّص تشريعاً في آن بعد تشريعه لا ينافي تشريع نفي الضرر وأما دليل اللزوم الجائي من قبله عدم إمكان التخلّص فنقول: هذا أيضاً بمجرّده لا ينافي تشريع النفي، بل إذا قيّد بعدم انضمام الجبران إلى الضرر الواقع، فإنّ عدم إمكان التخلّص عن الضرر الذي يتعقّبه جبرانه - لا تملك خارجي غير مرتبط به - لا ينافي نفي الضرر تشريعاً، فالذي ينافيه إنّما هو جعل اللزوم في خصوص ما إذا لم يلحقه الجبران والأرض لازم جعل نفي الضرر رفع اليد عن إطلاق دليل اللزوم في هذا المورد، فيحصل الخيار عند عدم البذل.

غاية ما يمكن أن يقال هنا أنّه يمكن سدّ الضرر مع بقاء اللزوم بحاله بوجوه أخرى، الأوّل: إيجاب الغرامة تكليفاً أو وضعاً على الغابن، والثاني: إلزام الغابن وإجباره على الفسخ، والثالث: إلزامه بواحد من هذين الأمرين شاء، والرابع: اختيار المغبون في استرداد خصوص الزائد بفسخ البيع عند امتناع الغابن

عن البذل، ومع هذه الاحتمالات لا وجه لرفع اليد عن دليل اللزوم.

ولكن فيه: أن الوجه الأخير ينافي قضية الفسخ؛ لأنه حلّ المعاوضة فلا يمكن حلّها بحيث نصير النتيجة ردّ بعض أحد العوضين مع بقاء تمام العوض الآخر بحاله. وأمّا الوجوه الأخرى، فإيجاب الجبران لا يصيّر الضرر الواقع مجبوراً بل الجابر نفس البذل الخارجي، فإن تحقق هو فالضرر مجبور وإن لم يكن إيجاب، وإن لم يتحقق فالضرر غير مجبور وإن كان إيجاب، فاللازم رفع الحكم الذي يستلّ الضرر وهو اللزوم على تقدير عدم الجبران الذي هو البذل الخارجي، ومعه يكون هذا الإيجاب أمراً لغواً خالياً عن الفائدة التي نحن بصدددها من سدّ الضرر الغير المجبور.

وأما إلزام الغابن على الفسخ، فصرف هذا الحكم أيضاً غير جابر للضرر الذي سجّله اللزوم على المغبون، نعم لو وافق الغابن وفسخ صار الضرر الوارد مرتفعاً من هذا الحين، وهذا بخلاف ما لو جعل الخيار للمغبون في الآن المتأخّر عن حصول المبادلة ولو في حال غفلته ونومه مشروطاً بعدم حصول الجبران الخارجي عقبيه في الزمان المتصل العرفي بالعقد، فإنّ الضرر حيثئذ لم يقصّر الشارع عن سدّه بأقصى ما يمكن تشريعاً، وأمّا الوجوه الأخرى فقد عرفت نقصانها، وقد فهمنا من الحديث الشريف عدم القصور وعدم إبقاء مجال للضرر بقول مطلق.

بقي في المقام أخبار آخر تمسكوا بها.

مثل قوله -عنه السلام-: «غبن المؤمن حرام»^(١) وقوله -عنه السلام-: «لا يغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحلّ»^(٢) ومثله ما عن مجمع البحرين: «أيّما مسلم استرسل

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٧، من أبواب الخيار، ص ٣٦٤، ح ٢.

٢- المصدر نفسه: الباب ٢، من أبواب آداب التجارة، ص ٢٨٥، ح ٧.

إلى مسلم فغبته فهو كذا^١ وقوله - عليه السلام -: «غبن المسترسل سحت»^(١).
وعن مجمع البحرين: أن الاسترصال الاستئناس والطمأنينة إلى الانسان
والثقة به فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات^(٢).

ولا يخفى الخدشة الواضحة في غير الأخير منها، فإن الغبن فيها على معناه
اللغوي أعني: الخديعة والخيانة في مقام المشاورة، فلا ربط لها بمقام المعاملة، نعم
الأخير ظاهر في ما يتعلق بالمال لكن فيه احتمالات:

الأول: أن يكون خصوص الزيادة التي يأخذها الغابن، بمنزلة السحت في
الحرمه والضمان.

والثاني: أن يكون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على
أصل العمل وهي الخديعة في أخذ المال.

والثالث: أن يكون مجموع العوض الذي يأخذ الغابن سحتاً في صورة
خاصة، وهي صورة اطلاع المغبون وردة للمعاملة المغبون فيها، ولا يخفى أن
الرواية لو لم تكن ظاهرة في أحد الأولين بملاحظة أن اللازم على الأخير تقييدها
وسياقها أب عنه فلا أقل من الإجمال.

ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل.

مسألة: يشترط في هذا الخيار أمران، الأول: عدم علم المغبون بالقيمة، فلو
علم بالقيمة فلا خيار.

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - بل لا غبن كما عرفت بلا خلاف ولا
إشكال لأنه أقدم على الضرر. انتهى.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٧، من أبواب الخيار، ص ٣٦٣، ح ١.

٢- مجمع البحرين، الجزء ٥، ص ٢٨٣، مادة «رسل».

قال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - فيه أولاً: أنّ الغبن ليس في دليل من الأدلة حتى يتمسك بعدم صدقه، فاللازم ملاحظة أنّ دليل لا ضرر الذي عرفت أنّه العمدّة في الباب هل فيه قصور عن شمول هذا أو لا؟

وثانياً: ما علّل - قدّس سرّه - به قصور لا ضرر من التعليل بأنّه أقدم على الضرر، إن أريد بذلك أنّ هذا الضرر نشأ من فعل نفسه وهو عقده على ماله بما ينقص عنه قيمة، والشارع لم يفعل إلّا إمضاء فعله، فلم يحدث من ناحيته ضرر علاوة على ما أورده على نفسه، ففيه: أنّ هذا مشترك الورود في الجاهل أيضاً، فإنّه أيضاً عاقد على ماله بأنقص منه والشارع لم يفعل إلّا إمضائه، غاية ما في الباب أنّه غافل عن هذا الإيراد هناك، وفي المقام عالم.

وإن أريد أنّ سوق الحديث حيث إنّهُ للمنة فيكون منصرفاً إلى غير العالم إذ لا منة في رفع حكم اللزوم بالنسبة إليه، ولا في وضعه خلاف مئة.

ففيه: أنّه أي مئة أعظم من جعل الخيار ورفع اللزوم؛ لأجل أنّه لو فرض حصول البداء له في المستقبل أمكنه الاستخلاص عن الضرر، وعلى هذا فيكون وضع اللزوم أيضاً خلاف المنة، فإنّه بعد البداء ليس له ملزم على تحمّل الضرر إلّا حكم الشرع، فالذي ينبغي أن يقال في المقام أحد أمرين:

الأول: أنّ العالم تارة يعامل معاملة سفهائية وهذا لا كلام فيه؛ لأنّا نتكلّم في المعاملة الصحيحة، وأخرى تكون معاملته ناشئة عن غرض عقلائي وحيثشء ما دام لم ير في إعطاء الأزيد في مقابل الأتقص منفعة وغرضاً يليق مثل هذا في سبيل نيله لما يقدم، وبالجملّة يرى أمر نفسه دائراً بين أمرين، إمّا فوت مال وحفظ غرض وإمّا العكس، فما دام لم ير الأول أولى ولم يترجّح في نظره لما يقدم.

وحيثشء لا يصدق في مثل هذا الشخص أنّه متضرّر، وإن كان يصدق

بملاحظة أنه لم ينل في مقابله بما يساويه من جنس المال، ولكن بالأعم من المال والغرض فهو غير متضرر بل ربّما يكون بشاشاً مشعوراً بالمعاملة بملاحظة ما نال إليه من الغرض المهم.

لا يقال: العوض الإنشائي الواقع مقابلاً للمال في إنشاء المعاوضة إنّما هو المال، فهو قد اشترى مثلاً المال بالمال لا المال والغرض به والمناط في الضرر هو ما يقابل عوضاً في الإنشاء لا ما يقابله في مقام الدواعي.

لأننا نقول: حال هذا مثل حال الشرط فكما أنه يوجب الترقّي في مآلية المشروط وكذا المنافع، فيمكن أن يقال: إنّ الأغراض والدواعي أيضاً كذلك وهو وإن لم يوجب تفاوتاً في جانب المآلية — لأنّ ما يوجب ذلك هو المقصودة لنوع العقلاء لا ما يتفق للأشخاص، ولهذا لا تتحقّق المنغوبية في طرف الغابن لو فرض أنّه باع بالقيمة العادلة ممّن يكون له هذا الغرض لأنّه وصل إلى عوض ماله بالمال — ولكن يكفي لرفع عنوان التضرر بالنسبة إلى الشخص النازل إلى الغرض، ألا ترى أنّ من يهب المال لا يصدق أنّه تضرر، كما في مورد النهب والسرقة والحرق والغرق، بل لو كان بعنوان الصدقة المقصود بها الأجر الأخروي أيضاً فكذلك، هذا.

والثاني: تسليم صدق الضرر حقيقة، ولكن يدعى انصرافه إلى غير المقام ممّا لم يورده الإنسان على نفسه، بحيث يصح نسبته إليه وأنّ هذا ضرر أوردت أنت على نفسك، وليس منشأ الانصراف هو المنة لما عرفت من ثبوتها في هذا المورد أيضاً، بل هو نظير انصراف الظلم إلى ظلم الغير لا ظلم النفس، فلفظة الضرر أيضاً منصرفة إلى غير مورد انتساب الضرر إلى نفس المتضرر، بحيث يقال له: لا تلومنّ إلّا نفسك، ثمّ لو فرض أنّ هذا موجب للشك في الانصراف فهو مانع عن عقد الإطلاق؛ فإنّه من قبيل وقوع الأمر عقيب الحظر ممّا يصلح للقربنية مع

الاتصال بالكلام.

ثم الوجهان بعينهما جاريان في حقّ الملتفت الشاك في الزيادة أو النقص، فإنه إما يقدم ولو في فرض علمه بالضرر وهذا واضح، وإما لا يقدم على فرض ذلك، وهذا يحصل له حالة هم وغم عند ظهور الضرر، ولكنه ما لم يكن موطناً نفسه في الابتداء على تحمّل الضرر على فرض احتمال له متجاوزاً عن الضرر المحتمل بملاحظة الغرض الذي يقصده لما يقدم.

والحاصل: أنّ الغرض تارة يكون بحيث لا يبالي عن الضرر المالي المقطوع في طي تحصيله، وإما لا يبالي عن خصوص محتمله، وعلى كلّ حال لا يصدق في حقّه التضّر، لأنه أعطى المال ونال إلى الغرض الذي يساويه.

ويمكن أن يقال: بانصراف لفظة لا ضرر في الإسلام عن هذا، فإنه يقال في حق صاحبه: لا تلومنّ إلا نفسك، نعم لا يجري ما ذكرنا في مورد الاطمئنان بالعدم، أو الطريق العقلاني به فإنه لا يستعقب الملامة والتوبيخ من العقلاء. وبالجملّة صدق العبارة في مثل مورد الشك والظن بالعدم فضلاً عن الوجود مع عدم الطريق العقلاني مشكل، فإن كان إجماعاً فهو.

فروع: بعد ما عرفت من عدم الخيار في مورد الضرر المقدم به فلو أقدم على الضرر المتسامح به في مثل المعاملة، كخمس قرانات في معاملة عشرة تومانات فتبين كونه أزيد بما يتسامح به، كما تبين في المثال كونه تومانياً واحداً حيث إنّ الزيادة أيضاً خمسة قرانات، ونصف العشر ممّا يتسامح به بخلاف العشر، فحيث هل يثبت له الخيار؟ بملاحظة أنّ إقدامه كان بحدّ الخمسة وهو غير واقع وما وقع محدود بحدّ العشرة وهما متباينان؛ أو لا يثبت؟ بملاحظة أنّ الإقدام على الخمسة المحدودة إقدام اللا بشرط المقسمي، فيكون عدم الإقدام خاصاً بالزائد وهو

أيضاً متى يتسامح به، والوجهان جاريان في ما إذا كان القدر المقدم عليه غير متسامح به والزائد متسامحاً به، كما لو أقدم على العشرة فتيين الخمسة عشر.

ولكن الحق ثبوت الخيار لا بيان أن المقدم عليه هو المحدود وهو غير الواقع فإن الخدشة عليه بالانحلال إلى أصل الذات والحدّ، فما تغاير هو الحدّ دون الذات واضحة، بل بيان أن الخمسة قرانات إنّما لا تكون متسامحاً بها إذا لم تكن منضمة بها عداها، وأما لو انقسم فيخرج عن صفة التسامح، ألا ترى أن حبة الأرزن الواحدة يتسامح به مالك الدابة ولكن إذا حمل عليها كروور حبة بحيث لو زيد حبة أخرى لسقطت الدابة عن المشي كان حيثنذ غير متسامح بل مضيقاً، ومثل ذلك يجري في المقام أيضاً.

ثم إن في عبارة شيخنا العلامة في هذا المقام في الفرع الثاني زيادة قوله: «أو بما لا يتسامح» ومع ذلك قال: ففي الخيار وجه، ولهذا يرد عليه في بادئ النظر الإشكال بأنه في هذه الصورة لا شبهة في الخيار، ولكنه لابدّ من حمل العبارة على معنى: أنه إذا كان المقدم عليه ما لا يتسامح فتيين أزيد، ففي الخيار وجه من غير فرق بين كون الزيادة متسامحاً بها أو غيره، وحيثنذ يكون الوجه الآخر عدم هذا التعميم وهو ملائم مع التفصيل لا أنه عدم الخيار في كلا القسمين.

ثم إن التشريع الذي يبيح من قوله ﷺ: «لا ضرر»^(١) حيث إنه يكون لأجل تدارك الضرر ورفع، فلا بدّ من تخصيص خطابه بمن يعلم كونه متضرراً، وأما من لا يعلم بل يعلم عدم أو يكون غافلاً فلا وجه للجعل في حقه، إذ لا ينفع هذا الجعل في حقه شيئاً، بل ربّما يوجب عليه الكلفة والمشقة، كشخص يعلم بعدم تضرره بالغسل فاغتسل ثم صلى فتيين له التضرر، فإن إيجاب التيمم

والإعادة والحكم ببطلان عمله لا يفيد في حقه إلا كلفة زائدة.

وعلى هذا فلا بد أن يقال في الخيار الذي يجيء من هذا الحديث الشريف: أن ابتداء حدوثه حين الاطلاع على الضرر لا أنه من حين العقد والاطلاع كاشف.

وعلى هذا فلو فرض صيرورة المال قبل الاطلاع بل قبل الرد ولو بعد الاطلاع مترقياً بحسب القيمة السوقية بحيث ساوى مع عوضه، أو صار أزيد، أو فرض كون عوضه متزلاً بحيث ساوى مع المال، أو صار أنقص، فلا وجه حينئذ لتشريع الخيار، إذ هو في مقام المنّة، ولا منّة في دفع المساوي وأخذ المساوي، أو دفع الأزيد وأخذ الأنقص، هذا بناء على حدوث الخيار بالاطلاع.

وأما بناء على حدوثه بمجرد العقد، فلا شبهة في سقوط دليل لا ضرر من أول زمان حصول المساواة، أو انعكاس الأمر، فيبقى الخيار بحسب البقاء بلا دليل، وأما اللزوم، فإن قلنا: إن دليل لا ضرر مقيد لعموم دليل اللزوم، فيكون دليل اللزوم هو المرجع فيما عدا مقدار التقيد. وإن قلنا: إنه من باب الخروج الفردي في زمان، فهو مورد النزاع المعروف من أن المرجع هل استصحاب حكم الخاص أو عموم العام؟ ولا شبهة أيضاً في الرجوع إلى دليل اللزوم لو كان فيه عموم زمني، وإلا فلما استصحاب الخيار.

ثم هذا هو الكلام فيما إذا كان الضرر متحققاً من حين العقد وزال بعده قبل الفسخ، ولو انعكس الأمر بأن لم يكن ضرر حين العقد وحدث ترقّي القيمة في عوض المال أو تنزّلها في المال بعد العقد، فلا شبهة في صدق الضرر حينئذ وأن حكم اللزوم ضرر على المشتري مثلاً، فإنه لو جاز له الفسخ لدفع عن نفسه الضرر. وبالجمله بعد كون المدرك هو قاعدة لا ضرر، لا فرق في التضرر بين صورة

ثبوت التفاوت القيمي بين العوضين من أول العقد أو حدوثه بعده.

ويمكن أن يقال: إن الفرق بين المقامين بعد تحقق الضرر في كليهما أنه في الأول دفع الضرر المتوجه إلى المشتري بالفسخ، ليس بإضرار الغير الذي هو البائع؛ فإن ذلك في حقه إنما هو عدم النفع عند العرف ولو كان بالدقة ضرراً، فإنه قد ملك الزائد، والفسخ موجب لتفويت الزيادة عليه نظير سائر أملاكه، وهذا بخلاف الحال في الفرض الثاني، فإن الفسخ يعدّ إضراراً عليه.

فهو هنا نظير العقد الجديد في الفرض السابق؛ فإنه لو أوقعنا عقداً جديداً بين نفس العوضين تحقق الغبن في جانب البائع، فحال الفسخ هنا أيضاً كذلك، فيكون المقام من صغريات دفع الضرر المتوجه إلى النفس بإضرار الغير وهو غير مورد القاعدة إنما للانصراف كما هو الحق المبيّن في محله، وإما لتعارض فردي الضرر، فتحقق من أول الفرع السابق إلى هنا: أنه لا بدّ في ثبوت الخيار من أمرين: حدوث الضرر من حين العقد، وبقائه إلى حين الفسخ، فكلّ من الأمرين انتفى، انتفى الخيار.

ثم ما ذكرنا من عدم نفع الضرر الحادث بعد العقد، إنما هو في غير الصرف ممّا يتوقّف الملكية فيه على حصول أمر غير العقد كالقبض فيه، فلو حدث الضرر بعد العقد وقبل القبض وتبيّن له ذلك بعد القبض، فهل يحكم بالخيار؟ نظراً إلى أنّ أول زمان حصول النقل والانتقال كان الضرر موجوداً، أو بالعدم؟ نظراً إلى أنه من قبيل الضرر الحادث بعد البيع؛ لأنّ البيع العرفي حاصل، فهذا بنظر العرف دفع الضرر بإضرار الغير؟ الحقّ هو الأول؛ وذلك لأنّ إضرار الغير إنما حدث بقول الشارع: هذا العقد الذي توهمتموه مؤثراً قبل القبض غير مؤثّر، يعني أنّ هذا الضرر وارد على البائع مثلاً لا على المشتري كما توهمتموه.

ومن هنا يظهر أنه لا يحتاج إلى جعل خيار قبل القبض لاندفاع الضرر بواسطة الحكم المذكور، وحيث فلا يحدث بجعل الخيار للمشتري بعد القبض عنوان دفع الضرر بإضرار الغير، فيكون مشمولاً للقاعدة، هذا.

ثم إنه لا شبهة هنا في أن الخيار إنما هو للموكل إذ هو المتضرر دون الوكيل، فلو فرض القول في مثل خيار المجلس الذي علق على البيعين بثبوته للوكيل بناءً على عدم انصرافه إلى المالك، فلا وجه للقول به هنا بعد كون المدرك قاعدة لا ضرر.

نعم إعمال الفسخ في الوكيل المطلق جائز، وهو مطلب آخر غير ثبوت الخيار، هذا في أصل ثبوت الخيار، وأما إن الاعتبار في العلم والجهل بحال أيهما؟ فالظاهر عدم الإشكال في عدم العبرة بعلم الوكيل في مجرد الصيغة ولا بجهله، وأما الوكيل المطلق في جميع الأمور فإن كان جاهلاً والموكل عالم ومقرر للوكيل في عقده، فلا خيار، كما لا خيار في صورة علمهما، ويكون في صورة جهلهما، وأما علم الوكيل وجهل الموكل فالظاهر فيه أيضاً عدم الخيار؛ لأنه في جعل التوكيل له بحيث يشمل مثل هذا العقد على المال بأنقص منه مقدم في إضرار نفسه، وقد عرفت خروج المقدم عن القاعدة.

ثم إن الجهل إن ثبت باعتراف الغائبين أو إقامة البينة فلا كلام. وإلا فالمدعي للجهل تارة ليس من أهل الخبرة وأخرى يكون كذلك، ففي الصورة الأولى قد يقال: بأنه المنكر ويقبل قوله مع يمينه، وذلك لأنه يدعي ثبوت الخيار الذي هو المطابق للأصل؛ فإن الأصل عدم العلم وهو حاكم على أصالة اللزوم الموجودة في طرف مدعي العلم.

وفيه: أن الأصل المذكور مثبت؛ إذ لو فرض أن الحكم كان مرتباً على

موضوع العالم وتقيضه على الجاهل، كان الأمر كما ذكر، ولكن الدليل حسب الفرض قاعدة لا ضرر، والخارج منه المقدم على الضرر ومن المعلوم عدم إثبات عدم العلم لعدم الإقدام.

وحيثئذ نقول: لو كان خروج المقدم أيضاً بدليل منفصل بعد عموم القاعدة له كان أصالة عدم الإقدام جارياً وقائماً مقام أصالة عدم العلم في جعل مدعي الجهل منكراً، ولكن المفروض أن خروجه يكون بالانصراف، فالموضوع منعقد من الابتداء على النحو الخاص، وحيثئذ فالأصل يكون في طرف مدعي العلم الذي يدعي نفي الخيار لأن الأصل عدم تحقق هذا الموضوع الخاص.

فإن قلت: غاية ما ذكر صيرورة مدعي الجهل مدعياً، ولكنه لا يثمر في عدم قبول دعواه يمينه؛ لأنه من قبيل المدعي لأمر لا يعلم إلا من قبله، ويعسر أو يتعذر إقامة اليانة عليه، والقاعدة في مثله قبول قوله يمينه مع كونه مدعياً.

قلت: إن كان المطلب ثابتاً بالإجماع فلا كلام، وإلا فعلى القواعد يكون مشكلاً، وذلك لأن قاعدة باب المدعي والمنكر كون اليانة على الأول واليمين على الثاني، فإذا تعسر أو تعذر الأول، فالقاعدة تعين اليمين على الثاني. ولا يخفى أن مجرد كونه مدعياً لما لا يعلم إلا من قبله لا يصير منه منكراً ببيان أن السيرة العقلانية جرت على اتباع قول من يختص بأمر كالمرقي للطفل ونحوه بالنسبة إلى الشيء المختص به ولا يعتنون بقول غيره عند المعارضة.

وجه ذلك أن المتيقن من بناء العقلاء صورة عدم الاتهام وأما فيها فلا يحرز بناؤهم لو لم نقل بأنهم متوقفون.

نعم الذي يمكن إثباته على القواعد أن يقال: إن تعسر الإقامة وتعذرها قد يكون في شخص الواقعة كمن أقرض غيره ولم يشهد في مجلس الإقراض فأنكر

المقترض بعد ذلك، وقد يكون في نوع الواقعة كما في ما نحن فيه وأمثاله.

ففي القسم الأول: إن نهض في قبال المدعي منكر فلا إشكال في يمين المنكر، وإن لم ينهض بقباله منكر وكان مدعياً بلا معارض جزمي وإثماً يقول الخصم: أنا لا أعلم اشتغال ذمتي لك، ومقتضى الأصل براءتها، فحيثئذ فالمرود مما ليس فيه يئنه بالفرض ولا يمين لأن الخصم شاكٌ حسب الفرض، فلا طريق إلى حسم النزاع.

وأما القسم الثاني: فإن كان في البين منكر بطريق الجزم، فقد تقدّم أن القاعدة تقتضي حسم النزاع بيمينه، وأما إن لم يكن منكر بل ادّعى عدم العلم، ولم يدع الطرف أيضاً علمه، فحيثئذ يمكن القول بتقديم قول المدعي مع حلفه بمقدمتين:

الأولى: أن كثرة أمثال هذه الموارد في الخارج تورث قطع الإنسان بعدم رضى الشارع بترك المخاصمة بحالها بلا فاصل وحاسم، لاستلزامه تضييع الحقوق الكثيرة.

لا يقال: أتى لنا بهذا القطع ومن الممكن رفع النزاع بدون جعل الفاصل، فإن الحاكم شاك في الواقعة فهو أيضاً يكون محكوماً بأصل براءة ذمة من يدعي المدعي مدبونيته، فهذا الأصل يجوز له الحكم والإلزام ظاهراً بإسكات المدعي ورفع يده عن المخاصمة.

ألا ترى أنه لو كان مع المدعي أماره حجة مطلقة، كاليد كما في قضية مولانا الزهراء - سلام الله عليها - ترتفع المخاصمة بإرجاع الطرف الشاك إلى الامارة؟

لأننا نقول: هذا الحكم إثماً هو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمعتبر فيها هو المنكر عند الفاعل والمعروف كذلك، ألا ترى أنه لو كان مانع

مستصحب الخمرية لدى الحاكم، والمقلد يعلم كونه ماء ليس للحاكم نبيه عن الشرب، فكنا الحال في المقام لا يمكن للحاكم إلزام مدعي الدين من باب الأمر بالمعروف، بكفت اليد عن طرفه بمجرد كونه شاكاً ومحكوماً بالأصل والمفروض كون المدعي مدعياً للعلم، ومن هنا نعرف الفرق بين المقام وبين القضية الواقعة لمولاتنا - صلوات الله عليها -، فإن الموجود هناك اشارة معتبرة في جانب العالم، والطرف كان معترفاً بشكّه، فلهذا كان ملزماً بمقتضى الأمر بالمعروف باتباع تلك الامارة الموجب لعدم المخاصمة.

وبالجمللة المخاصمة في المقام حاصلة بلا شبهة، لأن أحدهما يقول: آذ مالي، والآخر يقول: أنا شاكٌ وليس عليّ دفع شيء إليك، فلو لم يجعل الشارع هنا طريق فصل يلزم بقاء المخاصمة بحالها مع كثرة أمثالها وشيوعها بحيث يعلم الإنسان بأن الشارع لا يرضى بإهمالها وعدم جعل فاصل وحاسم لها.

والمقدمة الثانية: أن الحاسم والفاصل للخصومات المنتهية إلى قضاوة الحاكم منحصر في الشريعة في أمرين لا ثالث لهما، البيّنات والأيمان، وذلك بقضية (إنما) في قوله ﷺ: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(١).

ودعوى كون الحصر إضافياً بالنسبة إلى موارد وجود المدعي مع المنكر - فلا يشمل مثل المقام الذي يكون المدعي بلا منكر، وذلك لأن الغالب المتعارف في المنازعات ذلك ولهذا سيق قوله - عليه السلام -: «البينة للمدعي واليمين على من أنكر» على وجه الإطلاق - مدفوعة بأن الانصراف ممنوع.

هذا كله في صورة عدم كون المدعي للجهل من أهل الخبرة، وأما في الصورة المزبورة فقد يدعى: أنا ولو سلمنا كونه منكراً لمطابقة قوله مع الأصل، نقول هنا

١- الوصائل: الجزء ١٨، الباب ٢، من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، ص ١٦٩، ح ١.

بكونه مدّعياً لمخالفة قوله مع ظهور عدم الغفلة عن القيمة من أهل الخبرة، والظاهر مقدّم على الأصل.

وفيه: أنّ الظاهر الذي مقدّم على الأصل في هذا الباب إن كان مجرد الظهور الذاتي ولو انفكّ عن الحجّية ووجوب الاتّباع سلّمنا وجوده في المقام، ولكنّ الكبرى غير معلومة وإن كان خصوص الظهور الحجّة، فيمنع وجوده في المقام؛ فإنّا نرى أنّ أهل الخبرة إذا قال في موضوع خبرويته قولاً ثمّ قال: أنا سهوت في قولي ولم يكن مقام الاتّهام، يرفع أهل العرف اليد عن ظهور كلامه الأوّل، ولو كان المقام مقام الاتّهام فلا يأخذون بقوله الأخير، ولكن يوجب هو شكّهم في قوله الأوّل أيضاً، فراجعهم.

وهكذا الحال في أصالة عدم السهو الجارية في أفعال وأقوال عامّة العقلاء، فإنّه لو ادّعى عاقل سهوه في موضوع فمع عدم الاتّهام يقبل، ومعه يوجب التوقّف في الأصل العقلاني، ولهذا لو أقرّ أنّ لزيد عليه عشرة، ثمّ ادّعى أنّه سها في تعيين العشرة وإنّما كان عليه تسعة، فليس هذا من باب الإنكار بعد الإقرار المسلّم فيما بينهم عدم الاعتناء به، ولو لم يكن المطلوب فيه أيضاً ثابتاً بالتعبّد إنّما من العقلاء أو من الشارع لا يمكن الخدشة فيه أيضاً، هذا كلّ في الاختلاف في الجهل.

ولو اختلفا في القيمة فهيهنا صور:

الأولى: أن تكون القيمة في ما قبل العقد معلومة وأنها أنقص من الثمن ولكن ادّعى البائع تغييرها إلى المساوي له في حال العقد.

والثانية: أن تكون القيمة السابقة مساوية فادّعى المشتري تغييرها إلى النقصان في حال العقد.

الثالثة: أن تكون القيمة السابقة معلومة بأحد الوجهين وكان الاختلاف في

القيمة فيما بعد العقد - بناءً على أن ارتفاع القيمة قبل العلم تدارك للضرر ومسقط للخيار - مع الاتفاق على موافقة هذا الزمان مع زمان العقد في السعر.

الرابعة: أن يتفقا على النقصان في الحال والمساواة في القبل، وإثماً الاختلاف في تاريخ العقد، فواحد يدعي كونه قبل حدوث التغيير وآخر يدعي كونه بعده مع الجهل بالتاريخين.

الخامسة: أن يكون تاريخ حدوث النقصان معلوماً وتاريخ وقوع العقد مجهولاً. وقد يدعى أن الأصل في ما عدا الأخيرة مع منكر سبب الغبن؛ لأن الأصل عدم التغيير.

وفيه: أنه - مع كون نتيجته على فرض الجريان مختلفة في هذه الصور فربما يكون ترجيح منكر سبب الغبن وربما يكون ترجيح مدعيه - مثبت؛ لأن موضوع الحكم الذي هو العقد الغير الضروي أو الضروي غير محرز بهذا الأصل.

لا يقال: يمكن أن يقال في الصورة الأولى إن هذه العين التي كانت مقومة بعشرة كان العقد عليها بعشرين موجباً للخيار في يوم السبت، والأصل بقاءه في يوم الأحد على هذا الوصف.

لأننا نقول: لا يتفح بهذا أيضاً عنوان الضرر. اللهم إلا أن نقرر الأصل بوجه آخر، وهو أن نقول: كان العقد عليها في السابق متصففاً بالضررية فالآن كما كان، ولكن فيه أيضاً أنه من باب الاستصحاب التعليقي في الموضوع، وقد قرر في محله عدم جريانه.

فالحق أن يقال في جميع الصور المذكورة: إن الأصل مع منكر سبب الغبن لأصالة اللزوم - لا بمعنى العمومات؛ لأن التمسك بها في مثل المقام تمسك بالعام

في الشبهة المصداقية - بل بمعنى استصحاب الملكية.

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً، فلو كان ممّا يتسامح به كعشر العشر بل وخمسه بل ونصفه فلا خيار؛ لانصراف دليل لا ضرر عن مثل ذلك.

ولو اختلفا في كون الضرر فاحشاً أو متسامحاً به إمّا من باب الشبهة الموضوعية كما لو ادعى أحدهما أنّ الضرر نصف العشر وهو متسامح به، والآخر أنّه العشران وهو غير متسامح به، وإمّا من باب الشبهة المفهومية، كما لو اتفقا على أنّه العشر ولكن اختلفا في كونه متسامحاً به أو لا، فالمرجع هو الأصل الموضوعي أعني: أصالة عدم تحقق الضرر على الوجه الخاص الذي هو المنصرف إليه في قاعدة لا ضرر، وهذا لا شبهة فيه، إنّما الكلام في تعيين الميزان للتسامح وعدمه والمراد به.

فنقول: ليس المراد أن يكون الضرر لقلة مقداره غير معتنى بشأنه حتى مع العلم؛ وذلك لأننا نعلم أنّه في مقام الدين يحتسبون الفليس وأقل من الفليس، بل المراد أنّ نوع العقلاء على تقدير التفاتهم حال العقد إلى هذا المقدار من النقيصة وشكّهم في حصوله وعدم حصوله لا يصرفون الوقت في تشريع المطلب وتحقيقه بالفحص في مظان الاطلاع والرجوع إلى أهل الخبرة، بل يعدّون الوقت أشرف من إدراك هذا المقدار، وأمّا مع علمهم بزيادة المالية بمقدار الفليس أو أقل فلا يتسامحون كما عرفت.

بقي في المقام إشكال تعرّضه شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - وهو: أنّ ظاهر الأصحاب في باب خيار الغبن الدوران مدار الضّرر المالي وهو الشراء بأزيد من القيمة أو البيع بأقلّ منها مع كون التفاوت فاحشاً معتدّاً به عند النوع، ولكنّهم في باب الوضوء صرحوا بأنّه لو توقّف الوضوء على الشراء بأزيد من

القيمة ولو بأضعافها وجب، إلا أن يكون موجباً للضرر الحالي، كمن يكون رأس مال معيشتة ومعيشة عياله مائة تومان وكان الثمن أيضاً مائة، أو يكون هنا إجحاف ولو لم يتحقق الضرر الحالي، كما إذا كان قيمة قربة الماء فلساً فاتفق مصادفة غريب متمول لهذا المحلّ فلم يقدم أحد من أهل ذلك المحلّ على البيع منه إلا واحداً منهم وهو أيضاً قال: لا أبيع مقدار الوضوء منه إلا بمائة تومان، والحاصل صرّحوا في هذا الباب بدوران التيمّم مدار الضرر الحالي أو الإجحاف، فريد عليهم أنه: ما الفرق بين البايين بعد كون المدرك فيها قاعدة لا ضرر، فإن كان المنفي به هو المالي فليكن كذلك فيها وإن كان الحالي فكذلك، فما وجه الفرق؟

وأجاب هو - قدّس سرّه - بوجهين. الأول: أن يقال بالفرق بين باب التكاليف، حيث يكون بقبالها أجر أخروي فلا يصدق الضرر، نعم إذا أضّر بالحال كان منفيّاً بدليل لا حرج لا بقاعدة لا ضرر، فإنّه مخصّص بالضرر المالي. [وبين باب المعاملات].

الثاني: أنّه قد خرج باب الوضوء عن تحت القاعدة بالنص الخاص، وإلا كانت القاعدة فيه أيضاً الدوران مدار الضرر المالي، لكنّ النصّ ورد بالوجوب مع توقّفه على الشراء بالزيادة عن القيمة، فهو مخصّص لدليل لا ضرر، نعم تبقى حكومة دليل لا حرج على ذلك النصّ بالنسبة إلى مورد الإضرار بالحال والإجحاف بحالها، فالفارق بين البايين وجود النصّ.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: أمّا وجه ما ذكره - قدّس سرّه - من عدم انتفاء الضرر الحالي بلا ضرر وإنّما هو منفي بلا حرج والمنفي بلا ضرر خصوص المالي، فهو أنّ الضرر ضد النفع، وكما أنّ النفع هو الزيادة في المال أو في البدن أو

في العرض، فالضرر هو النقصان في أحدها، ومورد الضرر الحالي غير محسوب في شيء من ذلك، نعم هو عبارة عن المشقة والعسر والحرَج.

وأما ما ذكره من تخصيص قاعدة لا ضرر في خصوص باب التيمم بالنص الخاص، فيمكن منعه لعدم دلالة النص إلا على الوجوب مع الغلاء، وأما إنه لأجل غلاء القيمة السوقية أو لأجل غلاء الثمن مع رخص القيمة فلا تصريح فيه، ويمكن حمله على الأول بملاحظة ندرة الثاني، والأولى ذكر النص.

فنقول: الموجود في الوسائل في هذا الباب روايتان، الأولى: رواية صفوان: «قال سألت أبا الحسن -عنه السلام- عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاة وهو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم، وهو واجد لها، أيشترى ويتوضأ أو يتيمم؟ قال -عنه السلام-: لا، بل يشتري، قد أصابني مثل ذلك فاشترت وتوضأت، وما يشتري بذلك مال كثير»^(١).

والثانية: رواية حسين بن أبي طلحة «قال: سألت عبداً صالحاً عن قول الله عز وجل: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾»^(٢) ما حد ذلك؟ قال -عنه السلام-: فإن لم تجدوا بشراً وبغير شراء، قلت: إن وجد قدر وضوء بمائة ألف أو بألف وكم بلغ؟ قال -عنه السلام-: ذلك على قدر جدته»^(٣).

وأنت خير بأنّه ليس في الروايتين إلا أنه وجد قدر الوضوء بالمبلغ الكثير، وبجَرَد هذا لا يوجب الحمل على صورة التضرر المالي بل يلائم مع كون السعر بهذا المبلغ، ومعه لا تخصيص في قاعدة لا ضرر فإنه بذل المال وأخذ المال، فليس

١- الوسائل: الجزء ٢، الباب ٢٦، من أبواب التيمم، ص ٩٩٧، ح ١.

٢- سورة المائدة/ ٦.

٣- الوسائل: الجزء ٢، الباب ٢٦، من أبواب التيمم، ص ٩٩٨، ح ٢.

إيجاب هذا عليه إلا كإيجاب شراء مؤن الحج؛ فإنه بقدر ما ينفق يصل إلى المال كركوب الدابة والمأكول والمشروب وأمثال ذلك.

نعم قد يقال: إنَّ صرف إيجاب المعاملة ليس ضرورياً ولكن بملاحظة غايته وهو الصرف في الوضوء يكون ضرورياً؛ فإنه إتلاف للمال، والقول بأنَّ من جملة حوائج الإنسان طاعة مولاه مستلزم للدور؛ إذ لولا الأمر والإيجاب لا طاعة، وقد فرض توقفهما على عدم الضرر وتوقفه على عنوان الإطاعة المتوقفة عليهما.

ولكن يمكن أن يقال: إنَّ الكلام ممحّض في خصوص الشراء وأنه ليس بضرري، وأما ذو المقدّمة - وهو صبّ الماء الموجب للإتلاف مقدار منه - فهو ضرر قد جاء بنفس (توضاً بالماء) الذي أتلّف الماء بالصرف في الوضوء، فليس في إيجاب الشراء ضرر آخر.

وكيف كان يرد عليه - قدس سره - وعلى الأصحاب - قدس الله أسرارهم - أنَّ الضرر الحالي الذي تمسك الشيخ في دفعه في باب الوضوء بدليل لا حرج، وسائر الأصحاب إمّا به وإمّا مع دليل لا ضرر، ليس بأخص من الضرر المالي مورداً، بل يمكن انفكاكه عن المالي كالعكس، مثاله ما إذا توقم الإنسان أنّه ذو مكنة كثيرة بحيث يليق بحاله شراء فرس أو سيف غالي القيمة فبذل مائة تومان مثلاً في طريق ذلك، وفرضنا أنّه كان مساوياً مع قيمتها السوقية أو كان أنقص من القيمة السوقية، ثمّ بان أنّه كان هذا المبلغ تمام رأس ماله والآن ليس له من سنخ المال إلا الفرس أو السيف وهو محتاج إلى مؤنة نفسه ومؤنة عياله، فحينئذ لا شبهة في تحقق الضرر الحالي مع عدم الضرر المالي. فالإيراد أنّه ما وجه عدم تمسك الشيخ في هذا المورد بثبوت الخيار في المعاملة بدليل لا حرج وكذا عدم تمسك الأصحاب بدليل لا ضرر ولا حرج معاً.

ولو قلنا بعدم شمول لا ضرر للضرر الحالي كما قويناه في تقريب كلام الشيخ

فأي اختصاص للدليل لا حرج بباب التكاليف؟ مع أنه لا أظن أحداً منهم التزم في مثل المثال بثبوت الخيار كما ترى جريان السيرة العرفية في مثله على عدم الخيار، وعلى فرض ما ذكرنا من عدم الاختصاص فلا يبقى وجه لما طال التشاجر فيه فيما بينهم من كيفية تصوير الغبن من الطرفين فإنه على هذا في غاية السهولة؛ إذ يمكن كون أحدهما متضرراً مالياً والآخر متضرراً حالياً، فيكون كل منهما ذا خيار.

بقي الكلام في دفع الإشكال عن تصوير غبن الطرفين.

والذي أفاده الأستاذ العلامة - دام أيام إفاداته الشريفة - في وجهه أن يقال: يمكن فرض ذلك في ما إذا اختلفت مالية العين باختلاف أيدي المالكين ولو في محل واحد كما هو المشاهد في الأدوية المجلوبة من الافرنج حيث إنها في أيدي الأشخاص المعدّين لبيعها مقومة بأكثر منها إذا كانت في أيدي غيرهم، وذلك لعدم الاحتياج إلى تفتيش المفتش في أيدي الطائفة الأولى والاحتياج إليه في أيدي الثانية.

وعلى هذا لو كان قيمة دواء خمسة وعشرين في يد يتّاع الدواء وعشرة في يد الغير فغبنه الغير واشترى بعشرين فحينئذ كل منهما مغبون، أما الأول فلائنه باع بأقل من القيمة السوقية، وأما الثاني فلائنه اشترى بأزيد من العشرة التي هي القيمة السوقية في حقه، والانتقال من القيمة العليا إلى السفلى وإن كان بواسطة القبض لا صرف إنشاء المعاملة ولكن يكفي في غبنية المعاملة بالنسبة إلى المشتري حدوث الضرر من ناحية القبض الذي هو من توابع المعاملة، هذا.

مسألة: بعد ما عرفت استفادة خيار الغبن من دليل «لا ضرر» فهل المستفاد منه كون المبدأ من حين العقد أو كونه من حين الاطلاع على الغبن؟

قد يقال بالثاني؛ نظراً إلى أن الدليل المذكور مسوق للمنة ولا منة بالنسبة إلى

غير المطلق، فإن وجه الامتنان إقداره على دفع الضرر عن نفسه، وهو محتاج إلى تشخيص كونه مصداقاً للمتضرر، بل قد يوجب الجعل في حق غير المطلق جملة في كلفة ومشقة كما في باب غسل الجنابة إذا كان استعمال الماء مضرّاً وهو غير مطلق، فجعل التيمم في حقه والحكم ببطلان غسله يوجب عليه إعادة الصلوات الكثيرة التي أداها في حال الجهل بمضرة الاستعمال.

ولكن الحق أن السوق بمقام المنة لا ينافي الثبوت الواقعي مع قطع النظر عن حالتي العلم والجهل، أما أولاً: فلائنه لا فرق بين الجهل بالموضوع والجهل بالحكم، والتقييد بالعلم في الثاني مستلزم للدور الواضح، فلا بد أن يكون الحكم ثابتاً مع قطع النظر عن جهله وعلمه فما يكون وجه المنة هناك يكون وجهاً في الجهل بالموضوع.

وأما ثانياً: فالمنة المستفادة من اللفظ بقريئة المقام حالها حال اللطف المستفاد من العقل في جعل التكاليف، فكما أن معنى اللطف هناك ليس هو التقريب والتباعد الفعلين الغير المتمشيين في حق غير العالم بالحكم والموضوع، بل هو أمر مجامع مع الجهل والعلم والعذر والتقصير في الموضوع والحكم، وحاصله إيجاد السبب من ناحية الشرع بحيث لو لم يحصل القرب والبعد كان مستنداً إلى سبب آخر لا إلى قصور في الجعل الشرعي فكذلك حال المنة هنا، فمعناها إيجاد السبب لدفع الضرر من ناحية الشرع، بحيث لو حصل الضرر كان من ناحية أمر آخر لا من قبل قصور في جعل الشرع.

لكن على هذا يرد في المقام إشكال آخر، وهو أن الاختلاف الواقع في فورية هذا الخيار وتراخيه يجيء على هذا من أول زمان العقد، فمن يقول بأن القدر الثيقن هو الثبوت بمقدار زمان الفسخ لا بد وأن يقول بذلك من أول العقد

والرجوع في ما بعده إلى العموم الزمني على القول به. فيلزم على هذا القول عدم الخيار بعد الاطلاع إذا اختلف زمانه مع زمان العقد، وظاهرهم عدم الالتزام حتى في الجهل الحكمي، والاختلاف إنما هو بالنسبة إلى ما بعد الاطلاع.

ويمكن حلّ هذا الإشكال أيضاً بأن القدر المتيقن لابد وأن لا ينافي مع الإطلاق ولا يرجع إلى التقييد والتحديد؛ فإن احتمال كون الخيار ممتداً إلى ساعة مثلاً أو ساعتين ينافيه الإطلاق.

نعم لو كان الدليل ليّاً أمكن القول بأن المتيقن ثبوت هذا المقدار، وأما إذا كان هو اللفظ أعني قوله: «لا ضرر» وفهمنا أنه مسوق في مقام المنة الشخصية دون النوعية فالاحتمال المذكور يدفعه الظهور اللفظي.

هذا على تقدير التحديد بمثل الساعة والساعتين، وأما إن كان التحديد بما بعد زوال الجهل وحصول العلم فاللازم في الجهل الحكمي هو الدور أيضاً، فإن تقييد الحكم بعلم نفسه كما يكون دوراً بالنسبة إلى أصل حدوثه فكذلك بالنسبة إلى تحقق جزئه الأخير.

لا يقال: هذا ينافي مع ما صرّحت به من كون «لا ضرر» في مقام المنة من حيث الذات مع قطع النظر عن طرق الطوارئ والحالات.

لأننا نقول: نعم الأمر كما مرّ ولكن المنة من حيث الشارع على شخص الذات المجردة لا يتم إلا بإبقاء الحكم الذي به يدفع الضرر عن نفسه إلى زمان رفع الجهالة عنه من حيث صغرى الضرر وكبراه. وبعبارة أخرى: معنى إطلاق المنة الشخصية من ناحية الشارع هو كون وقوع الضرر بالنسبة إلى كلّ شخص شخص من الذوات مستنداً إلى اختيار المكلف، غاية الأمر لا يجامع اختياره مع الجهل إمّا موضوعاً وإمّا حكماً.

وهذا يندفع إشكال الدور بالنسبة إلى الجهل الحكمي، فإنه يقال: الدور إنما يلزم إذا قيد الحكم بعنوان العلم به وأما إذا قيد بأمر آخر يلزم العلم فلا عذور. ويندفع إشكال التقييد والمنافاة للإطلاق أيضاً؛ فإن ثبوت الحكم إلى أن يكون الضرر واقعاً بسوء اختيار المكلف يلانم إطلاق المنّة الشخصية.

لا يقال: فكيف المقال في الجهل بالحكم عن تقصير فيلزم فيه فوت الخيار قبل العلم، لأنه أيضاً متضرر بسوء اختياره في عدم تعلمه الحكم؟

لأننا نقول: المراد بسوء الاختيار ما يعمل به في نفس النتيجة بلا واسطة لا الأهم منه ومن الاختيار الذي أعمله في المقدمات. وبالجملّة: فالمقصود أن في أصل جعل حكم الخيار في حق الجاهل منّة حيثيّة، بمعنى أنه يقال له: إنّا جعلنا لك السبيل إلى رفع الضرر عنك ولكنك غفلت وجهلت إمّا حكماً أو موضوعاً، فلا تقصير من ناحيتنا، كما أن جعل اللزوم في حقه إضرار عليه.

لا يقال: وجود هذا الحكم وعدمه سيان في الوقوع في الضرر ففي الحقيقة هو متضرر من جهة اعتقاده اللزوم، وليس لجهة مصادفة الاعتقاد للواقع أو مخالفته مدخل في ذلك أصلاً، بل هذا مطلب سار في جميع الأبواب، فإن الإنسان دائماً تكون حركاته معلولات للصور الذهنية من دون مدخلة للواقع حتى بنحو الجزئية، فمن يفرّ من الأسد الذي يحدث فيه الفرار هو الأسد الخيالي الذهني لا الخارجي، وهكذا.

لأننا نقول: كلاً وحاشا، بل الأمر حسب المصادفة والمخالفة مختلف، فإستناد الفعل يكون إلى الواقع مع المصادفة وإن كان إلى التخيل مع عدمها، وهذا أمر بدوي يكاد يعدّ إنكاره من إنكار المحسوسات، فالمعتقد المرتّب للأثر إن كان لواقع معتقده خارج كان المؤثر في نفسه وتحريك عضلاته نفس ذلك الخارج،

غاية الأمر بتوسط الصورة لا الخارج البحث، وإلا كانت الحركة مستندة إلى التخيل البحث.

فنقول في المقام: إن كان الحكم المجمعول الشرعي مطابقاً لاعتقاد الشخص كان الضرر من ناحية حكم الشارع، نعم لو كان هو الخيار على خلاف معتقده يكون الضرر من جهة الاعتقاد، وحيثُ فالحق بأن المبدأ من حين العلم بقييد في الدليل بلا وجه، كما أن القول بأن المنتهى من حينه أيضاً كذلك، مضافاً إلى لزوم المحذور العقلي في الصورتين بالنسبة إلى الجهل الحكمي أعم من التفصيلي والمعدور فيه، وهو لزوم دخالة ما يتأخر عن الحكم في إنشائه إما قيداً وإما غايةً.

نعم القول بأن الخيارات من حين العقد وبقا إلى زمان لو لم يكن الحكم فيه لا يقال إن الضرر ورد من الشرع، بل يقال ضرر أوردته على نفسه، ليس فيه تقييد ولا محذور.

ثم إن قلنا: بأن المستفاد من «لا ضرر» ليس بأزيد من الجواز الحكمي دون الخيار الذي هو من الحقوق فلا كلام، وإن قلنا: بأنه يستفاد منه حق الخيار فالظاهر ترتب جميع ما كان أثراً لثبوت هذا الحق من حين العقد الذي عرفت أنه حين ثبوته، فيجوز الإسقاط من هذا الحين، وكذا تجري قاعدة أن «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» من هذا الحين، وكذا لو قلنا بمنع التصرفات الناقلة من غير ذي الخيار لكونه مفوتاً لحق ذي الخيار من العين، نقول بعدم نفوذها هنا من هذا الحين ولا اعتبار بالإجماع الواقع على النفوذ قبل اطلاع المغبون على فرض تحققه؛ لأنه يحتمل كونه إجماعاً تقييدياً مبنياً على مدارك مختلفة.

فبعض القائلين كان قائلاً لأجل قوله: بأنه حكم لا حق، وآخر لأجل قوله بأنه وإن كان حقاً لكنه يحدث بعد الاطلاع، وثالث لأجل قوله بأنه وإن كان حقاً

جائياً بالعقد ولكنه لا يمنع مطلقاً عن تصرف غير ذي الخيار لأنه حق على العقد لا العين، وبعد وجود هذا الاحتمال يسقط عن الحجية، نعم لو أحرز من القائلين عدم التفاوت بين الصور المزبورة ونقائضها في قولهم بالنفوذ كان اجماعاً حجةً.

وأما تصرف المغبون قبل العلم من حيث مسقطيته وعدمها، فإن قلنا بكونه كاشفاً تعديتياً، فلا فرق بين التصرف قبل العلم وبعده، وإن قلنا بأنه كاشف نوعي، فالغالب وقوعه بعد العلم مع إمكان وقوعه أحياناً قبله أيضاً، كما إذا أحرز من حاله أنه لو كان له خيار أيضاً لا يقدم على الفسخ بل كان يمضي المعاملة وصدر منه تصرف مبني على هذا المعنى، وإن قلنا بأن المعيار في التصرف المسقط أن يصدق عليه عنوان الرضا بالبيع ولو من باب اعتقاد عدم المقر عنه وعدم حضور نفسه للاستقالة، فعدم التفاوت في حصوله بين ما قبل العلم وما بعده أوضح.

ثم إنه يظهر من عبارة شيخنا المرتضى - قدس سره - في هذا المقام إلحاق خيار العيب بالغبن من حيث الكلام في كون مبدئه العقد أو العلم بالعيب، ولكنك خير بأن يجيئ الاحتمالين حسب التصوير متضح الاشتراك بين البابين، وأما الاستظهار من الأدلة فالبابان من هذه الجهة مختلفان، فخيار الغبن قد عرفت الكلام فيه، وأما خيار العيب فالمدرّك فيه الأخبار الخاصة والمذكور فيها ظهور العيب وحمله على المعرفة خلاف الظاهر.

إن قلت: نعم، ولكن قاعدة «لا ضرر» جارية هناك أيضاً كما هنا.

قلت: لا نسلم؛ لأن عنوان العيب عنوان آخر غير عنوان الضرر، فقد يجتمع معه وقد يفتقر عنه، كما إذا اشترى المعيوب بما دون قيمته، غاية ما في الباب أنه

في صورة اجتماعهما يكون هنا خياران، أحدهما من حين العقد والآخر من حين العلم بالعيب.

نعم يمكن أن يقال في ذلك الباب: بأن الموجب لرفع اليد عن ظهور كلمة ظهور العيب في الموضوعية هو الإجماع على كون الارض الذي هو بمعنى تدارك ما فات من وصف الصحة يكون عدلاً للفسخ، لا أنه ثابت في طوله بمعنى أنه مختير بين الارض والفسخ، لا أنه مجعول في حقه الفسخ، فإن أسقطه يحدث له حق الارض، وهذا الإجماع بضميمة أن استحقاق وصف الصحة إنما هو من أثر نفس العقد لا العلم بالعيب - فيكون الفوت حاصلًا من حين العقد، فمن المستبعد أن يكون استحقاق تداركه من حين العلم - كاشف عن ثبوت العدل الآخر وهو الفسخ أيضاً من هذا الحين أعني حين العقد.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر: أحدها: إسقاطه بعد العقد وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا إشكال في صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن أو الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبة كان، فاحشاً أو أفحش، ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان:

أحدهما: أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به ولا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط.

والثاني: أنه يختلف شدة وضعفاً باختلاف مراتب التفاوت زيادةً ونقصاناً، فالذي أسقطه هو الحد الناقص، والواقع هو الزائد، ولم يتعلّق به إسقاط كما هو الحال في إسقاط حقّ العرض بزعم كونه شيئاً فظهر قذفاً.

والظاهر من الوجهين هو الأول، فإن ملكية الفسخ أمر وحداني لا يقبل الشدة والضعف، فإذا رفع اليد عنه ارتفع، وأمّا الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة

عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب.

ولو أطلق كما لو صالح عن الغبن المتحقق في المتاع المشتري بعشرين، بدينار، معتقداً أنه بين درهمن أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فتبين أنه ثمانية عشر على خلاف المتعارف في مثل هذه المعاملة، فلا بد من التفصيل بين ما إذا أخذ الجهة المذكورة على وجه التقيد أو الداعي، فعلى الأول نحكم بإبطال الصلح وإن لم يكن التعارف موجباً للانصراف، وعلى الثاني نحكم بالصحة وإن كان في البين انصراف، وأما الجواز واللزوم فإن استفيد بملاحظة التعارف المذكور اشتراط ضمني لجهة كونه غير زائد عن أحد الحدود المذكورة فاللازم ثبوت الجواز، لأجل تخلف الشرط، وإلا فاللازم ثبوت اللزوم.

وأما إثبات الخيار حيثئذ من جهة الغبن إذا كان صلحاً مبنياً على المدقة، فيمكن الخدشة فيه بعدم شمول دليل نفي الضرر لمثل هذا الصلح، إذ بعد تشريع الخيار في أصل المعاملة وتجويز الفسخ يرتفع الضرر، فإذا ترك ذو الخيار إعمال الفسخ وأسقط حقه وفرض غبنه في هذا الإسقاط، لا يلزم تجويز فسخ آخر في هذا الإسقاط المشتمل عليه الصلح، إذ لا يلزم من عدم التجويز إبقاء ضرر بحسب التشريع إذ الفرض اندفاعه بالتشريع الأول، فتأمل.

وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن فالإشكال فيه من جهتين، الأولى: عدم حصول الجزم بأصل وجود الخيار للشك في الغبن، فكيف يتمشى الجذ في إنشاء الإسقاط؟ وهو سهل الدفع كما في نظائره من إنشاء طلاق مشكوك الزوجية أو إعتاق مشكوك الرقية أو إبراء مشكوك المديونية، فإن القطع بعدم الخيار أو الزوجية أو الرقية أو الدين يوجب عدم تمشي الجذ وكون الإنشاء هزلياً، وأما الاحتمال فتتمشي الجذ معه بترقب الحصول بمكان من الإمكان.

والثانية: أنه إسقاط لما لم يثبت بناءً على كون العلم بالغبن شرطاً لثبوت الخيار، وهذا أجاب عنه شيخنا المرتضى - قدس سره - بكفاية وجود المقتضي وهو الغبن الواقعي، ولكنه محل إشكال في ما إذا تخلل بين الإنشاء وحصول العلم زمان معتد به، والذي لا إشكال فيه ظاهراً ما كان التقدم بين الإنشاء وحصول الشرط بصرف الرتبة كما في الإسقاط في متن العقد إذا كان الخيار حاصلًا بتمام العقد.

الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد، والإشكال فيه من الجهة المتقدمة في المسقط السابق لهذا الخيار وفي إسقاط الخيارات المتقدمة، أعني: كونه إسقاطاً لما لم يجب، واستلزامه للدور بملاحظة وقوعه في العقد الجائز الخياري قد تقدم التفصي عنه.

والعمدة الإشكال المختص بالمقام وخيار الرؤية الذي أشار إليه الشهيد - قدس سره - بقوله: ولو اشتراط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للفرر. انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الفرر في الغبن سهل الإزالة.

وتحقيق المقام: أن الفرر لا يشمل الجهل بالقيمة السوقية وإلا كانت المعاملة فاسدة مع الشك في القيمة، وعلى فرض الشمول ليس الخيار الشرعي رافعاً له؛ لأن الحكم لا يغير موضوعه، فالحق عدم الإشكال وصحة العقد والشرط معاً في المقام.

وأما خيار الرؤية، فإن قلنا بعدم تقييد البيع بالأوصاف المرئية وإنما هي صرف الداعي، ورافع الفرر إنما هو الاطمئنان بوجودها فالخيار عند التخلف يكون تعديتياً شرعاً وعرفاً فلا إشكال في صحة العقد والشرط هناك أيضاً، ولعل خيار تخلف وصف الصحة أيضاً من هذا القبيل، فلهذا لا تكون البراءة من العيوب المحتملة محل إشكال.

وأما إن قلنا بأن الرؤية توجب التقييد أو فرض الكلام في ما إذا لوحظ الوصف بنحو التقييد، ولو خرج عن عنوان خيار الرؤية إلى عنوان خيار تخلف الوصف فلا بدّ حيثشذ من ملاحظة أنّ اعتبار التقييد بوجود تلك الصفات مع اشتراط سقوط الخيار عند تبين فقدّها راجع إلى إلغائها بعد اعتبارها حتى يكونا من قبيل المتنافيين في الإنشاء الغير الممكن اجتماع الجذّ إليهما، أو أنّها غير متنافيين، فعلى الثاني يحكم بصحة العقد والشرط أيضاً وعلى الأول يكون الشرط فاسداً، بلا كلام لحصول التنافي المذكور، فإن كان رافع الغرر أيضاً هو الاشتراط يصير عائداً يبطلانه فيصير العقد أيضاً باطلاً، وإن لم يكن هو رافعاً بل الاطمئنان الخارجي بوجودها، كان العقد صحيحاً ولازماً من باب عدم الموجب للخيار فيه، فالعمدة ملاحظة ثبوت التنافي أو عدمه.

وقد قوّى شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في هذا المقام عدم ثبوت التنافي، قال - قدس سرّه -: ولا تنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل، انتهى.

ويمكن أن يقال: إنّ العرف في تقييد المبيع بالأوصاف - كالفرس بالعربية - يكون محطّ نظرهم إلى أثر ذلك التقييد أعني: السلطنة الخارجية على الردّ عند التخلف والحقّ الخارجي على المطالبة، فكأنّه وقع من الأوّل هذا المعنى تحت الإنشاء، وفي ما إذا كان التقييد رافعاً للغرر يكون رافعيته بهذه الجهة، وإلاّ فصرف الالتزام والبناء القلبي على الوجود بما هو لا يندفع به غرر.

وعلى هذا فإيقاع عدم الحقّ وعدم السلطنة أيضاً تحت الإنشاء يكون من جمع المتنافيين في الإنشاء، ولا يفيد تعلّق الإنشاء بالسقوط لا بعدم الثبوت بعد ما كان الغرض الأصلي من الالتزام والتقييد بالوصف حقّ المطالبة الخارجية التي لا

يكفيها الآن العقلي، والذي يتضح به المناقاة في المقام ما إذا اشترطاً الخيار لأحدهما مثلاً ثم اشترطاً سقوطه، فإن مجرد اعتبار السقوط لا يدفع المناقاة بل حاله عرفاً كحال اشتراط عدم الثبوت.

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، ومجمل الكلام أن ذا الخيار إذا رضى بالعقد في مقابل الفسخ وأنى بقول أو فعل له ظهور نوعي حجة على ذلك سقط خياره، سواء قلنا إن الرضى مقابل الفسخ وعدله أو قلنا إنه ملازم لصرف النظر عن حق الخيار، فيصير إما إجازة فعلية أو إسقاط كذلك، ولا حاجة إلى التماس دليل؛ لأن الحكم على طبق القاعدة، والذي يحتاج إلى ورود تعبد والتماس دليل هو موضوعية التصرف مطلقاً، أو خصوص الكاشف النوعي منه، أو كون الرضى بالعقد لا في مقابل الفسخ مسقطاً أعني الرضى به في مقابل الاستقالة المتحقق مع الغفلة عن حق الخيار بحيث لو علم به لفسخ.

وكل من هذه لا دليل عليه إلا ما يتوهم من تعليل الحكم في خيار الحيوان بقوله - عليه السلام -: «فذلك رضى منه فلا شرط»^(١) ودلالته على أحدها غير معلومة.

فصار الحاصل أن مقتضى القاعدة أن الإسقاط المدلول عليه بالفعل إنشاء فعلي له أثر الإنشاء القوي ولا فرق في تأثيره بين ما بعد العلم بالغبن وما قبله لو فرض إمكانه فيه.

ولو فرض حصول تصرف مع عدم تحقق الإنشاء القوي ولا الفعلي، فمقتضى قاعدة «لا ضرر» ثبوت الخيار معه، ولو فرض عدم إطلاقه أو الشك فيه فحال المقام حال ما إذا كان زيد العالم في يوم الجمعة فاسقاً فصار يوم السبت

عادلاً، أو كان مسافراً فصار حاضراً، بل أو كان جنباً يتضرّر بالغسل فصار متمكناً منه من غير ضرر، حيث لا نرجع إلى استصحاب حكم المخصص، بل المرجع هو العام أعني: أكرم العلماء في الأول، وعموم وجوب الصوم في الثاني، وعموم وجوب الغسل في الثالث. وليس هنا مقام أنّ العموم لا يتكفل للزمان، فبعد خروج الفرد في زمان لا دلالة له بالنسبة إلى ما بعده؛ وذلك لأنّ هذا فيما إذا لم يكن الخروج بواسطة انطباق عنوان مقيد للعام عليه فزال بعد تلك القطعة، بل كان الخارج نفس ذات الفرد في ذات قطعة من الزمان.

وسيجيء تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى في ذيل خيار تلقّي الركبان عند الكلام في المسألة التي وقعت محلاً للتزاع بين إمامي الفن المحقق الكركي والشيخ الأجل المرتضى - قدس سرهما -

الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم، كالبيع والعق، فإنّ المصرّح به في كلام المحقق ومن تأخر عنه على ما نقله شيخنا المرتضى - قدس أسرارهم - سقوط خياره حيثئذ، وقيل: إنّه المشهور. قال شيخنا: وهو كذلك بين المتأخرين.

والذي أفاد شيخنا الأستاذ في وجه هذا الحكم واختصاصه بخصوص المغبون وعدمه في الغابن هو أن يقال: حقّ الفسخ وإن كان متعلّقاً بالعقد، لكنّ العقد عبارة عن مبادلة المالين في الملك، ففسخه ورفعهم يكون لا محالة عبارة عن إعادتهما ثانياً في المكان الأوّل من الملكية، فهو مشترك مع التراد الذي هو مورد الحكم في باب المعاوضة، غاية الأمر الفرق بالحقيّة والحكميّة، وكذلك مع المبادلة الجديدة بين العيين، غاية الأمر الفرق بأنّ المبادلة هنا بعنوان العكسيّة والرفعيّة للمبادلة الأولى وهناك بعنوان الاستقلال والأصالة.

وعلى هذا فمقتضى القاعدة - ما لم يكن في البين دليل من الخارج معتم ومتمل للبدل منزلة العين - عدم وجه للرجوع إلى البدل مع انقطاع اليد عن العين وعدم إمكان استرجاعه في الملك الأول، بل هو دائم بدوام العين، ويزول بزوال إحدى العينين أو كليتهما، فالحكم بالسقوط بالتصرف المانع عن الرد مطابق للقاعدة في جانب المغبون، فالشأن في إثبات خلافه في الغابن وأنه لو وقع مثل ذلك التصرف في جانب الغابن، لا يوجب سقوط خيار المغبون مع جريان القاعدة فيه أيضاً على نسقها في المغبون.

ويمكن أن يقال: بأن عدم السقوط هناك لأجل دليل معتم خارجي أجنبي عن دليل الفسخ وهو قاعدة ضمان اليد بناءً على جريانها في الحقوق كالاملاك، وتعميم اليد الضامنة للمالكة.

وتوضح ذلك أنه بعد ما عرفت أن حق المغبون متعلق بتملك عينه في يد الغابن بإزاء تملك عين الغابن إيّاه، فإذا تلف هذا المعنى وفات بواسطة عدم السبيل إلى التملك، صار جبران هذا في عهدة اليد الآخذة أعني الغابن، وجبرانه أن يصير في مكان العين بدله من مال الغابن.

فكما أن المغبون كان يرجع إلى عينه ويدفع عين الغابن بعنوان الرجوع عن المعاملة يرجع حيثش إلى بدل عينه بعنوان الرجوع عن المعاملة، وهذا ببركة دليل ضمان اليد وإلا فلدليل الفسخ بنفسه لا يقتضي أزيد من رد نفس العين ولا إشارة فيه إلى تنزيل البدل وإقامته مقام المبدل؛ إذ هو عكس العقد، والمبادلة العقدية كانت في ما بين العينين ولم يكن للبدل فيها عين ولا أثر، فدفع المغبون البدل إلى الغابن بلا وجه.

ومن هنا يظهر أنه لو حدث بالعين عيب بل ولو كانت مستأجرة ولم ينقض

المدة ليس للمغبون حق الفسخ؛ إذ العين ليست بالحالة الأولية، ثم هذا في صورة عدم إمكان الردّ بوجه مثل العتق أو الوقف واضح.

وأما النقل اللازم فقد يقال: إنّ قاعدة «لا ضرر» كما اقتضت خيارية العقد الأول يقتضي خيارية هذا العقد الثاني أيضاً، فيجوز للمغبون فسخه ثمّ فسخ العقد الأول.

وفيه أنّ قاعدة «لا ضرر» لا تقتضي أزيد من خيارية العقد الذي حدث الضرر فيه في ما بين طرفيه، وأما العقد الذي يتضرر من ناحيته شخص ثالث أجنبي من الطرفين أو أحد الطرفين لكن لا في هذا العقد، بل في عقد آخر فبناؤهم على عدم التمسك بها، وإذن فقاعدة «أوفوا بالعقود» محكمة في هذا العقد الثاني، فيوجب انقطاع يد المغبون عن استرجاع العين وبذلك يبطل حقه.

فإن قيل: يمكن مع ذلك القول بعدم البطلان بواسطة إمكان الإقالة بل والبيع الجديد وبهذا يفترق عن العتق والوقف.

قيل: لا يصحّح مجرد هذا اعتبار الحقيقة؛ إذ المأخوذ في حقيقتها استقلال ذي الحقّ بالنسبة إلى المتعلّق، وهذا متف في الإقالة، لأنها قائمة بالطرفين فليس له اختيار تام، وكذلك المعتبر فيها أن تكون العين بنفس الملكية التي اقتضاها العقد الخياري راجعة إلى المالك الأول، وهذا متف في العقد الجديد.

ومن هنا يظهر أنّ العقد الجائز لا يوجب بطلان الحقّ، بمعنى أنّ للمغبون أن يفسخ عقده الجائز أولاً ثمّ يفسخ العقد الأول، بل له أن يفسخ العقد الأول قبل فسخ الثاني لكن بقصد أن يتحقّق كلا الفسخين بهذا الإنشاء، فيكون إنشاؤه فسخاً قولياً للعقد الأول، وفعلياً للعقد الثاني نظير بيع ذي الخيار لما انتقل عنه، وأما فسخه ابتداءً للعقد الأول بدون هذا القصد فغير جائز.

وأما استيلاء الأمة، فظهر أيضاً حاله فإنه ما دام الولد حياً يوجب بطلان الحق بواسطة انقطاع اليد عن استرجاع العين، وأما بعد وفاته فيرتفع المانع، والمفروض أن العين باقية على حالها وعلى الملك السابق، فتكون قاعدة «لا ضرر» جارية ولا ييتني على العموم الزماني؛ لأنه مثل ما إذا تلفت العين في قطعة من الزمان ثم عادت بخرق العادة.

ولو حصل الامتزاج في يد المغبون فإما أن يكون بالجنس أو بغيره، وعلى الأول إما أن يكون بالمساوي أو بالأجود أو بالأردى. وعلى كل حال إما أن يكون بهال نفس الغائب أو بهال غيره أعم من المغبون أو ثالث، والحكم في الجميع أننا إما أن نقول: بأن المزج أحد أسباب الشركة الحقيقية كالصيغة فحيث سقط الرد، لأنه متقوم بالملك المفروز وهذا ملك مشاع، فإنه إذا كان في ملك غير المغبون فواضح، وأما إذا كان في ملكه فإنه لابد أن يشير إلى العشرة الأمان مثلاً المشاعة في المجموع، وقد فرض أن هذا خلاف حقه.

وإما أن نقول: بأن المزج لا يحدث شيئاً، بل المالان ممتازان في علم الله، غاية الأمر جعل الشارع في مقام العلاج أن يصطلحا بينهما، وإن أبى أحدهما أجره الحاكم على الصلح القهري كدرهم الودعي، وحيث يجب التفصيل بين ما إذا حصل بواسطة الامتزاج قلّة الرغبة إلى المتاع، فيسقط الردّ لأنه بمنزلة العيب، وبين ما إذا بقيت بحالها أو زادت الرغبة فيها فيبقى الردّ.

ولو تغيّرت العين بالنقص فقد مرّ الكلام فيه، ولو تغيّرت بالزيادة العينية فعاله حال الامتزاج بناءً على حصول الشركة الحقيقية، إذ العين ترجع إلى الغائب مجزأة عن الزيادة فتبقى الزيادة في ملك المشتري المغبون وتقع الشركة بنسبة الزيادة، وأما لو تغيّرت بالزيادة الحكمية، كما لو نسج الغزل، أو قصر

الثوب، أو خبِرَ الدقيق فلا اشكال في أنّ له الردّ ما دام لم يحدث بذلك تقيصة في العين.

إنّما الكلام في ما إذا زادت العين قيمة بواسطة زيادة الصفة وأتاهل ترجع مع الصفة إلى الغابن بدون أن يدخل عوض هذه الصفة من ملك الغابن في ملك المغبون، فيصير عمل المغبون بلا أجر؟ أو أنّها ترجع إليه مجزأة عن تلك الصفة وتبقى الصفة لمحدثها؟

في المسألة قولان اختار المسالك في باب المفلس في مسألة: أنّ الغريم لو وجد عين ماله فهو أحقّ به فيما إذا زاد فيها بعمل المفلس صفة ثانيهما، واختار الجواهر في ذلك الباب أولهما.

وحيث إنّ المسألة هامّ البلوى لحصول الحاجة إليها في غير باب - كباب الفسخ، وباب المفلس، وباب الإجارة فيما إذا انقضت المدة وسلم الأجير العين إلى المؤجر وقد زادت بعمله صفة وأمثال ذلك - يليق بسط الكلام.

فنقول: الذي نقل عن المسالك أنّا لو قلنا بالشركة في الزيادة العينية فهنا نقول بها بطريق أولى، ولو لم نقل بها هناك فيمكن أن نقول بها هنا، وذلك لأنّ السمن والطول مثلاً يكونان بفعل الله سبحانه وإن كان بسقي منه وحلفه، بخلاف الوصف هنا فإنّه يكون بفعل نفس العامل، ولهذا لا يصحّ الاستتجار على إحداث الزيادة العينية، ويصحّ على إحداث الوصفية، ثمّ بعد هذا اختار أنّ الأقوى هو القول بالشركة في كلتا المسألتين بدون إشارة إلى الدليل.

والذي أفاده الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة - أن يقال: كما أنّ وجود الهيئة في الخارج وجود مندرج في وجود المحلّ، كذلك لما عرض المالية مندرجاً في مالية المادة، وكما قد يُجزّى في الذهن وجود الهيئة عن المادة فيقع مستقلاً تحت

الحكم، كذلك قد يعرضه التفكير في الاعتبار فحيث يصير مالا مستقلاً، ومن جملة ما يساعد الاعتبار على التفكير أمثال هذه الموارد؛ فإن العرف يعتبرون انتقال المادة المنفكة المجزأة عن الهيئة إلى مالكةا وبعد هذا الاعتبار تصير الهيئة - قهراً - مستقلة بالاعتبار، والمفروض أن لها المالية كالوجود فتصير مالا مستقلاً، فإذا اعتبرت منفكة تبقى لا محالة على ملك من أحدثها.

لا يقال: فعلى هذا يلزم أن يصح نقل المالك المادة المنفكة عن الهيئة إلى غيره؛ غاية الأمر إن لم تساعد على البيع كان بعنوان الصلح.

لأننا نقول: يمكن الفرق بين ما إذا لم يحصل موجب خارجي لاعتبار التفكير وقصد ذلك بنفس الجعل، فهذا لا يساعده الاعتبار، وبين ما إذا حصل موجب خارجي فحيث يصح كما في الأمثلة المذكورة؛ فإنه بعد تجزئة العين عن الهيئة يجوز أن يصطلحاً شخصين آخرين في أن يقوموا مقامهما في ملكية أحدهما المادة المجردة والآخر الهيئة كذلك.

لا يقال: يلزم على ما ذكرت أنه لو أحدث مثل ذلك، الغاصب كان كما إذا ضم إلى العين جزءاً من أمواله، ولا يمكن الالتزام به.

لأننا نقول: يمكن الفرق بين ما إذا كان من أول الحدوث ملكية المادة لغير المحدث للهيئة كما في المغصوب، فلا يساعد العرف على التفكير، وبين ما إذا اتحد المحدث والمالك للمادة في الابتداء ثم حصل التفريق في الاستدامة، فيساعدون على التفكير، نظير نتاج الدابة، فإنه لا يساعد العرف على حدوث النتاج في ملك غير مالك الدابة، ولكن بعد الحدوث في ملكه لا مانع من التفريق في البقاء والاستدامة.

إذا عرفت ذلك فنقول: بعد مساعدة الاعتبار يكون المتبع دليل كل باب

فإن استفيد من مثل قوله - عليه السلام - في المفلس: «إذا وجد الغريم عين ماله فهو أحقّ بها» الإطلاق بالنسبة إلى جميع الأحوال - لا بمعنى مجرد أن لا يمنع تلك الأحوال عن انتقال ذات العين بل بمعنى أنها علاوة على ذلك يتنقل معها أيضاً - فاللزام حيثذ القول بأنّه ملك ذلك تعبداً مجاناً، وأمّا إن لم يستفد إلا أنّ العين تنتقل بأيّ حالة كانت من دون نظر إلى انتقال تلك الزيادة الحكميّة، فيكون المتيقّن منه انتقال الذات معرفةً عن الهيئة، فتبقى الهيئة لمحدثها.

وهكذا ينظر إلى دليل الفسخ، فإن اعتبر فيه أن يكون العين كما هي عليه حال وقوع المبادلة منتقلة إلى الصاحب الأصلي، فهذا معنى التجزئة فيحكم ببقاء الهيئة على ملك المحدث، وإن كان له الإطلاق وأنّ العين على ما هي عليه من الحالة الفعلية، تنتقل بجميع جهاتها إليه فهذا حكم تعبدّي ورد على خلاف ما يساعده الاعتبار، ويمكن الفرق بين ذي الخيار وغيره بثبوت الإطلاق في الأوّل وعدمه في الثاني.

هذا كلّ في تصرف المغبون.

وأما تصرف الغابن، فالظاهر أنّ الخيار لا يسقط به وقد تقدّم وجهه، وحيثذ فإن فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللّازم، ذكر شيخنا المرتضى - قدس سره - أنّ في تسلّطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها كالمرتهن والشفيع، أو رجوعه إلى البدل وجوهاً، ثمّ قوى الوجه الأخير.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة -: أولاً: لا شك أنّ أصل المبادلة البيعية غير واقعة إلاّ على الشخصين لا على الأعمّ منهما ومن البدل، وإلاّ لزم أنّه لو باع العين من زيد ثمّ باعها من عمرو كان البيعان صحيحين، فنحكم

بملكية العين لزيد وقيمتها في ذمته لعمرو، وعلى هذا فعكس هذه المبادلة لا يتج إلا رجوع نفس الشخصين، فاقضاءه بدون حاجة إلى دليل آخر لرجوع البذل عند عدم إمكان المبدل لا يعرف له وجه. نعم بتوسط دليل آخر مثل ضمان اليد يمكن القول به كما تقدم منا.

وثانياً: أن المحتملات في المقام بين اثنين لا ثالث لهما بعد القطع بثبوت الخيار وأنه متقوم بملك الطرفين، بمعنى أنه ليس كحق الرهن حيث يجامع مع عدم ملكية الراهن للرقبة بل يعتبر ملكية كل من الفاسخ والمفسوخ عليه لما يتقل عنه بواسطة الفسخ إلى صاحبه حتى يتلقى كل منهما الملك من صاحبه لا من أجنبي، فإن عكس العقد إنما هو هذا إذ بعد ذلك يقال تعلق حق المغبون باسترجاع العين عن ملك الغابن الذي يستتبعه عرفاً حق له على إبقاء الملك، أما يوجب تزلزل العقد الواقع عليه وصيرورته فضولياً، وكالعقد الواقع على ملك الغير فيكون الفسخ إبطالاً له من الأصل، وإما لا يوجب تزلزلاً في العقد وأن وصف الطلقة لم يرد في دليل اعتباره في الصحة على وجه الكلية.

نعم ورد في بعض الحقوق الخاصة ما نعيته عن الصحة كحق الرهن، ولكن لا يمكن التعدي إلى غيره، وحينئذ لا يبقى مجال إلا للقول باللزوم، ولا مجال للقول بالصحة مع الجواز، لا بمعنى أن يصير العين ابتداءً عن ملك المشتري من الغابن إلى المغبون، ولا بمعنى اقتدار المغبون على فسخ عقد الغابن مع مشتريه.

أما الأول: فواضح؛ فإنه خلاف مقتضى الفسخ كما عرفت من أنه يعتبر فيه تلقي الملك عن الملك إلى الملك إليه وليس حاله كالرهن.

وأما الثاني: فلعنوم دليل لزوم ذلك العقد الشامل للمغبون أيضاً وعدم ما

يصلح مانعاً عنه، لأن ما يتوهم ما نعيته إماماً دليل نفي الضرر عن المغبون والمفروض إمكان حفظه مع حفظ ذلك العموم بالرجوع إلى البذل، وإماماً دليل ثبوت الحق للمغبون متعلقاً ببقاء العين على ملك الغابن، وهذا أيضاً لا يصلح مانعاً؛ لأن هذا حق للمغبون وسلطنة على عدم إعمال الغابن أسباب الخروج عن الملك في ذلك العين، ولا يلزم من هذه السلطنة إهمال تلك الأسباب عن التأثير بل هي كالأسباب الطبيعية لإعدام أصل العين متى وردت تؤثر أثرها، فيستفي مورد حق المغبون بواسطة إعمالها، غاية الأمر اتصاف العمل بالحرمة من حيث إنه كالأكل والإحراق مفوت لمحل حق الغير.

ومن هنا يتضح حال العقد الجائز أيضاً، فإنه لا وجه لاقتدار المغبون على فسخه، نعم يمكن أن يقال بوجوب الفسخ على الغابن لأنه كالإبقاء سابقاً على العقد حفظ لمحل الحق، ويمكن تنزيل كلام المسالك المذكور في المكاسب في هذا المقام على هذا أيضاً فراجع. ولكن لو عصى ولم يفسخ وفسخ المغبون العقد الأول يملك البذل لا محالة في ذمة الغابن، وبعد ذلك يرتفع حكم لزوم الفسخ عن الغابن، ولو حل كلام المسالك على هذا المقام يوجه عليه اعتراض شيخنا المرتضى - طاب ثراه - فراجع.

ثم مقتضى ما ذكرنا في الناقل عن الملك جريانه بعينه في المانع عن الرد كالاستيلاء، ولكن احتمال هنا شيخنا المرتضى - قدس سره - تقديم حق الخيار معللاً بسبق سببه على الاستيلاء.

واعترض عليه شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة -: بأن حال الاستيلاء حال الناقل، غاية الأمر إن الثاني مزيل أصل الملكية والأول مزيل قابلية انتقالها إلى الغير، وكما أن الحق متعلق بإبقاء أصل الملكية وقلنا: إن هذا لا يوجب

إهمال سبب النقل والإزالة عن التأثير، كذلك الحق المتعلق بإبقاء القابلية أيضاً ليس بأزيد من ذلك، فيكون حال الاستيلاد بحسب التشريع كحال سبب تكويني، فغاية الأمر الحرمة وأما الوضع فاللازم ترتبه لعموم دليله مع عدم المانع عنه، هذا.

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغتبراً للعين فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج، ثم النقيصة أيضاً قد تكون منفكة عن الزيادة وكذلك الزيادة، وقد يجتمعان كما إذا حصلت الزيادة كيفاً والنقيصة كمّاً، كما إذا عمل في الخشب هيئة تزيد بها القيمة ولكن نقص ذلك عن كمّها، أو بالعكس بأن حصلت النقيصة كيفاً والزيادة كمّاً.

والأولى التعرض للزيادة الحكمية أولاً اقتضاءً بدرس شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته - فنقول:

لو فسخ المغبون ووجد العين زائدة عند الغابن إما بتعليم صنعة وإما بنسج الغزل أو قصارة الثوب وأمثال ذلك، فقد عرفت عدم سقوط الخيار بذلك، لكن اختار شيخنا المرتضى - قدس سره - في جانب المغبون إيجاب ذلك سقوط حق الفسخ، معللاً بأنه موجب للشركة وقد كانت مفروزة، فلا يمكن ردّ العين بحالها، وحكم هنا بثبوت الشركة بنسبة الزيادة. فربما يورد أنه كما أوجب هناك سقوط الردّ فليوجب هنا الانتقال إلى البذل.

وليعلم أولاً أنّ الكلام في ما إذا لم يحدث بسبب الشركة نقص في العين أصلاً لا كمّاً ولا قيمة، فإنّ الذهب ولو ابتلي بهيئة، يكون على قيمته الخالي عن تلك الهيئة ولو فرض تعدّد المالك فإنه إذا باعاً معاً من ثالث لا تنفاوت قيمته.

وحيثئذ نقول: الفرق بين المقامين أنَّ مدرك هذا الخيار دليل لا ضرر، وإعماله في المقام السابق وإن كان رافعاً لضرر المغبون لكنّه يحدث ضرراً على الغابن؛ لأنّه كان يتنفع بهاله بنحو الاستقلال، والحال لا يمكن له ذلك بل يحتاج إلى إذن الغير، ودليل لا ضرر في مثل ذلك يسقط عن الاستدلال وبعد سقوطه نرجع إلى دليل لزوم المعاملة.

وأما في المقام فلا يمكن مثل ذلك حتى يتقل إلى البدل؛ لأنّ هذا الضرر شيء أقدم عليه المغبون وأورده على نفسه؛ لأنّ العالم بإحداث الزيادة الحكمة لدى الغابن إذا أقدم على الفسخ فهو في طبع عمله قد أقدم على نقل مال يكون للغير فيه مدخل ولا يشمل مثل هذا دليل لا ضرر.

لا يقال: نعم، لكن يحدث بالنسبة إلى الغابن هذا الضرر فإنّه كان مالكا للهبة بنحو يجوز له الاستقلال في التصرف والآن ليس له ذلك.

لأنّا نقول: المفروض أنّ المال الذي أخرجه العقد عن كيسه قد عاد إليه بنحو الاختصاص أعني: عوض المادة، بقي أنّه عمل في المادة عملاً أحدث فيه الزيادة الحكمة وهذا أيضاً أوجب شركته في مال الغير، وليس هذا المقدار ضرراً عرفاً، وبالجمله لا وجه للانتقال إلى البدل.

هذا مع عدم نقص في العين، وأما مع حدوث النقص فالظاهر أنّ له حكم النقص الذي ستعرضه إن شاء الله تعالى من كونه في ضمان الغابن يلزم عليه تداركه ويكون شريكاً في العين أيضاً بقضية ما ذكر في الزيادة الحكمة. هذا هو الكلام في الزيادة الحكمة الخالصة والمجتمعة مع النقيصة في الكمّ الذي وعدنا تقديمه اقتفاءً للأستاذ، فلنرجع إلى حكم النقيصة الخالصة على حسب ترتيب شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -.

فنقول: ولو حدث عند الغابن نقص فهذا على قسمين، لأنه قد يكون الوصف الفائت غير واقع تحت ضمان المغبون وتحت تعهده - بأن لم يقع العقد مبنياً عليه، بل إما كان ملحوظاً على وجه الداعي أو لم يكن ملحوظاً أصلاً وكانت العين مشاهدة وكان وجود صفة كمال فيه مجهولاً للطرفين مع وجدانه واقعاً فإنه لا غرر حيثئذ؛ إذ الغرض وقوع البيع بنحو المشاهدة، فلو تبين بعد الفسخ أنه كان واجداً لهذه الصفة وقد فاتت تحت يد الغابن فلا ضمان -.

وقد يكون الوصف تحت ضمان المغبون، بأن أوقعا عقد المعاملة مبنياً عليه فتبين فرواته تحت يد الغابن، فهذا الوصف لو فات تحت يد الغابن فالفسخ صحيح ويصير بدل الوصف وتفاوت ما بين واجده وفاقه على عهدة الغابن، أما أصل صحة الفسخ؛ فلأنه كالبيع إذا وقع على العين الشخصية مقيدة بوصف فتبين فقدته فإن البيع يحكم بصحته، وحال الفسخ في ما إذا تلف هذا الوصف تحت يد غير ذي الخيار مثل البيع.

وأما ضمان الارش؛ فلأنه مقتضى «على اليد» على ما عرفت من جريانه في الحقوق.

إن قلت: تكفي في إثبات هذا الضمان قاعدة «لا ضرر».

قلت: لا يثبت بها الضرر على الغابن، فإنه متى دار الأمر بين ضررين فإن كانا على شخصين كما هنا فلا يثبت بـ «لا ضرر» تجويز دفع الضرر عن أحدهما بإضرار صاحبه، وإن كانا على شخص واحد كما هنا بالنسبة إلى المغبون في تحمله على ضرر العين وفسخه مع كون العين فاقدة الوصف، فإن تجويز كلا الأمرين مئة عليه بخلاف إيجاب أحدهما. هذا كله هو الكلام على وجه الكلية.

بقي الكلام في فرع الإجارة التي قوى شيخنا المرتضى - قدس سره - فيه عدم

الأرض. ولكن استشكل عليه الأستاذ - دام علاه - بأنه لا شبهة في أن مقدار مالية العين بمقدار منفعتها، فكلما نقص عن المنفعة نقص عن المالية، فإذا كانت قيمة العين ألفاً ونقص عن منفعتها ما يوازي مائتين، صار مالية العين ثمانمائة وهكذا، وليس هذا بمجرد اختلاف القيمة السوقية بل لخصوصية حادثة في العين.

وبالجملة: فحال إجارة العين حال نقصان عينه وسائر جوارحه في نقص مالية العين، فيوجب الأرض وهو قد ينطبق مع أجرة المثل وقد لا ينطبق، هذا حكم النقص، وأما الزيادة الخالصة فقد عرفت حكم الحكمة منها.

وأما العينية كما لو غرس في الأرض، فلا شبهة في أنه بالفسخ يتعدّد مالك الغرس والأرض، ولكن يبقى الكلام في تسلّط مالك الأرض على القلع بلا أرض أو معه وعدمه، فينبغي بسط الكلام لعموم البلوى كما تقدّم في الحكمة، فنقول: تعدّد مالك الغرس والأرض يتصوّر على أنحاء.

الأول: أن يكون الغارس غاصباً وظالماً ومتصرفاً عدواناً، وهذا لا شبهة في جريان قوله «ليس لعرق ظالم حق» فيه بمعنى أنه ليس له احترام، فيجوز لمالك الأرض قلعه وإلغاء هذه الجهة من ماليته من دون أرض لعدم الاحترام، ولا حرمة تكليفية؛ لأنه تفرغ ماله عن مال الغير، ومن هنا يجوز إجباره لصاحب الغرس على القلع، لأنه بإحداثه متصرف في الأرض فيجوز منعه عن التصرف ولو بالإيجاب.

الثاني: أن يكون الغارس غاصباً واقعاً وغير عاص للمعذورية في الظاهر، ويمكن القول بشمول قوله - عليه السلام - لهذا أيضاً، بملاحظة تفسير ظالم بمن يشمل.

الثالث: أن لا يكون المالك للنواة غارساً لها أصلاً، بل كان وقوعه في الأرض

بتوسط ريح أو طائر مثلاً، فنمت وصارت شجرة، وشمول القول المذكور لهذا في غاية البعد، بل في محل المنع، ومقتضى القاعدة أن يقال: إن صاحب النواة بملاحظة اختياره في الإبقاء والقلع متصرف في الأرض بخلاف صاحب الأرض، فقاعدة السلطنة غير مقتضية بالنسبة لصاحب الغرس لتجوز الإبقاء؛ لأنها غير مشرعة، ولكنها مقتضية بالنسبة لصاحب الأرض تجوز القلع لأنه تفريغ للمال عن مال الغير.

الرابع: أن يكون المالك غارساً لكن على نحو الحق كالمستأجر وغير ذي الخيار، والمفلس قبل إعمال الخيار والتفليس.

ويمكن أن يقال في ما عدا الأول: بأن هذا الغرس مثل إجارة المسكن، فكما أنها كانت استيفاء لمنفعة الدار مدة، فكذا الغرس أيضاً استيفاء لمنفعة الأرض مقدار بقاء الشجر بحسب طبيعته، فإن من يغرس الشجر يلاحظ فوائده المترتبة على بقائه لا قطعه وجعله حطباً، فقد استوفاهما في زمان كانت الرقبة ملكاً له، فينقل الرقبة إلى الغير بدون هذه المنفعة فتصير كالعين المستأجرة التي تقدم الكلام فيها.

وأما الأول أعني المستأجر وكذا المأذون من المالك في غرس الشجرة وكذا العارية إذا غرس المستعير، فلا اشكال ما دام عدم انقضاء المدة في الإجارة، وبقاء الإذن والعارية في الأخيرين، وأما بعد ذلك فيرتفع عنوان الصحة عن التصرف، فالتصرف والاستيفاء ههنا أيضاً ثابت ولكن أصل المنفعة باقية على ملك المالك، فاستيفاءها ما دامت موجودة منوطة بالإذن، فمتى ارتفع الإذن صار غصباً وحراماً.

نعم الإذن في الغرس يلزم عرفاً مع التعهد بالإبقاء، ولكن ليس هذا إلا

بمجرد وعد غير لازم الوفاء شرعاً، فيصير حال الغارس في جميع هذه الثلاثة حال صاحب الغرس في القسم الثالث، أعني ما إذا حصل الغرس بإطارة ريح أو إلقاء طائر، وقد قلنا إنه بحسب الوجود البقائي متصرف في أرض الغير، فلهذا الغير حق أن يقطع يد تصرفه عن ملكه.

فقد تحقق من جميع ما ذكرنا انحصار الأقسام في ثلاثة:

الأول: ما يكون مشمول قوله: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) على سعة مدلوله وضيقة.

والقسم الثاني: ما لا يكون مشمولاً له ولكن يكون صاحب الغرس متصرفاً في إبقائه الشجر في أرض الغير.

والقسم الثالث: ما لا يكون داخلاً في الخبر ولا متصرفاً في أرض الغير، وهو ما إذا كان الغرس في ملك الغارس، سواء كان متزلاً أم لازماً.

ففي الأول لا حرمة للغرس، فيجوز للمالك مباشرة قلعه بدون الأرض، وفي الثاني يكون للمالك حق على الغارس بملاحظة كون الغارس متصرفاً، نعم قلنا إن هذا الحق لا يلزم رفع الضمان، فهو مع ذلك ضامن للأرض، وفي الثالث يكون للمالك الغرس حق على صاحب الأرض بإبقاء شجره في ملكه بلا أجر، غاية الأمر عليه نقص المالية الواردة على الأرض في باب الفسخ، فهو بمنزلة العيب الحادث عنده في العين حيث يلزم عليه تدارك وصف الصحة.

ثم على ما ذكرنا يرتفع الإشكال، وأما على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث ذهب إلى أن كلاً من المالكين في مسألة الفسخ يملك ماله لا بشرط

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٣٣، من أبواب أحكام الاجارة، ص ٢٨٣، ح ٣.

حقّ له على الآخر ولا عليه له فلكلّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه. فبرد عليه - قدس سرّه - الإشكال: بأنّه ما وجه هذا الحقّ الثابت لكلّ؟ مع كونه مستلزماً للتصرف في مال الغير، وأيّ مجوّز للتصرف بغير رضى المالك؟ إذ المفروض أنّه فرض - قدس سرّه - عدم الحقّ لواحد من الشخصين على الآخر، فيكون المتحصّل أنّ في البين مالكين و مملوكين بدون حقّ لأحدهما على الآخر، فبأيّ قاعدة يجوز لأحدهما تصرفه في ملك الآخر؟

وأما على ما ذكرنا: فقد عرفت أنّه يكون لأحد المالكين حقّ على الآخر بدليل خارجي، ومعنى ثبوت الحقّ أنّ رضاه ملغى، وأما إذا كنّا نحن وقاعدة السلطنة بلا حقّ من الخارج لأحد الشخصين فكلّ منهما غير راض بالتصرف في ماله، فلا مجوّز لأحدهما في تصرفه في مال صاحبه، بل يكون المقام من باب تزامم الحقيّن وللکلام فيه محلّ آخر.

ثمّ إنّّه - قدس سرّه - بعد أن جوّز القلع لصاحب الأرض قال: فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة المالك بالقلع ومع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، انتهى.

ويرد على الوجهين الأخيرين: أنا سلّمنا أنّ له حقّ أن يقلع الغرس ولكن لمباشرة مؤنة وتحمل زحمة أو إنفاق نفقة، فلايّ وجه يصير بمجرد المطالبة هذا المعنى لازماً على صاحب الغرس؟ وأيّ معنى لإجبار الحاكم في صورة امتناعه؟ فإنّ المفروض أنّه ليس له حقّ على الشخص حتّى يكون الحاكم وليّاً عليه عند الامتناع عن الأداء بل له حقّ القلع الخارجي، فإن رضي الغارس فهو وإلا فيسقط إذنه ويتحمّل نفس مالك الأرض مشقّة القلع إن أراد، ولا وجه لتحمله ذلك على مالك الغرس ولا لوجوب ذلك على الغارس بمطالبة كما هو

ظاهره - قدس سره -

ثم قال - قدس سره -: هذا كله حكم التخليص، وأمّا لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حقّ لأحد المالكين على الآخر، استحقاقه الأجرة على البقاء؛ لأنّ انتقال الأرض إلى المغبون بحقّ سابق على الغرس لا بسبب لاحق له، انتهى. وهذا الكلام بظاهره يفيد وجوب القبول على صاحب الغرس وعدم جواز امتناعه عن الإبقاء بالأجرة، وهذا أيضاً لا وجه له.

ثم إنك عرفت أنّه لا حقّ لصاحب الأرض على قلع الشجرة في مسألتنا، ولكن لو قلنا بأنّ له القلع، أو فرضنا الكلام فيما له ذلك كما في القسم الوسط من الثلاثة المتقدمة، فقد قلنا إنّّه يجب عليه بذل التفاوت في ما بين المقلوعية والمنصوبية، فهل اللازم حيثئذ ملاحظة ما بين المقلوع والمنصوب الذي استحقّ عليه شخص آخر القلع، أم ما بين المقلوع وذات المنصوب؟ الحقّ هو الثاني كما اختاره شيخنا المرتضى - قدس سره -، وانتصره شيخنا الأستاذ - دام علاه - في مجلس الدرس ببيان:

إنّ كثرة الرغبة وقلتها لا نسلم أنّها كلّية يوجبان التفاوت في مالية المال، مثلاً كون المال بيد مالك صعب المعاملة يوجب قلّة الرغبة في شرائه، ولكن لا يوجب ذلك نقصان ماليته، وكذلك لو علم أنّه يرد على المال حرق أو غرق بعد ساعة يصير ذلك موجباً لقلّة الرغبة، بل لا يحضر أحد في شرائه بثمن يسير، ولكن المالية باقية بحالها.

ألا ترى أنّ المتلف يتلف المال وإتلافه يرد على موضوع المال، ولهذا يفرم المالية، ولو كان حضور التلف مخرجاً للمالية فاللازم عدم الغرامة، بل عدم المعنى لقيمة يوم التلف، بل اللازم أنّه تختلف المالية بمرور الأيام؛ لأنّه كلّما يمضي يوم

يصير المال إلى التلف أقرب، فلا بد أن ينقص من ماله مع عدم تفاوت في ذاتياته أصلاً، وهذا مما لا يلتزم به ذو مسكة.

وعلى هذا فنقول: استحقاق الاتلاف أيضاً لا يزيد حاله عن التلف الخارجي المقطوع، بل وجه منقصيته على فرضها إنها يكون لادائه إلى الإتلاف الخارجي، وبعد ما عرفت أن الليرة مثلاً إذا علمنا بأنها ساعة أخرى تقع في قعر البحر بحيث لا يتمكن أحد من إخراجها، لا تنزل عن ماله أصلاً، فكذا الحال في الاستحقاق المذكور أيضاً.

خاتمة البحث: في بعض من الفروع المرتبطة بالمقام:

أحدها: لو قلنا بمقالة الشيخ من استحقاق المغبون للقلع أو فرضنا الكلام في مثل ما إذا وقع الغرس في غير الملك بغير اختيار مالك النواة، فلا إشكال في أن الإبقاء باختيار صاحب الغرس يوجب الأجرة لصاحب الأرض، ولكن لو جرى عليه زمان لا يمكن فيه عادة قلع الشجر وكان له أجرة، فهل لصاحب الأرض مطالبة الأجرة أيضاً؟

مقتضى القاعدة أن يقال بالتفصيل بين مثل مسألة حصول الغرس بإلقاء الطائر ونحوه، وبين ما إذا حصل ابتداء الغرس باختيار الغارس كما في مسألةنا على مقالة الشيخ. ففي الأول نقول بالعدم، فإن هذا المقدار الذي يجري على الشجرة من انتفاع الأرض يجري بغير اختيار صاحب الغرس، فلا يكون استيفاء.

وبعبارة أخرى ليس في البين قوة وفعل منه، ونحن وإن قلنا بتعميم قاعدة الضمان بالإتلاف إلى حال السهو والغفلة لكن لا بد من تحقق قوة وفعل من المتلف، وأما مثل ما إذا سقط خبز الغير في حلقومه بغير اختياره ونحوه بدون

توسيط قوة منه في البين فلا دليل على إيجابه الضمان.

نعم يصح القول بالضمان في الصورة الأخرى أعني: ما إذا كان ابتداء الغرس ناشئاً من غرسه وفعله، فإنّ حاله حال المتوسّط في الدار الغصبية في حال الخروج، فإنّ هذا المقدار لو كان له أجرة تجب عليه فإنّه يصحّح كونه فعلاً له وباختياره أنّ سببه وهو الدخول كان باختياره، فكذا المقام يكون هذا المقدار من بقاء الشجر فعلاً له ويعدّ هو مستوفياً لمنفعة الأرض فيدخل تحت الضمان.

ثانيها: قد عرفت حكم الزيادة الحكيمة المحضّة والعينية كذلك. بقي حكم المشوبة من الجهتين مثل الصبغ ومثل ما إذا كان الشاي ملك أحد والماء ملك آخر، أو اللحم ملك أحد والماء ملك غيره، وطبخ الشاي أو اللحم في ذلك الماء، فإنّه لا شبهة عند العرف في أنّه لا يحكم بأنّ صاحب الصبغ والشاي واللحم ليس له حقّ في العين أصلاً وإنّما انتقل حقه بالبدل، وليس الميعار في ذلك صرف عين في حصول تلك الصفة من الغير، فإنّ تحصيل الحرارة في الماء بحطب الغير أيضاً يكون فيه صرف مال الغير ومع ذلك لا يعدّ من هذا القليل بل يحكم بأنّ الماء حقّ طلق لصاحبه، وإنّما يستحقّ صاحب الحطب البدل في ذمّة صاحب الماء.

وبالجملة: الكلام في ذلك قد يكون في الغاصب، وقد يكون في غيره ثمّ كان تصرفه في المال بحقّ، كما فيما نحن فيه من تصرف غير ذي الخيار وكما في باب المفلس.

أمّا الغاصب فربّما يحتمل أنّ مقتضى القاعدة فيه أن يقال بجواز تصرف المخصوب منه بعد ردّ المال إليه كما كان قبل الغصب، وليس للغاصب المنع لوقوع التصرف في ماله أيضاً ولا مطالبة الأجرة، لأنّ هذا أيضاً من البدل المتوقّف عليه

الردّ إلى المالك؛ فإنه يجب عليه ردّ المال إلى المالك بحيث وصل إليه وارتفع المانع عن تصرفاته، كما كان قبل الغصبيّة، وهذا المعنى كما يتوقّف على بذل الأجرة للحتمال ونحوه، كذلك يتوقّف على أن لا يكون لماله الذي لا يمكن تحليصه عن مال المغصوب منه حرمة مانعة عن تصرف المغصوب منه ولا موجبة للضمان.

نعم لا يسقط عن المالك رأساً بحيث لو اتفق بيع المال دخل تمام الثمن في كيس المغصوب منه، بل يقع ما يوازي منه بازاء هذه الزيادة المشوبة في كيس الغاصب، فاحترامه من هذه الجهة محفوظ، لأنّه غير متوقّف عليه الردّ، ولكن المقدار الذي يمنع عن حصول السلطنة للمغصوب منه والاستيلاء التام منه على ماله بدون تعلّق أجرة وضمان في عهده لا بدّ من سقوطه بالنسبة إلى هذا المقدار عن الاحترام.

وأما غير الغاصب: فتقع المسألة بالنسبة إليه مندرجة تحت المال المشترك الذي يحصل الضرر بقسمته، أو لا يمكن قسمته، فيرجع إلى الحاكم في إجارته عليهما أو يبيعه كذلك أو كيفيّة أخرى وليس هنا محلّ تحقيق ذلك.

ثالثها: إنك عرفت في مثل ما إذا حصل الغرس في غير الملك على غير وجه الظلم كاللقاء طائر ونحوه، أنّ المتصرف صاحب الغرس، وعلى هذا بيننا صفة قلع صاحب الأرض واستحقاقه له، إمّا مع سبق الإذن فإن امتنع منه ومن المباشرة سقط إذنه أو أجبره الحاكم، أو بدون ذلك.

فيقع الكلام في أنّه لو طلب صاحب الغرس القلع ولم يأذنه صاحب الأرض لاستلزامه التصرف في أرضه والدخول في بستانه، فهل له هذا أو لا؟ لا إشكال في أنّ دليل سلطنة المالك على ماله لا يقتضي جواز دخول صاحب الغرس، لما تقرّر في محله من عدم صلاحيّته لتشريع حكم آخر غير ما تعرّضه من

الحكم المتعلقة بحيث المالكية.

نعم يمكن أن يقال: بأن صاحب الأرض عند إرادة صاحب الغرس القلع ومنعه منه يصير متصرفاً في الغرس، فيشملة دليل حرمة التصرف، وهذا الدليل حاله على خلاف حال دليل السلطنة، بمعنى أن مفاده وجوب رفع اليد عن مال الغير، وإن أوجب ذهاب احترام المال فيوجب تشريع المقدمات أيضاً، فيجوز لصاحب الغرس الدخول ويقتضى ملك صاحب الأرض ساقط الاحترام بهذا المقدار، غاية الأمر بقاء حكمه الوضعي أعني الضمان، فمن هذا الحيث يبقى الاحترام بحاله، فلو حصل نقصان في الأرض يجب على القالغ ارشه.

ولو كان التغير بالامتزاج، فإما أن يكون بغير جنسه وإما أن يكون بجنسه، وعلى الأول إما أن يكون على وجه الاستهلاك وإما لا يكون، فإن كان بغير الجنس وعلى وجه الاستهلاك كماء الورد المستهلك في الزيت فتارة يكون ما وقع عليه العقد هو المستهلك وأخرى يكون المستهلك فيه، فإن كان الأول فبعد الفسخ يرجع إلى البدل، وإن كان الثاني فإما أن يزيد به القيمة وإما لا، فعلى الأول يدخل في الزيادة الحكمية التي قد مر الكلام فيها، وعلى الثاني يرجع العين إلى المغبون بعد فسخه من دون حق للغابن لفرض تلف عينه وعدم إيجابها الزيادة في مائة عين المغبون.

وإن كان بغير الجنس ولا على وجه الاستهلاك، ولا محالة يوجب زوال الصورة الأولى وحدوث طبيعة ثالثة كالحلّ الممتزج مع السكر؛ فإنّ الحاصل ليس بخل ولا سكر بل هو حقيقة ثالثة، فالكلام قد يقع في وقوع مثل هذا في المالكين للمالكين، إما بالاتفاق وإما على نحو غصب أحدهما مال الآخر، وقد يقع في وقوعه في المالكين لمالك واحد ثم حصل تعدد المالك لأجل الفسخ أو رجوع غريم المفلس

إلى عين ماله.

فإن كان في المالكين للمالكين فلا إشكال في أن لكل منهما في هذا البين مال ولا يمكن أن يقال زال ملك كل منهما وحدث شيء ثالث، غاية الأمر إن العهدة لتدارك ما فات ثابتة مع الغصب وغير ثابتة مع فرض الوقوع على نحو الاتفاق، ومع هذا يمكن أن يقال في مسألة الفسخ بالرجوع إلى البذل والحكم بأن ما وقع العقد عليه قد زال وانعدم، ولا ملازمة بين عدم إمكان القول بالانعدام في تينك المسألتين وعدمه ههنا.

والسر أن المالك للشيء يملكه في جميع حالاته بل في جميع تطوراتهِ وصورهِ، بل لو كان الحادث مغايراً معه ونتيجة متولدة منه كالزرع بالنسبة إلى البذر نحكم أيضاً بملكيتهِ لصاحب الأصل، فلا ندور في حكمنا بالملكية في المسألتين مدار حفظ الموضوع العرفي.

وأما في مسألة الفسخ، فالمدار على بقاء المعقود عليه بحسب النظر العرفي، ولا شبهة أن تغيير الأوصاف مثل صيرورة الحنطة دقيقاً أو الدقيق خبزاً لا يوجب تغيير الموضوع العرفي، وأما مثل صيرورة الخلّ سكنجبيناً بواسطة الامتزاج، فلا يبقى معه الموضوع العرفي، ولهذا لو باع الخلّ مشيراً إلى السكنجبين، كان مثل ما إذا باع الفرس مشيراً إلى الكتاب، وليس مثل ما إذا باع هذين الغنمين مشيراً إلى غنم وخنزير، فعال الخلّ في السكنجبين حال الماء في المائع المضاف بالطين، فكما أن الموجود فيه بحسب النظر العرفي ليس بهاء، كذلك ليس الموجود في السكنجبين بنظرهم خلاً، فلهذا يقوى في النظر القول بالرجوع في مسألة الفسخ إلى البذل وفي مسألة المفلس بعدم استحقاق الغريم للأخذ.

وأما في مسألة الغصب: فيمكن أن يقال بتخيير المالك بين أخذ العين حتى

تحصل الشركة مع الغاصب بنسبة المالية والقيمة، وبين تغريم البدل، أما الأول: فلأنه قضية كون هذه الصورة طارئة على مادة ماله، كما تقدم أنه يوجب الدخول في ملك مالك المادة.

وأما الثاني: فلأنه قضية قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فإن المالك كان مالكا للخل وقد وقع تحت يد الغاصب، فعليه عهدة هذا المأخوذ، ولازمه جواز مطالبة المالك منه الخل، التي لازمها تغريمه البدل وبعد أخذه ينتقل ملكه عن العين الخارجية إلى البدل المأخوذ، ويصير العين محضة للغاصب كما في بدل الحيلولة - حيث إن المالك هناك أيضاً مخير بين اختيار ملكية نفس العين الواقعة قعر البحر وبين تغريم البدل - فيصير العين بعد أخذ البدل وملكه ملكاً للغاصب.

هذا في الغاصب. وأما فيما لو امتزج المالان للمالكين بغير اختيارهما، فقد يقال: لا دليل على حصول الشركة هنا، بل يقال بأنهما مفروزان، فالأجزاء الواقعية المعلومه عند الله من الخل لصاحبه وكذا السكر، ولا دليل على خروجهما عن المفروزية إلى الإشاعة.

ولكن يمكن أن يقال: إنه بنظر العرف تحصل الشركة ويحكمون بأن المالكين شريكان في هذا السكنجين على نسبة مالية مالهما، ولم يرد من الشرع تخطيط هذا الحكم العرفي، فيكون كسائر السير العرفية التي لم يرد بتخطيطها دليل من الشرع، وذلك لما قلنا إنه بنظر العرف قد صار الموضوع موضوعاً آخر وحكمه الاشتراك بنسبة القيمتين، فلو كان قيمة السكر ثلاثة قرانات وقيمة الخل قرانين وقيمة السكنجين خمسة قرانات فالحال واضح من ثبوت ثلاثة أخماس لصاحب السكر ومُخمسين لصاحب الخل، وكذا لو صار قيمة السكنجين أربعة أو ستة.

وأما الاشتراك في القيمة بمعنى كون المالين ممتازين واقعاً غاية الأمر عدم إمكان تخليصهما خارجاً - فلا بد من بيع المجموع فيحصل الشركة في الثمن - فهذا خلاف ما يراه العرف من حصول المزاج الثالث و الطبيعة الثالثة، هذا كله هو الكلام في غير المتجانسين.

وإن كان الامتزاج بالجنس، فلما يكون بالمساوي أو بالردّي أو بالجيد، وتارة يقع الكلام في ما لم يكن صاحب عهدة في البين كمسألة المفلس وما إذا اتفق الامتزاج بغير اختيارهما، وأخرى يقع في ما إذا كان في البين صاحب عهدة كما في مسألة الفسخ والغاصب.

أما إذا لم يكن في البين صاحب عهدة وكان المتجانسان متساويين، فلا إشكال أنّ القول بصيرورة المفروز مشاعاً بمجرد الامتزاج يحتاج إلى دليل، وإلاّ فهو أمر على خلاف القاعدة.

والذي يمكن أن يقال على القواعد: أنّ كلاً من المالين باق بحاله كما قبل الامتزاج من كونه مفروزاً، ولكنه بحكم الاشاعة.

بيان ذلك: أنّه إن استفيد من باب الشركة الحقيقية أنّ للمالك حق الانتفاع بهاله بما يتوقف على المفروضية، وله حق إيجاد سبب ذلك من التقسيم، ويجب على الآخر إجابه لو لم يكن قسمة رديّة ولا موجبة للضرر، ويكون القسمة مستلزمة لمبادلة كلّ من الحصّتين المشاعتين بالأخرى أعني: حصّة هذا الشريك في البيت الآخر مثلاً بحصّة ذلك الشريك في هذا البيت، فاللازم من هذا جريانه بعينه في المقام، إذ للمالك أن يقول: لي حق الانتفاع بهالي بنحو كان خالصاً وغير مشوب، وطريق التخليص هو التقسيم المستلزم للمبادلة المذكورة.

وغاية ما في الباب أنّ المبادلة كانت هناك بين الحصّتين المشاعتين وهنا بين

المفروزتين، هذا بضميمة قاعدة العدل والإنصاف في ما إذا تلف بعض المال المتزوج، فإن مقتضاها التسوية بينهما في التالف على حسب السهم، فالمال مفروز بحكم الإشاعة، ولعل هذا مراد من عبّر عن الشركة في المقام بالشركة الظاهرية، هذا في المتساويين.

وأما مع التفاوت بالرداءة والجودة، فالكلام كما مر، لكن المبادلة هنا ربوية إن أريد احتساب التفاوت الحاصل من الامتزاج بالردّي في مقام القسمة بأن جعل للجيد مثلاً سهماً، وللردّي سهم إذا كان مائة الجيد ضعف مائة الردّي، فإن اللازم حينئذ أن تقع المبادلة بين الضعف والضعفين من المتجانسين.

ولو فرض أن دليل الربا يشمل مثل هذه المبادلة التي هي بالعنوان الأوّل قسمة وتكون مبادلة بالاستلزام، يعلم عدم استحقاق مثل هذا التقسيم لأحدهما، وحينئذ فلا محيص عن التقسيم بطريق المساواة ولو استلزم تضرر صاحب الجيد.

ومن هنا يتّجه حينئذ أن يقال: إن طالب القسمة إن كان صاحب الجيد فهو المقدم على الضرر، فيجب على صاحبه إجابته، وتجبر لو امتنع، وإن كان صاحب الردّي فيدخل تحت كبرى ما إذا كانت القسمة ضرورية على غير مردها، حيث لا يجب على الآخر المتضرر إجابة الطالب، فلو فرض تضرر الآخر أيضاً بعدم القسمة واحتياجه إليها يعامل معاملة المال المشترك الحقيقي إذا كان الأمر فيه كذلك، إما من الرجوع إلى الحاكم فيبيعه عليهما أو يؤجره عليهما أو غير ذلك.

وكيف كان فقد تبين أن الحكم بالشركة الحقيقية بمجرد الامتزاج وصيرورة المال المفروز لكل منهما مشاعاً بدون اختيارهما ورضاهما أمر مخالف للقواعد يحتاج إثباته إلى دليل ولم يقدّم عليه إلا وجود عنوان الشركة في كلمات الفقهاء - رضوان الله عليهم - وهو بعد احتمال إرادة ما ذكرنا من المعاملة معه معاملة المال المشترك

لجريان الملاك الواحد فيها يسقط عن الدلالة، هذا حال الامتزاج في صورة عدم وجود صاحب عهدة في البين.

وأما معه كما في الغاصب وفي باب الفسخ حيث إن المفسوخ عليه متعهد للمال المتقل إليه للفاسخ، فلا إشكال في هذه الصورة أيضاً في بقاء المالكين على حالهما من الاستقلال وعدم الانقلاب إلى الاشاعة، ولكن حيث إن أحد الشخصين متعهد للآخر يجب عليه تسليط صاحبه على ماله بوصف الاستقلال وعدم الامتزاج بهال الغير، وهذا المعنى لا يمكن بدفع تمام المال إليه حتى يتصرف في أعيان ماله، لأنه ليس له أن يتصرف في أعيان هذا المتعهد، فعلمه الإجمالي مانع له عن التصرف.

والقول بأنه يجب على المتعهد إباحة ماله له لأنه من قبيل مؤنة الرد أو أن ماله يسقط عن الاحترام رأساً نظير ما قلناه سابقاً في الصبغ ونحوه، فيه: أن الفرق بين المقام وما تقدم الذي قلنا فيه بسقوط الاحترام، أن ابتذال المال هناك مقدمة حقيقية للرد الواجب، وأما في المقام فليس إلا مقدمة علمية، وهي غير واجبة، بعد فرض إمكان الخروج عن العهدة بطريق آخر يجعله العرف أقرب الأشياء إلى الفائت، وهو وضع نصف المال الممتزج وتسليمه إلى المتعهد له، فإن هذا أقرب من هذا المقدار من حنطة أخرى مثلاً، فإن هذا النصف مشتمل على العين وعلى البدل وذاك كله بدل، ومن المعلوم أقربية الأول، فبعد وجود مثل هذا التدارك وعرفيته لا يصار إلى المقدمة العلمية.

هذا مع عدم التفاوت وأما معه:

فإن كان الجودة في مال المتعهد، فيجب عليه التجاوز عن وصف جودته؛ لأنه حينئذ من قبيل المقدمة الحقيقية للرد التي قد عرفت وجوب بذلها عليه، وأما

إن كان في مال المتعهد له - فحيث إن احتساب سهمه في مقام القسمة أزيد بمقدار يفني بجبر نقصانه يوجب الربا كما عرفت - فليس له ذلك بل يدفع إليه قسمة متساوية.

نعم للمتعهد له حيثئذ مطالبة ارش النقصان، وليس في مقام التدارك لهذا النقصان أيضاً شيء أقرب من دفع ما يوازيه من هذا المال المشترك، وهذا سالم عن الربا؛ لأن اعتبار المعاوضة إنما هو بين المتماثلين والزيادة إنما جاءت بحكم ضمان الفاتت، نظير الارش في المبيع المعيب إذا كان هو والتمن متجانسين مكيلين أو موزونين.

هذا تمام الكلام في تصرفات المغبون والغابن، بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن.

وتفصيله: أن التلف إما أن يكون في ما وصل إلى الغابن، أو في ما وصل إلى المغبون، والتلف إما بأفة، أو باتلاف أحدهما، أو باتلاف الأجنبي.

وليعلم أولاً: أنك عرفت الإشكال في جريان خيار الفسخ كلية مع تلف إحدى العينين، وأنه كما يعتبر في البيع وجود العوضين حاله ولا يرجع إلى البدل لو تبين عدم أحدهما حال الإنشاء، فكذا الحال في الفسخ الذي هو عكسه، فهو أيضاً محتاج إلى عوضين موجودين حتى يعكس مبادلتها، ولهذا قلنا إن الحق له إضافة إلى العينين، نعم صححنا الفسخ في صورة التلف عند المفسوخ عليه لأجل دخوله تحت العهدة، فينزل البدل منزلة المبدل في الطرفية للعقد.

وكيف كان فالكلام الآن مبني على الغض عما ذكرنا وتسليم جريان الفسخ مع تلف إحدى العينين بل كليهما.

فنقول: على المبنى المذكور لا إشكال في الرجوع إلى البذل بعد تعذر المبدل فإن كان مثلياً فالإشكال، وإن كان قيميّاً فإلى القيمة، لكن هل المعتبر قيمة أيّ وقت؟ قيمة وقت الفسخ أو وقت الأداء؟ وفي كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - التردد بين وقت التلف ووقت الفسخ.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه: لا وجه لاحتمال يوم التلف، لأن المال يوم التلف ملك لصاحبه الجديد، ولا معنى لضمان الإنسان قيمة مال نفسه، فالمتعين هنا أحد الأمرين: إمّا قيمة يوم الفسخ إن قلنا إنّ نفس القيمة تستقر في ذمة من تلف عنده العين بسبب الفسخ، أو قيمة يوم الأداء إن قلنا إنّ العرف يرى نفس العين موجودة في عهدة من تلف عنده بعد الفسخ.

إن قلت: يمكن توجيه يوم التلف هنا أيضاً كباب الغصب، بأن يقال: إنّ المال يعتبر آنأ ما قبل التلف خارجاً عن ملك صاحبه الجديد إلى المالك الأصلي نظير الكشف الحكمي في باب الإجازة، وحينئذ فيحكم بقيمة يوم التلف على القاعدة كما هو واضح.

قلت: المفروض أنّ ما وقع مبنياً على العقد إلى حين الفسخ، لا تترتب آثار خلافه بعد الفسخ أيضاً، فإنّ الفسخ حلّ من حين لا من السابق حتى بلسان التنزيل وعلى هذا يتعين أحد الأمرين اللذين ذكرناهما.

ثم إن كان التلف بأفة سماوية فلا كلام، سواء عند الغائب أم عند المغبون، وإن كان باتلاف الغائب لما عند المغبون فإن أبراه المغبون أو قبض منه القيمة ثم ظهر الغبن ففسخ، فلا إشكال في رجوع الغائب إلى القيمة، وأمّا مع عدم الأمرين، فظاهر شيخنا المرتضى - قدس سره - أنّ المغبون يأخذ الثمن من الغائب، وأنّه لا شيء للغائب، ولعلّه لأجل التهاثر لما اشتغلت ذمة الغائب مع ما اشتغلت ذمة

المغبون، وهذا إنَّما يحسن لو قلنا بأنَّ المعتر في كلا المقامين قيمة يوم الأداء.

وأما إن قلنا: بأنَّ المعتر في ما اشتغلت ذمة الغابن يوم التلف وفي ما اشتغلت ذمة المغبون أحد الأمرين من يوم الفسخ أو الأداء وكانت القيمتان مختلفتين بالزيادة والنقص فليس الأمر كما ذكر كما هو واضح، ومنه يظهر الحال بالنسبة إلى العكس أعني: ما إذا أتلَّف المغبون لما في يد الغابن.

بقي صورتان: الأولى: ما إذا أتلَّف ما عند المغبون الأجنبي، والثانية: ما إذا أتلَّف الأجنبي ما عند الغابن.

والذي صرح به شيخنا المرتضى - قدس سره - أما في الصورة الأولى: فإنه إن لم يرجع المغبون إلى المتلف يرجع الغابن إليه، أعني: إلى ذلك المتلف الأجنبي. وأما في الثانية: فاحتمالات ثلاثة:

أحدها: رجوع المغبون إلى الغابن؛ لأنَّه الذي يرده إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

وثانيها: الرجوع إلى المتلف، لأنَّ المال في ضمانه وما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده.

وثالثها: التخيير بينهما، فإن شاء رجع المغبون إلى الغابن وإن شاء رجع إلى المتلف.

واستشكل على هذا شيخنا الأستاذ - دامت أيتام بركاته الشريفة - : بأنَّ صاحب المال قبل الفسخ إمَّا لا عهد له بالنسبة إلى المالك بعده، وإمَّا يكون متعهداً له، فعلى الأول لا وجه لرجوع المالك بعد الفسخ إليه في التلف السماوي، وعلى الثاني فالتعنتين في إتلاف الأجنبي في كلتا الصورتين المذكورتين رجوعه

أيضاً إلى المالك قبل الفسخ، ولا وجه لرجوعه إلى المتلف لا تعييناً ولا تحجييراً.

ومجرد كونه متعهداً للمالك قبل الفسخ وهو متعهد للمالك بعده لا يفيد أن يكون هو متعهداً للمالك بعد الفسخ؛ فإنه إنَّما يكون متعهداً لمن ملك في ذلك الآن أعني: أن المتلف، وهو المالك قبل الفسخ ليس إلّا، لأنَّ الفسخ لا يغيّر ما سبق عليه وإنَّما يقلّب العقد بالنسبة إلى اللاحق، فاللازم أن يكون الفسخ موجباً لتعهد المالك قبل الفسخ للمالك بعده وعدم تعهد المتلف له لعدم موجب التعهد بالنسبة إليه، وإنَّما تحقق الموجب فيه بالنسبة إلى المالك قبل الفسخ، فيكون العين في عهدة المتلف بالنسبة إلى المالك قبل الفسخ وفي عهدة المالك قبل الفسخ بالنسبة إلى المالك بعده، ولا ضير في كون العين الواحدة في عهدتين لشخصين من غير فرق بين اعتبار نفس العين في العهدة أم اعتبار القيمة.

والقول بأنّه لو كان المعتبر نفس العين فالتعنين الرجوع إلى المتلف لأنَّ العين في عهده، مجرد دعوى؛ فإنه قد تحقق سبب لأن يعتبر العين في عهده بالنسبة إلى شخص المالك قبل الفسخ، وتحقق سبب آخر لاعتبار ذلك في المالك قبل الفسخ بالنسبة إلى المالك بعده، فاللازم تعهده أيضاً للعين له، كما أنّ لزوم رجوع المالك بعد الفسخ إلى المتلف بناءً على اعتبار القيمة في عهده يشبه القول بأنّه لو فسخ أحدهما وقد باع صاحبه المال من شخص كان الثمن في البيع الثاني للفاسخ، لأنّه عوض للتالف، غاية الأمر هو عوض جعليّ، وما نحن فيه أعني: ما أثبتته الله في ذمّة المتلف عوض واقعي. وإذا فرضنا أنّ الفسخ لا تأثير له بالنسبة إلى ما سبق فكما لا يوجب خروج العوض الجعليّ عن كيس المالك قبل الفسخ فكذا بالنسبة إلى العوض الواقعي، وليت شعري أيّ فرق بين المقامين؟

نعم يتجه التخيير في ما نحن فيه بين الرجوع إلى المتلف أو إلى المالك قبل

الفسخ بالنسبة إلى الإلتلاف لما عند المفسوخ عليه، بناءً على ما قدّمنا من جريان عهدة اليد بالنسبة إلى الحقوق، فيكون المقام بالنسبة إلى متعلّق الحق من تعاقب الأيدي، فيجوز لصاحب الحق الرجوع إلى أيّهم شاء، فتدبّر.

مسألة: هل هذا الخيار ثابت في كلّ معاوضة مألّية أو يختصّ بخصوص البيع؟ الظاهر عدم الفرق بين البيع وغيره في جريان «لا ضرر»، نعم كلّ ما لم يثبت بهذه القاعدة لا يتجاوز عنه في غير البيع، فلو فرض أنّها لا تدلّ على أزيد من جواز الاسترداد وإنّما ذهبنا إلى الحقيقة في البيع بضميمة الإجماع، لا يمكن المصير إلى تلك الضميمة في غير البيع، لعدم الإجماع هنا.

وكذلك في صورة الشك في القيمة لا يمكن إثبات الخيار بلا ضرر، لوجود الإقدام من غير فرق بين البيع والصلح وغيرهما، بل وفي بعض صور القطع بالقيمة أيضاً، وهو ما لو اضطرّ إلى الشراء بحيث لو علم أنّه أزيد من القيمة لما ترك الشراء، فإنّ حال حضوره للشراء بأيّ قيمة كان ولو بأضعاف القيمة يمنع من جريان لا ضرر ولو فرض أنّه يعلم اتفاقاً بمساواة الثمن للقيمة العادلة.

وكذا الحال في الفرد الذي بني على المسامحة وعدم المدافعة كالبيع المحاباتي والصلح كذلك، وكذا الصلح على الحقّ المجهول أصله، وأمّا الصلح على الحقّ الثابت، المجهول مقداره، فقد يكون واقعاً على أيّ مقدار كان، فهذا أيضاً كالسابق في عدم جريان «لا ضرر» فيه، وقد يكون باعتقاد أنّه لا يزيد عن المصالح به أو لا ينقص عنه وفي هذه الصورة أيضاً لو صرّح في مقام الإنشاء: بأيّ أصلاح عن حقّي بكذا وإن فرض كونه أزيد منه بأضعاف، فهذا إقدام منه على الضرر، فلو تبين أنّه كان أكثر فلا خيار، لأنّه وإن كان عالمًا بالمساواة بحيث لو علم عدمه لما أقدم لكن إنشاء المصالحة في تقدير الأكثرية إنشاء عن قصد وجدّ

نحو المدلول نظير إنشاء البيع بشرط الخيار، وإنشاء الطلاق في مشكوك الزوجية.
وبالجملة: تمسّي القصد الجدّي في أمثال هذه الموارد ممّا يقصد نحو المنشأ
بالعنوان الثانوي مع القطع بعدمه بالعنوان الأوّل ممّا لا ريب فيه، وبهذا الاعتبار
لا يدخل تحت عموم «لا ضرر».

ومن هنا تبيّن أنّه لو صرح في عقد البيع أيضاً بإطلاق المبايعة لحالتي
مساواة الثمن مع القيمة وعدمها فهو بمنزلة إسقاط الخيار ولو كان عالماً
بالمساواة، فلو تبيّن عدمها فلا خيار للإقدام الجدّي في مرحلة الانشاء الجدّي،
هذا.

ولكن هذا كلّه مبنيّ على أصل جواز التمسك بـ «لا ضرر» في أبواب
المعاملات من البيع وأخواته، ولكنّه محلّ إشكال عند شيخنا الأستاذ - أدام الله
أيّام بركاته الشريفة -.

ومحصّل ما قرره في الدرس في بيان الإشكال: أنّ «لا ضرر» يكون مفاده
نفي الضرر في ما هو من قبيل مجعولات الشرع لا بالنسبة إلى ما هو أمر كائن في
الواقع ونفس الأمر بأسبابه النفس الأمريّة، غاية الأمر أنّ الشارع بواسطة علمه
بالغيب وحّد نظره وامتيازه عن غيره أدرك ما لا يدركه غيره فكشف وبيّن عمّا
أدركه، فالإيجاب والقبول عند العرف والشرع كليهما سبب واقعي لحصول النقل
والانتقال، وليس في البين إلّا تصديق الشارع للعرف وأنه صادق في ما فهم، كما
أنّه في مورد المخالفة ليس من الشارع أيضاً جعل بل مجرد أنّ العرف مخطئ في ما
فهم، والواقع على خلاف ما فهمه، ونفي الضرر لا يشمل إلّا المجعولات، ولا
يدخل تحته مثل هذه الأمور الوضعية التي نصيب الشارع منها مجرد كشف الغطاء
عن واقعها المحفوظ.

نعم إن قلنا: إن الإجازة من الشارع في أبواب المعاملات له جزء الدخل في ترتيب الأثر نظير إجازة المالك في البيع ونحوه دخل في المجعولات وشمله لا ضرر، لكنه خلاف المبنى وأنّ إجازة الشارع ليس إلا تصديق العرف في ما فهم، وليس له نصيب إلا الكشف محضاً.

وعلى هذا فيمكن المصير إلى ثبوت خيار الغبن بطريق آخر وهو إرجاعه إلى تخلف الوصف، فإنّ من يفاضل صاحبه في القيمة وأتاه كذا أو كذا، ثم استقر رأيهما على شيء ويوقعان المبايعه عليه فهما ناظران إليه بعين المساواة مع القيمة بحيث يكون هذا قيداً لطرف العقد لا من باب الجهة التعليلية، وعلى هذا فيدخل تحت قاعدة تخلف الوصف، وخياره أمر عرفي يحكم به العرف، فتدبر.

مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين، واستند للقول الأول وهو المشهور ظاهراً، إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، وقرره في جامع المقاصد على المحكي بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة وإلا لم يتفع بعمومه. انتهى. وللقول الثاني بالاستصحاب.

واستشكل شيخنا المرتضى .. قدس سره .. على التمسك بالعموم بما ملخصه:
إن العموم الزماني على قسمين:

أحدهما: المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره في جميع الأزمنة، ولا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائماً أو في زمان ما، إذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيص في العام حتّى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، والسر ما عرفت من

تعبئة العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضي للعموم الزماني فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد، دام زمان خروجه أو انقطع، والمناطق كون الزمان مأخوذاً ظرفاً للحكم.

وإن فرض عمومه لغوياً لا بدليل الحكمة فيكون الحكم حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد وانقطاعه، فيكون المرجع لا محالة استصحاب حكم الخاص.

ثانيهما: أن يكون الزمان مكثرًا لأفراد العام بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرًا له في زمان آخر، كما إذا قال المولى لعبده: أكرم العلماء في كل يوم، بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، وحيث لا يلزم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما، الاقتصار على المتيقن؛ لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل القسم الأول؛ لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد وبين عدم وجوبه رأساً نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلة التخصيص وكثرته حتى تتمسك بالعموم في ما عدا المتيقن. انتهى ما نقلنا عنه ملخصاً.

قال شيخنا الأستاذ - دامت بركاته الشريفة -: لا إشكال عند الشيخ ولا عند غيره في أنه لو كان المخرج بعنوان التقييد، يتمسك مطلقاً في ما عدا المتيقن منه بالعموم ولو في فرد واحد، فإذا خرج عن دليل وجوب الصلاة على كل مكلف

عنوان المسافر أو الحائض يجب التقييد بغير المسافر أو الحائض، فإذا فرض تطبيق هذا العنوان على شخص ثم زال عنه فلا إشكال أنه بعد الزوال يرجع فيه إلى العام من غير تفصيل بين الموارد.

فكلامه - قدس سره - لابد من تنزيه على مورد لم يعلق الحكم في دليل المخصص على عنوان، بل كان الخارج ذات الفرد بلا عنوان أصلاً وكان العنوان بمنزلة هؤلاء إشارة صرفة إلى الذات، أو وإن كان معلقاً على العنوان ولكن كان العنوان محفوظاً في الفرد غير متبدل نظير ما نحن فيه؛ فإن دليل لا ضرر قيد عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ بغير الضري منها، والعقد الضري المغبون فيه يكون من أول وجوده إلى آخره واجداً لهذا العنوان غير مسلوب عنه هذه الصفة، ولكن نشك في أن الإخراج مخصوص بالزمان الأول، أو يشمل الأزمنة المتأخرة أيضاً، من غير احتمال دخالة عنوان في الموضوع غير منطبق إلا على الزمان الأول، بل الموضوع بعنوان واحد يحتمل أن يكون خارجاً في زمان واحد أو أزمنة كثيرة.

إذا عرفت محل كلامه - قدس سره - فنقول حينئذ في توجيه مراده:

قد يكون الزمان ملحوظاً للمتكلّم إما في جانب المادّة أو الهيئة إما بنحو الاستغراق أو المجموعية، كأن يقول: إكرام العلماء في كلّ زمان أو في مجموع الزمان مطلوبي، أو يقول: إكرام العلماء مطلوب في كلّ زمان أو مجموع الزمان، ولازم الاستغراق ثبوت إطاعات وعصيانات بعدد الأيام، ولازم المجموعية ثبوت إطاعة وعصيان واحد، ولازم كلا النحويين أنه لو خرج زمان وشك في غيره يقتصر على المقدار المتيقّن ويرجع في الباقي إلى العموم الاستغراقي أو المجموعي.

أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأنه من قبيل الاستثناء عن أكل السمكة ذنبها، والقيد في هذه الصورة لبّاً راجع إلى المادّة أعني: الموضوع، وإن كان في

الصورة راجعاً إلى الهيئة، فلا فرق بين قوله: إكرام كل يوم مطلوب وبين قوله: طلب مستمر في كل يوم متعلق بالإكرام، والفرق إنما هو صوري فقط.

وبعبارة أخرى: القيود المصرح بها الملحوظة للمتكلم كلها متمات للقضية لا أنها راجعة إلى القضية التامة، فالنسبة التامة الحكمية متأخرة عن تمام تلك القيود لا أنها ملحوظة متأخرة عن النسبة التامة الحكمية، فإذا قال: أكرم العلماء دائماً، فكأنه قال: الإكرام الدائمي مطلوب، أو أن الطلب الدائمي في الإكرام.

وقد يكون القيد ملحوظاً بعد تمام القضية ومجئ النسبة الحكمية، فيلاحظ القضية بمجموعيتها من حيث هي قضية وحينئذ يمكن تعليق القيد بنحوين.

الأول: أن ننظر إلى الأفراد وأحكامها، وبعبارة أخرى إلى القضايا المتولدة من تلك القضية الوجدانية، ويرجع القيد إليها، فكأنه قيل: حكم أكرم زيداً حكم دائمي ثابت في كل يوم وحكم أكرم عمراً كذلك، وهكذا إلى آخر الأفراد.

والثاني: أن ننظر إلى نفس هذا الحكم الوجداني المضروب للقانون الذي ينحلُّ إلى أحكام لا إلى منحلّاته، فكأنه قيل: هذا الحكم الضرب القانوني ثابت في كل زمان، وهذا أيضاً يمكن بنحوين.

ألف: أن يقال ذلك بعناية التجديد وأن الحكم يتجدد في كل يوم ويكون مغايراً للموجود في اليوم القبل.

ب: أن يلحظ بعناية الوحدة وعدم التفاوت والتغاير، فلازم القسم الأول أعني: القيد المربوط بالمنحلّات أنه لو ارتفع الحكم عن زيد مثلاً في يوم وشك في ما بعده يرجع إلى العموم، كما أن لازم القسم الأول من نحوي ربطه بنفس القضية الوجدانية الضرب القانونية هو ذلك أيضاً، لأن الموجود في يوم الجمعة مثلاً قضية

غير ما هو الموجود في يوم السبت والمعلوم تخصيصه هو الأول دون الثاني.

وأما النحو الثاني من هذا القسم وهو أن تكون القضية الواحدة مستمرة في سلسلة الزمان، فلازمه عدم إمكان التمسك في ما إذا خرج الفرد في زمان؛ لأن العام قد خصص في هذا الزمان والمفروض عدم عموم آخر في البين في اليوم الثاني، ولا استفادة دوام في حكم نفس الفرد بالنسبة إلى اليوم الثاني وإنما علّق قيد الدوام بالقضية العامة المضروبة للقانون بوحدها، وهي قد خصصت، فمن هذا الحين يجري في الزمان مخصصة، ولا يفرق بحالها دخول الفرد في الأزمنة المتأخرة أو خروجه؛ لأن العام الفردي ليس له إلا تخصيص واحد، لأنه قضية واحدة والعموم الزماني إنما اعتبر بالنسبة إلى وجود العموم الفردي بما هو عموم ومضروب للقانون الذي يلائم مع ورود التخصيص عليه، فهو إنما يفيد في ما إذا ارتفع هذا العموم برأسه من البين في يوم، فإنّ قضيته الإثبات في اليوم البعد، وأما بالنسبة إلى ارتفاع حكم فرد واحد وعدمه فهو في ذلك تابع لنفس القضية العامة بالعموم الفردي، فإن كان فيه مقتض للدخول كما قبل ورود المخصص كان جارياً في الزمان بتبع القضية وإلا كما بعد وروده، فلا يحدث من قبل هذا الدوام المتعلق بنفس القضية مقتض لدخوله.

إذا عرفت هذا فالمدعى أنّ المتكلم إذا كان في مقام البيان وساق القضية بعموم أفرادي غير ملاحظ للزمان أصلاً بنحو من الأنحاء المذكورة فمقدمات المحكمة قاضية بثبوت النحو الأخير، أما لأنه الأخف أو لا دليل على أزيد منه، أما عدم كون الزمان والدوام حيثشذ في نفس طرفي النسبة، فلأنه المفروض من أنّ النسبة الحكمية الإنشائية إنما تعلق بالموضوع المجرد عن ملاحظة الزمان.

وأما إنّ الدوام العارض على القضية بعد تمام النسبة عارض على العموم لا

على المحكيّات به، فلاّنه لا أقلّ من عدم الدليل على النحو الثاني، ومع الشك أيضاً يسقط الاستدلال.

وأما أنّه بعد العروض على العموم لا يلاحظ تعدّد العموم بعدد الأزمنة، فلاّنه مؤنة زائدة تحتاج إلى عناية زائدة والمقدمات تنفيه. فيصير المتحصّل أنّ عموماً فردياً صار محكوماً - بحكم المقدمات - بالبقاء في طول الزمان، ولازمه ما ذكرنا.

وليس المراد بالبقاء نظير ما يعتبر في الاستصحاب حتّى لا يتعقل له معنى مع تخلّل العدم، كما حمل كلام شيخنا - قدس سره - عليه بعض الأساطين من محسّي كلامه - قدس سره - فإنّه حيثنذ وإن كان لا يصح التمسك لكان ما عرفت من عدم صدق البقاء مع تخلّل العدم، ولكنه غير مفاد للمقدمات، لأنّه بهذه العناية أيضاً محتاج إلى مؤنة زائدة ومعدود في عرض سائر القيود، فيكون إثباته من بينها ترجيحاً بلا مرجح، بل المراد هو عدم الانفكاك عن شيء من أجزاء الزمان من دون عناية اعتبار الاتصال، ولهذا قلنا: إنّ لو ارتفع الحكم العمومي برمته جاز التمسك في ما بعد المقدار المتيقّن من الزمان إلى الإطلاق الزماني.

إن قلت: نمنع ما ذكرته من جعل خروج الفرد في زمان تخصيصاً فردياً، بل نقول: هو تقييد في الإطلاق؛ فإنّ العموم الفردي لازمه الثبوت آنأ ما، والاستمرار بطول الزمان إنّها هو بقضية الإطلاق، وحيثنذ فالمقتضي للدخول في الزمان الثاني وهو الإطلاق ثابت.

قلت: لا وقع لما ذكرت بعد ما عرفت من البيانات السابقة، فإنّ هناك مدلولين طوليين، فالقضية مدلولها إثبات الحكم في ذوات الأفراد من غير تعرّض للزمان، والإطلاق مدلوله جرّ هذه القضية بها لها من المفاد والمدلول في أجزاء الزمان، فإذا خرج الفرد عن المدلول الأولي فلا دلالة للمدلول الثانوي على إثباته

في الزمان الثاني أو نفيه، فإنَّ المجرور إلى هذا الحين كان عامّاً غير مخصّص ومن هذا الحين صار عامّاً مخصّصاً، والاختلاف في المجرور لا يوجب الاختلاف في ما مدلوله الجزر، فليس هذا تقييداً في الإطلاق أصلاً.

إن قلت: سلّمنا ذلك ولكن نقول: الجزر في القضية العامة مستلزم للجزر في أجزاء هذا العموم أعني: الأحاد وقد سلّمت أنّه لو كان مفاد المقدمات ابتداءً جزر أحكام الأحاد تمّ الاستدلال، فما الفرق بين كون ذلك مفادها ابتداءً أو بالمال بواسطة الاستلزام؟

قلت: هذا أيضاً كالأشكال الأولى لا وقع له بعد البيانات المتقدمة، فإنّ قضية المقدمات على ما عرفت ليست بأزيد من ثبوت الحكم العمومي الذي هو النظام لشتات الأفراد من دون تكفّل لما عداه، فأصالة الجذّ فيه إنّما هي في قبالة ارتفاع هذا المعنى بأن لم يكن العموم في الزمان الثاني، وأمّا بعد إجراء أصالة الجذّ في مفاد الإطلاق يحصل لنا حكم عمومي قابل للتخصيص فنحتاج إلى أصالة جذّ آخر في هذا العموم بالنسبة إلى كلّ فرد منه، فإذا اختلّت الأصالة المذكورة بالنسبة إلى فرد فليس المصحح لها أصالة الجذّ في المفاد الأولى.

وبالجملة: لا تكفّل في الإطلاق بحال الأفراد أصلاً إلاّ بالأعم من الجذّ والتوطئة الذي هو المحتاج إليه في تأليف العموم، وأمّا تعيين أنّه الجذّ أو التوطئة فمحتاج إلى أصل آخر جار في العموم الفردي، فإذا بطل الأصل بورود الدليل المخصّص فلا مقتضي بعد انقضاء الزمان المتيقّن لدخول الفرد ولا لخروجه.

هذا حال التمسك بالعموم وقد عرفت عدم تماميته، وأمّا التمسك بعد ذلك باستصحاب حكم الخيار للقول بالتراخي، فقد استشكل فيه أيضاً شيخنا المرتضى - قدس سره - والمانع المتصوّر من جريانه أمران:

أحدهما: عدم وحدة الموضوع المعبرة في الاستصحاب كما يظهر من كلام

الشيخ - قدس سره -: لأن الموضوع الذي حكم عليه بالخيار هو من لم يتمكن من الفسخ، وبعبارة أخرى هو العاجز عن دفع ضرره، وهذا قد انقلب في الآن الثاني؛ لأنه بعد مضي الزمان الأول صار شخصاً قادراً على دفع ضرره وسامح في دفعه.

وثانيهما: أن المقام من قبيل الشك في المقتضي، فإنه لا يعلم أن المقتضي للخيار طويل أم قصير.

وقد تنظر في ما ذكره شيخنا الأستاذ - دامت بركاته العالية - بكلا وجهيه، أما الثاني: فلأنه مضافاً إلى عدم تماميته في نفسه - كما يتبين في الأصول مشروحاً فليراجع - قد رجع هو - قدس سره - عن ذلك في مواضع من كلماته على المحكي. وأما الأول: فالموضوع لا يمكن أن يكون هو العاجز عن دفع الضرر فعلاً حتى مع ملاحظة الحكم الوارد عليه؛ لأنّ اللازم حينئذ رفع الحكم لموضوعه وهو محال عقلاً، فالموضوع هو الذات أو العاجز لولا هذا الحكم أو العاجز المطلق أنا ما، وعلى كل التقادير يكون باقياً على جميع الأمدة في أخذ الموضوع للاستصحاب لأنه باق هنا عرفاً ودليلاً ودقة، نعم رفع العجز هنا إنما أخذ غرضاً، فالعاجزية غير مأخوذة في الموضوع نظير الجهل في الإخبار، حيث ليس الموضوع هو الشخص المخاطب بقيد الجهل بل ذاته بغرض رفع الجهل.

ثم لو فرض إمكان أن يكون الموضوع هو العاجز الفعلي من جميع الجهات، فاللازم حينئذ تقييد العموم، أعني: عموم «أو فوا بالعقود»^(١) بغير حال العجز الفعلي، ثم الرجوع في ما عدا المقدار المتيقن من التقييد إلى العموم، وليس هذا من محل النزاع المتقدم في شيء كما عرفت.

ثم لم يعرف ما وجه تعيين تشخيص الموضوع في الاستصحاب من الدليل،

مع أنَّ المحكَّم والمرجع في تشخيص موضوعات سائر الأحكام هو العرف، فلا فرق بين قضية: «الدم نجس» وبين قضية: «لا تنقض»، فكما أنَّ النجاسة مترتبة على ما يراه العرف دماً، كذلك الحرمة مترتبة على ما يراه العرف نقضاً.

وحيثُذ نقول: قد يكون بحسب الدليل وجود خصوصية مأخوذاً في الموضوع على وجه التقييد كما في: «الماء المتغير نجس» ومع ذلك ليس الموضوع بنظر العرف لباً إلَّا الذات كما أنَّه قد يؤتى بالخصوصية في صورة القضية بعنوان الشرط الخارج عن الموضوع ومع هذا يكون انتفاؤه مضرّاً ببقاء الموضوع، كما في قولك: إذا كان هذا - مشيراً إلى الهيولى المشتركة بين الكلب والملح - كلباً فهو نجس، فلا يقال عند صيرورة الكلب ملحاً مثلاً: قد ارتفع النجاسة عن هذا ويقال في مثال «الماء المتغير نجس» بعد ارتفاع التغير إنَّه بقيت نجاسة هذا أو ارتفعت، وإذن ففي المقام ولو سلَّمنا كون العجز عن الدفع قيداً في موضوع الخيار، لكنَّه قيد دليلي وليس بعرفي، لأنَّ العرف يقول: قد بقي خيار هذا الشخص أو ارتفع، وصدق البقاء والارتفاع عنده شاهد على كون الموضوع عنده ذات الشخص وإن كانت صفة العجز معلوم الدخل حدوثاً وبقاءً، فمع الشك في مدخليتها في البقاء لا مانع من الاستصحاب، لأحراز الموضوع.

نعم هنا كلام آخر يمكن أن يكون هو محطُّ نظر صاحب الرياض - قدس سره - وهو أنَّه: كما أنَّنا نستفيد من قضية «أوفوا بالعقود» إيجاب الوفاء، كذلك نستفيد في عرض ذلك أنَّ العقد له اقتضاء لوجوب الوفاء، فبعد انقضاء الزمان الأوَّل من الخيار وإن كان لا يمكن التمسك بالإطلاق في الهيئة وإثبات الوجوب، ولكن يمكن التمسك بإطلاق اللفظ من حيث المدلول الآخر، فالمقتضي محرز بهذا الدليل، وأمَّا المانع فإن قلنا بتامة قاعدة المقتضي، المانع، فلا إشكال في ترتب النتيجة ولا يبقى مجال لاستصحاب الخيار.

وأما إن قلنا بعدم التباينة فأولاً ندعي أننا نقطع بعدم وجود مانع غير الضرر، وهو أيضاً مقطوع عدم اقتضائه أزيد من إثبات الخيار في الزمن الأول، إذ هو الذي يوجب عدم استناد الضرر إلى حكم الشرع، وأما اثباته في الزمان الثاني فلفو من حيث ترتب هذه النتيجة، إذ لو ثبت وجوب الوفاء فليس هذا الضرر آتياً من قبل الشارع، بل من قبل تهاون نفس المكلف.

وبالجملة: بعد القطع بسقوط هذا الملاك عن التأثير نقطع بعدم تحقق ملاك آخر لثبوت الخيار، فلا وجه للاستصحاب، وعلى فرض تسليم احتمال وجود ملاك آخر، فلا يحتمل وجود شخص الخيار السابق، بل لو كان لكان شخصاً آخر لتعدد ملاكه، فينتهي على صحة استصحاب الكلي في القسم الثالث منه، مع أنه على تقدير الصحة معارض باستصحاب عدم جعل خيار آخر، فيرجع إلى استصحاب الملك وعدم ترتب أثر الفسخ.

ولعل هذا مراد سيد الرياض فيقال: إنه لو كان المدرك للخيار قاعدة «نفي الضرر» فلا استصحاب للخيار، بواسطة ما ذكرنا، وإن كان المدرك الإجماع المنقول - حيث لا لسان له - فيحتمل بقاء الخيار بعين وجوده الشخصي الأولي، فحينئذ يتجه التمسك باستصحابه، هذا منتهى تقريب كلامه - قدس سره -.

ولكن قد استشكل فيه شيخنا الأستاذ - دامت بركاته العالية - بأن تخصيص «لا ضرر» بخصوص الزمان الأول لا وجه له؛ إذ اللفظ غير قاصر فإن الضرر لم يرتفع والشخص أيضاً لم يقدم ولم يتقبل الضرر على نفسه، غاية الأمر آخر إعمال الخيار إما لأن يتأمل في صلاحه وفساده، وإما لغير ذلك.

والحاصل: التأخير ليس رضاية منه بالبيع، فرفع اللزوم عنه في غاية المنّة، ولو وجب الاقتصار في مدلول «لا ضرر» على مقدار لا يستند الضرر إلى الشرع

بحيث صحّ الاحتجاج على العبد بأنّي لم أورد الضرر عليك، لكان اللازم في الوضوء الضروري لأجل وجود مرض قد تهاون المكثّف في معالجته فبقي في اليوم الثاني، أن نقول بوجوبه في اليوم الثاني؛ إذ الضرر ناش من مساعدة المكثّف لا من إيجاب الوضوء، ولا أظنّ أحداً يلتزم به.

وأيضاً لازم القول بالاختصاص بمقدار التمكن من إعمال الفسخ أن يكون العلم بالحكم مأخوذاً في غاية نفس الحكم وهو في إنشاء واحد غير ممكن؛ فإنّ إعمال الخيار يتوقّف على مقدمتين، علمٌ بالكبرى أعني: الخيار، وعلم بالصغرى أعني: الضرر، فاللازم تقييد الخيار بما بعد زَمَنٍ كلا العلمين بمقدار يتمكّن من الفسخ وجعل العلم بنفس الحكم المنشأ في إنشاء واحد غاية لنفس هذا الحكم مستلزم لاجتماع لحاظين في لحاظ واحد.

نعم لا إشكال في إمكان ذلك في جعلين بأحدهما يجعل مهمة الخيار، وبالأخر يجعل الخيار المغني بما بعد العلم بالأوّل بساعة مثلاً، وأمّا في الجعل والإنشاء الواحد فتقييد الحدوث بالعلم مستلزم للدور، وتقييد الغاية به مستلزم للجمع بين لحاظي إنشاء الحكم والفراغ منه.

إن قلت: لا داعي إلى جعل القيد هو العلم، بل هو التمكن الذي هو يلازم العلم.

قلت: بعد فرض تأخر التمكن عن العلم فالتقييد به أيضاً كالتقييد بالعلم، وبالجمله لازم القول بالفور إن قال القائل به بعذرية الجهل بالموضوع أو الحكم ما ذكرنا، وأمّا إن قال بعدم عذريته وأنّ المعيار سدّ باب الضرر من قبل الشارع نظير إعمال اللطف في جعل الأحكام من قبل الشارع، فاللازم احتساب مبدأ الفور من حين العقد إلى مقدار يتمكّن من إعمال الفسخ، فيسلم عن هذا الإشكال الثاني،

نعم يبقى عليه حيثذ الإشكال الأول.

فتحصل من جميع ما ذكرنا: أنه إن كان المدرك للخيار هنا دليل الضرر فاللازم القول بالتراخي سواء قيل بعذرية الجهل على تقدير القول بالفور أم لا، وإن جعل المدرك هو الإجماع فإن جعل الجهل عذراً، فلا يمكن كون الخيار فورياً، لما ذكر من استلزامه المحذور، وإن لم يجعل الجهل عذراً فاللازم حيثذ القول بالتراخي أيضاً لكن من باب الاستصحاب، أعني: استصحاب الخيار.

ثم على القول بالفور لا إشكال في عدم اعتبار الفورية العقلية، لاستلزامها الحرج على المكلف، وإذا صار الشارع بمقام رفع الضرر عن المكلف إرفاقاً به لا يوقعه في الحرج، لأنه نقض الغرض، بل المعتبر هو الفور العرفي، لكن لو كان مشغولاً بصلاة نافلة أو أكل أو قضاء حاجة، فهل له التأخير إلى الفراغ، وكذا لو اطلع على الغبن في الليل فله التأخير إلى الصباح؟

لا يبعد أن يقال بالتفصيل بين ما إذا أمكن له الفسخ مع التوصل به إلى تحصيل ماله على حسب الموازين الشرعية بلا عسر وحرج، كأن يكون العدلان حاضرين في المجلس فيجب حيثذ المبادرة العرفية، فلا يجوز التأخير إلى الفراغ عن الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة كالخروج من الحمام، وبين ما إذا لم يمكن ذلك بسرعة، وإنما يحتاج إلى مضي زمان لأجل إحضار العدلين، فإن مجرد إمكان قول «فسخت» لا يدفع الضرر والعسر، فإنه ربما ينجز ذلك إلى الاختلاف، فينكر الطرف وجود الفسخ منه، والمفروض عدم إمكان إقامة البيّنة عليه، وليس ممّا لا يعلم إلّا من قبله ومن الأمور القلبية الباطنية كالعلم والجهل حتى يسمع دعوى من يدّعيها.

ولا يمكن للمنكر أيضاً اليمين؛ لأنه غير عالم، فيبقى المرافعة بلا فصل

ويوجب انقطاع يد هذا الفاسخ عن عين ماله وعن عوضه معاً، وهذا أمر قد تحقق من قبل الشارع، لحكمه بوجوب الوفاء في الآن الثاني، وحكمه الآخر بعدم سماع قول المدعي في قبال المنكر إلا مع اليقظة، وهذا بخلاف ما لو رفع وجوب الوفاء في الآن الثاني أيضاً بمقدار يحضر عند اليقظة ويفسخ عندها؛ فإنه جمع بين رفع الضر والخرج معاً، فعين الجهة الداعية إلى الفور العرفي في قبال العقلي داعية إلى الانصراف عن العرفي إلى الإمهال بهذا المقدار، هذا. ولكن لم يعلم وجود قائل بهذا التفصيل.

ثم على القول بالفور وجعل الجهل الموضوعي أو الحكمي عذراً، إن ادعى الجهل بالخيار وأنكر الآخر، قال شيخنا المرتضى - قدس سره - : فالأقوى القبول؛ لأن الأصل العدم.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام علاه - : بأن المراد من استصحاب عدم العلم إن كان تشخيص موضوع عدم الإقدام، فهو مثبت، وإن كان من حيث نفسه، فهو غير موضوع لأثر شرعي، والذي رتب الأثر عليه عنوان الضر وقد خرج عنه صورة الإقدام، فالذي هو المهم هو أن هذا الشخص هل صدر منه إقدام حتى يكون خارجاً عن موضوع الخيار أو لا، حتى يكون داخلًا؟

فالمناسب حينئذ أن يقال في وجه قبول قوله: إنه مطابق لاستصحاب الخيار بناءً على ما تقدم من صحته وعدم الإشكال فيه من جهة تعدد الموضوع.

وهل يمكن استصحاب موضوع الخيار أعني: العاجز أو لا؟ التحقيق أن استصحاب وجود العاجز بنحو مفاد كان التامة غير مفيد، وأما استصحاب كون هذا الشخص عاجزاً فلا إشكال في أن له حالة سابقة؛ فإنه في الزمان الأول لا

محالة كان كذلك، وشك في زواله عنه بعده فيستصحب، لكن الكلام في أنه بناءً على مذاق الشيخ - قدس سره - الذي ذهب إلى أن مثل هذه التقييدات مضرّة بالاستصحاب مع الشك في احراز القيد، هل في الاستصحاب الموضوعي في أمثال هذه الموارد الخدشة المذكورة، أعني: الشك في بقاء الموضوع أو هو سالم؟ ويمكن الفرق بين المقامين.

ويبعد منه - قدس سره - أنه كان مستشكلاً في استصحاب الخمرية في ما إذا شك في تبدلها بالخالية، أو استصحاب بقاء التغير لو شك في زواله.

وإذن فيتوجه عليه - قدس سره -: السؤال عن الفرق بين استصحاب الحكم في أمثال هذه الموارد - حيث خدش فيه بأن الوصف العنواني غير محرز - وبين استصحاب نفس الوصف العنواني حيث تلقاه بالقبول؟ مع أن المعروض للوصف العنواني أيضاً لا محالة كان محدوداً بحدود واقعية ليست بمحرزة حال الشك، وإلا لم يعقل الشك، فالشك لا محالة لأجل تغير بعض من الأمور في المانع الشخصي ويحتمل دخلها في الخمرية، أو احتمال تغير ما هو دخیل فيها، والمانع الخارجي مع هذه الحالة يصح جعله مشاراً إليه فيقال: هذا كان خمرًا والآن باق على خمرته.

فإذا فرضنا أننا نجوز مثل هذه المساحة في طرف الموضوع، فأني باعث لنا في المنع في جانب الحكم؟ مع أن الموضوع في المقامين واحد. ألا ترى صحة القياس على نحو الشكل الأول؟ فيقال: هذا خمر، وكلّ خمر حرام، فهذا حرام. و (هذا) في قولنا: هذا حرام، عين (هذا) في قولنا: هذا خمر، وإن بنيتم على المداقة وقلتم: بأن (هذا) في قولنا: هذا حرام، يكون فيه وصف الخمرية على نحو الاندكاك، نقول

بمثله في قولنا: هذا خمر.

ألا ترى عدم صحة حمل الخمر على المشار إليه مع عدم إحراز هذا المعنى؟ فاللازم على هذه المداقة طرح الاستصحاب في كلا الجانبين، كما أنَّ اللازم من المساعدة من هذه الجهة جريانه في كليهما، فلم يعلم أنه - قدس سره - ما يجب عن هذا مع ما هو الظاهر منه من قبول الاستصحاب الموضوعي؟

هذا كله بناء على تسليم أخذ عنوان العاجز في موضوع الخيار، وأما بناء على ما أسلفنا من عدم إمكانه، وأنَّ الموضوع نفس الذات، والحكم محمول بغرض رفع العجز، فاستصحاب الخيار جار والإشكال مندفع بحذافيره.

بقي في المقام شيء، وهو أنَّ الظاهر من الفروع المذكورة في هذا المقام أنَّ المشهور القائلين بالفور غير ملتزمين بثبوت الخيار بمقدار إمكان إعماله من غير فرق بين العلم والجهل، بل يعتبرون الفور مع مراعاة العلم بالحكم والموضوع.

فيتوجّه عليهم: أنه كيف يمكن تصوير مثل هذا الجعل ثبوتاً كما أشرنا سابقاً من عدم تعقل جعل العلم بالحكم في إنشاء واحد غاية له.

وقد يحتمل في رفع ذلك عنهم بأنَّ المشهور قائلون بجعل الخيار من دون تقييد بالعلم والجهل، وكلامهم في فروع جعل الجهل عذراً راجع إلى من اعتقد بفورية الخيار وانقضى مقدار الفور ولم يفسخ، فهذا منه إسقاط لأنَّ الخيار بحسب الواقع فوري إما واقعاً، أو بعد العلم به، فكلامهم راجع إلى مرحلة الإسقاط دون مقام الثبوت، فتأمل.

الخامس: خيار التأخير :

قال في التذكرة على المحكي: من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزمه البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين ولا خيار للبائع، وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تختير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع، انتهى.

وحكي الإجماع عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها، قيل: وهو معتضد بما في التذكرة من أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بالخبر، بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن حيث إن المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه، وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه.

ويمكن أن يقال: إن 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 يسلم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناش من قبل عصيانه. ثم على هذا التقدير أيضاً يمكن دفع الضرر بالتقاص، بأن يأخذ المبيع تقاصاً.

ثم أي اختصاص في دليل لا ضرر بطرف البائع؟ بل يجري مثله حرفاً بحرف في جانب المشتري إذا خلى بينه وبين الثمن ولم يدفع البائع الثمن خصوصاً إذا قلنا بعموم قاعدة التلف قبل القبض في طرف الثمن أيضاً، فلا بد أن يقال بثبوت الخيار للمشتري حيثئذ ولا يلتزمون به.

وأيضاً لا يثبت التقييد بالقيود المذكورة بهذا الدليل؛ إذ لو فرضنا أن البائع

دفع الثمن وامتنع المشتري عن دفع الثمن جرى الكلام بعينه، فإن الظاهر أنه - قدس سره - جعل الضمان عند التلف وجهاً لأشدية الضرر هنا من ضرر الغبن، لا أن أصل الضرر متقوم به.

وأيضاً التقييد بعدم اشتراط التأخير إن كان لأجل اندفاع الضرر حيثشذ بواسطة ثبوت خيار تخلف الشرط لو أخر عن المدة المشروطة، فهذا مبني على إرجاع شرط التأخير إلى شرطين، أحدهما للمشتري مثلاً والآخر للبائع، بمعنى أن التأخير إلى المدة الكذائية شرط للمشتري مثلاً وعدمه بعد انقضاء تلك المدة والتعجيل بالدفع شرط عليه.

وهذا بكليته ممنوع، فإنه قد لا يكون غرض المشارطين إلا متعلقاً بنفس جواز التأخير مع الإيكال في وجوب التعجيل بعد الأجل المشترط إلى اقتضاء طبع العقد، فيكون شرطاً للمشتري لا له وعليه.

وبالجملة في أصل التمسك بدليل لا ضرر للمقام محل النظر أولاً، وفي إثباته بهذه الكيفية التي في كلامهم - رضوان الله عليهم - أيضاً محل نظر بعد تسليم المرحلة الأولى.

فاللازم صرف الكلام إلى الأخبار الخاصة التي تمسكوا بها.

منها: رواية علي بن يقطين «قال: سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ قال - عليه السلام - : الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبضه (قبض) بيعه وإلا فلا يبيع بينهما»^(١).

ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح - عليه السلام - «قال: من اشترى

بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يحن فلا بيع له^(١).

ورواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً وأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثم احتسبت أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لي: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له^(٢).

وصحيفة زرارة عن أبي جعفر - عليه السلام - قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه؟ قال - عليه السلام -: إن جاء في ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له^(٣).

والتكلم هنا في مقامات:

المقام الأول: من حيث إن قوله - عليه السلام -: «لا بيع» يستفاد منه نفي اللزوم أو نفي الصحة؟ لا إشكال في أن الظاهر البدوي تعلق النفي بالحقيقة، بل قد يقال: إن ظاهره نفي انعقاد البيع قبل حصول القبض في الثلاثة، لكنه مندفع بظهوره في أن هذا النفي أمر مستحدث يحصل بعد حصول الشرط، وحينئذ فالحمل على ظاهره من نفي الحقيقة يقتضي الحكم بالبطلان بعد انعقاده صحيحاً، كما جزم بظهور الاخبار فيه في الحدائق، ووافقه شيخنا المرتضى - قدس

١- الرسائل: الجزء ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، ص ٣٥٧، ح ٤.

٢- المصدر نفسه: ص ٣٥٧، ح ٢.

٣- المصدر نفسه: ص ٣٥٦، ح ١.

سرهـ - في خصوص قوله: «فلا بيع بينهما»، وأما قوله: «فلا بيع له» فادعى - قدس سره - أنه بواسطة لفظة «له» ظاهر في اختصاص النفي بطرف المشتري وحيث إن الصحة أمر غير قابل للتبعض فلا محالة يرجع إلى اللزوم من طرف البائع.

لكن خدش في ما ذكره - قدس سره - شيخنا الأستاذ - دام ظله - بإمكان كون النكته في هذا التقييد أن المشتري هو الذي يأتي البائع لأجل أخذ المبيع فناسب لذلك تخصيصه بالذكر وإلا فالبيع حقيقة متف عن كليهما.

وأما تسليمه - قدس سره - الحدائق في ظهور قوله: «لا بيع بينهما» في نفي الصحة، فيمكن ادعاء العكس وأنه ظاهر في نفي اللزوم، وذلك لأن قيد «بينهما» لا بد أن لا يكون لغواً، والذي يخرج عن اللغوية أن يكون للإشارة إلى معنى الالتزام والالتزام الموجود في حاق البيع أو يكون من آثاره وخواصه، يعني لا يكون هذا الالتزام والالتزام، والاحتجاج بينهما بأن يقول أحدهما للآخر: أين البيع؟ إذا رآه خالف مقتضاه.

فتعين حمل النفي على نفي اللزوم والكمال؛ إذ لو حمل على نفي الصحة لزم لغوية القيد؛ إذ كان يصح الاكتفاء بقوله: «فلا بيع» وحينئذ فيصير قوله في سائر الأخبار: «فلا بيع له» أيضاً مؤيداً لهذا المعنى بالتقريب الذي ذكره - قدس سره - وإن قلنا لا يصح الاستناد إليه ابتداءً لما مر من الخدشة في ظهوره وكونه مجعلاً محتملاً لمعنيين.

هذا مضافاً إلى أن نفي أصل صحة البيع مع أنه غير مرتفع بحسب الارتكاز العرفي، لا يصح إلا بالتخصيص عليه، ولا يكفي مثل هذا التركيب الكثير الاستعمال في نفي الكمال، فلو أنه إذا رأى العرف حسب ارتكازه بقاء المعاهدة البيعية وعدم انفصالها بمجرد مضي ثلاثة أيام عن العقد بدون قبض لأحد

الطرفين - كما يشهد به حال الراوي في قضية شراء المحمل، حيث ضحك من بيع بائع المحمل - ثم رأى من الشارع إيقاع البيع تحت النفي في هذا المورد يصرفه حسب ارتكازه إلى اللزوم.

إن قلت: اللزوم أيضاً أمر ارتكازي كأصل بقاء المبادلة المسببية.

قلت: نمنع بقاء الارتكاز بالنسبة إلى هذا المورد، لأنهم أيضاً يفهمون حدوث أمر في هذا البيع بواسطة هذا التأخير، غاية الأمر ترددهم في أنه حق للبائع في الفسخ أو انفصال العقد رأساً، إلا أن يقال إذا انجز الأمر إلى هنا فقد سلمت عدم الارتكاز؛ إذ الارتكاز لا يلائم مع احتمال الخلاف فليرجع إلى ما هو ظاهر اللفظ أولاً، فالأولى ما ذكر أولاً في تقريب مدعى المشهور من نفي اللزوم.

المقام الثاني: في أنه بعد تسليم حمل النفي المذكور على نفي اللزوم، فهل الشرط في اللزوم وجود كلا القبضين في الثلاثة، بحيث لو انقضت الثلاثة ولم يجتمع القبضان كلاهما تحقق الجواز سواء تحقق أحدهما أم لا؟ أو أن الشرط في الجواز بقاء كلا العدمين إلى انقضاء الثلاثة، بحيث لو انقلب أحدهما إلى الوجود في أثنائها كفى في اللزوم؟ نحتاج في استظهار ذلك من الرجوع إلى الأخبار.

فنقول: أما خبر علي بن يقطين، فذو احتمالين؛ لأنه يحتمل أن يكون قوله في الجواب: «قبضه يبعه» بتشديد قوله «يبعه» حتى يكون المفعول عبارة عن الثمن، ويحتمل أن «قبضه» بالتشديد «ويبعه» بالتخفيف، فيكون المراد: إقباض البائع المبيع للمشتري، فيكون المعبر في اللزوم على الأول قبض الثمن بخصوصه، وعلى الثاني قبض المبيع كذلك، هذا كله على نسخة «قبضه» بهاء الضمير، وأما بناء على نسخة «قبض» بدون الهاء فيتعين الاحتمال الثاني أعني: كون الاعتبار بقبض المبيع وحده.

وعلى كل حال لا يصلح الخبر للاعتداد لوجود الإجمال، لكن قد يقوّي كفاية واحد من قبضي الثمن والمثمن في الثلاثة في الحكم باللزوم، فيحتاج الجواز إلى انعدام كليهما إلى آخر الثلاثة كما هو قضية كلام المشهور، بدعوى أنّ مورد جميع الأخبار الواردة في الباب عدم الإقباض والقبض في شيء من الطرفين.

أما خبر عليّ بن يقطين، فواضح، وأما غيره فما عدا خبر أبي بكر بن عيّاش، وهما الخبران الآخران، فلأجل أنّ الشرط في الحكم بنفي البيع فيهما جعل عدم مجئ المشتري، وهو بقول مطلق عبارة عن عدم مجئ لا لأخذ المبيع ولا لإعطاء الثمن.

وأما خبر أبي بكر، فالموجود في الجواب وإن كان جعل الشرط عدم المجئ بالثمن لكن بقرينة المورد - حيث فرض السائل عدم قبض شيء من الطرفين - يمكن الخدشة في عمومه.

وحينئذ نقول: لو فرضنا أنّ الشرط في جميع هذه الأخبار جعل نفي المجئ بالثمن لكّنه في مورد مخصوص، وهو ما إذا لم يقبض شيء من الطرفين، ففي هذا الموضوع ذكر شرطيتين أعني: إن جاء بالثمن في ما بينه وبين الثلاثة لزم البيع وإلاّ جاز، فليس في شيء من الشرطيتين تعرّض لحكم صورة وجود قبض المبيع، فتكون هذه الصورة مسكوتاً عنها في هذه الأخبار، فنرجع في حكمها إلى القواعد، ومقتضاها للزوم، ففي صورة قبض الثمن بالحكم باللزوم يكون بمقتضى هذه الأخبار والقواعد، وفي صورة قبض المثمن بمقتضى القواعد فقط، فتبقى صورة واحدة للجواز وهي ما إذا انتفى القبضان معاً في أثناء الثلاثة وهو مطابق لمذهب المشهور.

ولكن يرد على هذا: أنّ إطلاق رواية أبي بكر بن عيّاش شامل لحال إقباض

المبيع مع إمكان دعوى الإطلاق في الخبرين الآخرين غير خبر علي بن يقطين أيضاً بملاحظة صدق قوله: «ولم يبيح» بمحض عدم المجئ لإعطاء الثمن ولو أخذ المثل.

وحينئذ نقول: أما اعتبار عدم قبض الثمن في الحكم بالجواز فمصرّح به في الأخبار الثلاثة، وأما المثل، فيمكن دعوى ظهور خبر علي بن يقطين فيه، فإن احتمال تشديد «بيعه» خلاف الظاهر خصوصاً بقرينة تقديم قوله: «الرجل يبيع البيع» فإنه ظاهر في إرادة هذا الذي تقدّم.

نعم مع فرض الشك ليس هنا محلّ أصل عقلائي يزيل الشك، فإن أصالة عدم التشديد إن أُجريت في التلفظ بتقريب: أنّ الأمر دائر بين الأقلّ والأكثر؛ لأنّ «بيع» بالتشديد زائد على «بيع» بالتخفيف بناءً وكسرة، ففيه أنّ الأصل في مثل دوران الأمر بين كون المسموع هل هو «جثني بأسد» أو «جثني بأسد يرمي» وإن كان تعيين الأقل، لكن لا يجري هذا في ما نحن فيه، وذلك لحدوث هيئة خاصّة باللفظة متقوّمة بعدم الياء الزائدة والكسرة في قبال هيئة أخرى حاصلة بوجودهما، فالأمر دائر بين متباينين، ومن المعلوم عدم الأصل العقلائي فيه.

وإن أُجريت في الكتابة، ففيه: أنّه ليس في البين نوع محفوظ بأن يكون نوع الكاتبين محافظين على مثل هذه الخصوصيّات من ثبت التشديد في الكلمة المشدّدة، وبعد عدم حالة نوعيّة فلا أصل عقلائي مع أنّ الشكّ أيضاً كافٍ في سقوط الأصل.

فتحقّق أنّه مع الشك لا يثمر الأصل لعدم وجوده، ولكن الحقّ عدم الشك في كون كلمة «بيعه» بالتخفيف ووجود الاطمئنان بكونها كذلك، وحينئذ يتعيّن أن يكون قبض المبيع في الثلاثة أيضاً موجباً لعدم الجواز، فيندرج المقام في أمثال

«إذا خفي الجدران» الخ مما إذا تعدّد الشرط واتّحد الجزاء، وقد تقرّر في محلّه اختيار أخذ المفهوم من كلا المنطوقين مع عدم تقييد شيء من المنطوقين بالآخر، ولازم ذلك استقلال كلّ من القبضين في الحكم باللزوم فيحتاج الحكم بالجواز إلى انعدام كليهما في تمام الثلاثة.

ولكن هذا في ما إذا لم يصرح في نفس القضية بالمفهوم كما في مثال «إذا خفي» الخ، وأمّا في مثل المقام - حيث يتعقّب كلّ من القضيتين بقضية أخرى متعلّقة للمفهوم - فيجئ في تنكّ القضيتين المذكورتين في الذيل أيضاً الكلام المزبور، ومقتضاه استقلال كلّ من العدمين في الحكم بالجواز، فيحتاج اللزوم إلى تحقّق القبضين كليهما في أثناء الثلاثة، فيتحقّق بين الصدر والذيل التعارض.

فإن قلنا: إنّ المعيار في مثل ذلك إنّما هو الصدر فهو، وإلّا يتحقّق الإجمال، ولا بدّ من الأخذ بالمتيقّن في تخصيص العمومات وهو إناطة الجواز بكلا العدمين مستمرّين إلى آخر الثلاثة فيتحد نتيجة مع الأخذ بالصدر.

المقام الثالث: في بيان الحال في بعض من الفروع التي تعرّضها في هذا المقام شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - في هذا المقام.

منها: لو كان عدم قبض المبيع بعدوان من البائع، كما إذا بذل المشتري الثمن فلم يأخذه البائع ولا دفع الثمن، فاختار اللزوم من جهة انصراف الأخبار عن هذه الصورة بملاحظة ورودها في مقام الامتنان على البائع والإرفاق به ودفع الضرر عنه ولا يناسب ذلك مع عدوانه.

ولكن فيه: أنّنا لا نحتاج إلى هذه التجشّعات، بل لنا أن نقول: هذا داخل في مضمون الأخبار الحاكمة باللزوم بمجئ المشتري بالثمن، فإنّ المفروض أنّه بذله وإن امتنع البائع عن الأخذ، ولكن لم يعتبر في مفهوم المجئ بالثمن أخذ البائع،

وليس هذا مربوطاً بكون القبض في باب الضمان أو القبض اللازم على كل من المتعاقدين أو القبض المعين للكسبي في الزكاة وغيرها في الشخص ماذا، هل هو نفس التخلية، أو هي مع تسلم الطرف؟ فإنّ أيّاً من الأمرين اخترناه هناك فمفهوم المجيء بالثمن أمر غير مأخوذ فيه القبول من الطرف، وإذن فالحكم باللزوم يكون بقضية نفس الأخبار.

إن قلت: لا شك أنّ المجيء بالثمن في الخارج ملازم غالباً مع القبول فإما توجب هذه الغلبة انصراف اللفظ وإما توجب القدر في مقدمات الإطلاق، لعدم نقض غرض لو كان المراد المقيد لفرض ندرة الفاعل للمقيد خارجاً.

قلت: هذا في متعلق الأوامر صحيح متين، وأمّا في متعلق السببية والعلة التي هي مفاد لفظة «إن» و«اللام» فإن حصل الانصراف فهو في حكم التقييد، وأمّا لو لم يحصل، فلا يجري هنا ما ذكر في الأوامر.

والفرق أنّ الأمر إذا تعلّق بالمقيد فهو كالوجود وتوابع الوجود يحصل له الإضافة بالحقيقة إلى أصل الطبيعة أيضاً، فيصح في القضية التي موضوعها الطبيعة بعنوانها جعل المحمول مثل هذا الأمر، فلا محالة لا بدّ من التفصيل بين ما إذا كان ما يحتمل دخالته غالباً الوجود وبين غيره، ففي الثاني يقتضي المقدمات كون الطبيعة مركباً أصلياً للأمر لا أنّه بالسراية من الخاص، وأمّا في الأول فلا يجري المقدمات لما ذكر.

هذا حال الأمر، وأمّا السببية والتأثير، فلا يمكن إضافتها إلى أصل الطبيعة مع فرض الموضوع لها المقيد، بل النسبة حيث تدلّ على الطبيعة غلط، إذ الملاك والمناط في التأثير إذا كان قائماً بالمقيد بها هو مقيد فليس في الطبيعة إلاّ الشأنية دون الملاكية الفعلية والمؤثرية كذلك.

فلو دلّ الدليل على كون الطبيعة هي الملاك والسرّ والمخّ في أمر كذا، كفانا ذلك عن وجود المقدمات من غير فرق بين كون القيد المحتمل الدخل متعارفاً أو لا، فحال محمول العلية حال كلمة «كلّ» و«لا» النافية في أنّها يقومان مقام المقدمات ولا حاجة في إجراء المقدمات في مدخولهما، بل هما مع المدخول بنفس المدلول اللغوي يكفياننا مؤنة المقدمات.

ثمّ هذا كلّ حال ما إذا جاء بالثمن مع عدم قبول البائع، ولو جاء به ولكن قال للبائع: إن أنت تسلمني المبيع فهذا الثمن لك وإلا فلا أسلمك، فهل هذا داخل في مدلول الأخبار أو لا؟ لا يعدّ دعوى الانصراف عن مثل هذا وأنّ الظاهر من لفظة جاء أن يرتفع الامتناع من قبل المشتري بتمامه وعلى جميع التقادير، وفي الفرض المزبور ما سلّط البائع كذلك، والتقدير وإن كان أمراً مقدوراً للبائع أعني: تمكينه المشتري من الثمن، فامتناعه صار سبباً لامتناع المشتري، وبالجمله الامتناع حاصل من ناحية المشتري وإن كان سبب هذا الامتناع من قبل البائع.

ومنها: لو قبض المشتري المبيع بغير اختيار من البائع ورضايته فهل يعدّ هذا من القبض المذكور في الخبر، والمفروض أنّ الثمن غير مقبوض فالباع لازم، أو لا فالبيع جائز بعد الثلاثة؟ الحقّ هو الثاني لأنك عرفت أنّ في الأخبار طائفتين.

الأولى: ما رتبّ الجواز على عدم قبض المبيع ورتبّ اللزوم على قبضه.

والثانية: ما رتبّه على عدم قبض الثمن وعدم المجيء به ورتبّ اللزوم على المجيء به، أمّا الطائفة الأولى فقد صارت مجمله بالنسبة إلى شمول هذا المقام إمّا لاحتمال كون النسخة «قبض» بالشديد أو بالتخفيف، أو لأنّه وإن كان

بالتخفيف لكنّه مشكوك الشمول للمقام بملاحظة احتمال انصرافه إلى القبض المقرون برضى البائع، فإذا سقطت الطائفة الأولى عن الحكم باللزوم، فالحكم بالجواز قضية الطائفة الثانية إذ لا إجمال فيها؛ إذ المقام داخل في عنوان عدم المجبئ بالثمن وقد حكمت هذه الطائفة عليه بالجواز، غاية الأمر خصّصتها الطائفة الأولى بصورة قبض المبيع، والقدر المتيقّن من تخصيصها صورة وقوع القبض مقترناً برضى البائع، فيبقى غيره مشمولاً لعموم الطائفة الأولى؛ لأنّ المقام من قبيل إجمال المخصّص المنفصل و تردّد مفهومه بين الأقل والأكثر، ولا شبهة في أنّ المرجع فيه إلى عموم العام.

وقد بنى شيخنا المرتضى - قدس سره - المسألة على أنّ مثل هذا القبض يوجب رفع الضمان عن البائع أو لا، فعلى الأول يثبت اللزوم؛ لارتفاع ضرر البائع من حيث الضمان، نعم يبقى عليه ضرر عدم وصول الثمن وضرر وجوب حفظ المبيع للمالك في صورة الاسترداد، وكلاهما ممكن الاندفاع في صورة الاسترداد بأخذ المبيع مقاضاً.

وأنت خير بآته لا وجه لابتناء مسألتنا على تلك المسألة إذ لكلّ دليل خاص بها، فاللازم النظر إلى الدليل الخاص، وقد عرفت مقتضى الدليل المخصوص بالمقام، وأمّا وجه تخصيصه - قدس سره - الأخذ مقاضاً بالضررين المذكورين وجعله مانعاً عن إجراء لا ضرر دون ضرر الضمان، فهو أنّه ما دام لم يحصل القبض الذي على عهدة البائع ليس له استحقاق أخذ الثمن، فكيف يجوز له المقاضاة من المئتمن؟ فلا مورد للمقاضاة بالنسبة إلى ضرر الضمان، وأمّا بعد خروجه عن تلك العهدة وارتفاع ذلك الضرر وحصول اليأس عن أداء الثمن فالمقاضاة حينئذ تصير جائزة.

هذا كلّه مع بقاء البائع على عدم الرضا به، ولو صار راضياً بعد القبض

بغير رضا في أثناء الثلاثة، فهل يصير حينئذ بحكم القبض أو لا؟ الظاهر نعم؛ فإنه وإن فرض أن المذكور في الدليل إنما هو الإقباض وهو غير حاصل هنا، لكن معلوم أن المناط إنما هو القبض المقترن بالرضى، ولا خصوصية للإقباض، وإلا فلو فرض أنه قال للمشتري: اذهب وخذ الثمن من محله لما شك في أنه قبض وموجب للزوم.

ومنها: لو قبض بعض المبيع أو بعض الثمن دون بعضهما الآخر، فهل يكفي هذا في اللزوم، أو لابد من قبض الكل وإلا فالبيع جائز وإن قبض البعض؟ الظاهر الثاني؛ وذلك لأننا وإن سلمنا أن تعليق النفي بالثمن أو الثمن ابتداء ظاهر في تعلقه بتمام الأجزاء. فقولك: ما قبضت الثمن والثمن، ظاهر في عدم قبض شيء منه، ولا يصدق مع قبض البعض، ولكن لو استفيد هذا النفي من مفهوم قضية إثباتية كقوله -عبد السلام-: «إن جاء بالثمن وإلا فلا بيع» فليس ظاهراً في تعلق النفي إلا بالمجموع من حيث المجموع المتحقق بانتفاء بعض الأجزاء، وذلك للزوم التطابق والتوافق بين قضيتي المنطوق والمفهوم في الموضوع، ولا شبهة أن الموضوع في الإثباتية التي هي المنطوق إنما هو المجموع من حيث المجموع؛ إذ لا يصدق قولنا: جاء بالثمن على مجيء البعض، فلا بد أن يكون الحكم المنفي في طرف المفهوم أيضاً منفياً عن عين هذا الذي هو الموضوع في طرف المنطوق، ومن المعلوم أن نفي قبض المجموع يصدق مع قبض البعض أيضاً، فيكون المتجه هو الجواز.

ومنها: هل يكفي تمكين البائع المشتري أو العكس؟ الظاهر العدم، فإن صرف التمكين لا يصدق أنه قبض أو أنه جاء، نعم بمعنى أن يحضر المبيع عند المشتري ويقول له: هذا مالك لا مانع من قبلي، كاف، فالمراد أن يكون المال في

البيت ويقول: لا مانع من ناحيتي، فهذا غير كاف، وقول السائل في بعض الروايات السابقة: «ثم يدعه عنده» غير ظاهر في تمكين البائع، أو يقال: هذا في ما لو كان سبب ذلك امتناع البائع قبل مجيء الثمن، اللهم إلا أن تتمسك حينئذ بترك الاستفصال وبذلك نستكشف عدم الكفاية.

ومنها: قد عرفت أن الأخذ من غير اختيار البائع أو المشتري غير كاف، فلو كان هذا بحق كما إذا كان صرف التمكين كافياً في الخروج عن العهدة ولم يعتبر فيه نقل خارجي وإحضار كذلك، وقد عرفت عدم كفاية هذا المقدار في لزوم البيع في مقامنا، فلا شبهة أنه يجوز لهذا الممكن أن يأخذ عوضه عند صاحبه ولو بغير رضاه.

فهل هذا الأخذ كاف في اللزوم أو لا؟ لا يبعد القول بالكفاية؛ بملاحظة أنه وإن لم يصدق لغة القبض أو المجيء، ولكن من المعلوم أن اعتبار ذلك إنما هو لأجل الطريقية إلى وصول المالكين إلى صاحبهما بنحو يصح له الانتفاع والتصرف لا لخصوصية في نفس هذين العنوانين.

المقام الرابع: في الشروط التي لهذا الخيار مما عدا عدم قبض المبيع والمجئ بالثمن.

أحدها: عدم تأجيل الثمن أو الثمن، ومحل استظهار هذا الشرط من الأخبار ظهور قوله -عنه السلام-: «الأجل بينهما ثلاثة» في أنه في مقام لم يقع المتبايعان نفسيهما في مقام إصلاح التسليم والتسلم وجعل الأجل له.

وبعبارة أخرى ظاهر في أن لا يكون التأخير في تمام هذه الثلاثة عن حق، فيخرج عن مودده مثل ما إذا اشترط التأجيل، نعم لو كان الظاهر عدم الاستحقاق من حيث البيع مع قطع النظر عن الشرط جرى فيه الخيار، لكن

الظاهر عدم الاستحقاق الفعلي، وحيث إنّ الظاهر كون مبدأ الثلاثة من حين العقد فيخرج عن تحت هذه القضية ما لو كان بعض هذه المدة ولو ساعة مشروطاً فيه التأخير لأحدهما أو لهما.

الثاني: أن يكون المبيع عيناً شخصية في مقابل الكلّي في الذمة فيشمل الكلّي في المعين مثل الصاع في الصبرة ومورد استظهار هذا أيضاً أن كلمة «بيع» الواقع في روايتين لا شبهة في أنه بمعنى المصدر لغة، ولكنه أطلق للمناسبة على المبيع.

وقد ادّعى شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أن المناسبة إنّما هي في ما بين المعنى الحقيقي وخصوص العين الشخصية دون الكلّي، وهو - قدس سرّه - أعلم بما قال، وليس مثله في ما يرادفه بالفارسية من لفظة «فروختن» جارياً، أعني: لا يحسن استعماله في المبيع مطلقاً حتى يراجع الوجدان في تشخيص الحال.

فيبقى كلمة «شيء» الواقعة في رواية أبي بكر بن عبيد، فإنه شامل للكلّي والمعين، لكن ادّعى شيخنا - قدس سرّه - انصرافه إلى الموجود الخارجي، فهو نظير المطلق المنصرف عند الإطلاق إلى بعض الأفراد والمجاز المشهور الذي أغناه الشهرة عن إقامة قرينة على إرادته من المطلق.

وقد تنظر في ما أفاده شيخنا الأستاذ، ومحصل ما أفاده: أن كلمة «شيء» حسب المقامات مختلفة، فإنه إذا أضيف إليه الأكل أو الشرب لا يناسبه إلا الموجود الخارجي، ولو أضيف إليه البيع أو الشراء فإن كان الفاعل شخصاً فقيراً يعلم من حاله عدم ابتياعه الكلّي في الذمة، يعلم بهذه القرينة أن المقصود هو الموجود الخارجي، وأما لو أغمض النظر عن كل ذلك فلا نسلم انصرافه إلى الموجود الخارجي، وإذن فمقدمات الحكمة قاضية بعدم دخل خصوصية التبعين

في هذا الحكم.

ثم على فرض القول بالانصراف هل يشمل المنقول وغيره أو يختص بالأول؟
ربما يدعى أن مادة القبض والمجئ مناسبان مع المنقول، فلا يشمل مثل الدار
والشجر ونحوهما مما لا يقبل التحريك والنقل، فإن المتبادر من مادة القبض
والمجئ ذلك. اللهم إلا أن نمنع ذلك ونقول: إن المقصود بمجرد الاستيلاء من دون
مدخلية لهذين العنوانين كما تقدم أن المقصود بمجرد الوصول بحيث ساع للمتقل
إليه الانتفاع والتصرف، هذا.

الثالث: ما ذكره العلامة ... قدس سره: من عدم ثبوت الخيار لأحدهما أو
لهما، وقد يتوهم أن الوجه أن الأخبار ناصة باللزوم بعد الثلاثة على تقدير، والخيار
على تقدير آخر، فيختص مورد بهما إذا لم يكن خيار لأحدهما أو لهما، فإن القول بأن
اللزوم الجائي من ناحية عدم التأخير والخيار الجائي من ناحية التأخير هما المراد
إثباتهما بالأخبار، ينفيه أن الحكم لا يتقيد بسببه، فإن كل علة إنما يوجد المعلول لا
المقيد منه بكونه متولداً من هذه العلة، وإذن فاللازم ثبوت أصل الخيار بلا تقييد
بشيء، وثبوت أصل اللزوم كذلك، ولا يتحقق ذلك إلا مع عدم خيار آخر.

وفيه: أننا إن قلنا بثبوت المراتب للخيار فقد تحقق الخيار بهذا السبب ولو
كان هنا متقدماً عليه أو مقارناً له سبب آخر، وأما إن قلنا: إنه أمر واحد غير ذي
مراتب فنقول: إن العلة لمثل هذا المعنى لازمها عقلاً أن تكون مؤثرة في البقاء لو
سبقها علة أخرى.

وأوجه ما يقال في توجيه الاشتراط المزبور أن يقال: بأن الأخبار منصرفة إلى
صورة لم يكن التأخير مورداً للحق، وفي مورد الخيار يكون هذا الحق ثابتاً، بمعنى
أن لذي الخيار حق تأخير أداء العين ولو قبل الفسخ، فإنه بعد تمامية هاتين

المقدمتين تحصل النتيجة وهي عدم جريان خيار التأخير في مورد خيار آخر في الثلاثة.

لا يقال: لا فرد من البيع إلا وفيه خيار ولا أقل من خيار المجلس فيلزم عدم المورد لخيار التأخير.

لأننا نقول: لا بد من الالتزام بأحد أمرين، إما لعدم لزوم اللغوية التي ذكرت نقول بعدم قاذبية هذا الخيار، فيكون المنصرف إليه عدم ثبوت حق في التأخير غير هذا الحق الناشئ من قبل خيار المجلس، وإما نقول: إن مبدأ الثلاثة الأيام إنما هو بعد الافتراق كما هو أحد المحتملين في أصل الروايات كما يأتي إن شاء الله تعالى.

وعلى كل حال لا يلزم ما ذكرت من عدم الجريان، نعم لازم هذا عدم الجريان في مثل خيار الحيوان؛ فإن القول بتأخير مبدأ الثلاثة إلى انقضاء ثلاثة الحيوان خال عن الدليل، فإن الظاهر كون المبدأ إما نفس العقد أو افتراق المتعاقدين.

ومن هنا استشكل شيخنا العلامة على العلامة بأن لازم قولكم عدم القول بخيار التأخير في بيع الحيوان، والحال أنكم تقولون به، لكن قال شيخنا الأستاذ: يمكن توجيه كلام العلامة على وجه لا يتوجه عليه هذا الإيراد ويستقيم مع قوله بالخيار في بيع الحيوان، وهو أن يقال: إن مبنى كلامه في الاشتراط المذكور على أمرين.

أحدهما: ما ذكر من ثبوت حق التأخير في مورد الخيار، والثاني: انصراف أخبار الباب إلى صورة كون التأخير لا عن حق لا مطلقاً، بل خصوص حق جاء من ناحية جعل منهما وتعاهد، سواء تعلق بنفس التأخير والتأجيل أم تعلق بالخيار وكان من أثره شرعاً جواز التأجيل، فيبقى صورة عدم استناد الحق أصلاً إلى

جعلها باقياً تحت الانصراف كما في خيار الحيوان، فإنه بذاته وبحكمه خارج عن جعل المتعاقدين، هذا كله هو الكلام في توجيه القول بالاشتراط، ولكنه مחדوش لأن كلنا مقدمتيه في محل المنع.

أما أن لذي الخيار حق الإمساك ما دام الخيار، فممنوع، سواء قلنا: حق الخيار متعلق بالعقد ولا يرتبط بالعين، أم قلنا: يحصل له ارتباط بالعين، أما على الأول: فواضح، وأما على الثاني: فلأن أدلة سلطنة الناس على أموالهم وكذا وجوب الوفاء بالعقود قاضية بوجوب التسليم، ومجرد كونه ذا حق على العين بمعنى أن له استردادها بفسخ العقد لا يقتضي أن يكون له الإمساك والحال أنه ملك الطرف، وهذا واضح.

وأما أن أدلة المقام منصرفة إلى ما إذا لم يكن هناك حق في التأخير، فالمسلم منه ما إذا ثبت هذا الحق بجعل المتعاقدين في أصل التأجيل، وأما إذا أطلقا الجعل من هذا الحيث، وإنما ثبت الحق المذكور لأحدهما أو لهما شرعاً ولو تبعاً لجعل منهما في الخيار، فلا نسلم الانصراف عنه ما لم يكن هذا المعنى ارتكازاً عرفياً، ومجرد الاستيناس بالأحكام الشرعية ومسبوقية الأذهان بها لا يكفي، فإن الأحكام واردة على الموضوعات العرفية الصرفة مع قطع النظر عن ورود أمثالها من حكم شرعي آخر.

الرابع: تعدد المتعاقدين، لا إشكال في ظهور قوله: «لا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن» من حيث القبض والإقباض، ومن حيث قوله: «صاحبه» في تعدد البايعين، وكذا قوله: «الأجل بينهما» وقوله: «فلا بيع بينهما» وكذا قوله: «فلم يحن» وقوله: «تركته عند صاحبه» وقوله: «إن جاء»، وحيث إن الخيار حكم على خلاف الأصل، فإذا لا محيص عن الاقتصاد على مورد النص، والرجوع في ما عداه إلى

العمومات، بل ورتباً يدعى ذلك بالنسبة إلى كون المبيع باقياً وغير تالف في هذه الثلاثة.

وعلى هذا فلو فرض أننا في سائر الخيارات، قلنا بجواز الخيار مع تلف إحدى العينين - وفرغنا عن إشكال عدم الإمكان مع التلف - لا نقول به ها هنا لقصور الدليل إلا في صورة البقاء، فلو باع العبد ممن ينعق عليه ثم انقضى ثلاثة أيام ولم يحن بالثمن فلا خيار.

أما الأول: أعني: انصراف الأخبار إلى صور التعدد - نعم لا ضرر في وحدة الوكيل في مجرد العقد فإن البائع والمشتري متعددان، كما لا تظهر الثمرة في الوكيل من الصغيرين، مثلاً إذا باع من أحدهما وقيل من الآخر، فإن القبض حاصل، فلم يتحقق شرط الخيار، بل تظهر في الوكيل عن اثنين في إتمام أمر المعاملة مع كون المالكين في أيدي الموكّلين - فلا يبعد دعواه فيقال في هذه الصورة بسكوت الأخبار وأن العقد لازم من جهة القاعدة ولو أخر القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام.

وأما الثاني: أعني: الانصراف إلى صورة بقاء المبيع، فرتباً يمنع بدعوى الإطلاق في قوله: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يحن فلا بيع له» وفيه: أن الظاهر أن قوله: «لا بيع له» يراد بلفظة البيع هنا ما أُرِيدَ بها في صدر القضية، أعني: قوله: «من اشترى بيعاً» ولا شبهة أن المراد بها هناك هو المبيع، فيرادها هنا أيضاً ذلك، ومعناه أنه يصير منقطع اليد عن المبيع وهذا ظاهر في كون المبيع موجوداً حال الحكم بانقطاع اليد.

وبالجملة: فالقدر المتيقن من الأخبار حيثئذ صورة الوجود والتعدد، فيتقيد بإطلاق دليل وجوب الوفاء بهذا المقدار المتيقن، ونرجع في ما عداه إلى الإطلاق المزبور، هذا.

بقي شيء وهو أنه هل مبدأ هذه الثلاثة الأيام من حين العقد أم من حين التفرق؟ ظاهر قوله -عنه السلام-: «الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض ببعه» أن المدة ظرف للقبض الذي كان على البائع، ومن المعلوم أنه متعهد به من حين العقد، وظاهر قوله -عنه السلام-: «فإن جاء بينه وبين ثلاثة أيام» أنها ظرف الغيبة، ولكن الأقوى الأول، بملاحظة أن المجيء كناية عن إقباض الثمن.

وربما يستظهر الثاني بملاحظة قوله -عنه السلام-: «الأجل بينهما» حيث اعتبر وقوع الثلاثة أيام واسطة بين الشخصين وهو لا محالة بوقوع الغيبة بينهما، في هذه المدة.

وفيه: أنه بعد سبق الكلام بإيقاع المعاملة بينهما وعدم خروجهما عما هو قضية المعاملة من تسليم العوضين ظاهر في كون الأجل بين الشخصين باعتبار تعهد التسليم ولو فرض استطالة مجلس حضورهما ثلاثة أيام.

المقام الخامس: في مسقطات هذا الخيار وهي أمور:

الأول: الإسقاط، لا إشكال في كونه مسقطاً بعد الثلاثة، وفي سقوطه بالإسقاط في أثناء الثلاثة أو اشتراط سقوطه في متن العقد إشكال، والمسألة مبنية على أن الإنشاء التعليقي -بعد الفراغ عن أصل إمكانه ودفع ما أورد في تصويره- ما وجه القول بعدم وقوعه في أبواب العقود والإيقاعات؟ هل هو لأجل كون المتعارف هو المنجز؟ ألا ترى أن من يشتغل بشراء شيء من مالكة لا يبيعه من غيره قبل إتمام المعاملة الأولى، وهكذا من يملك المال بعد ساعة بتوسط موت مورثه لا يبيعه من غيره قبل تلك الساعة، وهكذا لا يبرأ من يشتغل ذمته له بعد ساعة قبلها، ولا يطلق المرأة التي يزوجهها بعد ساعة قبلها وهكذا؟

أو أنه لأجل انصراف هذه المواد أعني: البيع والضمان والإسقاط والإبراء

والصلح والإجارة وغير ذلك في الفعلي المتجزئ نظير ما قيل في مادة الواجب من انصرافه إلى الفعلي المطلق دون المشروط، وبه اعتذر عن اطلاق كلامهم في بحث مقدّمة الواجب حيث عنوانوا أنّ مقدّمة الواجب واجبة، هذا.

ولو فرض منع التعارف في الفعلي المتجزئ، فإن قلنا: إنّ الوجه هو الثاني، فلا بدّ من القول بعدم الجواز في المقام، وإن قلنا: بأن الوجه هو الأول، فلا بدّ من النظر في أنّ الاسقاط في أمثال المقام في الحقوق العرفية أمر متعارف أو لا ؟ لا يبعد أن يقال: إنّهُ إذا كان الذي أنيط به الحقّ صرف الزمان المستقبل وهو مقطوع الحصول، فالاسقاط ولو قبل حضوره أمر متعارف، وأمّا إذا كان منوطاً علاوةً عليه على أمر آخر غير محقق الوقوع مثل التأخير في مقامنا - حيث لا نعلم بعدم وقوعه إلى آخر المدة - فلا يكون حينئذٍ بمتعارف.

الثاني: بذل الثمن بعد الثلاثة، لا كلام بناءً على جعل المدرك لهذا الخيار قاعدة «لا ضرر»؛ فإنّ الضرر منفي بعد هذا البذل، والخيار إنّما هو مجعول لتدارك الضرر المستقبل لا الماضي.

وأما لو بنينا على كون المدرك هو الأخبار الخاصة كما تقدّم تقويته، فقد يدعى السقوط حينئذٍ أيضاً؛ بملاحظة أنّ الأخبار وإن كان ظاهرها البدوي أنّ المعيار هو المجيء في الثلاثة وعدم المجيء فيها - فبعد عدم تحقّق المجيء في الثلاثة يتحقّق الخيار وإن جاء بعد الثلاثة - ولكن بعد التأمل يعرف أنّ مراد المتكلّم كون البائع غير منقطع اليد عن ماله وبدله معاً، ففرض الخيار في صورة استمرار عدم المجيء بعد الثلاثة فمتى تحقّق المجيء انقلب الموضوع وخرج عمّا حكم عليه بالخيار.

فهو نظير ما يقال: إني أصبر في هذا المكان ثلاث ساعات فإن جئت وإلاّ

أذهب وحدي وبلا رفيق، فإنه لو مكث هناك أربع ساعات مثلاً ثم جاء الشخص الآخر يصحبه معه قطعاً، وإذن فنحن وإن خدشنا في الرجوع إلى العمومات في غير المقام لأجل عدم العموم الزماني، لا نخدش ههنا؛ لمكان التقييد بما هو الظاهر، أو القدر المتيقن من عنوان غير الجائي بالثمن. هذا هو الكلام في بذل الثمن.

وأما مطالبة الثمن أو أخذه على تقدير القول بعدم قاذية بذله فلا وجه لقدحهما بعد عدم كشفهما عن الإسقاط، فإن مجرد أخذ الثمن لا يدل على أن الأخذ راض بالمعاملة وغير متردد ولا هازم على فسحها، وكذا مطالبة الثمن فإنه لأجل أنه بذلك يعرف أنه يمتنع من البذل فيفسخ، أو لا يمتنع فيجاوز عن حق الخيار حيثنذ، فبالمطالبة التي هي طريق معرفة صلاح الفسخ وفساده كيف يستكشف الرضى والعزم على عدم الفسخ؟

المقام السادس: في مسائل مرتبطة بالمقام.

الأولى: هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟ يمكن أن يقال: بأن مقتضى القاعدة هنا التراخي بناءً على كون المدرك لهذا الخيار قاعدة «لا ضرر» وإن قلنا، بأن مقتضاها في خيار الغبن هو الفور، بملاحظة أن الضرر هناك بعد مضي مقدار زمن التمكن من الفسخ مع الالتفات إلى الضرر وإلى الخيار يصير مقدماً عليه، فيخرج عن تحت النفي، وأما في المقام فغاية المطلب أن البائع بعد صبر يوم مثلاً عقيب الثلاثة يستكشف منه الرضى بهذا المقدار من التأخير، وأين هو من التأخير في طول الزمان أيّاً ما بلغ.

والحاصل: الضرر هناك واحد وبالإقدام عليه في زمن يخرج عن تحت القاعدة، وهنا تدريجي؛ فإن الصبر يومين أزيد ضرراً من الصبر يوماً وهكذا،

فالإقدام بالنسبة إلى يوم لا يوجب خروج ضرر اليومين عن تحت القاعدة، بل اللازم عدم ثبوت اللزوم حتى بالنسبة إلى اليوم أيضاً، لأن الإقدام الناشئ عن الالتفات إلى حق الخيار والاهمال في إعماله لا يعقل أن يوجب ارتفاع هذا الحق.

نعم لو فرض أنه مقدم مع قطع النظر عن هذا الحق كأن أجاز للمشتري تأخير يوم مثلاً، فاللازم حينئذ عدم الخيار بالنسبة إلى اليوم، والفرق بين هذا وما تقدم واضح، فإن المشتري عاص بالتأخير هناك وغير عاص هنا.

وكيف كان فعلى المختار من عدم المدرك للخيار من غير جهة الأخبار الخاصة، فلا إشكال على تقدير إهمال النصوص في الرجوع إلى الاستصحاب ولا يجري هنا الشبهة في الموضوع الجارية في ما تقدم، فإن الموضوع - أعني: البائع غير المقبض ولا القابض - بعد مضي الثلاثة محفوظ، كما أنه بعد عدم العموم الأزمانى في عموم الوفاء بالمعقود لا يحيص عن الرجوع إلى الاستصحاب، ولا مجال للتقييد؛ إذ الفرض محفوظة عنوان المقيّد في زمن الشك.

فالكلام إنّما هو في أنّ النصوص من هذا الحيث مهملة أو يستفاد منها الفور أو التراخي؟ قد يقال: بأنّ المستفاد منها التراخي؛ بملاحظة أنّ قوله - عليه السلام -: «لا بيع» بعد العلم بعدم إرادة الحقيقة، أعني: نفي الصحة، فالأنسب بالمعنى الحقيقي نفي اللزوم رأساً، ولكنه محل تأمل، لأن استدامة النفي عند إمكان الحقيقة غير مستفادة من اللفظ حسب الفرض من كونه غير وارد من هذه الجهة في مقام البيان، وإلا كان هو الحجة من غير حاجة إلى غيره، بل مستفادة من مقدّمة خارجيّة وهو العلم بعدم عروض الصحة على المعاملة بعد مضي زمن عليها باطلّة، والأنسية المعتبرة إنّما هي بالنسبة إلى المستفاد من اللفظ، ولا شبهة في حصولها في نفي اللزوم في زمن ما بالنسبة إلى نفي الصحة كذلك، هذا.

اللَّهْمَّ إِلَّا أَنْ يَتَشَبَّثَ لِمُسْتَفَادَةِ التَّرَاخِي بَعْدَ مَنَعِ مَقَدِّمَاتِ الْإِطْلَاقِ هُنَا إِلَى وَجْهِ آخَرٍ وَهُوَ وَرُودُ النَّفْيِ عَلَى الْمَهْمَلَةِ، حَيْثُ تَقَرَّرُ فِي مَحَلِّهِ أَنَّ ذَلِكَ مَغْنٍ عَنِ الْمَقَدِّمَاتِ وَمُفِيدٌ فَائِدَتُهَا بَعْدَ ضَمِّهِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَفْرَادِ الْعَرْضِيَّةِ لِلطَّبِيعَةِ وَالْأَفْرَادِ التَّدْرِيجِيَّةِ الْحَاصِلَةِ بِتَدْرِجِ الزَّمَانِ، فَإِذَا وَقَعَ الْجَامِعُ مِنْ بَيْنِ الْجَمِيعِ تَحْتَ النَّفْيِ وَلَوْ فِي زَمَنِ فَالْإِلَازِمُ انْتِفَاءُ تَمَامِ الْأَفْرَادِ مِنَ الْعَرْضِيَّةِ وَالتَّدْرِيجِيَّةِ، لِأَنَّ انْتِفَاءَ الْمَهْمَلَةِ إِنَّمَا هُوَ بِانْتِفَاءِ كُلِّ مَالِهِ مِنَ الْمَصْدَاقِ، هَذَا.

المسألة الثانية: لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع إجماعاً مستفيضاً بل متواتراً كما عن الرياض، ويدلّ عليه النبوي المشهور: «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ»^(١) وإطلاقه كإطلاق معقد الإجماع شامل لما إذا كان التلف بعد بطلان الخيار، كما لو قلنا بكونه على الفور فمضى الفور ثم تلف، أو قلنا بأنّ بذل المشتري للثمن مبطل له فبذل ثم تلف كما أنّه شامل لما إذا كان الخيار باقياً كما لو قلنا بالتراخي ولم يبذل الثمن أو قلنا بعدم بطلانيته.

وكيف كان فالنبوي معارض في كلتا الصورتين بقاعدة الملازمة بين النماء والدرك المستفادة من النصّ الوارد في بيع الشرط، حيث إنّهُ بعد الحكم بأنّ الدار يرد إلى البائع بعد ردّه الثمن في رأس الموعد سأل الراوي عن حكم الغلّة وسائر النماءات ما حالها؟ قال - عليه السلام -: «هي للمشتري ألا ترى أنّه لو احترقت الدار فمن مال من كان يحترق؟» قال: من مال المشتري، قال: «فكذلك النماء يدخل في ملكه»^(٢).

وجه المناقضة والمعارضة أنّ الضمان هنا على البائع مع كون النماء للمشتري

١- مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨، من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ١.

ومقتضى هذا الخبر وأمثاله أن يكون النماء لمن كان التلف عليه.

وما يتوهم من دفع المنافاة بأن مقتضى الخبر أن التلف الوارد على أي شخص كان مالكا حين التلف فالنماء له، يعني: النماء في حال ذلك المالك، وفي المقام أيضاً لو فرض وجود النماء للملك في ذلك الآن العقلي الذي يقدر قبل التلف كان للبائع، والحاصل أن النبوي وارد على القاعدة ويوجب الخروج الموضوعي عنها.

مدفوع بأن المستفاد من الخبر أن من كان ضامناً فالنماءات الخارجية المفروضة التحقق يكون له لا النماءات المقدرة على فرض محال في الآن العقلي، ولا شبهة في كون النبوي بالنسبة إلى هذا المضمون منافياً ومعارضاً، نعم لا معارضة بينه وبين قاعدة أن ضمان المال للمالك؛ لأنه خروج موضوعي بالنسبة إليها، ولكن القاعدة المذكورة غير هذه القاعدة وإذن فالخبر مع شيخنا المرتضى حيث سلم المعارضة وقدم النبوي ﷺ، لأنه أخص.

ويمكن أن يقال: يدفع المنافاة بوجه آخر وهو أن مقصود الإمام -عليه السلام- تنبيه السائل على ما ارتكز في ذهنه، فإنه حيث رأى أن المال شبه الرهن يعود بعد المدة ببذل المالك الثمن إلى مالكه، فتخيّل أنه محروم عن نماءاته وحاله حال الرهن، فصرفه الإمام -عليه السلام- عن هذا التخيّل بتنبيهه لما هو يقرب الملكية في ذهنه من كون التلف عليه، حيث إنّه لم يكن في الخفاء عند السائل بمشابهة ملك الغلة، فإنه كان متوهماً لعوده إلى المالك الأصلي وعدم ملكية المشتري لها، ولكن لم يكن متوهماً لكون التلف قبل وصول المدة غير مرتبط بالمشتري، فنبهه الإمام -عليه السلام- بما هو مصدق له من ورود التلف عليه حتى يستدلّ عليه بملزومه من الملكية والتفاوت بين المقام والرهن فيتضح عليه الحال في النماء أيضاً.

وبالجملة ليس الإمام بمقام إعطاء قاعدة تعبدية مفادها الملازمة المذكورة، بل المقصود جعل هذه الملازمة الغالية شاهداً وإمارة للسائل على الملكية، فكانه قال: نهاء الملك للملكه، فلا منافاة فيه للنبوي أصلاً.

هذا كله مع عدم الخيار، وأما مع الخيار للبائع:

فقد يقال: بأن النبوي حيثئذ معارض بقاعدة أخرى، أعني: كون التلف في زمن الخيار بمن لا خيار له ولكن فيه: أنه لا عموم في هذه القاعدة لجميع أفراد الخيار ولجميع أحوال المبيع كما سيجيء في محله إن شاء الله تعالى.

ولو تلف في الثلاثة فمقتضى النبوي ﷺ أيضاً كون الضمان على البائع وهذا واضح، ولكن الذي يضعف المطلب أن مثل المفيد والسيد الذين قالوا في ما بعد الثلاثة بالضمان تمسكاً بالنبوي ﷺ أعرضوا عنه وقالوا بضمان المشتري هنا مع وضوح كون المقام مصداقاً للنبوي وعدم إمكان خفائه عليهم، فلا يبعد دعوى حصول الاطمئنان بأنهم عثروا على ما لم نعر عليه.

وهل يرتفع الضمان بمجرد تمكين البائع للمشتري؟ قد يقال: فرق بين مفهوم التمكين ومفهوم القبض الذي علق عليه الحكم في باب الضمان وفي باب خيار التأخير، فإنه لو قال البائع: أنا حاضر في تسليم المبيع مع كونه في حرزه، لا يحصل بمجرد هذا القبض، وخصوصاً مع وجود مثل الرواية المصرحة بمعنى القبض، حيث سأل السائل عن سرقة المتاع الذي اشتراه الرجل وتركه عند البائع ولم يقبضه هل هو من مال المشتري أو البائع؟ قال - عليه السلام -: «من صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه»^(١).

ألا ترى كيف أكد القبض بقوله: «يخرجه من بيته» وليس المراد الإخراج من البيت حقيقة، بل هو كناية عن رفع سلطنته وإدخاله تحت سلطنة الغير ولو أبقى الغير ولم يقبل.

نعم قد يقال: إنَّ المعاوضة متضمنة لتعهد كلٍّ منهما بالعمل على طبق ما تعاقدوا في الخارج، وهو يحصل بمجرد التمكين، فإذا مكَّن أحدهما الآخر يجب على الآخر أيضاً التمكين، ولا يتوقف على الإخراج عن تحت السلطنة فضلاً عن الإدخال في سلطنة الآخر، فالقبض في المقامين منصرف إلى هذا المعنى ولكنه لا شاهد له، وأي استبعاد في ترتيب هذه الأحكام التعبدية على معنى القبض المغاير مع التمكين قطعاً؟

المسألة الثالثة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل وإلا فلا بيع له، هذا مضمون مرسلة محمد بن أبي حمزة^(١)، ولكن هل المراد من كون المبيع يفسد من يومه أنه يفسد في ليلة يفسد فيتحقق الخيار بدخول الليل؟ وبعده أنَّ مقابلة الليل يعد إرادة اليوم واللييلة معاً، من اليوم.

أو أنه بنفس مضيّ اليوم يفسد، فيكون أول الليل أول فساد؟ فحيث إن قلنا بضممان الوصف على البائع كالأصل فلا منته في جعل الخيار أول الليل، نعم إن قيل بعدم الضمان وقيل بأنَّه بعد الفسخ يرجع إلى المشتري يبدل الوصف كان له حيثن وجه، وإن كان يرد عليه أيضاً أنه بعد أن صار بمقام مطالبة البدل فليس بأولى من مطالبة الثمن، إلا أن يقال: إنَّ مطالبة البدل أسهل من مطالبة الثمن، وكيف كان لا يخلو هذا الاحتمال أيضاً من بُعد.

أو أنه يفسد بمضيّ اليوم عليه، فإن بعض الأشياء يفسده هواء اليوم إلا

بمحافظة وجعله في مكان محفوظ وهو خلاف عادة البائعين، من جعل المبيع في مكان بارز يكون بمرأى الناس، فالشارع لمارأى أن مثل هذه الأشياء لا يمكن الصبر عليها ثلاثة أيام جعل المدة فيها دخول الليل.

وعلى هذا فلو كانت الفاكهة مقطوعة ساعة البيع وكان أول الليل في كمال الطراوة جاز الفسخ لأنها شيء يفسده مرور اليوم.

وفيه أنه خلاف المتبادر من كلمة «من يومه» فإنه ككلمة من حينه و من ساعته المراد به سرعة الفساد إليه بمقدار اليوم الواحد، لكن هل مبدأ هذا اليوم الواحد أول وجود الشيء أو زمان وقوع المعاملة عليه؟

لا يبعد الأول؛ لأن الغالب في مثل هذه الأشياء أنها أول اليوم تقطع وتعرض للبيع، فالرواية ناظرة إلى الغالب، والمراد أن هذه الأشياء التي لا بقاء لصحتها إلى الصبح الآتي متى بيعت في أي ساعة من ساعات اليوم ولو كان في ظرف آخر اليوم فمدة الصبر إلى الليل.

وما ذكر من أن مقابلة الليل يبعد إرادة اليوم واللييلة من اليوم، لأنه كالفقير والمسكين إذا افترقا اجتماعاً، وإذا اجتمعا افترقا، فيه أن هذا صحيح لولا قرينة المنة، لكن بعد ملاحظتها وأنه لم يقصد الشارع جعل الخيار في أول أزمته الفساد يدور الأمر بين ما ذكر أخيراً من جعل كلمة من نشوية، من قبيل فلان يتضرر من صومه، وبين ما ذكرنا من إرادة اليوم واللييلة من اليوم كما هو غير بعيد في مادته وإن كان بعيداً بملاحظة مقابلة الليل، لكنه قريب بالنسبة إلى الاحتمال المذكور.

وعلى هذا يخرج عن مورد الرواية ما إذا وقعت المعاملة في الليل، كالأشياء التي يكون الفساد إليها أسرع من يوم ولييلة، فلا محيص فيها عن الرجوع إلى قاعدة

«لا ضرر» والعمل بها هو مقتضاها من الخيار أو المقاصة.

ثم المراد بالفساد ليس التلف بل تغير اللون ونحوه مما يقلل الرغبة إليه وهل تنزل القيمة السوقية أيضاً يلحق بالفساد أو لا ؟ لا شبهة في عدم إمكان التمسك برواية: «ما يفسده اليوم» لأنها ظاهرة في فساد الوصف لا القيمة، نعم لا يبعد التمسك بلا ضرر إن سلمت تماميته في إثبات الخيار.

ولكن فيه نظر، بملاحظة أن قاعدة «لا ضرر» صارت مخصصة في هذا المقام بقوله في أخبار خيار التأخير بأنه: «إن جاء في ما بينه وبين ثلاثة أيام» وقوله: «الأجل بينهما ثلاثة» ولا شك أنه في مقام الإطلاق من هذه الجهة، أعني: كون الصبر عليه ثلاثة أيام يوجب تنزل قيمته وعدمه.

خاتمة: لا إشكال أن المراد بثلاثة أيام ليس بياض ثلاثة أيام، بل الأعم من الملتقى، كما هو الحال في أقل الحيض، وثلاثة الحيوان، نعم الليلتان المتوسطتان داخلتان، وفي صورة التلفيق تدخل ثلاثة ليال، إما من جهة شمول اليوم أو بقرينة الاستمرار، هذا.

ولو اختلفا في مضي الثلاثة وعدمه فالأصل مع مدعي العدم، وكذا لو اختلفا في القبض والعدم فالأصل مع مدعي العدم، وأما لو اختلفا في تأجيل الثمن والعدم، فقد يقال: الأصل مع مدعي العدم فيه أيضاً، لكن فيه أن هذا العدم لم يؤخذ في النص قيداً للخيار وإنما استفدناه من انصراف قوله: «إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام» في كون التأخير لا لحق مع اتصال مبدأ الثلاثة بالعقد، ومن المعلوم أنه لا أصل يعين حال التأخير وأنه كان لحق أو لغيره، وأصالة عدم التأجيل غير مثبت لهذه الخصوصية، والرجوع إلى أصالة عدم تحقق موضوع الخيار لا يثبت حال هذا العقد، فالمتعين حيثئذ الرجوع إلى استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ.

السادس: خيار الرؤية:

وهو ثابت في بيع العين الغائبة إذا ظهرت على خلاف ما شرط أو وصف أو اعتقد، والحاصل إذا صح بيعها بذكر الأوصاف إمام مع البناء أو مع الإحراز ولو بدون البناء، فلماذا تبين فيها عدم تلك الأوصاف عند الرؤية تحقق الخيار، وهذا بالنسبة إلى تخلف ما شرط أو وصف لا يحتاج إلى تعبد بل يكفي مساعدة العرف، بل لا يجري فيه قاعدة «لا ضرر» بكليته؛ لأنه قد لا يكون ما شرط موجباً لزيادة القيمة حتى يكون فقده ضرراً مالياً، نعم يلزم منه الضرر الغرضي لكنه غير مشمول للقاعدة، فالذي يحتاج إلى التعبد صورة كون الصفة المتخلفة على وجه الداعي بدون تقييد العقد به.

فنقول: تدل على ثبوت الخيار في هذه الصورة صحيحة جميل بن دراج قال: 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، فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: إنه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية^(١) فإنه شامل لما إذا قاس المشتري تلك القطعة التي لم يرها على اللائي رآها فتبين له عدم كونها مثلها ولم يكن شرط ذلك في العقد، بل قد يقال هو شامل لما إذا كان موافقاً لها، ولكن بدا له في البيع، لكن يبعده تفريع الاستقالة على التفتيش، فإنه يدل على رؤيته في تلك القطعة شيئاً لم يكن في سائر القطعات وقد كان تختلها مشابهة وبالجملية دلالتها على المطلوب خالية عن الخدشة.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٥، من أبواب الخيار، ص ٣٦١، ح ١.

وأما الرواية الأخرى التي استشهد بها أيضاً للمقام، أعني: صحيحة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم؟ فقال - عليه السلام - : لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج^(١) فدلالته محل إشكال؛ لأن المراد بشراء السهم إما ما يخرج بعد ذلك عند التقسيم ويصير ممتازاً عن غيره، وهذا وإن كان يبيح فيه خيار الرؤية، لكنه باطل لأنه نكرة وغير معين.

وإما الكسر المشاع وإما الكلي في المعين، وعلى هذين يصح البيع لكن ليس الخيار عليهما خيار الرؤية مقتداً بما بعد الخروج لأنه متى رآها يبيح له الخيار وإن كان قبل الخروج، وهكذا لو أريد خيار الحيوان لأنه أيضاً غير متقيد بالخروج بل يكون من حين تمام العقد.

فالذي ينبغي حل الرواية عليه هو إرادة شراء ما يخرج في السهم عند التقسيم بالقرعة، ومن المعلوم أنه غير صحيح والإمام - عليه السلام - أيضاً منع عنه وأمر بالصبر حتى يخرج السهم ويراه بعينه، وأنه لو اشترى قبل ذلك فهو بالخيار متى خرج، يعني: أن هذا الشراء لم يفد بالنسبة إليه ملكاً وليس بعد الخروج ملزماً بالقبول؛ لأنه ليس ملكه بل إن شاء ملكه بعقد جديد وإن شاء تركه.

مسألة: مورد هذا الخيار كما عرفت هو العين الشخصية الغائبة ومن المعلوم احتياج بيعها إلى تعيين الأوصاف التي بها يرتفع الغرر في البيع، وهي هنا إشكال بملاحظة حكمهم في بيع السلم وبيع العين الغائبة وبيع العين المشاهدة، فإنه لا يعتبر في السلم ذكر الأوصاف بنهاها، بل يتسامح في ذكر بعضها، لأن الاستقصاء يفضي إلى عزة الوجود، ولكن ليس هكذا الحال في العين الغائبة فاعتبروا فيها

الاستقصاء لذكر تمام الصفات التي يختلف الثمن باختلافها وأيضاً من المعلوم في العين المرئية عدم اعتبار الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة في السلم وبيع العين الغائبة.

وجعل المناط في جميع الموارد هو الغرر العرفي أيضاً لا يسهل المطلب، لأنه يقال: ما المراد بالغرر العرفي وكيف اختلف هذا المعنى الواحد بالصدق على جهالة صفة في مورد وبعدمه على عين تلك الصفة في مورد آخر؟

والذي ذكره الأستاذ - دام ظلّه - : أن المراد بالغرر: عدم المبالاة، لكنه قد يكون في قبال الأغراض العقلانية وقد لا يكون في قباله غرض عقلائي، مثلاً عدم المبالاة بوجود مَن من تبين في خمسة عشر متناً ليس بغرر، لأن في قباله حفظ الوقت عن الصرف في مدة لأجل وزن التبن، وأما في الذهب فعدم المبالاة ليس بقباله غرض عقلائي بحسب النوع.

وحينئذ نقول: أما في السلم فلو بنوا أمرهم على المداقة كما في العين الغائبة يوجب ذلك سدّ باب المعاملة السلمية، فهذا غرض عقلائي قام بقبال عدم المبالاة بمقدار في شخص المعاملة السلمية، وليس هكذا الحال في العين الشخصية أعم من الغائبة والحاضرة، فالمعتبر فيهما أيضاً المداقة بمقدار يوجب الزيادة عليه سدّ باب المعاملة، وضابطه الصفات التي أمكن الاطلاع عليها بالرؤية أو بالمخالطة والاختبار في مدة، فما كان منها معلومة للبائع أو كان طريق آخر إلى حصول الاطلاع بها ممكناً فاللزام ذكره، وما كان غير ممكن الاطلاع لعدم حصول طريق إلى استعلامه برؤية ولا بغيرها فليس بلزوم.

والقول بأنه لا أقل من التوصيف وجعل العقد مبنياً عليه فإنه ممكن، مدفوع بأن اندفاع الغرر بمجرد هذا محلّ منع وإلا فاللزام ارتفاع الغرر بمجرد اشتراط

الخيار في بيع العين الغير المعلومة الذات والصفات رأساً فإن الخيار مع اشتراطه عرفي كما في صورة تخلف الوصف.

والحاصل: لا فرق بين الحاضرة والغائبة بل المعيار شيء آخر مستوي فيهما، وهو كون عدم المبالة بلا ما يلزاه ولو كان ما يلزاه استراحة البدن عن تعب التحقيق وعدم كونه كذلك مع مساعدة نوع العقلاء على ذلك، فلو كان لشخص بحسب أغراضه الشخصية غرض أهم من المداقة في شراء الذهب فأقدم على وزنه بالأحجار التي يوزن بها الامتعة الخسيسة لعدم فوت ذلك الغرض الأهم لعدّه العقلاء وارداً على المعاملة الخطرية.

وهذا بخلاف ما إذا كان ذلك أمراً نوعياً، ألا ترى أنّ الأمر في معاملة التبن وأمثاله هكذا؟ فلو أقدموا على وزنه بالأحجار الكبار التي تنفاوت بمقدار من مثلاً لأجل أنّ صرف الوقت لإحراز هذا لا يليق لا يعدّ إقداماً وشراءً خطرياً.

وعلى هذا فلو أقدم على شراء عين حاضرة ولكن لم يتفحص عن بعض ماله دخل في زيادة قيمته ولم يكن ممّا يعلم بالرؤية حاله كان خطرياً، فإنّ بعض الأمور تقوم فيها الرؤية مقام الفحص، مثل كمّ المتاع ومقداره مساحةً أو وزناً، فإنّ الأوزان والمساحات جعلت علامة على كمّ خاص وحيدٍ مخصوص من كبر الجسم، فإذا أوقع كمّاً خاصاً تحت النظر وعينه في نظره بأنّه وافٍ بأيّ مقدار من الغرض، مثل أنّ هذا المتاع يفي بقباء له وبقباء لابنه، أو هذه الخنطة تنفي لمؤنة ستته وسنة عياله، فأقدم على الشراء بدون استعمال آلات الوزن والمساحة لما كان مقدماً على الخطر.

نعم تعبدنا الشرع بلزوم استعمال تلك الأدوات بخصوصها لا من باب دفع الغرر في مثل الغرض، فال مقصود أنّ الأوصاف التي يمكن معرفتها بالرؤية فالعين

الحاضرة يفترق من جهتها عن الغائبة فيلزم فيها الوصف دون الحاضرة، فيفترقان في كيفية الاستعلام بعد استوائهما في لزوم أصله.

وأما الأوصاف التي لا يعلم حالها بالمشاهدة مثل المراتب الانسانية المحضنة في العبيد والإماء المحتاجة إلى معاشرة مدّة مديدة من حسن الخلق وسوته، ومثل الصناعات التي اكتسبها العبد والأمة، فلا فرق بين الحاضرة والغائبة ولا يعقل أن يكون الخطر ناشئاً من جهة الجهل بهذه الأمور في الغائبة لو لم يذكر تلك الأوصاف وجوداً أو عدماً، ويكون مرتفعاً في الحاضرة مع الجهل بها كما يظهر من بعض الأساطين، حيث جعل الاختلاف بين الحاضرة والغائبة في مُحقق رفع الغرر، وأنه بالجهل بمثل هذه الأمور يتحقق ارتفاعه بالوصف في الغائبة وهو يتحقق ارتفاعه في الحاضرة بنفس المشاهدة، ولو كانت هذه الأشياء مجهولة.

وأنت خير بأن الخطر في شراء الغائبة عند جهل هذه الأمور ليس إلا لأجل جهلها الراجع إلى جهل مقدار ماليتها ما يصل إليه من الطرف، وهذا بعينه موجود في شراء الحاضرة عند جهل عين هذه الأمور.

هذا ما تقتضيه القاعدة، فإن قام إجماع على خلافه بأن رأيانهم لا يلتزمون بهذا المقدار في العين الحاضرة - بل على هذا لا بد أن لا يجوز لغير العارف بخصوصيات الأمتعة والأجناس المتباعدة الإقدام على الشراء أو البيع إلا بعد المراجعة ليصير عارفاً، وإلا فهو والأعمى سيّان، وهو خلاف ما استقرت السيرة العملية عليه - كان هو الحجة وإلا فالإكتفاء بصرف المشاهدة لا يوجب رفع الغرر والخطر عن المعاملة، هذا.

ثم إن غرر الأوصاف قد يرجع إلى غرر الوجود بمعنى أن الموصوف بها إما هو موصوف يكون مشكوك الوجود إذا كانت الأوصاف كذلك، ضرورة أن المقيّد كما ينتهي بانتفاء الذات ينتهي أيضاً بانتفاء القيد.

ولكن فيه أنه لا يمكن عدّ المقام تارةً من غرر الوصف وأخرى من غرر الوجود؛ إذ المفروض أنّ المعاملة صحيحة على تقدير فقدان الوصف، وليس من باب تخلف المبيع فيكون باطلاً، فالتقييد وإن كان حاصلًا بالدقة ولكنه بالنظر العرفي المسامحي غير حاصل، والمبيع إنّما هو نفس الذات، فالغرر في وجود المبيع غير حاصل، نعم الغرر حاصل في وجود صفته فالغرران في المقام غير مجتمعين.

وعلى كلّ حال فإن حصل الاطمئنان بوجودها أو عدها بأيّ طريق كان ولو بوصف شخص ثالث لها كان كافياً، إنّما الإشكال في ما إذا لم يحصل الاطمئنان، فهل مجزّد التقييد في عبارة العقد أو الذكر بصورة الاشتراط مع فرض وجود الشكّ رافع للخطر أو لا ؟ ظاهرهم الاكتفاء بذلك في رفعه.

ولعلّ سرّه أنّ الخيار حيثثد أمر عرفي، فيكون أمر هذه المعاملة بين أحد شيئين: إمّا وجود الصفة وهو المطلوب وإما فقدانه ووصول المشتري إلى ثمنه، ولكن هذا منقوض بصورة المعاملة الخطئية من جميع الجهات، مثل بيع ما في الصندوق مع قرار الخيار للمشتري، فإنّ الخيار هنا أيضاً أمر عرفي، ويمكن أن يقال: إنّ خرج بالإجماع إن كان، وإلاّ كان مقتضى القاعدة فيه أيضاً الصحة.

والحق أنّ الغرر ليس معناه خوف الضّرر وفوت الثمن من كيسه حتّى يرفع بالاطمئنان بعدم فوته، وإلاّ لما كان الشكّ في وجود المبيع أو القدرة على تسليمه من الغرر، بل معناه خوف عدم حصول الغرض الذي يفيد العقد، وهذا المعنى حاصل حتّى مع اشتراط الخيار، وأمّا سرّ أنّ اشتراط الوصف رافع له فهو أمر آخر يجيء إن شاء الله تعالى التعرض له فانتظر.

وعلى كلّ حال فهل يكون للقول بثبوت الارش عند ظهور المبيع فاقد الصفة كما هو منقول عن ابن ادريس وجه أو لا ؟ قد يقال بالعدم بملاحظة أنّ القيد والشرط ليس حالهما كالجزء حتى يقابل بإزائهما في الإنشاء جزء من الثمن،

نعم في اللب لا فرق بينهما، فإن جعل استحقاق الارش من هذه الجهة لم يطابق مع القول المذكور ؛ لأنّ لازمه رجوع جزء من الثمن وهو مفارق للارش أحياناً.

ويمكن أن يقال: إنّ القيد يستفاد منه عرفاً تعهد من البائع والتزام بوجوده ولازم التعهد بالشئ هو أداء بدله عند تعذره كما هو الحال في سائر الموارد، فإنّ من كان طالباً على عهدة إنسان حنطة ففقدت الحنطة يرجع إليه ببدلها، وهكذا في المقام.

إلا أنّ هذا منقوض بنفس المبيع، فإنّ البائع متعهد بتسليمه، فلا بدّ أن نقول عند مصادفة تلفه بالرجوع إلى بدله وعدم بطلان أصل البيع.

إلا أن يدفع بأنّ في هذه الصورة لم يقع أصل المعاملة تحت أدلة الصحة إذ ما قصد لم يقع، وهذا بخلاف ما إذا صحّ أصل العقد بواسطة وجود ذات المبيع، فشملة الأدلة فيكون التعهد مؤثراً أثره من استحقاق مطالبة البدل.

بقي في المقام سؤال الفرق بين ظهور نفس المبيع غير موجود حال العقد، أو كون صفته كذلك، حيث يقولون بالبطلان في الأوّل ولا يقولون ببطلان أصل المعاملة في الثاني، مع أنّ قضية القاعدة فيها على حدّ سواء، فإنّ المقيد بقيد إذا انتفى قيده كان المقيد متفياً. لا نقول بتعدد الموضوع عرفاً في واجد الصفة وفاقدها، ولهذا نقول بجريان الاستصحاب المبني على الوحدة العرفية.

فليس حال المقام مثل ما لو تبيّن فقدان بعض الصفات الذاتية، مثل ما لو تبيّن العبد حماراً، أو الكتاب فرساً حيث ليس في البين مشار إليه محسوس، ولا مثل ما إذا جعلت هذه القيود العرضية ضمنية للكلي، فإنّه يعدّ مبيناً لكلي آخر فاقد للقيد، بل نقول - مع حفظ الموضوع العرفي، فيكون المعقود عليه حاصلًا -: إنّ نفس العقد الذي هو المحمول مقيد بوجود القيد، بمعنى أنّ التراضي العقدي والقرار الانشائي قد أخذ فيه على وجه القيدية وجود الصفة وقد

تبيّن فقدانها، فلا قرار ولا تباي في فرض عدمها.

ومعنى قولنا: إنّ المعقود عليه حاصل: أنّ العقد الإنشائي الجنائي قد حصل قطعاً وكان هو متعلقاً بهذا الموضوع أيضاً قطعاً، ولكن كان له خصوصية لا أثر له مع فقدان تلك الخصوصية، نظير ما يقال في الوجوب المشروط حيث إنّ الوجوب فعليّ قبل حصول الشرط ولكنه غير مؤثر ويكون كالعدم، ففي المقام أيضاً حيث كان القرار والتراضي البيعي مبتياً على حصول الصفة ففي فرض عدمها، القصد والرضى موجودان ولكن لا أثر لهما كما لا أثر للوجوب المشروط مع عدم شرطه.

والذي يمكن أن يقال في حسم مادة الإشكال أن نلتزم بتعدد المطلوب بمعنى أنّ لب القصد والارتكاز الجنائي في هذه الموارد متعلق بإنشائين أحدهما في المطلق والآخر في المقيّد، ولا يلزم استعمال اللفظ في معنيين إذ كما يتصوّر التفكيك بين الإرادتين الجدّية والاستعمالية بالنسبة إلى الأفراد أو الأحوال من دون لزوم ملاحظة الإطلاق والتقيّد في لحاظ واحد، كذلك نقول بالنسبة إلى مراتب الجدّ.

فكأنّه قيل: بعث هذا مطلقاً إلّا في المرتبة القصوى فبعته مقيّداً، والقيد أعني: قوله «العربي» مثلاً في قوله: بعثك هذا الفرس العربي، وإن كان في الصورة متعلقاً بالموضوع، لكن عرفت أنّ الموضوع ليس إلّا هذا الجسم المشاهد، فالقيد راجع في اللب إلى البيع، وحيث إنّ لو أمسكه عند ظهوره عجمياً لا يقال إنّهُ آكلٌ للمال بالباطل، غاية الأمر أنّه يقال: إنّهُ رجل مسامح حيث ترك الأخذ بالخيار ولم يقع بصدد المطالبة لما قيّده يعلم أنّه بحسب المرتبة الدنيا من الجدّ قاصد للبيع المطلق، وحيث إنّهُ مصرّح في اللفظ بالقيد وبأخذٍ بالخيار عند التخلف، ويكون ذلك حقّاً يحكم بأنّ التقيّد راجع إلى المرتبة القصوى للمطلوب.

لكن دعوى وجود هذا الارتكاز في خصوص الأوصاف العرضية وفي خصوص المبيع الشخصي دون الذاتية ودون الكلّي فيه خفاء، بمعنى أنّه يناسب أن يكون في نفس العناوين المذكورة ارتباط مع الصحة والفساد، لا أن وجهه الارتكاز المذكور وهو خاص بمورد دون آخر إذ يسأل عن وجه التخصيص مع إمكان مجيئه في الموردين، فتأمل.

ثمّ معيار الصحة على ما عرفت كون الوصف غير مقوم للحقيقة، وإلا كان من تخلف المبيع، والمتجه فيه البطلان، فيقع الكلام في تشخيص موارد كون الوصف هو العارضي أو المقوم للحقيقة، فالذكورة والأنوثة في العبيد والإماء تعدّ من الحقيقي، وفي الغنم لا يبعد أن تكون من العارضي، وكذلك لبن الغنم مع لبن البقر جنس واحد وإن كانا حقيقتين في باب الربا، لكن يشكل إن كان الحكم في ذلك الباب على القاعدة وبلا تعبد في البين، كما في الخطئة والشعر، فإن ورد تعبد بأنّ لبن الغنم ولبن البقر مثلاً وهكذا جبنهما ودهنهما حقيقتان أعني: بحكم الحقيقتين فهو، وإلاّ فإن كان على القاعدة فيبعد ذلك كلّ البعد، وكيف يمكن الحكم بأنّ اللبن عند العرف يختلف حقيقته بصرف كونه من الغنم وكونه من البقر.

فالإنصاف اتّحاد البابين في أمثال هذه الأشياء، نعم قد يشكل في مثل الفاسوني المتخذ من القطن والفاسوني المتخذ من الصوف، فإنّ الصوف والقطن لا شك في عدّ العرف لهما من جنسين، ولكن في هذا الباب لا يبعد المعاملة معهما معاملة الأوصاف، فلو اشترى الفاسوني على أنّه صوفي فبان أنّه قطني لا يبعد أن يقال إنّ من تخلف الوصف عند العرف، فتأمل.

مسألة: الأكثر على فورية هذا الخيار، وقد يستشكل بأنّه ما وجه الاختلاف في خيار الغبن والاتفاق هنا على الفور؟

ويجيب بأن الفارق ظهور النص هنا - وهو قوله - عليه السلام: «كان له خيار الرؤية» - في الفورية؛ فإنه بمنزلة قولنا: كان له الخيار عند الرؤية، والظاهر في أمثاله اتحاد زمان الفعل الذي مورد الحكم أعني: الفسخ في مقامنا الذي هو مورد الحق والملك مع زمان الرؤية كما في قولك: عندما رأيت زيدا أعطه درهماً، حيث يفهم أن زمان الإعطاء زمان الرؤية لا أنه زمان الإيجاب، وأما الإعطاء فموسّع بالنسبة إليه وإلى الأزمنة المتأخرة، فكذا لو قيل: عندما رأيت المبيع متخلف الوصف فلك الفسخ، يعني فسحك في هذا الزمان نافذ، لا أن حكم النفوذ لاحق بفسحك من هذا الحين، وأما زمان الفسخ فموسّع.

إن قلت: قول السائل أن المشتري بعدما قلب المبيع استقال صاحبه فلم يقله، ثم جواب الإمام - عليه السلام - بأنه لو قلب تسعة وتسعين وبقي واحدة لم يرها كان له خيار الرؤية، ظاهر في أنه مع هذا المفروض الذي قد فرض تأخر الزمان عن الرؤية يكون له الخيار.

والقول بابتنائه على كون الاستقالة فسحاً لأنها كاشفة عن كراهة العقد، فحالها حال إنكار الطلاق حيث قالوا بأنه رجعة إذا كان في العدة، فاسد. لأن الاستقالة طلب الفسخ من الطرف وهو غير الفسخ، وكاشفيتها عن كراهة العقد مسلمة لكن مجرد هذا غير كاف، ولهذا لو أظهر الندامة وقال: يا ليت لم أوقع المعاملة، ليس فسحاً، كما يشاهد في سائر القرارات العرفية والمواعدات الواقعة بينهم.

قلت: لا نسلم أنه يعتبر في الفسخ أزيد من كراهة قلبية للمعاملة مع الإتيان بمظهر قولي أو فعلي أعم من كونه بنحو الإخبار أم الإنشاء، فإظهار الكراهة بواسطة صدور الاستقالة عمن له حق الخيار مؤثر في انتقاض المعاملة

وارتفاعها.

ثم على فرض عدم تمامية دلالة الرواية، فاستصحاب بقاء الخيار في الأزمنة المتأخرة بعد بطلان التمسك بالعمومات - كما تقدّم في خيار الغبن - هنا متجه وسالم عن الخدشة الواردة عليه هناك من الشك في بقاء الموضوع لأنّ الموضوع هنا محرز بقيوده.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة على التفصيل المتقدّم في خيار الغبن بناءً على الفورية وبإسقاطه بعد الرؤية، وفي قيام التصرف الغير الدال على الالتزام بالعقد في مقابل فسخه - كما إذا وقع باعتقاد عدم الخيار أو كون البائع شخصاً قوياً متمرداً عن أحكام الشرع - مقام الإسقاط وجه مبني على استفادة العموم من التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان بقوله: «فذلك رضى منه»^(١) بناءً على تفسير الرضى بما ذكرنا أعني: الأعم من الالتزام بالعقد في مقابل الفسخ.

وأما بناءً على تفسيره بالرضى المقابل لرضى الفسخ الذي لا يتمشى في حق الغير الملتفت بثبوت حق الفسخ فلا يمكن الحكم في هذا القيل من التصرفات. نعم التصرفات الدالة لا إشكال فيها لكنها قسم من الإسقاط، لأنّه أعم من القولي والفعل، والذي يكون في كلمات العلماء غيرها بدليل جعلهم التصرف قسماً للإسقاط.

وكيف كان فهل التصرف أو الإسقاط قبل الرؤية مؤثر أو لا؟ مبني على أنّ الرؤية سبب أو كاشف؟ فإن قلنا بالثاني صحّ وإلا كان من إسقاط ما لم يجب، وقد تقدّم البحث فيه، وقد مضى ما يظهر منه قوة القول بالسببية بمعنى أنّه يحدث الخيار عند الرؤية؛ فإنّ معنى قوله - عليه السلام - : «خيار الرؤية» خيارٌ مطرُوف

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤، من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

في ظرف الرؤية لا بمعنى أنه يتولد من الرؤية كما يقال: خيار الغبن والعيب والتأخير، يعني ما سببه أحد هذه الأمور حتى يسقط عن الدلالة على ما قلنا من الفورية، فإن الظاهر كون الرؤية لها سمة الطريقية لا الموضوعية بهذا المعنى.

نعم بمعنى أن الخيار يحدث عندها وبعبارة أخرى بمعنى دخالتها على وجه الطريقية مسلم، فيكون الحاصل أن الخيار المظروف في ظرف الرؤية منشؤه تخلف الوصف، وعلى كل حال فلا ثبوت له قبل الرؤية، لأنها فرضت ظرفاً له.

ثم مع الغض عن ذلك وجواز إسقاطه قبل الرؤية، فلو أدرج شرط سقوط هذا الخيار في ضمن نفس العقد فهل هو من قبيل الشروط الفاسدة المفسدة - ولو لم نقل بإفساد الشرط الفاسد في سائر الموارد؛ فإنه من قبيل سراية الجهل من الشرط المجهول إلى العقد - أو أنه صحيح وليس بفاسد ولا مفسد، أو أنه فاسد وليس بمفسد؟ في المسألة أقوال.

واختار شيخنا المرتضى - قدس سره - الأول، محتجاً بلزوم كون تعهد الوصف لا تعهد، وإذا صار التعهد لا تعهداً بطل البيع لعود الغرر الذي كان ارتفاعه بواسطة التعهد لا بواسطة الخيار لأن الحكم لا تبديل له في موضوعه.

أما لزوم كون التعهد لا تعهداً، فقد يستشكل عليه بأن تعهد وجود الوصف مع التعهد بعدم السلطنة على الفسخ على تقدير تخلف التعهد الأول كيف يتنافيان؟ مع أن الثاني مبني على تخلف الأول وبرزو عدم وفاء صاحبه وهو مؤكّد له.

نعم قد يكون الشرط منافياً للجدّ إلى العقد، كما في البيع بشرط عدم الثمن، أو البيع بشرط عدم السلطنة رأساً على المثلث، وهيئتنا أيضاً لو فرض أن الخيار لازم لا ينفك للتعهد بالوصف بحيث لا يجتمع الجدّ إلى الملزوم مع الجدّ إلى انتفاء

اللازم كان الأمر كذلك، ولكن المفروض عدم ارتفاع الغرر بواسطة الخيار بل بواسطة نفس الاشتراط.

وأما كون الخيار من قبيل السلطنة اللازمة للملك حتى لا يقبل السقوط بعد الثبوت آنأ ما بمعنى أن يكون اللازم وجود السلطنة خارجاً، فإنه حيثئذ يوجب عدم تمشي الجذ إلى الاشتراط لو كان في ظرف الاشتراط وموطنه، نعم لا بأس بوقوعه بلا فصل بعد تمامه بتوسط الإسقاط، لأنهما إنشاءان مستقلان.

ففيه: أن الكبرى مسلّمة لكن لا طريق لإثباتها في المقام، وأيضاً كيف يكون الاشتراط بنفسه رافعاً للغرر والخطر؟ فإنه في مثل الأفعال يوجب تسلّط المشروط له على مطالبة الشارط بالعمل، وأما في مثل شرط كون الغرس عربياً فلا يتصور كيف يوجب رفع الغرر.

ويمكن ذب الإشكال بحذافيره بأن يقال: وجه كون الاشتراط رافعاً للغرر أن البائع محتاج إلى الثمن وحيث إنّه يعلم بأنه في صورة الاشتراط لو بان التخلف لكان لطرفه الفسخ فيستفي غرضه من وصول الثمن، فهذا يوجب وثوقاً نوعياً بكون الوصف موجوداً، ولو لم يفد الوثوق الشخصي، كما هو الحال في الوثوق بقول الثقة، فهو طريق حجة عقلاني يخرج معه الإقدام عن كونه خطرياً، وهذا مبني على كون الخيار عرفياً، ولا ينافية قول الشيخ أن الخيار شرعي، فإنه يمكن إرادة الشرعي الإضائي؛ أو أنه لا ينافي إثبات الشرعي مع ثبوت العرفي أيضاً.

وبالجملة فالاشتراط باعتبار هذا اللازم يفيد الوثوق النوعي، وكذا الحال لو لم نقل بعرفية الخيار ولكن المشتري يعلم بعلم البائع بثبوت الخيار شرعاً عند تخلف الوصف.

وحيثئذ نقول في تقريب التهافت والتنافي: إن اشتراط عدم سلطنة المشتري

على الفسخ بعد الثبوت آنأ ما يوجب رفع هذا الوثوق، وقد كان الجذء إلى التعهد والاشتراط للوصف ناشأ ببركة ترتب هذا الأثر وحصول هذا الاطمئنان، فإذا ارتفع بواسطة شرط السقوط صار إنشاء بلا روح.

وعلى هذا فلو فرض أن اشتراط السقوط لم يؤثر في رفع الاطمئنان الحاصل بالتعهد كان جائزاً، كما إذا كان قبل المعاملة بانأ على تعهد وجود الوصف وحين ما اشتغلا بإجراء الصيغة عرض عارض لاشتراط سقوط الخيار، فإنه حيث لا ينافي التعهد المذكور في تأثير الاطمئنان، فلا يوجب بطلان المعاملة مع صحته أيضاً، وكذا لو علم أن البائع غير عالم، ولكن صحة المعاملة حيث محل إشكال.

مسألة: لو شرط الارش عند ظهور المخالفة مع تعيينها مقدار الارش حتى لا يلزم جهالة من ناحيته فلا مانع من صحته سواء رفع الغرر من الخارج أم بنفس هذا الاشتراط بالبيان المتقدم، ولا يضر التعليق في باب الشروط كما قرر في محله.

نعم يبقى الإشكال في استحقاق الارش مع الشك في مشروعيته، ولهذا لو بذله بعنوان الارشية بدون اشتراط في العقد، فلا يحكم بمملكيته، نعم في باب العيب قد علمنا من الشرع مشروعيته، ولكن هذا الإشكال أيضاً ممكن الاندفاع بأن غاية الأمر هو الشك في المشروعية، وهو غير مضر بالاشتراط، وشمول دليل الشرط له، فإن أصالة عدم المخالفة للكتاب والسنة ترفع هذا الشك، اللهم إلا أن يستشكل في جريان هذا الأصل، ولكن الكلام بعد الغص عن ذلك والبناء على صحته وإجرائه في أمثال هذه الموارد.

ولو اشترط انفساخ المعاملة عند ظهور الخلاف، فهو أيضاً لا مانع من صحته بناء على أن حصول الانفساخ بلا توسط إنشاء قولي أو فعلي حينه، بل حصوله بنفس هذا الإنشاء المعلق الحاصل في الاشتراط، إنا علم مشروعيته كما لو

استظهر ذلك من قوله في أخبار بيع الشرط: بأن الدار له، وإما يشك في ذلك فيكفيه أصالة عدم المخالفة.

وكذلك الحال لو شرط الانفساخ عند ظهور المخالفة وانعقاد بيع آخر في ما بين الثمن وعين كلية موصوفة كذائية أو شخصية كذلك، أو في ما بين المبيع وأحد المذكورين؛ فإن البيع لم يعلم كونه مثل النكاح له أسباب خاصة ليس الشرط منها، بل غاية الأمر هو الشك فيرجع إلى الأصل المتقدم القاضي بالصحة.

وعلى تقدير القول بالفساد فلا وجه للقول بالفساد - كما ربما يستظهر من عبارة الشهيد - قدس سره - إذا فرض رفع الغرر عن المعاملة من الخارج، بأن حصل الاطمئنان بوجود الصفة ولكن شرط على تقدير ظهور الخلاف الذي هو احتمال موهوم في نظره حصول الانفساخ والمبادلة المذكورة، نعم لو اعتمد في رفع الغرر بهذا الاشتراط كان البيع باطلاً ولو فرض صحة الشرط من حيث نفسه بمعنى عدم المانع فيه لو وقع في عقد صحيح من جهات أخرى.

وتفصيل الكلام في المقام ببيان الشقوق المتصورة في اشتراط الأبدال أن يقال: إنه قد يجعل العين الأخرى الموصوفة مقابلة بالثمن الواقع في البيع الأول، وقد يجعل مقابلها هذه العين، الظاهر مخالفة وصفها مع المشروط، والأول أيضاً على قسمين؛ لأنه قد يجعل الثمن في الإنشاء الواحد بإزاء شيئين على تقديرين عكس المسألة المعروفة، أعني: بيع الشيء الواحد بثمانين على تقديرين، بأن يبيع حالاً بكذا وإلى شهر بكذا.

وقد يجعل المبادلة الأولى مستقرة على المبيع الواحد وعلى تقدير ظهور المخالفة يصير منفسخاً، ويحصل ثابتاً بين ذلك الثمن وبين المبيع الآخر، فإن جعل التقدير ظهور المخالفة فواضح، وإن جعل نفس المخالفة الواقعية فلا بد

من حصول المبادلة أنا ما لينفسخ بعده ثم تنعقد الأخرى.

وعلى كل حال فإن كان من قبيل القسم الأول أعني: إيقاع المبادلة من الابتداء بنحو التريديد في الثمن بأن كان هذا على تقدير المخالفة أو ظهورها وذاك على تقدير العدم، فالظاهر منهم أن هذا النحو من البيع غير جائز، حتى أنه لو صححنا دلالة الرواية الواردة في تلك المسألة المعروفة للزم الاقتصار على موردها حتى لا يجوز التعدي إلى مثل المبايع بثمان إلى شهر وثمان آخر إلى شهرين، لأن موردها صورة كون الثمن نقداً كذا وإلى شهر غيره، فحكم فيها بانعقاد المعاملة بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، وليس بطلان هذا من جهة الغرر، لأننا نفرض حصول الاطمئنان بوجود الصفة وعدم المخالفة، بل على فرض الشك أيضاً، إذ لا خطر في مثل هذه المبايع الواقعة بين الثمن وبين هذا الفرس المشكوك عربيته على تقدير العربية، وبينه وبين فرس آخر مقطوع العربية على تقدير العدم، بل الدليل هو الإجماع على بطلان الإيهام والتريديد في الثمن كما في الثمن، فإن تم وإلا فمقتضى القواعد هو الصحة.

وإن كان من قبيل الثاني أعني: إيقاع المعاملة منجزاً بين هذا والثمن، ثم انفساخها على تقدير ظهور المخالفة وانعقاد مبادلة أخرى في ما بين هذا الثمن والعين الموصوفة الأخرى، فهذا لا مانع فيه من جهة البيع؛ إذ يفرض حصول الاطمئنان من الخارج بوجود الصفة ولا من جهة شرط الانفساخ، لوجوده في مسألة شرط الخيار برد الثمن.

وأما من جهة شرط الانعقاد ثانياً فلا شبهة في كونه في طول حصول الانفساخ لترتب المبادلة والانتقال الثانوي على الدخول في ملك البائع حتى يعود بالمبايع الثانوية إلى المشتري، فالانفساخ مقدّم للانعقاد، فيكون مقدماً في الرتبة

على الانعقاد فيرد حيثئذ الإشكال بأن الشرط تابع للعقد المشروط فيه حدوثاً وبقاءً فكيف يمكن ارتفاع العقد الذي وقع في ضمنه الشرط، وفي الرتبة المتأخرة من ذلك يتحقق مضمون الشرط الذي وقع في ضمنه.

ولكنه ليس وارداً، لأن الشرط إذا تعلّق بهذا الترتيب فوقوع خلافه خلاف الوفاء بالشرط، فإذا وقع تحت مفاد الشرط حصول هذا الترتيب وشمله دليل الوفاء بالشرط، فاللازم حصوله كذلك، وهذا نظير أن يشترط في بيع الحيوان مثلاً على المشتري أنه لو فسخ في الثلاثة كان عليه دينار للبائع، فمقتضى هذا الشرط وقوع الملكية عقيب الفسخ، فكيف يصير الفسخ الذي صار مقتضياً بحكم دليل الشرط، مانعاً لما صار مقتضياً له؟

نعم يمكن الدغدغة في صحّة هذا الشرط الثاني من جهة احتمال اختصاصه بالحصول من أسباب خاصّة كما في النكاح، فإن جعلنا ذلك مضراً بصحّته صار هذا الشرط فاسداً، وأما إفساده للعقد فمبني على القول بإفساد الشرط الفاسد، فإن قلنا بعدم الإفساد فلا وجه للفساد.

نعم لو ظهر المبيع فاقداً للوصف فهل يحصل الانفساخ بمقتضى الشرط الأول؟ بتقريب أنه كما لم يوجب فساد الشرط الثاني فساد العقد لم يوجب أيضاً فساد الشرط الأول، أو أنه لا يحصل بل تبقى المبادلة بحالها ويحصل الخيار على قاعدته؟

يمكن تقوية الثاني؛ لأن شرط الانفساخ نسبته إلى شرط الانعقاد نسبة المقدّمة إلى ذبيها لا نسبة المقيد إلى قيده، ونسبة العقد إلى الشرط الثاني نسبة المقيد إلى قيده، ونحن إن قلنا بأنّ المقيد لا يبطل إنشاؤه يبطلان القيد، لا يلزم أن نقول بأنّ الإنشاء الحاصل مقدّمة وبتبع إنشاء آخر أيضاً لا يبطل يبطلان الإنشاء

الثاني، بل يمكن دعوى شهادة العرف في الثاني بالبطلان، وأن الفرع لا يزيد على الأصل.

وإن كان من قبيل الثالث أعني: إيقاع المعاملة منجزاً على هذا ثم اشتراط وقوع مبادلة أخرى بين هذا في ملك المشتري وبين عين أخرى إما كلية أو شخصية موصوفة على تقدير فقدان الصفة المشترطة في المبيع الأول، وهذا أيضاً لا إشكال فيه من حيث البيع الأول لو فرض حصول الاطمئنان بصفته، ولا من حيث الشرط لو فرغنا عن إمكان ملكية الشرط شرعاً وعدم الاختصاص بالأسباب الخاصة مثل البيع والصلح، وفرضنا أن المبيع الموصوف أيضاً جعل فقدان صفة واحدة من صفاته تقديراً للمبايعة المشترطة، ويكون حاله عند هذا التقدير أيضاً معلوماً.

مثلاً كان معلوماً أن هذا الفرس لو لم يكن عريباً كان فارسياً حتى لا يكون الثمن في المبايعة الثانية شيئاً مجهول الصفة فيبطل من جهة الغرر، ويوجب بطلان البيع.

نعم لو فرض الدغدغة في الأمر الأول صار هذا الشرط فاسداً، وفي إفساده العقد أيضاً هو الوجهان الموجودان في كل شرط فاسد، وعلى تقدير العدم فلا وجه لفساد العقد، فلم يعلم ما وجه حكم شيخنا الشهيد بفساد العقد، إلا أن يكون المقروض جهالة المبيع على تقدير فقدان الصفة وتردّه بين صفات آخر تتفاوت بها المالية، فإنه حينئذ يقع ثمن البيع الثاني مجهولاً وتسري الجهالة إلى البيع الأول، فيسري الفساد من هذه الجهة، لكن الحكم بالفساد بوجه الكلية ليس له وجه بناء على مبنى عدم مفسدية الشرط الفاسد.

ثم لم يعلم ما وجه اعتراض الحدائق على الشهيد بما حاصله: أنه لا وجه للفساد في صورة ظهور المبيع موصوفاً، مع تسليمه الفساد في صورة ظهور

الفقدان، فإنه إن بنينا على إفساد الشرط الفاسد فلا فرق بين الصورتين في الفساد، وإلا فكَذلك في الصحة، وإن كان بناء كلامه على ما تقدّم عن الأردبيلي - قدس سرهما - من تقوية البطلان عند الفقدان، فكيف صنع بالأخبار المتقدمة الواردة في خيار الرؤية؟

والذي أفاده شيخنا الأستاذ - دام علاه - في توجيه عبارة الحدائق على وجه يسلم عن الإيراد الواضح الغير اللائق بأهل العلم: أن مراده بالمخالفة في قوله: «لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة» هي مخالفة الشرط للشرع، بمعنى أن شرط الإبدال مخالف لأخبار خيار الرؤية، فإن الشرع جعل العلاج ثبوت الخيار، وجعل هذا الشرط بقبال الشرع الإبدال، وإذا فسد الشرط فسد المشروط بناءً على مذاق من يجعل الشرط الفاسد مفسداً وبناءً على أن إبطال موضوع الخيار أعني: ارتفاع العقد أيضاً ينافي مع ما دلّ على الخيار في حال وجود العقد.

ثم أورد على نفسه إيراداً بأن هذا الشرط لا يخالف الشرع، لأنه جعله جابراً لتخلف الوصف، فأجاب بعدم الصالحية للإجبار؛ لأنّ الأخبار الدالة على الخيار مطلقة شاملة لحال وجود مثل هذا الشرط أيضاً، فالشارع في هذا الفرض أيضاً جعل الجابر هو الخيار فجعله الإبدال يكون مخالفة للشرع.

وأما وجه تخصيص البطلان بصورة ظهور فقد الوصف دون صورة وجوده، فلأنّ الشرط إنما هو في صورة عدم ظهور الوصف، فلا شرط مع ظهوره، والأخبار المتقدمة أيضاً عامة شاملة لهذا الفرض فنحكم بالصحة والخيار بمقتضاها، هذا ما أفاده - دام ظلّه - في توجيه العبارة ولكنّ الأمر سهل بعد وضوح أصل المسألة كما عرفت.

مسألة: هل خيار تخلف الوصف خاص بالبيع أو يشمل كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة؟ اختار شيخنا المرتضى - قدس سره - الشمول مستدلاً بأنه لو لم نحكم بالخيار مع تبيين المخالفة فإما أن نحكم ببطان العقد وإما أن نحكم بلزومه، والأول مخالف لطريقة الفقهاء، والثاني فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء وحرمة النقص، ومن المعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للأوصاف المشترطة ليس نقضاً للعقد، هذا حاصل استدلاله - قدس سره -.

وחדش فيه شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأن مجرد عدم وفاء دليل اللزوم لا يكفي لنفيه بعد أن مقتضى الاستصحاب بقاء الآثار المفروض حدوثها بحكم الإجماع المذكور في كلامه - قدس سره - قبل الفسخ بنفس العقد في ما بعد الفسخ، فالأولى الاستدلال ببناء العقلاء على الخيار في صورة التخلف، ونسلط من تخلف الوصف في ما انتقل إليه على فسخ العقد، وعلى فرضه لا نحتاج إلى الإجماع أيضاً، إذ يكفي هنا البناء لإتمام كل من الصحة والجواز لو لم نقل بأن الصحة مفاد الأدلة كما اختاره على خلاف ما سبق اختياره من الأستاذ - دام ظله - من إمكان استفادتها منها أيضاً.

مسألة: لو اختلفا فقال المشتري: تخلف صفة، وقال البائع: لم يتخلف، فهذا له صورتان:

الأولى: أن يكون كل منهما مدعياً للتقيد بصفة، كأن يقول المشتري: قيدنا العبد بالحشية وهذا زنجي، ويقول البائع: بل قيدناه بالزنجية.

والأخرى: أن يرجع النزاع إلى المطلق والمقيد، فيقول المشتري: قد قيدناه بالحشية، ويقول البائع: بل أوقعنا البيع على وجه الإطلاق من هذه الجهة، ودفعنا

الغرر بحصول الاطمئنان من الخارج ولكن صرحنا في الصيغة بأنه سواء كان كذلك أم لا.

وعلى كل حال فهل يقدم قول البائع أو المشتري؟ رجع العلامة - أعلى الله مقامه - الثاني، لبراءة ذمته عن دفع الثمن إلى البائع، ولا ينافي مع اعترافهما بوقوع البيع، لابتناؤه على عدم وجوب تسليم ذي الخيار في زمن الخيار ما انتقل عنه وإن تسلّم ما انتقل إليه.

ولكن يرد عليه بأن هنا أصلاً آخر وهو عدم ملكية المشتري وبقاء ملكية البائع للثمن، فيعارض هذا مع الأصل المذكور.

وأورد عليه شيخنا المرتضى - قدس سره - بأنه بعد الإقرار باشتغال الذمة بالثمن حسب وقوع العقد الصحيح يقع الشك في حصول الالتزام من البائع بالوصف المفقود أو لا، والأصل يقتضي عدمه، وهذا الأصل حاكم على أصالة البراءة المذكورة؛ لكونه موضوعياً بالنسبة إليها.

ثم رجع عن هذا وفرّق بين الاشتراط والتوصيف وأنه مع الاشتراط يكون الأمر هكذا، وأمّا مع التوصيف فالأصل يقتضي عدم وقوع العقد المقيّد بالصفة الموجودة، ومقتضاه عدم وجوب الوفاء على المشتري بدفع الثمن إلى البائع، ولا يرد على هذا الذي ذكره - قدس سره - ما أوردهنا على كلام العلامة - قدس سره - من المعارضة بأصالة بقاء ملك البائع للثمن بعد فسخ المشتري؛ لأنّ هذا الأصل موضوعي بالنسبة إلى استصحاب الملك، بمعنى أنّ من آثار عدم وقوع العقد على الصفة الموجودة بنحو مفاد ليس التامة أعمّ من أن لا يقع عقد في البين أصلاً أو وقع مقيّداً بالصفة المفقودة ملكية المشتري للثمن بعد قول فسخت.

فهذا الأصل وإن لم يحرز إلّا جامع العدم دون إحدى الخصوصيتين لكنّ

الملكية عقيب الفسخ ليس من آثار إحداهما، وإنما هي أثر لهذا الجامع العدمي، فيكفي الأصل المتكفل لهذا الجامع لإثباته، فيرفع الشك بالنسبة إلى الملكية بعد الفسخ فلا يبقى مجال لاستصحابها، هذا.

ولكن يرد عليه - قدس سره -: معارضة هذا الأصل بأصل آخر وهو أصل عدم وقوع العقد على الصفة المفقودة ويكون من أثره أيضاً عدم عود ملكية الثمن للمشتري بعد الفسخ.

والذي اختاره شيخنا الأستاذ - دام ظله - في المسألة: تقديم قول البائع.

وتوضيح ذلك: أن معقد النزاع ليس هنا أصل يتنقح أحد طرفيه، بمعنى أنه ليس لنا أصل يحرز أن هذا العقد الموجود على أي حال من وصف التقييد بالمفقود أو الموجود أو وصف الإطلاق وكونه خيارياً أو لازماً، ولكن لابد من تنقيح أن الجواز هو المحتاج إلى السبب أو اللزوم، وبعد ذلك لابد من تنقيح أن السبب ماذا وأنه هل اعتبر على نحو لا يقبل الاستصحاب أو على نحو يقبله؟

أما الجهة الأولى فنقول: الظاهر أن اللزوم ليس إلا عبارة عن بقاء الملك وعدم وجود ما يزيله، والجواز عبارة عن وجود موجب لزواله، فاللزوم أمر عديم وليس سببه إلا عدم موجب الخيار مع وجود ما يقتضي الملك وهو العقد.

وأما الجهة الثانية فنقول: سبب الخيار إما عبارة عن تخلف الصفة المعقود عليها، أو كون العقد واقعاً على صفة مفقودة، وعلى كل حال نقول: يمكن لنا تنميم المرام بضميمة الوجدان إلى الأصل، وذلك لأن العقد الموجود على هذا المتوال له بوحدة وجوده الخارجي أثران:

أحدهما: الصحة، والآخر: الخيار، وبمقتضى تعدد الأثر لابد من تعدد المؤثر، فنقول بالتحليل العقلي يكون المؤثر في الانتقال أصل جامع العقد أعم من

الواقع على المتوال المذكور ومن غيره، والمؤثر في الخيار هو هذا العقد الخاص.

فالجهة الأولى معلومة الحصول لنا في المقام؛ إذ لا نشك في وقوع جامع العقد على هذا الثمن الشخصي، وأما الجهة الثانية فمشكوكة مسبوقه بالعدم فنستصحبه ونرتب عليه عدم حصول إعادة الملك الحاصل للبائع إلى المشتري، فأصل الانتقال إلى البائع محرز بحكم الوجدان، وموجب عوده إلى المشتري محكوم بالعدم بحكم الأصل، وقد عرفت أن هذا معنى اللزوم.

ولا فرق في ما ذكرنا بين كون الموجب للخيار تخلف الصفة بنحو مفاد كان التامة، أو كون العقد واقعاً على الصفة المتخلفة بنحو مفاد كان الناقصة، أما على التقدير الأول، فجريان أصل العدم واضح، وأما على الثاني فلأننا لا نريد إحراز حال العقد الموجود الذي هو مطرح المرافعة كما تقدم ذكره في صدر التوضيح بل نقول: الأصل عدم تحقق العقد بهذا المتوال على هذا الثمن الشخصي.

وبعبارة أخرى الأصل عدم تحقق قضية عقد كان كذا في هذا الثمن، وهذا كاف في إثبات المدعى من عدم تحقق العود في هذا الثمن على تقدير الانتقال.

نعم لو كان الأثر مرتباً على موضوع شخصي خارجي مع محمول عدمي، لا يمكن إجراء أصالة عدم تحقق القضية من الأزل ثم حمله على الموضوع الخارجي، لأن السالبة المتفية الموضوع مع السالبة الموجودة الموضوع موضوعان عند العرف، فإذا كان أثر صلاة ركعتين مثلاً مرتباً على قضية «زيد إذا لم يكن قائماً» وشككنا في قيام زيد الموجود، فلا يمكن إجراء أصالة عدم تحقق قيام هذا الزيد من الأزل وجزه إلى حال وجوده، فإن الحكم حال وجوده بأنه ليس بقائم غير الحكم بعدم تحقق قيامه من الأزل. فالموضوع في الثاني في الحقيقة هو الربط وفي الأول هو الزيد الخارجي.

وأما إذا كان أثر صلاة ركعتين مرتباً على قضية «زيد إذا كان قائماً» فشككتنا في قيامه بعد وجوده فلنا إجراء أصالة عدم تحقق هذه القضية لرفع الأثر المذكور، ومقامنا من هذا القليل، فتدبر.

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد - قدس سرهما - والعلامة في كتبه وجامع المقاصد، واستدل عليه في التذكرة وجامع المقاصد على المحكي بأن بعضه عين حاضرة وبعضه في الذمة مجهول.

قد يستشكل في هذا بأنه يمكن رفع الجهالة بأحد أمور ثلاثة، إما أن يبيعه المنسوج والمغزول على أن ينسج المغزول بمنوال المنسوج مع الاطمئنان بأنه يفي بالشرط ويخرج عن عهده، وإما أن يبيعه هذا المنسوج بضميمة مقدار معين من المغزول الكلّي بالشرط المذكور، وإما أن يبيعه هذا المنسوج مع أذرع معلومة من المغزول المنسوج بهذه الصفة على وجه الكلّي، هذا.

ولكن قال شيخنا الأستاذ - دامت آيات إفاضاته الشريفة -: يمكن أن يكون نظر المانع إلى صورة قصد بيع هذا المنسوج مع المنسوج الذي يكون له شأئية الوجود بأن يجعله بما هو جزئي وغير قابل الصدق على كثيرين ضميعةً للموجود.

وجه البطلان حيثئذ اشتراكه مع ما أجمعوا ظاهراً على البطلان فيه من بيع أحد عبيدين متساوين في جميع الجهات بلا تفاوت بينهما رأساً وأصلاً من دون تعيين أحدهما، فإن كونه بنحو الإبهام الذي لا تعين له حتى في نفس الأمر يظهر أنه أيضاً كالجعل مانع مستقل عن الصحة، وهذا المعنى بعينه موجود في المقام، فإن ما يتصوره اللاحظ من الموجود في المستقبل لا بعناية الوجود حتى يقبل الجعل في العهدة له أنحاء متشابهة من جميع الجهات في عالم التصور ولا يميز في نفس

الأمر لما يجعل في العهدة تما بين هذه الصور، فلا محالة يكون جزء المبيع هو الجزئي المرتد في ما بينها، الذي لا يخرج واقعه عن الإيهام.

والقول بأنه معلوم في علم الله تعالى فيشار إليه بهذا الوجه الإجمالي وهذا كاف في مقام المأزقة، فيكون كالشبح المرئي من بعيد، فإنه محتمل الانطباق على الكثيرين على البذل لكنه ليس بنكرة فكذا في المقام.

مدفوع بأنه حيثئذ وإن كان كذلك لكنّ المبيع على هذا التقدير يكون مردداً بين الموجود والمعدوم، إذ على تقدير عدم النسخ لا معلوم عند الله، بل المعلوم عنده تعالى هو العدم. ومفروض كلامهم - قدس أسرارهم - ما إذا كان المبيع سواء نسخ أم لم ينسخ أبداً شيئاً محفوظاً موجوداً بالوجود في العهدة، والمبيع بهذا التقدير لا محالة متعلق بالمبهم.

السابع: خيار العيب:

اعلم أنّ مقام البيع والشراء سواء كان باللفظ أم بالفعل ظاهر في كون المتعلق هو الصحيح الخالي عن العيب إذا كان متعلقاً بالعين الشخصية ولم يذكر من الصحة والعيب قيد، وليس هذا من قبيل الأغراض المترتبة على المبيع أو الصفات الكمالية الموجودة فيه، فإنه يكون الإنشاء فيها مطلقاً ما لم يذكر القيد وإنما التقيّد في اللب.

وأما في صفة الصحة فهي تصوير قيداً للإنشاء بمعنى أنّ النظر الإنشائي مقصور على الصحيح، بل نقول: لا فرق في ذلك بين العين الشخصية والكلّي؛ فإنّ هذا من خاصية مقام البيع والشراء حيث لا يقدم العاقل على شراء المعيوب إلّا لعارض، وعلى هذا يكون ثبوت الخيار عند تبين العيب على حسب القاعدة

وإنما التعبد في سقوط الردّ مع عدم قيام المبيع بعينه، وفي ثبوت الارش.

نعم ههنا فرق بين العين الشخصية والكلّي من حيث وجود أصل السلامة الذي هو أصل عقلائي وأمارّة على ثبوت وصف الصّحة في الأولى دون الثاني، فإنّ لفظ الجنس يدلّ عليه مطلقاً إن لم يضيّق بذكر القيد، وأمّا العين الشخصية فأصل عدم خروجها عن الحالة الطبيعية القاضية بعدم نقص فيه عن الخلقة الأصليّة يعيّن حالها ويخرجها عن التردد، ولكن لا يكفي بمجرّده لإثبات الخيار عند فقد وصف الصّحة؛ إذ غايته حصول الاطمئنان بوجود الصفة وهو غير قاض بالتعبد في مرحلة الانشاء.

والحاصل: هذا الأصل نافع لأجل رفع الغرر، وأمّا لتطبيق ثبوت الخيار في صورة الفقد على القاعدة فليس هو بنافع، بل النافع هو الانصراف المقامي الذي هو بمنزلة التقييد والذكر، فهما أمران غير مرتبطان ليس أحدهما علّة للآخر، فما يظهر من عبارة شيخنا المرتضى — قدّس سرّه — من عليّة الأصل المذكور للانصراف المذكور محلّ نظر، ولهذا نرى مجيئ الانصراف في الكلّي مع عدم تحقّق الأصل فيه.

إلّا أن يقال في توجيه كلامه - قدّس سرّه -: إنّ البائع في صورة علمه بحال المبيع - كما هو الغالب - لا يتعهد وصف الصّحة للمشتري مع وجود العيب، ويكون الانصراف صورياً لا تعهد على طبقه، ألا ترى أنّه لو أخبر أحد أنّ الإنسان دخل في الدار وكان الداخل ذا رأسين لا يصحّ نسبة الكذب إلى المخبر؟ فكما أنّ الانصراف صورّي لا تجزّم على طبقه واقعاً، فكذا في المقام. نعم مع وجود وصف الصّحة والفرض أنّ البائع عالم يتحقّق منه التعهد، فأصل السلامة إنّما يحتاج إليه لإثبات هذا التعهد.

والحاصل: إطلاق العقد بالنسبة إلى وصف الصحة ليس كسائر الصفات الدخيلة في الغرض، بل يوجب التقييد والابتناء على الوجود لكن بضميمة إحراز كون البائع عالماً بوجود وصف الصحة، وإلّا فمع العلم بالفساد لا يتحقق منه التعهد، فأصل السلامة يحرز به وجود السلامة وبالملازمة كون البائع الذي يقبل العين عالماً به، وبعد ذلك يفيد الانصراف المذكور تعهد البائع بالوصف فعلم أنّ الأصل المذكور محتاج إليه لأجل تحقق الانصراف من طرف البائع.

لكن يرد عليه - قدس سره - حيثنّ أنّ اللازم على تقدير كشف خلاف هذه الأمانة ومعويّة المبيع وأنّ البائع كان غير متعهد، عدم ثبوت خيار تخلف الوصف وإنّما الخيار ثابت لأجل التعبد أو أنّه خيار عرفي آخر غير خيار تخلف التعهد والوصف، وتظهر الثمرة في صورة التصريح بالاشتراط، فإنّه تعهد من البائع مطلقاً ولو في صورة عدم وجود السلامة وعلمه بذلك، إذ تعهده حينئذ مثل تجزّم الخبر في القضية الإخبارية التي هو عالم بكذب مضمونها، فيوجب هذا التصريح خياراً زائداً على ما اقتضاه نفس العقد على المعيب بمؤنة التعبد أو العرف، فلو سقط الردّ في ذلك الخيار بواسطة بعض التصرفات لم يسقط بواسطة هذا الخيار الحادث بالاشتراط.

وأما الرواية التي استشهد بها شيخنا المرتضى - قدس سره - على عدم حدوث تفاوت بواسطة هذا التصريح المشتعلة على بيع الأمة على أنّها باكرة فوجدها المشتري ثيبّة، حيث أرجعه الإمام - عليه السلام - إلى الارش، فيعلم أنّ الردّ سقط بواسطة هذا التصرف ولو كان الخيار الحادث بالاشتراط مغايراً لما سقط.

فيمكن الجواب بعد تسليم كون الثيبوبة عيباً كما لعلّه يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى: بأنّه يمكن كون هذا حكماً على خلاف القاعدة ثابتاً في باب

الاشتراط كما ورد نظيره في اشتراط البكارة في عقد النكاح، فوجدها الزوج ثيباً، حيث وردت الرواية الصحيحة بانتقاص المهر، وإن اختلف الفقهاء - رضوان الله عليهم - في تعيين مقدار النقصان، فذهب بعضهم إلى أنه الارش في ما بين مهر البكر والثيب، فمن الممكن كون هذا الحكم تعبداً خاصاً بباب اشتراط البكارة في المرأة أعم من وقوعه في عقد النكاح أو البيع.

وعلى ما ذكرنا يبقى الكلام في أنه لو صرح بالاشتراط وتصرف المشتري في المبيع وسقط بذلك رده من ناحية العيب، فهل له الارش والرد معاً؟ أما الارش فبمقتضى العيب، وأما الرد فبمقتضى الشرط، الكلام مبني على فهم الإطلاق في دليل الارش في العيب، فإن كان الدليل في مقام تشريع الخيار في الرد مع قيام المبيع بعينه ومطالبة الارش مع عدمه، وكان ساكناً عن الجهات الطارئة، فإن قطعنا من الخارج بأن الجهة الطارئة، أعني: حدوث سلطنة الرد بعد التصرف من ناحية الشرط لا مانعية له عن اقتضاء العيب للارش فهو المطلوب، وأما إن احتملنا كون هذا مانعاً بأن يكون المقتضي للارش إنما يصير فعلياً لو لم يكن للمشتري المتضرر طريق آخر لدفع ضرره من الرد، وأما مع انفتاح باب ذلك له فلا يصير فعلياً، فلا بد حيثئذ من إحراز عدم المانعية بالأصل لو كان، وإلا فمجرد الحكم الاقتضائي لا ينفع مع بقاء الاحتمال المذكور بحاله.

نعم لو ثبت أن الارش يجتمع مع الرد بمعنى ثبوت التخيير بينهما في عرض واحد إما بدليل لفظي وإما لبي نقطع بأن ثبوت الرد من ناحية الشرط لا يحدث أمراً زائداً، فكما لا نحتمل أن لا يبقى الرد الناشئ من العيب بواسطة ثبوت هذا الرد، كذلك لا نحتمل سقوط عدله الذي هو الارش.

وأما إذا لم يقم دليل على أزيد من ثبوت الارش عند اليأس عن الرد فالدليل

وإن لم يكن بظاهر في سقوط الارش عند تحقق مثل هذا الرد - لأن المتيقن منه صورة الرد بالعيب - ولكن ليس بظاهر في ثبوت الارش أيضاً، بل هو ساكت عن صورة تحقق التمكن عن الرد بطريق آخر وحيث يبيح ما قلنا من احتمال المانعة الغير الممكن دفعه بالأصل.

فالعدة إذن ملاحظة الدليل الوارد في المسألة وأنه هل يفيد التخيير العرضي في ما بين الأمرين قبل التصرف وتعيين الارش بعده، أو أنه يفيد تعيين الرد قبل التصرف والارش مكانه بعده؟

فنقول وعلى الله الاتكال في كل حال: إنه لم يوجد في الأخبار ما ظاهره التخيير، نعم في الفقه الرضوي - عليه السلام -: «فإن خرج السلعة معيماً وعلم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده، وإن شاء أخذه، أو رد عليه بالقيمة ارش العيب» وظاهره على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - أن ما بعد (أو) أيضاً طرف ثالث للخيار، يعني: أنه يختص في ما بين الرد والأخذ بتمام الثمن وأخذ الارش، وهذا مبني على رجوع ضمير «رد» إلى المشتري.

لكن يمكن أن يكون الضمير راجعاً إلى البائع، والمقصود أن المشتري بين الأمرين بالخيار إلا أن يبيح البائع ويرد عليه بارش العيب، فيسقط عند ذلك خيار المشتري، فلا يكون الارش على هذا طرفاً لخيار المشتري، وإنما اختياراً بيد البائع بمعنى أنه ليس للمشتري الرد مع بذل البائع للارش، لأن خياره مشروط بعدم البذل وقد بذل، فلا تنطبق الرواية على هذا المعنى على المشهور من ثبوت التخيير بين الأمور الثلاثة للمشتري وأنه ليس للبائع اختيار أحدها.

وهنا طريق آخر لإثبات التخيير بغير الإجماع ذكره السيد المحقق الطباطبائي في حاشيته على مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سرهما - وإن خدش

هو - قدس سره - فيه، وهو أن يقال: إن لنا ثلاث طوائف من الأخبار.

الأولى: ما أطلق فيه الرد وهي كثيرة، والثانية: ما أطلق فيه الارش، والثالثة: المفصلة في ما بين التصرف وعدمه، وهذا مقيد لإطلاق الأولتين؛ حيث إن مقتضاهما التسوية بين الحالين، وهذا يفيد الفرق بانحصار الارش وعدم جواز الرد بعد التصرف، ومقتضى الجمع العرفي بين إطلاقي الطائفتين الأولتين هو حمل ظاهر كل على نص الآخر، فإن كلاً منهما ظاهر في التعيين ونص في الجواز، فنحكم بمقتضى نصوصية كل بجواز الأمرين ونرفع اليد عن ظهور كل في التعيين.

ثم هذا في ما قبل التصرف وأما بعده فبمقتضى الطائفة الثالثة يحكم بتعيين الارش وارتفاع التخيير، ثم أخبار الأولى والثالثة معلومة، وأما الثانية فذكر لها ثلاثة أخبار:

الأول: ما تقدّم من رواية يونس بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف وكون الشيوبة عيباً.

والثاني: خبر عمر بن يزيد: «قال: كنت أنا وعمر بالمدينة، فباع عمر جراباً هروياً كل ثوب بكذا وكذا، فأخذوه فاققسموه، فوجدوا ثوباً فيه عيب، فقال لهم عمر: أعطيكُم ثمنه الذي بعتمك به، قالوا: لا ولكنا نأخذ منك قيمة الثوب، فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله - عليه السلام - فقال: يلزمه ذلك»^(١).

بناءً على عدم كون القسمة تصرفاً كما لا يبعد، ورجوع الضمير في قوله - عليه السلام - «يلزمه» إلى البائع، ولا ينافيه أن ذلك خلاف مقام التخاطب، فإن

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦، من أبواب الخيار، ص ٣٦٢، ح ١.

مقتضاه الإتيان بكاف الخطاب، لأن السائل كان هو البائع؛ لأن الناقل للقضية شخص آخر، وليس هذا بخلاف المتعارف في مقام نقل شخص عن شخص كما يشهد به ملاحظة أمثاله في الفارسية وبناءً على أن يكون المراد بالقيمة التي طالبها المشتري هو التفاوت في ما بين الصحيح والمعيب كما هو الظاهر أيضاً لعدم احتمال غيره، ويعد كون الضمير راجعاً إلى المشتري لكونه حسب الفرض جماعة، فكان اللازم أن يقول: يلزمهم ذلك، أعني: قبول الثمن، مع أن المنقول عن نسخة التهذيب «يلزمهم» بضمير الجمع، فتصير الرواية حيثشذ على خلاف المشهور القائلين بلزوم الأرض عند مطالبة المشتري قبل التصرف.

والحاصل في الرواية احتمالات:

الأول: أن يكون طرفا التردد ثمن الثوب المعيب، أعني: ما خصه في ضمن المجموع وقيمه المراد بها تفاوت القيمة، وقد عرفت عدم مساس الرواية بالمقام على نسخة التهذيب، وعلى الأخرى لا أقل من الإجمال لو لم نقل بظهور ضمير الغائب في الرجوع إلى المشتري فيتحد مع نسخة التهذيب.

الثاني: أن يكون المراد بالثمن ثمن الجراب المشتل على الثياب وبالقيمة ما قابل الثوب المعيب بخصوصه، فتدل الرواية على عدم جواز الفسخ في البعض المعيب خاصة ولا ربط لها بالمقام أيضاً.

الثالث: أن يكون المراد بالثمن ما قابله في المبايعه وبالقيمة قيمته العادلة السوقية، وعلى هذا أيضاً لا ربط لها بما نحن فيه.

الثالث: خبر السكوني: «إن علياً - عليه السلام - قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى علي - عليه السلام - فقال له علي - عليه السلام -: لك بكيل الرب سمن، فقال له الرجل: إننا بعتك منك حكرة،

فقال له عليّ -عليه السلام-: إنما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رباً^(١) بناءً على ظهوره في بيع الشخصي وكون الرب مخلوطاً مع السمن حتى يعدّ عيباً فيه، فيكون أخذ السمن بكيله من باب الارش.

ولكن فيه أنّ الظهور في الشخصي وإن كان حقاً، لكن ظاهر قوله: «لك وكيل الرب سمناً» أنّ الربّ ممتاز يمكن تعيين كيله، ومعه يخرج عن باب العيب إلى تبعض الصفقة، فتكون الرواية حكماً على خلاف القاعدة؛ فإن مقتضى القاعدة بطلان البيع بالنسبة إلى ما قابل الرب وحدث الخيار للمشتري بالنسبة إلى البعض الآخر لتبعض الصفقة.

وعلى كلّ حال فلو فرضنا سلامة الروايات الثلاث عن الخدشة في الدلالة على الارش بنحو الاطلاق لأمكن الخدشة في الجمع العرفي الذي ذكره من حلها مع أخبار الرد على التخيير، فإنّ هذا ما دام لم يكن في البين شاهد جمع، وأمّا بعد وجود الخبر المفصل فيما بين ما قبل التصرف وما بعده بالرد في الأول، والارش في الثاني يتعيّن الحمل على ذلك.

وقد يتشبّه لإثبات التخيير بأننا لا نحتمل مدخلة التصرف في ثبوت استحقاق الارش بل الدخالة كلّها للعيب وهو بعينه موجود في ما قبل التصرف، غاية الأمر روعي جانب المشتري، حيث جعل له الرد؛ لأنّ مصلحته فيه أزيد، وحينئذ فلا يعقل المانع في هذا الجعل الذي وقع لأجل مراعاته، فلو فرض أنّه رضي بترك الرد ولكن لم يرض بالعيب أيضاً، فالمقتضي لاستحقاق الارش موجود والمانع مفقود فليؤثر أثره.

والحاصل ذكر الرد وعدم التعرض للارش إنّما هو لأجل أنّ الطباع لا

يميلون إلى الارش ما دام الرد ممكناً، فالارش إنَّما يصار إليه حيث لا تَمُكِّن من الرد، لا أنَّ تشريع الارش مخصوص بصورة عدم التمكن، وذلك لما عرفت من العلم بعدم ثبوت مدخلية لغير العيب في استحقاق الارش وعدم تصوّر مانعية في إمكان الرد بالنسبة إلى الارش، وذلك لظهور الأدلة في كون الرد لرعاية جانب المشتري لا للتضييق عليه، والعجب أنَّ شيخنا المرتضى - قدس سره - قد تشبَّث بمثل هذا في عدم مدخلية ظهور العيب في ثبوت استحقاق الارش، ولم يذكره بالنسبة إلى التصرف مع أنَّ المقامين من واحد، هذا.

ثمَّ إنَّ المنقول عن شيخ الطائفة أنَّه ذهب إلى أنَّ أخذ الارش مشروط باليأس عن الرد، وردّه شيخنا المرتضى - قدس سره - بمخالفته لإطلاق الأخبار بجواز الارش. فربَّما يتوهم المتوهم أنَّ هذا الكلام منافٍ لما ذكره - قدس سره - قبل أسطر من أنَّ الارش لم يوجد في الأخبار ما يدلُّ على التخيير بينه وبين الرد، بل ما دلَّ عليه مختصّ بصورة التصرف المانع من الرد. لكنَّ التوهم فاسد، لأنَّ مقصود شيخ الطائفة من اليأس عدم التمكن ولو بطريق الاستقالة، وهذا المعنى معلوم أنَّه يمكن دفعه بإطلاق الأخبار كما هو واضح.

ثمَّ إنَّ الظاهر من عنواني الظهور والوجدان الواقعيين في الأخبار هو الطريقة الصرفة، فالخيار ثابت بنفس العقد، وذلك لظهور نفس التقييد بهما ولو في مورد كان الحكم تعدياً صرفاً في ذلك، فكيف وهو في المقام إمضاء لما ارتكز في الأذهان العرفية، والثابت عندهم إنَّما هو الخيار بنفس العيب الواقعي مع العقد من دون مدخلية لوصفي الظهور والرؤية وهذا واضح أيضاً.

ثمَّ إنَّ شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر هنا أيضاً كما في خيار الغبن بأنَّ الخيار إنَّ أُريد به السلطنة الفعلية، فمن المعلوم عدم حصوله إلا بعد العلم

بالصغرى والكبرى، وإن أريد به نفس الحق الواقعي فهو ثابت مع قطع النظر عن العلم والجهل، نعم في الآثار لابد من النظر إلى أدلتها، فما يظهر من دليله ترتبه على نفس الحق الواقعي حكم به قبل الظهور ومنه جواز الفسخ الاقتراحي، أو بظن سبب معدوم ومنه جواز الإسقاط وما يظهر من دليله ترتبه على السلطنة الفعلية يتوقف على حصول العلم، ومثل له في خيار الغبن يكون التصرف مسقطاً للخيار، فإن دلالة على الالتزام بالبيع إنما هو بعد العلم بالموجب للخيار.

وأنت خير بأن هذا الذي جعله مثلاً لا يجري هنا، فإن التصرف هنا غير مسقط للخيار، بل معيّن لأحد طرفيه من الارش ومسقط للآخر من غير فرق بين ما قبل العلم وما بعده، فلا يُعلم هنا مثال لما يكون مترتباً على السلطنة الفعلية، هذا.

ثم إنه ادعى شيخنا المرتضى - قدس سره - ثبوت هذا الخيار في جانب الثمن أيضاً، لكن لو ثبت إجماع فهو، وإلا فالأخبار قاصرة، لاختصاصها بالثمن، نعم مقتضى ما ذكرنا من الانصراف وظهور العقد في التقيد بوصف الصحة مع أصالة السلامة مشترك في المقامين، لكن الثابت على تقديره خيار عرفي آخر لا ربط له بخيار العيب وإثبات الارش.

بقي في المقام شيء وهو أنه هل يثبت هذا الخيار في بيع الكلي أيضاً أو أنه خاص بالشخصي، قال في الشرائع: إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها ووجد ما صار إليه غير فضة قبل التفرق له المطالبة بالبدل - إلى أن قال - وإن لم تخرج بالعيب عن الجنسية كان مختسراً بين الرد والإمساك بالثمن من غير ارش له والمطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً وفي ما بعد التفرق تردّد، انتهى.

وعن العلامة في الإرشاد في فرض المسألة له الرد والإمساك بغير ارش والبدل وإن تفرقا.

وعن المبسوط والوسيلة تخييره بعد التفرق بين الرضى بالبيع والفسخ والإبدال .

وعن التذكرة والمختلف أنه يطالب البدل وليس له الفسخ إلا مع تعذر الإبدال، وعن المختلف جواز أخذ الارش أيضاً في مختلف الجنس حتى بعد التفرق.

قال في الجواهر: وهو المفهوم من عبارة القواعد.

ولكن استشكل في هذا الحكم شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - وتوضيح المقام أنّ الأمر في الكلّي لا يخلو عن حالين، إمّا نقول بانصرافه إلى الصحيح، وإمّا لا، فإن قلنا بالأول كما هو الصحيح، فلا يخلو إمّا نقول بوحدة المطلوب كما هو الصحيح، أو بتعدده، وعلى الثاني إمّا نقول بأنّ هنا مبيعين أحدهما: المطلق، والثاني: المقيّد، كما في التعدّد المطلوب في باب التكاليف في مثل: «إذا كان كذا أعتق رقبة» و «إذا كان كذا أعتق رقبة مؤمنة» وإمّا يكون المبيع صرف الوجود وأخذ هو محلاً للخصوصية، أعني: وصف الصحة، كما هو أحد المحتملين في الجهر بالقراءة، وعلى جميع هذه التقادير لا يصحّ القول بثبوت الأمور المذكورة من الردّ والإمساك والإبدال والارش.

أما على الانصراف ووحدة المطلوب كما هو الصحيح؛ فلأنّ الفرد المدفوع لم يصر ملكاً للمشتري؛ لأنّه غير فرد للمبيع لوضوح أنّ الإنسان الأبيض غير مصداق للإنسان الأسود، فلا فرق في المغايرة والأجنبية مع المبيع بين دفع ماليس بجنس كالخشب في بيع الحنطة، وبين دفع فاقد الوصف، وإن كان بينهما فرق في الشخصي، ولهذا كان له الإغماض عن فقدان الوصف في فاقده واتخاذ مبيعاً، لأنّه وقع عليه البيع.

وبعبارة أخرى وإن كان قد باع هذا الموصوف فتخلف الوصف، لكن لم يتخلف الإشارة، وهي أيضاً وإن كانت متقيدة بالدقة فيكون متخلفة ولكن بنظر العرف غير متخلفة، ويكون البيع لهذا الموصوف كالضرب له.

وبالجملة يمكن في الشخصي دعوى المبيعية في الفاقد، وأما في الكلبي فلا سبيل إلى ذلك؛ فإن العرف يفهم أن المبيع إذا كان كلبي الحنطة الحمراء مثلاً، فليس دفع الصفراء وفاة بالمبيع أصلاً، وعلى هذا فالمتعين هو الإبدال لا غير من دون حق في الفسخ والارث والامساك بغير أرش.

وأما على الانصراف وتعدد المطلوب بالنحو الأول فاللازم قبول المدفوع وبقاء فرد صحيح في ذمة البائع مصداقاً للمبيع المقيد، فليس له الإبدال حيثئذ أيضاً ويتعين الإمساك بغير أرش، نعم له المطالبة بفرد آخر صحيح.

وأما على تعدد المطلوب بالنحو الثاني، فليس له الإبدال أيضاً، لأن هذا مصداق لصرف الوجود فيجوز له الإمساك والإغماض عن فقدان الصفة، ويجوز له فسخ أصل المعاملة؛ لأن هذا يرجع إلى اشتراط وجود الصفة في الصرف الذي يملكه خارجاً، وقد فرض تخلفه، فالثابت له خيار تخلف الشرط لا العيب، فليس له الارث كما ليس له الإبدال، نعم هنا كلام في أن له أن يسلب عنوان الوفاة عن هذا المدفوع نظير ما يقال في تبديل الامتثال في ما إذا كان المطلوب صرف الوجود.

وأما على منع الانصراف صحت الإمساك ولا وجه للرد، نعم إلا أن يقال بأن الأخبار شاملة لمثل هذه العين الشخصية التي هي صارت مبيعةً بالعرض؛ لانطباق الكلبي المبيع عليها، فيصدق أن هذا مبيع وهو معيب، فيجري فيه الخيار بين الرد والإمساك بغير أرش والارث، لكن على كل حال لا يبقى مجال للإبدال لأنه فرع عدم المصدقية للكلبي، والمفروض أن المعيب مصداق لعدم انصراف

الكلّي إلى الصحيح، هذا.

القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما.

مسألة: يسقط الرد خاصّة بأمر: أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاط الرد واختيار الارش، فإنّ الظاهر جواز هذا التضيّك له، فإنّ حقّه يرجع إلى حقّين فيجوز له إسقاط أحدهما وإبقاء الآخر، ولا يضّر كونها على وجه التبادل له، فإنّه نظير الأيدي المتعاقبة لو أبرأ بالنسبة إلى يد واحدة، يعني: أسقط إضافة حقّه إلى تلك العهدة فإنّ هذا جائز له.

الثاني من مسقطات الردّ: التصرف في المغيّب. اعلم أنّ الموجود في الباب صحيحة ظاهرة في تعليق حكم سقوط الرد ومضّي البيع على عنوان إحداث شيء في المغيّب، ومرسلة معلّقة للحكم على عدم قيام الشيء بعينه، فإمّا لا بدّ من التصرف في ظهور الأوّل بالغناء حيث الإضافة والاسناد إلى المشتري وجعل المعيار مجرد حدوث شيء مع التقييد بكونه مغيّراً، وإمّا من التصرف في ظهور الثاني بجعله كناية عن التصرف، ولكن لا داعي إلى هذين، بل اللازم الأخذ بظاهر كلّ منهما.

فالظاهر من الثاني: أنّ التغيّر وإن حدث من فعل أجنبيّ، بل وإن لم يحدث من قبل أحد كالموت - حيث إنّ أعظم أفراد عدم القيام بالعين - موجب لسقوط الردّ.

وأما الخبر الأوّل: فإمّا ظاهر - بقرينة الخبر الوارد في خيار الحيوان المعبر فيه أيضاً بإحداث الحدث مع تفسيره بمثل النظر واللمس للجارية معللاً بأنّه رضّي بالبيع - في خصوص ما كان من التصرفات كاشفة عن الرضى بالبيع، وإمّا مجمل، ويفهم التعدي من ذلك الخبر الوارد في خيار الحيوان، فإنّ ظاهر ذلك الخبر - بعد

إرادة التنزيل في قوله «رضى بالبيع» ويُعد إرادة الكشف عن الالتزام في مقابل الفسخ، فإنه فرع الالتفات إلى وجود الخيار المفقود بحسب الغالب — إرادة كون التصرف كاشفاً عن عدم إرادة صاحبه لردّ المبيع ولو بتخيّل أنّه لا يجوز له الردّ مع عدم حضور نفسه للاستقالة أيضاً، فإنه ليس التزاماً بالعقد وإسقاطاً لحقّ الخيار، ولكنّه جعل هذا المعنى في الخبر تعبّداً مسقطاً للخيار.

فنقول: يستفاد من مجموع الخبرين أو الأخبار الثلاثة أنّ في الباب مسقطين، أحدهما مطلق التغيّر، والثاني مطلق الكاشف عن استمساك المبيع وعدم خيال رده، ولو مثل ابتياع السرج الغالي القيمة، أو بناء الطويلة للفرس.

لا يقال: مقتضى قوله «عنه سلام» في المرسلّة: «إن كان قائماً بعينه رده» أنّه يجوز الردّ ولو حصل التصرف الكاشف.

لأنّا نقول: لا يخلو الحال، إمّا نقول بأنّ هذه قضية حيثية ناظرة إلى أنّه لا مانع من هذا الحيث مع قطع النظر عن الحيثيات الأخرى، ألا ترى أنّه لا يفهم منه جواز الردّ ولو مع سبق الإسقاط، فالحاصل لا نظر له إلى أنّ هنا شيئاً آخر مسقطاً أو لا، فلا يتأفیه وجود مسقط آخر.

أو نقول: إنّهُ قضية فعلية يتأفیه وجود المسقط الآخر، فمقتضاء أنّه ليس شيء في البين سوى التغيّر، وأنّه لو لم يكن فلا مسقط للردّ، فحينئذ يتحقّق التنافي على وجه التباين في ما بين مضموني الصحيحة والمرسلّة، ولا يمكن القول بأنّ النسبة بينهما عموم من وجه بملاحظة توافقهما في مادّة الاقتراق، أعني: ما إذا كان إحداث الشيء ولم يكن القيام بالعين، وما إذا كان القيام بالعين ولم يكن إحداث الحدث، فيتعارضان في مورد الاجتماع، أعني: صورة القيام بالعين مع إحداث الحدث، وذلك لأنّ المضمونين متباينان، يعني: أنّ مفاد المرسلّة كون المناطية

والمداوية للقيام بالعين وعدمه، فمع عدمه يكون سقوط الرد معلولاً له لا للإحداث ومقتضى الصحيحة أنه للإحداث.

لا يقال: ما الفرق بين المقام وبين قضيتي «إذا خفي الجدران فقصر» و«إذا خفي الأذان فقصر»؟

لأننا نقول: لو أخذنا ظهور المنطوق في حصر السبب لتحقيق التنافي كما قلنا، ولكن المسهل للخطب هناك أنه لا ظهور قوي في السببية، فيرفع اليد عنه، فيكون المعنى أصل تحقق السببية لكل من الأمرين، أعني: خفاء الأذان وخفاء الجدران، فكأنه قلنا: هذا سبب وهذا أيضاً سبب، ومن المعلوم عدم التنافي بينهما، وأما في المقام فالمفروض ظهور القضية ولو بالإطلاق لصورة الإحداث في أنه ليس هنا مسقط آخر غير عدم القيام بالعين، فالجواز مع القيام ثابت مطلقاً ومع عدم القيام منفي لأجله، فمفاد الحصر الذي الغناه هناك صار هنا مستفاداً ببركة الإطلاق، ومن المعلوم التنافي بين مضمون «أن المناط هو عدم القيام فقط» ومضمون «أن الإحداث أيضاً مناط».

فعلى هذا لا بد من معاملة الخاصين المتباينين مع الصحيحة والمرسلة، والرجوع بعد تساقطهما إلى ذلك الخبر العام الوارد في الحيوان الشامل لخيار العيب وغيره.

ولكن حيث عرفت أن القضية واردة في مقام الحكم الحيثي - ولهذا لا منافاة فيها مع مسقطية الإسقاط - فيكون هنا عنوانان للإسقاط، أحدهما: مطلق الكاشف عن الرضى بالبيع ولو مبنياً على خيال عدم الحق في الرد ولو لم يكن تصرفاً كما مر من مثال شراء السرج للدابة، والثاني: مطلق تغير العين ولو لم يرجع إلى التصرف أيضاً كما لو أوقع الريح الثوب في مكان فصبغه، وعلى هذا يسهل

الأمر في مثل التصرفات المخرجة عن الملك سواء بالنقل اللازم أو الجائز أم العتق أم الوقف، فإن صاحبها راض بالمعاملة وغير قاصد للردّ والنقض، بل وكذا مثل الوصية والتدبير.

نعم يبقى الإشكال على مثل شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث جعل التصرف الكاشف عن الرضى بالمعاملة، بمعنى إسقاط حق الخيار الذي هو في مقابل الفسخ عنواناً للإسقاط؛ فإنّ هذا المعنى لا يصدق مع فرض وقوع الناقل قبل الاطلاع بالخيار، والمفروض عدم صدق العنوان الآخر أعني: عدم البقاء بعينه، فإنّ المبيع بعد الفسخ يكون باقياً على حاله. نعم لو أوقع النقل اللازم فلا يبقى تخيره بين الرد والارض، من حيث إنّ الفسخ قضيتّه رجوع العين بعين الملكية السابقة وهو غير اختياري للفاسخ؛ لفرض لزوم العقد، اللهم إلا أن يقطع بحضور صاحبه للإقالة لو استقاله.

ثم إنّّه يبقى الكلام على كلا المذاقين في مثل التلف السماوي، حيث إنّّه يمكن الخدشة في انطباق كلا العنوانين عليه، أمّا عدم انطباق عنوان الكاشف بكلا المعنيين فواضح، وأمّا عنوان عدم البقاء بعينه، فلأنّ المفروض في الرواية هو الفراغ عن وجود العين؛ فإنّ العين التي فرض وجودها قد فصل بين حالتها، نظير التفصيل بين حالتي قيام وعدم قيام زيد المفروغ وجوده حيث إنّّه ساكت عن حكم حال عدم أصل زيد، فكذا في المقام.

ودعوى مفهومية حال التلف وإنّّه إذا كان تغير الأوصاف مع محفوظية الذات موجباً للسقوط فتلف أصل الذات بطريق أولى، مدفوعة بأنّه إن أريد انفعال ذلك من اللفظ من قبيل انفعال خرمه الضرب والشتم من آية ﴿لا تقل لها أف﴾.

ففيه أن مورد الفحوى التي هي قسم من الدلالات اللفظية ما إذا كان سوق الكلام لأجل إفادته، وأين هذا من مثل المقام الذي يمكن فيه عدم تطور التلف بذهن المتخاطبين.

وإن أريد أنه وإن لم يفهم من اللفظ ولكن يفهم بالطريق الأولى وبقياس الأولوية، ففيه منع دعوى هذا القطع فضلاً عن الأولوية، وبعد إمكان الفرق بين المقامين، وأن الشارع حكم بالرجوع إلى البدل مع التلف، يكون المرجع استصحاب بقاء الخيار الذي كان موضوعه العقد، وهو موجود في حالتي وجود العين وعدمه على ما يظهر من العلماء - رضوان الله عليهم - هذا.

وأما وطي الجارية، فيمكن أن يقال حسب القاعدة بكونه مسقطاً؛ لأنه ينطبق عليه كلا العنوانين، لكونه كاشفاً عن الرضى بالبيان المتقدم، وموجب لتغير الأمة، فإن الأمة الغير الموطوءة تكون أصفى بنظر صاحبها الأولى منها في ما بعد وطي المشتري لها، فيعرضها بهذا الوطي حالة النفرة، هذا مضافاً إلى الأخبار الخاصة الواردة بمسقطية الوطي للرد.

ولكن هل الوطي مسقط تعبدى في عرض ذينك العنوانين، أو ليس عنواناً مستقلاً؟ ويظهر الثمر لو قلنا بعدم حصول التغير بذلك وإن كان خلاف التحقيق مع وقوع الوطي بوجه الاشتباه الغير الكاشف عن الرضى، فعلى التعبد به يسقط الرد لصديق الوطي، وندرة الوجود لا يوجب الانصراف، وعلى العدم لا يسقط، لكن الظاهر عدم كونه مسقطاً برأسه، ولا أقل من الشك، فيبقى أصالة جواز الرد قبله بحالها.

ويبقى الكلام في أمرين، الأول: أنه ورد في أخبار مانعية الوطي التعبير بأنه «معاذ الله أن يجعل لها أجر» فهل المراد بهذا ماذا؟ قال شيخنا المرتضى - قدس

سره الشريف - : ما يظهر لي عاجلاً أنه صدر هذا عن الإمام - عليه السلام - على سبيل
المهاشة للمخالفين المستنكرين لإجارة الفروج والرد، حيث إنه ملازم لدفع مقدار
من المال بملاحظة الوطي بعنوان ارض الجناية الذي هو جزء من قيمتها وهو في
الصورة مشابه للأجرة على الفرج، وهو أمر مستنكر، فتكون الاستعاذة لأجل هذا
الأمر المستنكر بنظر الخصم محاشاة وتقيةً.

ولكن يبعده أنه إذا كان أصل الحكم الواقعي موافقاً لمذهبهم لا داعي إلى
اعمال التقية في إقامة الوجه له على وفق مذهبهم، والحاصل إظهار الموافقة مع
عدم ما يوجب التقية بعيد غايته.

وأما التوجيه بأنه لما يكون هذا استيفاء في الملك فاستعاذ - عليه السلام - أن يجعل
بازائه شيئاً وغرامةً، والمعاملة معه معاملة الوطي لجارية الغير بشبهة، فيبعده وقوع
مثله في عيب الحبل من غير المولى كما يأتي، مع أنه لا يصلح وجهاً لتعتين الارض
وعدم الرد؛ إذ اللازم هو الرد بلا شيء بازاء الوطي، ولعل الأظهر أنه في قبال
بعض العامة القائلين بالردّ مع ردّ مهر المثل، فالاستعاذة من القول بما قاله هذا
البعض على حسب رأيه، وقياسه، وأن الواجب هو القول بتعتين الارض.

وكيف كان بقي الأمر الثاني، وهو أنه ورد في الأخبار وكلمات الأصحاب
- رضوان الله عليهم - استثناء عيب الحبل عن هذا الحكم أعني: أنه لو ظهرت
الامة بعد وطئها معيبة بعيب الحبل من غير المولى، لا يمنع هذا الوطي عن ردّها
ويردّ معها العقر، وأما الحبل من المولى على وجه كانت أم ولد، فالبيع معه باطل،
وطئ أم لم يطق، ولكن خالف في ذلك جماعة فألحقوا الحبل بغيره في مانعية الوطي
عن الرد بسببه كسائر العيوب، ومنشأ الاختلاف اختلاف الأنظار في معنى الأخبار
الواردة في الباب، فحملها المشهور على الحبل من غير المولى، والرد على الرد في

الملك، وهيئة قوله - عليه السلام - : «ترد» على الجواز، بملاحظة سبق الحظر، يعني: أن هذا العيب غير سائر العيوب، فترد معه الجارية بعد الوطي وإن كان ممنوعاً في غيره، وحملها الجماعة على الحبل من المولى وأن الرد هو الرد إلى المالك وهيئة على ظاهرها من الوجوب.

ولابد من الكلام أولاً: في ظاهر نفس هذه الأخبار مع قطع النظر عن المعارضة مع ما يخالفها من الظواهر الأخر وأنه يقتضي ما ذكره أي الطائفتين.

وثانياً: في ما يقتضيه الجمع العرفي بينها وبين ما بقاها من مطلقات مانعة الوطي عن الرد بالعيب من غير تفصيل بين عيب دون عيب وغيرها لو كان، فإن النسبة ولو كان بالإطلاق والتقييد لكن ربما يتعين التصرف في المقيّد بحمله على خلاف ظاهره لئلا ينافي المطلق، كما لو ورد أكرم العلماء وورد لا تكرم زيدا، وتردّ بين العالم والجاهل، وكان له ظهور في الجملة في زيد العالم، فإنه ربما يرفع اليد عن هذا الظهور حفظاً للعموم، وبه يرفع الإجمال عن الخاص ويحمل على زيد الجاهل.

أما الكلام في الجهة الأولى: فاعلم أن الاحتمالات المتصورة في هذه الأخبار بين ثلاثة لا رابع لها.

الأول: أن يراد بالهيئة الأعم من الجواز واللزوم، ومن الرد الأعم من رد المال إلى مالكة كما في بيع أم الولد، أو إلى الملك كما في الرد بالعيب ومن الحبل الأعم من حصوله من المولى أو من غيره.

والثاني: التقييد للحبل بكونه من المولى وحمل الهيئة على ظاهرها من الوجوب، والرد على الرد إلى المالك.

والثالث: التقييد بكونه من غير المولى مع حمل الهيئة على الجواز؛ لأنَّ المقام مقام الحظر، يعني أنَّ الوطني غير مانع في هذا المقام وإن كان كذلك في غيره.

ثم لو كنّا وهذه الأخبار أمكن دعوى ظهورها في حدّ نفسها في المعنى الأخير؛ فإنّه سالم عن المخالفة للظاهر في الأولين، أمّا الأول فلأنّه خلاف ظاهر الهيئة حيث إنّه الوجوب ولا يكفي المسبوقية بالحظر بالنسبة إلى بعض الأفراد، وأيضاً خلاف ظاهر الرد، فإنّه يمكن دعوى ظهوره في الرد إلى الملك الذي هو في البيوع الخيارية، دون الرد الثابت في البيوع الباطلة والأموال المسروقة، مضافاً إلى قضية وحدة السياق في بعض الأخبار حيث أردفه مع الرد في بيع الأمة الغير الحبل إذا ظهر فيها عيب آخر وخصوصاً مع أنّه لا يختص الحكم بالبطلان في بيع أمّ الولد بصورة الوطني، ولا وجه لتوهمه، وبعد بُعد هذا المعنى يدور الأمر بين أحد التقيدين الآخرين حتّى يكون مفادها على أحدهما بطلان بيع أمّ الولد وعلى الآخر جواز الرد بالعيب في الأمة الحبل غير أمّ الولد.

والإنصاف أنَّ قرينة وحدة السياق مانعة عن الحمل على الأول مضافاً إلى ظهور الرد في حدّ نفسه في الرد بعنوان الفسخ، فالأخبار في حدّ نفسها ظاهرة في ما ذكره المشهور كما اعترف به شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أيضاً، غاية الأمر عارضه مع ظواهر آخر.

أمّا الكلام في الجهة الثانية أعني: معارضتها مع أخبار مانعية الوطني فالأمر وإن كان دائراً بين تقييد تلك بغير عيب الحبل أو تقييد هذه بحبل الأمة من المولى حتّى لا يرتبط بالمقام، لكن يمكن ادّعاء أظهرية هذه الأخبار ولزوم التصرف في تلك من وجهين.

الأول: أن يقال: إنّ كلمة العيب لا تشمل مثل الحبل لأنّه ليس بعيب،

وإنّما أجمعوا على عييته لأجل أنّ الأخبار جعلته بحكمه وأدرجته في سلكه، ولولا ذلك لما فهمنا دخوله في تلك الأخبار.

الثاني: إنّنا سلّمنا ظهورها لكنّ الظهور القابل للإنكار لا يقاوم ظهور أخبار الباب التي عرفت قوّتها بملاحظة وحدة السياق وغيرها.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - أيضاً اعترف بظهور الأخبار في ما قلنا، إلّا أنّه - قدّس سرّه - عارضه بظهورات أخرى.

منها: لزوم أحد التصرفين بناءً على مذهب المشهور إمّا حمل الحبل على ظاهره من الإطلاق والهيئة على الأعم من الوجوب وهو خلاف الظاهر، وإمّا تقييد الحمل بحبل غير المولى فتكون الهيئة واردة في مقام الحظر وليست ظاهرة في الوجوب، ولكن فيه أنّ هذا المحذور يلزم على مذهب الجماعة أيضاً لأنهم أيضاً يقيّدون الحبل بكونه من المولى.

ومنها: مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعدة عدم العقر في وطى الملك، وفيه أنّه ليس لنا عموم لفظي دالّ على انتفاء العقر في وطى الملك، نعم الثابت إنّما هو عدم لزوم الأجرة بازاء الاستيفاء لمنافع الملك، وأمّا عدم لزوم الشيء أصلاً حتّى بعنوان الجبران للمعار اللازم على البائع في مثل المقام فليس الدليل عليه إلّا الأصل وهو مورد ورود الدليل الاجتهادي.

ومنها: ظهور قوله في مرسلّة ابن أبي عمير: «رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم»^(١) في كون السؤال عن بيع أمّ الولد وإلّا لما كان لذكر القيد فائدة، وفيه أنّ من الممكن كونه محتملاً أنّ الجهل يمنع عن ردّ المشتري للجارية لعدم تقصير البائع.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٧، ح ٩ و ١٠.

ثم قال - قدس سره -: وغاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على مانعية الوطي للردّ بالعموم من وجه، فتبقى هذه الوجوه مرجحاً لتقييد هذه الأخبار، ولو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم وبين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بها لم يكن من المولى وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط لكونه رضئ بالبيع.

ومقصوده - قدس سره - جعل هذا الخبر مرجعاً مع الإغماض عن مختاره في السابق من تخصيصه التصرف بها كان بعد العلم أو كان مغتبراً، والبناء على مسقطية مطلق التصرف سواء كان قبل العلم أم بعده، مغتبراً أم لا، كاشفاً عن الرضى أم لا؟ كما أنّه بناء على مختاره من التخصيص يكون المرجع بعد التكافؤ عموم ما دلّ على جواز الرد مع بقاء العين بناءً على عدم تغيير الوطي للعين كما ذكره - قدس سره -، وقد أشار إلى مرجعية هذا على مختاره بقوله: ويمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الرد مع قيام العين.

فإن قلت: كيف يكون ما دلّ على كون مطلق التصرف مسقطاً مرجعاً والحال أنّه أيضاً كالخبر الدالّ على كون الوطي مانعاً، نسبته مع هذه الأخبار عموم من وجه، لأنّ موردهما البيع الصحيح، وهذه الأخبار أعمّ من الصحيح كما في صورة الحمل من غير المولى أو المولى مع عدم صيرورة الجارية أم ولد، ومن الفاسد كما في صورة كونها أم ولد وشأن المرجع أن يكون عامّاً مطلقاً؟

قلت: يمكن الجواب بأنّ وجه تقديم الخاص المطلق على العام كذلك ليس إلّا من جهة أقوائية ظهور الخاص، فلو فرض أنّ الأقوائية حصلت بين العامين من وجه وجب المعاملة معها معاملة الخاص والعام المطلقين، وذلك لأنّ أحد العامين من وجه لو كان أضيق دائرة والآخر أوسعها، فلا شك أنّه قد يصير

الأضيق أظهر من الأوسع، ومنه المقام، فإنه لا شبهة لأحد ظاهراً في عدم الدغدغة في تقديم هذه الأخبار المجوّزة للردّ بالحبل مع التصرف الوطني على ذلك العموم الواسع الدالّ على مانعية كلّ التصرف في كلّ المبيع، ولازم هذا أنّه إذا صارت هذه الأخبار معارضة بأخبار آخر في عرضها أعني: أخبار مانعية الوطني عن الردّ بالعيب صلح هذا العموم للمرجعية. هذا.

ثمّ إنّه - قدس سرّه - بعد الغض عن هذا العموم والخذشة فيه وكذا في ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين قال: وجب الرجوع إلى أصالة جواز الردّ الثابت قبل الوطني لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلا الإجماع المركّب وعدم الفصل بين الردّ والعقر فافهم، انتهى.

ويمكن أن يشير بقوله: «فافهم» إلى أنّه إنّما تضرّر هذه الملازمة الثابتة بين الردّ والعقر بالإجماع إذا ثبتت في الأعمّ من الظاهر والواقع، وأمّا إذا ثبتت في خصوص الواقع فيمكن التفكيك في مرحلة الظاهر بمقتضى أصالة الردّ وأصالة عدم العقر.

اللّهم إلا أن يقال: وإن كان لم تثبت الملازمة في الأعمّ لكنّ العمل بالأصليين يوجب المخالفة القطعية العملية للعلم الإجمالي الحاصل بأنّه إمّا يكون الثمن بتمامه ملكاً للبائع فالتصرف فيه حرام على المشتري، وإمّا يكون مقدار العقر ثابتاً في ذمّة المشتري للبائع فعدم دفعه والتصرف في الثمن مخالفة عملية لهذا العلم.

بقي هنا فرعان: الأول: بناءً على مذهب المشهور لو انضّم إلى الحبل عيب آخر، فهل الوطني مانع أو لا؟ قد يتمسك للشان بإطلاق الأخبار؛ فإنّها شاملة لما إذا اجتمع عيب الحبل مع عيب آخر فيكون بجميع أفراده خارجاً عن عموم أخبار

مانعية الوطي عن الرد بكل عيب، ولكن الظاهر أن الأخبار لا نظر لها إلى حالة الاجتماع، وإنما يتعرض بحيث الحبل.

وحيتث نقول: العيب الآخر مقتض للرد حسب ظاهر الأخبار والوطي مانع بالنسبة إليه، وأما الحبل فمقتض بلا مانع، ومقتضى القاعدة في مثله أن يكون المقتضي بلا مانع مؤثراً أثره، فيكون مقتضاها جواز الرد، فيكون جواز الرد قبل الوطي مستنداً إلى سببين وبعده إلى خصوص الحبل، وينقطع في مرحلة البقاء استناده إلى العيب الآخر، فحال الراجع في الأثناء حال المانع من الابتداء.

الثاني: هل الأخبار تشمل صورة وقوع الوطي عالماً بحصول الحبل أو خاصة بصورة وقوعه جاهلاً به؟ قد يقال بالثاني؛ لأن الأخبار بين طائفتين: ما صرح فيه بقيد وقوعه قبل العلم، وما لم يذكر فيه ذلك، أما الأولى فواضحة، وأما الثانية فيمكن أن يقال: إن مفروض الكلام صورة الجهل من الابتداء، وإلا فلو كان عالماً وأقدم على الشراء لم يتوهم كونه ذا خيار، فالمرغ عنه في ما بين المتخاطبين كون المشتري جاهلاً بعيب الحبل، وحيتث فيصير الكلام في قوة أن يقال: لو اشترى الجارية الحبل جاهلاً بحبلوليته فوطئها، فإن ظاهر هذا الكلام كون الوطي حال الجهل.

الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري، وتفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد فلما أن يحدث قبل القبض أو بعده في زمن الخيار الذي يكون المبيع في ضمان البائع أعني خيار المجلس والحيوان والشرط، وإما أن يحدث بعد القبض وبعد مضي الخيار.

فإن حدث قبل القبض أو في زمن الخيار المذكور قالوا - رضوان الله عليهم - إنه في حكم العيب الذي كان قبل العقد في أنه موجب للخيار بل والارش، ولازم ما ذكر أن لا يكون مسقطاً؛ لأن مثبت الشيء لا يكون رافعاً له،

وأما الدليل على أصل ما قالوا من إيجابه الخيار والارش فليس إلا ما ورد من أن التلف في ما قبل القبض من مال البائع، أو التلف أو الحدث في زمن الخيار ممن لا خيار له، بناءً على شمول التلف لتلف الأوصاف، لكن في الاستدلال نظر؛ إذ في المضمون المذكور احتمالان:

الأول: أن يكون المراد أنه يحكم بعد التلف بأنه تالف من مال البائع قبل العقد فيعامل معه معاملة التالف عن ملكه كذلك، فإن كان عيناً فاللزام معاملة المعاملة الواقعة على العين التالفة من البطلان وعدم الانعقاد رأساً، وإن كان وصفاً راجعاً إلى الصحة، فاللزام المعاملة كما لو وقع العقد على العين المعيبة من ثبوت الرد أو الارش.

والاحتمال الآخر: أن يكون المراد إثبات التلف عليه في الحال إما حقيقةً وإما تنزيلاً، فلازمه في تلف العين أن يعود الثمن إلى ملك المشتري، لأنه لا يستقر ملك البديل مع عود المبدل، وأما في فوات الوصف فحيث لم يقع بازائه شيء في المعاوضة فلا وجه لرجوع شيء من الثمن إلى المشتري. نعم حيث حكم بأن هذا التلف والخسارة الحاصلة من قبل فوات الوصف يكون من مال البائع إما حقيقةً وآناً ما قبل التلف، وإما تنزيلاً فاللزام من ورود التلف والخسارة عليه أن يملك المشتري من مال البائع ما يوازي ذلك الوصف الفاتت ويبدل بلحاظه من القيمة الواقعية، فلا دلالة فيه على الارش ولا على ثبوت الرد.

وأما الاحتمال الأول فهو وإن كان وافياً بالمطلوب، لكن اللازم منه ترتيب أثر الانفساخ من الأصل في تلف العين كما عرفت.

والحاصل: بعد الغض عن أن قوله ﷺ: «كل مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه»^(١) يختص بتلف العين كلاً أو بعضاً ولا يشمل فوات الوصف

١- مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

وتسليم أنه شامل للأخير أيضاً، تارةً يقال: إنَّ المعنى أنَّ نفس المبيع يصير من جزء أموال البائع إذا حدث فيه تلف عين أو نقص صفة إمَّا بلحاظ الحال أو بلحاظ الماضي، ولازمه الانفساخ من الحين أو من السابق فلا ربط له بالمقصود.

وأخرى يقال: إنَّ الضمير لا يرجع إلى نفس المبيع بل إلى التالف فكأنه قيل: التالف أو الفائت يتلف ويفوت من مال البائع، وهذا تارةً بلحاظ الحال فيستكشف الانتقال إلى البائع آنأً ما قبل التلف ولازمه الغرامة للعوض الواقعي، في فوات الوصف، وأخرى بلحاظ الماضي، ولازمه فيه وإن كان هو التخيير بين الرد والارش لكن في تلف العين رجوع التمامات إلى البائع أيضاً ولا يلتزمون به.

وثالثة يقال: الضمير راجع إلى التالف أعم من العين والوصف، لكنَّ المراد أنَّ العين والصفة وإن انتقلتا بالمقد حقيقةً إلى ملك المشتري ولكن بقيتا من الابتداء على ملك البائع من هذا الحيث تنزيلاً، فهما ملك تنزيلي من هذه الجهة، أعني: من جهة كون التلف وارداً في ملكه للبائع وملك حقيقي للمشتري، فاللازم حينئذ أن يعامل مع فوات الوصف معاملة ما إذا فات قبل الانتقال الحقيقي إلى المشتري وهو التخيير بين الرد والارش، هذا.

ولكنَّ الانصاف عدم إمكان الجزم بشمول التلف لفوات الوصف، بل يمكن دعوى ظهوره في تلف العين بعضاً أو كلياً، هذا في ما قبل القبض، نعم بالنسبة إلى ما قبل انقضاء الخيار يمكن التمسك بما ورد في بعض الأخبار من عطف قوله: «أو يحدث فيه حدث» على قوله: «يموت» فيقال: إنَّه يشمل الحديث مثل نقصان الصفة، لكنَّ المذكور في جانب الحكم إنَّها هو ثبوت ضمان ذلك على البائع، والظاهر المتبادر منه إنَّها هو القيمة السوقية من دون ملاحظة نسبته إلى خصوص ثمن المستمى وأيضاً لا مدخلية له بالرد.

فيبقى القول بكون العيب في الزمانين ملحقاً بالعيب الحادث قبل العقد في إیراث الأثرین بلا شاهد في الأخبار، نعم حكى عليه الإجماع.

نعم يمكن في خصوص زمن الخيار أن يقال بالارش المصطلح بملاحظة أن المسؤول عنه بقول السائل: «على من ضمان ذلك» هو نحو واحد في المشتري والبائع، ولا إشكال أن الذي يتصور من الضمان في حق المشتري أن يكون الثمن الذي أعطاه بملاحظة هذا الوصف الفات ذاهباً من كيسه، ولا يستحق استرجاعه من البائع، فيكون معنى ضمان البائع بهذه القرينة أيضاً استحقاقه لذلك، وكون هذا المقدار ذاهباً من كيس البائع، ومقتضى هذا وإن كان رجوع عين مقدار من الثمن، لكن يمكن أن يجعل كون تمام الثمن بازاء الموصوف لا بازائه مع الوصف قرينة على ثبوت مقدار ما يوازيه، ولو لم يكن من عين الثمن، لثلاً يلزم جمع البذل والمبدل في ملك واحد.

وعلى هذا فالضمان للارش في خصوص العيب الحادث في زمن الخيار يمكن إثباته وأما الرد فلا دليل عليه.

وأما مسألة عدم مانعيته عن الرد بالعيب القديم ولو قلنا بكونه مقتضياً وكون التغير مستقطاً، فلأجل انصراف الدليل على حسب ما هو المرتكز في أذهان العرف إلى التغيرات التي تكون على عهدة المشتري، فإنه للبائع أن يقول: قد دفعت إليك عيناً صحيحة وأنت ترد إليّ واجدة لعيب كذا.

وأما إذا كان نفس العيب على عهدة البائع وعليه غرامته فليس له هذا اللسان كما إذا كان بفعله، فإذا كان الدليل منصرفاً إلى صورة عدم الضمان على البائع يبقى صورة الضمان عليه داخلاً تحت إطلاق جواز الرد بالعيب القديم، ويكون حكم الشارع بالضمان تشخيصاً لصغرى ما انصرف الدليل عنه.

ومن هنا يمكن أن يوجّه كلام المحقق وشيخه ابن نيا على وجه لا يرد عليهما إشكال الشهيد ولا الشيخ المرتضى ولا صاحب الجواهر، بأن يقال: إنّ من المسلّم في ما بينهما أنّ العيب المضمون على البائع منصرف عنه دليل اشتراط قيام العين، لكنّ الاختلاف بينهما في الصغرى من جهة اختلافهما في معنى الضمان الذي ذكر في الأخبار، فحمله ابن نيا كما حملنا على الارش المصطلح، ولهذا قال في مدّة ثلاثة الحيوان بثبوت الخيارين، و بعدها بثبوت خيار واحد ههنا وهو خيار الرد بالعيب القديم، وحمله المحقق - قدس سره - على أنّ للمشتري أن يردّ العين المعيبة بالفسخ الذي ثبت له في خيار ثلاثة الحيوان إلى البائع، لا أنّ له استحقاق مطالبة الارش ولا أنّ له حقّ الرد بهذا العيب.

وحيثنذ فما دام الثلاثة يكون له في ما إذا كان المبيع معيباً من الابتداء خياران، أحدهما خيار الحيوان والآخر خيار الرد بالعيب القديم، وبعدها ينقطع كلا الخيارين فهما متفقان في تعدّد الخيار في ما قبل الثلاثة، وإنّما الاختلاف في ما بعدها، فذهب أحدهما إلى أنّ ضمان البائع معناه ثبوت الارش وهذا باق بعدها، فغاية خيار العيب القديم أعني: حدوث التغيّر الغير المضمون على البائع لم يحصل بعد، والآخر يقول: معنى الضمان أنّه يمكن المشتري إعادة العين بتوسّط الفسخ بخيار الحيوان إلى البائع مع وصف هذا العيب الحادث، وهذا المعنى يزول بعد الثلاثة فيبقى العيب مضموناً على المشتري فيدخل تحت منصرف الأخبار فيكون غاية الخيارين معاً انقضاء الثلاثة.

فعلم أنّ كلام الجواهر حيث جعل الكلامين متعاكسين مع تسليم أنّهما معاً قائلان بخيار واحد، وكذا كلام الشيخ حيث حمل كلام المحقق على خيار واحد وهو خيار الحيوان، كلاهما غير مناسب.

والذي ينادي بأنّ مراد المحقّق ما ذكرنا قوله المحكّي عنه في درسه: «تأثير العيب الحادث في زمن الخيار وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنّها هو ما دام الخيار» انتهى. فإنّ قوله: بالعيب القديم كالصريح في ما ذكرنا، وكذا يدلّ عليه عطف مدّة الخيار على ما قبل القبض في عبارة الشهيد حيث قال على ما حكى: «لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد إن كان قبل القبض أو في مدّة خيار المشتري المشروط أو بالأصل، فله الرد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما وتلميذه المحقّق - قدّس سرهما - فإنّ الرد الذي يكون قبل القبض لا محالة يراد به الرد بالعيب القديم، إذ لا ردّ بعنوان ما قبل القبض، فيكون المراد به ذلك أيضاً بالنسبة إلى مدّة الخيار.

وأما إشكال الشهيد بالتناقي بين كلامي المحقّق أعني: حكمه في الشرائع بضمان العيب الحادث في الحيوان على البائع وحكمه في الدرس بعدم الارش، فقد تبين أيضاً عدم وروده، لأنّ معنى الضمان عنده - قدّس سره - هو إمكان إعادة العين بوصف عيبها الحادث إلى البائع حتّى تكون خسارته عليه دون استحقاق الارش، هذا.

وقد عرفت أنّ العيب الحادث قبل القبض لا دليل فيه على الرد ولا الارش، والحادث في زمن الخيار لا دليل فيه على الرد مع وجوده بالنسبة إلى الارش.

ثمّ على تقدير القول بإيرائهما - كالموجود قبل العقد - أثرين أعني: الرد والارش، فلا إشكال في أنّه لو كان المبيع معيباً قبل العقد ثمّ عاب بعده قبل القبض أو قبل انقضاء أحد الخيارات الثلاثة يكون الارش متعدّداً بعدد العيوب القديمة والمتجدّدة، وهل يكون هنا خيارات أيضاً بعدد العيب القديم والحادث، بل لو تحدّد العيب قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار متعدّداً على التعاقب يكون

بعددها الخيار، فيكون كما لو جاء الخيار المتعدد بأسباب عديدة كالجلس والحيوان والشرط، فلو أسقط من جهة يبقى عفوياً من غيرها؟ أو أن الخيار غير متعدد بل واحد مستند إلى المجموع، وحال العيب الحادث مع السابق كحال عيين سابقين كالعمى والصمم لو كانا قبل العقد حيث إنه ليس هنا إلا خيار واحد مسبب عن المجموع؟

لابد هنا من ذكر الاحتمالات المتصورة في مقام الثبوت وملاحظة اللازم على كل تقدير، ثم إن المستظهر منها ماذا؟

نفقول وبالله التوفيق: يمكن كون طبيعة العيب سبباً بنحو صرف الوجود بحيث كان الوجود اللاحق لغواً بمعنى كونه غير سبب كالأشياء الأخرى، ويمكن كونها بنحو الوجود الساري، فلو كان المحل غير قابل، فالوجود اللاحق سبب صار معطلاً عن الفاعلية وليس كالأشياء الأخرى، وفي هذا المقام يمكن استظهار أن كل طبيعة جعلت سبباً لأمر، فالظاهر اعتبارها بالوجود السرياني إذ ليس عند العرف وفي الأسباب الخارجية ما يكون السببية فيه قائمة بصرف الوجود.

ثم الخيار يمكن أن يكون أمراً قابلاً للتعدد والتمايز الشخصي، بأن يكون العقد الواحد الشخصي مورداً لخيارات متعددة شخصية بالنسبة إلى شخص واحد، ويمكن أن يكون غير قابل لذلك ولكن يقبل المراتب والشدة والضعف، وعلى هذين التقديرين فاللازم عدم معطلية سبب عن التأثير حسب ما استظهرناه من كون السبب هو الوجود الساري، غاية الأمر إن اللاحق يؤثر على الأول في شخص آخر من الخيار، وعلى الثاني يؤثر في شدته، وعلى كل حال يقبل الإسقاط من جهة والإبقاء من جهة.

ويمكن أن يكون غير قابل لا للتعدد ولا للتأكد، بل يكون أمراً واحداً

مستمراً وهذا على قسمين، الأول: أن يكون استمراره أيضاً مستنداً إلى استمرار سببه، والثاني: أن يكون السبب بعد إحداثه منعزلاً ويكون قيام الخيار في البقاء بنفسه لا بمعونة بقاء السبب، ولازم الأول أنه لو أسقط من جهة أحد السببين قبل وجود السبب الآخر يكون الآخر بعد وجوده مؤثراً، وأما لو أسقط بعد وجود كليهما فلا بد من سقوط الخيار رأساً، ولا معنى للإسقاط من ناحية سبب العمى دون الصمم، إذ هذا تصرف شارعي ليس للمكلف، فإن معناه: إني أسقطت العمى مثلاً عن السببية وليس له ذلك.

ولازم الثاني أنه لو أسقط خياره كان السبب اللاحق مؤثراً مطلقاً، أما لو كان قبل وجوده فواضح، وأما بعد وجوده فلا أنه كان سبباً ولم يكن من جهة سببته قصور وإنما كان القصور في المحل، فمتى صار المحل قابلاً لعمل المقتضي عمله. هذا بحسب مقام الثبوت، وأما بحسب الإثبات فالظاهر عدم كون الخيار من قبيل أحد الأولين أعني: كونه قابلاً للتكرار الشخصي أو التأكد؛ لأن حاله حال الملك، فكما لا يقبل الملك التكرار في العين الشخصي ولا التشدد فكذا حق الخيار أيضاً، فينحصر الأمر في الأخيرين.

ويمكن أن يقال: إن اللازم كون الإسقاط من جهة موجبة لصيرورة الآخر مؤثراً مطلقاً حتى بناء على كون الخيار أمراً واحداً مسبباً في البقاء عن بقاء سببه، وذلك لأن معنى: إني أسقطت خياري من جهة الصمم مثلاً، أي أرضى بوجود هذا العيب، والعيب إذا كان مرضياً به يخرج عن موضوع السببية رأساً كالعيب المرضي ابتداءً، وبالجمله يكون مرجع هذا الإسقاط إلى قلب الموضوع بالنسبة إلى أحد العيين لا إسقاط الحق حتى يقال إنه ليس له تغيير السببية.

ولازم هذا أن يكون الخيار باقياً بملاك عيب العمى لكونه عيباً غير مرضي به

حيثئذ، بل يمكن أن يقال بهذا بالنسبة إلى العيين الموجودين من السابق أيضاً، فإنه لو قال: رضيت بهذا المبيع من حيث وجدانه لعيب الصمم، فلا مانع من بقاء حقه بالنسبة إلى ما لم يرض به من العيوب، بل وكذا بالنسبة إلى الخيارين المختلفين نوعاً، فإنه لو أمكن التعدد النوعي للخيار أو التأكد كذلك، أمكن في التعدد الشخصي من حقيقة واحدة أيضاً، وحيثئذ فلو أسقط البعض لا وجه له إن أريد نفي سببته، وإن أريد إسقاط الخيار فلا معنى لبقائه مستنداً إلى السبب الآخر.

فالمخلص أن يقال: إن الدليل المثبت للخيار بالسبب الفلاني كالمجلس والشرط والحيوان ونحوها منصرف عمّا إذا التزم ذو الخيار بعدم الإعمال، بل وفي الشرط يكون نفس جعل الشارط لا إطلاق له بالنسبة إلى فرض حصول الرضى والالتزام له بالبيع وعدم خيال فسخه، فيكون شرط عدم ثبوت حق الخيار الفلاني في ضمن العقد على هذا موجباً لانصراف الدليل عن هذا العقد ولو لم يكن دليل الشرط، ولعلّ هذا مراد شيخنا المرتضى في ما تقدّم في مسألة شرط سقوط الخيار حيث إن الظاهر منه - قدس سره - إرجاعه إلى شرط عدم الثبوت.

وكيف كان فهيننا مسائل ثلاث قد وقعت اثنتان منها في كلام شيخنا المرتضى مختلطتين، إحداهما أنّ العيب الحادث في زمان ضمان البائع كالعيب الموجود قبل العقد في إثبات الرد والأرض بسببه، والثانية أنّه غير مانع عن الرد بالعيب القديم، وقد تقدّم الكلام هنا في ذلك، والثالثة أنّ العيب الحادث في زمان ضمان المشتري أعني بعد انقضاء الخيار وبعد القبض هل هو مانع عن الرد أو لا؟ وهي المقصود بالبحث في المقام لأنّ الكلام في المسقطات.

فنقول وبالله التوفيق: قد يتكلّم في مانعيّة ذلك على حسب القاعدة وقد

يتكلم في النص الخاص.

أما من حيث القاعدة، فقد تقدّم في بعض المباحث السابقة أنّ العين في يد ذي الخيار متى تلف كلاً أو بعضاً، أو تغيّر بالعيب، أو فوات وصف كماله، أو بغير ذلك ولو لم تتفاوت المالية - بل ولو فرض زيادة المالية ولكن تفاوت الحال من حيث غرض البائع، كما لو فرضنا أنّ كبر الحيوان بعد الفسخ لا يوجب الشركة ولكن كان البائع له غرض بخصوص الشاة الصغيرة - كان لغير ذي الخيار في جميع هذه الصور أن يقول: لست دفعت العين إليك بهذا الحال، ولست ملزماً بالقبول إلاّ بالحال التي دفعتها إليك بها، وقد تقدّم من العلامة - أعلى الله مقامه - أيضاً تعليل سقوط الخيار بعدم إمكان ردّ العين، فلا مجال للانتقال إلى البديل، نعم هنا كلام بالنسبة إلى غير ذي الخيار وإنّ يده ضامني، فعليه الخروج عن العهدة ببذل البديل لو لم تكن العين قائمة، هذا بحسب القاعدة.

وأما من حيث النصّ الخاص، فقد تقدّم أنّ هنا خبرين في أحدهما تعليق السقوط على عنوان إحداث الحدث، وفي الآخر على عنوان عدم قيام العين، وقلنا: يمكن إرجاع الثاني إلى الأول، فلا دلالة في النصّ على السقوط إلاّ في ما إذا صدر فعل من المشتري دالّ على رضاه، ويمكن إرجاع الأول إلى الثاني، والمراد بإحداث الحدث حدوث الحدث ولو لم يكن من ناحيته. ثم اخترنا أنّ الظاهر كونها عنوانين مستقلّين، فالأول ناظر إلى ما تقدّم في خيار الحيوان من مسقطية التصرف بملاك كاشفيته عن الرضى بالبيع، والثاني عبارة عن مطلق عدم قيام العين من أيّ أحد صدر، أو لم يصدر من أحد بل كان بأسباب أخرى.

نعم ينصرف النصّ عمّا إذا كان بفعل البائع، فإنّه عرفاً ليس له الامتناع بعلة ما فعله نفسه؛ لأنّه شيء يكون نقصه على عهده، كما تقدّم سابقاً أنّ العبارة

منصرفه عن موارد ضمان البائع للنقص.

وأما بالنسبة إلى غير مورد الضمان، فيدور مدار صدق عدم قيام العين ولو فرض عدم رجوعه إلى العيب، بل ولو لم يرجع إلى النقص، بل ولو رجع إلى الزيادة إذا كان هناك غرض عقلائي في عدم القبول، كما تقدم في مثال كبر الشاة عند المشتري وقتلنا بأن الفسخ لا يوجب الشركة، فإنه في جميع هذه الصور يصدق أن العين غير قائمة، فليس للمشتري أن يرد.

وقد يقال: إن المتبادر من القيام بالعين ما يقابل تلفها أو تلف بعضها، إلا أن المثال بالخياطة والصبغ شاهد على التعميم لمثل نقص الأوصاف؛ فإن النقص فيها بواسطة تعلق حق المشتري بالعين.

ولكن يمكن أن يقال: إن مفروض الرواية أن الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، فالسؤال وقع عن عين موجودة معيبة، وفي هذا المفروض إذا قيل: إن كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب، فمعلوم أن كلتا الشرطيتين واردتان على المحل الموجود، فلا تشمل الرواية صورة التلف أصلاً، بل ينحصر موردها بالعيب ونقص الأوصاف.

وحينئذ فلو فرض أننا لا نقول بعود السمن إلى المشتري بعد الفسخ فالمبيع وإن زاد مائتة بواسطة السمن إلا أنه لو فرض رغبة بعض الطباع عنه وكانوا بصغيره أرغب كان له الامتناع. ألا ترى أنه لو تعلم العبد عند المشتري علم الرقص وعمله، فربما زاد بذلك قيمته، لكن للبائع أن لا يقبله، نعم لو لم يوجب التغيير نقص مائتة ولا غرض عقلائي أصلاً، فلا يصدق عليه عنوان عدم القيام. وأما مسألة لزوم تبعض الصفقة كما لو أراد المشتري رد بعض المبيع، أو أراد

أحد المشتريين صفقة واحدة ردّ سهمه خاصّة، فدخولها تحت النصّ محتاج إلى مقدّمتين.

الأولى: أنّ هذا نقص ولعلّه لا يقبل الإنكار حتّى في ما إذا تميّز مال الفاسخ عن مال المفسوخ عليه، كما لو باع عبيدين صفقة، فأراد المشتري ردّ أحدهما، فإنّ له الامتناع؛ إذ ربّما كان في اجتماعهما مدخل في غرض عقلائي.

والثانية: أنّ قوله - عليه السلام -: «إن كان قائماً بعينه ردّه» وإن كان ظاهره الأولى كون القيام بملاحظة حال الكون في يد المشتري، لكنّ المناسبة المقاميّة شاهدة على ملاحظة حال الوصول إلى يد البائع، فكأنّه قيل: إذا كان حين يصل إلى البائع يصل كالحالة الأولى جاز الردّ، ولا شبهة حيثنذ في شموله للمقام فلمّا حدث التبعّض يكون بالوصول إلى يد البائع، وإلا فلا تبعّض قبله. أمّا في صورة وحدة المشتري، فواضح، وأمّا في صورة تعدّده، فلأنّ الاثنين فرضاً مشتركياً واحداً في المعاملة.

بقي في المقام فروع لا بأس بالتنبيه عليها:

أحدها: لو حدث نقص عند المشتري ثمّ زال ورجع إلى الحالة الأولى هل له الردّ أو لا؟ الظاهر الجواز؛ لأنّ حال عنواني القيام وعدمه حال المسافر والحاضر فكلمّا رجع عنوان رجع حكمه، ويدلّ عليه أنّه لو فرض حدوث العيب قبل علم المشتري بالعيب القديم، ثمّ زال ثم علم، فلمنّه يصدق عليه عبارة السؤال، أعني: أنّ الرجل يشتري المتاع فيجد به عيباً. ويصدق عليه قوله - عليه السلام -: «إن كان قائماً بعينه ردّه» وإذا اشتمل هذا الفرد شمل غيره للقطع بعدم الفرق، والسرّ أنّ القيام بالعين ليس معناه البقاء على الحالة الأولى، ولا أن يكون الاعتبار صدق عنوان حدث فيه التغير بملاحظة قوله: فإن قطع أو صبغ بصيغة

الماضي.

أما الأول: فلا أنه ليس هو المتبادر من هذه الكلمة، مع أنه لو فرض أن معناه هو البقاء، لكانت المناسبة المقامية شاهدة على إلغاء خصوصية البقائية، وأن المعيار كون المبيع حال الوصول إلى البائع كهيئته الأولى.

وأما الثاني: فلأن التعبير بالمضي في الثلاثة المذكورة في الحديث لأجل أن الغالب عدم إمكان زوالها بعد الحدوث، ولو سلمنا أن المعيار صدق المضي مطلقاً، لكن هذا مبني على جعل المناط هو الذيل، ولكن يمكن استظهار كونه هو الصدر بملاحظة ما ذكرنا من شهادة المناسبة المقامية بذلك.

الثاني: لو رضي البائع برده معياراً إما مع الارش أو بدونه، فهل يجوز الرد أو لا؟ اختار شيخنا المرتضى - قدس سره - الأول، بملاحظة أن الدليل النافي للرد عند الخروج عن القيام بالعين يكون في مقام رعاية حق البائع، فهو منصرف عن صورة رضاه وعدم امتناعه.

واستشكل فيه شيخنا الأستاذ بأن الحكمة وإن كانت ذلك ولكن لا يوجب انصرافاً في الدليل، نعم لا مانع من الإقالة، وأما بعنوان الفسخ الذي هو إعمال الخيار فالنص قد خصصه بحال القيام وعين في غيره الارش.

الثالث: لو أسقط الارش بتخيل أن برده بعده فحدث العيب قبل أن يرد، فهل يوجب سقوط الرد أو لا؟

قد يقال بالثاني بملاحظة أن النص إنما أسقطه في تقدير بقاء السلطنة له على الارش، فلا يشمل صورة عدم السبيل له إلى رفع ضرره، فيكون الرد ثابتاً بمقتضى الدليل المثبت للرد بقول مطلق.

الرابع: قد تقدم أن المراد بالقيام بالعين بمساعدة فهم العرف كونه على حاله الأولى حينما يصل إلى يد البائع، ولو كان في يد المشتري قائماً بحاله، وعلى هذا المعنى يتفرع مسألة لزوم التبعض على البائع، ولا بد من التكلّم فيها تفصيلاً وعلى الله تعالى التوكّل، فنقول: قد يكون التبعض لأجل التعدّد في أحد العوضين، وقد يكون لأجل التعدّد في المشتري، وقد يكون لأجل التعدّد في البائع.

أما الصورة الأولى أعني: ما إذا كان المبيع متعدداً فنقول: تارة يكون العيب الثابت في بعض هذا التعدّد موجباً لنسبته إلى المجموع المركّب كعمى الدابة والعبد وتعيّب نقطة من القالي فإنه ينسب إلى المجموع، ولا يقال هذا المقدار معيب وما بقي صحيح.

وأخرى لا يكون كذلك يعني يختصّ التعيب بموضع العيب من غير إضافة له إلّا على سبيل ضرب من التجوّز إلى غيره، ولعلّ منه تعيب ذراع من الكرباس الطويل المتصل، فإنه لا دخل له بالذراع الآخر المتصل به، وكذا الصبرة التي كان صاع منها معيباً، وكذا الشاتان المعيبة إحداهما مع وقوع البيع عليهما صفقة، وهذا أيضاً على قسمين، لأنّه قد يفرض ذلك في ما إذا يحدث بواسطة الردّ للبعض المعيب في يد البائع نقص فيه، فيدخل في عدم القيام بالعين على حسب ما تقدم من المعنى، وذلك كما في أحد عدلي الباب وأحد عدلي الخفّ ونحوه، أو لا يحدث بسببه نقص أصلاً إلّا فوت غرض للبائع حيث أراد وصول عشرة تومانات فوصل إلى خمسة مثلاً.

فإن كان الأوّل من هذه الأقسام فالظاهر أنّ مصبّ دليل جواز الرد ليس إلّا نفس المعيب دون أبعاضه سواء المعيّن منها أم المشاع، فالعبد الأشلّ أو الأعمى لا دليل على جواز ردّ نصفه المشاع، أو المعيّن وكذا القالي المعيب نقطة

منه، فإنّ الدليل أثبت الرد في موضوع ما اشترى مقيداً بكونه ممّاً به عيب أو عوار، ولا يقال نصف العبد الأعمى أعمى أو نصف هذا القالي معيب، بل هما نصفان لشيء معيب.

والحاصل: ليس لنا من الأوّل في هذا القسم دليل مثبت حتّى نقول بأنّه يلزم بعد الرد تبعض على البائع أو لا، بل غاية الدليل إثبات الرد في الكل لأنّ عنوان ما اشترى وبه عيب غير صادق على النصف والربع وغير ذلك من الكسور، وصادق عليها في ما إذا وقع أحدها مستقلاً تحت الشراء، والفاصل هو العرف فراجع حتّى يتبيّن لك صدق المقال.

وإن كان الثاني من الأقسام، فدليل الرد وإن كان شاملاً للبعض بل لا يشمل الكل؛ لأنّه غير معيب إلّا على ضرب من المسامحة إلّا أنّه يصدق عليه عنوان عدم القيام بالعين على ما مضى من معناه من اعتبار ذلك حين ما يصل إلى البائع، فإنّ عدل الخفّ أو الباب بوصف الانفراد عن العدل الآخر الذي هو حادث حينما يصل إلى البائع منقّص له، ولعلّ منه ما إذا كان ردّ البعض المعيب من الكرباس موجباً لسقوط الباقي عن الوفاء بمقدار الثوب عند القطع، وللإشاعة الحكيمية عند عدمه فإنّ كلّاً من الأمرين نقص.

وإن كان الثالث منها أعني: ما إذا لم يحصل سوى عنوان تبعض الصفقة الذي ليس فيه إلّا نقض الغرض العقدي — فإنّ غرض العقد الشخصي كان وصول عشرة تومانات والآن يلزم وصول الخمسة — فمجرد ذلك يمنع كونه موجباً للخروج عن صدق القيام بالعين عرفاً، وإن كان لو ردّ المشتري يحدث بواسطة هذا المعنى خيار التبعض للبائع.

وتوضيح المقام أنّه إذا علّق الحكم على جسم متّصل ذي أجزاء عند

اتصاف بعض الأجزاء بوصف فهل يسري هذا الحكم إلى تمام ذلك الجسم المتصل، أو يختص بموضع الاتصاف، مثلاً لو قيل: كل جسم لاقى النجاسة فهو نجس، فهل المفهوم عرفاً أنه لابد من ملاقة تمام الجسم الذي طوله بمقدار عشرة أذرع مثلاً أو يفهم الأعم منه ومن ملاقة نقطة منه؟ الظاهر الثاني.

وحيث هل يفهم أن ذلك يوجب نجاسة الكل أو نجاسة خصوص موضع الملاقة. وهكذا قوله: «كل شيء يراه المطر فهو طاهر» بالنسبة إلى الخوض الكبير الذي رأى المطر نقطة منه؟ الظاهر الثاني أيضاً، ففي مقامنا حكم الخيار علق على المبيع وهو مجموع ما وقع عليه العقد من تمام الجسم المتصل الواحد، أو مجموع الأمور المتفرقة المبيعة صفقة واحدة، وقد ذلك بكونه معيوباً، فإذا اختص العيب ببعض الأجزاء وصار سبباً لتعيب الكل كعمى الحيوان، وعيب نقطة من القالي فهو في حكم تعيب الكل حقيقة.

وأما لو لم يوجب السراية كالشأتين المعيبة إحداهما أو عدلي الباب أو الخف، فحالهما حال الجسم الملاقي بعضه للنجس حيث إنه ليس مسكوتاً عنه للدليل، فكذا هذا المصداق ليس مسكوتاً عنه في مقامنا، وهل المستفاد أنه يختص حكم جواز الرد بموضع العيب أو يستوعب الكل؟ الظاهر الأول، كما كان هو المستفاد من الدليل هناك، فالمبيع مجموع ما وقع عليه العقد، لكن الخيار وارد على موضع العيب كان الكل أم البعض، ولا يتبعض في مورده بالنسبة إلى أجزائه كسائر الخيارات.

ثم في الصورة الأخيرة أعني: ما إذا انفك الكل عن البعض في صدق المعيبة ينظر إلى ذلك البعض المعيب، فإن كان رده منفرداً موجباً لنقص على البائع كأحد عدلي الباب أو الخف، فلا بد من القول بعدم الجواز، لما ذكرنا من

المعنى لقوله - عليه السلام -: «إن كان قائماً بعينه»، وإن لم يكن موجباً لشيء كأحد الشاتين فالخيار ثابت بلا مانع عنه.

فعلم مما ذكرنا أن عدّ التبعض من جملة الموانع للرد بقول مطلق مما لا ينبغي، إذ في الصورة الأولى لا مقتضي للرد بالنسبة إلى البعض، وكذا في الثانية لو قلنا إن تعيب البعض يوجب ورود الخيار على الكل، ولو اخترنا أنه يوجب وروده على المعيب خاصة فحيث إن أوجب نقصاً آخر منع، وإلا فلا، فنفس التبعض بقول مطلق ليس مانعاً.

والحاصل: أنه في ما إذا كان العيب في البعض غير موجب لمعيوية الكل، ولا رده موجباً لنقص فيه، فمقتضى قوله: «إذا اشترى الرجل الشيء فوجد به عيباً، فإن كان قائماً بعينه رده على صاحبه»^(١) جواز رده هذا البعض دون الكل، وليس هنا مصداقان للمشتري - بالفتح - فلنك إذا اشتريت عبداً وتوب كرباس مقدار ذراع من رأسه معيب، فقل لك: ما المشتري في صفقتك؟ لأشرت إلى ذلك التوب بأجمعه والعبد، لا إلى خصوص ذلك الذراع منه، فإذا قيل لك: إن كان باقياً بحالته الأولى رده إلى صاحبه، فالضمير وإن كان يرجع إلى المشتري لكن العرف يفهم رده ذلك المعيوب بخصوصه. كما إذا قيل لك: إذا لاقى هذا الثوب من الكرباس نجس فاجتنب منه إذا كان رطباً، يفهم منه أنه يختص الحكم بموضع الملاقاة إذا كان رطباً.

كذلك إذا قيل: إذا كان هذا المشتري - بالفتح - به عيب، فإن كان قائماً بعينه رده إلى صاحبه، يفهم اختصاص هذا بموضع العيب إذا كان هو قائماً بعينه.

وعلى هذا فمقتضى الخبر جواز ردّ هذا البعض منفرداً، وليس الكلّ فرداً ومصدّقاً، فلا يجوز الردّ فيه بمقتضى الخبر، كما ليس تمام الثوب مصداقاً لواجب الاجتناب في المثال.

وأما دعوى أنّ لا ضرر حاكم على الخبر لأنّ ردّ البعض واسترداد ما يوازيه من الثمن ضرر على البائع، فلا يجوز.

ففيه: أنّه إن أريد من الضرر، الضرر النقض الغرضي بملاحظة أنّه أوقع المعاملة لأن يصل إلى عشرة تومانات، فحصل خمسة وفات منه خمسة، ففيه أنّ الخيار في كلّ مورد ثبت بدليله يورّد هذا الضرر على المفسوخ عليه، بل ضرر فوت تمام الثمن أعظم. وإن أريد تبعض المبيع عليه بمعنى ردّ بعضه وعدم ردّ بعضه الآخر فلا نسلم أنّه من حيث هو مع قطع النظر عن استلزامه لردّ مقداره من الثمن إلى المشتري يكون ضرراً، وإلاّ لزم في ما إذا ردّ عليه مجاناً أيضاً ورود هذا الضرر وهو معلوم البطلان.

وأما دعوى أنّ إثبات السلطنة على ردّ المعيب وإمساك الصحيح ثمّ سلبها بإعطاء سلطنة الفسخ للبائع لغو. ففيه أنّ الاحتمالات بحسب مقام الثبوت هنا أمور، الأوّل: أن يلزم الإمساك، والثاني: أن يختار بين إمساك الكلّ وردّ الكلّ، والثالث: أن يختار بين إمساك الكلّ وردّ البعض المعيب وإمساك الصحيح، والأرق من هذه الثلاثة بمقصود المشتري وبحاله هو الأخير، فإنّه ربّما لا يعمل البائع خياره.

وبالجملة: لم نقف على صارف عن ردّ البعض مع أنّه لو فرض المانع من هذه الجهات عن ردّ البعض فأبى موجب للقول بردّ الكلّ؟ بل المتعين القول بالانتقال إلى الارض، فإنّه قد عرفت أنّ الخبر لا يشمل الكلّ كما لا يشمل في مثال

التنجيس.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَقَامِ إِجْمَاعَانِ: الْأَوَّلُ: عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ رَدُّ الْبَعْضِ كَمَا اسْتَظْهَرَهُ شَيْخُنَا الْمُرْتَضَى - قَدَّسَ سِرَّهُ -، وَالثَّانِي: عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ رَدُّ الْكُلِّ، كَمَا حَكَاهُ فِي الْجَوَاهِرِ عَنِ الْغَنِيَّةِ وَالْخَلَّافِ، وَاسْتَظْهَرَهُ شَيْخُنَا الْأُسْتَاذُ - دَامَ بَقَاؤُهُ - مِنْ صَاحِبِ الْخَدَائِقِ، وَرَبَّمَا تَشَعَّرَ عِبَارَةً شَيْخُنَا الْمُرْتَضَى - قَدَّسَ سِرَّهُ - فِي هَذَا الْمَقَامِ أَيْضاً بِمُسْلَمِيَّتِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ أَنْ رَدَّدَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَعْلَى الْخِيَارِ تَمَامَ الْمُبِيعِ، أَوْ خُصُوصَ الْمُعِيبِ، قَالَ عَقِيبَ الشَّقِّ الثَّانِي مَا لَفْظُهُ: غَايَةُ الْأَمْرُ أَنَّهُ يَجُوزُ رَدُّ الْجُزْءِ الصَّحِيحِ مَعَهُ إِمَّا لثَلَاثٍ يَتَّبِعُضُ الصَّفَقَةُ عَلَيْهِ، وَإِمَّا لِقِيَامِ الْإِجْمَاعِ عَلَى جَوَازِ رَدِّهِ، وَإِمَّا لَصَدَقِ الْمُعِيبُ عَلَى الْمَجْمُوعِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: وَهُوَ تَعَدَّدُ الْمُشْتَرِي بِأَنْ اشْتَرَى شَيْئاً وَاحِداً فَظَهَرَ فِيهِ عَيْبٌ، فَالْمَشْهُورُ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ انْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِرَدِّ حَقَّتِهِ، وَعَنِ جَمَاعَةِ جَوَازِهِ، وَعَنِ آخِرِينَ التَّفْصِيلِ بَيْنَ عِلْمِ الْبَائِعِ بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فَالْجَوَازُ وَجْهَلُهُ فَالْعَدَمُ.

قَالَ شَيْخُنَا الْأُسْتَاذُ - دَامَ ظَلُّهُ -: إِنَّ هَذَا الْمَقَامَ أَوْلَى بِعَدَمِ الْجَوَازِ مِنَ الْمَقَامِ السَّابِقِ؛ لِجُرْيَانِ مَا تَقَدَّمَ هُنَاكَ لِعَدَمِ الْجَوَازِ هُنَا مَعَ زِيَادَةِ، أَمَّا مَا افْتَرَقَ فِيهِ الْقَامَانِ فَهُوَ أَنَّ الْبَعْضَ الْمُرْدُودَ هُنَاكَ مَفْرُوزٌ وَهُوَ مَبِيعٌ، وَالْمُرْدُودُ هُنَا مَشَاعٌ، وَالْبَيْعُ إِنَّمَا وَقَعَ عَلَى مَجْمُوعِ الدَّارِ مَثَلًا، لِأَنَّهُ مَعْلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ. نَعَمْ لَازِمُ انْتِقَالِ الدَّارِ إِلَى مَجْمُوعِ الشَّخْصَيْنِ أَنْ يَمْلِكَ كُلُّ مِنْهُمَا مُسْتَقْلَالًا نَصْفًا مَشَاعًا، وَهَذَا غَيْرُ أَنْ كَانَ مُرَكَّبَ الْإِنْشَاءِ وَالْعَقْدِ أَوَّلًا هُوَ الْكُسْرُ الْمَشَاعُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ بَاعَ الدَّارَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ لَا يَصَحُّ أَنْ يَقَالَ: إِنَّهُ بَاعَ يَبُوعًا كَثِيرَةً عَدِيدَةً بَعْدَ الْكُسُورِ الْمُتَصَوِّرَةِ فِيهِ؟

وَحِينَئِذٍ فَإِذَا تَرْتَّبَ الْحُكْمُ عَلَى الشَّيْءِ الْمَشْتَرَى - بِالْفَتْحِ -، فَالظَّاهِرُ مِنْهُ هُوَ

ما وقع تحت الإيجاب والقبول، ولا شك أن الإيجاب وقع على الدار، وكذا القبول في ما إذا صدر من الوكيل لهما، وأما إذا صدر من نفس الاثنين فكذلك يتعلّق القبول من كلّ منهما بنفس الدار لا بنصفه المشاع، فإنه ربّما لا يخطر بالبال أصلاً، لكن قبول كلّ إنّما يؤثّر في ملكيّة النصف نظير إنشاء الفضولي بالنسبة إلى النصف، حيث يختص تأثيره في النصف.

وبالجملة الذي وقع تحت البيع والشراء ليس هو عنوان النصف أو الربع، أو غير ذلك، وليس الحكم مرتّباً على كلّ شيء ملك بوسيلة الشراء ولو لم يصدق عنوان المشتري - بالفتح - والمبيع، وإلاّ لزم جريان خيار العيب في المفتاح ونحوه ممّا يندرج في المبيع.

وأما ما اشترك في المقامين، فهو أنّا لو تنزّلنا عن الجهة الأولى وفرغنا عن صدق عنوان المشتري، ولكن عنوان القائم بعينه لا يصدق، بناءً على ما مرّ من معناه من أنّه حين ما يصل إلى البائع لا بدّ من أن يكون كما كان، والنصف المشاع لم يكن من الابتداء إلّا ملكاً مختصّاً للبائع، والآن إذا ردّ إليه يصير ملكاً مشاعاً مشتركاً والإشاعة موجب للنقص وقلة الرغبة، فلا يصدق أنّ المشتري أعني: النصف المشاع قائم بعينه وهو على ما هو عليه وكما كان قبل البيع، وهذا هو الذي منع من الردّ في بعض صور القسم الأوّل، وهو مثل ذراعي الكرياس إذا فرضنا أنّ عيب أحد الذراعين لا يوجب صدق معويّة الكلّ، فإنّ ردّ خصوص الذراع المعيوب لا يجري فيه الإشكال الأوّل وهو عدم صدق المبيعية؛ وذلك لأنّ الشراء وقع على الأبعاض المعيّنة في ضمن الكلّ وليس حال المعيّنين كالمشاع.

ومن هنا يمكن الفرق في ما لو ظهر بعض المبيع مستحقاً للغير بين كونه بعضاً معيّناً فيصحّ في غيره، وكونه مشاعاً فيبقى البطلان إلّا مع إجازة صاحب

المشاع.

نعم يجري في هذه الصورة الإشكال الثاني؛ فإنه إذا ردّ إلى البائع فإن أبقي الثوب بحاله من الاتصال حصل الشركة الحكمية، وإن فصل بين الدراعين كان أيضاً نقصاً، فلا يصدق كون المبيع قائماً بعينه، نعم مثل الشاتين لا يجري فيه شيء من الإشكالين.

وأما الثالث: وهو تعدّد البائع بأن باعاً شيئاً ثم ظهر معيباً فأراد ردّ النصف إلى صاحبه، فالظاهر عدم الإشكال فيه من شيء من الوجهين؛ فإنّ كلّاً منهما إنّما صار بصدد بيع ما يملكه وهو نصف الدار فباعا النصفين بصفقة واحدة، والمفروض أنّه يرّد النصف إليه كما كان وعلى حالته الأولى، هذا.

مسألة: يسقط الارش دون الردّ في موضعين على ما قالوا:

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما، فقبل لا ارش حذراً من الربا، ولازمه أنّه لو حدث عيب عند المشتري كان البيع لازماً لا مفرّ عن المعيب.

وتحقيق المقام أنّ الارش غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لها وليس في الجعل والقرار العقدي منه عين ولا أثر، بمعنى أنّه وإن كان يبذل مقدار من الثمن بلحاظ وصف الصلّة، ولكن هذا المقدار المبدول مع سائر الثمن يبذل في الإنشاء عوضاً للعين، ولا يجعل للصلّة سهم منه أصلاً، وغاية ما يستفاد منه من أدلة تحريم الربا ولزوم الجعل مثلاً بمثل حتّى في الصحيح والمعيب إنّما هو تعيين مقدار أو شرط بازاء ذلك الوصف أو زيادة بلحاظه إمّا في ابتداء العقد أو بعد تمامه في حال قراره وبقائه.

وإنما لو فرضنا أنّهما لم يجعلا بازائه شيئاً، وإنّما الشارع حكم على من باع المغيّب بلزوم تدارك العيب بنسبة الثمن عند اختيار صاحبه، فليس هذا منافياً لما فهم من تلك الأدلّة، إذ لم يفهم منها السقوط الرأسي لوصف الصحة عن المالّة عند الشرع، وإنّما فهم المنع من القرار والتباني العقدي وهو مفروض الانتفاء في المقام.

ثانيهما: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة، ومثّلوا له بالخصاء في العبد، فإنّه عيب بلا إشكال ولكنّه يوجب زيادة القيمة لزيادة رغبة السلاطين وسائر المتعولين لأجل قابليّة الخصي بنظرهم للتردد عند النسوان.

ولكن قد يناقش في المثال بأنّ زيادة القيمة إذا كانت ناشئة من غرض محرم فهي ملغاة عند الشارع، وأي فرق بين حصول أصل المالّة من المنفعة المحرّمة كما في الخمر أو زيادتها كما في المقام؟ والأولى أن يمثل للمقام بالقالي العتيق حيث إنّّه يصير زائد القيمة بملاحظة كثرة رغبة الطالبيين للأشياء العتيقة المعبر عنها في الفارسية بـ (آنتيك).

مسألة: يسقط الردّ والارش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد، ويكفيه عدم الدليل على الخيار والارش مع العلم، ولا يحتاج إلى الدليل على عدم، ولا يساعده العرف أيضاً ولا قاعدة نفي الضرر، لوجود الإقدام، وقد يستدلّ بمفهوم صحيحة زارة المتقدمة، وفيه نظر، فإنّ الجزء المذكور عقيب الأمور المذكورة في الشرط هو انتفاء الردّ وثبوت الارش، ومقتضى المفهوم عدم هذا الجزء وهو يدور بين ثلاثة: الأول: ثبوت الأمرين من الرد والارش، والثاني: انتفاؤهما معاً، والثالث: ثبوت الرد دون الارش،

فلا يثبت خصوص الثاني منها، اللهم إلا أن ينشئ في نفي الأول والأخير بالإجماع فيتعين الوسط.

ثم لو شرط في حال العلم ثبوت خيار العيب فهذا له صورتان: الأولى: أن يشترط سببية العيب المعلوم كالعيب المجهول لما يكون المجهول سبباً له، فهذا لا يتعقد بالاشتراط؛ إذ أمر السببية والتأثير ليس بيده، فلنا وإن قلنا: إنه لم يرد من الشرع في خصوص المعلوم حكم بالعدم، لكن يكفي كون دليل الإثبات خاصاً بالمجهول، فهذا نظير أن يشترط في خصوص الثوب أن يثبت فيه الخيار الخاص المسبب من الحيوان. وبعبارة أخرى: يشترط المؤثرية في الثوب منخ المؤثرية الثابتة في الحيوان، ولا إشكال في عدم تأتي هذا من قبل الشرط، ويكفي هذا المقدار في مخالفته للمشروع، ولا يلزم وجود الدليل على العدم، ولكن غاية هذا أن الشرط فاسد، ولم يعلم ما وجه فساد العقد وأي امتياز لهذا عن سائر الشروط الفاسدة، حيث حقق شيخنا الأنصاري — قدس سره — فيها عدم الإفساد وجزم هيئنا بالإفساد، فالتحقيق أنه فاسد غير مفسد.

الثانية: أن يشترط ثبوت الخيار له في الرد، وإن شاء أخذ التفاوت والارش ولو حدث عنده عيب سقط حقه عن الارش، فالظاهر عدم المانع عن هذا الاشتراط فهو كما لو شرط في بيع الثوب خيار ثلاثة أيام كما جعله الشارع في الحيوان.

الثاني: ما إذا تبرا البائع عن العيب، ويمكن الاستدلال على السقوط، بالصحيحة المتقدمة بتقريب أن يقال: إن الظاهر من مثل العبارة المذكورة، أعني: «من اشترى شيئاً معيماً ولم يعلم ولم يتبرأ البائع إليه فأحدث فيه، يمضى البيع عليه ويرد إليه الارش» بحسب المتفاهم العرفي أن ما قبل «الفاء» في قوله:

«فأحدث» يكون محققاً للمقتضي للحقّ وما بعده مانع عن شقّ منه وهو الردّ، نظير أنّ «من عمل صالحاً فأشرك يمحيط عمله وأجره» فإنّ ذكر «من عمل» إنّما هو لأجل بيان المقتضي لثبوت الأجر ومثله وإن لم يكن في مقام بيان المقتضي - فلو احتمالنا دخالة شيء آخر لم يكن نفيه بإطلاقه - ولكن يمكن الأخذ بها ذكر في الكلام وأنّه يكون ممّالاً له الدخل فينتفي المقتضي بانتفائه.

ثمّ نقول: نقطع من الخارج أنّ الحقّ الثابت في باب العيب له طرفان: الردّ والارش، فبضميمة هذا القطع الخارجي نتج أنّ بانتفاء واحد من القيود، إمّا حصول العلم أو التبرّي يتنفي هذا الحقّ الطرفيني بانتفاء مقتضيه، لكن تسمية هذا باسم المفهوم لا يخلو عن شيء، وعلى هذا يتم الاستدلال في هذا المسقط وفي المسقط المتقدّم، ولم نعلم وجه تفرقة شيخنا المرتضى بالتنظر في التمسك بالصحيحة لمسقطيّة الأول مع التمسك به لمسقطيّة الثاني.

ثمّ إنّّه لم يعلم أنّه لم يتمّ استدلال هنا كما في التبرّي عن العيوب الغير الموجودة المتجدّدة في ما بعد بدليل الشروط بإرجاع التبرّي إلى الاشتراط لسقوط آثار ولو ازم البيع على المتاع من الردّ والارش عند وجود العيب.

وبالجملة: حال اشتراط سقوط هذا الخيار بكلا طرفيه في متن العقد كحال اشتراط سقوط غيره من خيار المجلس والحيوان في التفصيل بين اشتراط عدم الثبوت فيخالف الشرع، والسقوط بعد الثبوت أنّاً ما فلا مانع من نفوذه، هذا في العيوب الموجودة.

وأما المتجدّدة: فلا إشكال في اختصاص النصّ بالموجودة وعدم شموله للمتجدّدة، فينحصر الدليل هنا في دليل الشرط، ولا مانع من التمسك هنا إلّا من حيث التعليق الموجود فيه بوجود العيب في المستقبل، وقد مرّ في بعض الأبحاث

السابقة أنه قد يستند في إبطال التعليق بالوجه العقلي من أنه لا يعقل الإسقاط الفعلي لما لم يثبت فعلاً، ولكنه من هذه الجهة كالوجوب المشروط، فإن الإنشاء للإسقاط يكون بلحاظ حال الوجود ومثله لا مانع منه، بل شائع واقع، وقد يستند إلى الإجماع فيقال: القدر المتيقن منه غير المقام وقد يستند إلى انصراف الأدلة إلى غير التعليقي، فدليل نفوذ البيع منصرف إلى المبادلة الفعلية، ولا يشمل بيع الدار مثلاً على تقدير ابتياعه بعد سنة مثلاً من صاحبها، وكذا دليل الشرط المنصرف منه ما إذا حصل بالشرط تعهد لأحد الطرفين أو خروج عنه واستراحة منه بالنسبة إليه فعلاً، وبالجمله كان مشتملاً على ذلك فعلاً، فلا يشمل ما إذا لا يرى العرف فيه تفاوتاً، بل يرى حال المشتري كما قبل الاشتراط لم يحدث عليه عهدة.

وحيث نقول: التعليقات من هذه الجهة مختلفة، فرب تعليق على أمر يكون عند العرف مع تعليقته مورثاً لأثر فعلي وعهدة فعلية أو خروج عن عهدة فعلية، ومنه المقام؛ فإن المال إذا باعه صاحبه فإن لم يشترط هذا الشرط فهو في معرض أن يرجع إليه بواسطة حدوث عيب في المستقبل، وبواسطة اشتراط براءة ساحته من لوازم ذلك العيب على تقدير الوجود يتنزع راحة فعلية في قبال ذلك الابتلاء والتعهد الفعلي، فلا مانع من الاشتراط حيثنذ.

نعم، في بعض المواضع لا أثر فعلي للشرط المعلق أصلاً، بل يكون وجوده كعدمه عند العرف، مثل ما لو شرط أنه لو ابتاع داراً بعد سنة ملك زيداً مثلاً كذا، فإنه لا يرجع عند العرف إلى تعهد فعلي، فهذا لا يبعد دعوى انصراف دليل الشرط عنه، ومن قبيل الأول اشتراط مقدار على البائع للمشتري لو تبين المبيع مستحقاً للغير، مضافاً إلى غرامة ثمن المثل من حال المعاملة إلى خمسين عاماً الذي تداول في هذا الزمان.

فقد تبيّن ممّا ذكرنا عدم الإشكال من جهة التعليق، وأمّا من حيث الغرر فلا وجه لوروده في المتجدّد؛ فإنّ المبيع مقطوع الصلّة حال البيع، فلا غرر فيه أصلاً، وأمّا في الموجود حال العقد فالمفروض وجود أصل السلامة وإحراز الصلّة بهذه الامارة العقلانيّة.

ومن هنا تبيّن الفرق بين المقام وبين اشتراط سقوط الخيار عند تحلّف الوصف المشروط؛ فإنّ الغرر ثابت هناك بواسطة التنافي بين هذا الاشتراط وبين ذلك الالتزام بالوجود، والفرق أنّ الغرر كان مرتفعاً بالالتزام، فإذا جاء ما نافي الالتزام عاد الغرر، وأمّا هنا فالغرر مرتفع بالأصل العقلاني ولا تفاوت في وجوده بين الالتزام من البائع وعدمه.

وفي عبارة شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - في هذا المقام اغتشاش، والظاهر أنّه سقط من النسخة شيء فراجع؛ فإنّ أجزاء الكلام لا يلتصق ببعضه ببعض؛ وذلك لأنّه نقل عن العلّامة الإشكال في العيوب المتجدّدة بأنّ البراءة هي هنا براءة ممّا لم يجب، والجواب بأنّ المتبرّأ منه هو الخيار وسببه العقد لا العيب.

ثمّ استشكل هو - قدّس سرّه - على العلّامة - قدّس سرّه - بأنّ الخيار مسبّب عن العيب لا العقد، ثمّ نظّر المقام بإسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية، وأنّ العلّامة في بعض كلماته معترف فيه بعدم الجواز، وإن قال في البعض الآخر بالجواز، لكنّه مخالف لسائر كلماته.

ثمّ قال: وبالجمله فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية بل الغرر في الأوّل أعظم، إلى آخر ما قال.

وأنت خير بأنّه لم يكن من حديث الغرر في الكلام السابق عين ولا أثر، فلا بدّ أن يكون في الكلام سقط، مثل أن يكون بعد قوله: مخالف لسائر كلماته: مع

أنه مستلزم للغرر وهذا وإن كان موجوداً في البراءة عن العيب حال العقد. وبالجمله فلا فرق إلى آخر كلامه، فراجع كلامه تعرف حقيقة المرام.

ثم إن التبري عن العيب بحسب مقام الثبوت يتصور على أنحاء، الأول: أن يكون من باب قلب الموضوع، فإن موضوع الخيار هو العقد الخالي عن التبرئة عن وصف السلامة، فكأنه قال: بعثك هذه العين بكل تقدير من الصحة والعيب، فيخرج الموضوع عن موضوع الخيار.

والثاني: أن يرجع إلى الإسقاط، فالعقد واقع على العين بدون تجريدها عن وصف صحتها، وهذا موضوع لثبوت الخيار لو تخلف الصحة ولا يحتاج إلى الالتزام بوجود وصف الصحة، ولكن يشترط في العقد استراحة نفسه من لوازم وجود العيب، والوجهان مشتركان في سقوط كل من الارش والردّ بهما.

والثالث: أن يرجع إلى البراءة عن ضمان مال بسبب العيب فيسقط به الارش خاصة.

هذا بحسب مقام الثبوت، وأما بحسب الإثبات وأن الظاهر من كلمة التبري في عبارة المتعاقدين ماذا؟ فاستظهر منه شيخنا الأستاذ الوجه الوسط، ونظره بما تعارف بين العرب من تبري طائفة منهم عن جرائم شخص منهم، والمقصود أنهم لا يصيرون ملوثين بتبعات جرائمه، ولا يلزمهم لوازمها، فالتبري من العيب أيضاً عبارة عن إسقاط ما كان العيب يقتضيه لولا الإسقاط والتبرئة من كل ما يلزمه.

ثم إنه على فرض التبري من العيب فلو كان للمشتري خيار آخر من شرط أو حيوان أو مجلس وتلف العين بسبب هذا العيب، فلا وجه للحكم بعدم ضمان البائع لهذا التلف الناشئ من هذا العيب بمجرد أنه تبرأ عن تبعاته، فإن هذه

التبعة ليست للعيب بما هو عيب، بل بما هو مصداق للتلف في زمن الخيار، وهو
 ممن لا خيار له، وما ذكرنا من فرض ثبوت خيار آخر هو مورد كلام القوم في المقام.
 ولكن السيد الطباطبائي المحمسي لكلام شيخنا المرتضى - قدس سرهما -
 حمل كلامهم على صورة عدم خيار آخر وأن المراد كفاية شأنية خيار العيب في
 الحكم بالضمان، فاستشكل عليه أولاً بأنه لا دليل عام في مسألة ضمان التلف في
 زمن الخيار يشمل خيار العيب كما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى، وثانياً بأنه على
 فرض التعميم خاص بالخيار الفعلي، فلا يكفيه الشأنية.

والظاهر أن ما ذكره لا يساعد عليه كلمات القوم، فإن المذكور في عبارة
 الدروس عطف صورة العلم بالعيب من أول العقد أو الرضى به لاحقاً على المقام،
 وهو صريح في كونه مفروضاً في زمان خيار المشتري من سبب آخر غير العيب،
 فلم يعلم ما الذي دعا السيد - قدس سره - إلى الحمل المذكور.
 ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض سقوط الرد والارش بها.

منها: زوال العيب قبل العلم به أو قبل الرد، واستظهر شيخنا المرتضى
 - قدس سره - من عبارة العلامة سقوط الارش والرد معاً؛ لأن فيها سقوط الرد
 معللاً بعدم موجبه، والظاهر أن موضع الاستظهار هو التعليل بعدم الموجب بعد
 مفروغية أن الموجب للأمريين واحد، فإذا انعدم بالنسبة إلى أحدهما انعدم بالنسبة
 إلى الآخر أيضاً، وكيف كان فهو صريح عبارة أخرى له - قدس سره - كما نقلها
 شيخنا المرتضى - قدس سره - وقوى شيخنا المرتضى - قدس سره - التفصيل بين
 الأمريين بثبوت الارش دون الرد.

واستوجه شيخنا الأستاذ - دام أيام بقاءه - مقالة الشيخ - قدس سره - بأن
 هذا أولاً مبني منه - قدس سره - على ما يظهر منه في ما تقدّم من دوران

الاستصحاب مدار الموضوع الدليلي، وإذن فنقول: قوله في إحدى الروايتين المتقدمتين في صدر الباب: فيجد به عيباً، ظاهر في وجود العيب حال الوجدان، وكذلك قوله: إن كان قائماً بعينه رده، ظاهر في تعلق الرد بالعيب الخارجي المحفوظ عنوان معيّنته حال الرد، كما في نظائره من أكرم العالم، وأكلت الخبز، حيث إنها ظاهرة في اتحاد زمان الجري مع زمان الفعل، فأخذ زمان الجري زماناً سابقاً وإن كان يلائم مع كون المشتق حقيقةً في من تلبس فعلاً، ولكنه لا يلائم مع هذا الظهور الآخر من الظهور في اتحاد الزمانين.

وأما قوله في الصحيحة: اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار، إلى أن قال: ثم علم بذلك العيب، فهو وإن كان يمكن استفادة كفاية وجود العيب حال الشراء منه، إلا أنّ الظاهر منه أيضاً أن يكون طريق العلم بالعيب وجود العيب ورؤيته خارجاً، لا أن يعلم بطريق آخر بوجوده في السابق، فيتحد مضمون الروايتين في أنّ الظاهر كون عنوان المعيبة محفوفاً حال الرد، والاستصحاب غير جار بناء على المبنى المذكور.

هذا حال الردّ وأما الارش فالموضوع فيه هو الارش وله إضافة إلى المعيب، فيجوز المطالبة بالارش أو يستحقّ المطالبة به، فإذا تمّ أسباب هذا الحكم أو الحق، فارتفاعة يحتاج إلى دليل، فيكون الاستصحاب فيه محكماً لبقاء الموضوع بخلاف الرد، هذا.

ولكنّ الحقّ كما قرّر في الأصول من أخذ الموضوع في باب الاستصحاب من العرف جريان الاستصحاب في كلا المقامين لإحرازه عرفاً في كليهما.

فإن قلت: التمسك بالاستصحاب مبني على عدم ظهور الدليل المثبت للخيار في دورانه مدار وجود العيب حدوثاً وبقاءً بحيث يزول بزواله، كما أنّه يحدث بحدوثه، فإنّه لا مجال حينئذ للاستصحاب.

قلت: غاية ما في الباب أن قوله: من اشترى شيئاً معيباً ولم يعلم ثم وجده معيباً رده في تقدير وأخذ الارش في تقدير ساكت عن التعرض لحال زوال العيب قبل العلم أو قبل الرد، لا أنه دال على عدم الخيار وانتفائه فإنه ممنوع جداً.

ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب حيث إنه عند ابن حمزة مسقط للأمرين، وتحقيق القول فيه أنه إن علم أن هذا التصرف كاشف عن الرضى بالمبيع وبالعيب بحيث أبرء البائع عن الارش فلا كلام، وإن لم يعلم الحال فإن كان بعد العلم بالخيار فهو رضى بالمبيع وإن كان قبل العلم بالخيار فهو داخل في عموم التعليل المستفاد من بعض أخبار خيار الحيوان كما مر مراراً، وعلى كل حال يكون سقوط الرد على وفق القاعدة، وأما الارش، فالتكلم فيه أولاً في الدليل المثبت له هل يشمل هذه الصورة أو لا؟ وثانياً في جريان الاستصحاب فيه على تقدير عدم وفاء الدليل وعدمه.

أما الأول: فالحق فيه عدم الشمول وعدم الوفاء، على خلاف ما يظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره -؛ فإن الذي يتوهم ظهوره في إثبات الارش بعد التصرف في حال العلم بالعيب هو المرسلة: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»^(١) ولا يخفى أنه تفصيل وارد في مفروض السائل من كونه قد وجد في الثوب العيب، والظاهر منه أنه في هذا الحال إن كان قائماً جاز الرد وإلا لم يجوز، فلا يشمل ما إذا تصرف بعد الوجدان فيه شيئاً.

وأما الاستصحاب، فاعلم أن الحالة السابقة المتيقنة لثبوت الارش هنا هو جوازه التخيري الذي كان طرفه الآخر هو الرد، وقاعدة التخير عند سقوط أحد

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦، من أبواب الخيار، ص ٣٦٣، ح ٣.

أطرافه هو التعيين عقلاً في باقي الأطراف في ما إذا كان الملاك في اليد، كما في الأوامر، وأما في مثل المقام حيث يحتمل كون التصرف مسقطاً للارش كما صار مسقطاً للعدل الآخر، فنحتاج حينئذ إلى التمسك بالاستصحاب.

فإن قلنا: بأنّ المعبر فيه بقاء الموضوع الدليلي لا يجري؛ إذ من المحتمل كون الموضوع من لم يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب، فإنّ الدليل على التخيير هو الإجماع وهو لا لسان له، وإن قلنا: بأنّ الموضوع مأخوذ من العرف، فالمانع من هذه الجهة مفقود لإحراز الموضوع عرفاً.

لكن يبقى الكلام في جهتين أخريين: إحداهما: في أنّ المتيقن سابقاً هو الجواز التخييري ولا يحتمل بقاء لاحقاً، والجواز التعيني الذي يحتمل بقاء لاحقاً مقطوع العدم سابقاً، فينحصر الاستصحاب في الجامع والجواز التخييري والتعيني فردان من الجواز عند العقل لاختلاف الحد.

ويمكن التفصّي عنها إمّا بالتزام الوحدة عرفاً كما في السواد الضعيف والشديد، وإمّا بأنّه من استصحاب الكلّي والقسم الثالث منه والتحقيق جريانه.

والثانية: إنّنا لو سلّمنا جريان الاستصحاب في القسم الثالث، فإنّما نسلمه في الموضوعات، وأما في الأحكام فلا يعقل جعل الجامع بدون جعل الفرد.

والتحقيق في الجواب أنّه إنّما يرد على من يعتبر في الاستصحاب في الأحكام أن يرجع إلى جعل الحكم المائثل، وأما على المختار من عدم اعتبار ذلك - بل المعبر البقاء على المعاملة السابقة - فهو بمكان من الإمكان، والمعاملة السابقة هنا الأخذ بالارش، وإن كان يلزم من هذا جعل الجواز التعيني، وبهذا المبني يصح إجراء الاستصحاب في العدم الأزلي للتكليف أيضاً.

ومنها: التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالمعيب، بل ربّما زاد كما في العبد الخصي، فالأرض غير ثابت رأساً، والرد ساقط لأجل التصرف، أمّا الأرض فلا كلام فيه، وأمّا الرد فلا بدّ من تفصيل الكلام بأن يقال: إن كان التصرف دالاً على الرضى دخل تحت عموم مسقطية هذا التصرف، فلا كلام في سقوطه به، سواء وقع بعد العلم بالخيار أم قبله، أمّا الأوّل فلأنّه إسقاط فعلي، وأمّا الثاني فلأنّه مشمول للعموم المذكور.

وإن كان التصرف ممّا لا دلالة له على الرضى بالبيع وعدم خيال النقص ولو بالإقالة، فيقع الكلام تارةً في دليل مسقطية هذا التصرف وهو الصحيحة السابقة من قوله: «فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً»^(١) هل يشمل هذا المقام المفروض فيه عدم ثبوت الأرض، أو أنّه خاص بمورد إمكان التدارك للضرر بالأرض؟ وأخرى في الأصل الذي يرجع إليه عند الشك وعدم وجود الدليل الاجتهادي.

أمّا الأوّل فنقول: الظاهر من قوله في الصحيحة: «يمضى عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»^(٢) أنّ مفروض كلام الإمام - عليه السلام - مورد إمكان التدارك بالأرض، وعلى فرض تسليم العموم والشمول نقول: هذا الحكم أعني: الحكم بالسقوط بإحداث الحدث حكم وارد في مقام الضرر، والحكم الوارد كذلك لو فرض حدوث زيادة ضرر في بعض أفرادهم لم تكن تلك الزيادة في البعض الآخر، فاللازم القول بالتخصيص فيه بقاعدة لا ضرر.

نعم لو فرض مساواة جميع الأفراد في مقدار الضرر فلا وجه للتخصيص؛ للزوم الترجيح بلا مرجح، ولا شك أنّ سقوط الرد في مورد العيب المنقّص للقيمة

ضرره أنقص منه في المقام أعني: ما إذا لم ينقص القيمة بالعيب، فإن تضرر المشتري من حيث عدم نيل الغرض مشترك بين المقامين؛ فإنه تعلق غرضه بالصحيح وهذا معيب، ولكن الفرق أنه يأخذ من البائع في المقام الأول تداركاً لهذا الضرر مالا، وهذا المال وإن كان بمقدار نقصان المالية الذي حدث من قبل العيب ولكن لما يكون بعنوان تدارك وصف الصحة فيكون وجوداً تنزيلياً له.

وأما في مقامنا فالنقص المالي معدوم حسب الفرض، فيبقى النقص الغرضي بلا جابر، ويجرد حصول الزيادة في المالية حاله حال حصول النمو في ملك آخر له بقدر نقصان المعيب أو حصول الربح من محل آخر له بهذا المقدار.

وبالجملة، بناءً على شمول قاعدة لا ضرر للضرر الغرضي وعدم اختصاصه بالمالي فاللازم الاقتصار — على تقدير شمول الصحيحة للمقام — بغيره من المقامات الأخرى، والحكم بعدم سقوط الرد بالتصرف الغير الكاشف في المقام، هذا.

وأما الثاني فنقول: لو شككنا في المسألة بواسطة سكوت الصحيحة عن حكم المقام والقول بعدم جريان لا ضرر في المقام أيضاً، فالظاهر جريان استصحاب خيار الرد وعدم الإشكال فيه؛ فإن خيار الرد قبل التصرف محقق لا شبهة فيه، فيستصحب بعده حتى على مذاق من يجعل موضوع الاستصحاب دليلاً، فإن الشك هنا في المسقط وموضوع الحكم لا يتقيد بعدم المسقط كما هو واضح، وهذا نظير استصحاب الطهارة عند الشك في حدوث الرفع والناقض.

ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور، والكلام هنا من حيث عدم شمول دليل سقوط الرد عند عدم قيام العين كالسابق بواسطة اختصاصه بمورد إمكان التدارك بالارش، نعم الفرق أن دليل لا ضرر كان في الفرع السابق جارياً

على ما مرّ، وليس في المقام جارياً، لإثبات الرد لأمرين، الأول: ما ذكره شيخنا المرتضى من معارضة ضرر المشتري بالصبر لضرر البائع بقبول المعيب بالمعيب الحادث ولو مع الارش، والثاني ما ذكره شيخنا الأستاذ - دام علاه - وهو: أنّ ضرر المشتري متيقّن على أيّ حال سواء حكم بالصبر أم بالرد.

أمّا على الأول فواضح، وأمّا على الثاني فلاجل محكوميته بدفع الأرض؛ فإنّه ضرر عليه، فجنس الضرر عليه وارد على كل حال غير قابل الارتفاع حتّى يشمل له دليل لا ضرر، وبمجرد كونه تعيينيّاً على تقدير عدم الخيار وتخيريّاً على تقدير ثبوته لا يشر في رفع الضرر.

ألا ترى أنّ من أكره على بيع أحد ماله، فاختر أحدهما فهو مكروه ويحكم بفساد بيعه مع أنّه مختار في الخصوصية؟ وفي المقام أيضاً وإن كان اختيار الخصوصية بيده لكن بالنسبة إلى جامع الضرر ينتهي إلى حكم الشرع، وإذن فيبقى الرجوع إلى استصحاب الرد.

ومنها: ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا، ومحصل الكلام أنّا إن فرغنا عن الصغرى لعنوان المانعية فلا كلام، بمعنى أنّا فرغنا عن كون الربا لازماً وعن كون التصرف مانعاً حتّى في مثل المقام، وكذا حدوث العيب. وأمّا الكلام في تشخيص الصغرى فيعلم ممّا تقدّم من عدم شمول دليل السقوط لهذا المقام إلّا إذا كان التصرف كاشفاً عن الرضى.

لا يقال: دليل السقوط بالتصرف الكاشف وإن كان شاملاً، لكن لم لا يقدّم عليه دليل لا ضرر كما قلت بناءً على شمول الصحيحة؟

لأنّا نقول: حيث إنّ المفروض أنّه رضى بالمبيع فقد أقدم على الضرر من حيث عدم الرد، ولو كان له خيال دفعه بالارش فالشارع منعه من هذه الجهة

وحكم قهراً عليه بسقوط الارش.

ومن هنا يظهر الخدشة في كلام شيخنا المرتضى حيث يظهر منه تأثير إقدامه في سقوط الارش، مع أنه سواء أقدم أم لم يقدم لا فرق في حكم الشرع بالمتنع عن الربا، نعم يظهر أثر الإقدام بالنسبة إلى التصرف كما عرفت.

وبالجملة لو سلمنا لزوم الربا من أخذ الارش في المقام، فالمسألة من حيث مسقطية الرد والعيب الحادثة مشتركة مع السابقة حرفاً بحرف، لكن يظهر من العلامة اختصاص المقام في صورة حدوث العيب بكلام في عدم إمكان بقاء الرد هنا ولم يكن في السابق، وهو أن يقال: الأخذ بالارش هنا ممنوع للزوم الربا، وحيث إن الرد بلا ارش الذي هو مقتضى الاستصحاب أيضاً مقطوع بعدم فاللازم سقوط الرد.

أما بيان لزوم الربا من أخذ ارش العيب الحادث فله تقريران، الأول: بطريق الجدل وهو أن يقال: كما قلتم بلزوم الربا من أخذ المشتري ارش العيب القديم، كذلك نقول نحن بلزومه من أخذ البائع ارش العيب الحادث ونطالبكم الفارق بين المقامين؛ فإنه إن كان هذا المقدار من تحقق الزيادة التي تكون من آثار التعهد بوصف الصحة مع تخلفه - مع أنه ليس بازائه بذل مقدار من الثمن بل ربّما لا يكون بلحاظه أيضاً بذل مقدار منه - منشأ للزوم الربا في جانب عقد المعاملة، كان هذا حاصلًا بعينه في جانب فسخها وحلّها الذي هو أيضاً معاوضة على عكس عقد البيع، وإن كان لا يضّر ذلك والمضّر إنّما هو أخذ الزيادة في أحد طرفي المعاوضة، فاللازم عدم الإضرار في المقامين، فالمقر بالإضرار في المقام الأول يلزم به في الثاني.

الثاني: أن يكون بطريق الحل، وهو أن يقال: لا يتحقق استحقاق البائع

المفسوخ عليه الارش لأجل فوات وصف الصحة إلا لأجل أن يكون وصف الصحة مدرجاً في عقد البيع في ضمن ما بذل بازاءه الثمن حتى يكون بازاءه شيء من الثمن، فإنه حينئذ إذا استرجع المشتري تمام الثمن ودفع المبيع، يقول البائع: فأين وصف الصحة الذي كان مقدار من الثمن مبدولاً بازائه، وقد أخذت كل الثمن، فاللزم التدارك بالارش.

فصيرة البائع في المقام ذا استحقاق للارش بعنوان غرامة الوصف الفاتت - نظير ما إذا قبض المشتري قبل وقوع المعاملة على الربويين المبيع منهما، فعاب في يده وصف الصحة، ثم أوقع المعاملة، فإنه يستحق البائع غرامة وصف الصحة الفاتت في يد المشتري قبل المعاملة - لا تتحقق إلا بذلك؛ فإن وجه الغرامة في المثال أن المشتري قد تلف في يده مال البائع فعليه الغرامة.

وفي مقامنا هذا المعنى - أعني: كون التلف وارداً في يد المشتري على ملك البائع - إنما يتحقق بما ذكرنا من كون المعاملة واقعة بين الذات مع الوصف، وبين الثمن حتى يوجب الفسخ تقدير ملك التالف الذي هو الوصف أنا ما قبل التلف في ملك المفسوخ عليه الذي هو البائع في يد الفاسخ الذي هو المشتري، فيحكم عليه بلزوم الارش، فلحق هذا الباب بذلك الباب مبني على إدراج الوصف في أحد الطرفين وهو موجب للربا في أصل عقد المعاوضة وبطلان البيع من رأس، وحيث إن اللزوم باطل فالملزوم مثله، وقد عرفت بطلان الرد بلا ارش أيضاً فتعين عدم الرد ولزوم المعاملة، هذا.

وقد استشكل شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأن هذا مبني على أن تعهد الوصف واشترائه يوجب كون مقدار من الثمن مبدولاً بلحاظه، وإن لم يكن بازائه، وفيه أنه لا يلزم ذلك، فربما يكون التقابل بين الذاتين ويكون الوصف

المتعهد به بلحاظ وصف في الذات الأخرى مفقود في هذا. وبالجملية: لا يلزم أن يكون الوصف بلحاظ المقدار والكم بل يكون بلحاظ الكيف، ثم من لوازم التعهد الخروج من العهدة بالعين أو البدل.

ثم الحق في المسألة عدم لزوم الربا من أخذ الارش، لأن الارش ليس داخلاً في شيء من العوضين، وإنما هو من لوازم التعهد عرفاً، وقد تقدّم ذلك سابقاً، وعلى فرض تسليم الربويّة فقد عرفت أنّ دليل مانعية العيب الحادث عن الرد صورة إمكان الارش، فيبقى الاستصحاب هنا بلا مانع لإثبات الرد بدون الارش، ولزوم الضرر قد عرفت عدم إمكان دفعه بقاعدة لا ضرر للمعارضة، وعلى فرض بطلان هذا أيضاً فأيّ مانع عن الرد مع الارش؟ فإنه لا يوجب الربا في أصل عقد المعاوضة كما عرفت من عدم ملحوظية جزء من الثمن بازاء الوصف المتعهد به.

وأما الفسخ فهو ليس عنوانه الابتدائي إلا حل العقد، غاية الأمر أنّه معاوضة قهراً فلا يلزم القول بمضريّة الارش في أصل المعاوضة الابتدائية للزوم الربا القول بالمنع منه في الفسخ أيضاً، إذ لم يعلم المنع عن الربا حتّى في مثل هذا القسم من المعاوضة القهرية.

إن قلت: فلم لا يجوز الإقالة بشرط الزيادة؟

قلت: إن كان الشرط للعمل فلا مانع منه، وأما إن كان لمتعلّقه فالمانع أنّه خلاف مقتضى الإقالة.

ومنها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فإنّ ظاهر الغنية إسقاطه الرد والارش كليهما، وتحقيق المسألة أنّه قد يقال بسقوطهما لأجل دلالة التأخير مع الاطلاع على العيب على الرضى بالمبيع معيوباً، وفيه منع الدلالة.

نعم يجري هي هنا التكلّم في أنّ المرجع بعد عدم الإطلاق في دليل الخيار في خصوص الرد هل هو عموم «أوفوا» أو استصحاب حكم الخاص؟ وأما في الأرض فلا يجري لأنّه لا ينافي لزوم العقد.

وحينئذ نقول: مورد الرجوع إلى الاستصحاب في صورة عدم العموم الأزمانى إنّما هو في ما إذا لم يخرج الخاص الفرد عن تحت العام بالعنوان، كما إذا أخرج عن تحت أكرم العلماء عنوان الفاسق، فتلبّس زيد العالم بالفسق يوم الجمعة، ثم زال ورجع إلى العدالة يوم السبت، فإنّه مع عدم العموم الأزمانى يصحّ التمسك في حكمه يوم السبت إلى العام، ولا يجوز التمسك بالاستصحاب، وكما خرج عن عموم الصلاة والصوم الحائض، وعن عموم الصوم المسافر؛ فإنّه لا شبهة لأحد حتى شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في أنّ الرجوع بعد زوال العنوان إلى العام، بل نقول: لو كان الخروج بعنوان خصوص الزمان أيضاً كما لو خرج زيد بعنوان يوم الجمعة، فالتجّه التمسك في غيره بالعموم.

فالمورد الذي يسقط العام ما إذا خرج ذات الفرد بلا عنوان واتفق أنّ خروجه صادف يوماً، وشككنا في دوام الخروج في ما بعد هذا اليوم وعدمه، وكذا ما إذا خرج بالعنوان ولكن كان عنوانه باقياً، ولم يكن للدليل المخرج إطلاق شامل للزمان الثاني. وبعبارة أخرى كان شكنا في غاية الحكم وأمدّه لا راجعاً إلى عنوان الموضوع، وإلاّ فاللزام الاقتصار في رفع اليد عن العموم على المقدار المتيقن، وحينئذ يكون الاستصحاب محكّماً على جميع الأدقّة حتّى مذاق من يعتبر الموضوع الدليلي في الاستصحاب.

ولكن يبقى حينئذ الإشكال على شيخنا المرتضى - قدس سرّه - حيث إنّ في مبحث فورية خيار الغبن وعدمها، اختار أنّ الرجوع إلى العموم غير جائز؛ لعدم

العموم الأزماني في «أوفوا بالعقود»^(١) وكذا إلى الاستصحاب لعدم إحراز الموضوع، إذ لعلّه المتضرر الغير المتمكّن من دفع ضرره، ثم اختار أن المرجع استصحاب الملك فيحكم باللزوم.

فرد الإشكال عليه أنا لا يبقى لنا مورد إلا وإما يصحّ الرجوع فيه إلى العام أو إلى الاستصحاب لأنّ الموارد بين أربعة لا خامس لها، لأنّ الخاص لا يخلو إما أنّه خرج بالعنوان وزال العنوان، وقد عرفت متبعية العموم فيه، وإما أنّه خرج بالعنوان مع بقائه والشكّ في أمد الحكم، وقد عرفت أنّ المتبع هو الاستصحاب على جميع الأمثلة، وإما أنّه خرج بلا عنوان حتّى عنوان الزمان، فالمتبع أيضاً هو الاستصحاب.

بقي مورد رابع وهو أن نشكّ في أنّه خارج بعنوان زال عنه في الآن الثاني، أو أنّه خارج بلا عنوان؟ وقد يتوهم في هذا المورد أنّه لا يجوز التمسك بالعموم، لأجل دوران الأمر بين تخصيص الفرد وتقييد الحال، ولا مرجع في البين، فيحصل الإجمال، ولا يجوز الاستصحاب أيضاً، لعدم إحراز الموضوع بناءً على لزوم أخذه من الدليل.

ولكن فيه أنّ منع التمسك بالعام في غاية المنع، وذلك لأنّه قد انعقد ظهور العام واستقرّ في شمول الفرد في كلّ الحالات بحيث استوى شموله بالنسبة إلى الأحوال في عرض واحد، والمختص المنفصل حسب الفرض مجمل مردّد أمره بين إخراج الذات بتمام الحالات وبين إخراج إحدى الحالات وحدها، فيبقى ظهور العام في شمول غيرها من الحالات في مقام الاستعمال محفوظاً عن التصرف، وحديث تبعية عموم الحال لعموم الذات لا ينفع؛ فإنّه ليس بأزيد من عموم

الزمان، فإنه أيضاً في طول الفرد ومع ذلك لو صرح وقال: أكرم العلماء في كل زمان، وكان المتيقن من خروج الخارج يوماً واحداً، فلا شبهة عند أحد في التمسك بالعام، مع أنه يحتمل خروجه بعنوان الذات ويحتمل خروجه بعنوان اليوم، وعلى التقدير الأول يكون عموم الزمان مخصصاً بتبع عموم الفرد.

إذا عرفت هذا فنقول: في مقامنا عنوان المخصص محفوظ؛ فإنه العقد على المغيب وهو محفوظ، وتأخير الأخذ بمقتضى الخيار وعدمه مما لا يمكن مداخلته في موضوع الخيار، لأنه متأخر عنه، ولكنه يمكن أن يصير مسقطاً للحكم، فيكون من موارد الرجوع إلى الاستصحاب على جميع الأمثلة.

ثم هذا بناء على تسليم عدم الإطلاق في دليل الرد بالنسبة إلى الزمان الثاني، ولكنه في غاية الضعف، فإنه لو كان الأمر في الخيار مضيقاً للزم التنبيه عليه في قوله - عليه السلام -: «إن كان قائماً بعينه رده على صاحبه» هذا كله في الرد.

وأما الارش: فالتحقيق أيضاً جواز استصحابه على جميع الأمثلة؛ لما عرفت من أن قيد عدم الأخذ بالخيار غير مأخوذ في موضوع الخيار قطعاً، نعم لا يجري هنا إطلاق الدليل؛ فإن دليله الإجماع، والقدر المتيقن منه غير المقام.

ويظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره - الفرق بين الرد والارش، بعدم الجريان في الأول؛ لعدم إحراز الموضوع فيرجع إلى استصحاب الملك المعتبر عنه بأصالة اللزوم في كلامه - قدس سره -، وبالجريان في الثاني، ولم يعلم وجه الفرق، بل الثاني أولى بعدم الجريان لما عرفت من أن دليله الإجماع ولا يمكن أخذ الموضوع منه، فلا بد من الرجوع بعد سقوط استصحابه إلى استصحاب براءة ذمة البائع من الارش، والله العالم.

مسألة: لا إشكال في أن بيع المغيب في الجملة غش، والغش حرام.

والكلام الآن في تشخيص مورد الغش عن غيره في هذا المقام.

وليعلم أولاً أنّ كل مورد حكم فيه بصدق الغش لا يحكم بالفساد، فإنّ النهي لم يتعلّق بعنوان المعاملة، وما وقع من الأمر بإلقاء الدرهم المغشوش في البالوعة معللاً بأن لا يباع به، لا يدلّ على ذلك؛ إذ فرق بين قوله: لا تبع بهذا وبين قوله - عليه السلام -: «ألقه في البالوعة حتّى لا يباع شيء فيه غش»^(١) منهّي عنه ولا يستفاد تحريم البيع بما هو بيع عن هذا الكلام الثاني، وذلك لأنّ المورد لمّا كان هو الدرهم، والتصرّف الغالب فيه صرفه في المعاملة والبيع والشراء، فذكر البيع من باب انحصار فرد الغش فيه بالبيع، لا من باب موضوعية البيع.

وبالجملة: لا ظهور فيه في التحريم النفسي وبالعنوان البيعي نظير بيع الربا ونحوه، هذا مضافاً إلى إطلاق أخبار الخيار فإنّها شاملة بإطلاقها مورد وجود الغش، ومع ذلك لم يحكم فيها بالفساد، بل بالخيار المتفرّع على الصحة، هذا. وأما تعيين مورد الغش: فاعلم أنّا وإن لم نكن من أهل لسان العرب ولكن قد دخل في ذهننا من موارد استعمال هذه اللفظة مفهوم، فنقول: هي هنا مراتب لا بدّ من عرضها على الوجدان.

المرتبة الأولى: أن يكون صرف عالمية البائع بالعيب وجهل المشتري به وعدم إعلام البائع من دون أن يسأله المشتري، ولكنّه يشتري اعتماداً على أصل السلامة، فترك إخبار البائع بالعيب في هذه الصورة خلاف النصّح قطعاً، ولكنّ الغش ليس نقيض النصّح بل ضدّه له دليل عدم مساعدة الوجدان على صدق الغش في هذه الصورة.

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، ص ٢٠٩، ح ٥.

المرتبة الثانية: أن يسأله المشتري، فيقول: لا يجب عليّ الجواب فاشتره أيضاً اعتماداً على أصل السلامة، ولا نرى من الوجدان صدقه في هذا أيضاً من غير فرق بين العيب الخفي والجليّ في كلتا صورتين.

المرتبة الثالثة: أن يسأله ويقول كذباً: لا أعلم، ويقدم على الشراء اعتماداً على الأصل، والظاهر عدم الصدق أيضاً من غير فرق بين الخفي والجليّ.

الرابعة: أن يسأله فيخبر بالصحة، وحينئذ فإن كان البائع شخصاً أميناً ممن يكون قوله طريقاً عقلياً يصحّ الاعتماد عليه، فاعتمد المشتري وأقدم على الشراء، فالإنصاف صدق الغش حينئذ، وأما إن كان بخلاف ذلك، وبعبارة أخرى لم يقم طريق عقلياً، وإنما كان التقصير من المشتري - حيث اعتمد على من لا يليق الاعتماد عليه - فلا غش، نعم إن قرن كلامه بالقسم - بحيث اندرج تحت الطريق العقلاني المعتمد عليه عند العقلاء - كان أيضاً كالأول.

فإن قلت: فعلى هذا ما من مورد إلا ويلزم فيه الغش، إذ في جميع الموارد يحصل التعهد والالتزام من البائع بوصف الصحة، والمشتري معتمد على هذا التعهد عند العقلاء.

قلت: ليس التعهد مفيداً للاطمئنان بما هو تعهد ما لم ينضم إلى شواهد وخصوصيات خارجية من موثوقية البائع، وعلى فرض حصول الغش في مورد لا يرفعه التبري.

وبالجملة: لكّل من التعهد والتبري خواصّ آخر من ثبوت الخيار وعدمه، ولا تأثير لهما في ما نحن بصدده، وعلى ما ذكرنا قريباً يحصل الغش في العيب الجليّ مع التبري، ودنيا لا يحصل في العيب الخفي مع التعهد.

هذا ما يظهر من العرض على الوجدان، فلا بدّ من مراجعة الأخبار؛ فإن علم أنّ مورد الحكم والتحریم أخصّ أو أعمّ من هذا، نقول به، وإلاّ فالمتبع ما ذكرنا، والظاهر عدم ما يدلّ على خلافه في الأخبار أيضاً، فإنّ ما ذكر فيها من تطبيق الغشّ على البيع تحت الظلال، وتغطية الجيد الردي، مطابق مع ما ذكرنا؛ إذ في البين عمل من البائع يوجب وقوع المشتري في خلاف الواقع.

ولا ينافيه أيضاً ما عن بعض أهل اللغة حيث قال: «غشه، لم يمتضه النصح» فإنّ من أرى نفسه أنّه بصدد نصح أخيه ورعاية خيره، فذكر عيوب المتاع الجزئية، ولكن أخفى عنه عيباً كبيراً، كان هو الملقى لأخيه في ذلك العيب، لآثمه بإظهاره لتلك العيوب الجزئية كأنّه أظهر للطرف أنّه لو كان فيه عيب لأخبره، فيحصل للطرف شبه اطمئنان بالعدم، وحسن ظنّ به، فيقع في المحذور من حيث لا يشعر. وبالجملّة: لا يدلّ على أنّه أمر عديمي صرف ترك النصح، للفرق بين عدم تمحيض النصح وبين تركه.

بقي هنا مطلب وهو أنّ خلط اللبن بالماء، له صورتان:

الأولى: أن لا يكون الخليط بعد الخلط خارجاً عن اسم اللبن، فقد باع اللبن المعيب، فلا إشكال في الصحة، غاية الأمر تحقّق الخيار.

الثانية: أن يكون خارجاً ويكون حقيقة أخرى، كما لو مزج اللبن بالدبس وبقي الدبس على حقيقته كاللبن، وحينئذ يتوجّه الإشكال في أصل صحّة المعاملة من حيث إنّ ظاهرهم الحكم ببقاء الدبس في المثال على ملك البائع، وعدم انتقاله إلى المشتري؛ لأنّه مثل ما لو باع هذا الفرس فبان كتاباً، وليس كما لو باع هذا الفرس العربي فبان عجمياً، وعلى هذا فيشكل الحال من حيث لزوم الغرر، إذ وزن ما كان مقصوداً بالبيع وعلاًّ للقصد الإنشائي الذي هو بالفرض مقدار

اللبن غير معلوم، نعم كان وزنه مع انضمام أمر خارج أجنبي معلوماً وهذا غير مفيد، وهذا هو الفارق بين المثال وبين ما لو باع هذه العشرة أمانان فبان خمسة أمانان؛ فإنَّ الحنطة الموجودة مثلاً مقصودة بالبيع وقد ارتفع فيه الغرر، غاية الأمر بالجهل المركَّب، وأمّا في المقام فما هو المقصود غير مرتفع الغرر حتّى بنحو الجهل المركَّب أيضاً.

والحاصل: لا بدّ إمّا من القول بانتقال الخليط أيضاً إلى المشتري، وهو خلاف ما يلتزمون في مقامات أخرى، وإمّا من الالتزام بلزوم الغرر و البطلان في الكلّ، فالصحة في البعض والبطلان في البعض لا يعلم له وجه.

مسائل في اختلاف المتبايعين: وهو تارة في موجب الخيار، وأخرى في مسقطه، وثالثة: في الفسخ.

أما الأول ففيه مسائل: الأولى: لو اختلفا في تعييب المبيع وعدمه، مع تعذّر ملاحظته لتلف ونحوه، فالقول قول منكر العيب بيمينه، وهذا الكلام بإطلاقه لصورة العلم بالعيب سابقاً محلّ منع، لأنّ مدّعي العيب حيثنّذ منكر لمطابقة قوله مع استصحاب بقاء العيب إلى حين العقد، وليس مثبتاً، لأنّ أصل العقد محرز بالوجدان، ووصف معيبة المعقود عليه بالأصل، فهو نظير الكرية الثابتة للمائع بالأصل ومائيته بالوجدان.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذّر تبين الحال لفقد أهل الخبرة، قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: كان الحكم كسابقه. انتهى.

ولا يمكن هنا استصحاب عدم العيب قبل الاتصاف بما يشكّ في عيبته لو كان له حالة سابقة لعدم الشكّ في الخارج، وإنّما هو في صدق مفهوم العيب على هذا المقطوع التحقق وعدمه ولا أصل يعيّن أحدهما، ففي مطرح الدعوى لا

أصل يعين أحد طرفيه، ومجرد وجود الأصل الحكمي هنا وهو استصحاب الملكية بعد الفسخ رتباً يستشكل في كفايته لتعيين المنكر عن المذهي بأن يقال: إن المعيار وجود الأصل أو الامارة في نفس مطرح الدعوى، ولا يثمر وجوده في ما يستلزمه أو يلزمه.

ومن هنا لو تداعيا عينا في يد أحدهما، وقال ذو اليد: هي مالي قد اشتريته منك، يحكم بأن المنكر غير ذي اليد؛ لأن الأصل يلاحظ بالنسبة إلى القضية التي انقلبت دعواها إليها، وهي تحقق الاشتراء وعدمه، والأصل مطابق لقول من ينكره وإن كان هنا أمانة معتبرة في جانب الآخر وهي يده الشاهدة على مالكيته، ولهذا يصح الشراء منه قبل فصل الخصومة وترتيب سائر آثار الملكية له عليه.

وبالجملة: المناط وجود الأصل في مطرح الدعوى، وفي المثال الأصل موجود في جانب غير ذي اليد، فصار هو منكر، وفيما نحن فيه اللازم هو التحالف، لعدم أصل ولا أمانة في شيء من الطرفين.

ويمكن أن يقال: إننا لا ننظر إلى الأصل في القضية الأخرى إذا كان في نفس القضية في حد ذاتها محل جريان الأصل موجوداً كما في المثال، وأما إذا لم يكن كما في المقام، فالمتعين الانتقال إلى القضية الأخرى؛ إذ باللازمة يتحقق نزاع فيها أيضاً ويكون أحدهما بالفرض مطابقاً فيه للأصل فيكون هو المنكر.

ثم لا إشكال في انفكاك النقص عن العيب، كما في العين المستأجرة مدة مديدة حيث إننا غير معنية، ولكنها تنقص بالإجارة، كما لا إشكال في انفكاك العيب عن النقصان كما في الخضاء ونحوه، ولا إشكال في أنه كما أن أصل السلامة عن العيب يكون مبنياً للعقد، كذلك الأصل خلو العين عن كل نقص ولو لم يكن عيباً، ويقع العقد مبنياً عليه، فعند التخلف يتحقق الخيار لتخلف الوصف

المشترط ارتكازاً. إنها الإشكال في تصوّر المثال لصورة معلومية النقص ومشكوكية العيب وتنازها، وعلى فرضه يحكم بثبوت الرد، وأما الأرض فالأصل البراءة عنه.

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو بعده بأن حدث بعد القبض وانقضاء الخيار، قدّم قول منكر التقدّم، أما مع العلم بتاريخ العقد والقبض وانقضاء الخيار فلا إشكال؛ لأنّ استصحاب عدم حدوث العيب وبقاء السلامة إلى ما بعد القبض والانقضاء جار وهو أصل موضوعي.

أما مع الجهل بالتاريخين أو بتاريخ القبض والانقضاء، فأصالة عدم تحقق القبض والانقضاء إلى ما بعد العيب لا يثبت أنّ القبض وقع على المبيع، أو أنّ الخيار كان مقارناً للعيب، فيكون أصالة عدم تحقق ما هو موضوع الخيار جارية، ولا أقل من استصحاب الملك، فيكون الأصل في هذه المسألة مع البائع على كلّ حال ويكون هو المنكر.

لا يقال: أصالة عدم تسليم المثلّمن على ما يستحقّه المشتري جارية في جانب المشتري.

لأنّا نقول: إن كان المقصود أنّ للمشتري الامتناع من بذل ما يوازي الأرض؛ لأنّه موقوف على تسليم البائع المثلّمن على الوصف المشترط والأصل عدمه. ففيه أنّ هذا المعنى قبل التسليم الخارجي ولو لم يحدث عيب قطعاً أيضاً موجود بالنسبة إلى تمام الثمن، ولا ربط له بما نحن فيه من موضوع الخيار، وإن كان الغرض إثبات الخيار، فقد عرفت أنّ أصالة تأخر القبض والتسليم إلى زمن العيب لا يثبت تقدّم العيب على القبض الذي هو موضوع الخيار.

والحاصل: أنّ هنا مطلبين، الأول: مسألة عدم وجوب التسليم قبل تسلّم العوض الآخر، وموضوعه ليس التسليم بمعنى الخروج عن تحت السلطنة فعلاً،

بل معناه الحضور وعدم الامتناع والتمكين للطرف لأن يأخذ عوضه، وهذا المعنى في صورة الشك فيه يستصحب عدمه، لكن لا ينفع إلا لعدم استحقاق الإلزام بالتسليم، وأين هو من حق الخيار والارش؟

والثاني: مسألة ضمان بائع العين ما دام لم يخرج عن تحت سلطته فعلاً ولو كان حاضراً للبذل وغير ممتنع، واستصحاب عدم هذا إلى زمن العيب لا يثبت تقدم العيب عليه حتى يورث الضمان، وأما استصحاب عدم التسليم المقيد بتعلقه بالعين على الوجه المستحق، فلا ينفع؛ فإثمه لو فرض التسليم على الوجه الغير المستحق وحدث العيب كان مضموناً على المشتري بلا شبهة، وبالجمله الأصل المذكور لا أصل له.

ثم في الموارد التي يكون أحدهما مدعياً والآخر منكراً لو أقام أحدهما بيته فإن كان المدعي فلا إشكال في سماع بيته، ولو كان المنكر ففي سماع بيته كلام بحيث سقط عنه اليمين، وقوى شيخنا المرتضى - قدس سره - السماع وسقوط اليمين، وربما يتوهم التنافي بين القول بالسماع وبين القول بتقدم بيته المدعي عند إقامة كليهما البيته، فإنه إن كان بيته المنكر مسموعاً في مقام الترافع، فما وجه تقديم بيته المدعي عند التعارض؟ وإن كان غير مسموع فما وجه القول به عند انفراد المنكر بالبيته؟

وتفقيح الكلام وإن كان خارجاً عن وظيفة المقام، يتني على التكلم في كل واحد من المسألتين أعني: حكم بيته المنكر في صورة الانفراد وحكمها في صورة التعارض، فنقول وبالله الاعتصام: أما حكمها في حال الانفراد فالذي يتصور قبل النظر إلى أدلة الباب ثلاثة أنحاء من التصور.

الأول: أن يكون وظيفة المنكر التخيير بين إقامة البيته والحلف.

الثاني: أن لا يكون له إلا الحلف وتكون بيته لغواً صرفاً.

والثالث: هو البرزخ بين الأمرين، وهو أن لا تكون بيته فاصلاً ولا لغواً، بل كانت حجة، ويظهر ثمرته أنه عند وجودها ووجود بيته المدعي توجب سقوط بيته المدعي؛ فإن الذي هو فاصل إنَّها هو البيته التي لم تعارض بحجة أخرى. وبعبارة أخرى ما هو الحجة في غير مقام الترافع، وهو غير المتزاحم بالحجة الأخرى، والمتزاحمة باليد في سائر المقامات لو أضرت، ولكن علم في هذا المقام عدم إضرارها وإلا لم يبق مورد للبيته، هذه احتمالات مقام الثبوت.

أما بحسب مقام الإثبات، فالظاهر من قوله ﷺ: «البيته للمدعي واليمين على من أنكر» - بمقتضى كون التفصيل قاطعاً للشركة - أن البيته حق للمدعي، ليس له اليمين، واليمين وظيفة تعيينية للمنكر ليس له حق إقامة البيته.

ثم هذا هو الوظيفة الأولية ولا يتأفي ثبوت اليمين في بعض الموارد للمدعي بدليل خاص خارجي، وليس بقبال هذا الظهور الذي صار محصّله أن البيته في مقام الترافع ليست فاصلة للخصومة لو أقامها المنكر إلا أخبار.

منها: ما في بعضها من قوله: «فإن كانت - أي الدابة - في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيته، قال: أقضي بها للحالف الذي هو في يده» وهذا لا يتأفي مع ما احتملناه أخيراً من كون البيته في جانب المنكر حجة وليست كاليد، وإن كانت لا تصلح لقطع الدعوى، وفائدتها إسقاط بيته المدعي عن الحجية والفاصلية، فيرجع إلى الحلف، فإن الخبر ظاهر في كون الاستناد إلى الحلف لا إليه وإلى البيته. وبالجمله لا منافاة فيه مع الظهور الذي ادّعيناه في الخبر الأول.

ومنها: خبران آخران، وفيهما في فرض الخبر الثاني أنه بعد إقامتهما البيته قضى الأمير أو قضى رسول الله - صلى الله عليه وآلهما - للذي هي في يده،

وهذان لا منافاة فيهما مع الخبر الثاني، الحاكم بالرجوع إلى الحلف، فإن السكوت عن الحلف فيهما لعلّه كالجري المتعارف بين الفقهاء حيث يعتبرون كثيراً ما في مقام التعبير عن المنكر أنّ القول قوله، مع أنّه لا محالة يحتاج إلى اليمين، فالتعبير في الخبرين أيضاً مناسب لأن يكون في مقام أنّ المنكر يقبل قوله ولكن مع يمينه.

ومنها: عموم أخبار حجية البيّنة وعموم قوله: «إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(١) وقد ظهر جوابها فلانّ قوله: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»^(٢) خصّص تلك العمومات بيّنة المدّعي.

ومنها: خبر حفص بن غياث^(٣) المشتمل على جواز الشهادة بالرؤية في اليد بأنّه ملكه، وفيه: أنّه غير ما نحن فيه، فإنّ كون الشهادة مستندة إلى اليد غير كونها لذّي اليد، فإنّ من الممكن أنّ الشاهد رآها في يد أحد المترافعين قبل الترافع ثمّ ترافعا وقد سقط العين عن يد من رآها الشاهد في يده.

ومنها: خبر البغلة والسرّج المشتمل على تسليم مولانا أبي الحسن موسى - سلام الله عليه - البغلة لمن ادّعاها، وأمره - عليه السلام - بأخذ السرّج مستشهداً - عليه السلام - بأنّ عندنا البيّنة بأنّها سرّج محمّد بن علي - عليهما السلام -^(٤).

وفيه أنّ الخبر غير ممكن الاستدلال، فإنّّه وارد في مقام حسن أخلاقه - عليه السلام - وعدم تشاخه مع أهل الدنيا، وامتناعه - عليه السلام - عن السرّج، لأنّه كان

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢، من أبواب كيفية الحكم والدعوى، ص ١٩٩، ح ١.

٢- مستدرک الوسائل: الجزء ١٧، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم والدعوى، ص ٣٦٨، ح ٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠، من أبواب الشهادات، ص ٢٥٠، ح ١.

٤- المصدر نفسه: الباب ٢٤، من أبواب كيفية الحكم والدعوى، ص ٢١٤، ح ١.

واضحاً علينا كونه منه -مبه السلام-، فلم يكن -مبه السلام- فيه محتاجاً إلى المشاحة.

ومنها: خبر فذلك^(١) بتقريب أنه أنكر على أبي بكر أنه طلب البيّنة منه -مبه السلام- في الدعوى عليه مع أنه لا يطلبها من غيره -مبه السلام- عند الدعوى عليه ولو كان طلب البيّنة من المنكر أمراً منكراً لكان أولى بالمحاجة.

وفيه أنّ هذا الخبر على خلاف مقصود المستدلّ أدلّ؛ فإنّ ظاهره أنّ أبا بكر لا يطلب من المدّعي عليه في غير مورد دعواه -مبه السلام- بيّنة، فلم يطلبها منه؟ يعني مع أنه يعلم أنّ طلب البيّنة من المنكر لا يجوز، ولهذا يعامل هكذا مع سائر الناس فلم يطلبها منه -مبه السلام- مع كونه منكراً.

ثمّ إنّ هنا أخباراً تدلّ على عدم الاعتناء ببيّنة المنكر عند إقامة المدّعي للبيّنة بقوله -مبه السلام- في بعضها: حقّها للمدّعي ولا أقبل من الذي في يده بيّنة لأنّ الله أمر أن يطلب البيّنة من المدّعي، فإن كانت له بيّنة وإلاّ فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ وجلّ «وهذا صريح في الاحتمال الثاني الذي قدّمناه من لغوية بيّنة المنكر رأساً».

فتكون هذه الأخبار مع الأخبار المتقدّمة الواردة في الرجوع إلى الحلف عند تعارض البيّتين متوافقة في سلب عنوان الفاصليّة عن بيّنة المنكر، بمعنى عدم إباء الطائفة الثانية عنه، ويبقى تعارضها في مقام أصل الحجّية، فصريح الطائفة الأولى نفيها، وصريح الثانية إثباتها، لكن لا يضرّ هذا بما نحن بصده من عدم منافاة في هذه الأخبار، لما استظهرناه من قوله: «البيّنة للمدّعي الخ» من انحصار الفاصل في الأمرين على وجه التعيين، هذا هو الكلام في حكم بيّنة المنكر في صورة الانفراد.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥، من أبواب كيفية الحكم والدعوى، ص ٢١٥، ح ٣.

وأما مع الانضمام إلى بيّنة المدّعي، فالانصاف عدم الجمع العرفي في البين، والسند في كلّ من الطائفتين منجبر بالعمل، وإذن فالمرجع الأخبار العلاجية، ولعلّ المرجح كان مع أحدهما، ولتنقيح ذلك زيادة على هذا عمل آخر.

وكيف كان إذا حلف البائع، فإن كان قد اختبر المبيع وأطلع على خفايا أمره - كما يختبر في مقام الشهادة على الإعسار والعدالة وغيرهما مما يكفى فيه بالاختبار الظاهر - فلا إشكال في جواز حلفه على عدم تقدّم العيب أو نفي استحقاق الرد أو الارش.

وإن لم يختبر ففي جواز اعتماده على الأصل مع كونه شاكاً إشكال من حيث إنّ دليل الأصل هل يجوز له مع كونه شاكاً أن يظهر الواقع إظهاراً بتياً كالعالم، ويحلف على طبق إظهاره حتى يصير موضوعاً لحكم غيره - نظير فتوى المجتهد حيث إنّّه يجوز له دليل الأصل أن يفتي بمضمونه فيصير فتواه موضوعاً لحكم غيره - أو لا يجوز له ذلك؟ بمعنى أنّه لا يجوز له الإنكار رأساً، لا أنّه يجوز له الإنكار ولا يجوز له الحلف، فإنّ المسألتين من واد واحد، إلّا أن يقال: إنّ المخاصمة بينهما قائمة بمعنى أنّ البائع حسب الأصل المجهول في حقّه يمتنع عن أداء الارش أو ردّ الثمن، والمشتري يريد منه ذلك، فلا بدّ من فاصل لهذه المخاصمة.

فيقع الكلام في أنّه هل يجوز له الحلف استناداً إلى الأصل أو لا؟ ولا شك أنّه لو حلف على نحو ما يقوله بأن يحلف على أنّه غير ملزم حسب الأصل الظاهري بالموافقة للمشتري فهذا ليس فاصلاً؛ لأنّه ليس بأمر لا يصدقه المشتري، بل المشتري أيضاً يحلف بأنّ تكليف البائع حسب حاله من الشكّ إنّما هو العمل على طبق الأصل الظاهري وليس مثل هذا فاصلاً للخصومة، فلا يبقى إلّا الحلف على الواقع بتاً أو على نفي العلم، والثاني أيضاً كالحلف على عدم

الملزمة حسب الأصل غير نافع في ما كان المشتري مصدقاً له فيبقى الأول.

وقد يقال: بعدم جوازه نظراً إلى أن القضية الإخبارية تدل بالالتزام على قطع المخبر بالمضمون، ولهذا تسأل بعد الاخبار بقولك: مم علمت؟ ثم في مورد الشك في صدق المضمون وعدمه - حيث إن الشبهة موضوعية والأصل فيها البراءة - فلا مانع من الإخبار من هذه الجهة، فالمانع الذي يراه كل أحد من وجدانه من جهة هذا المدلول الالتزامي، ولا يلزم تعدد الكذب، فإن المدعى أنه قبيح مستقل ولو لم يسم كذباً.

وحينئذ نقول: يمكن الفرق بين مقام الإخبار عن الموضوعات ومقام الإخبار عن الأحكام، ففي الثانية يجوز الإخبار عن الحكم الواقعي مع أن المستند هو الأصل الظاهري، لأن طبع الإخبار بقرينة المقام - حيث كثر وشاع فيه ذلك - قد انقلب عن الظهور في الجزم بالواقع الحقيقي إلى الجزم بالأعم من الحقيقي والجمالي، وأما في الموضوع كما لو أخبر بمجئ زيد، فلم يتعارف فيه ذلك، فالظاهر الأولي محفوظ، فلو أخبر بمقتضى أصل ظاهري تحقق فيه ذلك الأمر القبيح، أعني: القول بغير علم، على ما عرفت من كونه قبيحاً مستقلاً غير عنوان الكذب، نعم يمكن التعدّي إلى الامارات العرفية مثل اليد في باب الملكية لأنها بمنزلة العلم عرفاً.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا يصح للبائع في مقامنا عند تعدّد إقامة المشتري البيّنة أن يحلف الحلف البتّي على عدم الاستحقاق أو نفى تقدّم العيب؛ لفرض كونه شاكاً، والأصل لا يجوز له ذلك، لكونه إخباراً عن الموضوع الخارجي وكونه مستلزماً للقول بغير علم.

وحينئذ فإن ادعى المشتري أن البائع عالم فيتجنّز عليه التكليف بالرد، فله

الحلف على نفي العلم وهو تفصل هذه الخصومة، والخصومة الأصلية بحالها، وأما إن اعترف هو أيضاً بكونه شاكاً أو تردّد في صدقه وكذبه فحيثئذ ليس لنا منكر؛ إذ المنكر عبارة عمّن ينفي أمراً يشته غيره، وأما مجرد النفي بلا مدّع في القبال فلا يجعله منكراً، نعم البائع ناف للعلم، والمشتري غير مدّع له، والمشتري مدّع لحقّ الخيار أو التقدّم، والبائع غير منكر له، فلم يتعلّق النفي والاثبات من الطرفين بقضية واحدة حتّى يقال بشمول قوله: «واليمين على من أنكر» للبائع في المقام، حتى يقال: بعد عدم إمكان الحلف البتّي بلزوم الحلف على نفي العلم والقول بكونه فاصلاً للخصومة الأصلية.

وحيثئذ فيبقى الأمر دائراً بين أمور، الأول: أن يبقى الأمر معطلاً إلى أن يقدر المشتري على إقامة البيّنة.

الثاني: أن يقال: لا يرضى الشارع بالتعطيل وحصر الفاصل في البيّنات والأيمان، فيقال: إنّ المقام مقام ردّ الثمن إلى المشتري، لا بمعنى أنّه مورد اليمين المردودة، فإنّه في ما إذا توجه اليمين إلى المنكر فامتنع فردّه إلى المدّعي، فلا يشمل المقام الذي لم يتوجه إليه ذاتاً، إلّا أن يقال باستفادة أنّه متى لم يمكن استفادة اليمين من جانب المنكر أعمّ من جهة امتناعه أم من جهة عدم إمكان نفس الحلف، فاليمين حقّ المدّعي.

الثالث: أن يقال: يتوجه اليمين إلى المشتري أيضاً لكنّ بدليل لا ضرر، ولكنك خبير بعدم تمامية شيء من الوجهين، لأنّ المناط غير منقّح واللفظ غير شامل، وأما قاعدة «لا ضرر» فإجرائها في طرف البائع أولى؛ لأنّه متضرّر بأخذ المال الذي تحت يده منه وانتزاعه من يده قهراً عليه.

وبالجملة: فلا يعلم لمطابقة حلف المشتري هنا للقواعد، كما اعترف به

شيخنا المرتضى - قدس سره - وجه، وهو - قدس سره - أعلم بآفاد.

ثم إن في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة قال: وعندي فيه نظر، أقربه الاكتفاء بالخلف على نفي العلم، انتهى.

والظاهر أن من يقول بالاكتفاء في فصل أصل الخصومة يمين نفي العلم إنما يقول به لأجل القاعدة، وعليه فلا فرق بين صورة الاختبار وإمكان الحلف البتّي وبين صورة عدمه، فمع إمكان الحلف على الواقع لأجل الاختبار يحصل التخيير بين اليمينين، وكلّ منهما فاصل للخصومة ومسقط لأصل الدعوى. وعبرة التذكرة ساكتة من هذا الحيث، أعني: الاختصاص بصورة تعذر اليمين البتّي، والتعميم لصورة إمكانه.

وفي عبارة شيخنا المرتضى - قدس سره - هنا شبه تدافع، حيث إنه سلّم أولاً ظهور عبارة التذكرة في الاختصاص، ثم ذكر ما هو صريح في عدم ظهورها فيه والأمر سهل.

فري: لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد فلا كلام في صورة عدم الاختلاف؛ فإنّ الوكيل الخاصّ أجنبي ولا عهدة عليه، وغيره أعني: الوكيل المطلق كعامل القراض والوليّ على الصغير يجوز له الإقدام بمقتضى العيب من ردّ الارش أو الثمن.

إنّما الكلام في صورة الاختلاف في تقدّم العيب وحدوثه، وهذا أيضاً قد يفرض مع معلومية الوكالة بين الطرفين، وقد يفرض مع الاختلاف فيها أيضاً، أمّا صورة العلم بالوكالة فلا إشكال في الوكيل الخاصّ؛ فإنّه أجنبي لا يسمع إقراره ولا ينفع يمينه.

وأما الوكيل المطلق والولي على الصغير والسفيه والمجنون، فيقع الكلام في أنّ إقرارهما يوجب اشتغال ذمة الموكل بالأرض أو برد الثمن، ثم على فرض ذلك هل يوجب يمينها أثراً ويرفع الدعوى عن الموكل، أو أنّ اليمين متوجّه إلى الموكل؟ وكذا الكلام في الولي.

قد يقال: بأنّ إقرار الوكيل المطلق والولي على حسب القاعدة نافذ في حقّ الموكل والمولى عليه ويوجب الاشتغال عند الشك، وليس للموكل والمولى عليه بعد البلوغ والرشد الاعتراض عليه، نعم لو ادّعى الخيانة فهو أمر آخر نظير ما لو ادّعى على عدالة الشهود أو على اجتماع شرائط الحكومة في الحاكم، أو على كون إقراره على نحو رسم القبالة.

والحاصل: فرق بين الادّعاء على الموضوع الذي صار نافذاً ومحكوماً بالإمضاء شرعاً وبين الادّعاء في خصوصيات القضية مع التسليم للموضوع بأن يقول الموكل: لا أعلم اشتغال ذمتي بشيء، وكذا المولى عليه بعد البلوغ؛ فإنّه في ذلك نظير ما لو أنكر بعد الإقرار وادّعى أنّه سها في الإقرار الأوّل، فإنّه لا يسمع منه، وفي ما نحن فيه أيضاً مقتضى أدلة الولاية والوكالة المطلقة صيرورة إقرار الوكيل والولي مثل إقرار نفس الموكل وإقرار نفس المولى عليه عند اجتماع شرائط صحته، هذا في الإقرار.

وأما اليمين فلا وجه لقيام يمين الوكيل والولي مقام يمين الموكل والمولى عليه؛ فإنّ الدليل اقتضى ثبوت اليمين على المدعى عليه، وليس هو إلّا الموكل والمولى عليه، لأنّه الذي يرجع إليه ضرر الدعوى، وأما الوكيل والولي فلا يتخسران من قبل هذه الدعوى بشيء.

والحاصل: أنّ هنا في الوكيل المطلق والولي المعلومين كلامين، الأوّل: هل

ينفذ إقرارهما على الموكل والمولى عليه [حتى] يلزما على حسبه، والثاني: في أنه لو أنكرا هل يتوجه اليمين إليهما أو لا ؟

والحق في الأول أن يقال: إن من هو مكلف بتكليف فهو في تشخيص موضوع تكليفه يتبع نظر نفسه، فإذا كان الولي والوكيل المطلق مكلفين بحفظ مال المولى عليه والموكل وبرء حق الغير عليهما في مالهما إلى ذلك الغير، ففي تشخيص أن أي موضوع مال للمولى عليه والموكل يجب تسليمه وقبوله، وأي مال حق للغير في مالهما يجب دفعه إلى الغير يكون المتبع نظرهما، ويكونان مأخوذتين بنظرهما، فكما أن من قطع بأن هذا المانع محر لا بد من أن يمتنع، ولو امتنع يلزمه الحاكم وسائر المسلمين، كذلك الوكيل والولي المقرآن في مسألتنا أيضاً يجب عليهما العمل على طبق علمهما، ولو امتنعا فللحاكم وسائر المسلمين إلزامهما وأمرهما من باب الأمر بالمعروف، هذا في المقام الأول.

أما المقام الثاني: فالحق في الولي عدم جواز الحلف لعدم توجه الضرر إليه، وأما الوكيل في المضاربة فيمكن أن يقال بصحة حلفه نظراً إلى أن الربح ولو بعد تمام الحول وملاحظة ربح جميعه وخسرانه وما بقي بعد وضع الخسران من الربح يكون مقدار منه حقاً له يتلقاه من البائع الموكل، فتكون دعوى حق الفسخ ضرراً عليه بهذه الملاحظة؛ فإنه مفوت عليه الربح الذي هو في معرض الحصول له. هذا في الولي والوكيل المعلومين.

وأما المجهولان العاجزان عن إثبات الوكالة والولاية على المشتري، وقد ادعى المشتري عليهما تقدم العيب، فظاهر عبارة شيخنا المرتضى - قدس سره - أنهما يؤخذان بإقرارهما بتقدم العيب، ويتوجه الحلف إليهما على عدمه مع الإنكار قبل أن يحلف المشتري على عدم الوكالة والولاية.

ولذا يورد عليه بأنه لا وجه له بعد أن هذه أعني: دعوى المشتري مالكية الوليّ والوكيل أيضاً خصوصاً مدّعيتها الوكيل والوليّ، ومنكرها المشتري، فإنه وإن كان مثبتاً للملكية وهما نافيان لها ولكن ظاهر اليد مع المشتري، فاللازم أولاً حلف المشتري على عدم الوكالة والولاية، ثم توجيه الدعوى الأخرى إليهما بعد ثبوت أصالتهما.

ولكنه مدفوع بأن ظاهر قول الوليّ والوكيل في مقام البيع: «بعتك» خصوصاً إذا قال: «مالي» أنه هو المالك، ولو قلنا في الفضولي أنه لا يتقوم وصف المبيعية بهذا، ولكن لا شبهة في أنه ظاهر، فيكون إقراراً منها علاوة على ظاهر يدهما بأنهما المالكان، فهما مأخوذان بهذا الظاهر حتى يثبتا خلافه، فلا حاجة إلى حلف المشتري على كونها أصيلين.

وكيف كان فإن اعترف الوكيل بالتقدم وكان وكيلاً في شخص المعاملة، وصار بعدها أجنبياً، فلا بد من دفعه المال من مال نفسه، ولا يجوز له الدفع من عين الثمن مع وجوده وإمكان دفعه، ولا دفع بدله من مال الموكل مع تلفه، لأنه أجنبي، ومن هنا يصحّ كونه مدعى عليه فيدفع عن نفسه هذا الضرر الذي يتوجّه لو اعترف.

وإن كان وكيلاً مطلقاً فإن كان الموكل حاضراً وأثبت عليه بالبيّنة أنه ساه في إقراره، ولكنّه لم يرجع عن إقراره للمشتري، فكذلك لابدّ من أن يدفع مقدار الثمن من مال نفسه كما أنه يحلف لدفع هذا الضرر المتوجّه مع الاعتراف في صورة الإنكار، وأما مع عدم حضوره أو عدم اعتراضه عليه في إقراره، فلا شكّ في أنه حينئذ يدفع عين الثمن مع وجوده وبدله من مال الموكل مع تلفه، وحينئذ لا يصحّ حلفه مع إنكاره؛ لأنه غير مدعى عليه.

ثم في الصورة التي قلنا بصيرورته مدعى عليه لوجوب دفعه من مال نفسه لو دفع ورثة المشتري إليه المثل، فهل يكون المال ذاهباً عن كيسه ولا رافع له، أو له طريق للتخلص؟

قد يقال: حكم الحاكم وإلزامه بدفع البذل في صورة موجودية الثمن وكونه عيناً شخصية لا كلياً في الذمة، معناه المعاملة مع هذا معاملة العوضيّة لذلك الثمن الشخصي، ولازم ذلك صيرورة ذلك الثمن متقلاً إلى الوكيل، وحيث إنه في يد الموكل وهو ممتنع عن البذل فللوكيل المقاصة من عين الثمن الموجودة في يده.

هذا في العين الشخصية الموجودة، وأمّا التالفة والكلي في الذمة، فيمكن أن يقال: إن الوكيل قد نزل منزله في الظاهر في أداء ما في ذمته؛ لأنه نزل مالكاً واقعياً فهو مؤدٍ ديناً ثابتاً في ذمته، وحيث إنه غير متبرع في هذا الأداء فله المقاصة من عين الثمن الموجودة في يده التي هي ملك للموكل حسب علمه بتقدم العيب وفسخ المشتري.

ولكن فيه أن جعل البدلية غير ملازم مع جعل البدلية في مقام التعبد، وإن كان ملازماً بحسب الواقع، وإلا فلا بد من الالتزام بجواز وطى الزوج المرأة التي يعلمها أجنبية بمجرد دعواها الزوجية وحلفها عليها مع حكم الحاكم بها؛ إذ لا فرق بين الزوجية والبدلية، فكما أن البدلية لا تتحقق إلا من طرفين فكذلك الزوجية، هذا.

ويمكن أن يقال بأن للوكيل حق دعوى سبق العيب بالنسبة إلى الموكل سواء في العين الشخصية الموجودة أم التالفة والثابت في الذمة، أمّا في العين الشخصية الموجودة، فيقال في تقريب ذلك: إن صدق عنوان المدعي يتوقف على

وجود نفع في صدق ما يقوله الشخص عائد إليه، وفي هذا المقام ذلك موجود؛ فإن الوكيل لو أثبت على الموكل بحكم الحاكم وإقامة البيّنة سبق العيب يلزمه أن يرّد العين الشخصية الموجودة من الثمن إلى المشتري حسب إقراره بأنّه الموكل مع وجدان فسخ المشتري، وإذا ردّ العين إلى المشتري، صار هذا موجباً لاسترداد الوكيل من المشتري ماله الذي أعطاه لعدم القدرة على العين، فإنّه يقول للمشتري: هذه العين وادفع عوضها.

إلا أن يقال: إنّ المشتري غير ملزم بأخذ العين من الموكل؛ لأنّ المعتر في الفسخ أن يرجع العين بعين الملك السابق إلى الفاسخ، فلا ينفع عودها بملك جديد، وفي هذا المقام - حسب إقرار الوكيل بالمالكية في ضمن صيغة البيع، وكون العين في يد الموكل - يصحّ للمشتري الامتناع، وأن يقول: هنا إقراران، لي الأخذ بأبيها شئت، أحدهما من الوكيل، والآخر من الموكل، وبأبيها وجهت دعواي كان لها اقتضاء، فمقتضاها في الوكيل دفع البدل وفي الموكل دفع العين، وحيث اخترت الدعوى على الوكيل، لا يجب عليّ الأخذ للعين من يد الموكل، أخذاً للوكيل بإقراره.

ثم إذا لم يحلف الوكيل ونكل فحلف المشتري اليمين المردودة وردّ العين على الوكيل فهل للوكيل ردّها على الموكل أو لا؟ وجهان بناءهما في القواعد على كون اليمين المردودة بمنزلة إقرار المنكر، فلا ينفذ في حقّ الموكل، أم بمنزلة البيّنة فيفيد في حقه.

واعترضه جامع المقاصد بأنّه لا وجه للحكم على الموكل للوكيل بالبيّنة التي يكذبها الوكيل، اللهم إلا أن يكون مدركه الأصل، وانتصر مفتاح الكرامة للعلامة بأنّ الاعتراض مبنيّ على كون اليمين بمنزلة بيّنة الرادّ التي يقيمها على الموكل؛ فإنّ

تكذيبه حينئذ مضّر، ولكنّ المعروف أنّه بمنزلة بيّنة المدّعي، وحينئذ فكما لم يضر تكذيبه في نفوذها على نفسه، فكذلك في نفوذها على الموكل.

واعترضه شيخنا المرتضى - قدس أسرارهم - بأنّ كونه بمنزلة بيّنة المدّعي لا يستلزم إلّا نفوذها على الوكيل، وأمّا نفوذها على الموكل للوكيل المكذب لها فلا، والحاصل: تكذيبه لا يضرّ في مقام النفوذ على ضرره، ومضّر في مقام النفوذ لأجله ونفعه.

وانتصر شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - للعلامة - قدس سره - بإمكان أن يقال: إنّ طبع الحكم الصادر من الحاكم طبع مدرّكه، فإن كان هو الإقرار، فحيث إنّ الإقرار لا يثبت إلّا ما كان ضرراً على المقرّ من دون إثبات ونفي بالنسبة إلى الواقع، فكذلك الحكم الصادر من الحاكم في مقام الإقرار أيضاً لا يتعدّى عن مقدار ضرر المقرّ، وإن كان المدرك هو البيّنة، فكما أنّ البيّنة متعرّضة لإثبات الواقع أو نفيه، فكذلك الحكم أيضاً نافذ بالنسبة إلى الواقع، فإذا قامت البيّنة على السبق في مقامنا فحكم الحاكم يثبت السبق الواقعي، والانفساخ على المالك الواقعي، وحيث إنّ الوكيل بحسب ظاهر الصيغة قال: أنا المالك، حكم عليه بالانفساخ.

والحاصل ينحلّ حكمه هذا إلى حكمين، حكم على الوكيل، وحكم على الموكل. أمّا على الوكيل فواضح، وأمّا على الموكل فلاجل أنّه المالك الواقعي، ونقض حكم الحاكم غير جائز، فيقول الوكيل للموكل: أنت محكوم بحكم الحاكم ولا يجوز لك نقضه، فاردد عين الثمن إلى المشتري، فإذا ردّه إليه استردّه هو ما دفعه من البدل، هذا.

ولكن يمكن الخدشة بأنّ حال هذا الحكم بعينه حال ما إذا قال الشخص لأحد مبنياً على إحراز صداقته: أدخل داري، وكان عدوّاً وكان آخر صديقاً، ولازم

هذا الكلام أنه يجوز للأخر الدخول.

والحل أن الحكم الوارد على الخاص يصح نسبته إلى المهمة، لكن لا سرية له إلى غير الخاص، بخلاف ما إذا ورد ابتداءً على المهمة، فإن لازمه السرية، وهنا لا ملاك لحكم الحاكم بالنسبة إلى جامع المالك، لعدم تحقق الدعوى عليه، وإنما المتحقق هو الدعوى على شخص الوكيل، فالحكم إنما وقع عليه وفي ضمنه تعلق لجامع المالك، ومثل هذا التعلق لا يوجب السرية، هذا وقد اعترف هو - دام ظله - أيضاً بعض الاعتراف بورود هذا الإشكال، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

الرابعة: ليردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعتة فهيئنا صوراً الأولى: أن يكون اختلافهما في ثبوت الخيار ناشئاً من الاختلاف في كون هذا مبيعاً أو غيره، الثانية: أن يتفقا في أصل الخيار ولكن اختلفا في تعيين المبيع، وهذا على أنحاء: الأول: أن يكون في يد المشتري عينان، فيدعي البائع إحداها أنها مبيعه، ويدعي المشتري الأخرى، الثاني: أن يدعي ذلك من دون أن يكون في البين عين أخرى، الثالث: أن يدعي تلف مبيعه وهذا أيضاً إما في خيار العيب وإما في غيره من سائر الخيارات الغير الساقطة بالتلف.

أما الصورة الأولى: فالأصل مع البائع لأصالة عدم وقوع البيع على هذا، ولم يقع على مبيع معيب آخر باعترافهما ينتج عدم ثبوت حق الخيار، كما يستصحب عدم إصابة البول للثوب، ويضمُّ مع القطع بعدم إصابة الدم وغيره من النجاسات فتحكم بعدم النجاسة.

أما الثانية: فالأصل مع المشتري، وذلك لأنّ يده على العين الأخرى اشارة ملكيته، وهي وإن كانت ثابتة بالنسبة إلى العين الأولى، لكنّها ساقطة بواسطة

سلبه ملكيتها عن نفسه، وحيثئذ فيؤخذ بمقتضى امارية اليد وبحكم بمقتضى الملازمة في ما بين ملكية تلك ومبيعية هذه بمبيعية هذه.

أما الثالثة: فقد يقال: إن الأصل أيضاً مع المشتري؛ لأصالة عدم الخيانة، وفيه: أنه من الممكن تبديل المبيع اشتباهاً من دون تعمد، وعلى فرض عدم احتمال ذلك فالأصل المذكور لا يثبت الوضع، كما لا يمكن الحكم بوجوب رد السلام عند سماع كلمة من أحد مرددة بين الفحش والسلام، فالظاهر أن مرجع الاختلاف حيثئذ إلى التداعي، لأصالة عدم وقوع العقد على هذا وأصالة عدم وقوعه على غيره الذي يدعيه البائع.

وأما الرابعة: وهي دعوى البائع التلف في خيار العيب، فيرجع النزاع في ثبوت الخيار، ولا يجري هنا استصحابه؛ لأن الأصول أيضاً لا تجري إلا بعد إحراز موضوعها وبعبارة أخرى بعد إحراز القدرة على متعلقاتها، وفي المقام هذا المعنى غير حاصل؛ فإن موضوع الخيار أو أثره الذي لا ينفك هو التراذ الواقع في ما بين العينين، ومع الشك في التلف لا يجرز القدرة على هذا الموضوع، فكيف يستصحب نفس جواز التراذ أو جواز العقد الذي أثره جواز التراذ؟ وهل هو إلا كاستصحاب بقاء الماء في الحوض ليرتب عليه وجوب الوضوء؟ أو بقاء العالم في الدار ليرتب عليه وجوب تقبيل اليد؟

والقول بأن استكشاف القدرة بالأصل لا يبتني على الأصل المثبت؛ لأن هذا من لوازم الأعم من الحكم الظاهري والواقعي، فيحكم بأن المبيع هذه العين الموجودة، فيه ما لا يخفى، وإذن فالمرجع أصالة عدم وقوع العقد على هذه العين، بضميمة تسالمهما على عدم وقوع العقد على شيء آخر مُتَّجِجاً للتراذ، هذا في خيار العيب.

وأما في سائر الخيارات فإن كان الذي يدّعي البائع تالفاً مثلياً وكان الموجود مثله، انقطعت الدعوى؛ لأنه على قول المشتري عين حقّ البائع، وعلى قول البائع بدله، فيجب عليه دفع الثمن، وإن كان مثلياً ولكن يدّعي البائع تفاوته مع هذا الموجود بالزيادة والنقص فكالسابق، لأصالة عدم اشتغال ذمة المشتري بأزيد من هذا الذي يدفعه، وإن كان مثلياً ويدّعي تفاوته بما يرجع إلى التباين، أو كان قيمياً فالظاهر رجوع النزاع إلى التداعي.

وأما الثاني أعني: الاختلاف في المسقط، ففيه أيضاً مسائل:

الأولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه، فالظاهر التفصيل بين ما إذا كانت الحالة السابقة هو عدم العلم بالقول قول المشتري، لأصالة بقاءه، فيحصل لنا عقد واقع على المبيع والحال أنّ عاقده غير عالم؛ فإنّ قوله - عليه السلام -: «ولم ينبّه» لا يفيد موضوعية التنبيه بل كونه مقدّمة للتنبيه ولم يعتبر التنبيه قيداً في العقد، كما يحتمل في الوقوع في غير جزء غير المأكول في الصلاة حتى يرد إشكال المثبتة، بل في العاقد فيكون كاشتراط الصلاة بطهارة المصلّي، وإن كانت الحالة السابقة هو العلم بالقول قول البائع، فإنّ إعطاء الأثر في المنطوق لعدم العلم يعطي أثر الضدّ مفهوماً للعلم.

الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده، فهنا مبنيان يختلف باختلافهما تعيين المنكر عن المدّعي. الأول: أنّ الموجب للخيار هو العيب الواقعي، غاية الأمر إنّ زواله قبل العلم مسقط ورافع، فعلى هذا القول قول المشتري؛ لأصالة بقاء العيب وعدم زواله.

الثاني: أنّ الموجب لظهور العيب كما هو الظاهر من عبارة التذكرة، فعلى هذا القول قول البائع لأصالة عدم تحقّق الموضوع أعني: العلم بالعيب الفعلي،

ولا تجري أصالة بقاء العيب إلى حين العلم؛ لأنّه بالنسبة إلى تعلّق العلم بالعيب حاله مثبت.

ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيين في كون الزائل هو القديم أو الحادث، فقال شيخنا المرتضى - قدس سرّه - مقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار، ولا يعارضه أصالة بقاء الجديد؛ لأنّ بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلّا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول أنّ أصالة عدم أحد الضدّين لا يثبت وجود الضدّ الآخر ليرتّب عليه حكمه. انتهى كلامه - رفع في الخلد مقامه -.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - أولاً: بأنّ الأصل إنّما يجري مع الشبهة الخارجية لا المفهومية المنفكة عن الخارجية، مثلاً لو علمنا أنّ هذه الصلاة الخاصة إلى الجهة الخاصة في ما إذا صلّى إلى جهات أربع فاقدة الطهارة، فلا يمكن إجراء قاعدة الفراغ بالنسبة إلى الصلاة الواقعية المستقبلية للقبلة، وفي المقام أيضاً معلوم أنّ عيب العمى مثلاً زائل وعيب الصمم مثلاً باق، فلا يبقى إلّا الشبهة في مفهوم العيب السابق بما هو هذا العنوان.

وثانياً: سلّمنا جريان الأصل في مثل هذه الشبهة، قولكم إنّ أصالة بقاء الجديد لا يوجب سقوط الخيار إلّا بالاستلزام لم نعلم له وجهاً؛ فإنّ بقاء الجديد يرتّب عليه بلا واسطة أثر وهو انتفاء الرّد لعدم قيام العين ويعيّن الارش، وحينئذ فالقاعدة تقتضي إجراء كلا الأصلين مع الإغماض عن الإشكال الأوّل، فيحكم ببقاء العيين معاً، ومقتضاهما بقاء أصل الخيار، لكن يتعيّن أحد شقيه وهو الارش؛ فإنّ مقتضى العيب القديم ليس إثبات الرّد تنجيزاً بل معلقاً بقيام العين، ومقتضى بقاء العيب الحادث انتفاؤه تنجيزاً، ولا معارضة بين التنجيزي مع

التعليقي، ولا يفتر مخالفة الأصلين للعلم الإجمالي بزوال أحد العيين، فإنه لا يترتب على إجراء كليهما مخالفة عملية؛ فإن الاحتمال بين سقوط كل من الرد والارش وهو على تقدير بقاء الحادث وزوال القديم، وثبوت الارش والرد معاً، وهو على تقدير زوال الحادث وبقاء القديم.

ثم بناءً على ما هو التحقيق من عدم جريان الأصل الموضوعي يكون المرجع هو الأصل العملي الجاري في الحكم، وهو أصالة بقاء الارش وانتفاء الرد بناءً على كون الموجب للخيار هو العيب الواقعي، فيكون البائع مستفيداً بحلفه بنفي الرد، والمشتري بأخذ الارش.

نعم لو قلنا: بأن الموجب هو العلم بالعيب قبل زواله، فالأصل مع البائع في نفي كلا الأمرين؛ لأصالة عدم تحققها لا لأصالة عدم تحقق العلم الموجب، وذلك لعدم الشبهة الخارجية نظير ما تقدم في الأصل الموضوعي المتقدم.

الثالثة: لو كان عيب مشاهداً غير ما اتفقا عليه وأدعى البائع حدوثه والمشتري قدمه، فله صورتان، الأولى: أن يكون المشتري راضياً بذلك العيب المتفق على سبقه حال العقد إذ وقع العقد مع التبري عن مثله، والحاصل لم يكن من جهته خيار للمشتري. والثانية: أن يكون الخيار موجوداً من ناحيته.

ففي الصورة الأولى: يكون الحال كالعيب المنفرد لو اختلفا في سبقه ولحوقه، فيكون الأصل مع البائع؛ لأصالة عدم تحقق موجب الخيار، وفي الثانية يكون الأصل مع المشتري؛ لأصالة عدم تحقق المسقط، نعم ليس له الأخذ بزيادة الارش الآتية بملاحظة العيب الجديد، لأصالة براءة ذمة البائع من تلك الزيادة، وأصالة عدم هذا العيب حين العقد لا يثبت عنوان التأخر والحدوث عند المشتري الذي هو الموضوع للإسقاط، ومن هنا يظهر الحكم في ما لو اختلفا في الزيادة عن

المقدار المتفق عليه من العيب الواحد، ولو فرض الشكّ ووقوع الخلاف في أصل تحقق الزيادة والعدم عند المشتري فلا إشكال أنّ الأصل عدم الزيادة.

الرابعة: لو اتفقا في سبق العيب واختلفا في البراءة عنه وعدمها، فقد يقال بأنّ مرجع النزاع إلى دعوى كلّ منهما أمراً مقيداً، أمّا المشتري فيدعي وقوع العقد مقيداً بوصف الصحة، وأمّا البائع؛ فلاّنه يدعي أنّه قد أقام القرينة على عدم إرادة ذلك القيد المنصرف إليه، فيرجع دعواه إلى تقييد آخر في العقد وهو التقييد بالبراءة عن العيب، ولا أصل يعيّن أحد القيدين.

وقد يقال: إنّ وإن لم يكن في البين أصل عمليّ موضوعي، إلّا أنّ في المقام أصلاً لفظيّاً في جانب المشتري وهو أصالة عدم القرينة الصارفة للفظ عن طبعه، وليس مرجع أصالة عدم القرينة إلى أصالة عدم السهو حتّى يقال: إنّ في مثل المقام ممّا وقع الخلاف بين المتخاطبين ليس عليه بناءٌ من العقلاء؛ وذلك لفرض البناء على عدم القرينة مع فرض القطع بعدم الغفلة واحتمال وجود القرينة العهدية.

والحقّ عدم جريان هذا الأصل أيضاً؛ وذلك لعدم إحراز بناء العقلاء لو صرح نفس المتكلّم بأنّه أقام قرينةً متصلةً بالكلام على إرادة خلاف الظاهر، فلاحظ باب الأقارير، فإنّه لو أقرّ بأنّ لزيد عليه عشرة ثمّ ادّعى أنّه أراد من لفظ العشرة التسعة لم يسمع منه؛ لأنّ هذا على خلاف ما استقرّ عليه بناء نوع أهل المحاورة، نعم من جرى ديدنه على ذكر قرائن كلامه منفصلات ليس فيه هذا المعنى، ولكن لو ادّعى أنّه أقام القرينة على إرادة التسعة بأن قال: إنّني وصلت بقولي عشرة قولي: إلّا واحداً، لم يؤخذ بإقراره الأوّل، ولا أقلّ من الشكّ في الأخذ ومقامنا من هذا القبيل.

فالتحقيق عدم الأصل الموضوعي لا العملي ولا اللفظي في المقام، نعم لا بد من تنقيح أنّ المعيار في باب خيار العيب أي موضوع حتى يكون اللزوم مترتباً على عدمه، أو أي موضوع حكم عليه باللزوم وحكم عند فقده بالخيار؟

فنقول: يمكن أن يقال: إنّنا لا ننظر إلى حيث كون العقد مأخوذاً فيه قيد الالتزام بوصف الصحة أو لا، بل ندور مدار ما يستفاد من الخبر الوارد في خيار العيب ونأخذ بما هو ظاهره، ولا شبهة أنّ ظاهر قوله: «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يتنبه الخ» أنّ هنا ثلاثة أمور، أحدها وجودي وهو الاشتراء للمعيب، والآخران عدميان وهما عدم التبرّي وعدم التنبّه، فالموضوع مركّب. أو يقال: إنّهُ مقيّد، ولكنّ العدمي لم يؤخذ قيداً في العقد بأن يكون الموضوع العقد المقيّد بوصف عدم وقوع التبرّي فيه حتى لا يكون له حالة سابقة، بل في العاقد فيصحّ استصحاب عدم التبرّي حالاً في العاقد، ويترتب عليه أنّ عقده الصادر في المعيب موجب الخيار.

ثمّ قد يقال: إنّ سماع المشتري ليس له دخل في الأثر بل الاعتبار الإتيان بالمظهر على الوجه المتعارف، فلو كان المشتري أصمّ ولم يسمع صدق أنّ البائع تبرأ إليه من العيب، كما يصدق أنّه سلّم عليه لو لم يسمع السلام، وعلى هذا يمكن حمل مكاتبة جعفر بن عيسى حيث إنّ السائل فرض وجود التبرّي من البائع واقعاً وإنّما فرض تردّد المشتري، فجواب الإمام - عليه السلام - مبني على بيان حكم الواقع، وأنّه بمجرد الشك لا ينقلب الحكم الواقعي، ولو حمل على تصديق المشتري بوجود التبرّي وإنّما يدّعي أنّه لم يسمعه، وأنّ للسمع أيضاً مدخلاً، فتصير الرواية أصحّ في هذا المدّعى.

لكن الذي يعبّد الحملين لفظ «يصدق» أو «لا يصدق» الواقع في السؤال

حيث إنّه ظاهر في تسليم أصل مدخلية السماع واقعاً، وإنّما السؤال عن مقام الإثبات، إلّا أن يقال: إنّ المراد بهذين اللفظين ما عقبه السائل عقيب كلّ منهما من قوله: فلا يجب عليه اليمين وقوله: فيجب عليه اليمين، وتخلّل الفاء من قبيل تعقيب المجمع بالمفصل.

ثم على ما ذكر لابدّ من الحلف على نفي البراءة واقعاً، وأمّا بناءً على ما يظهر من شيخنا المرتضى من مدخلية السماع في الأثر، فهل الحلف متعلّق بنفي العلم؟

قد يورد عليه: بأنّا لو سلّمنا التبادر فإنّما هو لأجل مناسبة مقام الإقدام، وأنّ المشتري مع علمه بالتبرّي أقدم على إدخال المعيب في ملكه، فلا بدّ من صيرورة المنصرف إليه هو الإقدام، ولا وجه لجعله حكمة وعلة لحصول الانصراف إلى العلم والسماع، وعلى هذا فلا بدّ من الحلف على نفي الإقدام.

بقي في الرواية المذكورة إشكال آخر وهو أنّه فرض السائل أنّ البراءة وقعت عند نداء المنادي فيستشكل بأنّ المؤثر إنّما هو ما وقع في متن العقد دون ما وقع قبله حين النداء.

والجواب: أنّا إن بنينا في اعتبار عدم التبرّي في الخيار من جهة الخبر، فلا شك أنّه كما اعتبر الاشتراء للمعيب اعتبر عدم التبرّي في عرضه كما اعتبر عدم التنبّه، وليس فيه إشعار بأنّ التبرّي المعتبر عدمه هو ما كان شرطاً في العقد.

هذا إن استفدناه من الخبر، وإن استفدناه من قاعدة انصراف البيع إلى وصف الصحة، والتبرّي قرينة صارفة، فلا يعتبر أيضاً إدراجه في العقد، وذلك لكفاية جعله جملةً مستقلةً مذكورة قبل العقد متصلاً به، فإنّه موجب لصرف الظهور الانصرافي أيضاً.

فلاحتياج إلى الإدراج موقوف على أن يكون الخيار من مقتضيات نفس العقد على الميعب ولو كان بداعي الصحة لا بقيدها، ومن المعلوم أن التبري لا يوجب انتفاء هذا المعنى، لأن أصل السلامة محفوظ بحاله، والاعتماد يكون عليه، وبالجمله يكون مرجع التبري حيثنذ إلى شرط سقوط ما يقتضيه طبع العقد من الخيار لولا هذا الشرط.

وعلى هذا فنقول: يمكن الجواب بأحد نحوين، الأول: أن يقال: إن المفاولة السابقة على العقد موجهة لوقوع العقد مبنياً عليها، والثاني: أن يقال: إن رسم دلالي العراق على ما حكى إنها هو تكرار النداء بعد ما رضي مشتر لمقدار بذلك المقدار، وبعد تكرار النداء ينادون بإيجاب البيع مع الراضي بذلك المقدار ويدرجون التبري فيه مترقيين لمن زاد في أثناء هذا الإيجاب أيضاً، ويطولون الصوت حتى يتمكنوا من رفع اليد عند زيادة من زاد.

الخامسة: لو ادعى البائع رضى المشتري بعد العلم أو إسقاطه أو تصرفه أو حدوث عيب في ضمانه حلف المشتري، لأصالة عدم هذه الأمور، ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر في هذا المقام مسألة ما لو اختلفا في عيب آخر وجداه في الميعب فادعى البائع حدوثه، والمشتري قدمه، مع أنه - قدس سره - ذكر عين الفرع المذكور في ما تقدم، فيكون تكراراً في كلامه، والعجب أنه - قدس سره - تمسك لترجيح جانب المشتري بأصالة عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب، ومعلوم أن هذا العنوان لم يترتب عليه أثر.

أما الثالث ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في الفسخ فادعى المشتري تحققه والبائع عدمه، فقد يكون الوقت باقياً وقد يكون منقضياً، ففي الأول له إنشاء، وفي الدروس أنه

يمكن جعل إقراره إنشاءً، ولا بدّ أولاً أن يعلم أنّ الفسخ حيث إنّهُ حلّ العقد فيكون كنفس [العقد] ^(١) محتاجاً إلى الانشاء ولا يكفي فيه مجرد إظهار الرضى، كما لا يكفي في حصول المبايعة، نعم يمكن أن ينزل ما ليس بإنشاء بمنزلة الانشاء حكماً وتعبداً، كما في باب الرجوع في العدة حيث ورد أنّ الوطى رجوع، فإنّه بإطلاقه شامل لصورة لم يكن بقصد الرجوع.

والحاصل: الإقرار بالفسخ في مقامنا ليس إلّا إظهاراً للرضى بالفسخ وليس إنشاءً له، ولا تنزيل أيضاً إلّا أن يحمل كلامه - قدس سرّه - على قاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» فإنّ المشتري مالك الفسخ فيكون مالكاً للإقرار به، يعني ينفذ إقراره بوقوع الفسخ ويعامل معه معاملة الفسخ الصادر منه.

واستدلّ عليه شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بالخبر الوارد في من أقرّ ببيع عبده ثم مات فجاء العبد وقال لوصي الصغار: أنا غلام الميت، فقال - عليه السلام -: «صدّق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله» ^(٢) حيث إنّهُ - عليه السلام - قدّم قول الميت بمجرّد إقراره بالبيع، وظاهره عدم سماع دعوى الغلام وعدم مطالبة الإثبات منه، لا مجرد أن يكون ذلك جاعلاً للموصي منكراً والغلام مدّعياً.

وقد يورد على هذا الاستدلال بأنّه من الممكن تنزيل الحكم في الرواية على قاعدة الإقرار، فلا يصير دليلاً على قاعدة من ملك، وذلك لأنّ إقراره بسلب الملكية عن نفسه مسموع منه.

لا يقال: هذا بالنسبة إلى نفي استحقاق العبد للنفقة في مال المقرّ يقع للمقرّ، وقد قرّر أنّ الإقرار إنّما يسمع في ما على المقرّ لا في ماله، والمفروض الحكم

١- الزيادة متّأقتضتها العبارة.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٦، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٣، ح ١.

في مورد الرواية بنفي الاستحقاق، فلا يتم إلا على قاعدة «من ملك» حيث لا اختصاص لها بخصوص ما على المقر بل يشمل ما له.

لأننا نقول: ما تقرّر من مأخوذة الإقرار في ما عليه لا في ما له إننا هو بالنسبة إلى متعلّق الإقرار أولاً، فإذا كان هو أمراً ضرورياً على المقر يؤخذ به، ثم لو ترتّب عليه لوازم وآثار كانت نفعاً للمقرّ فمقتضى القاعدة الأخذ بها، ولا يتنافى مع اختصاصها بما عليه، لأنّه بالنسبة إلى المتعلّق الأولي، ألا ترى أنّه لو كان مديوناً ولم يكن له مال، وكان بين يديه أموال احتملنا أنّها أمواله فأقرّ بأنّها ليست بهال له يؤخذ بهذا الإقرار وبلازمه من عدم مطالبة الديان له والنظرة له، ففي مقامنا بعد ما فرض أنّه أقرّ بعدم مملوكة العبد فعدم النفقة من آثاره وإن كان نفعاً للمقرّ، هذا ما يقال.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام عمره - بأنّ ما ذكره من الفرق بين المتلازمين والطوليين حقّ، ولكنّ المقام من القليل الأول، فإنّ الإقرار بعدم الملكية ينحلّ إلى إقرارين في عرض واحد إقرار بنفي مالكية نفسه وإقرار بنفي مملوكة العبد، وهما متضايقان كالابوة والبنوة، والإقرار بأحدهما إقرار بالآخر للتلازم الجليّ، ولكن لا يمكن أن يستفيد المقرّ بالابوة بحقوق البنوة عمّن أقرّ بابوته له ممّا هو موضوعه الابن، نعم بالنسبة إلى ما يكون موضوعه الأب يكون الحال كما ذكره.

فنقول في ما نحن فيه: النفقة من آثار المملوكة لا المالكية، وليس نفس نفي المملوكة أيضاً ضرراً على المقرّ، فيكون اثبات عدم النفقة بإقرار نفي المالكية غير منطبق على قاعدة الإقرار، وينحصر أن يكون لأجل قاعدة من ملك.

هذا كلّ مع بقاء الوقت للفسخ وأما بعد انقضائه فليس مشمولاً للقاعدة،

لأنّ الظاهر منها الملكية الفعلية حال الإقرار، والمقروض في المقام عدمها، وحيثذ فالمدعي هو المشتري والمنكر هو البائع، فإن أقام المشتري البيّنة فلا كلام، وإن حلف البائع على نفي الفسخ أو لم يثبت فهل للمشتري الارش لئلا يخرج عن الحقيّن أو لا؟ لأنّه مقر بعدم استحقاقه للارش ؟

لا يبعد أن يقال: مقتضى القاعدة جواز أخذه بأقلّ الأمرين من الارش وزيادة الثمن على القيمة، فلو كان عين المبيع موجوداً وكان الثمن عشرين وكانت القيمة عشرة وكان الارش أيضاً عشرة جاز له أخذ العين تقاصاً، هذا إذا كان عين الثمن أيضاً موجودة أو تالفة قيمية، وأمّا إذا كانت تالفة ومثلية ففي التقاص إشكال كالإشكال في صورة تلف عين المبيع، فإنّ التقاص ممّا في الذمة محلّ إشكال.

هذا كلّه إذا قلنا: إنّ حلف البائع على نفي الفسخ لا ينفي التقاص من مثل هذا المال الذي يسلبه الخالف عن نفسه، وإنّما المنفيّ هو التقاص من المال الذي ينجرّ إلى خصومة جديدة، وأمّا إن قلنا بالتعميم فالتقاص في جميع الصور ممنوع، هذا.

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناءً على فورية الخيار بالنسبة إلى زمان حصول العلم، فإن كان الشكّ في تاريخ وقوع الفسخ مع العلم بتاريخ العلم بالعيب فأصالة عدم وقوع الفسخ في الأزمنة المتصلة بالعلم جارية ولكنّها معارضة بأصالة صحّة الفسخ، نظير ما لو شكّ في اجتماع الطلاق لشرط حضور العدلين ونحوه، فإنّه يحكم بالصحة وترتب الأثر وهذه مقدّمة على الأولى.

وإن كان الشكّ في تاريخ العلم بالعيب مع العلم بتاريخ الفسخ، فإنّ بتينا

على أنّ الموجب للخيار هو العلم، والمؤثر في الحلّ هو الفسخ المتعقّب للعلم فهذا المقيّد مشكوك التحقّق ولو لأجل قيده، والأصل عدم تحقّقه، فيكون الكلام كما تقدّم حرفاً بحرف من معارضته لأصالة الصّحة وتقدّم الثانية، وإنّ بنينا على أنّ الموجب نفس العيب الواقعي وأنّ العلم في الأزمنة المتقدمة المنفصلة لكونه رضى بالعيب مانع، فأصالة عدم تحقّق هذا المانع وعدم حصول العلم في الأزمنة المتخلّلة في ما بين العقد والزمان المتأخّر المنافي للفورية جارية ومعاوضة لأصالة الصّحة.

وحاصل الكلام مع العلم بتاريخ الفسخ والجهل بتاريخ العلم بالعيب أنا قد نقول بأنّ الخيار مسبّب عن العيب الواقعي بلا تقييد بشيء أصلاً إلاّ أنّ حصول العلم مع التراخي بعده في الفسخ مسقط ورافع للخيار، فلا يحتاج في أصالة عدم تحقّق العيب إلى ساعة ما قبل الفسخ إلى اثبات تقيّد الفسخ بوقوعه بعد العلم بلا فاصلة، حتّى يقال إنّّه مثبت من هذه الجهة كما هو الحال في ما إذا علم بتاريخ الرجوع في العدة وشكّ في تاريخ إيقاع الطلاق، فإنّ استصحاب عدم إيقاع الصيغة إلى ساعة ما قبل الرجوع مثلاً لا يثبت به كون الرجوع في العدة بل المستصحب حينئذ عدم هذا المقيّد بما هو مقيّد.

وبالجملة: بعد فرض أنّ العلم رافع فلا بدّ من عدم تقيّد الفسخ بكونه مقروناً بعدمه، إذ الشيء لا يتقيّد بعدم الرافع ولا يخرج الرافع عن كونه رافعاً فالفسخ لا يتقيّد بعدم ما يرفع ويسقط حقّ الفسخ.

نعم إن قلنا: إنّ الجمع بين الأدلّة اقتضى كون الخيار حقّاً مطلقاً ما دام عدم العلم، وبعده يصير مقيّداً وقيده عبارة عن كون متعلّقه فسخاً خاصّاً وهو الفسخ المتصلّ أو الغير المفصول عن العلم، فالحال حينئذ حال الرجوع في العدة من أنّ

الأصل لا يثبت كون الفسخ ذا خصوصية، فيجري أصل عدم المقيّد بما هو مقيّد. هذا مع الإغماض عن أصالة الصحة وإلا فلا يبعد جريانها لإحراز القيد، وإن كان ربّما يستشكل فيها من جهة أنّ مدرّكها ليس أخبار حمل فعل المسلم على الأحسن؛ إذ قرّر في محلّه أنّها في مقام الرعظ ولا ربط لها بمقام التعبد، بل المدرك بناء العقلاء، وإذن فمن المحتمل اختصاص البناء بغير صورة التنازع وخصوصاً في باب العقود، حيث إنّها متقوّمه بطرفين، فإنكار أحد الطرفين مثل إنكار نفس المعامل فساد معاملة أوقعها بنفسه بلا دخالة شخص آخر، حيث لا شبهة في عدم جريان أصل الصحة مع هذا، فكذا مع إنكار الطرف في العقود.

ويمكن أن يقال في مسألتي الرجوع والفسخ مع معلومية تاريخيهما بأن مقتضى الأصل الصحة لا من باب أصالة تأخر الصيغة أو العلم بالعيب حتّى يستشكل بأنّه لا يصحّح الرجوع في العدة أو الفسخ في زمن الخيار، بل نقول: إنّهُ قد حدث بعد الصيغة وكذا بعد العقد أمر وجوديّ وهو العدة والخيار ونشكّ في انقضائهما في حال الرجوع والفسخ، فالأصل بقاؤهما إلى حالهما، فيثبت كون الرجوع رجوعاً في العدة، وكون الفسخ فسخاً في زمن الخيار، ولا يستشكل بأنّ إثبات التقيّد لا يتمشّي من الأصل، فإنّ القيد مأخوذ في باب الرجوع في المرأة، وفي مقامنا في الفاسخ، والرجوع في حال كون المرأة في العدة والفسخ في حال كون الفاسخ ذا خيار مؤثّران، وهذا مثل استصحاب الطهارة في المصلّي حيث يحرز به كون الصلاة صلاةً عن طاهر.

وأما احتمال أن يكون الفسخ الخاص متعلّقاً للحقّ وهو المتصل أو غير المتصل عن العلم بعد ما كان المطلق منه متعلّقاً له قبل العلم. ففيه: أنّا لا نحتمل أن يكون العلم رافعاً لحقّ ومعدّناً لحقّ آخر، ولازم هذا ذلك، فإنّ الحقّ

المتعلق بالمطلق ذهب وجاء حق آخر متعلق بالمقيّد، فهذا دليل أنّ العلم لا يشمر إلاّ المسقطيّة، ولا يفيد تقييداً في متعلق الحقّ بل الحقّ على ما هو عليه من الذات والحدّ.

وعلى هذا فاستصحاب عدم العلم لا مانع منه، ومع الغض عنه استصحاب بقاء الخيار إلى حين الفسخ أيضاً لا مانع منه، وقد عرفت أنّ نظير الثاني يجري في الرجوع أيضاً.

الثالثة: لو اختلفا في جهل المشتري بأصل الخيار أو بالفورية بناءً على اعتبار العلم بهما في الفورية، واعلم أنّ الكلام هنا تارةً في أصل تصوير إناطة الفورية بالعلم بأصل الخيار، وثانياً في إناطتها بالعلم بنفسها وأخرى في أنّ الأصل ماذا.

أمّا الكلام في الأول: فمن المعلوم عدم إمكانه في جعل وإنشاء واحد بأن يجعل الحكم ويجعل أمده في هذا الانشاء إلى ساعة مثلاً بعد العلم به، إذ كما لا يمكن دخول العلم بنفس الحكم المجمعول في القضية في موضوعه، كذلك لا يمكن دخله في بقائه. نعم يمكن في جعلين في أحدهما يجعل الخيار مهماً عن الامتداد والفورية، وفي الآخر يجعل العلم بذلك المجمعول الأول سبباً للفورية.

ثمّ بعد تصوير هذا في الجعلين ثبوتاً يشكّل الكلام في مرحلة استظهاره وإثباته؛ إذ بعد أنّ أدلّة إثبات الخيار مثبتة له من غير نظر إلى حالتي العلم بالخيار أو الجهل به، وليس هنا دليل آخر يقيّد إطلاقه بالنسبة إلى العالم يكون الثابت أنّ العلم بالعيب لو وصل إلى حدّ يكشف عن رضی الشخص بالعيب بواسطة الاحتفاف ببعض الأمور يكون مسقطاً للخيار، وأين هنا من التقييد؟

وأما الكلام في الثاني فالأمر فيه أشكل من الأول، إذ العلم بنفس الفورية

مأخوذ في نفسها وهو دور محض، وأما الكلام في الأصل، فاعلم أن الأصل وإن كان مع مدعي الجهل لكن قوله خلاف الظاهر الحجة العقلية لو كان متعلقاً بأصل الخيار، فإن خيار العيب وأن المعيب مردود أمر لا يختص بالمسلمين، بل يعرفه جميع فرق البشر، فمن ادعى الجهل به يكون على خلافه، الأمانة المعتبرة العقلية، وإن كان متعلقاً بالفورية فليس حكم الفورية بمشابهة أصل الخيار من الوضوح، فليس على خلافه الأمانة فيكون أصالة عدم علمه متبعة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض أفرادها:

اعلم أن حكم الرد والارش متعلق في الروايات بالعيب والعوار، أما العوار فنقل عن الصحاح أنه العيب، فيكون العطف من عطف المترادفين وإن كان خلاف الظاهر، إلا أن يقال: يكفي في التغاير كون العوار خاصاً، فإنه على ما قيل: الشق والخرق، فيكون من مقابلة العام بالخاص، هذا.

وأما العيب فقد يقال: إنه عبارة عن الخروج عما استقر عليه النوع الفعلي للأفراد وإن كان على خلاف مقتضى الطبيعة الأصلية مع قيد أن يكون مخللاً بالفوائد والآثار المرغوبة من الشيء، فمع فقدان أحد الأمرين لا عيب.

وعلى هذا رتباً يكون شيء عيباً في الخلقة الأصلية وصار بحسب النوع الفعلي صحة وفقدانه عيباً، ورتباً يكون في الخلقة الأصلية كما لا وصار بحسب النوع الفعلي أيضاً صحة وفقدانه عيباً، ومن قبيل الأول الختان، ومن قبيل الثاني ما لو فرض كون نوع العبيد عالماً بصناعة خاصة وفرض انتفاؤه في المبيع، ورتباً كان شيء عيباً في غير المال وليس بعيب في المال كالخصاء، فإنه في الحر مضر بما يترقب منه من أثر الفحولة والتناسل، وأما في العبد فحيث إن الأثر المترقب في حقه ليس

هو الفحولة، وما يترقب منه من الخدمة لا ينقص منه بواسطة الخصاص لو لم يزد، فليس ذلك فيه بعيب.

إذا تقرّر اعتبار القيدتين المذكورين في مفهوم العيب عرفاً، فربّما يتوهم أنّ ما ورد في الشريعة من تحديده من أنّ «كلّ ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^(١) يستفاد منه خلاف ما ذكر، وذلك لأنّ عدم نبات شعر العانة في المرأة يعدّ كما لا فيها ويكون داخلاً في عمومها، ولهذا استظهر محمّد بن مسلم وابن أبي ليلى حكمه من هذا العموم.

واستشكل عليه شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بوجوه: الأول: أنّ الظاهر أنّ المفروض في مورد النزاع المبطل به لابن أبي ليلى كون عدم نبات الشعر كاشفاً قطعياً أو احتمالياً عن وجود مرض في أصل مزاج المرأة أو في عضوها الخاص.

ويمكن أن يחדش في هذا الإشكال، بأنّه وإن كان لما استبعده - قدس سرّه - من كون النظر محضاً في صرف عدم النبات مع القطع بعدم المرض أصلاً وجه، ولكن ليس لما استظهره أيضاً وجه؛ فإنّ المرض إن علم وجوده فلا يبقى شكّ لأهل العرف في عيبه حتّى يتنازع المتبايعان ويحتاج البائع إلى سؤال ابن أبي ليلى ويقول له: أيّها القاضي إن كان عيباً فاقض به، وإن احتمل وجوده فالسؤال حينئذ وإن كان في محلّ ولكن المسؤول عنه حينئذ هم الأطباء العالمون بالمرض دون القاضي.

الثاني: أنّ الرواية لعمومها للزيادة والنقص عن أصل الخلقة لا بدّ من حملها على التنزيل، فقلوله: هو عيب مثل قوله: أنّ التصرف في المبيع الخياري رضى

بالبيع، فالمقصود إلحاق أحكام العيب لا إثبات موضوعه، وحيث إنّ أظهر الآثار خصوص الردّ حتّى صار مشهوراً أنّ المعيب مردود يكون القدر المتيقّن من التنزيل إثبات الردّ دون سائر الآثار.

وفيه أنّ الداعي إلى هذا الحمل ليس إلّا مخالفته لما ارتكز في الأذهان العرفيّة، فلا يمكن حمل قوله : هو عيب على الحقيقة، لكنّ الأمر دائر بين الحمل على التنزيل وبين الحمل على ما نذكره بعد ذلك من الأمارية، والثاني أظهر، ألا ترى أنّ حل عالم على مشكوك العلم الذي قام أمانة معتبرة على علمه أقرب إلى الحقيقة من حمله على معلوم الجهل بمجرّد التنزيل والإلحاق الحكمي؟

الثالث: منع الإطلاق في الرواية من حيث الذات مع قطع النظر عن التأيد بفهم ابن مسلم وابن أبي ليلى، وذلك لانصرافه بقريّة الارتكاز العرفي عن مثل زيادة شعر رأس الجارية أو حدة بصر العبد، أو تعلّمهما للصنعة والطبخ، وكذا نقص العبد بالختان وحلق الرأس، فالرواية محمولة على ما يساعده العرف بحكم الارتكاز الموجب للانصراف والمناسبة المقاميّة.

ولكنك خير بأنّ هذا لا يدفع الإشكال عن مورد النزاع؛ فإنّه مع معلوميّة عدم المرض وصرف عدم نبات الشعر لا وجه للنزاع، وكذا مع معلوميّة المرض ومع التردّد يكون المرجع هم الأطباء لا القضاة.

الرابع: الخدشة في سند الرواية بالإرسال، فلا تصلح دليلاً في مقابلة الطريقة العرفيّة في مفهوم العيب.

قال شيخنا الأستاذ - دامت بركاته الشريفة -: أحسن المحامل لهذا الخبر حمله على السؤال عن الشبهة المصدّاقة من حيث الأمانة الشرعيّة، وأنّه هل جعل الشارع لرفع هذا التحير رافعاً أم لا ؟ وحينئذ يتّجه السؤال عن القاضي، ويتّجه

النزاع، كما أنّ وجه الأمارية أيضاً واضح، فإنّ الله تعالى لم يدع شيئاً مما نحتاج إليه إلّا وقد أودعه في أصل الخلقة، وما من شيء لم يودعه إلّا كان وجوده مستدركاً، فيكون نقصان الأوّل وزيادة الثاني في مورد الشبهة المصداقية كاشفاً ظنيّاً عن اختلال في العضو أو في المزاج، لأنّ بناء الخلقة على النظام التام الخالي عن النقصان، فالخارج عنه خارج عن طريقة النظام ويكون إلى الاختلال أقرب.

ثمّ في مورد عدم الصدق العرفي للعيب مع غلبة الخلاف في أفراد النوع، قد يقال: إنّه وإن لم يتحقّق الخيار من جهة العيب، ولكنّه آت من جهة تخلف الوصف وذلك لانصراف المبيع إلى واجد ما هو الغالب، ولكنّه بإطلاقه محلّ تأمل، فإنّ غلبة الوجود على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن تتفاوت الأغراض باختلاف هذه الصفة الغالبة نوعاً، والثاني: أن لا تختلف الأغراض النوعية، والثالث: أن يكون الأشخاص مختلفين، فالانصراف في القسم الأوّل مسلّم، وأمّا في الثاني فعمّا يزول بالتأمّل كما إذا ادّعى التقييد في ما إذا تبيّن كون العبد حديد البصر خارجاً عن المتعارف، أو كون نقطة خاصّة يسيرة من بدنه أجدر، فإنّ المنصرف إليه وإن كان الفاقداً لما ذكر ولكن من المعلوم عدم دخالة هذا في المراد الغالب، فعند التنازع لا بدّ من الترافع، وليس هنا ظاهر حجة في البين على التقييد.

بقي الكلام في الثالث، والظاهر فيه الأخذ بالانصراف؛ فإنّه ظاهر حجة، وبه يستكشف حال المراد اللبّي، والمفروض عدم ما يصرف الكلام عن هذا الظهور البدوي الانتقاشي كما في القسم الثاني، والحاصل هنا ظهور انصرافي مستقرّ، فاللازم الأخذ به، فيصير مدّعي التقييد منكراً لمطابقة قوله للظاهر الحجة. فتلخص ممّا ذكرنا أنّ العيب تارة يرد وأخرى لا يرد، وغير العيب أيضاً تارة

يرد وأخرى لا يرد، أما العيب المردود فهو ما كان منقصاً للمالِية مع عدم الغلبة النوعية، وأما العيب الغير المردود فهو ما كان منقصاً ولكن شاع وذاع في خصوص صنف بحيث تحقق أمانة عرفية على وجوده في أفراد ذلك الصنف، فيخرج عن موضوع غير المنتبه به إلى المنتبه به.

وأما غير العيب المردود فهو ما كان نقصاً في الخلقة غير منقص للمالِية، وكان غالب الوجود في أفراد النوع مع تعلق غرض النوع بعدمه، ولا يستلزم ذلك نقص المالِية كما يتصور في الأشياء العتيقة، حيث إنّ رغبة النادر وتعلق غرضه كاف في غلاء قيمتها، وأما غير العيب الغير المردود فهو هذا الفرض مع عدم تعلق غرض النوع بالعدم بل مساواته بوجوده وعدمه.

الكلام في بعض أفراد العيب:

مسألة : لا إشكال ولا خلاف في كون المرض بأقسامه عيباً، لكن في إطلاقه لمثل حمى يوم، إشكال بل منع، لعدم اختلاف المالِية والأغراض بسببه، وكذا في استحقاق القتل في الردّة أو القصاص والقطع في السرقة والجناية والاستسعاء في الدين، فإمّنه ولو فرض كون حاكم الشرع الباسط اليد وكون العبد بسبب ذلك معرضاً لهذه الأمور، ولكنه لا يستمى شيء منها عيباً.

نعم يمكن القول بثبوت خيار الرد من أجل الانصراف إلى الخالي عن مثل ذلك. وجه عدم كون ذلك عيباً هو العرف؛ فإمّنه لا يحكم على عبد يقتل بعد ساعة أخرى أنّه معيوب، كما لا يقال إمّنه نقص عن قيمته، ولهذا يقال قد فات منه المال البالغ كذا، ويذكر ما هو القيمة لولا القتل، كما أن حال الاستسعاء حال مسلوية المنفعة في العين المستأجرة أو المحبوسة أو الموقوفة، فإنّ كلّ ذلك لا يصدق عليه

عنوان العيب عرفاً، وإن كان يثبت فيه الخيار لأجل تخلف الوصف المنصرف إليه عند الإطلاق.

لا يقال: الحدّ الذي عيّنت للعيب صادق على ما ذكر، فإنّ هذه حالات على خلاف ما عليه نوع أفراد العيب ويكون منقّصاً للمالّية، أمّا الأول فواضح، وأمّا الثاني فلأنّه لا يقدم أحد على شراء هذا العبد وبذل المال بازائه و المالّية اعتبار عرفي يعبر عنه بترتب الآثار وبذل المال، فإذا سقط عن هذه المرتبة ولو بالعرض سقط عن المالّية، ولم يبق فرق بين الليرة الواقعة في قعر البحر الذي حصل اليأس عن إخراجها وبين الخنفساء، غاية الأمر أنّ الثاني غير مال بجهة ذاتية، والأوّل بجهة عرضية، والنتيجة تابعة لأخصّ المقدمات.

نعم لا اعتبار بإعراض شخص واحد أو أشخاص معيّنين عن ترتيب الآثار، بل المعيار إعراض نوع العقلاء، وفي المقام نوع العقلاء معرضون، فحاله حال الاسكناس والجلود المسكوكة إذا سلب عنها البناء وترتيب الآثار عملاً، يخرج عن المالّية، فإذا صارت منافع الأرض إلى ألف عام مسلوبة صارت كالاسكناس الساقط عن الاعتبار والخنفساء.

لأنّا نقول: فرق بين الاسكناس والجلود [وبين الأرض]، فإنّ ماليتها من جهة تعهّد صاحب ثروة، فإذا انقضت مدّة تعهّده أو انقضت ثروته سقطا عن المالّية، وأمّا مثل الذهب والفضّة وسائر الأجناس المالّية فجهة المالّية فيها متقوّة بالخواص والآثار الكامنة في ذواتها، ومن المعلوم عدم تفاوت في ناحية تلك الخواص في هذه الأحوال المفروضة في المقام بحسب نقصان في ذات الأرض، وإنّها يكون لأجل عارض خارجي، ومثل ذلك لا ينقص المالّية.

نعم يمكن القول بالخيار من جهة تخلف الوصف المنصرف، ومما ذكرنا

يعرف الكلام في عنوان الحبل، فإنه قد يقوم الإجماع على أنه في الشرع عيب، يعني أن الشارع رتب عليه حكمه، وقد يقال باستفادة هذا من الأخبار وقد يقال ينطبق عنوان العيب عليه عرفاً، أما الأول فمبني على ثبوت الإجماع ومع احتمال استناد المجمعين إلى الأخبار لا يبقى وثوق به.

وأما الثاني فليس في الأخبار دلالة على كون الحبل عيباً، وإنما ذكر فيها أن الجارية الحبل إذا اشترت ووطئت ثم علم بحبلها ترد على البائع مع نصف عشر قيمتها^(١).

فإن حملناها على وجوب الرد وبطلان البيع لكونه واقعاً على أم الولد فلا ربط له بالمسألة، وإن حملناها بقريئة وحدة السياق مع غير الحبل - حيث اثبت فيها الارش وأنها لا ترد إذا وطئها صاحبها - على جواز الرد وصحة البيع، فغاية الأمر إثبات حكم الرد، وأما سائر الآثار فلا تثبت، بمعنى أنه لو حصل الحبل قبل القبض أو في مدة الخيار لا يلحقه حكم العيب.

لا يقال: الأمر دائر بين تخصيص عموم لزوم الوفاء بأمر غير العيب وعدم تخصيصه إلا بالعيب، فأصالة عدم التخصيص يحرز بها على مذاقكم - حيث تقولون بجريانها في غير الشبهة المرادية - أن الحبل عيب.

لأننا نقول: كما أن قضيتها عيبته، قضيتها بالنسبة إلى عموم أخبار مانعية الوطي عن الرد بالعيب عدم عيبته، فلو لم نقل بأقوائية الثانية بواسطة ضيق دائرة العام الثاني بالنسبة إلى الأول فلا أقل من المساواة وتحقق الإجمال.

وبالجملة: ليس في الأخبار ما يدل على ترتيب الشارع جميع آثار العيب على

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٥، ح ٩٠٦، ١.

الحبل وإثنا حكم بخصوص الرد مع إمكان أن يقال بتنزيله على خيار تخلف الوصف، فإنَّ الغرض يتعلّق ببعض الخدمات المتنافية مع الحبل، بل وبالوطني وهو ممنوع لأنّه إدخال الماء في زرع الغير، فيمكن القول بتقييد الإنشاء عند الإطلاق وانصراف مقام البيع بعدم الحبل، فيكون مضمون الخبر على القاعدة لا حكماً تعدياً.

هذا بالنسبة إلى الأمة، وأما بالنسبة إلى مائر الحيوان فيمكن التفصيل بين مثل الغنم الذي ليس المرغوب منه حمل الأثقال، فليس الحمل موجباً للرد، وبين مثل الحمار ممّا يكون المرغوب فيه حملها فيكون الحمل موجباً للرد.

بقي الكلام في رفع التنافي بين كلمات العلماء في المقام حيث تسالموا على أنّ الحبل عيب، وصرحوا في مقام آخر بأنّه لو حملت الأمة عند المشتري وولدت فإن نقصت بالولادة أو بالحمل فلا ردّ وإلاّ فله الردّ.

وجعل شيخنا المرتضى - قدس سره - هذا الكلام منافياً للأول؛ فإن مقتضى عيبيته أنّه متى حدث عند المشتري كان مانعاً عن الرد، لأنّ العيب الحادث عند المشتري أحد مانعي الرد بالعيب، ومقتضى كلامهم الثاني عدم الاعتناء بشأن الحمل ما لم يتولّد منه نقص آخر من هزال الجسم وغيره، أو من حيث إنّّه بعد زواله لا يمنع الرد، والعيب متى حدث منع من الرد وإن زال بعد ذلك، هذا حاصل كلامه - قدس سره -.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام علاه - أولاً: بأنّ الاستفادة من كلامه - قدس سره - أنّ العيب الحادث عند المشتري بعنوان العيبيّة مانع عن الرد، وفيه أنّ هذا العنوان ليس في الأدلّة، وإثنا الموجود عدم القيام بالعين، فيشمل مثل الشركة والحمل على مختارنا؛ إذ لم يبق العين بحالها، وخصوصاً أنّ الحمل

للمشتري.

وثانياً: أنَّ المناقاة بين الكلمات لا وجه لها؛ فإنَّ الكلام الثاني متعرض لحال ما بعد الوضع وأما الحمل فقد زال، والمعيار في العيب حال الرد، فلا اعتبار بالزائل، فلا جرم لابدَّ من الاعتبار بحال الوضع، فإن حدث نقص فلا ردَّ وإلاَّ فيجوز.

وبالجملة: الكلمات غير آية عن هذا القول كما لا تأبى عن القول بعدم الاعتبار بالحمل رأساً لعدم كونه عيباً، والمناقاة إنما تجبى لو حملت كلمتهما الثانية على حال الحمل فعلاً قبل الوضع، فيحمل قولهم على أنَّ الحمل إن كان بحيث لو وضعت نقصت، لم يجز الرد؛ أو حصل الاتفاق منهم على أنَّ العيب الحادث عند المشتري يمنع الرد ولو بعد الزوال، وكلَّ من الوجهين في محل المنع.

أما الأول: فلائنه خلاف ظاهر العبارة حيث إنَّه التعرُّض لحال الوضع، وأما الثاني: فلحصول الاختلاف في تلك المسألة، فمن الممكن ابتناء قول القائل على أنَّ العيب إذا زال فلا اعتبار به.

والتحقيق في أصل مانعية الحمل وعدمها أن يقال: أمَّا في الأمة فيدخل تحت عنوان عدم قيام العين، إذ ليس المراد به بقاء الموضوع العرفي، بل بقاءه بحسب جميع ماله دخل في الأغراض العقلانيَّة، وهنا يختلف الغرض العقلاني، كما في قطع الثوب؛ فإنَّ الموضوع العرفي باقٍ ولكن فات الغرض العقلاني وهو إمكان قطعه بأي صورة شاء، وهكذا صبغه، وكذلك في المقام، والقول بكون الحمل للبائع لا ينفع؛ لأنَّه كما إذا أسقط المشتري حقَّه من الصبغ فإنَّه لا يوجب زوال مانعيته، هذا في الأمة.

أما في غير الأمة فلا بدَّ من التفصيل بين ما يكون المطلوب فيه الركوب أو

الحمل من فعل خاص وبين غيره كالشاة، فإن الاعتراض في الأخير غير عقلاني؛ لأنه ليس من غرض كذلك، وأما في الأول فهو عقلاني، فيصدق عنوان عدم قيام العين عليه، هذا ولم نجد هذا التفصيل في كلمات الأعلام حتى شيخنا المرتضى - قدس أسرارهم - فراجع.

مسألة: هل الثبوتية في الإماء عيب يجوز به فسخ بيعها أو لا؟ قد يقال: لا لأجل كونها على وفق الغلبة الكاشفة عن الخلقة الأصلية، ويمكن الإشكال عليه بالفرق بين الغلبة في موارد قلنا بحدوث الطبيعة الثانوية وبينها في المقام، فالخلقة النوعية في المقام بعد على البكارة، ولكن غلب وجود عارض أوجب الخروج عن مقتضاها.

نعم لو كان اقتضاء ماء وهواء ناحية أن لا تولد أو لا تكثر فيها الأمة إلا وهي ثبوتية صحت القول بكونها غير عيب، وليس الحال هنا كالخراج المضروب على الأراضي حيث إنه لنوعيته خرج عن العيب، وذلك للفرق بأن الخراج أمر استقرائي بنائي وهذا أمر اتفاق، غاية الأمر كثير الاتفاق، وبالجملة يمكن الخدشة في عدم العيبية.

نعم يمكن القول مع فرض كونها عيباً بعدم ثبوت الخيار بوجودها، بملاحظة أن الغالب وجودها فلا يكون العقد مبنياً على السلامة منها، لكن يسري الإشكال حينئذ في أصل صحة المعاملة من أجل لزوم الغرر، فإن الغلبة ليست بعد صارت أمانة عقلانية على العدم، والمفروض أن الأمانة على الوجود أيضاً مفقودة، فيصير المبيع مجهول الصفة.

ويمكن الإصلاح بأن يقال: حاله حال الصفات الكامنة في الأمة من الأخلاق الباطنة المحتاج تشخيصها إلى معاينة مدّة مديدة، فإنه لو بني على

الفحص والتدقيق من حيث هذه الصفات لزم سدّ باب بيع الأمة.

فنعول: إنّ صفة البكارة من هذا القبيل، فإنّ في السؤال عن نفس المرأة ركافة، والبائع ليس أزيد اطلاعاً من المشتري بحال المرأة، ومن هذا الباب لا ينفع الاشتراط في رفع الغرر فإنّه لا يوجب زيادة اطلاع المشتري، وصرف إيجابه الخيار غير مفيد وإلّا لزم صحّة بيع المجهول الرأسي بشرط الخيار.

ثم إنك قد عرفت أنّ الأقوى كون الثيبوية عيباً لكن استدللّ على عدم عيبه برواية سماعة: «عن رجل باع جارية على أنّها بكر، فلم يجدها كذلك، قال -عليه السلام-: لا تردّ عليه ولا يجب عليه شيء، إنّه قد تكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها»^(١) تقريب الاستدلال بأحد نحويين:

الأول: أن يكون قوله: «على أنّها بكر» بمعنى شرط البكارة ويكون المقصود من التعليل أنّه يحتمل حدوث زوال البكارة في الأمة، مع كونها باكرة من حين الولادة، وحينئذ يحتمل حدوثه بعد العقد وقبل قبض المشتري، وأما بعد قبضه فبعيد، إذ لا يطول زمان مكثه عنده حتى يحتمل حدوث أمثال ذلك عنده، بل مع تعيّن حدوث ذلك عند البائع يتردّد الأمر بين ما قبل العقد، وما بعده وقبل القبض للمشتري فلا يجب على البائع شيء، ولو كانت الثيبوية عيباً لكان يرد عليه -عليه السلام-: أنّه ولو كان لا يلزم عليه شيء من حيث تخلف الوصف المشترط بناءً على عدم ضمان الأوصاف على البائع قبل القبض، ولكنّ العيوب تكون مضمونة عليه بالأدلة الخاصّة فيجب عليه التدارك من حيث العيبية فحيث إنّّه -عليه السلام- علّل عدم الاستحقاق باحتمال التأخر عن العقد دلّ على عدم عيبية الثيبوية، هذا.

١- الواسائل: الجزء ١٢، الباب ٦، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٨، ح ٢.

الثاني: أن يكون قوله: «على أنها بكر» بمعنى بانياً أو مشروطاً، ويكون المراد من التعليل تخطيط هذا البناء أو الاشتراط وكونها خارجين عن سيرة العقلاء، فإنه بعد ما جرى عادة الأمة على زوال البكارة عنها بأسباب عديدة، يكون البناء والاشتراط أمراً سفهائياً، نظير البناء على طيران العبد. وبالجملية صارت البكارة كالمحال العادي، وفي مثله يكون البناء والاشتراط سفهائيتين، فيكون وجه الدلالة على عدم العيبية أن أمر الشيوية إذا كان بهذه المثابة من كونها طبيعة ثانوية للأمة فلا جرم ليست بعيب؛ لأنه ما خرج عن الطبيعة الثانوية، هذا.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: والحق أن يقال: قوله «على أنها بكر» عمول على الابتداء أو الاشتراط، والمقصود من التعليل هو ما ذكر أخيراً من كونها سفهائيتين بعد ملاحظة قلة وجود البكارة من جهة كثرة مناشئ زوالها وتعدد أسباب ذهابها، إذ من المعلوم أن حال الشارط والمشروط عليه في مثل ذلك على حد سواء، ولا تحصل زيادة اطلاع للشارط وزيادة اطمئنان بوجود المشروط بواسطة هذا الاشتراط، فيكون مثل اشتراط الكتابة في العبد الغائب الذي لم يره واحد من المتبايعين، ولا حصل لهما اطلاع بحاله من حيث الكتابة والعدم، فإن حقيقة الاشتراط غير متحققة، فلا تدل الرواية بناء على هذا على عدم العيبية، بل يلزم مع العيبية كما ذكرنا سابقاً، ووجه عدم الرد والارش بواسطة هذا العيب أيضاً قد تقدم وكذا عدم لزوم الغرر.

ثم بناء على الاحتمال الأول الذي ذكرنا في الرواية، وكذا بناء على الاحتمال الثاني من الاحتمالين المذكورين في كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - وهو كون البكارة كناية عن عدم الوطي تصير الرواية دليلاً على عدم عيبية الشيوية، وذلك لأجل ما نبه عليه شيخنا المذكور - قدس سره الشريف - من أن الشيوية على تقدير

عيبته وكونها غالبية في الإماء لا توجب جواز الرد، بواسطة كون المشتري مقدماً على أي حال، ومثل هذا منصرف عنه الروايات الواردة في خيار العيب، ولكن لو وقعت تحت الاشتراط خرجت عن هذا العنوان فتصير مشمولة لتلك الروايات فيصير أخذ الارش مجوّزاً.

وحينئذ نقول: أما على الاحتمال الأول في كلامنا فنقول: المفروض أن البكارة بمعنى عدم الثيبوبة وقعت تحت الاشتراط فلو كانت الثيبوبة عيباً لوجب الأرش على أي حال سواء حدثت عند البائع قبل العقد أم عنده بعده، وأما على الاحتمال الثاني في كلام الشيخ - قدس سره - فيقال: البكارة بمعنى ما يقابل الثيبوبة وإن لم تقع تحت الاشتراط، بل بمعنى عدم الوطي ولكنها ملازمة غالبية للبكارة، بمعنى ما يقابل الثيبوبة، ولهذا استكشف المشتري من الثيبوبة وجود الوطي، فمع هذا الاشتراط لما يلزم البكارة بذلك المعنى لا يصدق أن المشتري دخل في المعاملة كيف ما اتفق، بل سدّ باب الثيبوبة بسدّ باب ما يلزمها غالباً، ويكفي هذا المقدار في الدخول تحت الأخبار، فحيث حكم بنفي الارش دلّ على عدم العيبية.

ويتجه على هذا الاحتمال الجمع بين الرواية المذكورة والرواية الأخرى الواردة في: «رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال - عليه السلام - : يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»^(١) فإنه يقال: المقصود من العذراية البكارة بمعنى ما يقابل الثيبوبة، وتخلّف شرطها موجب تعبداً لثبوت الارش، وأما الرد فممنفي لأجل التصرف وهو الوطي، فإثبات الارش ليس من أجل العيب.

مسألة: عدّ في القواعد والتذكّرة من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنه يخاف عليه من ذلك، واستحسنه شيخنا المرتضى - قدس سره - على تقدير تحقّق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بازائه.

وتنظر فيه شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأن الختان إن كان فيه خوف هلاك النفس فلا يشرع، وإن لم يكن فيه إلا خوف سقوطه عن المشاغل أياً ما قلنا فلهذا لا يوجب نقصاً في المالية ولا عيباً، ثم الائتلاف الذي يكون بحكم الشرع في موضع تسليمه لا يوجب تعيب الشيء؛ لأن موضوع العيب كموضوع الضرر لا بد وأن يلحظ في الأشياء مع قطع النظر عن الحكم الشرعي الوارد عليها، هذا مع قطع النظر عن الإشكال في أصل صيرورة استحقاق القتل منشأاً للتعيب، ومرة الإشارة إليه سابقاً.

نعم يمكن أن يقال بثبوت الخيار من أجل الانصراف إلى الفرد المختون، فيكون كالعين المستأجرة حيث نقول بالخيار لا من جهة العيب بل من جهة تخلف الوصف المنصرف إليه الإطلاق.

مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن والمكان وسائر الخصوصيات الدخيلة في ذلك قد يقال: إنه عيب؛ للخروج عن المجرى الطبيعي، ولقول الصادق - سلام الله عليه - «وقد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل؟ قال - عليه السلام -: إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه»^(١).

وفي كلا الوجهين نظراً، أما الأول: فلأن صرف الخروج عن المجرى الطبيعي مع عدم لزوم نقص في المالية والقيمة - لعدم منقصة مزاجية وهزال واصفرار لون ونحو ذلك - لا يوجب عيباً بل ربما يوجب كمالاً لأنها لا يطرأها في كل شهر حالة تمنعها عن بعض المشاغل، وأما العقم فغير مضر في الإمامة؛ إذ ليس المطلوب فيها التناسل كما في الخيل.

وأما الرواية فالحكم فيها بالرد مشكل لعدم انفكاك الأمة عن التصرف في

هذه المدة الطويلة، فكيف يصح الحكم بالرد مع أن الروايات المتقدمة ناصّة بما نعتية مثل اللّمس والنظر والتّجليل فكيف بالوطني؟ ومن المستبعد عادة عدم اتفاق شيء من ذلك في مفروض السؤال، وذكر الحكم الحيثي مع بعده لا يصح مع عدم الفرد له في الخارج، لا بتلاته بالمزاحم دائماً، اللهم إلا أن يقال: إنّ السؤال حيثي بمعنى أنّه عن خصوص كونه من العيوب أو لا؟

مسألة: هل الإباق عيب أو لا؟ الظاهر عدم الاشكال في عيبيته، بل كونه من أفحش العيوب، ويدلّ عليه أيضاً ما رواه أبو همام في عيوب السنة، وفي آخره قال الراوي محمد بن علي للرضا - عليه السلام - : فالإباق؟ قال - عليه السلام - : ليس الإباق من ذا إلا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبى عنده^(١)، ولا يخفى صراحته في المطلوب.

بقي الكلام في أنّه بم يتحقّق الإباق؟ والظاهر أنّه أيضاً كسائر العناوين مثل العدالة والفسق محتاج إلى ملكة، فلا يقال: هذا العبد أبى، إلّا بعد تكرّر العمل وحصول ملكة، كما هو الحال في السارق وغيره، فلا يكفي المرة الواحدة المعلوم عدم تعقبها بالمرّة الثانية وكون العبد نادماً غير قاصد للعود، وهذا واضح.

مسألة: النفل الخارج عن العادة في السمن ونحوه عيب يثبت به الرد والارش؛ لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء.

اعلم أنّ وجود الدردي على قسمين: الأول: أن يكون بحيث ليس ممتازاً عن الشيء بل مضمحلاً فيه، نظير الغش في الذهب، وهذا لا شبهة في عدّه من جملة العيوب وتترتب عليه أحكام العيب، والثاني: أن يكون ممتازاً عن الشيء كالصخرة الموجودة في السمن، وهذا ليس بعيب بلا شبهة، كما أنّه لا شبهة في فساد البيع لو علم المشتري بالحال ولم يعرف قدر الشيء، لأنّ الدردي غير متموّل، والذي

استثنى من بيع الغرر هو الجهل الناشئ من انضمام الظرف إلى المظروف ولا دخل له بالجهل الحاصل من وجود شيء غير متمول في ضمن المظروف وهذا واضح.

فيقع الكلام في صورة جهل البائع والمشتري بوجوده في المبيع، فالظاهر صحة البيع وعدم الاندراج تحت عنوان الغرر، لأنه من بيع ما يملك وما لا يملك صفقة واحدة، وحينئذ فإن وقع البيع على السمن - غاية الأمر اكتفى في تعيين وزنه بمعرفة وزن المجموع منه ومن الظرف فتبين وجود الدردي فيه - تحقق خيار تبعض الصفقة، فله الرد وله أخذ المقدار الموجود بها يقابله من السمن.

وإن وقع على ما في هذا الظرف من السمن كل رطل بكذا، وكان علمه بمقداره التخميني أو بسمية ما عدا الظرف داعياً صرفاً غير واقع تحت الاشتراط، فالبيع لازم، إذ لا عيب ولا تبعض في الصفقة، وإن كان الإطلاق في قوة اشتراط كون ما عدا الظرف سمناً، أو صرح باشتراط كون السمن كذا وكذا رطلاً فتبين نقصانه، تحقق حينئذ خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم في مسألة بيع الصبرة على أنها كذا وكذا رطلاً فظهر ناقصاً.

وعلى كل حال ليس الحكم بنفوذ البيع بالنسبة إلى المقدار الموجود وكذا بالنسبة إلى ما يقابل الدردي واستحقاق المشتري مقداره من المبيع موافقاً لشيء من القواعد، إذ ليس ذلك مقتضاها في شيء من الصور التي ذكرت.

فما ورد في الرواية الحاكية لقضاء علي - عليه السلام - «في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رطباً من أنه - عليه السلام - قال للمشتري: لك بكيل الرب سمناً، فقال له الرجل: إنما بعته منه حكرة فقال له علي - عليه السلام -: إنما اشترى منك سمناً، ولم يشتر منك رطباً»^(١) لا يمكن تنزيله على صورة العيب،

لأنه حيثئذ يستحق مطالبة الارض لا بكيل الرب سمناً، ولا على صورة الامتراج مع عدم الاضمحلال مع العلم بالكيفية، لأن البيع فاسد، ولا مع الجهل بها إذ في صورة لا يستحق شيئاً، وفي أخرى له خيار تخلف الوصف من أخذ الكل أو رده، أو تخلف الجزء من قبول البعض واسترداد ما قابل الدردي من الثمن، ولا ينطبق شيء من ذلك على استحقاق السمن بكيل الرب.

مسألة: القول في أحداث السنة: علم أنه لابد لنا من ارتكاب التخصيص في إحدى القاعدتين؛ لأننا إما أن نقول بأن مواد هذه الأمور عيوب فيلزم التخصيص في قاعدة أن الخروج عن القيام بالعين يسقط الخيار، فإن الفعلية مغتبرة للعين مع عدم سقوط الخيار بفعليتها، وإما أن نقول: إن العيب نفس ظهورها وفعليتها، فلا ربط لها حيثئذ بالعيب الموجود حال العقد حتى يبيح فيه دليل اشتراطه بعدم التصرف.

وعلى الفرض الأول اللازم رفع اليد عن عموم العام الوارد في باب العيب، بأن نقول: عدم قيام العين مسقط إلا هنا، لإطلاق المخصص؛ لأنه شامل لحالتي وجود التصرف وعدمه، فاللازم الأخذ به ولا داعي إلى ارتكاب التقييد فيه بخصوص صورة عدم التصرف فإن المرجع إطلاق المخصص.

نعم هنا مطلب آخر وهو أن التصرف في كل مورد خيار يوجب سقوطه ولا اختصاص له بباب العيب بناءً على استفادة ذلك من التعليل الوارد في خيار الحيوان، فلا يحيص عن القول بعدم تمسّي هذا العموم هنا، للزوم التخصيص بالفرد النادر في أخبار الباب كما هو واضح.

لكن فيه أن القدر الثابت من التعليل مسقطية التصرف للخيار الموجود لا مانعيته بالنسبة إلى غير الموجود، فلا يفيد بالنسبة إلى التصرفات السابقة، نعم يفيد

بالنسبة إلى اللاحقة ولا مانع منه أيضاً.

بقي الكلام في إصلاح الاختلاف بين الأخبار في تعيين الأمور المذكورة، ففي بعضها الاختصار على ثلاثة والسكوت عن الرابع، وفي بعضها ذكر الأربعة: الجنون والجذام والبرص والقرن، فما وجه الجمع؟

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: وإن كان ليس المقام مقام الإطلاق والتقييد ولكن يجري فيه مناطه، وذلك أنّ المناط في الإطلاق والتقييد أنّ الكون في مقام البيان ينعقد بسببه ظهور في أنّه لو كان في المطلوب شيء آخر دخیلاً لذكره، وهذا المعنى في المقام موجود، فإنّه إذا صار بصدد تعداد مصاديق عنوان واكتفى بثلاثة ينعقد ظهور في أنّه ليس شيء آخر في عدادها مصداقاً لذلك العنوان، فإذا ظهر الدليل المتعرض لإثبات شيء رابع كان حاله بعينه حال الدليل المقيّد بالنسبة إلى المطلق، فكما أنّ مقتضى الجمع بين النص والظاهر تقديم النص وهو المقيّد على الظاهر وهو المطلق، فهذا الكلام بعينه سار هنا؛ فإنّ المثبت للرابع ناصّ في الإثبات والدليل الآخر ظاهر في النفي، فالقاعدة مقتضية لتحكيم النص على الظاهر، هذا.

ثمّ إنّ وقع في هذا المقام إيراد غريب على شيخنا المرتضى - قدس سره - في نقل الرواية، وهو: أنّه - قدس سره - سهى في النقل إذ كانت نسخه سقيمة لأنّه نقل رواية محمد بن علي وذكر فيه الجنون والبرص والقرن، ثمّ قال: وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع أنّها في مقام التحديد والضبط.

فأورد المحشّي - طاب ثراه - بأنّ الرواية حسب ما في الوسائل مشتملة على الجذام، لأنّه بعد ما نقل صحيحة أبي همام المشتملة على الجذام قال ما حاصله: ورواه الشيخ نحوه، إلّا أنّه قال والقرن والبرص ثمّ قال: ورواه أيضاً - إلى

أن قال :- عن محمد بن علي عن الرضا - عليه السلام - الخ .

ولكنك خير بأن ما في الوسائل من صحيحة أبي همام مشتملة على ثلاثة: الجنون والجذام والبرص، فقله: ورواه الشيخ مثله إلا أنه قال: والبرص والقرن معناه أنه بعد الجنون عطف هذين الاثنين مكان الجذام والبرص، وإلا ففي حيث الثلاثية أيضاً هما مثلاً، والشاهد القوي على ذلك كون رواية محمد بن علي في الحدائق على ما حكاه الأستاذ وعلى ما رأيته في الوافي كما نقله شيخنا مشتملة على الجنون و البرص والقرن هذا، وقد تقدم وجه الجمع بين ما اشتمل على الأربعة وما اشتمل على الثلاثة.

لكن هنا خبر آخر لا يجري فيه ما تقدم وهو ما حكى عن الكافي أنه قال: وروى الوشاء: أن العهد في الجنون وحده إلى سنة، ولكنه أيضاً يجري فيه احتمال أن يكون قوله: «وحده» من صاحب الكافي قيداً لقوله: «روى».

و خبر آخر ذكر فيه: أن العهد في الرقيق إلى ثلاثة أيام إن كان فيه حبل أو برص أو نحو هذا، فجعل البرص من العيوب المضمونة على البائع في زمن الخيار بمعنى إيجابها الخيار ولو بعد الثلاثة، وهو غير كونه موجباً لخيار موقت إلى سنة، وهو أيضاً يمكن الجواب عنه بإمكان تصحيف البرص وكونه في الأصل «المرض».

بقي الكلام في القرن حيث ذكر شيخنا أن المذكور فيه من الروايات غير صحيح والأقوال غير بالغة حد الشهرة، ولكن في إحدى روايتي أبي همام أعني: ما رواه الشيخ عنه مذكور مع كونها صحيحة، اللهم إلا أن يستشكل فيه من حيث عدم العلم بتفسيره وإجماله، فإنه على ما في الكافي فسر بالحدبة إلا أن الفرق بينهما أن الحدبة: انحذاب في الظهر يوجب دخول الظهر وخروج الصدر، والقرن:

انحداب في الفرج ولكن على ما هو المعروف ليس عبارة عن الانحداب بل هو عظم مانع عن الوطئ مثل السمن، وفي عبارة التهذيب هكذا، والقرن والهدبة لأنها تكون في الصدر يدخل الظهر ويخرج الصدر، ولم أفهم معناه.

ويمكن أن يقال: إن المراد من رواية الكافي أن القرنة هو الحدبة إلا أن الحداب في الظهر يخرج الظهر وهذا الحدث في الصدر يخرج، فيكون الحداب الصدر من أحداث السنة ويكون حاكماً على رواية القرن الخالية عن التفسير، لكنه مبني على كون التفسير من الإمام - عليه السلام - ولعله الظاهر.

وأما الجذام فقد استشكل فيه المسالك بأنه من موجبات العتق فكيف يصير موجباً للخيار؟ وجهه بأن السبب للخيار متقدم لأنه مادة الجذام، فيوجب تأخر الانعتاق إلى ما بعد الفسخ أو الإمضاء، وفيه: أن القاعدة في المقام معاملة الأعم والأخص المطلق، فإن الدليل الدال على أن الجذام يوجب الانعتاق أهم مطلق، ودليل المقام ناص في رد نفس العين مملوكاً إلى البائع وهو خاص مطلق، فالقاعدة تقديم الثاني على الأول.

ولو فرض المشي على قاعدة الأسباب فالحق أن يقال بتقديم سبب العتق؛ لأنه يفوت الموضوع بالنسبة إلى سبب الخيار، لأنه فرع الملك والأول مزيله. هذا ولو قلنا بأن السبب فيهما شيء واحد ومتحقق في آن واحد.

ثم على ما قلنا من التخصيص فهل يحكم بعد الفسخ بالانعتاق على البائع أو بعد الإمضاء بالانعتاق على المشتري؟ قد يقال: نعم، لأن العام إذا خصص في القطعة الأولى من الزمان يؤخذ بعمومه في القطعة الثانية، لأنه من باب التقييد فلا يمتنع على العموم الأزمني.

ولكن يورد بعدم العموم للدليل بالنسبة إلى جميع الأحوال، للفرق بين مثل

قولنا: أكرم العلماء وبين مثل قولنا: المجنوم لا يملك، فما كان من الأول بصورة الحكم إذا خرج فرد في حال وكان المتيقن من الدليل تلك الحالة يؤخذ بعدها بالعموم، وما كان من الثاني بصورة الإخبار فهو بملاحظة نظائره في العرف إذا رأينا فرداً خارجاً لا يفكك فيه بين الأحوال لو فرض تلبسه بحال لا يقطع بعده بالخروج، فإذن لا وجه للقول بالانعتاق لعدم الدليل.

نعم لو قلنا: بأن الباب باب تراحم السببين وأن الشارع رجح جانب سبب الخيار وجعله لا محالة حافظاً لموضوعه أعني الملك، فمقتضى القاعدة أنه إذا زال السبب الأقوى أثر الأضعف أثره، لكن هذا يحتاج إلى الدليل المثبت للسببية بهذا الوجه وقد عرفت عدمه.

ثم إن شيخنا العلامة الأنصاري - رحمه الله - أورد على المسالك في قوله بأن المادة هو الموجب للخيار: بأنه لو كان كذلك لزم أنه لو تأخر الظهور عن السنة ولو بقليل - بحيث كشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة - كان مختاراً ولا يلتزم به أحد.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ: بأن مراد الشهيد أن المادة قبل السنة المكشوفة بالبروز في السنة هو الموجب، فأين هو من المادة في السنة. نعم حتى الإيراد أن يقال: لازم ذلك أنه لو تأخر البروز عن السنة بقليل بحيث كشف عن وجود المادة بعد البيع وقبل القبض لو فرض وجود تراخ بينهما لزم على قاعدة مضمونية العيب قبل القبض أن يقولوا بالخيار ولا يلتزمون به.

ثم إن ظاهر الأخبار أن أحداث السنة توجب خياراً في مبدأ السنة، فلو فرض حدوثها في الجزء الأخير من السنة فاللازم عدم الخيار، لأنه يستلزم الخيار بعد السنة، وأما ما ورد في بعضها من كلمة بعد السنة فيمكن أن يكون لفظة «بعد»

بتشديد الدال يعني بعدد أيام السنة كما أن الظاهر أن الخيار الحادث من كل عيب يبقى إلى تمام السنة من حين الشراء لا أنه فوري.

بقي الكلام في التصرف والارش للذين قد اشتهر بالحكم بهانعية الأول وعدلية الثاني، وقد عرفت شطراً من الكلام في الأول، وقد عرفت عدم تمامية الأدلة السابقة في المقام، اللهم إلا أن يتمسك بقوله في بعض أخبار مانعية الوطي: «لا ترد الجارية بعيب إذا وطئت»^(١) ويقال بعمومه لكل عيب سواء السابق واللاحق.

وأما الارش فالأخبار خالية عنه بالمرّة. نعم في ذيل ما ذكر من خبر الوطي المذكور، فالخبر المذكور بالنسبة إلى خصوص الوطي في الجارية يصلح دليلاً على كلا الأمرين، كما أن كلام المفيد أيضاً خاص به، ويبقى في غيره كلا الأمرين بلا دليل، لكن الخبر المذكور أيضاً لا يطمئن بعمومه لمثل العيوب الحادثة بعد العقد، بل القدر المتيقن منه العيوب الحاصلة حاله، كما أن استفادة الارش من التعليل في بعضها بقوله - عليه السلام -: «معاذ الله أن أجعل لها أجراً» في مقام تعيين الارش غير صحيح، فإنه إنما يستفاد منه عدم جواز الرد وأما ثبوت الارش فلعله لأجل المقتضي له الخاص بذلك المقام أعني: العيب الموجود حال العقد.

خاتمة: في عيوب متفرقة من الكفر، وعمرية الأمة برضاع أو نسب، وكون البائع نائب المالك لا مالكا، وظهور أثر الوقف، والصيام والإحرام، والاعتداد والنامية، والساحرية، والقاذفية للمحصنات، والشارية للخمر، والمقامرية، وغير ذلك مما ذكر في كلام شيخنا - قدس سره -.

فالكلام الكلبي في الجميع أنها غير منقصة للمالية، نعم موجبة لقلّة الرغبة،

لكن لا تلازم بين الأمرين كما في الجوهرية النفيسة التي لا يرغب أحد في شرائها لغلاء قيمتها ولكنها موجبة للخيار بملاحظة تقييد النظر إلى النفاذ لهذه الأوصاف، فالخيار خيار تحلف الشرط إلّا في من يعتق على المشتري؛ فإن ثبوت الخيار فيه مع أنّ التقييد ثابت محل إشكال، فإنّ الملك لا يستقرّ إلّا بقدر يرد عليه الانتاق، فلا مجال لمجيئ خيار ردّ العين فلا يبقى للانتقال إلى البدل مجال.

وتحقيق المسألة أنّ أصل الرجوع إلى البدل في مسألة الفسخ عند فقدان العين وجداناً أو شرعاً مع أنّه ليس منه في الأصل أعني: البيع عين ولا أثر يكون لأجل التعهّد بالتسليم المأخوذ في الفسخ، فإنّه ليس بمجرد إعدام العقد حتّى يكون رجوع كلّ مال إلى صاحبه لمقتض في ذاته، وإلّا لم يبق للرجوع إلى البدل وجه، بل هو عبارة عن قلب العقد فيكون مشتملاً على معاوضة جديدة، فكما أنّ العقد المقلوب منه مشتمل على التعهّد بالتسليم كذلك الفسخ الذي قلبه، وإذا صار الحال هكذا فيتحقّق حقّ في العين باسترجاعها فتكون مضمونة في يد البائع للمشتري بضمان اليد كما في العين المرهونة، حيث إنّ الغاصب ضامن للمالك والمرتهن معاً، هذا في التلف عند غير ذي الخيار.

وأما التلف عند ذي الخيار فلا وجه للرجوع فيه إلى البدل كما لا وجه في التلف عند غير ذي الخيار في ما كان آنأ ما بعد العقد، فإنّه نظير تلف المبيع في حال البيع حيث لا تعهّد بدفع البدل، ففي الفسخ أيضاً بعد الوجود في زمان وتعلّق هذا الحقّ به يندرج تحت ضمان اليد، نعم لو اشترط من له الخيار أنّه يبذل مثل الثمن كان متسلّطاً على ردّ المبيع جاز حيثنذ ولكنه خارج عن قضية الفسخ من حيث هو، والله العالم.

القول في الارش: والتكلم في معناه لغة وأنه منقول إلى كل واحد من الموارد المصطلحة فيها هذه اللفظة عند الفقهاء، أو إلى الجامع بينها، أو إلى شخص واحد منها حتى يكون في غيره مجازاً، لعله ليس فيه كثير فائدة، فالأولى صرف الوقت في ما هو المهم وهو أنه هل المعتبر هو التفاوت الواقعي، أو النسبة إلى الثمن لو كان المعيب مثمناً، أو إلى المثلثين في العكس؟

قد يقال: ظاهر الخبر: «له ارض العيب» أو «يرجع بقيمة العيب» هو الأول، والتعبير في بعض آخر بأنه «يرد بقدر ما نقص من الثمن» أو «يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب» منزل على ما هو الغالب من نقصان القيمة عن الثمن، فلو فرض الاستيعاب أو الزيادة فاللازم رد الكل أو مع الزيادة، ويعارض ذلك بأنه ليس أولى من العكس بأن يقال: المعتبر هو النسبة ولكن لما كان الغالب هو المساواة فهذا عبر عنه بالقيمة.

ولكن الحق — مع الغض عما هو التحقيق الآتي ذكره — أن الغلبة ليست بحيث لم يكن تفاوت حتى يسيراً فعلى فرض الغض عما يأتي لابد من القول بتعيين القيمة الواقعية.

وقد يقال: إن كونه النسبة موافق للقاعدة، وتقرر القاعدة بوجهين، الأول: إن المعاملة والمعاوضة وإن وقعت إنشاءً في ما بين الذاتين ولم تقع بإزاء الوصف شيء ولكن في عالم اللب يقع بإزاء الوصف مقدار من الثمن وهذا وجه عدم الانفساخ كما في الجزء وهو السر في عدم تعيين جزء من نفس الثمن مع بقائه.

والثاني: أن المعاوضة بحسب الإنشاء متقيد بالوصف، فيقع الوصف في العهدة فتجب الغرامة، والخروج عن هذه العهدة يبذل بدل الوصف عند عدمه.

لا يقال: فلم لا يتعين البدل الواقعي بل الجعلي؟ لأننا نقول: إنه في هذه

المعاملة لم يقع بصدد التعهد للوصف بأزيد مما جعله بإزائه لبّاً، ولاحظه في جعله إنشاءً في قبالة العين، هذا ما يقال، وفيه نظر.

أمّا الوجه الأول: فلائنه ليس بأزيد من تخلف الداعي وليس فيه خيار أصلاً.

وأمّا الوجه الثاني: فلأزمه القول به في صفات الكمال إذا وقعت تحت الاشتراط ولا يقولون به، فالحق أنّ الخيار من آثار الاشتراط عرفاً، وليس الارش إلّا أثرًا شرعيًا، فاللازم النظر إلى الأدلة الشرعية وأنّه كيف المستفاد منها.

فنقول وعلى الله التوكّل: الحقّ كما ذكره شيخنا المرتضى هو تعيين النسبة دون التفاوت الواقعي، ووجهه أنّ القيمة بحسب جعل المتعاملين قد طبقت على ما تعاقدوا وتراضوا عليه وجعلناه في قبالة العين، حتّى إنّ المشتري في صورة وجود الوصف وزيادة القيمة السوقية عن الثمن لا يرى أنّه انتقل إليه شيء بلا ما بازاء، بل يراه بتماه قد انتقل إليه بازاء المال، لا أنّه يرى أنّ بعضه انتقل إليه بإزاء ماله وبعضه انتقل إليه زائداً كما هو اللازم لو يرى القيمة الواقعية في هذا الحال قيمة.

وحينئذ نقول: منصرف الأخبار الأمرة لهذين المتعاملين برّد القيمة واسترجاعها ورّد الارش واسترجاعه ليس إلّا هو الثمن الجعلي وما يقسّط على الوصف عند التفسيط على المجموع؛ لأنّه هو الذي فات على المشتري وورد نقضانه عليه حتّى يصحّ التعبير بالارش على التدارك له، وأمّا نفس العيب فليس نقصاً وارداً عليه بل هو كان في مال البائع، ومّا يؤيد هذا الذي قلنا ذكر كلمة الرّد وذكر الثمن، مع أنّ الغالب فواته، ولو كان المقصود القيمة الواقعية لما كان لذكر الثمن وجه بل يذكر اسم نفس القيمة.

ثمّ قد تحقّق ممّا ذكرنا أنّه لا وجه للانفساخ، وأمّا لزوم ردّ نفس الثمن مع

بقائه ولو لم نقل بالانفساخ - كما رتبنا يتوهم في باب القرض بملاحظة أنه وإن كان من باب الغرامة ولكن لا شيء أقرب إلى الشيء من نفسه، فالانتقال إلى البديل إنما هو في صورة عدم التمكن منه - فالجواب عنه أنه لا شبهة في فوات نفس الثمن بواسطة العقد على المشتري، بمعنى أنه تلف ملكيته، فلا فرق حيث يدعى رجوعه بنفسه أو رجوع شيء آخر، فيكون كل منهما بالنسبة إلى إطلاق دليل الأرض في حد سواء.

وعلى فرض عدم تسليم الإطلاق نقول: إن الأصل عدم تسلط المشتري على رد نفس الثمن، والأصل براءة ذمة البائع من تسليم الشخص كما ذكره شيخنا المرتضى؛ فإنه إما أن يكون الثابت هنا تكليفاً محضاً، وإما من باب الدين، فعلى الأول يكون الأمر دائراً بين الأقل والأكثر، نعم لو كان الثمن جنساً لا نقداً يكون دائراً بين المتبائنين، وأما على الثاني فكذلك الحال بالنسبة إلى صورة كون الثمن جنساً.

وأما في صورة كونه نقداً فهو من الأقل والأكثر لو قلنا بأنه على تقدير تعيين الشخص تكون العهدة سارية إلى المراتب أعني: بأصل جامع النقد الغالب وبهذا الشخص، فلا تعهد جديد بعد تعذر الشخص، وأما لو قلنا بوحدة العهدة والمتعهد به، فالظاهر أن الكلام فيه كالكلام في التكليف، أعني: أن القائل بالبراءة هناك لابد من أن يقول بها هنا أيضاً؛ إذ كما تصح نسبة الوجوب إلى المهملة، كذلك تصح نسبة الدينية والمتعهدية إليها بلا فرق.

ويمكن الخدشة في الدين ولو سلمنا البراءة في التكليف بأن يقال: إن النسبة إلى المهملة في ذلك الباب مصحح للعقاب، وهم العقل ليس إلا إسقاط العقاب، وهو يحصل بالإتيان بفرد المهملة ولو في غير ضمن الواجد، وليس هم

العقل الإتيان بما هو المأمور به، فإنه على تقدير كونه المقيّد لم يأت بشيء من المأمور به، فلا يصدق في صورة العلم بكونه المقيّد وأتى بفائق القيد أنه امتثل نصف امتثال، بل لم يمثل أصلاً، وهذا بخلاف باب الدين، فإن الحق أمر شخصي واحد إما متعلّق بالمطلق أو بالمقيّد، وقد حكم الشارع عليه بلزوم الأداء.

وعلى فرض كونه متعلّقاً بالمقيّد لم يؤدّ بشيء لو أدّى الفاقد، فاستصحاب بقاء أصل الحقّ وجامعه جارٍ، وأثره أن يلزم عليه أدائه ورفعته عن نفسه، ولا ينقطع عنه إلا بأداء الواجد، وفي باب التكليف لو كان من أثر التكليف شرعاً رفعه وإسقاطه كان الحال هكذا أيضاً، ونظيره ما إذا تردّد أمر رافع الحدث بين الغسل فقط أو هو مع الوضوء فإنه لا شبهة في جريان استصحاب أصل الحدث بعد إتيان الغسل فقط وأثره عدم جواز الصلاة ولا ينقطع إلا بإتيان كلا الأمرين.

ثم هل المعتبر خصوص التقدين أو يكفي ولو من غيرهما؟ قال شيخنا: استظهر جامع المقاصد من عبارة العلامة - حيث ذكر في بيع الصرف في ما إذا تخالف الجنسان وظهر عيب في أحدهما بعد التفريق بأنه لا يجوز إعطاء الارش من أحدهما ويجوز من غيرهما - أنه ذهب إلى الجواز بغير التقدين، واستشكل جامع المقاصد بأن الأصل في الحقوق المالية هو النقدان، فكيف ما ثبت تداركاً لنقصان في أحدهما، انتهى.

والظاهر أنّ وجه عدم جواز الارش بأحدهما في فرض العلامة - قدس سره - لأجل أنّه يلزم تأخر التقابض عن المجلس بالنسبة إلى الارش الذي هو كالعوض لوصف الصحة في عوض الصحيح، والظاهر أنّ وجه الاستظهار أنّ كلام العلامة - قدس سره - مبنيّ على جواز الارش مطلقاً بكلا الأمرين، فإذا حصل المانع في بعض الموارد في أحدهما يتعيّن الأمر في الآخر، وعلى هذا يتوجّه إشكال

جامع المقاصد.

وحاول شيخنا المرتضى - قدس سره - تصحيح العبارة على وجه يرتفع عنه الإشكال بأن أداء غير التقدين يحتاج إلى رضى الدافع بخلاف التقدين، فليس له الامتناع لو طالبه ذو الحق، فمقصود العلامة - قدس سره - أنه لو تراضيا على جعل الحق هو الجنس الآخر جاز، لا أنه من الابتداء يكون الحق متعلقاً بالآهم حتى يرد الإشكال.

ولكن الحق عدم نفع هذا الكلام في دفع الإشكال، فإنه يقال: لا يخلو إما [أن] يكون الحق متعلقاً بالآهم أو بالأخص، فعل الأول لا وجه لاعتبار التراضي ويتوجه الإشكال، وعلى الثاني فالمفروض عدم إمكانه في المورد؛ للزوم المحذور، فاللازم سقوط الحق رأساً، ولا معنى لتعلق الحق بغير التقدين مع اشتراطه بالتراضي.

إلا أن يقال: إن مراده - قدس سره - أن هنا مصداقين للتدراك في عرض واحد، أحدهما المصداق الذاتي الغير المحتاج في مصداقيته إلى التراضي وهو النقدان، والآخر ما يحتاج في المصداقية إلى التراضي وهو غيرهما، فإذا صار أحد المصداقين متعذراً صار المصداق الآخر متعيناً، لكن المصداق المتعذر لو كان هو التقدين صار المصداق المحتاج إلى التراضي حيثث غير محتاج إليه، لأن التدراك ليس له في هذا الحال مصداق غيره.

فالفارق بين المقام وبين الحقوق الثابتة في الذمة أنه إذا استقر في الذمة إما الدينار وإما الدرهم كما هو الحال في المقامات الأخر فلا يعقل أن يصير جنس آخر وفاة لهما، فلا بد من المعاوضة، وأما في المقام الثابت في العهدة ليس إلا حق التدراك وهو له مصداقان عرضيان، فأيها تحقق كان نفس التدراك لا عوضه.

ثم إنه ذكر شيخنا المرتضى - قدس سره - أنه لا يعقل استيعاب الارش للثمن؛ فإن معنى استيعابه للثمن أن لا يبقى للعين حال البيع تمول أصلاً، فوقع البيع على ما ليس بهال وهذا يوجب الفساد وعدم وقوع البيع رأساً، وهذا مطلب حق، فلا يجامع ثبوت الارش مع صحة البيع إلا بنقصان الارش عن الثمن دون مساواته.

إلا أن للعلامة كلاماً في بيع العبد الجاني، يظهر منه الارش المستوعب، حيث ذكر أنه إن استوعبت الجنابة قيمة العبد فللمشتري مع الجهل الخيار بين أخذ الثمن بعنوان الفسخ وأخذه بعنوان الارش.

وفيه أولاً: عدم معقولية الاستيعاب كما مرّ، وثانياً: منع كون الجنابة عيباً في العبد وموجباً لنقصان المالمية، وإلا فكيف يقول لو استوعبت الجنابة قيمته؟ وكيف يعترض في معرض البيع؟ وبالجملية الخيار هنا نظير الخيار في العين المستأجرة لا يستحق إطلاق اسم العيب، ولا وجه لثبوت الارش أصلاً، فتدبر.

مسألة: لو علم مقدار الارش فلا كلام، وإلا فهل يرجع فيه إلى قول المقومين ويكون قولهم حجة شرعية متبعة من غير اعتبار شروط البينة من التعدد والعدالة أو لا؟ يظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره - التفصيل بين أقسام المقومين في اعتبار ذلك وضوحاً وخفاءً، حيث قسمهم إلى ثلاثة: الأول: من يخبر بالقيمة السوقية لا عن حدس واجتهاد بل بالطرق الاخر، والثاني: من يخبر عن اجتهاد وحدس وإعمال فكرة وروية، والثالث: من يخبر بالصغرى بعد معلومية الكبرى، كما لو علم أن قيمة الردي من الذهب كذا وجيده كذا، فأخبر المقوم بأنه ردي أو جيد، فجعل الاعتبار في القسم الأول أوضح منه في الأخيرين.

والحق عدم التفرقة أصلاً، إذ لا يخلو إما يحصل الوثوق بسبب إخبار المقوم

أو لا يحصل، فالقسم الأول لا يعتبر فيه شروط الشهادة من غير فرق بين الأقسام؛ لأنّ بناء العقلاء على المشي على طبق الوثوق والاطمئنان كما هو المتيّن في باب الأحكام، والقسم الثاني لا فرق بينها في الاعتبار، إذ لا دليل لنا على الاعتبار بقول أهل الخبرة ما لم يفد الاطمئنان والوثوق كما ذكر في عدم حجية قول اللغوي.

وبالجملة: فالحقّ أن يقال: إنّ إن كانا مترافعين، فلا ينفع في رفع نزاعهما الوثوق أيضاً بل الفاصل ليس إلّا البيّنة أو اليمين، وإن لم يكن بينهما ترفع فالوثوق إن حصل من أي سبب كان يكون حجة وإلّا فلا يحصى عن اعتبار العدد والعدالة؛ لأنّ اعتبار البيّنة بقول مطلق وفي جميع الأبواب قد ثبت وروده من الشرع كما يتضح بمراجعة أخبارها الواردة في المواضع المتفرقة التي جمعها في كتاب «عناوين» من شاء فليراجعه.

وأما جريان دليل الانسداد، فأولاً: لا يفيد إلّا مطلق الظنّ لا خصوص الناشئ عن قول المقوم، وثانياً: لم نعرف كيف يجري مقدّماته؛ لأنّه بالنسبة إلى الواقعة الشخصية ليس لواحد من المشتري والبائع علم إجمالي، وليس محلّ ابتلائهما قضايا متعدّدة يحصل من ملاحظة المجموع علم إجمالي، وإن اعتبر العلم بالنسبة إلى الشارع في عمّة الوقائع، ففيه أنّ الوقائع التي يحصل فيها الاختلاف بين المقومين شاذّة جدّاً، والمقدار القليل الحاصل فيه الاختلاف بينهم ليس فيه علم إجمالي بتضييع حقّ.

ثمّ لو تعدّر معرفة القيمة إمّا لفقد أهل الخبرة أو توقّفهم، فالظاهر الرجوع إلى الأصل في نفي الزائد وليس هنا مقام الاشتغال، ولو قلنا في المطلق والمقيّد بالتقريب المتقدّم، لأنّ الأقلّ والأكثر هنا استقلاليتان، نعم لو قلنا بأنّ الباب باب التبعض وأنّ وصف الصّحة يصير بقباله جزء من الثمن فمع فقدّها يكون البيع

بالنسبة إلى ما قابله من الثمن غير واقع، فيشك البائع في انتقال الزائد إليه وعدمه، والأصل يقتضي عدم الانتقال، والبقاء على ملك المشتري، فيجب الأخذ حيثئذ بالأكثر، ولكن المبنى ضعيف.

وأما الرجوع إلى مطلق الظن فقد عرفت ما فيه من عدم ارتباط المقام بدليل الانسداد، لأن الكلام في الواقعة الواحدة التي يتلى بها الإنسان في عمره مرة أو مرتين، ولا يحصل له علم بالخلاف حتى يجري فيه دليل الانسداد، هذا.

مسألة: لو اختلفت البيئات فربما يفرض في صورة الترافع، وربما يفرض في غيرها، ففي الأولى ييتني على مسألة تقديم بيئة الخارج، وحيث إن الظاهر ذلك كان المقدم بيئة الأكثر، لأن بيئة الأقل هو المطابق للأصل، فصاحبها المنكر، وقد ورد أن على المدعي البيئة لا على المنكر.

وأما في غير صورة الترافع، فالقاعدة تقتضي سقوط الامارتين عن الحجية، وقاعدة الجمع في غير مورد الجمع العرفي - كما سلمه وأوضحه شيخنا المرتضى في التعادل والتراجيح قبلاً للشهيد في تمهيد القواعد - غير ثابتة، بمعنى أن الجمع العرفي لو كان فهو المتبع، وإلا فاللازم طرح كليهما والرجوع إلى ما دونهما من الأصول والقواعد، وقد عرفت أنه نفي الزائد والأخذ بالأقل.

ولكن شيخنا المرتضى - قدس سره - قد أصر في هذا المقام مع توضيحه ما ذكرنا في مسألة التعادل والتراجيح بأن القاعدة هو الجمع والأخذ بكلتا البيئتين بقدر الإمكان، قال - قدس سره -: لأن كلاً منهما حجة شرعية فإذا تعذر العمل بهما في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، انتهى.

وتامة ما ذكره - قدس سره - مبنية على مقدمتين كلتاها ممنوعة، الأولى: القول في الامارات بالسببية والثانية أنها أمر بالعمل بمؤدياتها لأجل المصلحة في

نفس سلوكها، والأخرى القول بأن المصلحة المذكورة ليست في نفس المؤديات بل في الالتزام والبناء القلبي على واقعية المؤديات وترتيب الآثار عليها؛ فإنه لو قيل بالطريقة فاللازم التساقط عند التعارض وعدم الجمع المدلولي كما ذكرنا، كما أنه لو قيل بالسببية على الوجه الآخر، أعني: وجود المصلحة في نفس المؤديات فاللازم التساقط أيضاً فيما إذا كان مفاد أحدهما النفي والآخر الإثبات كما في المقام، حيث إن أحدهما يثبت المقدار الزائد وأنه مورد استحقاق المشتري والآخر ينفيه.

وأما على الوجه الذي ذكرنا، أعني: وجودها في الالتزام القلبي الذي لازمها العمل الأركاني فنقول: فرق بين أن يكون المفاد ابتداءً جعل الحق ونفيه؛ فإن اللازم التساقط أو إيجاب المعاملة وعدم الإيجاب فكذلك، وبين إيجاب التدين بكون الزائد حقاً وإيجاب التدين بكون الأقل حقاً ليس إلّا، فإن الأخير باب المتزاحمين حيث لا يمكن الجمع بين الالتزامين في القلب فثبت التخير، ولازمه وإن كان إيجاب المعاملة في الزائد وعدمه، ولكن فرق بين أن يكون هذا مفاداً ابتدائياً لدليل الحجية وبين أن يكون لازماً لمفاده، فعلى الأول يلزم التساقط دون الثاني.

إلا أن الفرق بين هذا المقام والتزاحم في التكليف - مثل إنقاذ الغريقين الغير الممكن جمعهما - أنه لا مرجح هناك لأحد الفردين على الآخر، وأما هنا فالمرجح مع العمل بكل بيّنة في نصف المبيع؛ فإن البيّنة على العشرة مثلاً ينحلّ إلى أن هذا النصف خمسة وذاك أيضاً خمسة، وهكذا بيّنة الثمانية مثلاً يرجع قوله إلى أن كلّ نصف أربعة، فكان الموجود في البين أربع بيّنات، والتخير في التدين بالمؤدى وإن كان يقتضي كون الاختيار بيد المكلف، ولكن حيث إن المؤدى وجوب معاملة الحق، واللازم في مقام الجمع بين الحقين هو التقسيط والمعدل

فيجب الأخذ بواحدة من يتي الخمس وواحدة من يتي الأربع، هذا.

ولكن عبارات شيخنا المرتضى في هذا المقام مختلفة، فبعضها يساعد الطريقة وبعضها السببية، وما ذكرنا أيضاً لا يخفى أن كلنا مقدّمته متنوعة، أعني: أصل السببية وكونها على تقدير القول بها على نحو كون المصلحة في التدين، فإنّ أحداً لا يقول بأنّ التدين القلبي بمغاد البيّة مثلاً واجب.

ثمّ على فرض القول بالتنصيف - على خلاف التحقيق الذي قلنا من الأخذ بالأقلّ والتساقط - فهل الطريق إليه ماذا؟ فإنه قد وقع الاختلاف بين المشهور وبين الشهيد، فيظهر من المشهور أنّ الطريق جمع قيمتي الصحيح وقيمتي المعيب وتنصيف المجموع في الطرفين ثمّ ملاحظة النسبة في ما بين النصفين، والذي اختاره الشهيد - قدس سره - أن تلاحظ النسبتان ويلاحظ التنصيف فيهما، فإذا كانت النسبة بحسب قول أحدهما النصف وبحسب الآخر الربع، فاللازم الأخذ بالنصف من النصف والنصف من الربع وهكذا، ولو كانت الأطراف ثلاثة فاللازم الأخذ بالثلث من كلّ واحد، ولو كانت أربعة فبالربع وهكذا.

والحقّ ما قاله الشهيد، فإنه لو كان التضمين هنا كباب ضمان اليد بالعوض الواقعي كان الحقّ مع المشهور، ولكن الضمان هنا بالنسبة من الثمن التي هي لازم قولي البيتين فلا بدّ من إعمال قاعدة الجمع في هذا المورد ولا وجه لإعمالها في نفس القيمتين مع عدم ارتباطهما بما هو المهمّ والموضوع للأثر، وهذا الوجه في اختيار كلام الشهيد أسدّ وأخصر ممّا ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -؛ فإنه مبني على ملاحظة التنصيف في نفس القيمتين، وقد عرفت أنّه لا وجه لذلك في ما لا يشمل دليل الحجّية بل اللازم من الابتداء الرجوع إلى لازم المخبر عنه وهو النسبة، وإعمال قاعدة الجمع فيه.

القول في الشروط: لما كان كلمة الشرط واقعة في الأدلة مثل «المؤمنون عند شروطهم»^(١) و«الشرط جائز» الخ، فلا بأس بالتكلم في معناه، فاعلم أن له معنيين عرفاً، أحدهما: المعنى المصدرى وهو الإلزام والالتزام في البيع ونحوه، والثاني: ما يلزم من عدمه العدم وإن كان لا يلزم من وجوده الوجود، وقد يدعى اتحاد المعنيين وأن المعنى الثاني أيضاً من قبيل إطلاق الخلق على المخلوق، فالشرط عبارة عن الجعل الإلزامي، فقد يكون من قبيل الالتزام بالعمل أو الصفة، وقد يكون من قبيل جعل القيد، والجاعل للقيد إما العقل أو الشرع أو العرف، وليس في عدم تضاييف الشارط والمشروط دلالة على عدم صحته بالمعنى الثاني مصدراً؛ فإن المشروط حقيقة نفس القيد؛ إذ هو الذي جعل شرطاً كالوضوء في الصلاة، وأما الصلاة فهي مشروط فيه.

والحق أن يقال بالمغايرة وأن الاشتقاق من الثاني اشتقاق جعلي من المبدأ الجامد، فإنه ليس في موارد التقيد جعل متعلق ابتداءً بالقيد، مثلاً الشارط في قوله: إن جاءك زيد فأكرمه، ليس طلبه أولاً متعلقاً بالمطلق حتى يجعله ثانياً مقيداً، إلا أن يكون الطالب ممن يمكن في حقه البدء.

فالذي هو الحق أن المفهوم المقيد بحسب وجوده التقرري محتاج إلى القيد، وفي أي عالم وجد يحتاج إلى القيد وينعدم بانعدامه، فالطالب إنما يتعلق طلبه بالمقيد كما يتعلق بالمهملة، فكما لا يقال إنه جعل المهمة بمحض ذلك لا يصلح أن يقال إنه جعل المقيد أو القيد بمحض تعلق طلبه وإرادته بالمقيد.

نعم هنا عنوان مستحدث بتبع هذا الطلب وهو صيرورة المجيء قيداً للطلب، أو صيرورة الوضوء قيداً للمأمور به، ولم يكن هذا العنوان قبل الأمر

١- مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، من أبواب الحیاء، ص ٣٠١، ح ٧.

موجوداً ووجد بعده ويتبعه.

وحيث قد صحَّ أن للشرط معنيين مصدريةً وجامداً، فهل المتداول في المعاملة بين الناس أيُّ المعنيين؟ والمدلول للدالة الدالة على وجوب الوفاء بالشروط أيُّهما؟

فنقول: إنَّه المعنى الأول إذ لم يعهد في المعاملات أن يعقد المعاملة مشروطة بأن يقول: إن كان كذا بعثك، وإلا بطل، للتعليق المبطل، وكذا ليس مفاد أدلة الوفاء بالشروط مثل ذلك، فإنَّه لا معنى لوجوب الكون عند مضمون الجملة الشرطية، وترتيب الجزاء ليس وفاءً بالشرط، فينحصر أن يكون المراد المعنى الآخر وهو الالتزام الضمني، فيكون الوفاء به الإتيان بمضمونه خارجاً، هذا.

الكلام في شروط صحَّة الشرط: وهي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

أحدها: أن يكون مقدوراً للمكلف: والمقصود ليس الاحتراز عن مثل الطيران؛ فإنَّ اشتراط أمثال ذلك مرغوب عنه عند العقلاء، فلا يصير معنوياً في كلام الفقهاء، بل المقصود الاحتراز عما ليس فعلاً للمكلف بلا واسطة، نظير صيرورة الزرع سنبلًا، والبسر تمرًا، أو فعل الغير؛ فإنَّه ليس حصول ذلك باختيار من المشروط عليه، لا يقال: هذا أيضاً كالمحالات تكون دواعي العقلاء عن اشتراطه مصروفة.

لأنَّا نقول: كلاً، بل يتداول في ما بينهم الالتزام والتعهد بالأمور الاستقبالية مثل نزول الغيث غداً ونحوه، وفائدته في ما يترتب عليه المواخذة هو المواخذة وفي ما لا مواخذة فيه هو مجرد الغالية في صورة المطابقة والمغلوية في صورة المخالفة.

ثم بعد وضوح محلِّ الكلام، الذي يمكن أن يكون وجهاً لهذا الاشتراط أحد أمرين، الأول: عدم صحَّة وقوعه متعلقاً للأمر المستفاد من دليل الوفاء بالشرط،

لأنه لا يتعلق بغير المقدور، فإذا لم يشمل الدليل تبقى صحته بلا دليل . الثاني: لزوم الغرر، وكلا الأمرين غير قابل للاستناد.

أما الأول، ففيه أولاً: أننا قد بينا في الأصول بأن ما يقع في حيز الطلب لا يلزم أن يكون حركة صادرة من جوارح العبد، بل الأعم منه ومن الأمر الذي يكون له الاقتدار على وقوعه ولا وقوعه ولو بإيجاد المانع، سواء كان من قبيل كون الوسطة آلة صرفه لإيصال قوة المكلف بالمنحت، حيث يوصل القوة إلى الخشبة، أو كانت من الفواعل الطبيعية أم المختارة من قبيل السبع، فإن في الكل يصح أن يقال: إن الوجود والعدم تحت اقتدار المكلف، فنفرض في المقام كون الغير من قبيل الولد للمشروط [عليه] أو العبد الغير المتمرد عن أمره وفي ما كان من فعل الله سبحانه نفرض كون المشروط عليه مستجاب الدعوة، وهكذا.

وثانياً: لا ندور في باب الشرط مدار دليل الوفاء بالشرط وإلا فكيف يجري في الوصف الحالي في العين الخارجية مثل كتابة العبد حين البيع؟ حيث إنه دائر بين الوجود والعدم، وليس أمراً مقدوراً للمشروط عليه بل نكتفي في مثله بدليل صحة البيع بعد كونه تامة للبيع، مثل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(١) ففي مثل الموارد التي تكون في مسألتنا خارجة عن حيز القدرة حتى بالطريق المتقدم نقول: إن الدليل فيه عين الدليل في اشتراط الوصف الحالي.

وأما الثاني: فلأننا نقول في الوصف الحالي بارتفاع الغرر من الخارج أو من نفس الالتزام، وعلى كل تقدير يجري نحوه في الاستقبالي فإننا ندور مدار حصول الاطمئنان من الخارج ومع العدم نلتزم بالبطلان. وإما نقول: نفس الالتزام والتعهد رافع الغرر بملاحظة أنه قد بذل الثمن بازاء الثمن مع التعهد بالوصف، فإن لم يكن الوصف فالتعهد به موجود فلا مخاطرة ولا غرر، هذا.

ثم إنه عذ من أفراد الغير المقدور اشتراط النتيجة الغير الحاصلة إلا بالأسباب الخاصة مثل مزوجة الأجنبية، أو مطلقة الزوجة من غير أن يراد إيجاد الأسباب، بل كان المقصود نفس حصول النتيجة حال البيع، والظاهر أنه في غير المحل وإن كان أصل الفساد حقاً؛ فإن المطلقة الحالية أمر مقدور، فإنه لو فرض أنه تكلم عوض قوله: بعث، بقوله: طلقت، كان الطلاق حاصلًا، وهذا معنى مقدوريته، ولكن يكفي في الفساد عدم شمول الدليل إياه، فإن الاشتراط ليس من أسباب حصول الزوجية أو الطلاق، وهو وإن لم يشترط كونها حاصلين بالاشتراط حتى يدخل تحت عنوان الشرط المخالف للسنة، لكن مقتضى اشتراط حصولها في الحال أن يكونا حاصلين بنفس الاشتراط.

وعلى كل حال يبقى هنا سؤال وهو أن في جميع هذه الموارد التي يحكم بفساد الشرط بواسطة فقدان واحد من الأمور المعتمدة في صحته ما معنى الفساد؟ فإن كان مجرد عدم الخطاب بالوفاء به تكليفاً في ما كان عملاً، ففيه: أن محل الكلام في الأعم من العمليات وغيرها من الأوصاف الحالية والتناج، ومع قطع النظر عن التكليف المذكور لا يخلو الحال إما نقول في الشرط الصحيح بأن تخلفه يوجب البطلان، أو يوجب الخيار، وكل من هذين يجري في الشرط الفاسد أيضاً، فإن إناطة البيع إما متحقق أو غير متحقق، وعلى الثاني يلزم الحكم بلزوم البيع من الابتداء، ولا يمكن الالتزام به، وعلى الأول فاللازم أحد الأمرين من البطلان أو الخيار؛ لأنه لازم الإناطة على اختلاف المذاقين، فلم يكن وجود الشرط وعدمه مسئين.

وبالجملة: إن كان المقصود من الفساد عدم التكليف، ففيه ما تقدم، وإن كان المقصود صيرورة وجوده كعدمه وبلا أثر صرف، فهو ممنوع.

ويمكن أن يجاب بأن معنى صحة الشرط أنه يتحقق للمشروط له حق على المشروط عليه يطالبه به وله إسقاطه، فإن وفي فهو، وإن تخلف بني على الوجهين من أن المبتني على شيء يتنفي بانتفائه، ومن أن مقتضى بقاء الموضوع بقاء العقد، ولكن حيث انقطع يده عن حقه فمن آثار ذلك عرفاً أنه مختار على الفسخ.

وبالجملة الخيار أثر عرفي لهذا الحق عند التخلف ولا حاجة في إثباته إلى قاعدة الضرر، وأما في الشرط الفاسد فحيث لا حق للمشروط له على المشروط عليه فلا وجه للخيار، فالأمر دائر بين البطلان قضيةً للابتناء، والصحة مع اللزوم قضية لبقاء الموضوع.

لا يقال: وجه الخيار أنه ما أقدم على البيع مع بطلان الشرط، لأننا نقول: هذا تقرير الفساد، وأما إذا فرض أنه بيع مشمول للأدلة والمفروض عدم حدوث حق له على صاحبه فلا وجه لفسخه عند عدم شرطه، لأنه لم يحدث له حق حتى يتسلط بسبب انعدامه على إبطال العقد، فالوجه أن يكون العقد واجب الوفاء، وتوضيح المقام زيادة على هذا يأتي إن شاء الله تعالى عند البحث عن أن الشرط الفاسد مفسد أو لا؟

وحاصل المقام صار أن الشرط الصحيح أمره دائر بين البطلان والخيار، والفساد دائر بين البطلان واللزوم، وليس في العلماء ظاهراً من قال بالخيار في الثاني، وإن كان ذكره شيخنا المرتضى — قدس سره — وجهاً، كما ليس فيهم قائل بالبطلان في الأول، وإنما هو وجه علمي.

الثاني: أن يكون الشرط سائغاً: فلو شرط فعلاً محرماً لا ينفذ كما لو شرط أن يصنع العنب خمرًا، والوجه في عدّ هذا شرطاً مغايراً لما يأتي من عدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة أن مضمون الشرط قد يكون مخالفاً كما في اشتراط رقية حرّ أو

تورث أجنبي، وهذا هو الشرط الآتي، وقد لا يكون نفس المضمون مخالفاً كما في شرط صناعة العنب خمرًا، حيث لم يرد في كتاب أو سنة أن العنب لا يصنع خمرًا، أو أنه بعد الصناعة يمتنع أن يصير خمرًا، وإنما الموجود حكم هذا الموضوع وأنه الحرمة.

فلو شرط الجواز كان من العنوان الآتي، وأما لو شرط نفس الفعل فهو من هذا العنوان، نعم يمكن إدراج كليهما تحت عنوان جامع، ولكن هذا جارٍ في جميع الأمور الثمانية، فيمكن جعل الكلّ تحت جامع واحد، وبجهد ذلك لا يضرّ بجعلها عناوين متعدّدة.

وكيف كان فالدليل على اعتبار هذا الشرط وإن لم يشمل عنوان مخالفة الكتاب قوله - عليه السلام -: «شرط الله قبل شرطكم»^(١) وهذا العنوان أعمّ من المخالف للكتاب ومما نحن فيه، ولهذا قد طبق في الأخبار تارة على شرط النتيجة - كما في شرط ولاء العتق في المملوك لبايعه حيث قال - عليه السلام -: «قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق» - وأخرى على شرط الفعل كما في شرط عدم التزويج والتسري على المرأة وعدم هجرها لو أتت بسببه في عقد نكاحها حيث قال - عليه السلام -: «شرط الله قبل شرطكم».

الثالث: أن يكون الشرط أمراً عقلاً: بأن يكون فيه غرض عقلائي، فلو شرط غصّ العين اليمنى مثلاً حال الكيل، أو رفع الرجل اليمنى مثلاً حاله فلا يصحّ، هذا ما ذكره العلماء، فإن كان المراد أنّ ذلك يجعل على المزاح نظير ما إذا أوقع البيع على الخنفساء صحّ ما ذكره، وأما إذا كان محلّ كلامهم يعمّ حتى ما إذا فرض غرض شخصي له في الكيل بهذه الكيفية الخاصة، فللمنع مجال واسع.

نعم ذكروا في فرد من هذا العنوان وهو اشتراط كون العبد كافراً وجهين، الأول: أن يكون صحيحاً لأجل أن فيه غرضاً عقلياً لاستغراق أوقاته بالخدمة، فإتته ذمّي لا يمكن إجباره بخلاف المسلم الفاسق، وجواز بيعه على المسلم والكافر.

الثاني: أن يكون باطلاً لأجل أن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(١) وتوضيح هذا الوجه أنه يلزم على صحة هذا الشرط أن يكون واجباً على المشروط عليه إبقاء وصف كفره بالتشكيكات، بل لو فرض أنه اختار الإسلام أن يلقي إليه التشكيكات حتى يرجعه إلى كفره القديم، فيلزم أن يكون الشارع قد حكم في هذا المورد بعلوّ جانب الكفر على الإسلام، وحيث علمنا بأن الشارع لا يحكم بذلك علمنا بأنه لا يمضي هذا الشرط ولا يحكم بوجوب الوفاء به.

الرابع: أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة. وتفصيل الكلام في هذا الشرط منوط على التكلّم في أمور:

الأول: العنوان المأخوذ من الأخبار في هذا المقام أمور: الأول: مخالفة الكتاب والسنة، والثاني: عدم موافقتها، والثالث: تحليل الحرام وتحريم الحلال، ومن المعلوم عدم منافاة الأخير مع الأول، إنّما الكلام في الأولين، ويمكن أن يقال: إنّ عدم الموافقة عرفاً يفهم منه المخالفة، كما يقال: فلان لا يوافق مبلي، ويراد أنه يخالفه، مضافاً إلى إمكان القطع بأن الموافقة غير معتبرة في نفوذ الشرط وإلّا لزم انحصار الشرط النافذ في اشتراط فعل الواجب وترك الحرام، فلان اشتراط فعل المباح مثل خياطة الثوب لا يكون موافقاً مع الجعل الإلهي، نعم له اجتماع معه؛ لأنّ الجعل الإلهي حيثي وهذا فعلي، وهو غير الموافقة والمائلة بين الجعلين، أعني:

جعل الشارط وجعل الشارع؛ فإنّ معمول الأوّل هو اللزوم ومعمول الثاني هو الترخيص وحيث تقطع بخلاف ذلك فالمعتبر عدم المخالفة.

وأما القول بأنّ ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لا محالة يدخل في العمومات المرخصة، ففيه: أنّ الظاهر اعتبار الموافقة بحسب العنوان الأوّل لا بالعنوان الثانوي من قبيل «كلّ شيء لك حلال» ممّا يعطي حكم الموضوعات باعتبار الشك.

الثاني: المراد بالكتاب إمّا القرآن كما هو الظاهر، وإمّا المكتوب على العباد فيكون أعمّ من القرآن والسنة، والظاهر هو الأوّل، ويكون إلحاق السنة بواسطة التصريح بها أيضاً في الأخبار.

الثالث: الظاهر أنّ معنى مخالفة الشرط للكتاب أو السنة أن يكون نفس الجعل الشرطي مخالفاً للجعل الشرعي، سواء كان متعلّق الجعل أيضاً مخالفاً للكتاب والسنة كما في اشتراط توريث الأجنبي ورقية الحرّ أم لا كما في اشتراط فعل المباح أو تركه، أو فعل الحرام، فإنّ نفس المتعلّق غير مخالف للكتاب والسنة، إذ ليس فيها أنّها يقعان أو يتركان.

نعم فعل الحرام مخالفة للكتاب والسنة، وهو غير كونه مخالفاً لهما، ولكن اشتراط الفعل أو الترك في المباح أو الفعل في الحرام مناف مع الجعل الإلهي؛ لأنّ الله تعالى جعل الإباحة أو التحريم، وهذا جعل الوجوب على نفسه، ومن المعلوم مخالفة حكمي التحريم والترخيص مع الإيجاب، فيكون صدق مخالفة الكتاب في كلا الموردین على نسق واحد أعني: اعتبر التخالف فيهما بين جعل جاعل الشرط وجعل الشرع، وهكذا في صورة جعل الشارط توريث الأجنبي، فإنّ الله تعالى جعل عدم توريثه وهذا جعل توريثه، فنفس الجعلين متخالفان.

ومن هنا تظهر الخدشة في ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث أورد على نفسه بأن التزام ترك المباح لا ينافي إباحته، وأجاب بأن التزام فعل الحرام مخالف للكتاب، ويكفي هذا المصداق في تصوير كون الالتزام مخالفاً دون الملتزم؛ إذ فيه أنه إن اعتبر المخالفة في الملتزم فهو غير موجود في شيء من المقامين، إذ فعل الحرام مخالفة لجعل الشارع لا أنه مخالف له، ففي عدم المخالفة بالمعنى الثاني هو وترك المباح سيان، وإن اعتبر في الالتزام فهو فيها موجود كما عرفت، فلا وجه للتفكيك كما يستفاد من السؤال والجواب.

ومما يؤيد بل يدل على اعتبار المخالفة في نفس الالتزام دون الملتزم ما دلّ من الأخبار على فساد شرط عدم التسري والتزويج والمهجر عند وجود سببه، مستدلاً بأنه مخالف للكتاب، وقد عرفت أن نفس الملتزم فيها غير مخالف، فلا بد من إرادة مخالفة نفس الالتزام.

وأما احتمال أن يكون الشرط في مفروض الخبر المذكور ترتب الطلاق على الأمور المذكورة فمع منافاته مع ذكر الإمام - عليه السلام - آيات التزويج بأزيد من واحدة وجواز التسري والمهجر، مدفوع بأن المتفاهم عرفاً من مثل ذلك شرط عدم التسري، وأن الطلاق جعل عقوبة للارتكاب، نظير قولك: إن فعلت كذا فلست برجل، ومعناه أقي التزم بعدمه، وليس معناه الالتزام بترتب عدم الرجولية على الفعل كما هو واضح، ومورد الرواية من هذا القبيل فراجع.

الرابع: غالب موارد الشرط هو الأمور الغير الحاصلة مع قطع النظر عن الشرط، والحاصلة ببركته تكليفاً كان أم وضعاً، وبالجمله غالب موارده حصول تغيير وتبديل بواسطة الشرط وإحداث أمر بعد ما لم يكن، وهذا كيف يجامع مع الاستثناء في هذه الأخبار، أعني: كون الشرط المخالف للكتاب والسنة غير نافذ؟

إذ المخالفة موجودة في الين غالباً، فلا بدّ من ذكر الأنحاء المتصورّة في المراد من هذه العبارة، فنقول هي أمور:

الأول: أن يكون المراد بالكتاب والسنة واقعهما اللوح المحفوظي، فالشرط إذا كان مخالفاً مع القرآن الواقعي أو السنة الواقعية فهو غير نافذ، وهذا المعنى بعيد؛ لأن الاستثناء على تقديره مستهجن، لأنه في قوة قولك: الشرط نافذ إلا إذا استلزم اجتماع الضدين، فإن القرآن والسنة الواقعيّين إن كانا ثابتين حتى في حال الاشتراط ومع النظر إليه فلا اشتراط يخالف، لكن عدم نفوذه من أبده البديهيّات؛ إذ الشيء لا يتحمل حكيمين متضادين في زمان واحد.

لا يقال: قد استرحنا من شبهة اجتماع الضدين في مبحث الاجتماع وقلنا بارتفاعه بتعدّد الجهة.

لأننا نقول: لو فرض تعدّد الجهة يرتفع التنافي والتخالف من الين والمفروض أننا في مقام بيان صورة التخالف وهو موقوف على وحدة الموضوع ووحدة الجهة بمعنى أن يكون حكم الفعل مثلاً هو الإباحة حتى مع عروض هذا الالتزام والبناء الشرطي عليه أيضاً، فإنّه مع هذا لو حكم عليه باعتبار هذا العنوان بالوجوب فهو غير جائز حتى عند المجوز. هذا في صورة كون القرآن والسنة فعلين، وأما إن كانا حيثيين وغير ناظرين إلى هذا العنوان الطاري فلا مخالفة أيضاً.

وبالجملة: كما يعتبر في حصول المخالفة اتّحاد الموضوع والجهة يعتبر أيضاً كون كلا الحكمين فعلياً، إذ لا معارضة ولا منافاة ولا مخالفة بين الحكمين مع كون أحدهما حيثياً والآخر فعلياً ولو اتّحد الموضوع والجهة، وهذا واضح، وبالجملة يصير الاستثناء بياناً للواضح وتوضيحاً للبديهي.

الثاني: أن يكون المراد بالكتاب والسنة المعتبر عدم مخالفة الشرط لهما ظواهر الألفاظ المودعة فيهما، وهذا ليس كالأول؛ فإن فائدة الاستثناء على هذا أنه لا تقع معارضة بين عموم «أوفوا بالشروط» وبين عمومات الكتاب والسنة، بل يكون سمت التقدم دائماً للثاني، ولكن هذا أيضاً بعيد، لأن الإنسان لا يفهم أن لأصالة العموم وأصالة الإطلاق وسائر الأصول اللفظية سمت الموضوعية وأن الشارع راعى عدم مخالفة هذه الأصول اللفظية في الشروط، بل المقطوع أنه راعى جانب محكي هذه الامارات والأصول وهو نفس الحكم الواقعي الثابت في القرآن والسنة.

الثالث: أن يقال: إن كل حكم من الإيجاب والتحرير والإباحة والاستحباب والكرهية وغيرها لا إطلاق له بالنسبة إلى حال المزاحمات وهي المراد بالعناوين الطارئة في كلمات القوم، فإذا شككنا أن العنوان الفلاني إذا طرأ على الخمر فهل يزاحم حرمة ويصير بواسطة المقتضي الأهم فيه مقدماً على مقتضي الحرمة، فليس في دليل حرمة الخمر إطلاق يرفع هذا الشك.

نعم لو شككنا في أنه هل لوجود عنوان دخل في تمامية مقتضي الحرمة ندفعه بالإطلاق، وأما الشك من حيث المزاحم فلا بد في دفعه إلى التمسك بالأصل وبعده بدليل حرمة الخمر، نظير ما إذا وقع غريق في البحر وشككنا في أنه هل في المين غريق أهم منه أو لا ؟ فأصالة البراءة عن وجود ذلك الأهم مع دليل إنقاذ هذا الغريق كافية عقلاً في اللزوم الفعلي و التنبّز الحالي.

وعلى هذا نقول: لو لم يكن في أدلة الشروط هذا الاستثناء لاحتملنا أن يكون عنوان الشرط مقتضياً أقوى وأهم في نظر الشرع على سائر الواجبات والمحرمات في الشريعة فضلاً عن غيرهما، فكما أن عنوان الحرج والضرر يبيح الواجب والحرام

فكذا هذا العنوان، نعم رتباً يكون في العنوان الأول أهمية فيلزم رعاية جانبه، كما في حفظ النفس.

وبالجملة: كانت المعاملة مع هذا العنوان الطاري كسائر العنوانات الطارئة الآخر مثل الغصب على الصلاة على القول بوقوع التزاحم وامتناع الجمع، والعلية للحرام في المباح، ولكن هذا الاستثناء أفاد أن هذا العنوان متى قابل مع مقتضى من المقتضيات الشرعية فلا يمكن أن يغلب عليه، بل المقتضي الشرعي الإلهي أحق وأوثق وأقدم على الشرط، وهكذا في أمر الوالدين والسيد، فإنه لولا قوله: «لا طاعة لمخلوق في عصيان الخالق»^(١) لاحتملنا أن ينقلب كثير من الأحكام إلى أضدادها بسبب ذلك، ولكن منع عن ذلك هذا التعبير، وهكذا نظيره في النذر وأخويه وفي باب الصلح.

وحينئذ نقول: هنا قسمان من الأحكام: تكليفية ووضعية، أما الأولى: فلا كلام في التحريم والإيجاب، بمعنى أن الشرط في موردهما سواء تعلّق بالفعل أم بالنتيجة فهو مخالف مع المقتضي الإلهي، إذ باب الإيجاب والتحريم باب الاقتضاء والالزام، فإذا ألزم الشرع جانب الترك أو الفعل وشرط الشارط الفعل في الأول أو الترك في الثاني، فيكون جعله بقبال جعل الله، والاستثناء دلّ على أن هذا الجعل لا يمكن أن يحدث من ناحيته تغيير وتبديل في ذلك القرار الإلهي والشرط الشرعي، وأما الأحكام الثلاثة الآخر فهي على قسمين:

الأول: أن يكون لا لاقتضاء في هذا الحدّ من الحكم، بمعنى أن عدم المنع من كلّ من الترك والفعل في الإباحة كان لأجل أنه ليس موجب ومقتض للمنع في شيء منهما، وكذلك الترخيص في الفعل، وعدم الإلزام على الترك في المكروه

١- الوسائل: الجزء ١١، الباب ٣، من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، ص ١٣١، ح ١.

والعكس في المستحب يكون لأجل عدم الداعي إلى الإلزام والمنع عن النقيض، فالقرار الشرطي حيثنذ في كل من جانبي الفعل والترك نافذ، فيوجب الإيجاب تارة والتحريم أخرى، ولا يلزم العنوان المستثنى، بمعنى أنه لا يلزم تحريم الحلال أو تحريم أو إيجاب المستحب أو المكروه، فإن المفروض أن نفس الأحكام المذكورة ليست في حد ذاتها مقتضياً مستحكماً لواحد من الفعل أو الترك بأن يكون الحاكم مقيماً عليه غير متجاوز عنه، ولا اقتضى مقتض في أن يكون حكم الواقعة بهذا الحد أعني: حد الإباحة أو الاستحباب أو الكراهة، فإنه حيثنذ بهذا الاعتبار يدخل في الاستحكام وأن الشارع يريد إرادة مستحكمة على خلاف جعل الشرط.

الثاني: ما ذكرنا من أن يكون كل واحد من الأحكام الثلاثة لوجود مقتض في نظر الشارع اقتضى أن يكون حكم الواقعة في ما بين العباد هو الإباحة أو الاستحباب أو الكراهة، فإن الإلزام الشرطي لواحد من الطرفين حيثنذ مناف مع هذا القرار المستحكم الإلهي، والحاصل لابد في حصول عنوان المخالفة من وجود القرار المستحكم؛ فإنه الشرط، وبدونه لا شرط لله تعالى ولا يتحقق كون الشرط مخالفاً لقرار الله تعالى وإرادته، وبعد وجود الاستحكام تتحقق المخالفة من غير فرق بين أن تكون في نفس ذات القرار كما في الإيجاب والتحريم وبين أن تكون في كون القرار بالحد الكذائي كما في بعض أنحاء الثلاثة الأخر.

وأما الطائفة الثانية أعني: النتائج فهي على قسمين: الأول: أن يكون سببه جعل الشرط، والثاني: أن يكون سببه غيره، والأول على قسمين: الأول: أن يكون سببه جعله الخاص، والثاني: أن يكون بأي وجه اتفق، فإن تحقق أن النتيجة من قبيل ما كان سببه غير جعل الشرط مثل الحرمة الشرعية كان شرط حرمة لحم

الغنم شرعاً، فإنّ من المعلوم أنّ الحرمة الشرعية سببها جعل الشارع وليس لجعل غيره فيه أثر أصلاً، فهذا ظاهراً داخل في عنوان غير المقدور كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -

وإن تبيّن كونه من قبيل ما يكون سببه جعله الخاص كالطلاق حيث إنّ سببه الصيغة الخاصة مع حضور العدلين فهذا داخل في مخالف الكتاب، لأنّ قرار الشارع أن لا تتحقّق هذه النتيجة بغير الجعل الخاص، والشارط يريد نقض هذا القرار، وتحقّقه بقراره الشرطي وكونه متحقّقاً بالشرط وإن كان ليس بمفاد الشرط بل مفاده جعله ولكن حصوله في هذا الآن غير منفكّ عن كونه بهذا السبب، ويكفي هذا في مخالفة الشرط للكتاب.

وإن تحقّق كونه من قبيل ما سببه مطلق جعله كما لعلّه منه الملكية، فإنّ سبب الملكية جعل المكلف، وليس للشارع جعل في تحقّقها، وإنّما هو ممض لجعل الجاعل فالسبب لها هو جعل الجاعل، فحيث عدم تحقّق النتيجة مع قطع النظر عن الشرط ليس بحكم مستحكم للشارع، يعني أنّه إنّما لم يحكم بالوجود لأجل أنّه لا داعي ولا موجب له، والجعل الشرطي موجب وداع له، وهو وإن لم يكن مقتضاه النتيجة المجعولة من قبله ولكنّ الحاصل بسببه ليس النتيجة الحاصلة بغير سبب حتى ينافي الجعل الإلهي، فإنّ القرار الإلهي أن لا تتحقّق النتيجة بلا سبب، والشرط أيضاً لم يقتض ذلك، هذا في صورة تبيّن الحال.

وأما إن اشتبّه إمّا بين الثلاثة أو بين الاثنين منها، ففي صورة اشتباهه بين الأخيرين يكون داخلاً تحت الأصل الذي سنوّسّه إن شاء الله تعالى لموارد الشك في وجود الحكم الاقتضائي في مورد الشرط وعدمه وأنّه أصل عدم المخالفة فانتظر.

وهنا قسم آخر من الوضعيات ويكون حكماً وقراراً من الشارع وليس مجرد العدم بعدم السبب، نظير حرية من كان أحد أبويه حرّاً، وعدم استحقاق الأجنبي من التركة، وعدم ضمان الأمين، فإنّ الشارع جعل ووضع أن لا يكون على الأمين ضمان كما جعل أن لا يرث غير القريب، وجعل أن لا يكون رقاً من أحد أبويه حرّاً، فجعل الخلاف من الشارط جعل في قبال الشارع.

وبالجملة: ما ذكرنا في الإباحة والاستحباب والكرهية من القسمين موجود في الوضعيات، فمن قبيل ما يكون من باب عدم المقتضي للخلاف الحكم بعدم الملكية لغير المالك، ومن باب وجود المقتضي على الوفاق الأمثلة التي ذكرنا.

ثمّ هذا المعنى الذي ذكرنا للاستثناء وهو أنّ الشرط لا يصير عنواناً مزاحماً ومقتضياً أقوى في نظر الشارع على المقتضيات الموجودة في العناوين الأولية للأشياء يكون عموم الاستثناء قابلاً للتخصيص وغير آب عنه، بخلاف المعنى الذي ذكره شيخنا المرتضى وهو المعنى الأول من المعاني التي ذكرنا، فإنّ عدم قبوله للتخصيص حيثث عقلي، إذ عدم قبول حكم الشارع الفعلي من كلّ الجهات وجميع الحثثيات للتغيير أمر غير قابل للتخصيص، فلهذا أشكل عليه الأمر في بعض الموارد، مثل ما لو ورد دليل على اشتراط إرث المتمتع بها في عقد التمتع دون غيرها من سائر الأجانب ودونها في غير عقد التمتع، فإنّ تخصيص عدم جواز الشرط المخالف غير جائز بمذاقه - قدّس سرّه -.

فينحصر الأمر في أن يقال إنّ هذا الحكم أعني: عدم توريث الأجنبي حكم فعلي بالنسبة إلى سائر الأجانب، وكذا بالنسبة إلى المتمتع بها في غير عقد التمتع، وحيث بالنسبة إليها في ذلك العقد، وهو وإن كان ممكناً لكنّه بعيد غاية البعد، وكذلك مسألة عدم ضمان الأمين حيث جوّزوا اشتراطه في عقد العارية واشتهر

عدم جوازه في عقد الإجارة.

وأما على ما تقدّم منا فالاستثناء أمر قابل للتخصيص، فكلّ ما ورد في الأخبار على خلافه يقتصر عليه ونرجع في الزائد إلى العموم، فحكم عدم توريث الأجنبي وعدم ضمان الأمين بحكم قوله - عليه السلام - : «ما على الأمين إلّا اليمين» حكم وقرار استحكامي من الشرع في هذين الموضوعين لا يبدلها ولا يغلب عليها ما يقتضي الخلاف من عنوان الشرط إلّا الفرد الخاص منه، وهو ما وقع من شرط الضمان في عقد العارية، ومن شرط توريث الأجنبي في عقد المتمتع بها، وإن كان على هذا أيضاً يدور الأمر بين هذا وبين أن يقال بتقييد ما دلّ على عدم إرث الأجنبي، وعدم ضمان الأمين، بأن يقال: إنّ هذين المقتضيين غير موجودين بالنسبة إلى هذا المورد، فقرار الشارع في هذين ناقص من جهة المقتضي لا من جهة وجود المانع والمزاحم.

وبالجملة الأمر دائر بين تخصيص عموم الاستثناء وبين تقييد دليل الاقتضاء، لا يقال: إنّ قوله: ما على الأمين إلّا اليمين، إنّما هو في مقام الترفع والإثبات ولا نظر له إلى مقام الثبوت وأنّ الضمان في أيّ موضع متحقق وفي أيّ موضع غير متحقق.

لأنّا نقول: لو كان الضمان في الأمين متحققاً لما كان إلّا الحكم بالخروج عن العهدة، ولما كان مقام اليمين، فحيث حكم باليمين نعلم أنّه ليس محكوماً بالضمان على الإطلاق كما في سائر ذوي الأيدي على أموال الغير، فكأنّه قال: يد الأمين غير موجبة للضمان.

وكذلك لا إشكال على ما ذكرنا في مسألتي عدم رقية من أحد أبويه حرّ وعدم كون اختيار المسكن بيد الزوجة، فإنّ اشتراط الرقية في الأولى واشتراط كون

الاختيار بيدها منافع مع شرط الشارع للحرية في الأولى، ولوجوب طاعة الزوج عليها متى أراد منها الاستمتاع.

وبالجملة : يتضح الحال على هذا في غالب الوضعيات وما خرج بالدليل نلتزم بكونه تخصيصاً في عموم الاستثناء.

نعم يشكل الحال في المباحات والمستحبات والمكروهات، لوجود القسمين فيها، وعلى هذا فنحتاج نحن وشيخنا المرتضى - قدس سره - إلى تأسيس أصل لرفع التحير في مواضع الاشتباه.

فقول: لابدّ هنا من تمهيد مقدّمة أصولية وهي وإن كان محلّها الأصول ولكن لابدّ هنا من الإشارة، وهي أنّ الاستصحاب التعليقي تارة: يكون في الموضوع، وأخرى: في الحكم، والأوّل: تارة: يكون الأثر لنفس ما أحرز بالاستصحاب من القضية التعليقية، وأخرى: يكون للوجود الفعلي المتأخّر عن وجود المعلق عليه، فالاستصحاب التعليقي في الحكم لا إشكال في جريانه ولا تصير فعليته محتاجة إلى الأصل المثبت، لأنّها وإن كانت عقلية لكنّها من لوازم نفس الحكم ظاهرياً كان أم واقعياً، والاستصحاب في الموضوع مع ترتّب الأثر على الوجود الفعلي غير جار.

مثاله: أن يكون ماء نعلم في السابق أنّه باراقه كقَيْن عليه كان يصير كزّاً، ونشك الحال في بقاءه على ما كان أو نقصانه، فنحتاج في تسميمه كزّاً إلى أزيد من كقَيْن، فاستصحاب أنّه كان في السابق بحيث لو صبّ عليه كفّان كان كزّاً، والآن كما كان استصحاب تعليقي في الموضوع، والشارع رتب الآثار على الكثر بوجوده الفعلي دون التعليقي، فنحتاج إلى الحكم بعد الصب بالكثرة الفعلية حتّى نرتّب الأثر، هذا ما يذكرونه مع كلام فيه في محله.

وأما الاستصحاب التعليقي في الموضوع مع ترتب الأثر على حيث تعليقية فهو مثل استصحاب مضرية الصوم في الأمس مع عدم كونه صائماً أمس، فإنه يقول: لو صمت أمس كان يضّرني، فالآن أيضاً كما كان فيرتّب عليه حكم الحرمة، فإنّ الشارع رتب الحرمة على الصوم الذي على تقدير وجوده مضر لا على الموجود الفعلي المضّر.

وحيث نقول: أولاً: نطرح الكلام في مثال المرأة التي نشك في كونها قرشية، فالاستصحاب المتصور في حقها ثلاثة: الأول: استصحاب عدم كون هذه المرأة بعناية الوجود قرشية، وهذا ليس له حالة سابقة وجودية ولا عدمية. الثاني: استصحاب عدم الانتساب في ما بينها وبين قریش، وهذا كان له في الأزل حالة سابقة، لأنّ الانتساب يحتاج إلى طرفين فما قبل وجودهما لم يكن الانتساب موجوداً. الثالث: استصحاب أنّ ذات المرأة كانت زمان خلقه آدم بحيث لو وجدت لما كانت قرشية والآن نشك، فالأصل بقاء هذا التعليق، والمعلق عليه وهو وجودها حاصل فهي غير قرشيتة، وهذا داخل في القسم الثاني من استصحاب الموضوع التعليقي وقد قلنا بأنّ في جريانه محلّ كلام.

وحيث فلا بدّ من التثبت بذيل الاستظهار من أدلة ذلك المقام في الفقه وأنّ المستظهر هل هو اعتبار عدم القرشية في المرأة الملحوظة بعناية الوجود أو عدمها لا بعناية الوجود، فإن كان الثاني جاز الاستصحاب وإلا فلا.

إذا عرفت هذا فنقول: إجراء استصحاب عدم كون هذا الشرط بعناية الوجود مخالفاً ليس له حالة سابقة، واستصحاب عدم المخالفة بنحو ليس التامة محتاج إلى الاستظهار من الدليل أنّه اعتبر بهذا النحو، وأما استصحاب أنّه كان لو وجد في الأزل لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة - نظراً إلى أنّ المخالفة كالمقابلة محتاج

إلى وجود الطرفين - فيمكن القول بجريانه ولو لم نقل بجريان الاستصحاب التعليقي في الموضوعات المعتر في الأدلة وجودها الفعلي، وذلك لأن عنوان المخالفة يكون من العناوين التي وظيفة الشارع بيانها والكشف عنها، وهو بنفسه وإن كان لا تناله يد الجمل لكنه بالمنشأ قابل له، فحاله كحال الصحة والفساد وأمثالهما.

وبالجملة: الاستصحاب جار هنا لكون المحمول أمراً شرعياً لا موضوعاً تكوينياً خارجاً عن وظيفة الشارع مثل الكثرة أو القرشية في المثالبين المتقدمين، والحكم بأن هذا لم يكن مخالفاً على تقدير الوجود وإن كان لم يرد في شيء من الأدلة وإنما هو أمر نتزعه نحن، ولكن الحق عدم الاحتياج في باب الاستصحاب - على خلاف ما اشتهر - إلى الحكم المجعول، ولهذا نستصحب عدم الأزل للتكليف ويتحقق في اللاحق حكم الحلية مع أنه لم يكن في الأزل حلية.

وعلى هذا فنقول: مرجع أصالة عدم المخالفة عدم جعل الحكم المخالف للشرط، كما أن أصالة الصحة بعد العمل مرجعه إلى إسقاط الأمر عن المقيّد على تقدير فقدان القيد المشكوك، ويكون الاستصحاب جارياً وإن كان المستظهر من الأدلة اعتبار عدم المخالفة على نحو مفاد ليس الناقصة. وبالجملة: نقول: الأصل عدم مخالفة هذا الشرط لكتاب الله، فإن مخالفة هذا الموجود لابد له من هذا الموجود والكتاب، فمع انتفاء أحد الأمرين يتفني مخالفة هذا.

فإن قلت: هذا لا يرتبط بالموضوع، غاية الأمر إن لك وجود الشرط وعدم مخالفته، وأما إن هذا الشرط ليس بمخالف فبعد لم يتحقق وإثباته مبني على الأصل المثبت والمستظهر من الدليل هذا.

نقول: الأصل أن هذا الشرط على تقدير الوجود لم يكن مخالفاً فيكون العدم

مرتبطاً بالموضوع على تقدير الوجود، والدليل دلّ على أن الشرط الذي على تقدير الوجود ليس بمخالف حكمه كذا، فلسنا محتاجين في إثبات الأثر إلى إثبات أن هذا الموجود الفعلي ليس بمخالف، فهو نظير استصحاب عدم مضرية الصوم على تقدير الوجود.

وإن ضايقنا عن هذا أيضاً وقلنا: ظاهر الدليل أزيد من هذا أيضاً وهو أن الشرط الموجود فعلاً قد انقسم إلى قسمين: أن يكون مغالفاً وأن لا يكون كذلك، والاستصحاب المذكور لا يفيد إلا الربط على تقدير الوجود، ولكن إثبات أن هذا ليس بمخالف فعلاً يحتاج إلى الأصل المثبت.

فنقول حيثنأ أولاً: ليس عدم المخالفة هنا موضوعاً غير مجعول، بل هو كالحرمة والنجاسة أمر مجعول، غاية الأمر بتبع منشأ الانتزاع، فكما أن الوجوب المشروط أمر متعقل قابل للجعل، عدم المخالفة المشروط أيضاً أمر قابل للجعل، ولازم الجعل للحكم المشروط أن يصير الحكم فعلياً بفعليّة الشرط، وليس هذا من الأصل المثبت؛ لأنّ اللازم لازم نفس الحكم لا المحكوم به.

وأما القول بأنّه لم يكن في السابق قضية شرعية مجعولة موضوعها الشرط على تقدير الوجود ومحمولها عدم المخالفة، فمدفوع بأننا لا ندور مدار وجود مثل ذلك - على خلاف بعض الأساطين - بل ندور مدار المتيقّن السابق والمشكوك اللاحق مع كون وضع المحمول ورفع وظيفة للشارع، والمحمول هنا حسب الفرض وظيفة الشارع وضعاً ورفعاً.

وثانياً: سلّمنا أن حاله حال الموضوعات الصرفة الغير القابلة للجعل مثل الكثرية والقرشية في المثالين المتقدمين، لكن نقول: الحقّ عدم كون الأصل - حتّى مع هذا أيضاً ومع كون مقتضى الدليل إثبات الأثر للوجود الفعلي لا التقديري

وينحو مفاد ليس الناقصة لا التامة - أصلاً مثبتاً، فإن غاية تقريب إشكال كونه كذلك أن يقال: إنَّ حال القضية المشروطة في جانب الإخبار - أعني قولك: هذا لو صبَّ عليه كَفَّان كان كَرَّاً، ولو وجدت المرأة كانت قرشية، أو لو وجد الشرط لم يكن مخالفاً - حال القضية المشروطة في جانب الإنشاء.

فكما أنَّ قولك: إن جاء زيد أكرمه إنشاء فعلي للوجوب المشروط، كذلك قولك: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، إخبار فعلي بالوجود المشروط، فالوجود هنا في محلِّ الوجوب هناك والإخبار في محلِّ الإنشاء، ولازم المنشأ هناك حيث إنه معلق أن يصير فعلياً بفعلية الشرط، ولازم الوجود هنا حيث إنه معلق أيضاً أن يصير فعلياً بفعلية الشرط، فإذا صارت القضية الإخبارية بعد التيقن مشكوكة ووقعت تحت قول الشارع تعبد بهذه القضية بقاء كما كنت قاطعاً بها حدوثاً، فيكون التعبد الشرعي مقام التصديق الخبري.

فكأنه قال: كما كنت مصدقاً سابقاً لا تشك لاحقاً، بل صدق، فيكون التعبد فعلياً والوجود المتعبد به مشروطاً، والوجود المشروط وإن كان ملازماً مع فعلية الوجود عند فعلية الشرط ولكن التعبد بالوجود المشروط غير ملازم مع التعبد بفعلية الوجود، والأثر حسب الفرض يكون للوجود الفعلي، وبالجمله اللازم العقلي هنا للمتعبّد به لا للتعبد، هذا غاية تقريب الإشكال.

والجواب: أنه لا إشكال أنَّ في القضية الإخبارية مكان النسبة الحكمية في الإنشائية نسبة خبرية تامة وإلا لم تكن قضية، وهذه النسبة التامة غير موجودة في الجملة الشرطية قطعاً، والظاهر أنه لا شبهة في كونه موجوداً في الجملة الجزائية، وأما القول بأنَّ وراء النسبتين نسبة ثالثة متعلقة بالنسبتين مفادها الربط التلازمي بينهما، فالظاهر أنه ليس بمفاد لهذه القضية التي محمولها الوجود وموضوعها النهار

متعقبة للجملة الشرطية، بل هي مفاد قضية كان الموضوع والمحمول فيها النسبتين، ويشهد لهذا أن النسبة الحكمية لا شك في تحققها في الجمل الإنشائية في جانب الجزاء أعني: قوله: أكرم زيداً في قوله: إن جاءك زيد فأكرمه.

فالظاهر أن النسبة الخبرية التجزئية أيضاً تكون كذلك في الجملة الجزائية، فالموضوع لها النهار والمحمول لها الوجود، لكن التردد في أن التعليق هل هو للمخبر به أو للنسبة الإخبارية، فإن كان للأول كما قاله المستشكل قياساً على الوجوب المشروط بمعنى أن الوجود المشروط المقتد بكونه مربوطاً بأن كان كذا يقع مورداً للتصديق بالوقوع فاللازم خياره التصديق لتمام هذا المقتد بذاته وقيد، فالتصديق بوقوع وجود النهار المقتد بتصديق بوقوع قيده.

ألا ترى أنه لو كان مكان الإخبار الفعلي الوجوب الفعلي وكان التعليق للواجب أعني: إن إكرام زيد مربوط بأن جاء وقع تحت الطلب الفعلي فلا محالة لابد أن يصير بصدد تحصيله بجميعه من الشرط والمشروط، فكذلك حال الإخبار فيلزم أن يكون المخبر بأن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود مخبراً بوجود النهار مع طلوع الشمس فعلاً، وهذا واضح الفساد.

فالمخلص أن يقال: إن التعليق ليس لمتعلق التصديق بل لنفسه والمصدق به غير متعلق بل صدق في فرض وجود الطلوع بوجود النهار الفعلي، يعني أنه فرض حصول الطلوع وتحقيقه، وفي هذا الفرض صدق بوجود النهار بلا قيد، ولازم هذا النحو من الإخبار أن يلاحظ وجود الطلوع في الخارج وعدمه فإن لم يكن فلا إخبار في هذه الصورة وإن كان محققاً فحيث إن وجد النهار صدق المخبر وإلا كذب.

وعلى هذا فيصير في حال الشك بالتعبد الاستصحابي مكان التصديق

الخبري التعبد الشرعي، وأنه يكون النهار أيضاً موجوداً إن كانت الشمس طالعة، فيصير التعليق للتعبد ولازم التعبد المشروط فعليته بفعلية الشرط، فيرتفع الإشكال عن الاستصحابات التعليقية الموضوعية بأسره، والحمد لله، والإشكال بأن كلمة اليقين لا تشمل اليقين التقديري فيه ما لا يخفى^(١).

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - جعل الأصل في المقام أصالة عدم المخالفة ثم قال: ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط، ثم نقل عن بعض مشايخه المعاصرين له اختصاص الشرط المخالف بما إذا كان نفس مؤدى الشرط حكماً على خلاف حكم الشرع مثل اشتراط حرمة لحم الغنم شرعاً، وأما اشتراط فعل الحرام وترك الواجب فليس داخلاً تحت المخالف للكتاب، وأنه في مثل الأخير يقع التعارض بين دليل حرمة ذلك الشيء أو وجوبه وبين دليل وجوب الوفاء بالشرط ويرجع إلى المرجحات، ومع فقدوها يعمل بالأصول والقواعد.

واستشكل عليه بقوله: وفيه من الضعف ما لا يخفى، ثم أورد عليه بأنه على فرض التنزل ووقوع التعارض فاللازم على تقدير عدم المرجح أن يكون الأصل في جانب عدم نفوذ الشرط دائماً، إذ يستصحب حرمة ذلك الفعل أو وجوبه قبل الاشتراط.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: أما قوله: فيه من الضعف ما لا يخفى، فيمكن أن يكون إشارة إلى تحقيق تقدم منه من أنه لا فرق في شمول العنوان المذكور بين القسمين، ويمكن أن يكون إشارة إلى أنه على فرض الإغماض وتسليم

١- الإنصاف ورود هذا الإشكال وبه ينسب باب الاستصحابات التعليقية الموضوعية، وقد اعترف الأستاذ - دام ظله - بوروده في مباحث الأصول، منه - عفي عنه -

عدم الشمول فلا وجه للتعارض، بل اللازم تقديم دليل الوفاء بالشرط دائماً، فإن أدلة العناوين الثانوية لا تعارضها أدلة العناوين الأولية.

وتوضيح هذا الإجمال أنّ لإطلاق العناوين الأولية والثانوية في كلماتهم مقامين، الأول: ما إذا كان أحد الدليلين غير ناظر إلى الطوارئ والحالات مثل دليل حلية الغنم مع دليل حرمة الغصب بحيث لو لم يكن دليل الغصب لم يكن للدليل الحلية إطلاق وكنّا نحتاج في إثباته إلى الأصل.

والثاني: ما إذا كان أحد الدليلين حاكماً على الآخر وناظراً إليه كما في دليل «لا ضرر» ودليل «لا حرج» ودليل «الوفاء بالنذر والشرط» بالنسبة إلى أدلة الأحكام، بل إطلاق العناوين الأولية والثانوية في هذا القسم هو المتعارف في كلمات شيخنا ومن تبعه، ووجه التسمية أنّ دليل «لا ضرر» حاكم على تلك الأدلة، فكأنه قال: ليست أحكامي في هذا المورد، وهكذا في قوله: «ف بنذر» أو بشرطك، فكأنه قال: لا يعتنى بشيء من أحكامي عند مصادفة أحد هذين، فيكون المنظور إليه عنواناً أولياً وناظراً عنواناً ثانوياً.

وعلى هذا فدليل وجوب الشيء أو حرمة وإن كان مع قطع النظر عن دليل الوفاء بالشرط قابلاً للتمسك ولكنه مع النظر إليه لا يبقى له مجال للحكومة دليل الوفاء عليه.

وأما ما ذكره من الأصليين أعني: أصل عدم المخالفة على مختاره - قدس سره - وأصل بقاء الحرمة والوجوب الثابتين قبل الاشتراط بناءً على اختيار مذهب شيخه، فيمكن الخدشة في كلّ منهما.

أمّا الأول: فلاّنه إن أراد الاستصحاب الموضوعي وجعل عدم المخالفة بنحو مفاد ليس التامة موضوعاً للحكم فلا إشكال في جريانه، ولكن قوله:

«ومرجعه إلى أصالة عدم الجعل» لا معنى له، وكذلك إن أراد الاستصحاب الموضوعي مع جعل الموضوع هو عدم المخالفة في موضوع الشرط على تقدير الوجود.

نعم قد يقال: إنه صحيح على تقدير إرادة كون الموضوع عدم مخالفة الشرط المقروغ عن وجوده بناءً على أن هذا الاستصحاب حكمي ولا مانع منه وإن استشكلنا في الموضوعي التعليقي، بتقريب أن يقال: عدم المخالفة مما تناله يد الجعل، لأن منشأ بيد الشرع وهو عدم جعل الحكم بنحو الفعلية، وهو في نفسه وإن كان أصله معارضاً بأصل عدم جعل الحكم بنحو الحيثية ولكنه لا مانع من وقوعه مصححاً لأصل عدم المخالفة كما في أصالة عدم الجزئية في الجزء المشكوك من أجزاء المركب، وإن كان أصل عدم وجوب الأكثر معارضاً بأصالة عدم وجوب الأقل وإن كان لا ينطبق على صورة العبارة، لأن المترادف منها أنه جعل أصل عدم الجعل أصلاً برأسه وهو غدوش بالمعارضة وإن كان على تقدير عدم المعارض جازياً ولم يكن مثبتاً في إثبات عنوان عدم المخالفة كما هو واضح، ولكن لا بد أن يكون المقصود ما ذكرنا.

هذا ما قد يقال، ولكن فيه: أن شيخنا — قدس سره — قد منع في مبحث البراءة من رسائله عن إجراء الاستصحاب في العدم الأزلي فكيف يجري نفسه في هذا المقام ما منعه في أصوله، ومستنده أن العدم غير مجعول ومورد الاستصحاب لا بد وأن يكون إما مجعولاً أو موضوعاً للأثر.

وأما الثاني: ففيه: أنه إن أراد استصحاب الحرمة في كلي الفعل فليس له حالة سابقة متيقنة؛ إذ المتيقن إنما هو الحرمة ما لم يشترط، وأما مع الاشتراط فمشكوك من أول الأمر، لا يقال: حال الاشتراط والعدم لا يعدد الموضوع عرفاً.

لأننا نقول: هذا في ما إذا صار الحكم سارياً من الكلّي إلى الشخص، كأن وجد الخمر في الخارج ثم تعلق الشرط بشره فأريد استصحاب الحرمة في نفس هذا الشخص صحيح، وأما لو أريد استصحاب الحرمة في كلّي الخمر حتى يعلم الحكم في الشخصي من جهة السراية من الكلّي، فالموضوع العرفي غير منقح إذ من المحتمل أن يكون لعدم الاشتراط دخل في الموضوع، والكلّي لا شبهة في انقسامه إلى القسمين بواسطة تقييده بقيد، وليس حاله كالشخصي، فالاستصحاب في الكلّي لا يصحّ إلّا في صورة الشك في النسخ، ولا يرد أنّ الكلّي المتيقن ما كان منه في القطعة السابقة من الزمان، لأنّ بناء الاستصحاب على الغاء هذه الخصوصية والتسوية بين الماضي والمستقبل، فلا بدّ من ملاحظة الاتحاد في سائر الجهات غير جهة الزمان.

ثمّ على تقدير كون مصبّ كلامه - قدّس سره - في الشخصي فهو في الشخصي الموجود حال الشرط صحيح، وأما في الخمر الذي يصنع بعد الشرط فجريان الاستصحاب فيه مبنيّ على عدم لزوم وجود الحكم المجمعول في الزمان السابق في الاستصحاب الحكمي، فإنّ حرمة هذا الشيء سابقاً على تقدير الوجود لم تكن مجعولة، وإنّما المجمعول هو الحرمة في الموضوع المقدّر الوجود، فإنّ تقدير الوجود في القضايا الحقيقية غير التقدير في القضية التعليقية؛ فإنّ المتحقّق في الثانية لحاظ ذات الشيء معرّاة عن الوجود والعدم أولاً ثمّ لحاظ تلبّسه بالوجود، وأما في القضية الحقيقية فالمتحقّق هو الحكم على الموضوع المشار إليه حال كونه موجوداً.

وبعبارة أخرى يشار إلى ذاته وإلى وجوده بإشارة واحدة ولا يرى ذات ثمّ تلبّسه بالوجود، فإذا بنينا في الاستصحاب على لزوم كون الحكم المستصحب

مجموعاً في السابق فليس الحال هكذا في ما نحن فيه، فإنه وإن كان متيقناً لنا ولكنه ليس بمجموع، نعم يصح بناء على ما أشرنا إليه من عدم اللزوم وأنه يكفي كونه متيقناً لنا وإن لم يكن مجموعاً.

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل المرجع في هذا المقام، ولا بأس بصرف عنان الكلام إلى أن المستفاد من كلمات شيخنا المرفضى - قدس سره الشريف - في بيان معنى الاستثناء في الحديث الشريف ماذا؟ فإنه رتباً يخفى على بعض الأذهان.

فنقول وبالله الاستعانة وعليه التكلان: للحكم بحسب مقام ثبوته قسمان:

الأول: أن يتعلق بالموضوع في حال تجريده الموضوع عن جميع عوارضه وطوارئه، مثل أن ننظر إلى ذات الغنم ونحكم عليه بالحلية، والتجريد في هذا النظر دخيل كدخائله في عروض محمول الكلية على الطبيعة، بمعنى أنه لو فرض أن طارئاً أخرج الغنم عن الحلية لا ينافي هذا الحكم، لاختلاف الموضوعين.

نظير ذلك في الإخبار ما إذا قال القائل: الرجل خير من المرأة، ونظر إلى جنس الرجل في قبال جنس المرأة، ثم اتفق أنه رأى في الخارج أشخاص الرجال موصوفين بالذمائم على خلاف الأشخاص الموجودين من النساء، فلو قال: إنّي ما حكمت بخيرية الأشخاص الأول من الثانية، بل أنا أحكم بخيرية الثانية من الأولى، لما كان منافياً لقوله الأول، لأنه نظر في الأول إلى الجنس المعرّى عن جميع الخصوصيات بحيث لم يتعلق بإشارته إلا إلى أصل الطبيعة، والتجريد وإن لم يلحظ قيداً معها ولكنه في حكم القيد.

و لازم هذا القسم من الحكم أنه لو فرض عدم دليل على الحكم المضاد في العنوان الطارئ ولكنّا شككنا أنه كان محكوماً بالضد لما يكفي إطلاق هذا الحكم

في دفع هذا الاحتمال، كما أنه لو كان ذلك الدليل، عرفت أنه ما نافاه، لتغاير الموضوعين كما أشار شيخنا - قدس سره - إليه في هذا الباب وفي باب التعادل من أصوله.

الثاني: أن يتعلّق الحكم بالموضوع لا مقيّداً بالتجريد، ولا بدخالته فيه، والتسوية بين تمام العناوين العارضة على ذات الموضوع وإن لم تكن ملحوظة أيضاً لكنه بحيث يقبل التسوية المذكورة، أعني قولنا: سواء كان كذا أو كذا أو كذا، وهذا لو دلّ دليل على الحكم المضادّ في صورة عروض بعض العناوين كان منافياً مع الأول؛ لاتحاد الموضوع.

ثم في هذا القسم الإطلاق بالنسبة إلى عوارض نظراً على الموضوع ثابت، فكلّ ما احتملنا دخالته في الموضوع بأن كانت المصلحة قاصرة بدون ذلك القيد أو الجزء ننفي احتماله بإطلاق الدليل، ولكن بالنسبة إلى ما يطرأ الحكم فلا إطلاق له، إذ لا يعقل إطلاق الحكم للحال المتأخّر منه، ومنه وقوع المزاخمة بين امثال التكليفين مثل إنقاذ الغريقين، فنقول: تكليف «أنقذ» في كلّ واحد مطلق حتى حال اجتماعه مع الغريق الآخر بل ومحكومية الآخر بحكم «أنقذ» يعني لا دخل في مطلوبة إنقاذ هذا الغريق لعدم الغريق الآخر أو عدم حكمه.

لا يقال: بعد فرض مشغوليّة الآخر بالحكم الايجابي والمفروض عجز المكلف عن الجمع كيف يصحّ بعثه إلى الانقاذ الآخر؟

لأننا نقول: ليس هذا بعثاً إلى عنوان الجمع بل كلّ من الأمرين يبعث نحو متعلّقه خاصّة من غير نظر إلى متعلّق الآخر، ثم بعد تحقّق تكليفين ووقوعهما في حكم العقل محكومين بلزوم الامثال يقع العبد في كلفة الجمع، فهذا العنوان متأخّر عن نفس هذا التكليف، ولا يمكن أن ينظر إلى الحالة المتأخّرة من نفسه.

وبعبارة أخرى: ربّما يأمر بجمع المكلف بين الإنفاذين والحال أنّه غير قادر، فهذا تكليف قبيح، وربّما يأمر بإنفاذ هذا ولو كان معه آخر، ولو كان قد أمر بإنفاذه وكذلك في الآخر فهذا في رتبة تحقّق الأمر ليس أمراً بغير المقدور، إذ المفروض أنّ إنفاذ كلّ مقدور، نعم يتحقّق في الرتبة المتأخّرة من حصول الشرائط العقلية لتنجيز الخطابين ابتلاء المكلف بجمع الامتثالين، فمعنى إطلاق المادّة في كلامهم إطلاق الهيئة في الرتبة المتقدّمة على هذه الحالة.

وحيثّذ فلو حكم بعد الخطابين وحصول تنجيزهما بملاحظة هذه الحالة الطارئة بتعيين أحد الإنفاذين ومنع عن الآخر - لو قلنا بمقدّمية ترك أحد الضدّين للآخر - لما كان هذا منافياً مع الحكم التعينيّ بإنفاذ كلّ واحد في الرتبة المتقدّمة، لاختلاف الموضوعين أيضاً بالنسبة إلى طارئ الحكم وإن لم يختلفا بالنسبة إلى طوارئ الموضوع، وقد عرفت أنّه إن وقع الشك في طوارئ الموضوع نرفعه بالإطلاق.

وأما الشك الواقع في طوارئ الحكم بأن شككنا أن يكون للعنوان الطارئ حكم آخر يزاحم حكم العنوان الأوّل لا أنّه يقلب مصلحته فهذا لكونه مشكوكاً وغير فعلي لا يؤثّر في ذلك التكليف، فإنّه بفعليّته يزاحمه لا بواقعه، والمفروض أنّه بالشك سقط عن الفعلية، فيكون الآخر تكليفاً فعلياً سليماً عن المزاحم، نظير تكليف (لا تغصب) إذا لم يكن فعلياً حيث لا يزاحم تكليف (صلّ) بناءً على القول بالامتناع.

إذا تقرّر هذا فنقول: إن كان الحكم الذي خالفه الشرط من قبيل الأوّل فالشرط مغيّر الموضوع كما عرفت، وإن كان من قبيل الثاني فالشرط لا يقلب الموضوع، بل بعد رتبة حكمه لو كان ينقلب الموضوع، ففي رتبة الشرط، الموضوع

باق، فيكون مغتبراً للحكم عن نفس موضوعه.

وبعبارة أخرى: يكون في البين مشار إليه بهذا موجود في حالتي الشرط وعدمه وكان محكوماً مثلاً بالحرمة، والشرط يقتضي أن يجعله حالاً، فالقسم الثاني منعه الاستثناء دون الأول.

هذا بحسب مقام الثبوت، وأما بحسب الإثبات فيمكن أن يقال: الظاهر من أدلة حلية الأشياء هو الحكم الحيثي ومن أدلة الوجوب والتحریم هو الفعلي، والدليل على ذلك أن الإباحة غالباً تكون بمعنى عدم الإيجاب والتحریم، وقيل أن يتفق أن تكون لمصلحة المستدعية لها، وإذن فعدم الاقتضاء لا محالة لابد أن يكون في حال التجريد عن العناوين المتأخرة عن الموضوع، بخلاف الحكم الاقتضائي، فالظاهر منه كونه فعلياً ناظراً إلى جميع الحيثيات، هذا تمام الكلام في بيان مرامه - قدس سره -.

وأنت خير بأن هذا الكلام لا يرد عليه صيرورة الكلام من توضيح الواضح، ولا كونه ناظراً إلى مقام الإثبات، بل هو معنى لطيف مع كونه ناظراً إلى مقام الثبوت، ثم لا يخفى عليك عدم اختلاف ما بينه وبين ما اخترناه؛ فإنه على ما اخترناه أيضاً فرق بين الحيثي والفعلي، غاية الأمر طبقنا الاقتضائي على الفعلي بحسب الإثبات واللا اقتضائي على الحيثي كذلك، فالإيجاب والتحریم لو كانا حيثيين ينفذ شرط خلافهما، وكذا لو وجد الحلية الاقتضائية الحيثية، هذا.

ثم إنه قد وقع التعبير في بعض الأخبار في مقام الاستثناء بتحليل الحرام وتحريم الحلال، فربما يشكل الحال علينا وعلى شيخنا المرتضى بالنسبة إلى عنوان تحريم الحلال؛ إذ لا يتفق مورد ولو واحداً تستفيد عدم نفوذ الشرط فيه بواسطة

هذا العنوان الضابط، إذ موارد الشك طرأ صارت محكومة بالنفوذ بحكم الأصل المؤتمس سابقاً، وأدلة حلية الأشياء أيضاً لم تتعرض للحلية الفعلية الاقتضائية، فينحصر الأمر في الخبر الخاص الذي ورد في مورد خاص بعدم نفوذ اشتراط أمر حلال معللاً بمخالفته للكتاب، وفي هذا المورد لا نحتاج إلى الضابط المذكور، بل يكفي خبر الخبر الخاص، فأبي فائدة في هذا الضابط والحال أننا لم نقف على مورد واحد يقضي فيه هذا الضابط بعدم النفوذ بلا مؤنة دليل خارجي؟

وهذا بخلاف الحال في طرف عنوان تحليل الحرام؛ فإن أدلة المحرمات ظاهرة في الحرمة الفعلية، بل لو فرضنا أن الاستثناء كان معناه استثناء الشرط الذي يحلل الحرام الحيثي أعني: ما كان حراماً لولا الشرط لما كان محذور في طرفيه أيضاً بخلاف طرف تحريم الحلال، فإننا لو حملناه على الحلال الحيثي فهو موجود ولكن الشرط المخالف له فوق حد الإحصاء، ولو حملناه على الفعلي لا نجد له مورداً إلا في مورد الأخبار الخاصة، هذا.

ولكن يمكن الجواب على كلا المذاقين بأن الإشكال إنما يرد لو لم نجد ولو مورداً واحداً، أما لو وجدنا ولو واحداً كفى في صحة سوق الضابطة، فإن ندرة المصداق للضابطة لا تضر، فإنه تعرض للفرد النادر ولا بأس به، ونحن لا نراه مفقود الأثر رأساً، بل من المحتمل قوياً أن يكون حلية مجامعة الزوجة المستفادة من آية «نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم»^(١) اقتضائية ومطلقة فعلية، أما الاقتضائية فلأنه قضية حريتها أن يجوز لزوجهما الزرع، وأما الثانية فللقضية عموم أنى شئتم، ومن جملة الأزمنة زمان طرق الطارئ من الشرط أو غيره. فيمكن أن يقال: إنه لو شرط عدم الجماع مثلاً يكون من المخالف للكتاب،

بل وكذا شرط عدم التزويج بملاحظة قوله ﷺ: «من تزوج أحرز ثلثي دينه» وقوله ﷺ: «تناكحوا تناسلوا فإني أباهي بكم الأمم الخ»^(١)، وكذلك شرط عدم شيء من التصرف رأساً في الملك، ثم بعد استفادة كون الحلية اقتضائية في مورد، يصير حالها حال الوجوب والتحريم في استفادة الإطلاق والفعلية أيضاً، فإن وجه استفادة الفعلية فيهما عرفت أنه ليس إلا كونها اقتضائيتين.

ثم إن هنا عبارة من شيخنا المرتضى رتباً يشتبه المراد منها ويتوهم التناقض بين سطرين متصلين منها، فإنه استظهر أن المراد الحرام الفعلي وينادي مواضع عديدة من كلامه بذلك، وقال: بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لولا الشرط وليس كذلك في طرف المحرم للحلال، فلما قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط، لأن تحريم المباحات لولا الشرط لأجل الشرط فوق حد الإحصاء، انتهى ما أردنا من نقل كلامه - أعلى الله مقامه -.

وأنت خير بآته يمكن على ما مر من تفصيل الكلام في بيان مرامه - من الفعلية والحيشية، وأن المراد من الأولى تعلق الحكم بالذات المرسله وبالثانية تعلقه بالذات المجردة بنحو يكون التجرد قيداً لبتاً لا ملحوظ القيدية، وأن الإرسال في القسم الأول أيضاً ينجر في مقام الأحكام المزاحمة وبالنسبة إلى تعيين حال التزامهم إلى التعلق بالذات المجردة من هذه الجهة - أن يقال: بأن مراده - قدس سره - من هذه العبارة أن المحرمات بحسب أدلة تشريعها وإن كانت فعلية ومتعلقة بالذات المرسله، ولكنها بحسب دليل الاستثناء عن وجوب الوفاء - الذي هو في مقام تعيين حال المزاحمة بين الشرط الذي هو عنوان ثانوي وبين ذلك الحرام الفعلي -

١- مستدرک الوسائل: الجزء ١٤، الباب ١، من أبواب مقدمات النكاح، ص ١٥٣، ح ١٧.

تكون لا محالة مع التجريد عن حيث الشرطية.

يعني أنّ اللاحظ الحاكم على الحرام المجامع مع الشرط بترجيح جانب الشرط أو جانب الحرام لا بدّ أن يلاحظ وصف الحرمة الغير الآتية حتى في حال طرق الشرط؛ إذ هذا إما يوجب التناقض أو توضيح الواضح، إذ لو قدّم جانب الشرط يلزم التناقض واجتماع الحرمة والوجوب، وإن رجّح جانب الحرمة يلزم توضيح الواضح.

وهذا بخلاف طرف المحرّم للحلال، فإنّ المراد بالحلال ليس الحلال الحيثي بحسب دليل الشرط والفعلي بحسب دليل أصل الجعل، فإنك عرفت أنّ الحلية بحسب دليل الجعل حيثية لا فعلية، وحينئذ فإنّ أريد بهذا الوصف من الاستثناء أي أريد استثناء ما هو الحلال الحيثي بحسب دليل جعله فيلزم تخصيص الموارد الكثيرة الخارجة في كثرتها عن حدّ الإحصاء.

ثمّ إنّ هنا توجيهين لعلمين لعباري المحلّل والمحرّم الواقعة في دليل الاستثناء لا بأس بالتعرّض لهما والنظر فيهما:

أحدهما: للمحقّق النراقي - قدّس سرّه - على ما حكى فيآته - قدّس سرّه - حل التحليل والتحريم على إرادة الشارط صيرورة الحرام الشرعي حلالاً شرعياً، كصيرورة الخمر مثل الماء وبالعكس، وبعبارة أخرى صورة قصده التشريع والبدعة.

ويرد عليه - بعدما عرفت أنّ الترخيص والمنع الحاصلين من قبل الشارط يصحّ إطلاق لفظي التحليل والتحريم عليهما، فيقال على المانع عن شرب الماء أنّه حرّمه، وعلى المرتخص في شرب الخمر أنّه حلّله ولو لم يصدر منهما التشريع - : أنّ ما ذكره من البدعة والتشريع أمر غير قابل للوقوع والظاهر من الاستثناء صورة حفظ القابلية الذاتية للوقوع.

وبعبارة أخرى: صورة القابلية للوقوع تحت خطاب أوف، وما ذكر ليس كذلك، إذ ليس الحلية والحرمة الشرعيتان تحت تصرف العباد، بل ينحصر سببه في جعل الشارع، وليستنا كالملكية الشرعية ونظائرها، فلما بنا بجعل المكلف وإمضاء الشارع وقد تقدّم إلى ذلك الإشارة في ما سبق.

الثاني: للمحقق القمي - أعلى الله مقامه - في رسالته المعمولة للمسألة؛ فإنه - قدس سره - حملهما على أمر آخر غير ما حمله المحقق المتقدم ولا قريب منه، وهو أن يراد بهما تغيير الحكم الكلّي الإلهي المتعلّق بالموضوعات الكلّية، فتحرّيم الخمر حكم متعلّق بالموضوع الكلّي المتساوي نسبته إلى هذا الفرد وذاك وذاك، وكذلك حلية الماء، فلو أراد الشارع رفع هذا الحكم الكلّي وتبديله بالضدّ في هذا الكلّي بأن رخص في كلّي الخمر في جميع الأزمان ولو بالنسبة إلى شخص واحد من مخاطبي ذلك الخطاب العام، أو منع من كلّي شرب الماء في جميع الأزمان ولو بالنسبة إلى مخاطب واحد، فهذا داخل في الاستثناء، وإن أراد التبديل في جزئيّ من جزئيات ذلك الكلّي بأن رخص في شرب هذا الخمر الخاص أو منع من شرب هذا الماء الخاص فهذا غير داخل؛ لأنّ حكم الجزئيّ معلوم بالتبع والسراية من الكلّي وليس حكماً مجموعاً بالاستقلال، فلا يصدق على تغييره تغيير حكم الشارع وتبديله بالضدّ، وعلى هذا فنحتاج في الحكم ببطلان شرط شرب الخمر الخاص إلى دليل آخر من إجماع ونحوه.

هذا ما قاله - قدس سره - وأنت خير بمغايرته مع ما ذكره المحقق المتقدم، وإن كان يظهر من كلام شيخنا - قدس سره - رجوعه إليه، ولكنك خير أيضاً بأنّا لا نعقل الفرق بين مخالفة حكم الشرع في الكلّي وبين مخالفته في الجزئيّ في صدق عنوان المخالفة والتحليل والتحرّيم عليهما في صورة الإطلاق والفعليّة

لحالة الشرط، وكذا في عدم الصدق مع العدم من غير فرق بين القسمين في الصورتين.

الشرط الخامس: أن لا يكون الشرط منافياً لمقتضى العقد: تفصيل الحال في المقام يقتضي بسط الكلام بحسب ما يتصور في منافاة الشرط لشيء. فنقول: هنا أربعة أقسام: الأول: أن ينافي مع ما يقتضيه طبع العقد، كأن يشترط عدم الانتقال في عقد مقتضى طبعه النقل والانتقال، ومنه شرط عدم الثمن في البيع، وهذا وإن كان يتحقق فيه الجذ في الإنشاء ولكن لا يمكن أن يتأتى بفرض الجذ بوقوع المدلول؛ لأنه جذ بوقوع المتناقضين وهو محال.

الثاني: أن ينافي مع ما لا يكون مقتضى طبع العقد ولكنه من خواصه وآثاره الغير المنفكة عنه عرفاً بحيث لا يرى العرف تحقق الملزوم بدون تحقق هذا اللازم، فينجز الأمر بالآخرة في هذا القسم أيضاً إلى التهاافت في مقام الجذ بوقوع المدلول بحسب النظر العرفي، فيكون محالاً لأوله إلى التناقض.

الثالث: أن ينافي مع ما هو حكم شرعي للعقد مع تمثسي إنشائه والجذ بمدلوله عرفاً، كما إذا كان من حكم عقد البيع مثلاً شرعاً اللزوم بعد التفريق، فاشترط الجواز أو كان من حكم عقد الوكالة مثلاً الجواز شرعاً فاشترط اللزوم، وهذا داخل في الشرط المخالف للكتاب والسنة.

الرابع: أن ينافي مع حكم الشارع على أمر آخر غير العقد والحاصل بسببه كأن يكون من حكم الملك من أي سبب حصل بالعقد أو بالإرث أو غيرهما أمراً خاصاً فاشترط خلاف ذلك الأمر، وهذا أيضاً داخل في الشرط المخالف للكتاب والسنة.

فعلم مما ذكرنا أن الذي يصلح عده شرطاً آخر غير المخالفة هو القسمان

الأولان، وأما الأخيران فالأول منهما وإن انطبق عليه عنوان الشرط المنافي لمقتضى العقد ولكنه ليس عنواناً آخر في قبال شرط المخالفة، والثاني منهما لا ينطبق عليه العنوان فضلاً عن كونه بقبال شرط المخالفة فتبصر.

ثم إنك قد عرفت أن مرجع القسمين الأخيرين إلى شرط المخالفة، فلا محالة يدور الحكم بفساد الشرط والعدم مدار كون الحكم الذي خالفه الشرط ثابتاً بدليله لمطلق العقد حتى حال الاشتراط منه أو مطلق الأمر الحاصل منه حتى حال الشرط، لا ما إذا كان الحكم مخصوصاً بالعقد المطلق أو النتيجة المطلقة، وعلى هذا فيقع الإشكال في تمييز مصداق أحد هذين عن الآخر.

لكن يظهر منهم التفرقة بين شرط عدم البيع والهبة في ضمن عقد البيع وبين شرط العتق بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع وولده، فمنعوا الأول وجوزوا الثاني، وهذا الفرق في غاية الصعوبة، فإنه أي فرق بين شرط أن لا يبيع وبين شرط أن لا يفسخ في مورد الخيار؟

نعم شرط عدم نفوذ البيع أو الفسخ لو أقدم بهما غير مشروع، كما أن شرط حصول الانعتاق أو حصول الوقف بدون توسط إجراء صيغتهما أيضاً غير مشروع، وأما شرط ترك الفعل في الأولين فلا فرق بينه وبين شرط الفعل في الأخيرين، ولا بين ترك فعل البيع والهبة في عقد البيع وبين ترك الفسخ في مورد الخيار.

وجه الصعوبة: أننا لا نستفيد من دليل حل البيع أو الهبة إلا كونها حلالين بمعنى عدم المنع في فعلهما ونفوذهما، لا بمعنى وجود المقتضي في الحل، فإن الدليل على تشريعهما قاعدة السلطنة وهي وإن كانت بالنسبة إلى كلي السلطنة في قبال نفيها رأساً تفيد الاقتضاء - إذ لا تجتمع بنظر العرف ملكية مع عدم السلطنة

للمالك رأساً وكونه كغيره مطلقاً - لكنّها بالنسبة إلى أشخاص التصرفات الخاصة مثل البيع والهبة وغير ذلك فلا تفيد إلّا رفع الحجر والمنع الثابت في غير المالك، يعني أنّ المالك من حيث المالكية غير محجور عن التصرف، ولا يقال له كما يقال لغير المالك: لا سبيل لك إلى التصرف، وأمّا إنّه يثبت له كلّ تصرف فهي من هذه الجهة في مقام السكوت، ولهذا لا يستفاد منها جواز ضرب العصا على رأس الغير حتّى يقع التعارض بينه وبين دليل حرمة الإيذاء.

ومن جملة الموارد التي طبقوا عليها القاعدة المذكورة أعني: كون الحكم المخالف للشرط ثابتاً لمطلق العقد لا العقد المطلق، ما يظهر منهم من الفرق في اشتراط الضمان بين عقد الإجارة فلا يجوز، وبين عقد العارية فيجوز.

والحقّ أن يقال: إنّه إن أخذ في مفهوم الإجارة الاستئمان المالكى فاشتراط الضمان مناف لقوله - عليه السلام -: «ليس على الأمين إلّا اليمين» وكذلك لو قلنا: إنّه ليس فيه استئمان مالكي، بل يتحقّق مع كون العين في حفظ المالك ولكنّ الشارع قد استأمن المستأجر فتكون العين أمانة شرعية، فإنّ الأمانة منافية للضمان سواء كانت شرعية أم مالكية، وإن قلنا: إنّه لا أمانة في اليمين لا مالكية ولا شرعية، فإنّ دلّ الأخبار الخاصة بعدم الضمان مطلقاً على وجه الاقتضاء الفعلي كان اشتراطه مخالفاً لتلك الأخبار وإلّا فلا مانع حسب القاعدة.

وأما العارية فإن كانت الأمانة المالكية أو الشرعية موجودة فيها أيضاً كما أنّه الظاهر على تقدير القول بذلك في الإجارة - إذ لا فرق ظاهراً بينهما إلّا في مجرد ثبوت الأجرة في الإجارة وعدمها في العارية - فالجواز حينئذ يكون على تقدير ثبوته بإجماع ونحوه استثناء من قاعدة الشرط المخالف أو من قاعدة الأمانة.

ومنها: اشتراط التوارث في عقد المتمتع بها، فوقع الكلام في أنها لا تترث مطلقاً أو تترث كذلك، أو لا تترث إلا مع شرط الثبوت، أو تترث إلا مع شرط السقوط؟ والأولى التعرض للمسألة حتى يتضح الحال في المقام، وقبل الشروع نتيمن بذكر الأخبار. فنقول وبالله نستعين:

منها صحيحة البنظري عن أبي الحسن الرضا - عليه السلام - «قال: تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث إن اشترطت كان، وإن لم تشرط لم يكن»^(١).

ومنها: موثقة محمد بن مسلم «قال: سمعت أبا جعفر - عليه السلام - يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة: إنها يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنها الشرط بعد النكاح»^(٢).

ومنها: موثقة سعيد بن يسار عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال - عليه السلام -: ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط»^(٣).

ومنها: رواية عبد الله بن عمرو «قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن المتعة؟ فقال - عليه السلام -: حلال لك من الله ورسوله ﷺ، قلت: فما حذرها؟ قال - عليه السلام -: من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك»^(٤) الحديث.

هذه هي الأخبار المتعلقة بالمقام.

١- الوسائل: الجزء ١٤، الباب ٣٢، من أبواب المتعة، ص ٤٨٥، ح ١.

٢- المصدر نفسه: ص ٤٨٦، ح ٢.

٣- المصدر نفسه: ص ٤٨٧، ح ٧.

٤- المصدر نفسه: ص ٤٨٧، ح ٨.

وحيثئذ فنقول وعلى الله التوكل: إن الخبر الأول صريح في ثبوت الإرث بالاشتراط وعدمه عند العدم، واحتمال إرادة الوصية بعيد في الغاية، بل لا يحتمل، ولا يعارضها الخبر الثاني الدالّ بظاهره على ثبوت الإرث ما لم يشترط السقوط، لقابليته للحمل على إرادة أنها يتوارثان إذا لم يشترطاً للأجل، فيوافق مع ما دلّ على أنه في صورة عدم ذكر الأجل في المنقطع ينقلب إلى النكاح الدائم والبات، وقوله إنها الشرط بعد النكاح بمنزلة البرهان للحكم، يعني أنّ محل الشرط بعد استقرار النكاح، ولازمه أنه إن جاء الشرط يوجب قطع سلسلة النكاح، وإلا فالنكاح قد استقر ولم يحى ما يرفعه، فيكون لا محالة دائماً لا منقطعاً.

وكذلك لا يعارضه الخبر الرابع، فإن المراد بالحدّ في كلام السائل، الظاهر أنه الفرق الماتز بين المتعة والدوام، ولهذا اقتصر الإمام - عليه السلام - بذكر أحد الفروق، ويكفي في الفارقة أنّ المتعة من حيث هي لو خلّسي وطبعها ليس فيها اقتضاء العدم، فلا ينافي أن يبيى الإرث باقتضاء من الخارج، والحاصل ليس المستفاد منه إلا أنّ المتعة مثل الأجنبية، ومن المعلوم أنّ الأجنبية ليس فيها اقتضاء الإرث.

نعم لو كنّا وهذا الخبر لم يمكن لنا القول بجواز هذا الشرط بمجرد عموم دليل الشرط؛ لأنّه من الشرط المخالف ويكون كاشتراط إرث الأجنبي، وهو وإن كان من عدم الاقتضاء لا اقتضاء العدم - كما عرفت - لكن حال الإرث كحال الزوجية، فإنّ عدم زوجية الأجنبية ليس أيضاً إلا من باب عدم المقتضي، ومع ذلك لا يصح اشتراط حصول الزوجية، والسرّ أنّ الشارع جعل سبب الزوجية وكذا الإرث أمراً خاصاً ليس الشرط منه، فاشتراط ثبوتها بالشرط مخالف لهذا الجعل.

هذا بحسب العموم وأما إذا ورد النص من الشارع فنقول بنفوذ الشرط

ونجعلهُ إمّا تخصيصاً في دليل الشرط المخالف، وإمّا نقول: إنّها بهذا الشرط يحصل لها تعلق بالميت وتخرج عن كونها أجنبيّة، فلا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، وبالجمله بعد ورود الدليل لا إشكال ولو لم يكن لنا عموم «المؤمنون».

وأما دعوى أنّه ليس شرطاً مخالفاً إذ الموت سبب لكن في تقدير ضمّ الشرط. ففيها، أنّ هذا المعنى لا يمكن تطبيقه على القاعدة، بمعنى أنّه لا يمكن القول به بمجرد عموم دليل الشروط، وذلك لأنّ مفاده أنّ الشرط سبب مستقلّ بدون تصرف وتغيير من ناحيته في الأحكام الأوليّة، فإنّ العناوين الثانويّة لا تغيّر الأحكام المتعلقة بالعناوين الأوليّة، ولا تقيدها أيضاً بصورة وجود أنفسها مع أنّ التقيد أيضاً مخالفة، وعلى كلّ حال فالأمر سهل بواسطة النصّ الخاص ولو لم يكن ذلك العام.

وإذن فيبقى الكلام في معارضة الخبر الأول مع الثالث الناصّ في نفي التوارث سواء شرط أم لا، ولا يمكن رفعها بحمل الثالث على إرادة شرط السقوط، يعني أنّ عدم التوارث لا يحتاج إلى الاشتراط، وإنّما المحتاج هو ثبوت التوارث حتّى يجامع مع مضمون الأول، وذلك لأنّ قول السائل في السؤال: يتزوّد المرأة متعة ولم يشترط الميراث، لا يقبل الحمل على إرادة اشتراط العدم؛ لأنّه مثل قولك: يشترط في الصلاة الطهارة، فإنّه لا يقبل الحمل على اشتراط العدم؛ فبأنّه وإن لم يذكر إلّا الماهيّة بلا تقييد بالوجود لكنّ الظاهر بحيث يقرب من الصريح من التعليق على الماهيّة عند الإطلاق هو إرادة الوجود، وإذن فيصير الجواب أيضاً ظاهراً قريباً من الصريح في إرادة عين ما أراده السائل من اشتراط الثبوت، يعني: ما توهمت من أنّ شرط الثبوت يثمر فاسد، فإنّ الميراث منفى بلا فرق بين اشتراطه والعدم.

وإذن فالحق أن حال هذه الرواية مع الرواية الأولى نظير الروایتين الواردتين في أن «ثمن العذرة سحت»^(١) وأنه «لا بأس ببيع العذرة»^(٢) فإن الظاهر من بعض أنه يعامل معها معاملة المقطوع الصدور عن الحجة، فإنه كما في صورة القطع لو كان في أحدهما احتمال ولم يكن في الآخر لحملنا ذلك المحتمل على ذلك الاحتمال كذلك في صورة التبعّد بالصدور، فيحمل إحدى الروایتين أعني: رواية عدم البأس على عذرة مأكول اللحم والأخرى على غيره، وفي المقام أيضاً يحمل الرواية الظاهرة القريبة من النص على إرادة شرط السقوط.

ولكن الحق كما قرّرنا في الأصول أنه لا بدّ في الجمع العرفي من عدم خروج التكلّم عن رسم المحاورة وقانونه، ومن المعلوم أنه خارج من رسمها مثل هذا التكلّم وليس حاله حال حمل العام على الخاص أو المطلق على المقيد، فإذا كان الحال مثل ما نحن فيه يتقدح الشك في السند ويصير احتمال التصرف في الدلالة مع التصرف في السند في عرض واحد، وهذا معنى التعارض ولا محيص عنه كما لا طريق إلى إحراز أن أي الروایتين أصحّ وأعدل سنداً، ومخالفة العامة مشتركة بينهما.

وأما القول بأنه يرجع إلى عموم آية ارث الزوجة، على ما هو المقرر في صورة تعارض الخاصين من الرجوع إلى العام الفوق ويساعده العرف والشرع، أما العرف فإن الخاص بحجّيته يزاحم العام ولا حجّية له مع فرض المعارض، وأما الشرع فلقوله في أخبار علاج التعارض من الرجوع إلى عام الكتاب والسنة.

ففيه: أن الروایتين كليهما مشتركتان في تخصيص الآية وأن الزوجية في حق

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤٠، من أبواب ما يكتب به، ص ١٢٦، ح ١.

٢- المصدر نفسه: ح ٢، ٣.

المتعة قد انفكت عن التوارث، غاية الأمر إن إحداها ناصة بعدم فائدة في الاشتراط أيضاً والأخرى مثبتة له تلك الفائدة مع الموافقة للأولى في النفي عن الزوجية، ومفاد الآية أن الزوجية كالابنية مؤثرة في التوارث، وهذا المعنى خلاف ما نطقت به الروايتان معاً، فلا يحصى إلا عن رفع اليد من الآية على ما هو الحق من تخصيص الكتاب بخبر الواحد، ويبقى التعارض في نفس الخبرين.

ويمكن أن يقال: نرجع بعد معارضتهما إلى ما يستفاد من الكتاب والسنة من حصر أسباب الإرث في النسب والسبب وليس الشرط داخلاً فيهما، هذا.

الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً يوجب جهالة في البيع، قد يقال: التكلم في هذا المقام من جهتين، الأولى: أن الغرر المنفي في البيع هل يشمل مثل هذا الغرر الآتي من ناحية الشرط أو لا؟ بمعنى أنه لا يحكم بفساد البيع وإن فسد الشرط، لأن البيع غير غرري وإن كان الشرط غررياً.

والثانية: بعد الفراغ عن ذلك هل مطلق الجهالة في الشرط مضرة وإن لم يدخل تحت عنوان الخطر؟ كما إذا شرط في ضمن عقد البيع الخيار إن جاء ولده من السفر، حيث إنه إن لم يحن لا يحتاج إلى الدار وإن جاء فسخ البيع، هذا حال البائع وأما المشتري فإما أن يدخل في ملكه الدار وإما يعود الثمن في كيسه، فخطره مطمئن عن ورود المحذور، أو إننا ندور مدار الخطر.

أما الكلام في الأولى: فاعلم أن بعض الأمور التي تنتقل مع المبيع إلى المشتري قهراً لا تضر جهالتها وإن كانت صاحبة قيمة غالية، مثل مفتاح الباب ونعل الدابة وأمثالهما مما ينتقل بلا قصد من المتبايعين نظير انتقال رجل الدابة معها، فلا يضر جهالة هذا وإن كان ربها يبلغ قيمته إلى مقدار معتد به.

ولا شبهة أن الشرط ليس من هذا القليل؛ لأن للقصد فيه مدخلاً، وليس

أيضاً من قبيل قصد وإنشاء مستقل غير مربوط بالبيع نظير البيعين لشبثين أحدهما معلوم والآخر مجهول، بل القصد البيعي منوط ومربوط بالقصد الشرطي على وجه لا يلزم من فساد الشرط فساد البيع ولكن يوجب الخيار فيه، فمرتبه برزخ بين الاستقلال والارتباط.

والحاصل: جمعها إنشاء واحد لا إنشاءان، وحيثذ فيصح أن يقال: إن هذا الإنشاء الواحد البيعي يكون فيه غرر وإن كان عند الانحلال ليس الغرر في حيث بيعته ولكن إذا صح إضافة الغرر إلى البيع كفى في البطلان. وبعبارة أخرى يصدق أن الشرط في ضمن البيع ويصدق أن الشرط غرري، فيصدق أن الغرر يكون في هذا البيع والشارع حكم بالفساد مع هذا الصدق، فعلم أن هنا لا يبيح الكلام في أن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، غاية الأمر بإيجاب الخيار في المشروط. هذا محصل الكلام في الجهة الأولى.

وأما الجهة الثانية: فاعلم أننا لو كنّا نحن وكلمة «نهى النبي عن بيع الغرر» أو «عن الغرر»، ولم يكن في البين إجماع من الخارج يكشف عن علم وصل إلى الأصحاب صدرأ بصدر عن الأئمة الأطياب — عليهم صلوات الله الملك الوهاب — لما فهمنا من هذه الكلمة في العرف معنى مطلق الجهالة؛ فإن قولنا فلان مغرور، أو غره فلان ليس معناه الإلقاء في المجهول بل المراد الإلقاء في المحذور من حيث لا يشعر، فالجهالة مأخوذة في معناه.

والحاصل من ملاحظة موارد الاستعمال والمتبادر منها إلى الذهن هو كون النفس غير مستريحة من جهة عدم تجاوزها عن فوت أمر محبوب أو وقوع أمر مبغوض، ولكنه من حيث وقوعه وعدم وقوعه في تشويش واضطراب، ويدعو الله تعالى لوقوعه أو لا وقوعه.

فالْمَقْصُودُ - والله أعلم - من هذه اللفظة في الحديث الشريف أنه إذا أوقع البيع الإنسان في هذه الحالة بحيث كان السبب له هو البيع فهذا البيع فاسد، ولا يصح قياس المقام بالطريق المخوف حيث إنه لا يخرج عن المخوفية ولو كان شخص السالك مستريح النفس من جهة عدم مبالاته بالمحذور والابتلاء بالسارق والسبع، فإن المراد بالخطر هناك خصوص خطر النفس، وأما إذا أريد الخطر بقول مطلق كما في المقام - حيث ليس الخطر فيه مضافاً إلى المال حتى يقال بحصوله في المقام عند حصول غرض للإنسان لا يبالي مع وصوله بقلة المال وكثرته، كما إذا باع داره من رجل عالم بغرض أن يستفيد منه ولو فلساً واحداً يتبرك به بحيث كان تمام غرضه التبرك بما يخرج من يديه وصار بصدد البيع لأجل التوسل إليه، ولا يبالي في نيل هذا المقصود بخروج المال الكثير من كيسه أو القليل فعدم علم هذا الشخص بالثمن لا يصدق عليه الغرر إلا إذا قام الإجماع بمضرة مطلق الجهالة.

والشاهد أيضاً على ما ذكرنا أننا لا نجد من أنفسنا صدق الغرر في ما إذا تردد أمر المبيع بين كونه متناً من حنطة جيدة مقومة بقرانين أو متين من حنطة ردية مقومة أيضاً بقرانين، ووجهه أن النفس خالية عن التشويش والاضطراب. وكذا في ما إذا كان بازاء فوت قدر معتد به من المال غرض عقلائي، كما إذا كان بازاء فوت متين من التبن لو سامح ولم يوزن واكتفى بالتخمين والمشاهدة حفظ وقته وعمره عن الصرف في مدة مديدة لأجل تعيين هذا الحال فهو عند الدوران يتجاوز عن فوته ولا يغتم به ولا يعتني بشأنه، فيخرج عن الاضطراب فلم يوقعه البيع فيه.

لا يقال: الأغراض الخارجة عن المعاملة لا تورث تغييراً بالنسبة إلى

المعاملة، فكما أنه لو شككت في أن الدواء الفلاني هل يتنفع في رفع داءك أو لا؟ لا يضّر بعدم غررية المعاملة كذلك هذه الأمثلة التي ذكرت الطمأنينة فيها من حيث الأغراض الخارجيّة غير مثمرة بعد ما كانت المعاملة من حيث إنها معاملة غررية.

لأنّا نقول: المعيار حسب ما عرفت من التبادر صيرورة البيع والمعاملة سبباً لهذا المعنى، وفي المثال الذي ذكرت الغرر الموجود غير مستند إلى المعاملة؛ لأنّه موجود مع عدمها وأما في الأمثلة التي ذكرنا لو فرضنا عدم الغرض العقلاني الذي ذكرناه بإزاء فوت المال كان يصدق أنّ المعاملة أورثت الغرر والخطر، وأما مع وجوده فلا يصدق الغرر، ووجهه أنّ الغرر حسب القاعدة لا بدّ أن يلاحظ شخصياً لا نوعياً، وكذلك لا بدّ أن يلاحظ بقول مطلق لا مضافاً إلى خصوص المال، وحيثنذا فلا يحصى عمّا ذكرنا، هذا ما يستفاد من هذه اللفظة، فإن كان إجماع فهو المتبع وإلا فلا دليل على إضرار مطلق الجهالة، ورواية دعائم الإسلام من المحتمل أن يكون التفسير لصاحب الدعائم لا الإمام - عليه السلام -.

الشرط السابع: أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال: وقد مثل لهذا السيد الطباطبائي المحشّي لمكاسب شيخنا المرتضى - قدس سرهما - بما إذا نذر الإنسان كون ماله المعين لزيد لو وجب عليه كنس المسجد، ثمّ باع هذا المال من عمرو وشرط عليه المشتري كنس المسجد، فهذا الشرط لو كان صحيحاً يلزم منه وجوب الكنس ويلزم منه حسب نذره انتقال المبيع إلى زيد وهو مستلزم لفساد البيع، فيلزم من وجود هذا الشرط عدمه.

لا يقال: إذا انتقل المال بالبيع إلى عمرو لا يبقى محلّ للانتقال إلى زيد. لأنّا نقول: هذا فرع أن يكون الانتقال إلى زيد متأخراً عن الانتقال إلى عمرو وهو ممنوع وإن كان متأخراً عمّا هو في عرض الانتقال إلى عمرو من وجوب الكنس؛ إذ لا

يلزم أن يكون المتأخر عن أحد المتساويين في الرتبة متأخراً عن الآخر بعد عدم تحقق ما هو ملاك التقدم والتأخر في ما بينهما من العلّة والمعلولية والتأثير والتأثر، هذا ما قاله - قدس سره -.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - بأنه بعد كون التقدم بالعلّة تقدماً حقيقياً وإن كان ليس في الزمان، فإن حقيقة التقدم غير موقوفة على الزمان كما هو واضح، ولا محالة يكون في الآن العقلي الذي لا يحتويه الزمان، لأن الزمان تدريجي وهو أمر بسيط كما يكون الفصل والوصل متحققين خارجاً في الآن لا الزمان، فالتقدم هنا أيضاً يكون فيه، فيكون المعلول لا محالة متصفاً بالليسية والانعدام في ذلك الآن وإن اجتمعا في الزمان، وليس هذا قولاً بترتب الزمان من الأجزاء الغير المتجزية، فإن الآن الأول والآن الثاني أمران كزبد وعمرو لا يرتبطان بالزمان. ألا ترى أنه قبل خلق الفلك وحركته كان في البين سبق ولحوق مع عدم الزمان؟ وبالجمله بعد انعدام المعلول حقيقة في ذلك الآن يكون ما في العرض للعلّة متقدماً عليه، لأنه كان في ذلك الآن وهذا معنى التقدم.

ثم إنه حكى عن العلامة التمثيل للمقام بشرط البيع على المالك في ضمن البيع وأنه مستلزم للدور، فاستشكلوا عليه بأن الملكية غير موقوفة على تحقق الشرط حتى يلزم ذلك، وإنما هذا شأن الشرط الأصولي وهو غير محل الكلام لكونه تعليقاً باطلاً، وبعد ما كانت الملكية حاصلة من حين العقد وإنما المتأخر إنما هو اللزوم فلا مانع من اشتراط البيع على المالك كما على غيره، فإن المستوقف على البيع هو اللزوم، وما يتوقف عليه البيع هو أصل الملكية فلا دور، وأيضاً يرد عليه النقض باشتراط الوقف على البائع وولده، وأما النقض باشتراط البيع على غير البائع فقد أجاب هو - قدس سره - عنه بأن البيع على غير البائع لا يتوقف

على الملك لصحة كونه على نحو الوكالة والفضولية، هذا محصل ما قاله واستشكلوا عليه.

قال شيخنا الأستاذ - دام ظلّه -: بأن العلامة لا يليق بشأنه أن يقول ما لا يرضاه أدنى محصل، وعلى هذا فنقول: يمكن أن يكون نظره - قدس سره - إلى مقدمة لو كانت مخدوشة لكنها علمية نظرية قابلة لأن تصدر من ذلك العالم العلامة - أعلى الله مقامه - وهي:

أن يكون من شرط صحة البيع أن ينقطع علاقة السبب المتقدم بالنسبة إلى المالك المتقدم الذي يراد تأثير السبب الآخر للملكية في حقه بالمرّة ولم يبق من أثره شيء، وهو لا يكون إلا بعد استقرار الملك في حق المالك الثاني، فلمّا مع بقاء التزلزل لم تنقطع العلاقة بين المال والمالك الأول بالمرّة بل بقيت علقه ضعيفة بحيث له السلطنة على إرجاع عين الملكية السابقة بشخصها، فيكون حال هذا المال بالنسبة إليه حال الزوجة المطلقة الرجعية في أنها وإن انقطعت العلاقة الزوجية عنها لكن لا بالمرّة بل بقيت منها علقه ضعيفة، ولهذا تمنع من تجديد العقد وتأثير السبب الجديد فيها، فما دام هذه العلقه باقية لا يؤثر السبب الجديد، فإذا انقضت العلقه بالتام يجئ محل تأثير السبب الجديد، هذه هي المقدمة النظرية التي لا بدّ عن التكلم فيها مع العلامة - قدس سره -.

وأما بعد تسليمها فكلامه - قدس سره - متين ولا يرد شيء من الإشكالات عليه؛ لأنّ تقريب الدور حيثنّ واضح، لأنّ الاستقرار موقوف على البيع والبيع حسب الفرض موقوف عليه، وأما النقص بالبيع على غير المالك فواضح الدفع كما ذكره نفسه - قدس سره -؛ لأنّه غير متوقف على أصل الملك فضلاً عن استقراره، فقوله بجواز جريانه مجرى التوكيل والفضولية ليس معناه أنّ المشتري لو

بإعائه يكون وكيلاً أو فضولياً، بل المقصود أن البيع على غير المالك الأول لا يتوقف على ملكية هذا المشتري المتصدي للبيع عليه فضلاً عن توقفه على استقرار ملكه.

وأما النقص بالهبة والتعليك بالصلح في زمن الخيار على البائع فليترجم بعدم صحة كل ذلك وليست المسألة إجماعية ولا من المعلوم كونه من مذهب العلامة، مع أنه لو فرض لا يضر لكونه من اختلاف الرأي. وبالجملية فكلامه في غاية المثانة على تقدير صحة المقدمة، نعم هي في غاية الإشكال ومسألة نظرية علمية لا يسهل الجزم بأحد طرفيها.

الشرط الثامن: أن لا يكون الشرط ابتدائياً: اعلم أن هنا محلين للكلام: الأول: هل الشرط الابتدائي يفهم من الأدلة وجوبه ونفوذه أو لا؟ والثاني: بعد عدم فهمه واختصاص الأدلة بها في ضمن العقد هل الشرط الذي يذكر قبل العقد ثم يوقع العقد مبتئياً عليه داخل في الأدلة أو لا؟ ومحل كلامنا الآن في الثاني.

فنقول: تارة يكون المتحقق هو التعهد والالتزام المستقل السابق على العقد، ثم لما يوجب الاطمئنان للطرف بوقوع المتعلق يقدم على إيقاع العقد مطلقاً غير مربوط. وبعبارة أخرى يكون الغرض شيئاً واحداً خاصاً وهو بيع الدار بالثمن المعين مع ضم الحياطة، ولكن لما يكون القيد بنظره حاصلاً في المستقبل حسب تعهد المشتري يقدم على بيع داره عليه بلا شرط في ضمن البيع.

وهذا ظاهراً لا ينبغي الإشكال في عدم الاعتبار به لرجوعه إلى مجرد الداعوية وتخصيص الغرض، ومن المعلوم أن لا عبرة بخصوص الغرض، بل بعموم العقد، وهنا أيضاً حسب الغرض قد أقدمنا على أمرين وفعلاً فعلين صار أحدهما داعياً إلى الإقدام على الآخر من دون ربط في العقد المتأخر، فإذا كنا معتبرين بالشرط

المذكور في ضمن العقد فهذا ليس من هذا القبيل، لعدم تحقق الضمنية فيه.
وأخرى يكون التواطؤ بينهما على أن يوقعا عقداً خاصاً بخصوصية كونه مشروطاً بكذا فيتراضيان ويوقعان العقد من دون تسمية الشرط اكتفاء بالذكر السابق نظير ما إذا عيّن الثمن والمثمن فقال المشتري للبائع: هل أنت راضٍ؟ فيقول: نعم، فقال له: بيع، فقال: بعت، وقال المشتري: اشتريت، فإنه من قبيل حذف ما يعلم ويكون العقد مخصوصاً في النية مع اقتراحه بالدالّ العرفي، ومثاله في ما نحن فيه أن يقول: هل أنت مقدم على أن تبيع دارك بشرط الخياطة بمائة درهم، فيقول: نعم، فيقول: بيع، فيقول: بعت، فيقول: اشتريت، فإنه لا ينبغي الشك ظاهراً في أن هذا عند العرف شرط في ضمن العقد، وليس العقد أمراً منفكاً منحاذاً عنه، بل البيع وقع مخصوصاً بخصوص الشرط كخصوصية الثمن والمثمن المعيّنين في المثال السابق، فلو كان القول باللغوية وعدم التأثير في مثل هذا الفرض فلا بدّ له من تعبد خاص كما ربّما يقال في باب عقد الانقطاع بالنسبة إلى تعيين الأجل كما أنّه في الفرض المتقدم يكون لغواً حسب القاعدة.

فإن قلت: أيّ فرق بين باب الشرط وبين باب الأوصاف، فإن ذكرها قبل العقد يوجب تقييد العقد بخلاف الشرط على ما قررت في الفرض الأوّل، مثلاً إذا قال: لي عبد كاتب، فقال: بعنيه، فقال: بعتك، ينصرف إلى المتقيّد بالكتابة، وأما إذا قال: إني متعهد لمن ابتاع مني هذا الفرس بخياطة ثوبه، فقال مشتري: بعنيه، فقال: بعتك، فلا يصير البيع متقيّداً بالشرط.

قلت: السرّ أنّ المتعارف في الأوصاف التي تتفاوت القيمة بتفاوتها كونها بنحو القيدية في المبيع لا صرف الداعوية، وليس هكذا الحال في الشرط، فإنه ليس المتعارف في البيع أن يقع مع الشرط، فلهذا لا يوجب الذكر المتقدم إلّا صرف

الداعوية في البيع المتأخر بدون إیراث تقييد فيه، فتدبر.

ثم بعد البناء على عدم صحة هذا الشرط هل يحكم ببطالان العقد مع الابتناء عليه أو بصحته ولزومه، أو بصحته مع الجواز؟ قد يقرب الأول بأنه كما أنّ عدم ذكر بعض الثمن في الصيغة صريحاً أو تمامه مثل أن يقول: تبيني ثوبك بدرهم؟ فيقول: نعم، فيقول: بعني، فقال: بعته، فيقول: اشتريته، موجب للبطالان على ما ذكره الشهيد - قدس سره - في غاية المراد، لعدم الاستغناء بالذكر السابق مع القصد والاحضار في الذهن بل لا بدّ من اللفظ الصريح، كذلك حال الشرط المنوي مع الذكر السابق وعدم الإتيان به في العقد صريحاً.

ولكن يمكن أن يقال بعد أخذ تلك الكبرى من الشهيد - قدس سره - تعبدًا، بالفرق بين الثمن وأبعاضه الحقيقية وبين الشرط بأن الثمن وأبعاضه جزء للعقد بمفهومه وأما الشرط فهو كالجزء بوجوده يعني أنّه لو وجد خارجاً يصير جزءاً أو كالجزء، بخلاف الثمن، فإنّ جزئيته مطلقة، فإنّ المبادلة محتاجة إلى الطرفين، وأما الشرط فهو إن وجد يصير تنمّة للمبادلة وتابعاً لها وجزءاً، وإن لم يوجد فليس ما وجد مسلوباً عنه اسم حقيقة المبادلة البيعية، فإذا فرضنا أنّ الذكر اللفظي به قوام تحقّق أجزاء البيع وشروطه كالأخذ المعنوي فإنّ أخلّ بالثمن أو المثلث فهو كما إذا نوى المبادلة بشيء واحد فإنّه غير واقع، لأنّ المبادلة غير متحققة إلّا بطرفين، فكذا إذا كان من جزء سبب تحقّقها الذكر الصريح ولم يتحقق هو إلّا بالنسبة إلى أحد العوضين فإنّ المبادلة الخارجيّة غير متحققة لعدم العوض له.

إن قلت: فما تقول في ما إذا خصّ بعض الثمن بالذكر مع تمام المثلث؟

قلت: إن كان المثلث قابلاً للتبعض فهو منحلّ إلى يسوع فقد تحقق سبب

البيع بالنسبة إلى المقدار المذكور مع ما يقابله من المبيع ويبقى باطلاً بالنسبة إلى غيره وما يقابله، وأما إذا لم يكن شيء ذو أبعاد بل كان بسيطاً فلا محالة لا بد من عدم وقوع البيع، لأن المقابلة بين هذا المبيع وهذا المقدار لم يكن مقصوداً، وما هو المقصود ليس بمذكور، فالاخلال وقع لا محالة بما هو الركن والجزء المطلق في المبادلة على كل حال، وليس هكذا حال الشرط، لأنه لم يقع بازائه إنشاء شيء من العرضين، فأركان المبادلة متحققة لفظاً ومعناً، نعم قد أخل بشيء لو تحقق سبب وجوده معناً ولفظاً يصير جزءاً وإلا فليس مأخوذاً بمفهومه في حقيقة البيع، هذا.

وقد يقرب الأول أيضاً بأنه لا سبيل إلى الصحة بأحد وجهيها من اللزوم والجواز، أما الأول: فلأنه خرج على العاقد، لأنه لم يعقد إلا على الخاص، فلزوم غيره عليه خرج عليه، وأما الثاني: فلأن المفروض عدم نفوذ الشرط، وكان هو المحقق لحق للمشروط له من توافعه اختيار الفسخ، فإذا فرض عدم تحقق الشرط فلا موجب لثبوت الحق فلا موجب للخيار.

وفيه: أنه بعد أن دليل الصحة مغاير لدليل اللزوم وأن البيع المذكور مشمول لكليهما في حد ذاته فدليل الحرج لا يصلح إلا لتخصيص خصوص دليل اللزوم، لأنه هو الذي ينشأ منه الحرج، فإذا ارتفع اللزوم وبقيت الصحة فلا معنى له إلا الخيار، ومن هنا يمكن أن يقال في كل شرط فاسد بعدم إفساده للعقد، وإنما يوجب الخيار للشارط، فتدبر.

وقد يتوهم هنا شرط تاسع وهو تنجيز الشرط، وفيه: أن الوجه في البطلان مع التعليق لا يخلو من أمور، إما أنه السراية إلى أصل البيع وأنه لا يبيع مع عدم المعلق عليه للشرط لأنه لا شرط والمفروض تعليق البيع عليه، والمعلق على المعلق

على الشيء معلق على ذلك الشيء، وفيه: أنَّ التعليق في البيع على الشرط ليس تعليقاً أصولياً بل فقهيّاً بمعنى أنّه التزام فعلي في ضمن الالتزام البيعي.

وإما أنّه تعليق الثمن فلا ثمن مع عدم المعلق عليه، وفيه: أنَّ الثمن أيضاً موجود على كلا التقديرين، غاية الأمر يختلف حدّه.

وإما رجوعه إلى البيع بشنن على تقديرين، وفيه: أنّه مع عدم لزوم الغرر والخطر العرفي كما هو المفروض - حيث إنّ الكلام مع صحة البيع من الجهات الأخر - لا مانع منه، والخبر الذي ورد في النقد بكذا وإلى أجل بأزيد بالبطلان يقتصر على مورده.

وإما لنفس التعليق في الشرط وأنّه من العقود، فيوجب تعليقه البطلان فيكون الشرط فاسداً دون العقد بناءً على عدم إفساد الشرط الفاسد، وفيه: أنَّ وجه بطلان التعليق في سائر العقود إما الاستحالة العقلية وقد برهن في محلّه عدمها، وإما الاجماع والقدر المتيقن منه غير الشرط، وإما ما أشرنا إليه سابقاً من انصراف عناوين العقود إلى الفعليّات دون التعليقي منها لعدم تعارف التعليق فيها، مثلاً البيع معلقاً على ملكية المبيع أو التزويج معلقاً على تولّد الصبيّة غير متعارف سواء جعل القيد قيداً للهيشة أم للمادة، وليس هكذا الحال في الشرط، فإنّ التعليق متعارف كما في بيع الخيار واشتراط التزام كذا على تقدير كشف الفساد من غير فرق أيضاً بين جعل القيد للمادة أو الهيشة.

نعم يمكن في باب الوكالة دعوى الفرق بين النحويين بمعنى أنّ جعل القيد للهيشة بأن لا تكون الوكالة فعلاً محققة، بل بعد حين ممّا يكون التعارف على خلافه، بخلاف جعله قيداً للمادة.

ثم إنّ الشرط الثامن بعض أفراده مبنيّ على فساد الشرط الابتدائي وتكلّمنا

على مفروغية هذه الجهة وإن كان بعض أفرادها وهو ما كان السابق على العقد مقابلة صرفة غير مبني عليه، فالأولى صرف عنان الكلام في هذه الجهة.

فنقول: ذكر بعض أهل اللغة أنه التزام في التزام لا يدل على عدم كونه حقيقة في الابتدائي، كما أن بعض الإطلاقات مثل «شرط الله قبل شرطكم» و«ما الشرط في الحيوان»^(١) لا يدل على الوضع للأعم، إذ من المحتمل كون الأول من قبيل «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^(٢) و«قلت اطبخوا لي جبّة وقميصاً».

وكون الثاني بمناسبة أن الله المالك للمتعاقدين إذا ضمّ إلى عقدهما شيئاً، فهو كما إذا ضمّاه بأنفسهما، وكما إذا ضمّاه بأنفسهما الخيار كان يستحق اسم الشرط كذلك إذا ضمّاه المالك لهما ولعقدهما.

نعم في بعض الأخبار أطلق على النذر أو العهد، والخبر المذكور في باب المهور من الوسائل وهو خبر منصور بزوج^(٣) فراجع وعلل - عليه السلام - نفوذه بقول النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٤) وأيضاً شمول قوله تعالى: «أووفوا بالعقود»^(٥) بناءً على أنه العهد واضح، والمسألة ليست بإجماعية على ما يظهر من السيد الطباطبائي المحمّسي لكلام شيخنا المرتضى - قدّس سرهما - فالقول بنفوذ الشرط الابتدائي قوي.

ثم لو كان الشرط على ضرر الغير، فلا إشكال في اعتبار قبوله بمعنى إنشائه للقبول لا مجرد إحراز رضاه القلبي، وأما إذا كان لنفعه فالقول باعتبار قبوله بهذا

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٥.

٢- البقرة/ ١٩٤.

٣- معرب «بورك» منه - دام ظلّه -

٤- مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٠١، ح ٧.

٥- المائدة/ ١.

المعنى لم يقم عليه دليل بل مقتضى القاعدة الحاصلة من تتبع حال العرف في أمثال هذه المعاملات من هبة الغير وإبراء عدم الاحتياج إلى غير عدم الرد من ناحية ذلك الغير بعد الاطلاع، فإذا أهدى إلى غيره هدية فلا يحتاج علاوة على عدم الرد إلى انشاء قبول من المهدى إليه، بل نقول لو كان أحد ولياً على صغيرين فباع مال أحدهما من الآخر فلا دليل يدل على الحاجة إلى أزيد من إجراء صيغت بيعت، نعم لو كان إجماع فهو وإلا فمقتضى القاعدة عدم الحاجة، هذا.

القول في حكم الشرط الصحيح: وتفصيله أن الشرط قد يتعلّق بالفعل وقد يتعلّق بالوصف، وقد يتعلّق بالنتيجة، والأول قد يتعلّق بفعل نفس الشارط وقد يتعلّق بفعل الغير، والمتعلّق بفعل الغير على أنحاء، لأنه قد يلزم الغير بالتعهد للفعل ويلزم الطرف بالتعهد لذلك المتعهد به، وقد يلزم على الطرف ابتداء فعل الغير كما يلزمه فعل نفسه وله اعتبار عرفاً، وقد يلزم على الغير فعلاً بدون ارتباط بالطرف، ففي القسمين الأولين يتحقّق للمشروط عليه الذي هو طرف العقد عهدة ذلك الفعل المشروط مع تحقّق العهدة في أحدهما على ذلك الغير أيضاً وبدونه في الآخر وأثر العهدة في حقّ الغير هو الحكم التكليفي فقط، وفي حقّ هذا الطرف اختيار المشروط له على الفسخ عند تخلف ذلك الغير، وفي القسم الأخير لا عهدة إلا بالنسبة إلى الغير ولا أثر بالنسبة إليه إلا صرف التكليف، ولو تخلف فلا حقّ للمشروط له على فسخ المعاملة، لأن طرفها صاحبه الذي لا عهدة عليه، فلا استحقاق عليه حتى يكون من أثره جواز فسخ العقد الواقع معه.

وأما الثاني: فلا إشكال في اعتبار العهدة والالتزام فيه عرفاً وله أيضاً أثر وهو جواز الفسخ عند العدم وإن لم يكن أثر تكليفي كما هو واضح.

وأما الثالث: فقد جعله شيخنا المرتضى قسمين: الأول: أن يرجع إلى شرط

التحصيل وهو يرجع إلى القسم الأول ولا إشكال فيه، والثاني: أن يكون الالتزام متعلقاً بنفس النتيجة، قال شيخنا الأستاذ هذا أيضاً على قسمين: لأنه إما بشرط النتيجة في هذا الآن المتعقب للعقد وإما بشرطها في الزمان المتأخر الذي يسع لإيجاد السبب، فالقسم الثاني أيضاً لا شبهة فيه وإن كان من قبيل الزوجية والاعتناق مما له سبب خاص، ولا حاجة إلى إرجاع التعهد بها إلى أسبابها كما في الأمر المتعلق بها حيث لا ضرورة إلى ذلك فيه.

وأما القسم الأول فيجئ فيه ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - من أنه إما يدل دليل على حصر السبب فيه في غير الشرط وإما يدل على إطلاق السبب، وإما يكون مشكوك الحال، فالقسم الأول مثل الزوجية والاعتناق أدرجه في الشرط المخالف للكتاب والسنة.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: إنا وإن قلنا مخالفة الشرط يكون بمخالفة نفس الالتزام كما في الالتزام بترك المباح، ولكن مع ذلك يمكن أن يقال بعدم انطباق هذا العنوان على ما نحن فيه، لأن الشارط إنما جعل مهملة الزوجية لا المقيدة بكونها معلولة للجعل الشرطي، كما هو الحال في كل معلول فإنه بوصف المعلولية لعلته غير معلول وإن كان لا ينفك من هذا الوصف لكنه متأخر عن تأثير الذات في الذات، وهذا واضح.

وعلى هذا فإنما كان الالتزام على خلاف الكتاب لو كان التزام من الشرع بعدم الزوجية وليس كذلك، والزوجية المقيدة وإن كان التزم الشرع بعدمها لكن لم يلتزم بها الشارط بل لا يمكن إدراجه في غير المقدور؛ لأن الزوجية في الآن المتأخر عن الصيغة أمر مقدور للشارط، بمعنى أنه لو تكلم عوض قوله: بعث بشرط زوجية صبيتك: «زوجت صبيتك» كانت الزوجية حاصلة، فليس التكلم بالأول

مخرجاً للزوجية في الآن المذكور عن حيلة القدرة، نعم بوصف كونه متكلماً يبيع خارج، ولكن المعيار هو القدرة بحسب الذات وإلا فلا مقدور إلا وهو ممتنع بشرط.

فالحق أن يقال: بأن المفروض حيث إنه عدم سببية الشرط في هذه النتيجة، فالثابت هو تخصيص قوله: «المؤمنون عند شروطهم» فإنه يعطي السببية للشرط والمفروض العلم بعدم السببية.

والقسم الثاني: لا إشكال فيه ومثل له بالوكالة والوصاية فإن سببها هو مطلق القرار والشرط قرار إلا أنه يجيء الكلام في جواز عزل الوكيل وعدمه وفي بطلانه بموت الموكل وعدمه فإن الحكمين ثابتان عند انجعالهما بالجعل المستقل فهل هما ثابتان مع الجعل الضمني الشرطي أو لا ؟

قال شيخنا الأستاذ - دام ظله العالي -: الحق في المسألة هو التفصيل بأن يقال: أما عدم جواز عزل التكليف فهو مقتضى لزوم الوفاء بالوكالة المشروطة وأما الانعزال بالعزل والبطلان بالموت فهما أمران غير قابلين، لعدم تحققهما حتى يشملهما دليل الوفاء فإن الحق كما يأتي إن شاء الله تعالى أن دليل الوفاء بالعقد والشرط مفاده وإن كان هو التكليف ولكن يتبع تحقق الوضع، بمعنى أن الكلام بمنزلة أنه لما يكون الملكية حاصلة خارجاً فعامل معاملتها وهكذا، فهذا المفاد في مثل الملكية والزوجية بعد فسخ أحدهما يستفاد منه وجود الأمرين، وأما في مثل الوكالة التي قد أخذ في حاق معناها كون الوكيل منصوباً من الموكل ولا نصب مع العزل حقيقة فلا يمكن هذا الاستكشاف، وليس المفاد مجرد التنزيل حتى يقال بتحقيق الوكالة التنزيلية.

والحاصل قد يقال: إن مفاد الدليل أولاً هو المعاملة الخارجية معاملة

الوكالة والحكم بحصولها من جهة القطع الخارجي بأنه لا يجوز التصرف من غير المالك والوكيل، أو يقال: ينتزع الوكالة من هذا التكليف، وحيث لا يجوز رفع اليد عن الإطلاق في مورد ليس المحل قابلاً لتحقيق الوكالة كما في ما بعد العزل وبعد موت الموكل، غاية الأمر استكشافها في المحل القابل. والحق أن المفاد اللفظي هو المعاملة معاملة الوكالة لأجل تحققها، وهذا المفاد لا يمكن تمثيه في ما بعد العزل والموت، وهذا واضح.

وأما القسم الثالث: وهو مشكوك الحال، فبناءً على جعل ما كان سببه منحصراً من قبيل الشرط المخالف فقد تقدم الكلام فيه وأنه يجوز الشرط لأصالة عدم المخالفة، وأما بناءً على ما تقدم تقويته من أن الشرط غير مخالف لا لأن المخالفة لا بد وأن تعتبر بالنسبة إلى الملتزم لا الالتزام، فلما قد قلنا إن شرط ترك الحلال الفعلي داخل في الشرط المخالف مع كون المخالفة في الالتزام، بل لأن الزوجية الملتزم بها مثلاً ليست مخالفة لا نفساً ولا التزاماً، لعدم صدور التزام من الشارع على عدمها، فالمرجع هو أصالة العموم في دليل نفوذ الشرط، ولا يمكن أن يقال بتقييد الشرط بالشرط الذي تعلق بأمر لا يكون سببه منحصراً في غير الشرط، فإنه يصير الكلام في قوة أن يقال: الشرط المؤثر مؤثر.

نعم لو قيل: الشرط الذي ليس في الأدلة ظهور في انحصار السبب في غيره هو الموضوع لا يلزم الإشكال، ولكن الخارج لا يحتل إلا المنحصر ثبوتاً لا إثباتاً، فيبقى أن يكون الخارج هو الموارد الخاصة، فيتمحض الشك في التخصيص ويكون المرجع حيث لا الأصل اللفظي كما هو واضح.

هذا كله بعد تسليم شمول «المؤمنون...» لهذا القسم من الشروط مع عدم كونها عملاً وإن كان لها أثر عملي، وأما تحقيق شمولها لما بحيث يكون مفاده في

شروط الفعل إيجاب العمل وفي شروط النتيجة إيجاب الآثار العملية، فهو أن يقال: إن المتفاهم عرفاً من دليل الوفاء بالشرط أنه إمضاء فعل الشارط وتقرير مضمون ما شرطه وجعله أولاً ثم الحكم بعد ذلك بالوفاء على طبق الشرط، والمراد بالشروط في قوله - عليه السلام -: «عند شروطهم» هو الالتزام لا الملتزم، إذ لا معنى للكون عند النتيجة الملتزمة، والمعنى أن المؤمن يكون عند قراره والتزامه، ولا يتخلف عما هو مقتضى القرار وهو مختلف في المقامات تارة بكون العمل الخارجي فقوله: لك عليّ خياطة مفاده تمليك الطرف هذا الفعل على عهدة نفسه، كما أن قوله: لك عليّ ملكية هذا إيجاد نفس الملكية، فمقتضى القول الأول ترتيب آثار استحقاق ذلك الفعل بأن يوجده، ومقتضى الثاني إيجاد آثار ملكية الطرف من تسليمه ونحوه، والقاتل بالكلام المذكور يفهم أنه يكون مفاد الشرط عنده متحققاً، ومن هذه الجهة يمكن الحكم بالكون عنده.

وبما ذكرنا يعرف شمول دليل الشرط لكل من الفعل والنتيجة أعمّ مما كان هناك مشروط له أو لا كما في العهد بناءً على ما تقدّم من شموله لمثل ذلك أيضاً وأنه بمفاد واحد ينطبق على الكل.

ثم لا إشكال في انعقاد شرط النتيجة كالملكية ولازمه وجوب ترتيب آثارها، وأما شروط الفعل فلا إشكال أيضاً في أنه بالتخلف يتحقق الخيار ويصير العقد جائزاً على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

لكن يقع الكلام في [مسائل: الأولى]: أنه هل يصير الفعل واجباً على المشروط عليه تكليفاً أو لا؟ فقد اختار الشهيد - قدس سرّه - عدم الوجوب، وإنما فائدة الشرط أن العقد عند عدم الفعل يكون جائزاً.

والذي يمكن للاستناد في القول بعدم الوجوب أحد أمور، الأول: أن يقال

بعدم استفادة الوجوب من قوله: «المؤمنون عند شروطهم»، الثاني: انصراف الشرط إلى غير الفعل، الثالث: كون الشرط في الفعل راجعاً إلى الشرط الأصولي، ووجه ثبوت الخيار - لا البطلان - في صورة التخلف أن المعلق إنما هو اللزوم لا أصل البيع، والظاهر فساد كل من الوجوه.

أما الأولان: فلظهور قوله: «المؤمنون الخ» في الوجوب وشمول الفعل مؤيداً بالاستثناء الواقع عقيبه من قوله: «إلا من عصى الله»، فإن قوله: «المؤمنون عند شروطهم»، إما يراد به الإنشاء مجازاً وإما اخبار كُتبي به عن الإنشاء وإما اخبار حقيقي يستكشف منه الحكم، فإن كان أحد الأولين فلا يناسب الاستثناء؛ إذ لا معنى لإثبات نقيض الحكم للمستثنى بمعنى تخصيص الوجوب بغير العاصي، فإنه بمنزلة قولك: افعَلْ إن كنت فاعلاً.

وإن كان الأخير فالظاهر من السياق بيان خواص المسلم أو المؤمن وأن من لا يتصف بهذا ليس بمسلم أو مؤمن ولو كاملاً، ولا يحسن في هذا المقام الاستثناء بالعصيان، فإنه يخرج حيثنذ عن كونه خاصة، فإن كل أحد يوفي إن لم يعص الله.

والحاصل إذا قيل: المسلم من كان كذا لا يصح أن يقال إلا مسلم لم يكن كذا، بل المفاد أن من ليس كذا ليس بمسلم لا مسلم غير متصف، فالصحيح حيثنذ أن يقال: إن قوله: «إلا من عصى الله» يكون استثناء عن المشروط عليه، والمراد أنه يجب الوفاء، أو أن المؤمن يفي بشرطه إلا إذا كان في مقام الوفاء عاصياً لله، فإنه حيثنذ ينكف عن الوفاء ويتحرز، ولا يسدّه شيء عن ذلك إلا معصية الخالق، والمعنى على هذا في غاية الحسن مع كمال الملازمة مع كل من الوجوه الثلاثة، وهذا مؤيد لدخول الفعل في الصدر ولكون المراد هو الوجوب لا التنب.

أما الأول: فلأن المعصية ليست إلا فعلاً والوفاء الذي يكون معصية غالباً

يكون في شرط الفعل وإن كان يتحقق في النتيجة أيضاً مثل شرط الزوجية.

وأما الثاني: فلأن الذي لا يصلح للصرف عنه إلا معصية الله يناسب كونه واجباً لا مندوباً، وبالجمله التأيد بهذا الاستثناء بناءً على كونه من المشروط عليه لا الشارط صحيح على ما ذكرنا وإن لم يصح الاستدلال.

وأما الوجه الثالث من ارجاع الشرط إلى الشرط الأصولي فإنتاجه لعدم الوجوب وإن كان واضحاً - وإن قلنا بدلالة «المؤمنون» على الوجوب لأنه بالنسبة إلى الشرط بمعنى الالتزام لا الشرط بمعنى التعليق والتقييد - لكن يشكل بأنه كيف يمكن تعليق اللزوم دون أصل الملك بعد أن اللزوم من آثاره وأحكامه شرعاً وعرفاً، والقيد لابد وأن يتعلق بما هو المنشأ وهو أصل الملكية أو هي مع دوامها؟ وعلى كل حال لا يفيد التعليق إلا عدم أصل الملكية أو دوامها بعد انعدام القيد، وأين هذا من ثبوت أصل الملك وتبدل وصف اللزوم بالجواز؟

اللهم إلا أن يقال: إن اللزوم والجواز ليسا من أحكام الملك بل من أقسامه، فيكونان داخليين في المنشأ، غاية الأمر قد يتحققان بإنشاء المنشئ وقد يتحققان بجعل الشارع وإن لم يتعلق بهما الإنشاء، فإنه يصير حاصل معنى بعت «ملكت ملكاً لازماً» ثم يكون الملحوظ عند التعليق خصوصية اللزوم لا أصل الملك، فكأنه قال: جعلته ملكاً لازماً على تقدير كذا، لكن في كونها قسمين للملك كلام، فإن الملك ليس له عند العرف نحوان وإن كان له حكمان مع وحدته موضوعاً في مقامين لأجل خصوصية المقامين، وإذن فلا معنى للتعليق إلا الرجوع إلى أصل الملك، فلا يبقى لتوجيه كلام الشهيد - قدس سره - وجه.

الثانية: في شرط الفعل بعد القول بالوجوب التكليفي، هل يجوز الإجمار لو امتنع أو لا؟ التحقيق أن يقال: المسألة مبتنية على أنه هل يستفاد في شرط الفعل وضع أعني: حقاً أو ملكاً للمشروط له على عهدة المشروط عليه بالنسبة إلى الفعل

المشروط، أو ليس إلّا صرف التكليف؟ فإن كان الثاني فلا وجه للإيجاب وإنما يجب الأمر بالمعروف ولو كان بالضرب ونحوه.

وإن كان الأول فلا وجه لعدم القول به، إذ هو حيثئذ كنفس الثمن و المثلث وسائر الحقوق المالية التي تكون لأحد على ذمة آخر حيث يطالبه الغريم، فإن امتنع يجبره الحاكم، والفرق بين الإيجاب هنا وفي مسألة الأمر بالمعروف أنّه لا يجوز هناك الأخذ من ماله لو امتنع بعد الإيجاب أيضاً، وأمّا هنا فللحاكم أن يأخذ من ماله شيئاً ويعطيه خيأطاً آخر حتّى يخييط الثوب باجرة من مال المشروط عليه، وقد عرفت سابقاً تقوية الوجه الأول.

والحاصل: المدرك في المقام مع سائر المقامات متحد، فإما أن نقول بعدم الإيجاب في الكلّ، وإما نقول به في الكلّ والتفكيك لا وجه له، نعم إن أخذ في متعلّق الحقّ حصول الفعل بطيب نفس الفاعل كان حينئذ عدم الإيجاب لأجل عدم الموضوع، وأمّا بعد إطلاقه بحيث يكون ما جاء بالإيجاب عين متعلّق الحقّ فلا وجه لعدم، وكذا لو جعل أحد الأمرين إمّا الخياطة وإمّا الفسخ فكذلك، وأمّا بعد جعل الحقّ متعلّقاً بالخياطة واستظهار انعقاده من الشارع أيضاً بدليل «أو فوا» و «المؤمنون...» فلا وجه للتفكيك، هذا حاصل الكلام في الإيجاب.

وأما الكلام في الخيار فيشكل في أصله بأنّه ما الفرق بين استحقاق العمل وعدم الأداء وبين استحقاق الثمن وعدم الأداء فكيف لا يقولون فيه بالخيار؟ ومجرّد أنّ الاستحقاق ليس مفاداً للشرط يعني لم يشترط النتيجة واستحقاق العمل، لا يجدي فإنّ هذا موجود في الثمن؛ فإنّ البيع مبادلة بين العينين لا بين المالكين، والمملك لازم المبادلة بين المالين.

والاستدلال في إثباته بدليل «لا ضرر» كما يستفاد من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - الظاهر عدم تماميته، لأنّ الضرر المنفي مختصّ بالمالي، ولا ضرر مالي

هنا؛ إذ رتباً يساوي قيمة المبيع بدون الشرط للثمن، والضرر الغرضي غير معتبر كما هو واضح، وبالجملية إثبات خيار تخلف الشرط كلفةً بدليل لا ضرر في غاية الإشكال.

وربما يقال: إن الشرط تعليق لكن لا في أصل البيع بل في لزومه، وهذا وإن كان لإثبات الخيار وإفياً وفي الحقيقة يرجع إلى شرط الخيار، لكن بعد الإغماض عما ذكرنا سابقاً - من عدم إنشاء اللزوم في البيع - يرد عليه: أنه حينئذ لا وجه للقول بثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه؛ فإن المعلق لا يقتضي وجود المعلق عليه، وهذا واضح.

وربما يقال: إن الشرط وإن كان بمعنى الالتزام إلا أنه ليس التزاماً مستقلاً بحيث لا يرتبط بالمبيع، بل البيع مقيد به لا بمعنى كونه مقيداً بنفس الالتزام بحيث متى حصل كفى في حصول المقيد وإن لم يأت بما التزم به، بل بمعنى التقيد بالتزام، والتقيد المذكور أيضاً ليس راجعاً إلى أصل البيع بل إلى لزومه، فيكون حاصل قوله: بعثك كذا بكذا بشرط كذا: بعثك وألزمتك بكذا وإن لم تفعل فلا إلزام بالمبيع، ولازمة ثبوت الخيار.

فتبين أنه قد يكون الشرط تعليقاً صرفاً إما راجعاً إلى أصل البيع أو إلى الالتزام به، وقد يكون التزاماً صرفاً في ضمن التزام بحيث يكون الالتزام الثاني مقيداً بنفس الالتزام الأول، وقد يكون التزاماً في التزام يكون الثاني مقيداً بالأول بحيث يكون الملتزم أيضاً قيداً. فنقول: إن الظاهر هو القسم الثالث ولازمه ما ذكرنا، انتهى.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - بأن قوله: بعثك ملتزماً بالخياطة إما يوجب قوله ملتزماً حصول المضمون كما يوجب قوله: (بعثك)

حصول المضمون وهو المبادلة، وعلى هذا لا دلالة فيه على أنه لو لم يف خارجاً ولم يأت بالملتزم الذي صار مورداً للحقّ فحكمه ماذا من ثبوت الخيار وارتفاع اللزوم؟ كما أن البيع بعد إيجابه تحقق مضمونه من ملكية الثمن للبائع لا دلالة فيه على أنه لو لم يف ولم يسلم الثمن كان اللزوم مرتفعاً بالنسبة إلى مبادلة المبيع بالثمن.

وإما لا يوجب حصول المضمون بل النظر يكون إلى ربط الالتزام بالمبادلة بحصول الشرط والملتزم في الخارج، وعلى هذا لا يفيد إلا التعليق ولا يستفاد منه ثبوت الحقّ كما ورد على وجه التعليق، فيكون هذا كسراً على ما قرأ، وبالجمله الجمع بين انعقاد المضمون من ثبوت الحقّ وحصول التعليق الظاهر أنه في إنشاء واحد غير ممكن، نعم يمكن بانشائين بأن يقول: جعلتك متعهداً للخياطة لي وجعلت لزوم البيع مربوطاً بحصول الخياطة التي استحققتها عليك، وأما استعادة كلا المطلبين من قوله: «بعتك مشروطاً عليك الخياطة» فالظاهر عدم إمكانها.

ثم قال - دام ظله -: الحقّ أن يقال: إن الدليل الأمتن في المقام هو العرف؛ فإن بناء المعاملين على كون الشرط سبباً لاستحكام المطلب، مثلاً: لزوم الوفاء وإن كان حكماً فورياً غير جاتر التأخير ولكن مع ذلك يرون أنّ في اشتراط عدم التأخير والتسليم الفوري أثراً جديداً واستحكاماً آخر غير أصل اللزوم الحكمي، وهو أنه لو لم يف وأخر التسليم يكون المبيع عائداً إلى البائع، ولا فرق في هذا بين الوصف المتخلف والعمل المتخلف. وبالجمله يرون أنّ البائع لو أغمض في صورة التخلف ورضي بالثمن فهو غير آكل بالباطل، ولو صار بصدد استرداد المبيع معتذراً بتخلف شرطه كان مستحقاً.

فتتحقق من مجموع ما ذكرنا إلى هنا ثبوت الوجوب التكليفي والإيجاب،

وثبوت الخيار عند التخلف في الشرط الذي من الأعمال.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - استظهر بمن قال بعدم وجوب الإيجاب واستدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون - كالشيخ في المبسوط مع كونه قائلاً بأن الشرط الفاسد غير مفسد - القول بالوجوب تكليفاً وعدم جواز الإيجاب بوجهين، الأول: ظهور نفس النبوي في الوجوب ذاتاً وبالقرينة المتصلة والمنفصلة، والثاني: أن دلالة النبوي على صحة الشرط بناءً على مذاق القائل بعدم إفساد الشرط الفاسد مبنية على إرادة الوجوب، إذ لا تنافي بين استحباب الشرط وفساده، فلا يدل الاستحباب على الصحة، هذا ما ذكره.

ولا يخفى وضوح الوجه الأول، وأما الوجه الثاني فتوضيحه: أننا لو قلنا بإفساد الشرط فنفس الاستحباب كاف في الحكم بصحته؛ إذ يستفاد من استحباب الوفاء به أن العقد غير فاسد، ويستفاد من صحة العقد صحة الشرط لعدم اجتماع فساد الشرط مع صحة العقد، أما الثاني فهو المفروض، وأما استفادة صحة العقد من استحباب الوفاء بالشرط فهو أن وجه بطلان العقد أنه مقيد وإذا لم يسلم القيد لم يسلم المقيّد، والمفروض أن القيد حصل غاية الأمر على وجه الاستحباب، فإن عمل بهذا المستحب لزم البيع وإلا جاء الخيار.

وأما لو قلنا بعدم إفساد الشرط الفاسد فلا يدل الاستحباب على صحته بل يجامع مع بعض أنحاء فاسده، فإن الفاسد قد يكون لأجل مخالفة الملتزم كما في شرب الخمر، وقد يكون لأجل مخالفة الالتزام للكتاب والسنة، ففي هذا القسم الثاني يمكن أن يقال بعدم وقوع الشرط صحيحاً، ولكن كان الوفاء به مستحباً، فلا يجدي ترك العمل به في الخيار كما يمكن أن يكون صحيحاً أيضاً، وبالجمله الدال على الصحة على هذا ليس إلا وجوب الوفاء، وأما الاستحباب فلازم أعم

للمصلحة.

المسألة الثالثة: بعد ما عرفت من ثبوت الإيجاب والخيار عند التخلف فهل الخيار ثابت مع التمكن من الإيجاب أيضاً أو لا ثبوت له إلا بعد تعذره؟ الظاهر الثاني؛ لأنّ الدليل عليه كما عرفت هو العرف، والعرف لا يستقلّ بالحكم بثبوت الخيار مع إمكان الوصول إلى نفس الشرط ولو بالإيجاب، فإنّ الذي حصل بالإيجاب حسب الفرض عين الذي صار مورداً للشرط لا غيره، ولهذا قلنا بوجوب الإيجاب على الحاكم، والعرف إنّما يحكم بالخيار بعد انقطاع اليد عن الشرط رأساً.

المسألة الرابعة: بعد ما عرفت من ثبوت الخيار في تخلف الشرط، هل الارش أيضاً ثابت أو لا؟ اختار شيخنا المرتضى - قدس سره - العدم، معللاً بأن الشرط لا يقابل بالمال، بل المقابلة بين المالمين، والتقييد لا يعدّ مالاً وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ مبناه - قدس سره - حيث إنّهُ التمسك بـ «لا ضرر»، فحال هذا الخيار حال خيار الغبن، فكما قال هناك بأنّ المقدار الذي رفعه الضرر من اللزوم المستفاد بقاعدة «أوفوا» إنّما هو ما لم ييذل التفاوت فهنا أيضاً لا بدّ من هذا الكلام، بمعنى أنّه لو فرضنا أنّه عصى ولم يأت بالخياطة المشتركة ولكن بذل الأجرة لأخر يخيطة فالضرر منجبر، فلا وجه لثبوت الخيار في هذه الصورة، فالفرق بين المقامين لا وجه له.

وأما القول بأنّ الشرط ليس بهال ولا يقابل بالعوض فلا دخل له بثبوت التدارك الذي قلنا، فإنّه وإن لم يكن بهال، لكن فوته لا إشكال في أنّه أحدث الضرر، فالمقصود أنّ بذل أجرة الخياطة جابر وتدارك للضرر، فكما تصوّرنا الضرر نتصوّر التدارك، وكما لم يتقوم حصول الضرر بالتموّل لا يتقوم حصول التدارك

أيضاً بالتقوّم والتموّل وهذا واضح، فالأولى أن يقال هنا أيضاً بأن مرجعنا العرف، فإنّه لا عين ولا أثر من الارش عندهم بل يجوزون للمشروط له فسخ المعاملة وإن بذل المشروط عليه الارش.

وبالجملة فكما أخذنا أصل الخيار من العرف نأخذ كيفيته أيضاً منهم وهو عدم سقوطه ببذل التفاوت وكذلك عدم استحقاقه لمطالبة الارش، ويتّضح هذا بملاحظة استهجان بذله لو طالب المشروط له ما شرطه سواء في الوصف المفقود أم في العمل المتروك.

نعم هنا كلام بالنسبة إلى العمل الذي له القيمة مثل الخياطة لا بالنسبة إلى ما لا قيمة له مثل بيع داره بقيمة المثل، وهو أن يقال: كما أنّ مالك الكليّ على عهدة آخر لو تعذّر ذلك الكليّ يتقلّ إلى البذل، فكذا في هذا القسم من العمل أيضاً يجوز أن يطالبه بالبذل وهو قيمة الخياطة، فلا بدّ من ملاحظة باب الإجارة وأنّه لو تعذّر استيفاء المنفعة بمانع آخر غير خراب البنيان، فمقتضى ما ذكرنا هو الرجوع إلى البذل، مع أنّ ظاهرهم هناك الانفساخ لو كان قبل التسليم، ولازمه في ما ذكرنا هو الفسخ، ولكن لازم ما عرفت في ملك الخطة الكليّة وغيرها من الرجوع عند تعذّرها إلى البذل هو الرجوع في مقامنا أيضاً إليه، ولا وجه معه للفسخ، إذ هو بعد انقطاع اليد عن العمل أصلاً وبدلاً، والخصوصيّة وإن انتفت لكن حالها حال الخصوصيّة في الكليّ المتفّية، فلا بدّ من ملاحظة أنّه هل بين المقامين فرق بحسب القاعدة أو لا؟ وعلى الأوّل مقامنا من أيّ القسمين، ولا يخفى أنّ هذا الكلام على تقدير صحّته لا ربط له بالارش ويجري على كلا المبنيين اللذين أسلفنا من التثبت في إثبات الخيار بذيل حكم العرف كما هو المختار أو بذيل قاعدة نفي الضّرر كما هو مختار شيخنا العلامة.

والحاصل: أنّ المسألة ذات أوجه ثلاثة: الأوّل: تعيّن الفسخ، والثاني:

تعيّن الرجوع إلى البدل، والثالث: التخيير بين الأمرين، ويظهر من كلمات شيخنا المرتضى تنبئتها وهما الأول والثالث، ومن بعض المحققين المحشين لكلماته تليثها كما ذكرنا.

وربما يؤيد القول بتعيّن الفسخ وعدم جواز مطالبة البدل بأحد وجهين:

الأول: أنّ اللام في قول المشتري لا تفيد الملكية، بل هي متعلقة بالشرط والتعهد، فقوله: شرطت لك، معناه تعهدي يكون لأجلك، لا أنّ اللام متعلق بمتعلقه. وبعبارة أخرى ليس المتعهد به هو الكون له، بل تعهد له بأمر كذا.

ويشهد لهذا ملاحظة وحدة سياق الشرط بالنسبة إلى موارد قبول المورد للمالية والمقابلة بالمال، وموارد عدم قبوله، مثلاً قولك: شرطت لك خياطة ثوب وشرطت لك بيع داربي أو عتق عبدي، كلّ ذلك يكون اللام فيها على نسق واحد، فكما لم يرد بها بالنسبة إلى ما لا يقبل الملك الاختصاص الملكي فكذا بالنسبة إلى المورد القابل له، فالمورد القابل وإن كان يصلح هو للمملوكيّة لكنّ الشرط لم يفد فيه زائداً على الحقّ شيئاً، فيكون نظير حق السبق وحقّ التحجير المتعلقين بالأعيان، فإتّهما مع قبول مورد هما للملكيّة لم يفيدا أزيد من الحقّ، فلو غصب غاصب فهو وإن كان غصباً وحراماً لكن لم يثبت عليه ضمان؛ لأنّه لم ي تلف مالاّ وإنّما فوت حقّاً، فكذا في مقامنا لا ملك للمشروط له في عهدة المشروط عليه حتّى ينتقل إلى البدل، بل الثابت مجرد الحقّ وقد تعدّر، فلا يثبت له إلّا الخيار.

والثاني: أن نقول: فرق بين الأعيان ومنافع الحرّ والدار في عنوان المالية، فالأعيان يعرضها عنوان المالية لذاتها مع قطع النظر عن الوجود، فحال ماليّتها حال عناوينها الذاتية وزوجية الأربعة، فكما أنّ الحنطيّة ثابتة لذاتها في أيّ عالم وجد وكذا الزوجيّة، فكذا المالية في الحنطة، وهذا بخلاف المنافع في الحرّ وفي الدار

مثلاً، فهي إنما تتّصف بالمالية باعتبار الوجود، وإلا فمفهوم منافع الحرّ والدار ليس ببال وإلا يلزم أن يكون الحرّ وصاحب الدار مالكا لآلاف كرور.

فالفرق إذن بين تعهّد الحرّ للخياطة وتعهّده لأمنان حنطة أنّ التعهّد في الأوّل باعتبار كونه محضاً للوجود الخارجي يعطي وصف المالية للخياطة، وأمّا في الأمنان فهي أموال في ذاتها، ولكن لا يسذل أحد بإزائها مالا ما لم يتعهّد بها ذو ثروة، وكذلك بذل المال بازاء منافع الدار إنّما هو باعتبار أصل السلامة الموجود عند العقلاء الحاكي عن وجود المنفعة في المستقبل، فإذا فرض تعدّر العمل على المتعهّد كيبس يد الخياط مثلاً وخراب الدار وصيرورتها عرصه، تبيّن أنّ المعاوضة لم تكن بمعاوضة حقيقية لعدم مال بازاء الأجرة التي أعطاها، فلم تنتقل الأجرة إلى المؤجر، ولازم هذا هو القول بالبطلان في الإجارة وثبوت حقّ الفسخ في شرط العمل.

لكن يرد على هذا الوجه أنّ الشارط لا يلتزم الخياطة المتعهّدة بل ذات الخياطة، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الإجارة والشرط يتعلّقان بذات الخياطة في خيال الوجود وبعد الفراغ منه، وعلى هذا فلو تبيّن عدمه فإن كان لعدم استيفاء الشارط والمستأجر مع حضور المؤجر وعدم مانع منه، فلا خيار ولا بطلان، وإن كان من نقصير من المشروط عليه أو المؤجر أو لمانع آخر من تلف أو غصب فتبيّن أنّها تخيلاه خلاف الواقع وأنّه لم يكن مال حتّى يبذل المال بازائه فقد وقع مقدار من الأجرة أو تمامها بلا ما بازاء، فيسترجعه في الإجارة ولا يستحقّ على المشروط عليه عوضاً إذ لم يستقر في ذمته مال حتّى يتنقل إلى البدل.

وبالجملة: ذات الحنطة مال ويقع في بيع الكلّي هذه الذات طرفاً للمبادلة فلو أعوز الحنطة لا يلزم فقدان أحد المعوضين، بل يقال له: مقدار كذا من المال في

ذمة فلان، ولو كانت المالية غير ثابتة لمفهوم الخطة بل لوجودها لزم انفساخ المعاملة، وانكشف عدم وقوعها، ووصف التعهد أيضاً غير مثمر لأنه أت من ناحية البيع، والمالية لا بد من حفظها قبل البيع فلا يتم المعاملة إلا بكون نفس المفهوم مالا، ولهذا يطالبون عوضه عند الاعواز، وهذا بخلاف منافع الدار ومنافع الحر فإنه يستكشف بالتعذر أو عدم الوجود لتقصير المؤجر أن ما أعطاه كان إعطاء بلا ما بازاء.

هذا غاية ما يقال في توجيه الوجه الثاني، ولكن فيه أن منفعة الدار الشخصية حالها كحال نفس الدار الشخصية، فكما لا يتقل بعد فواتها إلى بدلها فكذا في المنفعة، غاية الأمر إن الدار الشخصية لما صارت بالعقد ملكاً للمنتقل إليه فقد ورد التلف عليه، وأما المنفعة فلما يكون أصل وجودها متصرفاً، فإذا انتفت ينكشف أن العقد لم يتحقق له موضوع، فلم يملك المؤجر العوض ولم يخرج عن ملك المستأجر كذلك، وأما المنفعة الكلية مثل أن يتعهد أو يؤجر نفسه للخياطة الكلية الأعم من أن يباشرها ببدنه أو بناتبه، فلا نسلم أنه إذا فقد جميع الوسائل لتحصيلها خارجاً يحكمون بأنه لا مال في عهدة المؤجر والمشروط عليه ويفرقون بينه وبين العين الكلية، فإن الفرق في غاية الصعوبة.

نعم الانصاف أن الوجه الأول مما لا يحيص عنه، بمعنى أننا إذا رأينا أن القائل: لك شرطي أن أبيعك دارتي بثلث المثل، لا يرتكب عنايةً وتجريداً في قوله: لك شرطي، بل هو باق على عين عنايته في قوله: لك شرطي أن أخيط ثوبك، ولا أنه يرتكب في القول الثاني مزيد عناية، بل هو بعناية واحدة يتكلم بكلمة «لك شرطي» في المقامين، ومن المعلوم أن هذه العناية لم تستلزم التملك لمناسبتها مع ما لا يقبله كالوصف وشرط البيع بثلث المثل.

وحيثئذ فمجرد كون المحل في المقام الثاني قابلاً للتملك والتملك لا يشمر شيئاً، فإنَّ المقتضي ناقص ولم يلحظ فيه عناية التملك، فلا يتزعج في كلا المقامين أزيد من الحق بالنسبة إلى الملتزم؛ فإنَّ السلام وإن كان متعلقاً بالالتزام لكن يسري معناه إلى الملتزم، وليس عرفاً للالتزام موضوعية، فالحق مفهوم والزائد منه غير مفهوم، ومن المعلوم أنَّ استحقاق الأجرة والعوض فرع ثبوت مال في عهدة المشروط عليه وذمته، والثابت ليس بأزيد من الاستحقاق، فليس اللازم عند التعذر إلّا خيار الفسخ، هذا حال العوض في ما إذا كان متمولاً وكان التعذر طارئاً على الاشتراط بمعنى أنَّ الموضوع كان موجوداً والقدرة كانت ثابتة حاله، ثم طرأ إمّا انتفاء الموضوع وإمّا سلب القدرة.

وأما ثبوت الارش في جميع الصور من المتمول وغيره والصفة والعمل، والتعذر المقارن للاشتراط والسابق واللاحق فقد يستفاد من سيدنا المحمّدي البيزدي - طاب ثراه - كونه مقتضى القاعدة، وما ذكره في تقريبه وجهان.

الأول: أنَّ الوصف والشرط وإن لم يكونا مقابلين بالعوض في مقام الإنشاء إلّا أنّهما مقابلان به في عالم اللب، ومقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ وجواز الارش، لا بمعنى بطلان المعاملة في المقدار الذي زيد لأجله كما في تخلف الجزء؛ لأنّه فرع المقابلة في عالم الإنشاء والفروض عدمه، بل بمعنى جواز استرداد ما يساوي ذلك المقدار كما في خيار العيب.

وفيه: أنَّ ما ذكره بعينه جارٍ في صورة الداعي، أعني: إذا كان وجود الوصف داعياً إلى شراء العين بأزيد من مقدار ثمنه، فإنَّ اللب في كلا المقامين متحد، فإن كان مقتضى هذه المعايضة اللبية ما ذكره فليجبر في كليهما، وإن لم يكن له أثر أصلاً فليكن كذلك في كليهما، فالفرق تحكّم.

فلا بد لنا من ملاحظة أن التقيد الذي هو خصوصية زائدة في المقام دون مقام الداعي أفاد أي شيء؟ وإلا فاللب لا يثمر شيئاً، ومقتضى التقيد أيضاً قد عرفت أنه عند العرف استحقاق الفسخ، ولو أغمض عن الوصف المفقود ورضي بالعين يعدونه أيضاً أكلاً بالتجارة لا بالباطل، وأما الارش فليس له أثر عندهم، نعم لو رضي ببذل مقدار وأغمض عن الفسخ كان جائزاً، لكن الكلام في الاستحقاق.

الوجه الثاني: أن تمام العوض بازاء العين، إلا أن إعطاء بعض ذلك في مقابل العين إنما هو في مقابل الشرط، وإذا بان عدمه فله أن يرجع في ذلك الإعطاء الزائد، لعدم وصول عوض الإعطاء إليه.

وفيه بعد تصور معاوضتين في إنشاء واحد إحداها بين نفس العينين والأخرى بين تلك المعاوضة وبين الشرط - وأيضاً كان النظر في المعاوضة الثانية مختصاً إلى خصوص الحذ أعني: كان الشرط عوضاً لمبادلة ذلك الحذ من الثمن بازاء الثمن لا بازاء أصل المبادلة - أن اللازم حيثئذ عند فقدان الشرط انفساخ المبادلة بالنسبة إلى الحذ أعني: رجوع الزيادة وما يحذائها من المبيع إلى مالكهما الأصلي لا الرجوع إلى الارش.

والعجب منه - طاب ثراه - حيث تفطن لهذا الإشكال وأجاب بأنه لما كان التمام بازاء العين في الإنشاء فله أن يمضي المعاملة على حسب الإنشاء وله أن يفسخها وله أن يسترد المقدار الزائد، وأنت خير بعدم اندفاع الإشكال بذلك، لأن كونه بازاء العين في المعاوضة الأولى لا يضر بكون المعاوضة بالنسبة إلى الزائد بازاء الشرط، ولا يعقل حصول أحد الأمرين اللذين اعتبر المعاوضة بينهما مع عدم حصول الآخر، فلا محيص عن بطلان المعاوضة بالمقدار الزائد لا ببقاء ما بازائها.

المسألة الخامسة: لو تعذر الشرط وكانت العين في حال تعذره خارجة عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو نقل لازم أو استيلاد، فللمسألة صورتان، الأولى: أن لا يكون التصرف الناقل منافياً للوفاء بالشرط مثل البيع وكان الشرط خياطة الثوب، والثانية: أن يكون منافياً للوفاء به مثل أن يكون الشرط اعتاق العبد فيبيعه.

والكلام في الصورة الأولى تارة في صحة تلك المعاملة الواقعة على العين مع كونها عرضة للخيار، وأخرى في أنه على فرض صحتها هل الخيار ثابت بإرجاع نفس العين بفسخ تلك المعاملة من أصلها أو من حين الفسخ أو بإرجاع البذل؟

أما الكلام في الجهة الأولى: فالظاهر ابتناؤه على أن حق الخيار هل هو موجود في العين قبل حصول التخلف، بمعنى أن العرف يقولون في هذا العين حق لذي الخيار أن يرجعه لو تخلف الشرط، أو أن التعليق يكون بنظرهم للحق.

والحق أن يقال بكون التعليق إنما هو في مقام الإثبات، وإلا ففي مقام الثبوت ونفس الأمر فالحق ثابت من أول الأمر، والدليل على ذلك أنه لو كان التخلف عبارة عن حصوله خارجاً فاللازم في ما إذا كان الشرط مطلقاً بلا تقييد بالزمان الصبر إلى آخر عمر المشروط عليه وإن علم من حاله أنه لا يقدم على الشرط، والمعلوم من العرف خلافه وأنه متى يسوا عن فعله جاز لهم الفسخ، وإذن يستكشف بواسطة التخلف في ما بعد أن التصرف كان واقعاً حال وجود حق الخيار.

وحينئذ نقول: هل هذا الحق له تعلق بالعين أو ليس له علاقة إلا بالعقد؟ الظاهر الأول، فإن العرف يرون أنفسهم في البيع الخياري غير قاطعي النظر عن ما لهم بل يرونه بعين المالية في الجملة، وهذا دليل على أن الحق عبارة عن علة ضعيفة نصبت لهم في العين، وأن البيع لم يقطع علاقتهم عنها بالمرة، هذا ولكن

ثبوت هذا الحق لا ينافي صحة العقود الواقعة من غير ذي الخيار، إذ ليس للمالك حق بالبيع ونحوه حتى يقال لا يمكن اجتماع الحقيقتين، فإنّ الثابت إنّما هو جواز البيع بمعنى الحكم ونفوذه ولا منافاة بينهما أصلاً.

ثم لو فسخ المشروط له فلا وجه لفسخه ذلك البيع الذي أوقعه المشروط عليه بل يرجع عليه بالبدل على ما تقدّم من قضية قاعدة اليد، هذا على تقدير القول بثبوت الحق من أول الأمر، وأمّا على القول بشيئته بالتخلّف الخارجي فيشكل أصل جواز الفسخ بأنّه عكس البيع، والبيع إذا انكشف كون مبيعه أو ثمنه تالفاً حال وقوعه لا إشكال في الحكم بالبطلان، فالفسخ أيضاً كذلك، والسرّ أنّ البيع كان قائماً بشخص العوضين لا بالأعمّ منهما ومن البدل فكذا الفسخ، لأنّه عكس البيع، هذا حال الصورة الأولى.

وأما الثانية: فهي أيضاً من جميع الجهات كالأولى بمعنى أنّ حق الخيار وإن كان ثابتاً من أول الأمر وإن كان التخلّف الخارجي حصل بتبع التصرف وفي الرتبة المتأخّرة منه، لكن قد عرفت أنّ مجرد ثبوت الحق لا دليل على إفساده للتصرف، هذا بالنسبة إلى حق الخيار لو قلنا بأنّه ثابت من أول الأمر وإلاّ فإن قلنا بأنّه تبع للتخلّف الخارجي فالأمر أوضح حيث عرفت أنّه معلول البيع، ولا يعقل تأثير الحقّ المعلول للبيع في فساد.

وأما بالنسبة إلى حق الاعتاق أو الوقف فهو لم يكن متعلّقاً بالعين بل للمشروط له حقّ على المشروط عليه أن يوجد هذا الفعل ومتعلّقه هذا العين، فلا حقّ له بالنسبة إلى العين، غاية الأمر أنّه يبيعها يتلف مورد الفعل الذي هو مورد الحقّ، فلو قلنا بأنّ الأمر بالشيء يقتضي النهي عن الضدّ يصير البيع منهياً عنه من هذه الجهة، والنهي المتعلّق به من جهة أمر خارج غير موجب لفساده كما حقق في

عقله، وبالجملة لا فرق بين الصورتين أصلاً، فما يظهر من كلام شيخنا المرتضى من أسهلية أمر الأولى لم يظهر لنا وجهه.

ثم لو كان النقل جائزاً من طرف المشتري وفسخ، أو لازماً وتقابل مع طرفه فلا إشكال في لزوم ردّ العين؛ لأنه ليس ملكاً جديداً وليس كالبيع، بل هو بنظر العرف إزالة السبب الحادث وبقاء المقتضي القديم باقتضائه، فتكون الملكية نفس الملكية السابقة، فتعين عليه ردّ العين، وأما في الملك الجديد فهذه العين مع سائر أموال المشتري على نسق واحد فلا يمكن استيفاء عين الحق بشيء منها، لأنه إعادة الملك الأوّل وهو غير ممكن في شيء منهما بخلاف الحال في الفسخ والإقالة، هذا في صورة الفسخ أو التقابل قبل فسخ البائع ثم فسخ البائع.

وأما لو لم يقع الفسخ أو التقابل وأراد البائع الفسخ فهل له إلزام المشتري على الفسخ أو الإقالة في صورة حضور طرفه وتمكينه أو لا؟

قد يقال: نعم؛ لأنّ حقّه متعلّق بنفس العين لا بالعين الموجودة في ملكه ولهذا لو تلفت يحكم بالضمّان، ولو كان الحقّ معلّقاً كان من باب تفويت المعلّق عليه ولا ضمّان فيه، فالضمّان دليل على تعلّق الحقّ بنفس العين لا بها في تقدير الملك، وإذن فللبائع أن يجبر المشتري بالخروج عن مقتضى هذا الحقّ من رفع المانع عن إعمال البائع حقّه.

ثم لو لم يفسخ المشتري وفسخ البائع فلا إشكال في اشتغال ذمّة المشتري بالبدل، فلو فسخ المشتري بعد ذلك أو تقابل وصاحبه وعاد العين إلى ملكه السابق سواء كان قبل أخذ البائع البدل عن المشتري أم بعده فهل يتقل إلى العين بملاحظة أنّه الأصل، والبدل إنّما يكون بدلاً ما دام العجز عن المبدل فإذا تمكّن منه بطل البدليّة أو يستقرّ ملك البائع على البدل ويصير المبدل ملكاً

مستقراً للمشتري، لأنه مقتضى العوضية والبدلية ...

المسألة السادسة: لا إشكال في أن للمشروط له إسقاط حقه لأن الحق وإن كان قسم منه غير قابل للإسقاط لكن هذا من قبيل ما يقبله بدليل العرف المثبت له، فإنك عرفت أنه هو المثبت لأصل هذا الخيار وهو أيضاً المسقط له بالإسقاط، كما لا إشكال في أن كلما كان الشرط من قبيل النتيجة فهو غير قابل للإسقاط لأنه أمر حصل وقد قضى الحق أثره وسقط بذلك فلا معنى للإسقاط.

وقد يستثنى ما كان حقاً لغير المشروط له ومثل له بالعتق، وقد يمثل بحق الخيار المشترط للأجنبي حيث إن للعبد في الأول حق الإعناق وللأجنبي في الثاني حق الخيار فليس للمشروط له في المسألتين حق الإسقاط، ولكن الحق فساد كلا المثالين.

أما الأول: فلأن مجرد كون العبد مورداً ومحلّاً للعتق المشترط لا يوجب إحداث حق له بعتق نفسه، وأما الموجود من جانب الله فليس إلا الأمر بالوفاء بالشرط، وهو حكم أولاً وتابع لبقاء الحق ثانياً.

وأما الثاني: فلأنه من قبيل الاستثناء الأول أعني شروط النتيجة، لأن الخيار من النتائج وقد عمل الشرط عمله، ولا وجه لإسقاط المشروط له بعده وهذا واضح.

المسألة السابعة: لا إشكال في أن الشرط لو كان جامعاً لوصفين بل وكذا القيد والوصف لا يكون في الإنشاء بذل شيء من العوض بازائه، أحدهما: أن لا يكون بقاء الموضوع العرفي دائراً مدار وجوده وعدمه، فإنه لو كان كذلك فلا شك أن إتيانه بصورة الشرطية لا يثمر في القول بكون المهلة موضوعاً للبيع والحكم بالصحة بتهم الثمن، غاية الأمر حدوث الخيار، بل هذا داخل في تخلف المبيع،

فلا فرق بين قولنا: بعتك هذا الفرس، وبين قولنا: بعتك هذا بشرط أن يكون فرساً، في أنه مع انتفاء الفرسية نحكم بالبطلان وكونه من تخلف المبيع.

ثانيهما: أن لا يكون الشرط ممّا به قوام أصل مالبة المبيع فإنه لو كان كذلك مثل الكمّ فإنّ الحنطة لو انفكّ عن الكمّ لانسلك عنها المالية، والمراد أصل عنوان المالية لا حدّها، فإنّ وصف الكتابة أيضاً له دخل في قوام حدّ المالية.

لا يقال: إنّ الكمّ في مثل: بعتك الحنطة بشرط أن يكون عشرة أمان، أيضاً يكون مثل وصف الكتابة له مدخل في حدّ المالية، فإنّ شراؤه بعشرة قرانات مربوط بكونها عشرة أمان، وإلّا فلو نقصت عن العشرة نقص الثمن أيضاً بمقدار نقصان الأمان، فالكمّ الخاص مقوم للقيمة الخاصة لا لأصل القيمة.

لأنّا نقول: الفرق بين ما نحن فيه وبين الكمّ أن الوصف أعني الكتابة منشأ لزيادة المالية لا لأصلها بحيث يكون فاقد الوصف أيضاً مالاً، وأمّا العشرة الأمان مثلاً فهي وإن كانت مقومة لقيمة العشرة القرانات ولكن بحيث يكون توزيع القرانات بعدد الأمان بل أبعاض القرانات أيضاً على أبعاض الأمان، فيقع بازاء كلّ شيء من المنّ شيء من القران، ولازم هذا أن يكون ذلك البعض المبذول من الثمن بازاء المنّ العاشر مثلاً بلا ما بازاء إذا ظهر الحنطة تسعة أمان وإن كان ذكر العشرة بصورة الشرط.

والحاصل: لا فرق في التوزيع بنظر العرف بين صورة ذكر العشرة أمان بعنوان نفس المبيع وبين ذكرها بعنوان الشرط وجعل المبيع ذات الحنطة في أنه بنظرهم يوزّع الثمن على أبعاض الكمّ، فحال التعبير بالشرط ههنا حاله في اشتراط كونه فرساً في أنّ المنظور وقت المبادلة هو جعل البديل بازاء المقدار لا أنه لا يتصوّر هنا عنوان الشرطية بل المقصود أنّ المراد هو الجزئية.

نعم لو علم قصد الشرطية على نسق سائر المواضع لحقه حكمها، وقد عرفت أن سرّ هذا كون الشيء الممسوح أو الموزون لا مآلية له مع قطع النظر عن هذه الاعتبارات بخلاف العين الملمحوظة مع قطع النظر عن الصفات مثل الكتابة والخياطة والطباخية ونحوها، نعم قد يحى هذا المعنى العربي مع عدم وجود هذا السرّ وهو في ما إذا اشترى القطيع وشرط كونه مائة، فإن المنظور حسب المرسوم عند العرف لحاظ الجزئية مع عدم تأتي ما قلنا.

وبالجملة المقصود دعوى المرسومية العرفية لا عدم تعقل حقيقة الشرط في ما نحن فيه، فلو علم كون الغرض حقيقة الشرطية فاللازم ترتب أحكامها لكنّ الفرق بينه وبين سائر الشرائط أنها على تقدير الوجود أيضاً ليست بأجزاء بخلاف هذه أعني: المقادير، فإنها على تقدير الوجود يصير جزءاً ويصير بعض الثمن بازاؤها، فإن الأربعة أمانان ليست وراء الخنطة الموجودة، والمفروض كون الثمن بازاء الخنطة الموجودة، وهذا من قبيل أن الكربة شرط للاعتصام، ولكن عند الوجود يكون الماء بتمام أجزائه رافعاً للنجاسة، وهكذا في الأجزاء المستحبة في الصلاة مثلاً لو لم يؤت بها ليست بأجزاء ولكن لو وجدت تصير أجزاء.

ثم إنك عرفت أنه بناء على المرسومية المدعاة لا حاجة في الحكم بالتوزيع إلى التمسك بالخبر، لكن مع ذلك قد تمسك بخبر ابن حنظلة: «في رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجربة، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقة البيع واقترا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة أجربة؟ قال - عليه السلام -: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ المبيع وأخذ ماله كلّه إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليوقه ويكون البيع لازماً له وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ

الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردة الأرض وأخذ المال كله»^(١).

وهو مشتمل على الحكم المخالف للقاعدة وهي أنّ العين الشخصية إذا وقعت متعلقة للبيع فظهرت معدومة أو مستحقة للغير فتبديلها بالمثل كما يظهر من الرواية نفعه، غير نافع في الحكم بالصحة واللزوم، فإنّ الظاهر عدم التزامهم بذلك وإن كان يساعده العرف في مثل الظروف الجينية والكتب المطبوعة التي ليس في ما بين أفرادها اختلاف معتد به، فإنّ لو باع أحد عشرة ظروف فظهرت تسعة فوضع عليها واحداً من سنخ تلك الظروف بلا تفاوت، فلو أراد المشتري مع ذلك ردة المعاملة يعدّونه في هذا غير ذي حق، ولكن الظاهر عدم إمكان الالتزام به شرعاً.

والحاصل أنّ العرف يرون عدم الفرق بين الكلّي والشخصي في هذا فكما أنّه في الأوّل يلزم عليه الإبدال بما كان جامعاً للصفات فكذا في الشخصي لو بذله هو بالجامع لا يرون لطرفه حقّ الفسخ، ولكن الشرع بخلاف ذلك ظاهراً فيحكمون بأنّه من تخلف المبيع وأنّه غير صحيح وفرق بينه وبين الكلّي.

وأما القول بأنّه مطابق مع الارش فغيه أنّ القائل بالارش على تقدير القول بأنّ المقام من باب الشرط لا الجزء لا يقول بتعيينه بل بالتخير بينه وبين الفسخ، وأنّ التخير فيه للمشتري، وظاهر الرواية لزوم ذلك على البائع وعدم الاختيار لواحد منهما، وإنّما يحدث الاختيار للمشتري بعد عدم إمكان التبديل، هذا كله هو الكلام في متساوي الأجزاء.

وأما مختلف الأجزاء كالأرض فقد يقال بالبطلان، والفرق بينه وبين المتساوي أنّ القسط المقسّط على الجزء الفاقد معلوم أنّه ماذا، وأمّا في المختلف

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٤، من أبواب الخيار، ص ٣٠١، ح ١.

فحيث لا واقع في البين حتى يتصور فيه الجهل المصتحح للمصالحة بل هو مبهم في علم الله تعالى أيضاً، فيكون البيع باطلاً للإيهام في جانب الثمن فإن ما يقع بازاء المفقود غير معين واقعاً، فلا محالة يصير ما بازاء الموجود أيضاً غير معين كذلك وهذا معنى الإيهام.

ولكن يمكن دفع هذا الإشكال كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - بأنه حينما تجسّس العين وشاهدها بتهام نقاطها فهو تصور كلّ جزء منها جزأين، فتخيّل الخمسة أجربة عشرة أجربة، وبهذا يمكن تعيين القسط الواقع بازاء الموجود، والواقع بازاء المفقود، وإذن فالحق هو الصحة والخيار بين الفسخ والإمضاء بالحصة كما في المتساوي، هذا كلّ في جانب النقيصة.

وأما الزيادة بمعنى أنّه لو شرط مقداراً كعشرة أمان فتيّن الزيادة على العشرة فهل يحكم بكون الزائد ملكاً للبائع وكونه شريكاً مع المشتري، ويحدث للمشتري بسبب ذلك خيار العيب، أو يحكم بكون الكلّ للمشتري مع ثبوت الخيار للبائع لتخلف الشرط، أو يحكم بكون الكلّ للمشتري بلا خيار لأحد؟

الحقّ في المقام هو التفصيل بأن يقال: إن كان مرجع اشتراط عشرة أمان إلى أن لا يكون ناقصاً عن هذا المقدار من دون تعرّض لجانب نفي الزيادة، فحينئذ لو تبيّن الزيادة فمقتضى ما قلنا من التقسيط على العشرة أمان أن تبقى الزيادة في ملك البائع، غاية الأمر أن المفروض حيث إنّ عدم التعرّض لحال الزيادة بمعنى أنّه لم يجعله تحت التقييد بالعدم - نعم لا يصدق في حقّه الإقدام أيضاً بل أقدم على الشراء بداعي عدم الشركة ومفروغيته - تحقّق للمشتري خيار العيب.

وأما إن رجع الشرط المذكور إلى التحديد في كلّ من جانبي النقيصة والزيادة فكان منحلّاً إلى اشتراط أن لا يكون ناقصاً عن العشرة وأن لا يكون زائداً

عليها، فحيثُذ أيضاً تكون الزيادة باقية في ملك البائع ويكون الخيار للمشتري ويجتمع له حيثُذ خيار العيب وتختلف الشرط معاً، ويظهر الثمر في صورة إسقاط أحدهما فيبقى الآخر، هذا ما تقتضيه القاعدة بناءً على المختار في المسألة المتقدمة من الحكم بالتقسيت، ولكن في كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - ما لا ينطبق على ما ذكرنا فراجع كلامه - قدس سره -.

لا يقال: يمكن تصوير اللابشرطية بالنسبة إلى الزيادة عن مقدار العشرة أمانان مثلاً فيقع الحادي عشر وما زاد جزءاً للمبيع.

لأننا نقول: كلاً، فإنَّ العشرة أمانان على حسب ما قلنا هو المحط للنظر في بذل الثمن والعشرة لا تصير أزيد من نفسها فتكون الزيادة عليها خارجاً عن العشرة فلم يبدل بازاؤها شيء من الثمن، فليس جزءاً من المبيع، فغاية الأمر أنَّ المجموع مبيع وغيره، فإن شرط الانفراد كان له خيار تختلف الشرط، وإن لم يشترط ولم يقدم أيضاً كان له خيار العيب، وإن لم يشترط وأقدم لم يكن له خيار أصلاً.

خاتمة: في فروع:

الأول: هل هذا الخيار على الفور أو على التراخي؟ إن قلنا إنَّ مدركه الإجماع، فالظاهر أنه على الفور، وإن قلنا إنَّه الضرر، فالظاهر أنه ليس على الفور بمعنى أنه في أول أزمته الاطلاع ملزم بالإعمال، وإن تسامح سقط، بل بمعنى أنه لو حصل له الاطلاع وبقي متردداً في أنَّ له الصلاح في الفسخ أو في الإمضاء والصبر على فقدان الشرط وبقي متأملاً في يومين أو أيام، لم يكن منافياً بل جاز له لو استقر بعد الأيام رأيه على الفسخ أن يفسخ، نعم التأخير الاقتراحي لم يعلم جوازه.

وإن بنينا أنَّ مدركه العرف فلا بدَّ من مراجعة العرف وملاحظة أنَّ ديدنهم في المقام لو مضى أيام عن المعاملة عدم الحكم باستحقاق الفسخ، أو أنَّه لو كان تأمله وتراخيه لأجل تبين حاله من حيث الصلاح والفساد يحسبونه حيثنذ مثل ما إذا كان التأخير لأجل عدم الاطلاع، إذ لا شبهة في معذوريته عندهم واستحقاقه للفسخ، نعم لو شككنا في بنائهم كان الحكم هو اللزوم.

الثاني: لو كان فقدان الشرط بتقصير من المشروط له مثل أن أتلف الثوب الذي اشترط خياطته عمداً، فلا إشكال في عدم استحقاقه للفسخ، وأما لو كان هو السبب ولكن لا بالتقصير بل بالقصور - وقد يمثل له بها إذا أتلف الثوب المذكور غفلةً عن كونه محلَّ الشرط، وفيه أنَّ الظاهر أنَّه من قيل فوات التقدير المعلق عليه للشرط فإنه لم يلتزم بالخياطة المطلقة بل بها معلقة على تسليم الثوب، فمع انتفاء المعلق عليه لا تخلف بلا تفاوت بين العمد والغفلة، نعم لو فرض له مثال - فالحق أيضاً عدم الفرق بين العمد والغفلة في عدم ثبوت الخيار؛ فإنَّ الوجه في ثبوت الخيار عرفاً كون المشروط له ذا حق على المشروط عليه، وقد فات حقه، فإذا كان فوات الحق مستنداً إلى نفسه بدون تقصير من المشروط عليه أصلاً، فالظاهر عدم استحقاق المطالبة والفسخ.

وأما لو كان الشرط مثل قربة من ماء ثم كثر الماء بحيث خرج عن المألوية فإن كان ذلك بتقصير من المشروط عليه بالتأخير إلى مكان أو زمان كذلك، فالظاهر ثبوت الخيار، وإن كان بواسطة مفاجأة المطر في وقت غير مترقب بلا تأخير من المشروط عليه، فالظاهر أنَّ ذلك كاشف عن عدم كون محلَّ الشرط قابلاً للشرطية العقلانية، فإنَّ اشتراط قربة من ماء في زمان وفور الماء ليس مما يكون للعقل داع باشتراطه، فيكشف ذلك عن فساد الشرط رأساً فلا خيار له.

الثالث: لو عمل بالشرط الصحيح ثم فسخ العقد بسبب آخر أو بالتقاييل، فهل الشرط أيضاً تابع للعقد في الانفساخ أو هو على حاله سواء كان من شروط النتيجة أم من الأفعال التي لها أجرة كالخياطة؟ قد يقال ببقاء الشرط وعدم التابعية للعقد نظراً إلى عدم انحصار المدرك في تصحيح الشرط بدليل ﴿أو فوا بالعقود﴾ حتى يقال متى سقط هذا الدليل بارتفاع الموضوع بقي الشرط بلا دليل على الصحة بحسب البقاء، بل الدليل هذا العموم وقوله: «المؤمنون عند شروطهم»، وهذا الثاني باق على مقتضاه؛ لأنَّ عنوان الشرطية قد ثبتت له بالقطعة الأولى من الزمان أعني: ما قبل الفسخ، مضافاً إلى ما تقدم في محله من منع كون الشرط عبارة عن خصوص الالتزام في الالتزام.

وأما الشروط في ضمن العقود الجائزة فوجه عدم نفوذها أنَّ دليل جواز العقد يشمل ذلك الشرط الذي في ضمنه، فينافي مع دليل وجوب الشرط، وفي المقام لا يجري هذا كما هو واضح، بل ربّما أمكن أن يقال: إنَّ الشرط في ضمن العقد الفاسد أيضاً حسب دليل وجوب الشروط واجب، هذا.

ويمكن الجواب بأنَّ دليل الشرط أيضاً لا يشمل المقام، فإنَّ العقد هو المحلّ بالنسبة إلى الشرط، فالشارط إنَّما التزم على نفسه في موضوع وجود العقد، وأمّا إذا انهدم فلم يلتزم في هذا التقدير بشيء، فليس عدم إتيانه بها التزم خلاف الوفاء بشرطه، لكن هذا كلّ بالنسبة إلى حال عدم إتيان العمل المشروط فيحكم بعدم وجوبه بعد الفسخ أو التقاييل، وكذا بالنسبة إلى حال وجود العين التي اشترط ملكيتها للمشروط له أو ثالث فإنَّه يحكم ببطالان تلك الملكية فتعود العين إلى المقتضى الأولي.

وأما لو عمل ذلك العمل وكان ممّا له أجرة كالخياطة أو تلفت تلك العين

فالحكم بالانتقال إلى البديل وأنّ المشروط عليه يطالب بأجرة عمله أو بديل عينه إمّا من المشروط له أو من ذلك الثالث، إمّا مع رجوعه إلى المشروط له لقاعدة التسيب والغرور وإمّا مع استقرار الضمان عليه، مبنيّ على إجراء قاعدة اليد في مثل ما نحن فيه، فإنّه قد ثبت يد المشروط له على عين قد تعلق للمشروط عليه حقّ باسترجاعه، لكن هذا يختصّ بمورد الخيار في جانب المشروط عليه، وأمّا في الخيار من طرف المشروط له وفي التقايل لا مجرى له لعدم الحقّ، وكذا بالنسبة إلى العمل وإلى العين الموجودة في يد الثالث، ويجري هذا الكلام حرفاً بحرف في زوال الأوصاف في تلك العين إمّا تحت يد المشروط له وإمّا تحت يد الثالث.

والحاصل في صورة تلف العين في يد المفسوخ عليه يمكن القول بالضمان من باب اليد وأمّا في غيره فمشكل حتّى في صورة تلفها في يد ثالث، فإنّه من قبيل ما إذا أطار الريح أو ألقى الطائر مال أحد في كيس آخر من دون التفاته فعرضه التلف السماوي، فإنّ الحكم بالضمان حيثثذ في غاية الإشكال، لعدم ثبوت اختيار منه أصلاً واليد، حيث إنّ آلة إعمال الاختيار كناية عنه، وفيما نحن فيه أيضاً لم يحدث اختيار منه في إثبات اليد وحدوث السلطنة أصلاً وإتّها حصل بغير اختيار منه والتفات، فإجراء ضمان اليد فيه في غاية الإشكال، هذا.

القول في حكم الشرط الفاسد: والكلام فيه يقع في أمور:

الأوّل: لا اشكال في أنّ الشرط الفاسد غير واجب الوفاء، نعم إن لم يكن من قبيل تحليل الحرام بل من تحريم الحلال كان الوفاء به مستحبّاً لدخوله تحت الوعد بناءً على القول بعدم الإفساد، إذ بناءً على الإفساد لا وعد أيضاً، فإنّ الالتزام الشرطي وإن لم يكن معلقاً على الالتزام البيعي بأن التزم في صورة البيع، ولكن ليس مطلقاً بحيث كان هنا التزامان مستقلّان، بل للشرط ارتباط بالبيع، فكانه

الترم في تقدير البيع، فحيث لا بيع لا التزام، وهذا واضح.

كما أنه لا تأمل في الشرط الفاسد الذي يفسد البيع لأجل خلل في بعض شروطه، كما في الشرط المجهول، فإن وجه الإفساد أن البيع يصح أن يضاف إليه الغرر، ويضاف هو إليه فيقال: هذا البيع غرري، فإن الشرط وإن كان خارجاً عن الثمن والمثمن والبيع عبارة عن مبادلتها، فهنا بيع وشرط والبيع غير غرري ولكن للشرط ارتباط بالبيع ولهذا يصح أن يقال: بيع شرطي، فلهذا يصح نسبة غرريته أيضاً إلى البيع فيقال: هذا البيع غرري.

لكن هنا إشكال على شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث إنه استند في باب اشتراط القدرة على التسليم في العوضين أن مدركه الغرر، وحيث فلا يفرق الشرط الغير المقدور مثل اشتراط الزرع سنبلاً مع الشرط المجهول، فكما لم يوجب الجهالة في الشرط جهالة في أحد العوضين ولكن أوجب غررية البيع المشروط به، كذلك في الشرط الغير المقدور وإن لم يوجب عدم مقدورية أحدهما ولكن يوجب صحة إضافة الغررية إلى البيع، فما الفرق فيما بين المقامين كما هو صريح كلامه - قدس سره -؟

نعم لو كان المدرك في ذلك الباب هو الإجماع أمكن أن يقال: القدر المتيقن عدم مقدورية نفس أحد العوضين، وأما الشرط فلا، كما أنه لو كان انصراف دواعي العقلاء عن الإقدام بمثل البيع الخارج أحد طرفيه عن قدرة المتقل عنه، أمكن منعه هنا أيضاً، لأن الدواعي في الشرط غير منصرفة وليس كأحد ركني العقد في نظرهم.

وكلي الكلام في المقام أن الشروط التي لا بد من الإفساد فيها لاختلال شرط من شروط العقد خارج عن محل الكلام، كما أن الشروط التي لا إفساد فيها ولو قيل بالإفساد في غيرها مثل الشرط الابتدائي ومثل الشرط الذي ليس محل غرض

العقلاء أيضاً كذلك، وإن كان القول بالفرق محل إشكال.

نعم لو كان غرض القائل بالفساد في الشرط الغير العقلاني عدم توجه حقيقة القصد وأنه يشبه المزلة فله وجه، وأما لو كان الوجه انصراف دليل الشرط عنه مع تحقق الجحد في الإنشاء، فالفرق مشكل، وحاصل الكلام الكلي أن الشرط بمجرد فساده يوجب فساد العقد أو لا؟ والوجه التي أقاموا للإفساد أمور ثلاثة:

الأول: أن للشرط قسماً من الثمن، فإذا فسد، فسد ما يقابل الباقي لأجل الجهالة، وفساد هذا الوجه أوضح من أن يحتاج إلى البيان فالأولى الصريح عنه.

الثاني: أن التراضي بالمقيد متف مع انتفاء القيد، أما الثاني فواضح، وأما كون العقد مقيداً فلأن الشرط وإن كان ليس معلقاً عليه العقد بل العقد فعلي ولكن لا يخلو من ارتباط نحو ارتباط المثلث بالمثلث مع عدم تعليق في البين.

والحاصل: التقييد أعم من التعليق، فيمكن حصوله بدون التعليق، ولا شك أن الشرط ليس مستقلاً، فيكون حاله كالثلث بالنسبة إلى ملك المثلث.

والجواب أولاً: بالنقص بالشروط الصحيحة المتخلفة، فإن عين الكلام جار فيه، مع أنه لم يعهد من أحد من القائلين بإفساد الشرط الفاسد، القول بالبطلان فيها، والقول بأن القيد فيها حاصل وهو الالتزام، والملتزم الذي هو المفقود غير قيد، فيه ما لا يخفى.

وثانياً: بالحل، وهو أنه مع بقاء الموضوع العرفي وصدق الوحدة العرفية في ما بين الفاقد للشرط والواجد له - بحيث يحكم العرف بأن المفقود صفة من صفات الموضوع الواحد وحالة من حالاته كما في الفرس الشخصي إذا قيد بكونه عربياً - لاشك في صدق التعاهد والتراضي على هذا الموجود، فإذا قال: بعتك هذا الفرس، مشيراً إلى فرس شخصي خارجي، فهو مثل وضع يده، كما أنه يقع على ذلك الفرس، وقوله: العربي، مع كونه عجمياً لا يخرج عن كونه محل وضع اليد،

كذلك بالنسبة إلى التعاقد والتراضي القليتين، فإنها أيضاً وقعا على هذا الأمر الخارجي، ومجرد التقيد بكونه عربياً مع فقدانه لا يخرججه عن ذلك.

نعم لو قال: بعتك هذا الجسم بشرط كونه فارساً، فهذا أيضاً وإن كان مثل الأول ولو تبين كونه كتاباً، إلا أن الفرق أن المهمة في ما بين الفرس والكتاب غير قابل للبيع والمهمة في ما بين الفرس الشخصي إذا كان عربياً وإذا كان تركياً قابل له، كما يشهد بذلك مراجعة العرف.

إن قلت: إذا قلت: أيتها الصديق أدخل، لزم على تقريرك جواز الدخول وإن كان عدواً ولا يلتزمون به.

قلت: هذا من باب استظهار كون الإذن متعلقاً بالعنوان وقد أخطأ في التطبيق، فلا يسري الإذن من العنوان إلى المعنوي، وهذا بخلاف المقام، فإن البيع ورد على هذا الجسم الذي أشار إليه، ووضع يده عليه، غاية الأمر قيده بأنه عربي، ومجرد ذلك لا يخرججه عن كونه محلاً للبيع والتراضي.

والحاصل: أن المدعى أن باب الشرط ليس من باب التعليق على العنوان والخطأ في التطبيق، بل من باب التعليق على المشار إليه، غاية الأمر أخطأ في التوصيف وتخيّله واجداً للوصف، هذا.

وقد يجاب عن أصل الإشكال بأن باب الشرط من باب تعدّد المطلوب، وفيه: أن تعدّد المطلوب وإن كان أمراً منصّوراً ممكناً، ولكن الغالب بالنسبة إلى حال المشترطين وحدة الغرض وعدم تعلّق غرض لهم إلا بالمقيّد، فكيف يمكن الاستظهار من عبارة الاشتراط مع ملاحظة ورودها غالباً مورد وحدة المطلوب لا تعدّده؟

وقد يجاب أيضاً بأن الشرط قيد للزوم، وأما حقيقة البيع فغير مقيّد، وفيه أنه

خلاف الواقع كما يشهد به مراجعة الوجدان، فإنّ لزوم من آثار الملك لا أنا تارة نشئ الملك اللازم وأخرى الملك الجائز، فليس المنشأ إلا حقيقة الملكية فالشرط يتعلّق لا محالة بها.

الثالث: الأخبار، منها: رواية عبد الملك بن عتبة عن الرضا - عليه السلام - «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه عليّ وضیعة، هل يستقيم ذلك ويأخذ ذلك؟ قال - عليه السلام - : لا ينبغي».

وجه الدلالة على الإفساد أنّ حمل لا ينبغي على الكراهة وإرجاعه إلى الوفاء بالشرط غير جائز، لأنّ العقد لو كان صحيحاً لما كان الوفاء بالشرط مكروهاً بل كان مستحبّاً لدخوله تحت الوعد كما تقدّم، فلا بدّ من حمله على الحرمة وإرجاعه إلى العقد، فيفيد المدعى، وأمّا وجه كون هذا الشرط فاسداً فلاجل كونه خلاف الكتاب والسنة، فإنّ المراد باشتراط كون وضیعة المبيع على البائع أنّه لو نقص عن رأس المال في صورة بيع المشتري إتياء كان هذا النقص على البائع الأوّل، ومن المعلوم أنّ نقصان مال أحد لا يكون إلاّ عليه ولا يرتبط بغيره، فاشتراط كونه على الغير خلاف الكتاب والسنة، هذا حاصل الاستدلال.

وأجاب شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بإمكان حمله على الكراهة وإرجاعه إلى أصل البيع هذا النحو، فلا ينافي مع صحته.

قال شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - : لم أعلم لم لم يحتملوا أن يكون على تقدير الحرمة راجعاً إلى الوفاء بالشرط ولا يكون حينئذ دليلاً على الإفساد بل يجامع صحة العقد، وذلك لأنّه إذا فرض أنّ الشرط فاسد فأخذ المشتري التدارك من البائع بعنوان أنّه ملزم، وإعطائه إتياء بعنوان الوفاء من المعلوم كونه حراماً، ثمّ على تقدير إرجاعه إلى أصل البيع وحمله على الحرمة أيضاً يمكن منع دلالة بملاحظة

أن هذا الشرط مجهول بملاحظة جهالة أصل حصول الوضعية وجهالة مقدارها فيصير البيع ضرورياً وقد عرفت خروجه عن محل الكلام.

ومنها: رواية الحسين بن منذر قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: يبيئني الرجل فيطلب العينة، فأشتري له المتاع مرابحةً ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صح، قال: إننا هذا تقديم وتأخير فلا بأس^(١).

المراد بالعينة هو الاحتيال في أخذ نفع النقود فإنه حيث يكون رباً محرماً احتيل في الفرار عنه، بأن يشتري صاحب النقود متاعاً يسوي بخمسة تومانات مثلاً بهذا المقدار، ثم يبيعه من ذلك الشخص المحتاج إلى النقد بعشرة تومانات إلى أجل معين، ثم يبيعه هذا الشخص ثانياً من الشخص الأول صاحب النقود بخمسة تومانات فيأخذ منه الخمسة تومانات، ثم في رأس الأجل يعطيه عشرة تومانات وفاء لدينه السابق الحاصل من ناحية ثمن المعاملة السابقة، وهذه حيلة شرعية في الاستخلاص من الربا القرضي.

ثم البأس المستفاد من مفهوم الكلام إما يرجع إلى المعاملة الأولى أعني: بيع صاحب النقود المتاع من الشخص المحتاج، وإما إلى الثانية أعني: بيع هذا المحتاج ثانياً من صاحب النقود، فإن رجع إلى الأولى كان دليلاً على فساد الثانية أيضاً، وإن رجع إلى الثانية كان دليلاً على فساد الأولى من جهة أنه لا مفسد للثانية غير فساد الأولى، وعلى كل حال دلّ على المطلوب وهو كون الشرط الفاسد

مفسد للعقد.

وفيه: أنه من الممكن رجوعه إلى الثانية وليس دليلاً على الفساد في الأولى بل وجه الفساد أن الشرط فاسد، فالمعاملة الخارجة الواقعة بعنوان الوفاء بذلك الشرط الفاسد لم يقع على وجه التراضي بها، بل بعنوان أنه ملزم به.

وعلى فرض رجوعه إلى الأولى أيضاً غايته الدلالة على الفساد في خصوص هذا الفرد الخاص من الشرط الفاسد، فإنه قد ذهب العلماء إلى بطلان اشتراط البيع ثانياً من البائع، أو اشتراطه ثانياً من المشتري، معللاً بعضهم بالدور وبعضهم بعدم القصد وبعضهم بهذا النص والنص الآتي، فلعل لهذا الشرط خصوصية في الإفساد كما يظهر من العلماء فيبقى مفاد العمومات بالنسبة إلى ماعداه سليماً عن المخصص.

ومن المحتمل أن يكون وجه البطلان في مفروض الرواية دخول مثل هذه المعاملة الواقعة على وجه النسبة مع اشتراط أن يبيعه المشتري من البائع بالثمن الأقل الذي ابتاعه البائع الأول به في الدين الذي يجبر النفع، وأما إن الظاهر رجوع البأس إلى أي من البيعين، فالظاهر رجوعه إلى البيع الثاني، لأنه الظاهر من قوله -عليه السلام-: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع إلخ، وأيضاً من قول السائل: إن أهل المسجد يزعمون إلخ.

ومما ذكرنا يظهر الخدشة في رواية ثالثة ذكرت في المقام، وهي رواية علي بن جعفر عن أخيه -عليه السلام- قال: سألت عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقداً أيجل؟ قال -عليه السلام-: إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس^(١).

هذا مضافاً إلى إمكان أن يستند لصحة العقد المشروط في ضمنه الشرط

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧١، ح ٦.

الفساد بجملة من الأخبار.

منها: ما عن المشايخ الثلاثة - رضوان الله عليهم - في الصحيح على المحكي عن الحلبي عن الصادق - عليه السلام - أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة فأعتقتها فحبرها رسول الله ﷺ، فقال: إن شاءت قعدت عند زوجها وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها، فقال ﷺ: «الولاء لمن اعتق» الخبر^(١).

فإن دلالة على فساد الشرط كدلالة على صحة العقد واضحة، مثل الروایتين الأخيرتين المذكورتين في كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - فراجع. وقد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط متوقفة على صحة العقد فلو كانت صحة العقد أيضاً متوقفة على صحة الشرط لزم الدور.

وفيه أن توقف صحة الشرط على صحة العقد مسلمة وأما توقف صحة العقد على صحة الشرط فممنوعة، غاية الأمر عدم اجتماع صحة العقد مع فساد الشرط، فصحة العقد ملازمة لكون الشرط غير مخالف للشرع وللعقد مثلاً، وهذا واضح.

ثم من العجب أن شيخنا المرتضى - قدس سره - مع تقويته القول بالصحة وتخريبه تمام أوجه البطلان قال في آخر المسألة: والانصاف أن المسألة في غاية الإشكال ولذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق - قدس سره -، انتهى كلامه رفع مقامه.

وقال شيخنا الأستاذ - دام علاه - وأنا أيضاً لا أتجراً على الفتوى بواسطة

رؤية هذا الكلام من الشيخ - قدس سره -.

ثم على فرض القول بعدم الإفساد هل يوجب فساد الشرط الخيار للمشروط له أو لا؟ إن قلنا في خيار تخلف الشرط: إن مدركه العرف، فالظاهر العدم، لأن العرف إنما يحكم في صورة التخلف بثبوت الخيار لأجل الحق الذي يتزعمه من الاشتراط، وقوله: لك عليّ كذا، فهذا الحق يفيد جواز المطالبة والاجبار، ويفيد أيضاً جواز الرد في صورة الامتناع، فمجزئ امتناع الوصول إلى ما اشترط ليس سبباً بنظرهم، بل لثبوت الحق أيضاً مدخل، ففي صورة عدم انتزاع الحق من قبل الاشتراط لا بد أن لا يكون خيار لانتفاء موضوعه، وإن كان الثاني هو الشارع، لأن معنى إمضائه لطريقة العرف أن الخيار بنظره أيضاً حكم لذلك الحق، فإذا حكم بعدم الحق علم عدم حكمه.

وإن قلنا: إن مدركه الإجماع فاللازم القول بالعدم أيضاً، وأما إن قلنا كالشيخ - قدس سره - : إن مدركه أدلة نفسي الضرر فاللازم القول به هنا أيضاً كما في تخلف الشرط الصحيح من غير فرق بين علمه بفساد الشرط وجهله، أما الثاني فواضح، وأما الأول فلأن علمه لا يوجب كونه مقدماً على ضرر نفسه، لأنه بنظره العرفي غير مقدم إلّا على النفع، والمعيار في الضرر هو المصاديق العرفية لا ما يتحقق من ناحية الحكم الشرعي، فما ليس بإقدام مع قطع النظر عن حكم الشارع عليه بالفساد لا يخرج هذا الحكم عن هذا العنوان ولا يجعله إقداماً بعد ترتبه، لأن الحكم لا يوجب تغييراً في الموضوع وهذا واضح.

وأما حديث اعتضاد أدلة الضرر بالعمل ولا عمل هنا، ففيه: أن الاحتياج فرع ورود التخصيص الكثير عليه ولم يتحقق ذلك، فالأقوى بناء على القول المذكور هو القول بثبوت الخيار في الحالين.

الأمر الثاني: بناءً على القول بالإفساد لا ينفع إسقاط المشروط له ورضاه بعدم الشرط بعد تمام الإيجاب والقبول معه، لأنَّ العقد قد وقع على المقيّد والمفروض عدم وقوعه، وعدم وقوعه على المجرد عن القيد أيضاً، فالرضى اللاحق غير مثمر بل يحتاج إلى استئناف عقد جديد على الخالي عن الشرط وهذا واضح، بل لولا أنَّ احتمال الخلاف المذكور في كلام العلامة لما كان من غاية الوضوح محتاجاً إلى التعرّض^(١).

الأمر الثالث: بناءً على الإفساد لو لم يذكر الشرط الفاسد في متن العقد بل قبله وأوقعا العقد مبتنئاً عليه، فهل يوجب فساد العقد مطلقاً، أو يفصل بين ما لو قلنا في الصحيح بالتأثير للذكر المتقدّم فيوجِب في الفاسد الإفساد وبين ما لو لم نقل في الصحيح به بل باللغو، فيلزم اللغو في الفاسد أيضاً كما اختاره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -، أو يفصل بين ما إذا علما بأنَّ الذكر المتقدّم لغو فيكون لغواً، وما إذا لم يعلم لغويته فيوجب الإفساد، كما اختاره صاحب المسالك - قدّس سرّه -.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه - : الحقّ في المسألة هو القول بالإفساد، لأنَّ من وجوه القول بالإفساد في كلّ الشرط الفاسد هو كون الرضى بالعقد مقيداً بوجود الشرط، وهذا بعينه موجود ههنا، بل نقول: لو كان الشرط صحيحاً في ذاته ولكن كان مذكوراً قبل العقد فاللازم بناءً على ما ذكره، الإفساد، لعين ما ذكره في كلّ المسألة، فتسالمهم فيه على الصحة واختلافهم في الفاسد على التفصيلين المتقدمين لم يعلم لشيء منهما وجه.

١- سيأتي في باب النكاح إن شاء الله تعالى وجه الاحتمال بل اختياره من شيخنا الأستاذ - دام علاه -، فراجع مبحث الشرط الفاسد من ذلك الباب. منه عفي عنه.

تنمّة في ذكر أمور:

الأول: المقبوض بالشرط الفاسد حكمه في الضمان وعدمه حكم العقد الفاسد إن قلنا بثبوت الإجماع على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وبالعكس، وأن المراد بها أن كلّ ما أخذه الإنسان مع العوض ولو بلحاظه كان ضمانه عليه في صورة العقد الفاسد عليه، وكلّ ما يأخذه مجاناً فلا ضمان فيه، أو أن المراد أن الإقدام على ورود الضرر من ناحية تلف المال على كيسه موجب للضمان مع الفساد، وعدمه لعدمه، فإنّه إذا كان الإجماع على مفاد عبارة فاستظهرنا من العبارة معنى كان هذا تعييناً لمورد الإجماع بالحجّة أعني: ظاهر اللفظ.

وحينئذ نقول: لو فرض أن الشرط ليس بازائه شيء منظوراً لا لبّاً ولا إنشاءً كما في اشتراط شيء على الواهب في عقد الهبة الغير المعوّضة فلا ضمان، ولو فرض كون شيء إمّا بلحاظه كما في اشتراط شيء في عقد البيع أو الهبة المعوّضة، فإنّ ذلك الشيء وإن كان عبارة عن موهوبية شيء ليس بلا ما بازاء رأساً بل لوحظ بقباله جزء من العوض لبّاً وإن لم يقع بازائه شيء إنشاءً.

وإمّا بقباله إنشاءً كما في اشتراط مبيعية شيء بثمن المثل مثلاً سواء كان على الواهب في عقد الهبة الغير المعوّضة أم غير ذلك، فإنّ في كلتا الصورتين المتعین هو الضمان. هذا كلّ على تقدير تسليم الإجماع على تلك القاعدة.

وأما إن أنكرناه رأساً وقلنا: إنّ الثابت في باب الضمان ليس إلا اليد أو الإتلاف، وليس شيء آخر في عرضهما موجباً للضمان فنقول: الظاهر من قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» كون أخذ مال الغير بعنوان كونه مال الغير باختياره، وهذا لا يتحقّق إلا إذا التفت أنّه مال الغير، ومع ذلك أخذه، وأما لو لم

يلتفت بل اعتقد أنه مال نفسه، أو فرض أنه غير مختار مثل أن أطار الريح فأوقعه في كيسه من غير التفاته فعرضه التلف حيثشذ، فالانصاف أنه لا يفهم من قاعدة اليد حيثشذ ضمان مثل هذه اليد، فإن اليد ليست عبارة عن الجارحة المخصوصه، فإن اعتبارها معلوم العدم، بل كناية عن إعمال القوة والاختيار التي هي الآلة لها غالباً، هذا.

الأمر الثاني: لو اختلفا في اشتراط الشرط الفاسد في العقد وعدمه، فعلى القول بأنه لا يؤثر في شيء لا في إفساد العقد ولا في حدوث خيار، فلا ثمرة للنزاع، وأما على القول بأن وجوده في العقد يثمر في أحد الأمرين، فالقول قول من يدعي العدم، لأصالة الصحة وأصالة اللزوم.

ولو تسالما على أصل الاشتراط وتخالفا في كونه صحيحاً أو فاسداً، فمجمّل القول فيه أنه إما أن يكون في البين قدر مشترك هما متفقان فيه، غاية الأمر كلّ يدعي وقوعه بخصوصية إما صحيحة وإما فاسدة، وإما لا يكون بين دعوييهما قدر مشترك.

فإن كان الأول - ومثاله ما لو ادعى أحدهما أن الشرط كون مال لأحدهما للآخر والآخر يدعي أن الشرط كونه موهوباً له، أو ادعى أحدهما أن الشرط ملكية هذا المال المعين لأحدهما للآخر والآخر يدعي أن الشرط هو مبيعته هذا المال بالقدر الكذائي، فإن القدر المشترك في الصورة الأولى أصل قرار الملكية لهذا الشيء، فأحدهما يدعي كونه بخصوصية الموهوبية، والآخر كونه لا بهذه الخصوصية، وفي الصورة الثانية أصل قرار الملكية أيضاً والخصوصية في دعوى أحدهما كونه بازاء القدر المعين، وفي دعوى الآخر كونه مجاناً - فيمكن أن يقال في هذه الصورة بأنه: كما أن أصالة الصحة في العقد جارية بناءً على إفساد الشرط الفاسد، كذلك هي في الشرط بالنسبة إلى قرار القدر المشترك أيضاً جارية،

فيحكم بملكيّة هذا المال للمشروط له وإن كان لا يثبت بذلك كونه بالعنوان الخاص.

وإن كان الثاني: ومثاله مالمو ادّعى أحدهما أنّ الشرط كون المال المعين موهوباً والآخر أنّه كون صاحبه ملزماً بيهته في ما بعد للآخر، فحيث قد يكون مدّعي الفساد هو المشروط له ليسري الفساد إلى العقد بناءً على الإفساد وقد يكون هو المشروط عليه، ولا إشكال في الصورتين في جريان أصل الصّحة بالنسبة إلى العقد، كما أنّه لا إشكال أيضاً في عدم جريانه بالنسبة إلى الشرط، فإنّه لا يثبت به العنوان الخاص.

مثلاً لو صدر كلام مردّد بين السلام والفحش؛ لا يثبت بأصالة الصّحة كونه السلام لترتّب آثاره، وكذلك هنا أيضاً لا يمكن ترتيب آثار كون الشرط هو فعل الهبة لا الموهوبية بنحو النتيجة حتّى يلزم المشروط عليه بالفعل.

نعم الفرق بين الصورتين أنّه لو كان المدّعي للفساد هو المشروط له، فالمشروط عليه حسب إقرار نفسه بأنّه ملزم بفعل الهبة لو حضر المشروط له للقبول يكون ملزماً بالهبة وإلا فلا.

وأما لو كان المدّعي هو المشروط عليه فلا يمكن الإيجاب أصلاً، هذا والعجب من بعض السادة الأساطين حيث قوّى في تعليقه على مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سره - أولاً إجراء أصالة الصّحة في الشرط وإجراء أحكام العنوان الصحيح، ثمّ استشكل فيه، والحال أنّ مقتضى القاعدة - بناءً على كون أصل الصّحة أصلاً تعبدياً لا أمارة - عدم الإشكال في عدم الإجراء وعدم ترتيب الأحكام.

الأمر الثالث: قد عرفت أنّ الشرط قد يكون بنفسه فاسداً لكونه إمّا نفساً وإمّا التزاماً مخالفاً للكتاب والسنة أو لغير ذلك، وقد لا يكون في نفسه ولا في

التزامه مخالفة للكتاب والسنة ولا جهة فساد أخرى، إلا أنه مع ذلك قد أخذ في خصوص البيع مثلاً تعبداً عدم وقوع هذا الاشتراط فيه، ومن هذا القبيل الشروط في ضمن البيع الربوي أو القرض؛ فإن نفس الشرط وكذا التزامه غير فاسد، ولكن اشتراطه في ضمن بيع الحنطة بالحنطة مثلاً أو في القرض ممنوع لأجل الربا.

وبالجملة: هذا القسم الثاني أعني: ما إذا أخذ في صحة المعاملة عدم اشتراط الشرط فيه، خارج عن محل الكلام، فإن الاشتراط فيه مفسد للعقد المشروط فيه بلا كلام، وإثنا محل الكلام خصوص القسم الأول، وهذا واضح.

الأمر الرابع: قد عرفت أن الشرط وإن كان بازائه قسط من العوض لباً ولكنه خارج عن طرف العوضيّة بحسب الإنشاء، ويترتب على هذا أنه لو شرط على البائع ملكية شيء من ماله في بيع السلم لا يعتبر أن يكون مؤجلاً وإن كان يعتبر في المثلن أن يكون كذلك، وكذا لو شرط على المشتري فيه كذلك لا يعتبر فيه قبض المجلس، وكذا لو شرط ملكية حيوان في البيع لا يجري فيه خيار الحيوان أو شرط ملكية درهم في بيع المتاع بدراهم لا يعتبر القبض في المجلس في الدرهم وما قابله من الدرهم الواحد من الثمن.

ويظهر من بعض السادة الأساطين في التعليقة أن من أمثلة المقام المنفردة على ما ذكرنا ما لو شرط كون درهم من مال أحدهما للآخر في مقابل درهم، فقال: لا يحكم فيه بلزوم القبض في المجلس.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - بوجهين، الأول: أنه ما الفرق بين اشتراط المبيعية - حيث اعترف هو - قدس سرّه - بالفساد - وبين اشتراط ملكية شيء مقابل شيء، وهل البيع إلا عبارة عن مبادلة مال بمال؟

لا يقال: إن بيد العرف شيئين يعتبر عن أحدهما بالبيع وعن الآخر في

الفارسية بـ (تاخت)، وكلاهما مشترك في كونها مبادلة بين المالين.

لأننا نقول: نعم هما مشتركان في أصل المبادلة، وأما الفرق فهو أنه يعتبر في البيع أن يكون أحدهما مثمناً أعني: يقع في ما قبل الباء، والآخر ثمناً أعني ما بعدها، وأما في المعاملة الأخرى فالمالان ملحوظان في عرض واحد.

وبالجملة: الكلام في معاملة هذا بذاك، المفروض كون هذا مثمناً وذاك ثمناً، فالمقصود أن هذا لا يقع إلا بيعاً وإن وقع بلفظ التملك، وحيث إن قلنا بعدم اختصاص البيع بالأسباب الخاصة جاز هذا الشرط، ولكن يعتبر فيه القبض في المجلس، وإن قلنا بالاختصاص لم يجز هذا الشرط رأساً.

الثاني: إنا سلمنا كونه عنواناً آخر غير البيع، ولكن كيف ارتباطه بحدث عدم جزئية الشرط لأحد العوضين حتى يجعل من ثمراته عدم لزوم القبض في المجلس فيه، فإننا ولو قلنا بكونه جزءاً أيضاً لا يلزم القبض في هذا المثال، فإن الذي هو الجزء لأحد العوضين كون هذا مقابل ذاك، فيقع بازاء هذا الكون الخاص شيء من العوض الآخر، فإذا دلّ الدليل على لزوم القبض في المجلس في بيع الدرهم بالدرهم فكيف يشمل مثل هذا الذي يكون العوض فيه في الحقيقة هو الأمر المعنوي أعني المقابلة بين الدرهمين ولو فرض كون المقابل له من الذهب والفضة.

الأمر الخامس: قد يقال بالفرق في ما بين العقود الإذنية من قبيل الوكالة والعارية والمضاربة وغيرها، في أننا ولو قلنا في غيرها بعدم إفساد الشرط الفاسد لا بد أن نقول فيها بالإفساد، وذلك لأن الإذن متف مع عدم الشرط.

واستشكل فيه بعض السادة الأساطين في التعليقة بأن الكلام في هذه العقود هو الكلام في غيرها، في أن الشرط إن رجع إلى التقيد كان مفسداً في كليهما،

وإن لم يرجع إليه إمّا بتصوير تعدّد المطلوب، أو بتصوير كون التقييد في جانب اللزوم لا أصل للمعاملة لم يكن مفسداً في كليهما، هذا محصل مرامه - قدس سره -.

وقال شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - : إنّنا قد ذكرنا في وجه تصحيح المعاملة بأنّ الشرط مع كونه تقييداً يكون الموضوع العرفي الذي هو المشار إليه محفوظاً في حالتي وجود الشرط وعدمه، ولهذا فرّقنا بين الموضوعات الشخصية والكلية، وعلى هذا الذي ذكرنا لا بدّ أن نقول: بأنّ العقود الإذنية تارة يكون موردها الجزئي الحقيقي ويشترط في نفسها شيء، ومن الواضح أنّ تخلف هذا الشيء أو عدم انعقاده لا يضرّ بوحدة الموضوع، مثل أن يوكل الشخص المعين بشرط كونه كاتباً فلم يكن كذلك، فإنّه كما إذا باع العبد بشرط كونه كاتباً ولم يكن.

وأخرى لا يشترط في نفسها شرط، بل الشرط راجع إلى متعلّقها، مثل أن يوكل الشخص في أن يبيع الدار بثمان كذا وشرط كذا، فحيث لو وفي الوكيل وباع بذلك الشرط فتخلف أو فسد لا يضرّ، لأنّه مثل أن يبيع نفس الموكل كذلك فتخلف الشرط أو فسد، وأمّا لو لم يف وباع بلا شرط فحيث لا يصحّ العقد، لأنّه غير متعلّق الوكالة، لأنّ ما توكل فيه هو البيع بخصوصية كذا وهي الاشتغال على الشرط، وما وقع ليس مصداقاً لهذا المفهوم الكلي.

وبالجملة: حال العقود الإذنية بالنسبة إلى الشروط التي ترجع إلى نفس عناوينها كحال سائر العقود حرفاً بحرف، وأمّا بالنسبة إلى الشروط الراجعة إلى متعلّقاتها فلم تخلفت تلك الشروط أو فسدت فاللازم ما ذكرنا من التفصيل، فافهم وتذكّر.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

في ليلة الخميس ٢٨ شهر شعبان المعظم ١٣٤٥.

القول في أحكام الخيار:

مسألة: الخيار موروث بأنواعه، والظاهر أن المسألة إجماعية، وقد يستدل لها بآيات الإرث؛ فإثباتها عامة للأموال والحقوق، ويمكن الخدشة بآياتها بين ما لا عموم فيه لكونه وارداً في مقام حكم آخر، كآية «أولي الأرحام»^(١) وبين ما هو ناظر إلى كيفية الإرث، ولا عموم فيه أيضاً بملاحظة تذييلها بالربع والنصف ونحوهما الظاهر في كون الموضوع أمراً قابلاً للتقسيم، فلا يشمل الأمر البسيط.

نعم الاستدلال برواية: «ما ترك الميت من حق أو مال فلوارثه» حسن دلالة لو تمت سنداً، ولكنه موقوف على إثبات مقدمتين، الأولى: أن الخيار حق، والأخرى: أنه يصدق عليه ما تركه الميت.

أما الأولى: فالظاهر إمكان إثباته بملاحظة مساعدة العرف وحكمهم ودلالة قوله في بعض الأخبار: «فذلك رضى منه»^(٢) فإن الحكم لا يتغير بالرضى والعدم، وأما باب النكاح فالرضى محقق للزوجية وهي الموضوع للأحكام، والمقصود أن الرضى البحث بدون وساطة تحقق موضوع آخر في البين لا يصير منشأ لتغيير حكم إلى ضده.

نعم هو متداول في الأموال، فيكون النقل والانتقال منوطاً برضى صاحب المال، فيكون مكان المال في مقامنا الحق، فكما أن المال لا ينتقل إلا برضى صاحبه فكذا ههنا أيضاً لا ينتقل ولا يسقط الحق إلا برضى صاحبه، ولو كان

١- الأنفال / ٧٥ والأحزاب / ٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤، من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

حكماً صرفاً لما كان وجه لسقوطه برضاه، لا أقول: إنه غير معقول أن يكون حكمٌ ثابتاً لعنوان الراضي كالمسافر والحاضر، ولكن أقول: إن الظاهر من ترتيب شيء على الذات ثم تغييره بالرضى أن يكون حقاً.

وأما الثانية: فالظاهر أيضاً إمكان إثباته بالنسبة إلى ما إذا كان ذو الحق أحد المتعاقدين، وأما إذا كان أجنبياً ففي صدق عنوان ما ترك إشكال، لأن المتبادر من هذا العنوان المال أو ما يتولد منه المال، وبالنسبة إلى أحد المتعاقدين يكون الأمر كذلك، وأما بالنسبة إلى الأجنبي فالذي تخلف عن الميِّت شيء يوجب حصول المال لشخص آخر لا ربط له بالميت أو وارثه ومثله غير متبادر من عنوان ما تركه الميت، هذا.

مضافاً إلى إمكان أن يقال: إن الحق في خيار الأجنبي إنما هو لأحد طرفي العقد وإنما الأجنبي هو المباشر للاختيار، ولهذا لو أسقطه فالسقوط غير معلوم، ولو أسقطاه فالظاهر السقوط.

وحاصل الكلام في المقام هو ادعاء انصراف عنوان ما ترك إلى الحقوق المالية التي تنشأ المال لصاحبها، وأما تشخيص هذا العنوان بحسب اللغة، فالذي يظهر من البعض أن ما كان من الحقوق والأموال مضافة إلى الشخص بحيث يكون للشخص قوام في تحقق الحق فلا يورث لعدم صدق ما ترك، وما كان الشخص مورداً ومحلاً بدون قوام له بالشخص فهو موروث لصدق المتروك.

و تنظر فيه شيخنا الأستاذ بأن لم أفهم ما معنى القوام والموردية، فلو وهب شخص ماله لآخر بواسطة محبته لنفس ذلك الآخر بحيث كان منظوره في الهبة هو بتمام خصوصياته فلا يكون ذلك المال الموهوب موروثاً، وهذا عما لا يلتزمون به.

والذي يمكن أن يقال: إنه يعتبر في صدق ما ترك لغة أن يكون للمال أو

الحق إضافة إلى ذات الميت بما هو، لا أن يكون إضافته إليه بواسطة عنوان منطبق عليه منتف بعد الحياة، مثل حق السبق في المسجد والسوق، فإنه لعنوان السابق، وهذا العنوان مسلوب عن الوارث، ومنطبق على المورث ما دام حيّاً، فإذا مات فلا يقال إن له حقاً تركه، بل كان وارثاً بارتفاع الموضوع، وهكذا حق الوصاية والتولية والنظارة، فإنها للشخص بواسطة هذه العناوين، وهكذا لو كان مالاً موقوفاً على العالم فيموت العالم لا ينتقل إلى وارثه إذا كان جاهلاً، ولو كان عالماً فهو في عرضه مالك لا أنه متلقٍ للملك منه طولاً، نعم لو كان العنوان محفوظاً بعد الموت تحقق الإرث كما في عنوان الولد الأكبر، فالذي ملكه الميت بتوسط هذا العنوان يملكه وارثه.

وحيث نقول: أما ما نحن فيه أعني حق الخيار، فما كان للأجنبي فقد عرفت الكلام فيه، وما كان لأحد الطرفين فخير الشرط أعني ما كان بجعلهما، فهو في نظر العرف بحكم الجزء للثمن والمثمن أعني: أن إضافته كنفس الثمن والمثمن بنفس الذات، فيكون متروكاً فيكون موروثاً كالثمن والمثمن، وأما ما كان بجعل الشارع فالظاهر أيضاً أن الشارع جعل هذا الحق في جنب أحد العوضين، وكما أن العوضين يكون لذاتهما، كذلك الشارع أيضاً اعتبر الحق لنفس من له العوض فيكون متروكاً كالعوض.

إن قلت: هذا لا يجري في خيار المجلس؛ لأنه حق متعلق بعنوان البيع وليس هذا العنوان للوارث.

قلت: نعم ولكن حدوثاً لا بقاء، والذي مناف لصدق ما ترك هو العنوان المعتبر حدوثاً وبقاءً كالأمثلة المتقدمة.

بقي الكلام في أن إرث حق الخيار ليس تابعاً لإرث المال فعلاً بل هنا

تفصيل، فلو كان الوارث محروماً عن إرث المال لأجل مرهونية التركة لديان الميت شرعاً عند استيعاب دينه تركه فإن المال وإن كان يتقل إلى الوارث ولكنه ممنوع عن التصرف حتى يستوفي الديان ديونها، نعم له فك المال بإيفاء الدين من جملة أموال نفسه.

فالذي قواه شيخنا المرتضى - قدس سره - أن الحق موروث بخلاف المال، قال شيخنا الأستاذ - دام ظله -: إن كان المقصود أن أصل ملكية المال للوارث متأخر عن الدين فهذا خلاف التحقيق، والظاهر اعترافه بذلك أيضاً في مقام آخر.

وإن أراد من الحرمان في طرف المال الممنوعة من التصرفات مع انتقال الملك إلى الوارث فيرد عليه، أن إرث الحق أيضاً لابد أن يكون بهذا المنوال، أعني: أن يكون ممنوعاً من إعمال الخيار؛ لأن جهة الحجر بالنسبة إلى المال هو التصرف في متعلق حق الديان وهذا بعينه موجود في جانب الحق، ومجرد أن التصرف في الثاني أعني الفسخ يكون في العقد وفي الأول يكون في المال لا يجدي شيئاً؛ لأن التصرف في العقد ينتهي إلى المال.

والحاصل أن التفكيك بين المال والحق لم يظهر له وجه وخصوصاً لو كان الفسخ مزاحاً لحق الغرماء، كما إذا كانت المعاملة محاباتية بأن كان ما انتقل عن الميت شيئاً قليلاً وما انتقل إليه خطيراً.

ولو كان محروماً عن إرث المال لأجل القتل أو الرق أو الكفر، فالظاهر أنه سبب للحرمان عن إرث الحق أيضاً؛ لأنه المستفاد من دليل الحرمان بهذه الأسباب، ولو كان لمنع بعض الوراث عن إرث خصوص مال كالزوجة عن العقار وغير الولد الأكبر عن الحبة فمهيئاً أربعة أوجه، الإرث مطلقاً سواء كان المتقل

عن الميت ذلك المال المحروم منه، أم كان مستقلاً إليه وعدمه مطلقاً في صورتين، والإرث في صورة الانتقال إليه دون الانتقال عنه والعكس.

و تحقيق الحال يحتاج إلى تمهيد مقدّمة وهي أن فسخ الوارث هل هو عبارة عن إعادة الملك إلى ملك الميت أو إلى ملك نفسه، فإن كان الأول فالميت غير مالك بالفرض، والانتقال إلى البذل لا وجه له كما مرّ في باب من أنّه إذا كان التلف عند من له الخيار لا وجه للبذل، والقول برجوع الملك قهقريّ إلى الميت ثمّ منه إلى المفسوخ عليه خلاف ما يقولونه في تصرف غير ذي الخيار فلا يقولون يبطلانه ورجوع العين قهقريّ.

و إن كان الثاني فهو خلاف مقتضى الفسخ لأنّه حلّ المبادلة، ومعناه العود إلى الحالة الأولى وهو لا يمكن إلّا بالنسبة إلى نفس الشخصين اللذين هما كانا طرفي العقد والمبادلة، والوارث خارج عن الطرفية رأساً.

لا يقال: نعم لكنّ الوارث بدليل الإرث منزل منزلة شخص الميت فكانّ الميت برز في بدن الوارث.

لأنّا نقول: لازم هذا - مضافاً إلى أنّه أمر لا يقبل بالنسبة إليه التنزيل - نعم يمكن أن يتزلّ فعل الوارث وردّه واسترداده منزلة الفسخ لا أنّه منزل منزلة الميت في ما له من الفسخ - أنّه لو قيّد الفسخ بكونه بلسانه أيضاً كان متقلاً بعد موته إلى الوارث، لأنّ الميت بيدنه التنزيلي موجود فيفسخ بلسانه التنزيلي، وهو ممّا لا يلتزمون به.

والذي يحسم مادة الإشكال أن يقال: إنّ الميت مالك في حال ملك الورثة، ولا منافاة بين ملكيها لكونهما مترتبين أحدهما في طول الآخر، فالمال في جميع الآئات ملك للوارث والموثر معاً، ألا ترى أنّه لو عاد إلى الحياة بالإعجاز

يكون المال ماله وليس مالاً جديداً له؟.

و حيثئذ نقول: معنى فسخ الوارث إعادة كل من العوضين إلى مالكيهما السابقين عن ملك المالك الآخر أعني: من الميت إلى طرفه وبالعكس، وعلى هذا لا يصح فسخه مع التقيد بلسان الميت.

وأما الفسخ بشرط ردّ مثل الثمن بحيث كان الردّ مقدّمة للخيار لا فسخاً فعلياً، فوجه إرثه مع أنّ الشرط ردّ مثل الثمن من مال الميت والوارث يجوز ردّه من مال نفسه أنّ الشرط في الحقيقة ليس مقيداً بالمالية له، بل يكون المال قابلاً للأدائية والوفائية للدين الحاصل بالفسخ؛ ولهذا يكفي ردّ المتبرّع أيضاً.

و مال الوارث أيضاً لا شك أنّه قابل لذلك بمعنى أنّه يحضر مقدار الثمن من مال نفسه ثم يفسخ، فيرجع الدار المباعة إلى الميت وتبقى ذمة الميت مشغولة بثمانها، فيؤدّي الوارث هذا الدين بذلك المال، وليس الوجه كون الوارث نازلاً منزلة الميت، فكما كان له الفسخ بإحضار مقدار الثمن من مال نفسه فكذا للوارث.

إذا عرفت هذه المقدّمة تعرف أنّ مقتضاها جواز إرث الزوجة في كلتا صورتين، أعني: في صورة انتقال العقار عن الميت وصورة انتقاله إليه.

و أمّا ما أفاده شيخنا المرتضى - قدس سره - في وجه المنع فيهما، أمّا في الأولى: فبأنّ الخيار علاقة للمالك في ما انتقل عنه وسلطنة له على إعادته في ملكه، وبعبارة أخرى ملك للتملّك، وهذا المعنى لا يمكن انتقاله من الميت بالنسبة إلى العقار إلى الزوجة؛ إذ لا سلطنة ولا علاقة لها على العقار وتملكه.

و أمّا في الثانية: فبأنّ الخيار حقّ إعادة المال المنتقل عنه بعد إحراز السلطنة على ردّ المال الواصل بإزائه، فدلّيل الخيار إنّها يثبت حقّ الإعادة لمن يقتدر على ردّ

ما وصل بازاء المال - ولهذا لا يجوز خيار الوكيل - وهذا مفقود بالنسبة إلى الزوجة في العقار.

وأما خيار الأجنبي فلا يرد نقضاً على كلا الوجهين؛ لأنه أيضاً مالك للتملك ومسلط على ردّ ما وصل بازاء المال لكن بالنسبة إلى من هو منصوب من قبله أعني: إنّه مالك لأن يملك المال لمن هو من قبله، وكذلك السلطنة على ردّ المال ثابتة لمن هو منصوب من قبله، ولا يجري هذا بالنسبة إلى الزوجة؛ لعدم العلاقة المذكورة والسلطنة المذكورة فيها لا بالنسبة إلى نفسها ولا بالنسبة إلى من هي من قبله، إذ ليست هي منصوبة من قبل أحد.

ثم قوّى التفصيل بين الصورتين بالإرث في الثانية وعدمه في الأولى، أما الثاني فلما مرّ، وأما الأول فللفرق بين مسألتنا ومسألة الوكيل بما ذكره في كلامه.

فقد استشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ الذي نفهمه من حقّ الخيار أنّه حقّ على التصرف في العقد ولاية عليه، وهو يجتمع مع عدم الملك، فكما تصوّر الولاية لشخص على بيع مال شخص آخر، كذلك تصوّر الولاية له على فسخ عقد واقع على مال آخر، وليس عبارة عن علاقة في المال بإعادته في ملك النفس أو المنوب عنه، وإن أبيت إلّا عن كونه حقّاً في المال فهو حقّ إعادته إلى ملك مالكة كائناً من كان، ولا يلزم أن يكون إلى نفس الفاسخ أو من هو من قبله.

نعم يبقى هنا ما ذكرناه سابقاً في فسخ الأجنبي من انصراف أدلة الإرث عن حقّ لا ينتهي إلى نفع مالي للوارث، والزوجة في مسألتنا كذلك في صورة انتقال العقار عن الميت، فإنّ حقّ الخيار في حقّها لا يزيد على مجرد سلطنة اعتبارية من دون إفادة مال لها.

ويمكن الجواب بالفرق بين فسخ الأجنبي وفسخ الزوجة في هذه الصورة،

بأن الزوجة تحرز بهذه السلطنة إرثها من الثمن عن التفويت بناءً على ما هو الحق، وسيجئ إن شاء الله تعالى من أن إرث الورثة معناه قيام حق واحد كان للمورث بمجموعهم بوصف المجموعة، بحيث لو لم يجتمعوا على الفسخ لا يتحقق الفسخ، فإنه على هذا لو كانت هذه السلطنة قائمة بمجموع منهم الزوجة، كانت فائدتها في حقها أنه لو أراد سائر الورثة فسخ المعاملة الواقعة على العقار الذي انتقل ثمنه إلى الميت وورثت منه الزوجة وامتنعت الزوجة بموجب ذلك بقاء ملكيتها لسهمها من الثمن، ويكفي هذا المقدار للنفع المالي في شمول دليل الإرث لها.

ثم إن بعض الأساطين بعد الاعتراف بكون الفسخ حقاً على العقد وأنه لا يقتضي تملك الفاسخ قال: إنه عبارة عن الحل وليس في حقيقته الخروج من كيس شخص خاص والدخول في كيس شخص كذلك، وكون الميت مع الطرف هما اللذين خرج ودخل عن كيس أحدهما وفيه إنما هو من جهة المردية، وإلا فالذي في حقيقة الفسخ مأخوذاً نفس حل المبادلة بين الملكين، وحيث إنه حل من الحين لا محالة يعتبر ذلك بالنسبة إلى من هو مالك لها فعلاً وإن اختلف مع المالك حين العقد، هذا.

ومقتضاه كما ترى أنه في صورة الانتقال إلى الميت إذا فسخت الزوجة أو أحد من سائر الورثة يتقل تمام الثمن من البائع إلى سائر الورثة غير الزوجة، ويتقل العقار منهم إلى البائع، وفي صورة الانتقال عنه يتقل تمام الثمن من جميع الورثة حتى الزوجة إلى المشتري ويتقل العقار منه إلى جميعهم حتى الزوجة، ولا مانع من ذلك لأنه انتقال بإرث الخيار لا بإرث نفس العقار ابتداءً.

هذا ما ذكره ولكنك خير بعدم تعقل ما أفاده وإن كان ذكر هو - قدس

سره - مثل ذلك في حقيقة نفس البيع أيضاً، ولكنك خير بأنّ المبادلة لا بدّ أن تكون باعتبار إضافة المملّكية، والإضافة قائمة في الطرفين بشخصيهما، فمعنى المبادلة أن يتبادل الإضافتان الشخصيتان عن عليهما الشخصيين كما في مبادلة الحجريّن من مكانيهما الشخصيين.

وعلى هذا فالحلّ عبارة عن حلّ تلك المبادلة القائمة بالشخصين المالكين حال المبادلة، فالمالك الشخصي حال المبادلة مأخوذ في حقيقة المبادلة، والمالك الشخصي حالها أيضاً معتبر في حقيقة الفسخ لا المالك حال الفسخ، وهذا واضح.

وأيضاً فكيف يقول هو في حال تلف العينين أو إحديهما مع أنّه لا مالك فعلي حال الفسخ، وكذلك إذا انتقلا أو أحدهما إلى ثالث؟ فاللازم على ما ذكره اعتبار التعاوض بين الثالث والرابع دون طرفي العقد الأوّل وهو كما ترى.

وعلى كلّ حال فالذي هو المختار لشيخنا الأستاذ - دام بقاءه - أنّ المال دائماً متروك الميّت وهو موقوف على محفوظية الإضافة إليه في جميع الأوقات، فيقال: إنّ ماله ولم يذهب معه بل ذهب ورحل وخلف المال في الدنيا، وإذن فتمتّ فسخ الوارث يعتبر حلّ المبادلة في ما بين الميّت وطرفه، ثمّ يعامل معاملة الإرث فيما يتقلّ إليه ومعاملة الدين فيما يتقلّ عنه مع عدم بقاء عينه أو عدم كونه معيّناً.

بقي الكلام بناءً على ما اختاره شيخنا العلامة - أعلى الله مقامه - من اعتبار سلطنة ملك المستردّ لنفس الفاسخ أو من يقوم مقامه بعد سلطنته أو سلطنة من يقوم مقامه على ردّ المال المردود في الفرق بين الزوجة - حيث اختار إرثها من الخيار في صورة انتقال العقار إلى الميّت - وبين الوكيل في خيار المجلس.

وحاصل ما ذكره: أنَّ الوكيل ليس له سلطنة من خارج خيار المجلس على ردِّ مال موكله، فالسلطنة لابدَّ من القول بها ببركة الخيار والمفروض أنَّ الخيار أيضاً مع الفراغ عنها، وهذا بخلاف الحال في الزوجة هنا فإنَّ المورث قبل موته كان له حقَّ استرجاع الثمن بإرجاع العقار بلا تقييد بشيء، وبسبب ذلك تحققت علاقة للورثة حتَّى الزوجة في استرجاع الثمن إليهم شأنًا يتبع استرجاع مورثهم، وهذا الحقُّ بعينه بدون تغيير يصل إليهم بعد موت المورث، فحقُّ الزوجة ثابت على كلِّ حال قلنا بخيارها أم لم نقل فلا نحتاج إلى إثبات سلطتها على ردِّ ما بإزاء حصَّتها أو تمام العقار من ناحية الخيار كما في الوكيل.

وحاصل مقصوده - قدس سره - أنَّ الخيار كما كان في حياة المورث وصل إلى ورثته بلا تفاوت ولازم ذلك أنَّه كما كان في حياته لو انتقل إليه الثمن بالفسخ كان نسبته الشأنيَّة إلى جميع الورثة حتَّى الزوجة نسبة واحدة من دون اختصاص له بغيرها كذلك بعد مماته أيضاً عين هذا المعنى باقٍ، فعين العلقه التي تكون لسائر الورثة في الثمن تكون للزوجة، وهي في حقِّهم فعلية غير منتظرة لشيء، فكذلك بالنسبة إلى الزوجة، ولازم ذلك عدم منعها عن الفسخ؛ إذ لو توقَّف استيفاء حقِّها بفسخ غيرها نافي ذلك مع فعلية حقِّها وعدم اشتراطه بشيء ولا بفسخ أحد، إذ هذا هو الذي كان للمورث فإنَّ حقَّه كان غير مقيّد لا حكماً ولا موضوعاً بفسخ غيره، ولازم انتقال ذلك إلى الورثة بعده حدوث هذا الحقِّ المطلق للزوجة.

ولهذا - أعني: لعدم تغيير في الحقِّ عمّا هو عليه - لورّد سائر الورثة يصير إلى الزوجة من الثمن بمقدار سهمها ولا يختص الثمن بغيرها.

وهذا مراده - قدس سره - من العبارة، ولكن فسرّه المحشون بأنَّ التزلزل بعد

الموت ثابت على كل حال سواء قلنا بثبوت الخيار للزوجة أم لا؛ لأن خيار سائر الورثة محفوظ.

وهذا يرد عليه الإشكال الواضح، وهو أن سائر الورثة لكون الشرط في حقهم موجوداً استحقوا الخيار، وأين هم من الزوجة التي هي فاقدة للشرط أعني: التسلط على رد ما وصل بازاء المال، وبالجمله فساد به بمثابة لا يمكن صدوره من مثل الشيخ بل أدنى طلبه.

ثم ذكر - قدس سره - على نحو الإشكال على المستشكل في إرث الزوجة في صورة الانتقال إلى الميت، بأن لازم منعهما لأجل ما ذكر في الوكيل منع سائر الورثة أيضاً في صورة الانتقال عن الميت إذا كان الثمن معيناً، وورثت الزوجة منه سهمها، وقد فسر بعض المحققين هذه العبارة أيضاً على خلاف هذا، فراجع.

ثم إنه يرد على شيخنا العلامة - قدس سره - علاوة على ما تقدم من عدم تعقل الخيار إلا سلطة على حل العقد من دون اعتبار شيء آخر، أنه لا وجه لما ذكره من أنه لابد أن يلاحظ السلطة على الرد في طول الخيار، أعني موضوعاً له والخيار مترتباً عليه، بل نقول: كما أن جعل الخيار وشرطه لأجنبي نصب له في هذا الرد، كذلك جعل الشارع أيضاً يوجب نصب ذلك الأجنبي المشمول لعموم دليل الخيار لهذا الرد واستيلائه عليه في عرض إعطاء سلطة الاسترداد من دون أن يلاحظ إحداهما موضوعاً للآخرى، فالمناط شمول دليل الخيار وعدمه، فالوكيل في مسألة خيار المجلس إن قلنا بصدق البيع عليه نقول بثبوت الخيار له وإلا فلا.

تتمة: هل خيار المجلس يتقل إلى الوارث عند موت أحد البيعين أو كليهما فيعتبر بقاء البدنين في المجلس أو بقاء مجلس ... أو لا يتقل؟ الظاهر هو الأخير وذلك لأن قوله: «ما لم يفرقا» ذو احتمالات:

الأول: أن يكون المراد من الافتراق الذي اعتبر عدمه هو الافتراق حياً ولازم ذلك بقاء الخيار في صورة موتها في المجلس لوارثها دائماً؛ لامتناع تحقق غايته.

الثاني: أن يراد منه الافتراق البدني حين كانا أم ميّين، ولازم هذا أيضاً الانتقال إلى الوارث وغايته افتراق بدني المورثين.

الثالث: أن يلاحظ عدم الافتراق في من من شأنه الافتراق، ولازم هذا عدم الانتقال، لأنّ هذا العنوان ملازم مع الحياة وينسلب بالموت، فلا يصدق المتروك، والظاهر من الوجوه المذكورة هو الأخير، وقد عرفت سابقاً أنّ الإضافة لو تحققت في المورث بتبع عنوان منع ذلك عن صدق المتروك بعد حياته إلّا أن لا يكون ذلك العنوان مسلوباً منه بعد الموت، ومن هذا القبيل إرث الشفعة بناءً على اختصاصه بالشريك الواحد، فإنّ عنوان الشركة والواحدية باقيا بعد الموت، نظير ما يملكه الكلاله الأممي إذا كان واحداً بعنوان كونه واحداً من سدس تركه الميت، فإذا مات ينتقل إلى ورثته؛ لأنّ العنوان المذكور باق فيه، هذا.

مسألة: في كيفية استحقاق الورثة لحق الخيار، اعلم أنّ الوجوه المتصورة أربعة:

الأول: أن يكون لكلّ وارث خيار مستقل في كلّ المال، كما كان للمورث، غاية الأمر إن قلنا: إنّ الخيار سلطنة على أمرين الفسخ والإبرام، فأيّهما تحقق من وارث لا ينفذ الآخر من وارث آخر، وإن قلنا: إنّ سلطنة على الفسخ فالإمضاء من الوارث، لا يمنع من فسخ غيره من الورثة؛ لأنّه لا يقدر إلّا على إسقاط حقّ نفسه لا حقّ غيره.

الثاني: أن يكون لكلّ واحد حقّ فسخ مستقلّ في مقدار نصيبه خاصّة، غاية الأمر إن أجاز وارث وفسخ آخر تبعض الصفقة على المشتري وجاء له الخيار.

الثالث: أن يكون للمجموع حق واحد على فسخ كل المال، فإن اجتمعوا على الفسخ صحّ وإلا فلا، والظاهر أنه لو أسقط بعضهم حق شركته معهم جاز ويصير الحق لمن عداه.

الرابع: أن يكون الحق قائماً بالطبيعة المعتمدة باعتبار صرف الوجود الصادق على القليل والكثير، وهذا يتحد نتيجة مع الأول إلا في الإسقاط؛ فإن إسقاط بعضهم يؤثر في إسقاط أصل الحق رأساً كما هو واضح، هذا بحسب التصوير.

وأما بحسب الاستظهار من الدليل أعني قوله ﴿يُؤْتَى الْوَارِثُ﴾ «ما ترك الميت من حق أو مال فلوارثه» فالأظهر أن يقال: إنه في مقام الإهمال عن الكيفية، وإنما هو في مقام تعرض أصل الإرث في قبال أن المال لا يبقى معطلاً أو واصلاً إلى غير الورثة، فلا بد من أخذ القدر المتيقن من بين الوجوه وهو كون الخيار للمجموع من حيث المجموع فإنه لو اجتمعوا على الفسخ يحصل الفسخ على جميع الوجوه، وفي غيره نشكّ فترجع إلى أصالة اللزوم.

ولا يخفى أنه لا ثمرة في تعيين أن لفظ الوارث للجنس أو للاستغراق وكذلك لفظ الورثة، إذ على تقدير الجنس أيضاً يمكن الاستغراق بلحاظ الطبيعة على نحو الوجود الساري، نعم لو لوحظ على نحو الوجود الصرف يظهر الثمر ولكنه خلاف الظاهر، وإذن فمفاد لفظ الوارث والورثة متحد، وهو أن الحق المتروك يصير إلى أشخاص الورثة، وحيث إنه في مقام الإهمال يبقى مردداً بين الوجوه الأربعة ويكون المتيقن هو القول بنفوذ فسخ الجميع دون غيره.

ثم لو سلمنا أنه في مقام البيان من حيث الكيفية أيضاً وقلنا إنه يفعل وصول حق شخصي إلى متعدّد، ولا يلزم أيضاً خلاف ظاهر آخر من إرادة الاستغراق الذي قلنا إنه الظاهر فلا يصير دليلاً مع ذلك على استقلال كل وارث

في حق الخيار، فغاية الأمر أن كل وارث يكون الحق المتروك ذا إضافة إليه بحيث يصدق أن يقال: إنه له، ولا شك أنهم لو كانوا شركاء في حق واحد يصح أن يقال: الحق لهذا ولهذا ولهذا بنحو الاستفراق كما تقول: هذا وهذا وهذا بنحو الاستفراق شركاء في الحق.

لا يقال: الظاهر أن عين ما كان للميت يصل إلى الوارث، وما للميت هو الحق الاستقلالي الذي ليس لأحد مزاحمته، فلا بد أن يكون للوارث أيضاً كذلك لوحدة السياق.

لأننا نقول: الاستقلال غير معلوم من اللام وإنما المفهوم صرف الاختصاص الجامع ولازم تعلقه بالواحد صار هو الاستقلال ولازم تعلقه بالكثير خروجه عن الاستقلال، نعم لو كان له إطلاق من حيث الأحوال وأنه له سواء زاحمه غيره من الورثة أم لا كان ملازماً مع الاستقلال، لكن يمكن منع هذا الإطلاق.

فتحقق أنه مردّد بين الاستقلال وبين الاشتراك بمعنى أن يكون قيام الحق بالمجموع.

وأما الاشتراك بمعنى استقلال كل وارث في نصيبه فيمكن منعه بمخالفته لحقيقة الإرث؛ إذ الحقوق التي كانت للميت متجزّية بتبع المحلّ، سلّمنا أن مقتضى الإرث فيها اشتراك الوراث وتوزيعه بينهم بتبع المحلّ وذلك كحق التحجير الموزّع على أبعاض الأرض، حيث إنه كان للميت التبعض في هذا الحق والأخذ بتمامه، فمعنى إرثه بين الورثة سلّمنا إنه أن يأخذ صاحب الربع الحق في ربع الأرض وصاحب الثلث الحق في ثلثه، وهكذا ولكن إذا كان الحق بالنسبة إليه غير مجزئ بتبع المحلّ كما في حق الفسخ - حيث لم يكن للميت أن يفسخ العقد في بعض المال دون بعضه - فالانتقال إلى الوارث لا يزيد على هذا الحق

شيئاً؛ لأنه فرع للميت وزيادة الفرع على الأصل محال، ومعنى انتقال عين ما كان للميت إلى الورثة إما استقلال كل وإما قيام الحق بالمجموع.

و أما قيام الحق بالطبيعة الملحوظة باعتبار صرف الوجود فهو غير محتمل؛ إذ الغرض نسبة الحق إلى الأشخاص، وعلى تقدير الكون لصرف الوجود لا نسبة له إلى الأشخاص.

و أما إرادة خصوص الاستقلال في كل وارث بالنسبة إلى جميع المال لا خصوص نصيبه فقد عرفت أنه لا دليل عليه، مضافاً إلى ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - من استلزامه الاستعمال في أكثر من معنى؛ لأن الحق والمال كلاهما مذكوران في ما قبل اللام، وحيث إن الاستقلال بالنسبة إلى المال غير معقول فلا بد من ملاحظة العموم المجموعي بالنسبة إليه، والاستغراقي بالنسبة إلى الحق وهما استعمال للفظه الورثة في معنيين.

بل قال شيخنا الأستاذ: يمكن أن يقال بعدم معقوليته ودخوله في عدم إمكان اجتماع اللحاظين، لأن هيئة المجموعية المحيطة بالأحاد إما أن يلغى في النظر وتجعل مرآة للأحاد فيكون استغراقياً، وإما يلحظ موضوعاً فيفيد العموم المجموعي، وهذان اللحاظان غير ممكن اجتماعهما، ونحن وإن جوزنا الاستعمال في أكثر من معنى ولكن اجتماع اللحاظين لا شك أنه غير جائز.

وأما ما ذكره شيخنا - قدس سره - من القرينة العقلية على عدم إرادة الاستقلال وهي عدم إمكان قيام الحق الواحد الشخصي بالمتعدد، فيمكن النظر فيه بأن الملك والحق سنخان متباثتان من الإضافة، فالملك سنخه سنخ الجدة التي هي واحد من المقولات كالتنقل والتقمص، ومن المعلوم استحالة قيام التنقل الشخصي الواحد بشخصين أو أشخاص، وكذا الملكية الواحدة الشخصية.

وأما الحق فهو نوع سلطنة كخيار الفسخ وهو بذاته غير آب عن القيام بالمحل المتعدد، بمعنى أن الجاعل لو جعل خيار الفسخ على رأس واحد فلا محالة يكون قائماً بذلك الواحد ولا يزاحه غيره، ولو جعله على رأس كثيرين فلا محالة يكون كل صاحب سلطنة، ولازم تعدد المحل أنه يزاكم كل صاحبه.

ألا ترى أن الوجوب الكفائي وجوب واحد متعلق بالمتعديين وفعل كل واحد واجب نفسي لا مقدسي، ومع ذلك الواجب واحد، ولهذا يسقط بإتيان الواحد، وتعلقه بواحد ما أو بالمعين عند الله أو الجامع خلاف التحقيق، وكذلك إذا كان الأشخاص المتعدون على الماء الواحد الغير الكافي إلا لوضوء أحدهم، فالجميع واجد أعني كل واحد واجد إلى أن يسبق أحدهم بالحيازة والصرف، فالوجدان الشخصي صار مضافاً إلى أشخاص كثيرين.

ثم على تقدير الخيار للمجموع فإذا أجاز واحد منهم فإن كان راجعاً إلى أنه غير موافق للباقيين لو فسخوا، فلازم كونه جزءاً لموضوع الخيار أن لا ينفذ فسخ الباقيين؛ لأن موافقته جزء الموضوع، وإن كان راجعاً إلى إسقاط حقه حيث أنه جزء الجمع الذي لهم الخيار فله إسقاط حق دخالته وانضمامه مع الباقيين، فإنه يتزع من الحق للمجموع حق لكل واحد بأن ينضم رأيه إلى رأي الباقيين ويكون له الدخالة، فإذا أسقط حق الدخالة لنفسه يصير الحق للباقيين.

ومن هنا يظهر وجه حكم المشهور على المحكي بأن عفو أحد الورثة عن حق الشفعة لا يوجب سقوطه عن غيره، مع جريان ما ذكرنا في الخيار من ثبوت الحق للمجموع في الشفعة أيضاً حرفاً بحرف لاتحاد المدرك في الباين، فلما يقال في صورة كون مراد العافي إسقاط حق دخالة نفسه: إن لازم إخراج نفسه عن تحت الحق بقاء الحق للباقيين، نظير ارتفاع الوجوب عن بعض أبعاض المركب للحرَج

حيث يوجب بقاءه في الحَذِّ الناقص منه، نعم لو كان مراده عدم موافقة الأخذ بالشفعة وأنه غير صلاح بنظره فلا وجه لما ذكره.

وأما توجيهه بقاعدة لا ضرر - حيث إن سقوط حق الشفعة عن السائرين ضرر عليهم - فيمكن الخدشة فيه، وتوضيح الخدشة يحتاج إلى تقديم مقدمة، وهي أنه ورد في بعض روايات الشفعة ذكر قاعدة لا ضرر تعليلاً لها، وهي رواية عقبة ابن خالد عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال: لا ضرر ولا ضرار»^(١).

ولا يخفى أنه ظاهر في أن وجه القضاء والفتوى كان هو القاعدة، والحال أنا لو كنّا نحن والقاعدة لما استفدنا هذا الحكم منها؛ إذ أولاً: ليس بمجرد تحديد الشريك ضرراً على الشريك دائماً بل ربّما يكون نفعاً له، نعم في بعض الأحيان يوجب الابتلاء بالشريك السيئ الخلق والمعاشرة، فيستلزم الضرر الحالي.

وثانياً: لا دليل على خصوص الأخذ بالشفعة بمعنى الإرجاع إلى نفسه بإعطاء الثمن من الكيس، لاندفاع الضرر بفسخ المعاملة، ولا يدفع بأنه ضرر على البائع، لأنه كالبائع الغائب.

وثالثاً: لا خصوصية للبيع بل يجري هذا في كل معاملة ولو صلحاً أو هبة ونحوهما، والحال أنهم يخصّون الشفعة بالبيع.

والذي يحسم مادة الإشكال أن يقال: إن تعليل الحكم قد يكون بالكبرى لما ليس من مصاديقه - لحكمة أوجبت تعميم الحكم إلى غير المصاديق - نظير حكم استحباب غسل الجمعة مع تعليله برفع عفونة الإبط وحصول التنظيف،

فمطلوبية التنظيف هي الكبرى وصارت حكمة لجعل حكم كلّي على كلّ مكلف ولو من كان إعطه ذا رائحة طيبة، والموجب لتعميم الحكم عن دائرة مصاديق الكبرى المطلوبة إلى غيرها، لا محالة مصالح مقتضية لذلك، مثل أن يرى الحاكم أنّه لو أناط الحكم بالمصاديق الواقعية ربّما يشتبه المكلف المصاديق بغيرها ومثل ذلك.

إذا عرفت ذلك فنقول: يمكن أن يكون هناك مصالح اقتضت جعل حكم الشفعة في خصوص البيع ولكنّ الداعي الأولي رعاية قاعدة لا ضرر فيصح لأجل ذلك، التعليل بها، ويشهد لهذا قوله - عليه السلام -: «قضى رسول الله ﷺ ... وقال لا ضرر إلخ»، حيث إنّ ظاهره في كون الشفعة جعلاً وقضاءً مستقلاً غير القاعدة، ولو كان من باب التطبيق لما كان هنا إلّا جعل واحد، وإذن فلا يجوز لنا التعدي من مورد يقين ثبوت الشفعة إلى موارد الشكّ بعموم لا ضرر.

و من هنا يظهر السرّ في قضية سمرة بن جندب حيث وقع التعليل بالقاعدة في قلع شجرته أيضاً، مع أنّنا لو كنّا نحن والقاعدة لما فهمنا ذلك منها، فإنّه يقال: إنّ ذكر لا ضرر من باب الإشارة إلى الكبرى المطلوبة التي يكون المنظور في الحكومة المذكورة رعاية جانبها، غاية الأمر أنّ الموجود في تلك القضية هو الحكومة الولائية، والموجود في باب الشفعة هو الحكم والفتوى، فتدبر.

بقي في المقام فرعان تعرّضهما شيخنا المرتضى - قدس سرّه -

أحدهما: لو اجتمع الورثة على فسخ ما باعه مورّثهم فهنا صور ثلاث:

الأولى: أن يكون عين الثمن موجوداً في التركة.

والثانية: أن يكون معدوماً ولكن كان للميت تركة سواء كان دين مستغرق

أم لا، وسواء كان الفسخ مصلحة للديان أم لا.

والثالثة: أن لا يكون للميت تركة أصلاً.

فلا كلام في الصورة الأولى من حيث وجوب دفع العين إلى المشتري، وأما الثانية: فقوى فيها أصل جواز الفسخ للوارث وتردد في اشتراطه بمصلحة الديان وقال: إنَّ المشتري أيضاً كأحد من ديان الميت يقسم معهم مال الميت وظاهره أنه لو لم يف إلا ببعض الثمن يبقى الباقي ديناً على الميت مع عدم تركه وافية بأدائه، وأما الثالثة فقوى فيها أيضاً جواز الفسخ وتردد في أنَّ الثمن هل يكون في ذمة الميت أو يشتغل به ذمة الورثة؟ وبنى المسألة على أنَّ المال بفسخ الورثة ينتقل إلى الميت ثم يتلقى الورثة منه، فلازمة اشتغال ذمة الميت، أو أنَّ الورثة قائمون مقام الميت، فكما أنَّ الميت كان يملك المال لنفسه بالفسخ قام الورثة من هذا الحيث مقامه وتشتغل ذمتهم بالثمن.

ثم ذكر الفرع الثاني وهو: أنه لو فسخ بعض الورثة وقلنا بجوازه فهل ينتقل المبيع إلى جميع الورثة، أو إلى خصوص الفاسخ؟ وجعله أيضاً مبنياً على الوجهين المذكورين، ثم قوى الوجه الأخير أعني: الرجوع إلى نفس الفاسخ مستدلاً عليه بجريان السيرة - في ما لو كان للمورث خيار الفسخ برذ الثمن ورذ الوارث مثل الثمن من ماله - بعدم إلزام الوارث بأداء ديون الميت من ذلك المال المسترجع، وهذا شاهد على أنه ينتقل إلى نفس الوارث.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأمر:

الأول: لا وجه لفرقه - قدس سره - بين الصورة الثانية والثالثة، حيث بنى اشتغال ذمة الورثة أو الميت بالثمن على الوجهين في الثالثة، وجزم بثبوت الثمن في تركة الميت في الثانية مع أنه أيضاً متفرع على الوجهين كما هو واضح؛ إذ لو قلنا بانتقال المال إلى الوارث لا فرق في اشتغال ذمته والثبوت في ماله بين ثبوت مال للميت وعدمه.

والثاني: مقتضى ما قوّاه من الوجه الأخير أنّه لو كان الفاسخ الزوجة، والمبيع العقار أن ينتقل إليها؛ إذ ليس هذا من الإرث وإن كان الحق بالإرث، مع أنّه - قدّس سرّه - لم يلتزم بهذا في ما تقدّم.

و الثالث: أنّ قضية الفسخ أن يكون حلاًّ للمبادلة والمفروض قيامها بالميت وطرفه، وحلّها إنّما هو بعكس المبادلة المذكورة ولازمه الانتقال إلى الميت وعنه، وهذا وإن قلنا بعدم لزوم دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض في أصل عقد المبادلة، وقلنا إنّ شراء المال لأن يدخل في ملك الصديق أيضاً يصدق عليه حقيقة المبادلة لأنّ الحلّ لابدّ وأن يتعلّق بشخص المبادلة الواقعة إن كانت بين المالكين فلا بدّ من اعتبار الحلّ بينهما، وإن وقعت بين المالك وصديق المالك الآخر فلا بدّ من اعتبار الحلّ أيضاً بين المالك والصديق، وإلاّ يخرج عن كونه حلاًّ لتلك المبادلة الواقعة.

وأما دليل تنزيل الوارث، فغاية مفاده أنّه قائم مقام الميت في الحقّ والمال فيكونان مضافين إليه لا أنّه قائم مقامه في جميع الأمور، ولا شكّ أنّ ما كان للميت هو حقّ الفسخ بحقيقته، ويجزّد ثبوت هذا للوارث لا يقتضي إلاّ أنّ حقيقة الفسخ يكون ثابتاً للوارث لا شيء آخر ليس بفسخ وحلّ.

وأما السيرة التي صارت سبباً لرجوعه - قدّس سرّه - فالإنصاف أنّه استبعاد في المحلّ ولا يختصّ هذا بالوارث بل يجري في نفس المورث حال حياته أيضاً لو فرض أنّه كان فاقداً للمال رأساً ففسخ؛ فإنّ الاستبعاد حيثشذ أنّ هذا الفسخ ضرر على المفسوخ عليه، وقد يليق أن يستمرّ سيرة؛ إذ قلّ أن يتفق مثل هذه القضايا في الخارج حتى نعلم أنّ السيرة فيه ماذا.

و محصل الكلام فيه: أنّ الخيار إن كان بجعل من المتعاقدين أمكن أن

يقال: إنه ضرر أقدم عليه حيث لم يقيد بصورة إحضار مثل الثمن، وأما إن كان شرعياً فإن كان دليله الضرر كان هذا من تعارض فردي الضرر، وإن كان دليله شيئاً آخر فربما أمكن أن يقال برفع اليد عن إطلاق أو عموم ذلك الدليل في هذا المورد بحكومة لا ضرر، هذا.

مسألة: لو كان الخيار لأجنبي فمات الأجنبي فهل يتقل إلى وارثه أو إلى من اشترط له من المتعاقدين أو يسقط؟ الظاهر الأخير.

أما أولاً: فلما تقدم الإشارة إليه من قصور دليل الإرث عن شمول الحق الذي لا يحصل من نفس أعماله المال وانصرافه إلى ما يحصل منه.

وأما ثانياً: فمن الممكن أن يقال: إن اعتبار الحق يكون لمن اشترط له، فلا حق لنفس الأجنبي حتى يرثه وارثه، ولا وجه للانتقال إلى من اشترط له بعد فرض اشتراط مباشرة الأجنبي.

وأما ثالثاً: سلمنا عدم الانصراف وثبوت الحق الطولي للأجنبي بأن يقال: للمشروط له حق أن يكون للأجنبي حق، ولكن الظاهر أو المحتمل كونه للأجنبي ما دام حياً، فالتقييد بالحياة مأخوذ فيه، ومثل هذا لا يسمى متروكاً بعد موته كما تقدم الإشارة إليه سابقاً.

ثم إنه ذكر العلامة في القواعد على ما حكى أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه، ولو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه، ولا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: الإنصاف أنه لم يظهر وجه للفرق بين المسألتين، نعم يمكن أن يقال في كلي المسألة، أما في أصل نفوذ جعل الخيار للعبد من دون توقف على رضاه أو رضئ مولاه، فهو مقتضى القاعدة من أنه لا دليل

على لزوم القبول في أمثال هذه الإيجابيات التي مشتملة على تمليك مال أو جعل حق للغير مجاناً وبلا عوض مالي عليه، فلا مانع من القول بنفوذه ولو لم يلتفت. نعم له الرد بعد الالتفات، وأين هو من اشتراط القبول في أصل النفوذ؟ ويظهر الثمر في ما لو مات قبل الرد فإنه يحسب من تركته على ما قلنا، بخلاف ما لو قلنا باشتراط القبول.

وعلى هذا فنقول: جعل الخيار للعبد أيضاً غير محتاج إلى قبول، نعم لو احتاج إليه كان قبوله محتاجاً إلى إجازة السيد؛ لأنه داخل في الرواية التي نفى استقلال العبد في أمر الطلاق مستدلاً بأنه «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»، قال - عليه السلام -: «وشيء الطلاق»؛ فإنه يقال في المقام: والقبول شيء، هذا في أصل انعقاد الخيار المجمعول للعبد.

وأما فسخه بعد الانعقاد، فلا إشكال في تحريمه تكليفاً لو منعه المولى، وأما نفوذه وضعاً فربما يقال: إنه أثر قهري لتحقيق الحق وإلا يلزم نقصان في حقه. والإنصاف أن الحق أيضاً كالمملك مجامع مع عدم نفوذ التصرف، فكما أن ملك الصغير أمر مجامع مع عدم نفوذ تصرفاته، كذلك الحق هنا أيضاً شيء متصور غير السلطنة مجامع مع المحجورية عن التصرف، وإذن فيصح أن يقال: إن المولى متى منعه عن الفسخ ففسخه غير نافذ، ومتى أمر به وامتنع أجبره عليه وإلا فعله كما هو الحال في بيع ماله وطلاق امرأته.

هذا على ما هو الظاهر من الرواية المشار إليها من شمول المنع لما لا يتنافى حق المولى؛ فإن إجراء صيغة الطلاق أيضاً لا يتنافى شيئاً من حقوق المولى، نعم إن قلنا: لا دليل على المنع في غير ما يزاحم حق المولى فلا مانع من فسخه عند عدم المزاحمة.

مسألة: في أنه كما يكون تصرف ذي الخيار في ما انتقل إليه إجازة هل يكون في ما انتقل عنه فسخاً أو لا؟ والكلام هنا في ثلاثة مقامات:

الأول: في أنه عند وجود الاحتمالات في التصرف منها كونه بعنوان الفسخ، ومنها كونه غفلة، ومنها كونه عدواناً، ومنها كونه فضولة هل هنا أصل يعين كونه فسخاً أو لا بد من تشخيص ذلك من مظاهره؟

الثاني: هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول أو لابد فيه من القول؟
الثالث: على تقدير القول بأنه يحصل بالفعل أيضاً هل ينفذ التصرف المترتب عليه طوياً، أعني: البيع الذي وقع الفسخ به مثلاً هل يكون نافذاً صحيحاً أيضاً أو لا؟ ومنشأ الإشكال أنه من صفريات «من باع ثم ملك».

وحاصل الكلام، أما في المقام الأول: فهو أن هنا صورتين:

الأولى: أن يكون أمر التصرف دائراً بين الفسخ والغفلة عن كونه منتقلاً عنه إلى الغير وحسبان أنه باق على ملكه، والظاهر في هذه الصورة عدم الإشكال في أن أصالة عدم السهو والنسيان جارية وبها يثبت كونه قاصداً إلى الفسخ؛ لأنه من الأصول والامارات التي تثبت بها اللوازم.

والثانية: أن يدور بين العمد والسهو، والعمد أيضاً يدور بين الفضولية والغصب والفسخ، فحينئذ أصالة عدم السهو نافية للسهو، ولكن يبقى الأمر بين الثلاثة، ويمكن نفي احتمال الفضولية أيضاً بظهور صيغة بعث مثلاً في الاستقلال وعدم كونه نائباً في هذا الإنشاء عن الغير، فيبقى احتمال الغصبية، وإجراء أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح الظاهر عدم كونه مضمراً في ما نحن بصدده، وإنما هو في مقام المعاشرة دون ترتيب آثار الواقع، فغاية ما يثبت أنه لم

يتصرف عدواناً، وأما أنه أنشأ الفسخ فلا، إلا أن يقال في خصوص ما إذا كان التصرف عقداً مثل البيع والهبة والإجارة أن البناء على ترتيب آثار الصحة الواقعية، فكما أنه لو شك في تحقق القبض في الصرف يبنون على وجوده، كذلك لو شك في تحقق الملكية يبنون على وجودها.

لا يقال: الملكية ليست من شرائط الصحة الواقعية ولو مع حفظ الاستقلال في الإنشاء؛ لفرض صحة بيع الغاصب لنفسه.

لأننا نقول: نعم الصحة التأهيلية محرزة ولا تحتاج إلى الأصل، والذي نحتاج في إحرازه إلى الأصل وهو الفعلية غير متحققة في بيع الغاصب لنفسه، فالملكية شرط لهذه الصحة لكن هذا على تقدير صحته إنها يتم في مثل العقود، وأما في غيرها مثل الوطي المردد بين الزنا والفسخ، فلا يوجب الحمل على الصحيح إلا نفي الحد دون كونه بإنشاء الفسخ، هذا.

وأما المقام الثاني: فمحصل الكلام فيه أن الكراهة الباطنية الغير المصحوبة مع المظهر لا يكون فسخاً عرفاً وكذا الإخبار الذي اقترن مع الكراهة الباطنية والرجوع الباطني، وأما المظهر الإنشائي أعني: كونه قاصداً حكاية نفس الرجوع القلبي بنحو حقق في محله في الفرق بين الإنشاء والإخبار الصادق، بأن يكون المستعمل فيه في اللفظ والمحكي في غيره ابتداء نفس المعنى القلبي بحقيقته الخارجية، لا أن تكون الحكاية أولاً عن المفهوم وبتوسطه عن حقيقة الوجود الخارجي حتى يكون الانفكاك كذباً، بل يكون بحيث يكون الانفكاك نوع خلو اللفظ عن المعنى وكونه مهملاً.

وبالجملة: وجود هذا النحو من المظهر عن الرجوع القلبي أيضاً لازم بحكم العرف، وأما زيادة على ذلك لزوم كونه باللفظ دون الفعل فضلاً عن كونه بقول

مخصوص، فيمكن الجزم بعدم دخالته لصدق الفسخ عرفاً على الفعل الدالّ بالنحو الذي ذكرنا.

وأما المقام الثالث: فلا بدّ من فرض الكلام في ما إذا لم يسبق صيغة البيع بمقابلة أصلاً، وإلاّ كانت المقابلة السابقة فسخاً والبيع واقعاً بعد تحقّق الملك، وأما إذا لم يسبق بذلك فحينئذ قد يتكلّم على مبنى من يجعل المعاني الإنشائية أموراً نفسية كشف عن حقيقتها دوالها، وقد يتكلّم على مبنى من يجعلها أموراً مجعولة بالأقوال والأفعال، أما على الأخير فالأمر واضح لأنّ القائل بجعل أمر الإنشائيات خفيف المؤونة، فيمكن أن يجعل اللفظ الواحد موجداً لمعنيين بأن يقصد حصول الفسخ أولاً ثمّ البيع ثانياً ويقصد حصول هذين المترتّين بقول واحد وهو بعت.

وأما على الأوّل فنقول: المفروض كشف كلمة «بعت» أولاً عن حقيقة معنى البيع في النفس وطولاً عن حقيقة معنى الفسخ فيها، ولا مانع من إظهار كلتا الحقيقتين بدالٍ واحد طولاً كما في الكنايات التي يتنقل فيها من اللوازم إلى الملزومات، وإذن فلا يلزم تأخّر زمان حصول الملكية عن زمان النقل والبيع حتّى يندرج في عنوان من باع ثمّ ملك بل هما متقارنان زماناً.

نعم بحسب الرتبة يصدق عليه أنّه باع أولاً ثمّ ملك؛ لأنّ الكشف عن الفسخ المملّك يكون تبعاً للكشف عن البيع، فالبيع المسبّب عن الكشف المتبوع يكون في عرض الكشف التابع الذي هو علّة للفسخ المملّك، فالبيع متقدّم رتبة على حصول الملك.

وبالجملة: الإشكال من وجهين الأوّل: كيف يمكن أن يؤثّر الشيء الواحد في أمرين متضادين أعني: الإدخال في الملك والإخراج عن الملك؟ والثاني:

مقتضى قوله - عليه السلام -: «لا بيع إلا في ملك» كون البيع متوقفاً على الملك، فلو توقف الملك أيضاً على البيع كما هو الفرض لزم الدور.

فالجواب عن الأول أن في النفس حالتين: الكراهة والإرادة، واللفظ يدل أولاً على إرادة البيع مطابقة، وفي طول هذه الدلالة المطابقة يدل التزاماً على كراهة البيع الأول، فهما دالان ومدلولان، فاللفظ بذاته يدل على المدلول المطابقي ويوصف كونه دالاً عليه يدل على الالتزامي.

و أما عن الثاني فأولاً نقول: المراد من البيع في قوله - عليه السلام -: «لا بيع إلا في ملك» هو البيع المسبب أعني النقل والانتقال العرفي الخارجي الذي هو متأخر عن الإيجاب والقبول، ولا شك أنه متأخر عن حصول الملكية؛ لأن الملك والفسخ يحصل بالإيجاب، والبيع بهذا المعنى يحصل بعد القبول.

وثانياً: سلمنا أن المراد به هو البيع السببي، أعني: إنشاء البيع ولكن نقول: الحصر في قوله - عليه السلام - إضافي، والمقصود نفي البيعة عما تداول في الناس من بيع مال الغير عن أنفسهم بمجرد الاقتدار والسلطنة على الشراء من صاحبه، ولهذا وقع الاستفسار في الأخبار في جواب السائل عن هذه القضية بقولهم - منهم السلام - «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟»^(١) فإن قال: نعم جوزوه، وإلا أجابوا بهذه الكلمة وما يؤدي مؤداها.

و الحاصل: أن البائع لمال الغير عن نفسه بعد عدم كونه بائعاً عن المالك الكلي، بل عن الشخصي حال البيع - والمفروض أنه غير مالك - يتصور على أنحاء، الأول: أن يكون قاصداً جداً على نحو مجاز السكاكي وتنزيل نفسه منزلة المالك وهو في الغاصب.

و الثاني: أن يبيع العين الشخصية المملوكة للغير متمهداً لها كما يتعهد في بيع الكلي ويكون المصحح اقتداره على التحصيل، فإذا اشتراه وأتى به إلى المشتري يكون أداءً لما في العهدة، وليس للمشتري الامتناع من الأخذ كما في تسليم المصدق في بيع الكلي.

و الثالث: أن يكون على نحو التعليق بزمان حصول الملك وما نحن فيه من هذا القبيل، غاية الأمر يحصل المعلق عليه بنفس الصيغة، وحينئذ فقولهم -عليهم السلام-: «لا تبع ما ليس عندك» أو «لا بيع إلا في ملك» إنما ناظر إلى خصوص القسم الثاني - كما يشهد به بعض القرائن في تلك الأخبار - وحينئذ لا ربط له بما نحن فيه، وإما شامل للقسم الأخير أيضاً وحينئذ أيضاً يكون منصرفاً إلى التعليقات المتأخر زمان وجود الملكية عن زمان الإنشاء.

و كذلك الدال على بطلان التعليق في البيع غير شامل لهذا؛ لأنه إنما الإجماع وهو مفقود في المقام، وإما انصراف أدلة عناوين المعاملة إلى الفعلي دون التعليقي - مثل البيع بشرط موت الأب وحصول الملك بالميراث وكما في إسقاط حق الخيار بشرط حدوثه في الغد في البيع الذي يتباينان على إنشائه في الغد، أو الضمان للدين الذي تنشأ صيغته في الغد - وهذا أيضاً مفقود فإن المسلم من الانصراف إنما هو بالنسبة إلى التعليق المحتاج إلى مضي زمان، وأما ما كان مجرد تأخر الرتبة أو إلى حصول القبول فالعمومات شاملة له، ولهذا قلنا بصحة إسقاط حق الخيار الحادث بالعقد في ضمن ذلك العقد.

و على هذا فلا مانع من صحة التصرفات المذكورة، ولا يخفى الفرق بين ما ذكرناه وما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -؛ فإنه ذكر وجهين لصحتها:

الأول: أن المراد بالبيع هو المسبب ولا شبهة في تأخره عن الملك، لأنه

بالقبول والملك بالإيجاب.

و الثاني: أنَّ المراد به الإنشاء ولكن ليس المقصود نفيه بتمام أجزائه عن ملك الغير حتى يلزم تقدّم الملك على جميع أجزائه حتى يصدق أنّه بتمام أجزائه في الملك قضية لحق الظرفية، فإنّها غير صادقة مع المقارنة، بل المقصود نفيه بجزئه الأخير عن الوقوع في ملك الغير، فاللازم تحقّق جزئه الأخير متأخراً عن ملك البائع وهو هنا حاصل؛ لأنّ الفسخ يحصل بالجزء الأول أعني قوله: «بع»، والجزء الأخير أعني «تاء» بعث يحصل عقيب حصول الملكية.

نعم لو كان المقصود نفيه بتمام الأجزاء فاللازم سبق الملك على جميع الأجزاء وهو مستف، غاية الأمر إن قلنا بالجزء الذي لا يتجزأ تحصل المقارنة بين الملك والجزء الأول للعقد، وإن لم نقل به كما هو الحقّ كان الملك متأخراً عن الجزء الأول للعقد، والجزء الأول سابقاً عليه وقد كان المعتبر سبق الملكية على مجموع الأجزاء، هذا محصل ما ذكره.

وأنت خير بأن الوجه الثاني لا يتمّ إلّا إذا كان قوله: «بع» قبل مجيء «التاء» كاشفاً عرفياً ولو بضميمة القرائن، وأمّا لو احتمل أنّه غير قاصد به إلّا جريان اللسان مثلاً فلا يتمّ ما ذكره قدّس سرّه، وأمّا على ما ذكرنا فلا يفرق الحال بين دلالة «بع» عرفاً وعدمها، فإنّ قوله: «بعث» بتمامه دالّ عرفي وهو كافٍ في الصحة بالتقريب الذي تقدّم، هذا.

ثمّ إنّ هنا سؤالاً عليه - قدّس سرّه - في الفرق الذي ذكره بين القول بالجزء الذي لا يتجزأ وغيره مع أنّه لا فرق ظاهراً على كلا القولين في حصول السبق للجزء الأول من العقد على مسببه الذي هو الملكية، وكون الجزء لا يتجزأ لا يفيد مقارنته مع معلوله.

ويمكن الجواب بأن مراده - قدس سره - هو المقارنة الزمانية مع السبق الرببي في صورة القول بالجزء الذي لا يتجزى بخلاف غيره؛ فإنه على تقدير العدم يكون الجزء السبب لا محالة ذا أجزاء، فيكون بعض أجزائه مقدماً زماناً لفرض تدرجه، بخلاف الجزء الذي لا يتجزأ فإنه سابق رتبةً ومقارن زماناً فإنه النقطة.

ثم هذا كله في العقد الواقع على ما انتقل عنه، وأما مثل الوطي فلا محيص عن القول بحرمة مقدار منه يقع به الفسخ، وأما القول بأن كونه وسيلة للفسخ مجوز له، فيه أن الثابت في الفسخ إنما هو الجواز الوضعي دون التكليفي.

نعم لو كان هنا - كما في باب الرجوع في عدة المطلقة الرجعية - دليل ناص في خصوص الوطي وأمثاله: لقلنا - جمعاً بينه وبين عموم ما دل على أن «لا وطي إلا في الملك» -: إما بتخصيص ذلك الدليل وأن وطي غير الملك صار هنا جازماً، وإما بحمل ذلك العموم على صورة استقرار ملك الغير فلا يشمل مثل المقام الذي يخرج عن الملك بنفس هذا الوطي، وإما بحصول الملك والانسفاخ آنما قبل الوطي حتى لا يرد التخصيص على ذلك العموم، ولكن المفروض عدم الدليل الناص في هذا الباب، وإذن فلا محيص عن القول بحرمة الجزء الأول.

نعم لا يبعد أن يقال: إن باب الإمضاء وباب الفسخ غير أبواب المعاملات، ففي المعاملات نحتاج إلى الإنشاء القولي أو الفعل ولا ينعقد بغير ذلك، وأما باب الإمضاء فهو عبارة عن صرف الرضى الباطني، غاية الأمر أن الرضى ما دام لم يصل إلى مرتبة الإظهار إما بالقول أو بالفعل لا يسمى إمضاءً، فالإمضاء عبارة عن المرتبة الواصلة إلى مرتبة الإظهار ولو فرض حدوث مانع قهري عن تحقق الإظهار مثل الموت كفى في تحقق الإمضاء تلك الحالة النفسانية.

والحاصل: ما يكون ملازماً مع الإظهار لو لم يمنع عنه مانع غير اختياري هو الإمضاء، وبقرينة المقابلة يكون [الفسخ] عبارة عن الكراهة المقابلة لذلك الرضى، وعلى هذا فيكون الفعل والقول كاشفين عن تحقق تلك الحالة قبيلهما، ويتحققها يتحقق الفسخ فيرتفع الإشكال على هذا عن جواز تلك التصرفات وضعاً وتكليفاً.

فرع: لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار ثم قال: أعتقتها والمفروض أنه لو قال: أعتقت العبد، كان رضىً بالمعاملة، ولو قال: أعتقت الجارية، كان فسخاً لها، ففي الصورة المفروضة لا يمكن أن يتحقق الإمضاء والفسخ معاً، فهل يتحقق الإمضاء وينتق العبد، أو الفسخ وتنتق الجارية أو لا ذاك ولا ذاك، بل العقد باق والخيار أيضاً باق والعبد والجارية غير منعتين؟

قد يقال: بأن سبب الإمضاء والفسخ إذا تعارضا وتساقطا نأخذ بإنشاء عتق العبد، وإن لم ينطبق عليه الإمضاء؛ لأنه تصرف من المالك وقع في ملكه، بخلاف عتق الجارية فإنه في ملك الغير، فإذا انتق العبد يسقط الخيار لأجل كون عتق العبد إمضاءً بل لأجل فوات الموضوع الذي تعلق به الخيار عند ذي الخيار، وقد تقدّم في بعض المباحث السابقة سقوط الخيار بهذا.

وفيه: أن الباب ليس باب التزاحم بين السببين أعني سبب الإمضاء وسبب الفسخ حتى نعلم بتساقطهما في التأثير، بل المقام مقام التعارض بين الظهورين؛ لأن الجدل في الإنشاء بين الأمرين في زمان واحد غير ممكن، بل الواقع إما الإمضاء وإما الفسخ.

وحينئذ إما يقال بعدم الظهور رأساً في شيء من الطرفين فيبقى الإنشاء خالياً عن الإظهار فلا إشكال في نفوذ عتق العبد.

وإما يقال بتحقيق الظهورين في حدّ نفسيهما وتعارضهما وعدم إضرار التعارض في تحقق الفسخ، بل المناط هو الظهور الذاتي المحفوظ مع التعارض، وحيثنذ فمن المحتمل كون الواقع في النفس هو إنشاء الفسخ فقط، وعلى تقديره يكون مانعاً عن نفوذ عتق العبد؛ لأنّ عتق العبد إنّما ينفذ في ما إذا لم يفسخ العقد الواقع عليه في عرضه، بل وكذا سائر التصرفات إنّما تنفذ في ما إذا لم يتحقق الفسخ مقارناً لها، ودليل نفوذ التصرفات منصرف عن مثل هذا، فيكون التصرف النافذ مقيداً بعدم المقارنة مع الفسخ بخلاف الفسخ، فإنّه تصرف في العقد وليس مقيداً بعدم وقوع تصرف مقارن معه في المال.

وحيثنذ فنقول: عتق العبد قد تحقق الإنشاء الجدّي بالنسبة إليه قطعاً ولا ينافيه الإنشاء الجدّي بالنسبة إلى عتق الجارية؛ لأنّها مجتمعان كما في إنشاء الفضولي لنفسه، والذي لا يمكن هو اجتماع الجدّ بالإمضاء والفسخ، وأمّا العتق للعبد والجارية التي ثمنها لا بالعنوانين فلا مانع من تحقّي الجدّ بالنسبة إليهما معاً في زمان واحد.

و بالجملة: الجدّ في إنشاء عتق العبد محرز والمانع منه وهو قصد إنشاء الفسخ لعتق الجارية محتمل، وهو مدفوع بالأصل فيكون نافذاً وبسببه يسقط الخيار ويثبت العقد، ولعلّ هذا مراد من قال في المسألة بتقديم جانب الإجازة لمطابقتها لأصالة بقاء العقد وعدم تحقق الفسخ.

ويشكل بأنّه كما أنّ الإجازة والفسخ ليسا من باب التزاحم لعدم إمكان اجتماعهما كذلك جدّ إنشاء العتق في العبد مع إنشاء الفسخ غير ممكن اجتماعهما؛ لأنّ الأوّل تحرير العبد، والثاني إدخاله في ملك الطرف، ولا يمكن الجدّ بهما من شخص واحد في زمان واحد، فاللزام القول بأنّ المقام مقام تعارض الظهورين

أيضاً فليس لنا جدّ بإنشاء العتق في العبد حتّى نضمّ إليه أصالة عدم تحقّق الفسخ لاحتمال أن لا يكون الجدّ إلا بالفسخ.

نعم هذان الظهوران وإن كانا متّصلين وفي كلام واحد، ولكنّهما لا يخرجان عن كونهما ظهورين في حدّ ذاتهما كما في الخبرين المتعارضين، غاية الأمر إنّ الظهور مستقرّ في الخبرين وهنا غير مستقرّ، لكنّهما مشتركان في نفى الثالث.

وبعبارة أخرى أحد الظهورين بلا عنوان ظهور مستقرّ حجة في كلا المقامين، ولازم هذا هو القول بسقوط الخيار إمّا بانتفاء الموضوع وإمّا بالفسخ.

لا يقال: لا يكفي في الفسخ مثل هذا الظهور، لأنّنا نقول: المعتبر نفس الظهور الذاتي وهو محفوظ وأمّا الحجّة فلا، وبالجملة يكون سقوط الخيار على هذا مقطوعاً به كما أنّ تصرف المعتق في العبد غير جائز لأنّه مقطوع الزوال عن ملكه.

ثمّ على تقدير كون المقام من باب تراحم السببين - كما هو الظاهر من كلام شيخنا المرتضى قدّس سرّه - فإن قلنا في الإجازة والفسخ كليهما بأنّ المؤثّر هو الحالة القلبية الملازمة للإظهار أو في كليهما الإظهار فلا مناص عن التساقط لبطلان الترجيح بلا مرجّح بعد عدم إمكان اجتماعهما في التأثير، فاللازم بقاء الخيار والملكيّتين.

نعم لو قلنا باختلاف الحال في البابين وأنّ المؤثّر في أحدهما الحالة القلبية وفي الآخر الإظهار كان التأثير لما هو عبارة عن الحالة القلبية لتقدّمه على الآخر الذي هو الإظهار.

ثمّ هذا في صورة كون الخيار للمشتري فقط، ولو كان للبائع فقط فلا إشكال في بطلان عتق الجارية في فرض المسألة وهو عتق المشتري لهما؛ لعدم قبوله

للفضولية، وأما عتق العبد فينبى على جواز تصرفات غير ذي الخيار في زمن الخيار وعدمه، كما أنه في صورة ثبوت الخيار لهما معاً فالمسألة مبنية على جواز تصرفات المالك في ماله مع ثبوت الخيار للمالك الأصلي، فإن قلنا بالجواز جرى فيه جميع ما تقدم في الصورة الأولى حرفاً بحرف وإلا فالمتحقق عتق الجارية فيتحقق الفسخ - دون العبد - كما هو واضح.

ومن أحكام الخيار: عدم جواز تصرف غير ذي الخيار في ما انتقل إليه، اعلم أن هنا كلاماً من حيث الكبرى وكلاماً من حيث الصغرى.

أما الأول: فهو أن كلما تحقق للغير حق في عين لا يجوز للمالك التصرفات المثقلة لها؛ لأنها تضييع لمورد حق الغير وهو حرام، والظاهر أن الحرمة التكاليفية مما لا شبهة فيه، وأما الوضعية فهي وإن كانت مقتضى كلمات العلماء - حيث يشترطون في البيع أن يكون المبيع وكذا الثمن ملكاً طلقاً - ولكن لقائل أن يمنعها لو لم يكن إجماع والظاهر عدمه؛ لأن ظاهر كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - في الخيار المجعول بالشرط نفوذ التصرف مع تسليم تضمن شرط الخيار لشرط الإبقاء، فلذي الخيار حق الإبقاء، وأما وجه الجواز على حسب القاعدة فلا أنه تصرف وقع من أهله في محله.

لا يقال: إنه خلاف سلطنة صاحب الحق على حقه كما يستدل لبطلان تصرف غير المالك بكونه خلاف سلطنة المالك على ملكه.

لأننا نقول: هذا أول الكلام، أعني: كون صاحب الحق سلطاناً حتى من هذه الجهة، وإنما المسلم له بعض أنحاء السلطنة مثل جواز الإسقاط والنقل، وأما تسلطه بحيث لا ينفذ تصرف المالك إلا بإذنه فهذا سلطنة أخرى لا يوجب مجرد ثبوت الأنحاء الآخر ثبوتها، فمن الممكن أن ينفذ تصرف المالك فيكون مثل أكله

وإتلافه لنفس العين في كونه إتلافاً وإن كان محرماً تكليفاً، والحرمة التكليفية هنا لا تنافي الوضع بل لا تعقل بدونه كما هو واضح، هذا هو الكلام بحسب الكبرى.

وأما الصغرى أعني: كون حق الخيار متعلقاً بالعين، فربما يمنع ويقال بأنه متعلق بالعقد، ولكنه مدفوع أولاً بما مرّ مراراً: من أن معنى الفسخ حلّ المبادلة وكما كانت المبادلة بين العين والعين بحيث لو كانت إحداها معدومة ما صحّت المبادلة ولم ينتقل إلى البديل كذلك الفسخ يكون بينهما لأنه حلّ تلك المبادلة المفروض تقومها بهما.

وثانياً: سلّمنا كونه متعلقاً بالعقد لكن ما الفرق في ما هو الملاك بين كونه متعلقاً به أو بالعين؟ فإن تضييع الحق في صورتين متحقق، إذ على تقدير تعلقه بالعقد أيضاً فأنتم مسلمون أن له اقتضاء أولياً بالنسبة إلى استرداد العين ثم بعد عدم إمكانه ينتقل إلى البديل، وبالجمله فيكون من باب تعدّد المطلوب.

لكن قد يقال: إننا وإن سلّمنا كونه متعلقاً بالعين أيضاً لا نسلم كون التصرف مزاحماً ومفوتاً؛ لأنّ الفاسخ متى فسخ بنفسه بفسخه العقد الأول والثاني الذي كان مبتنياً عليه؛ لأنه لا يمكن انفساخ الأصل وبقاء الفرع لأنه في كلّ آتات وجوده متفرّع على العقد الأول، فمتى سرى البطلان إلى العقد الأول فلا محالة يسري إلى ما هو في الوجود فرع عليه.

وفيه أنه وإن كان يعتبر في الفسخ أن يعود عين الملكية السابقة - لأنه قضية انعدام العقد وصيرورته كأن لم يكن من حين الفسخ - ولكن مع إبقائه بحاله بالنسبة إلى ما سبق فالملكية السابقة لم تعد بالنسبة إلى ما قبل الفسخ وعادت بالنسبة إلى ما بعده، والتفرّع إنّما هو بالنسبة إلى ما قبله فقط لا بالنسبة إلى جميع الأزمان، كما أنّ هذا هو الحال بالنسبة إلى المنافع فإنّها أيضاً متفرّعة على الملكية

كالعقد الثاني بلا فرق، فإن أوجب الفسخ من حينه إبطال العقد الثاني فليوجب رجوع النہاءات أيضاً، وإن لم يوجب الرجوع فلا بد أن لا يوجب الإبطال.

وبالجملة: الملكية السابقة لا يعقل زوالها بعد ثبوتها ولا ثبت تنزيل على زوالها، والملكية اللاحقة وإن زالت ولكنها ليست مبنياً عليها، نعم لو فرض كون العقد الثاني واقعاً على العين بعنوان كونها منتقلة إليه بالبيع، فهو مادام العنوان صحيح ومتى زال العنوان بطلت الملكية المتعلقة بهذا العنوان، ولكنه خلاف الفرض من كون الملك متعلقاً بالذات.

والمخلص من جميع ما ذكرنا أن أوثق شيء يقال في المقام: أن الفسخ كالمبادلة حق قائم بنفس العينين ولا دليل على فساد العقد بمجرد تعلق الحق بالعين، فإذا نفذ البيع كان إتلافاً لمورد الحق حقيقة، وحيث إن قاعدة اليد لا اختصاص لها بالأموال بل تشمل الحقوق أيضاً - لأن مفادها أن أي خسارة وردت من جهة المال المأخوذ فعلى اليد تداركها ولا يختص بهال الغير - فيشمل مال نفس الأخذ المتعلق به حق الغير، فإذا أتلفه يكون ذو المال المثلّف متعهداً وضامناً لصاحب الحق، ففي ما نحن فيه يكون متعهداً بأن يحضر لذي الخيار مثل المال أو قيمته حتى يسترجعها بمعرض ماله، وهذا وإن كان ليس فسخاً حقيقياً كما عرفت ولكن لا مانع من فهم تنزيله منزلة الفسخ من دليل الضمان؛ إذ كما يستفاد منه التعهد بالبدل وتنزيله، كذلك يستفاد منه تنزيل هذا التملك منزلة الفسخ.

لا يقال: الحق إما مطلق بالنسبة إلى ملكه وملك الغير فيكون متعلقاً بالرقبة أينما ذهبت، وإما مشروط بملك المفسوخ عليه، فعلى الأول لا إتلاف؛ لأن الرقبة موجودة بالفرض وإنها فات وصف الملك، غاية الأمر لما يكون مقتضى الفسخ تلقي الملك من المفسوخ عليه يدخل من ملك المشتري الثاني في ملكه ثم

منه إلى الفاسخ.

وعلى الثاني وإن كان التلف متحققاً لكنته تلف بتلف المعلق عليه، نظير أن يكون مالاً لشيء مادام حياة الولد فقتل الولد فإنه لم يتلف المال إلا بإتلاف المعلق عليه، وهنا أيضاً كان ذا حق عليه مادام مالاً، وهو قد فوت موضوع مالكية نفسه فلا ضمان.

لأننا نقول: نختار الشق الثاني والسند أن الفسخ حلّ المبادلة فهو لا اقتضاء له بالنسبة إلى حفظ المبادلة أو إيجادها بعد انعدامها، ولكن هذا التعليق عقلي وليس بجعلي وهو غير مضرّ بباب الضمان، وإلا لانسدّ بابه رأساً، لأن ملكية كل مال معلقة عقلاً بوجوده؛ لوضوح عدم اعتبار الملكية في المعدوم، ومع ذلك يقال بالضمان بإتلافه، نعم يعتبر أن يكون ذلك لا لأجل قصور المقتضي كالمثال الذي ذكرت بل لأجل عدم قابلية المحل، والمقام من قبيل الثاني.

وعلى هذا فالمال يبقى في عهده تالفاً، ولا يتنافى هذا مع اعتبار قيمة يوم التلف - كما اخترناه في محله - دون يوم الدفع وذلك لأن وجه اعتبار يوم التلف كما تحقق في محله هو أن العين ليس لها إلا خسارة واحدة، وبعد تلفها ينقطع باب خساراته، ولا يتفاوت الحال بين ترقّي القيمة وتنزّلها، ولا منافاة بين هذا وبين ما قلنا من اعتبار العهدة بالنسبة إلى نفس العين التالفة حتى إنّ العين التالفة بهذا الاعتبار تصير مالاً، غاية الأمر لا يجوزون بيعه، هذا.

ولكن قد يقال في صورة بقاء العين عند المشتري الثاني بتعهد المشتري الأول لها نظير التعهد الذي قلنا إنّه المنظور في نواهي بيع ما ليس عنده، فيقال: مقتضى تدارك ما فات على ذي الخيار أن يكون نفس تلك العين في عهدة طرفه بأن يشتريه من صاحبه لو قدر، ويملكه ذا الخيار عند إرادته الفسخ من غير فرق

بين العقد اللازم أو الجائز، غاية الأمر أنه في الجائز يتعهد بإدخال العين في ملك ذي الخيار بتوسط الفسخ، وفي اللازم بتوسط البيع.

ولكن هذا خلاف صريح العلماء، فإنهم قائلون بالانتقال إلى البديل في ما نحن فيه وفي العين المغصوبة التالفة القيمة إذا وجد لها مثل، ولعل سرّ عدم قولهم بالتعهد المزبور هو استنباط الحكم العام لمثل ما نحن فيه من نواهي بيع ما ليس عنده بأن يكون المنهي عنه مطلق المبادلة بالنحو المزبور ولو كان فسخاً للبيع أو ضماناً لتالف.

ثم على تقدير القول بانفساخ العقد الثاني هل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله؟ لم يعلم وجهه للثاني، وما ذكره بعض حجة عليه من لزوم تلقي الفاسخ الملك من طرفه، ففيه أن هذا حاصل بالانفساخ من حين أيضاً، والتحقيق أنه أيضاً من سنخ الفسخ، غاية الأمر أنه الانفساخ، وإذا قلنا: إن مقتضى القاعدة في الفسخ كونه من حين، فكذا الحال في الانفساخ، والقول بأن لازم هذا أن يكون الملك موقتاً وهو غير معروف في الشرع، ففيه أولاً: أن الحال في كل فسخ هكذا، وثانياً: ليس هذا توقيتاً في الملك، بل زواله بزوال مقتضيه.

ثم تمام ما ذكرنا إنها هو في زمان الخيار المنجز الفعلي، وأما المشروط بأمر غير حاصل سواء كان بجعل الشارع أم بجعل المتعاقدين، فهل على القول بعدم النفوذ في المنجز يحكم بالنفوذ في المشروط أو بعدمه؟ وكذا على المختار من النفوذ والرجوع إلى البديل هل يحكم هنا بعدم الرجوع إلى البديل أو يحكم به؟

الظاهر أن مناط كلا القولين واحد، وتفصيله أن الخيار المشروط سواء كان شرعياً أم شرطياً على ثلاثة أنحاء ثبوتاً وكل منها له لازم معلوم؛ لأن الاشتراط إما متضمن لاشتراط بقاء العين، وإما غير متضمن له ولكنه كالأمر الفلاني شرط

للخيار أيضاً، وإما لا يكون البقاء مشروطاً ضمناً ولا شرطاً للخيار ولكن صرح الشارط بأن استرد المثل أو القيمة في صورة التلف، وكل من هذه الثلاثة حكمه واضح.

فإنه على الأول: الكلام هو الكلام في الحقوق المنجزة بلا فرق.

وعلى الثاني: لا وجه لعدم النفوذ على قولهم ولا للضمان على قولنا.

وعلى الثالث: إن اشترط استرداد البدل في صورة التلف استحق له بمقتضى كونه شرطاً سائغاً، وإن لم يشترط ذلك - كما في الخيارات الشرعية وبعض المجموعات - فلا وجه أيضاً للضمان، كما لا وجه لعدم النفوذ على قولهم في كلتا الصورتين.

فروع، الأول: بناء على القول بعدم نفوذ التصرفات الناقلة لو سقط الحق أو أجاز ذو الحق بعد وقوع التصرف فهل يوجب ذلك صحتها أو لا؟ الظاهر ابتناء المسألة على أن المنع عن النفوذ هل كان بتخصيص في أدلة نفوذ البيع أو أنه مقتضى المزاخمة بين السببين وتقديم الأقوى منها؟

فإن كان الثاني فحكم العقل تأثير السبب الممنوع بزوال المزاخم الأقوى فاللزام في المقام هو القول بالنفوذ؛ لأن البيع سبب لأصل الملك، غاية الأمر قارنه في زمان حدوثه مانع، فإذا ارتفع المانع يكون من هذا الحين، وإن لم يؤثر حيثئذ إلا بقاء البيع في حدوث الملك دون حدوثه في الحدث، لكنّه غير ضائر بعد ما هو الفرض من كون المؤثر طبيعة البيع في طبيعة الملك دون الحدث في الحدث وإن كان هو من المقارنات الاتفاقية عند عدم المزاخم حال حدوث البيع، وهذا واضح.

وأما إن كان الأول، فاللازم القول بعدم النفوذ؛ إذ بعد تخصيص ﴿أحل الله البيع﴾ و﴿أوفوا بالعقود﴾ بالنسبة إلى البيع الواقع على مورد الحق فلا دليل على نفوذ البيع بعد ذلك بسقوط ذلك الحق.

لا يقال: لو كان دليل عدم النفوذ الذي هو المخصص لعمومات الصحة دليل سلطة ذي الحق على حقه، فليس مفاده بأزيد من عدم المزاخمة معه، وهو يحصل بالرضى المتأخر كالمقارن وكذا بسقوط موضوع الحق.

لأننا نقول: ما ذكرت مثل أن يقول أحد: يجوز أكل مال الغير وإتلافه بواسطة رضاه المتأخر.

و بالجملة: لا فرق بين تقييد دليل البيع بدليل عدم نفوذ بيع الصغير حيث لا يبقى عموم بعد الكبر، وكذا بالنسبة إلى بيع المكروه بعد لحوق الرضى، أو بيع الرهن بعد لحوق إجازة المرتن، أو فكّ الرهن وبين مقامنا، والظاهر الخلط بين التزاحم والتعارض، فإنه لو قلنا بالثاني والتخصيص فلا محيص عن القول بالبطلان، وأما باب بيع الفضولي، فالدليل أفاد مطلق الرضى الأعم من المتأخر والمقارن.

الثاني: لو قلنا بعدم نفوذ التصرفات المتلفة الشرعية فما حال الوطي الموجب لكون الأمة أم وليد ممنوع عن ردها بالخيار؟ فهل يحكم بانسلاخه عن هذا الأثر الوضعي كما قلنا بانسلاخ أثر البيع وسائر التصرفات، أم لا يمكن الفرق بين هذا المقام والتصرفات المذكورة؟ فإن دليل نفوذها هو دليل سلطة الناس على أموالهم، وهي غير مشرعة، فلا يجوز التصرف في حقوق الناس، ودليل الحق أيضاً وإن كان قاعدة السلطة على الحقوق وهو أيضاً حكم حيثي ولكن نفوذ التصرفات المذكورة ينافي مع السلطة الحيثية لصاحب الحق، وأما السلطة الحيثية لصاحب المال فلا

يوجب جواز تصرفه ولو أوجب تضييع حق الغير، هذا حال التصرفات المذكورة. وأما المقام، فلا يخلو الحال فيه إما أن نقول: بأن بين دليل ثبوت الحق للأمة بالانعتاق من نصيب الولد وبين دليل ثبوت حق الخيار لبائع الأمة تزامناً، وإما أن نقول: بينهما التعارض، فعلى الأول لابد من تتبع أن أي الحقين هو الأقوى حتى يكون أولى بالرعاية، وعلى الثاني لابد من ملاحظة أقوى الدليلين وأظهرهما حيث إن بينهما العموم من وجه، ولعل هذا هو الوجه في جزم المانعين في التصرفات بالمنع وترددهم هنا وذكر الوجهين فيه.

هذا بناء على القول بالمنع الوضعي في التصرفات وأما بناء على التكليفي - كما قويناه - فهل يحكم هنا أيضاً بالحرمة؟ قد يقال: لا وجه لذلك؛ فإن الوطي بمجرده ليس تضييعاً للحق، بل مع الاستيلاد وهو غير ملازم للوطي فيكون مشکوكاً.

وبالجملة: الشبهة موضوعية بالنسبة إلى كبرى تفويت الحق وليست شبهة موضوعية في الفروج حتى يكون مقتضى الأصل لأجل أهميتها الاشتغال، بل نظير الشبهة الموضوعية في الحلف على ترك الوطي لا يكون الأصل فيه إلا البراءة، فما وجه القول بالحرمة مع فرض الشك.

ويمكن أن يقال في خصوص باب الأموال: إن التعريض للإتلاف مورد للاشتغال ولو لم تكن مثل باب الفروج.

توضيح ذلك: أن البراءة حكم عقلي وجداني، ونحن متى راجعنا وجدانا لا نراه مستقلاً بالبراءة في من أجاج النار في موضع قريب من مال الغير قابل للاحتراق، ولو لم يكن مظلوناً وصول حمرة من النار إليه بل كان ذلك مشکوكاً فنراه مذموماً لو فعل ذلك وسقطت الحمرة على المال، كما أنه لو لم يسقط ليس في حقه

إلا التجري، وهذا بخلاف ما إذا كان أصل وجود المال في قرب ذلك المحلّ مشكوكاً فيستقلّ العقل بالبراءة، ولو كان الباب مثل باب الدماء والفروج لكان الواجب في مثل هذا أيضاً الاحتياط، هذا.

الفرع الثالث: هل الإجارة على القول بمنع مثل البيع ممنوع أو لا؟ الظاهر ذلك، لأن وجه المنوعية في البيع آت هنا وهو كون الحقّ متعلّقاً بالعين، فنقول هنا: إن الحقّ كما تعلّق بالعين تعلّق بالعين الكذائية، أعني: الواجدة للمنفعة؛ لأنّ البيع وقع على العين مع التقييد بثبوت المنفعة، ولهذا لو بان مستأجرة جاء الخيار، فالفسخ الذي هو حلّ ذلك البيع أيضاً عبارة عن الحقّ باسترداد العين على وصف سلّمها إياه وهو كونها ذات منفعة، ومقتضى تعلّق الحقّ بهذا الوصف عدم صحة التصرف المفوّت لموضوعه كما في البيع بلا فرق.

هذا على القول بالمنع، وعلى القول الآخر يجيئ هنا استحقاق المطالبة ببدل المنفعة؛ لأنّه فات تحت يده مستحقاً عليه للفساخ فيكون مضموناً عليه، هذا ممّا لا إشكال فيه، إنّما الإشكال في ما إذا أجر الدار بإذن البائع أو أجره من نفس البائع، فإنّه يقع صحيحاً ولكن هل يوجب سقوط أصل الخيار رأساً أو بالنسبة إلى الخصوصية فيستحقّ الفسخ بالنسبة إلى العين الفاقدة للمنفعة، أو لا يوجبه أصلاً، أو هنا تفصيل؟

يمكن أن يقال: إنّ الإذن في بعض التصرفات ظاهر عرفاً في إسقاط الحقّ بحيث لو لم يعمل على طبقه في الخارج أيضاً كان الحقّ ساقطاً، وهذا كالإذن في البيع، فإنّه ظاهر في كونه ملتزماً بالبائع وعدم إرادته للفسخ ولا تردّده فيه، ولعلّ منه الإذن في الإجارة في المدة الطويلة مثل الخمسين سنة، أو الإذن في الإجارة بنحو الإطلاق التي أحد أفرادها ما ذكر؛ فإنّه ظاهر عرفاً أيضاً في غمض العين عن

حقه، فلو لم يعمل أيضاً كان الحق ساقطاً من غير فرق بين القول بتعلق الحق بالعين أو بالعقد، فإنه على الثاني أيضاً ظاهر في عدم كونه بصدد الفسخ أو شاكاً فيه، بل هو بان على عدم وملتزم ببقاء العقد.

وأما لو أذن في الإجارة مقيداً بقصر المدة فهذا لا دلالة فيه على اسقاط الحق بالنسبة إلى العين ولا بالنسبة إلى المنفعة، أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأن تقييده شاهد على ذلك، بمعنى أنه جعل لنفسه محلاً لاسترجاع العين مع المنفعة، وحينئذ فإن فسخ بعد الإجارة وقبل انقضاء المدة فإن قلنا بتعلق الحق بالعين فلا يستحقّ البذل؛ لأنه قد فات بإذنه فلا ضمان فلا استحقاق لمطالبة البذل للمنفعة الفاتية.

وإن قلنا بتعلقه بالعقد، فليس المتحقق بالنسبة إلى العين والمنفعة إلا الحكم مثل جواز مطالبة الدين، غاية الأمر أنه وعد أنه لا يطالب، فلا يجب عليه الوفاء بهذا الوعد، وعلى فرض وجوبه باشتراطه في ضمن عقد لازم لو عصى وطالب يجب على الآخر الوفاء.

والحق أن يقال بعدم الفرق في هذه الصورة أيضاً في عدم الضمان بين القولين؛ فإن الإذن ينافي الضمان، فإن الضمان على القول بكونه من مقتضى الفسخ أيضاً ليس ضماناً معاوضياً حتى لا يكون له ارتباط بالإذن وعدمه، ضرورة أن المبادلة والمعاوضة بين العوضين متى وقعت فلا يؤثر الإذن في الإلتلاف من أحدهما لصاحبه في ما انتقل إليه في رفعها.

فلا يمكن أن يقال هنا أيضاً على القول المذكور إن الفسخ حلّ المبادلة، ولازمه وقوع المبادلة بين المال والمال مع الأعمية في الطرفين للعين والبذل، فإنه ليست المبادلة على هذا أيضاً إلا بين العين والعين، غاية الأمر الأعم في كل منهما

من الموجودة والتالفة، ففي فرض التلف أيضاً تنقل العين التالفة بازاء العين الأخرى الموجودة أو التالفة.

وأما كون التلف على من انتقلت عنه فهذا أمر خارج عن المبادلة وتكون قضية أخرى للفسخ، فللفسخ قضيتان، إحداهما المبادلة والأخرى وقوع التلف على من انتقلت العين عنه، فالضمان ليس معاوضياً، بل إما لكون الفسخ سبباً مستقلاً للتضمنين في عرض الإلتلاف واليد - كما يظهر من بعض الكلمات - وإما لأجل اليد والإلتلاف كما قريناه.

وعلى كل حال فالمدعى أن المأذون لا يكون ضامناً للإذن، فدليل الضمان مقيد بغير صورة الإذن لهذه المناقاة المركوزة في أذهان العرف والمشرعة، سواء كان ذلك لأجل صيرورة الحق في إنشاء جعله مقيداً بغير حال الإلتلاف الواقع عن الإذن فيكون التلف وارداً على غير مورد الحق أم لم يكن راجعاً لهذا التقييد بل كان الحق مطلقاً، لكن كل إلتلاف لمورد الحق ليس موجباً للضمان، بل ما لم يكن مسبوقاً بالإذن، وليس هذا لأجل أن الإذن إسقاط حتى يرد أنه إسقاط لما لم يجب، بل لأجل المناقاة بين نفس الإذن والحكم بضمان المأذون للإذن، هذا كله هو الكلام في نفوذ التصرفات الواقعة بإذن ذي الخيار.

بقي الكلام في مسألة أخرى وهي: أنك عرفت أن البيع الواقع بغير إذن ذي الخيار صحيح نافذ، ولا يوجب الفسخ انفساخه أيضاً، لأن الفسخ من الحين والبيع يكفيه الملك آنماً قبله، وقد عرفت أن الإجارة الواقعة بغير إذن ذي الخيار أيضاً صحيحة نافذة، فهل هي أيضاً غير منسوخة بفسخ ذي الخيار أصل المعاملة كالبيع، أو يوجب الفسخ هنا انفساخ الإجارة؟

قد يقال بالثاني؛ نظراً إلى أن ملك المنفعة تابع لملك العين، فإذا كان زوال

ملك المالك الأول والانتقال إلى الثاني بمقتضى سبب جديد للانتقال إليه؛ فالملك الثاني قد تلقى الملك حيثئذ من المالك الأول، والمفروض أنه كان قد استوفى منه منفعة مدّة.

وأما إذا كان بنقص استعداد مقتضى ملكيّة العين وإنحلاله كما هو شأن الفسخ، فالملك الثاني لا يتلقّى الملك حيثئذ من المالك الأول بل يكون الملك عائداً إليه بالسبب القديم، فيكون هو في عرض المالك الأول نظير البطن الثاني والبطن الأول حيث إنها يتلقيان الملك من الواقف، فإذا انتهى استعداد ملكيّة البطن الأول ينتقل من الواقف إلى البطن الثاني، ولهذا نحكم ببطلان إجارة البطن الأول من بعد موته.

ولكن فيه: أنّ المسألة مبتنية على الملك الموقت والملك المطلق، ولا معنى بإطلاق الملك التصريح بتأييده حتى يكون خلاف الواقف، بل المراد كونه بحيث يحتاج في الرفع إلى المزيل والرافع، ولولاه لكان باقياً نظير الحياة فلإنها ثابتة للذات والموت رافعها لا أنها ثابتة ما دام عدم الموت، فإذا ثبت ملكيّة العين آنأماً بهذا النحو من الملكيّة فالملك مالك لمنفعة العين الكائنة في ألف سنة وأزيد فله التصرف فيها ما شاء.

وإذا ثبت بالنحو الأول أعني: التقييد والتوقيف كما في الوقف - حيث إنّ لازم لحاظ الواقف جميع الطبقات في عرض واحد وإنشاء الملك لهم تقييد الملك لكل طبقة بزمان حياته - فلا بدّ حيثئذ من عدم ملكه للمنفعة إلّا بمقدار وجود العنوان المقيّد به فيه، فلو فرض في ما نحن فيه ثبوت الملك بعنوان عدم الفسخ وما دام عدمه كان مقتضاه بطلان الإجارة بوقوع الفسخ.

وأما إذا كان الملك مطلقاً والفسخ رافعاً له فلا بدّ من القول بنفوذ الإجارة

من غير فرق بين النقل بالأسباب الناقلة أو برفع السبب السابق كما في الفسخ؛ فإنه في القسم الثاني أيضاً يكون رفعاً للملك الثابت لولا الرفع.

والحاصل أن زوال الملك ليس من قصور في استعداد المقتضي؛ لعدم انتهاء أمده بحصول الفسخ، بل لأجل تحقق الرفع مع تمامية المقتضي، فالمعيار ما ذكرنا لا ما ذكر من التلقي من المالك الأول أو السبب السابق أو الانتقال الجديد أو الفسخ كما ذكره المتوهم.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر في الإذن المقرون بالتصرف وجهين في عدم استحقاق أخذ البديل بالفسخ، الأول: أن الإذن ظاهر عرفاً في الالتزام بالعقد وإسقاط حق الخيار، وهذا هو الذي اختاره أخيراً في الإذن المنفك عن التصرف، الثاني: أنه ليس التزاماً وإجازة ولكن مع ذلك لا يستحق المطالبة بالبديل لنفوذ التصرف ووقوع التلف بإذنه، ولازم هذا أن يكون التلف وارداً على العين في غير حال كونها متعلقاً للحق، والضمان فرع أن يكون التلف على المال المتعلق للحق، هذا محصل ما ذكره.

ويرد على صورة الوجه الثاني اشكالان واضحان، الأول: هو مناف مع اختياره - قدس سره - كون حق الخيار متعلقاً بالعقد لا العين، الثاني: أنه قد فرض في هذا الوجه عدم إسقاط حق الخيار، فالتلف لا محالة تلف لمحل الحق ووارد في حال مشغولية المحل بالحق، فما معنى ما ذكره من أنه وارد في غير حال حلول الحق؟

ويمكن الجواب عن كلا الوجهين بأن المراد مما ذكر عدم إسقاطه هو حق الخيار وهو متعلق بالعقد، وما ذكر عدم حلوله في حال التلف هو حق إبقاء العين، فإنه - قدس سره - يستفاد من بعض كلماته السابقة في هذا المبحث أن

شرط الخيار متضمن لشرط الإبقاء، وكذا الخيارات المجعولة شرعاً أيضاً تكون بفرض بقاء العين، فيتزعم منها حقّ لذي الخيار في بقاء العين، فالإذن في الإلتلاف إسقاط لهذا الحقّ، والضمان لبدل العين كان لأجل هذا الحقّ، فلإذا انتفى الحقّ انتفى الضمان وإذا انتفى الضمان فلا مجرى للفسخ؛ إذ معناه على مذاقه استرجاع أحد من العين والبدل وهو هنا غير ممكن، أمّا العين فواضح، وأمّا الثاني فلانتفاء موجب الضمان فيه.

مسألة: المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد، وأثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه، وحكي عن شيخ الطائفة - قدس سرّه - القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار، واللازم أولاً هو ملاحظة أنّ حال البيع عند العرف ماذا؟ هل يحكمون بحصول الملكية قبل انقضاء مدّة الخيارات التي عندهم أو لا؟

و وجه ذلك أنّ قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ يراد بهما ما هو المتداول في أيدي العرف وعلى ما هو المعمول المقرّ عندهم، فانتضاء هذه العمومات قول المشهور يبتني على تصفية هذا المطلب، وإلاّ فإن شككنا في ذلك ففضيّة الأصل مع الشيخ، وأمّا آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فحيث فسّر العقد بالعهد استشكلنا في شمولها للمعاملات رأساً فهي أجنبيّة عنها بالمرّة فيتمخض الأمر في الآيتين، فإن تمّ كون الملك عند العرف حاصلّاً عقيب الإيجاب والقبول من غير انتظار لانتهاء مدّة الخيار كان العمومات مع المشهور فلا بدّ من التماس الدليل المخرج، وإلاّ فالأصل مع الشيخ فلا بدّ من التماس الدليل المخرج.

فنقول: الظاهر أنّ البيع والنقل والانتقال الخارجي عند العرف غير متوقّف على مضيّ زمان الخيار ويشهد لذلك أمور، الأول: كون الخيار عندهم بمعنى إعادة الملك، ولولا حصول النقل بالإيجاب والقبول وكان الحال كما بين الإيجاب والقبول

لزم أن يكون معنى الفسخ إبطال الأثر التأهلي الثابت للإيجاب والقبول وهو خلاف ما ارتكز عند العامة.

الثاني: أنهم يحكمون بتحقيق البيع بعد الإيجاب والقبول لا عند الانقضاء، والبيع عبارة عن النقل الخارجي دون الإنشائي.

الثالث: أنَّ كلاً من الطرفين يسلم المال لصاحبه بعنوان أنه ماله لا بعنوان أنه أمانة عنده. لا يقال: فلم ينكروا على من تصرف تصرفاً ناقلاً في زمان الخيار؟ لأننا نقول: التحاشي من جهة تفويته لمحل الحق لا لعدم كونه مالاً. وإذا قد تقرر ثبوت العمومات من جانب المشهور فحيث لا بد من التماس الدليل المخرج عنها من طرف الشيخ - قدس سره - والذي يمكن التمسك به على مذهبه أمور:

الأول: ما تمسك به شيخنا المرتضى - قدس سره - من طرفه - قدس سره - وهو ما دل على أنَّ ضمان المبيع في زمان خيار المشتري على البائع، مثل صحيحة ابن سنان: «عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال - عليه السلام -: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط، قال - عليه السلام -: وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي فهو من مال البائع»^(١).

تقريب الاستدلال من وجهين، الأول: ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - أعني تميم الاستدلال بضميمة قاعدة «الخراج بالضمان» فإن مقتضى كون الضمان مقابلاً بالخراج والنماء وكون النماء حسب ارتكاز المتشعبة للمالك كون الضمان أيضاً على المالك، فكما لا يملك أحد نماء ملك غيره بل يدخل النماء في

ملك مالك الأصل كذلك لا يضمن أحد تلف مال غيره، بل التلف وارد على كيس صاحب المال.

وحيثئذ نقول: الأمر دائر بين أن نخصص العمومات السابقة الدالة على حصول الملك للمشتري بنفس الإيجاب والقبول ويكون الحكم بالضمان على وفق القاعدة المزبورة في ملك المالك، وبين أن نخصص القاعدة ونقول بالملك من الابتداء حفظاً لتلك العمومات، ومقتضى التكافؤ هو الرجوع إلى أصالة عدم الملك إلى زمان الانقضاء.

الثاني: هو الاستدلال بقوله -عليه السلام-: «حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١)، فإن ظاهره أن صيرورة الملك للمشتري متوقفة على الانقضاء.

لكن يرد على الوجهين أن هنا خبراً دالاً على الملكية قبل الانقضاء بالخصوص، ومقتضاه تخصيص قاعدة الخراج بالضمان؛ لأن مقتضاه الملكية ومقتضى الصحيحة المتقدمة ثبوت الضمان على البائع ولا معارضة بين هذين المضمونين، وهما خاصان بالنسبة إلى القاعدة فيرتكب التخصيص فيها بسببها.

نعم يبقى المعارضة بينه وبين قوله في الصحيحة: «حتى ينقضي الشرط ويصير الخ» الذي هو الوجه الثاني، والظاهر أن مقتضى الجمع العرفي هو الحكم بثبوت الملك للمشتري، وأن المراد بقوله: «حتى يصير المبيع للمشتري» حصول الملك اللازم له.

والذي دلّ على الملك في زمان الخيار هو صحيح بشار بن يسار «عن الرجل

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٥٢، ح ٢.

يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال - عليه السلام -: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك^(١)، فإنه لو كان الملك متوقفاً على انقضاء الخيار ففي مفروض السائل كان خيار المجلس محققاً وصحّ قوله أنه اشترى متاع نفسه.

والجواب بأن ذلك لعله من جهة التواطى على البيع وكونه مسقطاً للخيار، فيه أن ظاهر الكلام أنه مع قطع النظر عن هذا الشراء مع مقدماته التي هي التواطى يكون الانتقال محققاً.

لا يقال: إن التواطى على البيع الثاني حسب الفرض كان سابقاً على البيع الأول، فهما بعد البيع الأول عازمان على البيع الثاني، وهذا العزم مع المظهر السابق كاف في ارتفاع الخيار.

لأننا نقول: لا يكفي هذا المظهر المتقدم على البيع، وإلا فلا بد من كفاية قوله: «أسقطت الخيار» قبل البيع متصلاً به، ولا يقولون به.

وبالجملة: دلالة الخبر على حصول الانتقال بحسب البيع مع عدم انقضاء المجلس لا يمكن إنكارها، وحيث لا بد من تخصيص قاعدة أن الضمان على المالك بعد ثبوت الضمان على البائع من الخبر المتقدم، كما أن مقتضى الجمع بين هذا المضمون ومضمون «حتى يصير المبيع للمشتري» هو الحمل على ثبوت الملك اللازم له.

الثاني: ما دل على أن المشتري إذا أراد البيع وكان له الخيار فليستوجب البيع أولاً على نفسه ثم ليبيع، وهو خبران، الأول: ما رواه السكوني عن أبي عبد الله «أن

أمير المؤمنين -عليه السلام- قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه، قال -عليه السلام-: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم ليبيعه إن شاء^(١).

والثاني: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله -عليه السلام- «أنه سئل عن الرجل يشتاع الثوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطي الربح في أهله؟ قال -عليه السلام-: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرده الثوب على صاحبه إن ردّ عليه»^(٢)، فإنه لو كان الملك غير موقوف على سقوط الخيار لما كان للاستيجاب قبل البيع فضلاً عن الإشهاد عليه وجه؛ لما كان صحة البيع في الملك، نعم على القول بعدم الملك يصحّ ذلك، والإشهاد لقطع مادة النزاع في ما بينه وبين المشتري لو أنكر في ما بعد كونه مالكا لأجل خياره.

والجواب: أنه على القول بالملك أيضاً يمكن أن يكون وجه الإشهاد على إلزام البيع على النفس أن المعاملة لما كانت مربحة قريباً يطمع ذلك البائع الأول أن يدعي أن البيع وقع لأجله وفضولة من جانبه بعد الفسخ، أعني: أن المشتري فسخ أولاً ثم باع فضولة للبائع الأول، فالإشهاد على الإسقاط والالتزام بالعقد لأجل دفع هذا النزاع.

لا يقال: يكفي أن يقول: ما فسخت وبعث لنفسي، فما وجه الاحتياج إلى الإشهاد على الإسقاط؟

لأننا نقول: ذلك أمر باطني لا يعلم إلا من قبله ولا يمكن الإشهاد عليه بخلاف الإسقاط فإنه ينشأ بمحض العدلين فيقول للمدعي: إنّي أسقطت حقّ

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٢، من أبواب الخيار، ص ٣٥٩، ح ١.

٢- المصدر نفسه: ح ٢.

خيارى قبل البيع فكيف فسخت وبعث لك؟ فإذا أنكر المدعى ذلك أقام المعدلين على طبق دعواه.

وبالجملة: لا يمكن إثبات مثل هذا المطلب وتأسيس مثل هذا الأصل بمثل هذا الخبر.

الثالث: ما دلّ على أنّ النهاء الحادث بعد العقد وقبل الفسخ يردّ إلى المفسوخ عليه، وهو رواية الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها فقال - عليه السلام -: إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»^(١). لوضوح أنّه لو حدث الملك للمشتري كان اللبن حادثاً في ملكه فلم يكن وجه لردّ ثلاثة أمداد إليه.

والجواب أولاً: أنّ هذا في الشاة المصرة أعني: ما جمع اللبن في ضرعها ولم يحلب أياماً فحسب المشتري أنّها كثيرة اللبن، فإذا تبين له ذلك وأنّ البائع دلّسه كان له خيار التدليس وإرجاع اللبن حيثنذ يكون على القاعدة؛ لأنّ اللبن قد اجتمع في الأيام السابقة على يوم الشراء فهو ملك البائع، غاية الأمر أنّه أرى أنّه من هذا اليوم.

وثانياً: سلّمنا أنّه في غير المصرة ولكن نقول إمّا يحمل على ما قبل انقضاء الثلاثة ويكون الفسخ لأجل خيار الحيوان، وإمّا يحمل على ما بعدها ويكون الفسخ من باب الإقالة، فإن كان الأوّل فالتقدير بثلاثة أمداد الظاهر كونه لأجل ثلاثة أيام لا وجه له بعد أنّه قد يكون اللبن في كلّ يوم أزيد من المدّ أو أنقص منه، فهذا شاهد على كون الحكم استحبابياً، وإن كان الثاني يتعيّن كون الحكم

إرشاداً حيث إنّ الطرف لا يرضى بالإقالة لأجل فوت اللبن منه، فأرشد الإمام عليه السلام إلى طريق كسب رضاه وهو بذل ثلاثة أمداد له مقدّمة لأن يرضى للإقالة.

وبالجملة: فهذه الرواية أيضاً لا تصلح للاستناد إليها لتأسيس مثل هذا الأصل.

الرابع: أنّ حقيقة الفسخ كلّية هو الفسخ من الأصل، وحينئذ فمراد الشيخ من التوقف أنّ الأمر متزلزل ولا يعلم أنّه ملكه أو لا؛ إذ لعله يفسخ في أحد أجزاء زمان الخيار فيكشف عن عدم كونه ملكاً له من الأوّل، وهذا الوجه أيضاً قد حقق بطلانه في محله من أنّ حقيقة الفسخ ليست إلّا الحلّ من الحين.

وبالجملة: فالحقّ في المسألة مع المشهور والله العالم.

مسألة: بناءً على حصول الملك بنفس العقد ولو لم ينقض الخيار كما قوّيناه لا إشكال في كون ضمان المبيع في خيارَي الحيوان والشرط المخصوصين بالمشتري على البائع ولو بعد قبضه، ويدلّ عليه في كلا الخيارين صحيحة ابن سنان المتقدّمة في المسألة السابقة، ورواية عبد الرحمان 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؟ قال عليه السلام: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»^(١).

وأما إسراء الحكم إلى سائر الخيارات المختصّة بأحد الطرفين وإلى الثمن في صورة الخيار المختصّ بالبائع حتى يتمّ ما ذكروه من أنّ التلف في زمن الخيار يمتن

لا خيار له فليس عليه دليل معتمد؛ فإن أقوى ما يصح به الاحتجاج على هذا التعميم قوله - عليه السلام - في ذيل صحيحة ابن مسنان: «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١)، حيث إن قوله: ويصير المبيع للمشتري الذي هو بناء على مبنى حصول الملك بالعقد بمعنى حتى يصير المبيع ملكاً غير قابل الفك للمشتري يكون إشارة إلى ملك الحكم، فكأنه قال: وإن كان حصل الملك للمشتري لكن لما يكون له خيار في الفك فكأن المال لم يصير ملكاً له بعد وقاعدة ذلك أن لا يكون التلف عليه.

فيدل بمفاد هذا التعليل المستفاد من الكلام أن كلما كان لأحد الطرفين خيار خاص به وكان العقد لازماً من جانب آخر فتلف المال المتقل إلى ذي الخيار، يكون على صاحبه الذي لا خيار له، وأما صاحبه فحيث إن الملك صار منتقلاً إليه بلا خيار له في الفك عن نفسه فلا يكون التلف لما عنده إلا عليه؛ لأن المال ملكه، غاية الأمر أن صاحبه يقدر على إزالته.

وبالجملة: قوله: ما لم يملك المشتري ليس التلف عليه، وإن كان جزؤه الأول أعني: ما لم يملك تعبدياً وتنزيلياً لكن يعلم منه اطراد الحكم في كل خيار مختص بأحدهما؛ إذ يصح أن يقال تنزيلاً: لم يملكه بعد، وكلمة «حتى» وإن لم يستفد منه في بعض الموارد التعليل - كما في قولك: كل الخبز حتى تشبع - ولكن في بعض الموارد لمناسبة في ما بين الحكم والموضوع يستفاد منه التعليل كما في قولك: اشرب الدواء حتى يصح مزاجك وما نحن فيه من هذا القبيل.

وهنا وجه آخر لاستفادة التعميم وهو من الجزء الأول أعني قوله: حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، وقوله: حتى يمضي شرطه، وقوله: وإن كان بينهما شرط

أياماً معدودة النخ، بضميمة أنّ إطلاق الشرط قد وقع في الروايات على خيار الحيوان، فيستفاد أنّ المعيار مطلق مضي الخيار وأنّ الحكم مطّرد في كلّ خيار خاص بأحد الطرفين.

لكن قد استشكل شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - في الاستفادة من كلا الوجهين، أما الأول: فلأنّ الذي يستفاد من لام التعليل غير ما يستفاد من «حتّى» التعليلية، ألا ترى أنّ قوله: «ينزح حتّى يطيب» الوارد في تطهير ماء البشر لا يتعدّى منه إلى الطيب الحاصل من قبل نفسه، وهنا أيضاً إذا قال في خصوص خيار الحيوان والشرط الخاصين بالمشتري: «ما لم يصر الملك ملكاً له لا يضمن تلفه» فلا نستفيد منه إلّا هذا التنزيل في خصوص البابين، وأما الأبواب الأخر فالملك حاصل بالوجدان ولم نعلم التنزيل فيها.

و على فرض المماثلة نقول: الحكم المستفاد من هذا التعليل غير منطبق على القاعدة المعروفة أعني: كون التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، بل المستفاد شيء آخر وهو أنّ التلف في زمن الخيار للمالك الأول؛ فإنّ التعليل هو أنّ المال لم يصر للمشتري، وهذا كما يجري في خيار المشتري يجري في خيار البائع بل فيه أولى؛ فإنّ المشتري في صورة اختصاص الخيار به مستريح الخاطر، وأما مع اختصاص البائع فلا استراحة له فهو أولى بعدم الملك له.

و إذن فكما لم تلغ هذه الخصوصية أعني: خصوصية كون الخيار للمشتري فلم تلغ خصوصية خيار الحيوان والشرط وخصوصية المشتري، فإمّا لا بدّ من القول بالتعميم الذي ذكرنا، وإلّا فلا بدّ من الأخذ بجميع خصوصيات المورد، وعلى كلّ حال لا ينطبق على مرام المشهور.

و أما الوجه الثاني: ففيه أنّ المانع عن التعدي تقييد قوله: «حتّى ينقضي

الشرط بقوله: «ثلاثة أيام» وأما قوله: «حتى يمضي شرطه» فالضمير إشارة إلى ما ذكر في السؤال وهو شرط اليوم واليومين، غاية الأمر سكت عن حكم خيار الحيوان وتعرض من حيث خيار الشرط، وأما قوله: «وإن كان بينهما شرط» فلا يخفى عدم صدق «بينهما» في الخيارات المجعولة بجعل الشارع وإن كان يصدق الشرط بقول مطلق، هذا.

ثم إن الضمان هنا هل معناه انفساخ العقد وعود الثمن إلى المشتري، أو هو ضمان المثل والقيمة مع بقاء الثمن في ملك البائع؟ الظاهر من كلمة الضمان هو الثاني؛ فإن تلف المال على المالك لا يسمى ضماناً، فانفساخ العقد آنأ ما قبل التلف حتى يصير التلف في ملك البائع لا يسمى ضماناً، نعم يصح إطلاق الضمان عليه مسامحةً بملاحظة كونه مال الغير سابقاً على الآن وإن كان انتقل آنأ ما قبل التلف إليه فيصح تنزيل هذا الآن بمنزلة العدم والقول بأن البائع ضامن للمبيع.

لكن شيخنا المرتضى - قدس سره - جعل إرادة الضمان بمعنى الانفساخ مما لا ينبغي الريب فيها، ولعل الوجه فيه هو أن قوله: «حتى يصير المبيع ملكاً للمشتري» يدل على تنزيل المبيع ملكاً للبائع، فيدل على تنزيل الثمن ملكاً للمشتري، يعني أنه لم يصير المبيع بعد ولا الثمن منتقلين من مالكما الأصليين، فليس تلف المبيع إلا على البائع، يعني يكون التلف وارداً على ملكه، فيكون هذا قرينة على إرادة خلاف الظاهر من لفظ الضمان وأنه روعي في إطلاقه ما ذكرنا من تنزيل الآن العقلي منزلة العدم.

ثم بما ذكرنا يفتح باب استصحاب الضمان الثابت قبل القبض في غير خيارى الحيوان والشرط اللذين قلنا هما المتيقنان من مورد النص، فنقول في سائر

الخيارات الخاصة بالمشتري: نحن نشكّ في أنّ تلف المبيع بعد القبض هل يكون على البائع على نحو ضمان المعاملة - كما كان كذلك قبل القبض - أم ارتفع ذلك عنه بالقبض؟ فمقتضى الاستصحاب البقاء، وكذا الحال بعينه في جانب الثمن في الخيار المختصّ بالبائع لو بنينا على تعميم قاعدة التلف قبل القبض في الثمن كما يأتي إن شاء الله تعالى تفصيل القول فيه في محله.

لا يقال: هذا الاستصحاب يتنافى الدليل الاجتهادي وهو قاعدة أنّ تلف مال كلّ أحد على نفسه وليس على الغير، غاية الأمر ثبت مخالفة هذه القاعدة قبل القبض، وأمّا بعده فلا بدّ من الرجوع إلى عمومها دون الاستصحاب.

لأنّا نقول: أجاب عن هذا شيخنا المرتضى - قدس سره - بأنّ مخالفة هذه القاعدة غير لازمة بعد فرض القول بضمان المعاوضة؛ إذ معناه انفساخ المعاملة فيكون تلف المال على صاحبه لا على غيره، نعم ينافيه استصحاب عدم الانفساخ، ولكن الاستصحاب المذكور مقدّم عليه لكون الشكّ في الانفساخ وعدمه مسبباً عن الشكّ في بقاء الحالة التعليقية الثابت قبل القبض، أعني: لو تلف كان من مال الآخر، فإنّ الكون من مال الآخر معناه الانفساخ، وقد تقرّر في محله تقدّم الاستصحاب التعليقي على الفعلي.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الانفساخ وخروج الملك عن ملك المالك ليس على خلاف أصالة عدم الانفساخ فقط حتّى يجاب بما ذكر، بل يخالف لقاعدة سلطة الناس على أموالهم أيضاً وإن كان حيثية؛ فإنّ السلطنة الحيثية أيضاً ينافيها الخروج عن الملكية بغير اختيار من المالك بل قهراً عليه.

فإن قلت: المفروض خروج ما قبل القبض عن تحت هذه القاعدة، والتمسك في ما بعده إنّما يتمّ لو كان لها عموم أزمني وهو في محلّ المنع.

قلت: قد تقرر في محله أن محل هذا الكلام مختص في ما إذا كان الخروج تخصيصاً فردياً فقط بحيث لم يكن بعنوان من العناوين أصلاً، بل كان الخارج ذات الفرد في قطعة من الزمان، وليس الأمر في ما نحن فيه من هذا القليل؛ لأن الخروج يكون بعنوان ما قبل القبض، فيتقيد دليل السلطنة بهذا العنوان ويبقى غيره تحت إطلاقه.

و يمكن الجواب بأن دليل السلطنة وإن كان بالنسبة إلى حفظ موضوع المالية ناطقاً أيضاً، ولكن يمكن الفرق بين الأسباب القهرية التي جعلها الشارع أسباباً لخروج المال عن ملكية مالكة وبين تملك الغير لمال المالك كما هو الحال في باب الفسخ، فالذي يكون دليل السلطنة منافياً معه ويكون ناظراً إلى نفيه هو القسم الثاني، فمفاده أن الغير ليس له استقلال في قبالة المالك ولا يتمكن من نزع المال عن المالك بدون رضاه.

و أما الأسباب الخارجة عن تحت الاختيار ولو لم يكن تملكاً من أحد كما في ما نحن فيه، فجعل الشارع لها سبباً نظير حكمه بحرمه بعض التصرفات في الملك مثل ضرب الغير بالعصا المملوكة للضارب، حيث إنه غير مناف مع الحكم الحيثي، فحاصل معناه أنه مع حفظ الأسباب الشرعية القهرية ومشروعية نفس التصرف فالمالك أحق وأولى به من غيره، ولا إطلاق له لا بالنسبة إلى التصرف الغير المشروع ولا بالنسبة إلى السبب القهري المزيل للملك. فتحقق أن الاستصحاب المذكور لا دليل اجتهادي في قبالة.

وقد يقال في الإيراد عليه أولاً: بأنه من الاستصحاب في الشك في مقتضي، والشيخ - قدس سره - لا يقول بحجته.

وثانياً: بعدم بقاء الموضوع الدليلي، لأنه المال الغير المقبوض والآن صار

مقبوضاً، إلا أن يقال بكفاية العرفي وهو محرز.

و ثالثاً: أنه استصحاب تعليلي؛ لأن المستصحب هو الضمان على تقدير التلف، لكن الحق كون الاستصحاب التعليلي حجة إذا كانت الملازمة مجعولة شرعية.

ورابعاً: أنه فرع جريان قاعدة التلف قبل القبض في الثمن، وهو محل الإشكال، إلا أن يقال: إن المختار جريانها فيه كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وخامساً: أن ما ذكر من أن دليل عدم الانفساخ ليس إلا الأصل والاستصحاب المذكور مقدّم عليه، فيه أنه مخالف لقاعدة السلطنة، سلمنا أنه ليس مخالفاً لها لكن أصل عدم الانفساخ مقدّم على أصل بقاء الضمان؛ لأن الشك في الضمان ناش عن الانفساخ وعدمه، والقول بأنه حيث ثبت مخالفة هذا الأصل في ما قبل القبض فالأصل بقاء هذه المخالفة بعده في مدة الخيار، ففيه: أنه لا معنى لهذا الأصل إلا أصالة الانفساخ على تقدير التلف، وهذا استصحاب تعليلي وليس بحجة في مثل هذه الصورة التي ليس المجعول إلا الانفساخ حين التلف دون الملازمة بينهما.

توضيح ذلك: أن الاستصحاب التعليلي إنما يكون حجة إذا كانت الملازمة حكماً مجعولاً شرعياً، وأما إذا كانت من الانتزاعيات العقلية والذي هو المجعول أمر معلق فلا يجري الاستصحاب، مثلاً إن كانت القضية الشرعية: «إن استطعت فحجّ» بحيث كانت الملازمة مجعولة شرعية فإذا شك في اللاحق جاز استصحاب الملازمة التي هي حكم شرعي.

وأما إذا كانت القضية المذكورة أن المستطيع يحجّ، فمتى شك في بقاء هذا المعنى لا يمكن الاستصحاب؛ لعدم السجوب الفعلي في السابق حتى

يستصحب، وعدم كون الملازمة - وإن كانت له حالة سابقة - حكماً شرعياً.

وحينئذ ففي مقامنا إن كان المَجْعُول في ما قبل القبض أنه يَنْفَسَخ لو تلف فكان الشك في بقاءه بعده في مدة الخيار، جاز الاستصحاب، وأما إذا كان المَجْعُول إنَّما هو الانفساخ الفعلي عند حصول التلف، فقبل التلف لا حكم حتى يستصحب، فيكون المرجع أصالة عدم الانفساخ وهو مقدّم على أصالة الضمان، والقدر المسلّم هو الوجه الثاني، فلا مجرى لأصالة الانفساخ لو تلف. هذا ما أُورِد في المقام على الاستصحاب المذكور.

وفيه: أنَّ الشك وإن كان في المقتضي إلا أنَّ الشيخ في كثير من كلماته مصرّح بحجّيته كما في استصحاب الحيوان المردّد بين البقّ والفيل، والموضوع العرفي كما حقّق في محله كاف وهو محفوظ؛ فإنّ تلف هذه العين الشخصية لا يتفاوت الحال فيه بكونه ما قبل القبض أو ما بعده، ودليل السلطنة أيضاً قد عرفت حاله وأنّه غير ناظر إلى مثل المقام.

وأما قوله قدّس سرّه: إنَّ أصالة عدم الانفساخ مقدّم على أصالة الضمان فلم نفهم معناه؛ إذ المفروض أنَّ الضمان هنا عبارة عن نفس الانفساخ أنا ما قبل التلف، فيكون المراد به أصل بقاء الانفساخ لو حصل التلف، وهو مقدّم على أصالة عدم الانفساخ على ما قرّر في كلّ الاستصحاب التعليقي مع التنجيزي، إلاّ أن يقال: إنَّ المراد بالضمان كون ذهاب المال من كيس الضامن، وهذا غير كون المال مالاً له، ولهذا يقال صار مالاً له فيكون تلفه من كيسه، هذا.

وأما قوله - قدّس سرّه - : فرق بين ما كانت القضية الشرعية إذا استطعت فحجّ وبين ما إذا كان المستطيع يحجّ، ففي التقدير الأوّل يجري الاستصحاب لو شككنا في بقاء القضية وعلى الثاني لا يجري؛ إذ ما قبل الاستطاعة لا حكم شرعي

حتى يستصحب، فلم أفهم أيضاً معناه، فلأننا سلمنا أن القضية الشرعية أن المستطيع يحجّ لكن لا شبهة أن هذا بنفسه حكم شرعي ولو لم تحصل الاستطاعة الخارجية، فنحن نستصحب عين هذا المعنى الكبروي ولازمه الفعلية متى حصلت الاستطاعة، فنقول في المقام: الانفساخ بتلف هذه العين الشخصية كان حكماً شرعياً ثابتاً ونشكّ في بقاءه الآن، ومقتضى الاستصحاب أنه كما كان، وبالجمله لم نفهم بأيّ وجه تحصل التفرقة بين الوجهين، فتدبر.

والحاصل: كما نستصحب حكم «الخمر حرام» ولو لم يكن له مصداق في الخارج ولازم الأعم من الحكم الظاهري والواقعي أنه لو صادف المصداق تعلق به، كذلك نستصحب حكم «المستطيع يحجّ» ولو لم يكن في العالم مستطيع، وكذلك حكم الانفساخ في ظرف التلف ثابت ولو لم يكن تلف في السابق. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن استصحاب الانفساخ الثابت حال التلف قبل القبض ممّا لا إشكال في جريانه.

لكن هذا كلّه في الثمن الشخصي والمبيع كذلك، وأمّا الكليّ منها فقد يقال: إن المبيع وهو الكليّ ليس له تلف حتى نحكم بضمانه على البائع، والفرد وإن كان يتصور فيه التلف لكن ليس مبيعاً، فقاعدة تلف الثمن أو المثلن في زمن الخيار تمنّ لا خيار له لا يشمل الكليّ ولا المصداق.

وفيه: أن صفة المبيعية والثمنية بعد تطبيق الكليّ على الفرد يتحقّق في الفرد، فيقال عرفاً هذا هو المبيع أو الثمن، وعلى هذا فمتى ثبت لعنوان المبيع والثمن عموماً حكم الضمان في مدّة الخيار فلا وجه لعدم شموله لمصداق الكليّ.

إن قلت: لو تعيّب المصداق في بيع الكليّ فلم لا نقول بحصول خيار العيب للمشتري؟ والمفروض على ما ذكرت صدق عنوان المبيعية عليه.

قلت: لا نسلم صدق المبيع عليه، كيف والكلي إذا كان مقيّداً بقيد فهو لا ينطبق على الفاقد لذلك القيد ولا يصير الفاقد قابلاً لمصداقيته ولو بالتراضي، مثلاً الرقبة الكافرة ليست مصداقاً للرقبة المؤمنة، فلا يجزي في مقام الامتثال، ولا الفرس التركي بالنسبة إلى الفرس العربي، فلا يكون مصداقاً في البيع، وهذا واضح.

وبالجملة لو كان لنا دليل عام مثبت لحكم على عنوان المبيع والشن فلا محالة يشمل هذا الحكم الفرد المدفوع مصداقاً للكلي المبيع، لصدق المبيعية عليه حقيقةً.

ألا ترى أنه لو فسخ ذو الخيار من الطرفين في بيع الكلي بعد أخذ المصداق فهل له أن يتمتع من تأدية ذلك المصداق إلى المفسوخ عليه ويقول: كنت بعثني الكلي فانتقل إليك بواسطة الفسخ الكلي أيضاً واختيار تعيينه إليّ؟

لكن الإشكال كله في إثبات الدليل العام في مسألتنا، فإن الأخبار التي هي عمدة دليلها واردة في شراء العبد والجارية والسدابة والحيوان من الأعيان الخارجية، وعموم التعليل في قوله: «حتى ينقضي الشرط الخ» أيضاً قد عرفت حاله، وأما الاستصحاب المتقدم فلا مساغ له هنا وذلك لعدم تصوّر التلف قبل القبض بالنسبة إلى صورة كون المبيع كلياً؛ فإنه ما لم يقبض لم يصير منطبقاً على الخارجي، وبعده خرج عن موضوع القاعدة.

فإن قلت: كما قلت في ما تقدّم بجريان استصحاب الضمان قبل القبض وهو عبارة عن الاستصحاب التعليقي أعني: أنه كان بحيث لو تلف بنفسه العقد، ففي ما نحن فيه أيضاً يمكن هذا الاستصحاب مع تعليق آخر مضافاً إلى ذلك التعليق، بأن يقال: هذه العين الخارجية كانت بحيث لو تلفت وهي مبيع

ينفسخ بيعه الواقع عليها فالآن أيضاً كما كانت.

قلت: الحق عدم جريان هذا الاستصحاب؛ لأنه لم يكن قبل القبض في هذه العين حكم مجعول شرعي وهو الضمان ولو بنحو التعليق حتى يستصحب بعده.

توضيح ذلك: إنه قد يكون الحكم مجعولاً في مورد الذات معلقاً على القيد وقد يكون مجعولاً من الابتداء في موضوع العنوان، مثلاً تارة يشار إلى الحجر والمدر ويقال: هذا لو كان إنساناً يجب عليه صلاة ركعتين، وأخرى يكلف عنوان الإنسان بصلاة ركعتين، ففي الصورة الأولى لو فرضنا انقلاب حجر إنساناً وشككتنا في أنه مكلف بالصلاة أو لا؛ صحّ لنا التمسك بالاستصحاب التعليقي.

وأما في الثانية فلا، وذلك لأنه ليس للشارع حكم مجعول في موضوع الحجر لا تنجيئاً ولا تعليقاً حتى يبيحى مقام القطع السابق بالحكم تبعّد الشارع به وكانت الفعلية من لوازم الأعم من الظاهري والواقعي، وإنا الثابت انتزاع من العقل، وهو أنه لو كان هذا الحجر إنساناً كان مصداقاً لموضوع الخطاب والحكم الشرعي، ولأزم الاستصحاب أن يقوم بمكان هذا اليقين تبعّد الشارع بهذا المطلب، أعني: المصدقية لموضوع الحكم، فلو كان له أثر شرعي رتب عليه كما هو الشأن في الاستصحابات الموضوعية التعليقية مثل استصحاب الكثرية على تقدير صب الغرقتين.

ولو لم يكن له أثر عملي فليس استصحاباً موضوعياً بالفرض ولا حكماً، لما عرفت أن الحكم الشرعي ليس ثابتاً للذات في تقدير الوصف والعنوان، فاليقين في تقدير كذا ليس متعلقاً بثبوت حكم شرعي للذات بل متعلق بمصدقيتها لما هو متعلق الحكم الشرعي، وإذا لم يكن لهذا أثر عملي والمفروض أنه ليس حكماً

معمولاً أيضاً حتى يكون له عمل، فلا مجرى للاستصحاب فيه.

والحاصل: أن ما قلناه في تقريب جريان الاستصحابات التعليقية في الموضوعات - من كون التقدير تقديرًا لليقين لا للمتيقن وبلاستصحاب يقوم التعبد مقام اليقين فيكون التعليق للتعبد ومن المعلوم أن الفعلية عند حصول المعلق عليه من آثار الحكم الأعم - مورده ما إذا كان لمتعلق اليقين عمل، بأن يكون إما موضوعاً ذا أثر شرعي كالكرية في المثال أو حكماً شرعياً، أو نفي حكم شرعي على ما تقرّر تحقيقه في محله، وأما إذا لم يكن شيئاً من ذلك، فالتقريب المذكور قاصر عن إثبات جريان الاستصحاب التعليقي.

إذا عرفت ذلك فنقول في المقام: الحكم المجهول هو أن المبيع إذا تلف قبل القبض فهو من مال البائع لا أن كل شخص شخص من الأموال الخارجية إذا بيعت فحكمه أن تلفه قبل القبض من مال بائه، فالذي ينفع لاستصحاب الحالة السابقة التعليقية هو الثاني وهو مفقود، والأول وإن كان موجوداً ولكنه لا ينفع؛ لأنّ الثابت في السابق في شخص هذا المال ليس إلا انتزاعاً عقلياً، وهو أنه لو كان مبيعاً كان مصداقاً لموضوع حكم تلف قبل القبض، وأين هذا من الحكم الشرعي؟

فتحقّق من مجموع ما ذكرنا أن استصحاب الضمان غير جارٍ في الكلّي والمفروض أن أخبار الباب أيضاً خاصّة بالشخص، فلا مجرى لقاعدة الضمان في الكلّي.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سرّه - قد تشبّث لإثبات كون الضمان هنا بمعنى الانقراض كما في التلف قبل القبض - لا بمعنى ضمان المثل أو القيمة - بأخبار الباب الدالة على أصل الضمان بضميمة قاعدة عدم ضمان شخص مال

آخر والتلازم بين الخراج والضمان.

وفيه: أنه لم يثبت دليل على الملازمة في ما بين الخراج والضمان، بمعنى أنه كلما ثبت الخراج ومالكية النماء ثبت الضمان على ذلك الشخص إلا النبوي الغير المجبور.

نعم الملازمة في جانب العكس، أعني: كلما ثبت ضمان أحد لمال فهو مالك لنماء ذلك المال، قد وردت في بعض أخبار البيع الخياري فراجع، فليس في المقام إلا القاعدة الأولية، وهي ليس دليلاً اجتهدائياً بل صرف أصالة عدم الضمان، وكما أن هذا مخالف لهذا الأصل فالمعنى الآخر، أعني: الانفساخ أيضاً مخالف لأصل عدم الانفساخ.

فالطريق السالم لإثبات المعنى المزبور هو استفادته من نفس أخبار المسألة بوجهين، الأول: ما أشرنا إليه سابقاً من قولهم -عليهم السلام-: «ما لم يصر المبيع للمشتري فالضمان على البائع» حيث إنه بلسان التنزيل مشير إلى كبرى أن كل أحد يضمن تلف مال نفسه، فهو في مقام تعيين صغرى هذه الكبرى في المقام تنزيلاً، أعني: أنه بعد ما لم يصر بعدد للمشتري فلا وجه لكون تلفه عليه، والمستفاد من هذا أنه عند التلف إما ينفسخ البيع حقيقة ويقع التلف في ملك البائع، أو تنزيلاً ويقع في ملكه التنزيلي على ما يأتي إن شاء الله تعالى تحقيق ما هو الحق من الأمرين.

الثاني: قوله -عليه السلام-: «وإن كان بينهما شرط أياماً فهلك في تلك الأيام فهو من مال البائع» فإن الضمير إشارة إلى المال التالف لا إلى التلف، ومن الواضح إفادته الانفساخ دون الضمان المصطلح، أعني: ثبوت المثل أو القيمة في العهدة، لأن كلمة «من» إما للتبويض، وإما للجنس، وعلى كلا التقديرين نفيد المدعى،

بل نقول: لو كان راجعاً إلى التلف أيضاً فالظهور محفوظ، لكن إذا كان راجعاً إلى التالف فهو أظهر.

ثم إن الاحتمال المتصور في المقام في الضمان أحد أمرين لا ثالث لهما. أحدهما: الانقاسخ الحقيقي أو الحكمي آنأما قبل التلف ومعه لا مجال لبقاء الخيار.

والثاني: الضمان المصطلح وهو ثبوت المثل أو القيمة في العهدة ولازمه بقاء الخيار، فإن اختار الفسخ استحق المفسوخ عليه على الفاسخ المثل أو القيمة، والمفروض كونه مديوناً للفاسخ بأحدهما، فيحصل التهاثر، إلا إذا كان قد برئت ذمته قبل الفسخ فيجب على الفاسخ دفع المثل أو القيمة، لكن هذا على خلاف ما حققناه من عدم تعقل الخيار مع التلف عند ذي الخيار وإلا فلا يبقى على هذا الفرض أيضاً خيار، فالكلام هنا مبني على الإغماض عن ذلك ولو استوجب البيع وأسقط الخيار فاللازم استحقاق ذي الخيار المثل أو القيمة على صاحبه، هذا هو المحتمل في المقام.

وأما الاحتمالات الأخر التي أشار إليها شيخنا المرتضى - قدس سره - وهي أن يكون التلف على البائع إذا فسخ المشتري، وأما إذا أوجب المشتري فإما نقول: بتخييره بين الرجوع إلى المثل أو القيمة وبين رجوعه بالثمن، أو نقول: بتعين الرجوع بالثمن، أو نقول: لا شيء له - فلا وجه لها.

والسيد المحقق المحمدي لكلام شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر أن الاحتمالات في المسألة ستة، فذكر الاحتمالين اللذين ذكرناهما من الانقاسخ قبل التلف آنأما حكماً أو حقيقةً، وضمان المثل أو القيمة، غاية الأمر التهاثر في صورة الفسخ، وجعل الاحتمال الآخر البطلان، والفرق بينه وبين الانقاسخ أنه مع الثاني

لابد من عود كل من العوضين إلى صاحبه الأصلي إن كان موجوداً، وإلا فبدله، وأما البطلان، فإن كان أحد العوضين موجوداً عاد إلى صاحبه، وإلا فالعوض الآخر يعود من دون اشتغال ببديل العوض الآخر.

ثم ذكر الاحتمالات الثلاثة المذكورة في كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - وبعد إبطال تلك الوجوه اختار تردد الأمر بين الثلاثة الأول؛ لعدم تعرض الأخبار للكيفية، وإنما هي في مقام أصل الضمان.

ثم ذكر إمكان استفادة الوجه الأول أعني الانفساخ من تعبير «فهو من مال البائع» أعني ذات التالف ثم قوّى عدم ظهور هذه الفقرة.

ثم ذكر أنه بعد إجمال الأخبار وترددها بين الثلاثة الأول، المتعين هو الوجه الثالث، وهو في كلامه - قدس سره - الضمان بالمثل أو القيمة؛ لأنه مطابق لأصالة بقاء العقد والخيار.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ - دام ظله الشريف - :

أولاً: بما ذكر سابقاً من إمكان استظهار الوجه الأول من فقرتين من الروايات، ولا وجه لمنع الظهور في الفقرة المذكورة.

وثانياً: أن ما ذكره على فرض إجمال الروايات وسكوته عن تعرض الكيفية من أن الضمان المصطلح مطابق لأصالة بقاء العقد والخيار بخلاف الوجهين الآخرين أعني: الانفساخ والبطلان فاتهما مخالفان لها، فيه أن الضمان أيضاً مخالف لأصل عدم الضمان إلا أن يكون مراده - قدس سره - أنه مخالف لأصل واحد، وأما الآخرين فلاصلين، أصل بقاء العقد وأصل بقاء الخيار.

وفيه أن أصل بقاء الخيار لا يعدّ أصلاً آخر بعد الحكم ببطلان العقد أو انفساخه؛ لأنه مرتّب على وجود العقد، فالوجهان الآخران ليس فيهما أيضاً إلا مخالفة أصل واحد، هذا.

ثم لا إشكال في أن فوات الجزء أيضاً حال فوات الكل في الانفساخ على مقدار الفات، وأما فوات الوصف وحدوث العيب فلا إشكال أيضاً في ضمانه على البائع؛ لقوله: «أو يحدث فيه حدث الخ»، لكن الكلام في أنه هل يمكن استفادة ثبوت الخيار بين الرد والارش للمشتري بحدوث العيب في مدة الخيار أو لا؟ وغاية تقريره أن يقال: إن قوله: «إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع» دال على أن نفس العيب من ماله فكأن العيب حدث في مال البائع، والمفروض أنه مبيع فيكون له حكم المبيع الذي تحقق العيب فيه من مال البائع وهو الخيار بين الرد والارش، وبالحملة كون التلف في الكل أو الجزء من مال البائع يفيد الانفساخ، وكونه في الوصف منه يفيد الخيار.

إن قلت: نعم يمكن تصوّر الجامع للمعنيين بالنسبة إلى فوات العين كلاً أم بعضاً وبالنسبة إلى فوات الوصف، ولكن إفادة الخيار بالنسبة إلى الثاني محل منع؛ وذلك لأن الخيار من أثر وقوع العقد على المعيب لا من أثر مجزّد حدوث العيب في مال البائع ولو بعد وقوع العقد. وبالحملة ما لم يكن تنزيل على تأخر وقوع العقد عن حدوث العيب فمجزّد تنزيل حدوث العيب في مال البائع لا يثمر في ترتيب أثر الخيار بين الرد والارش.

قلت: قوله -عبد السلام-: «إن حدث فيه حدث فهو من مال البائع» يحتمل وجوهاً ثلاثة: الأول: أنه يقدر كونه من ماله آنأما قبل التلف فيكون التلف من ماله، الثاني: أنه يقدر عدم صيرورة المال منتقلاً بعداً إلى المشتري من أول زمان العقد إلى زمان انقضاء الخيار بالنسبة إلى هذا الأثر الذي هو الضمان، الثالث: أن يرجع الضمير إلى التلف ويكون المراد تقدير كون التلف وارداً على مال البائع الثابت له قبل العقد، فيكون أثره البطلان في فوات العين والخيار في فوات الوصف.

إذا عرفت هذا فالوجهان الأولان اللذان يكون التنزيل فيهما في جانب المالية - أعني: نزل فيهما المال الفعلي للبائع غاية الأمر في أحدهما آنأ ما قبل التلف وفي الآخر مستمراً من أول العقد - ليس فيهما دلالة على ترتيب أثر العيب السابق على العقد، وإنما الثابت منهما كون البائع متخسراً بخسارة هذا العيب، فإما يجب عليه دفع القيمة الواقعية التي تبذل بلحاظ الوصف الفائق، وإما الحصّة التي من الثمن لوحظ في بذلها وجود ذلك الوصف، وبالجملّة لا دليل على الردّ وخصوصيّة الأرض.

وأما على الأخير الذي يكون مبناه التنزيل في التلف وجعله بمنزلة التلف السابق الوارد على المال حال كونه مالاً للبائع وهو ما قبل العقد فاللزام ثبوت الخيار مضافاً إلى الخيار الموجود وثبوت الارش، هذا غاية تقريب هذا الوجه.

ولكن استضعفه شيخنا الأستاذ - دام علاه - بعدم مساعدة الوجدان على فهم هذا المعنى من العبارة، أعني: التنزيل منزلة التلف السابق بل المفهوم هو التنزيل في المالية للبائع مع حفظ كون التلف حالياً، فيتعين في أحد الوجهين الأولين وهما لا ثمرة بينهما، مع أنّ الفقرة الأخرى أعني: «حتّى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري» لا تساعد على الوجه الأخير كما هو واضح؛ لأنّ الظاهر منها التنزيل في سلب ملكيّة المشتري وحفظ ملكيّة البائع كما هو الحال في أحد الوجهين الأولين، فالحكم بتحقيق الخيار والارش في غاية الإشكال، كما أنّ إجراء حكم الضمان في فوات غير وصف الصحة من أوصاف الكمال محل إشكال من جهة إمكان منع تبادل ذلك من حدوث حدث، حيث إنّ المتبادر منه حدوث حادثة من مرض وفوات صحة لا مثل نسيان الكتابة بواسطة كثرة متاركة ونحو ذلك.

ثم إن التلف الذي ليس له متلف ضامن لا شبهة في دخوله تحت الحكم، وأما في صورة وجود الضامن كما لو أتلّفه الأجنبي أو البائع فالظاهر خروجه عن مورد الحكم بالضمان؛ لأنّ الظاهر من مورد هو التلف الذي لا تدارك له، وأما ما كان له التدارك فلا يصدق عليه فوت المال؛ لأنّه انتقل إلى البدل في ذمّة المتلف، فلا فرق بين وجود العين في يد الغاصب أو وجود البدل في عهده، وهذا هو الوجه في التفرقة لا الفرق بين التلف والإتلاف، وإلاّ فمثل أكل السبع لا شبهة في كونه مشمولاً لحكم الضمان مع أنّه لا شبهة في كونه إتلافاً.

والحاصل: أنّه ربّ تلف لا تشملُه الرواية وربّ إتلاف تشملُه، أمّا الأوّل: فكالتلف السماوي في يد الغاصب، وأمّا الثاني: فكالاتلاف الصادر من الذئب، وأمّا وجود العين سليمة من كلّ عيب بل ربّما يكون أسلم وأضمن في يد الغاصب ولو مع اليأس عن الظفر به أو كونه تحت البحر فلا نحكم فيها بحكم الضمان؛ لأنّه حكم مخالف للقاعدة والقدر المتيقّن منه صورة خروج العين عن دار الوجود وصورة تعيّه، وأمّا مع محفوظيّته بلا عيب ونقصان فلا دليل هنا كما ثبت الدليل في باب الغصب بثبوت بدل الحيلولة، فإنّه لم يكن منوطاً بالتلف، بل بواسطة عموم «على اليد» حيث إنّ عام لما إذا كان في يد الغاصب المأبوس عن الظفر به، أو تحت البحر، فطالب صاحب المال ماله فلا يمكن جوابه بالصبر حتّى يستولي على الغاصب أو يجفّ البحر، ولا جوابه ببذل أجرة المنافع، فإنّه مطالب لنفس العين وشاك عن مفارقة نفس العين، فلا يحيص عن تدارك نفس العين.

وأما الضمان الثابت في الباب، أعني: الانفساخ قبل التلف أنا ما فلم يثبت دليل على جريانه في مثل هذا المورد الذي يكون الغرض وجود العين وعدم حدوث حادثة عليه بل يكون في غاية النفاسة والسهانة.

وكذا في صورة ورود تلف أو نقصان أو عيب عليه مع وجود ضامن سواء صدق التلف أم الإتلاف، فتبقى صورة وهي صورة التلف أو النقصان أو العيب مع عدم ذمة تطالب بتدارك الفائت سواء صدق التلف أم الإتلاف، فيحكم حينئذ بالانقاساخ مع التلف والتدارك مع العيب كما تقدم تفصيله.

ثم بعد ما عرفت خروج صورة وجود ذمة ضامنة بالتدارك في البين عن تحت الحكم - لأجل الانصراف - فاعلم أنه إذا فسخ الفاسخ والحال هذه، أعني: أن العين قد أتلفه الأجنبي الضامن، فالطرف الآخر الذي انتقل بالفسخ إليه التالف سواء كان هو المشتري أم البائع الذي هو غير ذي الخيار يرجع إلى من؟

مقتضى القاعدة أن يقال بعدم الوجه للرجوع إلى المتلف لا في صورة كون من تلف ما عنده هو الفاسخ ولا في صورة كونه هو المفسوخ عليه، وسواء قلنا بكون الفسخ موجباً لرجوع التالف آنأماً قبل التلف إلى صاحبه الأصلي أم قلنا بكونه موجباً للعود حال الفسخ تالفاً.

أما إن قلنا بأنه يوجب الرجوع آنأماً قبل التلف فغاية تقريب الرجوع إلى المتلف حينئذ أنه أتلف مال من انتقل إليه بالفسخ فيكون ضامناً له، لكن فيه أن القائل بذلك لا يقول بالكشف الحقيقي؛ لعدم تعقله، ولهذا لا نقول بانتقال النماء بل إننا نقول بتقدير التلف في ملكه لتصحيح قيمة يوم التلف، فالتقدير إنما هو خاص بهذا الأثر دون جميع الآثار التي منها الضمان، وإلا فالمال حقيقة لمن انتقل إليه بالعقد فيكون الضمان بالنسبة إليه ثم إذا انتقلت العين التالفة بالفسخ إلى صاحبه يجب عليه الخروج عن عهده بدله كما لو تلف سهاوياً.

و أما إن قلنا بأن الفسخ يوجب العود من حينه فغاية تقريب ضمان المتلف للمستقل إليه بالفسخ أن يقال: إنه ملك العين التالفة الشابت تداركها في ذمة

المتلف، ومعنى مالكته العين الكذائية أن يملك ذمة ذلك المتلف.

وفيه أن اشتغال ذمة المتلف مسلم لكن بالنسبة إلى خصوص من وقع الإتلاف في ملكه، فهذه الخصوصية أعني: كون العين التالف ثابتاً بدلها في ذمة المتلف لما لكها يكون كضم الحجر جنب الإنسان بالنسبة إلى مقتضى الفسخ أعني: اشتغال ذمة من تلف ما عنده بالبدل، والحاصل أن قضية الفسخ أن العين لو لم تكن موجودة يرجع إلى بدلها، ولا فرق في هذا المقتضى بين كون التلف سماً أو يائماً بإتلاف متلف ضامن لصاحبه، ففي التقدير الثاني أيضاً لا ربط لهذا الضمان إلا بمن وقع التلف في ملكه، والفسخ أيضاً أوجب ضمان من وقع التلف في ملكه لمن انتقل إليه التالف بالفسخ، هذا بناء على مقالة المشهور.

وأما على ما قويناه من عدم الدليل على بقاء الخيار في صورة التلف عند ذي الخيار وثبوته في صورة التلف عند غيره وكون الحق متعلقاً بالعين، فالحكم بضمان المتلف إذا أتلّف العين الموجودة عند غير ذي الخيار مبني على أن إتلاف مورد الحق أيضاً موجب لضمان المتلف لصاحب الحق، وحيث لا دليل عليه فيبقى بناءً عليه أيضاً رجوع ذي الخيار إلى المتلف بلا وجه بل يتعيّن الرجوع إلى صاحبه.

مسألة: من أحكام الخيار على ما حكى عن التذكرة أنه لا يجب على ذي الخيار تسليم ما انتقل عنه إلى صاحبه في زمن الخيار.

اعلم أنه يمكن تطبيق عدم لزوم تسليم أحد العوضين قبل تسليم الآخر مطلقاً سواء في زمن الخيار أم غيره على القاعدة بملاحظة أن القرار الإنشائي على الملكية بازاء العوض والمفروض أن الملكية ملازمة للسلطنة، فيكون قراراً على الملكية الملازمة للسلطنة، فهذا بازاء ذاك في الملكية الملازمة للسلطنة، والوفاء بهذا القرار ليس الإدخال تحت تسلط الطرف فقط بل الإدخال المقيّد بالأخذ لما عنده،

ولهذا يعتبر عنه بالفارسية به داد وستد فإن الوفاء عبارة عن إيجاد نقشة الذهن في الخارج، فكما كان في الذهن التزام بملازم السلطنة في هذا بلازاء ذاك يعني أن الطرف أيضاً متعهد بملازم السلطنة في ذاك، فنقشة هذا في الخارج ليس إلا التسليم المقرون بالتسليم لا المنفك وهذا واضح.

لكن الزيادة على هذا في خصوص زمن الخيار بأن يكون لذي الخيار الامتناع ولو سلم صاحبه قضية للخيار فليس عليه دليل معتمد، ولا يمكن تطبيقه على قاعدة والإجماع غير محقق.

مسألة: قالوا: لا يسقط الخيار بتلف العين، قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: وجه تصور هذا الكلام أحد أمور:

الأول^(١): أن يقال: إن الفسخ الذي هو عبارة عن الحل وهو كالعقد محتاج إلى طرفين لأنه عكس البيع، فكما أن البيع يحتاج إليهما يحتاج الفسخ أيضاً، بل احتياج هذا أزيد بملاحظة أنه يحتاج إلى عين ما وقع متعلقاً للعقد بشخصيته.

وبالجمله هذا الفسخ يعتبر بالإضافة إلى العين التالفة آناً ما قبل تلفها فتكون تالفة في يده ملكاً لغيره فيكون عليه ضمانه على القاعدة، لكن هذا بمجرد الفسخ ودليله لا يتم، بل يحتاج إلى دليل أزيد دال على الضمان حتى يستكشف منه هذا المعنى كما في التلف قبل القبض وقبل انقضاء الخيار، وأما دليل الخيار فليس اقتضاؤه ذلك، بل إن أمكن اعتبار الفسخ في التالف مع تالفه فهو، وإلا فلا بد من القول بعدم الخيار.

الثاني: أن الفسخ يعتبر بالنسبة إلى التالف فعلاً فيصير ملكاً للغير

١- قد مرّ بعض الكلام فيه في الصفحة: ٣١ فراجع، منه دام ظلّه.

والمفروض أنه تالف في يده فيكون عليه ضمانه، وفيه أن الملكية إذا وردت على التالف في يده فليس قضيتها الضمان، نعم لو ورد التلف على الملك للغير كان قضيتها ذلك.

الثالث: أن يقال: إن العين تلفت والحال أن تلفها على هذا الشخص وبعد الفسخ أيضاً لا بد أن يكون بهذا الحال فلا جرم لا بد من خروجه عن عهدة خسارته حتى يكون خسارته عليه كما كان هذا هو الحال في الأيدي المتعاقبة في باب الغصب حيث إن اتصاف العين بوصف كون خسارته على اليد المتأخرة يقتضي أن اليد المتأخرة يجب عليها تدارك ما غرمته اليد السابقة.

وفيه: أن العقد ليس إلا مقتضياً، وفيه: الفرق الواضح بين البايين؛ فإن الوصف المذكور لم يقع تحت النقل والانتقال حتى يعتبر الفسخ بالنسبة إليه بل النقل والانتقال إنما اعتبر بالنسبة إلى نفس العين، وكان من لوازم كونها ملكاً لهذا أن يكون هو متخسراً بتلفها فإذا انتقل بالفسخ إلى ذاك يصير ذاك متخسراً.

وبالجمله هذا من لوازم المورد وليس داخلاً في عنوان المعاملة حتى يعتبر الفسخ بالنسبة إليه مثل شرط الكتابة وسائر الأوصاف المتعهد بها في البيع، وأما باب الأيدي المتعاقبة فالمقتضي لاعتبار كون العين متصفة بوصف ثبوت الخسارة على اليد المتأخرة موجود وهو عموم على اليد؛ فإن خسارات العين متى زيد الأيدي الواردة عليه تزداد، وعموم على اليد يثبت جميع هذه الخسارات على اليد، ولازم ذلك قرار الضمان على اليد المتأخرة.

الرابع: أن يقال: مقتضى الفسخ أولاً وبلا واسطة رجوع العين إن كانت والمثل أو القيمة إن لم تكن، وفيه أنه بعد كون الفسخ حل المعاملة وليست في المعاملة من البذل عين ولا أثر غير معقول.

الخامس: أن الفسخ إعدام العقد وجعله كأن لم يكن، فهو متمشٍ في صورة التلف، وأما التضمنين فلأجل اليد، وفيه أولاً: الفرق بين الفسخ والبطلان، والأول متقوم بالطرفين دون الثاني، ألا ترى أن حلّ البيعة لا يعقل مع عدم بقاء أحد الشخصين؟ فحال المالكين هنا حال الشخصين هناك، إن قلت: فعلى هذا يلزم أنه لو تلف أحد العوضين لم يكن العقد باقياً، قلت: معنى بقاءه بقاء آثاره كما يقال: الموضوع باق، بملاحظة أثره.

وثانياً: معنى جعل العقد وآثاره كأن لم يكن أن يكون تلف كل من المالكين على مالكة الأصلي؛ لأن هذا أثر عدم العقد، والتالف في يد الغير إذا كان حال التلف ملكاً للشخص يوجب الضمان لا إذا صار ملكاً بعد التلف في يده.

وبالجملة: فتحقق مما ذكرنا أن القول بأن حق الخيار متعلق بالعقد دون العين - ولهذا له اعتبار حال التلف ويوجب تضمين صاحب التالف - يدور أمره بين هذه الوجوه التي عرفت أن كلها باطلة، فلا محيص عن بطلانه.

وهنا مسلك آخر وهو أن يقال بالتفصيل بين تلف ما عند ذي الخيار وغيره، بجواز الفسخ والضمان في الثاني وعدمه في الأول، أما في الأول فلما عرفت من عدم موجب للضمان، وأما في الثاني فالعرف مساعد على أن لذي الخيار علاقةً وحقاً في العين، ألا ترى أنه لو أتلّف غير ذي الخيار لا يقولون بانقطاع يد ذي الخيار وعدم تدارك ما فات منه بشيء؟ فهذا دليل على أنهم يرون له في العين علاقةً وحقاً هو أورث ضمان المتلف.

وحينئذ نقول: قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» عامة لكل يد استولت على مال الغير أو حقه؛ فإنه لا اسم فيها من مال الغير، بل تعمّ مال نفس الآخذ إذا فرض له عهدة للغير، كما في المال المرهونة لو أخذها الراهن، فإنه

متعهد للمرتبهن، فلو تلف يجب أن يضع محله المثل أو القيمة، فكذا في مقامنا هو متعهد لصاحب الحق، أعني: ذا الخيار بمقتضى عموم على اليد، أنه لو تلف يضع محله المثل أو القيمة حتى يعامل معها معاملته، ويد هذا الشخص ليس بأمانى، بمعنى أنه لم يستأنه المالك ولا الشارع ولو قلنا بوجوب الدفع إليه من حيث إنّه ماله؛ فإنه لا ملازمة بينه وبين استئمانه من حيث حق الغير المتعلق بالمال.

وأما كلمة «حتى تؤدي» فمعناها بالنسبة إلى صورة كون المأخوذ مال النفس أن يؤديه على حسب أداء الحق إلى ذي الحق وهو بأن يخلى بينه وبين المال لو فسخ ذو الخيار، فحينئذ قد أدى إليه حقه فيخرج عن ضمانه.

وبالجملة: فعموم على اليد ناطق بثبوت الضمان على غير ذي الخيار، وبعد ثبوت الضمان تصير العين التالفة تالفاً مضموناً، والتالف المضمون مثل الموجود في كونه متمولاً، مرغوباً إليه مبذولاً بازائه المال، غاية الأمر لو تم إجماع على عدم صحة بيعه قلنا به تعبداً مع عدم إباء تمثي حقيقة البيع فيه عرفاً، وحينئذ نقول: الفسخ عبارة عن حل المعاملة ومعناه أن ينتقل الثمن مكان الثمن وبالعكس، والعوض التالف حيث يكون مضموناً قابل للانتقال.

لا يقال: مجرد القابلية لا يثمر بل اللازم اتحاد طرفي الفسخ مع طرفي العقد في جميع الخصوصيات، والعقد لم يرد على العين الجامع بين حالتي الوجود والتلف، بل على خصوص الموجود، وهذه الخصوصية معدومة في الفسخ.

لأننا نقول: ليس التقييد بالوجود تقييداً جعلياً عقدياً، بل العقد قائم بالعينين الجامعين بين الوجود والعدم، وإلا فلو كان مقيداً بالوجود فالإتلاف لم يكن إلا إعداماً لموضوع المال لا لنفسه، نعم الوجود قيد عقلاً لعدم قابلية غير

الموجود للنقل، لا أن سبب النقل إنما تحقق في خصوص الموجود بل تحقق في الأعم، وإذن إعادة العين الثالثة لإعادة لنفس ما هو متعلق العقد، غاية الأمر فاقد لقيده العقلي وهو غير ضائر بعد كونه أيضاً مثله في التمول والقابلية للنقل بملاحظة كونه مضموناً.

وبالجملة: لا أرى عن هذا الوجه محيصاً وإن لم أر غير شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - من تعرض له، وعلى هذا فالإجماع الذي نقلوه على ثبوت الإقالة في صورة التلف لم نفهم وجهه.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره اللطيف - قد فصل بين ما إذا كان حقاً متعلقاً بالعين بأن كان له رد العين واستردادها فلا حق عند التلف، لعدم الموضوع وبين ما كان حقاً متعلقاً بالعقد فيجوز والمدار في ذلك دليل الخيار في الخيارات الشرعية وجعل المتعاقدين في المشروطة، ولو فرض الشك في أنه من أي القسمين فالاستصحاب قاض بكونه من الثاني.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - أولاً: بأنك عرفت أن المدار على عكس ما ذكره - قدس سره - أعني: أن مدار الجواز هو التعلق بالعين ومدار العدم هو التعلق بالعقد على حسب ما مر في طي البيانات السابقة.

وثانياً: اللازم مما ذكره سد باب الفسخ عند التلف مطلقاً، وذلك لأن أدلة الخيارات الشرعية بين ما ذكر فيه عنوان له المال أو له الرد وما أفاد هذا المؤدى، وبين ما ذكر فيه لفظ الخيار وهو خيار المجلس، وهو أيضاً غير دال على التعلق بالعقد؛ لأن لفظ الخيار في لسان الأخبار عبارة عن الاختيار والتسلط، والمعنى المتداول له الآن مستحدث، هذا مضافاً إلى وقوع هذه الفقرة عقيب قوله: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام» فالذيل مانع لما أريد من الصدر وليس المستفاد منه إلا المردد بين المعنيين.

لا يقال: قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» دليل على تعلّق الخيار بالبيع. لأنّا نقول: لزوم البيع في مقابل الأعمّ من التسلّط على الاسترداد والتسلّط على العقد، ألا ترى أنّ الهبة غير لازمة مع أنّ الموجود فيها جواز رجوع العين؟ هذا حال الخيارات الشرعية.

وأما المجعولة للمتعاقدين فالظاهر من حالهم عندما يشترطون إنّها هو استرجاع العين وإرجاعها، نعم يبقى شاذ نادر وهو ما إذا كان الشارط ماهراً في العلميّات وملفتاً إلى فرق ما بين الأمرين فقيّد الخيار المشتراط بكونه متعلّقاً بالعقد، وهذا كما ترى في غاية القلّة.

وثالثاً: ما ذكره - قدّس سرّه - من الرجوع إلى الاستصحاب في موارد إجمال الدليل وتردّده بين القسمين مخدوش بعدم جريان هذا الاستصحاب لعدم الأثر له أو لكونه مثبتاً.

بيان ذلك: أنّ الجامع الذي نستصحبه باستصحاب القسم الثاني من الكلّي - كما هو المتحقّق في المقام - إذا كان من الموضوعات الخارجيّة التي رتب عليها الأثر شرعاً - كما لو رتب على وجود الحيوان في الدار أثر شرعي وتردّد الحيوان الموجود بين البقّ والفيل ومضى أقصى مدّة عمر البقّ - فلا إشكال في جريان الاستصحاب؛ لوجود الأثر له، ومعنى عدم النقض ترتيب الآثار.

وأما إذا كان الجامع حكماً شرعياً ومجعولاً شرعاً كما في المقام فيكون نفسه الأثر ويكون لا تنقض بلحاظ عمل نفسه، وحيثشذ فإن كان للمهملة بين الشخص السابق واللاحق عمل لانضايق من جريان الاستصحاب ولو لزم منه حيثنذ أن لا يكون المجعول بالاستصحاب مماثلاً للمستصحب؛ فإنّ المستصحب من القسم الزائل والمجعول بالاستصحاب من القسم الباقي.

مثلاً: إذا تعدّر بعض أبعاض المركّب المأمور به واحتمل انتقال الوجوب النفسي إلى الأجزاء الباقية كان الاستصحاب مفيداً لجعل حكم إيجاب نفسي في الأجزاء الباقية؛ فإنّ النفسية ليس لها مؤونة إلّا صرف تعلّق الإيجاب بتسعة أجزاء بدون ملاحظة كونها متوقفاً عليها للكلّ المركّب من العشرة مثلاً، فالقيد أمر عديم ولا حاجة له إلى مؤونة زائدة وقد كان الثابت سابقاً هو الوجوب المحدود بالغيرية، ووجه ذلك أنّ معنى عدم النقض هو البقاء على العمل السابق، وعمل الوجوب الغيري في تسعة أجزاء إتيانها، فالاستصحاب يوجب إتيانها في اللاحق أيضاً، وهذا معنى إيجابها النفسي ولا شاهد على لزوم كون المجهول مماثلاً للمستصحب كما زعمه بعض الأساتيد - قدس أسرارهم - بل اللازم كونه ممّا تناله يد الجعل لكونه ذا عمل في السابق، ولهذا أيضاً أجرينا الاستصحاب في العدم الأزلي للتكليف مع أنّ الثابت منه الإباحة وقد كان في السابق عدم الحكم.

وبالجملة: في الجوامع الشرعية أيضاً لا نضايق من إجراء استصحاب الكلّي القسم الثاني، لكن مع ثبوت العمل له كالمثال المذكور، وأمّا إذا لم يكن للمهملّة عمل كما في المقام - فإنّ الخيار المردّد بين كون متعلّقه العقد أو العين ليس له عمل وإنّما العمل لفرديه - فلا معنى لعدم نقضه عملاً.

وأما القول بأنّا ثبت له الاختيار المطلق حتّى حال التلف، وحيث لا معنى للإطلاق مع فرض تعلّقه بالعين فلا محالة يكون متعلّقا بالعقد فثبت بذلك أنّه خيار متعلّق بالعقد وهو ذو عمل. فمبنيّ على الأصل المثبت ولا نقول به.

هذا تمام الكلام في تلف أحد العوضين قبل الفسخ، وأمّا تلفه بعده فربّما يكون التالف مال الفاسخ في يد المفسوخ عليه، وأخرى يكون بالعكس، فهل يحكم بالضمان في كليهما أو بينهما تفصيل؟ أمّا مال المفسوخ عليه فكون تلفه على

الفاسخ مبني على أحد وجوه:

أحدها: ما أشار إليه شيخنا المرتضى - قدس سره - من عموم على اليد، وهذا مبني على مقدمات، إحداها: عدم اختصاص اليد باليد العادية، وهذا ظاهراً مسلماً، فالخارج هو اليد الأمانية، وغيرها داخل تحت العموم.

الثانية: أن الأخذ شامل لما إذا تحقق الكون تحت اليد بغير اختيار من صاحب اليد كما إذا أطار الريح مال الغير في جيب الغير ولم يلتفت فتلف من جيبه، وكما إذا كان مال شخص تحت يد آخر برضاه ثم باعه من غيره ولم يلتفت ذو اليد بذلك فتلف في يده، ولكن في شمول على اليد لمثل ذلك إشكال، وما نحن فيه لعل من هذا القبيل؛ فإن الفاسخ لم يثبت يده على مال الغير وإنما استرجع عينه فصارت يده على مال الغير قهراً فيكون كالمثالين السابقين، إلا أن يقال: نمنع كونه من ذلك القبيل فإنه باختياره أوجد السبب لذلك فكأنه استولى على مال الغير باختياره الابتدائي.

الثالثة: أن القاعدة شاملة لما إذا تأخر زمان ثبوت العهدة عن زمان حدوث الأخذ وكان في حال الحدوث خالياً عن العهدة فطراً في حال بقاء الأخذ، كما إذا انتقل مال زيد الموجود بإذنه تحت يد عمرو إلى خالد، وشمول على اليد لمثله مشكل ولو فرض أنه كان المتصدّي لهذا الانتقال بحيث لم يكن ذلك خارجاً عن اختياره.

لا يقال: فما تقول في اليد العادية إذا كانت مسبقة بالإذن، فإنه لا إشكال في ضمانها مع أنها يد باقية في حال ثبوت العهدة، وقد كان المطلوب حدوثها حاله.

لأننا نقول: الكلام في أن اللفظ قاصر عن الشمول وليس في البين مناسبة في

ما بين الحكم والموضوع حتى نلغي بسببها الخصوصية التي أفادها اللفظ، وما ذكرت غير قادح في ما ذكرنا؛ فإنه مطلب مسلم من الخارج ومن المعلوم أنه لا يتغير به مفاد اللفظ.

الوجه الثاني: ما أشار إليه أيضاً شيخنا المتقدم - قدس سره - وهو الاستصحاب لأصل الضمان الجامع بين الضمان بالعوض المستقوى وبين العوض الواقعي، وهو مبني على جريان الاستصحاب في الكلّي القسم الثالث، بأن احتمل وجود فرد عند زوال فرد كان موجوداً أو زال، والظاهر صحته؛ لمساعدة العرف على بقاء الكلّي، كما يقال: الإنسان باق من لدن آدم - عليه السلام - إلى زماننا هذا.

وأما الإشكال المتقدم في الاستصحاب المتقدم فغير جار هنا، فإنّ حال جامع الحدث إذا ترددت الرطوبة الخارجة من المتطهر من الحدثين بين البول والمني ثم أتى بالوضوء، فإنّ حكم الغسل وإن كان مرتّباً على المنى واستصحاب جامع الحدث بعد الوضوء لا يثبت كونه منياً لكن للجامع أثر وهو عدم جواز الدخول في الصلاة، فالمكلف وإن لم يجرز كون حدثه منياً لكنّه لا يجوز له الدخول في الصلاة بحكم هذا الاستصحاب، فلا يبقى له محيص عن إتيان الغسل حتى يقطع عنه لسان هذا الأصل، ففي ما نحن فيه أيضاً نقول: استصحاب شغل الذمة بالعوض يوجب تسلّط المضمون له على الضامن ولا رافع ليده إلّا رفع ما يقطع بسببه لسان الأصل وهو المثل أو القيمة؛ لأنّ دفع العوض المستقوى مقطوع بعدم، لكن يرد على هذا الاستصحاب أنّه معارض باستصحاب عدم الضمان بالمثل أو القيمة فنرجع إلى أصالة البراءة، هذا.

الوجه الثالث: ما أشار إليه شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - من أنّ كلاماً من المتعاقدين بحكم لزوم الوفاء بما عقدها متعهّد بتسليم ما ملكه من صاحبه

إليه؛ لأنّ معنى الخروج عن عهدة القرار والعمل الخارجي على طبقه هو دفع كلّ ماله إلى صاحبه، فإنّ تلك المدافعة الخارجية عمل خارجي لتلك المبايعة الإنشائية والمبادلة في الملكية.

و على هذا فالفسخ كما أنّه حلّ للعقد حلّ مع جميع لوازمه، فكما كانا ملتزمين بالتسليم ففي الحلّ أيضاً كذلك، ولازم هذا هو الضمان عند التلف، ولهذا قلنا في بعض المباحث السابقة أنّ ضمان تلف قبل القبض على وفق القاعدة، وإنّما التعبد في كَيْفِيَّتِهِ وهو كونه بنحو الانقاسخ لا الضمان المصطلح، وعلى هذا فهذه القاعدة متبعة في جانب الفسخ من غير تعبد على خلافها، ولازمه الضمان المصطلح، لكن هذا الوجه كما ترى مبني على ارتباط آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ بالمعاملات وقد عرفت في محلّه النظر فيه.

ثم إنّ هذا كلّّه في مال المفسوخ عليه إذا تلف في يد الفاسخ، وأنّ خبر بأنّ جميع ما قلنا فيه في عكسه، أعني: تلف مال الفاسخ في يد المفسوخ عليه، فلا حاجة إلى الإعادة.

هذا بعض الكلام في الخيارات وأحكامها

على حسب ما وقّفتني الله تعالى لكتابة ما استفدته من بحث
شيخني وأستاذي - أدام الله بقاءه -

والحمد لله وصلى الله على محمّد وآله

وكان تحرير هذا في يوم الأحد

التاسع عشر من شهر ذي الحجة الحرام من سنة ١٣٤٥

فهرس الكتاب

فهرس المطالب

الموضوع	للصفحة
المقدمة الأولى: في بيان حقيقة الخيار	٣
المقدمة الثانية: في تقرير الأصل عند الشك	٤
القول في أقسام الخيار	
الأول: خيار المجلس	
مسألة في ثبوت خيار المجلس للوكيل	١٥
فرع في ما لو مات الموكل وكان الوكيل حاضراً	٢١
ثبوت خيار المجلس للفضولي والمجيز	٢٦
مسألة فيما إذا كان وكيل البائع والمشتري واحداً	٢٧
فرع في ما لو مات أحد المتبايعين أو كلاهما في المجلس	٢٩

- ٣٠ مسألة في المستثنيات عن عموم ثبوت خيار المجلس
 ٣١ الوجوه المختلفة في كيفية الفسخ
 ٤٢ مسألة في جريان خيار المجلس في الصلح
 ٤٣ مسألة في مبدأ خيار المجلس

القول في مسقطات خيار المجلس

- ٤٥ ١- اشتراط سقوطه في ضمن العقد
 ٤٦ معنى تحريم الحلال وتحليل الحرام في الشرط
 فرع في عدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس فيما إذا نذر
 ٦١ المولى أن يعتق عبده إذا باعه

- ٦٣ ٢- اسقاطه بعد العقد

- ٦٥ مسألة في ما لو قال أحدهما لصاحبه: اختر
 ٦٧ الوجوه المتصورة في ثبوت الخيار للمتعدد

- ٧٠ ٣- افتراق المتبايعين

- ٧٣ مسألة في عدم اعتبار الافتراق عن إكراه
 ٧٦ مسألة في مقدار زمان الخيار بعد زوال الإكراه
 ٧٨ فروع في الدعاوي

- ٧٩ ٤- التصرف

الثاني: خيار الحيوان

- ٨٢ مسألة في اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ٩٠ مسألة في مبدأ خيار الحيوان
- ٩٦ مسألة في تحديد الثلاثة الأيام
- مسقطات خيار الحيوان
- ٩٨ ١- اشتراط سقوطه في العقد
- ٩٨ ٢- اسقاطه بعد العقد
- ٩٩ ٣- التصرف

الثالث: خيار الشرط

- ١٠٣ مدرك هذا الخيار
- ١٠٤ توضيح حول تحريم الحلال وتحليل الحرام
- مسألة في عدم الفرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه
- ١١٠
- ١١٣ مسألة في أن عدم ذكر المدة أو جهالتها سببان لبطلان العقد
- ١١٥ مسألة في مبدأ خيار الشرط
- ١١٦ مسألة في الوجوه المتصورة في جعل الخيار لمتعدد
- ١٢١ مسألة في بيع الخيار

- ١٢١ الأمر الأول: اعتبار ردّ الثمن في بيع الخيار
- الأمر الثاني: بحث حول الفسخ في صورة قبض الثمن وعدمه وفي
- ١٢٨ صورة كونه معيناً أو في الذمة
- ١٣٠ الأمر الثالث: هل يكفي مجرد ردّ الثمن إلى المشتري في الفسخ أو لا ؟
- ١٣١ الأمر الرابع: في مسقطات هذا الخيار
- ١٣٧ الأمر الخامس: صور تلف المبيع
- ١٤٣ الأمر السادس: الكلام فيما إذا جعل الشرط الرد إلى المشتري وتعذر
- الأمر السابع: فيما لو اشترط الفسخ في بعض المثلثين بردّ ما قبله من
- ١٤٧ الثمن
- ١٥١ الأمر الثامن: جواز اشتراط الفسخ بردّ المثلثين للمشتري
- مسألة في جريان خيار الشرط في عامة العقود المشتملة على
- ١٥٢ المعاوضة وعدمه

الرابع: خيار الغبن

- ١٧٣ الكلام في تعيين موضوع هذا الخيار
- ١٧٦ كلام حول قاعدة لا ضرر
- ١٨٣ مسألة في أنّ لخيار الغبن شرطين
- ١٨٦ فرع فيما لو أقدم على الضرر اليسير فتيّسن غير متسامح به
- ١٩٤ صور الاختلاف في القيمة

- رفع التنافي بين كون الضرر المتفي في باب خيار الغبن المالي
- ١٩٧ وفي باب العبادات الحالي
- ٢٠٠ مسألة في مبدأ خيار الغبن
- مسألة في مسقطات هذا الخيار
- ٢٠٦ ١- اسقاطه بعد العقد
- ٢٠٨ ٢- اشتراط السقوط في ضمن العقد
- ٢١٠ ٣- تصرف المغبون بعد العلم
- ٢١١ ٤- تصرف المغبون تصرفاً مخرجاً عن الملك قبل العلم
- ٢١٥ حكم ازدياد القيمة بواسطة زيادة الوصف
- ٢١٧ الكلام في تصرفات الغابن
- ٢٢٠ حكم الزيادة الحكيمة
- ٢٢٣ حكم الزيادة العينية
- ٢٢٨ خاتمة في بعض الفروع
- ٢٣١ حكم التغير بالامتزاج
- ٢٣٧ حكم تلف العوضين مع الغبن
- ٢٤١ مسألة في جريان هذا الخيار في المعاوضات المالية وعدمه
- ٢٤٢ عدم جريان لا ضرر في المعاملات
- ٢٤٣ مسألة في أن خيار الغبن على الفور أو على التراخي

الخامس: خيار التأخير

- ٢٥٩ مدرك خيار التأخير
- ٢٦٠ المقام الأول: في المراد من «لا يبيع بينهما»
- ٢٦٢ المقام الثاني: في اشتراط القبضين
- ٢٦٥ المقام الثالث: في بعض الفروع
- ٢٧٠ المقام الرابع: في شروط هذا الخيار
- المقام الخامس: في مسقطات هذا الخيار
- ٢٧٦ ١- الاسقاط
- ٢٧٧ ٢- بذل الثمن بعد الثلاثة
- ٢٧٨ المقام السادس: في مسائل مرتبطة بالمقام

السادس: خيار الرؤية

- ٢٨٦ مدرك هذا الخيار
- ٢٨٧ مسألة في مورد هذا الخيار
- ٢٩٤ مسألة في فورية هذا الخيار
- ٢٩٦ مسألة في مسقطات هذا الخيار
- ٢٩٩ مسألة في استحقاق الأرض مع الشك في مشروعية شرط الأرض
- ٣٠٥ مسألة في حكم اختصاص خيار تخلف الوصف بالبيع وعدمه

- ٣٠٥ مسألة في الاختلاف بين البائع والمشتري
- ٣٠٩ مسألة في ما لو نسج الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول

السابع: خيار العيب

- ٣١٠ مدرك هذا الخيار
- القول في مسقطات هذا الخيار
- ٣٢٢ مسألة في مسقطات الرد خاصة
- ٣٤٤ فروع مرتبطة بالمقام
- ٣٥٢ مواضع سقوط الأرض خاصة
- ٣٥٤ مسقطات الرد والأرض معاً
- ٣٧٣ مسألة في تشخيص مورد الغش
- مسائل في اختلاف المتبايعين
- ٣٧٦ الأول: الاختلاف في موجب الخيار
- ٣٧٩ اختلاف حكم بيّنة المنكر في صورة الانفراد والتعارض
- ٣٩٥ الثاني: الاختلاف في المسقط
- ٤٠١ الثالث: الاختلاف في الفسخ
- ٤٠٨ القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده
- الكلام في بعض أفراد العيب

- ٤١٢ مسألة في المرض
- ٤١٧ مسألة في الشيوبة في الاماء
- ٤٢٠ مسألة في عدم الختان في العبد الكبير
- ٤٢١ مسألة في عدم الحيض ممن شأنها الحيض
- ٤٢٢ مسألة في الإباق
- ٤٢٢ مسألة في الثقل الخارج عن العادة في السمن ونحوه
- ٤٢٤ مسألة القول في أحداث السنة
- ٤٢٩ خاتمة في عيوب متفرقة
- ٤٣١ القول في الأرض
- ٤٣٦ مسألة في حكم الجهل بمقدار الأرض
- ٤٣٨ مسألة في اختلاف البيئات
- القول في الشروط
- ٤٤١ معنى الشرط
- شروط صحة الشرط
- ٤٤٢ ١- أن لا يكون مقدوراً للمكثف
- ٤٤٥ ٢- أن يكون الشرط سائغاً
- ٤٤٦ ٣- أن يكون أمراً عقلاً
- ٤٤٧ ٤- أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة
- ٤٥٧ بحث في الاستصحاب التعليقي في الموضوعات

- ٤٧٥ ٥- أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد
- ٤٧٨ بحث حول اشتراط التوارث في عقد المتمتع بها
- ٤٨٢ ٦- أن لا يكون الشرط مجهولاً
- ٤٨٥ ٧- أن لا يكون مستلزماً للمحال
- ٤٨٨ ٨- أن لا يكون ابتدائياً
- ٤٩٤ القول في حكم الشرط الصحيح
- ٤٩٨ مسائل مرتبطة بالمقام
- ٥٢٠ خاتمة في فروع
- ٥٢٣ القول في حكم الشرط الفاسد
- تنمة في ذكر أمور
- ٥٣٣ الأول حكم المقبوض بالشرط الفاسد من حيث الضمان
- الثاني: حكم الاختلاف في اشتراط الشرط الفاسد وعدمه في
- ٥٣٤ العقد
- الثالث: من أقسام الشرط الفاسد، الشرط في ضمن البيع
- ٥٣٦ الربوي
- ٥٣٦ الرابع: الشرط خارج عن طرف العوضية
- ٥٣٧ الخامس: حكم الشرط الفاسد في العقود الإذنية
- القول في أحكام الخيار
- ٥٣٠ مسألة في ارث الخيار

- ٥٥٠ مسألة في كيفية استحقاق الورثة لحق الخيار
- مسألة حكم ارث الخيار فيما لو كان الخيار لأجنبي فمات الأجنبي
- ٥٥٩
- ٥٦١ مسألة في تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه
- ٥٦٨ فرع فيما لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار ثم أعتقهما
- ٥٧٦ فروع مربوطة بالمقام
- ٥٨٤ مسألة في أن المبيع يملك بالعقد أو يتوقف على انقضاء الخيار
- ٥٩٠ مسألة في كون ضمان المبيع على البائع في بعض الخيارات
- ٦٠٠ تحقيق في الاستصحاب التعليقي في الموضوعات
- ٦١٠ مسألة في حكم سقوط الخيار بتلف العين