٩٥٠

المكاسب

تأليف

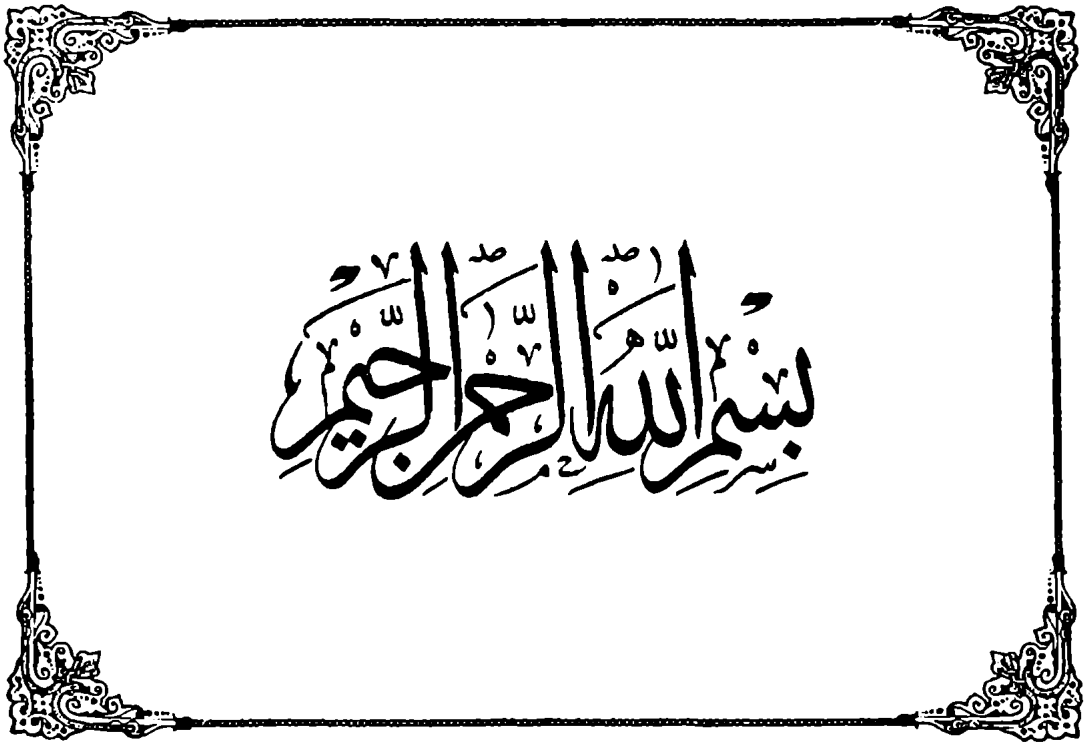
الفقيه المحقق

آية الله العظمى الميرزا محمد باقر الزنجاني قدس سره

١٣١٢ - ١٣٩٤ هـ

الجزء الثالث

مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة


بسم الله الرحمن الرحيم

٩٥٠

المكاسب

شبكة الفكر
alfeker.net

تأليف

الفقيه المحقق

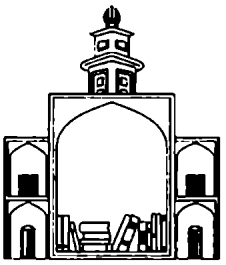
آية الله العظمى الميرزا محمد باقر الزنجاني قدس سره

١٣١٢ - ١٣٩٤ هـ

الجزء الثالث

شابك (دورة) ٣ ـ ١٩١ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨

ISBN 978 - 600 - 143 - 191 - 3



المكاسب

(ج ٣)

■ المؤلّف: الفقيه المحقّق آية الله العظمىٰ الميرزا محمّدباقر الزنجاني ﷺ □

■ المحقّق: حجة الإسلام الشيخ محمود الزنجاني □

■ الموضوع: الفقه □

■ طبع ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □

■ عدد الصفحات: ٩١٢ □

■ الطبعة: الأولى □

■ المطبوع: ٥٠٠ نسخة □

■ التاريخ: ١٤٣٩ هـ. ق □

■ شابك ج ٣: ٤ ـ ١٩٤ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨ □

ISBN 978 - 600 - 143 - 194 - 4

مؤسّسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

سرشناسه: زنجاني، ميرزا محمّدباقر، ١٣١٢ ـ ١٣٩٤ ق.

عنوان قراردادی: المكاسب. شرح.

عنوان ونام پديدآور: المكاسب / تأليف محمّدباقر الزنجاني ﷺ ١٣١٢ ـ ١٣٩٤ هـ ؛ المحقّق محمود الزنجاني.

مشخّصات ظاهری: ٣ ج.

فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي؛ ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠.

شابك: (دورة) ٣ ـ ١٩١ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛ ج. ١: ٠ ـ ١٩٢ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛

ج. ٢: ٧ ـ ١٩٣ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛ ج. ٣: ٤ ـ ١٩٤ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨

وضعيت فهرست‌نويسی: فيپا.

يادداشت: عربي.

يادداشت: ج. ٢ و٣ (چاپ اوّل: ١٣٩٧) (فيپا).

يادداشت: كتاب حاضر شرحي بر كتاب «المكاسب» تأليف مرتضى بن محمّدامين انصاري است.

يادداشت: كتابنامه.

موضوع: انصاري، مرتضى بن محمّدامين، ١٢١٤ ـ ١٢٨١ ق. المكاسب ـ ـ نقد و تفسير.

موضوع: معاملات (فقه).

موضوع: *Transactions (Islamic Law)

شناسه افزوده: زنجاني، محمود، ١٣٣٤ ـ .

شناسه افزوده: انصاري، مرتضى بن محمّدامين، ١٢١٤ ـ ١٢٨١ ق. المكاسب. شرح.

شناسه افزوده: جامعهٔ مدرّسين حوزهٔ علميّهٔ قم. دفتر انتشارات اسلامي.

رده بندی كنگره: ١٣٩٧ ٧٠٢١٤ م ٨ الف / ١ / ١٩٠ BP

رده بندی ديويی: ٣٢٧ / ٢٩٧

شماره كتابشناسی ملّی: ٥٢٠٨٥٧٢

مباحث الخيارات

بسم الله الرحمن الرحيم

الكلام في الخيار وأقسامه وأحكامه

الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار. وهو كون ترجيح أحد الأمرين المقدورين للفاعل أو أحد الأمور المقدورة له بيده وبارادته. فلا محلّ له إلا في الأمور المقدورة والفواعل بالإرادة، سواء كان الأمران اللّذان يدور الأمر بين تحقّق أحدهما وتحقّق الآخر متناقضين ـ بمعنى وجود الشيء وعدمه ـ أم متضادّين لا ثالث لهما، وسواء كانت الأمور الوجوديّة الّتي يدور الأمر بين تحقّق أحدها وتحقّق أحد البواقي بينها تضادّ أم تخالف، ودار الأمر بينها لعدم إرادة إيجاد جميعها بل بعضها، أم أموراً مختلفة من حيث الوجوديّة والعدميّة لا تناقض ولا تضادّ بينها.

ومن الواضح أنّ هذا المعنى من الخيار والاختيار لا يتصوّر في الأعيان الخارجيّة،وإنّما يتصوّر في المعاني الحدثيّة المتعلّقة بتلك الأعيان.

وهذا المعنى من الخيار غير القدرة كما عرفت، وإنّما القدرة من شرائط تحقّقه.

وهوبهذا المعنى متحقّق في التكوينيّات والتشريعيّات ـ أي:الانشائيّات الاعتباريّة ـ على حدّ سواء. وكون طرفي القدرة والاختيار أمرين تكوينيّن

أو إنشائيّين اعتباريّين لا يوجب فرقاً في معناه.

وأيضاً هو بهذا المعنى متحقّق في جميع العقود الجائزة، سواء كان الجواز حكميّاً أم حقّياً.

ولكنّه بهذا المعنى اللغويّ العام ليس محلّاً لأبحاث الأصحاب في المقام، من حيث الانقسام إلى أقسامه بحسب تعدّد الأسباب والموجبات له، ومن حيث أحكامه ككونه موروثاً وغير ذلك. وإنّما الموضوع لها الخيار بمعنى آخر قد اصطلح على التعبير عنه بالخيار بالمناسبة. وهو من الحقوق المجعولة بالجعل الاعتباري، والمتحقّقة بالتحقّق البنائيّ الاعتباري كسائر الاعتبارات العقلائيّة.

وقد أوضحنا في أوائل كتاب البيع: أنّ الأحكام الشرعيّة تكليفيّة كانت أو وضعيّة ـ ومنها الملكيّة والماليّة وأنواع الحقوق الاعتباريّة ـ مشتركة في أنّها مجعولة للشارع جعلاً تأسيسيّاً أو إمضائيّاً. وليس شيء منها بيد المكلّف اختياره وضعاً ورفعاً، بل هما بيد جاعلها تأسيساً أو إمضاءً، بجعلها تارة وفسخها أخرى. وما بيد المكلّف إنّما هو إيجاد موضوعاتها المعلّق عليها جعلها، أو إعدامها بعد إيجادها، أو ترك إيجادها وإعدامها، أو إيجاد متعلّقاتها الموجب لسقوطها، أو ترك كلّ ذلك الموجب لبقائها في موارد وسقوطها بالعصيان في موارد أخر.

ولكن مع ذلك فيمتاز اعتبارات الحقوق عن اعتبارات سائر المجعولات بأنّ لذي الحقّ إسقاط مصاديقها وفعليّاتها. فحالها في الاعتباريّات كحال الأعيان الخارجيّة من الأموال والأملاك، لا كحال

الوجوب والحرمة والطهارة والنجاسة والملكيّة والماليّة ونحوها، حيث إنّ الانسان إنّما تكون له السلطنة على الأموال والأملاك لماليّتها وملكيّتها، ولا سلطنة له على نفي الملكيّة والماليّة، كما أنّه لا سلطنة له على الوجوب والحرمة والإباحة والطّهارة والنجاسة ونحوها.

وسلطنة النّاس على الأموال والأملاك إنّما هي بالتصرّف فيها بالانتفاع بها أو إخراجها من الملك. وسلطنتهم على الحقوق إنّما هي بإعمالها، بمعنى الاستناد إليها، والانتفاع بما فيه الحقّ، كفسخ العقد أو إمضائه في محلّ الكلام، أو إسقاط الحقّ والإعراض عنه.

فحال الإسقاط في الحقوق كحال الإعراض عن الأموال. فكما أنّه ينعدم اعتبار الملكيّة بالإعراض عن الأموال، ويتحقّق اعتبارها بحيازتها، كذلك الإعراض عن الحقوق يوجب انعدامها.

وهذا المعنى أمر مرتكز في أذهان العقلاء. وهو المراد من قولهم: لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه، أي: كما أنّ له إعمال حقّه والانتفاع به، كذلك له إسقاطه والإعراض عنه. ولذا تكون السلطنة على الإسقاط في حدّ نفسها من لوازم الحقوق الّتي لا تنفكّ عنها. فما لم يكن في الاعتبارات بيد الشخص إسقاطه، بل له الانتفاع به فقط، فليس ذلك من الحقوق.

ومن خواصّ الحقوق أيضاً أنّه يصدق على ذيها أنّه واجد لها كواجديّته للأموال. فمنها ما يقوم بالشخص بخصوصيّته الشخصيّة وبقيد حياته. ومثله ينعدم بموته، لانعدام موضوعه. ومنها ما يقوم به لا بشرط الحياة، ولكنّه يتركه عند موته كما يترك أمواله وأملاكه، أي: لا يمكنه

الانتفاع به وإعمال سلطنته فيه، كما لا يمكنه الانتفاع بأمواله وإعمال سلطنته فيها. ومثله ينتقل إلى وارثه. وهذا أيضاً أمر مرتكز في الأذهان ويشار إليه بقولهم: ما تركه الميّت من مال أو حقّ فهو لوارثه.

وهذا بخلاف الأحكام الشرعيّة، فانّه ليس لمن حكم عليه بها إلا الانتفاع بها والاستناد إليها في أفعاله وتروكه. ولكن لا سلطنة له على إسقاطها. ولا يصدق على واجديّته لشيء منها السلطنة عليها بمجرّد محكوميّته بها. ولا يصدق بموته أنّه تركها، بل إنّما يترك أمواله وأملاكه. فمن يرثه يكون محكوماً بتلك الأحكام، ولكن ما تلقّاه الوارث منه إنّما هو نفس الأموال، لا ملكيّتها وماليّتها، ولا سائر الأحكام المترتّبة على الأموال والأملاك من التكاليف والوضعيّات. وإنّما يتلقّى الوارث كلّ ذلك من الشارع كما كان يتلقّاه المورّث منه.

وجملة القول: إنّ الخيار المبحوث عنه من الحقوق، ومن ذلك السنخ من الاعتبارات، سواء قلنا بكونه حقّاً متعلّقاً بالعقد أم بالعين، وإن كان الحقّ هو الأوّل على ما سيأتي إن شاء الله.

وحقيقة الخيار هو كون زمام أمر العقد المتحقّق بالاعتبار بيد أحد المتعاقدين أو بيدهما بالإعتبار، من حيث الفسخ أو الإبقاء بالاعتبار.

والفرق بينه وبين الإقالة من المتعاقدين ـ بمعنى جواز الإعدام أو الإبقاء الاعتباري من الطرفين ـ أنّ الخيار يعتبر بنحو الحقّية، ويترتّب عليه ما أشرنا إليه من خواصّ الحقّ، بخلاف جواز التقايل، فإنّه حكم شرعيّ لا سلطنة للمتعاقدين عليه، وقائم بشخص المتعاقدين، ويزول بانعدامهما،

ولا يقبل الإسقاط، ولا يكون ممّا يتركه العاقد بموته، ولا يتلقّاه الوارث من مورّثه.

وبالجملة، فما ذكرناه من تعريف الخيار هو تمام حقيقته الّتي يبحث في المقام عن أقسامه وأحكامه، سواء كان متعلّقاً بالعقد أم الايقاع، لو كان له مصداق في الشرع. ولا بأس في مقام الإشارة إلى هذه الحقيقة التعبير عنها بأيّة عبارة تناسبها وتحكي عنها، مثل: ملك فسخ العقد، أو السلطنة على فسخ العقد، أو كون زمام أمر العقد من حيث الفسخ بيده ونحو ذلك، إذ السلطنة والمالكيّة من الاعتبارات الّتي تعتبر تارة بنحو الحكميّة، كسلطنة الناس على التصرّف في أموالهم وكمالكيّتهم لها، وأخرى بنحو الحقّية، كسلطنة العاقد على فسخ العقد أو مالكيّته له.

والظاهر ـ كما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره ـ أنّ طرفي الاختيار في موارد الخيار بهذا المعنى أمران، أحدهما وجوديّ، وهو الفسخ والحلّ، والآخر عدميّ، وهو ترك ذلك وإبقاء العقد على ما كان. ولذا لا حاجة في مقام الإشارة إلى حقيقته بأمثال التعبيرات المتقدّمة إلى ذكر الطرف العدميّ في طرفي الاختيار، لوضوح أنّ اعتبار كون زمام أمر العقد من حيث الفسخ وعدمه بيد ذي الخيار إنّما يتصوّر لو كان الفسخ مقدوراً له، ولا تتصوّر مقدوريّته إلا بمقدوريّة الفسخ وعدمها كليهما.

ولا يناسبه التعبير بأنّه السلطنة على إزالة العقد وإقراره أو ملك فسخ العقد وإمضائه، إذ لو أريد من الإقرار والإمضاء الأمر العدمي ـ أعني: ترك إعمال الحقّ بالفسخ ـ فذكره مستدرك لا حاجة إليه، بل ربما يكون ظاهراً

أو موهماً لخلاف المقصود، وأنّ المراد منه أمر اعتباريّ إنشائي آخر في العقد المتحقّق بالاعتبار، في مقابل اعتبار الفسخ الاعتباري بعد تحقّق العقد بالاعتبار.

ولو أريد منه الأمر الوجودي الإنشائي الاعتباري، بمعنى إخراج العقد عن كونه في معرض الفسخ. فان أريد منه جعل العقد لازماً لا يقبل الفسخ في نفسه لولا الخيار، فمن الواضح أنّ هذا من الأحكام الثابتة للعقد في نفسه بحكم الشارع، وليس من الأمور الّتي من شأنها أن ينشأها العاقد بالاعتبار.

وإن أريد منه جعل العقد لازماً من ناحية هذا الخيار، أي: كونه من الأمور الاعتباريّة الّتي إنشاؤها بيد ذي الخيار. فليس هذا إلا إسقاط الخيار والإعراض عن الحقّ. ولا معنى لأخذ إسقاط حقّ الخيار في تعريفه، وجعله أحد طرفي الاختيار.

فالحقّ أنّ طرفي الخيار ـ اللّذين يتحقّقان باعماله لا بإسقاطه ـ ليسا إلا إنشاء فسخ العقد بالاعتبار أو تركه وإبقاء العقد على ما كان عليه، وأيّهما فعل فقد سقط الحقّ باعماله لا باسقاطه، كما أنّه ربما يسقط بإسقاطه ورفع اليد عنه.

هذا، وبالتأمّل فيما ذكرنا يظهر لك أنّ جواز الإمضاء والردّ الثابتين في عقد الفضولي ـ كبيع مال الغير أو الشراء به أو تزويج الغير ـ ليس من مصاديق الخيار بالمعنى المتقدّم. ولو عبّر عنه بالخيار، فإنّه يراد منه معناه اللّغوي المتقدّم، لا معناه المصطلح عليه، المبحوث عن أقسامه وأحكامه

في المقام. وذلك لا لمجرّد أنّه من الأحكام الشرعيّة غير القابلة للإسقاط والنقل بالإرث، وإن كان الواقع كذلك على ما أوضحناه في مباحث الفضولي،بل لأجل أنّه لم‌يجعل للمالك جواز فسخ العقد أو إبقائه لاحكميّاً ولا حقّياً، وإنّما جعل له جواز إسناد العقد إلى نفسه برضاه اللاحق كجواز إسناده إليه برضاه السابق، فيكون مشمولاً بذلك لدليل وجوب الوفاء، لكون البيع بيعاً له تنزيلاً، أو عدم رضاه به، فلا يكون البيع له، ولا يشمله دليل وجوب الوفاء به. ويكون ذلك أيضاً جوازاً حكميّاً لا يقبل الإسقاط ولا النقل والانتقال بالميراث. وأين هذا من جعل حقّ الفسخ له؟

وأما العقود الفضوليّة من جهات أخر، كبيع الراهن ماله المرهون بدون إذن المرتهن، لمنافاته لحقّ المرتهن المتعلّق بمال الرهن، وكبيع العبد مال الغير وكالةعنه‌بدون إذن مولاه،لتعلّق حقّ الغيربنفس إنشاء العقد والتصرّف في لسانه، وكالعقد على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمّة والخالة، لأنّ الشارع جعل رضاهما قيداً لامضائه. ومن هذا القبيل احتياج عقد المورّث في‌مرض موته إلى إجازة الوارث، فإنّه ليس إلّا قيديّة رضاه في إمضاء ذلك العقد، وجواز رضا الوارث وعدمه جوازاً حكميّاً لا يقبل الإسقاط.

فالأمر فيها أوضح، فإنّ المجعول لمن له الإجازة فيها ليس إلّا مجرّد جواز رضاه بالعقد وعدمه. فلو رضي يكون العقد مشمولاً لأدلّة الصحّة والإمضاء، لتماميّة أجزاء الموضوع وقيوده، بلا حاجة إلى إنشاء الاستناد إلى الراضي استناداً اعتباريّاً. ولو لم يرض فلا يكون مشمولاً لأدلّة الصحّة والإمضاء، ويكون لغواً لا أثر له، لعدم تماميّة قيود الموضوع،

بلاحاجة إلى الفسخ بالاعتبار، كما هو الشأن في سائر موارد انتفاء قيود الصحّة والإمضاء. ولذا قوّينا في المباحث السابقة أنّ الإمضاء ـ بمعنى الرضا ـ في أمثال هذه العقود يؤثّر بعد سبق الردّ الّذي لا حقيقة له الإ عدم الرضا.

ثمّ من الواضح أنّه لا يسقط حقّ الرهانة إلا إذا أدّى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه أو أسقط حقّ الرهانة. فإعماله لحقّ الرّهانة ليس إلا بمجرّد الرضا بما أنشأ بلا حاجة إلى الفسخ. وإذا تحقّق أحد الأمور المذكورة فلا حقّ له حتى يعمله. فلا مانع من شمول أدلّة الصحّة والإمضاء للعقد. فهو من مصاديق الحقّ، ولكنّه ليس بحقّ خيار.

وأما بيع العبد مال الغير أو العقد على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمّة أو الخالة، فليس هنا حقّ أصلاً حتى يقبل الإسقاط. وإنّما الثابت هو الحكم الشرعي، وجواز الرضا وعدمه، وشرطيّة الرضا في الإمضاء، وكلّ ذلك أحكام شرعيّة لا تقبل الإسقاط.

وأما جواز فسخ الأمة ـ المزوّجة من العبد ـ عقد نكاحها بعد انعتاقها، فالظاهر أنّه من مصاديق الخيار، كما أنّ جواز فسخ النكاح لأجل العيوب أيضاً من مصاديقه.

وأما الجواز في موارد العقود الجائزة ـ كالعارية والوكالة والهبة غير المعوّضة من غير ذي رحم ونحو ذلك ـ فمعناه سلطنة المعير أو الموكّل أو الواهب ـ مثلاً ـ على ماله المستعار وجواز استرداده، أو على التصرّف الّذي وكّل فيه بعزل الوكيل، أو استرداد المال الموهوب، بلا حاجة في

شيء من ذلك إلى فسخ العقد. وليس فيه حقّ يقبل الإسقاط والنقل.

وعليك بالتأمّل في كلّ عقد يتوقّف ترتيب الأثر عليه على رضا أحد، وأنّه هل هو من قبيل الحكم أو الحقّ؟ وأنّه على التقديرين هل طرفا الجواز هو الفسخ وعدمه أو مجرّد الرضا وعدمه؟

ثم لا يخفى عليك أنّ ما يقال من أنّ معنى كون الأصل في البيع اللزوم هو كونه مقتضى الغلبة ممّا لا يرجع إلى محصّل، إذ لا دليل على اعتبار الظنّ الحاصل من هذه الغلبة كبرويّاً. وعلى فرض تسليمها فتحقّق صغراها ـ أعني: الغلبة ـ ممنوع في البيع لو أريد منها الغلبة في الأفراد، لوضوح أنّ ثبوت خيار المجلس والعيب والغبن والشرط ونحو ذلك يوجب عدم اللزوم إلا في أفراد نادرة من البيع المشروط فيها سقوط الخيارات.

ولو أريد منها الغلبة في الأزمان في كلّ فرد من أفراد البيع، فهو مسلّم ولكنّه لا يجدي إلا بالنظر إلى الشكّ في اللزوم والجواز في كلّ فرد بالنسبة إلى بعض أزمان بقائه. ولا يجدي شيئاً بالنسبة إلى الأفراد الّتي يشكّ في لزومها وجوازها دائماً لو فرض اتّفاقه في أفراد البيوع.

وأما الأصل بمعنى كون اللزوم مقتضى طبع البيع في حدّ نفسه بحسب ما عليه بناء العقلاء والمتداول بينهم، وإنّما يعرض عليه الجواز الحقّي على خلاف ما يقتضيه طبعه ووضعه عندهم، بجعل خيار لأسباب خاصّة. فهو حقّ لا يقبل الإنكار، حيث إنّ مثل البيع والصلح والإجارة والنكاح ونحو ذلك من العقود إنّما تعتبر مضامينها عند العقلاء محكومة عليها باللزوم في نفسها، لعدم انتظام المعاش إلا بذلك، حيث إنّها لو اعتبرت جائزة لاختلّ

نظام المعاش، ولم يطمئنّ الناس بكونهم ذوي مال أو زوجة ونحو ذلك، لكون العقد محكوماً بالجواز، واختياره بيد الغير. وهذا هو الشأن في عامّة الإيقاعات من الطلاق والعتق ونحو ذلك.

وبالجملة، يتوقّف استقرار نظام المعاش على وجود أمثال هذه العقود اللازمة في حدّ نفسها. ولا ينافي ذلك ثبوت الجواز أحياناً لأسباب عارضة. وهذا بخلاف مثل العارية والوكالة والوديعة ونحو ذلك، فانّها إنّما تعتبر عند العقلاء محكومة بالجواز، لعدم توقّف نظام المعاش على لزومها، بل على جوازها كما هو واضح. فهي في أنفسها موضوعة على الجواز. ولا ينافي ذلك عروض اللزوم عليها لعوارض خاصّة، كاشتراط عدم العزل في ضمن عقد لازم.

وبالجملة، فهذا المعنى من أصالة اللزوم ثابت في عدّة من العقود، ومنها البيع المبحوث عنه في المقام. ولازم ذلك البناء على ما يقتضيه طبع البيع من اللزوم ما لم يثبت سبب خاصّ موجب لجعل الخيار، حيث إنّ الشارع إنّما يمضي هذه العقود على ما هي عليها عند العرف والعقلاء.

وأما أصالة اللزوم بنحو القاعدة الاجتهاديّة المستفادة من عمومات الآيات والأخبار وإطلاقاتهما، ولزوم البناء عليه ما لم يقم دليل على التخصيص والتقييد باثبات الجواز حكميّاً أو حقّياً. فهي أيضاً حقّ لا محيص عنه. وقد أوضحنا في مباحث المعاطات ما يمكن أن يستدلّ به على ذلك من الآيات والأخبار، وأوضحنا أنّ بعضها يختصّ بالبيع، وبعضها يعمّه وسائر العقود. ولا حاجة لنا في المقام إلى التعرّض لها

كما صنعه الشيخ[١] العلّامة قدس سره.

هذا، كما أنّ استصحاب بقاء العقد على اعتباره، وترتّب ما يترتّب عليه الأثر في نظر الشارع، وعدم زواله بفسخ الفاسخ، المنتج لكون أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً. فهو أيضاً حقّ لا محيص عنه، ولا اختصاص له بالبيع، بل يجري في جميع العقود والإيقاعات المعتبرة شرعاً، وتترتّب عليها الآثار. وقد أوضحنا كلّ ذلك في تلك المسألة. ولا حاجة إلى التعرّض لها في المقام تفصيلاً، وعليك بالمراجعة إليها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ للخيار أقساماً كثيرة، إلا أنّ المهمّ الحريّ بالتعرّض له منها ـ لكونه محلّاً لمباحث كثيرة ـ سبعة، وقد جرى ديدن كثير من الأصحاب قدس سرهم على التعرّض لها. ونحن نقتفي أثرهم وأثر الشيخ العلّامة[٢] قدس سره فنقول:

---

(١) المكاسب ٥: ١٧ – ٢٢

(٢) المكاسب ٥: ٢٥.

الأوّل: خيار المجلس

والمراد به الخيار المأخوذ في موضوعه اجتماع المتبايعين في مكان العقد، أي: المكان الّذي كانا مجتمعين فيه عرفاً حال تعاقدهما. ولا موضوعيّة للجلوس، وإنما عبّر به للغلبة، كما أنّه نسب إلى المكان ـ مع أنّ الموضوع المعبّر عنه بسبب الخيار هو اجتماعهما فيه لا نفس المجمع ـ لأجل ملاحظة المجمع بوصف المجمعيّة، حيث إنّ الخيار يدور حدوثاً وبقاءً مدار بقاء ذلك الوصف. فلا فرق بين أن يقال: إنّ الموضوع اجتماع المتبائعين في مكان البيع، أو يقال: كون مكان البيع مجمعاً للمتبائعين. ولا تجوّز في الإسناد أصلاً.

ولا خلاف عند الإماميّة في ثبوت هذا الخيار للمتبائعين. واستفاضت الأخبار[1] الدالّة عليه. والموثّق المرويّ عن الصادق عن أبيه عن عليّ عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»[2]

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٨: ٧ ب «١» من أبواب الخيار ح ٧، عن التهذيب ٧: ٢٠ ـ ٢١ ح ٨٧، والاستبصار ٣: ٧٣ ح ٢٤٢.

مطروح أو مأوّل، بحمله على إرادة الوجوب بمعنى الثبوت والتحقّق الأعمّ من اللزوم والجواز، أو حمل الصفقة على إرادة إنشاء إسقاط الخيار بها، أو الحمل على التقيّة من الصادق والباقر عليهما السلام في نقل قول عليّ عليه السلام، بناءً على كون قوله عليه السلام منقولاً عنه بطرق الجماعة ومعروفاً عندهم، وإلا فلا محلّ لتقيّتهم عليهم السلام بجعل خبر ونقله عن عليّ عليه السلام.

ويقع تنقيح مباحث هذا الخيار في مسائل.

ثبوت خيار المجلس لوكيلي المتبايعين وعدمه

مسألة: التحقيق ـ كما عليه الشيخ العلّامة قدس سره ـ أنّ الوكلاء على ثلاثة أصناف:

أحدها: أن يكون وكيلاً في مجرّد إجراء الصيغة، بمعنى استعمال ألفاظها في معانيها بقصد إنشاء مضمونها المتعلّق بمال البائع والمشتري، من دون أن يكون وكيلاً في أصل التصرّف بإعمال ما يؤدّي إليه نظره في إيجاد البيع أو الشراء وتركه، أو البيع من مشترٍ خاصّ أو بثمن خاصّ أو بشرط خاصّ، أو الشراء كذلك. بل كان كلّ ذلك بيد المالك، ولكنّه استعان في ذلك بلسان الوكيل، بتوكيله في إجراء الصيغة.

الثاني: أن يكون وكيلاً في إيجاد التصرّف أيضاً ـ بحيث ينفذ ما يختاره من الخصوصيّات على الموكّل بمقتضى إيكاله أمر الإيجاد إليه وإناطته بنظره ـ ولكن وكالة محدودة تنتهي بانتهاء إيجاد البيع والشراء، بحيث لا يجوز له التصرّف في ما انتقل إلى موكّله إلا باذن جديد.

الثالث: أن يكون وكيلاً مفوّضاً في البيع والشراء وإعمال السلطنة فيما ينتقل إلى الموكّل من المال، كما هو الحال في عامل القراض وفي أولياء القاصرين.

أما الصنف الأول فلا يثبت له خيار المجلس، لانصراف الأخبار ـ بما اشتملت عليه من لفظ البيّعين أو البائع والمشتري ـ عن مثله، فان إيجاد البيع والشراء وإن كان لا تجوّز في إسناده إلى الوكيل، لكونه هو الموجد له بالمباشرة حقيقة، إلا أنّه كما يصحّ إسناده إليه حقيقة كذلك يصحّ إسناده حقيقة إلى الموكّل الّذي أوجده بالتسبيب والاستعانة، ولكن إسناده إليهما بالتشكيك، وإسناده إلى الثاني أولى وأليق في الأنظار من إسناده إلى الأول، كما هو الشأن في مطلق إيجاد الأفعال بالتسبيب أو بالآلة. وهذا يوجب انصراف تلك الألفاظ عن الوكيل وانصرافها إلى الموكّل.

ولأن في هذه الأخبار[1] ما جمع فيه بين هذا الخيار وخيار الحيوان، مع كون الموضوع لهما أمراً واحداً، هو البيّعان أو البائع والمشتري. فوحدة السياق تقتضي أن يكون المراد فيها واحداً. والظاهر التسالم على عدم ثبوت خيار الحيوان لمثل هذا الوكيل، وانصراف الأخبار المثبتة له عنه، فليكن كذلك في خيار المجلس أيضاً، حفظاً لوحدة السياق.

ولأنّ الظاهر أنّ حكمة جعل هذا الخيار للبائع والمشتري إنّما هو إنظارهما إرفاقاً لهما،نظراً إلى حال نوع المالكين،إذ ربماعزما على الفسخ. وهذا وإن كان حكمة لا موضوعاً يدور مداره الحكم، ولذا يثبت الخيار

(١) راجع الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١ و ٥.

لهما حتى ولو لم يعزما على الفسخ، إلا أن ارتكازه يوجب ظهور الأخبار في جعل الخيار لهما لا لمن هو أجنبيّ عن المال وعن التصرّف فيه.

ولأنّ الظاهر أيضاً ـ بحسب تناسب الحكم والموضوع المرتكز في الأذهان عرفاً ـ أنّ هذا الخيار قد أخذ في موضوعه ـ وفي الرتبة السابقة على ثبوته ـ كون ذيه ذا سلطنة سابقة على ما انتقل عنه، وذا سلطنة فعليّة على ما انتقل إليه، بحيث يكون مكلّفاً بالوفاء بالعقد وما التزم به من بدليّة ماله لمال الآخر من حيث المملوكيّة، وترتيب آثار المبادلة. ومن الواضح أنّ الوكيل في مجرّد إجراء الصيغة ليس له ذلك، لا فيما انتقل عن موكّله ولا فيما انتقل إليه، لا من حيث المالكيّة ولا من حيث تفويض المالك إعمال السلطنة في ماله إليه. فلم يكن الوكيل ـ لولا جعل هذا الخيار ـ مكلّفاً بالوفاء بالعقد والثبات على مقتضاه حتى يجعل له جواز الفسخ.

وبالجملة، من كانت له سلطنة إبقاء ما انتقل إليه في ملكه هو المحكوم بالخيار، وسلطنة إخراجه من ملكه واسترداد ما انتقل عنه بمقتضى المعاوضة. ومن الواضح أنّه ليس هو في محلّ الكلام إلا الموكّل دون الوكيل في مجرّد إجراء الصيغة. وهذا ـ كما ترى ـ لا فرق فيه بين أن نقول بتعلّق الخيار بالعين أو بالعقد، لوضوح أنّه على الثاني أيضاً إنّما جعل التسلّط على فسخ العقد للتوصّل إلى ردّ كلّ مال إلى مالكه الأول. فلا حاجة في تقريب هذا الوجه إلى تبعيد المسافة ـ وفرض المالكيّة والسلطنة المأخوذتين في موضوع الخيار متعلّقتين بالالتزام والتعهّد الّذي يعطيه كلّ من المتعاقدين للآخر، ويكون مدلولاً التزاميّاً للعقد اللازم غير

مدلوله المطابقي المشترك بين جميع أصناف العقود لازمها وجائزها ـ كما صنعه الأستاد[١] العلّامة قدس سره.

هذا، وأمّا الصنف الثاني فلايجري فيه الوجه الأول من الوجوه الأربعة المتقدّمة. ولكنّ الثلاثة الباقية جارية فيه ومانعة من ثبوت الخيار للوكيل.

وأما الصنف الثالث فالوجوه الأربعة كلّها مقتضية لثبوت الخيار له، لعدم انصراف البيّع والبائع والمشتري عن مثله، بل صدقه عليه. وكذا يثبت له خيار الحيوان أيضاً، فلا يلزم اختلال السياق.

ولأنّ حكمة الارفاق للمالك هي الموجبة لثبوت الخيار لمثله، حيث إنّ نظره نيابيّ عن المالك.

ولأنّ سلطنته على المال عين سلطنة المالك عليه، غاية الأمر تفويض المالك إليه من أول الأمر. فتكون حاله كحال ما إذا كان المالك هو البائع والمجري للصيغة، ثم أوكل إليه أمر الفسخ أو الامضاء. وبعبارة أخرى: أمر إعمال الحقّ الثابت له.

ثم إنّ مقتضى جميع الوجوه المتقدّمة ثبوت هذا الخيار للموكّلين في الصور الثلاث جميعها، غاية الأمر بدون ثبوته للوكيلين في الأولى والثانية مع ثبوته لهما في الثالثة. وذلك لوضوح صدق البيّعين والبائع والمشتري عليهما حقيقة، وعدم انصرافها عنهما، لوضوح أنّ كون الوكيلين بائعاً ومشترياً إنّما هوبالنيابةوفي طول كون الموكّلين بائعاًومشترياً. وانصرافهما إلى العاقدين مبنيّ على غلبة الوجود الخارجيّ، ومثله لا اعتبار به. وإنّما

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

الاعتبار بغلبة الاستعمال الموجبة لظهور اللفظ وتمحّضه في كونه حاكياً عمّا شاع استعماله فيه. ومن الواضح أنّ استعمال البيّع والبائع والمشتري في موارد البيع والشراء بالتوكيل ليس بأقلّ من استعمالها في موارد البيع والشراء بالمباشرة.

وأما عدم حصول الحنث لو حلف على عدم بيع ماله ببيع وكيله، فهو ممنوع جدّاً في الصور الثلاث من الوكالة أجمع، إذ لا يخلو إمّا أن يكون قاصداً في حلفه ترك البيع بالمباشرة أو تركه بالمعنى الأعمّ منها ومن التوكيل، أي: كان قاصداً عدم إخراج ماله عن ملكه بالمبادلة لا بالمباشرة ولا بالتوكيل.

فعلى الأول، لا يتحقّق الحنث في شيء من الصور الثلاث. ولكن ليس ذلك لأجل عدم صدق البائع عليه، بل لأجل أنّ كونه بائعاً بالتوكيل خارج عن متعلّق حلفه.

وعلى الثاني، لا محيص عن تحقّق الحنث، لصدق كونه بائعاً ماله بالتوكيل. والمفروض أنّه أيضاً داخل في متعلّق حلفه.

فما ينسب إليهم من عدم حصول الحنث ببيع الوكيل لا يمكن تسليمه. إلّا بأن يحمل على ما إذا كان غير قاصد في حلفه خصوص المباشرة ولا المعنى الأعمّ، بل أهمل ذلك في قصده، لغفلته عنه، ويدّعى أنّ إطلاق الحلف والنذر ونحوهما ينصرف إلى خصوص المباشرة. أو بأن يحمل على ما إذا وكّله في التصرّف في جميع أمواله بالبيع والشراء والاجارة ونحو ذلك، وكان حين توكيله غافلاً عن كون إطلاقه منافياً لحلفه، ثم باع الوكيل

بمقتضى وكالته المطلقة على غفلة من المالك. ولا مانع من القول بعدم تحقّق الحنث والعصيان بفعل الوكيل في مثله، وعدم ترتّب الكفّارة على ذلك.

هذا، ومن الواضح أيضاً أنّ ما تقدّم من سلطنة ذي الخيار على ما انتقل إليه من المال بالبيع والشراء متحقّق بالنظر إلى الموكّل في جميع الفروض الثلاثة. وثبوتها للوكيل أيضاً في الفرض الثالث لا ينافي ثبوتها لنفس الموكّل، لوضوح أنّ ثبوتها له إنما هو بتوكيله. فسلطنة الوكيل على المال في طول سلطنة الموكّل عليه، ولذا ينفذ التصرّف الموكّل فيه من كلّ منهما.

ثم لا يخفى عليك أنّه يشترط في ثبوت الخيار لكلّ من الموكّلين حضوره في مجلس العقد واجتماعه مع الآخر حينه. ولا يكفي حضوره فيه بعده في الصور الثلاث أجمع، لظهور النصوص في أنّ مبدأ ثبوت هذا الخيار لمن يثبت له إنما هو من حين العقد مع اجتماعهما حينه إلى أن يتفرّقا. فمع عدم اجتماعهما حين العقد لا يثبت الخيار رأساً. وأما اجتماعهما بعد العقد في مجلسه فلم يقع موضوعاً للخيار حتى يكون تفرّقهما بعد ذلك غاية للخيار. وبعبارة واضحة: أخذ التفرّق غاية للخيار واضح الدلالة على أنّ نقيضه ـ وهو الاجتماع حال العقد ـ موضوع لثبوته، فلابدّ من انتفائه مع عدم تحقّق الاجتماع أصلاً.

وحيث إنّه لم يحدّد الاجتماع فلابدّ أن ينزّل على ما يصدق عليه الاجتماع عرفاً، سواء كان في مجلس معيّن أم في حال المشي، وسواء لم يكن بينهما بعد أو حائل من الجدار ونحوه أم كان في البين مثل ذلك، إذ لا يضرّ شيء من ذلك مادام يصدق عليهما عرفاً أنّهما اجتمعا حين العقد.

وهذا بخلاف ما إذا كانا حين العقد في بلدين وتحقّق البيع والشراء بالمخابرة البرقيّة مثلاً، فانّ الظاهر عدم ثبوت الخيار فيه، لعدم تحقّق عنوان الاجتماع فيه حتى يترتّب عليه عنوان التفرّق. وحمل التفرّق في النصوص على إرادة زوال الهيئة الّتي كانا عليها حين العقد ـ إمّا بالاقتراب أو الابتعاد ـ حمل لها على خلاف ظاهرها من اعتبار التفرّق ونقيضه.

هذا، وكذلك يشترط في ثبوته لكلّ من الموكّلين حضوره في المجمع العرفيّ للعقد، بمعنى اجتماعه حين العقد مع بيّع آخر اجتماعاً عرفيّاً. ولا يكفي حضور وكيله فيه، واجتماعه مع بيّع آخر. وذلك لوضوح أنّ ما يكون من أفعال الوكيل بمثابة فعل الموكّل ـ لكونه نائباً عنه فيه ـ إنّما هي أفعاله التصرّفيّة الّتي قد وكّل فيها، من البيع والشراء والفسخ والامضاء ونحو ذلك، وأما المقدّمات العقليّة أو العاديّة لصدق هذه التصرّفات الطوليّة، كحضوره واجتماعه مع طرف المعاملة في مجمع عرفي، فليس ذلك ممّا وكّل فيه، ولا صادراً منه بالوكالة، وإنّما صدر منه لتوقّف إعمال وكالته فيما وكّل فيه عليه. فحاله كحال الوضوء والغسل وتطهير الثياب ونحو ذلك من الأجير الّذي قد استؤجر للصلاة عن الميّت مثلاً.

وعلى هذا، لا يثبت الخيار للموكّل في الفرض الأول إلا مع اجتماعه مع الموكّل الآخر حين البيع في المجمع المضاف إلى البيع، ولا يكفي اجتماع الوكيلين فيه، ولا اجتماع أحد الموكّلين مع وكيل الآخر فيه.

أمّا الأوّل، فلعدم كون المجتمعين بيّعين، وعدم كون البيّعين مجتمعين، وعدم إغناء اجتماع المجتمعين عن اجتماعهما.

وأمّا الثاني، فلعدم كونه مصداقاً لاجتماع البيّعين، بل هو اجتماع البيّع مع غيره.

وأمّا في الفرض الثاني ـ أعني: فرض الوكالة في التصرّف وكالة تنتهي بإيجاد نفس البيع والشراء، مع عدم حضور الموكّلين في المجمع المضاف إلى العقد ـ فلعدم تحقّق اجتماع البيّعين. وما تحقّق وإن كان اجتماعاً لهما، إلّا أنّه لا يغني عن اجتماع الموكّلين، كما لا يوجب ثبوت الخيار لنفس المجتمعين. فلا يثبت الخيار لا للوكيلين ولا للموكّلين، حتى يبحث عن أنّ تفرّق الوكيلين مسقط لخيار الموكّلين أم لا .

وأمّا مع حضور أحد الموكّلين في مجمع العقد، إمّا لفرض التعاقد بين أصيل ووكيل، أو بين الوكيلين مع حضور أحد الموكّلين معهما دون الآخر، فلا يثبت الخيار للوكيلين على ما تقدّم، ولا للموكّل الّذي لم يجتمع معهما حين العقد، لما تقدّم من عدم تحقّق موضوع ثبوت الخيار له، وهو اجتماعه مع بيّع آخر في مجمع العقد، وعدم إغناء حضور وكيله عن حضوره .

وأمّا الموكّل الّذي كان مجتمعاً مع وكيل الآخر أو الوكيلين، فيثبت له الخيار، لتحقّق موضوعه، وهو اجتماعه مع البيّع الآخر الّذي هو وكيل الآخر. ولا ملازمة بين ثبوت الخيار له وبين ثبوته للآخر أو وكيله. ولا سبيل إلى استظهار هذه الملازمة من أخبار الباب. وعليه، فيكون المناط في سقوط خياره تفرّقه مع وكيل الآخر، لأنّهما البيّعان، وإن كان أحدهما ذا خيار دون الآخر .

وأمّا في الفرض الثالث، فلولم يكن الموكّلان مجتمعين مع الوكيلين المفوّضين حين العقد، فلا يثبت لهما الخيار رأساً، لأنّهما وإن كانا بائعاً ومشترياً ـ على ما تقدّم ـ إلّا أنّه لم يتحقّق موضوع ثبوت الخيار لهما، لعدم اجتماعهما حين العقد في مجمعه. ولا يغني عن اجتماعهما اجتماع وكيلهما على ما تقدّم. فلا محلّ للبحث عن أنّ تقرّق الوكيلين يوجب سقوط خيار الموكّلين، بل يكون الخيار للوكيلين، ويسقط بتفرّقهما.

ولو كانا حاضرين في مجمع العقد حينه، فيثبت الخيار لهما أيضاً، إلّا أنّ ثبوته لهما ليس لأجل اجتماع كلّ منهما مع الآخر، إذ لا خصوصيّة في ذلك، بل ثبوته لهما لصدق اجتماع كلّ منهما حين العقد مع البيّع الآخر، المتحقّق في ضمن الموكّل الآخر ووكيله. كما أنّ ثبوته للوكيلين ليس لأجل اجتماع كلّ منهما مع الوكيل الآخر، إذ لا خصوصيّة في ذلك، بل ثبوته لهما لصدق اجتماع كلّ منهما حين العقد مع البيّع الآخر، المتحقّق في ضمن الوكيل الآخر وموكّله .

فلو فارق الموكّلان كلاهما عن المجمع سقط خيار كلّ منهما، لعدم بقاء اجتماعه مع أحد من مصداقي البيّع الآخر. ويبقى خيار الوكيلين حتّى يتفارقا، لأنّه يصدق على كلّ منهما أنّه باقٍ على ما كان عليه من اجتماعه مع أحد مصداقي البيّع الآخر.

ولو فارق الوكيلان كلاهما عن المجمع وبقي الموكّلان فيه سقط خيار الوكيلين، ويبقى خيار الموكّلين حتّى يتفارقا، بعين البيان المتقدّم.

ولو فارق أحد الموكّلين وأحد الوكيلين عن مجمع العقد سقط خيارهما،

ويبقى خيار الموكّل والوكيل الباقيين على حاله، بعين البيان المتقدّم.

ولو كان أحد الموكّلين حاضراً في مجمع العقد مع الوكيلين حين العقد دون الآخر، فلا يثبت الخيار للموكّل الآخر رأساً. فلا محلّ للبحث عن أنّ تفرّق الوكيلين مسقط لخياره، بل يثبت الخيار لكلا الوكيلين والموكّل الحاضر معهما، لتحقّق الموضوع فى جميعهم.

وحينئذٍ، فلو فارق الموكّل عن مجمع العقد سقط خياره، ويبقى خيار الوكيلين حتى يتفارقا.

ولو فارق الوكيلان كلاهما عن مجمع العقد فيسقط خيار الجميع.

ولو فارق أحد الوكيلين عن المجمع، وبقي الوكيل الآخر مع موكّل الآخر فيه، فيبقى خيارهما حتى يتفارقا.

ولو حضر أحد المالكين مع وكيل الآخر المفوّض حين العقد، فيثبت الخيار لهما إلى أن يتفرّقا، ولا يثبت للموكّل رأساً. كلّ ذلك بالبيان المتقدّم.

هذا حقّ تحرير المسألة. والظاهر أنّ مراد الشيخ العلّامة قدس سره أيضاً ذلك، وعليه بناؤه، وإن كان بعض عبائره لا يخلو عن الاجمال والقصور عن تأدية المراد، كقوله قدس سره: «وهل يثبت للموكّلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة؟[1]»[2]. وقوله قدس سره: «ثمّ على المختار من ثبوته للموكّلين فهل العبرة فيه بتفرّقهما؟ ـ إلى قوله ـ أقواها الأخير»[3]. وقوله:

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٣١.

(٢) المكاسب ٥: ٣١.

(٣) المكاسب ٥: ٣٢.

«وفي ثبوته للموكّلين ما تقدّم، والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت»[١].

فانّها ـ مضافاً إلى إجمالها، وعدم وفائها بتوضيح حكم الصور والفروض المختلفة ـ ربما توهم خلاف المقصود، وأنّه لابدّ في ثبوت الخيار للموكّلين من حضورهما معاً في مجلس العقد، ولا يكفي حضور أحدهما ولا حضور الوكيلين، وأنه يكفي في بقاء خيارهما بقاء أحدهما مع وكيل الآخر.

ولذا أورد عليه الأستاذ العلّامة قدس سره[٢] بتنافي اعتبار اجتماع الموكّلين بأنفسهما في ثبوت الخيار لهما، وعدم كفاية اجتماع الوكيلين في ذلك، والاكتفاء في بقاء خيار أحدهما ببقاء اجتماعه مع وكيل الآخر. ثم اختار هو قدس سره عدم اعتبار اجتماع الموكّلين وحضورهما في مجلس العقد أصلاً، لكون حضور الوكيلين بمثابة حضورهما، ولذا يكفي بقاء أحدهما مع وكيل الآخر في بقاء الخيار للموكّل.

ولكنّك بالتأمّل فيما حرّرناه تعرف أنّه لا يرد عليه قدس سره ما أورده عليه، وأنّ ما اختاره في المسألة وقوّاه في غاية الضعف جدّاً، فعليك بالتأمّل ومن الله التأييد.

عدم جواز تفويض الموكّل خياره إلى الوكيل

ثمّ إنّه في الفروض الّتي لا يثبت فيها الخيار للوكيل بل للموكّل، فليس له تفويض الخيار إلى الوكيل، بمعنى نقله إليه، بحيث لا يكون له

---

(١) المكاسب ٥: ٣٢.

(٢) المحقّق النائيني قدس سره.

إسقاط هذا الخيار أو إعماله بالفسخ أو الامضاء بعد ذلك، ويكون كلّ ذلك للوكيل بمقتضى كونه ذا خيار دونه.

وذلك لا لأجل ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ ظاهر دليل هذا الخيار ثبوته لمن يثبت له حين العقد، لا لحوقه بالعقد بعد تماميّته، وثبوته بعد حين بعد ما لم يكن ثابتاً، لوضوح أنّه ليس المقصود إثبات الخيار للوكيل بنفس دليل الخيار بعد إعراض الموكّل عنه وعدم قبوله له لنفسه، بل المقصود انتقال ما ثبت للموكّل من حين العقد إلى الوكيل من حين نقله إليه بمقتضى سلطنته على ماله من الحقّ، وهذا أمر لا ربط له بدلالة دليل الخيار على ما هو ظاهر.

بل لأجل ما حرّرناه في المباحث المتعلّقة بتشخيص الحقّ والحكم، من أنّ من أظهر خواصّ الحقّ ـ الذى لا ينفكّ عنه ـ إسقاطه ورفع اليد عنه، وأمّا سلطنته على نقله إلى الغير فليس هنا إطلاق يثبت لذيه هذه السلطنة، حتى يلتزم بها مالم يقم دليل بالخصوص على عدم جواز نقله. ومقتضى أصالة الفساد ـ بمعنى استصحاب بقاء الحقّ لذيه ـ واستصحاب عدم كون الأجنبي ذا حقّ بمجرّد نقل ذيه إليه، هو البناء على العدم مالم يقم دليل بالخصوص على جواز نقله إلى الغير.

نعم، لو فوّض الموكّل أمر إعمال الخيار بالفسخ أو الامضاء إلى الوكيل أو إلى غيره، بمعنى توكيله واستنابته في إنشاء الفسخ أو الامضاء كتوكيله في إنشاء الاسقاط، فلا مانع منه بمقتضى عموم دليل صحّة النيابة

(١) المكاسب ٥: ٣٢ ـ ٣٣.

والوكالة في كلّ ما تدخله النيابة. ولازمه عدم سقوطه باسقاط الوكيل لوكان توكيله في إنشاء الفسخ أو الامضاء. كما أنّ لازمه سلطنة الموكّل على إسقاطه قبل إيجاد الوكيل ما وكّل فيه فى الصور الثلاث، لبقاء حقّه بعد على حاله، وإنّما يسقط قهراً بعمل الوكيل بما وكّل فيه.

عدم ثبوت خيار المجلس للفضولي

ثمّ إنّه يظهر ممّا تقدّم عدم ثبوت هذا الخيار للفضوليّ المتعاقد مع الأصيل أو الفضوليّين المتعاقدين، حيث إنّ عدم ثبوته للوكيل بالنحو الأوّل أو الثاني، لانصراف البيّع عنه في الأوّل، وانتفاء السلطنة على المال في كليهما، يقتضي عدم ثبوته للفضولي بالأولويّة، حيث إنّه لا استناد لعقده إلى المالك، فانصراف عنوان البيّع والبائع والمشتري عنه في غاية القوّة والظهور.

وأمّا الاستدلال على ذلك بأنّه إنّما يثبت للبائع والمشتري، ولم يتحقّق البيع والشراء والنقل والانتقال شرعاً قبل الإجازة.

فهو ممنوع، لمنع اعتبار ذلك، وكفاية تحقّق النقل العرفي في تحقّق موضوع الخيار.

ودعوى انصراف الأخبار إلى إرادة البيع الشرعي المؤثّر في الملكيّة والنقل والانتقال فعلاً ممنوعة جدّاً، إذ لا وجه لهذا الانصراف، كما يشهد له التزامهم بثبوت هذا الخيار للبائع والمشتري حتى على مذهب الشيخ

الطوسي قدس سره[1] من عدم حصول الملكيّة إلّا بعد انقضاء الخيار. والتزامهم بثبوته في بيع الصرف والسلم قبل القبض حتّى أنّه لا يجب عليهما التقابض، ويكون لهما الفسخ قبله.

هذا، مضافاً إلى أنّ مقتضى هذا الاستدلال عدم ثبوت الخيار للفضولي قبل الإجازة، لا عدم ثبوته له حتّى بعدها مع فرض بقائهما في مجلس العقد. وظاهر الأخبار وإن كان ثبوت هذا الخيار من حين تماميّة العقد، إلّا أنّه لا مانع من رفع اليد عن مقتضى هذا الظهور فيما لا يمكن كون مبدئه من حين العقد، كما يلتزم بذلك بالنسبة إلى نفس المالكين كما يأتي .

ثبوت خيار المجلس للمالكين في عقد الفضولي

هذا، وأمّا المالكان ففي ثبوت الخيار لهما إشكال، من أنّ مقتضى صيرورتهما بيّعين بالإجازة تحقّق موضوع الخيار، وثبوته لهما بمقتضى الاطلاق، ومن أنّه لا إطلاق في الأخبار، بل الظاهر منها ثبوت الخيار لمن يكون بائعاً ومشترياً في حين تحقّق العقد، والمفروض عدم كونهما كذلك إلّا بالإجازة الموجبة لاستناد العقد إليهما.

والأقوى هو الأوّل، إذ الواقع في الأخبار ليس إلا إثبات الحكم للبيّعين، أي: المتّصفين بهذين الوصفين، وأمّا ظهورها في كون الاتّصاف في حين العقد فليس إلالأجل الغلبة الخارجيّة، ولا اعتبار بها على ما مرّ غير مرّة.

---

(١) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩) من كتاب البيوع.

وعليه، فلا اعتبار باجتماع الفضوليّين أو فضوليّ وأصيل في مجمع العقد، بل لابدّ من تحقّق اجتماع المالكين، سواء كانا غير عاقدين أم كان أحدهما عاقداً دون الآخر.

وهل المناط اجتماعهما حين العقد؟ أو اجتماعهما حين الإجازة؟ أو اجتماعهما من حين العقد إلى حين الإجازة؟

والاحتمال الأوّل ساقط، لوضوح ظهور الدليل في اعتبار اجتماعهما حين الاتّصاف بالبيّعية ثمّ الافتراق عن هذا الاجتماع. ومن الواضح أنّ اجتماعهما حين العقد ليس اجتماعاً بعنوان البيّعية، والمفروض افتراقهما حين التعنون بذلك العنوان، فلا وجه لثبوت الخيار لهما.

والثاني مبنيّ على أنّ ظاهر الأخبارليس إلّا الاجتماع حين الاتّصاف بالوصفين، والمفروض تحقّق ذلك فيهما. وأمّا ظهورها في اعتبار الاجتماع حين العقد، فإنّما هو لأجل الغلبة الخارجيّة، ولا اعتبار بها. وهذا هو الأقوى. ولا فرق فيه بين القول بالكشف أو النقل، لاشتراكهما في عدم استناد العقد الواقع إليهما، وعدم اتّصافهما بالوصفين إلا بالإجازة.

وأمّا احتمال كون الإجازة عقداً مستأنفاً، فهو احتمال ساقط على ما أوضحناه في محلّه.

وعلى هذا، فلو اجتمع المالكان ـ سواء كانا غير عاقدين أم كان أحدهما عاقداً ـ من حين العقد إلى حين الإجازة، أو اجتمعا بعد العقد، وتحقّقت الإجازة في مجلس واحد، يثبت لهما الخيار مالم يتفرّقا عن مجلس الإجازة. والأصيل منهما وإن كان متّصفاً بالمبدأ في حين العقد إلّا

أنّه فاقد لقيد الموضوع، وهو اجتماعه مع المتّصف الآخر، فلابدّ أن يكون مبدأً لكليهما في حين الإجازة.

ولو تحقّقت الإجازة من المجيز أو المجيزين في غير حال الاجتماع، فلا يثبت لهما الخيار ولو كانا مجتمعين حين العقد.

ووجه الثالث: هو ما مرّ من الظهور في الاجتماع في حين العقد، أو لا أقلّ من احتمال ذلك مع الظهور في اعتبار الاجتماع حين الاتّصاف بالمبدأ. فالمتعيّن أو القدر المتيقّن ثبوت الخيار لهما لوكانا مجتمعين حين العقد وبقي اجتماعهما إلى حين الإجازة.

ولكن فيه: أنّه لو سلّم ظهور الأخبار في اعتبار الاجتماع حين العقد، فليس ذلك إلّا لظهورها في اعتبار الاتّصاف بالمبدأ في حين العقد. كما أنّه لو سلّم احتمال ذلك احتمالاً يعتنى به فإنّما هو لاحتمال ذلك. ولازم ذلك عدم ثبوت الخيار للمالكين، ولو فرض اجتماعهما من حين العقد إلى الإجازة، لفقدانهما قيد موضوع الخيار، وهو الاتّصاف بالمبدأ في حين العقد،فلاوجه لثبوته لهما بقيد اجتماعهما من حين العقد إلى حين الإجازة.

وأمّا ظهور الأخبار في اعتبار الاجتماع في حين العقد، واعتبار بقائه إلى حين الإجازة، مع فرض ظهورها في كفاية الاتّصاف بالمبدأ ولو بعد العقد، فلا منشأ له أصلاً.

وبالجملة، لو سلّم ظهور الأخبار في اعتبار الاتّصاف من حين العقد، واعتبار الاجتماع حين الاتّصاف، فلازمه عدم ثبوت الخيار للمالكين مطلقا. ولو منع من ذلك ـ كما هو الحقّ ـ وأنّها ظاهرة في اعتبار الاتّصاف

بالوصفين، واعتبار الاجتماع حال الاتّصاف مطلقا، سواء كان الاتّصاف في حين العقد أم بعده، وأنّ انصرافها إلى الاتّصاف في حين العقد لأجل الغلبة، فلازمه ثبوت الخيار لهما بمجرّد الاجتماع حين الإجازة، سواء كانا مجتمعين حين العقد أم لا. من دون فرق فى الفرضين بين القول بالكشف والقول بالنقل .

هذا،وأمّا المناقشة في ثبوت الخيارللمالك المجيز بإجازته:بأنّ اجازته إمضاء وإقرار للعقد وإسقاط للخيار، فلا معنى لثبوت الخيار له بعد ذلك.

فهي مناقشة ساقطة، لما عرفت فيما مرّ من أنّ الإجازة إنّما هي إنشاء إسناد العقد إلى المالك بماله من الحكم في نفسه من اللزوم أو الجواز، فمالم تتحقّق الإجازة لا عقد له، فلاخيار له حتّى يسقطه أو يعمله بالامضاء، فيسقط قهراً.

نعم، لوكان المفروض وقوع العقد الفضولي بشرط سقوط الخيار، فإمضاء المالك العقد بماله من الشرط إجازة للعقد وإسقاط للخيار، وأين هذا من إسناد العقد إليه بماله في نفسه من حكم اللزوم أو الجواز الحقّي من ناحية أسباب الخيار؟ وبعبارة واضحة: إجازة المالك توجب إقرار العقد من ناحية الجواز الحكمى لا من ناحية الجواز الحقّي .

ثمّ إنّه حيث قد تبيّن عدم ثبوت الخيار للفضولي وثبوته للمالك عند تحقّق شرط ثبوته، فلو تفاسخ الفضوليّان يكون فسخهما لا محالة لغواً لاأثر له، لا من ناحية الجواز الحكمى، فللمالكين إجازة العقد وإسناده إليهما بعد ذلك. ولا من ناحية الجواز الحقّي بعد اجازتهما، فلهما الخيار

ـ إمضاءً أو فسخاً ـ عند تحقّق شرطه.

ولا يقاس المقام بما إذا أبطل أحد الفضوليّين إنشاءه قبل إنشاء الآخر، حيث إنّه يبطل معه العقد، ولا يبقى موضوع لا للجواز الحكمي ولا للجواز الحقّي. ولا فرق فيما ذكر بين كون الفضوليّين غاصبين أو غيرهما أو بالاختلاف.

وأمّا فسخ الأصيل العاقد مع الفضولي قبل إجازة المالك الآخر فلا أثر له أصلاً، لا من ناحية الجواز الحكمي، للزوم العقد بالنسبة إليه ووجوب وفائه به، ولا من ناحية الجواز الحقّي، لعدم ثبوت الخيار له قبل إجازة الآخر على ما عرفت، فعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق.

ثبوت خيار المجلس إذا كان العاقد واحداً

مسألة: إذا كان العاقد واحداً، بأن باع المال عن غيره بالولاية أو الوكالة المفوّضة واشتراه لنفسه أصالة، أو باعه عن نفسه أصالة واشتراه لغيره ولاية أو وكالة، أو باعه عن غيره ولاية أو وكالة واشتراه كذلك، فالأكثر على ثبوت الخيارين له. فلو رأى مصلحة نفسه أن يفسخ البيع فله ذلك، ولو رأى الفسخ مصلحة لمن يتصرّف عنه فله ذلك.

واستظهر عدم ثبوته فيه أو مال إليه جماعة[1] من المتأخّرين.

ومنشأ الاشكال في المسألة: أنّه هل الظاهر من النصوص ثبوت

---

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٤، إيضاح الفوائد ١: ٤٨١، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٩، كفاية الأحكام ١: ٤٦٣، الحدائق الناضرة ١٩: ١٣ و١٦، مقابس الأنوار: ٢٤١.

خيار المجلس لمصاديق البائع والمشتري بما هما بائع ومشترٍ بلا اعتبار قيدٍ في ذلك؟

فيثبت لهما الخيار سواء كانا واحداً، ولم يكن هناك تعدّد حتّى يتصوّر اجتماعهما في مجلس البيع وتفرّقهما عنه أو عدم اجتماعهما رأساً.

أم كانا متعدّدين ولكن فرض التصاقهما وعدم إمكان تفرّقهما أو عدم اجتماعهما.

أم كانا متعدّدين ولكن لم يجتمعا في مجلسٍ يضاف إلى البيع عرفاً، كأن أوقعا العقد وهما في بلدين بمثل البرقيّة مثلاً.

أم كانا متعدّدين واجتمعا في مجلس يضاف إلى العقد عرفاً.

وقد جعل الافتراق فيما أمكن مسقطاً لهذا الخيار، كما في الفرض الأخير دون الفروض الثلاثة الباقية، لعدم الاثنينيّة في الأوّل منها حتّى يتصوّر اجتماعهما أو افتراقهما، ولعدم إمكان افتراقهما مع تحقّق التعدّد والاجتماع في الثاني منها، ولعدم تحقّق اجتماعهما حتّى يتصوّر افتراقهما في الثالث منها.

ولازم ذلك بقاء الخيار في الفروض الثلاثة وامتداده، وعدم سقوطه إلّا بشيء من المسقطات الأخر غير الافتراق.

وأما احتمال أن يكون تغيّر وصفهما الكائن حين البيع ـ إمّا باقتراب أو بابتعاد أو بخصوص الابتعاد ـ مسقطاً للخيار في الفرض الثالث منها، فهو احتمال ساقط لا سبيل بوجهٍ إلى استظهاره من الأخبار، بل هو نوع استحسان مبنيّ على استحسان كون الموضوع مقيّداً بعنوان الهيئة الكائنة

حين البيع والشراء ولولم يتعنون بعنوان الاجتماع، وذلك خلاف ظاهر النصوص قطعاً.

وكيف كان، فلا يرتبط مافي ذيل الأخبار من جعل المسقط من موارد إمكانه بما في صدرها من إثبات الخيار للبائع والمشتري مطلقا.

أو أنّ الظاهر منها ارتباط ذيلها بصدرها، وأنّها في مقام بيان حكم واحد هو ثبوت الخيار، المقيّد بقيد الاجتماع المتوقّف على الاثنينيّة، والمغيّا بغاية الافتراق فيما أمكن فيه الافتراق بعد فرض الاجتماع، وغير المغيّا بغاية فيما فرض إمكان الافتراق بعد فرض تحقّق الاجتماع؟

ولازمه عدم ثبوت الخيار في الفرض الأوّل والثالث، لعدم تحقّق الموضوع ـ وهي الاثنينيّة ـ في الأوّل، والاجتماع في الثالث. وثبوته في الفرض الثاني بدون كونه مغيّا بغاية الافتراق، لعدم إمكانه، وإن كان قيد الخيار متحقّقاً فيه، وهي الاثنينيّة والاجتماع.

أو الظاهر منها ـ بصدرها وذيلها ـ جعل حكم واحد هو الخيار مقيّداً بأمور ثلاثة، هي: الاثنينيّة، والاجتماع، وإمكان الافتراق؟

ولازمه عدم ثبوت الخيار في الفروض الثلاثة الأول أجمع، وثبوته في الفرض الرابع فقط .

والتحقيق: أنّ ظهور الأخبار في إثبات الخيار في فرض الاثنينيّة والاجتماع وإمكان الافتراق أمر لا يكاد ينكر، إلا أنّ مجرّد ذلك لايوجب ظهورها فيالحصر وإرادة قيديّةالأمور الثلاثة،لامكان كون ذلك مبنيّاً على بيان حكم ما هو الغالب،وهو الفرض الأخير،مع ثبوت الحكم في الفروض

الثلاثة الباقية أيضاً، بدون أن يكون الحكم فيها محدوداً بالافتراق .

ولكنّ الانصاف عدم الجزم بذلك، ولا بإرادة القيديّة، لصلاحيّة ظهورها في كونها بياناً لتقييد الحكم بالأمور الثلاثة أجمع. وحيث إنّ الحكم على خلاف العمومات والأصل المقتضي للّزوم، فلا محيص عن الاقتصار في المخرج عنها على القدر المتيقّن منها بعد فرض إجمالها واحتمالها للتقييد وعدمه،وهو موارد تحقّق الأمور الثلاثة أجمع، أو لا أقلّ من موارد تحقّق الأوّلين منها، فلا يبنى على الخيار إلا فى الفرض الرابع، أو فيه وفي الفرض الثاني دون الأوّل والثالث.

ولكن مع ذلك كلّه، فربما يقوى احتمال كون فرض الأمور الثلاثة في مورد الروايات مبنيّاً على الغلبة لا لبيان القيديّة، وذلك بملاحظة اتّحاد سياق خيار المجلس مع خيار الحيوان في بعض[1] أخبار الباب الجامع بينهما، مع تحديد أحدهما بالافتراق والآخر بثلاثة أيّام سواء افترقا أم لم يفترقا، إذ الظاهر أنّ الموضوع الّذي يثبت فيه خيار المجلس إلى أن يفترقا عين الموضوع الّذي يثبت فيه الخيار لصاحب الحيوان إلى ثلاثة أيّام. ويأبى اتّحاد السياق أن يكون فرض الأمور الثلاثة لبيان قيديّتها لموضوع هذا الخيار دون خيار الحيوان.

ولا يجدي وجود بعض أخبار أخر مطلقة في خيار الحيوان، بعد أن لازم ظهور هذه الأخبار في قيديّة الأمور الثلاثة ـ أعني: الأثنينيّة والاجتماع وإمكان الافتراق ـ في كلا الخيارين بمقتضى وحدة السياق

(١) الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١، ٥ .

تقييد تلك الأخبار المطلقة بما إذا اجتمع فيه هذه الأمور، مع أنّه لا سبيل إلى الالتزام بتقييد خيار الحيوان بشيء منها، فلابدّ من حملها على كونها مبيّنة للغلبة بالنظر إلى كلا الخيارين.

وربما يشهد لذلك أيضاً ما في بعض أخبار الباب من قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[1]. فإنّ ظاهره أنّ سقوط الخيار بالافتراق ليس لأجل تقييد موضوعه بالاثنينيّة والاجتماع وإمكان الافتراق، بل لأجل أنّ الافتراق بلا فسخ كاشف نوعيّ عن الرضا بالبيع وإقراره، أو أنّه جعل كاشفاً عنه تعبّداً. ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار في غير موارد اجتماع الأمور الثلاثة، وعدم إمكان سقوطه بمثل هذا الكاشف النوعي أو التعبّدي.

هذا، كما أنّه يقوّي احتمال كون فرض الأمور الثلاثة في خيار المجلس لبيان القيديّة دون خيار الحيوان نفس تحديد أحدهما بثلاثة أيّام والآخر بعدم الافتراق، فإنّ الظاهر من ذلك إرادة تحديد زمان أصل ثبوت الخيارين، وأنّه في أحدهما إلى ثلاثة وفى الآخر ماداما مجتمعين، سواء ساوى الثلاثة أم نقص عنها أم زاد عليها، وأنّ الخيار يسقط بتحقّق تلك الغاية، لا أنّه يسقط باسقاط ذى الخيار له بإعماله له بالرضا بالبيع المنكشف بافتراقه قبل الفسخ. ومن البعيد فى الغاية ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ إرادة التحديد الزماني لخيار الحيوان دون خيار المجلس، بل جعله مرسلاً وبلا تقييد بزمان، غاية الأمر مع جعل الافتراق كاشفاً عرفيّاً

(١) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣، عن الكافي ٥: ١٧٠ ح ٦.

أو تعبّدياً عن إعمال الخيار بالرضا الموجب لسقوطه، حتّى يختصّ ذلك بموارد إمكانه.

والأقوى ما استظهرناه أوّلاً من عدم ثبوت خيار المجلس إلا في الفرض الأخير الّذي تجتمع فيه الأمور الثلاثة أجمع دون الفروض الباقية.

ثبوت خيار المجلس في بيع من ينعتق على المشتري

مسألة:قد يستثنى بعض أقسام المبيع من عموم ثبوت خيار المجلس.

منها: بيع من ينعتق على المشتري أو شراءشيءبمن ينعتق على البائع.

والمشهور كما قيل ـ بل عن ظاهر المسالك[١] أنّه موضع وفاق ـ عدم الثبوت مطلقا، لا لمن انتقل عنه ولا لمن انتقل إليه، لا بالنسبة إلى العين ولا بالنسبة إلى القيمة. واحتمل في الدروس[٢] ثبوت الخيار. بل عن المقابس: «أنّه ظاهر المختلف والتحرير، ومال إليه الشهيد[٣] إن لم يثبت الإجماع على خلافه»[٤].

والظاهر إرادتهم ثبوت الخيار للمنتقل عنه والمنتقل إليه كليهما. لكن لا بالنظر إلى العين بل بالنظر إلى القيمة، كما هو ظاهر تعليلهم الحكم بكونه جمعاً بين الحقّين وعملاً بالنصّين، وأنّ الانعتاق بمنزلة تلف العين، وقياسهم المقام بما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممّن ينعتق على

(١) مسالك الأفهام ٣: ٢١١ ـ ٢١٢ .

(٢) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٦٦ .

(٣) القواعد والفوائد ٢: ٢٤٧ قاعدة (٢٤٤) .

(٤) مقابس الأنوار: ٢٤٠. وراجع مختلف الشيعة ٨: ٤٦، تحرير الأحكام ٤: ١٩٢ .

المشتري، وغير ذلك.

والتحقيق أن يقال: إنّه سواء قلنا بكون الخيار حقّاً متعلّقاً بالعين، وأنّ له حقّ تملّك ما انتقل عنه ابتداءً حتّى يرجع ما انتقل إليه إلى الآخر كما قيل، أو قلنا بأنّه حقّ متعلّق بالعقد، بمعنى أنّ محلّ إعماله هو العقد المتحقّق بالاعتبار، وأنّ له فيه حقّ حلّه بالاعتبار حتّى يتبعه رجوع كلّ مالٍ إلى مالكه الأصلي على ما هو الأقوى.

فإمّا أن[1] نقول: إنّ ثبوت الخيار وبقاءه موقوفان على بقاء العوضين اللّذين وقعت المعاوضة عليهما، نظراً إلى أنّ المعاوضة إنّما وقعت عليهما بخصوصيّتهما العينيّة، فلابدّ أن يكون الفسخ بمعنى تملّكهما المجدّد للعين بتلك الخصوصيّة على أحد القولين، أو حلّ العقد الواقع عليهما بخصوصيّتهما حلّاً بالاعتبار.

فلازم ذلك عدم ثبوت الخيار في موارد تلف أحد العوضين أو كليهما، أو صيرورته بحكم التالف، كالانعتاق القهري في محلّ البحث، وكالتصرّف في العوض تصرّفاً لازماً من العتق والبيع ونحو ذلك، لاستحالة الفسخ حينئذٍ الموجب لاستحالة ثبوت حقّ الخيار.

أمّا في صورة التلف الحقيقي فاستحالة الفسخ بذلك المعنى واضح لاخفاء فيه.

وأمّا في موارد التلف الحكمي فلأجل أنّه مقتضى الدليل الثابت على الانعتاق، والاجماع القائم على أنّ من تحرّر لا يعود رقّاً، كما أنّه مقتضى

(١) يأتي الشقّ الثاني في ص: ٤٩.

قيام الدليل على صحّة التصرّف الواقع ولزومه من العتق والبيع ونحو ذلك.

وأمّا الالتزام في هذه الفروض بإمكان الفسخ فعلاً، لكن لا بالنظر إلى الحال، بل بالنظر إلى ما قبل التلف أو الصيرورة بحكم التالف، فينتج الفسخ إرجاع التالف إلى ملك المالك الأصلي أو حلّ العقد المتعلّق به، فيرجع إلى ملك المالك الأصلي آناً ما قبل التلف أو صيرورته بحكم التالف، فيكون التلف واقعاً على ملك من انتقل عنه بيد من انتقل إليه، ويكون ضمانه ببدله ـ مثلاً أو قيمة ـ ضمان اليد أو الإتلاف الثابت بالقاعدتين.

فلا ملزم له في نفسه، لوضوح أنّ استحالة الفسخ بالنظر إلى ما بعد التلف لا توجب الالتزام بامكانه وصحّته بالنظر إلى ما قبله بمقتضى دليل الخيار، وذلك لوضوح أنّ انتقاء كلّ حكم بانتفاء موضوعه.

نعم، لو فرض قيام دليل خاصّ على بقاء الخيار وإمكان الفسخ حتّى بعد التلف أو صيرورته بحكم التالف، فلابدّ من القول ـ بدلالة الاقتضاء ـ بكون الفسخ والإرجاع إلى ملك المالك السابق بالنظر إلى ما قبل التلف آناً ما، والقول بكون ضمان البدل ضمان اليد أو الإتلاف .

وأمّا مع عدم قيام مثل هذا الدليل، فلا محيص عن القول بسقوط الخيار، لعدم إمكانه، سواء في ذلك التلف الحقيقي والحكمي، بعد فرض قيام الدليل على حصول الانعتاق أو البيع وصحّتهما ولزومهما.

نعم، لولم يقم دليل على ذلك، بل كان حصول الانعتاق مقتضى دليله، بدون قيام دليل على عدم العود إلى الرقّية، أو كانت الصحّة واللزوم مقتضى العمومات والاطلاقات، كما أنّ ثبوت الخيار أيضاً مقتضى عموم

دليله وإطلاقه، فيتحقّق التنافي بين الأمرين، ولابدّ إمّا من العمل بدليل الخيار ورفع اليد عن دليل الانعتاق وصحّة العتق أو البيع مثلاً، أو العمل بتلك الأدلّة ورفع اليد عن دليل الخيار، إذ المسألة من صغريات التعارض، لتنافي الدليلين من حيث مدلولهما بالتناقض، إذ لازم تحقّق الانعتاق ولزومه أو صحّة التصرّف ولزومه عدم إمكان الفسخ بإرجاع المال إلى مالكه الأصلي وإخراجه من ملك من انتقل إليه من مالكه الأوّل، كما هو مقتضى فسخ المعاوضة. ولازم إمكانه عدم تحقّق الانعتاق أو عدم صحّة التصرّف المفروض أو عدم لزومه، وإمكان إرجاع المال إلى مالكه الثاني، فيرجع عنه إلى مالكه الأوّل بالفسخ.

ولابدّ من ملاحظة قواعد باب التعارض من الترجيح والتخيير لوكان الدليلان خبرين، أو التعارض والتساقط والرجوع إلى ما تقتضيه الأصول العمليّة لوكان أحدهما أو كلاهما غير الخبر من الأدلّة اللفظيّة. ومن الواضح أنّ مقتضى الأصل بقاء المال على ملك من انتقل إليه من المالك الأوّل، وعدم انتقاله إلى ملك من انتقل إليه من المالك الثاني، أو عدم تحقّق خروجه من ملكه بالانعتاق أو العتق.

ولو كان أحد الدليلين لبّياً مفيداً للعلم، والآخر لفظيّاً معتبراً بالتعبّد، فلابدّ من تقديم اللبّي وتخصيص الآخر ـ أي: تقييده ـ به. ولا معنى للجمع بينهما في شيء من هذه الفروض، بالعمل بالدليل الدالّ على حصول الانعتاق أو صحّة التصرّف ولزومه، وبالدليل الدالّ على ثبوت الخيار، ولكن مع إخراج الفسخ عما يقتضيه من كونه حلّاً أو إرجاعاً من حينه إلى

كونه حلّاً أو إخراجاً بالنظر إلى زمن سابق، إذ هذا جمع تبرّعي لامساغ له ولا شاهد عليه. وليس الباب باب التزاحم أصلاً حتّى يكون مورداً للجمع بين الحقّين وإعمالهما مهما أمكن. وعلى فرضه؛فليس ما ذكر جمعاً بينهما وإعمالاً لهما مهما أمكن، بل هو إحداث لحقّ لم يكن من شأنه أن يثبت، وإسقاط لحقّ كان من شأنه أن يثبت، كلّ ذلك ليمكن إعمال الحقّ الآخر.

هذا كلّه بناءً على ما هو الحقّ وعليه المعظم من كون الفسخ مؤثّراً من حينه.

وأمّا بناءً على كون الفسخ مؤثّراً من أصله، ففي موارد التلف الحقيقي لابدّمن انكشاف رجوع المال إلى مالكهالأوّل من حين العقد. ولازمه كون التلف من ماله بيد من انتقل إليه بالبيع أو باتلافه، وكونه ضامناً ببدله ـ مثلاً أو قيمة ـ بمقتضى القاعدتين. ولاحاجة إلى تقدير الملك آناً ما قبل التلف.

وأمّا فيموارد التلف الحكمي من الانعتاق أو العتق أو البيع اللازم ونحوها، فلا محالة يتعارض دليل الخيار مع أدلّة صحّة تلك التصرّفات ولزومها.

فلو بني على ترجيح دليل الخيار وفسخذي الخيار،لابدّ من البناء على عدم حصول الملكيّة والانعتاق، وعلى كون العتق واقعاً في ملك الغير وباطلاً، وعلى كون البيع ـ مثلاً ـ واقعاً على ملك الغير وموقوفاً على إجازته.

ولو بني على ترجيح تلك الأدلّة، فلابدّ من البناء على سقوط الخيار. ولا سبيل أيضاً لتقدير عود الملك إلى مالكه الأصلي قبل الانعتاق أو

العتق أو البيع آناً ما.

وكيف كان،فبناءً على ماهو الحقّ والتحقيق من كون الفسخ والانفساخ مؤثّراً من حينه، فبناءً على توقّف ثبوت الخيار ـ سواء قلنا بتعلّقه بالعقد أم بالعين ـ على إمكان رجوع العين إلى مالكه الأوّل بخصوصيّتها العينيّة، لا محيص عن سقوطه بالتلف الحقيقي، لعدم تعقّل الفسخ وإعمال الخيار بالنسبة إلى المال في حالة التلف. والفسخ وإن كان معقولاً بالنظر إلى آن ما قبل التلف، فيكون تالفاً من مال مالكه الأصلي بيد من انتقل إليه، ومضموناً عليه ببدله مثلاً أو قيمة، إلّا أنّه غير الفسخ المقصود، أعني: إرجاع المال إلى مالكه الأصلي فعلاً. ولا موجب لالتزامه بوجه.

وكذا الحال في موارد التلف الحكمي، لو فرض قيام الدليل على صحّة البيع وحصول الملكيّة والانعتاق، أو على صحّة التصرّف ولزومه من العتق والبيع ونحو ذلك، وذلك لانتفاء موضوع الخيار، وهو إمكان الفسخ بالمعنى المقصود، أعني: إرجاع المال إلى مالكه الأصلي فعلاً لا آناً ما قبل الإنعتاق أو البيع. وكفى في امتناع الفسخ بهذا المعنى نفس أدلّة تلك الأمور، من الإجماع على صحّة شراء من ينعتق عليه وحصول الملك والانعتاق، والإجماع على أنّ الحرّ لا يعود رقّاً، وكذا لو فرض قيام الاجماع على صحّة التصرّفات الواقعة في المال ولزومها. ولا حاجة إلى تعليل الامتناع بامتناع تقدير الملك آناً ما للمالك الأصلي قبل الانعتاق أو العتق أو البيع، لاقتضاء المعاوضة رجوع المال إلى مالكه الأصلي من ملك من يرجع العوض الآخر إلى ملكه، وهذا ممتنع في هذه الموارد.

أمّا في موارد الانعتاق فلعدم سعة مالكيّة المنعتق عليه لمن انعتق عليه إلّا للانعتاق، ولا بقاء لها قبل الانعتاق حتّى يعتبر خروجه إلى ملك المالك الأصلي آناً ما قبل الانعتاق، بل لابدّ أن يكون آن اعتبار مالكيّته عين آن اعتبار خروجه عن ملكه، وهو تناقض بالبداهة.

وأمّا في موارد العتق والبيع فلوضوح أنّ رجوع المال إلى مالكه الأوّل بلاعوده إلى ملك المشتري المعتق أو البائع مخالف لحقيقة الفسخ. وعوده إليه ثمّ خروجه من ملكه ورجوعه إلى المالك الأصلي ـ الّذي تقتضيه حقيقة الفسخ ـ ممتنع، للزوم التصرّف على الفرض.

وبالجملة، لا حاجة إلى هذا التعليل كما صنعه الشيخ العلّامة قدس سره[1].

هذا، وإمّا أن نقول[2]: إنّ الخيار ـ سواء اعتبرناه متعلّقاً بالعقد كما هو الحقّ، أم اعتبرناه متعلّقاً بالعوض والمعوّض ابتداءً ـ لايتوقّف على بقاء العوضين بخصوصيّتهما العينيّة، لتعقّل الفسخ مع تلفهما، أو صيرورتهما بحكم التالف أيضاً بحلّ العقد، فيرجع العوض من حيث مقدار ماليّته في ضمن خصوصيّة عينيّة أخرى ـ من المثل أو القيمة ـ من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكه الأصلي قهراً، أو بتملّك مقدار ماليّته في ضمن خصوصيّة عينيّة أخرى من المثل أو القيمة، وإخراجه من ملك من انتقل إليه إلى ملكه ابتداءً وبلا اعتبار حلّ العقد.

وذلك نظراً إلى أن الفسخ في اعتباره تابع لحقيقة المعاوضة في

---

(١) المكاسب ٥: ٣٧.

(٢) ذكر المؤلّف قدس سره الشقّ الأوّل في ص: ٤٤.

اعتبارها، وحيث إنّ المرتكز في أذهان النوع أنّ وقوع المعاوضة وتعلّقها بالعوضين كوقوع المال تحت يد الغير واستيلائه في باب الضمان. فكما أنّ المستولي يستولي على الخصوصية العينيّة والنوعيّة وعلى مقدار الماليّة في عرض واحد، ويكون المال على عهدته من الجهات الثلاث، ويكلّف بالأداء بالنظر إليها مهما أمكن، وإذا لم يمكن أداء الخصوصيّة العينيّة، فيكلّف بأداء مقدار الماليّة في ضمن الخصوصيّة النوعيّة، وإذا لم يمكن ذلك أيضاً فيكلّف بأداء مقدار الماليّة في ضمن خصوصيّة نوعيّة وشخصيّة أخرى.

كذلك الحال في المعاوضة، فإنّها تتعلّق بالعوضين من حيث خصوصيّتهما الشخصيّة والنوعيّة ومن حيث مقدار الماليّة. ولازم الفسخ رجوع المال بهذه الحيثيّات الثلاث من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكه الأصلي مهما أمكن. فإن لم يمكن رجوع الخصوصيّة الشخصيّة، فلا بدّ من رجوع مقدار الماليّة في ضمن الخصوصيّة النوعيّة للعوض من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكه الأصلي. وإن لم يمكن ذلك أيضاً، فلابدّ من رجوع مقدار ماليّة العوض ـ سواء ساوى العوض الآخر في مقدار ماليّته أم زاد عليه أم نقص عنه ـ من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكه الأوّل.

فلا مانع من ثبوت الخيار في موارد تلف العوضين أو أحدهما أو بعضهما أو صيرورتهما بحكم التالف عرفاً أو شرعاً، وإمكان الفسخ بمعنى حلّ العقد. فيترتّب عليه ما يمكن ترتّبه، من رجوع مقدار ماليّة التالف في ضمن خصوصيّة شخصيّة أو نوعيّة أخرى من ملك من انتقل إليه إلى ملك

مالكه الأصلي. أو بمعنى التملّك والإرجاع إلى الملك من ملك من انتقل إليه ابتداءً وبلا حاجة إلى اعتبار حلّ العقد. بل لابدّ من الالتزام بذلك عملاً باطلاق دليل الخيار، كما يلتزم بذلك في موارد الضمان عملاً باطلاق دليله، من عموم على اليد أوقاعدة الاتلاف.

وهذا هو الأقوى والمتعيّن في المسألة، لما مرّ من الارتكاز والمغروسيّة في الأذهان في كلا البابين بنمط واحد .

وهذا الضمان لمثل ما تلف بيد من يملكه أو قيمته ـ كماترى ـ ضمان معاوضيّ تقتضيه حقيقة المعاوضة وفسخها. وليس من باب ضمان المال التالف تحت يد الغير أو باتلافه بمقتضى القاعدتين، حتّى يحتاج إلى عود التالف إلى ملك مالكه الأوّل وتلفه من ملكه، فيقال بعدم إمكانه في محلّ الكلام ونظائره.

وعلى هذا، فالمتعيّن في محلّ الكلام ـ بعد فرض قيام الإجماع على صحّة شراء من ينعتق عليه وحصول الملكيّة والانعتاق، وعلى لزوم ذلك الانعتاق، وأنّ من تحرّر لايعود إلى الرقّية ـ هو القول بسقوط الخيار بالنسبة إلى العين بمقتضى هذين الاجماعين، وبقائه بالنسبة إلى القيمة بمقتضى العمل باطلاق دليل الخيار.

ولا فرق في ذلك بين كون البائع والمشتري عالمين بالحكم وأنّه يصحّ البيع ويتحقّق الانعتاق ويلزم، أو جاهلين بذلك .

وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ المشتري بشرائه من ينعتق

(١) المكاسب ٥: ٣٩.

عليه عالماً بالحكم قد أتلف المبيع في الحقيقة، والبائع ببيعه عالماً بالحكم قد أقدم أيضاً على إتلافه، فكأنّهما تواطئا على ذلك. وسيجيء أنّ الإتلاف ـ بل أدنى تصرّف ـ يوجب سقوط الخيار، فعدم ثبوته به أولى.

فإن كان مراده قدس سره ماهو ظاهر عبارته: من أنّ بيع البائع وشراء المشتري مع العلم بأنّه ينعتق على المشتري بحكم الشارع إتلاف له، والاتلاف مسقط للخيار، لكونه إعمالاً له باقرار العقد وتثبيته وإخراجه عن معرضيّة الفسخ.

ففيه:

أوّلاً: إنّ كون البيع والشراء منهما إتلافاً وإعتاقاً للعبد ومستنداً إليهما ـ كاستناد الأفعال والمسبّبات التوليديّة إلى فواعل أسبابها ـ يتوقّف على كون ما يتولّد من فعلهما ممّا يترتّب عليه ولا ينفكّ عنه بدون تخلّل إرادة فاعل مختار غيره فيه، كما في إلقاء الخشبة في النار والاحتراق، لا فيما كان الفعل الصادر عن الفاعل من جملة المقدّمات الاعداديّة لما يترتّب عليه، وبتوقّف ترتّبه عليه على إرادة فاعل مختار آخر كما في المقام، فإنّ التحرّر والانعتاق بمجرّد حصول الملكيّة حكم يترتّب على تحقّق التمليك والتملّك بحكم الشارع وإرادته، فكيف يمكن أن يكون إنشاء البيع والشراء منهما معنوناً بعنوان إعتاق العبد وإتلافه؟

وثانياً: إنّه على تقدير تسليمه، فكيف يعقل أن يكون إنشاء البيع والشراء ـ الّذي هو موضوع الخيار وفي الرتبة السابقة على ثبوته ـ إعمالاً للخيار وإنشاءً لإقرار العقد وتثبيته، ولاخفاء في كونه في الرتبة اللاحقة

لثبوت الخيار، وهو في الرتبة اللاحقة لتحقّق البيع والشراء؟

ومنه يظهر الجواب لوكان مرادهقدس سره من كون البيع والشراء منهما إتلافاً للعبد: أنّ إنشاءهما للبيع والشراء إسقاط للخيار، أو بمعنى شرط سقوطه، فانّ إنشاء البيع والشراء إنشاء لموضوع الخيار وفي الرتبة السابقة، فكيف يكون إنشاءً لاسقاطه الّذي هو في الرتبة اللاحقة لثبوته، وهو في الرتبة اللاحقة لأصل تحقّق البيع والشراء؟

وشرط السقوط في ضمن العقد وإن كان أمراً معقولاً في نفسه كما يأتي إن شاء الله، إلّا أنّه لابدّ له من إنشاء آخر، ولا يعقل أن يكون نفس إنشاء البيع والشراء إنشاءً له.

وثالثاً: إنّ كون إتلاف المال موجباً لسقوط الخيار لابدّ أن يكون لأحد أمرين:

أحدهما: كون الخيار ممّا ثبت كون موضوعه نفس العوضين بخصوصيّتهما العينيّة، فيكون الاتلاف إعداماً لموضوعه، وبانعدامه ينعدم الخيار لامحالة.

الثاني: كونه كاشفاً نوعيّاً أو تعبّدياً عن الرضا بالبيع وإقراره.

والأوّل إنّما يسلّم في مثل خيار العيب، بناءً على اشتراط ثبوته بالخصوص بقيام العين، لاستفادة ذلك من أخباره، أو في مطلق الخيار، بناءً على أحد الوجهين المتقدّمين[1].

---

(١) في ص: ٤٤ و٤٩.

وأمّا بناءً على ما قوّيناه ـ واختاره هو قدس سره[1] أيضاً ـ من تعلّق الخيار بالأعمّ من العين والماليّة، فالاتلاف لايعدم موضوع أصل ثبوت الخيار، وإنّما يعدم موضوع بعض الآثار المترتّبة على إعماله بالفسخ، وهو رجوع المال بخصوصيّته العينيّة إلى مالكه الأوّل. مع أنّه بناءً على هذا لا فرق بين العالم والجاهل. ولا مدخليّة للرضا والاستناد التسبيبي. بل لا محيص عليه من انتفاء الخيار بالتلف مطلقا، سواء كان باتلاف الغير أم باتلاف البائع والمشتري، وسواء كان إتلافهما عن علم أم عن جهل. فلا وجه لما التزم به قدس سره من التفصيل.

وأمّا الثاني فهو أيضاً إنّما يسلّم بناءً على التلازم بين تلف العين وسقوط الخيار، كما هو مقتضى أحد الوجهين المتقدّمين. وأمّا بناءً على ما قوّيناه واختاره هو قدس سره فلا ملازمة بين كاشفيّة الاتلاف عن الرضا بسقوط بعض آثار الخيار ـ وهو رجوع المال بخصوصيّته العينيّة ـ وبين كاشفيّته عن الرضا بسقوط أصل الخيار حتى بالنسبة إلى ما يمكن ترتيبه من آثاره، أعني: رجوع مقدار ماليّة العوض في ضمن خصوصيّة أخرى من ملك من انتقل إليه إلى ملك المالك الأوّل.

وبالتأمّل فيما ذكر كلّه يظهر الجواب عمّا إذا كان مراده قدس سره أنّ إنشاءهما للبيع والشراء وإن لم يكن معنوناً بعنوان الإتلاف والاعتاق، ولايكون التلف والعتق فعلين لهما حتّى بالتسبيب، إلّا أنّهما مع العلم بالحكم قد أقدما على التلف، أي: رضيا بذلك، وأنّه وإن كان أمراً لا يكاد

(١) المكاسب ٥: ٣٧ ـ ٤١.

ينكر إلّا أنّه لا يعقل أن يكون هذا الرضا إعمالاً للخيار قبل ثبوته، ولا إسقاطاً له كذلك، ولا شرطاً لسقوطه، ولا كونه ملازماً للرضا بامتناع أصل ثبوته، إلّا بناءً على قيام الخيار بالخصوصيّة العينيّة. وعليه، فوجود الرضا وعدمه على حدّ سواء، فلا معنى للتفرقة بين صورتي العلم والجهل.

هذا، ولا يذهب عليك أنّه لو تمّ ما أفاده قدس سره بأيّ وجه أراده من الوجوه المتقدّمة، فلازمه إطّراده فيما لو أراد المشتري الاعتاق بعد تملّكه، إمّا لوجوبه عليه بنذر أو كفّارة أو تطوّعاً، وعلم بذلك البائع، ولا يظنّ أن يلتزم قدس سره بذلك .

ثبوت الخيار في شراء العبد المسلم من الكافر

مسألة: ومنها: شراء العيد المسلم من الكافر.

وما ينبغي أن يقال: إنّه لو بني على عدم تملّك الكافر للمسلم لا حدوثاً ولا بقاءً، وخروجه عن ملكه بمجرّد إسلامه، إمّا لصيرورته حرّاً لا يقبل أن يتملّك بعد ذلك، أو لصيرورته من الأموال الّتي لا مالك لها والقابلة لأن تتملّك بالحيازة، غاية الأمر لا يملكه بها إلّا المسلم، فبيع الكافر له من المسلم وشراؤه إيّاه منه ليس من حقيقة البيع والشراء وعنوان المعاوضة وتبديل المالين من حيث المملوكيّة لمالكهما، بل هو في الحقيقة بدل مال للكافر لأن يرفع يده ليتملّكه المسلم بالحيازة، وإنّما يعبّر بالبيع والشراء جرياً على طبق معتقد الكافر. وعليه، فينتفي موضوع خيار المجلس رأساً، لعدم ثبوته إلّا في البيع والشراء.

وأمّا ثبوت الخيار على هذا للمشتري دون البائع، لكونه مشترياً وعدم كون البائع بائعاً، فهو احتمال ساقط جدّاً، إذ لو كان النظر إلى الاعتقاد، فالبائع بائع والمشتري مشترٍ بحسب اعتقاد البائع، ولكنّهما ليسا ببائع ومشترٍ بحسب اعتقاد المشتري، فلا معنى لفرض كون المشتري مشترياً وعدم كون البائع بائعاً.

وإن كان النظر إلى الواقع، فلا البائع بائع ولا المشتري مشترٍ بعد فرض أنّ البائع وإن قصد إنشاء البيع والتمليك والتملّك، إلّا أن المشتري غير قاصد لذلك، ومن الواضح أنّ حقيقة البيع ـ بل كلّ معاوضة ـ إنّما تقوم بالاثنين بإنشاء المضمون من أحدهما والمطاوعة من الآخر، وبمجرّد تحقّق إنشاء الايجاب بدون إنشاء الآخر للمطاوعة لا يتحقّق البيع حتّى يثبت الخيار، كما أنّ تحقّق إنشاء المطاوعة بدون انشاء الآخر للايجاب كذلك. وإن كان مجرّد قصد البائع تحقّق البيع والشراء موجباً لتحقّقهما، ولكن عدم قصد المشتري مطاوعة ما أنشأه البائع يوجب عدم تحقّق البيع والشراء، فليس الكافر بائعاً ولا المسلم مشترياً.

وإن كان مجرّد إنشاء البائع ما هو وظيفته بحسب اعتقاده ـ من انشاء التمليك بالعوض ـ موجباً لاتّصافه بأنّه بائع، فاللازم ثبوت الخيار له، لتحقّق بيعه بذلك المعنى، دون المشتري، لعدم تحقّق الشراء منه، وهذا ينتج عكس المقصود.

هذا، مع وضوح أنّ الموضوع للخيار إنّما هو البائع بمعنى المنشىء للتمليك والتملّك في فرض إنشاء الآخر مطاوعة ذلك، والمشتري بمعنى

المنشيء للمطاوعة في فرض إنشاء الآخر التمليك بالعوض.

وجملة القول: أنّه بناءً على هذا القول لا وجه لثبوت الخيار لا للبائع ولا للمشتري، لا بالنظر إلى العين ولا بالنظر إلى القيمة، إذ لا يخلو إمّا أن يكون المشتري غير قاصد لمطاوعة البيع، فلم يتحقّق البيع والشراء عرفاً. وإمّا أن يكون قاصداً المطاوعة، لجهله بالحكم، فالبيع والشراء وإن تحقّقا عرفاً إلّا أنّه لم يتحقّقا شرعاً، لعدم مالكيّة الكافر، فما وقع لم يمض بعنوان المعاوضة البيعيّة. وغير خفيّ أنّ موضوع الخيار إنّما هو البيع الّذي يمضيه الشارع ويصحّحه، لا البيع الباطل في نظره رأساً.

هذا، ولكن قد مرّ في شرائط العوضين تضعيف هذا القول ومخالفته للفتاوى، وأنّه لا ينبغي الاشكال في أنّ نفس الملكيّة من حيث البقاء مع كون المالك مسلوب السلطنة ليست سلطنة و سبيلاً للكافر على المسلم، كما هو المستفاد من الرواية[1] العلويّة الواردة في الباب.

وعليه، فلا ينبغي الإشكال فى كون بيع الكافر عبده المسلم من المسلم وشرائه منه بيعاً وشراءً عرفاً وشرعاً.

ولكن قد مرّ أنّ المستفاد من الرواية العلويّة عدم سلطنة الكافر على إحداث مالكيّته للمسلم باختياره، حيث إنّه عليه السلام أمر ببيع عبد الكافر الّذي أسلم من المسلمين. كما أنّ الأصحاب قدس سرهم قد فهموا من آية نفي[2] السبيل أنّه

---

(١) الوسائل ١٧: ٣٨٠ ب «٢٨» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١، عن الكافي ٧: ٤٣٢ ح ١٩، والتهذيب ٦: ٢٨٧ ح ٧٩٥.

(٢) النساء: ١٤١ قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾.

في مقام تشريع الحكم، وإن كان ذلك لا يخلو عن المناقشة على ما تقدّم.

إلّا أنّه بناءً على ما فهموا:

فإن قلنا: إنّ مجرّد حدوث مالكيّة الكافر للمسلم بعد انعدامها سلطنة منه عليه، ولو لم يكن إحداثها باختياره، ولم تكن له سلطنة على التصرّف فيه بوجه، وقلنا بأنّ الخيار حقّ يتوقّف ثبوته على بقاء العوضين بخصوصيّتهما العينيّة، فلا خيار لا للبائع ولا للمشتري، لاستحالة إعماله بالفسخ بحيث يرجع كلّ من العوضين إلى ملك مالكه الأوّل، لعدم إمكان ذلك بمقتضى حكومة الآية على أدلّة الأحكام.

وأمّا إن قلنا: إنّ نفس حدوث مالكيّة الكافر بعد انعدامها بلا اختيار منه حاله كحال بقائها بعد إسلام العبد، في أنّه لا يصدق عليه السبيل بعد فرض كون الكافر مسلوب السلطنة على التصرّف فيه، وإنّما السبيل هو سلطنة الكافر على إحداث هذه الملكيّة كسلطنته على إبقائها، فلازم ذلك عدم ثبوت الخيار للكافر. ولا مانع من ثبوته للمسلم، إذ الرجوع إلى ملكه حينئذٍ بلا اختيار منه وبلا سلطنة منه عليه.

ولكن كلّ ذلك بناءً على توقّف ثبوت الخيار على بقاء العوضين بخصوصيّتهما، وإمكان رجوعهما كذلك إلى ملك مالكهما الأصلي.

وأمّا على الوجه الآخر الّذي قوّيناه في المسألة[1] السابقة، فلا مانع من ثبوت الخيار لكلّ من البائع والمشتري، وعدم إنتاج الفسخ إلّا إرجاع القيمة من ملك من يرجع إليه العوض الآخر على جميع التقادير، حتّى ولو

(١) راجع ص: ٤٩ - ٥١.

قلنا بأنّ نفس حدوث ملكيّة الكافر للمسلم ولو بلا اختيار منه وبلا سلطنة له على التصرّف فيه سبيل له عليه، لوضوح أنّ هذا إنّما يكون لو فرض إنتاج الفسخ رجوع العبد إلى ملك الكافر، والمفروض عدمه، لوجود المانع. والسلطنة على إرجاع القيمة ليست سلطنة على نفس العبد.

ثبوت الخيار في شراء العبد نفسه من مولاه

مسألة: ومنها: شراء المملوك نفسه من مولاه، بناءً على صحّة هذا البيع والشراء.

والإشكال في صحّته من جهات:

الجهة الأولى: إنّ العبد لا يملك شيئاً، سواء ملّكه إيّاه مولاه أو غيره، أم اكتسبه باحتطاب واحتشاش أو غير ذلك. فما يدفعه من الثمن لا يملكه حتّى يخرج من ملكه إلى ملك مولاه في مقابل خروج نفسه عن ملك مولاه. وما يملكه ـ أعني: رقبته ـ وإن كان قابلاً لخروجه عن ملك مولاه، إلّا أنّه لا يدخل في ملكه، لا لعدم معقوليّة ذلك، بل لعدم قابليّته للمالكيّة على الفرض. وهذا مخالف لما تقتضيه حقيقة المعاوضة الماليّة، إذ لا معنى لتحقّقها مع خروج شيء من ملك البائع وعدم دخوله في ملك المشتري، وعدم خروج شيء من ملك المشتري كي يدخل في ملك البائع.

ولكن تندفع هذه المناقشة: بناءً على قابليّة العبد للمالكيّة كمالكيّة سائر الملّاك لأموالهم، إمّا بتمليك المولى أو غيره بإذن المولى في التملّك، على ما هو الحقّ المحرّر في محلّه.

الجهة الثانية: إنّه ولو قلنا بمالكيّتهإلّا أنّه لا إشكال ولا خلاف في أنّه وما يملكه ملك للمولى، وله انتزاعه منه، وكذا منعه من أنحاء التصرّف فيه.

وعليه، فما يخرج من ملك المولى بهذا البيع ـ وهي رقبة العبد ـ في الحقيقة يدخل في ملك نفسه، وما يدخل في ملكه ـ وهو الثمن ـ في الحقيقة كان ملكاً له، ولم يكن خارجاً عن ملكه حتّى يدخل فيه. فحاله كحال ما إذا باع المولى كتابه بدراهمه، في أنّه مخالف لحقيقة المعاوضة الماليّة، ولا اعتبار عقلائيّ له، وإنّما المعتبر عندهم من المعاوضة ما تكون بين مالي شخصين.

ولكن تندفع هذه المناقشة أيضاً: بأنّ مالكيّة المولى نفس العبد مالكيّة ابتدائيّة بالأصالة، ومالكيّته لمنافعه وأعماله مالكيّة عرضيّة وبالتبع، كما في سائر الأملاك. وأمّا مالكيّته لما يملكه عبده فهي مالكيّة طوليّة تبعيّة، بمعنى أنّه يملكه لأنّ العبد يملكه، ولولا ملك العبد له لما كان المولى مالكاً له، كما أنّه لولم يملك العبد لما كان يملك ما يملكه. وقد أوضحنا في محلّه أنّ ما هو غير معقول إنّما هو مالكيّة مالكين لمال واحد مالكيّة عرضيّة وبالاستقلال، وأمّا مالكيّتهما له مالكيّة عرضيّة ولكن بالإشاعة والشركة، أو مالكيّتهما له ولكن مع كون مالكيّة أحدهما في طول مالكيّة الآخر، فلا محذور عقليّ فيهما، ولهما اعتبار عند العقلاء.

ونتيجة إحداهما: عدم جواز انتزاع أحدهما حصّة الآخر وتملّكها، وعدم جواز تصرّفه فيها ولا في حصّة نفسه بدون إذن الآخر.

ونتيجة الأخرى: جواز تصرّف من يملك مال الغير لكونه مالكاً له، بل

جواز إخراجه من ملكه، وسلطنته على منعه من التصرّف فيه. فمالم يخرجه عن ملكه فهو ملك لمالكه، وله التصرّف فيه بإذنه.

وحيث إنّ المفروض في المقام عدم انتزاع المولى الثمن عن ملك العبد، وإذنه بتصرّفه فيه ولو في خصوص شراء نفسه به، فلا محالة تتحقّق المعاوضة، ويخرج العبد من ملك مولاه إلى ملك نفسه، إذ المفروض قابليّته للمالكيّة، وإذن المولى لتملّك نفسه، ويخرج الثمن من ملك العبد ويدخل في ملك المولى. وينقلب بذلك عن كونه مالكاً له في طول مالكيّة عبده إلى كونه مالكاً له ابتداءً وبالأصالة، والمفروض أنّ هذا الإخراج واقع بإذن المولى.

الجهة الثالثة: إنّ العبد وإن كان قابلاً للمالكيّة إلّا أنّه غير قابل للملوكيّة لنفسه، إذ ليس لمالكيّة الشخص رقبة نفسه ـ بمعنى اختصاصها به اختصاص ملكيّة تترتّب عليه الآثار الّتي تترتّب على سائر الأموال والأملاك ـ اعتبار عقلائيّ حتّى ينشأ بمثل البيع أو الهبة أو غيرهما، ويمضيه الشارع ويرتّب عليه الأثر. بل الثابت المتحقّق عند العقلاء بالنظر إلى الشخص الانساني اعتباران متناقضان، أو متنافيان بالعدم والملكة، أو متضادّان لا ثالث لهما، وهما: الحرّية والرقّية، إمّا بفرض الرقّية أمراً عدميّاً والحرّية نقيضها، أو بفرض الحرّية أمراً وجوديّاً ـ هي الملكة ـ والرقّية عدمها، أو بفرضهما أمرين وجوديّين متضادّين. فالشخص الانساني إمّا حرّ غير مملوك لأحد لا لغيره ولا لنفسه، أو مملوك لغيره.

وليس هناك عند العقلاء اعتبارات ثلاثة: أحدها: كون الشخص حرّاً

غير مملوك لا لنفسه ولا لغيره. والثاني: كونه مملوكاً لنفسه. والثالث: كونه مملوكاً لغيره.

كما أنّه ليس هناك اعتباران وجوديّان، أحدهما: كون الشخص مملوكاً لنفسه، ويعبّر عنه بالحرّية، والآخر: كونه مملوكاً لغيره.

كيف؟! وقد عرفت استحالة اجتماع اعتبار الحرّية مع اعتبار الرقّية. فلوكان الشخص حرّاً فلا يعقل رقّيته لا لنفسه ولا لغيره، ولو كان مملوكاً ولو لنفسه فلا يعقل حرّيته. فما يقال: من أنّ الأحرار يملكون أنفسهم، فهو مثل أن يقال: إنّ الأحرار أرقّاء أو عبيد أو مماليك لأنفسهم، في أنّها عبارات لا مفهوم لها عند العقلاء بما هو ظاهرها من إرادة الملكيّة الاختصاصيّة الدائر اعتبارها في الأموال والأملاك والّتي لها آثار خاصّة عند العقلاء.

نعم، لا بأس بهذه التعبيرات كناية عن سلطنة الأحرار على أنفسهم كما لهم السلطنة على أموالهم وأملاكهم، فإنّ السلطنة ـ على ما أوضحناه في محلّه ـ لها في طريقة العقلاء اعتبار أوسع وأشمل، ولا يتوقّف اعتبارها على كون متعلّقها مالاً وملكاً لمن له السلطنة، كما يظهر بالتأمّل في موارد الولايات والوكالات والحقوق ونحوها. فالوليّ وإن كان لا يملك المولّى عليه ولكن له السلطنة عليه. وكذا الحرّ، فإنّه وإن كان لا يملك نفسه، بل هو من الأموال المحترمة الّتي لا مالك لها، إلّا أنّه مع ذلك له السلطنة على نفسه في الأمور الجائزة الّتي من شأنها أن تكون له السلطنة على نفسه فيها.

وبمثل هذه العناية والكناية قد شاع التعبير باثبات الملك أو نفيه في موارد كثيرة من الآيات والأخبار، كما في قوله تعالى: ﴿لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي﴾[١] وقوله تعالى: ﴿لَا يَمْلِكُونَ شَيْئاً وَلَا يَعْقِلُونَ﴾[٢] ونحو ذلك ممّا لا يحصى.

وخلاصة القول: أنّ مالكيّة الشخص لنفسه ـ بمعنى حرّيته وعدم مملوكيّته رأساً لا لنفسه ولا لغيره ـ أمر معقول، وله اعتبار عند العقلاء والشارع. ورقّية الشخص ومملوكيّته لغيره أيضاً أمر معقول، وله اعتبار عند العقلاء والشارع. وأمّا مملوكيّتهلنفسه فليس له اعتبار عقلائي ـ لا في الحرّ ولا في العبد ـ حتى يكون ممّا أمضاه الشارع. فشراء العبد نفسه لنفسه من مولاه أو اتّهابها منه كي يتملّكها، كبيع الحرّ نفسه من غيره أو هبتها إيّاه ليتملّكها الغير، كلاهما أمر غيرمعقول،ولا اعتبار لهما عند العقلاء حتّى يقصد إنشاؤهويمضيهالشارعبمقتضى أدلّةإمضاء البيعوالهبةونحوهما.

فما هي حقيقة المعاوضة المقتضية للتمليك والتملّك لا يمكن قصد إنشائه فيهما. وما يمكن قصد إنشائه فيهما هو عنوان العتق والتحرير في الأوّل، وعنوان التعبيد والترقيق في الثاني. والثاني ممّا لا يمضى شرعاً قطعاً. والأوّل قابل للامضاء، ولكنّه غير قابل لقصد إنشائه بعنوان إنشاء المعاوضة والمبادلة بين المالين من حيث المملوكيّة كما تقتضيه حقيقة البيع. فالحقّ بطلان شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه.

---

(١) المائدة: ٢٥.

(٢) الزمر: ٤٣.

وليس هنا دليل تعبّديّ على صحّة البيع والشراء، بمعنى إنتاجه الانعتاق ومالكيّة المولى للثمن، حتّى تصل النوبة إلى البحث عمّا يمكن أن يأوّل به.

وعلى فرض قيامه، فالمتعيّن حمله على إرادة إنشاء العتق والتحرير بالعوض بصورة إنشاء البيع والشراء مع عدم قصد حقيقتهما، وإمضاء ذلك شرعاً. أو فرض قصدهما المعاوضة بين رقبة العبد والثمن، ولكن إمضاء الشارع بعنوان العتق بالعوض، كلّ ذلك بدلالة الاقتضاء.

وأمّا حمله على صحّة البيع والشراء، وتحقّق المعاوضة، وحصول مالكيّة العبد لنفسه آناً ما ثمّ انعتاقه قهراً، فلا وجه له بعد أنّه حمل على أمرٍ غير معقول.

ولا يقاس المقام بمسألة شراء المشتري لمن ينعتق عليه، فإنّ المفروض قيام الدليل ـ كالاجماع ـ على صحّة البيع والشراء وحصول الملكيّة، وقيام الدليل الخارجي ـ كالأخبار ـ على أنّه إذا ملك أعتق.

وكيف كان، فعلى فرض عدم قيام مثل هذا الدليل فالبيع باطل، فلا معنى لثبوت الخيار فيه. وعلى فرض قيامه وتأويله بما مرّ من المعنى المعقول، فليس بيعاً وشراءً حتّى يثبت فيه خيار المجلس المختصّ بالبيع.

نعم، بناءً على الاغماض عن المناقشة الثالثة، والبناء على صحّة البيع وحصول مالكيّة العبد لنفسه، ولكن مع عدم سلطنته على نفسه ـ لعدم معقوليّتها الموجب لتحرّره وانعتاقه قهراً، للغويّة بقاء المالكيّة بلا سلطنة إلى الأبد، كما يقال نظير ذلك في بيع الدَّين ممّن هو عليه ـ فيكون حكم

المسألة كحكم المسألة السابقة[١] طابق النعل بالنعل، حيث إنّه بعد قيام الاجماع على أنّ الحرّ لايعود رقّاً، فالعبد بشراء نفسه قد صار بحكم التالف، فالخصوصيّة العينيّة غير قابلة للرجوع إلى مالكه الأصلي. فبناءً على توقّف الخيار على إمكان رجوع العوضين بخصوصيّتهما العينيّة، لا محيص عن سقوط الخيار وعدم ثبوته رأساً لا للبائع ولا للمشتري. وأمّا بناءً على عدم توقّفه على ذلك ـ كما هو الأقوى ـ فالمتعيّن ثبوت الخيار للبائع والمشتري كليهما، وعدم اقتضاء الفسخ إلّا الرجوع إلى القيمة.

وأمّا ما أفاده الشيخ[٢] العلّامة قدس سره من عدم ثبوت الخيار في هذا البيع على فرض صحّته أيضاً، لانصراف الأخبار عن مثله.

ففيه: أنّه لاخفاء في أنّ الانصراف مبنيّ على ماهو الغالب من تعدّد البائع والمشتري وتغاير المشتري والمبيع، من دون نظر إلى ماهو الممكن على الفرض ولكن نادراً، ومثل هذا الانصراف لايوجب تقييد موضوع الخيار على ما تقدّم في المسألة[٣] السابقة.

فرع: لو اشترى جمداً في شدّة الحرّ فقد استشكل في التذكرة[٤] ثبوت خيار المجلس فيه.

فإن كان منشأ التردّد والاشكال تدرّجه في التلف سريعاً، وعدم المجال لإعمال الخيار فيه، لعدم بقاء العين على حالها ولو في زمان قصير

(١ و٣) في ص: ٥٥.

(٢) المكاسب ٥: ٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١: ١٢.

جدّاً، فالحكم فيه قد اتّضح ممّا مرّ، وأنّه بناءً على توقّف الخيار على بقاء العين فلا محلّ لثبوت الخيار فيه رأساً. وأمّا بناءً على ماهو الأقوى من عدم توقّفه على ذلك، فلا مانع من ثبوت الخيار، والرجوع إلى بدل التالف.

وإن كان منشأ التردّد احتمال اعتبار كون المبيع ممّا من شأنه أن يبقى في خصوص هذا الخيار، كما ثبت اعتبار قيام العين في خصوص خيار العيب، كما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره، فالانصاف أنّه لا وجه له. واحتماله مدفوع بالاطلاق. والانصراف مبنيّ على الغلبة، ولا اعتبار به.

عدم ثبوت خيار المجلس في غير البيع

مسألة: الظاهر عدم الخلاف في اختصاص هذا الخيار بالبيع، وعدم ثبوته في العقود الأخر الّتي بناؤها على اللزوم لولا الخيار لزوماً حقّياً، فضلاً عن العقود الجائزة جوازاً حكميّاً.

أمّا العقود اللازمة فلما عرفت من أنّ مقتضى الأصل فيها ـ لفظيّاً وعمليّاً ـ هو اللزوم مالم يقم دليل على الخيار، والمفروض أنّه لم يقم دليل على هذا الخيار إلّا في البيع، وإلحاق غيره به بتنقيح المناط قياس لانقول به.

وأمّا العقود الجائزة فللغويّة جعل الخيار فيها بعد أنّها قابلة للفسخ وضعيّاً وتكليفيّاً في حدّ أنفسها، فلا معنى لجعل الخيار فيها.

نعم، لا مانع من انفساخها أيضاً بإعمال خيار الشرط أو المجلس أو

---

(١) المكاسب ٥: ٤٥.

غيرهما بتبع انفساخ عقد البيع، في فرض اشتراط شيء منها بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد البيع. وهذا أمر لا ربط له بمسألة جعل الخيار فيها.

مبدأ ثبوت خيار المجلس

مسألة: ظاهر تحديد هذا الخيار في النصوص[١] من حيث المنتهى بالتفرّق، وعدم التعرّض لمبدأ ثبوته، أنّ مبدأه من حين تماميّة العقد الّتي بها يتعنون المتعاملان بالبيّعين. وهذا الحين هو المناسب عقلاً وعرفاً لجعل الخيار، حيث إنّ الخيار في حلّ العقد وإقراره، وهما إنّما يتصوّران بعد تماميّة العقد لا قبلها. كما أنّه ليست لثبوته بعد تماميّته حالة منتظرة بعد فرض إطلاق الكلام مع كونه في مقام البيان، وعدم تقييد مبدأ ثبوته بقيد آخر، المقتضي لكون تماميّة العقد تمام الموضوع لثبوت الخيار.

وهل يطّرد هذا الحكم في بيع الصرف والسلم أيضاً؟ أم لابدّ أن يكون مبدأ الخيار فيهما بعد تماميّة التقابض في الصرف وقبض الثمن في السلم إلى أن يتفرّقا من مجلس العقد؟

مقتضى ما تقدّم من الاطلاق اطّراد الحكم فيهما أيضاً، بناءً على أنّ ظاهر الأخبار أنّ الموضوع للخيار هو تماميّة البيع بمعناه العرفي القابل لامضاء الشارع له مطلقا أو باضافة قيد، سواء كان مفيداً للملكيّة بمجرّد تماميّة العقد أم كان متوقّفاً على تحقّق أمر آخر غير العقد. والمفروض أنّ هذا المعنى من البيع العرفي متحقّق فيهما أيضاً. وانصرافه إلى البيع المفيد

(١) الوسائل ١٨: ٨ ب «٢» من أبواب الخيار.

للملكيّة شرعاً بمجرّد تماميّته مبنيّ على الغلبة الخارجيّة، ولا اعتبار بها على ما مرّ مراراً.

والمناقشة في ثبوت الخيار فيهما من حين العقد: بأنّ الخيار إنّما يثبت لما لولاه لكان الوفاء به واجباً، وليس هو إلّا العقد التامّ، والمفروض عدم تماميّة العقد فيهما إلّا بالتقابض في المجلس، فالعقد قبل تحقّقه ممّا لا يجب الوفاء به في نفسه ولولم يكن هناك دليل الخيار.

مندفعة: بأنّ التقابض في المجلس فيهما ليس جزءً متمّماً للعقد، بل العقد تامّ من حيث عقديّته، وإنّما هو شرط لتأثيره في الملكيّة، بمعنى أنّه شرط لترتيب الشارع الآثار على الملكيّة المنشأة به. وموضوع وجوب الوفاء ـ بمعنى البقاء على الالتزام المتحقّق بإنشاء العقد المفروض وعدم حلّه ـ إنّما هو العقد من حيث كونه عقداً، ولا يتوقّف على إمضاء الشارع للملكيّة المنشأة به فعلاً. ولذا بنينا على لزوم الوفاء بالعقد وعدم حلّه بالنسبة إلى الأصيل لو تعاقد مع الفضوليّ، مع أنّ تحقّق الملكيّة فيه شرعاً يتوقّف على الإجازة على كلا القولين من النقل والكشف.

ومن ذلك يظهر اندفاع ما ربما يقال: من أنّه لا فائدة في ثبوت الخيار فيهما من حين العقد، لكون العقد فيهما قبل التقابض جائزاً جوازاً حكميّاً، فلا يشمله قوله تعالى: ﴿أوفُوا بالعُقُود﴾ فلا يجب الوفاء به. ولكلّ منهما إبطاله قبل التقابض ولو بدون رضا الآخر، فلا حاجة إلى جعل حقّ يستند إليه في فسخ العقد.

وجه الاندفاع: أنّ العقد فيهما أيضاً لازم قبل التقابض لزوماً حقّياً،

فيجب عليهما الوفاء به وضعيّاً، بمعنى أنّه ليس لأحد منهما أن يفسخه بدون رضا الآخر، ولو فسخه فلا يؤثّر فسخه في إبطال العقد، بل يبقى على حاله إلى أن يتفارقا بالتراضي أو التقايل، أو يتفرّقا قبل التقابض فيبطل العقد بذلك، أي: يخرج عن صلاحيّة إمضاء الشارع له بعد ذلك. هذا ما يقتضيه عقد البيع بطبعه، أي: لولا حقّ الخيار.

وأمّا إذا جعل فيه حقّ الخيار لكلّ منهما في فسخه، فله أن يفسخ العقد بدون رضا الآخر، ويخرجه عن صلاحيّة الامضاء الشرعيّ بلحوق التقابض قبل التفرّق. فإن لم يفسخا بالتقايل، ولا أحدهما بإعمال خيار نفسه، يبقى العقد متأهّلاً للامضاء إلى أن يحصل التفرّق بدون التقابض. ولو فسخه أحدهما فهو كما لو فسخه كلاهما بالتقايل، في أنّه يعدم العقد بالحلّ الاعتباري، ويخرجه عن صلاحيّة لحوق الامضاء الشرعي ولو مع تحقّق التقابض قبل التفرّق.

وهذه ثمرة واضحة مهمّة لجعل هذا الخيار من حين العقد. مع أنّ المفروض امتداده إلى أن يتحقّق التقابض، ويترتّب عليه الأثر فيما بعده أيضاً.ولاحاجة في إثبات عدملغويّةالخيار إلى إثبات وجوب التقابض فيه.

نعم، بناءً على وجوب التقابض تكون الثمرة أظهر وأوضح، حيث إنّه ـ مضافاً إلى أنّ التقابض لو وجب فإنّما يجب مادام العقد باقياً على حاله ومقتضياً للتقابض،ومع ثبوت الخيارلكلّ منهما فسخ العقد،فينتفي موضوع وجوب التقابض ـ لو وجب التقابض فإنّما يجب في غير زمن الخيار، وأمّا فيه فلكلّ منهما إبقاء ما انتقل عنه عنده، وعدم تسليمه إلى من انتقل إليه،

لكون العقد في معرض الانفساخ ورجوع كلّ مال إلى مالكه الأصلي.

إلّا أن الشأن في إثبات أصل وجوب التقابض.

والاستدلال عليه بلزوم الرّبا ـ كماحكي عن التذكرة[1] ـ ضعيف جدّاً.

إذ فيه:

أوّلاً: إنّه لو تمّ فإنّما يكون دليلاً على وجوب التقابض تكليفاً ووضعاً في بيع الصرف أو السلم أو غيرهما لو كان العوضان من جنس واحد، لا في مطلق الصرف والسلم، ولا في مطلق سائر أنواع البيوع.

وثانياً: إنّ الرّبا إنّما يلزم مع اشتراط التأجيل في أحد العوضين المتجانسين، فيكون ذلك العوض مع زيادة حكميّة. وأمّا لو كان البيع حالّاً، مع تحقّق إقباض أحدهما دون الآخر لجهات أخر غير شرط التأجيل، فلا يوجب الرّبا.

ولازم اشتراط التقابض حرمة السلم وبطلانه، وكذا حرمة النسيئة في مطلق العوضين المتجانسين، سواء كانا من النقدين أم من غيرهما. ولا مانع من الالتزام به. وهذا لا يستلزم وجوب التقابض فى البيوع الحالّة، سواء كان العوضان من النقدين أم من غيرهما، وسواء كانا من جنس واحد أم مختلفين.

وثالثاً: إنّه لو فرض استلزام ترك التقابض الربا ولولم يشترط التأجيل أيضاً، فمرجعه إلى بطلان المعاملة، وأنّ فعل الإقباض من أحدهما وتركه من الآخر جزء السبب لتحقّق المعاملة الربويّة المحرّمة تكليفاً أيضاً،

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٦، ذكره في باب الصرف.

فيعاقب كلّ منهما على ما صدرمنه مع بطلان المعاملة.فما هوالثابت شرعاً بطلان المعاملة وحرمتها تكليفاً، وما هو اللازم عقلاً التحرّز عن تحقّق هذا المحرّم، وهو كما يحصل بالتقابض من الطرفين كذلك يحصل بتركه من الطرفين، فما الموجب لتعيّن الأوّل حتّى يلتزم بوجوب التقابض؟

هذا، وربما يدّعى عدم وجوب التقابض في الصرف والاقباض في السلم، وأنّ وجوب ذلك إنّما هو لأجل وجوب ردّ مال الغير إليه، بمعنى حرمة إبقائه تحت السلطنة ومنع المالك عن ملكه بدون إذنه، كحرمة إحداث ذلك، إذ كلاهما من الغصب والعدوان المحرّمين بالأدلّة الأربعة. وهذا ـ كماترى ـ إنّما يتمّ في فرض تماميّة البيع ومؤثّريته في النقل والانتقال وعدم رضا المنتقل إليه ببقاء العوض في يد المنتقل عنه، ولايجري في مثل المقام الّذي فرض عدم حصول النقل والانتقال بمجرّد العقد، وتوقّفهما على حصول التقابض، ولا في غير المقام ممّا يفرض فيه رضا المتعاملين أو أحدهما ببقاء ماله في يد الآخر.

ولكن يرد على هذا: أنّ لازمه عدم وجوب إقباض العوضين على المتبايعين إلّا فيما كان العوض المنتقل عن كلّ منهما إلى الآخر بالبيع في يده وإلّا فلا يجب تحصيله وإقباضه ولو فرض تمكّنه من ذلك، لعدم كون تركه حينئذٍ تصرّفاً عدوانيّاً في مال الغير كي يكون محرّماً ويجب نقيضه، بل نقيضه إحداث للتصرّف في مال الغير، ولابدّ أن يكون محرّماً بلا إذن منه، مع أنّه لا ينبغي الإشكال في وجوب التحصيل والإقباض في مثله مع التمكّن منه، وبطلان البيع مع تعذّره.

فالحقّ ـ كما أشار إليه الشيخ[١] العلّامة قدس سره ـ أنّ الدليل على وجوب التقابض إنّما هو وجوب الوفاء بالعقد، نظراً إلى أنّ إمكان التسليم وفعليّته في فرض إمكانه من الشرائط الضمنيّة للبيع ونحوه نظراً إلى حال النوع، حيث إنّهم إنّما يقدمون على المعاملة بانين على هذا الشرط الارتكازي، فوجوب الوفاء بالعقد يقتضي وجوب كلّ ما يقتضيه بالنظر إلى حال النوع. وهذا ـ كما ترى ـ ممّا لا يفرّق فيه بين أنواع البيوع غير السلف والنسيئة اللّذين يصرّح فيهما بصرف النظر عن هذا الشرط في أحد العوضين، فلابدّ من بقائه على حاله بالنظر إلى العوض الآخر.

ولا يخفى عليك أنّ هذا تقريب حسن جدّاً غير أنّه لا يثبت أزيد من الوجوب الوضعي، بمعنى الشرطيّة المنتجة للبطلان في فرض التعذّر، وللخيار في صورة التمكّن وترك التسليم. وأمّا الوجوب التكليفي، بمعنى العصيان واستحقاق العقاب على تركه مع التمكّن منه مع عدم كونه تحت يده، فاستفادته من دليل وجوب الوفاء بالعقد في غاية الإشكال.

وتوضيحه يحتاج إلى تفصيل في بيان مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو «المؤمنون عند شروطهم» لا يسعه المجال، ولعلّ الله يوفّقنا له في مجال آخر، وقد كتبنا في ذلك شيئاً في الأزمنة السابقة يحتاج إلى المراجعة إليه.

مسقطات خيار المجلس

مسألة: ذكروا لخيار المجلس مسقطات أربعة:

---

(١) المكاسب ٥: ٤٩.

المسقط الأوّل: شرط سقوطه في ضمن العقد.

والظاهر أنّه لاخلاف في الجملة في لزوم الوفاء بهذا الشرط، وخروج العقد به عن معرضيّة الانفساخ بإعمال خيار المجلس.

والدليل على ذلك عموم وجوب الوفاء بالشروط. وحيث إنّ الحكم المفاد في أدلّة وجوب الوفاء بالشرط حكم مرتّب على العنوان الثانوي، أعني: الالتزام المنشأ بالاشتراط، فحاله كحال سائر الأحكام الثابتة بالعناوين الثانويّة ـ كالاضطرار والضرر والحرج والعهد والنذر واليمين ونحو ذلك ـ في أنّها لا تعارض في نظر العرف بينها وبين الأدلّة المثبتة للأحكام على العناوين الأوّلية، بل التوفيق العرفي بينهما يقتضي حمل الثانية على إثبات الأحكام الاقتضائيّة، بمعنى الأحكام الّتي تقتضي العناوين الأوّلية ثبوتها بشرط تجرّدها عن تلك العناوين الثانويّة. ولابدّ حينئذٍ من تحكيم الأدلّة المثبتة للحكم بالعنوان الثانوي، من دون ملاحظة النسبة بينها وبين المثبتة للأحكام بالعناوين الأوّلية، بل تقدّم هي عليها، سواء كانت النسبة العموم والخصوص من وجه أم المطلق مع أخصّية الأولى أو الثانية، ومن دون ملاحظة الترجيحات السنديّة، ولا الأظهريّة من حيث الدلالة من الجهات الأخر.

وإن كان الحقّ أنّه لوكان البناء على معاملة التعارض بينهما لكانت أدلّة وجوب الوفاء بالشرط أرجح من أدلّة خيار المجلس من حيث السند والدلالة، وذلك لكثرة الأخبار الدالّة على وجوب الوفاء بالشرط بنحو يقرب من التواتر، وهذا يوجب التعاضد في السند الموجب للعلم أو

الاطمئنان بالصدور، بخلاف أخبار خيار المجلس، فإنّها مستفيضة، ولكن ليست بتلك الكثرة.

ثمّ إنّ أخبار الشرط قد اشتملت عدّة منها على الاستثناء الموجب لظهورها في العموم، وأنّه لولا الاستثناء لكان المستثنى أيضاً داخلاً فيها، بخلاف أخبار خيار المجلس، فإنّ دلالتها بالاطلاق ومقدّمات الحكمة. ولكنّ الحقّ ما عرفت من وجوب التوفيق العرفي وانتفاء التعارض رأساً.

هذا، ولكنّه غير خفيّ أنّ ما قلناه إنّما يتمّ في مثل الاضطرار والضرر والحرج ونحوها من العناوين الثانويّة الّتي يمكن العمل فيها باطلاق الأدلّة المثبتة للأحكام بتلك العناوين وتقديمها على أدلّة الأحكام الأوّلية الّتي فرض عدم جعلها في موارد تلك العناوين الثانويّة بالخصوص، بل إنّما يكون ثبوتها في مواردها أيضاً مقتضى إطلاق أدلّتها.

وأمّا في مثل الشرط والنذر وأخويه ونحوها من العناوين الثانويّة الّتي يكون موضوع الحكم بالعنوان الثانوي هو التزام المكلّف على نفسه شيئاً بأحد الوجوه، فلا يمكن العمل باطلاق أدلّة وجوب الوفاء بها، وتحكيمها على الأدلّة المثبتة للأحكام بالعناوين الأوّلية، لكونها مخصّصة عقلاً ونقلاً بعدم كونها مخالفة للكتاب والسنّة، وذلك لحكم العقل بالضرورة بأنّ الشارع إنّما يوجب الوفاء بها ـ أي: بتلك الالتزامات التى التزم بها المكلّف بإرادته واختياره ـ إذا لم يكن الوفاء بها مغيّراً للأحكام الثابتة فى الدين، ومقلّباً لها إلى أضدادها أو نقائضها ـ سواء في ذلك الأحكام التكليفيّة والوضعيّة، وسواء في التكليفيّة بين التكاليف وغيرها، وسواء في الوضعيّة

بين الأحكام والحقوق ـ وموجباً لتفويت طاعة التكاليف الالزاميّة الثابتة في الدين، وموجباً للوقوع في معصيتها ومخالفتها، وإلّا فجعل الأحكام الدينيّة وإرسال الرسل وإنزال الكتب مع إيجاب الوفاء بهذه الالتزامات على إطلاقها ـ بحيث يكون اختيار تبديل أحكام الدين بالنسبة إلى المكلّف أو غيره، واختيار طاعة التكاليف بيده، وله أن يغيّر أيّاً منها شاء، أو يسقط وجوب طاعة أيّ منها شاء، بإجراء صيغة نذر أو عهد أو يمين أو اشتراط في ضمن عقد لازم يتضمّن الالتزام بما شاء وأراد ـ ملعبة ومهزأة ليس فوقهما ملعبة ومهزأة. وهذا أمر يستقلّ العقل بالضرورة بأنّ ساحة الشارع بريئة منه، بل تشهد ضرورة الدين بخلافه.

وما ورد في الأخبار[1] من استثناء ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً أو خالف الكتاب والسنّة من وجوب الوفاء، في أبواب الشرط والصلح والنذر والعهد واليمين، ليس أمراً تعبّدياً يقتصر على مورد وروده أو على مقدار ما يستظهر من العبائر المختلفة الواردة فيها، بل هو أمر على وفق الضرورة العقليّة والدينيّة، وإرشاد إلى ماهو الثابت المسلّم والمرتكز في أذهان العقلاء.

نعم، هنا أمر، وهو أنّه يمكن أن يكون هناك من الأحكام الثابتة في الدين ـ في مقام الثبوت ـ ما لا تقتضي المصالح جعلها إلّا في فرض عدم شرط خلافها، وأمّا في موارد شرط الخلاف فهو غير مجعول رأساً،

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٦ ب «٦» من أبواب الخيار، وكذا ص: ٤٤٣ ب «٣» من أبواب كتاب الصلح. وكذا ج ٢٣: ٢١٧ ب«١١» من أبواب كتاب الأيمان ح٦ و٧.

لقصور مقتضي الجعل، لا أنّ المقتضي لجعله موجود، وإنّما لم يجعله الشارع لالتزام المكلّف بخلافه. ومن الواضح أنّ الشرط في مثله ليس مخالفاً للكتاب والسنّة، ولا مغيّراً لحكم الدين، وإنّما هو معدم للحكم باعدام موضوعه وتبديله إلى موضوع آخر. وإمكان هذا في مقام الثبوت ـ ولكن لا بنحو الكلّية والعموم، بل بنحو الموجبة الجزئيّة ـ أمر لا يقبل الانكار، ولكنّه لا يجدي شيئاً مالم يحرز في مقام الاثبات أنّ الحكم الديني الّذي اشترط خلافه من هذا القبيل. ومن الواضح أنّه لا يمكن استظهار ذلك من نفس الدليل المثبت لبعض الأحكام دون بعض، لوضوح أنّ الأدلّة المتكفّلة لبيان الأحكام ـ لفظيّة كانت أو لبّية ـ إنّما يثبتها بنسق واحد يوجب ظهورها في الإطلاق وعدم التقييد بعدم الشرط على الخلاف.

ودعوى تبادر التقييد بذلك من نفس الدليل في بعض الموارد كدليل خيار المجلس مثلاً، دعوى عريّة عن البرهان. كما أنّه لا يمكن أن يكون استظهار ذلك مقتضى التوفيق العرفي بين دليل الحكم بالعنوان الأوّلي ودليل وجوب الوفاء بالشرط مثلاً، وإلّا فلا يبقى شرط محلّل للحرام أو محرّم للحلال أو مخالف للكتاب والسنّة، فيعود ما تقدّم من المحذور البديهيّ البطلان. بل لابدّ في إحراز ذلك من قيام دليل خاصّ ـ من نصّ أو إجماع ـ على وجوب الوفاء بالشرط المخالف للحكم بالعنوان الأوّلي بخصوصه. والظاهر أنّه لم يتّفق مثل هذا الدليل في أبواب النذر واليمين والعهد، بل الصلح والإجارة أيضاً، ولو اتّفق فإنّما هو في باب الشرط فحسب.

وعليه، فالضابط الكلّي: هو عدم وجوب الوفاء بالشرط فيما إذا كان

ضدّ الحكم الثابت في الدين أو نقيضه، أو أوجب فوات طاعة تكليف إلزاميّ أو الوقوع في معصية، إلّا إذا قام دليل بالخصوص على وجوب الوفاء به، فيوفّق عرفيّاً بين هذا الدليل الخاصّ وبين الدليل المثبت لذلك الحكم، بأنّ الحكم المفاد في ذلك الدليل إنّما كان مجعولاً بشرط التجرّد عن الشرط. وهذا هو الضابط الصحيح الّذي لا محيص عن الالتزام به والجري على طبقه.

ولعلّ هذا هو المتحصّل ممّا جرى عليه الشيخ العلّامة قدس سره في مباحث الشروط، وإن كان قد تغافل عنه في المقام[1]، وعلّل التمسّك بدليل وجوب الوفاء بالشرط في مقابل دليل خيار المجلس بما لا يتمّ إلّا في بعض صور المسألة.

وكيف كان، فعلى الضابط الّذي حرّرناه، لا مانع من وجوب الوفاء بالشرط فيما إذا كان الملتزم به بالشرط فعل مباح أو تركه، أو فعل مندوب أو تركه، أو فعل مكروه أو تركه، أو إعمال حقّ أو إسقاطه، أو ترك إعماله رأساً، أو عدم إعماله إلّا بالامضاء أو الفسخ. وعلى هذا القياس في كلّ ما لايكون مفاد الشرط تغيير حكم الدين ولا معصية تكاليف الدين وترك طاعتها.

وأمّا ما أفاده الأستاد[2] العلّامة قدس سره من الضابطة الكلّية في المقام: من أنّ الأحكام التكليفيّة الاقتضائيّة ـ مريداً بها الالزاميّة على خلاف

(١) المكاسب ٥: ٥٢.

(٢) المحقّق النائيني قدس سره.

الاصطلاح الشائع ـ لايجوز ولا ينفذ الشرط على خلافها، والأحكام التخييريّة ـ مريداً بها الثلاثة غير الالزاميّة على خلاف الاصطلاح ـ يجوز وينفذ الشرط على خلافها، وأنّ الأحكام الوضعيّة إن كانت من الأحكام ـ كميراث الزوجة الدائمة وعدم ميراث المنقطعة ـ فلا يجوز شرط خلافها، وإن كانت من الحقوق فيجوز شرط خلافها، ثمّ التفريع على ذلك بعدم جواز شرط سقوط خيار المجلس، لكونه مخالفاً للسنّة.

فلا يرجع إلى محصّل، بل الأحكام ـ سواء كانت تكليفيّة أم وضعيّة، إلزاميّة أم غيرها، من الحقوق أم غيرها ـ إن شرط ضدّها أو نقيضها فهو شرط باطل لا يجب الوفاء به إلّا بالاستثناء الّذي تقدّم.

وأما شرط الفعل أو الترك على خلاف المجعول الشرعي الثابت، فإن كان فعل حرام أو ترك واجب فلا يجب الوفاء به، وإلّا فهو واجب الوفاء بقول مطلق، بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط.

ولازم ذلك بطلان شرط عدم ثبوت خيار المجلس في البيع، وكونه مخالفاً للسنّة ومغيّراً لحكم الله، وصحّة شرط عدم إعمال الخيار الثابت إلّا بالفسخ أو شرط إسقاطه مثلاً، ووجوب الوفاء به، لعدم كونه مخالفاً للكتاب والسنّة.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ في صحّة شرط سقوط خيار المجلس في ضمن العقد إشكالات، يتوقّف التعرّض لها ـ ورواداً واندفاعاً ـ على بيان صور شرط سقوط خيار المجلس، فنقول:

الصورة الأولى: شرط عدم ثبوت الخيار شرعاً في خصوص هذا

المصداق من البيع. وبعبارة أخرى: الالتزام بنقيض ماهو المجعول شرعاً بمقتضى عموم دليل الخيار وإطلاقه.

ومن الواضح أنّ هذا الفرض لايرد عليه إشكال أنّه إسقاط لما لم يجب كي يحتاج إلى الجواب، إذ الإسقاط هو الاعدام الاعتباري لما تحقّق بالاعتبار، ومع فرض رفع حقّ الخيار والمنع عن أصل ثبوته بالشرط لا محلّ لعنوان الاسقاط .

نعم، يرد على هذا الفرض إشكالان:

الاشكال الأوّل: أنّ هذا شرط مخالف للكتاب والسنّة، ولا يجب الوفاء به بالتقريب المتقدّم.

وهذا الأشكال ـ كماترى ـ لامدفع له إلا بما تقدّم من فرض قيام الاجماع على صحّة هذا الشرط بخصوصه، فيكون قرينة على كون خيار المجلس حقّاً مجعولاً شرعاً فيما تجرّد العقد عن شرط عدمه. وتحقّق الاجماع غير بعيد، حيث إنّ ظاهر الأكثر ـ كما استظهره الشيخ[1] العلّامة ﷺ ـ إنّما هو فرض شرط السقوط بهذا المعنى مع تسالمهم على الحكم. بل الحقّ أنّ هذا ليس أمراً يخصّ خيار المجلس، بل الظاهر تسالمهم على صحّة هذا الشرط في مطلق الخيارات، فيكشف إجماعهم عن أنّ الخيارات مطلقا قد جعلت شرعاً بتحقّق موضوعاتها بشرط تجرّدها عن شرط عدمها في ضمن عقد لازم، سواء كان نفس هذا العقد أم عقداً آخر، كما إذا شرط عدم الخيار في بيع في ضمن بيع آخر.

---

(١) المكاسب ٥: ٥١ .

وربما يشهد لهذا مافي صحيحة مالك بن عطيّة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك على مكاتبتك حتّى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبي إذا ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لايكون لها الخيار بعد ذلك، قال عليه السلام: لايكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»[1].

بعد حملها ـ بقرينة الاجماع على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائيّة ـ على ما إذا وقع هذا الشرط في ضمن عقد لازم، أو كان الشرط بعنوان عقد المصالحة، وإن كان الإنصاف أنّه لولا تطبيقه عليه السلام عموم وجوب الوفاء بالشرط على المورد لكان أقرب المحامل لها أنّه دفع المال وأعانها بداعي أن تسقط هي خيارها المعلّق على تماميّة أداء مال الكتابة وتحرّرها، وسيأتي أنّ هذا أمر معقول لا محذور فيه .

الإشكال الثاني: لزوم الدور. وتوضيحه: أنّه لا ينبغي الإشكال في عدم وجوب الوفاء بالشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة، لتنافي جوازها ـ بمعنى جواز فسخها ورفع اليد عنها ـ مع وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنها، لوضوح أنّه مع فسخها لا محالة يزول الالتزام الشرطي قهراً، لكونه التزاماً مبنيّاً على الالتزام بمضمون العقد. وعلى هذا، فيتوقّف وجوب الوفاء بالشرط على لزوم العقد، فلو توقّف لزوم العقد أيضاً على

---

(١) الوسائل ٢٣: ١٥٥ ب «١١» من أبواب المكاتبة ح ١، عن الفقيه ٣: ٥٤٣ ح ٤٨٧٠، والتهذيب ٨: ٢٦٩ ح ٩٧٩. وفي المصادر: عن مالك بن عطيّة عن سليمان بن خالد.

لزوم الشرط ـ كما في محلّ البحث، حيث إنّ العقد خياريّ غير لازم في نفسه، وإنّما يراد إثبات لزومه بوجوب الوفاء بالشرط ـ لزم الدور.

ولكن يندفع هذا الاشكال بما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره.

وملخّصه: أنّه لم يقم دليل ـ لا عقلاً ولا شرعاً ـ على كون لزوم العقد ووجوب الوفاء به موضوعاً لوجوب الوفاء بالشرط وكونه معلّقاً عليه، حتّى يكون متقدّماً عليه بالطبع، ولا على كون وجوب الوفاء بالشرط موضوعاً لوجوب الوفاء بالعقد، بحيث يكون في الرتبة السابقة عليه ومتقدّماً عليه بالطبع، حتّى يكون لازمه تقدّم الشيء على نفسه وتوقّفه على نفسه.

وإنّما الثابت خروج الشرائط المأخوذة في ضمن العقود الجائزة عن عموم وجوب الوفاء بالشرط عقلاً، للزوم التنافي بين دليل جواز العقد ودليل وجوب الوفاء بالشرط، وعدم إمكان تحكيم الثاني على الأوّل، كما إذا اشترط خياطة ثوب في ضمن عقد الوكالة مثلاً.

أمّا التنافي بين الدليلين فلوضوح أنّ الوفاء بالشرط لا يعقل إلا مع بقاء الشرط على شرطيّته، أي: على وصف كونه ملتزماً به، وإلا فنفس خياطة الثوب مع زوال وصف شرطيّته ليس وفاءً بالشرط. وبقاء الشرط على شرطيّته متوقّف عقلاً على بقاء مضمون العقد ـ وهو الالتزام العقدي ـ على حاله، لكون الشرط على الفرض التزاماً مبنيّاً على ذلك الالتزام، فالوفاء بالشرط بوصف شرطيّته متوقّف على بقاء مضمون العقد. فلوكان

(١) المكاسب ٥: ٥٤.

مضمون العقد لازماً في نفسه، فلا مانع من وجوب الوفاء بالشرط أيضاً. وأمّا لوكان مضمون العقد جائزاً في نفسه، وله أن يرفع اليد عنه تكليفاً ووضعاً، فله إعدام موضوع شرطيّة الشرط، فلا يكون هناك شرط يجب الوفاء به، وهذا عين جواز الشرط وعدم وجوب الوفاء به، لجواز العقد وعدم وجوب الوفاء به .

وتوهّم أنّه لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط معلّقاً على فرض تحقّق موضوعه حدوثاً وبقاءً، فيحدث الوجوب بحدوث الشرطيّة والالتزام، ويبقى مادام باقياً، ويزول بزواله، كما فى وجوب إكرام العالم أو حرمة شرب الخمر مثلاً .

توهّم باطل، إذ ما ذكر إنّما هو في التكاليف المتضمّنة للبعث والزجر بالنظر إلى متعلّقاتها لا بالنظر إلى موضوعاتها، ولا يعقل كونها مقتضية لإحداث موضوعاتها ولا لإبقائها بعد حدوثها. وأمّا الوجوب الوضعي فلا معنى له إلّا وجوب حفظ الموضوع وضعيّاً وعدم تأثير إعدامه ولغويّته. فلا معنى للزوم العقد وضعيّاً مادام العقد باقياً، بل معناه بقاء العقد وضعيّاً وعدم قابليّته للانحلال. ففيما نحن فيه لا معنىً لوجوب الوفاء بالشرط ولزومه إلا بقاء الشرط على شرطيّته وعدم قابليّته للانحلال. نعم، إسقاط الحقّ الناشيء من الشرطيّة أمر آخر يرتبط بمن اشترط له ولا ربط له بالمشروط عليه.

هذا، وأمّا عدم إمكان تحكيم دليل وجوب الوفاء بالشرط على دليل جواز العقد، فلوضوح أنّ عدم جواز العقد ولزومه لم يتعنون بالعنوان

الثانوي ـ أعني: كونه شرطاً قد التزم به ـ حتّى يثبت بنفس دليل وجوب الوفاء بالشرط. بل المتعنون به نفس فعل خياطة الثوب الّذي كان لا يملكه المشروط له على المشروط عليه لولا شرطه في ضمن العقد، فلابدّ أن يكون هو الثابت بنفس وجوب الوفاء بالشرط. ومن الواضح أنّ مجرّد توقّف بقاء الشرط على شرطيّته على بقاء مضمون العقد لايوجب الالتزام ببقائه ليكون هو أيضاً شرطاً قد التزم به، حتى يكون دليل وجوب الوفاء بالشرط حاكماً على دليل جواز العقد ويرتفع التناقض .

وبالجملة، لزوم التناقض ـ وكون الشرط لازم الوفاء وغير لازم الوفاء ـ من شمول دليل وجوب الوفاء بالشروط للشروط المأخوذة في ضمن العقود الجائزة، هو الموجب عقلاً للقطع بخروجها عن عموم ذلك الدليل. وهذا ـ كماترى ـ إنّما يتمّ في كلّ شرط لايكون ايجاب الوفاء به عين إيجاب الوفاء بالعقد بابقائه أو مستتبعاً له، كما فى المثال المتقدّم ونظائره.

وأمّا فيما كان إيجاب الوفاء بالشرط عين إيجاب الوفاء بالعقد بابقائه، كما في محلّ البحث لوكان الشرط إسقاط الخيار بعد ثبوته، أو عدم إعمال الخيار بالفسخ، أو كان إيجابه مستتبعاً لايجابه ومستلزماً له قهراً، كما إذا كان الشرط نفس عدم الخيار أو سقوطه بعد ثبوته آناً ما، فلا تناقض في إيجاب الوفاء بالشرط، حيث إنّه بنفس تحقّق الشرط يجب الوفاء به وضعيّاً، لكون وجوب الوفاء به وضعيّاً عين وجوب الوفاء بالعقد وضعيّاً، بمعنى صيرورة العقد به غير قابل للانحلال بفسخ المشروط عليه ولغويّة فسخه، فلا يمكن ـ أي: لايجوز وضعيّاً ـ مع وجوب الوفاء بهذا الشرط

فسخ العقد وإعدام شرطيّة الشرط حتّى لايبقى شرط يجب الوفاء به. وعليه، فلا مانع في نظر العقل من شمول عموم دليل وجوب الوفاء بالشرط لمثله .

وما أفادهقدس سره ـ كماترى ـ يرجع إلى إثبات لزوم العقد باثبات وجوب الوفاء بالشرط بأدلّة وجوبه، ويرتفع معه محذور الدّور لامحالة .

ومن الغريب ما أفاده الأستاذ[1] العلّامةقدس سره في المقام من أنّه لا ينبغي أن يكون مرادهقدس سره بقاء محذور الدّور معه على حاله، بل لابدّ أن يكون مراده إثبات وجوب الوفاء بهذا الشرط بدليل وجوب الوفاء بالعقد الّذي يشمل بعمومه العقد المشروط بمثل هذا الشرط، فيجب الوفاء به بماله من المضمون والشرط. مع أنّ الأمر بالعكس، وأنّه بناءً على أنّ مرادهقدس سره ذلك يبقى محذور الدور على حاله، كما هو واضح لا يخفى .

هذا، ولكن لا يخفى عليك أنّ ما أفادهقدس سره وإن كان دقيقاً في نفسه ومتيناً من حيث مقدّماته، إلا أنّه لا يسلم عن الاشكال من جهات :

الجهة الأولى: إنّ لازم ما ذكر أنّه لو اشترط اللزوم في ضمن العقود الجائزة فيكون الشرط واجب الوفاء، ويصير العقد الجائز في نفسه شرعاً لازماً بمقتضى الشرط، إذ لا مانع من شمول عموم أدلّة الشرط لمثل هذا الشرط، لأنّ إيجاب الوفاء به عين إيجاب الوفاء بالعقد، ولا تناقض في وجوب الوفاء بهذا الشرط على ما هو واضح. مع أنّ هذا ممّا لا يمكن الالتزام به.

---

(١) المحقّق النائينيقدس سره .

الجهة الثانية: إنّ لازمه أيضاً عدم صحّة الشروط الأخر غير شرط سقوط الخيار ـ كشرط خياطة الثوب ونحو ذلك ـ في ضمن العقود الخياريّة بخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط ونحوها، إذا كان زمان الوفاء بالشرط منطبقاً على زمان الخيار المفروض بتمامه من غير زيادة، بل إذا كان زمانه أقلّ من زمانه أو أكثر، لاتّحاد مناط عدم شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط، وهو لزوم التناقض بين وجوب الوفاء به وعدم وجوب الوفاء بالعقد. مع أنّ هذا أيضاً ممّا لايمكن الالتزام به.

الجهة الثالثة: إنّ لازم ما ذكرعدم صحّة شرط الخيار في ضمن العقود اللازمة، إذ وجوب الوفاء بهذا الشرط عين عدم وجوب الوفاء بالعقد وجواز فسخه، ومعه ينحلّ الشرط، فلا يكون هناك شرط حتّى يجب الوفاء به، فيلزم من فرض وجوده ـ أي: وجوب الوفاء بالشرط ـ عدمه.

هذا، كما أنّه لو سلّمنا أنّ وجوب الوفاء بالشرط يتوقّف على وجوب الوفاء بالعقد، فلوكان المفروض اشتراط الخيار وجواز العقد، لكان وجوب الوفاء بالعقد ممّا يلزم من فرض وجوده عدمه .

ولكنّ الحقّ أنّ الإشكال غير وارد على فرض عدم توقّف وجوب الوفاء بالشرط على وجوب الوفاء بالعقد، لوضوح أنّ خروج الشرط عن كونه شرطاً إنّما يلزم من فسخ العقد في الخارج لا من مجرّد جواز فسخه. واستلزام انعدام الشرط وخروجه عن الشرطيّة بالوفاء به لا محذور فيه، وليس من استلزام فرض وجود الشيء عدمه، وإلّا فليكن الأمر كذلك في كلّ تكليف لا محيص عن سقوطه بإطاعته أو عصيانه على ما هو واضح.

والحقّ في المسألة عدم توقّف صحّة الشرط ووجوب الوفاء به على لزوم العقد لزوماً فعليّاً، وتوقّفه عليه لزوماً ذاتيّاً، بمعنى كونه لازماً بطبعه، وإنّما يعرضه الجواز بجعل الحقّ، إمّا بجعل الشارع له ابتداءً أو بجعل المتعاقدين وإمضاء الشارع له.

ولازم ذلك عدم صحّة شرط الأمور الأخر غير الخيار وغير اللزوم في ضمن العقود الجائزة، لما أفادهقدس سره من لزوم التناقض، أو شرط اللزوم فيها، لكونه مخالفاً للكتاب والسنّة، أو شرط الخيار فيها حقّياً، للغويّته بعد فرض جوازها ذاتيّاً.

وكذلك لازمه في العقود اللازمة عدم صحّة شرط اللزوم بمعنى عدم الخيار، للغويّته فيما لم يثبت فيه خيار شرعاً، ولكونه مخالفاً للكتاب والسنّة فيما ثبت الخيار فيه شرعاً. وصحّة شرط الخيار، لعدم تنافيه مع لزوم العقد في نفسه لزوماً حقيّاً يقبل إحداث الحقّ في فسخه، والمفروض تحقّق موضوع صحّة شرطه، وهو لزوم العقد في نفسه .

وكذلك صحّة شرط الأمور الأخر غير الخيار أو إسقاطه أو عدم إعماله، كخياطة الثوب ونحوها، لتحقّق موضوع صحّة الشرط، وهو لزوم العقد في نفسه. ولا يضرّ جواز فسخه من ناحية الخيار.

وكذلك صحّة شرط سقوط الخيار، أو شرط إسقاطه بعد العقد، أو شرط عدم إعماله بالفسخ، كلّ ذلك لتحقّق موضوع صحّة الشرط، وهو لزوم العقد بطبعه. ولا يضرّ جوازه من ناحية الخيار.

والسرّ في ذلك كلّه: أنّ الشرط لا يكون إلّا بالتزام مربوط بالتزام

آخر، وهذا أمر لا يتحقّق في العقود الجائزة أبداً، لعدم الالتزام بشيء في مضامينها، لبنائها على الجواز بحسب طبعها، ودوران بقاء مضامينها الاعتباريّة مدار بقاء الاذن وزوال اعتبارها بزواله. وهذا أمر متحقّق في العقود اللازمة بحسب طبعها، حيث إنّ مضامينها مداليل مطابقيّة لها، ولكن هناك مداليل التزاميّة نوعيّة في إنشائها، وهو التزام كلّ من المتعاقدين بما أنشأه حدوثاً وبقاءً من غير ناحية الحقّ العارض. فلا مانع من ربط التزام بهذا الالتزام، فيتحقّق الشرط، ويعمّه عموم دليل وجوب الوفاء به، أيّ شرط كان مالم يكن مخالفاً للكتاب والسنّة، من دون لزوم توقّف الشيء على نفسه ولا لزوم عدم الشيء من فرض وجوده. وعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق .

الصورة الثانية من صور شرط سقوط الخيار:

شرط سقوط الخيار المجعول في هذا المصداق الخاصّ من البيع، ولكن بعد تحقّقه شرعاً، وفعليّة الحقّ ولو آناً ما لا يسع إلا للسقوط .

وهذا الشرط ليس مخالفاً للكتاب والسنّة، ولا تصرّفاً في الحكم الشرعيّ. وهو واضح.

ولكن يرد عليه ما تقدّم[1] من لزوم الدور. وتقدّم ما أجاب به الشيخ العلّامة قدس سره وما هو الحقّ في الجواب.

كذلك يرد عليه الاشكال بأنّه إسقاط لما لم يجب حين الإسقاط،

(١) في ص: ٨٠ وبعدها .

أعني: حين العقد.

وقد أفاد الشيخ[١] العلّامة قدس سره ومن تبعه في دفع هذا الإشكال: بأنّ وجود المقتضي لثبوت الخيار ـ وهو العقد ـ يكفي في صحّة إسقاطه، ولا يفتقر إلى فعليّته. وكأنّه لأجل أنّ المقتضى ـ بالفتح ـ له نحو من الوجود بوجود مقتضيه.

ولكن فيه:

أوّلاً: إنّ موضوعات الأمور المجعولة ليست عللاً فاعليّة لتلك المجعولات بحيث تترشّح هي منها، حتّى يتصوّر وجودها بنحو الانطواء بوجودها.

وثانياً: إنّ هذا إنّما ينفع بالنظر إلى ما بعد تحقّق العقد، وأمّا في رتبة إنشائه فلا تحقّق للعقد بعد، بل المفروض أنّ نفس إنشاء العقد عين إنشاء إسقاط الخيار، ولازم ذلك أن يكون إيجاد مقتضى الشيء إعداماً له، وهو أمر غير معقول.

فالحقّ في الجواب أن يقال: إنّ توهّم عدم إمكان إسقاط مالم يجب إنّما نشأ من قياس الأمور الاعتباريّة بالأمور الخارجيّة، حيث إنّه لا يعقل إعدام مالم يوجد أو إعدامه خارجاً معلّقاً على فرض وجوده.

ولكنّ التوهّم باطل، فانّ الأمور الاعتباريّة اختيارها بيد المعتبر المنشىء، فكما يمكن إنشاؤها فعلاً، كما في إنشاء الملكيّة في البيع والهبة وإنشاء التحرير في العتق مثلاً، كذلك يمكن إنشاؤها فعلاً ولكن متعلّقاً

---

(١) المكاسب ٥: ٥٥.

بوجوده اللاحق المعلّق على أمر، كمافي إنشاء التمليك في الوصيّة وإنشاء التحرير في التدبير مثلاً. وحيث إنّ الحقوق أمور اعتباريّة تجعل معلّقة على وجود موضوعاتها، وكذلك سقوطها أيضاً أمر لا يتحقّق إلّا بالاعتبار. فكما يمكن إنشاؤها فعلاً إن كان الحقّ فعليّاً، كذلك يمكن إنشاؤها معلّقاً على ثبوت الحقّ وفعليّته في موطن فعليّته وتحقّقه، كإنشاء الطلاق معلّقاً على تحقّق الزوجيّة في موطن تحقّقها، وإنشاء التحرير معلّقاً على تحقّق ملكيّة العبد في موطن تحقّقها. وليس شيء من ذلك أمراً غير معقول، وإنّما يفتقر إلى دليل الإمضاء، فما ثبت عدم إمضائه لامحالة يصير لغواً.

فالإشكال في المقام في إقامة الدليل على الامضاء. فنقول:

المفروض إنشاء السقوط بعد الثبوت ـ أي: معلّقاً عليه ـ لكن لا بإنشاء آخر قبل الثبوت، كي يكون إسقاطاً معلّقاً ابتدائيّاً لم يثبت إمضاؤه، إذ القدر المتيقّن من الاجماع على أنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه إنّما هو إسقاطه بعد ثبوته، لا إسقاطه معلّقاً على ثبوته، ولا بانشاء آخر بعده، كي يكون من شرط الفعل الّذي سيجيء حكمه. بل بنفس إنشاء شرط السقوط، فيكون من شرط النتيجة لا محالة. وكلّ ماهو من قبيل شرط النتيجة لا يصحّ ولا يجب الوفاء به في كلّ ما ثبت شرعاً احتياجه في إنشائه إلى صيغة خاصّة، وأما إذا كان شرط النتيجة ممّا لا يعتبر فيه عقلاً أو شرعاً إنشاؤه بصيغة خاصّة، فلا مانع من شمول عموم دليل وجوب الوفاء بالشرط له. ومن المعلوم أنّ إسقاط الخيار من هذا القبيل.

الصورة الثالثة من صور شرط سقوط الخيار:

شرط إسقاط الخيار بعد تماميّة العقد وفعليّة الخيار بنحو شرط الفعل .

ولا يرد على هذا إشكال كونه مخالفاً للكتاب والسنّة. وهو واضح .

ولكن يرد عليه إشكال الدور، ويندفع بما مرّ.

ولا يرد عليه أيضاً إشكال كونه إسقاطاً لما لم يجب. وهو واضح. ولا إشكال إنشاء الاسقاط بنفس إنشاء الشرط. وهو أيضاً واضح.

الصورة الرابعة من صور شرط سقوط الخيار:

شرط عدم إعمال الخيار بعد تحقّقه وفعليّته بالفسخ. ومرجعه إلى اشتراط عدم الفسخ بنحو شرط الفعل العدمي.

ولا يرد عليه أيضاً إشكال مخالفة الكتاب والسنّة. وهو واضح.

ويرد عليه إشكال الدور، ويندفع بما تقدّم.

ولا يرد عليه إشكال أنّه إسقاط لما لم يجب، ولا إشكال أنّه إنشاء الإسقاط بنفس إنشاء الشرط. وكلّ ذلك واضح لا يخفى .

ثم لا يخفى عليك أنّه على فرض تسليم صحّة الشرط في الصورة الأولى من صور اشتراط سقوط الخيار، فلازمه وجوب الوفاء به وضعيّاً، بمعنى عدم تأثير الفسخ بعد العقد ممّن اشترط عليه، لسقوط خياره، ولغويّته، لانتفاء الخيار على الفرض.

ولكن قد عرفت أنّ تسليم صحّة هذا الشرط لا سبيل إليه إلا بفرض

قيام الاجماع على صحّته بالخصوص، وهو وإن كان ظاهر جماعة[١] من الأصحاب، إلا أنّ الجزم باجماعهم على صحّة الشرط بهذا المعنى في غاية الاشكال، لظهور كلمات بعضهم في القول بصحّة شرط السقوط ببعض معانيه الأخر.

وأمّا في الصورة الثانية، فلازمه أيضاً عدم تأثير الفسخ بعد العقد ممّن اشترط سقوط خياره، لعدم بقاء الخيار بعد العقد بمقدار يمكن إعماله بالفسخ. وقد عرفت أنّ هذا الفرض سليم عن كلّ الإشكالات، ولا يبعد أن ينزّل كلام الأصحاب قدس سرهم على شرط السقوط بهذا المعنى.

وأمّا في الصورة الثالثة، ففي صحّة الفسخ منه بعد العقد لو عصى ولم يسقط الخيار، وكذلك في الصورة الرابعة لو عصى وفسخ، إشكال ينشأ من أنّ وجوب الوفاء بمثل هذه الشروط ـ الّتي هي من أفعال من اشترط عليه وتروكه ـ هل هو وجوب تكليفيّ، أو هو مع الوجوب الوضعيّ أيضاً ـ بمعنى تسلّط المشروط له على فسخ العقد مع عدم وفاء المشروط عليه بالشرط، لتخلّف الشرط الّذي لامحلّ له في محلّ البحث،لكونه من تحصيل الحاصل، نعم له محلّ في الصورة الثالثة قبل الفسخ، لتحقّق تخلّف الشرط دون الصورة الرابعة، إذ قبل الفسخ لم يتحقّق التخلّف، وبعده لا يبقى محلّ للفسخ ـ أو هما مع وجوب الوفاء وضعيّاً كوجوب الوفاء بالعقود وضعيّاً، بمعنى عدم السلطنة على الفسخ ولغويّته بدون التراضي؟ فيكون وجوب الوفاء في محلّ الكلام ـ بهذا المعنى ـ بمعنى لغويّة الفسخ وعدم تأثيره

(١) الخلاف ٣: ٩، غنية النزوع: ٢١٧ .

ممّن اشترط عليه إسقاط الخيار أو اشترط عليه عدم إعماله بالفسخ .

وقد قوّى الشيخ[١] العلّامة قدس سره عدم التأثير في الصورتين قياساً للمقام على التصرّفات الّتي تقع في منذور التصدّق به ونحو ذلك.

ولكنّه لا يخلو عن الاشكال في المقيس والمقيس عليه، إذ انتفاء السلطنة على الفسخ وضعيّاً لا يعقل إلّا بانتفاء الخيار، وإلا فثبوته عين السلطنة على الفسخ وضعيّاً.

وحينئذٍ، فإن كان المراد: أنّ مآل شرط الإسقاط أو عدم الفسخ إلى شرط انتفاء الخيار، فترجع الصورتان إلى الصورة الأولى، ويشكلان بما يشكل الصورة الأولى، من أنّه شرط مخالف للكتاب والسنّة، ولا سبيل إلى القول بصحّته إلا بفرض قيام الاجماع عليها.

وإن كان المراد: أنّ وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً يوجب مبغوضيّة ما ينافيه ـ أعني: نقيض الشرط في الصورة الرابعة ومقارن نقيضه في الصورة الثالثة ـ ومبغوضيّته عين لغويّته وضعيّاً أو يلازمها.

ففيه: أنّه لا وجه لذلك جدّاً على ما حرّر في مبحث النهي عن العبادات والمعاملات.

عدم لزوم شرط سقوط الخيار إلّا إذا وقع في ضمن العقد

ثمّ إنّ هذا الشرط إنّما يترتّب عليه الأثر ويجب الوفاء به ـ على المشهور ـ لو وقع في ضمن العقد، سواء كان الاشتراط بجملة صريحة،

---

(١) المكاسب ٥: ٥٦ .

كأن يقول: بعتك هذا بهذا على أن لايكون لك خيار المجلس، أو حصلت المقاولة على البيع والشراء بذلك الشرط، ثمّ أنشىء البيع والشراء مبنيّاً عليه، كأن يقول: بعتك هذا بهذا على ما تقاولنا عليه، ونحو ذلك.

وتوضيح ذلك: إنّ التزام الشخص بشيء:

تارة: يكون التزاماً ابتدائيّاً غير مرتبط بالتزام الآخر، كأن يقول شخص لآخر: عليّ خياطة ثوبك أو لك عليّ أن أخيط ثوبك.

والظاهر عدم الخلاف المعتدّ به في عدم وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام، لعدم صدق الشرط عليه حتّى تشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط. وذلك من جهة أنّ الشرط ـ على ما يظهر من كلمات بعض اللغويّين[1]، ومن موارد استعمالاته ـ لا يطلق إلا على التزام مربوط ومبنيّ بالتزام آخر، وما لايكون كذلك فحاله كحال الوعد في أنّه إنّما يحسن الوفاء به أخلاقيّاً، ولكن لا دليل على وجوب الوفاء به إلا بناءً على كون المراد من قوله تعالى شأنه: ﴿أوْفُوا بالعُقُود﴾[2] إيجاب الوفاء بمطلق الالتزامات والعهود. وتمام الكلام في ذلك على عهدة محلّه.

وأخرى: يكون التزاماً مربوطاً بالتزام عقدي، ولكن بالبناء القلبيّ فقط من دون إنشاء ذلك، كما لو تقاولا على البيع والشراء والتزم أحدهما بأمر ـ كخياطة الثوب مثلاً ـ على تقدير البيع والشراء، فأنشآ البيع والشراء بلا إشارة إلى ذلك في ضمن العقد، بل بإنشاء العقد مبنيّاً على ذلك الالتزام.

---

(١) لسان العرب (٧: ٣٢٩): «الشّرطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه».

(٢) المائدة: ١.

وهذا هو المصطلح عليه بشرط التباني. والمشهور عدم وجوب الوفاء به أيضاً. وليس ما حكي عن الشيخ[١] والقاضي[٢] صريحاً في المخالفة والقول بوجوب الوفاء به.

وكيف كان، فالوجه في ذلك هو عدم شمول لفظ الشرط الواقع في أدلّة وجوب الوفاء به لمثل هذا الالتزام المرتبط بالالتزام العقديّ قلباً، بل المرتكز في أذهان العرف أنّ حال الاشتراط كحال نفس مضامين العقود والإيقاعات الّتي تتحقّق بالاعتبار، في أنّه لا يعتبر تحقّقها عند العقلاء بمجرّد البناء القلبيّ عليها،بل لابدّ من انشائها بالأسباب المعهودة لانشائها.

فكما أنّ مجرّد البناء القلبي من البائع والمشتري على كون المبيع للمشتري والثمن للبائع لا يكفي في اعتبار العقلاء لتحقّق البيع وترتيب الآثار عليه، بل يفتقر إلى إنشاء تلك المبادلة بايجابها الخاص، كذلك الاشتراط ـ كاشتراط خياطة المشتري ثوب البائع مثلاً مبنيّاً على تحقّق تلك المبادلة ـ لا يعتبر عند العقلاء، ولا يرتّب عليه الأثر بمجرّد البناء القلبي،بل لابدّ من إنشاء الارتباط بين الالتزامين بالطرق المتعارفةلانشائه. وهو يتحقّق بأحد أمرين: إمّا بإنشاء البيع وإنشاء الاشتراط في ضمنه صريحاً، أو بالاشارة في ضمن البيع إلى المقاولة السابقة والبناء عليها.

---

(١) الخلاف ٣: ٢١ مسألة (٢٨) من كتاب البيوع. وفيه: «إذا شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صحّ الشرط، ولزم العقد بنفس الايجاب والقبول..... دليلنا: أنّه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الأخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضع».

(٢) جواهر الفقه: ٥٤ مسألة (١٩٥).

فرع: ذكر العلّامة قدس سره في التذكرة[١] مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بأن قال: لله عليّ أن أعتقك إذا بعتك.

ويقع الكلام تارة: في صحّة النذر وانعقاده. وأخرى: في صحّة اشتراط نفي الخيار على تقدير صحّة النذر. وثالثة: في صحّة إسقاط الخيار بعد تماميّة العقد وعدمها.

أمّا المقام الأوّل فنقول:

لو كان المنذور هو العتق على تقدير البيع وانتقال الملك كي يكون العتق من غير المالك، فلا ينبغي الاشكال في بطلان النذر وعدم انعقاده، لكونه نذراً لغير المشروع.

وإن كان المنذور هو إحداث الدّاعي والتسبيب إلى إعتاق من ينتقل إليه، فلا ينبغي الاشكال في صحّة النذر وانعقاده مع فرض مقدوريّة هذا التسبيب له، غاية الأمر أنّه مع عدم إجابة المشتري ينكشف بطلان النذر وعدم انعقاده. كما لا ينبغي الإشكال في أنه لا يمنع الناذر من التصرّف المشروع في العبد قبل بيعه لا تكليفاً ولا وضعاً، كما لا يمنع من شرط سقوط الخيار في ضمن العقد، حيث إنّه لا ينافي النذر، بل يمهّد الطريق للوفاء به، ولا من شرط الخيار فيه، لوضوح أنّ ثبوت الخيار بالشرط في البيع كثبوته في المجلس بحكم الشارع، في أنّه بمجرّده لا ينافي الوفاء بالنذر. نعم، يشكل إعمال الخيار بالفسخ، وسيتّضح حكمه.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٨٩.

هذا، وإن كان المنذور عتقه بنفسه بعد البيع، ولكن بإعادته إلى ملكه، إمّا بالفسخ أو الابتياع أو الاتّهاب ونحو ذلك، فلا ينبغي الاشكال أيضاً في صحّة النذر وانعقاده، لكون ما التزم به أمراً مقدوراً له في الجملة.

كما لا ينبغي الاشكال في أنّه لا يمنع الناذر من التصرّف المشروع في العبد لا تكليفاً ولا وضعاً، ومنه نفس البيع.

كما لا ينبغي الاشكال في أنّه لايمنع ـ لا تكليفاً ولا وضعاً ـ من شرط سقوط خيار المشتري، ولا شرط سقوط كافّة الخيارات له، وذلك لوضوح أنّ المشتري ليس مكلّفاً بالوفاء بنذر البائع، وإنّما المكلّف بذلك هو نفس البائع، فالتزامه بسقوط خياره في ضمن العقد ـ كإسقاطه بعد تماميّة العقد ـ لا وجه لعدم صحّته تكليفاً أو وضعاً. وأمّا إلزام البائع بسقوط خيار المشتري في ضمن العقد، فلا ينافي إمكان وفائه بالنذر بعد كونه بنفسه ذا خيار في البيع.

وكذلك لا ينبغي الاشكال في صحّة اشتراط البائع سقوط بعض الخيارات الثابتة له شرعاً عند تحقّق سببها، كخيار العيب أو الغبن ونحو ذلك، لوضوح كفاية خيار المجلس في إمكان وفائه بالنذر. بل لامانع من شرط سقوط خيار المجلس أيضاً،سواءعلم بانتفاءخيار آخر له أم احتمل وجود ذلك، غاية الأمر يكون وجوب الوفاء بالشرط مراعىً بانكشاف الواقع. فلو انكشف وجود خيار آخر له لامانع من وجوب الوفاء بالشرط. ولو انكشف عدم خيار آخر له، فيكون لزوم الوفاء بالشرط لا محالة منافياً لوجوب الوفاء بالنذر، وتصل النوبة إلى البحث في المقام الثاني.

المقام الثاني: ويقع البحث في أحد فرضين: إما فرض شرط انتفاء خصوص خيار المجلس مع تبيّن انتفاء خيار آخر له، أو فرض شرط سقوط كافّة الخيارات الثابتة له شرعاً.

وحيث إنّ الكلام في شرط انتفاء الخيار في البيع، أو شرط سقوطه بمجرّد ثبوته، بناءً على صحّة الشرط بهذين النحوين، بحيث تكون النتيجة عدم الخيار للبائع بعد تماميّة العقد لو صحّ الشرط ووجب الوفاء به وضعيّاً. وكذلك شرط إسقاطه بعد العقد، أو شرط عدم إعماله بالفسخ، بناءً على أنّه لو صحّ الشرط بهذين النحوين ووجب الوفاء به تكليفاً، لكان لازمه انتفاء سلطنة ذي الخيار على إعماله وضعيّاً ولغويّة فسخه. ولكن قد عرفت الاشكال في إمكان استفادة هذا المعنى من وجوب الوفاء بالشرط وضعيّاً، وعدم اقتضاء وجوب الوفاء تكليفاً ذلك.

وكيف كان، فيقع نظير هذا البحث في وجوب الوفاء بالنذر فيما كان المنذور فعل الناذر، كالعتق على تقدير البيع في محلّ الكلام، وأنّه:

هل هو وجوب تكليفيّ فحسب ـ سواء كان ما يفوت الوفاء به من الأمور الّتي ليس لها أثر وضعي، كذبح منذور التصدّق وأكله، أم كان من الأمور الّتي لها أحكام وضعيّة، كالبيع والهبة ونحو ذلك، بحيث لو باعه مثلاً صحّ ولزم، وتحقّق الحنث ووجبت الكفّارة ـ كي لاينافي في محلّ الكلام أيضاً صحّة شرط انتفاء الخيار ووجوب الوفاء به وضعيّاً، بمعنى انتفاء الخيار والسلطنة على الفسخ ولغويّته لو فعل، بل غاية الأمر أنّه ينتفي الخيار ويلزم البيع، ولا يتحقّق الحنث أيضاً لو تمكّن الناذر من

إرجاع العبد إلى ملكه ـ ليعتقه ـ بطريق آخر غير الفسخ بالخيار، بل بتقايل أو شراء ونحو ذلك، ويتحقّق الحنث وتجب الكفّارة لولم يتمكّن من إرجاعه إلى ملكه بطريق آخر؟

أو هو وجوب تكليفيّ متعلّق بالوفاء بالنذر، ولكنّه يقتضي حكماً وضعيّاً، وهو لغويّة التصرّفات الوضعيّة الّتي توجب عدم التمكّن من الوفاء بالنذر، كبيع منذور التصدّق أو شرط سقوط الخيار في بيع منذور العتق في محلّ الكلام. ولازمه بطلان شرط انتفاء الخيار وضعيّاً، وعدم وجوب الوفاء به كذلك، وعدم تحقّق الحنث بمجرّد إنشاء الشرط، بل يبقى وجوب الوفاء بالنذر على حاله، وإنّما يتحقّق الحنث بترك الفسخ وعدم إرجاع العبد إلى مالكه ليعتقه؟

والتحقيق هو الأوّل،لعين البيان المتقدّمفي وجوب الوفاء بشرط الفعل.

نعم،لو كان النذر نذر النتيجة،كنذر كون المال صدقة، فمقتضى وجوب الوفاء بالنذر ـ على القول بصحّته ـ عدم سلطنة الناذر على التصرّفات الوضعيّة فيه، لكونه خارجاً عن ملكه بمجرّد انعقاد النذر وصحّته. كما أنّه يحرم عليه سائر التصرّفات أيضاً فيه، لكونه تصرّفاً في مال الغير، لا من حيث إنّه حنث للنذر، لوضوح أنّ مثل هذا النذر ـ على القول بصحّته ـ لاحنث له قطعاً. وتفصيل الكلام في ذلك على عهدة محلّه.

وكيف كان، المفروض في محلّ البحث نذر الفعل، لبطلان نذر النتيجة، لأنّه نذر للانعتاق، والعتق ممّا يعتبر فيه شرعاً سبب خاصّ.

وحينئذٍ، فعلى ما هو الحقّ لوكان شرط انتفاء الخيار بأحد النحوين

الأوّلين فيصحّ الشرط وضعاً، ولا يتسلّط على الفسخ. ويتحقّق حنث النذر وتجب الكفّارة. ولا يتزاحم وجوب الوفاء بالنذر تكليفاً مع وجوب الوفاء بالشرط وضعيّاً، إذ التزاحم إنّما هو في مرحلة التنجّز والامتثال.

ولو كان الشرط شرط الفعل بأحد النحوين فلا محالة يتزاحم وجوب الوفاء بالنذر تكليفاً مع وجوب الوفاء بالشرط كذلك، والقدرة في كليهما شرعيّة على ما حرّرناه في محلّه، وفي مثله لا مانع من تقديم ما سبق تحقّق موضوعه، وهو في المقام وجوب الوفاء بالنذر، فلابدّ من سقوط الوفاء بالشرط. فيجوز له ترك إسقاط الخيار وإعماله بالفسخ، بل يجب ويتعيّن ذلك، لتوقّف الوفاء بالنذر عليه. هذا هو حقّ القول في المسألة .

هذا، وهل يبطل نفس البيع بذلك أم لا، أيّاً كان فرض بطلان الشرط وعدموجوب الوفاء به؟وهذايبتني على إفساد الشرط الفاسدللعقد وعدمه.

فعلى القول بالإفساد يفسد البيع،وينتفي موضوع وجوب الوفاءبالنذر، لعدم تحقّق ما علّق عليه. وأمّا على ما هو الحقّ من عدم الإفساد فيبقى العقد على صحّته، ويجب الوفاء بالنذر بفسخه وإرجاع العبد إلى ملكه ليعتقه. ولكنّه لو عصى وأسقط الخيار بعد العقد أو أعمله بالإمضاء، فيلزم البيع، ويتحقّق الحنث وتجب الكفّارة. وعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق.

المسقط الثاني: إسقاط الخيار بعد العقد

لا خلاف ظاهراً في سقوط خيار المجلس بإسقاطه بعد العقد. وكفاه دليلاً في المسألة، مضافاً إلى أنّ الاسقاط ملازم عقلاً وعرفاً مع الرضا

ببقاء العقد وإقراره. فهو وإن لم يكن إعمالاً للحقّ بالامضاء، بل هو إعراض عن الحقّ، إلا أنّه كاشف قطعيّ عن إرادة إقرار العقد وخروجه عن معرضيّة الفسخ بهذا الخيار، فيشمله النصّ[1] الدالّ على أنّ التصرّف مسقط للخيار، لكشفه نوعاً عن الرضا بإقرار العقد، بل بالأولويّة، حيث إنّ الكاشفيّة عن الرضا في الإسقاط كاشفيّة فعليّة قطعيّة، بخلاف التصرّف، فإنّها فيه ظنّية نوعيّة.

هذا، ولكنّ الظاهر أن تسالمهم على الحكم ليس لخصوصيّة في خيار المجلس، بل إنّما هو لكون خيار المجلس وسائر الخيارات من الحقوق، والحقوق بما لها اعتبار عقلائي قابلة للإسقاط والإعراض، وبذلك يزول اعتبارها عند العقلاء، كما أنّها قابلة للاحداث بالشرط أو السبق ونحو ذلك. فحالها كحال الأموال، في أنّها قابلة لاحداث ملكيّتها بأسبابها الخاصّة الّتي منها الحيازة والإحياء، أو إزالة ملكيّتها بالإعراض.

فكما أنّهم يرون صيد السمك من البحر أو الطير من السّماء سبباً وموضوعاً لاعتبار اختصاص المصطاد بالصائد اختصاص ملكيّة تترتّب عليها آثار خاصّة كما تترتّب على الملكيّة الحاصلة بمثل الشراء والارث ونحوهما. كذلك يرون الإعراض عنه وإعادته إلى البحر أو الجوّ سبباً وموضوعاً لاعتبار زوال الملكيّة، وعود المصطاد إلى ما كان عليه قبل الصيد، من كون الناس بالنسبة إليه شرعاً سواء.

كذلك يرى العقلاء الحقوق قابلة للحدوث القهري والإحداث

---

(١) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١.

الاختياري بأسبابهما الخاصّة الّتي منها جعل الشارع، ومنها شرطه في ضمن العقد. فيرون هذه الأمور شرائط وموضوعات لنفس حقيقتها واعتبار تحقّقها، وقابلة للإعراض والإسقاط بإسقاط اعتباري، بمعنى أنّهم يرون إنشاء إسقاطه موضوعاً لاعتبار زواله بعد ثبوته. ولم يرد في الشرع ما يصلح أن يكون ردعاً لهذه الطريقة المألوفة الدائرة بين العقلاء، لا في الأموال ولا في الحقوق.

ولذا يكون من أظهر خواصّ الحقّ المميّز له عن الحكم قابليّته للاسقاط والإعراض في نفسه وبحسب طبعه، باعتبار أنّ صاحب الحقّ كان واجداً له كواجديّته لأملاكه وأمواله، وله الاعراض عنه، فيعتبر فاقداً له. وإن كان هناك بعض مميّزات أخر أيضاً، فإنّ من الحقوق ـ مضافاً إلى ذلك ـ ما يكون قابلاً للنقل الاختياري بلا عوض أو مع العوض، أو بالانتقال القهريّ بالارث، على ما فصّل القول فيه في محلّه.

وما شاع في ألسنتهم من: «أنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه» إنّما هو قاعدة مطّردة مبنيّة على هذا الارتكاز، وليس ممّا ورد فيه نصّ خاصّ أو استفيد من استقراء موارد الحقوق في الشرع .

وبالجملة، فليست هذه قاعدة تعبّدية حتّى نحتاج في إقامة الدليل عليها إلى التمسّك بالاجماع على القاعدة العامّة أو في كلّ مورد بخصوصه، أو التمسّك بعموم قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، حتّى يناقش في ذلك بأنّ الظاهر من دليل القاعدة إثبات سلطنة الناس على التصرّفات المتعلّقة بالأموال، ولا دلالة فيها بنحوٍ على سببيّة أسباب

خاصّة للملكيّة أو زوالها.

فكما لاسبيل إلى التمسّك بعموم القاعدة لإثبات صحّة البيع بالعقد الفارسيّ ـ مثلاً ـ أو لإثبات زوال الملكيّة بالإعراض عن الأملاك.

فكذلك لا سبيل إلى إثبات سببيّة إنشاء الإسقاط لزوال اعتبار الحقّية لا بالأولويّة ولا بالمساوات، لعدم ثبوت هذا الحكم في المنطوق حتّى يثبت في المفهوم بالاستفادة العرفيّة المبنيّة على التلازم بنحو المساوات أو الاستلزام بنحو الأولويّة.

ثمّ إنّ الظاهر ـ كما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ عدم اعتبار صيغة خاصّة في إسقاط الخيار، بل سائر الحقوق أيضاً، بل يكفي إنشاء الإسقاط بأيّ فعل أو قول دالّ على الاعراض عن الحقّ ورفع اليد عنه. وعلى هذا بنينا فيما مرّ صحّة شرط سقوطه المعلّق على ثبوته في ضمن العقد بنحوٍ يكون نفس إنشاء هذا الشرط إنشاءً لإسقاطه معلّقاً على فرض ثبوته.

وعلى هذا، فلو أسقط أحدهما خيارهما ورضي الآخر، فنفس دلالته على الرضا بالسقوط إنشاء للإسقاط، فيسقط خياره بذلك، لا أنّه يسقط بإسقاط الآخر، وإسناد ذي الخيار ذلك الإسقاط إلى نفسه بالرضا اللاحق، حتّى يبتني على جريان الفضوليّة في الايقاعات.

قول أحدهما لصاحبه: اختر

مسألة: قد ورد في بعض أخيار الباب ـ وهو ما نقله ابن أبي جمهور

---

(١) المكاسب ٥: ٦١ ـ ٦٢.

الأحسائي في كتابه درر اللئالي على ما في المستدرك[١] ـ قوله صلى الله عليه وآله: «البيّعان بالخيار مالم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر».

وهذا الحديث شاذّ في أخبار الباب، وناقله قدس سره ـ مع جلالة قدره ـ لم يكن بناؤه في الكتابين ـ أعني: عوالي اللئالي ودرر اللئالي ـ على الاتقان والدقّة في أسناد ما ينقله فيهما، بل ينقل الأخبار الصحيحة والضعيفة والخاصّية والعامّية بنسق واحد، كالكشكول المبنيّ على قلّة الاعتناء بطرق ما ينقل فيه. ولذا يشكل الاعتماد على ما يتفرّد بنقله فيهما من الأخبار. فيشكل في محلّ البحث البناء على كون خيار المجلس مغيّاً ـ من حيث أمد ثبوته ـ بغايتين تعبّديّتين، إحداهما: التفرّق، والأخرى: قول أحدهمالصاحبه: اختر، بحيث يسقط بكلّ منهما خيارهما تعبّداً. ولكن مع ذلك قد عنونوا هذه المسألة، وتكلّموا في حمل الحديث على معنى ينطبق على القاعدة.

فنقول:صدور هذه الجملة من الآمربالاختيار يتصوّرعلى وجوه أربعة:

أحدها: أن يكون مراده مجرّد استعلام ما يريده المخاطب من الامضاء أو الفسخ، بلا إعمال لخيار نفسه، لا بالإسقاط، ولا بالإمضاء، ولا بالنقل إلى المخاطب، ولا بالتفويض إليه.

ومن الواضح أنّ هذا بمجرّده لا يوجب سقوط خيار نفسه فضلاً عن خيار المخاطب. فإن أجاب المخاطب بالفسخ فلا محالة يسقط خيارهما. وإن أجاب بالامضاء فللآمر الامضاء أو الفسخ. وإن سكت فلكلّ منهما

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٢٩٩ ب «٢» من أبواب الخيار ح ٣.

الامضاء أو الفسخ.

الثاني: أن يكون مراده نقل خياره إلى المخاطب. فبناءً على صحّة هذا النقل لا محالة ينتفي خيار الآمر دون المخاطب.

فإن أجاب بالفسخ ـ بإعمال خيار نفسه أو خيار صاحبه أو كليهما ـ لا محالة يسقط الخياران. وإن أجاب بالامضاء من الجانبين، فلا محالة يسقط الخياران.

وإن أمضى من ناحية خيار الآمر فقط، فلا محالة يبقى خيار نفسه على حاله. وإن أمضى من ناحية خيار نفسه، فلا محالة يبقى خيار الآمر على حاله. إلا أن يقال: إنّ نقل الآمر خياره إلى المخاطب يوجب الانتقال والسقوط كما في بيع الدين على من هو عليه.

وإن سكت فيبقى الخياران للمخاطب على حالهما. كلّ ذلك بناءً على عدم اعتبار القبول من المنتقل إليه، وإلا فحيث لا دلالة أخرى على القبول إلا إجابة المخاطب عملاً، ولازم ذلك سقوط الخيارين بمجرّد إجابته بالامضاء أو الفسخ، لكونه ظاهراً حينئذٍ في الامضاء أو الفسخ من الجانبين. كما أنّ لازمه عدم تحقّق النقل مالم تتحقّق الإجابة عملاً، وبقاء خيار الآمر والمخاطب على حاله، لعدم تحقّق القبول من المخاطب.

الثالث: أن يكون مراده تفويض إعمال خياره إلى المخاطب، بمعنى توكيله في إعمال الخيار إمضاءً أو فسخاً. ولازمه بقاء خيارهما على حاله، وعدم سقوط خيار الآمر بمجرّد التوكيل والتفويض.

فبناءً على افتقار هذا التوكيل إلى القبول، لو أجاب بالإمضاء فظاهره

الامضاء من الجانبين. وإن أجاب بالفسخ فكذلك. وإن سكت فخيار كلّ منهما باقٍ على حاله.

وأمّا بناءً على عدم الحاجة إلى القبول، فإن أجاب بالامضاء من الجانبين سقط خيارهما. وإن أجاب بالامضاء من جانبه فقط، فيبقى خيار الآمر على حاله. وإن أجاب بالامضاء من جانب الآمر، فيبقى خيار المخاطب على حاله. وإن أجاب بالفسخ، فيسقط الخياران كلاهما. وإن سكت فيبقى خيارهما على حاله.

الرابع: أن يكون مراده الدلالة على أنّه قد أعمل خيار نفسه بالامضاء أو أسقطه، وذلك باستعلام ما يريده المخاطب، وأنّه هل يريد الامضاء حتّى يطمئنّ بتماميّة البيع، أو الفسخ حتّى يطمئنّ بانحلال العقد؟ ولازمه سقوط خيار الآمر سواء أجاب المخاطب بالامضاء أو الفسخ أم سكت، وسقوط خيار المخاطب أيضاً لو أجاب بالإمضاء أو الفسخ دون ما إذا بقي ساكتاً.

ولا يخفى عليك أنّ شيئاً من هذه الفروض الأربعة ليس فيه ما يوجب سقوط الخيارين معاً بمجرّد صدور هذه الجملة من الآمر، كما هو مقتضى الظهور السياقي في الرواية، حيث جعل فيها كلا الأمرين ـ أي: التفرّق وذلك القول ـ غاية للخيارين بنسق واحد. فحمل الرواية على أحد هذه الفروض لا يوجب انطباق الحكم على القاعدة، بل لا محيص عن رفع اليد عن ذلك الظهور السياقي ووحدة السياق، وحمل الرواية على كون التفرّق غاية لكلا الخيارين، وصدور ذلك القول غاية لخيار الآمر فقط .

وحينئذٍ فيدور الأمر بين الوجه الثاني والرابع فقط. والأظهر هو الحمل على الوجه الرابع، بل لا يبعد أن يكون هو الظاهر والشائع المتعارف في هذا القول في زماننا وفي الأعصار السابقة. وأمّا الحمل على الوجه الثاني ففي غاية البعد جدّاً، وإن احتمل الشيخ[١] العلّامة قدس سره كونه أمراً شائعاً في الأعصار السابقة.

المسقط الثالث: افتراق المتبايعين

لا خلاف ولا إشكال في انتهاء أمد خيار المجلس بحصول التفرّق في الجملة. والنصوص[٢] المستفيضة متطابقة في الدلالة على تحديده بذلك.

ويقع البحث فيه في جهات:

الجهة الأولى: فيما يتحقّق به الافتراق. ومن الواضح أنّ المراد من التفرّق بحسب المتفاهم العرفي من أخبار الباب زوال الهيئة الاجتماعيّة العرفيّة الّتي كانت حاصلة لهما حين البيع، سواء كانا جالسين أم قائمين، ساكنين أم متحرّكين، راكبين أم ماشيين. وهذا ـ كما ترى ـ أمر عرفيّ ينتزع عن وحدة مكانهما حين العقد وحدة عرفيّة تتحقّق في جميع الصور المذكورة بنسق واحد. ولا يضرّ في صدقها وجود فاصلة بينهما ـ قليلة أو كثيرة ـ مالم تبلغ حدّاً لا يصدق عليهما عرفاً أنّهما مجتمعان في مكان واحد. فكما أنّ تحقّق عنوان الاجتماع ليس أمراً عقليّاً، بل هو أمر عرفيّ

---

(١) المكاسب ٥: ٦٤.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٥ ب«١» من أبواب الخيار.

يدور مدار الصدق العرفي، كذلك زواله بعد تحقّقه أيضاً ليس أمراً عقليّاً، بل هو أمر عرفيّ يدور مدار الصدق العرفي.

والسرّ في ذلك كلّه هو تبادر إرادة التحقّقات العرفيّة من أمثال هذه العناوين المأخوذة في متعلّقات الأحكام أو موضوعاتها. ولا يحتمل بحسب المتفاهم عند أبناء المحاورة إرادة تحقّقاتها بالدقّة العقليّة مالم تقم قرينة على إرادتها. فالمناط في صدق الاجتماع وبقائه صدق أنّه كان معه والآن معه، والمناط في صدق التفرّق صدق أنّه كان معه والآن ليس معه. وهذا يختلف بحسب الموارد والأمكنة وكيفيّة الاجتماع والمعيّة الحاصلة لهما فيها.

فلوكان أحدهما في غرفة والآخر في أخرى، وتبايعا وبينهما باب مفتوح، فإذا فرغا من البيع وسدّ الباب بينهما صدق الافتراق واللامعيّة المناقضة للمعيّة السابقة، بدون حاجة إلى تغيير مكانهما الّذي كانا جالسين فيه.

ولو كانا في غرفة وتبايعا وبينهما خطوة أو أقلّ أو أكثر، ثم قام أحدهما ليأتي بمداد وقرطاس لكتابة المعاملة، فلا ينبغي الاشكال في أنّه يصدق عليهما أنّهما مجتمعين، ولا يصدق بمجرّد هذا الابتعاد أنّه كان معه والآن ليس معه.

وعليه، فمن الزائد البحث عن أنّه هل تعتبر الخطوة، أو يكفي الأقلّ منها، أو لا تكفي هي أيضاً؟ بل لابدّ من إناطة الحكم بالصدق العرفي المختلف بحسب اختلاف أنحاء الاجتماعات والمجامع.

فلا وجه لدعوى الانصراف إلى أزيد من الخطوة وعدم كفايتها مطلقا، كما نسبه الشيخ[١] العلّامة قدس سره إلى تصريح[٢] بعض، ولا لدعوى الاطلاق وكفاية الخطوة بل أقلّ منها مطلقا، كما هو ظاهر[٣] الشيخ العلّامة قدس سره .

كما لا وجه للاستناد في عدم كفاية الخطوة واعتبار الخطوات إلى ما نقل عن فعل[٤] الباقر عليه السلام وقوله، حيث خطا خطوات ليجب البيع، ولم يكتف بخطوة أو أقلّ منها، ومع ذلك علّق وجوب البيع على مثل الخطوات تعليقاً لفظيّاً أيضاً في جواب سؤال[٥] الصادق عليه السلام .

وذلك لوضوح أنّ فعله عليه السلام لعلّه كان لخصوصيّة في اجتماعه مع البائع، بحيث لا يصدق زوال الاجتماع والمعيّة إلا بالخطوات لا بالخطوة ولا بغير الابتعاد المكاني. ولا دلالة فيه بوجه على أنّ التفرّق يتوقّف دائماً على الابتعاد المكاني بخطوات. كما أنّ تعليقه عليه السلام وجوب البيع على مشيه بخطوات كان لذلك، لا لأنّ وجوب البيع يتوقّف دائماً على الابتعاد المكاني بخطوات.

---

(١) المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) وهو السيّد الطباطبائي في رياض المسائل ٨: ٢٩٢.

(٣) المكاسب ٥: ٦٦ ـ ٦٧ .

(٤) الوسائل ١٨: ٨ ب«٢» من أبواب الخيار ح ٢، عن الفقيه ٣: ٢٠٤ ح ٣٧٦٩. وإليك نصّ الحديث: عن محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إنّي ابتعت أرضاً، فلمّا استوجبتها قمت فمشيت خطاً ثمّ رجعت، فأردت أن يجب البيع».

(٥) الوسائل ١٨: ٩ ب «٢» من أبواب الخيار ح ٤، التهذيب ٧: ٢٠ ح ٨٦، الاستبصار ٣: ٧٢ ـ ٧٣ ح ٢٤١. وإليك نصّ الحديث: عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «.... إنّ أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض، فابتاعها من صاحبها بدنانير، فقال: أعطيك ورقاً بكلّ دينار عشرة دراهم، فباعه بها، فقام أبي، فاتّبعته فقلت: يا أبه لم قمت سريعاً؟ قال: أردت أن يجب البيع».

الجهة الثانية: في بيان حقيقة الاجتماع والافتراق وما يتحقّقان به. وحيث إنّ الافتراق بعد الاجتماع ليس إلّا انعدام الاجتماع، فهما لا محالة أمران قائمان باثنين. فالبيّعان هما المجتمعان وهما المفترقان.

فالاجتماع القائم بهما يتحقّق تارةً من حيث الحدوث : بصدور فعلين اختياريّين منهما، كأن يتحرّك كلّ منهما إلى جانب الآخر. وتارة أخرى: بصدور فعل اختياريّ من أحدهما وترك اختياريّ من الآخر، كأن يكون أحدهما جالساً ويتحرّك الآخر نحوه باختياره. ويتحقّق ثالثة: بفعلين غير اختياريّين منهما، كأن يدفعهما ثالث إلى مكان واحد، أو بفعلين إراديّين إكراهيّين، كأن يتوعّدهما قاهر بالإضرار لولم يدخلا الدار مثلاً، فيدخلان فيها بإرادتهما دفعاً لضرره، أو بفعل اختياريّ من أحدهما وفعل اضطراريّ غيرإراديّ أو إراديّ إكراهيّ من الآخر، كأن يدخل أحدهما الدار باختياره، ويدفع ثالث الآخر إليها أو يكرهه على الدخول فيها. ولاخفاء في أنّ جميع ذلك مصاديق حقيقيّة للاجتماع القائم بهما من حيث الحدوث.

وكذلك الحال في الاجتماع من حيث البقاء. فيتحقّق تارة: بتركين اختياريّين منهما، كأن لم يتحرّكا من مكانهما. وأخرى: بتركين غير إراديّين، كأن لم يتحرّكا من مكانهما لإلجائهما على البقاء، أو بتركين إراديّين إكراهيّين، كأن يبقيا دفعاً لضرر من توعّد بالضرر على حركتهما، أو بترك إراديّ غير إكراهيّ من أحدهما، وترك غير إراديّ أو إكراهيّ من الآخر، كأن يبقى أحدهما في الدار بإرادته، ويبقى الآخر لإلجائه على البقاء أو إكراهه عليه بتوعيد الضرر على الخروج. ولاخفاء في أنّ جميع

هذه مصاديق حقيقيّة لبقاء الاجتماع القائم بهما.

وكذلك الافتراق بعد الاجتماع من حيث الحدوث يتحقّق تارة: بفعلين إراديّين، كأن يتحرّك كلّ منهما إلى جهة. وأخرى: بفعل إراديّ من أحدهما وترك إراديّ من الآخر، كأن يتحرّك أحدهما بإرادته، ويبقى الآخر على حاله بإرادته. وثالثة: بفعل غير إراديّ أو غير اختياريّ منهما، كأن يتحرّك كلّ منهما إلى جانب بدفع دافع أو بتوعيد قهّار للضرر. ورابعة: بفعل إراديّ من أحدهما وترك غير إراديّ أو غير اختياريّ من الآخر، كأن يتحرّك أحدهما بإرادته ويبقى الآخر على حاله لإلجائه على البقاء أو باكراه مكره له عليه بتوعيد الضرر. وخامسة: بفعل غير إراديّ أو غير اختياريّ من أحدهما وترك إراديّ من الآخر، كأن يتحرّك أحدهما بدفع دافع أو بتوعيد ضرر على تركه، ويبقى الآخر على حاله بإرادته.

ولاخفاء في أنّ جميع هذه مصاديق حقيقيّة وعقليّة وعرفيّة لعنوان الافتراق بعد الاجتماع.

ومن ذلك تظهر حال الافتراق من حيث البقاء القائم بهما. ولا حاجة إلى بيان صور بقائه على الافتراق وعدم انقلابه إلى حدوث الاجتماع، لعدم دخالته في محلّ البحث.

وكيف كان، فقد تحصّل أنّه لا محلّ لتوهّم أنّ عنوان الاجتماع أو الافتراق لا يتحقّق إلا بأمرين وجوديّين من المجتمعين أو المفترقين. كما أنّه لا محلّ لتوهّم أنّهما لا يتحقّقان إلا بأمرين وجوديّين أو عدميّين أو وجوديّ وعدميّ إراديّين واختياريّين للمجتمعين أو المفترقين.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ كلّاً من الاجتماع بعد الافتراق أو الافتراق بعد الاجتماع أمران انتزاعيّان وجوديّان، سواء كان منشأ انتزاعهما أموراً وجوديّةمحضة أم عدميّة محضةأم مركّبةمنهما. وهما متضادّان لايجتمعان معاً. ولاتناقض بينهما، بل كلّ منهما لازم لنقيض الآخر. فالاجتماع نقيضه رفع الاجتماع، ولازمه تحقّق الافتراق. وكذلك نقيض الافتراق رفعه، ولازمه تحقّق الاجتماع. فنقيض الاجتماع حدوثاً عدم حدوثه، ونقيضه بقاءً عدم بقائه، ولازمهما حدوث الافتراق. ونقيض الافتراق حدوثاً عدم حدوثه، ونقيضه بقاءً عدم بقائه، ولازمهما حدوث الاجتماع، فلا تغفل.

الجهة الثالثة: في بيان الافتراق الإراديّ أو الإكراهي.

هل الافتراق المجعول غايةللخيارين هو مطلق ما يتحقّق به الافتراق، أو خصوص الإراديّ والاختياريّ منه؟

وقد تكلّموا في ذلك واضطربت كلماتهمﷺ فيه، حتّى أنّ الشيخ[1] العلّامةﷺ مع بنائه على الاطلاق في صدر المسألة، وعدم الالتزام بتقييده حتّى بالنظر إلى ما يستفاد من صحيحة[2] الفضيل أيضاً، قد التزم في ذيل المسألة بالتقييد، نظراً إلى تبادر الإراديّ والاختياريّ منه، ونظراً إلى ما يستفاد من صحيحة الفضيل من إناطة سقوط الخيار بالرضا بالعقد، لكون التفرّق كاشفاً عن ذلك، وأنّه إنّما يكون رضاً بالعقد لو

---

(١) المكاسب ٥: ٦٩ ـ ٧١.

(٢) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح٣، التهذيب ٧: ٢٠ ح٨٥، الاستبصار ٣: ٧٢ ح ٢٤٠. وإليك نصّ الحديث: عن فضيل عن أبي عبد اللهعليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار مالم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما».

وقع عن إرادة واختيار.

وقد جرى في المسألة[١] الثانية أيضاً على هذا المنوال، حيث طرح البحث في تشخيص الافتراق الاختياري الّذي جعل غاية للخيار، وأنّه هل هو افتراقهما الاختياري لكلّ من الخيارين، أو لخيار نفسه دون خيار الآخر، أو الافتراق الاختياري مطلقا ـ سواء كان من كليهما أم من أحدهما ـ للخيارين؟ واستظهر[٢] أخيراً بقاء الخيارين حين إكراه أحدهما على التفارق وترك التخاير دون الآخر.

وكيف كان، فقد استدلّ على التقييد بالإراديّة والاختياريّة، بأمور:

أحدها: دعوى تبادر الإراديّ والاختياريّ من الفعل المستند إلى الفاعل المختار.

ولازم هذا الاستدلال هو القول بعدم سقوط الخيار لو كان الافتراق اضطراريّاً بإلجاء الغير، أو بلا إرادة وفي حالة النوم مثلاً، أو على كره وبلا طيب النفس، كما في موارد الإكراه بتوعيد الضرر، أو بنحو من السهو والخطأ.

الثاني: دعوى التقييد بالاختياري بمقتضى رفع الاكراه في حديث[٣] الرفع.

ولازم هذا الاستدلال التقييد بالإراديّ بمقتضى رفع الإكراه والاضطرار والخطأ والنسيان.

---

(١) المكاسب ٥: ٧٢.

(٢) المكاسب ٥: ٧٥ ـ ٧٦.

(٣) الوسائل ١٥: ٣٦٩ ب«٥٦» من أبواب جهاد النفس ح ١.

ولازم هذين الوجهين أيضاً بقاء الخيارين لوكان تفرّقهما بلا إرادة أو عن إكراه بمقتضى الدليل الاجتهادي، وهو نفس أخبار الباب بمقتضى منطوقها المغيّا بغاية خاصّة، وهي التفارق عن إرادة واختيار.

الثالث: استصحاب بقاء الخيارين لوكان التفارق بغير إرادة أو اختيار منهما مطلقا.

وهذا الدليل لا يجتمع مع الدليلين السابقين، إذ معهما لا شكّ في البقاء حتّى يستصحب. فلابدّ أن يكون التمسّك به على فرض عدم تماميّة الدليلين السابقين، وعدم تماميّة الاطلاق في الأخبار.

الرابع: إنّ التقييد بالإرادة والاختيار مستفاد من صحيحة فضيل المشتملة على قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» بناءً على ظهورها في أنّ التفرّق كاشف عن الرضا بالبيع، فيقال: إنّه إنّما يكشف عن ذلك لوكان عن إرادة واختيار.

ولازم هذا الاستدلال أيضاً بقاء الخيارين مع انتفاء الإرادة أو الاختيار بمقتضى الدليل الاجتهادي.

هذا، وأمّا الاستدلال الأوّل فالحقّ تماميّته في نفسه مع قطع النظر عن الاشكال الآتي، وتسليم أنّه لابدّ من استظهار الاطلاق أو التقييد من نفس تعليق السقوط على التفرّق، لأنّ صيغ المشتقّات في الأسامي والأفعال إنّما وضعت بموادّها للمعاني الكلّية بطبائعها اللا بشرط المقسمي، وليس الوجود داخلاً فيما وضعت لها وتستعمل فيها ـ وإنّما يستفاد كونه مراداً في بعض موارد الاستعمال من دالّ آخر ـ فضلاً عن

دخول إراديّتها واختياريّتها فيها.

والهيئات الخاصّة أيضاً إنّما وضعت للحكاية عن النسب والارتباطات الخاصّة بمفاهيمها الكلّية وطبائعها اللا بشرط، وليس التحقّق الخارجي داخلاً في مفاهيمها، فضلاً عن دخول إراديّتها واختياريّتها فيها، وإنّما هي أمور تستفاد في موارد استعمالاتها من مناشيء أخر غير استعمال تلك الموادّ والهيئات في معانيها الّتي وضعت لاخطارها والحكاية عنها.

ولذا يكون استعمال تلك المشتقّات ـ سواء كانت مبادؤها من اللوازم أم من المتعدّيات ـ حقائق بموادّها وهيئاتها، ولا تجوّز ولا عناية فيها، سواء كان المبدأ ممّا يكون صدوره أو قيامه أو حلوله أو وقوعه بإرادة واختيار ممّن تسند إليها أم عن غفلة وبلا إرادة، لخطأ أو سهو أو نوم أو سكر أو إلجاء أو اكراه ونحو ذلك. بل لا انصراف في مطلق تلك المشتقّات إلى ما كان المبادىء بإرادة واختيار، بل كثير منها منصرفة إلى غير الإراديّ، كما هو الشأن في المبادىء اللازمة.

إلا أنّه مع ذلك كلّه فلا خفاء في أنّها تنصرف إلى الإراديّة والاختياريّة فيما كان المبدأ ممّا من شأنه أن يصدر من فاعله بإرادة واختيار غالباً، بحيث يندر صدوره عن فاعله بلا إرادة أو عن إكراه، ويكون فرض إسناده إلى فاعل مختار أو حمله عليه على خلاف العادة.

فينصرف مثل: ضرب أو يضرب أو أكل زيد ـ مثلاً ـ إلى صدور المبدأ عنه بإرادته واختياره مالم تقم قرينة على خلافه، بخلاف المضروب والمأكول ونحو ذلك ممّا يسند إلى فاعل مختار يكون الغالب وقوع المبدأ

عليه بلا اختيار وإرادة منه، وإن كان يتّفق وقوعه عليه أحياناً بإرادته واختياره، وبخلاف المأكل والمشرب الزماني ونحو ذلك ممّا يكون قيام المبدأ بالذات الملحوظة فيها بلا إرادة واختيار منه دائماً، فإنّ كلّ ذلك ينصرف إلى غير الإراديّة قطعاً.

وملخّص المقال: أنّ الفعل المسند إلى فاعل مختار مع كونه ممّا يغلب صدوره عنه بإرادة واختيار ـ وإن كان يتّفق أحياناً صدوره عنه غفلة أو خطأً أو نسياناً أو سهواً أو إكراهاً، إلا أنّ ذلك على خلاف العادة وخلاف الغلبة الخارجيّة النوعيّة ـ ممّا لاخفاء في ظهوره وانصرافه إلى صدوره منه بإرادة واختيار مالم تقم قرينة على خلافه.

وأمّا الاستدلال الثاني فهو باطل في نفسه، لما أوضحناه في محلّه من أنّه لا سبيل إلى استظهار رفع شيء من الأحكام الوضعيّة من جمل الحديث، وأنّ مفاده ليس إلا رفع المؤاخذات الأخرويّة والدنيويّة إن كان شيء من متعلّقات التكاليف متروكاً أو مأتيّاً به، أو حصول شيء من موضوعاتها بأحد العناوين المأخوذة في الحديث، من الخطأ والنسيان والاضطرار والاكراه ونحو ذلك، وأنّ الرواية[1] الواردة في بطلان الحلف بالطلاق والعتاق والصدقة عن إكراه، بتعليل ذلك بقوله صلى الله عليه وآله: «وضع عن أمّتي ما أكرهوا عليه» محمولة على التقيّة.

---

(١) الوسائل ٢٣: ٢٢٦ ـ ٢٢٧ ب«١٢» من أبواب كتاب الأيمان ح١٢. وإليك نصّ الحديث: عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمّتي ما أكرهوا عليه ومالم يطيقوا وما أخطأوا».

وأمّا الاستدلال الثالث فلا غبار عليه لولم يتمّ التقييد ولا الاطلاق في أخبار الباب، وإلا فلا شكّ في البقاء والزوال حتّى يتمسّك بالاستصحاب، بل إمّا أن يقطع بالزوال مطلقا بمقتضى الاطلاق، أو يقطع بالزوال في فروض والبقاء في فروض أخر بمقتضى التقييد.

وأمّا الاستدلال الرابع فيبتني على كون المراد في الصحيحة من الرضا الرضا بالعقد المنكشف بالتفرّق، لكاشفيّته النوعيّة عن ذلك. وسيجيء[1] ضعف هذا الاحتمال.

ولكنّ التحقيق: أنّه سواء كانت الوجوه الثلاثة المتقدّمة ـ الّتي مآلها إلى استظهار التقييد بدليل اجتهادي ـ تامّة في نفسها أم ممنوعة، فالبحث في المقام عن استظهار إرادة التفرّق بقول مطلق أو الإراديّ والاختياريّ منه ساقط، لابتنائه على فرض كون التفرّق ممّا علّق عليه بنفسه حكم في تلك الأخبار، مثل كونه مسقطاً للخيار، مع فرض الموضوع لثبوته مجرّد تحقّق الاجتماع حين العقد ولو آناً ما، بحيث إنّه لولا جعل التفرّق مسقطاً له لكان الخيار باقياً إلى أن يتحقّق مسقط آخر من الإسقاط أو التصرّف، سواء بقيا في المجلس أم تفرّقا.

وليس الأمر كذلك قطعاً، إذ المتفاهم العرفي من مثل هذه التقييدات بالغاية أنّ تعليق بقاء الحكم المغيّا على تلك الغاية إنّما هو لأجل كون الموضوع للحكم المغيّا نقيض تلك الغاية، وبتحقّقها لا محالة يرتفع النقيض الآخر الّذي هو الموضوع المعلّق عليه الحكم، كما في مثل

(١) في ص: ١٢١.

قوله عليه السلام: «كلّ شيء لك حلال حتّى تعرف أنّه حرام» حيث إنّ مفاد القضيّة بحسب المتفاهم العرفي أنّ الحلّية المجعولة فيها إنّما جعلت حكماً ظاهريّاً معلّقاً على الجهل، فينبغي أن يلاحظ أنّ المراد منه هل هو الجهل بقول مطلق أو خصوص الجهل الحاصل للمكلّف بإرادته واختياره؟ وأمّا الحكم في مفهوم القضيّة فليس حكماً آخر مجعولاً عند تحقّق تلك الغاية، بل هو بيان لانتفاء ذلك الحكم المجعول في المنطوق عند تحقّق تلك الغاية، الّذي هو عبارة أخرى عن كون الحكم المجعول في القضيّة معلّقاً على موضوعه، وهو الجهل حدوثاً وبقاءً.

وبعبارة واضحة: تقييد الحكم المجعول بالغاية لا يزيد على الدلالة على أنّ الجهل المعلّق عليه ممّا علّق عليه حدوثاً وبقاءً، ولازمه عقلاً انتفاؤه بانتفائه من باب انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه. فلا يكون مفهوم القضيّة متكفّلاً لانشاء حكم آخر معلّق على تلك الغاية حتّى تصل النوبة إلى استظهار أنّ ما علّق عليه ذلك الحكم هو مطلق العلم أو العلم الخاصّ.

ولاتتفاوت الحال في ذلك بين أن نقول: بعدم دلالة الجملة المغيّاة بغاية على المفهوم، وعدم نفيه إلا شخص الحكم، كما هو الحقّ في المثال المفروض، لاستحالة الاطلاق فيه، فلا محيص عن كون القضيّة مسوقة لفرض وجود الموضوع، أو نقول: بدلالتها على المفهوم ونفي سنخ الحكم ولو بإنشاء آخر وسبب آخر، كما هو الحقّ في القضايا الّتي يمكن فيها إطلاق الحكم المجعول، وفرض كون المتكلّم في مقام البيان لموارد ثبوت سنخ ذلك الحكم للموضوع، ولا يكون ذلك إلا في فرض وحدة

الموضوع، لا في مثل القضيّة المبحوث عنها في المقام الّذي لا يحرز فيه كون المتكلّم في مقام بيان كلّ خيار يثبت في البيع. فلا محيص في مثله أيضاً عن كون التقييد بالغاية لمجرّد فرض وجود الموضوع الموجب لانتفاء الخيار بانتفاء موضوعه.

وبالجملة، ففي مثل القضيّة المبحوث عنها في المقام ما علّق عليه الحكم وأخذ موضوعاً له لم يذكر في القضيّة باللفظ الحاكي عنه بالصراحة، أي: لم يقع في القضيّة أنّ البيّعان بالخيار ماداما مجتمعين، حتّى تصل النوبة إلى استظهار أنّ المراد منه هل هو دوران الحكم مدار مطلق الاجتماع حدوثاً وبقاءً، أو دورانه حدوثاً وبقاءً مدار اجتماعهما بإرادة واختيار؟ وإنّما هو أمر قد استفيد من حيث اشتمال الحديث على التقييد بالغاية الخاصّة استفادة بيّنة. فلا محيص عن البناء على الاطلاق من هذه الجهة مالم يقم دليل على قيديّة الارادة والاختيار، أي: لامحيص عن البناء على كون المعلّق عليه هو ذات الاجتماع، إذ هذا هو المتيقّن على كلّ حال، وتقيّده بالإراديّة والاختياريّة في موضوعيّته للحكم يحتاج إلى البيان، ولم يبيّن ذلك على الفرض لا متّصلاً ولا منفصلاً.

وأمّا حديث الرفع ـ فمضافاً إلى ما عرفت من عدم تكفّل شيء من جمله لرفع الأحكام الوضعيّة ـ لا مجال له في المقام بخصوصه، من جهة أنّ رفع الخيار باضطراريّة بقاء الاجتماع أو لا إراديّته أو إكراهيّته على خلاف الامتنان لا محالة.

وما ذكر في الرواية من اللفظ الحاكي عنه وجعل غاية للحكم

المجعول في القضيّة ـ وهو التفرّق ـ لم يعلّق عليه حكم في الرواية ـ لافي المنطوق ولا في المفهوم ـ حتّى تصل النوبة إلى استظهار أنّ ما علّق عليه الحكم هل هو مطلق التفرّق أو الإراديّ والاختياريّ منه؟ سواء كان الاستظهار من نفس الأخبار بدعوى التبادر، أم منها بضميمة حديث الرفع، أم منها بضميمة صحيحة فضيل.

وإنّما علّق بقاء الخيار على عدمه. وقد عرفت أنّ ذلك ليس لأجل أنّه عدم الافتراق حتّى يلاحظ أنّ ما علّق عليه عدمه أيّ افتراق؟ وهل هو عدم مطلق الافتراق أو عدم الافتراق الاراديّ والاختياريّ؟ بل إنّما هو لأجل أنّ عدم الافتراق ملازم لبقاء الاجتماع الّذي يدور مداره بقاء الخيار، فهو المعلّق عليه الّذي لابدّ فيه من استظهار الاطلاق والتقييد، وقد عرفت أنّ المتعيّن هو الأخذ بالاطلاق.

هذا كلّه مع قطع النظر عن صحيحة فضيل. وقد تحصّل: أنّ الحقّ مع قطع النظر عنها هو تعيّن الأخذ بالاطلاق، والقول ببقاء الخيار مادام الاجتماع باقياً مطلقا وزواله بزواله كذلك.

وأمّا صحيحة فضيل[1]، وهي أنّه قال: «قلت له ـ يعني: أبا عبد الله عليه السلام ـ: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيّام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار مالم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما». ففيها احتمالات.

---

(١) أورد صدرها في الوسائل ١٨: ١١ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٥، وذيلها في ص: ٦ ب«١» من أبواب الخيار ح ٣.

الاحتمال الأوّل: أن يكون المراد بالرضا الرضا بالافتراق في مقابل الإكراه عليه. فيكون مفهوم القيد بقاء الخيار إن كان الافتراق بالاكراه عليه في الجملة، سواء كانا مع ذلك مكرهين على ترك الخيار والفسخ أم لا. وعليه،فيمكن إلحاق ما إذا كان الافتراق بالاضطرار ـ أي: الإلجاء ـ أو في حالة الغفلة ـ من مثل النوم والسكر والسهو، ونحو ذلك ـ بمفهوم الموافقة.

ولكن فيه: ـ مضافاً إلى أنّ الظاهر عدم القول بذلك، وأنّ كلّ من قال ببقاء الخيار مع الاكراه على التفرّق قيّده بما إذا أكره على ترك التخاير أيضاً ـ أنّه خلاف الظاهر المتفاهم من مثل هذه العبارة، إذ المناسب لإرادة هذا المعنى أن يقال: فلا خيار إن كان تفرّقهما بلا إكراه أو بطيب نفسهما ونحو ذلك. بل لاينبغي التأمّل في أنّ الظاهر المتفاهم منها إرادة الرضا بالعقد، بمعنى إمضائه وإقراره.

الاحتمال الثاني: أن يكون المراد جعل نفس الافتراق إقراراً للعقد وإمضاءً له تعبّداً. ولازمه سقوط الخيار بالتفرّق مطلقا. فلا تقيّد الصحيحة الأخبار المقيّدة للخيار بغاية التفرّق.

ولكن فيه ـ مضافاً إلى أنّ الظاهر عدم القول بذلك، إذ الظاهر اتّفاقهم على بقاء الخيار في فرض الاكراه على الافتراق وعلى ترك التخاير، وأنّه لابدّ في سقوط الخيار إمّا من الاختياريّة في كلا الأمرين أو في أحدهما ـ أنّ هذا الاحتمال بعيد جدّاً، لوضوح عدم الحاجة إلى جعل الافتراق رضاً بالعقد تعبّداً، وموجباً لسقوط الخيار، بعد كفاية نفس التقييد بالغاية في ذلك، ووضوح عدم المناسبة في إطلاق الرضا على الافتراق لمجرّد كونه

غاية قد حدّد الخيار بها.

الاحتمال الثالث: أن يكون المراد كون الافتراق بنفسه رضاً بالعقد، لكن لا تعبّداً، بل لأجل كونه ظاهراً في إرادة إقرار العقد وتثبيته وكاشفاً عن ذلك بنوعه.

ومن الواضح أنّ التفرّق على إطلاقه ليس ظاهراً في إرادة إقرار العقد وكاشفاً عن الرضا ببقائه، وإنّما الكاشف عن ذلك ما كان منه عن إرادة واختيار. بل مجرّد وقوعه عن إرادة واختيار أيضاً ليس ظاهراً في ذلك مالم ينضمّ إليه ترك إعمال الخيار بالفسخ بإرادة واختيار. بل الحقّ أنّ كاشفيّة ترك التخاير عن إرادة إقرار العقد يتوقّف أيضاً على انضمام التفرّق إليه مطلقا أو مع الإرادة والاختيار.

وحينئذٍ، فلابدّ أن يحمل التفرّق ـ الّذي عبّر عنه في الصحيحة بالرضا بالبيع ـ على ما كان كاشفاً بنوعه عن ذلك، وهو التفرّق الإراديّ الاختياري المنضمّ إليه ترك التخاير أيضاً بإرادة واختيار. ويبقى ما إذا كان الأمران كلاهما بلا إرادة واختيار، أو كان التفرّق بإرادة واختيار وترك التخاير بلا إرادة واختيار، أو بالعكس من ذلك ، خارجاً عن مفاد النصّ، لعدم صحّة إطلاق عنوان الرضا على التفرّق في شيء منها. ويكون اللازم بقاء الخيار في الصور الثلاث جميعاً.

ولكن فيه أيضاً ـ مضافاً إلى أنّه لاينطبق على الفتوى، حيث إنّ المشهور عدم اعتبار كون كلا الأمرين بإرادة واختيار في سقوط الخيار، بل كفاية الإراديّة والاختياريّة في أحد الأمرين في سقوطه، سواء كان

ذلك هو التفرّق أم ترك التخاير، وإنّما يبقى الخيار في الصورة الرابعة، وهو كون كلّ منهما بلا إرادة واختيار ـ أنّه أمر في غاية البعد، إذ لا وجه لاطلاق الرضا على التفرّق عن إرادة واختيار بقيد انضمام ترك التخاير إليه، مع أنّه كالحجر في جنب الإنسان من حيث الكاشفيّة عن الرضا ببقاء العقد، وإنّما الكاشف عن ذلك هو كون ترك الفسخ بإرادة واختيار، سواء كان التفرّق بارادة واختيار أم بدونهما.

الاحتمال الرابع: أن يكون المراد في الصحيحة من الرضا نفس ترك التخاير، أي: نفس ترك إعمال الحقّ بالفسخ قبل أن يتحقّق التفرّق، وأنّه رضاً وإمضاء فعليّ للعقد، مثل كون التصرّف المالكي رضاً وإمضاءً فعليّاً له على ما سيأتي. فليس كونه رضاً وإمضاءً للعقد مبنيّاً على كونه بنوعه كاشفاً عن الرضا ببقاء العقد، بل لكونه بنفسه رضاً ببقاء العقد وإمضاءً له، وإلا فبيده حلّه وفسخه. فنفس تركه الفسخ وعدم إعماله حقّ الخيار عين إمضائه وإقراره له.

وإن أبيت عن ذلك فقل: إنّه إنّما جعل إمضاءً له تعبّداً، ولكن من جهة كونه كاشفاً بنوعه عن الرضا والإمضاء.

ومن الواضح على التقديرين أنّ ما يكون بنفسه إمضاءً فعليّاً للعقد ـ ولو لكونه كاشفاً نوعيّاً عن رضاه به ـ ليس مطلق ترك الفسخ، بل هو ترك الفسخ بإرادة منه واختيار، لا ما تحقّق منه في حالة النوم أو بالإكراه على تركه ولو بتوعيد الضرر على فعله.

وهذا أظهر الاحتمالات في الصحيحة، وهو المتعيّن.

نعم، حيث إنّ الاجماع قائم على عدم كون ترك الفسخ بالإرادة والاختيار موجباً لسقوط الخيار مالم يتحقّق التفرّق أو إنشاء الامضاء بقول أو بفعل ـ أعني: التصرّف ـ فلا محيص عن تقييد مفاد الصحيحة والقول بأنّ ترك الفسخ بإرادة واختيار إمضاء للعقد ورضا به بشرط تعقّب التفرّق مطلقا. ولا محذور في ذلك كما أشار إليه الشيخ[1] العلّامة قدس سره.

ولازمه ـ كماترى ـ إناطة سقوط الخيار بكون ترك الفسخ بإرادة واختيار، سواء كان التفرّق أيضاً بإرادة واختيار أم بدونهما.

ولازمه أيضاً سقوط الخيار في هذين الفرضين، وبقاؤه فيما كان ترك التخاير بلا إرادة واختيار، سواء كان التفرّق بإرادة واختيار أم بدونهما.

ولابدّ من الالتزام بذلك، ولو كان في بعض فروضه مخالفاً لفتوى المشهور.

وهذا المعنى الّذي استظهرناه من الصحيحة ينطبق تمام الانطباق على ما أسلفنا بيانه من أنّ التفرّق المجعول غاية للخيار في الأخبار إنّما جعل غاية له للاشارة إلى ماهو الموضوع للخيار من حيث الحدوث والبقاء، أعني: الاجتماع، لكونه ملازماً لعدم بقائه، وإلا فليس هو منظوراً بنفسه حتى يلاحظ كونه عن إرادة واختيار أو بدونهما.

فيكون محصّل مفاد الصحيحة ـ على ما استظهرناه من إناطة سقوط الخيار بتحقّق ترك الفسخ عن إرادة واختيار ـ أنّه مع كون التفرّق بدون إرادة أو اختيار وإن كان الاجتماع منتفياً، إلا أنّ الخيار باقٍ بعد زواله أيضاً

(١) المكاسب ٥: ٧١.

تعبّداً بمقتضى مفهوم هذه الصحيحة. ومرجع ذلك إلى توسعة الخيار توسعة واقعيّة، بتنزيل الاجتماع الزائل منزلة الباقي، بمعنى إلحاقه به وتشريكه معه في الحكم تشريكاً واقعيّاً. ولا محذور في ذلك.

الإكراه على التفرّق أو ترك التخاير

مسألة: لو أكره البائع والمشتري على التفرّق وترك التخاير، أو على ترك التخاير ولو تفرّقا بالاختيار، فخيارهما باقٍ.

ولو تفرّقا وتركا التخاير بطيب النفس أو مع الإكراه على التفارق، فخيارهما ساقط. كلّ ذلك بمقتضى ما استظهرناه من صحيحة الفضيل.

هذا، وأمّا لو أكره أحدهما دون الآخر فقد ذكروا فيه وجوهاً بل أقوالاً أربعة:

أحدها: سقوط خيار غير المكره منهما على التفرّق وبقاء خيار المكره عليه، سواء أكره المكره على الذهاب ولم يكره الآخر لا على الذهاب ولا على البقاء، أم أكره المكره على البقاء ولم يكره الآخر على الذهاب، بناءً على أنّ التفرّق الاختياري من كلّ منهما غاية لخيار نفسه دون الآخر.

الثاني: بقاء خيارهما مطلقا، بناءً على أنّ التفرّق الاختياري من كلّ منهما غاية لكلا الخيارين، أي: لخيار نفسه وخيار الآخر. ومرجعه إلى كون التفرّق الاختياري منهما مجموعاً غاية لكلّ من الخيارين، والمفروض عدم حصوله.

الثالث: سقوط خيارهما بناءً على أنّ التفرّق الاختياري مطلقا ـ أي:

ولو كان من أحدهما ـ غاية لكلا الخيارين، أي: لخيار المختار وخيار المكرَه، والمفروض تحقّق هذه الغاية، فلابدّ من سقوط الخيارين.

الرابع: التفصيل بين ما إذا كان المختار فعل فعلاً اختياريّاً ـ كما إذا أكره أحدهما على البقاء ولم يكره الآخر على الذهاب، فذهب باختياره، أو أكره أحدهما على الذهاب ولم يكره الآخر لا على البقاء ولا على الذهاب، فاختار الذهاب باختياره ـ وبين ما إذا لم يتحقّق من المختار إلا ترك اختياري ـ كما إذا فرض في الفرض الثاني اختيار المختار البقاء ـ فيبنى على سقوط خيارهما في الأوّل وبقائه في الثاني، بناءً على أمرين: أحدهما: كون التفرّق الاختياري من كلاهما غاية لكلا الخيارين، والثاني: أنّ التفرّق لابدّ أن يكون أمراً وجوديّاً لا يتحقّق إلّا بأمر وجوديّ، ولازم الأمرين تحقّق غاية الخيارين في الأوّل دون الثاني.

ثمّ تصدّوا لاستظهار هذه الوجوه من نصوص الباب في نفسها أو بضميمة تقييدها بصحيحة الفضيل، وتعيين ما هو مقتضى الأصل على تقدير بقاء الشكّ وعدم إمكان استظهار أحدها منها. وعلى منوالهم جرى الشيخ[1] العلّامة قدس سره ورود اً في المسألة وخروجاً منها.

ولكنّ التحقيق ـ على ما عرفت ـ فساد هذه المباني بأجمعها، وأن تقيّد التفرّق ـ في كونه غاية للخيار ـ بكونه إراديّاً واختياريّاً أمر لا يمكن الالتزام به واستظهاره من النصوص، لا في حدّ نفسها ولا بضميمة صحيحة الفضيل، حتّى تصل النوبة إلى تعيين أحد الوجوه الثلاثة الّتي هي

(١) المكاسب ٥: ٦٩ ـ ٧١.

مباني الأقوال الأربعة.

هذا، مضافاً، إلى ما عرفت فيما تقدّم من فساد القول الرابع، وأنّ الافتراق وبقاءه أمر وجوديّ، ولكنّه كما يتحقّق بفعل وجودي كذلك يتحقّق بأمر عدميّ.

وكيف كان، فما ينبغي أن يقال في المسألة: أنّه مع قطع النظر عن صحيحة الفضيل فمقتضى إطلاق الأخبار ـ على ما مرّ تقريبه ـ سقوط الخيارين بمجرّد التفرّق ولو كان بلا إرادة واختيار منهما فضلاً عمّا إذا كان بإرادة واختيار من أحدهما. فلا محيص عن سقوط الخيارين في مفروض المسألة في جميع صورها.

وأمّا بالنظر إلى الصحيحة، فحيث إنّه قد استفيد منها أنّ سقوط الخيار بالتفرّق مطلقا مقيّد بما إذا كان ترك الفسخ بإرادة واختيار، فيدور الأمر في كون الرضا بمعنى ترك الفسخ اختياراً بشرط تعقّبه بالتفرّق مطلقا بين احتمالات ثلاثة لا رابع لها:

أحدها: كون رضا أحدهما ـ بمعنى تركه الفسخ اختياراً مع تعقّبه بالتفرّق مطلقا ـ غاية لكلا الخيارين. ولازمه سقوطهما في مفروض المسألة بتحقّق غايتهما.

والثاني: كون رضاهما ـ بمعنى تركهما الفسخ اختياراً بقيد الاجتماع ـ غاية لكلا الخيارين. ولازمه بقاؤهما في مفروض المسألة، لعدم تحقّق غايتهما على الفرض.

والثالث: كون رضا كلّ منهما وترك الفسخ اختياراً بشرط تعقّبه

بالتفرّق مطلقا غاية لخيار نفسه فقط. ولازمه سقوط خيار الراضي دون المكره في جميع فروض المسألة. كلّ ذلك في فرض كون أحدهما غير مكره على ترك التخاير، سواء كان مكرهاً على التفرّق أم لا، وكون الآخر مكرهاً على ترك الفسخ، سواء كان مكرهاً على التفرّق أيضاً أم لا.

وحينئذٍ، فلابدّ من استظهار أحد الوجوه الثلاثة من صحيحة الفضيل. وحيث إنّ المفروض فيها سقوط الخيارين معاً في فرض التراضي، أي: تركهما الفسخ اختياراً، فلا سبيل إلى استظهار شيء من تلك المحتملات الثلاثة من منطوق الصحيحة حتّى يتعيّن بتبعه مقدار مفهومها، وذلك لوضوح أنّ ما فرض في الصحيحة ملائم لجميع المحتملات الثلاثة وغير منافٍ لها، لوضوح أنّه لوكان مجموع رضاهما غاية لكلا الخيارين، فالمفروض في الصحيحة حصولهما، فلابدّ من سقوطهما. ولو كان رضا أحدهما لا بشرط رضا الآخر غاية لكلا الخيارين، فلابدّ من سقوط الخيارين، لتحقّق الغاية على الفرض. ولو كان رضا كلّ منهما غاية لخيار نفسه، فلابدّ من سقوط الخيارين، لتحقّق الغايتين.

وتقيّد الرضا في الصحيحة بكونه منهما لا يعيّن الوجه الأوّل، لوضوح احتمال أن يكون ذلك لأجل الحكم بسقوط كلا الخيارين مع كون رضا كلّ منهما غاية لخيار نفسه، أو لكون الواقع على الفرض تفارقهما وتركهما الفسخ اختياراً، وإن كان الموجب لسقوطهما رضا أحدهما لا بشرط رضا الآخر.

وعليه، فلابدّ في استظهار أحد المحتملات من الصحيحة إلى ضمّ

مقدّمة خارجيّة. وحينئذٍ، فيمكن استظهار الوجه الثالث، نظراً إلى التناسب المغروس في الأذهان من أنّ الحكمين المفروض انحلاليّتهما في أصل ثبوتهما وعدم الارتباطيّة بينهما، يقتضي أن تكون الغاية المأخوذة فيهما غاية مستقلّة لكلّ منهما إن أمكن تحقّقها لأحدهما دون الآخر، كما في قولك: إذا جاءك زيد وعمرو فأكرمهما ماداما عندك. فإذا لم تقم قرينة على موضوعيّة مجيئهما مجتمعين، فكما لابدّ من البناء على انحلاليّة الحكم وأنّ مجيء كلّ منهما يكون موضوعاً لوجوب إكرام نفسه، كذلك لابدّ من البناء على كون ذهاب أحدهما موجباً لانتفاء وجوب إكرامه فقط، لانتفاء موضوعه، دون الآخر.

وكذلك الحال في محلّ الكلام، حيث إنّ كلّاً من البيّعين له خيار لا يرتبط بالآخر، وإن كان بينهما تلازم في الثبوت، من حيث التلازم في تحقّق الموضوع وهو الاجتماع، ومن حيث التلازم في زوال الاجتماع، ولكن لادليل على ارتباطيّة خيارهما، ولذا يسقط خيار كلّ منهما بإسقاطه أو تصرّفه دون الآخر الّذي لم يسقطه أو لم يتصرّف. وحيث إنّ ترك الفسخ اختياراً والرضا بالعقد ـ الّذي جعل في الصحيحة غاية للخيارين بشرط تعقّبه بالتفرّق مطلقا ـ أمر قابل لأن يتحقّق من أحدهما دون الآخر، فلا محيص عن البناء على كون رضا كلّ منهما غاية لخيار نفسه دون الآخر بمقتضى الانحلاليّة والاستقلاليّة مالم يقم دليل على إرادة الارتباطيّة.

وبالجملة، لو أمكن استظهار الوجه الثالث ـ كما هو الأقوى والأظهر ـ فاللازم في مفروض المسألة سقوط خيار الراضي مطلقا دون المكرَه على

ترك الفسخ مطلقا. وإلا فلا محيص عن الشكّ في بقاء الخيارين بعد القطع بثبوتهما، فلا بدّ من استصحابهما، وهو مساوق في النتيجة مع الوجه الثاني. فالوجه الأول ساقط على كلّ حال كسقوط القول بالتفصيل.

مسألة: كلّ ما فرضنا بقاء الخيارين أو أحدهما فيه، لكون ترك الفسخ لا عن إرادة واختيار حسبما استفدناه من الصحيحة، فحيث إنّه لا دلالة فيها على أزيد من بقاء الخيار ـ بمعنى بقاء حكم الاجتماع ـ مع زواله بالوجدان، ولا دلالة فيها بوجه على تنزيل مجلس زوال الإكراه منزلة مجلس العقد، فلا دلالة لها على أمد بقاء هذا الخيار من حيث الانتهاء. فلا محلّ للحكم ببقائه مادام مجلس زوال الاكراه باقياً، بل لابدّ أن تكون المسألة من صغريات الخيار المجهول حاله شرعاً من حيث الفور والتراخي، وأنّ البناء على فوريّته مبنيّ على الأخذ بالمتيقّن، والتمسّك بعموم وجوب الوفاء بالعقد فيما بعده، والبناء على كونه متراخياً مبنيّ على كون المقام من موارد استصحاب حكم الخاصّ لا التمسّك بالعموم. وسيجيء الكلام في ذلك مستوفىً في محلّه إن شاء الله تعالى.

المسقط الرابع: التصرّف

التصرّف مسقط لخيار المجلس. وسيجيء[1] الكلام ـ إن شاء الله ـ في ذلك مستوفىً في خيار الحيوان، وأنّ ذلك على طبق القاعدة، وأنّ التصرّف المالكي إمضاء فعليّ للعقد، والنصّ الوارد في خيار الحيوان وارد

(١) في ص: ١٥٤.

على طبق القاعدة، ولذا تعدّوا منه إلى غيره بلا تأمّل. مع أنّه لو فرض كونه أمراً تعبّدياً أيضاً فلا مانع من استفادة العموم منه، نظراً إلى عموم العلّة الواقعة فيه، وهو قوله عليه السلام: «فلا خيار بعد الرضا منهما»[1].

وتفصيل الكلام في ذلك وفي مقدار التصرّف الّذي يكون إمضاءً فعليّاً للبيع على عهدة محلّه إن شاء الله تعالى. والله هو المؤيّد والمسدّد والموفّق للصواب.

فرغ من تسويده العبد الأحقر محمّدباقر جمال‌الدين الزنجاني في يوم الأربعاء خامس عشر شهر ربيع الثاني عام ثمان وسبعين وثلاثمائة وألف.

---

(١) تقدّم ذكر الحديث ومصادره في ص: ١١٩ هامش (١).

الثاني: خيار الحيوان

لاخلاف بين الاماميّة في ثبوت الخيار في بيع الحيوان للمشتري. والنصوص[1] به مستفيضة. وهي متطابقة على ثبوته لمشتري الحيوان. ولفظ الحيوان وإن كان بمعناه اللغوي يشمل جميع أصنافه، ولا انصراف أيضاً في لفظه إلى بعض أصنافه. وكذا ظاهر النصوص والفتاوى أيضاً عموم الحكم وشموله لجميع أصنافه. إلّا أنّ الانصاف أنّ تناسب الحكم والموضوع المغروس في الأذهان يوجب ارتكاز أنّ هذا الخيار إنّما جعل للمشتري إرفاقاً بحاله ونظرة له، لاقتضاء خصوصيّة المبيع ـ وهو كونه حيواناً ـ إنظاره زائداً على غيره من أنواع المبيع، لعدم الاطّلاع على ما ربما يكون فيه من نقص المزايا التى تكون مطلوبة في الحيوان، إلّا في مقدار يعتدّ به من الزمان للاختبار، سيّما بملاحظة ما أشير إليه في صحيحة ابن رئاب المرويّة عن قرب الاسناد بقوله عليه السلام: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة»[2].

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٠ ب«٣» من أبواب الخيار.

(٢) قرب الاسناد (الطبعة الحديثة): ١٦٧ ح ٦١١، وعنه في الوسائل ١٨: ١٢ ب«٣» من أبواب الخيار ح ٩.

وهذا لا محالة يوجب انصراف الأخبار إلى شراء الحيوانات الّتي يكون المطلوب فيها بحسب أنظار النوع اقتناءها بوصف أنّها حيّة ينتفع بها بوصف حياتها، وإن كان المطلوب من اقتنائها أحياناً ذبحها والانتفاع بلحمها وجلدها. فتخرج لا محالة عن منصرفها الحيوانات الّتي يكون المطلوب فيها الانتفاع بها بالأكل أو بشحمها وجلدها ونحو ذلك، سواء كانت كذلك بالأصالة وإن كانت تقتنى أحياناً للانتفاع بها حيّاً، كما في الجراد والسمك ونحو ذلك، أم صارت كذلك بالعرض، كالصيد الّذي أصابه السهم أو جرحه الكلب المعلّم فأشرف على الموت، فإنّه ربما يقتنى برجاء أن يندمل جرحه ويبقى حيّاً ينتفع به بوصف حياته.

ومن هنا يمكن أن يقال: إنّ ذهاب وصف الحياة عن أمثال هذه الحيوانات قبل القبض أو في زمن الخيار لايوجب انفساخ البيع وكون تلفها من البائع، نظراً إلى عدم تقيّد المبيع بوصف الحياة حتى يكون موتها تلفاً للمبيع، وإنّما تباع وتشترى بما أنّها لحم، وهي باقية غير تالفة.

ولا فرق في ذلك بين القول بثبوت خيار الحيوان في مثله وعدمه، لاتّحاد المناط، وهو عدم تلف المبيع بالعنوان الّذي بيع به.

فلا حاجة إلى تعليل الحكم ـ أي: عدم ضمان البائع بالموت قبل القبض أو في زمن خيار المشتري ـ بأنّ المشتري قد أقدم على تلفه بشرائه له مع كونه في معرض التلف، إذ هذا التعليل إنّما يناسب فرض الشراء بقيد مطلوبيّة الحياة والانتفاع بالحيوان بوصف حياته، لا الشراء بعنوان اللحم الّذي لا يتوقّف الانتفاع به على بقاء وصف الحياة.

ثمّ على فرض شمول النصوص لشراء هذه الحيوانات، فلا إشكال على تقدير بقائها إلى آخر الثلاثة في ثبوت الخيار فيها. وأمّا على تقدير موتها في الأثناء، فلابدّ من القول بسقوط الخيار فيما بعد الموت بناءً على توقّف الخيار على بقاء العوضين بعينهما، أو بقاء الخيار بعد موتها أيضاً إلى أن تنتهي الثلاثة بناءً على عدم توقّفه عليه، بل الرجوع إلى العين مع بقائها وإلى القيمة مع تلفها كما هو أحد الأقوال.

وأمّا المعاملة مع هذا الخيار معاملة الخيار المجهول حاله من حيث أمده ـ فيبنى على الفوريّة بناءً على كون المقام مقام التمسّك بالعموم فيما زاد على القدر المتيقّن، أو على التراخي إلى أن يتحقّق مسقط آخر غير انقضاء الثلاثة ـ ففي غاية الضعف، إذ لا وجه له بعد فرض شمول النصوص وظهورها فيما أثبتته من حيث المبدأ والمنتهى. والمفروض أنّ الموت وعدمه ممّا لا مدخليّة لهما في ثبوت الخيار أو عدمه، فلا وجه لفرض النصوص قاصرة عن بيان ما أثبتته من أمد الخيار.

عدم ثبوت خيار الحيوان فى بيع الكلّي

ثمّ لايخفى عليك أنّ لفظ الحيوان وإن كان استعماله في الشخص والكلّي حقيقيّاً، وليس فرض تعلّق البيع به أو ثبوت الخيار في بيعه من المحمولات الّتي تكون قرينة عقليّة على إرادة الشخص منه، بعد وضوح صحّة بيع الكلّي منه أيضاً ـ حالاًّ أو سلماً ـ عقلاً وعرفاً وشرعاً كصحّة جعل الخيار فيه كذلك، إلا أنّ ما تقدّم من التناسب المرتكز في الأذهان ـ

المشار إليه في بعض الأخبار، والدائر في كلمات الأصحاب ـ يوجب انصراف الأخبار إلى بيع الحيوان الشخصي وشرائه، لوضوح أنّ نفس المبيع في بيع الكلّي ـ وهو الكلّي ـ ليس محلّاً للأوصاف والمزايا الّتي يختبر تحقّقها فيه وعدمه، وما هو محلّ لذلك ـ وهو المصداق الخارجي ـ ليس مبيعاً فيه. وأمّا المصداق الّذي يتحقّق به الوفاء ويتعيّن به الكلّي بعد قبضه وإقباضه، فليس مبيعاً مشخّصاً حين العقد حتّى يكون محلّاً لذلك الاختبار، وربما يتأخّر تعيّنه عن العقد بكثير كما في السلم، وربما يتأخّر لتأخّر الإقباض في الحالّ أيضاً إلى انقضاء الثلاثة.

هذا، مضافاً إلى أنّ المشتري ربما لا يعجبه الحيوان الخاصّ المبيع، فيقتضي الارفاق جعل حقّ له في فسخ العقد، وأمّا أنّه لا يعجبه المصداق الخاصّ الّذي قبضه من الكلّي، فهذا لا يقتضي جعل حقّ له في فسخ البيع، وإنّما يقتضي جعل خيار له فيما قبضه مصداقاً للبيع الكلّي في الذمّة. ومن الواضح أنّ هذا ممّا لايمكن استفادته من النصّ، حيث إنّ مفاد الأخبار جعل الخيار في فسخ نفس العقد لا في فسخ مصداقيّة المصداق.

هذا، ولو سلّم أنّ كون المصداق ممّا من شأنه أن يراقب ويختبر يوجب الارفاق عليه بجعل حقّ له في فسخ البيع الكلّي، فإنّما يتمّ في البيع الكلّي حالّاً، سواء قبض مصداقه بعد البيع أم تأخّر ولو إلى انقضاء الثلاثة، كما هو الشأن أيضاً في بيع الحيوان الشخصي. وأمّا في بيع الحيوان الكلّي سلماً فمن البعيد في الغاية ـ بل ممّا لايحتمل ـ أن يكون معرضيّة المصداق للاختبار وعدمه بعد انقضاء الأجل موجباً لجعل حقّ له

في فسخ البيع الكلّي من حين العقد إلى ثلاثة أيّام.

هذا، وأمّا ما ربما يقال: من أنّ ما وقع في صحيحة[١] ابن رئاب غايته الإيماء إلى حكمة التشريع، ومن الواضح أنّه لا يلزم منها الاطّراد والانعكاس.

فمدفوع بأنّ المدّعى أنّ ما أشير إليه حكمةً للحكم يوجب ظهور الأدلّة في عدم جعل الخيار إلا في حيوان مبيع يكون محلّاً لمراعات تلك الحكمة، لا في كلّ حيوان مبيع ولولم يكن محلّاً لها. بل قد عرفت أنّ هذه الحكمة بنفسها مغروسة في الأذهان، لا أنّها ممّا استفيدت من الصحيحة فحسب. وهذا لاينافي كون الحكمة ملحوظة لمراعات حال النوع، وليس الخيار دائراً مدار حال الشخص من حيث فعليّة مراقبته للحيوان، بل له الخيار سواء راقب الحيوان أم لا، وسواء وجد الحيوان بالأوصاف المطلوبة له أم لا.

وجملة القول: أنّ الأقوى في المسألة ما قوّاه الشيخ[٢] العلّامة تبعاً لبعض معاصريه من اختصاص الخيار بالحيوان الشخصي، وعدم ثبوته في الحيوان المبيع الكلّي مطلقا.

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

مسألة: المشهور اختصاص الخيار بمشتري الحيوان، وعدم ثبوته

(١) تقدّم ذكرها في ص: ١٣١.

(٢) المكاسب ٥: ٨٤.

لبائعه، سواء باعه بالحيوان أم بغيره، وعدم ثبوته أيضاً لمشتري غير الحيوان بالحيوان.

وذهب السيّد علم الهدى وابن طاووس[١] قدس سرهما إلى ثبوته للمتبايعين مطلقا.

والظاهر إرادتهما ثبوته لهما فيما كان المبيع حيواناً، سواء كان الثمن أيضاً حيواناً أم لا، لافيما كان الثمن فقط حيواناً، وأنّه في مثله لا يثبت الخيار لا للبائع ولا للمشتري. وهو مقتضى الجمود على منصرف صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا»[٢].

ويحتمل أن يكون مرادهما ثبوته لهما مطلقا بمجرّد اشتمال العوضين على الحيوان، سواء كان هو المبيع أم الثمن أم كليهما. وهو مقتضى الاستدلال بأصاله بقاء جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، كما أنّه مقتضى منع الانصراف في الصحيحة، بدعوى أنّ ظاهرها إرادة المعاملة على الحيوان مطلقا، ولم يقع فيها بيع الحيوان حتّى يكون ظاهراً في إرادة البيع المقابل للشراء، وإن كان ربما يقوى ظهورها في إرادة ذلك بقرينة ما في ذيلها.

هذا، وذهب جماعة[٣] من المتأخّرين منهم الشهيد الثاني في

---

(١) حكاه عنهما الشهيد في غاية المراد ٢: ٩٧، وراجع الانتصار: ٤٣٣ مسألة (٢٤٥).

(٢) الوسائل ١٨: ١٠ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٣، عن التهذيب ٧: ٢٣ ـ ٢٤ ح ٩٩.

(٣) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٩٢، والمحدّث البحراني في الحدائق الناضرة ١٩: ٢٥ ـ ٢٦، والمحقّق النراقي في مستند الشيعة ١٤: ٣٧٦ ـ ٣٧٧. وقوّاه الشهيد في الروضة البهيّة ٣: ٤٥٠.

المسالك[١] إلى ثبوته لكلّ من ينتقل إليه الحيوان، سواء كان هو المشتري كما هو الغالب أم البائع أم كليهما كما ربما يتّفق، وعدم ثبوته لمن ينتقل عنه الحيوان، سواء كان هو البائع أم المشتري.

ومنشأ الاختلاف اختلاف الأخبار.

فعدّة[٢] منها ـ وفيها الصحاح، وهي غالبها ـ ظاهرة في التقييد وإرادة الانحصار في المشتري.

وصحيحة محمّدبن‌مسلم المتقدّمة ظاهرة في الاطلاق في فرض كون المبيع حيواناً أو مطلقا، أي: سواء كان المبيع حيواناً أم الثمن أم كلاهما.

وعدّة منها ـ وهي صحيحة[٣] زرارة وصحيحة محمّد بن مسلم[٤] الأُخرى، وموثّقة حسن[٥] بن عليّ بن فضّال ـ ظاهرة في إناطة الحكم بكون ذي الخيار صاحب الحيوان.

وحيث إنّه لايحتمل أن يكون المراد منها الصاحب الأوّل للحيوان ـ أعني: بائعه ـ بل لا محيص عن كون المراد الّذي يكون ذا حيوان بهذه المعاملة، فيدور الأمر بين إرادة خصوص من صار صاحب الحيوان بشرائه، وبين إرادة مطلق من يصير صاحب الحيوان، سواء كان بشرائه أم ببيع حيوان أو غيره بالحيوان. ومقتضى الاطلاق هو الثاني. ولا ينافي ذلك

---

(١) مسالك الأفهام ٣: ٢٠٠.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٠ ب«٣» من أبواب الخيار ح ١ و ٢ و ٤ و ٥ و ٨ و ٩.

(٣) الوسائل ١٨: ١١ ب «٣» من أبواب الخيار ح٦، عن الكافي ٥: ١٧٠ ح ٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧٠ ح ٥.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٢، عن التهذيب ٧: ٦٧ ح ٢٨٧.

تقييده في الموثّقة بالمشتري، إذ الظاهر كونه مبنيّاً على ما هو الغالب من كون الحيوان مبيعاً لاثمناً، وكونه مبيعاً بسائر الأثمان لا بالحيوان، وأنّ التقييد بالمشتري للاحترازعن البائع والدلالةعلى مناط الحكم وموضوعه، وهو صيرورته بهذه المعاملة صاحب الحيوان دون البائع.

والانصاف أنّ ما تقدّم من مغروسيّة مناط إثبات هذا الخيار في بيع الحيوان، وعدم كونه حكماً تعبّدياً محضاً، يوجب قوّة ظهور الطائفة الثالثة في إرادة بيان إناطة الحكم بصيرورته صاحب الحيوان مطلقا. فتصلح بقوّة ظهورها قرينة عرفيّة للتصرّف في الطائفة الأولى، وحمل التقييد فيها بالمشتري على كونه مبنيّاً على ماهو الغالب من كون المبيع حيواناً دون الثمن، وأنّ التقييد لا محالة للاحتراز عن البائع، وأنّه لايتحقّق فيه موضوع الخيار،وهوصيرورته صاحب الحيوان،كما أشرنا إليهفي بيان مفاد الموثّقة.

وكذلك التصرّف في الطائفة الثانية، بحملها على ما إذا كان المبيع والثمن كلاهما حيواناً، أو بحملها على أنّ البائع أو المشتري كليهما بالخيار في الجملة فيما صارا أو صار أحدهما صاحب حيوان .

نعم،الانصاف أنّهلو صرفنا النظرعن ذلك المعنىالمغروس في الأذهان، وفرضنا الحكم تعبّدياً محضاً،فلاقوّة لظهور الطائفة الثالثة في إرادة الاناطة بمطلق من يصير ذا حيوان، لقوّة احتمال كون المراد منه خصوص مشتري الحيوان مبنيّاً على ما هو الغالب. وحيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة وأصالة اللزوم، فلابدّ من الاقتصار على ماهو المتيقّن من هذه الأخبار، وهومفاد الطائفة الأُولى فحسب، فيقوى ما عليه المشهور من الاختصاص.

خيار الحيوان يعمّ بيع الانسان وغيره

مسألة: لايخفى أنّ صحيحة ابن رئاب المرويّة عن قرب الإسناد[١] دالّة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري في بيع الجارية وتحديده بثلاثة أيّام، وعلى سقوطه بمثل لمسها وتقبيلها. ولولاها لكانت أخبار الباب قابلة لدعوى انصرافها إلى غير الانسان من الحيوان، لكثرة استعماله فيما يقابل الانسان، إلّا أنّ الصحيحة كافية في عموم الحكم للانسان؛ بل الظاهر اتّفاقهم على ذلك.

وحيث إنّ الأخبار بأجمعها ـ حتّى الصحيحة ـ مشتملة على تحديد الخيار بالثلاثة، فلا وجه مع ذلك لما ينقل عن ابن زهرة[٢] من امتداد هذا الخيار في شراء الجارية إلى تمام مدّة استبراء المشتري لها بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً أو بوضع الحمل، بل دعواه الاجماع على ذلك. بل قد يستظهر ذلك من جماعة[٣] منهم قدس سرهم حيث حكموا بكون البائع ضامناً لها في مدّة الاستبراء، إذ الظاهر أنّه لا وجه له إلا كون تلفها في تلك المدّة تلفاً في زمن الخيار المختصّ بالمشتري، فلا بدّ أن يكون

---

(١) قرب الإسناد (الطبعة الحديثة): ١٦٧ ح ٦١١. وإليك نصّ الحديث: عن عليّ بن رئاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري، أو للبائع، أولهما كليهما؟ قال: فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة، فاذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء، قلت له: أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمته».

(٢) غنية النزوع: ٢١٩.

(٣) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٩٢ ـ ٥٩٣، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٥٣، وسلّار الديلمي في المراسم: ١٧٣، والمحقّق الحلّي في نكت النهاية ٢: ١٤٤ ـ ١٤٥.

من البائع الّذي لاخيار له.

وليس هنا ما يصلح أن يكون مدركاً لهم، لا في امتداد الخيار في تلك المدّة حتّى يكون حكمهم بكون التلف فيها من البائع على وفق القاعدة، ولا في ضمان البائع لها في تلك المدّة حتّى يكون بناؤهم على امتداد الخيار فيها مستظهراً من ذلك بزعم الملازمة، مع أنّه على فرض وجوده فلاوجه لدعوى الملازمة بين الأمرين، لوضوح أنّ استلزام وجود خيار مختصّ لكون التلف ممّن لاخيار له لايوجب استلزام كون تلف الجارية في مدّة الاستبراء من البائع لكون المشتري له الخيار في تلك المدّة.

نعم، أقصى ما هناك دعوى ابن زهرة قدس سره الاجماع على الحكم، إلّا أنّه موهون. ولايمكن حمله على تحقّق الاجماع المصطلح الكاشف عن رأي المعصوم على ما حرّر في محلّه.

ولكنّ المسألة مع ذلك في غاية الإشكال، حيث إنّ أخبار الباب بمرأى منهم ومسمع، ومع ذلك فلا يحتمل أن يكون بناؤهم على أحد الحكمين بمجرّد الاستحسان في مقابل تلك الأخبار ثمّ دعوى الاجماع على ذلك، فلعلّهم قدس سرهم قد ظفروا على مالم نظفر عليه ممّا يقيّد إطلاق الأخبار ويترجّح على صحيحة ابن رئاب .

مبدأ خيار الحيوان

مسألة: ربما يتوهّم عدم ثبوت خيار المجلس في موارد ثبوت خيار

الحيوان، نظراً إلى ما في بعض[١] الأخبار من مقابلة بيع الحيوان لما سواه من البيوع، وتحديد الخيار في الأوّل من حيث المنتهى بثلاثة أيّام، وفي الثاني بعدم التفرّق، الظاهر ـ في باديء النظر ـ في أنّ ما حكم بثبوته فيها خيار واحد مبدؤه من حين العقد، غاية الأمر أنّه يمتدّ من حيث البقاء لصاحب الخيار إلى ثلاثة أيّام في بيع الحيوان وإلى أن يتفرّقا في غيره، فليس في كلّ منهما إلا خيار واحد قصير في أحدهما وطويل في الآخر.

ولكنّ التوهمّ باطل، فإنّ الأخبار غير منحصرة في تلك الطائفة، بل هناك مطلقات[٢] مثبتة لخيار المجلس ولم يذكر معه خيار الحيوان، ومطلقات[٣] مثبتة لخيار الحيوان كذلك، وظاهرهما تعدّد الخيار بتعدّد سببه.

هذا، مع أنّ الظاهر قيام الاجماع على ثبوت الخيارين كليهما في موارد بيع الحيوان. وإنّما الاشكال والخلاف في تعيين مبدأ خيار الحيوان، وعلى فرض ذلك التوهّم لايبقى محلّ للبحث عن تعيين مبدأ خيار الحيوان بعد فرض أنّه كخيار المجلس، ومبدؤه من حين العقد.

وأمّا على ماهو الحقّ من ثبوت كلا الخيارين، فربما يقال: بكون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق وانقضاء خيار المجلس. ويستدلّ على ذلك بوجوه:

أحدها: استصحاب بقاء الخيار ـ أي: خيار الحيوان ـ بعد مضيّ ثلاثة أيّام من حين العقد إلى أن يمضي مقدار مجلس العقد، أو استصحاب عدم

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ٥ ب«١» من أبواب الخيار ح١ و٥. وكذا ص: ١٠ ب«٣» ح٣ و٦.
(٢) راجع الوسائل ١٨: ٧ ب «١» من أبواب الخيار ح٦.
(٣) راجع الوسائل ١٨: ١٠ ب«٣» من أبواب الخيار ح١ و٢ و٤.

حدوثه فيما قبل التفرّق، ولازمه بقاؤه ثلاثة أيّام بعد التفرّق.

وفيه: أنّه لا وجه لفرض الشكّ كي يحتاج إلى الاستصحاب، بعد وضوح ظهور الأخبار في كون مبدأ الخيارين كليهما من حين تحقّق البيع وصيرورة مالك المبيع بائعاً ومالك الثمن مشترياً، إذ هذا مقتضى تعليق الحكم على فرض وجود شيء مع الاطلاق وعدم تقييد الموضوع بمضيّ زمان أو بوجود أمر آخر ربما لايكون متحقّقاً حين تحقّق ذلك الموضوع المعلّق عليه الحكم، سيّما في القضايا الّتي فرض تقييد الحكم فيها من حيث بقائه وتعليقه على أمر كالتفرّق أو مضيّ ثلاثة أيّام في محلّ الكلام، إذ لايحتمل بحسب المتفاهم العرفي كون المتكلّم في مقام بيان قيود الموضوع بالنسبة إلى بقاء الحكم المنشأ، وفي مقام الاهمال بالنسبة إلى قيود الموضوع بالنظر إلى حدوث الحكم.

هذا بناءً على التقريب الأوّل من الاستصحاب. وأمّا على تقريبه الثاني، فمضافاً إلى ما ذكر يرد عليه أنّه:

إن كان المقصود من استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرّق دفع ما لحدوثه قبله من الآثار الشرعيّة، كصحّة إسقاطه قبله.

ففيه: أنّه إن كان المراد عدم الخيار عدماً نعتيّاً، بمعنى عدم كون صاحب الحيوان مجعولاً له الخيار في موطن تحقّق البيع وصيرورته مشترياً، فهذا العدم ليست له حالة سابقة حتّى تستصحب، بل البيع المفروض قد تحقّق إمّا مجعولاً فيه الخيار أو غير مجعول.

وإن كان المراد العدم المحمولي بمفاد ليس التامّة بالنظر إلى نفس

الخيار، فهو وإن كانت له حالة سابقة أزليّة، ولكنّه عدم بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، واستصحابه لاثبات العدم النعتي ـ وأنّ هذا البيع حين تحقّقه لم يجعل له الخيار ـ مثبت لا محالة.

وإن كان المقصود من استصحاب عدمه قبل التفرّق إثبات بقائه فيما بعد مضيّ ثلاثة أيّام من حين العقد بمقدار مجلس الاجتماع حتّى ترتّب عليه صحّة الفسخ فيه.

ففيه: أنّه ـ مضافاً إلى ما تقدّم ـ مثبت لا محالة من جهة أخرى، لوضوح أنّ بقاء الخيار بعد الثلاثة بذلك المقدار ـ و كون مبدئه من حين التفرّق ـ لازم عقليّ لتحقّق عدمه قبل التفرّق.

الدليل الثاني: أنّه قام الدليل على أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع، من جهة أنّ التلف في زمن الخيار المختصّ ممّن لا خيار له. وإطلاقه يقتضي ثبوت هذا الحكم في تمام الثلاثة. وهذا إنّما يستقيم بناءً على كون مبدأ خيار الحيوان المختصّ بالمشتري من حين التفرّق، وإلّا فمقدار زمان المجلس كما أنّه محلّ للخيار المختصّ كذلك هو محلّ للخيار المشترك، فلابدّ أن يكون التلف فيه ـ بعد القبض ـ ممّن انتقل إليه.

وفيه:

أوّلاً: إنّ لازم هذا الاستدلال معارضته باطلاقه لما دلّ على ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين كليهما مطلقا أو لصاحب الحيوان مطلقا، فإمّا أنّ يقدّم هذا الدليل ويلتزم باختصاص خيار الحيوان بالمشتري، أو يقدّم ذلك الدليل. فلو قدّم الدليل الدالّ على ثبوته للمتبايعين فلازمه عدم بقاء مورد

للعمل بهذا الدليل أصلاً. ولو قدّم الدليل الدالّ على ثبوته لصاحب الحيوان مطلقا، فلازمه رفع اليد عن إطلاق دليل الضمان وعدم العمل به إلا فيما كان المبيع حيواناً.

فكما لا وجه لتعيّن تقديم إطلاق دليل الضمان على هذين الدليلين، كذلك لا وجه في محلّ الكلام لتعيّن تقديم إطلاق دليل الضمان على ظهور دليل الخيار في إثباته من حين العقد وتقييده بما بعد التفرّق. بل كما يحتمل ذلك، فيكون التلف من المشتري في تمام الثلاثة، كذلك يحتمل العكس، فيكون ضمان البائع للحيوان مختصّاً بما بعد التفرّق لا في تمام الثلاثة، ولا ترجيح لأحد التصرّفين على الآخر.

وثانياً: أنّه لاتعارض في محلّ الكلام بين ظهور دليل الخيار في كونه من حين العقد وبين ظهور دليل ضمان البائع في الثلاثة، إذ الثاني مبنيّ على ما هو الغالب من كون التلف فيما بعد التفرّق، كما أنّه مبنيّ على ما هو الغالب من كون المبيع فقط حيواناً. فلا مانع من القول بعدم ضمان البائع لو تلف الحيوان قبل التفرّق، كما لا مانع من القول بعدم ضمان البائع ـ بل ضمان المشتري ـ لو كان الثمن فقط حيواناً، أو عدم ضمان البائع ولا المشتري، بل تلف التالف ممّن انتقل إليه لو كان العوضان كلاهما حيوانين.

الدليل الثالث: إنّه لو ثبت الخياران كلاهما قبل التفرّق فيلزم توارد العلّتين المستقلّتين على معلول واحد لو فرض الخيار الثابت حينئذٍ واحداً، وهذا أمر غير معقول، لاستلزام الاستقلال في التأثير اثنينيّة الأثر، وفرضها مع فرض الوحدة خلف وتناقض. ولا يمكن تأثيرهما في

خيارين مستقلّين، لكونه من اجتماع المثلين المستحيل.

وكأنّ الشيخ[١] العلّامة قدس سره بنى على صحّة استدلال من زعم أنّ موضوعات الأحكام علل لها ومؤثّرة فيها.

فأجاب تارة: بأنّ العلل الشرعيّة ليست عللاً حقيقيّة، وإنّما هي معرّفات وأمارات لماهي العلل، ولا مانع من معرّفيّة اثنين وأماريّتهما لعلّة واحدة، فلا يلزم توارد العلّتين المستقلّتين في العلّية على معلول واحد.

وأخرى:بأنّه على فرض تسليم كونها عللاً حقيقيّة أيضاً فحالها كحال العلل المستقلّة التكوينيّة، في أنّ فعليّة مؤثّريتها تتوقّف على عدم سبق وجود علّة أخرى، وإلا فيستند المعلول إلى الأسبق دون المتأخّر، كما أنّ الاستقلال فى المؤثّرية الفعليّة يتوقّف على عدم مقارنة علّة أخرى، وإلا فيكونان جزئي المؤثّر، ويؤثّران بالاجتماع والاشتراك، كما هو الواقع في محلّ الكلام، فيستند الخيار الواحد إلى علّتين، إحداهما: اجتماع البائع والمشتري في المجلس، والأخرى: كون المبيع ـ مثلاً ـ حيواناً.

هذا بناءً على وحدة حقيقة الخيارين،بحيث يكون فرض الخيار المتعدّد فرضاً لفردين من حقيقة واحدة،فيكون من اجتماع المثلين. وأمّا بناءً على اختلاف الخيارين في الحقيقة والماهيّة، فلا مانع من القول بتأثير كلّ من العلّتين في إيجاد فرد من الحقيقة الّتي تقتضيها، ولايكون ذلك من اجتماع المثلين، بل هو من اجتماع المتخالفين غير المتضادّين وغير المتماثلين.

هذا، ولكنّا قد أوضحنا في محلّه فساد الزعم المذكور الّذي بني عليه

---

(١) المكاسب ٥: ٩٣.

الاستدلال، وأنّ علل الأحكام ليست إلا جاعلها، ولا يعقل علّية الموضوعات للأحكام المعلّقة عليها لا بالذات ولا بالجعل. ولا معنى لكونها معرّفات لعلل الأحكام، بل الموضوعات إنّما جعلت لها الموضوعيّة بنفس جعل الأحكام معلّقة عليها. وهذا ممّا تقول به الأشاعرة والمعتزلة والإماميّة، ولا ربط له بمسألة العلّية والمعلوليّة. وظاهر الأدلّة موضوعيّة نفس الأمر الواقع في لسان الدليل معلّقاً عليه الحكم.

نعم، ربما يتّفق ظهور الدليل ـ بمناسبة مغروسة في الذهن ـ في أنّ ما علّق عليه الحكم في ظاهر الدليل ليس موضوعاً بنفسه، وإنّما هو معرّف وأمارة حاكية عن تحقّق ماهو الموضوع واقعاً، كما إذا فرض أنّ موضوع وجوب القصر على من يخرج إلى السفر مقدار خاصّ من المسافة، وأنّ خفاء الأذان والجدران معرّفان لتحقّق الموضوع.

وعلى هذا، فحقّ تقريب الإشكال أن يقال: إنّ تحقّق البيع مطلقا والاجتماع في حين العقد موضوع علّق عليه ثبوت الخيار للمتبايعين، وتحقّق البيع وكون المبيع حيواناً ـ مثلاً ـ موضوع علّق عليه ثبوت الخيار لمن ينتقل إليه الحيوان، ومقتضى القاعدة ـ على ما حرّر في محلّه ـ عدم التداخل، واستتباع كلّ موضوع لتحقّق ما علّق عليه الحكم مالم تقم قرينة على خلافه، ولازمه تحقّق خيارين لشخص واحد في عقد واحد.

فلو كان المفروض كون خيار المجلس مبايناً لخيار الحيوان لما كان هناك مانع من تحقّق الخيارين كليهما، لعدم التضادّ والتماثل بينهما، بل هما متخالفان لا مانع من اجتماعهما.

ولكن هذا خلاف الواقع، فإنّ حقيقة الخيار ليست إلا حقّ فسخ العقد وإمضائه، وهذا قد يتعدّد ويتغاير بتعدّد الموضوع الّذي علّق عليه وتغايره. وحينئذٍ، فلابدّ أن يكون الخياران المجتمعان فردين من حقيقة واحدة، وهو من اجتماع المثلين المستحيل، فلا محيص عن ثبوت أحدهما مالم يتفرّقا وثبوت الآخر بعد التفرّق.

وربما يجاب عن هذا الإشكال: بأنّه لمّا كان الحقّ غير قابل للتكرّر على الفرض، لكونه من اجتماع الأمثال، وغير قابل للتأكّد، كما هو الشأن في جميع الوضعيّات، فلا محيص عن استتباع تحقّق كلا الموضوعين تحقّق حقّ واحد وسلطنة واحدة على الفسخ والامضاء، فالخيار واحد ولكن من جهتين، فلابدّ من ترتّب ما للخيارين من الآثار التّى كانت تترتّب على كلّ منهما على تقدير الانفراد.

ولكن فيه: أنّ لازم ذلك أنّه لو أسقط الخيار قبل التفرّق فلا محيص عن سقوط كلا الخيارين، سواء قصد إسقاط كليهما أم إسقاط أحدهما بعينه، إذ الحقّ الموجود واحد على الفرض، وإسقاطه يوجب زوال اعتباره، ومع زوال اعتباره لا موجب لاعتبار تحقّقه مجدّداً.

ولا معنى لأن يسقط الخيار الواحد من حيث كونه معلّقاً على ذلك الموضوع، لا من حيث كونه معلّقاً على الآخر، لوضوح كون الخيار مستنداً إلى الموضوع، بمعنى كونه معلّقاً على فرض وجود الموضوع، وهو حكم شرعيّ ليس بيد ذي الخيار إسقاطه، بل له إسقاط نفس الحقّ المعلّق، وهو واحد على الفرض، فلابدّ من انعدامه رأساً بإسقاطه مطلقا،

والظاهر عدم التزامهم بذلك في موارد تعدّد سبب الخيار، بل يعدّون بقاء الآخر مع إسقاط أحدهما بخصوصه من ثمرات تعدّد الحقّ.

وعليه، فينحصر دفع المناقشة المذكورة في دعوى أنّ الأمور الاعتباريّة حيث إنّه لاحقيقة لوجودها وتحقّقها إلا مجرّد اعتبارها الّذي لامعنى له إلا فرض وجود تحقّق لها لترتيب آثار خاصّة عليها لحفظ نظام المعاش، فلا مانع في نظر العقلاء من اعتبار فردين متماثلين في مفهوم واحد لترتيب آثار خاصّة على كلّ منهما، سواء كانا مشتركين في سنخ الآثار المترتّبة عليهما أم مختلفين في ذلك بزيادة ونقيصة أو طول وقصر وغير ذلك. فلا تقاس الاعتباريّات العقلائيّة بالمتأصّلات والانتزاعيّات الّتي يستحيل فيها اجتماع الفردين المتماثلين كاستحالة اجتماع الفردين المتضادّين في موضوع واحد.

وبالجملة، ماهو المستحيل بالذات في باب الاعتباريّات إنّما هو التناقض، بمعنى تحقّق الاعتبار وعدم الاعتبار في آنٍ واحد، وأمّا اعتبار النقيضين أو الضدّين أو المثلين ـ بمعنى فرض تحقّق لهما لترتيب آثار خاصّة عليهما ـ فلا استحالة فيه.

نعم، المانع للعقلاء من الاعتبار إنّما هو تنافي المعتبرين من حيث ترتيب الآثار المترتّبة عليهما، ولذا لايعتبرون النقيضين والمتضادّين، كالملكة وعدمها أو الطهارة والنجاسة والحرّية والرّقية ونحو ذلك. وأمّا مع عدم التنافي في العمل وترتيب الآثار، فلا مانع لهم من الاعتبار، كما في المتماثلين. وفيهما أيضاً إنّما يعتبرون الفردين المتماثلين أو الأفراد

المتماثلة مع إمكان ترتيب الآثار الخاصّة على كلّ منها، وإلا فمع كفاية اعتبار فرد واحد في ترتيب جميع الآثار، وعدم تعقّل التكرّر في ترتيبها، لا محالة يلغو اعتبار أزيد من واحد منه. وهذا هو الشأن في مثل الملكيّة والرّقية والزوجيّة ونحو ذلك ممّا لايحصى.

وأمّا الحقوق، فحيث إنّه يمكن ترتيب الآثار مكرّراً على كلّ وجود مفروض منها، ولاتنافي في ترتيب الآثار الخاصّة على كلّ وجود منها، ولا استحالة في نفس فرض الوجود المتعدّد منها لذي حقّ واحد في متعلّق واحد، فلا مانع عندهم من اعتبار المتماثلين أو المتماثلات لتكرّر تلك الآثار المطلوبة وتعدّدها. فيصحّ اعتبار أولويّات متعدّدة من جهات متعدّدة لشخص واحد في التصرّف في مكان واحد مثلاً.

وكذلك لا مانع عندهم من اعتبار فردين من السلطنة على إقرار العقد وفسخه للوليّ العاقد للصغيرين اللذين له الولاية عليهما. فهو مسلّط على فسخ العقد، لولايته على البائع، لو رأى ترك بيع ماله أصلح له. وكذلك مسلّط بسلطنة أخرى على فسخ ذلك العقد بعينه، لو رأى ترك الشراء أصلح لصاحب الثمن.

وكذلك لا مانع عندهم من اعتبار حقّين وسلطنتين أو حقوق متعدّدة لكلّ من البائع والمشتري في فسخ العقد الواحد بعينه، بعضها معلّق في اعتباره على تحقّق البيع والاجتماع في المجلس، والآخر معلّق في اعتباره على تحقّق البيع وكون المبيع ـ مثلاً ـ حيواناً، وبعضها مستند في اعتباره إلى ظهور الغبن أو العيب في أحد العوضين، وبعضها مستند إلى

شرط الخيار في ضمن العقد، بحيث يكون له الخيار في إسقاط أيّ من هذه الحقوق شاء. فلو أعرض عن الجميع وأسقطها زال اعتبار الجميع لامحالة. ولو أعرض عن البعض بعينه وأسقطه، فما أسقطه يزول اعتباره دون الباقي. وكذلك له الخيار في إعمال أيّ من هذه الحقوق شاء. فلو أعمل الجميع أو البعض لا محالة يسقط الباقي أيضاً بانتفاء الموضوع، أعني: العقد. ولو أعمل الجميع بالإمضاء لا محالة يسقط الجميع، لخروج العقد عن معرضيّة الانفساخ بإعمال جميع الحقوق. ولو أعمل البعض بالإمضاء، فحيث إنّه لا معنى لإمضاء العقد بإعمال بعض هذه الحقوق إلا إخراج العقد عن معرضيّته للفسخ من ناحية هذا الحقّ فقط بترك إعماله بالفسخ، فلا مانع من إعمال سائر حقوقه بالفسخ.

نعم، بناءً على ما هو ظاهر تعريفهم الخيار بأنّه ملك إزالة العقد وإقراره لايعقل في العقد الواحد إلا إقرار واحد أو إزالة واحدة. فكما أنّه لو أعمل بعض حقوقه بالفسخ لا محالة يسقط الباقي أيضاً، كذلك لو أعمل بعضها بالامضاء لا محالة يسقط الباقي أيضاً.

وعلى هذا جرى الشيخ العلّامة قدس سره في إعمال الخيارات من طرف واحد. ولكنّه مخالف لما اختاره في معنى الخيار ـ وقوّيناه نحن أيضاً ـ من أنّ حقيقته ليست إلا مالكيّة الفسخ وتركه. مع أنّه سواء قلنا بأنّ الخيار ملك فسخ العقد وتركه أم قلنا بأنّه ملك فسخ العقد وإمضائه، فلا محيص عن كون ترك الفسخ أو الإمضاء تحبّبياً، بمعنى أنّ ترك الفسخ أو الامضاء من ناحية هذا الحقّ لايوجب إمضاء العقد ـ بمعنى خروجه عن معرضيّة

الفسخ ـ إلا من ناحية ذلك الحقّ لا من جميع النواحي، وهذا بخلاف إعمال الحقّ بالفسخ، فإنّ العقد الواحد لا يقبل إلا حلّاً واحداً، والانحلال لا يقبل التحيّث على ما عرفت في أوائل مباحث الخيارات.

وكيف كان، فهذا هو التحقيق في دفع الاشكال المزبور، وبه ينحلّ كثير من المعضلات على ما أوضحناها في محالّها المناسبة.

مبدأ خيار الحيوان في الصرف والسلم وعقد الفضولي

بقي الكلام في تشخيص مبدأ هذا الخيار في بيع الصرف والسلم وفي عقد الفضوليّ. والكلام فيه بعينه كالكلام في خيار المجلس.

والتحقيق ما عرفت من أنّ مبدأ الخيار فيه من حين تماميّة العقد في الصرف والسلم. ولا يعتبر فيه حصول الملكيّة الشرعيّة. وفي عقد الفضوليّ مبدؤه من حين صيرورة المشتري مشترياً والبائع بائعاً، وهو حين الإجازة الّتي بها يستند العقد إلى المجيز، سواء قلنا بالنقل أم الكشف.

دخول الليالي في زمن الخيار

مسألة: ظاهر لفظ اليوم لغة وعرفاً هو يوم الاجارة، وهو بياض اليوم، أعني: الساعات الّتي تكون الشمس فيها فوق الأفق، وهو ما بين طلوعها وغروبها، لا مجموع أربع وعشرين ساعة الّتي هي مجموع الليل والنهار، ولا يوم الصوم الّذي هو ما بين الفجر الصادق إلى الغروب، بل يحتاج إرادة كلّ ذلك من لفظ اليوم إلى نصب قرينة، كما هو الشأن في لفظ الليل أيضاً،

فإنّه ظاهر لغة وعرفاً في مقابل بياض اليوم بالمعنى المذكور، لامجموع أربع وعشرين ساعة ولاخصوص ما بين غروب الشمس إلى الفجر الصادق، بل يحتاج إرادة كلّ منهما من لفظ الليل إلى قرينة.

ثمّ إنّه قد تقدّم أنّ ظاهر النصوص ثبوت الخيار من حين العقد مستمرّاً إلى أن تنقضي المدّة المذكورة في النصوص. وليس لازم انضمام الأمرين اعتبار ثلاثة أيّام مع لياليها في انقضاء مدّة الخيار، إذ المفروض أنّه لم تقم قرينة على استعمال اليوم في غير معناه اللغوي والعرفي، بل لازمه ثبوت الخيار في زمن تتحقّق في أثنائه ثلاثة أيّام بمعناها اللغوي والعرفي ولو كان المجموع ناقصاً عن اثنين وسبعين ساعة. فمجموع ما تتحقّق فيه ثلاثة أيّام بيض من حين العقد هو زمن الخيار، مع أنّ لفظ اليوم لم يستعمل في مجموع اليوم والليل، بل استعمل في بياض اليوم.

وعليه، فلا محيص عن كون الليلتين المتوسّطتين أيضاً زمناً للخيار، كما لامحيص عن كون مجموع الليلة الأولى أيضاً أو بعضها زمناً للخيار لو فرض توقّف تحقّق ثلاثة أيّام بيض فيما بعد العقد على مضيّها.

وعليه، فلو عقد في أوّل اليوم فلا محالة ينقضي الخيار بانقضاء اليوم الثالث، ولايثبت في الليلة الثالثة. ولو عقد في أوّل الليل أو في أثنائه فكذلك ينقضي الخيار بانقضاء اليوم الثالث، ويكون الليل الأوّل أو بعضه أيضاً زمناً للخيار. ولو عقد في زوال اليوم الأوّل فلا محالة ينقضي في زوال اليوم الرابع، وتكون الليالي الثلاث بأجمعها زمناً للخيار.

ولمّا كان ظاهر لفظ اليوم هو نفس بياض اليوم أعمّ من كونه يوماً

تامّاً أو منكسراً ملفّقاً من اليومين، كما هو الشائع في إطلاقاته أيضاً، حيث إنّ إرادة يوم تامّ يحتاج إلى التقييد وقيام القرينة. وأيضاً ظاهره نفس تحقّق بياض اليوم، لا مقداره الأعمّ من كونه من اليوم بتمامه أو من الليل بتمامه أو منهما ملفّقاً. فلازم الأمرين أنّه لو عقد في أوّل الليل أو في أثنائه، فلا وجه لانقضاء الخيار بانقضاء اليوم الثاني أو بعض اليوم الثالث، نظراً إلى تدارك اليوم الثالث أو بعضه بالليلة الأولى أو ببعضها. ولو عقد في زوال اليوم الأوّل، فلا محالة ينقضي الخيار في زوال اليوم الرابع، ولاحاجة إلى انقضائه بتمامه.

مسقطات خيار الحيوان

مسألة: يسقط هذا الخيار بشرط سقوطه في ضمن العقد بلا إشكال ولا خلاف في الجملة. وقد تقدّم[1] توضيح ما يصحّ من هذا الشرط وما لايصحّ في خيار المجلس، والكلام هنا كالكلام هناك بعينه.

وهل يصحّ التبعيض بشرط سقوطه في بعض زمن الخيار، كالأوّل أو الوسط أو الآخر؟ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط ذلك. ولكنّ التحقيق أنّ الخيار في المقام حيث إنّه حقّ واحد مستمرّ لاحقوق متعدّدة بحسب تعدّد الأيّام أو الساعات أو الدقائق، فلا يصحّ شرط السقوط، لابنحو عدم الثبوت، ولابنحو شرط السقوط المعلّق على الثبوت، ولابنحو شرط الاسقاط بعد تحقّق العقد. وإنّما يصحّ شرط سقوطه بمعنى شرط

(١) في ص: ٧٣ وبعدها.

عدم إعمال الخيار بالفسخ في اليوم الأوّل أو الثاني أو الثالث مثلاً.

ويسقط هذا الخيار أيضاً بإسقاطه بعد تحقّق العقد بلا خلاف ولا إشكال، بعين البيان المتقدّم في خيار المجلس.

ويسقط أيضاً بتصرّف ذي الخيار في الحيوان، بلا خلاف ولا إشكال فيه أيضاً في الجملة.

وتدلّ على ذلك صحاح مستفيضة:

منها: صحيحة عليّ بن رئاب، وفيها: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثةأيّام فذلك رضامنه فلاشرط، قيل له:وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ماكان يحرم عليه قبل الشراء»[١].

ومنها: صحيحة الصفّار كتبت إلى أبى محمّدعليه السلام: «في الرجل اشترى من رجل دابّة، فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيّام الّتي له فيها الخيار بعد الحدث الّذي يحدث فيها أو الركوب الّذي يركبها فراسخ؟ فوقّععليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله»[٢].

ومنها: ذيل الصحيحة المرويّة عن قرب الإسناد: «قلت له: أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس، قال: فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمته»[٣].

---

(١) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢.

(٢) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ٢، عن التهذيب ٧: ٧٥ ح ٣٢٠.

(٣) قرب الإسناد (الطبعة الحديثة): ١٦٧ ح ٦١١، وعنه في الوسائل ١٨: ١٣ ـ ١٤ ب «٤» من أبواب الخيار ح ٣.

والأمثلة المذكورة فيها للحدث كلّها من التصرّفات المالكيّة الّتي يغلب صدورها من مالك الجارية والدابّة مبنيّاً على مملوكيّتهما له، وإن كان ربما يتّفق صدورها من الشخص عدواناً فيما يعلم أنّه ملك لغيره ولايجوز له مثل هذا التصرّف، وذلك لوضوح أنّ المراد من اللمس ليس مطلق اللمس ولو كان لمساعدتها وحفظها من السقوط مثلاً، بل المراد منه اللمس الاستمتاعي. وكذلك المراد من النظر ليس مطلق النظر إليها، بل النظر الاستمتاعي، بشهادة تقيّده بما إذا كان إلى ما يحرم على غير المالك.

فخصوصيّة هذه الأمثلة في حدّ نفسها تصلح قرينة ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ على ضيق دائرة الحدث الّذي أنيط سقوط الخيار فيها بإحداثه، وأنّه التصرّف الّذي يبتني صدوره من المالك على مالكيّته لما يتصرّف فيه غالباً، لا مطلق التصرّف حتى بمثل قوله للجارية: ناوليني الثوب أو اسقيني ماءً أو أغلقي الباب ونحو ذلك ممّا يصدر نوعاً من الناس بالنسبة إلى غير المملوك أو مملوك الغير بشهادة حال النوع على الرضا بمثل ذلك، ولا بمثل سقي الجارية أو إطعامها حفظاً لحياتها، أو الأخذ بيدها حفظاً لها من السقوط. وكذلك سقي الدابّة أو علفها أو الركوب عليها في طريق السقي أو الرعي حفظاً لحياتها ونحو ذلك ممّا جرت العادة على صدوره غير مبنيّ على الملك، بل في المملوك وغيره ومملوك الغير على حدّ سواء، سواء كان ذلك واجباً عليه أم كان لمجرّد الإحسان.

وبالجملة، ظاهر هذه الصحاح بشهادة التمثيل بتلك الأمثلة وبحسب المتفاهم العرفي ليس إلا إرادة التصرّفات الّتي لا تصدر بنوعها غالباً إلا

مبنيّة على مالكيّة المتصرّف لما يتصرّف فيه، وقد عبّر عنها في الصحيحة الأولى بأنّها رضا منه، الظاهر في إرادة الرضا ببقاء العقد وإخراجه عن معرضيّة الفسخ، لوضوح أنّه لايحتمل أن يكون المراد منه أنّه كاشف عن رضاه وطيب نفسه بأصل العقد ومضمونه،وهي الملكيّة، كيف؟ والمفروض تحقّق هذا الرضا حين إنشاء العقد، حيث إنّ المفروض صدوره بإرادته واختياره وعدم الاكراه عليه.

وظاهر الصحيحة أنّ مثل هذه الأحداث بنفسها وبطبعها رضا فعليّ لاقوليّ، أي: إمضاء عمليّ عرفيّ يقتضي إمضاء الشارع له، لا أنّها قد جعلت إمضاءً عمليّاً للعقد بلا مناسبة تقتضي ذلك، بل بمجرّد التعبّد.

وعليه، فيسقط الاحتمال الأوّل والثاني في الصحيحة من الاحتمالات الأربعة الّتي احتملها الشيخ[1] العلّامة، وهما المشتركان في فرض إرادة جعل مطلق الحدث والتصرّف في الحيوان إمضاءً عمليّاً للعقد بالتعبّد المحض، أي: بلا ملاحظة كون التصرّف مناسباً عرفاً لأن يكون إنشاءً عمليّاً لإمضاء العقد وإقراره.

ولكن يدور الأمر:

بين الاحتمال الثالث، ومحصّله: جعل إنشاء أمثال هذه الأحداث إمضاءً عمليّاً للعقد تعبّداً، ولكن مبنيّاً على كونها بنفسها ممّا ينشأ ويبرز بها عرفاً الرضا ببقاء العقد وإخراجه عن معرضيّة الفسخ نوعاً، سواء كان قصد المشتري إنشاء الامضاء بها أم لا، مالم تكن هناك قرينة على عدم

(١) المكاسب ٥: ١٠٠ ـ ١٠٢.

إرادته الإمضاء، وعدم إحداثه لذلك الحدث انتفاعاً بملكه، بل لمجرّد الاختبار أو اشتباهاً بحيوان آخر ونحو ذلك.

وبين الاحتمال الرابع، ومحصّله: إخبار الشارع عن كون إحداث تلك الأحداث رضاً شخصيّاً بالعقد وإمضاءً عمليّاً له عرفاً، لكون المتصرّف إنّما أوجدها بقصد إظهار الرضا ببقاء العقد وإخراجه عن معرضيّة الفسخ، فلا يفتقر إلى التعبّد من الشارع.

ولكن لمّا كان لازم الاحتمال الأخير تقيّد التصرّف بتلك الأحداث بكونه صادراً بقصد إنشاء الامضاء، وهو مخالف لاطلاق الأمثلة في هذه الصحاح، بل ظهورها في إرادة أنّ ما وقعت منها كانت بغير قصد إنشاء الإمضاء، لأنّه من البعيد السؤال عمّا إذا كان وقوعها بقصد الامضاء، لمجرّد احتمال احتياج الامضاء إلى الانشاء القولي. وكذلك مخالف لاطلاق أجوبتهم عليهم السلام، وعدم استفصالهم عن أنّ تلك الأحداث كانت بقصد إنشاء الامضاء أم لا، فلا سبيل إلى البناء على إرادته من الصحيحة مالم يقم دليل عليه.

فالمتعيّن بحسب إطلاق هذه الصحاح هو المعنى الثالث. وليس في رواية عبد الله بن الحسن[1] بن زيد ما ينافي ذلك على ما يظهر بالتأمّل فيها.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٥ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٤، عن التهذيب ٧: ٨٠ ح ٣٤٣. وإليك نصّ الحديث: عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن عليّ بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمّد عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيّام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله مارضيه ثمّ هو بريء من الضمان».

ثمّ إنّ المتفاهم العرفي من هذه الصحاح أنّ إمضاء الشارع لكون تلك التصرّفات إمضاءً فعليّاً للعقد إنّما هو لمجرّد أنّها كذلك عرفاً، لكونها ممّا ينشأ بها الامضاء غالباً. ولايحتمل فيها عرفاً دخالة خصوصيّة كون ما تصرّف فيه حيواناً، أو كون الخيار خيار الحيوان، أو كون ماتصرّف فيه هو المبيع، أو كون المتصرّف المشتري.

وهذا هو الوجه في تعدّي الأصحاب قدس سرهم من مورد هذه النصوص إلى الموارد الأخر الّتي تقع أمثال هذه التصرّفات فيها من ذي الخيار في ما انتقل إليه مطلقا. بل تعدّيهم إلى مطلق ماهو إنشاء عمليّ نوعيّ عرفاً مالم تقم قرينة على عدم إرادة ذلك، ولولم يكن من نوع التصرّفات، كالعرض على البيع أو الاجارة ونحو ذلك. بل تعدّيهم من الإجازة إلى الفسخ أيضاً، حيث بنوا على أنّ كلّ ما هو إجازة على فرض صدوره ممّن انتقل إليه، فهو فسخ على فرض صدوره ممّن انتقل عنه. وليس ذلك إلا لعدم احتمالهم احتمالاً عرفيّاً لكون الحكم من خصائص الإجازة، بل المتفاهم العرفي منه أنّه من خصائص كون الفعل ممّا يعدّ إنشاءً للإجازة أو الفسخ بنوعه عرفاً مالم تكن هناك قرينة على خلافه. ولهم الحقّ فيما فهموا، وليس ذلك من القياس والاستحسان الباطلين.

الثالث: خيار الشرط

لاخلاف في صحّة هذا الشرط، بل نقل الاجماع عليه مستفيضاً. وتدلّ عليه ـ مضافاً إلى الأخبار[1] الخاصّة الواردة في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن ـ الأخبار[2] العامّة المستفيضة والقريبة من التواتر الدالّة على وجوب الوفاء بالشرط إلا ما خالف كتاب الله.

وليعلم أوّلاً أنّ اللزوم في البيع ليس لزوماً حكميّاً ثابتاً في العقد بتعبّد شرعي، بحيث لاتدخله الإقالة والتفاسخ، كما في النكاح الّذي لاطريق لحلّ عقده شرعاً غير الطلاق إلا في موارد خاصّة ثبتت بدليل خاص. بل لزوم حقّي، أي: حكم الشارع باللزوم ووجوب الوفاء بالعقد تبعاً لنفس التزام المتعاقدين بالثبات على العقد وعدم حلّه إلا برضا الطرفين. ولذا تدخله الإقالة والتفاسخ بالتراضي من الطرفين.

وبعبارة واضحة: كأنّ كلّاً من المتعاقدين قد تعهّد والتزم للآخر

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٩ ب«٨» من أبواب الخيار.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٦ ب«٦» من أبواب الخيار ح ١ و٢.

بالثبات على إنشاء بدليّة ماله لمال الآخر من حيث المملوكيّة، فصار كلّ منهما ذا حقّ على الآخر من حيث مالكيّته لالتزام الآخر وسلطنته عليه، بمعنى كون اختيار التزام الآخر بيده إن شاء ألزمه وإن شاء رفع اليد عنه وردّه إلى الملتزم. ولذا لايجوز لأحدهما حلّ العقد ورفع اليد عن التزامه الّذي جعله تحت سلطنة الآخر إلا برضاه. ومعنى التقايل: رفع كلّ منهما يده عمّا أخذه من التزام الآخر، وإرجاعه إلى الملتزم حتّى يرفع اليد عنه بسلطانه الّذي عاد إليه.

فإمضاء الشارع اللزوم بهذا المعنى ليس إلا إمضاءً لهذه السلطنة والمالكيّة للالتزام الّتي أوجدت لكلّ منهما حقّاً على الآخر. ولذا لايحتاج جواز التقايل والتفاسخ ـ الّذي ليس هو إلا رفع كلّ منهما يده عن الحقّ الّذي كان له على الآخر ـ في مثله إلى ورود دليل تعبّدي شرعيّ، بل هو على وفق القاعدة.

فكما أنّ لهما رفع اليد عن حقّهما بعد تماميّة العقد وسلطنة كلّ منهما على التعهّد الّذي تسلّمه من الآخر، كذلك لهما رفع اليد عن جعل مثل هذا الحقّ والسلطنة من أوّل الأمر، إمّا من الطرفين أو من طرف واحد، بأن يتحقّق منهما العقد ولكن بدون التعهّد والالتزام بالثبات عليه في زمان معيّن، بمعنى تحديد الالتزام بغير الزمان الّذي استثنياه. وإن شئت فقل: إنّ كلّاً منهما يتعهّد ويلتزم للآخر بالثبات على مضمون المعاملة، ولكن يجعلان لكلّ منهما أو لأحدهما حقّ رفع اليد عن الالتزام في زمان معيّن.

وبالجملة، إنّ اللزوم والجواز في البيع يكونان حقّيين تابعين لجعل

نفس المتعاقدين. ويكون العقد لازماً لو خلّي ونفسه، أي: لولم يجعل حقّ في فسخه، غاية الأمر أنّه يكون جعل حقّ الخيار بتعبّد شرعيّ في بعض الموارد، كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، وبجعل نفس المتعاقدين صريحاً، كما في شرط الخيار، أو ضمنيّاً كما في الغبن والعيب ونحو ذلك. والعقد إنّما يقتضي اللزوم حقّياً لو خلّي ونفسه، أي: مع تجرّده عمّا يقتضي حقّ الفسخ، من تراضي الطرفين كما في التقايل، أو الخيار التعبّدي المجعول من الشارع ابتداءً إرفاقاً لهما أو لأحدهما، أو الخيار المجعول من المتعاملين والممضى شرعاً.

وعليه، فاللزوم المستفاد من قوله عليه السلام في بعض أخبار خيار المجلس: «وإذا افترقا وجب البيع» ليس إلا بالمعنى الّذي يستفاد من العمومات الدالّة على اللزوم على ما تقدّم في محلّه.

فكما أنّ جعل الشارع الخيار ابتداءً في خيار المجلس والحيوان أو إمضاءً في مثل العيب والغبن ونحوهما، ليس جعلاً لما ينافي مقتضى العقد أو الكتاب والسنّة الدالّين على اللزوم، ومنها الاطلاقات الواردة في ذيل بعض أخبار خيار المجلس، كذلك جعل المتعاقدين الخيار بالشرط وإمضاء الشارع له ليس جعلاً وإمضاءً لما ينافيه.

فلا محلّ لما ذكره صاحب[1] المستند قدس سره من أنّه لولا الأخبار[2] الخاصّة الدالّة على جواز شرط الخيار لم يمكن إثبات جوازه بأدلّة

(١) مستند الشيعة ١٤: ٣٨١ ـ ٣٨٢.

(٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ١٥٩ هامش (١).

وجوب الوفاء بالشرط، لكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، نظراً إلى ما في تلك الأخبار من التذييل.

لاحدّ لخيار الشرط في طرفي القلّة والكثرة

مسألة: مقتضى القاعدة من حيث عموم سلطنة المتعاملين على الالزام والالتزام بمضمون البيع بأيّ نحو أرادا، وكذلك مقتضى عموم الطائفتين من الأخبار وإطلاقهما،أنّه لاحدّ لمدّة الخيار المشروط فيالبيع في طرفي القلّة والكثرة. والظاهر ـ كما أفاده الشيخ[١] قدس سره ـ أنّه ممّا لاخلاف فيه عندنا.

وكذلك مقتضى ما ذكر أنّه لافرق بين كون زمان الخيار متّصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه. والظاهر أنّه أيضاً ممّا تسالم عليه أصحابنا كما عن التذكرة[٢]. وخلاف الشافعي[٣] في ذلك واعتباره الاتّصال ضعيف، لضعف ما استدلّ به من لزوم صيرورة العقد جائزاً بعد اللزوم، إذ فيه ـ مضافاً إلى انتقاضه بخيار التأخير والرؤية ونحوهما، بل بخيار العيب والغبن بناءً على كون ظهور العيب والغبن شرطاً في ثبوت الخيار ـ أنّه لا محذور عقليّ ولا شرعيّ في صيرورة العقد لازماً بعد جوازه أو جائزاً بعد لزومه، لوضوح أنّهما حكمان مترتّبان على العقد، ولا مانع من محكوميّته بأحدهما في زمان وبالآخر في زمان آخر. وليسا من مقوّمات حقيقة

---

(١) المكاسب ٥: ١١١.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٥١.

(٣) روضة الطالبين ٣: ١٠٩، المجموع ٩: ١٩١.

العقد حتّى تكون هناك حقيقتان يستحيل انقلاب إحداهما إلى الآخرى، كيف؟ وإلا لكان اللازم استحالة لزوم العقد بعد جوازه أيضاً، لاتّحاد مناط الاستحالة فيه وفي عكسه.

يعتبر في صحّة البيع ضبط مدّة الخيار

هذا، ويشترط في صحّة شرط الخيار بل في صحّة البيع المشروط فيه الخيار تعيين المدّة وضبطها، وإلا فيكون الشرط غرريّاً، وحيث إنّ الشرط لامحالة تابع لأحد العوضين، وله قسط من العوض الآخر، فلا محالة يسري غرره إلى البيع، ويكون أصل البيع غرريّاً، للجهالة بما هو كالبعض من أحد العوضين، فيشمله النهي عن البيع الغرري، وببطلان البيع يلغو الشرط لامحالة.

وليس المستند في بطلان الشرط النهي عن مطلق الغرر، الموجب لكون الشرط منهيّاً عنه وضعيّاً ومخالفاً للكتاب والسنّة، حتّى يقال: إنّ غايته بطلان الشرط ولغويّته، وعدم وجوب الوفاء به، ولكن فساده لايوجب فساد البيع إلا بناءً على كون فساد الشرط موجباً لفساد البيع، وهو خلاف التحقيق.

كما لا محلّ لأن يقال: إنّ الغرر لايوجب بطلان البيع بعد فرض إقدام المتعاملين عليه، وبنائهم على عدم المداقّة والتشاحّ، لما مرّ توضيحه في مباحث شرائط العوضين من أنّ الغرر النوعي يقتضي عدم إمضاء الشارع، لما فيه من خطر التشاجر والتّنازع نوعاً، من دون نظر إلى حال شخص

المتعاملين. فحال إقدامهما ورضاهما بالغرر كحال إقدامهما ورضاهما ببيع مالا ماليّة له عرفاً أو شرعاً، في أنّه لايوجب تغيير الحكم الشرعي. ولا يقاس بمسألة الضرر الّذي يناط نفيه بكونه مستنداً إلى الحكم الشرعي لا إلى المكلّف نفسه. والظاهر أنّ المسألة ـ مع ما ذكر ـ ممّا لاخلاف فيها، بل حكي الاجماع عليها صريحاً كما أشار إليه الشيخ[١] العلّامة قدس سره.

ولا فرق في جهالة مدّة الخيار الموجبة للبطلان بين عدم ذكر المدّة أصلاً، كأن يقول: بشرط أن يكون لي الخيار ـ سواء أراد بذلك الاهمال والابهام أم الارسال والاطلاق بالنسبة إلى جميع الأزمنة بعد تحقّق البيع ـ وبين ذكر مدّة مهملة، كأن يقول: بشرط أن يكون لي الخيار مدّة، وبين ذكر مدّة معيّنة من بعض الجهات ولكن مردّدة بين القليل والكثير من حيث المقدار، كأن يقول: بشرط أن يكون لي الخيار من حين العقد إلى قدوم الحاجّ أو ما دمت حيّاً مثلاً، لاتّحاد المناط، وهو كون المعاملة غرريّة وفي معرض التشاحّ والتنازع نوعاً.

وقد حكي عن جماعة[٢] القول بصحّة البيع والشرط في الفرض الأوّل، وجعل مدّة الخيار ثلاثة أيّام. وعن الغنية[٣] والانتصار[٤] وجواهر[٥] القاضي الاجماع على ذلك. وعن الخلاف[٦] أنّ على

---

(١) المكاسب ٥: ١١١.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٣، المقنعة: ٥٩٢.

(٣) غنية النزوع: ٢١٩.

(٤) الانتصار: ٤٣٨ مسألة (٢٥٠).

(٥) جواهر الفقه: ٥٤ مسألة (١٩٤).

(٦) الخلاف ٣: ٢٠ مسألة (٢٥).

ذلك إجماع الفرقة وأخبارهم.

ويحتمل أن يكون الفرض الثاني أيضاً ملحقاً بالفرض الأوّل عندهم وإن لم ينقل التصريح بذلك عنهم. واحتمال ظفرهم قدس سرهم بعدّة أخبار واردة عنهم عليهم السلام تدلّ على هذا الحكم غير أخبار خيار الحيوان، وإن كان موجوداً عقلاً إلا أنّه موهون جدّاً بعدم تمسّك واحد منهم قدس سرهم بها وعدم وجودها في الجوامع الحديثيّة، حتّى أنّه لم ينقلها الشيخ قدس سره نفسه في كتابيه المعدّين لنقل الأخبار.

ولا يكون ما ذكره قدس سره من أخبار الفرقة في قوّة روايات مرسلة حتّى يقال بجبر ضعف أسنادها بكون المرسل مثل الشيخ قدس سره وعمله بها وإفتائه بمضمونها، فضلاً عن عمل مثل المفيد والسيّدين والقاضي والحلبي.

بل يقوى الظنّ بأن مراده قدس سره من أخبار الفرقة الأخبار المستفيضة الواردة في خيار الحيوان، وأنّ استظهار الحكم المذكور منها مبنيّ على نوع اجتهاد منهم في تعيين مفادها، حيث إنّه قد أطلق الشرط في بعضها[1] على خيار المجلس أو الحيوان، فيستظهر منه أنّ المراد من الشرط ما جعله الشارع أو المتعاقدان. وحيث إنّه قد ذكر في بعض[2] تلك الأخبار أنّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام سواء اشترط أم لم يشترط، أي: أنّه شرط شرعيّ لايحتاج إلى شرط المتعاقدين، فيؤخذ بمفهوم ذلك وأنّ الخيار في ثلاثة أيّام في غير الحيوان يكون شرطاً، ولكن لا بجعل الشارع

(١) راجع الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣، وكذا ص: ١٠ ب «٣» ح ١.
(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» ح ١.

بل إذا شرطه المتعاقدان.

ويقوى الظنّ بأنّ دعواهم الاجماع في المسألة مبنيّة على إجماع الفرقة على العمل بتلك الأخبار في الجملة، فلابدّ أن يكون عملهم بما هو لازم مفادها إجماعيّاً عندهم.

وعلى هذا، فلا تبقى ثقة في المسألة لا بوجود أخبار غير تلك الأخبار، ولا بتحقّق إجماع تعبّدي في المسألة كاشف عن رأي المعصوم عليه السلام. مع وضوح فساد استظهار الحكم من أخبار خيار الحيوان، بعد وضوح ظهور قوله عليه السلام: «اشترط أو لم يشترط» في دفع توهّم أنّ خيار الثلاثة يثبت في الحيوان بالشرط، ولا ظهور له بوجه في إرادة المفهوم والحصر، وتحديد الخيار الّذي يشترطه المتعاقدان في غير الحيوان، فضلاً عن كونه ناظراً إلى التحديد في فرض اشتراط الخيار وعدم ذكر المدّة له.

وأمّا ما روي في كتب العامّة[1] من أنّ حبّان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجّة أصابته في رأسه، فقال له صلى الله عليه وآله: «إذا بعت فقل: لاخلابة، وجعل له الخيار ثلاثاً» أو قال صلى الله عليه وآله: «ولك الخيار ثلاثاً» فمع ضعف سنده وعدم انجباره بوجه، حيث إنّه لم يستند الجماعة المتقدّمة إليه، لا دلالة له بوجه على الحكم المذكور، إذ غاية الأمر أن يكون هذا منه صلى الله عليه وآله إرشاداً له إلى

(١) سنن الدارقطني ٧: ٣١٤ ح ٣٠٥١، المستدرك على الصحيحين ٥: ٣٠٦ ح ٢١٦٣، السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٢٧٣ ح ١٠٢٣٨. وفي المصادر: وكان قد سفع في رأسه مأمومة. وسفع أي: أصيب. والمأمومة أي: الشجّة الّتي تبلغ أمّ الرأس. والخلابة: الخديعة.

شرط الخيار في بيوعه ثلاثة أيّام، وأنّ قوله: «لاخلابة» يكون دلالة مطّردة على شرط الخيار له ثلاثة أيّام، وأين هذا من الحكم المذكور؟!

وبالجملة، فالمتعيّن في المسألة هو البناء على البطلان في الفروض الثلاثة المتقدّمة جميعها.

نعم، يبقى الكلام في أنّه هل يكفي في رفع الغرر ضبط مقدار مدّة الخيار ولو مع عدم تعيين المبدأ والمنتهى، بحيث تتردّد المدّة بين جميع الأزمنة فيما بعد البيع، كأن يشترط خيار ثلاثة أيّام لا على التعيين؟

لاينبغي الاشكال في عدم كفايته،لأنّه من أوضح مصاديق الغرر وخطر التشاحّ والتشاجر،بل لامحيص عن تعيين المدّة في زمان معيّن في الجملة.

وعليه، فهل يكفي تعيين الزمان الّذي تتردّد تلك المدّة بين أجزائه من حيث المبدأ والمنتهى، كأن يشترط خيار ثلاثة أيّام لا على التعيين في شهر واحد فيما بعد العقد؟

والظاهر أنّه لاينبغي الاشكال في عدم كفايته أيضاً،لاتّحاده مع الفرض السابق في مناط الغرر والخطر. ويتّحد معهما في المناط لو فرض عدم تعيين مدّة الخيار أصلاً ولو مع تعيين مبدئه، كأن يشترط الخيار من حين العقد أو بعدشهر من حينه أو بعد قدوم الحاجّ ـ مثلاً ـ مع إهمال مدّة الخيار.

وعليه، فهل يعتبر تعيين مدّة الخيار من حيث المقدار، وتعيين المبدأ والمنتهى لها بحيث لاينطبق إلا على زمان بعينه، ولا يحتمل فيه الزيادة والنقيصة، كأن يشترط الخيار ثلاثة أيّام من حين العقد أو بعد مضيّ شهر ـ مثلاً ـ من حين العقد؟ أو يكفي تعيين المبدأ والمنتهى لمدّته ولو مع تردّد

ما بينهما بين الزيادة والنقيصة، كأن يشترط الخيار من حين العقد إلى قدوم الحاجّ، أو من حين قدوم الحاجّ إلى آخر الشهر، أو مع عدم التردّد فيها بين الزيادة والنقيصة، ولكن مع تردّدها من حيث التقدّم والتأخّر، كأن يشترط الخيار من حين قدوم الحاجّ إلى ثلاثة أيّام؟

فيه إشكال، ولا يبعد دعوى عدم صدق الغرر عرفاً مع تعيين المدّة من حيث المبدأ والمنتهى، ولو مع تردّدها بين الزائد والناقص أو بين التقدّم والتأخّر.

ولكنّه يشكل بأنّ لازمه القول بالصحّة فيما لو اشترط الخيار من حين قدوم الحاجّ إلى حين دياس الغلّات ـ مثلاً ـ وهو في غاية الاشكال.

وعلى كلّ حال، فالتفصيل فيما فرض تعيين المبدأ والمنتهى بوجه، بين ماكان التردّد من الجهتين كما في المثال المذكور، أو من حيث الزيادة والنقيصة أو التقدّم والتأخّر فقط كما في الأمثلة السابقة، ممّا لا وجه له ظاهراً.

نعم، التفصيل بين ماكان التردّد من الجهتين أو من جهة الزيادة والنقيصة فقط، وبين ما إذا كان التردّد من جهة التقدّم والتأخّر فقط، بالقول بالبطلان في الأوّلين دون الثالث لا يخلو عن الوجه.

مبدأ خيار الشرط عند الاطلاق من حين العقد

مسألة: قد عرفت أنّ مقدار زمان خيار الشرط وكذا اتّصاله بالعقد وانفصاله عنه تابع لكيفيّة الشرط، ولكن مقتضى إطلاقه بحسب المتفاهم

العرفي كون مبدئه من حين العقد، كما هو الشأن في خياري المجلس والحيوان الثابتين تعبّداً، فلا يفتقر في تعيين مبدئه إلى التنصيص مالم يرد جعل زمانه منفصلاً عن العقد، وإنّما يفتقر إلى تعيين منتهاه، وبه يرتفع الغرر لامحالة.

وعلى هذا، فلو شرطا الخيار منفصلاً عن العقد، فلو عيّنا مبدأه من حين انقضاء خيار الحيوان إلى ثلاثة أيّام ـ مثلاً ـ فلا مانع منه بناءً على كون مبدأ خيار الحيوان من حين العقد. وأمّا بناءً على كون مبدئه من حين التفرّق، أو مع جعل مبدأ خيار الشرط من حين التفرّق ـ أي: من حين انقضاء خيار المجلس ـ مع تعيين المنتهى في الفرضين، ففيه ما تقدّم من الاشكال، لجهالة زمن الخيار، لتردّده بين التقدّم والتأخّر. وظاهر الشيخ[1] العلّامة قدس سره كونه غرراً مبطلاً للشرط والعقد، ولكن سيجيء منه قدس سره ما ينافي ذلك.

ثمّ إنّ الكلام في ثبوت خيار الشرط من حين العقد ـ إمّا للتنصيص على ذلك أو لكونه مقتضى الاطلاق ـ وإمكان اجتماعه مع خيار المجلس قبل التفرّق، ومع خيار الحيوان قبل انقضاء الثلاثة، عين الكلام في إمكان اجتماع خيار المجلس مع خيار الحيوان قبل التفرّق. وقد مرّ أنّه لامانع من ذلك، كما تقدّم أيضاً أنّه لا مانع من ثبوت الخيار في الصرف والسلم أيضاً قبل القبض، وأنّه لايخلو عن الثمرة، سواء قلنا بوجوب التقابض أم لا.

---

(١) المكاسب ٥: ١٢٠.

وأمّا ما عن السرائر[١] من أنّ المتبادر من شرط الخيار جعله في زمان لولاه لكان العقد لازماً، ولازمه كون مبدئه من حين التفرّق في مطلق البيوع ومن حين انقضاء الثلاثة في بيع الحيوان.

فهو ممنوع جدّاً، لوضوح أنّ تعدّد منشأ الخيار بماله بعض الآثار أمر مطلوب عند العقلاء. مع أنّه على تقدير تماميّة هذه الدعوى فإنّما تتمّ في موارد ثبوت الخيارين لا في موارد سقوطهما لعارض، كأن يكونا قد شرطا عدمهما في ضمن العقد. وفي موارد ثبوتهما أيضاً إنّما يتمّ ما ذكر مع علم المتبايعين بثبوتهما لا مع جهلهما بذلك، إذ مع جهلهما بثبوت الخيارين وقصد شرط الخيار من حين العقد لا معنى لامضائه شرعاً من حين التفرّق، لأنّه يكون إمضاءً لغير ما اشترط، مع عدم المانع من إمضاء ما اشترط. ومجرّد أنّهما لوكانا عالمين بثبوتهما لما كانا يقصدان شرط الخيار إلا في زمان انقضائهما، لايصلح أن يكون مانعاً من إمضاء ما فرضت فعليّة اشتراطه.

شرط الخيار للأجنبي

مسألة: المشهور صحّة الخيار للأجنبيّ، وقد حكي عن العلّامة[٢] نقل الاجماع على ذلك.

ويقع الكلام في المسألة في جهات.

---

(١) السرائر ٢: ٢٤٧.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٥٥. وفيه: «صحّ البيع والشرط عندنا».

الجهة الأولى: في صحّة هذا الشرط.

فنقول: إن كان المراد جعل الخيار للمتبايعين أو لأحدهما وشرط وكالة الأجنبيّ ـ ولو بنحو شرط النتيجة ـ في مباشرة إنشاء الامضاء أو الفسخ عنهما أو عن أحدهما، فلا ينبغي الاشكال في صحّته، لوضوح أن إنشاء الأمرين كإنشاء نفس العقد في أنّه ممّا يقبل النيابة والوكالة، فليس شرط ذلك شرطاً مخالفاً للشرع. مع أنّ الوكالة من الإذنيّات الّتي لا تعتبر فيها عبارة خاصّة وسبب مخصوص، بل يكفي في تحقّقها مطلق ما يدلّ على الإذن في النيابة والوكالة ولو بشرط ذلك في ضمن العقد.

وأمّا إن كان المراد جعل الخيار لهما أو لأحدهما وشرط تفويضه إلى الأجنبيّ، إمّا بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، بحيث يكون الأجنبيّ ذا خيار منتقل إليه منهما أو من أحدهما، وله إعمال النظر فسخاً أو إمضاءً. أو كان المراد جعل الخيار للأجنبيّ ابتداءً، إمّا مع جعله للمتبايعين أو لأحدهما أيضاً أو بدونه. فكلا الفرضين محلّ للاشكال.

أمّا الأوّل، فلأنّ تفويض الخيار بذلك المعنى إلى الغير لا معنى له إلا نقل الخيار من ذيه إلى غيره نقلاً اختياريّاً، وهو ممّا لا دليل على جوازه وصحّته وضعيّاً، ومقتضى الأصل الفساد وعدم الانتقال وبقاء الحقّ لذيه. ولا ملازمة بين صحّة انتقاله القهري في موارد الارث، وبين صحّة نقله الاختياري. مع أنّ انتقاله في موارد الارث إنّما هو بتبع انتقال المال، فهو انتقال من مالك المال إلى مالكه لا إلى الأجنبي.

نعم، بناءً على استقلال الخيار في الموروثيّة وعدم تبعيّته لموروثيّة

متعلّقه من الأموال، كما يقال في إرث الزوجة الخيار حتّى مع فرض حرمانها من الأراضي والعقار المبيعة أو المشتراة، يكون انتقاله إلى الوارث من قبيل الانتقال إلى الأجنبي. وعلى كلّ حال، فلا ملازمة بين صحّة ذلك وصحّة النقل الاختياري.

ومن الواضح أنّ ما يشكّ في مشروعيّته وعدم مخالفتهللكتاب والسنّة لايمكن إثبات مشروعيّته بالتمسّك بعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط، لكونه من قبيل التمسّك بالحكم الكبروي لاثبات الموضوع والصغرى.

نعم، ربما يظهر من الأستاد[1] العلّامةقدس سره أنّه لا مانع من نقل الخيار إلى طرف المعاملة، وإنّما لايجوز نقله إلى الأجنبي.

ولكنّ الحقّ أنّه:

لو فرض إرادة حقيقة النقل، فيصير ذو الخيار فاقداً للخيار والمنتقل إليه واجداً له، بحيث لو نقل مشتري الحيوان خياره إلى غيره يصير ذلكالغير ذا خيار الحيوان، ولو نقل أحد المتبايعين خيار المجلس إلى الآخر، فيصير الآخر ذا خيارين، فيكون له إسقاط كليهما أو أحدهما أو إعمال كليهما بالفسخ أو إعمال أحدهما بالامضاء والآخر بالفسخ.

فهو كالنقل إلى الأجنبيّ في عدم قيام دليل على جوازه.

ولو فرض إرادة النقل إلى الطرف بمعنى إسقاط الحقّ ورفع اليد عنه، فليس ذلك من النقل حقيقة، بل هو إسقاط بتعبير النقل. والخيار ليس سلطنة على من عليه الخيار حتّى يقال: إنّ نتيجة نقله إلى من عليه الخيار

---

(١) المحقّق النائينيقدس سره.

هو الثبوت والسقوط، كما يقال في بيع الدين ممّن هو عليه، بل إنّما هو سلطنة على العقد من حيث حلّه أو على المال من حيث إرجاعه إلى ملك مالكه الأوّل، فلا مانع من ثبوته وبقائه لو فرض قيام الدليل على جوازه.

هذا، وأمّا الثاني، فلأنّ حقّ الخيار ـ سواء كان متعلّقاً بالعقد أم بالعوضين ـ إنّما يثبت شرعاً للمتعاملين من حيث كون العقد لهما، سواء صدر عنهما بالمباشرة أم بالتوكيل أم بالرضا اللاحق، أو من حيث كون المعوّضين ملكاً لهما، فيجعل لهما أو لأحدهما السلطنة على حلّ العقد ليرجع كلّ مال إلى مالكه الأصلي قهراً، أو السلطنة على إرجاع المالين إلى مالكهما الأصلي. والأجنبيّ أجنبيّ عن كلا الأمرين، فلا معنى لجعل هذا الحقّ له.

وبعبارة أخرى: جعل الخيار إنّما هو بمعنى جعل ما أعطاه ذو الخيار من الالتزام لصاحبه تحت اختيار نفسه، بحيث لو شاء أبقاه على حاله ولو شاء رفع اليد عنه. ومن الواضح أنّ تعاطي الالتزامين إنّما يتحقّق بين المالكين اللّذين يكون العقد لهما، وأمّا الأجنبيّ فلم يعط التزاماً للغير ولا أعطاه الغير التزاماً حتى يكون خياره جعل التزامه تحت يده. وإذا كان هذا هو الخيار الثابت شرعاً، فشرط ثبوته للأجنبيّ شرط لأمر غير مشروع ومخالف للكتاب والسنّة.

هذا، ولكن يمكن دفع الإشكال عن الفرض الأوّل بأنّ حقيقة تفويض الخيار إلى الأجنبيّ ليس بمعنى نقله إليه حتّى يكون ناقله فاقداً له والمنتقل إليه واجداً، بل حقيقته التوكيل لكن لا في مجرّد إنشاء الامضاء

أو الفسخ بعد إعمال النظر من ذي الخيار نفسه واختيار أحد الأمرين، بل في نفس إعمال الخيار واختيار أحد الأمرين من الامضاء أو الفسخ. ولا ينبغي الإشكال في أنّ هذا أمر قابل للنيابة، فتكون حاله كحال الوكيل المفوّض في التصرّف، كما أنّ حال الوكيل في مجرّد إنشاء أحد الأمرين كحال الوكيل في مجرّد إنشاء البيع مثلاً.

وعليه، فلا مانع من شرط مثل هذه الوكالة بنحو شرط النتيجة، ويجب الوفاء به. ولا ينعزل الوكيل إلا بفسخ البيع المفروض أو انفساخه. ومع سقوط الشرط يزول الالتزام العقدي الّذي كان الالتزام الشرطي معلّقاً عليه.

ويمكن دفع الاشكال عن الفرض الثاني بأنّه إن أريد: أنّ حقّ الخيار لا يعقل ثبوته عقلاً أو شرعاً إلا لنفس من له العقد، فهو ممنوع قطعاً، حيث إنّ الخيار ـ الّذي هو بمعنى مالكيّة حلّ العقد وفسخه، سواء فرضناه حقّياً أم حكميّاً ـ قد ثبت في الشرع لغير من له العقد كثيراً، كما في خيار العمّة والخالة بالنسبه إلى عقد بنت الأخ والأخت ونحو ذلك.

وإن أريد: أنّ الخيار لم يثبت شرعاً في باب البيع بالخصوص إلّا لنفس المتبايعين، فهو حقّ، ولكنّه لا يوجب عدم إمكان ثبوته للأجنبي بجعل نفس المتبايعين وشرطه في ضمن العقد، لأنّ هذا من شؤن سلطنة المالكين على مالهما المقتضية لصحّة تصرّفهما فيه بأيّ نحو أرادا. فكما لا مانع من جعل مثل هذا الحقّ لنفسهما مع عدم جعل الشارع لهما، كذلك لا مانع من جعله للأجنبيّ. وبعبارة أخرى: كما أنّ لكلّ من المالكين سلطنة إعطاء التعهّد والالتزام لصاحبه كذلك لهما سلطنة إعطائه للأجنبيّ.

الجهة الثانية: هل يعتبر في الخيار المجعول للأجنبيّ أن يراعي المصلحة ـ أو لاأقلّ من عدم المفسدة بالنسبة إلى المشروط له، سواء كان هو أحد المتبايعين أم كليهما ـ فيما يختاره من الامضاء أو الفسخ، أم لا يعتبر ذلك، بل يجوز له إعمال الخيار مع المفسدة فيما يختاره، فضلاً عن عدم المصلحة؟

الظاهر هو الأوّل، لظهور الحال ـ ظهوراً نوعيّاً ـ في أنّ الخيار إنّما يفوّض إعماله إلى الأجنبيّ أو يجعل له ابتداءً لإعمال مصلحته في إمضاء البيع أو فسخه، وإطلاقه منصرف إلى هذا مالم يصرّح بخلافه، وأنّ شرط الخيار للأجنبيّ لمجرّد الاقتراح لا لغرض عقلائي، أو لغرض عقلائيّ مرتبط بالأجنبيّ لا بالمتعاملين.

الجهة الثالثة: لومات الأجنبيّ فهل يسقط الخيار، أو ينتقل إلى المشروط له، أو إلى وارث الأجنبيّ؟

التحقيق أن يقال: إنّه إن كان شرط الخيار للأجنبي بمعنى شرطه لنفس البائع أو المشتري مع شرط تفويضه إلى الأجنبيّ، بمعنى وكالته عنه في إعماله، فلا ينبغي الإشكال في سقوطه بمجرّد موت الأجنبيّ الّذي هو في الحقيقة وكيل مفوّض. ومعنى سقوطه بطلان وكالته بموته. ولا خيار له حتّى يرثه وارثه. ولكن يبقى خيار المشروط له على حاله، وله إعماله بعد تعذّر ما اشترط، إلا أن يكون ظاهر الشرط التزامه بعدم إعماله الخيار بالفسخ بنفسه. وحينئذٍ، فلا يؤثّر فسخه وضعيّاً بمقتضى شرطه بناءً على كفاية الشرط في ذلك.

هذا، وأمّا إن كان شرطه بمعنى جعله للأجنبيّ ابتداءً، فلازم ما تقدّم ـ من ظهور الحال في استنادجعل الخيارللأجنبيّ إلىخصوصيّة في نظره ـ سقوط هذا الخيار بموته، وعدم انتقاله إلى وارثه، لعدم كون مثل هذا الحقّ ممّا تركه الميّت حتّى يرثه وارثه، ولا إلى المشروط له، إذ لاوجه له بعد أنّ المفروض أنّه إنّما جعل للأجنبيّ لا له نفسه، وليس هنا موجب للانتقال.

الجهة الرابعة: لو كان شرط الخيارللأجنبيّ بمعنى تفويض إعماله إليه، فحيث إنّه توكيل له في ذلك فلا محالة يفتقر إلى قبوله ورضاه، سواء كان بالقول أم بالسكوت الكاشف عن القبول أم بمباشرة العمل وإعمال الخيار.

وأمّا إن كان المفروض جعله له ابتداءً، فالظاهر أنّه لايفتقر إلى قبوله ورضاه، بل يثبت الحقّ له قهراً، ولا مانع من ذلك.

وحيث إنّه حقّ له لا عليه ـ بل لولم يكن له فليس عليه قطعاً ـ فلا يجب عليه إعماله، بل له ترك الامضاء والفسخ حتّى تنقضي مدّة الخيار. فليس عليه هنا شيء ينافي سلطنته على نفسه حتّى يمنع من ثبوته بدون طيب نفسه، فحاله كحال انتقال الخيار إلى الوارث قهراً. ولا دليل على انحصار ثبوت الحقّ القهري في باب الميراث، بعد فرض وجوب الوفاء بالشرط وضعيّاً، وتوجّه الوجوب إلى المتعاملين لا إلى الأجنبيّ، على ماهو واضح.

الجهة الخامسة: جعل الخيار للأجنبيّ بأحد الفرضين يتصوّر على وجوه:

أحدها: أن يجعل لأجنبيّ واحد. فله الامضاء أو الفسخ، وأيّاً منهما

فعل فهو المتّبع، ويسقط الخيار عن ذيه بإعماله.

الثاني: أن يجعل لمتعدّد كاثنين مثلاً، ولكن بشرط الاجتماع والانضمام. فلو أمضى أحدهما أو فسخ دون الآخر، فهو لغو لا أثر له. والخيار بعد باقٍ لذيه على حاله.

الثالث: أن يجعل لهما بنحو الاستقلال، بحيث يكون كلّ منهما وكيلاً أو ذا خيار باستقلاله. فأيّ منهما سبق بإعمال الخيار بالفسخ فقد سقط الخياران، أحدهما بالإعمال والآخر بانتفاء الموضوع وانحلال العقد. ولو سبق أحدهما بالإمضاء فللآخر إعمال حقّه بالفسخ.

هذا إذا فرض جعل الخيار لهما. أمّا لو فرض تفويض إعمال الخيار إليهما، فأيّ منهما سبق بالفسخ أو الامضاء فقد سقط الخيار من ذيه بإعمال الوكيل له، فلا يبقى محلّ لوكالة الآخر.

الرابع: أن يجعل الخيار لكلّ منهما على البدل، فسواء فرض التفويض أم جعل الخيار، فأيّ منهما سبق بإعمال الخيار بالامضاء أو الفسخ فقد سقط الخيار من ذيه، إذ الحقّ واحد على الفرضين، والحقّ الواحد ليس له إلا إعمال واحد، سواء كان بالامضاء أم الفسخ.

مسألة: يجوز شرط المؤامرة مع الأجنبيّ أو لأحدهما، إمّا بمعنى الاستئمار ثمّ الائتمار، أو الائتمار بأمره الابتدائي. وله صور وفروض مختلفة تختلف أحكامها. ولا مانع من صحّة الجميع بالشرط، ولزوم ترتيب الآثار الخاصّة لكل منها. ولا حاجة إلى التعرّض لتفصيل الصور وبيان أحكامها.

نعم، ظاهر عنوان المسألة أنّ المقصود من شرط الاستئمار بأحد النحوين أن لا يثبت الخيار للمستأمر ـ بالكسر ـ إلا على تقدير أمر الأجنبيّ بالفسخ. فلا محلّ لامضائه وفسخه للعقد قبل أمر الأجنبيّ بالفسخ، إذ لاخيار له حينئذٍ حتّى يعمله بالامضاء أو الفسخ. ولو أمره بالفسخ فليس هنا ما يوجب امتثال أمره، إذ المفروض عدم اشتراط ذلك، بل غاية الأمر ثبوت الخيار له حينئذٍ. فإن أراد إعماله بالامضاء أمضى العقد وسقط الخيار، وإن أراد إعماله بالفسخ فسخ العقد.

والظاهر بمقتضى ظهور الحال في إناطة الخيار بأمر الأجنبيّ بالفسخ لمراعات خصوصيّة في نظره واطّلاعه على جهات الصلاح والفساد، أنّ الخيار لا يثبت إلّا فيما كان أمره بالفسخ لمراعات مصلحة في ذلك. فلو تمّ هذا الظهور فهو، وإلا فيثبت الخيار مع أمره بالفسخ، ولا يثبت مع أمره بالامضاء مطلقا.

بيع الخيار

مسألة: من أفراد خيار الشرط بيع الخيار، وهو أن يبيع ماله ويشترط لنفسه الخيار بشرط ردّ الثمن في مدّة معيّنة.

والظاهر أنّه لاخلاف عندنا في صحّته، بل حكي[1] عليه الاجماع. وتكفي في صحّته ـ مضافاً إلى عمومات وجوب الوفاء بالشرط ـ الأخبار[2] الخاصّة المستفيضة الواردة في خصوص المسألة.

وتوضيح الحال فيه يتمّ برسم مسائل:

المسألة الأولى: أنّ اعتبار ردّ الثمن شرطاً موجباً لتزلزل البيع يتصوّر على وجوه:

أحدها: أن يجعل الخيار من حين العقد إلى مدّة معيّنة كسنة ـ مثلاً ـ مع تقييد إعماله بخصوص الفسخ بردّ الثمن في آخر المدّة المفروضة فقط.

الثاني: هذا الفرض بعينه مع تعميم الردّ من حيث وقوعه في أيّ جزء من أجزاء تلك المدّة.

---

(١) كما في جامع المقاصد ٤: ٢٩٣، مسالك الأفهام ٣: ٢٠٢.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٨ ب «٧» من أبواب الخيار، وكذاب «٨» ح ١ و٣.

الثالث والرابع[١]: هذا الفرض مع تقييد كون الردّ بنفسه إنشاءً للفسخ.

الخامس والسادس: أن يجعل الردّ شرطاً لنفس الخيار بحيث لايكون له خيار قبله. ولا يتصوّر فيهما تعيين كون الردّ بنفسه إنشاءً للفسخ وإعمالاً للخيار الّذي لايتحقّق قبل الردّ.

السابع والثامن: أن لا يجعل خيار أصلاً، بل يجعل الردّ شرطاً لانفساخ البيع قهراً وبلاحاجة إلى الفسخ.

التاسع والعاشر: أن يجعل الردّ شرطاً لوجوب إجابة المشتري لو استقاله البائع في آخر المدّة أو مطلقا.

ويمكن أن يجعل الردّ شرطاً لوجوب بيع المشتري المبيع من مالكه الأصلي. ولكن هذا الفرض خارج عن فروض الشرط الموجب لتزلزل البيع.وسيجيء الكلام في صحّتهوبطلانه في باب الشروط إنشاءالله تعالى.

وأمّا الفروض الباقية، فلا ينبغي الاشكال في صحّة الأوّل والثاني والثالث والرابع، إذ المفروض عدم الجهالة بمدّة الخيار الموجبة للغرر عرفاً في شيء منها، وإنّما المجهول زمان إعمال هذا الخيار بالفسخ في الثاني والرابع منها، وهذا لايوجب الغرر قطعاً، إذ لا يزيد حاله على حال الخيار المشروط في ضمن العقد في مدّة معيّنة بلا تعليق إعماله بردّ الثمن.

نعم، لابدّ أن يكون المراد في الأوّل والثالث منها الفسخ في مدّة الخيار بلا ردّ للثمن أو بردّه في اليوم الآخر منها، وإلا فلا محالة يقع الفسخ قوليّاً

---

(١) ظاهر كلام المؤلف في تنويع هذا القسم إلى نوعين ـ وكذا في الخامس والسادس أو السابع والثامن أو التاسع والعاشر ـ أنّه يريد الفسخ في آخر المدّة أو مطلقا، وقد صرّح بذلك في ذيل الوجه التاسع والعاشر (المصحّح).

بعد سقوط الخيار بانقضاء مدّته.

وكذلك لا ينبغي الإشكال في صحّة الخامس منها أيضاً، بعد فرض إرادة ثبوت الخيار في آخر المدّة المفروضة بعد ردّ الثمن، أو إرادة ضرب المدّة بالنظر إلى نفس ردّ الثمن في اليوم الآخر منها مع جعل الخيار فيما بعدها، ولكن بتعيين مدّته إمّا بالفوريّة أو بتحديد زمان معيّن كيوم ـ مثلاً ـ إذ لا تزيد حاله على حال ما إذا فرض شرط الخيار في زمان معيّن منفصل عن العقد بلا اشتراطه بردّ الثمن.

وأمّا السادس، فلا يخلو عمّا تقدّم من الاشكال، من حيث تردّد زمان الخيار بين القليل والكثير لو فرض إرادة جعل الخيار بعد ردّ الثمن إلى آخر المدّة، أو تردّده من حيث التقدّم والتأخّر لو فرض إرادة جعل الخيار بعد تحقّق الردّ في أثناء تلك المدّة متّصلاً بالردّ بنحو الفوريّة العرفيّة.

وأمّا الوجه السابع والثامن، فيختصّ الثامن باشكال لزوم الغرر، نظراً إلى جهالة مدّة تزلزل العقد، للجهالة بزمان الردّ الّذي علّق عليه الانفساخ.

وهذا الاشكال ـ كالاشكال في بعض الوجوه السابقة ـ يتوقّف على تسليم صدق الغرر عرفاً في مثل هذه الجهالة.

وهنا إشكال آخر يطّرد فيهما، وهو أنّ شرط الانفساخ بردّ الثمن مخالف للكتاب والسنّة، نظراً إلى أنّ ما هو المشروع هو إنشاء الفسخ إمّا قولاً أو فعلاً، وأمّا الانفساخ القهري فله أسباب خاصّة قد ثبتت شرعاً بدليل خاصّ، كالتلف قبل القبض أو في زمن الخيار ونحو ذلك. ولا يمكن إثبات مشروعيّته بنفس عموم وجوب الوفاء بالشرط، بعد وضوح أنّ

وجوب الوفاء به مشروط بكونه مشروعاً في نفسه، أي: مع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء به.

ولكن يندفع الاشكال بأنّه ليس المقصود من شرط الانفساخ على تقدير الردّ تحقّقه بلا إنشاء أصلاً، بل المقصود إنشاء الفسخ المعلّق على الردّ بنفس شرط الانفساخ في ضمن العقد، فلا يفتقر إلى إنشاء آخر بعد الردّ. ولا مانع من ذلك بعد أنّه لم تثبت شرعاً صيغة خاصّة لإنشاء الفسخ، نظير ما تقدّم في إنشاء سقوط الخيار بنفس اشتراطه في ضمن العقد، حيث إنّه لم تثبت شرعاً صيغة خاصة لانشاء إسقاط الخيار.

وأمّا الاشكال في ذلك بأنّه يلزم من وجود العقد عدمه، أو من فرض وجوب الوفاء بالعقد أو بالشرط عدمه، نظراً إلى أنّ وجوب الوفاء متوقّف على تحقّق العقد،ووجوب الوفاء بالشرط وضعيّاً إنّما هو بفرض الانفساخ وعدم تحقّق العقد، فلابدّ من اجتماع انعقاد العقد وانفساخه في آنٍ واحد، وكذلك اجتماع وجوب الوفاء بالشرط وعدم الوفاء به في آنٍ واحد.

فهو واضح الاندفاع، حيث إنّه إنّما يرد الاشكال لوكان الشرط انفساخ العقد من أصله على تقدير الردّ، بحيث يكون الردّ شرطاً متأخّراً للانفساخ المتحقّق من حين العقد، وهذا ليس مفروض محلّ الكلام، بل المفروض شرطيّة الردّ للانفساخ بنحو الشرط المتقدّم أو المقارن، بحيث لا يتحقّق الانفساخ إلا من حين الردّ لاقبله، فضلاً عن كونه انفساخاً من أصله، والمتحقّق حين العقد هو إنشاء الفسخ بنفس الاشتراط في ضمنه. فلا مجال لتوهّم لزوم شيء من المحاذير المذكورة.

وأمّا الاشكال في صحّة هذا الشرط: بأنّ الشارط لايملك جعل هذا الشرط، أي: إنشاء الفسخ في ضمن العقد ولو معلّقاً على تقدير ردّ الثمن بعد تحقّق العقد، وأنّه فرق بين المقام وبين بيع الشخص ماله من المشتري وجعل ثمنه رهناً عنده أو عند غيره قبل قبول المشتري، أو توكيل شخص في نكاح امرأة ثم طلاقها ثمّ الرجوع إليها ثمّ طلاقها، وأنّ البائع في المثال الأوّل مالك لانشاء الرهن قبل قبول المشتري، وكذلك الموكّل في المثال الثاني مالك لكلّ ما وكّل فيه، من جهة أنّ الإرهان مترتّب على التمليك المنشأ، فلابدّ أن يكون إنشاؤه أيضاً مترتّباً على إنشائه وفي الرتبة اللاحقة له. وكذلك كلّ تصرّف لاحق مترتّب على التوكيل المنشأ سابقاً، فلابدّ أن يكون إنشاؤه أيضاً مترتّباً على إنشائه وفي الرتبة اللاحقة له، بخلاف المقام.

كما يظهر من الأستاد العلّامة قدس سره[1]، فلايرجع إلى محصّل جدّاً.

فالحقّ أنّ هذين الوجهين أيضاً سليمان عن الاشكال، وكذا الوجه التاسع والعاشر.

وكيف كان، فهذه هي الوجوه المتصوّرة في شرطيّة الردّ الموجبة لتزلزل العقد. وكلّ ما سلم منها من الاشكال، فعلى فرض كونه مقصود المتبايعين، لابدّ من وجوب الوفاء به وترتيب ماله من الآثار الخاصّة به بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشروط.

---

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

وأمّا النصوص[١] الخاصّة في المسألة فبعضها وإن كان أظهر وأوفق بارادة بعض هذه الوجوه،إلّا أنّ الجزمبكون مفروض السؤال هو خصوص ذلك الوجه مشكل جدّاً، ولا حاجة إلى إتعاب النفس في تعيين ما يستظهر منها بعد صحّة جميعها بمقتضى الأدلّة العامّة المؤيّدة بتلك النصوص الخاصّة على إجمالها.

المسألة الثانية: الثمن المشروط ردّه إمّا أن يكون شخصيّاً أو كلّيّاً. والثاني إمّا أن يكون في ذمّة المشتري أو في ذمّة البائع. وعلى الأوّلين، فإمّا أن يتحقّق قبضه من البائع أولا. فيقع الكلام في جهات.

الجهة الأولى: لوكان الثمن الشخصي أو الكلّي عند المشتري، فيشكل الأمر فيما كان المفروض جعل الخيار في تمام المدّة مع اشتراط الفسخ الفعلي بردّ الثمن، وهو الفرض الثالث والرابع من الفروض المتقدّمة. وذلك من جهة أنّه لايتصوّر الردّ من البائع حتّى يقصد به إنشاء الفسخ، فإمّا أن يقبضه ثمّ يردّه ويقصد به إنشاء الفسخ، أو يتركه على حاله حتّى تنقضي مدّة الخيار ويلزم البيع.

إلا أن يقال: إنّ ظاهر الحال يقتضي أن لايكون لفعل الردّ موضوعيّة في كونه ما به إنشاء الفسخ، بل إنّما اشترط ذلك طريقيّاً، أي: من حيث كونه إيصالاً للثمن إلى مالكه الأوّل. وعليه، فكما يمكن قصد إنشاء الفسخ بإيصال الثمن إليه بعد قبضه، كذلك يمكن قصد إنشائه بترك القبض مع إمكانه وعدم المانع منه، وإبقائه عند مالكه إلى أن تنقضي مدّة الخيار.

---

(١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ١٧٩ هامش (٢).

وكذلك يشكل الأمر فيما كان المفروض اشتراط الانفساخ بردّ الثمن على أحد الوجهين السابع والثامن من الفروض المتقدّمة، إذ المفروض كون الثمن عند المشتري من حين العقد، فلو اكتفي بذلك في انفساخ العقد لزم التناقض، فإمّا أن يقبضه ويردّه حتّى يتحقّق الانفساخ بلا محذور، أو يتركه على حاله حتّى تنقضي المدّة ويلزم البيع.

إلا أن يقال: إنّ ما هو شرط للانفساخ أعمّ من الايصال إلى المالك بعد قبضه أو إبقائه عنده بعد تماميّة العقد بقصد أن ينفسخ العقد. فإذا ترك القبض بهذا الداعي في آخر المدّة ينفسخ العقد على الوجهين.

وأمّا الوجه الأوّل والثاني والخامس والسادس والتاسع والعاشر، فيشكل الأمر فيها جميعاً، من جهة ابتناء المسألة على أنّ ظاهر الحال هل يقتضي أن يكون اشتراط الردّ لا لموضوعيّته فيه حتّى يتعيّن القبض ثمّ الردّ، بل من حيث إنّه طريق إلى إيصال المال إلى مالكه الأصلي، وهو حاصل على الفرض؟ أو يقتضي أن يكون اشتراطه لموضوعيّته فيه؟ والظاهر هو الأوّل. ولابدّ من تنزيل الاطلاق على ذلك مالم يكن هناك تصريح منهما بمنظوريّة الردّ بعد القبض بخصوصه. فإن صرّح بذلك، فإمّا أن يقبض ثمّ يردّ حتّى يتحقّق ملك الفسخ أو نفس الخيار أو وجوب الاقالة، أو يتركه إلى أن تنقضي المدّة ويلزم البيع، وإلا فتتحقّق تلك الأمور من حين العقد على أحد الوجهين وفي آخر المدّة على الوجه الآخر.

الجهة الثانية: إن كان الثمن كلّياً في ذمّة البائع، فاشتراط الردّ بأحد الوجوه العشرة السابقة لايتصوّر إلا بإرادة ردّ بدل ما في الذمّة، أي: المثل

في المثلي والقيمة في القيمي، ولا يتصوّر فيه اشتراط ردّ العين أو الأعمّ، لأنّ مالكيّة الشخص لما في ذمّته لا معنى له إلا سقوطه عنها، بمعنى زوال تعهّده والتزامه به للغير. ولا يعقل مالكيّته له مع بقائه في ذمّته، إذ ليس لتعهّد الشخص وضمانه لنفسه اعتبار عقلائيّ على ما أوضحناه في أوائل كتاب البيع. فمالكيّته لما في ذمّته يساوق سقوطه، وهو في حكم التلف رأساً. والفسخ لا ينتج إلا رجوع كلّ مال إلى مالكه الأصلي بعينه مع بقائها أو بخصوصيّته النوعيّة ومقدار الماليّة مع إمكانها وتعارفها، أو بمقدار الماليّة فقط مع عدم الإمكان والتعارف. وحيث إنّه لاعين خارجيّة لما في الذمّة كي تعود إلى مالكها الأصلي بالفسخ، بل إنّما كان هناك تعهّد سقط بالانتقال إلى المتعهّد، فلا محيص عن انتاج الفسخ بقاء التعهّد على حاله.

هذا، وإن كان الثمن شخصيّاً أو كلّياً في ذمّة المشتري أو في ذمّة الأجنبيّ، وفرض قبض الثمن الشخصي أو مصداق الكلّي.

فإمّا أن يشترط ردّ الثمن الشخصي أو المصداق المقبوض بعينه. ولازمه تعذّر الشرط ولزوم البيع بتلف المقبوض، سواء كان بتلفٍ سماويّ أم بإتلاف البائع أو غيره. فيخرج البيع عن التزلزل في كلّ وجه من الوجوه السابقة بحسبه.

أو يشترط ردّ المقبوض بعينه مع بقائه وردّ بدله ـ مثلاً أو قيمة ـ في صورة تلفه بغير إتلاف البائع. ولازمه خروج البيع عن التزلزل مع إتلاف البائع له قبل الردّ.

أو يشترطا ردّه مع بقاء عينه وردّ بدله مع تلفه مطلقا،سواء كان باتلاف

البائع أم بالتلف السماوي. ولازمه كفاية ردّ البدل في ترتيب ما علّق على الشرط مع التلف مطلقا، وعدم كفاية ذلك مع فرض بقائه. وكلّ ذلك شرط سائغ يجب الوفاء به بمقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالشروط.

وأمّا شرط ردّ البدل مع فرض بقاء العين أو شرط ردّه مطلقا، ففيه إشكال من جهة أنّ مقتضى الفسخ ـ على ما تقدّم في مباحث خيار المجلس ـ رجوع كلّ مال إلى مالكه الأصلي بخصوصيّته الشخصيّة مع فرض وجوده، وإنّما ينتقل إلى مقدار الماليّة فقط أو مع الخصوصيّة النوعيّة مع فرض تلفه وتعذّر ردّه بالخصوصيّة الشخصيّة، حيث إنّ الضمان المعاوضي بحسب المرتكز في أذهان العقلاء على طبق ضمان اليد، على ما مرّ توضيحه.

وعليه، فمع الفسخ قولاً أو فعلاً أو مع الانفساخ أو التفاسخ، لامحيص من رجوع الثمن إلى مالكه الأوّل. أمّا في الثمن الشخصي فواضح. وأمّا في المصداق المقبوض من الكلّي، فلتعيّن الكلّي فيه بمجرّد قبضه. ولا يعقل عوده إلى الكلّية في الذمّة مع انحلال العقد. ولازمه احتياج بدليّة البدل عنه إلى معاوضة جديدة. فإن كان المقصود اشتراط هذه المعاوضة بنحو شرط الفعل فلا مانع منه. وأمّا اشتراطه بنحو شرط النتيجة، فهو شرط غير سائغ، لافتقار المعاوضة شرعاً إلى أسباب خاصّة، وعدم تحقّقها بشرط تحقّقها في ضمن العقد.

ومن ذلك تظهر الحال في شرط ردّ المثل في القيمي والقيمة في المثلي على تقدير تلف المقبوض، فإنّ حقيقة المعاوضة تقتضي مع انحلال

العقد رجوع مقدار الماليّة مع الخصوصيّةالنوعيّة في المثلي،ورجوع مقدار الماليّة في القيمي، وبدليّة أحدهما عن الآخر تحتاج إلى معاوضة جديدة، فلا مانع من شرط ذلك بنحو شرط الفعل، ولا يجوز بنحو شرط النتيجة.

الجهة الثالثة: هل ينزّل شرط ردّ الثمن بأحد الوجوه العشرة السابقة مع الاطلاق وعدم تعيين ردّ العين المقبوضة، على إرادة ردّ المال المقبوض بعينه، أو على إرادة ردّه مع بقائه وردّ بدله مع تلفه مطلقا ولو بإتلاف البائع؟

الحقّ هو الثاني مطلقا، سواء كان الثمن شخصيّاً أم كليّاً، وذلك لقضاء العادة وظهور الحال ـ بحسب الغلبة النوعيّة ـ في الإقدام على البيع بهذا الشرط، للحاجة الفعليّة إلى ثمن المبيع. والبيع بهذا الشرط مع إرادة عين المقبوض أمر ممكن لامحالة، ولكنّه أمر نادر قلّما يتّفق، فلا يبنى على إرادته إلا مع التصريح به، وإلا فالمتبادر هو شرط ردّ الأعمّ من المقبوض وبدله.

وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من التفصيل بين الثمن الشخصيّ والكلّي، وتنزيل الاطلاق على إرادة ردّ المقبوض في الأوّل وردّ الأعمّ في الثاني، فلايمكن الاذعان به بعد اتّحاد المناط في الفرضين.

المسألة الثالثة: قيل[2]: ظاهر الأصحاب قدس سرهم أنّه لايكفي في الفسخ مجرّد ردّ الثمن.

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٢) مفتاح الكرامة (الطبعة الحديثة) ١٤: ٢٠٦ ـ ٢٠٧، مقابس الأنوار، ٢٤٨، المناهل: ٣٣٣.

ومنشأ هذا الظهور واضح، حيث إنّ ظاهر كلماتهم كون الفسخ مشروطاً بالردّ ومعلّقاً على فرض وجوده، إمّا لاشتراط أصل الخيار به على أحد الوجهين، أو لاشتراط إعماله بالفسخ به. وعلى كلّ حال، فردّ الثمن موضوع للسلطنة على الفسخ وفي الرتبة السابقة عليه، فلايمكن إنشاء الفسخ به، لكونه حينئذٍ فسخاً في غير زمن الخيار، أو في غير زمن السلطنة على إعماله بالفسخ. فلابدّ من تحقّق الردّ أولاً ثمّ إنشاء الفسخ بقول أو بفعل غير ردّ الثمن، وإلا فلو كان مفروضهم كون الشرط هو إنشاء الفسخ بنفس الردّ أو كان هو شرطاً للانفساخ، لكان الفسخ أو الانفساخ حاصلاً عندهم بنفس الردّ.

فما نقله الشيخ[1] العلّامة ﷺ من تعليل بعضهم[2] ذلك بأنّ الفعل ـ أعني: الردّ ـ من حيث هو لايدلّ على الفسخ واقع في غير محلّه، بعد أنّ إمكان إنشاء الفسخ بالفعل ـ سيّما ردّ الثمن إلى مالكه الأصلي ـ من الواضحات عندهم، على ما يظهر منهم من جعل تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه مسقطاً كما أنّه ممّن انتقل إليه إمضاء للعقد.

المسألة الرابعة: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد. وهذا ممّا لا اشكال فيه لوكان المفروض شرطيّة الردّ بأحد الوجوه الأربعة الأول من الوجوه العشرة المتقدّمة.

وأمّا الخامس والسادس منها، فحيث إنّ الخيار فيهما لايكون فعليّاً

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٩٢.

قبل الردّ، فيشكل إسقاطه بعد العقد وقبل الردّ، وإنّما يتصوّر إسقاطه بعد فعليّته بالردّ. إلّا أن يقال بكفاية وجود المقتضي للخيار ـ وهو العقد والشرط في ضمنه ـ في صحّة إسقاطه عرفاً، أو يقال بأنّ مالكيّته لردّ الثمن والسلطنة عليه تكفي في صحّة إسقاطه، كما أفاده الشيخ[١] العلّامة وتبعه الأستاد[٢] العلّامة قدس سرهما. وكلاهما لا يخلو عن الإشكال، نظراً إلى أنّ إسقاط الحقّ لا معنى له إلا إعدامه بعد وجوده، فلا يتصوّر إعدامه في حال عدمه.

والتحقيق: أنّ حقيقة الاسقاط في اعتبار العقلاء ليست إلا الاعراض عن الحقّ ورفع اليد عنه، وهو كما يتصوّر بعد تحقّقه كذلك يتصوّر قبل تحقّقه فيما وجد له المقتضي، وكان له قوّة التحقّق وشأنيّته الفعليّة. ولذا لو فرض شرط الخيار في العقد في زمان منفصل عنه، فلا ينبغي الإشكال في صحّة إسقاطه بعد العقد وقبل ذلك الزمان، ولا حاجة في مثله إلى إنشاء الاسقاط معلّقاً على الثبوت والفعليّة، حتّى يكون لازمه فعليّة الخيار بعد فعليّة ذلك الزمان آناً ما ثمّ سقوطه كما قرّبناه فيما تقدّم، بل نفس الإعراض الفعلي عن ذلك الحقّ ـ الّذي هو في معرض التحقّق ـ يوجب عند العقلاء عدم اعتباره رأساً.

هذا، وأمّا الوجوه الأربعة الباقية، فلا محلّ فيها لإسقاط الخيار بعد أنّه لا خيار فيها أصلاً. ولكن ما يهوّن الأمر أنّ نفس الشرط في نظر العقلاء يستتبع حقّ الشرط لمن اشترط له، فهو ـ كسائر الحقوق ـ قابل للاسقاط

---

(١) المكاسب ٥: ١٣٥.

(٢) المحقّق النائيني قدس سره.

والانتقال بالارث. والوجوه العشرة السابقة مشتركة في أنّ البائع له إسقاط شرطه والاعراض عنه بعد العقد. فلو أسقطه لما كان هناك خيار ولا سلطنة على الفسخ، ولا انفساخ بتحقّق الردّ، ولا وجوب الإقالة لو ردّ الثمن أو استقال.

هذا، ويسقط الخيار أيضاً بترك الفسخ إلى انقضاء المدّة المضروبة للخيار، كما يسقط نفس الشرط في جميع تلك الصور بعدم الردّ المشروط حتّى تنقضي المدّة المشروطة، سواء كان الشرط ردّ المقبوض بعينه أم ردّه مع بقائه وردّ بدله مع تلفه.

هذا، وأمّا تصرّف البائع في الثمن، فلا يخلو: إمّا أن يكون قبل ردّه إلى المشتري أو بعده.

وعلى الأوّل، فإن كان الشرط هو ردّ الثمن المقبوض بعينه، سواء كان شخصيّاً أم مصداقاً للكلّي، فلا ينبغي الاشكال في أنّه رضا فعليّ بالبيع، وإسقاط للخيار كسائر الخيارات، على ماهو ظاهر الأصحاب في التعدّي من مسقطيّة التصرّف في مورد النصّ ـ وهو خيار الحيوان ـ إلى جميع الخيارات.

وهذا واضح في فرض جعل الخيار من حين العقد مع شرط عدم إعماله بالفسخ إلا بعد ردّ الثمن أو بردّه، وهي الصور الأربعة الأول من العشرة المتقدّمة.

وأمّا لو كان نفس الخيار مشروطاً بردّه، ففي كون التصرّف قبله مسقطاً للخيار الاشكال المتقدّم في صحّة إسقاطه في مثله، وقد قوّينا

صحّته فيما تقدّم. فالمتعيّن هو كون التصرّف فيه أيضاً مسقطاً للخيار.

وأمّا الصور الأربعة الباقية فلا خيار فيها حتى يكون التصرّف مصداقاً عرفيّاً لاسقاطه.

وأمّا إذا كان الشرط ردّ الأعمّ ممّا قبضه على تقدير بقائه أو بدله على تقدير تلفه أو إتلافه، إمّا تصريحاً أو لكونه مقتضى إطلاق الشرط في مثل هذا البيع والشرط بحسب العادة والمتعارف، سواء كان الثمن شخصيّاً أم كلّياً كما قوّيناه، فلا وجه لكون التصرّف فيه قبل الردّ رضاً بالبيع وإسقاطاً للخيار عرفاً في موارد الوجوه الستّة فضلاً عن الأربعة الباقية. وهذا محلّ كلام[١] الأردبيلي وصاحب الكفاية[٢] وغيرهما قدس سرهم، حيث إنّ بناءهم على تنزيل الاطلاق على شرطيّة ردّ الأعمّ. ولا يحتمل أن يكون بناؤهم على عدم سقوط الخيار بالتصرّف حتّى في تلك الوجوه الستّة مع فرض اشتراط ردّ المقبوض بعينه تصريحاً.

وعلى الثاني ـ أي: وقوع التصرّف بعد الردّ ـ فلا ينبغي الاشكال أيضاً في كونه رضاً بالبيع وإسقاطاً للخيار في الوجه الأوّل والثاني والخامس والسادس من الوجوه المتقدّمة، سواء كان الشرط ردّ المقبوض بعينه أم الأعمّ، وسواء كان المردود هو المقبوض أم بدله بعد تلفه، إذ المفروض كون الخيار فعليّاً حينئذٍ، والمفروض عدم إعماله بالفسخ بعد، فتصرّفه فيه تصرّفاً مالكيّاً لا محالة يكون رضاً بالبيع. وهذا محطّ نظر السيّد قدس سره في

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٣.
(٢) كفاية الأحكام ١: ٤٦٥.

مصابيحه[١]، وله الحقّ.

نعم، لا يتصوّر ذلك في الوجه الثالث والرابع من الوجوه المتقدّمة، إذ المفروض فيهما تحقّق فسخ البيع بنفس الردّ، فلا يكون تصرّفه فيما ردّه تصرّفاً مالكيّاً، بل يتمحّض عرفاً في كونه تصرّفاً في مال الغير إمّا برضاه أو عدواناً.

وكذلك لا يتصوّر في الوجوه الأربعة الباقية، لعدم جعل الخيار فيها رأساً. ولا محيص عن كون تصرّفه في المردود تصرّفاً في مال الغير في وجهين منها، أعني: ما كان الشرط للانفساخ، فالتصرّف في مال نفسه بلا وجود خيار في البين حتّى يكون تصرّفه فيه إسقاطاً له.

هذا كلّه في كون التصرّف مسقطاً لنفس الخيار. وأمّا كونه مسقطاً للشرط، فالتحقيق أن يقال: إنّ التصرّف في المقبوض إن كان بغير الإتلاف الحقيقيّ أو الحكمي، فلا وجه لكونه إسقاطاً للشرط، بل هو باقٍ على حاله مطلقا، سواء كان الشرط ردّ المقبوض بعينه أم ردّ الأعمّ، وسواء كان قبل الردّ أم بعده.

وإن كان التصرّف بالاتلاف وكان قبل الردّ، فإن كان الشرط ردّ المقبوض بعينه فهو لا محالة إسقاط للشرط في جميع الصور العشرة. فيخرج العقد عن التزلزل ومعرضيّة الفسخ والانفساخ أو الاستقالة ووجوب الإقالة، لتعذّر وجود ما علّق عليه هذه الأمور باختياره.

---

(١) حكاه عنه السيّد المجاهد في المناهل: ٣٤٠ ـ ٣٤١. ومصابيح السيّد مخطوط لم يتيسّر لنا مراجعته.

وإن كان بعد الردّ، ففي الصورة الثالثة والرابعة لا محالة يتمحّض تصرّفه في كونه تصرّفاً في مال الغير، لتحقّق الفسخ بنفس الردّ. فكما أنّه ليس مسقطاً للخيار، كذلك لا معنى لكونه مسقطاً للشرط.

وفي الصورة الأولى والثانية والخامسة والسادسة لا معنى لكون التصرّف مسقطاً للشرط، إذ المفروض تحقّقه وفعليّة ما علّق عليه. فإن كان قبل الفسخ فهو مسقط للخيار. وإن كان بعده فهو متمحّض في كونه تصرّفاً في مال الغير.

وأمّا في الصورة السابعة والثامنة، فكما لا معنى لكونه إسقاطاً للخيار، كذلك لا معنى لكونه إسقاطاً للشرط، إذ المفروض تحقّقه وتحقّق ما علّق عليه، وهو الانفساخ.

وكذلك في الصورة التاسعة والعاشرة. فتجب الإقالة لو استقاله البائع، غاية الأمر يضمن بدل المدفوع الّذي أتلفه.

ويمكن أن يقال فيهما: إنّ وجوب الإقالة يدور مدار بقاء المدفوع، بمعنى عدم تلفه بإتلاف البائع، وإلا فهو إسقاط لشرطه من حيث البقاء.

وأمّا إن كان الشرط هو الأعمّ، فلا وجه لكونه رضاً بلزوم العقد والإعراض عن الشرط في فرض وقوعه قبل الردّ في جميع الصور العشرة، فضلاً عمّا إذا كان الإتلاف بعد الردّ.

نعم، يكون إتلافه إسقاطاً للخيار في الصورة الأولى والثانية والرابعة والخامسة لو كان قبل الفسخ. ولا أثر له في باقي الصور على إشكال في التاسعة والعاشرة منها قد أشرنا إليه في الفرض السابق.

وعليك بالتأمّل في المقام، فإنّه غير محرّر في كلماتهم تحريراً تامّاً، ومن الله التوفيق والتأييد.

المسألة الخامسة: لو تلف المبيع بيد البائع قبل قبض المشتري له، فهو من مال البائع. وينفسخ البيع ويرجع الثمن إلى ملك المشتري إن كان باقياً بيده أو بيد البائع. وإن كان تالفاً بيد المشتري فهو من ماله. وإن تلف بيد البائع، فيرجع المشتري عليه بالمثل أو القيمة. كلّ ذلك بمقتضى قاعدة: كلّ مبيع أو ثمن تلف قبل قبض المنتقل إليه إيّاه فهو من مال مالكه الأصلي، أعني: المنتقل عنه. من دون فرق في ذلك بين كون أحدهما ذا خيار مختصّ به أم لا. وبمقتضى قاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وأنّ «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»، مالم تكن اليد مستندة إلى تسليط المالك مجّاناً.

ولو تلف المبيع بيد المشتري بعد قبضه إيّاه، فإن كان التلف بعد ردّ البائع الثمن أو بدله وفسخه للبيع ـ بالقول أو بالردّ أو لانفساخ البيع أو إقالته بعد استقالته ـ فيضمنه المشتري إن كان بقاؤه عنده عدواناً، لعدم تمكينه البائع من القبض. وأمّا مع تمكينه منه وتساهل البائع من قبضه فلا يضمنه. كما أنّه لايضمنه لو استودعه البائع عنده بعد فسخه مالم يتحقّق منه تعدٍّ أو تفريط.

وإن كان التلف بعد ردّ الثمن وقبل الفسخ أو الإقالة ـ الّذي لا يتصوّر فيما كان الشرط إنشاء الفسخ بنفس الردّ، كما لا يتصوّر فيما كان الردّ شرطاً للانفساخ ـ أو قبل ردّ الثمن إلى المشتري، فهنا جهتان من البحث:

الجهة الأُولى: إنّ ما كان ردّ الثمن شرطاً فيه ـ سواء كان أصل الخيار أم الفسخ أم الانفساخ أم وجوب الإقالة ـ هل هو مشروط أيضاً ببقاء المبيع، كي يكون لازمه سقوط الشرط رأساً في فرض تلفه قبل ردّ الثمن أو بعده وقبل الفسخ أو الإقالة، أو لا يشترط ذلك، بل غاية الأمر الرجوع إلى بدله ـ مثلاً أو قيمة ـ عند تحقّق الانفساخ بأحد الوجوه؟

الظاهر هو الثاني، نظراً إلى اقتضاء حال النوع إطلاق الشرط، حيث إنّ البيع والشراء الخياري لا يقدم العقلاء عليه إلا بأقلّ من ثمن المثل، والبائع إنّما يشترط الخيار أو الانفساخ أو الاقالة بردّ الثمن نظراً إلى إعادة ماليّة المبيع إلى ملكه من دون نظر إلى خصوصيّته العينيّة.

نعم، ربما يتّفق كون خصوصيّة المبيع العينيّة منظوراً للمشتري والبائع بثمن المثل أو أكثر. فالمشتري إنّما يشتري برجاء أن يعجز البائع عن ردّ الثمن، فيلزم البيع ويصير مالكاً للمبيع بلا تزلزل. والبائع إنّما يشترط الخيار برجاء أن يردّ الثمن ويستردّ المبيع إلى ملكه بخصوصيّته. ولكن هذا أمر نادر، ولا ينزّل الاطلاق عليه مالم يصرّح به. وفي فرض التصريح لا ينبغي الاشكال في سقوط الشرط رأساً بتلفه قبل ردّ الثمن أو بعده وقبل الفسخ أو التفاسخ.

الجهة الثانية: تلف المبيع بيد المشتري هل هو عليه أو على البائع؟ وهل يفرّق بين التلف قبل ردّ الثمن أو بعده وقبل الفسخ أو التفاسخ أم لا؟

الحقّ أنّه لايحتمل في المسألة كون تلفه من البائع، لا بمعنى انفساخ البيع ورجوع الثمن إلى المشتري، إمّا بعينه أو ببدله على تقدير تلفه.

ولابمعنى كون البائع ضامناً للمشتري بمثله أو قيمته.

أمّا الأوّل، فلأنّ المفروض تلف المبيع بعد قبض المنتقل إليه إيّاه، والمشتري لم يكن ذا خيار مختصّ به حتّى يكون تلفه من البائع الّذي لاخيار له، بل المفروض كون البائع ذا خيار مختصّ به.

وأمّا الثاني، فلأنّه لم يتلف البائع مال المشتري ـ أعني: المبيع ـ ولاتلف تحت يده، فلا موجب لضمانه بمثله أو قيمته. فلا ينبغي الاشكال في كون تلفه بيد المشتري في ضمانه.

إنّما الكلام في أنّ ضمانه إيّاه هل هو ضمان معاوضيّ، بمعنى كونه تالفاً من ماله، وخسارته عليه، وتعيّن ما بذله من الثمن المسمّى لعوضيّة ما تلف، بحيث يكون عليه دفعه إلى البائع لولم يكن دفعه إليه، وعدم استرداده منه لوكان قد دفعه إليه، لكون تلف ما انتقل إليه ـ وهو المبيع ـ بعد قبضه إيّاه في غير زمن الخيار المختصّ به؟ ولازم الضمان بهذا المعنى ثبوت ضمان المثل أو القيمة لو تحقّق بعد ذلك انفساخ أو فسخ أو تفاسخ بمقتضى الشرط المجعول للبائع، حيث إنّ مقتضى رجوع الثمن إلى ملكه رجوع المبيع إلى ملك البائع بخصوصيّته العينيّة على تقدير بقائه وبماليّته ـ أي: ببدله مثلاً أو قيمة ـ على تقدير تلفه.

أو هو من صغريات التلف في زمن الخيار المختصّ بأحد المتبايعين، فيكون تلفه ممّن لاخيار له؟ ولازمه انفساخ المعاوضة بالتلف، ورجوع الثمن إلى المشتري قهراً، ورجوع ماليّة المبيع إلى البائع في ضمن مثله أو قيمته. والتحقيق هو الأوّل. ولا محلّ لتوهّم الثاني، وذلك لوضوح أنّ قاعدة

ضمان التلف في زمن الخيار وأنّ: «كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له» لم ترد بهذه العبارة في النصوص حتّى يؤخذ باطلاقها من حيث أنواع الخيار، ومن حيث كون التالف هو المبيع أو الثمن، ومن حيث كون ذي الخيار المختصّ هو البائع أو المشتري. بل هي قاعدة مستفادة من النصوص[١] الواردة في خصوص خيار الحيوان المختصّ بالمشتري، وأنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع.

وإطلاق ما في بعضها من أنّه «إن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»[٢] ـ كما في ذيل صحيحة عبدالله بن سنان ـ يشمل خيار الشرط. ويشمل إطلاقه أيضاً الخيار المتّصل بالعقد والمنفصل عنه. ويمكن تعميمه لخيار المجلس أيضاً لو كان ثابتاً لأحدهما ـ كالمشتري ـ دون الآخر، نظراً إلى ما في بعض تلك الأخبار ـ وهي رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ـ من قوله عليه السلام: «ليس على الّذي اشترى ضمان حتّى يمضي شرطه»[٣] بناءً على أنّ الشرط كما أطلق في الأخبار على خيار الشرط والحيوان، كذلك أطلق فيها على خيار المجلس، كما يظهر من مراجعة[٤] أخبار خيار المجلس.

وكيف كان، فقد وقع الكلام والاشكال في عموم القاعدة لمطلق الخيارات غير الثلاثة المذكورة، وفي عمومها لتلف الثمن لوكان الخيار

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٠ ب «٨» من أبواب الخيار ح ٢، عن التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٣.

(٣) الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧١ ح ٩.

(٤) راجع الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.

مختصّاً بالمشتري.

ومقتضى كون الحكم على خلاف القاعدة، مع الجمود على مورد تلك النصوص، هو الاكتفاء بالقدر المتيقّن، وهي الخيارات الثلاثة، على إشكال في خيار المجلس والخيار المختصّ بالمشتري. والتعدّي فيهما يبتني على استظهار العموم والاطلاق من هذه الأخبار، نظراً إلى ما فيها من الإناطة بمضيّ الشرط أو انقضاء أيّام الشرط، الظاهر ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ في إعطاء ضابطة الحكم وبيان مناطه، وهو عدم استقرار المعاملة من ناحية ذي الخيار، وعدم تمحّض ما انتقل إليه في كونه ملكاً مستقرّاً له، واستقرارها من ناحية الآخر، بمعنى عدم تمكّنه من فسخ المعاوضة بدون رضا الآخر. وهذا جارٍ في مطلق الخيارات وفي مطلق ذي الخيار المختصّ، سواء كان هو المشتري أم البائع. فإن تمّ هذا الاستظهار والتعميم من الجهتين فهو وإلا فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن.

وعلى كلّ حال، فمفاد القاعدة كون تلف ما انتقل إلى ذي الخيار المختصّ ـ وقبضه ـ من مال المنتقل عنه غير ذي الخيار. ومعنى كون تلفه من ماله وقوع الخسارة على ماله الأصلي، وانفساخ البيع، ورجوع المال من ملك المنتقل إليه ذي الخيار إلى المنتقل عنه غير ذي الخيار، وصيرورته مالاً له ثمّ تالفاً، ورجوع ما انتقل عن ذي الخيار إلى ملكه بلاخسارة عليه.

فكأنّ هذه القاعدة استثناء من القاعدة المستفادة من مفهوم قاعدة: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» وهو: أنّ كلّ مبيع تلف بعد

قبض المنتقل إليه ـ أعني: المشتري ـ إيّاه فهو من مال القابض وخسارته عليه. ولازمه تعيّن ما دفعه من العوض المسمّى في العوضيّة.

وملخّص الاستثناء: أنّه لو كان القابض ذا خيار مختصّ به فقبضه كالعدم، وأنّ تلف ما انتقل إليه بيده كتلفه قبل قبضه إيّاه في أنّه يوجب انفساخ العقد، وصيرورته تالفاً ممّن انتقل عنه بلا خسارة على القابض.

وحيث إنّ قاعدة التلف قبل القبض لا تختصّ بالمبيع، بل هو حكم مطّرد في المبيع والثمن على ما استفيد من دليل القاعدة، فبناءً على اختصاص قاعدة التلف في زمن الخيار بالمشتري ذي الخيار المختصّ به، فلا محالة تكون استثناءً من مفهوم قاعدة التلف قبل القبض بالنسبة إلى المشتري القابض فقط. وأمّا بناءً على تعميمها لكلّ من انتقل إليه المال وكان ذا خيار مختصّ به ـ مبيعاً كان أو ثمناً ـ فلا محالة تكون كالاستثناء من مفهوم قاعدة التلف قبل القبض بالنسبة إلى كلّ قابض لما انتقل إليه ذي خيار مختصّ به، مشترياً كان أو بائعاً.

والمتحصّل من ذلك كلّه أنّ هناك قواعد ثلاث:

أحدها: إنّ كلّ مبيع أو ثمن تلف قبل قبض المنتقل إليه وبيد من انتقل عنه فهو من مال من انتقل عنه، بمعنى أنّ خسارته عليه، لصيرورته تالفاً في ملكه، لانفساخ البيع ورجوع كلّ مال إلى من انتقل عنه.

والثانية: إنّ كلّ مبيع أو ثمن تلف بيد من انتقل إليه بعد قبضه إيّاه فهو من مال من انتقل إليه، سواء كان هناك خيار للبائع والمشتري، أم لم يكن خيار لهما، أم كان المنتقل إليه ممّن لا خيار له ولو كان المنتقل عنه ذا

خيار. ومعنى كون تلفه من المنتقل إليه القابض في هذه الفروض وقوع خسارته على ماله الأصلي، وتمحّض ما دفعه من العوض المسمّى في العوضيّة، وخروجه عن ملك دافعه، وتمحّضه في كونه ملكاً لمن انتقل عنه، بحيث لو فرض عروض انفساخ البيع بعد ذلك، فلابدّ من رجوع كلّ عوض إلى مالكه الأوّل على تقدير بقائه، ورجوع ماليّته في ضمن المثل أو القيمة على تقدير تلفه.

والثالثة: إن كلّ مبيع ـ أو كلّ عوض مطلقا ـ تلف بيد من انتقل إليه بعد قبضه إيّاه وكان ذا خيار مختصّ به فتلفه من مال مالكه الأصلي، لانفساخ البيع، وصيرورته ملكاً لمالكه الأصلي، ورجوع عوضه إلى ملك من تلف بيده بلا خسارة عليه، لأنّ قبضه كالعدم، لكونه ذا خيار مختصّ به.

ومورد القاعدة الثالثة من مصاديق القاعدة الثانية الّتي كان لابدّ من البناء عليها بمقتضى مفهوم قاعدة التلف قبل القبض لولا هذه القاعدة الثالثة المخصّصة لعموم تلك القاعدة والمقيّدة لإطلاقها.

وهذه القواعد الثلاث قد أشار إليها الشهيد قدس سره في الدروس بقوله: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار»[1].

فثبوت الضمان على من انتقل عنه قبل القبض مفاد القاعدة الأولى التعبّدية. وانتقاله بعد القبض إلى ما انتقل إليه مفاد القاعدة الثانية الّتي تقتضيها القواعد. والاستثناء مفاد القاعدة الثالثة الّتي هي أيضاً ثابتة بالتعبّد.

وقد اتّضح بما حرّرناه الحكم في محلّ البحث، وأنّ ضمان المشتري

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٢١٠ ـ ٢١١.

للمبيع التالف بيده إنّما هو بمقتضى القاعدة الثانية ومقتضى القواعد في صحّة البيع من صيرورة المال ملكاً لمن تلف بيده، وكون تلف المال من مالكه، وعدم ضمان شخص آخر لبدله، لعدم الموجب للضمان بالمثل أو القيمة، وعدم الموجب لانفساخ البيع، بل البيع باقٍ على حاله، والعوض المدفوع ـ وهو الثمن ـ باقٍ على عوضيّته بمقتضى صحّة المعاوضة.

وأمّا لو فرض عروض فسخ أو تفاسخ أو انفساخ بعد ذلك، فاستحقاق البائع بدل ماله التالف ـ مثلاً أو قيمة ـ بمقتضى الانفساخ، الموجب لرجوع كلّ عوض إلى مالكه بعينه على تقدير بقائه وبمثله أو قيمته على تقدير تلفه، فهو أمر آخر، وضمان معلّق على أمرين، أحدهما: تلف المال، والآخر: عروض انحلال العقد. والأوّل متحقّق في محلّ البحث دون الثاني، فإنّه غير متحقّق فيما قبل ردّ البائع للثمن مطلقا، وفيما بعد ردّه وقبل الفسخ أيضاً في بعض الفروض، وإن كان الثاني أيضاً يتحقّق بمجرّد ردّ الثمن في بعض الفروض.

وعلى كلّ حال، فهذا الضمان المعلّق أمر لا ربط له بكون عهدة التلف على مالكه وهو المشتري، بمعنى وقوع خسارته على ماله، وتعيّن ما دفعه من المسمّى عوضاً له مالم يعرض فسخ أو انفساخ.

ومن هنا صحّ أن يقال: إنّ ضمان المشتري للمبيع التالف بيده ـ في محلّ البحث ـ بهذا المعنى أمر لاينبغي الاشكال فيه ولا في عدم كونه محلّاً للخلاف بين الأعلام، من دون فرق بين أن يكون تلفه قبل ردّ البائع الثمن أو بعد ردّه وقبل الفسخ.

الاشكالات الّتي ترد على صاحب الجواهر قدس سره

فما أفاده صاحب[١] الجواهر قدس سره في المقام من التفصيل بينهما والقول بضمانه في الثاني، نظراً إلى أنّ التلف حينئذٍ في زمن الخيار، فهو ممّن لا خيار له. والتفريع على ذلك بأنّه لو فسخ البائع فيرجع إلى المشتري بالمثل أوالقيمة. والقول بعدم ضمانه في الأوّل، لعدم كون التلف فيه في زمن الخيار كي يكون ممّن لاخيار له. والتفريع على ذلك بسقوط خيار البائع.

غير واقع في محلّه، ولايخلو عن إشكالات.

أحدها: ما عرفت من أنّ تلف المبيع بيد المشتري وضمانه له ليس من صغريات قاعدة التلف في زمن الخيار الموجب لضمان من لاخيار له، سواء كان قبل الردّ أم بعده، بل هو مقتضى القواعد الأوّلية في كلا الفرضين. وأنّ كون البائع ذا خيار دون المشتري ليس علّة لضمان المشتري للتالف في يده، وتعيّن ما دفعه من العوض في العوضيّة، بل العلّة فيه صحّة المعاوضة، وعدم الموجب لانفساخ العقد ولا لضمان البائع بمثل التالف أو قيمته.

الثاني: إنّه لو أغمضنا عن ذلك، فنقول: ما أفاده قدس سره في المقام مناقض لما اعترض[٢] به على صاحب المصابيح قدس سره من أنّ العرف والأصحاب قد فهموا من الأخبار وغيرها كون الخيار في بيع الخيار المشروط بردّ الثمن ثابتاً من حين العقد، وكون الفسخ مشروطاً بردّ الثمن.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٠، مع تفاوت في بعض الألفاظ.

الثالث: إنّه مع الاغماض عن ذلك، فنقول: مجرّد عدم فعليّة الخيار قبل ردّ الثمن لا يوجب كون تلف المبيع قبله في غير زمن الخيار، لما تقدّم من أنّ المستظهر من أخبار القاعدة عموم الحكم لخيار الشرط وإطلاقه الشامل لشرط الخيار متّصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه، وأنّ المناط في الحكم هو التلف قبل استقرار البيع من ناحية ذي الخيار.

الرابع: إنّه مع الإغماض عن ذلك، فما فرّعه على ضمان المشتري في الفرض الثاني ـ أعني: التلف بعد الردّ وقبل الفسخ ـ من أنّه لو فسخ البائع يرجع إلى مثل المبيع أو قيمته باطل جدّاً، لما عرفت من أنّه لوكان ضمان المشتري للمبيع من صغريات كون التلف في زمن الخيار ممّن لاخيار له، لكان اللازم انفساخ البيع بمجرّد تلف المبيع، ووقوع الخسارة على من لاخيار له، من دون حاجة إلى فسخ البائع، وهذا أمر لا يتصوّر في المسألة، إذ لوكان الضمان على المشتري بالعوض المسمّى فلم ينفسخ البيع، ولو فرض انفساخه فلازمه رجوع المبيع إلى ملك البائع وتلفه منه، وهذا خلاف المقصود. وأمّا ضمانه بالمثل أو القيمة فليس ضماناً فعليّاً، وإنّما هو ضمان معلّق على تحقّق الفسخ أو الانفساخ.

الخامس: إنّه مع الإغماض عن ذلك، فما فرّعه على الشقّ الأوّل ـ من أنّه يتعيّن سقوط خيار البائع، لعدم ضمان المشتري المبيع التالف في يد البائع ـ أيضاً باطل جدّاً، لوضوح أنّه لوكان المفروض أنّ إطلاق شرط الخيار أو جواز الفسخ أو الانفساخ أو وجوب الإقالة بردّ الثمن منزّل على إرادة ذلك مع بقاء المبيع على حاله، فاللازم سقوط الشرط بمجرّد التلف،

سواء كان قبل ردّ الثمن أم بعده وقبل الفسخ.

وإن كان المفروض أنّ الاطلاق منزّل على إرادة استرداد الأعمّ من عين المبيع على تقدير بقائه وبدله ـ من المثل أو القيمة ـ على تقدير تلفه ـ كما قوّيناه ـ فاللازم بقاء الخيار على حاله، وعدم سقوطه بمجرّد تلف المبيع، سواء كان تلفه قبل ردّ الثمن أم بعده وقبل الفسخ. فما وجه التفصيل في ذلك بين الفرضين؟

هذا تمام الكلام في تلف المبيع بيد المشتري.

الكلام في تلف الثمن

وأمّا تلف الثمن بعد قبض البائع إيّاه، فإن كان بيد المشتري بعد تحقّق الانفساخ أو الفسخ الفعلي بردّه إليه أو بعد تعقّب ردّه بالفسخ القولي من البائع أو الإقالة من المشتري، فضمانه على المشتري بمقتضى القواعد، لأنّه مال تلف بيد مالكه، فلا موجب لضمان الغير له لا معاوضيّاً ولا بضمان المثل أو القيمة.

وإن تلف بيد البائع فلا يتصوّر ذلك فيما بعد تحقّق الانفساخ أو الفسخ بردّ الثمن أو تحقّق الفسخ القولي أو الإقالة بعد ردّه، إلا بفرض عوده إلى البائع مجدّداً. فلابدّ من ملاحظة القواعد، وأنّ يده إن كانت عدوانيّة فلا إشكال في ضمانه بالمثل أو القيمة للمشتري بمقتضى عموم قاعدة اليد، وإن كانت يد أمانة ـ كالودعي ـ فلا يضمنه إلا مع التعدّي أو التفريط بمقتضى قاعدة عدم تضمين الأمين.

نعم، يتصوّر تلفه بيده قبل ردّه إلى المشتري، أو تلفه بيد المشتري بعد ردّ البائع إيّاه إليه وقبل فسخه للبيع أو تفاسخهما.

فهل هذا مورد لقاعدة تلف المال في زمن الخيار ممّن لاخيار له في كلا فرضيه، كي يكون اللازم انفساخ البيع بتلفه، ورجوع المبيع إلى البائع بلا خسارة عليه، ورجوع الثمن إلى المشتري وتلفه في ملكه، من دون حاجة إلى فسخ البائع في كلا الفرضين؟

أو هو مورد لتلك القاعدة في فرضه الأوّل دون الثاني، نظراً إلى أنّ القاعدة إنّما تجري في فرض تلف المال في يد ذي الخيار، فيقال: إنّ قبضه كلا قبض، وهذا إنّما يتحقّق في الفرض الأول دون الثاني، حيث إنّ المفروض فيه تلف الثمن بيد المشتري، فلابدّ أن يقال: إنّ ضمانه على المشتري، لكونه من تلف المال بيد غير مالكه، لأنّ المفروض كونه ملكاً للبائع بعد، فلابدّ من اشتغال ذمّة المشتري للبائع بالمثل أو القيمة، وبقاء المبيع على ملكه بلا انفساخ للبيع. فلو تحقّق بعد ذلك فسخ من البائع أو تفاسخ منهما لابدّ من رجوع المبيع إلى البائع، ورجوع مثل الثمن أو قيمته إلى المشتري. وحيث إنّ أحدهما ثابت في ذمّته فرجوعه إلى ملكه يوجب سقوطه عنه؟

أو هو مورد لتلك القاعدة في فرضه الثاني دون الأوّل، نظراً إلى أنّ التلف قبل الردّ ليس من التلف في زمن فعليّة الخيار؟

وأضعف هذه الوجوه هو الثالث، لما تقدّم من أنّه لو فرض كون تلف الثمن في زمن خيار البائع المختصّ به من المشتري، فحاله كحال تلف

المبيع، في أنّه لافرق بين تلفه في زمن فعليّة الخيار أو قبله، كما في الخيار المنفصل عن العقد، وأنّ مناط الحكم هو عدم استقرار المعاملة من ناحية ذي الخيار لا فعليّته.

فيبقى الأمر متردّداً بين الوجه الأوّل والثاني. ولو بنينا على التعدّي وتعميم القاعدة الواردة في تلف المبيع في زمن الخيار المختصّ بالمشتري لتلف الثمن في زمن الخيار المختصّ بالبائع ـ نظراً إلى استظهار ذلك من عموم التعليل المذكور في بعض[1] الأخبار ـ فأقوى الوجهين هو الثاني منهما، بل هو المتعيّن على ما مرّ تقريبه. ولكنّ الشأن في إثبات أصل عموم القاعدة لتلف الثمن في زمن خيار البائع، حيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة. وظهور التعليل المذكور في إرادة الإناطة العامّة وإعطاء الضابطة الكليّة ـ كي يكون الحكم مطّرداً في تلف الثمن أيضاً، وفي مطلق الخيارات، وفي التلف في زمن عدم استقرار المعاملة من ناحية ذي الخيار، سواء كان الخيار فعليّاً أم لا ـ ليس بمثابة يمكن رفع اليد به عمّا تقتضيه القواعد الأوّليّة.

والانصاف أنّه لايمكن استظهار بناء المشهور على التعدّي في إثبات القاعدة إلى تلف الثمن في زمن خيار البائع، بل المستظهر منهم في خصوص محلّ البحث ـ أعني: خيار الشرط في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن ـ خلاف ذلك أي: عدم التعميم، حيث إنّه بناءً على التعميم لكان اللازم الحكم بالانفساخ القهريّ في موارد تلف الثمن، وسقوط الشرط

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٩ ب «٨» من أبواب الخيار ح ١ و٣.

مطلقاً في فرض التلف قبل الردّ، مع أنّهم ـ كماترى ـ يصرّحون بصحّة شرط ردّ الثمن على تقدير بقائه وردّ بدله على تقدير تلفه. بل بناؤهم ظاهراً على تنزيل إطلاق الشرط على ذلك مالم يصرّح بشرطيّة ردّ عين الثمن على ما تقدّم تفصيله.

هذا كلّه لوكان الثمن التالف في يد البائع شخصيّاً.

وأمّا لو كان الثمن كلّياً والمقبوض التالف مصداقه، فلايكون ذلك محلّاً لقاعدة التلف في زمن الخيار، حيث إن التالف ليس هو الثمن بخصوصيّته، بل هو مصداق له. والثمن الكلّي لايتصوّر تلفه قبل قبضه ولا بعده وفي زمن الخيار. وتفصيل الكلام في ذلك على عهدة محلّه في مباحث أحكام القبض والخيار.

وكيف كان، فالأقوى في المسألة كون ضمان تلف الثمن بعد الردّ وقبل الفسخ على المشتري كما عرفت في تقريب الوجه الثاني، وفيما قبل الردّ على البائع، كلّ ذلك بمقتضى القواعد الأوّلية في الفرضين. ولازم ذلك بقاء العقد والخيار على حالهما. وللبائع الفسخ في كلا الفرضين، وتشتغل ذمّته ببدل الثمن من المثل أو القيمة، ويستردّ المبيع فيهما.

المسألة السادسة: المراد من ردّ الثمن في المقام هو إرجاعه إلى المشتري وجعله تحت سلطنته واستيلائه ليتملّكه بالردّ أو الفسخ أو التفاسخ بعده. وهذا المعنى يختلف عرفاً بحسب الأثمان. ففي غير المنقولات لا محالة يحصل بالتمكين وتخلية السبيل بينه و بين المشتري. وفي المنقولات لا محالة يصدق بالإيصال إليه وتسليمه إيّاه إيصالاً

وتسليماً عرفيّاً يتحقّق باقباضه، وبوضعه عنده، وجعله معرضاً لأخذه ونحو ذلك.

ثمّ إنّ الجمود على ظاهر إضافة الردّ إلى المشتري يقتضي اعتبار ردّه إليه بخصوصه، بحيث لا يحصل الشرط بردّه إلى غيره، أو بمجرّد رفع المانع من ناحيته مع وضعه عنده أمانة، ولو مع عدم التمكّن من الإيصال إليه. إلا أنّ العادة النوعيّة قاضية بعدم اعتبار هذه الخصوصيّة في هذه المعاملة التى يريد البائع فيها التسلّط على إرجاع الثمن إلى المشتري أو من ينوب منابه ويتلقّى الملك منه بالوراثة، واسترداد المبيع إلى ملكه أو إلى ملك من ينوب منابه ويتلقّى الملك منه بالوراثة. ولازم ذلك تنزيل الاطلاق على إرادة الأعمّ من ردّ البائع وردّ وارثه أو وكيله أو وليّه، والأعمّ من ردّ الثمن إلى المشتري أو إلى وارثه أو وكيله أو وليّه، مالم يصرّح بكون الشرط ردّ البائع إلى المشتري بخصوصهما. ومرجع ذلك إلى تقييد شرطيّة ردّ الثمن بقيد حياة البائع و المشتري وتمكّنهما عقلاً وشرعاً من الرّد والأخذ.

ولازم ذلك سقوط الشرط ولزوم البيع بموت المشتري، وانتقال المبيع إلى وارثه غير متعلّق به حقّ للغير. وكذلك لازمه سقوط الشرط بعدم حضوره الموجب لعدم التمكّن من الردّ إليه عقلاً، أو جنونه الموجب لعدم التمكّن منه شرعاً. وكذلك لازمه سقوطه بموت البائع وعدم بقاء شرط أو خيار منه حتّى يرثه وارثه. وكذلك لازمه سقوطه بغيبته أو جنونه الموجب لعدم تمكّنه من الرّد عقلاً أو شرعاً.

وأمّا مع الاطلاق وتنزيله على الأعمّ، فلابدّ من الردّ إليه مع الامكان، وإلى وكيله أو وليّه أو وارثه مع الموت أو الغيبة أو الجنون. بل الظاهر جواز الردّ إلى وكيله المفوّض حتّى مع التمكّن من الايصال إليه، حيث إنّ الإيصال إلى الوكيل كالإيصال إلى الموكّل.

ولابدّ أيضاً من الردّ بنفسه مع الإمكان، ومن ردّ وكيله أو وليّه أو وارثه مع الغيبة أو الجنون أو الموت. بل الظاهر كفاية ردّ الوكيل المفوّض حتّى مع تمكّن الموكّل من الردّ.

ولمّا كان المفروض ـ بمقتضى الاطلاق ـ ثبوت السلطنة للبائع أو وليّه أو وارثه في هذه الفروض، فلا يكون قبض الوليّ ـ كالحاكم مثلاً ـ الثمن المردود إلا من باب ولايته على حفظ مال المشتري الغائب أو المجنون، لأنّ للبائع أو وليّه أو وارثه السلطنة على الردّ أو تحصيل الانفساخ كي يرجع الثمن إلى المشتري ويكون المبيع ملكاً له، فيقبض الحاكم الثمن ليحفظه لمالكه ويدفع المبيع إلى دافع الثمن. فليس هنا تسليط جديد للبائع أو وارثه أو وليّه على فسخ المعاملة حتّى يلاحظ كونه لمصلحة المشتري الغائب أو المجنون، بل هو تسليط سابق قد تحقّق بنفس إقدام المشتري على المعاملة.

ومن هنا يظهر أنّه لولم يتمكّن البائع من ردّ الثمن إلى المشتري لغيبته أو جنونه، فلابدّ من الردّ إلى وكيله أو وليّه من الحاكم أو عدول المؤمنين. ولا يسقط شرطه، بل له فسخ البيع وعزل الثمن، ويكون أمانة عنده حتّى يتمكّن من الردّ إليه أو إلى وكيله أو وليّه.

ومن ذلك يظهر أيضاً أنّه لو اشترى أحد وليّي الصغير ـ كالأب مثلاً ـ للصغير بشرط الخيار بردّ الثمن، فلا مانع من الردّ إلى الوليّ الآخر كالجدّ مثلاً .

نعم، لو كان الوليّ المشتري للصغير هو الحاكم، فلا بدّ من الدفع إليه مع الامكان. ولا يجوز دفعه إلى حاكم آخر إلا إذا تعذّر الدفع إلى الأوّل. ولكن يجب على الثاني حفظه حتّى يردّه إلى الأوّل عند التمكّن، لكونه واضعاً يده على مال الصغير، فلا يجوز مزاحمة حاكم آخر له في ولايته.

المسألة السابعة:ظاهر إطلاق شرط ردّ الثمن منزّل على إرادة شرطيّة ردّ المجموع، فلا يتحقّق الشرط بردّ البعض. ولا يجوز للمشتري التصرّف في البعض المدفوع إليه، بل يضمنه على تقدير تلفه بيده تلفاً سماويّاً، لأنّ حاله كحال المقبوض بالسوم، في أنّ البائع إنّما سلّطه عليه بعنوان الثمنيّة، أي: بعنوان أن يكون هو والباقي ـ إذا لحق به ـ بدلاً عن المبيع، ويتحقّق تملّك المشتري إيّاه عوضاً عن تملّك البائع المبيع، فلم يتحقّق من البائع تسليط مجّاني كي تكون يد المشتري خارجة عن عموم «على اليد».

نعم، لو صرّح بكونه وديعة عنده حتّى يأتي بالباقي، فلا يضمنه إلّا بالتعدّي أو التفريط .

ولو صرّحا بشرطيّة الأعمّ من ردّ البعض أو المجموع، مع التصريح بكون ردّ البعض كافياً في انفساخ البيع في كلّ المبيع والثمن أو في فسخه كذلك، غاية الأمر مع بقاء ذمّة البائع مشغولة بباقي الثمن، فلابدّ من العمل بمقتضى الشرط.

ولو صرّحا بكفاية ردّ البعض في انفساخ ما يقابله من المبيع أو فسخ البيع كذلك، بحيث يوجب ردّ كلّ بعض منه انفساخ ما يقابله، فالشرط صحيح، ويجب الوفاء به بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط. ويكون المشتري شريكاً مع البائع فى المبيع بنسبة ما ردّه من الثمن. وحينئذٍ، فإن ردّ الباقي قبل انقضاء مدّة الشرط يتمحّض المبيع للبائع، وإلا فتبقى الشركة على حالها، ويلزم البيع فى الباقي.

وهل للمشتري خيار الفسخ لتبعّض الصفقة عليه؟

الظاهر عدمه في هذه الصورة ـ أعني: عدم دفع الباقي حتّى تنقضي مدّة الشرط ـ وفي الصورة السابقة ـ أعني: دفع البعض مع بقاء المدة وإمكان ردّ الباقي فيها ـ وذلك لوضوح أنّ المشتري قد أقدم على التبعّض بالتزام تعميم الشرط.

نعم، لو صرّحا بكفاية ردّ البعض في فسخ الكلّ أو في فسخ ما يقابله، ولكن بشرط ردّ الباقي أيضاً قبل انقضاء المدّة، فمع عدم ردّ الباقي حتّى تنقضي المدّة ينكشف عدم تحقّق الشرط رأساً، فينكشف بطلان الفسخ في الكلّ أو البعض، ويلزم البيع ويتمحّض المبيع للمشتري. وعلى كلّ حال، فلا محلّ لخيار تبعّض الصفقة.

المسألة الثامنة: قد عرفت أنّ الأخبار الخاصّة إنّما وردت في شرط البائع الخيار بشرط ردّ الثمن. وعرفت أيضاً أنّ الحكم على طبق القاعدة، وتكفي فيه عمومات وجوب الوفاء بالشرط. وليس أمراً تعبّديّاً لا يمكن التعدّي من مورده. وعليه، فيجوز شرط المشتري أيضاً الخيار بشرط ردّ

المبيع إلى البائع في مدّة مضبوطة. والكلام فيه عين الكلام في الفرض السابق طابق النعل بالنعل. وما تصوّرناه فيه أو استظهرناه أو صحّحناه أو أبطلناه يجري في هذا الفرض أيضاً. فعليك بالتأمّل، ولاحاجة إلى الإعادة.

المسألة التاسعة: قد عرفت أنّ العمدة في صحّة شرط الخيار فى البيع هي عمومات وجوب الوفاء بالشرط لا خصوص الأخبار الواردة في البيع بشرط الخيار بردّ الثمن. وعليه، فلا تختصّ صحّته بالبيع، بل يصحّ شرط الخيار في غيره أيضاً في الجملة بلا خلاف و إشكال.

نعم، لابدّ من عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، ولا مناقضاً للعقد المنشأ، ولا لغواً لا أثر عمليّ له .

وعليه، فلا يصحّ شرطه في كلّ عقد جائز جوازاً حكميّاً، سواء كان من العقود الإذنيّة المحضة كالوكالة والوديعة والعارية ونحوها، أم من العقود العهديّة التمليكيّة كالهبة غير المعوّضة لغير ذي رحم، أم من العقود التمليكيّة التنجيزيّة كالهبة المذكورة، أم من العقود التمليكيّة التعليقيّة كالجعالة والسبق والرماية ونحوها، لكونها جائزة قبل العمل جوازاً حكميّاً من الطرفين، وبعد العمل يتحقّق ملك الجعل والسبق، ويصير لازماً لزوماً حكميّاً لا يشرع فيهما التقايل والتفاسخ. كلّ ذلك للغويّة جعل الخيار وعدم الأثر له، لجواز العقد في نفسه وعدم وجوب الوفاء به .

وكذلك لا يصحّ شرط الخيار في كلّ ما كان لازماً لزوماً حكميّاً لا يشرع فيه التقايل والتفاسخ كالايقاعات، لأنّ المضامين المنشأة فيها أيضاً وإن كانت متعلّقة باثنين إلا أنّ الانشاء فيها قائم بواحد هو من بيده أمر

الايقاع. مضافاً إلى أنّها مبنيّة في طريقة العقلاء على الدوام واللزوم، وقد حكم الشارع أيضاً عليها باللزوم، ولم يعهد منه تشريع الفسخ.

وأمّا الرجوع في العدّة فليس ذلك من باب فسخ الطلاق بالخيار، بل هو جواز حكميّ ثبت في بعض أقسام الطلاق تعبّداً، أو استثناء من حكم مطلق الطلاق، ولذا لا يجوز إسقاطه ولا ينتقل إلى الوارث .

فلا محالة يكون شرط الخيار فى الإيقاعات مخالفاً للكتاب والسنّة. بل لو فرض الشكّ فى مشروعيّةالفسخ في شيءمنها،لكفى في عدم صحّته التمسّك بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لأنّ المفروض تقييد وجوب الوفاء بالشرط بكونه مشروعاً في نفسه وغير مخالف للكتاب والسنّة، فلا يمكن إحراز وجود هذا القيد بالتمسّك بنفس عموم وجوب الوفاء بالشروط .

ومن ذلك تظهر الحال في كلّ عقد لازم لزوماً حكميّاً لا يشرع فيه التقايل والتفاسخ كالنكاح.

وأمّا الطلاق،فليس هو من قبيل حلّ عقدة النكاح،بل هو أمر اعتباريّ مستقلّ آخر مضادّ لبقاء اعتبار مضمون النكاح. وجوازه أيضاً ليس جوازاً حقّياً، بل هو حكم شرعيّ لا يقبل الإسقاط ولا الانتقال إلى الوارث.

وأمّا الضمان، فإنّ الأظهر كون اللزوم فيه حكميّاً، لعدم مشروعيّة التقايل فيه، لأنّ التقايل فيه ـ بين الضامن والمضمون له ـ إمّا أن يكون بمعنى إبراء الضامن، فلازمه سقوط الدّين، وبراءة ذمّة المديون بنفس الضمان، وبراءة ذمّة الضامن بالتقايل، فلا تكون ذمّة المضمون عنه مشغولة للضامن بشيء، لأنّ اشتغال ذمّته مشروط بأداء الضامن للدّين،

والمفروض عدمه .

وإمّا أن يكون بمعنى إعادة الدّين إلى ذمّة المديون، فهو من إعادة الساقط، وهو أمر غير معهود في الشرع. فلا محالة يكون شرط الخيار فيه ـ بمعنى الفسخ الموجب لعود اشتغال ذمّة المضمون عنه للغريم ـ مخالفاً للكتاب والسنّة.

وأمّا الهبة لذي الرحم أو الهبة المعوّضة، فإنّ اللزوم فيهما حكميّ، وحالهما كحال الهبة غير المعوّضة لغير ذي رحم فيما بعد تصرّف الموهوب له، في أنّ لزومها حكميّ قد استثني من الجواز الحكمي الثابت لعنوان الهبة في نفسها. فلا يشرع فيهما التقايل، ويكون شرط الخيار فيهما مخالفاً للمشروع. ولو شكّ في مشروعيّته فقد عرفت أنّه لا يجدي في إثباتها أدلّة وجوب الوفاء بالشرط.

وأمّا الوقف، فإنّ اللزوم فيه حكميّ لا يشرع فيه التقايل، ويكون شرط الخيار فيه مخالفاً للمشروع، إمّا لكونه من الإيقاعات غير المحتاجة إلى القبول، بناءً على أنّ حقيقته فكّ الملك مطلقا أو في خصوص الوقف العامّ. أو لكون التأبيد مقوّماً لحقيقته الاعتباريّة، وهي تحبيس العين وتسبيل المنفعة، فينافيه جواز الحلّ حكميّاً وحقّياً. أو لاعتبار التقرّب في صحّته واندراجه في صغريات قوله عليه السلام: «فما جعل لله عزّ وجلّ فلا رجعة له فيه»[1] المفتى به في مثل الزكاة والخمس ونحوهما.

---

(١) الوسائل ١٩: ٢٠٤ ب «١١» من أبواب كتاب الوقوف والصدقات ح ١، عن الفقيه ٤: ٢٤٧ ح ٥٥٨٧.

ومن ذلك تظهر حال الصدقة المتقرّب بها.

وأمّا الرهن، فإنّه جائز من طرف المرتهن جوازاً حكميّاً، فجعل الخيار له لغو لا محالة. ومن طرف الراهن وإن كان لازماً لزوماً حكميّاً، والمرتهن مخيّر في أخذ مال الرهن أو تركه، ولذا لا مانع من إسقاط حقّ الرهانة بعد تماميّة الرهن، إلا أنّ ذلك ليس من التقايل ولا من الفسخ، بل هو إسقاط للحقّ، فلا يشرع التفاسخ والفسخ فيه، بل لو كان فسخ المرتهن أو تفاسخهما فيه مشروعاً، فلا يوجب ذلك مشروعيّة شرط الخيار فيه للراهن، لمنافاته لحقيقة أخذ الوثيقة. بل لابدّ من إعطاء مال الرهن من طرف الراهن كي يتحقّق إنشاء عقد الرهن، ثمّ لوشاءا تفاسخا أو فسخ المرتهن أو أسقط حقّه.

وأمّا الصلح في مورد الإبراء، أو في إسقاط حقّ الدعوى، بل إسقاط سائر الحقوق، فإنّه لا يشرع فيه التقايل، فلا يشرع فيه شرط الخيار، لما تقدّم من أنّه لم يعهد شرعاً عودما سقط بالإقالة أو الفسخ.

نعم، لا مانع في البيع والاجارة والمزارعة والمساقات ونحوها والصلح الواقع في مواردها من شرط الخيار فيها، لمشروعيّة التقايل فيها الكاشف عن كون اللزوم فيها حقّياً مالم يشترط ما يوجب التزلزل فيها.

نعم، إنّما يصحّ شرط الخيار فيها لو وقعت بالعقد اللفظي مع ذكر الشرط في العقد أو وقوع العقد مبنيّاً عليه. وأمّا إذا وقعت معاطاةً وقلنا بصحّتها، فلا يصحّ شرط الخيار فيها، لما مرّ مراراً من أنّ حقيقة الشرط التزام في التزام، ولا يصدق ذلك إلّا في فرض إنشاء الالتزامين وإنشاء

الارتباط بينهما، وهذا إنّما يتصوّر في العقد اللفظي، وأمّا مع إنشاء العقد بالفعل و ذكر الشرط بالقول، فلا محالة يكون شرطاً ابتدائيّاً لم ينشأ ارتباطه بالتزام العقد، فهو وعد لايجب الوفاء به.

ومن هنا تظهر الحال في القسمة، وأنّها إن كانت بالصيغة فلا مانع من شرط الخيار فيها بعد مشروعيّة الإقالة فيها. وأمّا إذا وقعت بالفعل، فلا يصحّ شرط الخيار فيها بالقول، لا لعدم دخول التقايل فيها، بل لما مرّ من عدم ارتباط ما أنشيء بالقول فيها بما أنشيء بالفعل.

الرابع: خيار الغبن

وثبوته للمغبون من المتبايعين مشهور بين الأصحاب، ومنسوب إلى علمائنا في التذكرة[1]، وإلى الإماميّة في نهج[2] الحقّ، وادّعي عليه الاجماع في الغنية[3] والمختلف[4]، وإن لم يتعرّض له جماعة. ولم ينقل الخلاف فيه إلا عن المحقّق[5] في درسه، وعن[6] الاسكافي. والأوّل لم يعلم كونه خلافاً في الفتوى. والثاني شاذّ لا يعبأ به.

هذا، ويمكن الاستدلال للحكم بوجوه:

أحدها: الآية الكريمة[7] الناهية عن أكل الأموال بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ، بصدرها المتكفّل للعقد المستثنى منه، وذيلها المتكفّل لعقد الاستثناء، بناءً على أنّ الاستثناء مفرّغ لم يذكر المستثنى منه في

---

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٦٨.

(٢) نهج الحقّ وكشف الصدق: ٤٨١.

(٣) غنية النزوع: ٢٢٤.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٤٤.

(٥ و٦) حكاه عنهما الشهيد في الدروس الشرعيّة ٣: ٢٧٥.

(٧) النساء: ٢٩.

الكلام، وإنّما ذكر ما يقوم مقامه ويسدّ مسدّه، من النهي عن الأكل بالنحو الباطل الّذي هو علّة النهي. فكأنّه قال: لا تأكلوا أموالكم بينكم بنحوٍ من الأنحاء، فإنّه من الأكل بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ.

والمراد من الأكل معناه العرفيّ الشائع، أعني: التسلّط على المال وتملّكه وترتيب ما للمالكيّة من الآثار عليه.

وقد أوضحنا في أوائل مباحث البيع أنّ المراد من التراضي المستثنى معه الأكل ليس هو التراضي بنفس إنشاء البيع إيجاباً وقبولاً بما هما من الأفعال المتصرّمة الّتي لا قرار لها، بل المراد منه هو التراضي على مضمون البيع الّذي ينشأ بهما، وله حدوث وبقاء اعتباري، وزوال اعتباريّ بالفسخ أو تلف العوضين.

وهو الّذي يكون إيجاده منوطاً بإعمال المالك سلطنته في إيجاده، إمّا بمباشرته إيّاه، أو بطيب نفسه به بعد إيجاده له على كره منه، أو بتوكيله للغير في إيجاده، أو بامضائه لما أوجده الغير في ماله ورضاه به لاحقاً.

وهو الّذي يكون قابلاً لتعلّق الرضا به لاحقاً بعد انتفائه حين العقد، نظراً إلى ماله من البقاء والاستمرار العرفي، وإلا فنفس الايجاب والقبول قد انقضيا وتصرّما، وليسا باقيين حتّى يتعلّق بهما الرضا. وتعلّق الرضا فعلاً بهما في موطن وجودهما لايعقل أن يؤثّر شيئاً، فإنّه من انقلاب الشيء عمّا وقع عليه.

هذا، وملخّص الاستدلال بالآية: أنّ المفروض تحقّق رضا المتبايعين بإيجاد العقد،فقد تحقّقت المبادلةبين المالين من حيث المملوكيّة،فلامحيص

عن كون تملّك كلّ منهما لما انتقل إليه وترتيب آثار مالكيّته له ـ من جواز التصرّف فيه، وحرمته فيما انتقل عنه بدون رضا الآخر فيما بين العقد وظهور الغبن ـ خارجاًعن عنوان الأكل بالباطل، لكونه تجارة عن تراضٍ.

ولكن لمّا كانت فعليّة التراضي ـ بحسب ما تقتضيه حال نوع المتعاملين ـ مبنيّة على اعتقاد تساوي المالين في مقدار الماليّة وتقاربهما فيها، بحيث لا يعتنى بالتفاوت عرفاً، فإذا فرض نقص أحدهما عن الآخر في مقدار الماليّة نقصاناً فاحشاً يعتنى بشأنه ويحترز عنه العقلاء نوعاً، واطّلع متملّك الناقص على نقصه حين العقد، ولكن بقي رضاه بالعقد، لصرف النظر عن النقص بمقتضى سلطنته على تبديل ماله بما شاء، فيبقى العقدعلى ما كان عليه من كونه تجارة عن تراضٍ. وأمّا إذا انقلب رضاه إلى الكره وعدم طيب النفس فلا محالة يكون تملّك الآخر لما تملّكه معنوناً بكونه أكلاً لمال الغير بالباطل، لعدم كونه حينئذٍ تجارة عن تراضٍ بينهما.

وربّما يناقش في الاستدلال: بأنّ لازمه اطّراد الحكم في كلّ ما يتبدّل رضا البائع أو المشتري بعد تحقّقه حين العقد إلى الكره وعدم طيب النفس ولو لعوارض أخر توجب الانصراف عن المعاملة، أو لأنّ رضاه كان مبنيّاً على دواعي وأغراض شخصيّة قد تخلّفت ولم يتمكّن من استيفائها. وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به.

ولكن يمكن دفع المناقشة: بأنّ المناط في عدم اللزوم والامضاء ـ بحسب المستفاد من الآية ـ هو كون أكل المال أكلاً بالباطل، وهذا ممّا لايصدق عرفاً بمجرّد زوال رضا صاحب المال بعد تحقّقه لعوارض، وإنّما

يصدق فيما كان زوال الرضا أمراً غالبيّاً بالنظر إلى نوع المتعاملين، لكون رضاهم الفعلي مبنيّاً على أمر مطلوب نوعاً في المعاملة ـ فيكون شرطاً ضمنيّاً، وكأنّه قد اشترط في المعاملة صريحاً ـ لأنّه لو انكشف في مثله انتفاء ما كان الرضا بالمعاملة مبنيّاً عليه، فلا محالة يصدق على تملّك المال بأنّه أكل بالباطل. وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث إنّ التساوي والتقارب بين العوضين في مقدار الماليّة من الشروط الضمنيّة المطلوبة في المعاملة للمتعاملين نوعاً.

هذا، وربّما يناقش في الاستدلال بالآية: بأنّ لازم الاستدلال صحّة المعاملة ـ بمعنى وجوب الوفاء بها ـ مادام الرضا المبنيّ على اعتقاد التساوي في الماليّة فعليّاً، ولا يصدق على التملّك والتصرّف حينئذٍ أكل المال بالباطل. ولو اطّلع المغبون على غبنه، فإن بقي راضياً، لصرف النظر عن النقيصة، فتصحّ المعاملة وتلزم، ويجب الوفاء بها، لاستمرار الرضا الباطني ولولم ينكشف بكاشف. وإن لم يرض فتبطل المعاملة حينئذٍ وتنفسخ قهراً، فيكون التملّك والتصرّف حينئذٍ أكلاً للمال بالباطل، ولا فائدة في لحوق الرضا بعد ذلك. فلا يثبت بالاستدلال بالآية جواز البيع لا حقّياً ولا حكميّاً، وإنّما يثبت تزلزله، بمعنى معرضيّته للانفساخ القهريّ والبطلان، لزوال الرضا بالاطّلاع على الغبن، وهذا غير الجواز الحقّي والخيار المدّعى على ثبوته الاجماع.

ولو قلنا بأنّ مجرّد الرضا الباطني مالم ينكشف بكاشف لا يخرج التملّك والتصرّف عن كونهما أكلاً بالباطل، كما أنّ مجرّد الكره الباطني

مالم ينكشف بكاشف لا يوجب كون التملّك والتصرّف أكلاً بالباطل، فغاية ما يلزم أنّ بقاء الصحّة مشروط بالدلالة على بقاء الرضا، كما أنّ البطلان مشروط بالدلالة على زوال الرضا، وهذا لا يوجب الجواز في العقد حكميّاً فضلاًعن كونه موجباً للخيار القابل للاسقاط والانتقال إلى الورثة، والمحتاج إلى إنشاء الامضاء أو الفسخ.

الوجه الثاني: إنّ تساوي المالين في مقدار الماليّة منظور للعقلاء في نوع المعاوضات، فكأنّه من الشروط الضمنيّة الملتزم بها نوعاً، والمدلول عليها بالدلالة الالتزاميّة العرفيّة، والمستغنية عن التصريح بها في العقد، كما هو الشأن في وصف الصحّة وتسليم العوضين وكون الثمن من نقد البلد ونحو ذلك. فكما أنّ تخلّف الشروط الصريحة يوجب الخيار فكذلك الشروط الضمنيّة، وإلا فيلزم إيجاب الالتزام بمالم يلتزم به.

ولكن لايخفى أنّ كون الاشتراط بنفسه ـ سواءكان ضمنيّاً أم صريحاً ـ سبباً للخيار لا وجه له ولا دليل عليه مالم ينضمّ إليه التمسّك بما تقدّم من الآية أو بما يأتي من قاعدة لا ضرر.

وما ذكر من التعليل إنّما يناسب كون الالتزام بالعقد مقيّداً بالالتزام بالشرط. وهو ـ مع أنّه خلاف ما هو المرتكز في أذهان العقلاء من كون الشروط مطلوبة بنحو كمال المطلوب لا قيداً لأصل المطلوبيّة ـ موجب للبطلان، لعدم الرضا في العقد بالبدليّة على تقدير انتفاء الشرط، فلا وجه لثبوت الخيار.

الوجه الثالث: النبويّ[١] الناهي عن تلقّي الركبان، والمثبت لهم الخيار عند دخول السوق. ولا يحتمل فيه كون التلقّي سبباً لثبوت الخيار لهم تعبّداً من دون نظر إلى غبنهم. بل ظهوره ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ في كون الخيار معلّقاً على غبنهم لا يقبل الانكار.

نعم، إنّما الاشكال في سنده، حيث إنّه لم ينقل فى كتب الأصحاب، فيشكل تحقّق انجباره.

ولكن لا يخفى أنّه لا موضوعيّة لنقل الخبر في الجوامع الحديثيّة للأصحاب في انجبار ضعف السند، بل المناط فيه عملهم به واستنادهم إليه وتعويلهم عليه. وظاهر فتواهم بثبوت الخيار في الغبن ـ مع أنّ إثبات ذلك بسائر ما يستدلّ به فى المسألة في غاية الصعوبة ـ بل عدّهم غبن الركبان بخصوصه من أسباب الخيار، يكاد يوجب الوثوق بأنّهم تلقّوه بالقبول، واستندوا إليه في الفتوى.

الوجه الرابع ـ وهو أقوى ما يستدلّ به في المسألة ـ: قاعدة نفي الضرر، حيث إنّ لزوم البيع على المغبون ـ مع أنّه لم يقدم على المعاملة كيف ما كان، بل مبنيّاً على تساوي العوضين في الماليّة، لما مرّ من أنّ ذلك مقتضى الاطلاق بحسب البناء النوعي مالم يصرّح بخلافه ـ ضرر عليه، فلابدّ من نفيه بالقاعدة.

وقد ناقش الشيخ العلّامة قدس سره[٢] في ذلك: بأنّه لا ينحصر تدارك الضرر

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٢٨١ ب «٢٩» من أبواب آداب التجارة ح ٣ و ٤، السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٣٤٨ باب النهي عن تلقّي السلع.

(٢) المكاسب ٥: ١٦١ ـ ١٦٢ .

في ثبوت الخيار له بين الفسخ والامضاء بالعوض المسمّى، بل يمكن تداركه بنحوين آخرين:

أحدهما: إلزام الغابن بردّ المقدار الزائد إلى المغبون، فتكون المعاوضة بين المتساويين. فيتخيّر المغبون بين إمضاء العقد بكلّ الثمن، وبين إمضائه في المتساويين وردّه في المقدار الزائد، وأخذه من الغابن. فإن امتنع الغابن من الردّ فله فسخ المعاملة رأساً، غاية الأمر أنّه لو اختار الثاني يثبت الخيار للغابن، لتبعّض الصفقة عليه.

وهذا كما في معاملات المريض المشتملة على المحابات، حيث إنّ الأكثر على أنّ الوارث يتخيّر بين الإمضاء بالعوض المسمّى وبين الإمضاء في المقدار المساوي واسترداد الزائد.

والثاني: إلزام الغابن بتدارك نقص ماليّة ما دفعه من العوض، بدفع قيمة النقص بعنوان الغرامة ولو من غير العوض الّذي أخذه كما في المعيب، أو فسخ المعاملة رأساً. ومرجعه إلى تخيير المغبون بين أخذ الغرامة وفسخ المعاملة، ولكن مع طوليّة الفسخ لدفع الغرامة، بمعنى أنّ له إلزام الغابن بدفع الغرامة، فلو امتنع فله فسخ المعاملة رأساً.

ومرجع الوجهين ـ كماترى ـ إلى عدم الخيار للمغبون، بمعنى عدم تسلّطه على فسخ المعاملة رأساً إلا على تقدير امتناع الغابن من دفع الزائد أو غرامة النقص.

والتحقيق: أنّ شيئاً من الوجهين لايمكن استفادته من دليل نفي الضرر، وذلك لما أوضحناه في محلّه من أنّ مفاد القاعدة نفي الأحكام

الشرعيّة الثابتة في الشرع لو اتّفق كونها ضرريّة، وليس مفادها جعل لزوم الضرر علّة لإثبات حكم وتشريع ما لولاه لتحقّق الضرر، كما هو الشأن في كلا الوجهين.

أمّا الأوّل، فلأنّ المفروض وقوع المعاوضة بين مجموع المال الناقص الماليّة ومجموع المال الزائد الماليّة، والمفروض صحّة المعاملة وإمضاؤها شرعاً كما وقعت.

فإن كان المقصود أنّ إمضاء الشارع المعاملة كما قصد وإيجاب الوفاء به ضرر على المغبون، فلا بدّ أن يكون الامضاء الشرعي متعلّقاً بالمعاوضة بين الناقص وبين مقداره من الزائد ـ الّذي مرجعه إلى خروج الزيادة عن كونها جزءاً من العوض في المعاملة ـ فهو إمضاء لغير ما قصد والتزام بتشريع ما لولاه لتضرّر المغبون.

وإن كان المراد إمضاء الشارع المعاوضة بين المجموعين كما قصد، وعدم بطلان العقد بالنسبة إلى الزيادة، ولكن مع كون الغابن مكلّفاً بدفع الزيادة من ماله بلا رجوع عوضها إليه، فهو التزام بتشريع مثل هذا التكليف لتضرّر المغبون بدونه.

وأمّا الثاني، فلوضوح أنّه لا موجب لاشتغال ذمّة الغابن بدفع غرامة النقص من ماله إلا لدفع تضرّر المغبون، فالالتزام بوجوب دفعها عليه التزام بتشريع ما لولاه لتضرّر المغبون.

والتحقيق: أنّ مفاد القاعدة في المقام لايمكن أن يكون إلا نفي لزوم البيع ووجوب الوفاء به، لكونه هو الموقع للضرر والعلّة التامّة للتضرّر،

فلابدّ أن يكون هو المرفوع ابتداءً، بلا ترتّب له على امتناع الغابن عن دفع الزيادة أو الغرامة.

نعم، هنا مناقشة أخرى، وهي: أنّ غاية ما يمكن أن يستفاد من القاعدة نفي لزوم العقد، لكونه ضرريّاً، فكما يمكن ذلك بثبوت الجواز الحكمي غير القابل للإسقاط والنقل والانتقال، كذلك يمكن بثبوت الجواز الحقّي القابل لذلك، وهو الخيار. ولا وجه لتعيّن الثاني بخصوصه، كما هو المفتى به بل المجمع عليه.

ولكنّها مندفعة: بأنّ لزوم العقد لوكان حكميّاً فلا محيص عن كون نفيه منتجاً لثبوت نقيضه، وهو عدم اللزوم، وهو الجواز حكميّاً. وأمّا لوكان اللزوم حقّياً تابعاً لاعطاء كلّ من المتعاملين التزاماً وتعهّداً للآخر وجعله ذاحقّ وسلطنة على ما تسلّمه من الالتزام العقدي، فلا محيص عن كون نفي اللزوم منتجاً لثبوت نقيضه، وهو الجواز حقّياً، وليس هو إلا الخيار، وذلك لوضوح أنّ ما هو ضرريّ على المغبون إنّما هو سلطنة الغابن على الالتزام العقدي وعدم سلطنة المغبون على ذلك، فلا محالة ينتج كون المغبون مسلّطاً على ما أعطاه من التعهّد والالتزام العقدي، بحيث يكون له استرداده بلا توقّف على رضا الغابن، وهذا عين الخيار.

هذا، وقد تلخّص من جميع ما تقدّم أنّ أقوى وأسلم ما يصحّ الاستدلال به في المسألة هي قاعدة نفي الضرر. مضافاً إلى كون الحكم ممّا تسالم عليه الأصحاب. ومضافاً إلى تأيّده بالنبويّ المتقدّم[1]

(١) في ص: ٢٢٣ هامش (١).

في خصوص البيع.

وأمّا الاستدلال على الحكم بالأخبار الواردة في الغبن، كقولهم عليهم السلام «غبن المسترسل سحت»[١] أو «غبن المؤمن حرام»[٢] أو «لا تغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحلّ»[٣] ونحو ذلك، فلا وجه له، لوضوح ظهورها في الحكم التكليفي، بمعنى حرمة خدع المؤمن أو المسترسل الواثق بالشخص ومبغوضيّته واستحقاق العقاب عليه، وهذا أمر لا ربط له بالحكم الوضعيّ رأساً.

نعم، لفظ «السحت» في بعضها لا يخلو في نفسه عن الظهور في إرادة المال منه، ولكن لا محيص في مثله أيضاً عن إرادة غلظة حرمة نفس العمل، أعني: الخديعة، ولا مانع من إطلاق السحت على المحرّم الخبيث عملاً كان أو مالاً، إلا أنّ الرواية لا تلائم إلا إرادة إطلاقه على نفس العمل.

وبالجملة، الغبن في هذه الأخبار ظاهر في إرادة نفس العمل، أعني: الخديعة، لا المال الّذي يتملّكه في المعاملة المخدوع فيها، فإنّ حمله على ذلك إمّا أن يكون بإرادة مقدار الزيادة في العوض الّذي تملّكه الغابن، أو إرادة مجموع ما تملّكه. وعلى كلّ حال، إمّا أن يكون مع الأخذ بإطلاقه، بمعنى عدم تقييده بصورة فسخ المغبون، أو مع تقييده بصورة فسخه.

---

(١) الوسائل ١٨: ٣١ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٥٣ ح ١٤.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٢ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ٢، عن الكافي ٥: ١٥٣ ح ١٥.

(٣) الوسائل ١٧: ٣٨٥ ب «٢» من أبواب آداب التجارة ح ٧.

والثاني خلاف ظاهر إطلاق هذه الأخبار. والأوّل يوجب بطلان البيع رأساً أو عدم إمضائه إلا بين الناقص وبين مقداره من الزائد، وكلاهما منافٍ لما يراد إثباته من صحّة البيع في مجموع العوضين مع ثبوت الخيار للمغبون على ما هو واضح.

اشتراط جهل المغبون بالقيمة السوقيّة في ثبوت خيار الغبن

مسألة: المغبون لا يخلو: إمّا أن يكون عالماً أو واثقاً بالغبن حين العقد ومقدماً مع ذلك على المعاملة، أو غافلاً عنه وإن كان على فرض التفاته لا يخلو عن القطع أو الوثوق بالتساوي أو الزيادة أو النقيصة أو ظنّه بأحدها أو شكّه فيها. وإمّا أن يكون غافلاً عن الغبن ولكن مع اعتقاده بالقطع أو الاطمئنان بتساوي المالين. وإمّا أن يكون ظانّاً بالتساوي أو بالزيادة أو النقيصة، أو شاكّاً في التساوي وعدمه.

وعلى التقادير، إمّا أن يكون عالماً بحكم الغبن وأنّه يوجب الخيار شرعاً، أو يكون جاهلاً بذلك أو غافلاً عنه.

وعلى تقدير احتماله للغبن حين العقد باحدى صوره الثلاث إمّا أن يكون عالماً بالحالة السابقة للقيمة، وأنّها كانت بالتساوي وشكّ في بقائه إلى حين العقد، أو أنّها كانت بالنقيصة أو الزيادة وشكّ في التبدّل إلى التساوي حين العقد. وإمّا أن يكون جاهلاً بالحالة السابقة أو غافلاً عنها.

والثاني من الفروض الثلاثة ـ أعني: فرض الغفلة بكلا فرضيها من غير تفاوت بين علمه بحكم الخيار وعدمه ـ هو القدر المتيقّن من الاجماع

على ثبوت خيار الغبن، كما أنّه منصرف إطلاق النبويّ المتقدّم، والقدر المسلّم المستفاد من قاعدة نفي الضرر الّتي تقدّم أنّها هي العمدة في المسألة، حيث إنّ التضرّر فيه لا يستند إلى إقدام المغبون، بل يتمحّض في استناده إلى حكم الشارع بلزوم المعاملة، فلابدّ من كونه منفيّاً، فيثبت فيه الخيار على ما عرفت.

وأمّا الفرض الأوّل ـ أعني: فرض العلم أو الوثوق حين العقد بوجود الغبن، سواء كان عالماً بحكم الغبن أم جاهلاً به ـ فلا إشكال ولا خلاف في عدم ثبوت الخيار فيه، لوضوح أنّ الواقع في الفتاوى ومعاقد الشهرات والاجماعات المنقولة إنّما هو عنوان الغبن، وهو لغةً وعرفاً بمعنى الانخداع، سواء كان هناك خادع أم لا. ومن الواضح عدم صدق ذلك في الفرض المذكور مطلقا، كما أنّ النبويّ المتقدّم منصرف عنه، ولا تشمله قاعدة نفي الضرر، لوضوح أنّ لزوم المعاملة ووجوب الوفاء بها في الرتبة اللاحقة لصحّتها، والموقع للضرر فيها إنّما هي صحّتها، وهي متفرّعة على إعمال المالك سلطنته على ماله ورضاه بتبديله بأنقص منه أو أزيد في مقدار الماليّة،ونفي صحّتها ـ لكونهاعلّة تشريعيّة للضرر ـ خلاف الامتنان، حيث إنّه قصر لسلطنة المالك وحكم على خلاف ما أراد، ولاخفاء في أنّ أدلّة القاعدة سيقت مساق الامتنان. وهذا بمعنى أنّ الضرر فيه متمحّض في استناده إلى إقدامه لا إلى لزوم المعاملة. فما يستند إليه الضرر ـ وهي الصحّة ـ لا يمكن نفيه بالقاعدة، لأنّه على خلاف الامتنان، وما يكون نفيه على وفق الامتنان ـ وهو اللزوم ـ لا يستند الضرر إليه كي ينفى بها.

وبعبارة أخرى: صحّة المعاملة ضرريّة لا محالة في كلا فرضي العلم بالغبن والجهل به، ولكن كونها ضرريّة ليس إلا بمعنى كونها مقتضية للضرر وليست علّة تامّة لترتّبه، ونفي هذه الصحّة على خلاف الامتنان، ولا تشمله القاعدة، فلا محيص عن شمول دليل الصحّة والامضاء لها في كلا الفرضين على حدّ سواء.

وما هو ضرريّ ـ بمعنى أنّه علّة تامّة للضرر ـ ويكون نفيه على وفق الامتنان، إنّما هو لزوم المعاملة، وهو متحقّق في كلا الفرضين، ولكن حيث إنّ المالك قد أقدم على المعاملة في فرض العلم بطيب نفس منه، فيكون نفي لزومه أيضاً في حقّه على خلاف الامتنان، ولا تشمله القاعدة، فلابدّ من كون عقده مشمولاً لأدلّة الصحّة واللزوم. ولا يبقى وجه لتشريع الخيار له كي يتمكّن من دفع الضرر بقاءً بعد كونه راضياً بالعقد حدوثاً وبقاءً. فلو شرع الخيار فيه فلابدّ أن يكون لتدارك الضرر على فرض الندم، وهذا ممّا لا يمكن استفادته من القاعدة على ما تقدّم.

وهذا بخلاف صورة الغفلة عن الغبن، حيث إنّ تعهّد المغبون للغابن بكون ماله بدلاً عن العوض الناقص إنّما كان مبنيّاً على اعتقاد المساوات، فصحّة المعاملة تقتضي التضرّر، ولكن نفيها على خلاف السلطنة والامتنان. وأمّا لزومها فهو علّة تامّة للتضرّر، ونفيه على وفق الامتنان، فلابدّ أن يكون مرفوعاً بالقاعدة.

ومن هنا يتبيّن لك أنّه لا فرق في عدم ثبوت الخيار في فرض العلم بالغبن حين العقد بين أن يكون عالماً بعدم ثبوت الخيار له، أو قاطعاً

بثبوته، لزعم علّية عدم التساوي بين العوضين مطلقا للخيار شرعاً، أو شاكّاً في ذلك.

أمّا الأوّل فواضح.

وأمّا الثاني والثالث فلوضوح أنّ المفروض التزام المغبون بالمعاملة، غاية الأمر قاطعاً بأنّ الشارع لا يمضي ذلك أو محتملاً له، واعتقاده أو احتماله لا يغيّر الواقع، ولا يوجب صيرورة التزامه بلا رضا وطيب نفس منه، إذ هذا خلف لا محالة. وحيث إنّ التزامه كان باختيار وعلم منه بالغبن، فلا محالة يكون إمضاؤه على وفق الامتنان، وعدم إمضائه قصراً للسلطنة وعلى خلاف الامتنان، فلا محيص عن كون العقد ممضى من حيث الصحّة واللزوم كليهما.

بيان الفرق في التمسّك بقاعدة نفي الضرر بين المقام وبين العبادات

فإن قلت: ما الفرق بين مثل المقام ممّا يكون المنفيّ فيه بقاعدة نفي الضرر الحكم الوضعي، وبين أبواب العبادات ـ كالوضوء والغسل والصوم ونحوها ـ ممّا يكون المنفيّ فيه في موارد الضرر الحكم التكليفي؟ حيث إنّه يحكم في المقام بنفي اللزوم مع الجهل بالغبن ولا يحكم به مع العلم به، بخلاف العبادات، فإنّه يحكم فيها بالصحّة والإجزاء مع الجهل بالضرر والبطلان مع العلم به، مع أنّ اللازم الحكم بالصحّة في الثاني، لاستناد الضرر إلى إقدامه لا إلى الوجوب الشرعي كي يكون منفيّاً بالقاعدة. فلابدّ من بقاء الوجوب على حاله، وصحّة العمل باتيانه بداعي ذلك الوجوب

المتحقّق، بخلاف صورة الجهل بالضرر، فإنّ الموقع للضرر إنّما هو الإيجاب الشرعي، فلابدّ أن يكون مرفوعاً بالقاعدة، فيكون إتيانه بداعي أمر لم يكن متحقّقاً في الواقع، بل كان التكليف متعلّقاً بالبدل كالتيمّم مثلاً.

قلنا: أمّا كيفيّة التمسّك بالقاعدة في نفي الحكم الوضعي ـ أعني: لزوم العقد ـ وعدم صحّة التمسّك بها في نفيه إلا فيما لم يكن التضرّر مستنداً إلى إقدام الفاعل، فقد عرفت تفصيله.

وأمّا كيفيّة التمسّك بها في أبواب العبادات، فالتحقيق ـ على ما فصّلنا القول فيه في محلّه ـ أنّ قاعدة نفي الحرج وقاعدة نفي الضرر ونحوهما من القواعد الاجتهاديّة الّتي سيقت مساق الامتنان والارفاق، كما لا نظر في أدلّتها إلا إلى الأدلّة الاجتهاديّة المتكفّلة لاثبات الأحكام الالزاميّة دون الأدلّة المتكفّلة للأحكام الثلاثة غير الالزاميّة، فلا حكومة لها إلا على الطائفة الأولى دون الثانية، لوضوح أنّه لا إرفاق ولا منّة في رفع شيء من الأحكام غير الالزاميّة المفادة فيها، سواء في ذلك العبادات وغيرها، لأنّ اختيار الفعل والترك فيها بيد المكلّف، بل رفعها على خلاف المنّة كما هو واضح.

كذلك لا نظر لها في الطائفة الأولى إلا إلى جهة الإلزام فيها، وأمّا أصل المحبوبيّة المستندة إلى تماميّة الملاك في جعلها، فلا نظر فيها إلى رفعها، إذ لا منّة فيه، بل رفعها على خلاف المنّة. ولا دلالة لها بوجه على انتفاء الملاك وقصوره، لاختصاصه بموارد انتفاء الضرر والحرج. بل هي ظاهرة في أنّ عدم جعل الالزام على طبق مقتضى تلك الملاكات لأجل المنّ

والارفاق، ولولاه لكان المقتضي للجعل تامّاً، ولم يكن هناك مانع من الجعل وراء كون المتعلّق ضرريّاً أو حرجيّاً مثلاً.

ولازم ذلك أنّ متعلّقات تلك الأحكام الضرريّة أو الحرجيّة المرفوعة بالقاعدتين لو أتى بها المكلّف متحمّلاً للحرج أو الضرر لكان وافياً بغرض المولى وإن لم يكن قد أمر بها إلزاماً، سواء في ذلك التوصّليات والعبادات.

فكما أنّه لو كان غسل الثوب أو البدن حرجيّاً أو ضرريّاً قد نفي وجوبه، واكتفي بالصلاة مع نجاستهما بنحو إجزاء الناقص بدلاً عن التامّ منّاً وإرفاقاً، ومع ذلك غسلهما المكلّف عالماً عامداً أو لجهله بكون الالزام منفيّاً شرعاً، فلا محالة تكون صلاته صحيحة، ولا حاجة إلى دليل الإجزاء. وكذا لوكان شراء الماء للوضوء أو الغسل مضرّاً بحاله أو حرجاً عليه، وكان وجوبه منفيّاً بالقاعدتين، واكتفي شرعاً بالصلاة مع الطهارة الترابيّة منّاً وإرفاقاً، ومع ذلك اشترى الماء وتوضّأ أو اغتسل به، فلا محالة يصحّ الوضوء أو الغسل.

كذلك لو كان نفس الوضوء أو الغسل أو الصلاة قائماً أو الصوم في رمضان ـ مثلاً ـ حرجاً عليه، وقد نفي وجوبها شرعاً واكتفي بالتيمّم أو الصلاة جالساً أو الفدية، ومع ذلك توضّأ أو اغتسل أو صلّى قائماً أو صام، فلا محيص عن صحّتها، وإن كانت عبادة يعتبر في وفائها بالأغراض المقتضية لايجابها ـ لولا ملاحظة الارفاق ـ إتيانها متقرّباً بها، لإمكان تقرّبه بها باتيانها بداعي محبوبيّتها له تعالى شأنه.

ولا وجه للفرق بين صورة العلم والعمد وبين صورة الجهل بمفاد

القاعدة أو الجهل بكون العمل حرجيّاً، بالقول بعدم نفي الحكم في الأوّل، لاستناد الوقوع في الحرج إلى إقدام المكلّف لا إلى الحكم الشرعي،والقول بنفيه في الثاني، لاستناده إلى الحكم الشرعي لا إلى إقدامه، كي يكون لازمه الصحّة في الأوّل والبطلان في الثاني. أو القول بالنفي في الأوّل دون الثاني، كي يكون لازمه الفساد في الأوّل والصحّة في الثاني. وهو واضح.

كما لا وجه للقول بعدم النفي في شيء منها، كي يكون لازمه الصحّة في كلا الفرضين، لكون العمل مأتيّاً به بداعي الأمر الايجابي واقعاً. أمّا الأوّل فلاستناد الوقوع في الحرج إلى إقدامه لا إلى الحكم الشرعي. وأمّا الثاني فلاستناده إلى جهله لا إلى الحكم الشرعي، إذ بناءً على هذا فأيّ مورد يفرض فيه الوقوع في الحرج مستنداً إلى نفس الحكم الشرعي حتّى يكون منفيّاً شرعاً؟

وكذا لا وجه للقول بتحقّق نفي أصل المشروعيّة في كلا الفرضين، كي يكون لازمه البطلان في كليهما. وذلك لما عرفت من عدم إمكان استفادة ذلك من القواعد المسوقة للامتنان والارفاق. فلابدّ من القول بتحقّق النفي في كلا الفرضين، لكون ثبوته علّة تشريعيّة للوقوع في الحرج. ولكنّ المنفيّ هو جهة الالزام فقط، إذ هو الصالح لكونه علّة تشريعيّة للوقوع في الحرج دون أصل المحبوبيّة والاشتمال على الملاك المقتضي لها على ما هو واضح. ولازم ذلك هو القول بالصحّة في كلا الفرضين مع القول بانتفاء الوجوب فيهما.

ثمّ إنّ هذا الّذي حرّرناه في مفاد قاعدة نفي الحرج ـ سواء كان الحكم

الالزامي المنفيّ بها حكماً توصّلياً أم تعبّدياً ـ يجري بعينه طابق النعل بالنعل في مفاد قاعدة نفي الضرر أيضاً.

وعليه، فينتفي الالزام دون أصل المحبوبيّة ـ في التوصّليات والتعبّديات ـ في فرض الاقدام على الضرر عالماً عامداً. وفي فرض الاقدام جاهلاً بمفاد القاعدة أو بأصل كون العمل ضرريّاً ـ سواء كان الضرر ماليّاً أم بدنيّاً ـ يصحّ العمل في جميع هذه الفروض.

ولكن هناك فارق بين القاعدتين،وهو أنّ إلقاء النفس في الحرج ـ سواء كان بصرف المال أم بالاشتغال بالعمل الشاقّ ـ ممّا لا دليل بوجه على حرمته في الشرع، بل هو أمر جائز لا مانع منه شرعاً، ولذا تكون العبادات الحرجيّة ممّا يصلح أن يتقرّب بها إلى الله تعالى شأنه بداعي محبوبيّتها.

وهذا بخلاف الضرر، فإنّ الماليّ منه وإن كان أيضاً ممّا لا دليل على حرمته مالم يتعنون بعنوان الاسراف والتبذير، المنتفي فيما كان صرف المال لمقاصد عقلائيّة ومنها إتيان الواجبات تامّة، إلا أنّ الظاهر تطابق الفتاوى على حرمة الضرر البدني ومبغوضيّته للشارع، وعدم جوازه في حال العمد والاختيار. وهذا هو الموجب لبطلان الأعمال العباديّة الموجبة للاضرار بالبدن لو صدرت عن عمد و علم بالضرر، إذ لا تنفع محبوبيّتها بعد معارضتها مع المبغوضيّة الناشئة عن نفس عنوان الاضرار، فلا تصلح العبادة لأن يتقرّب بها. ومن الواضح أنّ هذا مختصّ بصورة العلم والعمد اللّذين يتحقّق معهما عصيان النهي عن الاضرار.

وأما إتيان العبادة المضرّة بداعي محبوبيّتها جاهلاً بكونها ضرراً منهيّاً

عنه، فلامانع من القول بصحّتها، لكون المأتيّ به قريباً مع صلاحيّته للتقرّب به، فلا محيص عن كونه وافياً بالغرض. فعليك بالتأمّل في المسألة، ومن الله التوفيق والهداية.

هذا تمام الكلام في حكم الصورة الأولى والثانية من الصور المتقدّمة[1] في المسألة.

الصورة الثالثة:

وأمّا الصورة الثالثة بفروضها الثلاثة، فالتحقيق فيها أنّ اعتقاد المغبون ثبوت خيار الغبن له على تقدير تحقّقه في الواقع، أو اعتقاد عدمه، أو غفلته عن ذلك، أو شكّه فيه، لا أثر له في كون إقدامه على المعاملة مع احتماله للغبن راجحاً أو مرجوحاً أو متساوياً، لوضوح أن ثبوت خيار الغبن أو عدمه حكم شرعيّ معلّق على عدم تحقّق الاقدام أو تحقّقه، وحاله كحال الضرر وعدمه، في أنّه أمر عرفيّ في نفسه، أي: مع قطع النظر عن الحكم الشرعيّ المعلّق عليه أو على عدمه. ولا يعقل أن يكون الحكم المتأخّر عن الموضوع في الرتبة موجداً له أو لانعدامه. فلو كان الخيار معلّقاً على عدم الاقدام لا يعقل أن يكون الاعتقاد بثبوته محقّقاً وموجداً لموضوعه، أعني: عدم الاقدام، أو فقل: لا يعقل أن يكون الاعتقاد به موجباً لانقلاب ما هو إقدام عرفاً إلى عدم كونه إقداماً، كما أنّ الاعتقاد بعدم ثبوته المعلّق على تحقّق الاقدام عرفاً لا يعقل أن يوجب

(١) في ص: ٢٢٨.

انقلاب ماليس باقدام عرفاً إلى كونه إقداماً مسقطاً للخيار.

وبالجملة، لا يعقل أن يكون الخيار معلّقاً على تحقّق عدم الاقدام المستند إلى الخيار نفسه أو الاعتقاد به، كما لا يعقل أن يكون عدم الخيار معلّقاً على تحقّق الاقدام المستند إلى عدم الخيار أو الاعتقاد بعدمه، بل لابدّ من ملاحظة تحقّق الاقدام وعدمه عرفاً في حدّ نفسه، أي: مع قطع النظر عن الخيار وعدمه أو الاعتقاد بهما أو الشكّ في ذلك.

والتحقيق: أنّ وجود أصل يصحّ تعويل المغبون عليه في الاقدام على المعاملة ـ بأن كان عالماً بالقيمة السابقة، وأنّها كانت مساوية لما جعل ثمناً في البيع، وشكّ حين العقد في بقاء تلك القيمة، فليست المعاملة غبنيّة، أو تنزّلها فتكون غبنيّة ـ أو وجود أصل يصحّ تعويله عليه في إثبات الغبن ـ كأن يكون عالماً بنقصان القيمة سابقاً وشكّ في تغيّرها وصيرورتها حين العقد مساوية للثمن ـ أو عدم وجوده، لا مدخل لشيء من ذلك في تحقّق الاقدام وعدمه عرفاً.

وبعبارة أخرى: لا التعويل على الاستصحاب الأوّل يوجب عدم تحقّق الاقدام على الغبن عرفاً، ولا التعويل عليه في الفرض الثاني، أو عدم وجود ما يصلح للتعويل عليه في الثالث، يوجب تحقّق الاقدام عرفاً. وذلك لأنّ الاقدام وتوطين النفس على تحمّل الغبن إنّما يلاحظ بالنظر إلى النوع لا الشخص، ومن الواضح أنّ البيع ـ مثلاً ـ ليس فيه أصل عقلائي عند نوع المتبايعين يعتمد عليه في إحراز تساوي المالين في مقدار الماليّة، وإلا فلو كان هناك مثل هذا الأصل لكان اللازم عدم تحقّق الاقدام بمجرّد

إنشاء البيع، لكون إنشائه مبنيّاً نوعاً على إحراز التساوي بمقتضى ذلك الأصل، كما هو الشأن في المعاوضة على ما يشكّ في كونه صحيحاً أو معيوباً تعويلاً على أصالة السلامة الّتي يعوّل عليها نوعاً، فلايكون البيع معها إقداماً على تحمّل نقص المال وعيبه.

وقد تحصّل أنّه لا وجه للتفصيل في المسألة، لا من جهة الاعتقاد بثبوت الخيار في الغبن وعدمه، ولا من جهة وجود الأصل الدافع لاحتمال الغبن وعدمه، ولا من جهة كون احتمال الغبن راجحاً أو مرجوحاً أو متساوياً. بل إمّا أن يقال بتحقّق الاقدام المسقط للخيار في هذه الفروض مطلقا، أو يقال بعدم تحقّقه الموجب للخيار فيها مطلقا.

والتحقيق هو الأوّل، وأنّ الموجب لعدم الإقدام أمور ثلاثة:

أحدها: الغفلة عن احتمال الغبن ولو لاعتقاد التساوي.

الثاني: الوثوق والاطمئنان بالتساوي، وضعف احتمال النقص بحيث لايعتنى به عند العقلاء.

الثالث: وجود أصل عقلائيّ يكون هو المعوّل عليه في دفع احتمال عدم التساوي عند نوع المتبايعين ونوع المعاوضات.

والمفروض انتفاء ذلك في جميع الصور الثلاث، فلابدّ من الأخذ بأصالة اللزوم مالم يتحقّق إجماع على ثبوت الخيار فيها.

فروض الاقدام وتبيّن الزيادة على ما أقدم عليه

مسألة: لو أقدم عالماً على غبن، ثمّ بان الغبن أزيد ممّا أقدم عليه،

فإمّا أن يكون ما أقدم‌عليه ممّا يتسامح فيه،فظهرت الزيادةعليه‌بما يوجب الخيار، لكونها ممّا لايتسامح فيه، فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار.

وإن كانت الزيادة لا توجب الخيار لا بنفسها ولا منضمّة إلى ما أقدم عليه، فلا ينبغي الاشكال في عدم ثبوت الخيار، لكون المجموع ممّا يتسامح فيه.

وإن كانت الزيادة ممّا لا يوجب الخيار بنفسه، لكونها ممّا يتسامح فيه وحده، ولكنّها كانت ممّا لا يتسامح فيه بانضمامها إلى ما أقدم عليه، ففيه وجهان:

الوجه الأوّل: عدم ثبوت الخيار، لكون النقص منحلّاً إلى شطرين قد أقدم على أحدهما ولم يقدم على الآخر، إلّا أنّه ليس ممّا يصلح أن يكون سبباً للخيار.

الوجه الثاني: ثبوته، لأنّ ما أقدم عليه هو أحد الشطرين، ولكن بنحو بشرط اللائيّة وبحدّ الأقلّية، لا بنحو بشرط الشيئيّة ولا بنحو اللا بشرطيّة، فيكون المجموع ـ المعبّر عنه بشرط الشيء ـ ممّا لم يقدم عليه، فيصلح أن يكون سبباً للخيار. وهذا هو الأظهر.

هذا، وإمّا أن يكون ما أقدم عليه ممّا لا يتسامح فيه، فبان زائداً عليه بما لا يتسامح فيه أيضاً وحده، فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار، لكون الزيادة بنفسها سبباً للخيار.

ولو بان زائداً عليه بما يتسامح فيه وحده، ففيه الوجهان المتقدّمان. ولكنّ الأظهر فيه عدم ثبوت الخيار، لأنّ المجموع من حيث المجموع وإن

كان ممّا لم يقدم عليه إلا أنّ حيثيّة الانضمام لا أثر لها في إثبات الخيار، لكفاية النقص في سببيّته للخيار لولا الاقدام، فلم توجب الزيادة تماميّة سبب للخيار غير ما أقدم عليه.

بيان ما هو المعتبر في ثبوت الخيار من التفاوت بين المالين

مسألة: هل المناط في لزوم العقد وعدم ثبوت الخيار تساوي العوضين في مقدار الماليّة حين العقد، والمناط في ثبوته تفاوتهما حين العقد،سواء توقّفت صحّةالعقد وحصول الملكيّةعلىالقبض كما في الصرف والسلم، أو على الاجازة كما في عقد الفضولي، أم لم تتوقّف على ذلك، بحيث يكون المناط كون الانشاء متعلّقاً بالمبادلة العرفيّة الاعتباريّة بين المالين المتساويين أو المتفاوتين من دون نظر إلى تحقّق الملكيّة شرعاً؟

أو المناط فيهما تساوي المالين أو تفاوتهما حين تحقّق الملكيّة شرعاً، سواء كان ذلك حين تماميّة العقد أم حين لحوق القبض أو الاجازة، وسواء كان التساوي أو التفاوت حين حصول الملكيّة شرعاً باقياً من حين تحقّق العقد إلى ذلك الحين أم عرض بعد العقد وبقي إلى حين حصول الملكيّة؟

أو المناط فيهما التساوي أو التفاوت بينهما حين لزوم العقد على المغبون ووجوب وفائه به لولا جعل الخيار له، سواء كان ذلك حين تماميّة العقد وحصول الملكيّة به شرعاً كما في غير الصرف والسلم وعقد الفضولي، أم حين تماميّة العقد وقبل حصول الملكيّة شرعاً كما في

الصرف والسلم بناءً على وجوب الوفاء بالعقد فيهما حتّى فيما قبل التقابض، ووجوب التقابض لذلك، وكما في عقد الفضولي لو كان المغبون بائع المال أصالة، بناءً على لزوم العقد على الأصيل ووجوب الوفاء عليه حتّى قبل إجازة من بيع ماله فضولاً، أم كان ذلك بعد القبض أو الاجازة وحصول الملكيّة واللزوم بهما لولا الخيار، كما في الصرف والسلم بناءً على عدم وجوب الوفاء بالعقد فيهما إلا بعد تحقّق القبض، وكما في عقد الفضولي لوكان المغبون من بيع ماله فضولاً، أو مطلقا بناءً على عدم لزوم العقد على الأصيل قبل الاجازة؟

الأظهر من هذه الوجوه الثلاثة هو الثاني منها، بناءً على ما تقدّم من أنّ المدرك لاثبات هذا الخيار في البيع وغيره ليس إلا قاعدة نفي الضرر، إذ من الواضح أنّ الضرر ليس إلا نقص مال المغبون، وهذا لايكون فعليّاً إلا حين فعليّة تبدّل ماله من حيث المملوكيّة له إلى ما ينقص عنه في الماليّة، ولا يتحقّق ذلك إلا حين إمضاء العقد شرعاً. فإمضاؤه ـ أي: إمضاء عقد المغبون وتعهّده ـ لازماً يكون علّة تشريعيّة للتضرّر، وإمضاؤه غير لازم ـ أي: إمضاء العقد بدون التعهّد ـ تدارك لهذا الضرر، فإن شاء المغبون فسخ العقد وإن شاء أمضاه وتحمّل الضرر.

وأمّا مجرّد إنشاء العقد أو هو مع وجوب الوفاء به ولكن قبل حصول الملكيّة، فلا يكفي في ثبوت الخيار، لوضوح أنّه مع هذا الحال ليس هناك حكم شرعيّ كي يتصوّر كونه علّة تشريعيّة للتضرّر. ومع فرض وجوب الوفاء به أيضاً، فلا يوجب ذلك فعلاً ورود نقص على ماله كي يكون علّة

تشريعيّة للتضرّر، وإنّما يوجبه لو بقي على حاله إلى حين إمضاء العقد.

ولازم هذا الوجه ـ كماترى ـ أنّه في بيع الصرف والسلم و الفضولي ـ سواء كان المغبون أصيلاً أم فضوليّاً ـ إن كان التساوي متحقّقاً حين القبض أو الاجازة فيلزم البيع ولا غبن ولا خيار، سواء كان باقياً من حين العقد أم عارضاً بعده. وإن تحقّق التفاوت فيتحقّق الغبن ويثبت الخيار كذلك.

وعليه، فما نقله الشيخ[1] العلّامة قدس سره من الاتّفاق على عدم العبرة بالنقص الحاصل بعد العقد لا وثوق بإرادتهم الاطلاق من ذلك، بل كلماتهم منزّلة على غير الصرف والسلم وبيع الفضولي من البيوع المتعارفة.

ثمّ إنّ هنا بحثاً آخر، وهو: أنّه على كلّ من الوجوه الثلاثة المتقدّمة[2]، فهل العبرة في تحقّق اللزوم أو الخيار بتحقّق التساوي أو التفاوت حين العقد، أو حين حصول الملكيّة، أو حين لزوم العقد على المغبون ـ سواء بقي على حاله إلى حين العلم بالتفاوت والغبن وفسخ البيع، أم انقلب التساوي إلى التفاوت أو التفاوت إلى التساوي قبل العلم بالغبن أو بعده وقبل الفسخ ـ أو العبرة بتحقّقهما وبقائهما على حالهما إلى حين العلم بالغبن أو إلى حين الفسخ؟

لازم ما نقله الشيخ العلّامة قدس سره من الاتّفاق ـ بعد تنزيل كلماتهم على غير الصرف والسلم وبيع الفضوليّ على ما تقدّم ـ أنّ الموجب للّزوم هو تحقّق التساوي حين العقد، سواء بقي على حاله إلى حين الفسخ أم لا،

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٨ .

(٢) في ص: ٢٤٠ ـ ٢٤١.

وأنّ التفاوت بالنقص العارض بعد العقد ـ سواء كان قبل العلم به أم حين القطع به أم بعده وقبل الفسخ ـ لا يوجب الخيار. ولازمه أنّ الموجب للّزوم على الوجهين الآخرين أيضاً إنّما هو تحقّق التساوي حين حصول الملكيّة أو حين لزوم العقد على المغبون، سواء بقي على حاله إلى حين الفسخ أم لا.

ولازم ذلك أيضاً أنّ الموجب للخيار إنّما هو تحقّق التفاوت حين العقد أو حصول الملكيّة أو لزوم العقد على المغبون مطلقا، سواء بقي على حاله إلى حين الفسخ أم انقلب إلى التساوي قبل العلم بالتفاوت أو بعده وقبل الفسخ.

ويشكل التفكيك بين الأمرين بالقول بكفاية التساوي حين العقد في لزوم العقد، وعدم كون ضرريّة اللزوم من حيث البقاء موجباً للخيار، والقول بعدم كفاية التفاوت حين العقد في ثبوت الخيار، لأنّ هذا اللزوم غير ضرريّ من حيث البقاء، فإنّ ضرريّة لزوم العقد بقاءً لولم يكن موجباً لانقلاب اللزوم إلى الجواز وتشريع الخيار، فلا يكون موجباً لانقلاب الجواز إلى اللزوم. ولو كان هذا موجباً للانقلاب، فلابدّ أن يكون ذلك أيضاً موجباً له.

هذا،ولكنّ التحقيق هو التفكيك بين الأمرين. والسرّ في ذلك هو القطع بعدم كون لزوم العقدضرريّاً من حيث البقاء،وموجباً لتشريع الخيار لدفعه. فحال التفاوت الحاصل بعد العقد وقبل الفسخ كحال التفاوت غير الموجود حين العقد والحاصل بعد إمضائه من ناحية التفاوت السابق، في أنّه ليس

من المرتكز عند العقلاء الالتزام الضمني بعدم عروض هذا التفاوت، بل المرتكز عندهم هو البناء على عدم الالتزام بذلك، لكونه في معرض الحصول نوعاً، ومعه لا محالة يكون مثل هذا التضرّر ممّا يقدم عليه العقلاء، سواء كان مدرك الخيار الاشتراط الضمني أم قاعدة نفي الضرر. ولا وجه لكون العقد ضرريّاً من حيث البقاء فقط و موجباً لتشريع الخيار، لعدم الاشتراط الضمني بالنظر إلى عدم ذلك، أو لاقدام المتعاملين عليه.

وهذا بخلاف حدوث الملكيّة بين المتفاوتين، فإنّ ذلك ممّا يلتزم العقلاء بعدمه، ولذا يكون اللزوم فيه وبقاؤه ضرريّاً منفيّاً بالقاعدة، فلا محيص عن كون التضرّر الثابت حين العقد سبباً لتشريع الخيار. ولكن لايكفي حدوث التضرّر بمجرّده في تشريع الخيار وبقائه مطلقا، سواء بقي الضرر أم زال، بل التضرّر مستنداً إلى لزوم العقد موضوع يدور معه الخيار حدوثاً وبقاءً، حيث إنّه إنّما شرّع لتدارك الضرر، وإمكان التخلّص منه بقاءً بالفسخ، ومع فرض انتفاء الضرر قبل الفسخ ـ سواء كان بعد العلم بالغبن أم قبله ـ لا محيص عن سقوط الخيار بسقوط موضوعه، ولا يمكن بقاؤه إلا بتعبّد محض لا لأجل دفع الضرر، وهذا ممّا لا يمكن استفادته من قاعدة نفي الضرر، بل لو شكّ في بقائه أيضاً لا سبيل إلى استصحابه، لتبدّل الموضوع عرفاً.

وقد اتّضح من جميع ذلك: أنّ ارتفاع الضرر بالانقلاب إلى التساوي بعد العقد، أو بعد حصول الملكيّة، أو بعد لزوم العقد على المغبون قبل الفسخ على الوجوه الثلاثة المتقدّمة ـ سواء كان بعد العلم بالتفاوت أم

قبله ـ لا محالة يوجب سقوط الخيار، بخلاف انقلاب التساوي الموجود في تلك الأحيان إلى التفاوت، فإنّه لا يوجب الخيار مطلقا.

هل المناط في الغبن علم الوكيل وجهله أو علم الموكّل وجهله؟

مسألة: لوكان العاقد وكيلاً في مجرّد إجراء الصيغة فلا اعتبار بعلمه أو جهله بالغبن، إذ هو أجنبيّ عن العقد، فلا يتوجّه إليه وجوب الوفاء بالعقد حتّى يثبت له الخيار بالغبن أو اللزوم بالاقدام، وإنّما هو آلة لانشاء العقد والالتزام به من قبل صاحب المال. فإن كان الموكّل عالماً بالغبن ومع ذلك وكّله في إجراء الصيغة فهو مقدم عليه ولاخيار له. وإن كان جاهلاً به فله الخيار، كما إذا باشر العقد بنفسه، إذ هو المكلّف بالوفاء بالعقد وبما تعهّد به والتزمه،وهو المتضرّر بلزوم العقدعليه،فينفى لزومه عليه،ويكون له الخيار.

ولو كان العاقد وكيلاً في إيجاد المعاملة بإعمال النظر وإنشاء ما استصوبه بلا وكالة له في فسخ ما أوجده. فإن كان وكيلاً فيه بقيد أن لايكون غبنيّاً وضرريّاً على المالك، وأقدم مع ذلك على المعاملة عالماً بالغبن وعامداً، فالمعاملة فضوليّة إن كان الموكّل جاهلاً بالحال. فإن أجازه بعد علمه بالحال فلا خيار له. وإن أجازه جاهلاً بالحال فله الخيار عند تبيّن الغبن. وإن كان عالماً بالحال ومع ذلك لم يمنعه وقرّره على ما فعله، فهو إقدام منه على الغبن، فلا خيار له.

وإن كان الوكيل جاهلاً بالغبن، فإن كان الموكّل عالماً بالحال ومع ذلك لم يمنعه وقرّره على ما فعل، فهو إقدام منه فلا خيار له. وإن كان

جاهلاً بالحال فله الخيار عند تبيّن الغبن. وليس للوكيل خيار بالبيان المتقدّم. وليس له إعمال الخيار الثابت للموكّل بالفسخ أو الامضاء، لعدم وكالته في ذلك على الفرض.

ولو كان العاقد وكيلاً مطلقاً قد فوّض إليه أمر المعاملة إيجاداً وإمضاءً وفسخاً، فيجري فيه التفصيل المتقدّم في الفرض السابق. فما لاخيار فيه للموكّل لا خيار فيه للوكيل أيضاً. وما يثبت فيه الخيار للموكّل يجوز للوكيل إعمال ذلك الخيار بالامضاء أو الفسخ، لكونه وكيلاً في ذلك أيضاً على الفرض.

ما يثبت به جهل المغبون

مسألة: يثبت جهل المغبون بالقيمةالموجب للخيار له باعتراف الغابن، وباقامة البيّنة على ما يدّعيه لو أمكنه ذلك. ولا مانع منه، لإمكان علم البيّنة بذلك بالقرائن وشواهد الأحوال. والعلم والجهل وإن كانا من الأمور الباطنة غير المحسوسة بالحواسّ الخمس الظاهرة، إلا أنّ لهما أمارات وشواهد محسوسة تلحقهما بالمحسوسات في قبول الشهادة عليهما، كما هو الشأن في الاجتهاد والعدالة والأعلميّة والشجاعة ونحو ذلك.

وإن لم تكن هناك بيّنة فأصالة عدم العلم هو الأصل الموضوعيّ المعوّل عليه في المسألة، وهو حاكم على أصالة اللزوم الّتي هي أصل حكمي. وقول المغبون موافق له، ولذا قلنا إنّه منكر فلا يكلّف بإقامة البيّنة. والمدّعي هو الغابن، لمخالفة قوله لذلك الأصل، وإن كان موافقاً

لأصالة اللزوم المحكومة.

ولا حاجة في سماع قوله مع حلفه ـ في فرض عدم إقامة الغابن البيّنة على علمه وإقدامه ـ إلى التعليل بأنّ الجهل ممّا لا يعلم إلا من قبل الجاهل نفسه، وبأنّ الغابن لا يمكنه الحلف على علم المغبون، وإنّما يمكنه الحلف على عدم علمه بعلمه وجهله، وهو لا يجدي في نفي جهله واقعاً.

وذلك لما عرفت من أنّ سماع قول المغبون مع حلفه إنّما هو لكونه منكراً بمقتضى القاعدة، وعدم سماع قول الغابن إنّما هو لكونه مدّعياً يكلّف بإقامة البيّنة، وإلا فكما لا مانع من إقامة المغبون البيّنة على جهله وإقامة الغابن البيّنة على علمه وإقدامه، كذلك لا مانع من حلفه على ذلك، لإمكان علمه به بالقرائن والشواهد.

نعم، غاية ما هناك تعسّر إقامة المغبون البيّنة على جهله أو إقامة الغابن البيّنة على علمه، ومجرّد التعسّر لا يوجب مخالفة القواعد وجعل المدّعي منكراً والمنكر مدّعياً.

وما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره في المقام لا يخلو عن التهافت والتناقض، إذ مقتضى تعليله لسماع قول المغبون بموافقته لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم هو كونه منكراً، والغابن مدّعياً يكلّف بالبيّنة على ما يدّعيه. وهذا ينافي اعترافه قدس سره بثبوت الغبن بإقامة المغبون البيّنة على جهله. ومقتضى التعليل بأنّ الأصل المعوّل عليه في المسألة أصالة اللزوم كون المغبون مدّعياً، لمخالفة قوله لذلك الأصل، فيكلّف

(١) المكاسب ٥: ١٦٨.

بالبيّنة، والغابن منكراً لموافقة قوله له، فيكلّف بالحلف، فيحتاج تحويل الحلف إلى المغبون إلى التعليل الأوّل الّذي عرفت فساده.

الاختلاف في الغبن

مسألة: لو اختلفا في الغبن وعدمه، للاختلاف في القيمة حين العقد، مع الاتّفاق عليها بعده، بأن اتّفقا على أنّ قيمة المبيع فعلاً عشرة والثمن أيضاً عشرة، ولكن ادّعى المشتري أنّ قيمته كانت خمسة حين العقد، وقد حصل التغيّر بعده، بناءً على ثبوت الخيار بمجرّد النقص حين العقد. أو ادّعى البائع أنّه قد حصل التغيّر بعد العقد فساوت مع الثمن، وأنّ القيمة كانت حين العقد خمسة عشر.

أو كان الاختلاف في القيمة حين العقد ناشئاً عن الاختلاف فيها فعلاً، مع الاتّفاق على عدم عروض تغيّر فيها بعد العقد، وتعذّر الاستعلام في الفرضين.

فلا شكّ في التغيّر وعدمه في الفرض الثاني كي يكون محلّاً للتمسّك بأصالة عدم التغيّر.

وفي الفرض الأوّل وإن كان التغيّر مشكوكاً فيه إلا أن استصحاب عدمه من الاستصحاب القهقرى، ولا دليل على اعتباره. وعلى فرض تسليمه، فلا يجدي في إثبات أنّ العقد وقع في حال تساوي القيمة مع الثمن، فلا محيص عن كون الأصل المعوّل عليه هي أصالة اللزوم، ويطابقها قول الغابن، فيكلّف المغبون بإقامة البيّنة على تحقّق الغبن وإلا

فيقدّم قول الغابن مع حلفه.

ولو اتّفقا على حصول التغيّر واختلفا في تقدّمه على العقد وتأخّره عنه ـ بأن اتّفقا على انخفاض القيمة في الجملة، ولكن ادّعى المشتري أنّه كان قبل العقد وأنّ القيمة حينه كانت أنقص من الثمن، وادّعى البائع أنّها كانت حينه مساوية للثمن وأنّها انخفضت بعده، أو اتّفقا على ارتفاع القيمة في الجملة، ولكن ادّعى البائع أنّه كان قبل العقد، فكانت حين العقد زائدة على الثمن، وادّعى المشتري العكس ـ فالأصل المعوّل عليه هي أصالة اللزوم، سواء علم تاريخ التغيّر دون العقد أو تاريخ العقد دون التغيّر أم جهل التاريخان، والحكم كما مرّ.

وأمّا أصالة عدم تحقّق العقد إلى حين التغيّر فلا يثبت وقوع العقد حال نقصان القيمة عن الثمن في الفرض الأوّل، ولا وقوعه حال عدم التساوي في الفرض الثاني. كما أنّ أصالة عدم تحقّق التغيّر إلى حين العقد أيضاً كذلك.

اعتبار كون التفاوت فاحشاً

مسألة: يعتبر في ثبوت خيار الغبن كون التفاوت فاحشاً. والظاهر تسالمهم على ذلك.

وضابطه: أن يكون التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه عند النوع، بمعنى أنّهم يعتنون بشأنه ولا يتغابنون به، بل يرفعون اليد عن المعاملة الواقعة تخلّصاً منه، في مقابل ما لا يعتنون بشأنه ويتغابنون به ولوكان ممّا يدقّق

النظر فيه حين المعاملة، بحيث لوكان التفاوت معلوماً حينها لم يقدم عليها. فتدقيق النظر لدفع الضرر لا تلازم بينه وبين التغابن، والمعتبر هو الثاني دون الأوّل.

ثمّ إنّه لا حدّ للتفاوت الفاحش. ولا معنى لتحديده بالثلث أو الربع أو الخمس أو الواحد في العشرة والعشرين ونحو ذلك، بل هو أمر يناط بنظر العرف، وهو لا محالة يختلف بحسب اختلاف المعاملات وأعواضها. فربما يتسامح في التفاوت بالواحد في العشرين فلساً، ولا يتسامح في الواحد من عشرين ديناراً.

والوجه في اعتبار هذا الشرط في ثبوت خيار الغبن وعدم الاكتفاء بمطلق الضرر هو كونه القدر المتيقّن من الاجماع على ثبوته. بل قد عرفت أنّ عدم ثبوته مع انتفائه ممّا عليه التسالم. مضافاً إلى أنّه منصرف إطلاق النبويّ[1] الدالّ على ثبوت الخيار للركبان عند الدخول في السوق. ويكون انتفاؤه شرطاً ضمنيّاً في المعاملات نوعاً. ولا يتحقّق معه إقدام المغبون مع جهله بالحال. وأمّا ما يتسامح فيه فقد يتحقّق الاقدام عليه في المعاملات نوعاً، فلا تشمله أدلّة نفي الضرر لوكانت هي الدليل على خيار الغبن على ما هو الحقّ كما مرّ.

المناط في الغبن هو الضرر الماليّ الفعليّ

ثمّ لا يخفى عليك أنّ «الضرر» في مفاد قاعدة لا ضرر و«الحرج» في

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٢٢٣ هامش (١).

مفاد قاعدة نفي الحرج ـ على ما أوضحناه غير مرّة ـ قد أخذا موضوعين للنفي، لا أنّهما لوحظا حكمة لنفي الحكم كي يكفي في صحّة كونه حكمة داعية للتشريع ملاحظة تحقّقهما نوعاً ولولم يتحقّقا في الموارد الشخصيّة. بل لا محيص عن اعتبار فعليّتهما. فكلّ حكم صار ضرريّاً أو حرجيّاً فعلاً في مورد ولولم يكن في نفسه كذلك فهو مرفوع لا محالة. وكلّ حكم لايكون ضرريّاً أو حرجيّاً في مورد فلا وجه لرفعه بالقاعدتين بمجرّد أنّه ربما يتّفق كونه ضرريّاً أو حرجيّاً في حقّ الغير أو غالباً.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الضرر ماليّاً أو بدنيّاً، ولا بين الأحكام الوضعيّة في أبواب المعاملات وبين الأحكام التكليفيّة، ولا بين العبادات وغيرها.

كما لا فرق في الضرر المالي بين أن يكون تحمّله صعباً على المكلّف، لقلّة بضاعته، أو سهلاً لكثرة أمواله، إذ الضرر فعليّ على كلّ حال، فلابدّ من نفي الحكم الشرعيّ الموجب له كاللزوم في محلّ الكلام، من غير فرق بين الغنيّ والفقير.

وأمّا وجوب شراء الماء للوضوء أو الغسل، فدليله ـ مضافاً إلى كونه منصوصاً ـ إنّما هو كون أصل تشريع الحكم في مورد الضرر، حيث إنّ الماء لا يحصل غالباً إلا بصرف المال، وقد أوضحنا في محلّه أنّ مثل هذا الحكم لا ينفى بأدلّة نفي الضرر، لعدم حكومتها على أدلّته، وأنّ خروجه عنها ليس تخصيصاً وإلا يلزم كثرة التخصيص المستهجن، بل تخصّصاً. وأدلّة نفي الضرر ناظرة إلى الأحكام الّتي ليست في نفسها ضرريّة، وإنّما

يتّفق كونها ضرريّة في مورد. وعلى هذا، فيجب شراء الماء للوضوء أو الغسل على كلّ أحد، سواء كان غنيّاً أم فقيراً.

نعم، لوكان محتاجاً إلى ثمن الماء، فلا محالة يصير التكليف بالوضوء وصرف المال لتحصيل الماء حرجاً عليه ومنفيّاً بأدلّة نفي الحرج.

كما أنّه لو توقّف تحصيل الماء على أضعاف ثمنه، بأن اتّفق عدم وجود الماء إلا عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته، فلابدّ من رفع وجوب الطهارة المائيّة، لكونه ضرريّاً، وليس هو من لوازم طبع الطهارة المائيّة، من دون فرق في ذلك بين الغنيّ والفقير.

هذا، وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من احتمال أن لايكون الضرر المالي بشراء الماء ضرراً، نظراً إلى تداركه بالأجر والمثوبة الأخرويّة، فلا وجه له جدّاً، كيف ولو فتح هذا الباب لم يبق لنفي الحكم الضرري بالقاعدة مورد أصلاً على ما هو واضح.

عدم إمكان الغبن من الطرفين

بقي شيء، وهو أنّ الغبن في المعاملة لمّا كانت عبارة عن نقل الشخص ماله إلى الغير بعوض أنقص منه في مقدار الماليّة بحسب القيمة السوقيّة، فلا يخلو: إمّا أن يكون منقولاً من البائع إلى المشتري بثمن أنقص منه، أو بالعكس. ولا يعقل كون كلّ منهما أنقص من الآخر. ولازمه أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري، ولا يعقل

(١) المكاسب ٥: ١٧١.

كونهما مغبونين في بيع واحد.

وقد ذكر لتصويره وجوه:

الوجه الأوّل: فرض البائع مغبوناً في بيع ماله بدراهم معيّنة، والمشتري مغبوناً في شرطه دفع دنانير معيّنة بدل الدراهم.

الوجه الثاني: فرض بيع شيئين بثمنين يكون البائع مغبوناً في أحدهما والمشتري في الآخر.

الوجه الثالث: فرض غبن أحدهما ـ كالبائع ـ بالمعنى المصطلح، وغبن الآخر ـ كالمشتري ـ بمعنى كون المبيع المشاهد قبل البيع على خلاف ما كان عليه حين المشاهدة من الأوصاف.

الوجه الرابع: أن تكون للمبيع في خارج البلد قيمة وفي داخله قيمة أخرى، فاشترى من كان في البلد المبيع من خارجه بقيمة متوسّطة، أي: أنقص من قيمة الخارج وأكثر من قيمة الداخل.

الوجه الخامس: فرض التخاصم ودعوى كلّ من البائع والمشتري الغبن مع عدم وجود المقوّم. فمع تحالفهما يحكم بثبوت الغبن والخيار من الطرفين بمقتضى الحلف.

ولكنّها أجمع تكلّفات وتمحّلات لا وجه لها. مع وضوح بطلان الثالث منها، لأنّ المقصود فرض الغبن المصطلح عليه من الطرفين لا بمعنى آخر يتسامح في إطلاق الغبن عليه.

وبطلان الرابع، لأنّ المال لاتكون له حين البيع إلا قيمة واحدة هي قيمته السوقيّة حين المعاملة في مكان البيع، لا قيمة سوقيّة مفروضة في

مكان آخر خارج البلد أو داخله. فالثمن المفروض إن كان مساوياً لقيمة المبيع في مكان البيع فلا غبن، وإن كان أقلّ فالبائع هو المغبون، وإن كان أكثر فالمشتري هو المغبون.

وبطلان الأخير منها، لأنّ الكلام في الغبن الواقعي لا الغبن المحكوم به ظاهراً مع فساد الفرض، لأنّ مقتضى التحالف نفي الغبن من الطرفين ولزوم المعاملة لا إثباته وثبوت الخيار لهما، إذ الحالف إنّما يحلف على نفي ما يدّعيه الآخر لا على إثبات ما يدّعيه.

وبطلان سائر الوجوه، لأنّ الأمر دائر فيها بين فرض المعاملة فيها واحدة، فلا محيص عن كون المغبون البائع أو المشتري، وبين فرضها معاملتين، فالمغبون في إحداهما غير المغبون في الأخرى.

مسألة: التحقيق: أنّ تخلّف الشرط الضمني حين العقد أو كون لزوم العقد ضرريّاً عليهما، هو علّة عدم اللزوم وثبوت الجواز الحقّي أي: الخيار، بلا مدخليّة في ذلك لتبيّن الغبن للمغبون وعدمه بعد العقد. نعم، للتبيّن مدخليّة في تمكّن ذي الخيار من إعمال الخيار فسخاً أو إمضاءً ـ لا في أصل ثبوته ـ بنحو الشرط المقارن، أي: مقارنة ثبوت الخيار مع التبيّن، أو بنحو الشرط المتأخّر، بمعنى ثبوت الخيار من حين العقد على فرض تحقّق التبيّن في موطنه.

فلا وجه لكون التبيّن شرطاً شرعيّاً للخيار بأحد النحوين أصلاً. بل لامحيص عن كونه طريقاً عاديّاً إلى تحقّقه في الواقع، لكونه إحرازاً للموضوع ـ وهو الغبن ـ مع انكشاف الحكم ـ وهو الخيار ـ بدليله، وهو

قاعدة لاضرر مثلاً. فلامحيص عن ترتّب كلّ ما للخيارمن الأحكام والآثار من حين العقد، عدا الأثر الّذي لا يمكن أن يرتّب إلا بعد إحراز الخيار، مثل كون تصرّف ذي الخيار في زمن الخيار مسقطاً لخياره، لكونه كاشفاً نوعيّاً عن رضاه بالعقد وإسقاط الخيار الّذي لا يكون إلا مع علمه بالخيار.

وأمّا ما في النبويّ[1] من أنّ لهم الخيار إذا دخلوا السوق ـ الظاهر في أنّه إنّما كنّي به عن ظهور الغبن وتبيّنه الّذي لا يحصل للركبان غالباً إلا بعد دخول السوق ـ فلاظهور له في اشتراط أصل التحقّق بذلك، بل ظاهره إرادة أنّهم إذا دخلو السوق وتبيّن لهم الغبن فالعقد جائز ولهم الفسخ والامضاء حينئذٍ. وأمّا أنّ ذلك ثابت من حين العقد إلى ذلك الحين، أو أنّه عارض في ذلك الحين بعد لزوم العقد، فلا دلالة للخبر على ذلك بوجهٍ.

ومن ذلك تظهر حال كلمات جماعة من الأصحاب، حيث علّقوا الخيار على ظهور الغبن وتبيّنه، فإنّه لا ظهور له في إرادة حدوث الخيار، لأنّهم ليسوا في مقام البيان من هذه الجهة، بل في مقام بيان أنّه يثبت الخيار مع ظهور الغبن، في مقابل الفسخ قبل ظهوره الّذي لا يتصوّر تنجيزاً وإنّما يتصوّر تعليقاً، وأمّا أنّه يثبت من حين العقد أو من حين التبيّن فهو موكول في نظرهم إلى ما يقتضيه مدرك الخيار.

نعم، لو فرض الجمود على ظاهر هذه التعبيرات، والبناء على أنّهم في مقام البيان من هذه الجهة، وفرض عدم المدرك لخيار الغبن إلا الاجماع، لكان المتيقّن المجمع عليه ثبوت الخيار من حين التبيّن، وأمّا قبله فالعقد

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٢٢٣ هامش(١).

داخل في عموم وجوب الوفاء به ولزومه، وإنّما يخرج عنه تخصيصاً من حين تبيّن الغبن. ولكن قد عرفت أنّ مدرك خيار الغبن هو قاعدة لا ضرر، والاجماع إنّما انعقد على طبقها.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو بني على عموم قاعدة «كون التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له» لمثل خيار الغبن والعيب، وعدم اختصاصها بخيار الحيوان والشرط والمجلس، فلا محيص عن القول بكون تلف المبيع المغبون فيه من الغابن، سواء كان بعد ظهور الغبن أم قبله، لفعليّة الخيار في كلتا الحالتين.

هذا، مع أنّك عرفت ـ واعترف به الشيخ العلّامة[1] قدس سره أيضاً ـ أنّه لاخصوصيّة في تلك القاعدة فيما تشمله، بل المناط تزلزل العقد وكونه في معرض الانفساخ، وهذا المناط متحقّق فيما قبل ظهور الغبن ولو قيل بعدم فعليّة الخيار حينئذٍ.

مسقطات خيار الغبن

مسألة: يسقط خيار الغبن بأحد أمور:

أحدها: إسقاطه بعد العقد.

فإن كان بعد تبيّن الغبن وبلا عوض، فلا إشكال في صحّته، سواء علم مرتبة الغبن وقدر التفاوت أم جهل بهما، ولكن عمّم الاسقاط لجميع مراتب الغبن، بأن أسقط الخيار بأيّة مرتبة كان التفاوت.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤١.

ولو أسقطه بزعم مرتبة فبان أنّ التفاوت أكثر منها. فلو كانت الزيادة ممّا يتسامح بها ـ بأن لم تكن دخيلة في ثبوت الخيار ولا صالحة لعليّته وحدها، والمفروض أنّه غير متمّم لسبب الخيار أيضاً، حيث إن التفاوت المزعوم كافٍ وحده في ثبوت الخيار ـ فقد سقط الخيار، ولا سبب لخيار آخر. وليس الخيار الناشيء عن المجموع خياراً آخر غير الخيار الناشيء عن التفاوت المزعوم المتحقّق في ضمنه.

ولو كانت الزيادة ممّا لا يتسامح بها ـ بأن كانت بنفسها صالحة لسببيّة الخيار ـ فالخيار الناشيء عن المجموع وإن كان خياراً واحداً إلا أنّه مغاير للخيار الناشيء عن التفاوت المزعوم، لكونه ناشئاً عن منشأين، بخلافه فإنّه ناشيء عن منشأ واحد. والمفروض أنّ الحكم ـ أعني : ثبوت الخيار الواحد ـ انحلاليّ، فلابدّ من استتباع تحقّق كلّ مرتبة من التفاوت خياراً غير ما تستتبعه المرتبة الأخرى. فما يستتبعه التفاوت المزعوم إنّما هو الحدّ الأقلّ بشرط لا، وما يستتبعه التفاوت الموجود إنّما هو الحدّ الأكثر بنحو الاجتماع والانضمام. فما أسقطه لم يكن موجوداً في الواقع، وما كان موجوداً في الواقع لم يسقطه.

وبعبارة أخرى: إنّما أعرض عن حقّه بشرط أن يكون معلولاً للتضرّر بالقدر المزعوم، وأمّا على تقدير كونه معلولاً عنه وعن تضرّر زائد لا يتسامح به فلم يعرض عنه، فلابدّ حينئذٍ من بقائه.

هذا، ولو صالحه على الخيار بعوض، فإن كان مع العلم بالمرتبة أو مع الجهل بها ولكن مع التعميم لجميع المراتب، فلا ينبغي الاشكال في صحّته

وسقوط الخيار، إذ مرجعه إلى تملّك العوض مقابل إسقاط الحقّ والإعراض عنه، فليس أكلاً للمال بالباطل. وليس تمليكاً أو نقلاً للحقّ من نفسه إلى من هو عليه كي يكون لازمه كون من عليه الخيار ذا خيار في العقد بعد أن لم يكن. وليس هذا لحقّ سلطنته على نفس من عليه الخيار، حتّى يقال: إنّه لا يعقل انتقاله إليه، لعدم تصوّر سلطنة الشخص على نفسه، فينتج السقوط قهراً، كما يقال في بيع الدَّين على من هو عليه، وإن كان فاسداً في نفسه على ما أوضحناه في محلّه.

وكيف كان، فلو صالحه بزعم مرتبة من الغبن فبان أنّه أكثر، فالحكم فيه كما ذكر في الاسقاط بلا عوض، وأنّ التفاوت إن كان يسيراً فيسقط الخيار باسقاطه، وتصحّ المصالحة، ويملك العوض. وإن كان فاحشاً فما أسقطه لم يكن موجوداً، وما كان موجوداً لم يسقطه. فتبطل المصالحة، ويرجع العوض إلى مالكه، ويبقى الخيار على حاله.

ولا مجال للحكم في مثله بالقيمة مع ثبوت الخيار في نفس المصالحة، نظراً إلى كونه مغبوناً فيها، حيث إنّ ما يبذل في مقابل إسقاط الخيار الناشيء عن التضرّر المزعوم أقلّ ممّا يبذل في مقابل إسقاط الخيار الناشيء عن التفاوت المجهول، وذلك لما عرفت من أنّه لابدّ من البطلان فيه رأساً.

هذا، مضافاً إلى أنّ فرض الغبن في المصالحة ليس أمراً دائميّاً، بل ربما يتّفق أن يكون الغابن حريصاً على بقاء العقد وخروجه عن معرضيّة الفسخ، لأنّ له في الثمن غرضاً، وقد دفع في مقابل الغبن المزعوم ما

يصلح أن يبذل في مقابل الغبن الموجود في الواقع.

هذا، وإن كان الاسقاط قبل تبيّن الغين ففيه إشكال من جهتين:

الجهة الأولى: أنّه إسقاط لما يقطع بعدم تحقّقه في الواقع، وهو أمر غير معقول.

والجواب عنه: بأنّه يكفي في صحّة الاسقاط وجود المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي.

لا ينفع شيئاً، لوضوح أنّ الاستحالة عقليّة من باب استحالة إعدام مالم يوجد. ومجرّد وجود المقتضي لا يوجب وجود الخيار كي يسقط ويعرض عنه. مع أنّ المقتضي في أمثال ذلك ليس بمعناه الحقيقي حتّى يقال: إنّ المقتضى ـ بالفتح ـ له نحو وجود مطويّ بوجود المقتضي ـ بالكسر ـ بل العقد في محلّ البحث أحد أجزاء موضوع الخيار، والجزآن الآخران هما: الغبن الواقعي وتبيّنه، ومن الواضح أنّ وجود بعض أجزاء موضوع الخيار لا يصحّح إسقاطه.

والحقّ في الجواب أن يقال: إنّ الاشكال إنّما يرد بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً شرعيّاً للخيار، وقد عرفت ضعفه. وعلى فرض تسليمه، فإنّما لا يعقل إسقاط الخيار للقطع بعدم تحقّقه، وأمّا إنشاء إسقاطه في موطن ثبوته بحيث يكون الانشاء فعليّاً والمنشأ استقباليّاً فلا مانع منه أصلاً.

الجهة الثانية: أنّ الاسقاط مشتمل على التعليق، حيث إنّه لم يعلم تحقّق شرط الخيار، وهو الغبن الواقعي، فلابدّ أن ينشأ الاسقاط معلّقاً على تقدير تحقّق الغبن في الواقع، والتعليق مبطل للعقود والإيقاعات.

وفيه: أنّ ما علّق عليه الإسقاط ليس إلا نفس ثبوت الخيار بتحقّق موضوعه، ومثل هذا التعليق لا يضرّ في العقد والايقاع، لكونه تعليقاً على ما هو معلّق عليه في نفسه، ولا حاجة إلى الدلالة على التعليق، بل يصحّ إنشاء الاسقاط بصورة التنجيز مع العلم بتحقّق الخيار بتحقّق موضوعه.

هذا، وما يهوّن الأمر في محلّ البحث أنّه لا حاجة إلى إنشاء إسقاط نفس الخيار، بل لمّا كان أساس الخيار شرط التساوي ضمنيّاً، والشرط بنفسه محدث لحقّ الشرط، وهو فعليّ قبل ظهور الغبن، فلا مانع من إسقاطه، فيستتبع انتفاء الخيار على تقدير تخلّفه.

هذا، ولو صالح على حقّ الخيار بشيء قبل ظهور الغبن، ففيه ـ مضافاً إلى الاشكالين السابقين اللّذين عرفت اندفاعهما ـ إشكال آخر، وهو أنّ المصالحة غرريّة، لامكان أن لا يكون هناك غبن وخيار، فيكون أكل العوض أكلاً للمال بالباطل.

والانصاف أنّه لا يندفع الاشكال إلّا إذا قلنا: إنّ الصلح في أمثال هذه الموارد إنّما شرّع مبنيّاً على الغرر، وإلا فيشكل ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من ضمّ شيء أو خيار آخر إلى المصالح عنه ليقع العوض في مقابل الضميمة على تقدير انتفاء الغبن في الواقع، لما مرّ في محلّه من أنّ هذا حكم تعبّدي ثبت في بيع العبد الآبق، ويشكل التعدّي منه إلى غيره، بحيث يبنى على صحّة بيع كلّ مجهول الوجود أو المقدار أو الجنس أو الأوصاف بضمّ الضميمة.

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٢.

هذا، ولكن ما يهوّن الأمر أنّه لا حاجة إلى المصالحة على نفس الخيار المشكوك فيه، بل تكفي المصالحة بعوض على حقّ الشرط المتحقّق قطعاً.

المسقط الثاني: شرط سقوطه في ضمن العقد .

ولا ينبغي الاشكال في صحّته.

ولا مجال للاشكال فيه من جهة كونه شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد أو للكتاب والسنّة، إذ لاخفاء في أنّ خيار الغبن إنّما يثبت شرعاً بمقتضى إطلاق العقد المنزّل على الشرط الضمنيّ النوعي، والتحرّز عن الضرر بمقتضى نفي الضرر أو تخلّف الشرط. وشرط سقوطه إنّما هو بمعنى الإقدام على الضرر أو بمعنى إسقاط الشرط الضمني، فهو في الحقيقة إعدام لمقتضى الخيار، ولا مانع منه بمقتضى سلطنة الناس على أموالهم.

ولا من جهة كونه إسقاطاً للمعدوم أو إسقاطاً لمالم يعلم وجوده، لما عرفت من أنّ مرجعه إلى إعدام الخيار بإعدام مقتضيه، لا أنّه إنشاء لإسقاطه المتفرّع على ثبوته.

نعم، هنا إشكال آخر، ملخّصه: انّ معنى شرط سقوط خيار الغبن في ضمن العقد عدم الالتزام بتساوي المالين، فلا محالة يكون البيع غرريّاً، لاحتمال التفاوت الفاحش في الماليّة. ولا دافع له على الفرض، حيث إنّه ليس هناك أصل عقلائيّ يعوّل عليه في دفع احتمال التفاوت، كوجوده بالنسبة إلى احتمال العيب في المال.

ولكن يرد عليه:

أوّلاً: إنّ رافع الغرر في البيع لم يكن هو ثبوت الخيار كي يكون شرط عدمه معيداً له. وذلك لما تقدّم في محلّه من أنّ عنوان الغرر موضوع عرفيّ لا محيص عن بطلان البيع مع تحقّقه، ولا يعقل ارتفاعه بالخيار في العقد، لوضوح أنّ الخيار حكم شرعيّ إنّما يثبت في العقد الصحيح، فثبوته يتوقّف على صحّة العقد، وهي تتوقّف على عدم الغرر، فلو توقّف عدمه على الخيار لزم توقّف الشيء على نفسه. كيف؟ وإلا لكان من الممكن تصحيح كلّ معاملة غرريّة بشرط الخيار فيها.

وأيضاً لوكان ارتفاع الغرر مستنداً إلى الخيار، وشرط عدمه معيداً له وموجباً لبطلان البيع، فلازمه بطلان البيع في موارد العلم الاجمالي بالغبن أو احتماله، مع أنّه لا إشكال عندهم في صحّته ولزومه.

وثانياً: إنّ ظاهر عنوان الغرر هو كون المعوّض في معرض خطر عدم الماليّة أو نقصها، ولكن انتفاءً أو نقصاً معلولاً لانتفاء أصل عنوان المبيع أو جزئه أو وصفه الدخيل في مقدار الماليّة، بأن كان تحقّق المبيع مجهولاً، أو تردّد الموجود في مصداقيّته لعنوانين أحدهما له ماليّة دون الآخر، أو أحدهما قليل الماليّة والآخر كثيرها، أو كان مقدار المبيع مجهولاً مردّداً أمره بين الناقص والزائد، أو كان وصفه الدخيل في مقدار الماليّة ـ كسمنه وهزاله ونحو ذلك ـ مجهولاً، لا فيما فرض عدم الجهالة فيما يتعلّق بالعوضين، وإنّما المجهول قلّة رغبات الناس وكثرتها أو قلّة وجود الأمثال وكثرته الموجب للجهل بقدر ما يبذل بإزائه، فإنّها جهالة بأمر خارج عمّا يتعلّق بالعوضين، والخطر المعلول لها لا يتعنون بالغرر، وينصرف عنه

لفظه. ولازم ذلك ـ كما ترى ـ صحّة البيع في الموارد الّتي أشرنا إليها، لانتفاء الغرر بلا حاجة إلى أصل عقلائيّ يدفع احتمال الخطر.

وهذا بخلاف احتمال نقص وصف الصحّة، فإنّه موجب للغرر. وليس رافعه ثبوت خيار العيب كي يكون شرط سقوطه موجباً للغرر، بل رافعه أصالة السلامة المعوّل عليها عند العقلاء.

وبخلاف أوصاف الكمال الدخيلة في مقدار ماليّة الأموال، فإنّ الجهل بها موجب للغرر، ورافعه هو البيع بشرط الوصف أو المشاهدة السابقة والبيع مبنيّاً عليها وعلى استصحاب بقاء ما شوهد. ولمّا كان شرط سقوط خيار تخلّف الوصف في ضمن العقد بمعنى عدم الالتزام بوجود الوصف المشروط وجوده، فلا محالة يتحقّق الغرر ويبطل البيع.

المسقط الثالث: تصرّف المغبون فيما انتقل إليه بعد ظهور الغبن.

ولا ينبغي الاشكال في كونه مسقطاً للخيار. وقد تقدّم الكلام في ذلك في خيار المجلس، وأنّ النصّ الدالّ على كون التصرّف مسقطاً وإن كان وارداً في خصوص خيار الحيوان، إلا أنّ الأصحاب قد فهموا من عموم التعليل فيه عموم الحكم لكلّ ذي خيار تصرّف فيما انتقل إليه بعد علمه بكونه ذا خيار، لأنّه كاشف نوعيّ عن الرضا بالعقد والإعراض عن الخيار وإسقاطه. وأوضحنا هناك ضابط التصرّف المسقط، وأنّه كلّ تصرّف في المال لا يصدر نوعاً إلا من المالك في ملكه. ولا حاجة إلى الإعادة.

وبالجملة،محلّ البحث أيضاً داخل في معقد الاجماع المنقول على أنّ التصرّف من ذي الخيارفيما انتقل إليه إمضاءللعقد وفيما انتقل عنه فسخ له.

المسقط الرابع: تصرّف المغبون فيما انتقل إليه قبل ظهور الغبن.

وقد نسب[١] إلى المشهور بين من تأخّر عن المحقّق قدس سره أنّه مسقط للخيار.

وقد استدلّ على ذلك بوجوه:

الوجه الأوّل: إنّ التصرّف كاشف عن الرضا وإمضاء البيع.

وبطلانه واضح، لأنّه إنّما يكون كاشفاً نوعيّاً عن الرضا مع العلم بالخيار أو لا أقلّ من احتماله، لا فيما كان غافلاً عنه بالمرّة أو ملتفتاً إليه ومعتقداً بعدمه.

الوجه الثاني: إنّ غاية ما يستفاد من قاعدة لا ضرر إنّما هو نفي لزوم العقد، وجواز استرداد ذي الخيار ماله وردّ مال الغير إليه جوازاً حكميّاً كما في الهبة، ومع التصرّف وخروج المال عن ملك المغبون يرتفع موضوع جواز الردّ والاسترداد.

وقد اتّضح لك فيما تقدّم فساد هذا الوجه أيضاً، وأنّ اللزوم حقّي، ومع كونه ضرريّاً لابدّ من نفيه، ونفيه عين ثبوت الجواز الحقّي، وهو الخيار.

الوجه الثالث: إنّ مدرك ثبوت خيار الغبن هو الاجماع، والمتيقّن منه ثبوته مالم يتلف المال أو يخرج عن ملك المغبون بالتصرّف الناقل.

وقد اتّضح لك فساد هذا الوجه أيضاً فيما تقدّم، وأنّ عمدة المدرك له هي أدلّة نفي الضرر وكون شرط التساوي من الشروط الضمنيّة.

الوجه الرابع: إنّ تضرّر المغبون بنقص ما انتقل إليه من العوض

---

(١) نسبه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥: ١٨٧ .

وزيادة ما دفعه معارض مع تضرّر الغابن بلزوم قبول بدل ماله من المثل أو القيمة في صورة التلف أو التصرّف، فدليل نفي الضرر ينفي كلّاً منهما، فيتعارضان ويتساقطان ويرجع إلى أصالة اللزوم.

وفيه: إنّ الغابن قد أقدم على الضرر والحرمان عن خصوصيّة ماله العينيّة بمقتضى إقدامه على المعاوضة الّتي لا تكون إلا بحفظ ماليّة المال، ورفع اليد عن خصوصيّته العينيّة. ولو سلّم عدم إقدامه فتضرّره بذلك لايقاوم تضرّر المغبون. وهو واضح. ولو سلّم ذلك أيضاً فمقتضى تعارض الضررين وسقوط القاعدة هو الرجوع إلى استصحاب الخيار لا إلى أصالة اللزوم، حيث إنّ تعارض الضررين لم يكن حين العقد كي يكون نفس العقد مشكوكاً في لزومه وجوازه، بل هو أمر عارض بعد التلف أو التصرّف، وشمول دليل نفي الضرر وثبوت الخيار بمجرّد تحقّق الغبن حين العقد، فيشكّ في بقائه بعد التلف والتصرّف وعدمه.

الوجه الخامس ـ وهو العمدة بل الشائع في كلماتهم ـ: أنّه مع التصرّف الناقل وخروج المال عن ملك المغبون لا يمكن ردّ العين بالفسخ، فلابدّ من سقوطه بانتفاء موضوعه.

ولكن قد تقدّم في خيار المجلس فساد هذا الوجه أيضاً بما لا مزيد عليه، وأنّه مبنيّ على توقّف الخيار على بقاء العوض في ملك من انتقل إليه كي يمكن رجوعه من ملكه إلى ملك من انتقل عنه بفسخ العقد بخصوصيّته العينيّة، ولكنّه باطل، لأنّ المعاوضة إنّما تقع بين العينين بخصوصيّتهما العينيّة والنوعيّة ومن حيث مقدار الماليّة، وفسخ العقد

يقتضي رجوع الثلاثة مع الامكان، ومع عدمه لابدّ من ارجاع مقدار الماليّة في ضمن الخصوصيّة النوعيّة أو في ضمن القيمة من ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه.

ويمكن استظهار اتّفاقهم على ذلك وعدم سقوط الخيار بمجرّد التلف في سائر المقامات، ولا خصوصيّة للمقام قطعاً، إلا أن يقوم إجماع في المسألة بخصوصها، ولكنّه منتفٍ قطعاً، بل غاية الأمر هي الشهرة بين من تأخّر عن المحقّق قدس سره .

والحقّ عدم سقوط الخيار بالتلف أو التصرّف مطلقا قبل ظهور الغبن، بل غاية الأمر الرجوع إلى البدل ـ مثلاً أو قيمة ـ عند ظهور الغبن وعدم إمكان ردّ العين عقلاً كما في التلف، أو شرعاً كما في موارد التصرّف الناقل أو الفكّ، سواء كانا لازمين كما في البيع والوقف والرهن، أم جائزين كما في الهبة أو البيع بالخيار أو الوصيّة.

ثمّ لا يخفى عليك اختلاف هذه الوجوه فيما تقتضيه.

فالأوّل منها يقتضي سقوط الخيار بمطلق التصرّف المالكي، سواء كان بالإتلاف أو النقص أو الفكّ ـ لازماً أو جائزاً ـ أو الرهن أو الاجارة، أم بمجرّد الانتفاع أو التغيير أو المزج ونحو ذلك. ولا يجري في التلف السماوي أو إتلاف الغير.

والظاهر أنّ سقوط الخيار بهذه السعة خلاف فتواهم، لكون المفروض في كلماتهم عدم إمكان الردّ، فيختصّ بصورة الاتلاف أو النقل والفكّ اللازمين أو الرهن ونحوها.

والثاني يقتضي سقوط الخيار في موارد التلف مطلقا، وفي التصرّف الناقل أو الفكّ اللازمين أو الرهن والاستيلاد ممّا يمتنع معه الردّ شرعاً. وكذلك الوجه الثالث والرابع والخامس. ويجري الوجه الرابع في الاجارة أيضاً على ما يظهر بالتأمّل.

وكيف كان، فلو بني على ما هو المشهور وما ذكروه من التعليل بعدم إمكان استرداد العين، فلابدّ من التعميم للتلف مطلقا، ولكلّ تصرّف ناقل لازم من البيع والوقف والرهن ـ لأنّ لزومه يقتضي بقاءه في ملك الراهن ليتمكّن المرتهن من استيفاء دينه منه ـ وللتغيير بالنقيصة أو الزيادة الحقيقيّة دون الحكميّة، ولحصول المزج الموجب للشركة.

ولا يجري في الاجارة، لعدم المانع من ردّ العين. وكذلك لا يجري في التصرّف الجائز، لعدم المانع من الردّ عقلاً وشرعاً. فلو أراد الفسخ فعليه الرجوع في الهبة وفسخ البيع الخياري، فيكون مقتضى فسخ البيع الأوّل رجوع ما انتقل إليه من ملكه إلى ملك من انتقل عنه. بل يمكن أن يقال: إنّ نفس فسخ البيع الأوّل يقتضي انفساخ العقد الثاني ورجوع العين إلى ملكه ومن ملكه إلى ملك المالك الأوّل.

بقي الكلام في أنّه لو بني على مانعيّة التصرّف من ردّ العين وسقوط خيار الغبن، ثمّ فرض زوال المانع ـ كما لو مات ولد أمّ الولد، أو فسخ البيع الثاني بالإقالة، أو انتقل المبيع إلى المغبون بالارث ونحو ذلك ـ فهل يعود الخيار أم لا؟

التحقيق أن يقال: إنّه لم يكن هناك إلا سبب واحد لخيار واحد، وهو

التفاوت بين المالين حين العقد، والمفروض سقوط الخيار بالتصرّف وعدم إمكان الردّ، للزوم العقد بذلك. ولم يتجدّد هنا سبب آخر للخيار، ولا دليل على ثبوته. ولو شكّ فالحكم هو استصحاب اللزوم، من دون فرق في ذلك بين أنحاء عود المال إليه.

وأمّا بناء المسألة على أنّ الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ فلا محصّل له، إذ لا يتوهّم أنّ هنا قاعدة عقليّة أو شرعيّة تعبّديّة مفادها أنّ الّذي زال وعاد فكأنّه لم يزل أو فكأنّه لم يعد، بل البناء على أحد الأمرين يتوقّف على ما يقتضيه الدليل في الموارد المختلفة. فإن كان مقتضاه ترتيب الأثر الّذي كان يرتّب على ما زال قبل زواله حتّى بعد زواله ثمّ عوده، فهو لا محالة كالذي لم يزل. وإن كان مقتضاه عدم ترتيب ذلك الأثر بعد عوده، فهو كالذي لم يعد. وحيث إنّ المفروض في محلّ الكلام أنّ الدليل الأوّل على الخيار لا يقتضي عوده بعد سقوطه بوجود المانع من الردّ، ولا دليل آخر على تجدّد الخيار بعد زوال المانع، فلا محالة يكون إمكان الردّ الزائل والعائد كالذي لم يعد على ما هو واضح.

تصرّفات الغابن

مسألة: تصرّف الغابن مطلقا فيما انتقل إليه لا وجه لكونه مسقطاً لخيار المغبون عدا ما تقدّم من البناء على توقّف الخيار على بقاء العوض بن بعينهما، فتكون نتيجة الفسخ رجوع كلّ من العوضين بخصوصيّتهما العينيّة من ملك من انتقل إليه ـ لا من ملك غيره ـ إلى ملك من انتقل عنه،

المقتضي لسقوط الخيار في فرض وجود مانع عقليّ من ردّ أحد العوضين أو كليهما كالتلف، أو مانع شرعيّ كالبيع اللازم والوقف والرهن ونحوها، على فرض صحّتها ولزومها.

وقد تقدّم توضيح فساد هذا المبنى بما لا مزيد عليه.

وعليه، فينبغي الكلام في تصرّف الغابن فيما انتقل إليه. والكلام في جواز تصرّفه تكليفاً وصحّته وضعاً ولزومه وعدمه ـ للتردّد في أنّ حقّ الخيار هل يتعلّق بالعقد بما هو عقد؟ أو به من حيث إنّه طريق لاسترداد المال إلى مالكه الأوّل، أو لاسترداد الأعمّ من العين ومقدار ماليّتها في ضمن المثل أو القيمة؟ أو بنفس العين بخصوصيّتها العينيّة؟ أو بها بنحو تعدّد المطلوب والأعمّ من الخصوصيّة العينيّة ومقدار ماليّتها في ضمن المثل أو القيمة؟ وأنّ أيّاً من هذه الوجوه يقتضي المنع من تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه تكليفاً أو وضعاً أو كليهما؟ وأيّاً منها يقتضي جوازه كذلك؟ ـ موكول إلى محلّه في مباحث أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

فنقول: أما تصرّفه اللازم ـ أي: الّذي لو كان صحيحاً ولازماً لكان موجباً لصيرورة العين بمنزلة التالف، لامتناع ردّه شرعاً، كالبيع والوقف والرهن والعتق ونحوها، سواء كان لزومه حقّياً أم حكميّاً ـ فأمره من حيث الحكم الوضعي يتردّد بين أمور خمسة:

أحدها: البطلان رأساً، سواء فسخ ذو الخيار البيع الأوّل أم لا.

الثاني: صحّته وكونه جائزاً، فيتسلّط ذو الخيار على فسخه، سواء فسخ البيع الأوّل أم لا.

الثالث: صحّته وكونه جائزاً ومراعىً بفسخ ذي الخيار وعدمه البيع الأوّل. فإن فسخه فيبطل التصرّف قهراً من حين الفسخ، وتترتّب آثار الصحّة على ما وقع من التصرّف إلى حين فسخ ذي الخيار العقد الأوّل.

الرابع: صحّته وجوازه بذلك المعنى، ولكن مع فسخ العقد الأوّل يبطل التصرّف رأساً كما في ردّ المالك العقد الفضولي.

الخامس: صحّته ولزومه مع بقاء خيار ذي الخيار على حاله. فإن فسخ البيع الأوّل رجع إلى بدل ماله مثلاً أو قيمة.

ووجه الأوّل: توهّم أنّ طلقيّة الملك من شرائط صحّة التصرّف، كالبلوغ والعقل والعلم بالعوضين ونحوها.

وهو توهّم باطل على ما أوضحناه في محلّه، إذ لا وجه لذلك، بل العقد جامع لجميع ما يعتبر في صحّته بما هو عقد، والمتصرّف أيضاً جامع لجميع ما يعتبر في صحّة تصرّفه، وكذلك العوضان جامعان لجميع ما يعتبر في صحّة جعلهما عوضاً ومعوّضاً في البيع، غاية ما هناك أنّ صحّة التصرّف ونفوذه مزاحم لحقّ مفروض للغير، فعدم شمول دليل الصحّة واللزوم له إنّما هو لمراعات ذلك الحقّ، فلو فرض أنّ صاحب الحقّ رفع اليد عن حقّه وأسقطه فلا يبقى مانع من شمول أدلّة الصحّة له.

وبالجملة، فلا مانع من شمول أدلّة الصحّة واللزوم للتصرّف مراعىً برضا صاحب الحقّ، ولا وجه للبطلان رأساً.

ووجه الثاني: أنّ عدم تسلّط ذي الخيار على إبطال تصرّف الغابن ضرر عليه، لكونه موجباً لعدم تسلّطه على إرجاع ماله بفسخ البيع الأوّل،

فلابدّ أن يثبت له حقّ بذلك التصرّف.

ولكنّه باطل، لما أوضحناه مراراً من أنّ أدلّة نفي الضرر لا تصلح لتشريع أحكام لولاها لتضرّر المكلّف، وإنّما هي حاكمة على أدلّة الأحكام المفروض تشريعها مع عدم كونها ضرريّة في نفسها، ورافعة لها لو صارت ضرريّة. ففي المقام إنّما تكون حاكمة على أدلّة لزوم البيع الأوّل لا على أدلّة صحّة التصرّف الثاني ولزومه بجعل حقّ للأجنبيّ عليه، لأنّه يتضرّر لولا جعل هذا الحقّ له.

هذا، مضافاً إلى منع الصغرى، وهو تضرّره على تقدير عدم جعل ذلك الحقّ له، لكفاية نفس فسخه للبيع الأوّل في إبطال التصرّف، فيرجع المبيع إلى ملكه من ملك من انتقل إليه في البيع الأوّل، لأنّه مقتضى فسخه، من دون حاجة إلى إبطال التصرّف.

ووجه الثالث: أنّ أدلّة الصحّة واللزوم شاملة لتصرّف الغابن حين وقوعه، لكونه تصرّفاً صادراً من أهله في محلّه بلا مانع، حيث إنّ المانع ليس إلا إرادة ذي الخيار فسخ البيع الأوّل، وهذا إنّما يتحقّق بعد العلم بالغبن وإرادة الفسخ، ولازمه كون فسخه للبيع الأوّل موجباً لرجوع ماله المنتقل عنه إليه في هذا الحين، لا من ملك المشتري الثاني كي يقال: إنّه خلاف ما تقتضيه حقيقة الفسخ، بل من ملك البائع الأوّل، برجوعه من ملك المشتري الثاني ودخوله في ملكه آناً ما، ورجوعه من ملكه إلى ملك المشتري الأوّل الفاسخ.

ولكنّه باطل، لأنّ منشأ المزاحمة إنّما هو كون نفوذ التصرّف مفوّتاً

لحقّ ذي الخيار من حيث تعلّقه بالعين وسلطنته على إرجاعها، وهذا إنّما يتحقّق حين وقوع التصرّف مع فرض صحّته ولزومه ولو آناً ما، فلابدّ أن يكون متزلزلاً من أول الأمر. فإن أمضى ذو الخيار البيع الأوّل صحّ التصرّف حدوثاً وبقاءً، وإن فسخه فلابدّ من انفساخ التصرّف وعدم ترتّب الأثر عليه من حين وقوعه.

ووجه الرابع: أنّ الخيار وإن لم يكن حقّاً متعلّقاً بنفس العين، بمعنى السلطنة على إرجاعها إلى ملكه كتملّكه للشيء بحيازته، بل إنّما هو حقّ متعلّق بالعقد، بمعنى السلطنة على فسخه ليرجع كلّ مال إلى مالكه بمقتضى انحلال العقد الموجب لانتقاله إلى غير مالكه الأوّل، إلا أنّه ليس حقّاً متعلّقاً بالعقد من حيث نفسه ومن دون نظر إلى إرجاع العوضين إلى مالكهما، بل إنّما هو حقّ متعلّق به من حيث طريقيّته إلى إرجاع ما كان ملكاً له ومسلّطاً عليه إلى ملكه.

وعليه، فلا محيص عن كون المال المنتقل عنه متعلّقاً لحقّه وسلطنته بخصوصيّته العينيّة ولو بالواسطة لا ابتداءً، فتصرّف من عليه الخيار فيه مزاحم لحقّه ومتزلزل من أوّل الأمر، وصحّته ولزومه يكون مراعىً بإسقاط ذي الخيار حقّه.

ولكن فيه: أنّ تعلّق حقّ ذي الخيار بماله بخصوصيّته العينيّة ليس إلا من حيث إرجاعه إلى ملكه بتلك الخصوصيّة، لكن لا مطلقا ولو بسبب ناقل آخر، بل بفسخ العقد وانتزاع ملكه ممّن انتقل إليه. وهذا كما أنّه أمر غير معقول مع فرض تلف المال حقيقة، لعدم قابليّة التالف لكونه ملكاً

فعليّاً للمنتقل إليه كي ينتزع منه بالفسخ، كذلك هو أمر غير معقول مع التلف الحكمي، وهو خروجه عن ملك من انتقل إليه إمّا بفكّ كما في العتق وبعض أقسام الوقف، أو بنقل كما في البيع ونحوه، أو استحالة خروجه عن ملكه شرعاً كما في الاستيلاد والرهن، إذ المفروض اشتراك الجميع في استحالة انتزاع المال منه مادام أحد تلك الموانع موجوداً، وما هو ممكن فعلاً في الصورتين ـ أي: التلف الحقيقي والحكمي ـ ليس إلا إرجاع ماليّة المال ـ مثلاً أو قيمة ـ إلى ملكه.

وحينئذٍ، فإمّا أن يقال: ببطلان التصرّف رأساً، وعدم ترتّب الأثر عليه حتّى مع إمضاء ذي الخيار العقد الأوّل.

أو يقال: بصحّته وتسلّط ذي الخيار على إبطاله في الرتبة السابقة على فسخ العقد الأوّل، كي يمكنه الفسخ المنتج لانتزاع العين ممّن انتقلت إليه.

أو يقال: بكون فسخ العقد الأوّل بنفسه إبطالاً للتصرّف.

أو يقال: بكون فسخ العقد الأوّل منتجاً لانتزاع المال ممّن انتقل إليه.

وهذه الأمور كلّها باطلة.

أمّا الأوّل، فلما تقدّم من عدم الوجه لبطلان التصرّف، لاجتماع جميع شرائط الصحّة، وأنّه ليس هناك إلا مزاحمته لحقّ ذي الخيار، وهذا لا يوجب الفساد قطعاً، كما في سائر موارد التصرّف في متعلّق حقّ الغير.

وأمّا الثاني، فلوضوح أنّ ما يقتضيه الاشتراط الضمني أو قاعدة نفي الضرر ليس إلا تسلّط ذي الخيار على فسخ عقد نفسه لاسترداد ماله، وأمّا تسلّطه على فسخ عقد المتصرّف أو إبطال سائر تصرّفاته فلا سبيل إلى

استفادته منهما، لما عرفت من أنّ القاعدة حاكمة على أدلّة الأحكام المجعولة لو كانت ضرريّة، وليست مشرّعة لما لولاه لتضرّر المكلّف. فلا يمكن أن يقال: إنّه لابدّ أن يكون ذو الخيار مسلّطاً على إبطال التصرّف، لأنّه لولا تشريع هذا التسلّط له لكان متضرّراً بانقطاع يده عن ماله.

وأمّا الثالث، فلوضوح أنّ فسخ ذي الخيار عقد نفسه لاسترداد ماله، وصحّة الفسخ وضعاً بحكم الشارع، ليس عين بطلان التصرّف، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه شرعاً، ولا مستلزماً له عقلاً وشرعاً، لوضوح إمكان حكم الشارع بصحّة الفسخ والتصرّف كليهما، ولكن برجوع ماليّة المال ـ مثلاً أو قيمة ـ إليه قهراً. وهذا مقتضى الجمع والتوفيق بين دليل الخيار وأدلّة صحّة التصرّف والعمل بهما مهما أمكن.

وأمّا الرابع، فلما عرفت من أنّ حقيقة الفسخ ليست إلا حلّ العقد لاسترداد المال منتزعاً له ممّن انتقل إليه إن أمكن ذلك، لا من ملك مالك آخر ولا من ملكه مع استحالة إخراجه منه.

وممّا ذكرنا اتّضح لك وجه الخامس من تلك الأمور وأنّه المتعيّن في المسألة، كما قوّاه الشيخ[1] العلّامة قدس سره. كما قد ظهر أنّه لا فرق بين البيع ونحوه من التصرّفات الناقلة وبين العتق والرهن والوقف، لاشتراك الجميع في استحالة إرجاع المال بخصوصيّته العينيّة استحالة شرعيّة. بل لا فرق في التصرّفات الناقلة بين اللازمة والجائزة، لاشتراكهما في مناط الاستحالة مادام العقد الثاني باقياً على حاله. ومجرّد جواز العقد ـ حقّياً أو

(١) المكاسب ٥: ١٩١ ـ ١٩٢.

حكميّاً ـ بالنظر إلى التصرّف لا يوجب سلطنة ذي الخيار على إبطال التصرّف، ولا تسلّطه على إجبار المتصرّف على إبطاله، كما لا يستلزم فسخ العقد انحلال التصرّف قهراً.

وبالجملة، كلّما فسخ ذو الخيار ووجد عين ماله تالفاً حقيقة أو حكماً ـ لخروجه عن ملكه بالفكّ اللازم كما في العتق، أو الجائز كما في التدبير، أو لخروجه عن ملكه بالنقل اللازم كما في البيع، أو الجائز كما في البيع الخياري والهبة ـ أو وجده مستحيل الخروج شرعاً من ملك المتصرّف كما في الرهن والاستيلاد، فلا محيص عن انتقال حقّه إلى ماليّة ماله، بمعنى عدم اقتضاء فسخه أزيد من استرداد ماليّة المال مثلاً أو قيمة، جمعاً بين دليل الخيار وأدلّة صحّة تلك التصرّفات ونفوذها.

ولمّا كان لازم ذلك سقوط حقّ ذي الخيار في خصوصيّة ماله العينيّة بمجرّد صحّة تلك التصرّفات ونفوذها ولو آناً ما، لصيرورة المال ملكاً لغير المتصرّف أو لصيرورته ملكاً مستقرّاً لنفس المتصرّف، وتمحّض حقّه في مقدار ماليّة ماله، فليس ما يأخذه بدلاً للحيلولة بينه وبين خصوصيّة ماله مع بقائه على ملكه كما في موارد بدل الحيلولة، بل إنّما هو بدل عن التالف حقيقة لا حكماً.

وعليه، فلو مات ولد أمّ الولد، أو افتكّ مال الرهانة، أو عرض سبب لخيار أوجب فسخ البيع، أو فسخ البيع بشرط الخيار، أو رجع في الهبة، فلا وجه لمطالبة ذي الخيار العين العائدة إلى المتصرّف، فضلاً عمّا إذا عاد بسبب جديد من الارث أو الشراء ونحوهما.

تصرّف الغابن تصرّفاً مغيّراً للعين بالزيادة أو النقيصة

لو تصرّف الغابن تصرّفاً مغيّراً للعين، فإمّا أن يكون التغيّر بالنقيصة، أو بالزيادة، أو الامتزاج.

فعلى الأوّل: إمّا أن تكون النقيصة على وجه يوجب سلب ماليّة المبيع كما في إفساد البيض مثلاً، أو لا يوجب نقصاً في ماليّته حين الفسخ، أو يوجب نقصان قيمته.

فعلى الأوّل، لا محالة يلحقه حكم التلف. فلابدّ مع فسخ المغبون من ردّ الغابن إليه مثل ما أخذه أو قيمته.

وعلى الثاني، لابدّ من ردّ عينه بلا اشتغال ذمّته بغرامة، لوضوح أنّ الغرامة وضمان التالف في طريقة العقلاء لايكون إلا في تلف الماليّة لا في تلف جزء أو وصف لا مدخل له في الماليّة.

وعلى الثالث، إمّا أن يكون النقص في أبعاض المال، أو في أوصاف صحّته، أو في أوصاف كماله الدخيلة في زيادة الماليّة، أو في منافعه بتمليكها للغير قبل الفسخ بنحو يوجب كونه بعد الفسخ مسلوب المنفعة إلى مدّة.

ففي الأوّل، لاينبغي الاشكال في كون البعض التالف مضموناً على الغابن بضمان المعاوضة، حيث إنّ كلّ عوض يوزّع لا محالة على أبعاض العوض الآخر في مقام المعاوضة، ويقع كلّ بعض منها في مقابل البعض الآخر بالنسبة. فمقتضى فسخ المغبون وردّ ما انتقل إليه من العوض إلى الغابن تامّاً أن يردّ الغابن أيضاً ما انتقل إليه إلى المغبون تامّاً، والمفروض

عدم إمكان ذلك إلّا في الأبعاض الباقية، فلا محيص عن دفع مقدار ماليّة البعض التالف ـ مثلاً أو قيمة ـ إلى المغبون كما في تلف الكلّ بعينه.

وأمّا الثاني والثالث، فربما يحتمل عدم ضمان التالف فيهما، لأنّ الأوصاف لا تقع بإزائها شيء من العوض في باب المعاوضات، فلا يقسّط العوض عليها وعلى الموصوف. ولا تقاس بالأجزاء، فإنّ الأوصاف وإن كانت دخيلة في زيادة الماليّة وكثرة الرغبات بلحاظ الاتّصاف بها، إلا أنّ المعاوضة تقع بين العوض بتمامه وبين الموصوف بنحو دخول التقيّد وخروج القيد. فما يكون على عهدة من انتقل إليه وضمانه ضماناً معاوضيّاً ـ بحيث لو فسخت المعاوضة رجع إلى مالكه الأصلي من ملك من انتقل إليه ـ ليس إلا نفس الموصوف.

فلوكان التالف هو الموصوف أو بعضه، فلابدّ من رجوع بدله إلى المالك الأوّل ممّن انتقل إليه. وأمّا لوكان التالف وصفه الدخيل في زيادة ماليّته، فلا وجه لرجوع بدله إلى من انتقل عنه ممّن انتقل إليه، لأنّه لم يكن محلّاً للمعاوضة رأساً. ولذا يكون مقتضى القاعدة في موارد تخلّف وصف الصحّة ووصف الكمال ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء بكلّ العوض بلا غرامة للفائت، لكفاية ذلك في دفع الضرر. وإنّما يثبت الأرش في موارد تخلّف وصف الصحّة بتعبّد شرعيّ، وهو غرامة للوصف التالف لدفع الضرر، وليس جزءاً من العوض الّذي يتعيّن دفعه من نفس المعوّض.

وربما يحتمل التفصيل والقول بالضمان في الأوّل دون الثاني، نظراً إلى ثبوت الأرش شرعاً في الأوّل دون الثاني. ومن المعلوم أنّ الأرش ليس

إلّا غرامة قيمة الوصف التالف. وهذا هو الظاهر في بادىء النظر من عبارة الشيخ العلّامة قدس سره، لأنّ ظاهر قوله: «فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش...»[1] أنّه إن كان ممّا يثبت الأرش في موارد تخلّفه حين البيع فهو مضمون على الغابن لو تلف في يده، في مقابل تلف وصف الكمال الّذي لم يثبت الأرش شرعاً في موارد تخلّفه في العوض حين المعاوضة.

ولكنّه ـ مضافاً إلى بطلان التعليل في نفسه على ما تبيّن ـ مخالف لما يستفاد من كلماته قدس سره في سائر المقامات من كون الأوصاف الدخيلة في الماليّة والتالفة تحت اليد العادية ـ كالغاصب مثلاً ـ مضمونة على من تلفت بيده أو بإتلافه.

ويحتمل قويّاً أن يكون مراده قدس سره ممّا يوجب الأرش مطلقا ما يوجب فقده نقصاً في القيمة، سواء كان من أوصاف الصحّة أم الكمال، في مقابل ما لا يوجب ذلك، وقد تقدّم بيان حكمه.

وكيف كان، فربما يحتمل الغرامة وضمان الأرش في كلا الأمرين، نظراً إلى أنّ كون التالف من المعوّض ممّا يقسّط عليه العوض ويقع شيء منه في مقابله في المعاوضة أمر لا مدخل له في ضمان التالف وكون غرامته على عهدة المتلف أو من تلف بيده الضامنة، بل المناط في ذلك كون التالف من خصوصيّات نفس العوض الدخيلة في زيادة مقدار ماليّته، سواء كان من أبعاضه أم من أوصاف صحّته أم من أوصاف كماله، وذلك لما تقدّم مراراً من أنّ مايكون على عهدة الغير وضمانه بمقتضى المعاوضة

(١) المكاسب ٥: ١٩٣ ـ ١٩٤.

أو بمقتضى اليد إنّما هو المال من جهاته الثلاث، أعني: خصوصيّته العينيّة والنوعيّة ومقدار الماليّة، الدائرة مدار كثرة الرغبات وقلّتها، وكثرة الوجود أو قلّته، وكثرة الاحتياج وقلّته الموجبة لاختلاف القيمة السوقيّة.

وعليه، فالمضمون على من كان المال في ضمانه إنّما هو مقدار ماليّة المال الموصوف، وإن كان تقدّره بذلك القدر معلولاً لاشتماله على جزء أو وصف مفروض فواته، لا ماليّة نفس الوصف الملحوظ بنحو دخالة التقيّد وخروج القيد.

وحينئذٍ، لو تلف المال أو جزؤه أو وصفه الدخيل في ماليّته ـ سواء كان وصف الصحّة أم الكمال ـ تحت اليد العادية سماويّاً أو أتلفه متلف، فلا محيص عن ضمانه مثلاً أو قيمة أو دفع الأرش.

وكذلك لو فسخت المعاوضة، فلا محيص عن ضمان كلّ من المتعاقدين لما انتقل إليه ضماناً معاوضيّاً من الجهات الثلاث. ولو تلف الكلّ أو البعض فلا محيص عن غرامته لماليّة التالف مثلاً أو قيمة. ولو تلف وصفه الدخيل في زيادة الماليّة، فلا محيص عن دفع الأرش الّذي هو قيمة تلك الزيادة، إذ المناط في الجميع واحد، وهو أنّ المال كان في ضمانه ضماناً معاوضيّاً من جهاته الثلاث، فمع الفسخ لا محيص عن رجوعه من ملكه إلى مالكه الأوّل بجهاته الثلاث مع الإمكان، وبمقدار ماليّته بخصوصيّاته الموجودة حين المعاوضة مع عدم الامكان، كيف؟ وثبوت الخيار في موارد الغبن والعيب وتخلّف الوصف إنّما هو لأجل كون مقدار ماليّة كلّ من العوضين مضموناً بالعوض الآخر، فنقصه يوجب

الضرر، وثبوت الخيار لدفعه.

وهذا القدر كافٍ في دفع الضرر في موارد تخلّف وصف الصحّة أيضاً كما في موارد الغبن وتخلّف وصف الكمال، ولم يكن هناك موجب لأخذ الأرش. وإنّما ثبت التخيير في دفع الضرر بين الفسخ وأخذ الأرش في خصوص تخلّف وصف الصحّة تعبّداً. وهذا معنى كون الأرش على خلاف ما تقتضيه القاعدة وثابتاً فيه بالتعبّد. لا أنّ مقتضى القاعدة عدم ضمان زيادة الماليّة المعلولة لأوصاف الصحّة والكمال مع الاتلاف أو التلف تحت اليد في موارد ضمان المعاوضة وضمان اليد المجرّدة عن المعاوضة، وإنّما ثبت ضمان القيمة والأرش في خصوص تلف وصف الصحّة. ولا أن مقتضى القاعدة عدم تقسّط العوض في مقابل أوصاف المبيع مطلقا، وإنّما ثبت التقسّط في وصف الصحّة فقط.

هذا مقتضى التحقيق في المسألة. والمتحصّل من ذلك: أنّ الغابن ضامن لكلّ وصف دخيل في زيادة ماليّة الموصوف في فرض إتلافه له، أو تلفه عنده بتلف سماويّ، أو باتلاف الأجنبيّ، غاية الأمر أنّ قرار الضمان فيه على الأجنبيّ، من غير فرق في ذلك بين أوصاف الصحّة والكمال. وقد عرفت أنّه من المحتمل قويّاً أن يكون هذا مراد الشيخ العلّامة قدس سره أيضاً.

هذا، وأمّا الفرض الرابع، فربما يحتمل فيه انفساخ عقد الاجارة قهراً من حين انفساخ البيع بفسخ المغبون، لأنّ ملكيّة المنفعة للمستأجر متزلزلة، لأنّه إنّما يتلقّى ملكيّتها من الموجر الغابن، وملكيّتها له ملكيّة

متزلزلة تبعاً لتزلزل ملكيّة المتبوع له، أعني: نفس العين، فبانفساخ البيع ورجوع العين إلى المغبون من حين الفسخ، لابدّ من انفساخ الاجارة أيضاً تبعاً، ورجوع المنفعة في بقيّة المدّة إلى الفاسخ بتبع رجوع متبوعها إليه.

ولكن فيه: أنّ ملكيّة المنفعة للغابن بتبع ملكيّة العين له بسبب الشراء وتزلزلها تبعاً لتزلزلها، وإن كان أمراً لايقبل الانكار، ولذا لا محيص عن رجوعها إلى ملك الفاسخ من ملك الغابن بتبع رجوع العين من ملكه، إلّا أنّه لا وجه لتزلزل ملكيّتها للمستأجر بتزلزل ملكيّة المتبوع للغابن، إذ لامعنى لتزلزل ملكيّتها إلا كونها في معرض العود بالتبع من ملك الغابن إلى ملك المغبون، وهو غير معقول، بل لو عادت المنفعة في بقيّة المدّة إلى ملك المغبون بالتبع،فلابدّ أن تخرج من ملك المستأجر،وهوخلاف مقتضى حقيقة الفسخ، إذ المستأجر ليس مالكاً للمنفعة بتبع مالكيّته للعين بسبب العقد الّذي ثبت فيه الخيار، أعني: عقد البيع، وإنّما ملكها بعقد مستقلّ آخر هو عقد الاجارة، فلايكون فسخ عقد البيع مستتبعاً لرجوع المنفعة من ملك من ملكها بالتبع إلى ملك من كان يملكها بالتبع إلا بفسخ عقد الاجارة في الرتبة السابقة كي تعود المنفعة في بقيّة المدّة إلى ملك الغابن نفسه، فيستتبع فسخ المغبون لعقد نفسه رجوعها من ملكه إلى ملكه بالتبع.

ولا وجه للتسلّط على فسخ عقد الأجنبيّ، حيث إنّ المفروض أنّ المغبون أجنبيّ عن عقد الاجارة، وليس أحد المتعاقدين فيها. كما لا دليل ولا موجب لتسلّط الغابن نفسه على فسخ عقد الاجارة، إذ ليس هناك شيء من الأسباب الموجبة للخيار له في عقد الاجارة، فلا محيص عن

كونها صحيحة ولازمة بمقتضى عمومات أدلّة صحّتها ولزومها، كما هو الشأن في سائر تصرّفات الغابن الناقلة فيما انتقل إليه. وحينئذٍ فلابدّ من بقاء الخيار وإنتاج الفسخ الرجوع إلى البدل على ما تقدّم تفصيله.

هذا، وربما يحتمل أن تكون الاجارة فضوليّة في بقيّة المدّة ومتوقّفة على إجازة المغبون الفاسخ، فإن ردّها فالمنفعة له، وإن أجازها فيستحقّ أجرة بقيّة المدّة، لأنّ فسخ عقد البيع يكشف عن كون المنفعة في بقيّة المدّة للمغبون بتبع ملكيّة العين له.

وفساد هذا الوجه أيضاً واضح بعين البيان في الوجه السابق، لأنّ انكشاف كون المنفعة في بقيّة المدّة للمغبون فرع إمكان رجوعها إليه من ملك الغابن بالتبع، وقد عرفت استحالة ذلك بعد انفساخ عقد الاجارة.

وربما يحتمل بقاء الاجارة على الصحّة واللزوم، ولزوم صبر المغبون بعد فسخ البيع إلى انقضاء مدّة الاجارة، مع عدم ضمان الغابن للمغبون أجرة المثل لبقيّة المدّة، لأنّ سلطنة الغابن على المنفعة الّتي ملكها بتبع العين يكفي في تحقّقها تحقّق ملكيّته العين في زمان، والمفروض تملّك الغابن لها في مدّة ونقلها إلى المستأجر فيها وتملّكه الأجرة بذلك، فحالها كحال المنافع الّتي استوفاها بين العقد والفسخ، في أنّه إنّما استوفى ما يملكه، فلا وجه لغرامته أجرة المسمّى أو المثل لبقيّة المدّة للمغبون.

وهذا هو الّذي قوّاه الشيخ[1] العلّامة قدس سره وبنى عليه. وما أفاده حقّ لامحيص عنه كما تقدّم، إلا أنّ ما أفاده من نفي ضمان الغابن لأجرة المثل

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

للمدّة الباقية ـ لمجرّد أنّ ما ملّكه للمستأجر من المنفعة كان ملكاً له، ولم يملّك ما كان يملكه المغبون كي تكون غرامة تفويته عليه ـ لا وجه له جدّاً،لوضوح أنّ كون العين قابلة لانتفاع المالك ـ سيّما في زمان معتدٍّ به ـ صفة كمال لها، وملحق بوصف الصحّة في كونه موجباً لكثرة الرغبات وزيادة الماليّة، ومع تصرّف الغابن باجارتها تصير مسلوبة المنفعة مدّة الاجارة، وذلك يوجب نقصان ماليّتها عمّا كان لها حين المعاوضة، وقد تقدّم أنّ مقدار ماليّة كلّ من العوضين الثابتة حين المعاوضة في ضمان من انتقل إليه، ولابدّ من رجوعها ـ مثلاً أو قيمة ـ إلى من انتقل عنه عند الفسخ، ومن المعلوم أنّ قيمة الفائت من ماليّة العين بلحاظ منافعها ـ بالنظر إلى ما بعد الفسخ ـ ليست إلا أجرة المثل لبقيّة المدّة، فلابدّ من ضمان الغابن لها. وهذا هو الحقّ في المسألة.

التغيّر بالزيادة

هذا، وإن كان التغيّر بالزيادة، فإن كانت الزيادة حكميّة محضة، سواء كانت عملاً محضاً كتعليم الصنعة والكتابة، أم عملاً وصرف عين كقصارة الثوب أو صبغه.

فإن لم توجب زيادة في قيمة المال كما في كنس الدار وغسل الثوب ونحو ذلك، فلابدّ مع فسخ المغبون من ردّه إليه بلا استحقاق الغابن لشيء، سواء استند الوصف إلى أمر سماويّ أم إلى عمل أجنبيّ تبرّعاً أو مع أخذ الأجرة من الغابن أم إلى عمل نفس الغابن، إذ المفروض عدم إيراث

الوصف زيادة في القيمة كي يتصوّر كونها ملكاً للغابن. وأمّا عمل الغابن أوما بذله أجرة للعمل فهما وإن كانا محترمين إلا أنّهما ليسا مضمونين على المغبون، بل هما عمل أو مال بذله الغابن لاصلاح مال نفسه لا بأمر من المغبون، فهو مفوّت لماله.

وأمّا إذا أوجبت زيادة في القيمة كالصبغ ونحو ذلك.

فإن حصلت الزيادة بأمر سماويّ، سواء لم يكن الغابن دخيلاً في حصولها، كمالو علّم العبد صنعة وفرض كونه عالماً بصنعة أو كتابة ونحو ذلك، أم كان دخيلاً في حصولها ولكن كان فعله من المقدّمات الإعداديّة لها لا سبباً توليديّاً، كما في السمن الّذي يحصل باطعام العبد وتعليف الدابّة، أو كانت الزيادة حاصلة بفعل أجنبيّ غاصب أو تبرّعاً، فلا يحكم بشركة الغابن في ذلك المال بالنسبة، لا في العين ولا في القيمة.

أمّا الأوّل فلأنّه لم يختلط ماله بمال المغبون. والأجزاء الزائدة بالنموّ تابعة في الملكيّة لأصل المال كالمنافع.والنماءات المنفصلة للغابن مادامت العين له، وإذا رجعت إلى من انتقلت عنه لا محالة ترجع هي أيضاً.

وأمّا الثاني فلأنّ المفروض عدم كون تلك الزيادة نتيجة توليديّة لعمله أو بذله أجرة العمل، فتتمحّض العين برجوعها بالفسخ ـ بمالها من الماليّة ـ إلى المغبون.

وأمّا إذا حصلت الزيادة بفعل الغابن، سواء كان بصرف مادّة كصبغ الثوب، أم بدونه كتعليم الصنعة، أو حصلت ببذل أجرة للعمل الموجب لزيادة الماليّة، فلا موجب حينئذٍ لشركة الغابن في العين، وتتمحّض ملكاً

للمغبون بالفسخ، لعدم زيادة عين من الغابن على عين المال، وإنّما زادت الصفة، فما يملكه كلّ منهما يمتاز عن الآخر. وحيث إنّ الصفة غير قابلة عند العرف والعقلاء لاعتبار الملكيّة بالاستقلال وترتيب آثارها عليها، فلا محيص عن كون ذلك موجباً لشركة الغابن في مقدار ماليّتها المستندة إلى الموصوف والصفة كليهما، بنسبة قيمة ما حصل بفعله إلى قيمة العين، أي: ما به التفاوت بين قيمة المال واجداً لتلك الصفة وبين قيمته فاقداً لها. فلا يحتاج المغبون في تصرّفه فيه بعد الفسخ إلى إجازة الغابن، بل يلزم إمّا بدفع ما به التفاوت من سائر أمواله، أو ببيع المال وقسمة الثمن بنسبة التفاوت.

الزيادة العينيّة المحضة

هذا، وإن كانت الزيادة عينيّة محضة، كالغرس مثلاً، فلا ينبغي الاشكال في عود الأرض بالفسخ إلى ملك المغبون، وبقاء المغروسات في ملك الغابن، لكونها أعيان أمواله، فلا موجب لانتقالها إلى المغبون بالفسخ، حيث إنّه لا يقتضي إلا عود كلّ مال ممّن انتقل إليه إلى من انتقل عنه، والمغروسات لم تكن خارجة من ملك المغبون كي تعود إليه بالفسخ.

إنّما الكلام في وصف المنصوبيّة، أي: كونها أشجاراً بوصف الشجريّة، أي: المغروسة في الأرض في قبال الشجرة غير المغروسة أو المقلوعة، وفي كون منصوبيّتها في هذه الأرض بخصوصها في قبال منصوبيّتها في الأرض مطلقا.

فربما يقال: إنّ ما يملكه الغابن ليست إلا نفس الأشجار بمالها من

الماليّة معرّاةً عن وصف المنصوبيّة، فضلاً عن منصوبيّتها في تلك الأرض بخصوصها، لأنّ هذا الوصف إنّما كان مملوكاً للغابن بتبع مملوكيّة الأرض له، فإذا خرجت الأرض عن ملكه وعادت إلى ملك المغبون بالفسخ، فلا محيص عن بطلان مملوكيّة ذلك الوصف له، وبطلان الماليّة المستندة إليه، بمعنى عدم احترامها، لكونها حاصلة في ملك كان في معرض الزوال. وعرق الغابن وإن لم يكن كعرق الظالم، لكونه حاصلاً في ملك نفسه حين حصوله دونه، إلا أنّه مثله في عدم الاحترام، لكونه حاصلاً في ملكه المتزلزل. ولازم ذلك تسلّط المغبون على أخذ الأجرة لإبقائها في أرضه لو رضي بذلك، وعلى قلعها بلا غرامة لشيء لولم يرض ببقائها. فتكون حالها كحال ما إذا باع الدار المشغولة بماله مع فرض زيادة قيمة ذلك المال في تلك الدار، في أنّ المشتري له إبقاؤه بأجرة أو التخلية لولم يرض بالبقاء بلا غرامة القيمة، حيث إنّ المفروض بيع الدار بلا استثناء منفعتها في مدّة معيّنة.

ولكن هذا الوجه باطل جدّاً.

أمّا أوّلاً : فلأنّ مجرّد حصول الغرس في الملك المتزلزل لو سلّم كونه موجباً لسلب احترام الماليّة، فإنّما يسلّم في فرض علم المتصرّف بالتزلزل، لكونه عالماً بتحقّق غبن الطرف الآخر أو محتملاً له، لا فيما كان قاطعاً بعدمه أو عدم إمكان اطّلاع المغبون عليه، فيكون لا محالة أخصّ من المدّعى.

وأمّا ثانياً: فلأنّ حصول الغرس في الملك المتزلزل حتّى مع علم

الغابن بالغبن وعلمه أو احتماله اطّلاع المغبون عليه، فلا وجه لكونه سالباً لاحترام الماليّةإلّا مع فرض كون الحكم فيالشرع ذلك وكون الغابن عالماً به، ولم يقم دليل على ذلك. وتعليله بنفسه مصادرة بالمطلوب. ومقتضى القاعدة كون الغارس مالكاً للغرس بوصف شجريّته، حيث إنّ الأرض كانت ملكاً له حين الغرس، والفسخ لا يقتضي أزيد من عود الأرض إلى المغبون، وعدم استحقاق الغابن إبقاء أشجاره فيها، وأمّا بطلان ماليّة الشجر بوصف الشجريّة فلا يقتضيه الفسخ قطعاً، ولا وجه آخر يوجبه.

هذا، وربما يقال: إنّ تصرّف الغابن بالغرس لمّا كان في ملك نفسه حينه، فلا محالة يكون عرقه عرق غير ظالم، فهو محترم، وله إبقاؤه في الأرض مجّاناً حتّى بعد عودها إلى المغبون بالفسخ، كما هوالشأن فيما لو باع الأرض المغروسة، حيث إنّ المشتري ليس له قلع الأشجار، وليس ذلك إلا لكون عرقه عرق غير ظالم، بل عرقاً حادثاً حين كون الأرض ملكاً للبائع، فله إبقاؤها فيها مجّاناً حتّى بعد خروج الأرض من ملكه وانتقالها إلى المشتري.

وتكون حال المسألة المبحوث عنها كحال الأرض الّتي باعها مالكها وغرس فيها المشتري ثمّ أفلس، حيث إنّ مالك الأرض أولى بأرضه، فيأخذها، ولا يضرب فيها مع الغرماء، ولكن ليس له قلع ما غرسه المشتري، بل هو ملك للمفلّس، ولابدّ من ضرب الغرماء فيه كما نسب إلى الأكثر، وليس ذلك إلا لأجل كون العرق حاصلاً من غير ظالم، فله إبقاؤه في الأرض.

ومحصّل هذا الوجه: كون الغابن مالكاً لما غرسه بوصف الشجريّة، أي: بوصف المنصوبيّة مطلقا، ومسلّطاً على هذه الماليّة بخصوصيّتها بإبقاء الغرس في الأرض بلا أجرة، وعدم تسلّط المغبون على قلعه مع الأرش وبدونه.

ولكنّه أيضاً باطل، لأنّ مقتضى القاعدة كون الغابن مالكاً لما غرسه بوصف الشجريّة والمنصوبيّة مطلقا، أي: استحقاقه لماليّة تلك الأشجار بوصف شجريّتها وكونها منصوبة دائماً بلا نظر إلى منصوبيّتها في تلك الأرض بخصوصها، وأمّا كونه مسلّطاً على الأرض حتّى بعد عودها إلى مالكها الأوّل، وكونه ذا حقّ في إبقاء الأشجار فيها، الراجع إلى سلطنته على حفظ ماليّة ماله بخصوصيّته العينيّة، فلا وجه يقتضيه، بل هو حكم ضرريّ على مالك الأرض لا محالة، فلابدّ من نفيه بقاعدة نفي الضرر.

ولا تقاس المسألة بمسألة بيع الأرض المغروسة، حيث إنّ تضرّر المشتري بمشغوليّة الأرض بغرس البائع ممّا أقدم هو عليه عالماً وعامداً.

ولا بمسألة التفليس، حيث إنّ غرس الأرض إنّما حصل من المشتري قبل التفليس وحين لم تكن الأرض للبائع، وإنّما عرض حقّ البائع بعد التفليس، فلا محالة يكون تسلّطه على قلع الأشجار بعود الأرض إليه حكماً ضرريّاً على المشتري وعلى الغرماء، فلابدّ من نفيه بالقاعدة، بخلاف محلّ الكلام، حيث إنّ التحقيق ثبوت الخيارمن حين العقد، فحقّ المغبون في إرجاع العين سابق على حدوث سبب حقّ الغابن في تسلّطه على الأرض حتّى بعد عودها إلى المغبون، وهو مالكيّته للأشجار

المنصوبة فيها، فحقّ المغبون لا محالة يمنع بسبقه عن حدوث مثل هذا الحقّ للغابن.

والتحقيق ما أفاده الشيخ العلّامة[١] من أنّ المغبون بعد الفسخ مالك للأرض بلا حقّ له على الغابن وبلا حقّ للغابن عليه، كما أنّ الغابن مالك للأشجار بوصف الشجريّة بلا حقّ له على المغبون وبلا حقّ للمغبون عليه، بل كلّ منهما مسلّط على ماله، فلكلّ منهما اختيار تخليص ماله من مال الآخر، كما لهما التراضي على الإبقاء مجّاناً أو مع الأجرة. فلو رضيا بذلك فهو، وإلا فإن أراد الغابن تخليص الأشجار فله ذلك، ولكن لابدّ له من تدارك ما يرد من الضرر على الأرض بقلعها من طمّ الحفر ونحو ذلك. ولو اختار المغبون تخليص الأرض فله ذلك، ولكن لابدّ له من تدارك ما يرد على الغابن من الضرر على الأشجار في نقص قيمتها بالقلع، فيغرم له ما به التفاوت بين قيمتها بوصف الشجريّة وبين قيمتها بوصف المقلوعيّة، حيث إنّ تخليص كلّ منهما ماله من مال الآخر لايمكن إلا بالتصرّف في المالين كليهما. فأيّ منهما أراد تخليص ماله فليس له ذلك إلا باذن الآخر. ولو أبى الآخر عن الاذن فله إجباره على المباشرة. ولو أبى عن الأمرين ـ أعني: الإذن والمباشرة ـ فله المباشرة بإذن الحاكم، حيث إنّه وليّ الممتنع.

الزيادة العينيّة بالزرع

وأمّا الزرع، فالكلام فيه بعينه هو الكلام في الغرس، إلا أنّ المحكيّ

(١) المكاسب ٥: ١٩٧.

عن المسالك[١] أنّه يتعيّن إبقاؤه مع الأجرة.

ويمكن ابتناء ذلك على أنّ الزرع لمّا كان أمده قصيراً فضرر قصور يد المغبون عن أرضه وعدم انتفاعه بها في تلك المدّة يتدارك بالأجرة، بخلاف الأشجار، فإنّه لابدّ من بقائها دائماً أو مدّة طويلة، وفوات انتفاعه بالأرض وإن كان يتدارك أيضاً بأخذ الأجرة لمدّة البقاء، إلّا أنّ كون المال مسلوب السلطنة على الانتفاع به دائماً ضرر آخر عرفاً، ولا يتدارك بالأجرة.

ففي الأوّل يجمع بين الحقّين بعدم تضرّر الغابن بحفظ ماله، وعدم تضرّر المغبون بتدارك ضرره بأخذ الأجرة.

وفي الثاني يتعارض الضرران ويتساقطان، وتبقى سلطنة كلّ منهما على ماله مع تدارك ما يحدث من الضرر بنحو ما تقدّم.

ويمكن ابتناؤه على أنّ الأشجار لا تسقط نوعاً عن الماليّة بالكلّيّة، وإنّما تنقص قيمتها، بخلاف الزرع نوعاً، فإنّ قلعه يوجب إتلافه رأساً، ولذا يمكن أن يقال: إنّ تضرّر المغبون بمشغوليّة أرضه دائماً أعظم من تضرّر الغابن بزوال وصف المنصوبيّة في أشجاره، بخلاف الزرع، فإنّ تضرّر الغابن بقلع الزرع أعظم من تضرّر المغبون في مشغوليّة أرضه بالأجرة في مدّة قصيرة.

ولكن كلا الوجهين لا يخلو عن المناقشة.

---

(١) لم نجده في المسالك. نعم، ذكره في الروضة البهيّة ٣: ٤٦٩.

التغيّر بالامتزاج

ولو حصل التغيّر فيما بيد الغابن بالامتزاج، فإمّا أن يكون بأمر سماويّ، أو بفعل أجنبيّ، أو الغابن، أو المغبون.

وعلى التقادير: فإمّا أن يكون الامتزاج بغير الجنس، أو بالجنس.

وعلى الأوّل: فإمّا أن يجعل الامتزاج مال المغبون بحكم التالف، أو المال الآخر كذلك، كما في امتزاج الزيت بماء الورد، أو يكون كلاهما باقياً ولكن مع انقلابهما إلى صورة نوعيّة ثالثة، كما في مزج الخلّ بالاسكنجبين، أو مع بقائهما بصورتهما النوعيّة ولكن مع انتفاء التمييز الحسّي، كما في مزج الدقيق بالجصّ، أو مع بقاء التمييز الحسّي ولكن مع تعسّر الإفراز والتخليص، كما في مزج الحنطة بالشعير.

وعلى التقادير الثلاثة: فإمّا أن يوجب الامتزاج نقصاً في ماليّة المالين، أو زيادة فيها، أو لا يوجب شيئاً من ذلك.

وعلى الثاني ـ أي: فرض الامتزاج بالجنس ـ: فإمّا أن يكون الامتزاج بالمساوي، أو بالأدون، أو بالأعلى.

الامتزاج بغير الجنس الملحق بالتلف

والتحقيق في ذلك أنّ الفسخ يقتضي رجوع بدل المال ـ مثلاً أو قيمة ـ إلى المغبون. والمناط في القيمة بقيمة يوم التلف، إذ هو يوم انتقال الضمان المعاوضي، بمعنى كون المال على عهدة من انتقل إليه بعوضه، بحيث لو عرض الفسخ ورجع المال إليه لرجع هو أيضاً إلى من انتقل عنه، ولكن

بتبدّله من الخصوصيّة العينيّة المنعدمة غير القابلة للبقاء على العهدة إلى مقدار الماليّة المحفوظةالقابلةللبقاء عليها. ولامعنى لانتقال الضمان وتعلّقه بالماليّة حين الفسخ، إذ لازمه انعدام الضمان المعاوضي ما بين التلف والفسخ وعدم كون المال على عهدةمن انتقل إليهلابخصوصيّته ولابماليّته.

وبالجملة، يضمن الغابن المثل أو القيمة يوم التلف في الصور الأربع أجمع، غاية الأمر أنّه في فرض المزج بفعل الأجنبيّ أو المغبون لا محالة يضمن المتلف مثل ما أتلفه من مال الغابن أو قيمته يوم التلف على ما هو الحقّ، أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم بناءً على الأقوال الأخر في ضمان اليد والاتلاف.

نعم، على ما هو الحقّ لا محالة يحصل التهاتر والتساقط لوكان المتلف هو المغبون.

وكيف كان، فلا وجه لرجوع المغبون إلى المتلف الأجنبيّ، ولا لتخييره بين الرجوع إليه والرجوع إلى الغابن، لكون كلّ ذلك خلاف مقتضى حقيقة الفسخ. ولايتفاوت الحكم في الصور الأربع بين فرض الامتزاج بمال الغابن أو المغبون أو الأجنبيّ على ما يظهر بأدنى تأمّل.

هذا، وأمّا إن كان الامتزاج ملحقاً للمال الآخر بالتالف مع بقاء مال المغبون على حاله، فالفسخ يقتضي رجوع مال المغبون إليه، وضمان التالف ضمان الاتلاف. ولابدّ من ملاحظة حكمه وأنّ التالف لوكان مال الغابن بفعل نفسه أو بسبب قهريّ، فلا يضمنه أحد. وكذلك لوكان مال المغبون بفعل نفسه أو بسبب قهريّ، أو مال الأجنبيّ كذلك. وإن كان مال

الغابن بفعل الأجنبيّ أو المغبون، أو مال المغبون بفعل الغابن أو الأجنبيّ، أو مال الأجنبيّ بفعل الغابن أو المغبون، فيضمن المتلف مثله أو قيمته يوم التلف على التحقيق، أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم على سائر الأقوال.

الامتزاج بغير الجنس والانقلاب إلى حقيقة ثالثة

ومع الامتزاج بغير الجنس والانقلاب إلى حقيقة نوعيّة ثالثة، فمع تساوي قيمة الممتزج مع مجموع قيمتي المالين لابدّ من الشركة في الحاصل، لوجود مادّتي المالين فيه. والشركة بنسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين. فمع الفسخ يملك المغبون جميع المال، سواء كان الامتزاج بماله بفعله أو بفعل الغابن أو الأجنبي أو بأمر سماويّ، ويكون شريكاً مع الغابن أو الأجنبي بنسبة قيمة ماله.

وهناك شبهة جارية في جميع فروض حصول الشركة بالامتزاج، وهي: أنّ مقتضى الفسخ رجوع كلّ مال بعينه بالفسخ ممّن انتقل إليه إلى من انتقل عنه، وهو غير ممكن مع الامتزاج وحصول الشركة، إذ لا معنى له إلا حصول المبادلة القهريّة بين بعض كلّ من المالين مع بعض آخر، فما يرجع إلى من انتقل عنه ليس هو عين ما انتقل عنه، بل هو مركّب من بعضه وبعض مال آخر لم يخرج من ملكه حتّى يعود بالفسخ إليه.

ولكنّها تندفع: بأنّ غاية الأمر لحوق الفرض بفرض التلف وانتقال الضمان المعاوضي إلى البدل، ولكنّه ليس هو المثل أو القيمة، بل هو مقدار ماله من نفس الممتزج، إذ لاخفاء في أنّه أقرب الأبدال إليه وأولى بالبدليّة عنه من المثل أو القيمة، لاشتماله على نفسه وغيره.

حصول الزيادة في قيمة الممتزج

هذا، وفي فرض زيادة قيمة الممتزج عن مجموع قيمتي المالين، فالحكم أيضاً هو الشركة في الحاصل بنسبة قيمة كلّ من المالين إلى مجموع قيمتهما. فمع الفسخ يملك المغبون المال الممتزج إن كان الامتزاج بفعله أو بأمر سماوي.

وإن كان بفعل الغابن أو الأجنبيّ، فمقتضى احترام العمل شركة المازج معه في قيمة الحاصل لا في عينه، لعدم الموجب لاشتراكه في العين. فيستحقّ من ثمن الحاصل لو بيعت تلك الزيادة.

وإن كان الامتزاج بمال الغابن أو الأجنبيّ بفعل الغابن أو الأجنبيّ أو بأمر سماويّ، فيملك من الحاصل بنسبة قيمة ماله. ولكنّ الامتزاج إن كان بأمر سماويّ، فالزيادة الحاصلة من نصيب كلّ من الشريكين هبة من الله تعالى.

حصول النقصان في قيمة الممتزج

وفي فرض نقصان قيمة الممتزج عن مجموع القيمتين، فالحكم أيضاً ما تقدّم من الشركة في عين الحاصل في جميع فروضه. ومع الفسخ يملك المغبون المال الممتزج بلاضمان لنقص القيمة إن كان المزج بماله وبفعله.

وإن كان بماله ولكن بفعل الغابن أو الأجنبيّ أو بأمر سماوي، أو بمال الغابن بفعله أو بفعل الأجنبيّ أو بأمر سماويّ، أو بمال الأجنبيّ بفعله أو بفعل الغابن أو بأمر سماويّ، ففي جميع هذه الفروض يضمن الغابن

للمغبون نقص القيمة الحاصل في نصيبه، لكون ماليّة نصيبه في ضمان الغابن ضماناً معاوضيّاً، فلابدّ من تداركه مع الفسخ.

وأمّا النقص الحاصل في المال الآخر فلا يضمنه أحد إن كان المزج بفعل صاحب المال أو بأمر سماويّ. وإن كان بفعل غير صاحب المال، فلابدّ من ضمان المازج لصاحب المال ما حصل في نصيبه من نقص القيمة بضمان إتلاف وصف الكمال الموجب لنقص الماليّة.

الامتزاج بغير الجنس مع عدم صيرورة أحد المالين تالفاً

ومن ذلك كلّه تظهر الحال فيما كان الامتزاج بغير الجنس وعدم صيرورة أحد المالين تالفاً وعدم الانقلاب إلى حقيقة ثالثة، وأنّ المغبون يكون شريكاً في المال الممتزج بنسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين في جميع الفروض، وأنّه لا ضمان لأحد فيما كانت قيمة المال الممتزج مساوية لمجموع قيمتي المالين. ومع حصول الزيادة في القيمة يكون المغبون شريكاً فيها بنسبة نصيبه بتفصيل تقدّم في الفرض السابق.

وأمّا مع حصول النقيصة فيها فالضمان وعدمه كما تقدّم تفصيله في الفرض السابق.

ومن ذلك كلّه تظهر الحال فيما كان الامتزاج بالجنس، وأنّه مع تساوي قيمة المال الممتزج لمجموع قيمتي المالين فالشركة بنسبة مقداري المالين في جميع الفروض. ومع حصول الزيادة فالاشتراك في ماليّة نصيب المغبون وعدمه كما تقدّم تفصيله في الفرضين السابقين. ومع حصول النقصان فالضمان وعدمه أيضاً كما تقدّم تفصيله فيهما.

الكلام في تلف العوضين

بقي الكلام في حكم تلف العوضين تلفاً حقيقيّاً. فإن كان التالف ما بيد المغبون فالخيار باقٍ، والضمان المعاوضي ينتقل إلى بدله مثلاً أو قيمته يوم التلف، من دون فرق في ذلك بين كون التلف بأمر سماويّ أو بإتلاف المغبون أو الغابن أو الأجنبيّ. ويرجع الغابن إلى المغبون بالمثل أو القيمة بمقتضى الفسخ والضمان المعاوضيّ.وليس له الرجوع إلىالأجنبيّ المتلف، لعدم كونهمتلفاً لماله حينما أتلفه،وعدم اقتضاء الضمان المعاوضي الرجوع إليه، لعدم كونه من انتقل إليه المال كي يعود مثله أو قيمته منه إلى الغابن بفسخ المغبون، بناءً على ما هو التحقيق من أنّ الكلّيات في الذمم ليست بكلّيتها أموالاً وأملاكاً لمن يملكها حتّى يقال: إنّ الغابن يملك ما في ذمّة المتلف، والّذي يملّكه المغبون هو قيمة مال الغابن العائدة إليه من ملك المغبون، بل المتّصف بالماليّة والملكيّة إنّما هي المصاديق الخارجيّة الّتي يتحقّق الوفاء بها. فكلّ ما يأخذه الغابن من المتلف إنّما يتملّكه من المتلف ملكيّة ابتدائيّة، وليس ممّا عاد إليه من ملك المغبون.

نعم، غاية الأمر أنّه ليس للمغبون في الفرضين الأوّلين الرجوع إلى أحد بمثل ما تلف بيده أو قيمته حين التلف، لعدم الموجب للضمان. وفي الفرضين الأخيرين له الرجوع إلى المتلف ـ سواء كان هو الغابن أم الأجنبيّ ـ بمثل ما تلف بيده من ماله حين التلف، أو بقيمته يوم الاتلاف أو يوم الأداء أو بأعلى القيم، على اختلاف الأقوال في ضمان اليد والاتلاف، وإن كان التحقيق هو الأوّل على ما حرّرناه في محلّه.

ومن ذلك يظهر أنّه لو أتلفه الغابن فأبرأه المغبون قبل ظهور الغبن، ثمّ ظهر الغبن ففسخ المغبون، فهو كما لو أتلفه الأجنبيّ كذلك فأبرأه، في أنّه لابدّ من ضمانه لبدل مال الغابن بمقتضى ضمان المعاوضة. وليس له الرجوع إلى الغابن ببدل ما أتلفه من المال الّذي كان له حين الإتلاف، إذ المفروض أنّه أبرأه من البدل بما أنّه بدل لماله، وهذا أمر لا ربط له بما يضمنه نفسه من بدل التالف بما أنّه مال للغابن لابدّ من عوده إليه بالفسخ إمّا بعينه أو بماليّته. ولا معنى لتعليل الحكم بأنّ ما أبرأه بمنزلة المقبوض، لأنّه لوكان قد قبضه ولم يبرئه فهو أمر آخر لا ربط له بما يضمنه في ذمّته بمقتضى الفسخ وضمان المعاوضة.

ومن ذلك كلّه تظهر الحال فيما إذا كان التالف ما بيد الغابن، وأنّه لابدّ من ضمانه للمغبون ببدله مثلاً أو قيمته يوم الاتلاف بمقتضى الفسخ وضمان المعاوضة. وليس له الرجوع إلى أحد لوكان المتلف نفسه أو كان التلف بأمر سماويّ. وله الرجوع إلى المغبون أو الأجنبيّ ببدل ما أتلفه من ماله مثلاً أو قيمته يوم التلف على ما هو الحقّ، أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم على سائر الأقوال، وأنّه لو أبرأ المغبون أو الأجنبيّ قبل ظهور الغبن، ثمّ فسخ المغبون بعد ظهوره، فما أبرأه من بدل ماله أمر لا ربط له بما يضمنه من بدل مال المغبون بمقتضى الفسخ وضمان المعاوضة.

ثبوت خيار الغبن في كلّ معاوضة

مسألة: الأقوى ثبوت خيار الغبن في جميع عقود المعاوضات، بناءً

على ما تقدّم من أنّ التساوي بين العوضين شرط نوعيّ ضمنيّ مرتكز في أذهان النوع، ولا يخرج عن مقتضاه إلا بتحقّق إقدام شخصيّ بالرضا بعدم التساوي في المعاوضة، أو كون المعاوضة ممّا يتسامح فيها عادة في القيمة، وأنّ لزوم المعاوضة مع عدم الاقدام الشخصي أو النوعي من المغبون فيها لزوماً حقّياً ضرر عليه ومنفيّ بقاعدة نفيه. وليس نفي اللزوم الحقّي إلا عين إثبات الجواز الحقّي، وهو الخيار.

نعم، لو تحقّق الاقدام الشخصي، كما إذا احتاج إلى شيء ورضي بشرائه بأضعاف قيمته، أو كان العقد ممّا ارتكز فيه الاقدام نوعاً، كما هو الشأن في الصلح على إسقاط الدعاوي المجهولة أو على إسقاط ما في الذمم، فلاخيار، لانتفاء الشرط الضمني وتحقّق الاقدام الّذي لا محلّ معه لنفي ضرر اللزوم بالمنّ والإرفاق.

خيار الغبن فوريّ

مسألة: وقع الخلاف في خيار الغبن هل هو على الفور أو التراخي؟

واستدلّ للأوّل بأصالة العموم الأزماني في دليل وجوب الوفاء بالعقد، للقطع بخروج العقد من حيث تحقّقه في الزمان الأوّل ـ الّذي يمكن فسخه فيه بعد الاطّلاع على الغبن أو من حين العقد إلى ذلك الحين ـ من العموم، والشكّ في خروجه منه من حيث تحقّقه فيما بعد ذلك الزمان، فلا محيص عن الأخذ بالعموم، للشكّ في التخصيص الزائد، مالم يكن في دليل الخيار عموم أو إطلاق يقتضي ثبوته دائماً، كما هو الواقع، إذ الدليل على الخيار

إن كان هو الاجماع فهودليل لبّيّ يؤخذ بالقدر المتيقّن منه، وإن كان قاعدة نفي الضرر فالمستفاد منها ليس إلّا نفي لزوم العقد لوكان علّة تامّة لتضرّر المغبون، وليس ذلك إلا لزومه في الزمان الأوّل، وأمّا فيما بعده فالجزء الأخيرمن علّة تحقّق الضرر هوتسامح المغبون وتركه التخلّص من الضرر.

هذا، وقد استدلّ أيضاً لهذا القول بما ملخّصه: أنّ الخيار مخالف لأصالة اللزوم، سواء كانت مفاد العمومات الّتي استدلّ بها على اللزوم أم أصلاً عمليّاً، وهو استصحاب بقاء العقد وعدم انحلاله بالفسخ بدون التراضي، فلابدّ في الخروج منها من الاكتفاء بالقدر المتيقّن مالم يكن لدليل الخيار عموم أو إطلاق يثبته في جميع أزمنة تحقّق العقد.

والدليل الأوّل يبتني على فرض اشتمال دليل وجوب الوفاء بالعقود على العموم من ناحيتين: أفراديّاً من حيث شموله لكلّ عقد، وزمانيّاً من حيث شموله لتحقّق العقد في كلّ قطعة من قطعات الزمان، بحيث إنّ مثل ﴿أوْفُوا بالعُقُود﴾ كما ينحلّ من الجهة الأولى إلى أحكام عديدة حسب تعدّد أفراد العقود، كذلك ينحلّ من الجهة الثانية أيضاً إلى أحكام عديدة حسب تعدّد قطعات الزمان الّتي يفرض تحقّق العقد فيها، بحيث يكون العقد باعتبار تحقّقه في كلّ قطعة منه له وجوب وفاء غير وجوب الوفاء باعتبار تحقّقه في القطعات الأخر، إذ لا محيص حينئذٍ عن الأخذ بأصالة العموم من حيث الزمان فيما عدا القدر المتيقّن من التخصيص الزماني. ولامحلّ فيهللتمسّك باستصحاب الخيار، لالوجود العمومللحكم، بل لتعدّد الموضوع. ولذا لو فرض إهمال ذلك الدليل وعدم كونه في مقام البيان من

هـذه الجـهة، فـلا مـحلّ للـتمسّك فـيه لا بأصـالة العـموم الأزمـاني ولا باستصحاب حكم الخاصّ، بل لا مـحيص عـن الرجـوع إلى أصـالة اللزوم أصلاً عمليّاً، بمعنى استصحاب بقاء العقد.

وبالجملة، الاستدلال المذكور يبتني على فرض الزمان قـيداً مكـثراً للموضوع، بمعنى أنّ الوفاء بالعقد في زمان موضوع للوجوب غير الوفاء به في زمان آخر. وبعد فرض كون الدليل في مقام البيان من كلتا الجهتين، فلا محيص عن الأخذ بالعموم فيهما ودفـع احـتمال التـخصيص الزائـد المشكوك فيه فيهما. ولا يبقى معه محلّ لأصـالة اللـزوم أصـلاً عـمليّاً، لوجود الدليـل الاجـتهاديّ الحـاكـم، ولا لاسـتصحاب الخـيار، لتـعدّد الموضوع، ورجـوع الاسـتصحاب إلى إسـراء حكـم مـن مـوضوع إلى موضوع آخر لا إبقاء الحكم على ما كان عليه.

ولكـنّ الفـرض بـاطل، لوضـوح أنّ مـلاحظة الزمـان قـيداً مكـثراً للموضوع عناية تحتاج إلى قيام دليل وقرينة عليها، وإلا فمن الواضح أنّ العقد ـ بمعنى المضمون المتحقّق بالاعتبار ـ ليس إلا أمراً واحداً متحقّقاً بالاعتبار تحقّقاً مستمرّاً، والوفاء به ليس إلا وفاءً واحداً مستمرّاً، وكذلك وجوبه، فالزمان في كلّ مـن الثـلاثة لايـلاحظ بـطبعه عـرفاً إلا ظـرفاً لاستمرار العقد الواحد والوفاء الواحد والوجوب الواحد.

ولم يقم في المقام دليل على إعمال تلك العناية فـي مـثل ﴿أَوْفُـوا بالعُقُود﴾ وغيره من العمومات المفيدة للّزوم، فلا محيص عن البناء على كون الموضوع واحداً له حكم واحد، قد لوحظ الزمـان ظـرفاً لتـحقّقه

المستمرّ. أمّا أصل تحقّق الحكم فبمقتضى أصالة العموم الأفرادي. وأمّا استمراره فبمقتضى دليل الحكمة، نظراً إلى لغويّة إيجاب الوفاء بالعقد آناًما أو في زمان مجهول.

وعليه، فليس لكلّ فرد من أفراد العقود إلا دخول واحد في عمومات وجوب الوفاء أو خروج واحد منها. فلو دخل فرد في العموم ووجب الوفاء به في الجملة، فلابدّ من البناء على استمرار وجوب الوفاء به بمقتضى دليل الحكمة.

ولو فرض عروض ذلك وشكّ في الخروج عن مقتضى دليل الحكمة، فلا محيص عن استصحاب وجوب الوفاء.

ولو فرض خروج عقد من العموم الأفرادي من أوّل الأمر، أو من مقتضى دليل الحكمة من حيث الاستمرار، فلا معنى للتمسّك بأصالة العموم فيه بالنظر إلى حكم الاستمرار، بل لا محيص فيه عن استصحاب حكم المخصّص في كلا الفرضين لو فرضت تماميّة أركانه، وإلا فلا محيص عن الرجوع إلى الأصول الأخر، ومنها: أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً، بمعنى استصحاب بقاء العقد في محلّ الكلام.

هذا، ولا حاجة في المسألة إلى أزيد من هذا المقدار من البيان، وقد حرّرنا في بعض تنبيهات الاستصحاب مسألة دوران الأمر بين التمسّك بالعامّ وبين استصحاب حكم المخصّص، وفصّلنا القول في صورها واختلاف أحكامها وما قيل أو يمكن أن يقال فيها، ومن أراد التفصيل فليراجع إليها.

هذا، وأمّا الاستدلال الثاني فهو حقّ، ولكنّه يتوقّف على إبطال استصحاب الخيار ـ الّذي تمسّك به القائل بالتراخي ـ بعدم تماميّة أركانه، وإلا فهو حاكم على أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً، لوضوح أنّ الشكّ في بقاء العقد وزواله شرعاً بعد فسخ المغبون في الزمان الثاني مسبّب عن الشكّ في بقاء خياره إليه، فلا محيص عن كون استصحابه حاكماً عليها.

ولكنّ الحقّ بطلان الاستصحاب وعدم تماميّة أركانه، لأنّ عمدة الدليل على ثبوت خيار الغبن إنّما هو دليل نفي الضرر، والمستفاد منه ليس إلا نفي الحكم الشرعيّ ـ أعني: اللزوم ـ فيما كان بنفسه علّة للضرر، وقد عرفت أنّ نفيه عين جعل الخيار للمغبون. ومن الواضح أنّ الحكم الشرعي ـ أعني: اللزوم ـ إنّما يكون بنفسه موقعاً للضرر في الزمان الأوّل بعد الاطّلاع على الغبن، وأمّا بعده فالضرر لا يستند إليه فقط، بل إليه وإلى تسامح المغبون وعدم تخلّصه من الضرر.

والبناء على استثناء الحكم فيما كان الضرر مستنداً إلى أمر آخر لمجرّد كونه منفيّاً فيما كان علّة للضرر إسراء للحكم من موضوع إلى آخر في نظر العرف، وليس من إبقاء ما كان على ما كان.

ولا محلّ لفرض كون المستفاد من دليل نفي الضرر كون علّية الحكم للضرر في زمان علّة لاثبات الخيار للمغبون المتضرّر، حتّى يقال: إنّ الموضوع للخيار عرفاً إنّما هو نفس المغبون، وكونه متضرّراً غير متمكّن من دفع ضرره علّة لثبوت الخيار له، فلم يتبدّل الموضوع في نظر العرف. بل لا محصّل لذلك، على ما عرفت في مفاد دليل نفي الضرر من أنّه ليس

إثباتاً للخيار للمغبون، وإنّما هو نفي لزوم العقد عليه لو كان ضرريّاً.

وجملة القول: أنّ الموضوع للحكم المستفاد من دليل نفي الضرر عقلاً وعرفاً ليس إلا الحكم الشرعي ـ وهو اللزوم ـ فيما كان بنفسه علّة تامّة تشريعيّة للتضرّر لا فيما لم يكن كذلك. وبعبارة أخرى: الموضوع للخيار وعدم اللزوم هو المغبون غير المتمكّن من التخلّص من الضرر، لا هو مطلقا سواء تمكّن من التخلّص منه أم لم يتمكّن.

وقد تلخّص: أنّ الحقّ في المسألة هو القول الأوّل الّذي عليه المشهور، والاستدلال عليه بما ذكرناه من الأخذ بالقدر المتيقّن، والتعويل على أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً، لانتفاء الدليل الاجتهادى أو الأصل العملي الحاكم عليه.

ضابط الفوريّة

ثمّ إنّ القدر المتيقّن من ثبوت خيار الغبن إنّما هو ثبوته بمقدار يتمكّن عقلاً وعرفاً وشرعاً من التخلّص من الضرر بفسخ المعاملة بحيث لا يعدّ متهاوناً في ذلك. فلا يضرّ التأخير بشيء من الأعذار العقليّة، كالإغماء والنوم القهري والجنون والغفلة والنسيان والاكراه على ترك الفسخ ونحو ذلك. وكذا الأعذار الشرعيّة، كما إذا اطّلع على الغبن في أثناء الاشتغال بالفريضة ونحو ذلك، أو الأعذار العاديّة والعرفيّة، كما إذا اطّلع عليه في أثناء الاشتغال بالنافلة أو في أثناء تناول الطعام، مع فرض الحاجة إلى الاشهاد أو حضور الغابن. كلّ ذلك نظراً إلى أنّ جعل خيار الغبن للمغبون

حكم امتنانيّ إرفاقاً له ليتمكّن من دفع الضرر، فلا يناسبه وقوعه في العسر والحرج العرفيّين المخالف للامتنان.

وأمّا التأخير بما زاد على ذلك كالانتظار ليلاً إلى الصباح ونحو ذلك، فما يعدّ معه تهاوناً في دفع الضرر بلا عسر يوجبه، فلا محالة يضرّ ببقاء الخيار، ولا يمكن استصحابه، بل لابدّ من استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ. بل الحقّ أنّ استمرار الخيار أزيد ممّا ذكر لا يخلو عن كونه ضرريّاً على الغابن، لتزلزل مالكيّته لما بيده، فلابدّ من نفيه أيضاً بقاعدة نفي الضرر كنفي لزوم العقد بها.

وبعبارة واضحة: انّه لا معنى لدفع الشارع الضرر عن المغبون امتناناً وإرفاقاً له بنحو يوجب توجّه الضرر إلى الغابن، بل لابدّ من دفع الضرر عن المغبون بما لا يتضرّر معه الغابن أزيد ممّا يتوقّف عليه دفع ضرر المغبون.

الجهل بالخيار عذر لا يضرّ معه التأخير في الفسخ

ثمّ إنّ من الأعذار العقليّة والعرفيّة الّتي لا يعدّ المغبون معها متهاوناً في دفع الضرر جهله بأصل الخيار، إذ من الواضح أنّ تحمّله للضرر بعد اطّلاعه على الغبن ليس رضاً بالعقد وإقداماً على الضرر كما في إسقاطه الخيار مع العلم به، بل إنّما هو إمضاء للعقد لزعم أنّه مجبور عليه.

ولا يقاس اطّلاعه على الغبن بعد العقد وصبره عليه لجهله بالخيار بعلمه بالغبن حين العقد، حيث إنّه يوجب الإقدام على الضرر، ولا يثبت معه له الخيار، سواء كان عالماً بالخيار أم جاهلاً به، لوضوح أنّه ليس

مغبوناً على التقديرين بعد إقدامه على المعاملة الّتي يعلم تضرّره فيها، وأين هذا ممّا أقدم فيه على المعاملة باعتقاد التساوي وعدم الضرر؟ فانّه مغبون يثبت له الخيار، سواء كان عالماً بالخيار أم لا، ولا يسقط خياره إلا بتهاونه في دفع الضرر مع تمكّنه منه، والمفروض أنّ عدم فسخه لم يكن تهاوناً، بل لزعمه لزوم المعاملة عليه.

وأمّا ترك الفحص عن ثبوت الخيار شرعاً للمغبون، فحاله كحال ترك الفحص عن أصل الغبن في المعاملة، في أنّه لا يوجب كون المغبون مقدماً على البيع حتّى مع الغبن، إذ المفروض إقدامه عليه باعتقاد عدم الغبن، ولا تتفاوت الحال في ذلك بعلمه بالخيار أو جهله به.

وأمّا الفحص عن الأحكام الكلّية الشرعيّة، فوجوبه عقليّ طريقيّ للتخلّص عن مخالفة التكاليف الّتي تتحقّق مخالفتها بترك الفحص. وأمّا الأحكام الوضعيّة الّتي لا تترتّب على ترك الفحص عنها مخالفة تكليف أبداً ـ كما في محلّ الكلام ـ فلا يجب الفحص عنها عقلاً، ولا يقبح تركه، ولا يستحقّ العقوبة عليه.

وحينئذٍ، فلا محلّ لتوهّم أنّ جهله بالخيار إن كان عن تقصير فهو مستحقّ للعقاب، فلا يناسبه الامتنان والارفاق بجعل الخيار له لدفع الضرر. هذا، مع أنّ الظاهر أنّ الحكم ممّا لا خلاف فيه عندهم، كما أشار إليه الشيخ[1] العلّامة قدس سره.

هذا، وأما الجهل بفوريّته مع العلم بأصله، فقد استظهر الشيخ

(١) المكاسب ٥: ٢١٤ ـ ٢١٥.

العلّامة قدس سره[1] من بعضهم الوفاق فيه أيضاً على المعذوريّة، وأنّه لا يضرّ التأخير المستند إليه ببقاء الخيار.

ولكنّه يشكل ـ كما أفاده قدس سره ـ بما تقدّم من أن القدر المتيقّن من ثبوت خيار الغبن بمقتضى دليله ليس إلا بمقدار يتمكّن من دفع الضرر، بحيث يستند وقوعه في الضرر إلى لزوم المعاملة فقط لا إليه وإلى تهاونه، والمفروض أنّه مع علمه بالخيار ـ ولو بزعم عدم الفوريّة ـ لا محالة يتمكّن عقلاً وعرفاً وشرعاً من دفع الضرر بالفسخ، فلولم يفسخ فلا محالة يستند الضرر إلى تهاونه، فلا مجرى حينئذٍ للاستصحاب على ما تقدّم.

ومن ذلك تظهر الحال فيما إذا كان التأخير في الفسخ للشكّ في ثبوت الخيار للمغبون، وأنّه لا يكون عذراً في التأخير، لتمكّنه من الفسخ ثمّ الفحص عن صحّته وعدمها، فتركه لا محالة يعدّ تهاوناً في دفع الضرر.

ولو أخّر الفسخ وادّعى الجهل بأصل الخيار، فالظاهر قبول قوله مع يمينه، لأصالة عدم العلم.

ولكن يشكل التعويل على هذا الأصل لوكان ممّن لا يخفى عليه مثل هذا الحكم عادة. بل يشكل التعويل عليه حتّى في فرض قرب احتمال كونه ممّن خفي عليه ذلك، نظراً إلى أنّ الموضوع لبقاء الخيار هو كونه غير متهاون في دفع الضرر عمداً، واستناد ترك الفسخ إلى جهله بالخيار واعتقاد عدمه، وهذا ممّا لايترتّب على أصالةعدم العلم إلّا بلسان الاثبات. وحيث إنّه لا مجرى لاستصحاب الخيار أصلاً حكميّاً على ما تقدّم، فلا

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٥.

محالة يكون الأصل المعوّل عليه في المسألة استصحاب بقاء العقد بعد فسخه. والمسألة لا تخلو عن الاشكال.

ثمّ إنّ نسيان الخيار كالجهل به، في أنّ التأخير المستند إليه لايكون تهاوناً في دفع الضرر.

ولو ادّعى النسيان ففيه إشكال، من أصالة عدم عروض النسيان، فهو مدّعٍ وعليه إثباته، ومن أنّه ممّا لا يعلم عادة إلا من قبله، فلابدّ من قبول قوله، بناءً على ثبوت هذه الكبرى الكلّية. والله وليّ التوفيق.

الخامس: خيار[1] التأخير.

(١) في النسخة الخطّية هنا بياض بمقدار سبع صفحات تقريباً، ثمّ يبدأ بالخيار السادس: خيار الرؤية.

السادس: خيار الرؤية

وموضوعه رؤية المبيع أو الثمن الغائب متّصفاً بغير الأوصاف الّتي وقع البيع والشراء مبنيّاً على اتّصافه بها، من الأوصاف الدخيلة ـ وجوداً وعدماً ـ في زيادة ماليّة الشيء أو نقصانها، لزيادة الرغبات النوعيّة فيها أو قلّتها. فلوكانت الأوصاف الّتي وقعت المعاملة مبنيّة على الاتّصاف بها توجب زيادة القيمة، والأوصاف الفعليّة توجب نقصها، فالخيار لمن انتقل إليه. ولو انعكس الأمر فالخيار للناقل.

ولا فرق بين: أن يكون منشأ وقوع المعاملة مبنيّة على الاتّصاف بتلك الأوصاف شرط ذلك في ضمن العقد صريحاً، أو المقاولة عليه قبل العقد ثمّ إيقاع العقد مبنيّاً عليه.

وبين أن يكون المنشأ مجرّد إخبار المالك باتّصاف ماله الغائب بها بدون التزام صريح قبل العقد وحينه.

أو يكون المنشأ مجرّد اعتقاد الناقل أو المنقول إليه اتّصاف المال بها، لرؤيته إيّاه سابقاً واجداً لها،واعتقاده بقاء الاتّصاف بها أو مستصحباً لذلك.

أو يكون المنشأ اختبار الناقل أو المنقول إليه بعض المال ووجدانه متّصفاً بها، وقياس الباقي عليه، لاعتقاده عدم الاختلاف، أو إخبار المالك بعدم الاختلاف، إذ الجميع مشترك في أنّ المعاملة وقعت مبنيّة على الاتّصاف بتلك الأوصاف الموجبة لتقدّر ماليّة المال بقدر خاصّ. بمعنى أنّ التزام كلّ من المتعاملين بالوفاء بالعقد، والثبات على بدليّةما ينقله لما ينتقل إليه ـ الّذي هو مدلول التزاميّ في كلّ عقد لازم بلزوم حقّي ـ قد وقع مشروطاً باتّصاف المال بتلك الأوصاف وتقدّر ماليّته بذلك القدر، وإن لم يكن أصل العقد مشروطاً بذلك كي يكون تخلّفه موجباً للبطلان وانتفاء أصل المبادلة.

وبعبارة أخرى: أصل إنشاء التمليك والتملّك منهما وإن لم يكن مشروطاً باتّصاف المال بتلك الأوصاف، ولذا تبقى المعاملة على صحّتها مع تخلّفها، إلا أن جعل كلّ منهما التزامه بالعقد تحت سلطنة الآخر بمقتضى سلطنته على ماله ـ بحيث لايكون له رفع اليد عن العقد وحلّه إلا برضا الآخر ـ قد وقع مشروطاً باتّصاف المال بتلك الأوصاف وتقدّر ماليّته بذلك القدر.

وهذا ـ كماترى ـ ممّا لا فرق فيه بين أن يكون الشرط قد صرّح به قبل العقد أو في ضمن العقد، كما في الفرضين الأوّلين، أو كان أمراً مرتكزاً في أذهان النوع ومستغنياً عن التصريح به لارتكازه النوعيّ، كما في باقي الفروض.

الفرق بين خيار الرؤية وخيار تخلّف الشرط

ومن هنا يتبيّن لك الفارق بين خيار الرؤية وخيار تخلّف الشرط، وأنّ مناط الخيار وإن كان فيهما واحداً، إلا أنّه مع ذلك فالنسبة بينهما العموم والخصوص من جه.

ويفترق خيار تخلّف الشرط في موارد اشتراط الأمور الخارجة عن أوصاف المال كخياطة الثوب ونحو ذلك، ممّا لا يكون اشتراطه أمراً مرتكزاً نوعيّاً، بل يكون من الأغراض الشخصيّة المفتقرة إلى التصريح بأحد النحوين السابقين.

ويفترق خيار الرؤية فيما كان أمراً مرتكزاً نوعيّاً، لكون ما أخبر به المالك أو رآه المنتقل إليه متّصفاً به أو اعتقدا اتّصافه بما يكون دخيلاً في زيادة القيمة ونقصانها، وكونه منظوراً في بذل العوض وأخذه في مقام المعاوضة.

ويجتمع الخياران ـ بمعنى أنّه يثبت خيار واحد يصحّ أن يعبّر عنه بخيار تخلّف الشرط أو خيار الرؤية وتخلّف الوصف ـ فيما لو صرّح باشتراط الاتّصاف بتلك الأوصاف بأحد النحوين السابقين.ولامحيص عن التداخل،إذليس هناك سببان للخيار،وإنّما هوسبب واحدهوتخلّف الشرط، وأمّا كون الشرط مصرّحاً به فليس سبباً آخر للخيار على ما هو واضح.

مدرك ثبوت الخيار

وكيف كان، فوجه ثبوت خيار الرؤية ـ مضافاً إلى أنّ الظاهر تحقّق

الاجماع عليه، ولم ينقل الخلاف فيه، بل نقل الاجماع عليه مستفيضاً ـ ما تقدّمت الاشارة إليه من أنّ الأوصاف الدخيلة في زيادة القيمة ونقصانها إذا وقعت المعاملة مبنيّة على الاتّصاف بها بأحد الأنحاء المتقدّمة، لا محالة يكون اتّصاف المال الغائب بها شرطاً صريحاً أو ضمنيّاً مستغنياً عن التصريح به بحسب الارتكاز في أذهان النوع. وقد عرفت أنّ المدلول المطابقيّ للشرط المصرّح به ـ سواء كان الشرط اتّصاف المال بوصف خاصّ أم أمراً آخر كخياطة الثوب ـ وإن كان هو الالتزام بتسليم ذلك الشرط، إلا أنّه في الحقيقة ربط الالتزام المعاملي والوفاء بالعقد بوجود ذلك الشرط، وذلك يدلّ بدلالة التزاميّة عرفيّة على انتفاء ذلك الالتزام على تقدير انتفاء الشرط. وإذا كان هذا هو الحال في الشرط الصريح، فلا محالة تكون الحال في الشروط الضمنيّة العقلائيّة المستغنية عن التصريح بها أيضاً كذلك، غاية الأمر أنّ المدلول المطابقي مصرّح به في الشرط الصريح، والدلالة الالتزاميّة ثابتة بالارتكاز، وفي الشروط الضمنيّة العقلائيّة كلا الأمرين ثابت بالارتكاز في أذهان العقلاء، كما هو الشأن في خيار الغبن والعيب ونحوهما، على ما تقدّم ويأتي.

هذا، مضافاً إلى قاعدة نفي الضرر، حيث إنّ لزوم المعاملة على من التزم بمضمونها مبنيّاً على كون المال متّصفاً بأوصاف خاصّة مع انتفائها ضرر عليه ومنفيّ بأدلّة نفيه. وقد عرفت فيما تقدّم أنّ نفي اللزوم الحقّي مساوق لثبوت الخيار لا محالة.

وتدلّ أيضاً على حكم المسألة صحيحة جميل بن درّاج، قال: «سألت

أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها، ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبدالله عليه السلام: إنّه لو قلّب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثمّ بقي منها قطعة لم يرها، لكان له فيها خيار الرؤية»[1].

ودلالتها على حكم المسألة واضحة، لظهور سياق السؤال في أنّ المشتري لم يكن بدخوله في الضيعة وخروجه منها قبل الشراء قد رأى جميع قطعاتها، بل رأى بعضها، وإنّما أقدم على الشراء بزعم أنّ جميعها كالذي رآه، ثمّ بعد الشراء وتقليب الضيعة علم أنّ بعضها لم يكن متّصفاً بما رآه، فلذا ندم على الشراء واستقال البائع. وظهور الجواب في صحّة الشراء وكون المشتري ذا خيار بلا حاجة إلى إقالة البائع.

واحتمال أن يكون الحكم بالخيار حكماً تعبّدياً محضاً، موضوعه مجرّد رؤية مالم يره من تمام المبيع أو بعضه، وإن لم يتبيّن فقدانه للأوصاف الكماليّة الّتي كان يزعم اتّصاف المال به، في غاية الضعف بحسب المتفاهم العرفي بالنظر إلى سياق الصحيحة سؤالاً وجواباً.

وأضعف منه: احتمال أن يكون المراد من الجواب بطلان الشراء في تمام الضيعة، للجهل بصفات بعض قطعاتها، أو بطلانه بالنسبة إلى القطعة المجهولة وتبعّض الصفقة، وأنّ المراد بالخيار الاختيار في الشراء الجديد وتركه، لوضوح ظهور الجواب في تقريره عليه السلام لما فرضه السائل من صحّة

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٨ ب «١٥» من أبواب الخيار ح ١، الفقيه ٣: ٢٧٠ ح ٣٩٧٦، التهذيب ٧: ٢٦ ح ١١٢.

المعاملة المحوجة إلى الاستقالة، ونفيه عليه السلام الحاجة إليها، وأنّ اختيار المعاملة بيد المشتري فقط.

ثمّ إنّ ظاهر الصحيحة ثبوت الخيار في شراء مجموع الضيعة، لظهور السؤال في فرض الاستقالة في بيع المجموع لا فيما تبيّن فقدانه للأوصاف، وظهور الجواب أيضاً في عدم الحاجة إلى الاستقالة وإثبات الخيار للسائل، وأنّ الضمير المؤنّث[1] في قوله عليه السلام: «لكان له فيها خيار الرؤية» عائد إلى الضيعة لا إلى القطعة. ومجرّد قرب الثاني لا يوجب الظهور في إرادته بعد ظهور السياق ـ سؤالاً وجواباً ـ في السؤال عن حكم فسخ المعاملة في تمام الضيعة.

واحتمال أن يكون المراد خيار الرؤية في فسخ المعاملة بالنسبة إلى القطعة المجهولة ـ وأنّه لولم يفسخ البيع فيها فالمعاملة لازمة، وإن فسخ فيها فلامحالة تتبعّض الصفقة، فيثبت لهما خيار تبعّض الصفقة في القطعات المعلومة ـ في غاية الضعف بالنظر إلى المتفاهم العرفيّ من الصحيحة. ومجرّد الارتكاز والاحتمال العقلي لا يجدي بعد كونه خلاف المتفاهم العرفيّ منها.

عدم صحّة الاستدلال في المسألة بصحيحة زيد الشحّام

هذا، وأمّا صحيحة زيد[2] الشحّام ورواية

---

(١) في المصادر: «لكان له في ذلك خيار الرؤية»، ولم يوجد فيها ضمير مؤنّث. والظاهر أنّ المؤلّف رحمه الله اعتمد في نقل الحديث على مكاسب الشيخ الأنصاري رحمه الله، راجع المكاسب ٥: ٢٤٥.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٩ ب «١٥» من أبواب الخيار ح ٢، عن الكافي ٥: ٢٢٣ ح ٣، والفقيه ←

منهال[1] القصّاب، فلا محلّ للاستدلال بهما على حكم المسألة.

أمّا الثانية، فلوضوح أنّه لا دلالة فيها على أزيد من بطلان القسمة مالم تعدّل السهام، ولم يفرض فيها بيع وشراء للعين الغائبة حتّى يكون محلاً لخيار الرؤية.

وأمّا الأولى، فلما أفاده الشيخ[2] العلّامة قدس سره من أنّه لا محلّ لحمل الخيار في قوله عليه السلام: «فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج» على إرادة خيار الرؤية، إذ لا يخلو: إمّا أن يكون المراد شراء سهم بعض القصّابين بنحو الإشاعة في القطيع، بأن يكون سهمه منطبقاً على كسر منه كالربع والخمس ونحوهما، فالحكم بصحّة البيع وإن كان لا مانع منه إلا أنّه لامحلّ لخيار الرؤية فيه، إذ لم يفرض في الصحيحة إخبار البائع أو توصيفه لجميع القطيع أو للكسر المبيع منه بأوصاف خاصّة، أو رؤية المشتري القطيع أو بعضه قبل الشراء متّصفاً بها وزعم بقائه عليها، حتّى يكون بيع الكسر المشاع مبنيّاً على الاتّصاف بها ثمّ تبيّن فقدانها في المجموع أو في البعض.

لا ٣: ٢٣١ ح ٣٨٥٤، والتهذيب ٧: ٧٩ ح ٣٤٠. وإليك نصّ الحديث: عن زيد الشحّام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصّابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لاتشتر شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج».

(١) الوسائل ١٧: ٣٥٦ ب «١٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٨، عن الكافي ٥: ٢٢٣ ح ٢، والتهذيب ٧: ٧٩ ح ٣٣٩. وإليك نصّ الحديث: عن منهال القصّاب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثمّ تدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثم يخرج السهم، قال: لا يصلح هذا، إنّما تصلح السهام إذا عدلت القسمة».

(٢) المكاسب ٥: ٢٤٦.

وإمّا أن يكون المراد شراء ما يستخرج ويتعيّن كونه سهماً للقصّاب، فيكون من بيع المبهم، وهو باطل. ولو سلّمت صحّته فلا محلّ لخيار الرؤية فيه بعين البيان المتقدّم في شراء المشاع.

فالحكم المفاد في الصحيحة أجنبيّ عن حكم المسألة المبحوث عنها رأساً. وأقرب المحتملات فيها أحد أمرين:

إمّا أن يكون المراد من الشراء المنهيّ عنه شراء الحصّة المفروزة عند خروج السهم. والمراد من النهي الارشاد إلى الفساد، لكونه من بيع المبهم. والمراد من الشراء ثانياً شراء الحصّة المشاعة. والمراد من الخيار الخيار في قبول الحصّة، لبطلان القسمة مالم تعدّل السهام، فله الرضا بما خرج أو مطالبة تجديد القسمة بتعديل السهام ثمّ الإسهام.

وإمّا أن يكون المراد من الشراء المنهيّ عنه شراء الحصّة المفروزة الّتي تستخرج بالإسهام كما تقدّم، والمراد من الشراء الثاني نفس الشراء الّذي حكم ببطلانه أولاً، ولكنّ المراد من الخيار الاختيار في الرضا بشراء جديد وعدمه بعد فعليّة القسمة الصحيحة بتعديل السهام.

والاحتمال الثاني أقرب إلى مساق الصحيحة من الأوّل. وقد وقع استعمال الخيار في هذا المعنى من الاختيار في بعض الأخبار، كبعض ما ورد في عدم صحّة بيع ما ليس عنده، وأنّه لو باع كذلك ثمّ اشترى ما باعه فالبيع الأوّل باطل، والمشتري بالخيار في أن يشتري المال منه بعد صيرورته مالكاً له وأن لا يشتريه.

وأمّا ما احتمله الشيخ[١] العلّامة قدس سره من كون المفروض شراء عدد معيّن بنحو بيع الكلّي في المعيّن، وأنّ المراد بالخيار خيار الحيوان، فيبعّده أنّ خيار الحيوان يثبت من حين العقد، والمفروض تقييد الخيار في الصحيحة بخروج السهم الّذي ربما يكون بعد مضيّ ثلاثة أيّام من حين العقد.

ولو سلّم صحّة الاحتمال فلا حاجة إلى فرض الشراء بنحو الكلّي في المعيّن، بل يكفي فرض إرادة شراء الحصّة المشاعة أيضاً، بل هو المتعيّن، نظراً إلى أنّ شراء عدد من القطيع بنحو الكلّي في المعيّن لا يخلو عن الغرر، مالم يعلم باستواء ما في القطع في الأوصاف الّتي تزيد بها القيمة. وفرض إرادة ذلك في الصحيحة في غاية البعد، كما تشهد له رواية منهال الحاكمة ببطلان القسمة مالم تعدّل السهام.

هل يختصّ خيار الرؤية بالمشتري أم يعمّ البائع؟

ثمّ إنّ ظاهر صحيحة جميل فرض خيار الرؤية للمشتري، لكونه نادماً على الشراء، لرؤية بعض الضيعة على غير الأوصاف الّتي كان متّصفاً بها.

واحتمال أن يكون المراد ثبوته للبائع أيضاً، لكونه نادماً على البيع، لفرض بيعه بعد رؤية بعض قطعات الضيعة وزعم تساويها ثمّ تبيّن زيادة بعضها على ما زعم، في غاية البعد، لعدم ذكر البائع في العبارة حتّى ترجع الضمائر إليه، مع استلزامه اختلاف السياق في الضمائر، لضرورة عود بعضها إلى المشتري، كالضمير في جملة: «نقد المال».

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤٦.

وأمّا استظهار عموم الجواب من الصحيحة، نظراً إلى ترك الاستفصال فيه، فلا محلّ له جدّاً، إذ لا يخلو: إمّا أن تكون عبارة السؤال ظاهرة في إرادة المشتري أو البائع، وعلى كلّ تقدير فالضمائر في الجواب تابعة لما هو ظاهر السؤال، ولا معنى للاستفصال، فلا وجه لكون تركه مفيداً للعموم. ولو كانت عبارة السؤال مجملة في نظرنا فلا يلزم كونها مجملة ومحتملة لارادة كلّ من المشتري والبائع في نظره عليه السلام أيضاً، كي يكون جوابه بترك الاستفصال مفيداً للعموم. ومن الواضح أن تركه عليه السلام للاستفصال إنّما يفيد العموم في ذلك الفرض لا فيما كانت عبارة السؤال ظاهرة في نظره عليه السلام في أحد الأمرين بخصوصه.

نعم، لو كان المراد من عموم الجواب تنقيح المناط وإلغاء خصوصيّة المورد فله وجه لو بلغ حدّ الظهور العرفي في إرادة الحكم العامّ، وعدم كون ذكر المشتري أو البائع إلا لأجل كونه محلّاً لحاجة السائل. وليس بكلّ البعيد.

وقد استظهر الشيخ[1] العلّامة قدس سره اتّفاق الأصحاب على ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً فيما إذا باع بتوصيف الغير ـ مثلاً ـ ثمّ ظهر اتّصاف المبيع بما يوجب زيادة قيمته.

وكيف كان، فحيث إنّ عمدة المدرك في المسألة هو الاشتراط الضمني وقاعدة نفي الضرر، ومقتضاهما عموم الحكم وثبوت الخيار في صور

(١) المكاسب ٥: ٢٤٦.

أربع، أعني: تبيّن زيادة المبيع أو نقصان الثمن الغائبين للبائع، وتبيّن زيادة الثمن أو نقصان المبيع كذلك للمشتري.

مورد خيار الرؤية

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيّة الغائبة.

والمراد من الغائبة: العين الخارجيّة الّتي لم تعرف حين البيع والشراء، سواء كان عدم معرفتها لبعدها عن المشتري أو البائع، أم لكونهما أعميين، أم لدخولها في ضمن أعيان أخر متشابهة وعدم إمكان تمييزها، لاتّحاد مناط الصحّة والخيار في جميع ذلك، فإنّ مناط الصحّة إمّا هو التعويل على إخبار البائع أو المشتري أو الأجنبي وتوصيفه للمال بأوصاف خاصّة، أو على الرؤية السابقة مع اليقين أو الوثوق ببقائه على تلك الأوصاف أو استصحاب بقائه عليها. ومن الواضح إمكان فرض بعض هذه الوجوه في تلك الصور.

ومناط الخيار وقوع البيع والشراء مبنيّاً على اتّصاف المال بتلك الأوصاف، إمّا باشتراط صريح أو اشتراط ضمنيّ نوعيّ عقلائيّ، مع تبيّن عدم اتّصافه بها حين وقوع المعاملة. ومن الواضح إمكان تحقّق ذلك أيضاً في تلك الصور.

والمراد من الشخصيّة: الموجودة في الخارج حين البيع، في مقابل بيع الكلّي في الذمّة وشرائه، سواء كان مصداقاً متميّزاً خارجيّاً في حدّ نفسه، وليست فيه جهة كلّية وإبهام توجب صحّة صدقه وانطباقه على الكثير، أم كانت له جهة إبهام وكلّية توجب قابليّة الصدق والانطباق على الكثير، كما

في بيع الكسر المشاع للمبيع الموجود في الخارج أو بيع مقدار منه بنحو الكلّي في المعيّن. وليس المراد منها الشخصيّ الخارجي غير القابل للانطباق على الكثير، في مقابل الكلّي في الذمّة والكلّي في المعيّن والكسر المشاع.

وذلك أيضاً لاشتراك الصور الثلاث في مناط الصحّة والخيار، غاية الأمر أنّ الإخبار والتوصيف أو الرؤية السابقة أو رؤية بعض المال وقياس الباقي عليه، وتبيّن الخلاف، لابدّ أن يفرض في نفس متعلّق البيع والشراء في الفرض الأوّل وفيما شاع فيه أو أضيف إليه في الفرضين الآخرين.

وهذا بخلاف بيع الكلّي في الذمّة وشرائه، لانحصار طريق صحّة بيعه في التوصيف، مع عدم تعقّل تبيّن الخلاف في نفس المبيع وهو الكلّي. وما يتصوّر فيه التخلّف ـ أعني: فقدانه للأوصاف المأخوذة في المبيع الكلّي ـ وهو المصداق الخارجي، ليس متعلّقاً للبيع والشراء كي يكون لزوم البيع بالنسبة إليه مخالفاً للشرط الضمنيّ أو موجباً للتضرّر، بل هو ما يتحقّق به الوفاء. فإن كان المفروض إمكان الوفاء بالفرد المطابق فللمشتري عدم قبول المصداق الفاقد، لعدم كونه ما به يتحقّق الوفاء. ولا موجب للخيار في نفس بيع الكلّي وشرائه، لأنّ لزوم بيعه لا يوجب تخلّف الشرط الضمنيّ ولا التضرّر. وإن كان المفروض تعذّر الفرد المنطبق فهو من تعذّر التسليم الموجب لفساد البيع، فلا وجه للصحّة والخيار.

اعتبار التوصيف في بيع العين الغائبة

ثمّ إنّ التحقيق أنّه يشترط في صحّة بيع العين الغائبة كونه بنحو يرتفع

معه الغرر عرفاً. ولا يكفي في ذلك مجرّد توصيف البائع، ولا التزامه بوجود أوصاف خاصّة فيه، بمعنى بيعه بشرط وجودها فيه، ولا مجرّد شرط الخيار في المعاملة، ولا مجرّد ثبوت الخيار شرعاً على تقدير تخلّف تلك الأوصاف، لوضوح أنّ صحّة الشرط ـ أيّ شرط كان ـ وكذلك ثبوت الخيار شرعاً، فرع صحّة البيع، والمفروض أنّ البيع غرريّ في نفسه، فلو توقّف ارتفاع الغرر وصحّة البيع على ثبوت الخيار شرعاً لدار.

بل لابدّ من الاتّكال في اتّصاف المال بالأوصاف ـ المفروضة دخالتها وجوداً وعدماً في زيادة القيمة ونقصانها ـ على طريق عقلائيّ يصحّ الاتّكال عليه، إمّا بتوصيف البائع وحصول القطع أو الاطمئنان من قوله، أو بتوصيف الأجنبيّ كذلك، أو برؤية المشتري ـ مثلاً ـ المبيع سابقاً مع علمه أو اطمئنانه ببقائه على ما كان عليه، أو اتّكاله في ذلك على الاستصحاب، أو على رؤية بعض المال واعتقاده ـ ولو بنحو الوثوق ـ اتّصاف باقي المال أيضاً بالأوصاف الّتي رآها في بعضه، لاشتراك الجميع في ارتفاع الغرر، بمعنى عدم كون المعاملة واقعة بجهالة تكون معها في معرض الخطر عند العرف والعقلاء. ولم يقم دليل على اعتبار إخبار البائع بأوصاف المبيع تعبّداً.

نعم، لو فرض قيام الدليل على ذلك ولو من جهة استظهاره من النصّ[1] الوارد في الاتّكال على إخبار البائع بالمقدار، من جهة إلغاء الخصوصيّة، مع البناء في المقيس عليه على اعتبار قوله شرعاً تعبّداً ولو لم يفد قوله الوثوق، لكان إخباره أيضاً من الطرق الّتي تصلح للتعويل

(١) راجع الوسائل ١٧: ٣٤٣ ب «٥» من أبواب عقد البيع وشروطه.

عليها، ويرتفع به الغرر لا محالة.

وقد اتّضح بذلك أنّ مجرّد توصيف البائع ـ مثلاً ـ للمال، أو تقييده بأوصاف وبيعه مقيّداً بها، أو اشتراطه ذلك، بمعنى بيع المال والالتزام بكونه متّصفاً بها بنحو الالتزام في الالتزام، كلّ ذلك صريحاً أو شرطاً ضمنيّاً بالنظر إلى ما هو المرتكز في أذهان العرف والعقلاء، فشيء من ذلك ممّا لا يصلح أن يرتفع به الغرر.

فلا محلّ لما صنعه الشيخ[1] العلّامة قدس سره من إيراد المناقشة وأنّه لا وجه لكون إخبار البائع وتوصيفه رافعاً للغرر وموجباً لصحّة البيع، إذ لولاه لكان الغرر من جهة احتمال عدم اتّصاف المال بالأوصاف الدخيلة في زيادة القيمة، ومع التوصيف يرتفع هذا الغرر، ولكن يتحقّق غرر آخر، وهو احتمال عدم وجود المبيع رأساً، لأنّ التوصيف مآله إلى التقييد وبيع المال المقيّد، وهو مشكوك الوجود، بل الغرر فيه أعظم من غرر تخلّف الأوصاف. ثمّ الجواب عن ذلك بمنع التقييد، وإرجاع التوصيف إلى الاشتراط بنحو الالتزام في الالتزام.

وذلك لما عرفت من أنّه مع عدم ما يصحّ الاتّكال عليه في وجود الأوصاف فالبيع غرريّ، سواء باع بلا توصيف أم معه، وسواء قصد التقييد أم الاشتراط. ومع وجود ما يصلح للاتّكال عليه، ولو كان هو قول البائع، لاعتباره تعبّداً أو لإفادته الوثوق، فالغرر مرتفع لا محالة عرفاً، سواء كان البيع والشراء بنحو التقييد أم بنحو الاشتراط. مع أنّ من الواضح أنّ تغيير

---

(١) المكاسب ٥: ٢٥٢.

العبارة أو تغيير القصد في بيع المال المفروض وجوده قطعاً، لا يوجب تغيير الواقع وانقلاب الغرر عن كونه غرر الأوصاف إلى كونه غرر أصل وجود المبيع، لوضوح أنّه ليس في مثل الفرض إلا غرر واحد هو غرر الأوصاف، وإرجاعه إلى غرر أصل وجود المبيع المقيّد بما هو مقيّد لايوجب حدوث غرر آخر غير غرر فرض الاشتراط، فضلاً عن كونه أعظم من غرر تخلّف الأوصاف على ما هو واضح.

ضابط ما يرتفع به الغرر في بيع العين الغائبة والمشاهدة وفي بيع السلم

ثمّ إنّا قد أسلفنا في مباحث شرائط العوضين أنّ النهي عن البيع الغرري أو عن مطلق الغرر، لا محالة منصرف إلى الغرر الّذي جرت عادة نوع العقلاء في معاملاتهم على التحرّز عنه، والمداقّة لاخراج المعاملة عن معرضيّتها له. فمع وجود مثل هذا الغرر تبطل المعاملة، سواء أقدم المتعاملان عليه أم لا. ولا يقاس بمسألة نفي الحكم بقاعدة لا ضرر.

وأمّا الغرر والخطر الّذي جرت عادة العقلاء بنوعهم على صرف النظر عنه وعدم الاعتناء بشأنه، والاقدام على المعاملة مع معرضيّتها له لجهة عقلائيّة في ذلك، كصعوبة التقدير بالوزن كما في التراب الكثير، أو لقلّة الخطر بحيث لا يعتنى بشأنه، كما في بيع الدهن القليل لتدهين المفتاح مثلاً، فالنهي عن الغرر شرعاً منصرف عنه، ولا دليل آخر على بطلان المعاملة فيه، ومقتضى العمومات والاطلاقات صحّتها.

هذا، والأوصاف الكماليّة الدخيلة في زيادة القيمة كثيرة، لما في بعض

الأموال من المزايا المعمولة في بواطنها كما في أسس الجدران، ولما في بعضها من الخصوصيّات الخلقيّة في أعضائها، كما في الحيوان الّذي تتفاوت قدرته على حمل الأحمال والسير، ولما في بعضها من القابليّة لصفات الكمال من العلم والخياطة وسائر الحرف والصنائع، كما في العبد والجارية. ولو كان البناء على المداقّة في تلك المزايا لأدّى ذلك إلى سدّ باب البيع والشراء فيها، لا بالتوصيف، لعسر استقصاء جميع الأوصاف بل تعذّره، سواء كان المال حاضراً أم غائباً، ولا بالمشاهدة، لعسر الاطّلاع على جميعها بل تعذّره، لعدم كونه من أهله أو لعدم الطريق إليه.

هذا في الأموال الشخصيّة الموجودة.

وأمّا الكلّيات في الذمم، فاستقصاء الأوصاف فيها متعذّرة، وذكر كلّ ما أمكن منها يوجب التضييق في الكلّي المبيع أو المشترى المؤدّي إلى عزّة الوجود المتعذّر معها التسليم نوعاً.

وبالجملة، المداقّة في الأوصاف توجب سدّ باب المعاملة. ولهذا قد جرت سيرة العقلاء في معاملاتهم على عدم الاعتناء بشأن الخطر المستند إلى الجهل بكثير من هذه الأوصاف حفظاً لنظام معاشهم. وجرت سيرتهم أيضاً في المقامات الثلاثة على الاعتناء بشأن الغرر الناشىء من الجهل بأوصاف خاصّة ـ في كلّ مال بحسبه ـ دخيلة في زيادة القيمة وقلّتها.

فما جرت سيرتهم على المداقّة فيه مع مشاهدة المال قد جرت سيرتهم على المداقّة فيه في بيع العين الغائبة بالإخبار والتوصيف بشرط صريح أو ضمني، وفي بيع الكلّي في الذمّة بالتوصيف والتقييد. فيتطابق

الغرر العرفيّ وما به يرتفع الغرر في المقامات الثلاثة. وحيث إنّ النهي عن الغرر منصرف إلى هذا ومنصرف عن الغرر الّذي لا يعتنى بشأنه عند العقلاء، فلا محيص عن القول بالصحّة في المقامات الثلاثة بمناط واحد، وبذلك ترتفع الاشكالات الثلاثة الّتي أشار إليها الشيخ[1] العلّامة قدس سره وتمحّل في الجواب عن بعضها.

لا وجه للبطلان في المسألة ولا للتخيير بين الفسخ والأرش

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ المشهور في المسألة ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء مجّاناً، وأنّ هذا مقتضى دلائل المسألة، حيث إنّ المفروض اجتماع جميع الشرائط المعتبرة في العقد والمتعاقدين والعوضين، فلا محيص عن شمول إطلاقات أدلّة صحّة البيع له. وغاية ما يقتضيه اشتراط الأوصاف صريحاً أو ضمنيّاً ليس إلا ما هو مدلوله الالتزامي المرتكز في الأذهان، وهو عدم كون التزام الشارط بمضمون المعاملة ـ الّذي هو أيضاً مدلول التزاميّ مرتكز في الأذهان ـ تحت سلطنة المشروط عليه، بل بقاؤه تحت سلطنة نفسه، ولا يقتضي ذلك سلطنة على إبقاء العقد وأخذ الأرش. كما أنّ غاية ما تقتضيه قاعدة نفي الضرر ليس إلا نفي اللزوم الحقّي ـ المفروض كونه مضرّاً للمشتري مثلاً ـ المساوق لثبوت الجواز الحقّي، أعني: الخيار، وأمّا استحقاق أخذ الأرش فلا تقتضيه القاعدة، إذ هذا من قبيل إثبات حكم لولاه لتضرّر المكلّف، وقد أسلفنا غير مرّة أنّ

---

(١) المكاسب ٥: ٢٤٩ ـ ٢٥٢.

القاعدة ليست من شأنها إثبات الحكم بل نفي الحكم الضرري.

هذا، كما أن مقتضى إطلاق صحيحة[١] جميل وعدم التعرّض فيها للأرش عدم ثبوت أزيد من الخيار بين الفسخ والامضاء، بمعنى جواز العقد جوازاً حقّياً. وأمّا الأرش فهو أمر ثابت بالتعبّد، فلا يقاس مطلق الأوصاف على وصف الصحّة. ولا وجه لما حكي عن الحلّي[٢] قدس سره من التخيير في المسألة بين الفسخ و أخذ الأرش، أي: استرداد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين قيمة المال واجداً للأوصاف وفاقداً لها.

القول بالبطلان في المسألة ضعيف لا وجه له

وأمّا القول ببطلان البيع، بمعنى عدم وقوعه صحيحاً فيما تبيّن تخلّف الأوصاف المقصودة، كما نسب إلى المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمراسم[٥]، فهو على تقدير تحقّقه وعدم إرادتهم من مردوديّة البيع كونه جائزاً وقابلاً للردّ ـ كما عبّر بذلك عن خيار الغبن في النهاية، وإن كان التعبير المنقول في المسألة عن[٦] بعضهم صريحاً في إرادة البطلان ـ ضعيف جدّاً.

ولا وجه لتقويته بما حكي عن الأردبيلي[٧] قدس سره من أنّ مرجع

---

(١) المتقدّمة في ص: ٣١١ ـ ٣١٢.

(٢) السرائر ٢: ٢٤٢.

(٣) المقنعة: ٥٩٤.

(٤) النهاية: ٣٩١.

(٥ و٦) المراسم: ١٨٠.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٨٣.

التوصيف إلى تقييد المبيع بالأوصاف، ومع تبيّن التخلّف فما وقع عليه العقد لم يكن موجوداً وما كان موجوداً لم يقع عليه العقد.

ولا بما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ مآل التوصيف وإن لم يكن إلى تقييد المبيع كي يكون حكم المسألة كحكم مالو باعه عبداً ـ مثلاً ـ فبان فرساً، إلا أنّ مرجعه لا محالة إلى إشتراط البيع ـ بمعنى الرضا بمضمون المعاملة ـ بذلك الشرط، أي: كون المبيع متّصفاً بتلك الأوصاف، ومع انتفاء الشرط لابدّ من انتفاء الالتزام المشروط به، فيخرج البيع عن كونه تجارة عن تراضٍ، فلابدّ من بطلانه.

وذلك لأنّ الأوصاف في الأموال على طائفتين:

فمنها: ما هو داخل في حقيقة المال النوعيّة ومقوّم لها عرفاً، بحيث لو تخلّف لم يتحقّق، وما تحقّق لم يكن مقصوداً، كما في عنوان العبد والفرس والحنطة والشعير ونحوها.

ومنها: ما هو خارج عن حقيقته النوعيّة، وإنّما هو من أوصاف كمال الشيء بعنوانه الخاصّ، بحيث لو تخلّف لصدق أنّه موجود بذلك العنوان ولكنّه مع نقيصة في أوصافه، كما هو الشأن في وصف الصحّة وسائر الأوصاف الكماليّة الدخيلة في زيادة قيمة المال.

والمرتكز في أذهان العقلاء في معاملاتهم أنّ الطائفة الأولى من الأوصاف منظورة بنحو وحدة المطلوب، بمعنى دوران الرضا بالمعاملة مدار تحقّقها وانتفاؤه بانتفائها، سواء أخذت تلك الأوصاف في المعاملة

(١) المكاسب ٥: ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

بنحو التقييد أم الاشتراط.

والطائفة الثانية منظورة بنحو تعدّد المطلوب والالتزام في الالتزام، بمعنى دوران الرضا بالمعاملة مدار تحقّق عنوان المال، ودوران الالتزام بها ـ الّذي هو مدلول التزامي في العقود اللازمة ـ مدار تحقّق تلك الأوصاف. والالتزام الثاني معلّق على الالتزام الأوّل وعلى تحقّق المعاملة، ولذا يبطل الشرط ـ صريحاً كان أو ضمنيّاً ـ ببطلان المعاملة. كما أنّ الالتزام الأوّل أيضاً معلّق على الالتزام الثاني، ولذا يكون له الخيار بتخلّف الأوصاف والشروط. وأمّا الرضا بأصل المضمون فليس معلّقاً على ذلك الالتزام الّذي هو في الحقيقة التزام بالكمال لا بأصل المطلوب. من غير فرق في ذلك أيضاً بين ما إذا أخذت تلك الأوصاف في المعاملة بنحو التقييد أو الاشتراط. وأمّا ضابط تشخيص الطائفتين من الأوصاف فهو موكول إلى نظر العرف لا محالة.

خيار الرؤية فوريّ

مسألة: الأكثر على أنّ خيار الرؤية فوريّ، ونسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة[1] أنّه لا خلاف فيه بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتدّاً بامتداد المجلس الّذي وقعت فيه الرؤية.

وكيف كان،فهذا هو الأقوى. وتقريب الاستدلال عليه عين ما تقدّم من الاستدلال على فوريّة خيار الغبن،مع إمكان دعوى ظهور صحيحة جميل

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١٠: ٥٩ مسألة (٣٢).

في كون زمن الرؤية هو زمن ثبوت الخيار. ولو منع من ظهورها في ذلك، فلا أقلّ من إشعارها به. ولو منع من ذلك أيضاً فلا أقلّ من إجمالها، وعدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة، فلا محلّ للتمسّك باطلاقها وإثبات التراخي.وقد تقدّم في بعض الخيارات السابقةأنّ الظاهر ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ من النصوص المثبتة للخيار أنّ مناط إثباته ليس إلا كون لزوم العقد ضرريّاً، فالموضوع فيها عين الموضوع في أدلّة نفي الضرر، فلا محلّ للتمسّك باطلاقها أو استصحاب الخيار على فرض إجمالها.

مسقطات خيار الرؤية

مسألة: يسقط هذا الخيار بتأخير الفسخ وترك المبادرة إليه عرفاً. وباسقاطه بعد الرؤية بلا إشكال، لفعليّة الخيار، ولكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه، وهذا ما يقتضيه طبع الحقّ بمعناه العرفي القابل للإعراض. وبالتصرّف بعدها بما من شأنه أن يصدر من المالك، لأنّه إمضاء عرفيّ للعقد، أي: أنّه إعمال للخيار بالامضاء.

وظاهر قوله عليه السلام في النصّ الوارد في خيار الحيوان: «فذلك رضا منه فلا شرط»[1] أيضاً ذلك، فإنّ هذا الحكم وإن كان لا يخلو عن كونه تعبّداً، نظراً إلى عدم اعتبار قصد المتصرّف إنشاء الامضاء أو الإسقاط، إلا أنّه حكم على وفق القاعدة ويطّرد في جميع الخيارات، نظراً إلى ضعف احتمال أن يكون الحكم بذلك من خصوصيّات كون المبيع حيواناً أو

(١) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح١.

الخيار خيار الحيوان. ولذا قد تعدّى الأصحاب قدس سرهم عن مورد النصّ، وبنوا على كون التصرّف مسقطاً في مطلق الخيار. بل كما بنوا على كون التصرّف من ذي الخيار فيما انتقل إليه إمضاءً للعقد ومسقطاً للخيار، كذلك بنوا على كون التصرّف منه فيما انتقل عنه فسخاً للعقد ومعدماً لموضوع الخيار.

وأمّا إسقاطه قولاً قبل الرؤية، فبناءً على كون موضوع الخيار هو كون الأوصاف منتفية حين العقد سواء تبيّن ذلك أم لم يتبيّن، وأنّ الرؤية ليست موضوعاً ولا جزء موضوع له، وإنّما هي سبب لانكشاف تحقّق موضوع الخيار، كما هو الظاهر على ما تقدّم في خيار الغبن وسيأتي في خيار العيب، فيكون إسقاطه قبلها خالياً عن محذور أنّه إسقاط لما لم يتحقّق، ولكنّه لا يخلص عن إشكال أنّه إسقاط لما لم يعلم بتحقّقه المحوج إلى التعليق على الثبوت، أي: إسقاط له على تقدير ثبوته في الواقع. وقد تقدّم في الخيارات السابقة أنّ هذا الاشكال سهل الاندفاع، نظراً إلى أنّ تعليق الشيء على ما هو معلّق عليه في نفسه ـ كتعليق الطلاق على الزوجيّة والبيع على المالكيّة ونحو ذلك ـ لا يضرّ بصحّة العقود والايقاعات، سيّما في مثل الاسقاط الّذي حقيقته هو الاعراض ورفع اليد. مع أنّه لو سلّم الاشكال من جهة شبهة الاجماع، فالمتيقّن منه هو التعليق في اللفظ، وأمّا إذا لم يكن في اللفظ مع العلم بكونه معلّقاً عليه في الواقع، فالاجماع على إبطاله ممنوع جدّاً.

وأمّا بناءً على عدم ثبوت الخيار في الواقع إلا من حين الرؤية، سواء قلنا إنّها سبب للخيار أم شرط له، نظراً إلى أنّ المقتضي للخيار هو العقد،

فهي شرط له كما استظهره الشيخ[١] العلّامة قدس سره، فإسقاطه قبل الرؤية محلّ الاشكال من الجهتين. وقد تقدّم في بعض الخيارات السابقة أنّ بناء الشيخ العلّامة قدس سره على دفع الاشكال بكفاية وجود المقتضي للخيار في صحّة إسقاطه. وقد تقدّم أنّ هذا لا يرجع إلى محصّل مالم يرجع إلى ما ذكرناه من صحّة رفع اليد عن الحقوق مثل الخيار، وصحّة إسقاطها بمجرّد معرضيّة العقد لثبوته، وصحّة الاسقاط نظراً إلى موطن ثبوته ومعلّقاً على تقدير ثبوته، ولا مانع من صحّة ذلك بوجه.

هذا، مضافاً إلى أنّ مثل هذا الخيار ممّا هو معلول للشرط الصريح أو الضمني لا مانع من إسقاطه باسقاط منشأ ثبوته، أعني: الشرط. ولاخفاء في أنّ حقّ الشرط حقّ فعليّ ثابت بمجرّد العقد، فلا مانع من إسقاطه، وبسقوطه يسقط الخيار لا محالة.

هذا، وأمّا التصرّف قبل الرؤية بما كان يسقط الخيار به لو كان واقعاً بعد الرؤية والعلم بالخيار، فالتحقيق عدم إسقاطه الخيار، لما عرفت من أنّ مناط مسقطيّة التصرّف كونه إمضاءً عمليّاً للعقد عرفاً، لكونه تصرّفاً من المالك مع إحرازه المالكيّة، ومن الواضح أنّ هذا لايكون إلا مع العلم بالخيار، وأمّا مع الغفلة عنه ـ للغفلة عن تحقّق منشئه، أو احتماله على وجه ضعيف لا يعتنى به، لعلمه أو اطمئنانه بوجود الأوصاف أو تعويله على الاستصحاب كما هو المفروض في بيع العين الغائبة ـ فلاخفاء في أنّه لا يصدق عليه ذلك العنوان، أعني: كونه إعمالاً للخيار بالامضاء،

(١) المكاسب ٥: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

لابتناء التصرّف على زعم عدم الخيار واستقرار المالكيّة، بحيث لوكان الخيار محتملاً على وجه يعتنى به عند العقلاء لم يتصرّف فيه.

نعم، بناءًعلى كون التصرّف مسقطاً تعبّدياً، والتعدّي مع ذلك عن مورد النصّ، كان اللازم القول بسقوط الخيار بذلك. كما أنّه بناءً على أنّ مناط المسقطيّة كونه ممّا قصد به إنشاء الإسقاط،كان اللازم بناء الحكم فيه على صحّةالإسقاط القولي قبل الرؤية وعدمها. ولكن عرفت فساد كلا المبنيين.

هذا، وأمّا شرط سقوط هذا الخيار في ضمن العقد، فربما يقال: إنّه يبطل الشرط ويصحّ العقد، ويبقى الخيار على حاله، نظراً إلى عدم صحّة إسقاط الخيار قبل الرؤية لا قولاً ولا فعلاً، ولا شرط سقوطه في ضمن العقد، لاشتراك الجميع في كونه إسقاطاً لمالم يتحقّق ولم يعلم تحقّقه، فيفسد الشرط. وحيث إنّ الحقّ عدم إفساد الشرط الفاسد العقد، فلابدّ من صحّة العقد وبقاء الخيار.

ولكن قد عرفت ضعف هذا الوجه وصحّة الاسقاط القولي قبل الرؤية. بل قد عرفت أنّ مرجع إسقاطه في ضمن العقد إلى رفع اليد عن حقّ الشرط الضمني الثابت.

وربما يقال بفساد الشرط والعقد، كما حكي عن جامع[1] المقاصد، نظراً إلى أنّ الرافع للغرر في هذا البيع هو ثبوت الخيار على تقدير تخلّف الأوصاف، فشرط عدمه لا محالة يكون معيداً للغرر، فيبطل البيع، ويبطل الشرط ببطلانه، سواء قلنا بافساد الشرط الفاسد للعقد أم لا، لوضوح أنّ

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

ذلك الخلاف إنّما هو في الشروط الفاسدة الّتي لا يوجب اشتراطها شيئاً من شرائط صحّة أصل المعاملة كعدم كونه غرريّاً في محلّ الكلام.

والاشكال على هذا التعليل واضح، لما عرفت مراراً من أنّ ثبوت الخيار فرع صحّة البيع في نفسه، فلو توقّفت صحّة البيع وارتفاع الغرر على ثبوت الخيار لدار. فليس الخيار في هذا البيع رافعاً للغرر عرفاً كي يكون اشتراط عدمه معيداً له.

وربما يقال بالتفصيل: بأنّه إن كان المشتري قد أقدم على الشراء اتّكالاً على رؤيته السابقة للمال وزعم بقاء أوصافه أو استصحابه لها، أو اتّكالاً على قول ثالث أفاده العلم أو الوثوق، أو على رؤية بعض المال وزعم كون مالم يره منه متّصفاً بأوصاف ما رآه ونحو ذلك، فالرافع للغرر في مثله ليس هو اشتراط وجود تلك الأوصاف والتزام البائع بها، بل الرافع له هو ما اتّكل في إقدامه عليه، فلا منافات بين ارتفاع الغرر وشرط عدم الخيار الّذي مرجعه إلى اشتراط عدم التزام البائع بتلك الأوصاف. فتكون حاله كحال شراء المال اتّكالاً على أصالة السلامة مع تبرّي البائع عن العيوب الموجبة للخيار.

وأمّا إن كان المشتري قد أقدم على الشراء اتّكالاً على توصيف البائع والتزامه بوجود تلك الأوصاف، فالرافع للغرر في الحقيقة هو نفس اشتراط تلك الأوصاف، بمعنى التزام البائع بوجودها، فلو شرط عدم الخيار فهو بمعنى شرط عدم التزام البائع بها، وهما متنافيان لا محالة، فلا محيص عن

عود الغرر وبطلان البيع والشرط معاً. وهذا هو الّذي قوّاه الشيخ[١] العلّامة قدس سره في المسألة.

ولكنّ التحقيق ـ كما عرفت فيما مرّ ـ أنّ الرافع للغرر ليس هو نفس إخبار البائع وتوصيفه ولا التزامه بما أخبر به، بل الرافع له هو العلم والاطمئنان الحاصل من قوله كالعلم أو الاطمئنان الحاصل من قول غيره. فلا منافات بين ارتفاع الغرر وإسقاط الخيار، بمعنى شرط عدم ثبوته على تقدير تخلّف الأوصاف الّذي هو احتمال ضعيف على خلاف الحجّة الموجودة.

فالتحقيق أنّ الاشكال في صحّة شرط سقوط الخيار في ضمن العقد ضعيف جدّاً.

بذل التفاوت لايوجب سقوط الخيار

مسألة: لو بذل البائع التفاوت بين قيمتي العين متّصفة بالأوصاف وفاقدة لها، أو بذل عيناً أخرى واجدة للأوصاف بدلاً عنها، فإن رضي المشتري بذلك فهو إسقاط للخيار، لوضوح أنّ قبوله لأخذ التفاوت ـ المفروض أنّه إنّما بذل بداعي أن لا يفسخ البيع ـ ظاهر في إمضاء البيع وإسقاط الخيار. كما أنّ رضاه بأخذ البدل تصرّف منه فيما انتقل إليه، وقد تقدّم أنّه مسقط للخيار. ومن الواضح أنّه لا فرق في التصرّف بالإخراج عن الملك بين نقله إلى البائع وإلى الأجنبي.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٢.

نعم، لوكان البذل بقصد أن يكون العقد واقعاً على العين الفاقدة للأوصاف، أو كان إعطاء البدل بقصد أن يكون العقد واقعاً عليه، بحيث لا يكون العقد الأوّل خيارياً في الفرضين، فالبذل والقبول بهذا القصد باطلان لا محالة، لأنّ ما وقع لا ينقلب عمّا وقع عليه بذلك القصد اللاحق، فيبطل البذل والقبول، ويبقى الخيار على حاله.

وكيف كان، فلولم يرض المشتري بما بذله البائع في الفرضين، لا وجه لوجوب القبول عليه، إذ المفروض أنّ لزوم العقد ضرريّ ومرفوع بأدلّة نفيه. ومجرّد إمكان تدارك الضرر بما بذله البائع مع حرمانه عن اتّصاف المبيع بالأوصاف لايوجب خروج العقد عن كونه ضرريّاً من حيث لزومه. وعدم قبول ما بذله البائع ليس إقداماً منه على الضرر، لامكان تخلّصه منه بفسخ البيع، كما أنّ رضاه بما بذله لايوجب خروج العقد عن كونه ضرريّاً، وإنّما يوجب سقوط خياره.

هذا كلّه بناءً على الاستناد في إثبات الخيار إلى الاشتراط الضمني وقاعدة نفي الضرر. وأمّا بناءً على كونه حكماً تعبّدياً مستفاداً من صحيحة جميل المتقدّمة[1] فالأمر واضح، حيث إنّ إطلاقها رافع لاحتمال عدم ثبوت الخيار رأساً أو سقوطه بعد ثبوته بمجرّد بذل البائع.

شرط بذل التفاوت في ضمن العقد

ولو شرطا في ضمن العقد بذل التفاوت على تقدير تخلّف الأوصاف.

---

(١) في ص: ٣١١ ـ ٣١٢.

فإن كان بنحو شرط النتيجة، بمعنى بدليّة قيمة الوصف عنه قهراً بمقتضى الشرط، وكأنّ العقد وقع على العين مشروطاً بالأعمّ من وصفها وبدله، كي لايكون العقد خياريّاً في صورة التخلّف، فالشرط باطل، لكونه مخالفاً للكتاب والسنّة، حيث إنّه مشرّع لبدليّة الغرامة عن الوصف من حيث تعلّق العقد به وكونه جزءً للمبيع، فيفسد الشرط، ويبقى العقد على صحّته والخيار على حاله.

وإن كان بنحو شرط الفعل، فإن كان الشرط من المشتري على البائع، فيصحّ الشرط ويجب الوفاء به. ولكنّه لاينافي الخيار، بل للمشتري إمضاء العقد وقبول ما يبذله البائع عند تبيّن التخلّف،أو إمضاء العقد مجّاناً،أو فسخه.

وإن كان الشرط من الجانبين، فهو بمعنى شرط سقوط الخيار في ضمن العقد وعدم سلطنة المشتري إلا على أخذ الغرامة. وقد تقدّم صحّة شرط سقوط الخيار في ضمن العقد، وأنّه لا يوجب صيرورة البيع غرريّاً. ولازم ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره عدم صحّة الشرط، لتنافيه مع التزام البائع بالأوصاف الّذي هو رافع الغرر.

شرط الإبدال في ضمن العقد بنحو شرط النتيجة

ولو شرطا في ضمن العقد بنحو شرط النتيجة إبدال المبيع لو ظهر على خلاف الوصف، فسواء أريد بدليّته عن المبيع في المبيعيّة، أي: وقوعه بإزاء الثمن ووقوع المبادلة بينهما بعد انفساخ البيع الأوّل، أم أريد بقاء البيع الأوّل على حاله وبدليّته عنه بمعاوضة أخرى قهريّة، فالشرط

فاسد لايجب الوفاء به، لما تقدّم من كونه مشرّعاً لما لا يشرع إلّا بأسباب وصيغ خاصّة، من انفساخ العقد الأوّل وانعقاد الثاني في الفرض الأوّل، وانعقاد العقد الثاني في الفرض الثاني. وعموم وجوب الوفاء بالشرط المتكفّل للحكم الكبروي ـ أعني: وجوب الوفاء ـ قاصر عن إثبات موضوع الحكم، أعني: كون ما اشترط ممّا يشرع شرعاً بأيّ سبب وأيّة صيغة، بل لابدّ من إحراز تحقّق هذا القيد للموضوع بدليل آخر غير دليل وجوب الوفاء بعد تقيّده القطعي بعدم كونه مخالفاً للمشروع ومشرّعاً لمالم يثبت كونه مشروعاً. وهذا المقدار يكفي في فساد الشرط.

وأمّا مسألة اشتمال الشرط على التعليق، أعني: كون الانفساخ والانعقاد في الفرض الأوّل والانعقاد في الفرض الثاني معلّقاً على أمر مشكوك، وهو تخلّف الأوصاف، فالأمر فيه هيّن، لوضوح صحّة الشرط المعلّق ووجوب الوفاء به في غير المقام كثيراً. ومجرّد كون نتيجة الشرط في محلّ الكلام مضموناً لايقاع وعقد معاوضة لايوجب القطع بلحوقه بالإيقاعات والعقود الّتي يكون التعليق مبطلاً لها بالاجماع، لأنّ الاجماع دليل لبّي، فلا محالة يكون القدر المتيقّن منه نفس العقود والايقاعات لا مطلق ما يكون منتجاً لتحقّق مضامينها.

هذا، كما أنّ مسألة اشتمال المعاوضة الثانية على الغرر، للجهل بكون العين واجدة للأوصاف أيضاً أمر سهل الاندفاع، لأنّ الغرر إنّما يكون لوكان المفروض إرادة المعاوضة بين المبيع والبدل مطلقا، أي: سواء كان واجداً للأوصاف أم لا، وأمّا مع إرادة المعاوضة بينهما على ما هو في الواقع ونفس الأمر فلا غرر في البين.

فساد الشرط وعدم كونه مفسداً للعقد

ثمّ إنّ التحقيق ـ على ما تقدّم ـ فساد الشرط وبقاء العقد على صحّته، للاتّكال في رفع الغرر على ما يصلح للاتّكال عليه، ولا ينافي الشرط المعلّق على احتمال ضعيف لا يعتنى به عند العقلاء في مقام المعاوضة.

ولكنّ الشيخ[1] العلّامة قدس سره بنى على إفساد الشرط للبيع. وكأنّه قدس سره استظهره من عبارة الشهيد[2] قدس سره. وذلك لا لأجل كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، لكونه خلاف التحقيق عنده قدس سره، بل لكون الشرط منافياً لالتزام البائع بالأوصاف، وموجباً لصيرورة البيع غرريّاً.

ثمّ إنّه لو أغمض عمّا تقدّم وبني على صحّة الشرط ووجوب الوفاء به، فهل يوجب ذلك سقوط الخيار، أو لا منافاة بينه وبين بقاء الخيار؟ الحقّ هو الأوّل، للتلازم القهري بين الشرط وسقوط الخيار.

أمّا في الفرض الأوّل، فلأنّه إمّا أن يكون المبيع واجداً للأوصاف فلا خيار، لعدم الموجب له. وإمّا أن يكون فاقداً لها، فلا محيص عن انفساخ العقد الأوّل قهراً، فلا عقد على الفاقد كي يكون فيه الخيار. والمعاوضة الثانية لازمة، لعدم الموجب للخيار فيها على الفرض.

وأمّا في الفرض الثاني، فلأنّ نقل المشتري المبيع إلى البائع في مقابل البدل تصرّف منه فيما انتقل إليه وموجب لسقوط خياره في المعاوضة الأولى، غاية الأمر أنشأ التصرّف حين العقد بلسان الشرط معلّقاً على

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٤.

(٢) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٧٦.

تقدير تخلّف الأوصاف، وهذا لايوجب فرقاً في المناط الموجب لكون التصرّف مسقطاً لخيار المتصرّف.

هذا كلّه لوكان شرط الإبدال بنحو شرط النتيجة.

شرط الإبدال في ضمن العقد بنحو شرط الفعل

وأمّا إن كان شرط الإبدال بنحو شرط الفعل، فسواء شرط فسخ المعاوضة الأولى وإيقاع معاوضة جديدة بين الثمن والبدل، أم شرط إيقاع معاوضة أخرى بين العين الفاقدة والعين الواجدة، فلا ينبغي الاشكال في صحّة الشرط ووجوب الوفاء به، وعدم كون الشرط موجباً لصيرورة البيع الأوّل غرريّاً.

وأمّا سقوط الخيار أو بقاؤه مع الشرط، فالحقّ فيه هو التفصيل المتقدّم[1] في شرط بذل التفاوت وأنّه إن كان الشرط على البائع فقط فلا ينافي الخيار، ولايجب على المشتري القبول. نعم، لو قبل يسقط خياره لا محالة، إمّا لتحقّق فسخ العقد كما في الفرض الأوّل، أو لتحقّق التصرّف كما في الفرض الثاني.

وإن كان الشرط عليهما، فهو ملازم لإسقاط المشتري خياره على ما هو واضح.

ثبوت خيار الرؤية في غير البيع من عقود المعاوضات

مسألة: بناءً على كون خيار الرؤية تعبّدياً قد ثبت في خصوص بيع

---

(١) في ص: ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

العين الغائبة بالاجماع والنصّ ـ وهي صحيحة جميل المتقدّمة[١] ـ فلا وجه للتعدّي عن مورده إلى سائر العقود، كإجارة العين الغائبة أو المصالح عليها ونحو ذلك.

وأمّا بناءً على كونه مقتضى القاعدة، نظراً إلى الاشتراط الضمنيّ النوعيّ المقتضي عرفاً لارتباط المدلول الالتزاميّ للعقد ـ أعني: الالتزام بالمضمون وجعله تحت سلطنةالآخر ـ بسلامةما اشترط في العقد صريحاً أو ضمنيّاً، وإلا فالتزامه باقٍ تحت سلطنة نفسه. ونظراً إلى ضرريّة لزوم العقد الواقع بهذا الاشتراط الصريح أو الضمني عند تخلّف مااشترط، وكونه مرفوعاً بأدلّة نفي الضرر، وأنّ الصحيحة متكفّلة للحكم المطابق للقاعدة، ومتعرّضة لحكم بعض مصاديق القاعدة ـ أعني: البيع ـ لا لخصوصيّة فيه، بل لكونه محلّ حاجة السائل أو المخاطب أو محلّ ابتلائه.

فلا محيص عن التعدّي وإثبات الخيار في كلّ عقد يقع على العين الغائبة مبنيّاً على اتّصافها بأوصاف خاصّة مع ظهور الخلاف، سواء كان بيعاً أم إجارة أم صلحاً. وقد مرّ أنّ هذا هو الحقّ. والظاهر تسالم الأصحاب عليه واستظهاره من النصّ الوارد في البيع. ولذا تراهم يحكمون بالخيار في تلك الفروض بلا تردّد، كما نسبه إليهم السيّد[٢] الطباطبائي قدس سره.

هذا، وقد أفاد الشيخ[٣] العلّامة قدس سره في المقام أنّ الأمر دائر بين ثلاثة:

---

(١) في ص: ٣١١ ـ ٣١٢.

(٢) حاشية المكاسب للسيّد الطباطبائي ٢: ٦٣.

(٣) المكاسب ٥: ٢٦٦.

بطلان العقود على تقدير ظهور الخلاف ـ نظراً إلى ما تقدّم[1] عن الأردبيلي من كون متعلّق العقد مقيّداً بالأوصاف، ومع التخلّف فما وقع عليه العقد لم يكن موجوداً وما كان موجوداً لم يقع عليه العقد ـ أو صحّتها ولزومها، أو صحّتها مع الخيار.

والأوّل احتمال باطل، أي: مقطوع بعدمه، لمخالفته لطريقة الأصحاب في موارد تخلّف الشروط والأوصاف والأجزاء.

والثاني باطل أيضاً، لأنّ دليل اللزوم ـ وهو وجوب الوفاء بالعقد ـ لا يقتضي إلا وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، والوفاء بالعقد فيما كان متعلّقه فاقداً للأوصاف ليس وفاءً بذلك العقد، بل هو وفاء بعقد لم يقع. فتعيّن الاحتمال الثالث.

هذا، ولكن ما أفادهقدس سره لا يصلح للتعويل عليه في إثبات الخيار في تلك العقود،لوضوح أنّه لو سلم ما أفاده من التشقيق من المناقشات، فغاية ما يفيده هو القطع ببطلان الاحتمال الأوّل، استناداً إلى الاجماع المستظهر، ويبقى الأمر دائراً بين الصحّة واللزوم والصحّة مع الخيار، ومجرّد عدم إمكان التمسّك بأدلّة اللزوم لا يزيل الشكّ، ولا يفيد العلم بعدم اللزوم وثبوت الجواز، كما أنّ انتفاء ما يستند إليه في إثبات الخيار في هذه الفروض لايزيل الشكّ، ولا يفيد العلم بثبوت الخيار وانتفاء اللزوم.

هذا، مع ما يرد على تشقيقهقدس سره:

أوّلاً: أنّ ما أفاده من إبطال الشقّ الأوّل مناقض لما أفاده من إبطال

---

(١) في ص: ٣٢٥.

الشقّ الثاني، لابتناء الأوّل على نفي التقييد وإرجاع الشرط إلى الالتزام في الالتزام، كما هو المستظهر من طريقة الأصحاب، وابتناء الثاني على فرض التقيّد على ما هو واضح.

وثانياً: أنّ العمومات المثبتة للّزوم لا تنحصر في عموم وجوب الوفاء بالعقود، فغاية ما في الباب عدم إمكان التمسّك بتلك الآية، ولا مانع من التمسّك بسائر العمومات الّتي اعترف قدس سره بتماميّة دلالتها على اللزوم، كقوله تعالى: ﴿لَاتَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[1] وقوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون على أموالهم»[2] و«لايحلّ مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه»[3] ونحوها.

ولو سلّم عدم صحّة التمسّك بالعمومات، فغاية مافي الباب انتفاء الدليل الاجتهادي على إثبات اللزوم، فلابدّ من الرجوع إلى الأصل العملي، وليس هو إلا استصحاب بقاء العقد، وعدم زواله بمجرّد فسخ الفاسخ بدون رضا الآخر، ومعه فأنّى يمكن إثبات الجواز والخيار؟

اختلاف البائع والمشتري في ثبوت خيار الرؤية

مسألة: لو اختلف المتعاقدان، فقال البائع: لاخيار في العقد، وقال المشتري: لي الخيار فيه، فللمسألة حسب اختلاف منشأ التنازع صور عديدة، قد فصّلنا القول فيما قيل أو ينبغي أن يقال فيها في شرائط

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢ و٣) غوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩ و٩٨.

العوضين في ذيل مسألة شراء العين المشاهدة سابقاً، فليراجع إليها.

وملخّص المقال في الفرض الّذي فرضه الشيخ[١] العلّامة قدس سره ـ من دعوى البائع أنّ الأوصاف لم تختلف وأنّ البيع وقع على هذه الأوصاف الموجودة، ودعوى المشتري اختلافها وأنّ البيع وقع على أوصاف مفقودة فعلاً ـ: أنّ أصالة البراءة عن اشتغال الذمّة بالثمن غير جارية قطعاً، للقطع بصحّة البيع على الفرض واتّفاقهما عليها، ولازمها اشتغال ذمّة المشتري بالثمن فيما كان كلّياً، وكون ما بذله ثمناً ملكاً للبائع ـ سواء كان بيده أم بيد المشتري ـ فيما كان شخصيّاً.

وأمّا أصالة البراءة عن اشتغال الذمّة بوجوب تسليم الثمن على المشتري ـ بناءً على عدم وجوب تسليم ما انتقل عن ذي الخيار إلى من عليه الخيار في زمن الخيار، ولو فرض تسلّمه ما انتقل إليه ـ فإنّها وإن كانت جارية في نفسها، ولكنّها أصل حكميّ محكوم للأصول الموضوعيّة لوكان شيء منها جارياً، سواء كان على وفقها أم على خلافها. مضافاً إلى أنّها جارية في الشكّ المسبّب، فلا محالة تكون محكومة للأصل السببي لوكان له مجرى، سواء كان على وفقها أم على خلافها.

هذا، وقد عرفت فيما مرّ أنّ الأوصاف المأخوذة في العوضين ـ سواء كان باشتراط صريح أم باشتراط ضمنيّ، وسواء كان بلسان الشرط أم بلسان التقييد والتوصيف ـ حالها كالشرائط الأجنبيّة عن العوضين، في أنّ اعتبارها في العقد بحسب الارتكاز النوعيّ العقلائي إنّما هو بنحو تعدّد

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧.

المطلوب، والتزام آخر مربوط بالالتزام بأصل مضمون العقد بالنسبة إلى أصل العوضين. فالشكّ في وجوب التسليم على المشتري لا محالة مسبّب عن الشكّ في ثبوت الخيار له، وهو مسبّب عن الشكّ في تحقّق التزام زائد من البائع وراء الالتزام بالعقد بالنظر إلى المبادلة بين العوضين، وهو مسبوق بالعدم، فيستصحب عدمه، فينتفي به موضوع الخيار، ويلغو الشكّ في وجوب التسليم.

وبعبارة واضحة: العمومات دالّة على اللزوم ووجوب الوفاء بكلّ عقد، وهي مخصّصة قطعاً بما إذا كان العقد متضمّناً لالتزام آخر مربوط بالالتزام بالعقد، والعقد المفروض يحتمل كونه مصداقاً للمخصّص أو لما بقي تحت العمومات. واستصحاب عدم الالتزام الزائد أصل موضوعيّ يدفع به احتمال كون العقد المفروض مصداقاً للمخصّص، فلا محالة يثبت له حكم العامّ، وهو اللزوم. وموضوع الخيار أمر مركّب من العقد والالتزام الآخر المبنيّ عليه،ومع إحراز عدم الجزء الثاني لا محالة يتحقّق موضوع اللزوم، وهو أمر مركّب من العقد وعدم التزام آخر مبنيّ عليه، لا أنّ الموضوع هو العقد متّصفاً بأنّه ممّا لم يتحقّق التزام آخر مبنيّ عليه حتّى يتوهّم إثبات الأصل المذكور. وهو واضح، إذ لا وجه ولا دليل على دخالة الاتّصاف بالوجود في موضوع الخيار والاتّصاف بالعدم في موضوع اللزوم.

ولو أغمضنا عن ذلك، وسلّمنا أنّ العقد مع اشتراط الأوصاف في العوضين يقع بعنوان التقييد، وهذا يغيّر الواقع، ويوجب كون ما هو كمال

للعوضين مقوّماً لهما بحسب الارتكاز النوعي، كما أفاده الشيخ[١] العلّامة قدس سره على ما يتحصّل من كلامه، فغاية الأمر بعد العلم بتخصيص العمومات المقتضية للّزوم يتعنون موضوع الخيار ـ الّذي هو مفاد المخصّص ـ بعنوان كون العقد واقعاً على المقيّد بالأوصاف الكماليّة المفقودة، ويتعنون الباقي تحت العمومات بعنوان كون العقد واقعاً على المال بارساله وإطلاقه أو المال المقيّد بالأوصاف الناقصة الموجودة، فيكون العقد مشتبهاً يتردّد أمره بين العنوانين. ومع العلم الاجمالي بوقوع العقد وتردّده بين العنوانين، لا مجرى للاستصحاب بمفاد «كان» أو «ليس» الناقصتين. وهو واضح. واستصحاب العدم بمفاد «ليس» التامّة يجري في كلّ منهما، فيتعارضان ويتساقطان.

ولا نرى وجهاً لجريان استصحاب عدم وقوع العقد على المقيّد بالأوصاف المفقودة الدافع لاحتمال تحقّق موضوع الخيار بلا حاجة إلى لسان الاثبات، وعدم جريان استصحاب عدم وقوعه على المقيّد بالأوصاف الموجودة أو على المرسل، لاحتياجه إلى لسان الإثبات، لوضوح أنّه مع تضادّ الموضوعين ـ كما هو المفروض ـ فاستصحاب عدم كلّ منهما لا يثبت تحقّق الآخر إلا بلسان الإثبات. ومع سقوط هذه الأصول الموضوعيّة لا محالة لا يمكن التمسّك بالعمومات والدليل المخصّص، فتصل النوبة إلى أصالة اللزوم بمفاد الأصل العملي، أعني: استصحاب بقاء العقد مع فسخ المشتري، وهو يوافق قول البائع المدّعي

(١) المكاسب ٥: ٢٦٨.

للّزوم. فتحصّل: أنّ القول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري إثبات كون العقد مصداقاً للمخصّص.

لو باع أذرعاً منسوجة من الثوب مع أذرع غير منسوجة

مسألة: لو باع أذرعاً معلومة من ثوب منسوج مع أذرع من ذلك الثوب غير منسوجة على أن تنسج على ذلك المنوال، فإن كان المقصود من الضميمة ما سيوجد بعد البيع، نظير ما إذا باع بيضاً موجوداً من دجاجة مع ما تبيضه غداً ـ مثلاً ـ فالظاهر بطلان البيع في الضميمة، إذ هو من بيع المعدوم، وليس ذلك أمراً متعارفاً في طريقة العقلاء ولا معهوداً من طريقة الشارع. ومعه يشكل شمول إطلاق أدلّة إمضاء البيع لمثله، لانصرافها إلى ما هو المتعارف عند العقلاء.

ولا يقاس ذلك ببيع الكلّي في الذمّة مستقلاً أو مع الضميمة، فإنّ الكلّيات بمفاهيمها الكلّية وإن لم تكن قابلة للتمليك والتملّك والماليّة والنقل والانتقال ونحو ذلك من الاعتبارات العقلائيّة الّتي يتوقّف عليها نظام المعاش، وليس لها ثبوت اعتباريّ في وعاء الذمّة كي تكون تلك الاعتبارات عارضة على وجوداتها الاعتباريّة العقلائيّة في مقابل وجوداتها العينيّة والخارجيّة على ما أوضحناه في صدر مباحث البيع، بل المبيع والمال والملك والمنقول ومحلّ المبادلة إنّما هي بوجوداتها الخارجيّة الّتي تتحقّق في مواطن تحقّقاتها ملكاً للناقل، فتخرج من ملكه في ذلك الموطن إلى ملك المنتقل إليه، ومثل هذا الوجود وإن لم يكن

متحقّقاً حين المعاملة، وهو في معرض الغرر وعدم التحقّق المعبّر عنه بتعذّر التسليم، إلا أنّ العقلاء يقدمون على بذل العوض في مقابلها بمجرّد تعهّد الناقل بها في ذمّته، بمعنى تعهّده والتزامه بتحصيله، كما هو الشائع المتداول في بيع السلف والنسيئة. ولكن إقدام العقلاء إنّما يصحّ في طريقتهم فيما لوحظ الوجود المطلوب من الكلّي قابلاً للانطباق على مصاديق كثيرة. وهذا معنى كون العوض كلّياً ولدائرته سعة لاضيق فيها، ولا تقيّد فيه بخصوصيّة فرديّة خاصّة.

وهذا بخلاف الفرد الخاصّ المقيّد بخصوصيّة الفرديّة غير القابلة للانطباق إلا على وجود واحد، فإنّ العقلاء لا يقدمون على بذل العوض في مقابله بمجرّد تعهّد الناقل، كما أنّهم لايلتزمون بذلك ولا يتعهّدون به. ولو التزم بذلك أحدهم أو أقدم على شرائه فهو شاذّ في فعله وخارج عن الطريقة المألوفة.

والظاهر أنّ القائلين[1] ببطلان البيع نظرهم إلى بطلان بيع خصوص الضميمة المعدومة، وأمّا بالنظر إلى المبيع الموجود فحكمه حكم مالو باع ما يصحّ بيعه مع ما لا يصحّ.

هذا، وأمّا لو فرض بيع المنسوج بالفعل بضميمة مقدار معلوم من الغزل بشرط أن ينسجه على منوال ذلك المنسوج فالبيع صحيح، غاية الأمر للمشتري فسخ البيع لو نسجه على غير ذلك المنوال، لتخلّف

(١) المبسوط ٢: ٧٧، المهذّب ١: ٣٥٢، الجامع للشرائع: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، قواعد الأحكام ٢: ٦٨، جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

الشرط. كما أنّه لو باع المنسوج بضميمة مقدار معلوم موصوف من الغزل بنحو الكلّي في الذمّةبشرط أن ينسجه على منوال المنسوج فالبيع صحيح أيضاً، إذ لا مانع من ضمّ الفرد إلى الكلّي في مقام المعاوضة. وعلى تقدير نسجه على غير ذلك المنوال، يحتمل أن يكون للمشتري إجباره على تحصيل غزل آخر لينسجه على ذلك المنوال، من دون أن يكون له خيار.

نعم، لولم يتمكّن البائع من تحصيل ذلك فلا يجب على المشتري قبول ما يدفعه من المنسوج الموجود، بل له فسخ البيع لتبعّض الصفقة. كلّ ذلك نظراً إلى أنّ ما ينسجه البائع لا يتعيّن للمصداقيّة للغزل الكلّي المبيع مالم يقبضه المشتري. ومجرّد نسجه لا يوجب تعيّنه للمصداقيّة.

ويحتمل أن يكون حكمه كحكم الفرض الأوّل وأنّ له خيار تخلّف الشرط وفسخ البيع أو إمضاؤه. وليس له إجبار البائع على تحصيل مصداق آخر. وهذا هو الظاهر من كلام الشيخ[1] العلّامةقدس سره. ولكنّ الأوّل أظهر. نعم، ما أفادهقدس سره إنّما يتمّ في فرض تحقّق قبض الغزل الكلّي.

ومن ذلك يظهر أنّه لو باع المنسوج بالفعل مع أذرع موصوفة معلومة ممّا ينسج على ذلك المنوال بنحو الكلّي في الذمّة فالبيع صحيح، غاية الأمر أنّه لو دفع منسوجاً على غير ذلك المنوال فلا يجب على المشتري قبوله، بل له إجباره على تحصيل المصداق الوافي، ومع عدم تمكّن البائع من ذلك لا محالة تتبعّض الصفقة، فللمشتري فسخ البيع لذلك.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٠.

السابع: خيار العيب

وصف الصحّةالمقابل للعيبمن أوضحمصاديق الأوصاف الدخيلة ـ وجوداً وعدماً ـ في زيادة الرغبات في المال وقلّتها الموجبة لزيادة القيمة وقلّتها. والمرتكز في أذهان العقلاء أنّهم إنّما يقدمون في مقام المعاوضة ومبادلة أموالهم بأموال الغير بشرط صحّتها وكونها على ما تقتضيه الخلقة الأصليّة.فالتزام كلّ من المتعاملين للآخر بكون ما يبذله من العوض متّصفاً بالصحّة شرط ضمنيّ مرتكز في أذهان العقلاء، ومستغنىً عن التصريح به في ضمن العقد. وهذا معنى كون صحّة العوضين في المعاوضات من الشروط الضمنيّة المستلزمة قهراً لارتباط الالتزام بالعقد بذلك الالتزام، بحيث لولم يسلم له ذلك يتخيّر في فسخ العقد أو إمضائه.

وهذا هو الأساس الأصلي لخيار الغبن والرؤية وخيار العيب المبحوث عنه في المقام. والنصوص الدالّة عليها متضمّنة لاثبات الخيار إرفاقاً لحال من له الخيار، لأنّ إيجاب الوفاء بالعقد عليه حكم ضرريّ مرفوع شرعاً منّةً على العباد. ونفيه يساوق ـ من حيث كونه لزوماً حقّياً ـ

ثبوت نقيضه، وهو الخيار والجواز الحقّي.

ثمّ إنّ هنا أمراً آخر، وهو أنّه لابدّ من إحراز وجود وصف الصحّة بطريقٍ عقلائيّ يصلح للاعتماد عليه، ويوجب انتفاء الغرر في الاقدام على المعاوضة. ومجرّد الاشتراط والالتزام الصريح من صاحب المال بوجودها فضلاًعن الاشتراط الضمني،لايرفع الغرر مالميحصل الاطمئنان بوجودها. من دون فرق في ذلك بين المال الغائب والحاضر.

والاطمئنان قد يحصل من توصيف المالك ولولم يلتزم صريحاً بوجودها. وقد يحصل من التزامه بوجودها، أو من إخبار الأجنبيّ بها، أو من رؤية المشتري المال صحيحاً، أو استصحاب صحّته سابقاً.

ولكن لا حاجة في رفع الغرر إلى شيء من هذه الأمور، لوجود أصل عقلائيّ يصلح للاعتماد عليه في إحراز وصف الصحّة، وهو أصالة السلامة في كلّ مال مالم يعلم كونه معيوباً وخارجاً عن مقتضى الخلقة، إمّا لكون الصحّة في الشيء مقتضى طبعه في نفسه، وإنّما يعرض العيب والفساد عليه لعارض، أو لغلبة كون الأشياء على طبق خلقتها الأصليّة، وقلّة خروجها عن ذلك. وعلى كلّ حال، فالاعتماد عليها ممّا يرتفع به الغرر والخطر غالباً.

ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ الفرق بين وصف الصحّة وأوصاف الكمال من جهتين:

إحداهما: أنّ وصف الصحّة ـ القابل للحصر والضبط ـ شرط ضمنيّ مرتكز في أذهان العقلاء في مقام المعاوضة، ولا يبتني على إحراز

وجودها بطريق عقلائي، بل تقع المعاوضة مبنيّة على وجودها، سواء أمكن إحرازه به أم لا. وهذا بخلاف أوصاف الكمال غير القابلة للحصر والضبط، فإنّ المعاملة لا تقع مبنيّة على وجودها إلا بشرط صريح أو بالإقدام على المعاملة بانياً على وجودها بشيء من الطرق العقلائيّة.

والثانية: أنّ ارتفاع غرر المعاملة وانتفاء الصحّة لايحتاج إلى إحراز وجودها بسائر الطرق، لكفاية أصالة السلامة المتّبعة عند العقلاء في ذلك. وهذا بخلاف أوصاف الكمال، فإنّ ارتفاع الغرر فيها لايمكن إحرازه بأصل عقلائي يوجد في مواردها دائماً، بل يتوقّف على إحراز وجودها بشيء من طرق الإحراز المتعارفة الّتي أشرنا إليها سابقاً.

شرط وصف الصحّة صريحاً لايوجب إلا خيار العيب

ثمّ إنّك قد عرفت في مباحث الخيارات السابقة أنّ الخيار المترتّب على الشرط الضمني ـ كتساوي المالين في مقدار الماليّة في خيار الغبن، وكون المال متّصفاً بالأوصاف الكماليّة فيما لو وقعت المعاملة مبنيّة عليها في خيار الرؤية، وكون المال متّصفاً بوصف الصحّة في خيار العيب المبحوث عنه في المقام ـ خيار واحد مبنيّ على الاشتراط والالتزام، سواء كان ذلك ضمنيّاً أم صريحاً. وليس الاشتراط الضمني سبباً لخيار، والاشتراط الصريح سبباً آخر لخيار آخر، بل السبب للخيار واحد وهو الاشتراط، سواء كان ضمنيّاً أم صريحاً. ولذا لايزيد التصريح بالاشتراط في تلك الأمور إلا تأكيداً لما كان ثابتاً لولا هذا التصريح

أيضاً. ولازم ذلك أنّ التصريح باشتراط وصف الصحّة في محلّ البحث ليس سبباً آخر لخيار آخر، بل هو تأكيد لما هو ثابت بدونه أيضاً، لاشتراطه الضمني.

نعم قد أضاف الشارع في خصوص المقام إلى الخيار ـ بمعنى السلطنة على إمضاء العقد وفسخه ـ أمراً آخر، وهو السلطنة على أخذ الأرش في صورة إمضاء العقد. وقد تصرّف بهذه الاضافة في الخيار المترتّب على تخلّف الصحّة بقول مطلق، أي: لا بشرط بالنسبة إلى التصريح باشتراط وصف الصحّة وعدمه، كما هو لازم إطلاق دليل الأرش. ولازم ذلك أنّه لايثبت مع التصريح باشتراط وصف الصحّة إلا خيار واحد، قد حكم الشارع بتسلّط ذيه على أخذ الأرش على تقدير الإمضاء. فلابدّ من ترتيب جميع الآثار الخاصّة الثابتة تعبّداً على خيار العيب، سواء صرّح بالاشتراط أم لم يصرّح به.

وأمّا ما استشهد به الشيخ[1] العلّامة قدس سره على ذلك من خبر يونس[2]، فالاستشهاد به مبنيّ على فرض ظهوره في كون بكارة الجارية قد صرّح باشتراطها، واستناد علم المشتري بالثيبوبة إلى وطيها. وكلا الفرضين قابل للمنع جدّاً.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٤.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠٨ ب «٦» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٦ ح ١٤. وإليك نصّ الحديث: عن يونس: «في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق».

الدليل على التخيير بين الفسخ والامضاء مع الأرش

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلّط المشتري على فسخ البيع أو إمضائه وأخذ الأرش بلا خلاف، بل عليه الاجماع كما استظهره الشيخ[١] العلّامة قدس سره. وخلاف الشيخ قدس سره في بعض[٢] كتبه في الجملة ـ بتخصيص استحقاق الأرش باليأس من الردّ بتلف أو ما بحكمه ـ لا يعبأ به بعد موافقته في سائر كتبه[٣].

وعليه، فلا يضرّ قصور أخبار الباب عن إثبات التخيير، لعدم التعرّض للأرش في المستفيضة الدالّة على الردّ، وعدم دلالة ما تدلّ من[٤] الروايات على استحقاق الأرش إلا في فرض تحقّق التصرّف المغيّر للعين المانع من الردّ.

ولا حاجة إلى التكلّف باستفادة التخيير بين الأمرين من المستفيضة الدالّة على الردّ، كأن يقال: إنّ المراد من الردّ فيها المعنى الأعمّ من ردّ البيع بالرجوع بتمام الثمن أو بالرجوع بالأرش في مقابل وصف الصحّة، فإنّ أخذ الأرش ردّ للبيع أيضاً. مع وضوح فساده.

أمّا أوّلاً: فلأنّ الأوصاف ـ حتّى وصف الصحّة ـ لا تكون بعضاً من المبيع، ولا يقع في مقابلها شيء من الثمن، وإنّما توجب بذل العوض الزائد في مقابل نفس الموصوف، فلا تكون محلّاً للبطلان ولا للفسخ.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٧٦.

(٢) المبسوط ٢: ١٣١ ـ ١٣٢.

(٣) راجع المبسوط ٢: ١٢٦، النهاية: ٣٩٣.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٠ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣.

وأمّا ثانياً: فلأنّا لو سلّمنا كون وصف الصحّة ممّا يقع عليه البيع ويكون بعض الثمن في مقابله، فلازم انكشاف عدمه بطلان ما يقابله من البيع لا التسلّط على فسخه.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه لو أغمضنا عن ذلك، فلا خفاء في ظهور تلك الأخبار في فسخ أصل البيع. وحملها على إرادة المعنى الأعمّ خلاف الظاهر لايصار إليه بلا قرينة.

نعم، عبارة الفقه[1] الرضوي صريحة في التخيير. وما فيه من التخيير منطبق على مذهب المشهور، سواء كانت لفظة «أو» في قوله: «أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب» ـ أي: رجع إلى البائع بالقيمة أرش العيب ـ تصحيفاً عن «الواو» فيكون المراد التخيير بين الردّ والامضاء مع الأرش، أم لم تكن تصحيفاً، فيكون المراد التخيير بين ثلاثة أمور: الردّ بمعنى الفسخ، والأخذ بمعنى الامضاء بلا أرش، والأخذ مع الأرش، لوضوح أنّه لا يحتمل على مذهب المشهور كون التخيير بين الفسخ والامضاء مع الأرش وجوباً تخييريّاً لا ثالث له، أعني: الامضاء بلا أرش، بل من الواضح أنّ مرادهم الحقّ والسلطنة التخييريّة، ومن الواضح أنّ السلطنة من طبعها جواز رفع اليد عن كلا شقّيها.

وكيف كان، فالمسألة من جملة الموارد الّتي استقرّت فتوى المشهور

---

(١) فقه الرضا: ٢٥٣. وإليك نصّ الحديث: «فإن خرج في السلعة عيب، وعلم المشتري، فالخيار إليه، إن شاء ردّ وإن شاء أخذه وردّ عليه بالقيمة أرش العيب». وفي المصدر: وردّ... والمؤلّف ﷺ اعتمد على ما نقله الشيخ ﷺ في المكاسب ٥: ٢٧٥.

من المتقدّمين والمتأخّرين على حكم مع عدم وجود مدرك واضح له فيما بأيدينا من الأخبار غير ما في الفقه الرضوي الّذي ربما يكشف عن إتقان هذا الكتاب في الجملة، وكونه معروفاً عند السابقين ومعمولاً بـرواياته عندهم، ولو سلّم أنّه عين كتاب التكليف للشلمغاني وقد غيّرت ديباجته.

أخذ الأرش حكم تعبّدي وعلى خلاف القاعدة

ثمّ إن التسلّط على أخذ الأرش أمر ثابت بالنصوص الخاصّة تـعبّداً في خصوص تخلّف وصف الصحّة على خلاف القاعدة، فلا يتعدّى مـنه إلى غيره من الأوصاف الدخيلة في زيادة القيمة، لوضوح أنّ قاعدة تخلّف الشرط الضمنيوقاعدة نفي الضرر لاتقتضيان أزيدمن رفع اللزوم والتسلّط على الفسخ للتخلّص من الضرر، وأمّا التسـلّط عـلى أخـذ الأرش، لأنّ عدمه يوجب تضرّر المشتري من حيث انقطاع يده عن المبيع، فلا تقتضيه القاعدة، لما مرّ غير مرّة من أنّ مفاد قاعدة نفي الضرر إنّما هو الحكومة على الأدلّة المثبتة للأحكام الّتي ليست بنفسها ضرريّة فيما اتّـفق كـونها ضرريّة، وليس من شأنها جعل أحكام لولاها لوقع المكلّف في الضرر.

وأمّا توهّم أنّ استحقاق الأرش في تخلّف وصف الصحّة على طـبق القاعدة،بدعوى أنّه منزّل عرفاً وشرعاً منزلة بعض المبيع، فلابدّ من وقوع شيء من العوض في مقابله، ومع انتفائه لابدّ من استرداد ما قابله.

ففيه:

أوّلاً: منع هذا التـنزيل، وعـدم الدليـل عـليه غـير الأخـبار المـثبتة

لاستحقاق الأرش. والبناء على أنّ مفادها تنزيل وصف الصحّة منزلة الجزء في تقسّط العوض عليه، ولزوم استرداد ما قابله عند انتفائه، عين الالتزام بكون الحكم تعبّدياً وعلى خلاف القاعدة.

وثانياً: أنّه لو سلّم قيام الدليل على التنزيل المذكور ـ سواء كان هو الأخبار المثبتة للأرش أم غيرها ـ فلازمه بطلان البيع بالنسبة إلى ما قابله من الثمن عند انتفائه، وبقاؤه على ملك المشتري، فلا يبقى محلّ للتخيير بين فسخ أصل البيع أو إمضائه بلا استحقاق للأرش أو الفسخ في البعض واسترداد بعض الثمن، إذ الباطل لا يقبل الإمضاء ولا يحتاج إلى الفسخ. مع وضوح ظهور أخبار الأرش في إمضاء البيع بتمامه واستحقاق المشتري الأرش. مع أنّه لوكان الفسخ في البعض أمراً متصوّراً في المقام لكان لازمه استرداد ما قابله من الثمن من عين الثمن، مع أنّه لا ينبغي الاشكال في جواز أخذ الأرش من غير الثمن كما صرّح به بعضهم.

هذا، وقد أورد الشيخ[1] العلّامة قدس سره على هذا التوهّم بأنّه لو سلّم التنزيل فلا يجدي في وقوع شيء من العوض في مقابل وصف الصحّة إلّا إذا أخذ وجوده في المبيع بنحو الجزئيّة، وأمّا إذا أخذ فيه على وجه الشرطيّة فلا يوجب تقسّط العوض عليه في الجزء الحقيقي نفسه فضلاً عن الوصف المنزّل منزلته، كما في بيع الأرض على أنّها جربان معيّنة.

ولكن لا يمكن المساعدة عليه، بل التحقيق ـ كما أسلفنا في بعض المباحث السابقة ـ أنّ أبعاض المبيع لها وجود ممتاز بنظر العقل والعرف،

(١) المكاسب ٥: ٢٧٦.

ويقع الثمن في مقابل المجموع، ويقسّط عليها بنسبة واحدة، سواء أخذ وجودها جزءً للمبيع ـ بمعنى المبيع المركّب منها ـ أم بنحو التوصيف والتقييد، كما في المثال المتقدّم. وأما الأوصاف الخارجة عن حقيقة الشيء، فإنّها وإن كان لها وجود ممتاز عقلاً وعرفاً، إلا أنّه لا يقع الثمن في مقابلها ومقابل الموصوف، ولا يقسّط عليها، بل يقع الثمن بتمامه في مقابل نفس الموصوف المقيّد بتلك الصفة، سواء كان المبيع مركّباً منه ومنها أم مقيّداً بها على نحو دخول التقيّد وخروج القيد. كيف؟ ولو كان أخذ الجزء بنحو الشرط موجباً لعدم تقسّط الثمن عليه، فليت شعري ما الّذي يقع الثمن في مقابله في مثل ما إذا باع الأرض على أنّها جربان معيّنة بعد أنّ المفروض أخذ كلّ الجربان بنحو الشرط؟

ثبوت خيار العيب للبائع أيضاً مع ظهور العيب في الثمن

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا تقدّم أنّ جواز العقد مع انتفاء وصف الصحّة حكم على طبق القاعدة، وأنّ النصوص وإن وردت في خصوص المبيع، إلا أنّ الظاهر أنّه من باب المثال، لغلبة ظهور العيب فيه، لأنّه من غير النقود غالباً، وغلبة كون الثمن من النقود الّتي يندر فيها ذلك. فلا ينبغي الاشكال في ثبوت خيار العيب للبائع أيضاً فيما إذا ظهر الثمن معيوباً.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما استظهره الشيخ[1] العلّامة قدس سره. بل التحقيق ثبوت جواز العقد ـ بمعنى التسلّط على الفسخ ـ في غير البيع

(١) المكاسب ٥: ٢٧٨.

من سائر عقود المعاوضة اللازمة من الصلح والإجارة ونحوهما. إنّما الاشكال في التسلّط على أخذ الأرش فيها على تقدير الامضاء. وحيث إنّ الحكم فيه على خلاف القاعدة فيشكل التعدّي من مورد النصوص ـ وهو البيع ـ إلى غيره.

موضوع الخيار فقدان وصف الصحّة واقعاً حين البيع وظهور العيب كاشف عن ذلك

ثمّ إنّ خيار العيب حاله كحال خيار الغبن والرؤية، في أنّ الواقع في كلمات الفقهاء وفي أغلب الأخبار ثبوت الخيار عند ظهور الغبن وتبيّن تخلّف الوصف وظهور العيب، إلا أنّ الظاهر أنّه إنّما لوحظ ذلك طريقاً إلى إحراز تحقّق موضوع الخيار، وإلا فالموضوع له هو نفس تخلّف تلك الشروط الضمنيّة في الواقع حين تعلّق العقد بالمال، ولكن لا يمكن إعمال الخيار إلا بعد إحراز تحقّق موضوعه. ويشهد لذلك في خصوص المقام جواز التبرّي من العيوب وإسقاط الخيار في ضمن العقد نصّاً وفتوىً. فاحتمال كون سبب الخيار وتمام موضوعه تبيّن تلك الأمور احتمال ساقط. واحتمال كونه شرطاً بعد فرض كون العقد موضوعاً للخيار، كي يكون الموضوع مركّباً أو مقيّداً، احتمال ضعيف جدّاً.

القول في مسقطات خيار العيب بطرفيه أو أحدهما

مسألة: يسقط الردّ خاصّة بأمور:

أحدها: التصريح باختيار العقد وأخذ الأرش. ولا ينبغي الاشكال في سقوط الردّ بذلك وبقاء استحقاق الأرش، إذ لا يخلو: إمّا أن يكون المراد بالخيار الثابت بالعيب هو التخيير بين فسخ العقد وأخذ الأرش كما هو ظاهر الفتاوى، أو يكون المراد به عين الخيار الثابت في سائر الموارد، أعني: السلطنة على فسخ العقد وإمضائه، غاية الأمر أنّه على تقدير الامضاء قد جعل الشارع له السلطنة على أخذ الأرش، كما استظهرناه فيما مرّ. وعلى التقديرين، فإمضاء العقد ليس إسقاطاً للخيار، كي يقال: إنّه على الأوّل الخيار واحد، فإمّا أن يسقط أو يبقى، ولا معنى لانشاء إسقاطه بأحد شقّيه. بل هو إعمال للخيار باختيار أحد طرفي السلطنة. وسقوط الخيار في مثله كسقوطه باختيار الفسخ، في أنّه سقوط بإعمال الحقّ واستيفاء السلطنة، لا أنّه إسقاط للخيار ورفع لليد عن الحقّ. مع أنّ التحقيق هو الثاني على ما مرّ.

ولو فرض كونه إسقاطاً للخيار أيضاً فلا يقتضي ذلك سقوط السلطنة على أخذ الأرش مع تحقّق ما علّق عليه ذلك، وهو الامضاء.

ومن ذلك تظهر حال ما إذا صرّح بالتزام العقد وأطلق ـ أي: لم يصرّح بمطالبة الأرش ـ وأنّه ليس من إسقاط الخيار، بل هو إعمال له. فعلى الوجهين لا يقتضي الرضا بالعيب وإسقاط الأرش.

نعم، إن كان هناك من القرائن المقاليّة ما يوجب ظهور كلامه في إرادة رفع اليد عمّا يستحقّه بالعيب من الفسخ وأخذ الأرش ـ الّذي هو عبارة أخرى عن الرضا بالعقد والعيب ـ فهو المتّبع، ويسقط الأمران. غاية الأمر

أنّه على الوجه الأوّل هو إسقاط للخيار وليس إعمالاً له، وعلى الوجه الثاني هو إعمال للخيار بالامضاء وإسقاط لما يستحقّه من الأرش.

هذا كلّه فيما إذا صرّح بالالتزام بالعقد مع التصريح بمطالبة الأرش أو بدونه. وأمّا إذا صرّح بإسقاط الخيار، فعلى الأوّل لابدّ من سقوط الردّ والأرش معاً. ولا معنى لإسقاط الردّ وإبقاء الأرش. وعلى الثاني لا يقتضي إسقاط الخيار إسقاط الأرش، بل لابدّ له من إنشاء آخر.

التصرّف مسقط لخيار العيب

المسقط الثاني: التصرّف مسقط للردّ في الجملة بلا خلاف، بل عليه الاجماع كما عن التذكرة[١] والسرائر[٢] والمسالك[٣]. وخلاف الاسكافي[٤] والشيخين[٥] وغيرهم إنّما هو في التصرّف غير المغيّر للعين قبل العلم بالعيب.

وكيف كان، فالتحقيق أنّ التصرّف المغيّر للعين مسقط للردّ، سواء كان قبل العلم بالعيب أم بعده.

وتدلّ على ذلك صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار، ولم يتبرّأ إليه، ولم يتبيّن له، فأحدث فيه

---

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٩١ مسألة (٢٧٣).

(٢) السرائر ٢: ٣٠٢.

(٣) لم نجده في المسالك (٣:٢٨٣) الفصل الخامس في أحكام العيوب. نعم، في باب خيار الحيوان (المسالك ٣: ٢٠٠): «لا خلاف في سقوطه بالتصرّف».

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٥) المقنعة: ٥٩٧، المبسوط ٢: ١٣٩.

بعد ما قبضه شيئاً، ثمّ علم بذلك العوار أو بذلك الداء، أنّه يمضى عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[١].

بناءً على ظهور قوله عليه السلام: «فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً» في إرادة التصرّف المغيّر، فإنّه إن كان المراد مطلق التصرّف كان المناسب أن يقول: فأحدث فيه بعد ما قبضه حدثاً، كما وقع في صحيحة[٢] عليّ بن رئاب الواردة في خيار الحيوان.

وتدلّ عليه أيضاً مرسلة جميل عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»[٣].

والقدر المتيقّن من الاجماع في المسألة إنّما هو هذا النوع من التصرّف. وأمّا التصرّف غير المغيّر للعين فلم يتحقّق الاجماع على كونه مسقطاً مطلقا. فيمكن القول بكونه مسقطاً للردّ فيما كان كاشفاً عن الرضا بالبيع، وهو مطلق التصرّف الّذي لاينبغي أن يصدر إلا من المالك، إذ يصدق عليه عرفاً أنّه إمضاء للبيع ورضا به، ولا ينظر إلى حال الشخص وأنّه قصد به الامضاء أم لا.

وقد استفيد كون مثل هذا التصرّف مسقطاً للخيار من صحيحة عليّ

---

(١) الوسائل ١٨: ٣٠ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢، عن الكافي ٥: ٢٠٧ ح ٣.
(٢) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢.
(٣) الوسائل ١٨: ٣٠ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣، عن الكافي ٥: ٢٠٧ ح ٢.

ابن رئاب المشتملة على التعليل الظاهر في العموم وعدم الخصوصيّة في المورد، وهو قولهعليه السلام: «فذلك رضا منه فلا شرط» وقد تعدّى المشهور عن موردها إلى غيره من خيار المجلس والشرط والغبن وغيرها.

وأمّا التصرّفات الّتي تصدر من الناس في أموالهم وأموال غيرهم على حدّ سواء، لعدم الاعتناء بشأنها، كقوله للعبد: أغلق الباب أو ناولني الثوب ونحو ذلك، وكذلك التصرّفات الّتي تصدر في مقام الاختبار أو الردّ ونحو ذلك، فليس شيء منها ممّا من شأنه أن يكشف عن إمضاء البيع والرضا به، فلا يصدق عليها عرفاً أنّها إمضاء للبيع، فلا وجه لكونها مسقطة للخيار.

هذا،كما أنّ التصرّف الكاشف نوعاًعن الرضابالبيع إنّما يكون من شأنه الكشف عن ذلك لو صدر من ذي الخيار مع علمه بالخيار، وأمّا مع عدمه فليس من شأنه الكشف عن الرضا، ولا يصدق عليه أنّه رضا ببقاء العقد.

وجملة القول: أنّ التصرّفات غير المغيّرة للعين إنّما توجب سقوط الردّ لو كانت كاشفة عن الرضا نوعاً وكانت بعد العلم بالعيب وثبوت الخيار، وإلا فلا وجه لكونها مسقطة للردّ.

ثمّ إنّ مقتضى إناطة جواز الردّ في المرسلة بقيام الثوب بعينه سقوط الردّ بالتلف أو تغيّر الأوصاف الخارجيّة، ولكن بالنقيصة لا بالزيادة على ما سيجيء. وأمّا التلف أو التغيّر لا بتصرّف من المشتري بل بأمر سماويّ أو بفعل أجنبيّ، فسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى.

التلف وما بحكمه مسقط لخيار العيب

المسقط الثالث: تلف العين تلفاً حقيقيّاً، أو صيرورتها بحكم التالف

عقلاً، كما في إباق العبد أو غصب المال من المشتري ونحو ذلك، أو شرعاً، كما في انعتاق العبد أو عتقه أو بيعه أو هبته ونحو ذلك، أو عروض مانع من ردّها إلى البائع، كما في إجارة العبد، مسقط للردّ. والظاهر تحقّق الاجماع على ذلك على ما استظهره الشيخ[1] العلّامة قدس سره.

وقد استدلّ قدس سره على ذلك ـ بعد ظهور الاجماع ـ بإناطة جواز الردّ في المرسلة[2] بقيام المال، وأنّه لا يتحقّق إلا ببقاء ذات المال وأوصافه الحقيقيّة الخارجيّة والاعتباريّة العقلائيّة.

ولكنّ الاستدلال ضعيف، إذ ظاهر المرسلة إناطة الردّ ببقاء المال بذاته وبأوصافه الحقيقيّة الخارجيّة، كما يشهد بذلك ما ذكر فيها من الأمثلة. ودعوى ظهورها في المعنى الأعمّ من بقاء المال بأوصافه الحقيقيّة والاعتباريّة ممّا لا يمكن تسليمها.

ولكنّ التحقيق عدم الحاجة في إثبات حكم المسألة في جميع فروضها إلى الاستدلال بالمرسلة، بل إنّما تصلح للاستدلال بها على مسقطيّة التصرّفات المغيّرة للعين في أوصافها الخارجيّة أو المتلفة لها مطلقا.

ولكن هنا طريق آخر للاستدلال ينتج في جميع الفروض، وكذا في فرض صيرورة المال بحكم التالف بتغيّر أوصافه الاعتباريّة.

وتقريبه: أنّ الوارد في أغلب الأخبار المثبتة لجواز الردّ هو ردّ المال المبيع، حتّى نفس المرسلة. وظاهرها أنّ المجعول في المسألة ـ أعني:

---

(١) المكاسب ٥: ٢٨٩.

(٢) تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

فيما ظهر تعيّب المال ـ إنّما هي السلطنة على ردّ نفس المال إلى مالكه الأوّل. فإمكان ردّه لا محالة مأخوذ في موضوع السلطنة على الفسخ. والخيار وإن لم يتوقّف على ذلك، بل لازمه فسخ المعاوضة ورجوع كلّ مال إلى مالكه مع الإمكان، ورجوع بدله ـ مثلاً أو قيمة ـ مع عدم الامكان، إلا أنّ هذا مقتضى القاعدة في نفسها، ولا ينافيها اعتبار موضوعيّة ردّ المال بنفسه في خيار بالخصوص. وحيث إنّ ظاهر أخبار الباب ذلك فلابدّ من الأخذ به مالم يصرف عنه صارف، وهو منتفٍ في المقام قطعاً، بل في الأخبار المثبتة للأرش في موارد التصرّف المغيّر شهادة على إرادة ذلك، وأنّ الأرش إنّما يؤخذ لعدم إمكان ردّ العين إلى مالكها على ما كانت فضلاً عمّا إذا فرض تلفها.

هذا، ولمّا لم يكن المراد من ردّ المال إلى البائع ـ مثلاً ـ مجرّد ردّه الخارجي وجعله تحت يده، ولاردّه إلى ملكه في مقابل استرداد الثمن، بل المراد الأمران معاً. وأيضاً ليس المراد ردّه إلى ملك مالكه بقول مطلق، بل المراد ردّه بعنوان فسخ البيع المقتضي لرجوع كلّ من العوضين من ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه. ولازم اعتبار هذه الأمور الثلاثة في السلطنة على الردّ سقوطها في الفروض المذكورة أجمع.

أمّا في فرض التلف الحقيقي، فلانتفاء الأمور الثلاثة وعدم إمكانها أجمع.

وأمّا في فرض الانعتاق والعتق، فلانتفاء الأمر الثاني والثالث.

وأمّا في فرض الإباق والحيلولة ونحوهما، فلانتفاء الأمر الأوّل.

وأمّا في فرض البيع والصلح والهبة ونحوها من العقود الناقلة لازمة كانت أو جائزة، فلانتفاء الأمر الثاني والثالث.

وأمّا في الرهن، فلانتفاء الأمر الأوّل والثاني، لمانعيّة حقّ المرتهن من كلا الأمرين، أي: إرجاعه إلى ملك مالكه الأوّل وجعله تحت يده.

وأمّا في الاجارة، فلانتفاء الأمر الأوّل، لتسلّط المستأجر على العين مادامت الاجارة باقية.

ولمّا كانت السلطنة على الردّ معلّقة على إمكان هذه الأمور ومشروطة بها، فلاوجه لوجوب تحصيلها. فلايجب الشراء والاتّهاب، ولا الاقالة والفسخ أو الرجوع في العقود الجائزة، ولا فكّ الرهانة ونحو ذلك. ولو اتّفق شيء من ذلك، فلازم إطلاق الأدلّة المثبتة للردّ مع إمكانه حين ظهور العيب، وسقوطه وتعيّن الأرش مع عدم إمكانه، سقوط الردّ وعدم عود السلطنة عليه بزوال المانع. ولو نوقش في الاطلاق، فلا أقلّ من الشكّ، ومعه يستصحب عدم السلطنة عليه.

فرع: لا خلاف نصّاً وفتوىً في أنّ وطي الجارية مانع من الردّ وأنّ الأرش متعيّن، سواء كان قبل العلم بالعيب أم بعده.

والنصوص[1] بذلك مستفيضة. وظاهر أكثرها فرض وقوعه قبل العلم بالعيب، وظاهر بعضها الاطلاق.

مع أنّ مانعيّته قبل العلم بالعيب يستلزم مانعيّته فيما وقع بعده بالأولويّة. مضافاً إلى ظاهر عموم التعليل في صحيحة عليّ بن رئاب،

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٠٢ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب.

حيث إنّ الوطي بعد العلم بالعيب كاشف نوعيّ عن الرضا بالبيع.

ثمّ إنّ اجتماع هذه الطائفة من الأخبار مع الطائفة[١] الآتية الدالّة على عدم مانعيّة الوطي من الردّ فيما كان العيب الحمل، يوجب ظهورها ـ بحسب المتفاهم العرفي ـ في أنّ الحكمة في مانعيّة الوطي من الردّ في غير الحمل هو ملاحظة حال الجارية من حيث كونها في معرض العلوق والحمل من المشتري بوطي صحيح يوجب كونها أمّ ولد له على تقدير الحمل ووضعه، وأنّ الشارع قد رجّح مراعات حقّها ـ من حيث رجاء الاستيلاد من المشتري ـ على حقّ المشتري من حيث سلطنته على فسخ البيع وإخراجها من ملكه، كي لايكون لها رجاء الانعتاق من نصيب ولدها منه عند موته. وهذه الحكمة لا محالة مطّردة في كلّ عيب غير الحمل، ومنتفية فيما كان العيب هو الحمل السابق من غير المشتري، سواء كان من مولاها أم من غيره، وسواء كانت محكومة بحكم أمّهات الأولاد أم لا.

ولكن قد لوحظ هذا المعنى حكمة للحكم لا علّة له كي يدور الحكم بالمانعيّة مدار تحقّق احتمال العلوق والاستيلاد من المشتري. فهو حكم تعبّدي ولكن بلحاظ تلك الحكمة الّتي كثيراً ما تتحقّق في موارد وطي الجارية، ولم ينظر إلى الموارد النادرة الّتي ينتفي فيها الرجاء، وإنّما لوحظت الموارد الّتي ينتفي فيها الاحتمال قطعاً، كما لو كان العيب الموجب للخيار الحمل السابق.

بل الحقّ أنّه لولا إطلاق هذه الأخبار وفتوى الأصحاب لكان المتعيّن

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب.

حملها على إرادة مانعيّة الوطي من الردّ بنحو العلّة، وانتفاء المانعيّة رأساً فيما لا يرجى فيه العلوق من المشتري كما في اليائسة ونحوها. ولازم ذلك القول بمانعيّة الوطي فيما كان بعد العلم بالعيب لا قبله. ولكن مخالفة المشهور مشكلة جدّاً.

وكيف كان، فلعلّ ما ذكرناه هو سرّ قول عليّ عليه السلام ـ كما في رواية محمّد بن ميسّر ـ: «معاذ الله أن أجعل لها أجراً»[1]. وقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمّد بن مسلم: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً»[2]. وأنّ الاستعاذة منهما عليهما السلام ليست لأجل مجرّد جعل الأجر والعوض للوطي، إذ لا قبح فيه ولا استنكار كي يستعاذ منه، كيف؟ وهل يعقل الاستعاذة من جعل العوض للوطي فيما كان العيب غيرالحمل، وجعل عين ما استعاذ منه فيما كان العيب الحمل؟!بل استعاذتهما عليهما السلام إنّما هو من الاكتفاءبجعل الأجر لها والحكم بجواز الردّ وإبطال حقّها في التشبّث بالحرّية مراعاة لحقّ المشتري. وأمّا مع عدم احتمال علوقها من المشتري فلا قبح ولا استنكار من جعل الأجر والعوض للوطيوالحكم بجواز الردّمراعاة لحقّ المشتري.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٤ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح٨، عن الفقيه ٣: ٢٢١ ح٣٨٢٢. وإليك نصّ الحديث: عن محمّد بن ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ عليه السلام لايردّ الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان عليّ عليه السلام يقول: معاذ الله أن أجعل لها أجراً».

(٢) الوسائل ١٨: ١٠٣ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح٤، الكافي ٥: ٢١٥ ح٦. وإليك نصّ الحديث: عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سأل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ثم يجد بها عيباً بعد ذلك، قال: لا يردّها على صاحبها، ولكن تقوّم ما بين العيب والصحّة فيردّ على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً».

وأمّا ما أفاده الشيخ[١] العلّامة قدس سره من أنّ الحكم بمانعيّة الوطي من الردّ حكم واقعيّ لا اتّقاء فيه، ولكن تعبيره عليه السلام بالاستعاذة من جعل الأجر للوطي صدر بنحو من الاتّقاء والتعليل بعلّة ربما يستحسنه القائلون بتحريم المتعة.

ففيه:

أوّلاً: أنّ هذا إنّما يستقيم في صحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، وأمّا في الرواية عن عليّ عليه السلام فالظاهر المقطوع به من سيرته عليه السلام أنّه كان لا يتّقي في بيان رأيه وماهو حكم الله في الواقعة، سيّما في حكم المتعة الّذي كان جمّ غفير من الصحابة موافقين له عليه السلام. نعم، كان اتّقاؤه بعد بيان رأيه بمجرّد عدم المعارضة والاصرار في إنفاذ رأيه لا بإظهار التسليم والاذعان لآراء غيره، بل لبدعهم الّتي اخترعوها كما في مسألة المتعتين.

وثانياً: أنّه كيف يعقل أن يكون عليه السلام مستعيذاً من جعل الأجر لوطي الجارية المعيوبة بغير الحمل اتّقاءً، مع التصريح بجعل الأجر له فيما كان العيب هو الحمل بلا اتّقاء؟!

وأمّا ما حكي عن صاحب[٢] الجواهر قدس سره من أنّ الأجر في الرواية للردّ على بعض العامّة القائلين بردّ الجارية مع الأجر.

ففيه:

أوّلاً: أنّ هذا إنّما يستقيم في الرواية عن الباقرين عليهما السلام حيث اختلفت

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩١.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٤.

في عصرهما الآراء وتشتّت المذاهب، وأمّا في عصر عليّ عليه السلام فلم يكن هناك اختلاف في المذاهب، بل القضاة كانوا يعملون بما يراه الخلفاء.

وثانياً: أنّه لو سلّم ذلك، فالجملة ظاهرة في استنكار جعل الأجر والاستعاذة منه، فكيف يمكن ذلك مع الالتزام بنظيره في مورد الحمل؟!

وكيف كان، فالحكم تعبّديّ ثبت بالنصوص المستفيضة، فلا حاجة إلى إتعاب النفس في إثبات كون الوطي من التصرّفات المغيّرة للعين تغييراً اعتباريّاً عرفيّاً، والاستشهاد على ذلك بما نقل عن العلاّمة[1] قدس سره من أنّه جناية،وما حكي عن ابن الجنيد[2] قدس سره من أنّه من التصرّفات الّتي لا يمكن معها ردّ الجارية إلى ما كانت عليه قبل الوطي، وتأييد ذلك بالرواية المشعرة بأنّ الوطي جنايةاعتباريّة لابدّ لها من الأرش علىتقدير ردّ البيع، كما صنعه الشيخ[3] العلاّمة قدس سره. مع ما فيه من أنّ هذه الدعوى وإن كانت صادقة في نظر العرف، ولا يقاس وطي الجارية بمثل ركوب الدابّة أو لبس الثوب ونحوهما، إلا أنّه إن أريد أنّ الوطي داخل في التصرّف المغيّر الّذي حكم في المرسلة[4] بكونه مانعاً من الردّ، فهو ممنوع جدّاً، لما مرّ من ظهور المرسلة في التغيّر الخارجيّ الحقيقي لا الأعمّ منه ومن الاعتباريّ. وإن أريد منه مجرّد كونه ممّا يناسبه الأرش، فلا يوجب ذلك بمجرّده كونه مانعاً من الردّ من حيث كونه تصرّفاً مغيّراً للعين على ما هو واضح.

---

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٩٢ ـ ٩٣ مسألة (٢٧٤).

(٢) حكاه عنه العلاّمة في المختلف ٥: ١٧٨ - ١٧٩.

(٣) المكاسب ٥: ٢٩١.

(٤) أي: مرسلة جميل، وقد تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

هذا، وأمّا الروايات[١] الدالّة على عدم سقوط الردّ بالوطي لوكان العيب الحمل، فظاهرها بملاحظة مجموع الطائفتين منها ـ سيّما بملاحظة ما في الطائفة الثانية كصحيحة عبد الله[٢] بن سنان ورواية عبد الملك[٣] بن عمير المشتملتين على التفصيل بين الحبلى وغيرها، وأنّ الوطي مانع من الردّ في الثانية دون الأولى ـ إرادة الردّ في الطائفتين بمعنى واحد، وهو الردّ المتفرّع على الفسخ في فرض صحّة المعاملة، ولكن مع فرض العيب الموجب للخيار غير الحمل في إحداهما والحمل في الأخرى، لا أنّ المراد من الردّ في الأخبار الدالّة على المانعيّة هو الردّ بهذا المعنى، والمراد منه في الأخبار الدالّة على عدم المانعيّة خصوص الردّ الواجب المتفرّع على بطلان البيع أو الأعمّ منه ومن الردّ المساوق للحقّ والسلطنة.

وعليه، فيكون مورد كون العيب الحمل من المولى البائع الموجب لبطلان البيع خارجاً عن مصبّ الحكم في كلتا الطائفتين. ولا محالة تكون النسبة بين الطائفتين العموم والخصوص المطلق، مع أخصّية الروايات

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب.

(٢) أورد صدرها في الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح١، وذيلها في ص: ١٠٢ ب «٤» ح١، عن الكافي ٥: ٢١٤ ح٢، والتهذيب ٧: ٦١ ـ ٦٢ ح٢٦٦. وإليك نصّ الحديث عن الكافي: عن ابن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطئها، قال: يردّها على الّذي ابتاعها منه ويردّ عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إيّاها، وقد قال عليّ عليه السلام: لا تردّ الّتي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها».

(٣) الوسائل ١٨: ١٠٥ ـ ١٠٦ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح٣، عن الكافي ٥: ٢١٤ ح٣. وإليك نصّ الحديث: عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تردّ الّتي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها، وله أرش العيب، وتردّ الحبلى ويردّ معها نصف عشر قيمتها».

الدالّة على عدم المانعيّة، لورودها في خصوص عيب الحمل من غير المولى البائع لها، وأعمّية الروايات الدالّة على المانعيّة، فلابدّ من التوفيق العرفي بتخصيص هذه بتلك.

ثمّ لو منع من كون ما ذكرنا من الوجه موجباً لظهور الطائفة الثانية في خصوص فرض الحمل من غير المولى كي تكون أخصّ من الطائفة الأولى، وسلّم الاطلاق في الثانية وشمولها للحمل من المولى وغيره، مع أخصّيتها من حيث اختصاص العيب المفروض فيها بالحمل، والاطلاق في الأولى وشمولها للحمل وغيره، وأخصيّتها من حيث اختصاصها بمورد صحّة البيع وثبوت الخيار، بقرينة المنع من الردّ وتعيين أرش العيب الّذي لايكون إلا فيما إذا كان الحمل من غير المولى. فلا محالة يعمل بالطائفة الأولى في مادّة افتراقها، وهي فرض العيب غير الحمل، وبالطائفة الثانية في مادّة افتراقها، وهي فرض العيب الحمل من المولى البائع، وتتعارض الطائفتان في مادّة الاجتماع، وهي فرض العيب الحمل من غير المولى. ولكن ما ذكرناه من وجه الاستظهار يوجب أظهريّة الطائفة الثانية من حيث عمومها لمادّة الاجتماع، فلابدّ أيضاً من تخصيص الطائفة الأولى بالثانية، وإخراج مادّة الاجتماع منها وإبقائها في الطائفة الثانية.

ولو منع من ذلك وسلّم تكافؤ ما ذكرناه من الوجه ـ الموجب لأظهريّة الثانية من حيث شمولها لمادّة الاجتماع ـ مع الوجوه الأربعة الّتي أفادها الشيخ[1] العلّامة قدس سره لاثبات أظهريّة الطائفة الأولى من حيث

(١) المكاسب ٥: ٢٩٦.

شمولها لها، فلا أقلّ من التعارض والتساقط، فلابدّ من الرجوع إلى العمومات الخارجة عن الطائفتين في خصوص المسألة، وليست هي إلّا عموم مفهوم صحيحة زرارة[١] وعموم منطوق المرسلة[٢] على ما مرّ توضيح مفادها، وأنّها ظاهرة في إرادة عدم التغيّر في الأوصاف الحقيقيّة لا الاعتباريّة. ولازم ذلك إثبات السلطنة على الردّ وعلى أخذ الأرش في مادّة الاجتماع، حيث إنّ الوطي ليس حدثاً مغيّراً للأوصاف الحقيقيّة للجارية، بل الجارية قائمة معه بعينها لو كانت ثيّباً. نعم، لو كانت بكراً يلتزم بسقوط الردّ بمقتضى الصحيحة والمرسلة.

وأمّا عموم التعليل في صحيحة[٣] علي بن رئاب فإنّما يجدي بالنسبة إلى الوطي فيما بعد العلم بالعيب لا مطلقا على ما تقدّم.

ولو فرض اتّحاد مفاد صحيحة زرارة وصحيحة عليّ بن رئاب وعدم إمكان العمل باطلاقهما، وكذا المرسلة لإرسالها، فتنتفي الأدلّة الاجتهاديّة، وتصل النوبة إلى الأصل الجاري في المسألة، وهو استصحاب بقاء السلطنة على الردّ وعدم سقوطها بمجرّد وطي الحامل.

ولا محلّ لأن يقال ـ كما أفاده الشيخ[٤] العلّامة قدس سره ـ: إنّ العقر[٥] على هذا يبقى بلا دليل إلا أنّ يتمسّك بعدم القول بالفصل. وذلك لوضوح أنّ

(١ و٢) تقدّم ذكرهما في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣٦٠ هامش (٢).

(٤) المكاسب ٥: ٢٩٨.

(٥) العُقر ـ بالضمّ ـ: ما تعطاه المرأة على وطء الشبهة. النهاية في غريب الحديث والأثر ٣: ٢٧٣.

الطائفة الثانية تشتمل على حكمين متبائنين، أحدهما: وجوب الردّ في مورد و جوازه في مورد آخر، والآخر: وجوب العقر في كلا الموردين. ومناط الأوّل بطلان البيع في مورد، وثبوت الخيار في مورد آخر. ومناط الثاني كون الوطي في الجارية بمنزلة العيب، لاحداثه نقصاً اعتباريّاً عرفيّاً فيها، ولا يقاس بسائر الانتفاعات، فلابدّ من تداركه بوجه في كلا الموردين. وهذه الطائفة في الحقيقة بمثابة طائفتين، والمعارض للطائفة الأولى هي إحدى الطائفتين من هذه، أعني: نفس هذه الأخبار من حيث إثباتها جواز الردّ، وأمّا هي من حيث إثباتها العقر في كلا الموردين فلا تعارض الطائفة الأولى، لاختلاف الموضوع. فمع تساقط المتعارضين في إثبات سلطنة الرّد وإثبات ذلك بالاستصحاب، لا مانع من إثبات العقر في كلا الموردين ـ أعني: مادّة الافتراق والاجتماع في الطائفة الثانية ـ بالأدلّة الاجتهاديّة، وهي نفس تلك الطائفة، حيث إنّ سقوطها بالتعارض إنّما هو بالنظر إلى أحد الحكمين المفاد فيها دون الآخر.

وأمّا التمسّك بالاجماع المركّب فلا محلّ له في المقام، لعدم إحراز عدم الفصل في الواقع. ومجرّد عدم القول بالتفكيك لا يوجب امتناع التفكيك في الواقع. ولو سلّم إحراز الملازمة بين جواز الردّ وثبوت العقر في الواقع وجوداً وعدماً، فإنّما يجدي عدم القول بالفصل في إثبات أحد المتلازمين ـ مع فرض ثبوت الآخر ـ لو أحرز الثابت بدليل اجتهاديّ حاكٍ عن الثبوت الواقعي، لا فيما بني على ترتيب آثار الثبوت وظيفة للمتحيّر بأصل عمليّ تحقّق موضوعه كالاستصحاب في محلّ الكلام،

فإنّه لا يثبت اللازم الآخر، بل لابدّ من ملاحظة كونه مجرى لأيّ أصل في نفسه، ومحلّ الكلام مجرى لأصالة البراءة من وجوب العقر. والتفكيك بين المتلازمين في باب الأصول العمليّة أمر شائع بناءً على عدم اعتبار الأصول المثبتة.

وبالجملة، لو فرض سقوط الطائفة الثانية بتمام مفادها بالمعارضة فلا جدوى للتمسّك بعدم القول بالفصل. ولو فرض عدم سقوطها إلا من حيث إثبات سلطنة الردّ، فلا حاجة في إثبات العقر إلى عدم القول بالفصل.

هذا، وأمّا الشيخ[1] العلّامة قدس سره فقد استظهر من الطائفة الثانية إرادة خصوص الحمل من المولى كي تختلف الطائفة الأولى والثانية موضوعاً، ولايكون بينهما تعارض رأساً، لأنّ الموضوع في الطائفة الأولى البيع الصحيح وتحقّق خيار العيب، سواء كان العيب هو الحمل من غير المولى البائع أم غيره من سائر العيوب، والموضوع في الطائفة الثانية هو البيع الفاسد، لفرض كون المبيع أمّ ولد للبائع.

وعوّل في هذا الاستظهار على وجوه خمسة مرجعها في الحقيقة إلى وجه واحد، وهو أنّ ظهورها في خصوص الحمل من غير المولى أو إطلاقها له وللحمل من المولى يوجب مخالفتها لظواهر وقواعد عامّة، فلولم يكن كلّ واحدمن هذه الظهورات وعمومات القواعدموجباً لظهورها في إرادة معنى لا يخالفها، فلا أقلّ من كون مجموعها يوجب ذلك.

الوجه الأوّل: فمن تلك الظهورات ظهور جملة «يردّها» في بعض

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

الأخبار في إرادة الوجوب، كما هو الشأن في الجمل الخبريّة المستعملة في مقام الانشاء. وهذا إنّما يناسب إرادة الحمل من المولى فيها كي يكون البيع باطلاً ويجب ردّها إلى مولاها. فلابدّ حينئذٍ من أحد أمرين: إمّا حملها على الاطلاق وإرادة الأعمّ من الوجوب والرخصة بالنظر إلى الموردين، أو رفع اليد عن الاطلاق وتقييده بخصوص الحمل من غير المولى، كي تكون الجملة واقعة في مقام دفع توهّم الحظر وظاهرة في إرادة الرخصة. وكلاهما ارتكاب لخلاف الظاهر.

الوجه الثاني: ومنها: ظهور الطائفة الأولى في مانعيّة الوطي من الردّ في مطلق العيب، سواء كان هو غير الحمل أم الحمل من غير المولى. وإرادة خصوص الحمل من الطائفة الثانية توجب بقاء الظهور الاطلاقي في تلك الطائفة على حاله، بخلاف مالو حمل على إرادة الاطلاق أو خصوص الحمل من غير المولى، وتخصيص الطائفة الأولى بها، فإنّه رفع لليد عن ظهور تلك الطائفة.

الوجه الثالث: ومنها: ظهور قول السائل في بعض روايات الطائفة الثانية: «رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم»[1] فإنّه ظاهر في أنّ البيع كان معلولاً لجهله بالاستيلاد، وإلّا فمع علمه به لكان عالماً بعدم جواز

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٨ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٩، عن التهذيب ٧: ٦٢ ح ٢٧٢، الاستبصار ٣: ٨٠ ح ٢٧٢. وإليك نصّ الحديث: عن سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم، فنحكها الّذي اشترى، قال: يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها».

بيعها، المؤيّد بقوله عليه السلام في بعض تلك الأخبار: «يردّها ويكسوها»[١] حيث إنّه ظاهر في إرادة تشبيهها بالحرائر لتشبّثها بالحرّية، وكلّ ذلك إنّما يناسب إرادة خصوص الحمل من المولى لا الأعمّ ولا خصوص الحمل من غير المولى.

الوجه الرابع: ومنها: الاطلاقات المقتضية لكون مطلق التصرّف مسقطاً للردّ، كمفهوم التعليل في صحيحة[٢] علي بن رئاب وصحيحة زرارة الواردة في خصوص المسألة، بناءً على اتّحاد معنى إحداث الحدث فيهما، فإنّ لازم الاطلاق كون مثل: أغلق الباب وناولني الثوب ونحو ذلك مسقطاً للردّ، والجارية الباقية عند المشتري إلى زمن يقع وطيها لا تنفكّ عادة عن مثل هذه التصرّفات. وحينئذٍ، فلو كان المراد من هذه الأخبار الاطلاق أو خصوص الحمل من غير المولى، فلابدّ من أحد أمرين: إمّا حملها على خصوص ما إذا لم يتحقّق شيء من هذه التصرّفات في مورد الحمل من غير المولى، وهو حمل على النادر، وخلاف ظاهر الاطلاق في هذه الأخبار، أو رفع اليد عن عموم تلك الأخبار الدالّة على مسقطيّة تلك التصرّفات، وهو أيضاً ارتكاب خلاف الظاهر.

الوجه الخامس: إنّ هنا قاعدتين:

إحداهما: أنّ العقر ـ الّذي هو عوض الانتفاع بالجارية بالوطي ـ إنّما

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٧ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح٦، عن الكافي ٥: ٢١٥ ح٩. وإليك نصّ الحديث: عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يشتري الحبلى فينكحها وهو لا يعلم، قال: يردّها ويكسوها».

(٢) تقدّم ذكرهما في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

يناسب ما إذا كانت ملكاً لغير الواطي، وكلّ ما ثبت فيه العقر بالنصوص هو ذلك، ولا يناسب انتفاع المالك بجاريته ولو كانت ملكيّتها متزلزلة، ولم يعهد في الشرع ثبوت العقر فيه.

والثانية: أنّ الفسخ في موارد الاقالة والخيار إنّما يؤثّر من حين الفسخ، ويوجب رجوع كلّ مال إلى مالكه الأوّل من ذلك الحين، لا أنّه يكشف عن عدم دخوله في ملك الغير، بل بقاء كلّ مال على ملك مالكه الأصلي.

فلوكان المراد من الأخبار خصوص موارد الحمل من المولى، فلا يحتاج إلى مخالفة شيء من القاعدتين، بخلاف ما إذا كان المراد منها الاطلاق أو خصوص الحمل من غير المولى، إذ عليه لابدّ من مخالفة إحدى القاعدتين.

تضعيف هذه الوجوه

هذا، والأوّل من هذه الوجوه مبنيّ على تسليم ظهور الأخبار في الحمل من المولى أو الاطلاق، وقد عرفت قوّة ظهورها في إرادة الحمل من غير المولى، وأنّها ظاهرة في إرادة المقيّد، وأنّ جملة «يردّها» ظاهرة في الرخصة، لورودها في مقام دفع توهّم الحظر.

والثاني منها ممّا لا محيص عنه ولا محذور فيه، لأنّه مقتضى التوفيق العرفي وحمل العامّ على الخاصّ. ولاسبيل إلى رفع اليد عن ظهور الخاصّ لأجل عموم العامّ مالم تكن هناك أظهريّة للعامّ كما هو الحال في المقام.

والثالث منها ممنوع جدّاً، إذ كما يحتمل أن يكون فرض السائل جهل

البائع بالحمل، لكون مفروضه الحمل من المولى وكونها غير جائزة البيع، كذلك يحتمل قويّاً أن يكون فرضه ذلك، نظراً إلى أنّه لوكان عالماً بالحمل لما باعها إلا مع التنبيه على العيب الموجود.

هذا، مع أنّ كون المفروض في بعض أخبار الباب الحمل من المولى لا يلازم كونه المفروض في جميع الأخبار، كيف؟ وصحيحة عبدالله بن سنان المشتملة على قوله: «رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطئها» بقوّة ظهورها في إرادة الحمل من غير المولى ـ وأنّ تصرّفه فيها بالوطي لم يكن بسبب الشراء عالماً بالعيب وإقداماً عليه، سيّما بملاحظة ما في ذيلها من التفصيل الظاهر في أنّها تنصبّ على مصبّ واحد ـ تصلح قرينة على كون المراد من تلك الجملة في رواية[1] سعيد بن يسار الاحتمال الثاني الّذي قوّيناه.

والرابع منها مبنيّ على إمكان العمل باطلاق ما دلّ على سقوط الخيار بمطلق التصرّف، وقد عرفت عدمه، وأنّ غاية ما يستفاد من صحيحة[2] عليّ بن رئاب ـ بمقتضى عموم التعليل فيها ـ سقوط الردّ بما يصلح أن يكون مصداقاً عرفيّاً لامضاء العقد، لا مثل: أغلق الباب وناولني الثوب ونحوهما ممّا لاينفكّ الجهل بالعيب أو الغبن ثمّ تبيّنه عن وقوع شيء منها غالباً، كما لا ينفكّ شراء الحيوان في الأيّام الثلاثة عن ذلك عادة، بحيث لو حمل على ثبوت الخيار فيما لم يتحقّق شيء منها في تلك الخيارات لما

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٣٧٤ هامش (١).
(٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣٦٠ هامش (٢).

بقي لها مورد أصلاً أو تبقى موارد نادرة كالمعدومة. وقد اعترف الشيخ العلّامة قدس سره بذلك مراراً في المسائل المتقدّمة وفي هذه[١] المسألة في طيّ بيان مسقطيّة التصرّف.

وأمّا صحيحة زرارة الواردة في خصوص العيب فقد عرفت اتّحاد مفادها مع مفاد مرسلة جميلة. ولو فرض اتّحاد مفادها مع مفاد صحيحة ابن رئاب فحالها كحالها في عدم إمكان العمل باطلاقها.

وأمّا الخامس منها، فكون العقر في وطي الحامل من غير المولى على خلاف القاعدة أمر لاخفاء فيه، إلا أنّه لا محذور في الالتزام بحكم على خلاف القاعدة بعد دلالة تلك الأخبار المستفيضة عليه، سيّما لو حمل الأمر بردّ العقر فيها على الاستحباب كما لا يبعد على[٢] ما يأتي. بل الانصاف أنّ أخبار الباب بأجمعها ظاهرة في ثبوت العقر في وطي الجارية الّتي كانت ملكاً للواطي على تقدير الفسخ وإرجاعها إلى مالكها الأوّل، حتّى الطائفة الأولى الدالّة على مانعيّة الوطي من الردّ، لما عرفت من أنّ استعاذتهم عليهم السلام من جعل الأجر للوطي ـ المراد به العقر وعوض الانتفاع بالوطي ـ إنّما كانت من ردّها، الظاهرة في أنّ لزوم العقر على تقدير جواز الردّ أمر مفروغ عنه عندهم عليهم السلام. وقد عرفت أنّ السرّ في ذلك هو كون الوطي موجباً لتنقيص الجارية عرفاً، وأنّه على تقدير الفسخ وردّها إلى مالكها لابدّ من تدارك هذا النقص. ولا يقاس بسائر

(١) المكاسب ٥: ٢٨١.

(٢) في ص: ٣٨٠ ـ ٣٨١.

الانتفاعات بالمال المعيوب، كركوب الفرس أو لبس الثوب أو استخدام العبد والجارية ونحوها.

ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره ثانياً

ثمّ إنّه قدس سره أفاد[1] ثانياً بعد التنزّل عمّا أفاده أوّلاً: أنّه لو سلّم عدم ظهور الأخبار في نفسها في إرادة خصوص الحمل من المولى لكي يرتفع التعارض، فغاية الأمر إطلاقها من هذه الجهة مع اختصاصها بعيب الحمل، فلا محالة تتعارض مع الطائفة الأولى في مادّة الاجتماع، وهي الحمل من المولى، والوجوه المتقدّمة تصلح أن تكون مرجّحاً لأظهريّة الطائفة الأولى في شمولها لها من الطائفة الثانية، فلابدّ حينئذٍ من تخصيص الثانية بالأولى، والبناء على وجوب الردّ والعقر لو كان الحمل من المولى، وسقوط الردّ وعدم ثبوت العقر لو كان الحمل من غير المولى.

هذا، ولكن قد عرفت فيما سبق منع ذلك بما لامزيد عليه، وأنّه لو سلّم الاطلاق في هذه الطائفة فما ذكرناه من الوجه صالح لكونه موجباً لأظهريّة الطائفة الثانية من حيث شمولها لمادّة الاجتماع، فلا محيص عن تخصيص الطائفة الأولى بها، والبناء على بطلان البيع وثبوت العقر لو كان الحمل من المولى، وصحّة البيع وجواز الردّ مع ردّ العقر، وجواز أخذ الأرش مع إمضاء البيع لو كان الحمل من غير المولى. والظاهر أنّ ما ذكرناه هو المشهور بين الأصحاب.

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩٧.

ما أفاده قدس سره ثالثاً

ثمّ[١] أفاد قدس سره ثالثاً: أنّه على تقدير تسليم التكافؤ والتساقط فالمرجع هو استصحاب بقاء السلطنة على الردّ في مادّة الاجتماع، ولكن يبقى العقر حينئذٍ بلا دليل.

وقد عرفت ضعف ما أفاده، لأنّ التعارض والتساقط ـ من حيث جواز الردّ وعدمه ـ لايوجب سقوط الطائفة الثانية من حيث إثبات لزوم ردّ العقر، بل لابدّ حينئذٍ من إثباته بدليل اجتهادي وإثبات جواز الردّ بأصل عملي، ولا محذور فيه.

ما أفاده قدس سره أخيراً

ثمّ أفاد رابعاً بأنّه يمكن أن يدّعى الاجماع المركّب، وأنّ كلّ من قال بجواز الردّ فقد قال بلزوم العقر، وكلّ من لم يقل بلزوم العقر فلم يقل بجواز الردّ.

وقد عرفت الاشكال في ذلك، وأنّه ليس محلّاً للتمسّك بالاجماع المركّب.

وجوب العقر وعدمه

ثمّ إنّ مقتضى السياق في جملتي «يردّها» و«ويردّ نصف عشر قيمتها» ومقتضى اختلاف الأخبار في مقدار العقر ـ ففي بعضها نصف

---

(١) المكاسب ٥: ٢٩٨.

العشر[١]، وفي آخر العشر[٢]، وفي ثالث مطلق الشيء[٣]، وفي رابع الكسوة[٤] ـ الظاهر في عدم الاهتمام بشأنه، إرادة استحباب العقر في محلّ الكلام، ولكنّه خلاف المشهور بل الاجماع المدّعى.

وعليه، فلا بأس بالجمع بينها بحمل العشر على البكر ونصف العشر على الثيّب، بشهادة مرسلة[٥] الكافي المؤيّدة بنقل الاجماع على هذا التفصيل وفتوى جماعة من المتأخّرين به[٦].

وحمل رواية الشيء على كونها بصدد البيان من حيث جواز الردّ ولزوم العقر، والاهمال والاجمال من حيث مقداره، وإن كان في غاية البعد جدّاً. أو حملها على أحدهما نظراً إلى التردّد في مقداره، وأنّه العشر في مورد ونصف العشر في آخر. وهذا أقرب من الأوّل.

وحمل رواية الكسوة على الارشاد إلى أنّه لا يتعيّن كون العقر من النقود، بل يتخيّر بينها وبين دفع كسوة تساوي قيمتها العشر في مورد ونصفه في مورد آخر.

هل الحكم يعمّ كلا نوعي الوطي أم لا؟

ثمّ إنّه لا يخلو: إمّا أن يقال: إنّ لفظ الوطي الواقع في الطائفتين

(١ ـ ٤) الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ١، ٧، ٥، ٦.

(٥) الكافي ٥: ٢١٤ ح ٣، وعنه في الوسائل ١٨: ١٠٦ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٤. وإليك نصّ الحديث: «وفي رواية أخرى: إن كانت بكراً فعشر ثمنها، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر ثمنها».

(٦) جامع المقاصد ٤: ٣٣٧، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٧ ـ ٢٨٨.

من الأخبار منصرف عن الوطي في الدبر، أو يقال باطلاقه وشموله له، ويمنع الانصراف.

فعلى الأوّل ـ كما لا يبعد ـ يكون الوطي في الدبر خارجاً عن الطائفتين، ولا يستفاد مانعيّته من الردّ في غير الحمل من العيوب في الأولى، ولا عدم مانعيّته في عيب الحمل في الثانية، بل لابدّ في تشخيص حكمه من الرجوع إلى سائر الأخبار.

وحيث إنّ الوطي من التصرّفات غير المغيّرة للأوصاف الحقيقيّة للعين، وإنّما يوجب تغيّراً اعتباريّاً، فيكون خارجاً عن مفاد مرسلة[1] جميل ومنطوق صحيحة[2] زرارة بناءً على اتّحاد مفادهما، وداخلاً في منطوق المرسلة ومفهوم الصحيحة. ولكن من شأنه الكشف عن الرضا عرفاً لو وقع بعد العلم بالعيب لا قبله. فلابدّ فيه من القول بالتفصيل، وأنّه مسقط للردّ ويتعيّن الأرش لو وقع بعد العلم، وغير مانع من الردّ لو وقع قبله.

وعلى الثاني ـ كما هو الأظهر، نظراً إلى أنّ الانصراف بدويّ يزول بالتأمّل ـ فهو داخل في الطائفتين، ويستفاد حكمه منهما، وأنّه إن كان العيب غير الحمل يكون مانعاً من الردّ بمقتضى الأولى، وإن كان هو الحمل فلا يكون مانعاً منه بمقتضى الثانية. ولا ينافي ذلك ما تقدّم استظهاره من النصوص من أنّ الوجه في المانعيّة هو احتمال العلوق والتشبّث بالحرّية، لأنّ ذلك إنّما لوحظ حكمة للحكم لا علّة له على ما تقدّم، مع إمكان التسرّب والعلوق فيه أيضاً.

(١ و٢) تقدّم ذكرهما في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

حكم وطي الجارية البكر

وممّا ذكر تتبيّن حال وطي البكر وإزالة البكارة، وأنّه من التصرّفات المغيّرة للعين، ويوجب سقوط الردّ مطلقا، سواء كان العيب هو الحمل أم غيره، وسواء وقع قبل العلم بالعيب أم بعده، وإن قلنا بعدم العمل باطلاق صحيحة عليّ بن رئاب، وأنّه لا يوجب سقوط سائر الخيارات لو وقع قبل العلم بالعيب، وإن أوجب سقوطه في خصوص خيار الحيوان، نظراً إلى ما في الصحيحة من التمثيل للحدث باللمس والتقبيل والنظر إلى ما يحرم النظر إليه، وأنّها بمقتضى التعليل الواقع فيها من مصاديق الرضا بالعقد، لأنّها وقعت في زمن الخيار والعلم به. فلا يقاس به سائر الخيارات مع فرض وقوع أمثال هذه التصرّفات في الجارية قبل العلم بالخيار.

حكم الوطي لو وقع بقصد إنشاء الالتزام بالعقد

وممّا ذكر يتبيّن الحكم في الوطي بقصد إنشاء إمضاء العقد وأخذ الأرش، وأنّه مسقط للردّ، سواء كان بعد العلم بالعيب أم قبله، على إشكال فيه يأتي التعرّض له إن شاء الله تعالى. وأمّا مع وقوعه لا بقصد الامضاء، فمقتضى التعليل في صحيحة ابن رئاب كونه مسقطاً للردّ لو وقع بعد العلم بالعيب لا قبله.

ثمّ إن مقتضى ما ا ستظهرناه من أخبار المسألة أنّ الوطي لا يمنع من الردّ لو كان هناك عيب الحمل السابق المانع من احتمال العلوق من المشتري، سواء كان هو وحده أم انضمّ إليه عيب آخر سابق إليه على ما هو واضح.

حدوث العيب عند المشتري

المسقط الرابع: حدوث عيب عند المشتري.

وتفصيل ذلك: أنّ العيب الحادث إمّا أن يحدث قبل قبض من انتقل إليه المال المعيوب أو بعده.

العيب الحادث قبل القبض

أمّا الأوّل فلا خلاف ظاهراً في عدم كونه مانعاً من الردّ بالعيب القديم، بل هو في نفسه موجب للخيار والسلطنة على الردّ بلا خلاف، بل موجب للأرش أيضاً على خلاف في ذلك، وذلك بناءً على أنّ المال في ضمان من انتقل عنه قبل إقباضه لمن انتقل إليه، كما أنّه في ضمانه قبل العقد. وكونه في ضمانه في الحالين من حيث نفسه وأبعاضه و أوصافه. فكما أنّه لوكان المال تالفاً قبل العقد فلا محيص عن بطلان المعاوضة، أو كان التالف بعضه فلا محيص عن البطلان في مقابل ذلك التالف، أو كان التالف وصف صحّته فلا محيص عن ثبوت الخيار لمن انتقل إليه بين الردّ وأخذ الأرش. فكذلك لو تلف بعد العقد وقبل القبض، فلابدّ من انفساخ العقد رأساً، لكونه بمنزلة التالف قبل العقد، أو تلف بعضه فلابدّ من انفساخ العقد في مقابل ذلك البعض التالف بالنسبة،أو تلف وصف صحّته،فلابدّ من ثبوت الخيار لمن انتقل إليه بين الردّ وأخذ الأرش. كلّ ذلك لكون التالف حينئذٍ كالتالف قبل العقد فيماله من الحكم بمقتضى كونه في عهدة الناقل.

وكونه علّة مستقلّة للخيار لايكون منافياً عقلاً لكونه غير مانع من

الردّ بالعيب القديم، لامكان تعدّد الحقّ بتعدّد السبب على ما أسلفنا بيانه في المباحث السابقة. وتظهر الثمرة في إسقاط الخيار المستند إلى العيب السابق، فيكون له الخيار بالعيب الحادث. ولو أسقط الخيار المستند إلى العيب الحادث بعد العلم بحدوثه، فيكون له الخيار بالعيب السابق. فلا ملازمة عقلاً بين كونه علّة للخيار بنفسه و كونه غير مانع من الردّ بالعيب السابق.

ولكنّ الظاهرعدم الخلاف في التلازم بينهما شرعاً، نظراً إلى أنّ الدليل الدالّ على كون تغيّر المال وعدم قيامه بعينه يوجب سقوط الردّ ـ كمرسلة جميل ـ منصرف إلى التغيّر الموجب لنقص الماليّة وضمان من انتقل إليه له ضماناً معاوضيّاً، فيكون مقتضى فسخه للمعاوضة واسترداد ما انتقل عنه وجوب ردّما انتقل إليه بماله من الماليّة، وهذا يوجب سقوط سلطنته على الردّ والاسترداد فيما لا يمكنه ذلك، فلا يشمل ذلك الدليل نقص الماليّة الّذي لم يكن في عهدة من انتقل إليه وضمانه ضماناً معاوضيّاً.

وبالجملة، لايستفاد من الدليل موضوعيّة التغيّر لسقوط السلطنة على الردّ تعبّداً، سواء كان موجباً لزيادة الماليّة أو نقصانها أم لا. ولا موضوعيّة التغيّر الموجب لنقصان الماليّة تعبّداً مطلقا، سواء كان النقص في عهدة من له الخيار أم من عليه الخيار. بل المستفاد منه بحسب التناسب المغروس في الأذهان أنّ التغيّر الموجب لنقص الماليّة مع كونه في عهدة من له الخيار هو الموجب لسقوط سلطنته على الردّ والفسخ، لعدم تمكّنه من الردّ كما ضمنه بالمعاوضة.

العيب الحادث في زمن الخيار

هذا، وإن كان العيب حادثاً بعد قبض من انتقل إليه المال، ولكن قبل انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، أعني: خيار المجلس والحيوان والشرط، فحاله كحال حدوثه في ما قبل القبض، بناءً على كون تلف المال بعد القبض وقبل انقضاء الخيارات الثلاثة من مال من عليه الخيار، وضمانه عليه بالمعنى الّذي كان في ضمانه قبل القبض، بل قبل العقد بالبيان المتقدّم.

ولا خلاف ظاهراً ـ عدا ما عن المحقّق قدس سره في الجملة ـ في أنّه لا يمنع من الردّ بالعيب السابق، بل هو بنفسه علّة تامّة للخيار والسلطنة على الردّ، بل أخذ الأرش على إشكال فيه. والوجه في عدم كونه مانعاً من الردّ، مع عدم التلازم عقلاً بين العلّية للخيار وعدم المانعيّة من الردّ، هو ما عرفت من الاستظهار من دليل المانعيّة.

نعم، حكي عن المحقّق[1] قدس سره في درسه أنّه لو حدث العيب في المبيع في مدّة أحد الخيارات الثلاثة للمشتري فهو في ضمان البائع، لكن لا لأجل أنّ نقص ماليّته في عهدته كي يكون بنفسه علّة للخيار، ويكون مانعاً من الردّ بخيار آخر، ولازمه علّيته للخيار حتّى بعد انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، وعدم كونه مانعاً من الردّ بالعيب القديم حتّى بعد انقضاء الثلاثة لوكان حدوث العيب في المبيع المعيوب حين العقد. بل لأجل عدم

---

(١) حكاه الشيخ الأنصاري قدس سره في المكاسب (٥: ٣٠٢). وفي الدروس (٣: ٢٨٩) نقل الخلاف في المسألة بين ابن نما وتلميذه المحقّق. وفي غاية المراد (٢: ٦٣): «ولكن هنا فائدة، وهي أنّ الردّ هنا هل هو بالخيار أو بالعيب الحادث؟ قال المحقّق نجم الدين بالأوّل، ونقل عن شيخه ابن نما في الدرس الثاني».

كونه في ضمان المشتري مادام له الخيار، أي: أحد الخيارات الثلاثة، حيث إنّ له الفسخ بذلك الخيار، فتكون خسارة تلف المال أو بعضه أو وصف صحّته على عهدة البائع. وأمّا بعد انقضاء ذلك الخيار فالمال التالف أو العيب الحادث قبل انقضاء الخيار في ضمان المشتري. فلا يوجب العيب الحادث خياراً له، سواء حدث في المال الصحيح حين العقد أم في المال المعيوب بعيب سابق حينه. ولازم ذلك كونه مانعاً من الردّ بالعيب السابق لو فرض حدوث العيب فيه. وهذا منه قدس سره في الحقيقة خلاف في مفاد قاعدة التلف في زمن الخيار بالمعنى الّذي عليه المشهور.

العيب الحادث بعد زمن الخيار

هذا، وإن كان العيب حادثاً بعد القبض وبعد انقضاء مدّة الخيارات الثلاثة، فالمشهور ـ بل المدّعى عليه الاجماع في شرح[١] الارشاد لفخر الدين وظاهر الغنية[٢] على ما حكي ـ أنّه مانع من الردّ بالعيب السابق. وخالف في ذلك[٣] المفيد قدس سره.

والدليل على ذلك مرسلة[٤] جميل المفتى بمضمونها والمعمول بها عند الأصحاب. بل صحيحة زرارة[٥] أيضاً، بناءً على ما قوّيناه من اتّحاد مفادها مع المرسلة في إرادة التصرّف والحدث المغيّر للعين. ولا فرق

---

(١) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة (الطبعة الحديثة) ١٤: ٤٠٧.
(٢) غنية النزوع: ٢٢٢.
(٣) المقنعة: ٥٩٧.
(٤ و٥) تقدّم ذكرهما في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

بينهما إلّا من حيث أخصّية الثانية وأعمّية الأولى، وشمولها لمطلق التغيّر ولولم يكن معلولاً للتصرّف. وذلك لما مرّ من أنّ الظاهر المتبادر منها ـ بحسب التناسب المغروس في الأذهان ـ أنّ المراد من قيام المال بعينه عدم تغيّره تغيّراً موجباً لزوال ماليّته رأساً كما في التلف، أو زوال ماليّة بعضه كما في تلف البعض، أو نقصاً في ماليّته، سواء كان الوصف الزائل وصف الصحّة ـ الّذي يسمّى عيباً اصطلاحاً، ويكون موجباً للأرش تعبّداً بالمعنى المصطلح عليه، وهو استرداد مقدار من العوض بنسبة التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب ـ أم وصف الكمال الموجب لتفاوت الماليّة، سواء قلنا بكونه مضموناً بالقيمة ـ أي: بتفاوت القيمتين ـ كما هو الحقّ أم لا، كما في نسيان العبد الكتابة أو هزال الفرس ونحو ذلك من الأوصاف الخارجيّة الموجبة لنقصان القيمة بزوالها. ومن هذا القبيل قطع الثوب وخياطته وصبغه الّتي وقع التمثيل بها في المرسلة، بناءً على ما هو الحقّ من شركة المتصرّف بهذه التصرّفات في قيمة المال لا في عينه على ما أوضحناه في مباحث الخيارات السابقة، فإنّ الزائل في مثله ليس مجرّد صفة اعتباريّة، وهو الاختصاص في المملوكيّة في مقابل اشتراكها، وقد قلنا فيما مرّ إنّ المرسلة منصرفة عن مثل هذه التغيّرات الّتي تتحقّق في التصرّفات الناقلة، بل الزائل صفة خارجيّة هو اتّصال الثوب وعدم مخيطيّته في مقابل انفصاله ومخيطيّته، فلا محالة يكون موجباً لنقص قيمة الثوب في ضمن ماليّة المجموع من الموصوف والصفة.

وقد أسلفنا القول كراراً في أنّ الأعواض في المعاوضات تكون في

ضمان من انتقلت إليه ضماناً معاوضيّاً مقتضياً لرجوعها إلى مالكها الأوّل مع الفسخ أو الاقالة، لا من حيث خصوصيّتها العينيّة فحسب، بل من حيث خصوصيّتها النوعيّة ومقدار ماليّتها الّتي بها انتقلت إلى من انتقلت إليه، فلابدّ من إرجاع تلك الماليّة مع عدم التمكّن من إرجاع الخصوصيّة العينيّة والنوعيّة. وأيضاً كما لا محيص عن إرجاع القيمة بعد الفسخ أو الاقالة لو تلف المال رأساً، فكذلك يجب إرجاع قيمة بعضه لو تلف بعضه، وإرجاع قيمة الوصف التالف الموجب لنقص قيمته.

نعم، زيادة القيمة أو نقصانها بحسب اختلاف القيمة السوقيّة لايكون منظوراً في ضمان المعاوضة ولا في ضمان اليد على ما مرّ توضيحه في محلّه.

هذا، وأمّا الاستدلال المحكيّ عن التذكرة بأنّ: «العيب الحادث يقتضي إتلاف جزءٍ من المبيع، فيكون من ضمان المشتري، فيسقط ردّه، للنقص الحاصل في يده، فإنّه ليس تحمّل البائع به للعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث»[1].

فهو ضعيف جدّاً.

أمّا أوّلاً: فلما في صدر الاستدلال من فرض الاتلاف من المشتري، مع أنّ المفروض التعيّب بالعيب الحادث مطلقاً لا خصوص ما كان بتصرّف المشتري.

وأمّا ثانياً: فلأنّه لو فرض أنّ المراد من الاتلاف التلف بالمعنى الأعمّ،

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ١٢٥ مسألة (٣٠٣).

ففيه أنّه ليس وصف الصحّة إلا كسائر الأوصاف في أنّه وصف للمال لا جزء منه. ولم يثبت تنزيله منزلة الجزء من حيث إرجاع ما يقابله من الثمن تعبّداً إلا في خصوص العيب الموجب للخيار، لا في مطلق زوال وصف الصحّة لوكان في ضمان من بيده، بل المتّبع في موارد تلف وصف الصحّة أو إتلافه هي القاعدة المقتضية لضمان الأرش، بمعنى قيمة الوصف الزائل،وهي ما بهالتفاوت بين القيمتين لابنسبته من الثمن كما هو المرادمن الأرش المصطلح. وهذا أمر مطّرد في جميع الأوصاف الدخيلة في الماليّة.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه في موارد العيب الموجب للخيار أيضاً لم يثبت تنزيل وصف الصحّة منزلة جزء من المبيع من جميع الجهات. كيف؟ وإلالكان اللازم انفساخ البيع في ما يقابله من الثمن كما في الجزء المعدوم حين العقد، ولكان اللازم أخذ الأرش من نفس الثمن، لرجوعه قهراً إلى ملك المشتري، وكلا الأمرين على خلاف الفتوى. وإنّما الثابت تنزيله منزلته من حيث استحقاق المشتري أخذ جزء من الثمن بنسبة التفاوت بين القيمتين لانفس ما به التفاوت.

وحاصل هذه الاشكالات الثلاثة: أنّه كان المناسب في الاستدلال أن يقال: إنّ ما تلف من ماليّة المبيع فهو في ضمان المشتري. وليس هذا ضمان اليد بل ضمان المعاوضة، على ما عرفت من ضمان كلّ من المتعاوضين ماليّة ما ينتقل إليه بالمعاوضة على تقدير الفسخ أو الإقالة. وضمان المعاوضة لا يبتني على كون التالف جزءاً من المبيع يقسّط عليه العوض عرفاً أو وصفاً لا يقسّط عليه العوض، وإنّما يوجب بذل عوض

زائد. وهذا هو الموجب لسقوط الردّ بمقتضى المرسلة[١] ونحوها. وأمّا مع قطع النظر عن النصّ فمجرّد ذلك لا يوجب سقوط الردّ، بل لابدّ من تتميم الاستدلال بما أتمّه العلّامة قدس سره من أنّ العيب الحادث ضرر على البائع، كما أنّ العيب السابق ضرر على المشتري، وتحمّل البائع للأوّل ـ لئلّا يتحمّل المشتري الثاني ـ ليس أولى من العكس.

ولكنّه من الواضح أنّه لا يجدي في إثباته مانعيّة العيب الحادث من الردّ إلا باثبات أولويّة تحمّل المشتري للعيب السابق لئلّا يتحمّل البائع العيب الحادث، وهو نقض للاستدلال الظاهر في فرض التساوي وعدم الأولويّة من الطرفين. وهو كذلك، إذ لا سبيل إلى إثبات الأولويّة لأحدهما، لا من حيث نقص الصفة بما هي صفة مقصودة، وهو واضح، ولا من حيث التضرّر المالي بالعيب، لتداركه بدفع المشتري الأرش إلى البائع على تقدير الردّ، ودفع البائع له إلى المشتري على تقدير الامضاء.

هذا، ولو صرف النظر عمّا يقتضيه النصّ الموجود في المسألة، ولوحظت قاعدة نفي الضرر، فلا محيص عن سقوطها في المقام من الجانبين، لكون كلّ من اللزوم والجواز ضرريّاً على أحدهما، ومساق القاعدة مساق الرفق والامتنان، ولا امتنان في نفي حكم ضرريّ على أحد باثبات حكم ضرريّ على آخر. وحينئذٍ فتصل النوبة إلى الأصل العملي، وهو أصالة اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء العقد، للشكّ في زواله بفسخ المشتري بدون رضا البائع لوكان تعارض الضررين من حين تحقّق العقد،

---

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

ولكن ليس الأمر كذلك، فإنّ ما كان ضرريّاً حين العقد لم يكن إلا لزومه، حيث إنّه كان موقعاً للمشتري في ضرر العيب الموجود حينه، وأمّا الخيار للمشتري فلم يكن ضرراً على البائع حينئذٍ، لعدم تحقّق موجبه بعد، وإنّما يكون ضرريّاً عليه من حيث بقائه لا من حيث حدوثه. فلا محيص عن كون الحالة السابقة هي الخيار وعدم اللزوم، فيستصحب مع الشكّ.

إلا أن يقال: إنّه بناءً على استفادة الحكم من قاعدة لاضرر، فالموضوع للخيار هو تضرّر المشتري تضرّراً لا يوجب التخلّص منه إيقاع ضرر على البائع، وهذا قد تبدّل قطعاً، فلا مجرى لاستصحاب الخيار.

وبعبارة أخرى: ما كان ثابتاً إنّما هو الخيار غير الموجب للضرر على البائع، وهذا قد زال قطعاً. وأمّا الخيار الموجب لذلك فليست له حالة سابقة حتّى تستصحب. ومع سقوط الأصل السببي لا محيص عن الرجوع إلى الأصل المسبّبي، وهو استصحاب بقاء العقد، للشكّ في زواله وبقائه عند فسخ المشتري بعد حدوث العيب الحادث، فتكون النتيجة مانعيّة العيب الحادث من الردّ بالعيب السابق بمقتضى الأصل العملي لا بمقتضى الدليل الاجتهادي. ولكن عرفت فساد الفرض، أي: صرف النظر عن النصّ والدليل الاجتهادي الموجود في المسألة.

ثمّ إنّه لو فرض زوال العيب الحادث في يد المشتري فالمستصحب هو اللزوم وسقوط السلطنة على الردّ، لوضوح أنّ الزائل يحتاج في عوده إلى دليل، وهو منتفٍ على الفرض، على ما تقدّم نظيره في الخيارات السابقة.

ولو رضي البائع بردّه مجبوراً بالأرش ـ أي: التفاوت بين القيمتين ـ

أو بدونه جاز الردّ حينئذٍ، ولكن لا بمعنى عود الخيار للمشتري على ما يظهر من عبارة الشيخ[١] العلّامة قدس سره، لوضوح فساده، لأنّ كون سقوط السلطنة على الردّ ووجوب الوفاء بالعقد لحقّ البائع لا يوجب كون رضاه بردّ المعيب سبباً شرعاً لعود الخيار إلى المشتري. ولو شكّ في ذلك فيستصحب اللزوم على ما تقدّم. بل بمعنى جواز الردّ بعنوان الإقالة والتفاسخ على ما هو واضح.

تنبيه: حكي عن التذكرة[٢] والدروس[٣] أنّ من العيب المانع من الرّد تبعّض الصفقة على البائع.

وتوضيح الكلام في فروع المسألة يحتاج إلى تقديم مقدّمة وهي: أنّ وحدة البيع والشراء وتعدّدهما إنّما هو بوحدة المبيع والثمن لا بوحدة البائع والمشتري. فما لوحظ فيه كون المبيع بمجموعه في مقابل الثمن بمجموعه ـ بحيث يكون المنشأ هو المبادلة بين المالين من حيث مملوكيّتهما بمالهما من الوحدة وحيث الانضمام والاجتماع ـ فالبيع والشراء واحد، والخيار الثابت فيه للعيب الموجود حين العقد واحد لا محالة، سواء كان البائع أو المشتري متّحداً أم متعدّداً، كأن تباع الدار المشتركة بين اثنين بمجموعها من زيد وعمرو بألف مشترك بينهما أو في ذمّتهما، سواء كان القابل متّحداً، بأن يوكّل أحد المشتريين الآخر أو

(١) المكاسب ٥: ٣٠٧.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ١٧٠ مسألة (٣٣٨).

(٣) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٤.

الثالث في قبول العقد، أم متعدّداً بأن قال البائع: بعتكما الدار بألف لكما أو في ذمّتكما، فقالا معاً: قبلت أو قبلنا.

نعم، لا محيص في مثله عن وحدة الموجب، إمّا بأن يوكّل أحد المالكين الآخر أو يعقد وكيلهما أو وليّهما.

وأمّا مع تعدّد الايجاب منهما، فمع قصد كلّ منهما تمليك المبيع وتملّك الثمن عنهما، فهذا يوجب لغويّة إنشاء أحدهما، ولا ترجيح مع المقارنة، فيبطلان. ومع قصد كلّ منهما تمليك حصّته من المبيع في مقابل حصّته من الثمن، فيؤل الأمر إلى لحاظ التعدّد في المبيع والثمن، فيتعدّد البيع والشراء. ولا يرد هذا في طرف القابل، حيث إنّ القبول مطاوعة للايجاب، ومع وحدة الايجاب لا مانع من إنشاء المطاوعة من أحد المشتريين أو منهما معاً على ما هو واضح.

ومن ذلك تظهر الحال فيما لو فرض تعدّد مالك المبيع مع وحدة مالك الثمن، وأنّه لابدّ من وحدة الموجب وإلا فيدور الأمر بين البطلان وبين لحاظ تعدّد المبيع والثمن الموجب لتعدّد البيع والشراء. وفيما فرض تعدّد مالك الثمن مع وحدة مالك المبيع، وأنّه مع إنشاء البائع تمليك مجموع المبيع في مقابل مجموع الثمن فالبيع والشراء واحد لا محالة، سواء كان القابل متّحداً أم متعدّداً.

ثمّ إنّه لا فرق في فرض وحدة المبيع والثمن بين ما إذا كانا واحدين عرفيّين بالذات، ويحتاج لحاظ التعدّد فيهما إلى لحاظ إنشاء المبادلة والتمليك والتملّك بالنظر إلى الكسر والحصّة المشاعة المملوكة لكلّ من

المالكين، وبين ما إذا كانا ـ أو أحدهما ـ متعدّدين في نفسهما، ويحتاج لحاظ الوحدة فيهما أو في أحدهما إلى لحاظ الاجتماع والانضمام والوحدة الاعتباريّة.

فالأوّل كأن يبيع مالك الدار إيّاها، أو يبيعا الدار المشتركة بينهما في مقابل الفرس المختصّ بزيد أو المشترك بينه وبين عمرو.

والثاني كأن يبيع الفرس والكتاب المملوكين له معاً من زيد في مقابل عبده المختصّ به، أو من زيد وعمرو في مقابل العبد المشترك بينهما.

هذا كلّه في فرض لحاظ الوحدة في المبيع والثمن الموجب لوحدة البيع والشراء والخيار الثابت فيه بالعيب. وقد عرفت أنّه أمر يجامع مع وحدة البائع والمشتري أو تعدّدهما، أو تعدّد أحدهما مع وحدة القابل وتعدّده. وإنّما لا يجامع مع تعدّد مالك المبيع والموجب.

وكيف كان، فهذا الفرض هو مورد تبعّض الصفقة لعارض مع كون المنشأ صفقة واحدة، فيثبت فيه خيار التبعّض.

وأمّا ما لوحظ فيه تعدّد المبيع والثمن وإنشاء المبادلة والتمليك والتملّك في كلّ مبيع مع ما يقابله من الثمن على انفراده، فلا محيص فيه عن تعدّد البيع والشراء والخيار المعلول للعيب، سواء فرض مع ذلك وحدة البائع والمشتري والعوضين بالذات، وملاحظة التعدّد فيه بلحاظ الكسور المشاعة، كأن يبيع داره من زيد ولكن كلّ نصف منها بنصف الثمن الخاصّ أو بنصف الثمن في ذمّة المشتري ـ سواء كان العقد واحداً، كأن يقول البائع أو وكيله: بعتك هذه الدار كلّ نصف منها بنصف الألف أو بخمسمأة،

أم متعدّداً صدر كلّ منها منه أو من وكيله متعاقباً أو متقارناً، فقبل المشتري جميعها بقبول واحد أو متعدّد في فرض التعاقب ـ أم تعدّدهما والحاجة إلى لحاظ حيثيّة الانضمام في اعتبار الوحدة فيها، كأن يكون مالكاً لصبرتين ويبيعهما من زيد، ولكن كلّ صبرة بنصف الألف الخاصّ أو بنصف الألف في الذمّة، سواء كان الايجاب واحداً أم متعدّداً.

أو فرض أحد الفرضين مع تعدّد البائع والمشتري كليهما، أو تعدّد البائع ووحدة المشتري، أو بالعكس، أو فرض وحدة الايجاب مع تعدّد البائع أو وحدة القبول مع تعدّد المشتري، بأن يفرض توكيل أحدهما الآخر، فأوجب أو قبل أصالة أو وكالة، أو يفرض صدور العقد من وكيلهما أو وليّهما. أو فرض تعدّده، كأن تكون الدار مشتركة بين اثنين، فباع كلّ منهما حصّته بعقد مستقلّ، أو باع أحدهما حصّته أصالة وحصّة الآخر وكالة أو ولاية بعقد واحد، أو فعل ذلك وكيلهما أو وليّهما بعقد واحد أو متعدّد متقارن أو متعاقب على اختلاف الفروض.

وبالجملة، ففرض لحاظ التعدّد في المبيع والثمن ـ الموجب لتعدّد البيع والشراء والخيار ـ أمر يجامع مع وحدة المبيع أو الثمن أو كليهما بالذات ولحاظ التعدّد بالاعتبار، ومع تعدّدهما بالذات ولحاظ الوحدة بالاعتبار، كما يجامع مع وحدة البائع أو المشتري ـ أي: مالك المبيع والثمن ـ وتعدّدهما أو وحدة أحدهما وتعدّد الآخر، ومع فرض وحدة العقد إيجاباً أو قبولاً أو كليهما ومع تعدّدهما.

فما فرض فيه لحاظ التعدّد في العوضين لا محيص فيه عن تعدّد البيع

والشراء، وتعدّد الخيار بلحاظ كلّ بيع في نفسه. ولا محلّ لخيار تبعّض الصفقة في فروضها المختلفة.

ثمّ إنّ من الواضح أنّ لحاظ التعدّد في أحد العوضين ـ سواء كان واحداً بالذات أم متعدّداً ـ لا محيص عن كونه موجباً للحاظ التعدّد في الآخر مطلقا، كما أنّ لحاظ الوحدة في أحدهما مطلقا لا محيص عن كونه موجباً للحاظ الوحدة في الآخر مطلقا. ولا يعقل لحاظ التعدّد في أحدهما ولحاظ الوحدة في الآخر، لتنافيهما، لاقتضاء لحاظ التعدّد في أحدهما ولحاظ الوحدة في الآخر مقابلة تمام العوض الواحد لكلّ من المتعدّد، لوضوح أنّ وقوع نصفه في مقابل أحدهما ونصفه في مقابل الآخر بالإشاعة موقوف على لحاظ الوحدة والانضمام في الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ في بيع المال المعيوب حين العقد وشرائه:

يفرض تارة: وحدة كلّ من البائع والمشتري ـ أي: مالك المبيع والثمن ـ مع لحاظ وحدة العوضين أو أحدهما حين البيع الّذي عرفت عدم انفكاكه عن لحاظ الوحدة في الآخر، أو مع لحاظ التعدّد حين البيع فيهما أو في أحدهما الّذي عرفت عدم انفكاكه عن لحاظ التعدّد في الآخر.

ويفرض أخرى: تعدّد مالك كلّ من المبيع والثمن أو تعدّد مالك أحدهما دون الآخر. ولكن تارة: مع فرض لحاظ الوحدة بالذات أو بالاعتبار في العوضين حين البيع في أحد الفروض الثلاثة، وأخرى: مع فرض لحاظ التعدّد فيهما حين البيع في أحدها.

أمّا الفرض الأوّل، فلا محيص فيه عن وحدة البيع والشراء وخيار

العيب الموجود في مجموع المبيع، سواء كان محلّه الجميع أم البعض. وليس للمشتري الفسخ في البعض، بل إمّا أن يفسخ الكلّ أو يمضيه ويأخذ الأرش.

وذلك لا لأجل أنّه لو فسخ في البعض فيلزم منه تبعّض الصفقة على البائع، وهو ضرر عليه.

بل لأجل أنّه ليس له إلا خيار واحد في المجموع، سواء كان واحداً بالذات أم بالاعتبار، إذ الأوّل لا يعقل فيه تحقّق العيب الموجب للخيار في الكسر المشاع. وعلى فرض تعقّله فليس موجباً للخيارفيه،بل إنّما يوجب الخيار في المجموع. والثاني وإن كان يعقل فيه تحقّق العيب الموجب للخيار في البعض دون الجميع، إلا أنّه لا يوجب الخيار إلا في المجموع دون الجميع ودون البعض. فلا وجه لعدّ مثل هذا الفرض من موارد سقوط الردّ بحدوث العيب في المبيع المانع من الردّ، لوضوح أنّه مالم يفسخ في البعض أو الكلّ فلا تبعّض حتّى يكون عيباً مانعاً من الردّ. ومع الفسخ في البعض، فالفسخ باطل لا أثر له كي يتحقّق التبعّض المانع من الردّ. ومع الفسخ في الكلّ ـ كما هو مقتضى وحدة الخيار ـ فلا مانع عنه بوجه.

هذا ما أفاده صاحب[1] الجواهر قدس سره. وهو ـ كما ترى ـ حقّ لا محيص عنه. وفتوى المشهور ـ بأنّه ليس للمشتري لو كان بعض المبيع معيوباً الفسخ في المعيوب فقط، بل إمّا أن يفسخ في الكلّ أو يمضيه ويأخذ الأرش ـ أيضاً منطبق عليه.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٨.

ولا حاجة إلى فرض محلّ خيار العيب البعض المعيب فحسب، وجعل تبعّض الصفقةمانعاً من ردّه،ثمّ إثبات السلطنةعلى ردّ الكلّ وإلحاق مالا خيار فيه بمافيه الخيار في جواز الفسخ بتمحّلات كالاجماع التعبّدي أو لئلّا تتبعّض الصفقة. مع وضوح أنّ لزوم تبعّض الصفقة لايوجب السلطنة على فسخ الكلّ، لإمكان رضا البائع بالتبعّض، غاية ما في الباب جعل خيار له لذلك، كما أنّ تبعّض الصفقة على المشتري لا يوجب خياراً له في فسخ الكلّ، لأنّ التبعّض على الفرض يتحقّق بفعله وإعمال سلطنته، فله فسخ البعض وأخذ الأرش. ولو سلّم فغاية الأمر ثبوت خيارين له، أحدهما: في البعض المعيب للعيب، والآخر: في الباقي لتبعّض الصفقة.

هذا، كما أنّ صدق ردّ المعيوب في ضمن ردّ الجميع لايوجب سلطنة المشتري على ردّ الجميع، لإمكان رضا البائع بردّ البعض.

وبالجملة، لا معنى لفرض محلّ الخيار البعض المعيب ـ مع أنّ المفروض المبيعيّة بحيثيّة الوحدة والانضمام ـ والبناء على سقوط خيار العيب ـ أي: السلطنة على ردّ المعيب ـ لاستلزامه تبعّض الصفقة، ثمّ التمحّل لاثبات السلطنة في فسخ الكلّ بهذه التمحّلات الفاسدة.

وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامةقدس سره من أنّ ثبوت الخيار للمشتري في البعض المعيوب فحسب إثبات سلطنة له في إمساك البعض الفاقد للعيب، وإثبات خيار التبعّض للبائع سلب لتلك السلطنة عن المشتري، فعدم جعل تلك السلطنة له في ابتداء الأمر أولى من جعلها له ثمّ سلبها عنه. ولو

(١) المكاسب ٥: ٣١١ ـ ٣١٢.

فرض التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم.

ففيه:

أوّلاً: أنّه مبنيّ على استظهار كون محلّ الخيار البعض المعيب، وقد عرفت أنّ استظهار ذلك من النصوص لا محلّ له، مع وضوح ظهورها في إثبات الخيار في المبيع الّذي ربما يتّفق كونه بمجموعه معيباً للعيب في بعضه، مع كون الوحدة عرفيّة حقيقيّة، كما هو الشأن في مثل العبد والحيوان ونحوهما من الأمور الّتي لها وحدة حقيقيّة عرفيّة، وربما يتّفق كونه معيوباً بمجموعه للعيب في بعضه، مع كون الوحدة اعتباريّة من حيث لحاظ الانضمام في مقام البيع فقط .

ولا تقاس مسألة العيب بمسألة كون المبيع حيواناً، فانّ مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيّام»[1] ثبوت الخيار له في الحيوان فقط، سواء كان هو المبيع فقط أم جزءاً للمبيع الملحوظ بوحدة اعتباريّة. وظاهره الخيار بمعنى السلطنة على ردّ الحيوان فقط، إذ لا يعقل كون بعض المبيع حيواناً موجباً لاتّصاف المجموع بالحيوانيّة.

وهذا بخلاف المعيوبيّة، فإنّها صفة للمبيع، سواء كان العيب في جميعه أم في أبعاضه، بل الأخير هو الغالب في باب العيوب. ولذا بنى المشهور على ثبوت خيار الحيوان للمشتري، وتدارك ضرر البائع بخيار تبعّض الصفقة له كما تقتضيه القاعدة.

وثانياً: لو سلّمت صحّة ذلك الاستظهار فلا معنى للتردّد بين جعل

---

(١) الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١، الكافي ٥: ١٧٠ ح ٥.

سلطنة للمشتري في إمساك الباقي ثمّ سلب سلطنته بجعل الخيار للبائع لتبعّض الصفقة، وبين عدم جعل ذلك الخيار له ابتداءً. بل المتعيّن هو الأوّل، لكونه مقتضى الأخذ بعموم دليل خيار العيب وإطلاق دليل نفي الضرر، ولا محذور فيه قطعاً. والاحتمال الثاني مجرّد استحسان على خلاف ما تقتضيه القواعد.

وثالثاً: أنّه على فرض تساوي الاحتمالين فاللازم الرجوع إلى أصالة اللزوم وعدم ثبوت السلطنة على الردّ رأساً، لا في الكلّ ولا في البعض. فما معنى إثبات السلطنة له على ردّ الكلّ وإمساكه؟!

وجملة القول: أنّ الحقّ في هذا الفرض ـ أي: ما كان الخيار وفسخ البيع في بعض المبيع موجباً لتبعّض الصفقة ـ عدم ثبوت الخيار في البعض، بل الخيار ثابت في الكلّ، ولا يوجب الفسخ تبعّض الصفقة. فليس هذا الفرض من مصاديق سقوط الردّ بالعيب الحادث.

هذا، وأمّا الفرض[1] الثاني فلا محيص فيه عن تعدّد البيع والخيار لوكان العيب في الجميع، ووحدته واختصاصه بمن اشترى المعيب لوكان العيب في البعض.

فلو اختار أحدهما في الأوّل الفسخ دون الآخر، واختار من اشترى المعيوب الفسخ في الثاني، فليس في شيء منهما تبعّض الصفقة على البائع، إذ المفروض تعدّد الصفقة، وإخراج البائع كلّ بعض عن ملكه ببيع منفرد من دون لحاظ الانضمام. فرجوعه إلى ملكه على انفراده لا معنى

(١) تقدّم توضيح الفروض في ص: ٣٩٣ وبعدها.

لكونه منافياً لغرضه، أعني: الانضمام في الخروج عن ملكه والدخول في ملك الغير. فهذا الفرض أيضاً ليس من صغريات سقوط الردّ لعيب حادث، أي: تبعّض الصفقة على البائع.

وأمّا الفرض الثالث، فلا محيص فيه عن ثبوت خيار واحد لمن انتقل إليه المال المعيوب، سواء كان العيب في الجميع أم في البعض، لوحدة البيع والشراء على الفرض. فلابدّ لهما من الاجتماع على الفسخ أو الامضاء. فإمّا أن يفسخا في الجميع أو يمضياه ويأخذا الأرش. وليس لأحدهما اختيار الفسخ في البعض، لعدم خيار مستقلّ لكلّ منهما. فهذا الفرض أيضاً ليس من صغريات سقوط الردّ بالعيب الحادث، أعني: تبعّض الصفقة، وإن كان مورداً له لوكان لكلّ منهما خيار مستقلّ.

وأمّا الفرض الرابع، فلا محيص فيه عن تعدّد الخيار. ولهما اختيار الفسخ أو الامضاء معاً. ولكلّ منهما اختيار الفسخ ولو اختار الآخر الامضاء. ولا يوجب ذلك تبعّض الصفقة على البائع أو البائعين، لفرض عدم ملاحظة الانضمام في المبيعين.

نعم لو كان البائع واحداً فيتحقّق فيه عيب الشركة، كما أنّه لو كان متعدّداً فيتحقّق فيه عيب تبدّل الشريك. ولكنّهما لا يمنعان من الردّ، لكونهما ممّا أقدم عليه البائع أو البائعان ببيعهما بلحاظ الانفراد الموجب لكون كلّ منهما في معرض الانفساخ الموجب للعيبين.

هذا، وقد تحصّل من جميع ما تقدّم: أنّه ليس في شيء من الفروض المتقدّمة مايكون من صغريات سقوط السلطنةعلى الردّ لتعيّب المال بعيب حادث، أعني: تبعّض الصفقة على البائع أو حصول الشركة في ملكه.

ما يسقط به الأرش دون الردّ

مسألة: يسقط الأرش دون الردّ في موضعين:

الموضع الأوّل: إذا اشترى ربويّاً بجنسه فظهر عيب في أحدهما، فلا أرش حذراً من الربا.

وفي المسألة إشكال قويّ ـ كما اعترف به الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ ينشأ من أنّ ظاهر أدلّة حرمة الربا هل هو المنع من مقابلة أحد الربويّين بأزيد منه حين العقد، بأن كان المنشأ بالعقد هو المبادلة من حيث المملوكيّة بين الزائد والناقص؟

فلا تشمل ما إذا وقعت المبادلة بين المتساويين، ولكن عرض ما يوجب زيادة أحد العوضين ونقص الآخر، باسترداد شيء من أحدهما الواجد لوصف الصحّة في مقابل وصف الصحّة المفقودة في الآخر، فانّ وصف الصحّة في كلّ من العوضين ولو قوبل به بعض من عين الآخر، إلا أنّ ذلك لا يضرّ بالمماثلة، بعد أنّ جزءاً من كلّ منهما وقع بدلاً عن وصف الصحّة في الآخر. فالمبادلة حينئذٍ بين نفس العينين المتماثلتين في القدر، إلا أنّ استرداد جزءٍ من العوض الصحيح في مقابل وصف الصحّة المفقودة في الآخر أوجب مالكيّة أحدهما من العينين أزيد ممّا ملكه الآخر.

هذا، مضافاً إلى أنّ الأوصاف ـ ومنها وصف الصحّة ـ لا تقابل بشيء في المعاوضات، فلا يقع جزء من العوض في مقابل وصف الصحّة في الآخر، بل يقع تمام العوض في مقابل الآخر. والأرش إنّما هو غرامة

---

(١) المكاسب ٥: ٣١٨.

خارجيّة جعله الشارع لمن انتقل إليه المال المعيوب. ولذا لا ينفسخ البيع في مقابل وصف الصحّة بمجرّد انتفائه في أحد العوضين أو كليهما حين العقد، بل يتوقّف على مطالبته والتغريم به. وعند المطالبة والتغريم أيضاً لايلزم الدفع من عين العوض الآخر، بل لناقل المال المعيوب دفعه من مال آخر غير العوض الّذي أخذه في مقابل المعيوب.

أو أنّ ظاهر الأدلّة أنّ المعاوضة في الربويّين لابدّ أن تكون بنحوٍ لا توجب استحقاق من انتقل إليه أحد العوضين أزيد ممّا نقله إلى الآخر، سواء كان ذلك حين العقد أم بعده، وسواء كان ما يستحقّه من القدر الزائد لانفساخ البيع في البعض المقابل لوصف الصحّة أم للغرامة الخارجيّة. فتعمّ محلّ الكلام أيضاً، سواء قلنا بمقابلة وصف الصحّة في كلّ عوض بالبعض من عين الآخر أم قلنا بعدمه وكون الأرش غرامة خارجيّة؟

والظاهر المتبادر بدواً من تلك الأدلّة هو المعنى الأوّل، ولكن لا يبعد ظهورها بعد التأمّل في المعنى الثاني.

الموضع الثاني: لوكان العيب غير موجب لنقص القيمة، كما في العبد الخصيّ، فلا تتصوّر فيه قيمة لوصف الصحّة المفقودة كي يستردّ من الثمن بنسبة نقص القيمة.

ولا محلّ للمناقشة في ذلك بأنّه: لا محيص عن كون العيب موجباً لنقص الماليّة النوعيّة والقيمة المتعارفة . وعدم التفاوت أو التفاوت بالزيادة إنّما هو عند بعض الناس بلا غرامة، وهذه القيمة ليست عين ماليّة المال عرفاً.

وذلك لوضوح أنّ خصاء العبد ـ ولو كان أمراً غير مشروع ـ ليس غرضاً لأشخاص نادرة، بل هو أيضاً من الأغراض النوعيّة الّتي توجب زيادة قيمة العبد نوعاً، ولذا يتوصّل إليه بإزالة وصف الصحّة طلباً للزيادة، ويرغب في بيعه وشرائه بتلك القيمة وما يقاربها رغبة نوعيّة.

هذا، كما أنّه لا محلّ للمناقشة في ذلك بأنّ: مثل هذا العيب يسقط عن كونه عيباً موجباً للخيار رأساً، فيكون مثله ممّا يسقط فيه كلّ من الردّ والأرش، فلا يثبت الخيار، بل يلزم البيع ابتداءً.

وذلك لوضوح اختلاف الأغراض النوعيّة، ومن الواضح أنّ الفحولة أيضاً من الأغراض النوعيّة المقصودة للعقلاء. وأصالة السلامة عن مثل ذلك العيب أيضاً توجب ارتفاع الغرر. والاشتراط الضمني لوصف الصحّة وإطلاق الأدلّة أيضاً يقتضيان كون تخلّفها موجباً للتسلّط على الفسخ.

ما يسقط فيه الردّ والأرش

مسألة: يسقط الردّ والأرش معاً بأمور:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لانتفاء الاشتراط الضمني لوصف الصحّة مع العلم بانتفائها. ولكونه مقدماً على الضرر، فلايكون لزوم العقد علّة تامّة للوقوع في الضرر كي يرتفع بقاعدة نفي الضرر. ولظهور جميع[1] أخبار الباب ـ بل صراحتها ـ في فرض وقوع البيع مع جهل من انتقل إليه المال المعيوب ثمّ وجدان العيب فيه.

(١) راجع الوسائل ١٨: ٢٩ ب «١٦» من أبواب الخيار.

ولظهور صحيحة زرارة في ذلك، فانّ الجملة الشرطيّة المذكورة فيها بقولهعليه السلام: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب...»[١] وإن كانت ظاهرة في فرض وجود الموضوع، ولا مفهوم للشرط في مثله، إلا أنّه غير خفيّ أنّ قولهعليه السلام: «وبه عيب أو عوار، ولم يتبرّأ إليه، ولم يتبيّن له» أو «ولم يبيّن له» جمل ثلاث ذكرت على نسق واحد في مقام بيان القيود المعتبرة في ثبوت الخيار، ولا يمكن التفكيك في ذلك بينها، فلا محيص عن ظهورها في إرادة المفهوم.

وعلى هذا، فلو اشترط العالم بالعيب الخيار له، فإن أراد به خيار الشرط، فلا مانع من صحّته، ويجب الوفاء بالشرط على البائع. وإن أراد خيار العيب بما له من الخصوصيّات والأحكام، فهو شرط مخالف للشرع، ولا يجب الوفاء به، بل يوجب فساد العقد أيضاً عند من يقول بافساد الشرط الفاسد للعقد.

الثاني: تبرّي البائع من العيوب. وهو مسقط للأمرين إجماعاً في الجملة على ما حكي عن الخلاف[٢] والغنية[٣] بل التذكرة[٤] أيضاً.

والوجه في ذلك ما تقدّم نظيره من انتفاء الالتزام بوصف الصحّة من البائع مع التصريح بخلافه والتبرّي عن عهدتها، وكون الشراء مع ذلك إقداماً من المشتري على الضرر. ولمفهوم قولهعليه السلام: «ولم يتبرّأ إليه» في

---

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(٢) الخلاف ٣: ١٢٧ ـ ١٢٨ مسألة (٢١٣).

(٣) غنية النزوع: ٢٢١ ـ ٢٢٢.

(٤) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٨٧ مسألة (٢٧٢).

صحيحة زرارة على ما تقدّم تقريبه. ولأنّ مآل التبرّي من العيب إلى شرط سقوط الخيار المترتّب عليه، فيكفي في سقوطه حينئذٍ عموم وجوب الوفاء بالشرط.

وأمّا مكاتبة جعفر بن عيسى قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد، فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه برىء من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه، ولم يبق إلا نقد الثمن، فربما زهد، فاذا زهد فيه ادّعى فيه عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أيصدّق فلا يجب عليه الثمن،أم لا يصدّق فيجب عليه الثمن؟فكتب عليه السلام :عليه الثمن»[1].

فدلالتها على حكم المسألة مبنيّة على أن يكون حكمه عليه السلام بلزوم البيع من جهة التبرّي وعدم سماع دعوى المشتري أنّه لم يسمعه، لكونها على خلاف الظاهر، أو لفرض العلم بكذبه فيها. ولكنّها غيرواضحة الدلالة على ذلك، إذ كما يحتمل فيها ذلك، كذلك يحتمل أن يكون ذلك للعلم بكذبه في دعوى العيب أو دعوى عدم العلم به، لندمه من الشراء. وعلى كلّ حال، ففيما تقدّم غنى وكفاية.

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق تلك الأدلّة عدم الفرق بين أن يكون التبرّي من العيوب تفصيلاً أو إجمالاً، ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة. فخلاف[2] الاسكافي وتخصيصه الحكم بالتبرّي التفصيلي، ضعيف لا وجه له.

---

(١) الوسائل ١٨: ١١١ ب «٨» من أبواب أحكام العيوب ح ١، التهذيب ٧: ٦٦ ح ٢٨٥.

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ١٧٠.

ثمّ إنّ ظاهر الأدلّة أنّ سبب الخيار وموضوعه نفس تحقّق العيب في الواقع حين العقد، وأنّ وجدانه طريق إلى إحراز ثبوته الّذي به يتمكّن من إعمال حقّه فسخاً وإمضاءً.

وعليه، فلا مانع من التبرّي الّذي مآله إلى شرط سقوط الخيار الثابت لولاه، وليس من إسقاط مالم يتحقّق. نعم، هو من إسقاط مالم يعلم أنّه تحقّق. ولا مانع منه بعد أنّ الاسقاط والسقوط بنفسه معلّق على تقدير الثبوت من دون حاجة إلى التصريح بالتعليق، ومثله لا يضرّ في العقود والايقاعات فضلاً عن مثل هذا الايقاع الّذي هو في الحقيقة بمعنى الإعراض عن الحقّ والالتزام بعدم إعماله. وقد مرّ غير مرّة أنّ الجواز الحقّي والخيار من المجعولات الشرعيّة الاقتضائيّة الّتي إنّما تثبت عند تجرّد العقد عن شرط سقوطه، فلا يكون شرط سقوطه مخالفاً للكتاب والسنّة.

هذا في التبرّي من العيوب الموجودة حين العقد.

وأمّا التبرّي من العيوب المتجدّدة فيما قبل القبض أو بعده وقبل انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، فيمكن أن يستدلّ على صحّته ولزوم الوفاء به بعموم وجوب الوفاء بالشروط.

ولكن للمناقشة فيه مجال.

أمّا أوّلاً: فلأنّه شرط للسقوط المعلّق على تقدير الثبوت.

وقد عرفت اندفاعها في الفرض الأوّل.

وأمّا ثانياً: فلكونه إسقاطاً لما يقطع بعدم تحقّقه حين العقد.

وهي أيضاً مندفعة بما مرّ مراراً من أنّ الحقوق في نظر العقلاء ممّا

يقبل الاسقاط والاعراض عنها قبل فعليّتها، ولكن لوكانت في معرض التحقّق الّذي يكون بتحقّق بعض أجزاء موضوعها أعني: العقد، وإن كانت تماميّة موضوعها متوقّفة على أمر يعلم بعدم تحقّقه فعلاً ويشكّ في تحقّقه فيما بعد. ولا تقاس بالحقّ الّذي لم يتحقّق شيء من أجزاء موضوعه بالقوّة القريبة، كحقّ الخيار ـ مثلاً ـ قبل تحقّق أصل العقد، على إشكال في ذلك أيضاً، لامكان دعوى صحّة شرط سقوط الخيار في بيع لم يتحقّق بعد في ضمن عقد لازم متحقّق فعلاً.

وأمّا ثالثاً: فلكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، لأنّ مفاد قاعدة التلف قبل القبض أو في زمن الخيار من الأحكام لا الحقوق، فشرط عدم جريانها مخالف للكتاب والسنّة.

ولكنّها أيضاً مندفعة، بأن مفاد القاعدة إنّما هو من الأحكام القهريّة بالنظر إلى موارد تلف المال أو بعضه، حيث إنّ حكمه الانفساخ القهري وتلف المال من بائعه. وأمّا بالنظر إلى انتفاء وصف الصحّة فمفادها ليس إلا جعل حقّ للمشتري، وشرط سقوطه غير مخالف للشرع، لما عرفت من أنّ الجواز الحقّي والخيار إنّما يثبت مع تجرّد العقد عن شرط عدمه.

ثمّ إنّه لا إشكال في التبرّي من العيوب المتجدّدة بعد العقد من ناحية لزوم الغرر في البيع. وأمّا التبرّي من العيوب الموجودة حين العقد، فربما يشكل في صحّته بأنّ لازمه عود الغرر وفساد البيع بذلك.

ولكنّه مبنيّ على كون رافع الغرر في شراء المال الّذي يشكّ في سلامته هو التزام البائع بصحّته التزاماً ضمنيّاً، فعدم التزامه بها لا محالة

يوجب عود الغرر.

ولكنّ الحقّ أنّ رافع الغرر عرفاً هو تعويل المشتري على أصالة السلامة الّتي هي من الأصول المتّبعة عند العقلاء، ومن الواضح أنّه لاتنافي بين تبرّي البائع من العيوب الموجب لعدم الخيار للمشتري وبين إقدام المشتري على الشراء، بل إقدام البائع على البيع تعويلاً على أصالة السلامة، لوضوح أنّ تبرّي البائع لا يوجب وهناً في هذا الأصل عند العقلاء، ولا يوجب ظنّاً على خلافه.

ثمّ إنّ ظاهر عنوان التبرّي من العيوب هو التبرّي من عهدتها، بمعنى عدم الالتزام بالصحّة الموجب لانتفاء الخيار، لا التبرّي من حكم العيب أعني: الخيار، ولا التبرّي من ضمان ماليّة وصف الصحّة أي: الأرش.

نعم، لو فرض في مورد ظهور الكلام في التبرّي من خصوص الأرش فهو المتّبع،فيسقط الأرش بمقتضى الشرط،ويبقى الردّ بمقتضى دليل الخيار.

هذا، وربما تذكر موارد أخر لسقوط الردّ والأرش معاً، ولكنّها لاتخلو عن المناقشة في الجملة.

زوال العيب قبل العلم به

فمنها: زوال العيب الموجود حين العقد قبل العلم به أو بعده وقبل الردّ، فانّ ظاهر العلّامة قدس سره في غير موضع من التذكرة[1] سقوطهما معاً في

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٢١٢ مسألة (٣٧٥).

كلا الفرضين. ومال إليه في جامع[١] المقاصد، واختاره في المسالك[٢] في الفرض الأوّل.

هذا، ولا فرق من جهة الاشكال في المسألة بين أن يقال ـ كما هو الحقّ ـ: إنّ موضوع الخيار هو العيب الموجود في الواقع، وأنّ ظهوره طريق إلى إحرازه كي يتمكّن من إعمال الخيار، أو يقال: إنّ موضوعه مركّب من العيب الواقعي وظهوره، وأنّ ظهوره شرط لأصل الخيار. وأمّا كون الظهور تمام الموضوع للخيار بحيث لايكون لوجود العيب في الواقع مدخليّة فيه، فهو احتمال ساقط جدّاً.

وعلى كلّ حال، فلا فرق بين القولين، لأنّ مناط الاشكال في المسألة هو أنّ ما هو تمام الموضوع أو جزؤه في تحقّق العيب في الواقع هل هو خصوص تحقّقه حين العقد، سواء بقي إلى حين العلم به أو إلى حين الردّ أم لا، بحيث يكون حدوثه في ذلك الحين موضوعاً لثبوت الخيار وبقائه إلى أن يتحقّق شيء من المسقطات الأخر؟ أو أنّ تمام الموضوع أو جزءه حدوث العيب وبقاؤه إلى حين العلم به أو إلى حين الردّ، بحيث يحدث الخيار بحدوثه ويدوم بدوامه ويزول بزواله قبل الأمرين؟

فلو كان المفروض أنّ مدرك ثبوت خيار العيب ـ ردّاً أو أرشاً ـ قاعدة تخلّف الشرط الضمني أو قاعدة نفي الضرر، فينبغي أن يقال بتعيّن الوجه الثاني، لكون المستفاد من الدليل حينئذٍ هو نفي اللزوم بما أنّه

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٥١ ـ ٣٥٢.
(٢) مسالك الأفهام ٣: ٢٩٣.

ضرريّ، والمفروض أنّه إنّما يكون ضرريّاً حدوثاً لابقاءً. فالقدر المتيقّن من ثبوت الخيار هو مادام اللزوم ضرريّاً، وأمّا مع انقلابه عن ذلك فغاية الأمر الشكّ في بقائه، ولا مجرى في مثله لاستصحاب الخيار، لتبدّل الموضوع عرفاً، وكون الشكّ في المقتضي لا الرافع، فلا محيص عن كون المعوّل عليه أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً، أي: استصحاب بقاء العقد وعدم زواله بفسخ الفاسخ بدون التراضي، وأصالة البراءة عن وجوب ردّ الأرش.

ولكن لمّا كان عمدة المدرك لثبوت الخيار بكلا شقّيه هي النصوص الواردة في المسألة، وإنّما يذكر الوجهان تأييداً لها، وأنّها لا تتكفّل لحكم على خلاف القاعدة إلا بالنسبة إلى الأرش.

وعليه، فلابدّ من استظهار أحد الوجهين من تلك النصوص. فربما يستظهر منها الوجه الأوّل بزعم ظهورها في الاطلاق. وربما يستظهر الوجه الثاني، نظراً إلى أنّ ظاهر النصوص كما أنّه ثبوت السلطنة على الردّ مع بقاء المال وإمكان ردّه كما كان ـ حيث إنّ الموضوع له في جميعها هو ردّ المبيع بقيد كونه قائماً بعينه كما هو مفاد[1] المرسلة ـ كذلك ظاهرها ردّ المال المعيوب فعلاً أي: حين الردّ. فما كان معيوباً حين العقد ولكن صار صحيحاً حين الردّ لم تثبت السلطنة على ردّه من أوّل الأمر حتّى تستصحب، بل الشكّ في الحقيقة في حدوثها، فالمستصحب هو عدمها الحاكم على استصحاب بقاء العقد وإن كان على وفقه في النتيجة.

هذا بالنظر إلى الردّ. وأمّا بالنظر إلى الأرش، فاستحقاق مطالبته

---

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

ـ بحسب النصوص الدالّة عليه ـ وإن كان لا يدور مدار ثبوت السلطنة على الردّ فعلاً، وإمكان الردّ لبقاء العين، بل الثابت منها خلاف ذلك، وأنّ الأرش هو المتعيّن عند تحقّق موانع الردّ الّتي منها تلف العين أو تغيّرها وعدم قيامها بعينها، إلا أنّ الدليل على التخيير بين مطالبة الأرش والردّ إنّما هو الاجماع، والمتيقّن منه ثبوت الأمرين مع كون المال باقياً على ما كان عليه من وصف المعيوبيّة فعلاً، وأمّا ما زال عنه العيب قبل العلم أو قبل الردّ، فكما أنّه لم تثبت فيه السلطنة على الردّ، كذلك لم تثبت فيه السلطنة على مطالبة الأرش حتّى تستصحب.

وبالجملة، مقتضى الاجماع على التخيير فيما لم يكن هناك مانع من الردّ هو التلازم بين الأمرين ثبوتاً وانتفاءً. فإن كان موضوع السلطنة على الردّ بقاء العين على ما كانت عليه من وصف المعيوبيّة فعلاً، فهو الموضوع للسلطنة على مطالبة الأرش. وإن كان الموضوع لها بقاء العين المعيوبة حين العقد، سواء بقي العيب إلى حين الردّ أو أخذ الأرش أو حين العلم بالعيب أم لا، فهو الموضوع للسلطنة على مطالبة الأرش. وليس في النصوص ما يمكن التمسّك باطلاقه وإثبات استحقاق مطالبة الأرش حين العقد مطلقاـ سواء كان المال معيوباً حين العلم بالعيب أو حين الردّ أو أخذ الأرش أم لا ـ حتّى يستصحب عند الشكّ في بقائه مع زوال العيب.

فما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من التفصيل بين الأمرين، وتقوية سقوط الردّ وعدم إمكان استصحابه، وثبوت الأرش وإمكان استصحابه، لولا

(١) المكاسب ٥: ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

مخالفة التفصيل للاجماع المركّب في المسألة، ليس في محلّه جدّاً، لما عرفت من أنّه لولا الاجماع على التخيير بين الأمرين ـ والتلازم بينهما في الثبوت والانتفاء، وإن كان لا تلازم بينهما في البقاء والسقوط بعد الثبوت ـ فأيّ دليل يمكن التعويل عليه في إثبات السلطنة على الأرش مع انتفاء الدليل الّذي يمكن التعويل عليه في إثبات السلطنة على الردّ؟!

وكيف كان، فالحقّ هو التلازم بين الأمرين في أصل الثبوت والانتفاء. والأظهر انتفاء السلطنة على الردّ، لما عرفت من ظاهر النصوص مؤيّداً بدليل نفي الضرر. ولازمه انتفاء السلطنة على أخذ الأرش أيضاً كما حكي عن[1] الجماعة قدس سرهم. ولكنّه ـ كما ترى ـ ليس من موارد سقوط الردّ والأرش معاً بعد ثبوتهما، بل هو استثناء من كون العيب موجباً للخيار، وأنّه إنّما يوجبه العيب المستمرّ إلى حين العلم به أو حين الردّ به، لا العيب الزائل قبلهما.

التصرّف في المبيع بعد العلم بالعيب

ومنها: التصرّف في المبيع بعد العلم بالعيب، فإنّ المحكيّ عن ابن[2] حمزة سقوط الأمرين به. ولعلّه لدعوى كون التصرّف رضاً بالمعيب والعيب. وهي ممنوعة جدّاً، لوضوح عدم الملازمة بين الرضا بإمساك المعيب والرضا بالعيب ـ أي: صرف النظر عن نقصان القيمة الّذي أوجبه

(١) راجع الهوامش (١) و(١ و٢) في ص: ٤١٠ ـ ٤١١.
(٢) الوسيلة: ٢٥٧.

العيب ـ بل هو كالرضا بالمبيع يحتاج إلى الانشاء قولاً أو فعلاً.

نعم، لو كان هناك قرينة مقاميّة توجب ظهور الفعل في إرادة إنشاء إسقاط الأمرين فهي المتّبعة لا محالة، كما هو الشأن في الإسقاط القولي أيضاً. ولكن كلّ ذلك إنّما يستقيم في فرض إحراز إرادة المتصرّف بالتصرّف إسقاط الردّ والأرش. وأمّا مع عدمه وإثبات مسقطيّة التصرّف للردّ تعبّداً مطلقا، أو في خصوص التصرّف الّذي من شأنه نوعاً أن يصدر من المالك، فلا محلّ لما ذكر على ما هو واضح.

موارد اجتماع مسقط الردّ والأرش

منها: كلّ مورد تحقّق فيه شيء ممّا يسقط الردّ في نفسه وما يسقط الأرش كذلك. ولازم اجتماعهما سقوط الأمرين معاً.

ومنها: التصرّف في المعيب الّذي لم تنقص قيمته بالعيب، كما في العبد الخصيّ مثلاً، فإنّ الأرش منتفٍ فيه، لعدم تفاوت القيمة، ولا سلطنة على الردّ، لكون التصرّف مسقطاً لها.

والتحقيق: أنّ التصرّف إن كان بعد العلم بالعيب، وكان ظاهراً في إرادة إمضاء العقد وإسقاط الخيار، فلا محيص فيه عن انتفاء الأمرين. أمّا الأرش فلعدم ثبوته رأساً. وأمّا الردّ فلسقوطه باسقاط الخيارعلى الفرض.

ولامحلّ فيه لأن يقال: إنّ سقوط الردّ ولزوم البيع مع انتفاء الأرش حكم ضرريّ على المشتري، فلابدّ من نفيه بدليل نفي الضرر، لوضوح أنّ الضرر قد أقدم المشتري عليه بالتصرّف وإسقاط الخيار.

وإن كان التصرّف قبل العلم بالعيب، أو بعده ولكن بلا قصد لامضاء البيع، وإن كان التصرّف كاشفاً نوعاً عن الرضا فضلاً عمّا إذا لم يكن كذلك، فالقول بكونه مسقطاً للردّ لابدّ أن يكون تعبّداً، إمّا باستفادته من صحيحة زرارة[1] في خيار العيب، أو من عموم التعليل في صحيحة[2] ابن رئاب الواردة في خيار الحيوان. وعلى كلّ حال، فكونه مسقطاً أمر تعبّدي، ولا ربط له باقدام المتصرّف، ولا محيص عن كونه منفيّاً بدليل نفي الضرر، لحكومته على أدلّة الأحكام بلا فرق فيها بين دليل لزوم العقد في نفسه ودليل صيرورته لازماً بعد جوازه، ولازمه انتفاء الأرش وثبوت الردّ بمقتضى تحكيم دليل نفي الضرر.

ولكنّ التحقيق فساد هذا الوجه، لأنّ كون التصرّف مسقطاً للردّ حكم مجعول في مورد الضرر، ولا حكومة لدليل نفيه على دليله، وذلك لوضوح أنّ التضرّر بفقد وصف الصحّة أمر وراء التضرّر من حيث نقص الماليّة، وما يتدارك بأخذ الأرش إنّما هو الثاني دون الأوّل. وقد عرفت فيمامرّ أنّ عدم التضرّر المالي في العبد الخصيّ لايوجب عدمكون الخصاء فيه عيباً يتضرّر به المشتري، لأنّ الفحولة من المقاصد النوعيّة الموجبة للالتزام بها ضمناً. فهذا التضرّر ممّا حكم به الشارع بسقوط الردّ فيه بالتصرّف، سواء كان هناك تضرّر ماليّ حكم بتداركه بأخذ الأرش أم لا.

ولا معنى لأن يقال: إنّ المتيقّن من دليل مسقطيّة التصرّف ما كان الضرر فيه متداركاً بأخذ الأرش، إذ قد عرفت أنّ ذلك الضرر ممّا لا يقبل

(١ و٢) تقدّم ذكرهما في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

التدارك بأخذ الأرش.

فالأقوى في الفرض انتفاء الأرش رأساً، وسقوط السلطنة على الرد بعد ثبوتها بمقتضى دليل مسقطيّة التصرّف، ولكن بمقدار ما استظهر من دلالته عليه من الاطلاق أو التقييد بما بعد العلم بالعيب وبما كان من شأنه الكاشفيّة عن الرضا كما هو الأقوى.

التعيّب فيما لا أرش فيه لعدم تفاوت القيمة

ومنها: حدوث العيب في المعيب، فلا أرش فيه، لانتفاء النقص في الماليّة، ولا ردّ، لسقوطه بالعيب الحادث في ضمان المشتري.

وأمّا توهّم حكومة دليل نفي الضرر على دليل مسقطيّة التعيّب ـ وهي مرسلة[1] جميل ـ لأنّ الحكم تعبّدي لا مساس له باقدام المشتري، فالجواب عنه ما تقدّم من عدم الحكومة، لكون الحكم مجعولاً في مورد الضرر، وأنّه لابدّ للمشتري من تحمّل الضرر، ولا يجب على البائع تحمّله بالعيب الحادث، سواء كان موجباً لنقص الماليّة أم لا. وذلك الضرر لايندفع بالأرش في موارد ثبوته، حتّى يقال: إنّ المتيقّن من دليل المسقطيّة ما إذا فرض تداركه بأخذ الأرش.

وأمّا ما أفاده الشيخ[2] العلّامة قدس سره في ذيل كلامه من ملاحظة التعارض بين تضرّر المشتري من حيث فقد وصف الصحّة ولولم يوجب نقصاً ماليّاً،

---

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

(٢) المكاسب ٥: ٣٢٨.

وبين تضرّر البائع بتحمّل العيب الحادث وزوال وصف الصحّة، وفرضهما متساقطين، والرجوع إلى استصحاب بقاء الردّ الثابت قبل العيب الحادث.

فهو شبه اجتهاد في مقابل النصّ الدالّ بإطلاقه على عدم وجوب تحمّل البائع ضرر العيب الحادث، ووجوب تحمّل المشتري ضرر العيب الموجود حين العقد، وأنّه غير قابل للتدارك، سواء كان هناك ضرر ماليّ قابل للتدارك بالأرش أم لا.

وأمّا إنكار كون فقد الوصف مع عدم النقص المالي ضرراً يجب على المشتري تحمّله مطلقا، فهو مساوق لانكار أصل كون هذا العيب موجباً للسلطنة على الردّ، فلا محلّ لاستصحاب بقائها بعد القطع بعدم ثبوتها رأساً. فالأقوى في المسألة عدم ثبوت الأرش رأساً، وسقوط السلطنة على الردّ بالعيب الحادث مطلقا، سواء كان بالتصرّف أم سماويّاً.

التصرّف أو التعيّب فيما لا أرش فيه حذراً من الربا

ومنها: تحقّق التصرّف أو التعيّب في المبيع الّذي لا أرش فيه حذراً من الربا.

والتحقيق: أنّ الحكم فيهما كالحكم في الفرضين السابقين بعينه. فما ذكرناه من التفصيل في فرض التصرّف جارٍ بعينه في فرض التصرّف في المقام. وما ذكرناه من توهّم حكومة قاعدة نفي الضرر فيما فرض عدم قصد إنشاء الاسقاط بالتصرّف، بل كونه مسقطاً تعبّداً، وكذلك في فرض التعيّب، جارٍ في المقام بعينه. وما دفعناه به من نفي الحكومة، وكون الحكم

مجعولاً في مورد الضرر، جارٍ في المقام بعينه. ولا حاجة إلى الإعادة.

والأقوى فيهما أيضاً انتفاء الأرش رأساً، للزوم الربا على القول بشمول أدلّة حرمة الربا لمثل المقام على ما تقدّم، وسقوط السلطنة على الردّ بعد ثبوتها بالتصرّف أو التعيّب. ولا محذور في ذلك بعد أنّه مقتضى إطلاق الأدلّة.

فما نسبه الشيخ[١] العلّامة قدس سره إلى صريح[٢] جماعة من الأصحاب من عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجّاناً في هذين الفرضين، وذكرهم في تدارك ضرره وجهين:

أحدهما: جواز ردّ المشتري للمعيب مع غرامة العيب الحادث للبائع.

والثاني: فسخ البيع، وكون المشتري ملزماً بدفع بدله إلى البائع من غير الجنس معيباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد، لفرض المال بمثابة التالف، لامتناع ردّه بلا أرش، لكونه ضرراً على البائع، ومعه للزوم الربا.

ممّا لا وجه له أصلاً حتّى يتردّد في كيفيّة تخلّص المشتري والبائع من الضرر. فعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق.

ترك العمل بمقتضى الخيار بعد العلم بالعيب

ومن الموارد الّتي يذكر كونها ممّا يسقط فيه الردّ والأرش معاً بعد ثبوت الخيار ترك الأخذ والعمل بمقتضى الخيار من الردّ أو أخذ الأرش

---

(١) المكاسب ٥: ٣٣١.

(٢) منهم العلّامة في قواعد الأحكام ٢: ٧٩، والشهيد في الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٨، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٣٦٤ ـ ٣٦٥.

بعد العلم بالعيب، فإنّ ظاهر الغنية[١] سقوطهما معاً. وهو أحد قولي[٢] الشافعيّة، ولعلّه لدعوى أنّ التأخير في العمل بمقتضى الخيار دليل على الرضا بالمعيب والعيب. ولكن دلالته على الرضا بالمعيب ممنوع فضلاً عن دلالته على الرضا بالعيب وإبراء البائع من الأرش.

نعم، مقتضى ما تقدّم في الخيارات السابقة ـ من أنّ القدر المتيقّن من أدلّة السلطنة على الردّ وثبوت الخيار إنّما هو الزمان الأوّل الّذي يتمكّن فيه من الردّ والتخلّص من الضرر، وأمّا بعد ذلك فيشكّ في بقاء الخيار ـ سقوط الردّ. ولا مجرى لاستصحاب الخيار، لما تقدّم من أنّ المرتكز في الأذهان في أمثال هذه الخيارات الّتي يراعى فيها جانب من انتقل إليه المال من حيث عدم إيقاعه في الضرر، أنّ موضوعه المتضرّر غير المتمكّن من التخلّص من الضرر، والمتفاهم من نصوص المسألة أيضاً ذلك، فمع مضيّ زمان يتمكّن فيه من الفسخ والتخلّص من الضرر يتبدّل الموضوع عرفاً،ولايكون محلّاً للاستصحاب، بل يكون من إسراء حكم من موضوع إلى آخر،ومعه فتصل النوبة إلى أصالة اللزوم أصلاًعمليّاً،بمعنى استصحاب بقاء العقد وعدم زوال اعتباره شرعاً بمجرّد فسخ الفاسخ بدون التراضي.

وأمّا دعوى الاطلاق في أخبار الباب وعدم التقييد بالفوريّة، فهي ممنوعة جداً، ولكن لا لأجل عدم إحراز كون المتكلّم في مقام البيان من هذه الجهة، كما أفاده الشيخ[٣] العلّامة قدس سره، لبعد ذلك في نفسه، بل لأجل ما

(١) غنية النزوع: ٢٢٢.
(٢) روضة الطالبين ٣: ١٣٨.
(٣) المكاسب ٥: ٣٣٣.

ذكرناه من الارتكاز وتبادر الفوريّة من أدلّة الخيارات مطلقا، بحيث لا يحتمل عرفاً وعقلاً أن يكون الشارع قد منّ على المغبون أو من تخلّف شرطه أو من انتقل إليه المال المعيوب بجعل خيار دائميّ له، إذ لامحيص عن كونه موجباً لتزلزل البيع على الناقل وكون ما انتقل إليه من العوض في معرض الخروج عن ملكه مالم يتحقّق فيه شيء من المسقطات، وهو إجحاف عليه وخلاف الارفاق والمنّ، ولاخفاء في أنّ الملحوظ في نظر الشارع رعاية حال النوع لا الشخص.

وبالجملة، الأقوى في المسألة فوريّة خيار العيب أيضاً من حيث السلطنة على الردّ كما نقل عليه الاجماع في الغنية[١].

وعليه، فاشتهار القول بالتراخي فيه، بل نفي الخلاف فيه في المسالك[٢] والحدائق[٣]، لا محالة اشتهار بين المتأخّرين من الأصحاب كما هو المحكيّ عن الرياض[٤]، ولا حجّية فيه بعد وضوح أنّ مستندهم إمّا زعم الاطلاق في نصوص الردّ أو استصحاب الخيار، وقد عرفت ضعفهما. هذا بالنسبة إلى الردّ.

وأمّا مطالبة الأرش فلا وجه لفوريّتها، بل حالها كحال مطالبة غرامات التلف والاتلاف وسائر الديون في أنّه لا وجه لسقوطها بمجرّد تأخير المطالبة مالم يتحقّق إبراء أو إسقاط.

---

(١) غنية النزوع: ٢٢٢.

(٢) مسالك الأفهام ٣: ٣٠٢.

(٣) الحدائق الناضرة ١٩: ١١٧.

(٤) رياض المسائل ٨: ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

وجوب إظهار العيب على البائع وعدمه

مسألة: الظاهر أنّه لا دليل على وجوب إظهار العيب على البائع إلا من باب حرمة الغشّ والخيانة. ولكن لا يصدق ذلك بمجرّد ترك الاظهار مطلقا، وإنّما يصدق مع نفيه قولاً، سواء تقدّم سؤال المشتري عن وجوده أم لا، بحيث ينقلب تعويله على أصالة السلامة إلى التعويل على إخبار البائع بالعدم وثقته به، أو مع نفيه فعلاً بفعل ما يوهم السلامة، كفتح المصحف بين يدي العبد الأعمى لايهام أنّه بصير يقرأ، ونحو ذلك ممّا يوجب عادة انخداع المشتري وزعمه السلامة تعويلاً على ما فعله البائع، فيحرم ذلك من باب حرمة الغشّ والخيانة. من دون فرق في ذلك بين العيوب الظاهرة والباطنة، أي: الجليّة الّتي يمكن العلم بها بالاختبار، والخفيّة الّتي لايمكن العلم بها إلا بالرجوع إلى قول أهل الخبرة. ومن دون فرق أيضاً بين تبرّي البائع من العيوب في ضمن العقد وعدمه، لوضوح أنّ تبرّيه منها أمر لا ربط له بغشّه قولاً أو فعلاً.

ولولم يتحقّق منه عنوان الغشّ، فلا وجه لحرمة مجرّد ترك الاظهار، من غير فرق في ذلك أيضاً بين العيوب الجليّة والخفيّة، ولا بين تبرّيه من العيوب وعدمه، لوضوح أنّ تبرّيه منها أمر لا يضرّ بتعويل المشتري على أصالة السلامة، ولا يوجب علمه أو وثوقه بوجود العيب، كما أنّ عدم تبرّيه منها لا يوجب وهناً في تعويله على أصالة السلامة والاقدام على الشراء لمجرّد عدم تبرّي البائع من العيوب. وهو واضح.

تنبيه: من مصاديق العيب كون المال ممزوجاً بغير جنسه. وفروضه كثيرة.

منها: ما إذا أوجب الامتزاج انقلاب المالين إلى حقيقة ثالثة غير حقيقة المبيع، كما إذا اشترى عسلاً فبان أنّه ممزوج مع الخلّ. والظاهر بطلان البيع، لعدم تحقّق ما قصد تمليكه وعدم قصد تمليك ما هو المتحقّق، فهو كما لو باع عسلاً فبان خلّاً.

ومنها: امتزاج المبيع بغيره بنحوٍ يستهلك الخليط لقلّته، سواء كان جليّاً كما في امتزاج الحنطة بقليل من التراب، أم خفيّاً كما في امتزاج قليل من الماء باللبن. ولا إشكال في صحّة البيع، لتحقّق المبيع، غاية الأمر كونه معيباً، فيجبر بالخيار.

ومنها: امتزاج المبيع بغيره بنحوٍ لا يتبدّل أحدهما إلى الآخر ولا إلى حقيقة ثالثة، كما إذا امتزجت الحنطة بالشعير. ولا إشكال في بطلان البيع في غير ما قصد بيعه.

وهل يبطل فيما قصد تمليكه؟ ربما يقال بذلك، نظراً إلى جهالة مقداره. وربما يقال بصحّة البيع فيه، نظراً إلى أنّ العلم بالمقدار إنّما يعتبر للتخلّص من الغرر، ويكفي في ذلك العلم بمقدار المجموع، وأمّا مقدار ما قصد تمليكه فهو وإن كان مجهولاً حين العقد إلا أنّه آئل إلى العلم بعد تبيّن الامتزاج.

ولكن لا يخفى أنّ هذا إنّما يستقيم لو تبعّضت الصفقة في بيع ما يصحّ بيعه مع ما لا يصحّ أو بيع ما يملك مع ما لا يملك، لا في الامتزاج بغير الجنس، فإنّ الجهل فيه غير آئل إلى العلم، بل الغرر باقٍ على حاله وموجب للبطلان.

مسائل في اختلاف المتبايعين

واختلافهما تارة: يكون في تحقّق العيب الموجب للخيار. وأخرى: في تحقّق ما يسقط الخيار أو أحد شقّيه وعدمه بعد التسالم على ثبوته. وثالثة: في تحقّق الفسخ وعدمه أو في كونه مؤثّراً.

الفرض الأوّل: الاختلاف في تحقّق سبب الخيار

أمّا الفرض الأوّل ففيه مسائل:

المسألة الأولى: لو اختلفا في تحقّق العيب الموجب للخيار وعدمه، مع عدم التمكّن من ملاحظة العين واستعلام حالها، وأنّها هل كانت معيوبة حين العقد أم لا؟ لتلف العين أو إباق العبد وشرود الدابّة وغصب المبيع، سواء كان مدّعي سبب الخيار من انتقل إليه المال، كالبائع لو ادّعى العيب في الثمن أو المشتري لو ادّعى العيب في المثمن، أم كان مدّعيه من انتقل عنه المال، كما ربما يتّفق في البائع لو فرض فسخ المشتري البيع بزعم تحقّق العيب الموجب للخيار، ثمّ ندم على ذلك وادّعى لغويّة الفسخ، لانتفاء العيب الموجب له، وادّعى البائع صحّته، لتحقّق موجب الخيار، وذلك لندمه من نقل المبيع إلى غيره.

ثمّ لا يخلو: امّا أن تكون الحالة السابقة للمال مجهولة، أو معلومة بالصحّة ولكن ادّعى مدّعي سبب الخيار انقلابها إلى العيب قبل العقد، أو تكون معلومة بالعيب وادّعى منكر سبب الخيار انقلابه إلى الصحّة قبل العقد.

ففيما كانت الحالة السابقة مجهولة فالقول قول منكر سبب الخيار،

لمطابقة قوله لأصالة السلامة المتّبعة عند العقلاء. فعلى مدّعي العيب إثباته بإقامة البيّنة عليه.

وهذا الأصل موضوعيّ حاكم على أصالة اللزوم وأصالة البراءة. ولو نوقش في اعتباره شرعاً، فلا محالة تصل النوبة إلى أصالة اللزوم أصلاً عمليّاً، بمعنى استصحاب بقاء العقد وعدم زواله بفسخ الفاسخ بدون التراضي، وأصالة البراءة عن اشتغال الذمّة بالأرش على تقدير إمضاء العقد ومطالبته.

وأمّا أصالة عدم تسليم البائع ـ مثلاً ـ المبيع إلى المشتري على الوجه المقصود، وأصالة عدم استحقاقه تمام الثمن، وأصالة عدم لزوم العقد، على ما أشار إليه الشيخ[1] العلّامة قدس سره في الفرض الآتي في توجيه كلام الاسكافي[2]، فلا يرجع إلى معنى محصّل لا في هذا الفرض ولا في الفروض الأخر. وقد أوضحنا ذلك في الخيارات السابقة، فليراجع.

وفيما كانت الحالة السابقة الصحّة، وادّعى مدّعي سبب الخيار انقلابها قبل العقد إلى العيب،فأصالةالسلامة واستصحابها يقتضيان كون المال حين وقوع العقد عليه غير معيوب. وكذلك يقتضيان عدم عروض سبب الخيار بعد العقد وقبل القبض أو بعده وقبل انقضاء زمن الخيارات الثلاثة. فعلى

---

(١) ما نسبه المؤلّف قدس سره إلى الشيخ العلّامة قدس سره لعلّه كان في الطبعة القديمة من المكاسب. وفي الهامش (٢) من الطبعة الحديثة (٥: ٣٤٠) أشير إلى وجود الزيادة ـ أي: ما نسبه المؤلّف ـ في نسخة «ش».

(٢) في مختلف الشيعة (٥: ١٧٢): «لو اختلفا فقال البائع: حدث العيب عند المشتري، وقال المشتري: إنّه كان في المبيع قبل أن يبيعني إيّاه..... قال ابن الجنيد: إن ادّعى البائع أنّه حدث عند المشتري حلف المشتري».

مدّعي سبب الضمان إقامة البيّنة عليه، وعلى منكره الحلف على عدمه.

وفيما كانت الحالة السابقة العيب، وادّعى مدّعي سبب الضمان بقاءه إلى حين العقد، وادّعى الآخر زواله قبل العقد، فعلى مدّعي الانقلاب إقامة البيّنة عليه، وإلّا فعلى مدّعي البقاء ـ المطابق قوله للاستصحاب ـ الحلف على البقاء. ولا يكون الاستصحاب مثبتاً، لأنّ موضوع الخيار وقوع العقد على المال حال كونه معيوباً، وقد أحرز الجزء الأوّل ـ أعني: العقد ـ بالوجدان، والجزء الآخر ـ أعني: كون المال معيوباً حين العقد ـ بالاستصحاب.

المسألة الثانية: لو اتّفقا على وجود وصف في المبيع كعدم وجود الشعر على عانة العبد أو الجارية، ولكن اختلفا، فادّعى أحدهما كونه عيباً معلولاً لمرض في البدن، وموجباً لخيار العيب، وأنكره الآخر، ولم يتمكّن من استعلام حقيقة الحال، لعدم وجود أهل الخبرة مثلاً، فالقول قول منكر سبب الخيار، أي: منكر العيبيّة، وعلى مدّعيها إثباتها. وذلك لموافقة قول منكرها لأصالة السلامة المتّبعة عند العقلاء.

ولو نوقش في اعتبار هذا الأصل مطلقا أو في مثل المقام ممّا يكون الشكّ فيه في عيبيّة الموجود لا في وجود العيب كما هو الظاهر، لعدم إحراز بناء العقلاء على السلامة في مثله حتّى يثبت إمضاء الشارع له بعدم الردع، فلا محالة تصل النوبة إلى الأصل الحكمي، وهو أصالة اللزوم وأصالة البراءة من الأرش على ما تقدّم. ومع حلف المنكر لا يثبت خيار العيب، فلا يترتّب شيء من الآثار الخاصّة المترتّبة عليه، ومنها: استحقاق

مطالبة الأرش على تقدير إمضاء العقد، ومنها: سقوط الردّ بالتلف أو التغيّر ونحو ذلك.

نعم، لو كان الوصف المفروض على خلاف غالب الأفراد مع كونه موجباً لنقصان القيمة، فلامانع من ثبوت خيار الردّ من جهة تخلّف الشرط الضمني، ومن جهة كون لزوم العقد ضرريّاً. فترتّب آثار هذا الخيار دون خيار العيب. ولكن ذلك بناءً على أخصّية وصف العيب من مطلق الأوصاف الّتي توجب نقصاً في القيمة، وعدم صدقه عرفاً في بعض مصاديقها، كما هو أعمّ منها من وجه، لصدقه فيما لا يوجب نقصاً في القيمة كالخصاء في العبد مثلاً. وسيأتي تفصيل القول في ذلك إن شاء الله تعالى.

المسألة الثالثة: لو اتّفقا على وجود العيب في المال، ولكن اختلفا فادّعى أحدهما كونه سبباً للخيار، وأنّه في ضمان من انتقل عنه المال، لكونه متحقّقاً حين العقد أو بعده وقبل القبض أو قبل انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، وأنكره الآخر وادّعى كونه في ضمان من انتقل اليه المال، لحدوث العيب بعد قبضه وبعد انقضاء زمن الخيارات الثلاثة.

فالمسألة في صورها الثلاث من صغريات مسألة الشكّ في تقدّم أحد الحادثين على الآخر وتأخّره عنه. ولكن استصحاب عدم تحقّق العقد لوكان مجهول التاريخ، وكذا استصحاب عدم تحقّق القبض أو استصحاب عدم انقضاء زمن الخيار إلى زمان تحقّق العيب، لغو لا أثر له، أي: لا ينفع مدّعي سبب الخيار والضمان، لعدم إمكان إثبات أنّ العقد وقع في حال اتّصاف المال بالعيب الّذي هو موضوع الخيار، أو إثبات أنّ العيب حدث

قبل القبض أو في زمان الخيار اللذين هما موضوعا ضمان من انتقل عنه.

وهذا بخلاف استصحاب عدم حدوث العيب لوكان مجهول التاريخ إلى زمان تحقّق العقد أو القبض أو انقضاء زمان الخيار في الواقع، فإنّه لامحالة ينفي أحد جزئي موضوع الخيار في الأوّل وتمام موضوع الضمان والخيار في الثاني والثالث، ولايكون الاستصحاب مثبتاً. وأمّا إثبات أنّ العيب حدث في ضمان من انتقل إليه المال فلا يوجب الخيار، فلا حاجة إليه بعد أنّه مقتضى القاعدة والعمومات، وأنّ العقد بنفسه موضوع للّزوم مالم يتحقّق هناك سبب للخيار. فنفي سبب الخيار لامحالة مدرج للعقد تحت عمومات وجوب الوفاء به وعدم استحقاق شيء زائد على العوض المبذول.

والحاصل: أنّه في فرض الجهل بالتاريخين أو بتاريخ العيب فالأصل الموضوعي النافي للخيار جارٍ وسليم عن المعارض. أمّا الأوّل، فلكون معارضه محتاجاً إلى الاثبات. وأمّا الثاني، فلعدم الشكّ في زمان العقد أو القبض أو انقضاء زمان الخيار حتّى يجري فيه الاستصحاب.

وفي فرض العلم بتاريخ العيب، فلا مجرى للاستصحاب في الطرفين. أمّا في العيب فلعدم الشكّ في زمان حدوثه. وأمّا في الطرف الآخر فلكون استصحابه مثبتاً. فتصل النوبة لا محالة إلى الأصل الحكمي، وهي أصالة اللزوم وأصالة البراءة من الأرش على ما تقدّم. فالقول قول منكر سبب الخيار في جميع صور المسألة.

وأمّا ما حكي عن الاسكافي[١] من أنّ القول قول المشتري المدّعي لسبب الخيار، فلا وجه له. وما وجّهه به الشيخ[٢] العلّامة قدس سره قد أشرنا إلى عدم تماميّته.

بقي الكلام في المسألة من جهتين:

إحداهما: أنّ الحقّ ما عليه المشهور من أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر، وأنّه لا تسمع البيّنة من المنكر ولا تسقط اليمين عنه، سواء تمكّن المدّعي من إقامة البيّنة أم لا. وفصل الخصومة إمّا أن يكون بإقامة المدّعي البيّنة، أو بحلف المنكر، أو بنكوله وردّه اليمين إلى المدّعي.

وعليه، فما ذكره العلّامة قدس سره من أنّه «لو أقام أحدهما بيّنة عمل بها» بلا يمين، سواء كان هو مدّعي سبب الخيار أم منكره، وأنّه «لو أقاما بيّنة عمل ببيّنة المشتري»[٣] لكونه مدّعياً دون الآخر، لكونه منكراً لا محالة. مبنيّ على القول الآخر في المسألة، وأنّ البيّنة من المنكر ـ لو لم تكن للمدّعي بيّنة ـ مسموعة، وفاصلة للخصومة، ومسقطة لليمين عنه. نعم، لو أقاما بيّنة فتجري فيه القاعدة المعروفة من أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر، فلابدّ من تقديم بيّنة المدّعي. وهذا خلاف المشهور وضعيف في نفسه. والتفصيل في محلّه.

الجهة الثانية: أنّ حلف منكر سبب الخيار هل يجب أن يكون على البتّ أو يكفي الحلف على نفي العلم؟

(١ و٢) لاحظ الهامش (١ و٢) في ص: ٤٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة» ١١: ٢١٠.

والتحقيق: أنّ المال إن كان في يده ومعرض اختباره، وقد اختبره وعلم سلامته من العيب، وعدم حدوثه فيه قبل العقد أو قبل القبض أو قبل انقضاء زمن الخيار،فعليه الحلف على البتّ، كما تجوز له الشهادة بالسلامة في مثله، كما في سائر الأمور الّتي يمكن العلم بها والشهادة عليها بالنظر إلى الآثار والأمارات، كالشجاعة والسخاء والفقر والغنى ونحوها.

ولا يجدي فيه الحلف على نفي العلم، سواء ادّعى الخصم عليه العلم به أم ادّعى التحقّق في الواقع. أمّا في الأوّل فلأنّ حلفه على نفي العلم إنّما تفصل به الخصومة ـ من حيث دعوى العلم عليه ـ لوكانت له آثار خاصّة لأجلها ادّعي عليه العلم، وأمّا بالنظر إلى نفي آثار التحقّق الواقعي فلا وجه لكونه فاصلاً للخصومة فيه. وأمّا في الثاني فلوضوح أنّ الحلف حاله حال الاقرار والبيّنة، في أنّه لابدّ أن يتعلّق بنفي مصبّ الدعوى لا بأمر آخر لا ربط له به.

هذا،وأمّا فيما لم‌يكن المال في يده كي يختبره،أو كان ولكنّه لم‌يختبره من باب الاتّفاق.فاذا شكّ في أنّه هل كان معيوباً حين العقد أو قبل القبض أو قبل انقضاء زمن الخيار أم لا؟ فهل يجوز الحلف على البتّ أم لابدّ من الحلف على نفي العلم؟ فيه خلاف وإشكال، وقد قيل في ذلك وجوه:

الوجه الأوّل: أنّه يجوز له الحلف على البتّ ونفي التحقّق الواقعي، استناداً إلى أصل معتبر موجود في المسألة كاستصحاب عدم حدوث العيب إلى زمان العلم بتحقّقه، قياساً للحلف بالشهادة وللأصول بالأمارات، وأنّه كما تجوز الشهادة بالملكيّة بمقتضى اليد كما دلّت عليه رواية

حفص[١] بن غياث، والشهادة بالطهارة استناداً إلى قاعدتها أو استصحابها، كذلك يجوز الحلف استناداً إلى أمارة أو أصل.

الوجه الثاني: أنّه لو كانت الدعوى علمه بالعيب فلابدّ من حلفه على نفي العلم، وبه تفصل الخصومة. وإن كانت الدعوى تحقّق العيب واقعاً، فلا يجدي الحلف على نفي العلم، بل لابدّ من الحلف على نفي التحقّق ولو استناداً إلى الأصل الموجود في البين.

الوجه الثالث: أنّه لايجوز الحلف على البتّ استناداً إلى الأصل. ولايجدي الحلف على نفي العلم في فصل الخصومة. فلابدّ من إيقاف المخاصمة إلى أن يتمكّن المدّعي من إقامة البيّنة.

الوجه الرابع: أنّه لابدّ في مثله من ردّ اليمين إلى المدّعي، لعدم تمكّن المنكر من الحلف الفاصل للخصومة. ولكن ليس ذلك من باب الحكم بمجرّد النكول بناءً عليه، إلّا أنّه في حكمه من حيث عدم إمكان فصل الخصومة بيمين المنكر، فلابدّ من ردّها إلى المدّعي كي تفصل الخصومة بحلفه على تحقّق العيب.

وهذا هو الأقرب والأوفق بالقواعد. وتفصيل القول في ذلك في باب القضاء.

فرع: لو باع الوكيل فوجد المشتري به عيباً يوجب الخيار، فإن كان معترفاً بالوكالة وأنّه باع مال الموكّل وكالةً، ففسخ البيع أو إمضاؤه ومطالبة الأرش لايرتبطان بالوكيل، لكونه أجنبيّاً عن المال بعد أن بطلت

---

(١) الوسائل ٢٧: ٢٩٢ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٢، عن الكافي ٧: ٣٨٧ ح ١.

وكالته بفعل ما وكّل فيه.

فإن كان المالك مقرّاً بقدم العيب وكونه موجباً للخيار أو بحدوثه في زمان الخيار، فلابدّ على تقدير الفسخ من ردّ المبيع إليه وأخذ الثمن منه، وعلى تقدير الامضاء مطالبة الأرش منه.

وإن كان منكراً لذلك ومدّعياً حدوث العيب عند المشتري، وعدم كونه موجباً للخيار، فالقول قوله مع حلفه على عدم الخيار. وعلى المشتري إقامة البيّنة على كون العيب قديماً وفي ضمان البائع وموجباً للخيار، لما تقدّم تقريبه من مطابقة قول البائع للأصل.

ولو أقرّ الوكيل بكون العيب قديماً وموجباً للخيار فلا جدوى فيه، لما عرفت من كونه أجنبيّاً عن المال، فلا محالة يكون إقراره على الغير، فلا ينفذ.

وإن كان المشتري جاهلاً بوكالة البائع، فالمخاصمة بين البائع الوكيل، لأنّ المشتري يدّعي أصالته وبيع مال نفسه، والبائع ينكره ويدّعي الوكالة وكونه أجنبيّاً عن المال. وقول المشتري في ذلك موافق للظاهر، فعلى البائع إثبات كونه بائعاً بالوكالة.

فإن تمكّن من إقامة البيّنة على ذلك، فلا محالة تفصل الخصومة، ويصير الوكيل أجنبيّاً عن المال، فتعود المسألة إلى الفرض الأوّل، وقد عرفت حكمه.

ولا يجدي في فصل الخصومة إقرار المالك بالتوكيل، لأنّه وإن كان إقراراً على نفسه ـ سواء أقرّ بكون العيب موجباً للخيار أم لا ـ إلا أنّه

ليس إقراراً من الخصم، والفاصل للخصومة إقرار الخصم، وهو المشتري. وأمّا إقرار الموكّل بالتوكيل فحاله كحال إقرار نفس الوكيل بالوكالة، في أنّه لا يزيد على دعوى مخالفة للظاهر.

هذا، وإن لم يتمكّن البائع من إقامة البيّنة على كونه وكيلاً، وحلف المشتري على كونه أصيلاً، فلا محالة تكون المخاصمة بينهما، وتكون دعوى المشتري كون العيب موجباً للخيار على البائع لا على المالك.

وحينئذٍ، فإن اعترف البائع بكون العيب موجباً للخيار يلزم بدفع الثمن وأخذ المبيع على تقدير الفسخ، أو دفع الأرش على تقدير مطالبته. وليس للبائع ردّ المبيع إلى المالك ليأخذ منه ما دفعه ابتداءً، لوضوح أنّ إقراره بكون العيب موجباً للخيار إنّما ينفذ على نفسه لا على الغير، أعني: المالك، بل تتجدّد هنا مخاصمة بين الموكّل والوكيل. فإن اعترف الموكّل أيضاً بكون العيب في ماله موجباً للخيار، فللوكيل ردّ ما أخذه من المبيع إليه وأخذ ما دفعه منه.

وإن أنكر الموكّل كون العيب موجباً للخيار فالقول قوله بيمينه. وللوكيل إحلافه على نفي سبب الخيار أو إقامة البيّنة على كون العيب موجباً للخيار. فإن أقام بيّنة على ذلك تفصل الخصومة بينه وبين الموكّل، ويكون له دفع ما أخذه من المبيع إليه وأخذ ما دفعه منه. وإن عجز عن ذلك وحلف الموكّل على عدم وجود سبب الخيار فتفصل الخصومة بذلك. ولا يكون للوكيل ردّ ما أخذه إليه وأخذ ما دفعه منه. ولو ردّ الموكّل اليمين إلى الوكيل، فحلف على كون العيب موجباً للخيار، ألزم الموكّل

بأخذ المبيع ودفع ما دفعه الوكيل.

وإن أنكر الوكيل كون العيب موجباً للخيار، فالقول قوله بيمينه، لمطابقة قوله للأصل على ما تقدّم، إلا أن يقيم المشتري البيّنة على كون العيب سبباً للخيار.

فإن أقام المشتري البيّنة على ذلك تفصل الخصومة بينه وبين الوكيل، ويلزم الوكيل بدفع الثمن أو الأرش، وتكون حال تخاصمه مع الموكّل بعد ذلك كحال الفرض السابق، أي: فرض الاقرار.

وإن عجز المشتري عن إقامة البيّنة، وحلف الوكيل على عدم كون العيب سبباً للخيار، فتفصل الخصومة بينه وبين المشتري. ولا يبقى محلّ لتجدّد الخصومة بينه وبين الموكّل على ما هو واضح.

وهل للمشتري إحلاف البائع الوكيل أم لا؟ الظاهر أنّه ليس له ذلك، لوضوح أنّ إحلاف الوكيل يقتضي جعله طرف المخاصمة، لفرضه أصيلاً في التصرّف، وهذا بمعنى الاقرار بكون الموكّل أجنبيّاً عن المبيع، فلاوجه لاحلافه. وإحلاف الموكّل يقتضي جعله طرف المخاصمة، لفرضه مالك المبيع، وهو بمعنى الاقرار بالوكالة، فلا معنى لاحلاف الوكيل. ومجرّد إقرار الموكّل بالتوكيل لا يجعله طرف التخاصم مع المشتري مالم يعترف المشتري بالوكالة.

ثمّ لو نكل الوكيل عن اليمين على عدم سبق العيب، وردّ اليمين إلى المشتري، فحلف على سبقه وكونه سبباً للخيار، ففسخ وردّ المبيع إلى الوكيل وأخذ الثمن منه، أو أمضى العقد وأخذ الأرش منه، فهل للوكيل

ردّه إلى الموكّل وأخذ ما دفعه إلى المشتري منه أم لا؟

التحقيق: أنّه ليس له ذلك، سواء كانت اليمين المردودة إلى المدّعي كبيّنته أم كاقرار المنكر، لما عرفت من أنّ التخاصم بين الموكّل والوكيل تخاصم آخر غير الّذي بين الوكيل والمشتري.

فان كان الموكّل معترفاً بسبق العيب فليس للوكيل ردّ المبيع إليه بمقتضى إنكاره للسبق وعدم الموجب للخيار، فلا حقّ للوكيل على الموكّل بمقتضى إقراره.

وإن كان الموكّل أيضاً منكراً للسبق، فليس للوكيل الرجوع إليه بمقتضى إقراره بعدم السبق. وكون حلف المشتري على السبق بمنزلة بيّنته لايوجب إلا نفوذه على طرف الخصومة ـ أعني: الوكيل ـ لا على الموكّل، لعدم كونه طرفاً لها. ولا حجّة في بيّنة المشتري الّتي أقامها للوكيل على الموكّل، لتكذيبه إيّاها بمقتضى إنكاره للسبق، فكذا حلف المشتري الّذي هو بمنزلة البيّنة. ولا وجه لاحتمال كون بيّنة المشتري أو اليمين المردودة إليه بمنزلة بيّنة الوكيل على الموكّل.

المسألة الرابعة: لو ردّ سلعة بالعيب الموجود فيها إلى البائع أو أمضى العقد وطالب بالأرش، وأنكر البائع كونها سلعته، فالظاهر أنّ القول قول البائع، لمطابقة قوله لاستصحاب عدم وقوع العقد على هذا المال المعيوب، بلا حاجة إلى إثبات أنّ العقد قد وقع على مال آخر لا عيب فيه، فإنّ العقد بنفسه موضوع لوجوب الوفاء، وإنّما خرج عنه العقد الواقع على المال المعيوب حين العقد، ومع دفع احتمال تحقّق الموضوع بأصالة عدم وقوع

العقد على هذا المال لا محالة ينتفي موضوع الخيار وسببه تعبّداً، وعلى مدّعيه إثبات أنّ العقد قد وقع على هذا المال بعينه. وهذا بخلاف أصالة عدم وقوع العقد على مال آخر سليم عن العيب، فانّها لا تنفع مدّعي الخيار إلا بلسان إثبات كون العقد واقعاً على هذا المال بعينه.

ولو نوقش في هذا الأصل الموضوعي، نظراً إلى أنّ العقد على إطلاقه كان موضوعاً لوجوب الوفاء قبل ورود التخصيص عليه، وأمّا بعد ورود دليل خيار العيب فلا محالة قد تعنون الموضوع للزوم الباقي بالعنوان المقابل للعنوان المأخوذ في دليل التخصيص، فلا محيص عن كون الخارج عن عموم وجوب الوفاء العقد الواقع على المال المعيوب، والباقي تحته العقد الواقع على المال غير المعيوب. وعليه، فالأصل يكون مثبتاً في كلا الطرفين.

وبالجملة، لو سلّمت المناقشة، وفرض التعارض والتساقط أو عدم الاعتبار رأساً في الطرفين، فلا محالة تصل النوبة إلى الأصل الحكمي، وهي أصالة اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء العقد وعدم زواله بفسخ الفاسخ بدون التراضي، وأصالة البراءة عن وجوب دفع الأرش على تقدير مطالبته. فلابدّ لمدّعي سبب الخيار من إقامة البيّنة عليه، وإلا فعليه أخذ المال المعيوب، إذ لايخلو: إمّا أن يكون كاذباً في الواقع، والمال المعيوب ماله الّذي لم ينتقل إليه من الآخر، وإمّا أن يكون صادقاً. فعلى الأوّل لاخيار له في الواقع. وعلى الثاني قد انتفى الخيار بمقتضى حلف المنكر، فلابدّ من ترتيب أثر لزوم العقد.

هذا، وأمّا دعوى البائع خيانة المشتري، وهي خلاف ظاهر حال المسلم، فالقول قول المشتري، وعلى البائع إثبات الخيانة، كما اختاره فخر المحقّقين قدس سره[١] في الفرض[٢] الآتي، فممّا لا أصل له في فرض التوافق على الخيار الموجب لتوهّم كون البائع دفع المبيع إلى المشتري أمانة، فضلاً عن هذا الفرض الّذي فرض التنازع في أصل سبب الخيار.

أمّا أوّلاً: فلأنّه لا استئمان في البين في الفرضين حتّى يكون محلّاً لدعوى الخيانة، لوضوح أنّ دفع البائع المبيع إلى المشتري إنّما هو بعنوان دفع ماله إليه عملاً بالعقد والوفاء به، لا بعنوان الأمانة حتّى في زمن الخيارات المعلوم ثبوتها حين العقد، فضلاً عن مثل خيار الغبن والعيب اللذين ربما لا يكون البائع أيضاً عالماً بثبوتهما حتّى يتوهّم أنّ دفعه كان أمانة.

ثمّ إنّه لو سلّم الاستئمان، فليس تصرّف ذي الخيار فيما دفع إليه خيانة حتّى فيما بعد العلم بالعيب والخيار فضلاً عمّا قبله، وفضلاً عن تعيّب المبيع الّذي لا يلزم أن يكون بتصرّف المشتري. فليس هناك فعل يحتمل كونه خيانة كي ينزّه المسلم عنها.

نعم، في الفرض الآتي لو فسخ المشتري البيع بمقتضى اتّفاقهم على تحقّق الخيار، وردّ المبيع بدعوى أنّه عين ما وقع عليه العقد، واحتمل الخيانة بدفع غيره، فيهذّب فعله عنها. وسيأتي الكلام في ذلك.

وبالجملة، فلم يبق في الفرض الأوّل ما يتعنون بعنوان الخيانة إلّا

---

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٩٩.

(٢) في الصفحة التالية.

مجرّد دعوى المشتري وقوع العقد على هذا المال المعيوب الموجب للخيار، والمفروض أنّ البائع يدّعي كذبه في ذلك، وهو عين النزاع والتخاصم، وقلّما تنفكّ عن ذلك مخاصمة، إذ كما يدّعي البائع خيانة المشتري بهذا المعنى الراجع إلى دعوى كذبه، كذلك يدّعي المشتري خيانة البائع بذلك المعنى.

وأمّا ثانياً: فلأنّ ظهور حال المسلم ـ لو سلّم اعتباره ـ إنّما هو بمعنى تهذيب عمله عن القبيح، وهذا المقدار لايجدي في صحّة فسخه وثبوت وقوع العقد على هذا المال المعيوب وكونه موجباً للخيار.

نعم، لو فرض اعتبار ظهور حال المسلم بنحو الأماريّة لكان اللازم الأخذ بلوازمه العقليّة والعاديّة، وإثبات وقوع العقد على هذا المال المعيوب. ولكنّه ممنوع جدّاً.

وأمّا أصالة صحّة فسخ مدّعي الخيار فلا مجرى لها، لمحكوميّتها بالأصول الموضوعيّة والسببيّة الجارية في المسألة. وهي: أصالة عدم وقوع العقد على هذا المال المعيوب، أو أصالة اللزوم على ما تقدّم.

هذا، ولو اتّفقا على كون المبيع معيوباً فيه الخيار، ولكن أنكر البائع كون ما ردّه المشتري عين ما وقع عليه العقد.

فتارة: يفرض ذلك بدعوى البائع تلف ما وقع عليه العقد، أو تصرّف المشتري فيه، أو تغيّره بالعيب، ونحو ذلك.

وأخرى: بدعواه أنّه باقٍ على حاله، ولكنّ المشتري دفع غيره عدواناً.

فعلى الأوّل: يؤل النزاع ـ بعد الاتّفاق على ثبوت الخيار ـ إلى سقوطه

ـ من حيث السلطنة على الردّ ـ بأحد المسقطات المذكورة وتعيّن الأرش. والبائع يدّعيه والمشتري ينكره. ولا ينبغي الاشكال في أنّ القول قول المشتري مع يمينه، لمطابقة قوله للاستصحاب. وعلى البائع إقامة البيّنة على تحقّق المسقط. فلو أقام بيّنة على ذلك يلغو الفسخ ويتعيّن الأرش.

وحينئذٍ فالنزاع بينهما يكون من جهتين:

إحداهما: بقاء سلطنة المشتري على الفسخ. والمشتري يدّعي بقاءها، والبائع ينكره.

والأخرى: كون المال المدفوع عين ما وقع عليه العقد. والمشتري يدّعيه، والبائع ينكره.

فإن أقام المشتري البيّنة على كون المال عين ما وقع عليه العقد، لا محالة تفصل الخصومة من الجهتين، ولا يفتقر إلى حلف المشتري على بقاء الخيار، لاتّفاقهما على بقائه على تقدير كون المال عين ما وقع عليه العقد، ولم يتحقّق شيء من المسقطات المذكورة، وإلا فعلى المشتري الحلف على بقائه وعدم تحقّق المسقط.

وحينئذٍ، فلو حلف على ذلك فله فسخ العقد، وبفسخه يحكم بانحلال العقد. ولكن لا تفصل الخصومة بذلك، بل يبقى النزاع في أنّ المردود هل هو عين المبيع كي يكون عائداً إلى ملك البائع، أو غيره كي يكون للمشتري؟ لوضوح أنّ استصحاب بقاء الخيار لا يثبت كون المردود للبائع إلا بالملازمة العقليّة. ولمّا كان القول في هذا النزاع قول البائع، لمطابقة قوله لأصالة عدم وقوع العقد على المال المردود كي يكون هو الراجع إلى

البائع بالفسخ، فلا تعارضها أصالة عدم وقوع العقد على مال آخر، لعدم إثباتها كون هذا المال عين ما وقع عليه العقد إلا بالملازمة العقليّة.

ولو نوقش في هذا الأصل الموضوعي، فلا محالة تصل النوبة إلى الأصل الحكمي، وهو استصحاب بقاء المال في ملك المشتري، لأنّه كان قبل الفسخ ملكاً له قطعاً، إمّا بسبب آخر أو بسبب هذا البيع الخياري، وبفسخه يشكّ في خروجه عن ملكه ودخوله في ملك البائع، فيستصحب بقاؤه في ملك المشتري.

وعلى كلّ حال، فالقول قول البائع. فإذا حلف على عدم وقوع العقد على هذا المال، ينفسخ العقد بمقتضى حلف المشتري على بقاء الخيار، وتشتغل ذمّة المشتري ببدل المبيع بمقتضى حلف البائع، مع عدم التمكّن من استرداد نفس ما وقع عليه العقد بحسب اعتقاد البائع.

هذا حقّ القول في بيان حكم هذا الفرض.

وأمّا دعوى البائع خيانة المشتري، فقد عرفت الحال فيها، وأنّه ليس هناك استئمان كي تتصوّر فيه الخيانة.

نعم، تبديل المشتري مال البائع بمال آخر، وعدم ردّ نفس ماله ربما يكون خيانة من المستأمن لوكان التبديل بعد الفسخ، والا فليس في البين خيانة إلا بمعنى ارتكاب الحرام والكذب في الدعوى الّذي لايخلو عنه كلّ تخاصم. ولو أغمضنا عن ذلك، فغاية ما يقتضيه ظهور حال المسلم إنّما هو تهذيب فعله عن القبيح والحرام، ولا يجدي ذلك في إثبات بقاء الخيار أو كون المال للبائع. واعتباره بنحو الأماريّة وإن كان يجدي في

ذلك، إلا أنّه ممنوع جدّاً.

هذا، وعلى الثاني: فلا ينبغي الاشكال في أنّ للمشتري فسخ العقد، وبفسخه يحكم بانحلال العقد، ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع، بلا حاجة في ذلك إلى بيّنة أو حلف، لتوافقهما على أصل ثبوت الخيار وبقائه، سواء كان المبيع هذا المال أم غيره.

نعم، يبقى النزاع في أنّ ما وقع عليه العقد هل هو هذا المال كي يكون راجعاً بالفسخ إلى البائع، أو غيره، فيكون المردود للمشتري؟ وقد عرفت أنّ القول في ذلك قول البائع على كلّ حال.

فإن أقام المشتري بيّنة على وقوع العقد على هذا المال، لا محالة تفصل بها الخصومة، وإلا فعلى البائع الحلف على عدمه، وبحلفه لابدّ من اشتغال ذمّة المشتري ببدل المبيع، ويكون مالكاً لهذا المال بمقتضى حلف البائع. وأمّا حديث دعوى الخيانة فقد عرفت حاله في الفرض السابق.

الفرض الثاني: اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار بعد الاتّفاق على تحقّق العيب

وأمّا الفرض الثاني ـ وهو الاختلاف في المسقط بعد الاتّفاق على تحقّق العيب الموجب للخيار ـ ففيه أيضاً مسائل:

المسألة الأولى: لو اختلفا في علم المشتري بكون المبيع معيوباً حين العقد، وإقدامه مع ذلك على الشراء، فالقول قول منكر العلم، لكون عدمه مطابقاً للظاهر والأصل. فيحلف على ذلك ويثبت الخيار.

المسألة الثانية: لو اتّفقا على ثبوت العيب الموجب للخيار وزواله إجمالاً، ولكن اختلفا، فادّعى البائع زوال العيب قبل علم المشتري به، فلا خيار له، وادّعى المشتري بقاءه إلى حين العلم به وزواله بعده، فله الخيار، بناءً على أنّ زوال العيب إنّما يوجب سقوط الخيار لوكان قبل العلم به، وأمّا زواله بعده فلا يوجب سقوط الأرش بل ولا الردّ، فالقول قول مدّعي بقائه إلى حين العلم به، وعلى الآخر إثبات زواله قبل العلم به، بناءً على ما تقدّم من أنّ سبب خيار العيب وموضوعه إنّما هو نفس العيب الواقعي، والعلم به طريق إلى إحراز تحقّقه، ولا مدخليّة له في موضوع الخيار. وعليه، فلا أثر لاستصحاب عدم العلم به إلى حين زوال العيب إلا بلسان إثبات زوال العيب قبل العلم به، وأمّا نفس العلم فليس لوجوده أثر حتّى يرتّب نقيضه على عدمه.

وهذا بخلاف استصحاب بقاء العيب إلى زمان العلم به، إذ هو محرز بنفس موضوع الخيار، وهو وجود العلم وبقاؤه حين العلم به، فبحلفه على بقائه إلى ذلك الحين يثبت بقاء الخيار والسلطنة على الردّ أو أخذ الأرش.

نعم، بناءً على كون العلم بالعيب شرطاً للخيار وقيداً لموضوعه، بحيث إنّ الخيار إنّما يكون ثابتاً في العيب المعلوم حين وجوده، فلا أثر لاستصحاب بقاء العيب إلى حين العلم به إلا بلسان الاثبات.

وهذا بخلاف استصحاب عدم العلم بالعيب إلى حين زواله، إذ نفي قيد الموضوع لامحالة ينتج نفي الحكم،لعدم ترتّب الحكمعلى تمام موضوعه. وعليه، فيكون القول قول مدّعي عدم تحقّق العلم حال وجود العيب

وتحقّقه بعد زواله، فلا خيار.

ولكن قد عرفت ضعف المبنى.

ولو اتّفقا على كون المبيع معيوباً حين العقد، وعلى حدوث عيب آخر في يد المشتري وضمانه، واتّفقا أيضاً على زوال أحد العيبين، ولكن اختلفا في تعيينه. فادّعى البائع ـ مثلاً ـ أنّ الزائل قبل العلم به هو العيب القديم، فلا خيار ردّاً أو أرشاً. وادّعى المشتري أنّه باقٍ على حاله، وأنّ العيب الحادث قد زال، فله الخيار ردّاً أو أرشاً.

ولمّا كان أصل تحقّق العيبين يقينيّاً، وإنّما الشكّ في بقاء كلّ منهما وزواله، فكلّ منهما في نفسه مجرى للاستصحاب. ولكن استصحاب بقاء العيب القديم ـ الموافق لقول المشتري ـ لا يقتضي أزيد من وجود العيب الّذي كان في ضمان البائع في الجملة، إذ الموضوع الّذي يترتّب عليه هذا الأثر ـ أعني: كونه في ضمان البائع ـ ليس إلا نفس بقاء العيب القديم قبل حدوث العيب الجديد، وأمّا بعد حدوثه فتسقط السلطنة على الردّ قطعاً، وتبقى مطالبة الأرش .

نعم، يشكّ في عود سلطنة الردّ أيضاً، لاحتمال زوال العيب الجديد، كما يشكّ في زوال استحقاق الأرش أيضاً، لاحتمال زوال العيب القديم.

فاستصحاب بقاء العيب القديم أصلاً موضوعيّاً لا يقتضي أزيد من بقاء استحقاق مطالبة الأرش. وأمّا عود سلطنة الردّ أيضاً، فلا يكفي فيه مجرّد بقاء العيب السابق بحكم الاستصحاب، بل يحتاج إلى إثبات زوال العيب الحادث بالملازمة العقليّة. ولمّا كان الاستصحاب قاصراً عن إثبات ذلك،

فلا مانع من استصحاب بقاء العيب الحادث بالنظر إلى ترتيب أثر عدم قيام المال بعينه، وسقوط السلطنة على الردّ فقط.

هذا، والأمر وإن كان دائراً بين بقاء العيب القديم وزوال العيب الحادث، فالخيار باقٍ بكلاشقّيه، وبين زوال العيب القديم وبقاء العيب الحادث فالخيار ساقط بكلاشقّيه، فهناك تلازم في السقوط وعدمه بين الأمرين ـ أعني: الردّ ومطالبة الأرش ـ إلا أنّ التفكيك في باب الأصول بين المتلازمات أمر شائع لا محيص عنه بناءً على عدم اعتبار الأصول المثبتة، فلا محيص عن جريان كلا الاستصحابين، إلا أنّه كما لا يجدي استصحاب بقاء العيب الحادث ـ الموافق لقول البائع ـ في إثبات زوال العيب القديم لينتفي الخيار بكلاشقّيه، كذلك استصحاب بقاء العيب القديم ـ الموافق لقول المشتري ـ لا يجدي في إثبات زوال العيب الحادث لتعود السلطنة على الردّ أيضاً. فلابدّ من الأخذ بكلّ من الاستصحابين فيما يترتّب على نفس مجراه من الأثر، لا فيما يترتّب على لوازمه العقليّة.

هذا، كما أنّه لولم يكن هناك هذان الأصلان الموضوعيّان كان مقتضى الأصول الحكميّة أيضاً ذلك، لأنّ استحقاق مطالبة الأرش باقٍ على حاله، ولم يسقط بحدوث العيب الجديد، وإنّما يشكّ في سقوطه لاحتمال زوال العيب القديم، فيستصحب بقاؤه، وهو مطابق لقول المشتري. وأمّا السلطنة على الردّ فهي ساقطة قطعاً بحدوث العيب الجديد. وإنّما يحتمل عودها لاحتمال زوال العيب الحادث، فيستصحب عدمه، وهو موافق لقول البائع. وقد عرفت أنّه لا مانع من التفكيك بين المتلازمين في مجاري الأصول.

وأمّا ما أفاده الشيخ[١] العلّامة قدس سره من أنّ استصحاب بقاء العيب الجديد لا أثر له في نفسه، وإنّما الأثر ـ وهو لزوم البيع ـ للازمه العقلي، وهو زوال العيب القديم، والأصل قاصر عن إثباته، بخلاف استصحاب بقاء العيب القديم، فإنّه محرز لتمام موضوع الخيار.

فممنوع جدّاً، لما عرفت من أنّ بقاء العيب الجديد له أثر في نفسه من حيث المانعيّة من الردّ، كما أنّ بقاء العيب القديم لا أثر له في نفسه إلا استحقاق مطالبة الأرش، وأمّا الردّ فإنّه أثر يترتّب عليه بقيد قيام العين وزوال التغيّر بالعيب.

وعلى كلّ حال، فإذا حلف البائع على بقاء العيب الجديد لا ينتفع به أزيد من نفي سلطنة المشتري على الردّ. وإذا حلف المشتري على بقاء العيب القديم فلا ينتفع به أزيد من استحقاق مطالبة الأرش. وهذا هو المحكيّ في التذكرة[٢] عن الشافعي[٣]. وهو الحقّ الّذي تقتضيه القواعد.

هذا كلّه بناءً على القول بعود السلطنة على الردّ بعد سقوطها بزوال العيب الحادث المانع من الردّ.

وأمّا بناءً على ما هو الحقّ ـ وقوّيناه فيما تقدّم ـ من أنّ زوال العيب لا يوجب عود السلطنة على الردّ، ولو شكّ فيستصحب عدمها في الشبهة الحكميّة، فحكم المسألة واضح، حيث إنّ السلطنة على الردّ في مثل الفرض قطعيّ الزوال بلا عود على كلا التقديرين ـ أعني: سواء كان الزائل

---

(١) المكاسب ٥: ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ١٣٠ ـ ١٣١ ذيل مسألة (٣٠٦).

(٣) روضة الطالبين للنووي ٣: ١٤٢.

هو العيب القديم أم الجديد ـ فلا نزاع للمتعاقدين فيها، وإنّما الشكّ في بقاء استحقاق مطالبة الأرش، وهو المتنازع فيه، ويدّعي المشتري بقاءه والبائع زواله، والقول قول المشتري بحلفه، لمطابقته للاستصحاب من دون معارض. فإن أقام البائع بيّنة على زوال العيب القديم فهو، وإلا فيحلف المشتري على بقائه ويستحقّ الأرش.

المسألة الثالثة: لو اتّفقا على وجود عيب سابق موجب للخيار، واتّفقا أيضاً على وجود عيب آخر موجب للخيار لوكان منفرداً، ولكنّهما اختلفا فادّعى المشتري سبقه على العقد، وأنّ العيبين مشتركان في السببيّة للخيار، فله الفسخ أو الامضاء ومطالبة الأرش من الجهتين. وادّعى البائع حدوث العيب عند المشتري، فهو مانع من الردّ، فلا يستحقّ أزيد من أرش العيب. فالقول قول المشتري بيمينه، لموافقة قوله لاستصحاب بقاء الخيار بكلاشقّيه، وعدم سقوط الردّ بالعيب الحادث.

وليس هنا أصل موضوعيّ حاكم على هذا الاستصحاب، لوضوح أنّ استصحاب عدم تحقّق العيب المختلف فيه إلى حين تحقّق القبض وانقضاء الخيار ـ المطابق لقول البائع ـ لاينتج سقوط الخيار والسلطنة على الردّ إلا بالملازمة العقليّة، من حيث إثباته لحدوث ذلك العيب في ضمان المشتري، والأصل قاصر عن ذلك. وعلى البائع إقامة البيّنة على حدوث العيب عند المشتري.

ولا محلّ لقياس المسألة بالعيب المنفرد الّذي اختلف في تحقّقه في ضمان البائع أو المشتري، حيث إنّه يقدّم قول البائع، لموافقة قوله لأصالة

عدم حدوث العيب حين كون المبيع في ضمانه، وكفاية ذلك في نفي الخيار وإثبات اللزوم، من دون حاجة إلى إثبات أنّه حدث في ضمان المشتري. وعلى المشتري إقامة البيّنة على حدوثه في ضمان البائع.

هذا كلّه بالنظر إلى بقاء الخيار المعلول للعيب المتّفق على كونه في ضمان البائع بكلاشقّيه، أعني: السلطنة على الفسخ أو الإمضاء ومطالبة الأرش.

وأمّا بالنظر إلى زيادة الأرش الّتي يدّعيها المشتري للعيب المختلف فيه، فمن الواضح أنّ استصحاب بقاء الخيار بكلاشقّيه لا ينتج إثبات تقدّم العيب المختلف فيه وحدوثه في ضمان البائع، كي يستحقّ المشتري مطالبة زيادة الأرش، بل الأصل الموضوعي ـ وهو استصحاب عدم حدوثه في ضمان البائع كي يكون سبباً للأرش ـ جارٍ بلا حاجة إلى لسان الاثبات، ولا معارض له. وقول البائع مطابق للأصل. وعلى المشتري إثبات حدوث العيب في ضمان البائع، وإلّا فيثبت للمشتري بحلفه على عدم حدوثه في ضمانه حقّ الردّ أو أخذ أرش العيب المتّفق عليه، وحلف البائع على عدم حدوثه في ضمانه ينتج دفع استحقاق المشتري أرش العيب المختلف فيه، وقد عرفت في المسألة السابقة أنّه لا مانع من التفكيك بين المتلازمات، بل لا محيص عنه في باب الأصول العمليّة.

ومن ذلك يظهر أنّ ما في الدروس[1] من أنّ حكم هذا العيب كحكم العيب المنفرد المختلف في حدوثه في ضمان البائع أو المشتري، وأنّ

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٩.

القول قول البائع، لأصالة عدم حدوثه في ضمانه.

إن أراد منه ذلك بالنظر إلى بقاء الخيار المعلول للعيب المتّفق عليه بكلاشقّيه، فلا محلّ له على ما عرفت. وإن أراد منه ذلك بالنظر إلى استحقاق الأرش الزائد فالحقّ معه قدس سره.

وعلى كلّ حال، فاطلاق عبارته من حيث إلحاق هذه المسألة بتلك، كاطلاق عبارة الشيخ قدس سره[1] من حيث عدم إلحاقها بها، كلاهما في غير محلّه.

هذا، وبقيت في المسألة فروض ثلاثة:

الفرض الأوّل: لو اتّفقا على وجود عيب موجب للخيار في ضمان البائع، واتّفقا على حدوث زيادة في ذلك العيب. ولكن اختلفا، فادّعى المشتري حدوثها أيضاً في ضمان البائع، فالخيار باقٍ، وله مطالبة أرش الزيادة أيضاً. وادّعى البائع حدوثها في ضمان المشتري، فليس له الردّ ولامطالبة أرش الزيادة، وإنّما له مطالبة أرش أصل العيب.

الفرض الثاني: لو اتّفقا على وجود العيب الموجب للخيار في ضمان البائع، ولكن اختلفا في زيادته في ضمان المشتري. فادّعى المشتري عدمها كي يكون المبيع قائماً بعينه، وخياره باقياً بكلاشقّيه. وادّعى البائع تحقّقها كي يكون مانعاً من الردّ، ويتعيّن الأرش.

الفرض الثالث: لو اتّفقا على وجود العيب الموجب للخيار في ضمان البائع، ولكن اختلفا في زيادته في ضمان البائع. فادّعى المشتري الزيادة ليطالب أرشها. وادّعى البائع عدمها كي لايكون للمشتري أزيد من حقّ

---

(١) المكاسب ٥: ٣٤٨ - ٣٤٩.

الردّ أو مطالبة أرش أصل العيب.

والحكم في الأوّل عين الحكم في المسألة السابقة طابق النعل بالنعل، وأنّ المشتري منكر، والقول قوله من حيث إثبات السلطنة على الردّ. والبائع أيضاً منكر، والقول قوله من حيث إثبات عدم استحقاق أرش الزيادة.

والحكم في الثاني: أنّ القول فيه قول المشتري بيمينه. وعلى البائع إثبات حدوث الزيادة المانعة من الردّ في ضمان المشتري.

والحكم في الثالث: أنّ القول فيه قول البائع بيمينه. وعلى المشتري إثبات زيادة العيب ليستحقّ مطالبة زيادة الأرش. وعليك بالتأمّل.

المسألة الرابعة: لو اختلفا في تبرّي البائع من العيوب، فعلى مدّعيه الاثبات، وإلا فالقول قول المنكر بيمينه، لرجوع النزاع إلى إسقاط الخيار ـ أي: شرط سقوطه ـ وعدمه. وبعبارة ثالثة: رفع اليد عن الاشتراط الضمني الّذي يقتضيه إطلاق العقد وعدمه. وهذه أمور حادثة يستصحب عدمها مع الشكّ في تحقّقها.

ثمّ إنّه قد يكون مدّعي التبرّي هو البائع في عيوب المبيع، أو المشتري في عيوب الثمن.

وقد يكون مدّعيه هو المشتري في عيوب المبيع أو البائع في عيوب الثمن، كمالو فسخ المشتري البيع بزعم ثبوت الخيار له، ثمّ ندم على ذلك وادّعى بطلان الفسخ، لانتفاء الخيار بتبرّي البائع من العيوب. وادّعى البائع صحّة الفسخ، لانتفاء التبرّي.

هذا، ولابدّ أن يكون حلف المنكر في الأوّل على عدم علمه بالتبرّي،

إذ المؤثّر في سقوط الخيار إنّما هو الاشتراط، وهو لا يتحقّق إلّا بالعلم والالتفات من الشارط والمشروط عليه. وأمّا نفس التبرّي الواقعي بلا إلتفات من الشارط، فلا أثر له في سقوط الخيار كي يفتقر نفيه إلى الحلف على عدمه.

وأمّا في الثاني، فلا مانع من حلف المنكر على نفي التبرّي في الواقع، إذ هو فعله، ولابدّ من علمه بتحقّقه أو عدمه.

ثمّ إنّه لاينافي ما ذكرنا ـ من أنّ القول قول منكر التبرّي ـ ما في مكاتبة جعفر[1] بن عيسى من تصديق الدلّال في دعوى التبرّي وتكذيب المشتري في دعوى عدم سماعه، لامكان حملها على كون مراد السائل فرض العلم بكذب المشتري في دعوى عدم السماع، وأنّه إنّما ادّعاه لزهادته في المبيع وندمه على الشراء. فحكمه عليه السلام بتكذيبه وتصديق البائع ليس بياناً لكيفيّة فصل الخصومة وتشخيص المدّعي والمنكر، وأنّ البائع منكر فيقدّم قوله بيمينه، بل بيان لحكم الواقعة للبائع والمشتري فيما بينهما وبين الله.

وعلى تقدير استبعاد ذلك، ودعوى ظهور السؤال في إرادة استعلام حكم فصل الخصومة في مثل ذلك، مع فرض عدم العلم بكذب المشتري،

---

(١) الوسائل ١٨: ١١١ ب «٨» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن التهذيب ٧: ٦٦ ح ٢٨٥. وإليك نصّ الحديث: عن جعفر بن عيسى قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع ـ فيمن يزيد فينادي عليه المنادي ـ فإذا نادى عليه برىء من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن، فربما زهد، فإذا زهد فيه ادّعى فيه عيوباً، وأنّه لم يعلم بها، فيقول المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أيصدّق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدّق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن».

بل احتمال صدقه فيما يدّعيه، كما أفاده الشيخ[١] العلّامة قدس سره، فيمكن حملها على كون القول قول البائع في خصوص مورد الرواية، أعني: الشراء من الدلّال الّذي ينادي حين البيع ويذكر ما يريد ذكره، بحيث يبعد عادة عدم سماع المشتري ما ذكره من التبرّي، لمخالفة قوله للظاهر وموافقة قول البائع له، وتقديم الظاهر على أصالة عدم التبرّي. ولا مانع من الالتزام بذلك في مورد الرواية على تقدير تماميّة سندها. ولا يضرّ ذلك بالعمل بما تقتضيه القاعدة فيما لم يكن هناك مثل هذا الظاهر، بل كان النزاع في تحقّق التبرّي، ودعوى البائع تحقّقه والمشتري عدمه.

وأمّا المناقشة في المكاتبة بأنّ التبرّي من الدلّال لم يقع في ضمن العقد، فلا يجب الوفاء به.

فهي مندفعة بما أفاده الشيخ[٢] العلّامة قدس سره من إمكان كون مورد الرواية من صغريات شرط التباني، أي: الاشتراط قبل العقد وإيقاع العقد مبنيّاً عليه، والبناء على وجوب الوفاء بمثل هذا الشرط كما هو الحقّ. ويمكن أيضاً فرض كونه اشتراطاً في ضمن العقد بمقتضى الأمارة، وهي أنّ الدلّال يكرّر النداء بذكر الايجاب ناقصاً ليتمكّن من إبطاله على تقدير زيادة أحد في الثمن، وإذا يئس منها يتمّ الايجاب ويقبله المشتري، فلا محالة يقع الشرط في ضمن العقد.

المسألة الخامسة: لو ادّعى البائع تحقّق أحد المسقطات ـ في المبيع

---

(١) المكاسب ٥: ٣٥٠.

(٢) المكاسب ٥: ٣٥١.

المتّفق على عيبه ـ من إسقاط المشتري الخيار أو رضاه بالبيع أو تصرّفه فيه أو تعيّبه وغير ذلك من موانع الردّ أو الأرش، فالقول قول منكر ذلك، لكون الجميع أموراً حادثة يبنى على استصحاب عدمها مالم يعلم تحقّقها. وعلى مدّعيه إقامة البيّنة عليه. وهو واضح.

الفرض الثالث: اختلاف المتبايعين في الفسخ

وأمّا الاختلاف في الفسخ، ففيه أيضاً مسائل:

المسألة الأولى: لو اختلفا في تحقّق الفسخ وعدمه بعد الاتّفاق على وجود العيب الموجب للخيار.

فتارة: يكون ذلك مع الاتّفاق على عدم تحقّق شيء من مسقطات الخيار أو خصوص الردّ عدا إعمال الخيار فسخاً.

وأخرى: يكون مع الاتّفاق على تحقّق شيء منها.

وعلى الأوّل، فان كان مدّعي الفسخ من انتقل عنه المال، كالبائع في عيب المبيع والمشتري في عيب الثمن، فالقول قول منكره، وهو من انتقل إليه المال. وعلى مدّعيه إثبات تحقّقه. فإن أقام البيّنة عليه، فيستحقّ المنكر الثمن دون الأرش، وإلا فيحلف المنكر على عدمه، وله اختيار الفسخ أو الامضاء مع الأرش أو بدونه.

وإن كان مدّعي الفسخ من انتقل إليه المال، وهو المشتري في عيب المبيع والبائع في عيب الثمن، فالقول قول من انتقل عنه المال. ولكن لا حاجة في فصل الخصومة إلى إقامة المدّعي البيّنة على تحقّقه أو حلف

المنكر على عدمه، بل هو مأخوذ بإقراره بعدم استحقاق الأرش، لعدم تمكّنه من الامضاء،لتحقّق الفسخ منه،وسقوط خياره بذلك. ولكن له إنشاء الفسخ فعلاً بمقتضى اتّفاقهما على بقاء الخيار لولم يتحقّق إعماله بالفسخ.

بل يمكن أن يقال: إنّه لا حاجة إلى إنشاء الفسخ، بل تفصل الخصومة بجعل إقراره بالفسخ فسخاً، كما حكي عن الدروس[1].

إمّا بدعوى: أنّ الفسخ ليس أمراً إنشائيّاً يفتقر في تحقّقه إلى قصد الانشاء، بل هو عبارة عن عدم الرضا ببقاء العقد مع تحقّق مظهر منه لذلك، والمفروض تحقّق ذلك بمقتضى إقراره، وإن كان ذلك خلاف التحقيق على ما مرّ توضيحه في بيان حقيقة الخيار والفسخ والامضاء. وهذا أظهر الاحتمالين في كلام الشهيد قدس سره.

أو بدعوى: أنّ قاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وإن كانت لاتنفع مدّعي الفسخ إلا من حيث عدم تسلّطه على ما انتقل إليه، وأمّا من حيث استحقاقه استرداد ما انتقل عنه فليس إقراراً على نفسه، بل هو إقرار لنفسه، فلا يمكن أن تكون هذه القاعدة ميزاناً للقضاء وفصل الخصومة، إلا أنّ قاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» أوسع مفاداً من تلك القاعدة، ولازمها ترتيب جميع آثار ما يملك إنشاءه على إقراره بتحقّق إنشائه ولو كان له لا عليه.

والكلام في هذه القاعدة ـ من حيث ثبوتها واعتبارها ومدرك اعتبارها وسعة دائرتها ـ في محلّه.

---

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٦.

وأمّا الرواية الّتي أشار إليها الشيخ[١] العلّامة قدس سره، فالكلام في صحّة الاستدلال بها على تلك القاعدة في محلّه. ولكنّ الظاهر ـ على ما اعترف به السيّد الطباطبائي[٢] قدس سره ـ عدم وجودها، وإنّما الموجود الرواية الواردة فيمن أخبر ببيع مملوكه لاعتقه. والظاهر تصحيف البيع بالعتق، والأمر سهل جدّاً.

وعلى الثاني، فان كان مدّعي الفسخ من انتقل عنه المال، فعليه إقامة البيّنة على تحقّقه قبل المسقط كالتلف مثلاً.

فإن أقامها تفصل الخصومة بذلك، ويتعيّن كون التلف من مال المنتقل عنه، ويجب عليه دفع العوض الآخر إلى الفاسخ. ولا يستحقّ الفاسخ مطالبة الأرش، لتحقّق إعمال الخيار بالفسخ دون الامضاء. ولكن يبعد فرض دعوى الفسخ ممّن انتقل عنه المال المعيوب فراراً من دفع الأرش مع لزوم دفع العوض، لكونه سفهيّاً لا محالة.

وإن لم يقم البيّنة على الفسخ، فالقول قول من انتقل إليه المال المعيوب، لموافقة قوله لاستصحاب بقاء العقد أو استصحاب عدم تحقّق الفسخ إلى حين تحقّق المسقط كالتلف مثلاً. ولايكون الاستصحاب مثبتاً. وهو واضح. وبحلفه على عدم تحقّق الفسخ يستحقّ مطالبة أرش العيب، وإن لم يكن له الردّ، لتحقّق المانع منه على الفرض. هذا فيما كان العيب ممّا يوجب الأرش، وإلا فينتفي الأرش أيضاً. ولكن يبعد فرض كون

---

(١) المكاسب ٥: ٣٥٣. وفيه: «ويدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدّعي النفقة على أيتام الرجل وأنّه رقّ لهم».

(٢) حاشية المكاسب للسيّد الطباطبائي ٢: ٩٥.

المنتقل إليه منكراً لتحقّق الفسخ قبل التلف، لكونه سفهيّاً لا محالة.

وإن كان مدّعي الفسخ من انتقل إليه المال المعيوب، فالقول قول من انتقل عنه المال، لموافقة قوله لاستصحاب بقاء العقد وعدم تحقّق الفسخ إلى حين تلف المال، الموجب لكون التلف ممّن انتقل إليه، ومسقطاً للسلطنة على الردّ.

فان أقام المنتقل إليه البيّنة على تحقّق الفسخ قبل التلف يستحقّ مطالبة العوض المنتقل عنه. ولا يضمن بدل التالف، لكونه تالفاً في ملك مالكه الأوّل بعد تحقّق الفسخ. ولا يستحقّ مطالبة الأرش لو كان العيب موجباً له، لعدم تمكّنه من إمضاء العقد بمقتضى بيّنته على تحقّق الفسخ.

وإن لم يقم المنتقل إليه بيّنة، وحلف المنتقل عنه على عدم تحقّق الفسخ قبل التلف لو كان عالماً بذلك، أو على نفي علمه بتحقّقه لو لم يكن عالماً بعدم تحقّقه، فلا محالة يسقط الردّ بمقتضى حلف المنكر. ويسقط الأرش أيضاً بمقتضى إقرار المدّعي بتحقّق الفسخ. ولا يضرّ العلم الإجمالي بعدم خلوّ الواقع عن كونه مستحقّاً للعوض المنتقل عنه على تقدير تحقّق الفسخ أو الأرش على تقدير عدم تحقّقه، لأنّ موازين القضاء ـ من الحلف والاقرار ـ لها موضوعيّة، ويصرف معها النظر عمّا هو ثابت في الواقع، كما يقال في سائر موارد القضاء الّتي يتولّد فيها العلم بمخالفة الواقع. فلا محلّ لملاحظة الواقع حتّى يكون استحقاقه أقلّ الأمرين ـ من الأرش وزيادة العوض عن قيمة التالف ـ قطعيّاً لا شكّ فيه، فيستحقّ

أخذه، كما احتمله في الدروس[١].

هذا، ولكنّ التحقيق أنّ هذا إنّما يستقيم لوكان إقرار مدّعي الفسخ ـ المقتضي لسقوط استحقاق مطالبة الأرش ـ سليماً عن المعارض وميزاناً للقضاء، ولكن ليس الأمر هنا كذلك، لكونه معارضاً مع إقرار منكر الفسخ بوجود العيب الموجب لاستحقاق الأرش دون الردّ، لتحقّق المانع منه دونه. فمفاد قاعدة الاقرار من حيث عمومه لاقرار المنكر يتعارض معه من حيث عمومه لاقرار المدّعي، فلابدّ من تساقطهما وعدم صلاحيّتهما لكونهما ميزاناً للقضاء، فلا محالة تصل النوبة إلى ما تقتضيه القواعد بملاحظة العلم الاجمالي بعدم خلوّ الواقع عن الأمرين الموجب لتولّد العلم التفصيلي باستحقاق مطالبة مقدار خاصّ.

فإن كان الثمن مساوياً لقيمة التالف، كأن يكونا عشرة مثلاً، وفرض الأرش ـ أي: التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب ـ الخُمس، فخمس العشرة ـ وهو اثنان ـ ممّا يقطع استحقاقه له في الواقع، إمّا لاستحقاقه له في ضمن استحقاقه الثمن أو لاستحقاقه الأرش. وحلف المنكر لايجدي إلا نفي المقدار الزائد عنه، أعني: الثمانية الّتي يدّعي مدّعي الفسخ استحقاقها وينكره المنكر.

وإن كان الثمن أقلّ من القيمة، كأن يفرض الثمن خمسة والقيمة عشرة والأرش الخُمس، فالحكم كما ذكر بالنسبة إلى خمس الثمن ـ أعني: الواحد ـ وبالنسبة إلى أربعة أخماسه، أعني: الأربعة.

---

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

وإن كان الثمن أزيد من القيمة، كأن يفرض الثمن عشرين مع فرض القيمة عشرة والأرش الخُمس، وهو أربعة من العشرين. فالأربعة ممّا يقطع تفصيلاً باستحقاق مدّعي الفسخ مطالبتها، إمّا في ضمن مطالبة العشرين، لتحقّق الفسخ، أو لاستحقاق مطالبة الأرش على تقدير عدم الفسخ. وحلف المنكر لا يجدي إلا نفي استحقاق مطالبة الأربعة الأخماس الباقية.

والحاصل: استحقاق مدّعي الفسخ مقدار الأرش في الفروض الثلاثة. وهذا وإن كان في النتيجة مساوقاً للأخذ باقرار المنكر، فيكون العيب موجباً للأرش دون الردّ، إلا أنّه ليس بذلك المناط، لما عرفت من ابتلاء القاعدة بالمعارض، بل المناط سقوط القاعدة من الطرفين، والعمل بما يقتضيه العلم التفصيلي بالواقع المتولّد من العلم الاجمالي. وعليه، فأقلّ الأمرين هو الأرش دائماً، لكونه جزءاً من الثمن كذلك.

هذا كلّه في فرض كون تلف المال ـ على تقدير تلفه بعد تحقّق الفسخ ـ في ضمان مالكه الأوّل، بأن كان حين تلفه في يده. وأمّا لو فرض كون تلفه ـ حتّى بعد تحقّق الفسخ أيضاً ـ في ضمان من انتقل إليه، لكونه في يده، فلا محالة يكون مدّعي الفسخ ـ بدعواه استحقاق استرداد ما دفعه من العوض ـ مقرّاً باشتغال ذمّته لصاحب المال التالف بقيمته.

وحينئذٍ، فإن كان الثمن مساوياً لقيمة التالف كالعشرة في المثال، فمقتضى إقرار مدّعي الفسخ استحقاقه تمام العشرة، لانحلال المعاملة واشتغال ذمّته بثمانية قيمة للمال المعيوب التالف في ملك المنكر. ومقتضى إنكار المنكر عدم استحقاق مدّعي الفسخ تمام العشرة، بل

خُمسها أرشاً، وعدم اشتغال ذمّته بشيء، لكون التلف في ملكه. فينتفي استحقاق الثمانية بعد حلف المنكر، للقطع بعدم خلوّ الواقع عن تحقّق الفسخ وتحقّق التهاتر أو عدم تحقّقه وعدم استحقاقه لها كعدم اشتغال ذمّته بها. ويبقى الخُمس ـ وهو الاثنان ـ يتعارض فيه الاقراران، وبعد سقوطهما يقطع باستحقاقه في الواقع، إمّا في ضمن استحقاقه لاسترداد الثمن بعد التهاتر في خُمسه، أو مستقلّاً وبعنوان الأرش.

وإن كان الثمن أقلّ كالخمسة في المثال، فمقتضي إقرار مدّعي الفسخ استحقاقه تمام الخمسة واشتغال ذمّته بالثمانية. ومقتضى إقرار المنكر استحقاق المدّعي خُمس الثمن وهو الواحد، وعدم اشتغال ذمّته بشيء. فيتعارض الاقراران في اشتغال ذمّة مدّعي الفسخ بقيمة التالف وعدمه، وفي استحقاقه أرش العيب وعدمه، ويتساقطان، فلابدّ من ملاحظة ما تقتضيه القاعدة من حيث العلم التفصيلي المتولّد في المسألة. وحيث إنّ الواقع لا يخلو: إمّا من تحقّق الفسخ قبل التلف، فبعد التهاتر بين خمسة الثمن والخمسةمن القيمة تبقى ذمّةمدّعي الفسخ مشغولةبالثلاثة الباقية من القيمة.وإمّامن عدم تحقّقه،واستحقاق مدّعي الفسخواحداًمنالخمسة أرشاً.

فكلٌّ من اشتغال ذمّة مدّعي الفسخ بالثلاثة من القيمة، واشتغال ذمّة المنكر بالواحد أرشاً، احتمال مقرون بالعلم الاجمالي المتعلّق بالتكليف، لكن لا في مكلّف واحد بل في مكلّفين، ومثله غير منجّز للتكليف، بل كلّ شكّ بدويّ مجرى لأصالة البراءة بلا معارض. ولا يتولّد منه العلم التفصيلي لا باستحقاق المدّعي الواحد ولا باستحقاق المنكر للثلاثة. فلا

مانع من فصل الخصومة بمقتضى حلف المنكر على عدم تحقّق الفسخ قبل التلف، مع عدم ترتيب أثر إقراره، وهو استحقاق مدّعي الفسخ الأرش، ولا ترتيب أثر إقرار المدّعي، وهو اشتغال ذمّته ببقيّة القيمة.

هذا،وإن كان الثمن أزيدمن قيمة التالف،كما لوكان في المثال عشرين، فمقتضى دعوى مدّعي الفسخ استحقاقه تمام العشرين، واشتغال ذمّته بثمانية قيمة التالف المعيوب. ومقتضى إنكار منكر الفسخ استحقاق مدّعيه أربعة من العشرين أرشاً. فعدم استحقاق مدّعي الفسخ ثمانية من العشرين ممّا يقطع به تفصيلاً، وعليه توافقهما، إمّا لعدم تحقّق الفسخ، أو تحقّقه وسقوط الثمانية بالتهاتر. ومقتضى دعوى مدّعي الفسخ استحقاقه تمام الاثني عشر الباقي من الثمن. ومقتضى إنكار المنكر استحقاق المدّعي أربعة من الاثني عشر أرشاً. فاستحقاق المدّعي ثمانية من العشرين ممّا يقطع بعدمه، ولأربعة منه ممّا يقطع بثبوته، ولثمانية منه ممّا يدّعيه مدّعي الفسخ وينكره منكره، فبحلفه يدفع ذلك، ويثبت استحقاق الأربعة.

هذا حقّ القول في الصور الستّ في المسألة. وقد ظهر من ذلك أنّ ما يفرض القطع باستحقاقه في بعض صورها إنّما هو قدر الأرش دائماً، ولايوجد فيها فرض يكون أقلّ الأمرين فيه غير الأرش.

ومن ذلك يظهر أنّ ما عن الشهيد﵀ في المقام من أنّه «يحتمل أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأرش، ومازاد على القيمة من الثمن إن اتّفق، لأنّه بزعمه يستحقّ استرداد الثمن وردّ القيمة، فيقع التقاصّ في قدر القيمة،

ويبقى قدر الأرش مستحقّاً على التقديرين»[١].

لايخلو من الخلل.

أمّا أوّلاً: فللزوم تقييد ذلك بما إذا كان التلف في ضمان مدّعي الفسخ، وإلا فقدر الأرش يستحقّه مدّعي الفسخ في الصور الثلاث كما عرفت.

وأمّا ثانياً: فلأنّه بعد التقييد بذلك الفرض أيضاً، لا محيص عن استحقاق قدر الأرش في صورتين من الصور الثلاث لا في خصوص ما إذا كان الثمن أزيد من القيمة على ما عرفت.

وأمّا ثالثاً: فلأنّ العبارة توهم أنّه يمكن أن يكون أقلّ الأمرين الأرش في بعض الصور وزيادة الثمن في بعضها، وهو خلاف الواقع، إذ الأقلّ قدر الأرش دائماً وفي جميع الصور الّتي يقطع باستحقاق الأقلّ. فعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق.

المسألة الثانية: لو اختلفا في تحقّق الفسخ فوراً فيكون مؤثّراً في حلّ العقد، أو تأخّره بنحو يوجب فوات الفوريّة، فيكون لغواً لا أثر له، فيتعيّن الأرش لوكان العيب ممّا له الأرش، أو يسقط الأمران لولم يكن له أرش. فأصالة بقاء العقد ـ أصلاً حكميّاً، للشكّ في مؤثّرية الفسخ وعدمها ـ وإن كانت توافق قول مدّعي اللزوم، فكان على مدّعي مؤثّرية الفسخ إقامة البيّنة على وقوعه فوراً، ولكنّها ليست ميزاناً للقضاء وتشخيص المنكر والمدّعي، لكونها محكومة لا محالة إمّا باستصحاب عدم تحقّق الفسخ في أوّل أزمنة إمكانه أصلاً موضوعيّاً، وهو على وفقها في النتيجة.

---

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨٧.

أو بأصالة صحّة الفسخ، وهو على خلافها فيها.

وعليه، فيقع الكلام في أنّ المقام هل هو مجرى لذلك الأصل الموضوعي، وهو كما أنّه حاكم على استصحاب بقاء العقد، لكونه أصلاً حكميّاً، كذلك هو حاكم على أصالة الصحّة، لعدم ثبوت اعتبارها إلا أصلاً حكميّاً؟ أو أنّه مجرى لأصالة الصحّة، لثبوت اعتبارها في موارد تلك الأصول الموضوعيّة؟ فلابدّ من تقديمها عليها، كما لا محيص عن تقديمها على أصالة بقاء العقد.

وبالجملة، الإشكال في أنّه هل اعتبرت أصالة الصحّة أصلاً حكميّاً في موارد أصالة الفساد فحسب، فهي حاكمة عليها، وأمّا سائر الأصول الموضوعيّة فهي حاكمة عليها جميعاً؟ أو أنّ سائر الأصول الموضوعيّة المنتجة للفساد أو الصحّة لا مجرى لها، بل أصالة الصحّة حاكمة عليها كحكومتها على أصالة الفساد؟ وهذه عويصة قد وقع الكلام فيها في محلّه، وإن كان الأقرب هو الثاني، وعدم ثبوت اعتبار أصالة الصحّة إلّا أصلاً حكميّاً مقدّماً على أصالة الفساد. وتحرير المسألة في محلّه.

وعلى كلّ حال، فلا فرق في حكم المسألة سواء قدّمنا قول مدّعي صحّة الفسخ، لموافقته لأصالة الصحّة، أم قول منكرها، لأصالة عدم تحقّقه في أوّل أزمنة الامكان. ولا فرق بين أن يكون التخالف مع العلم بتاريخ العقد واتّفاقهما عليه والنزاع في تقدّم الفسخ وتأخّره، أو يكون النزاع في تاريخ العقد مع الاتّفاق على تاريخ الفسخ كالغروب ـ مثلاً ـ وأنّ العقد إن كان واقعاً قرب الغروب فقد صحّ الفسخ، وإن كان واقعاً عند الزوال فقد بطل الفسخ.

وتوهّم تقديم قول مدّعي صحّة الفسخ، لموافقة قوله لاستصحاب عدم تحقّق العقد إلى قرب الغروب، توهّم فاسد، لأنّ الاستصحاب يكون مثبتاً كما هو واضح.

المسألة الثالثة: لو ادّعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريّته،فالتحقيق ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ القول قوله بيمينه إن كان ممّن يحتمل في حقّه الجهل، لأصالة عدم العلم، فعلى مدّعي علمه بهما إثباته.

نعم، لو كان ممّن لايحتمل في حقّه الجهل بذلك عادةً، بحيث يكون احتمال ذلك في حقّه احتمالاً ضعيفاً لا يعتنى به عند العقلاء، فلا محالة يسقط ذلك الأصل، وتصل النوبة إلى أصالة اللزوم، للشكّ في زوال العقد وعدمه لو تحقّق الفسخ منه بعد ذلك.

الكلام في ماهيّة العيب

اعلم أنّ وصف الصحّة في نظر العقل متوسّط بين العيب والكمال. والصحّة والعيب متقابلان تقابل الملكة وعدمها. ففقدان شيء لما ينبغي أن يكون عليه عيب، وكونه واجداً له صحّة. ولا تقابل بين العيب والكمال، بل هما وصفان إضافيّان متخالفان، ربما يجتمعان باختلاف، وربما ينتفيان معاً، وربما يتحقّق أحدهما دون الآخر باختلاف. وكذلك الحال في الصحّة والكمال، فإنّه لا تقابل بينهما، بل هما وصفان إضافيّان متخالفان، يجتمعان وينتفيان، ويتحقّق أحدهما دون الآخر باختلاف

(١) المكاسب ٥: ٣٥٤.

الجهة. وكلّ ذلك واضح لاخفاء فيه.

ثمّ إنّ منشأ كون الشيء من شأنه أن يكون على وصف لولاه لكان متّصفاً بالعيب:

يكون تارة: كونه مقتضى خلقته الأصليّة: أي: مقتضى طبيعته بحسب الخلقة الأصليّة. وهذا هو المطّرد في مخلوقات الله تعالى شأنه.

ويكون أخرى: كونه مقتضى وضعه الأصلي، أي: مقتضى طبيعته بحسب الوضع الأصلي المبتكر لترتيب أثر خاصّ على وجوده. وهذا هو المطّرد في مخترعات البشر. ولا فرق بين أن يكون الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة أو عن مقتضى الوضع الأصلي بالنقيصة أو الزيادة.

ويكون ثالثة: كونه مقتضى بناء عقلائيّ أو حكم دينيّ يقتضي إخراج الشيء عن خلقته الأصليّة، بحيث إنّ من شأنه ثانياً وبالعرض أن يكون على خلاف الخلقة الأصليّة ـ أي: ينبغي أن يكون كذلك، ولا يكفي مجرّد الشأنيّة الناشئة عن الغلبة ـ وهذا كما في قطع السرّة والختان ونحوهما.

ثمّ إنّ الصحّة في الأوّلين ربما تكون معلومة من دون حاجة إلى ملاحظة أغلب أفراد النوع، كما في البصر والمشي وكون السفينة ـ مثلاً ـ غير مخروقة وينتفع بها المنفعة المقصودة ونحوها. وربما تستكشف الصحّة من ملاحظة وجودها في أغلب أفراد النوع، إذ ينكشف بذلك كونها من مقتضيات الخلقة الأصليّة.

ويتفرّع على ما ذكرنا: أنّ ثبوت الخراج في الأرض ـ قليلاً كان أو كثيراً ـ أو كونها محلّاً لنزول العسكر عيب من شأنها أن لا تكون كذلك.

وكذلك الثيبوبة في الجارية ـ صغيرة كانت أو كبيرة ـ عيب من شأنها أن لا تكون ثيّباً. ومجرّد غلبة وجودها في الكبيرة لا يخرجها عن حقيقة العيب.

وكذلك الغلفة[1] في العبد ـ سواء فيه الصغير والكبير، والمجلوب من بلاد الاسلام أو بلاد الكفر ـ عيب من شأنه أن لا يكون أغلف، لكون بقائه عليها معرّضاً له للخطر. ومجرّد غلبة الغلفة في المجلوب من بلاد الكفر لايخرجها عن حقيقة العيب.

نعم، ثبوت خيار العيب ـ ردّاً وأرشاً ـ إنّما هو لاقتضاء إطلاق العقد المبنيّ على ارتكاز اشتراط الصحّة ضمنيّاً بحيث يفتقر تبرّي البائع عن عيوب المبيع إلى الاشتراط الصريح. ولازم ذلك عدم ثبوت الخيار إلا فيما لم يكن العيب غالباً في أفراد نوع المبيع، وإلّا فينقلب الارتكاز وما يقتضيه إطلاق العقد إلى العكس من ذلك، بمعنى كون المرتكز في أذهان النوع براءة البائع عن مثل هذا العيب، والبناء على ذلك مع إطلاق العقد، بحيث يفتقرجعل الضمان علىالبائع إلى الاشتراط الصريح. فمثل ذلك عيب عقلاً وعرفاً،إلّا أنّه لا يترتّب عليه حكمه، أعني: الخيار وكونه في ضمان البائع.

وعليه، فالخراج في الأراضي بالقدر المتعارف ليس عيباً فيها. وإنّما يقتضي إطلاق العقد والارتكازسلامتها منالزائدعنالقدر المتعارف.وكذلك الحال في كون الأراضي محلّاً لنزول العسكر مثلاً. وكذا الغلفة، فانّها عيب، ولكن غلبة وجودها في الصغير وفي المجلوب من بلاد الكفر توجب كون

(١) الغُلفَة: الجليدة الّتي يقطعها الخاتن، والأغلف: الّذي لم يختن.

المرتكز في الأذهان ومقتضى إطلاق العقد براءة البائع من ضمانها، وعدم ثبوت حكم العيب ـ وهو الخيار ـ فيها إلا مع اشتراط عدمها صريحاً، بخلاف المجلوب من بلاد الاسلام، فإنّ الغالب فيه الاختتان، فالاطلاق والارتكاز يقتضيان الخيار مالم يشترط براءة البائع منه صريحاً.

ثمّ الظاهر أنّ خروج الشيء عن خلقته الأصليّة بزيادة أو نقيصة يوجب نقصان قيمته، لقلّة رغبات النوع فيه بالنظر إلى الفوائد المطلوبة منه، لوكانت النقيصة أو الزيادة من شأنها عدم وجودها. وأمّا لوكان وجودهما مطلوباً لنوع العقلاء ومرغوباً فيه لهم، فهما وصف كمال يوجب زيادة الرغبات والقيمة.

وعليه، فالعيب متلازم مع نقصان القيمة، ولا يصدق عرفاً إلّا على ما يوجبه.

لا نقول: إنّ العيب ـ بمعنى الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة ـ يوجب نقصان الماليّة في نظر العقلاء دائماً، فإنّ من الواضح أنّ من العيب بهذا المعنى ما لا يعتنى بشأنه ويتسامح فيه نوعاً، ولا يوجب ذلك في نظرهم نقصاً في القيمة، كمالو كانت الاصبع السبّابة والوسطى من العبد متساويتين في الطول مثلاً.

بل نقول: إنّ ما يشترط عدمه في المعاملات اشتراطاً ضمنيّاً إنّما هي العيوب الّتي لا يتسامح فيها ويعتنى بشأنها نوعاً، وليست هي إلا ما توجب نقصان القيمة بالنظر إلى الفوائد المرغوبة في المبيع نوعاً.

ولاخفاء في أنّ الخصاء في الذكر من الحيوان كالعقم في أنثاه من

العيوب الّتي يرغب النوع في عدم وجودهما، ويكون وجودهما لا محالة موجباً لقلّة الرغبات فيه ونقصان قيمته بالنظر إلى ما للفحولة والولادة من المدخليّة في الفوائد المرغوبة فيه. نعم، قد يصير الحيوان بذلك محلّاً للانتفاع به ببعض المنافع المقصودة لبعض الناس، ويوجب ذلك رغبتهم في اقتنائه للتكسّب به والانتفاع بثمنه ومنافعه المقصودة. وهذه ماليّة وقيمة ثانويّة عرضيّة قد تحقّقت له في نظر العقلاء. ولا تنافي بينها وبين ماليّته الشأنيّة الّتي كانت له لولا هذا النقص الحادث، فإنّ زيادة قيمته وإن كانت يتدارك بها النقص الحاصل في القيمة الأصليّة، إلا أنّ مقصوديّتها للعقلاء ليست في عرض مقصوديّة تلك الماليّة الشأنيّة، بل هي في طولها، ولذا يجامع تداركها للضرر المالي مع الضرر فعلاً من حيث فوات الماليّة المقصودة، لصلاحيّة المال للمنافع المقصودة منه في حدّ نفسه.

والحاصل: أنّ الخصاء والعقم من مصاديق العيب حقيقة الموجب لنقص الماليّة الخاصّة المقصودة. وتدارك الضرر الحاصل من حيث إنّه ضرر ماليّ بزيادة القيمة الحاصلة بالعيب لا يخرجه عن كونه عيباً. فلا يوجب ذلك انقلاب ارتكاز اشتراط السلامة عن هذا العيب أيضاً اشتراطاً ضمنيّاً، وكذا اقتضاء إطلاق العقد السلامة منه إلى اقتضاء براءة البائع منه، بل غاية ما يوجبه إنّما هو عدم تصوّر الأرش التابع للنقص الفعلي في الماليّة كي يتخيّر المشتري بينه وبين الردّ أو يتعيّن عليه في فرض تحقّق شيء من موانع الردّ.

وجملة المقال: أنّ المتبادر إلى الأذهان من لفظ العيب ليس هو مطلق

الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة كي يشمل مثل زيادة شعر رأس الجارية وسواد عينها ونحو ذلك من الأوصاف الّتي يرغب فيها العقلاء. بل المتبادر منه هو ماكان خارجاً عن الخلقة الأصليّة ولم يكن مطلوباً ومقصوداً للعقلاء، الموجب لنقصان القيمة قهراً، سواء كان مع ذلك موجباً لزيادة عرضيّة يتدارك بها الضرر الحاصل ـ كما في الخصاء والعقم ونحو ذلك ـ أم لا.

وهذا المعنى هو المتبادر إلى الأذهان من الأخبار الدالّة على كون العيب أو العوار موجباً لسلطنة المشتري على فسخ العقد أو أخذ الأرش كما في العيوب المتعارفة، أو بدونه كما في مثل هذه العيوب.

وتبادر هذا المعنى أمر مطّرد في جميع أخبار الباب. ومنها الروايات المطلقة الدالّة على كون العيب موجباً للردّ. ومنها الروايات المتكفّلة لبيان موانع الرّد، كالرواية[1] الدالّة على مانعيّة الوطي من الردّ بالعيب، والرواية[2] الدالّة على عدم مانعيّة الوطي من الردّ بعيب الحمل، والرواية الدالّة على مانعيّة التصرّف المغيّر للعين كصحيحة زرارة المتقدّمة[3]، أو مانعيّة مطلق تغيّر العين كمرسلة جميل[4] بن درّاج ومرسلة السيّاري المتضمّنة لقضيّة ابن أبي ليلى وما نقله عن محمّد بن مسلم من قول

(١) الوسائل ١٨: ١٠٢ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب.
(٢) الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ١.
(٣) في ص: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.
(٤) الوسائل ١٨: ٣٠ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣، عن الكافي ٥: ٢٠٧ ح ٢.

الصادق عليه السلام: «كلّ ماكان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»[١] بلا تعرّض لحكمه وأنّه الردّ أو الأرش أو التخيير بينهما. وقد فهم هذا المعنى محمّد بن مسلم من قوله عليه السلام، وفهمه ابن أبي ليلى أيضاً، وقضى على طبق ما فهمه، سواء كان العيب المفروض في تلك القضيّة ـ أعني: عدم الشعر على ركب الجارية ـ موجباً لزيادة قيمة الجارية كما ربما يحتمل أم موجباً لنقصانها كما هو الظاهر من سياق كلام المشتري، حيث إنّه ظاهر في فرض ما يظنّ كونه ناشئاً عن مرض في المزاج أو في العضو الّذي لاينفكّ عن كونه موجباً لنقصان القيمة.

هذا، وقد تلخّص ممّا ذكرناه أنّ الخصاء ونحوه من العيوب الّتي لاتوجب نقصاً في القيمة، بل ربما توجب زيادتها، عيب بحسب ما هو المتبادر إلى الأذهان من لفظ العيب في نفسه، ومن الأخبار الّتي يستفاد منها كونها موجبة للردّ، فلا محيص عن ثبوت الردّ فيها من حيث كونها عيباً حقيقة، لا من حيث كونها ملحقة بالعيب في خصوص حكم الردّ مع خروجها عنه موضوعاً.

نعم، لا محيص عن تقييد الأخبار الدالّة على استحقاق الأرش مع وجود موانع الردّ، وحملها على خصوص العيوب الّتي يتصوّر فيها الأرش لا في مثل هذه العيوب. وأمّا في هذه العيوب، فلا محيص عن الأخذ باطلاق روايات كون العيب موجباً للردّ، وإطلاق الأخبار الدالّة على كون موانع خاصّة مانعة من الردّ تعبّداً، والقول بمانعيّتها حتّى في هذه العيوب.

---

(١) الوسائل ١٨: ٩٧ ب «١» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٥ ـ ٢١٦ ح ١٢.

ولا محلّ للمناقشة في ذلك بأنّ: المتيقّن من أدلّة مانعيّة موانع الردّ ما إذا أمكن تدارك ضرر العيب بالأرش، إذ لا وجه لكون ذلك القدر المتيقّن منها إلّا مجرّد كون المفروض في موارده إمكان الأرش والحكم باستحقاق مطالبته، وهذا لا يوجب كونه القدر المتيقّن منها، بعد ما عرفت أنّ ضرر العيب من حيث فوات الماليّة الخاصّة ممّا لا يتدارك بالأرش حتّى مع إمكانه، فلا يوجب عدم إمكانه عدم مانعيّة تلك الموانع من الردّ. كيف؟ وإلا لكان مانعيّة إمكان الردّ من استحقاق مطالبة الأرش أولى، لتدارك ضرر العيب بذلك من جميع الجهات، ولكان اللازم تفارق موارد السلطنة على الردّ عن موارد استحقاق مطالبة الأرش دائماً، وعدم ثبوت الأوّل إلّا في موارد عدم إمكان تدارك الضرر بالأرش، وعدم ثبوت الثاني إلا في موارد عدم إمكان تدارك الضرر بالردّ، كما هو مقتضى الجمود على ظواهر نصوص الأرش، حيث إنّها لم تثبت الأرش إلا في فرض وجود شيء من موانع الردّ.

هذا، وقد مرّ هذا الاشكال في أوائل مباحث خيار العيب، وذكرنا هناك تحقّق الاجماع على التخيير في موارد إمكانهما، وليس ذلك إلا لأجل توسعة تعبّدية من الشارع في خصوص خيار العيب، بتخيير المتضرّر بين ردّ المعاملة أو إمضائها ومطالبة الأرش.

هذا كما أنّ مانعيّة ما جعل مانعاً من الردّ أمر تعبّديّ ثبت في الشرع من دون نظر إلى كون المورد ممّا يتضرّر به من حيث الماليّة أم لا، وقابلاً للتدارك بأخذ الأرش أم لا.

وبالجملة، لا محيص عن الأخذ باطلاق أدلّة السلطنة على الردّ، سواء كان العيب موجباً للضرر الفعلي من حيث مقدار الماليّة أم لا، وسواء أمكن تداركه بالأرش أم لا. وكذلك لا محيص عن الأخذ باطلاق أدلّة مانعيّة موانع الردّ كذلك.

وكذلك لا محيص عن القول بتقيّد ثبوت التخيير أو خصوص أخذ الأرش بما إذا كان العيب موجباً لنقصان الماليّة. ولازمه سقوط الأرش في موارد إمكان الردّ، وسقوط كلا الأمرين في موارد عدم إمكان الردّ فيما كان العيب ممّا لا يوجب نقصان الماليّة الفعليّة.

وهذه هي الثمرة الأولى للقول بكون ما ذكر عيباً حقيقة، فتثبت في موردها الآثار الخاصّة المترتّبة شرعاً على الفسخ المعلول للعيب. وقد أشار إليها الشيخ[1] العلّامة قدس سره، وأمر بالتأمّل فيها أوّلاً، وصرّح بكونها أيضاً محلّ نظر أخيراً.

ولكن قد اتّضح لك ممّا ذكرنا أنّه لا محيص عن هذا القول. ولا سبيل إلى القول بكون تلك العيوب خارجة عن العيب موضوعاً وملحقة به حكماً من حيث ثبوت الردّ فحسب، نظراً إلى اشتراط عدمها ضمناً وعدم كونها موجبة للضرر. وكذلك لا محيص عن ترتّب تلك الثمرة، ولا محلّ للتأمّل والنظر فيها.

ومن ذلك تظهر صحّة الثمرة الثانية وترتّبها أيضاً.

وملخّصها: أنّ ظاهر كلماتهم أنّ ما كان من مصاديق العيب حقيقة،

(١) المكاسب ٥: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

فحال حدوثه فيما بعد العقد وقبل القبض أو فيما بعده وقبل انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، كحال تحقّقه حين العقد، في أنّه في ضمان البائع على كلّ حال. فلا محيص عن سببيّة حدوثه فيهما لما كان سبباً له لوكان محقّقاً حين العقد. فان كان العيب موجباً للأمرين ـ من الردّ أو الامضاء ومطالبة الأرش ـ فلا بدّ أن يوجبهما في الحالات الثلاثة، وإن كان ممّا يوجب أحدهما ـ سواء كان ذلك هو الردّ أم أخذ الأرش ـ فكذلك، وإن كان لا يوجب شيئاً منهما فلابدّ أن لا يوجبهما في الحالات الثلاثة.

وهذا بخلاف مالا يكون من مصاديق العيب حقيقة، بل كان ملحقاً به حكماً من جهة اشتراط عدمه حين العقد ضمنيّاً، فإنّ حاله كحال سائر الشروط الضمنيّة الّتي يوجب تخلّفها السلطنة على الفسخ كما في موارد الغبن ونحوه، وحالهما كحال الأوصاف الكماليّة المشروطة في ضمن العقد صريحاً، في أنّ شيئاً منها لايكون مضموناً على البائع وموجباً للخيار إلّا من حيث تخلّف تحقّقه حين العقد. وأمّا حدوث تخلّفه فيما بعده وقبل القبض، أو فيما بعده وفي زمن الخيارات الثلاثة، فلا دليل على كونه في ضمان البائع، ولا يساعده شيء من كلمات الأصحاب قدس سرهم .

وهذه أيضاً ثمرة صحيحة لابدّ من ترتّبها على القول بكون العيوب غير الموجبة لنقص القيمة من مصاديق العيب حقيقة كما هو الحقّ. ولاوجه لدعوى إطلاق كلماتهم في ضمان البائع لما يحدث فيما قبل القبض أو في زمن الخيار، ممّا كان تحقّقه حين العقد في ضمانه لاشتراط صريح أو ضمني، سواء كان عيباً أم لا، كيف؟ وهذا ممّا لا يحتمل في

كلماتهم قدس سرهم جدّاً.

هذا، وقد أطلنا الكلام وخرجنا عن طور الاعتدال في المقال، نظراً إلى ما في المسألة من الغموض واضطراب كلمات الشيخ العلّامة قدس سره. فعليك بالتأمّل ومن الله الهداية والتوفيق والتسديد.

الكلام في بعض مصاديق العيب

مسألة: لاخفاء في كون بعض المصاديق عيباً، وترتّب أحكامه عليه، كالعمى والصمم والخرس والعرج والشلل والجذام والبرص والعور والحول والرمد المزمن والقرع والرتق والقرن والفتق، واستحقاق القتل للارتداد أو القصاص، واستحقاق القطع بالسرقة أو للجناية والاستسعاء في الدَّين ونحو ذلك. بل نقل الاجماع على كون هذه وأمثالها من العيوب، الظاهر في دعوى الاجماع على ترتّب أحكام الخيار الخاصّ الّذي قد أخذ عنوان العيب والعوار في موضوعه. ومن هذا القبيل كون العبد أو الجارية ممراضاً أو مبتلى بالحمّى الدائمة أو حمّى الغبّ[1] ونحو ذلك.

نعم، مقتضى إطلاق كثير منهم وتصريح[2] بعضهم أنّ مطلق المرض عيب ولو كان حمّى يوم عرضت حين البيع، ولو مع العلم بأنّها تزول غداً.

ولكنّه مشكل جدّاً. وكذا في نظائره من الأمراض الخفيفة الّتي لاينفكّ عنها الانسان غالباً، كالزكام والرمد القصير ووجع الأسنان، فانّها ليست من

---

(١) حُمّى الغِبّ: هي الّتي تنوب يوماً بعد يوم.

(٢) كالمحقّق في الشرايع ٢: ٣٠ ـ ٣١، والعلّامة في القواعد ٢: ٧٢، والشهيد في الدروس ٣: ٢٨١.

العيوب الموجبة لنقصان قيمة العبد والأمة كي يثبت فيها خيار العيب. بل ليست ممّا يقتضي إطلاق العقد إقدام المشتري بانياً على السلامة منها بمقتضى أصالة السلامة، بل مقتضى الاطلاق براءة البائع منها، وذلك لما عرفت من كثرة الابتلاء بها. والتحقيق: أنّها ليست من العيوب، ولا توجب الردّ عند التخلّف، إلا مع شرط السلامة منها بالخصوص.

الحمل في الجارية عيب وكذا في البهيمة

مسألة: لاخلاف ولا إشكال في أنّ الحمل في الجارية عيب يترتّب عليه ما يترتّب شرعاً على العيب من الأحكام. وقد دلّت على ذلك النصوص[1] المستفيضة الدالّة على عدم مانعيّة الوطي من الردّ بعيب الحمل. وقد تقدّمت.

والحمل إن كان من البائع يوجب الردّ بخيار العيب، سواء أوجب الأرش أم لا. من دون فرق في ذلك بين القول بأنّ إطلاق العقد يقتضي دخول الحمل في المبيع مالم يشترط خروجه منه، أو القول بأنّ إطلاقه يقتضي الخروج مالم يشترط دخوله فيه.

وتوضيح ذلك: أنّه لاخفاء في أنّ نفس كون الجارية ولودة ليس عيباً، بل كونها كذلك مقتضى خلقتها الأصليّة، وفقدانها عيب لا محالة. كما لاخفاء في أنّ فعليّة حبلها لا يعدّ نقصاً في أعضائها وجوارحها، ولاموجباً لتشويه خلقتها، بل هو زيادة معيّة اقترانيّة كزيادة الثوب في

(١) الوسائل ١٨: ١٠٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب.

الصندوق الّذي وضع فيه، إلا أنّه مع ذلك يعدّ عيباً عرفاً، لكونه موجباً لنقص بعض الأوصاف المطلوبة من الجواري من جهات، منها: كون الجارية قابلة للانتفاع بها بالاستخدام، والجارية الحامل تعجز غالباً عن ذلك. ومنها: كونها في معرض الاستيلاد من المالك كي تصير من أمّهات أولاده، وهذا ممّا لايمكن مع كونها حاملاً من غيره. ومنها: كون الجارية الحامل في معرض الهلاك بوضع الحمل. ومن هنا كان استحقاق المملوك القتل للارتداد أو القصاص عيباً بلا إشكال. وبعض هذه الجهات كافٍ في صدق العيب عرفاً فضلاً عن اجتماعها.

ثمّ إنّه لو قلنا: إنّ مقتضى إطلاق العقد كون الحمل للبائع مالم يشترط كونه للمشتري، فيضاف هنا عيب آخر، وهو عيب شركة البائع مع المشتري في المبيع، لأنّ أحدهما مالك لرقبتها والآخر لحملها، وحالها كحال مشغوليّة الدار المبيعة بشجرة موقوفة أو مملوكة للغير، في أنّه لاينبغي الاشكال في أنّه من مصاديق العيب عرفاً. وفي مثله لا محالة يتحقّق كون الحمل موجباً لنقصان قيمة الجارية، فيتمّ بذلك موضوع العيب، ويثبت الخيار بكلا شقّيه من السلطنة على الردّ أو أخذ الأرش.

نعم، لو قلنا: إنّ إطلاق العقد يقتضي كون الحمل داخلاً في المبيع ومنتقلاً إلى المشتري، فلا محالة تنتفي الجهة الرابعة ـ أعني: حصول الشركة ونقصان قيمة الجارية ـ ولكن لايوجب ذلك إلا سقوط الأرش، لاأنّه يوجب سلب عنوان العيب عن الحمل لمجرّد كونه للمشتري، مع وضوح تحقّق الجهات السابقة الموجبة لصدق العيب بلا إشكال.

هذا كلّه في حمل الجارية.

وأمّا حمل البهيمة، فالجهة الثانية للعيب منتفية فيه. وهو واضح. وكذلك الثالثة، لندرة كونها في معرض الهلاك بالولادة. وأمّا الجهة الأولى فهي متحقّقة فيه،كما أنّ الرابعةأيضاً متحقّقة فيهلو قلنا بكون الحمل للبائع.

والتحقيق: أنّ حاله كحال حمل الجارية في أنّه عيب على كلّ حالٍ، غاية الأمر أنّه يوجب السلطنة على الردّ أو أخذ الأرش أو على الردّ فحسب على اختلاف الوجوه.

الحمل عيب موجب للخيار ومانع من الردّ

ثمّ إنّ مقتضى كون الحمل عيباً موجباً للخيار لو كان حادثاً في ضمان البائع ـ بلا خلاف ولا إشكال فيه في خصوص حمل الجارية على ما عرفت ـ كونه عيباً مانعاً من الردّ لو حدث عند المشتري بعد انقضاء زمن الخيارات الثلاثة، للتلازم بين الأمرين بحسب الظاهر، لأنّ المناط في المسألتين صدق عنوان العيب على ما يظهر من كلماتهمﷺ من التسالم على مانعيّة العيب من الردّ.

ولكن ظاهر جماعة[1] في المقام أنّ مجرّد التعيّب بالحمل عند المشتري لا يمنع من الردّ، بل له الردّ بالعيب السابق مادام الحمل.

نعم، لو فرض العلم بالعيب السابق بعد وضع الحمل الحادث عند المشتري، فان كان وضع الحمل موجباً لنقص في الجارية، فيسقط الردّ

(١) حكاه صاحب الجواهر عن الخلاف والغنية والتحرير، راجع جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٦.

ويتعيّن أخذ الأرش للعيب السابق، وإلا فله الخيار ردّاً وأرشاً.

وقد أفاد الشيخ العلّامة قدس سره أنّ «الجمع بين كلماتهم مشكل»[١].

ولكنّ الانصاف أنّه لا تناقض في كلماتهم. والجمع بينها في غاية السهولة، بناءً على أنّ الموضوع للخيار بحسب النصوص هو عنوان العيب والعوار، فلو فرض صدق هذا العنوان على الحمل لا محيص عن كونه موجباً للخيار لو حدث في ضمان البائع بحسب العمومات والاطلاقات. وهذا بخلاف المانعيّة من الردّ، فانّه ليس هناك دليل ـ من الاجماع أو النصوص ـ على أنّ ما يصدق عليه عنوان العيب مانع من الردّ بالعيب السابق إذا كان حادثاً في ضمان المشتري، بل الدليل على ذلك ليس إلّا مرسلة[٢] جميل، وهي لا تدلّ على إناطة المانعيّة بعنوان العيب، بل ظاهرها إناطتها بتغيّر العين وعدم قيام المال بعينه، إمّا لحصول نقيصة أو زيادة مغيّرة للعين. والحمل كما عرفت لا يوجب تغيّراً في الجارية، وإنّما يوجب زيادة فيها بنحو الاقتران والمعيّة، فلا وجه لكونه مانعاً من الردّ. نعم، قد يحصل فيها التغيّر أحياناً بوضع الحمل، فلابدّ من القول بالتفصيل فيه لو كان الردّ بعد وضع الحمل.

ويشهد لما ذكرنا ما وقع في كلماتهم قدس سرهم من استثناء ما إذا كان الحمل بتصرّف المشتري وعدم مانعيّته من الردّ، فانّ هذا منهم ليس إلّا نظراً إلى أنّ الحمل بنفسه ليس مانعاً من الردّ، وإنّما المانع التصرّف أو

---

(١) المكاسب ٥: ٣٦٩.

(٢) تقدّم ذكرها في ص: ٣٦٠.

تغيّر العين، والأوّل ربما يتحقّق بنفس الحمل، والثاني لا يتحقّق إلّا بعد وضع الحمل أحياناً.

نعم،هذا كلّهإنّما يستقيمبناءً علىتسليم ظهور المرسلة في إناطةالمانعيّة وعدمها بتغيّر المبيع وعدمه، سواء في ذلك عينه وأبعاضه الخارجيّة.

وأمّا بناءً على ما هو الحقّ ـ وقد تقدّم ـ من عدم اختصاص مفادها بذلك، بل ظهورها بحسب المتفاهم العرفي في المعنى الأعمّ من ذلك ومن تغيّر أوصافه الخارجيّة الّتي لها المدخليّة في كثرة الرغبات وقلّتها وزيادة الماليّة ونقصانها، فلا ينبغي الاشكال في أنّ الحمل الحادث عند المشتري وإن لم يكن مغيّراً للجارية بنقيصة أو زيادة، إلّا أنّه يوجب نقصاً في أوصافها وقلّة الانتفاع بها، على ما عرفت من عدم إمكان الانتفاع بها بالاستيلاد ولا بسائر وجوه الانتفاعات الّتي تعجز عنها الحامل غالباً، ونقصان قيمتها بذلك، سيّما إذا قلنا بكون الحمل مع إطلاق العقد للبائع دون المشتري.

فالحقّ هو ما قوّاه الشيخ[1] العلّامةقدس سره في المسألة من أنّ الحمل كما أنّه موجب للخيار لو كان في ضمان البائع، كذلك هو مانع من الردّ بالعيب السابق بمقتضى مرسلة جميل، سواء كان بتصرّف المشتري أم بدونه.

الثيبوبة في الجارية عيب

مسألة: الحقّ أنّ الثيبوبة في الجارية ـ صغيرة كانت أو كبيرة ـ خروج

---

(١) المكاسب ٥: ٣٧١.

عن مقتضى الخلقة الأصليّة وعيب عرفاً، كما دلّت عليه مرسلة السيّاري المتقدّمة[١] أيضاً، بل توجب قلّة الرغبات ونقصان القيمة قطعاً، من دون فرق بين زوال العذرة بالوطي أو بمرض أو نزوة[٢] ونحو ذلك. نعم زوالها بالوطي ربما يوجب شدّة التنفّر وتقليل الرغبة، ولذا يختلف ذلك باختلاف الوطي في النكاح الصحيح أو الشبهة أو الوطي حراماً.

فما يقال: من أنّ مطلق الخروج عن الخلقة الأصليّة لا يوجب صدق عنوان العيب، بل إنّما يتعنون بعنوان العيب إذا أوجب التنفّر، والثيبوبة إنّما توجبه لو كانت معلولة للوطي لا فيما كانت معلولة لمرض ونحوه.

ضعيف جدّاً، فإنّ مطلق الخروج عن الخلقة الأصليّة عيب منفّر للطباع، بمعنى أنّه يوجب قلّة الرغبات مالم تكن هناك جهة عقلائيّة أو شرعيّة تقتضي صيرورة الخروج ممّا ينبغي، كما في قطع السرّة والختان وحلق الرأس وقصّ الشعر ونحوها. ومن الواضح عدم وجود شيء من هذه الجهات في الثيبوبة توجب كونها ممّا ينبغي. فلا معنى لانكار كونها عيباً لمجرّد استنادها إلى غير الوطي، نظراً إلى تفاوت التنفّر لو كانت معلولة للوطي وغيره.

وقد عرفت سابقاً أنّ ضابط الحقيقة الثانويّة للصحّة والعيب عروض جهة توجب كون الاخراج عن مقتضى الخلقة الأصليّة ممّا ينبغي، وقد اعترف الشيخ[٣] العلّامة قدس سره بتقديمها على مقتضى الخلقة الأصليّة لو

---

(١) في ص: ٤٦٧ ـ ٤٦٨.

(٢) النَّزوَةُ: الوثبة، من: نزا ينزو نزواً أي: وثب.

(٣) المكاسب ٥: ٣٥٦.

تعارضتا، لا مجرّد شيوع الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة في نوع أو صنف أو مكان أو زمان خاصّ. كيف؟ وشيوع العيب كذلك لا يعقل أن يكون بمجرّدهموجباً لخروجهعن كونه عيباً وأنّه ممّا ينبغي. ومن الواضح أنّ كون وصف مظنّة للخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة بمقتضى الشيوع والغلبة غير كونه ممّا ينبغي أن يكون خارجاً عن مقتضاها.

وبالجملة، لو فرض شيوع العمى أو العوار أو الرمد ونحوها في صنف من المماليك ولو من جهة المناخ والبيئة في قطر خاصّ، فلا يوجب ذلك بالبداهة كون المبتلين أصحّاء والباقين على الخلقة الأصليّة معيوبين، بل الأمر بالعكس.

نعم، إنّ ابتناء كون العيب موجباً للخيار ـ على ما تقدّم ـ إنّما هو على أساس اشتراط السلامة ضمنيّاً بحسب ماهو المرتكز في أذهان العقلاء، بحيث إنّما يبيع البائع ملتزماً بسلامة المبيع، ويقدم المشتري على الشراء بانياً عليها، وإنّما يستغنى عن التصريح به تعويلاً على أصالة السلامة المرتكزة أيضاً في أذهان العقلاء. ومن الواضح أنّ هذا الارتكاز إنّما هو فيمالم يكن ذلك الأصل موهوناً عند العقلاء بغلبة عيب خاصّ في أفراد نوع أوصنف خاصّ، وإلا فينقلب ذلك الارتكاز إلى ارتكاز نقيضه، أعني: إقدام المشتري غير شارط للسلامة والبائع غير ملتزم بها. فهو عيب لايوجب الخيار، لعدم كونه في ضمان البائع، لشيوعه وغلبته في الأفراد، لا أنّه خارج عن العيب موضوعاً.

وتظهر الثمرة فيما إذا كانت الجارية صغيرة لا تغلب فيها الثيبوبة أو

صرّح باشتراط سلامتها من كلّ عيب أو من هذا العيب الشائع بخصوصه، فإنّه لابدّ من ثبوت خيار العيب فيها وترتيب الأحكام الخاصّة له، من سقوط الردّ بالتلف وتغيّر العين ونحو ذلك، والتخيير بين الردّ وأخذ الأرش، كما هو مقتضى النصوص الدالّة على ثبوت الأرش في العيب، ومنها: رواية يونس: «في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق»[1]. والاكتفاء فيها بالأرش من جهة تحقّق الوطي المانع من الردّ، كما هو ظاهر قوله: «فلم يجدها عذراء» وقوله عليه السلام: «إذا علم أنّه صادق».

ولا محلّ للقول بكون البكارة في الجارية من أوصاف الكمال، وتخلّفها إنّما يوجب الخيار مع اشتراطها صريحاً، كما هو المفروض في الرواية بظاهرها. كما لا محلّ لحمل الرواية على ثبوت الأرش تعبّداً في تخلّف هذا الوصف من أوصاف الكمال.

وقد تحصّل من جميع ما تقدّم: أنّ ما نسب[2] إلى الأكثر من أنّ الثيبوبة في الإماء ليست عيباً، إن أرادوا منه خروجها من العيب موضوعاً، فلا وجه له جدّاً. وإن أرادوا منه عدم ترتّب أحكام العيب عليها في الكبيرة مالم يشترط كونها عذراء، بمعنى عدم كونها موجبة للخيار، فهو حقّ لا محيص عنه. ويكفي فيه استدلالهم الأوّل.

وأمّا استدلالهم على ذلك برواية سماعة قال: «سألته عن رجل باع

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٨ ب «٦» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٦ ح ١٤، والتهذيب ٧: ٦٤ ح ٢٧٨.

(٢) الناسب هو الشيخ في المكاسب ٥: ٣٧٢.

جارية على أنّها بكر فلم يجدها على ذلك؟ قال: لا تردّ عليه، ولا يوجب عليه شيء، إنّه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها»[١]. الظاهر في نفي السلطنة على الردّ والأرش معاً، مع كون المفروض اشتراط البكارة وتحقّق الوطي ـ المقتضي سقوط الردّ فقط ـ كما هو ظاهر قوله: «فلم يجدها كذلك».

فليس في محلّه، فانّه لا دلاله فيها بوجه على أنّ نفي الخيار ـ ردّاً وأرشاً ـ إنّما هو لعدم كون الثيبوبة عيباً كي يكون شرط البكارة شرطاً لخيار العيب، فيكون سقوط الردّ معلولاً للوطي، سواء كانت الثيبوبة عيباً أم لا، لعموم مسقطيّة الوطي للخيار مطلقا، ويكون سقوط الأرش معلولاً لعدم كونها عيباً، أو يكون سقوط كلا الأمرين معلولاً لعدم كونها عيباً، بناءً على اختصاص مانعيّة الوطي من الردّ بخصوص خيار العيب.

بل الرواية لولم تكن ظاهرة في فرض المفروغيّة عن كون الثيبوبة عيباً في نفسها مطلقا ـ أي: سواء كانت معلولة للوطي أم للمرض ونحوه ـ وأنّ المانع من الأرش هو احتمال كونها حاصلة في ضمان المشتري بمرض ونحوه، فهي قابلة للحمل على ذلك. بل لا محيص عنه بشهادة رواية يونس المتقدّمة[٢]، المقيّدة لثبوت الأرش بالعلم بكون المشتري صادقاً في دعواه كون الثيبوبة حادثة في ضمان البائع، فيثبت الخيار ويسقط الردّ بالوطي، ويبقى استحقاق الأرش.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٨ ب «٦» من أبواب أحكام العيوب ح ٢، عن الكافي ٥: ٢١٥. ح ١١. وفي الكافي: سألت أبا عبد الله عليه السلام.

(٢) في الصفحة السابقة.

وبهذا تتوافق الروايتان توافقاً عرفيّاً، لأنّهما مفروضتان في مورد شرط البكارة والتصرّف بالوطي على ما هو ظاهرهما، ومشتركتان في سقوط الردّ بالوطي، غاية الأمر أنّ إحداهما نافية للأرش فيما لم يعلم صدق المشتري في دعواه، واحتمل حدوث الثيبوبة في ضمانه لمرض ونحوه قبل الوطي. والأخرى مثبتة له فيما فرض العلم بصدقه في دعواه. فلا تعارض بينهما في المفاد، كما لاتنافي بينهما وبين الأدلّة الدالّة على ثبوت الخيار بمطلق العيب والأخبار الدالّة على سقوط الردّ وتعيّن الأرش مع تحقّق الوطي. والله هو الموفّق للصواب.

الغلفة في العبد عيب

مسألة: من الموارد المعدودة من الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة ـ جرياً على طبق حكم الشرع، أو بناء العقلاء، أو لكونه أمراً عاديّاً دائميّاً أو غالبيّاً ـ اختتان المملوك أو كونه مجدّراً. ومثلهما وإن كان على خلاف مقتضى الخلقة الأصليّة إلا أنّهما ليسا عيبين منقّصين، بل هما صفة كمال في حدّ أنفسهما، وتحقّقهما مرغوب فيه. ومن الواضح أنّ فقدان صفة الكمال في نفسه لا يتعنون بعنوان العيب بل بعنوان نقص الكمال.

نعم، لو اتّفق كون فقدهما موجباً لكون الانسان في معرض الخطر والهلاك، كما في العبد الكبير غير المختون أو غير المجدّر، فلا محالة يكون عدم الختان والتجدّر فيه عيباً عرفاً، بحيث يوجب ذلك قلّة الرغبة ونقصان القيمة.

والمتحصّل من ذلك كلّه: أنّ الغلفة وعدم التجدّر وإن كانا على وفق الخلقة الأصليّة، إلا أنّ جريان العادة على ضرورة الاختتان والتجدّر، مع كون عدمهما معرّضاً للانسان للخطر يوجب صدق عنوان العيب عليهما، فلابدّ من كونهما موجبين للخيار ردّاً وأرشاً مالم تكن هناك غلبة نوعيّة أو صنفيّة مانعة من ترتّب حكم العيب عليهما، لأنّ السلامة عن مثل هذا العيب حينئذٍ ليست شرطاً ضمنيّاً، كما هو الحال في المملوك الصغير بالنسبة إلى كلا الأمرين، والكبير المجلوب من بلاد الكفر بالنسبة إلى الغلفة. فهما عيب لا محالة إلا أنّه لا يترتّب عليهما أحكامه.

وتظهر الثمرة في اشتراط الاختتان أو كونه مجدّراً في الصغير أو الكبير المجلوب من بلاد الكفر، فإن الخيار فيهما لا محالة يكون خيار العيب، فيثبت الأرش، لكون التلف والتغيّر مانعين من الردّ، كما تقدّم في المسألة السابقة.

هذا، ولكنّ الانصاف منع كون الغلفة وعدم التجدّر معرّضين الانسان للخطر، سيّما في هذه الأعصار الّتي قد تكاملت فيها وسائل الختان وتطعيم الجدري بلا خوف وخطر عقلائي. فلابدّ من تعليق الحكم على تحقّق الخوف والمعرضيّة للخطر أحياناً، ويتفاوت ذلك بحسب الأزمان والأحوال والأمكنة.

عدم الحيض ممّن من شأنها الحيض عيب

مسألة: عدم الحيض في الجارية الّتي من شأنها ـ بحسب السنّ

والمكان وغيرهما من الخصوصيّات الدخيلة ـ أن تحيض، لا محالة عيب عرفاً، لكونه خروجاً عن مقتضى الخلقة الأصليّة ونقصاً، من حيث تلازمه عادة مع العقر الّذي لا إشكال في كونه عيباً في الجارية. فلا محيص عن كونه موجباً للخيار ـ ردّاً وأرشاً ـ بمقتضى الاطلاقات. مضافاً إلى رواية داود بن فرقد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستّة أشهر وليس بها حمل، فقال: إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه»[1]. المحمولة لا محالة على ما إذا فرض العلم بكونها كذلك عند البائع بحيث لا يعلم ولا يحتمل حدوث العيب ـ أعني: انقطاع الحيض ـ عند المشتري وفي ضمانه، بشهادة ما تقدّم[2] من الروايتين في مسألة الثيبوبة، وما يأتي[3] من صحيحة أبي همّام في مسألة الاباق.

ثمّ إنّ التقييد بمضيّ ستّة أشهر ليس تقييداً للحكم بذلك في جواب الامام عليه السلام، وإنّما هو فرض واقع في سؤال السائل، لكونه هو الواقع الّذي ابتلى به، فهو من موارد الحكم. ولا وجه لجعله مقيّداً للحكم، بعد أنّ جوابه عليه السلام ظاهر في الاطلاق. فالمناط هو العلم بأنّها لا تحيض، والعلم بأنّها كانت كذلك عند البائع، سواء حصل العلم بذلك بمضيّ ستّة أشهر أم أقلّ أم أكثر.

وأمّا المناقشة في فقه الرواية: بأنّها منافية لفتوى الأصحاب بكون

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠١ ب «٣» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٣ ح ١.

(٢) في ص: ٤٨٠ ـ ٤٨١.

(٣) في ص: ٤٨٦.

مطلق التصرّف مسقطاً لخيار العيب، حتّى مثل قوله: أغلقي الباب أو اسقيني ماءً أو ناوليني الثوب ونحو ذلك، لاستحالة عدم تحقّق شيء من هذه التصرّفات في الجارية في مدّة ستّة أشهر.

فهي مناقشة ضعيفة، إذ لم يتحقّق من الأصحاب إجماع يصلح أن يكون كاشفاً عن كون رأي الامام عليه السلام سقوط خيار العيب بمطلق التصرّف حتّى مثل المذكور، أو كاشفاً عن وجود دليل معتبر على ذلك. بل الظاهر من إطلاقهم أنّهم إنّما استندوا إلى استظهاره من قوله عليه السلام: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً»[1] الوارد في خيار الحيوان، وقوله عليه السلام: «فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً»[2] الوارد في صحيحة زرارة في خيار العيب. وقد عرفت فيما تقدّم الاشكال في هذا الاستظهار من الصحيحتين.

وعليه، فلا مانع من جعل الرواية المبحوث عنها في المقام دليلاً على عدم كون مطلق التصرّف مسقطاً للخيار، بل اختصاصه بما إذا وقع بقصد إنشاء الامضاء، أو بدونه ولكن كان التصرّف ممّا لا يصدر إلا من المالك في ملكه المستقرّ، بحيث يكون كاشفاً نوعيّاً عن الرضا ومصداقاً فعليّاً للامضاء عرفاً، ولايكون ذلك إلا فيما وقع مع العلم بسبب الخيار.

الاباق عيب يوجب الخيار

مسألة: إباق المملوك عيب موجب لنقص قيمته وقلّة الرغبات فيه.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٠ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢.

وحاله كحال بعض الأمراض الموجبة لقلّة الانتفاع به، أو بعض الملكات الخبيثة الموجبة للنفرة والعار، ككونه سارقاً أو زانياً أو لائطاً ونحو ذلك.

وبالجملة، الاباق الناشيء عن الملكة أو المحصّل لها بالتكرار من أفحش العيوب عرفاً في المملوك، فلا محيص عن كونه موجباً للخيار ردّاً وأرشاً بمقتضى الاطلاقات.

ويدلّ على الحكم ما في ذيل صحيحة أبي همّام عن الرضا عليه السلام ـ بعدما ذكر عليه السلام أحداث السنة، وسأله محمّد بن عليّ: فالإباق؟ ـ من قوله عليه السلام: «ليس الإباق من ذا إلّا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده»[1].

وهي واضحة الدلالة على أنّ حكم الإباق ليس حكم أحداث السنة، بل حكمه حكم سائر العيوب في أنّه إنّما يوجب الخيار فيما علم أو قامت البيّنة على أنّه كان متحقّقاً عند البائع وفي ضمانه.

وأمّا ما في رواية محمّد بن قيس من أنّه: «ليس في الإباق عهدة»[2] فالظاهر أنّ المراد منها خصوص العهدة الّتي تثبت في أحداث السنة، كما يؤيّد ذلك ما في رواية يونس من: «أنّ العهدة في الجنون والجذام والبرص سنة»[3]. وبهذا تتوافق مع الصحيحة، ويرتفع التعارض، ويكون الحكم على طبق العمومات والإطلاقات.

ثمّ إنّ الظاهر كفاية تحقّق الاباق مرّة واحدة عند البائع في كونه كاشفاً

---

(١) الوسائل ١٨: ٩٨ ـ ٩٩ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢، عن الكافي ٥: ٢١٧ ح ١٧.

(٢) الوسائل ٢٣: ٨٦ ب «٤٩» من أبواب كتاب العتق ح ٤، عن الكافي ٦: ٢٠١ ح ١٠.

(٣) الوسائل ١٨: ١٠٠ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٥، عن الكافي ٥: ٢١٧ ذيل ح ١٧.

عن كونه ذا ملكة خبيثة باعثة له إلى ذلك، ولا يحتاج حصول هذه السجيّة إلى المزاولة والتكرار. وهو أيضاً ظاهر إطلاق الصحيحة، وإن كان من المحتمل قويّاً أن يكون المراد من قوله عليه السلام: «إنّه أبق عنده» أي: صار آبقاً، أي: متّصفاً بهذا الوصف نحو الاتّصاف بالملكات والحرف والصنايع الّذي يحتاج إلى نحو مزاولة وتكرار.

اشتمال الزيت والسمن على الثفل[1]

مسألة: اعلم أنّ اشتمال الزيت والبذر وسائر الأدهان والخلّ وماء الحصرم ونحوها على الثفل، يتصوّر على أنحاء أربعة:

أحدها: أن يكون الثفل قليلاً لا يعتنى به، ويكون كالمعدوم عرفاً وإن كان موجوداً بالدقّة العقليّة. ومثله خارج عن العيب حكماً وموضوعاً، فلا خيار إلّا إذا شرط عدمه بالخصوص.

الثاني: أن يكون الثفل كثيراً يعتنى به ويدقّق النظر في مقام المعاملة في الاشتمال عليه وعدمه، ولكن كان الشائع الغالب الاشتمال على هذا المقدار من الثفل. ومثل هذا عيب موضوعاً، لكونه خلاف مقتضى الوضع الأصلي للدهن، ولكن لا يلحقه حكم العيب من الردّ والأرش مالم يشترط عدم الاشتمال عليه بالخصوص، لما تقدّم من أنّ العيوب الشائعة الغالبة في الأفراد ليست في ضمان البائع بحيث تكون السلامة منها كالشرط الضمنيّ الارتكازى مع الاطلاق.

---

(١) الثُّفل: ما يستقرّ في أسفل الشيء من كدرة.

هذا، ولكن عدم ترتّب حكم العيب على العيب الشائع إنّما يكون مع علم المشتري بغلبة الاشتمال على هذا المقدار من الثفل كي يكون إقدامه على الشراء التزاماً منه برفع اليد عن وصف الصحّة، وإلا فمجرّد الغلبة وشيوع العيب في غالب الأفراد في الواقع لا يجدي شيئاً مع جهل المتعاملين بهذه الغلبة أو علم البائع بها فقط .

وهذا من أهمّ الثمرات الّتي تترتّب على أنّ الخروج عن مقتضى الخلقة الأصليّة لو شاع وغلب في أفراد نوع أو صنف هل يوجب خروجه عن موضوع العيب؟ أو أنّه باقٍ على كونه عيباً ونقصاً، ولكن لا يلحقه حكم العيب ـ أعني: الخيار ـ لعدم كون السلامة منه مقتضى أصالة السلامة، لوهنها بتلك الغلبة على الفرض، فلا تكون شرطاً ضمنيّاً بالارتكاز؟

فعلى الأوّل، لا يترتّب عليه حكم العيب مطلقا، سواء علما بهذا الشيوع والغلبة أم جهلا به، أو علم به البائع دون المشتري أو بالعكس.

وعلى الثاني، فلابدّ من التفصيل، والقول بعدم ترتّب حكم العيب ـ أعني: الخيار ـ لو علما بالشيوع والغلبة أو علم به المشتري فقط. وأمّا مع جهلهما به أو جهل المشتري، فاطلاق العقد يقتضي كون السلامة من العيب شرطاً ضمنيّاً بالارتكاز، وكون الاقدام تعويلاً على أصالة السلامة. وأمّا كون البائع عالماً به ونقله للمبيع متبرّياً من العيب فلا يجدي شيئاً مالم يتحقّق هذا الشرط في المشتري ولو بالارتكاز.

وهذا أمر مطّرد ينبغي أن يبنى عليه في مطلق العيوب الشائعة، كما

أشرنا إلى ذلك فيما تقدّم[١] في بيان مفاد الرواية الناقلة لدعوى الدلّال التبرّي من العيب وإنكار المشتري ذلك بدعوى عدم سماعه.

وعلى ما ذكرناه تنطبق رواية ميسّر بن عبدالعزيز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه دردياً[٢]، قال: إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه»[٣]. الظاهرة في إرادة العلم والجهل بما جرت عليه العادة والغلبة. ولا بأس بالعمل بها، لانطباقها على القاعدة أيضاً.

ولا محلّ للاستدلال بها على حكم الفرض الآتي ـ أعني: فرض زيادة الثفل على ما جرت عليه العادة ـ كما هو ظاهر كلام الشيخ[٤] العلّامة قدس سره، بحملها على أنّه إن كان عالماً بأنّ في الزيت دردياً زائداً عن المتعارف فهو مقدم على العيب، فلا خيار له، وإن كان جاهلاً بذلك فله الخيار، إذ هذا خلاف ظاهرها قطعاً.

الثالث: أن يكون الثفل زائداً حتّى عن القدر المتعارف، ولكن كان ممتزجاً مع الدهن بما يوجب تغيّره كمّية وكيفيّة. فهذا عيب موضوعاً وحكماً، فلابدّ مع جهل المشتري من ثبوت الخيار له ـ ردّاً وأرشاً ـ بمقتضى العمومات والاطلاقات الدالّة عليه في مطلق العيب، إذ لاخفاء في صدق العيب عليه.

---

(١) في ص: ٤٥٠.

(٢) الدُردِيّ من الزيت ونحوه: الكدر الراسب في أسفله.

(٣) الوسائل ١٨: ١٠٩ ب «٧» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢٢٩ ح ١.

(٤) المكاسب ٥: ٣٨٠.

ولا محلّ للمناقشة فيه بأنّه لابدّ من بطلان البيع رأساً، لامتزاج المبيع بغيره بما يوجب الجهل بوزن المبيع، إذ المفروض أنّه باعه ـ مثلاً ـ عشرة أرطال من الزيت، والمدفوع أيضاً عشرة أرطال زيت، وقلّة وزن الزيت الخالص الموجود في ضمن الخليط أمر لا ربط له بوزن المبيع المعلوم على الفرض.

هذا كلّه لوكان المبيع شخص الزيت الموجود في الزقّ.

وأمّا إذا كان المبيع كلّياً، ودفع ما في الزقّ بعنوان الوفاء، وظهر معيوباً، فلا خيار، لعدم تعقّل الصحّة والعيب في الكلّي. نعم، له عدم قبول المدفوع، ومطالبة الصحيح.

الرابع: أن يكون الثفل متميّزاً عن الزيت بحيث لا يوجب بالنسبة إلى الزيت إلا نقصاً في الكمّية. وهذا يتصوّر على أنحاء:

أحدها: أن يكون الزيت الّذي فيه الثفل متميّزاً ومشاهداً، ويبيعه ما في الظرف من الزيت مع الاندار[1] للظرف، أو يبيع الظرف والمظروف ـ بجعلهما من المظروف ـ كلّ رطل بدرهم ـ مثلاً ـ فبان فيه الثفل المتميّز الكثير رطلاً ـ مثلاً ـ فيمكن الحكم فيه بالصحّة وعدم تبعّض الصفقة كي يوجب الخيار.

أمّا الصحّة فلارتفاع الجهالة في الأوصاف بالمشاهدة على الفرض، وارتفاع الجهل بالوزن بإحراز وزن المجموع من الظرف والمظروف.

أمّا عدم الخيار فلعدم اشتراط كون الزيت ـ مع ظرفه أو بدونه في فرض الاندار ـ عشرة. نعم، لو كان الاطلاق منزّلاً على اشتراط ذلك

---

(١) أندر الشيء: أسقطه.

فيرجع إلى الفرض الآتي.

وثانيها: أن يبيعه كما ذكر ولكن بشرط أن يكون الزيت عشرة، فالحكم فيه صحّة البيع، لما تقدّم، وثبوت الخيار ـ لتبعّض الصفقة ـ بين أخذ الناقص بما له من الثمن بالنسبة وبين فسخ البيع رأساً.

وثالثها: أن يبيع ما في الظرف من الزيت أو مع ظرفه بعشرة، فالظاهر بطلان البيع رأساً، للجهل بوزن الزيت المبيع. والعلم بمجموع وزن الزيت والثفل، كالعلم بوزن المجموع من الزيت والصخرة الموجودة فيه، في أنّه لا يرفع الجهل والغرر.

بقي الكلام فيما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكّة[1] فيها سمن احتكرها[2] حكرة، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى عليّ عليه السلام، فقال له عليّ عليه السلام: لك بكيل الرُبّ سمناً، فقال له الرجل: إنّما بعته منك حكرة، فقال له عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رُبّاً؟!»[3]. فانّ قضاءه عليه السلام لا يستقيم بظاهره إلّا إذا كان البيع متعلّقاً بالكلّي الموصوف، وكان دفع ما في العكّة من باب الوفاء، ولكنّه خلاف ظاهر الرواية، حيث إنّها ظاهرة في تعلّق البيع بما في العكّة من السمن الشخصي.

فلا يخلو:

---

(١) العُكَّةُ: آنية السمن.

(٢) الحكر: الجمع والامساك. الوافي ١٨: ٧٣٩ ذيل الحديث (١٨٢٠٢).

(٣) الوسائل ١٨: ١١٠ ـ ١١١ ب «٧» من أبواب أحكام العيوب ح٣، التهذيب ٧: ٦٦ ـ ٦٧ ح٢٨٦.

إمّا أن يفرض امتزاج الرُبّ مع السمن بما يوجب تغيّر السمن وصيرورته معيوباً، فكان اللازم الحكم بالخيار بين الردّ وأخذ الأرش، إذ لم يتحقّق شيء من موانع الردّ. ومجرّد وجدان الاشتمال على الرُبّ أعمّ من التصرّف. ولو فرض كون التصرّف اختباراً، فلا وجه لكونه مسقطاً للردّ. ولو كان التصرّف مانعاً من الردّ فما يستحقّه من الأرش ليس إلّا جزءاً من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب، لا الاستحقاق من نفس السمن بمقدار الرُبّ الموجود.

نعم، يمكن فرض تساوي الثمن وقيمة الصحيح، وحينئذٍ يتخيّر في أخذ الأرش بين السمن وقيمته. ولكنّ الرواية ظاهرة في تعيّن أخذ السمن، وأنّ على البائع دفعه، والمشتري ليس له إلا ذلك. وحملها على إرادة بيان أحد شقّي التخيير في أصل الخيار، وأحد شقّيه في فرض اختيار الامضاء وأخذ الأرش، في غاية البعد جدّاً.

هذا، وإمّا أن يفرض امتزاج الربّ مع السمن على وجه يكون متميّزاً وموجباً لقلّةمقدار السمن لاتعيّبه.وهذا الاحتمال أقرب إلى فرض الرواية. ومقتضى القاعدة فيه بطلان البيع في قدر الرُبّ، واسترداد المشتري من الثمن بنسبته،مع ثبوت الخيار لتبعّض الصفقة. ولكنّهعليه السلام لم‌يتعرّض للخيار رأساً،بل قضى بلزومدفع السمن بمقدار الربّ. وحملها على فرض تساوي الثمن وقيمة السمن، وجواز تبديل جزء الثمن بالسمن بمبادلة جديدة، في غاية البعد عن مساق الرواية الظاهرة في تعيّن ما قضى بهعليه السلام.

وبالجملة، توجيه الرواية بنحو تنطبق على القواعد في غاية الاشكال،

كما اعترف به الشيخ[١] العلّامة قدس سره. فالأولى ردّ علمها إليهم عليهم السلام، لأنّها قضيّة في واقعة. وربما كانت هناك قرائن أوجبت علمه عليه السلام بأنّ المبيع كان كلّياً موصوفاً فقضى بما فيها.

أحداث السنة

مسألة: الجنون والجذام والبرص والقرن من أوضح مصاديق العيب الموجبة للخيار على فرض تحقّقها عند البائع.

ولكنّها تختصّ من بين العيوب بأنّها لو حدثت بعد العقد إلى سنة ـ ولو كان المبيع في ضمان المشتري، لتحقّق القبض وانقضاء زمن الخيارات الثلاثة ـ توجب الخيار بين الردّ وأخذ الأرش كتحقّقها في ضمان البائع.

وهذا هو المشهور في الجنون والجذام والبرص. وأمّا القرن فلم تتحقّق الشهرة فيه، بل حكي عن[٢] مفتاح الكرامة أنّه لم يظفر بقائل بذلك فيه عدا أبي[٣] علي والشهيدين[٤] قدس سرهم.

والمستند في المسألة هي الأخبار المستفيضة المنقولة عن الرضا عليه السلام. وأغلبها ضعاف الأسناد، وبينها صحيحة أبي همّام المرويّة ـ على ما في الوسائل ـ في الكافي عن محمّد بن يحيى وغيره، عن أحمد بن محمّد، عن أبي همّام، قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: «يردّ المملوك من أحداث

---

(١) المكاسب ٥: ٣٨١.

(٢) مفتاح الكرامة (الطبعة الحديثة) ١٤: ٥١٣.

(٣) حكاه عنه العلّامة في تحرير الأحكام (الطبعة الحديثة) ٢: ٣٧٩ ـ ٣٨٠.

(٤) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٨١، مسالك الأفهام ٣: ٣٠٥.

السنة من الجنون والجذام والبرص، فقلت: كيف يردّ من أحداث السنة؟ قال:هذا أوّل السنة، فاذا اشتريت مملوكاً به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجّة رددته على صاحبه، فقال له محمّد بن عليّ: فالاباق من ذلك؟ قال: ليس الاباق من ذلك إلا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده»[١].

وهذه الصحيحة مرويّة في تهذيب الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن أبي همّام، قال: «سمعت الرضا عليه السلام يقول...» وذكر نحوما تقدّم إلا أنّه قال: «والبرص والقرن»[٢].

وهذه الصحيحة مشتملة على الجذام في الطريقين. ولم ترد «القرن» في رواية الكافي، ووردت في رواية الشيخ.

وهناك رواية أخرى رواها الشيخ[٣] بإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب، عن محمّد بن عبد الحميد، عن محمّد بن عليّ، عن الرضا عليه السلام نحو ما تقدّم ولكن إلى قوله: «على صاحبه».

وهذه الرواية مردّدة بين كونها صحيحة وعدمه، لأنّ محمّد بن عليّ مجهول. ولكنّ المظنون ـ على ما حكي عن الأردبيلي قدس سره[٤] ـ كونه

---

(١) الوسائل ١٨: ٩٨ ـ ٩٩ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢، عن الكافي ٥: ٢١٧ ح ١٧.

(٢) لم ترد لفظة (والقرن) في التهذيب (٧: ٦٣ ح ٢٧٣). والظاهر أنّ المؤلّف قدس سره اعتمد في ذلك على ما ذكره الحرّ العاملي قدس سره في الوسائل (١٨: ٩٨ ـ ٩٩ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب) ذيل الحديث (٢)، فإنّه قال: «ورواه الشيخ عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن أبي همّام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول... وذكر نحوه إلا أنّه قال: والبرص والقرن».

(٣) التهذيب ٧: ٦٤ ح ٢٧٥، الوسائل (١٨: ٩٩ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ذيل الحديث ٢ نقلاً عن الشيخ.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٩.

الحلبي، فتصحّ الرواية.

وهذا هو السرّ في مناقشة الأردبيلي في حكم القرن، نظراً إلى أنّه وإن ورد في الأخبار إلا أنّها ضعيفة أو مردّدة بين الصحيحة وغيرها، ولم يرد في الرواية المقطوعة بصحّتها، وهي رواية أبـي هـمّام بـطريق الكـافي. ولم يستشكل قدس سره حكم الجذام. واستشكل حكم البرص، لمعارضة رواية عبد الله بن سنان الدالّة على أنّ: «عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيّام إن كان بها حبل أو برص»[1].

دفع المناقشة في حكم الجذام بتوهّم تعارض الأخبار فيه

ومن هنا يظهر لك ما في كلام الشيخ[2] العلّامة قدس سره فـي المـقام مـن الاضطراب والاختلال في نقل صحيحة أو رواية محمّد بن عليّ ودعوى عدم ذكر الجذام فيها، وفرض استشكال الأردبـيليّ فـي حكـم الجـذام لتعارض الصحيحة الساكتة عنه ـ الظاهرة في الحصر، لورودها في مقام التحديد ـ مع الروايات المشتملة على ذكره، ثمّ تقديم الثانية على الأولى حملاً للمطلق على المقيّد، ثمّ ذكر إشكال صاحب[3] الحدائق قدس سره ردّاً على الأردبيلي في حكم الجذام بأنّ المقام ليس من باب المطلق والمقيّد.

فإنّ ذلك كلّه ـ كماترى ـ خلاف الواقع، بل الجذام مذكور في غالب

(١) الوسائل ١٨: ١٢ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٧، الكافي ٥: ١٧٢ ح ١٣. وفي الكافي: خَبَلٌ.
(٢) المكاسب ٥: ٣٨٤ ـ ٣٨٥.
(٣) الحدائق الناضرة ١٩: ١٠٥ ـ ١٠٦.

أخبار المسألة ومنها الصحيحة المذكورة، ولم يستشكل أحد في حكمه من هذه الجهة، وإنّما الاشكال من جهة أخرى، وهي كون الجذام من العوارض الموجبة للانعتاق، وستأتي[1] الاشارة إليه.

الاشكال في حكم القرن

نعم، الاشكال في القرن ـ كما ذكره الأردبيلي[2] ﷺ ـ قويّ، لعدم ذكره في صحيحة أبي همّام، وإنّما ذكر في الروايات الضعيفة أو غير المقطوع بصحّتها. ولم ينقل الفتوى فيه صريحاً إلا من أبي علي والشهيدين، فلم تتحقّق شهرة استناد الأصحاب إلى تلك الأخبار كي تكون جابرة لضعف أسنادها. بل الظاهر تعويلهم في المسألة على الصحيحة فحسب، فلابدّ من الاكتفاء بما فيها، وهي العيوب الثلاثة غير القرن.

نعم، لو علم استنادهم في المسألة إلى مجموع الأخبار الواردة فيها، فلا محالة يتحقّق جبر أسناد الضعاف منها أيضاً. وعدم حكمهم في القرن مع ذلك لابتلاء تلك الأخبار بالمعارض الصحيح في خصوص القرن، وهو مفهوم الحصر في صحيحة أبي همّام. وحيث إنّ ذلك بزعمهم ليس من تعارض المطلق والمقيّد، فلا محيص عن التساقط والرجوع فيه إلى الأصل، وهي أصالة اللزوم.

ولكنّ الانصاف عدم تحقّق الاستناد الجابر منهم، وإلّا فكان

---

(١) في ص: ٥٠٠.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

اللازم تخطئتهم في زعم التعارض أو عدم كون المقام من باب تعارض المطلق والمقيّد.

أمّا الأوّل، فلمنع كون الصحيحة واردة في مقام التحديد، إذ لم يرد فيها إلا «أحداث السنة» وبيانها بـ«من» البيانيّة، فيمكن أن يكون ذكرها من باب المثال. نعم، لوكانت العبارة هكذا: من أحداث السنة، وهي: الجنون والجذام... لكانت ظاهرة في الحصر والتحديد.

وأمّا الثاني، فلوضوح أنّ الصحيحة ـ بناءً على ظهورها في الحصر وإرادة المفهوم ـ ظاهرة في نفي العهدة والضمان في غير الثلاثة المذكورة فيها مطلقا، سواء كان القرن أم غيره، والأخبار الأخر ـ المنجبرة من حيث السند على الفرض ـ قد أثبتت الحكم في القرن أيضاً، فلا محيص عن توافقهما في المنطوقين بالنسبة إلى الثلاثة، وتعارض مفهوم الصحيحة مع منطوق باقي الأخبار ـ من حيث إثبات الحكم في القرن أيضاً ـ بالعموم والخصوص المطلق مع أخصّية المنطوق، فلا محيص عن تقييد مفهوم الصحيحة بذلك.

هذا، مضافاً إلى ما أشار إليه الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ الأمر يدور بين سهو الراوي أو أحد الوسائط وإضافة لفظ «القرن» في الروايات المشتملة عليه، وبين سهو الراوي أو أحد الوسائط في الصحيحة وترك لفظ «القرن». ولا شكّ في أنّ الثاني أقوى وأرجح احتمالاً من الأوّل في

(١) المكاسب ٥: ٣٨٥، ولكن ما أشار إليه الشيخ قدس سره إنّما هو بالنسبة إلى ترك الجذام لا ترك القرن، ولعلّ نظر المؤلّف قدس سره إلى وحدة المناط في ذلك.

نفسه، فضلاً عمّا إذا كان الترك في خبر واحد والذكر في أخبار متعدّدة كما هو الواقع في المقام.

والتحقيق في المسألة: أنّ أحداث السنة هي العيوب الثلاثة ـ أعني: الجنون والجذام والبرص ـ دون القرن، لعدم وروده في رواية صحيحة، وعدم إحراز انجبار ضعف أسناد الأخبار المشتملة عليه.

دفع المناقشة في حكم البرص

هذا، وأمّا المناقشة في البرص، نظراً إلى ما في صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيّام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا، وعهدته سنة من الجنون، فما بعد السنة فليس بشيء»[1].

فهي مناقشة في محلّها، إلا أنّ ما يهوّن الأمر تشابه المراد في الصحيحة، واشتمالها على ما يخالف الاجماع ظاهراً على بعض محتملاتها، إذ لا يخلو:

إمّا أن يكون المراد منها: أنّ عهدة العيب السابق على العقد ـ بمعنى ضمانه وسلطنة المشتري على الردّ ـ في الحبل والبرص ونحوهما ثابتة ومستمرّة إلى ثلاثة أيّام، نظراً إلى خيار الحيوان في تلك المدّة. فمقتضى السياق والمقابلة أن تكون عهدة الجنون السابق على العقد ثابتة ومستمرّة إلى سنة. وهذا بظاهره مخالف للاجماع، إذ الثابت هو سببيّة حدوث

(١) الوسائل ١٨: ١٢ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٧، الكافي ٥: ١٧٢ ح ١٣. وفي الكافي: خَبَلٌ.

الجنون من حين العقد إلى سنة للخيار، والمتيقّن في ذلك هي الفوريّة حين ظهور الجنون.وأمّا كون الجنون السابق على العقد سبباً للخيار، واستمراره إلى سنة من حين العقد، فلم يدلّ عليه دليل، ولا يلتزم به أحد.

وهذا الاحتمال أنسب بظاهر صدر الصحيحة، لاشتماله على لفظة «كان». ولكنّه مخالف لما يظهر من ذيلها، بملاحظة قوله عليه السلام: «فما بعد السنة فليس بشيء».

وإمّا أن يكون المراد منها: أنّ عهدة حدوث الحبل والبرص ونحوهما في الرقيق بعد العقد إلى ثلاثة أيّام، نظراً إلى أنّها مدّة خيار الحيوان للمشتري، والعيب الحادث فيها في عهدة البائع كما هو مقتضى قاعدة التلف أو التعيّب في زمن الخيار. فمقتضى السياق والمقابلة أنّ عهدة الجنون ـ بمعنى كون حدوثه موجباً للخيار ـ ثابتة إلى سنة من حين العقد.

وهذا الاحتمال مخالف لظاهر الصدر، ولكنّه يناسب ظاهر الذيل.

والصحيحة على هذا الاحتمال تعارض أخبار المسألة المبحوث عنها، حيث إنّها تثبت الردّ بحدوث البرص أيضاً إلى سنة من حين العقد، فهي معارضة بمنطوقها لمفهوم الغاية في الصحيحة. بل هي معارضة للأخبار من ناحية أخرى، نظراً إلى ظهور الصحيحة ـ بقرينة صدرها وذيلها ـ في حصر ما يوجب الخيار إلى سنة في الجنون، فهي بمفهوم حصرها تعارض جميع أخبار المسألة المتضمّنة لما عدا الجنون من الأربعة.

وهذا ممّا يوهن دلالة الصحيحة على الاحتمال الثاني، كما أنّه يوهن دلالتها على الاحتمال الأوّل اشتمالها على ما يخالف الاجماع.

وعليه، فلابدّ من تأويلها بما يرتفع معه كلا المحذورين، بأن يحمل صدرها على إرادة العيب السابق على العقد، وأنّ البرص ونحوه لوكان سابقاً على العقد يمكن التخلّص منه بالفسخ إلى ثلاثة أيّام. ويحمل ذيلها على إرادة حدوث الجنون بعد العقد، مع عدم إرادة الحصر في صدرها وذيلها.

وهذا التأويل وإن كان بعيداً جدّاً، إلا أنّه ممّا لابدّ منه للتخلّص من اشتمالها على ما يخالف الاجماع، أو محذور معارضتها للأخبار المستفيضة.

دفع مناقشة أخرى في حكم الجذام

بقي الكلام في المناقشة في الجذام، نظراً إلى قيام الدليل على أنّ الجذام من العوارض الموجبة لانعتاق الرقيق قهراً.

والتحقيق: أنّ التعارض بين أخبار المسألة من حيث إثباتها للخيار بحدوث الجذام، وبين الأخبار الدالّة على سببيّة الجذام للانعتاق القهري ـ ومنها خبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه، والعبد إذا جذم فلا رقّ عليه»[1] ـ تعارض المطلق والمقيّد، حيث إنّ الثانية دالّة على الانعتاق القهري بلا توقّف على إعمال خيار مطلقا، سواء كان مملوكاً بالاسترقاق أو الارث أو الهبة ونحوها أم مملوكاً بالشراء، والأولى غير نافية للانعتاق القهري، وإنّما هي دالّة على ثبوت الخيار في الشراء. فلا مانع من الالتزام بتقييد الثانية

(١) الوسائل ٢٣: ٤٥ ب «٢٣» من أبواب كتاب العتق ح ٢، عن الكافي ٦: ١٨٩ ح ٢، والتهذيب ٨: ٢٢٢ ح ٧٩٨.

بالأولى، والجمع بين حقّي العبد والمشتري، بل لا محيص عنه بحسب الصناعة والتوفيق العرفي. فإن اختار المشتري إمضاء البيع وأخذ الأرش لا محالة ينعتق العبد عليه. وإن اختار الفسخ وأخذ الثمن فلا محالة ينعتق على البائع. والظاهر من سببيّة الجذام والعمى للانعتاق القهري عدم قابليّة المملوك معهما للتملّك بشهادة خبر السكوني، لا أنّهما إنّما يوجبان الانعتاق على خصوص من حدثا في ملكه.

ولمّا كان ثبوت الخيار ـ بمقتضى أخبار المسألة ـ للمشتري يقتضي سلطنته على إبقائه في ملكه ولو آناً ما، وعلى إخراجه من ملكه وإدخاله في ملك البائع ولو آناً ما، فلازم الجمع بين الطائفتين والجمع بين حقّي العبد والمشتري هو القول بعدم المانع من مملوكيّة المجذوم آناً ما بعد الإمضاء للمشتري أو آناً ما بعد الفسخ للبائع، كما في تملّك من ينعتق عليه كالعمودين.

وبالجملة،فهذا الجمع بين الروايتين ممّا تقتضيه صناعةالتوفيق العرفي، وقاعدة الجمع بين الحقّين مهما أمكن، وتقتضيه فتوى الأصحاب بثبوت الخيار في أحداث السنة ـ الّتي منها الجذام ـ إلى سنة. ولامحذور فيه أبداً.

وأمّا ما حكي عن المسالك[1] في توجيه الحكم في الجذام بأنّ: سبب الخيار هو وجود مادّة الجذام في المملوك حين العقد، غاية الأمر أنّ ظهورها إلى سنة يكشف عن وجودها حين العقد. وحينئذٍ، فيكون سبب الخيار وجود مادّة الجذام، وسبب الانعتاق ظهورها، فيقدّم الخيار لتقدّم

(١) مسالك الأفهام ٣: ٣٠٥.

سببه. وحكمه ما تقدّم من الانعتاق إمّا على المشتري أو على البائع.

فليس بجيّد جدّاً، لأنّ الظاهر اتّحاد سياق الطائفتين من الأخبار، وأنّ سبب الخيار والانعتاق هو حدوث الجذام ـ مثلاً ـ وفعليّته لا وجود مادّته. فلو بني على سببيّة الحدوث ففي كلتا المسألتين. ولازمه اتّحاد سبب الأمرين وعدم تقدّم سبب أحدهما على الآخر، فلا يبقى وجه لاثبات الخيار إلا ما تقدّم. ولو بني على سببيّة وجود مادّة الجذام، وكون ظهورها إلى سنة كاشفاً عن تحقّقها حين العقد، ففي كلتا المسألتين. ولازمه انكشاف بطلان البيع رأساً، فلا يبقى محلّ للخيار.

ولو أغمضنا عن ذلك، وسلّمنا تقدّم سبب الخيار على سبب الانعتاق ـ وأنّ سبب الأوّل هو وجود مادّة الجذام، وسبب الانعتاق هو ظهورها ـ فلا وجه لتقديم الأوّل لمجرّد تقدّم السبب، بل كما يمكن ذلك كذلك يمكن تقدّم حقّ الانعتاق، وجعله مانعاً من الردّ بالخيار، كما في غيره من موجبات الانعتاق القهري.

وجملة المقال: أنّه لا محيص عن القول بسقوط الردّ بالعيب الموجود حين العقدبعروض موجبات الانعتاق القهريّ كالعمى ـ مثلاً ـ عملاً باطلاق ما دلّ على اشتراط الردّ بقيام العين، والالتزام بثبوت كلا الأمرين ـ من خيار المشتري وانعتاق العبد ـ لو حدث الجذام من حين العقد إلى سنة.

ثمّ إنّ ظاهر إطلاق أخبار المسألة ثبوت الخيار ـ بمعنى مجرّد السلطنة على الردّ ـ وعدم سقوطه بالتصرّف،لغاية بعدعدموقوع شيءمن التصرّفات ـ حتّى الكاشفة عن الرضا والامضاء ـ إلى مدّة سنة من حين البيع.

ولكنّ المشهور في المسألة ثبوت الخيار ـ بمعنى التخيير بين الردّ وأخذ الأرش ـ وسقوط الردّ بالتصرّف. والأخبار ـ كماترى ـ خالية من الأمرين.

بل ظاهر إبن إدريس قدس سره[1] تحقّق الاجماع على تساوي حدوث هذه الأحداث إلى سنة مع العيوب الموجودة حين العقد، وترتّب مالها من الأحكام ـ من الأرش وسقوط الردّ بالتصرّف ونحو ذلك ـ عليها. ولازمه سقوط الردّ وتعيّن الأرش في موارد التلف وتغيّر العين أيضاً.

فالحكم إمّا إجماعيّ تعبّدي، أو مبنيّ على الاستظهار من الأخبار بحسب المتفاهم العرفي، لأنّ المغروس في الأذهان أنّ إيجاب هذه الأحداث إلى سنة السلطنة على الردّ ليس إلا من جهة كونها عيوباً، فلابدّ أن تكون كسائر العيوب في كونها في ضمان البائع، وفي السببيّة للأرش وسقوط الردّ بالتصرّف أو بعدم قيام المال بعينه، غاية الأمر أنّ لها خصوصيّة أوجبت سعة مدّة الخيار. والله العالم.

خاتمة: في عيوب متفرّقة

مسألة: الكفر بنفسه ليس عيباً عرفاً في العبد والجارية، لعدم كونه نقصاً في أصل الخلقة. وولادة كلّ مولود على فطرة الاسلام لا يعنى بها أنّه يولد مسلماً، لبداهة أنّ الكفر والايمان ـ كالطاعة والعصيان ـ من الأوصاف الكماليّة أو النقائص الحادثة بالاكتساب، ولا ربط لهما بخلقة

(١) السرائر ٢: ٣٠٢.

الانسان من حيث المادّة الانسانيّة والأوصاف الخلقيّة، وإنّما يعنى بها أنّ فطرته لها شأنيّة قبول الاسلام،وإنّما يمنعه قسر القاسر المضلّ. وهذا المعنى من الاقتضاء موجود في الكافر فعلاً، وإن كان المقتضي مفقوداً، لوجود المانع. ولافرق في ذلك بين جميع أقسام الكفر،ولا بين الأصليّ والارتداد.

نعم، المرتدّ الفطري لو فرض بسط يد الحاكم عليه وثبوت ارتداده عنده، يكون ارتداده عيباً فيه، لكونه في معرض القتل، كما في غيره من موارد المعرضيّة للقتل.

هذا، وحيث إنّ الكفر مانع للمسلم من انتفاعه بالعبد أو الجارية ببعض الانتفاعات المعتدّة بها، ولذا يكون إسلامهما منظوراً للمسلمين، ودخيلاً في كثرة الرغبات فيهما، مع غلبة الاسلام في العبيد والجواري في بلاد الاسلام، فلا محالة يكون اتّصافهم بالاسلام كالمشروط ضمنيّاً بالارتكاز. وهذا يوجب كون لزوم العقد مع انتفائه ضرريّاً على المشتري من بلاد الاسلام، سواء كان البائع مسلماً أم كافراً. فيثبت بذلك خيار الفسخ. ولا يثبت الأرش، ولا يترتّب عليه سائر أحكام العيب، لعدم كونه عيباً في نفسه. وكونه موجباً لنقص القيمة إنّما هو لخصوصيّة في المشتري المسلم حيث حرم من بعض الانتفاعات.

وأمّا المجلوب من بلاد الكفر، فحيث إن الغالب فيه هو الكفر فينعكس الأمر لا محالة، ويكون المرتكز في الأذهان والمشروط ضمنيّاً براءة البائع من عهدة هذا النقص، سواء كان البائع كافراً أم مسلماً. ويكون المشتري كالمقدم على الشراء بهذا النقص.

ظهور الأمة من المحرّمات بالنسب أو غيره ليس عيباً

هذا، وأمّا ظهور الأمة من المحرّمات على المشتري بالنسب أو الرضاع فليس عيباً قطعاً، لعدم كونه نقصاً في الخلقة، بل هو من الأوصاف العارضة الّتي لا توجب نقص القيمة أو زيادتها نوعاً. وعدم تمكّن المشتري من الانتفاع بها ببعض الانتفاعات المطلوبة من الجواري حاله كحال عدم تمكّنه من أكل الطعام المبيع لكونه مريضاً. وليس لمشتري الأمة فسخ البيع أيضاً، لعدم نقصان قيمتها، وإنّما تقلّ رغبة المشتري بخصوصه فيها، ولا يعدّ ذلك نقصاً عرفاً.

ظهور المبيع ممّن ينعتق على المشتري

ومن ذلك كلّه تظهر الحال فيما لو ظهر المبيع ممّن ينعتق على المشتري، وأنّه لا يترتّب عليه حكم العيب، ولا يوجب سلطنة على الفسخ، لعين ما تقدّم.

ظهور عدم أصالة البائع في البيع

وأمّا ظهور كون البائع قد باع وكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة أو فضولة، فليس شيء منها عيباً في المبيع قطعاً، ولا موجباً للسلطنة على الردّ، لوضوح أنّ خطر فساد النيابة لا يوجب نقصاً في أوصاف المبيع وقيمته ورغبات الناس فيه.

ظهور آثار الوقف عيب

وأمّا ظهور أثر الوقف في المبيع ـ فضلاًعن وجود أمارات قويّة لكونه وقفاً ـ فهو عيب عرفاً، لأنّ ذلك يوجب قلّة رغبات الناس فيه ونقصان قيمته، فتترتّب عليه أحكام العيب. بل لا يبعد كون المال المعروف بالوقفيّة من العيوب الموجبة لخيار العيب مع جهل المشتري بذلك حين الشراء.

وأمّا كون الجارية صائمة أو محرمة أو معتدّة، فليست من العيوب قطعاً. ولكن لا يبعد ـ كما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ كونها موجبة للسلطنة على الردّ، ولكن بشرط أن تكون مدّة عدم إمكان الاستمتاع بها طويلة كما في صوم الشهرين المتتابعين، لأنّ حالها كحال ظهور المبيع مستأجراً في مدّة، في أنّها توجب فوات الانتفاع بها نوعاً، مع كون قابليّتها للانتفاع في تلك المدّة كالمشروطة بالارتكاز وضمنيّاً.

وأمّا كون المملوك نمّاماً أو ساحراً أو كذّاباً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً أو رطب الكلام أو غليظ الصوت أو ولد زنا أو مغنّياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً أو منطيقاً، فالأظهر أنّ شيئاً منها لا يصدق عليه العيب، ولا يوجب سلطنة على الردّ، لعدم كونها نقصاً في الخلقة، ولا موجباً لفوات الانتفاع به، ولا ممّا يغلب عدم وجوده في المملوك.

---

(١) المكاسب ٥: ٣٩٠.

العقم عيب في الجملة

وأمّا العقم في الجارية فهو عيب بلا إشكال لو أحرز كونه معلولاً لعلّة فيها غير مرجوّة الزوال، أو يضعف احتمال زوالها، أو يعلم بعدم زوالها إلا في مدّة، أو يحتاج إلى المعالجة، وإلا فلا يصدق عليه العيب، لاحتمال كونه معلولاً لعلّة في الزوج. والله العالم بأحكامه.

[مباحث الخيارات]

الكلام في الأرش

بسم الله الرحمن الرحيم

الأرش ـ سواء كان في الأصل بمعنى الفساد[1]، أو بمعنى النزاع[2] كما يظهر من بعض أهل اللغة ـ قد صار في اللغة حقيقة في مطلق ما يتدارك به نقص الشيء، سواء كان الناقص هو البعض أم وصف الصحّة أم وصف الكمال، وسواء كان الشيء من الأموال أم غيرها، كما في جراحات الحرّ. فليست حقيقة الأرش إلّا بمعنى ما به التفاوت بين الواجد والفاقد، الّذي به يرتفع الناقص ويصير كالواجد. لكن وضع في اللغة لهذا المعنى في خصوص الانسان لفظ الدية، وفي غيره لفظ الأرش.

نعم، قد اصطلح الفقهاء على تخصيص الدية بالانسان، وبكلّ ما إذا كان النقص فيه ممّا له مقدّر شرعيّ خاصّ، وعلى تعميم الأرش لغير ذلك.

فما يرى من إطلاق الأرش في كلمات الفقهاء في موارد خاصّة ليس

---

(١) كما في المصباح المنير (١: ٦٥): «وأصله الفساد، يقال: أرّشت بين القوم تأريشاً إذا أفسدت، ثمّ استعمل في نقصان الأعيان لأنّه فساد فيها».

(٢) كما في النهاية لابن الأثير (١: ٣٩): «وسمّي أرشاً لأنّه من أسباب النزاع، يقال: أرّشت بين القوم إذا أوقعت بينهم».

من قبيل تعدّد الاصطلاح حتّى يكون من المشترك اللفظيّ أو الحقيقة والمجاز، بل هو من قبيل المشترك المعنوي، وبجامع واحد: هو ما به التفاوت، أي: ما يتدارك به النقص.

وأحسن تعبير عن ذلك هو ما أشار إليه الشيخ العلّامة قدس سره: من أنّ الأرش في إصطلاح الفقهاء عبارة عن: «مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون في مال أو بدن، ولم يقدّر له في الشرع مقدّر»[1].

ونظرهم في ذلك إلى أرش فرض استحقاقه شرعاً. ولذا لابدّ من أخذ قيد كون النقص مضموناً على من يؤخذ الأرش منه، وإلا فهو أرش لغة ولو فرض عدم استحقاقه شرعاً، على ما هو واضح.

وملخّص المقال: إنّ الأرش المبحوث عنه في المقام من مصاديق الأرش لغة واصطلاحاً. وقد وقع تفسيره في الأخبار[2] ـ المثبتة له في المبيع المعيوب ـ بما ينطبق على المعنى العامّ المتقدّم على ما سيتّضح.

ما يضمن به في ضمان اليد والاتلاف

ثم إنّه قد حرّرنا في مباحث المقبوض بالبيع الفاسد أنّ الأموال إنّما تضمن بضمان اليد أو الاتلاف بخصوصيّتها العينيّة والنوعيّة، وبمقدار ماليّتها المعبّر عنها بالقيمة السوقيّة. فإن كان التالف نفس المال، فإن كان مثليّاً فحيث إنّه يتعذّر أداء الخصوصيّه العينيّة فالمضمون مقدار ماليّة المال

(١) المكاسب ٥: ٣٩١.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٠٢ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب. وكذا «ب ٥ و ٦» في ص: ١٠٥ و ١٠٨.

في ضمن فرد آخر مماثل. وإن كان قيميّاً، فحيث إنّه يتعذّر أداء الخصوصيّة الشخصيّة والنوعيّة فالمضمون مقدار ماليّة المال ـ أعني: قيمته السوقيّة ـ في ضمن فرد آخر من الأموال ولو لم يكن مماثلاً. وكذا في فرض تلف بعض المال.

ولو فرض تلف الوصف، سواء كان وصف الصحّة أم غيرها من أوصاف الكمال المفروضة دخالتها في زيادة مقدار ماليّة المال ونقصه ـ أي: زيادة قيمته ونقصانها بوجودها وانتفائها ـ فحيث إنّه قد تعذّر أداء المال المفروض وجوده واجداً لتلك الخصوصيّة، فالمضمون مقدار زيادة ماليّته حين وجدانه لها.

وبالجملة، الأوصاف مطلقا ممّا لا تتصوّر فيه الخصوصيّة النوعيّة الموجبة للمثليّة، إذ مثل الوصف المفروض قائماً بمال آخر لا يمكن أداؤه بدون أداء الموصوف، أي: مستقلّاً. وأداؤه بأداء الموصوف، وتبديله بالفرد الموجود من المال، قصر لسلطنة المالك على ماله بخصوصيّته الفرديّة بلا موجب. فلا محيص عن كون تلف الوصف موجباً لانتقال الضمان إلى أداء ماليّة الوصف فقط في ضمن فرد آخر من المال، وهو الأرش، أي: المال الّذي يؤخذ بدلاً عن الوصف الفائت من حيث مجرّد ماليّته. وليس ذلك إلّا تمام ما به التفاوت بين القيمة السوقيّة لواجد الوصف وفاقده.

وعلى كلّ حال،فما يجب أداؤهعلى تقدير التلف إنّما هو البدل الواقعي للتالف من المثل أو القيمة، سواء في ذلك تلف الكلّ والبعض والوصف.

هذا، وأما ما يضمن بضمان المعاوضة ـ كضمان البائع أو المشتري

للثمن أو المبيع ـ فهو أيضاً ضمان بخصوصيّته العينيّة والنوعيّة ومقدار الماليّة، بمعنى أنّ المعاوضة تقع بين المالين ملاحظاً فيهما هذه الأمور الثلاثة. ولازم ذلك أنّه مع صحّة المعاوضة وانتقال الضمان إلى من انتقل إليه المال ـ لتحقّق القبض وانقضاء زمن الخيارات الثلاث ـ يكون المال على عهدته. فلو تلف المال أو بعضه أو وصف صحّته أو كماله بيده. فلا يجب أداء البدل الواقعي ـ من المثل أو القيمة ـ على أحد. وأما من انتقل عنه فلم يكن متعهّداً في أخذه لما أخذه إلا بدفع ما بذله من العوض، والمفروض أنّه ملّكه وأقبضه.

وأما مع فساد المعاوضة، فحيث إنّه قد فسد التعهّد المعاملي، فلا محالة يكون كلّ من المالين بيد الآخر أمانة قد أقدم على أخذه لا مجّاناً بل في مقابل العوض. ولازمه كونه مضموناً على القابض بضمان اليد، لعدم تسليط المالك إيّاه عليه مجّاناً حتّى يكون خارجاً عن عموم «على اليد». فيكون ضمانه لتلف المال بيده أو تلف بعضه أو وصفه كما تقدّم تفصيله.

أما مع صحّة المعاوضة، وفرض كون كلّ من العوضين في ضمان من انتقل عنه ضماناً معاوضيّاً ـ كما في ما قبل الاقباض، أو في زمن الخيارات الثلاث ـ فمعنى كون المال على عهدة مالكه الأوّل أنّه على عهدته بمقتضى ضمان المعاوضة، وأنّه إنّما تملّك ما تملّكه من الآخر بخصوصيّاته الثلاث لا مجّاناً، بل متعهّداً بدفع بدله المسمّى بماله من الخصوصيّات الثلاث. ولازمه أنّه لو تلف ما يملكه الآخر أو بعضه فاللازم رجوع ما تملّكه من الآخر أو بعضه إلى مالكه الأوّل، لانتفاء عوضه في ضمان باذله

الموجب لانفساخ البيع من حين التلف بمقتضى القاعدتين التعبّديتين.

وأمّا لو تلف وصف الصحّة أو الكمال المشروط صريحاً، فكون ضمانه على عهدة باذله ليس إلا بمعنى عدم لزوم المعاوضة وجواز فسخها، لكون لزومها ضرريّاً على من اشترط له هذا الوصف ضمنيّاً كما في وصف الصحّة، أو صريحاً كما فيها وفي أوصاف الكمال.

وأمّا رجوع شيء من العوض المسمّى إلى الآخر لأجل عدم سلامة الوصف، فلا تقتضيه قاعدة ضمان المعاوضة لا في وصف الصحّة ولا في وصف الكمال المشروط وجوده صريحاً، لعين مايأتي في الفرض الآتي.

ولو كانت المعاوضة بين مالين ملحوظين من الجهات الثلاث، ولكن كان أحدهما تالفاً في ملك مالكه الأوّل أو لم يكن موجوداً أصلاً، فمقتضى الضمان والتعهّد المعاوضي انفساخ المعاوضة وبطلانها رأساً، وبقاء العوض الآخر على ملك مالكه الأوّل، لعدم تحقّق المعاوضة في الواقع، حيث إنّه لم يدخل عوض في ملك الآخر حتّى يخرج عوضه المسمّى عن ملكه.

ولو كان التالف في ملك مالكه الأوّل أو المعدوم رأساً بعض أحد المالين لا كلّه، فمقتضى التعهّد المعاوضي انفساخ المعاوضة وبطلانها رأساً في بعض العوض الآخر بالنسبة، لعين ما تقدّم من عدم تحقّق حقيقة المعاوضة بالنسبة إلى ذلك البعض من العوض، حيث إنّه لم يدخل بدله المسمّى في ملك الآخر حتّى يخرج عن ملكه بدله المسمّى بالنسبة. وبعبارة أخرى: لم يخرج ذلك البعض عن ملك مالكه حتّى يدخل في

ملكه بدله المسمّى بالنسبة.

وأمّا إن كان التالف في ملك مالكه الأوّل أو المعدوم رأساً وصف ما بذله المالك، سواء كان وصف الصحّة المشروط ضمنيّاً أو صريحاً أم وصف الكمال المشروط صريحاً، فلاموجب لانفساخ البيع وبطلانه، لا في تمام العوض الآخر ولا في بعضه، لتحقّق المعاوضة، إذ المفروض وجود كلّ من العوضين حين العقد، وخروج كلّ منهما عن ملك مالكه ودخوله في ملك الآخر بدلاً عمّا خرج عن ملكه.

والسرّ في ذلك كلّه: أنّ المعاوضة إنّما تقع بين المالين، ومبادلة كلّ منهما مع الآخر من حيث المملوكيّة، كمبادلة أبعاض كلّ منهما مع أبعاض الآخر، إذ الكلّ ليس إلّا الأجزاء بالأسر. ولازم ذلك قهراً تقسّط كلّ منهما بحسب تقسّط الآخر، ووقوع كلّ جزء منهما في مقابل جزء الآخر بنسبة متساوية. وهذا هو الموجب لكون توزيع كلّ من العوضين على الآخر أمراً مرتكزاً في الأذهان، سواء في ذلك المثليّات والقيميّات. فلو باع عشرة أمنان من الحنطة بعشرة دراهم ـ مثلاً ـ صحّ أن يقال: باع العشرة بعشرة، وباع كلّ عُشرٍ أو منّ بدرهم مثلاً. ولذا كان انتفاء الجزء كانتفاء الكلّ موجباً لعدم تحقّق المعاوضة بالنظر إلى الجزء المعدوم، كعدم تحقّقها بالنظر إلى الكلّ المعدوم.

وهذا بخلاف الأوصاف، سواء كانت من أوصاف الصحّة أم الكمال، وسواء كانت في المثليّات أم في القيميّات، وسواء كانت من الأوصاف المحضة أم من الأبعاض الملحقة بالأوصاف، كما هو الشأن دائماً في

الأبعاض الدخيلة في أوصاف الصحّة، كما في الحيوان والدار والكتاب ونحو ذلك. فانّ الأوصاف إنّما تلاحظ وصفاً لاجزءاً، بمعنى أنّها تلاحظ بذواتها خارجة عن ذات المالين، وداخلة فيها بتقيّداتها.

والأوصاف أمورمعنويّة غيرمحسوسة غالباً.وعلى فرض محسوسيّتها أيضاً لا استقلال لها في الوجود حتّى تلاحظ أموالاً توضع بازائها الأموال، كما هو الحال في نفس الاتّصاف أيضاً، فانّه اعتبار عقليّ محض لا استقلال له في الوجود حتّى يلاحظ مالاً يوضع بازائه المال. وهذا هو الموجب لكون كلّ من العوضين مبذولاً بذاته، غاية الأمر مقيّداً بوصف صحّته في مقابل الآخر كذلك. والمبادلة من حيث المملوكيّة بين المالين لوحظت بين ذاتي المالين، وأمّا أوصافهما فليست أموالاً ولا أملاكاً بأنفسها، ولا محلّاً للتبديل من حيث المملوكيّة. نعم، تقيّدهما بها ـ أي: اتّصافهما بها وعدمه ـ يوجب زيادة الماليّة وقلّتها في المالين.

فعدمقابليّةالأوصاف للحاظ الاستقلاليوالماليّةوالملكيّة الاستقلاليّتين بأنفسها يوجب ارتكاز عدم وقوع شيء من أبعاض كلّ من العوضين في مقابل وصف صحّة الآخر. ولكن دخول التقيّدات في العوضين، وكون الاقدام على المبادلة بينهما مبنيّاً على تحقّقها، يوجب ارتكاز كونها أيضاً ـ كنفس العوض وأبعاضه ـ على عهدة باذله، وأنّه لا يتملّك ما أخذه من الثمن إلا بتعهّد دفع ما بذله واجداً لتلك الصفة.

ولا منافاة بين الأمرين، بل غاية الأمر عدم تملّكه العوض المأخوذ أو بعضه ما لم يسلّم ما بذله أو بعضه إن كان المعدوم نفس العوض أو بعضه،

وتملّكه تمام العوض المأخوذ، سواء كان ما بذله متّصفاً بما اشترط فيه من وصف الصحّة أو الكمال ـ ضمنيّاً أو صريحاً ـ أم لا. غاية الأمر لزوم المعاملة في الأوّل وعدمه في الثاني، وسلطنة الآخذ على فسخ المعاملة، لكون لزومها خلاف ما أقدم على المعاملة مبنيّاً عليه من الطرفين من اتّصاف المال بتلك الصفة، وكونه ضرريّاً عليه.

وأمّا كون قيمة وصف الصحّة ـ وهو ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب ـ أو ما زيد على الثمن ـ لبنائهما على كون المال متّصفاً بتلك الصفة ـ على عهدة باذلهما، فلا تقتضي القاعدة شيئاً منهما.

أمّا الأوّل المساوق لتتميم المعيب حتّى يبلغ مرتبة الصحيح من حيث الماليّة، فلأنّه حكم ضمان اليد على ما عرفت. وليس المقام مقام ضمان اليد، حيث إنّ البائع لم يتلف مالاً للمشتري، ولا تلف عنده مال له، بل إمّا لم يكن تلف، أو تلف مال نفسه.

وأمّا الثاني المساوق لتنقيص العوض المسمّى حتّى يبلغ مرتبة صالحة للعوضيّة للمعيب، فلأنّه حكم ضمان المعاوضة ببطلانها، لانتفائها بانتفاء أحد العوضين أو بعضه. والمفروض أنّ العوض لم يتلف كلّاً ولا بعضاً. والوصف المفقود لم يكن مالاً وملكاً بنفسه حتّى يلاحظ تبديله بمال آخر. فما وقع العوض في مقابله موجود بتمامه، وما هو مفقود لم يقع تبديله بشيء من المال حتّى تبطل المبادلة بينه وبين عوضه بانتفائه.

فقد تلخّص: أنّ مقتضى القاعدة في تخلّف الأوصاف المشروطة ضمنيّاً أو صريحاً ليس إلا مجرّد التسلّط على الفسخ. وأما استحقاق

الأرش فلا تقتضيه القاعدة، سواء كان نفس قيمة وصف الصحّة أم جزءاً من العوض المسمّى بنسبتها. وإنّما هو أمر تعبّدي ثبت شرعاً في خصوص فقد وصف الصحّة.

هذا، ولابدّ من ملاحظة الأخبار الدالّة عليه ليظهر أنّ ما أثبته الشارع هل هو الأرش بالمعنى الأول أو الثاني؟

فنقول ومن الله الاستعانة: قد وقع التعبير في بعض أخبار المسألة: بردّ قيمة العيب، كما في خبر عبدالرحمن[١] بن أبي عبدالله. وفي بعضها: بالرجوع بقيمة العيب، كما في خبر محمّد[٢] بن ميسّر. وفي بعضها: بردّ قيمة ـ أو: بقدر ـ ما نقصها العيب، كما في خبر منصور[٣] بن حازم. وفي بعضها: بردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحّة والدّاء، كما في خبر طلحة[٤] بن زيد. وفي بعضها: بردّ ما بين العيب والصحّة بعد التقويم، كما في خبر محمّد[٥] بن مسلم. وفي بعضها: بأخذ أرش العيب، كما في خبر حمّاد[٦] بن عيسى ورواية قرب[٧] الاسناد. وفي بعضها: بوضع مقدار العيب من الثمن، كما في خبر عبدالله بن سنان: «ويوضع

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٤ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٦، عن التهذيب ٧: ٦٠ ح ٤.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠٤ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٨، عن الفقيه ٣: ٢٢١ ح ٣٨٢٢.

(٣) الوسائل ١٨: ١٠٢ ـ ١٠٣ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٣، عن الكافي ٥: ٢١٤ ـ ٢١٥ ح ٥، والتهذيب ٧: ٦١ ح ٦ وفيه: بقدر.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠٢ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٢، عن الكافي ٥: ٢١٤ ح ٤.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠٣ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٤، عن الكافي ٥: ٢١٥ ح ٦، والتهذيب ٧: ٦١ ح ٢٦٤.

(٦) الوسائل ١٨: ١٠٤ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٧، عن التهذيب ٧: ٦١ ح ٢٦٣.

(٧) قرب الأسناد (الطبعة الحديثة): ١٦ ح ٥٢.

عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها»[١]. وخبر زرارة: «وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها[٢]».

وظهور ما عدا الأربعة الأخيرة في إرادة نفس ما به التفاوت بين القيمتين لا يقبل الانكار. وحملها على إراة الثمن من القيمة ـ بمعنى إرادة ما يضاف إلى الثمن من الزيادة في المعاملة المبنيّة على فرض وجود وصف الصحّة ـ أو إرادة الفضل ما بين الصحّة والعيب من حيث الثمن الّذي يبذل للصحيح والمعيب، حمل على خلاف الظاهر لا سبيل إليه بلا قرينة.

وأمّا الاثنتان الأوليان من الأربعة الباقية فحالهما كحال السوابق، في أنّ المتبادر من لفظ الأرش ـ لغة وعرفاً ـ قيمة العيب الّتي بها ترتفع العين من حيث الماليّة وتبلغ مقدار ماليّة الصحيح، وليست هي إلّا التفاوت بين الصحيح والمعيب من حيث القيمة السوقيّة. فحملهما أيضاً على إرادة التنقيص من الثمن بنسبة التفاوت بين القيمتين حمل على خلاف الظاهر قطعاً.

نعم، إنّما الاشكال في ظهور الاثنتين الأخيرتين. فربما يقال: إنّ ظاهرهما أيضاً كظاهر السوابق، بدعوى ظهورهما في إرادة القيمة الواقعيّة لوصف الصحّة الّتي نقّصها العيب المفروض ـ كما في رواية محمّد بن ميسّر المتقدّمة ـ وإرادة مخرجيّة الثمن لذلك المقدار من تفاوت القيمتين من قوله عليه السلام: «ويوضع عنه» أو «كان يضع له من ثمنها».

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٢ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٤ ح ٢.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠٣ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب ح ٥، عن الكافي ٥: ٢١٥ ح ٧.

ولكنّ الانصاف ظهورهما في إرادة تنقيص الثمن حتّى يصير ثمناً مناسباً للمعيوب بوضع مقدار العيب منه ـ أي: بوضع مقدار منه مناسب لوضعه منه لو كان المفروض وجود العيب والعلم به حين المعاملة ـ وليس ذلك إلاجزءاً من الثمن نسبته إليه كنسبة ما به التفاوت بين القيمتين إلى قيمة الصحيح.

ولا فرق في إرادة الوضع بهذا المعنى بين أن يكون الثمن كلّياً أو شخصيّاً على ما هو واضح.

ولا وجه لحملهما على خصوص ما إذا كان الثمن كلّياً في ذمّة المشتري، وأنّ المراد وضع القيمة الواقعيّة لوصف الصحّة ـ الّذي تشتغل به ذمّة البائع على تقدير التغريم بالأرش ـ من الثمن الّذي في ذمّة المشتري، بمعنى التهاتر وعدم وجوب تسليم ذلك المقدار منه، كما يظهر من الشيخ[1] العلاّمة قدس سره.

وكيف كان، لو سلّم ما ذكرناه من ظهور الروايتين الأخيرتين فلا محالة تتوافق أخبار المسألة توافقاً عرفيّاً، بكونهما في مقام إعطاء الضابطة الكلّية للأرش في المسألة ـ وأنّه عبارة عمّا ينقص من الثمن من حيث الثمنيّة في مقام المعاملة لو كان المفروض وجود العيب والعلم به، سواء كان الثمن مساوياً للقيمة كما هو الغالب أم أقلّ منها أو أكثر كما ربما يتّفق ـ وكون البواقي ناظرة إلى خصوص ما هو الغالب من التساوي.

وأما اشتمال البواقي على لفظ الردّ والرجوع، الظاهر في كون المردود

---

(١) المكاسب ٥: ٣٩٧.

والمرجوع لم يكن واصلاً إلى البائع من المشتري. وهذا لا يستقيم إلا فيما كان الأرش جزءاً من الثمن وأقلّ منه. وأما لو كان أزيد منه فلا يصدق الردّ والرجوع إلا بالنسبة إلى مقدار الثمن. وأما بالنسبة إلى مقدار الزائد فلا يكون ردّاً وإرجاعاً، بل هو إعطاء ابتدائيّ من البائع من سائر أمواله.

فالانصاف أنّه ممّا لا شهادة له في نفسه على كون المراد من الأرش التفاوت بين ثمني الصحيح والمعيب، لأنّ الظاهر أنّ الروايات ناظرة إلى ما هو الغالب من مساواةالثمن للقيمة السوقيّة، فيكون الأرش فيه ـ لامحالة ـ جزءاًمن الثمن وأقلّ منه،وممّا يردّه البائع ويرجعه إلى المشتري بعد تملّكه منه. فلا تعرّض فيها لحكم ما ربما يتّفق من زيادة القيمة على الثمن حتّى يكون لفظ الردّ والرجوع قرينة على إرادة التفاوت بين الثمنين مطلقا.

نعم، لو أبينا عن كونها ناظرة إلى ذلك، بل بنينا على إرادة الاطلاق منها، لعدم كون الاختلاف بين الثمن والقيمة من الاتّفاقات النادرة الّتي لايلتفت إليها في مقام بيان الأحكام الكلّية، فلا محالة يدور الأمر فيها بين التصرّف في ظاهر لفظ الردّ، بارادة الاعطاء المطلق الأعمّ من الردّ والرجوع، لينطبق على ظاهر لفظ القيمة وقيمة العيب ونحو ذلك، وبين التصرّف في ظواهر تلك الألفاظ، ولو بارادة الثمن من القيمة وإرادة ما به التفاوت بين ثمني الصحيح والمعيب،لتنطبق علىظاهر لفظ الردّ والرجوع. ولكن لا وجه لأولويّة الثاني على الأول، بل غاية الأمر إجمال تلك الأخبار، وعدم إمكان استظهار أحد الأمرين منها في نفسها، فلابدّ من الرجوع إلى الأصل العملي.

وحيث إنّ القدر المتيقّن من تسلّط المشتري على تغريم البائع هو مقدار التفاوت بين الثمنين، فلا محيص عن كون تسلّطه على تغريم الزائد ـ واشتغال ذمّة البائع بالزائد بتغريمه ـ مدفوعاً باستصحاب عدم جعل السلطنة على الزائد، وأصالة براءة ذمّة البائع. إلا أن يجعل ما تقدّم من ظاهر الروايتين الأخيرتين مؤيّداً لظاهر لفظ الردّ والرجوع في تلك الأخبار، ومرجّحاً له على ظواهر ألفاظ القيمة والأرش والتفاوت بين الصحّة والعيب ونحو ذلك، بحيث يصير قرينة على حملها على إرادة الثمن والتفاوت بين الثمنين.

وعليه، فيتمّ استظهار إرادة الأرش ـ بمعنى التفاوت بين ثمن الصحيح والمعيب ـ من مجموع أخبار الباب، إمّا بهذه الكيفيّة على فرض الإطلاق في جميع الأخبار، أو بالكيفيّة السابقة بناءً على إرادة الاطلاق في الروايتين الأخيرتين، والحمل على الغالب في البواقي.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الظاهر عدم الاشكال والخلاف في المسألة، وأنّ المراد من الأرش التفاوت بين الثمنين، أي: جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة ما به التفاوت بين القيمتين إلى قيمة الصحيح، كما استظهره الشيخ[1] العلّامة قدس سره مع اعترافه بأن عبارات كثير من القدماء[2] كظواهر كثير من الأخبار توهم إرادة نفس التفاوت بين القيمتين، إلّا أنّ التأمّل

(١) المكاسب ٥: ٣٩٣.

(٢) كعبارة عليّ بن بابويه الّتي حكاه عنه الشهيد في الدروس ٣: ٢٨٧، و عبارة المفيد في المقنعة: ٥٩٧.

فيها يوجب القطع بكونها ناظرة إلى فرض ما هو الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقيّة.

ضمان الأرش أمر متوسّط بين ضمان المعاوضة وضمان اليد أو الاتلاف

هذا، وقد تلخّص من جميع ما تقدّم: أنّ الأرش ـ سواء كان بمعنى التفاوت بين القيمتين، كما في موارد ضمان اليد والاتلاف، أم بمعنى التفاوت بين الثمنين، أي: ثمن المعدوم، كما في موارد ضمان المعاوضة بتلف المبيع أو جزئه ـ ممّا لا يقتضيه شيء من القواعد في موارد ضمان المعاوضة في فرض انتفاء وصف الصحّة أو سائر الأوصاف الدخيلة في الماليّة المشروطة صريحاً. وإنّما هو أمر تعبّدي ثبت في خصوص فوات وصف الصحّة المشروطة صريحاً أو ضمنيّاً.

والثابت فيه من الاجماع والنصوص ليس ضمان المعاوضة بمعنى انفساخ البيع فيما قابل وصف الصحّة من الثمن رأساً، وبقاؤه في ملك المشتري مثلاً، لما عرفت من عدم المقابلة بين وصف المبيع وبين شيء من العوض.

ولا دلالة في شيء من نصوص الباب على تنزيل خصوص وصف الصحّة منزلة الجزء في كونه ممّا لابدّ أن يقع شيء من العوض في مقابله، وفي كون فقده موجباً للبطلان في مقابله. بل القدر المتيقّن الثابت من النصوص والاجماع تنزيل وصف الصحّة منزلة الجزء في كون فقده موجباً لخسارة من انتقل عنه القدر الزائد من الثمن الّذي تملّكه ممّن انتقل

إليه المال، بناءً منهما على كونه مبذولاً في مقابل نفس المال، للبناء على كونه موصوفاً بالصحّة، مع صحّة البيع في تمام المبيع والثمن، وانتقال الأول إلى المشتري والثاني إلى البائع، وبقائهما في ملكهما حتّى مع اختيار مطالبة الأرش والتغريم به.

والضمان بهذا المعنى ـ كما ترى ـ ليس من قبيل ضمان اليد، ترفيعاً لماليّة المبيع ليصير قابلاً للمقابلة بالثمن المسمّى. ولا من قبيل ضمان المعاوضة، تنقيصاً للثمن بانفساخ بعض المعاوضة ليصير قابلاً للمقابلة بالمعيوب الموجود. بل هو أمر ثالث ملخّصه: كون خسارة القدر الزائد من الثمن ـ المبذول بداعي كون المبيع متّصفاً بالصّحة المتحقّقة بانتقال الثمن إلى البائع ـ على عهدة البائع، بمعنى وقوع هذه الخسارة على ماله الأصلي، سواء في ذلك الثمن وغيره.

عدم تعيّن كون الأرش من عين الثمن

هذا، ولا يتعيّن كون الأرش من عين الثمن، بل للبائع إعطاؤه منه ومن غيره من أمواله. ولا دلالة في شيء من نصوص المسألة على تعيّن ذلك. والتعبير فيها بالردّ والرجوع إنّما هو بالنظر إلى كون هذا المقدار من زيادة المال للبائع إنّما حصل له من ناحية المشتري، فخسارته وسدّ فراغه في أموال المشتري إرجاع وردّ لما أخذه، من دون نظر إلى خصوصيّة ما تتدارك هذه الزيادة به.

وأما ما وقع في بعضها من وضع الأرش من الثمن فقد عرفت أنّ

ظاهره جعل الثمن مخرجاً للأرش بنسبة تفاوت القيمتين، وأنّ الأرش في الحقيقة بمثابة تنقيص الثمن من حيث كونه تداركاً لخسارة المشتري لبعضه. وأما أنّه لابدّ أن يكون التدارك من عين الثمن، حتّى يكون لازمه سقوط الأرش وتعيّن الردّ فيما لا يكون مانع منه في فرض تلف الثمن، فلا دلالة فيها عليه. مضافاً إلى أنّ هذا ممّا لا يمكن الالتزام به، لوضوح إطلاق الأخبار من هذه الجهة، وأنّ للمشتري التغريم بالأرش سواء كان الثمن باقياً أم تالفاً حقيقة أو حكماً.

نعم،لوكان المفروض دلالةهذه الأخبارعلىالانفساخ فيمقدار الأرش من الثمن لكان اللازم دفعه بعينه على تقدير إمكانه، ودفع بدله على تقدير تلفه. ولكن قد عرفت عدم دلالة شيء من النصوص على ذلك.

هذا، ولو فرض الشكّ في أنّ الواجب هل هو دفع الأرش من الثمن أو تدارك الخسارة مطلقا؟ فالمسألة من قبيل الشكّ في الأقلّ والأكثر الارتباطيّين، لاحتمال قيديّة شيء في الواجب. والحقّ في مثله أنّ ما يحرز اشتغال الذمّة به ليس إلا العنوان المطلق، وأما اشتغال الذمّة بالقيد فيدفع احتماله بأصالة البراءة. هذا بالنظر إلى الحكم التكليفي.

وأما بالنظر إلى الحكم الوضعي، فالأمر فيه أوضح، حيث إنّ سلطنة المشتري على التغريم بما ورد عليه من الخسارة قطعيّ لا شكّ فيه، وأما سلطنته على مطالبة الخصوصيّة فهي مشكوك فيها، ويستصحب عدمها بناءً على اعتبار الاستصحاب في الأحكام الكلّية في الشبهات الحكميّة.

هذا، كما أنّه لو فرضنا الشكّ في أنّ ما أثبته الشارع من الأرش هل

هو بنحو الانفساخ في مقابل وصف الصحّة من الثمن أو بنحو الغرامة الخارجيّة؟ فلا محيص عن استصحاب بقاء جزء من الثمن في ملك المشتري، وعدم انتقاله إلى البائع رأساً.

تعيّن كون الأرش من النقدين إلّا أن يرضى المتبايعان بغيرهما

هذا، ولا ينبغي الاشكال في أنّه لو رضي المشتري بأخذ الأرش من غير النقدين فله ذلك. فلو بذل البائع ما رضي به يكون ذلك نفس الأرش، لكونه مالاً تدارك به ما ورد على المشتري من الخسارة في الثمن. ولكن لا يجب ذلك على البائع، بل له الامتناع منه ودفعه من النقدين، لجريان العادة بدفع الغرامات في القيميّات من النقدين. وهذا هو الأصل في ضمان المضمونات بالقيم ما لم يكن هناك معيّن لغيره من ناحية الشارع. ولازم ذلك أنّ للمشتري أيضاً الاباء عن قبول ما يدفعه البائع من غير النقدين، ومطالبة الأرش منهما.

استيعاب الأرش للثمن

بقي الكلام في أنّه هل يتصوّر استيعاب أرش العيب للثمن أم لا؟

وما ينبغي أن يقال: إنّ العيب الموجود حين العقد يكون تارة: بنحو يوجب سلب الماليّة عرفاً عن المال، لعدم فائدة معتدّ بها ومرغوب فيها تترتّب عليه، كما في ماء الورد المسلوب الرائحة مثلاً.

ففي مثله: لا يصحّ شيء من المعاوضات الماليّة من البيع ونحوه، لاعرفاً

ولا شرعاً. وبظهور العيب لا محالة ينكشف بطلان البيع رأساً. فلا محلّ فيه للخيار لا ردّاً ولا أرشاً، حتّى يكون لازمه الأرش المستوعب للثمن.

ويكون أخرى: بنحو لا يوجب سلب ماليّة المال، بل قلّة الرغبات ونقصان مقدار ماليّته بذلك. وهذا كما في العبد الأعور مثلاً.

وفي مثله: لا محالة تصحّ المعاوضات الماليّة الّتي منها البيع والشراء. ولا محالة تكون محلّاً للخيار مع الجهل بالعيب. ولكنّ الأرش فيه يكون بمقدار جزء من الثمن لا تمامه، لكونه بنسبة التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب وماليّتهما.

ويكون ثالثة: بنحو لا يوجب سلب ماليّة المال في نفسه أبداً، لبقاء منافعه العقلائيّة على حالها. وإنّما قلّت الرغبات فيه أو عدمت لكون مناط ماليّته في معرض الزوال بالقوّة القريبة. وهذا كما في العبد المعرّض للقتل شرعاً لارتداد أو حدّ أو قصاص، أو المعرّض للاسترقاق كما في قتل الخطأ ونحو ذلك.

ويمكن أن يدّعى في مثله: أنّه لا مانع من صحّة المعاوضة فيه عرفاً وشرعاً بمقتضى الاطلاقات، لفعليّة ماليّته، وصحّة المبادلة بينه وبين عوضه من حيث المملوكيّة. وعدم بذل العوض في مقابله نوعاً ـ لا بقليل ولا بكثير ـ ليس لانتفاء ماليّته، بل لعدم الوثوق ببقائها.فبيعه مع الجهل بالحال صحيح، إلّا أنّه لضرريّته يوجب الخيار بين الردّ والأرش.

والأرش في مثله تمام الثمن، لكون المبيع المعيوب بمثل ذلك العيب لا يقوّم بقيمة سوقيّة فعليّة، بل ماليّته تمام قيمته لو لم تكن ماليّته في معرض الزوال.

والأرش المستوعب الّذي فرضه الشيخ العلّامة[1]قدس سره في بعض فروض القتل خطأ أو عمداً من هذا القبيل. ولا بأس به ظاهراً.

هذا، ولو فسخ المشتري البيع خرج العبد من ملكه إلى ملك البائع، ويكون مالاً فعليّاً مملوكاً له كما فيما قبل البيع.

ولو أمضاه وأخذ الأرش يكون مالاً فعليّاً باقياً في ملكه كما كان ملكاً للبائع أوّلاً، غاية الأمر أنّه يستحقّ استرداد ما بذله من الثمن أرشاً وغرامة.

وهذا ـ كما ترى ـ ممّا يقطع بعدم صحّته، لكونه في الحقيقة جمعاً بين ماليّتي العوض والمعوّض، وإن لم يكن جمعاً بين العوض والمعوّض حتّى يكون مخالفاً لحقيقة المعاوضة المفروضة صحّتها، على ما تقدّم من عدم كون الأرش من باب الانفساخ، وإنّما هو غرامة خسارة الثمن. ولكنّه مع ذلك ممّا يأباه مذاق الشرع.

والتحقق ما أفاده الشيخ العلاّمة قدس سره من أنّ الأمر في هذا الفرض أيضاً يدور بين بطلان المعاوضة وانتفاء الخيار لانتفاء موضوعه، لعدم كفاية الماليّة الفعليّة الّتي تكون في معرض الزوال مع عدم بذل المال في مقابله نوعاً، وبين صحّة المعاوضة وثبوت الخيار وكون الأرش أقلّ من الثمن، لفرض كون المال ـ مع كونه في معرض زوال الماليّة ـ ممّا يبذل في مقابله مال ولو كان قليلاً.

فالحقّ: عدم تصوّر الأرش المستوعب في العيب المفروض وجوده حين العقد.

---

(١) المكاسب ٥: ٤٠٢.

وأمّا العيب الحادث بعد العقد في ضمان البائع، كما فيما قبل القبض أو بعده وقبل انقضاء زمن الخيار، فتصوّر الأرش المستوعب فيه وعدمه يبتني على أنّ معنى كون المال في هذين الفرضين في ضمان البائع ـ مثلاً ـ من حيث تعيّبه هل هو كون دركه وخسارته عليه، وأنّه كالعيب الموجود حين العقد في كونه موجباً للخيار بين الردّ والأرش، لا أنّه يوجب البطلان والانفساخ من حينه فيما كان العيب ملحقاً له بالتلف، لكونه موجباً لزوال ماليّته؟

أو أنّ معناه كونه كالعيب الموجود حين العقد في أنّه يوجب البطلان فيما كان العيب سالباً لماليّته، غاية الأمر أنّ العيب السابق يوجب البطلان رأساً، والحادث في الفرضين يوجب البطلان والانفساخ من حينه؟

فعلى الأول، حيث إنّ المفروض صحّة البيع في الواقع حين وقوعه، وعدم عروض البطلان بمثل هذا العيب، فلا محيص عن ثبوت الخيار. فإن اختار الفسخ يرجع المبيع من حيث مملوكيّته إلى البائع لو كان فيه ملاك اختصاص الملكيّة وقابلاً له، أو من حيث كونه محلّاً لحقّ أولويّة فيما لم يكن قابلاً إلا لذلك. ويرجع الثمن إلى الفاسخ.

وإن اختار الامضاء فيبقى المال من حيث المملوكيّة أو من حيث كونه متعلّقاً للحقّ للمشتري. وله التغريم بالأرش، وهو تمام الثمن، لعدم ماليّة المعيوب حتّى يكون الأرش بنسبة ما به التفاوت.

ولكنّه أيضاً مشكل، لما تقدّم من كونه من الجمع بين العوض والمعوّض عرفاً ولو لم يكن منه حقيقة.

وعلى الثاني، لا محيص عن البطلان وعدم ثبوت الخيار، فلا يكون الأرش مستوعباً للثمن.

ولكنّ الحقّ هو الثاني، وأنّ المستفاد من دليل القاعدتين كون المال على عهدة من انتقل إليه ككون الحادث على عهدته على فرض تحقّقه حين العقد، وأنّ تلف الكلّ أو البعض أو ما يلحق بالتلف ـ كما في محلّ الكلام ـ يوجب الانفساخ في الكلّ أو البعض رأساً إن كان التلف حين العقد، ومن حينه إن حدث بعده، وأنّ التعيّب غير السالب للماليّة يوجب الخيار بين الردّ والأرش في الفرضين.

وجوب الرجوع في معرفة القيمة إلى العارف بها

مسألة: قد ظهر ممّا تقدّم أنّه يعرف الأرش بمعرفة قيمة الصحيح والمعيب،ومعرفةما به التفاوت بينهما،ليؤخذمن الثمن ـ مثلاً ـ بتلك النسبة. فإن كانت القيمة معلومة فهو وإلا فلابدّ من الرجوع إلى العارف بها.

فإن أفاد قوله العلم أو الوثوق والاطمينان فهو حجّة عقليّة في الأول، وببناء العقلاء من غير ردع في الثاني، سواء كان المخبر عادلاً أم فاسقاً، مؤمناً أم كافراً، ذكراً أم أنثى، بالغاً أم غير بالغ.

وإلا فإن كان عارفاً بقيمة المبيع الرائجة في السوق فإخباره يكون عن أمر حسّي خارجي، فتعتبر العدالة والتعدّد في قبول قوله تعبّداً، بناءً على ثبوت اعتبار البيّنة في الموضوعات الخارجيّة الحسّية أو الملحقة بها بالاستقراء، بل بمقتضى بعض الاطلاقات، مثل ما في ذيل رواية مسعدة

بن صدقة من قوله عليه السلام: «والأشياء كلّها على هذا حتّى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة[١]» ونحو ذلك.

ولا يكفي قول الثقة ولو كان متعدّداً ما لم يفد قوله الوثوق، ولا قول العدل الواحد كذلك، لثبوت اعتبار التعدّد أيضاً بالاستقراء وبمثل تلك الرواية، بناءً على أخصّية معنى البيّنة من معنى الشاهد كما هو الواقع.

هذا، وإن كان عارفاً بالقيمة من جهة خبرويّته واطّلاعه على مزايا المبيع وخصوصيّاته الدخيلة في زيادة الماليّة ونقصانها، كما هو شأن السمسار والمعمار ونحوهما، فمثله إنّما يخبر عمّا يراه قيمة له بحسب اجتهاده ولو لم يكن عالماً بالقيمة السوقيّة. وقوله أيضاً معتبر لأجل كونه أهل الخبرة، وقد استقرّت سيرة العقلاء في أمورهم على الرجوع إلى أهل الخبرة فيما له الخبرة فيه، ولم يثبت ردع من الشارع عن ذلك. ولكنّ القدر المتيقّن منه إنّما هو الرجوع إلى من يوثق بخبرويّته وأمانته في الإخبار صادقاً عمّا يراه، دون من لا يوثق بذلك. ولا فرق في اعتبار قوله أيضاً بين أن يكون عادلاً أو فاسقاً، مؤمناً أو كافراً، ذكراً أو أنثى، بالغاً أو غير بالغ.

ضابط الخبر والفتوى والبيّنة والشهادة وقول أهل الخبرة موضوعاً وحكماً

ثم لا يخفى عليك أنّ الإخبار بما له من مبدأ الاشتقاق معنى عامّ

---

(١) الوسائل ١٧: ٨٩ ب «٤» من أبواب تحريم التكسّب بأنواع المحرّمات ح ٤، عن الكافي ٥: ٣١٣ ـ ٣١٤ ح ٤٠، والتهذيب ٧: ٢٢٦ ح ٩.

يشمل ما إذا كان المخبر به أمراً محسوساً بإحدى الحواسّ الخمس الظاهريّة، أو ملحقاً بها من الملكات والأوصاف الباطنيّة الّتي لها مبادئ ولوازم وملزومات حسّية خارجيّة. أو كان أمراً باطنيّاً محضاً لا يمكن إحساسه ولا إحساس مبادئهأو لوازمه أو ملزوماته بالحواسّ الخمس. كما يشمل ما كان متضمّناً لحكم كلّي إلهي،كما في نقل أقوال المعصومين عليهم السلام وأفعالهم وتقاريرهم، أو غير متضمّن لذلك، أو كان مستتبعاً لحكم جزئيّ شخصي، كما في الإخبار بوجود القمر أو بموت زيد. كما يشمل ما إذا كان الإخبار ناشئاً عن مجرّد الحسّ من دون إعمال رويّة واجتهاد، وما إذا كان ناشئاً عن إعمالهما.

نعم، قد وقع الاصطلاح من العلماء والفقهاء على تخصيص ما كان متضمّناً للحكم الكلّي بالتعبير عنه بالخبر أو الرواية أو نحو ذلك ما لم يكن مبتنياًعلى الاجتهاد، وبالفتوى إن كان مبتنياً عليه. وتخصيص ما كان متضمّناً للحكم الجزئي ـ أي:مستتبعاً له ـ بالتعبير عنه بالشهادة ما لم يكن مبتنياً على النظر والاجتهاد، سواء كان واحداً أم متعدّداً، وبالبيّنة إن كان متعدّداً.وفيما كان مبتنياًعلىالنظر والاجتهادبالتعبير عنه بقول أهل الخبرة.

وهذه الاصطلاحات ـ كماترى ـ ممّا لا مدخل لشيء منها في أحكام الأقسام، أي: ليست أحكام هذه الأقسام معلولات لتسميتها بهذه الأسماء، بل إنّما سمّيت بها واصطلح عليها للاشارة إلى ما لتلك المسمّيات من الأحكام الخاصّة الثابتة بأدلّتها.

فحيث إنّه قد ثبت اعتبار قول العادل أو الثقة ـ ولو كان واحداً ـ

بمقتضى الأدلّة الدالّة على اعتبار قوله إن كان متضمّناً للحكم الكلّي، ولم يثبت التقييد بالتعدّد فيه، فيشار بلفظ الخبر والرواية إلى أنّ المسمىّ بهما محكوم بذلك الحكم.

وحيث إنّه قد ثبت اعتبار قول العادل بشرط التعدّد إن أخبر بما يستتبع الحكم الشخصي، فيشار بلفظ البيّنة إلى ذلك.

وحيث إنّه قد ثبت اعتبار رأي المجتهد في الأحكام الكلّية على مقلّده من غير اعتبار التعدّد، فيشار بلفظ الفتوى إلى ذلك.

وثبت اعتبار رأي أهل الخبرة على غيره في الأمور الخارجيّة المستتبعة لأحكام جزئيّة من غير اعتبار العدالة ولا التعدّد، فيشار بقول أهل الخبرة إلى ذلك.

حكم عدم إمكان الرجوع إلى العارف بالقيمة

ثم إنّه لو فرض عدم إمكان الرجوع إلى العارف بالقيمة ـ إما لعدم وجود المقوّم، أو لاختلافهم في القيمة ـ فلا محلّ للعمل في ذلك بالظنّ، لعدم قيام دليل خاصّ على اعتباره، وعدم تماميّة مقدّمات دليل الانسداد، لمنع بعض مقدّماته، كدعوى انسداد باب العلم وما يقوم مقامه ـ بدليل خاصّ ـ بقيم الأشياء غالباً، لوضوح فساد هذه الدعوى، لانفتاح باب العلم والعلمي في ذلك غالباً، وندرة انسداد بابهما.

ومن ذلك يظهر منع كون الرجوع إلى البراءة من الزائد موجباً لتضييع حقّ المشتري غالباً.

ولا محلّ أيضاً لوجوب الاحتياط بدفع الأكثر، لكونه مخالفاً للاحتياط في أخذ الأكثر، لكونه محتملاً للاشتمال على الأكل بالباطل.

ولا محلّ أيضاً للبناء على الاكثر، نظراً إلى استصحاب عدم انتقال الثمن إلى البائع إلا في القدر المتيقّن منه، وهو ما زاد على الأرش الزائد المحتمل، لابتناء ذلك على كون الأرش على وفق القاعدة ومن باب بطلان البيع في مقابل وصف الصحّة المفقودة، كبطلانه في مقابل المال التالف كلّه أو بعضه. وقد عرفت بطلان ذلك بما لا مزيد عليه.

فيتعيّن التعويل على أصالة براءة ذمّة البائع عن الاشتغال بالزائد على الأقلّ المتيقّن من الأرش، وأصالة عدم جعل حقّ للمشتري بالنسبة إلى التغريم بما زاد.

اختلاف المقوّمين

مسألة: قد اتّضح لك ممّا تقدّم أنّ ما يشهد به المقوّم عن حسّ أو يراه أهل الخبرة إنّما هو مقدار ماليّة الصحيح والمعيب، وهو الّذي يعتبر قولهما فيه. وأما أنّ التفاوت بينهما أو المرجوع من الثمن ـ مثلاً ـ بنسبة التفاوت بينهما أيّ مقدار؟ فهو أمر عقليّ اجتهاديّ محض، والشاهد أو أهل الخبرة وغيرهما في ذلك سيّان.

ولا يقبل قول الشاهد فيه إلا من حيث حكايته عن ملزومه، أعني: كون قيمة الصحيح كذا وقيمة المعيب كذا. كما أنّه لا يقبل قول أهل الخبرة فيه إلا من حيث حكايته عن رأيه فيه، أي: في ملزومه الّذي له الخبرة

فيه. وإلا فلو فرض عدم علم الشاهد أو الخبير بالقيمتين فلا تقبل شهادته أو قوله في تعيين ما به التفاوت بينهما، ولا في تعيين ما يستحقّه المشتري من الثمن مثلاً. كما أنّه لو فرض تبيّن القيمتين للبائع والمشتري أو الحاكم، ولم يتبيّن للمقوّم والخبير، فلا تقبل شهادة البيّنة فيهما، لكونها شهادة على أمر عقليّ اجتهاديّ محض، ولا يقبل قول المقوّم فيهما إلا من حيث كونه أهل الخبرة بالحساب.

وجملة القول: أنّه مع عدم عرفان المقوّم بالقيمتين فلا اعتبار بقوله، لا في تعيين ما به التفاوت، ولا في تعيين ما يستحقّه المشتري من الثمن.

ومع عرفانه بهما فإنّما يعتبر قوله ـ شهادة أو من باب أهل الخبرة بالقيمة ـ فيهما، أي: في نفس القيمتين فقط، لا في تعيين التفاوت، ولا في تعيين ما يستحقّه المشتري. فإخباره بأحدهما لا اعتبار به إلا إذا كان مقصوده الإخبار عن مقدار القيمتين عنده. ومع إحراز ذلك فلا فرق بين أن يخبر عن مقدار القيمتين ابتداءً، أو يخبر عن تعيين التفاوت، أو تعيين ما يستحقّه المشتري، أو تعيين كليهما ابتداءً، وتعيين مقدار القيمتين بارادة المدلول الالتزامي.

ضابط التعارض بين المقوّمين ومناطه

اعلم أنّه إذا اختلف المقوّمون في قيمة الصحيح أو المعيب أو في كليهما، فهما متنافيان دائماً في نفس ما يخبران به من قيمة المال، فلا يجب العمل بهما من حيث تصديق ما أخبرا به من القيمة الخاصّة بما هي

قيمة خاصّة، إذ المفروض عدم الأثر الشرعي لها في نفسها، حتّى ينزّل قول المخبر بها منزلة العلم بها في ترتيب ذلك الأثر.

وإنّما يجب العمل بهما من حيث الأثر الشرعي المترتّب على لازمها العقلي، وهو كون مقدار التفاوت بين القيمتين مقداراً خاصّاً من المال، كالأربعة من العشرة قيمة للصحيح ـ أعني: خمسيها ـ أو كون مقدار التفاوت بين الثمن المناسب للصحيح والمعيب مقداراً خاصّاً من المال، كالاثنين من الخمسة ثمن الصحيح، أعني: خمسيها. والأثر الشرعي هو تسلّط المشتري على تغريم البائع به، واشتغال ذمّته بدفعه على تقدير تغريم المشتري.

فإن كان المفروض أنّ الأرش عبارة عن نفس التفاوت بين القيمتين، لكان اللازم التعارض وعدم إمكان العمل ـ بمعنى ترتيب الأثر الشرعي ـ بما أخبر به كلّ من المقوّمين مطلقا، سواء كانت النسبة بين قيمة المعيب والصحيح ـ مع اختلافهما فيها على قول كلّ منهما ـ هي عين النسبة بينهما على قول الآخر، كأن يقوّم أحدهما الصحيح باثني عشر والمعيب بستّة، والآخر: الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، إذ النسبة هي النصف على قولهما، غاية الأمر أنّ مقدار النصف من المال هي ستّة على قول أحدهما وأربعة على قول الآخر. أو كانت النسبتان على قولهما مختلفتين، كأن يقوّم أحدهما الصحيح باثني عشر والمعيب بستّة، فتكون النسبة نصفاً مقداره ستّة، ويقوّم الآخر الصحيح بتسعة والمعيب بثلاثة، فتكون النسبة بالثلث ومقداره ثلاثة.

ولكن حيث قد عرفت بطلان ذلك، وأنّ الأرش هو نسبة التفاوت بين الثمن المناسب للصحيح والمعيب، فلا محالة يتوقّف التعارض بين المقوّمين ـ بمعنى عدم إمكان العمل بكلّ منهما، وترتيب ما يقتضيه قول كلّ منهما من الأثر الشرعي ـ على اختلاف النسبة على قول كلّ منهما مع النسبة على قول الآخر، كما إذا كان مقدار ما يستحقّه المشتري من الثمن على قول أحدهما اثنين وعلى قول الآخر ثلاثة مثلاً.

وأمّا مع اتّحاد النسبة فمقدار ما يستحقّه المشتري من الثمن واحد على قولهما، فلا تعارض بينهما، بل يترتّب الأثر الشرعي على تصديق كلّ منهما فيما أخبر به، أي: يرتّب الأثر الشرعي على فرض ثبوت ما أخبر به في الواقع، وتنزيله منزلة المعلوم، وإن كان اجتماعهما في التحقّق الواقعي أمراً غير معقول.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّه إذا اختلف المقوّمون في قيمة الصحيح أو المعيب أو في كليهما مع اختلاف النسبة على قولهما، ففيه وجوه:

الوجه الأوّل: تعيّن الأخذ بقول من يكون ما يستحقّه المشتري من الثمن على قوله أقلّ، سواء كان ما عيّنه من القيمة أقلّ ممّا عيّنه الآخر أم أكثر. وذلك بدعوى ترجيح قوله ـ من حيث ترتيب الأثر الشرعي عليه ـ على قول الآخر بأصالة براءة البائع من الزائد، وأصالة عدم تسلّط المشتري على التغريم بالزائد.

ولكنّه وجه فاسد، لما بيّن في محلّه من أنّ ما يصلح عقلاً لمرجّحيّة إحدى الحجّتين المعتبرتين ـ من حيث الكاشفيّة والحكاية عن الواقع ـ

ليس إلا ما يكون في رتبتها، ويقوّي جهة حكايتها وكاشفيّتها أو مناط اعتبار حكايتها، كالوثاقة والعدالة ونحوهما. والأصل العملي ـ سواء كان من الأصول المحرزة أم المحضة ـ في الرتبة المتأخّرة عن الأمارات الحاكية عن الواقع، حيث إنّها وظائف مجعولة لمن لا يكون عنده ما يحرز به الواقع. ومع ذلك فلا نظر في جعلها إلى جهة الحكاية عن الواقع، فلا تصلح عقلاً أن تكون مرجّحة للحجّتين السابقتين عليها في الرتبة والحاكيتين عن الواقع.

نعم، الترجيح بها في مقام الأخذ والعمل ـ وظيفة للمتحيّر في الأخذ باحدى الحجّتين تعبّداً ـ أمر معقول لا مانع منه، إلّا أنّه يحتاج إلى قيام دليل، ولا يكفي فيه مجرّد دليل اعتبار الأصل، والمفروض انتفاء مثل هذا الدليل.

نعم، الأصل العملي يكون معوّلاً عليه في المسألة الفرعيّة بعد تساقط الحجّتين، لعدم إمكان العمل بهما جميعاً، ولا ترجيح إحداهما على الأخرى بمرجّح، وعدم ثبوت التخيير لا عقلاً ولا شرعاً كما هو الشأن في محلّ الكلام، حيث إنّ اعتبار قول المقوّم ليس إلّا من باب الطريقيّة المحضة. ولا يؤل تعارضهما إلى صغرى باب التزاحم. ولم يقم دليل على الترجيح أو التخيير شرعاً إلا في تعارض الأخبار الحاكية عن الأحكام الكلّية.

الوجه الثاني: وربما يحتمل في المسألة العكس، أي: ترجيح قول من يكون ما يستحقّه المشتري على قوله أكثر ممّا يستحقّه على قول الآخر،

سواء كان ما عيّنه من القيمة أقلّ ممّا عيّنه الآخر أم أكثر. بدعوى: أنّ شهادة المثبت للأكثر شهادة بالاثبات، للعلم بما أثبته، وشهادة المثبت للأقلّ شهادة بالنفي وعدم العلم بالنسبة إلى الزائد. ولا تنافي بين العلم بالشيء وعدم العلم به، لامكان تصديق كلّ منهما فيما يدّعيه.

وفيه:

أوّلاً: أنّه لا كلّية فيما ذكر، بل كما يمكن فرضه في المقوّمين، كذلك يمكن فرض يقين المثبت للأقلّ بعدم ثبوت الزائد، سواء كان إخباره عن القيمة الرائجة السوقيّة أم عمّا يراه قيمة له بنظره.

وثانياً: انّه على فرض تسليمه فلا ينطبق على المقصود، لما عرفت سابقاً من أنّ ما يشهد به المقوّم الشاهد، أو يخبر عنه المقوّم من أهل الخبرة، ليس إلا نفس مقدار ماليّة المال صحيحاً أو معيباً، لا كون التفاوت بينهما كذا، ولا كون ما يستحقّه المشتري من الثمن كذا.

وعليه، فاللازم إثبات القيمة الزائدة الّتي يخبر المقوّم عنها، سواء كان التفاوت على قوله أكثر أم أقلّ، لكون إخباره عنها إخباراً عن علم، وطرح قول المثبت للقيمة الناقصة للصحيح أو المعيب، لكونه نافياً لعلم نفسه بالنسبة إلى الزيادة، سواء كان التفاوت على قوله أقلّ أم أكثر. وهذا ـ كما ترى ـ خلاف المقصود.

وأمّا كون التفاوت بين القيمتين أو بين الثمنين هذا المقدار الخاصّ فهو ممّا لا يخبر عنه المقوّم. ولو أخبر عنه بدون الاخبار عن أصل القيمة فلا اعتبار بقوله رأساً على ما عرفت.

الوجه الثالث: وربما يحتمل في المسألة الرجوع إلى القرعة. فإن كان المراد تعيين القيمة الواقعية فلا محلّ له، لوضوح أنّها لا يدور أمرها بين القيم الّتي أثبتها المقوّمون، لاحتمال خطأهم جميعاً.

وإن كان المراد تعيين ما يؤخذ به من الحجّتين أو الحجج فله وجه لو سلّم صدق عنوان المجهول والمشكل والمشتبه في المسألة. ولكن صدقها ممنوع جدّاً، إذ الحجّتان أو الحجج كلّ منها حجّة في نفسها فعلاً بمقتضى أدلّة الاعتبار، فلا مبهم حتّى يعيّن بالقرعة، كما في موارد تعيين الأربع من الكتابيّات الثمان الّتي أسلم عليهنّ الزوج. ولا متعيّن منها في الواقع حتّى يكون مجهولاً عندنا ويعيّن بالقرعة، كما في تعيين الموطوءة من الغنم مثلاً. وإنّما التعارض من حيث الأخذ والعمل وترتيب آثار الحجّة. ولازمه التساقط عقلاً وعدم العمل بشيء منها، والرجوع إلى الأصل لو لم يكن العمل بها ممكناً، أو الجمع بينها في العمل كما سيأتي.

ولو أغمضنا عن ذلك كلّه فنقول: الرجوع إلى القرعة إمّا أن يكون للاستناد إلى إطلاقات[1] القرعة وعمومات أدلّة اعتبارها، أو للتعويل على الأخبار[2] الدالّة على القضاء بالإقراع عند تعارض البيّنتين، وقد نقل أغلبها السيّد المحشّي الطباطبائي[3] قدس سره.

---

(١) راجع الوسائل ٢: ٣٤٨ ب «٤١» من أبواب الحيض ح ٥، وكذا ج ٨: ٨٤ ب «١١» من أبواب صلاة الاستخارة وما يناسبها ح ١، وكذا ج ١٨: ٢٧٢ ب «١٨» من أبواب بيع الحيوان ح ٢، عن الكافي ٣: ١٠٥ ح ٤، وكذا ج ٥: ٢١٨ ح ٣، والتهذيب ٧: ٧٣ ج ٣١١.

(٢) راجع الوسائل ٢٧: ٢٥٧ ب «١٣» من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى.

(٣) حاشية المكاسب للطباطبائي ٢: ١٠٤.

ولا سبيل إلى الأوّل، لما بيّن في محلّه من الوهن في تلك العمومات والاطلاقات، لكثرة الخارج عنها، والقطع بعدم إرادة العموم والاطلاق بتلك السعة فيها. ولا يمكن تحصيل عنوان جامع عامّ يمكن الالتزام بارادته منها بلا وهن. ولذا لا سبيل إلى الرجوع إليها إلا في بعض الموارد الخاصّة، مع ورود دليل خاصّ فيها قد عمل الأصحاب على طبقه.

ولا سبيل إلى الثاني، لعدم عمل الأصحاب بها في مواردها، واشتمالها على ما لا يمكن الالتزام به، على ما لا يخفى على المراجع إليها.

الوجه الرابع: وربما يحتمل في المسألة الرجوع إلى التصالح، لتشبّث كلّ من البائع والمشتري في نفي الزيادة وإثباتها بحجّة شرعيّة، ولا يمكن العمل بهما جميعاً، ولا ترجيح في البين، فلا أحوط من التصالح.

وفيه: إنّ التصالح وإن كان يتخلّص به عن كلّ محذور، إلّا أنّه ليس أمراً حاسماً للنزاع وفاصلاً للخصومة. بل ربما يحصل التوافق والتراضي وربما لا يحصل ذلك، فيبقى التشاجر على حاله. ولا نتصوّر معنىً لوجوب رضا كلّ من المتخاصمين بما يرضى به الآخر.

نعم، ما يقطع التشاجر هو التصالح القهري بما يجمع به بين الحقّين وبين الحجج الموجودة في العمل على ما يأتي.

الوجه الخامس: وربما يحتمل تخيير الحاكم في العمل بقول أيّ من المقوّمين أراد والقضاء به.

وفيه:

أوّلاً: إنّ المقصود تعيين الوظيفة في المسألة ولو لم يكن هناك تنازع

وتخاصم، بل أراد البائع والمشتري تعيين ما هو الحقّ شرعاً.

وثانياً: إنّ في مورد التخاصم والقضاء أيضاً لا وجه لتخيير الحاكم في إيقاع الضرر على البائع أو المشتري بحسب ما يختاره من أقوال المقوّمين. بل اللازم إمّا هو التساقط وعدم العمل بشيء منهما، وإيقاف القضيّة وإرجاؤها إلى أن تتبيّن القيمة الواقعيّة، أو العمل بكليهما بنحو يراعي فيه أقوال المقوّمين والبائع والمشتري بنسبة واحدة.

الوجه السادس: وربما يحتمل في المسألة تعيّن إيقاف القضيّة وعدم القضاء وفصل الخصومة، حتّى يتّفق في القضيّة مخلص يمكن معه فصلها بموازين القضاء.

وفيه: إنّ هذا ممّا يقطع بعدم رضا الشارع به بعد وجود ميزان عدل حاسم لمادّة التخاصم لو كانت هناك خصومة. كما أنّه به تتعيّن وظيفة البائع والمشتري لو لم يكن هناك تخاصم، بل أراد كلّ منهما ما يحلّ أو يحرم عليه.

الوجه السابع: وهو ما عليه المشهور من الأصحاب قدس سرهم من الجمع في العمل بين أقوال المقوّمين، بمعنى ترتيب آثار الثبوت والانتفاء على القيمة الّتي يشهد بها أو يراها بنظره كلّ منهم بالمقدار الّذي يرتّب منها على القيمة الأخرى كذلك.

وهذا الجمع ممّا لا تقتضيه القاعدة في الطريقين المتعارضين بما هما طريقان حاكيان عن الواقع، سواء في ذلك الحاكيان عن الأحكام الكلّيّة كالأخبار أم الموضوعات الخارجيّة المستتبعة للأحكام الجزئيّة كما في

محلّ الكلام. وسواء كان اعتباره من باب الطريقيّة المحضة أم من باب الموضوعيّة والسببيّة، كما ربما يحتمل ذلك في الاخبار والبيّنة والإقرار ونحوها في باب القضاء وفصل الخصومة، وإن كان الحقّ خلاف ذلك، وعدم ثبوت الموضوعيّة والسببيّة لا في الأخبار ولا في غيرها. وما يرى من ترتيب آثار الموضوعيّة في باب القضاء إنّما هو بالنظر إلى قضاء القاضي وفصل الخصومة، لا بالنظر إلى ما عوّل عليه من موازين القضاء. والتفصيل على عهدة محلّه.

وكيف كان، فهذا الجمع في العمل لا تقتضيه القاعدة في المتعارضين بما هما متنافيان فيما يحكيان عنه من الواقع. وليس من صغريات الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من طرحهما أو أحدهما.

وذلك لوضوح أنّه ليس من مصاديق الجموع والتوفيقات العرفيّة الّتي بها يرتفع التنافي المترائى بين الدليلين في بادىء النظر ـ ويخرجان خروجاً قهريّاً عن موضوع التعارض لدى العرف وأهل المحاورة، لأوْل الأمر إلى كون المراد ممّا يثبته أو ينفيه أحدهما غير ما ينفيه أو يثبته الآخر في الواقع ـ وعليها اتّفاق العقلاء في محاوراتهم، وإجماع الأصحاب قدس سرهم في الأدلّة اللفظيّة من الآيات والأخبار، ولابدّ من الأخذ بها والعمل عليها بلا ريب ولا إشكال، كما يوهمه ظاهر تعبيرات الشيخ[1] العلاّمة قدس سره في المقام، وظاهر ما نقله عن الشهيد في تمهيد[2] القواعد.

(١) المكاسب ٥: ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٢) تمهيد القواعد: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

كيف؟ وتلك الجموع العرفيّة إنما هي في مقام تعيين المراد من الدليلين المتنافيين في بادىء النظر، بنحو يرتفع التنافي بينهما بعد التحكيم أو التخصيص أو التقييد ونحو ذلك، وأنّ المراد الواقعي من المحكوم والمخصَّص والمقيَّد هو إثبات الحكم أو نفيه في غير مورد التحكيم والتخصيص والتقييد.

وهذا إنّما يصحّ فيما كان مراد المتكلّم ـ واحداً كان كما في الآيات الكريمة، أو متعدّداً بحكم الواحد كما في أقوال الحجج المعصومين عليهم السلام ـ مشكوكاً فيه وقابلاً للبناء على أحد طرفي الشكّ بمعونة تلك التوفيقات. لا فيما كان المراد الواقعي معلوماً في كلّ من الحجّتين المتعارضتين، كما في أقوال المقوّمين في محلّ الكلام، إذ لا شكّ في مراد أحدهما حتّى يعيّن مراده بمعونة أظهريّة قول الآخر في تعيين مراده وصلاحيّته للقرينيّة على التصرّف في كلام الآخر.

وأيضاً تلك الجموع إنّما تنتج البناء ظاهراً على إرادة ما يحتمل كونه مراداً من المتعارضين في الواقع، لا ما لا يحتمل ذلك، وإلا فلا يبقى مورد للتعارض بين الدليلين، لإمكان مثل هذا الجمع عقلاً في جميع الموارد. فلو كان مفاد أحد الدليلين وجوب صلاة ركعة في أوّل الشهر مثلاً، ومفاد الآخر عدم وجوبها بل استحبابها. فيجمع بينهما بالتبعيض في المفاد، بترتيب آثار الوجوب في شهر وآثار الاستحباب في شهر آخر.

ولا فرق في ذلك بين الأخبار الحاكية عن الأحكام الكلّية وبين الأمارات والبيّنات الحاكية عن الموضوعات الخارجيّة. فلو قامت بيّنة

ـ مثلاً ـ على طهارة ثوب وأخرى على نجاسته، فيجمع بينهما بترتيب آثار الطهارة في زمان وآثار النجاسة في آخر. كلّ ذلك بدعوى أنّ الجمع بين المتعارضين في العمل بهما مهما أمكن أولى من طرحهما أو طرح أحدهما رأساً. وهذا أمر واضح البطلان، ولا يحتمله كلام الفقهاء وإن كانت عباراتهم قاصرة ربما توهم ذلك.

الجمع في المقام مقتضى قاعدتين بالانضمام

وبالجملة، الجمع بين أقوال المقوّمين في العمل بما ينسب إلى المشهور في محلّ الكلام، وإن كان أمراً لا تقتضيه قاعدة الجمع بين المتنافيين جمعاً وتوفيقاً عرفيّاً مهما أمكن، إلّا أنّه حاصل قاعدتين، لامحيص عن إنتاجهما بالانضمام ذلك الجمع المفتى به في المقام.

إحداهما: قاعدة العدل والانصاف ومراعاة حقّ من يتردّد الحقّ بينهم في الأموال، عيناً كانت أو غيرها، إن علم أنّ المال لأحدهم، ولم يكن هناك ما يعيّن الواقع أو الوظيفة، ولو كان أصلاً عمليّاً غير معارض بمثله ولا محكوماً بأمارة حاكمة.

وهذه القاعدة ـ كماترى ـ لا فرق في جريانها بين ما لم تكن هناك أمارة معيّنة لصاحب الحقّ، كما لو تلف درهم من ثلاثة دراهم مودوعة عند ودعيّ، اثنان منها لواحد وواحد لآخر. وكذا كلّ عين ادّعاها اثنان ولم تكن هناك يدولا بيّنة. أو كانت هناك أمارتان متعارضتان، كما لو كانت العين الّتي ادّعاها اثنان في يدهما، أو أقام كلّ منهما بيّنة

على كونها ملكاً له ونحو ذلك.

ولكنّها مختصّة بموارد العلم بأصل الحقّ ـ أو ما يقوم مقام العلم من اليد والبيّنة ونحوهما ـ والشكّ في من له الحقّ. ولا مجرى لها فيما كان أصل الحقّ مشكوكاً فيه، بحيث يمكن دفع احتماله بالأصول العمليّة بالنسبة إلى جميع من يدّعيه. ولا فيما كان مشكوكاً في مقداره، بحيث يمكن دفع الزائد بالأصل السليم عن المعارض. ولذا لا مجرى لها فيها تقدّم من فرض انتفاء المقوّم مع احتمال زيادة الأرش، بل يعوّل فيه على الأصل بلا مانع.

وكيف كان، فهذه القاعدة ممّا عليه عمل الأصحاب في كثير من الموارد. وقد ورد الحكم على طبق مفادها في بعض النصوص. ولم يحملوا ذلك على حكم تعبّدي مختصّ بمورده، بل تعدّوا منه إلى نظائره بالجامع الّذي أشرنا إليه.

الثانية: قاعدة عدم خروج المتعارضين مطلقا في حال التعارض عن دليل الاعتبار، بل بقاؤهما على ما هما عليه من الحجّية والتنزيل منزلة العلم في الحكاية والكاشفيّة عن الواقع تعبّداً، حجّية فعليّة بنفس مفاد أدلّة اعتبارها وجعلها حجّة، بحسب عمومها وإطلاقها الشامل لموارد تعارضها. وهي متكفّلة لبيان جعل حجّية كلّ منهما في نفسه. ولا يعقل إهمالها بالنظر إلى موارد تعارضها، أو بيان الوظيفة لتلك الموارد من الترجيح أو التخيير أو التساقط، بداهة أنّها وظائف لمرحلة التحيّر في العمل بأيّهما بعد فرض عدم إمكان العمل بهما جميعاً،وعدم الموجب لتعيّن العمل بأحدهما معيّناً.

ومن الواضح أنّ هذه المرحلة متأخّرة طبعاً عن مرحلة جعل الحجّية لهما في حدّ أنفسهما، وإلا فلا تعارض ولا تحيّر في العمل باللاحجّتين فعلاً أو بالحجّة واللاحجّة. بل منشأ التعارض والتحيّر هي حجّيتهما فعلاً. وعدم إمكان العمل بهما ـ الموجب للتحيّر بعد الفراغ عن أصل حجّيتهما ـ أمر وراء حجّيتهما وكونهما منزّلتين منزلة العلم في إلغاء احتمال خلافهما بنحو العموم والقضيّة الحقيقيّة. ولذا يكون بقاء حجّيتهما فعلاً بالنسبة إلى نفي الثالث بعين مناط تعارضهما ونفي كلّ منهما مفاد الآخر فعلاً، غاية الأمر أنّ ترتيب الأثر عليهما معاً بالنظر إلى نفي الثالث أمر ممكن لا تناقض فيه، بخلاف ترتيب الأثر على كلّ منهما بالنظر إلى نفي مؤدّى الآخر، فانّه تناقض مستحيل.

وهذه قاعدة عقليّة واضحة لا تحتاج إلى أزيد من أدنى تنبّه. وقد أوضحنا في محلّه بما لا مزيد عليه أنّه كما أنّ التزاحم بين التكليفين لا يعقل إلا في فرض ثبوت التكليفين وفعليّتهما، واقتضاء كلّ منهما بحكم العقل امتثاله المانع عن امتثال الآخر. ولا يعقل التزاحم بين تكليفين غير متحقّقين. وكذا لا يعقل إهمال عموم دليل التكاليف وإطلاقه بالنظر إلى مورد التزاحم، ولا تعرّضهما لبيان الوظيفة لمرحلة التزاحم المتأخّرة عن أصل جعل التكاليف وفعليّتها. وأنّه لو فرض عدم الاطلاق والعموم في أدلّتها لموارد التزاحم ـ الّذي لا يكون إلا في مرحلة الامتثال ـ فلا يعقل التزاحم بين التكاليف. وإنّما يعقل التزاحم في الجهات المقتضية للجعل في مرحلة جعل المولى، ولا ربط لذلك بتزاحم التكليفين المجعولين. وأنّ

فرض عدم شمول دليل جعلها لموارد التزاحم كفرض شموله لها وخروجها بالتزاحم عن الفعليّة ـ وانقلاب مفاد الدليل بالنظر إلى تلك الموارد إلى مفاد آخر هوالحكم بالتخيير أو أحد الحكمين معيّناً ـ كلّ ذلك أمر غير معقول وخلف وتناقض مستحيل.

كذلك الحال بعينه في باب تعارض الدليلين، وأنّ عدم شمول دليل الاعتبار لموارد التعارض رأساً يوجب خروج المتعارضين عن التعارض الموجب للتحيّر. فلا يبقى وجه لاستكشاف حجّية كليهما تخييراً ولا حجّية أحدهما ترجيحاً. ففرض التعارض واستكشاف أحد الأمرين خلف وتناقض مستحيل. كما أنّ فرض شمول دليل الاعتبار للمتعارضين أوّلاً، وكون التعارض المعلول لحجّيتهما موجباً لخروجهما عن دليل الاعتبار، خلف وتناقض مستحيل.

وأوضحنا أيضاً أنّ ما في بعض كلماتهم من عدم حجّية المتعارضين جميعاً، وبقاء أحدهما على الحجّية بلا عنوان، حتّى ينفى به الثالث. أو أنّ المتعارضين إنّما يخرجان عن كونهما حجّة بالنسبة إلى مدلولهما المطابقي لا بالنظر إلى مدلولهما الالتزامي، أعني: نفي الثالث. ونحو ذلك كلّها كلمات واهية لا يمكن إرجاعها إلى محصّل.

وجملة القول أنّ المتعارضين لا محيص عن حجّيتهما فعلاً بنفس أدلّة اعتبارهما. ولا معنى لتعارضهما إلا ما نعيّة العمل بكلّ منهما عن العمل بالآخر عقلاً لحجّيته الفعليّة، كمانعيّة كلّ منهما عن إثبات ثالث منافٍ لمفادهما، لكون كلّ منهما حجّة فعليّة قد ألغي احتمال خلافه.

ولا معنى لتساقطهما بحكم العقل ـ إن كان اعتبارهما بنحو الطريقيّة المحضة ـ إلا عدم ترتيب الأثر عليهما فيما لا يمكن ترتيبه إلا بالتناقض المستحيل، لا فيما يمكن ترتيبه عليهما معاً بلا محذور كما في نفي الثالث. لا خروجهما فعلاً عن الحجّية بالتعارض، حتّى يلزم من فرض وجود الشيء عدمه.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ مراعاة القاعدة الثانية لا محالة تقتضي ترتيب الأثر على قول كلّ من المقوّمين بما أمكن ترتيبه في مقام العمل تعويلاً على قوله، من دون تنافٍ وتناقض في البين.

والقاعدة الأولى تقتضي أن يكون العمل بهما بنحوٍ يكون انتفاع كلّ من البائع والمشتري وتضرّره بنسبة واحدة لا إجحاف بأحدهما فيه. ويكون ترتيب الأثر على قول كلّ من المقوّمين وعدمه بنسبة واحدة، لا ترجّح فيه إحدى الحجّتين على الأخرى.

فلو قوّم أحد المقوّمين العين صحيحاً باثني عشر ومعيباً بعشرة، وقوّم الآخر صحيحاً بثمانية ومعيباً بستّة، وكان الثمن اثني عشر مثلاً. فلا حاجة ـ بل لا سبيل ـ إلى الجمع فيما عيّناه من القيمتين، ولا في التفاوت بينهما، حتّى يلاحظ الجمع والتنصيف في العمل فيهما، لما عرفت من عدم ترتيب الأثر الشرعي على شيء منهما. وإنّما اللازم ترتيب الأثر من حيث اشتغال ذمّة البائع بما اشتغلت به ذمّته، واستحقاق المشتري ما يستحقّ تغريمه به على قول كلّ منهما.

فنقول: إنّ النسبة بين الأوليين بالسدس، ولازمه استحقاق المشتري

التغريم بمقدار اثنين من الثمن، أي: اثني عشر. والنسبة بين الثانيتين الربع، ولازمه استحقاق المشتري التغريم بمقدار ثلاثة من الثمن. ولازم صدق كلّ منهما استحقاق المشتري التغريم بمقدار اثنين، لتوافق قولهما عليه، أي: إمكان ترتيب هذا المقدار من الأثر على قولهما بلا تناقض.

وأمّا احتمال كون ما يستحقّه أقلّ من ذلك، فهو وإن كان محتملاً في الواقع، إلا أنّه احتمال قد ألغي على الفرض، لحجّية كلّ منهما في مؤدّاه. ولازمه عدم احتمال قيمة للصحيح والمعيب في الواقع يكون ما يستحقّه المشتري بنسبة ما به التفاوت بينهما أقلّ من اثنين، لاشتراكهما في أنّ صدق كلّ منهما ينفي ذلك. كما أنّهما مشتركان في أنّ فرض صدقهما ينفي كون القيمة الواقعيّة للصحيح والمعيب بنحوٍ يكون ما يستحقّه المشتري بنسبة ما به التفاوت بينهما أكثر من ثلاثة، لالغاء هذا الاحتمال على الفرض. وهذا المقدار من الأثر لابدّ من ترتيبه عليهما معاً من دون تناقض.

ويبقى ما يتناقض العمل بهما فيه، وهو ما به التفاوت بين الاثنين والثلاثة أي: الواحد، وأحدهما يثبت استحقاق المشتري التغريم به، والآخر ينفي ذلك. وقاعدة العدل تقتضي الحكم ظاهراً باستحقاق المشتري التغريم بنصفه، تعويلاً على الحجّة الفعليّة المثبتة لاستحقاق تمامه، وعدم استحقاقه النصف الآخر وبراءة البائع من ذلك، تعويلاً على الحجّة الفعليّة النافية لاستحقاقه رأساً، لامكان ترتيب هذا المقدار من أثر الاثبات والنفي ظاهراً على الحجّتين الموجودتين بلا محذور فيه، عدا احتمال استحقاق المشتري في الواقع تمام الواحد، لخطأ الآخر في

التقويم، فلم يصل إليه حقّه بتمامه. واحتمال عدم استحقاقه له رأساً، لاصابة الآخر في التقويم، فقد أخذ من البائع ما أخذ بلا حقّ.

ولكن هذا المحذور في نظر العقل وبمقتضى العدل ـ سيّما في الأموال من حقوق الناس ـ أهون من تقديم قول أحدهما والحكم باستحقاقه بتمامه، فيحتمل أن يكون تمامه مأخوذاً من البائع بلا حقّ، أو الحكم بعدم استحقاقه رأساً، فيحتمل أن يضيع حقّه بتمامه. كما أنّه أهون من طرحهما والرجوع إلى البراءة وأصالة عدم السلطنة على التغريم بأزيد من اثنين، لعين ما ذكر.

وكذلك الحال لو اختلفا في قيمة الصحيح مع الاتّفاق على قيمة المعيب، أو بالعكس. فلو قوّم أحدهما الصحيح باثني عشر والآخر بعشرة، مع اتّفاقهما على أنّ قيمة المعيب ستّة مثلاً. فنسبة الستّة مع اثني عشر النصف، وهو من اثني عشر الثمن ستّة. ونسبتها مع العشرة خمسان، وهما من اثني عشرة الثمن أربعة وأربعة أخماس. فينفى ما توافقا على نفي احتماله، ويؤخذ بما توافقا على إثباته، وهو أربعة وأربعة أخماس. وينصّف التفاوت بينها وبين الستّة وهي ستّة أخماس، ويحكم باستحقاق ثلاثة أخماس منها ونفي استحقاق الباقي، لعين البيان المتقدّم. فيكون ما يحكم باستحقاقه خمسة وخُمسين.

ولو قوّم أحدهما المعيب بستّة والآخر بثمانية، مع الاتّفاق على أنّ قيمة الصحيح اثنا عشر. فنسبة الستّة إلى قيمة الصحيح بالنصف، وهو من الثمن ستّة. ونسبة الثمانية إلى اثني عشر بالثلث، وهو من الثمن أربعة.

فينفى ما توافقا على نفيه، ويحكم بما توافقا على استحقاقه، وهو الأربعة من الستّة، وينصّف الاثنان كما ذكر، فيستحقّ التغريم بخمسة.

ولو قوّم أحدهما الصحيح باثني عشر والمعيب بستّة، والآخر الصحيح بعشرة والمعيب بثمانية، وثالث الصحيح بثمانية والمعيب بخمسة، وكان الثمن اثني عشر. فلازم نسبة الأوليين استحقاق التغريم بمقدار نصف الثمن، وهي ستّة. والثانيتين بخمسه، وهو اثنان وخمسان. والأخيرتين بثلاثة أثمان الثمن، وهي أربعة ونصف. فينفى ما توافقت الثلاثة على نفيه كما تقدّم، ويحكم باستحقاق اثنين وخُمسين تعويلاً على القيم الثلاث، لتوافق مؤدّاها على لزوم استحقاق ذلك. والتفاوت بين اثنين وخُمسين وبين أربعة ونصف هي عشرة أخماس ونصف خمس. فيعمل فيها بالتثليث، بمعنى نفي استحقاق ثلثها، وهي ثلاثة أخماس ونصف خمس، تعويلاً على نفي المقوّم الثاني، الّذي كان يقتضي مؤدّاه نفيها بتمامها. وإثبات استحقاق التغريم بثلثيها، وهي سبعة أخماس، تعويلاً في إثبات نصفها على المقوّم الأوّل، الّذي كان لازم مؤدّاه إثبات استحقاق جميع العشرة أخماس والنصف، وفي نصفها الآخر على المقوّم الثالث الّذي كان لازم مؤدّاه أيضاً إثبات استحقاق جميع العشرة أخماس والنصف. فيعتدل العمل بنفي النافي وإثبات المثبت من الثلاثة.

ثم يقال: إنّ التفاوت بين الأربعة والنصف وبين الستّة واحد ونصف. فيعمل فيه بالتثليث، باثبات استحقاق التغريم بثلثه أيضاً ـ أعني: نصف الواحد ـ تعويلاً على المقوّم الأوّل الّذي كان لازم تصديقه استحقاق

التغريم بتمامه، ونفي استحقاق ثلثيه ـ أعني: الواحد ـ تعويلاً على كلّ من المقوّم الثاني والثالث النافيين لاستحقاقه رأساً.

ومجموع هذه ـ أعني: اثنين وخُمسين، وسبعة أخماس، وخُمسين ونصف خمس ـ أربعة وخُمس ونصف خُمس.

وكذلك الحال لو اختلف ثلاثة مقوّمين في الصحيح واتّفقوا على المعيب، أو بالعكس. أو اتّفق الثلاثة على الصحيح، واثنان منهم على المعيب، أو بالعكس. وعليك بالتأمّل في كلّ ما يرد عليك من الأمثلة مراعياً للتنصيف أو التثليث أو التربيع. وكذا فيما كان التنافي فيه بين المقوّمين من حيث اقتضاء الاثبات أو النفي وعدّة ما تقتضيهما.

هذا هو التحقيق والتقريب الصحيح لما أفتى به المشهور في مسألة اختلاف المقوّمين من تعديل العمل وترتيب الأثر على كلّ منهم بنسبة واحدة، ليكون احتمال انتفاع كلّ من البائع والمشتري وتضرّره بالاستناد إلى أقوالهم بنسبة واحدة.

وقد تبيّن من ذلك أمور:

الأمر الأوّل: إنّ ما ذكر من التعديل ليس مقتضى قاعدة العدل والانصاف ومراعاة الحقّين المحتملين في النفي والاثبات بنسبة واحدة فقط، وإلا لكان اللازم مراعاة الحقّين مهما أمكن بتنصيف الزائد المحتمل ولو مع عدم المقوّم، وهو باطل، لما عرفت من عدم العمل بهذه القاعدة إلا مع العلم أو ما يقوم مقامه بثبوت الحقّ وتردّده بين متعدّد، لا فيما إذا كان ثبوت الحقّ لأحدهما احتمالاً مجرّداً منفيّاً بالأصل.

كما أنّه ليس مقتضى تعارض الحجّتين وتساقطهما في مدلولهما المطابقي، وخروجهما عن تحت دليل الاعتبار بذلك، مع بقائهما على اعتبارهما في مدلولهما الالتزامي الّذي توافقا عليه، أعني: نفي الأقلّ والأكثر من مفادهما، أو بقاء أحدهما بلا عنوان على الحجّية بالنظر إلى ذلك. كيف؟ فمع ما عرفت من بطلان ذلك في نفسه، لكان اللازم هو التنصيف والتعديل في الحقّ بمراعاة البائع والمشتري بنسبة واحدة، سواء كان المقوّم اثنين أم ثلاثة أم أزيد، وهو غير ما عليه الفتوى قطعاً، وغير ما تقتضيه القاعدة جزماً.

بل الحقّ أنّ ما ذكر مقتضى قاعدة بقاء الحجّتين على الحجّية في مورد التعارض بالنظر إلى مدلولهما المطابقي والالتزامي، ولزوم ترتيب الأثر عليهما في النفي والاثبات لو لم يتنافيا في العمل، والتعديل في النفي والاثبات بنسبة واحدة ـ بمقتضى قاعدة العدل والانصاف ـ لو تنافيا فيه، بترتيب الأثر على إثبات كلّ منهما أو منهم أو نفيه بنسبة ترتيبه على كلّ من الباقين، المستلزم لتعديل مراعاة الحقّين المحتملين، وقد تشبّث المشتري باثبات ما أثبته المثبت منهما، وتشبّث البائع بنفي ما نفاه النافي منهما. والحقّان المرعيّان الثابتان ظاهراً هما هذا الاثبات وذلك النفي. وكونهما حقّين محتملي الثبوت في الواقع ـ مع البناء على ثبوتهما ظاهراً ـ مقتضى حجّية ما تشبّثا به من أقوال المقوّمين من الاثبات والنفي.

الأمر الثاني: إنّ ما ذكرناه من طريق العمل ـ بترتيب الأثر على وفق الجميع إن توافقت مؤدّيات أقوالهم في تعيين القيمة على استلزام إثباته أو

نفيه، والتعديل إن استتبع مؤدّى بعضهم إثبات استحقاق التمام ومؤدّى الباقي نفيه أو بالعكس، بالتنصيف أو التثليث أو التربيع فيما كانا اثنين أو ثلاثة أو أربعة ـ ينطبق تمام الانطباق وفي جميع الفروض على التحقيق المنسوب إلى الشهيد[1] قدس سره من عدم التصرّف في القيم المعيّنة بتنصيف أو تثليث، بل ملاحظة نسبة قيمة المعيب ـ أو كلّ قيمة له ـ إلى واحد من قيم الصحيح ـ أو إلى القيمة الواحدة له ـ والتصرّف في كلّ من هذه النسب بالتنصيف أو التثليث إن كانا اثنين أو ثلاثة، وجمع المتحصّل منها وتنصيفه أو تثليثه. وما حقّقه هو الحقّ الّذي لا محيص عنه.

هذا، والطريقة المعروفة هي جمع القيمتين أو القيم المختلف فيها، في جانب الصحيح أو المعيب أو فيهما، وتنصيف المجموع وفرض قيمة ثالثة منتزعة من القيمتين، أو تثليث المجموع وفرض قيمة رابعة منتزعة عن الثلاثة، وهكذا. ثمّ ملاحظة النسبة بين هذا المتحصّل والمتحصّل الآخر، أو بين هذا المتحصّل والقيمة الواحدة المعيّنة في الجانب الآخر.

ويمكن أخذ النتيجة المطلوبة منها بجمع القيمتين أو القيم في جانب الصحيح والمعيب، ونسبة مجموع أحدهما إلى مجموع الآخر إن كان الاختلاف في الجانبين. وبجمع القيمتين أو القيم في الجانب المختلف فيه، ومضاعفة المتّفق عليه بعدّة القيم في الجانب المختلف فيه إن كان الاختلاف في أحد الجانبين، على ما هو واضح.

وهذه الطريقة لا تقتضيها القاعدة الأولى ولا الثانية.

---

(١) راجع الروضة البهيّة ٣: ٤٧٨.

أمّا الأولى، فلوضوح أنّ التعبّد بفرض قيمة واقعيّة منتزعة من القيمتين أو القيم خارج عن المدلول المطابقي لجميع الأقوال، وممّا ينفيه كلّ منها بالدلالة الالتزامية، فكيف يعقل التعبّد بثبوت ما ينفيه كلّ منها وجعله كالمحرز بالوجدان؟

أمّا الثانية، فلوضوح أنّ التعبّد بتعيين قيمة كذلك وإن كان يطّرد معه التعبّد بما يشتمل على بعض مفاد كلّ منها بنسبة متساوية، إلا أنّه لايطّرد معه كونه تعديلاً في مراعاة حقّ البائع والمشتري، وصيرورة انتفاع كلّ منهما وعدم انتفاعه بها بنسبة واحدة. بل كما ربما يتّفق ذلك أحياناً، كذلك يتّفق كونه إجحافاً على البائع في بعض الفروض وعلى المشتري في آخر، بمعنى انتفاع أحدهما بها بالاثبات أزيد ممّا ينتفع بها الآخر بالنفي، أو بالعكس. فعليك بملاحظة الطريقين في الصور المختلفة حتّى تتّضح لك الحال.

وقد أشار الشيخ العلّامة قدس سره[1] إلى أنّه مع الاختلاف في قيمة الصحيح والاتّفاق على قيمة المعيب، فالتخالف في النتيجة ومقدار النسبة المتحصّلة بين الطريقين دائميّ. كما أنّه مع الاتّفاق على قيمة الصحيح والاختلاف في قيمة المعيب، فالتوافق بينهما دائميّ. ومع الاختلاف فيهما فلا يطّرد التوافق ولا التخالف. والحقّ كما أفاده قدس سره.

الأمر الثالث: أفاد الشيخ العلّامة قدس سره[2] في ذيل بيانه للطريقة المعروفة

---

(١) المكاسب ٥: ٤١٠ - ٤١١.

(٢) المكاسب ٥: ٤٠٩.

أنّه: يمكن الجمع أيضاً بتنصيف ما به التفاوت بين القيمتين، بأن يعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة وفي نصفه الآخر بقول النافي. فإذا قوّم المبيع أحدهما باثني عشر والآخر بثمانية، أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت وفي نصفها الآخر بقول النافي، جمعاً بين حقّي البائع والمشتري، الراجع إلى فرض القيمة الواقعيّة عشرة في الفرض.

وما ذكره ـ مع عدم كونه مقتضى القاعدتين، لعين ما مرّ في الطريقة المعروفة ـ ممّا لا يستقيم إلا في فرض كون المقوّم اثنين، حيث يؤخذ بقولهما معاً فيما اتّفقا عليه من القيمة ـ وهي ثمانية ـ وتعدّل الأربعة الّتي يثبتها أحدهما وينفيها الآخر، بتنصيفها وترفيع الثمانية إلى العشرة وتنزيل اثني عشر إليها بنسبة واحدة.

وأمّا إذا زاد المقوّم على إثنين فلا يعقل التعديل بينهما بتثليث ما به التفاوت أو تربيعه، بنحو ترتفع الناقصات وتتنزّل الزائدات بنسبة واحدة، وتتحصّل قيمة واحدة.

فلو قوّم أحدهم بثمانية، والآخر بعشرة، والثالث باثني عشر. فلو نصّف ما به التفاوت بين الثمانية والاثني عشر، بترفيع إحداهما وتنزيل الأخرى بنسبة واحدة، لتصلا إلى قيمة ثالثة وهي العشرة، فهذا ليس تعديلاً في الحقيقة، بل هو أخذ بقيمة أحد المقوّمين، بإثبات تمام ما أثبته ونفي تمام ما نفاه، وتبعيض أحد الآخرين في إثبات ما أثبته، وتبعيض الآخر في نفي ما نفاه. وهو واضح.

ولو نصّف ما به التفاوت بين الثمانية والعشرة لتصيرا تسعة، وما به

التفاوت بين العشرة واثني عشر لتصيرا أحد عشر، فلا تحصل قيمة واحدة معتدلة، بل تحصل قيمتان مختلفتان إحداهما تسعة والأخرى أحد عشر. مع أنّ مقتضى القاعدة التعديل في مثله بالتثليث فيما به التفاوت بين القيم لا بالتنصيف.

وحينئذٍ فإن فرض تثليث الأربعة بترفيع الثمانية إلى تسعة وثلث، والعشرة إلى أحد عشر وثلث، وتنزيل اثني عشر إلى عشرة وثلثين، فلا تحصل قيمة واحدة معتدلة، بل ثلاث قيم مختلفات.

وكذا لو فرض تثليث الأربعة بترفيع الثمانية إلى تسعة وثلث، وتنزيل العشرة إلى ثمانية وثلثين، وتنزيل اثني عشر إلى أحد عشر وثلثين.

وكذا لو فرض تثليث ما به التفاوت بين الثمانية والعشرة، وهما اثنان، أو ما به التفاوت بين العشرة والاثني عشر. وهو واضح.

ولو فرض تثليث مجموع ما به التفاوت بين الثمانية والعشرة، وبينها وبين اثني عشر وهي ستة، فاللازم ترفيع الثمانية إلى العشرة، وتنزيل اثني عشر إلى عشرة، فيبقى الأمر في العشرة دائراً بين الترفيع حتّى يصير اثني عشر، أو التنزيل حتّى يصير ثمانية.

وبالجملة، لا يعقل مع تعدّد القيم وتعدّد الزائد أو الناقص بالاضافة التعديل بينها بالتنزيل والترفيع بنسبة واحدة في الجميع. فهذه الطريقة باطلة غير مطّردة في نفسها، مع عدم خلوّها عن الاشكال الوارد على الطريقة السابقة على ما عرفت.

الأمر الرابع: الحقّ ـ كما عرفت ـ أنّ التعديل في النسب بالتنصيف

والتثليث ونحوهما ليس من باب تعيين قيمة أخرى غير ما عيّنه كلّ من المقوّمين، حتّى تتغيّر النسبة ويعتدل العمل بكلّ منهما في الاثبات والنفي بنسبة واحدة، ويراعى كلّ من البائع والمشتري كذلك، لما عرفت من عدم اقتضاء القاعدتين ذلك. بل إنّما هو للتعديل في ترتيب الأثر على قول كلّ من المقوّمين في إثبات ما أثبته ونفي ما نفاه بنسبة واحدة، ليعتدل بها انتفاع كلّ من البائع والمشتري بإثباتها ونفيها بنسبة واحدة، من دون تعيين قيمة للمال. والعمل بالتعديل في النفي والاثبات بنحو ما حرّرناه ـ المنطبق على تعديل النسب كما ذكره الشهيد قدس سره ـ وإن كان موجباً لانطباق النسبة الحاصلة بعد التعديل على فرض كلّ من قيمة الصحيح والمعيب في الواقع قيمة تكون النسبة بينهما تلك الكسور من النسب المتحصّلة من تنصيفها أو تثليثها مثلاً، إلا أنّ هذا الفرض لا يمكن تعيينه في أغلب الفروع إلا باعمال الجبر والمقابلة، ولا حاجة إلى ذلك بعد فرض أنّه احتمال مدفوع بمقتضى حجّية أقوال المقوّمين الموجودين.

فكم فرق بين ما تقتضيه القاعدتان على التحقيق ـ من التعديل في النسب للعمل بالحجج نفياً وإثباتاً، ومراعاة البائع والمشتري، بترتيب ما يمكن ترتيبه من الأثر على فرض صدق كلّ من المقوّمين فيما عيّنه من القيمة، من دون تعيين قيمة أخرى مخالفة لمؤدّياتها ـ وبين ما يترائى من كلمات الشيخ العلّامة قدس سره وغيره من تعديل القيم وفرض قيمة أخرى، لتعتدل القيمة وتجتمع فيها الحجج، ويجمع بين حقّ البائع والمشتري. فعليك بالتأمّل في أطراف المسألة، ومن الله الاستعانة.

مباحث الشروط

مباحث الشروط

الكلام في الشروط المشترطة في العقود، وشرائط صحّتها، وآثار صحّتها وفسادها.

أمّا الشرط، فقد استعمل - على ما يظهر من أهل[1] اللغة ـ في معانٍ متعدّدة، من العلامة وما يتقدّم أمام الشيء، ومنهما استعماله في أشراط الساعة وشرطة الخميس ونحو ذلك. إلا أنّ الشائع من معانيه لغة وعرفاً معنى ثالث، وهو كون تحقّق أمر معلّقاً ومتوقّفاً على تحقّق أمر آخر. بحيث لا تحقّق له إلا في فرض تحقّقه. فما يتوقّف هو المشروط، والمتوقّف عليه هو الشرط بمعناه الجامد. والمشروطيّة معنى انتزاعيّ عن توقّف ذلك المتوقّف. والشرطيّة مصدر جعليّ انتزاعيّ عن كون ذلك الأمر متوقّفاً عليه. وأداة الشرط والجزاء إنّما وضعت عرفاً وفي جميع اللغات للحكاية عن ذلك التعليق.

---

(١) انظر الصحاح ١: ٣٥٢، لسان العرب ٧: ٣٢٩، المصباح المنير ٤: ٤٨٧، القاموس المحيط ١: ٨٦٩.

والتعليق قد يكون تارة في أمر تكوينيّ ذاتي، والمتكلّم بصدد الحكاية عنه صادقاً أو كاذباً. ويكون أخرى في أمر إحداثيّ بالجعل الاعتباري، كما هو الشأن في تعليق الأحكام مطلقا على موضوعاتها.

وحيث إنّ الشارع إنّما جعل بالاعتبار الحكم في فرض وجود ما أخذ في موضوعه وأناطه به ـ سواء دلّ على ذلك بشيء من أدوات التعليق أم لا ـ فلا محالة يكون ذلك الحكم معلّقاً ومشروطاً، وذلك الموضوع معلّقاً عليه وشرطاً له.

وجعليّة الشرطيّة والمشروطيّة بهذا المعنى بجعل اعتباري هو المنشأ لتحقّق معنى حدثي يكون مبدأ للاشتقاقات القياسيّة. وهو الشرط بالمعنى المصدري، أي: جعل الشرطيّة وإحداثها من الشارط. والمشترط، وهو الأمر المجعول شرطاًومتوقّفاًعليه. والمشروط، وهو الأمر المجعول معلّقاً.

ومن مصاديق هذا المعنى من الشرطيّة الجعليّة كلّ التزام اعتباري قد أنشيء بالاعتبار معلّقاً على تحقّق أمر آخر كذلك، أي: أنشيء ناظراً إلى فرض وجود ذلك وتحقّقه بالجعل والاعتبار.

ومحصّله: التزام واحد بشيء في فرض التزام آخر بشيء آخر وتحقّق ما التزم به. فمن التزم بكون عبده ملكاً لزيد مبنيّاً على كون دراهمه ملكاً لمالك العبد، فهو شارط، وفعله هذا اشتراط، أي: جعل للشرطيّة والمشروطيّة،وملكيّة الدراهم شرط، والتزامه بمملوكيّة العبد لزيد ـ لانفس المملوكيّة ـ مشروط.

ولفظة «الباء» في باب المعاوضات إنما تدلّ على نفس المقابلة بين

العوضين من حيث المملوكيّة. وأمّا التزام كلّ من المتعاقدين بما أنشأه، وأنّه متوقّف على التزام الآخر بما التزم به له وسلامته له، فكلّ ذلك خارج عن المدلول المطابقي لعقودها. وإنّما هو أمر عرفي ارتكازيّ عليه بناء المعاوضات بالدلالة العرفيّة الالتزاميّة.

وأما ما يكون خارجاً عن العوضين بنظر المتعاوضين، ومع ذلك يريد أحدهما تعليق التزامه بما التزم به على التزام الآخر بأمر آخر خارج عن العوض، وسلامته له ـ أي: تحقّقه في الخارج بمقتضى التزامه ـ فلا سبيل إلى استفادته من المدلول المطابقي أو الالتزامي للعقد، بل لابدّ له من دلالة أخرى، كقوله: على أن تخيط لي ثوباً أو بشرط أن تخيط لي ثوباً.

وقد تحصّل من جميع ذلك أمور:

الأمر الأوّل: الشرط بما أنّه لفظ جامد يستعمل في معنى واحد في جميع الموارد، وهو ما توقّف تحقّق أمر عليه. والشرطيّة بالمعنى المصدري الجعلي من هذا المعنى الجامد كالمشروطيّة تستعملان في جميع الموارد في معنى واحد. والشرط ـ مصدراً ـ له معنى حدثي يستعمل فيه في جميع الموارد، وهو جعل الشرطيّة والمشروطيّة وإحداثهما بالانشاء والاعتبار. ومنه الاشتقاقات القياسيّة على ما عرفت. ولكن لا يصحّ استعماله مبدئيّاً واشتقاقيّاً إلا في موارد الشرطيّة الّتي تحدث باحداث محدث له بالجعل والاعتبار، دون الموارد الّتي تتحقّق بالذات، ودون الموارد الّتي يحكي الحاكي عن تحقّقها في نفسها.

الأمر الثاني: إنّ الشرطيّة والمشروطيّة بالمعنى المصدريّ المبدئي إنّما

تحكي عن حيثيّة قيام إضافة التعليق بما تقوم به ـ من الأمر المعلّق عليه والمعلّق ـ قياماً لزوميّاً اتّصافيّاً. ولكنّ الشرط بالمعنى المصدري إنّما يحكي عن حيثيّة قيام تلك الشرطيّة والمشروطيّة قيام إصدار وإيجاد لمؤدّى، لا أنّ المعنى الماديّ فيهما وفي الشرط جامداً غير المعنى الماديّ في الشرط مصدراً وفي مشتقّاته.

الأمر الثالث: إنّ الشرط بالمعنى المصدري ـ المحدث للشرطيّة في الشرط بالمعنى الجامد ـ لا يصحّ استعماله إلا في موارد الشروط الجعليّة الّتي لا تتعقّل إلا فيما كان المشروط أمراً بيد الشارط جعله وجعل اشتراطه بشيء.

وبهذا المعنى يصحّ إطلاقه على نفس العقود، نظراً إلى كون مضامينها ـ إيجاباً وقبولاً ـ أموراً بيد المتعاقدين جعلها وإيجادها، وجعل كلّ ما يجعله بالاعتبار في مقابل ما يجعله الآخر كذلك ومبنيّاً عليه، أي: بالنظر إلى فرض تحقّقه.

كما أنّه إنّما يصحّ إطلاقه على الالزامات والالتزامات في الشروط الملتزم بها خارجاً عن العوضين في باب العقود ـ وكذا في الايقاعات ـ نظراً إلى أنّها بيد المتعاقدين إيجادها بالاعتبار مرسلاً أو معلّقاً على أمر آخر والالتزام بها.

الأمر الرابع: إنّه لايصحّ بوجه إطلاق الشرط بهذا المعنى في الالزام والالتزام الابتدائيّين، كأن يلزم أحداً باعطاء درهم ـ مثلاً ـ ويلتزم هو به. كما يشهد بذلك كلّه اطّراد الاستعمال بلا عناية في موارد الالتزامات

المرتبطة، وعدم صحّة استعماله في غيرها إلا بتوسّع وعناية. وتبادر ذلك المعنى منه، أي: جعل شيء مربوطاً بشيء آخر ومعلّقاً عليه. وصحّة سلبه عن الالتزامات الابتدائيّة.

وحينئذٍ فيصحّ لنا أن نقول:إنّ الشرط بالمعنى المصدري ـ لغة وعرفاً ـ ليس إلّا ربط أمر بأمر آخر وتعليقه عليه. وعلى هذا، فالشرط في باب العقود والايقاعات عبارة عن ربط الشارط الالتزام العقدي المتحقّق منه بالتزام المشروط عليه بما التزم به ـ كالعوض وغيره من الأمور الخارجة عنه ـ وصيرورته معلّقاً عليه بجعله واعتباره.

فما ذكره في القاموس من أنّه:«إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»[1] إشارة إلى هذا المعنى الخاصّ المرتكز في الأذهان. ولا يضرّه تفرّده بذكره، بل العجب من غفلة غيره من أرباب اللغة عن هذا المعنى الشائع.

نعم،كثيراً ما يستعمل الشرط في لسان المتشرّعة بهذا المعنى في موارد ربط الالتزام العقدي بالالتزام بأمور أخر خارجة عن العوضين. وهذا هو الموجب لانصرافه في الأذهان إلى ذلك، وإلا فهو بحسب المعنى اللغوي تطّرد صحّة إطلاقه على نفس الالتزامات العقديّة، من حيث كونها مع ما يلتزم به شرطاً للآخر، ومن حيث إناطة كلّ بالآخر، وعدم تحقّقه إلّا في فرض تحقّقه وسلامة ما التزم به. ولكن هذا أمر لا ربط له باللغة والعرف العامّ ولسان الشارع. ولذا لا مانع من التمسّك بقولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم مطلق العقود ووجوب الوفاء بها. ولكنّه على فرض

(١) القاموس المحيط ١:٦٧٣.

منعه أو تسليمه أمر لا يرتبط بما هو المقصود في المقام من عدم صحّة إطلاق الشرط عرفاً ولغة على الالزامات والالتزامات الابتدائيّة.

ومن الغريب ما أفاده الشيخ[١] العلّامة قدس سره في المقام: من دعوى تبادر مطلق الالتزام من لفظ الشرط، وتزييف ما في القاموس بتفرّده به، وأنّه لم يلتفت إلى موارد استعماله في الالتزام الابتدائي.

مع أنّ ما ذكره قدس سره من موارد الاستعمال في الالتزام الابتدائي:

بين ما يقطع بكون الاستعمال فيه بنحو من التوسّع والعناية، كما في قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة: «إنّ قضاء الله أحقّ، وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق»[٢]». وقول أميرالمؤمنين عليه السلام في الردّ على مشترط عدم التزوّج بامرأة أخرى في النكاح إنّ: «شرط الله قبل شرطكم[٣]».

فإنّه لاخفاء في أنّ استعمال الشرط فيهما إنّما هو بعناية المشاكلة الموجبة لحسنه، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[٤].

وبين ما استعمل الشرط فيه بالمعنى الحقيقيّ المتقدّم، كما في بعض أخبار[٥] خياري المجلس والحيوان. فانّه لاخفاء في أنّ الخيار بما هو خيار كسائر الأحكام الوضعيّة والتكليفيّة المجعولة للشارع، في أنّه

---

(١) المكاسب ٦: ١٢.

(٢) انظر مسند أحمد ٥٢: ٢٦٠، صحيح البخاري ٨: ١٢٠، صحيح مسلم ٢: ١١٤١، سنن النسائي ٣: ١٩٤، سنن البيهقي ١٠: ٣٣٦، مع اختلاف يسير في اللفظ.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٧ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٦، عن تفسير العيّاشي ١: ٢٤٠ ح ١٢١.

(٤) البقرة: ١٩٤.

(٥) راجع الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣. وكذا ب «٣» ح ١، ٤، ٥.

لايصحّ إطلاق الشرط عليه نفسه ولا على جعل الشارع له، فلابدّ أن يكون ذلك بعناية أنّ لزوم البيع ووجوب الوفاء به يتوقّفان شرعاً على مضيّ ثلاثة أيّام في بيع الحيوان والتفرّق في مطلق البيع. فهو من الاستعمالات الحقيقيّة في موارد التعليق الجعلي، وقد عرفت أنّ من مصاديقه ما يكون بجعل الشارع ومنها ما يكون بجعل المتعاقدين.

ومن ذلك يتّضح أنّه لا يفتقر إطلاقه على نفس الثلاثة أيّام إلى التأويل، بل المفتقر في ذلك إطلاقه على نفس الخيار أو على جعل الشارع له، إذ الأوّل يصحّ بارادة الشرط بالمعنى الجامد المطلق على ما يتوقّف عليه الشيء، بخلاف الثاني، فانّه لا يصحّ، سواء أريد الشرط بالمعنى الجامد أم بالمعنى المصدري، بل لابدّ أن يكون المراد المعنى الجامد، وقد أطلق على غير ما هو له بعناية الحالّ والمحلّ.

هذا، وكما في إطلاق لفظ الشرط على النذر والعهد في بعض أخبار الشرط والنكاح، كما أشار[1] إليه قدس سره.

والظاهر أنّ المراد به خبر منصور بن يونس بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له عليه السلام: إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثم طلّقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلّقها ولا يتزوّج عليها، فأعطاها ذلك، ثمّ بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال عليه السلام: بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه في الليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فانّ رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) المكاسب ٦: ١٢.

قال: المؤمنون عند شروطهم[١]».

فانّ من الواضح أنّ إطلاق الشرط على النذر أو العهد على حقيقته، بملاحظة ربط التزام المرأة بالزوجيّة له بذلك، وكونه مبنيّاً عليه، وأين هذا من إطلاقه على الالزام والالتزام الابتدائيّين؟

والمراد في الرواية إمّا تحقّق الشرط ـ والالزام من المرأة، والالتزام من الرجل ـ بمجرّد التباني قبل العقد، وإيقاع العقد مبنيّاً عليه بدون ذكره في متن العقد لا تفصيلاً ولا إجمالاً.

أو المراد تحقّق الشرط بذكره في متن العقد تفصيلاً أو إجمالاً، وأنّ الشرط منذوريّة عدم الطلاق أو عدم التزويج عليها بنحو النتيجة، أو أنّ الشرط نفس الفعل، أعني: نذر عدم الطلاق وعدم التزويج.

وعلى كلّ حال، فالمفروض تحقّق النذر أو العهد بذلك من الرجل. وحيث إنّ قصد المرأة من الشرط ـ وتعليقها لزوجيّتها على نذر الأمرين ـ إناطتها به وصلة إلى الوفاء به، وعدم فعليّة الطلاق والتزويج منه، فلا محالة يكون الوفاء به عين الوفاء بالشرط، فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وعموم أدلّة وجوب الوفاء بالنذر.

وأمّا ما في رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طالق، قال عليه السلام: ليس ذلك بشيء، إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤، عن التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥.

ذلك له ولا عليه[١]».

فالظاهر إرادة فرض ذلك شرطاً قد بني عليه عقدنكاح المرأة.ولاوجه لحملها على إرادة النذر أو العهد الابتدائي. وعلى فرضه فيحتمل قريباً أن يكون المفروض طلب المرأة الطلاق لما رأته منه أو خافته من التزويج والتسرّي، فلم ترض ببقاء الزوجيّة إلا مبنيّاً على تحقّق ذلك النذر أو العهد منه. فيكون أيضاً من استعمال الشرط بما له من المعنى الخاصّ، أعني: ربط شيء بشيء بالاناطة والتعليق.

وأمّا ما حكاه[٢] قدس سره عن صاحب الحدائق[٣] قدس سره من اعترافه باطلاق الشرط على البيع في الأخبار كثيراً، فهو حقّ، إذ هناك عدّة[٤] أخبار قد أطلق لفظ الشرط فيها على البيع بمعنى المبيع. إلا أنّه بالتأمّل فيها يظهر أنّ إطلاقه عليه بمعناه الحقيقي الخاصّ، نظراً إلى ما تقدّم من اشتراط التزام كلّ من المتبايعين بما التزم به بالتزام الآخر وتحقّقه. ولهذا يصحّ إطلاق الشرط بالمعنى الجامد ـ أي: ما التزم به وجعل شرطاً لالتزام الآخر بما التزم به ـ على كلّ من العوضين بما لهما من الخصوصيّات النوعيّة والصنفيّة.

وأمّا ما في دعاء التوبة والندبة من إطلاق الشرط على عدم العود في

---

(١) الوسائل ٢١: ٢٩٧ ب «٣٨» من أبواب المهور ح ٢، عن التهذيب ٧: ٣٧٣ ح ١٥٠٨، والاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٦.

(٢) المكاسب ٦: ١٢.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٠: ٧٣.

(٤) راجع الوسائل ١٨: ٣٧ ب «١» من أبواب أحكام العقود ح ٣، ٤، ٥.

المعصية، فمن الواضح أنّه ليس من الالتزام الابتدائي، بل من الشرط بالمعنى الحقيقي الخاصّ، أعني: طلب العفو والمغفرة مثلاً، مع جعل ذلك منه تعالى شأنه معلّقاً على عدم عوده في المعصية.

وبالجملة، لم نجد في الأخبار مورداً أطلق فيه الشرط على الالزام والالتزام الابتدائيّين. وما يوجد منه فابتناؤه على التجوّز والعناية في غاية الوضوح. فلا وجه لدعوى صحّة إطلاقه عليه بلا عناية، فضلاً عن دعوى تبادر مطلق الالزام والالتزام منه.

هذا تمام الكلام في معنى الشرط في اللغة والعرف العامّ. وأمّا معانيه الاصطلاحيّة:

فمنها: ما اصطلح عليه النحاة من إطلاقه ـ بالمعنى الجامد ـ على الجملة الشرطيّة الواقعة عقيب أداة الشرط، في مقابل الجزاء الّذي يطلق على مجموع جملة الجزاء.

ومنها: ما اصطلح عليه في الفلسفة من إطلاقه على خصوص الأمر الوجودي الّذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، في مقابل المقتضي والمانع والعلّة.

ومنها: ما اصطلح عليه في الأصول من إطلاقه على كلّ أمر وجوديّ معتبر في صحّة العمل مع خروجه عن حقيقته، في مقابل الجزء والمانع والقاطع.

ولكن كلّ ذلك أجنبيّ عن الشرط الواقع في الأدلّة، الّذي لا محيص عن كونه بالمعنى اللغويّ والعرفي.

شروط صحّة الشرط

شروط صحّة الشرط

مسألة: الكلام في الأمور المعتبرة في صحّةالشرط ووجوب الوفاء به.

اعتبار القدرة على الشرط

[الشرط الأوّل]: أن يكون الشرط مقدوراً للمشروط عليه. واعتبار هذا الشرط ممّا لا إشكال ولا خلاف فيه، ومن القضايا الّتي قياساتها معها. وليس محلاً للتعبّد حتّى يدّعى فيه الاجماع أو ينفى عنه الخلاف. وذلك لوضوح أنّه لا معنى لصحّة الشرط عرفاً وشرعاً وعقلاً إلا وجوب الوفاء به، ولا معنى للوفاء به إلا إيجاد المشروط عليه ما التزم به مباشرة أو تسبيباً. وما كان خارجاً عن قدرته ـ بجميع أنحاء القدرة ـ لا يمكنه إيجاده والوفاء به. وما لا يعقل الوفاء به لا يعقل التزامه به ولا إلزامه عليه. ومجرد التلفّظ ولقلقة اللسان أمروراء حقيقة الالزام والالتزام.

فربط الشارط التزامه بمضمون العقد بأمر مستحيل ذاتاً أو وقوعاً ـ وجعله معلّقاً على وجوده ـ بمعنى عدم التزامه بمضمون العقد، لاستحالة

تحقّق ما علّقه عليه. فهو في الحقيقة بمعنى جعل الخيار الابتدائي في العقد، أي: بمعنى شرط الخيار وعدم اللزوم في نفسه.

ولو فرض أنّ المراد من اشتراط الأمر المستحيل جعل شرط الخيار، فلا ينبغي الاشكال في صحّته. ولكن لا يحتاج جعله إلى تعليق الالتزام على أمر مستحيل، بل يحصل بجعل التزامه العقدي تحت يده وسلطانه من أوّل الأمر بلا توسيط تعليقه على المحال.

ولكن مفروض الكلام فيما كان المراد اشتراط الأمر المستحيل،بحيث يحصل له على المشروط عليه حقّ الشرط وسلطنة مطالبة الوفاء به. وهذا لا يعقل إلا فيما يمكن الوفاء به، وما لا يعقل ذلك فيه لا يعقل الالزام والالتزام به، ولا السلطنة على مطالبة الوفاء به. فلا يبقى معنى للصحّة ووجوب الوفاء على المشروط عليه.

هذا، ولكن هنا شيء وهو: أنّ من الواضح أنّه لم تجر العادة في طريقة العقلاء على اشتراط هذه الأمور المستحيلة ذاتاً أو وقوعاً في العقود، ولا يلزمون ولا يلتزمون بها، لا بجعلها شرطاً يلتزم بوجوده، ولا بجعل إيجادها من المشروط عليه أو من غيره شرطاً يلتزم به، حتّى يبحث عن حكمها من حيث الصحّة والفساد. فليس من شأن الفقهاء عنوان المسألة للاحتراز عن مثل هذا الشرط. مع ما نرى من عنوانهم المسألة والنقض والابرام في بعض فروضها.

فالحقّ أنّ عنوانهم لها لابدّ أن يكون بالنظر إلى أمور ثلاثة أخر هي محلّ نظر وإشكال في فروض خاصّة يكثر صدورها من العقلاء:

الأمر الأوّل: هل المعتبر في صحّة الشرط ـ بعد فرضه من الأمور الممكن صدورها ذاتاً ووقوعاً من موجده ـ أن يكون ممّا يستند في تحقّقه إلى نفس المشروط عليه، بكونه فعلاً له مباشرة أو تسبيباً، بحيث لايتخلّل بين المقدّمة الأخيرة الاختياريّة الصادرة منه وبين وجوده أمر خارج عن اختياره، سواء كان ذلك من العلل أم الأسباب القسريّة من الفواعل بالارادة والاختيار. أو لا أقلّ من توقّفه على مقدّمات إعداديّة يمكن صدورها منه، ولو تخلّل ما هو خارج عن اختياره بين المقدّمة الأخيرةالاختياريّة وبين وجوده،ليتّصف ما يصدر منه بعنوان الوفاء،ويتعقّل إلزام الشارط إيّاه به والتزامه بايجاده.فتتبع ذلك سلطنةللشارط على مطالبة المشروط عليه بايجاده. ويرتّب عليه مع إبائه أو عروض التعذّر ـ لوجود موانع من إيجاد ما هو باختياره ـ الخيار في فسخ العقد، ورفع اليد عن الالتزام بمضمونه المفروض جعله معلّقاً على الوفاء بذلك الشرط؟

أو لا، بل كما يصحّ الشرط في مثل ذلك، ويترتّب عليه ما ذكر من الآثار، كذلك يصحّ فيما كان الشرط ـ المفروض إمكانه ذاتاً ووقوعاً من موجده ـ خارجاً عن اختيار المشروط عليه، وممّا لا يمكن استناده إليه لا مباشرة ولا تسبيباً، لا بالمعنى الأخصّ الأوّل ولا بالمعنى الأعمّ الثاني، بل يكون أجنبيّاً عنه بالمرّة؟

غاية الأمر أنّه لا يمكن إلزام الشارط المشروط عليه بمثل هذا الشرط، لعدم تمكّنه من الوفاء به. ولذا لا يوجب صحّته شرعاً أيضاً إيجاب الوفاء به. ولكن مع ذلك كلّه لا مانع من صحّة الشرط، بمعنى

مجرّد التزام المشروط عليه به وأخذه على عهدته، بحيث لو لم يتحقّق لكان للشارط رفع اليد عن التزامه العقدي الّذي ربطه بتحقّق الشرط.

فعلى الأوّل، لا يصحّ اشتراط صيرورة الزرع سنبلاً، حتّى لو كان المشروط عليه عالماً أو واثقاً بأنّه يصير سنبلاً بأسبابه العاديّة الخارجة عن اختياره، فضلاً عمّا إذا كان محتملاً له أو عالماً أو واثقاً بعدمه.

وكذلك لا يصحّ اشتراط جعل الله تعالى شأنه الزرع سنبلاً، حتّى لو كان عالماً أو واثقاً بأنّه تعالى شأنه يجعله سنبلاً.

من دون فرق في الفرضين بين فرض عدم بقاء مقدّمة إعداديّة اختياريّة للمشروط عليه، بل تحقّقها، وبين فرض بقاء شيء منها يمكنه إيجاده في صراط الوفاء بالشرط.

نعم، يصحّ اشتراط جعل المشروط عليه الزرع سنبلاً ـ بمعنى إيجاد كلّ ما يمكنه من المقدّمات الاعداديّة الّتي لها دخل في صيرورة الزرع سنبلاً ـ لو بقي شيء منها وأمكن فعليّته وفاءً بالشرط.

ولازم ذلك أنّه لا يتصوّر في مثله تخلّف الشرط إلا بإباء المشروط عليه من إيجاد ما يمكن إيجاده من المقدّمات مع تمكّنه منها، أو عروض العجز عنها لعروض موانع.

وأما مع إيجاده لها فلا تخلّف في الشرط، ولو مع عدم صيرورة الزرع سنبلاً، لوضوح أنّ المتخلّف ليس بشرط، وما هو شرط لم يتخلّف.

وعلى الثاني، كما يصحّ الاشتراط بنحو شرط الفعل في الفرض الأخير، ويكون الحاصل في تخلّف الشرط ما تقدّم، ويترتّب على صحّته

عرفاً وشرعاً أمور. منها: سلطنة المشروط له على مطالبة إيجاد الشرط. ومنها: وجوب ذلك على المشروط عليه شرعاً وفاءً بالشرط. ومنها: ثبوت الخيار للمشروط عليه في فسخ العقد في فرض التخلّف. ومنها: وجوب ترتيب آثار الانفساخ على العقد على المشروط عليه بعد فسخ المشروط له، وفاءً بالشرط أيضاً.

كذلك يصحّ اشتراط صيرورة الزرع سنبلاً والتزام المشروط عليه به، لاناطة الالتزام العقدي من المشروط له بتحقّقه، سواء كان عالماً أو واثقاً بصيرورته سنبلاً أم محتملاً لذلك، بل ولو كان قاطعاً أو واثقاً بعدمه، وإن كان العقلاء بنوعهم لا يقدمون على ذلك كما سيجيء. وسواء كان هناك من المقدّمات الاعداديّة لذلك ما هو باختيار المشروط عليه أم لم يكن، أو كان ولكن قد تحقّق بحيث لا يبقى منه عمل يمكنه إيجاده بعد العقد وفاءً بالشرط. ولازمه لزوم العقد مع صيرورة الزرع سنبلاً، وثبوت الخيار في الفسخ للمشروط له مع تخلّفها، ولو لم يستند التخلّف إلى عمل من المشروط عليه.

وهذا ـ كما ترى ـ أمر دقيق نظريّ ينبغي أن يكون محلاً لكلام الأعلام وموردا للنقض والابرام.

والحقّ والتحقيق هو الثاني من شقّي الترديد، فانّا لا نرى وجهاً لاناطة صحّة الشرط ـ عرفاً وعقلاً وشرعاً ـ بكونه ممّا يمكن إلزام المشروط له أو الشارع المشروط عليه بايجاده، بل المناط في صحّته مجرّد صحّة الالتزام به في طريقة العقلاء وأخذه على العهدة. وأما صحّة الالزام به

وإمكانه فانّما هو من الآثار المترتّبة على الشرط إن كان عملاً من المشروط عليه لا في مطلق الشرط الصحيح.

ومن الواضح في طريقة العقلاء إمكان شرط مثل هذه الأمور الممكنة ذاتاً ووقوعاً بحسب العادة، وربط الالتزام العقدي بها، وإناطته بتحقّقها بأسبابها،وإمكان التزام المشروط عليهبها،وأخذتحقّقاتها بأسبابها الخارجة عن اختياره على عاتقه وعهدته، بل وقوع ذلك كثيراً كثرة تأبى عن كونه أمراً سفهيّاً صادراً عن النادر في النادر.

وأمّا أنّ صحّة الشرط لا معنى لها إلا وجوب الوفاء به، والوفاء به لامعنى له إلا إيجاده كما التزم به. فهو ممنوع جدّاً، بل القدر اللازم في إمكان الوفاء بالشرط إمكان عمل صادر من المشروط عليه جرياً على مقتضى الشرط. ولا ينحصر ذلك في إيجاد الشرط وتحقيقه. بل ذلك من خواصّ الشرط الّذي يكون إيجاده باختيار المشروط عليه.

وأما مطلق الشرط ـ سواء كان إيجاده بيد المشروط عليه أم أجنبيّاً عنه بالمرّة وخارجاً عن اختياره ـ فما يتحقّق به الوفاء فيه هو العمل الاختياري، أي: الجري العملي وترتيب آثار الانفساخ على العقد بعد فسخ المشروط له عند تخلّف الشرط، عملاً بمقتضى الشرط، وهو كون التزامه العقدي منوطاً بتحقّقه، بحيث يكون التزامه وجوداً تحت يده على تقدير تخلّفه.

وهذا ـ كما ترى ـ أمر ممكن الصدور من المشروط عليه، وقابل لايجابه عليه عقلاً وعرفاً وشرعاً، ومصحّح لانطباق عنوان الوفاء به عليه،

فلا مانع من شمول عموم وجوب الوفاء بالشرط لمثله.

كيف؟ وهذا هو المصحّح لشرط الخيار في العقد عندهم، مع أنّه ممّا لا يتصوّر فيه عمل يمكن أن يتحقّق من المشروط عليه وفاءً بهذا الشرط غير الالتزام العملي بصحّة فسخ ذي العقد. وأما العمل الاختياري الّذي به يوجد هذا الشرط فليس هو إلا نفس الالتزام بثبوت الخيار، أي: كون الالتزام العقدي من ذي الخيار تحت سلطنته. وهذا ليس هو الوفاء بالشرط، بل نفس الشرط وموضوع وجوب الوفاء.

ومن هناترى تسالم الأصحاب على صحّة اشتراط الأوصاف الفعليّة في العوضين، من دون نظر إلى كونها من الأوصاف الّتي يترقّب تحقّقها، ويكون إيجادها مقدوراً لناقل العوض، أو من الأوصاف الخارجة عن اختياره رأساً، ككون الفرس أسود أو أبيض أو الجارية من شأنها أن تلد، ونحو ذلك ممّا لا يحصى. أو تكون من الأوصاف الّتي بيد المشروط عليه إيجادها ولو بالتسبيب، ولكنّ المفروض تحقّق إيجادها قبل العقد والشرط، بحيث لم يبق منه إلا تسليم العوض الّذي به يتحقّق تسليم الوصف أيضاً بالتبع. ولكنّ الوصف في مثله لا ينفكّ تسليمه عن تسليم الموصوف. وتسليم الموصوف بنفسه ليس وفاءً بالشرط، بل هو وفاء بالعقد. فليس هناك عمل يصحّ اتّصافه بكونه وفاءً بالشرط، بحيث يكون اختياره فعلاً وتركاً بيد المشروط عليه، مع فرض وفائه بالعقد.

فمثل هذه الأوصاف إن كانت متحقّقة في الواقع فلا معنى لشرط تسليم المبيع متّصفاً بها، للغويّته، وعدم إمكان الانفكاك. وإن لم تكن

متحقّقة في الواقع فلا معنى لشرط تسليم المبيع متّصفاً بها، لعدم إمكان الوفاء بذلك. فلو كان المناط في صحّة الشرط هو كون ما اشترط أمراً بيد المشروط عليه اختيار إيجاده بنحو، لكان اللازم بطلان شرط مثل هذه الأوصاف مطلقا.

والقول بأن صحّة الشرط في مثلها قد ثبتت بالاجماع أمر لا محصّل له، لأنّ الاجماع لا يوجب معقوليّة ما ليس بمعقول.

فلولا أنّ المناط في صحّة الشرط هو وجوب الوفاء به بذلك المعنى المطّرد، لما كان للاجماع على صحّة شرط الأوصاف محلّ أصلاً. مع أنّ من الواضح أنّ مدرك الاجماع على صحّة شرطها ليس إلا عموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط.

وما ذكرناه وإن كان يقتضي صحّة شرط الأوصاف المترقّبة أيضاً، سواء كان إيجادها بيد ناقل العوض ومقدوراً له بنحوٍ أم لا، إلا أنّ التفرقة بينهما إنّما هو لأجل الغرر، كما سيأتي بيانه في الأمر الثالث.

هذا، وبالتأمّل فيما ذكرنا يظهر لك أنّه لا ينبغي الاشكال في صحّة شرط النتائج الّتي لا يتوقّف حصولها على سبب وصيغة خاصّة، كالوكالة ونحوها، وأنّ حالها كحال ما تقدّم من شرط الخيار، وقد عرفت أنّه لا يتصوّر فيه عمل اختياريّ من المشروط عليه في إيجاد الأمر المشروط إلا نفس التزامه في ضمن العقد الّذي هو موضوع عنوان الوفاء. ولا يعقل أن يتعنون بنفسه بعنوان الوفاء.

والمتصوّر في الوكالة من الأعمال الاختياريّة الصادرة من المشروط

عليه ـ المعنونة بعنوان الوفاء بالشرط ـ ليس إلا ترتيب آثار الصحّة على العمل الموكّل فيه الصادر ممّن اشترطت وكالته. وأنّ شرط مثل هذه كشرط الخيار في أنّه لا يتصوّر فيها التخلّف والتعذّر، حتّى يثبت خيار تخلّف الشرط، ويكون ترتيب آثار الانفساخ على العقد أيضاً عملاً متعنوناً بعنوان الوفاء بالشرط.

وجملة القول: أنّ ما هو المعتبر في صحّة الشرط ووجوب الوفاء به إمكان عمل من المشروط عليه يكون بيده اختيار فعله وتركه، ويكون هو المعنون بعنوان الوفاء بالشرط. وهذا يختلف بحسب اختلاف الموارد على ما عرفت.

الأمر الثاني: بناءً على اختيار الشقّ الأوّل من شقّي الترديد في الأمر السابق ـ أعني: اشتراط صحّة الشرط ووجوب الوفاء به بكونه فعلاً صادراً من المشروط عليه بنحوٍ مباشرة أو تسبيباً ـ فهل المناط في التسبيب والتوليد ـ بحيث يعدّ المسبّب والمولّد فعلاً مستنداً إلى فاعل السبب ـ أن لا يتخلّل بين المقدّمة الأخيرة الاختياريّة الصادرة من المشروط عليه وبين وجود ذلك الأمر المشترط أمر خارج عن اختياره، سواء كان ذلك من المؤثّرات القسريّة أم إرادة فاعل مختار آخر؟

أو المناط فيه مجرّد مدخليّة ما باختياره من المقدّمات في وجود ذلك الأمر المشترط، ولو كان من المقدّمات الإعداديّة فقط، بحيث يتخلّل بين المقدّمة الأخيرة الصادرة منه وبين وجود الأمر المشترط أمر خارج عن اختياره، من فاعليّة فاعل بالقسر أو إرادة فاعل مختار؟

فعلى الأوّل، لا يصحّ اشتراط جعل الزرع سنبلاً. وإنّما يصحّ شرط فعل ما باختياره من المقدّمات الدخيلة في بلوغ الزرع إلى أوان صيرورته سنبلاً. وتخلّف صيرورته سنبلاً ليس من تخلّف الشرط، مع فرض إيجاده ما هو باختياره من المقدّمات. وتخلّف ذلك منه لإباء أو تعذّر يعدّ تخلّفاً للشرط.

وعلى الثاني، كما يصحّ اشتراط تلك المقدّمات الاختياريّة فقط، ويكون حكم تخلّف الشرط فيها ما تقدّم، كذلك يصحّ اشتراط نفس النتيجة أيضاً، بمناط أنّها فعل توليديّ وتسبيبيّ له. ولا محالة يكون تخلّف صيرورة الزرع سنبلاً من تخلّف الشرط الموجب للخيار، ولو فرض إيجاد كلّ ما يتمكّن منه من المقدّمات الإعداديّة.

وهذا ـ كما ترى ـ أمر دقيق نظريّ، وربما يقوى في النظر الشقّ الأوّل، وفاقاً لشيخنا الأستاذ[1] العلّامة قدس سره لعدم استناد الفعل في مثله ـ لا عقلاً ولا عرفاً ـ إلى فاعل تلك المقدّمات، ولا يصحّ إسناده إليه إلا بنحوٍ من التوسّع والعناية، بخلاف الكتابة والخياطة والاحراق ونحوها، فإنّه يصحّ إسناد الفعل فيها حقيقة إلى كلّ من فاعل المقدّمات والقلم والابرة والنار ونحوها. وإنّما يستند الفعل في مثل تلك الفروض إلى فواعل الفعل الصادر منها بعد تهيّأ المقدّمات الإعداديّة. ولكنّ الأمر في ذلك هيّن عندنا بعد ما تقدّم من بطلان أصل الأساس، أعني: الشقّ الأوّل في الأمر السابق.

كما أنّه لا ينبغي الاشكال في أنّ التسبيب بالمعنى الأعمّ ـ الشامل

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

لكلا الفرضين منه ـ قد وقع موضوعاً للأحكام عقلاً وعرفاً وشرعاً، في أبواب ضمان الأموال والنفوس. وتعيين الضابط في ذلك ـ الّذي ربما يتفاوت عن ضابط صحّة التكليف ـ على عهدة محلّه.

الأمر الثالث: هل المناط في صحّة الشرط إن كان من الأمور الممكنة ذاتاً ووقوعاً بحسب العادة ـ سواء كان فعلاً للمشروط عليه مباشرة أو تسبيباً بالمعنى الأخصّ أو الأعمّ المتقدّمين، أم كان أمراً خارجاً عن قدرته بالمرّة، وعدم دخالته حتّى في مقدّماته الإعداديّة القريبة أو البعيدة، بناءً على صحّة الشرط في جميع هذه الفروض على ما قوّيناه ـ مجرّد الامكان الذاتي والوقوعي بحسب العادة، مع احتمال الوقوع، لاحتمال تماميّة علّته بوجود مقتضيه وتحقّق شرائطه وفقد موانعه، سواء صادف هذا الاحتمال الواقع أم أخطأ وانكشف استحالة تحقّقه في المورد الشخصي، لانتفاء بعض شرائطه أو لوجود مانع؟

أو المناط العلم أو الوثوق بتحقّقه في المورد الشخصيّ أيضاً، سواء صادف هذا العلم أو الاطمئنان الواقع أم أخطأ وانكشف استحالة الوقوع في المورد الشخصي، لعدم تماميّة علّة الوقوع؟

أو المناط مجرّد الامكان الذاتيّ والوقوعي بحسب العادة النوعيّة، سواء علم أو حصل الوثوق بتحقّقه الشخصي أو بعدم تحقّقه الشخصي أم احتمل ذلك؟

لاينبغي الاشكال في عدم كفاية مجرّد الامكان الذاتي والوقوعي بحسب العادة النوعيّة مع العلم أو الوثوق باستحالة وقوعه في المورد

الشخصي، للغويّة الشرط فيه، بمعنى لغويّة إناطة الالتزام العقدي من المشروط له بوجود الشرط، ولغويّة التزام المشروط عليه بتحقّقه. بل عدم تعقّل معنى للالتزام به عند العقلاء. فلا يعقل فيه الشرط حتّى يمكن ترتيب المشروط عليه الأثر العملي على فسخ المشروط له العقد عند تخلّفه، بعد أنّ المفروض العلم بتخلّفه من أوّل الأمر. فما هو المعقول في مثله إنّما هو شرط الخيار ابتداءً، لا بتوسيط اشتراط ذلك الأمر المقطوع بعدمه.

فيدور الأمر بين الاحتمالين الأوّلين. فربما أمكن أن يقال: إنّ المتعيّن هو الثاني منهما، نظراً إلى أنّه مع عدم العلم أو الوثوق بالتحقّق يكون الشرط في معرض عدم الحصول. وهو وإن لم يكن داخلاً في العوضين، وليس جزءاً منهما، ولذا لا يقسّط العوض على المعوّض وعلى ما اشترط معه من الشروط كالأوصاف، إلّا أنّ حال الشرط كحال الوصف في أنّ له المدخليّة في بذل المشروط له ماله عوضاً عن مال الآخر والرضا بالمبادلة بينهما. فله كالوصف حظّ من الماليّة والمطلوبيّة لا محالة. ومع كونه في معرض عدم الحصول يكون حاله كحال نفس العوض المحتمل التحقّق، في أنّه يوجب الغرر وبطلان العقد. ومعه يبطل الشرط أيضاً في البيع بخصوصه أو في مطلق المعاوضة، بناءً على ورود النهي عن مطلق[1] الغرر كوروده عن البيع[2] الغرري.

فبطلان الشرط فيه ليس لأجل عدم المقدوريّة الموجب لعدم إمكان

(١) لم نجده في الجوامع الحديثيّة، ونقله العلّامة في مختلف الشيعة ٥: ٢٤٥.
(٢) الوسائل ١٧: ٤٤٨ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

الوفاء به، بل لأجل عدم إحرازها الموجب لعدم إحراز إمكان الوفاء الموجب للغرر في العقد.

نعم، مع العلم أو الوثوق بتحقّقه لا محالة يرتفع الغرر عرفاً، أيّاً كان سبب حصول العلم أو الوثوق لهما.

ولكن يمكن المناقشة في ذلك: بأنّ الغرر في الشرط الساري إلى المعاوضة إنّما يتصوّر في الشرط المجهول، كأن يشترط في بيع داره من زيد أن يفعل له شيئاً أو يخيط له ثوباً ونحو ذلك. وأما مع تبيّن الشرط وكونه في معرض التحقّق وعدمه، فلا غرر ولا خطر في نفس المعاوضة. بل الخطر في كونها في معرض الجواز والفسخ، وهو ليس غرراً عرفاً قطعاً، وإلا فاللازم بطلان شرط الخيار مطلقا أو بشرط ردّ الثمن، وكونه موجباً لبطلان أصل العقد، مع أنّ اللازم باطل قطعاً.

ولا يقاس ذلك بالغرر فيما إذا كان نفس العوض محتمل التحقّق وعدمه، فانّ الغرر فيه في نفس المعاوضة من حيث خطر البطلان أو خروج المال عن مالكه بلا عوض. وكذلك في الجهالة بجزء العوض ـ أي: بمقداره ـ وأنّه منّ أو منّان مثلاً.

نعم، هنا شيء آخر، وهو أنّ ما هو المتعارف المعهود في طريقة العقلاء إنّما هو اشتراط ما يكون إمكانه الوقوعي محرزاً في شخص المورد بعلم أو وثوق، لا ما يشكّ في ذلك ولو مع إحراز الامكان الذاتي والوقوعي النوعي ولو بمقتضى الغلبة والعادة أو لوجود أمارات الامكان. بل يرون الشرط مع العلم الوجداني بتحقّقه في موطنه لغواً لا أثر له.

واحتمال عدم الوقوع على خلاف العادة لموانع أو بسوء اختيار المشروط عليه ـ إن كان الشرط من أفعاله الاختياريّة ـ لا يضرّ بالتزام المشروط عليه بتحقّقه، ولا بربط المشروط له التزامه العقدي بتحقّقه.

وعليه، فلا محيص عن انصراف أدلّة وجوب الوفاء بالشرط إلى هذا المتعارف، وعدم شمولها لما يشكّ في إمكان الوقوع واستحالته في شخص المورد، لانتفاء حقيقة الالتزام الاعتباريّ العقلائي فيه.

هذا، وبقي الكلام في أنّ المناط في صحّة الشرط مطلقا هل هو إمكانه الوقوعي واقعاً، بحيث لو أحرز الامكان كذلك بعلم أو وثوق، وتحقّق الشرط في ضمن العقد، ثم تبيّن عدم إمكان الوقوع واقعاً، لكان اللازم بطلان الشرط وعدم ترتّب أثر على تخلّفه؟

أو المناط فيها مجرّد إحراز الامكان بعلم أو وثوق، وبذلك يتحقّق الالزام والالتزام، فيكون مشمولاً لعموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط شمولاً واقعيّاً، لموضوعيّة ذلك الاحراز في صحّة الشرط وتحقّقه بالاعتبار. والتخلّف لا يوجب انقلاب الالتزام والربط الانشائي المحقّقين إلى عدمهما، غاية الأمر أنّه يرتّب على التعذّر أثر الشرطيّة، وهو كون الالتزام العقدي من المشروط له بيده بحسب إنشائه للشرطيّة؟

والتحقيق هو الثاني. وعليه تنطبق الفتاوى باثبات خيار التخلّف أو التعذّر في فرض تبيّن استحالة التحقّق أو التحقيق بسوء اختيار المشروط عليه أو معذوراً.

اعتبار كون الشرط أمراً سائغاً شرعاً

[الشرط الثاني]: أن يكون الشرط أمراً سائغاً شرعاً، أي: لا يكون فعل حرام أو ترك واجب مبغوض شرعاً وعقلاً.

واعتبار هذا الشرط في صحّة الشرط ـ وكذا الصلح والنذر والعهد واليمين بمناط واحد ـ ووجوب الوفاء به شرعاً، من الوضوح ـ بل البداهة ـ بمكان لا تحوم حوله شبهة، فانّ المتبادر عقلاً وعرفاً من إيجاب الشارع الوفاء بالنذر والعهد واليمين إنّما هو إحداث حقّ له من حيث مولويّته وسيادته على العباد، لوجوب طاعته وقبح معصيته، لا إحداث حقّ له من جهة وإبطال كلّ ما له من حقوق الطاعة في واجباته ومحرّماته. وكذلك الحال في إمضاء الصلح والشرط، فإنّ المتبادر منه إحداث حقّ للمتصالحين أو المشروط له، لا إبطال كلّ ما له من حقوق السيادة في واجبات دينه ومحرّماته.

وبالجملة، المتبادر من أدلّة صحّة هذه الأمور عرفاً ـ ومايستقلّ به العقل أيضاً ـ أنّ الشارع بامضائه لها وإيجاب الوفاء بها ليس بصدد جعل اختيار واجبات دينه ومحرّماته بيد العباد، بجعلهم في فسحة من وجوب طاعتها وقبح معصيتها ـ مع بقائها على حالها ـ بمقتضى التزامهم بترك طاعتها وارتكاب معصيتها. ولا بصدد جعلها بيد العباد باعدامها بمقتضى التزامهم بذلك.

بل إنّما هو بصدد الامضاء وإيجاب الوفاء ما لم يستلزم الاعذار في معصية واجباته ومحرّماته الدينيّة أو رفع الأحكام الثابتة في دينه، حتّى

ينتفي وجوب طاعته وقبح معصيته بانتفاء الموضوع. وحاصل الأوّل هو هذا الشرط، وحاصل الثاني هو الشرط الرابع الّذي سيأتي الكلام فيه.

واحتمال كون الأحكام الدينيّة بأجمعها مجعولة معلّقة على عدم عروض مثل هذه العناوين الثانويّة ـ المتضمّنة للالتزام بعدمها ـ احتمال سخيف لا مساغ له في دفع الشرط الرابع.

وأسخف منه احتمال رضا الشارع بترك طاعته وارتكاب معاصيه بشرط عروض مثل هذه العناوين، مع بقاء تكاليفه على ما هي عليه من المجعوليّة، إذ لا مساغ لذلك عقلاً في دفع هذا الشرط المبحوث عنه.

والأخبار[١] المتضمّنة لاستثناء الشرط المحلّل للحرام، أو المخالف[٢] للكتاب والسنّة، أو الصلح[٣] المحلّل للحرام أو المحرّم للحلال، والأخبار الدالّة على أنّه لا نذر[٤] أو لا عهد أو لا يمين[٥] في معصية الله، بأجمعها إرشاد إلى هذا الأمر البديهيّ المرتكز، لا أنّها مبيّنة لحكم تأسيسيّ تعبّدي تخصيصاً، كيف؟ ولو لم ترد هذه الأخبار في هذه الأبواب لكنّا نحكم أيضاً ببطلان هذه الأمور بأجمعها لو أوجبت الاعذار عن معصية تكليف أو قلب حكم دينيّ ثابت، بلا تأمّل وتردّد. وممّا ذكرنا يتبيّن لك الفرق بين الشرط الثاني والرابع، وأنّ الثاني يختصّ مورده بما إذا كان الشرط فعلاً أو

---

(١) الوسائل ٢١: ٣٠٠ ب «٤٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٢) الوسائل ١٨: ١٦ ب «٦» من أبواب الخيار. وكذا ص: ٢٦٧ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٤٣ ب «٣» من أبواب كتاب الصلح ح ٢.

(٤) الوسائل ٢٠: ٣٨٤ ب «٥» من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٥) الوسائل ٢٣: ٢٢٠ ب «١١» من أبواب كتاب الأيمان ح ٩.

تركاً اختياريّاً صادراً من فاعل مختار، وأنّه يشترط في صحّة اشتراطه أن يكون فعلاً أو تركاً سائغاً شرعاً، بأن لا يكون الفعل ممّا نهي عنه نهي إلزام، ولا يكون الترك تركاً لفعل أمر به أمر إلزام. وجامعه: أن لا يكون ما التزم به مخالفة وعصياناً لأمر أو نهي.

وأمّا الشرط الرابع، فيختصّ مورده بما إذا كان الشرط أمراً خارجاً عن سلطان المشروط له والمشروط عليه.

وملخّص الشرط: أن لا يكون الملتزم به جعل حكم تكليفيّ أو وضعيّ خارج عن قدرة غير الشارع، بأن لا يكون ضدّاً أو نقيضاً للحكم الشرعيّ التكليفي أو الوضعي الثابت في الدين، على ما يأتي تفصيله إن شاء الله.

هذا، وأمّا أنّ هذين الشرطين في صحّة الشرط ووجوب الوفاء به قابلان للتخصيص أم لا، فسيأتى الكلام فيه في الشرط الرابع إن شاء الله تعالى.

اعتبار كون الشرط ذا غرض عقلائي

[الشرط الثالث]: أن يكون الشرط ممّا فيه غرض عقلائيّ يعتدّ به، سواء أوجب زيادة الماليّة في أحد العوضين، كما في اشتراط أغلب الأوصاف الكماليّة، أم كان نفس الأمر المشروط ممّا له ماليّة نوعاً، كما في الشرائط الخارجة عن العوضين. وسواء كان ممّا يرغب نوع العقلاء في تحصيله بالاشتراط ونحوه أم لا. نعم، قد يعدّ عند العقلاء ممّا ينبغي

التوصّل إلى تحصيله، ولا يكون سفهيّاً. فما ليس فيه غرض عقلائيّ نوعيّ ولا شخصي لا يصحّ اشتراطه، ولا يجب الوفاء به، ولا يترتّب عليه الأثر.

والظاهر أنّه لا ينبغي الاشكال في اعتبار هذا الشرط في صحّة الشرط. وذلك: من جهة انصراف عمومات وجوب الوفاء بالشرط إلى الشروط الّتي يتداول ويتعارف عند العقلاء الالزام والالتزام بها، وانصرافها عن الالتزامات السفهيّة الّتي لا تكون كذلك، كما هو الشأن في أدلّة إمضاء المعاوضات من البيع ونحوه. والتأمّل في الضابطة المذكورة يغنينا عن التكلّم في الصغريات.

والظاهر صحّة اشتراط أن يكون العبد كافراً، لتعلّق غرض عقلائيّ معتدّ به بذلك، من حيث كونه جائز البيع من المسلم والكافر. وليس ذلك من إعلاء الكفر على الاسلام، كيف؟ وإلا لكان اللازم عدم جواز شراء الكافر ابتداءً، ولا بيع الكافر من الكافر كذلك.

اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة

[الشرط الرابع]: أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، أي: لايكون مخالفاً للدين وأحكامه.

واعتبار هذا الشرط ممّا لاينبغي الارتياب فيه، بعد أنّه مقتضى انصراف أدلّة إيجاب الوفاء بالشرط عرفاً، حيث إنّ الظاهر والمتبادر إلى الأذهان منها ليس إلا إمضاء الشروط الّتي تحدث عند العقلاء حقّاً للمشروط له على المشروط عليه، لا له أولهما على غيرهما، فضلاً عمّا إذا

كان ذلك الغير هو الله تعالى شأنه وأحكام دينه.

فأيّ شرط يحدث حقّاً على الغير أو على الله تعالى شأنه من حيث مخالفة تكاليفه الالزاميّة ـ كما هو مورد الشرط الثاني ـ أو تغيير قوانينه وأحكامه الوضعيّة أو التكليفيّة الالزاميّة وغيرها، فلا يحتمل اعتباره عند العقلاء، فضلاً عن احتمال امضاء الشارع ذلك على نفسه وقوانينه وسننه.

وبالجملة ـ مضافاً إلى أنّ المتبادر من أدلّة إيجاب الوفاء بالشروط بحسب المتفاهم العرفي إمضاؤها وإيجاب الوفاء بها من حيث إحداثها حقّاً للشارط على المشروط عليه، لا له أولهما على غيرهما أو على الشارع ـ إنّ ذلك ممّا يستقلّ به العقل أيضاً بالضرورة والبداهة، إذ ما هو المعقول عقلاً إنّما هو وجود مصالح بالنظر إلى نظام معاش الناس تقتضي إمضاء ما يحدث عندهم حقّاً لأحد على غيره من حيث إلزامه والتزام الآخر. وأما وجود مصالح تقتضي إمضاء الشارع لشروط تتضمّن إحداث حقّ للشارط أوله وللمشروط عليه على غيرهما، بحيث يوجب قصر سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم، وتكون في معرض الانسلاب بشروط الشارطين، أو يوجب تغيير الأحكام الثابتة في الدين بحسب المصالح والحكم البالغة المقتضية لجعلها، فتكون في معرض التغيّر والتبدّل بمقتضى شروطهم، فهو ممّا لا يحتمل عقلاً، بل احتماله ليس إلا احتمال الفوضويّة والهرج والمرج واختلال نظام العالم، وقد شرعت الشرائع وبعث الرسل وأنزلت الكتب لأجل سدّها.

وعليه، فاشتراط أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة ليس أمراً

تعبّدياً شرعيّاً متوقّفاً على قيام دليل سمعيّ عليه، بل هو عين ما يتبادر من أدلّة إيجاب الوفاء بالشروط وما يستقلّ به العقل، ولو لم تكن هناك تلك الروايات العامّة[١]. فهي في الحقيقة إرشاد إلى ما يستقلّ به العقل ويرتكز في أذهان العقلاء وأهل المحاورة.

ومن هنا يتّضح أنّ البحث في المقام عن مقدار مفاد تلك الروايات، وأنّ المراد من الكتاب الوارد في أغلبها هل هو خصوص القرآن الكريم لخصوصيّة فيه، أو المراد به الأعمّ منه ومن السنّة، كما يشهد بذلك جعل ولاء العتق لغير المعتق شرطاً مخالفاً للكتاب والسنّة في النبوي[٢]، مع أنّه حكم لم يثبت إلا بالسنّة، فيكون المراد مطلق ما كتب الله وقرّره من أحكام دينه؟

وأنّه هل المراد من هذا الشرط عدم المخالفة كما في بعضها، أو الموافقة كما في آخر، أو وجود الشرط في كتاب الله كما في ثالث؟

ونظير ذلك من الأبحاث مستغنى عنه، لوضوح أنّها بأجمعها منصبّة من مصبّ واحد ومفرّغة في قالب فارد بعبارات مختلفة، ومنها التعبير بتحليل الحرام وتحريم الحلال.

وأجمع عبارة فيها هي ما في مرسلة الغنية: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنّة»[٣].

والمراد منها أجمع أمر واحد، وهو أن لا يوجب الشرط حقّاً

---

(١) المتقدّمة في ص: ٨٠ ـ ٨١.

(٢) تقدّم ذكره في ص: ٥٩ .

(٣) غنية النزوع: ٢١٩.

للمشروط له أوله وللمشروط عليه على الدين وأحكامه وقوانينه، بحيث يكون لهما مخالفة التكاليف الثابتة في الدين وعصيانها كما هو مورد الشرط الثاني، أو تغيير الأحكام الثابتة في الدين ـ وضعيّة كانت أو تكليفيّة، إلزاميّة أو غيرها ـ كما هو مورد الشرط الرابع.

وقد عرفت فيما مرّ أنّ اعتبار كلا الشرطين أمر يستقلّ به العقل، ويستفاد من تلك الروايات الارشاديّة بمناط واحد. واختلاف مورد الشرطين ـ الموجب لعدّ الأصحاب ذلك شرطين ـ لا يستلزم تعدّد الدليل على اعتبارهما، على ما هو واضح.

وممّا ذكرنا يتّضح لك: أنّ اعتبار هذا الشرط في صحّة الصلح والنذر والعهد واليمين والشرط ونفوذها ووجوب الوفاء بها شرعاً بمناط واحد، وهو ما عرفت من استقلال العقل بذلك، وتبادره من أدلّة إيجاب الوفاء بهذه الأمور. وكلّ ما ورد في هذه الأبواب من الأخبار الدالّة على استثناء ما خالف الكتاب والسنّة، أو حلّل حراماً أو حرّم حلالاً، إرشاد إلى ذلك. وليس في شيء منها ـ بالنظر إلى اعتبار هذا الشرط ـ أمر تعبّدي يدور فيه مدار ما يستفاد من تلك الاستثناءات.

بل وكذلك الحال بعينها في وجوب إطاعة أمر الوالد على الولد، والزوج على الزوجة، والمولى على المملوك. وقد وردت نصوص خاصّة في موارد خاصّة بعدم وجوب طاعة هؤلاء فيما يزاحم حقوق الله تعالى شأنه، ويقتضي وجوب الطاعة فيه تغيير تكاليفه وارتفاعها أو وجوب عصيانه القبيح مع فرض بقائها. وقد أشير إلى ذلك ـ كما أشير إليه في

محلّ الكلام ـ بتعبير عامّ في بعض الأخبار من أنّه: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[١]».

فحقّ لنا أن نقول: إنّ الضرورة العقليّة قاضية باعتبار هذا الشرط في جميع هذه الأبواب بمناط واحد وضابطة واحدة.

وعليه، فنقول: إنّ مخالفة الشرط للكتاب والسنّة أمر متبيّن عقلاً وعرفاً من حيث مفهومها الكلّي وحقيقتها الجامعة، وإن هي إلا كون الشرط بالمعنى المصدري ـ أعني: الالزام والالتزام بشيء ـ ممّا يمنع عنه الكتاب والسنّة، إمّا لكون الأمر المشترط نقيض ما ثبت في الدين من الحكم أو ضدّه. أو لكونه عصياناً لتكليف ثابت في الدين. أو لكون نفس الالزام والالتزام أمراً مبغوضاً في الشرع، ومنهيّاً عنه نهي إلزام في الكتاب والسنّة، وإن لم يكن الشرط مخالفاً للشرع بأحد النحوين الأوّلين.

وعلى التقادير الثلاثة يصدق على الشرط بالمعنى المصدري عقلاً وعرفاً أنّه مخالف للكتاب والسنّة. وبمعنى جامع: يصدق عليه أنّه ممّا يمنع عنه الدين، ولا يمضيه الشارع.

توضيح ذلك: أنّ الأمر المشروط إمّا أن يكون حكماً من سنخ الأحكام الشرعيّة، أو فعلاً أو تركاً اختياريّاً من متعلّقات الأحكام الشرعيّة، أو أمراً عاديّاً تكوينيّاً خارجاً عن متعلّقاتها، لكونه أمراً خارجاً عن الاختيار، ودائراً مدار تحقّق أسبابه العاديّة التكوينيّة، كما في شرط

---

(١) الوسائل ١٦: ١٥٤ ب «١١» من أبواب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ح ٧، عوالي اللئالي ١: ٤٤٤ ح ١٦٤.

صيرورة الزرع سنبلاً بناءً على صحّة مثل هذا الشرط، على ما تقدّم تفصيل القول فيه في الشرط الأوّل.

لاخفاء في أنّ الثالث لا يكون شرطاً مخالفاً للدين والكتاب والسنّة ما لم يقم دليل خاصّ على مبغوضيّة نفس الالزام والالتزام به.

وعلى الأوّل، فإمّا أن يكون الأمر المشترط حكماً كلّياً بنحو القضيّة الحقيقيّة، أو حكماً شخصيّاً في مورد خاصّ وبالنظر إلى شخص خاصّ. وعلى التقديرين: فإما أن يكون الأمر المشترط حكماً تكليفيّاً ـ إلزاميّاً أو غير إلزامي ـ أو حكماً وضعيّاً يكون إيجاد مصداقه الخارجيّ الاعتباري بيد المكلّفين، كما في الملكيّة والحرّية والخيار بمعنى الجواز الحكمي ونحو ذلك. أو لا يكون إيجاده كذلك بيدهم، كما في الوراثة والطهارة والنجاسة ونحو ذلك.

فإن كان الأمر المشترط حكماً كلّياً أو شخصيّاً على وفق الحكم الثابت في الدين، كأن يشترط حرمة الخمر أو حرمة هذه الخمر على المشروط عليه. فهذا ليس مخالفاً للكتاب والسنّة ولا لأحكام الدين. ولكنّه شرط لأمر خارج عن قدرة المشروط عليه، لأنّ جعل الأحكام الشرعيّة بكلّيتها وبانطباقاتها الشخصيّة بيد الشارع لا بيد غيره.

وصحّة هذا الشرط محلّ للكلام والنظر على ما تقدّم في الشرط الأوّل. فلو قلنا ببطلانه فذلك لعدم إمكان الوفاء به، لكونه خارجاً عن تحت القدرة، لا لأجل كونه مخالفاً للكتاب والسنّة.

وإن كان الأمر المشترط حكماً كلّياً على خلاف الحكم الكلّي الثابت

في الشرع، لكونه نقيضه أو ضدّه. فاشتراطه مخالف للكتاب والسنّة، كما أنّه شرط لغير المقدور، ويقطع بعدم تحقّقه لا محالة. ولا يقاس بصيرورة الزرع سنبلاً ونظائرها ممّا يوثق أو يحتمل تحقّقه بلا اختيار.

وهذا الشرط باطل ـ لا محالة ـ من ناحيتين: عدم المقدوريّة والقطع بالانتفاء، ومخالفته للكتاب والسنّة. بل هو مع ذلك التزام تشريعيّ محرّم بالكتاب والسنّة، بل بالأدلّة الأربعة. ولا ضيرفي اجتماع هذه الجهات الثلاث المتلازمة في كونها علّة لبطلان الشرط وعدم امضائه شرعاً.

وهذا ـ كماترى ـ لافرق فيه بين الأحكام التكليفيّة ـ الالزاميّة وغيرها ـ والوضعيّة، كأن يشترط عدم حرمة الخمر، أو حلّية القمار، أو حرمة شرب الماء، أو وجوب صلاة الليل، أو كراهة الصلاة في المسجد، أو عدم وجوب الصلاة اليوميّة، أو عدم وراثة الآباء والأمّهات، أو وراثة الأجانب.

ولكن ما يهوّن الأمر أنّ هذا الشرط ـ كناب الغول ـ ممّا لا يتّفق حتّى يبحث عن حكمه، إذ حاله كحال اشتراط سقوط الصلاة المكتوبة عن الناس في صلح مسيلمة وسجاح وجعل ذلك صداقاً لها، في أنّه شرط لا يصدر من العاقل، وإنّما هو استهزاء بالدين وأحكامه.

هذا، وليس هناك في الأخبار وفتاوى الأصحاب ما يوهم جواز هذا الشرط أو الشكّ في صحّته. ولو شكّ في مورد في ترخيص الشارع في تغيير الحكم الكلّي بمثل الشرط ونحوه، فمقتضى حكم العقل، وانصراف الأدلّة، وإطلاق أدلّة حرمة التشريع، وإطلاق دليل ذلك الحكم الثابت في الشرع، بطلانه قاعدة عامّة، ما لم يقم دليل خاصّ على إمضائه الكاشف

عن الترخيص في تغيير الحكم. ولا محلّ في مثله للتمسّك بشيء من الأصول العمليّة مع وجود الأدلّة الاجتهاديّة.

وإن كان الأمر المشترط حكماً خاصّاً شخصيّاً على خلاف الحكم الكلّي الثابت في الشرع. فإن كان من جزئيّات الأحكام الخمسة التكليفيّة، كأن يشترط حلّية الخمر على شخص خاصّ دائماً أو في زمان خاصّ، أو حلّية خمر خاصّ كذلك، أو عدم وجوب الصلاة المكتوبة على شخص خاصّ دائماً أو في زمان خاص، أو عدم استحباب النافلة كذلك، أو عدم كراهة البول مستقبلاً للشمس مثلاً كذلك، أو عدم إباحة شرب الماء كذلك.

أو كان من جزئيّات الأحكام الوضعيّة الّتي ليس إيجادها بيد الناس، كأن يشترط طهارة النجاسات أو نجس خاصّ بالنسبة إلى شخص خاصّ مطلقا أو في زمان خاصّ، أو يشترط ولاء العتق لغير المعتق في مورد خاصّ، أو يشترط وراثة أجنبيّ لشخص خاصّ، أو يشترط عدم وراثة وارث خاصّ لشخص خاصّ.

أو كان من الوضعيّات الّتي اختيار إيجادها بسبب خاصّ بيد الناس ولكن اشترط تحقّقه بدون ذلك السبب في مورد خاصّ، كأن يشترط زوجيّة امرأة خاصّة لشخص خاصّ بلا عقد، أو يشترط كون مال خاصّ مبيعاً لشخص خاصّ بلا عقد.

فكلّ ذلك شرط مخالف للكتاب والسنّة، وتنفيها الأدلّة المثبتة لتلك الأحكام الكلّية. وشرط خارج عن تحت القدرة وممّا يقطع بعدم تحقّقه، لعدم جعل الشارع سلطنة للشارط والمشروط عليه على جعل مثل هذا

الحكم الخاصّ، كعدم جعله سلطنة لهما على جعل الأحكام الكلّية. ومع ذلك فنفس التزامها تشريع محرّم بالكتاب والسنّة بل بالأدلّة الأربعة. مضافاً إلى أنّه ممّا لا يتّفق وقوعه في أغلب فروضه، وإنّما يحتمل وقوعه في بعضها، على ما يظهر بالتأمّل فيها.

وعلى كلّ حال، فليس في الأخبار وفتاوى الأصحاب ما يوهم في مورد إمضاء الشارع لمثل هذا الشرط وإيجابه الوفاء به. ولا منشأ للشكّ واحتمال الامضاء. ولو فرض محالاً الشكّ في ذلك أو احتماله، فهو مندفع بحكم العقل وتلك الاطلاقات بلا حاجة إلى أصل عملي.

وأما إن كان الأمر المشترط من الوضعيّات الّتي بيد الناس اختيار إيجادها بلا اعتبار سبب خاصّ، كما في الخيار بمعنى الجواز الحقّي في العقود مطلقاً، سيّما في الخيارات المبنيّة على الاشتراط الصريح أو الضمنيّ النوعي، كما في خيار العيب والغبن والتأخير ونحو ذلك، وكما في التمليك غيرالمعوّض في الهبة، أو إباحة تصرّف الغير في المال في العارية، وكالنيابة عن المالك في التصرّف في ماله في باب الوكالة ونحو ذلك.

فاشتراط مثل هذه النتائج كما أنّه ليس اشتراطاً لأمر خارج عن قدرة الشارط والمشروط عليه، وليس تشريعاً يمنع منه الكتاب والسنّة والعقل والاجماع. كذلك ليس شرطا مخالفاً لأحكام الدين. كلّ ذلك لأجل أنّ المفروض أنّ إيجاد هذا المصداق ـ بأيّ سبب فرض ـ بيد الناس في طريقة العقلاء، وقد أمضاه الشارع كما هو عندهم. فالشارع ـ أي: الكتاب والسنّة ـ قد أثبت للناس تلك السلطنة على الايجاد أو الترك أو إعدام ما

وجد بأيّ سبب شاؤا وأرادوا.

وليس في الأخبار وكلمات الأصحاب ما يوهم فساد مثل هذا الشرط. ولا منشأ للشكّ والتردّد في صحّته ووجوب الوفاء به. ولو فرض الشكّ في ذلك فمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشروط صحّته ووجوب الوفاء به بلا حاجة إلى أصل عملي. ولكن ذلك مع فرض إحراز كون إيجاد المصداق باختيار المشروط عليه حتّى في المورد الخاصّ.

هذا، ومن الواضح أنّ هذا الحكم ـ أعني: جعل الشارع سلطنة للناس على إيجاد مصاديق هذه الوضعيّات ـ عامّ قابل للتخصيص لمصالح تقتضي ذلك. فلو قام الدليل على التخصيص وسلب تلك السلطنة في مورد خاصّ، كما في جعل الخيار في بيع عبدالكافر من المسلم أو هبة المصحف للكافر أو إباحة تصرّفه فيه، فلا محالة ينقلب الشرط عن كونه مقدوراً وغير مخالف للكتاب والسنّة إلى كونه غير مقدور ومخالفاً لهما، كما في الفرض السابق بعينه.

ولو شكّ في مورد واحتمل سلب هذه السلطنة، فلا محالة تكون الشبهة بالنظر إلى عموم وجوب الوفاء بالشروط شبهة مصداقيّة، من حيث التردّد في كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة وغير مقدور أو مقدوراً وغير مخالف. فلو كان هناك عموم دافع لهذا الشكّ كعموم سلطنة الناس على أموالهم، فلا محالة يرتفع به الشكّ ويدفع احتمال عدم المقدوريّة والمخالفة بلا حاجة إلى أصل عملي، وإلا فلا أصل موضوعيّ يحرز به مقدوريّة الشرط وموافقته للشرع أو عدمهما. والأصل الحكمي هي أصالة

البراءة عن وجوب الوفاء، وأصالة الفساد من حيث ترتّب الأحكام الوضعيّة، من كونه موجباً للخيار في العقد بتخلّفه أو تعذّره، بناءً على عدم سراية فساد الشرط إلى العقد، كما هو الحقّ على ما يأتي إن شاء الله.

كما أنّه لو شكّ في حكم وضعيّ خاصّ ـ كالوراثة أو عدمها ـ في أنّه من الأحكام المعلّقة على عدم الشرط على خلافها، حتّى لا يكون شرط عدمها أو ثبوتها مخالفاً للكتاب والسنّة، فلا حاجة في دفع هذا الاحتمال إلى أصل عملي، بل يكفي فيه نفس الاطلاقات المقتضية لارسال الحكم وعدم تعليقه على عدم الشرط.

ولو فرض وهن في الاطلاق بأحد الوجوه الّتي تأتي في الفرض الآتي، فلا محالة تسقط تلك الاطلاقات كما تسقط عمومات وجوب الوفاء بالشرط، وتصل النوبة إلى الأصل العملي. ولا أصل موضوعي يحرز به أحد الأمرين. والأصل الحكمي هو البراءة عن وجوب الوفاء، وأصالة الفساد بالنظر إلى الآثار المترتّبة على الشرط الصحيح، كما يأتي في الفرض الآتي حذواً بحذو.

وإن كان الأمر المشترط فعلاً أو تركاً اختياريّاً للمشروط عليه. فإن كان في نفسه ـ أي: الشرط وإيجاب الوفاء به شرعاً ـ ممّا يتعنون بعنوان العصيان والتمرّد، لكونه فعل حرام أو ترك واجب، فهو شرط مخالف للدين، ويمنع منه الكتاب والسنّة باثباتهما البعث والزجر المتعلّقين بهما بنفس عنوانهما مرسلاً، أي: بلا تقييد لهما بعدم الشرط على خلافهما.

وقيام دليل خاصّ في مورد خاصّ على كون الشرط مغيّراً للحكم،

لكونه مغيّراً للموضوع باعدامه لقيد الموضوع، الكاشف عن كون الحكم معلّقاًشرعاً على عدم الشرط على خلافه، وإن كان أمراً معقولاً ربما تقتضيه المصالح والأغراض الخاصّة في بعض الموارد، لخصوصيّة فيه في نظر الشارع، إلا أنّه أمر لا يحتمل عقلاً، ولا منشأ لاحتماله في شيء من أحكام الدين ـ تكليفيّة كانت أو وضعيّة، إلزاميّة أو غيرها ـ في غير ما عرفت من الوضعيّات الّتي يكون إيجاد مصاديقها بيد الناس.

والأدلّة المثبتة لتلك الأحكام مطلقا ـ سواء كانت لبّية أم لفظيّة، وسواء كانت في مقام البيان من سائر الجهات أم في مقام الاهمال والاجمال ومجرّد بيان أصل تشريع الحكم ـ لا محيص عن كونها مطلقة، وفي مقام البيان بالنظر إلى احتمال تعليقها على عدم الشرط على خلافها وتقييدها به، وأنّها أحكام مرسلة ليس بيد الناس تغييرها بشروطهم، وأنّها غير مقيّدة بذلك قطعاً ما لم يقم دليل خاصّ في مورد خاصّ يكشف عن كون الحكم فيه معلّقاً على عدم الشرط.

فهذا الاحتمال مندفع بنفس إطلاق تلك الأدلّة مطلقا، أي: في جميع الأحكام وأنواع الأدلّة. ولا حاجة في دفعه إلى أصل عمليّ. وليس هناك شكّ في مورد من الموارد في ثبوت هذا التعليق والتقييد، لوضوح إطلاق الأدلّة ـ بأنواعها في أنواع الحكم ـ من هذه الجهة بالحكم العقلي القطعي بكونها في مقام البيان من هذه الجهة لا محالة. ومجرّد الامكان لا يوجب أزيد من الاحتمال في كلّ مورد بخصوصه. وهو مندفع بذلك الاطلاق النوعيّ المحرز في الجميع.

نعم، ربما يقوم دليل خاصّ في مورد على ثبوت هذا التعليق فيه بخصوصه، فترفع اليد عن الاطلاق، ويبنى على وجوب الوفاء بالشرط بمقتضى نفس ذلك الدليل، لا بمقتضى عموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط.

وربما يقوم دليل خاصّ على وجوب الوفاء بالشرط على خلاف تكليف خاصّ، مع عمل جماعة به وإعراض آخرين عنه.

وربما تكون فتوى المشهور أو جماعة بصحّة الشرط على خلاف تكليف خاصّ، ويظنّ أنّهم استندوا في ذلك إلى دليل خاصّ قد ظفروا به. ونحو ذلك من الفروض.

وفي أمثال هذه الفروض لا محالة يكون احتمال كون دليل ذلك التكليف بخصوصه في مقام البيان من هذه الجهة موهوناً. فلا يمكن التمسّك باطلاقه في دفع ذلك الاحتمال ليثبت كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، وخارجاً عن تحت عموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط. كما لا يمكن التمسّك بعموم تلك الأدلّة، لعدم إحراز التعليق والتقييد بعدم الشرط، حتّى لا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة. فلا محالة تصل النوبة إلى الأصول العمليّة. ولا أصل موضوعي تحرز به المخالفة أو عدمها. والأصل الحكمي هي البراءة عن وجوب الوفاء، وأصالة الفساد في الشرط، وعدم ترتّب ما يترتّب على الشرط الصحيح من الأحكام. وأمّا أصالة البراءة عن ذلك التكليف المحتمل، فلا تثبت التعليق والتقييد الموجب لكون الشرط غير مخالف للكتاب والسنّة.

هذا، ولكن لم يتّفق في موارد التكاليف الّتي يشترط خلاف مقتضاها

بشيء من هذه الفروض قطعاً. فالتحقيق فيها ما عرفت من اقتضاء الاطلاق بطلان الشرط على الخلاف، ما لم يقم دليل خاصّ على وجوب الوفاء والصحّة، الكاشف عن ذلك التقييد بلاحاجة إلى شيء من الأصول العمليّة.

هذا، وإن كان الأمر المشترط فعلاً أو تركاً اختياريّاً غير متعنون بعنوان المعصية، لعدم تكليف متعلّق به شرعاً، مع قطع النظر عن وجوب الوفاء بالشرط، بل الحكم التكليفي المتعلّق به أحد الأحكام الثلاثة غير الالزاميّة، كأن يشترط فعل مباح أو مندوب أو مكروه أو تركها. فاشتراطه ليس مخالفاً للكتاب والسنّة، بمعنى أنّه ممّا لا يمنع منه الدين والكتاب والسنّة، ما لم يقم دليل خاصّ على كون نفس الالتزام بالفعل أو الترك فيها أمراً مبغوضاً ومحرّماً عند الشارع. فإن قام الدليل في مورد، فلا محالة يصير الشرط ممّا يمنع منه الدين بنفس هذا الدليل، وإلا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط بلا مانع من ناحية الكتاب والسنّة.

ولو شكّ في مبغوضيّة هذا الالتزام في مورد بمثل أحد المناشيء المتقدّمة في الفرض السابق، فلا محالة تكون أصالة البراءة عن حرمة الاشتراط حاكمة على عمومات وجوب الوفاء بالشروط، وموجبة لدخوله فيها، لارتفاع المنع الشرعي منه بها. ومع شمول هذه العمومات لا يبقى شكّ في صحّة هذا الشرط وضعيّاً حتّى يكون مجرى لأصالة الفساد.

ثم إنّه لو قام الدليل فيه فلابدّ من الاكتفاء بمقدار ما هو ظاهر فيه. فإن كان ظاهره مبغوضيّة هذا الاشتراط مطلقا ـ أي: في كلّ مباح مثلاً ـ فيبنى على العموم. وإن كان ظاهره الاختصاص بمباح أو مندوب أو مكروه

خاصّ، فلابدّ من الأخذ به، ولا يتعدّى عنه إلى غيره. ولو كان ظاهره مبغوضيّة خصوص الالتزام الدائمي فلابدّ من الأخذبه،ولا يتعدّى إلى غيره.

وبالجملة، مقتضى الأصل جواز الاشتراط في جميع هذه الفروض. وفرض حرمته على خلاف الأصل لابدّ له من دليل والاكتفاءبمقدار مدلوله.

وأما كون هذه الأحكام الثلاثة معلّقة ـ في أصل ثبوتها في الدين بمقتضى الكتاب والسنّة ـ على عدم شرط خلافها من الأحكام، أو على عدم الالزام والالتزام بأحد الطرفين من فعل متعلّقاتها أو تركها، وإلا فلا محالة يتغيّر الحكم بحسب اقتضاء ما تقتضيه تلك الالتزامات من حرمة الفعل أو وجوبه أو وجوب الترك أو حرمته. ولا يكون ذلك من مخالفة الشرط للكتاب والسنّة، بل يكون من انتفاء حكم الكتاب والسنّة، وتغيّره بتغيّر الموضوع وتبدّ له.

فقد عرفت أنّه أمر لا يحتمل عقلاً في شيء من أحكام الدين على الاطلاق، ما لم يقم دليل خاصّ في مورد خاصّ على كون حكم خاصّ ـ وضعيّ أو تكليفي، إلزاميّ أو غيره ـ معلّقاً في أصل تعلّقه بمتعلّقه على عدم الالتزام بما لا يقتضي الالتزام به. ومع عدم قيام الدليل الخاصّ لا محيص عن البناء على إطلاق الحكم وعدم تقيّده بعدم الالتزام على وفقه أو على خلافه في جميع الموارد. ومع ذلك كلّه فالشرط مخالف للدين ـ بمعنى أنّه ممّا يمنع منه الكتاب والسنّة ـ في الفروض الّتي قدّمناها، وغير مخالف له في الفروض الأخر.

هذا هو حقّ القول في المقام. ومعه يسهل تشخيص كون الشرط

مخالفاً للكتاب والسنّة أو غير مخالف لهما في جميع الموارد. ويسهل أيضاً تشخيص ما هو الحقّ في المسائل الّتي وقع الكلام في كون الشرط فيها مخالفاً للكتاب والسنّة أو غير مخالف لهما. ولكنّ البحث فيها من حيث فتوى المشهور أو فتوى جماعة بالصحّة أو الفساد، أو من حيث ورود النصّ الدالّ على الصحّة أو الفساد، أو تعارض النصوص في ذلك، كلّ ذلك على عهدة محلّه، ولا يسع المجال لتفصيل القول فيها في المقام.

هذا، وقد أفاد الشيخ العلّامة[1] قدس سره في المقام ضابطاً لكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة.

ملخّصه: انّ الحكم الّذي اشترط على خلافه إن كان حكماً ثابتاً على موضوعه مطلقا ـ أي: في حالتي وجود الشرط على خلافه وعدمه ـ فلا محالة يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة، لتعارض دليل ذلك الحكم مع دليل وجوب الوفاء بالشرط. ولازمه تقديم أدلّة تلك الأحكام على دليل وجوب الوفاء بالشرط تعبّداً بمقتضى نفس الاستثناء في عمومات وجوب الوفاء بالشرط.

وأمّا إن كان ثابتاً على موضوعه ولكن بلحاظه بنفسه ـ أي: مجرّداً عن شرط خلاف ذلك الحكم ـ فلا يكون شرط الخلاف مخالفاً للكتاب والسنّة، لعدم تعارض دليل ذلك الحكم مع دليل وجوب الوفاء بالشرط، لأنّ دليل ذلك الحكم لا يثبت الحكم إلا في حال التجرّد عن شرط الخلاف، ولا ينفيه دليل وجوب الوفاء بالشرط عند تحقّقه. وما يثبته دليل

(١) المكاسب ٦: ٢٦ ـ ٢٧.

وجوب الوفاء بالشرط من الوجوب أو التحريم عند تحقّق الشرط لا ينفيه دليل ذلك الحكم. فيعمل بكلّ منهما في مورده بلا تنافٍ.

ثمّ ادّعى أنّ الواجبات والمحرّمات الثابتة في الكتاب والسنّة كلّها من قبيل الأول، والأحكام الترخيصيّة الثابتة فيهما كلّها من قبيل الثاني. وأنّه لو شكّ في حكم ـ إلزاميّ أو غيره ـ أنّه من قبيل الأول أو الثاني، فالمتعيّن التمسّك بدليل وجوب الوفاء بالشرط، بمعونة أصل موضوعيّ هي أصالة عدم ثبوت ذلك الحكم في الشرع بنحو يخالفه الشرط.

ولكن لا يمكن تسليم شيء ممّا أفاده من إناطة مخالفة الشرط للكتاب والسنّة وعدمها بمعارضة دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل الحكم المفروض اشتراط خلافه وعدمها، لأنّه أمر باطل في نفسه، لابتنائه على أحد أمرين:

أحدهما: كون مفاد دليل وجوب الوفاء بالشرط ـ وهو نفس وجوب الوفاء ـ حكماً مضادّاً للحكم الثابت على موضوعه، كأن يكون ذلك الحكم أحد الأحكام الأربعة الباقية المضادّة للوجوب، أو مناقضاً له، كأن يكون الحكم الثابت هو نفي الوجوب المناقض لثبوت الوجوب.

الثاني: كون إيجاب الوفاء بمثل الشرط والصلح والنذر والعهد واليمين والاجارة وأمر الوالد أو الزوج أو السيّد ـ المفاد بأدلّة إيجاب الوفاء بهذه الأمور أو إيجاب طاعتهم ـ حاله كحال الأحكام الثابتة في موارد العناوين الثانويّة بأدلّتها ـ كالضرر والحرج والاضطرار والاكراه ونحو ذلك ـ في كونه رافعاً للأحكام الواقعيّة الثابتة بالعناوين الأوليّة، ومثبتاً لنقائضها أو

أضدادها في الواقع.

فكما أنّ وجوب الغسل أو حرمة شرب الخمر الثابتين بعنوانهما الأوّلي، لا محيص عن ارتفاعهما في الواقع وتبدّلهما إلى عدم الوجوب أو عدم الحرمة، الّذي لا محيص عن تحقّقه في ضمن أحد الأحكام الباقية، للتضادّ أو التناقض بين المفادين.

كذلك الحكم الثابت للشيء في نفسه ـ من أحد الأحكام الخمسة الثابتة بالعناوين الأوليّة ـ لا محيص عن ارتفاعه وتبدّله إلى نقيضه أو ضدّه عند عروض مثل الشرط ونحوه ممّا تقدّم، بحيث لو شرط فعل مندوب ووجب الوفاء به فلا محيص عن ارتفاع الندب وانقلابه إلى الوجوب، للتضادّ بين الحكمين. وكذلك لو استؤجر لاتيان مندوب ووجب الوفاء به، أو أمر الوالد بفعل مندوب أو مباح أو نهى عنه ووجبت طاعته. ولو شرط فعل مباح ووجب الوفاء به، فلا محيص عن ارتفاع إباحته وانقلابها إلى الوجوب. ولو شرط ترك مباح ووجب الوفاء به، فلامحيص عن انقلاب إباحته إلى الحرمة.

ولكن كلا الأمرين باطل.

أمّا الأوّل، فلأنّ التحقيق ـ على ما أوضحناه في محلّه في بيان حقائق الأحكام الخمسة ـ أنّ الايجاب المتعلّق بعنوان الوفاء أو الطاعة سنخه سنخ الوجوب المتعلّق بعنوان الطاعة في باب إطاعة أوامر الله تعالى شأنه ونواهيه، في أنّه ـ سواء كان إرشاديّاً إلزاميّاً، كما في وجوب طاعة الواجبات والمحرّمات، أم إرشاديّاً استحبابيّاً، كما في طاعة المندوبات

والمكروهات ـ لا تضادّ ولا تماثل بينه وبين الأحكام المتعلّقة بذات الأفعال والتروك، الّتي بها يتحقّق عنوان الطاعة أو الوفاء. فسواء أمر الوالد ـ مثلاً ـ بنفس الأمر الواجب أو الحرام أو المباح أو المندوب أو المكروه أو نهى عنه، أم أمر باتيانها بما أنّها محكومة بتلك الأحكام أو نهى عنه،فوجوب طاعته حكم قائم بنفس عنوان الطاعة،ولا يتضادّ ولا يتماثل مع الأحكام الشرعيّة القائمة بالعناوين المحكومة بتلك الأحكام.

بل في الفرض الثاني لا محيص عن تحقّق تلك الأحكام في الرتبة السابقة على وجوب الطاعة، حتّى يتمكّن الولد من فعل تلك الأفعال أو تركها بما هي محكومة بتلك الأحكام، وإلا فنفس الاتيان بذات العمل أو تركه بما هو عمل كذا ممّا لا يتحقّق به إطاعة أمر الوالد.

نعم، غاية ما في الباب عدم إيجاب الشارع طاعة الوالد لو استلزمت معصية الله تعالى شأنه. وذلك من جهة عدم رفع اليد عن طاعة تكليفه الثابت على الفرض، لا من جهة تضادّ إيجاب الطاعة أو تماثله مع حكمه الثابت على الفرض. كيف؟ وإلا لكان اللازم عدم وجوب طاعة أمر الوالد ونهيه حتّى فيما إذا أمربفعل واجب أو مندوب أو مباح أو مكروه، أو نهى عن فعل حرام أو مكروه أو مباح أو مندوب مطلقاً أو في خصوص الفرض الثاني. مع أنّه باطل قطعاً، إذ لم يستثن من وجوب طاعة الوالد إلّا ما تستلزم طاعته معصية الله تعالى شأنه، بأن يأمر بفعل حرام أو ينهى عن فعل واجب.

وكذلك الكلام في عنوان الوفاء في الاجارة والصلح والشرط والنذر

وأخويه. فلو استؤجر ـ مثلاً ـ لفعل محكوم في نفسه بأحد الأحكام الخمسة، أو شرط ذلك عليه في ضمن عقد لازم، أو حلف على ذلك، أو عاهد عليه أو نذره. فسواء تعلّقت الاجارة والشرط والنذر ونحوها بذات العمل المحكوم شرعاً بتلك الأحكام، أم بها بما أنّها محكومة بها، فوجوب الوفاء قائم بنفس عنوان الوفاء، ولا يتضادّ ولا يتماثل مع تلك الأحكام القائمة بنفس عناوين تلك الأفعال. بل لا محيص في الفرض الثاني عن تحقّق تلك الأحكام في الرتبة السابقة على رتبة وجوب الوفاء تحقّقاً فعليّاً حين الوفاء حتّى يتمكّن من الوفاء، وإلا فنفس إتيان ذات العمل ممّا لا يتحقّق به الوفاء في هذا الفرض.

نعم، غاية الأمر أنّه لم يوجب الشارع الوفاء بهذه الأمور لو استلزمت معصيته تعالى شأنه، بأن كان العمل المشروط أو المستأجر عليه أو المنذور ـ مثلاً ـ فعل حرام أو ترك واجب. بل لم يوجب الوفاء في باب النذر بمجرّد عدم استلزام المعصية، بل اعتبر كونه متعلّقاً بما هو محكوم بالوجوب أو الندب، كما في فعل الواجبات والمندوبات وترك المحرّمات والمكروهات.ولكن ذلك لأجل عدمرفع اليدعن طاعة واجباته ومحرّماته، لا لأجل تضادّ وجوب الوفاء أو تماثله مع تلك الأحكام الثابتة، وإلّا لكان اللازم عدم إيجاب الوفاء في فرض تعلّق الشرط أو الاجارة أو العهد واليمين ـ مثلاً ـ بفعل واجب أو ترك حرام، أو فعل مندوب أو مباح أو مكروه أو تركه مطلقاً أو في الفرض الثاني، مع أنّه باطل قطعاً.

وأمّا ما أفاده الأستاد[١] العلّامة قدس سره في أمثال هذه الفروض: من اتّحاد الحكم الأوّل مع وجوب الوفاء، واكتساب كلّ منهما من الآخر خواصّه من حيث الالزاميّة والتعبّدية، فهو ـ مع أنّه التزام بما لا ملزم له كما عرفت ـ أمر غير معقول في نفسه، على ما أوضحناه في محلّه.

وأمّا الثاني، فلبداهة أنّ عروض عنوان الوفاء بالاجارة أو الشرط أو الصلح أو النذر وأخويه، أو عروض نفس تحقّق هذه الأمور ـ أعني: الشرط والاجارة والصلح والنذر مثلاً ـ لا يغيّر نوع المصالح والمفاسد المقتضية لجعل تلك الأحكام الثابتة للعناوين الأوليّة، سواء كانت في جعلها أم في متعلّقاتها. ولا يحتمل كونها مغيّرة لها، أو محدثة لمصالح في نفس تلك الأفعال بعد خلوّها عنها في نفسها، حتّى تقتضي تلك المصالح والمفاسد الحادثة جعل أحكام أخر لنفس تلك العناوين الأوليّة غير ما كانت مجعولة لها لولا عروض هذه العوارض.

نعم،هو شيءممكن ذاتاً ووقوعاً في الجملة. ولكن لا سبيل إلى دعواه كلّياً.ولاطريق إلى إثباته في مورد خاصّ إلّا بدليل خاصّ على ما عرفت.

فلو استؤجر على أمر مباح أو شرط ذلك عليه، فلا يحتمل حدوث مصلحة في نفس ذلك الفعل موجبة لرفع إباحته وإثبات وجوبه. ولو شرط ترك أمر مباح أو مندوب أو حلف عليه، فلا يحتمل حدوث مفسدة في فعله موجبة لرفع إباحته وإثبات حرمته، أو حدوث مصلحة في نفس رفع الاباحة وجعل الوجوب. بل ليس هناك على مذهب العدليّة إلّا مصلحة

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

واحدة في عنوان الوفاء أو في جعل وجوبه. وهي لا تقتضي أزيد من جعل وجوب الوفاء أو الطاعة، وقد عرفت عدم تضادّه وتماثله مع الحكم الأوّلي المجعول.

وقد تحصّل من جميع ذلك: أنّ ما أفادهقدس سره من إناطة مخالفة الشرط للكتاب والسنّة وعدمها بتعارض دليل الحكم بالعنوان الأوّلي مع الحكم بعنوان الوفاء وعدم تعارضه، أمر باطل في نفسه. بل المناط ما عرفت من كون الشرط بالمعنى المصدري ممّا يمنع منه الدين والكتاب والسنّة، إمّا لكون الأمر المشروط ضدّاً أو نقيضاً للحكم الثابت في الدين، أو لكونه معصية للتكليف الثابت فيه، أو لكون نفس الالتزام أمراً مبغوضاً للشارع ومنهيّاً عنه بكتاب أو سنّة. وما لا يكون فيه شيء من ذلك فهو شرط غير مخالف الكتاب والسّنة، ولا يمنع منه الدين.

هذا، وقد أفاد الشيخ العلّامة[1]قدس سره ضابطة لتعارض دليل الحكم بالعنوان الأوّلي مع دليل وجوب الوفاء بالشرط.

ملخّصه: لو كان ذلك الدليل مثبتاً للحكم على الاطلاق ـ أي: سواء كان هناك شرط على خلافه أم لا ـ فالدليلان متعارضان. ولازمه تقديم دليل الحكم الأوّل، لكون الشرط فيه مخالفاً لذلك الدليل الّذي هو من الكتاب والسنّة. ولو كان مثبتاً للحكم في الجملة فلا تعارض بين الدليلين. ولابدّ من العمل بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لعدم كونه مخالفاً لذلك الدليل الّذي هو من الكتاب والسنّة.

---

(١) المكاسب ٦: ٢٦ ـ ٢٧.

ولكنّه أيضاً أمر فاسد لا يمكن تسليمه. إذ لا يخلو:

إمّا أن يريد من ذلك كون الدليل الأوّل في مقام البيان، وظاهراً في الاطلاق من حيث عروض عنوان الشرط وعدم عروضه، ومثبتاً للحكم في كلتا الحالتين. أو كونه في مقام الاهمال والاجمال من هذه الجهة، ومثبتاً للحكم في الجملة، والقدر المتيقّن منه حالة عدم عروض الشرط على الخلاف، كما هو الظاهر من بعض عباراته قدس سره.

ولازمه عدم إثبات الحكم الأوّل بذلك الدليل حتّى مع فرض عدم وجوب الوفاء بالشرط أيضاً، لانتفاء الدليل على ثبوته في مثله. وحينئذٍ فلابدّ من الرجوع إلى الأصول العمليّة في تشخيص الحكم الأوّلي لذلك العنوان. مع أنّ هذا باطل قطعاً، إذ لا ريب في إثبات الأحكام المتعلّقة بالعناوين الأوّليّة حتّى مع عروض عنوان الشرط ونحوه لولا وجوب الوفاء به شرعاً.

وإمّا أن يريد كون الدليل الأوّل مثبتاً للحكم على الاطلاق ـ أي: سواء كان مجرّداً عن الشرط أم معه ـ أو مثبتاً له بشرط التجرّد، كما يظهر من بعض تعبيراته.

ولازمه نفي ذلك الحكم في مورد الشرط بنفس مفهوم القيد في الدليل الأوّل بلا حاجة إلى أصل عملي. ومن دون فرق بين ما وجب الوفاء بالشرط شرعاً أم لم يجب. وهذا أيضاً باطل قطعاً، لعين ما تقدّم.

وإمّا أن يريد كون الدليل الأوّل مثبتاً لكون عنوان متعلّقه علّة تامّة للحكم المفاد فيه، بحيث لا يمكن أن يمنع منه عروض الشرط

ونحوه، أو مثبتاً لكونه مقتضياً في نفسه لذلك، فيمكن أن يمنع منه عروض الشرط ونحوه.

ولازمه إثبات ذلك الحكم حتّى مع عروض الشرط أيضاً ما لم يجب الوفاء به، لوضوح أنّ مجرّد الامكان لا يوجب الوقوع وفعليّة المنع ما لم يقم دليل على ذلك، وعموم وجوب الوفاء بالشرط يصلح دليلاً على ذلك.

وهذا هو الأظهر من كلماته قدس سره.

وملخّصه: أنّ الدليل إن كان ظاهراً في إثبات الحكم التنجيزي غير القابل للتغيّر بالشرط، فلا محالة يعارضه دليل وجوب الوفاء بالشرط وينافيه. ويكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة. ويلزم تقديم الدليل الأوّل.

وإن كان ظاهراً في إثبات الحكم الاقتضائي، بمعنى الحكم الّذي يقتضيه نفس العنوان الأوّلي في نفسه، مع إمكان انتفائه بعروض مانع كالشرط على خلافه. ففي مثله لا تعارض ولا تنافي بين الدليلين، بل يجمع بينهما بالعمل بالدليل الأوّل ما لم يعرض الشرط، وبالدليل الثاني مع عروضه، لكونه مثبتاً لمانعيّته.

وفيه: إنّ هذا مجرّد فرض وتصوّر، وإلّا فاثبات أدلّة الأحكام ـ بالعناوين الأوليّة ـ لمفاداتهاعلى نسق واحد في جميعها،وضعيّة كانت أو تكليفيّة، إلزاميّة أو غيرها. ولا يوجد دليل ـ في جميع أبواب الفقه ـ ظاهر في نفسه في أنّ الحكم المفاد فيه بنحو الاقتضاء والقابليّة للممنوعيّة بمانع.

وأما ما أفاده قدس سره: من أنّ أدلّة التكاليف الالزاميّة ـ من الواجبات والمحرّمات ـ كلّها من قبيل الأوّل، وأدلّة الأحكام الترخيصيّة أكثرها أو

كلّها من قبيل الثاني.

فهو أيضاً أمر باطل لا يمكن تسليمه، إذ لا نرى بالبداهة فرقاً بين الطائفتين، لا من حيث الظهور في الاطلاق، أو كونها في مقام الاهمال، لأنّ اللبّيات أو اللفظيّات الصادرة في مقام التشريع مهملة في الطائفتين، واللفظيّات مع تماميّة مقدّمات الحكمة ظاهرة في الاطلاق في الطائفتين.

ولا من حيث إثبات الحكم بالاطلاق أو بشرط التجرّد، حيث إنّ ظاهر الطائفتين ـ بالنظر إلى عروض عنوان الشرط وعدمه ـ هو الاطلاق وعدم التقيّد بعدم عروض ذلك العارض.

ولا من حيث إثبات الحكم التنجيزي أو الاقتضائي، لأنّ ظاهر إطلاق الطائفتين إثبات الحكم التنجيزي. وقابليّة تلك الأحكام للممنوعيّة بمانع ـ كالشرط ونحوه ـ أمر لا يستفاد من تلك الأدلّة في الطائفتين، بل يستفاد من نفس دليل وجوب الوفاء بالشرط لو فرض وجوب الوفاء به شرعاً.

وبالجملة، لا فرق بالبداهة من الجهات الثلاث بين قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللهَ قَرْضاً حَسَناً﴾[4] وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ

(١) المائدة: ١.
(٢) الأعراف: ١٥٧.
(٣) البقرة: ٤٣.
(٤) البقرة: ٢٤٥.

﴿وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[1].

فلم يبق في البين إلا ما عرفت من عدم وقوع تغيّر الأحكام الالزاميّة بالشرط ونحوه، وعدم وجوب الوفاء بالشرط على خلافها أبداً. وكثرة وقوع وجوب الوفاء بالشرط على خلاف الأحكام الترخيصيّة ـ بل عموم ذلك ـ بورود دليل خاصّ، على ما عرفت تفصيله.

وأما ما أفادهقدس سره من الأصل الموضوعي في موارد الشكّ ففساده غنيّ عن البيان، إذ الخارج عن عموم وجوب الوفاء هو الشرط المتّصف بكونه مخالفاً للكتاب والسنّة، والباقي تحته ـ لا محالة ـ هو الشرط المتّصف بأنّه غير مخالف لهما. وهذان الوصفان في الشرط المشكوك ليست لهما حالة سابقة حتّى تستصحب.

واستصحاب العدم الأزلي لنفس عنوان المخالفة أو عدمها بنحو استصحاب العدم المحمولي، لا ينفي الاتّصاف بالمخالفة عن الشرط الموجود، ولا يثبت اتّصافه بعدمها، إلا بالملازمة العقليّة ولسان الاثبات.

وأمّا استصحاب عدم ثبوت الحكم الأوّلي بنحو يخالفه الشرط، فليس إلا بمعنى استصحاب عدم ثبوت الحكم بنحو الاطلاق والتنجيز حتّى يخالفه الشرط. ومن الواضح أنّ الحكم المفروض إمّا أن يجعل بنحو الاطلاق والتنجيز غير القابل للممنوعيّة، أو بنحو الحكم الاقتضائي القابل لها، وليس شيء من ذلك ثابتاً سابقاً حتّى يستصحب.

وأمّا عدم ثبوت ذلك الحكم أزلاً لا بذاك النحو ولا بذاك، فهو وإن

---

(١) المائدة: ٢.

كانت له حالة سابقة، لانتفاء الجعل والمجعول، إلا أنّه لا يجري استصحاب عدمه المطلق، للقطع بالانتقاض. واستصحاب عدم الحكم الخاصّ ـ أعني: التنجيزي ـ لا يجدي في إثبات الوصف والخصوصيّة ـ المشكوك فيهما على الفرض ـ للحكم المجعول.

اعتبار عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد

[الشرط الخامس]: أن لا يكون الشرط منافياً لمقتضى العقد.

وليعلم: أنّ ما يشترط في ضمن العقود:

يكون تارة: منافياً لحقيقة العقد الاعتباريّة الانشائيّة، كأن يبيع الدار من زيد بمائة بشرط أن لايملك الدار أو لايملّكها للأجنبي، أو بشرط أن يبقى كلّ مال على ملك مالكه. أو يبيعه منّاً من الحنطة بنحو الكلّي بشرط أن يكون في ذمّة غير البائع. أو يرهن الدار بشرط أن لا يكون للمرتهن حقّ استيفاء دينه من ثمنها، أو بشرط أن يكون للراهن خيار في فسخ الرهن. أو يؤجر الدار بشرط أن لا تكون لها أجرة.

وضابطه: شرط أمر ينافي نفس المداليل المطابقيّة للعقود.

ويكون أخرى: منافياً لحكم العقد الثابت بمقتضى مدلوله الالتزامي، كأن يشترط في البيع عدم الخيار ولزوم العقد في فرض ظهور العيب أو الغبن. أو تأخير الثمن، أو عدم لزوم التسليم أو كون الثمن من النقد الرائج في البلد، ونحو ذلك ممّا كان يقتضيه العقد بنفسه ـ اقتضاءً عرفيّاً ـ بدلالة التزاميّة مبنيّة على ارتكاز اشتراط السلامة أو عدم الغبن أو عدم التأخير

أو نحو ذلك في أذهان النوع، ويكون مستغنى عن اشتراطه الصريح لذلك. ومرجع هذه الاشتراطات إلى جعل الشارط التزامه بالعقد ـ الّذي هو مدلول التزامي في مطلق العقود ـ معلّقاً على وجود هذه الأمور، بحيث لولا تحقّقها لكان أمر الالتزام بيده، إن شاء بقي عليه وإن شاء فسخ العقد. والشارع قد أمضى هذه الشروط الضمنيّة، وأثبت تلك الخيارات الّتي يقتضيها العقد بمدلوله الالتزامي.

ويكون ثالثة: منافياً لحكم العقد الثابت ابتداءً وبنحو التأسيس، كما في خياري الحيوان والمجلس، واللزوم بعد التفرّق ونحو ذلك.

ويكون رابعة: منافياً لحكم ثابت في الشرع، معلّق على ملكيّة مال أو زوجيّة امرأة لشخص، من السلطنة على التصرّفات والاستمتاعات، ووجوب الطاعة والنفقة ونحو ذلك.

وما يناسب جعله شرطاً آخر في صحّة الشرط، في قبال شرطيّة عدم كونه مخالفاً للكتاب والسنّة ـ ويبنى على اعتباره في صحّة الشرط حتّى مع صرف النظر عن بطلان الشرط المخالف للكتاب والسنّة ـ إنّما هو عدم كون الشرط منافياً لمقتضى العقد بالنحو الأوّل أو الثاني.

أمّا النحو الأوّل، فلوضوح أنّ الالزام والالتزام بما يناقض أو يضادّ حقيقة العقد الاعتباريّة يوجب عدم قصد إنشاء العقد الممضى شرعاً. وفي مثله ـ لا محالة ـ يبطل العقد والشرط معاً.

ولا يبتني سراية فساد الشرط إلى العقد على الخلاف في تلك المسألة، إذ الشرط الابتدائي لا يجب الوفاء به إجماعاً. ووجوب الوفاء به

في ضمن العقد يتوقّف على صحّة العقد عرفاً حتّى يصحّ الشرط كذلك ويمضى كلا الأمرين شرعاً. ومع قصد إنشاء الشرط لا محالة يبطل العقد عرفاً أيضاً، لانتفاء قصد إنشاء مضمونه، فلا محالة يبطل الشرط أيضاً عرفاً، إذ لا مدلول مطابقيّ للعقد يقصد إنشاؤه بالمطابقة، ولا مدلول التزاميّ له يقصد تعليقه على ذلك الأمر المشروط.

فلاحاجة في إبطال الشرط إلى التمسّك بكونه مخالفاً للكتاب والسنّة، وإن كان مخالفاً لهما أيضاً، حيث إنّ الشارع لم يمض من العقد والشرط في ضمنه إلا ما يكون منهما صحيحاً عرفاً. ولكنّ الشيء يستند إلى أسبق عليه. وعلّة الفساد في مثله انتفاء قصد حقيقة العقد الموجب للفساد عرفاً.

وهذا هو الاستدلال الصحيح لشرطيّة عدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد ـ بهذا النحو من المخالفة ـ في صحّة الشرط.

وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره من أنّ: وجوب الوفاء بالعقد في مثله ينافي وجوب الوفاء بالشرط. فلا مجرى له في هذا الفرض، لوضوح أنّ وجوب الوفاءبالعقد فرع تحقّقه،كما أنّ وجوب الوفاء بالشرط فرع تحقّقه، بمعنى الربط بين الالتزامين، والمفروض استحالة تحقّقهما في مثل الفرض.

وأمّا النحو الثاني، فهو وإن صحّ التعبير عنه بأنّه: شرط على خلاف مقتضى العقد، نظراً إلى كون الحكم الّذي شرط على خلافه ـ أعني: الجواز الحقّي والخيار ـ في العقد مقتضى المدلول الالتزامي لعقد البيع مثلاً، إلا أنّه لا وجه لاشتراط صحّة الشرط بعدم كونه على خلاف

(١) المكاسب ٦: ٤٤.

المدلول الالتزامي للعقد، لأن هذه المداليل الالتزاميّة مرجعها إلى تعليق الالتزام بالعقد على تحقّق ذلك الأمر الملتزم به بالارتكاز، وهو من شؤون سلطنة الناس على أموالهم، وجعل حقّ في الفسخ لأنفسهم، وبيدهم اختيار جعله وتركه. وجعل هذا الحقّ مقتضى إطلاق العقد الّذي تتحقّق معه الدلالة الالتزاميّة.

وهذا ـ أي: كون جعل هذا الارتباط بين الالتزامين وتركه من شؤون السلطنة، وإرادة جعله مدلولاً التزاميّاً للعقد ـ هو الموجب لكون ثبوت هذه الخيارات مقتضى المدلول الالتزامي للعقد، ولكن عند الاطلاق وعدم القرينة على عدم إرادة ذلك المدلول الالتزامي.

فشرط عدم هذه الخيارات كما أنّه لا ينافي تحقّق قصد إنشاء العقد حتّى يجري فيه الدليل السابق، كذلك لا ينافي المدلول الالتزامي للعقد أيضاً حتّى يجري فيه ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره من تنافي وجوب الوفاء بالعقد مع وجوب الوفاء بذلك الشرط، لوضوح أنّ الدلالة الالتزاميّة للعقد إنما هي مع الاطلاق وعدم القرينة الصارفة عن إرادتها. وأما مع القرينة فلا مدلول التزامي للعقد حتّى يقتضي وجوب الوفاء بالعقد الالتزام بذلك المدلول الالتزامي، والبناء على تحقّق الجواز والخيار. فلا مانع من وجوب الوفاء بالشرط، والبناء على لزوم العقد لزوماً حقّياً.

وأمّا النحو الثالث، فلا وجه لجعل الحكم الثابت للعقد من الشارع تعبّداً من مقتضيات العقد، حيث إنّ المفروض عدم اقتضائه له لا بمدلوله المطابقي ولا الالتزامي.

ولا معنى للتعبير عن الحكم المعلّق على موضوع بأنّه مقتضى ذلك الموضوع، فضلاً عن النحو الرابع الّذي لا ربط للحكم المفروض فيه بنفس العقد، بل هو حكم تعبّدي ثابت شرعاً للملكيّة ـ مثلاً ـ مطلقا، سواء تحقّقت بالبيع أم الهبة أم المصالحة أم الارث أم الصدقة أم الحيازة أم أخذ الدية ونحو ذلك. لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم مطلقا.

فالتحقيق أنّ الشرط على خلاف هاتين الطائفتين إن كان باطلاً فمن جهة كونه خلاف الكتاب والسنّة. وقد عرفت ضابطة المخالفة وبطلان الشرط وعدمهما في الشرط السابق، ولا حاجة إلى الاعادة.

نعم، هنا فرض خامس، وهو شرط عدم ترتيب شيء من الآثار المترتّبة على الملكيّة أو الزوجيّة على المبيع أو الثمن أو الزوجة في البيع أو النكاح، فإنّ هذا الشرط وإن كان لا ينافي قصد إنشاء العقد، وهو واضح، إلا أنّه يوجب ـ لا محالة ـ لغويّة إنشاء البيع أو النكاح عند العرف والعقلاء. ويتّجه فيه الاستدلال بما أشار إليه الشيخ العلّامة قدس سره من أنّ وجوب الوفاء بالعقد يتناقض مع وجوب الوفاء بالشرط، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد إلا ترتيب الأثر العملي الخارجي على تحقّق موضوعه، وهو لا يمكن مع الوفاء بذلك الشرط. فإمّا أن يتعارضا ويتساقطا، فيبطل العقد والشرط. أو يقال: بأنّ شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط متأخّر طبعاً عن شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد، فلا محيص عن شمول الثاني في الرتبة السابقة، ولا يبقى معه محلّ لشمول الأوّل، فيلغو الشرط لا محالة.

اعتبار عدم كون الشرط مجهولاً

[الشرط السادس]: أن لا يكون الشرط مبهماً ومجهولاً جهالة توجب الغرر في البيع، كأن يبيع الدار بمائة بشرط أن يعمل له عملاً أو يملّكه مالاً أو يكون له الخيار في مدّة. ولولا سراية غرر الشرط إلى البيع لكان التفكيك بينهما ممكناً، بالقول بصحّة البيع وبطلان الشرط، نظراً إلى نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن مطلق الغرر في الحديث المرسل عنه صلى الله عليه وآله، بناءً على جبر سنده باستناد الأصحاب إليه في غير البيع من سائر العقود.

إلا أنّ الحقّ ـ كما اعترف به الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ أنّ غرر الشرط ـ لا محالة ـ يسري إلى البيع، لأنّ الشرط وإن لم يكن جزءاً من العوضين حقيقة، ولا يقسّط عليه العوض، ولا ينوط به التراضي بالبيع، إلا أنّه كالجزء من أحد العوضين، لدخالته في بذل العوض في مقابل العوض الآخر ولو بنحو الداعي وتعدّد المطلوب. ولذا يكون الالتزام العقدي منوطاً بتحقّقه لا محالة، وإن كان العقد غير منوط به. والغرر في تلك الاناطة ـ من حيث جهالة ما أنيط به الالتزام العقدي ـ غرر في نفس البيع لا محالة. وبعبارة أخرى: الغرر في كمال المطلوب كالغرر في أصل المطلوب في كونهما موجبين لبطلان البيع، ومعه يبطل الشرط لا محالة.

اعتبار عدم استلزام الشرط أمراً محالاً

[الشرط السابع]: أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال، بمعنى أن

(١) المكاسب ٦: ٥٢.

لاتكون صحّته مستلزمة للمحال، وإن كان فرض صحّته ووجوب الوفاء به مستلزماً لفساده وعدم وجوب الوفاء به، كما إذا نذر أن تكون داره لزيد على تقدير وجوب كنس المسجد مثلاً عليه بنحو نذر النتيجة ـ بناءً على صحّة مثل هذا النذر ـ ثمّ باع داره من عمرو بمائة مثلاً، وشرط عمرو في شرائه عليه أن يكنس المسجد. فإنّ وجوب الوفاء بهذا الشرط لا يكون إلا بالبناء على كون الدار حين بيعها ملكاً لزيد، كما هو مقتضى النذر، لأنّه إنّما نذر خروجها عن ملكه إلى ملكه، لا خروجها من ملك الغير إلى ملكه. والبناء على ذلك مستلزم لفساد البيع، وكونه مالكاً للثمن بلا مبيع. وفساده مستلزم لفساد الشرط وعدم وجوب الوفاء به. وهو واضح.

وهذا الشرط ـ كماترى ـ لا ربط له بكون الشرط خارجاً عن القدرة حتّى يستغنى عنه باشتراط مقدوريّة الشرط، لوضوح مقدوريّة الشرط ـ وهو كنس المسجد ـ والوفاء به. نعم، عدم معقوليّته لأجل استلزام فرض وجوده لعدمه.

ثم إنّ الكلام في المثال الّذي نقله الشيخ العلّامة قدس سره[1] عن العلّامة في التذكرة من أنّه: «لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إيّاه لم يصحّ، سواء اتّحد الثمن قدراً ووصفاً وعيناً أم لا، وإلا جاء الدور، لأنّ بيعه له يتوقّف على ملكيّته له المتوقّفة على بيعه، فيدور[2]».

والظاهر أنّ الضمير المجرور في «بيعه» يعود إلى المشتري،

(١) المكاسب ٦: ٥٣ ـ ٥٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٥١.

وفي «له» إلى البائع.

وعليه، فلزوم الدور ـ لا محالة ـ يبتني على مقدّمة مطويّة، وهي توقّف بيع البائع المال إيّاه ـ وانتقاله من ملكه إلى المشتري ـ على تحقّق الشرط، وهو بيع المشتري المال منه بعد صيرورته ملكاً له، من باب توقّف تحقّق المشروط على تحقّق شرطه، أو من باب أنّ فساد الشرط يستلزم فساد المشروط. فصحّة المشروط تتوقّف على صحّة الشرط، أي: أنّ تحقّق البيع يتوقّف على تحقّق الشرط، وتحقّقه يتوقّف على تحقّق الملكيّة للمشتري والخروج عن ملك البائع، وهو متوقّف على صحّة البيع. فصحّة البيع الأوّل تتوقّف على صحّة نفسه.

وهذا ـ كماترى ـ أمر لا ربط له بمسألة عدم حصول الملك في زمن الخيار كما هو مذهب الشيخ[1] قدس سره، حتّى يقال[2]: إنّ كلمات العلّامة قدس سره مشحونة بانكار ذلك، وأنّ الملك يحصل بمجرّد العقد حتّى في من الخيار.

نعم، لازم ما أفاده قدس سره عدم تحقّق الملكيّة في صورة اشتراط شيء قبل حصول ذلك الشرط، سواء كان هناك خيار أم لا، وسواء كان الزمن زمن الخيار أم لا.

ولكن ما أفاده قدس سره باطل جدّاً، لابتنائه على زعم أنّ شرط شيء في ضمن العقد إنّما هو بمعنى جعله شرطاً باصطلاح أهل المعقول، أي: ما يتوقّف عليه وجود الشيء، ويلزم عدمه من عدمه.

---

(١) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩).

(٢) القائل هو الخوانساري في منية الطالب ٢: ١٢١.

وهو وإن كان أمراً معقولاً في نفسه، إذ ليس معناه إلا تعليق وجـود شيء على وجود شيء آخر، وإناطته ـ وجوداً وعدماً ـ بوجوده وعدمه، كما هو الشأن في تعليق العقود المبطل لها بالاجماع.

إلّا أنّه أمر غير واقع في الشروط الملتزم بها في ضمن العقد. بل الواقع فـيها ليس إلا إلزام المشـروط له بـايجاد شـيء إلزاماً وضـعيّاً، والتـزام المشروط عليه بايجاده، من دون تعليق العقد لا على التزام المشروط عليه ولا على تحقّق الأمر الملتزم. فمضمون العقد ـ وهو المبادلة بين العوضين من حيث المملوكيّة في البيع مثلاً، الّذي هو مدلول مطابقيّ له ـ قد أنشيء مرسلاً وبلا تعليق. وإنما علّق المشروط له التزامه بالعقد ووفاءه به على تحقّق ذلك الأمر الملتزم.

وهذا هو السرّ في أنّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد ولا ثـبوت الخيار من ناحية تخلّفه. كـيف؟ وإلا فكـان اللازم فسـاد العـقد بـتخلّف الشرط أو تعذّره. بل فساد العقد رأساً مع اشـتراط شـيء فـيه، للـتعليق المبطل للعقود بالاجماع.

وعليه، فصحّة البيع الثاني في المثال وإن توقّفت على عـدم مـالكيّة البائع الأوّل للمبيع حين البيع الثاني، ومالكيّة المشـتري الأوّل له حـينه. وهما متوقّفان على صحّة البيع الأوّل المستلزمة لخروج المبيع عن ملك البائع الأوّل،وصيرورته ملكاً للبائع الثاني.إلّا أنّ صحة البيعالأوّل لاتتوقّف على تحقّق البيع الثاني وصحّته، لما عرفت. وكذلك لزوم البيع الأوّل وإن توقّف على تحقّق البيع الثاني وصحّته، إلا أنّ تحقّق البيع الثاني وصحّته

لايتوقّفان على لزوم البيع الأوّل، بل على صحّته. فلا دور ولا محذور.

ثم إنّه لو أغمض عن ذلك، وسلّم توقّف صحّة البيع على تحقّق شرطه المستلزم للدور، فكما يلزم الدور في صورة اشتراط بيع المشتري المال من البائع، كذلك يلزم في صورة اشتراط بيعه من الأجنبيّ أيضاً بلا فرق بينهما، إلا من جهة أنّ استحالة تحقّق بيع المشتري المبيع من البائع بعد صيرورته مالكاً بدون صحّة البيع الأوّل، وتوقّف ذلك على صحّة البيع الأوّل، من ناحيتين. إحداهما: صيرورة البائع الأوّل غير مالك للمبيع ليتمكّن المشتري من بيعه إيّاه، حيث إنّه لا يعقل تمليك مال الشخص له، لكونه من تحصيل الحاصل. والثانية: صيرورة المشتري مالكاً للمبيع ليتمكّن من إخراجه من ملكه إلى ملك البائع، وإلا فلا يعقل تحقّق البيع منه بعد أنّه معاوضة بين المالين.

وأما توقّف صحّة بيع المشتري المبيع من الأجنبيّ على صحّة البيع الأوّل، فالاستحالة فيه من ناحية واحدة، وهي مالكيّة المشتري للمبيع ليتمكّن من إخراجه من ملكه إلى ملك الأجنبيّ، حيث إنّ المفروض أنّ الشرط في البيع الأوّل إنّما هوبيع المشتري المبيع من البائع أو الأجنبيّ بما أنّه ملك للمشتري لا بما أنّه ملك للبائع. ومجرّد إمكان بيع المشتري ملك البائع من الأجنبيّ وكالة أو فضولة لا ربط له ببيعه بما أنّه مال نفسه في الفرضين.

فما أفاده‌قدس‌سره من الفارق بين الفرضين غير فارق جدّاً.

وأما ما يقال في وجه بطلان البيع في المثال المفروض: من أنّ البائع

غير قاصد للبيع، أي: إخراج المبيع من ملك نفسه وإدخاله في ملك المشتري، حيث إنّه يريد بقاءه في ملكه دائماً.

فهو باطل جدّاً، إذ قصد إرجاع المبيع إلى ملكه ـ بمقتضى الشرط ـ بعد خروجه عنه ـ بمقتضى البيع ـ غير منافٍ لقصد تحقّق البيع، بل مؤكّد له على ما هو واضح.

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّه لو سلّم لزوم الدور وكذلك منافاة الشرط لقصد الاخراج من الملك، فلازمهما بطلان البيع بشرط وقف المبيع على البائع وذرّيته. وكذلك لازم الدور بطلان البيع بشرط رهن المبيع على الثمن. مع أن العلاّمة[1] قدس سره قد صرّح بالصحّة في الفرضين.

بقي هنا شيء: وهو أنّ ظاهر كلام الأستاد[2] العلاّمة قدس سره تسالم الأصحاب على بطلان بيع شيء بشرط بيعه من البائع.

ونحن في ريب من تحقّق هذا التسالم. وعلى فرضه فلابدّ أن يكون تسالماً على حكم تعبّدي، أو مبنيّاً على الاستظهار من الأخبار[3] الواردة في النسيئة. وهو أن يشتري الانسان شيئاً نسيئة، ثم يبيعه من البائع نقداً بأقلّ من ثمنه الّذي في ذمّته. وهي دالّة على أنّه: إن كان المشتري بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكان البائع أيضاً بالخيار إن شاء اشتراه وإن شاء لم يشتره، فلا بأس.

وظاهرها نفي البأس في صورة عدم الاشتراط وإثباته في صورة

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٦١ و ٢٧٤.

(٢) المحقّق النائيني قدس سره.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ٤١ ـ ٤٢ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤.

الاشتراط. بناءً على إرادة بطلان البيع الأوّل من البأس المفاد في صورة الاشتراط. كلّ ذلك بالغاء الخصوصيّات فيها، من كون الشراء نسيئة والبيع نقداً، والثمن في البيع الثاني أقلّ منه في البيع الأوّل.

اعتبار ذكر الشرط في متن العقد

[الشرط الثامن]: أن يكون الشرط مذكوراً في متن العقد. فلا يجب الوفاء بشرط التباني.

وليعلم أنّ هنا صوراً:

فتارة: يكون الالزام والالتزام بشيء ـ كخياطة الثوب مثلاً ـ ابتداءً وبلا مسبوقيّة بعقد ـ كالبيع مثلاً ـ أو تعقّبه له.

وتارة أخرى: يكون الالتزام بشيء مع تعقّبه لبيع، ولكن بلا ابتناء ذلك الشرط على ذلك البيع، لا لفظاً ولا قصداً.

وتارة ثالثة: يكون الالتزام بشيء بعد تحقّق البيع مثلاً، ولكن بلا ابتناء ذلك الالتزام على ذلك البيع.

وتارة رابعة: يكون الالتزام بشيء في ضمن إنشاء عقد البيع، كأن يقول: بعتك الدار بمائة، فيقول: قبلت والتزمت بخياطة ثوب لك. ولكن بلا ارتباط بين الانشائين، لا لفظاً ولا قصداً، بل الانشاءان اقترنا واجتمعا في كلام واحد.

وتارة خامسة: يحصل التباني قبل العقد على بيع الدار بمائة بشرط التزام المشتري بخياطة ثوب مثلاً. ثمّ ينشأ البيع بقصد الابتناء، ولكن بلا

إشارة في اللفظ إلى ذلك، تعويلاً على ما جرى بينهما.

وتارة سادسة: يحصل التباني قبل العقد، مع الاشارة إلى ذلك في ضمن العقد إجمالاً لا تفصيلاً، كأن يقول بعد التباني: بعتك الدار بمائة على ذلك الشرط، فيقول: قبلت.

وتارة سابعة: التصريح بالاشتراط في متن العقد تفصيلاً، سواء كان هناك تبانٍ قبل ذلك أم لا. كأن يقول: بعتك الدار بمائة بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقول: قبلت.

والصور الأربع الأول كلّها شروط ابتدائيّة، أي: التزامات غير مرتبطة بالتزام آخر. ولا ينبغي الاشكال في فسادها جميعاً، بمعنى عدم وجوب الوفاء بها، وعدم إيراثها جوازاً في البيع. إمّا لعدم صدق الشرط إلا على الالتزام المرتبط بالتزام آخر كما قوّيناه،فلاتشملها عمومات وجوب الوفاء بالشرط. أو للاجماع تعبّداً على خروجها عن تلك العمومات، بناءً على كون معنى الشرط ـ عرفاً ولغة ـ عامّاً يشمل الالتزامات الابتدائيّة أيضاً.

وأما الصورة السادسة والسابعة، فلا ينبغي الاشكال في صحّة الشرط فيهما، وترتيب الآثار عليه ووجوب الوفاء به، إذ هما القدر المتيقّن من تلك العمومات، بعد أنّ المفروض فيهما إنشاء الالتزامين والارتباط بينهما أيضاً، فلا يبقى منشأ للشكّ في شيء منهما.

إنّما الاشكال في الصورة الخامسة. ومنشأ الاشكال: أنّ حال الالتزام الشرطي ـ أي: ربط التزام بالتزام آخر وابتناء أحدهما على الآخر ـ هل هو كحال الالتزامات العقديّة والايقاعيّة، في أنّه ـ في طريقة العقلاء ـ من

الأمور الانشائيّة الّتي لا يكفي في تحقّقها مجرّد القصد القلبي، بل لابدّ فيها من إنشاء قوليّ أو فعلي؟

أم لا، بل هو ممّا يتحقّق بمجرّد إنشاء كلا الالتزامين بقصد ابتناء أحدهما على الآخر بلا حاجة إلى إنشاء قوليّ أو فعليّ لذلك الابتناء؟

فعلى الاوّل، لا يصحّ شرط التباني، ولا يرتّب عليه الأثر عرفاً. فلا يجب الوفاء به شرعاً أيضاً، لانصراف أدلّة إمضاء الانشائيّات المتعارفة بين العقلاء إلى ما هو صحيح ومتعارف عندهم. فكما أنّ دليل إمضاء البيع منصرف إلى ما هو بيع وصحيح عرفاً وعند العقلاء، كذلك عمومات وجوب الوفاء بالشرط منصرفة إلى ما هو صحيح ومتعارف من الشرط عند العقلاء.

وعلى الثاني، يصحّ ويرتّب عليه الأثر عرفاً. ويجب الوفاء به شرعاً بمقتضى تلك العمومات بعين ذلك البيان.

والتحقيق: أن الظاهر من طريقة العقلاء هو الأوّل. فهو المتيقّن من أدلّة وجوب الوفاء بالشرط. وعليه، فشرط التباني لو لم ينشأ لفظاً ـ ولو كان الابتناء مقصوداً للمتبايعين ـ يشكّ في صحّته وفساده. وأصالة الفساد في الشرط وأصالة اللزوم في العقد تقتضيان فساد هذا الشرط، وعدم ترتيب آثار الصحّة عليه.

ولعلّ المتأمّل في كلماتهم قدس سرهم في أبواب الفقه تطمئنّ نفسه بأنّ هذا هو المشهور بين الفقهاء بل المتسالم عليه بينهم.

وأما الاستدلال على صحّة هذا الشرط: بأنّ رضاهما بالعقد كان معلّقاً

في قصدهما على تحقّق ما بنيا عليه في خارج العقد، فلا محالة يكون البيع على تقدير عدمه تجارة لا عن تراضٍ.

فقد عرفت فساده مراراً، وأنّ المرتكز عند العقلاء في باب الشروط هو تعدّد المطلوب، وعدم كون الرضا بأصل العقد معلّقاً على ذلك الشرط أو مقيّداً به. والمعلّق عليه هو المدلول الالتزامي للعقود، ولا ينتج تخلّف الشرط معه إلا جواز العقد حقّياً لا فساده رأساً.

كما أنّ الاستدلال على الصحّة بقياس المقام بالشروط الضمنيّة، وأنّه كما تصحّ تلك الشروط، ويرتّب عليها جواز العقد، مع عدم إنشائها، فضلاً عن إنشاء الارتباط بين الالتزامين. كذلك في المقام، فإنّ الارتكاز في نفس المتعاقدين حين العقد ـ والابتناء على ذلك ـ لا فرق فيه بين كون منشأه البناء النوعيّ العقلائي أو تبانى المتعاقدين قبل العقد.

فاسد أيضاً، للفرق بينهما، لأنّ الارتكاز النوعيّ العقلائي يوجب دلالة العقد على إنشائه مرتبطاً بالالتزام بذلك الشرط دلالة التزاميّة عرفيّة، بحيث يكون الكلام قالباً عرفيّاً لارادة ذلك، وتفتقر إرادة خلافه إلى قرينة صارفة. فيكون نفس ذلك الالتزام والارتباط بينه وبين الالتزام العقدي ممّا قصد إنشاؤهما بنفس إنشاء العقد.

وهذا بخلاف سبق التباني من المتعاقدين، فانّه لا يوجب بالبداهة كون الكلام قالباً عرفيّاً لارادة إنشاء الارتباط بين إنشاء العقد وبين ذلك الالتزام، فيبقى بلا إنشاء قوليّ.

[الشرط التاسع:] اعتبار تنجّز الشرط

[الشرط التاسع]: ربما يظهر من بعض ـ ولعلّه المحقّق الكركي[١] قدس سره ـ اشتراط صحّة الشرط بكونه منجّزاً غير معلّق على شرط. فلو باعه الدار بمائة بشرط أن يخيط له ثوباً على تقدير قدوم زيد مثلاً، لم يصحّ الشرط.

والتحقيق: عدم اعتبار هذا الشرط في صحّة الشرط، لأنّ مبنى اعتباره إن كان سراية تعليق الشرط على أمر إلى نفس العقد، لكون الثمن هو مائة مع خياطة الثوب ولكن على تقدير مجيء زيد، فيكون إنشاء البيع إنشاءً له على تقدير مجيء زيد، أو يلزم منه الغرر في البيع، لكونه بيعاً بثمنين على تقديرين، وهي مائة على تقدير عدم مجيء زيد، وهي مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه. ولازمه بطلان البيع، للاجماع على مبطليّة التعليق في العقود، وللاجماع والنصّ على بطلان البيع الغرريّ وبطلان الشرط بتبع بطلانه.

فهو فاسد، لما مرّ مراراً من عدم تعليق العقد على الشرط، وعدم تقيّد الثمن لا بالشرط ولا بالتزامه. بل الثمن هي مائة على إرسالها. والمعلّق على الشرط إنّما هو الالتزام بالعقد الّذي هو مدلول التزاميّ له.

وإن كان مبنى اعتباره دعوى اعتبار التنجيز في الشروط أيضاً تعبّداً، أو لكونها غرريّة مع التعليق، وقد أرسل[٢] عنه صلى الله عليه وآله النهي عن مطلق الغرر.

---

(١) لم نعثر عليه. ونسبه الخوانساري في منية الطالب (٢: ١٢٥) إلى المحقّق الثاني الكركي قدس سره، حاكياً ذلك عن أستاذه المحقّق النائيني قدس سره.

(٢) لم نجده في الجوامع الحديثيّة، وذكره العلّامة في مختلف الشيعة ٥: ٢٤٥.

فيكون لازمه صحّة العقد وفساد الشرط.

ففيه:

أوّلاً: إنّ الدليل على كون التعليق مبطلاً في العقود والايقاعات ـ إلّا ما استثني ـ هو الاجماع، ولم يعلم تحقّقه في الشروط، بل المعلوم عدم تحقّقه، كما يشهد له بناء الاكثر ـ في شرط الخيار بردّ مثل الثمن ـ على جعل الخيار معلّقاً على تحقّق ردّ الثمن، لا ثبوته من حين العقد، وتقيّد الفسخ بردّ الثمن.

وثانياً: إنّه لو سلّمنا ذلك فالتعليق على الشرط لا يكون إلّا بتعليق نفس الالتزام بالخياطة على تقدير قدوم زيد، بحيث يكون تقدير قدومه ظرفاً لتحقّق الالتزام من المشروط عليه، كما هو الحال في تعليق التوكيل المنشأ فعلاً على تقدير مجيء رأس الشهر في بيع الدار، بحيث يكون رأس الشهر ظرفاً لتحقّق التوكيل المنشأ.

وأما مع إنشاء الالزام والالتزام بخياطة الثوب مرسلين، بحيث يتحقّقان فعلاً ـ أي: من حين العقد ـ ولكن مع تقييد الملتزم به بالخياطة الّتي تتحقّق على تقدير مجيء زيد، كما في إنشاء التوكيل الفعلي مع تقييد ما وكلّ فيه ببيع الدار عند مجيء رأس الشهر، فلا تعليق فيه في نفس الشرط بالمعنى المصدري، أي: المضمون المنشأ من الشرط.

وأما إبطال الغرر للشرط، فلا غرر في مثل هذا الشرط عرفاً. ولو سلّم فنهيه ﷺ عن مطلق الغرر غير ثابت.

اعتبار رضا الشارط والمشروط عليه

وهناك شرط آخر لصحّة الشرط: وهو كون الالزام والالتزام من الشارط والمشروط عليه برضا منهما وطيب نفس، وإلا فمع الاكراه على الشرط وإن لم يكره على البيع ـ بأن يقول له: لا مانع من بيع دارك، ولكن لابدّ أن يكون ذلك بشرط خياطة ثوب للمشتري مثلاً ـ لا محالة يكون البيع صحيحاً، ولكن صحّة الشرط تأهّلية، فلا تترتّب عليه آثار الصحّة ما لم يتعقّبه الرضا والامضاء بطيب النفس.

أحكام الشرط الصحيح

أحكام الشرط الصحيح

مسألة: اعلم أنّ الشرط يتصوّر على أنحاء:

أحدها: أن يكون وصفاً من الأوصاف في أحد العوضين، ككون العبد كاتباً مثلاً.

وثانيها: أن يكون شيئاً من الغايات والنتائج الاعتباريّة الّتي يتوصّل إلى تحقّقها بانشائها بنحوٍ، ككون العبد منعتقاً، أو المرأة زوجة، أو المال مباح التصرّف أو مملوكاً لغير مالكه.

وثالثها: أن يكون فعلاً من الأفعال الخارجيّة، كخياطة ثوب أو بناء دار، ونحو ذلك.

شرط الأوصاف

أمّا النحو الأوّل: فإن كان الوصف المشروط أمراً مقدوراً للمشروط عليه،بحيث يمكنه إيجاده وجعل العوض موصوفاً به،وقد اشترط تحقّقه في العوض حين الاقباض والتسليم، فحكمه حكم الفرض الثالث، وسيأتي.

وإن كان خارجاً عن قدرته رأساً، وإنّما المقدور له تسليم العوض، فلا محيص عن كون التسليم مع الوصف على تقدير وجوده في الواقع، وبدونه على تقدير عدمه. أو كان مقدوراً له في نفسه، ولكن اشترط تحقّقه حين العقد، لا الأعمّ منه ومن تحقّقه حين القبض أو بعده أيضاً.

فهذا الشرط لا وفاء عمليّ خارجيّ له، مستقلّ من حيث إيجاد نفس الشرط، بل الوفاء العمليّ به ليس إلا تسليمه إلى المشروط له بتبع تسليم العوض، وهو وفاء بالعقد بالأصالة وبالشرط بالتبع.

ولكن هذا التسليم التبعيّ خارج عن قدرته، فان الوصف إن كان موجوداً في الواقع حين العقد، فلا يمكنه عدم تسليمه مع تسليم العوض، وإن كان معدوماً في الواقع، فلا يمكنه تسليمه بتسلّم العوض.

فيقع الكلام في أنّ هذا الشرط بالمعنى المصدري ـ أعني: الالزام والالتزام به في ضمن العقد ـ هل له معنى معقول في طريقة العقلاء أم لا؟

وعلى الثاني، فما معنى صحّة هذا الشرط حتّى يوجب تخلّفه الخيار؟ وما معنى دعوى الاجماع على صحّته، أو دعوى الاجماع على كونه موجباً للخيار مع عدم صحّته؟

وعلى الأوّل، هل يمكن استفادة صحّة الشرط بمعناه المعقول من عمومات الأخبار الدالّة على أنّ المؤمنين عند شروطهم أم لا؟ بل لابدّ من قيام دليل آخر على صحّته وكونه موجباً للخيار عند التخلّف، كالاجماع على ذلك في خصوص شرط الأوصاف، على ما تقدّم توضيحه في اشتراط مقدوريّة الشرط.

أمّا بطلان مثل هذا الشرط، نظراً إلى عدم معقوليّة الالزام والالتزام الوضعيّين بالأمور الخارجة عن قدرة المشروط عليه، حتّى يتعقّل ربط الالتزام الوضعي بالعقد بتحقّق ذلك الأمر غير المقدور، بمقتضى التزام المشروط عليه بتحقّقه بلا اختيار منه.

فقد أوضحنا فساده في طيّ بيان اعتبار المقدوريّة في الشرط. وأوضحنا شيوع هذا الأمر في طريقة العقلاء في غير المستحيلات الذاتيّة أو الوقوعيّة من الأمور الممكنة ذاتاً ووقوعاً، ولو بأسبابها الواقعيّة بلا اختيار من المشروط عليه، إن كان واثقاً بتحقّقها بأسبابها، بل بمجرّد احتمال ذلك. وأنّ الظاهر عدم ارتفاع الغرر العرفي إلا بالوثوق. من دون فرق في ذلك بين الأوصاف الحاليّة المشترطة في أحد العوضين، أو الاستقباليّة، أو الأمور الّتي لا ترتبط بالعوضين أصلاً.

وقد اعترف بذلك الشيخ[1] العلّامة قدس سره في ذلك المبحث، وإن بنى مع ذلك على صحّة شرط الأوصاف الحاليّة في العوضين وفساده في غيرها.

إمّا لدعوى الاجماع على الصحّة وإيراث الخيار على تقدير التخلّف فيها دون غيرها، مع اشتراكها في نظره قدس سره في عدم إمكان استفادة حكمها من عمومات وجوب الوفاء بالشرط.

وإمّا بدعوى الفرق بينهما، بأنّ الالتزام بوجود الأوصاف المحتملة مرجعه إلى البيع بالتوصيف، وهو رافع للغرر بنفسه، بخلاف الأمور المستقبلة، فإنّ ربط الالتزام العقدي بتحقّقها لا يدلّ على البناء على

(١) المكاسب ٦: ١٦ ـ ١٨.

تحقّقها، فيبقى الغرر، ويوجب فساد العقد والشرط معاً.

وقد أوضحنا هناك: أنّ الاجماع على الصحّة في الأوصاف الحاليّة ممّا لا يحتمل كونه إجماعاً على حكم تعبّدي، أو على صحّة البيع مع الغرر، بل هو إجماع عليها بمقتضى عمومات وجوب الوفاء بالشرط. والغرر إنما يرتفع في كلتا الطائفتين بالوثوق بتحقّق الشرط.

وبالجملة، لو سلّم عدم تعقّل الالزام والالتزام بالشرط الخارج عن قدرة المشروط عليه في طريقة العقلاء، فلا محيص عن بطلانه وعدم ترتّب أثر عليه حتّى الخيار، لوضوح أنّه من مقتضيات الشرط الصحيح والمعقول. فلا يبقى مجال للاستدلال على الصحّة ـ بمعنى إيراثه الخيار عند التخلّف ـ بالعمومات والاجماع التعبّدي، لوضوح أنّ التعبّد لا يجعل غير المعقول معقولاً. ولا يحتمل إرادة هذا المعنى من كلمات الشيخ العلّامة قدس سره أيضاً، لما عرفت من تصريحه بخلافه فيما تقدّم.

بقي الكلام في إمكان الاستدلال على صحّة هذا الشرط بالعمومات الدالّة على وجوب الوفاء بالشرط وعدم إمكانه.

وظاهر الشيخ العلّامة قدس سره[1] عدم إمكانه، لأنّ مثل هذا الشرط ـ بمعنى الأمر المشروط ـ لا يتصوّر وفاء المشروط عليه به، لعدم توقّفه على صدور فعل منه حتّى يجب عليه ذلك الفعل وفاءً بالشرط، كما في موارد النحو الثالث من أنحاء الشرط، فلا تشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط، بل تختصّ بما يمكن فيه الوفاء.

---

(١) المكاسب ٦: ٥٩.

نعم، لابدّ في البناء على صحّته ـ ولزوم ترتيب الأثر عليه، وثبوت الخيار على تقدير تخلّفه ـ من دليل آخر كالاجماع في مفروض المسألة.

وحاصل كلامه: صحّة مثل هذا الشرط، ولزوم ترتيب الأثر عليه، ولكن لا بمقتضى تلك العمومات بل بمقتضى الاجماع.

ولكن فيه: أنّه لو توقّف شمول تلك العمومات على كون الشرط ـ بمعنى الأمر المشروط ـ ممّا يتوقّف تحقّقه على فعل من المشروط عليه، ليجب عليه ذلك الفعل وفاءً بالشرط، كان لازمه عدم إمكان الاستدلال على حكم الشرط بالنحو الثاني أيضاً ـ أعني: شرط الغايات والنتائج ـ بتلك العمومات، لوضوح عدم توقّف تحقّقها بعد الشرط على صدور فعل من المشروط عليه ليتحقّق به ذلك الأمر المشروط، ويجب عليه ذلك الفعل وفاءً.

ومجرّد كون النتيجة ممّا لا يتوقّف تحقّقها شرعاً على أسباب خاصّة، بل يمكن تحقّقها بأيّ سبب تتحقّق به عند العقلاء ـ ومنه الشرط ـ لا يجدي في كونها ممّا يمكن للمشروط عليه إيجادها بفعل يصدر منه وفاءً، لوضوح أنّ ما يصدر منه في مثله ليس إلا نفس الشرط الّذي به يتحقّق إنشاء تلك النتيجة.

ومن الواضح أنّ الشرط ـ بمعنى الالتزام بتحقّق تلك النتيجة في ضمن العقد ـ ليس فعلاً صادراً منه بعنوان الوفاء حتّى يمكن إيجابه عليه وفاءً، بل هو محقّق لموضوع وجوب الوفاء. فحاله كحال نفس العقود في أنّه لا يعقل أن يكون إيجادها معنوناً بعنوان الوفاء، بل هي محقّقات للمضامين

بتحقّقات اعتباريّة عرفيّة، ويجب الوفاء بها، بمعنى البناء على تحقّقها وترتيب ما لتحقّقها من الآثار.

فلابدّ أن يكون الشرط بالمعنى المصدري ـ أعني: الالزام ـ موضوعاً لتحقّق النتيجة. ويكون وجوب الوفاء به بمعنى البناء على تحقّقها، وترتيب ما لتحقّقها من الآثار.

ومن الواضح أنّ ترتيب الآثار على تحقّق النتيجة وإن كان فعلاً صادراً من المشروط له والمشروط عليه، ويتعنون بعنوان الوفاء لا محالة، إلا أنّه لابدّ من البناء على تحقّقها بنفس الالتزام تحقّقاً واقعيّاً، حتّى يرتّب عليه الأثر وفاءً بالشرط، مع أنّه لا يتوقّف بعد الشرط على فعل من المشروط عليه حتّى يجب عليه وفاءً.

فعلى ما أفادهقدس سره لا سبيل إلى الاستدلال على صحّة هذا الشرط ووجوب الوفاء به بتلك العمومات. مع أنّهقدس سره إنّما يقول بصحّته استناداً إليها.

ولا مجال لأن يقال: إنّه لا مانع من كون مفاد تلك العمومات ـ بالنسبة إلى مثل هذه الشروط ـ بمعنى ترتّب آثار تحقّق تلك النتائج بلا بناء على تحقّقها، بنحو الوظائف المجعولة في مرحلة الجهل بتحقّق شيء.

وذلك: لوضوح أنّ تلك العمومات متكفّلة لبيان الحكم الواقعي للشرط، لا لبيان الوظيفة لمرحلة الجهل بتحقّق أمر مشروط.

كما لا مجال لأن يقال: إنّ مفاد تلك العمومات ـ بالنظر إلى هذه الشروط ـ إنّما هو ترتيب آثار تحقّق تلك النتائج ـ مع عدم تحقّقها ـ

بنفس الالتزام والشرط.

وذلك: لوضوح أنّ ذلك ليس وفاءً بالشرط، إذ المفروض اشتراط تحقّق تلك النتائج حتّى ترتّب عليها الآثار، لااشتراط ترتيبها ولو مع عدم تحقّق النتائج.

فالتحقيق أن يقال: إنّ ما أفادهقدس سره يبتني على زعم أنّ ما يجب الوفاء به بمقتضى تلك العمومات إنّما هو الشرط، بمعنى المشروط، أعني: الأمر الملتزم به. ووجوب الوفاء به في موارد شرط الفعل بوجوب إيجاده، وفي موارد شرط النتيجة بترتيب آثار وجوده. والأوصاف المشروطة في العوضين فاقدة للوفاء بكلا النحوين.

ولكنّه زعم باطل جزماً على ما عرفت.

بل الحقّ:أنّ ما يجب الوفاءبه إنّما هوالشرط بالمعنىالمصدري الصادر من المشروط له والمشروط عليه معاً، أعني: الالزام والالتزام الوضعي، وبناء الالتزام بالعقد على تحقّق ذلك الأمر المشروط وتعليقه عليه.

والوفاء به من المشروط له والمشروط عليه يختلف حسب اختلاف الشرط.

فإن كان الأمر المشروط من الأوصاف الخارجة عن قدرة المشروط عليه، فوفاؤهما به ليس إلا بترتيب آثار كون الالتزام بالعقد من المشروط معلّقاً على تحقّق ذلك الوصف، بحيث يكون العقد لازماً لزوماً حقّياً ـ لا ينحلّ إلا بالتفاسخ ـ مع وجود ذلك الوصف، ويكون جائزاً جوازاً حقّياً ـ قابلاً للفسخ من المشروط له، ولو لم يرض به المشروط عليه ـ مع

فقد ذلك الوصف. وهذان أمران حقّيان مجعولان بجعل المتعاقدين بمقتضى شرطهما. وإيجاب الشارع الوفاء بالشرط في مثله ليس إلّا إمضاءه له، ولزوم ترتيب الآثار عليه ترتيباً عمليّاً خارجيّاً.

وإن كان الأمر المشروط غاية من الغايات الّتي يكفي تحقّقها بأيّ سبب من الأسباب ومنها الشرط، فوفاؤهما بالشرط ـ بالمعنى المصدري ـ ليس إلا بالبناء على تحقّق ما جعلاه بالالزام والالتزام، وترتيب آثار تحقّق تلك الغاية. ومنها: جواز تصرّف المشروط له فيما اشترطا ملكيّته له من أموال المشروط عليه بأنحاء التصرّفات، وعدم جواز تصرّف المشروط عليه فيه إلا باذن المشروط له. ومنها: لزوم العقد من ناحية المشروط له بمجرّد تماميّة العقد، لأن الموجب لتحقّق ما علّق على تحقّقه التزام المشروط له بالعقد، إذ لا يتصوّر في مثله تخلّف الشرط أو تعذّره على ما هو واضح.

وإن كان الأمر المشروط فعلاً اختياريّاً للمشروط عليه، فوفاؤهما بالشرط ـ معنى مصدريّاً ـ ليس إلا وجوب إيجاد ذلك العمل بمقتضى التزامه، وترتيب آثار لزوم العقد من ناحية المشروط له مع تحقّقه، وترتيب آثار جواز العقد وصحّة الفسخ مع تخلّفه أو تعذّره.

فقد تحصّل من جميع ما ذكر: أنّ وجوب الوفاء يستفاد من العمومات الدالّة على وجوب الوفاء بالشروط في الأنحاء الثلاثة منها بنسق واحد، وإن كانت كيفيّة الوفاء فيها مختلفة ـ لا محالة ـ حسب اختلاف الأمر المشروط.

شرط النتائج

وأما النحو الثاني، فإن كان الأمر المشروط فيه تحصيل النتيجة وإيجادها بغير نفس الشرط، فمرجعه إلى النحو الثالث، لوضوح أن شرط الأمور التسبيبيّة والتوليديّة من شرط الفعل لا محالة، سواء كان الملتزم به إيجاد السبب مباشرة أم تسبيباً.

وإن كان المقصود حصول النتيجة بنفس الشرط، فإن ثبت شرعاً عدم صحّة إيجادها إلا بأسباب وصيغ خاصّة كالنكاح والطلاق ونحوهما، فشرط حصولها بنفس الشرط مخالف للكتاب والسنّة وباطل لا محالة.

وإن لم يشترط حصولها بسبب خاصّ، كالوكالة والوصاية ونحوهما من العقود الاذنيّة، وإباحة التصرّف في مال الغير، ونحو ذلك ممّا يكفي فيه مطلق ما يدلّ على الرضا، فشرطه صحيح، ولا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة، وتشمله العمومات، ووجوب الوفاء به بالمعنى الّذي عرفت.

وإن لم يحرز فيه أحد الأمرين، فكما لا يمكن التمسّك فيه بعقد الاستثناء في تلك العمومات، وإثبات أنّه شرط مخالف للكتاب والسنّة، فكذلك لا يمكن التمسّك بالعمومات نفسها وإثبات أنّه لا يخالفهما، لكون الشبهة مصداقيّة فيهما، لأنّ المفروض تخصيص تلك العمومات، وتعنون الخارج عنها بعنوان المخالف والباقي تحتها بعنوان غير المخالف.

وكون الشبهة في توقّف حصول النتيجة شرعاً على أسباب خاصّة وعدمه شبهة حكميّة لا محالة، لا ينافي كونها بعينها مصداقيّة وموضوعيّة بالنظر إليهما، لوضوح أنّ المناط في عدم جواز التمسّك بعموم العامّ

ولابالدليل المخصّص في الشبهة المصداقيّة إنّما هو عدم إمكان تكفّل الدليل المتكفّل لبيان الحكم الكبروي الكلّي لبيان تحقّق الموضوع وما علّق عليه ذلك الحكم نفياً وإثباتاً.

نعم، بناءً على كون التخصيص في المقام عقليّاً لبّياً، وكون تلك الاستثناءات إرشاداً إليه كما قوّيناه، يمكن أن يقال بجواز التمسّك بعموم العامّ في الشبهة المصداقيّة، فيتمسّك حينئذٍ بعمومات وجوب الوفاء.

إلا أنّه مع عدم تماميّة هذا الأمر على ما أوضحناه في محلّه، فلو سلّم ذلك فإنّما يجدي في اللبّيات الّتي تكون بمثابة المخصّص المنفصل، لا في اللبّي الّذي يكون حكماً بديهيّاً للعقل، وبمثابة المخصّص المتّصل المانع عن انعقاد الظهور للعموم، كما في المقام على ما عرفت.

فلا محيص عن الرجوع في المسألة إلى أصالة الفساد، وعدم ترتّب الأثر شرعاً على هذا الشرط، بمعنى استصحاب بقاء ما شرطت إباحته أو ملكيّته للمشروط له على ما كان من كونه ملكاً للمشروط عليه، وغير جائز التصرّف للمشروط له بدون إذن مجدّد من المشروط عليه.

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره[1] من تقوية التمسّك في المسألة بتلك العمومات لا يستقيم إلّا بمعونة ما أفاده قدس سره فيما تقدّم، من أصالة عدم ثبوت الحكم شرعاً بنحو يخالفه الشرط، حتّى يكون أصلاً موضوعيّاً يتمسّك بمعونته بتلك العمومات. وقد عرفت فساده فيما تقدّم.

---

(١) المكاسب ٦: ٦٠.

شرط الأفعال

وأمّا النحو الثالث من أنحاء الشرط فيقع الكلام فيه في مسائل.

وجوب الوفاء بالشرط حكم وضعي

المسألة الأولى: ظاهر قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم[١]» وقول عليّ عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً[٢]» ونظائرهما وجوب الوفاء بالشرط والالتزامات في ضمن الالتزامات، وجوباً وضعيّاً يدور معه نظام المعاش، كوجوب الوفاء بالعقود والالتزامات المنشأة بها والايقاعات. وليس ذلك حكماً تكليفيّاً استحبابيّاً أخلاقيّاً، كاستحباب الوفاء بالوعد العاري عن الالتزام المبنيّ على التزام آخر.

وهذا أمر لا يكاد ينكر. كيف؟ وهل يحتمل ذلك في مثل قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز له، ولا يجوز على الّذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله[٣]».

وقوله عليه السلام في صحيحته الأخرى: «المسلمون عند شروطهم إلا كلّ

---

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٢) الوسائل ٢١: ٦٨ ب «٣٢» من أبواب المتعة ح ٩، عن التهذيب ٧: ٤٦٧ ح ١٨٧٢.

(٣) الوسائل ١٨: ١٦ ب «٦» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ١، والتهذيب ٧: ٢٢ ح ٩٤.

شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز[١]».

وقوله عليه السلام فيما رواه العيّاشي في التفسير عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في امرأة تزوّجها رجل، وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها وهجرها أو أتى عليها سرّية فإنها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه، وإن شاء أمسك امرأته، وتزوّج عليها وتسرّى عليها، وهجرها إن أتت بسبيل ذلك[٢]».

وظهورها في أنّها في مقام بيان الضابطة لجواز الشرط على المشروط له والمشروط عليه وعدم جوازه ـ أعني: النفوذ واللزوم الوضعي وعدمهما ـ أيضاً أمر لا يكاد ينكر.

ومجرّد وقوع لفظ المؤمنين والمسلمين في هذه الأخبار لا يوجب ظهورها في بيان الحكم الاستحبابي التكليفي الأخلاقي قطعاً.

إلّا أنّه مع ذلك كلّه، فحال هذا الوجوب المفاد في تلك الأخبار كحال الوجوب المفاد في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٣] في أنّه يراد منه الوجوب الوضعي ـ بمعنى اللزوم الوضعي ـ الّذي ربما يستتبع أحكاماً وتكاليف أخر في مورده.

فكما لايحتمل كون وجوب الوفاء بالعقود تكليفاً محضاً ـ أي: من حقوق الله المحضة، كما في سائر حقوقه المحضة كالصلاة والصيام

---

(١) الوسائل ١٨: ١٦ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٢، عن الفقيه ٣: ٢٠٢ ح ٣٧٦٥، والتهذيب ٧: ٢٢ ح ٩٣.

(٢) تفسير العياشي ١: ٢٤٠ ح ١٢١، وعنه الوسائل ٢١: ٢٧٧ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٦.

(٣) المائدة: ١.

ونحوهما ـ بحيث لا يجوز فسخ العقد وعدم ترتيب الآثار عليه ولو مع تراضي الطرفين.

أو كونه من حقوق الله الثابتة في عرض حقوق الناس ولكن بلا ارتباط بينهما، بحيث لا يجوز الفسخ ولو مع تراضي الطرفين، كما هو الشأن في الغيبة والشتم والقذف ونحوها، إذ لا شكّ في أنّ رضا صاحب العرض نفسه بذلك قبل وقوعها لا يستلزم تجويزها ومخالفة الله تعالى شأنه. ولا يوجب عفوه بعد وقوعها انقلاب ما وقع عن كونه عصياناً لله تعالى شأنه، وموجباً لاستحقاق العقاب المحوج إلى عفوه ومغفرته.

بل لا شكّ في أنّ وجوب الوفاء ـ بمعنى اللزوم الوضعي ـ دائر مدار ثبات المتعاقدين على مالهما من الحقّ العقدي. ولا يجوز وضعيّاً ـ أي: لا ينفذ ـ لأحدهما فسخ العقد بدون رضا الآخر. ولا يجوز معه تكليفاً التصرّف فيما انتقل عنه بدون رضا الآخر، لكونه تصرّفاً في مال الغير بدون رضاه. وأمّا مع تراضيهما على الفسخ، فلا تكليف من الله تعالى شأنه ليكونا عاصيين ومتمرّدين بمخالفته.

كذلك في محلّ الكلام لا يحتمل كون وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً محضاً أو مقترناً بحقّ للمشروط له ثابت في عرضه، بحيث لا ينفع في جواز ترك الوفاء به رضا المشروط له بذلك وإسقاط حقّه رأساً، أو رضاه بالتأخير في إيجاد العمل المشروط.

فالوجوب التكليفي بأحد هذين النحوين ممّا لا يحتمل في المقام. ولاسبيل إلى إسناده إلى أحد من الأصحاب،فضلاًعن كونه مذهب المشهور.

ومن الغريب عقد الشيخ[١] العلّامة قدس سره البحث لهذه المسألة، ونسبة الوجوب إلى المشهور، ونسبة الخلاف إلى الشهيد[٢] قدس سره. ثم عقد المسألة[٣] الثانية ـ وهي أنّه هل للمشروط له إجبار المشروط عليه على إيجاد الشرط بناءً على وجوب وفائه تكليفاً؟ ـ ونسبة الخلاف فيها إلى جماعة.

والتحقيق أن يقال: إنّ احتمال الوجوب التكليفي المحض، أو المقرون بحقّ المشروط له وفي عرضه، بحيث لا ينفع في جواز ترك الوفاء رفع المشروط له يده عن شرطه، وأنّه لو لم يثبت التكليف فلا إشكال في أنّه ليس للمشروط له إجبار المشروط عليه بالوفاء. وعلى تقدير ثبوته فهل للمشروط له أيضاً إجباره على الوفاء، أو ليس له ذلك إلا بنحو الحكم المحض، أي: من باب الأمر بالمعروف؟

احتمال ساقط رأساً، ولا قائل به من الأصحاب.

وإنّما الخلاف والاشكال في أنّ الشرط في نظر العرف والعقلاء والشارع هل يحدث للمشروط له حقّ مطالبة المشروط عليه بالوفاء وإجباره على ذلك في صورة عدم الوفاء، ولكن له ترك مطالبته كما هو شأن الحقّ، أو ليس له أزيد من السلطنة على الفسخ على تقدير عدم الوفاء، بدون أن يكون له إجباره عليه؟

وعلى الأوّل، فلو لم يطالب فلا يجب إيجاد الشرط على المشروط عليه. وإن طالب فيجب عليه الوفاء به. فلو خالف ولم يوجد الشرط فقد

---

(١) المكاسب ٦: ٦٢.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ١٣٠ ـ ١٣١.

(٣) المكاسب ٦: ٦٦.

عصى واستحقّ العقوبة، مضافاً إلى سلطنة المشروط له على فسخ العقد.

فمرجع الخلاف ـ بعد القطع بعدم كون التكليف بالوفاء غير معلّق على مطالبة المشروط له، والقطع بثبوت حقّ الفسخ للمشروط له ـ إلى أنّ الثابت له هل هو هذا الحقّ فقط، أو هو مع حقّ مطالبة الوصول إلى الأمر المشروط؟

وعلى تقدير ثبوت حقّ الفسخ فقط، فلا يبقى محلّ لعقد البحث في المسألة الثانية. وأمّا على تقدير ثبوت الحقّين معاً، فتصل النوبة إلى عقد البحث في المسألة الثانية، وأنّ الحقّين هل هما ثابتان له في عرض واحد تخييراً، أو أنّ حقّ الفسخ إنّما يثبت له بعد اليأس عن الوفاء، وإلا فلا يتسلّط على الفسخ، وإنّما له أن يجبره على الوفاء فقط؟

وكيف كان، فهذا هو الخلاف الواقع بين الأصحاب. فذهب جماعة[١] إلى الثاني، أي: عدم ثبوت حقّ الاجبار، بل ثبوت حقّ الفسخ فقط. وذهب آخرون[٢] إلى الأوّل، وأنّ الحقّين ثابتان له.

والحقّ هو الأوّل، فانّ الثابت في طريقة العقلاء في اشتراط شيء في ضمن العقد ليس مجرّد تعليق الالتزام بالعقد على تحقّق ذلك الأمر بلا مطلوبيّة حصوله، بل الثابت في طريقتهم مطلوبيّة التوصّل إلى وجود ذلك الأمر المشروط وحصوله كمطلوبيّة نفس العوضين، لأنّ الشرط وإن كان خارجاً عن العوضين في الحقيقة، إلا أنّه بمنزلتهما وكجزء من أحدهما في مطلوبيّة وجوده وكون الغرض تحصيله، غاية الأمر أنّه إن كان خارجاً

---

(١) كالعلامة في تحرير الأحكام ٢: ٣٥٥، والشهيد في الدروس الشرعيّة ٣: ٢١٤.

(٢) كالمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٤٢٢ - ٤٢٣، والشهيد في مسالك الأفهام ٣: ٢٧٣ - ٢٧٤، وصاحب الجواهر في جواهر الكلام ٢٣: ٢١٨.

عن قدرة المشروط عليه، فلا محالة يدور حصول مطلوبهم مدار تحقّق أسبابه الواقعيّة قهراً. ولا معنى لاستحقاقهم مطالبة المشروط عليه بايجاده. ولا يعقل فيه إلا إحداث الشرط جواز العقد وحقّ الخيار فقط.

وأمّا مع كونه مقدوراً للمشروط عليه فلهم إجباره على إيجاده. نعم، مع اليأس عن ذلك، إمّا لتعذّره أو لتخلّفه وعدم إمكان إجباره، فلهم الفسخ، لجواز العقد بمقتضى الشرط.

والعمومات الدالّة على إمضاء الالتزامات الشرطيّة حالها كحال العمومات الدالّة على إمضاء الالتزامات العقديّة والايقاعيّة، في أنّها منصرفة لا محالة إلى ما هو المتعارف والمتداول بينهم ما لم يثبت من الشارع تخطأتهم وتأسيس شيءفيها على خلاف ما هو المتعارف عندهم.

وبهذا البيان يتّضح لك: أنّ الثابت للمشروط له ليس إلا مطالبة المشروط عليه وإجباره على إيجاد العمل المشروط. وهذا معنى أنّه يملك العمل عليه، بمعنى أنّه يتسلّط على مطالبة إيجاده له، وبعد إيجاد المشروط عليه إيّاه ـ وفاءً بالشرط ـ يكون الحاصل ـ ككون الثوب مخيطاً مثلاً ـ ملكاً للمشروط له بمقتضى الشرط.

وأما كون المشروط له مالكاً فعلاً للعمل في ذمّة المشروط عليه كمالكيّته له بالاجارة ونحوها فلا دليل عليه. ولا وجه له عدا توهّم كون الشرط جزءًا من أحد العوضين حقيقة. وهو باطل قطعاً.

وحينئذٍ فلا يترتّب عليه شيء من آثار مالكيّة المشروط له للعمل المشروط، ككونه ذا مال يتركه لوارثه، أو يجب عليه فيه الخمس لو كان

زائداً عن مؤنة سنته. نعم، يرث هذا الحقّ وارثه بعد موته كإرثه لحقّ خياره، فلا تغفل.

عدم استحقاق المشروط له الفسخ بمجرّد العقد

المسألة الثانية: بناءً على عدم استحقاق المشروط له إجبار المشروط عليه على إيجاد الشرط، فلا ريب في أنّه ليس له فسخ العقد بمجرّد تماميّة العقد، لما عرفت من عدم كون مرجع الشرط إلى جعل الخيار في العقد فقط. فلابدّ من ملاحظة كيفيّة الشرط.

فإن كان الشرط إيجاد العمل بعد العقد ومتّصلاً به بنحو الفوريّة العرفيّة، فان وفى المشروط عليه كذلك فلا خيار للمشروط له. وإن تخلّف أو تعذّر ذلك عليه فله الخيار فسخاً أو إمضاءً. فلو ترك ذلك فبقاء حقّ الخيار له يبتني على فوريّة هذا الخيار وعدمها. وسيأتي الكلام في ذلك. وكذا الكلام لو كان الشرط إيجاده في وقت خاصّ.

وأمّا إن كان الشرط إيجاده المطلق ـ أي: عدم التوقيت ـ فلا خيار له مادام متمكّناً من الوصول إلى حقّه. وليس له إجباره على إيجاده على الفرض. نعم، إذا تعذّر أو أبى المشروط عليه من إيجاده، ويئس المشروط له من ذلك، فيجوز له الفسخ.

وأمّا بناءً على ثبوت كلا الحقّين ـ أعني: الاجبار على الايجاد وحقّ الفسخ ـ للمشروط له، فهل هما ثابتان له في جميع هذه الفروض في عرض واحد تخييراً، فله إجباره على إيجاده في جميعها مع إمكان

الاجبار، أو له الفسخ ابتداءً؟ نعم في حالة التعذّر ـ أي: عدم إمكان الاجبار ـ له الفسخ، كما هو شأن كلّ تخيير عند تعذّر أحد شقّيه؟

أو هما ثابتان له طولاً، أي: أنّه لا خيار له مادام متمكّناً من التوصّل إلى مطلوبه بدون الاجبار أو معه؟ نعم، له الفسخ في صورة التعذّر، أو عدم التمكّن من الاجبار، أو اليأس عن حصول الشرط.

وجهان أقواهما الثاني، لما عرفت من مطلوبيّة وجود الشرط للعقلاء في الدرجة الأولى. وإثبات حقّ الفسخ لهم ـ بتعليق الالتزام العقدي على تحقّق الشرط ـ إنما هو في الدرجة الثانية، لتدارك الضرر بعدم الوصول إلى مطلوبهم.

ثم إنّه لو كان العمل المشروط من الانشائيّات والاعتبارات المتوقّفة على الانشاء كالعتق مثلاً، فالظاهر أنّ للحاكم مباشرة انشائه مع امتناع المشروط له، من باب أنّ له الولاية على الممتنع.

الشروط ليست قيوداً في العقود

المسألة الثالثة: قد تكرّر منّا إيضاح أنّ الشروط الملتزم بها في ضمن العقود ـ إن كانت خارجة عن حقيقة العوضين، سواء كانت من أوصافها أم من غيرها ـ ليست بحسب الارتكاز النوعي العقلائي قيوداً قد علّق عليها تحقّق المضمون المقصود إنشاؤه بالعقد،حتّى يكون مرجعها إلى تقييد أصل العقد ووحدة المطلوب، ويكون اللازم بطلان العقد بتعذّرها حين العقد، أو عروض التعذّر عليها بعد العقد، أو بتخلّف المشروط عليه وعدم وفائه بها،

وعدم إمكان إجباره عليه، لانتفاء التراضي بأصل العقد في جميعها.

بل المرتكز عندهم أنّها التزامات في ضمن التزامات أخر. ومرجعها إلى تعدّد المطلوب، وأنّ إنشاء العقد هو المطلوب الأوّلي، وقد تحقّق منهما مرسلاً وبلا تعليق للمنشأ على شيء. والتوصّل إلى الأمر الملتزم به مطلوب آخر، أو فقل: هو كمال في المطلوب الأول، ولا يضرّ تخلّفه به.

فالمضمون المنشأ ـ وهو مدلول مطابقيّ للعقد ـ لا تعليق ولا تقييد فيه لا لفظاً ولا لبّاً، بل هو متحقّق بانشائه بحسب التراضي به مرسلاً.

نعم، الالتزام بذلك المضمون والثبات عليه ـ وهو مدلول التزاميّ عرفي في العقود الّتي بناؤها على الدوام والثبات ـ وإن كان لا تعليق فيه أيضاً لفظاً، إلا أنّه معلّق لبّاً وقهراً على التوصّل إلى ذلك الأمر الملتزم به، إذ هذا معنى الالزام والالتزام بشيء في ضمن الالتزام بشيء آخر ومبنيّاً عليه. ولازمه عند التعذّر أو التخلّف ليس إلا كون الالتزام بالمضمون والثبات عليه بيد المشروط له لا المشروط عليه، فان شاء ثبت ودام عليه، وإن شاء فسخ العقد ولو لم يرض المشروط عليه بذلك.

هذا، وتكرّر أيضاً:إيضاح أنّ الشروط الملتزم بها في ضمن العقود ـ إن كانت خارجة عن حقيقة العوضين، سواء كانت من أوصافها أم من غيرها ـ أمور خارجة عن العوضين بحسب الارتكاز العقلائيّ النوعي، وليست أبعاضاً لأحدهما حتّى يقسّط كلّ منهما على الآخر وعلى ما انضمّ إليه من الشروط. نعم،توجب ـ في نظر العرف والعقلاء ـ زيادة الرغبة في العوض، بل زيادة ما ليّنه، بحيث يبذل بازائه مع الشرط ما لا يبذل بازائه بدونه.

وهذا أمر لا يكاد ينكر في طريقة العقلاء، حيث إنّه يصحّ في نظرهم أن يقال: بعت عشرة أمنان من الحنطة بعشرة دراهم، كلّ منّ بدرهم. ولا يصحّ أن يقال: بعت تسعة أمنان من الحنطة البيضاء بعشرة دراهم، كلّ منّ بدرهم، وبياض المجموع بدرهم. وإنّما يصحّ أن يقال: بعت تسعة أمنان بعشرة لأجل بياضها.

ولازم ذلك: أنّ تعذّر مثل هذه الشروط، أو تخلّف المشروط عليه عن الوفاء بها، لا يوجب انفساخ العقد في جزء من أحد العوضين في مقابل الوصف أو الشرط. بل العقد باقٍ على حاله من الصحّة، غاية الأمر سلطنة المشروط له على الفسخ للتخلّص عن التضرّر بمعذوريّته على خلاف مقصوده.

هذا، وتقدّم أيضاً في مباحث خيار العيب: أنّ الأرش بالمعنى المصطلح عليه ـ وهو جزء من العوض نسبته إليه كنسبة ما به التفاوت بين المعيب والصحيح من العوض الآخر المعيوب ـ ممّا لا يقتضيه شيء من القواعد، ولا ينطبق على ضمان اليد ولا على ضمان المعاوضة، بمقتضى الانفساخ وتعيّن كونه من العوض.

بل هو أمر بين الأمرين، ومتوسّط بينهما. وحقيقته الغرامة من مال صاحب العوض المعيوب، غاية الأمر بنسبة دخالة الوصف الفاقد في بذل العوض. وهو أمر تعبّدي ثبت شرعاً في خصوص تخلّف وصف السلامة. ولا وجه للتعدّي منه وإثباته في كلّ وصف أو شرط مفقود.

وحاصل هذه الأمور الثلاثة: أنّه مع تعذّر الشرط مطلقا ـ ولو حين

العقد ـ أو تخلّف المشروط عليه وعدم إمكان إجباره، لا وجه لبطلان العقد رأساً، ولا لانفساخه في بعض العوض، ولا لتسلّط المشروط له على أخذ الأرش. بل المتعيّن صحّة العقد وجوازه حقّياً. فللمشروط له فسخ العقد رأساً أو إمضاؤه مجّاناً.

فلو باع العبد بشرط عتقه أو خياطة المشتري له ثوباً، فمات العبد وتعذّر العمل بالشرط أو تخلّف المشروط عليه ولم يمكن إجباره عليه، فليس للمشروط له إلا فسخ العقد أو إمضاؤه مجّاناً. وليس له الامضاء ومطالبة ما به‌التفاوت بين قيمةالعبد لو بيع بلاشرط وبين قيمته مع الشرط.

حقّ الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعين

المسألة الرابعة: قد تقدّم في مباحث الخيارات ويأتي أيضاً في أحكام الخيار إيضاح أنّ الحقّ: أنّ حقّ الخيار متعلّق بالعقد لا بالعين، وأنّه على التقديرين لا يتقوّم ببقاء العين.

بل التحقيق: أنّ صيرورة المال في ضمان من انتقل إليه بضمان معاوضي كصيرورته في ضمان الغير بضمان اليد، في أنّه إنّما يكون على عهدته ببدله المسمّى من حيث مقدار ماليّته في ضمن الخصوصيّة النوعيّة متشخّصة بالخصوصيّة الشخصيّة، بمعنى أنّ المعاوضة إنّما وقعت بين العوضين من حيث مراتبهما الثلاث.

وحيث إنّ جواز العقد حقّياً يقتضي سلطنة من له الخيار على فسخ العقد، فيرجع كلّ عوض من ملك من انتقل إليه إلى مالكه الأصلي بمراتبه

الثلاث. فإن فسخ وكان العوض باقياً، فلا محيص عن رجوعه إلى مالكه الأصلي بمراتبه الثلاث. وإن كان العوض تالفاً حقيقة أو بحكمه، لتصرّف من انتقل إليه فيه تصرّفاً نافذاً ـ لوقوعه في ملكه ببيع أو صلح ونحو ذلك ـ فقد تعذّرت الخصوصيّة الشخصيّة في المثلي، وهي مع الخصوصيّة النوعيّة في القيمي، فلا يعقل فعلاً إرجاع المال من ملك من انتقل إليه إلى مالكه الأصلي بمراتبه الثلاث، إمّا للانعدام، أو لصيرورته ملكاً للغير، أو لخروجه عن الملكيّة رأساً، أو لكونه غير قابل للاسترداد ممّن انتقل إليه، للزوم بقائه فيه.

ولكن تعذّرهما أو تعذّر أحدهما لا يوجب سقوط حقّ ذي الخيار المتعلّق بمقدار ماليّة ماله أيضاً، لانتقاله من ملكه بماليّته. فلا محيص عن بقاء سلطنة الفسخ على حالها. فإن فسخ لابدّ من رجوع ماليّة ماله في ضمن فرد آخر متخصّص بالخصوصيّة النوعيّة في المثليّات، وفي ضمن فرد آخر من الأموال ـ وهي النقود الرائجة الّتي تقدّر بها ماليّة الأموال ـ في القيميّات.

وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ أنّ هذا ما تقتضيه القاعدة في فرض التلف، ومقتضى الجمع بين أدلّة نفوذ تلك التصرّفات الواقعة في ملك المتصرّف وبين دليل الخيار، لأنّ دليل الخيار لا يقتضي بطلانها رأساً، ولا ثبوت سلطنة لذي الخيار على إبطالها من حينه أو من رأس، لتمكّنه من إعمال الحقّ والوصول إلى ماليّة المال ورفع اليد عن الخصوصيّة الفرديّة.

وعليه، فلو تعذّر الشرط في محلّ البحث وقد خرج العوض من يد المشروط عليه، إمّا بتلف أو بالتصرّفات المذكورة.

فإن كان تعذّر الشرط معلولاً للتلف، كما إذا باعه العبد بشرط أن يعتقه أو يدبّره، فمات العبد قبل العتق والتدبير، أو كان معلولاً لعلّة أخرى غير تصرّف المشروط عليه، كما إذا باعه العبد بشرط أن يخيط المشتري له ثوباً مباشرة، ولم يتمكّن المشتري منه لمرض ونحوه، وقدمات العبد أو أعتقه، فليس للمشروط له حينئذٍ إلا فسخ العقد بمقتضى تعذّر الشرط وعدم إمكان الاجبار على الوفاء به. فيرجع بالثمن ويستردّ قيمة العبد التالف أو المعتق.

وأمّا إن كان تعذّر الشرط معلولاً لتصرّف المشروط عليه، كما إذا باعه العبد بشرط أن يعتقه، فلم يعتقه وباعه من الغير. فبناءً على أنّ المشروط له ليس له ـ حتّى في مثل هذه الشروط الّتي يترقّب من المشروط عليه الوفاء العمليّ بها ـ إلا مجرّد الخيار وفسخ العقد، وليست له مطالبة الوفاء بالشرط والاجبار عليه، فالحكم ما تقدّم من بقاء الخيار، ونفوذ تلك التصرّفات، واسترداد القيمة في صورة الفسخ، من دون فرق في التصرّف بين العتق وغيره.

وكون العتق مبنيّاً على التغليب ليست كبرى كلّية يرتّب عليها الأثر، إلا بمعنى سراية الانعتاق إلى سائر الأبعاض مع انعتاق البعض. وأما بمعنى تقديم العتق ـ وانتفاع المملوك به ـ على سائر حقوق الناس أو أحكام الشرع فلا دليل عليه.

وفي المقام: لو كان التصرّف باطلاً، لكونه مزاحماً لحقّ ذي الخيار من حيث انقطاع يده عن عين ماله، فلابدّ من البطلان في الجميع، لسبق سبب

الخيار على أسباب تلك التصرّفات. وإن كان صحيحاً ونافذاً بمقتضى أدلّة صحّته، مع بقاء الخيار، واقتضاء استرداد القيمة، ففي الجميع.

هذا، وأما بناءً على ما هو الحقّ ـ على ما تقدّم ـ من ثبوت حقّ مطالبةالشرط والتوصّل إلى تحقّق الأمر الملتزم به،وعدم الخيار مادام ذلك ممكناً للمشروط له، فلازمه مزاحمة تلك التصرّفات لحقّ المشروط له.

ولا طريق للجمع بين حقّ الشرط وبين أدلّة صحّة تلك التصرّفات إلّا بالقول بصحّتها وتوقّفها على إجازة المشروط له، وعدم مطالبة الشرط.

فإن أجاز ولم يطالب بالشرط، فله الخيار في فسخ العقد، لتخلّف الشرط، لو لم نقل بأنّ إسقاط حقّ الشرط مستلزم لسقوط الخيار، لعدم التعذّر على الفرض إلا باجازته الموجبة لتعذّر الشرط لا المشروط عليه، وإلّا فلا خيار له أيضاً. وهذا هو الأظهر.

وإن لم يجزها فتبطل. وله مطالبة الوفاء بالشرط والاجبار عليه، ولاخيار له مادام ذلك ممكناً. فإن أبى المشروط عليه، ولم يمكن إجباره، فله الخيار في فسخ العقد.

هذا تمام الكلام في تلف المال المنتقل إلى المشروط عليه أو تصرّفه فيه.وقدعرفت أنّ الحكمسقوط الخيار،سواء أمكن الوفاءبالشرط أم تعذّر.

ومنه تظهر الحال في تلف المال المنتقل إلى المشروط له،وأنّهلايمنع من بقاء الخيار.ويرجعالمشروط عليه في صورة الفسخ بمثل مالهأو قيمته.

وأمّا تصرّف المشروط له فيما انتقل إليه فهو مسقط لحقّ الشرط والخيار كليهما، إن كان كاشفاً بنوعه عن الرضا بالمعاوضة وإمضائها، على ما تقدّم في مباحث الخيارات.

إسقاط الخيار حين تعذّر الشرط

المسألة الخامسة: لو تعذّر الشرط أو تخلّف المشروط عليه ولم يف به، ولم يمكن إجباره، وصار الخيار فعليّاً، فلا ينبغي الاشكال في أنّ للمشروط له إسقاط الخيار والاعراض عنه، كما هو الشأن في جميع الحقوق، فانّ أقلّ ما يمتاز به الحقّ عن الحكم قابليّته للاسقاط، وإلّا فليس هو بحقّ، والتعبير عنه بالحقّ مجرّد تعبير تسامحي، وإلّا فهو حكم شرعيّ لا محالة.

وإلى هذا يشير ما في كلماتهم‌ﷺ من أنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه، إذ ليس ذلك حكماً تعبّدياً ثابتاً بنصّ أو إجماع أو استقراء موارد الحقوق، بل إنّما هو من لوازم طبيعة حقّية الحقّ في مقابل الحكم الشرعي الّذي يكون أمره بيد الحاكم، ولم يكن أمره بعد جعله مفوّضاً ـ من حيث المصداق ـ إلى من له الحقّ.

هذا، وأمّا حقّ الشرط، فإن كان أمراً خارجاً عن اختيار المشروط عليه، كما في الأوصاف، أو كان تحت اختياره ولكن كان تحقّقه بنفس الشرط، كما في موارد شرط النتائج والغايات الاعتباريّة الّتي لا تتوقّف شرعاً على أسباب خاصّة، ومن ذلك شرط كون الحمل أو الثمرة ـ في بيع الجارية أو الشجرة ـ للبائع، ممّا يكون حاصل الشرط صيرورة مال ملكاً للمشروط له بنفس الشرط.

فكما لا يتصوّر فيه إسقاط الخيار، لعدم تصوّر ثبوت الخيار، وذلك لعدم تصوّر التخلّف في الشرط. كذلك لا يتصوّر إسقاط نفس حقّ

الشرط، لعدم حقّ للمشروط له في مثله على المشروط عليه حتّى يسقطه.

نعم، الثابت بالشرط إنما هي ملكيّة نفس تلك الأعيان، وهي غير قابلة للاسقاط، لعدم ثبوتها في الذمّة حتّى تقبل الاسقاط. نعم، هي قابلة للنقل، فله نقلها إلى المشروط عليه بهبة ونحوها. كما هي قابلة للاعراض على ما هو التحقيق عندنا. ولكنّها تكون بالاعراض من المباحات، والمشروط عليه وغيره فيها سيّان.

هذا، وإن كان الشرط فعلاً اختياريّاً مستتبعاً لحقّ المطالبة والاجبار للمشروط له، فلا ينبغي الاشكال أيضاً في أنّ حاله كحال نفس الخيار في أنّه من الحقوق، ولذيه إسقاطه. وباسقاطه يسقط ـ لا محالة ـ حقّ الخيار، لعدم وصوله إلى حقّه بتخلّف المشروط عليه وعدم إمكان إجباره عليه. ولا فرق في ذلك بين شرط العتق والتدبير وغيرهما من سائر الأفعال.

وما يقال: من أنّ شرط العتق أو التدبير لا يقبل الاسقاط، لعدم انحصار الحقّ فيه للمشروط له حتّى يسقط باسقاطه، بل هناك حقوق ثلاثة: حقّ الله تعالى شأنه، وحقّ العبد، وحقّ المشروط له، فلو أعرض الثالث عن حقّه يبقى الآخران على حالهما.

فهو ضعيف جدّاً على ما أوضحه الشيخ العلّامة قدس سره[1].

وملخّصه: أنّه إن أريد من حقّ الله تعالى شأنه حقّ طاعته من حيث إيجابه الوفاء بالشرط على المشروط عليه، فلا إشكال فيه، إلا أنّه ليس حقّاً له تعالى شأنه في عرض حقّ المشروط له، كما في حرمة القذف

---

(١) المكاسب ٦: ٨٠.

والشتم ونحوهما حتّى لا يؤثّر إسقاط ذي الحقّ ورضاه به، بل هو حقّ لله تعالى شأنه في طول حقّ المشروط له رعاية لحقّه، فاذا سقط سقط لا محالة، كما في نظائر المقام من وجوب طاعة الوالد على الولد والزوج على الزوجة ونحوهما.

وإن أريد منه مجرّد استحباب العتق ومطلوبيّته لله تعالى شأنه، سواء كان هناك شرط العتق أم لا، فلا إشكال فيه أيضاً، إلا أنّه ليس حكماً إلزاميّاً يوجب حسن الطاعة وقبح المعصية، وإلّا فليكن شرط سائر المندوبات من الاحسان والصدقة ونحوهما من هذا القبيل، مع أنّه لا يمكن المصير إليه، ولا يلتزم به أحد.

وأما حقّ العبد، فإن أريد منه مجرّد انتفاع العبد بهذا الشرط على تقدير الوفاء به فهو ممّا لا ريب فيه، إلا أنّه لا يوجب حقّاً له بحيث يكون له مطالبة عتقه من المشروط عليه، لوضوح أنّ المشروط عليه إنّما تعهّد بالعتق للمشروط له لا للعبد، وإلا فليكن شرط الصدقة أو بيع المبيع من زيد مثلاً من هذا القبيل، مع أنّه لا يمكن المصير إليه، ولا يلتزم به أحد على الظاهر.

وإن أريد منه ثبوت حقّ للعبد أيضاً على المشروط عليه، فله مطالبة الوفاء به، فهو باطل جدّاً، إذ المفروض أنّ المشروط عليه لم يتعهّد بشيء للعبد، وإنما تعهّد بما ينفعه للمشروط له على ما هو واضح.

صور الأمر المشروط في ضمن العقد

المسألة السادسة: الأمر المشروط في ضمن العقد:

يكون تارة: تعنون أحد العوضين بعنوان نوعيّ أو صنفيّ خاصّ ـ أي: ما تكون الأموال أموالاً في نظر العرف والعقلاء بما هي معنونة بتلك العناوين الخاصّة ـ كعنوان الحنطة والفرس ونحوهما.

ويكون أخرى: اتّصاف أحد العوضين بوصف زائد مثل وصف الصحّة أو الكمال، ككون الحنطة بيضاء أو الجارية خيّاطة.

ويكون ثالثة: أمراً خارجاً عن حقيقة العوضين، كخياطة ثوب أو بناء دار.

ويكون رابعة: اشتمال أحد العوضين على مقدار خاصّ من حيث الوزن أو المساحة أو العدد.

أمّا الصورة الأولى، فكما لا ينبغي الاشكال في بطلان البيع لو انكشف عدم تعنون المال بذلك العنوان، وذلك فيما كان العنوان بنفسه متعلّقاً للبيع والشراء، كأن يقول: بعتك هذا الفرس بعشرة، فبان أنّه حمار. وذلك لوضوح أنّ ما أنشىء بالبيع ليس إلا المبادلة من حيث المملوكيّة بين مالين متعنونين بعنوانين خاصّين هما الفرس والدينار مثلاً. ولم تتحقّق على الفرض، لعدم دفع أحد العوضين، والمعاوضة بينهما لا تتحقّق لا محالة إلا بدفعهما. وأما المبادلة من حيث المملوكيّة بين الدنانير وبين الحمار فلم يقصد إنشاؤه على الفرض، فلا محيص عن البطلان، لعدم تحقّق ما قصد إنشاؤه، وعدم قصد إنشاء المتحقّق.

وأمّا أنّ المبادلة كانت بين مالين مبهمين مردّدين، وأمّا تعنونهما بعنواني الدينار والفرس فهو التزام آخر في ضمن الالتزام بأصل

المضمون المنشأ بنحو تعدّد المطلوب، فهو أمر موهوم لم يتداول في طريقة العقلاء قطعاً.

كذلك لا ينبغي الاشكال في البطلان إن أخذ العنوان في العقد بنحو الاشتراط، كأن يقول: بعتك هذا بشرط أن يكون فرساً فبان أنّه حمار، بعين البيان المذكور، لوضوح أنّ اختلاف التعبير والتفنّن فيه لا يوجب تغيير الواقع، لوضوح عدم تداول المعاوضة بين مالين مبهمين في طريقة العقلاء، حتّى يتصوّر كون المضمون المنشأ بالعقد شيئاً وما التزم به مبنيّاً على الالتزام بذلك المضمون شيئاً آخر، فيكون من قبيل الالتزام في الالتزام، بل ما التزم به بالشرط عين ما التزم به وأنشىء بالعقد.

هذا كلّه في المبيع الشخصي.

ومنه تظهر الحال في بيع الكلّي في الذمّة، كما لو باع منّاً من الحنطة في ذمّته، أو باع في ذمّته شيئاً بشرط أن يكون حنطة.

فإن كان ما في ذمّته غير متعذّر المصداق، ولكن انكشف كون المدفوع ـ وفاءً ـ شعيراً مثلاً، فلا يضرّ ذلك بصحّة البيع واشتغال ذمّة البائع، فللمشتري مطالبته بالوفاء.

وأمّا إن كان ما في ذمّته متعذّر المصداق، فلا ينبغي الاشكال في بطلان بيع متعذّر التسليم، الراجع إلى تعذّر أحد العوضين، الموجب لعدم تحقّق البيع رأساً.

وهذا بناءً على ما هو الحقّ ـ وأوضحناه في محلّه ـ من أنّ حقيقة بيع الكلّيات في الذمم إنّما هي إنشاء المبادلة بين الثمن ـ مثلاً ـ وبين مصداق

المبيع الّذي يتحقّق به الوفاء في موطنه، واضح لاخفاء فيه.

وأما بناءً على ما هو الشائع عندهم من أنّ المبيع في ذلك نفس ما في الذمّة، باعتبار أنّ له نحو تحقّق في الذمّة، وله ماليّة من حيث تحقّقه فيها، ويبذل بازائه المال، فلا وجه لانكشاف البطلان بانكشاف تعذّر الوفاء، بل غاية الأمر غرامة البائع لما في ذمّته بالقيمة. وهذا ممّا لا يقولون به.

وأما الصورة الثانية والثالثة، فقد مرّ مراراً أنّ المتداول عند العقلاء والمرتكز في أذهان النوع كون المعاملة منشأة بين المالين باعتبار تعنونهما بعناوين خاصّة تكون مطلوبة بها. وأما أوصاف الكمال أو الصحّة فيهما والشروط الخارجة عنهما، فكلّها مطلوبات زائدة على أصل المطلوب. وإنّما يلتزم بها مبنيّاً على الالتزام بأصل العقد بنحو تعدّد المطلوب، غاية الأمر بتعليق الالتزام بالعقد ـ لا الرضا به ـ على تحقّق ذلك الشرط. ولذا لا يوجب تعذّره أو تخلّفه إلا الخيار، لا بطلان العقد، ولا أخذ الأرش، على ما تقدّم في المسألة الثالثة.

وأمّا الصورة الرابعة، فقد وقع محلّاً للاشكال والخلاف، وأنّه هل هي ملحقة بالصورة الثانية والثالثة؟ أو بالصورة الأولى؟ فإن ألحقناها بالثانية والثالثة فلا يوجب تعذّره أزيد من الخيار، وصحّة المعاوضة بين القدر الموجود من المبيع وبين تمام الثمن. فللمشروط له فسخه رأساً، أو إمضاؤه بتمام الثمن، لأنّ البعض المفقود من المبيع قد أخذ بنحو الشرط والالتزام في الالتزام.

وإن ألحقناها بالصورة الأولى، فالبيع باطل بالنسبة إلى ذلك البعض

المفقود، لعدم تحقّق المضمون المنشأ بالنسبة إليه وإلى ما يقابله من الثمن المقسّط على المجموع، لأنّ الأخذ بنحو الشرط والالتزام في الالتزام لا يغيّر الواقع، لوضوح أنّ أبعاض المال كنفسه في أنّه إنّما يقصد المعاوضة عليه من حيث حقيقته المتحقّقة في ضمن الأبعاض. فبعض المبيع في نظر العرف والعقلاء كنفسه في وقوعه معوّضاً، وقد قصد إنشاء العقد بالنظر إلى مجموعه ومجموع الثمن، الموجب لتقسّط كلّ منهما بنسبة تقسّط الآخر على الأبعاض، سواء أخذ ذلك المقدار في المبيع ـ مثلاً ـ بنحو العنوان، كأن يقول: بعتك هذه العشرة أمنان من الحنطة، أم أخذ بنحو الشرط وقال: بعتك هذه الحنطة الموجودة بشرط أن تكون عشرة أمنان.

ولازم ذلك عدم كون هذا الشرط التزاماً آخر مبنيّاً على الالتزام بأصل العقد. بل هو التزام بأصل المضمون المنشأ ضمناً بانشاء أصل المبادلة بين المالين.

ولازمه أيضاً أنّه مع ظهور النقصان لا محالة ينكشف بطلان المعاوضة بالنسبة إلى القدر الناقص. فللمشتري استرداد ما يقابله من الثمن بالنسبة، لبقائه على ملكه، وعدم انتقاله إلى البائع، لعدم انتقال ما يقابله من البائع إليه. وله أيضاً فسخ البيع بالنسبة إلى المقدار الموجود، لتبعّض الصفقة عليه.

وهذا هو الأقوى والأظهر في المسألة، وتقتضيه القاعدة، سواء كان المبيع متساوي الأبعاض كما في المثليّات أم مختلفها كما في القيميّات.

وتفصيل القول:إنّ المبيع الّذي اشترط فيه قدر خاصّ إمّا أن يكون من المثليّات أو من القيميّات. وعلى التقديرين:إمّا أن تتبيّن النقيصة أو الزيادة.

الصورة الأولى والثانية: تبيّن النقيصة في المثلي أو القيمي

لو تبيّنت النقيصة في المبيع ـ سواء كان مثليّاً، كأن يبيع الحنطة بشرط أن تكون عشرة أمنان مثلاً بعشرة دنانير، أم قيميّاً، كأن يبيع الأرض المشاهدة بشرط أن تكون عشرة أجربة بعشرة دنانير، فبانت الحنطة خمسة أمنان أو الأرض خمسة أجربة ـ فالحكم بمقتضى القاعدة ما تقدّم من بطلان البيع في مقابل المفقود بالنسبة، وثبوت الخيار في الباقي، لتبعّض الصفقة.

ويؤيّد القاعدة في الفرضين خبر ابن[1] حنظلة الوارد في الفرض الثاني. ولا يضرّ تأييده اشتماله على ما لا يمكن العمل به من لزوم البيع، ووجوب وفاء البائع، وعدم الانفساخ، وعدم الخيار للمشتري إن كانت للبائع أرض في جنب تلك الأرض يمكنه إيفاء الناقص منها، وأنّ الانفساخ والخيار إنّما هما فيما لم تكن له أرض أخرى في جنب تلك الأرض.

ووجه عدم إمكان العمل بهذه الجملة: ـ مضافاً إلى أنّ الأرض من القيميّات، لكونها من الأموال المختلفة الأجزاء ـ أنّه لو سلّمنا كونها من

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٧ ـ ٢٨ ب «١٤» من أبواب الخيار ح ١، عن الفقيه ٣: ٢٣٩ ح ٣٨٧٥، والتهذيب ٧: ١٥٣ ح ٦٧٥. وإليك نصّ الحديث: عن عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل باع أرضاً على أنّها عشرة أجربة، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن، ووقع صفقة البيع وافترقا، فلمّا مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ البيع وأخذ ماله كلّه، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون، فليؤخذ ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الّذي باع، فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كلّه».

المثليّات، فالمثلي إنّما يضمن بمثله في فرض تلف مال الغير في يد القابض أو إتلافه، فتلزمه الغرامة بمثله، أو تلف المال بيد مالكه أو إتلافه له، ثمّ فسخ العقد الموجب لرجوع كلّ مال إلى مالكه الأوّل. ولم يتحقّق شيء من ذلك في محلّ الكلام، إذ المفروض نقص المبيع في الواقع، فلم يكن قدر الناقص ملكاً للبائع حتّى ينتقل إلى المشتري بالشراء، ويفرض تلفه بيد البائع فيغرم بمثله. بل الحكم فيه هو الانفساخ، ورجوع ما يقابله من الثمن إلى المشتري إن كان موجوداً وقد تلف في يد البائع قبل إقباضه، فضلاً عمّا هو المفروض من انتفاء المال رأساً. فلا معنى فيه للضمان بالمثل. بل لابدّ من أخذ القدر الناقص من الأرض من أرض أخرى للبائع بمعاوضة أخرى بينها وبين ما يقابل المعدوم من الثمن. وهذا واضح لاخفاء فيه.

ويمكن حمل الخبر على إرادة إنشاء هذه المعاوضة الجديدة بتراضٍ من الطرفين بها، وإن كان خلاف الظاهر. وعلى كلّ حال، فلا يضرّ تأييده لما تقتضيه القاعدة، سواء أمكن توجيه هذه الجملة فيه أم لا.

هذا، وربما يناقش في أصل الصحّة في الفرض الثاني: بأنّ أجزاء المبيع الموجود ـ كالأرض مثلاً ـ غير متساوية في الخصوصيّات الموجبة لزيادة الماليّة ونقصانها، ومن الواضح أنّ الثمن إنّما يقسّط على المبيع بنسبة قدر ماليّته، والقدر المعدوم لا يعلم قدر ماليّته ليعلم به قدر ما يقابله من الثمن.

فلو كان الثمن عشرة دراهم، والمبيع عشرة أجربة، والموجود منها

خمسة، وماليّة الخمسة الموجودة خمسة على ما هي عليها من الأجـزاء المختلفة، إذ قد تكون قيمة بعض الأجزاء نصف درهـم وبـعضها درهـماً وبعضها درهماً ونصفاً وبعضها درهمين.

فلو فرضنا المعدوم أيضاً كالموجود، لا محالة يكون ما يقابل كلّاً من الموجود والمعدوم من الثمن بنسبة واحدة هي النصف.

وأما لو فرضت قيمة كلّ من أبعاض المعدوم نصف درهـم، فـيكون مجموعها اثنين ونصف درهم، ونسبة التفاوت عليه بالثلث والثلثين، بمعنى أنّ ما يقابل الموجود من الثمن ثلثاه، وما يقابل منه المعدوم ثلثه.

ولو فرضت قيمة كلّ من أبعاضه واحداً ونصفاً، فتكون قيمة المجموع سبعة ونصف درهم، ونسبة التفاوت على هذا أيضاً بالثلث والثلثين، إلا أنّ ما يقابل الموجود من الثمن لابدّ أن يكون ثلثي ما يقابل منه المعدوم.

ولو فرضت قيمة كل من أبعاضه اثـنين، فـيكون المـجموع عشـرة، فيكون التفاوت أيضاً بالثلث والثلثين، إلا أنّ ما يقابل الموجود من الثمن لابدّ أن يكون نصف ما يقابل منه المعدوم.

ولو فرضت قيمة جزء من أبعاضه نصف درهم، وجزء ثانٍ درهـماً، وجزء ثالث درهماً ونصفاً، وجزء رابع درهمين، وجزء خامس عشـرين درهماً. فالمجموع خمسة وعشرون، والتفاوت بالخمس. فـلابدّ مـن أن يكون ما يقابل الموجود من الثمن ربع ما يقابل منه المعدوم، وهو خمس الثمن في الفرض.

وعلى هذا القياس من الفروض الممكن فرضها في المعدوم. وحيث

إنّه لا يتعيّن شيء منها فلا محالة يؤل الأمر إلى الجهالة بثمن الموجود، الموجبة لبطلان البيع رأساً، للجهالة والغرر.

ولا يقاس المقام بمسألة مالو باع ما يملك ومالا يملك بثمن معيّن، أو بيع ماله ومال غيره كذلك، إذ الجهل بما يقابل المملوك أو مال نفسه من الثمن وإن كان متحقّقاً فعلاً ـ أي: حين إنشاء البيع ـ إلا أنّه آئل إلى العلم حين تبيّن عدم صحّة بعض المعاوضة، لكون البعض الآخر موجوداً يمكن استعلام قيمته ولو عند مستحلّ الخمر مثلاً، بخلاف المقام على ما عرفت.

ولكنّها مناقشة ضعيفة جدّاً.

أما أوّلاً: فلعدم الدليل على اعتبار أزيد من العلم بمجموع كلّ من العوضين في المعاوضة، إذ المتيقّن من الاجماع على اعتبار العلم بهما ذلك، كما أنّه به يرتفع الغرر عرفاً.

وأمّا اعتبار العلم بما يقابل مايصحّ بيعه من العوض الآخر على تقدير صحّة المعاوضة في بعض المبيع دون بعض، فلا دليل على اعتباره. أما الاجماع فواضح، بعد استقرار الفتاوى على الصحّة في تلك الفروض. وأما الغرر فلما عرفت من عدم تحقّقه عرفاً في مثل هذه المعاوضات. وأمّا التخاصم فيمكن التخلّص منه بتصالح ونحوه.

وأمّا ثانياً: فلأنّه لو سلّمنا اعتبار العلم بذلك معلّقاً على تقدير تبيّن التبعّض، وكفاية حصول العلم في ذلك الحين في الصحّة، كما في الأمثلة المذكورة، فنمنع الفارق بين تلك الفروض وبين المقام، بامكان العلم فيها دونه، وذلك لابتناء الفرق ـ على ما عرفت ـ على إمكان فرض المعدوم

موجوداً بصور مختلفة تختلف معها قيمة المعدوم، وبه يختلف ما يـقابل الموجود والمعدوم من الثمن.

ولكنّه خلاف ما هو المرتكز في الأذهان، فانّ المرتكز فيها في مثل هذه الفروض تقدير المال الناقص ـ المفروض تامّاً ـ بالقدر المشـروط، ولكن على ما هو عليه من كيفيّات أبعاضه، بمعنى فرض الصغير الواقعي كبيراً تتضاعف أبعاضه بمالها من الكيفيّات بنسبة واحدة، بأن يفرض في المثال المتقدّم تضاعف الأبعاض الواقعيّة للأرض الموجودة على مالها من الكيفيّات المختلفة بنسبة واحدة، بصيرورة كلّ بعض منها ضعف مقداره. فكأنّ الواحد الواقعي الّذي يسوى بنصف وقد زعماه اثنين كان في الواقع كما زعماه، والواحد الواقعي الّذي يسوى بواحد وزعماه اثنين كان فـي الواقع كما زعماه. وذلك لأنّ المزعوم إنّما هو وجود خمسة أخرى مـن الأرض قيمتها مثل قيمة الخمسة الموجودة بحسب الارتكاز، حيث إنّهما زعما أو بنيا على كون الخمسة الموجودة عشرة في الواقع، وتبيّن الخطأ فى هذا الزعم.

بل الحقّ: أنّ هذا هو الحال في مسألة بيع ما يقبل التملّك مـع مـالا يقبله جاهلاً بذلك، وأنّ اللازم تعيين ما يقابل مـن الثـمن لمـالا يـملك، بفرضه على ما هو عليه من القدر المساوي لما يملك أو الناقص منه أو الزائد عليه من نفس ما يملك بنوعه وصنفه وشخصه، بأن يفرض الخمر خلّاً من سنخ شخص ذلك الخلّ المبيع، وفـرض الخـنزير شـاةً كـالشاة الموجودة. لا تعيين ماليّة الخمر بما هي خمر والخنزير بما هو خنزير عند مستحلّهما. وتفصيل الكلام على عهدة محلّه.

الصورة الثالثة والرابعة: تبيّن الزيادة في المثلي أو القيمي

وأما الصورة الثالثة والرابعة، فان كان المقصود من اشتراط القدر الخاصّ ـ كالعشرة مثلاً ـ فيهما عدم نقصه عن ذلك، لا بشرط بالنسبة إلى الزيادة عليه، بحيث يكون الشرط متمحّضاً في كونه للمشتري فقط على البائع، فمرجعه إلى المحاباة والالتزام بكون الزيادة على تقدير وجودها ملكاً للمشتري بلا عوض. ولا محذور فيه، حيث إنّ البيع والشراء إنّما وقعا على ذلك القدر المعيّن، ولا غرر فيه، لا على ما يتردّد بينه وبين ما زاد عليه حتّى يكون غرريّاً باطلاً. وعليه، فلا أثر لتبيّن الزيادة.

وأما إن كان المقصود كونه شرطاً للمشتري في طرف النقيصة على البائع، وللبائع على المشتري في طرف الزيادة.

فمع تبيّن الزيادة يحتمل أن يقال: إنّه ليس للبائع إلا الخيار. فان شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه في المجموع بالثمن المفروض بلا استحقاق مطالبة أرش الزيادة من الثمن، نظراً إلى أنّ عدم الزيادة إنّما أخذ بنحو الشرط لا الاستثناء. وعليه، فلا خيار للمشتري، وإنّما الخيار للبائع فقط.

ويحتمل أن يقال: إنّ مآل هذا الشرط في الحقيقة إلى استثناء الزيادة على تقدير وجودها، وعدم إرادة نقلها إلى المشتري. ولازمه شركة البائع مع المشتري، المستلزمة لثبوت الخيار للمشتري لعيب الشركة.

وهذا هو الأظهر في النظر، وإن كان الشيخ العلّامة قدس سره[1] رجّح الاحتمال الأوّل.

---

(١) المكاسب ٦: ٨٧.

أحكام الشرط الفاسد

صور فساد الشرط

وهنا جهات من البحث:

الجهة الأولى: من المعلوم أنّ فساد الشرط ـ بالمعنى الّذي سنبيّنه في الجهة الثانية ـ لابدّ أن يكون لاختلال شيء من الشرائط الّتي قدّمنا اعتبارها في صحّة الشرط ووجوب الوفاء به شرعاً.

فان كان اختلال شرط صحّة الشرط موجباً لاختلال شيء من شرائط صحّة العقد، فلا محيص عن كون فساده موجباً لفساد العقد، بلا إشكال ولا خلاف.

وهذا كما إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، بأن يشترط البائع ـ مثلاً ـ عدم انتقال المبيع إلى المشتري أو انتقاله إلى غير المشتري، أو يشترط المشتري عدم انتقال الثمن إلى البائع أو انتقاله إلى غير البائع، حيث إنّ الالتزام الشرطي فيه مناقض للالتزام العقدي، فلم يتحقّق قصد المعاوضة، بل هو صرف لقلقة لسان، فلا يصدق عليه عنوان البيع حتّى تشمله أدلّة الامضاء.

أو كان الشرط ملحقاً لانشاء العقد باللغويّة وعدم الصلاحيّة للاعتبار العقلائي، كما إذا باع ماله من زيد وشرط عليه عدم التصرّف فيه بأنحاء التصرّف. وذلك لوضوح أنّ مضامين العقود والايقاعات إنّما تعتبر في طريقة العقلاء لترتيب مالها عندهم من الآثار، فمع المنع عن ترتيبها لا يصحّ اعتبارها عندهم، للغويّته، فلا تصدق العناوين ـ كالبيع والنكاح ـ أيضاً عليها، فلا تشملها أدلّة الامضاء.

أو كان الشرط موجباً للغرر في البيع، كما إذا اشترط في أحد العوضين وصف مجهول، كأن يقول: بعتك هذا العبد بشرط أن يكون متّصفاً بصفة كمال مثلاً، أو اشترط في أحدهما ما هو خارج عن تحت القدرة،وموجب لتعذّر التسليم بالاختيار، ويدور التسليم معه مدار الصدفة، كما إذا باع الزرع بشرط أن يجعله سنبلاً، فلا تشمله أدلّة الامضاء أيضاً.

أو كان الشرط موجباً لاخراج أحد العوضين عن الماليّة الشرعيّة والقابليّة للتملّك، كما إذا باع الخشب بشرط أن يجعله صنماً، أو باع العنب بشرط أن يجعله خمراً، حيث إنّ ماليّة المال وقابليّته للتملّك إنّما تكون من حيث اشتماله على المنافع المحلّلة المقصودة للعقلاء، لا من حيث اشتماله على المنفعة المحرّمة شرعاً. فشرط الانتفاع بخصوص المنفعة المحرّمة، وسلب السلطنة على الانتفاع بالمنافع المحلّلة، إخراج للمال عن حيثيّة ماليّته الشرعيّة، وبيع لما لا ماليّة له شرعاً، فلا محيص عن كون أخذ الثمن بازائه أكلاً للمال بالباطل شرعاً، فلا تشمله أدلّة الامضاء أيضاً.

وأما إذا كان اختلال شرط صحّة الشرط بنحوٍ لا يوجب شيئاً من

ذلك، كما لو كان فساد الشرط لكونه لغواً عند العقلاء، أو غير مذكور في متن العقد، أو مخالفاً للكتاب والسنّة، كما إذا شرط في بيع داره أن يشرب المشتري الخمر مثلاً، أو لكونه مجهولاً في نفسه بلا سراية للجهالة إلى أحد العوضين، كما إذا باع الدار بشرط أن يفعل له فعلاً، أو كان في نفسه أمراً غير مقدور بلا سراية ذلك إلى أحد العوضين، كما إذا باع الدار بشرط أن يجعل المشتري زرع البائع سنبلاً مثلاً.

فجميع ذلك ينبغي أن يكون محلّاً للاشكال والخلاف، غاية الأمر من جهة واحدة في بعض الفروض ومن جهات متعدّدة في بعضها الآخر.

وكيف كان، فقد وقع الاشكال والخلاف فيه، فذهب جماعة[1] إلى استلزام فساد الشرط فساد العقد، وذهب آخرون[2] إلى عدم السراية، وفساد الشرط مع بقاء العقد على الصحّة، إمّا مع الخيار أو بدونه.

والحقّ هو الثاني، لأنّه مقتضى تماميّة أركان العقد، واجتماع جميع شرائط الصحّة، فتشمله أدلّة الامضاء بعمومها وإطلاقها.

ولابدّ من مدّعي الافساد من إقامة دليل على ما يوجب الخروج عن تلك العمومات والاطلاقات.

وقد ذكر في ذلك وجوه:

---

(١) كابن البراج في المهذب ١: ٣٨٩، والعلّامة في مختلف الشيعة ٥: ٢٩٨ وقواعد الأحكام ٢: ٩٠، والشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقيّة: ١٢٠، والشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٣: ٥٠٥ ومسالك الأفهام ٣: ٢٧٣، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٤٨، والمحقّق السبزواري في كفاية الأحكام ١: ٤٩٣.

(٢) كابن الجنيد حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ٢٩٨، والشيخ في المبسوط ٢: ١٤٩، وابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ٢٧٢.

الوجه الأول: إنّ الشرط جزء من أحد العوضين، فلابدّ من تقسّط العوض الآخر على جميع أبعاضه بنسبة ماليّتها. فمع صحّة الشرط يكون تمام العوض في مقابل تمام العوض الآخر والشرط معاً، ولا حاجة إلى تقسيط العوض الآخر عليهما. ولكن مع فساده وعدم سلامته، لابدّ من رجوع ما يقابله من العوض إلى مالكه الأوّل، للانفساخ، وبقاء ما يقابل نفس العوض في ملك من انتقل إليه، لصحّة البيع فيه. وحيث إنّ التقسيط لابدّ أن يكون بنسبة ماليّة الأمرين، ولا علم بقدر ماليّة الشرط، فلا علم بما يقابل ما يصحّ البيع فيه من العوض، فيكون غرراً مبطلاً للبيع.

وقد تقدّم آنفاً الجواب عن هذا الوجه مستوفىً. وملخّصه: منع كون الشرط جزءاً من أحد العوضين في نظر العرف والعقلاء، وإن كان موجباً لزيادة الرغبة وبذل المال الزائد في مقابل العوض الملحوظ فيه ذلك لمالكه. ولو سلّم ذلك، فيمنع كون الجهل الطاري موجباً للغرر عرفاً حتّى يوجب فساد البيع. ولو سلّم ذلك أيضاً، فإنّما يسلّم فيما كان الجهل الطاري غير قابل للزوال، لا فيما كان آئلاً إلى العلم بملاحظة ماليّة الشرط، ولا خفاء في إمكان تقدير ماليّة الشرط، كخياطة الثوب أو كون العبد كاتباً مثلاً.

الوجه الثاني: إنّ لازم الاشتراط كون التراضي بالمعاوضة معلّقاً على تحقّق الشرط، بمعنى أنّ المنشأ بالتراضي هو ملكيّة المبيع للمشتري في مقابل الثمن على تقدير تحقّق الشرط، ولازم ذلك انتفاؤه بانتفائه، فيكون البيع حينئذٍ تجارة لا عن تراضٍ، بل أكلاً للمال بالباطل.

وهذا الوجه أيضاً قد تقدّم مراراً إيضاح فساده، وأنّه لا تعليق في العقد على الشرط، وإلا فيبطل بالاجماع. ولازمه بطلان العقد المشروط مطلقا. بل الشرط معناه الالتزام في التزام آخر، بحيث يناط الثاني بالأول دون العكس.

نعم، المعلّق على الشرط ـ بمعنى الأمر الملتزم به ـ هو الالتزام بالعقد والثبات عليه، وهو مدلول التزاميّ عرفيّ لمطلق العقود والإيقاعات المبنيّة على الدوام والثبات.

وهو أيضاً تعليق وإناطة لبّية، لا تعليق لفظي، لأنّ العقود والالتزامات المبنيّة على الالتزام بها ليست التزامات معلّقة ولا مقيّدة حتّى يكون المضمون منشأ على تقدير تحقّق الشرط فقط، كما في الملكيّة والتدبير المنشأين على تقدير الموت، أو يكون التراضي متعلّقاً بالعقد بقيد تحقّق الشرط بنحو قيد الواجب لا الوجوب*. بل المرتكز عند العقلاء أنّها التزامات متعدّدة بنحو تعدّد المطلوب وكماله. فلا يوجب عدم تحقّق الشرط انتفاء المنشأ ولا عدم الرضا بما أنشئ. بل إنّما يوجب خيار المشروط له، إن شاء دام وثبت على التزامه وإن شاء فسخ العقد.

وارتكاز هذا المعنى هو الموجب لتسالم الأصحاب على الصحّة في

(*) وأما ما يظهر من تقرير بحث الأستاذ العلّامة ﷺ [المحقّق النائيني ﷺ راجع منية الطالب ٢: ١٤٩] من إنكار تعليق الانشاء والمنشأ والتراضي بالعقد على الشرط، وإنكار كون الشروط والقيود مع أصل المضامين بنحو تعدّد المطلوب، والتخلّص عن الاشكال بكون الشروط معتبرة في العقود بنحو قيد الواجب لا الوجوب، فهو لا يرجع إلى معنى محصّل، وإن جعله المقرّر تحقيق الحقّ في المسألة. فعليك بالتأمّل ومن الله التوفيق. «منه ﷺ».

موارد تبعّض الصفقة ـ كما في بيع ما يملك مع ما لا يملك، وبيع ما يملك التصرّف فيه وما لا يملكه ـ وموارد تخلّف شرط عدم النقيصة في المقدار، وموارد تخلّف الوصف، وموارد تخلّف سائر الشروط أو تعذّرها، وغير ذلك ممّا لا يخفى على الخبير بفتاواهم. ولا يحتمل كون مقتضى القاعدة بطلان العقد في جميع تلك الموارد، وإنّما قيل بصحّته فيها لدليل تعبّدي، حتّى يقال ببقاء موارد فساد الشرط تحت القاعدة.

الوجه الثالث: التمسّك بالأخبار الخاصّة.

فمنها: رواية عبد الملك بن عتبة قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس عليّ منه وضيعة، هل يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وحدّ ذلك؟ قال: لا ينبغي»[1].

والرواية متشابهة المضمون، إذ فرض شرط عدم الوضيعة والخسارة في رأس مال المشتري إذا باع ما اشتراه من الطعام يكون تارة بنحو شرط النتيجة، فيكون شرطاً مخالفاً للكتاب والسنّة، ويكون أخرى بنحو شرط الفعل، بمعنى تدارك البائع تلك الخسارة من ماله مجّاناً، فلا مانع من مثل هذا الشرط.

ثمّ إنّ قوله عليه السلام: «لا ينبغي» يحتمل رجوعه إلى أخذ التدارك من البائع، كما ربّما يؤيّده وقوع «ويأخذ ذلك» بدل «وما حدّ ذلك» في بعض[2] النسخ.

---

(١) الوسائل ١٨: ٩٥ ب «٣٥» من أبواب أحكام العقود ح ١، عن الاستبصار ٣: ٨٤ ح ٢٨٤، والتهذيب ٧: ٥٩ ح ٢٥٣. والرواية موافقة لما في الاستبصار والوسائل في باب بيع الحيوان. وفي التهذيب والوسائل في باب أحكام العقود: وكيف يستقيم وجه ذلك.

(٢) لم نجده في المصادر. نعم، ذكره الخوانساري في منية الطالب ٢: ١٥٠.

ويحتمل رجوعه إلى نفس الشرط، أي: الاشتراط.

ويحتمل رجوعه إلى الوفاء بالشرط أو العقد.

كما أنّه يحتمل أن يكون المراد منه الحرمة أو الكراهة.

والاستدلال بها على فساد العقد لفسادشرطه مبنيّ على كون المفروض فيها شرط عدم الوضيعة بنحو شرط النتيجة، وكون «لا ينبغي» راجعاً إلى الوفاء بالعقد، لئلّا يلزم كراهة الوفاء بالعقد بعد فرض صحّته. بل يحمل على إرادة فساده وعدم مشروعيّته الموجب لحرمة ترتيب الأثرعليه وفاءً.

وهذا المعنى خلاف ظاهرها قطعاً، بمعنى أنّه احتمال ضعيف فيها بحسب المتفاهم العرفي.

فإمّا أن يكون المراد فرض شرط الفعل، وكراهة أخذ ما يعطيه البائع، وصحّة العقد والشرط معاً.

أو يكون المراد كراهة نفس الشرط لا الوفاء به، وصحّة العقد والشرط كليهما.

أو يكون المراد كراهة نفس البيع بهذا الشرط مع صحّتهما كليهما.

وعلى فرض كون المراد منها الاشتراط بنحو النتيجة، فيحتمل أن يكون المراد من قوله: «لا ينبغي» حرمة الشرط الموجب لفساده. كما يحتمل أن يكون المراد حرمة العقد بمعنى فساده. ولا معيّن لهذا الاحتمال من بين تلك الاحتمالات.

وهنا احتمال آخر، وهو أن يكون المراد فساد العقد رأساً مع ذلك الاشتراط، سواء كان بنحو شرط النتيجة أم الفعل. وعليه، فيكون حكماً

تعبّدياً ثابتاً بالنصّ على خلاف القواعد.

وأظهر هذه الاحتمالات إرادة شرط الفعل، وكراهة نفس الشرط أو أخذ ما اشترط. فلا حجّة فيها على المسألة المبحوث عنها.

ومنها: رواية الحسين بن منذر قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب منّي العينة، فأشتري له المتاع مرابحة ثم أبيعه إيّاه ثمّ أشتريه منه مكاني، قال فقال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت أيضاً بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس، قال فقلت: إنّ أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، فقال: إنّما هذا تقديم وتأخير لابأس»[1].

ورواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثمّ اشتراه بخمسة دراهم نقداً، أيحلّ؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»[2].

والاستدلال بهما في المسألة مبنيّ على إرادة الحرمة الوضعيّة ـ بمعنى الفساد ـ من البأس المنفيّ والمثبت في المنطوق والمفهوم. وكون المراد نفيه وإثباته في البيع الأوّل لا في البيع الثاني. وفرض الشرط فاسداً في نفسه من جهة استلزامه الدور كما قيل، أو لانتفاء قصد البيع حقيقة، وكونه مجرّد صورة بيع للاسترباح بالربح المفروض، مع التخلّص من الربا.

والأمر الثالث ممنوع جدّاً على ما تقدّم في الشرط السابع من شرائط

---

(١) الوسائل ١٨: ٤١ ـ ٤٢ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤، عن الكافي ٥: ٢٠٢ ح ١.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٢ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٦، عن مسائل عليّ بن جعفر: ١٢٧، وقرب الاسناد (الطبعة الحديثة): ٢٦٧.

صحّة الشرط، وأنّه لا دور قطعاً. كما أنّ المفروض قصد البيع حقيقة، والشرط مؤكّد له لا أنّه منافٍ له.

كما أنّ الأمر الأوّل أيضاً قابل للمنع، لقوّة احتمال إرادة الكراهة.

نعم، الأمر الثاني غير قابل للانكار.

وحاصل الكلام: أنّه لا دلالة للروايتين على حكم المسألة المبحوث عنها، أعني: استلزام فساد الشرط فساد العقد.

فيحتمل أن يكون المراد منها أنّ اشتراط بيع المشتري ما اشتراه من البائع ـ لا محالة ـ يوجب صيرورة البيع الأوّل صرف تحيّل صوري للاسترباح والتخلّص من الربا.

وعليه، فاللازم بطلان البيع الأوّل وبتبعه بطلان البيع الثاني، لانتفاء الملكيّة. ولكن بطلان البيع الأوّل في مثله لم يكن معلولاً لفساد الشرط، بل لكون الشرط موجباً لاختلال شرائط صحّة البيع الأوّل. ولا ينبغي الاشكال في فساد البيع في مثله، وفساد الشرط بتبع فساده على ما تقدّم.

ويحتمل أن يكون المراد كراهة البيع بمثل هذا الشرط، مع صحّته وصحّة الشرط.

ويحتمل أن يكون هذا الشرط مانعاً تعبّدياً من صحّة البيع الأوّل قد ثبت بهذه الأخبار. ولا محذور فيه.

وقد تقدّم أنّه ربما يدّعى تسالم الأصحاب على فساد البيع بهذا الشرط، وأنّه يفسد البيع الثاني بتبع فساده، وأنّ الظاهر أنّهم استظهروا ذلك من هذه الروايات، بحملها على المعنى الأوّل أو الثالث.

وعلى كلّ حال، فهي أجنبيّة عن حكم المسألة المبحوث عنها ـ أعني: استلزام فساد الشرط فساد العقد فيما لم يكن موجباً لاختلال شيء من شرائط صحّته ـ على ما هو واضح.

وكيف كان، فقد تحصّل أنّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحّة العقد وفساد الشرط، إن كان فساده بنحوٍ لا يستلزم إخلالاً بشيء من شرائط صحّة العقد. وليس هنا ما يخصّصها. بل في الأخبار الخاصّة ما يدلّ على الصحّة، كما في الحديث الّذي رواه المشائخ الثلاثة عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنّه ذكر: «أنّ بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشترتها عائشة وأعتقتها، فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها وإن شاءت فارقته، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أنّ لهم ولاءها، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق»[1].

ومن الواضح أنّ تخيّرها في البقاء عند زوجها ومفارقته من أحكام الانعتاق، وهو فرع صحّة عتق عائشة لها، لكونها مالكة لها، وهي فرع صحّة البيع والشراء مع فساد الشرط المذكور في ضمنه.

واحتمال أنّ الشرط لم يكن مذكوراً في متن العقد، بل كان العقد مبنيّاً عليه، خلاف ظاهر الصحيحة، حيث إنّ قوله صلى الله عليه وآله: «الولاء لمن أعتق» ظاهر في أنّ فساد الشرط ليس لعدم ذكره في متن العقد، بل لكونه مخالفاً لحكم الشرع. بل قد وقع التصريح بذلك في غيرها من الأخبار الحاكية

---

(١) الوسائل ٢١: ١٦١ ـ ١٦٢ ب «٥٢» من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ٢، الكافي ٥: ٤٨٥ ـ ٤٨٦ ح ١، الفقيه ٣: ١٣٤ ح ٣٤٩٧، التهذيب ٧: ٣٤١ ح ٢٧.

لقضيّة بريرة. وقد تقدّمت في مباحث الشروط الرواية من طريق العامّة، وأنّ بريرة لمّا اشترتها عائشة وشرط مواليها عليها ولاءها قال ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطل، قضاء الله أحقّ، وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق».

هذا، ولو سلّمنا وقوع الشرط خارج العقد، فمقتضى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المتقدّمة لكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد هو الفساد أيضاً، على ما يأتي توضيحه.

هذا، وكمرسلة جميل عن أحدهما عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم إلا الميراث»[1].

ولا يخلو: إمّا أن يعمل بظاهر الرواية من صحّة شرط عدم البيع والهبة وفساد شرط عدم الارث،أو لا يعمل بها،بل يبنى على فساد الشروط الثلاثة أجمع، كما حكي عن كاشف[2] الرموز أنّه لم يجد عاملاً بهذه الرواية. فيحمل الأمر بالوفاء بهما على الاستحباب، ويقال: إنّ عدم إثبات الرواية استحباب الوفاء بشرط عدم الارث إنّما هو لأجل قهريّة الملك في الارث، وليس فيه فعل اختياري حتّى يتصوّر استحبابه وفاءً بشرط عدم الارث.

وعلى كلّ حال، فالرواية تدلّ على صحّة البيع ولزوم الوفاء بالشرطين

(١) الوسائل ٢١: ٣٠٠ ب « ٤» من أبواب المهور ح ٣، عن التهذيب ٧: ٣٧٣ ح ٧٢.
(٢) كشف الرموز ١: ٤٧٤ ـ ٤٧٥.

أو استحبابه، وفساد الشرط الثالث فقط أو الشروط الثلاثة أجمع.

وكصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الشرط في الاماء لاتباع ولا تورث ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فانّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ»[١].

والبيان فيها عين البيان المتقدّم في المرسلة. بل ما في ذيلها من قوله عليه السلام: «وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ» ظاهر في أنّ المراد من بطلان الشرط المخالف لكتاب الله أينما ورد ليس إلا ردّ الشرط، بمعنى عدم العمل مع بقاء العقد على صحّته.

وتدلّ على المقصود أيضاً الأخبار[٢] الواردة في الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح، الدالّة على صحّة النكاح وفساد الشرط.

هذا، وربما يستدلّ على صحّة العقد مع فساد الشرط: بأنّ صحّة الشرط متوقّفة على صحّة العقد، فلو توقّفت صحّة العقد أيضاً على صحّة الشرط لدار.

ولكنّه استدلال باطل، فإنّ صحّة الشرط إنّما تتوقّف على صحّة العقد لأجل أنّه التزام مرتبط، وليس التزاماً ابتدائيّاً. ومن الواضح أنّ الوفاء بالالتزام المرتبط لا يمكن إلا في ضمن الوفاء بأصل العقد، ومع فساد العقد لا وفاء به حتّى يتصوّر الوفاء بالشرط في ضمنه.

وأمّا صحّة العقد فلا وجه لتوقّفها على نفس الشرط، فضلاً عن صحّته

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٦٧ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان ح ١، عن الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٧.

(٢) راجع الوسائل ٢١: ٢٧٥ و ٢٨٩ ب «٢٠» و «٢٩» من أبواب المهور. وج ٢٢: ٩٨ ب «٤٢» من أبواب مقدّمات الطلاق.

ووجوب الوفاء به. بل غاية الأمر أنّه مع تحقّق الشرط وفرض فساده، وعدم وجوب الوفاء به، يستلزم ذلك فساد العقد.

وبعبارة أخرى: غاية ما هنا ـ بناءً على القول بإفساد الشرط الفاسد العقد ـ تلازم فساد العقد مع فساد الشرط، وأين هذا من التوقّف المستلزم للدور إن كان من الجانبين؟

لا خيار في العقد الصحيح مع الشرط الفاسد

الجهة الثانية: بناءً على ما هو المختار من صحّة العقد وفساد الشرط، فهل هو صحيح ولازم، أو أنّ للمشروط له الخيار؟

الحقّ هو الأوّل. وذلك لما تقدّم إيضاحه في مباحث تعذّر الشرط أو تخلّف المشروط عليه من أنّ معنى الشرط في ضمن العقد ـ بالمعنى المصدري ـ هو الالزام والالتزام بالأمر المشروط، وربط الالتزام بالعقد بتحقّق الأمر الملتزم به وتعليقه عليه لبّاً، المستفاد عرفاً من نفس الالزام والالتزام المبنيّين على الالزام والالتزام بنفس العقد.

ومعنى صحّة الشرط بهذا المعنى شرعاً ليس إلا إيجاب الوفاء به، بترتيب ما يقتضي ترتيبه نفس هذا الالتزام المرتبط عرفاً. وليس هو إلا وجوب إيجاد الشرط وتحصيله فيما كان الشرط ـ بمعنى الأمر المشترط ـ ممّا بيد المشروط عليه إيجاده. ووجوب ترتيب آثار فسخ العقد ورجوع كلّ من العوضين إلى مالكه الأصلي لو فسخ المشروط له العقد، لتعذّر الشرط، أو تخلّف المشروط عليه وعدم التمكّن من إجباره

عليه، أو لانتفاء الشرط، لكونه أمراً خارجاً عن قدرة المشروط عليه، كما في شرط الأوصاف ونحو ذلك.

أمّا الأوّل، فلكون الشرط محدثاً لحقّ للمشروط له في إيجاد الشرط، حيث إنّ مفاد الشرط ليس هو مجرّد تعليق الالتزام، بل مفاده مطلوبيّة الشرط وتعليق الالتزام.

وأمّا الثاني، فلتعليق الالتزام العقدي على تحقّق الشرط في جميع هذه الفروض.

نعم، لا محلّ للأمر الأوّل إلا فيما يكون الشرط ممّا بيد المشروط عليه اختيار إيجاده ولم يعرض عليه التعذّر، دون ما كان خارجاً عن اختياره رأساً أو عرض التعذّر عليه. ولكن مجرّد ذلك لا يوجب بطلان الشرط، بمعنى عدم وجوب الوفاء به. ولا يعقل معنى صحيح لصحّته إلا وجوب الوفاء به. ولا معنى لوجوب الوفاء به إلا ما عرفت من ترتيب آثار الفسخ إذا فسخ المشروط له عند التعذّر أو تبيّن الانتفاء أو التخلّف وعدم إمكان الاجبار.

ولازم ذلك كلّه أنّه لو لم يمض الشارع الشرط، لانتفاء شيء من شرائط صحّته، مع إمضائه العقد، لاجتماع شرائط صحّته، فليس معناه إلا عدم إمضاء الشرط ـ بالمعنى المصدري ـ من الحيثيّتين، أي: من حيثيّة إحداثه حقّ المطالبة للمشروط له، ووجوب الوفاء على المشروط عليه إن كان مقدوراً له، ومن حيثيّة ارتباط الالتزام العقدي بتحقّق ذلك الشرط، الموجب لبقاء الالتزام العقدي من المشروط له وعدمه بيده على تقدير

عدم تحقّقه في جميع الفروض. فلا يبقى وجه للخيار، بل لا محيص عن لزوم العقد بمقتضى أدلّة وجوب الوفاء بالعقود، لوضوح أنّ اقتضاء الشرط للخيار عرفاً لا يجدي في ثبوته شرعاً ما لم يتحقّق إمضاء الشارع للشرط، والمفروض عدمه. فلا محيص عن سقوط الشرط شرعاً عمّا يقتضيه من الحيثيّتين. ولا معنى للتفكيك بعدم إمضائه من الحيثيّة الأولى وإمضائه من الحيثيّة الثانية.

فلو باع داره ـ مثلاً ـ بمائة بشرط أن يجعل المشتري عصير البائع خمراً، فهذا الشرط باطل وغير ممضى شرعاً، ولا يترتّب عليه أثر أصلاً، لا من حيث وجوب وفاء المشتري بجعل العصير خمراً، وحقّ مطالبة البائع ذلك منه وإجباره عليه، ولا من حيث بقاء الالتزام العقدي من البائع بيده على تقدير عدم تحقّق الشرط، لتعذّره خارجاً وتكويناً، أو لتخلّف المشتري وعدم إيجاده له، أو لتعذّره شرعاً لحرمته.

هذا حقّ القول في المسألة. ولكنّ الشيخ[1] العلّامة قدس سره بنى أولاً على أنّه لا معنى لصحّة الشرط إلا وجوب الوفاء به بإيجاد الأمر المشترط، ولا يتصوّر ذلك إلا فيما كان بيد المشروط عليه اختيار إيجاده. ومع ذلك بنى على صحّة شرط الأوصاف الخارجة عن الاختيار في أحد العوضين، بمقتضى الاجماع على صحّته، والتزم بالخيار ـ في موارد تبيّن انتفائها أو عروض التعذّر أو تخلّف المشروط عليه ـ على خلاف القاعدة بمناط واحد، وهو تضرّر المشروط له بلزوم العقد عليه مع فوات غرضه. فنفى

(١) المكاسب ٦: ١٠١.

اللزوم بقاعدة نفي الضرر. ولذا بنى في المقام أيضاً ـ أي: في فرض فساد الشرط، وعدم تحقّق غرض المشروط له، لتعذّره شرعاً، لبطلان الشرط وعدم وجوب الوفاء به ـ على ثبوت الخيار بمقتضى قاعدة نفي الضرر، ولكن في صورة جهل المشروط له بفساد الشرط، نظراً إلى أنّه مع علمه بالفساد فقد أقدم على تضرّره عالماً، فلا تجري القاعدة فيه.

ولكن خرج عن المسألة بنحو من التردّد والاشكال، نظراً إلى أنّه لو بنينا على إثبات مثل هذه الأحكام بقاعدة نفي الضرر لزم منه تأسيس فقه جديد. مع أنّه يلزم منه التخصيص بالأكثر المستهجن. وهذا يوجب الوهن في عمومها، بحيث لا يمكن التمسّك بها إلا في موارد عمل الأصحاب بها، وهو غير معلوم في المقام، حيث إنّه لم يظهر من أحد من القائلين بصحّة العقد وفساد الشرط القول بالخيار.

ولكن ما سلكه قدس سره في مسألة تعذّر الشرط سواء كان صحيحاً أم فاسداً ـ من فرض الخيار على خلاف القاعدة، وبمقتضى قاعدة نفي الضرر ـ باطل في نفسه على ما عرفت.

كما أنّ ما أفاده من أنّه ليست القاعدة مثبتة لحكم شرعي، بل هي نافية للأحكام الضرريّة، حقّ لا محيص عنه، إلا أنّه قد مرّ مراراً إيضاح أنّ نفي لزوم العقد فيما كان ضرريّاً عين الخيار والجواز الحقّي، لا أنّه أمر آخر يثبت بعد نفي اللزوم.

كما أنّ ما أفاده من وهن عموم القاعدة باطل أيضاً، لا بتنائه على كون مفاد أدلّة نفي الضرر والحرج نفي مجعوليّة الأحكام الضرريّة والحرجيّة في الدين. فتتعارض مع أدلّة وجوب مثل الجهاد والحجّ والزكاة

والخمس والضمان ونحو ذلك ممّا لا يحصى. فلو بنينا على تخصيصها بها لزم منه التخصيص بالأكثر المستهجن.

وأمّا بناءً على ما هو الحقّ ـ واعترف به هو قدس سره في رسالته المعمولة في قاعدة لا ضرر ـ من كون مفاد القاعدة الحكومة على الأحكام المجعولة الشرعيّة الّتي ليست في حدّ أنفسها ضرريّة أو حرجيّة، وإنّما يتّفق كونها كذلك في بعض الموارد، ونفيها حين صيرورتها ضرريّة أو حرجيّة. وأمّا الأحكام الشرعيّة الّتي جعلت في موارد الضرر والحرج، لاقتضاء العنوانين جعلها ـ بمعنى اقتضاء المصالح إيجاب ما هو ضرريّ أو حرجيّ بطبعه ـ فهي خارجة عن مفاد القاعدتين تخصّصاً، فلا يلزم تخصيص في مفاد القاعدة أصلاً. ولو فرض تخصيصها في بعض الموارد فليس كثيراً مستهجناً وموهناً لعموم القاعدتين.

إسقاط المشروط له الشرط الفاسد

الجهة الثالثة: بناءً على القول بكون فساد الشرط مفسداً للعقد، فلا يجدي إسقاط المشروط له الشرط الفاسد ـ بمعنى الرضا بالعقد مرسلاً وغير معلّق على تحقّق ذلك الشرط ـ على جميع الوجوه الثلاثة المتقدّمة لهذا القول.

أمّا على الوجه الثالث فواضح، حيث إنّ ظاهر النصوص ـ لو تمّت دلالتها على فساد العقد بفساد شرطه ـ فساده وعدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً، لا فساده بمعنى عدم الحكم بفساده إلا على تقدير عدم رفع اليد عن الشرط. وهو واضح.

وأما على الوجه الأوّل، فلأنّه لو سلّم أنّ الشرط جزء من أحد العوضين، وبطلانه يوجب تقسّط العوض الآخر بنسبته، فيتجهّل ما يقابل العوض من العوض الآخر، وذلك غرر، فلازمه بطلان العقد رأساً، لاختلال شرط صحّته حين إنشائه. فلا يجدي في صحّته عروض أمر يوجب ارتفاع الغرر، كما في سائر موارد ارتفاع الغرر بعد وجوده مقارناً للعقد.

وأما على الوجه الثاني، فلوضوح أنّ كون الرضا بالعقد على تقدير تحقّق الشرط، مرجعه إلى كون المنشأ بالعقد ـ المرضيّ به برضا معاملي ـ هو المبادلة بين العوضين على تقدير تحقّق ذلك الشرط، ولازمه كون المبادلة على تقدير عدم تحقّقه غير مرضيّ به برضا معاملي، أي: غير منشأ بذلك العقد رأساً. والمفروض أنّ العقد المعلّق أو المقيّد لم يمضه الشارع، والعقد المرسل لم يتحقّق إنشاؤه حتّى يلحقه الرضا، ويكون كالرضا المقارن، بل يفتقر إلى عقد جديد.

ولا مجال لقياس المقام بمسألة الرضا اللاحق بالعقد المنشأ فاقداً لطيب النفس كما في بيع المكره، أو فاقداً للاستناد كما في بيع الفضولي، حيث إنّه بناءً على أنّ الرضا اللاحق كالمقارن لا محالة يكون الرضا اللاحق بعين ما تحقّق إنشاؤه لا بأمر آخر لم يتحقّق إنشاؤه. وهو واضح. فلا محلّ لما حكي عن العلّامة[1] قدس سره من الترديد في محلّ الكلام، واحتمال الحكم بالصحّة والايقاف.

الجهة الرابعة: لو كان فساد الشرط لكونه غير مذكور في العقد، أو

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٥٥.

لكونه لغواً عند العقلاء، وتنصرف عنه أدلّة وجوب الوفاء بالشرط في كلا الفرضين، فهل هو كفرض فساد الشرط لكونه مخالفاً للكتاب والسنّة أو غير مقدور الايجاد، في أنّه يوجب فساد العقد على القول بالافساد، أم لا؟

التحقيق: أنّ مقتضى الوجه الأوّل من الوجوه المتقدّمة لهذا القول هو الثاني، لأنّ صيرورة الشرط جزءاً من العوض إنّما يتصوّر ويسلّم إن جعل جزءاً من العوض في مرحلة إنشاء العقد، وكان أمراً مطلوباً قابلاً لصيرورته جزءاً من العوض، ويقابل بجزء من العوض الآخر. والأوّل منتفٍ في الأوّل، والثاني منتفٍ في الثاني. فلا يلزم غرر في العقد حتّى يوجب البطلان.

وأما على الوجه الثاني، فحالهما كحال بطلان الشرط من سائر الجهات، في أنّه لابدّ من كون بطلانه وعدم سلامته للمشروط له مستلزماً لانتفاء الرضا وكون التجارة لاعن تراضٍ، بمعنى أنّ ما قصد إنشاؤه لم يتحقّق إمضاؤه، وما يقبل الامضاء ـ وهو العقد المرسل ـ لم يتحقّق إنشاؤه. وذلك لوضوح أنّ عدم ذكر الشرط في متن العقد مع التباني عليه خارجه لا ينافي تعليق الرضا على تحقّقه وتقييد ما قصد إنشاؤه. كما أنّ لغويّة الشرط وعدم مطلوبيّته في نظر العقلاء لا ينافي تعليق المشروط له رضاه عليه.

وقد أشرنا في صدر المسألة ـ في تحرير محلّ الخلاف ـ إلى أنّ الشرط الفاسد إن لم يوجب خللاً في شرائط صحّة العقد داخل في محلّ الخلاف، غاية الأمر إفساد الشرط الفاسد للعقد ـ على القول به ـ يستند في بعض الفروض إلى وجوه متعدّدة وفي بعضها إلى وجه واحد.

[الكلام في] أحكام الخيار

الكلام في أحكام الخيار

الخيار موروث في الجملة بالاجماع. وكفاه دليلاً في المسألة. ولاحاجة معه إلى إثبات أنّ الخيار من الحقوق لا الأحكام، ومن الحقوق القابلة للانتقال، إذ هو كاشف ـ لا محالة ـ عن تحقّق كلا الأمرين.

نعم، قد يتمسّك في ذلك باطلاقات الارث، وأنّ ما تركه الميّت فهو لوارثه، كالنبوي: «ما تركه الميّت من مال أو حقّ فلوارثه»[1].

ولكن فيه: إنّ هذه الأدلّة قد أخذ في موضوع الحكم فيها وجود شيء يصدق عليه أنّه تركه الميّت ليحكم بانتقاله إلى الوارث، وكونه نازلاً منزلة الميّت في كونه مالكاً للمال المتروك أو محلّاً للحقّ المتروك. فلا محيص عن توقّف الاستدلال بها على إثبات الأمرين المذكورين، أعني: كون الخيار من الحقوق ليتصوّر بقاؤه، لا من الأحكام الّتي تزول بانعدام من حكم بها عليه. وكونه غير متقوّم بالخصوصيّة الشخصيّة ليتصوّر بقاؤه

---

(١) لم نعثر عليه في الجوامع الحديثيّة. نعم، أورده الشهيد الثاني في المسالك (١٢: ٣٤١) بدون لفظة (مال)، وتداول ذكره في الكتب الفقهيّة.

وقابليّته للانتقال إلى غير ذي الخيار، لا كحقّ القسمة في الزوجة أو حقّ الخيار المجعول لشخص بخصوصيّته الشخصيّة.

وعليه، فنقول: أمّا الأمر الأوّل فهو محرز باجماع آخر متحقّق في المسألة، وهو الاجماع على أنّ الخيار ممّا يسقط باسقاط ذي الخيار. مضافاً إلى الارتكاز العرفي أيضاً، حيث إنّ المرتكز في أذهان العقلاء أنّ الخيار حاله كحال حقّ الأولويّة ـ مثلاً ـ في أنّه يزول بالاعراض عنه، ولامعنى لاسقاطه إلّا ذلك. وأنّ الاعراض عن الحقّ كالاعراض عن المال، في أنّه يوجب زوال اعتبار بقاء الحقّ، كما أنّه يوجب زوال بقاء الملكيّة في المال. كلّ ذلك بناءً على أنّ ضابطة الحقوق قابليّتها للاسقاط كاسقاط الديون والكليّات في الذمم.وأمّا ما لايزول بالاعراض ولايسقط بالاسقاط فهو من الأحكام لا محالة. والتعبير عنه بالحقّ أحياناً تسامح في التعبير.

وأمّا الأمر الثاني، فيمكن إثباته أيضاً بالارتكاز العرفي في الجملة، وأنّ الخيار لا يجعل ـ بجعل المتعاقدين صريحاً أو ضمناً أو بجعل الشارع ابتداءً ـ بالنظر إلى الخصوصيّة الشخصيّة لمن يجعل له، بل بالنظر إلى كونه مالكاً قد حصل التبادل بين ماله ومال آخر من حيث المملوكيّة. وحيث إنّ مقتضى دليل الارث تنزيل الوارث منزلة الميّت، وأنّ مالكيّته لما يرثه بمثابة مالكيّة الميّت له، فكأنّ المعاوضة قد وقعت ابتداءً فيما يملكه، فيدخل بذلك في العنوان الّذي كان يقوم به الخيار.

هذا، كما أنّ حقّ الشفعة للميّت ـ الّذي باع شريكه حصّته ـ إنّما يقوم بعنوان شركته، أي: من حيث إنّه مالك بالشركة لا من حيث خصوصيّته

الشخصيّة. فمقتضى دليل الارث كون الوارث بمثابة المورّث في كونه مالكاً لحصّته بالشركة، ومالكيّته له عين مالكيّة المورّث له بالتنزيل، فكأنّ بيع الشريك لحصّته قد وقع في حين مالكيّة الوارث، وإلا فلو فرض عدم وارثيّته للمال فلا يرث حقّ الشفعة، كما أنّه لو اشترى أحد حصّة الوارث فلا تثبت له الشفعة الّتي كانت للمورّث، بل يكون حقّ الشفعة لمشتري حصّة شريك المورّث.

وكذا حقّ التحجير وسائر حقوق الأولويّة، فانّ قيامها بالميّت لم يكن لخصوصيّة شخصيّة فيه، بل لكونه محجراً وسابقاً مثلاً. وتنزيل الوارث منزلة المورّث يجعله كأنّه المحجر والسابق، فيقوم به ما كان قائماً بهذا العنوان.

نعم، لو كان الخيار مجعولاً لشخص لخصوصيّة شخصيّة فيه،لا لمجرّد كونه معنوناً بعنوان مخصوص ـ كما في الخيار في باب النكاح أو المجعول للأجنبي أو المشروط للمورّث، مع التصريح بأنّ الخيار له بخصوصه لا الأعمّ منه وممّن يقوم مقامه وينزّل منزلته في المالكيّة ـ فلاينبغي الاشكال في عدم إرث الوارث له، على ما يأتي التعرّض لذلك إن شاء الله تعالى.

وبالجملة، فحقّ الخيار قابل للانتقال بحسب الارتكاز العرفي فيما لا يتقوّم عندهم ـ ولو تبعاً لجعل الشارع ـ بالخصوصيّة الشخصيّة. ومع إحراز ذلك يتمسّك باطلاقات الارث، وإثبات ذلك التنزيل في الوارث، إمّا ابتداءً من حيث قيام نفس الحقّ، أو بعد التنزيل في المالكيّة من حيث

إرث المال على ما هو الحقّ، حيث إنّه يصدق في مثله أنّه مات وبقي حقّه كما يصدق أنّه مات وبقي ماله.

هذا كلّه بناءً على أنّه لابدّ في وارثيّة الوارث لما كان لمورّثه من بقائه بعد موته ـ مالاً كان أو حقّاً ـ ليصدق أنّه لوارثه.

ولكنّ الظاهر أنّ هذا إنّما يتصوّر في المال، لأنّ له بقاءً يمكن إسناده من حيث الملكيّة إلى المورّث في حياته وإلى وارثه مقارناً لموته.

وهذا بخلاف الحقّ، فانّه اعتبار لا تحقّق له ولا بقاء إلا بتحقّق من له الحقّ وبقائه. فمع موته يزول الحقّ أيضاً بانعدام محلّه ما لم يجعل لوارثه. فلا يتصوّر فيه بقاء عند موت المورّث، مسنداً إلى المورّث في حياته وإلى وارثه مقارناً لموته. فترك المورّث المال معناه وجود مال بعد موته ، سواء أضيف من حيث الملكيّة إلى وارثه أم إلى نفس المورّث حتّى بعد موته أم لم يضف إلى أحد، فتتكفّل أدلّة الارث لبيان الوراثة.

وتعيين الأوّل من هذه الثلاثة أمر معقول لا مانع منه عقلاً، بخلاف الحقّ ـ أيّ حقّ كان ـ فإنّ ترك المورّث الحقّ بمعنى وجود حقّ بعد موته ـ سواء أضيف إلى وارثه أم إلى نفس المورّث حتّى بعد موته أم لم يضف إلى أحد ـ فتكفّل أدلّة الارث لتعيين الأوّل أمر غير معقول، إذ المفروض أنّ وجود ما ترك مع انتراكه موضوع للحكم بالانتقال والوراثة.

وعلى الأوّل من هذه الثلاثة لم يترك المورّث شيئاً، بل إنّما جعل مماثل ما كان مجعولاً له من الحقّ لوارثه مقارناً لانعدام ما كان مجعولاً له بموته.

وعلى الثاني منها فالمفروض أنّ الحقّ موجود قائماً بنفس المورّث حتّى في حال موته، فلم يترك شيئاً حتّى يضاف إلى وارثه، بل هو آخذ به لقيامه به فيما بعد موته كما كان كذلك في حال حياته.

والثالث منها أمر غير معقول، إذ لا حقيقة ولا اعتبار للحقّ إلا مع محلّ يقوم به. ولا يقاس بالمال، حيث إنّه أمر تكوينيّ لا يدور مدار الاعتبار، والدائر مداره هو إضافته إلى أحد باضافة الاختصاص والملكيّة.

فالتحقيق: أنّه ليس المراد من ترك الميّت ما ترك ما يتبادر إلى الذهن من مفارقته وانفصاله عن شيء موجود حقيقة أو بالاعتبار مع بقاء ذلك الشيء كذلك، مع قطع النظر عن وراثة الوارث، حتّى يكون الترك ووراثة الوارث ما ترك أمراً معقولاً في المال دون الارث.

بل المراد منه زوال يد الميّت عن شيء كان موجوداً في حال حياته حقيقة أو بالاعتبار، وعدم واجديّته له بموته بعد أن كان واجداً له مادام حيّاً.

والمتروك بهذا المعنى قابل لأن ينتقل إلى وارثه، إمّا بجعل مماثل ملكيّته أو اختصاصه أو أولويّته ـ الّذي كان ثابتاً للمورّث في حال حياته ـ للوارث مقارناً لموت المورّث كما في المال، أو بجعل مماثل نفسه الثابت له في حاله حياته لوارثه مقارناً لموته كما في الحقّ.

فما كان للمورّث من المال بنحو المملوكيّة يرثه وارثه بنحو المملوكيّة. وما كان له بنحو الاختصاص والأولويّة ـ كما في الحجر مثلاً ـ يرثه وارثه بنحو الأولويّة والاختصاص. وما كان له بنحو المملوكيّة ولكن

خرج عن قابليّه المملوكيّة مقارناً لموته يرثه وارثه أيضاً، ولكن بنحو الاختصاص والأولويّة، حيث إنّه صار بمنزلة مورّثه، كالخلّ الّذي صار خمراً وخرج عن المملوكيّة، فإنّ المورّث كان ذا حقّ الأولويّة والاختصاص بها. ولا حاجة إلى سبق حقّ الأولويّة في حال حياة المورّث. كما أنّه لو صار خمره خلّاً مقارناً لموته، فيرثه الوارث من حيث المملوكيّة، ولا حاجة إلى سبق مملوكيّته للمورّث.

ومعنى الوراثة جعل ما كان للمورّث ـ من الملكيّة أو الحقّ ـ للوارث، بعناية تنزيله منزلة المورّث، فكأنّ وجوده وجود الميّت وبقاءه بقاؤه.

هذا هو التحقيق في معنى الوراثة، وكون ما تركه الميّت من مال أو حقّ لوارثه.

ولازم ذلك أنّه لا محيص عن التمسّك بالعموم والاطلاق في مثل النبوي وسائر أدلّة الارث، ودفع احتمال عدم قابليّة الوارث للوراثة أو المال للموروثيّة، بعد فرض كونه ملكاً للمورّث في حال حياته، مالم يقم دليل على تخصيص الوارث أو المال وتقييده، بلا حاجة إلى إحراز قابليّة المال للموروثيّة أو الوارث الخاصّ للوراثة في الرتبةالسابقة على التمسّك بتلك العمومات والاطلاقات. وإنّما يحتاج إلى ذلك بالنسبة إلى إحراز قابليّة المال لجعل أصل المملوكيّة، أي: الاختصاص باختصاص الملكيّة الّتي لها آثار خاصّة. وأما بعد إحراز ذلك فلا حاجة في دفع احتمال عدم قابليّة مال خاصّ للانتقال إلى الورثة، أو احتمال عدم قابليّة وارث خاصّ لانتقال ما يقبل الملكيّة إليه، إلى أزيد من تلك العمومات والاطلاقات.

كذلك لا محيص عن التمسّك بإطلاق النبويّ لإثبات إرث كلّ وارث لكلّ حقّ كان ثابتاً للمورّث، ولم يكن متقوّماً بخصوصيّته الشخصيّة، وكان حقّاً قابلاً لجعل مماثله للوارث عقلاً، أي: كان محلّية الوارث لهذا الحقّ أمراً معقولاً.

فهناك قيود ثلاثة قد أخذ في تلك العمومات قطعاً بحكم العقل.

أحدها: كون ما ثبت للمورّث حقّاً لا حكماً، وإلا فلا يقبل الانتقال بالوراثة والتنزيل، وإنّما يجعل مماثله للوارث على تقدير تحقّق موضوعه ابتداءً لا بالوراثة.

والثاني: عدم كون الحقّ متقوّماً بشخص المورّث بخصوصيّاته الشخصيّة، كما في خيار الشرط للمورّث مع التصريح بعدمه للوارث، فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط. فلا محيص عن انصراف أدلّة الارث عنه، كانصرافها عن المال الموقوف على المورّث بخصوصيّته الشخصيّة.

والثالث: عدم كون الحقّ ممّا لا يعقل عقلاً جعله للوارث بالوراثة، لتقوّمه بعنوان خاصّ للمورّث، والوارث فاقد له، لعدم تعقّل تعنونه به، كالخيار المجعول للزوج أو الزوجة في موارد العيوب والتدليس.

فما أحرزت فيه من الحقوق هذه الأمور الثلاثة لا محيص عن التمسّك بعموم مثل النبويّ وإطلاقه، وإثبات موروثيّته ووارثيّة الوارث له، ما لم يقم دليل على التخصيص، باخراج حقّ خاصّ واجد لتلك القيود، أو وارث خاصّ كالقاتل والكافر.

وأمّا ما شكّ في شيء منها فلا محلّ للتمسّك بذلك العموم والاطلاق،

لكونه تمسّكاً بهما في الشبهات المصداقيّة.

ففي محلّ الكلام ـ أعني: إرث الخيار ـ قد أحرز الأمر الأوّل بما تقدّم من الارتكاز في أذهان العرف، وبالاجماع على سقوطه بالاسقاط. وأمّا الأمر الثاني فلابدّ في إحرازه من ملاحظة كيفيّة إرث الخيار، وملاحظة دليله وحقيقة المعاوضة وفسخها، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله.

تخصيص إطلاقات أدلّة الارث في الأموال والحقوق

مسألة: كما خصّصت إطلاقات أدلّة الارث بالنسبة إلى المال باخراج القاتل والكافر والرقّ، وأنّ هؤلاء لا يرثون المال من المقتول أو المسلم أو الحرّ، لعدم صلاحيّتهم شرعاً للتنزيل منزلة المورّث وجعل ماله لهم. كذلك لا محيص عن تخصيصها بالنسبة إلى الحقوق أيضاً بنفس تلك الأدلّة المخصّصة بمناط واحد. فهؤلاء كما لا يرثون المال لا يرثون الحقوق أيضاً ومنها الخيار، ولو كانت القيود الثلاثة المتقدّمة محرزة فيه.

ولو كانت تلك العمومات مخصّصة في إرث المال باخراج بعض الورثة لكن لا مطلقا بل بالنسبة إلى مال خاصّ، كاخراج ما عدا الولد الأكبر بالنسبة إلى الحبوة، وإخراج الزوجة ذات الولد أو مطلقا بالنسبة إلى الأراضي والعقار، فهل يوجب ذلك تخصيصاً بالنسبة إلى إرث الخيار أيضاً، بمعنى إخراج من خرج عن وارث المال عن وارث حقّ الخيار للمورّث في الحبوة أو الأراضي والعقار مثلاً، أم لا؟

وبعبارة أخرى: هل هناك تلازم بين التخصيصين أو لا تلازم بينهما؟

فلا مانع من العمل باطلاق تلك الأدلّة ووارثيّة غير الولد الأكبر والزوجة للخيار مع عدم وارثيّتهما للحبوة أو الأرض؟ فيه إشكال وخلاف. وقد ذكرت فيه أقوال أربعة.

أحدها: التلازم بين التخصيصين، وحرمان من حرم عن إرث أحد العوضين عن إرث الخيار المتعلّق بالعقد الواقع عليهما مطلقا.

وثانيها: عدم التلازم، وعدم الحرمان عن الخيار مطلقا.

وثالثها: التفصيل والقول بالحرمان عن الخيار بتبع الحرمان عن المال إن كان المال المحروم عنه منتقلاً عن الميّت مبيعاً كان أو ثمناً، وعدم الحرمان ـ بل الوارثيّة للخيار مع الحرمان عن المال ـ إن كان منتقلاً إلى الميّت.

ورابعها: التلازم والحرمان القطعي عن الخيار بتبع الحرمان عن المال في فرض انتقال المال المحروم عنه إلى الميّت، والاشكال في التلازم والحرمان وعدمهما في فرض انتقاله عن الميّت.

وقد استدلّ لكلّ من هذه الأقوال بوجوه ضعيفة وباطلة جدّاً، ونحن في غنى عن نقلها وتزييفها.

والتحقيق أن يقال: إنّه إن كان معنى إرث الوارث للخيار الثابت لمورّثه كونه نائباً عن مورّثه في كونه محلاًّ للخيار المتعلّق بالعقد بعد موته، كما في الخيار المجعول للأجنبيّ بالشرط. أو كونه نائباً عنه في إعمال الخيار مع قيام الخيار بنفس المورّث حتّى بعد موته، كما في وكيل ذي الخيار أو وليّه في إعمال خيار الموكّل أو المولّى عليه بفسخ العقد أو إمضائه.

فالمتعيّن هو القول الثاني. وذلك لوضوح أنّ خصوصيّة المال الموجبة لحرمان الوارث عنه لا تتعدّى إلى الخيار، ولا يستلزم حرمانه عنه أيضاً، لا عقلاً ولا عرفاً ولا شرعاً.

وأمّا عدم سلطنة المحروم عن المال المنتقل إلى المورّث أو عنه على إرجاعه إلى مالكه الأصلي، لكونه مالاً لغيره بالارث، أو إلى نفسه، لكونه محروماً عنه، فلا يضرّ شيء من ذلك بسلطنته على إرجاع المال المنتقل إلى المورّث أو عنه إلى مالكه الأصلي أو إلى الورثة نيابة عن المورّث في إعمال تلك السلطنة الّتي كانت له. والمفروض أنّ إطلاق دليل إرث الخيار مثبت لهذه السلطنة له بالنيابة، فلا محيص عن كونه حاكماً على دليل إرث المال.

فإن أعمل الخيار إمضاءً فالباقي هو المتروك للميّت، فيرثه من يرثه ويحرم عنه من يحرم عنه. وإن أعمل الخيار فسخاً فلا محالة تبطل وراثة من ورث المال الموجود في ملك المورّث حين موته، وينقلب المال الباقي المتروك حين موته إلى المال الّذي يرجع بالفسخ النيابي إليه بالنظر إلى حال حياته، فيرثه من يرثه ويحرم عنه من يحرم عنه.

وأمّا انتفاع الفاسخ أو الممضي بالنيابة بفسخه أو امضائه في فرض وتضرّره في فرض آخر، فذلك كالحجر في جنب الانسان بالنظر إلى ثبوت الخيار، والسلطنة على الفسخ والامضاء نيابة عن المورّث بمقتضى دليل إرث الخيار.

وأمّا بناءً على أنّ المورّث كما أنّه تزول عنه علاقة مالكيّته لأمواله،

ولا يكون الوارث نائباً عنه في التصرّف فيها، بل يكون هو المالك لها، غاية الأمر لا بالشراء أو الاتّهاب ونحوهما بل بالوراثة. فتنقلب مالكيّة المورّث لها من حيث البقاء إلى مالكيّة الوارث لها بالوراثة، فيتصرّف فيها لنفسه، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، لا للمورّث من حيث كونه مأذوناً فيه بالوراثة.

كذلك تزول عنه علاقته بحقوقه بمجرّد موته، وتنقلب الحقوق من حيث البقاء إلى كونها للوارث بالوراثة. وإعماله لها ليس إلا من أجل تسلّط الناس على حقوقهم، ولكلّ ذي حقّ إعمال حقّه واستيفاؤه لنفسه، لا أنّه يستوفي الحقّ نيابة عن المورّث مع بقاء الحقّ قائماً به كما كان. وإنّما يستوفيه بالنيابة لكونه مأذوناً في ذلك بالوراثة.

فيرث الوارث حقّ التحجير والأولويّة ـ مثلاً ـ الّذي كان لمورّثه بتحجيره، ويصير ذا حقّ التحجير، وكأنّه هو المحجّر. فيستوفي الحقّ بالتعمير والتملّك لنفسه لا للمورّث نيابة عنه.

وكذلك يرث حقّ الشفعة الثابت للمورّث في حياته، لبيع شريكه حصّته. فيكون الوارث ـ المفروض صيرورته مالكاً بنفسه لحصّة مورّثه من المال المشترك، وشريكاً لمن باع حصّته ـ ذا حقّ الشفعة، فكأنّ بيع الشريك حصّته وقع في حال مالكيّته وشركته، مع أنّه باع قبل انتقال المال إليه. فيصير بالوراثة ذا حقّ الشفعة، بأن يأخذ الحصّة المبيعة بثمن من ماله.

وكذلك يرث حقّ الخيار الثابت لمورّثه، ويكون ذا حقّ فسخ العقد

الّذي أوقعه مورّثه، أو إقراره مقارناً لزوال الحقّ عن مورّثه، وصيرورة العقد ـ وكذا المال ـ الّذي أوقعه أجنبيّاً عنه. وإنّما كان عقداً له ـ حدوثاً وبقاءً ـ وله فسخه أو إقراره مادام حيّاً، وأمّا مع موته فقد زالت علاقته عنه،لا أنّ علاقتهباقية،فيبقى خياره،ولكنّهبموته قاصر عن إعماله كالصغير والمجنون، فيتولّى الاعمال عنه الوارث كتولّي وليّ الصغير والمجنون.

وعليه، فالعقد للمورّث ـ حدوثاً وبقاءً ـ مادام حيّاً، وأمّا مع موته فيصير العقد للوارث من حيث الاستدامة، وكأنّه هو الموقع له.

ومعنى ذلك أنّه يصير ضامناً ما أخذه من العوض ـ بخصوصيّته وماليّته ـ ضماناً معاوضيّاً. فعليه ردّه بعينه وماليّته إلى مالكه الأوّل لو استردّ العوض الآخر الّذي انتقل عنه وضمنه الآخر بخصوصيّته وماليّته. فهو ذو الخيار في عقد نفسه، أي: في العقد الّذي صار من حيث الاستدامة كأنّه هو العاقد له. فهو ضامن للعوض الّذي انتقل إلى مورّثه ـ وانتقل منه إليه ـ ضماناً معاوضيّاً، بعد ما كان الضامن له هو المورّث مادام حيّاً، كما أنّ من عليه الخيار إنّما يضمن ما أخذه من العوض للمورّث مادام حيّاً، وأمّا بعد موته فانّما يضمنه ضماناً معاوضيّاً للوارث.

وبالجملة، بناءً على زوال علاقة المورّث عن الخيار الثابت له بموته، وصيرورة الوارث بالوراثة ذا خيار بالأصالة لا بالنيابة، فالمتعيّن في المسألة المبحوث عنها ـ أعني: الخيار في العقد على مالين أحدهما أو كلاهما ممّا يحرم عنه الوارث ـ هو القول الأوّل ـ أعني: الحرمان عن الخيار بتبع الحرمان عن المال ـ فانّ إرث الخيار على هذا لا محيص عن

كونه تابعاً لارث المال، لأنّ الخيار ـ على ما هو التحقيق ـ وإن كان حقّاً متعلّقاً بالعقد لا بالعوضين، إلا أنّ حقيقته ليست إلا حقّ فسخ العقد، وفسخه وحلّ عقدة العقد الاعتباريّة ليس إلا إزالة تلك العقدة بالاعتبار وجعلها كأن لم تكن. وليس لهذا معنى معقول محصّل إلا جعل المبادلة بين المالين من حيث المملوكيّة ـ وإقامة كلّ منهما مقام الآخر في المملوكيّة لمالكه ـ كأن لم تكن، فيرجع كلّ من المالين من ملك من تملّكه بتلك المبادلة إلى مالكه الأوّل.

فلا محيص عن كون الوارث ذا خيار بالوراثة، بحيث تنحلّ بفسخه العقدة الّتي عقدها المورّث على المالين، ويكون فسخه كفسخ المورّث بالعناية والتنزيل. ويرجع العوض الّذي تملّكه الوارث بذلك العقد إلى ملك الآخر الّذي كان قد ملّكه إيّاه، ويرجع العوض الآخر الّذي تملّكه الآخر ـ وكان قد ملّكه إيّاه الوارث ـ إلى ملكه، لكونه مالكه الأوّل.

وهذا لا يعقل إلا فيما كان الوارث مالكاً بالوراثة ما انتقل إلى الميّت بذلك العقد ـ فكأنّه قد تملّكه بنفس ذلك العقد بالعناية والتنزيل ـ وقابلاً لأنّ يتملّك ما انتقل عن الميّت، حتّى يكون بفسخه متملّكاً له، كأنّه كان مالكاً له قبل العقد.

وبعبارة أخرى: إنّما يضمن من الورثة ما انتقل إلى الميّت بالعقد ـ ضماناً معاوضيّاً للطرف الآخر من حيث الاستدامة ـ من صار منهم مالكاً له بالوراثة. وكذا الطرف الآخر للعقد إنّما يضمن ما تملّكه من الميّت ـ ضماناً معاوضيّاً من حيث الاستدامة ـ لمن صار منهم ضامناً لما تملّكه

الميّت منه، وليس هو إلّا من صار منهم مالكاً لما تملّكه الميّت.

فلو اشترى المورّث الأرض، فمن صار ضامناً بالمعاوضة من حيث الاستدامة لتلك الأرض لبائعها ليس إلا من تملّكها بالوراثة، وهو غير الزوجة. فلابدّ أن يكون ضامن ثمن الأرض لبائعها من تملّكها بالوراثة، وهو غير الزوجة. فترجع الأرض بتمامها من ملك غير الزوجة إلى بائعها، ويرجع الثمن بتمامه من ملك بائعها إلى ملك ضامنها بالمعاوضة، وهو من تملّكها بالوراثة.

ولو باع الأرض، فما يضمنه الوارث من ثمنها ـ أو بدله مع التلف ـ ليس إلا مقدار ما يضمن المشتري من المبيع له ضماناً معاوضيّاً، وليس هو إلا ما صار مالكاً إيّاه بالوراثة. كما أنّ ما يضمنه المشتري حين الفسخ ممّا أخذه من المورّث ضماناً معاوضيّاً ليس إلا بنسبة ما صار الوارث مالكاً له من الثمن الّذي أخذه المورّث منه.

فالضمان المعاوضي حين الفسخ لا يتحقّق إلا بالنسبة إلى مقدار من المبيع والثمن بنسبة ما يملكه الوارث بالوراثة. وأمّا بالنسبة إلى المقدار الباقي ـ وهو ما كانت الزوجة تملكه بالفسخ وراثة لولا حرمانها عنه ـ فلم يتعلّق ضمانه المعاوضي بينه وبين مقابله من الثمن، لا بالزوجة، لاستحالة تملّكها إيّاه عند الفسخ وراثة، وإن صارت مالكة لمقابله من الثمن بالموت، ولا بسائر الورثة، لعدم تملّكهم حصّة الزوجة من الثمن بالوراثة حتّى يتملّكوا بالفسخ ما يقابله من المبيع بالوراثة. بل الضمان المعاوضي بالنظر إلى ذلك المقدار متعلّق بالمشتري والميّت، أي: باقٍ على

حاله كما كان، ولم ينتقل إلى أحد. وحيث إنّ المفروض انقطاع علاقة المورّث عن المال والخيار، فلا محيص عن كون الخيار بالنسبه إلى ذلك المقدار بلا وارث.

وعليه، لو فسخ سائر الورثة فلا يصحّ إلا بمقدار حصّتهم لا في الكلّ. ولا حقّ للزوجة في الفسخ كلّاً ولا بعضاً. وفسخ سائر الورثة في مقدار حصّتهم وإن كان موجباً لتبعّض الصفقة على المشتري وتضرّره لا محالة، إلا أنّه تضرّر لا يتدارك بخيار المشتري بالفسخ في الباقي أيضاً، لأنّ تضرّر التبعّض عرضيّ بعد صيرورة المال أجنبيّاً عن المورّث، فلا يمكنه إرجاع الباقي بالفسخ إلى ملك المورّث،لعدم تمكّنه من استرداد مقابله من الثمن من ملكه إلا بابطال أرث الزوجة له، ولا إلى ملك سائر الورثة، لعين ذلك، ولا إلى الزوجة، لاستحالة ذلك، وعدم ضمانها لما ملكته من الثمن ضماناً معاوضيّاً. فلامحيص عن عدم كون التبعّض موجباً للخيار للمشتري.

ولا يقاس بما إذا فسخ أحد الورثة المالكين حصّته من الثمن. وهو واضح. كما لا يقاس بما إذا تبعّضت الصفقة على المشتري بظهور كون بعض ما باعه المورّث ممّا لا يجوز بيعه، فانّ له الخيار حينئذٍ بالنسبة إلى ما صحّ البيع فيه. فيفسخ في الباقي لو كان الورثة كلّهم ممّن يصحّ له التملّك منه بالوراثة، وإلا فخيار التبعّض للمشتري أيضاً لا يمكن تحقّقه إلا بالنسبة إلى حصّة من يصحّ تملّكه من الباقي بالوراثة.

هذا كلّه في توضيح ابتناء حكم المسألة على الوجهين في إرث الوارث للخيار، وأنّه لابدّ على الأوّل منهما من الالتزام بالقول الثاني، وأنّ

المحروم من المال يرث الخيار المتعلّق به، سواء في ذلك انتقاله إلى المورّث وعنه. وعلى الثاني منهما لابدّ من الالتزام بالقول الأوّل، وعدم إرثه له في كلا الفرضين.

وأما توضيح ما هو الحقّ من الوجهين فنقول وبالله الاستعانة ومنه التأييد:

إنّ احتمال الوجه الأوّل ساقط جدّاً. وذلك لوضوح أنّ أدلّة الارث في الأموال والحقوق على نسق واحد.

فكما أنّه لا يحتمل أن يكون مفادها جعل الولاية للوارث على المورّث بالنسبة إلى ما تركه من الأموال، لقصوره بموته عن إعمال السلطنة مع بقائها على ما كانت عليه من كونها ملكاً له، وله السلطنة على التصرّف فيها لولا قصوره عن إعمالها، فأقامه الشارع مقامه بنحو الولاية، ينوب عنه في إعمال السلطنة والتصرّف فيها، كما أقام الأولياء مقام سائر القاصرين من الصبيّ والمجنون ونحوهما، بحيث يكون مفاد أدلّة الارث مجرّد جعل الولاية كما في سائر الأولياء.

بل لا إشكال ولا خلاف في أنّ مفادها جعل الملكيّة للوارث مقارناً لموت المورّث وقطع علاقته عنها، وإحداث علاقة الملكيّة فيها للوارث، غاية الأمر بعناية التنزيل، بمعنى تنزيل الوارث منزلة المورّث في الرتبة السابقة على التوريث، وجعل تلك الأموال ملكاً له بتلك العناية الّتي هي في الحقيقة حكمة لهذا التشريع، لا أنّه عين الشرع، كما في باب الولاية والوكالة.

كذلك لا يحتمل في الحقوق أيضاً أن يكون مفادها جعل الولاية للوارث في إعمال تلك الحقوق نيابة عن المورّث، بحيث يكون مفادها المجعول نفس النيابة والقيام مقامه في إعمال ما هو مجعول له. بل لا محيص عن كون المجعول بها نفس الحقوق، باقامة الوارث مقام مورّثه في جعل هذا الحقّ له مقارناً لموته، وقطع علاقة المورّث عنها، وإحداث علاقة الوارث بها، غاية الأمر بعناية أنّه بمنزلته، بحيث يكون هذا اللحاظ والاتّحاد العرفي بينهما حكمة لذلك التشريع لا أنّه عين الأمر المجعول، كما في ولاية الأولياء والوكلاء على حقوق القاصرين أو الموكّلين.

وقد أوضحنا في أوّل المسألة معنى كون الميّت تاركاً لما تركه من الأموال والحقوق، وأنّه ليس إلا بمعنى واحد في كلتا الطائفتين، وهو انقطاع علاقته عنها بموته. وأنّ معنى كونهما لوارثه معنى واحد، وهو كون ما كان مجعولاً له ما دام حيّاً مجعولاً للوارث مقارناً لموته بنحو الاحداث، ولكن بعناية أنّه كالابقاء.

كيف؟ وإلا فكان اللازم اختصاص الخيار بمن كان من الورثة قابلاً للولاية على القاصر أو للوكالة، غير قاصر بنفسه كالصغير والمجنون ونحوهما، مع أنّه لا خفاء في بطلانه.

وأيضاً كان اللازم في حقّ التحجير ـ مثلاً ـ أن يكون إعمال الوارث لهذا الحقّ ـ بتعمير ما حجّره المورّث ـ مملّكاً الميّت ما عمّره. واللازم في حقّ الشفعة أخذ الوارث حصّة الشريك الّذي باعه في حياة المورّث بالشفعة، ولكن بثمن من مال الميّت، فيخرج شيء من ملكه ويبطل إرث

الورثة منه، وتدخل الحصّة في ملكه فترثها الورثة.

وأيضاً كان اللازم في محلّ الكلام عدم صحّة الصلح لو صالح بعض الورثة حقّ خياره مع من عليه الخيار بمال، لأنّه لا حقّ له حتّى يصالحه. والولاية حكم غير قابل للنقل. وعلى فرض صحّته فلابدّ من دخول مال المصالحة في تركة الميّت، فيشترك فيه المصالح وغيره من سائر الورثة بالوراثة.

وكذلك الحال في مصالحة الجميع حقّ الخيار أو التحجير والشفعة ونحوهما.

وكلّ هذه من الأمور الواضحة البطلان.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ رجوع ما يرجع بفسخ الفاسخ إلى ملك الميّت، وخروج ما يخرج عن ملكه، إن كان بالنظر إلى ما بعد الموت، فهو أمر غير معقول لو كان المفروض الأخذ باطلاق أدلّة الارث، والبناء على صيرورة تركة الميّت ملكاً لوارثه مطلقا، سواء كان هناك خيار في حياة المورّث أم لا، إذ لا مال للميّت على هذا بعد موته حتّى يخرج عن ملكه ويرجع إلى من عليه الخيار. مع أنّ رجوع ما بيد من عليه الخيار من المال إلى ملك الميّت بعد موته ممّا لا يصدق عليه أنّه ممّا تركه الميّت حتّى يرثه الوارث.

وإن كان المفروض تقييد إطلاق أدلّة الارث، والقول بعدم انتقال تركة الميّت إلى الوارث إن كان هناك خيار يرثه الوارث، وأنّه موقوف على إمضاء العقد أو إسقاط الخيار، وإلا فيخرج من ملك الميّت ويستردّ العوض

ويرثه الوارث حينئذٍ.

فهو باطل قطعاً، إذ هو تقييد بلا وجه. ولا ينبغي الاشكال في انتقال تركة الميّت مع موته إلى وارثه، غاية الأمر ملكاً متزلزلاً، لوجود الخيار. كما لا ينبغي الاشكال في كون نماء حصّة كلّ منهم له، لا أنّه مشترك بينه وبين سائر الورثة على تقدير الفسخ، لوضوح أنّ الفسخ بالخيار من حينه لا من حين الموت.

وإن كان المراد الرجوع بالنظر إلى حال حياته وقبل موته ولو آناًما، فيكون لازم فسخ الورثة العقد انقلاب ما تركه الميّت حين موته من مال إلى مال آخر، إن قلنا باطلاق أدلّة الارث، وانتقال التركة إلى الورثة بمجرّد موت المورّث، سواء كان هناك خيار أم لا.

فهو وإن كان أمراً معقولاً في نفسه بالتعبّد، بمعنى مجرّد ترتيب الآثار، إلّا أنّه لا يمكن الالتزام به إلا إذا كان مقتضى الجمع بين الأدلّة، وذلك فيما إذا قام دليل خاصّ على أنّ إرث الخيار بمعنى الولاية على إعماله أو كان دليله ظاهراً في ذلك، فيجمع بينه وبين إطلاقات أدلّة إرث المال، بالالتزام بالانتقال إلى الورثة بمجرّد الموت، مع الالتزام بخروجه بالفسخ عن ملك الورثة، وعوده إلى ملك المورّث آناًما قبل موته، ثمّ خروجه عن ملكه إلى ملك من عليه الخيار، ورجوع ما بيده إلى ملك المورّث آناًما قبل موته، وكونه بحكم الباقي عند موته حتّى ترثه الورثة. ولكنّ الظاهر انتفاء الدليل الخاصّ قطعاً، وعدم ظهور دليل إرث الخيار في ذلك المعنى، بل ظهوره ـ كدليل إرث المال ـ في خلافه. فلا وجه للالتزام بهذا الطريق المعوج.

وجملة القول: أنّ وضوح بطلان المعنى الأوّل من إرث الخيار كالنار على المنار.

فمن الغريب جدّاً ما يظهر من الشيخ العلّامة[١] ـ في الفرع الّذي عنونه في ذيل المسألة الآتية ـ من تردّده بين الوجهين في معنى إرث الخيار مع اختياره للوجه الثاني، ولكن بتفسيره بمعنى ليس أقلّ فساداً من المعنى الأوّل، من أنّ معنى إرث الخيار كون الوارث ذا خيار متعلّق بنفسه في أن يتملّك ما خرج عن ملك المورّث بالفسخ ـ ولكن ملكاً ابتدائيّاً ـ بثمن من ماله. وسيأتي التعرّض لذلك وتوضيح وجه فساده.

وأغرب منه ما يظهر من تقرير[٢] الأستاد[٣] العلّامة من تقوية أنّ إرث الخيار إنّما هوبالمعنى الأوّل،وأنّ النزاع في حرمان المحروممن المال من إرث الخيار إنّما هو بعد الفراغ عنه، وإلا فلو كان إرث الخيار بالمعنى الثاني فلا ينبغي الاشكال في جواز تملّك الزوجة ـ مثلاً ـ الأرض المنتقلة عن ملك المورّث ـ تملّكاً ابتدائيّاً ـ بالفسخ ودفع العوض من مالها.

---

(١) المكاسب ٦: ١٢٥ ـ ١٢٦.

(٢) منية الطالب للخوانساري ٢: ١٥٤.

(٣) المحقّق النائيني.

كيفيّة إرث الخيار

مسألة: قد ذكروا في كيفيّة إرث الخيار بالنظر إلى من يرثه من الورثة وجوهاً:

أحدها: إرث كلّ منهم خياراً مستقلّاً بالنسبة إلى مجموع المال الّذي انتقل من المورّث أو انتقل إليه. فلو سبق أحدهم بالامضاء فقد أسقط حقّه باعمال الخيار، فيلزم العقد من ناحيته دون باقي الورثة. ولو سبق أحدهم بالفسخ فلا عقد بعد ذلك حتّى يمضيه الباقي أو يفسخه. ولو توافقوا على الامضاء فقد لزم العقد من ناحية الجميع. ولو توافقوا على الفسخ أو فسخ أحدهم إيّاه بالأصالة لنفسه وبالوكالة عن الباقين، فقد زال العقد، كما هو الشأن في الخيارات المتعدّدة لأشخاص متعدّدين.

الثاني: إرث كلّ منهم خياراً مستقلّاً، ولكن لا في مجموع المال، بل في حصّته منه. فلو توافقوا على الامضاء ـ سواء أمضاه كلّ منهم بالنسبة إلى حصّته، أم أمضاه أحدهم في جميع الحصص أصالة بالنسبة إلى حصّته ووكالة عن الباقين في حصصهم ـ فيلزم العقد. ولو أمضى أحدهم في

حصّته، فيلزم العقد فيها، وللباقين الفسخ أو الامضاء. ولو فسخ أحدهم في حصّته فينفسخ العقد بالنسبة إلى حصّته، وللباقين الفسخ أو الامضاء في حصصهم.ولو توافقوا علىالفسخ فينفسخ العقدبالنسبة إلى جميع الحصص.

الثالث: ثبوت خيار واحد للجميع بالنسبة إلى مجموع المال. فلا ينفذ الفسخ ولا الامضاء من بعضهم بلا موافقة الباقين. بل لو توافقوا على الامضاء بأحد النحوين فيلزم العقد في المجموع. ولو توافقوا على الفسخ بأحد النحوين فينفسخ العقد في المجموع.

الرابع: ثبوت خيار واحد، لكن لا لأحدهم معيّناً أو على البدل، ولا للمجموع من حيث المجموع فقط، بل لجنس الوارث الّذي يتحقّق ـ لا محالة ـ في ضمن كلّ واحد منهم كما يتحقّق في ضمن الجميع. فلهم الامضاء أو الفسخ مجتمعين، ولكلّ منهم أن يسبق بالفسخ أو الامضاء. فلو سبق بالامضاء فيلزم العقد، وليس للباقين الفسخ بعد ذلك. ولو سبق بالفسخ فينفسخ العقد، وليس للباقين الامضاء.

والوجه الرابع احتمله الشيخ[1] العلّامة قدس سره ولم يتصدّى للاستدلال على إثباته، ولكن نقل وجوهاً ضعيفة للثلاثة الباقية. واختار الثالث منها، ولكن لم يستند في إثباته إلى دليل عدا إبطال الثلاثة الباقية، وجعل الثالث من الأربعة القدر المتيقّن من دليل إرث الخيار.

والتحقيق أن يقال: إنّ تعيين كيفيّة إرث الوارث للخيار أيضاً يبتني على الوجهين المتقدّمين في المسألة السابقة في معنى إرث الخيار.

---

(١) المكاسب ٦: ١١٨ ـ ١١٩.

فإن بنينا على أن معنى إرثه له بمعنى نيابته عن المورّث، بحيث يكون المجعول له بالنيابة هو الخيار المجعول للمورّث، ولا يحتاج إلى جعل آخر من حيث الابتداء، بل من حيث الاستدامة. وهو المجعول بأدلّة الارث للوارث، لكن لا من حيث كونه مالكاً للمال، بل من حيث كونه نائباً عنه، كما يظهر من تشبيههم خيار الوارث بالخيار المجعول للأجنبي أو الثابت للأولياء على القاصرين، إذ لاخفاء في أنّ المجعول لهم هو الخيار نفسه، لكن لا من حيث كونهم مالكي المال الّذي وقع عليه العقد، بل من حيث كونهم نوّاباً عن المالك. لكن حيث إنّ المجعول فيه هو الخيار من حيث الابتداء والاستدامة، فلابدّ أن يكون ذلك محلّاً للخيار، ولكن لا لخيار نفسه بل لخيار المالك، بخلاف الوارث، فانّ الخيار فيه مجعول من حيث الابتداء لنفس المورّث، وإنّما يجعل للوارث من حيث الاستدامة، فيكون ذلك محلّاً لبقاء الخيار واستدامته، لكن لا بقاءً واستدامة له من حيث كونه مالكاً، بل من حيث إنّه نائب عن المورّث المالك.

فالمتعيّن هو الوجه الثالث الّذي قوّاه الشيخ[1] العلّامة قدس سره لأنّ خيار المورّث واحد على الفرض، والخيار الواحد حدوثاً القائم بمحلّ واحد لا يعقل قيامه بقاء واستدامة ـ بنحو النيابة ـ إلا في محلّ واحد، وإلا فيلزم اثنينيّة الواحد وتعدّده في عين أنّه واحد. ولو كانت هناك خيارات متعدّدة للنائبين فيخرج كلّ منها عن كونه بقاءً للحادث السابق ـ أي: يخرج عن كونه قد تركه الميّت ـ بل يكون كلّ منها خياراً حادثاً لكلّ من الورثة

(١) المكاسب ٦: ١١٨.

بنحو النيابة، كالخيارات المجعولة ابتداءً للأجنبيّ المتعدّد. ولا خفاء في أنّ هذا ممّا لا سبيل بوجه إلى استفادته من دليل الارث.

هذا، ومن الواضح أنّه ليس المراد من الوارث في أدلّة الارث مطلقا ـ سواء كان بلفظ المفرد كما في النبوي، أم بلفظ الجمع كما في سائر أدلّة الارث ـ هو الواحد المعيّن أو غير المعيّن منه، بل المراد كلّ من كان في طبقة الوارثيّة من الميّت. وهذا لا ينافي كون المراد منه في الفرضين الجنس الصادق على القليل والكثير، لكن بالنظر إلى ورثة آحاد المورّثين.

وبالجملة، المراد من ورثة كلّ مورّث جميعهم بالاستغراق، سواء في ذلك إرث المال والحقوق.

وحيث إنّه يستحيل انقلاب الحقّ الواحد المجعول للمورّث ـ في بقائه للوارث بالنيابة ـ إلى المتعدّد في مجموع المال، فلا محيص عن اعتبار الوحدة في النائب، وفرض المتعدّد واحداً بالاعتبار من حيث قيديّة الاجتماع والانضمام في المحلّية للخيار الواحد. وإذا صار المنتقل إلى المتعدّد ـ بنحو النيابة ـ خياراً واحداً فلا يعقل له إلا إعمال واحد، فلا محيص عن اعتبار اجتماعهم في الامضاء والفسخ.

هذا، وإن بنينا* على أنّ إرث الوارث للخيار بنحو النيابة عن المورّث، ولكن لا بمعنى النيابة في أصل المحلّية للخيار وكونه قائماً به، بل بنحو

(*) والجامع بين الفرضين أنّ التنزيل ـ أي: صيرورة واحد بمنزلة الآخر ـ معلول للجعل وفي الرتبة المتأخّرة عنه في كليهما، بخلاف الوجه الثاني ـ وهو الحقّ ـ فانّ التنزيل بذلك المعنى فيه في الرتبة السابقة على الجعل، ومن باب الحكمة والعلّة للجعل والتشريع، فلا تغفل. (منه ﷺ).

النيابة عن المورّث في إعمال الخيار بالفسخ أو الامضاء، مع بقاء الخيار قائماً بالمورّث حتّى بعد موته كما كان قائماً به قبل موته، كبقاء مالكيّته لأمواله قائمة به حتّى بعد موته، غاية الأمر نيابة الوارث عنه في إعمال سلطنته في تلك الأموال بالتصرّف فيها، كما يظهر من تشبيههم خيار الوارث وفسخه وإمضاءه بخيار الوكيل ـ ذي الخيار ـ في إعماله بالفسخ أو الامضاء، الّذي مرجعه إلى أنّ المجعول بأدلّة الارث ـ كالمجعول بالتوكيل ـ إنّما هو نفس النيابة في إعمال ما ثبت فعلاً للمنوب عنه، لا ما كان ثابتاً له في حال حياته.

فالمتعيّن وجه آخر غير الوجوه الأربعة المتقدّمة، وهو كون كلّ من الورثة بمنزلة الوكيل المستقلّ في إعمال خيار المورّث بالفسخ أو الامضاء. فلو توافقوا على الامضاء أو الفسخ فهو، وإلا فإن سبق أحدهم بالامضاء أو الفسخ فقد بطل نيابة الباقين، لحصول ما وكّل فيه، وهو إعمال الخيار الواحد.

وأما كون كلّ منهم وكيلاً مستقلّاً، فلأنّه مقتضى ما تقدّم من ضرورة إرادة العموم من لفظ الوارث أو الورثة ونحوهما كالأولاد والإخوة والأخوات. وكلّ ما أريد فيه العموم فظاهره بمقتضى الاطلاق إرادة العموم الأفرادي الاستغراقي ما لم تقم قرينة على إرادة العموم المجموعي،لوضوح أنّ لحاظ الانضمام عناية زائدة يحتاج بيانه إلى مؤنة زائدة، والاطلاق يدفع احتماله. ولا قرينة في المقام على تلك العناية، لا لفظاً وهو واضح، ولا عقلاً لوضوح إمكان تعدّد الوكلاء عن واحد في إعمال خياره.

وأما الثاني، فلوضوح أنّ الخيار الواحد لا يعقل له إلا إعمال واحد، إمّا بالفسخ أو بالامضاء. فاذا سبق أحدهم بالامضاء فقد سقط خيار المنوب عنه باعماله، لنفوذ الامضاء بمقتضى ثبوت الوكالة. وكذلك إذا سبق أحدهم بالفسخ.

هذا، وأمّا إن بنينا على أنّ لحاظ كون الوارث بمنزلة المورّث اعتبار عرفي في الرتبة السابقة، وفي رتبة علّة تشريع المجعول بأدلّة الارث في الأموال والحقوق، وأنّ المجعول بها هي نفس ملكيّة أموال المورّث والحقوق، باحداثها للوارث مقارناً لموت المورّث، بعناية أنّ هذا الاحداث في معنى الابقاء، لأنّ الوارث نفس المورّث بمقتضى صلته به، فيكون مالكاً لأموال مورّثه مقارناً لموته، وصاحباً لحقوقه كذلك، بحيث يكون ذا خيار في العقد الخياري المتعلّق بالمال الّذي صار مالكاً له بالاستقلال بالوراثة، أي:صيرورة المال ملكاً له من حيث البقاء، والعقد عقداً له كذلك، والضمان المعاوضي الّذي أنشأه المورّث ضماناً معاوضيّاً منه كذلك.

فالمتعيّن هو الوجه الثاني من الوجوه المتقدّمة، أعني: إرث كلّ وارث للمال خياراً مستقلّاً لكن بالنسبة إلى ما ورثه من المال.

وتوضيح ذلك:أنّه قد عرفت أنّ مفاد أدلّة الارث في الأموال والحقوق واحد،وهو جعل ما كان مجعولا فيها للمورّث للوارث مقارناً لموته.وليس ذلك الأمر المجعول إلّا الملكيّة في الأموال ونفس الحقّ في الحقوق.

وعرفت أيضاً أنّ مفادها إرادة الجنس ـ الصادق على الواحد والمتعدّد ـ من لفظ الوارث أو الورثة أو الأولاد أو الأخوات، لكن بالنظر إلى آحاد

المورّثين.وأمّا بالنظر إلى آحاد الورّاث لكلّ مورّث فمفاده العمومقطعاً في الأموال والحقوق بنسق واحد، كما هو الشأن بالنظر إلى آحاد المورّثين.

وعرفت أيضاً أنّ كلّ ما أريد فيه العموم من اللفظ فظاهره بمقتضى الاطلاق إرادة العموم الأفرادي الاستغراقي، ما لم تقم قرينة عقليّة أولفظيّة على إرادة غيره من العموم المجموعي أو البدلي.

ولازم ذلك أن يكون المجعول لكلّ من الورثة ملكيّة أخرى أو حقّ آخر غير ما هو مجعول للآخر، ولكن بنحو الوراثة والتلقّي من المورّث، بحيث يصدق على المجعول لكلّ منهم أنّه عين ما كان مجعولاً للمورّث ولو ضمنيّاً، أي: في ضمن الملكيّة المتّسعة أو الحقّ المتّسع الّذي كان مجعولاً له.

ثمّ إنّ الأموال والحقوق متساويتان في أنّ المجعول فيهما ـ وهي الملكيّة أو نفس الحقّ ـ أمر بسيط في حكم العقل وطريقة العقلاء، لا يقبل السعة والضيق، ولا عروض التعدّد عليه، ولا ملاحظة الأجزاء الكسريّة ـ من النصف والثلث وغيرهما ـ فيه بنفسه. وإنّما يعرضه ذلك بتبع لحاظ السعة والضيق أو الوحدة والتعدّد أو الاشتمال على الكسور في متعلّقه، وهي الأموال في الملكيّة ومضمون العقد في حقّ الخيار المبحوث عنه.

فاذا بيع شيء له أبعاض كسريّة بشرط الخيار، ولكن بلحاظ المبيع والثمن شيئاً واحداً بالاعتبار، فالعقد والمبيع والملكيّة فيه واحد، ولكن بنحو من السعة الاعتباريّة التابعة لسعة المال بالاعتبار. فالمشتري لا محالة قد أنشأ المبادلة بين الأبعاض الكسريّة للمبيع وبين الكسر المماثل

له من الثمن وتملّكه، وضمنه ضماناً معاوضيّاً، وله الخيار في فسخ العقد.

وهذا بخلاف ما إذا بيع كلّ ثلث من المال المشاع بثمن ـ سواء كانت الأثمان متساوية أم مختلفة، من مشتر واحد أم متعدّد ـ بشرط الخيار مثلاً، فانّ كلّ ثلث منه قد ملكه مشتريه، وضمنه ضماناً معاوضيّاً، وله الخيار في فسخه، كلّ ذلك بنحو من الضيق ولكن مع الاستقلال بتبع لحاظ الاستقلال في الكسر المشاع.

وهذه الاعتبارات المتعدّدة الضيّقة في الفرض الثاني بمجموعها هي عين تلك الاعتبارات المتّسعة في الفرض الأوّل. ولا فرق بينهما في حكم العقل ونظر العقلاء إلا بمجرّد الاعتبار، أي: اعتبار الوحدة والاجتماع في الفرض الأوّل، والتعدّد والانفراد في الثاني.

وعليه، فنقول: إن كان مفاد أدلّة الارث في الأموال والحقوق ـ بمقتضى ظهورها في العموم والاستغراق ولو بالنظر إلى آحاد الورّاث لكلّ مورّث ـ جعل ملكيّة ما كان يملكه المورّث من الأموال لكلّ من الورثة بنحو ما كان يملكه، من اعتبار الوحدة والسعة بتبع لحاظ مجموع المال واحداً بماله من الأبعاض الكسريّة، أو جعل ما كان له من حقّ الخيار لكلّ من الورثة بنحو ما كان ثابتاً للمورّث، من اعتبار الوحدة والسعة بتبع اعتبارهما في العقد لاعتبارهما في المال.

لكان هذا خارجاً عن التوريث لا محالة، إذ الثابت للمورّث باعتبار السعة لم تكن إلا ملكيّة واحدة وحقّ واحد بالنظر إلى مجموع المال والعقد المتعلّق به. ولا يعقل أن ينقلب الواحد إلى المتعدّد بالنظر إلى

مجموع المال والعقد، لعدم تعقّل تعدّد ملكيّة المال الواحد بتعدّد الملّاك، وكذا تعدّد الحقّ من منشأ واحد ـ كشرط الخيار أو كون المبيع حيواناً ـ بالنسبة إلى مجموع العقد بتعدّد ذوي الحقوق.

وجعل حقوق أخر لكلّ من الورثة جعلاً ابتدائيّاً لا يتلقّونه من المورّث بنفس ذلك السبب الّذي كان موجباً لثبوت الحقّ له، وإن كان أمراً معقولاً في نفسه، إلا أنّه خارج عن عنوان التوريث وجعل عين ما كان ثابتاً للمورّث بسببه الخاصّ لكلّ من الورثة.

فلا محيص عن كون التوريث في الأموال والحقوق بنحو جعل عين الملكيّة أو الحقّ الّذي كان ثابتاً للمورّث بسببه الخاصّ لكلّ من الورثة بالعموم والاستغراق، ولكن بتبديل اعتبار الانضمام والوحدة والسعة في تلك الاعتبارات إلى اعتبار الانفراد والضيق في كلّ منها حتّى يصدق أنّ كلّاً منهم قد تلقّى ما جعل له من المورّث، لأنّ ما جعل له بالاستقلال كان مجعولاً له ضمنيّاً.

هذا هو الحقّ والتحقيق وما تقتضيه القواعد في المسألة. فلا محيص عن القول به، وترتيب ما يترتّب عليه من الآثار. فنقول وبالله الاستعانة ومنه التأييد:

يتفرّع على ما ذكرناه في المسألتين أمور:

الأمر الأوّل: لا يرث الخيار من المورّث إلا من يرث منه العوضين في المعاوضة، أو يرث بدلهما في صورة التلف، بمعنى أنّه يرث منه ما انتقل إليه بعينه أو بمقدار ماليّته من سائر أمواله على تقدير الامضاء، ويرث منه

ما انتقل عنه كذلك على تقدير الفسخ.

فلا ترث الزوجة غير ذات الوالد أو مطلقا من الخيار في العقد على الأراضي والعقار، سواء انتقلت عن المورّث أم إليه.

ولا يرث غير الولد الأكبر من الخيار المتعلّق بالحبوة، سواء انتقلت عن المورّث أم إليه.

ولا يرث الخيار أحد من الورثة في العقد المعاوضي للمورّث لو تلف ما انتقل من العوضين إليه واشتغلت ذمّته ببدله، ولا مال للمورّث صالح للبدليّة على تقدير الفسخ لينتقل إلى الوارث، ويكون تملّكه له بمقتضى ذلك العقد، غاية الأمر بالوراثة. فلا يتحقّق في مثله ضمان معاوضيّ للمال ولا لبدله للورثة بالوراثة، وصيرورتهم مالكين له بذلك العقد لمالكيّة مورّثهم إيّاه به. فلا يعقل الخيار والامضاء أو الفسخ منهم بالنسبة إلى ذلك العقد على حقائقها.

نعم، للوارث تملّك العوض الآخر تملّكاً ابتدائيّاً بتمليك عوضه من ماله أو ترك ذلك. ولكنّهما ليسا فسخاً أو إمضاءً للعقد، ولا يمكن إثباته بأدلّة الخيار والارث. فلا محيص في مثله عن سقوط خيار المورّث بمجرّد موته.

هذا، ولو كان الخيار للطرف الآخر من العقد فقط، فلا محيص عن بقاء الخيار على حاله. ولكنّه لو أمضى فلا ينفع الورثة شيئاً ولا يضرّهم. ولو فسخ فتشتغل ذمّة المورّث دون الورثة.

وأمّا ما بيد الفاسخ من المال ـ أو بدله في صورة التلف ـ فلابدّ إمّا من

انتقاله إلى الميّت، أو إلى الديّان ومنهم الفاسخ، أو إلى الورثة، لكن لا طلقاً بل متعلّقاً لحقّ الديّان، على الوجوه في تلك المسألة.

وعلى كلّ حال، له حبسه واستيفاء ما اشتغلت به ذمّة المورّث من قيمته تقاصّاً، كما هو مقتضى القاعدة في العقد وفسخه، حيث إنّه لا يجب على أحد المتعاوضين تسليم ما بيده ما لم يسلّم الآخر. وهذا ـ لا محالة ـ يوجب أولويّة الفاسخ بالمال من سائر الديّان. فلو كانت قيمته بقدر قيمة عوضه أو أقلّ منها فلا شيء لسائر الديّان ولا للورثة. ولو كانت أكثر منها فالزائد لسائر الديّان، أو لهم وللورثة، أو للورثة فقط على اختلاف الفروض.

ولو كان العوض المنتقل إلى الميّت باقياً بعينه أو ببدله مع تلفه، بحيث لو فسخ المورّث العقد في حياته لكان ملزماً بدفع ذلك العوض أو بدله مع تلفه، فلا محالة يرث الخيار من يرث ذلك المال، ويرث العوض الآخر المنتقل عن الميّت بالفسخ. ويتحقّق بذلك الضمان المعاوضي من الوارث بقاءً لعين ما ضمنه المورّث بالمعاوضة حدوثاً. فلو تلف ما ورثه بيده، فلا يضرّ ذلك بخياره، بل له الفسخ واسترداد العوض إلى ملكه بالوراثة، وردّ بدل التالف من سائر أمواله، لكونه ضامناً لما ضمنه بقاءً بخصوصيّته في صورة البقاء، وبمقدار ماليّته مع التلف.

الأمر الثاني: الوارث يرث كلا العوضين في عقد المورّث، أحدهما على تقدير الامضاء والآخر على تقدير الفسخ. وإنّما يرث خياراً مستقلّاً في حصّته الّتي يرثها من المالين.

فان كان الوارث للعوضين واحداً فله خيار واحد في مجموع المالين.

وإن كان متعدّداً فلا محالة يتعدّد الخيار بتعدّده.

فان توافقوا على الامضاء يبقى ما ورثوه من العوض أو بدله على حاله ملكاً لهم بالوراثة بالحصص.

وإن توافقوا على الفسخ فيخرج ما ملكوه بالوراثة عن ملكهم، ويرجع إلى المتعامل الآخر، ويرجع ما بيد المتعامل الآخر من العوض أو بدله إليهم، فيصير أيضاً ملكاً لهم بالوراثة، ولكن من حين الفسخ بمقتضى إرث الخيار.

وإن اختار بعضهم الامضاء وبعضهم الفسخ فلهم ذلك، وللمتعامل الآخر خيار تبعّض الصفقة وعروض عيب الشركة.

الأمر الثالث: لا ترث الزوجة الخيار لو كان أحد العوضين من الأراضي والعقار، لحرمانها عن وراثة هذه الأموال، فلا ينتقل الضمان المعاوضي إليها، فلا يكون لها خيار، لعدم تعقّل فسخها للمعاوضة أو إمضائها من حيث البقاء والاستدامة.

ولازم ذلك أنّها لا ترث حقّ الشفعة أيضاً لو باع شريك المورّث حصّته من الأرض أو العقار المشترك بينهما في حال حياة المورّث، فمات قبل أن يأخذها بحقّ الشفعة.

توضيح ذلك: إنّ حقّ الشفعة إنّما يقوم بعنوان الشركة والتخلّص من الشريك الجديد، فلا يعقل أن يرثه إلا من كان وارثاً للمورّث في حصّته من تلك الأرض أو العقار، ليصير هو الشريك فيها استدامة وبقاءً بعد ما

كان الشريك هو المورّث. فمن صار من الورثة مالكاً لحصّته منها فهو الّذي يتحقّق فيه موضوع الشركة بالوراثة، وتكون شركته فيها بقاءً بمنزلة شركة مورّثه فيها، بمعنى أنّ شركته فيها عين تلك الشركة السابقة بمقتضى الوراثة وتنزيل الوارث منزلة المورّث. فله أن يأخذ الحصّة المبيعة سابقاً بثمن من مال نفسه، كما كان لمورّثه ذلك.

وأمّا الزوجة فحيث إنّها لا ترث من حصّة المورّث فلا تصير شريكة حتّى من حيث البقاء والاستدامة، فلا معنى لأخذها الحصّة المبيعة بثمن من مالها. فيكون تملّكها الحصّة المبيعة بثمن من مالها خارجاً ـ لامحالة ـ عن حقيقة حقّ الشفعة، ولا يمكن إثبات ذلك لها بأدلّة الارث.

وأما سائر الورثة فانّما يرثون حقّ الشفعة لو باع الشريك حصّته في حياة المورّث. وأما لو باعها بعد موته فلهم حقّ الشفعة ابتداءً لا بالوراثة عن المورّث. وإرثهم للأرض لا ربط له بارثهم حقّ الشفعة. وهذا واضح جدّاً.

ولكنّها ترث حقّ التحجير في الأرض، لأنّه لا يحتاج في قيامه بالزوجة إلى أزيد من جعله لها بقاءً، بعناية تنزيلها منزلة الزوج، لصلتها به بالزواج. فكما أنّ الزوج كان أولى من سائر النّاس بالتعمير والتملّك، كذلك لها ذلك كسائر الورثة. ولا يتوقّف إرث الحقّ على إرث المال، أي: لا تلازم بين إرث الحقّ وبين إرث المال المتعلّق به، على ما هو واضح.

الأمر الرابع: لو كان للميّت دين غير مستغرق للتركة:

فان بنينا في مثله على أنّ التركة تنتقل بأجمعها إلى الورثة، غاية الأمر

يتعلّق حقّ الديّان بذمّتهم أو بمقدار دينهم من ماليّة التركة.

فلا ينبغي الاشكال في أنّ الوارث لها يرث الخيار المتعلّق بالعقد الواقع عليها. فلكلّ منهم الخيار بالنسبة إلى حصّته منها. ولهم التوافق على الامضاء أو الفسخ في الجميع.

وأمّا إن بنينا على أنّ مقدار الدين منها ينتقل إلى الديّان، بمعنى أنّه يكون ملكاً لهم بمجرّد موت المورّث المديون، أي: يتحقّق أداء دينهم قهراً بالحصّة المشاعة منها، وينتقل الباقي إلى الورثة.

فلا محيص عن حصول الشركة. فلا يرث الورثة الخيار إلا بالنسبة إلى حصّتهم. ولهم الفسخ أو الامضاء فيها مجتمعين أو متفرّقين، دون حصّة الديّان. بل لو فرض أداء الدين من سائر أموالهم وانتزاع حصّة الديّان ـ بناءً على أن لهم ذلك في صورة الاستغراق فضلاً عن صورة عدمه ـ فيشكل تجدّد الخيار لهم بالنسبة إلى تلك الحصّة بعد أن لم يكن لهم، لأنّ تملّكهم لها ليس بالموت والوراثة، بل بالتملّك الجديد والانتزاع من ملك الديّان.

وإن بنينا على أنّ التركة تنتقل بأجمعها إلى الورثة وتصير ملكاً لهم بمجرّد الموت، ويتعلّق حقّ الديّان بها بخصوصيّتها العينيّة.

فلا مانع من القول بارثهم للخيار المتعلّق بالجميع كما أنّهم يرثون الجميع، غاية الأمر لا طلقاً بل متعلّقاً لحقّ الغير. ولكن ليس لهم إعمال الخيار بالفسخ المفوّت لحقّ الديّان في الخصوصيّة العينيّة، بمعنى أنّه لاينفذ الفسخ ما لم يتحقّق سقوط الدّين، إمّا بالابراء أو بتحقّق الأداء من

الأجنبيّ أو الورثة. وأما مع سقوطه فلا مانع من الفسخ في الكلّ. بل يمكن أن يقال: ينفذ فسخهم في الكلّ وإن أثموا بذلك، غاية الأمر يتعلّق حقّ الديّان بذمّتهم بعد أن كان متعلّقاً بالعين.

هذا، وإن كان الدّين مستغرقاً للتركة. فان قلنا بانتقالها في مثله إلى الديّان بمجرّد الموت أداءً قهريّاً بحكم الشرع، فلا خيار للورثة. بل لو فرض انتزاعهم لها من ملك الديّان بأداء الدين من أموالهم ـ بناءً على أنّ لهم ذلك بالاجماع حتّى على هذا القول ـ فلا يتجدّد لهم الخيار على ما عرفت.

وإن بنينا على أنّها لاتنتقل إلى الورثة ولا إلى الديّان، بل تبقى في ملك الميّت أوملكاً بلامالك ولكن مراعى بأداءالدّين. فإن تحقّق الأداء يحكم بالانتقال إلى الورثة من حين الموت، أو يترتّب عليها أثر ذلك، وإلا فتتمّحض ملكاً للديّان بتحقّق الأداء القهري.

فلابدّ من القول بعدم الخيار للورثة، وعدم تعقّل الفسخ والامضاء منهم، مالم يتحقّق أداء الدّين أو سقوطه بالابراء. والحكم بارثهم الخيار كإرثهم أصل المال بسقوط الدين بالإبراء أو الأداء.

وإن بنينا على أنّها تنتقل بمجرّد الموت إلى الورثة طلقاً، ويتعلّق حقّ الديّان بذمّتهم.

فلا محيص عن القول بارثهم الخيار في الجميع. فلهم التوافق على الامضاء أو الفسخ أو التفرّق فيهما، غاية الأمر مع اشتغال ذمّة كلّ منهم من الدّين بقدر حصّته من المال.

وإن بنينا على انتقالها إلى الورثة، لكن لا طلقاً بل متعلّقاً لحقّ الديّان.

فان قلنا بتعلّق حصّتهم بمقدار ماليّة التركة لا بخصوصيّتها العينيّة، فالحكم فيه كالفرض السابق بعينه.

وإن قلنا بتعلّقها بماليّة التركة بخصوصيّتها العينيّة، فالحكم فيه ما تقدّم من أنّه لا مانع من إرث الورثة الخيار كإرثهم المال، إلا أنّه ليس لهم إعماله بالفسخ ما لم يتحقّق سقوط الدّين بنحوٍ، لكونه مفوّتاً لحق الديّان. فلا ينفذ منهم ذلك وضعيّاً، لا أنّه ينفذ وضعيّاً غاية الأمر يكونون آثمين بذلك. فلا محيص عن اشتغال ذمّة الفاسخ منهم من الدّين بقدر حصّته من ذلك المال على تقدير الامضاء.

هذا ما يخطر بالبال القاصر في المسألة. وقد اعترف الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ بعد ما حرّر المسألتين بما حرّرهما ـ بأنّ المسألة محتاجة إلى تنقيح زائد. فعليك بالتأمّل في مباني الأقوال في هذه المسائل، ومن الله التوفيق والتأييد.

عدم انتقال الخيار المجعول للأجنبي بموته إلى أحد

مسألة: التحقيق أنّ الخيار إنما يورث لو كان حقّاً ثابتاً للمورّث، من حيث كونه مالكاً لأحد العوضين، ومخرجاً له من ملكه إلى ملك مالك الآخر، ومتملّكاً بازائه ملك الآخر.

و أمّا كلّ خيار ثبت لذي الخيار من حيث كونه نائباً عمّن يملك

(١) المكاسب ٦: ١٢٦.

ويتملّك، إمّا بالولاية أو الوكالة والاستنابة، فمثله يتقوّم ـ لا محالة ـ بعنوان النيابة، ويدور مدار تحقّقها، ولا يمكن انتقاله إلى غير من يتعنون به. وحيث إنّ النيابة ـ بنحويها ـ إنّما تثبت لمن ثبتت له بملاحظة خصوصيّته الشخصيّة، فهي من الأحكام الشرعيّة غير القابلة للانتقال بالإرث. بل الوارث إن كان ممّن جعلت له النيابة فهو نائب ابتداءً لا بالوراثة، وإلا فلا يصير نائباً بها. فلا محيص عن بطلان نيابة النائب بموته. فإذا بطلت النيابة فيبطل الخيار المتقوّم بها، ولا ينتقل إلى وارثه.

و يتفرّع على ذلك أمور:

الأمر الأوّل: لو تعدّد الأولياء ـ سواء كانت ولايتهم عرضيّة كما في الأب والجدّ، أم طوليّة كما في ولاية الحاكم مثلاً ـ فالخيار الثابت في العقد الصادر من أحدهم لا يورث بموت العاقد، بل يبطل ببطلان نيابته بموته. ولكن يبقى الخيار من حيث الولاية في العقد المفروض ـ كأصل الولاية والنيابة ـ ثابتاً للوليّ الآخر، لكن لا وراثة بل ابتداءً، كمالكيّة الطبقات المتأخّرة للمال الموقوف بموت الطبقة السابقة.

الأمر الثاني: لو كان الخيار ثابتاً شرعاً أو شرطاً لمالك أحد العوضين، ولكنّه وكّل الأجنبيّ في إعماله، باعمال النظر واختيار ما هو الأصلح من الإمضاء والفسخ، فمات الموكّل، بطلت وكالة الوكيل، لتبدّل المالك وذي الخيار، وصيرورة الخيار لوارث الموكّل بالإرث، ولم يتحقّق التوكيل من الوارث على الفرض. ولو تحقّق ذلك منه فهي وكالة ابتدائيّة، وليست موروثة.

ولو مات الوكيل بطلت الوكالة لا محالة. ولا تكون موروثة لوارث الوكيل. ويبقى الخيار على حاله، لأنّه كان للموكّل نفسه ولوارثه مع موته.

الأمر الثالث: لو كان الخيار ثابتاً للأجنبي شرعاً، ولكن من حيث وكالته، كما في خيار المجلس للوكيل المفوّض، فمات الوكيل في المجلس. فإن كان الموكّل حاضراً في مجلس العقد، وقلنا بثبوت الخيار له أيضاً وإن لم يكن عاقداً، فله الخيار لكن ابتداءً لا بالوراثة. وإن لم يكن حاضراً فلا خيار له، لا ابتداءً لعدم تعنونه بموضوع الخيار، ولا بالوراثة من الوكيل، لبطلان الخيار الثابت للوكيل ببطلان وكالته بموته. مع أنّ الإرث إنّما يثبت شرعاًبأسباب خاصّة، وهي الصلة بالميّت بنسب أو سبب أو ولاء، ولم يتحقّق شيء من ذلك بينهما.

و كذلك لا يرث الخيار وارث الوكيل، لتقوّمه بوكالته القائمة بشخصه، وقد زالت بموته. مع أنّ موضوع الخيار ـ أعني: الاجتماع مع المتعاقد الآخر ـ كان متحقّقاً فيه. ووارث الوكيل إن لم يكن وكيلاً مفوّضاً عن صاحب المال، فعدم انتقال الخيار إليه بالوراثة عن الوكيل واضح، لانتفاء النيابة الّتي بها قوام الخيار. وإن كان وكيلاً مفوّضاً فلا ينتقل الخيار إليه بموت الوكيل الأوّل، لعدم تحقّق موضوع الخيار في حقّه، أعني: الاجتماع مع المتعاقد الآخر.

الأمر الرابع: التحقيق أنّ شرط الخيار ـ بمعناه الحقيقي ـ للأجنبيّ عن العوضين في المعاوضة أمر غير معقول في نفسه. ولذا تكون مصالحة الخيار الثابت لأحد طرفي العقد ـ بحيث يكون المتصالح ذا خيار فيه، وله

السلطنة على حلّ العقد، وتملّك أحد العوضين، ودفع العوض من ماله ـ باطلة، لكونها مخالفة للكتاب والسنّة، ومثبتة لإمضاء الشارع لأمر غير معقول، أو قصر سلطنة الناس على أموالهم، وتملّكها بدفع عوض خاصّ قهراً عليهم.

وبالجملة، جعل الخيار للأجنبيّ من حيث نفسه أمر مخالف للكتاب والسنّة، إن لم يكن الخيار بمعنى حلّ المعاملة وإرجاع كلّ عوض إلى مالكه الأصلي، بل بمعنى التملّك الابتدائي بمعاوضة ابتدائيّة. وأمر غير معقول إن كان بمعناه الحقيقي، بمعنى حلّ المعاملة وإرجاع العوضين إلى مالكهما الأوّل.

وإنّما المعقول جعل الخيار بمعناه الحقيقي للأجنبي، ولكن من حيث نيابته وقيامه مقام مالك العوض في المعاوضة، في إعمال النظر واختيار ما هو الأصلح للمالك من الفسخ أو الإمضاء، فلا محيص عن كونه متقوّماً بحيثيّة نيابته. وحيث إنّ النيابة من الأحكام، وهي غير قابلة للانتقال إلى وارث النائب بالإرث، بل لا محيص عن بطلانها بموته، فيبطل الخيار المتقوّم بها أيضاً.

وعلى هذا، فاحتمال انتقاله إلى وارثه بمقتضى عموم «ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه[1]» باطل جدّاً.

---

(١) لم نجده بهذا اللفظ في الجوامع الحديثيّة للعامّة والخاصّة. وأرسله الشهيد الثاني ﷺ عن النبيّ ﷺ في مسالك الأفهام ١٢: ٣٤١. نعم، ورد بلفظ: «من ترك مالاً فللوارث» أو: فلورثته. انظر الفقيه ٤: ٢٥٤ ح ٨١٨، الوسائل ١٧: ٥٥١ ب «٣» من أبواب ولاء ضمان الجريرة ح ١٤، مسند أحمد ٢: ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦.

كما أنّ احتمال انتقاله إلى المالك المنوب عنه أيضاً باطل، لوضوح أنّه إن كان الخيار مشروطاً له وللأجنبي، فبطلان خيار الأجنبي بموته لا يضرّ ببقاء خيار نفسه. وإن لم يكن مجعولاً إلا للأجنبيّ فقط، فلا وجه لانتقاله إليه بموته، لوضوح أنّ الإرث إنّما يثبت شرعاً لمن له صلة بالميّت بنسب أو سبب أو ولاء، وليس كون الشخص منوباً عنه من الأسباب الموجبة للإرث.

هذا، كما أنّ تعليل بطلان خيار الأجنبي بموته بأنّه يحتمل أن يكون الخيار مجعولاً له بخصوصيّته الشخصيّة أيضاً تعليل ساقط، إذ لا شكّ في أنّ نيابته إنّما لوحظت لخصوصيّته الشخصيّة. ولذا تبطل الوكالة بموت الوكيل، ولا تنتقل إلى الوارث.

ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكر بين أن يكون الأجنبيّ المجعول له الخيار حرّاً أو عبداً. ولا فرق في الثاني أيضاً بين كونه للمنوب عنه أو للمتعاقد الآخر أو للأجنبي. وأنّه لا محيص عن بطلان الخيار، وسقوط احتمال انتقاله إلى وارث العبد، أو إلى مولاه أو المنوب عنه بالارث، كلّ ذلك بالبيان المتقدّم.

نعم، في جعل الخيار مطلقا كلام آخر، وهو أنّ المملوك لا يقدر على شيء من التصرّفات، ولا سلطنة له على شيء من أعماله ومنافعه، لكونه مالاً للمولى، وله السلطنة عليه. فلا يجوز له الفسخ والامضاء إلا برضا المالك. كما أنّه يجب عليه ذلك لو أجبره المولى عليه.

ولازم ذلك أنّ جعل الخيار له بالنيابة بمعنى جعل الخيار لمولاه بالنيابة. فلا وجه لبطلان خياره بموته، بعد أنّ جاعل الخيار ـ وهو المولى ـ حيّ لم يمت.

ولكن فيه:

أوّلاً: إنّ جعل الخيار للعبد كان باذن المولى على الفرض، ومن المعلوم أنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه. فليس للمولى بعد إذنه منع العبد عن إعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء ولا إجباره على ذلك، إلا من باب الأمر بالمعروف، والعبد وغيره سيّان في ذلك. بل الحقّ أنّه لا يوجب جعل الخيار له أزيد من الحكم الوضعي ـ أعني: نفوذ إمضائه وفسخه وعدم لغويّته ـ لا كونه مكلّفاً بإعماله حتّى يجب الأمر به مع إبائه، كما هو الشأن في كلّ من له الخيار.

وثانياً: لو فرض أنّ جعل الخيار له كان بدون إذن المولى، فلا مانع من ثبوت الحكم الوضعي لفسخ العبد وإمضائه ـ بمعنى صحّته ونفوذه ـ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط على المشروط عليه. وأمّا حرمة صدور ذلك من العبد بدون رضا مولاه تكليفاً فهي ممنوعة جدّاً، سيّما إذا لم يزاحم فسخ العبد أو إمضاؤه حقّ المولى والاشتغال بخدماته، بناءً على عدم حرمة تصرّفات العبد بدون إذن مولاه إلا من حيث منافاته لحقوقه لا مطلقاً، كما هو الأقوى على ما حرّر في محلّه. وعلى فرض تسليم الحرمة مطلقاً، فلا يضرّ بصحّة فسخ العبد وامضائه، وترتّب الأثر عليه شرعاً، مع حرمته تكليفاً واستحقاقه العقوبة عليه.

عدم انتقال خيار المالك بخصوصيّته الشخصيّة إلى وارثه

مسألة: لو شرط الخيار لأحد المتعاقدين مرسلاً، ولكن بشرط أن

لا يرثه وارثه بعد موته، فالشرط الثاني باطل، لمخالفته للشرع، والخيار ثابت وموروث.

وأمّا لو جعل له الخيار بشرط أن لا يتحقّق الفسخ إلا منه بالمباشرة أو بالتوكيل، فالشرطان صحيحان، ويجب الوفاء بهما بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط. ولازمه ثبوت الخيار بمقتضى الشرط الأوّل، وتقوّمه بالخصوصيّة الشخصيّة بمقتضى الشرط الثاني.

فيثبت الخيار ولكنّه لا يورث، لقصور مقتضى ثبوته، وبطلانه قهراً بمجرّد الموت، لعدم التمكّن من إعماله بالفسخ بالنحو المشروط. فلا محالة ينصرف دليل إرث الحقوق عن مثل هذا الحقّ، لمناقضته لوجوب الوفاء بالشرط كما شرط. فليس لوارث الميّت فسخ العقد قهراً على المتعاقد الآخر، وإن كان لهما التقايل فيه بلا إشكال.

ارث الخيار مشروط ببقاء موضوعه

مسألة: إنّما يورث الخيار لو بقي موضوعه وقيود فعليّته حدوثاً وبقاءً، بحيث لو لم يمت المورّث لكان الخيار ثابتاً له.

فخيار الحيوان ـ مثلاً ـ إنّما يورث لو مات المورّث في أثناء الثلاثة، بحيث يبقى منها ما يتمكّن الوارث من إعماله إمضاءً أو فسخاً، وإلّا فيسقط لا محالة، ويكون كما لو مات بعد الثلاثة. وكذا الحال في الخيار المشروط بمدّة خاصّة.

وكذا خيار الغبن والعيب إنّما يورثان لو ظهرا قبل موت المورّث، مع

بقاء الخيار وعدم سقوطه بالتأخير بدون العذر. فيورث الخيار، ويجب على الوارث إعماله فوراً وإلا فيسقط.

وأمّا مع ظهورهما بعد الموت، فيشكل إرث الخيار حينئذٍ، بناءً على كون ظهورهما سبباً لثبوته، إذ لا يصدق حينئذٍ على هذا الخيار أنّه ممّا ورّثه الميّت. ومجرّد كون العقد مقتضياً لثبوته لا يوجب صدق ذلك.

نعم، بناءً على ما هو الحقّ من كون ظهورهما كاشفاً عن ثبوت الخيار وفعليّته بمجرّد تماميّة العقد، فلا ينبغي الاشكال في كونه موروثاً.

وأمّا خيار تخلّف الشرط أو تعذّره، فلو كانا قبل الموت، مع عدم سقوط الخيار بالتأخير في الإعمال، فالخيار موروث لا محالة.

وأمّا مع تحقّقهما بعد الموت، فالتحقيق وإن كان يقتضي عدم ثبوت الخيار إلا عند التخلّف أو التعذّر، لا أنّهما كاشفان عن تحقّقه من حين تماميّة العقد، على ما تقدّم إيضاحه في أحكام الشرط، إلا أنّ الأمر في ذلك سهل، لأنّ نفس حقّ الشرط موروث لا محالة، وانتقاله إلى الوارث مقتضى ثبوته له كما كان ثابتاً للمورّث، وقد كان ثابتاً له وله الاجبار على الوفاء به، ومع عدم التمكّن منه كان له الخيار قضاءً لحقّ الشرط، فلابدّ من ثبوته كذلك للوارث أيضاً. بل يمكن أن يطّرد هذا الوجه في كلّ خيار يبتني على الشرط، سواء كان صريحاً أم ضمنيّاً. فيسهل الأمر في مثل خيار الغبن والعيب ونحوهما من الخيارات المبتنية على الشروط الضمنيّة.

إرث خيار المجلس

وأمّا خيار المجلس لو مات المالك العاقدفي مجلس العقد،ففيه وجوه:

أحدها: سقوط الخيار رأساً، سواء كان الوارث حاضراً في مجلس العقد أم لا، لأنّ موضوع خيار المجلس وقوامه اجتماع البيّعين على البيع، ولا يصدق ذلك إلا على الحيّ، أي: على جسم البيّع بوصف حياته لا على جسمه اللا بشرط. فمع الموت ـ لا محالة ـ يتحقّق الافتراق الّذي هو غاية للخيار، فلا يمكن أن يتحقّق موضوعه ـ أعني: العنوان الّذي يقوم به الخيار ـ للوارث حتّى يتصوّر انتقاله إليه بالإرث.

الثاني: ثبوته للوارث، لأنّ العنوان الّذي يقوم به الخيار إنّما هو بقاء الهيئة الحاصلة للبيّعين حين البيع على حالها، بحيث لو كان الّذي بقي جسمه في المجلس حيّاً لكان له الخيار. وبعبارة أخرى: إنّ الاجتماع الّذي لوحظ موضوعاً للخيار إنّما هو اجتماع الجسمين، وهو باقٍ على الفرض، فيتحقّق موضوع الخيار مالم يرفع الجسم عن مجلس العقد، ويرثه الوارث، فله الإمضاء والفسخ ما دامت تلك الهيئة باقية، سواء كان الوارث حاضراً في مجلس العقد أم لا.

الثالث: ثبوته للوارث دائماً، لأنّ الافتراق قهريّ، فلا يوجب سقوط الخيار، سواء كان الموت محقّقاً للافتراق أم افتراق الجسم عن مجلس العقد، حيث إنّ الغاية هو الافتراق الاختياري، وهو غير ممكن في نفس البيع.

الرابع: ثبوته للوارث إن كان حاضراً في مجلس العقد ولم يفترق باختياره، لأنّ دليل الإرث كما يوجب صيرورة الوارث صاحب الحيوان في خيار الحيوان، وكأنّه هو الّذي انتقل إليه الحيوان ابتداءً. ويوجب

صيرورته المشروط له في خيار الشرط والاشتراط والغبن والعيب ونحو ذلك، وكأنّه هو الّذي نقل ماله بذلك الشرط ابتداءً، من حيث تنزيله منزلة مورّثه العاقد. كذلك يوجب صيرورته بيّعاً، وكأنّه هو العاقد الناقل لماله والمنتقل إليه المال ابتداءً كذلك. فلابدّ من كون تعنونه بعنوان الاجتماع مع المتعاقد الآخر وعدم افتراقه عنه محقّقاً لموضوع الخيار، فالخيار حينئذٍ مجعول له بالوراثة مادام متعنوناً بذلك العنوان.

والأظهر من هذه الوجوه هو الوجه الأخير. فعليك بالتأمّل، ومن الله التوفيق.

إعمال الخيار إمضاءً أو فسخاً بالفعل والقول

مسألة: ومن أحكام الخيار أنّه كما يتحقّق إعماله بانشاء الإمضاء أو الفسخ قولاً، كذلك يتحقّق إعماله بالفعل. وهذا ممّا لا ينبغي الاشكال فيه. بل الظاهر تحقّق التسالم عليه، سواء كانت الأمور الاعتباريّة الانشائيّة ـ ومنها إمضاء العقد المتزلزل بالخيار والجواز الحقّي، بمعنى إقراره وإخراجه عن التزلزل والمعرضيّة للفسخ، أو فسخه بمعنى حلّه وجعله بالاعتبار كأن لم يكن، بارجاع كلّ من العوضين إلى مالكه الأوّل بالاعتبار ـ ممّا يتحقّق إنشاؤها وإيجادها الاعتباري بمجرّد قصد تحقّقها ووجودها، بشرط الاتيان بقول أو فعل مبرز لهذا القصد وكاشف عن تحقّقه، بحيث لولا ذلك لا يساعد العقلاء على اعتبار المنشأ، ولا يرتّبون الأثر عليه.

كما ربما يقال ذلك، وإن كان ضعيفاً للغاية، لوضوح أنّه لا يبقى معه معنى محصّل معقول لكون الصيغ والأفعال ـ الّتي بها تبرز تلك القصود القلبيّة المتعلّقة بمضامينها ـ إنشاءات في مقابل الحكايات والإخبار. بل تكون جميعها إخبارات قوليّة أو فعليّة تكشف عن تحقّقات أمور اعتباريّة

بمجرّد قصد تحقّقها في الرتبة السابقة على رتبة تلك الكواشف، كما هو الشأن في كلّ حكاية وإخبار.

أم كانت[١] ممّا لا يمكن إيجادها بالاعتبار إلا بانشائها بتلك الصيغ أو الأفعال، بمعنى قصد تحقّقها بها وفي الرتبة المتأخّرة عن تحقّقها. ومرجعه إلى الاتيان بتلك الأقوال أو الأفعال الدالّة على المقصود، بقصد التوصّل إلى تحقّق تلك المضامين تحقّقاً اعتباريّاً، ترتّب عليه الآثار الخاصّة عند العقلاء، عقيب تماميّة تلك الأقوال أو الأفعال. كما هو الحقّ والتحقيق، حيث إنّه لا حقيقة لانشاء الأمور الاعتباريّة في طريقة العقلاء ـ في مقابل الإخبار عن تحقّق أمور اعتباريّة أو متأصّلة أو انتزاعيّة بتحقّقات مفروغ عنها في الرتبة السابقة على الحكاية عنها ـ إلا هذا المعنى.

ومن الغريب جدّاً ما ربما يظهر من مطاوي كلمات الشيخ العلّامة قدس سره[٢] في المقام، من أنّ الفعل لا إنشاء فيه، فلابدّ من الالتزام بتحقّق الانشاء بنفس القصد المتعلّق بالعقد السابق على القصد المتعلّق بالفعل المأتيّ به للدلالة عليه.

إذ يرد عليه:

ـ مضافاً إلى عدم رجوع ما أفاده قدس سره إلى معنى محصّل، لوضوح أنّه بناءً على كون الفعل إنشائيّاً بالمعنى الّذي به يكون القول إنشائيّاً، في قبال ما يكون القول أو الفعل به إخباريّاً، فأيّ فرق بين الأمرين، حتّى يتعقّل

---

(١) عِدْل كلام المصنّف قدس سره قبل ثلاثة عشر سطراً: «سواء كانت الأمور الاعتباريّة» إلى قوله: «ممّا يتحقّق إنشاؤها وإيجادها...».

(٢) المكاسب ٦: ١٣٦.

قصد إيجاد القول إخباريّاً تارةً وإنشائيّاً أخرى، بخلاف الفعل، وأنّه لا يتعقّل إلّا قصد إيجاده إخباريّاً فقط؟ ومضافاً إلى أنّ ما التزم به يخرج الانشائيّات عن كونها إنشاءً، ولم يبق فرق بين الاخباريّات والانشائيّات ـ أنّ ما أفاده قدس سره منافٍ لتحقيقاته في كثير من المباحث، ومنها مباحث المعاطاة، حيث إنّه بنى[1] على كونها بيعاً، وتحقّق الانشاء بالتعاطي أو بالأخذ والاعطاء، وعدم تحقّقه بمجرّد القصد القلبي. كيف وبناؤه قدس سره وبناء الأصحاب طرّاً على أنّ نكاح الأخرس وطلاقه بالاشارة ـ الّتي هي من الأفعال ـ وبها يقصد إيجاد مضمونهما، لا أنّ المضمون يوجد قبلاً بمجرّد القصد القلبي، ثمّ يحكى بالاشارة عن تحقّق ذلك القصد في الرتبة السابقة على تلك الاشارة.

وجملة المقال: أنّه بعد وضوح أنّ الإمضاء والفسخ ليسا بمعنى مجرّد طيب النفس ببقاء العقد أو كره بقائه، بل هما أمران اعتباريّان يوجدان بالانشاء والاعتبار، فسواء قيل إنّهما إنّما ينشآن بمجرّد قصدهما قلباً في الرتبة المتقدّمة على تلك الأقوال أو الأفعال الحاكية عنهما، أم قيل إنّهما ينشآن بالقصد القلبي بتحقّقهما عقيب تلك الأقوال والأفعال وفي الرتبة المتأخّرة عنهما، فلا ينبغي الاشكال في أنّهما كما يمكن تحقّقهما بالقول كذلك يمكن تحقّقهما بالفعل. وكما أنّ القول إن كان ظاهر الدلالة على الإمضاء أو الفسخ ـ لو قصد به الإخبار والحكاية عن تحقّقهما ـ فهو صالح لانشائهما به. كذلك الفعل إن كان ظاهر الدلالة عرفاً على ذلك

---

(١) المكاسب ٣: ٧٤.

ـ أعني: الإمضاء أو الفسخ ـ لو قصد به أحياناً الإخبار والحكاية عنهما، فهو صالح لانشائهما به.

وهذا هو الّذي ادّعينا تسالم الأصحاب عليه ظاهراً، وأنّ كلّ قول أو فعل يكون دالّاً على إرادة الإمضاء أو الفسخ به فلا ينبغي الاشكال في تحقّقهما به.

وأمّا ذهاب المشهور إلى عدم كون المعاطاة بيعاً، فليس ذلك منهم لأجل عدم إمكان إنشاء البيع بالفعل، بل إنّما هو لقصور مجرّد التعاطي عن الدلالة على إرادة إنشاء البيع. ولأجل ذلك لا يصلح أن ينشأ به البيع ولو باقامة قرينة على إرادته، كعدم صلاحيّة الصيغ المجملة لانشاء البيع ولو باقامة قرينة عليه. أو لقصور السيرة المتحقّقة عن إثبات إمضاء الشارع للمعاطاة بيعاً، ولو مع إحراز إرادة إنشاء البيع، وأنّ المتيقّن منها ترتيب الشارع آثار إباحة التصرّفات لا المبادلة بين المالين من حيث المملوكيّة.

وتمام الكلام معهم في ذلك على عهدة محلّه، وقد استوفيناه في مبحث المعاطاة. كما أوضحنا هناك قصور الأفعال في إنشاء بعض العقود ـ كالرهن والضمان ونحوهما ـ بها، وأوضحنا أيضاً أنّ العقود متساوية في أنّ من الأفعال ما يكون بنفسه ظاهر الدلالة على إرادة إنشاء عقد خاصّ، ومنها ما يقبل الانطباق على إرادة إنشاء غيرو احد من العقود، ولا يتمحّض في أحدها إلا بقرينة حاليّة أو مقاليّة.

وكيف كان، فقد تبيّن أنّه لا ينبغي الاشكال في أنّ أيّ فعل من الأفعال قصد ذوالخيار إيجاده بقصد إنشاء الإمضاء أو الفسخ ـ أي: بداعي التوصّل

إلى هذين الأمرين الاعتباريّين ـ لا محيص عن تحقّقهما، وسقوط خياره بذلك، كسقوطه بانشائهما قولاً. سواء كان الفعل معدوداً عند العقلاء من وجوه التصرّف والانتفاع في المال المنتقل إليه أو عنه، المحكومة بأحكام تكليفيّة فقط ـ من الجواز والحرمة ـ كما في ركوب الدابّة ولبس الثوب مثلاً، أو المحكومة بأحكام وضعيّة فقط، كايجاد صيغ الايقاعات أو العقود، من العتق والوصيّة والبيع والاجارة ونحوها. أم لم يعدّ من أنحاء التصرّف، كعرض المال للبيع أو الاجارة، أو شراء سرج للفرس، ونحو ذلك ممّا لا يحصى، حتّى مثل قوله للعبد: أغلق الباب أو ناولني الثوب.

تصرّف ذي الخيار مسقط للخيار

مسألة: تصرّف ذي الخيار ـ بكلا قسميه ـ في المال مسقط للخيار، وموجب لترتيب آثار السقوط، إمّا إمضاءً لو كان التصرّف فيما انتقل إليه، أو فسخاً لو كان فيما انتقل عنه. والظاهر ـ كما اعترف به الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ تحقّق الاجماع المركّب وتسالم الأصحاب على التلازم بين الحكمين نفياً وإثباتاً.

إلا أنّ الكلام في أنّ هذا الحكم هل هو مبنيّ على ما تقتضيه القاعدة من صحّة إنشاء الإمضاء أو الفسخ بالأفعال كصحّة إنشائهما بالأقوال في طريقة العقلاء، فيختصّ الحكمان بما إذا قصد المتصرّف من إيجاد التصرّف إنشاء أحد الأمرين، وقيام قرينة حاليّة أو مقاليّة على ذلك؟

وتحمل الأخبار[2] الدالّة على سقوط الخيار بالتصرّف ـ كما في خيار العيب ـ على هذا الفرض. وتحمل صحيحة[3] عليّ بن رئاب الواردة في

---

(١) المكاسب ٦: ١٢٩ ـ ١٣١.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٢٩ ب «١٦» من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ ح ١٩.

خيار الحيوان ـ الدالّة على سقوط الخيار بإحداث الحدث في الثلاثة، المشتملة على قوله عليه السلام: «فذلك رضا منه فلا شرط» ـ أيضاً على إرادة ذلك، وأنّه لا خيار له بعد إحداث الحدث بقصد الرضا والإمضاء. ولازم ذلك عدم سقوط الخيار بكلا قسمي التصرّف ـ إمضاءً أو فسخاً ـ لو لم يكن ظاهراً ـ ولو بالقرائن الحاليّة ـ في إرادة إنشاء أحد الأمرين بنفس التصرّف، أو إرادة الدلالة على تحقّق أحدهما منه قولاً قبل ذلك.

أو أنّه حكم تعبّدي قد ثبت عندهم بمقتضى إطلاق تلك الأخبار، وأنّهم إنّما تعدّوا من خيار الحيوان والعيب إلى سائر الخيارات، ومن الإمضاء إلى الفسخ ـ مع أنّها إنّما وردت في الأوّل فقط ـ بمقتضى عموم التعليل في صحيحة عليّ بن رئاب؟

وعلى الثاني: فهل المسقط مطلق التصرّف، حتّى مثل قوله: أغلق الباب أو ناولني الثوب ـ ونحو ذلك من الأمور الّتي يتسامح فيها في العرف والعادة، وتصدر من الناس بالنسبة إلى أموالهم وأموال غيرهم على حدّ سواء، بل يصدر من بعضهم بالنسبة إلى بعض مع عدم سلطنة له عليه أصلاً ـ أو ركوب الدابّة في طريق الردّ، أو علفها وسقيها ونحو ذلك، أو اللبس والبيع والهبة والاجارة ونحوها لو صدرت غفلة بزعم أنّ ما تصرّف فيه غير المال الّذي انتقل إليه أو عنه بالعقد، أو كانت هذه التصرّفات منه فيما انتقل إليه بعد فسخه بانياً على الغصب والتعدّي، وفيما انتقل عنه بعد إمضائه كذلك، ونحو ذلك من التصرّفات الّتي يعلم بعدم صدورها بقصد إنشاء الإمضاء أو الفسخ؟

أو أنّ المسقط بالتعبّد الشرعي هي التصرّفات الّتي من شأنها أن تصدر من المالك في ملكه مع قابليّتها ـ عند العرف والعقلاء ـ للحكاية بنوعها عن إرادة إنشاء الإمضاء أو الفسخ، بحيث يصدق عليها عندهم أنّه إمضاء أو فسخ عمليّ للعقد. وهذا ممّا لا يتحقّق في شيء ممّا تقدّم، وإنّما يتحقّق في التصرّفات الّتي من شأنها أن لا تصدر إلا فيما يملكه المالك ملكاً مستقرّاً غير متزلزل، مع عدم قيام قرينة على عدم إرادة إنشاء الإمضاء أو الفسخ بها؟

وبالجملة، إنّما يتحقّق كون الفعل مصداقاً عمليّاً للفسخ أو الإمضاء بأحد أمرين: إمّا إحراز كون المتصرّف قاصداً لانشائهما بتصرّفه، أو بظهور التصرّف بنوعه ـ لو لم تقم قرينة على الخلاف ـ في إرادة إنشاء أحدهما. والأوّل مسقط للخيار مطلقا على القاعدة. والثاني مسقط له تعبّداً.

فهذه وجوه ثلاثة في المسألة. ويلوح من الشيخ العلّامة قدس سره[1] في المقام استظهار الوجه الأوّل والميل إليه، وحمل صحيحة ابن رئاب على إرادة الرضا الفعلي الشخصي، كما هو الظاهر أيضاً من رواية عبدالله بن الحسن بن زيد الحاكية لقول النبيّ صلى الله عليه وآله: «يستحلف بالله ما رضيه ثمّ هو بريء من الضمان[2]». من حيث إناطة سقوط خيار مشتري العبد ـ الّذي مات في الثلاثة ـ بتحقّق الرضا والإمضاء منه.

بل ظاهره قدس سره استظهار ذلك من أكثر القائلين بكون التصرّف فيما انتقل

---

(١) المكاسب ٥: ١٠٢ - ١٠٤.

(٢) الوسائل ١٨: ١٥ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٤، عن التهذيب ٧: ٨٠ ح ٥٧.

إليه إمضاءً ومسقطاً للخيار. ولازمه أن يكون إجماعهم المركّب مقتضياً لكون التصرّف فيما انتقل عنه أيضاً فسخاً ومسقطاً للخيار، لكن لو كان بداعي إنشاء الفسخ، وظهور ذلك شخصيّاً وفعليّاً. وقد جعل قدس سره الوجه الأوّل قبال الوجه الثاني، وأنّ كون مطلق التصرّف ـ حتّى مثل: أغلق الباب وناولني الثوب ـ مسقطاً للخيار ـ إمضاءً وفسخاً ـ إنّما هو على الثاني دون الأوّل.

ولكنّ الحقّ ما عرفت من مقابلة الوجه الأوّل لكلا الوجهين، وتحقّق الفسخ والإمضاء على الأوّل بكلّ تصرّف حتّى مثل تلك التصرّفات، ولكن بشرط الظهور الفعلي الشخصي في إرادة أحدهما. كما أنّ الوجه الثاني يقابل الثالث، وأنّ كون مطلق التصرّف موجباً للسقوط ـ إمضاءً أو فسخاً ـ إنّما هو على الثاني دون الثالث، على ما عرفت.

والتحقيق ـ كما قوّيناه في مباحث الخيارات ـ هو الوجه الثالث، وقد أشرنا هناك إلى أنّ التأمّل في كلمات المشهور أيضاً يكاد يوجب القطع بارادتهم ذلك المعنى، وحملهم للصحيحة على إرادة الرضا الشأني النوعي العرفي لا الرضا الفعلي الشخصي، كما هو مقتضى إطلاقها وإطلاق بعض الأخبار[1] الواردة في خيار العيب. ولا تنافي بينها وبين ما يستفاد من النبويّ المتقدّم، حيث إنّ التهمة المفروضة في مورده إنّما هي من جهة احتمال أن يكون مشتري العبد قد أسقط خياره بانشاء ذلك قبل موت العبد، لا أنّه أنشأ الرضا بالتصرّف حتّى يكون ظاهره الاناطة بالرضا الفعلي.

(١) راجع الوسائل ١٨: ٢٩ ب «١٦» من أبواب الخيار.

وكيف كان، فقد تحصّل: أنّ كلّ تصرّف ـ كالركوب واللبس والاتلاف والبيع والهبة ونحوها ـ من ذي الخيار فيما انتقل إليه إمضاء عمليّ عرفيّ للعقد، وفيما انتقل عنه فسخ عمليّ عرفيّ له.

ولو شكّ أنّه قصد إنشاؤهما بذلك أم لا، فهو مسقط للخيار ـ إمضاءً وفسخاً ـ تعبّداً، لكونه تصرّفاً مالكيّاً نوعاً، صدر عن العالم بانتقال المال إليه أو عنه انتقالاً متزلزلاً. والمفروض العلم بعدم صدوره منه خطأً أو اختباراً أو بقصد العدوان والغصب، فلا حاجة إلى إحراز أنّه قصد الإمضاء أو الفسخ.

ولو شكّ في شيء من ذلك، وادّعاه المتصرّف، فهو مندفع بالأصول المعتبرة. وهي أصالة الصّحة، بمعنى تنزيه فعل المسلم عن القبيح. وأصالة عدم الغفلة والخطاء. وأصالة الأصالة، بمعنى ظهور الفعل في كونه صادراً من الفاعل بالأصالة لا بنحو النيابة أو الفضوليّة.

ولا يحتاج إلى لسان الاثبات في شيء من ذلك، لما عرفت من كفاية المصداقيّة العرفيّة في تحقّق الإمضاء أو الفسخ تعبّداً. وإنّما المحتاج إليه دفع احتمال تحقّق ما يخرج الفعل عن كونه مصداقاً فعليّاً عرفيّاً للامضاء أو الفسخ.

بل ربما يقال: إنّ مجرّد المصداقيّة العرفيّة يكفي في تحقّق الإمضاء أو الفسخ، ولو كان المتصرّف قاصداً الغصب والعدوان والتصرّف في المال بما أنّه مال الغير، كوطي الزوج في العدّة الرجعيّة بدون قصد الرجوع بل بقصد الزنا.

وليس بكلّ البعيد. ولكنّه لو سلّم فانّما هو أمر يخصّ قصد العدوان والغصب والزنا، ولا يطّرد في الغفلة والخطاء ونحو ذلك.

ولا فرق في ما ذكر بين أن نقول باعتبار تلك القواعد من باب الظهور النوعي والأماريّة، أو نقول باعتبارها أصولاً عمليّة، إذ لا تلازم بين موردي كلّ منهما بملاحظته لو خلّي ونفسه، وبين قصد المتصرّف إنشاء الإمضاء أو الفسخ. وإنّما التلازم بين موردي المجموع منهما وبين ذلك القصد، مع ما عرفت من عدم الحاجة إلى إحراز تحقّق ذلك القصد، بل اللازم دفع احتمال قصد الخلاف.

والتحقيق أنّها أصول محرزة، ولم تثبت أماريّتها. وما استظهره الشيخ[1] العلّامة قدس سره في المقام من أماريّة أصالة الصحّة منافٍ لسائر تحقيقاته في المباحث المتعلّقة بتلك الأصول. فعليك بالتأمّل في المسألة، ومن الله التأييد.

هل التصرّف سبب لتحقّق الامضاء أو الفسخ أو كاشف عنه؟

مسألة: الفروض المتصوّرة لانشاء ذي الخيار إمضاء العقد أربعة:

الفرض الأوّل: إنشاؤه بفعل دالّ عليه دلالة عرفيّة، ولو لم يكن من قبيل التصرّف في المال.

الفرض الثاني: إنشاؤه بتصرّف فعليّ فيما انتقل إليه من العوض، من الأفعال الجائزة إن وقعت على مال المتصرّف نفسه، أو المحرّمة إن وقعت

---

(١) المكاسب ٦: ١٣٢.

في مال الغير بدون إذنه. ولا يكون من الأفعال الّتي يراد بها إنشاء المضامين الاعتباريّة للعقود والايقاعات، من اللبس والأكل والاتلاف ونحو ذلك.

الفرض الثالث: إنشاؤه بتصرّف قوليّ غير محرّم تكليفاً على تقدير وقوعه في مال الغير، بل يكون جائزاً تكليفاً على التقديرين. ولكنّه صحيح وضعاً على الأوّل، وباطل بدون إذن المالك على الثاني، كما في البيع والهبة والاجارة ونحوها، بالانشاء القوليّ بالصيغة فقط.

الفرض الرابع: إنشاؤه بتصرّف فعليّ جائز تكليفاً وصحيح وضعاً على الأوّل، ومحرّم تكليفاً وباطل وضعاً على الثاني لو كان بلا إذن، كما في البيع المعاطاتي ونحوه، وفي فرض تحقّق الإمضاء وسقوط الخيار في هذه الثلاثة بتعبّد شرعيّ، ولو لم يحرز كون المتصرّف قاصداً لانشاء الإمضاء.

وهذه الفروض ليست محلّاً للاشكال إلا من جهة واحدة في فرض قصد الفاعل إنشاء الإمضاء، وهي ما تقدّم من زعم أنّ الفعل لا يقبل أن ينشأ به الأمر الانشائي.

ولو تمّ هذا الاشكال فلازمه عدم تحقّق الإمضاء في الفرض الأوّل عرفاً، لعدم صحّة الانشاء به، وعدم ورود دليل تعبّدي على تحقّقه فيه. وتحقّقه في الثلاثة الباقية للتعبّد شرعاً، ولقيام الدليل على كون التصرّف رضاً ومسقطاً للخيار.

ولكنّك عرفت ضعف الاشكال وبطلانه. ولازمه صحّة إنشاء الإمضاء عرفاً وتحقّقه بذلك على القاعدة في الفروض الأربعة أجمع. وصحّة

الحكم بتحقّقه تعبّداً ولو لم يحرز قصد الانشاء فيما عدا الأوّل منها.

هذا كلّه بناءً على ما هو الحقّ من أنّ الإمضاء والفسخ كسائر الأمور الانشائيّة الاعتباريّة العقلائيّة الّتي لا توجد بالاعتبار إلا بايجاد قول أو فعل بداعي إنشائها، أي: بداعي التوصّل إلى اعتبار العقلاء لتحقّقها عقيب تماميّة ذلك القول أو الفعل وفي الرتبة المتأخّرة عنهما.

وأمّا بناءً على أنّ الإمضاء ليس إلا بمعنى نفس الرضا ببقاء العقد وطيب النفس به، والفسخ ليس إلا نفس كراهة بقاء العقد وعدم طيب النفس به، المتحقّقين في النفس.

أو أنّهما وإن كانا اعتباريّين وإنشائيّين، إلا أنّ إنشاءهما يتحقّق بنفس العزم على إبقاء العقد أو فسخه، غاية الأمر أنّه على الفرضين إنّما يرتّب العقلاء آثار الإمضاء والفسخ فيما دلّ على تحقّق ذلك الأمر ـ المتحقّق في النفس ـ بدالّ قوليّ أو فعليّ، دون ما إذا بقي مشكوكاً لم يبرز بقول أو فعل.

فلا محالة يرتفع الاشكال في تحقّق الإمضاء في الصور الأربع المتقدّمة أجمع، لأنّ المفروض قصد الفاعل فيها إبقاء العقد والرضابه، والدلالة عليه بما فعله من الأنحاء الأربعة من الأفعال.

ولكنّ الفرضين كلاهما باطل لا سبيل إلى البناء عليهما. ولا ينبغي أن يخفى أنّ الإمضاء والفسخ ـ كسائر الاعتبارات ـ إنّما يوجدان وينشآن بنفس الدوالّ عليهما، بحيث يكون تحقّقهما بالاعتبار في الرتبة المتأخّرة عنها لا السابقة عليها، وإلا فينقلب كلّ الانشاءات إلى الإخبارات، ولا يبقى

فرق بين إتيان الدالّ القوليّ أو الفعليّ بداعي الاخبار والحكاية عن أمر مفروغ عن تحقّقه،وبين إتيانه بداعي إنشاء الأمر المدلول بنفس ذلك القول أو الفعل. كيف وإلا فيكون لازمه تحقّق الإمضاء والفسخ بمجرّد الرضا أو الكره الباطني أو بمجرّد العزم على الابقاء أو الفسخ. فلابدّ للممضي أو الفاسخ من ترتيب الآثار على ذلك فيما بينه وبين الله. ومجرّد عدم ترتيب العقلاء آثار تحقّقهما ما لم يبرزا لا يضرّ بتحقّقهما في نفس الأمر. وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به في الإمضاء والفسخ وسائر العقود والايقاعات.

الفسخ بالفعل أيضاً يتصوّر بأنحاء أربعة ثلاثة منها محلّ للاشكالات

هذا كلّه في الإمضاء. وأمّا الفسخ فتحقّقه بالفعل يتصوّر بأحد الأنحاء الأربعة المتقدّمة في الإمضاء. والاشكال المتقدّم من ناحية عدم إمكان الانشاء بالفعل وارد في الصور الأربع أجمع. ولكنّه ضعيف ومندفع في جميعها بما عرفت.

نعم، هنا إشكالات أخر تخصّ الفسخ بما عدا الفرض الأوّل من أحد الفروض الثلاثة الباقية.

الاشكال الأوّل: يخصّ الفرض الثاني والرابع. وملخّصه: أنّ حلّية التصرّف تكليفاً يتوقّف على رجوع المال المتصرّف فيه ـ وهو المال المنتقل عنه ـ إلى ملكه، وإلا يكون تصرّفاً في مال الغير بدون إذنه، وحراماً تكليفاً، ومعاقباً عليه. ورجوعه إلى ملكه يتوقّف على تحقّق الفسخ، وإلا فهو ملك لمن انتقل إليه. وتحقّق الفسخ يتوقّف على تحقّق

التصرّف المفروض حلالاً. فيتوقّف تحقّق التصرّف حلالاً على نفسه، وهو دور باطل.

وهذا الاشكال ـ كماترى ـ مطّرد في الفرضين، سواء كان الحكم بتحقّق الفسخ فيهما على القاعدة، لفرض قصد الانشاء، أم كان الحكم تعبّداً، لكون التصرّف المفروض من شأنه الدلالة على الإمضاء، وأنّه صادر عن المتصرّف بقصده، أي: البناء على بقاء العقد واستمراره.

ولكنّه ـ كماترى ـ يبتني على فرض أنّ ما يحصل الفسخ به ـ من التصرّف الواقع فيما انتقل عن الفاسخ، إمّا لقصده إنشاءه به، أو لحكم الشارع بتحقّقه تعبّداً ـ لابدّ أن يكون حلالاً تكليفاً، ولا يكفي وقوعه حراماً ومعاقباً عليه. وعليه، فيكون محصّل الاشكال: استحالة اجتماع تحقّق الفسخ بهذين النحوين من التصرّف مع وقوعه حلالاً، لاستلزامه الدور.

وإلا فلو بني على أنّ هذين النحوين من التصرّف ممّا يتحقّق به إنشاء الفسخ، أو يحكم بتحقّقه تعبّداً ولو كان حراماً، فلا إشكال ولا دور حتّى يتخلّص منه.

الاشكال الثاني: يخصّ الفرض الثالث والرابع. وملخّصه: أنّ صحّة هذين التصرّفين تتوقّف على كون ما تصرّف فيه ذوالخيار ـ وهو المال المنتقل عنه ـ ملكاً له، وإلا فهو تصرّف فضوليّ في ملك الغير، وهو من انتقل إليه المال. ورجوعه إلى ملكه يتوقّف على تحقّق الفسخ، وإلا فهو باقٍ في ملك الغير. وتحقّق الفسخ يتوقّف على صحّة التصرّف المفروض ونفوذه. فصحّة التصرّف تتوقّف على نفسها، وهو دور باطل.

وهذا الاشكال أيضاً ـ كما ترى ـ مطّرد في الفرضين، سواء كان الحكم بتحقّق الفسخ بهما على القاعدة، لفرض قصد المتصرّف إنشاء الفسخ، أم كان تعبّداً للكاشفيّة النوعيّة.

ولكنّه ـ كما ترى ـ يبتني على التسالم على أنّ ما يتحقّق به إنشاء الفسخ أو يحكم بتحقّقه به تعبّداً إنّما هو تحقّق مضمون العقد أو الايقاع ـ كالبيع والعتق ـ تحقّقاً عرفيّاً اعتباريّاً مع صحّته شرعاً، وكونه نافذاً يرتّب الشارع آثاره عليه. لا مجرّد إيجاد ما به الانشاء، أعني: الصيغة القوليّة أو الفعليّة للبيع أو العتق مثلاً، ولا مجرّد إيجاد مضمونهما إيجاداً اعتباريّاً عرفيّاً، ولا هما معاً مع قطع النظر عن الصحّة والنفوذ شرعاً وعدمهما.

فيكون محصّل الاشكال: استحالة اجتماع تحقّق الفسخ بمثل هذين التصرّفين الاعتباريّين، مع تحقّق مضمون ذلك العقد أو الايقاع القوليّ أو الفعليّ تحقّقاً عرفيّاً وشرعيّاً، أي: مع صحّة ذلك المضمون وترتّب الأثر عليه شرعاً، لاستلزامه الدور الباطل.

وأمّا لو بني على أنّ ما يتحقّق به إنشاء الفسخ عرفاً، أو يحكم بتحقّقه شرعاً تعبّداً، ليس إلا نفس إيجاد الصيغة ـ أعني: القول أو الفعل ـ بداعي إيجاد المضمون به إيجاداً عرفيّاً، مع قطع النظر عن كونه صحيحاً ونافذاً شرعاً أم لا. فلا إشكال ولا دور في تحقّق الفسخ، إذ المفروض توقّفه على إيجاد ذلك المضمون إيجاداً عرفيّاً بايجاد سببه، وهو لا يتوقّف على كون ما وقع فيه التصرّف ملكاً للمتصرّف، بل يتحقّق في ملك الغير أيضاً، غاية الأمر أنّه لا يكون نافذاً شرعاً.

فكون ما تصرّف فيه ملكاً للمتصرّف شرعاً ـ بالارجاع من ملك من انتقل إليه ـ يتوقّف على الفسخ، ولكنّ الفسخ لا يتوقّف على كونه ملكاً له شرعاً في الرتبة السابقة على الفسخ، وإنّما يتوقّف على إيجاد السبب بداعي إيجاد المضمون عرفاً.

بل لا مانع حينئذٍ من الحكم بصحّة العقد أيضاً، إذ انتقال المال عرفاًوشرعاً من ملك المتصرّف يتوقّف على صيرورة المال ملكاً له حتّى يخرج من ملكه إلى المشتري أو ينعتق مثلاً، وصيرورة المال ملكاً له عرفاً وشرعاً يتوقّف على الفسخ، وهو لا يتوقّف على صيرورة المال ملكاً له عرفاً وشرعاً، ولا على انتقال المال عنه إلى المشتري أو انعتاقه عرفاً وشرعاً، وإنّما يتوقّف على إيجاد السبب بداعي إنشاء المسبّب.

نعم، لو بني على أنّ ما يتحقّق به الفسخ عرفاً أو يحكم به شرعاً إنّما هو نفس تحقّق ذلك المضمون عرفاً، أو هو مع إيجاد السبب، فيرتفع المحذور في تحقّق الفسخ، ولكن يبقى إشكال الدور بالنسبة إلى صحّة العقد على حاله. فلابدّ حينئذٍ من التفكيك والالتزام بصحّة الفسخ وتحقّقه مع فساد التصرّف المفروض.

الاشكال الثالث: أيضاً يخصّ الفرض الثالث والرابع. وملخّصه: أنّه لايعقل تحقّق إنشاء الفسخ بعين ما يتحقّق به إنشاء مضامين تلك التصرّفات، من البيع والهبة والعتق ونحو ذلك، لاستلزامه التناقض ودخول المال في ملك المتصرّف وخروجه عن ملكه في آنٍ واحد، وهو بمعنى كون المال المفروض ملكاً له، وعدم كونه ملكاً له بل ملكاً لغيره كما في

البيع، أو غير مملوك لأحد كما في العتق.

وذلك لوضوح أنّه بعد فرض أنّ الصيغة القوليّة أو الفعليّة بتمامها سبب لتحقّق كلّ من الفسخ ومضمون البيع أو العتق، لا محيص عن تحقّق الفسخ وعود الملك إلى المتصرّف فيه في الآن المتّصل بتماميّتها، ليخرج عن ملكه بالانتقال أو التحرّر، وتحقّق الانتقال أو التحرّر ليتحقّق المضمون. ولا سبيل إلى فرض تحقّق الفسخ والعود في آنٍ متّصل بتماميّة العقد، وتحقّق المضمون في آنٍ متأخّر متّصل بذلك الآن، لكونه من تخلّف المنشأ عن الانشاء، وهو خلف غير معقول.

وليس مناط هذا الاشكال استحالة خروج المال عن ملك المنتقل إليه بالعقد الأوّل، ودخوله في ملكه بالعقد الثاني في آنٍ واحد، حتّى يقال إنّه أمر معقول لا استحالة فيه. بل مناطه استحالة دخول المال في ملك من انتقل عنه وخروجه عنه في آنٍ واحد، وقد عرفت أنّه من التناقض والخلف بالبداهة.

وهذا الاشكال أيضاً ـ كما ترى ـ يطّرد في الفرضين، سواء كان التصرّف المفروض ممّا قصد به إنشاء الفسخ، أم حكم بتحقّقه به تعبّداً.

ولكنّه يبتني على فرض تحقّق كلّ من الفسخ ومضمون التصرّف عند تماميّة الصيغة القوليّة أو الفعليّة، وفي الآن المتّصل بالجزء الأخير منها، بمعنى كون السبب لتحقّق الفسخ عين ما هو السبب لتحقّق المضمون بتمام أجزائه، أو أنّ السبب لتحقّق الفسخ نفس تحقّق مضمون التصرّف عرفاً أو عرفاً وشرعاً. وإلا فلو فرض سببيّة بعض أجزاء الصيغة لتحقّق الفسخ،

وعود الملك إلى المتصرّف في الآن المتّصل بتحقّق ذلك الجزء، ثمّ تحقّق المضمون عرفاً وشرعاً في الآن المتأخّر المتّصل بالجزء الأخير من الصيغة، فلا تناقض ولا خلف على ما هو واضح.

التحقيق في الجواب عن الاشكالات في فروض قصد إنشاء الفسخ بالتصرّف

وإذ قد عرفت تقريب الاشكالات الثلاثة ومباني ورودها، فاعلم أنّه يتكلّم تارةً: بالنظر إلى تحقّق الفسخ بهذه التصرّفات بمقتضى القاعدة، لفرض قصد المتصرّف إنشاء التصرّف متعلّقاً بملكه الفعلي. وأخرى: بالنظر إلى الحكم بتحقّق الفسخ تعبّداً، ووقوع التصرّف على ملكه الفعلي، ولو لم يكن قاصداً إنشاء الفسخ به.

وأمّا على الأوّل، فالتحقيق عدم ورود شيء من الاشكالات الثلاثة، لمنع مباني ورودها. وذلك من جهة ما تقدّم من أنّ إنشاء الفسخ بالفعل ـ كانشاء الإمضاء به ـ أمر عرفيّ لا ينبغي الاشكال في صحّته، وتحقّقه بكلّ ما يصحّ عرفاً إنشاؤه بداعي الحكاية عمّا أراد إيجاده وهو الفسخ، وبقصد إيجاده بنفس ذلك الحاكي. فكلّ ما يصلح عرفاً للحكاية عن قصد ذلك لا محالة يصلح لانشائه له، أي: يصلح لأن يوجد بقصد التوصّل إلى إيجاد الفسخ واعتباره عند العقلاء.

ولازم ذلك أنّه لو كان البناء على أنّ الفسخ ليس إلا نفس الكره الباطني ببقاء العقد، أو على أنّه أمر إنشائي، ولكنّه إنّما ينشأ بفعل قلبيّ هو

نفس قصد الفسخ، فكلّ ما يصلح عرفاً لأن يكون حاكياً عن تحقّق الفسخ في النفس، لا محيص عن كونه صالحاً لأن يوجد بداعي إنشائه به.

وليس للأفعال والأقوال ـ أعني: صيغ العقود والايقاعات ـ الّتي تكشف ـ من حيث صدورها بخصوصيّاتها من المتصرّف ـ عن الفسخ المتحقّق على الأوّل أو عن قصد تحقيقه على الثاني، حدّ محدود عقلاً وشرعاً وعرفاً.

بل المناط في كاشفيّتها مجرّد التلبّس بجزء منها بحيث يصدق عرفاً أنّه تلبّس به. ولا حاجة في كاشفيّتها عن الأمر المتحقّق في الرتبة السابقة على إيجادها، ولا في صلاحيّتها لايجادها بداعي إيجاد أمر في الرتبة المتأخّرة عن إيجادها، إلى تماميّة أبعاضها، لوضوح أنّه لا مدخل في كاشفيّة التلبّس بها بما أنّها أفعال خاصّة لحيثيّة انضمام سائر الأبعاض إلى ما تلبّس به منها.

ولا تقاس باللفظ الّذي يحكي عن تحقّق الفسخ سابقاً بمدلوله اللفظي أو بقصد إنشائه به كذلك، كما في قوله: فسخت مثلاً، فانّ الحكاية والانشاء في مثله يدوران مدار الدلالة اللفظيّة، وهي لا تتمّ إلا بتماميّة اللفظ، ولا تتحقّق بمجرّد التلبّس بجزء من ذلك اللفظ على ما هو واضح.

بل الحقّ أنّ الأفعال الّتي تصلح ـ عرفاً ـ بخصوصيّاتها للحكاية عن الفسخ أو لأن يقصد بها إيجاده، لا حاجة في تحقّق دلالتها الإخباريّة أو الانشائيّة على الفسخ إلى التلبّس بشيء من أبعاضها، فضلاً عن تماميّتها أو تحقّق مضامينها عرفاً أو عرفاً وشرعاً، لو كانت لها مضامين اعتباريّة

تنشأ بها. بل يكفي مجرّد التلبّس بشيء من مقدّماتها بداعي التوصّل إلى ذيها. ومن هنا نقول ـ كما قالوا ـ بتحقّق إنشاء الفسخ بمثل عرض ذي الخيار ما انتقل عنه للبيع أو الاجارة ونحوهما، مع أنّ من الواضح أنّ مجرّد العرض ليس بنفسه تصرّفاً في المال، بل مقدّمة للتصرّف ـ بالبيع والاجارة ـ الّذي من شأنه أن يصدر من المالك في ماله.

وعليه، فلا ملزم ـ بل لا وجه ـ عقلاً وشرعاً وعرفاً للقول بأنّ ما ينشأ به الفسخ في مثل الوطي والعتق والبيع القولي أو المعاطاتي، لابدّ أن يكون هو التلبّس بشيء من أبعاض هذه الأمور فضلاً عن تماميّتها، أو نفس وجود تلك المضامين الاعتباريّة عرفاً، أو تحقّقها عرفاً وشرعاً. بل لا محيص عن تحقّق الفسخ بوجوده الاعتباري لو قصد ذو الخيار إنشاءه بايجاد التصرّف ـ الّذي لم يكن له ذلك لولا الفسخ ـ فيما انتقل عنه، بمجرّد التلبّس بشيء من مقدّماته الّتي لا ينفكّ فعل من الأفعال عنها، كالوطي والتقبيل واللبس والركوب ونحوها، وبمجرّد التلبّس بشيء من أبعاض القول أو الفعل الّذي هو في الحقيقة من مقدّمات إيجاد تلك المضامين الخاصّة، كالبيع والعتق والاجارة ونحوها، فضلاً عن تحقّق الايجاب بتمامه.

وعليه، فلا محيص عن تحقّق الفسخ وعود ما انتقل عن الفاسخ إلى ملكه في الرتبة السابقة على تحقّق نفس الوطي أو اللبس أو الركوب أو تحقّق الانعتاق أو البيع أو الاجارة ونحوها، وفي الآن المتّصل بتماميّة صيغها القوليّة أو الفعليّة. فتكون الطائفة الأولى حلالاً تكليفاً، لوقوعها

على ملكه، والطائفة الثانية حلالاً وصحيحاً تكليفاً ووضعاً، لوقوعها حين وقوعها على ملكه. ولا دليل في مثل العتق والبيع ونحوهما على اشتراط وقوع تمام أبعاض صيغهما القوليّة أو الفعليّة في حين مالكيّة المتصرّف. بل الّذي دلّ عليه الدليل شرعاً ـ أو عقلاً أيضاً ـ ليس إلا كون المتحرّر متحرّراً عن ملك المعتق، والمبيع أو الثمن منتقلاً عن ملك البائع أو المشتري، وهو متحقّق في تلك الفروض لا محالة.

وبذلك ترتفع الاشكالات الثلاثة أجمع. ولا يبقى مانع من القول بتحقّق الفسخ مع القول بحلّية تلك التصرّفات تكليفاً ووضعاً. كما أنّه يرتفع به الاشكال في تحقّق الرجوع في المعتدّة الرجعيّة بمثل الوطي واللمس والتقبيل ونحوها، مع حلّية تلك الأفعال تكليفاً وعدم حرمتها.

وهذا ـ كما ترى ـ حكم تقتضيه القاعدة. وليس حكماً ثابتاً تعبّداً حتّى يؤخذ بما دلّ عليه الدليل، وأنّه لابدّ من كون إنشاء الرجوع بنفس الوطي واللمس مثلاً، حتّى يرد الاشكال ويتصدّى للتخلّص عنه بالتكلّفات.

ويشهد لما حرّرناه أنّه لو أراد ذو الخيار إنشاء الفسخ ببيع ما انتقل عنه، فأنشأ الايجاب أو أعطى المبيع في المعاطاة، ثمّ بدا له أو للمشتري في البيع أو الشراء، فلم يقبل لفظاً أو أخذاً. أو أراد إنشاء الفسخ بعتق ما انتقل عنه، فأنشأ الصيغة، فبدا له في العتق قبل تماميّتها. أو أراد الرجوع بالوطي، فتصدّى لمقدّماته ثمّ بدا له فيه. فلا ينبغي الاشكال ـ ولا أظنّ أحداً يستشكل ـ في تحقّق الفسخ في الأوّلين والرجوع في الأخير، دون البيع والعتق والوطي. كما هو الحال في الإمضاء بالفعل أيضاً حذواً بحذو.

هذا كلّه بناءً على الحكم بتحقّق الفسخ بأحد الأنحاء الثلاثة من التصرّف بمقتضى القاعدة فيما إذا كان المتصرّف قاصداً لانشاء الفسخ.

التحقيق في الجواب عن الاشكالات في فرض تحقّق الفسخ بالتصرّف تعبّداً

وأمّا بناءً على الحكم بتحقّقه تعبّداً من الشارع في خصوص التصرّفات الّتي من شأنها الكاشفيّة نوعاً عن إرادة الفسخ. فلو كان المفروض قيام دليل خاصّ على جواز كلّ تصرّف لذي الخيار فيما انتقل عنه ـ من اللبس والركوب والاستيلاد والعتق والبيع والهبة ونحوها ـ جوازاً تكليفيّاً غير معاقب عليه، وجوازاً وضعيّاً يترتّب عليه ما له من الآثار، من تعلّق حكم الاستيلاد وصحّة العتق والبيع والهبة ونحوها، كلّ ذلك لتحقّق الفسخ ورجوع المال إلى ملكه، ووقوع كلّ تلك التصرّفات فيه. كانت الاشكالات الثلاثة واردة لا مدفع لها. ولا ينفع في دفعها شيء ممّا ذكر، على ما يظهر بالتأمّل فيها.

وكان لابدّ من القول بدلالة الاقتضاء بأنّ الشارع يحكم في جميع ذلك بتحقّق انحلال العقد، ورجوع كلّ عوض إلى مالكه الأصلي ـ تعبّداً ـ آناً ما قبل تحقّق تلك التصرّفات، أو قبل تحقّق تلك المضامين المنشأة بالصّيغ القوليّة، أي: آناً ما قبل تماميّة صيغها.

ولا محذور في ذلك، كما يقال بمثله في مسألة شراء أحد العمودين وانعتاقه على المشتري، لقيام الدليل على أنّ التحرّر لابدّ أن يكون من

ملك المعتق أو من ينعتق عليه قهراً.

فيكون القول بأنّ الإمضاء والفسخ ليسا إلا نفس الرضا أو الكره الباطني ببقاء العقد، أو أنّهما إنشائيّان ولكنّهما ينشآن بنفس القصد إليهما لا بسبب خارجي، قولاً بلا ملزم، بل التزاماً بأمر باطل.

ولكن ما يهوّن الأمر أنّه لم يقم مثل هذا الدليل الخاصّ في الفسخ، وإنّما ورد في الإمضاء، وقد عرفت أنّه ليس محلّاً لشيء من الاشكالات الثلاثة.

وعليه، فإن حملت تلك النصوص على موارد إرادة الإمضاء، فالحكم على طبق القاعدة فيه، ويتعدّى إلى الفسخ أيضاً بمقتضاها. وتندفع الاشكالات بحذافيرها بما تقدّم.

وإن أخذ باطلاق تلك النصوص، وحكم بحصول الإمضاء ـ ولو لم يكن المتصرّف مريداً له ـ بتعبّد شرعي، فلا يخلو:

إمّا أن يقتصر في هذا الحكم التعبّدي على مورده، ويغضّ النظر عمّا في ذيل صحيحة عليّ بن رئاب من التعليل، فلا يثبت الحكم في الفسخ أصلاً، وترتفع الاشكالات بانتفاء موضوعها.

أو يتعدّى عن مورده بمقتضى ظهور ذلك التعليل في إناطة تحقّق الإمضاء تعبّداً بكون التصرّف فيما انتقل إليه ممّا من شأنه أن يكون معلولاً لإمضاء العقد، المستلزم قهراً لاناطة تحقّق الفسخ تعبّداً بكون التصرّف فيما انتقل عنه ممّا من شأنه أن يكون معلولاً للفسخ ـ كما لا يبعد أن يكون هذا هو المشهور بينهم عملاً، كما يظهر بالمراجعة إلى كلماتهم، فقد

صرّح جماعة[١] منهم بأنّ تصرّف ذي‌الخيار فيما انتقل إليه إمضاء للعقد، وفيما انتقل عنه فسخ له ـ فيسهل دفع الاشكالات المذكورة جدّاً، لوضوح أنّ ما من شأنه الكاشفيّة عن الإمضاء أو الفسخ عرفاً يصلح لانشائهما به. وقد عرفت ضابطة ما يصلح لذلك، وأنّه ليس إلا التلبّس بشيء من مقدّمات التصرّف أو بشيء من أبعاض صيغه. فترتفع الاشكالات بحذافيرها على الفرضين.

هذا، وعليك بالتأمّل في المسألة، والله هو الهادي إلى سواء السبيل.

مقتضى القاعدة في التقايل والفسخ على تقدير تلف العين

مسألة: جواز التقايل في العقد حكم شرعيّ ليس بيد المتعاقدين إثباتاً وإسقاطاً، بخلاف الخيار، فإنّه حقّ ثابت شرعاً أو بجعل المتعاقدين ـ لأحدهما أو كليهما ـ ولاية السلطنة على إعماله وإسقاطه. ولكن حقيقتهما واحدة عرفاً، وهي حلّ عقدة العقد وجعله كأن لم يكن بالاعتبار، كما كان أصل انعقاده أمراً اعتباريّاً له بقاء ما لم يعرضه الحلّ بالاعتبار. غاية الأمر أنّ التقايل يكون بإعمال طرفي العقد معاً ما لهما من السلطنة عرفاً وشرعاً، وفي الخيار ـ لو كان الفاسخ أحد المتعاقدين ـ بإعمال الفاسخ حقّه فقط، وفيما كان الفاسخ كليهما بإعمالهما الخيار.

وكما أنّ الاقالة لا تتقوّم ببقاء العوضين بخصوصيّتهما العينيّة، بل

---

(١) انظر المبسوط ٢: ٨٣ ـ ٨٤، غنية النزوع: ٢١٩، السرائر ٢: ٢٨٢، الدروس الشرعيّة ٣: ٢٧٠، مسالك الأفهام ٣: ١٩٧، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٢.

يجوز التقايل والرجوع إلى البدل من المثل أو القيمة مع تلف أحد العوضين أو كليهما، كذلك حقّ الخيار لا ينقوّم ببقائهما بخصوصيّتهما العينيّة، بل يجوز الفسخ والرجوع إلى البدل مع تلف العوضين أو أحدهما، على ما هو المشهور في المسألتين.

بل هذا هو الحال في الانفساخ القهري الّذي لا يستند إلى فعلهما أو فعل أحدهما، كما في انفساخ العقد بتلف أحد العوضين قبل قبضه، فإنّه لابدّ من انحلال العقد وصيرورته كالعدم، ورجوع صاحب العوض المقبوض إلى عين ماله مع بقائه وإلى بدله مع تلفه، على ما هو المشهور في ذلك أيضاً.

والسرّ في ذلك كلّه: ما قدّمناه في مباحث الخيارات من أنّ ضمان الأموال بالضمان المعاوضي ـ الّذي حقيقته كون كلّ عوض متملّك بالعقد في عهدة متملّكه لا مجّاناً بل ببدله المسمّى ـ حاله كحال ضمان الأموال باليد والاستيلاء على مال الغير، في أنّ المرتكز في أذهان العرف والعقلاء أنّ المال في كلا البابين مضمون من جهات ثلاث، إحداها: خصوصيّته العينيّة، والثانية: خصوصيّته النوعيّة، والثالثة: مقدار ماليّته.

وهذه الجهات الثلاث متّحدة وجوداً. ولذا لا محيص عن كون ضمانها ضماناً واحداً، غاية الأمر بضمان اليد في أحدهما، والمعاوضة في الآخر. ولكنّه قابل عرفاً ـ في البابين ـ للانحلال والتبعّض، وزوال ضمان بعض تلك الجهات، لأنّه لا يصحّ اعتبار بقائها في العهدة، لعدم إمكان أدائها، وبقاء ما يمكن أداؤها منها مضموناً.

ولازم ذلك أنّ في ضمان اليد تكون العين ـ مع بقائها ـ على عهدة الضامن من جهاتها الثلاث، لامكان أدائها متحيّثة بالحيثيّات الثلاث. وأمّا مع تلفها فلا محالة لا يبقى معنى عند العقلاء لاعتبار بقائها بالخصوصيّة الشخصيّة على عهدة الضامن، فلا محيص عن سقوط ضمانها. وأمّا مقدار ماليّتها بخصوصيّتها النوعيّة في المثليّات، أو مقدار ماليّتها في ضمن خصوصيّة نوعيّة أخرى، فحيث إنّهما قابلان للأداء فلا محيص عن اعتبار بقائهما على عهدة الضامن.

وكذلك الحال في ضمان المعاوضة، فإنّه مع انحلال العقد لا محيص عن رجوع المضمون المعاوضي ـ أعني: البدل المسمّى ـ إلى مالكه الأوّل متحيّثاً بالحيثيّات الثلاث على تقدير بقائه، وإمكان رجوعه من ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه كذلك. وأمّا مع تلفه، فلا يبقى محلّ لرجوع التالف إلى ملك المالك الأوّل، إذ لا اعتبار صحيح عند العقلاء لملكيّة التالف في ظرف الملكيّة. بل لا محيص عن ضمان مقدار ماليّته بخصوصيّته النوعيّة أو بخصوصيّة نوعيّة أخرى.

الخيار حقّ متعلّق بالعقد لا بالمال

مسألة: قد ظهر ممّا مرّ أنّ حقّ الخيار أمر وجوديّ اعتباريّ متعلّق بأمر وجوديّ اعتباريّ آخر، وهو السلطنة المجعولة لذي الخيار على حلّ العقد بعد انعقاده بالاعتبار، إذ لا نرى لحقيقة الخيار في طريقة العقلاء إلّا تلك السلطنة، ولا لحقيقة الفسخ إلا ذلك الاعدام بالاعتبار. فليست حقيقة

الخيار في طريقة العقلاء أمراً مشبوهاً يتردّد في تعلّقه بالعقد أو بالعين. بل لا محيص عن تعلّقه بالعقد، حيث إنّ ما يتسلّط عليه ـ وهو الحلّ الاعتباري ـ لا يتعقّل إلا بالنسبة إلى ماله الانعقاد الاعتباري والبقاء على ذلك، وليس هو إلا العقد.

هذا، ولا مجال لتوهّم أنّ حقيقة الفسخ هي الرجوع إلى عين ماله وتملّكه بلا إرجاع عوض، كما في الرجوع في المال الموهوب، غاية الأمر حقّاً لا حكماً.

ولا لتوهّم: أنّ حقيقته معاوضة جديدة بين المالين، مبنيّة على بقاء العقد الأوّل وعدم حلّه.

ولا لتوهّم: أنّ حقيقته تملّك الفاسخ ما انتقل عنه تملّكاً ابتدائيّاً بلا عوض، وتمليك ما انتقل إليه كذلك، كلّ ذلك مع إبقاء العقد الأوّل على حاله وعدم حلّه.

ولا لتوهّم: أنّ حقّ الخيار كحقّ المرتهن في المال المرهون بخصوصيّته الشخصيّة، حيث إنّ مال الرهن وثيقة للدين، وللمرتهن استيفاؤه من ماليّة المال المرهون لو لم يتمكّن الراهن من أداء الدين، ولا يعقل هذا إلا في العين الشخصيّة بشخصيّتها. ولا معنى لاتّخاذ الوثيقة بالأعمّ من شخص العين وبدلها في ذمّته، لوضوح أنّ ما في ذمّة المديون وثيقةً لا يزيد على ما في ذمّته ديناً، ولا يوثق باستيفائه، وإنّما يوثق باستيفاء مقدار الماليّة من مال خارجيّ.

وبالجملة، لا نرى معنى محصّلاً لكون حقّ الخيار متعلّقاً بعين المال.

فلا محيص عن القول بكونه متعلّقاً بالعقد ابتداءً، لما عرفت من إباء حقيقته عن التعلّق بالمال. ولا فرق في مناط الاستحالة بين تعلّقه بالمال أوّلاً وبالذات أو ثانياً وبالعرض.

نعم، استتباع حقّ الخيار المتعلّق بالعقد حقّاً آخر متعلّقاً بالمال ابتداءً لا ثانياً وبالعرض أمر معقول. وهذا الاستتباع أو عدمه ينبغي أن يكون محلّاً للكلام والخلاف.

حقّ الخيار لا يصلح بنفسه مانعاً عن تصرّفات من عليه الخيار مطلقاً

أقول وبالله الاستعانة:

إن كان المراد من الحقّ الآخر اللازم لحقّ الخيار حقّ الاسترداد والتملّك بواسطة حلّ العقد، فهو عين حقّ الخيار، وليس حقّاً آخر لازماً له.

وإن كان المراد منه حقّ مطالبة ما انتقل عنه، حقّاً فعليّاً غير متوقّف على تحقّق الفسخ، فهو قطعيّ الانتفاء، لتسلّط الناس على أموالهم ما دامت أموالهم، وعدم سلطنة غيرهم عليها.

وإن كان المراد منه حقّ مطالبة ما انتقل عنه بعد انتقاله إليه وصيرورته مالاً له فعلاً بواسطة حلّ العقد، فليس هذا الحقّ إلا سلطنة الناس على أموالهم، وسلطنتهم على أخذها من الغير لو كانت في يد الغير، فهو حكم لاحقّ. ومع ذلك فلاخفاء في أنّه ليس حكماً فعليّاً، بل هو حكم معلّق على فرض وجود موضوعه، وهو صيرورة ما كان خارجاً عن ملكه ملكاً

له مجدّداً، وهو معلّق بالبداهة على تحقّق الفسخ. واستلزام الفسخ رجوع عين ما انتقل عنه إلى ملكه معلّق بالبداهة على بقائه وعدم تلفه، لعدم قابليّة تملّك المعدوم في طريقة العقلاء ابتداءً واستدامة.

والنتيجة: أنّ فعليّة هذه السلطنة ـ لتوقّفها على فعليّة رجوع المال بعينه إلى ملك الفاسخ، المتوقّفة على بقائه حين الفسخ ـ لا محالة متوقّفة على بقائه حين الفسخ. وما يكون في الرتبة السابقة لحكم تكليفي أو وضعي لا يعقل أن يقع في حيّز ذلك الحكم، وإلا فيلزم الخلف وكون ما علّق عليه الحكم عين ما تعلّق به، وهو أمر مستحيل.

هذا، مع أنّ هذه السلطنة المعلّقة ـ كما ترى ـ أمر لا يخصّ ذا الخيار، بل هو مشترك بينه وبين من عليه الخيار، لوضوح أنّ مناطها رجوع المال إلى ملكه وكونه مسلّطاً على ماله.

فكما أنّ وجوب أمر ـ كركعتي صلاة مثلاً ـ فيما كان معلّقاً على بقاء شيء ـ كبقاء المال حين الفسخ في محلّ الكلام ـ لا يعقل أن يكون إيجاباً لابقاء ذلك الشيء، حتّى يكون إبقاؤه قيداً للواجب، ولا مستتبعاً لايجابه عقلاً مقدّمة، حتّى يكون من المقدّمات الوجوديّة للواجب. بل لو كان إبقاؤه ذا مصلحة ملزمة في نظر الآمر فلابدّ له من تتميم خطابه بخطاب آخر، بأن يأمر بابقاء ذلك الشيء مستقلّاً، ويأمر بايجاد الركعتين على تقدير بقائه.

كذلك السلطنة المعلّقة على بقاء المال ورجوعه بالفسخ إلى من انتقل عنه لا يعقل أن تكون سلطنة على إبقائه في ملك الغير، كما هي سلطنة

عليه على تقدير بقائه ورجوعه إليه بالفسخ، ولا مستتبعاً لسلطنة أخرى على إبقائه في ملك من انتقل إليه. بل لو أريد جعل هذه السلطنة له فلابدّ له من خطاب وجعل ومجعول وضعيّ آخر، بأن يقال: لك الخيار والسلطنة على حلّ العقد، ولك السلطنة على ما انتقل عنك على تقدير رجوعه بعينه بالفسخ إليك، ولك السلطنة على إبقائه ملكاً للغير بالمنع عن إتلافه حتّى يرجع إليك بالفسخ وتكون لك السلطنة عليه.

ومن الواضح أنّه كما لا دلالة لدليل سلطنة الناس على ما يصير مالاً لهم على إثبات سلطنة لهم على مال غيرهم لو كان في معرض صيرورته مالاً لهم، كيف وإلا كان اللازم سلطنة من لم يقبض العوض على ما قبضه الآخر بالمنع عن إتلافه أو إخراجه عن الملك، لكونه في معرض العود إليه بالانفساخ، لتلف غير المقبوض. وهو باطل قطعاً.

كذلك أدلّة جعل الخيارات الثابتة شرعاً أيضاً قاصرة عن الدلالة على هذا الجعل المتمّم. وليست مدلولاتها بالمطابقة إلا جعل نفس جواز العقد جوازاً حقّياً، أي: جعل نفس السلطنة على فسخ العقد.

نعم، لازم حلّ العقد عقلاً وشرعاً وعرفاً رجوع كلّ عوض إلى مالكه، لكن لا مطلقا بل معلّقاً على تقدير بقائه، حتّى يتعقّل تملّكه مع كونه في ملك من انتقل إليه بمقتضى حقيقة الفسخ.

فلادلالة في أدلّة تلك الخيارات على أزيد من ذلك ـ أي: لا تدلّ على جعل سلطنة أخرى له في مال الغير مادام كذلك ـ لا مطابقة ولا تضمّناً على ما هو واضح، ولا التزاماً، لعدم الملازمة بين الأمرين عقلاً وعرفاً.

ودعوى الملازمة العرفيّة دعوى عريّة عن الشاهد قطعاً. بل الشاهد على خلافها، حيث إنّ المرتكز في الأذهان أنّ قصر سلطنة الناس على أموالهم، بإحداث سلطنة لآخر على إخراجه من ملكه بحلّ العقد ـ سواء رضي بذلك أم لم يرض ـ أمر آخر وراء قصر سلطنة الناس على أموالهم بإحداث سلطنة لآخر على منعه من التصرّف في ماله مع إبقائه مالاً له. والأوّل هو الخيار، سواء ثبت تعبّداً أم بجعل المتعاقدين. والثاني نحو من الحجر يفتقر إلى دليل آخر غير دليل الخيار، وإلا فعموم دليل السلطنة ينفي احتمال هذا الحجر التعبّدي. كما أنّه في الخيار المجعول بالشرط يفتقر إلى شرط آخر غير شرط نفس الخيار.

اشتراط عدم التصرّف المانع من ردّ العين

نعم، لو تحقّق مثل هذا الشرط ـ سواء صرّح به أم كان مقتضى ظهور الحال والبناء النوعيّ المرتكز، كما هو الشأن في البيع بشرط الخيار بردّ مثل الثمن بجميع أقسامه الصحيحة المتصوّرة فيه ـ فإنّ ظاهر الحال فيه يقتضي أنّ البائع لا يريد رفع اليد عمّا باعه، وإنّما يريد من بيعه الانتفاع بثمنه فعلاً، مع كونه ذا سلطنة على إرجاع المبيع إلى ملكه إذا ردّ مثل الثمن.

وهذا هو المرتكز النوعي المبنيّ على الغلبة في مثل هذا البيع. وهو الأساس للبناء النوعي على أنّ ما هو الشرط للخيار إنّما هو ردّ الأعمّ من الثمن بعينه أو مثله لا خصوص ردّه بعينه. وهو الأساس أيضاً لما عليه

السيرة من عدم جواز تصرّف المشتري في المبيع بالتصرّفات الّتي تمنع من ردّه إلى بائعه على تقدير فسخه، ولما جرت السيرة ودلّت الأخبار على أنّه ملكه، وله منافعه وتلفه منه، وله التصرّف فيه بالتصرّفات الّتي لاتنافي حقّ البائع بمقتضى شرطه المدلول عليه بدلالة نوعيّة.

وما ذكر إنّما هو من خصائص الخيار المشروط بردّ مثل الثمن، لامطلق الخيار المجعول بالشرط، كيف والسيرة القطعيّة جارية على عدم منع البائع المشروط عليه الخيار ـ في زمنه ـ حتّى من التصرّفات المانعة من ردّ العين فيما انتقل إليه من الثمن، سيّما لو كان الثمن من النقود، وليس ذلك إلا لأجل عدم كون قصد ذي الخيار استرداد عين ماله على تقدير الفسخ.

وهذا في النقود في غاية الوضوح. وأمّا في غيرها فكما يتّفق أن يكون ما دفعه من الثمن بعينه منظوراً، وإنّما يشترط الخيار لاحتمال أن يجد مالاً آخر، ويشتري به مثل المبيع ويفسخ البيع الأوّل ويستردّ الثمن. كذلك يتّفق أن يشترط الخيار لاحتمال أن يظفر بمبيع آخر أصلح له، فيفسخ البيع ويشتري بالثمن الّذي يستردّه ما هو الأصلح. وحيث إنّه ليس شيء من ذلك منظوراً نوعيّاً، فلابدّ في شرط إبقاء عين الثمن من دلالة خاصّة وشرط صريح.

هذا، وقد تحصّل أنّ التحقيق أنّ حقّ الخيار بنفسه ـ سواء كان ثابتاً تعبّداً أم بجعل المتعاقدين، وسواء كان متّصلاً بالعقد أم منفصلاً عنه ـ لايقتضي منع من عليه الخيار من التصرّف فيما انتقل إليه، حتّى التصرّف

الموجب لعدم إمكان ردّه بعينه إلى ذي الخيار على تقدير فسخه، ما لم يشترط ترك التصرّف في ضمن العقد صريحاً أو بظهور نوعيّ. كما في البيع بشرط الخيار بردّ مثل الثمن. وفيه أيضاً يكون مقتضى الشرط المنع من التصرّف، سواء كان المشروط الخيار من حين العقد مع تقييد الفسخ بردّ مثل الثمن في رأس المدّة، أو تقييده بكونه بنفس ردّ الثمن، أم كان المشروط انفساخ العقد بنفسه في رأس المدّة.

هذا مقتضى القاعدة في المسألة، وسيأتي بيان ما يتفرّع على ذلك في المسائل الآتية إن شاء الله تعالى.

تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه

مسألة: بناءً على ما هو المشهور من حصول ملكيّة العوضين والنقل والانتقال بنفس العقد حتّى في زمن الخيار مطلقا ـ أي: ولو كان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط ـ فالظاهر الاتّفاق على جواز تصرّف من عليه الخيار تكليفاً فيما انتقل إليه، تصرّفاً غير مانع من ردّ العين إلى ذي الخيار على تقدير فسخه، فلا يحرم مثل اللبس والركوب ونحوهما. وصحّته وضعاً، كاجارة العين مدّة تنتهي قبل حلول زمن الخيار في الخيار المشروط منفصلاً، أو في المشروط عدم إعماله بالفسخ إلا بعد مدّة مضروبة، كما في الخيار المشروط بردّ مثل الثمن. كلّ ذلك بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم، لأنّ المفروض كون التصرّف في ماله، مع عدم مزاحمته لحقّ لذي الخيار متعلّق بالعين.

هذا، وكذلك الظاهر الاتّفاق على جواز تصرّفه فيه تصرّفاً مانعاً من الردّ إلى ذي الخيار على تقدير فسخه، كالوطي والاستيلاد والاتلاف والبيع، والاجارة ولو مدّة لا تنتهي إلى زمن فسخ ذي الخيار. فلا يحرم شيء منها تكليفاً، وتصحّ وضعاً، ويرتّب عليها ما لها من الآثار الوضعيّة، بلا تزلزل من ناحية فسخ ذي الخيار في مثل خيار الغبن والعيب والتدليس، وتخلّف الأوصاف المشاهدة، وتخلّف الشرط أو تعذّره، ونحوها من الخيارات الّتي يتوقّف تنجّزها فعلاً على ظهور أمر محتمل، سواء قيل بكون ظهور ذلك الأمر كاشفاً عن تحقّق الخيار قبلاً وفي حين العقد، أم قيل بكونه سبباً محدثاً للخيار من حينه.

وهذا مقتضى القاعدة أيضاً، لأنّ المفروض كون التصرّف في ماله، ولا يزاحم حقّ الخيار المتعلّق بالعقد، سواء كان متحقّقاً فعلاً أم يتحقّق بعد ظهور أمر لاحق لذي الخيار متعلّق بالعين، لا باشتراط صريح ولا بظهور نوعيّ على الفرض.

هذا، وقد وقع الخلاف والاشكال في جواز تصرّفه فيه ـ تكليفاً ووضعاً ـ تصرّفاً مانعاً من الردّ إلى ذي الخيار على تقدير فسخه، في خصوص الخيارات الثلاثة ـ أعني: خيار الحيوان والشرط والمجلس ـ الّتي هي مورد المسألتين الآتيتين ـ أعني: مسألة الخلاف في حصول النقل والانتقال في زمن الخيار، ومسألة كون التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له ـ فإنّهما ـ كما سيأتي إن شاء الله ـ تخصّان تلك الخيارات الثلاثة.

فربما نسب إلى تصريح[١] جماعة وإلى ظاهر[٢] أخرى المنع فيها بخصوصها من ذلك التصرّف بخصوصه. بل ربما استظهر[٣] من العبارة المحكيّة عن الدروس[٤] وجامع[٥] ابن سعيد الاتّفاق على ذلك، وأنّه أمر متسالم عليه بين الأصحاب.

وتعليلهم الحكم في المسألة المبحوث عنها: بأنّ التصرّف يزاحم حقّ ذي‌الخيار، مع تعميمهم الحكم للخيار المتّصل بالعقد والمنفصل عنه، مع عدم التزامهم بالمنع في مطلق موارد تزلزل العقد، وكون المال المتصرّف فيه في معرض العود إلى مالكه الأوّل بلا خيار بل بانفساخ العقد قهراً، وعدم التزامهم بالمنع في سائر الخيارات حتّى على القول بأنّ مثل ظهور الغبن والعيب ونحوهما كاشف عن تحقّق الخيار.

يكاد يوجب الجزم بأنّ المنع من تلك التصرّفات في نظرهم ليس لأجل اقتضاء تزلزل العقد وكونه في معرض الا نفساخ.

ولا لأجل وقوعها فيما يتعلّق بحقّ الغير.

ولا لأجل كون الخيار بحقيقته يوجب حقّاً مانعاً منها.

بل إنّما هو حكم تعبّديّ ثبت ـ في نظرهم ـ في خصوص الخيارات الزمانيّة، كخيار الحيوان والشرط، أو الملحقة بها، كخيار المجلس المعلّق

---

(١) راجع المبسوط ٢: ٢١١، الجامع للشرائع: ٢٤٨.

(٢) انظر قواعد الأحكام ٢: ٧٠، مسالك الأفهام ٤: ٢٥.

(٣) استظهره الشيخ الأنصاري ﷺ في المكاسب ٦: ١٤٥.

(٤) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٧٠.

(٥) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

على عدم التفارق المنطبق على زمان الاجتماع قهراً.

فلو كان هناك إجماع محقّق في المسألة لكان هو المتّبع. ولكن تحقّقه ليس مقطوعاً به بل ولا مظنوناً.

والحقّ أنّه ليس في شيء من الأخبار ما يدلّ على المنع أو يوهمه. فالتحقيق عدم المنع من التصرّف إلا في مورد الاستثناء الّذي قدّمناه.

تصرّف من عليه الخيار بالاتلاف على المختار

وعلى كلّ حال، فبناءً على ما هو الحقّ من عدم المنع في غير مورد الاستثناء لو تصرّف من عليه الخيار ـ سواء كان الخيار مختصّاً بالآخر أم كان لهما ـ باتلاف ما انتقل إليه إتلافاً حقيقيّاً، فهو حلال تكليفاً. والمتعيّن على تقدير فسخ الآخر الرجوع إلى القيمة.

تصرّف من عليه الخيار بالاستيلاد

ولو كان التصرّف بوطي الأمة المعرض لاستيلادها المانع من ردّها على تقدير فسخ الآخر، فهو وطي حلال شرعاً وصحيح وضعاً، بمعنى أنّه مشمول للأدلّة الدالّة على ترتّب حكم الاستيلاد بالعلوق. غاية الأمر أنّه على الفرض الأوّل ـ أعني: اختصاص الخيار ـ العقد لازم من ناحية المتصرّف. وفي الفرض الثاني يكون لازماً بالتصرّف، لكونه فيما انتقل إلى ذي الخيار إمضاءً على التفصيل المتقدّم، سواء في هذا الاتلاف والوطي.

وعليه، فلو لم يتحقّق العلوق فلا مانع من ردّها على تقدير فسخ

الآخر. ولو تحقّق فالمتعيّن ترتيب حكم الاستيلاد. فيجتمع حقّ الأمة من حيث تشبّثها بالحرّية، وحقّ ذي الخيار من حيث سلطنته على فسخ العقد. فاذا فسخ فلا يستحقّ أخذ الأمة، لوجود المانع، بل له مطالبة بدلها، وهي القيمة.

تصرّفه بالعتق

هذا، ولو كان التصرّف العتق المنجّز، فلا محيص عن صحّته وتحقّق الانعتاق، لكونه جائزاً تكليفاً، وقد وقع متقرّباً به إلى الله في ملك المعتق، ولم يكن متعلّقاً لحقّ الفاسخ حين العتق، وما وقع لله فلا رجوع فيه.

فاذا فسخ ذوالخيار فلا يرجع المعتَق إلى ملكه، لوجود المانع، إذ المفروض خروجه عن ملك المعتِق خروجاً لازماً.والفسخ إنّما يعقل كونه موجباً لرجوع كلّ عوض من ملك من انتقل إليه إلى مالكه الأوّل، لا من ملك الغير، ولا من غير مالك رأساً. ولا وجه لكون المعتق ذا سلطنة على إرجاع من أعتقه من الحرّية إلى المملوكيّة ليستردّه الفاسخ من ملكه إلى ملكه، ولا لكون هذه السلطنة لذي الخيار. فيتعيّن أيضاً الرجوع إلى البدل.

تصرّف من عليه الخيار بالنقل اللازم المنجّز

ومن ذلك تظهر الحال فيما لو كان التصرّف ناقلاً للملك، كالبيع والصلح ونحوهما، مع إسقاط خيار الناقل في ضمن العقد، وأنّه لا يعقل كون الفسخ حين تحقّقه موجباً لرجوع المال من ملك من انتقل إليه بالعقد

الأوّل. ورجوعه من ملك من انتقل إليه بالعقد الثاني منافٍ لحقيقة الفسخ، فلا يعقل رجوعه بنفس الفسخ إلى ملك الفاسخ، ليكون له حقّ مطالبته من باب سلطنة الناس على أموالهم.

ولا وجه لكون الحقّ المعلّق على رجوع المال إلى مالكه الأوّل من ملك من انتقل إليه بالعقد الأوّل ـ مع عدم تحقّق ما علّق عليه، لعدم إمكان تحقّقه بنفس الفسخ ـ موجباً لحدوث سلطنة للفاسخ على إجبار المتعاقدين في العقد الثاني على التقايل، ولا سلطنته على فسخه بنفسه. فكما لم تكن له سلطنة على شيء من ذلك قبل فسخه كذلك ليست له بعده، لاتّحاد المناط، وهو عدم كون المال مالاً له لتكون له السلطنة عليه، وعدم إمكان إحداث مثل هذه السلطنة المعلّقة سلطنة أخرى له على الناقل أو على عقده.

بل لو فرض شراء الناقل ما أخرجه من ملكه قبل فسخ الفاسخ أو بعده، فلا حقّ للفاسخ في الرجوع إلى عين المال.

أمّا بعد الفسخ فلوضوح تعيّن الرجوع إلى البدل حين الفسخ، واشتغال ذمّة من عليه الخيار به. ولا وجه لتبدّل ذلك إلى مالكيّته العين، لعدم تحقّق فسخ آخر، وعدم تأثير الفسخ الأوّل في ذلك. ولا وجه لترتيب أحكام بدل الحيلولة على ذلك البدل، لوضوح أنّ ذلك في فرض بقاء المال المبدل على ملك مستحقّ البدل، لا في فرض التلف أو ما بحكمه ممّا يوجب عدم مالكيّة المبدل رأساً.

وأمّا قبل الفسخ فلوضوح أنّ مالكيّة من عليه الخيار العين حينئذٍ

ليست بالعقد الأوّل الّذي فسخه الفاسخ، بل إنّما هي بسبب العقد الأخير. فلو تملّكه الفاسخ بفسخه فإنّما ينتزع من ملك المتصرّف ما لا تستند مالكيّته له إلى العقد الّذي يفسخه، ليكون لازم فسخه رجوع كلّ مال إلى مالكه الأوّل من ملك من ملكه بذلك العقد.

تصرّف من عليه الخيار بالنقل الجائز المنجّز

ومن ذلك تظهر حال التصرّف المنجّز الناقل للملك نقلاً جائزاً من ناحية المتصرّف، كالبيع بشرط الخيار أو الهبة ونحوهما. فإنّ مجرّد جواز العقد الثاني من ناحية المتصرّف ـ جوازاً حقّياً أو حكميّاً ـ لا يوجب كونه مكلّفاً بفسخه أو الرجوع في الموهوب، لوضوح أنّ هذا التكليف ـ لا محالة ـ معلول لثبوت سلطنة الفاسخ على عين ما انتقل عنه، وقد عرفت أنّها سلطنة معلّقة لا فعليّة لها قبل فسخه، وهو واضح، ولا بعد فسخه، لعدم إمكان إرجاع العين من ملك من انتقل إليه إلى ملكه ما لم يتحقّق الفسخ أو الرجوع في العقد الثاني.

وهذه السلطنة المعلّقة ـ المفروض انتفاء ما علّقت عليه، وهو رجوع المال بعينه إلى ملك الفاسخ ـ كما لا توجب أن تحدث له سلطنة على ذلك العقد ولا على المتصرّف، كذلك لا توجب تكليفاً للمتصرّف بإيجاب الفسخ أو الرجوع، فلا محيص عن تعيّن الرجوع إلى البدل من القيمة أو المثل.

بل لو فرض تملّك المتصرّف لما أخرجه من ملكه بسبب جديد ـ سواء كان قبل الفسخ أم بعده ـ فلا حقّ للفاسخ في العين الّتي تملّكها من عليه

الخيار بذلك السبب، لعين البيان المتقدّم في الفرض السابق.

نعم، لو كان تملّكه له بفسخ عقده الجائز أو بالرجوع في الهبة، فإن كان ذلك بعد فسخ من له الخيار فلا يوجب سلطنة له على المال، لاشتغال ذمّته بالبدل حين الفسخ، ولا موجب لتبدّل ذلك بعد عروض تملّك من عليه الخيار له. ولا وجه لترتيب أحكام بدل الحيلولة على ذلك البدل على ما عرفت.

وأمّا إذا كان ذلك قبل الفسخ فلا مانع من تأثير الفسخ في تملّك العين وانتزاعها من ملك من عليه الخيار، لأنّ تملّكه لها كان بذلك العقد الّذي فسخه، حيث إنّ فسخ العقد الثاني ليس سبباً جديداً للتملّك، وإنّما هو إعادة للتملّك بالسبب السابق، كما هو الشأن في كلّ فسخ. وكذلك الحال في الرجوع في الهبة.

التصرّف الناقل الجائز والمعلّق

هذا كلّه في التصرّفات الناقلة للملك المنجّزة والجائزة. وأمّا التصرّفات الناقلة للملك المعلّقة والجائزة، كالتدبير والوصيّة ونحوهما، فربما يشكل الحكم فيها، ويتردّد الأمر فيها بين وجهين:

أحدهما: بطلان تلك التصرّفات بفسخ ذي الخيار عقده، نظراً إلى بقاء المال بعينه في ملك من عليه الخيار فعلاً، فلا مانع من تأثير الفسخ، ورجوعه بعينه إلى ملك الفاسخ بخروجه عن ملك المتصرّف، لأنّ الخروج عن ملكه لا يتحقّق على الفرض إلا بموته، فيسبق سبب مالكيّة ذي

الخيار العين، وله السلطنة على أخذها ومطالبتها. فلا يبقى مجال لتأثير التدبير أو الوصيّة حين الموت، لكونه معلّقاً على بقاء المال على ملك المدبّر والموصي إلى حين الموت، وعدم خروجه عن ملكه قهراً عليه.

هذا بالنظر إلى الجزء الأخير لسبب ملكيّة الفاسخ أو سبب الخروج عن ملك المتصرّف بالتدبير أو الوصيّة. وأمّا بالنظر إلى مقتضى الأمرين، فمقتضى سبب تملّك الفاسخ ـ أعني: العقد الأوّل ـ أسبق لا محالة من مقتضى سبب الانعتاق أو ملكيّة الموصى له، وهي صيغة التدبير أو الوصيّة. وعلى كلّ حال، فاللازم تقديم حقّ الفاسخ على حقّ العبد أو الموصى له.

الثاني: تعيّن الرجوع إلى البدل، ونفوذ التدبير والوصيّة بمقتضى عموم أدلّتهما. ولا جدوى لمجرّد بقاء المال على ملك المتصرّف فعلاً، الموجب لامكان تحقّق الفسخ، ولا لسبق الفسخ على الموت. كلّ ذلك نظراً إلى ما تقدّم من عدم تعلّق حقّ الخيار بعين المال، وعدم استتباعه حقّاً آخر للفاسخ، بل ليس له إلا السلطنة على عين المال معلّقة على تقدير رجوعه بعينه إلى ملكه بالفسخ. ومن الواضح أنّ هذا لا يكفي في تحقّقه مجرّد بقاء المال على ملك المتصرّف فعلاً، بل يتوقّف على عدم حدوث حقّ سابق متعلّق بالعين قبل الفسخ، وإلا فهو مانع من تملّكه للعين بالفسخ. والمفروض في المقام سبق حقّ العبد المدبّر أو الموصى له، وهو حقّ متعلّق بالعين قبل تعلّق حقّ الفاسخ بها. ومقتضى العمومات صحّة التدبير والوصيّة، وثبوت هذا الحقّ لهما. ولا وجه لابطال الغير لهذا الحقّ بمجرّد

حقّه في الخيار المتعلّق بالعقد، كما مرّ في الاستيلاد بعينه.

ولا فرق بين الاستيلاد وبين هذين إلا مجرّد أنّه لازم على المستولد بخلافهما، فانّ للمدبّر والموصي الرجوع فيهما. وهذا ليس بفارق بعد اشتراكهما في عدم جواز إبطال الغير ما تحقّق من الحقّ لهم. وهذا أظهر الوجهين. فالمتعيّن فيهما أيضاً الرجوع إلى القيمة.

التصرّف بإجارة العين

بقي الكلام في تصرّف من عليه الخيار في العين بالاجارة لازمة أو جائزة.

فإن كانت مدّة الاجارة تنتهي قبل فسخ ذي الخيار ـ أي: قبل انتهاء مدّة الخيار ـ فلا إشكال في صحّتها ولزومها، سواء آجرها من ذي الخيار أم من الأجنبي. ويستردّ الفاسخ عين ماله بفسخه.

وإن لم تنته قبله، فإن كانت المدّة الباقية من الاجارة بعد الفسخ ممّا يتسامح بها، بمعنى أنّ مسلوبيّة منفعة العين في تلك المدّة لا توجب نقصاً في مقدار ماليّتها عرفاً، فلا ينبغي الاشكال في صحّة الاجارة ولزومها، وتملّك الفاسخ عين ماله مسلوب المنفعة في المدّة الباقية. ولا تنفسخ الاجارة. ولا يستحقّ الفاسخ شيئاً من الأجرة، لكفاية مالكيّة المؤجر العين في برهة من الزمان في مالكيّة منافعها دائماً، تبعاً لتلك المالكيّة المرسلة، والسلطنة على نقلها إلى الغير بأيّة مدّة شاء. فلابدّ من صحّة الاجارة ولزومها. وحيث إنّها لا توجب فوات منافع العين إلّا بمقدار لا يعتنى به

عرفاً، فلا يرد نقص على ماليّتها حتّى يكون في عهدة من عليه الخيار.

وملخّص المقال: أنّ الاجارة صحيحة ولازمة بمقتضى العمومات والاطلاقات. ويملك من عليه الخيار تمام الأجرة، لكونها عوض المنفعة الّتي ملكها تبعاً لمالكيّته العين آناًما. ومقتضى الفسخ رجوع كلّ مال إلى مالكه الأوّل، وهو أمر ممكن على الفرض. ومقتضى رجوع العين إلى ملك الفاسخ سلطنته على مطالبة ماله وانتفاعه به، وهي حاصلة، لأنّ المفروض كون ممنوعيّته من الانتفاع به ـ لاستحقاق المستأجر استيفاء تلك المنفعة الّتي ملكها بالاستيجار ـ غير معتنى بها.

ولا فرق في ذلك بين إجارة العين من ذي الخيار أو من غيره. بل لا يكون الفاسخ في الأوّل ممنوعاً من الانتفاع بالعين أصلاً، غاية الأمر أنّ انتفاعه بها في مدّة من الزمان لا يكون بتبع مالكيّته للعين، بل لاستحقاقه استيفاء ما ملكه بالاستيجار.

هذا، وأمّا لو كانت المدّة الباقية من الاجارة ممّا يعتنى به عرفاً، بحيث توجب مسلوبيّة منفعة العين في تلك المدّة نقصاً في مقدار ماليّتها عرفاً، فالمسألة مشكلة جدّاً، سواء كانت الاجارة من ذي الخيار أم من الغير.

فربما يحتمل في الأوّل لزوم الاجارة، وعدم انفساخها استدامة، بالنظر إلى ما بعد الفسخ، ورجوع الفاسخ إلى عين ماله مسلوبة المنفعة في تلك المدّة، من دون استحقاق شيء من الأجرة أو الأرش، أي: تفاوت ما بين قيمتي العين مسلوبة المنفعة وغيرها في تلك المدّة، نظراً إلى ما تقدّم بيانه.

وربّما يحتمل رجوعه إلى عين المال مع استحقاقه مطالبة شيء من

الأجرة بنسبة ما بقي من مدّة الاجارة، لتدارك ضرره.

وربما يحتمل لزوم الاجارة،ورجوع الفاسخ إلىعين ماله مع استحقاقه مطالبة الأرش بالمعنى المذكور، لأنّ كلّاً من العوضين مضمون على من انتقل إليه ضماناً معاوضيّاً، لكن لا من حيث خصوصيّته العينيّة فقط، بل بمقدار ماليّته بالنظر إلىالأبعاض والأوصاف والمنافعالدخيلة فيها،لابالنظر إلى القيمة السوقيّة. فنقص ماليّة المال حين الفسخ ـ لنقص في شيء من هذه الثلاثة ـ بيد من انتقل إليه كتلف المال تلفاً حقيقيّاً أو ما بحكمه، في أنّه مضمون على من انتقل إليه، ولابدّ من أدائه من ماله على تقدير الفسخ.

وحيث إنّ العين يمكن رجوعها إلى الفاسخ بلا مانع من الانتفاع بها، فلا تكون ملحقة بالتلف حتّى يكون حكمها الرجوع إلى القيمة وبقاء العين على ملك المؤجر. وحيث إنّها قد نقصت ماليّتها نقصاً مضموناً على المؤجر ضماناً معاوضيّاً، فلابدّ من الجمع بين الأمرين من رجوع العين وتدارك النقص.

وهذا هو الأظهر،وإن لم أر أحداًمنهمﷺ احتمله.هذا فيالفرض الأوّل.

وأما في الفرض الثاني ـ أعني: الاجارة من الغير ـ فربما يحتمل فيه رجوع الفاسخ ـ بفسخه البيع ـ إلى عين المال، مع انفساخ عقد الاجارة من حيث الاستدامة قهراً، لأنّ المنافع إنّما تملك تبعاً لملكيّة العين، وفسخ البيع يكشف عن أنّ من عليه الخيار لم يكن مالكاً منفعة العين بالنظر إلى بقيّة المدّة، لكون العين مملوكة فيها للفاسخ.

وربما يحتمل تسلّط الفاسخ على ردّ الاجارة بالنسبة إلى بقيّة

المدّة، لكون لزومها ضرراً عليه. فإن ردّها فهو. وإن أمضاها فيستحقّ من الأجرة بالنسبة.

وربما تحتمل صحّة الاجارة ولزومها بالنسبة إلى بقيّة المدّة، ورجوع الفاسخ إلى عين المال مسلوبة المنفعة.

وربما يحتمل رجوعه إلى القيمة، ولكن بنحو بدل الحيلولة، حيث إنّ العين ترجع إلى ملكه بالفسخ، مع الحيلولة شرعاً بينه وبين ماله من جهة صحّة الاجارة ولزومها، واستحقاق المستأجر تسلّمها مدّة يعتنى بها. فاذا انتهت مدّة الاجارة يتسلّط الفاسخ على عين ماله، وترجع القيمة إلى باذلها، كما هو حكم بدل الحيلولة.

وربما يحتمل لحوق الاجارة بالتلف الحقيقي أو ما بحكمه، في كونه موجباً للرجوع إلى القيمة بدلاً دائميّاً.

وربما تحتمل صحّة الاجارة ولزومها، والرجوع إلى عين المال مع أخذ الأرش بالمعنى المتقدّم.

وهذه الاحتمالات أكثرها غير موجودة في كلامهم قدس سرهم. ولكنّ الأظهر منها هو الوجه الأخير ثم ما قبله. فعليك بالتأمّل،ومن الله التأييد والتسديد.

التصرّف بالرهن

لو رهن من عليه الخيار المال فهو صحيح ولازم، ومانع شرعي من رجوع العين إلى الفاسخ بفسخه، فهو ملحق بالتلف الحقيقي. ولا محلّ لاحتمال بدل الحيلولة، بل المتعيّن رجوع الفاسخ إلى القيمة بدلاً دائميّاً.

ولو افتكّت الرهانة بعد ذلك، فلا محلّ لتبدّل اشتغال ذمّة من عليه الخيار بالقيمة حين الفسخ إلى رجوع العين إلى ملك الفاسخ رأساً أو من حين الافتكاك.

هذا كلّه بناءً على ما هو الحقّ من عدم ما نعيّة حقّ الخيار من مطلق التصرّفات.

حكم التصرّفات بناءً على الممنوعيّة منها مطلقا

وأمّا بناءً على ما نعيّته منها مطلقا، أو في خصوص البيع بالخيار بشرط ردّ مثل الثمن، ونحوه ممّا قام دليل خاصّ أو عامّ على اشتراط عدم التصرّف المانع من ردّ العين على تقدير الفسخ ـ كما استثنيناه وقلنا فيه بممنوعيّة من عليه الخيار من مثل هذا التصرّف ـ فلكلّ حكمه.

التصرّف بالاتلاف

أمّا التصرّف بالاتلاف الحقيقي فيقع محرّماً ويعاقب عليه، لمخالفته وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً. ولكن لا أثر للتخلّف وضعاً، إذ ليس ذلك إلا ثبوت الخيار، وهو ثابت على كلّ حال. نعم، ربما تترتّب آثار تعدّد الخيار من إسقاط البعض وإعمال الآخر.

التصرّف بالاستيلاد

وكذلك التصرّف بالوطي المعرّض للاستيلاد يقع محرّماً مطلقا على

وجه، أو مراعىً بتحقّق العلوق على وجه آخر. وعلى كلّ حال، فإن لم يتحقّق العلوق يرجع الفاسخ إلى عين ماله بلا إشكال. وإن تحقّق فلا أثر له وضعاً، أي: لا يترتّب على هذا العلوق حكم الاستيلاد، لحصوله من الوطي الصحيح، وهو الواقع في ملك الواطي، مع عدم مزاحمته لحقّ الغير المتعلّق برقبتها، فلا مانع ـ عقلاً وشرعاً ـ من رجوع الفاسخ إلى عين ماله.

التصرّف بالعتق والتدبير والوقف ونحوها

والتصرّف بالعتق والتدبير والوقف ـ بل مطلق الصدقة ممّا يعتبر في صحّتها قصد التقرّب ـ لا محالة يكون باطلاً، لعدم إمكان قصد التقرّب منجّزاً. وإمكانه موقوفاً على إجازة من له الحقّ موجب للفضوليّة، وهي مبطلة للايقاعات من هذه التصرّفات. نعم، لا مانع منها لو كانت من العقود.

والتصرّف الناقل للملك ـ سواء كان لازماً أم جائزاً، كالبيع والهبة والوصيّة وكذلك الرهن ـ لا مانع منه تكليفاً. ولكنّه غير نافذ وضعاً، بمعنى أنّه يقع فضوليّاً، لوقوعه في حقّ الغير، فيكون موقوفاً على إمضاء ذي الخيار أو فسخه لعقده. فإن أسقط الخيار أو أعمله بالإمضاء فتكون تلك التصرّفات صحيحة ولازمة. وإن أعمله بفسخ العقد فهو ردّ ـ لا محالة ـ لها، فتبطل رأساً.

واحتمال بطلانها في نفسها، وعدم قابليّتها للصحّة حتّى مع إمضاء ذي الخيار العقد. أو احتمال سلطنة ذي الخيار على إمضاء تلك العقود

وفسخها، لثبوت الخيار له فيها. أو احتمال أنّ فسخه العقد يوجب بطلانها من حين الفسخ لا من أصلها. كلّها احتمالات ضعيفة لا تساعدها القواعد.

نعم، لو آجر العين مدّة لا يمكن تسلّمها حين الفسخ، فيحتمل أن تكون حالها كحال تلك التصرّفات، في أنّها لا مانع منها تكليفاً، ولكنّها تقع فضوليّة، لوقوعها في حقّ الغير ولو من حيث الاستدامة. فلو أمضى ذوالخيار عقده فهي صحيحة ولازمة. وإن فسخه فهو ردّ لها، فتبطل رأساً. وتبطل الأجرة المسمّاة أيضاً، ولكن يستحقّ المؤجر من المستأجر أجرة مثل المنافع الّتي استوفاها إلى حين الفسخ.

ويحتمل أن يكون لذي الخيار ردّ الاجارة استدامة فقط. فإن فسخ العقد وردّ الاجارة، فتنفسخ من حينه لا من أصلها. فيستحقّ المؤجر من المستأجر من الأجرة المسمّاة بقدر ما استوفاه من المنافع، وهي إلى حين خروج المال من ملكه بالفسخ.

وإن فسخ العقد وأجاز الاجارة من حيث الاستدامة، فتصحّ وتلزم بقاءً أيضاً. ولكن يستحقّ الفاسخ من الأجرة المسمّاة بنسبة المدّة الباقية منها. ولعلّ هذا هو الأظهر.

وأمّا البناء على صحّة الاجارة ولزومها، واستحقاق المؤجر تمام الأجرة، ولحوقها بالتلف الحقيقي أو الحكمي المانع من ردّ العين، فيتعيّن رجوع الفاسخ إلى القيمة بدلاً دائميّاً، لأنّ من عليه الخيار قد ملك تمام المنافع بتبع مالكيّته للعين ولو في زمان ما، فيصحّ وينفذ تصرّفه بنقلها إلى المستأجر.

فهو احتمال في غاية الضعف، بناءً على القول بالمنع من التصرّفات المانعة من الردّ مطلقا، أو في خصوص الاستثناء المتقدّم على ما هو الحقّ. فعليك بالتأمّل، ومن الله التوفيق.

إذن ذي الخيار في التصرّف المانع من ردّ العين

مسألة: إذا أذن ذوالخيار في شيء من التصرّفات المانعة من ردّ العين، فإن كان الاذن في تصرّف من عليه الخيار لنفسه ـ أي: بما أنّ ما يتصرّف فيه مال نفسه وله السلطنة عليه ـ فالظاهر اتّفاقهم على سقوط خياره بذلك، سواء قيل بالمنع من تلك التصرّفات بدون إذن ذي الخيار، أم قيل بجوازها تكليفاً ووضعاً.

وكأنّه مبنيّ على دلالة إذنه فيه ـ دلالة عرفيّة ـ على إسقاط خياره. والظاهر ذلك، فإنّ الاذن فيه وإن كان لا يلازم رفع اليد عن الخيار عقلاً، سيّما بناءً على عدم الحاجة فيه إلى إذنه، إلا أنّ من عليه الخيار مع التفاته إلى الخيار وتزلزل العقد لا تطيب نفسه نوعاً بالتصرّف فيما انتقل إليه بتلك التصرّفات، لعدم استقرار ملكه عليه، لأنّه في معرض العود إلى مالكه الأوّل، فإذن ذي الخيار في تصرّفه فيه لايخلو عن الظهور النوعي في إرادة إقرار العقد ورفع تزلزله.

وعليه، فلا محيص عن سقوط الخيار، سواء وقع التصرّف المانع من الردّ أم لا، إذ المفروض أنّ تصرّفه لا يسقط الخيار، بل الاذن فيه كاشف عن إرادة الاسقاط، فلا مدخل لوقوع المأذون فيه وعدمه في ذلك.

إذن ذي الخيار في التصرّف عنه لا عن المتصرّف

وأمّا إن كان إذنه في التصرّف فيه عن ذي الخيار نفسه، كتحليل الوطي أو الاتلاف أو التوكيل في العتق والبيع ونحوها، فهو ظاهر في إنشاء الفسخ، كما أنّ إذنه كذلك في التصرّف فيما انتقل إليه ظاهر في إنشاء الإمضاء، ومسقط لخياره. وهو واضح. فيتحقّق الفسخ في الأوّل والإمضاء في الثاني، سواء وقع المأذون فيه ممّن عليه الخيار أم لا، إذ المفروض أنّ إنشاءهما إنّما هو بانشاء نفس الاذن والتوكيل، لا بايجاد التصرّف المأذون فيه، من حيث إنّه تصرّف من ذي الخيار فيما انتقل عنه أو إليه بالتسبيب لابالمباشرة. وعليك بالتأمّل، ومن الله التأييد.

تملّك العوضين بمجرّد العقد لا بانقضاء الخيار

مسألة: المشهور أنّ العوضين في البيع يملكان بمجرّد العقد، بمعنى أنّ النقل والانتقال فيهما عرفاً وشرعاً ـ مع اجتماع جميع الشرائط المعتبرة في العوضين والمتعاقدين والعقد ـ يتحقّقان بمجرّد تماميّة العقد، من دون توقّف على انقضاء الخيار، سواء في ذلك الخيارات الزمانيّة ـ أعني: خيار الحيوان والشرط، وما ربما يلحق بهما كخيار المجلس ـ وغيرها من سائر الخيارات، وسواء في ذلك ما إذا كان الخيار للبائع أم للمشتري أم لهما.

ومرجع ذلك ـ كما ترى ـ إلى أنّ انقضاء زمن الخيار ليس من شرائط الصحّة، بمعنى تحقّق المضمون وترتّب الأثر عليه عرفاً وشرعاً. بل هو شرط استقرار العقد، وبه يتحقّق خروجه عن معرضيّة الحلّ بفسخ أحد المتعاقدين ولو مع عدم رضا الآخر.

وقد نسب الخلاف في ذلك إلى الشيخ[1] وابن سعيد[2] وأبي علي

---

(١) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩) من كتاب البيوع، المبسوط ٢: ٨٣ - ٨٤.

(٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

الاسكافي[١]قدس سرهم. وأنّ تحقّق البيع وترتيب الآثار عليه شرعاً يتوقّفان على انقضاء خيار ذي الخيار.

والانصاف أنّه لا يمكن الجزم بارادتهم قدس سرهم ذلك المعنى. بل احتمال موافقتهم للمشهور في أصل حصول الملك بمجرّد العقد في غاية القوّة، غاية الأمر عدم استقرار الملك كما عليه الكلّ، أو ذلك مع الحجر عن التصرّف المانع من ردّ العين على تقدير الفسخ، كما عليه جماعة.

هذا مع أنّ كلامهم ـ سيّما الشيخ قدس سره ـ في غاية الاضطراب، بحيث لا يمكن الجزم بانتساب شيء معيّن إليه قدس سره. لظهور بعض كلماته[٢] في مخالفة المشهور، وإرادة توقّف أصل حصول الملك. وبعضها في موافقتهم، وإرادة توقّف استقرار الملك فقط. وبعضها في إرادة ذلك مع محجوريّة من عليه الخيار عن التصرّف المانع من ردّ العين. وظهور بعضها في اختصاص الحكم ـ أعني: عدم حصول الملكيّة أو الحجر عن تلك التصرّفات ـ بالخيارات الزمانيّة، أي: خياري الحيوان والشرط. وظهور بعضها في اطّراد الحكم في خيار المجلس أيضاً. وظهور بعضها في عموم الحكم في مطلق الخيارات. وظهور بعضها في تخصيصه بما إذا كان الخيار لهما أو للبائع فقط، دون ما إذا كان للمشتري فقط. وظهور بعضها في تعميمه للصور الثلاث أجمع.

ومثل هذا الخلاف الّذي لا يتحصّل معه مذهب مفهوم للمخالف،

---

(١) حكاه عنه الشهيد في الدروس الشرعيّة ٣: ٢٧٠.

(٢) راجع الهامش (١) في الصفحة السابقة، وكذا المبسوط ٣: ١٢٣.

لاشأن له يوجب التردّد في المسألة من ناحية احتمال التعبّد فيها مقابل ما تقتضيه العمومات والاطلاقات والنصوص الخاصّة.

فلا يهمّنا تحصيل مذهب من ينسب إليه الخلاف في المسألة، وإن كان الظاهر المظنون ـ بل يكاد يقطع به ـ أنّ القائل بتوقّف أصل الملك وترتّب الآثار عليه شرعاً، إنّما يقول به في خصوص خياري الحيوان والشرط أو المجلس ـ الّذي ربما أطلق عليه أيضاً الشرط في بعض الأخبار[١] ـ وأنّه إنّما قال به لاستفادة ذلك من خصوص الأخبار[٢] الدالّة على أنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، الواردة في خصوص خياري الحيوان والشرط. وأنّ هذه المسألة كسابقتها ولاحقتها متلازمة في المورد بحسب الفتوى، على ما أشرنا إليه في المسألة السابقة.

هذا، والمهمّ بيان ما تقتضيه تلك العمومات، وتضعيف ما ربما يوهم حكماً على خلافها.

فنقول: مقتضى عمومات أدلّة حلّ[٣] البيع والتجارة[٤] عن تراضٍ وإطلاقاتها تحقّق مضمون البيع عرفاً وشرعاً ـ وهي المبادلة بين العوضين من حيث المملوكيّة ـ بمجرّد تماميّة العقد، إذ هذا ما يراد التوصّل بالانشاء إلى اعتباره واعتبار العقلاء له، فهو البيع والتجارة بمعناهما الحقيقي

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥» من أبواب الخيار.

(٣) البقرة: ٢٧٥. قوله تعالى: ﴿وأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾.

(٤) النساء: ٢٩. قوله تعالى: ﴿تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾.

العرفي، والّذي تكفّلت تلك الأدلّة لامضائه شرعاً. فلا محيص عن تحقّقه بمجرّد تماميّة العقد، لأنّ المفروض اجتماع جميع شرائط الصحّة في العوضين والمتعاقدين والعقد. ولو كان هناك شرط آخر معتبر في الصحّة شرعاً لكان على الشارع بيانه متّصلاً أو منفصلاً،كما بيّنه في شرطيّة القبض في المجلس في الصرف والسلم. ولكنّه منتفٍ في المقام، لعدم صلاحيّة ما يتشبّث به المخالف من الأخبار الخاصّة للدلالة على هذا الاشتراط، على ما يأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

ويشهد لذلك نفس الأخبار المثبتة لخياري المجلس والحيوان بلسان أنّ «البيّعين بالخيار ما لم يفترقا[1]» وأنّ «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيّام[2]» ونحو ذلك. حيث إنّا لا نعقل معنى للخيار إلا ما تقدّم إيضاحه من السلطنة على حلّ العقد حلّاً اعتباريّاً في مقابل عقده كذلك. ولا نعقل معنى لا نعقاد العقد إلا تحقّقه الاعتباري، وليس هو إلا تحقّق المبادلة بين العوضين من حيث المملوكيّة، وقيام كلّ مقام الآخر في كونه طرفاً لاضافة مالكيّة مالكه. فليس فسخه بالاعتبار إلا إرجاع كلّ منهما إلى ما كان عليه من مملوكيّته لصاحبه الأوّل. فلولا تحقّق المضمون بمجرّد العقد عرفاً وشرعاً، لما صحّ القول بكون العاقد ذا خيار شرعاً، إذ لا يعقل حلّ المضمون غير المنعقد. والصيغة ليست محلّاً للعقد والحلّ على ما هو واضح.

(١) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.
(٢) الوسائل ١٨: ١٠ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٢.

ويدلّ على ذلك أيضاً ما دلّ على جواز النظر في زمن الخيار إلى ما لا يحلّ له من الجارية قبل ذلك، أو مطلق إحداث المشتري ذي الخيار حدثاً فيما اشتراه، وأنّه يكون رضاً بالبيع، كما في صحاح ابن رئاب[١] والصفّار[٢]، بناءً على أنّ الحكم بكون ذلك إمضاءً حكم تعبّدي، سواء قصد الإمضاء أم لا. ولكنّه يخصّ بما إذا كان التصرّف كاشفاً نوعاً عن الرضا، فانّ دلالتها على حلّية تلك التصرّفات ـ لأجل أنّها من المالك فيما يملكه ـ في غاية الظهور عرفاً. وحملها على ما إذا قصد بها الإمضاء ـ وأنّ له السلطنة على إيجادها فيما لا يملكه بقصد أن يتملّكه بها، كما في الوطي الّذي يتحقّق به الرجوع في العدّة ـ تأويل بلا موجب.

وتدلّ عليه أيضاً الأخبار الخاصّة الواردة في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن، الدالّة على أنّ نماء المبيع للمشتري وتلفه منه في زمن الخيار، كموثّقة إسحاق[٣] بن عمّار ورواية معاوية[٤] بن ميسرة. فإنّ دلالتهما على

---

(١) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١ و٣، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ ح ١٩.

(٢) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ٢، عن التهذيب ٧: ٧٥ ح ٣٤.

(٣) الوسائل ١٨: ١٩ ب «٨» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧١ ح ١٠، والفقيه ٣: ٢٠٥ ح ٣٧٧١، والتهذيب ٧: ٢٣ ح ١٣.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٠ ب «٨» من أبواب الخيار ح ٣، عن التهذيب ٧: ١٧٦ ـ ١٧٧ ح ٣٧. وإليك نصّ الحديث، عن معاوية بن ميسرة قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الّذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط انّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: له شرطه، قال له أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله، وقال أبو عبدالله عليه السلام: أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري».

أنّ الحكمين إنّما شرّعا لأجل مالكيّة المشتري لما اشتراه في زمن خيار البائع ـ المستلزمة لكونه مالكاً لنمائه بالتبع، ولكون تلفه عنده عليه ما لم يكن هناك سبب لضمان الغير ـ في غاية الوضوح، سيّما بملاحظة قوله عليه السلام في الثانية: «هو ماله» وقوله عليه السلام: «تكون الدار دار المشتري». وإطلاقها ـ بمقتضى ترك الاستفصال فيها ـ يشمل جميع الصور الصحيحة المتقدّمة. فتشمل ما إذا كان المشروط الخيار من حين العقد مع إناطة إعماله بالفسخ بردّ الثمن.

ولا موجب لحملها على فرض جعل الخيار وإناطة أصل ثبوته بردّ الثمن، أو على ما إذا كان الشرط انفساخ العقد بنفسه حين ردّ الثمن من دون جعل خيار للبائع. مع ما تقدّم من الاشكال في صحّة هذا الشرط، فلا وجه لحمل أخبار المسألة عليه.

مع أنّ القائل بعدم حصول الملكيّة في زمن الخيار إنّما يقول به بمناط معرضيّة العقد للانحلال، فلابدّ له من القول به في جميع الصور، لوجود هذا المناط فيها. فلا يجدي حمل الروايتين على بعض تلك الصور في منع دلالتهما على خلاف ذلك القول.

وتدلّ عليه أيضاً صحيحة بشّار بن يسار قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنَسَاءٍ، فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي، فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك[1]».

---

(١) الوسائل ١٨: ٤١ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٣، عن الكافي ٥: ٢٠٨ ح ٤، والفقيه ٣: ٢١٤ ح ٣٧٩٦، والتهذيب ٧: ٤٧ ـ ٤٨ ح ٤.

إذ لا يخلو: إمّا أن تكون جهة استبعاد السائل صحّة شرائه ما باعه مجرّد كونه مالاً له قبل بيعه كما هو الظاهر، أو بقاء ما باعه في ملكه، وعدم انتقاله إلى المشتري في زمن الخيار.

فعلى الأوّل يكون ظاهر الجواب أنّه لا يضرّ في صحّة الشراء كون المال مالاً له قبل بيعه من المشتري. بل شرط صحّته عدم مالكيّته فعلاً لما يشتريه، وكون المالك الفعلي له هو المشتري الّذي باع المال منه، وهو حاصل في الفرض.

وعلى الثاني يكون ظاهر الجواب إبطال ما زعمه، وأنّ المال إنّما كان له قبل البيع، وأمّا بعده فليس له فعلاً، بل هو للمشتري، ولو كان في زمن الخيار، أي: خيار المجلس.

فهي على التقديرين واضحة الدلالة على حصول الملكيّة بمجرّد العقد مطلقا، سواء كان هناك خيار أم لا.

ومن الغريب جدّاً حمل الشيخ[1] العلّامة قدس سره الصحيحة على إرادة الاستبعاد من الجهة الثانية فقط، وحمل نفي كون المال له في زمن الخيار على إرادة كونه خارجاً عن ملكه ومنتقلاً إلى المشتري بمجرّد تبانيهما على المعاملة الثانية، لكون ذلك مسقطاً للخيار. إذ الصحيحة آبية عن هذا الحمل بحسب الظهور العرفي جدّاً. مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ حال الإمضاء والفسخ كحال أصل الخيار، في أنّهما من الأمور الانشائيّة الّتي لابدّ لها من الانشاء بنحوٍ، ولا يكفي فيهما مجرّد البناء والعزم القلبي.

---

(١) المكاسب ٦: ١٦٧.

نعم، يستفاد من الصحيحة أنّ بيع المشتري ما اشتراه من بائعه ـ حتّى في زمن خيار البائع ـ لا مانع منه على جميع الأقوال، سواء قلنا بأنّ من عليه الخيار ممنوع من التصرّف فيما انتقل إليه أم لم نقل بذلك. وأنّ المعاملة الثانية ـ أي: التصدّي لها ولو بأوّل جزء من العقد ـ تكون إمضاءً للعقد، وإسقاطاً لخيارهما الثابت ماداما في المجلس.

كما أنّه لو لم تدلّ الصحيحة على حصول الملكيّة في زمن الخيار ـ بظاهر قوله عليه السلام: «ليس هو متاعك» على ما تقدّم ـ بل كانت متضمّنة لمجرّد السؤال عن الشراء والجواب بصحّته، لكانت قابلة للانطباق على مذهب القائل بتوقّف الملكيّة على انقضاء زمن الخيار، بحملها على ما ذكر من سقوط الخيار بالتصدّي للمعاملة الثانية ولو بأوّل جزء من العقد، وحصول الملكيّة للمشتري البائع قبل تماميّة العقد الجديد. ولكن أين هذا من ظاهر الصحيحة مع التعبير الموجود فيها؟

بل الانصاف أنّ جميع الأخبار[1] الواردة في العينة وإناطة صحّة بيع المشتري ما اشتراه باستيجابه البيع مع البائع الأوّل ـ باطلاقها الشامل لما إذا كان هناك خيار كخيار المجلس مثلاً ـ لا تخلو عن الظهور العرفي والدلالة على حصول الملكيّة بمجرّد العقد، وأنّ بيعه قبل الاستيجاب مع البائع الأوّل من بيع ما ليس عنده، وبعده من بيع ما عنده فعلاً، على ما يظهر بالتأمّل في مجموعها.

نعم، لا يخلو بعضها عن الظهور في إرادة الاستيجاب، بمعنى فعل ما يسقط

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ٤٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود، وكذا ص: ٤٨ ب «٨» منها.

معه الخيار بعد تحقّق العقد،كالتفرّق في خيار المجلس مثلاً. ومثله لا يخلو عن الظهور في مذهب القائل بتوقّف حصول الملكيّة على انقضاء الخيار.

وكيف كان، ففي العمومات والأخبار الخاصّة المتقدّمة غنىً وكفاية. مضافاً إلى إمكان استفادة الحكم من ظواهر بعض الأخبار، كموثّقة عمّار بن موسى في النقد والنسيئة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمّى ثمّ افترقا، قال: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد»[1]. بعد حملها على إرادة وجوب البيع من ناحية خيار المجلس فقط، لئلاّ ينافي جواز العقد في الثلاثة من ناحية خيار الحيوان.

ولو وجد في أخبار العينة ما ظاهره الانطباق على القول المخالف للمشهور، فحاله كحال بعض الروايات الآتية، في أنّه لابدّ من تأويله جمعاً بين الأخبار.

هذا، وقد استدلّ للقول الآخر بوجوه:

أحدها: أنّ الغرض من الملك هو الانتفاع والتصرّف، وهما ممتنعان في زمن الخيار.

وهذا الوجه ـ كماترى ـ لو تمّ فإنّما يقتضي عدم مالكيّة من عليه الخيار لما انتقل إليه لو كان الخيار لأحد المتبايعين أو مشتركاً، ولا يقتضي عدم مالكيّة من له الخيار لو كان الخيار مختصّاً به، إذ الظاهر عدم الخلاف في جواز تصرّف من له الخيار في زمن الخيار بمطلق التصرّفات، ولذا

(١) الوسائل ١٨: ٣٦ ب «١» من أبواب أحكام العقود ح ٢، عن الكافي ٥: ٤٧٤ ح ١٠، والتهذيب ٨: ١٩٩ ح ٣.

يكون تصرّفه فيما انتقل إليه إمضاءً للبيع وإسقاطاً للخيار.

إلّا أن يقال: إنّه لو اقتضى الوجه المذكور عدم مالكيّة من عليه الخيار، فلازمه عدم حصول مالكيّة من له الخيار أيضاً بالملازمة العقليّة، لعدم تعقّل تحقّق مضمون البيع ـ وهي المبادلة بين المالين من حيث المملوكيّة ـ من طرف واحد.

وعليه، فإمّا أن يقال بأنّ جواز تصرّف من له الخيار حكم تعبّدي ثبت شرعاً بعنوان أنّه تصرّف في مال الغير. وهو ـ كماترى ـ أمر غريب لا يمكن المصير إليه. أو يلتزم بحصول الملك وسقوط الخيار بمجرّد العزم القلبي على التصرّف. وهذا ليس بأقلّ غرابةً من سابقه.

وكيف كان، فيرد على الوجه المذكور:

أوّلاً: منع عدم جواز التصرّف في زمن الخيار، على ما تقدّم توضيحه في المسألة السابقة.

وثانياً: إنّه لو سلّم ذلك فالممنوع هو التصرّف المتلف أو الناقل وغيرهما ممّا لا يمكن معه ردّ العين إلى مالكها الأوّل على تقدير الفسخ، لا مطلق التصرّفات، إذ لا تنحصر فائدة الملك في ذينك التصرّفين.

وثالثاً: منع الملازمة بين امتناع التصرّف وعدم حصول الملكيّة، لوضوح أنّ اعتبار الملكيّة عرفاً وشرعاً لا ينافي حجر المالك عن التصرّف فيما يملكه حجراً شرعيّاً أو عقليّاً، كما في الغصب والضياع والحيلولة ونحوها.

الوجه الثاني: قوله عليه السلام في صحيحة عبدالله بن سنان: «على البائع

حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري»[1]. لظهوره في عدم صيرورة المبيع ملكاً للمشتري إلا بعد انقضاء الشرط، أعني: الثلاثة في خيار الحيوان، والأيّام المعدودة في خيار الشرط.

وفيه: إنّ غاية ما فيها ظهورها في ذلك بمقتضى ظهور اللام في اختصاص الملكيّة في إطلاقاتها في المعاوضات. مع إمكان منع ذلك في الصحيحة، لترتيبه عليه السلام صيرورة المبيع للمشتري على انقضاء الشرط المراد به خيار الثلاثة. وقد عرفت فيما مرّ أنّه ليس له معنى محصّل إلّا السلطنة على حلّ العقد، ولا يعقل تحقّقه بالاعتبار إلا في فرض تحقّق العقد كذلك عرفاً وشرعاً، وإلا فلا معنى لجعل الخيار شرعاً. بل اللازم الدلالة على عدم الإمضاء شرعاً ما لم تنقض ثلاثة أيّام، كما في عدم إمضاء الصرف والسلم إلّا بشرط القبض في المجلس. مع أنّ دلالة أخبار خيار الحيوان والمجلس على إثبات الخيار ـ ولو بالتعبير عنه في بعضها بالشرط ـ أمر لا ينكر.

وعليه، فتكون الجملة في الصحيحة ظاهرة في إرادة الاختصاص بمعنى آخر ـ بعد تحقّق اختصاص الملكيّة بنفس العقد مع السلطنة على إزالتها بالفسخ ـ وهو خروج المبيع في كونه ملكاً مختصّاً به عن التزلزل بازالة ذي الخيار، بحيث لا يتمكّن المشتري من سلب ملكيّته

---

(١) الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٢، عن الكافي ٥: ١٦٩ ـ ١٧٠ ح ٣. وإليك نصّ الحديث، عن عبدالله بن سنان قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابّة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري».

عنه بحلّ العقد.

ولو سلّم ما ذكر من الظهور في إرادة الملكيّة فهو ظهور ضعيف لايقاوم ما تقدّم من ظهور العمومات والأخبار الخاصّة في تحقّق الملكيّة بمجرّد تماميّة العقد، مع وضوح أنّ ذلك مغروس في أذهان المتشرّعة. فلامحيص عن حمل الصحيحة على إرادة الاختصاص بمعنى الخروج عن التزلزل. وهذا توفيق عرفيّ بين الأخبار، وهو أقرب جدّاً من التوفيق بتخصيص العمومات وتقييد المطلقات، وتأويل الأخبار الخاصّة الآبية عنه جدّاً.

وممّا ذكرنا تظهر حال صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيّام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما[1]».

فإنّه لا محلّ لتوهّم أنّ التعبير فيها بالشرط عن خياري المجلس والحيوان ظاهر في السؤال عن شرط الصحّة وحصول الملكيّة، فيكون ظاهر الجواب شرطيّة انقضاء المجلس والثلاثة للصحّة وحصول الملكيّة.

وذلك لوضوح أنّه لا معنى لاضافة شرط الصحّة في بيع الحيوان إلى خصوص المشتري. فلا محيص عن كون المراد به الخيار نفسه، وقد أطلق على زمانه للملابسة. وإطلاق الشرط عليه لكونه شرطاً من الشارع،

---

(١) أورد صدره في الوسائل ١٨: ١١ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٥، وذيله في ص: ٦ ب «١» ح ٣. عن الكافي ٥: ١٧٠ ح ٦، والاستبصار ٣: ٧٢ ح ٢، والتهذيب ٧: ٢٠ ح ٢.

فكأنّه إلزام والتزام في ضمن العقد مجعول من الشارع، والصحيحة بذيلها صريحة في ذلك.

مضافاً إلى صراحة باقي الأخبار في إرادة الخيار من الشرط، كقوله عليه السلام في رواية عليّ بن أسباط: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري[١]». وفي صحيحة الحلبي: «في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيّام للمشتري[٢]». وصحيحة ابن رئاب: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري[٣]». وصحيحة أخرى له قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة، فاذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء[٤]». وصحيحة محمّد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا[٥]». وصحيحة أخرى له: «البيّعان بالخيار حتّى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيّام[٦]».

وبالجملة، احتمال إرادة شرط الصحّة من لفظ الشرط في هذه الأخبار احتمال ساقط لا مساغ له.

---

(١) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٥، عن الكافي ٥: ٢١٦ ح ١٦، التهذيب ٧: ٦٣ ـ ٦٤ ح ١٨.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠ ب «٣» من أبواب الخيار ح ١، عن التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٨.

(٣) الوسائل ١٨: ١٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، والتهذيب ٧: ٢٤ ح ١٩.

(٤) الوسائل ١٨: ١٢ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٩، عن قرب الاسناد ١: ٧٨.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٣، عن التهذيب ٧: ٢٣ ـ ٢٤ ح ١٦.

(٦) الوسائل ١٨: ٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧٠ ح ٥.

الوجه الثالث: بعض الأخبار الواردة في مسألة العينة، كرواية يحيى بن الحجّاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها[1]». ورواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الّذي طلب، ثمّ توجبه على نفسك، ثمّ تبيعه منه بعد[2]».

بدعوى ظهورهما في أنّ بيع ما يشتريه كما أنّه من بيع ما ليس عنده ـ بمعنى أنّه لا يملكه فيما إذا باعه قبل أن يشتريه ـ كذلك هو من بيع ما ليس عنده ولا يملكه فيما إذا باعه بعد شرائه وقبل صيرورة البيع والشراء لازماً بحصول ما يسقط به خيار المجلس والحيوان والشرط، من التفرّق أو انقضاء الثلاثة أو أيّام الشرط أو إسقاط الخيار مثلاً. فيكون المراد من الاستيجاب في الأولى والايجاب على نفسه في الثانية التوصّل بنحوٍ إلى تحقّق ما يسقط معه الخيار.

وفيه: إنّ احتمال كون المراد في الأولى تعميم صحّة الشراء لكلا نحويه من الاستيجاب والايجاب الّذي يقوم معه الأوّل مقام القبول، والمراد من الشراء القبول بعد الايجاب. وكون المراد من الشراء في الثانية

---

(١) الوسائل ١٨: ٥٢ ب «٨» من أبواب أحكام العقود ح ١٣، عن الكافي ٥: ١٩٨ ح ٦، والتهذيب ٧: ٥٨ ح ٥٠. وفي الكافي: «...ويعيّنها وأربحك....». وفي التهذيب: «...بعينها أربحك ...».

(٢) الوسائل ١٨: ٤٨ ـ ٤٩ ب «٨» من أبواب أحكام العقود ح ١، عن التهذيب ٧: ٤٩ ح ١٢.

المساومة والمقاولة مع مالك المال، ومن الايجاب على نفسه إنشاء البيع بعقده. كلاهما خلاف الظاهر* وبعيد في الغاية عن مساقهما بحسب المتفاهم العرفي.

بل ظهورهما في إرادة الايجاب والاستيجاب بعد تماميّة الشراء ـ الظاهر في إرادة ما ذكر من التوصّل إلى ما يسقط معه الخيار ـ قويّ جدّاً.

إلا أنّه مع ذلك لا تتمحّض الروايتان للاستدلال بهما على المسألة المبحوث عنها في المقام.

بل كما يمكن ذلك بالتقريب المتقدّم.

كذلك يمكن الاستدلال بهما على حكم المسألة المتقدّمة، أعني: عدم جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه في زمن الخيارات الزمانيّة تعبّداً، وإن كانت الملكيّة حاصلة بنفس العقد. فيكون المراد أنّه كما لا يجوز له بيع المال قبل أن يشتريه من مالكه، كذلك لا يجوز له بيعه قبل استقرار ملكيّة المال وتسلّطه على التصرّف فيه.

كما يمكن أيضاً الاستدلال بهما على حكم المسألة الآتية، من عدم وجوب الاقباض على ناقل المال في زمن الخيارات الثلاثة الزمانيّة. فيكون المراد أنّه كما لا يجوز بيع المال قبل شرائه من مالكه، لكونه من

(*) وإن كان الاحتمال الثاني في غاية القوّة في كلتا الروايتين، نظراً إلى ما في رواية عقبة بن خالد ـ الواردة في مسألة كون تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه ـ من قول السائل: «... رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه....» [الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧١ ـ ١٧٢ ح ١٢، والتهذيب ٧: ٢١ ح ٦] منه ﷺ.

بيع ما ليس عنده، بمعنى أنّه لا يملكه. كذلك لا يجوز بيعه بعد شرائه وقبل انقضاء زمن الخيار، لأنّه من بيع ما ليس عنده. بمعنى أنّه غير متسلّط عليه حتّى يمكنه تسليمه لمن اشتراه له، لامكان إباء بائع المال ـ المالك له أوّلاً ـ عن تسليمه وإرادة فسخ البيع. فيكون البيع بالنظر إلى المشتري الثاني غرريّاً، لعدم إحراز القدرة على التسليم.

فغاية ما هنا تكافؤ الاحتمالات الثلاثة فيهما، الموجب لاجمالهما وعدم صحّة الاستدلال بهما على الحكم في المسائل الثلاث.

نعم، يصحّ الاستدلال بهما على بطلان البيع والمواجبة مع المشتري قبل شراء المال من مالكه، لتوافقهما في ذلك مع سائر أخبار[١] العينة، والمطلقات الواردة في مسألة بيع ما لا يملك[٢] أو ما ليس[٣] عنده.

بل الانصاف أنّ الاحتمال الأوّل فيهما في غاية الضعف، لظهور لفظ الشراء في تماميّة البيع وحصول التملّك عرفاً وشرعاً، الموجب لظهور لفظ الايجاب والاستيجاب في إرادة تحصيل الاستقرار فقط. فيدور الأمر فيهما بين الاحتمالين الآخرين.

بل لو فرض قوّة ظهورهما في الاحتمال الأوّل، فلا تصلحان لمعارضة الأخبار المتقدّمة الصريحة في حصول الملكيّة في زمن الخيار. فلابدّ من التوفيق بين الطائفتين، وحمل الروايتين على أحد الاحتمالين الآخرين. والأظهر منهما هو الاحتمال الأخير. وما ذكرناه يوافق ما ورد

---

(١) راجع الوسائل ١٨: ٤٠ ب «٥» و «٦» و «٨» من أبواب أحكام العقود.

(٢) راجع الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب «٢» من أبواب عقد البيع ح ١.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ٤٧ ب «٧» من أبواب أحكام العقود ح ٢.

من النهي عن بيع ما ليس عنده، المراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه عقلاً أو عادة أو شرعاً، إمّا لعدم مالكيّته أو لعدم سلطنته على تسلّمه حتّى يسلّمه لغيره.

الوجه الرابع: الأخبار[١] الواردة في خياري الحيوان والشرط، الدالّة على أنّ تلف المبيع في زمن الخيار من مال البائع. فتدلّ ـ بضميمة قاعدة أنّ تلف المال من مالكه ما لم يكن هناك سبب لضمان الغير ـ على أنّ المالك في زمن الخيار هو البائع، ولم ينتقل المال إلى المشتري حتّى يكون تلفه منه.

وفيه: إنّ هذه الأخبار بضميمة تلك القاعدة لا تدلاّن على أزيد من كون المال تالفاً مملوكاً للبائع. وهذا كما يتحقّق ببقائه على ملك بائعه، وعدم انتقاله إلى المشتري في زمن الخيار، كذلك يتحقّق بانفساخ البيع حين التلف، وعود المال إلى مالكه الأوّل وتلفه من ماله.

ومقتضى التوفيق بين هذه الأخبار والعمومات والأخبار الخاصّة الدالّة على تحقّق الملك بمجرّد العقد حتّى في زمن الخيارين أو الثلاثة ـ ومنها ما يدلّ[٢] على أنّ نماء المبيع للمشتري، مع أنّ الخيار للبائع ـ بضميمة قاعدة الخراج بالضمان، حمل هذه الأخبار على المعنى الثاني. وهذا ما فهمه المشهور منها، على ما يأتي في المسألة الآتية، وأنّ مفادها عين مفاد الرواية[٣] الدالّة على أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وأنّ التلف

(١) الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥»، و ص: ١٩ ب «٨» من أبواب الخيار.
(٢) الوسائل ١٨: ١٩ ب «٨» من أبواب الخيار ح ١.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٣ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١.

يوجب الانفساخ. لا أنّ الرواية مخصّصة للعمومات والاطلاقات، ودالّة على شرطيّة قبض العوضين في أصل صحّة البيع وحصول الملكيّة في مطلق البيوع حتّى في غير الصرف والسلم.

وهذا الحكم ـ أعني: انفساخ البيع بالتلف في المسألتين ـ وإن كان على خلاف القاعدة، إلا أنّه لا مانع من القول به بعد دلالة الأخبار عليه بمقتضى ما ذكر من التوفيق العرفي. بل لو لم تكن هناك إلا فتوى المشهور واستفادتهم هذا المعنى من هذه الأخبار، لكفت مرجّحاً لهذا التوفيق على التوفيق بتخصيص العمومات وتقييد المطلقات وطرح الأخبار الخاصّة أو تأويلها.

وأمّا ما أفاده الشيخ[1] العلّامة قدس سره في دفع هذا الاستدلال، من أنّه لابدّ إمّا من تخصيص العمومات والاطلاقات، أو تخصيص قاعدة أنّ تلف المال من مالكه. واللازم مع تكافؤ الاحتمالين التعارض والتساقط، والرجوع إلى أصالة عدم حصول الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. إلا أنّه لا تكافؤ بين الاحتمالين، لترجيح الثاني بموافقته لمذهب المشهور.

فليس في محلّه، لوضوح ابتناء التعارض والترجيح على فرض بقاء العقدعلى حاله،لو قدّمنا العمومات والاطلاقات والأخبار الخاصّة الموافقة لمذهب المشهور،فتكون هذه الأخبار ـ الّتي مفادها أنّ التلف ممّن لاخيار له ـ مخصّصة لقاعدة كون التلف من المالك، ومثبتة لكون المال مملوكاً لذي الخيار وتالفاً منه، مع اشتغال ذمّة البائع بتداركه ببدله من المثل أو

(١) المكاسب ٦: ١٧٢.

القيمة. وقد عرفت أنّ هذا ممّا لا يقول به المشهور، وإن كان ذلك احتمالاً مذكوراً في المسألة الآتية، وسيأتي التعرّض له إن شاء الله تعالى.

هذا، والوجوه الّتي ذكرناها هي عمدة ما يمكن أن يستدلّ به للقول بتوقّف حصول الملك على انقضاء الخيار. وقد عرفت ضعفها أجمع.

وبالتأمّل فيها يظهر لك أنّه لو تمّ الاستدلال بها على هذا القول، فإنّما يتمّ في الخيارات الزمانيّة، من خياري الحيوان والشرط أو المجلس أيضاً، الّذي ربما أطلق عليه أيضاً لفظ الشرط في بعض[1] الأخبار. وأمّا سائر الخيارات فلا وجه للاستدلال بها فيها على توقّف حصول الملك على انقضاء الخيار. بل الظاهر تحقّق التسالم فيها على حصوله بمجرّد العقد من دون توقّف على انقضاء الخيار.

(١) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.

تلف أحد العوضين في زمن الخيار

مسألة: ومن أحكام الخيار أنّ تلف أحد العوضين في زمن الخيار ممّن لا خيار له في الجملة.

وهذا الحكم مقتضى القاعدة على القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار.

وأمّا بناءً على ما هو المشهور ـ وهو الحقّ على ما تقدّم ـ من حصول الملك بمجرّد العقد حتّى في الخيارات الثلاثة، فهو حكم تعبّدي على خلاف القاعدة، على ما هو المعروف بين القائلين بهذا القول.

والمستند فيه أخبار خاصّة وردت في خصوص خياري الحيوان والشرط.

منها: صحيحة ابن سنان قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد بشرط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابّة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك، فقال: على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام، ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أم لم يشترط،

قال: وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال البائع»[١].

ومنها: رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن. على من يكون ضمان ذلك، قال: ليس على الّذي اشترى ضمان حتّى يمضي شرطه»[٢].

ومنها: مرسلة ابن رباط عن أبي عبدالله عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيّام فهو من مال البائع»[٣].

ومنها: النبويّ المرويّ في العبد المشترى بشرط فيموت، قال صلى الله عليه وآله: «يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان»[٤].

وما في بعضها من ضعف السند مجبور بالعمل القطعيّ بها من جميع الأصحاب، والاستناد إليها في الجملة.

وينبغي البحث في مقدار مفادها من جهات:

الجهة الأولى: ظاهر الأصحاب ـ بل المصرّح به من جماعة[٥] على

---

(١) أورد صدره في الوسائل ١٨: ١٤ ـ ١٥ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٢، وذيله في ص: ٢٠ ب «٨» ح ٢. التهذيب ٧: ٢٤ ح ٢٠.

(٢) الوسائل ١٨: ١٤ ب «٥» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧١ ح ٩، والتهذيب ٧: ٢٤ ـ ٢٥ ح ٢١.

(٣) الوسائل ١٨: ١٥ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٥، عن الفقيه ٣: ٢٠٣ ح ٣٧٦٧، والتهذيب ٧: ٦٧ ح ٢.

(٤) الوسائل ١٨: ١٥ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٤، عن التهذيب ٧: ٨٠ ح ٥٧.

(٥) كالعلّامة الحلّي في تذكرة الفقهاء ١١: ١٦٦ مسألة (٣٣٤)، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٣٠٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام ٣: ٢١٦.

ما حكاه الشيخ العلّامة قدس سره[1] ـ أنّ معنى كون تلف المبيع من مال بائعه انفساخ البيع ورجوع كلّ عوض إلى مالكه آناماً قبل التلف، وأنّ هذا عين الحكم الثابت فيما قبل القبض، انسحب تعبّداً فيما بعد قبض ذي الخيار ما انتقل إليه، وقد جعل الشارع قبضه كالعدم.

وقد عرفت في المسألة السابقة أنّ هذا مقتضى التوفيق بين هذه الأخبار وبين العمومات والأخبار الخاصّة الدالّة على تحقّق الملك بمجرّد العقد.

وأنّ الخيار ـ أيّ خيار كان ـ لا يوجب أزيد من تزلزل العقد ومعرضيّته للانحلال بحلّ ذي الخيار، سواء رضي بذلك من عليه الخيار أم لا.

وأنّ قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان: «ويصير المبيع للمشتري» لو لم يكن ظاهراً في نفسه في إرادة الاستقرار والخروج عن التزلزل، فلابدّ من حمله على ذلك توفيقاً بين الطائفتين.

وأمّا احتمال أن يكون المراد في هذه الأخبار بقاء العقد والخيار على حالهما حتّى عند التلف، ولكن مع ضمان البائع بدل التالف للمشتري مثلاً أو قيمة. فان أمضى ذوالخيار البيع فهو، وإن فسخ فيرجع البدل إلى البائع ويستردّ المشتري الثمن.

فهو احتمال ساقط جدّاً، نظراً إلى مساق هذه الأخبار، لوضوح أنّ غرامة البائع للبدل غير كون التالف تالفاً من ماله. والأخبار نصّ في المعنى الثاني. ولا موجب لحملها على المعنى الأوّل، وإن كان كلاهما

---

(١) المكاسب ٦: ١٨٣.

على خلاف القاعدة، وأيّ منهما أريد فهو حكم تعبّدي قطعاً.

وأضعف من ذلك احتمال أن يكون المراد: أنّ ضمان المبيع على البائع على تقدير فسخ ذي الخيار ـ أي: المشتري ـ البيع، بمعنى أنّه ليس له الرجوع إلى الفاسخ ببدل ما تلف بيده مملوكاً له. وأمّا مع إمضائه البيع فيحتمل تخييره بين الرجوع إلى البائع بالمثل أو القيمة وبين رجوعه بالثمن، ويحتمل تعيّن رجوعه بالثمن، ويحتمل أن لا يرجع بشيء. فمعنى بقاء العقد والخيار مع التلف أنّ لذي الخيار فسخ البيع ليستردّ الثمن، ولا تشتغل ذمّته ببدل ما تلف بيده.

إذ لا يخلو: إمّا أن يكون المراد: أنّه مع الفسخ يتملّك المشتري الثمن، ولا يتملّك البائع المبيع ولا بدله في ذمّة المشتري. فهذا أمر غير معقول، ومنافٍ لحقيقة الفسخ.

وإمّا أن يراد: أنّه مع الفسخ يتملّك المشتري الثمن، والبائع العين التالفة بعد تلفها. فهو أيضاً أمر غير معقول، لعدم اعتبار ملكيّة المعدوم في طريقة العقلاء.

وإمّا أن يراد: أنّه بالفسخ يقدّر التالف ملكاً للبائع آناً ما قبل التلف، فيتلف مملوكاً له. فهذا أمر معقول يمكن ثبوته تعبّداً. ولكنّه ينافي إطلاق هذه الأخبار، ويستلزم تقييد الحكم ـ بكون التالف مملوكاً للبائع ـ بما إذا فسخ المشتري، بلا دليل يقتضي ذلك.

هذا، مع أنّه لا وجه للأوّل والثاني من الاحتمالات على تقدير الإمضاء، إذ لا وجه لتملّكه الثمن أو تخييره بين ذلك وبين الرجوع إلى

البدل، بعد أنّ المفروض إمضاؤه البيع، ومعنى إمضائه كون الثمن ملكاً للبائع والتالف ملكاً للمشتري. وضمان البائع للثمن أو للبدل في فرض إمضاء البيع لا يكون إلا بنحو الغرامة لبدل ما تلف مملوكاً للمشتري. وقد عرفت أنّ ضمان البائع ـ بمعنى غرامته بدل التالف للمشتري تعبّداً ـ أمر وراء كون التالف تالفاً من ماله. ولا يمكن استفادته من هذه الأخبار، ولا موجب لحملها عليه.

فالمتعيّن على تقدير الإمضاء هو الوجه الثالث. وقد عرفت أنّه أمر معقول، ولكن لا سبيل إلى القول به، لكونه منافياً لاطلاق هذه الأخبار. فالمتعيّن ما فهمه الأصحاب من إرادة الانفساخ على ما تقدّم.

الجهة الثانية: ظاهر كلمات غير واحد من الأصحاب عموم قاعدة «تلف المال في زمن الخيار ممّن لا خيار له» بالمعنى المتقدّم، واطّرادها في جميع الخيارات، وفي الثمن والمثمن. بل حكي عن جماعة[1] نسبة ذلك إلى ظاهر الأصحاب. بل ظاهر المحكيّ عن الرياض[2] نفي الخلاف في ذلك.

أمّا التعميم من الجهة الأولى، فالانصاف أنّه لا يمكن الجزم بكونه مراداً للأصحاب.بل ربما يحصل الجزم بعدم إرادتهم ذلك. كما يشهد بذلك اتّفاقهم على أنّه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب المعدود من التلف في زمن الخيار، على الوجهين

---

(١) لم نعثر عليهم. والظاهر أنّ المؤلّف ﷺ اعتمد على كلام الشيخ الأعظم الأنصاري ﷺ حيث نسب ذلك إلى جماعة، انظر المكاسب ٦: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٢٤.

من كون ظهور العيب سبباً للخيار من حينه، أو كاشفاً عن ثبوته من حين العقد. فليس الحكم بهذا التعميم مظنّة للشهرة فضلاً عن الاجماع عليه.

وحيث إنّ الحكم تعبّدي وعلى خلاف القاعدة فلابدّ من الاقتصار فيه على القدر المتفاهم من الأخبار تفاهماً عرفيّاً. ولا خفاء في أنّ المتيقّن منها في مقام التخاطب ثبوت الحكم في الخيارات الزمانيّة، الّتي يكون نفس الامتداد الزماني شرطاً وموضوعاً علّق عليه ثبوت الخيار، حيث إنّ الحكم بضمان من عليه الخيار المال التالف بيد من له الخيار قد قيّد فيها بغاية انقضاء الخيار بانقضاء موضوعه، وهو مقدار معيّن من الامتداد الزماني، وهي الثلاثة أيّام في خيار الحيوان، والأيّام المعلومة في خيار الشرط ـ كما هو المفروض في موردها ـ ومدّة الاجتماع في مجلس البيع، كما في خيار المجلس.

وقد نسب الانقضاء فيها إلى الخيار، لكن لا ابتداءً بل بنحو الكناية وبتبع إسناده إلى الامتداد الزماني. وقد أطلق الشرط على انقضاء تلك الأزمنة الخاصّة في هذه الأخبار وغيرها. وأريد من انقضائها انتهاء الخيار الّذي علّق ثبوته عليها أو اشترط جعله بها. وهذا ـ كما ترى ـ لا يكون إلا في تلك الخيارات الزمانيّة.

وهذا تمام الموضوع الّذي أنيط به الحكم المفاد في هذه الأخبار منطوقاً ومفهوماً، أي: بالنظر إلى الحكم المغيّا وحكم ما بعد الغاية. وليس في شيء منها إثبات الحكم معلّقاً على عنوان الخيار، حتّى يكون مفهوم الغاية انتفاء الحكم وانتهاؤه بسقوطه. فلابدّ لاستفادة الحكم العامّ منها من

تنقيح المناط، وأنّ ما هي العلّة والموضوع التامّ لهذا الحكم ـ الّذي يدور مداره ـ كون العقد متزلزلاً وفي معرض الانحلال بفسخ قابض المال التالف لخيار له مطلقا. وهو قياس لا سبيل إليه في مثل هذا الحكم التعبّدي الثابت على خلاف القاعدة.

نعم، في قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان: «ويصير المبيع للمشتري» إشعار بهذا المناط العامّ. ولكنّ الشأن في إثبات أنّه علّة عامّة تنطبق على موردها وعلى غيرها، أي: تنطبق على الموضوع المذكور فيها وعلى غيره. بل الظاهر ـ أو المتيقّن ـ أنّه إنّما ذكر حكمة مختصّة بالموضوع المذكور فيها، فلا تزيد عمّا إذا قيل: حرم الخمر لاسكاره.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ عموم القاعدة لخيار المجلس ـ بحسب الظاهر في مقام التخاطب من هذه الأخبار ـ في غاية القوّة جدّاً، حيث إنّ الموضوع المفاد فيها ـ وهو انقضاء الشرط ـ ينطبق عليه أيضاً، كما يشهد به إطلاق الشرط عليه أيضاً في بعض[1] الأخبار.

وأمّا التعميم من الجهة الثانية فهو الحقّ، لأنّ الموضوع المصرّح به في هذه الأخبار والمناط به الحكم المفاد فيها ـ وهو كون المال التالف بيد قابضه تالفاً في زمن خيار له ـ قد علّق على امتداد زمانيّ خاصّ مترقّب انقضاؤه، متحقّق في تلف المبيع بيد المشتري في زمن خياره، وفي تلف الثمن بيد البائع في زمن خياره بنحو واحد. ومجرّد كون المفروض في هذه الأخبار هو الأوّل لا يصلح لتخصيص الحكم وتقييده،

(١) الوسائل ١٨: ٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.

لأنّه من التخصيص بالمورد.

الجهة الثالثة: ظاهر هذه الأخبار فرض التلف أو حدوث الحدث في المبيع في زمن فعليّة الخيار. وهذا يوجب اختصاص الحكم بخيار الحيوان والمجلس، والخيار المشروط في أيّام معدودة متّصلة بالعقد. وذلك بضميمة ظهور لفظة «حتّى» في ثبوت هذا الحكم من حين العقد استدامة إلى أن ينقضي الشرط.

ولازم ذلك عدم اطّراد الحكم في الخيار المشروط في أيّام منفصلة عن العقد، إذ الالتزام بثبوته من حين العقد منافٍ لظهورها في فرض التلف في زمن فعليّة الخيار، والالتزام بثبوته عند فعليّة زمن الخيار منافٍ لظهورها في ثبوت الحكم من حين العقد.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ ذيل الصحيحة ورواية عبدالرحمان النبويّ[1] ظاهرة في الاطلاق في الأيّام المشروطة. ولا وجه لدعوى ظهورها في فرض الاتّصال. وعلى فرض التسليم فملاحظة مجموعها ـ بضميمة قوله عليه السلام: «حتّى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري» ـ توجب ظهورها في إناطة الحكم بكون من تلف المال بيده ذا خيار موجب لتزلزل كون المال له، سواء كان السبب هو العقد والاجتماع في مجلسه، أم وقوع العقد على الحيوان، أم شرط الخيار متّصلاً أو منفصلاً، إذ ملكيّة المال متزلزلة في جميع هذه الصور ما لم ينقض زمن الخيار. فالحكم ثابت من حين العقد إلى انقضاء زمن الخيار في جميع تلك الصور.

---

(١) تقدّم ذكرها في ص: ٨٠٩ ـ ٨١٠.

ولازم ذلك ـ مع ما تقدّم من تعميم الحكم لتلف الثمن بيد البائع في زمن خياره ـ ثبوت هذا الحكم في البيع الخياري بشرط ردّ الثمن، وانفساخ البيع بتلف الثمن بيد البائع بعد العقد وقبل ردّه إلى المشتري، سواء كان التلف قبل حلول زمن الفسخ وردّ الثمن أو مثله أم بعده. وسواء كان الخيار مجعولاً من حين العقد مع تقييد إعماله بالفسخ بانقضاء مدّة مفروضة، أم كان مجعولاً في رأس المدّة. وذلك لتحقّق المناط المتقدّم في جميع هذه الفروض.

وأمّا ابتناء هذا البيع على تصرّف ذي الخيار في الثمن ولو بالاتلاف، وأنّ الردّ المشروط أعمّ من ردّ عين الثمن وبدله، فأمر لا ربط له بهذا الحكم، إذ غايته أنّ إتلاف البائع له لا يكون إمضاءً للبيع وإسقاطاً للخيار، وهذا لا ربط له بالحكم المبحوث عنه، أعني: انفساخ البيع قهراً مع التلف السماوي في زمن الخيار.

وكيف كان، فلا مانع من القول بذلك بناءً على تعميم الحكم لتلف الثمن بيد البائع في زمن خياره، مع تعميمه لمطلق الخيار ولو كان منفصلاً.

ولكنّ الشيخ العلّامة قدس سره[1] تردّد في إمكان القول بذلك، ثمّ اعترف به في الثمن الشخصي دون الكلّي، بناءً منه قدس سره على عدم اطّراد القاعدة فيما كان التالف في زمن الخيار مصداقاً للمبيع أو الثمن الكلّي. وسيأتي ما في ذلك.

الجهة الرابعة: ظاهر الشيخ العلّامة قدس سره أنّ القاعدة المستفادة من

---

(١) المكاسب ٦: ١٨٢ ـ ١٨٣.

الأخبار مختصّة بموارد كون العوض التالف بيد ذي الخيار في زمن الخيار ـ مبيعاً كان أو ثمناً ـ مالاً شخصيّاً مقبوضاً له. ولا مجرى لها فيما كان كلّياً مقبوضاً مصداقه.

التقريب الأوّل لعدم شمول الأخبار المبيع أو الثمن الكلّي

وعلّل ذلك بما ملخّصه[1]: إنّ مفاد الأخبار ـ على ما عرفت ـ رجوع التالف إلى ملك من انتقل عنه آناً ما قبل تلفه، وتلفه مملوكاً له، ولا يتصوّر ذلك إلا بانحلال العقد ورجوع كلّ عوض إلى مالكه. وهذا إنّما يتمّ في العوض الشخصي. وأمّا المصداق المقبوض من العوض الكلّي، فتلفه من مال مالكه ـ كما هو مفاد الأخبار ـ لا يستلزم أزيد من رجوعه إلى ملك مالكه الأوّل قبل تلفه آناً ما وتلفه مملوكاً له، وصيرورة إقباضه والوفاء بالعوض الكلّي كالعدم،مع بقاء العقد على حاله. ولازمه كون المالك مكلّفاً بالوفاء بدفع مصداق آخر. فلا يبقى وجه لانفساخ العقد ليرجع العوض الآخر إلى ملك ذي الخيار. ولا يمكن استفادة ذلك من تلك الأخبار.

وكأنّ نظره قدس سره إلى أنّ رجوع المال التالف إلى مالكه الأوّل لو كان العوض شخصيّاً بانفساخ أصل البيع، ورجوعه إلى ملكه لو كان كلّياً ببطلان الاقباض والوفاء ـ وصيرورته كالعدم، وبقاء البيع على حاله، وتكليفه بدفع مصداق آخر ـ معنيان متباينان لا جامع بينهما حتّى يكون كلاهما مراداً في تلك الأخبار بذلك الجامع. بل لابدّ من إرادة أحدهما.

(١) المكاسب ٦: ١٨٢ ـ ١٨٣.

وإرادة المعنى الأوّل منها قطعيّ لا شكّ فيها، إذ لا يحتمل اختصاص مفادها بموارد كلّية العوض، لدوران أمرها بين الظهور في إرادة موارد شخصيّة العوض، وبين الاطلاق والشمول لكلا الفرضين، ومعه لا يبقى سبيل إلى إرادة المعنى الثاني أيضاً، فيتعيّن اختصاص القاعدة بما إذا كان العوض شخصيّاً.

ولكن فيه:

أوّلاً: إنّ المصداق المقبوض من الكلّي وإن لم يكن نفس العوض الّذي وقع عليه العقد، إلا أنّه لاخفاء في انطباق الكلّي المتعهّد عليه، ولذا يتحقّق به الوفاء. إلا أنّ تملّك ذي الخيار إيّاه ليس بتمليك آخر غير التمليك المنشأ في البيع، بل إنّما يتملّكه بالبيع المفروض انشاؤه. وهذا معنى الوفاء، لا أنّ معناه كون المصداق المدفوع بدلاً عن الكلّي ـ المنشأ تمليكه بالبيع ـ باعتبار ثبوته الاعتباري في الذمّة، بحيث يكون ما تملّكه بالبيع نفس الكلّي بوجوده الاعتباري، وما تملّكه من المصداق بدلاً عنه إنّما يتملّكه بمبادلة أخرى بينه وبين الكلّي، فإنّه أمر باطل قطعاً. والكلّي لا معنى لثبوته الاعتباري في الذمّة إلا تعهّد إعطاء المصداق الخارجي المملوك للمتعهّد في موطن تحقّقه الخارجي.

وبالجملة، فتملّك ذي الخيار المصداق المقبوض من الكلّي إنّما هو بنفس إنشاء البيع إيجاباً وقبولاً. فرجوعه إلى ملك ناقله ـ لو لم يكن هناك سبب آخر يوجب النقل الابتدائي، كما هو المفروض ـ لا يعقل إلّا بانحلال العقد الواقع على الكلّي، ليرجع كلّ من العوضين إلى مالكه.

ولايعقل رجوعه إلى ناقله مع بقاء الآخر في ملك من انتقل إليه، إلّا إذا كانت هناك مبادلة أخرى بين الكلّي وبين المصداق، ليفرض انحلالها مع بقاء أصل المبادلة بين الكلّي والعوض الآخر على حاله. وقد عرفت أنّه باطل لا محصّل له، على ما أوضحناه في محلّه.

وبالجملة، لا محيص عن كون المراد معنى واحداً في العوض الكلّي أو الشخصي، هو رجوع ما تملّكه ذوالخيار بالبيع أو الشراء إلى مالكه الأوّل بانحلال البيع. وحيث إنّ الأخبار مطلقة لا ظهور لها في إرادة العوض الشخصي، فلا محيص عن كون مفادها عامّاً لكلا الموردين.

وثانياً: إنّه لو سلّم أنّ كون تلف المصداق المقبوض من الكلّي من مال ناقله لا يستلزم انحلال البيع الواقع على الكلّي، بل غايته كون الاقباض كعدمه، وعليه الوفاء بدفع مصداق آخر مع بقاء البيع على حاله. فدعوى عدم إمكان استفادة هذا المعنى من الأخبار ـ بدعوى تنافي المعنيين، والقطع بارادة المعنى الأوّل، وعدم وجود جامع بينهما يمكن إرادة المعنيين به ـ لا وجه لها جدّاً، إذ الجامع هو رجوع المقبوض إلى ملك دافعه، بمعنى صيرورته ملكاً له قبل التلف آناًما.

وهذا هو المعنى المطابقي الجامع المستعمل فيه اللفظ الواقع في هذه الأخبار. غاية الأمر أنّ رجوع المال إلى ملك دافعه آناًما قبل تلفه لازم أعمّ لملزومين، أحدهما: انحلال البيع في موارد شخصيّة العوض التالف، والآخر: بطلان الوفاء والاقباض، وصيرورته كالعدم في موارد كلّية العوض التالف. وإطلاق الأخبار وعدم ظهورها في إرادة العوض الشخصي يقتضي حملها على إرادة كليهما من دون تنافٍ في البين.

التقريب الثاني

هذا، ويمكن الاستدلال على عدم شمول الأخبار للعوض الكلّي بتقريب آخر ملخّصه: إنّ المفروض في هذه الأخبار تلف المبيع أو حدوث حدث فيه، وهذا أمر متصوّر في العوض الشخصي دون الكلّي، لوضوح أنّ المبيع أو الثمن الكلّي له وجود اعتباريّ في الذمّة، ولا يتصوّر فيه التلف أو حدوث الحدث. وما يتصوّر فيه ذلك ـ وهو المصداق المقبوض الّذي تحقّق الوفاء به ـ ليس مبيعاً أو ثمناً، بل هو بدل عنهما.

وفيه: ما عرفت من أنّ ما يتملّكه القابض من مصداق الكلّي إنّما يتملّكه بنفس إنشاء البيع، ولا شأن للاقباض إلا تعيين ما يتملّكه المشتري وإخراجه من الابهام. وأمّا تملّكه إيّاه بمبادلة أخرى غير مبادلة البيع المنشأ فغلط لا محصّل له. ولذا لاترى فرقاً في إطلاقات العرف والعقلاء بين الموردين. فسواء باع حنطة شخصيّة فقبضها المشتري، أو باع حنطة كلّية موصوفة بقدر خاصّ، وقبض المشتري مصداقاً خارجيّاً باقباض البائع، يصحّ للبائع أو المشتري أن يقول: بعت أو اشتريت هذه الحنطة، في كلا الموردين بنسق واحد، وبلا حاجة إلى عناية وتجوّز.

التقريب الثالث

وهنا تقريب ثالث لعدم شمول الأخبار للعوض الكلّي، يلوح من مطاوي كلمات الشيخ العلّامة قدس سره[1] أيضاً، ملخّصه: إنّ ظاهر الأخبار أنّ

(١) المكاسب ٦: ١٨٢ ـ ١٨٣.

الحكم الثابت في زمن الخيار ـ أعني: ضمان البائع مثلاً للمبيع التالف بيد ذي الخيار ـ عين الحكم الثابت فيما قبل القبض، قد انسحب فيه تعبّداً، وجعل القبض المتحقّق كالعدم. ومن الواضح أنّ الحكم الثابت في ما قبل القبض لم يكن إلا في العوض الشخصي، إذ لا يتصوّر التلف ـ قبل القبض أو بعده ـ أو حدوث الحدث إلا فيه. وأمّا العوض الكلّي فلا يتصوّر فيه ذلك، لأنّه لا يتشخّص الكلّي ما لم يتحقّق القبض، فليس هنا ما يتصوّر فيه التلف أو حدوث الحدث. وبعد تحقّقه فقد تشخّص الكلّي، فيكون التلف أو حدوث الحدث بعد القبض ـ لا محالة ـ لا قبله.

وبالجملة، لا يتصوّر في العوض الكلّي التلف قبل القبض، فلا محيص عن اختصاص قاعدة كون «تلف المال قبل قبضه من مال ناقله» بالعوض الشخصي. ولازمه انسحاب الحكم إلى ما بعد القبض لو كان التلف أو حدوث الحدث بيد ذي الخيار القابض، بجعل قبضه كالعدم.

وفيه: إنّ ما ذكر ـ أعني: كون الحكم الثابت فيما بعد القبض بهذه الأخبار عين الحكم الثابت فيما قبل القبض سعة وضيقاً ـ ليس مدلولاً لفظيّاً للأخبار لا بالخصوصيّة ولا بالظهور، بل هو أمر مستنبط عقلاً، بمعنى تقييد مفهوم قاعدة التلف قبل القبض ـ المقتضي لكون التلف بعده من القابض ـ بهذه الأخبار، وتخصيصه بما إذا لم يكن القابض ذا خيار وإلّا فقبضه كالعدم، والتالف كأنّه قد تلف قبل القبض. فيكون لهذه الأخبار شبه حكومة على دليل قاعدة التلف قبل القبض ـ مفهوماً ومنطوقاً ـ في العوض الشخصي.

ولا منافاة بين ذلك وبين أن تكون لها حكومة على قاعدة أخرى، هي قاعدة تشخّص العوض الكلّي وتحقّق الوفاء به باقباض مصداقه، وأنّ الاقباض المتحقّق كالعدم، فعليه الوفاء بدفع مصداق آخر مع بقاء البيع على حاله.

كما ربما يحتمل أن تكون مخصّصة لقاعدة كون «تلف المال بيد المالك من مالكه» بالحكم بانفساخ العقد، ورجوع ما صار ملكاً للقابض ـ بنفس العقد أو به وبالقبض ـ إلى مالكه الأوّل. كما هو الحقّ، ومقتضى إطلاق هذه الأخبار.

التقريب الرابع

نعم، هنا تقريب رابع لعدم اطّراد الحكم في العوض الكلّي. وملخّصه: ما تقدّم من القطع بشمول هذه الأخبار للعوض الشخصي، لعدم احتمال اختصاصها بالعوض الكلّي بحسب المتفاهم العرفي، مع الشكّ في شمولها له، لعدم الجزم بارادة الاطلاق من الأخبار، لا بنحو إرادة إبطال الاقباض وإيجاب تجديد الوفاء، ولا بنحو إرادة انحلال العقد الواقع على الكلّي. وحيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة على كلّ حال، فلابدّ من الاقتصار فيه على المتيقّن.

وهذا التقريب لا بأس به لو سلّمت المناقشة في ظهور هذه الأخبار في الاطلاق. ولكن قد عرفت ضعف مناشىء المناقشة في ذلك الظهور.

الجهة الخامسة: الظاهر أنّه لا خلاف في أنّ تلف البعض أو تلف الوصف كتلف الكلّ في الحكم، أعني: كونه في ضمان من انتقل عنه. وقد

وقع التصريح بالتعميم ـ وأنّ ضمان حدوث الحدث على البائع الّذي يراد منه حصول النقص في الأبعاض أو الأوصاف ـ في صحيحة[١] ابن سنان. وأنيط الحكم بمطلق الحدث في مرسل[٢] ابن رباط.

ولكنّ الظاهر أنّ المراد من الوصف في كلامهم خصوص وصف الصحّة الّتي هي في ضمان الناقل على تقدير انتفائها حين العقد أو بعده وقبل القبض، لا مطلق أوصاف الكمال الّتي لا تكون في ضمان الناقل إلّا مع اشتراطها.

وكيف كان، فحيث إنّ مفاد الأخبار أنّ ضمان التالف على الناقل وقد تلف مملوكاً له، فيكون مفادها ـ لا محالة ـ أنّ حكم التالف في زمن الخيار ـ قبل القبض وبعده ـ عين حكمه قبل وقوع العقد.

فإن كان التالف جميع المال أو بعضه، فحيث إنّه كان على عهدة الناقل لو كان التلف قبل العقد، لكونه قد تلف مملوكاً له، ولازمه بطلان البيع رأساً أو في البعض التالف، فلابدّ من انفساخ العقد ـ كلّاً أو بعضاً ـ لو كان التلف قبل القبض أو في زمن الخيار، وكونه أيضاً تالفاً مملوكاً له ولو آناًما قبل التلف.

وإن كان التالف وصف الصحّة، فحيث إنّ معنى كونه على عهدة الناقل ـ لو كان تلفه قبل العقد مملوكاً له ـ خيار المنتقل إليه بين الردّ والأرش، لا التبعيض في صحّة العقد وبطلانه، حيث إنّ الأوصاف مطلقاً لا تقسّط

---

(١) المتقدّمة في ص: ٨٠٩.

(٢) المتقدّم في ص: ٨١٠.

عليها الأعواض، والأرش غرامة قد ثبتت تعبّداً، فلابدّ أن يوجب ذلك الخيار لو كان تلفه قبل القبض أو في زمن الخيار.

الجهة السادسة: في موارد انفساخ العقد ـ كلّاً أو بعضاً ـ إنّما يحكم بالانفساخ والرجوع إلى ملك الناقل حين التلف ـ أي: آناًما قبله ـ بمقدار يصير ملكاً له ويتلف عليه، لا من حين العقد. فالنماءات الحاصلة في البين لابدّ أن تكون ملكاً للمنتقل إليه.

والظاهر أنّ هذا أيضاً ممّا لا خلاف فيه. وهو مقتضى التوفيق بين هذه الأخبار وبين أدلّة صحّة البيع وحصول الملكيّة. وسيأتي مزيد توضيح لذلك في أحكام القبض إن شاء الله تعالى.

الجهة السابعة: ظاهر كلام الأصحاب حيث يعبّرون عن القاعدة بأنّ «التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له» أنّها إنّما تجري فيما إذا كان الخيار مختصّاً بالبائع أو المشتري، ليتصوّر وجود من لا خيار له كي يكون ضمان التالف عليه.

فلا تجري القاعدة في خيار المجلس إلا في فرض سقوط خيار أحدهما بنحوٍ، وبقاء خيار من تلف المقبوض بيده.

وكذلك لا تجري في خيار الشرط إلا إذا كان الخيار مشروطاً لقابض المال التالف خاصّة، ولم يكن للآخر خيار الشرط أو المجلس أو الحيوان.

وكذلك لا تجري في خيار الحيوان إلا إذا كان الخيار لقابض الحيوان خاصّة، ولا يكون للآخر خيار مطلقا.

ولكن لا دلالة ـ بل ولا إشعار ـ على ذلك في أخبار المسألة. ولم يقع

في شيء منها التعبير بكون الضمان على من لا خيار له. بل مقتضى إطلاقها أنّ ضمان التالف بيد ذي الخيار القابض له على من عليه هذا الخيار ـ أعني: من انتقل إليه المال ـ سواء كان هو أيضاً ذا خيار بواحد من هذه الثلاثة ـ الّتي يعبّر عنها بالشرط ـ أم لا. ولازم ذلك أنّه لو تلف كلّ من العوضين في زمن خيارهما بواحد من هذه الثلاثة، فلابدّ من انفساخ البيع وتلف كلّ من العوضين من مال ناقله، وعدم استحقاق أحدهما استرداد شيء من الآخر.

هذا إذا كان تلفهما في زمان واحد. وأمّا إذا تلف أحدهما قبل الآخر، فلابدّمن انفساخ البيع بتلف الأوّل،فلايبقىبيع حتّى يكون فيه خيار للآخر.

نعم، في صورة تلف البعض أو وصف الصحّة تجري القاعدة في الطرفين، سواء كان التلف من الجانبين في زمان واحد أم بالتقدّم والتأخّر، على ما يظهر بالتأمّل.

وعليه، فالأصحّ في التعبير عن القاعدة أن يقال: إن تلف أحد العوضين بيد القابض في زمن خياره على مالكه الأوّل. ولكن لم أر تصريحاً بذلك في كلامهمﷺ. والظاهر تسالمهم على اختصاص القاعدة بالخيار المختصّ.

الجهة الثامنة: القاعدة مختصّة بالتلف أو حدوث حدث سماويّ، بلا خلاف فيه ظاهراً، لكون ذلك ظاهر جميع أخبار المسألة.

وهل يلحق بالتلف السماوي حكم الشارع بالاتلاف؟ لا يبعد ذلك في الجملة، كما في حكم الشارع بوجوب قتل المرتدّ عن فطرة. ولكنّ

المسألة لا تخلو عن الاشكال.

ولحكم الشارع بوجوب الاتلاف أنحاء وفروض، يشكل الحكم بالالحاق في بعضها، ويقطع بعدمه في آخر. فربما يحكم بالاتلاف لحفظ نفس المتلف بالأكل، أو لحفظ نفس الغير بالايكال. وربما يكون المال بحكم التالف شرعاً، كانعتاق المملوك لصيرورته مقعداً أو أعمى أو أجذم.

وأمّا الحكم بالانعتاق بتنكيل المشتري فلا يعدّ من إتلافه، لأنّ الحكم بالانعتاق حكم شرعيّ، ولا يعدّ ذلك فعلاً تسبيبيّاً له، سيّما مع جهله بالحكم. ولكنّه خارج عن القاعدة، لكون التنكيل تصرّفاً مسقطاً لخيار المشتري، وإمضاءً للبيع. ولعلّ الله يوفّقنا للبحث عن فروض التلف الشرعي في أحكام[1] القبض، في خلال بيان قاعدة التلف قبل القبض إن شاء الله تعالى.

حكم إتلاف ذي الخيار ومن عليه الخيار والأجنبيّ

هذا، وأمّا الاتلاف فلابدّ فيه من ملاحظة ما تقتضيه القواعد.

فإن كان المتلف أو محدث الحدث نفس ذي الخيار القابض، فهو تصرّف منه و مسقط لخياره.

وإن كان من عليه الخيار،فهو ضامن لما أتلفه ـ كلّاً أوبعضاً أو وصفاً ـ بضمان إتلاف مال الغير. ولا يضرّ على كلّ حال بخيار ذي الخيار.

فإن أمضاه ذوالخيار فعلى المتلف بدل ما أتلفه، من مثل الكلّ أو

(١) في ص: ٨٨٧.

البعض أو قيمته أو قيمة وصف الصحّة، وهو تفاوت ما بين القيمتين.

وإن فسخه فله مطالبة ما دفعه من العوض أو بدله على تقدير تلفه من المثل أو القيمة. ولا تشتغل ذمّته ببدل ما قبضه من العوض لمن عليه الخيار، لأنّه قد استوفاه باتلافه له. وإن شئت فقل: إنّه قد اشتغلت ذمّة من عليه الخيار ببدل ما أتلفه لذي الخيار، وتشتغل ذمّة ذي الخيار ببدله لمن عليه الخيار بالفسخ، فيحصل التهاتر والتساقط قهريّاً.

ولكن هذا مع تساوي القيمتين ـ أي: قيمة ما أتلفه عند إتلافه، وقيمته على تقدير وجوده عند الفسخ ـ واضح لا سترة فيه. وأمّا مع اختلافهما فلا يخلو عن نوع غموض.

ولكنّ التحقيق هو التهاتر مطلقا. وذلك لأنّ الزائد إن كانت قيمة يوم الاتلاف فلا يستحقّ الفاسخ مطالبة الزيادة، لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوّض. ولا يقاس بمطالبة قيمة النماءات لو فرض إتلاف من عليه الخيار لها.

وإن كان الزائد قيمة يوم الفسخ، فلا يستحقّ من عليه الخيار مطالبة الزيادة، لكونه مفوّتاً لها على نفسه باتلافه العين.

وإن كان المتلف أجنبيّاً، فضمانه أيضاً ضمان إتلاف مال الغير. ولا يضرّ بخيار ذي الخيار. فإن أمضى البيع فالمتعيّن رجوعه إلى الأجنبيّ ببدل ما أتلفه كلّاً أو بعضاً أو وصفاً. وإن فسخه فله مطالبة ما دفعه من العوض ممّن عليه الخيار.

وهل للمفسوخ عليه الرجوع ببدل التالف إلى صاحبه ـ أعني: ذا

الخيار ـ فقط، أو إلى الأجنبيّ المتلف فقط، أو هو مخيّر في الرجوع إلى أيّ منهما شاء؟ وجوه أظهرها الاوّل، لأنّه مقتضى حقيقة الفسخ، واشتغال ذمّة الفاسخ ببدل التالف، بمعنى صيرورة بدله في ذمّته ملكاً للمالك الأوّل. ولا سلطنة له على المتلف، لأنّه لم يتلف مالاً له حين الاتلاف، بل أتلف ما كان لذي الخيار حينه.

والبدل الثابت في ذمّته لذي الخيار لا يتعيّن للبدليّة عن التالف حين الفسخ، وصيرورته ملكاً للمالك الأوّل في ذمّة المتلف، لوضوح أنّ ما في ذمّة المتلف من جملة ما يملكه ذو الخيار، والفسخ لا يوجب تعيّن بدل التالف للمفسوخ عليه في مال للفاسخ بعينه، وإنّما يقتضي اشتغال ذمّته بالبدل.

فلا يبقى وجه للتخيير ولا لتعيّن رجوعه إلى المتلف. بل المتعيّن رجوعه إلى الفاسخ، ورجوع الفاسخ إلى المتلف.

فإن تساوت القيمتان ـ أي: قيمة يوم التلف ويوم الفسخ ـ فهو. وإن زادت قيمة يوم الفسخ فالزائد للمفسوخ عليه. ولا يستحقّ الفاسخ مطالبة الزائد من المتلف، لعدم اشتغال ذمّة المتلف بالزيادة. وإن زادت قيمة يوم الاتلاف فالزائد لذي الخيار.

ولا مانع من الجمع بين مطالبة ما دفعه من العوض من صاحبه وأخذ الزيادة من المتلف. ولا يلزم منه الجمع بين العوض والمعوّض، لأنّه يتملّك أحدهما من صاحبه والآخر من الأجنبيّ. والمحذور إنّما هو الجمع بينهما بالتملّك من صاحبه.

وحاله كحال ما إذا باع من عليه الخيار ما انتقل إليه من العوض، ثمّ فسخ ذوالخيار، وكانت قيمة ما باعه يوم الفسخ أقلّ من الثمن الّذي استوفاه ممّن باع منه، حيث إنّ استرداد من عليه الخيار ما دفعه من العوض، مع تملّكه زيادة الثمن على ما دفعه من القيمة، لا يكون جمعاً بين العوض والمعوّض. وهو واضح. والله هو الموفّق للصواب.

تسليم المبيع والثمن في زمن الخيار

مسألة: قال العلّامة ﷺ في التذكرة: «لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار. ولو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره. ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده. وله استرداد المدفوع قضيّة للخيار. وقال بعض[1] الشافعيّة: ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع[2]».

وظاهره أنّ الحكم الأوّل عليه إجماع المسلمين، والخلاف إنّما هو في الحكم الثاني من بعض الشافعيّة.

وكيف كان، فالظاهر أنّ هذا الحكم أيضاً ـ على تقدير ثبوته ـ إنّما هو في الخيارات الزمانيّة المتّصلة بالعقد، لا في الخيار المشروط المنفصل عن العقد، ولا في سائر الخيارات، إذ الظاهر عدم الاشكال والخلاف فيها في وجوب التسليم عليهما بمجرّد العقد، وأنّه ليس لهما استرداد ما سلّماه قبل

---

(١) العزيز في شرح الوجيز للرافعي ٨: ٣٢١، المجموع للنووي ٩: ٢٢١، روضة الطالبين للنووي ١: ٤٤٢.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ١٨١.

زمن الخيار أو ظهور شرطه أو تحقّق موضوعه، سواء في ذلك ذوالخيار وغيره. بل ليس لذي الخيار إلا السلطنة على إمضاء العقد وإبقاء ما سلّمه بيد من تسلّمه، أو فسخه واسترداد ما سلّمه، لرجوعه إلى ملكه، وردّ ما تسلّمه، لكونه مال الغير.

وعليه، فتكون هذه المسألة أيضاً ـ كالمسائل الثلاث السابقة ـ متلازمة في النفي والاثبات بحسب المورد، أعني: موارد الخيارات الزمانيّة المتّصلة بالعقد، وهي خيار المجلس والحيوان والشرط إن كان زمان الشرط متّصلاً بالعقد.

فنقول:

ربما يقال: إنّه لا يجب عليهما التسليم. ولو تبرّع به أحدهما فله استرداده. ولا يجبر الآخر على التسليم. ولا يبطل خيار ذي الخيار بتبرّعه بالدفع. كلّ ذلك لعدم حصول الملكيّة إلا بعد انقضاء زمن الخيار.

وفيه: إنّ ذلك حقّ وعلى طبق القاعدة لو سلّم ذلك المبنى، إذ لاوجه لوجوب دفع المالك ماله إلى غيره، ولا لعدم سلطنته على استرداده لو تبرّع بدفعه. ولكنّه باطل، لبطلان المبنى على المشهور.

وربما يقال: إنّه لا يجب التسليم على ذي الخيار بمجرّد العقد، لسلطنته على إعدام موضوع وجوب التسليم بفسخ العقد وحلّه. فله فسخ العقد لكي لا يسلّمه، أو إمضاؤه فيجب عليه التسليم. وحيث إنّ هذا التخيير ثابت مستمرّاً إلى أن ينقضي زمن الخيار، فصحّ أن يقال: إنّه لايجب عليه التسليم ما لم ينقض زمن الخيار. فلا يجب عليه أحد

الأمرين بمجرّد تماميّة العقد، بل له أن لا يفسخ ولا يمضي.

وحيث إنّ تسليم الآخر ـ أعني: من لا خيار له ـ أيضاً لا يجب إلّا مع تسلّم ما انتقل إليه، إذ التسليم من الشروط الضمنيّة في المعاوضات، المرتكزة في أذهان العقلاء. فكلّ منهما متعهّد بالتسليم بشرط تسليم الآخر التزاماً ضمنيّاً. فصحّ أن يقال: إنّه لا يجب التسليم عليهما في زمن الخيار.

وإذا تبرّع أحدهما بالتسليم فله استرداده. ولا يجبر الآخر على التسليم، إذ المتبرّع إن كان غير ذي الخيار، فما لم يتحقّق الإمضاء من ذي الخيار فله أن لا يسلّم العوض الّذي عليه، وما لم يسلّمه فلا حقّ له في حبس ما تسلّمه. وإن كان ذا الخيار، فحيث إنّه لا يبطل خياره بتبرّعه بالتسليم ـ ما لم بقصد إنشاء الإمضاء به ـ فبقاء خياره مستمرّاً يقتضي سلطنته على استرداد ما دفعه، كما كان يقتضي سلطنته على الحبس ابتداءً. ومعه فليس للآخر حبسه. ولا يجبر بدفع العوض الّذي عليه، ما لم يسقط سلطان ذي الخيار على استرداد ما دفعه.

والحاصل: إنّ وجوب التسليم على البائع والمشتري ليس من أحكام مجرّد تحقّق العقد، وصيرورة كلّ عوض ملكاً لمن انتقل إليه. بل هو من أحكام لزوم العقد، إمّا بانقضاء زمن الخيار أو بامضاء العقد فيه.

وبالجملة، لا يجب التسليم على البائع والمشتري مادام تخيير ذي الخيار منهما بين الفسخ والإمضاء باقياً على حاله. وإنّما يجب بلزوم البيع، إمّا بالإمضاء أو بانقضاء الخيار.

وفيه: ـ مضافاً إلى مخالفة ذلك لأذهان المتشرّعة في مثل خيار الحيوان والشرط، ومخالفته لحكمة الارفاق على متملّك الحيوان، لكونه معرضاً لعيوب خفيّة لاتظهر إلّا بالاختبار المتوقّف على التسليم والتسلّم ـ أنّه لا دليل على أنّ وجوب التسليم وسلطنة المتسلّم من الأحكام المعلّقة على لزوم العقد. بل هو من شؤون سلطنة الناس على أموالهم، ما لم يكن هناك حقّ يوجب قصرها. والخيار ليس حقّاً موجباً لقصر هذه السلطنة، إذ ليست حقيقةالخيار السلطنة على عدم ترتيب آثار العقد مع إبقائه وبقائه على حاله. بل هو جواز حقّي فيالعقد،بمعنى السلطنة على حلّه من حيث الاستدامة فقط. ولامساس له بالسلطنة على عدم ترتيب آثاره ما لم‌ينحلّ.

وبالجملة، يجب على من له الخيار الوفاء بالعقد، بترتيب آثاره حدوثاً وبقاءً ما لم يفسخ. ولا يجب الوفاء به، بمعنى أنّه لا يجب عليه إبقاؤه، بل له السلطنة على فسخه. ولا تنافي بين الأمرين أبداً.

ولازم ذلك تخيير ذي الخيار بين الفسخ والإمضاء من حين العقد مستمرّاً إلى أن ينقضي الخيار، قضاءً لحقّ الخيار. مع وجوب التسليم عليهما ما لم يتحقّق الفسخ، قضاءً لسلطنة الناس على أموالهم، وعدم سلطنتهم على مال الغير، بحبسه ومنع المالك من الانتفاع به انتفاعاً لا يمنع من ردّ العين على تقدير الفسخ.

هذا محصّل ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره[1] في المقام.

---

(١) المكاسب ٦: ١٨٧ ـ ١٨٨.

ولا يجدي في دفعه ما أفاده الأستاد[١] العلّامة قدس سره من أنّ مقتضى عدم وجوب الوفاء بالعقد على ذي الخيار من حيث مضمونه المطابقي عدم وجوب وفائه أيضاً بمدلوله الالتزامي، أعني: التسليم الّذي هو من الشروط الضمنيّة المرتكزة. ولازم عدم وجوبه عليه عدم وجوبه على من لا خيار له أيضاً، لاشتراط تسليمه بتسليم ما انتقل إليه ضمنيّاً. وأنّ المال إنّما يصير ملكاً لمن انتقل إليه، ولكن بقصر السلطنة على التسلّم من أوّل الأمر، بمقتضى ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء.

وقد عرفت فساد ما أفاده قدس سره جدّاً.

هذا، وربما يقال: إنّه يجب على ذي الخيار أحد أمور ثلاثة: إمّا فسخ العقد، أو إمضاؤه، أو إبقاء خياره. فلا يجب التسليم عليهما في الأوّل. ويجب في الثاني. وفي الثالث أيضاً يجب التسليم عليهما، ولكن لذي الخيار الاسترداد على تقدير الفسخ فقط، فيكون للآخر أيضاً ذلك.

وهذا حقّ لا محيص عنه. ولا سبيل إلى القول بخلافه إلا بتحقّق إجماع تعبّدي في المسألة، وهو مظنّة الريبة جدّاً. فعليك بالتأمّل والتتبّع، ومن الله التوفيق والتأييد.

---

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

لا يسقط الخيار بتلف العين

مسألة: قد كرّرنا في المباحث السابقة إيضاح أنّ الخيار ـ بمعنى الجواز الحقّي في العقد ـ لا معنى له إلا السلطنة على حلّ العقد ـ الّذي انعقد بالاعتبار ـ حلّاً اعتباريّاً. وهذا المعنى لا يتصوّر تعلّقه إلّا بالعقد. ولا يتصوّر لتعلّقه بأحد العوضين ابتداءً معنى معقول محصّل. نعم، ما يتعلّق بنفس العين إنّما هو السلطنة على تملّكها ابتداءً، كما في الهبة مثلاً. وهو الجواز الحكمي المتعلّق بالمال، ولا ربط له بالخيار.

وحيث إنّ المرتكز في أذهان العقلاء انعقاد مضمون العقد انعقاداً اعتباريّاً، بمعنى التبادل بين العوضين من حيث مملوكيّتهما بجهاتها الثلاث، أعني: الخصوصيّة الشخصيّة والنوعيّة والماليّة الموجودة بوجود واحد. فلا محيص عن كون فسخ العقد وحلّه بالاعتبار إرجاعاً لكلّ منهما إلى مالكه الأصلي بجهاته الثلاث إن أمكن، وبخصوصيّته النوعيّة في فرض تلف العين في المثليّات، وبمقدار ماليّته في ضمن نوع آخر من الأموال في القيميّات. كلّ ذلك لعدم إمكان إرجاع المعدوم إلى مالكه

الأوّل. فلا محيص عن اشتغال ذمّة من تلف المال بيده ببدله، ويكون هو العائد إلى الأوّل في مقابل ما خرج عن ملكه بالفسخ.

وعليه، فلا يتقوّم الخيار ـ بحقيقته العرفيّة ـ ببقاء العين بخصوصيّته الشخصيّة.فمقتضى إطلاق دليل كلّ خيار ثبت في البيع بتعبّد شرعي ـ كما في خيار المجلس والحيوان والغبن وغير ذلك ـ بقاؤه وعدم سقوطه بتلف العين، ما لم يقم دليل على تقييده في مورد خاصّ ببقائه، كما في خيار العيب، حيث إنّه أنيط في أدلّته بقيام المال بعينه، بحيث يسقطه التغيّر فضلاً عن التلف. وكذلك إطلاق شرط الخيار يقتضي بقاءه، سواء بقي المال أم تلف، ما لم يصرّح بالتقييد ببقاء العين، أو يفهم ذلك بقرائن الأحوال.

وهذا أمر يختلف بحسب اختلاف الأموال والأشخاص والأحوال. فربما يجعل البائع الخيار لنفسه بشرط ردّ مثل الثمن، لشدّة ولعه بالمبيع، ولو كان بيعه بثمن المثل أو بأزيد منه. وقد يصرّح ـ أو يفهم ذلك بالقرينة ـ بأنّ شرط الخيار مقدّمة لاسترداد العين، فيكون الخيار باقياً ما دامت العين باقية. وربما يبيع ماله بأقلّ من ثمن المثل، لحاجته إلى ذلك المقدار، مع عدم وجود باذل ثمن المثل فعلاً، فيبيع بالأقلّ بشرط الخيار مطلقاً، سواء بقي المبيع أم لا.

وبالجملة، لا يمكن تعيين ضابط لذلك أزيد ممّا ذكرنا. والله هو العالم.

العوضان في ضمان من بيده بعد الفسخ

مسألة: لو فسخ ذوالخيار فالعين في يده مضمونة. وكذا صاحبه، أي:

أنّ المال في يد كلّ منهما مضمون عليه بعد الفسخ بضمان اليد بمقتضى عموم «على اليد» حيث إنّه لم يخرج عن العموم إلا التسليط المجّاني من المالك ـ أي: الاستيمان المالكي ـ أو الاستيمان الشرعي، والأمران منتفيان في المقام.

أمّا الأوّل فلأنّ المفروض تسليط كلّ منهماصاحبهعلى ماله بالتضمين المعاوضي لا مجّاناً. ولم يتجدّد بعد الفسخ تسليط مجّاني بالاستيداع أو التوكيل في الحفظ. بل يجب على كلّ منهما إيصال ما بيده إلى مالكه.

وأمّا الثاني فلما عرفت من أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم وجوب ردّ مال الغير إليه، سواء في ذلك الابتداء والاستدامة. فليس هو مكلّفاً شرعاً بالحبس والحفظ، بل مكلّف بالردّ والايصال في كلّ مال بحسبه، ولو بالاعلام بالفسخ والتمكين من الردّ. فتكون حال ما بعد الفسخ كحال ما قبل العقد في المقبوض بالسوم حذواً بحذو.

ولاوجهلدعوى كون جعل خيار الشرط أو العلمبكونه مجعولاً شرعاً، مستلزماً لتوكيل كلّ منهما صاحبه في حفظ ماله على تقدير الفسخ.

كما لا وجه لدعوى كون جعل الخيار شرعاً أو إمضاء ما جعله المتعاقدان، مستلزماً لحكم الشارع بوجوب حفظ كلّ منهما مال صاحبه بعد الفسخ. بل ليس هناك إلا حرمة الاتلاف ووجوب الردّ والايصال، وهذا غير الاستيمان المالكي أو الشرعي. فعليك بالتأمّل، والله هو الموفّق والمسدّد.

الكلام في النقد والنسيئة

الكلام في النقد والنسيئة

مسألة: العوضان في البيع إمّا أن يكونا كلّيين في الذمّة، أو شخصيّين، أو بالاختلاف. وعلى التقادير الثلاثة: إما أن يكونا حالّين، أو مؤجّلين، أو بالاختلاف.

والتأجيل في أحد العوضين الشخصيّين أو كليهما لا يوجب تنوّع العوض. بل العوض هو نفس العين الشخصيّة. ومآل تأجيله إلى شرط التأخير في التسليم لناقله أو لمن انتقل إليه أو لهما.

هذا، والتأجيل في المبيع المعيّن ليس من السلف. كما أنّ التأجيل في الثمن المعيّن ليس من النسيئة، ولا يترتّب عليه أحكامها. كما أنّ التأجيل في كليهما ليس من بيع الكالئ بالكالئ، ولا يترتّب عليه حكمه، أعني: البطلان.

فالتأجيل الّذي هو محلّ الكلام، وينقسم بأقسام، وتختلف أحكامها، إنّما هو التأجيل في خصوص الكلّي.

فإن كان العوضان كلاهما شخصيّين، أو كلّيين، أو أحدهما شخصيّاً

والآخر كلّياً، ولكن بلا تأجيل في الكلّي ـ سواء كان هو المبيع أم الثمن ـ فهو من بيع الحالّ بالحالّ.

وإن كان المبيع كلّياً مؤجّلاً ـ سواء كان الثمن شخصيّاً أم كلّياً حالّاً ـ فهو السلف.

وإن كان الثمن كلّياً مؤجّلاً ـ سواء كان المبيع شخصيّاً أم كلّياً حالّاً ـ فهو النسيئة.

وإن كانا كلّيين مؤجّلين، فهو بيع الكالئ بالكالئ.

والثلاثة الأول صحيحة بشرائطها، والأخيرة باطلة بالاجماع.

إطلاق العقد يقتضي حلول العوضين

مسألة: إطلاق العقد يقتضي حلول المبيع والثمن. فالنسيئة تفتقر إلى شرط الأجل في الثمن. فإن لم يشترط الأجل فمقتضى حصول النقل والانتقال بمجرّد العقد، وسلطنة الناس على أموالهم، عدم جواز حبسه وعدم تسليمه إلى مالكه مع مطالبته إيّاه. وإنّما يكون للبائع حقّ المطالبة مع تسليمه المبيع أو تمكين المشتري منه.

ويدلّ على الحكم المذكور موثّقة عمّاربن‌موسى عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمّى ثم افترقا، قال: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد»[1].

ولو شرطا النقد في ضمن العقدفالظاهر ـ بحسب المتفاهم العرفي‌منه ـ

(١) الوسائل ١٨: ٣٦ ب «١» من أبواب أحكام العقود ح ٢، عن الكافي ٥: ٤٧٤ ح ١٠.

أنّه يكون تأكيداً لما يقتضيه الاطلاق، لا أنّه يزيد عليه بالالزام والالتزام بتسليم الثمن، سواء طولب به أم لا. وتكون فائدة الشرط ثبوت الخيار للبائع مع التخلّف.

فإن كان الشرط بنحو التأكيد لما يقتضيه الاطلاق، فيتحقّق التخلّف بالتأخير عن أوّل أزمنة إمكان التسليم بعد مطالبة البائع.

وإن كان بنحو إيجاب التسليم ـ سواء طولب به أم لا ـ فإن عيّنا أجلاً خاصّاً للتسليم فيتحقّق التخلّف بالتأخير عنه. وإن أطلقا فيتحقّق التخلّف بالتأخير عن أوّل أزمنة إمكان التسليم بعد مطالبة البائع، سواء طالب أم لا. وذلك لانصراف الاطلاق إلى ذلك.

ويثبت الخيار في جميع هذه الفروض بمجرّد التخلّف، لفوات مطلوب الشارط به. فلا معنى لتوقّف ثبوت الخيار له على عدم إمكان جبره على الوفاء، إذ لا معنى لاجباره على ذلك قبل فوات وقت التسليم. ولا ينفع إجباره على ذلك بعد فواته، لفوات المقصود. فلا تقاس المسألة بمثل شرط خياطة الثوب ونحو ذلك.

جواز اشتراط الأجل في الثمن

مسألة: يجوز اشتراط تأجيل الثمن. فيصحّ البيع ويجب الوفاء بالشرط، بمقتضى عمومات الصحّة ووجوب الوفاء بالعقد والشرط، بلا خلاف ولا إشكال.

ولابدّ من تعيين مدّة التأخير مفهوماً، لابمثل أن يقال: ولك التأخير في

مدّة. ومصداقاً، لا بمثل قدوم الحاجّ ووقت الحصاد والدياس ونحو ذلك.

فلو لم يعيّن كذلك بطل البيع بلا خلاف ولا إشكال ظاهراً، للغرر. كما هو الشأن في عكس المسألة، أعني: بيع السلف.

ولا يضرّ التردّد في المصداق بما يتسامح به عرفاً وعادة، لعدم الغرر في مثله عرفاً. ولعلّه من هذا القبيل شرط الأجل بشهر أو شهور هلاليّة.

ولا فرق في الأجل بين القصير والطويل على المشهور. وخلاف الاسكافي[1] ومنعه من التأخير أزيد من ثلاث سنين ضعيف. وبعض الأخبار[2] المتضمّنة للنهي عن ذلك ظاهرة في إرادة نهي البائع عن ذلك، إرشاداً له إلى ما هو أصلح بحاله واسترباحه.

نعم، لو فرض الافراط في تطويل المدّة بما لا تقضي العادة بقاء المتعاملين ـ بل ورثتهما ـ إلى انقضائها كألف سنة مثلاً، فالظاهر بطلان البيع، لكونه سفهيّاً، وأكل المشتري للمبيع أكلاً للمال بالباطل، حيث إنّه يعدّ ذلك ـ عرفاً ـ بيعاً وشراءً بلاثمن، فتنصرف أدلّة الصّحة والإمضاء عنه.

وحكم الشارع بحلول الدّين على تقدير موت المشتري المديون لايجدي شيئاً، إذ هو فرع صحّة البيع والشراء، وهو فرع كون العقد قابلاً للصحّة عرفاً والإمضاء شرعاً.

نعم، لو كانت مدّة التأخير بمقدار لا تقضي العادة بقاء نفس المتبايعين إلى انقضائها كمائة سنة مثلاً، فالظاهر أنّ المعاوضة لا تكون سفهيّة عند

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ١٣٦.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٣٥ ب «١» من أبواب أحكام العقود ح ١ و٣.

العقلاء. ولا يكون أكل المشتري للمبيع أكلاً للمال بالباطل، حيث إنّه لايعدّ عندهم بيعاً وشراءً بلا ثمن.

إلا أنّه ـ مع ذلك ـ يشكل القول بصحّته من جهتين:

إحداهما: لحوقه بالبيع السفهي وأكل المال بالباطل، لعدم إمكان انتفاع البائع من الثمن.

ولكن يدفع هذا الاشكال:

أوّلاً: بمنع عدم إمكان انتفاعه به، لوضوح صحّة المعاوضة على ما في ذمّة الغير والانتفاع بعوضه بغير البيع، بناءً على عدم جواز بيع الدّين بالحالّ، أو بالبيع أيضاً، بناءً على اختصاص المنع ببيع المؤجّل بالمؤجّل.

وثانياً: بامكان موت المشتري وحلول الدّين به. وهذا القدر يكفي في إمكان انتفاع البائع بالثمن إمكاناً عاديّاً.

الثانية: إنّه إمّا أن يكون المراد من شرط هذه المدّة عدم الحلول، وبقاء حقّ التأخير، وعدم حقّ المطالبة حتّى بعد موت المشتري. فهو شرط مخالف للكتاب والسنّة، وباطل في نفسه.

بل يمكن أن يقال: إنّه مبطل للبيع أيضاً وإن لم نقل بافساد الشرط الفاسد العقد. وذلك لإخلال هذا الشرط ببعض شرائط صحّة البيع، إذ لو بني على بطلان الشرط وكون الثمن نقداً، فهو خلاف ما قصده المتعاقدان. ولو بني على بقاء شرط الأجل بمقدار حياة المشتري، فهو موجب للجهالة والغرر لا محالة.

وإمّا أن يكون المراد شرط المدّة بقدر بقاء المشتري، فهو تأجيل بمدّة

مجهولة، وموجب للغرر المبطل للبيع.

وربما يدفع هذا الاشكال بأنّه لو تمّ فلازمه بطلان البيع حتّى مع تعيين مدّة تقضي العادة بقاء المشتري إلى انقضائها كعشرين سنة مثلاً، حيث إنّ البيان المذكور جارٍ فيه أيضاً حذواً بحذو، لامكان عروض الموت والحكم بالحلول شرعاً.

ولكنّ الدفع ضعيف جدّاً، لأنّ الأجل في مثل ذلك مضبوط لا جهالة فيه. وشرط جواز التأخير إلى انقضائه قابل للامضاء شرعاً، لامكان بقاء المشتري إليه. ومقتضى الاستصحاب بقاؤه إلى حين الانقضاء. ولازم ذلك قصد تمام الأجل، لعدم الحلول فيه شرعاً بمقتضى الاستصحاب.

وهذا بخلاف ما إذا شرط مدّة لا يبقى المشتري إلى انقضائها عادة، فإنّ اشتراط الزائد من مقدار بقائه مخالف للكتاب والسنّة، فيكون فاسداً. ومقدار بقائه الواقعي مجهول،فلايصحّ اشتراطه للجهالة. واستصحاب الحياة فيه وإن كان جارياً لا محالة، إلا أنّ مدّة جريانه ليست مضبوطة ومعيّنة.

فالأظهر بطلان شرط الأجل بما لا يبقى المشتري إلى انقضائه عادة، وإبطاله للبيع.

ثمّ إنّ المعتبر تعيين الأجل بحيث يرتفع معه الغرر والمعرضيّة للتخاصم عرفاً وعادة. ويتحقّق ذلك بتبيّن الأجل ـ مفهوماً ومصداقاً ـ للمتبايعين حين العقد. فلا يكفي إمكان علمهما به بالمحاسبة بعد تحقّق العقد. ولا بمجرّد تعيّنه الواقعي في علم الله، وإلا فلا يبقى مصداق للأجل المجهول الموجب للغرر. ولا بمجرّد تبيّنه نوعاً، كما في مثل النيروز

والمهرجان ونحو ذلك. إذ الجميع مشترك في أنّ البيع معه غرريّ، فيشمله النهي عنه. كما هو الشأن في معاملات الغرباء بالمكائيل والأوزان المتداولة في البلد، الّتي يعرفها نوع أهل البلد مع جهل المتبايعين أو أحدهما بحقيقته، الموجب لدورانها بين القلّة والزيادة بما لا يتسامح به، على ما أوضحناه في شرائط العوضين.

بطلان البيع بثمنين

مسألة: لو باع بثمن حالّاً وبأزيد منه مؤجّلاً. فإن كان المقصود بيعه بالأقلّ على تقدير الوفاء به حالّاً، وبالأكثر على تقدير التأخير في الوفاء، فهو أمر معقول. ولا يتحقّق على فرض صحّته إلا أحد البيعين، لاستحالة اجتماع الشرطين. إلا أنّه تعليق مبطل بالاجماع، فلا يصحّ شيء منهما.

وإن كان المقصود بيعه بالأقلّ على كلّ حال، ولكن بشرط أخذ الزيادة في مقابل الأجل لو أخّر الوفاء. فهو أيضاً أمر معقول، ولكنّه متضمّن لشرط الربا المخالف للكتاب والسنّة، فيبطل لا محالة، ويبطل البيع أيضاً، للغرر.

وإن كان المقصود إنشاء بيعه بأحد الثمنين على البدل ـ أي: إمّا بالناقص المقيّد بأدائه حالّاً، أو بالزائد المقيّد بأدائه مؤجّلاً ـ فهو أيضاً أمر معقول لا محذور فيه. بل لا محذور في بيع أحد المالين بأحد الثمنين بنحو التخيير والبدليّة في المبيع والثمن كليهما.

ولا جهالة في الثمن في محلّ البحث حتّى يعلّل الفساد باعتبار العلم

به بالاجماع، لوضوح أنّ التخيير في الثمن مع تبيّن الثمنين أمر وراء الجهالة به الّتي لا تتصوّر إلا فيما كان للشيء واقع مستور. نعم، في الثمن نحو إبهام أقلّ ممّا في مثل البيع بشيء أو مال ونحو ذلك.

وتعيين الثمن ـ إن أوجب إبهامه الغرر ـ شرط في الصحّة نصّاً وإجماعاً. إنّما الكلام في اشتراط التعيين لو لم يوجب إبهامه الغرر كما في محلّ الكلام. والظاهر تحقّق الاجماع على شرطيّة التعيين، وإبطال الابهام ولو لم يكن موجباً للغرر، حيث إنّ الظاهر الاتّفاق* في محلّ البحث على بطلان البيع، وعدم إمضائه شرعاً وفقاً لما قصدا إنشاءه، بحيث يصحّ البيع ويتخيّر المشتري في أحد الثمنين، على ما اعترف به الشيخ[1] العلّامة قدس سره. وإليه يرجع تعليل من علّل الحكم بلزوم الجهالة. ولا بأس به، وكفى بالاجماع دليلاً في المسألة.

ويدلّ عليه ما رواه في الكافي أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قال: «من ساوم بثمنين أحدهما عاجلاً والآخر نظرة، فليسمّ أحدهما قبل الصفقة[2]». وظاهر الأمر هو الارشاد إلى الشرطيّة في الصحّة كما في نظائر المقام.

ويؤيّده ما ورد من نهيه صلى الله عليه وآله عن شرطين[3] في بيع أو عن بيعين[4] في

(*) نعم، ظاهر المحكيّ عن السيّد في الناصريّات الصحّة والكراهة، بناءً على كون مراده منها معناها المصطلح عليها. وفيه تأمّل (منه قدس سره). راجع الناصريّات: ٣٦٥ مسألة (١٧٢).

(١) المكاسب ٦: ٢٠٩ ـ ٢١٠.

(٢) الكافي ٥: ٢٠٦ ح ١. ورواه عنه في الوسائل ١٨: ٣٦ ـ ٣٧ ب «٢» من أبواب العقود ح ١.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ٣، عن التهذيب ٧: ٢٣١ ح ٢٦.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٧ ـ ٣٨ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ٤، الفقيه ٤: ٨، التهذيب ٧: ٢٣٠ ح ٢٥.

بيع. بناءً على تفسيرهما بذلك، كما يشهد به ما عن الاسكافي[١] والغنية[٢] من أنّه روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لا تحلّ صفقتان في بيعة واحدة». قال: «وذلك أن يقول: إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيئة فبكذا وكذا».

هذا، ولكن في رواية محمّد[٣] بن قيس ورواية السكوني[٤] أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قضى في مثل ذلك بأقلّ الثمنين إلى الأجل الّذي أجّله بنسيئة.

وهما من حيث تضمّنهما عدم وقوع البيع صحيحاً وفقاً لما قصد ـ بحيث يكون المشتري مخيّراً في اختيار أيّ الثمنين شاء ـ منطبقان على ما تقدّم من الاجماع، إلا أنّهما قد تضمّنتا صحّة البيع بالثمن الأقلّ، مع جواز تأخيره إلى الأجل المفروض.

وقد نسب[٥] إلى جماعة[٦] العمل بهما من الحيثيّتين. ولكنّه مشكل جدّاً، إلا بتأويلهما بما إذا قصد البيع بالثمن الأقلّ على كلّ حال، ولكن بشرط الزيادة في مقابل التأجيل، أي: في مقابل إسقاط حقّ المطالبة إلى الأجل المفروض. فيحكم بفساد الشرط، لكونه رباً محرّماً، وصحّة البيع،

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ١٢٢.

(٢) غنية النزوع: ٢١٣. وفيه: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيعتين في بيعة».

(٣) الوسائل ١٨: ٣٦ ـ ٣٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ١، عن الكافي ٥: ٢٠٦ ح ١، والفقيه ٣: ٢٨٣ ح ٤٠٢٢، والتهذيب ٧: ٤٧ ح ١.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ٢، عن التهذيب ٧: ٥٣ ح ٣٠.

(٥) حكاه عنهم صاحب الجواهر، في الجواهر ٢٣: ١٠٣.

(٦) كابن الجنيد حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ١٢٢ ـ ١٢٣، والمفيد في المقنعة: ٥٩٥، والشيخ الطوسي في النهاية: ٣٨٧ ـ ٣٨٨، والسيّد ابن زهرة في غنية النزوع: ٢٣٠.

بدعوى أنّ فساد الشرط لا يوجب الغرر في أصل البيع عرفاً، مع البناء على أنّ فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط. ومع ذلك يحكم بجواز تأخير دفع الثمن إلى الأجل المفروض، لكون الزيادة الباطلة في مقابل إسقاط حقّ المطالبة، إذ المفروض أنّ البائع أسقط حقّه بشرط الزيادة، فقد سقط حقّه، مع عدم وجوب الوفاء بالشرط على المشتري.

ولكنّ الانصاف عدم إمكان التفكيك بين الأمرين، إذ ليست مطالبة البائع بالثمن من الحقوق، بل هي من شؤون سلطنته على ماله، فلا يقبل الاسقاط. وغاية ما هناك التزامه بعدم إعمال سلطنته إلى الأجل المفروض في مقابل الزيادة. ومع عدم سلامتها له ـ لعدم وجوب الوفاء بالشرط على المشتري ـ لا معنى لوجوب الوفاء على البائع بترك إعمال سلطنته.

وبالجملة، الحكم المدلول عليه في الروايتين على خلاف القاعدة من جهات، ويشكل التعويل عليهما في إثباته بمجرّد فتوى جماعة به تعويلاً عليهما، ويشبه أن تكونا متروكتين عند الأصحاب، فنردّ علمهما إلى الله ورسوله ووصيّه صلوات الله عليهما، ونسأل الله التوفيق.

عدم وجوب دفع الثمن المؤجّل قبل حلول أجله

مسألة: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجّل قبل حلول الأجل إجماعاً، إذ هذا معنى شرط الأجل، والتزام البائع بذلك، وجعل حقّ للمشتري في التأخير إلى انقضائه.

ولو تبرّع المشتري بدفع الثمن قبل انقضاء الأجل، فهل يجب على

البائع القبول أم لا؟ نفى الشيخ[١] العلّامة قدس سره الخلاف عن الثاني، بل نقل عن الرياض[٢] الاجماع عليه، وعن جامع المقاصد[٣] ـ في باب السلم ـ نسبة الخلاف إلى بعض العامّة[٤].

ولم أر تعليلاً صحيحاً لهذا الحكم في كلماتهم قدس سرهم لا في المقام ولا في باب السلف.

وما ذكر[٥] من حديث المنّة.

فيه:

أوّلاً: أنّه لاكلّية فيه،بل ربما يكون في قبول البائع له منّة على المشتري.

وثانياً: إنّ مجرّد كونه منّة لا حكم له ما لم تبلغ حدّ العسر والحرج. وهذا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فاللازم التفصيل بحسب الموارد.

وأمّا دعوى كون التأجيل متضمّناً عرفاً لحقّين،أحدهما:للمديون على صاحب الدين، من جواز التأخير. والآخر: لصاحب الدّين على المديون، من حيث كونه ملزماً ببقاء الدين على ذمّته محفوظاً إلى آخر الأجل.

فهي ممنوعة جدّاً في كلا البابين. بل المتعارف الغالب ـ المغروس في الأذهان ـ في البابين جعل الحقّ للمديون فقط، الموجب لالتزام الدائن

---

(١) المكاسب ٦: ٢١٢.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٤٩.

(٤) المجموع للنووي ١٣: ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٥) ذكره العلّامة في تذكرة الفقهاء ١١: ٣٥٣.

عدم إعمال السلطنة على ماله من حيث المطالبة، من دون جعل حقّ له على المديون.بل الظاهر أنّ مآل التأجيل فيالبابين إلى ذلك من دون جعل حقّ للمديون أيضاً في التأخير، بل غاية الأمر جواز تأخيره شرعاً، لعدم كونه اعتداءً على صاحب الدّين، لرضاه ببقائه في ذمّته إلى انقضاء الأجل.

نعم، لو أريد جعل حقّ لصاحب الدَّين على المديون من حيث سلطنته على إبقاء ماله في ذمّته،وعدم سلطنة المديون علىتفريغ ذمّته ما لم يرض صاحب الدين،فلابدّ من التصريح بذلك، وإلّا فالاطلاق لا يقتضي أزيد من رضاه بالبقاء في الذمّة على تقدير عدم إرادة المديون الاسراع في تفريغه.

والتحقيق أن يقال: ليس المراد قطعاً وجوب القبول على صاحب الدَّين تكليفاً، بمعنى مؤاخذته على عدم القبول مع تبرّع المديون بالدفع. بل المراد الوجوب الوضعي، بمعنى سقوط شرطيّة رضاه بقبض المصداق، الموجب لتملّكه إيّاه وتحقّق الوفاء وبراءة ذمّة المديون.

فمعنى وجوب القبول عليه حصول تملّكه للمصداق باقباضه عليه كرهاً. ومعنى عدم وجوبه عليه بقاء شرطيّة كون قبضه للمصداق برضاه في حصول ملكيّته له، وتحقّق الوفاء وبراءة ذمّة المديون. فإن رضي بذلك فهو، وإلا فلا يدخل المصداق في ملكه، بل يبقى في ملك المديون. ولو تلف يكون تالفاً من ماله، وتبقى ذمّته مشغولة بالدين كما كانت.

وحينئذٍ، فان قلنا: إنّ مآل شرط الأجل في أحد العوضين إلى تقييده بصفة خاصّة، هي كون المصداق مدفوعاً بعد انقضاء الأجل، بحيث يكون العقد واقعاً على الكلّي المقيّد بهذا القيد، فالحكم على

طبق القاعدة وفي غاية الوضوح، فإنّ ما يدفعه المديون قبل انقضاء الأجل ليس مصداقاً لذلك الكلّي الّذي وقع عليه العقد. ومن الواضح أنّ لصاحب الدَّين عدم قبول ما ليس مصداقاً للكلّي الّذي له في ذمّة المديون، لعدم كون إقباضه وفاءً بالعقد.

فما يجب على المديون دفعه وفاءً بالعقد ـ ويجب على صاحب الدَّين قبوله وضعاً بالمعنى الّذي عرفت ـ مصداق ذلك الكلّي. وأمّا ما لايكون مصداقاً له، فحيث إنّه لا يكون دفعه وفاءً بالعقد، فلا محالة لا يجب على صاحب الدين أيضاً قبوله، لسلطنته على مطالبة مصداق ما ملكه في ذمّة المديون.

نعم، لو رضي بالمدفوع فعلاً فلا مانع منه، لأنّه يكون رضاً ببدل ما يقبضه بمبادلة جديدة، كما هو الشأن في تحقّق الوفاء برضا صاحب الدين الكلّي بغير ما هو مصداق له بدلاً عنه.

وأمّا بناءً على ما هو الحقّ من أنّ شرط الأجل في أحد العوضين ليس مرجعه إلى التقييد، وجعله متعلّقاً للعقد بذلك القيد، بل مرجعه إلى ما عرفت من الالتزام بالرضا ببقاء ماله في ذمّة المديون، وعدم وجوب الوفاء عليه إلا بعد انقضاء الأجل، مع كون المدفوع مصداقاً لذلك الكلّي على كلّ حال، سواء كان مدفوعاً قبل انقضاء الأجل أم بعده، وأنّ الوفاء يتحقّق في الحالتين باقباض نفس مصداق الكلّي لا باقباض بدله.

فالأصحّ في تعليل الحكم المذكور أن يقال: إنّه لا دليل ولا وجه لسقوط شرطيّة كون قبض صاحب الدَّين للمصداق برضاه. ومجرّد تبرّع

المديون بالدفع عاجلاً لا وجه لكونه موجباً لسقوط تلك الشرطيّة. بل لو رضي بالمدفوع فلا محالة يملكه ويتحقّق الوفاء وتبرأ ذمّة المديون. ولو لم يرض به فالناس مسلّطون على أنفسهم بالأولويّة المستفادة من تسلّطهم على أموالهم. فلا وجه لاجباره على قبض المصداق. ولو قبضه كرهاً فلا يملكه، بل يبقى في ملك المديون. وتبقى ذمّته مشغولة بالدَّين، ويكون تلف ما أقبضه عليه.

هذا حقّ التعليل في المسألة، ولا ينبغي الاشكال فيه جدّاً.

الوجوه المذكورة لعدم سقوط شرط الأجل باسقاط المديون

هذا كلّه في تبرّع المديون بالدفع قبل انقضاء الأجل بدون أن يسقط حقّه في التأخير.وهل له إسقاط حقّه فيالتأخير أم لا؟وعلى تقدير سقوط حقّه باسقاطه، فهل لصاحب الدَّين حقّ المطالبة قبل انقضاء الأجل أم لا؟

والجهتان ـ كماترى ـ غير متلازمتين، لامكان القول بسقوط حقّ المديون باسقاطه ـ بمعنى عدم جواز تأخيره ـ مع القول بعدم جواز مطالبة صاحب الدَّين، لسقوط حقّ مطالبته بمقتضى شرطه في ضمن العقد. ولكن اختلطت الجهتان في كلماتهم قدس سرهم فذكروا ما يناسب أن يكون تعليلاً لاحداهما للأخرى أو لكلتيهما.

وكيف كان، فقد علّلوا الحكم بتعليلات ووجوه فاسدة أو ضعيفة.

الوجه الأوّل: إنّ حقّ التأخير قد اشترط في ضمن العقد اللازم، فلا يقبل الاسقاط.

وفيه: إنّ كلّ شرط يذكر في ضمن العقد اللازم يجب الوفاء به، لكن لا إشكال في جواز إسقاط حقّ الشرط، أيّ شرط كان. كما لا إشكال في جواز إسقاط نفس الأمر المشترط إن كان من الحقوق وقابلاً للاسقاط كالخيار مثلاً.

الوجه الثاني: إنّ مآل شرط الأجل إلى تقييد الثمن ـ مثلاً ـ بكونه مدفوعاً بعد انقضاء الأجل وموصوفاً بهذا الوصف، والأوصاف غير قابلة للاسقاط بنفسها، لعدم استقلالها في التحقّق، بل لابدّ في إسقاطها من إسقاط الموصوف، وهو أصل الدَّين في المقام.

وفيه: إنّ الأوصاف حالها كحال الموصوفات في أنّها غير قابلة للاسقاط، لا بنفسها ولا بتبع موصوفاتها، إن كانت أوصافاً للأعيان الخارجيّة، ككتابة العبد الخاصّ أو جودة الحنطة الخاصّة. وقابلة للاسقاط بنفسها أو بتبع إسقاط الموصوفات إن كانت أوصافاً للديون، أعني: الأعيان الكلّية الثابتة في الذمم. كلّ ذلك واضح لاخفاء فيه.

هذا كلّه بالنظر إلى إسقاط نفس الأعيان الخارجيّة أو الكلّية أو إسقاط أوصافها. وأمّا بالنظر إلى حقّ الشرط ـ في فرض اشتراط وصف خاصّ في العين الشخصيّة أو الكلّية في الذمّة ـ فكونه قابلاً للاسقاط في كلتا الطائفتين ممّا لا ينبغي الاشكال فيه أيضاً.

هذا، مضافاً إلى فساد أصل المبنى من رجوع شرط الأجل إلى تقييد العوض المؤجّل، على ما تقدّم توضيحه.

نعم لو تمّ الوجه المذكور لأنتج عدم قابليّة شرط الأجل للاسقاط من

المديون وصاحب الدَّين. فلا يسقط لو أسقطه المديون. بل لا يجب على المديون الدفع فعلاً، لعدم كونه وفاءً بالعقد. كما لا يجوز مطالبة صاحب الدّين فعلاً، لعدم تملّكه ما يطالبه بالعقد على الفرض.

بل لازمه عدم صحّة التقايل أيضاً في إسقاط شرط الأجل، لأنّ الاقالة تتعلّق بنفس مفاد العقد لا بقيد من قيود أحد العوضين. نعم، قد يتصوّر التقايل بمعنى تراضيهما بدفع ما يكون وفاءً أو بدلاً عن المصداق الواجد للقيد.

الوجه الثالث: إنّ شرط الأجل كما يتضمّن حقّاً للمديون على صاحب الدَّين، كذلك يتضمّن حقّاً لصاحب الدَّين على المديون. فلو أسقط المديون حقّه فغايته سقوط حقّ نفسه، فلا يجوز له التأخير بعد ذلك. وأمّا حقّ صاحب الدّين فهو باقٍ على حاله، ولذا لا يجب عليه القبول فعلاً.

وهذا الوجه ـ كما ترى ـ لو تمّ فإنّما ينتج التفكيك بين الجهتين، وأنّ حقّ المديون قابل للاسقاط، ولكنّه لا يوجب سقوط حقّ صاحب الدَّين، فحقّه باقٍ على حاله ما لم يسقطه بنفسه. فلا يجب عليه القبول فعلاً، ولا يجوز له المطالبة كذلك.

وفيه:

أوّلاً: ما تقدّم إيضاحه من عدم رجوع التأجيل إلى جعل حقّ للمديون ولا لصاحب الدَّين، حتّى يتصوّر إسقاط كلّ منهما حقّه، وعدم التلازم بين سقوط حقّ أحدهما باسقاطه وبين سقوط حقّ الآخر بدونه.

وثانياً: لو سلّم ذلك فغايته عدم التلازم بين سقوط حقّ المديون باسقاطه وبين سقوط حقّ صاحب الدَّين،ولازمهعدم وجوب القبول عليه. وأمّا عدم جواز مطالبته فعلاً مع عدم جواز التأخير للمديون، فليس من آثار بقاء حقّه. ولا ملازمة بين عدم وجوب القبول وعدم جواز المطالبة. بل يمكن القول بعدم وجوب القبول مع جواز المطالبة، على ما هو واضح.

الوجه الرابع: إنّ شرط الأجل مرجعه إلى إسقاط صاحب الدَّين حقّ المطالبة في ضمن العقد. فهناك أمور ثلاثة:

أحدها: جعل حقّ للمديون في التأخير. وهو قابل للاسقاط منه، فلا يجوز له التأخير بعد إسقاط حقّه.

والثاني: حقّ صاحب الدَّين في إبقاء ماله في ذمّة المديون إلى انقضاء الأجل. وهو أيضاً قابل للاسقاط. فلو أسقطه وجب عليه قبول ما يدفعه المديون قبل الأجل.

والثالث: إسقاط صاحب الدَّين حقّ مطالبته في ضمن العقد. وما سقط لا يعود ألبتّة. فاسقاط صاحب الدَّين حقّ إبقائه لا يوجب عود ما أسقطه من حقّ مطالبته. كما أنّ إسقاط المديون حقّ تأخيره أيضاً لا يوجب عود ما أسقطه صاحب الدَّين من حقّ مطالبته. فلو أسقط المديون حقّه فلا يجوز له التأخير. ولكن لا يجب على صاحب الدّين قبوله ما لم يسقط حقّ إبقائه، كما لا يجوز له المطالبة أيضاً.

هذا ملخّص ما أفاده الشيخ العلّامة قدس سره[1] في المقام. ولازمه ـ كما ترى ـ

(١) المكاسب ٦: ٢١٤.

عدم صحّة التقايل بنحوٍ يعود معه حقّ المطالبة، بل غاية الأمر إسقاط الطرفين حقّهما مع بقاء سقوط حقّ المطالبة على ما كان في ضمن العقد، بلا تجدّد سبب موجب لعوده.

ولكن فيه: ما تقدّم إيضاحه من عدم رجوع شرط الأجل إلى جعل حقّ للمديون، ولا لصاحب الدَّين، ولا إلى إسقاط حقّ المطالبة، بعد وضوح أنّ جواز المطالبة من الأحكام لا من الحقوق القابلة للاسقاط.

بل مآل شرط الأجل إلى التزام صاحب الدَّين بعدم إعمال سلطنته في ماله بالمطالبة إلى انقضاء الأجل. ولازمه جواز تأخير المديون الوفاء إلى انقضائه، لعدم حرمة تأخيره إلا من جهة منافاته لسلطنة صاحب الدَّين على إدخال ما ملكه تحت سلطانه، والمفروض قصر هذه السلطنة بمقتضى التزامه بعدم إعمالها.

وعليه، فلاحقّ مجعول في البين في شرط الأجل إلا للمديون فقط، وهو حقّ الشرط. ولم يسقط من صاحب الدَّين حقّ في ضمن العقد حتّى لا يعود. بل هناك إلزام بعدم إعمال السلطنة من المديون، والتزام به من صاحب الدَّين. ولا خفاء في أنّ الحقّ في الشرط للمشروط له فقط. فللمديون إسقاط حقّ شرطه. وبسقوطه لا محالة تعود سلطنة صاحب الدَّين على ما ملكه في ذمّة المديون. فيجوز له مطالبة ماله بمقتضى سلطنة الناس على أموالهم. ومع ذلك لا يجب عليه القبول ما لم يطالبه، لتسلّط الناس على أنفسهم. فلا يملك الدائن ما يدفعه المديون فعلاً ـ بعد إسقاط شرطه ـ إلا إذا قبضه بطيب نفسه، وإلا فيبقى في ملك الدافع،

ويكون تلفه منه.

وملخّص ذلك كلّه: أنّ شرط الأجل حقّ للمديون على صاحب الدَّين. وهو قابل للسقوط باسقاط المديون. فلو أسقطه ودفع المصداق فعلاً، فلا يجب على صاحب الدَّين قبوله ما لم يطالبه، ولكن له أن يطالبه. وإذا طالبه فلا يجوز للمديون التأخير. ولو دفعه حصلت الملكيّة، وتحقّق الوفاء وبراءة الذمّة، بمقتضى قبض صاحب الدَّين بطيب نفسه.

هذا هو الحقّ في تحرير المسألة، ومن الله التوفيق والتأييد والتسديد.

وجوب قبول الدَّين الحالّ على صاحبه

مسألة: إذا كان الثمن ـ بل كلّ دين ـ حالاًّ أو صار حالاًّ بانقضاء الأجل، وجب على صاحبه قبوله لو دفعه المديون إليه. وهل هذا الوجوب تكليفيّ ووضعيّ بحيث يعاقب على امتناعه، أو وضعيّ فقط؟

ظاهر استدلال الشيخ[1] العلّامة قدس سره عليه بأنّه إضرار وظلم على المديون هو الأوّل، وأنّ امتناعه أمر محرّم يعاقب عليه كسائر أنحاء الظلم والاعتداء. فيكون التعبير بالوجوب تسامحاً يراد منه وجوب الترك عقلاً للتخلّص من الحرام.

ولكنّ الظاهر أنّه لا محلّ للحكم التكليفي. أمّا الوجوب فواضح. وأمّا الحرمة فلعدم صدق الظلم والاعتداء على المديون بمجرّد الامتناع من قبض المصداق، الموجب لبقاء ذمّة المديون مشغولة.

---

(١) المكاسب ٦: ٢١٦.

بل الحقّ أنّ الوجوب وضعيّ. ومعناه عدم سلطنته وضعيّاً على إبقاء ذمّة المديون مشغولة بالامتناع من قبض ما يدفعه من المصداق. وذلك لسلطنة الناس على أنفسهم المستفادة من سلطنتهم على أموالهم بالأولويّة. وسلطنة صاحب الدَّين على إبقاء الاشتغال توجب قصر تلك السلطنة وتنافيها. ولازم ذلك سقوط اعتبار كون قبضه للمصداق المدفوع بطيب نفسه ـ في حصول ملكيّته له، وخروجه عن ملك الدافع، وتحقّق الوفاء به ـ لكونه حكماً ضرريّاً على المديون، مرفوعاً بأدلّة نفيه.

وحينئذٍ، فان أمكنه إيصال المال إليه على كره منه فيتحقّق بذلك القبض، ويصير المدفوع ملكاً لصاحب الدَّين. وتلفه منه، ولا يضمنه الدافع، وتبرأ ذمّته من الدّين، لتحقّق الوفاء على الفرض.

وإن لم يمكنه ذلك، لإبائه من التسلّم، فإن أمكنه إجباره عليه فهو المتعيّن. ولا حاجة معه إلى مباشرة الحاكم، بل للمديون ذلك، إذ هذا مقتضى تسلّطه على تفريغ ذمّته، لسقوط اعتبار رضا صاحب الدَّين. ولا وجه معه لسقوط اعتبار مباشرة القبض في حصول الملك. فلا وجه لتسليمه إلى الحاكم، ولا لعزله بلا إقباض.

نعم، لو لم يمكن إجباره على القبض فلا محالة يكون اعتبار مباشرة القبض حكماً ضرريّاً على المديون، فتسقط قيديّتها، وتصل النوبة إلى قبض الحاكم، لكونه وليّ الممتنع. فيتحقّق بدفعه إليه الوفاء وتبرأ الذمّة.

ولو لم يتمكّن من الحاكم فيحتمل لزوم قبض العدول عنه. ولكنّه ضعيف، لعدم ثبوت مثل هذه الولاية لهم. وحينئذٍ فمقتضى القاعدة سقوط

شرطيّة مباشرة قبض صاحب الدَّين أو من له الولاية عليه، لكونها حكماً ضرريّاً على المديون. فله إبقاء المال في ذمّته إلى أن يتمكّن من إقباضه، أو عزله لصاحب الدَّين وفاءً له.

ومقتضى القاعدة خروجه عن ملك المديون وصيرورته ملكاً لصاحب الدَّين. ولا معنى لسقوط حقّه من ذمّة المديون مع عدم تشخّصه في المعزول، لوضوح أنّ سقوط الدَّين من الذمّة لا يكون إلا بالابراء أو الوفاء. والأوّل منتفٍ. والثاني إن تحقّق فهو موجب لمصداقيّة المدفوع للكلّي من حيث مملوكيّته لصاحب الدَّين. وليس هنا حقّ آخر له ليتعلّق بالمعزول مع بقائه في ملك الدافع.

ولا وجه للقول ببقائه على ملك الدافع وصيرورته ملكاً لصاحب الدَّين ـ على تقدير تلفه ـ آناًما قبل تلفه، فيتلف مملوكاً، إذ العزل إن كان محقّقاً للوفاء ـ لسقوط شرطيّة القبض ـ فهو محقّق له من أوّل الأمر، وإن لم يكن محقّقاً له فلا يكون محقّقاً له أبداً. ولا وجه لتقدير تحقّق الوفاء آناًما قبل التلف.

وهل للدافع التصرّف فيما عزله كسائر أمواله؟ الظاهر عدم الجواز، سواء قلنا بصيرورته ملكاً لصاحب الدَّين أم قلنا ببقائه متعلّقاً لحقّه.

نعم، لو قلنا بانتفاء الأمرين، وأنّ ثمرة العزل ـ والبناء على تحقّق الوفاء بالمعزول ـ ليس إلا تحقّقه به على تقدير التلف، لصيرورته ملكاً لصاحب الدَّين آناًما قبله، فلا مانع من تصرّفه فيه، لكونه تصرّفاً في ماله الطلق على الفرض.

وهل يجب على المديون حفظ ما عزله، بمعنى عدم التعدّي والتفريط في حفظه؟

الظاهر ذلك، سواء قلنا بصيرورته ملكاً لصاحب الدين، أم قلنا بصيرورته متعلّقاً لحقّه، أم قلنا بانتفاء كلا الأمرين، وصيرورة المال في معرضيّة الانتقال إلى صاحب الدَّين آناًما قبل تلفه سماويّاً، إذ التعدّي والتفريط في الحفظ إتلاف لمال الغير على التقادير الثلاثة. أمّا على الأوّل فواضح. وأمّا على الثاني فلكونه تسبيباً لسقوط مال صاحب الدَّين من الذمّة بتلف ذلك المصداق.

وهل للمديون الرجوع عمّا نواه من العزل؟ الظاهر عدمه بناءً على الاحتمال الأوّل أو الثاني، والجواز بناءً على الثالث.

وملخّص المقال في حكم العزل: أنّ بقاء شرطيّة قبض صاحب الدَّين في تحقّق الوفاء وبراءة الذمّة حكم ضرريّ، لابدّ من انتفائه بأدلّة نفي الضرر. ولابدّ من صيرورة المعزول ملكاً لصاحب الدَّين، وأمانة شرعيّة عند المديون، يجب عليه حفظه، ولا يجوز له إتلافه أو التعدّي والتفريط فيه.

وحيث إنّ هذا الحكم أيضاً ضرريّ، بل ضرره على المديون أقوى من تضرّره من بقاء الدَّين في ذمّته. فإن قيل بنفيه أيضاً بأدلّة نفي الضرر، فاللازم جواز إبقاء المعزول، وعدم وجوب حفظه، وعدم ضمانه على تقدير التلف. ولكنّه ممّا لا يمكن الالتزام به. فاللازم تخيّر المديون في تحمّل أحد الضررين، إمّا إبقاء المال في ذمّته أو عزله والقيام بحفظه،

بمعنى عدم التعدّي أو التفريط فيه. وهذا هو الأظهر المتعيّن. ولكنّ المسألة لا تخلو عن الاشكال. فعليك بالتأمّل، ومن الله التسديد.

عدم جواز تأجيل الثمن الحالّ

مسألة: لا خلاف ـ على الظاهر من الحدائق[١]، والمصرّح به في غيره[٢] ـ في عدم جواز تأجيل الثمن الحالّ ـ بل مطلق الدَّين الحالّ ـ أو تحديد الأجل ـ في المؤجّل منهما ـ بأزيد منه، لأنّه من الربا. بل ليست حقيقة الربا في القرض عرفاً وشرعاً إلا ذلك.

بل ظاهر بعض الأخبار الواردة في تفسير آية[٣] تحليل البيع وتحريم الربا ـ كالمنقول عن مجمع البيان عن ابن عبّاس رضي الله عنه ـ أنّ مورد نزولها هو الربا في القرض بهذا المعنى، وأنّه «كان الرجل منهم إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه له: زدني في الأجل وأزيدك في المال، فيتراضيان عليه ويعملان به، فاذا قيل لهم هذا ربا قالوا: هما سواء، يعنون بذلك أنّ الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء، فذمّهم الله به، وألحق الوعيد بهم، وخطّأهم في ذلك بقوله: ﴿وأحَلّ اللهُ البَيْعَ وحرّم الرِّبا﴾[٤].

وبالجملة، فهو من أوضح مصاديق الربا عرفاً وشرعاً، فتدلّ على

---

(١) الحدائق الناضرة ١٩: ١٣٤.

(٢) كما في السرائر ٢: ٢٨٩، جواهر الكلام ٢٣: ١٢٠ ـ ١٢١.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) مجمع البيان ٢: ٦٧٠ ذيل الآية: ٢٧٥ من سورة البقرة.

حرمته الآية الكريمة وسائر الاطلاقات الناهية عن الربا.

ويدلّ عليه أيضاً مفهوم التعليل ـ مع الاستشهاد بذيل آية الربا ـ فيما رواه ابن أبي عمير في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمّى، فيأتيه غريمه فيقول: انقدني كذا وكذا وأضع عنك بقيّته، أو يقول: انقدني بعضه وأمدّ لك في الأجل فيما بقي عليك، قال: لا أرى به بأساً، إنّه لم يزدد على رأس ماله، قال الله عزّوجلّ: ﴿فلكم رؤس أموالكم لاتظلمون ولا تظلمون﴾[1].

ويدلّ عليه أيضاً من الأخبار[2] ما ورد في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدَّين بزيادة، باشتراط التأخير في ضمن معاوضة مشتملة على المحاباة غير مقصودة بالأصالة، بل للتوصّل إلى أخذ زيادة من الغريم في مقابل تأجيل الدَّين بدون الابتلاء بالربا، إذ لو كان أخذ الزيادة في مقابل التأجيل ابتداءً جائزاً، لما كانت هناك حاجة إلى أمثال هذه الحيل الّتي قد وقعوا عليهم السلام في بعضها[3] مورداً لطعن العامّة. وهذه الأخبار كثيرة لا حاجة إلى نقلها.

وربما يؤيّد الحكم ـ بل يدلّ عليه ـ بعض الأخبار الواردة في باب الدَّين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدَّين شيئاً مخافة أن يطالبه الغريم بدينه، كما في موثّقة إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته

---

(١) الوسائل ١٨: ٤٤٨ ب «٧» من أبواب كتاب الصلح ح ١، عن الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٤. والآية في سورة البقرة: ٢٧٩.

(٢) راجع الوسائل ١٨: ٥٥ ب «٩» من أبواب أحكام العقود ح ٤، ٥، ٦.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ١٧٨ ب «٦» من أبواب الصرف ح ١، ٢.

عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً، فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً[١]». وقريب منه موثّقته[٢] الأخرى عن أبي إبراهيم عليه السلام.

ثمّ إنّه لا فرق في حكم المسألة بين ما إذا كانت مقابلة الزيادة بالتأجيل بعنوان المصالحة أو بمجرّد المقاولة والاشتراط، إذ هي مصداق للربا على كلّ تقدير، فيشملها الاطلاقات الناهية.

هذا، وقد ظهر لك ممّا تقدّم أنّه لا مانع من التحيّل بأخذ الزيادة بايقاع معاوضة مشتملة على المحاباة، واشتراط الأجل في ضمن تلك المعاوضة، كما دلّت عليه الأخبار المستفيضة.

وظهر أيضاً أنّه لا مانع من الوضيعة في الدَّين بقبض بعضه نقداً، لكونها من الابراء الّذي لا مانع منه كلّاً أو بعضاً. وليست من معاوضة الزائد بالناقص، على ما هو واضح.

وكذلك لا مانع من قبض البعض وتحديد الأجل في الباقي، إذ هو من إسقاط حقّ المطالبة، بمعنى أنّه التزام بعدم المطالبة، وله ذلك بمقتضى تسلّطه على ماله. وليس من مقابلة الأجل بمال من المديون، على ما هو واضح.

---

(١) الوسائل ١٨: ٣٥٤ ب «١٩» من أبواب الدَّين ح ٣، عن الكافي ٥: ١٠٣ ح ٣، والتهذيب ٦: ١٩١ ـ ١٩٢ ح ٣٩.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٥٧ ب «١٩» من أبواب الدَّين ح ١٣، عن الفقيه ٣: ٢٨٤ ح ٤٠٢٧، والاستبصار ٣: ١٠ ـ ١١ ح ٨، والتهذيب ٦: ٢٠٥ ح ٢١.

وقد دلّ على الحكمين ما تقدّم[١] من رواية ابن أبي عمير. وهو على طبق القاعدة.

بيع المشتري ما ابتاعه نسيئةً

مسألة: إذا اشترى عيناً شخصيّة بثمن مؤجّل جاز بيعها من بائعها وغيره، قبل حلول الأجل وبعده، بجنس الثمن وغيره، مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً عنه، حالاًّ أو مؤجّلاً. إلا إذا شرط أحد المتبايعين على الآخر بيعه أو شراءه منه بمعاملة جديدة.

أمّا الحكم الأول فلا خلاف فيه إلا من الشيخ[٢] في بعض صور المسألة، وهو ما إذا باعه بعد حلول الأجل من البائع بجنس الثمن ناقصاً، فحكم بعدم صحّته. وعن الشهيد قدس سره[٣]: أنّه تبعه في ذلك جماعة[٤].

والأقوى هو المشهور، للعمومات[٥] والاطلاقات الدالّة على صحّة البيع وتسلّط الناس[٦] على أموالهم. وليس هنا ما يوجب تخصيصها أو تقييدها. وللنصوص[٧] المستفيضة المشتملة على الصحاح وغيرها،

---

(١) في ص: ٨٦٣.

(٢) النهاية: ٣٨٨، التهذيب ٧: ٣٣ ب «٣» ذيل ح ٢٥، الاستبصار ٣: ٧٧ ب «٤٨» ذيل ح ٢.

(٣) غاية المراد ٢: ٨٠.

(٤) قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة (الطبعة القديمة ٤: ٤٣٤) بعد نقل كلام الشهيد: «ولم نظفر بهم».

(٥) كقوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾ البقرة: ٢٧٥. و﴿أوفوا بالعقود﴾ المائدة: ١.

(٦) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

(٧) راجع الوسائل ١٨: ٤٠ و ٤٣ ب «٥» و «٦» من أبواب أحكام العقود.

الواردة في خصوص البيع من البائع. مع ظهور أكثرها في البيع بجنس الثمن. وظهور بعضها في البيع بالمساوي، وبعضها في البيع بالنقيصة. وظهور بعضها في البيع نقداً والشراء نسيئة. وظهور بعضها ـ بملاحظة ترك الاستفصال فيه ـ في العموم والاطلاق بالنظر إلى هذه الخصوصيّات، وهو صحيحة بشّار[١] بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام.

ما يمكن أن يستدلّ به للشيخ قدس سره

وما يصلح أن يكون مستنداً للشيخ قدس سره روايات.

منها: رواية خالد بن الحجّاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمّى، فلمّا جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره منّي، فقال: لا تشتره منه، فإنّه لاخير فيه»[٢].

ولا دلالة فيها بوجه على مذهب الشيخ قدس سره، إذ لا ظهور فيها في كون الطعام هوالّذي اشتراه منه. بل ظاهر تنوين التنكير يأبى عن إرادة ذلك.

ثمّ إنّه لا دلالة فيها على كون الشراء الثاني بنقيصة عن الثمن الأوّل أو بزيادة. ومجرّد تناسب كون البيع الثاني بنقيصة ـ نظراً إلى عدم التمكّن من أداء الدَّين، وتوقّف أدائه على بيعه ولو بنقيصة ـ لايوجب الظهور في ذلك.

---

(١) الوسائل ١٨: ٤١ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٣، عن الكافي ٥: ٢٠٨ ح ٤، والتهذيب ٧: ٤٧ ـ ٤٨ ح ٤.

(٢) الوسائل ١٨: ٣١١ ـ ٣١٢ ب «١٢» من أبواب السلف ح ٣، عن الاستبصار ٣: ٧٦ ـ ٧٧ ح ١، والتهذيب ٧: ٣٣ ح ٢٥.

وعلى تقدير تسليم كلّ ذلك، فقوله عليه السلام: «لا خير فيه» يوجب قوّة ظهور النهي في الكراهة، فلا دلالة فيها على الحرمة فضلاً عن الفساد.

وبالجملة، ظاهر الرواية أنّ النهي فيها إرشاد إلى كراهة مطالبة الدَّين، لأنّ الظاهر أنّ المشتري إنّما اشترى الطعام لمؤنته، وقد اضطرّ إلى بيعه، لعدم تمكّنه من أداء ثمنه، والشراء في مثله لا يخلو عن كونه في معرض عدم الخير والبركة، فالأولى ترك المطالبة والانظار إلى الميسرة.

ومنها: رواية عبدالصمد بن بشير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سأله محمد بن قاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل، فأجيء وقد تغيّر الطعام من سعره، فيقول: ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال: أفهم ـ أصلحك الله ـ أنّه طعامي الّذي اشتراه منّي، قال: لا تأخذ منه حتّى يبيعه ويعطيك، قال: أرغم الله أنفي رخّص لي فرددت عليه فشدّد عليّ»[1].

وظاهرها فرض تغيّر سعر الطعام بالزيادة، حيث إنّ ظاهره التمكّن من أداء تمام الثمن ببيعه، وهو لا يكون إلا في فرض ارتفاع السعر، وإلا فلا يمكنه إلا إعطاء بعض الثمن ما لم ينضمّ إلى طعام البائع الأوّل طعام آخر، كما هو ظاهر السؤال.

وتوضيح ذلك: أنّه إن كان المفروض ارتفاع السعر وصيرورة قيمة الوزنة المشتراة بعشرة عشرين، فما يشتريه البائع من المشتري بالعشرة

---

(١) الوسائل ١٨: ٣١٢ ب «١٢» من أبواب السلف ح ٥، عن الفقيه ٣: ٢٠٧ ـ ٢٠٨ ح ٣٧٧٧، والتهذيب ٧: ٣٥ ح ٣٣، والاستبصار ٣: ٧٧ ح ٣.

ـ بسعر اليوم ـ نصف الوزنة، فكأنّه قد باع البائع وزنة الطعام بنصف وزنة.

وإن كان المفروض انخفاض السعر وصيرورة قيمة الوزنة المشتراة بعشرين عشرة، فما يشتري البائع طعامه به هي العشرة، فيبقى من الثمن نصفه، وهو خلاف ظاهر الرواية.

وإن كان المفروض شراءه طعامه مع غيره، فما يشتريه بعشرين هي الوزنتان،فكأنّه باع وزنة من الطعام بوزنتين منه.ولكنّه خلاف ظاهرالرواية.

وبالجملة، ظاهر الرواية فرض ارتفاع السعر، ولكن لا يمكن أن يكون مناط النهي ما ذكرناه من كون النتيجة بيع وزنة بنصف وزنة، إذ هذا لايفرّق فيه بين أن يكون ما يشتريه عين طعامه الّذي باعه منه أو غيره. فلابدّ أن يكون مناط النهي مجرّد كون ما يشتريه من المشتري عين ما باعه منه، من دون دخل في ذلك لتغيّر السعر. فاللازم عدم جواز شراء عين ما باعه مطلقا أو بجنس ذلك الثمن، سواء كان مساوياً لسعر اليوم أم زائداً عليه أم ناقصاً عنه. وهو لا ينطبق على مذهب الشيخ.

وعلى كلّ حال، فالرواية ـ سواء كان الحكم المفاد فيها منطبقاً على مذهب الشيخ أم لا ـ لا تصلح لتقييد المطلقات وتخصيص العمومات، ولا للمعارضة مع النصوص المتقدّمة، مع ما في سندها من الضعف وعدم العمل الجابر له، فلابدّ من طرحها أو حملها على الكراهة.

ومنها: رواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أيأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قوّمه دراهم فسد، لأنّ الأصل الّذي اشترى به دراهم، ولا يصلح

دراهم بدراهم»[١].

قال الشيخ في التهذيب: «الّذي أفتي به ما تضمّنه هذا الخبر الأخير، من أنّه إذا كان الّذي أسلف فيه دراهم لم يجز له أن يبيع عليه بدراهم، لأنّه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زيادة أو نقصان، وذلك ربا»[٢].

وكأنّه قدس سره يقول في المسألة المبحوث عنها: إذا باعه طعاماً نسيئة بدراهم ـ مثلاً ـ لا يجوز له أن يشتري منه طعاماً بتلك الدراهم الّتي عليه، لأنّه يكون قد اشترى طعاماً بطعام أو باع طعاماً بطعام، وربما اشتمل على زيادة أو نقصان، وذلك ربا.

ولكن لا يخفى عليك أنّ مفاد الرواية على هذا قاعدة كلّية أخرى محصّلها: أنّه لا يجوز للمشتري أن يبيع المبيع من البائع بجنس الثمن الّذي دفعه إليه إن كان ربويّاً كالدراهم، لكونه في معرض الزيادة والنقصان الموجب للربا.

ومن الواضح أنّه لم تقع معاوضة ابتدائيّة بين الدراهم والدراهم، وإنّما وقعت أوّلاً بين الدراهم والمبيع، بخروج الأولى عن ملك المشتري الأوّل ودخول الثاني فى ملكه. ووقعت ثانياً بينها وبينه، بدخول الأولى في ملك المشتري الأوّل وخروج المبيع عن ملكه. فلا تكون مبادلة دراهم بدراهم

---

(١) الوسائل ١٨: ٣٠٨ ب «١١» من أبواب السلف ح ١٢، عن التهذيب ٧: ٣٠ ح ١٧، والاستبصار ٣: ٧٤ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٠ ـ ٣١ ذيل الحديث ١٧.

إلّا بالعناية والتنزيل، من حيث الاشتراك في النتيجة.

وهذا ـ كماترى ـ لا يفرّق فيه بين أن يكون المبيع شخصيّاً أو كلّياً، حالّاً أو مؤجّلاً، قبل حلول الأجل أو بعده. كما لا يفرّق بين أن يبيعه من بائعه أو من غيره. ولا بين أن يكون الثمن في إحدى المعاوضتين مساوياً معه في الأخرى أو زائداً عليه أو ناقصاً عنه، لأنّ المفروض إطلاق الرواية من هذه الجهة، الموجب لكون لزوم الربا أحياناً قد لوحظ حكمة للحكم لا علّة وموضوعاً. كما لا يفرّق بين أن يكون الثمن في الثانية عينه في الأولى أو غيره ومن جنسه. كلّ ذلك لاطلاق الرواية.

ولازم تعميم الحكم لعكس المسألة ـ أعني: ما لو باع الطعام نسيئة بدراهم، وأراد أخذ الطعام بدل دراهمه، وكأنّه باع الطعام بالطعام ـ عموم الحكم من الجهات المذكورة. وهو لا ينطبق على الحكم الخاصّ الّذي يظهر من الشيخ قدس سره في نهايته[1]. بل لو فرض التقييد من بعض هذه الجهات ـ لكون المفروض في الرواية خاصّاً ـ يبقى العموم والاطلاق على حاله من الجهات الباقية.

والتحقيق: أنّ الرواية لا تصلح لمعارضة الأدلّة المتقدّمة، ولا لتخصيص العمومات والاطلاقات ـ سواء كان الحكم المفاد فيها قاعدة خاصّة أم عامّة ـ لضعف سندها، وشذوذ مضمونها والعامل بها، وإعراض المعظم عنها. فلابدّ من طرحها أو حملها على ضرب من الكراهة.

هذا، وأمّا الحكم الثاني ـ أعني: بطلان البيع الأوّل، وبطلان الثاني

---

(١) النهاية: ٣٨٨.

بتبعه، في صورة اشتراط البيع الثاني في الأوّل ـ فهو المشهور عندهم قدس سرهم.

وقد استدلّوا له: بلزوم الدور، وبانتفاء قصد البيع حقيقة مع ذلك الاشتراط.

وقد تعرّضنا لذلك في مباحث الشروط ـ في شرائط صحّة الشرط ـ وأجبنا عن هذين الوجهين نقضاً وحلّاً، ولا حاجة إلى الاعادة.

واستدلّوا أيضاً برواية الحسين بن منذر قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة، فأشتري له المتاع مرابحة، ثمّ أبيعه إيّاه، ثمّ أشتريه منه مكاني، قال: فقال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس[1]».

ونحوها خبر عليّ[2] بن جعفر عن أخيه عليه السلام.

والظاهر استناد الأصحاب إليهما والعمل بهما. والاستدلالات الأخر إنّما صدرت من بعضهم تأييداً لهما، وتوجيهاً للوجه المقتضي للحكم المفاد فيهما. فلا يبعد انجبار سندهما بذلك.

والمناقشة في دلالتهما بكونها بالمفهوم ضعيفة جدّاً.

كما أنّ المناقشة فيهما باحتمال إرادة الكراهة، أو مجرّد الحرمة التكليفيّة في هذا الاشتراط، من لفظ «البأس» مع صحّة البيعين ولزوم الشرط، أيضاً ضعيفة جدّاً، لظهور البأس ـ في أمثال هذه المقامات ـ في

---

(١) الوسائل ١٨: ٤١ ـ ٤٢ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤، عن الكافي ٥: ٢٠٢ ح ١.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٢ ـ ٤٣ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٦، عن مسائل عليّ بن جعفر: ١٢٧. وإليك نصّ الحديث وفقاً للمصدر الثاني: «وسألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثمّ اشتراه بخمسة دراهم بنقد، قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس».

الحكم الوضعي والارشاد إلى الفساد.

نعم، هنا مناقشة قويّة في دلالتهما، نظراً إلى أنّه لم يحرز كون المراد من البأس الوضعي ـ في المنطوق والمفهوم ـ البأس في البيع الأوّل، حتّى يكون البأس بمعنى الفساد في الثاني بتبع فساد الأوّل، لقوّة احتمال أن يكون المراد البأس في البيع الثاني فقط، وأنّه إن لم يكن هناك شرط فيقع على وجه الرضا وطيب النفس، وأمّا مع الشرط فإنّما يقع وفاءً بالشرط ومكرهاً لأجله لا مع الرضا.

وهذا وإن كان لا يضرّ مع فرض صحّة الشرط، إلا أنّ المقصود الاشارة إلى بطلانه، إمّا لكون المفروض عدم ذكره في متن العقد الأوّل، أو لبطلانه تعبّداً ولو ذكر في متن العقد. فمع بطلان الشرط وعدم وجوب الوفاء به شرعاً، لا محالة يكون البيع الثاني ـ وفاءً للشرط ـ واقعاً كرهاً.

هذا ملخّص ما أفاده الشيخ[1] العلّامة تَيْرُ في تقريب المناقشة.

ولكنّ الانصاف أنّها أيضاً مناقشة ضعيفة، بل تكلّف في تعيين مفاد الرواية، كيف وليس مفادها بيان حكم البيع الخاصّ المفروض وقوعه، وأنّه إن لم يكونا قد اشترطا فقد وقع البيع الثاني على وجه الرضا، فهو صحيح، وإلا فقد وقع كرهاً، نظراً إلى جهلهما بالحكم وزعمهما وجوب الوفاء بمثل هذا الشرط، ولو كانا عالمين بالحكم فربما لم يكونا راضيين بالبيع والشراء.

بل ظاهرها بيان ضابطة كلّية للحكم لينتفع بها العالمون بها بعد ذلك.

---

(١) المكاسب ٦: ٢٣٦ ـ ٢٣٧.

ولو كان المراد بطلان الشرط المذكور لكان اللازم أن يقول عليه السلام: سواء شرطا أم لم يشترطا فهما بالخيار في البيع الثاني، وليس هنا شرط يجب الوفاء به. وهذا خلاف ظاهر الرواية قطعاً، لظهورها في أنّ مناط صحّة البيع الثاني عدم اشتراطه في البيع الأوّل، سواء علما بطلان هذا الشرط أم جهلاه. ومناط فساده اشتراطه فيه، سواء علما فساد هذا الشرط أم جهلاه. وهذا لا يكون إلا لأجل فساد البيع الأوّل، وإلا فمع العلم بفساد الشرط مع صحّة البيع الأوّل في الواقع لا محيص عن صحّة البيع الثاني، لوقوعه من أهله عن طيب نفس.

وبالجملة، دلالة الرواية على ما فهمه المشهور منها ـ من بطلان الشرط، وكونه موجباً لبطلان البيع الأوّل، الموجب لبطلان البيع الثاني ـ قويّة جدّاً.

والانصاف أنّ دلالة رواية عليّ بن جعفر على ما ذكر أوضح من دلالة رواية الحسين بن منذر، لأنّ قوله عليه السلام: «إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس» ظاهر بمفهومه أنّهما إذا اشترطا ـ سواء رضيا أم لم يرضيا ـ ففيه بأس. فعليك بالتأمّل، والله هو الهادي إلى سواء السبيل.

الكلام في القبض

الكلام في القبض يقع في مقامات ثلاثة: في ماهيّته، ووجوبه، والأحكام المترتّبة على تحقّقه وعدمه.

[المقام الأوّل: في ماهيّة القبض]

التحقيق: أنّ القبض لغة وإن كان بمعنى أخذ الشيء باليد، إلا أنّه لا ينبغي الاشكال في عدم إرادة هذا المعنى هنا، لا في المنقولات ولا في غيرها. أمّا الثانية فواضحة. وأمّا الأولى فلوضوح أنّ أكثر الأموال ليس من شأنها أن تؤخذ باليد. مع بداهة أنّ ما هو قابل لذلك أيضاً لا يستطيع كلّ شخص أخذه باليد، لانتفائها أو لعدم القدرة عليه في بعض الناس.

بل المراد من القبض هنا عين المراد من اليد الّتي هي أمارة الملكيّة، والّتي توجب الضمان إن كانت عادية. وهو استيلاء الشخص على المال، وكونه تحت سلطانه وسيطرته. وهذا أمر عرفيّ. ولا خفاء في تشخيص تحقّقاته العرفيّة. فمعناه واحد لا محالة في المنقولات وغيرها. وهو ـ فيهما ـ فعل يقوم بنفس القابض والمستولي.

ولا خفاء في أنّ القبض بهذا المعنى والاقباض ـ بمعنى إيجاد القبض من القابض ـ متضائفان لا ينفكّ أحدهما عن الآخر، كما في الكسر والانكسار والقتل والمقتوليّة، ونحو ذلك من مبادئ الاشتقاق الّتي لها حيثيّة وجود وقيام مع فاعل، وحيثيّة إصدار وإيجاد مع فاعل آخر.

نعم، إنّما يتحقّق هذا التضائف إذا كان المبدأ ـ في عين كونه قائماً بشيء ـ مقدوراً لفاعل آخر من حيث إيجاده وتوليده ذلك الشيء. وهذا لايكون إلّا إذا كان المبدأ من المسبّبات التوليديّة لذلك الفاعل ومقدوراً له بالتسبيب، بحيث تكون له صحّة الاستناد إليه واتّصافه بفاعليّته له.

ولا يكون ذلك إلّا فيما كانت المقدّمة الأخيرة ـ الّتي بيده إيجادها ـ بنفسها جزءاً أخيراً من العلّة التامّة لوجود ذلك المبدأ، بحيث لا يتخلّل بينه وبين وجود ذلك المبدأ إرادة فاعل مختار آخر، وإلّا فلا يكون فعلاً تسبيبيّاً له، ولا يصحّ استناده إليه، بل لا يكون مقدوراً له وصادراً منه ولو بالواسطة.وإنّما المقدور الصادرمنه تلك المقدّمات الّتي بيده اختيار إيجادها.

وفي مثله لا يكون فاعل تلك المقدّمات فاعلاً وموجداً لذلك المبدأ. بل الفاعل الموجد له نفس ذلك الفاعل المختار الّذي يوجده باختياره. فالتضائف يكون بين إيجاد ذلك الفاعل المختار لذلك المبدأ وبين وجوده وقيامه به. وينتفي التضائف لا محالة بين ذلك المبدأ وبين إيجاد الفاعل لتلك المقدّمات الّتي بيده اختيار إيجادها، ويكون التضائف بين إيجاده لها وبين وجودها. على ما هو واضح.

وعليه، فنقول في محلّ الكلام: إنّ استيلاء المستولي على مال حيث

إنّه فعل اختياريّ له، فالتضائف بين القبض بهذا المعنى والاقباض ـ بمعنى إيجاد ذلك الاستيلاء ـ يكون في فعل القابض نفسه لا محالة. ولا يعقل انفكاك أحدهما عن الآخر.

وأمّا بالنسبة إلى ناقل المال، فليس إيجاد ذلك الاستيلاء من المستولي ـ أعني: المنقول إليه ـ مقدوراً له لا مباشرة ولا تسبيباً. فلا يمكن أن يكلّف به، لخروجه عن تحت قدرته. وإنّما يمكن أن يكلّف بايجاد ما هو تحت اختياره، من رفع اليد والاستيلاء عن المال وتخلية السبيل بينه وبين من انتقل إليه. فهذا ما يجب في باب المعاملات والغصب وغير ذلك. والتعبير عن مثله بالاقباض إنّما هو لدخالته في تحقّق القبض من فاعله، لا لكونه بنفسه إيجاداً للقبض من القابض.

وهذا هو الشأن في كلّ أمر يقوم باثنين، بحيث يكون لفعل كلّ منهما مدخل فيه،كما في البيع والشراء، فإنّ ما يجب على البائع إنّما هو الايجاب ـ أعني: التمليك بالعوض ـ وأمّا إيجاد الشراء فهو خارج عن اختياره.

وقد تحصّل: أنّ القبض له معنى واحد في أبواب المعاوضات والوقف والهبة والرهن والغصب وغيرها، في المنقولات وغيرها. وهو استيلاء القابض على المال استيلاءً خارجيّاً،يعبّرعنهعرفاًبكونه تحت يده وسلطانه.

والقبض متضائف بهذا المعنى مع الاقباض بمعناه الحقيقي، بمعنى إيجاد الاستيلاء من المستولي. وهو من أفعال القابِض. ولا يجب بهذا المعنى على المقبض. وإنّما يجب عليه الاقباض بمعنى تخلية السبيل ورفع اليد عن المال، وجعله في معرض استيلاء القابض. فهو في الحقيقة

إيجاد بعض المقدّمات الّتي يتوقّف عليها القبض من القابض، أو بتعبير آخر: رفع الموانع من قبل نفسه عن تحقّق القبض من القابض.

وما يتحقّق به رفع المانع وتخلية السبيل ـ بحيث يصير المال في معرض استيلاء القابض ـ أيضاً أمر عرفيّ يختلف بحسب اختلاف الأموال والموارد.

ومن أوضح مصاديقه في المنقولات وضع المال بين يدي مستحقّه، ولكن لا مطلقا بل فيما يمكنه الاستيلاء عليه. فلا يتحقّق بوضع الحنطة بين يدي مستحقّها مع وجود الريح العاصف، أو وضع اللحم بين يديه مع حضور الهرّة المترصّدة للاختلاس، أو وضع الطير بين يديه مع استعداده للطيران والانفلات. بل لابدّ في أمثالها من وضعها فيما يحرز فيه المال، أو وضعها في مكان محروس مع إخباره بذلك.

ومن هذا الباب اعتبار إعطاء المقود بيد المستحقّ في الدوابّ مثلاً. ومنه اعتبار النقل والاخراج من البيت في أغلب الأموال والأمتعة الّتي لا تصير في معرض استيلاء القابض عرفاً إلا بذلك.

وبالجملة، لابدّ من ملاحظة الموارد، وتشخيص ما يتحقّق به رفع الموانع من قبل المقبض وتخلية السبيل من ناحيته، ولكن بشرط كون المال في معرض استيلاء القابض، بحيث لو لم يستول عليه لكان مستنداً إلى توانيه وتساهله.

هذا بيان حقيقة القبض من القابض، والاقباض بالمعنى الّذي يكون مقدوراً للمقبض ويجب عليه.

وأمّا بعض الأحكام الّتي تناط بتحقّق القبض وعدمه، ككون ضمان المال في باب البيع على ناقله قبل القبض وعلى المنتقل إليه بعده، فهل يناط بتحقّق القبض وعدمه بالمعنى الّذي عرفته، أو يناط بتحقّق الاقباض وعدمه، بالمعنى الّذي يجب على الناقل ويقتضيه إطلاق العقد؟ فهو أمر آخر لابدّ في تشخيصه من ملاحظة أدلّة هذا الحكم. وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

المقام الثاني: في وجوب القبض

مسألة: يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّه الآخر بالبيع والشراء وجوباً تكليفيّاً، بمعنى أنّه يعاقب على حبس ما نقله بلا حقّ، لكونه غصباً وعدواناً محرّماً بالأدلّة الأربعة. ووجوباً وضعيّاً، مقتضاه تسلّط المستحقّ على فسخ المعاملة عند حبسه، وعدم إمكان إجباره على التسليم، إذ هذا مقتضى إطلاق العقد، حيث إنّ المرتكز عند العقلاء إنشاء المبادلة من حيث المملوكيّة، بشرط تسليم ما جعل عوضاً عمّا خرج عن ملكه، ليصير كلّ مال مقام الآخر من حيث المملوكيّة ومن حيث كونه تحت الاستيلاء والسلطنة، فيتمكّن من التصرّف فيه متى شاء وكيف شاء، كما كان له ذلك فيما أخرجه عن ملكه.

فلزوم التسليم واستحقاق التسلّم من الشروط الضمنيّة المرتكزة عند العقلاء. وهو مدلول التزاميّ عرفيّ للعقد، وبمثابة الاشتراط الصريح. وحكمه حكم الشرط المصرّح به في العقد حذواً بحذو.

نعم، ما هو المركوز والمشترط ضمناً ليس التزام كلّ منهما تسليم ما

نقله مطلقا، أي: سواء سلّم الآخر العوض أم لا، بل بشرط بذل الآخر وعدم امتناعه من تسليم العوض. فإنّما يجب الوفاء على كلّ منهما بما التزم به على تقدير وفاء الآخر به.

فالخيار إنّما يثبت لغير الممتنع عن التسليم عند امتناع الآخر عنه لا عن حقّ. وأمّا الممتنع عنه بلاحقّ ـ أي: مع بذل الآخر، بمعنى عدم امتناعه من التسليم ـ فلا خيار له. كما أنّه لا خيار لهما مع امتناعهما من التسليم، وإرادة كلّ منهما تسلّم ما عند الآخر فقط.

وإنّما يثبت الخيار للباذل مع عدم إمكان إجبار الممتنع على البذل، وإلا فلا خيار له. بل يتعيّن عليه إجبار الآخر وتسلّم ما عنده منه وتسليم ما عنده إليه. ومعنى إجباره على التسليم ما عرفت من سقوط اعتبار رضاه، والاستيلاء على المال على كره منه. وهذا ممّا يتسلّط عليه صاحب المال بنفسه مباشرة أو تسبيباً، ولا يرجع أمره إلى الحاكم.

ومن ذلك يظهر أنّه مع امتناعهما عن التسليم فليس لواحد منهما تسلّم ما عند الآخر بدون رضاه. ولكن يسقط اعتبار رضاهما في جواز القبض وصحّته. فيجبرهما الحاكم أو عدول المؤمنين، بل مطلق المكلّفين من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو كانا باذلين وغير ممتنعين عن التسليم، ولكن تنازعا في البدأة به، فربما يقال: إنّ الحقّ في مطالبة البدأة به للمشتري من البائع.

ولكنّه ضعيف جدّاً. بل الأقوى ما عليه الأكثرَ من أنّه لاحقّ لواحد منهما في مطالبة البدأة. فلو تشاحّا وامتنعا عن البدأة أجبرا على التسليم،

وسقط رضاهما عن الاعتبار.

وقد تحصّل أنّ القبض إنّما يصحّ بأحد أمرين: إمّا بتسليم القابض ما عنده ليكون له تسلّم ما عند الآخر ولو بدون رضاه، أو برضا الآخر بتسلّمه ولو مع فرض عدم تسليمه ما عنده. فلو انتفى الأمران ـ بأن امتنع من تسليم ما عنده وتسلّم ما عند الآخر بدون رضاه ـ بطل القبض.

ومعنى بطلانه في العوض الكلّي عدم خروج المقبوض عن ملك مالكه، وعدم صيرورته مصداقاً للكلّي الّذي تملّكه منه القابض. فلا يجوز له التصرّف فيه. وللمالك مطالبته باسترداده ولو بالاجبار. ولو تلف عند القابض فهو مضمون عليه بالمثل أو القيمة بضمان اليد.

ومعنى البطلان في العوض الشخصي كون المأخوذ منه ذا حقّ في استرداده وحبسه حتّى يتسلّم العوض، وكون القابض ممنوعاً من التصرّف فيه بالبيع ونحوه، بناءً على المنع من ذلك في غير المقبوض.

ولو تلف فهل ينفسخ البيع، أو يتلف من مال القابض؟ فيه إشكال، أظهرهما الثاني، على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

ولو أذن في القبض بزعم أنّ القابض لا يمتنع من تسليم ما عنده، فبان امتناعه منه بعد القبض، فالظاهر تحقّق القبض المملّك والمشخّص للعوض الكلّي. ولكنّ الظاهر بقاء حقّ استرداد المأخوذ وحبسه حتّى يتسلّم العوض منه. وكذلك الحال في العوض الشخصي بمناط واحد.

ثمّ إنّه كما يجب التسليم كذلك يجب التسلّم أيضاً في العوض الحالّ أو المؤجّل بعد حلوله، لعدم سلطنة المنقول إليه على الناقل بابقاء ماله

عنده أو في ذمّته. هذا كلّه في العوض الحالّ.

وأمّا المؤجّل فلا يجب تسليمه قبل حلول أجله، إذ هذا معنى شرط الأجل. ولكن يجب تسليم العوض الحالّ بمقتضى إطلاق العقد، بالبيان المتقدّم. بل لو امتنع عن تسليمه فللآخر الخيار في فسخ البيع.

ثمّ لو اتّفق عدم إقباض العوض الحالّ عن تقصير أو لعذر حتّى حلّ أجل المؤجّل، فهل له حبسه حتّى يتسلّم العوض من ناقل العوض المؤجّل؟ أو لهما ذلك كما لو كانا حالّين من أوّل الأمر؟ الظاهر ـ بمقتضى إطلاق العقد والشرط الضمني المرتكز ـ هو الثاني. والتزام ناقل الحالّ بتسليم ما نقله قبل الأجل لا يضرّ بحقّه بعد حلوله. ولكن ظاهر المنقول عن التذكرة[1] هو الأوّل. ولكنّه ـ كما ترى ـ ضعيف جدّاً.

ثمّ إنّه لو ابتدأ أحدهما بتسليم ما عنده أجبر الآخر على التسليم. والظاهر حجره على ما قبضه، وثبوت حقّ الاسترداد لباذله ولو بدون رضاه، إذ الظاهر أنّ اشتراط وجوب تسليم كلّ منهما لما عنده ببذل الآخر لما عنده ـ بالشرط الضمني المرتكز ـ لا يختصّ بالحدوث فقط، بل هو ثابت حدوثاً وبقاءً بالارتكاز.

ثبوت الأجرة في مدّة الحبس

مسألة: لو امتنع أحدهما عن تسليم ما نقله، فان كان الامتناع بحقّ ـ كما لو كان امتناعه لامتناع الآخر من تسليم ما نقله ـ فلا إثم. وإن كان

---

(١) نقله عنها الشيخ الأنصاري في المكاسب ٦: ٢٦٤. وراجع تذكرة الفقهاء ١٠: ١١١.

بلا حقّ فهو إثم على ما عرفت. ونفقة المال على من انتقل إليه، لمالكيّته على التقديرين.

ولو كان للمال منافع، فعليه أجرة مثل المستوفاة منها في مدّة الحبس على التقديرين. وأمّا المنافع الفائتة في مدّة الحبس فالأظهر عدم ضمان أجرتها، على ما أوضحناه في مباحث ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ومباحث الفضولي، فليراجع.

وجوب تفريغ المبيع على البائع

مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله وغيرها في أوّل أزمنة الإمكان، إن كانت مشغوليّته توجب فوات بعض منافعه. وذلك بعين المناط الموجب لأصل التسليم، وهو الاشتراط الضمنيّ الارتكازي، حيث إنّ ما في أذهان العقلاء هو تسليم المال غير مشغول بما يمنع ولو عن بعض انتفاعات المنتقل إليه به. فهما واجبان مستقلّان تكليفاً ووضعاً بالمعنى الّذي قدّمناه، بمقتضى المدلول الالتزامي لاطلاق العقد.

وليس التفريغ شرطاً في صحّة أصل القبض. بل القبض مع تحقّقه مشغولاً صحيح يترتّب عليه أحكامه، من جواز تصرّف القابض بالبيع ونحوه، وانتقال ضمان تلفه إليه وغير ذلك.

ولو تراخى زمان التفريغ، لاحتياجه إلى زمان بحسب العادة. فإن كان المشتري عالماً بالمشغوليّة أو باحتياج التفريغ إلى زمان، فالظاهر أنّه لا خيار له. ولا أجرة لمدّة بقاء المال، لاقدامه على تضرّره، وكون المبيع مسلوب المنفعة في تلك المدّة.

وإن كان جاهلاً بذلك فله الخيار، للتخلّص من ضرر الصبر على المال مسلوب المنفعة.

وهل له الأجرة لمدّة بقاء المال؟ ربما يقال بعدمه، نظراً إلى أنّ الضرر الطارئ من جهة فوات المنفعة يتدارك بالخيار وفسخ العقد، فلا معنى للجمع بين الخيار والأجرة، بحيث يكون له الفسخ واسترداد الثمن أو الإمضاء وأخذ الأجرة.

وفيه: إنّ الخيار ليس لتدارك فوات المنفعة، بل لتدارك ضرر عدم إمكان انتفاع المالك بماله. ومن الواضح أنّ هذا الضرر لا يتدارك بأخذ أجرة المنافع المستوفاة، فلابدّ من تداركه بالخيار، لتخلّف الشرط الضمني على الفرض. ولكنّ المنافع المستوفاة أموال له بتبع مالكيّته للمال، وعلى مستوفيها أجرتها لمالكها على كلا تقديري الإمضاء والفسخ، بناءً على ما هو الحقّ من كون الفسخ من حينه لا من حين العقد.

إلا أن يقال: إنّ هذا من مصاديق ظهور المال معيوباً، من جهة عدم إمكان الانتفاع به في مدّة يعتنى بها، فيثبت للجاهل بذلك خيار العيب، فيتخيّر بين الفسخ واسترداد الثمن أو الإمضاء وأخذ الأرش، وليس ذلك هنا إلا أجرة المثل للمدّة الفائتة. وهذا هو الأظهر.

ومن ذلك يظهر أنّه لو توانى البائع في التفريغ وأخّره مدّة ـ سواء كان المشتري عالماً بالمشغوليّة أم جاهلاً بها ـ فالأظهر ثبوت الخيار للمشتري، واستحقاقه الأجرة على كلا تقديري الفسخ والإمضاء. وبالتأمّل فيما ذكر تظهر الحال في مثل الزرع ونحوه. فعليك بالتأمّل، ومن الله التوفيق والتسديد.

المقام الثالث: في الأحكام المترتّبة على القبض

مسألة: من جملة أحكام القبض المترتّبة على تحقّقه وعدمه: أنّ تلف المبيع قبل قبضه في ضمان البائع ومن ماله، وبعده في ضمان المشتري ومن ماله.

والحكم على إجماله إجماعيّ أصلاً وعكساً، أي: منطوقاً ومفهوماً. نعم، قد خصّص عموم الحكم في المفهوم بقاعدة التلف في زمن الخيار، على ما تقدّم تفصيله.

ويدلّ على الحكمين النبويّ المشهور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه[1]» حيث إنّه يدلّ بمفهوم القيد على الحكم الثاني أيضاً.

وكذلك تدلّ عليهما رواية عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال:

---

(١) عوالي اللئالي ٣: ٢١٢ ح ٦٩، وعنه في مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار ح ١.

من مال صاحب المتاع الّذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتّى يردّ ماله إليه[١]». وقد صرّح فيها بالمفهوم المتضمّن للحكم الثاني.

وهما مفتى بهما، ومعوّل عليهما عند الأصحاب جميعاً. فلا محلّ للمناقشة في سندهما.

والكلام في مقدار مفادهما يقع في جهات:

الجهة الأولى: إنّ الحكم المفاد في المفهوم حكم على طبق القاعدة، حيث إنّ المفروض انتقال المبيع إلى المشتري بمجرّد العقد، ونماؤه له بلا إشكال، والخراج بالضمان. فلا محيص عن كون تلفه بيده منه، حيث إنّه ليس هنا ما يوجب ضمان البائع من اليد أو الاتلاف.

وأمّا الحكم المفاد في المنطوق، فربما يحاول إثبات أنّه أيضاً على طبق القاعدة، وأنّ القول به كان لازماً بمقتضاها، وأنّ الاجماع والروايتين مقرّرات لها، بتقريب أنّ تسليم الناقل لما نقله من العوض من الشروط الضمنيّة، فمآل اشتراط ذلك إلى تقيّد كلّ من العوضين بقيد مقبوضيّته للمنقول إليه. فليس المال بنفسه ممّا وقع عليه العقد، وجعلت المبادلة من حيث المملوكيّة بينه وبين العوض الآخر. بل ما وقع عليه العقد، وصار عوضاً مملوكاً للمنقول إليه، إنّما هو المال بقيد مقبوضيّته. وبالتلف قبل القبض لا محالة يتعذّر ذلك القيد، وبتعذّره لا محالة يبطل البيع، لأنّ المقيّد

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١، عن الكافي ٥: ١٧١ ـ ١٧٢ ح ١٢، والتهذيب ٧: ٢٣٠ ح ٢٣.

بما هو مقيّد لم يتحقّق حتّى ينتقل إلى المشتري، وما هو المتحقّق حين العقد لم يتحقّق تمليكه للمشتري.

هذا محصّل ما أفاده الأستاذ[١] العلّامة قدس سره في المقام.

ولكن لا يمكننا القول به. إذ فيه: ـ مضافاً إلى أنّه لو تمّ فلازمه بطلان العقد رأساً، وعدم حصول ملكيّة المشتري للمبيع ما لم يتحقّق القبض أو الانفساخ من حين التلف، ولازمه كون النماءات بين العقد والتلف للبائع، وهو خلاف المشهور، ولا يلتزم به هو قدس سره أيضاً ـ أنّ حال الشروط الضمنيّة كحال الشروط الصريحة، في أنّها لا ترجع إلى تقييد العوض، ولا إلى تعليق العقد على تحقّقها، بل هي التزامات في ضمن الالتزام. ولا يوجب تعذّرها أو تخلّفها أزيد من الخيار وجواز العقد، كما يظهر بالتأمّل في كلّ ما هو من قبيل الشروط الضمنيّة، كتساوي المالين في الماليّة، وسلامة العوضين من العيب ونحو ذلك.

نعم، ما يوجب تخلّفه بطلان البيع هو وجود العوض أو خصوصيّته النوعيّة أو الصنفيّة الموجبة للمغايرة. ولذا يبطل البيع رأساً لو انكشف كون المبيع معدوماً أو تالفاً حين العقد، أو انكشف كونه حماراً مع وقوع العقد على الفرس مثلاً.

والمفروض في محلّ البحث أنّ المبيع كان موجوداً حين وقوع العقد عليه وقابلاً للتسليم، فلا محيص عن تأثير العقد في حصول ملكيّته للمشتري، ولكن قد عرض ما لا يتمكّن البائع معه من الوفاء بما التزم به

---

(١) المحقّق النائيني قدس سره.

من التسليم، وهو التلف، وما تقتضيه القاعدة في مثله ليس إلا ثبوت الخيار للمشتري، لا بطلان البيع رأساً ولا انفساخه حين التلف.

فالحقّ ـ كما اعترف به الشيخ[1] العلّامة قدس سره ـ أنّ هذا الحكم تعبّدي وعلى خلاف القاعدة، وتقتضيه العمومات والاطلاقات الدالّة على صحّة البيع، وكونه ممضىً شرعاً حدوثاً وبقاءً.

الجهة الثانية: ظاهر الروايتين أنّ التالف مال البائع. وحيث إنّه لا يعقل كونه مالاً له بعد تلفه، لعدم اعتبار الماليّة والملكيّة في المعدومات في طريقة العقلاء، فلابدّ ـ بدلالة الاقتضاء ـ أن يكون المراد صيرورته مالاً له قبل تلفه. وحيث إنّه ليس هنا سبب آخر مملّك له، فلابدّ أن يكون المراد انفساخ البيع وصيرورته كأن لم يكن، ورجوع كلّ عوض إلى مالكه الأوّل قبل التلف. وهذا هو الظاهر العرفي من لفظ الروايتين وسياقهما، وفهمه معظم الأصحاب منهما.

وأمّا احتمال أن يكون المراد أنّه باقٍ على ملك المشتري وقد تلف مملوكاً له، ولكنّه مضمون على البائع بالمثل أو القيمة بضمان اليد.

فهو وإن كان أمراً معقولاً، بل كان ذلك مقتضى القاعدة، ولكنّه احتمال ساقط، لوضوح أنّ المناسب لارادة هذا المعنى أن يقال: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو على بائعه، لا: من مال بائعه، الظاهر ـ باعتبار ظهور «من» في التبعيض ـ في أنّه من جملة أمواله.

وكذلك الحال في رواية عقبة. بل هي أظهر من النبوي في إرادة

---

(١) المكاسب ٦: ٢٧١ ـ ٢٧٢.

المعنى المذكور، نظراً إلى قوله عليه السلام: «فاذا أخرجه من بيته ...» حيث إنّ ظاهرها أنّ المراد من المبتاع المشتري، وأنّ ضمير «لحقّه» راجع إلى البائع، والمراد من المال الثمن. وملخّصه: أنّه إذا تحقّق القبض فالمعاوضة باقية على حالها، والمشتري ضامن للبائع بحقّه حتّى يردّه إليه، ضماناً معاوضيّاً. ولا يرتفع الضمان بتلف المبيع الّذي قبضه المشتري. وظهور ذلك في انتفاء الضمان في فرض التلف قبل القبض في غاية القوّة جدّاً.

الجهة الثالثة: لاظهور في الروايتين في إرادة بطلان البيع رأساً بالتلف حتّى يكون مفادهما تقييد الاطلاقات، واعتبار القبض شرطاً في صحّة مطلق البيوع، كما أنّ القبض في المجلس شرط في صحّة الصرف والسلم.

كما لا ظهور لهما في إرادة ترتيب آثار الانفساخ والبطلان من حين العقد، لعروض التلف قبل القبض.

بل أقصى ما يستفاد منهما مجرّد كون التالف حين تلفه ملكاً للبائع. وهو كما يحصل بأحد الوجهين السابقين، كذلك يحصل بالانفساخ الحقيقي أو ترتيب آثار الانفساخ في الآن الّذي يعقبه التلف.

فالروايتان مجملتان لا سبيل إلى استظهار أحد هذه الوجوه منهما. وحيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة، فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن الّذي تقتضيه دلالة الاقتضاء، وهو الوجه الثالث، حيث إنّ الاطلاقات دافعة للأوّل، ومجرّد احتمال التقييد لا يوجبه. كما أنّها دافعة للثاني أيضاً إلّا في القدر الّذي لا محيص عنه، فانّ الانفساخ في الآن المتعقّب للتلف، وصيرورة كلّ من العوضين ملكاً لمالكه الأوّل، قطعيّ

بحسب مفادهما على التقادير الثلاثة.

وإن شئت فقل: إنّ الاطلاقات دافعة للأوّل. وبها تحرز الحالة السابقة لتحقّق العقد وحصول الملكيّة، فتكون مع الشكّ مجرى للاستصحاب. فيكون الاستصحاب دافعاً للثاني. ويعوّل عليه إلى أن يعلم بانتقاض الحالة السابقة، ولا يعلم به إلا في الآن المتعقّب للتلف.

والظاهر من الشيخ[١] العلّامة قدس سره أنّ ما ذكر ممّا لا خلاف فيه من الأصحاب.

وعلى هذا، فيكون نماء المبيع بين العقد والتلف للبائع، ونماء الثمن للمشتري. وكذلك ما هو في حكم النماء، كالركاز الّذي يجده العبد بعد بيعه وقبل موته، وما وهب له فقبله وقبضه، وما أوصي له به فقبله. كما حكي[٢] التصريح بذلك عن المبسوط[٣] والتذكرة[٤].

وهل مؤنة تجهيز العبدعلى البائع أو على المشتري؟ فيه إشكال، منشؤه أنّه ربما يستظهر من الروايتين إرادة الانفساخ الحقيقي آناًما قبل التلف، فيموت العبد مملوكاً للبائع حقيقة، فعليه تجهيزه. وربما يستظهر منهما الانفساخ الحكمي، بمعنى ترتيب أثر الانفساخ من حيث وقوع خسارة التالف على البائع، وإلا فإنّ العبد مات مملوكاً للمشتري حقيقة، فعليه تجهيزه.

---

(١) المكاسب ٦: ٢٧٢.

(٢) حكاه عنهما الشيخ الأنصاري في المكاسب ٦: ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٣) المبسوط ٢: ١٢٤.

(٤) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١١: ٣٧٩.

واستظهار أحد الأمرين منهما في غاية الاشكال. وكون الحكم تعبّدياً وعلى خلاف القاعدة ـ الموجب للأخذ بالقدر المتيقّن ـ يعيّن الثاني.

الجهة الرابعة: لو لم نقل بأنّ التلف السماوي منصرف إطلاق الروايتين، ولا ظهور فيهما في إرادة مطلق التلف ولو باتلاف آدميّ، فلا أقلّ من كونه القدر المتيقّن في هذا الحكم التعبّدي الوارد على خلاف القواعد. فيقتصر في رفع اليد عنها بالقدر المتيقّن، ويعمل في موارد الاتلاف بما تقتضيه القواعد الأوّليّة.

نعم، الظاهر أنّ تعذّر الوصول إلى المبيع ملحق بالتلف، كما في المسروق الّذي لا يرجى حصوله. والظاهر أنّ هذا هو المفروض في رواية عقبة بن خالد. وكما في انفلات الطير والصيد المتوحّش ونحو ذلك. كما أنّ الظاهر أنّ حكم الشارع بوجوب قتل العبد المرتدّ ـ مثلاً ـ ملحق بالتلف السماوي. وكذا صيرورة المملوك حرّاً بحكم الشارع، لصيرورته مقعداً أو أعمى ونحو ذلك.

وأمّا حكم الاتلاف، فإن كان المتلف هو المشتري فاتلافه استيلاء على ماله وقبض له،كاتلافه بعد القبض.فعليه ضمانه على القاعدة. والظاهر عدم الخلاف في المسألة. والنصّ منصرف عن مثل هذا التلف جزماً.

هذا إذا كان عالماً بأنّه ماله الّذي اشتراه من البائع، وإلا ففيه إشكال. ولو لم نقل بانصراف النصّ عن مثله أيضاً، فلا أقلّ من الشكّ في اندراجه فيه،فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن، واستصحاب بقاء العقد وعدم انفساخه.

نعم، لو كان إتلافه إيّاه جهلاً بتغرير من البائع أو غيره، بأن قدّمه إليه

بعنوان أنّه ماله فأكله، فهو من إتلاف الأجنبيّ أو البائع، ويأتي حكمه.

ويطّرد ما ذكر من الاشكال والشكّ في الاندراج وتعيّن الأخذ بالمتيقّن، فيما لوصال العبد المشترى على المشتري فقتله دفاعاً.

وإن كان المتلف هو البائع فالحكم تخيير المشتري بين الفسخ واسترداد الثمن، وبين الإمضاء وأخذ البدل، أعني: المثل أو القيمة، وذلك لعروض تعذّر التسليم الموجب للخيار.

واحتمال الانفساخ ضعيف، لما عرفت من انصراف النصوص عن غير التلف السماويّ، أو لا أقلّ من الاجمال والتردّد في الاطلاق والشمول.

كما أنّه لا وجه لتعيّن البدل ولزوم البيع، لأنّ تعذّر التسليم يصلح أن يكون موجباً للخيار حتّى في مثل الفرض الّذي يستند التعذّر إلى إتلاف البائع.

ومن ذلك يظهر حكم ما لو كان المتلف هو الأجنبي، وأنّه يوجب الخيار للمشتري، لتعذّر التسليم. فإن اختار الفسخ استردّ الثمن، ويكون المتلف ضامناً للبائع. وإن اختار الإمضاء فالبدل على البائع، ولكن قرار الضمان على المتلف.

الجهة الخامسة: يختصّ الحكم المفاد في الروايتين بما إذا كان المبيع شخصيّاً ليتصوّر تلفه قبل قبضه. وأمّا المبيع الكلّي فلا يتصوّر تلفه قبل قبضه. وتشخّص مصداقه وتلفه بعده من التلف بعد القبض، وعلى المشتري لا محالة بمقتضى القاعدة.

الجهة السادسة: ظاهر إطلاق النبويّ أنّ الموجب لانتقال الضمان إلى

المشتري تحقّق القبض بمعناه المستند إلى القابض، سواء كان بإذن البائع أم بدونه. ولا وجه لتقييده بما إذا كان بإذنه. كما لا وجه لصرفه عن ظاهره وحمله على إرادة تحقّق الاقباض بمعناه المستند إلى البائع، أعني: التخلية ورفع المانع من القبض، سواء تحقّق القبض من المشتري أم لا.

ولازم ذلك: عموم الحكم المفاد في المفهوم ـ أعني: انتقال الضمان إلى المشتري ـ لكلتا صورتي تحقّق القبض منه باذن البائع أو بدونه. وهذا العموم في الحكم ممّا تقتضيه القاعدة.

وعموم الحكم المفاد في المنطوق ـ أعني: كون التلف من البائع فيما لم يتحقّق القبض من المشتري ـ لكلتا صورتي تحقّق التخلية من البائع وإباء المشتري من القبض أو توانيه فيه، وعدم تحقّقها منه كما لم يتحقّق القبض من المشتري. وهذا العموم في الحكم تعبّدي لا تقتضيه القاعدة.

ولو لم نقل بانصراف النبويّ بمنطوقه عن هذا الفرض ـ أعني: فرض التخلية وإرادة الاقباض من البائع، وإباء المشتري من القبض أو توانيه فيه ـ فلا أقلّ من الشكّ في إرادة الاطلاق الشامل لمثله، فلابدّ من الأخذ بالميتقّن، وإلحاقه بالحكم المفاد في المفهوم، والأخذ فيه بما تقتضيه القاعدة، وهو كون التلف على المشتري، وعدم ضمان البائع للبدل ـ أعني: المثل أو القيمة ـ أيضاً، لعدم كون يده يد ضمان.

والحاصل: أنّ تلف المبيع إنّما يكون من البائع إن لم تتحقّق التخلية منه ولا القبض من المشتري، ولو بتراضيهما بالبقاء عند البائع، كما هو ظاهر رواية عقبة بن خالد.

هذا كلّه في النبوي. وأمّا رواية عقبة فالحقّ أنّه لا ظهور لها في إرادة معنى ينافي ما استظهرناه من النبويّ منطوقاً ومفهوماً، إذ الظاهر منها أنّ ذكر الاقباض وإردافه بالاخراج من البيت غاية للحكم المنطوقي، ثم ذكر الاخراج من البيت في موضوع الحكم المفهومي، ليس لأجل إناطة الحكم منطوقاً بعدم تحقّق فعل البائع ـ وهو التخلية ـ ومفهوماً بتحقّق ذلك، من دون نظر إلى تحقّق القبض بمعناه الصادر من المشتري. بل لأجل أنّ الغالب تحقّق الاقباض في مثل المتاع باخراجه من بيت البائع وجعله تحت استيلاء المشتري. فالمراد من إخراجه من بيته إيصاله إلى يد المشتري، وهو القبض بالمعنى المستند إلى المشتري.

ولا دلالة ولا إشعار فيها على كون غاية الحكم المنطوقي وموضوع الحكم المفهومي مجرّد التخلية من قبل البائع، ولا على كون الاقباض برضاه، فيكون قيداً لموضوع الحكم المفهومي. كيف، ومن الواضح أنّه ليس المراد مطلق الاخراج ولو بطرحه خارج البيت بدون إيصاله إلى يد المشتري. كما أنّ من الواضح أنّ انصراف الاخراج إلى كونه باختياره ورضاه لا عن كره لا يوجب قيديّة ذلك في موضوع الحكم المفاد في المفهوم.

ثمّ إنّ ما استظهرناه من الروايتين من كون موضوع الحكم المفهومي ـ أعني: انتقال الضمان إلى المشتري ـ مطلق القبض من المشتري، لاينافي ما تقدّم من بطلان القبض غير المأذون فيه وضعيّاً، بمعنى كون البائع مستحقّاً للاسترداد، وكون القابض ممنوعاً من التصرّف فيه بالبيع ونحوه،

بناءً على المنع من ذلك في غير المقبوض، على ما أشرنا إليه فيما تقدّم.

وحيث إنّ المبيع الكلّي خارج عن منصرف الروايتين منطوقاً ومفهوماً، فلا يوجب ما استظهرناه من الاطلاق الالتزام بكون قبض المشتري مصداق الكلّي مشخّصاً له، وموجباً لملكيّته له ولو كان بدون إذن البائع. بل هو باقٍ على ما تقتضيه القاعدة من بطلان القبض وبقاء المصداق في ملك البائع، وكونه مضموناً على المشتري بضمان اليد، على ما أشرنا إليه أيضاً فيما تقدّم.

الجهة السابعة: الظاهر عدم الخلاف في اطّراد الحكم في تلف الثمن أيضاً. فينفسخ البيع، ويستردّ البائع المبيع.

وكأنّه لاستفادة كون ذكر المبيع في الروايتين من باب المثال لا لأجل خصوصيّة فيه، استفادة عرفيّة مغروسة في الأذهان، سيّما بملاحظة ذيل رواية عقبة الدالّة على ضمان المشتري بعد قبضه المبيع بحقّ البائع ـ وهو الثمن ـ ضماناً معاوضيّاً إلى أن يردّه إليه ويقبضه إيّاه، حيث إنّه يستفاد منه أنّه لو تلف بيد المشتري ولم يمكن تسليمه إليه فلا محالة يتلف من ماله، ولابدّ له من دفع المبيع إلى مالكه، لعدم تسليمه الثمن له.

هذا كلّه بناءً على كون الحكم تعبّدياً وعلى خلاف القاعدة، وإلّا فلو تمّ ماتقدّم من تقريب كونه مقتضى القاعدة فلامحلّ للاشكال في عموم الحكم.

الجهة الثامنة: لو كان التالف قبل القبض بعض المبيع فظاهر المشهور اطّراد الحكم فيه، بمعنى انفساخ البيع بالنسبة إلى التالف، ورجوع الثمن إلى المشتري بنسبته. وهو كذلك، لصدق تلف المبيع على تلف بعضه.

والانصراف إلى المجموع بدويّ يزول بالتأمّل بمقتضى الانفهام العرفي، حيث إنّه لا يحتمل ـ بحسب التناسب المغروس في الأذهان ـ إناطة كون التلف من البائع بكون التالف مجموع المال.

وإن كان التالف الوصف، فظاهر المشهور اطّراد الحكم فيه أيضاً. لكن لا بمعنى انفساخ البيع في الموصوف، لعدم تلفه على الفرض. ولا بمعنى انفساخه بالنسبة إلى الوصف، لعدم تقسّط الثمن في مقابل الأوصاف كي يوجب تلفها انفساخ البيع بالنسبة إلى بعض الثمن، لوضوح أنّ الوصف ليس مثل البعض في تعلّق البيع به ضمنيّاً، بل هو كالداعي لبذل ثمن زائد للموصوف. بل بمعنى كون عهدته على البائع، وأنّه كالمعدوم حين العقد في كونه موجباً لخيار المشتري.

ولكنّ الانصاف أنّ استفادة هذا الحكم من الروايتين في غاية الاشكال، لأنّ السؤال فيهما عن تلف المبيع الّذي لا يصدق إلا على تلف كلّه أو بعضه لا على تلف وصفه، لعدم صدق المبيع عليه.

والمسألة مظنّة الاجماع في الجملة. وكأنّهم استفادوا من الروايتين أنّ المبيع التالف بعد العقد وقبل القبض كالمعدوم عند العقد في كونه على عهدة الناقل، سواء كان هو الكلّ فيبطل العقد رأساً، أم البعض فيبطل بالنسبة إلى المعدوم فقط، أم الوصف فيوجب الخيار.

وعليه، فينبغي القول بالخيار في أوصاف الصحّة بين الردّ والأرش. وبالخيار بين الفسخ والإمضاء مجّاناً في الأوصاف الدخيلة في الماليّة لو كانت مشروطة ضمناً، أي: كان بناء العقد على تحقّقها، كما في الأوصاف

المشاهدة أو الّتي أخبر بها البائع. وعدم الخيار أصلاً في الأوصاف الدخيلة في الماليّة، ولكن مع عدم وقوع العقد مبنيّاً عليها. فعليك بالتأمّل، ومن الله التوفيق.

الجهة التاسعة: لو تمّ ما تقدّم من تقريب كون الحكم مقتضى القاعدة، فلاينبغي الاشكال فيإطّراد الحكم في غيرالبيعمن سائرالمعاوضات أيضاً.

ولكن بناءً على ما هو الحقّ من كون الحكم تعبّدياً وعلى خلاف القاعدة، فيشكل القول بالاطّراد جدّاً، حيث إنّ المذكور في النصوص هو البيع، والمغروس في الأذهان اختصاصه بأحكام لا تطّرد في غيره، كخيار المجلس والحيوان ونحو ذلك، فلا يمكن استفادة قاعدة عامّة وإلغاء خصوصيّة البيع، وأنّه إنّما ذكر من باب المثال. فالأظهر عدم التعدّي من المبيع والثمن إلى غيرهما.

والله هو العالم بأحكامه، وهو الهادي إلى سواء السبيل. والحمدلله ربّ العالمين، وصلّى الله على محمّد وآله الطاهرين.

هذا ما تيسّر لي بتوفيق الله وتأييده تسويده من مباحث المتاجر أوان اشتغالي بالبحث عنها. وقد كان الشروع في يوم الأربعاء السابع من شهر شوّال المكرّم سنة ألف وثلاثمائة وثلاث وسبعين، والختم والفراغ من التسويد في ليلة الاثنين الثاني من شهر رمضان المبارك من شهور سنة ألف وثلاثمائة وتسع وسبعين من الهجرة المقدّسة على هاجرها وآله أزكى الصلوات والتحيّات. كتبه بيمناه العبد الذليل محمّد باقر بن محمّد مهدي جمال الدين الزنجاني، ختم الله له بالحسنى إن شاء الله تعالى.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مباحث الخيارات	
الكلام في الخيار وأقسامه وأحكامه	٩
الأوّل: خيار المجلس	٢٠
ثبوت خيار المجلس لوكيلي المتبايعين وعدمه	٢١
عدم جواز تفويض الموكّل خياره إلى الوكيل	٣١
عدم ثبوت خيار المجلس للفضولي	٣٣
ثبوت خيار المجلس للمالكين في عقد الفضولي	٣٤
ثبوت خيار المجلس إذا كان العاقد واحداً	٣٨
ثبوت خيار المجلس في بيع من ينعتق على المشتري	٤٣
ثبوت الخيار في شراء العبد المسلم من الكافر	٥٥
ثبوت الخيار فى شراء العبد نفسه من مولاه	٥٩
عدم ثبوت خيار المجلس في غير البيع	٦٦
مبدأ ثبوت خيار المجلس	٦٧
مسقطات خيار المجلس	٧٢

المسقط الأوّل: شرط سقوطه في ضمن العقد ٧٣
الصورة الثانية من صور شرط سقوط الخيار: ٨٧
الصورة الثالثة من صور شرط سقوط الخيار: ٩٠
الصورة الرابعة من صور شرط سقوط الخيار: ٩٠
عدم لزوم شرط سقوط الخيار إلّا إذا وقع في ضمن العقد ٩٢
فرع: ذكر العلّامة قدس سره في التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس في متن العقد ٩٥
المسقط الثاني: إسقاط الخيار بعد العقد ٩٩
المسقط الثالث: افتراق المتبايعين ١٠٦
الإكراه على التفرّق أو ترك التخاير ١٢٤
المسقط الرابع: التصرّف ١٢٩
الثاني: خيار الحيوان ١٣١
عدم ثبوت خيار الحيوان فى بيع الكلّي ١٣٣
اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ١٣٥
خيار الحيوان يعمّ بيع الانسان وغيره ١٣٩
مبدأ خيار الحيوان ١٤٠
مبدأ خيار الحيوان في الصرف والسلم وعقد الفضولي ١٥١
دخول الليالي في زمن الخيار ١٥١
مسقطات خيار الحيوان ١٥٣
الثالث: خيار الشرط ١٥٩
لاحدّ لخيار الشرط في طرفي القلّة والكثرة ١٦٢

يعتبر في صحّة البيع ضبط مدّة الخيار ١٦٣
مبدأ خيار الشرط عند الاطلاق من حين العقد ١٦٨
شرط الخيار للأجنبي ١٧٠
بيع الخيار ١٧٩
الاشكالات الّتي ترد على صاحب الجواهر قدس سره ٢٠٣
الكلام في تلف الثمن ٢٠٥
الرابع: خيار الغبن ٢١٨
اشتراط جهل المغبون بالقيمة السوقيّة في ثبوت خيار الغبن ٢٢٨
بيان الفرق في التمسّك بقاعدة نفي الضرر بين المقام وبين العبادات ٢٣١
فروض الاقدام وتبيّن الزيادة على ما أقدم عليه ٢٣٨
بيان ما هو المعتبر في ثبوت الخيار من التفاوت بين المالين ٢٤٠
هل المناط في الغبن علم الوكيل وجهله أو علم الموكّل وجهله؟ ٢٤٥
ما يثبت به جهل المغبون ٢٤٦
الاختلاف في الغبن ٢٤٨
اعتبار كون التفاوت فاحشاً ٢٤٩
المناط في الغبن هو الضرر الماليّ الفعليّ ٢٥٠
عدم إمكان الغبن من الطرفين ٢٥٢
مسقطات خيار الغبن ٢٥٦
تصرّفات الغابن ٢٦٨
تصرّف الغابن تصرّفاً مغيّراً للعين بالزيادة أو النقيصة ٢٧٦
التغيّر بالزيادة ٢٨٣

الزيادة العينيّة المحضة ٢٨٥
الزيادة العينيّة بالزرع ٢٨٩
التغيّر بالامتزاج ٢٩١
الامتزاج بغير الجنس الملحق بالتلف ٢٩١
الامتزاج بغير الجنس والانقلاب إلى حقيقة ثالثة ٢٩٣
حصول الزيادة في قيمة الممتزج ٢٩٤
حصول النقصان في قيمة الممتزج ٢٩٤
الامتزاج بغير الجنس مع عدم صيرورة أحد المالين تالفاً ٢٩٥
الكلام في تلف العوضين ٢٩٦
ثبوت خيار الغبن في كلّ معاوضة ٢٩٧
خيار الغبن فوريّ ٢٩٨
ضابط الفوريّة ٣٠٣
الجهل بالخيار عذر لا يضرّ معه التأخير في الفسخ ٣٠٤
السادس: خيار الرؤية ٣٠٨
الفرق بين خيار الرؤية وخيار تخلّف الشرط ٣١٠
مدرك ثبوت الخيار ٣١٠
هل يختصّ خيار الرؤية بالمشتري أم يعمّ البائع؟ ٣١٦
مورد خيار الرؤية ٣١٨
اعتبار التوصيف في بيع العين الغائبة ٣١٩
ضابط ما يرتفع به الغرر في بيع العين الغائبة والمشاهدة وفي بيع السلم ٣٢٢

خيار الرؤية فوريّ ٣٢٧
مسقطات خيار الرؤية ٣٢٨
بذل التفاوت لايوجب سقوط الخيار ٣٣٣
شرط بذل التفاوت في ضمن العقد ٣٣٤
شرط الإبدال في ضمن العقد بنحو شرط النتيجة ٣٣٥
فساد الشرط وعدم كونه مفسداً للعقد ٣٣٧
شرط الإبدال في ضمن العقد بنحو شرط الفعل ٣٣٨
ثبوت خيار الرؤية في غير البيع من عقود المعاوضات ٣٣٨
اختلاف البائع والمشتري في ثبوت خيار الرؤية ٣٤١
لو باع أذرعاً منسوجة من الثوب مع أذرع غير منسوجة ٣٤٥
السابع: خيار العيب ٣٤٨
شرط وصف الصحّة صريحاً لايوجب إلا خيار العيب ٣٥٠
الدليل على التخيير بين الفسخ والامضاء مع الأرش ٣٥٢
أخذ الأرش حكم تعبّدي وعلى خلاف القاعدة ٣٥٤
ثبوت خيار العيب للبائع أيضاً مع ظهور العيب في الثمن ٣٥٦
موضوع الخيار فقدان وصف الصحّة واقعاً حين البيع وظهور العيب كاشف عن ذلك ٣٥٧
القول في مسقطات خيار العيب بطرفيه أو أحدهما ٣٥٧
التصرّف مسقط لخيار العيب ٣٥٩
التلف وما بحكمه مسقط لخيار العيب ٣٦١
فرع: لا خلاف نصّاً وفتوىً في أنّ وطي الجارية مانع من الردّ ٣٦٤

حدوث العيب عند المشتري ٣٨٤
العيب الحادث قبل القبض ٣٨٤
العيب الحادث في زمن الخيار ٣٨٦
العيب الحادث بعد زمن الخيار ٣٨٧
ما يسقط به الأرش دون الردّ ٤٠٣
ما يسقط فيه الردّ والأرش ٤٠٥
زوال العيب قبل العلم به ٤١٠
التصرّف في المبيع بعد العلم بالعيب ٤١٤
موارد اجتماع مسقط الردّ والأرش ٤١٥
التعيّب فيما لا أرش فيه لعدم تفاوت القيمة ٤١٧
التصرّف أو التعيّب فيما لا أرش فيه حذراً من الربا ٤١٨
ترك العمل بمقتضى الخيار بعد العلم بالعيب ٤١٩
وجوب إظهار العيب على البائع وعدمه ٤٢٢
مسائل في اختلاف المتبايعين ٤٢٤
الفرض الأوّل: الاختلاف في تحقّق سبب الخيار ٤٢٤
الفرض الثاني: اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار بعد الاتّفاق على تحقّق العيب ٤٤١
الفرض الثالث: اختلاف المتبايعين في الفسخ ٤٥٢
الكلام في ماهيّة العيب ٤٦٢
الكلام في بعض مصاديق العيب ٤٧٢
الحمل في الجارية عيب وكذا في البهيمة ٤٧٣

الحمل عيب موجب للخيار ومانع من الردّ ٤٧٥
الثيبوبة في الجارية عيب ٤٧٧
الغلفة في العبد عيب ٤٨٢
عدم الحيض ممّن من شأنها الحيض عيب ٤٨٣
الاباق عيب يوجب الخيار ٤٨٥
اشتمال الزيت والسمن على الثفل ٤٨٧
أحداث السنة ٤٩٣
دفع المناقشة في حكم الجذام بتوهّم تعارض الأخبار فيه ٤٩٥
الاشكال في حكم القرن ٤٩٦
دفع المناقشة في حكم البرص ٤٩٨
دفع مناقشة أخرى في حكم الجذام ٥٠٠
خاتمة: في عيوب متفرّقة ٥٠٣
ظهور الأمة من المحرّمات بالنسب أو غيره ليس عيباً ٥٠٥
ظهور المبيع ممّن ينعتق على المشتري ٥٠٥
ظهور عدم أصالة البائع في البيع ٥٠٥
ظهور آثار الوقف عيب ٥٠٦
العقم عيب في الجملة ٥٠٧

الكلام في الأرش

ما يضمن به في ضمان اليد والاتلاف ٥١١
ضمان الأرش أمر متوسّط بين ضمان المعاوضة وضمان اليد أو الاتلاف ٥٢٣

عدم تعيّن كون الأرش من عين الثمن ٥٢٤
تعيّن كون الأرش من النقدين إلّا أن يرضى المتبايعان بغيرهما ٥٢٦
استيعاب الأرش للثمن ٥٢٦
وجوب الرجوع في معرفة القيمة إلى العارف بها ٥٣٠
ضابط الخبر والفتوى والبيّنة والشهادة وقول أهل الخبرة موضوعاً وحكماً ٥٣١
حكم عدم إمكان الرجوع إلى العارف بالقيمة ٥٣٣
اختلاف المقوّمين ٥٣٤
ضابط التعارض بين المقوّمين ومناطه ٥٣٥

مباحث الشروط

مباحث الشروط ٥٦٢

شروط صحّة الشرط

شروط صحّة الشرط ٥٧٤
[الشرط الأوّل:] اعتبار القدرة على الشرط ٥٧٤
[الشرط الثاني:] اعتبار كون الشرط أمراً سائغاً شرعاً ٥٨٨
[الشرط الثالث:] اعتبار كون الشرط ذا غرض عقلائي ٥٩٠
[الشرط الرابع:] اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنّة ٥٩١
[الشرط الخامس:] اعتبار عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد ٦١٧

[الشرط السادس:] اعتبار عدم كون الشرط مجهولاً ٦٢٢
[الشرط السابع:] اعتبار عدم استلزام الشرط أمراً محالاً ٦٢٢
[الشرط الثامن:] اعتبار ذكر الشرط في متن العقد ٦٢٨
[الشرط التاسع:] اعتبار تنجّز الشرط ٦٣٢
اعتبار رضا الشارط والمشروط عليه ٦٣٤

أحكام الشرط الصحيح

أحكام الشرط الصحيح ٦٣٦
شرط الأوصاف ٦٣٦
شرط النتائج ٦٤٤
شرط الأفعال ٦٤٦
وجوب الوفاء بالشرط حكم وضعي ٦٤٦
عدم استحقاق المشروط له الفسخ بمجرّد العقد ٦٥٢
الشروط ليست قيوداً في العقود ٦٥٣
حقّ الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعين ٦٥٦
إسقاط الخيار حين تعذّر الشرط ٦٦٠
صور الأمر المشروط في ضمن العقد ٦٦٢

أحكام الشرط الفاسد

صور فساد الشرط ٦٧٤

لا خيار في العقد الصحيح مع الشرط الفاسد ٦٨٦
إسقاط المشروط له الشرط الفاسد ٦٩٠

الكلام في أحكام الخيار

الكلام في أحكام الخيار ٦٩٤
تخصيص إطلاقات أدلّة الارث في الأموال والحقوق ٧٠١
كيفيّة إرث الخيار ٧١٤
عدم انتقال الخيار المجعول للأجنبي بموته إلى أحد ٧٢٩
عدم انتقال خيار المالك بخصوصيّته الشخصيّة إلى وارثه ٧٣٤
ارث الخيار مشروط ببقاء موضوعه ٧٣٥
إرث خيار المجلس ٧٣٦
إعمال الخيار إمضاءً أو فسخاً بالفعل والقول ٧٣٩
تصرّف ذي الخيار مسقط للخيار ٧٤٤
هل التصرّف سبب لتحقّق الامضاء أو الفسخ أو كاشف عنه؟ ٧٤٩
الفسخ بالفعل أيضاً يتصوّر بأنحاء أربعة ثلاثة منها محلّ للإشكالات ٧٥٢
مقتضى القاعدة في التقايل والفسخ على تقدير تلف العين ٧٦٣
الخيار حقّ متعلّق بالعقد لا بالمال ٧٦٥
حقّ الخيار لايصلح بنفسه مانعاً عن تصرّفات من عليه الخيار مطلقاً ٧٦٧

اشتراط عدم التصرّف المانع من ردّ العين ٧٧٠
تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ٧٧٢
تصرّف من عليه الخيار بالاتلاف على المختار ٧٧٥
تصرّف من عليه الخيار بالاستيلاد ٧٧٥
تصرّفه بالعتق ٧٧٦
تصرّف من عليه الخيار بالنقل اللازم المنجّز ٧٧٦
تصرّف من عليه الخيار بالنقل الجائز المنجّز ٧٧٨
التصرّف الناقل الجائز والمعلّق ٧٧٩
التصرّف بإجارة العين ٧٨١
التصرّف بالرهن ٧٨٤
حكم التصرّفات بناءً على الممنوعيّة منها مطلقا ٧٨٥
التصرّف بالاتلاف ٧٨٥
التصرّف بالاستيلاد ٧٨٥
التصرّف بالعتق والتدبير والوقف ونحوها ٧٨٦
إذن ذي الخيار في التصرّف المانع من ردّ العين ٧٨٨
إذن ذي الخيار في التصرّف عنه لا عن المتصرّف ٧٨٩
تملّك العوضين بمجرّد العقد لا بانقضاء الخيار ٧٩٠
تلف أحد العوضين في زمن الخيار ٨٠٩
حكم إتلاف ذي‌الخيار ومن عليه الخيار والأجنبيّ ٨٢٧
تسليم المبيع والثمن في زمن الخيار ٨٣١

لا يسقط الخيار بتلف العين ٨٣٦
العوضان في ضمان من بيده بعد الفسخ ٨٣٧

الكلام في النقد والنسيئة

الكلام في النقد والنسيئة ٨٤٠
إطلاق العقد يقتضي حلول العوضين ٨٤١
جواز اشتراط الأجل في الثمن ٨٤٢
بطلان البيع بثمنين ٨٤٦
عدم وجوب دفع الثمن المؤجّل قبل حلول أجله ٨٤٩
الوجوه المذكورة لعدم سقوط شرط الأجل باسقاط المديون ٨٥٣
وجوب قبول الدَّين الحالّ على صاحبه ٨٥٨
عدم جواز تأجيل الثمن الحالّ ٨٦٢
بيع المشتري ما ابتاعه نسيئةً ٨٦٥

الكلام في القبض

المقام الأوّل: في ماهيّة القبض ٨٧٦
المقام الثاني: في وجوب القبض ٨٨١
ثبوت الأجرة في مدّة الحبس ٨٨٤
وجوب تفريغ المبيع على البائع ٨٨٥
المقام الثالث: في الأحكام المترتّبة على القبض ٨٨٧
فهرس الموضوعات ٩٠١