

بُعَيْبُ السَّاعِبِ

فِي مَبَانِي لَدِكَا سَبِّ

تَقْرِيبًا لِمَجَانِبِ

سَيِّمَاتِهِ بِفِيهِ الْعَظِيمِ الشَّيْخِ الْوَجِيدِ الْحَرَامِيِّ

فِي الْحَيَاتِ

بِقِسْمِ

بِرَازِ آلِ سَيْدِ الْقَطِيفِ

الجزء الثاني





بغية الراغب في مباني المكاسب



بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الثاني)
تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات

بقلم: نزار آل سنبل القطيفي

الناشر: مدرسة الإمام باقر العلوم عليه السلام

الطبعة الاولى: ١٤٣٥ هـ ق - ١٣٩٣ هـ ش .

المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة

المطبعة: نغارش

السعر المجلداً: ٢٣٠٠٠ تومانا

ردمك: ٨ - ٤٨ - ٢٦٩٤ - ٩٦٤ - ٩٧٨ - ISBN

قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٢٥٠



مراكز التوزيع:

- ١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
- ٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پیام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
- ٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
- ٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل ما، هاتف ٥ - ٢٢٣٧١١٣
- ٥) النجف الأشرف، سوق الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقر العلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩
- ٦) كربلاء المقدسة، شارع قبله الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلبي عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراساني، حسين، ١٢٩٩ -

عنوان و پديد آور : بغية الراغب في مباني المكاسب: تقرير لاجتبات سماحة آيت الله العظمى الشيخ

الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفي

مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم عليه السلام، ١٣٩٣.

مشخصات ظاهري : ج.

شابک : (ج ٢) 8 - 48 - 2694 - 964 - 978 (ج ١) 9 - 38 - 2694 - 964 - 978

وضعيت فهرست نویسی : فيبا.

يادداشت : عربي.

يادداشت : ج. ٢ (چاپ اول: ١٤٣٥ ق. = ٢٠١٤ م. = ١٣٩٣) (فيبا).

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ١٤

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : خيارات (فقه)

شناسه افزوده : آل سنبل القطيفي، نزار، گردآورنده

رده بندي كنگره : ١٣٩٣ ب ٧ و ٢٧ / ٥ / ١٨٣ BP

رده بندي ديويى : ٢٩٧ / ٣٤٢

شماره كتابخانه ملي : ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثاني

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ
سَيِّمًا بِقِيَّةِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِينَ وَلَعْنَةً لِلَّهِ عَلَى
أَعْدَائِهِمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ

وبعد فقد لاحظت بعض موارد الجزء الثاني من كتاب
(بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامية
الحجة الشيخ تزار آل سنبل القطفي دامت تليداته تقرير البحوثنا
الفقهية التي القيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في
مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب
بيان متين وأسلوب رصين ولا غرو في ذلك فإنه ممن حضر
أجلتنا في الفقه والأصول ملتمد يده حضور فهم ودرقة شكر الله عز وجل
سعيه وأسأل الله تبارك وتعالى أن يؤيده في إمامته ويوفقه فيما

الجزء
يُحِبُّ وَيَرْضَى
مُتَوَكِّلِينَ

المسألة الثالثة : في افتراق المتبايعين

الثالث من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين، ولا يخفى أن في نسبة المسقطية إليه مسامحة؛ لما تقدم من أنه رافع لموضوع الخيار الذي هو اجتماع المتعاقدين؛ فالافتراق غاية ينتهي الخيار عند تحققها، وفرق بين ما ينتهي الخيار عنده وما يسقط به، فالأنسب عدم جعله من جملة المسقطات، بل يفرد له عنوان خاص ويعبر عنه: بانتهاء خيار المجلس بافتراق المتبايعين، أو بأن خيار المجلس ثابت ما دامت الهيئة الاجتماعية للمتعاقدين محفوظة.

وكيف كان فالبحث في جهتين:

الجهة الأولى: في الشبهة الحكمية.

وفيها بحثان:

البحث الأول: في أصل كون الافتراق مسقطاً لخيار المجلس.

البحث الثاني: في أنه على فرض الإسقاط، هل هو مسقط بما هو

افتراق أو بما هو كاشف عن الرضا النوعي أو الشخصي؟

قال الشيخ قدس: (لا إشكال في سقوط الخيار به، ولا في عدم اعتبار

ظهوره في رضاهما بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل

قوله **إِيَّاهُ**: « فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا » ^(١).

أما بالنسبة إلى البحث الثاني فما أفاده الشيخ **قَدْ** في المقام منافٍ لما أفاده في المسألة الآتية؛ حيث قال: (وإلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً) ^(٢)، فترك تحقيقه إلى تلك المسألة.

وأما بالنسبة إلى البحث الأول فلا إشكال في أصل الحكم بسقوط الخيار بالتفرق؛ للنصوص الكثيرة الواردة بهذا المضمون مع اختلاف ألسنتها من قبيل: « البيعان بالخيار حتى يفترقا، ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا » ^(٣).

الجهة الثانية: في الشبهة الموضوعية.

والكلام فيها في تحديد موضوع افتراق المتبايعين وما هو المراد منه، وقد ذكر الشيخ **قَدْ** ثلاثة أوجه، وهناك وجه رابع نذكره بعدها:
الوجه الأول: اعتبار الخطوة، فلا يتحقق الافتراق بأقل من ذلك.

الوجه الثاني: كفاية مطلق افتراق المتبايعين؛ أي طبيعي الافتراق، فالضرورة يتحقق بأدنى ما يصدق عليه افتراق وانتقال عن الهيئة الاجتماعية التي كانت لهما وقت العقد ولو بأقل من خطوة، وهو مختار

(١) المكاسب ٥: ٦٦.

(٢) المكاسب ٥: ٧١.

(٣) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢، ٣، ٤، والباب ٣، الحديث ٦.

الشيخ تدئ كما يظهر من قوله: (فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما)^(١).

الوجه الثالث: اعتبار الافتراق المطلق، والفرق بينه وبين الثاني؛ أن الثاني عقلي فيتحقق بمجرد انفساخ الهيئة الاجتماعية التي كانا عليها ولو كان ذلك بأقل من خطوة، وأما الافتراق المطلق فالمراد به الافتراق العرفي بحيث يصدق عرفاً زوال الهيئة الاجتماعية، وهو لا يصدق بالانتقال بخطوة^(٢).

الوجه الرابع: اعتبار الافتراق بثلاث خطوات على الأقل^(٣).

نظرة في الأقوال

أما التحديد بخطوة فلا دليل عليه؛ إذ لا يقتضيه مفهوم الافتراق، ولا يساعده العرف، ولم يقم عليه نص خاص ليتعبد به.

وأما مطلق الافتراق الذي اختاره الشيخ تدئ فما يمكن أن يذكر له من الوجه هو صدق مفهوم الافتراق عليه؛ فإن الافتراق المأخوذ غاية للخيار - كغيره من الألفاظ المأخوذة في لسان الأدلة - اسم للطبيعة، ومن الواضح أن الطبيعي يتحقق بصرف الوجود منه.

(١) المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) المكاسب ٥: ٦٧.

(٣) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ١٥٧، مصباح الفقاهة ٦: ١٤٩.

وفيه: أن طبيعي الافتراق وإن كان يتحقق بصرف الوجود منه إلا أن هذا التحديد عقلي، والمفاهيم المأخوذة في الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف، فالمرجع في تحديدها إلى العرف، وفي تطبيقها إلى العقل، فالمرجع في تحديد مفهوم الفرسخ والكر والرطل والمد وغيرها من المفاهيم المأخوذة في موضوعات الأحكام الشرعية إلى العرف، فيؤخذ منه ثم يطبق على موردته بالدقة العقلية، والافتراق عند العرف لا يتحقق بمطلق الافتراق، بل بالافتراق المطلق، فهذا لا يصدق عرفاً بالانفصال بمقدار إصبع أو شعرة كما في بعض العبارات، ومنشأ ذلك الخلط بين التحديد العقلي والعرفي^(١).

ثم إن الشيخ رحمته أشار إلى القول الثالث بقوله: (وعن صريح آخر التأمل في كفاية الخطوة؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار)^(٢).

فمقتضاه أنه لو شك في تحقق الافتراق بالخطوة فمقتضى القاعدة جريان استصحاب بقاء الخيار، وتوضيحه:

أن المفاهيم المتلقاة من العرف لا تخلو عادة من موارد مشتبهة، ولا بد من مرجع يرجع إليه حينئذ، ومن جملة تلك المفاهيم مفهوم الافتراق؛ فإن المراد به ليس الانفصال الجسدي؛ لأنه حاصل بينهما من الأول، وإنما المراد به زوال الهيئة الاجتماعية حال العقد - المعبر عنها

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٤٨.

(٢) المكاسب ٥: ٦٧.

بالمجلس - عرفاً، وبما أن الأمر أرجع إلى العرف فلا بد من حصول الشبهة المفهومية فيه في بعض الموارد، فيمكن أن يشك في صدق مفهوم الافتراق بهذا المعنى عند الافتراق بخطوة مثلاً، فالقاعدة تقضي بجريان استصحاب بقاء الخيار المتيقن وجوده قبل حصول هذا المقدار من الانفصال.

ولكن هذا الاستصحاب - كغيره - يتوقف على عدم وجود الدليل الخاص في المورد، وجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية وإن كانت ناشئة من الشبهة المفهومية، وسيأتي البحث إن شاء الله تعالى في جريان الاستصحاب في المقام وعدمه فانتظر.

مناقشة السيد اليزدي لجمع الشيخ بين الانصراف والاستصحاب ودفعها

ولكن الفقيه السيد اليزدي تدبر ناقش الشيخ رحمته: بأن الجمع بين الانصراف والاستصحاب جمع بين المتنافيين؛ لأن الاستصحاب متقوم بالشك في الصدق، أو في الشمول وعدم الدليل، وفرض الانصراف فرض لوجود الدليل، فإذا فرض انصراف الغاية إلى أزيد من الخطوة فقد فرض قيام الدليل على عدم تحقق الافتراق بها، فتدخل في عدم التفرّق فيبقى الخيار؛ لعدم تحقق غايته، لا للاستصحاب^(١).

وهو وإن كان متيناً بظاهره إلا أن فيه:

(١) حاشية المكاسب ٢: ٤١٩.

أن الانصراف على نحوين:

الأول: ما يصل إلى حد يصح سلب المفهوم عن المنصرف عنه بلا إشكال.

الثاني: ما لا يصل إلى هذا الحد فيشك في الصدق؛ لكون الفرد خفياً، أي أن يكون للمفهوم فردان أحدهما ظاهر والآخر خفي، فيشك في صدقه على الخفي.

فالقسم الأول لا يجتمع مع الشك بخلاف الثاني، ومفهوم الافتراق بالنسبة إلى الخطوات الكثيرة ظاهر الصدق فيتمسك فيها بالدليل بلا إشكال، فيحكم بعدم الخيار، وأما بالإضافة إلى الخطوة فيشك في صدقه عليها لخفاء فرديتها، فلم يقدّم دليل على العدم، والمرجع حينئذ إلى الاستصحاب.

بيان المحقق الإصفهاني للانصراف وعدم جريان الاستصحاب

وقد بيّن المحقق الأصفهاني تدبّر الانصراف وعرض بالشيخ تدبّر والسيد اليزدي رحمه الله في إجراء الاستصحاب.

أما توضيح الانصراف فقال: بأنه فرق بين مطلق الافتراق والافتراق المطلق، وما يكون افتراقاً محضاً عرفاً من دون تدقيق عقلي هو الثاني، وما تقتضيه مقدمات الحكمة هو الأول؛ فإنه هو اللابشرط من جميع الخصوصيات الصادق على أول مرتبة من الانتقال، وقد حَقَّق في محله أن مقتضى مقدمات الحكمة في الحكم المتعلق بالطبيعة أن يكون متعلقه الطبيعة لابشرط الصادقة على الفرد الأول أو المرتبة الأولى، وهو

المناسب لما أفاده الشيخ تدئ من كفاية ما يحقق مطلق الافتراق ولو كان بشيء يسير كالأقل من خطوة، ولكن بما أن الخطاب ملقى إلى العرف، والمتعين في نظرهم هو الافتراق المطلق لم يكن إرادته بالخصوص منافية للحكمة، ولا نقضاً للغرض، وقد أحيل في مقام البيان إلى هذا الارتكاز العرفي، فلا مجال للاطلاق.

وأما تعريضه بالشيخ والسيد قدس سرهما في إجراء الاستصحاب فأفاد ما حاصله: إن استصحاب الخيار إنما يتم بالنظر إلى قوله إيلاً: (فإذا افترقا فلا خيار)^(١)؛ لأن غاية ما يدل عليه هو سقوط الخيار بالافتراق المطلق من دون أن يدل على أن مطلق الافتراق لا يسقطه، فيتوقف إثبات بقاء الخيار في مورد الشك على الاستصحاب.

وأما بالنظر إلى الأدلة المشتملة على الغاية كقوله إيلاً: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا »^(٢)، فلا حاجة إلى الأصل؛ لأن الغاية فيه ظاهرة في الافتراق العرفي وهو الافتراق المطلق، ولا يصدق على الافتراق بخطوة مثلاً، فيبقى الخيار ما لم يتحقق، وعليه فالخيار ثابت - في حال تحقق مطلق الافتراق كالاftراق بخطوة - بالدليل من دون التوقف على الأصل^(٣).

(١) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣، ٢.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٢٣.

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده إشكالان:

الإشكال الأول: يرد على ما أفاده في الانصراف والتمسك بالإطلاق؛

فإن المدار في التمسك بالإطلاق إنما هو اللفظ بما له من المفهوم عرفاً لا عقلاً، وكلامه **تدبر** إنما يتم على الثاني دون الأول، والثاني باطل قطعاً؛ لأن الخطابات بما لها من المفاهيم والمعاني ملقاة إلى العرف، فيكون المدار على المفهوم عندهم، لا بحسب الدقة العقلية، وعليه فالأخوذ في الموضوع من الأول هو الافتراق العرفي، ولو أراد الشارع غيره لبيّنه، ومع عدم بيانه يحمل على ما عند العرف وهو الافتراق المطلق لا مطلق الافتراق، فالافتراق المطلق هو مقتضى الإطلاق ومقدمات الحكمة بلا حاجة إلى ضم مقدمة أخرى لإثباته، لا أن الموضوع من الأول هو مطلق الافتراق وهو الافتراق العقلي، وإنما حمل على المعنى العرفي بواسطة القرينة.

الإشكال الثاني: يرد على ما أفاده من التفريق بين المستنديين في

جريان الاستصحاب؛ فإنه غير تام؛ لعدم جريانه على كلا التقديرين؛ لدلالتهما على ثبوت الخيار في مورد مطلق الافتراق إلا أن دلالة أحدهما عليه بالمنطوق والآخر بالمفهوم.

بيان ذلك :

أن المراد من الافتراق في الاثنين هو الافتراق العرفي بمقتضى

القاعدة المتقدمة، ولا يعقل أن يكون في أحدهما عرفياً وفي الآخر عقلياً،

والفرض أنه الافتراق المطلق، وقد جعل في قوله **لِيَبَّعَ**: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا) غاية للخيار، ومفاده ثبوت الخيار ما لم يتحقق الافتراق المطلق، وهو لم يتحقق - حسب الفرض - في الافتراق بالخطوة، وإنما تحقق مطلق الافتراق، فيثبت الخيار.

وقد جعل في قوله **لِيَبَّعَ**: (فإذا افترقا فلا خيار) شرطاً لسقوط الخيار، ومفهومه أنه إذا لم يحصل الافتراق العرفي الذي هو الافتراق المطلق ففيه الخيار.

فالخيار ثابت بالدليل في كلا المستنديين من دون توقف على الاستصحاب.

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة يقتضي البحث في مقامين:

المقام الأول: في ما يتحقق به الافتراق

وفيه جهتان:

الجهة الأولى: في ما يتحقق به الافتراق بالنظر إلى النص العام.

الجهة الثانية: في ما يتحقق به الافتراق بالنظر إلى النص الخاص.

أما الجهة الأولى فيتضح المختار فيها مما تقدم، وحاصله:

إن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف العام، فهو المرجع في

تحديد الموضوعات المأخوذة فيها، والمفهوم عرفاً من كلمة الافتراق هو

الافتراق المطلق، فلا يصدق على التفرق بالخطوة وما دونها فضلاً عن مقدار الإصبع ونحوه.

نعم، يمكن أن يدعى أن ذهاب المشهور - قداماً ومتأخرين - إلى كفاية الخطوة^(١) يمنع من التمسك بظهور الإطلاق في الافتراق المطلق النافي للافتراق بالخطوة؛ إذ يستكشف من فتاواهم صدق التفرق على ما كان بالخطوة، ولا أقل من منعه من الظهور في ما زاد عنها بحيث لا يشملها.

وفيه :

أن الشهرة بما هي لا اعتبار بها؛ لاحتمال كونها مدركية، ويحتمل استنادهم إلى ما أفاده الشيخ تذ من كفاية مطلق الافتراق، فلا تكشف فتاواهم عن دليل معتبر، وغاية ما يمكن أن يقال في وجهه: إن من بين المشهور من هو من أهل اللسان بالإضافة إلى كونهم من أهل الدقة والفهم والإتقان، وقد ادعوا تحقق التفرق بالخطوة، فيكشف ذلك عن سعة مفهوم الافتراق عرفاً، ولا أقل من إيجاب دعواهم للخدشة في

(١) قال السيد العاملي تذ في مفتاح الكرامة ١٤: ١٣٧: (وأما حصوله بتباعد أحدهما عن الآخر بخطوة فما زاد فقد نص عليه في المبسوط والخلاف والتهذيب والاستبصار والغنية والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان، ولعله معنى قوله في التحرير: بأدنى انتقال، وفي المسالك: وإن قل، وقد حكى عن الصيمري والميسي، ولم أجد لهما تصريحاً بذلك، نعم هو ظاهرهما وظاهر غيرهما من الشارحين والمحشين الذين لم يناقشوا، وظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه، وفي الرياض نفي الخلاف عنه.)

الظهور العرفي.

إلا أنه يندرج في باب تعارض العرف العام مع العرف الخاص فيقدم العرف العام؛ لاحتمال الاجتهاد في ناحية العرف الخاص، فلم يختاروا هذا الرأي بما هم من أهل العرف واللسان، بل بما هم مجتهدون في اللغة، فلا يعول على اجتهادهم.

والنتيجة من ذلك: أن الافتراق لا يتحقق إلا بالافتراق العرفي، وهو الافتراق المطلق، وهو لا يتحقق بالخطوة، فيثبت الخيار فيها وفي ما شاكلها - مما لا يصدق عليه الافتراق العرفي، ويصح سلبه عنه - بالدليل، لا بالاستصحاب.

الافتراق بملاحظة النص الخاص

وأما الجهة الثانية: وهو البحث في الافتراق بملاحظة النص الخاص كصحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً، فلما بايعته قمت فمشيت خطى، ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا^(١).

الأقوال في مفاد الرواية

فقد اختلف في مفاد الحديث على أقوال:

القول الأول: ما أفاده المحقق السيد الخوئي تدبر

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

من أن الافتراق وإن كان ظاهراً في الافتراق العرفي وانهدام الهيئة الاجتماعية التي كانت للمعاملة عرفاً إلا أن الاستفادة من الصحيحة سقوط الخيار بالمشي خطي، وأقل الجمع ثلاثة، فيتحقق الافتراق بثلاث خطوات^(١).

القول الثاني: ما أفاده الفاضل النراقي تدبر

من الإشكال في حمل الرواية على كفاية ثلاث خطوات؛ إذ لا يتعين في لفظ الخطي أقل الجمع؛ لأنه إخبار عن فعل الإمام عليه السلام ولم يعلم مقداره، فهو مجمل من هذه الناحية، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمناط حصول الافتراق عرفاً، والظاهر حصوله بنحو خمس خطوات أو ست وما زاد^(٢).

وما اختاره قوي، وما يمكن أن يقال في قبالة: إن علة الحكم وإن كان فعل الإمام عليه السلام إلا أنه كان في مقام بيان الحكم، وترتب وجوب البيع على المشي خطي، فيستكشف منه كفاية المصداق الأول للخطي، أي صرف الوجود لها، وهو أقل الجمع.

ولكن الجزم به مشكل جداً؛ لإجمال العلة وهو الفعل، ومع الشك يقتصر على القدر المتيقن منه وهو الافتراق العرفي، ويرجع في ما عداه إلى إطلاق دليل الخيار، أو استصحاب حكم المخصص لو تم الاستصحاب، وسيأتي الكلام فيه، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٤٩.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٦٩.

الخوئي تدبّر.

القول الثالث: ما أفاده المحقق الرشتي تدبّر

من التأمل في أصل دلالة الرواية؛ وذلك: لأن التحديد التعبدي في طرف الأقل بالجمع متوقف على أمرين: مفهوم العدد، ومفهوم العلة، أما مفهوم العدد فكأن يقال: إن اللزوم يتحقق بالمشي خطي، والخطي جمع، وأقله ثلاثة، ومفهومه أنه لا يتحقق اللزوم بأقل من الثلاث.

وأما مفهوم العلة فكأن يقال: إن علة اللزوم المشي ثلاث خطوات، ومفهومه أن لا يجب البيع بأقل منها.

ولكن في كلا الأمرين تأملاً؛ لأن العدد لا مفهوم له، وكون الثلاث خطوات علة للافتراق لا ينفي العلية عن الأقل منها^(١).

المناقشة في ما أفاده المحقق الرشتي

وفي ما أفاده تدبّر في كلا المفهومين مناقشة:

أما ما أفاده في مفهوم العدد؛ فلأن نفي الحكم عن ما هو أقل من العدد المأخوذ في لسان الدليل إنما هو بمنطوق العدد لا بمفهومه، ولهذا لو حدّد الحكم التكليفي بعدد معيّن كما لو قال: (صم ثلاثة أيام) وصام المكلف يومين لم يعدّ ممثلاً؛ وذلك بمنطوق الثلاثة؛ لعدم انطباق الأمور به على المأتي به، لا من جهة مفهومها، وكذلك في الحكم

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٥٦ - ١٥٧.

الوضعي؛ وفي المقام لما رتب لزوم البيع - الذي هو حكم وضعي - على المشي خطوات لم يشمل الخطوة والخطوتين، فانتفاء الحكم باللزوم في موردهما من جهة انتفاء الموضوع، لا من جهة المفهوم حتى يربط الحكم بثبوت المفهوم للعدد وعدم ثبوته.

وأما ما أفاده في مفهوم العلة ففيه بحث ثبوتاً وإثباتاً.

أما البحث الثبوتي فالعلتان المستقلتان إذا كانتا متباينتين فليس في جعلهما في مورد ما أي إشكال، وأما إذا كانت النسبة بينهما نسبة الأقل للأكثر فلا يعقل أن يكون كل من الأقل والأكثر علة مستقلة؛ إذ يكون الأكثر لغواً دائماً؛ فإنه متى تحقق الأقل أثرت العلة أثرها، فلا دور للأكثر أصلاً؛ لاندراج الأقل فيه، وكان ضمُّ الأكثر إليه من ضمِّ الحجر إلى جنب الإنسان، فالتعليل بالأكثر ظاهر في انحصار الدخل فيه، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن التعليل كان بالخطي وهو الأكثر، فإذا كانت الخطوة والخطوتان - وهو الأقل - علة لتحقق الافتراق ومن ثم تكون علة للزوم البيع، فجعل الخطي - وهو الأكثر - علة أيضاً لغو، فيما أن التعليل في الرواية كان بالأكثر فهو ينفي العلية عن الأقل حتى لا تلزم اللغوية من أخذ الأكثر علة.

وأما البحث الإثباتي، فعلى فرض عدم المحذور الثبوتي نقول: إنه يوجد في مورد العلة إطلاقان: إطلاق مقابل التقييد بـ (الواو)، وإطلاق مقابل التقييد بـ (أو)، وثمررة الإطلاق الأول أن يثبت كون العلة تامة، وليست جزء العلة وإلا لذكر الجزء الآخر معها، وثمررة الإطلاق الثاني أن

يثبت كون العلة منحصرة ولا عدل لها؛ وإلا لذكرت العلة الأخرى، وبالتالي ينتفي المعلل بانتفاء العلة، وهذه قاعدة جارية في جميع العلل، وعليه فيما أن التعليل في الرواية كان بالأكثر وهو (الخطى)، ولم تقيّد بـ (الواو) ولا بـ (أو) فمفاده أن الخطى هي العلة التامة المستقلة المنحصرة لتحقيق الافتراق، ومن ثمّ للزوم البيع، فينفي أن يكون الأقل من الثلاث علة لتحقيقه بالضرورة.

المقام الثاني: في تحديد المرجع عند الشك

وفيه جهتان أيضاً:

الجهة الأولى: في منشأ الشك.

الجهة الثانية: في المرجع عند الشك.

أما الجهة الأولى فمن الواضح أنه لا يخلو مفهوم من المفاهيم عن شبهة مفهومية حتى قال الشيخ تدئ في أول مبحث الطهارة بحصول الشبهة المفهومية حتى في لفظ الماء الذي هو أوضح المفاهيم العرفية^(١)، فإذا كان هذا حال الماء ففي مفهوم الافتراق بالأولوية القطعية؛ إذ ليس المراد من الافتراق المجعول غاية للخيار الافتراق الجسدي؛ فإن ذلك

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

حاصل حين المعاملة بلا كلام، بل المراد الافتراق عن الهيئة الاجتماعية؛ فإن للمتبايعين هيئة اجتماعية يعبر عنها بالمجلس، ولا يراد به أن يكونا جالسين في محل، بل ما يشمل كونهما جالسين أو واقفين أو ماشيين، والافتراق هو الافتراق العرفي عن هذه الهيئة الاجتماعية، وأفراده تتفاوت من حيث الصدق لا محالة، فالخروج عن الموضوع الذي كانا فيه، أو ذهاب أحدهما يميناً والآخر شمالاً بمقدار عشر خطوات مصداق بارز له، وانتقال أحدهما عن صاحبه بمقدار إصبع مصداق واضح لعدمه، وانفصالهما بمقدار خطوة مع بقائهما في نفس المجلس محل شك. وأما الجهة الثانية فالمرجع عند الشك لا يخلو من أحد أمور ثلاثة:

الأول: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

الثاني: إطلاق دليل الخيار.

الثالث: استصحاب بقاء الخيار.

وقد اختار الشيخ رحمته الاستصحاب.

ويرد عليه:

أولاً: أن استصحاب الخيار قاصر عن الجريان من حيث المقتضي؛

لاعتبار وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة لكي يصدق نقض اليقين بالشك وإلا لم يجز، وما نحن فيه لم تتحد فيه القضيتان.

بيان ذلك: أن الشبهة على نحوين: موضوعية، وحكومية.

(١) سورة المائدة: ١.

أما الأولى فلا إشكال في جريان الاستصحاب فيها؛ لتامة أركانه.

وأما الثانية، فإن كان المتبدل من حالات الموضوع مع بقاء الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوكة جرى الاستصحاب أيضاً، كما لو تغير الماء بوصف النجاسة؛ فإن النجاسة عارضة على ذات الماء، والتغير علة لثبوت الحكم بالنجاسة، فإذا زال التغير وشك في بقاء الحكم بالنجاسة استصحب بقاؤه بلا إشكال؛ لأن موضوع النجاسة، هو الماء وهو موجود بجميع أجزائه، والتغير علة لثبوت الحكم لا جزء من الموضوع.

وإن كان منشأ الشبهة الحكمية هي الشبهة المفهومية، بمعنى أن يشك في صدق المفهوم، عاد الشك إلى بقاء الموضوع، وحينئذ إن جرى الاستصحاب في الموضوع في الشبهة المفهومية انحل الإشكال، ولكنه ليس كذلك؛ لعدم الشك في أمر خارجي، بل الشك في صدق المفهوم وعدمه، ومثله لا يكون موضوعاً للاستصحاب، واستصحاب الحكم - وهو الخيار في المقام - لا يجري أيضاً؛ إذ - مع الشك في بقاء الموضوع - يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وهو باطل؛ لتوقف الاستصحاب على صدق نقض اليقين بالشك، ومع الشك في الموضوع لا يحرز صدقه.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ للشك في صدق الافتراق بالتفرق بخطوة، فيشك في زوال الهيئة الاجتماعية وبقائها، واستصحاب الخيار مع

الشك في بقاء موضوعه من التمسك بدليل الاستصحاب في شبهته الموضوعية؛ لأنه من التمسك بلا تنقض مع الشك في صدق النقض.

وثانياً: أنه لا مورد للاستصحاب في المقام مع إمكان التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ فإن المستفاد من الآية الكريمة - بالدلالة المطابقية أو الالتزامية - لزوم العقود مطلقاً، وخصّص عمومها بدليل «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وتردد المخصّص المنفصل بين الأقل والأكثر؛ للشك في مفهوم الافتراق، ومع إجماله يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة الاجتماع، وبما أن حالة التفرق بمثل الخطوة مشكوكة الخروج فتبقى تحت عموم العام.

فتحصّل إلى هنا:

أن غاية خيار المجلس هو الافتراق، وهو ظاهر عرفاً في الافتراق المطلق، لا مطلق الافتراق، وهو لا يصدق على التفرق بخطوة قطعاً، ولو فرض الشك في صدقه فالقاعدة تقتضي التمسك بعموم العام لا بالاستصحاب.

فرع: ما يحصل به الافتراق

قال الشيخ قدس: (ثم اعلم أن الافتراق - على ما عرفت من معناه - يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركة من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق الخارجي من المتحرك،

واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن (١).

نقول: أما أصل المدعى من تحقق الافتراق بحركة أحدهما دون الآخر، وعدم توقفه على حركتهما معاً فهو متين لا إشكال فيه، ولكن في نحو بيانه تَدُلُّ إشكالات:

الأول: تصويره الاتحاد بين الحركة والافتراق؛ حيث فرض الافتراق وصفاً للحركة عندما قال: (واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن)، مع أن الحركة والافتراق متغايران مفهوماً ومصداقاً؛ فإنّ الحركة يقابلها السكون تقابل الضدين، والافتراق يقابله الاجتماع تقابل العدم والملكية، فالافتراق هو نفس عدم المصاحبة، والحركة أمر غير إضافي، والافتراق أمر إضافي، وحقيقة الحركة عبارة عن خروج الشيء من القوة إلى الفعل تدريجاً، في مقابل الكون الذي هو خروج الشيء من القوة إلى الفعل دفعة، وحقيقة الافتراق زوال الاجتماع وعدم المصاحبة.

الثاني: جعله العلية بين المتضايفين؛ حيث جعل تحقق افتراق المتحرك معلولاً لعدم مصاحبة الساكن، والعلية بين المتضايفين غير معقولة؛ فإنهما في رتبة واحدة، فعدم مصاحبة الساكن إنما هو في رتبة افتراق المتحرك، لا علة له؛ فإن افتراق أحد المتبايعين من أقسام التضاييف، والمتضاييفان متكافئان قوة وفعلاً ولا يعقل العلية بينهما،

وعنوان العلية والمعلولية وإن كانا متضايفين إلا أن ذات العلة والمعلول مختلفان من حيث الرتبة وليس بينهما تضاييف، بل هو محال، فما فيه التضاييف لا يعقل فيه العلية، وما فيه العلية لا يعقل فيه التضاييف.

الثالث: جعله الذات والوصف لشيء واحد وهو الافتراق؛ حيث جعل حصول ذات الافتراق بالحركة، واتصافها بالافتراق بعدم مصاحبة الساكن، ولا يعقل أن تجعل للافتراق مرتبتان: مرتبة ذاته، ومرتبة اتصافه بوصف الافتراق، بل إن الافتراق بتمام ذاته افتراق، والاجتماع بتمام ذاته اجتماع.

والحاصل: أن هنا ثلاثة مفاهيم وهي: الحركة والسكون والافتراق، والافتراق - كالاتحاد - لا يمكن أن يتحقق بلا سبب، ومن جملة أسبابه حركة المتحرك مع سكون الساكن؛ فإن كليهما معاً علة لتحقيقه، فأصل ما أفاده الشيخ قدس سره من المطلب تام؛ فإن المدار على تحقق الافتراق وانتهاء المصاحبة بينهما، وهو يحصل حتى بحركة أحدهما وسكون الآخر، إلا أن الإشكال في نحو بيانه.

فرع: في الافتراق عن إكراه

اتضح مما سبق بمقتضى مثل قوله عليه السلام: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع » أن موضوع الخيار هو عدم افتراق البيعين، فزوال الخيار يدور مدار أمرين: التفرق، وعدم إعمال الخيار إلى زمانه، فتكون الصور - بلحاظ تركيب الموضوع من جزئين - أربعاً:
الأولى: أن يفترقا باختيارهما مع عدم المنع من الاختيار.

الثانية: أن يكره أحدهما أو كلاهما على التفرق مع المنع من الاختيار.

الثالثة: أن يقع الإكراه على التفرق بدون المنع من الاختيار.

الرابعة: أن يمنع من الاختيار مع عدم الإكراه على التفرق.

أما الصورة الأولى فهي القدر المتيقن من الافتراق الذي جعل غاية للخيار، وأما باقي الصور فهي محل بحث ونزاع، وتفصيل ذلك:

أما الصورة الثانية فالمعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من الاختيار أيضاً؛ سواء أبلغ حدّ سلب الاختيار أم لا كما حكاه الشيخ تذّ^(١)، وأقيم على ذلك عدة أوجه:

أوجه اشتراط الاختيار في التفرق

الوجه الأول: أن الاختيار مأخوذ في الفعل المسند إلى الفاعل المختار، والمتبادر منه صدوره من الفاعل عن اختيار، والافتراق المجعول غاية

(١) المكاسب ٥: ٦٩، وقال السيد العاملي تذّ في مفتاح الكرامة ١٤: ١٣٤:

(وأما بقاؤه - خيار المجلس - مع التفريق بينهما كرهاً، ومنعهما من اختيار الفسخ والإيجاب، كأن سدّ أفواههما، أو هدّداً على التكلم ممن يخاف منه إيقاع ما هدّد به، فقد صرح به في المبسوط، وما تأخر عنه، مما تعرّض له فيه من دون خلاف ولا تشكيك إلا ممن ستعرفه - يعني به المولى الأردبيلي والفاضل الخراساني -، وقد حكى عليه الإجماع في الغنية وتعليق الشرائع على ما حكى عن الأخير؛ لأنني لم أجده فيما عندي من نسخه.)

للخيار أسند إلى البيّعين، فهو فعل للفاعل المختار، فيتبادر منه أن يكون عن اختيار منهما، فلو أكره أحدهما أو كلاهما عليه لم تتحقق الغاية فلا يسقط الخيار.

وما أورده السيد اليزدي رحمته على الشيخ رحمته بقوله : (يظهر منه الحاجة إلى الأصل بعد دعوى التبادر، مع أنه لو تمّ هذه الدعوى لا حاجة إلى إجراء أصالة بقاء الخيار؛ لأنه لو كان المراد من الافتراق الافتراق الاختياري، فمنطوق الرواية دالّ على بقاء الخيار، ويمكن حمل العبارة على إرادة كون كلّ منهما دليلاً مستقلاً)^(١).

ففيه: أنه إنما يرد لو كان مراد الشيخ رحمته التمسك بالأصل في عرض الدليل، وأما لو كان مراده الاستدلال به في طوله كما يظهر من كلمة « بعد » فلا يرد عليه، فالحمل على التعدد بالظهور لا بالإمكان.

إيراد الشيخ قدس سره عليه

وأورد عليه الشيخ رحمته: بإمكان منع تبادر الاختيار في قبال الإكراه؛ فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل^(٢).

توضيح ذلك: أن التبادر يحتاج إلى سبب، وهو إما داخلي أو خارجي، أما الداخلي فلا يخلو إما من الهيئة أو المادة، ولم يشرب

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٢٦.

(٢) المكاسب ٥: ٦٩.

الاختيار في مقابل الإكراه في مادة الافتراق ولا في هيئته؛ فإن المادة وضعت لذات ما يصدر من الفاعل، والهيئة للنسبة الصدورية من الفاعل، فالسبب الداخلي منتفٍ.

وأما الخارجي فهو إنما يكون في الموارد التي يتعلق بها الأمر أو البعث؛ فإن الأمر والبعث والإلزام توجب أن يكون صدور الفعل من المأمور باختياره، وهو منتفٍ في المقام أيضاً، فينتفي التبادر، وإلا كان بلا سبب، وهو غير معقول.

وأما الاختيار في مقابل الاضطرار فالتبادر فيه تام؛ لأن الفعل الاضطراري لا يعدُّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر.

أقول: أما دعواه الأولى من عدم تبادر الاختيار في قبال الإكراه فمتينة، وأما دعواه الثانية من تبادر الاختيار في مقابل الاضطرار فقد وقعت محل بحث.

اعتراض المحقق الخوني على الشيخ ومناقشته

فقد اعترض عليها المحقق السيد الخوني تَدْتُّ: بعدم الفرق بين الإكراه والاضطرار، فالفعل في كل منهما يصدر عن قصد الفاعل وإرادته إلا أن المنشأ في أحدهما تهديد المكره - بالكسر - وفي الآخر اضطرار الفاعل في نفسه، وكما أنه لا يتبادر الاختيار في مقابل الأول لا يتبادر في مقابل

الثاني أيضاً؛ لعدم أخذ الاختيار في الهيئة ولا في المادة مطلقاً^(١).

وفي كلامه خلط بين الاضطراب التكويني الموجب لسلب الاختيار كحركة يد المرتعش، والاضطراب العرفي غير الموجب لذلك، كمن اضطر إلى بيع داره للعلاج، فما نفاه الشيخ **تَدَثُّ** هو الأول؛ فإنه صورة فعل قائمة بجسم المضطر، ولا ينتسب إلى نفس القائم بنسبة صدورية، وما اعترض به هو الثاني؛ فإنه ينتسب إلى الفاعل حقيقة، فما أفاده الشيخ **تَدَثُّ** متين لا إشكال فيه؛ فإن النسبة الصدورية للفاعل في موارد الإكراه نسبة حقيقية، بخلافها في موارد الاضطراب التكويني الذي هو مراد الشيخ **تَدَثُّ**؛ فإن الفعل لم يصدر من نفس الفاعل فتنتفي النسبة الصدورية.

تفصيل المحقق النائيني في دلالة الأفعال على الاختيار ومناقشته

ثم إن المحقق النائيني **تَدَثُّ** فصل في المقام بين الأفعال، فذهب إلى أنها غير دالة على الاختيار بموادها ولا بهيئاتها، ولهذا أسندت أفعال السجايا وغيرها من الأعراض التسعة إلى الفاعل مع أنها لا تصدر منه حقيقة وليست له إرادة واختيار تجاهها، نعم الفعل في مقابل الانفعال اختياري دون الانفعال^(٢).

ويرد عليه: أن للفعل إطلاقين:

الأول: الفعل في مقابل الانفعال في الأعراض التسعة.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٢، التنقيح ٣٨: ١٢٣.

(٢) منية الطالب ٣: ٥٢.

الثاني: الفعل في مقابل الانفعال عرفاً ولغة.

فإن أراد من الفعل الفعل المقولي المعبر عنه بمقولة الفعل في مقابل مقولة الانفعال - كما هو ظاهر كلامه حيث استثناه من الأعراض التسعة - ففيه: أن الفعل المقولي عبارة عن التأثير التدريجي في مقابل الانفعال الذي هو عبارة عن التأثير التدريجي، وهو لم يؤخذ فيه الاختيار قطعاً؛ فإن تأثير النار في الماء فعل مقولي مع انتفاء الاختيار فيها قطعاً.

وإن أراد من الفعل الفعل العرفي في مقابل الانفعال العرفي كالكسر في مقابل الانكسار فهو ينقسم إلى الاختياري وغيره، والتقسيم بلا عناية علامة الحقيقة، فمن كسر إناء في أثناء النوم صح إسناد الكسر إليه مع أنه فاقد للاختيار حينه، فكما لا يتبادر الاختيار في ناحية الانكسار كذلك في ناحية الكسر، فما أفاده من التفريق بين الفعل والانفعال، فيتبادر الاختيار في الأول دون الثاني واضح البطلان في الفعل المقولي والعرفي.

تفصيل المحقق الحائري ومناقشته

وذهب المحقق الحائري تتمة إلى تفصيل آخر حاصله: أن الأفعال على قسمين: ما يحصل من قوة نفس الفاعل، وما لا يحصل من قوته كالطهارة، والافتراق من القسم الثاني، والاختيار إنما يتبادر في القسم الأول؛ فإنه لا يتبادر من مثل: (طهر زيد) أنه طهر نفسه؛ لأن مادة الطهارة لم تصدر من القوة الكامنة فيه، بخلاف مثل الضرب والكسر؛

فإنهما يصدران من القوة الكامنة في الفاعل فيكون الاختيار مأخوذاً فيهما، ومراده من الاختيار - بحسب ظاهر الكلام - ما يكون في مقابل الإكراه، لا الاختيار بمعنى القصد^(١).

وفيه: أن غاية ما تدل عليه الأفعال التي أشرب في مفهومها الخروج من القوة إلى الفعل إيجاد النسبة بين الفعل والفاعل المصطلح عليها بالنسبة الصدورية، وأما الاختيار فلا دلالة للأفعال عليه، والنسبة الصدورية قدر مشترك بين أنحاء الصدور، أي بين الصدور عن اختيار في قبال الإكراه، وبين الصدور عن اختيار بمعنى القصد، فالمادة جامعة بين هاتين الحصتين، والشاهد على ذلك: أن الأفعال الصادرة عن قوة الفاعل يصح تقسيمها - بدون عناية - إلى ما صدرت عن قصد واختيار، وإلى ما صدرت عن غير قصد واختيار، فنحو الكسر والإتلاف مما يترتب عليه بعض الأحكام يصدر تارة عن قصد واختيار، وأخرى لا عن قصد واختيار كما لو صدر في حال النوم والغفلة، والضمان يترتب على كلا النوعين.

فتحصل أن ما أفاده الشيخ تدئ من التفصيل متين، ولا يرد عليه ما أورده المحقق السيد الخوئي تدئ، كما أن ما أفاده المحققان النائيني والحائري قدس سرهما من التفصيلين واضح المناقشة.

الدليل الثاني: حديث الرفع^(٢)

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٧٣.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١، ولفظه: « عن حريز بن عبد

ويمكن أن يقرب الاستدلال به بتقريبين:

التقريب الأول: أن مقتضى: « رفع ما أكرهوا عليه » رفع الحكم المترتب على الإكراه، فلو أكره أحدهما أو كلاهما على التفرق لم يترتب عليه الحكم المناط بالتفرق وهو اللزوم؛ فإن اللزوم حكم وضعي مترتب على التفرق بمقتضى « فإذا افترقا وجب البيع »، ومع الإكراه عليه يرتفع الحكم؛ إذ ثبت في محله عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، ولا يختص برفع التكليف^(١).

التقريب الثاني: أن الافتراق - بمقتضى قوله **﴿بِئْسَ﴾**: « فإذا افترقا وجب البيع » - غاية شرعية للخيار، فيكون موضوعاً للأثر الشرعي، فيشملة حديث الرفع لو أكره عليه، بخلاف ما لو كان غاية عقلية؛ فإنه لا يشملة، فإذا تعلق به الإكراه - حسب الفرض - انتفى كونه غاية، فيبقى الخيار بعد التفرق على حاله^(٢).

مناقشات المحقق النائيني في الاستدلال بحديث الرفع ودفعا

وأورد عليه المحقق النائيني بثلاثة إشكالات:

الله ، عن أبي عبد الله **﴿عليه السلام﴾** قال : قال رسول الله **﴿صلى الله عليه وآله وسلم﴾** : رفع عن أمتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أكرهوا عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، وما اضطروا إليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكر في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطقوا بشفة .»

(١) المكاسب ٥ : ٦٩.

(٢) إرشاد الطالب ٢ : ٧٨.

الإشكال الأول: ما أفاده من النقض بالتفرق نسياناً؛ فإن النسيان من جملة المرفوعات في حديث الرفع، والقائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار بالتفرق نسياناً أو غفلةً، فيستكشف من السقوط في موردهما أن ذات الافتراق بما أنه فعل - لا بما هو صادر عن اختيار - جعل من المسقطات^(١).

وفيه: أن سقوط الخيار في حالة التفرق نسياناً أو غفلة إنما ثبت بالإجماع، وهو - على فرض ثبوته وكاشفيته عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر - لا يقتضي سقوطه بالتفرق عن إكراه؛ لعدم الملازمة بينهما بأبحاثها: العقلية والعادية والشرعية.

وبعبارة أخرى: إنما لم يتمسك بحديث الرفع في مورد النسيان والغفلة لوجود المانع وهو الإجماع، ولم يثبت ذلك في مورد الإكراه.

الإشكال الثاني: أن مورد بعض المرفوعات في حديث الرفع منحصر في متعلق التكليف كالحسد والطيرة والوسوسة في الخلق، ومحل البحث من الموضوعات، ونحن وإن لم نقل باختصاص الحديث برفع الحكم التكليفي كحكم التطير والوسوسة، بل يشمل الحكم الوضعي كلزوم البيع، ولكن رفع اليد عن خصوصية متعلق التكليف والتعدّي إلى موضوعه - كالسفر والحضر والتفرق - مع عدم الجامع بين المتعلق والموضوع لا وجه له.

(١) منية الطالب ٣: ٥٢.

فالحديث يرفع الحكم المنصب على متعلق التكليف، فلو شرب المكلف نسياناً أو كرهاً، أو أفطر كذلك فشربه كالعدم، ولا يرفع الحكم عن موضوعه، فلو سافر أو أقام أو افترق عن إكراه لم يكن وجوده كالعدم، ولهذا لم يتمسك الفقهاء به في مورد من أقام عشرة أيام في محل مكرهاً، فلم يحكموا عليه بالقصر، بل يجب عليه التمام؛ لأن الإقامة عشرة أيام ليست متعلقاً للتكليف، بل هي موضوع لوجوب التمام على المسافر، ولو كان الحديث يشمل الموضوعات الإكراهية لما وجب التمام عليه، والإجماع على خلافه، فهذا يكشف عن أن حديث الرفع إنما يجري في متعلقات التكليف لا في موضوعات الأحكام^(١).

وما أفاده مردودٌ بكلا قسميه النقضي والحلي:

أما النقص فلم يقدّم دليل على أن موضوع وجوب التمام هي الإقامة عشرة أيام، سواء أقلنا بأنها قاطعة لموضوع السفر، أم قلنا بأنها قاطعة لحكمه؛ إذ هذا البحث موضع اختلاف بينهم، فقولاً بالأول، وآخر بالآخر؛ بل مدار الحكم في النصوص - على كلا التقديرين - على نية الإقامة لا عليها نفسها، فورد في بعضها: (نويت، ونوى)، وفي بعضها (عزم)، وفي بعضها عنوان (اليقين)^(٢)، فموضوع الحكم - وهي الإقامة

(١) منية الطالب ٣: ٥٢.

(٢) وردت الروايات بالسنة مختلفة، فيها النية والإرادة والعزم والاستيقان، فمنها - كما في الوسائل الباب ١٥ من أبواب صلاة المسافر -:

عشرة أيام عن نية - لا يقبل الإكراه، وما يقبله - وهي نفس الإقامة -

الحديث ١ عن علي بن جعفر ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدركه شهر رمضان في السفر فيقيم الأيام في المكان عليه صوم ؟ قال : « لا حتى يجمع على مقام عشرة أيام ، وإذا أجمع على مقام عشرة أيام صام وأتم الصلاة ».

قال: وسألته عن الرجل يكون عليه أيام من شهر رمضان وهو مسافر يقضي إذا أقام في المكان ؟ قال : « لا ، حتى يجمع على مقام عشرة أيام ».

الحديث ٣ عن أبي بصير قال : « إذا قدمت أرضاً وأنت تريد أن تقيم بها عشرة أيام فصم وأتم... ».

الحديث ٤ عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : « إذا أتيت بلدة فأجمعت المقام عشرة أيام فأتتم الصلاة... ».

الحديث ٥ عن أبي ولاد الحنات ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « إن شئت فانو المقام عشراً وأتم ، وإن لم تنو المقام فقصر ما بينك وبين شهر ، فإذا مضى لك شهر فأتتم الصلاة ».

الحديث ٦ عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أتى ضيعته ثم لم يرد المقام عشرة أيام قصر ، وإن أراد المقام عشرة أيام أتم الصلاة ».

الحديث ٧ عن موسى بن حمزة بن بزيع قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك إن لي ضيعة دون بغداد فأخرج من الكوفة أريد بغداد فأقيم في تلك الضيعة ، أقصر أو أتم ؟ فقال : « إن لم تنو المقام عشرة أيام فقصر ».

الحديث ٨ عن محمد بن إسماعيل بن بزيع ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يقصر في ضيعته ، فقال : « لا بأس ما لم ينو مقام عشرة أيام إلا أن يكون له فيها منزل يستوطنه الحديث ».

الحديث ٩ عن حريز ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رأيت من قدم بلدة إلى متى ينبغي له أن يكون مقصراً ؟ ومتى ينبغي أن يتم ؟ فقال : « إذا دخلت أرضاً فأيقنت أن لك بها مقام عشرة أيام فأتتم الصلاة ».

ليست موضوع الحكم.

وأما الحل فمورد بعض فقرات الحديث وإن كان هو المتعلق لكن موضوع بعضها كلمة « ما » وهي تشمل المتعلق والموضوع، فلا بوجوب إرادة خصوص الموضوع في بعض الفقرات تخصيص المرفوع بخصوص الموضوع فيما يكون عاماً للموضوع والمتعلق.

وأما قوله بعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، فإن كان مراده نفي الجامع الذاتي فليكن كما قال؛ لعدم الحاجة إليه، وإن كان نفي الجامع مطلقاً حتى العنوانى، فغير تام؛ لوجود الجامع العنوانى بين الموضوع والمتعلق في المقام، وهو الاسم الموصول (ما)، كما في قوله **عَلَيْهِ**: (ما أكرهوا عليه) (ما اضطروا إليه).

الإشكال الثالث: أنه لا إشكال في أن حديث الرفع يرفع الحكم عن مورد الإكراه، ولكنه لا يثبت حكم ما هو ضد المكروه عليه، أو حكم ما هو نقيضه، وذلك ببيانين:

الأول: أن حديث الرفع يرفع حكم ما تعلق به الإكراه والاضطرار، ولكن ما هو ضد المكروه عليه أو نقيضه ليس متعلقاً للإكراه حتى يرفع حكمه.

الثاني: أن حديث الرفع يرفع الحكم ولا يثبتته، وموضوع الحكم - وهو الخيار في ما نحن فيه - لا يخرج عن حالين: إما الهيئة الاجتماعية للمتبايعين، أو عدم التفرق، وهو ليس مكرهاً عليه، وإنما المكروه عليه هو

التفرّق، ورفعته تشريعاً لا يثبت بقاء الهيئة الاجتماعية حتى يترتب على بقائها ثبوت الخيار، فلو رفع الخيار بحديث الرفع لأجل الإكراه على التفرّق لرفع به حكم نقيض المكره عليه لا حكم نفسه، وهو باطل.

والحاصل: أن حديث الرفع إنما هو رافع للحكم، وليس مثبتاً له بأي حال من الأحوال، فلو كان للتفرّق المكره عليه حكم لرفعه، بينما أريد من الحديث في المقام إثبات الخيار للمكره على التفرّق، وموضوع الخيار هو الهيئة الاجتماعية أو عدم التفرّق الذي هو نقيض التفرّق، ولم يكره على شيء منهما، فلا يصح التمسك به في المقام^(١).

ويجاب عنه: بأنه لو لم يكن التفرّق موضوعاً لحكم أصلاً لورد الإشكال، ولا رافع له؛ لعين ما ذكره تذيلاً، ولكنه موضوع لحكم شرعي فلا يرد، وتوضيح ذلك يتم بالبحث في جهتي الثبوت والإثبات:

أما من جهة الثبوت؛ فموضوع وجوب الوفاء، والحكم باللزوم هو العقد، وبما أن الإهمال في الموضوع غير معقول، فإما أن يكون العقد - بالإضافة إلى التفرّق - مطلقاً، أو مقيداً بعدمه، أو مقيداً بوجوده، أما الإطلاق فغير معقول بعد تخصيص قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) بروايات خيار المجلس، وأما التقييد بعدمه فينافي تحديد الخيار بالتفرّق، فيتعيّن أن يكون موضوع اللزوم هو العقد المقيد بافتراق المتبايعين، فيكون العقد جائزاً، ويكونان بالخيار ما لم يفترقا، ويكون لازماً ولا

(١) منية الطالب ٣: ٥٣.

(٢) سورة المائدة: ١.

يكون لهما خيار إذا افترقا.

وأما بحسب مقام الإثبات فورد في عدة نصوص معتبرة ما يفيد ترتيب وجوب البيع على نفس التفرق كقوله **إيَّاهُ**: « قمت فمشيت خطى... ليجب البيع »^(١).

وعليه فالتفرق موضوع لوجوب البيع ثبوتاً وإثباتاً، ومقتضى القاعدة رفع الحكم عن موضوع الحكم الشرعي أو جزئه أو قيده فيما إذا كان متعلقاً للإكراه، فينتفي اللزوم؛ لأجل الإكراه على موضوعه وهو التفرق، فإذا ارتفع اللزوم تعين الجواز بالمعنى الأعم، وهو وإن كان له قسمان: حقي كالخيار، وحكمي كالجواز في باب الهبة إلا أن المتعين في المقام هو الأول؛ لقيام الضرورة الفقهية على عدم إرادة الجواز الحكمي في المقام، فما أفاده - من عدم كون المورد من موارد التمسك بالحديث؛ إذ لو تمسك به لأثبت حكم نقيض التفرق ولم يرفع حكمه - في محل المنع.

مناقشة المحقق الرشتي (قده) لحديث الرفع

ونقض المحقق الرشتي **قَدَّ** على الاستدلال بحديث الرفع: بصورة التفرق عن جهل؛ إذ كما أن في الحديث: « رفع ما اضطروا إليه وما أكرهوا عليه »، فكذلك فيه: « رفع ما لا يعلمون »، فإذا تمسك بالحديث

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ٣.

لرفع الحكم في صورة الإكراه على التفرّق فيبقى الخيار معه، فكذلك يتمسك به في صورة الجهل أيضاً فيبقى الخيار معه، ولا قائل به^(١).

وفيه: أنه ينبغي الالتفات إلى أن القاعدة في النقض أن يصدق نقيض

المدعى في النقض وإلا لا يتم، والمدعى - فيما نحن فيه - التمسك

بحديث الرفع في صورة التفرّق الإكراهي، فيرتفع حكم التفرّق - وهو

عدم الخيار - في هذه الصورة، بحيث يبقى الحكم بالخيار واقعاً لمن

أكره على التفرّق، فالمدعى - إذن - هو بقاء الخيار واقعاً؛ لأن أثر حديث

الرفع في موارد الإكراه والاضطرار هو الرفع الواقعي، وأما في موارد

الجهل فأثره هو الرفع الظاهري لا الواقعي، ولهذا يجري حديث الرفع

في الشبهات الحكمية، وترفع أصالة البراءة الحكم ظاهراً، ورفع ظاهراً

ملازمٌ لثبوته واقعاً، وإلا - لو كان الرفع الظاهري مستلزماً للرفع

الواقعي - لاستلزم التصويب، وهو محال.

وعليه فلو تمسك بـ «رفع ما لا يعلمون» في صورة التفرّق عن جهل

فأثره رفع عدم الخيار ظاهراً، وإن كان ثابتاً واقعاً، بخلاف مورد الإكراه؛

إذ يكون الرفع واقعاً كما تقدم، فلا يرد الإشكال، أي أنا نلتزم بأن الحكم

في التفرّق عن جهل مرفوع ظاهراً، وهو لا ينافي رفع الحكم واقعاً في

التفرّق عن إكراه، فيبطل النقض.

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٧٨.

إشكال الشيخ (قده) ومن تبعه على الاستدلال بحديث الرفع

وأورد الشيخ **تدئ** ومن تبعه - من أعظم تلامذته كالمحقق الرشتي **تدئ**^(١) وغيره - على الاستدلال بالحديث بما حاصله: أنه لو صحّ التمسك به لرفع الحكم - أعني عدم الخيار - عن المكروه على التفرّق، الذي لازمه بقاء الخيار له، لصحّ التمسك به مطلقاً، ولو في صورة الإكراه على التفرّق مع التمكن من التخاير والفسخ؛ لأن مقتضى الحديث - لو صحّ التمسك به - هو جعل التفرّق المكروه عليه كلاً تفرّق، فيشمل هذه الصورة أيضاً، والحال عدم التزام الفقهاء بذلك؛ فإنهم إنما قالوا بعدم سقوط الخيار في صورة الإكراه على التفرّق وعلى ترك التخاير، وأما لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، فقالوا بسقوط الخيار لو أكره على التفرّق دون التخاير، فيستكشف من هذه الفتوى عدم شمول الحديث للمكروه على التفرّق مطلقاً^(٢).

جواب المحقق الخوني **تدئ عن إشكال الشيخ **تدئ****

وأجيب عنه:

بأن موضوع الحكم بعدم الخيار مركب من جزئين: التفرّق، وعدم الفسخ إلى حينه، فلا يكون الحكم إكراهياً إلا إذا كان الإكراه على كليهما، وأما لو أكره على أحدهما وكان مختاراً في الآخر لم يكن الحكم

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٧٨.

(٢) المكاسب ٥: ٧٠.

إكراهياً، والفرض أن ما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنه مكرهٌ على التفرّق ومختارٌ في الفسخ وعدمه، فلو لم يفسخ إلى حين الافتراق لم يشملته حديث الرفع ولم يترتب عليه حكم الإكراه، نظير ما لو أكره شخص على التكلم بكلمة (بع)، فتكلّم بها مع إضافة شيء إليها بقصد الإنشاء، كأن قال: (بعتك الدار) بقصد إنشاء بيع داره؛ فإنه لا يتوهم أحد بعدم مؤثرية هذا الإنشاء؛ استناداً إلى كون بعض أجزاء ما أنشأ به البيع صادراً عن إكراه، وهكذا في جميع الموضوعات المركبة^(١).

المنافشة في جواب السيد الخوني تكمل

والتحقيق في الجواب يقتضي التدقيق في أمرين:

الأمر الأول: في تحديد موارد جريان حديث الرفع من ناحية

الكبرى.

الأمر الثاني: في تحديد كون المقام من جملة صغريات تلك الكبرى

وعدمه.

أما الكبرى فحديث الرفع إنما يجري في الموارد القابلة للوضع

شرعاً، دون ما لو كان بحكم العقل؛ لأن الرفع هو الشارع، والحاكم لا

يرفع إلا ما يدخل تحت دائرة حكمه الذي يكون الوضع باختياره، فكل

ما كان قابلاً للجعل شرعاً فهو مورد لحديث الرفع.

وأما الصغرى فلبّ الأمر في ما نحن فيه أن مقتضى الإطلاق

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٣، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ١٢٤.

الأفرادى والأزمانى فى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) هو اللزوم مطلقاً، تفرق المتبايعان أو لم يتفرقا، إلا أن مقتضى أدلة خيار المجلس كقوله **عَلَيْهِ**: « إذا افترقا وجب البيع » هو اشتراط التفرق فى لزوم العقد، فموضوع الخيار - بعد الجمع بين الآية والأخبار - هو العقد المقيّد بعدم الافتراق، وموضوع اللزوم هو العقد بعد التفرق، فىكون موضوع اللزوم مركباً من جزئىن: بقاء العقد، والتفرق، فلا بدّ من بقاء العقد لىترتب عليه حكم اللزوم، وهذا الترتب عقلى محض؛ لأن بقاء العقد لىس أمراً شرعياً، بل هو بىد المتعاقدىن، فىلىس موضوعاً من قبل الشارع لىرفعه، والحكم ىدور مدار موضوعه وجوداً وعدمأ، فالحكم الشرعى - أعنى اللزوم - مترتب على موضوع مركب من جزئىن، أحدهما شرعى وهو التفرق، والآخر عقلى وهو بقاء العقد؛ لكونه دخيلاً فى ثبوت أصل الموضوع؛ إذ لو فسخ لارتفع موضوع اللزوم وهو العقد.

وعلىه فى الموارد التى يكون فىها الموضوع مركباً من جزئىن شرعىىن لا ىعتبر الحكم فى الإكراه على أحدهما دون الآخر حكماً إكراهياً، فلا ىرفع بحديث الرفع، بل لابدّ لجرىانه من الإكراه على كلىهما، وأما فى الموارد التى يكون فىها الموضوع مركباً من جزئىن، أحدهما عقلى والآخر شرعى، فىعتبر الحكم فى حالة الإكراه على الجزء الشرعى حكماً إكراهياً، فىرد نقض الشىخ **تدبّر** من أن حديث الرفع إن كان ىشمل

(١) سورة المائدة: ١.

حالة الإكراه في مثل ما نحن فيه فيشملها مطلقاً، أعني صورة الإكراه على التفرّق وترك الفسخ، وصورة الإكراه على التفرّق دون عدم الفسخ؛ لكون الحديث مطلقاً من ناحية ما يدخل في دائرة جعل الشارع، فكل ما كان له دخل شرعاً وكان مكرهاً عليه يرفع حكمه بالحديث.

وإن لم يشملها فمطلقاً.

مناقشة المحقق الأصفهاني تدنُّ

وأورد المحقق الأصفهاني تدنُّ إشكالاً على الاستدلال بالحديث، وتوضيح كلامه يتوقف على بيان ما أفاده تدنُّ في مناقشة الوجه الأول للقاتل بعدم سقوط الخيار مع الإكراه على الافتراق، وهو تبادل الافتراق الاختياري، المتقدم الكلام فيه، بيان ذلك:

أنه تدنُّ قسّم الموارد - من حيث اقتضاء الأمر الخارج عن مرحلة الإسناد لتعيّن الاختيارية والقصد، أو تعيّن الرضا والطيب الطبيعي، وعدم الاقتضاء لشيء منهما - إلى أربعة موارد:

الأول: متعلقات التكاليف.

الثاني: المعاملات.

الثالث: الأسباب.

الرابع: الغايات.

أما متعلقات التكاليف، ففيها اقتضاء الاختيار في مقابل الاضطرار؛ لأن التكليف إنشاء بداعي جعل الداعي في نفس المكلف ليأتي بالفعل،

وليس في المضطر قابلية جعل الداعي.

وبعبارة أخرى: إن متعلق التكليف لا يكون إلا فعلاً اختيارياً؛ لكونه متعلقاً للبعث، والبعث إنما جعل لإحداث الداعي الذي تتعقبه الإرادة ولا يعقل إلا معها.

وأما المعاملات، ففيها اقتضاء طيب النفس والرضا بالمعاملة، وهذا هو الاختيار في قبال الإكراه.

وأما الأسباب فهي لا تقتضي الاختيار، ولذا لا شبهة في سببية اليد للضمان وإن كانت بلا شعور بأن المال للغير، وفي سببية الإلتلاف له وإن صدر من الجاهل، والغافل، والنائم، ومن لم يستجمع شرائط التكليف أو المعاملة، كان عن اختيار أو اضطرار أو إكراه.

وكذلك الغايات، فإن الغاية لا تقتضي الاختيار؛ بدليل أن الزمان وقع غاية في الوضعيات والتكليفيات، وهو أمر غير اختياري، أما في التكليفيات فكقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى الْآيِلِ﴾^(١)، وأما في الوضعيات فكما في خيار الحيوان كقوله **إِلَى**: «الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام»^(٢). وعليه فالبحث في الكبرى وفي الصغرى:

أما الكبرى: فكل مورد يقتضي الاختيار في مقابل الاضطرار فهو

(١) سورة البقرة: ١٨٧.

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

مشمول إلى « رفع ما اضطروا إليه »، وكل مورد يقتضي الاختيار في مقابل الإكراه فهو مشمول إلى « رفع ما أكرهوا عليه »، وكل مورد لا يقتضي الاختيار في مقابل شيء منهما فهو غير مشمول إلى كليهما.

وأما الصغرى: فالمورد في ما نحن فيه من الغايات، كما هو واضح من قوله **إِيَّاهُ**: « البيعان بالخيار حتى يفترقا »^(١)؛ فإن التفرق جعل غاية للخيار، وقد ثبت أن الغاية ليس فيها اقتضاء الاختيار.

فالتيجة: أن التفرق - الذي هو موضوع الحكم باللزوم - لا يشمل حديث الرفع، سواء أكان عن اضطرار أم إكراه؛ لأنه غاية، والغايات كالأسباب لا اقتضاء فيها للاختيار، والحديث إنما يجري في ما يقتضي الاختيار^(٢).

الجواب عن مناقشة المحقق الأصفهاني **تكل**

والجواب عن الإشكال يقتضي بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن حديث الرفع إنما يجري في المورد القابل للوضع الشرعي، بنحو لولا رفعه بالحديث لوجد، وإذا ارتفع فإنما هو ببركته، فلا موضوع له في المورد الذي لا اقتضاء فيه لوضع الحكم الشرعي، ولهذا قالوا بأخذ الوضع في مفهوم الرفع، فيكون الرفع بعد الوضع، أي يرفع ما كان موضوعاً بخلاف الدفع، فإنه يكون ابتداءً، ولكن

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

(٢) حاشية المكاسب ٤: ١٢٧-١٢٨، و ١٣٠.

قامت القرينة في خصوص حديث الرفع على عدم وجود الموضوع قبل الرفع، فلا بد من حمله على اقتضاء الوجود، أي يرفع ما فيه اقتضاء الوجود.

المقدمة الثانية: أنه لا مجال إلى جريان حديث الرفع في الموارد المقيدة بقيد وقد انتفى، سواء أكان القيد عقلياً أم عقلائياً أم شرعياً؛ إذ ينتفي الموضوع عقلاً بانتفاء القيد، وحينئذ لا يعقل إسناد رفع الحكم إلى الشارع، بل يرتفع قهراً بانتفاء موضوعه، ولا يعقل الرفع في مورد الارتفاع، وبحصول الثاني لا تصل النوبة إلى الأول.

إذا اتضح هذا فنقول:

أما بالنسبة إلى ما أفاده في متعلقات التكليف، ففيه: أنه تدبّر يرى - كما صرح به - أن التكليف هو جعل الداعي، وأن الإنشاء بداعي جعل الداعي في الواجبات، وبداعي جعل الزاجر في المحرمات، فهو متقوم بإمكان داعوية ذلك الوجوب، وزاجرية تلك الحرمة، فيستحيل جعل الداعي في المورد غير القابل للداعوية، وعلى هذا المبني لا يكون امتناع تكليف المضطر الفاقد للإرادة بمناط القبح العملي عقلاً، بل بمناط العقل النظري؛ وذلك لاستحالة حصول داعي الجعل في نفس الجاعل بالإضافة إلى جعل الداعي في نفس المكلف مع عدم إمكان انبعائه، والعبد الفاقد للاختيار - في مقابل الاضطرار - غير قابل للانبعاث والانزجار، فجعل الداعي في حقه من طرف الجاعل محال، لا أنه ممكن ولكنه قبيح،

وعلى هذا فلا يعقل جريان حديث الرفع في موارد التكليف؛ لأنه إنما يجري في مورد وجود التكليف لولا الحديث، وفي المضطر غير القابل للانبعاث يستحيل جعل التكليف، فلا يكون المورد قابلاً للوضع حتى يكون قابلاً للرفع.

وأما ما أفاده في المعاملات من كون المورد فيها مقتضياً للاختيار في مقابل الإكراه: ففيه: أن اقتضاءها للرضا وطيب النفس أمر عقلائي قد جرت عليه سيرة العقلاء، كما يشهد له لوم العقلاء حتى غير المتدينين بدين لمن يملك مال غيره بدون رضاه، وقد أمضى الشارع ذلك بقوله:

﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾^(١)،

فبما أن اقتضاء المعاملات للاختيار في مقابل الإكراه عقلائي فقيد الرضا في المعاملة قيد عقلائي، فالحكم ببطلان المعاملة المكره عليها لا يقبل وضع الشارع حتى يقبل الرفع، ولهذا كان التمسك بحديث الرفع في موارد الإكراه عليها تنزلياً؛ إذ عندما يتحقق الإكراه على المعاملة ينتفي قيد الموضوع؛ لأخذ التراضي والاختيار - في قبال الإكراه - في موضوع المعاملات، فينتفي الحكم بانتفاء قيد الموضوع، ومع التنزل عن ذلك نتمسك لبطلان معاملة المكره بحديث الرفع.

وحاصل الإشكال في المقامين:

أنه تدبّر أفاد أن موارد حديث الرفع مختصة بمتعلقات التكليف

(١) سورة النساء: ٢٩.

وبالمعاملات؛ لأن مورده ما فيه اقتضاء الاختيار وهو مختص بهما، وهو ممنوع؛ لأن ما فيه اقتضاء الاختيار ذاتاً - عقلاً أو عقلاء - يستحيل وضعه شرعاً، فيستحيل فيه الرفع.

إشكال السيد الخوني تَكْتَلُ على الاستدلال بالحديث

قد أورد بعض الأعاظم تَكْتَلُ على الاستدلال بالحديث فقال: بأن الأفعال المأخوذة في موضوع الحكم على نحوين:

الأول: أن يراد من الفعل ما يصدر من الفاعل، فيكون ظاهراً في صدوره منه عن إرادة واختيار.

الثاني: أن يراد من الفعل الفعل النحوي من الماضي والمضارع والأمر، فإذا نُسب إلى الفاعل يكون ظاهراً في الأعم من صدوره عن اختيار وغيره، كقولنا: (قعد عمرو) و (مات زيد).

ومورد جريان الحديث هو الأول دون الثاني، فلو كان الفعل الاختياري متعلقاً للتكليف كقوله: (لا تشرب الخمر)، أو موضوعاً له كقوله: (من أفطر في شهر رمضان فعليه الكفارة) وأكره المكلف عليهما لم يحكم بحرمة فعلهما، كما لا يحدث في الفرض الأول، ولا كفارة عليه في الفرض الثاني بلا شبهة، دون ما لو كان من قبيل القسم الثاني؛ فإن الحكم يترتب على موضوعه ولو كان عن إكراه أو اضطرار.

والموضوع في ما نحن فيه هو التفرق بمقتضى: « البيعان بالخيار ما لم

يفترقا»^(١)، والتفرّق من القسم الثاني، ولهذا ربّما يُنسب إلى ما لا شعور له ولا اختيار فيقال: تفرّقت أجزاء الدار أو الكتاب، فهو أعم مما لو حصل اختياراً، أي لم يؤخذ بما هو صادر عن الاختيار وإن كان ربّما يصدر على وجه الاختيار، فلا يجري فيه الحديث، فلا يرتفع حكمه بالإكراه، فكما يسقط الخيار بالتفرّق عن إرادة واختيار، فكذلك يسقط بالتفرّق عن إكراه أو اضطرار^(٢).

المناقشة في تحقيق السيد الخوني تكّلاً

ويرد عليه: أولاً: أن انقسامات الموضوع لا تخلو تصوراً من أربعة احتمالات: الإهمال، والإطلاق، والتقييد بالوجود، والتقييد بالعدم.

أو فقل: إن الموضوع إما مهمل، أو أخذ لا بشرط، أو بشرط شيء، أو بشرط لا، أما الإهمال فمحال من الحاكم الملتفت، وأما التقييد فإن الموضوع إن كان الفعل المقيّد بالإرادة والاختيار أو بعدمهما فمعناه أن موضوع الحكم هو الحصّة الخاصة، لا الطبيعة لا بشرط، وانتفاء الحكم في غير تلك الحصّة إنما يكون بانتفاء الموضوع، لا بسبب حديث الرفع، فلا مجرى له فيها، فيتعيّن أن يكون الموضوع هو الأعم لولا حديث الرفع، ولما جاء حديث الرفع حدّد الحصّة بعدم كونها إكراهية.

ثانياً: بعد قطع النظر عن البرهان المتقدم نقول: إن نسبة حديث الرفع

(١) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣، ٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ١٦١، التنقيح ٣٨: ١٣٢.

إلى أدلة الأحكام نسبة الحاكم إلى المحكوم، وحقيقة الحكومة - لباً - عبارة عن التخصيص إلا أنه بلسان الرفع، فنسبة حديث الرفع إلى أدلة الأحكام عين نسبة « لا ضرر » إليها، فكما أن « لا ضرر » يخصص وجوب الوضوء بالوضوء غير الضروري، فحديث الرفع يخصص الحكم بغير المكره عليه والمضطر إليه تخصيصاً واقعياً؛ بمقتضى « رفع ما أكرهوا عليه، وما اضطروا إليه » ، وبالعالم تخصيصاً ظاهرياً؛ بمقتضى «رفع ما لا يعلمون».

فالنتيجة: أن التفرق المأخوذ في الموضوع عام لولا أنه خصص بالحديث، فيكون مشمولاً له، ومقتضى شموله هو اختصاص التفرق بغير المكره عليه.

إشكال المحقق الحائري **تدبر** على الاستدلال بالحديث

وأورد بعض الأعاظم **تدبر** على الاستدلال به بما يبتني على كبرى وصغرى:

أما الكبرى: فإنّ حديث الرفع إنما يجري في موارد الفعل الصدوري، لا الانفعالي والمطاوعي، فكل فعل يمكن صدوره من المكلف فهو مورد له، وأما الانفعالي والمطاوعي فهو خارج عنه موضوعاً؛ لأن موارد المطاوعة والانفعال ليست إلا قبولاً للفعل، وليست بفعل، فالنجاسة - مثلاً - تترتب على الملاقاة ولو كانت عن اضطرار أو إكراه؛ لتحقق الانفعال بها، ولا معنى لتطبيق: « رفع ما اضطروا إليه وما أكرهوا عليه »؛

لترتب الحكم بالنجاسة وما شابهها على الانفعال لا على الفعل، ومورد حديث الرفع هو الفعل.

وأما الصغرى: فإن الموضوع المأخوذ في روايات خيار المجلس هو الافتراق، وهو عبارة عن الافتعال، فهو من أفعال المطاوعة والقبول، وليس من الأفعال الصدورية، فهو قبول للفراق، فيتحقق بابتعاد المتبايعين عن بعضهما البعض بحركة منهما، إرادية أو قسرية.

فالتيجة: أن موضوع زوال الخيار المأخوذ في خيار المجلس ليس فعلاً، بل انفعالاً، فلا يشمل الحديث، فيتحقق ولو عن إكراه^(١).

المناقشة في كلام المحقق الحائري

ويُجاب عنه: أولاً: بأن هذا المدعى يبتني على أن التفرّق والافتراق - الواردين في الروايات، بهيئة التفعّل في بعضها، وبهيئة الافتعال في البعض الآخر - بمعنى المطاوعة، وهو أول الكلام مع تعدد المعاني للكلمة.

ثانياً: أنه يلزم منه ما لا يمكن الالتزام به، وهو خروج المعاني المطاوعية مطلقاً عن مدلول حديث الرفع، ولازمه أن لا يشمل القبول في المعاملات في صورة الإكراه عليه؛ إذ لا ترديد في كونه من أظهر مصاديق المطاوعة والانفعال، فلو أكره القابل على القبول صحّ العقد ولم يرتّب أثر الإكراه بحديث الرفع، ولا أظنه الالتزام به.

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٧٤.

وكذلك الحال لو قال في مقام القبول - وهو مكره - : (اشتريت) ؛ إذ لا فرق بين هيئة الاثراء والافتراق؛ فإن كليهما هيئة افتعال دالة على المطاوعة والانفعال، فينبغي أن لا يشملها حديث الرفع؛ لكونها معنى مطاوعياً.

ثالثاً: أنه مخالف للاستعمالات الفصيحة كتاباً وسنة، قال تعالى: قال تعالى: **﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾**^(١)، ولا شك في عدم الفرق بين الكسب والاكْتَسَاب في الخيرات والشُرور؛ فإن كلا عملي الخير والشر فعل صادر من الفاعل إلا أنه استعمل الكسب في الخيرات، والاكْتَسَاب في السيئات لنكته ذكرت في التفسير^(٢)، ودخلت على الأولى (اللام)

(١) سورة البقرة: ٢٨٦.

(٢) قال المولى المازندراني في شرح أصول الكافي ٨ : ١٠٧ : (فإن ذكر الاكْتَسَاب في طرف المعصية دليل على أنه لا يعذب بها إلا بعد المبالغة في الكسب، والمبالغة لا تتحقق إلا بعد إيجاد المنوي والإتيان بها، بخلاف الطاعة؛ فإنه يثاب بها لأصل الكسب، وهو يتحقق بالنية، فيثاب بها كما يثاب بفعل المنوي..).

وقال السيد علي خان المدني في رياض السالكين في شرح صحيفة سيد الساجدين **عليه السلام** ٢ : ٤٨١ - ٤٨٢ : (وكسب الإثم واكتسبه : تحمله . قال الواحدي: إن الكسب والاكْتَسَاب واحد . قال تعالى : ولا تكسب كل نفس إلا عليها . وقيل: الاكْتَسَاب أخص؛ لأن الكسب لنفسه ولغيره، والاكْتَسَاب ما يكتسب لنفسه خاصة . وقيل : في الاكْتَسَاب مزيد اعتمال وتصرف؛ ولهذا خص بجانب الشر في قوله تعالى: **﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾** ، دلالة على أن العبد لا يؤاخذ من السيئات إلا بما عقد الهمة عليه وربط القلب به ، بخلاف الخير فإنه يثاب عليه كيفما صدر عنه .

وعلى الثانية (على).

رابعاً: أن المعاني الانفعالية والمطاوعة على قسمين:

الأول: ما يكون التأثير فيها من الغير، وليس في الطرف القابل إلا صرف التأثر، كحركة يد المرتعش، والكسر والانكسار، والصرف والتصرف، والتغيير والتغير.

الثاني: أن يكون في طرف القابل جهة صدورية أيضاً مع حفظ كونه معنى مطاوعياً كالاشتراء؛ فإنه مطاوعة للبيع، وقبول له، وانفعال لفعل البائع، ولكن لا بحيث يسلب الاختيار عن طرف المطاوع والمنفعل، فالمشتري يقبل البيع، وصدور القبول منه فعل اختياري له.

فكل ما كان من قبيل القسم الأول كالكسر والانكسار لم يكن مشمولاً لحديث الرفع، وأما ما كان من قبيل القسم الثاني فيشمله، ولا ينبغي الخلط بين البابين، والافتراق والتفرق فيما نحن فيه من القسم الثاني، فلو سلمنا أن الهيئة في المقام بمعنى المطاوعة لكن المادة من قبيل الاشتراء في اشتريت، فتصدر من المتبايعين عن اختيار، وقياسه بكسرت الزجاجاة فانكسرت مع الفارق^(١).

وقال الزمخشري في الكشاف ١: ٤٠٨: (فإن قلت: لم خص الخير بالكسب والشر بالاكْتساب؟ قلت: في الاكْتساب اِعْتِمَال، فلما كان الشر مما تشتهيهِ النفس، وهي منجذبة إليه، وأمارة به، كانت في تحصيله أعمل وأجد، فجعلت لذلك مكتسبة فيه، ولما لم تكن كذلك في باب الخير وصفت بما لا دلالة فيه على الاعْتِمَال).

(١) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - توضيحاً في مقام الجواب على سؤال: أن المراد من

مناقشة السيد اليزدي والمحقق الإيرواني (قدهما) للاستدلال بالحديث

وقد ناقش في الاستدلال بحديث الرفع كل من السيد اليزدي تَدُّ (١)، والمحقق الإيرواني تَدُّ (٢)، وارتضاه بعض الأعاظم تَدُّ (٣): بأن التفرق والافتراق في ما نحن فيه ليس موضوعاً للحكم كي يتمسك بحديث الرفع لنفي حكمه في صورة الإكراه، وإنما هو غاية لموضوع الحكم، وهو عدم الافتراق، ولا ربط لغاية موضوع الحكم بنفس الموضوع، فالتمسك به في موارد غاية الموضوع أو الحكم في صورة الإكراه أشبه شيء بالتمسك به لعدم سقوط وجوب الإنفاق وسائر حقوق الزوجة بموتها اضطراراً؛ فإن الموت غاية لأحكام الزوجية، وغاية الحكم غير موضوعه حتى يشمل حديث الرفع.

الافتراق حصول الفرقة بين الطرفين بلا حاجة إلى أن يكون بنحو المطاوعة وإن كان يأتي بمعنى المطاوعة، كما هو الحال في الاكتساب؛ فإنه يأتي مطاوعة للكسب، ويأتي بدون أن يكون بنحو المطاوعة له، بل يحصل بالكسب الاختياري، وهنا الافتراق كذلك، والشاهد على ذلك أن يكون المتبايعان جالسين ثم يقومان ويمشيان فيحصل التفرق كما في قوله عليه السلام: « قمت فمشيت خطي »، فإنه دليل على أن الافتراق ليس بنحو المطاوعة. بل يتم بحصول التفرق مثل الاكتساب، بل النظر الدقيق يقضي بأن قياس ما نحن فيه بالاشتراء باطل؛ لعدم المطاوعة في الافتراق كما قدمنا، بخلاف الاشتراء، ولكن لأجل تميم البحث ذكرنا جميع الاحتمالات.

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٢٣.

(٢) حاشية المكاسب للإيرواني ٢: ١٤ ط حجري.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ١٥٧، ثم عدل عنه في ص ١٥٩.

وبعبارة أخرى: إن موضوع الخيار هو عدم الافتراق بمقتضى مثل قوله **إِنَّمَا**: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »، والحكم هو الخيار، والافتراق غاية للموضوع؛ لأن الشارع جعل الحكم على الهيئة الاجتماعية، فارتفاعها لا يكون موضوعاً لحكم شرعي، بل غاية له وينتهي أمره بتحققها، وذكره في لسان الروايات لبيان أمر عقلي، لا للتعبد الشرعي؛ فإنه نقيض عدم الافتراق، ويرتفع النقيض بحصول نقيضه كما في أي نقيضين، وارتفاع الحكم بتحقيق الغاية - سواء أكانت للموضوع أو للحكم - ارتفاع عقلي.

الجواب عن ما أفاده الأعلام الثلاثة

ولو صح ما أفادوه من أن الافتراق لا يترتب عليه أي حكم أصلاً لكانت دعواهم مطابقة للواقع، ولكان هذا الوجه وجيهاً، ولكن لا سبيل لإثبات ما هو الحق في المقام إلا بالرجوع إلى الأدلة، وملاحظة ما يستفاد من الروايات؛ فإنها على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما كانت ظاهرة في ما أفادوه كقوله **إِنَّمَا**: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »^(١)؛ فإن لهذه الجملة موضوعاً ومحمولاً، فالموضوع هو عدم الافتراق المستفاد من « ما لم يفترقا »، والحكم هو « الخيار »، والافتراق إنما هو غاية الحكم.

الطائفة الثانية: ما كانت ظاهرة في ترتب ثبوت الخيار على عدم

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

الافتراق، وترتب نفيه على الافتراق، وهي طائفة كبيرة من الروايات وفيها الصحاح، وهي:

١- صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »^(١).

٢- صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.. »^(٢).

٣- صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: « إن أبي عليه السلام اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فلما استوجبها قام فمضى، فقلت له: يا أبا عبد الله، عجلت القيام، فقال: يا بني، أردت أن يجب البيع »^(٣).

٤- صحيح محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: « إنني ابتعت أرضاً، فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى، ثم رجعت، فأردت أن يجب البيع ».

ورواه الصدوق بإسناده عن أبي أيوب مثله إلا أنه قال: « أردت أن يجب البيع حين افترقنا »^(٤).

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

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

(٣) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ١.

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

٥- صحيح محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «بايعت رجلاً، فلما بايعته قمت فمشيت خطى، ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا»^(١).

٦- صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: «أئما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»، قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن أبي اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فابتاعها من صاحبها بدنانير، فقال: أعطيك ورقاً بكل دينار عشرة دراهم، فباعه بها، فقام أبي فاتبعته، فقلت: يا أبة، لم قمت سريعاً؟ قال: أردت أن يجب البيع»^(٢).

٧- موثقة عمار بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا، فقال: وجب البيع..»^(٣).

وهذه الطائفة من الروايات كلها معتبرة، والافتراق فيها جعل موضوعاً للزوم.

والمستفاد من كلتا الطائفتين من الروايات - بعد التأمل والتدقيق - أمران:

الأول: أن موضوع الخيار هو عدم الافتراق.

(١) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٣.

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

(٣) الوسائل، الباب الثاني من أبواب الخيار، الحديث ٥.

الثاني: أن موضوع اللزوم هو الافتراق.

والأخذ بمفاد إحدى الطائفتين دون الأخرى، وإرجاع الثانية إلى الأولى - كما يظهر من تعبير السيد اليزدي **تذت**، واستشهاده بـ « فإذا افترقا فلا خيار لهما » - ، أو القول بعدم وقوع الافتراق موضوعاً لحكم أصلاً - كما هو صريح المحقق الإيرواني - بلا وجه، بل لا بد من التأمل في كون الجعل والمجعول في المقام متعدداً أو واحداً والآخر تابع له.

وينبغي لتحقيق ذلك أن يقع البحث في مقامي الثبوت والإثبات:

أما مقام الثبوت فلا محذور ثبوتاً في الجمع بين كلا الاعتبارين والحكمين، والالتزام بانقسام البيع إلى قسمين، بيع قبل التفرق ويكون موضوعاً لثبوت الخيار، وبيع بعد التفرق ويكون موضوعاً للزوم، كما هو الحال في بقية الموارد؛ ففي بيع الحيوان يكون البيع في الثلاثة الأيام محكوماً بالخيار، وبعد انقضائها محكوماً باللزوم، فلا محذور ثبوتاً في جعل الخيارات الموقته في العقود، فيكون العقد في وقت من الأوقات موضوعاً للخيار، وفي وقت آخر موضوعاً للزوم.

وأما مقام الإثبات فالمفروض دلالة الروايات على الأمرين؛ فإن مضمون النصوص - كما تقدم - أن البيع خيارى ما لم يفترقا، لازم بعد الافتراق.

فمقتضى القاعدة الأخذ بكلتا الطائفتين، والبناء على تعدد الجعل والمجعول، وبما أن الافتراق أخذ موضوعاً للحكم باللزوم فهو مشمول

لحديث الرفع لا محالة، فما أفاده الأعلام الثلاثة من كون الحكم واحداً وهو الخيار، وموضوعه عدم الافتراق، وأما الافتراق فليس له دخل في الحكم، على خلاف القاعدة ثبوتاً وإثباتاً.

والحق أن العقد في أصله موضوع للزوم، وبمقتضى التخصيص قيّد بتفرّق المتبايعين فصار التفرّق قيّداً شرعياً داخلاً في موضوع الحكم - الذي هو لزوم البيع - فيرتفع في صورة الإكراه.

خلاصة البحث في حديث الرفع

هذه مجموعة الوجوه والأنظار التي أفادها أهل الفن في جواز التمسك بحديث الرفع في المقام وعدم جوازه، وعمدتها يتلخص في وجهين: نقضي وحلي:

أما النقض فبالتفرّق عن نسيان وغفلة؛ فإن الفقهاء التزموا فيهما بزوال الخيار، فيستكشف من ذلك أن ذات عنوان التفرّق موجب لسقوط الخيار بأي سبب حصل، كان بالاختيار أو بالإكراه أو بالاضطرار.

وأما الحل فبأن الموضوع هو الافتراق والتفرّق، وهما حالتان حاصلتان للمتبايعين، وليسا فعلين صادرين منهما، وكل منهما يصدق حقيقة بحصوله بأي وسيلة كانت، ولو كان بسبب الريح حسب تعبير السيد اليزدي تذوّ^(١)، فلا مدخلة في صدقه للسبب أو لاختيار المتبايعين وقصدهما وإرادتهما، وعليه فيصدق في صورة الإكراه.

(١) حاشية المكاسب لليزدي ٢: ٤٢٢.

والجواب أما عن النقض فحاصله: أنه إن قام الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام - لا محتمل المدرك - في مورد النقض فتعبد به فيه، ولكن أنى لنا وحصول هذا الإجماع؟ فهو غير موجود في ما نحن فيه قطعاً، وحين عدمه فنحن ومقتضى القواعد.

وأما عن الحل فإن عنوان التفرّق والافتراق عنوان عام بلا إشكال، فيشمل الافتراق بالاضطرار، وبالإكراه، ومع الغفلة، وبدون القصد والإرادة، وصدقه في جميع هذه الصور بنحو الحقيقة، ولا كلام لنا في ذلك، وإنما الإشكال من جهة أخذ هذا العنوان في الدليل شرعاً، فإن نسبة حديث الرفع إلى هذا العنوان نسبة المقيد إلى المطلق والمخصص إلى العام؛ فإن للتفرّق أقساماً، وأحدها التفرّق الناشئ عن إكراه، ومقتضى حكومة حديث الرفع على دليل التشريع إخراج صورة الإكراه؛ إذ لا شك أن نسبة حديث الرفع إلى موضوعات الأحكام ومتعلقاتها نسبة الحاكم إلى المحكوم، وهي هنا حكومة مضيقة لا موسعة، فتضيّق الموضوع، وأحد الموارد ما نحن فيه؛ فإن عنوان التفرّق هو موضوع الحكم، وحديث الرفع يضيّق دائرته بغير الإكراه.

التحقيق في الاستدلال بحديث الرفع

هذا، ولكن الحق عدم تمامية التمسك به في المقام؛ وذلك لأن هذه الرواية وردت في الخصال، والتوحيد، ومن لا يحضره الفقيه، واستند إليها الفقهاء في موارد مختلفة من الفقه، وأورد صاحب الوسائل في

كتاب جهاد النفس ثلاث روايات:

الأولى: الرواية المعروفة التي رواها الصدوق رحمته في التوحيد والخصال عن أحمد بن محمد بن يحيى، عن سعد بن عبد الله، عن يعقوب بن يزيد، عن حماد بن عيسى، عن حريز بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «رفع عن أمتي تسعة أشياء: الخطأ، والنسيان، وما أكرهوا عليه...»^(١).

وفي أحمد بن محمد بن يحيى العطار بحث في موضعه من الرجال.

الثانية: مرفوعة النهدي الواردة في الكافي: محمد بن أحمد النهدي رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «وضع عن أمتي تسع خصال: الخطاء، والنسيان، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه، وما استكروهوا عليه...»^(٢).

الثالثة: الحديث الذي بيّن فيه استنباطه من الآيات: محمد بن يعقوب، عن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن أبي داود المسترق، عن عمرو بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «رفع عن أمتي أربع خصال: خطاؤها ونسيانها وما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا، وذلك قول الله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾^(٣)، وقوله:

(١) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٨٦.

﴿إِلَّا مَنْ أَكْثَرَهُ وَقَلْبُهُ مُّطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ ^(١) « ^(٢) .

فالرواية نقلت بعنوانين: الرفع عن الأمة، والوضع عنها، وما ينبغي التدقيق فيه والالتفات إليه أن الوضع عن الأمة إنما يكون في الموارد التي أخذ فيها أن تصدر من الأمة اختياراً، أي لا يوضع إلا العمل الاختياري، وهو العمل الصادر عن إرادة، فهو إما موضوع على الأمة أو عنها، فإذا وضع عليها فهو تكليف به، وإذا وضع عنها فهو رفع له، فالمستفاد من رواية الوضع لابدية صدور العمل عن قصد، والقصد يجتمع مع الإكراه، ومع عدمه، ولكن في صورة الإكراه وضع عنه، وفي غيرها وضع عليه.

وأما الرواية الواردة بعنوان الرفع، فكلمة الرفع وإن لم تتكفل بهذه الجهة، ولكن الرفع لا يكون إلا في مورد يقبل الوضع، وما يقبله هو الصادر عن إرادة كما تقدم.

وعليه فالتفرق والافتراق، وأمثالهما من الأمور التي لم يؤخذ في مادتها، ولا في هيئتها الصدور عن قصد، لا تكون موضوعة على الأمة ولا عنها.

وأما الرواية الثالثة فالمستفاد منها أن الرفع عن الأمة امتناني، استجابة

(١) سورة النحل: ١٠٦.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢.

لما ذكره الله تعالى بعنوان دعاء النبي ﷺ، أو بعنوان رفع الإكراه.

فمع ملاحظة هذه الجهة يكون مورد حديث الرفع هو الأمر القابل لتعلق إرادة المكلف، وللتكليف، سواء أكان موضوعاً للحكم أو متعلقاً له، وأما الموضوعات غير القابلة للتعلق من ناحية المادة، أي في ذاتها ونفسها [أو لم يؤخذ في موضوعيتها للتكليف انتسابها إلى الأمة]، ولو كانت قابلة للانقسام، فلا تكون موضوعة على الأمة كما في ما نحن فيه؛ فإن الافتراق والتفرّق لا يدور مدار الإرادة والاختيار والقصد كما مرّ مفصلاً، فهو حقيقة تحصل مع الغفلة ومع التوجه والالتفات، ومع الإرادة وبدونها، ومع الاختيار وبدونه، ومثل هذه الحقيقة وهذا العنوان ليس مشمولاً لحديث الرفع، ولا أقل من كونه مشكوك الشمول.

وبعبارة أخرى: إن حديث الرفع لا يشمل إلا الموضوعات التي أخذ في كونها موضوعاً للحكم حيثية انتسابها إلى الأمة، كالإفطار في شهر رمضان؛ فإن موضوعيته لثبوت الكفارة من حيث صدوره عن الفاعل، فمثله يكون موضوعاً على الأمة لولا حديث الرفع، وأما الموضوعات التي لم يؤخذ في موضوعيتها للحكم حيثية صدورها من الفاعل، بل هي موضوع للحكم سواء تحققت قهراً أو اختياراً، فهي غير مشمولة لحديث الرفع؛ لعدم حصول الوضع على الأمة حتى يرفع، مثل الملاقاة للنجاسة، فإن الموضوع للانفعال أعم من كونه الصادر عن المكلف باختياره والمتحقق قهراً، والتفرّق من هذا القسم، فإن موضوعيته لتحقق اللزوم لا تدور مدار صدوره من الفاعل، وعلى طبق هذه الكبرى لا يكون مشمولاً

لحديث الرفع.

والحاصل: قصور « رفع ما أكرهوا عليه » عن الاستدلال، وعلى فرض الشك فمقتضى القاعدة في المخصص المنفصل المجمل الدائر بين الأقل والأكثر هو الاقتصار على القدر المتيقن، وهو حالة عدم الافتراق، فيرجع إلى أصالة اللزوم في غيره وهي صورة حصول الافتراق مطلقاً ولو عن إكراه.

ويؤيد ذلك أن الفقهاء والمحدثين قد استفادوا من الحديث إرادة العفو، فحمل الرفع على العفو، ولهذا عنون صاحب الوسائل تَدْبُرُ الباب (ب) جملة مما عفي عنه)، وعنوان التفرّق غير قابل لصدق عنوان العفو، ولا عنوان الرفع والوضع.

والحاصل: أن حديث الرفع إما منصرف عن المفاهيم غير القابلة للوضع على الأمة، أو مشكوك الإطلاق.

فإن تمّ الانصراف لم يتمّ ما أفاده المشهور، فلا يجري الحديث في ما نحن فيه، ولا أقل من الشك في إطلاق الحديث بالإضافة إلى التفرّق، ومقتضى القاعدة عند الشك هو الرجوع إلى أصالة اللزوم؛ فإن البيع محكوم باللزوم مطلقاً بمقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وخصّص بروايات خيار المجلس الدالة على ثبوت الخيار إلى غاية الافتراق، والمخصص - بمقتضى الشك في شمول حديث الرفع للتفرّق الإكراهي - مجمل مردّد بين الأقل والأكثر، والمرجع عند إجمال المخصص الدائر بينهما هو

العموم القاضي باللزوم في ما عدا القدر المتيقن، ونتيجة ذلك سقوط الخيار عند التفرّق عن إكراه.

الدليل الثالث: جبر الشهرة للإجماع المنقول

استدل الشيخ تذت على عدم سقوط الخيار بالشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي^(١).

ولا يخفى أن المستفاد من كلام الشيخ تذت عدم تحقق الإجماع المحصّل، والمحصّل من آراء الفقهاء إنما هو بحدّ الشهرة فقط، وحصولها وإن كان مسلماً إلا أنه لا دليل على اعتبارها، وعلى فرض الاعتماد على شهرة القدماء في الفتوى - كما يفتي البعض؛ استناداً إليها -^(٢)، فالمراد بها غير المدركية، وأما المدركية فغير قابلة للاستناد؛ فإن الشهرة ليست بأحسن حالاً وأرفع درجة من الإجماع، وهو لا يصح الاستناد إليه إذا كان مدركياً، فهي بالأولوية القطعية، والشهرة المحققة في المقام مدركية كما يظهر من استدلالهم في المسألة.

وأما ما أفاده الشيخ تذت من جبر الإجماع المنقول بالشهرة، فنقول: إن نقل الإجماع على نحوين؛ فإن الناقل تارة ينقل السبب وهو عبارة عن نقل الآراء والأقوال، وأخرى ينقل المسبب وهو عبارة عن نقل الإجماع على الحكم.

(١) المكاسب ٥: ٧٠.

(٢) يُحكى ذلك عن السيد البروجردي تذت.

أما نقل السبب فهو نقل حسي، وفي شمول أدلة حجية الخبر له مبنيان:

الأول: أن نقل السبب ملحق بنقل الحكم؛ لأنه نقل للأقوال، ونتيجة إجماع الأقوال حكم شرعي، فهو واقع في طريق الحكم الشرعي، فيكون مشمولاً لأدلة حجية خبر الثقة؛ لأن خبره في الأحكام وفي ما يقع في طريق إثباتها حجة، ولا يلزم التعدد على هذا المبنى.

الثاني: أنه ليس من موارد التمسك بخبر الثقة في الأحكام، بل من موارد التمسك به في الموضوعات؛ فإن أقوال الفقهاء - ولو كانت سبباً وكاشفاً عن حكم شرعي - إلا أنها ليست حكماً شرعياً، بل موضوعاً من الموضوعات، فيبني الكلام حينئذ على الخلاف في حجية خبر الثقة في الموضوعات، فبعضهم ذهب إلى حجيته فيها فلا يحتاج إلى تعدد، وآخرون إلى عدم حجيته فيحتاج إلى قيام البيئة العادلة بمقتضى قوله **عليه السلام**: « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيئة »^(١).

وأما نقل المسبب بمعنى أن يحكي الناقل الإجماع على الحكم، فهو إخبار عن الحكم الشرعي حدساً لا حساً، ومبنى الشيخ **تدئ** في الأصول أن الإجماع المنقول في المسبب بما أنه إخبار حدسي عن الحكم

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

الشرعي، فلا دليل على حجيته، وهو الحق.

فالإجماع المنقول لا يخرج عن هذين الشقين، ومراد الشيخ تدئ من الإجماع المنقول المنجبر بالشهرة إن كان هو السببي، فإن كان الناقل ثقة فلا حاجة له إلى الجبر؛ لحجية إخباره على طبق المبنى المتقدم، وإن لم يكن الناقل ثقة أو من أهل الخبرة فلا معنى للجبر.

وإن كان المراد به المسببي فهو إخبار حدسي عن قول المعصوم ولا دليل على حجيته قطعاً مطلقاً، فلا وجه معقولاً إلى جبره أيضاً؛ فإن الإجماع المنقول المقطوع بعدم حجيته لا يقبل الجبر بالشهرة المحققة، فما أفاده الشيخ تدئ منظور فيه بجميع جهاته.

الدليل الرابع: تبادر الافتراق عن رضا

أن المتبادر من الافتراق المجعول غاية للخيار ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً، فلا تتحقق الغاية في صورة الإكراه^(١).
وأورد عليه بإشكالين:

الأول: النقض بصورة النسيان والغفلة؛ فإن لازم الالتزام بعدم السقوط في صورة الإكراه؛ لعدم الاقتران بالرضا، هو الالتزام بذلك في صورة الغفلة والنسيان أيضاً؛ بنفس المناط، بينما التزم الشيخ تدئ وغيره بسقوط الخيار في هذه الصورة مع عدم صدوره عن رضا، وهذا يكشف عن

(١) المكاسب ٥: ٧١.

عدم تقيّد الافتراق بكونه ناشئاً عن رضا^(١).

ويمكن ردّه: بأنه إنما يرد على المشهور القائلين بأن الافتراق عن نسيان مسقط للخيار، وما يفيد في البحث أن يرد النقص على نفس المدعى؛ لعدم تبعيتنا للمشهور، وعليه إن قام إجماع قطعي على السقوط في هذه الصورة فهو، وإلا فمقتضى التبادر عدم كون الافتراق الفاقد للرضا غاية للخيار، سواء أكان عن نسيان أم عن إكراه.

الثاني: أن التبادر لا يحصل إلا بسبب، فهو إما أن ينشأ من الوضع أو من الانصراف، أما دعوى حصوله من الوضع فباطلة بالضرورة؛ لعدم وضع لفظ الافتراق بمادته ولا بهيئته لخصوص الافتراق عن رضا، بل هو موضوع للأعم من الحاصل عن رضا وغيره.

وأما دعوى الانصراف، فاللفظ المطلق الموضوع للجامع لا ينصرف إلى إحدى حصصه بلا موجب، ولا موجب له في المقام^(٢).

ويمكن ردّه: بأن الموجب للانصراف هي القرينة العقلانية العامة؛ فإن العقلاء لا يفرقون - عادة - عن مجلس البيع إلا عن رضا بالمعاملة، فإذا جعل الشارع التفرّق غاية للخيار - المنسب إلى أذهان العقلاء أنه للتوسعة على المتبايعين ليتأملا في البيع وتكون لهما الفرصة للرد و

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٣.

(٢) حاشية الإيرواني ٢: ١٤ ط حجري، مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٣.

القبول- ينصرف إلى التفرّق الذي يكون عن رضا، وهذه النكتة هي منشأ انصراف الافتراق إلى كونه عن رضا بالمعاملة^(١).

الدليل الخامس: صحيحة فضيل

صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »^(٢).
وقرب الاستدلال بتقريبين:

التقريب الأول: أن نفي الخيار قيد في الصحيحة ب«بعد الرضا منهما»، فالغاية المجعولة للخيار ليست هي مطلق الافتراق، ولا مجرد الرضا؛ لعدم تأثير الرضا قبل الافتراق إجماعاً، بل هي الافتراق المقترن بالرضا. وبعبارة الشيخ قدس سره (أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرّق بحيث يكون التفرّق عنه؛ إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً)^(٣).

(١) ربما يقال: بأن الانصراف لا يخلو إما أن يكون لغلبة الاستعمال، أو لغلبة الوجود، والأول هو المعتبر في الانصراف دون الثاني، وما أفيد من النكتة العقلانية يرجع إلى الثاني فلا يكون معتبراً.

فيجاب عنه: بأنه ليس المقصود إثبات الانصراف المصطلح بسبب غلبة الوجود، بل المقصود إثبات القرينة العامة العقلانية لإرادة الافتراق عن الرضا من اللفظ الوارد في النص؛ لكونه ملقى إلى العرف العام فيكون محفوظاً بهذه القرينة.

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

(٣) المكاسب ٥: ٧١.

وبعبارة أخرى: إن موضوع سقوط الخيار يشتمل على جزئين: الافتراق، ورضا المتبايعين بالبيع عند الافتراق، وفي صورة الإكراه عند الافتراق يفقد الموضوع أحد جزئيه وهو الرضا، فلا يؤثر في السقوط، فيثبت أن المسقط هو الافتراق غير الإكراهي.

التقريب الثاني: ما أفاده الشيخ تذ بقوله: (أو يقال: إن قوله: « بعد الرضا » إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ ^(١)، والافتراق في حالة الإكراه لا يكشف عن الرضا فلا يكون مسقطاً للخيار.

وأورد على الاستدلال بها بعدة إشكالات:

مناقشة المحقق السيد الخوني تذ في الاستدلال بالصحيحة وردها

منها: ما أورده بعض الأعظم تذ وحاصله: أن الرضا في الصحيحة مردد بين الرضا بلزوم البيع، والرضا بأصله، والمراد من الأول الرضا عند الافتراق، وهو رضا جديد بقائي، ومن الثاني نفس الرضا الأولي المتعلق بالعقد حين البيع، والاستدلال إنما يتم على الاحتمال الأول؛ لأن الرضا مقيد بكونه عند الافتراق، ولا وجود له في حالة الإكراه، فلا يكون الافتراق الإكراهي مسقطاً للخيار، ولكن مدلول الرواية هو الاحتمال

(١) المكاسب ٥: ٧١.

الثاني: بمعنى، أنهما إذا افترقا لا خيار لهما بعد كون البيع ناشئاً عن رضا. أو فقل: إن البيع لما صدر عن رضاهما فهو محكوم باللزوم بمجرد العقد، وإنما خرجت منه حصة خاصة من الزمان إرفاقاً بالمتبايعين، وهي ما قبل الافتراق، فإذا انقضى زمان الحكم بالجواز فلا وجه للخيار بعده بعد رضاهما بالمعاملة، وينقضي زمانه بالافتراق، فلا دلالة فيها حيثئذ على اشتراط كون الافتراق عن رضا.

ولا أقل من إجمال الصحيحة؛ لدورانها بين هذين الاحتمالين، فلا تصلح للاستدلال^(١).

ويجاب عنه: بأن ظاهر قوله **إِنَّمَا**: « فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » أن الرضا دخيل في سقوط الخيار، وقيد له، فهو دخيل في لزوم البيع، والرضا الدخيل في اللزوم هو الرضا عند الافتراق، وأما الرضا عند حدوث البيع فهو دخيل في أصل صحته.

وهذا الجواب توجيهه وجيه أفاده المحقق الأصفهاني **تَدْرُ** في مقام تأييد الاستدلال بالصحيحة؛ حيث قرّبه بذكر ثلاثة احتمالات في قوله **إِنَّمَا**: « بعد الرضا منهما »:

- ١- أن يراد بعد الرضا بالبيع، بذلك المعنى المعتبر في نفوذه.
- ٢- أن يراد بعد الرضا بالبيع بالوجه الذي يعتبر في لزومه.
- ٣- أن يراد بعد الرضا بالافتراق، أي صدوره عن طيب ورضا في قبال

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٢، التنقيح ٣٨: ١٣٤.

الكره والإكراه.

ثم قال: (وإن أريد الأول فهو أجنبي عن المطلوب كما هو واضح، إلا أن إرادته بعيدة؛ لعدم ارتباطه بسقوط الخيار بالافتراق؛ لأن بقاء الخيار وسقوطه في فرض صحة البيع المتقوم بالرضا، وما يجمع بقاء الخيار وسقوطه كيف يعقل أن يجعل كالاتفاق علة لسقوطه)^(١).

وتوضيحه: أنه لا شك في كون الافتراق في الرواية مقيداً بالرضا، وهذا الرضا دخيل في السقوط، فهو مغاير للرضا الدخيل في أصل نفوذ البيع.

أو فقل بعبارة قريبة من عبارته **تدئ**: إن الرضا بأصل البيع يجتمع مع ثبوت الخيار، ومع سقوطه، وما كان كذلك لا يكون علة لسقوط الخيار. وبهذا يتضح بطلان ما أفاده بعض الأعظم **تدئ**.

مناقشات المحقق الأصفهاني **تدئ** للاستدلال بالرواية وردّها

ومنها ما أفاده المحقق الأصفهاني **تدئ** وهي وجوه:

الوجه الأول: أن الاستدلال مبني على عدم ورود التقييد مورد الغالب، وإلا سقط القيد عن المقيدية، وبما أن الغالب في ما نحن فيه كون الافتراق عن الرضا، فهو وارد مورد الغالب، [ويؤكد وروده مورد الغالب كون التقييد به فيما هو كالمفهوم للإطلاقات الكثيرة، لا أنه كلام مستقل

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣١ - ١٣٢.

ابتدائي حتى يتعين حمل التقييد على حقيقته [١].

وفيه: أولاً: أن الأصل في القيود الاحتراز، لا سيما مع صدورها من الحكيم، فحمل القيد على الغلبة خلاف الأصل.

ثانياً: أن الحمل على الغلبة مخالف لمقام الشارع من حيث كونه شارعاً؛ فإن مقامه كذلك يقتضي أن يكون للقيد المأخوذ في كلامه دخل في المطلوب من جهة شرعية، لا أن يكون لبيان جهة خارجية.

ولا ترفع اليد عن هذين الأصلين إلا بالقرينة المقتضية لذلك كما في قوله تعالى: ﴿وَرَبَّيُّكُمْ أَلْتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(٢)؛ فإن الضرورة قامت على عدم اختصاص الحرمة بهذه الحصة، ولا ضرورة في ما نحن فيه تقتضي الحمل على الغلبة، كما لا توجد قرينة أخرى توجب ذلك.

الوجه الثاني: أنه إنما يتعين التقييد ويتم الاستدلال لو كانت الرواية بهذا النحو: « فإذا افترقا بعد الرضا منهما فلا خيار »؛ لأن نفي الخيار حينئذ يكون مرتباً على جزئين: الافتراق، والرضا، أي على الافتراق الخاص، ولكن الرواية ليست كذلك، بل هكذا: « فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » فنفي الخيار مرتب على الافتراق وحده؛ حيث إنه التزام عملي منهما، وقوله **إِلَّا**: « بعد الرضا » بيان للافتراق، فهو في قوة أن يقول: إنه لا خيار بعد الافتراق الذي هو رضا والتزام منهما عملاً.

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٢، وما بين المعكوفين لم يتعرض له

الشيخ الأستاذ - دام ظله - وأضافه من المصدر.

(٢) سورة النساء: ٢٣.

وإن شئت قلت: في قوة أن يقول: إذا افترقا فلا خيار لهما؛ لأن الافتراق رضا بالبيع، وفرق بين التقييد والبيان^(١).

وفيه: أولاً: أن تفريقه **تدئ** بين تقديم جملة « بعد الرضا » على جملة « فلا خيار »، وبين تأخيرها عنها، فعلى الأول قيد، وعلى الثاني بيان، بلا فارق؛ لأن الافتراق - على التقديرين - إما أن يكون مهملاً، أو مطلقاً من ناحية الرضا وعدمه، أو مقيداً، وبما أن الإهمال غير معقول كما هو واضح، وكذا الإطلاق مع وجود كلمة « بعد الرضا »، فيتعين التقييد بكون الافتراق عن رضا، فيكون بهذا القيد غاية للخيار، فيعود كلام الشيخ **تدئ**.

ثانياً: سلّمنا بما أفاده من أنه بيان لا قيد؛ لكونه جاء بعد كلمة « فلا خيار »، إلا أن معنى البيان - حسب اعترافه - هو كون الافتراق رضا بالبيع، وهذا هو الذي جعل غاية، ولا يتحقق هذا المعنى في صورة الإكراه، فيعود الإشكال، بل كونه بياناً أدل على مطلوب الشيخ **تدئ** من القول بالقيدية؛ لأن الافتراق - بناء على التقييد - مغاير للرضا ولكنه مقيد به، وأما بناء على البيانية فهو بنفسه رضا بالبيع.

ثالثاً: أن قوله: (بأن الافتراق التزام عملي بالبيع) فيه:

١- أن الافتراق في حدّ نفسه لا يعدّ التزاماً عملياً بالبيع الحاصل؛ إذ ليس حاله حال مثل البيع والصلح والهبة الصادرة ممن انتقل إليه المال

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٢.

بالمعاملة السابقة؛ فإن صدورها منه وتعلقها بالمال المنتقل إليه التزام عملي بالمعاملة السابقة، فدعوى أن الافتراق التزام عملي بالبيع يتوقف على التعبد الشرعي وجعل الشارع له واعتباره إياه، ولا دليل عليه.

٢- سلّمنا بأن الافتراق التزام عملي، إلا أنه بجعل الشارع، وجعله في هذا المورد منصرف إلى غير الإكراهي قطعاً، وذلك لأن الإفتراق في نفسه ليس التزاماً عملياً - كما تقدم -، بل بالتعبد الشرعي، بمعنى أن الشارع نزل الافتراق منزلة الالتزام العملي بالبيع، وهو يرجع لبأ إلى اعتباره شرعاً التزاماً بالبيع، فيتوقف على كون دليل التنزيل من القوة بمكان بحيث يشمل صورة الإكراه، ومع كون الشارع ممن يرفع حكمه في موارد الإكراه بمقتضى حديث الرفع وغيره يشك في إطلاق دليل التنزيل، فمقتضى القاعدة الاقتصار على القدر المتيقن وهي صورة الافتراق بدون إكراه.

٣- أن الالتزام بالمعاملة على نحوين: التزام قولي كأن يقول: (التزمت) أو (أمضيت) أو (رضيت)، والتزام عملي بأن يعمل عملاً كاشفاً عن التزامه بالمعاملة وإسقاط الخيار، وعلى التقديرين فهو لا يؤثر إلا في صورة الاختيار، فلو قال: (أمضيت المعاملة) عن إكراه لم يكن مسقطاً للخيار قطعاً، والالتزام العملي ليس بأقوى كاشفية من الالتزام القولوي، فلو أكره على الصلح في مورد المعاملة السابقة لم يكن التزاماً منه بها.

وبالجملة: فكلمة « بعد الرضا » وإن كانت بياناً لا قيماً، والافتراق

إمضاء عملياً إلا أن الالتزام عن إكراه لا أثر له وساقط بحديث الرفع.

الوجه الثالث: أن الرضا بالبيع يقابل الكراهة لا الإكراه، فيكون مدلول الرواية حينئذ عدم سقوط الخيار في ما لو افترقا عن كراهة للبيع ولو لم يكن عن إكراه من الغير، ولم يقل أحد ببقاء الخيار في هذه الصورة، مع أنه افتراق لا عن رضا بالعقد، وهذا يكشف عن عدم كون الرضا قيماً ينتفي في مورد الإكراه^(١).

وفيه: أن مدلول الرواية أن يكون الافتراق عن رضا بالبيع، ومقتضى التقييد به عدم ترتيب الأثر على الافتراق في ما لو حصل عن كراهة له أو عن إكراه عليه؛ لعدم تحقق الغاية المجعولة، ولكن خصص هذا الحكم في مورد الكراهة بالإجماع القطعي، والضرورة الفقهية على حصول الغاية في موردها، فتبقى صورة الإكراه على حالها. فمقتضى الصناعة التقييد، لا إسقاط الدليل بالمرّة.

الوجه الرابع: النقض بموارد الغفلة والنسيان؛ فلو افترقا لا عن التفات بل غفلة عن العقد أو حكمه لم يكن الافتراق عن رضا بالبيع، مع أنه لا ريب عندهم في سقوط الخيار^(٢).

وقد تقدم دفعه في مناقشة المحقق السيد الخوئي تَدْبُرُ للدليل السابق فلا نعيد.

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

(٢) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

الوجه الخامس: أنه يلزم - من تقييد الافتراق بالرضا بالبيع - لغوية أخذ الافتراق غاية للخيار، بل يلزم عدم كونه غاية له أصلاً؛ لأن الافتراق الناشئ عن الرضا بالبيع لا يكون إلا بعد الرضا به؛ لكونه منشأ له، فيتحقق قبله، فيكون هو المسقط حقيقة لا الافتراق، وبهذا يستكشف أن الغاية هي الافتراق غير المقيّد بكونه ناشئاً عن الرضا، [نعم، تقييده بالكشف النوعي عن الرضا معقول، لكنه خلاف الظاهر من الصحيحة] ^(١).

وهذا الوجه وإن كان متيناً؛ لأن في باب الخيار روايتين علل سقوط الخيار فيهما بالرضا بالبيع، فلعل المحقق الأصفهاني تذكّر كان ناظراً إليهما، وهما:

الأولى: عن علي بن رثاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط...» ^(٢).

الثانية: وبإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي، عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين، عن أبيه، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط،

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣، وما بين المعكوفين لم يتعرض له الشيخ الأستاذ - دام ظله - ونقلناه من الحاشية تميماً لكلامه تذكّر.

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

قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان ..»^(١).

فإن المستفاد من تعليل مسقطية إحداث الحدث للخيار بكونه رضا بالبيع في الرواية الأولى، ومن تعليق عدم الضمان على الاستحلاف بعدم رضاه في الرواية الثانية، كون الرضا بالبيع مسقطاً قطعاً، فإذا قلنا بأن الافتراق مسقط مع تقييده بكونه ناشئاً عن الرضا، فالمسقط يتحقق دائماً قبل الافتراق، فيلغو جعل الافتراق غاية.

إلا أن للمناقشة في ما أفاده مجالاً؛ أما الرواية الثانية فهي ضعيفة السند بالفارسي، وبعبد الله بن الحسن؛ لعدم توثيقهما، فلا تصلح للاستدلال^(٢).

وأما الأولى فلا إشكال في صحة سندها، وتطبيق الرضا بالبيع على إحداث الحدث كاشف عن مسقطية الرضا بالبيع، فإن كانت هذه الرواية محط نظره **تدُّرُ** فالاستدلال - بحسب الظاهر - قوي، إلا أن فيه:

أولاً: أنه نفسه **تدُّرُ** في بحث خيار الحيوان اختار أن المراد من هذا

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٢) فائدة: قال المحقق السيد الخوئي **تدُّرُ** في معجم رجال الحديث ٥ : ٢٦٢ : (أقول: في بعض نسخ الكافي الحسن بن أبي الحسين الفارسي، وهو الصحيح بقرينة سائر الروايات).

والذي يظهر أيضاً من سائر الروايات وكتب الرجال أن اسم والد عبد الله هو الحسين بن زيد بن علي بن الحسين **عليه السلام**، وليس الحسن بن زيد.

الرضا الالتزام بالبيع؛ حيث أورد الشيخ تَدْتُّ في هذه الرواية أربعة أوجه^(١)، وأضاف المحقق الأصفهاني تَدْتُّ وجهاً خامساً، وهو الالتزام بالبيع؛ وقسّم الالتزام إلى ثلاثة أقسام: التزام قلبي، وهو الرضا بلزوم العقد قلباً، والتزام قولي، وهو قول أحد المتبايعين: (التزمت بالعقد وارتضيته)، والتزام فعلي، وهو التصرف في المبيع على حدّ تصرفه في سائر أمواله، والانتفاع به بأحد وجوه الانتفاعات، وليس بابه باب الكشف عن الرضا قلباً، بل هو بنفسه من حيث إنه عمل الملتزم يسمى التزاماً عملياً.

والمسقط للخيار هو الالتزام القولي والعملي دون القلبي، وإحداث الحدث المسقط للخيار التزام عملي^(٢).

وفي بحث تعريف الخيار عندما عرفه الشيخ تَدْتُّ بأنه: (ملك فسخ العقد)^(٣)، في قبال من قال بأنه: (ملك إقرار العقد وإزالته)^(٤)، قال تَدْتُّ - بعد تصريحه بأن طرف الخيار عبارة عن إقرار العقد وإمضائه -: (وهو الالتزام بالعقد المعبر عنه في لسان الأخبار « بأنه رضا منه »)^(٥).

ثانياً: وهو يتوقف على مقدمة حاصلها: أنا لو خُلِّينا وكلمة (الرضا)، فلا شك أن الرضا بالبيع غير الالتزام به؛ فإنه من صفات النفس في قبال

(١) المكاسب ٥: ١٠٠.

(٢) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٧٠.

(٣) المكاسب ٥: ١١.

(٤) المكاسب ٥: ١٢.

(٥) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٦.

الكراهة، والالتزام من أفعالها، بمعنى التعهد، فهو أمر إنشائي كالشرط الذي فسّر بأنه التزام في ضمن التزام آخر، ولا ينبغي الخلط بين فعل النفس وصفتها، فإذا جمدنا على ظاهر الروايات فالمدار هو حصول الصفة النفسانية، ولكن لا يلتزم به أحد من الفقهاء، وهو منهم، بل حملوا الرضا في الرواية على الالتزام بالبيع، فهو أمر عملي، وما لم يصل إلى مرحلة الإنشاء بالقول أو بالفعل لا يصدق عليه التزام، ولهذا لا يطلق الالتزام على الشروط في المعاملات، وعلى الاعتبارات مطلقاً - سواء كانت بيعاً أو صلحاً أو إيقاعات - ما لم تصل إلى حد الإنشاء.

إذا اتضحت هذه المقدمة فالإشكال أن المسقط للخيار هو الالتزام بالبيع، وإقراره وإمضاؤه، وصرف الرضا النفساني ليس إقراراً وإمضاء له، ولا التزاماً به، وما وقع قيماً في الرواية - محل البحث - هو الرضا بالبيع، فلا يكون هو المسقط، بل هو الافتراق الناشئ من الرضا.

وبعبارة أخرى: إن المنشأ - وهو الرضا - ليس هو المسقط للخيار؛ لأن المسقط هو إقرار البيع وإمضاؤه، وحقيقة الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ أو إمضاء البيع، فإذا حصل الفسخ سقط الخيار بذهاب أصل العقد، وإذا حصل الإمضاء سقط الخيار بإقرار العقد، والإمضاء لا يتم بمجرد الرضا.

والحاصل: أن ما أخذ قيماً في الرواية ليس بمسقط للخيار، وما هو المسقط له لم يؤخذ قيماً فيها، فيمكن القول بأن المسقط للخيار هو

الافتراق الناشئ عن رضا بالبيع، ولا لغوية في أخذه.

الوجه السادس: أن الافتراق لا يمكن أن يكون كاشفاً عن الرضا؛ لعدم خلو المتبايعين عن أحد حالين: إما أن يكونا مكبرهين على ترك التخاير، أو لا، فعلى الأول لا يكشف افتراقهما عن الرضا، كما هو واضح، وعلى الثاني يكون عدم اختيارهما هو الكاشف عن الرضا، فلا تصل النوبة إلى كاشفية الافتراق^(١).

وما أفاده تَدْتُّ يرد على القول بكاشفية الافتراق عن الرضا؛ لعدم الكشف في صورة الإكراه وعدمه، ولكن ما نلتزم به - وهو الظاهر من الشيخ تَدْتُّ - أن مسقطية الافتراق ليست لكونه كاشفاً عن الرضا، بل لأخذه جزءاً في ما اعتبره الشارع مسقطاً، بمعنى أن الشارع جعل المسقط للخيار مركباً من جزئين: الافتراق، والرضا بالبيع، فالمسقط للخيار هو الافتراق المقيد بالرضا، لا الكاشف عن الرضا، وبينهما فرق دقيق.

وبعبارة أخرى: إن هنا احتمالين: أولهما: أن يكون لنفس الافتراق موضوعية في سقوط الخيار إلا أنه بقيد الانضمام للرضا بالبيع، وهو الظاهر من عبارة الشيخ تَدْتُّ الأولى؛ حيث قال: (دلّ على أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما)^(٢).

والآخر: أن يكون المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا، وهو المستفاد من عبارة الشيخ تَدْتُّ الثانية، التي ابتدأها بقوله: (أو يُقال: ...)؛

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

(٢) المكاسب ٥: ٧١.

حيث قال في آخرها: (فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد، وإعراضهما عن الفسخ)^(١).

والمختار - عندنا وعند الشيخ تدئ - هو الوجه الأول؛ حيث صدر الجملة الثانية بقوله: (أو يقال) المشعر بتأمله فيه، وإشكاله وارد على الثاني.

المختار في الاستدلال بالرواية

إلى هنا اتضح عدم ورود الإشكالات على الشيخ تدئ، ولو كنا وهذه الرواية لتم استدلاله تدئ بها على أخذ الرضا قيماً في الافتراق، ولكن الإشكال في التمسك بها من جهتين:

الجهة الأولى: أن هذه الرواية تخالف - في أخذ الرضا قيماً في الافتراق - الروايات الكثيرة الواردة في الباب قبل صدورها وبعده؛ حيث وردت عن الرسول صلى الله عليه وآله، وبين الأئمة عليهم السلام وظيفة المتبايعين في حد الخيار ببيان الرسول صلى الله عليه وآله، وكلها فاقدة للقيّد، فتقيّد الروايات جميعها بهذه الرواية لا يخلو من تأمل، لا سيّما وأن بعض الروايات كانت واردة في مقام العمل، ولم يفصل الإمام عليه السلام في بيان الجواب.

وأما كون التقيّد هو الموافق للصناعة الأصولية على أساس عدم المانع من تأخير البيان عن وقت الحاجة إذا كان ذلك لمصلحة، ولهذا

(١) المكاسب ٥: ٧١.

كان المعروف عند الأصوليين في مثل هذه الموارد هو التعامل مع الروايات معاملة المطلق والمقيد.

فتام، ولكن الفتوى على طبقه في مثل المقام في غاية الإشكال؛ إذ مورد القاعدة الأصولية ما إذا ورد مطلق وتأخر التقييد عن وقت الحاجة مع احتمال كون تأخير بيانه لأجل مصلحة، ولكن احتمال وجود المصلحة في التأخير في مثل المقام الذي تأخر فيه البيان منذ زمان الرسول ﷺ إلى زمان الأئمة عليهم السلام احتمال غير عقلائي.

الجهة الثانية: أن هذه الرواية التي أخذت قيد الرضا بمرأى ومسمع من الفقهاء، ومع أنها صحيحة السند إلا أن الشهرة القريبة من الاتفاق قامت على عدم التقييد، ومتى ما أعرض المشهور القريب من الاتفاق عن الدلالة كان موهناً لها، كما قرّر في محله من الأصول؛ فإن مستند الظهورات سيرة العقلاء، وهي دليل لبّي، يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالالتزام بالتقييد - والحال هذه - محل تأمل وإن رفعنا الإشكالات الأخرى عنها.

مضافاً إلى أن في الرواية احتمالات ثلاثة عند القوم كما تقدمت الإشارة إليها.

الدليل السادس: ما نقله المحقق الأصفهاني قدس سره عن غير واحد من الأعلام، من أن تشريع الخيار للإرفاق بالمتعاقدين، وهو غير ملائم

لسقوطه بالافتراق الإكراهي^(١).

مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل ودفعها

وأورد عليه: بأن أصل جعل الخيار للإرفاق، وهو أمر امتناني، ولا يلزم أن تكون غايته امتنانية، وملائمة للإرفاق أيضاً؛ إذ الخيار للإرفاق بالمتعاقدين، لا أن كل ما يلائم الإرفاق لا بد من جعله لهما، كيف وقد جعل خيار الحيوان للإرفاق بالمشتري حتى يتروى ويتأمل في ما اشتراه، وامتداده إلى ثلاثة أيام، وليست الغاية تحت اختياره.

ويمكن دفعه بعدم الامتنان في أصل جعل الخيار، في ما لو وقع البيع، ثم أكره البيعان على الافتراق مباشرة، وإنما يتصور الامتنان في ما لو وُجد الفاصل بين زمان وقوع البيع وزمان التفرّق، فإنه لا محذور - حينئذ - في كون جعل الخيار امتنانياً، وغايته ليست امتنانية كخيار الحيوان.

وعليه فيمكن إكمال هذا الوجه: بأن جعل الافتراق الإكراهي غاية للخيار في صورة الإكراه على التفرّق بمجرد وقوع البيع خلاف الامتنان من جعل الخيار، فيحكم بعدم السقوط حينئذ، والحكم في غيرها بالإجماع القطعي على عدم الفصل.

ولكن، بما أن هذا الوجه يعتمد في تماميته على الإجماع المركب، وعدم الفصل، وفيه بحث في الأصول، ولم تثبت حجيته، فهذا الدليل لا

(١) الحاشية على المكاسب للأصفهاني ٤: ١٣٣.

يثبت المطلوب ولا يمنع من الفتوى على خلافه^(١).

خلاصة

نتيجة المباحث السابقة: أن المشهور ذهبوا إلى عدم سقوط الخيار في صورة الإكراه على الافتراق والمنع من التخاير؛ وذلك لوجوه ستة، وقد أورد عليها الأعظم بما دفعناه عنها، ومع الاحتراز عن مخالفة المشهور إلا أنا خالفناهم في نهاية الأمر؛ والوجه في المخالفة: أن عمدة أدلة المشهور ثلاثة أوجه:

الأول: جملة « ما أكرهوا عليه » من حديث الرفع، وقد أوضحنا نحو الاستدلال به وما أورد عليه، وأجبنا عن جميع الإشكالات إلا أننا استشكلنا فيه من جهة أخرى، فالمختار عدم جريانه في المقام.

الثاني: صحيحة فضيل، وقد اتضح نحو الاستدلال بها أيضاً وما أورد

(١) تعرض سماحة الشيخ الأستاذ - دام ظله - في المقام إلى قصة عن مخالفة المشهور وعدم مخالفتهم، لا بأس بذكرها لتكون ذكري لأهل العلم والفضل، لكيلا يتعجلوا في مخالفتهم قدست أسرارهم: (حدثنا السيد الكلبيكاني رحمته وكان في زيارة منه إلي رداً على زيارتي إياه، وقد جرى الحديث عن قول المحقق الحائري تذ في كتاب الصلاة في موارد: المشهور كذا، ومخالفة المشهور مشكل، والفتوى بدون دليل أشكل، فقال السيد رحمته أنه رأى في عالم المنام - وتردد الشيخ الأستاذ في الرائي من هو، هل هو المحقق الحائري أو السيد أو غيرهما - السيد اسماعيل الصدر رحمته - وهو والد السيد صدر الدين، وكان عالماً متضلّعاً ومتديناً من الطراز الأول - وقرأ هذه الآية لمن رآه: ﴿ قِيلَ ادْخُلِ الْجَنَّةَ قَالَ يَا لَيْتَ قَوْمِي يَعْلَمُونَ ﴾ سورة يس: ٢٦، ثم قال: إني دخلت الجنة؛ لأنني احتاط، ولا أفتي بمخالفة المشهور).

عليها ودفعه، غير أننا تأملنا فيها من جهتين:

الأولى: ظهور أكثر الروايات في موضوعية الافتراق على وجه الإطلاق، أعم من كونه باختيار المتبايعين أو مع غفلتهما، وهذا الإطلاق أب عن التقييد بمثل هذه الرواية المتأخر زمان بيانها عن وقت الحاجة، مع عدم عقلائية احتمال كون التأخير لمصلحة.

الثانية: إن هذه الرواية بهذا القيد بمرأى ومسمع من المشهور، ومع ذلك أعرضوا عن العمل بها، وإعراض المشهور القريب من الاتفاق عن الدلالة موهن لها قهراً.

الثالث: إن إطلاق الافتراق منزلاً على الارتكاز العقلائي، وارتكاز العقلاء في معاملاتهم على أن يكون الافتراق بعد الالتزام بالبيع.

وهذا الوجه ممنوع أيضاً؛ فإن المعاملة كالبيع عند العقلاء بعد تماميتها مبنية على اللزوم إلا أن يكون هناك شرط خاص بالخيار، لهما أو لأحدهما، أو شرط عام كعدم الغبن في البيع، وأما خيار المجلس فهو أمر تعبدى ولا علاقة للعقلاء - بما هم عقلاء - به، فكيف يُنزلُ الإطلاق على ارتكازهم؟!

وعلى هذا فالحق سقوط الخيار بالافتراق مطلقاً.

مسألة: لو أكره أحدهما على التفرّق أو البقاء

لو أكره أحد المتبايعين على التفرّق أو البقاء، ومنع من التخيير، ففي المسألة صورتان:

الأولى: أن يكره أحد المتبايعين على التفرّق عن مجلس البيع وترك التخيير، ويكون الآخر مختاراً في المصاحبة والتخيير، فيبقى في المجلس.

الثانية: أن يكره أحدهما على البقاء في المجلس مع المنع من التخيير، ويترك الآخر مختاراً، فيذهب اختياراً.

أما الصورة الأولى فهي محل الكلام، وبتوضيح حكمها يتضح حكم الصورة الثانية، وفيها أربعة أقوال:

الأقوال في المسألة

القول الأول: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق، والعلامة، وولده السعيد، والسيد العميد، والشهيد أعلى الله مقامهم^(١).

القول الثاني: ثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط، والمحقق والشهيد الثانيين، ومحمّل الإرشاد^(٢).

القول الثالث: سقوط خيار المختار خاصة، سواء تحرك من المجلس

(١) المكاسب ٥: ٧٣.

(٢) المكاسب ٥: ٧٣.

أو بقي فيه، كما هو ظاهر الخلاف^(١).

القول الرابع: التفصيل بين بقاء المختار في المجلس فيحكم بثبوت الخيار لكليهما، وبين مفارقتة فيسقط عنهما، وهو مختار العلامة في التحرير^(٢).

ولا يخفى أن البحث في هذه المسألة إنما يجري على مسلك المشهور القائلين في المسألة السابقة باعتبار الاختيار في الافتراق؛ إذ يأتي البحث - حينئذ - في أن المعتبر هل هو اختيارهما أو يكفي اختيار أحدهما؟ وأما على ما ذهبنا إليه من سقوط الخيار بحصول مطلق الافتراق فلا بحث؛ إذ مع القول بسقوط الخيار عند التفرّق الإكراهي منهما يكون سقوطه بإكراه أحدهما على التفرّق بالأولية القطعية.

وكيف كان فمبنى الأقوال على أن المعتبر في الافتراق المجمعول غاية للخيار هل هو اختيارهما معاً، أو الاختيار بنحو الموجبة الجزئية، فيكفي حصوله من أحدهما؟

وبعبارة أخرى: هل المستفاد من الأدلة الاختيار المقابل للإكراه بنحو مطلق لكل من المتعاملين، أو مطلق الاختيار؟

وعلى الأول هل المستفاد من الأدلة الاختيار بنحو العام الاستغراقي،

(١) الخلاف ٣: ٢٦ المسألة ٣٥.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٤.

أو بنحو العام المجموعي؟

وكل تقدير مبنى لأحد الأقوال، فعلى الأول من الأول - أعني اعتبار الاختيار وأنه بنحو العام الاستغراقي - يسقط خيار المختار خاصة. وعلى الثاني منه - وهو اعتباره بنحو العام المجموعي - يثبت الخياران؛ لأن الغاية عبارة عن مجموع الافترايين عن اختيار ولم تتحقق. وأما على الثاني - وهو كفاية حصول الاختيار من أحدهما لتحقيق الافتراق المسقط - فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً، وحركة صادرة باختيار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟

فعلى الأول يتوجّه تفصيل العلامة تدُّلُّ في التحرير بين بقاء المختار في مجلس العقد وذهابه. وعلى الثاني يسقط الخياران، وهو القول الأول. هذه هي الأقوال الأربعة وهذه مبانيها، ومقتضى التحقيق في المسألة أن تلاحظ أدلة الأقوال:

أدلة الأقوال

دليل القول بسقوط الخيار

أما القول بسقوط الخيار عنهما فتلاحظ أدلة اعتبار الاختيار في الافتراق، وهي على قسمين: الأدلة الخاصة، والعامّة:

أما الأدلة الخاصة فربما يستدل على كفاية الاختيار من أحدهما بإطلاق الروايات المتقدمة: « بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت

خَطَى ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا»^(١)؛ فإن مقتضى الإطلاق أن الخيار يسقط لتحركه باختياره سواء أكان الباقي في مجلس البيع مختاراً في البقاء أم مكرهاً عليه^(٢).

الإشكال في الدليل الخاص

ولكنه لا يتم؛ لأن الرواية حكاية عن فعل المعصوم، والفعل لا إطلاق فيه ليدل على شموله لصورة ما لو كان الباقي في المجلس مكرهاً على البقاء، فلربما كان كل من الإمام عليه السلام والآخر الذي كان باقياً في المجلس مختارين في الذهاب والجلوس، فلا تشمل ما لو كان أحدهما مكرهاً. نعم، لو كان نحو بيان الرواية هذه الكيفية: (لو قام أحد المتبايعين ومشى خطوات سقط الخيار) لتم الإطلاق، ولكنه لم يرد كذلك^(٣).

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) المكاسب ٧٦:٥.

(٣) نقل بعض الحاضرين كلاماً لبعض حاصله: إن فعل الإمام عليه السلام يشمل ما لو كان الطرف الآخر غافلاً.

فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن الفعل مجمل ولا إطلاق فيه، ولا نعرف خصوصيات المقام وما عليه الطرف الآخر، ولا يمكن الاستدلال على بقاء الخيار أو سقوطه فيما لو كان أحد المتبايعين مختاراً والآخر مكرهاً إلا بنص في المورد أو بإطلاق، وعمل الإمام ليس شيئاً منهما، والإمام أجلُّ من أن يستغل غفلة الطرف الآخر للخروج. ثم تعرّض الأستاذ - دام ظله - إلى بيان معرفة المعصوم وأنها فوق إدراكات البشر، ببيان جميل، وبرهان متين، ولكنه خارجٌ عن محل البحث فتركه لموضعه.

وأما الأدلة العامة فعمدتها: قوله **إِيَّاهُ**: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا »^(١)، والافتراق وإن كان أعم من الاختياري والإكراهي إلا أنه قَيَّد بالاختياري، ولكن بما أن المقيد منفصل ومجمل من حيث كفاية الاختيار من أحدهما أو اعتبار اختيارهما، فيقتصر في المقيد على القدر المتيقن، وهو ما لو افترقا عن اختيار منهما، وتبقى صورة الاختيار من أحدهما تحت الإطلاق، ويترتب على بقائها تحته سقوط الخيار عنهما.

إشكال المحقق الرشتي على الأدلة العامة ورده

وأورد على ذلك المحقق الرشتي **تَدْرُجُ**: بأنه إنما يتم لو قلنا بإطلاق الافتراق وبتقييده بالدليل المنفصل، ولكنه ليس كذلك فإن المتبادر منه خصوص الافتراق عن اختيار، في مقابل ما يكون عن إكراه، فالحديث لا يشمل صورة الافتراق عن إكراه من أول؛ فإنه لا يُقال حينئذٍ: افترقا، بل يُقال: فرّق بينهما^(٢).

وفي هذا البيان نظر من جهتين نقضاً وحلاً:

أما النقض فأولاً: بأن لازم أخذ الاختيار في مفهوم الافتراق محدوديته به وجوداً وعدمياً، وهو يستلزم إمكان وقوع الافتراق بين الكتاب والعترة؛ حيث ورد في حديث الثقلين: « إني تارك فيكم الثقلين ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا: كتاب الله وعترتي أهل بيتي وإنهما لن

(١) الوسائل ١١، باب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣، ٢.

(٢) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ١٧٥.

يفترقا حتى يردا عليّ الحوض»^(١)، ولا ترديد في عدم إمكان حصول الافتراق بينهما، كان ذلك بالإكراه أو بدونه، وفي ضمن أي هيئة من الهيئات - التفرّق، والتفرقة، والافتراق - فاشتمال نصوص حديث الثقلين على عنوان الافتراق شاهد على عدم أخذ الاختيار فيه وعدم تبادره منه.

وثانياً: بأنه ورد في كل من بابي خيار المجلس وحديث الثقلين عنوان (التفرّق والافتراق)، « ما لم يفترقا»، و« ما لم يتفرّقا»، و« لن يفترقا»، و« لن يتفرّقا»، فما أفاده تدلُّ من أن هيئة الافتراق إنما تكون في صورة الاختيار من الطرفين، والهيئة الأخرى في صورة وجود المفرّق غير صحيح.

وثالثاً: بأن الافتراق على هيئة افتعال، فلو أخذ فيها الاختيار للزم أن لا يتحقق الاكتساب الإكراهي، وهو حاصل بالضرورة، ويجري فيه حديث الرفع كما يجري في غيره من موارد الإكراه.

وأما الحل فإن الافتراق بين الشئيين - الذي هو عبارة عن الانفصال بينهما - حقيقة في قبال اجتماعهما، يتحقق تارة بالاختيار والإرادة وطيب النفس، وأخرى بالقهر والإكراه والتهديد، وكما أن مادة الاجتماع مقسم لهذين القسمين بنحو الحقيقة، لا بالعناية والقرينة، فكذلك الافتراق يصدق - بنحو الحقيقة - على الافتراق الاختياري والإكراهي من دون

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

أية عناية.

وبعبارة أخرى: إن من علائم الحقيقة والمجاز انقسام الشيء إلى قسمين من دون عناية ولا قرينة، والافتراق ينقسم بدونها إلى الاختياري والإكراهي، فيكشف عن عدم أخذ الاختيار في معناه.

الحق في الإشكال على الاستدلال

هذا ما يرتبط بكلام المحقق الرشتي تذ وأما بالنسبة إلى أصل الاستدلال، فالحق أن يقال بعدم صحته على إطلاقه، بل لابد أن يراعى فيه الدليل المقيّد؛ فإن كان دليلاً لبيّاً كالإجماع، أو دليلاً لفظياً مجملاً فالحق ما جاء في الاستدلال من الاقتصار في التقييد على القدر المتيقن، وهي صورة الافتراق عن إكراه منهما، وأما صورة الافتراق عن اختيار من أحدهما فتبقى تحت الإطلاق.

وإن كان دليلاً لفظياً غير مجمل، كـ (حديث الرفع) عند من استند إليه أخذ بإطلاقه، وكانت نتيجته عدم سقوط الخيار.

دليل القول بالتفصيل بين خيار المكره وخيار المختار

أما القول بالتفصيل بين خيار المكره وخيار المختار فيثبت الأول ويسقط الآخر، فاستدل عليه: بأن مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية، أعني (البيّعين) و (ما لم يفترقا) أن يثبت لكل واحد من المتبايعين خيار، وأن يكون افتراق كل منهما منشأ لسقوط خياره، وبما أن أحدهما مكره على الافتراق فافتراقه فاقد للأثر، ولا يترتب عليه سقوط الخيار، وأما المختار فيسقط خياره؛ لتحقق الغاية بدون مانع.

إشكال المحقق الثاني على القول بالتفصيل

وأورد عليه المحقق الثاني **تدئ**: بدوران الأمر بين صدق الافتراق وعدمه، فإن صدق تحققت الغاية وسقط الخياران، وإن لم يصدق بقيا، ولا تبعض في الافتراق^(١).

وأجيب عنه: بصدق الافتراق ولكن حكم الافتراقين مختلف، فالافتراق بالنسبة إلى المكره مشمول لحديث الرفع، وأما بالنسبة إلى المختار فغير مشمول له، وشمول الحديث وعدم شموله هو الذي أوجب التفصيل^(٢).

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٩.

(٢) قد أشير إلى الاستدلال بحديث الرفع في موارد نذكر منها:

١- فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٠٤ - ٢٠٥ للمحقق الرشتي **تدئ**، قال: (وثالثاً: بأنا نختار الشق الأول، فقولك: (إن الافتراق حصل) مسلم، إلا أنه لم يؤثر في حق المكره؛ لأدلة الإكراه، ويؤثر في حق المختار؛ لعدم ثبوت دليل على عدم تأثيره في حقه، فيسقط الخيار في خصوص حقه، فيثبت القول بالتفصيل).

٢- حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني **تدئ** ٤: ١٣٧ - ١٣٨، قال: (ومنها: [أن حديث الرفع ليس في عرض الأدلة المتكفلة للأحكام الواقعية] قد عرفت أنفاً أن حديث الرفع ليس في عرض الأدلة المتكفلة للأحكام الواقعية، حتى يكون مفاده تقييد الافتراق بعدم كونه عن إكراه، حيث لا معنى لمانع الإكراه إلا اعتبار عدمه في موضوع الأثر؛ ليكون نتيجة عدم سقوط الخيارين إذا كانت الغاية مجموع الافتراقين، أو عدم سقوط خيار المكره خاصة إذا كان افتراق كل منهما غاية لخيار نفسه، كما كان الأمر كذلك بناء على التقييد بالرضا، بل حديث الرفع في طول الأدلة المتضمنة للأحكام وأنه حاكم عليها،

وسيتضح حال هذا الإشكال في تحقيق دليل القول بثبوت الخيار.

دليل القول بالتفصيل بين تحرك المختار وبقائه

وأما القول بالتفصيل بين تحرك المختار من المجلس فيسقط الخيار عنهما، وبين بقائه فيه فيثبت لهما، فيُستدل عليه: بأن التحرك من المجلس فعل محقق للافتراق الاختياري فيكون منشأ لسقوط الخيار، بخلاف البقاء فيه؛ فإنه لا يوجب السقوط، أما بالنسبة إلى المختار فلم يصدر منه افتراق، وأما بالنسبة للمكره فافتراقه كالعدم.

المناقشة في الدليل

والجواب عنه: أن الافتراق عنوان واحد ذو حقيقة واحدة غير قابل للتعدد، وإنما المتعدد طرفه، فأحد الطرفين المختار، والآخر المكره، وبنفس حركة المكره يتحقق الافتراق، سواء أتحرك المختار عن المجلس أم بقي فيه، وإذا تحقق الافتراق فقد تحققت غاية الخيار.

ويكون مفاده رفع الأثر وتنزيل موضوعه منزلة العدم، فلا يقاس بالدليل المتكفل لاعتبار الرضا، وقد عرفت أن مقتضاه وحدة الغاية ولزوم اللغوية من جعلها متعددة، وعليه فليس لافتراق كل منهما أثر حتى يرتفع بعروض الإكراه، فما هي الغاية لم يعرضها الإكراه، وما عرضه الإكراه ليس بغاية، ومقتضاه حينئذ سقوط الخيارين كما إذا لم يكن إكراه أصلاً).
وما أفاده تَدُّرُ بقوله: (قد عرفت آنفاً) إشارة إلى كلام الشيخ تَدُّرُ في الاستدلال بحديث الرفع للفرق عن إكراه؛ فإن نفس المناط موجود في تفرق أحدهما، قال تَدُّرُ في المكاسب ٥: ٦٩: (مضافاً إلى حديث « رفع ما استكرهوا عليه »، وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختص برفع التكليف).

دليل القول بثبوت الخيار لهما

وأما القول بثبوت الخيار لهما، فاستدل عليه بوجهين:

الوجه الأول: الاستصحاب، وتقريبه: أن مقتضى الأخبار الواردة في خيار المجلس هو ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا، والمقدار المتيقن من الراجع للخيار هو افتراقهما عن اختيار منهما، وأما إذا أكره أحدهما على التفرّق وبقي الآخر اختياراً، فنشك في سقوط الخيار وبقائه فيستصحب البقاء^(١).

المناقشة في الوجه الأول

ويرد عليه أولاً: أن منشأ الشك في بقاء الخيار وارتفاعه ليس أمراً خارجياً، بل منشؤه الشبهة في مفهوم الافتراق المأخوذ غاية للخيار؛ إذ يُشك في الاختيار المأخوذ فيه، هل هو لكليهما أو يكفي أحدهما؟ والاستصحاب لا يجري في الشبهات المفهومية كما قرّر في الأصول؛ لعدم الشك في ما وقع خارجاً، فإن الافتراق، وكونه بالنسبة لأحدهما عن إكراه، وبالنسبة للآخر عن اختيار كل ذلك متيقن الحصول، وإنما الشك في مفهوم الافتراق المأخوذ غايةً، فإن اعتبر فيه اختيارهما لم يقع جزماً، وإن اعتبر فيه اختيار أحدهما فقد وقع يقيناً، واستصحاب الحكم مع الشك في الموضوع باطل قطعاً؛ لاعتبار إحراز وحدة القضية المتيقنة

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ١٨٩-١٩٠، حاشية الإيرواني، ط حجري، الخيارات: ١٥، منية

والمشكوكة في الاستصحاب، ومع عدم إحراز وحدة القضيتين لعدم إحراز الموضوع يكون التمسك بدليل الاستصحاب لاستصحاب بقاء الخيار من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية^(١).

وثانياً: سلّمنا بعدم كون الشبهة مفهومية، وأن الاستصحاب ممكن الجريان من هذه الجهة، إلا أنه لا يجري؛ لرجوع الشك في المقام إلى الشك في جعل الخيار فيما لو تفرّق أحدهما عن إكراه وبقي الآخر مختاراً، فيدور أمره بين الأقل والأكثر، ومقتضى القاعدة حين دوران أمره بينهما هو التمسك بعموم العام، وهو في المقام قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

الوجه الثاني: إن الدليل الدال على أخذ الافتراق غاية للخيار مقيّد على أي حال؛ إما بالاختياري لكونه المتبادر من الافتراق، أو بالرضا

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن ما نحن فيه من قبيل الشك في تحقق الغروب من جهة الشبهة المفهومية له، فمفهوم الغروب لم يقع موضوعاً للحكم، وإنما الموضوع هو واقع الغروب، وشك فيه، هل هو استتار القرص فيكون قد تحقق جزماً، أو هو ذهاب الحمرة المشرقية، وهي لم تذهب قطعاً، فأى شيء يستصحب ولم يكن عنده يقين سابق بشيء وقد شك في بقائه؟

ثم قيل للأستاذ: بأن الموضوع هو واقع النهار.

فأجاب: بأن الموضوع لو كان واقع النهار - بعد تبين مفهومه - لجرى استصحاب بقاءه؛ بناءً على جريان الاستصحاب في التدريجيات، غير أن الموضوع - وهو الغروب - لم يبين مفهومه حسب الفرض.

(٢) سورة المائدة: ١.

بمقتضى صحيحة فضيل، أو بعدم الإكراه بمقتضى حديث الرفع، وفي صورة إكراه أحدهما على الافتراق لم تتحقق الغاية على جميع التقادير؛ إذ لم يكن عن اختيار، ولا عن رضا، وكان مشمولاً لحديث الرفع؛ للإكراه عليه.

وهذا الوجه هو التحقيق بالاعتماد، فلو لم نقل بأن الافتراق مسقط للخيار بنحو مطلق، بل اعتبرنا الاختيار فيه لقلنا في هذه الصورة بعدم سقوط الخيار؛ لهذا الوجه.

تنبيه: في اختلاف المتبايعين في التفرق وعدمه

ذكر السيد اليزدي ^{تدئ} بعد الفراغ من المسألة تنبيهاً في اختلاف المتبايعين وصوره ^(١)، ومن المفيد التعرض لها، وهي كالتالي:

صور اختلاف المتبايعين

الصورة الأولى: أن يختلفا في تحقق الافتراق، والأصل عدمه إن جعلنا الافتراق هو الغاية، وإن كان موضوع الخيار هي الهيئة الاجتماعية فالأصل بقاؤها، وهو واضح، كما يتضح بذلك المدعي من المنكر، والثمرة المترتبة على ذلك الحكم ببقاء الخيار.

الصورة الثانية: أن يتفقا على تحقق الافتراق، ويختلفا في كونه عن إكراه، ولا ثمرة في هذا الاختلاف على ما ذهبنا إليه من كون الافتراق -

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٣٠.

مطلقاً - مسقطاً للخيار؛ للحكم بسقوط الخيار - حينئذ - على تقديري الإكراه والاختيار .

وإنما تظهر الثمرة على مسلك المشهور، من اعتبار الاختيار في الافتراق، ويختلف جريان الأصل باختلاف ما يستفاد من الأدلة، فإن استفيد منها كون الاختيار شرطاً كما يظهر من الاستدلال بالتبادر، وبصحيحة فضيل المتقدمة: « فلا خيار بعد الرضا منهما »، فالأصل بقاء الخيار، أو عدم تحقق الافتراق الاختياري الذي هو الغاية حينئذ؛ لكون القيد وجودياً على هذا المبنى، والأصل عدمه، والنتيجة بقاء الخيار.

وإن استفيد منها كون الإكراه مانعاً، كما يستفاد ذلك من حديث الرفع، فالأصل عدمه، ونتيجته سقوط الخيار؛ لتحقيق الغاية - وهو الافتراق - بلا مانع.

الصورة الثالثة: أن يختلفا في الافتراق وعدمه، من جهة الاختلاف في زمان البيع، كأن يقول أحدهما: كان البيع بالأمس وقد انفضّ مجلس البيع، ويقول الآخر: بل كان في هذا المجلس، وهو باقٍ إلى الآن.

فإن قلنا إن الخيار ثابت بعد البيع ما لم يفترقا، فالأصل بقاؤه؛ لتحقيق البيع، والشك في تحقق الافتراق المأخوذ غاية للخيار.

وإن قلنا إنه ثابت في مجلس البيع، فلا أصل ينقح بقاء المجلس ولا

زواله^(١).

(١) هنا ذكر السيد اليزدي تقياً أصلاً آخر فقال: (فالأصل عدم تأثير الفسخ؛ لعدم إمكان

شبهة وجوابها

وهنا مورد شبهة حاصلها: أن الخيار المراد استصحابه يدور أمره بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء؛ إذ أن مجلس البيع إن كان بالأمس فالخيار مقطوع الارتفاع، وإن كان اليوم فهو مقطوع البقاء، فيندرج المقام في استصحاب الكلي القسم الثاني، فترد عليه الإشكالات الواردة عليه، كما يشترط في جريانه - على مبنى من قال به - أن يكون لكلي الخيار أثر، كما في استصحاب كلي الحدث، ولم يحرز ذلك.

والجواب: أن ما نحن فيه يختلف عن استصحاب الكلي وإن تردد أمره بين مقطوع الارتفاع والبقاء؛ وذلك لأن قوام استصحاب الكلي أن يكون لكل من الخصوصيتين أثر مختص بها، وهي دخيلة فيه، وأن يكون لنفس الكلي أثر أيضاً، كما في الحدث الدائر بين الأصغر والأكبر؛ فإن لكل منهما أثراً مختصاً به، فإذا توضحاً تردد أمر الحدث بين مقطوع الزوال - وهو ما لو كان أصغر - ومقطوع البقاء - وهو ما لو كان أكبر - فيستصحب كلي الحدث؛ لترتب أثره عليه.

وأما ما نحن فيه فلا خصوصية للهيئة الاجتماعية الحاصلة أمس، ولا للهيئة الاجتماعية اليوم، ومجلس أمس بهذا العنوان كمجلس اليوم بعنوانه، لا دخل له في الخيار شرعاً، وإنما موضوع الأثر - أي الخيار -

استصحاب الخيار؛ لعدم إثباته كون هذا مجلس العقد، أو ما قبل الافتراق). فما رأيكم في إضافة ذلك؟

هو (تحقق البيع وعدم الافتراق)، والبيع مقطوع التحقق، والافتراق مشكوك الحصول، ومنشأ الشك فيه هو الشك في وقوع البيع أمس أو اليوم، وعلى هذا تتم أركان الاستصحاب من دون أن يندرج في استصحاب الكلّي؛ لليقين بتحقق الخيار، وذلك بعد تحقق البيع وعدم الافتراق، والشك في بقاءه، للشك في زمان وقوع البيع، هل هو اليوم فلا زال باقياً أو أمس فقد ارتفع؟ والأثر لذات الخيار، لا لخيار مجلس البيع أمس، أو لخيار مجلس البيع اليوم، وعليه أمكن أن يقال: كنا على يقين من حدوث الخيار ونشك في بقاءه فنستصحب بقاءه^(١).

الصورة الرابعة: أن يتفقا على وقوع الافتراق والفسخ، ويختلفا في المتقدم منهما والمتأخر، فيدعي أحدهما تقدّم الافتراق، ويترتب عليه بقاء العقد، وعدم تأثير الفسخ، ويدعي الآخر تقدم الفسخ، ويترتب عليه انحلال العقد.

وقد ذهب السيد اليزدي تذلل إلى أن أصالة عدم كل منهما إلى زمان الآخر تعارض الأخرى فتسقطان، فيستصحب - بعد ذلك - ملكية كل منهما لما انتقل إليه بلا معارض؛ لرجوع الشك في تقدم الفسخ وعدمه إلى الشك في بقاء ملكية كل منهما لما انتقل إليه، فإن تقدم الفسخ زالت ملكية كل منهما، وإن تأخر فهي باقية، فيستصحب بقاؤها^(٢).

(١) في كلام السيد تذلل صورة قبل الصورة الآتية لم يتعرض لها الشيخ الأستاذ، وهي قوله: (ولو اختلفا بعد الافتراق في الفسخ قبله فالأصل عدمه).

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٣٠.

ولتحقيق المطلب وتعميقه نقول: إن جريان الأصل يتوقف على اليقين السابق، والشك اللاحق، وأن يكون المستصحب ذا أثر شرعي، وأن لا يكون الأصل بالنسبة إلى موضوع الأثر الشرعي مثبتاً - بناءً على عدم حجية الأصل المثبت - ، ويترتب على الأخير أن يكون الموضوع فيما نحن فيه مركباً؛ إذ لو كان مقيداً لكان مثبتاً لا محالة.

إذا اتضح هذا فلننظر إلى مصب الدعوى وموضوع الخلاف بين المتبايعين، فإن مرجع الخلاف في تقدم الفسخ على الافتراق وتأخره عنه، هو بقاء كل من العوضين على ملك من انتقل إليه العوض، أو رجوعه إلى ملك مالكة الأول، وموضوع ذلك من حيث ترتب الأثر الشرعي هو (بقاء العقد إلى زمان الافتراق وعدم بقائه)، أما موضوع بقاء المال على ملك من انتقل إليه العوض فذو أثر شرعي بلا إشكال، واستصحابه تام الأركان؛ لليقين بحدوث العقد وبتحقق الافتراق، ومع الشك في حصول الفسخ قبل الافتراق يجري استصحاب بقاء العقد إلى زمان الافتراق، ويترتب عليه بقاء المال في ملك من انتقل إليه بدون أن يكون مثبتاً.

وأما موضوع رجوع المال إلى ملك مالكة الأول فهو عبارة عن (الفسخ في زمان عدم الافتراق)، أو (الفسخ مع عدم الافتراق)، فإن كان الأول، فالأصل مثبت؛ لأن استصحاب عدم الافتراق إلى زمان الفسخ، لا يثبت الفسخ في زمان عدم الافتراق، وإن كان الثاني فليس

بمثبت؛ لأن الموضوع حينئذ هو صرف اجتماعهما في زمان؛ أي صرف عدم الافتراق والفسخ، لا الفسخ المقيد بكونه في زمان عدم الافتراق.

ولتحقيق هذه الجهة نقول: إن الموضوع إذا كان ذا جزئين، وكانت النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف، والعرض إلى المعروض، فالموضوع مقيد، ويكون الأصل مثبتاً؛ لأن استصحاب عدم لا يثبت الاتصاف، وأما إذا لم تكن النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف فيكون موضوعاً مركباً، وهو اجتماعهما في زمان، ولا يكون الأصل مثبتاً.

والموضوع فيما نحن فيه مشتمل على أمرين: الفسخ، والافتراق، وكل منهما عرض قائم بالمتبايعين، فالافتراق عبارة عن الهيئة الحاصلة لهما، والفسخ عمل صادر منهما، وليست النسبة بينهما نسبة الوصف والموصوف، والعرض والمعرض، وإن كانا عارضين على معرض واحد، ووصفين لموصوف واحد، فالموضوع ذو الأثر الشرعي يكون مركباً من الفسخ وعدم الافتراق، فيجري الأصل بدون أن يكون مثبتاً، أي يتنقح موضوع الحكم برجوع المال إلى ملكية مالكة الأول؛ لإحراز أحد جزئيه - وهو الفسخ - بالوجدان، والآخر - وهو عدم الافتراق - بالأصل، فيتعارض الأصلان، وحينئذ تصل النوبة إلى استصحاب ملكية كل منهما لما انتقل إليه بلا معارض كما قال السيد تقي، ونتيجة ذلك موافقة قول مدعي لزوم العقد وأن الفسخ وقع بعد الافتراق للأصل.

هذا غاية ما يمكن أن يقال من التحقيق لإثبات المطلب على مبنى تعارض الأصلين في الحادثين المشكوك تقدمهما وتأخرهما.

ولكن هنا نكتة مهمة لا ينبغي إغفالها، وحاصلها: أن في ما نحن فيه ثلاثة أصول:

- ١- أصالة عدم الافتراق إلى زمان الفسخ.
- ٢- أصالة عدم الفسخ إلى زمان الافتراق، أو أصالة بقاء العقد إلى زمان الافتراق.
- ٣- أصالة بقاء العوض على ملك من انتقل إليه.

والأصل الثالث موافق للأصل الثاني من حيث النتيجة، ومخالف للأصل الأول؛ فإن نتيجهما بقاء العقد وبقاء ملكية العوض لمن انتقل إليه، ونتيجة الأول فسخ العقد ورجوع العوض لمالكه الأول، والنسبة بين الأصل الثاني والثالث هي نسبة السببية والمسببية؛ فإن الشك في بقاء ملكية العوض مسبب عن الشك في بقاء العقد، ولا يجري الأصل المسببي في حال جريان الأصل السببي كما هو واضح.

ولكن لا توجد نسبة السببية والمسببية بين الأصل الأول، وبين أي من الأصليين الآخرين، وعليه فإن كان الأصل الأول يعارض خصوص الأصل السببي، تم التعارض بينهما والتساقط، ثم انتقلت النوبة إلى الأصل المسببي وكان سالماً عن المعارض. ولكنه ليس كذلك، بل هو داخل في طرف المعارضة، فتكون الأصول الثلاثة متعارضة فيما بينها فتسقط جميعها؛ لأن الأصل المسببي لا يعارض الأصل السببي، ولكنه يعارض الأصل الآخر الذي لا توجد بينه وبينه سببية ومسببية.

وعليه فما أفاده السيد تَدُّدُ من تصوير المعارضة بين الأول والثاني ثم الانتقال إلى الثالث غير صحيح.

هذا، والحق تقديم قول مدعي بقاء العقد، أو عدم الفسخ إلى حين زمان الافتراق، لا من جهة موافقته لاستصحاب بقاء الملك حتى يرد إشكال المعارضة، بل من باب موافقته لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، وقد تقرر في باب القضاء تقديم القول الموافق للأصل العملي أو للأصل اللفظي.

ولا يخفى عدم ربط هذا المعنى بالتمسك بعموم العام في الشبهة المصدقية للمخصص؛ فإنه غير جائز كما تقرر في الأصول، وهو أجنبي عما يذكر في باب القضاء من تقديم قول من كان قوله موافقاً للأصل، العملي أو اللفظي، وهو في المقام العموم، فقدّمنا قول من يدعي عدم الفسخ إلى زمان الافتراق، لموافقته لعموم آية الوفاء، لا للتمسك بعمومها، وفرق بين الأمرين، فلا تغفل.

مسألة: لوزال الإكراه

لو زال الإكراه - بناء على اعتبار الاختيار في الافتراق - ففي المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال، وهو المنسوب إلى

الشيخ الطوسي ^(١).

القول الثاني: الخيار على الفور، فإن لم يعمل في الآن الأول زال.

القول الثالث: الخيار على التراخي إلى أن يحصل أحد المسقطات.

أما القول الأول، فلا وجه صحيحاً له؛ إذ غاية ما ذكر له أن مقتضى

«رفع ما أكرهوا عليه» هو جعل الافتراق الحاصل بالإكراه كالمعدوم،

فكأن المتبايعين لا يزالان مجتمعين في مجلس العقد ^(٢).

وهو غير تام؛ لأن أدلة تقييد الافتراق بالاختيار، أو بالرضا، أو بعدم

الإكراه، إنما تثبت بقاء الخيار، ولا تتعرض إلى بقاء المجلس، أو الهيئة

الاجتماعية للمتبايعين.

وبعبارة أخرى: إن الأدلة لم تجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة

مجلس العقد، وإنما استفاد منها عدم ارتفاع الخيار بسبب الإكراه ^(٣).

(١) المبسوط ٢: ٨٤

(٢) المكاسب ٥: ٧٩.

(٣) إن معنى جعل الشارع الافتراق بمنزلة العدم ليس هو التعبد ببقاء المجلس، بل جعل

وأما القولان الآخران فيدور أمرهما مدار كون المسألة هل هي من صغريات التمسك بعموم العام فيما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، أو من موارد جريان استصحاب حكم المخصص، فإن قيل بالأول كان الخيار على الفور، وإن قيل بالثاني كان على التراخي، ويمكن الاستدلال للقول بالتراخي أيضاً بالتمسك بإطلاق دليل الخيار.

ولأهمية المسألة اقتضى المقام البحث مجملاً في جهتين، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله:

الأولى: في أصل القاعدة.

والثانية: في تعيين كون المسألة صغرى لتلك القاعدة.

أما **الجهة الأولى**، فلا يخفى أن هذه القاعدة قد استفيد منها في موارد من الفقه، عبادات ومعاملات:

منها: باب الخمس، في الفائدة يستفيدها الإنسان وتكون مؤونة له ثم يستغني عنها، كالفرش في الدار، وكالذهب للمرأة بعد أن تصبح عجوزاً، فهل المورد من موارد التمسك بعموم أدلة وجوب الخمس، أو من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص، وهو استثناء المؤونة؟

ومنها: باب خيار الغبن؛ إذ بعد ظهور الغبن والالتفات إليه يكون

الافتراق بحكم العدم من حيث الأثر، فمدلول حديث الرفع هو رفع ما أكرهوا عليه في وعاء التشريع، وفرق بين التعبد ببقاء الموضوع، والتعبد بزوال الحكم.

أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال.

للمغبون حق الخيار في الآن الأول قطعاً، فهل يتمسك بعده بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فيكون الخيار فورياً، أو باستصحاب حكم المخصص وهو ثبوت الخيار، فيكون على التراخي؟

وأما أصل النزاع في القاعدة فيبيني على أن التقييد هل هو أزماني أو أفرادي؟

وعلى الأول، هل الزمان أخذ مفرداً للحكم، أو ظرفاً له؟ بمعنى هل يتعدد الحكم بتعدد قطعات الزمان، أو أن الحكم واحد سارٍ في وعاء الزمان، فيكون الزمان ظرفاً له؟ ثم هل هناك فرق بين ورود التخصيص أو التقييد من أول الأمر، وبين ورودهما في الوسط أو لا؟

أما إذا كان التخصيص أفرادياً، بمعنى خروج الفرد من تحت دائرة العام فالقاعدة تقتضي التمسك بإطلاق دليل المخصص، وعدم عود الفرد إلى دائرة العموم بعد أن أخرج منها، ولهذا أفتى المحققون من الفقهاء بعدم تعلق الخمس بالفائدة التي كانت مؤونة ثم استغني عنها؛ تمسكاً بإطلاق «الخمس بعد المؤونة»^(١)، وبعد أن خرج هذا الفرد من تحت عمومات أدلة الخمس فلا يعود.

وأما إذا كان أزمانياً، بمعنى خروج الفرد عن حكم العام في زمان من الأزمنة ففيه خلاف بين الشيخ والمحقق الخراساني، والمحقق النائيني

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ١.

قدس الله أسرارهم، والكلام في ذلك طويل الذيل، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله، فنقتصر الآن على مبنى الشيخ تذت، وحاصله:

إن الزمان إن أخذ مفرداً للحكم، بحيث يكون الحكم بنحو العموم الاستغراقي، فيكون لكل قطعة من الزمان حكمها بوجوب الوفاء من حيث الطاعة والعصيان، فالمرجع عموم العام؛ لتعدد الحكم بتعدد الموضوعات، وخصص واحد منها، فيبقى الباقي تحت العموم.

وإن أخذ الزمان ظرفاً، بحيث يكون الحكم بنحو العام المجموعي، فليس هناك إلا حكم واحد لموضوع واحد؛ فعندما خصص فقد خرج من تحت العموم، فلا يعود إليه ثانية، فيكون المرجع حينئذ استصحاب حكم المخصص.

وأما الجهة الثانية، فعندنا في المقام عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وقد خصص بدليل خيار المجلس، والفرض أنه باقٍ في ظرف الإكراه حتى بعد التفرق، فبعد زوال الإكراه يشك في بقاء الخيار بعد الزمان الأول، الثابت فيه الخيار يقيناً لاستدراك حق المتبايعين، فإن كان العموم استغراقياً، والأحكام متعددة اقتصر في التخصيص على المقدار المتيقن خروجه من تحت العموم وبقي الباقي تحته، فيكون الخيار فورياً.

وإن كان العموم بنحو العموم المجموعي بحيث استفيد من آية الوفاء حكم واحد؛ لكون الوفاء عبارة عن إنهاء الأمر بالوصول إلى غاية العمل،

(١) سورة المائدة: ١.

فيكون الحكم المتعلق بالوفاء على العاقد واحداً وهو وجوب إنهاء أمر العقد، فإذا خصص فقد خرج من تحت العموم فلا يعود إليه، وكان المرجع استصحاب الخيار، فكان على التراخي إلى أن يحصل المسقط.

إشكال المحقق السيد الخوئي **تذُّ** على كلام الشيخ

وأورد المحقق السيد الخوئي **تذُّ** على ما أفاده الشيخ **تذُّ**: بعدم كون ما نحن فيه صغرى لقاعدة دوران الأمر بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص؛ وذلك لأن القاعدة إنما تأتي في ما إذا لم يكن للدليل الخاص إطلاق، كما هو الحال في دليل خيار الغبن؛ فيجهل حاله من جهة الفور والتراخي.

وأما ما نحن فيه فالدليل الدال على الخيار مطلق إلى أن تحصل الغاية المقررة شرعاً، فالخيار سارٍ إلى أن يحصل الافتراق الاختياري إن استند إلى التبادر، أو إلى الافتراق عن رضاً إن استند إلى صحیحة فضيل، أو غير الإكراهي إن استند إلى حديث الرفع، وشيء منها لم يحصل؛ لحصول التفرق الإكراهي، ولن يحصل؛ لتحقق الافتراق التكويني، وهو الانفصال بين الجسمين، ومعه يبقى الخيار إلى حصول مسقط آخر، ولا تصل النوبة إلى الرجوع إلى العام، ولا إلى الاستصحاب؛ لحكومة إطلاق الخاص عليهما^(١).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٦٨، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ١٤١-١٤٢، وذهب إليه أيضاً

السيد اليزدي **تذُّ** في الحاشية على المكاسب ٢: ٤٢٩.

الجواب عن إشكال المحقق الخوني **تَكُلُّ**

ويندفع ما أفاده **تَكُلُّ** بما يتوقف على مقدمتين:

الأولى: إن المأخوذ غاية في روايات الخيار هو الافتراق، وهو غاية شرعية، ومعناها تحديد الحكم إلى حدٍ معيّن، والغاية الشرعية لا تكون إلا في مورد يمكن تحققها فيه، وإلا كان جعلها لغواً، فقوله تعالى: ﴿لَا تَمُوتُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(١) لا يعقل شموله لزمان أو مكان لا ليل فيه.

الثانية: إن القضايا الشرعية مجعولة بنحو القضايا الحقيقية، فالمجعول الشرعي متعدد بتعدد الموضوعات المقدرة الوجود، فالمجعول في المقام خيارات متعددة بعدد كل بيع من كل متبايعين، أي كل بيع موضوع مستقل لخيار المجلس.

إذا اتضح هذا، فالغاية - حسب الفرض - هي الافتراق الخاص، المقيد بالرضا، أو بالاختيار، أو بعدم الإكراه، فيلزم أن لا يؤخذ غاية إلا في مورد يمكن وجوده فيه، وإلا لكان أخذه لغواً، وهي بهذا القيد وإن كانت قابلة للأخذ قبل تحقق الافتراق ولكنها غير قابلة له بعده، فلو أخذت حينئذ كانت لغواً، فيتضح من ذلك أن الافتراق المأخوذ غاية إنما هو الافتراق عن المجلس ما دام المتبايعان فيه، وأما مع افتراقهما عنه ولو عن إكراه فلم يؤخذ غاية للخيار؛ لعدم التمكن منه، فتخرج هذه الصورة عن مدلول الرواية، فلا يكون الخاص مطلقاً كما أفاده **تَكُلُّ**.

(١) سورة البقرة: ١٨٧.

ولا أقل أن ما ذكرناه من القاعدة موجب للشك في إطلاق دليل الخاص؛ إذ يشك حينئذ في شمول أدلة خيار المجلس لصورة امتناع تحقق الغاية وعدمه، وعند الشك وإجمال المخصص المنفصل في غير الغاية الاختيارية يسقط الإطلاق، فيعود كلام الشيخ تدئ من كون المرجع هل هو عموم العام أو استصحاب حكم المخصص؟^(١).

فحصل من ذلك متانة ما أفاده الشيخ تدئ من حيث كون المسألة من صغريات تلك الكبرى، وأما الحق في المسألة فما نذهب إليه مخالف لما عليه الشيخ تدئ، وسيأتي بحثه في مبحث خيار الغبن إن شاء الله.

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن القضية لو كانت طبيعية لم يلزم أن تكون الغاية ممكنة الوجود في جميع الأفراد، بل يكفي إمكانها في بعضها، أي بنحو الموجبة الجزئية؛ لتعلق الحكم فيها بالطبيعة.

وأما القضية الحقيقية فتتعلق بالوجودات، بمعنى الأفراد المقدرة الوجود، أي كلما حصل بيع بين متبايعين فهما بالخيار إلى أن يفرقا، ولا معنى لجعل الحكم المغيى بهذه الغاية في المورد الذي لا يمكن فيه التفرق؛ لأن الحكم - حينئذ - أبدي، فلا يدور مدار الغاية، فلا محالة يختص الحكم بمورد إمكان الغاية، فلا إطلاق في الدليل لغيره.

ولا أقل أن ذلك موجب للشك فيعود كلام الشيخ تدئ حينئذ. نعم، يمكن أن ينقض بجعل الخيار للمتبايعين المتلاصقين كالتوأم المتلاصقين، وفيه نلتزم بعدم الخيار لعين ما ذكرناه إلا أن يقوم إجماع على ثبوته، ولا إجماع فيه.

المسألة الرابعة

المسقط الرابع: التصرف

الرابع من مسقطات خيار المجلس التصرف، وتحقيق الكلام فيه:

أن التصرفات المتوقعة على الملك على نحوين:

الأول: ما يكون حاصلًا عن رضا بالبيع فيكشف عن الالتزام به، ومثله

مسقط للخيار بلا إشكال؛ لأنه التزام بالبيع عملاً، وهذا النحو خارج عن محل الكلام فعلاً.

الثاني: ما يكون غير كاشف عن الالتزام بالبيع، وهو محل البحث

فعلاً، ومقتضى القاعدة فيه عدم الإسقاط؛ لأن إسقاط الخيار أمر إيقاعي

إنشائي فيتوقف على القصد، ومع عدمه لا يتحقق الإنشاء، فيبقى الحق ما

لم يحصل مسقط آخر.

ولا بد لأجل الخروج من تحت القاعدة من إقامة الدليل على ذلك،

وقد استدل عليه بصحيفة علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن

أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا

شرط»^(١).

وتقريب الاستدلال وتماमितه يتوقف على بيان مقدمة وهي: أنه ورد في الروايات أن الشرط في خيار الحيوان ثلاثة أيام، وفي خيار المجلس إلى أن يفترقا، وفي هذه الرواية قال الإمام عليه السلام: « فإن أحدث حدثاً فلا شرط»، ومقتضى إطلاق نفي الشرط عن الموضوع الذي أحدث فيه الحدث هو سقوط الخيار المتعنون بعنوان الشرط في أي مورد كان، فالرواية بيّنت الكبرى، وإحدى الصغريين خيار الحيوان، والأخرى خيار المجلس.

وبعبارة أخرى: إن الإمام عليه السلام جعل مطلق إحداث الحدث رضا بالبيع تعبداً فلا شرط.

وقد تأمل الشيخ قدس سره في الاستدلال بها^(٢).

والوجه فيه: أن محل الكلام هو التصرف بما هو تصرف، لا بما هو كاشف عن الرضا، والتصرف كذلك رضاً بالبيع تعبداً على خلاف القاعدة، وكلام الإمام عليه السلام ظاهر في خصوص إحداث الحدث في الحيوان، لا مطلقاً، وما لم يثبت الإطلاق لا يمكن التمسك بها في خيار المجلس، والحق عدم ثبوته؛ لأن محل كلامه عليه السلام هو إحداث الحدث في الحيوان المشتري، كما يدل على ذلك أيضاً ذيل الرواية وبقية

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

(٢) المكاسب ٥ : ٨٢.

الروايات؛ إذ فيها؛ « قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء »^(١).

فالمراد من الشرط المنفي هو نفس الشرط الذي في الحيوان ثلاثة أيام، وشموله لغيره يتوقف على ثبوت الإطلاق، ولا مثبت له.

ولا أقل من الشك فيه، فيقتصر على القدر المتيقن، وهو خيار الحيوان، فالتصرف في باب خيار المجلس ما لم يكشف عن الالتزام بالبيع ليس بمسقط له. هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

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

الثاني .. خيار الحيوان

والبحث فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في المراد من الحيوان في خياره

هل هو خصوص ما يقصد بقاؤه، أو مطلق ما فيه حياة؟

قولان: ظاهر النص والفتوى الثاني، وذهب الشيخ والمحقق النائيني

(قدس سرهما) إلى الأول^(١).

استدلال المحقق النائيني على خصوص ما يقصد بقاؤه

واستدل عليه المحقق النائيني بوجهين:

الوجه الأول: مناسبة الحكم والموضوع، وتوضيحه: إن الإطلاق إنما

ينعقد في صورة عدم القرينة على انصراف موضوع الحكم إلى حصة

منه، كما نقح في بحث الإطلاق من الأصول، بل محتمل الصارفية يمنع

من الإطلاق أيضاً، ومن موجبات صرف الطبيعة إلى بعض الحصص

مناسبة الحكم والموضوع.

(١) المكاسب ٥: ٨٣، منية الطالب ٣: ٥٧.

وبما أن خيار الحيوان جعل لأجل التروّي والتأمل في الحيوان المشتري وملاحظته ليتبين أنه مما يلتزم بالبيع لأجله أو لا؟ فهذه الخصوصية والمناسبة تقتضي انصراف الحيوان إلى خصوص ما يقصد بقاؤه؛ إذ المقصود منه لحمه ليس محلاً للتأمل والتروّي، ومع هذه المناسبة لا ينعقد الإطلاق.

إشكال المحقق الخوني على استدلال المحقق النائيني وردّه

وأورد عليه: بأن ما يقيد الموضوع هي العلة، وأما الحكمة فلا تمنع من الإطلاق، ولا تكون سارية في جميع الأفراد، ووجودها في بعض الأفراد خاصة، أو عدمها في بعض الأفراد لا يمنع من التعميم؛ فإن الحكمة من تشريع عدة الطلاق هي عدم اختلاط المياه، ومع ذلك لم تنحصر العدة في خصوص الحصة التي يحصل فيها اختلاط المياه^(١).

وهو غير مرتبط بما أفاده المحقق النائيني تدُّ من الاستدلال؛ فإنه تدُّ لم يستند إلى الحكمة، وإنما إلى مناسبة الحكم والموضوع، وبينهما فرق؛ فإن الأولى وإن كانت لا تعمم ولا تخصص إلا أن الثانية توجب التعميم والتخصيص، فلو سئل عن ملاقة البول للثوب وكان الجواب هو الحكم بالنجاسة، فإن مناسبة الحكم والموضوع - أي الانفعال بالنجاسة والملاقة - تقتضي عدم الفرق بين الموضوعات، وعدم الاختصاص بالثوب وإن كان السؤال عنه، وهكذا الحال من جهة التخصيص؛ فإن تناسب الحكم والموضوع مما يقيد الموضوع.

(١) لعله توضيح لما في مصباح الفقاهة ٦: ١٧٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣: ١٥٠.

التحقيق في الجواب عن استدلال المحقق النائيني

وعليه فنحن بين أمرين: إما أن نقول بعدم الحاجة إلى جريان مقدمات الحكمة في مدخول أدوات العموم، بل نفس الأداة مثل (كل) متكفلة لشمول مدخولها إلى جميع الحصص، وإما أن نقول بحاجة مدخولها إلى مقدمات الحكمة لأجل التعميم، فإن اخترنا الأول - كما هو التحقيق - أمكن الجواب عن استدلال المحقق النائيني **تدئ**؛ بأن مقتضى العموم عدم الاختصاص بحيوان دون آخر.

وإن اخترنا الثاني - كما ذهب إليه المحقق النائيني **تدئ** - فالإنصاف تامة استدلاله؛ لأن استفادة العموم تتوقف على مقدمات الحكمة، وإحداها عدم القرينة، ومناسبة الحكم والموضوع قرينة، فلا ينعقد الشمول، إلا إذا أنكر كون المناسبة قرينة، وهو غير قابل للقبول.

والحاصل: أن استدلال المحقق النائيني **تدئ** يتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن مناسبة الحكم والموضوع من القرائن المقيدة للإطلاق.

الثاني: أن المناسبة موجودة في المقام.

الثالث: أن يستند إلى مطلقات باب خيار الحيوان، أو إلى عموماته مع الذهاب إلى حاجة مدخول أداة العموم إلى جريان مقدمات الحكمة، كما عليه المحقق النائيني **تدئ**.

وأما على المسلك المختار من عدم الحاجة إلى جريان مقدمات الحكمة في مدخولها فلا يتم الاستدلال؛ لأن روايات الباب وإن كان فيها

المطلقات من قبيل صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١).

فتصلح المناسبة لتقيدها إلا أن فيها العمومات من قبيل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط »^(٢)، ومثلها روايته الأخرى^(٣)، إلا أن في سندها علي بن حديد وهو محل إشكال^(٤).

الوجه الثاني: ما ورد في بعض روايات خيار الحيوان من التعليل بالنظرة^(٥)؛ إذ يمكن أن يستفاد منها التخصيص بما يقصد منه حياته، وأما

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

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

(٤) وجه الإشكال فيه: أنه - من جهة - من رواة كتاب كامل الزيارات، وتفسير علي بن إبراهيم، وروى عنه جملة من الأجلاء، ومنهم ابن أبي عمير، ومن جهة أخرى ضعفه الشيخ في غير مورد، منها ما في التهذيب ٧: ١٠١، باب بيع الواحد بالاثنتين وأكثر من ذلك، ذيل الحديث ٤٣٥؛ فإنه قال: (وأما خبر زرارة فالطريق إليه علي بن حديد وهو مضعف جداً لا يعول على ما ينفرد بنقله).

(٥) يشير إلى ما في الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩: عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد)، عن أحمد وعبد الله ابني محمد بن عيسى، عن الحسن ابن محبوب، عن علي بن رثاب قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ... الحديث ».

مثل الصيد المشرف على الموت، أو ما يقصد منه لحمه فلا يحتاج إلى النظرة^(١).

وهذا الوجه يتوقف على ثبوت أمرين:

الأول: كون ما في الروايات علة؛ فإنه لو كان حكمة لم يصلح للتقييد كما تقدم.

الثاني: كون المراد من النظرة النظرة في المبيع؛ إذ عليه لا يكون لها مورد فيما لم يكن الغرض منه البقاء كما أفادت^١، وأما إذا كان المراد منها النظرة في البيع فلا منافاة بينها وبين كون المقصود منه لحمه.

ولهذا كان من اللازم الرجوع إلى لفظ الروايات لتتعرف على أمرين: هل النظرة علة أو حكمة؟ وهل هي بالنسبة إلى البيع، أو إلى المبيع، أو إلى كليهما؟

أما الأول فتعرف الحكمة بورودها بعد بيان الحكم الشرعي، لا معه كما في غالب روايات كتاب (علل الشرائع) للشيخ الصدوق^٢، وأما العلة فهي تذكر مع الحكم في نفس الرواية، من قبيل ما لو قال: (لا تشرب الخمر لأنه مسكر).

وبما أن الرواية - محل البحث - من قبيل الثاني؛ حيث قال الإمام^٣ فيها: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة»، فهي علة لا حكمة.

(١) منية الطالب ٣ : ٥٧ .

وأما الثاني فتبينه معتبرة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا »^(١)؛ إذ هي ظاهرة في أن النظرة بلحاظ المبيع، لا بلحاظ البيع، وسيأتي البحث في خصوص بيان هذه الجهة في بيع كلي الحيوان فانتظر.

والمتحصل من ذلك صحة الأمرين الذين يتوقف عليهما الوجه الثاني.

التحقيق في المقام

هذا كله ما يرتبط بكلام المحقق النائيني قدس سره، وما يمكن أن يقال فيه، ولكن التحقيق أن يقال: بأن المراد من الحيوان في المقام هو خصوص ما يقصد منه البقاء حتى على مبنى من يقول بعدم حاجة مدخول (كل) إلى جريان مقدمات الحكمة، بل هي في نفسها تتكفل التعميم؛ وذلك لأن التعميم يتوقف على كون موضوع الحكم هو (الحيوان)، وهو عنوان عام شامل لجميع الحيوانات حتى ما لم يقصد بقاؤه، ولكن الموضوع هو (بيع الحيوان)، فلما صار عنوان الحيوان متعلقاً للبيع، فالغرض المعاملي، وما هو مورد الإنشاء البيعي هو الحيوان بما هو حيوان، فلا يشمل ما لم تكن الحيوانية متعلقة للبيع، بل كان المتعلق له هو اللحم، كما هو الحال في السمك المخرج من الماء، والجراد المحرز في الإناء؛ فإن الغرض من شرائه الأكل لا البقاء.

والحاصل: أن (كل) وإن لم تحتج في مدخولها إلى مقدمات

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

الحكمة إلا أن المنصرف من الحيوان خصوص المقصود منه البقاء، والذي تعلق به البيع بما هو حيوان، لا بما هو لحم.

ولا أقل من إيجاب ذلك عدم انعقاد الإطلاق، وإجمال المخصص لآية الوفاء، أعني ما دلّ على خيار الحيوان؛ حيث أخرج ما يقصد منه البقاء من تحت العموم قطعاً، وأما ما يقصد منه اللحم فيشك في دخوله في المخصص، وخروجه من تحت عموم آية الوفاء، فالمرجع هو عموم العام حينئذٍ، فلا خيار.

تنبيه

إن الحيوان الذي لا يقصد منه البقاء على قسمين:

الأول: ما لا قابلية له للبقاء بالذات، كالسمك المخرج من الماء.

الثاني: ما لا قابلية له للبقاء بالعرض، كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم، أو بجرح الكلب المعلم.

وقد جزم الشيخ تذ بخروج القسم الأول عن موضوع خيار الحيوان، واستشكل في القسم الثاني^(١)، فربما يقال بعدم الفرق بينهما، وأنه لا وجه للتفريق؛ لأن المدار على متعلق البيع، هل هو الحيوان بما هو حيوان، أو بما هو لحم؟ والمراد منه في كلا القسمين لحمه لا حياته، فيخرجان معاً عن موضوع الخيار.

(١) المكاسب ٥ : ٨٣.

ولكن الحق وجود الفارق الذي أوجب الإشكال عند الشيخ تذت في الثاني، وحاصله: أن ما لا قابلية له للبقاء بالعرض مورد للاستصحاب التعليقي، فيقال: إن هذا الحيوان لو بيعَ قبل العارض لكان مورداً لخيار الحيوان، والآن كما كان، بخلاف الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء بالذات؛ فإنه ليس من موارد، وعليه فمن يرى جريان الاستصحاب التعليقي تمسك به في المقام فقال بالخيار، دون من لا يرى جريانه.

الجهة الثانية: في منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء

قال الشيخ تذت في منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء، ولا يقصد من المعاملة عليه الحيوان من حيث إنه حيوان على مبنى من يقول بثبوت الخيار فيه: (وفي منتهى خياره، مع عدم بقائه إلى الثلاثة، وجوه)^(١).

والوجوه المذكورة ثلاثة وهي:

الوجه الأول: أن حدّ الخيار ثلاثة أيام، وذلك لدليلين:

الدليل الأول: اندراج المورد تحت أدلة خيار الحيوان، بناء على

شمول الحيوان له كما هو الفرض.

وأورد عليه: أولاً: بأن جعل الخيار ثلاثة أيام له - مع تلفه في الآتات

الأولى من شرائه - لغو.

ويندفع بأن الإشكال مبني على أن متعلق حق الخيار هو المبيع،

والحق أنه متعلق بالعقد؛ فإن الخيار عبارة عن حق حلّ العقد وإبرامه، وهو مما له البقاء، فإن فسخ وكان العوضان موجودين رُذًا، وإلا ردّ بدلتهما.

وثانياً: بأن العلة من جعل الخيار هي النظرة وملاحظة المبيع والتأمل فيه، وهي مفقودة في مورد عدم بقاء الحيوان.

وفيه: أنه تام بناء على أن المراد التأمل في المبيع، وأما مع إرادة التأمل في نفس البيع فلا يتم، ونحن وإن ذكرنا في رواية بيع الأمة والنظر فيها من حيث الحبل والبرص أنها ظاهرة في التأمل في المبيع، لا البيع إلا أنه يمكن القول بالأعم من التأمل والتروي في المبيع والبيع كليهما، وسيأتي تحقيقه في بيع الكلي.

الدليل الثاني: استصحاب بقاء الخيار بعد ضمّ الإجماع القطعي على عدم بقائه بعد الثلاثة الأيام^(١).

الوجه الثاني: أن حدّه إلى زمان زهاق روحه؛ وذلك لأن الخيار هو حق استرداد العين إلى ملكه، لا حق فسخ العقد وإبرامه، فإذا مات انتفى موضوعه.

وفيه: أولاً: أن متعلق الحق في الخيارات هو نفس المعاملة فسخاً أو

(١) ذكره الشيخ الأستاذ - دام ظله - بعنوان وجه مستقل، فتكون الأوجه أربعة، والأنسب جعله دليلاً ثانياً لهذا الوجه كما أشار له الأستاذ أيضاً في ذيل كلامه.

إبراماً، وترجع العين إلى ملكه بالتبع إذا كانت موجودة، وإن تلفت حقيقة أو حكماً - كما لو انتقلت بناقل أو وقعت طرفاً في المعاملة - انتقل إلى بدلها.

وثانياً: سلّمنا بأن الخيار حق استرداد العين إلا أن زهاق روح مثل هذا الحيوان لا يعدّ تلفاً كما سيأتي إن شاء الله.

الوجه الثالث: أن الخيار على الفور؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم بمقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وأصالة بقاء ملكية العوض عند من انتقل إليه، وخصص بدليل الخيار، إلا أنه لما كان المخصص مجملاً مردّداً أمره بين الأقل والأكثر اقتصر في التخصيص على القدر المتيقن وهو الآن الأول، وتمسك بالعموم أو باستصحاب بقاء ملك كل من العوضين على ملك من انتقل إليه في ما عداه.

وفيه: أن الرجوع إلى العام، وكذا التمسك بالأصل إنما يكون فيما لو لم يكن لدليل الخاص إطلاق، وأما معه فلا تصل النوبة إليهما؛ لحكومته عليهما، وقد ثبتت دلالة الدليل الخاص على بقاء الخيار إلى ثلاثة أيام، فينتفيان.

وقد تحصل إلى هنا:

أولاً: عدم ثبوت الخيار في الحيوان الذي لا بقاء له بالذات أو لعارض.

(١) سورة المائدة: ١.

وثانياً: أنه على فرض ثبوت الخيار فيه، فهو إلى ثلاثة أيام.

الجهة الثالثة: في أن موت الحيوان الذي لا بقاء له ليس بتلف له

إن زهاق روح الحيوان الذي لا بقاء له، ولم يقصد من شرائه حياته، لا يعدُّ تلفاً، فلا تشملها قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، ولا قاعدة: (تلف المبيع في زمان الخيار ممّن لا خيار له)؛ والوجه فيه: أنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم، ولا يتلف اللحم بمجرد موته.

نعم، لو كان يباع من حيث إنه حيوان، لكان موته تلفاً له، وهذا هو وجه من حكم بتلفه؛ حيث جعله صغرى للحيوان.

الجهة الرابعة: في اختصاص خيار الحيوان بالشخصي وعدمه

لا يخفى أن الحيوان المبيع تارة يكون شخصياً، وأخرى كلياً، والكلي تارة بنحو الكلي في المعين كبيع شاة من هذا القطيع من الغنم، وأخرى بنحو الكلي في الذمة، والثاني تارة يكون حالاً، وأخرى مؤجلاً، فهل هذا الخيار يختص بالحيوان الشخصي، أو يشمل ويعم جميع أقسام الكلي، أو يعم بعضها فقط؟ وجوه.

أما الوجه الأول - وهو الاختصاص بالشخصي - فاستدلّ عليه بأمر:

الأول: ما ذكره الشيخ تذّر بقوله: (كما هو المنساق في النظر من

الإطلاقات) (١).

ولم يذكر وجهاً لهذا المدعى، ولا مناط هذا الانسياق، وما في لسان الأدلة هو أن « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام » (٢)، والحيوان يصدق على الكلي والشخصي بنحو الحقيقة.

إلا أن يقال: بأن الكلي ليس بحيوان أصلاً كما هو أحد الوجوه الآتية، وما مع فرض صدق عنوان الحيوان على الشخصي والكلي بأقسامه، فادعاء الانسياق مفتقر إلى الدليل المفقود.

الثاني: إن الكلي ليس حيواناً بل عنوان له، فلا يصدق على طبيعي الحيوان أنه حيوان بالحمل الشائع، بل هو حيوان بالحمل الأولي، وموضوع الخيار في الروايات هو الحيوان بالحمل الشائع؛ وذلك لأن الحيوان بالحمل الأولي إنما يرد في التعاريف حداً ورسمًا، ولا قابلية له لحمل الأغراض حتى يصلح أن يكون متعلقاً للبيع والشراء (٣).

وهو ممنوع نقضاً وحلاً، أما النقض: فلأن لازمه انحصار جميع

(١) المكاسب ٥: ٨٣

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

(٣) إشارة إلى ما أفاده المحقق الأصفهاني تثنؤ في حاشيته ٥: ٣١٦ في قوله: (كما أن تأييد القول بالعموم بأن ما نحن فيه ليس كالتلف قبل القبض؛ فإن المأخوذ في دليبه عنوان المبيع بقوله تثنؤ: « كل مبيع تلف . . . إلخ ».

مخدوش: بأنه وإن لم يؤخذ فيما نحن فيه المبيع بالحمل الأولي، لكنه أخذ فيه المبيع بالحمل الشائع؛ لأن مورد جميعها العبد والأمة والدابة والحيوان كما قدمناه).

البيع بالبيع الشخصي؛ إذ ترجع هذه القضية إلى قضية عقلية، والقضايا العقلية آية عن التخصيص.

وأما الحل: فبأن الموضوع في هذا الباب هو الحيوان بنظر العرف، لا بالنظر المنطقي، كما هو الحال في سائر المعاملات، فالحيوان الكلي بالنظر المنطقي وإن لم يصدق عليه إلا الحيوان بالحمل الأولي، لا بالحمل الشائع، إلا أن العناوين - كلية كانت أو شخصية - تدور بنظر العرف مدار ترتب الأثر، ويشهد لذلك ما وقع في الروايات - سؤالاً وجواباً - عن بيع الحيوان سلفاً، والحال أن القدر المتيقن من الحيوان المبيع سلفاً هو الكلي، الذي هو عنوان لا مصداق، بالنظر المنطقي، ومن أمثلة تلك الروايات صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن الرجل يسلف في الغنم الثيان، والجدعان، وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس به »^(١).

ومثلها صحيحة الحلبي^(٢).

الثالث: إن مقتضى التعليل بـ (النظرة) في روايات خيار الحيوان أنها لأجل الترومي في المبيع، والوقوف على أوصافه وجوداً وعدمًا، وهو لا يكون إلا في المبيع الشخصي، وأما الكلي فلا معنى للتأمل فيه، بعد أن

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

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

عيّنت جميع الأوصاف والخصوصيات حسب الفرض^(١).

ويرد عليه: أن (النظر) لو كانت لأجل التروّي والتأمل في المبيع فقط لتم الاستدلال، ولكنها كما تكون لذلك تكون أيضاً للتروّي في البيع؛ ليتأكد من وجود المصلحة فيه من عدمها، فلا فرق - حينئذ - بين الكلي والشخصي.

إن قلت: تقدّم أن المستفاد من صحيحة عبد الله بن سنان: « عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا »^(٢)، هو أن (النظر) لأجل التروّي في المبيع، لا البيع؛ لأن الحبل والبرص من أوصافه.

قلت: إن هذه الرواية ليست في مقام بيان المراد من (النظر)، وإنما هي لبيان عهدة البيع، ولهذا كان فيها أيضاً: « وعهدته سنة من الجنون »، وخيار الحيوان لا يمتد إلى سنة، بل لا يزيد على ثلاثة أيام قطعاً، وعليه فنحن وكلمة (نظرة) في تلك الرواية، وهي شاملة للتأمل في البيع وفي المبيع.

والحاصل: أن التأمل في الروايات يقضي بأن (النظر) - في خيار المجلس إلى أن يحصل الافتراق - كانت لأجل التروّي في البيع، ولملاحظة المبيع أيضاً، فكذلك في خيار الحيوان، ولكنها فيه إلى ثلاثة أيام، ويشهد لهذه الدعوى اقترانهما في بعض روايات الباب، كصحيحة

(١) منية الطالب ٣: ٥٧.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١)، بل يتأكد ذلك بورود اقترانهما بعنوان يستفاد منه استثناء الحيوان دون غيره، كما في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاث»^(٢)؛ فإن ذلك يكشف عن أن كل معاملة وجد فيها خيار المجلس إلى أن يفترقا، ففيها خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام إن كان المبيع حيواناً، ولا شك في أن خيار المجلس غير مختص بالبيع الشخصي، فكذلك خيار الحيوان، فيكون شاملاً لبيع الكلي، سواء أكان في الذمة أم في المعين، حالاً كان أو مؤجلاً.

وبالجملة: إن مقتضى إطلاق (النظر) - علة كانت أو حكمة - أن الخيار جعل لأجل التروي والتأمل في البيع والمبيع، فيكون خيار الحيوان شاملاً لبيع الكلي.

الرابع: انصراف الحيوان إلى الشخصي دون الكلي.

ولا يخفى أن القاعدة هي التمسك بالإطلاق بالنسبة إلى جميع المصاديق التي ينطبق عليها اللفظ، ولا يصح سلب العنوان عنها، فدعوى الانصراف إلى بعض المصاديق تحتاج إلى دليل، فإن كان وجهه في

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

المقام دعوى عدم صدق الحيوان على الكلي، أو مناسبة الحكم والموضوع، أو أخذ النظرة في النصوص، فكلها تقدمت الإجابة عنها، وإن أريد التشكيك في الصدق كما هو الحال في عنوان (ما لا يؤكل لحمه) بالإضافة إلى الإنسان؛ لخفاء صدقه عليه عرفاً، فينصرف عنه ما دلّ على عدم جواز الصلاة فيما لا يؤكل لحمه^(١)، فنقول: إن بيع الحيوان، أو عنوانه بالنسبة إلى الكلي في مقام المعاملة ليس على وزان عنوان (ما لا يؤكل لحمه) بالنسبة إلى الإنسان في خفاء الصدق كما هو ظاهر واضح، فلا وجه لدعوى الانصراف.

الخامس: ما أفاده المحقق النائيني رحمته من عدم المجال لهذا الخيار في بيع الكلي سَلماً؛ لأن المشتري لا يملك مطالبة الكلي في باب السلم قبل موسم قبضه، فلا يمكن جعل مبدأ الخيار قبل حلول الأجل، وأما بعد القبض فلا دليل على أن مبدأ الثلاثة من حين القبض، وإذ لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته في الكلي الحالي؛ لعدم الفرق بينهما^(٢).

وفيه: أولاً: أن دعواه عدم ثبوت الخيار بعد حلول الأجل وحصول القبض غير تامة؛ وذلك لأن رتبة اللزوم والخيار متأخرة عن رتبة الصحة ثبوتاً، فما لم يكن البيع صحيحاً لا يتصف بلزوم الوفاء، ولا بقابليته للفسخ، وأما في مقام الإثبات فيمكن استكشاف الصحة من دليل اللزوم،

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب لباس المصلي.

(٢) منية الطالب ٣: ٥٧.

ولهذا تمسك الفقهاء بأية وجوب الوفاء بالعقود لصحة العقود المستحدثة كعقد التأمين، فيما أن جعل الخيار واللزوم متفرع على الصحة، وهي متفرعة على تمامية الشرائط، ولا تتم الشرائط في بيع السلم إلا بعد القبض، فمقتضى القاعدة أن يكون مبدأ الخيار فيه من حين تمامية الشرائط والحكم بصحته، أي بعد حصول القبض.

وثانياً: سلّمنا عدم جريان الخيار في بيع الكلي سلّمناً، إلا أن إلحاق بيع الكلي الحالي به قياس لا نقول به، ولا وجه له.

السادس: ما اعتمده المحقق الأصفهاني ^{تدئ} من أن المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو البيع الشخصي، فالخيار الثابت فيه ينصرف إلى ما هو المتداول عندهم ^(١). وهو ممنوع صغرى وكبرى.

أما الصغرى فلأن ما أفاده من أن المتداول في بيع الحيوان أن يكون المبيع شخصياً لا كلياً يردّه ما ورد في الباب الأول والتاسع من أبواب بيع السلف من الوسائل ^(٢)؛ فإن فيهما روايات متعددة، أكثرها صحاح

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ١٤٦.

(٢) من أمثلة ذلك: الوسائل، الباب الأول من أبواب السلف، الحديث ٢: موثقة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يسلف في الغنم الثنيان والجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس به... الحديث».

والحديث ٣: صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بالسلم في الحيوان إذا

وموثقات، وسي تدلّ على وقوع بيع السلم والسلف في الحيوان، سؤالاً وجواباً، وابتداءً من الإمام عليه السلام، بعنوان بيع السلم في الغنم، وفي مطلق الحيوان، وبيع السلم والسلف لا يكون إلا كلياً، فكيف يقال بعدم تداول بيع الكلي في الحيوان؟

وأما الكبرى فلأن مآل التداول وعدمه إلى كثرة الوجود وندرته، وليس من موجبات الانصراف ندرة الوجود، كما تقرر في محله، فلو قال المولى لعبده: جئني بماء - وكان المتداول ماء الفرات - فجاء له بماء دجلة لعدّ ممثلاً بلا إشكال.

الجهة الخامسة: في موضوع خيار الحيوان

في موضوع خيار الحيوان، أو من له الخيار أقوال ثلاثة:

الأول: اختصاص الخيار بالمشتري، وهو مسلك المشهور^(١).

الثاني: ثبوت الخيار للمتبايعين، كما عليه السيد المرتضى تدبيره^(٢)،

وصفت أسنانها».

والحديث ٤: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثينان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس».

ومنها: الوسائل، الباب التاسع من أبواب السلف، الحديث ٢ عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم في الحيوان، قال: ليس به بأس..».

(١) قال الشيخ تدبيره في المكاسب ٥: ٨٥: (المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، حكى عن الشيخين، والصدوقين، والإسكافي، وابن حمزة، والشاميين الخمسة، والحليين الستة، ومعظم المتأخرين، وعن الغنية وظاهر الدروس: الإجماع عليه).

(٢) الانتصار: ٤٣٣.

وتبعه السيّد جمال الدين بن طاوس في البشري^(١).

الثالث: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مئماً، ونسب إلى جماعة من المتأخرين^(٢).

(١) نقله عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز ١: ٤٥٩، والشهيد في غاية المراد ٢: ٩٧. وقال السيد العاملي تذيلاً في مفتاح الكرامة ١٤: ١٧٩: (وذهب السيدان علم الهدى وابن طاوس إلى ثبوت الخيار لهما، وإطلاق الخلاف قد يؤذن بموافقتهما، قال: يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة أيام، شرط ذلك أو لم يشترط، وقال جميع الفقهاء: حكم الحيوان حكم سائر المبيعات . دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم . والظاهر أنّ غرضه إثبات أصل الخيار رداً على العامة، وإنّما احتجّ بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه في النهاية والمبسوط باختصاص المشتري به، فليس الشيخ في الخلاف موافقاً لهما كما قد يتوهم، ولا أبو الصلاح في الكافي؛ لأنّه صرح فيه بضمان البائع له، على أنّه لم يحكه أحدٌ عنه).

(٢) حكى الشيخ تذيلاً النسبة في المكاسب ٥: ٨٩، وذكر السيد العاملي تذيلاً في كتابه مفتاح الكرامة ١٤: ١٨٣ قولاً ربما يكون رابعاً لم يتعرض له الشيخ تذيلاً ولا الأستاذ - دام ظلّه - حيث قال: (فيما اختاره صاحب غاية المرام من أنّ الخيار يثبت للبائع والمشتري في بيع الحيوان بالحيوان، وقد مال إليه أو قال به جماعة كأبي العباس، والكركي في المقتصر وتعليق الإرشاد، والقطيفي في إيضاح النافع، والفاضل الميسي، والشهيد الثاني في الروضة؛ لأنهم بين مستوجه له مقرب ومقوّم له، أو نافٍ عنه البعد، ولم يحكم به على البتّ سوى الصيمري . وقد جعله في جامع المقاصد ثالث الأقوال ونفى عنه فيه البعد، لما فيه من الجمع المذكور مع ملاحظة الحكمة المشتركة . وقد علمت أنّ أوّل من احتمله المصنّف في المختلف ورجع عنه).

أدلة القول باختصاص المشتري بالخيار

أما القول الأول فاستدل عليه بأربعة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع.

كما عن الغنية^(١) والدروس^(٢).

وفيه: - مضافاً إلى وجود المخالف كما تقدم - أنه مدركي.

الوجه الثاني: الأصل العملي.

ولا يخفى أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار هو ثبوته للمشتري، وإنما يشك في ثبوته للبائع، فهل يجري فيه أصل العدم أو لا؟ وينبغي أن يقع الكلام فيه في صورتين:

الصورة الأولى: أن لا يكون في البيع الواقع على الحيوان خيار المجلس، كأن يشترط سقوطه في متن العقد، ويُقرَّب عدم الخيار للبائع بتقريبين:

التقريب الأول: أن الخيار من الأحكام الوضعية، والمجعولات الشرعية، والحوادث المسبوقة بالعدم، فعندما نشك في ثبوته وجعله للبائع يمكن استصحاب عدم الخيار له بنحو استصحاب عدم المجعول،

(١) الغنية: ٢١٩؛ حيث يظهر من قوله: (ويثبت خيار الثلاث في الحيوان بإطلاق العقد

للمشتري خاصة من غير شرط، وفي الأمة مدة استبرائها، بدليل الإجماع المتكرر).

(٢) الدروس ٣: ٢٧٢، وقال فيها: (خيار الحيوان، وهو ثلاثة أيام من حين العقد أو التفرق

للمشتري خاصة، وقال المرتضى: لهما، والرواية صحيحة، إلا أن الشهرة رواية وفتوى، بل

الإجماع يعارضها..).

ويمكن جريان استصحاب عدم جعل الخيار له، بناء على عدم كونه مثبتاً كما هو المبني المحقق، خلافاً للمحقق النائيني ^١.

التقريب الثاني: استصحاب الملك، أو استصحاب العقد؛ فإن العقد قد وقع قطعاً، وانتقل الثمن لصاحب المثلث وبالعكس، فإذا فسخ البائع شك في تأثير الفسخ، فيشك في زوال الملك عن من انتقل إليه، كما يشك في زوال العقد، فيستصحب بقاءهما، ويرجع هذا الأصل لباً إلى أصالة عدم تأثير الفسخ؛ إذ يكون الشك في انفساخ العقد الواقع بهذا الفسخ وعدمه ^(١).

الصورة الثانية: أن يكون في البيع خيار المجلس بمقتضى ما دل عليه، وعدم سقوطه بالشرط، فهو ثابت في غير بيع الحيوان إلى حين الافتراق، وأما فيه فيوجد - علاوة على ذلك - خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام، فيشكل الاستصحاب على هذا التقدير، فلا بد من تقريب الاستصحاب وبيان جهة الإشكال فيه.

أما تقريب الاستصحاب فبهذا النحو: إنا كنا على يقين من ثبوت الخيار بعد إنشاء البيع وقبل التفرق، ولما تفرق المتبايعان شكنا في بقاء الخيار وعدمه فنستصحب بقاءه، وهذا الاستصحاب - بعد القول بجريانه

(١) تقريبات الأصل ترجع إلى أربعة كما هو واضح، وصرح بذلك الشيخ الأستاذ - دام ظله - في موضع آخر، وهي: ١- أصالة عدم جعل الخيار للبائع. ٢- أصالة عدم المجعول. ٣- أصالة بقاء العقد. ٤- أصالة بقاء الملك.

- حاكم على استصحاب بقاء الملك، أو عدم تأثير الفسخ؛ لأن الأول أصل سببي، والثاني أصل مسببي؛ لأن منشأ الشك في بقاء الملك، أو في عدم تأثير الفسخ هو الشك في بقاء الخيار.

وأما جهة الإشكال؛ فهي أنه من موارد استصحاب الكلي القسم الثالث على مبني، ومن موارد القسم الثاني على مبني آخر، وتوضيح ذلك: إن في موارد الخيارات المتعددة مبنيين:

الأول: تعدد الخيارات بتعدد أسبابها، فيكون للمجلس خيار، وللحيوان خيار ثان، وللغبن ثالث، وهكذا..؛ وذلك لأن الأصل - عند تعدد الأسباب - عدم التداخل، فيتعدد المسبب بتعدد السبب، إلا أن يقوم البرهان على خلاف ذلك، فيدل على اتحاد المسبب وإن تعدد السبب.

الثاني: وحدة الخيار وإن تعدد سببه؛ لأن تعدد الخيار يستلزم اجتماع المثليين، وهو محال كاجتماع الضدين، فلا يمكن أن يكون لبيع واحد خياران.

فعلى المبني الأول يكون استصحاب بقاء الخيار من استصحاب الكلي القسم الثالث؛ لأن المبيع إذا كان حيواناً كان في البيع خياران: خيار المجلس، وخيار الحيوان، والأول مقطوع الزوال بعد الافتراق، والثاني مشكوك الحدوث بالنسبة للبائع، وقد تقرر في الأصول عدم جريان هذا القسم.

وأما على المبني الثاني فهو من استصحاب الكلي القسم الثاني؛ وذلك

لحصول الخيار بعد العقد قطعاً، فإن كان سببه المجلس خاصة فقد زال قطعاً، وإن كان بيع الحيوان فهو باقٍ قطعاً، فيتردد أمر الحادث بين الفرد مقطوع الزوال، والفرد مقطوع البقاء، وقد تقرّر في مثله جريان الاستصحاب، فيستصحب بقاء كلي الخيار، ويكون حاكماً على استصحاب بقاء الملك.

الوجه الثالث: الأدلة العامة.

وقد تمسك الشيخ رحمته بدليلين عامين: أحدهما خاص بالبيع، وهو قوله عليه السلام: « فإذا افترقا وجب البيع »^(١)، والآخر عام لكل عقد، وهو قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢) وضمّ إلى الثاني القول بعدم الفصل، وذلك لنكته سيأتي التنبيه عليها.

العام الأول: حديث (فإذا افترقا وجب البيع).

أما العام الأول فتقريب الاستدلال به: أن المستفاد من إطلاقه وأمثاله من أدلة خيار المجلس وجوب البيع عند الافتراق مطلقاً، أي سواء أكان المبيع حيواناً أم غيره، وفي الحيوان سواء أكان بالنسبة إلى المشتري أم إلى البائع، وقد خرج من تحت هذا الإطلاق المشتري في بيع الحيوان قطعاً، ويشك في خروج البائع من تحته، ومقتضى إطلاق « وجب البيع »

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

(٢) سورة المائدة: ١.

بقاؤه تحته، فلا خيار له.

وأورد عليه بإشكالات أهمها ثلاثة:

إشكال السيد اليزدي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الأول: ما أفاده السيد اليزدي تذت، من أنه مقيد ببيع غير

الحيوان؛ بقرينة المقابلة بين خيار المجلس وخيار الحيوان في غير واحد من الأخبار^(١)، فمورد وجوب البيع بسبب الافتراق إنما هو بيع غير الحيوان، فهو لا يشمل بيعه من الأول حتى يحكم بتخصيص المشتري ويشك في تخصيص البائع^(٢).

وفيه: أولاً: أن لازم ما أفاده تذت انتفاء خيار المجلس في بيع الحيوان مطلقاً، فليس للبائع خيار المجلس أصلاً؛ وذلك لأن التقسيم قاطع للشركة، وقد جعل البيع على قسمين: بيع غير الحيوان، وفيه خيار المجلس، وحدّه الافتراق، وبيع الحيوان، وفيه خيار الحيوان، وحدّه ثلاثة أيام، فيلزم أن يقول بعدم خيار المجلس في بيع الحيوان مطلقاً.

(١) منها: ما في الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ١: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. »

ومنها: الحديث ٥ من نفس الباب، عن علي بن أسباط، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: « الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا » الحديث.

(٢) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٣٦.

وثانياً: أن منشأ دعوى التقييد هي المقابلة في النصوص بين بيع الحيوان وبيع غيره، وإلا فليس عندنا نص خاص يدل على أن خيار المجلس مخصوص ببيع غير الحيوان، ولكن غاية ما يستفاد من الأخبار التي استشهد بها السيد تذت هو عدم شمول أدلة خيار المجلس لبيع الحيوان، لا نفيه عنه، فإذا وجد عندنا ما لم يشتمل على هذه المقابلة، ولا ذلك التقسيم إلى بيع الحيوان وغيره أخذنا بعمومه أو بإطلاقه، فيشمل بيع الحيوان، وذلك الدليل موجود وهو معتبرة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجر ان صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا...»^(١)؛ فإنها مطلقة لكل بيع، من دون تقييدها ببيع خاص، فيحفظ التعميم ما لم يثبت المخصص.

وثالثاً: أن إثبات الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام لا ينفي خيار المجلس عنه، بل يثبت امتداد الخيار فيه إلى ثلاثة أيام، فالروايات لم تقيّد بيع الحيوان وتخرجه عن خيار المجلس، وإنما توسع دائرة الخيار وأمدته، وأنه إلى ثلاثة أيام، بخلاف بقية البيوع فهي إلى أن يفترق المتبايعان^(٢).

ورابعاً: سلّمنا أن تلك الروايات قسّمت البيع إلى قسمين: بيع

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٦.

(٢) يستفاد هذا الجواب من كلام الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال.

الحيوان، وبيع غيره، إلا أن التقسيم ما لم يصل إلى حدّ قطع الشركة لا يدلّ على الاختصاص، وبما أن في المقام طائفتين، إحداهما لا تقسيم فيها، والأخرى غاية ما ادّعي فيها استظهار التخصيص، كما في كلمات السيد تَدْتُرْ، فلم يصل التقسيم إلى حدّ قطع الشركة، وفي كفاية مثل هذا الاستظهار للتقييد تأمل، فلا أقل من إجمال النص من ناحية عدم شمول خيار المجلس لبيع الحيوان، ومع الإجمال يتحكم إطلاق معتبرة عمر بن يزيد.

إشكال المحقق الأصفهاني على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الثاني: ما أفاده المحقق الأصفهاني تَدْتُرْ، من أن الوجوب في: « فإذا افترقا وجب البيع » وجوب حيثي، أي من حيث المجلس، والوجوب من حيث لا عموم فيه حتى يتمسك به في مورد الشك، وتقريب بيانه:

أن أدلة الخيارات تثبت الخيارات المتعددة، ولا تعارض بينها، بل كلّها مخصصة لأدلة اللزوم، فدلّيل خيار المجلس يثبت خياره، ودلّيل خيار الحيوان يثبت خياره، وهكذا العيب والشرط... فلزوم البيع من جهة لا ينافي جوازه من جهة أخرى، فقله **إيّاك**: « فإذا افترقا وجب البيع » يثبت لزومه من جهة خيار المجلس، لا من كل جهة، فلا عموم فيه حتى يتمسك به في حال الشك.

وبعبارة أخرى: (أن الظاهر من الخيار المنفي بالافتراق هو الخيار المغيبي بالافتراق كما يقتضيه التفريع، و ليس هو إلا خيار المجلس لا

جنس الخيار^(١).

وهو متين لو كنا وهذه الرواية: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع »؛ فإنها ظاهرة في الوجوب الحيثي، ولكن صحيحة فضيل تمنع من كون نفي الخيار من حيث؛ فإن قوله **لَيْسَ** فيها: « فلا خيار بعد الرضا منهما »^(٢) يفيد نفي الخيار بقول مطلق؛ لأن الرضا في الرواية - و باعتراه أيضاً - ليس الرضا بأصل البيع، بل الرضا بالالتزام به، فمدلول الرواية أن الافتراق التزام بالبيع شرعاً، فلا محالة من إثبات العموم من ناحية نفي جميع الخيارات^(٣).

إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه

الإشكال الثالث: ما أورده المحقق الرشتي **تتُّ** من أن إطلاق «وجب البيع» قد خصص قطعاً ببيع الحيوان، ولو كان ذلك من جهة المشتري، فلم يبق على عمومه، بحيث لو قلنا بثبوت الخيار للبائع أيضاً كما كان للمشتري لم يكن ذلك تخصيصاً زائداً حتى يتمسك بالعموم حال

(١) حاشية الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٤٧.

(٢) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن الالتزام بالبيع لا يكون حيثياً، فيما أن الملتزم به أمضى البيع أو لا، ولا معنى للإمضاء من حيث، وكذلك الحال بالنسبة إلى الفسخ.

الشك^(١).

وفيه: أولاً: أنه منقوض بما ذكره قبل أسطر من هذا الكلام^(٢)؛ حيث استدل بعموم مفهوم « البيعان بالخيار ما لم يفتقرا » على انتفاء الخيار من البيعين إذا افتقرا، وخرج من ذلك العموم خيار المشتري في الحيوان ثلاثة أيام وبقي الباقي تحت العموم، فإذا سقط « وجب البيع » عن العموم ببيع الحيوان، فليس المفهوم بأحسن حالاً من هذا المنطوق، فيرد عليه الإشكال نفسه.

وثانياً: أن الوجوب في الرواية هو عبارة عن الوجوب في الآية الشريفة ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾، وبما أن الوجوب التكليفي بالوفاء فيها - الذي هو منشأ انتزاع اللزوم - انحلاله، فكذلك في الرواية، ومعناه أن كل طرف من أطراف أيّ عقد يجب عليه الوفاء، خرج منه المشتري في بيع الحيوان، وشك في خروج البائع، فيبقى تحت عموم العام، ويتم الاستدلال.

فتحصل إلى هنا: أن ما استدل به الشيخ تدلُّ من عموم « وجب البيع » محل إشكال من جهة واحدة، وهو كون الوجوب حيثياً، أو محتملاً له، ولكن الاستدلال بإطلاق: « فلا خيار بعد الرضا منهما » تام.

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٢٥.

(٢) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٢٥.

العام الثاني: آية الوفاء بالعقود.

وأما العام الثاني - وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) - فقبل بيان الاستدلال به لا بدّ من بيان أن في التمسك بالعموم بعد التخصيص مبنيين:

الأول: أن المرجع - فيما لو خرج فرد من تحت العموم في أحد الأزمنة، بالنسبة إلى باقي الأزمنة - هو العموم.

الثاني: ما اختاره الشيخ رحمته من سقوط العموم حينئذٍ، وعدم الرجوع إليه في باقي الأزمنة؛ إذ الخارج من تحت العموم لا يعود إليه.

ويختلف تقريب الاستدلال باختلاف هذين المبنيين، فعلى مبنى الشيخ رحمته يكون التقريب بهذا النحو:
إن موارد البيع على قسمين:

ما فيه خيار المجلس، وما ليس فيه خيار المجلس، كأن يكون لازماً من الأول بالذات - كبيع من ينعق على المشتري، وبيع العبد المسلم من الكافر إلى المسلم، وكشراء العبد نفسه - أو بالشرط كأن يشترط سقوط خيار المجلس.

ففي القسم الثاني لم يخصص عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلا بالنسبة إلى المشتري في خيار الحيوان، فيبقى البائع داخلاً تحت العموم، فيكون

(١) سورة المائدة: ١.

البيع لازماً من جهته، وأما في القسم الأول فيضم إلى العموم الإجماع المركب، وعدم القول بالفصل^(١).

والوجه في استناد الشيخ **تدئ** إلى هذه الطريقة هو ما تبناه من سقوط العموم في الموارد التي فيها خيار المجلس، والساقط لا يعود، فلا وجه للتمسك بعموم الآية فيها، فاضطر إلى التمسك به في موارد عدم خيار المجلس، وضمَّ إليه الإجماع المركب وعدم الفصل في موارد الخيار.

وأما على المختار من الرجوع إلى العام، وعدم سقوطه في بقية الأزمنة كما سيأتي بيانه في خيار الغبن، فيصح التمسك بعموم الآية حتى في موارد الخيار من غير حاجة إلى ضمَّ الإجماع المركب، وتقريبه: أن مقتضى **(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** هو الحكم بلزوم كل عقد، ومنها بيع الحيوان، خرج من تحت هذا العموم المشتري في بيع الحيوان؛ فإن له الخيار ثلاثة أيام، وشك في خروج البائع فيتمسك فيه بالعموم؛ لأنه من التخصيص الزائد، وثمره ذلك اختصاص خيار الحيوان بالمشتري.

إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بالآية ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي **تدئ** بإشكالين:

الإشكال الأول: أن عموم الآية قد سقط على أي حال بمجيء التخصيص بخيار الحيوان، فلم يبق عموم حتى يتمسك به بالنسبة إلى البائع.

نعم، لو ورد الدليل بعنوان: يجب الوفاء على البائع والمشتري، أمكن التمسك بدليل اللزوم في مورد البائع عند الشك في تخصيصه، بعد القطع بخروج المشتري، ولكنه ليس كذلك^(١).

ويجاب عنه: بأن في الآية مبنيين:

الأول: أن المستفاد منها حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالعقود، وهو

مختار الشيخ تت.

الثاني: أنها إرشاد إلى لزوم العقود.

أما على المبنى الأول فهو وإن كان فيه رأيان:

أحدهما: أن الخطاب موجه لجميع المكلفين^(٢).

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٢٥.

(٢) ولغرابة هذا الرأي نقول: تعرض له غير واحد من الأعاظم قدس الله أسرارهم، منهم: ١- الفاضل المراغي تت في كتاب العناوين ٢: ٤٣ حيث قال في بحث أصالة اللزوم في العقد والإيقاع: (واحتمال أن المراد إنما هو الجواز والعدم بالنسبة إلى المتعاقدين - إذ لا ربط لغيرهما بذلك - بعيد مستلزم للتخصيص في عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الدال على لزوم العقد.

وبيان ذلك: أن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إنما دل على أن كل أحد من المكلفين - لعموم الخطاب - مأمورون بالوفاء بكل عقد عقد من أي شخص صدر، ومن المعلوم أن صدور العقد الواحد من ألف أو جميع المكلفين محال، فيصير المعنى: كل أحد مكلف بالوفاء بكل عقد من أي منهم صدر، وتخصيص هذا بالمتعاقدين يحتاج إلى دليل؛ إذ لا إشعار في الآية على أن الوفاء لازم على المتعاقدين دون غيرهما، ومقتضى ذلك ثبوت لزوم

العقد بالنسبة إلى كل أحد، فلو كان جائزاً في حق المتعاقدين غير جائز من غيرهما فينبغي أن يكون ملفقاً خارجاً بالدليل بالنسبة إلى خصوص المتعاقدين، ويبقى على لزومه بالنسبة إلى الغير، فلا وجه لعدّه جائزاً مطلقاً.

لا يقال: ليس المراد وجوب الوفاء على كل عقد، بل المراد منها وجوب وفاء كل أحد بعقده، فيصير التقدير: أوفوا بعقودكم، ويظهر منه في العرف التوزيع، بمعنى أن كل أحد يفي بما هو عقده، لا أن زيداً يفي بعقد عمرو ونحو ذلك؛ إذ وفاء الغير بعقد الغير غير معقول؛ إذ ليس بيده شيء حتى يفي ذلك، وليس الأمر إلا فرع الاختيار والتسلط، فتدبر.

لأننا نقول: صرف الآية على هذا المعنى إن كان بدعوى الفهم العرفي فهو ممنوع، وإضمار المضاف إليه وإن كان يوجب فهم هذا المعنى في الظاهر لكن هو غير ثابت، وفرضه غير وجوده، وعموم اللفظ محكم، وليس ذلك من قبيل ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾، بل إنما هو من قبيل ﴿وَأْمُرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوُوا عَنِ الْمُنْكَرِ﴾.

وإن كان من جهة عدم إمكان الوفاء من الغير فهو ممنوع؛ إذ يجب على كل أحد إجراء هذه الآثار على هذا العقد، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينتزعه من يد المشتري؛ لأنه ملكه، ولا أن يعطيه البائع؛ لأنه خرج عنه، ويجب جعله ميراثاً للمالك لو مات وصرفه في الديون، ونظائر ذلك مما يتعلق بكون الشيء مملوكاً، فإن كل أحد مكلف بأن يجري على هذا المال أحكام ملكية المشتري، ولا بأس بذلك مطلقاً، فلا تذهل.

٢- المحقق السيد الخوئي قدس سره في مصباح الأصول ٣: ٣٢٤ في بيان مدرك أصالة الصحة؛ حيث قال:

(الثاني: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تَرَاضٍ﴾، بناء على أن الخطاب ليس مختصاً بالمتعاقدين، بل جميع المكلفين مخاطبون به، وأمورون بالوفاء بالعقد الصادر من المتعاقدين، بمعنى ترتيب آثار الصحة عليه.

وفيه: أولاً: أن الخطاب مختص بالمتعاقدين على ما ذكرناه في بحث المكاسب.

وثانياً: - على تقدير تسليم كون الخطاب عاماً - أن الدليل المذكور مختص بالعقود، فلا

والآخر: أنه موجه لأرباب العقود خاصة، وهو الحق.

إلا أن القدر المتيقن من الخطاب هما المتعاقدان، فلكل واحد منهما خطاب بلزوم الوفاء، وخطاب أحدهما مغاير لخطاب الآخر بلا شك، ولا يعقل سراية حكم أحدهما للآخر، أما المشتري فقد خرج - بمقتضى الأدلة - من تحت هذا الخطاب، وأما بالنسبة إلى البائع فيشك في خروجه من تحته، ومقتضى حجية العام في حال الشك في التخصيص الزائد هو التمسك بالعموم، فيتمسك بالآية للحكم بوجوب الوفاء على البائع.

وأما على المبنى الثاني - وهو الإرشاد - فاللزوم في العقود ليس دائماً؛ فإن العقد تارة يكون لازماً من الطرفين - البائع والمشتري - وأخرى يكون لازماً من أحدهما، وجائزاً من الآخر، فعندما نلاحظ الخيارات الجعلية نلاحظ التبعض في اللزوم، فخيار الشرط لمن اشترط

يشمل الايقاعات.

وعلى تقدير تسليم شموله لها - بناء على أن المراد هو العقود بالمعنى اللغوي لا العقود الاصطلاحي المقابل للإيقاعات - لا يشمل المعاملات بالمعنى الأعم، كالطهارة والنجاسة . والمقصود إثبات أصالة الصحة في جميع هذه الموارد، فالدليل المذكور - على تقدير تمامية دلالة - أخص من المدعى.

وثالثاً: - أن الشبهة - في موارد جريان أصالة الصحة - مصداقية، فإن أصالة الصحة من الأصول المجعولة في الشبهات الموضوعية فقط دون الشبهات الحكمية، كما هو واضح . وقد ذكرنا في محله عدم صحة التمسك بالعام في الشبهات المصداقية .

له من المتبايعين خاصة، وخيار العيب لمن أخذ المعيب، وخيار الغبن لخصوص المغبون، وحكم الطرف الآخر فيها هو اللزوم من جهته، فكما أن في لزوم العقد تبويضاً، فالإرشاد إلى اللزوم قابل للتبويض، وعليه فيما أن الآية إرشاد إلى اللزوم - على هذا المبنى - وقد دلت الأدلة على عدم اللزوم بالنسبة إلى المشتري في بيع الحيوان فقد خرج عن دائرة إرشادها، وأما البائع فيشك في خروجه عن الخطاب الإرشادي باللزوم فيبقى تحت دلالة الآية عليه، فلا يرد الإشكال.

الإشكال الثاني: أنه معارض بمثله؛ إذ يمكن قلب الاستدلال

عليه **تدُّن**؛ فإن الشيخ **تدُّن** يرى التمسك بعموم العام لإثبات عدم الخيار لبائع الحيوان في الموارد التي ليس فيها خيار المجلس، وبضم الإجماع المركب وعدم الفصل يلحق بها موارد الخيار، فيعارض بالقول بالتمسك باستصحاب حكم المخصص في موارد خيار المجلس، فيثبت الخيار فيها؛ حيث إن بائع الحيوان له الخيار، فنشك بعد انقضاء المجلس هل الخيار ثابت له أم لا، فيجري استصحاب حكم المخصص، وبضم عدم الفصل يلحق بها موارد عدم الخيار، أي نثبت الحكم في الموارد التي لم يخصص العام لعدم وجود خيار المجلس، وبما أن مبنى الشيخ **تدُّن** في الدوران بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص هو الثاني فالنتيجة الحكم بالخيار للبائع^(١).

ويجاب عنه أولاً: بأن الشيخ **تدُّن** لا يرى صحة التمسك بعموم العام

(١) فقه الإمامية، الخيارات : ٢٢٦.

فيما لو خصص فرد من الأفراد في زمان من الأزمنة؛ لسقوط العام حينئذٍ فلا يعود، إلا أن الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص بعد ذلك لا يكون إلا إذا تمت أركانه، ومن أركانه اليقين السابق والشك اللاحق، وهو مفقود في المقام؛ للقطع بانتفاء المتيقن سابقاً، وكون الشك في الحدوث، لا في البقاء؛ وذلك لأن المستصحب إما شخصي أو كلي، أما الشخصي فالموجود سابقاً هو خيار المجلس وقد زال بالافتراق قطعاً، سواء أكان المقصود من قوله **إِنَّهُ**: « وجب البيع » الوجوب المطلق كما عليه الشيخ **تَدْرُ**، أم الوجوب من حيث المجلس، كما هو المختار، وعليه المحقق الأصفهاني **تَدْرُ** كما تقدم.

وأما الكلي، فاستصحابه في المقام من القسم الثالث؛ وذلك لأن كلي الخيار المتحقق في ضمن خيار المجلس قد زال بالافتراق قطعاً، وكلي الخيار في ضمن خيار الحيوان مشكوك الحدوث من الأول، وقد تقرّر في محله - على ما هو التحقيق - عدم جريان استصحاب الكلي من القسم الثالث، نعم، لا يرد الإشكال على مبنى الشيخ **تَدْرُ** من جريان الاستصحاب في القسم الأول من القسم الثالث، لكن المبنى مخدوش كما حقق في محله.

ولو كان الفرد الحاصل مردداً بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء لكان من القسم الثاني وجرى فيه الاستصحاب.

وثانياً: بأنا سلّمنا جريان استصحاب حكم المخصص في المقام،

وسلّمنا جريان استصحاب الكلي القسم الثالث، إلا أنه إنما يجري في ما إذا كان المورد من موارده، وهو مورد ثبوت خيار المجلس وتخصيص العام، وأما فيما لم يكن فيه خيار المجلس، فلم يخصص العام، فلا وجه للتمسك باستصحاب كلي الخيار، و لا يمكن التمسك بعدم الفصل و الإجماع المركب مع اختلاف الموردين.

التحقيق في مناقشة الشيخ

والحق في الجواب عن الشيخ قدّم:

أولاً: أن موارد عدم الخيار من قبيل اشتراء أحد العمودين، وبيع العبد المسلم المملوك للكافر على المسلم، وشراء العبد نفسه على القول بجوازه، لا مجال فيها للخيار أصلاً، لا للمشتري ولا للبائع، لا خيار المجلس، ولا خيار الحيوان، فالالتزام فيها بعدم الخيار للبائع ليس من جهة خصوصية فيه، وإنما لكون المورد غير قابل للخيار أصلاً؛ بمقتضى الأدلة الخاصة^(١)، فبأي مناط يَتَمَمُّ المطلب فيما فيه خيار بعدم الفصل؟!

(١) أما المسألة الأولى فهي من الموارد التي ينعقد فيها العبد قهراً؛ بمقتضى الأدلة الخاصة، منها:

معتبرة أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته وذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً، ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال، ولا يملك أمه من الرضاغة، ولا أخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقن...». الوسائل، الباب ٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

وقد تعرض الشيخ تقدّم لهذه المسائل الثلاث في خيار المجلس ٥: ٣٨، وقال عن المسألة

الأولى: (منها : من ينعق على أحد المتبايعين، والمشهور - كما قيل - : عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق. واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع. والكلام فيه مبني على قول المشهور: من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

والظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين؛ لأن مقتضى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك، والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال - ضعفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيباً - مبني على تزلزل العتق).

وأما المسألة الثانية فقد تعرض لها الشيخ تتأ في فروع مسألة بيع العبد المسلم من الكافر في المكاسب ٣: ٥٩٦ وقال فيها: (ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله لبيك في عبد كافر أسلم: « اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمناه ولا تقرّوه عنده... »). الوسائل، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.

إلى أن قال: (وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكي عن الحواشي في خيار المجلس والشرط؛ لأنه إحداث ملك فينتفي، لعموم نفي السبيل؛ لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع... إلخ).

وقال في خيار المجلس ٥: ٤٣: (ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلغرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه...).

وأما المسألة الثالثة فقال الشيخ تتأ في خيار المجلس ٥: ٤٥: (ومنها: شراء العبد نفسه - بناء على جوازه - فإن الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة إلى القيمة؛ لعدم شمول أدلة الخيار له، واختاره في التذكرة).

وأما الشيخ الأستاذ - دام ظله - فأعرض عن التعرض لهذه الفروع في خيار المجلس؛

وهل يجدي عدم الفصل إلا إذا كان ملاك المسألتين واحداً؟!!

ثانياً: أنه كيف يُدعى الإجماع المركب وعدم الفصل مع أن السيد المرتضى قد ذهب إلى ثبوت الخيار لكلا المتبايعين كما سيأتي، وتوقف عدة آخرون في المسألة من أجل ما ذهب إليه السيد تقي، وذهب قطب الدين ومن تبعه إلى ثبوت الخيار لصاحب الحيوان، بائعاً كان أو مشترياً.

الحق في الاستدلال

فالحق هو الاستدلال بأية الوفاء بدون ضمّ الإجماع المركب، وذلك على المختار من عدم تأثير خروج الفرد من تحت العام بالتخصيص في زمان من الأزمنة في التمسك بالعموم، فالمرجع في ما زاد على الزمان المتيقن خروجه هو عموم العام، بلا حاجة إلى عدم الفصل والإجماع المركب؛ فإن الاستفادة من الآية بحكم الانحلال لزوم العقد على كل من المشتري والبائع، وخرج المشتري بالتخصيص قطعاً، وبما أنه يشك في خروج البائع يتمسك بعموم الآية فيه.

الوجه الرابع: الأدلة الخاصة.

وهي عدة روايات وفيها صحاح السند، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم

يشترط»^(١).

وتقريب الاستدلال: أن الإمام عليه السلام خصص الخيار في الحيوان بالمشتري، والتخصيص بلا مخصص غير معقول ثبوتاً وملاكاً في كلام الحكيم، فيثبت اختصاص الخيار به؛ إذ لو كان لمطلق المتعاقدين لكان تخصيصه بالمشتري بلا ملاك.

وهذا النحو من التقريب غير تام فنياً؛ لأنه استدلال بمفهوم اللقب؛ لعدم الشرط، بل ولا الوصف - على القول بالمفهوم فيه - في الرواية ليستدل بمفهومهما، ومفهوم اللقب لا حجية فيه، فلا يدل على القيد.

وأما ما ربما يناقش به: من أن النسبة بينها وبين ما استدل به السيد المرتضى تذت - أي صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان..»^(٢) - وإن كانت هي العموم والخصوص المطلق إلا أنهما مثبتان، ولم يرد من الخاص صرف الوجود، بل مطلق الوجود، فلا يصلح للتقييد.

وتوضيح ذلك: إن الدليلين إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً وكانا مثبتين، فإن كان المراد من الخاص صرف الوجود، حمل العام على الخاص، كما لو ورد: (أعتق رقبة)، و (أعتق رقبة مؤمنة)، وإن كان المراد منه مطلق الوجود، لم يحمل على الخاص، كما لو ورد: (أكرم

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

(٢) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٣.

العلماء)، و (أكرم الفقهاء)، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن كليهما مثبتان، ولم يرد من الخاص صرف الوجود، فيثبت حق الخيار لكل من البائع والمشتري.

فيمكن دفعه بأن يقال: إن شأن الإمام عليه السلام ومقامه بيان الأحكام، وإن بيانه عليه السلام مطابق لعين الواقع، فإن كان الحكم عاماً بين عليه السلام العموم، وعدم بيانه له - مع كونه عاماً في الواقع - لا يكون إلا لنكتة عقلائية تقتضي ذلك، كما لو قال: (أكرم العلماء)، ثم قال: (أكرم الفقهاء)؛ فإن تخصيص الفقهاء بالذكر ليس لأجل التقييد، بل لكونهم أولى بالإكرام، فلو كان الخيار - بحسب الواقع - لكلا المتبايعين، ومع ذلك حدده الإمام عليه السلام في بيانه بالمشتري - ولا نكتة عقلائية تقتضي ذلك كما في المثال السابق وهو ظاهر - لم يكن البيان مطابقاً للواقع، وهو خلف، فبنفس قرينة المقام، وعدم النكتة العقلائية المقتضية للتخصيص في المقال يثبت أن دائرة الحكم محدودة من الأول بالمشتري، فلم يكن الاستدلال بمفهوم اللقب.

الرواية الثانية: رواية الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) - في حديث - قال: وقال: « في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها، اشترط أو لم يشترط »^(١).

والسند محل إشكال بعلي بن حديد، وأما الدلالة فكالسابقة، والكلام فيها هو الكلام.

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

الرواية الثالثة: موثقة الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: « صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام »^(١).

ولا بحث في سندها؛ لصحة أحد طريقي الشيخ تتمة إلى الحسن بن علي بن فضال^(٢)، وأما من حيث الدلالة فهي أقوى دلالة من الروايتين السابقتين؛ لاستناد الاستدلال في السابقتين إلى مفهوم اللقب؛ فإن الموضوع فيهما هو المشتري، وانتفاء الحكم بانتفائه من انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه، وأما في هذه الرواية (المشتري) جعل وصفاً للموضوع وهو (صاحب الحيوان)، ومفهوم الوصف وإن لم يثبت عند غالب الفقهاء والأصوليين، إلا أنه بمقدار ثبوت الاختصاص أمر مقطوع به؛ إذ لو كان الحكم لذات الطبيعة لكان وصفها بالوصف لغواً، وكل

(١) كذا في الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٢، وفي التهذيب ٧: ٦٧ باب ابتياع الحيوان، الحديث ١: (ثلاثة أيام) بدون الباء.

(٢) قال الشيخ في الفهرست: ٩٨: (أخبرنا بكتبه ورواياته عدة من أصحابنا، عن محمد بن علي بن الحسين، عن محمد بن الحسن، عن أبيه، عن سعد بن عبد الله والحميري، عن أحمد بن محمد، ومحمد بن الحسين، عن الحسن بن علي بن فضال، وأخبرنا ابن أبي جيد، عن محمد بن الحسن بن الوليد، عن الصفار، عن محمد بن عبد الجبار، عن الحسن بن علي بن فضال).

ومراد الشيخ الأستاذ - دام ظله - بالطريق الصحيح الطريق الأول، طريق الشيخ الصدوق تتمة.

وصف قيد؛ إذ لا يمكن حصول الوصف بدون حصول التقيّد، والأصل في القيود الاحتراز، فيثبت بتقييد صاحب الحيوان بالمشتري أخذ هذه الخصوصية في الموضوع، فيختص الخيار بالمشتري.

وما ربما يقال: من أن هذا القيد جرى مجرى الغالب، كما في قوله

تعالى: ﴿وَرَبَّيْبُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١).

مخالف لأصالة احترازية القيود، وشأن الإمام عليه السلام في بيان موضوع الحكم، وإنما حمل القيد في الآية على الغالب لقيام القرينة على ذلك، ولولاها لكان احترازياً أيضاً.

الرواية الرابعة: رواية علي بن أسباط، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

سمعتَه يقول: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا... الحديث»^(٢).

وهي في حكم الروايات الثلاث الأولى، وتقريب الاستدلال بها من

جهات:

الجهة الأولى: إن الإمام عليه السلام إذا كان في مقام بيان الحكم الشرعي

وخصّص الموضوع بحصة خاصة، فنفس التخصيص في هذا المقام دليل

على الاختصاص، وإن اعتبر المورد اصطلاحاً من مفهوم اللقب.

الجهة الثانية: إن التقييد بوصف المشتري ينفي الخيار عن غير

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) الوسائل، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

المتصف به.

الجهة الثالثة: إن المراد من الوصف في المقام التحديد، وكلّما جاء الوصف لتحديد الموضوع دلّ على المفهوم، ولا خلاف في ذلك، بخلاف مفهوم الوصف الذي يبحث في سياق البحث عن مفهوم الشرط؛ فإنه الوصف الذي لم يرد منه تحديد الموضوع.

الجهة الرابعة: إن التفصيل بمقتضى القاعدة قاطع للشركة، ولا يعقل أن يكون الخيار للبيّعين، ومع ذلك يفصل الإمام عليه السلام بين خيار المجلس وخيار الحيوان، فيخصص الثاني بالمشتري، ويعمّم الأول للبيّعين، فكون التفصيل قاطعاً للشركة يقتضي أن يكون خيار المجلس عاماً للبيّعين، وخيار الحيوان خاصاً بالمشتري.

الرواية الخامسة: معتبرة فضيل، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: « ما الشرط في الحيوان؟ فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري، قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »^(١).

ودلالاتها أقوى من دلالة ما سبقها من جهات ثلاث:

الجهة الأولى: أن الراوي فصلّ في السؤال عن الخيار بين بيع الحيوان

(١) ذكر صدر الرواية صاحب الوسائل، في الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٥، وذكر ذيلها في الباب الأول منها، الحديث ٣، ونقلناها كاملة عن الكافي الشريف باب الشرط والخيار في البيع، الحديث ٦.

وبيع غيره، وكان سؤاله في بيع الحيوان مطلقاً إلا أن جواب الإمام عليه السلام كان خاصاً بالمشتري، ولو كان للبائع خيار لكان التخصيص بالمشتري بلا مخصص، وإغراءً بالجهل، ففي الدلالة ما يزيد على مفهوم اللقب والوصف.

الجهة الثانية: أن التفصيل قاطع للشركة، وقد فصل الإمام عليه السلام في الجواب بين بيع الحيوان وغيره، ففي بيعه خصّ الشرط بالمشتري فقال: « ثلاثة أيام للمشتري »، وفي غيره قال: « البيعان بالخيار »^(١).

الجهة الثالثة: أن الإطلاق في الذيل « قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا » يشمل ما لو كان الثمن حيواناً، وحدّ الخيار فيه الافتراق، وهذا شاهد على أن الخيار إلى ثلاثة أيام مختص بكون المثلث حيواناً.

الرواية السادسة: صحيحة علي بن رثاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: « الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء... الحديث »^(٢).

وهي أصرح في المدعى مما سبقها؛ فإن السائل صرح في السؤال عن من له الخيار، هل هو المشتري أو البائع أو كلاهما؟ إلا أن الإمام عليه السلام خصّص الخيار بمن اشترى.

(١) تتفق مع الرواية السابقة في هذه الجهة فلاحظ.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

هذا تمام الكلام في بيان أدلة قول المشهور، وهي بمثابة المقتضي للقول به، والبحث في القولين الآخرين بمثابة البحث عن المانع.

أدلة القول بثبوت الخيار للمتبايعين

استدل عليه بثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع.

ادعاه السيد المرتضى علم الهدى تذ في كتابه الانتصار^(١).

مناقشته

ويشكل مع مخالفة المشهور لما ادعاه، وذهابهم إلى ثبوته للمشتري خاصة.

وما دافع به المحقق الرشتي تذ من أن مراد السيد إجماع أهل عصره، ولا ينافيه ذهاب المشهور إلى خلافه^(٢).

مدخول؛ أولاً: بأن إجماع أهل العصر الواحد لا أثر له إلا على مبنى ضعيف^(٣).

(١) الانتصار: ٤٣٣؛ حيث قال: (ومما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط).

(٢) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٣٥.

(٣) أشار - دام ظله - بذلك إلى الإجماع اللطفي، وهو المستند إلى قاعدة اللطف؛ فإن من بين العلماء من ذهب إلى أنه إذا اجتمع أهل عصر واحد على فتوى، فلو لم يكن اتفاقهم موافقاً للواقع لوجب على الإمام عليه السلام من باب اللطف أن يلقي الخلاف بينهم،

وثانياً: بالقطع بعدم تحقق الإجماع في عصر السيد تذت؛ لمخالفة الشيخين، والحليين، وأضرابهم من معاصري السيد أعلى الله مقامهم.

وثالثاً: بعدم جدوى مثل هذا الإجماع لو حصل؛ لكونه مدركياً كما هو واضح.

نعم، ما يمكن أن يحمل عليه إجماع السيد تذت في المقام - كسائر إجماعاته الأخرى - هو الإجماع على الكبرى، أي الإجماع في ما نحن فيه على الأخذ بمستند الحكم بكون الخيار للمتبايعين، وهي صحيحة محمد بن مسلم الآتية؛ إذ تمتاز عن سائر أدلة خيار الحيوان بسندها المجمع على العمل به.

ثم إن إجماع السيد معارض بإجماع الغنية والشهيد في الدروس^(١)، غير أن إجماع الغنية غير معتد به عند الفقهاء، وإجماع الشهيد - وإن كان قوياً - إلا أنه رجع عنه^(٢)، فالعمدة في رده عدم ثبوت صغراه،

فيكون اجتماعهم بدون أن يحصل الخلاف دليلاً على موافقته للواقع، وهو مردود في محله بوجوه، والبحث في ذلك طويل الذيل، في أصل الدعوى، وفي المراد من اللطف الواجب، وما هي الألفاظ الواجبة على الإمام عليه السلام في عصر الغيبة.

(١) تقدم منا نقل عبارتهما.

(٢) لم نعثر على تصريحه بالرجوع عنه، ولكن حكاة المحقق الرشتي تذت صريحاً حيث قال: (نعم، نقل الإجماع في الدروس يصح الاعتماد عليه، ولكنه في خصوص المقام موهون؛ لما حكى عن الشهيد عدوله وتوقفه في ذلك، فإنه لو كان الإجماع محققاً عنه لما كان لعدوله وتوقفه عن مذهب المشهور سبيل).

ونقل صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ١٧٨، والشيخ الأنصاري تذت في المكاسب ٥: ٨٩ توقفه

وكونه مدركياً، لا تعدياً لو فرض ثبوته.

الدليل الثاني: الأصل.

ويقرَّب: بثبوت الخيار للمتبايعين قبل الافتراق، ويشك في بقاءه للبائع بعده، فيستصحب بقاءه.

أو فقل: أصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

مناقشته

وفيه: أنه من استصحب الكلي القسم الثالث؛ إذ الخيار المتيقن حدوثه قد تيقن زواله، وهو خيار المجلس، وخيار الحيوان بالنسبة إلى البائع مشكوك الحدوث من الأول، فيتردد أمر الخيار بين مقطوع الزوال ومشكوك الحدوث، وفي مثله لا يجري استصحاب الشخصي ولا الكلي.

الدليل الثالث: صحيحة محمد بن مسلم.

محمد بن الحسن بإسناده، عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « المتبايعان

في المسألة مما استفاد منه العدول؛ حيث قال الأول: (ويتوقف الشهيد في غاية المراد وحواشي الكتاب، وأبو العباس في المقتصر عن الترجيح).

وقال الثاني: (وتوقف في غاية المراد، وحواشي القواعد).

ويعجبني نقل كلمة للمحقق الكركي تدئ تفيد في المقام وفي غيره مما ينقل فيه قولان عن الشهيد تدئ، قال في رسائله ١: ١٦٦: (وسمعنا كثيراً من بعض أشياخنا رحمهم الله: أنه رحمه الله كان يقول: خذوا عني ما في الدروس).

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

بيان حال هذا الدليل

وهذا الدليل هو عمدة ما استند إليه السيد تَدْتُّ، وهذه الرواية أقوى سنداً من روايات القول الأول؛ لكونها من الصحيح الأعلاني، وأوضح دلالة على مدعى السيد تَدْتُّ؛ حيث نصت على ثبوت الخيار للمتبايعين: البائع والمشتري.

ولكن ما ينبغي - عند المعارضة بينها وبين روايات القول الأول - هو البحث أولاً عن إمكان الجمع الدلالي بينهما، وإن لم يمكن يرجع إلى مقتضى القاعدة في باب التعارض، وذكرت في علاج معارضتهما وجوه:

وجوه الجمع بين هذه الرواية وما سبقها

الوجه الأول

تقديم صحيحة محمد بن مسلم؛ لكونها أقوى سنداً من بقية الروايات^(٢).

وهو غير تام؛ لأن موضوع التعارض عبارة عن خبري الثقة المختلفين، ولا عبرة بالأوثقية؛ لعدم كونها من مرجحات باب التعارض، وكما أن محمد بن مسلم ثقة، فكذلك علي بن رثاب، فيستحيل شمول دليل الحجية لكليهما، وشموله لأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح،

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) المكاسب ٥: ٨٨.

والمردد لا ماهية له ولا هوية، فلا يكون موضوعاً للحجية والاعتبار.

الوجه الثاني

أن صحيحة محمد بن مسلم أظهر في الدلالة ممّا دلّ على قول المشهور؛ لكون دلالتها بالمنطوق، ودلالة تلك بالمفهوم، ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة مقدّمة في باب الترجيح على الأكثرية^(١).

وفيه: - بعد تسليم أن دلالة روايات الاختصاص بالمشتري بالمفهوم، سواء أكان مفهوم الوصف أم التحديد أم اللقب مع خصوصية المقام - أن الأظهرية - على القول بتقديمها على الظاهر - كما ذهب إليه الشيخ تدبّر وإن كان التحقيق خلافه على ما ثبت في محله - غير متحققة فيما نحن فيه؛ حيث إن دلالة كل منهما في ما يدلّ عليه تامة فيتعارضان، ولا سيما في المقام؛ لكون المفهوم فيه مفهوم التحديد، وهو قوي الدلالة في ما يظهر فيه، فلو لم نقل بقابلية مفهوم الوصف لمعارضة المنطوق، فدلالة التحديد أو التفصيل معارضة له قطعاً.

الوجه الثالث

أن صحيحة محمد بن مسلم محمولة على التقية؛ لموافقتها العامة، فتطرح، كما احتمله صاحب الوسائل^(٢).

(١) المكاسب ٥: ٨٨

(٢) قال صاحب الوسائل في ذيل الرواية: (أقول: حمله أكثر الأصحاب على بيع حيوان بحيوان، وإلا لم يكن للبائع خيار؛ لما مضى ويأتي، ويحتمل الحمل على التقية وعلى

وهو واضح المناقشة بتصريح السيد تذت حيث قال: (ومما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط.

وخالف باقي الفقهاء في ذلك، وذهبوا إلى أن الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار إلا بأن يشترط ^(١).

فالرواية مخالفة للعامة لا موافقة لهم.

الوجه الرابع

أن تحمل صحيحة محمد بن مسلم على ما لو اشترط الخيار للبائع. وهو واضح البطلان؛ لكونه تبرعياً.

الوجه الخامس

ما اعتمده المحقق الرشتي تذت من أن كلاً من صحيحة محمد بن مسلم، وروايات قول المشهور أظهر وظاهراً، ومقتضى القاعدة الأصولية رفع اليد عن ظاهر كل منهما بأظهر الأخرى، فهنا صغرى، وكبرى.

أما الصغرى؛ فلأن أفراد بيع الحيوان ثلاثة:

١- أن يكون كل من الثمن والمثمن حيواناً.

٢- أن يكون الثمن حيواناً دون المثمن.

٣- أن يكون المثمن حيواناً دون الثمن.

(الشرط).

(١) الانتصار: ٤٣٣.

وتدل صحيحة محمد بن مسلم بإطلاقها على ثبوت الخيار للمتبايعين في الأفراد الثلاثة، إلا أن دلالتها على ثبوته في الأول أظهر منها في الأخيرين، فيكون القدر المتيقن من دلالة الصحيحة هو ثبوت الخيار للبائع في خصوص الأول.

وأما الصحاح الأخرى الدالة على اختصاص الخيار بالمشتري فدالتها عليه في الفرد الأخير أظهر من دلالتها في الفردين الآخرين، فيكون هو القدر المتيقن منها.

وأما الكبرى فالقاعدة المقررة في الخبرين المتعارضين إذا كان أحدهما أظهر في مورد وظاهراً في آخر، وكان الآخر على عكسه، أن ترفع اليد عن ظاهر كل منهما بالأظهر من الآخر، أي مقتضى الجمع بينهما هو الأخذ بالأظهر من كل منهما، وطرح الظاهر.

فتكون النتيجة - حينئذ - ثبوت الخيار للبائع في ما لو كان كل من الثمن والمثمن حيواناً؛ بمقتضى الأخذ بالأظهر من صحيحة محمد بن مسلم، واختصاص الخيار بالمشتري فيما لو كان المثلن حيواناً؛ بمقتضى الأخذ بالأظهر من الصحاح الأخرى^(١).

والإشكال عليه: أولاً: بالنقض؛ إذ لازم كلامه ارتفاع التعارض بين الروايات مطلقاً؛ فإنه لا تخلو رواية من قدر متيقن، ففي مثل: (أكرم

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٣٦ - ٢٣٧.

العلماء)، و (لا تكرم العلماء) تعارض بالتباين، ولكن القدر المتيقن من الأول هو العالم العادل، ومن الثاني العالم الفاسق، فينتفي التعارض بمقتضى ما أفاده، وهكذا دواليك.

وثانياً: أنا لا نسلم كون القدر المتيقن من الصحيحة هو ما لو كان كل من الثمن والمثمن حيواناً؛ فإن خيار المجلس في ما أخذ مقابلاً لبيع الحيوان في الرواية - وهو بيع غيره - لم يكن مختصاً بمورد دون مورد من حيث الثمن والمثمن، فكذا الحال في بيع الحيوان؛ فإن الإطلاق واحد في كل منهما.

وثالثاً: أن مبادلة الحيوان بالحيوان في البيع إن لم تكن نادرة فهي غير غالبية، والروايات الواردة في مقام بيان الأحكام صادرة بنحو القانون، وحمل القانون على غير الغالب يتنافى مع قانونيته.

والحاصل: أن المدار في رفع اليد عن الظاهر بالأظهر كون الثاني قرينة على الأول، أو قيام القرينة العرفية على ذلك، لا مجرد وجود القدر المتيقن من بين الأفراد.

الوجه السادس

ترجيح روايات الاختصاص بالمشتري على صحيحة محمد بن مسلم؛ لشهرتها رواية وفتوى^(١).

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ١٦.

ردّه

وفيه: أن الشهرة المرجّحة في باب التعارض هي الشهرة الروائية، لا الفتوائية، والشهرة في ما نحن فيه فتوائية؛ فإن صرف كون تلك الروايات أكثر عدداً لا يصحح الشهرة الروائية ما لم تبلغ حداً يعتبر ما يقابلها شاذاً نادراً، كما هو مقتضى قوله **إيلاً**: « ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك »^(١)، و« خذ بما اشتهر بين أصحابك ودع الشاذ النادر »^(٢).

الوجه السابع

أن صحيحة محمد بن مسلم أعرض عنها المشهور فتسقط، ولا تنهض للمعارضة.

مناقشته

وفيه: أن إعراض المشهور الموجب لوهن الرواية المعرض عنها على المبنى المعروف، إنما هو فيما إذا كان الإعراض كاشفاً عن ضعفها سنداً، أو كان لقرينة أوجبت سقوطها، قامت عندهم ولم تصل لنا، وأما إذا كان سبب إعراضهم هو الأخذ بالأرجح عندهم من بين الروائيتين المتعارضتين، أو لأجل التخيير في المسألة الأصولية فليس بموهن، بل هو مما يوجب قوتها؛ إذ كانت جامعة لشرائط الحجية عندهم، وإنما لم

(١) الوسائل، الباب التاسع من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) عوالي اللئالي ٤: ١٣٣.

يأخذوا بها لأجل وجود الأرجح منها، أو لأجل كونها أحد فردي التخيير، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن عدم العمل بالصحيحة كان بملاك التعارض.

وبعبارة فنية :

إن الإعراض الموهن هو الذي يחדش اقتضاء الحجية، لا ما كان بسبب المانع.

الوجه الثامن

ما أفاده المحققان الشيخ الإيرواني، والسيد الخوئي أعلى الله مقامهما، من تقديم ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري - بعد تحقق التعارض - ؛ لموافقتهما لعموم الكتاب، ومخالفة صحيحة محمد بن مسلم له؛ فإن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو لزوم العقد، فتتفق معه صحيحة ابن رثاب؛ حيث تنفي الخيار بالنسبة إلى البائع، وتخالفه صحيحة محمد بن مسلم؛ حيث تثبته له^(١).

مناقشته

وهو محل تأمل؛ أولاً: لأن المرجح في باب التعارض هي الموافقة للكتاب والسنة والمخالفة لهما، فما وافقهما أخذ به، وما خالفهما ترك وطرح، وكلتا الطائفتين مخالفة للكتاب؛ فإن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو لزوم العقد، سواء أكان ذلك من الابتداء، بأن يكون مفادها

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ١٧. مصباح الفقاهة ٦: ١٧٩.

حكماً وضعياً وهو اللزوم، أم كان باللازم؛ لدالتها على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالعقد الذي لازمه الحكم الوضعي وهو اللزوم، ومفاد الطائفة الأولى عدم اللزوم من ناحية المشتري، ومفاد الطائفة الثانية عدم اللزوم من ناحية المشتري والبائع.

وثانياً: إن الموضوع في الأدلة هو موافقة الكتاب، والموافقة أمر وجودي، وإحدى الطائفتين أقل مخالفة للكتاب من الأخرى، ولكن عندما نشك في كون الأقل مخالفة هل هو موافق للكتاب أو لا؟ يكون التمسك بدليل الأخذ بالموافق من التمسك به في الشبهة المفهومية.

توضيح ذلك: أنه ثبت في محله أن المراد من المخالفة للكتاب في باب التعارض هي المخالفة بالعموم والخصوص المطلق؛ فإن المخالف له بالتباين ليس فيه اقتضاء الحجية من الأول، وهو زخرف، باطل، وصحيحة ابن رثاب تخالف الكتاب بالعموم والخصوص المطلق؛ حيث إن الآية تثبت اللزوم مطلقاً، والرواية تثبته في بيع الحيوان في خصوص البائع دون المشتري، فهي مخالفة للكتاب، ويشهد لذلك أنه لو ورد خبر آخر وقال بعدم خيار الحيوان بالنسبة للمشتري لكان موافقاً للكتاب، وكانت رواية ابن رثاب مخالفة له قطعاً فتسقط، وهذا يدل على أن مخالفة صحيحة ابن رثاب للكتاب ثابتة؛ إذ القضايا العقلية لا تقبل التخصيص، حتى تكون في مورد موافقة للكتاب، وفي آخر مخالفة له، فإذا نزلت الرواية الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري مخالفة للكتاب

قطعاً بالعموم والخصوص المطلق، وهو المراد من المخالفة في باب التعارض.

نعم، في المقام يوجد خبران مخالفان للكتاب إلا أن دائرة المخالفة في أحدهما أوسع منها في الآخر، والأقل مخالفة لا يعدُّ موافقاً، وموضوع الرجحان هو الموافقة، فلو شك في صدق الموافقة لكفى في عدم جواز التمسك بأخبار الترجيح في موارد دوران الأمر بين الأضيق دائرة في المخالفة والأوسع دائرة فيها.

الصحيح في وجه الجمع بين الطائفتين

والصحيح في الجمع بين الطائفتين أن يقال: بأن روايات الاختصاص لو كانت تثبت اختصاص الخيار بالمشتري، وتنفيه عن البائع بالمنطوق لكان الإشكال محكماً، ولكنها تدل عليه بالمفهوم فيمكن العلاج؛ وذلك لعدم التنافي بين الطائفتين في المدلول المطابقي؛ فإن كلاً منهما مثبت، ولم يكن الإثبات بنحو صرف الوجود ليقع التعارض بينهما، ولكن التنافي يقع بين منطوق صحيحة ابن مسلم؛ حيث أثبتت الخيار للبائع، ومفهوم البقية حيث نفته عنه؛ فإن لها عقدين: عقد إيجابي وهو إثبات الخيار للمشتري، وعقد سلبي وهو نفي الخيار عن البائع، ويقع التعارض بينها وبين الصحيحة في عقدها السلبي، وبما أن عقدها السلبي موافق للكتاب فترجح على صحيحة محمد بن مسلم؛ حيث تخالفه.

فإن تمَّ ذلك فهو، وإلا فلا مرجح في البين، وحينئذ لا يخلو الأمر من

أحد مبنيين:

١- سقوط كلا المتعارضين عند فقدان المرجح.

٢- التخيير بينهما في المسألة الأصولية.

أما بناء على الأول فالمرجع بعد ذلك إلى عموم آية الوفاء، ونتيجته عدم خيار الحيوان للبائع، فتتفق مع قول المشهور.

وأما بناء على الثاني - وهو المختار - فيمكن اختيار روايات الاختصاص بالمشتري فيتفق مع قول المشهور أيضاً.

والحاصل: أنه إما أن نقول بسقوط الصحيحة؛ لمخالفتها للكتاب، أو لا نقول به تنزلاً فيمكن على مبنى التخيير اختيار قول المشهور. هذا تمام الكلام في قول السيد قدس سره وما يتعلق به.

أدلة القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان

والكلام فيها يقع في مقامين: أحدهما في المقتضي والآخر في المانع:

أما المقام الأول، فعمدة ما استدل به عليه روايتان:

الرواية الأولى: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» ^(١).

الرواية الثانية: صحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة

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

أيام .. الحديث^(١).

ومدلولهما واحد؛ فإن موضوع الخيار في بيع الحيوان هو صاحب الحيوان، والمشتق ظاهر في المتلبس بالمبدأ فعلاً، فصاحب الحيوان هو المالك الفعلي له، سواء أكان مشترياً كما لو كان المبيع حيواناً، أم بائعاً كما لو كان الثمن حيواناً، أم كليهما كما لو كانت المبادلة البيعية بين حيوانين.

وأما المقام الثاني، فيوجد مانعان:

الأول: الروايات التي استند إليها المشهور لإثبات الخيار للمشتري

خاصة؛ فإنها تنافي جعل الخيار للبائع، وقد تقدم ذكرها.

وهي غير صالحة للمانعية؛ لكونها ظاهرة في الاختصاص بالمشتري فيما إذا كان الحيوان متاعاً ومثمناً، لا ما إذا وقع ثمناً، وأصرحها صحيحة ابن رثاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: «الخيار لمن اشترى..»^(٢).

الثاني: - وهو العمدة - موثقة الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت

أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: «صاحب الحيوان المشتري

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٦، ونقلنا المتن من الكافي، باب

الشرط والخيار في البيع، الحديث ٤.

(٢) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

بالخيار بثلاثة أيام»^(١).

وتقريب المانعية: أنه أخذ في هذه الرواية قيد «المشتري»، ووصف به صاحب الحيوان، أي مالكة، فلم يكن المفهوم في المقام مفهوم لقب، ومقتضى الأصل في القيود الاحترازية، ومقتضى الظهور في التحديد هو سقوط إطلاق «صاحب الحيوان» في الروايتين السابقتين؛ إذ إما أن تجعل هذه الرواية مقيدة لهما أو مفسرة، وعلى التقديرين يمتنع الإطلاق.

كلام المحقق الخوني في الجمع بين روايات الباب ومناقشته

وقد اضطربت كلمات المحقق السيد الخوئي تدُّ في المقام غاية الاضطراب؛ حيث قال في أول كلامه: إن كلتا الطائفتين مثبتتان، ولا تنافي بين المثبتين ما لم يكن أحدهما لبيان صرف الوجود لا مطلقه، وليس الحال في المقام كذلك، فما نحن فيه من قبيل ما لو ورد في دليل: (أكرم العالم)، وورد في دليل آخر: (أكرم العالم العادل)؛ فإنه لا تنافي بينهما؛ إذ لم يكن أحدهما وارداً لبيان صرف الوجود، بخلاف ما لو قال: (أعتق رقبة)، و (أعتق رقبة مؤمنة)؛ فإن أحدهما لبيان صرف الوجود، فيقع التنافي بينهما فيحمل المطلق على المقيد، ثم عدل عن ذلك لأمرين: الأول: أن ظهور رواية «صاحب الحيوان المشتري» في التقييد أقوى من ظهور الأخرى في الإطلاق، فتقدّم عليها، وترفع اليد عنها، ويبدو أن

(١) كذا في الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٢، وفي التهذيب ٧: ٦٧ باب ابتياع الحيوان، الحديث ١: (ثلاثة أيام) بدون الباء.

نظره إلى أن ما في الرواية الثانية قيد، والأصل في القيود الاحتراز، أو من جهة كونها في مقام التحديد، فتكون ظاهرة في التقييد وإن كانت مع الأولى مثبتتين.

الثاني: أنه مع ثبوت التعارض بين الروايتين والإغماض عن الحمل الأول تُقدّم الموثقة التي قيّدت صاحب الحيوان بالمشتري؛ لموافقتها للكتاب والسنة؛ إذ ثبت من عموماتهما لزوم العقد، والقدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري، وأما ما دلّ على ثبوته للبائع فهو مخالف لعمومات الكتاب والسنة فيطرح عند التعارض^(١).

وفيه: أولاً: أن ما أفاده في المقام مخالف لفتواه في المنهاج وغيره؛ حيث قال بثبوت الخيار للبائع أيضاً، إذا كان الثمن حيواناً^(٢).

وثانياً: أن ما أفاده في الوجه الأول من ترجيح الرواية المقيّدة مخالف لما أفاده في أول كلامه من كون كلتا الروايتين مثبتتين ولا تنافي بينهما، ولا يحمل فيهما المطلق على المقيّد.

وثالثاً: أن ترجيحه المقيّدة بموافقتها للكتاب فرع ثبوت التعارض، ومع كون الروايتين مثبتتين - على ما أفاده في أول كلامه - لا تعارض في البين، فينتفي المرجح.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٨٠ - ١٨١، التنقيح ٣٨: ١٥٦.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٩، خيار الحيوان، المسألة ١٠٩.

ما أفاده بعض الأكابر لرفع التعارض ومناقشته

وقد حاول العلاج بين الروايات بعض الأكابر فذكر بما يبتني على أمور

ثلاثة:

الأمر الأول: (أن التبادل في البيع قد يقع بين الأثمان والأجناس، فيختص اسم « المشتري » بمن انتقل إليه الجنس، والبائع بمن انتقل عنه ذلك، وانتقل إليه الثمن.

وقد يقع بين الأجناس بعضها مع بعض، وفي مثله وإن لم يتميّز المشتري عن البائع، بل كان كل منهما بائعاً باعتبار، ومشترياً باعتبار آخر، لكنه لا يضرّ بصدق « البيع » وتحققه؛ لأن ماهية « البيع » هي مبادلة مال بمال، وقد حصلت المبادلة بينهما، فلا إشكال في تحقق « البيع »، ولا وجه لتوهم عدم صدق « البيع » في هذه المعاوزات).

الأمر الثاني: (أن مقتضى صيغة « التفاعل » هو المشاركة، فقوله: تضارب زيد وعمرو، بمعنى ضرب كل صاحبه، ولو ذكر المتعلق وقيل: « تضاربا بالسيف » فمعناه ضرب كل صاحبه بالسيف)، فمفاد « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان » هو التبايع في الحيوان، ولا يصدق ذلك إلا ببيع كل منهما الحيوان لصاحبه؛ بمقتضى التفاعل، فلو كانت المبادلة بين الحيوان وغيره لم يصدق أنهما تبايعا في الحيوان.

(فالمبادلة إن وقعت بين الحيوان والثمن يكون المشتري خصوص من انتقل إليه الحيوان دون البائع، وإن وقعت بين الحيوان وسائر

الأجناس غير الأثمان والحيوانات يكون من انتقل إليه الحيوان صاحب الحيوان فعلاً، ويصدق عليه المشتري، وإن وقعت بين الحيوانين يكون كل منهما صاحب الحيوان المشتري).

الأمر الثالث: (أنّ اللازم على الفقيه الباحث في الاستظهار من الروايات، ودعوى الانصراف والإطلاق والغلبة والندرة، ملاحظة العصر والمحيط اللذين صدرت الروايات فيهما، فربّما يكون في عصر أو مصر انصراف، دون غيرهما، ألا ترى : أنّ « الدينار » في الأعصار القديمة، كان منصرفاً إلى الذهب المسكوك بسكّة المعاملة، وفي عصرنا منصرف إلى الدينار المتعارف؛ أي الأوراق النقديّة؛ لمكان اختلاف العصرين في الشيوع وعدمه.

إذا عرفت ذلك فنقول : إنّ في عصر رسول الله ﷺ ومحيطه - أي الحجاز الذي كان الغالب فيه البدو، والتعيّش بالحيوانات، كالإبل والأغنام ونحوهما - كانت المبادلة بين الأجناس بالأجناس، والحيوان بالحيوان، شائعة جداً، ولم تكن المبادلة بالدرهم والدينار ونحوهما شائعة كشيوعها، بل الأمر كذلك في عصرنا في البوادي البعيدة عن الأمصار.

ثمّ بعد مضيّ عصر النبي ﷺ والتابعين، وقيام سلطنة الأمويين والعبّاسيين مقام النبوة والخلافة، تغيّرت الأحوال والأوضاع في البلاد، ولا سيّما في العواصم.

فقوله: « صاحب الحيوان بالخيار » حيث إنّ محكيّ عن النبي ﷺ، لا إشكال في إطلاقه بالنسبة إلى البائع والمشتري؛ لمكان شيوع المبادلات

في الحيوانات.

وأما قوله: « صاحب الحيوان المشتري بالخيار » فهو صادر من أبي الحسن الرضا عليه السلام، وعصره ومصره مخالفان لعصر النبي صلى الله عليه وآله ومصره؛ فإن في عصره عليه السلام كانت المبادلات بالذهب والفضة رائجة، وفي العواصم أكثر تداولاً^(١).

وملخص ما أفاده تذكرة:

١- أن البيع مبادلة مال بمال، فإن كان التبادل بين الثمن والجنس فالمشتري من انتقل إليه الجنس وانتقل عنه الثمن، وإن كان بين الأجناس كان كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين.

٢- أن مقتضى صيغة التفاعل هو المشاركة بين الطرفين، فإن ذكر المتعلق اشتركا فيه، فمفاد « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان » هو أن يبيع كل منهما الحيوان على الآخر، ولا يصدق إلا بذلك، فلا تنافي ما ثبت الخيار للمشتري خاصة؛ لأنها في مورد كون المبيع حيواناً في مقابل غيره.

٣- أن رواية « صاحب الحيوان بالخيار » بما أنها عن النبي صلى الله عليه وآله فهي محمولة على ما إذا كان التبادل بين حيوانين فتشمل البائع والمشتري، وأما رواية « صاحب الحيوان المشتري بالخيار »، فبما أنها واردة عن

(١) كتاب البيع للسيد الخميني ٤: ١٧٨ - ١٨١.

الإمام الرضا عليه السلام فهي محمولة على ما لو كان التبادل بين الحيوان وغيره، فيرتفع التعارض.

ويرد عليه:

أولاً: أن امتياز عناوين العقود بعضها عن بعض لا يكون إلا بحسب المنشأ في ذلك العنوان، وتنقسم العقود من حيث المنشأ إلى أقسام، فالمنشأ في البيع تمليك العين، وفي الإجارة تمليك المنفعة، وفي الصلح التسالم والتصالح بين الطرفين، والمبادلة لازم أعم بالنسبة لها، وليست هي نفس البيع أو الإجارة أو الصلح، فلا ينبغي الخلط بين اللازم والملزوم، فإذا وقع التبدل بين المتاع والتمن وقصدا البيع كان بيعاً، وكان صاحب المتاع بائعاً، وصاحب الثمن مشترياً، وإن قصدا إنشاء المبادلة بين المالين، أي قصدا أن يكون هذا بدل هذا، فهي معاملة مستقلة، لا ربط لها بشيء من الأمور الثلاثة، ويمكن تصحيحها بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢).

ثانياً: سلّمنا بأن البيع هو مبادلة مال بمال كما نقله الشيخ تذت عن بعض اللغويين، وأن المنشأ هي نفس المبادلة إلا أن دعوى أن يكون كل من الطرفين بائعاً ومشترياً محل إشكال؛ والوجه فيه أن كل بيع فهو عقد

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

واحد، لا تعدد فيه، والعقد متقوم بالإيجاب والقبول، فأحد طرفي البيع مُوجب، وهو من ينقل المتاع بالعوض، والآخر قابل، وهو من يبتاع المتاع بالعوض، فاتحاد من يبيع مع من يبتاع في عقد واحد غير معقول، فلازم كون كل من الطرفين بائعاً ومشترياً أن يكون كل منهما موجباً وقابلاً في آن واحد، وهو باطل^(١).

ثالثاً: أن ما أفاده لرفع التعارض بين رواية « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان »، وبين ما تثبته لخصوص المشتري من - أن الموضوع في الأولى هو التبايع، وهو لا يكون إلا في ما إذا كان التبادل بين حيوانين، فيكون الخيار لهما، وأما موضوع الثانية فهو ما لو كان المثلث حيواناً، فيكون الخيار للمشتري خاصة -

فيه أنه وجيه لو لم يكن في الرواية الأولى إلا ما ذكر في صدرها، ولكن في ذيلها: « وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »، ومعناه - على حسب ما أفاده من الجمع - وفي ما سوى بيع الحيوانين فلا خيار إلا خيار المجلس، ويدخل في جملة « ما سوى ذلك » ما لو اشترى حيواناً

(١) إن قيل: ما هو المحذور في ذلك إن كان ذلك باعتبارين؟ قلنا - كما استفاد من جواب للشيخ الأستاذ - دام ظله - : إن الاعتبار لا يكون إلا على طبق موازين عقلانية، واتحاد من يبيع مع من يبتاع بحيث يكون كل واحد منهما موجباً وقابلاً في الوقت نفسه بلا مناط عقلائي، ولا يخفى أن البائع هو من يُنشئ التمليك ويكون التملك بالتبع، والمشتري على عكسه، وإنشاء التمليك والتملك من واحد في وقت واحد غير عقلائي، بل على بعض الفروض غير معقول.

بثمن، فلا يكرن للمشتري خيار الحيوان حينئذ، وهو خلاف ما قامت عليه الضرورة نصاً وفتوى.

رابعاً: أن ما أفاده تدُّ في الأمر الثالث - من لابدية ملاحظة محيط صدور الرواية وزمانها؛ لتأثير ذلك في الانصراف؛ فإن الدينار في الأعصار القديمة منصرف إلى الذهب المسكوك بسكة المعاملة، وفي عصرنا منصرف إلى الأوراق النقدية، فالرواية الواردة في عصر النبي ﷺ منصرفه إلى التبادل بين الحيوانين؛ لكونه الفرد الشائع الغالب، والرواية الواردة في زمان الإمام الرضا عليه السلام منصرفه إلى كون المبيع حيواناً في قبال الثمن من غير جنسه - فيه:

أولاً: أن قياس ما نحن فيه على الدينار مع الفارق؛ فإن الدينار الورقي غير موجود في تلك الأزمنة أصلاً، كما أن الدينار الذهبي غير موجود في المعاملة في عصرنا، بخلاف بيع الحيوان في زمانيهما صلوات الله عليهما؛ فإن بيع الحيوان في زمان النبي ﷺ لا يقتصر على أن يكون بالمبادلة بين الحيوانين وإن سلمنا أنه الغالب، كما أن بيعه في زمان الإمام الرضا عليه السلام لا يقتصر على أن يكون في قبال الدرهم والدينار وإن سلمنا أنه الغالب، فيمكن أن يكون بنحو التبادل بين الحيوانين، فقياس ما له صغرى غير غالبه على ما لا صغرى له مع الفارق.

ثانياً: أن القضايا الشرعية قضايا حقيقية وليست خارجية، فهي وإن صدرت في عصر مخصوص كعصر النبي ﷺ، إلا أنه ينبغي فيها ملاحظة جميع الأزمنة، فإن كان الوارد مطلقاً فلا ينبغي حمل المطلق على الغالب

في زمان الصدور، وإن كان مقيداً فلا ينبغي حمل القيد على الغالب فيه؛ لمخالفته لقاعدة احترازية القيود، فحمل القيد في ما ورد عن الإمام الرضا عليه السلام على الغالب في زمانه إلغاء للقيد عن الاحتراز، مع أن الأصل في القيود الاحتراز.

التحقيق في رفع التعارض

والتحقيق في رفع إشكال التعارض أن نقول: بأننا إن قلنا بأن التخصيص بالمشتري في المقام مما لا أثر له؛ من جهة كون الروايتين مثبتتين، فلم يقع التنافي بينهما، فهما من قبيل (أكرم العالم)، و(أكرم العالم العادل) فلا إشكال، فيتمُّ المقتضي للإطلاق بلا مانع، ويكون القول قول من قال بأن الخيار لمن انتقل إليه الحيوان مطلقاً، بائعاً كان أو مشترياً.

وإن لم نقل بذلك؛ لأن الوصف في مقام التحديد، فالذي يبدو في الوهلة الأولى أن موثقة ابن فضال بما أنها واردة عن الإمام الرضا عليه السلام فهي:

إما مفسرة لما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله من إطلاق (صاحب الحيوان)، فيكون المراد به خصوص المشتري، فلا يبقى الإطلاق في تلك الروايات على حاله، بل يحمل عليها.

وإما مقيدة، بحيث يستفاد من الوصف تقييد (صاحب الحيوان) بالمشتري، وإلا لتنافى مع قاعدة احترازية القيود، ويتضح الأمر على مبنى

من يقول بأن الوصف وإن لم يكن له مفهوم بالمعنى المعروف، ولكنه يقتضي أن لا يثبت الحكم لطبيعة صاحب الحيوان، وإلا لكان الوصف لغواً.

ومقتضى ذلك أن تحمل المطلقات عليها أيضاً.

ولكن التحقيق أن يقال: بأن في المشتري احتمالين:

الأول: أن يكون قيماً لصاحب الحيوان، فينحصر الخيار في المشتري إن اشترى الحيوان.

الثاني: أن يكون بياناً لصاحب الحيوان، بمعنى أن يكون ذكر المشتري لبيان أن المراد من صاحب الحيوان ليس بائعه، بل مشتريه؛ فإن صاحب الحيوان - كسائر المشتقات - وإن لم يطلق حقيقة إلا على المتلبس بالمبدأ فعلاً، وهو المشتري، وأما البائع فقد انقضى عنه التلبس بالمبدأ، إلا أنه يصح إطلاقه عليه عرفاً ولو بنحو المجاز، وقد كثر استعمال صاحب الشيء في المنقضي عنه التلبس في الروايات، فيحتمل أن يتوهم كون المراد به البائع فيحترز عنه بذكر المشتري.

فعلى الاحتمال الأول تستفاد القيدية، وأما على الاحتمال الثاني فلا، فإن انسداد باب الاحتمال الثاني تمّ المانع، وإلا ترددت الرواية بين الاحتمالين، فتكون جملة، ولا تصلح للتقييد.

ولتثبيت المطلب نذكر موارد من الروايات لاستعمال كلمة صاحب، وما في معناها في البائع:

١- محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن

الحسين بن عمر بن يزيد، عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجر ان صدقاً بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا»^(١).

فإن المراد من (رب السلعة) في الرواية هو البائع لا المشتري، مع أن ربها الفعلي هو المشتري.

٢- محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن هلال، عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجهه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتاك غداً إن شاء الله، فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه^(٢).

فأطلق الإمام عليه السلام صاحب المتاع على البائع مع أنه انقضى عنه المبدأ، وصاحبه بالفعل هو المشتري.

٣- محمد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن غير واحد، عن أبان، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(١) وسائل الشيعة، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٦.

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

سأله عن رجل اشترى جارية بثمان مسمّى، ثم باعها، فربح فيها قبل أن ينقد صاحبها الذي له، فاتاه صاحبها يتقاضاه ولم ينقد ماله، فقال صاحب الجارية للذين باعهم: اكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم، قال: « لا بأس »^(١).

فأطلق صاحب الجارية على البائع.

٤- محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن، ثم مات المشتري، والمتاع قائم بعينه، فقال: « إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع، وقال: ليس للغرماء أن يخاصّوه »^(٢).

٥- وبإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا خفي (حق، حقيق) له؟ قال: فقال: « إن كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن أخفى له، فإنّ ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دينه فإنّ صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع »^(٣).

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الحجر، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الحجر، الحديث ٣.

٦- وفي كتاب (إكمال الدين) عن محمد بن أحمد السناني، وعلي بن أحمد بن محمد الدقاق، والحسين بن إبراهيم بن هشام المؤدب، وعلي بن عبد الله الوراق، كلهم عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي، فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري، عن صاحب الزمان عليه السلام: « وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا، ثم يحتاج إليه صاحبه، فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه - إلى أن قال :

وأما ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلمها من قيم يقوم فيها ويعمرها، ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها، ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها، إنما لا يجوز ذلك لغيره »^(١).

إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة.

فمن المحتمل جداً أن يكون المراد من قيد (المشتري) في قوله: « صاحب الحيوان المشتري » الاحتراز عن بائعه الذي يطلق عليه صاحب الحيوان كثيراً مجازاً، فالمشتري في مقابل البائع، بمعنى نفي الخيار عن البائع الذي كان صاحب الحيوان قبل البيع، ومن له الخيار هو صاحب

(١) الوسائل، الباب الرابع من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

الحيوان المشتري، ومع هذا الاحتمال تسقط الرواية عن معارضة المطلقات؛ لإجمالها، فمقتضى الإطلاق موجود والمانع منه مفقود، فيكون الخيار لمن له الحيوان فعلاً^(١).

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على دعوى انصراف (صاحب الحيوان) إلى خصوص المشتري، فلا يعم ما لو انتقل إلى البائع ما حصله: إن الإطلاق عبارة عن شمول اللفظ للمورد الصادق عليه العنوان حقيقة، ومدعي الانصراف يدعي انصراف اللفظ عن ما هو قالب له، فيحتاج إلى موجب يقتضي ذلك، وإلا فالأصل الأولي هو الشمول له، ولا شك في أن صاحب الحيوان هو مالكه، مثل صاحب الدار، فالبائع كان مالكاً للحيوان، فلما باع صار المشتري هو صاحبه، فقوله **بئس**: (صاحب الحيوان بالخيار) يريد به مالكه الذي انتقل إليه، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وكان الحيوان ثمناً أم مثنياً، ومدعي الانصراف يدعي انصراف هذا اللفظ إلى حصة خاصة، - وهي ما لو انتقل إلى المشتري - دون الأخرى، وهذا ما يحتاج إلى موجب له. إن قلت: إن المنشأ هي الغلبة.

قلنا: إن الغلبة المدعاة غلبة وجود، وهي لا توجب الانصراف كما هو مقرر. نعم، لو كانت الغلبة بنحو يكون ما يقابله نادراً، بحيث توجب ندرته التشكيك في الصدق لأثرت في الانصراف، والمعيار أن انصراف اللفظ عن أحد أفراده الحقيقية لا يعقل إلا بالتشكيك في الصدق عرفاً، مثل انصراف (ما لا يؤكل لحمه) عن الإنسان مع كونه من أفراده الحقيقية؛ للشك في صدقه عليه عرفاً؛ إذ يرى أن موضوع (ما لا يؤكل لحمه) هو الحيوان الذي يمكن أن يكون مأكولاً، والأدعي ليس منه، ولهذا ينصرف (لا تصل في ما لا يؤكل لحمه) عن أجزاء الإنسان كشعره.

ولا تشكيك في الصدق في ما نحن فيه، لا عقلاً ولا عرفاً، فصاحب الحيوان هو من انتقل إليه الحيوان بلا فرق بين كونه ثمناً أو مثنياً، فمقتضى القاعدة بمقتضى إطلاق الصحيحة هو ثبوت الخيار لصاحب الحيوان مطلقاً، بائعاً أو مشترياً، وإنما الإشكال نشأ من ناحية الوصف بالمشتري، ولكن بعد اتضاح صحة الإطلاق، وكثرة استعمال صاحب الشيء في

ونتيجة ما تقدم: أن الحق مع القول الثالث وهو أن خيار الحيوان لصاحبه الذي انتقل إليه مطلقاً؛ بائعاً كان أو مشترياً؛ بمقتضى إطلاق صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم، لا لخصوص المشتري كما هو مسلك المشهور، ولا لكلا المتبايعين كما ذهب إليه السيد تَدْرُ.

البائع، فيحتمل أن يكون الوصف بالمشتري في قبال البائع، لا لأجل تقييد صاحب الحيوان بخصوص ما لو كان مشترياً، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة من هذه الجهة، فلا تصلح لتقييد المطلق.

مسألة: في مدة خيار الأمة.

في المسألة قولان:

الأول: أن الأمة تستوي مع غيرها في مدة الخيار، وعليه الأكثر كما في الرياض^(١).

الثاني: أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، كما ذهب إليه الحلبي في الكافي^(٢)، وابن زهرة في الغنية^(٣).

ولا دليل على القول الثاني، بل الدليل على خلافه؛ لمخالفته للأصلين، اللفظي والعملي، وصريح بعض الروايات.

أما مخالفته للأصل اللفظي؛ فلأن الحكم بالخيار في العقود على خلاف الأصل؛ فإن مقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) نفي الخيار مطلقاً، وخرج ما خرج بالدليل الخاص، فيبقى ما زاد على الثلاثة الأيام داخلاً تحت عموم العام.

ويمكن ضمّ أصل لفظي آخر، وهو قوله **بِالْبَيْعِ**: « فإذا افترقا وجب البيع »^(٥)؛ بناء على ما استفاده الشيخ **تَدْرُجُ** من أن مقتضاها نفي الخيار مطلقاً، لا خصوص خيار المجلس.

(١) رياض المسائل ٨: ٢٩٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

(٣) الغنية: ٢١٩.

(٤) سورة المائدة: ١.

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

وأما مخالفته للأصل العملي؛ فلأن الملك يتحقق بمجرد العقد، لا بعد انقضاء الخيار، كما هو التحقيق، فيكون الحكم بالخيار على خلاف استصحاب بقاء الملك.

وأما النصوص الخاصة فمثل صحيحة علي بن رثاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام، نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء... الحديث»^(١).

وأما ما استدل به عليه من دعوى الإجماع فقد تقدم نقل مخالفة الأكثر له.

وأما ما ذكر من أن تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، والبائع يضمن المبيع في مدة الاستبراء، ومتى ما كان الضمان على أحد لم يكن له خيار، وكان الخيار للطرف الآخر.

فيرد عليه أنه لا دليل على أن المبيع مضمون على البائع في هذه المدة، وعلى فرض ثبوته فلا دليل على أنه إذا كان أحدهما ضامناً فلآخر الخيار.

فمقتضى القاعدة دليلاً وأصلاً اتحاد الأمة مع غيرها في مدة الخيار، فيرتفع بانقضاء الثلاثة الأيام.

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

مبدأ خيار الحيوان

اختلف في مبدأ هذا الخيار على قولين:

القول الأول: أن مبدأه من حين العقد، وهو المشهور المنصور.

القول الثاني: أن مبدأه من حين التفرّق، وهو مختار ابن زهرة^(١).

أدلة القول بأن مبدأ الخيار من حين التفرّق ومناقشتها

واستدل على القول الثاني بأدلة أربعة وهي:

الدليل الأول:

استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد، وعدم انقضائها من حين التفرّق، وبيان ذلك: أنه لو وقع العقد في أول اليوم الأول واستمر المجلس إلى تمام اليوم ثم تفرّق المتبايعان، فبعد مضي يومين من حين التفرّق نشك في بقاء الخيار؛ للشك في مبدأه، فإن كان مبدأه من حين العقد فقد انقضت الثلاثة الأيام وزال الخيار، وإن كان من حين التفرّق فلا يزال باقياً، فإذا شك استصحب بقاؤه.

وفيه: أنه محكوم بوجهين:

الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)؛ فإن مقتضاه من حيث

(١) الغنية: ٢٢٠، وقال فيها: (واعلم أن ابتداء المدة للخيار من حين التفرّق بالأبدان، لا من حين حصول العقد؛ لأن الخيار إنما يثبت بعد ثبوت العقد، وهو لا يثبت إلا بعد التفرّق، فوجب أن يكون الخيار ثابتاً من ذلك الوقت).

(٢) سورة المائدة: ١.

العموم الأفرادي، والإطلاق الأزمانى، لزوم كل عقد في كل زمان، وقد قيّد إطلاقه في بيع الحيوان، والقدر المتيقن من التقييد ثلاثة أيام من حين العقد، وفي ما عداها يتمسك بالإطلاق الأزمانى.

الوجه الثانى: أدلة خيار الحيوان نفسها؛ فإن ظاهرها ابتداء الخيار من حين العقد؛ فإن عمدتها ما ورد فيه خيار الحيوان مقترناً بخيار المجلس، كصحيحة محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١)، ولا شك أن مبدأ خيار المجلس من حين العقد، فكذلك مبدأ خيار الحيوان المقترن به.

أو فقل: إن الإمام عليه السلام فصل بين الخيارين من حيث المنتهى دون المبدأ، ولا شك أن خيار المجلس يبدأ من حين العقد، فكذلك خيار الحيوان، وجعل الأول من حين العقد، والثانى من حين الافتراق تحكّم. **وبعبارة فنية:** إن مقتضى إطلاق جعل الخيار هو جعله من حين العقد؛ فإن جعله كذلك لا يحتاج إلى بيان خاص، بخلاف جعله من حين الافتراق؛ فإنه يحتاج إلى بيان، ومع عدمه يثبت الآخر الذى لا يحتاج إلى بيان؛ استناداً إلى الإطلاق^(٢).

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث: ١.

(٢) نقل للشيخ الأستاذ - دام ظله - أن البعض يقول: بأن هذه الأخبار في مقام بيان أمد الخيار دون بيان جعله، فأفاد: بأن هذه الروايات في مقام بيان أمرين: أصل جعل الخيار؛

الدليل الثاني؛

أصالة عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرّق وانقضاء المجلس؛ إذ نشك في حدوثه بعد العقد وقبل التفرّق، والأصل عدم حدوثه. وفيه: - مضافاً إلى كونه محكوماً بما تقدم - أنه مثبت؛ لأن ما نريد إثباته كون مبدأ خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس، أو عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرّق، وهو لازم عقلي لحدوث الخيار بعد التفرّق^(١).

بمقتضى قوله: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »، وبيان أمده؛ بمقتضى «فإذا افترقا وجب البيع»، فدعوى كونها في مقام البيان من جهة دون أخرى تحكم. ثم إن الغاية في رتبة متأخرة عن أصل الحكم، ولا يعقل أن يكون الدليل في مقام الإهمال بالنسبة إلى أصل جعل الحكم، وفي مقام البيان بالإضافة إلى الجهات المتفرعة عليه، فلو كانت هذه الروايات في مقام بيان أمد الحكم، فأين الروايات الدالة على أصل جعل حكم الخيار؟! جعل حكم الخيار؟!!

(١) نقل بعض الحاضرين إلى الشيخ الأستاذ - دام ظله - ما أورده المحقق الخوئي تذت في مصباح الفقاهة ٦: ١٨٢ - ١٨٣ على هذا الاستصحاب من كون المورد من قبيل الشك في المقتضي، بمعنى الشك في ثبوت الحكم في عمود الزمان، من جهة حصول الغاية، وامتداد المقتضي وعدمهما، فلا يجري.

فأفاد - حفظه الله - : بأن نسبة ما في المصباح إلى السيد الخوئي تذت محل تأمل؛ لأنه تذت ممن يرى جريان الاستصحاب في الشك في المقتضي، فمن كان هذا مبناه الأصولي، وأفتى على طبقه في الفقه، كيف يقول بهذا القول هنا؟! إلا أن يحمل مراده من عدم الجريان على مبنى شيخه الأستاذ، كما نقل عنه ذلك في صدر الصفحة.

الدليل الثالث:

ما دلّ على أن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة من البائع^(١)، مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، فمقتضى الجمع بين هذين الحكمين أن لا يكون زمان خيار الحيوان من جملة زمان الخيار المشترك، ومعنى ذلك أن ابتداء خيار الحيوان من حين التفرّق.

جواب الشيخ عن الدليل ومناقشته

وأجاب عنه الشيخ **تدئ** بحمل أدلة التلف من البائع على ما هو الغالب، من كون تلف الحيوان -الذي وقعت عليه المعاملة- بعد المجلس وحصول التفرّق، فيكون تلفه وقت خيار المشتري خاصة، فيكون من مال البائع^(٢).

إلا أن جوابه **تدئ** يتوقف على مقدمتين ممنوعتين:

الأولى: أن الغالب تلف الحيوان بعد انقضاء المجلس، وهو أول الكلام، ولا دليل عليه؛ وذلك لاختلاف الحيوانات المبيعة، فمنها ما هو

(١) الوسائل، الباب الخامس من أبواب الخيار، منها الحديث ٢، وهو: عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال: سألت أبا عبد الله **عليه السلام** عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري».

(٢) المكاسب ٥: ٩٣.

سريع التلف، ومنها ما هو بطيئه.

الثانية: أن انصراف الإطلاق إلى ما هو الغالب - على فرض ثبوت الغلبة - أول الكلام أيضاً؛ لأن غلبة الأفراد ليست من موجبات انصراف المطلق إلى الغالب.

الصحيح في الجواب

فالحق في الجواب أن يقال: إن مقتضى الأصل الأولي أن تلف المال من كيس مالكة، وكون تلفه من مال غيره يتوقف على دليل خاص، فالحكم بكون تلف المبيع من مال من انتقل عنه، لا من مال من انتقل إليه، يحتاج إلى دليل، وواقع الأمر - مع ثبوته - أن يحكم بانفساخ المعاملة، ورجوع المال للمالك الأول أنا ما قبل التلف حتى يكون التلف من مال مالكة، ولهذا قلنا بانفساخ المعاملة في قاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، ولكن كلاً من الانفساخ، ورجوع المال أنا ما إلى مالكة خلاف الأصل، ويحتاج إلى مخصص.

إذا اتضح هذا، فلا بدّ من ملاحظة دليل التخصيص القائم على دعوى أن التلف في زمان خيار الحيوان من مال البائع؛ فإنه مخصص لقاعدة (تلف المال من مال مالكة)، والدليل المخصص مطلق من ناحية الوقت، بمعنى أن مقتضى إطلاقه ثبوت كون التلف من مال البائع من حين وقت ثبوت خيار الحيوان، وقد تقدّم أن ظاهر الروايات كون مبدأه من حين العقد، فهو متصل بالعقد كاتصال خيار المجلس به، فلا ترفع اليد عن هذا الظهور إلا بدليل مانع منه، ومقتضى هذا الظهور أن تخصص (قاعدة

تلف المال في حال الخيار المشترك من مال المشتري (أيضاً، فيقال: إلا في تلف الحيوان فإنه من مال البائع.

وبعبارة مختصرة: إن دليل تلف الحيوان في الثلاثة من مال البائع كما يخصص القاعدة الأولية وهي تلف المال من كيس مالكة، فهو يخصص بإطلاقه قاعدة تلف المال في الخيار المشترك من مال المشتري الذي هو مالكة.

الدليل الرابع

أنه لو قلنا بأن خيار الحيوان من حين العقد للزم أحد محذورين، إما اجتماع المثليين، أو توارد علتين على معلول واحد؛ وذلك أنه إن قلنا في بيع الحيوان بثبوت خيارين من حين العقد، أحدهما خيار المجلس، والآخر خيار الحيوان لزم اجتماع المثليين؛ لأن حقيقة الخيار هي (ملك فسخ العقد)، أو (السلطنة على حلّ العقد)، والعقد الواحد ليس له إلا حل واحد؛ فإن العقدة الواحدة ليس لها أكثر من حل، فحلّ العقد لا يرفع ملكيتين وسلطنتين، فيلزم اجتماع المثليين من القول بوجود ملكيتين أو سلطنتين على حلّ العقد بالنسبة إلى موضوع واحد ومتعلق واحد.

وإن قلنا بثبوت خيار واحد لزم توارد علتين على معلول واحد، أحدهما بيع الحيوان، والأخرى اجتماع المتبايعين، وهو محال؛ لاستحالة صدور الواحد من الكثير، فلا بدّ من الالتزام بعدم تأثير أحد السببين،

فيلتزم بأن يبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق؛ دفعا لورود المحذور.

الجواب عن الشق الأول من الدليل الرابع

وأجيب عن الشق الأول - اجتماع المثليين - بوجهين:

الوجه الأول: ما أفاده صاحب المقابس تدبر بقوله: (ولا بأس باجتماع

المتماثلين بالذات إذا كانا مختلفين بالجهات)^(١).

توضيح ذلك: إن أحد أقسام التقابل هو التقابل بالتضاييف،

فالتضاييفان كالفوقية والتحتية متقابلان، وغير قابلين للاجتماع في واحد،

ولكن يمكن اجتماعهما بتعدد الاعتبار، فالسقف فوق لما تحته، وهو

تحت لما فوقه، فاجتمعت فيه الفوقية والتحتية باعتبارين، فإذا أمكن

اجتماع المتقابلين باعتبارين أمكن اجتماع المثليين كذلك؛ لأن التقابل

بينهما ليس أكد من التقابل بين المتضاييفين.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب الجواهر تدبر بقوله: (والخيار واحد

بالذات مختلف بالاعتبار، فلا يجتمع المثلان، وفائدته البقاء بأحد

الاعتبارين مع سقوط الآخر، فلا يتداخل السببان)^(٢).

وتوضيحه: أنه لم يجتمع المثلان في ما نحن فيه؛ لكون الخيار واحداً

بالذات ولكنه متعدد بالجهات، والواحد لا يتعدد بالجهات والإضافات،

فيلتزم في المجلس وبيع الحيوان قبل الافتراق بخيار واحد ولكنه ذو

(١) مقابس الأنوار للمحقق التستري، كتاب البيع: ١٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨.

جهتين وحيثيتين، فمن حيثية يضاف إلى المجلس، ومن حيثية أخرى يضاف إلى الحيوان، ويختلف الحكم فيهما باختلاف الحيثيتين.

الجواب عن الشق الثاني

وأما بالنسبة إلى الشق الثاني - توارد العلتين على معلول واحد - فأجيب عنه بوجوه:

جواب صاحب المقابس والجواهر عن الشق الثاني من الدليل ومناقشته

الوجه الأول: ما أفاده صاحب المقابس والجواهر وغيرهما - قدست أسرارهم - من عدم الاستحالة في اجتماع العلل الشرعية؛ لكونها معرفات، لا مؤثرات، وتعدّد المعرّف لا يكشف عن تعدّد المعرّف، فلا يلزم صدور الواحد من الكثير، ولهذا اجتمعت في المجلس والعيب وخيار الرؤية من غير خلاف^(١).

ويرجع هذا الجواب إلى إنكار أصل تعدّد العلة، والإشكال إنما يتفرع على تعدّدّها، بحيث يكون بيع الحيوان علة للخيار، واجتماع المتبايعين علة أخرى له، وعند إنكار عليّتهما يندفع الإشكال.

ويرد عليه

أولاً: أن ما أفادوه من كون الأسباب الشرعية معرفات، وإن أمكن ثبوتاً إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، فلا مانع عقلاً من جعل الحكم مترتباً

(١) مقابس الأنوار للمحقق التستري، كتاب البيع: ١٨٤، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨.

على أمر ويكون له أمارات متعددة، كما في موضوع وجوب ابتداء القصر للمسافر؛ فإنه البلوغ لحد معين من المسافة، وقد جعل له أمارتان: خفاء الأذان، وخفاء الجدران.

وثانياً: أنه مخالف لظهور أدلة الموضوعات والشرائط؛ فإن الدليل إذا ورد بلسان: (إذا بليت فتوضاً)، و (إذا نمت فتوضاً) كان ظاهراً في أن لكل منهما موضوعية للوضوء، والحمل على الأمارية مخالف له.

وبعبارة أخرى: إن الأصل في ما جعل موضوعاً للأحكام - تكليفية أو وضعية - هي الموضوعية، والحمل على الأمارية والمعرفة مخالف له.

وثالثاً: أن المراد من كونها معرفات هو المعرف المنطقي كما يظهر، فتعريف الإنسان أنه: (حيوان ناطق)، و (حيوان ضاحك)، و (ماش مستوي القامة) وأمثالها كلها حاكية عن حقيقة واحدة، فهي معرفات لمعرف واحد، هذا غاية ما يحمل كلامهم عليه، وفيه:

١- أن قياس الموضوعات الشرعية وأسبابها على المعرفات المنطقية مع الفارق؛ فإن القرينة الخارجية فيها قائمة على تعدد المعرفات ووحدة المعرف، بخلاف الأسباب الشرعية، فلم تقم قرينة على كونها معرفات متعددة لمعرف واحد.

٢- أن لازم ذلك أن يلتزم في الأسباب الشرعية بما يلتزم به في المعرفات المنطقية، فتكون متلازمة في الوجود، بمعنى أنه إذا وجد خيار المجلس يوجد معه خيار الحيوان، وبالعكس؛ فإن اجتماع المتبايعين، وكون المبيع حيواناً كاشفان عن حقيقة واحدة من دون أن يكون لهما

دخل وتأثير في الخيار حسب الفرض، كما هو الحال في ما إذا وجدت الناطقية فإنها توجد الضاحكية؛ لكون (الحيوان ناطق أو ضاحك) معرفين لحقيقة الإنسان الواحدة، ولا يعقل أن يتحقق كونه ناطقاً دون كونه ضاحكاً.

جواب الشيخ الأعظم عنه ومناقشته

الوجه الثاني: ما أجاب به الشيخ قدس من أن الخيارين إن اختلفا من حيث الحقيقة والماهية فلا بأس بالتعدد؛ ولم يكن الخيار واحداً - حينئذ - حتى يلزم توارده على معلول واحد، ويرد إشكال صدور الواحد من الكثير، بل كل خيار أثر لعلته.

وإن اتحدا فيها فالجواب بأحد أمرين:

الأول: إمكان القول بأن العلل الشرعية معرفّات لا مؤثرات كما تقدم عن صاحبي المقابس والجواهر قدس سرهما.

الثاني: أن يلتزم بأنها مؤثرات، ولكن يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه، فهي علل تامة إلا من هذه الجهة، بمعنى أن اجتماع المتبايعين عندما ينفرد عن بيع الحيوان يؤثر في حدوث الخيار مستقلاً، وكذلك بيع الحيوان عندما ينفرد عن اجتماع المتبايعين، ولكنهما عندما يجتمعان يكون كل واحد منهما جزء العلة في التأثير، فيؤثران في الخيار معاً، ولا يلزم منه توارده على معلول

واحد؛ فإن العلة - حينئذ - واحدة وهي المجموع^(١).

وفيه:

أولاً: أن ما أفاده أولاً من أن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد، وإن أمكن تصوراً إلا أنه قطعي البطلان على مبنى الشيخ نفسه وسائر الفقهاء أعلى الله مقامهم؛ فإنهم عرفوا الخيار بأنه (ملك فسخ العقد) أو (ملك فسخ العقد وإبرامه)، والملكية بالمعنى الأعم الشامل لملكية الباري تعالى وملكية غيره مختلفة الحقيقة قطعاً؛ فإن ملكية الباري حقيقية، وملكية غيره اعتبارية، ولكنها خارجة عن محل البحث، ومحل البحث خصوص الملكية الاعتبارية، وهي حقيقة واحدة غير قابلة للاختلاف والتعدد، فلا يعقل الاختلاف في حقيقة السلطنة الاعتبارية على حل العقد؛ فإن ملك فسخ العقد في العيب والغبن والشرط وغيرها من الخيارات الشرعية والعقلانية واحد.

وثانياً: أن ما أفاده على القول باتحاد الحقيقة من عدم البأس في التعدد؛ لأن الأسباب معرفات، يرد عليه ما أوردناه على صاحبي المقابس والجواهر تدن.

وثالثاً: أن ما أفاده من كون الأسباب - على تقدير كونها عللاً - عللاً مستقلة على تقدير الانفراد، وجزء العلة على تقدير الانضمام، غير تام أيضاً؛ لأنه يفترض أن الخيارين متحدان في الحقيقة ولكنهما متعددان،

ومع تسليم التعدّد تكون أفراد الحقيقة الواحدة المؤثرة عللاً متعدّدة.
 وبعبارة أخرى: أن تعدّد العلة لا يساوق اختلاف الحقيقة، بل هو
 مساوق لتعدّد الوجود، فالناران متحدان في الحقيقة، ولكنهما علتان
 لحرارتين، ولا يعقل أن تكونا علتين لحرارة واحدة، وإشكال توارد
 علتين على معلول واحد يدور مدار تعدّد الوجود، فما أفاده الشيخ تتّكّر
 من التفريق بين القول باتحاد الخيارين في الحقيقة وبين القول
 باختلافهما فيها لا أثر له؛ لأنه يسلم كونهما فردين من حقيقة واحدة،
 ومعه يعود الإشكال؛ إذ لا يمكن أن يصدر حكم واحد من فردين وإن
 كانا لحقيقة واحدة.

والقول بأنهما في صورة الاجتماع يكون كل واحد منهما جزء العلة
 فلا يرد الإشكال.

مندفع بأن ذلك لا يتمّ إلا مع انتفاء التعدّد في صورة الاجتماع؛ إذ
 ينتفي موضوع توارد علتين على معلول واحد حينئذ، ولكنه باطل
 بالضرورة؛ لأن الاجتماع لا يجعل التعدّد واحداً؛ فإن الاجتماع
 والاستقلال من أوصاف التعدّد، ومع حفظ التعدّد يعود الإشكال؛ إذ
 كيف يتحقق الواحد من سببين مجتمعين؟ وهل هو إلا عين توارد
 العلتين على معلول واحد؟^(١)

(١) فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: الإشكال هو أن الخيار واحد
 شخصي، لا تعدّد فيه ولا تأكد، فكيف يحصل واحد شخصي بسيط من اثنين متعددين؛

جواب المحقق النائيني عنه

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني ^{تتد}، وقد أبطل أولاً القول بأن الأسباب الشرعية معرّفات، وأثبت كونها عللاً، ويترتب الجواب على ذلك، وحاصل ما أفاده مما يرتبط بالبحث: أنه لو كان المراد من المعرّف أن موضوع الحكم الذي أخذ في القضية الحقيقية ليس علّة لثبوت الحكم عند تحققه فهذا بديهي البطلان؛ لأن معنى كونه موضوعاً للحكم الشرعي أن يتحقق الحكم على تقدير تحققه، وأن ينتفي عند عدم تحققه، فلا يعقل تحقق الموضوع وعدم تحقق الحكم، فالموضوع دخيل في وجود الحكم بالضرورة، ومعنى العلية هو الدخيل في الوجود، فالموضوع عين العلية.

وإذا كان كذلك فالأصل في الأسباب عدم التداخل، عقلاً وشرعاً؛ أما عقلاً فلأن كل موضوع سبب لتحقيق الحكم الذي أنشئ على فرض وجوده، وكل سبب مستقل منشأ لوجود المسبّب، [ولا يعقل] تعدّد السبب مع وحدة المسبّب.

أو فقل: إن الموضوع علّة - حسب الفرض -، ولكل علّة لم يشترك معها في العلية غيرها أن يكون لها معلولها الخاص بها.

فإن الواحد لا مرتبة له، وبسيط ليس مركباً.

وبعبارة أخرى: إن حقيقة الخيار سلطنة واحدة لا تعدد فيها ولا تركيب، فكيف تحصل من شيئين؟ فيلزم من تحققه من شيئين إما كون الاثنين واحداً، أو كون الصادر متعدداً، وكل منهما خلف.

وأما شرعاً فلأن مقتضى إطلاق جعل موضوع لحكم أمران:

١- أن يكون الموضوع مستقلاً، لا جزءاً مع غيره؛ إذ لو كان يشاركه غيره في العلية لبيّنه الشارع، وهذا ما يطلق عليه الإطلاق المقابل لـ (الواو).

٢- أن يكون منفرداً في التأثير، لا عدل له فيه، وإلا لبيّنه الشارع، وهو الإطلاق المقابل لـ (أو).

فاتضح أن الأصل عدم التداخل، ولا يخرج عنه إلا لمانع يمنع منه كأن يكون المورد غير قابل للتعدد، ورفع اليد في هذه الحال على طبق القاعدة؛ لأن استقلال العلة وانفرادها في التأثير في المعلول إنما يتم في ما لو كان المورد قابلاً للتحقق، وإن لم يكن قابلاً له فالعلتان ترجعان إلى علة واحدة، وتكون كل واحدة منهما جزء العلة.

ومع هذا التوضيح لكلام المحقق النائيني قدس يكون كلام الشيخ قدس برهانياً.

والحاصل: أن المورد إن كان قابلاً للتعدد تعدد المعلول، كما في الكفارة؛ فإن كل سبب موجب لكفارة.

وإن لم يكن قابلاً للتعدد وكان قابلاً للتأكد تأكد، كما في أسباب القذارات؛ فإنه إذا حصل ما يوجب النجاسة حصلت مرتبة من القذارة، وإذا وجد سببان تأكدت القذارة والنجاسة، ولا يخفى أن مراتب التأكد توجد في التكوينيات أيضاً كما توجد في الشرعيات.

وإن لم يكن قابلاً للتعدد ولا للتأكد كان كل من السببين جزءاً من العلة وكان المعلول واحداً.

هذه هي الكبرى، وأما بيان الصغرى فنشير أولاً إلى أن المحقق النائيني قد يرى أن كل القضايا الشرعية - تكليفية أو وضعية - ترجع إلى قضايا شرطية، وعنده هذه القاعدة: (كل موضوع شرط، وكل شرط موضوع)، فمثلاً لو ورد: (أكرم العالم) فمعناه: أنه متى وجد شخص واتصف بكونه عالماً وجب إكرامه، ولو ورد: (البيع نافذ) فمعناه: أنه كلما تحققت معاملة واتصفت بكونها بيعاً كانت نافذة.

إذا اتضح هذا فالخيار - الذي هو محل الكلام في المقام - غير قابل للتعدد ولا للتأكد؛ أما عدم قابليته للتعدد؛ فلأن العقد واحد وليس له إلا حلّ واحد، وليس للحلّ الواحد سلطنتان، وأما عدم قابليته للتأكد؛ فلأن حقيقته ملك حلّ العقد، والملكية غير قابلة للتأكد، فمجموع السببين - أعني بيع الحيوان، واجتماع المتبايعين - علة لتحققه؛ لعدم قابليته للتعدد، وإن كان الأصل عدم التداخل، ولكن رفعنا اليد عنه لعدم القابلية.

نعم، هو قابل للتعدد من حيث الإضافة، فيضاف إلى الحيوان، ويضاف إلى المجلس؛ لأن كل واحد منهما دخيل في تحققه، فيكون عندنا خيار واحد ذو جهات متعددة، كجهة المجلس، والعيب، والغبن، والشرط، وكون المبيع حيواناً، ونظيره في الشريعة الإسلامية حكم القتل؛ فإنه غير قابل للتعدد ولكن قد تتعدد أسبابه، فالارتداد موضوع للقتل، وقتل النفس المحترمة موضوع آخر له، وأثر اختلاف الجهات وتعددتها

أنه يمكن إسقاطه من جهة، وإبقاؤه من أخرى، ففي مثال القتل يمكن أن يعفو أولياء الدم فيسقط القتل من جهتهم، ولكن يبقى حكم القتل عليه من أجل الارتداد، وكذلك في ما نحن فيه، فيمكن أن يسقط صاحب الخيار إحدى جهتي خياره ويبقى الأخرى.

وعصارة جواب المحقق النائيني قدّم: هو أن الخيار بما أنه حكم وضعي فهو غير قابل للتأكد ولا التعدد، ففي صورة اجتماع موضوعين، أي سببين من أسبابه، فهما يؤثران بمجموعهما على أن يحصل خيار واحد ذو وجهين، فلا محالة ينتفي إشكال توارد علتين على معلول واحد؛ فإن المؤثر واحد، وهو المجموع^(١).

وفي كلامه مواقع للنظر:

الأول: أنه استدل على كون الموضوعات عللاً بأنه يلزم من وجودها وجود الحكم، ومن عدمها عدمه، وهو استدلال بالأعم على الأخص؛ فإن محلّ الإشكال هو صدور الواحد من المتعدد؛ فإن لازمه إما تعدد الواحد أو وحدة المتعدد، والعلية بهذا المعنى - الصدور - لا تثبت من الوجود عند الوجود، والعدم عند العدم؛ فإن الشرط من أجزاء العلة المركبة، ويلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، مع أن المعلول والمقتضى ليس مترشحاً وصادراً عنه، بل الشرط متمم فاعلية الفاعل للتأثير أو مكمل قابلية القابل للتأثر، فيكشف أن هذه القاعدة لازم أعم بالنسبة إلى

(١) منية الطالب ٣: ٦٤.

العلية بمعنى الصدور التي هي محل الدعوى، فلا يثبت بها المدعى.

الثاني: أن الحكم ليس صادراً عن الموضوع، بل هو صادر عن الحاكم، فإنه هو الذي ينشأ الحكم.

الثالث: أنه لو قلنا بالنسبة الصدورية بين الموضوعات والأحكام للزم معلولية الأمور الاعتبارية للأمور التكوينية؛ حيث إن غالب موضوعات الأحكام الشرعية أمور تكوينية، والأحكام الشرعية - تكميلية أم وضعية - أمور اعتبارية، ولا يعقل صدورهما من الأمور التكوينية.

الثالث: سلمنا، إلا أن دعواه أن الخيار غير قابل للتعدد ولا التأكد؛ لكونه حكماً وضعياً، فيلتزم بالواحد ذي الجهتين، مدخول: بأن الجهات المتعددة إما أن تكون منشأ للمتعدد فيبطل قوله بأن الخيار غير قابل للتعدد ولا التأكد، وإما أن تكون منشأ للواحد، فلا يعقل إثبات الواحد وإسقاطه في نفس الوقت وإن كانا من جهتين.

وأما الالتزام بكون الجهات المتعددة منشأ للإضافات المتعددة للواحد، فالخيار الحاصل وإن كان واحداً إلا أن له إضافة إلى العيب، وإلى الغبن وهكذا..

ففيه: أولاً: أنه يتوقف على إمكان تعدد الإضافات المتعددة في الواحد، وهو محل كلام.

وثانياً: أنه على فرض حصول الإضافات المتعددة للواحد، فلا يعقل إضافة الحكم إلى الموضوع إلا بنحو الإضافة الصدورية كما فرضه في صدر الكلام، فيعود إشكال توارد العلتين على معلول واحد؛ فإنه لازم

إضافتها الصدورية إلى المتعدد.

وإن ادّعي أنها إضافة أخرى، فما هي؟ وما نوعها؟

والحاصل: أن ما يرد من الإشكال في باب الخيار هو قوله بأنه يمكن إسقاطه من جهة، وإبقاؤه من أخرى، فإذا لم يقبل التعدد ولا التأكد فكيف يقبل الإسقاط والإثبات؟ ومآله إلى اجتماع النقيضين؛ وذلك أن نسبة الإثبات إلى الثبوت، والإسقاط إلى السقوط، هي نسبة المصدر إلى اسمه، وهي نفس نسبة الإيجاد إلى الوجود، والإعدام إلى العدم، وبين المصدر واسمه تغاير اعتباري لا واقعي، بمعنى أن الثبوت من حيث النظر إلى الموجد يكون إثباتاً، ومن حيث النظر إلى نفسه يكون ثبوتاً، فيكون نتيجة ما أفاده من كون الخيار الواحد ثابتاً وساقطاً، الجمع بين المتناقضين.

الرابع: أن ما أفاده من كون الموضوعات المتعددة أسباباً متعددة، فيكون كل واحد منها عند الانفراد سبباً مستقلاً، وعند الاجتماع جزء السبب، يرد عليه ما أوردناه على الشيخ قدس.

الخامس: أن قياسه ما نحن فيه على القتل وأسبابه المتعددة - فإنه واحد غير قابل للتعدد، وله أسباب متعددة، كالارتداد وقتل النفس المحترمة - مع الفارق؛ وذلك لأن الارتداد، وقتل النفس ليسا سببين للقتل، بل الأول سبب للحكم بوجود القتل، الذي هو حق إلهي، والثاني سبب لحصول حق القصاص لوليّ الدم، الذي هو حق بشري، فالسبب

كالمسبب متعدّدان.

جواب المحقق الخوني ومناقشته

وأما المحقق السيد الخوئي تدئ فأفاد أولاً أن اجتماع الخيارين وتعددتهما في العقد الواحد كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب، واجتماع خيار العيب مع خيار الشرط، ثم مشى على طريقة المحقق النائيني تدئ في رفع الإشكال، وقال بأن المورد ليس مورداً للتعدد والتأكد؛ إذ لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد؛ فإن الشيء الواحد لا يملك مرتين، ثم قال بأن الخيار واحد - بمقتضى الجمع بين الأدلة في مقام الإثبات - ^(١).

ولا يخفى ما في هذه الكلمات من التنافي، مضافاً إلى تنافيه مع ما ذهب إليه في مقام الفتوى؛ حيث قال في المنهاج: (وإذا لم يفترق المتبايعان حتى مضت ثلاثة أيام سقط خيار الحيوان، وبقي خيار المجلس) ^(٢)، فكيف يجمع بين هذا القول والقول بأن الخيار واحد؟

جواب المحقق الحائري ومناقشته

وأجاب المحقق الحائري تدئ بما حاصله: إنا إذا فرضنا الخيار واحداً، حقيقة ومرتبة ووجوداً، فإن المؤثر فيه هو المجموع، وهو واحد بسيط؛ لأن تأثير كل من الأسباب استقلالاً في الواحد غير ممكن؛ لاستلزامه

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٨٧ - ١٨٨.

(٢) منهاج الصالحين، كتاب التجارة، خيار الحيوان.

صدور الواحد من الكثير، والاستناد إلى واحد معيّن ترجيح بلا مرجح، وغير المعيّن لا واقعية له، وإلى الجامع يوجب انعزال الخصوصيات عن التأثير مع ضرورة صحة النسبة إليها كما في حال الانفراد^(١).

وفيه: أن الأثر الحاصل من الأسباب الشرعية، والمترتب على الموضوعات بنحو القضية الحقيقية وإن كان اعتبارياً كالأحكام الشرعية، التكليفية والوضعية، كملك فسخ العقد، أو السلطنة على حله في ما نحن فيه إلا أنه واحد بسيط واقعاً وفي نفس الأمر، وأما المجموع فهو واحد اعتباراً، ولا وجود له في الخارج، بل ينحصر وجوده في اعتبار المعبر، فهو يعتبر من السببين مجموع الوجودين، وإلا ففي الخارج لا يوجد شيء غير هذا، وهذا.

ففي ما نحن فيه لا يوجد في الخارج غير اجتماع المتبايعين، الذي هو سبب لخيار المجلس، وبيع الحيوان الذي هو سبب لخيار الحيوان، وأما مجموعهما فلا وجود له خارجاً، فوزان مجموع بيع الحيوان واجتماع المتبايعين، وزان مجموع الأفراد في هذا المسجد؛ فإن المجموع لا وجود خارجياً له فيه؛ فلا يصح الالتزام بخيار واحد مسبب عن المجموع الاعتباري؛ لأن الخيار - بضرورة الفقه - أثر لاجتماع المتبايعين، وبيع الحيوان، ووحدة المجموع بما هو مجموع إنما هي في نفس المعبر، فيبقى الإشكال من جهة موضوعية الخارج.

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٩١ - ٩٢.

نعم، لو كان الأثر لاعتبار الشارع مع قطع النظر عن الموضوعات الخارجية لكان لما أفاده وجهه، فالشارع يعتبر المجموع الحاصل من اجتماع المتبايعين وبيع الحيوان سبباً للخيار، أو موضوعاً له، إلا أن اعتباره ليس بهذا النحو، بل جعل نفس الاجتماع، ونفس بيع الحيوان سبباً.

هذا وفيما أفاده من تعليل عدم الاستناد إلى الجامع نظر؛ حيث إن إسناد الأثر إلى الخصوصية - مع فرض كون المؤثر هو الجامع - إنما يكون من جهة أن الكلي موجود بوجود الخصوصية والفرد، لا من جهة كون المؤثر هي الخصوصية.

جواب المحقق الأصفهاني ومناقشته

وهو بتوضيح منا: أنه قد تقدم في المباحث السابقة أن الاعتبارات الشرعية جميعها، معلولة لإرادة الشارع الحاكم واعتباره، ولا يعقل أن يكون حكم الحاكم - تكليفاً كان أو وضعياً - معلولاً لأمر خارجي، ومسبباً عن الموضوعات الخارجية؛ فإن الحكم أمر اعتباري قائم بالحاكم، والموضوعات الشرعية وإن كان لها دخل في الحكم إلا أنه بمقدار إيجاد القابلية في مورد اعتبار الحاكم، فدخلها دخل إعدادي، من قبيل دخل الشرط في قابلية المحل، ولا محذور في تعدد الشروط الدخيلة في قابلية المحل لحصول التأثير فيه من قبل المؤثر، كما هو الحال في قابلية الخشب للاحتراق وتأثير النار فيه؛ فإنها مشروطة بيبوسة المحل، وبمقاربتة لها، ولا يلزم من تعدد هذين الشرطين تعدد النار التي

هي سبب لاحتراق الخشب، ولا تعدد الأثر، فكل من السبب والأثر واحد، ولكن محصل الاستعداد والقابلية في المحل متعدد.

وإذا اتضح أن السبب الواقعي للحكم هو اعتبار الحاكم، وأن الموضوعات ما هي إلا مُعدّات فنقول: إن اعتبار الحاكم يتوقف على أمرين:

١- وجود المصلحة والملاك كما هو مسلك العدالة، سواء أكان في الجعل أم في المتعلق، على الخلاف بينهم.

٢- ترتب الأثر.

ومع تمامية ذلك يكون تعدد الاعتبار والمعتبر معقولاً، فيعتبر الحاكم سلطنتين على حلّ العقد، إحداهما لوجود الملاك الناشئ من ناحية العيب، والأخرى لوجود الملاك من ناحية الغبن، ولا محذور في أصل الاعتبار؛ لأن اجتماع المتماثلين والتضاد والتناقض إنما هي من أحكام الأمور المقولية الواقعية، لا الأمور الاعتبارية، والحق والملك أمران اعتباريان، ولهذا لا محذور في أصل اعتبار حكّمين تكليفيين مختلفين، فيعتبر الفعل الواحد واجباً وحراماً.

نعم، يقع التنافي في اعتبار الأحكام المتخالفة من ناحية المبدأ أو المنتهى، أي من ناحية الملاكات، والآثار المترتبة؛ فإن اجتماع المصلحة والمفسدة الملزمتين في شيء واحد غير معقول، كما لا يمكن امثال الوجوب والحرمة معاً، بحيث ينبعث عن الأول، وينزجر عن الثاني في

وقت واحد، بالنسبة إلى فعل واحد.

ولكن اجتماع مصلحتين - كما هو الفرض - لا محذور فيه، فإذا ترتب الأثر على كل منهما انتفى الإشكال.

والحاصل: أنه لا إشكال ثبوتاً في اعتبار خيارين في العقد الواحد، لا في نفس الاعتبار، ولا في المبدأ والمنتهى، فيعتبر أحدهما لمصلحة ناشئة من جهة العيب، والآخر لمصلحة ناشئة من جهة الغبن، ولا ضير في اجتماع المصالح، والعقد وإن كان واحداً، فليس له إلا حل واحد، لكن عدم تعدد الحل حقيقة لا يقتضي عدم إمكان تعدد اعتبار السلطنة على الحل، مع اشتمال كل منهما على أثر يختص به من المصلحة عليه بالخصوص، أو إسقاطه بالخصوص، فله أن يصالح على أحدهما، أو يسقطه ويبقى الآخر، وهو أثر عقلائي، فلا يكون تعدد الاعتبار - حينئذ - لغواً^(١).^(٢)

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٦٣.

(٢) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن أساس الإشكال يبتني على أن الموضوعات الشرعية هي المؤثرة في الحكم، ولا يعقل تعدد المؤثر مع اتحاد الأثر، ولكن الأحكام الشرعية ما هي إلا معتبرات للشارع وأثر له، اعتبرها في موارد خاصة، فهي معلولات له، بمعنى أنها أثر منه، فيعتبر الحرمان من شرب الخمر، ولابدية الصلاة في الذمة على مسلك بعض الأعظم تذكراً، ويعتبر البعث والزجر على مسلك التحقيق.

نعم، اعتبار الشارع ليس أمراً جزافياً، وإلا كان لغواً، بل هو تابع لملاكات ومصالح، في جعل أو في المتعلق، فإذا اقتضت المصلحة أن يجعل خيارين في العقد الواحد فلا

والإنصاف أنه أسلم الوجوه لحل الإشكال إلا أن فيه:

أولاً: أنه لا يخفى أن الأمر كما أفاده تَدُّ من أن اعتبار الخيار المتعدد يتوقف على أن يكون للتعدد أثر يترتب عليه حتى يخرج الاعتبار عن اللغوية، والأثر الذي تصوّره في المقام اثنان: المصالحة عليه، وإسقاطه،

محذور من ناحية الملاك، وإذا كان لكل خيار أثر يخصه فلا محذور من ناحية الأثر، فإذا كان له أثر، وهو (الحق) من ناحية خيار الغبن، و(حق) من ناحية خيار العيب، فله أن يسقط أحدهما ويبقى الآخر، وأما محذور اجتماع المثليين في شيء واحد، وهما السلطتان، فيرتفع بأن التماثل والتضاد والتناقض من أحكام الواقعيات، أي لا يمكن أن يجتمع اثنان من اللون الأحمر في نقطة واحدة، وأما اعتبار خيارين من نفس الحاكم فهو ممكن، والوجدان يقضي به، فلا استحالة في اعتبار وجود زيد واعتبار عدمه في آن واحد، وإنما المحال اجتماع وجود زيد وعدمه في آن واحد، فإذا كان اعتبار اجتماع النقيضين معقولاً، فكل ما عداه منحل ثبوتاً.

وقال - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال آخر مما يفيدنا في توضيح المطلب: إن الإشكال هو أن الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، فهل الخيار المجمعول سلطتان أو سلطنة واحدة؟ الأول يلزم منه اجتماع المثليين، والثاني يلزم منه توارد سببين على مسبب واحد.

والجواب: أنا نلتزم بالأول، ولا محذور في اعتبار السلطتين.

نعم، ربما يشكل بأن جعل سلطتين على مسلط عليه واحد، أي جعل سلطتين لحل واحد، لغو ولا معنى له، وهذا غير اجتماع علتين على معلول واحد.

فيجاب عنه: بأن أثر السلطتين لو كان هو الحل فقط لتم الإشكال، ولكن لهما أثراً آخر وهو الإسقاط، فيكون لصاحب السلطتين حق الإسقاط أيضاً، فيمكنه أن يسقط إحدى السلطتين، ويبقى الأخرى، فلا لغو.

وشيء منهما لا يتم:

أما المصالحة عليه، فالصلح إما على نقل الخيار أو على إسقاطه، ولا ثالث في البين، والمصالحة على النقل وإن أمكن حصولها في الأملاك عيناً أو منفعة، وفي الحقوق القابلة للنقل كحق التحجير، ولكن لا يمكن تحققها في خيار المجلس والحيوان؛ إذ ليسا من الحقوق القابلة للنقل، فلا يمكن التصالح على نقلهما.

وأما المصالحة على الإسقاط فلا تصح؛ لعدم صحة أخذ الإسقاط أثراً لحق الخيار، ومنه يتضح بطلان المصالحة على الإسقاط، وكون الإسقاط أثراً لاعتبار الخيار المتعدد، وبيان ذلك يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن الإسقاط من الأمور ذات التعلق، وهي - في أي وعاء وجودي كانت - متقومة بما تتعلق به، كالشوق المستحيل تحققه بدون مشتاق إليه، فيستحيل الإسقاط بدون ما يسقط، الذي هو طرف التعلق، وطرف التعلق يكون في الرتبة المقومة للمتعلق، فيكون طرف الإسقاط في الرتبة المقومة له، وكل مقوم فهو متقدم رتبة على المقوم، وبما أن الطرف المتعلق به الإسقاط هو الحق، فالحق مقوم له، فيتقدم عليه رتبة.

المقدمة الثانية: إنه يستحيل الإهمال في الواقعيات، وهذا الحكم كالحكم السابق من أحكام مطلق الوجود، أي الوجود - مطلقاً - في أي وعاء كان، وسواء أكان تكوينياً أم اعتبارياً يستحيل فيه الإهمال.

وعليه فعندما يتقوم الإسقاط بالحق، فالحق المقوم له بلحاظ الأثر إما

أن يكون مهملاً أو مطلقاً أو مقيداً، والإهمال محال كما تقدم، والإطلاق مثله؛ لأن الحق بدون الأثر غير قابل للوجود؛ فإن الفرض أن اعتبار الحق يدور مدار ترتب الأثر، فيتعين التقييد، أي أن يكون متعلق الإسقاط هو الحق ذا الأثر.

وحاصلها بعبارة أخرى: أن الحق المهمل بلحاظ الأثر لا يمكن تعلق الإسقاط به، وكذلك الحق اللابشرط بالنسبة إليه، فلا يقبل تعلق الإسقاط إلا الحق بشرط الأثر، وكل شرط وقيده فهو مع المقيّد متقدم رتبة على ما يتعلق به.

فالنتيجة: أن الإسقاط لا يمكن تعلقه إلا بالحق ذي الأثر، فإذا كان الأثر هو نفس الإسقاط لزم اجتماع المتقابلين؛ إذ يلزم تقدّم المتأخر، وتأخر المتقدم؛ من جهة أن الأثر متقدم رتبة على الإسقاط، فإذا كان الأثر هو الإسقاط لزم أن يكون الإسقاط المتأخر متقدماً.

كما لا يعقل أن يكون أثر الخيار هو قابليته للإسقاط؛ لأن جعل الأثر قابلية شيء يكون بداعي تحقق ذلك الشيء، مع أنه قد ثبت استحالة كون أثر الخيار هو الإسقاط.

وثانياً: ما يتوقف بيانه على مقدمتين أيضاً:

المقدمة الأولى: إن من القواعد المتسالم عليها لمطلق الوجود - تكوينياً كان أو اعتبارياً - أن الأثر علة غائية لموضوعه، والعلة الغائية متقدمة على موضوعها تصوراً متأخرة عنه تحقّقاً، ونسبته إليها نسبة العلة

إلى المعلول، فإذا كان الإسقاط أثراً للخيار كان علة غائية له، وكانت نسبته إلى الخيار نسبة المعلول إلى علته.

المقدمة الثانية: إن نسبة الإسقاط إلى السقوط هي نسبة المصدر إلى اسمه، كنسبة الإثبات إلى الثبوت، ومن الواضح أن المصدر واسمه متحدان واقعاً متغيران اعتباراً، فالإسقاط والسقوط واحد حقيقة متعددان اعتباراً.

والنتيجة: أنه إذا التزم بأن أثر الحق هو إسقاطه فلا بد من الالتزام بأن أثر وجود الشيء عدمه، وهو محال، فلا يعقل أن يكون أثر الحق هو إسقاطه.

وبعبارة مختصرة: إنه يلزم أن تكون الغاية من وجود الشيء عدمه، وهو محال.

وحاصل الكلام مع المحقق الأصفهاني قدس: أن ما أفاده من جهة الكبرى تام؛ فإن الخيار من الأمور الاعتبارية، لا المقولية، فلا يأتي فيه حديث اجتماع المثليين، كما أن تعدد الأمور الاعتبارية بتعدد الأثر المترتب عليها مخرج لها عن اللغوية، ولكن صحة الكبرى لا تضمن تحقق الصغرى، ولهذا لا تنطبق الكبرى على ما نحن فيه؛ لانحصار الأثر في الإسقاط، وكونه أثراً محالاً؛ بملاك اجتماع المتقابلين، وكون السقوط أثراً للثبوت.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنه لا مانع من جعل خيارين لعقد واحد؛ وذلك لأن الخيار هي السلطنة على حل العقد وإمضائه، ولا مانع من

جعل سلطنتين على حل عقد واحد، ويشهد له الخيارات الإمضائية المتعددة في عقد واحد، كخيار العيب والغبن والشرط في عقد واحد، وأثره تمكّن ذي الخيار من أن يحل العقد بأي السلطنتين اللتين له، فقد لا يريد أن يستفيد من خيار الغبن فيستفيد من خيار الشرط.

وأما مقام الإثبات فالروايات الواردة في الباب على طوائف ثلاث:

الطائفة الأولى: ما يستفاد منها ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان، كصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا فَهَمَّا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا..»^(١)؛ فَإِنْ مَقْتَضَى الْإِطْلَاقُ أَنَّهُ مَتَى صَدَقَ عِنْوَانُ الْبَيْعِ ثَبَتَ خِيَارُ الْمَجْلِسِ، سِوَاءِ أَكَانَ الْمَبِيعَ حَيْوَانًا أَمْ غَيْرَهُ.

الطائفة الثانية: ما يظهر منها افتراق موردي الخيارين، كما يظهر من التقابل بين خياري المجلس والحيوان في مثل صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، وَصَاحِبِ الْحَيْوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ..»^(٢).

الطائفة الثالثة: ما صرّحت بأن المَجْعُولُ فِي بَيْعِ الْحَيْوَانِ هُوَ خِيَارُ الْحَيْوَانِ خَاصَّةً، وَهِيَ صَحِيحَةٌ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام

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

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

عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...»^(١).

فالسائل سأل عن من له الخيار، ومع أنه فصل في السؤال، هل هو المشتري، أو البائع، أو هما؟ إلا أن الإمام عليه السلام أجاب بنحو صريح بانحصار الخيار في المشتري، مما يدل على نفي الخيار عن غيره.

إن قيل: بأن هذه الرواية إنما تنفي خصوص خيار الحيوان عن غير المشتري، فلا تنافي ما دلّ على ثبوت خيار المجلس للبيّعين.

قلنا: بأن السائل سأل عن أصل ثبوت الخيار، وذلك مقتضى قوله: (لمن الخيار)، فعندما يحصر الإمام عليه السلام في هذا المقام ثبوت الخيار بالمشتري فهو ظاهر في أن الخيار في بيع الحيوان ينحصر في واحد، وهو المشتري، كما في هذه الرواية، أو صاحب الحيوان، كما في رواية أخرى، وعلى كل فلا خيار لغير من له الحيوان، وإلا لقال عليه السلام في الجواب: بأن الخيار لهما إلى أن يفترقا، وإذا افترقا فالخيار للمشتري ثلاثة أيام، ولما لم يقل ذلك علمنا انحصار الخيار في بيع الحيوان في خصوص المشتري، وبذلك يتقيد إطلاق رواية «البيعان بالخيار».

ويمكن أن يقال: إن الرواية ظاهرة سؤالاً وجواباً عن من له الخيار من جهة خصوص الحيوان من ناحيته، فكما لا تنفي خيار الغبن لبائع

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٩.

الحيوان ومشتريه، ولا تنفي خيار العيب في الثمن للبائع، كذلك لا تنفي خيار المجلس لهما، ولا أقل من إجمال السؤال، فتكون من صغريات إجمال المخصص المنفصل المردد بين الأقل و الأكثر، فلا مقيد لإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع ^(١).

نتائج المسألة

- ١- أن جعل الخيار المتعدد ممكن ثبوتاً.
- ٢- أن جعل الخيار بغرض إسقاطه غير عقلائي.
- ٣- أن خيار المجلس يجتمع مع خيار الحيوان إثباتاً كما يجتمع معه ثبوتاً.

وبهذا يتم الكلام في هذه المسألة.

فرع: المراد بزمان العقد

هل المراد بزمان العقد، زمان إنشاء الصيغة أو زمان ثبوت الملك؟
وجهان.

أما الأول فيشكل من ناحية التوفيق بينه وبين بيع الفضولي وبيع الصرف والسلم؛ حيث لا بد من القول - حينئذ - بحصول الخيار قبل تحقق الملكية في بيع الفضولي، وقبل تحقق البيع الصحيح في بيع

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

الصرف والسلم، وهو مما لا يلتزم به.

وأما الثاني فهو الحق؛ وذلك لأن العنوان الموضوع للخيار في خيار المجلس هو (البيعان)، وفي خيار الحيوان (المتبايعان) على مسلك السيد تفتش، و(المشتري) على مسلك المشهور، و(صاحب الحيوان) على المسلك المختار، ولا تصدق هذه العناوين قبل تحقق العقد الناقل الجامع للشرائط.

وأما بالنسبة إلى بيع الصرف والسلم فما لم يتحقق القبض لا يتحقق شرط البيع، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ومع عدم تحقق البيع لا يتحقق عنوان (البيع)، فلا يصدق (البيعان) قبل تحقق القبض؛ فإن ما حصل قبل القبض إنما هو إنشاء البيع، أو البيع الإنشائي، وموضوع الخيار هو البيع الحقيقي، والبيع الحقيقي.

هذا إذا لاحظنا عنوان (البيعان)، وكذلك مع ملاحظة عنوان المشتري؛ فإنه وإن كان يقول قبل القبض: اشترت كذا، إلا أنه ما لم يحصل القبض لم يتحقق الاثراء الحقيقي، فيكون مشترياً إنشائياً، لا حقيقة.

وبعبارة أخرى: إن العنوان في الأدلة الدالة على جعل الخيار شرعاً عبارة عن (البيع) أو (المشتري) الشرعيين، وما لم تجتمع الشرائط الشرعية لا يصدق عنوان المشتري ولا البيع شرعاً.

وأما عنوان (صاحب الحيوان) فلا يصدق على من أخذه قبل تحقق شرط الملكية إلا بنحو المجاز؛ لعلاقة الأول والمشاركة.

والنتيجة: أن مبدأ خيار المجلس والحيوان في بيع الصرف والسلم من وقت القبض، لا من وقت وقوع العقد^(١).

وأما بالنسبة إلى الفضولي، ففيه تفصيل؛ إذ على القول بالنقل لا يصدق عنوان البيع قبل الإجازة، ويصح سلب عنوان المشتري عنه قطعاً، فيثبت الخيار من زمان تحقق الإجازة.

وكذلك الحال بناء على الكشف الانقلابي الذي هو مقتضى الأدلة في باب الفضولي، وما عليه الارتكاز العقلاني؛ فإن الملكية عليه وإن اعتبرت من زمان العقد إلا أن زمان الاعتبار لا يكون إلا من زمان الإجازة، فالملك قبل تحققها لا يزال للمجيز، وبعد تحققها ينقلب الملك من حين العقد من كونه له إلى كونه للمجاز، والعبرة بوقت الاعتبار، لا بزمان المعتبر.

وأما بناء على الكشف الحقيقي - بمعنى أن العقد المتعقب بالإجازة

(١) نقل بعض الحضار للشيخ الأستاذ - دام ظله - كلام المحقق الإيرواني *تذكرة* وقوله في المقام: (مضافاً إلى أن الظاهر من صاحب الحيوان هو المتلقي للحيوان، لا المالك له). حاشية الإيرواني ٢: ١٨.

فأجاب عنه: أولاً: بأن ظاهر صاحب الحيوان هو مالكه، كقولهم: صاحب الدار؛ أي مالكها، وما أفاده معنى مجازي مخالف لأصالة الحقيقة، وللظهور العرفي.

وثانياً: بأنه لا معنى له؛ إذ إن كان المراد منه من يكون في المستقبل مالكاً فهو دعوى بلا دليل.

هو المؤثر في حصول الملكية من حين العقد، ويرجع ذلك - لبأ - إلى أن التعقب شرط لتحقيق النقل والانتقال، والإجازة المتأخرة ما هي إلا كاشفة عن تحقق الشرط المقارن وهو التعقب، وأمانة على حدوث العقد مقروناً بالشرط - فالخيار من حين العقد؛ لأنه زمان حصول الملك.

مسألة: في المراد من الثلاثة الأيام في خيار الحيوان

اختلف في المراد من اليوم في المقام، هل هو خصوص بياض النهار، أو ما يشمل الليل؟ ومنشؤه الاختلاف في أصل مفهوم اليوم لغة وعرفاً، ولا يخفى أن لتحقيق ذلك أثراً مهماً في جميع الموارد التي جعل فيها عنوان اليوم موضوعاً للحكم الشرعي، كأيام الحيض، والإقامة عشرة أيام؛ فإنه إن ثبت أن اليوم موضوع للأعم من الليل فلا إشكال في أخذ الليل حكم اليوم، وإن ثبت أنه موضوع لخصوص النهار، فالحاق الليل باليوم في الأحكام يتوقف على الدليل.

والتحقيق: أن المراد به خصوص النهار، لا ما يشمل قوس الليل؛ لأن المستند في تحديد المفاهيم هو العرف، ثم اللغة، أما العرف فالمتبادر عندهم من اليوم هو القوس النهاري فقط، والتبادر علامة الحقيقة، واستعماله في ما يشمل الليل مجاز، كما يشهد له صحة سلب اليوم بما له من المفهوم عن قوس الليل.

وأما اللغة فقد عرّف اليوم عند اللغويين بقوس النهار^(١).

(١) مجمع البحرين ٦: ١٩٢: (واليوم: معروف من طلوع الفجر الثاني إلى غروب

فالحق - بمقتضى الكتاب والسنة والعرف واللغة^(١) - أن اليوم في

الشمس ، لقوله تعالى: ﴿ وَكُلُوا وَأَشْرَبُوا ﴾ [١٨٧ / ٢] الآية .
 وفي ٣: ٥٠٧: (والنهار : اسم لضوء واسع ممتد من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ،
 وهو مرادف اليوم . وربما توسعت العرب فأطلقت النهار من وقت الإسفار إلى الغروب ،
 وهو في عرف الناس من طلوع الشمس إلى غروبها) .
 وفي تاج العروس ١٧ : ٧٧٨ : (اليوم : م معرُوفٌ ، مقدَّارةٌ من طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى غُرُوبِهَا ،
 أو من طُلُوعِ الفَجْرِ الصَّادِقِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ ، ذَكَرَهُ ابْنُ هِشَامٍ فِي شَرْحِ الكَعْبِيَّةِ ،
 والأخيرُ : تَعْرِيفٌ شَرَعِيٌّ عِنْدَ الأَكْثَرِ .
 وشَاعَ عِنْدَ المُنْجِمِينَ أَنَّ اليَوْمَ مِنَ الطُّلُوعِ إِلَى الطُّلُوعِ ، أو من الغُرُوبِ إِلَى الغُرُوبِ ، نَقَلَهُ
 شَيْخُنَا) .

(١) أما الكتاب فكقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى
 الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لِمَلَكُم تَقْوَنَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ
 مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ ، سورة البقرة: ١٨٣ - ١٨٤ ، وكقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ
 وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ سورة البقرة: ١٩٦ ، وكقوله تعالى: ﴿ سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ
 سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَنِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا ﴾ ، سورة الحاقة: ٧ .

وأما السنة فروايات منها: ١- عن الرضا عليه السلام أنه سمعه يقول: « إنما وجب التقصير في
 ثمانية فراسخ لا أقل من ذلك ولا أكثر؛ لأن ثمانية فراسخ مسيرة يوم للعامة والقوافل
 والأثقال، فوجب التقصير في مسيرة يوم...» . الوسائل، الباب ١ من أبواب صلاة المسافر،
 الحديث ١ .

٢- عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن طهرت بليل من حيضها ثم توانت (في
 أن تغتسل) حتى أصبحت عليها قضاء ذلك اليوم » ، الوسائل، الباب ١ من أبواب الحيض،
 الحديث ١ .

مقابل الليل، فهو - مفهوماً - موضوع للنهار خاصة، فلا مجال لإلحاق الليل باليوم موضوعاً، وإلحاقه به حكماً يحتاج إلى دليل^(١). وعلى تقدير الشك في وضعه لخصوص النهار أو للأعم منه ومن الليل فالشبهة مفهومية، فلا يجري فيها الأصل الموضوعي؛ [لعدم اليقين السابق بالنسبة إلى أصل المفهوم، أو لعدم الشك في بقاء شيء أو ارتفاعه، بل في سعة المفهوم وضيقه، وهو خارج عن نطاق الأصل، ولعدم الشك بالنسبة لما هو في الخارج] ولا الحكمي؛ لكونه من الشبهة المصدقية لنقض اليقين بالشك.

مسائل خمس

ويترتب على ما تقدم مسائل خمس:

المسألة الأولى: في حكم الليلتين المتوسطتين

أما على القول بأن اليوم موضوع لما يشمل الليل فدخولهما في حكم الخيار لا يحتاج إلى مؤونة، وأما على ما اخترناه من كونه موضوعاً للنهار

(١) لا بأس بنقل ما أفاده العلامة المجلسي تذ في البحار ٥٦: ١٢ بقوله: (الفائدة الثانية: اعلم أن اليوم قد يطلق على مجموع اليوم واللييلة، وقد يطلق على ما يقابل الليل، وهو يرادف النهار، ولا ريب في أن اليوم والنهار الشرعيين مبدؤهما من طلوع الفجر الثاني إلى غيبوبة قرص الشمس عند بعض، وإلى ذهاب الحمرة المشرقية عند أكثر الشيعة، وعند المنجمين وأهل فارس والروم من طلوع الشمس إلى غروبها. وخلط بعضهم بين الاصطلاحين فتوهم أن اليوم الشرعي أيضاً في غير الصوم من الطلوع إلى الغروب، وهذا خطأ، وقد أوردنا الآيات والأخبار الكثيرة الدالة على ما اخترناه في كتاب الصلاة وأجبنا عن شبه المخالفين في ذلك).

فقط، فمقتضى القاعدة عدم دخولهما في الحكم إلا أن القرينة في المقام - أعني الارتكاز والتسالم والضرورة القائمة على استمرار خيار الحيوان وعدم انقطاعه مدة الثلاثة الأيام - تقضي بدخولهما حكماً، فيكشف أن الاستعمال في الأعم في المقام مجاز.

المسألة الثانية: في حكم الليلة اللاحقة لليوم الثالث

وهي على القول بالأعم داخلة في الحكم، وأما على المختار فهي خارجة موضوعاً، ولا قرينة على دخولها حكماً.

المسألة الثالثة: في حكم الليلة التي وقع فيها البيع

وهي وإن كانت خارجة عن مفهوم اليوم إلا أنها داخلة في ثلاثة أيام الخيار للقرينة الخارجية، وهي ما دلّ بالضرورة على اتصال الخيار بالعقد، فتكون مدة الخيار في هذه الصورة أكثر من ثلاثة أيام.

المسألة الرابعة: في حكم اليوم الملق

بمعنى أن البيع لو وقع في نصف النهار، فهل يلفق من اليوم الرابع بمقداره، أو يستمر الخيار إلى غروب اليوم الرابع؟

مقتضى القاعدة عدم التلفيق إلا أن القرينة القطعية تقضي - في المقام وغيره من الموارد التي جعل اليوم موضوعاً للحكم الشرعي - بالتلفيق؛ فإن ندرة حدوث البيع والحيض والسفر وغيرها في الآن الأول لمطلع اليوم الواقعي تقضي بأن المراد من اليوم هو الأعم من الملق، وهو مختار المشهور.

كلام صاحب الجواهر والسيد اليزدي في اليوم الملق

وخالفهم صاحب الجواهر ^{تت} وذهب إلى عدم التلفيق، فقال ما خلاصته: إنه لو وقع العقد في ظهر يوم الخميس، فالخيار باقٍ إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام، ولا يكون ذلك إلا بغروب الشمس من يوم الأحد؛ وذلك للجمع بين أمور ثلاثة:

الأول: إن المستفاد من مفهوم صحيح ابن رثاب: « فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء »^(١) أن الخيار باقٍ ما لم تمض ثلاثة أيام.

الثاني: إن ظاهر روايات خيار الحيوان هو اتصال الخيار بالعقد أيّاً كان زمان وقوعه، ليلاً أو نهاراً.

الثالث: إن اليوم - لغة وشرعاً وعرفاً - اسم للبياض المقابل لليل.

والجمع بين هذه الأمور الثلاثة يقتضي أن يبدأ الخيار من حين وقوع العقد وهو ظهر الخميس، ويستمر إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام، ولا يتحقق إلا بغروب الشمس من يوم الأحد، فيكون دخول المنكسر من يوم الخميس، وليلة الجمعة، والليلتين المتوسطتين في الثلاثة الأيام دائماً دخولاً في حكم الخيار، لا في موضوعه.

ثم قال: (فتأمل جيداً؛ فإنه دقيق نافع في كثير من المقامات، لم أجد من تنبه له، مع أنه بالتأمل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله

(١) الوسائل، الباب الثالث من أبواب الخيار، الحديث ٩.

اعتدال الذهن (١).

وقوى كلامه السيد اليزدي تت بإضافة ما، وتوضيح كلامه:

إن لفظ اليوم اسم للقطعة الخاصة من الزمان، وهي ما بين طلوع الشمس إلى الغروب، وليس اسماً لمقداره من الزمان، وظاهر لفظ اليوم في النصوص إرادة نفس اليوم لا مقداره، ولا يتحقق هذا العنوان في موارد التلفيق، بل المتحقق فيها مقداره؛ فلو وقع العقد في ظهر يوم الخميس، وقيل بانتهاء الخيار ظهر يوم الأحد، لكانت مدة الخيار يومين، ومقدار اليوم الثالث، لا نفسه، فلا يصدق مضي ثلاثة أيام، والموضوع في الروايات ثلاثة أيام.

ثم لو التزم بالتلفيق بين النهارين لالتزم به بين النهار والليل، أي يكتفى لمقدار اليوم الثالث بنصف من النهار ونصف من الليل؛ لأن التلفيق من الليل، ومن اليوم الآخر في عرض واحد، فإما أن تحفظ خصوصية اليوم أو لا، فإن حفظت فاليوم عبارة عن القطعة الخاصة من الزمان، وهي بياض النهار الممتد من طلوع الشمس إلى غروبها، فلا تنطبق على نصفين من نهارين، وإن لم تحفظ فكما يحصل مقداره بالتلفيق من نهارين، يحصل بالتلفيق من نصف نهار ونصف ليل (٢).

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣٠ - ٣١.

(٢) حاشية السيد اليزدي تت على المكاسب ٢: ٤٤٢.

المناقشة في ما أفاده صاحب الجواهر

وما أفاده صاحب الجواهر **تدئ** منقوض باختياره في عدة موارد:

الأول: أنه **تدئ** صرح في باب الحيض من كتابه نجاة العباد: بأنه لو

حاضت المرأة ظهر الخميس، فإن أقلّ حيضها إلى ظهر الأحد^(١).

فما هو الفرق بين باب الحيض والخيار؟! فإن كان المراد من اليوم

القطعة الخاصة من الزمان فلا تلفيق فيهما، وإلا فالتلفيق فيهما أيضاً.

الثاني: أنه صرح في مبحث الإقامة عشرة أيام من كتاب الجواهر

بكفاية التلفيق؛ حيث قال: (نعم، الظاهر أجزاء الملفق؛ للصدق العرفي،

فلو نوى المقام عند الزوال كان منتهاه زوال اليوم الحادي عشر، كما

صرح به غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً من غير

المدارك)^(٢).

الثالث: أنه التزم بالتلفيق أيضاً في مسألة التردد ثلاثين يوماً في مكان

واحد^(٣).

الرابع: أنه قال بالنسبة إلى أشهر السياحة ما لفظه: (في غير واحد من

(١) نجاة العباد: ص ٤ : قال **تدئ**: (الثالث أقلّ الحيض ثلاثة أيام متوالية... نعم في أجزاء

التلفيق قوة، لكن بالمجانس على معنى إذا رآته مثلاً عند الظهر من يوم الخميس واستمر

إلى ذلك الوقت من يوم الأحد وانقطع كفى).

(٢) جواهر الكلام ١٤ : ٣١٢.

(٣) جواهر الكلام ١٤ : ٣١٧.

النصوص^(١) في قوله تعالى: ﴿بَرَاءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾^(٢) قال: فهذه أشهر السياحة، عشرون من ذي الحجة، والمحرم، وصفر، وشهر ربيع الأول، وعشر من ربيع الآخر، وهو كالصريح في التلفيق في الأشهر، بل وإنه يجبر الأولين من الآخر، وإن ذلك كله مصداق أربعة أشهر^(٣).

وبما أن عنوان الشهر موضوع لقطعة خاصة من الزمان، وهي ما بين الهلالين، كان الاكتفاء بالأيام الملفقة من شهري ذي الحجة وربيع الآخر إنما هو لرفع الخصوصية، والالتزام بالتلفيق في الشهر وحمله على المقدار، دون التلفيق في اليوم بلا موجب، فإذا كانت هذه الأشهر بما فيها الشهر الملفق مصداقاً للأربعة الأشهر، فاليومان مع اليوم الملفق من يومين مصداق إلى الثلاثة الأيام.

الناقشة في ما أفاده السيد اليزدي

وأما ما أفاده السيد اليزدي فتشُّ فإرد عليه:

أولاً: النقوض الثلاثة الأولى، الواردة على صاحب الجواهر؛ حيث صرح في باب الحيض بكفاية الثلاثة الملفقة في أقل الحيض، فإذا رأت

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب أقسام الحج، الحديث ١١.

(٢) سورة براءة: ١ - ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٣١.

في وسط اليوم الأول، واستمر إلى وسط اليوم الرابع يكفي في الحكم بكونه حيضاً^(١).

وصرح في باب قواطع السفر بقوله: (ويكفي تلفيق اليوم المنكسر من يوم آخر على الأصح، فلو نوى المقام عند الزوال من اليوم الأول إلى الزوال من اليوم الحادي عشر كفى)^(٢).

وكذلك في المتردد ثلاثين يوماً، فقال: (يكفي في الثلاثين التلفيق إذا كان تردده في أثناء اليوم كما مرّ في إقامة العشرة)^(٣).

فإن اليوم في جميع الأبواب واحد؛ فإنه اسم لقطعة خاصة من الزمان، فكيف تلتزم بالتلفيق في مورد دون آخر؟

وينفرد بورود نقض رابع عليه وهو التزامه بالتلفيق في باب العدة فيما لو وقع الطلاق في أثناء الشهر؛ حيث ذكر في المسألة العاشرة من أقسام العدد احتمالات أربعة، واختار الثاني وهو أن يجعل الشهر الأول عددياً بإكماله من الرابع ثلاثين^(٤).

فإن الشهر مثل اليوم اسم لقطعة خاصة من الزمان، فإن ألغيت الخصوصية ففي الاثنين، وإلا ففيهما.

ثانياً: أن ما أفاده *تدبر* فيما لو ألغيت الخصوصية، وأخذ بمقدار اليوم،

(١) العروة الوثقى ١: ٥٦٩، باب الحيض، المسألة ٦.

(٢) العروة الوثقى ٣: ٤٧٨، الثاني من قواطع السفر.

(٣) العروة الوثقى ٣: ٥٠٥، الثالث من قواطع السفر.

(٤) العروة الوثقى ٦: ٨٩.

من الالتزام بالاكتفاء بالتلفيق من النهار والليل، فيه:
أنه فرق بين الأمرين؛ فإننا إنما رفعنا اليد عن خصوصية القطعة الخاصة من الزمان لأجل القرينة العامة؛ فإن الأحكام علقت على عنوان اليوم، ثلاثة أو عشرة أو ثلاثين، ووقوع نية الإقامة والتردد والحيض وغيرها في أول اليوم بالدقة في غاية الندرة فنلتزم بكفاية التلفيق، وأما خصوصية النهارية - عندما نلتزم بمقدار اليوم - فلا دليل على رفع اليد عنها.

وبعبارة أخرى: إن الموضوع المأخوذ في جميع الأدلة - بعد ملاحظة القرينة - هو مقدار اليوم، سواء انطبق على اليوم الحقيقي، كأن وقع الحدث مقارناً لمبدأ اليوم، أو تحقق بالملفّق من نهارين، وأما التلفيق بغير المجانس، كأن يحسب نصف نهار ونصف ليل، فهذا خارج عن كونه نهاراً ويوماً، فالقرينة العامة إنما اقتضت الحمل على النهار الملفّق، لا على الملفّق من النهار والليل، وقد وقع الخلط بين هذين.

ثالثاً: أنه قدّّر قال فيما لو وقع العقد في أثناء النهار: (فإن كان ما مضى منه قليلاً بحيث يصدق اليوم الكامل على باقيه، فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً)^(١).

ويرد عليه: - مضافاً إلى النقض بالالتزام حينئذ بذلك في المد والكر،

(١) حاشية السيد على المكاسب ٢: ٤٤٢.

وجميع أسماء الأوزان والمقادير والشهور المأخوذة موضوعاً في الأحكام، ولا خصوصية لليوم - أن القاعدة في الفقه قائمة على أن تؤخذ المفاهيم من العرف، وأما تطبيق المفهوم على مصاديقه فبالدقة العقلية، فمفهوم اليوم هو القطعة الخاصة من الزمان، المبتدأة من طلوع الفجر أو طلوع الشمس والمنتية بغروبها، ومع نقصانها عن هذا الحد ولو بمقدار يسير تخرج عن كونها يوماً كاملاً، والتسامح في ذلك تسامح في تطبيق المفهوم، وهو غير مغتفر إلا على قول من يقبل التسامح العرفي في التطبيقات، وهو مبنى ضعيف.

وحاصل الكلام:

أن ما أفاده المشهور من كفاية التلفيق في ثلاثة أيام الخيار تام، لا إشكال فيه، وما أفاده العلمان في محل المنع.

المسألة الخامسة: حكم ما لو وقع البيع بين الطلوعين، أو في أول طلوع الشمس

فهل الخيار ينتهي بغروب اليوم الثالث، أو يستمر إلى وقت حصوله من اليوم الرابع؟

والكلام في هذه المسألة يبتني على الخلاف في مبدأ اليوم، فهل هو طلوع الفجر أو طلوع الشمس؟ فإن اخترنا الثاني فالخيار ينتهي بغروب اليوم الثالث، وإن اخترنا الأول فلا بد من التلفيق بمقداره من اليوم الرابع، فلا بأس بعطف عنان الكلام إلى البحث في تحقيق تلك المسألة؛ لأهميتها في المقام وفي غيره، فنقول متوكئين على الله تعالى:

إن محل البحث في ما بين الطلوعين، هل هو داخل في النهار، أو في

- الليل، أو ليس جزءاً من أحدهما كما يستفاد من بعض الروايات؟^(١).
- ومع غض النظر عن الاحتمال الثالث، فالمحتملات الثبوتية خمسة:
- ١- إن اليوم حقيقة في ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس.
 - ٢- إنه حقيقة في ما بين طلوع الشمس وغروبها.
 - ٣- إنه مشترك معنوي بينهما.
 - ٤- إنه مشترك لفظي بينهما.
 - ٥- إن اليوم الشرعي هو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، واليوم العرفي ما بين طلوع الشمس إلى غروبها.
- أما الاشتراك المعنوي فهو غير معقول؛ إذ يرد عليه ما يرد على التخيير بين الأقل والأكثر، فكما أنه لا يعقل التخيير بينهما؛ لتحقق الواجب بالأقل دائماً، فكذلك لا يمكن الوضع لهما بنحو الاشتراك؛ لتحققه بالأقل دائماً^(٢).

(١) كما ورد في الكافي الشريف ٨: ١٢٣ في حديث نصراني الشام، وفيه: (..ثم قال: يا عبد الله، أخبرني عن ساعة ما هي من الليل ولا من النهار أي ساعة هي؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: « ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس »، فقال النصراني: فإذا لم تكن من ساعات الليل ولا من ساعات النهار فمن أي الساعات هي؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: « من ساعات الجنة، وفيها تفيق مرضانا ».

(٢) ربما يقال بالفرق بين التخيير بين الأقل والأكثر وبين الوضع للأقل وللأكثر، بنحو الاشتراك المعنوي، إلا أن يقال بأنه لا ثمره له؛ إذ متى ما طلب العنوان تحقق بفردته الأقل

فيتردد الأمر بين الاحتمالات الأربعة الأخرى، ومقتضى الظهور العرفي، وكلمات اللغويين أن اليوم اسم لما بين طلوع الشمس وغروبها^(١)، فمتى استأجر الأجير يوماً كان اليوم من طلوع الشمس

دائماً.

(١) ففي العين: (اليوم مقداره من طلوع الشمس إلى غروبها).

وفي لسان العرب: (اليوم معروف مقداره من طلوع الشمس إلى غروبها).

ولكن أفاد العلامة المجلسي تتأ في البحار ٨٠ : ٧٤ - ٧٥ بما لا يخلو ذكره عن فائدة فلا بأس بنقله، قال: (اعلم أن بعض أصحابنا في زماننا جددوا النزاع القديم الذي كان في بعض الأزمان السابقة واضمحل لوضوح الحق فيه واتفق الخاص والعام فيه على أمر واحد، وهو الخلاف في معنى الليل والنهار شرعاً، وعرفاً بل لغة: هل ابتداء النهار من طلوع الفجر أو طلوع الشمس، وعندنا أنه لا يفهم في عرف الشرع، ولا في العرف العام، ولا بحسب اللغة من اليوم أو النهار إلا ما هو من ابتداء طلوع الفجر، ولم يخالف في ذلك إلا شردمة قليلة قد انقرضوا).

ونقل عن الشيخ الطبرسي تتأ قوله: (فأما كلمات القوم فقال الشيخ الطبرسي رحمته في مجمع البيان في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ وَعَدْنَا مُوسَىٰ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ﴾ ، الليلة من غروب الشمس إلى طلوع الفجر الثاني، واليوم من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس، ولم يذكر لهما معنى آخر).

وقال في ص ٧٦: (وقال الشيخ في الخلاف: الفجر الثاني هو أول النهار وآخر الليل، فينفصل به الليل من النهار، وتحل به الصلاة ويحرم به الطعام والشراب على الصائم، وتكون صلاة الصبح من صلاة النهار، وبه قال عامة أهل العلم..).

وقال في ص ٨٠: (وذكر أكثر الأصحاب كالمحقق في المعبر، والعلامة في المنتهى، والشهيد الثاني، وسبطه قدس الله أرواحهم في تعليل أن غسل الجمعة وقته ما بين طلوع الفجر إلى زوال الشمس: بأن الغسل وقع مضافاً إلى اليوم، وهو يتحقق بطلوع الفجر،

عندهم، وإلحاق ما بين الطلوعين في الأحكام الشرعية يحتاج إلى دليل، كما هو الحال في الصوم.

رأي المحقق الرشتي في معنى اليوم ومناقشته

وذهب المحقق الرشتي ^{تقديراً} إلى أن اليوم يطلق لغة وعرفاً على كل من الأمرين، أي ما بين طلوع الفجر إلى الغروب، وما بين طلوع الشمس وغروبها^(١).

ويشكل إثبات كلامه من كتب اللغة المعتمد عليها. نعم، جاء أن معناه من حين طلوع الفجر في بعض كتب اللغة، ولكن الظاهر أن

وكذا في غسل العيدين وعرفة وغيرها مما علق باليوم، وهم كانوا أهل اللسان، عارفين باللغة والاصطلاح والعرف).

وقال في ص ٨١ - ٨٢: (وقال أحمد بن محمد بن علي المقرئ في المصباح المنير: الليلة من غروب الشمس إلى طلوع الفجر، وقال: النهار في اللغة من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وهو مرادف لليوم، وفي حديث إنما هو بياض النهار وسواد الليل ولا واسطة بين الليل والنهار، وربما توسعت العرب فأطلقت النهار من وقت الإسفار إلى الغروب، وهو في عرف الناس من طلوع الشمس إلى غروبها، وإذا أطلق النهار في الفروع انصرف إلى اليوم، نحو: صم نهاراً واعمل نهاراً).

ولا يخفى أنه لا منافاة بين ما أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - هنا وما ذكره في فتواه في المنهاج ١: ١٤٧، في التعليق على المسألة ٥٠٢؛ حيث قال: (الأحوط وجوباً احتساب الليل - في المقام - من الغروب إلى طلوع الفجر الصادق)؛ وذلك لوجه مذكور في محله.

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٥٢ - ٢٥٣.

المذكور في أكثر الكتب: من طلوع الشمس.

فما في أكثر الكتب المعتبرة موافق لما عند العرف من أنه من حين طلوع الشمس.

ثم قال: باشتهار استعماله في ما بين طلوع الفجر إلى الغروب، فعلى القول بالاشتراك اللفظي تكون الشهرة قرينة معينة للمراد، وموجبة لانصراف لفظ اليوم في الأدلة إلى هذه الحصة، ويحكم حينئذ بامتداد الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع.

وأما على القول بالحقيقة والمجاز فهنا صورتان:

الأولى: أن يقال بأن المعنى الحقيقي لليوم هو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، ولا شبهة - حينئذ - في الحكم بامتداد الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع.

الثانية: أن يقال بأن المعنى الحقيقي لليوم هو ما بين طلوع الشمس وغروبها، فتكون قرينة الشهرة معارضة لأصالة الحقيقة، فيكون اليوم مجملاً، فالمرجع - حينئذ - هو الأصل العملي، ومقتضى الاستصحاب الحكم ببقاء الخيار إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع^(١) ^(٢).

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٥٣.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - على سؤال بما يصلح توضيحاً للمطلب، فقال: إن معنى التمسك بأصالة الحقيقة أنه إذا كان للفظ معنى حقيقي وآخر مجازي، وأطلق المتكلم كلامه ولم يعلم مراده أي المعنيين يحمل على المعنى الحقيقي، ولكن الحمل عليه إنما يكون مع عدم المزاحم، وشهرة الاستعمال في المعنى المجازي تمنع من الحمل

وفي كلامه تتدُّ مواقع للنظر:

الأول: إن المراد من الشهرة هي اشتهار استعمال اللفظ في أحد المعنيين الموضوع لهما، على القول بالاشتراك اللفظي، وفي المعنى المجازي على القول بالحقيقة والمجاز، حسب الفرض، والشهرة على ثلاثة أقسام؛ لأنها قد تبلغ حداً يهجر فيه المعنى الحقيقي على فرض الحقيقة والمجاز، أو المعنى الآخر على فرض الاشتراك، وقد لا تبلغ الشهرة إلى هذا الحد، وعلى الثاني، تارة يصدق على المجاز أنه مشهور، وأخرى لا يبلغ لهذه الدرجة أيضاً.

ومقتضى القاعدة في هذه الأقسام أنه إن كانت الشهرة بالنحو الأول كان اللفظ قابلاً للمعنى الذي قامت عليه الشهرة، وانصرف إلى المعنى المشهور؛ وذلك لأن الشهرة بلغت حداً توجب التشكيك في صدق المعنى الحقيقي عرفاً.

وإن كانت بالنحو الثاني - وهو ما إذا لم تبلغ إلى حد هجران المعنى الأول، ولكن بلغت إلى حد المجاز المشهور - كان اللفظ مجملاً ولم تجر أصالة الحقيقة.

وإن كان بالنحو الثالث، أي لم تصل الشهرة إلى حد المجاز المشهور كان المرجع أصالة الحقيقة، هذا مقتضى القاعدة^(١).

على المعنى الحقيقي، وهذا معنى معارضة قرينة الشهرة للمعنى الحقيقي.

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن طبع القضية أن يكون

الثاني: إن شهرة استعمال اليوم في ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس إما أن تصل إلى حد القرينية أو لا، فعلى الثاني لا تكون معيّنة للمراد في الاشتراك اللفظي، ولا موجبة للانصراف إلى الحصة في الاشتراك المعنوي بناء على قبوله وغيض النظر عن الإشكال فيه، ولا معارضة للمعنى الحقيقي.

وعلى الأول فلا محصل للتفصيل بين الاشتراك اللفظي والحقيقة والمجاز بحيث تكون معيّنة للمراد في الأول، ومعارضة للمعنى الحقيقي في الثاني، بناء على أن معناه الحقيقي هو ما بين طلوع الشمس وغروبها؛ وذلك لتقديم القرينة على المعنى الحقيقي دائماً، فلا معارضة بين الشهرة وبينه.

استعمال اللفظ في المعنى المجازي مقارناً للقرينة، واستعماله مع القرينة كثيراً لا يؤثر في حمل اللفظ على المعنى الحقيقي عند الإطلاق، ولكن كثرة الاستعمال أمر تدريجي، فإذا بلغت إلى مرحلة استغني فيها عن القرينة، وهجر المعنى الحقيقي كان ذلك موجباً للتشكيك في الصدق فلا يحمل عليه، كما في ما لا يؤكل لحمه؛ فإنه موضوع لكل ما لا يؤكل لحمه، ولكن يستعمل كثيراً في ما لا يؤكل لحمه من سائر الحيوانات غير الإنسان، بحيث وصل إلى مرحلة التشكيك في صدقه على الإنسان، وكما في لفظ الغائط؛ فإنه موضوع للمحل، وهو المكان المظلم من الأرض، ثم استعمل في المعنى المعروف؛ لأن الإنسان عندما يريد قضاء الحاجة يقول: سأذهب إلى الغائط، أو جئت من الغائط، واشتهاره في المعنى الجديد أوجب التشكيك في صدقه على المعنى الأول، فينصرف اللفظ عند الإطلاق إلى المعنى الجديد.

وإذا اشتهر واستغني عن القرينة ولم يصل إلى درجة هجران المعنى الأول كان اللفظ عند الإطلاق مجملاً.

وبعبارة أخرى: إن لم تكن الشهرة قرينة فليست معيّنة في المشترك اللفظي، ولا معارضة في الحقيقة والمجاز، وإن كانت قرينة فهي معيّنة للمراد في الأول، ومقدمة على المعنى الحقيقي في الثاني؛ فإن الرجوع لأصالة الحقيقة إنما يكون مع عدم القرينة على المجاز، فلا وجه للتفصيل.

الثالث: أنه إذا قلنا ببلوغ كثرة الاستعمال وشهرته إلى حد القرينية، فالقرينة حاکمة على ذیها دائماً، فأصالة الظهور في (يرمي) حاکمة على أصالته في (الأسد)، فلا تعقل المعارضة بين القرينة وبين أصالة الحقيقة، وإلا لاستلزم القول بالتعارض بين الحاکم والمحكوم، وهو باطل.

الرابع: أنه تُدْرَأُ أفاد في صورة الإجمال بعد تعارض أصالة الحقيقة والشهرة أن المرجع استصحاب الخيار؛ وذلك لأن العقد لو وقع عند طلوع الشمس، فإن كان مبدأ اليوم طلوع الشمس فالخيار ينتهي عند غروب الشمس من اليوم الثالث، وإن كان طلوع الفجر فالخيار يستمر إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع، ومع الإجمال يشك بعد غروب الشمس من اليوم الثالث في بقائه وارتفاعه فيستصحب بقاؤه.

وفيه: أن المورد من موارد الرجوع إلى عموم العام، لا إلى استصحاب حكم المخصص؛ لدوران أمر المخصص المجمل بين الأقل والأكثر؛ لأن المبدأ إن كان هو طلوع الفجر كانت مدة الخيار أكثر من ما لو كان المبدأ

طلوع الشمس، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، ويتمسك في الأكثر بعموم العام، وهو هنا ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فيتمسك بها بعد غروب الشمس من اليوم الثالث.

نعم، هذا الإشكال مبني على المختار عند دوران الأمر في المخصص المجمل بين الأقل والأكثر، وأما على مبني من يرى أن المرجع فيه هو استصحاب حكم المخصص؛ لخروج الفرد من تحت العموم فلا يعود، فلا يرد، وتحقيقه في محله من تنبيهات الاستصحاب.

والنتيجة من ذلك كله:

أولاً: أنا لا نسلم بأن كثرة الاستعمال بلغت حدَّ القرينية لكي ترفع اليد عن أصالة الحقيقة في لفظ اليوم.

ثانياً: سلّمنا بلوغها حدَّ القرينية فيكون مقتضى القاعدة الحمل على المعنى المجازي.

ثالثاً: سلّمنا الإجمال إلا أن المرجع - حيثئذ - عموم العام، لا الاستصحاب.

ويترتب على ذلك انتهاء الخيار بغروب اليوم الثالث.

مسألة: مسقطات خيار الحيوان

يسقط هذا الخيار بأمور:

الأول: إسقاطه بعد العقد.

الثاني: اشتراط سقوطه في العقد.

وقد تقدم الكلام فيهما في خيار المجلس، فلا نعيد، وملخصه في المقام: أن خيار الحيوان من جملة الحقوق، ويمتاز الحق عن الحكم بقابليته للإسقاط، فيصح المسقط الأول، كما أن شرط السقوط يبتني على أمرين:

١- قابلية حق الخيار للإسقاط.

٢- عموم أدلة الشروط.

وحق الخيار قابل للإسقاط كما ذكرنا، فشرط سقوطه شرط مشروع، فيشملة عموم « المؤمنون عند شروطهم »^(١).

شرط سقوط الخيار في بعض وقته

نعم، في المسقط الثاني بحث من جهة واحدة أشار لها الشيخ تقي بقوله: (ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة، ولا بأس به)^(٢).

وفي المراد من (البعض) احتمالان:

الاحتمال الأول: أن يراد به بعض المبيع.

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) المكاسب ٥: ٩٧.

وأراد من البعض المصرح هو السيد العاملي تقي في مفتاح الكرامة ١٤: ١٨٧ حيث قال: (وكذا يصح اشتراط سقوط بعضه، فيسقط ما شرط سقوطه، يوماً أو أكثر أو أقل. كل ذلك في العقد، لا قبله على ما مرّ بيانه).

الاحتمال الثاني: أن يراد به بعض أزمنة أيام الخيار.

أما الأول فلا دليل على صحته؛ لأن الخيار اعتبار شرعي، حتى في الخيارات العقلائية، كخيار العيب والغبن؛ فإنها تحتاج إلى إمضاء منه، فضلاً عن التأسيسية، كخيار المجلس والحيوان، كما هو واضح، وفي كليهما لا دليل يدل على ثبوت الخيار في بعض المتاع دون بعض.

وعلى فرض الشك في ثبوته فالمرجع أصالة اللزوم؛ كما هو مقتضى الأصل اللفظي وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، والأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك لو أعمل الخيار.

هذا من جهة الدليل، وعلى فرض الشك، كأن يشك في الفسخ بالنسبة إلى بعض الحيوان، ونفوذه في البعض الآخر، فهو يرجع إلى نحو الجعل، فهل جعل لكل خاصة، أو للأعم منه ومن البعض؟ ومقتضى الأصل الاقتصار على القدر المتيقن.

تفصيل المحقق الخراساني ومناقشته

وأما الاحتمال الثاني فنفي الشيخ تدئ عنه البأس، ولكن المحقق الخراساني تدئ ناقش في إطلاقه، وذهب إلى القول بالتفصيل؛ حيث أفاد: عدم البأس فيه في ما لو شرط سقوطه من الأول أو من الأخير، وأما لو شرط سقوطه من الوسط بحيث يبقى طرفاه فلا يصح إلا إذا كان الخيار بحسب امتداده حقوقاً متعددة، وتكون الثلاثة الأيام ظرفاً لها، وأما إذا

(١) سورة المائدة: ١.

كان حقاً واحداً، وإضافة خاصة مستمرة، كالملكية والزوجية، فيسقط بتمامه إن أسقط من وسطه؛ ضرورة أنه ينعدم بالإسقاط في اليوم الثاني، فإن أرجع في اليوم الثالث نفس ذلك الحق كان من إعادة المعدوم، وهو محال، وإن كان حقاً جديداً فيحتاج إلى دليل^(١).

والتحقيق في ما أفاده **تثبُتُ** - ومنه يظهر حكم المسألة - يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن حقيقة الخيار كما تقدم^(٢) عبارة عن (ملك فسخ العقد) على مبنى، و (ملك إقرار العقد وإزالته) على مبنى آخر، فهو حق متعلقه حلّ العقد الواقع، وإضافته إلى الثلاثة الأيام من الإضافة إلى ظرف الوجود، كما يفصح عنه التعبير بـ «المشتري بالخيار ثلاثة أيام»؛ فإنه بيان لأمده، كما أن أمد خيار المجلس ينتهي بالافتراق، وهذا الحق - الذي هو عبارة عن السلطنة على حلّ العقد أو ملك فسخه - إضافة اعتبارية كالزوجية والملكية وسائر الوضعيات الاعتبارية.

المقدمة الثانية: إن حقيقة الإسقاط هو (إنشاء عدم الحق)، فإن كان الحق واحداً بسيطاً، ليست له أفراد ولا أجزاء، فلا يقبل تعدد الإسقاط، وإن كان ذا أفراد تعدد أفراد، وإن كان ذا أجزاء تعدد أجزاء؛ فإن المركب قابل للتبعيض، فيمكن إسقاط البعض، وإثبات الآخر، بلا

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٧٤.

(٢) تقدم في الجزء الأول من هذا الكتاب: ١٤.

فرق بين المركبات الاعتبارية والخارجية.

إذا اتضحت المقدمتان، فالخيار - على أي مبنى كان - حقيقة اعتبارية بسيطة لا أجزاء له، فلا يقبل التبعض من هذه الجهة.

وأما من حيث الأفراد، فإن كان المجمعول حقوقاً وخيارات متعددة بحسب تعدد آتات الأيام الثلاثة، فيقبل التبعض مطلقاً، سواء أكان من الأول، أم من الوسط، أم من الأخير، فيمكن إسقاط بعضها، وإبقاء الأخرى، ولا تنافي بينهما.

وإن كان المجمعول حقاً واحداً فهو غير قابل للتبعض مطلقاً، وظاهر الأدلة أن المجمعول لـ (صاحب الحيوان) أو (المشتري) حق واحد، لا متعدد.

وبهذا تتضح المناقشة في ما أفاده المحقق الخراساني تذئ؛ فإنه يرى وحدة الحق، وعدم تعدده أفراداً ولا أجزاءً، فكيف يعقل التبعض في الإسقاط، بحيث يمكن أن يسقط بشرط سقوطه في الأول والأخير دون الوسط؟!

مناقشة ما أفاده الشيخ

وأما ما أفاده الشيخ تذئ من نفي البأس عن صحة شرط سقوط بعضه فيظهر منعه مما تقدم؛ فإن الخيار وإن كان مستمراً في طول الأيام الثلاثة إلا أنه واحد، ظرفه الثلاثة، لا متعدد، فمتى سقط في آن سقط بالكامل.

دليل المحقق السيد الخوئي على صحة شرط التبويض ومناقشته

وأما ما استدل به المحقق السيد الخوئي **تدُّ** على صحة إسقاط بعضه من حيث الزمان، من إطلاق أدلة ثبوت الخيار؛ فإنها تشمل الآن القليل من الزمان، أي أن الأدلة تشمل المبيع إذا كان حيواناً في كل آن وزمان^(١).

ففيه: أن الإطلاق عارض على الموضوع، لا معيّن له، فالخيار بمقتضى الإطلاق ثابت إلى ثلاثة أيام، وأما أن هذا الثابت واحد أو متعدد، فالإطلاق لا يتكفله، وإنما يرجع فيه إلى ما يستفاد من الأدلة، والظاهر منها - كما تقدم - وحدة الخيار لا تعدده، فلا يقبل التبويض.

دليل السيد اليزدي ورده

وذهب السيد اليزدي **تدُّ** إلى صحة هذا الشرط؛ لعموم أدلة الشروط، بناء على أن حق الخيار وإن كان وحدانياً إلا أنه بمنزلة الحقوق المتعددة باعتبار الأيام والساعات.

ثم قال: ولو كان متعلق الشرط عدم الفسخ فأمر جواز تبويضه **أظهر**^(٢).

وما أفاده في محل المنع؛ والذي ينبغي أن يقال: إن متعلق الشرط تارة

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٩٣.

(٢) حاشية السيد اليزدي **تدُّ** على المكاسب ٢: ٤٤٤.

يكون (عدم الفسخ) فلا شبهة في صحته بدون الحاجة إلى كونه أظهر؛ لأن الفسخ أمر سائغ لذي حق الخيار، والشرط الذي يمكن تعلق الالتزام به، ولا مانع منه شرعاً، نافذ، ولكن أثره عدم الفسخ، ولا ربط له بالحق نفسه.

وأخرى يكون المتعلق (سقوط الخيار)، ومع اعترافه بأن الخيار واحد، فتصحيحه بتنزيله منزلة المتعدد يحتاج إلى دليل تعبدي يثبت التنزيل، كسائر موارد التنزيل، كما في « الطواف بالبيت صلاة »؛ وذلك للتقابل بين الواحد والمتعدد، ومراتب الأعداد متضادة، ولا يمكن اجتماعهما في شيء واحد، فتنزيله منزلته يتوقف على دليل خاص ولا دليل عليه^(١).

محاولة المحقق الأصفهاني للتصحيح

وحاول المحقق الأصفهاني تذكُّر تصحيح هذا الشرط، وحاصل ما أفاده: أن الأيام متعلقة بحل العقد، فيلاحظ الحل بنحوين:
الأول: أن يلاحظ بنحو الحركة القطعية، أي كون الشيء في كل آن في حد من المسافة، فيتعدد الحل بحسب الآتات؛ إذ لوحظ الحل متعدداً

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن الخيار واحد باعتراف السيد نفسه تذكُّر، فالثلاثة الأيام امتداد لعمره، وبيان لظرف امتداده، وكون مدة عمره هذه المدة لا يقتضي تعدده، كما هو الحال في الإنسان الذي عمره سبعون سنة؛ فإنه لا يتعدد بتعدد سني عمره، وحينئذ فتنزيل الخيار الواحد منزلة الخيارات المتعددة باعتبار الأيام والساعات لا يعقل إلا بالتعدد، وهو مفقود في المقام.

بحسب قطعات الزمان، فيكون الحق المتعلق بتلك الأفراد متعدداً.

الثاني: أن يلاحظ الحلّ بنحو الحركة التوسّطية، وهي كون الشيء بين المبدأ والمنتهى، فحق الحلّ هو الطبيعي بينهما، وهو واحد كوحدة متعلقه، وإن كان قابلاً للانطباق على كل فرد فرض من الحلّ في الخارج.

ثم اختار وحدة الحق جعلاً وإنشاءً، وتعدده تحليلاً، واستظهر جواز إسقاطه في اليوم الأول أو الثاني فقط.

ثم نقل عن العلامة قوله في التذكرة: (لو شرط خيار ثلاثة أيام ثم أسقط اليوم الأول سقط خاصة، وبقي الخيار في الآخرين)^(١)، وعلّق عليه بقوله: (ولا فرق بين خيار الشرط وخيار الحيوان في الوحدة والتعدد)^(٢).

مناقشة محاولة المحقق الأصفهاني

والمهم في كلامه ما اختاره من وحدة الحق جعلاً وإنشاءً، وتعدده تحليلاً، فنقول في الجواب عنه:

إنه لا شبهة في أن النسبة بين الجعل والمجعول هي نسبة المصدر إلى اسمه، فهما واحد حقيقة، متعددان اعتباراً، كالنسبة بين الإيجاد

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٥١.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٦٦ - ١٦٧.

والوجود؛ فإنه عينه، إلا أنه إذا لوحظ الوجود منتسباً إلى الموجد كان إيجاداً، وإذا لوحظ غير منتسب له كان وجوداً، فبما أن الجعل واحد باعتباره، وهو والمجعول متحدان حقيقة وواقعاً، ومتعددان اعتباراً، فالمجعول - وهو الخيار - يكون واحداً، فكيف يتصور تعدده بالتحليل؟! لا يقال: بأن الجعل في القضايا الحقيقية الشرعية واحد، والمجعول متعدد، فيجعل بإنشاء واحد أحكام متعددة، فيكون الإنشاء واحداً والمنشأ متعدداً، والنسبة هي النسبة.

لا يقال: بأن الجعل في القضايا الحقيقية الشرعية واحد، والمجعول متعدد، فيجعل بإنشاء واحد أحكام متعددة، فيكون الإنشاء واحداً والمنشأ متعدداً، والنسبة هي النسبة.

لأنا نقول: مع غض النظر عن الإشكال في باب الجعل في القضايا الحقيقية وأنه بأي نحو، وكيف الجمع بين ما ذكر في ذلك الباب وبين قاعدة اتحاد الجعل والمجعول حقيقة ووجوداً وتعددهما اعتباراً؛ فإنه من عويصات المسائل، ولم نعقد المقام لرفع هذا الإشكال إلا أنا نقول في الجواب بما يرتبط بالمقام:

إنه على فرض تسليم وحدة الجعل في القضايا الشرعية إلا أنه لا يتنافى مع تعدد المجعول؛ وذلك لأن التعدد لا يكون إلا بتعدد الموضوع أو المتعلق؛ وأما مع وحدتهما ووحدة الجعل فلا يعقل تعدد المجعول، والموضوع أو المتعلق في القضايا الحقيقية متعددان بتعدد أفرادهما؛ فإن قضية (الخمر حرام) جعلت بإنشاء واحد، ولكن الحرمة متعددة بتعدد أفراد الموضوع - أي الخمر - في الخارج، وقضية (أكرم العالم) يتعدد فيها وجوب الإكرام بتعدد أفراد المتعلق وهو الإكرام؛ إذ أخذ بنحو مطلق الوجود، وأما مع وحدة الموضوع والمتعلق فيستحيل تعدد المجعول مع

كون الجعل واحداً.

وأما ما نحن فيه فالجعل والإنشاء واحد - حسب اعترافه - فإن كان الموضوع أو المتعلق متعدداً تعدد المجعول وهو الخيار، وأما مع عدم تعدد أحدهما فلا، والموضوع واحد، والمتعلق - وهو حل العقد - واحد؛ لاستحالة أن يتعدّد الحلّ للعقد الواحد، فيستحيل أن يتعدد المجعول، فمن أين صار الخيار متعدداً تحليلاً؟^(١)

ونتيجة البحث: أنه إذا ثبت من خلال الأدلة تعدد الخيارات صحّ تعدد الإسقاط؛ إذ يتبع تعدد الثابت، وأما إذا كان الخيار واحداً كما هو المستفاد من الأدلة، ولم يكن متعلقه متعدداً، فلا يصح التبويض في الإسقاط، كأن يسقط بعض الخيار دون بعض.

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: إن الخيار الواحد يقبل التعلق في كل آن، ولكن الحلّ واحد، فالعقد المنشأ واحد، والخيار المجعول واحد، والثلاثة الأيام ظرف لمدة السلطنة على حلّ العقد وفسخه، فبالإمكان أن يفسخ في كل آن من آتات الأيام الثلاثة بدون أن يتعدد الخيار أو الفسخ، كما هو الحال في الصلاة بين الزوال والغروب؛ فإن الصلاة الواجبة المتعلق بها الوجوب الواحد واحدة، ولكن يمكنك أن تصلّيها في الآن الأول وفي الآن الثاني إلى وقت الغروب، فما بين الزوال والغروب ظرف لوقوع متعلق الوجوب الواحد، والبناء العقلاني في الخيارات على هذا، فليس عندهم في خيار الغبن خيارات متعددة، بحيث يكون لكل آن خيار، بل الخيار واحد وأناته متعدّدة.

المسقط الثالث: التصرف

لا خلاف ولا إشكال في إسقاطه في الجملة، وإنما الكلام في تحديد المراد منه، وحق البحث أن يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة

لا شبهة في كون الإسقاط من جملة الإيقاعات، والإيقاعات أمور إنشائية، كالنذر والعهد والشرط والطلاق، والفقهاء والأصوليون وإن اختلفوا في معنى الإنشاء على أقوال:

- ١- ما اختاره المشهور من أنه عبارة عن إيجاد العنوان الإنشائي في وعاء الاعتبار بالتسبيب بالقول أو بالفعل.
 - ٢- أنه الاعتبار المبرز بالقول أو بالفعل.
 - ٣- أنه إيجاد المنشأ بوجود لفظي.
- إلا أنهم يتفقون على عدم تحقق الإنشاء مطلقاً - عقداً أم إيقاعاً - إلا بأمرين:

الأول: أن يكون ما به الإنشاء - قولاً أو فعلاً - صالحاً له.

الثاني: أن يقصد به الإنشاء.

وعليه فمقتضى القاعدة الأولية وقوع كل عنوان من العقود والإيقاعات بالفعل كوقوعه بالقول فيما وجد فيه الشرطان، فيشترط في التصرف المسقط هذان الأمران، فلا يكون مسقطاً إلا إذا كان فعلاً من الأفعال الصالحة للدلالة على الإسقاط عرفاً، وكان المتصرف قاصداً له، وبدون

ذلك لا يتحقق الإسقاط، إلا أن يقوم دليل تعبدي على تحققه.

والحاصل: فإن الفعل كالقول في تحقق الإنشاء به إن اشتمل على

الشرطين المتقدمين، إلا أن يقوم دليل في مورد خاص على اختصاص الإنشاء بالقول، أو على تحقق الإنشاء بمطلق الفعل.

رأي المحقق النائيني في خروج بعض الأفراد عن القاعدة ورده

وذهب المحقق النائيني ^{تدئ} إلى أن خروج بعض العقود كالصلح والضمان والحوالة، وبعض الإيقاعات كالطلاق والعتق من تحت القاعدة الأولية ليس للتعبد الشرعي، وإنما لعدم وجود ما يحقق هذه العناوين من الأفعال عرفاً، أي لعدم كون الفعل آلة عرفية لإيجادها^(١).

وفيه: إشكال، بل منع؛ فإن الأمر الإنشائي والاعتباري مطلقاً يقبل التحقق بالقول وبالفعل، والفعل كما له القابلية لأن يُنشأ به البيع والإجارة عرفاً، فله القابلية لإنشاء الصلح، فكما أنه يمكن حصول تملك العين أو المنفعة بالمعاطاة في البيع والإجارة، فكذلك يمكن حصوله بها في الصلح، كما لو وقع الاختلاف بينهما فتسالما على ملكية الدار، فيعطيه إياها قاصداً بذلك التملك صلحاً، بل يجري ذلك حتى في النكاح، فلو بني على إنشاء الزوجية بين الرجل والمرأة بوضع الخاتم في يد الزوجة لما كان في ذلك محذور عرفاً، ولهذا ورد: « لكل قوم نكاح »^(٢)؛ فإنه

(١) منية الطالب ٣: ٦٧.

(٢) جامع أحاديث الشيعة ٢١: ١٦٤، الباب ٧٤ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

يعمُّ القول والفعل؛ والوجه في كل ذلك: أن الأمر عند العرف العام لا يدور مدار اللفظ والصيغة الخاصة، بل يحصل بكل ما يدل عليه، ولكن المانع من ذلك هو التعبد الشرعي؛ إذ اعتبر اللفظ في إنشاء النكاح.

وهكذا الحال في الإيقاعات كالعتق والطلاق؛ فإنه يمكن إنشاؤهما بالفعل عرفاً إلا أن الشارع اشترط اللفظ الخاص في وقوعهما.

والحاصل: أن الأصل الأولي في العقود والإيقاعات مطلقاً هو قابليتها للتحقق بالقول وبالفعل، ولكن ليس كل قول، ولا كل فعل، بل ما فيه آية عرفية للإنشاء بهما، إلا إذا قام الدليل التعبدي على الاختصاص بالقول، والردع عن الفعل.

والنتيجة من ذلك: أن مقتضى القاعدة في ما نحن فيه هو سقوط الخيار بالتصرف الصالح عرفاً لإبراز الالتزام بالبيع وإمضائه، مع قصده لذلك، وأما التصرف الذي ليست فيه تلك القابلية، أو لم يقصد به الإمضاء، فالقاعدة على عدم سقوط الخيار به.

المقام الثاني: في استفاد من الروايات

وردت في المقام ثلاث روايات:

الرواية الأولى: صحيحة ابن رثاب، ففي الوسائل: محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن علي بن رثاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط»، قيل له:

وما الحدث؟ قال: « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ... الحديث »^(١).

فقه الحديث

ولا بدّ من التأمل في مفردات الحديث لاستكشاف ما أفاده الإمام عليه السلام، فنقول: إن الحديث اشتمل على نقاط ثلاث:

النقطة الأولى: بيان خيار الحيوان، فقال عليه السلام: « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط »، والمراد من الشرط هو الخيار، سواء اشترطه المشتري لنفسه أو لا، فيستفاد من ذلك أن خيار الحيوان شرط شرعي، لا معاملي؛ وذلك لأن الخيارات على أقسام ثلاثة:

الأول: الخيار الثابت بالشرط الارتكازي العقلاني، وعمل الشارع فيه هو الإمضاء ليس إلا، كخيار الغبن والعيب؛ فإن البناء العقلاني قائم على تساوي طرفي المعاملة في المالية، وعلى سلامة العوضين، فإذا كان في المعاملة غبن فاحش، أو كان في أحد العوضين عيب، فبناء العقلاء على ثبوت السلطنة على الفسخ للمغبون، ولمن أخذ المعيب.

الثاني: الخيار الثابت بالشرط الشخصي، ويسمى خيار الشرط، وله موردان:

١- أن يشترط أحد المتعاملين فعلاً أو وصفاً، فيتخلف الشرط فيثبت

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

الخيار للمشروط له.

٢- أن يشترط الخيار لنفسه، فيكون متعلقاً الشرط هو نفس الخيار.

الثالث: الخيار الثابت بحكم الشارع، وقد عبّرت عنه الرواية بالشرط، وهو خيار المجلس والحيوان.

النقطة الثانية: بيان المسقط لهذا الخيار، فقال **إبيّ**: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط ». والجملة شرطية تشتمل على شرط، وهو (أحدث حدثاً)، وجزاء، وهو إما (فذلك رضا منه)، أو (فلا شرط)، والجملة الأولى تمهيد له، على خلاف سيأتي، والملاحظ أن الإمام **إبيّ** جعل المسقط إحداث الحدث، بينما الموجود في كلمات الفقهاء هو التصرف، فلا بد من ملاحظة النسبة بينهما، فهل هما بمعنى واحد أو متغايران؟ وسيأتي بيان ذلك^(١).

(١) تأكيداً لما أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - نقل بعض كلمات الفقهاء في ذلك:
١- قال العلامة **تتّ** في التذكرة ١١: ٣٥: (إذا ثبت هذا، فإنما يثبت الخيار للمشتري لو لم يتصرف في الحيوان في الثلاثة، فإن تصرف فيه سقط خياره إجماعاً؛ لأنه دليل على الرضا به...).

٢- وقال المحقق الكركي **رحمته** في جامع المقاصد ٤: ٢٩١: (فعلى هذا ركوب الدابة وتحميلها والحلب والطحن تصرف، ولو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط، وليس ببعيد).

٣- وقال الشهيد الثاني **تتّ** في المسالك ٣: ٢٠٠ - ٢٠١: (قوله: « وبصرفه... الخ ». لا خلاف في سقوطه بالتصرف...، وإطلاق التصرف والحدث يشمل الناقل وغيره، بل

مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها، أو حلب ما يحلب، ولبس الثوب وصبغه وقصارته، وسكنى الدار..).

٤- وقال المقدس الأردبيلي تت في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٩٧: (وأما السقوط بالتصرف المعبر عنه في الأخبار بالحدث، فدليله أيضاً الإجماع المدعى في التذكرة، مستنداً إلى ما تقدم في صحيحة علي بن رثاب مع تفسير الحدث - وهو التصرف - باللمس والتقبيل والنظر إلى ما لا يجوز له النظر إليه قبل الشراء).

هذا، ولكن الذي يبدو أن جعل التصرف محل إحداث الحدث نشأ متأخراً، كما يشهد له عبارات المتقدمين، قال الشيخ المفيد تت في كتابه المقنعة؛ في ص ٥٩٢:

(فإن هلك الشيء في مدة الخيار كان من مال البائع إلا أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا بالابتاع، فيكون حينئذ من ماله دون مال البائع بما وصفناه...

ومن ابتاع حيواناً فله فيه شرط ثلاثة أيام، اشترط ذلك أو لم يشترط، فإن هلك الحيوان في مدة هذه الثلاثة الأيام كان من مال البائع، إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً، كما قدمناه). وقال في ص ٥٩٩: (قد بينا فيما سلف: أن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، اشترط ذلك المبتاع أو لم يشترط، فإن هلك في مدة الثلاثة الأيام كان من مال البائع، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا، فيكون هلاكه حينئذ من مال المبتاع دون البائع على ما قدمناه فيما مضى وشرحناه).

وقال أبو الصلاح الحلبي تت في الكافي: ٣٥٣: (والخيار في جميع الحيوان ثلاثة أيام، اشترط أو لم يشترط، وفي الأمة مدة استبرائها، فإن هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا، فيبطل الخيار ويكون هلاكه من ماله).

وقال السيد ابن زهرة تت في الغنية ٢٢١: (وإذا هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا، فيكون هلاكه من ماله). ولعله ابتداء من زمان ابن إدريس رحمته؛ حيث أضاف التصرف إلى إحداث الحدث، فقال

النقطة الثالثة: إن المرجع في تحديد مفهوم الحدث هو العرف العام، كما هو مقتضى القاعدة في موضوعات الأدلة الشرعية، إلا أن السائل سأل الإمام عليه السلام بقوله: (وما الحدث؟)، فيحتمل في سؤاله احتمالان:

الأول: أنه يكشف عن وجود شبهة مفهومية في معنى الحدث في المبيع عند العرف؛ فإن بعض المصاديق وإن كانت داخلة فيه بلا إشكال، كما لو أنعل الدابة أو أخذ من حافرها، أو هدم جزءاً من الدار ثم بناه، أو اشترى القماش وأعطاه الخياط فخاطه، إلا أن بعض الأمور

في ٢: ٢٨٠: (هذا ما لم يحدث المبتاع في هذه المدة حدثاً يدل على الرضا، أو يتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجره تستحق في العرف والعادة، بأن يركب الدابة، أو يستعمل الحمار، أو يقبل الجارية، أو يلامسها، أو يعتقها، أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه، وهو المنذور، أو يكاتبها، أو غير ذلك من أنواع التصرف، فإنه يلزمه البيع، ويستقر عليه... إلى أن قال:

فإن هلك الحيوان في مدة الثلاثة الأيام، قبل أن يحدث المبتاع فيه حدثاً يدل على الرضا بمجرى العادة، كان من مال البائع، دون مال المبتاع، وإن هلك بعد إحداثه الحدث، كان من مال المبتاع، دون مال البائع.)

وقال قبل ذلك في ص ٢٧٧: (هذا ما لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا، في العادة، أو ينقص قيمته بتصرفه.)

وتبعه في نحو التعبير المحقق في الشرائع ٢: ٢٧٦ فقال: (ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبالتزامه بعده، وبإحداثه فيه حدثاً، كوطء الأمة وقطع الثوب، وبتصرفه فيه، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع، أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية.)

ثم جاء من بعدهما العلامة تذلل فاقصر في التعبير على مجرد التصرف كما نقلنا عبارته، وتبعه من بعده.

محل شك كالركوب على الدابة مسافة.

الثاني: أنه يريد معرفة مطابقة المعنى الشرعي للحدث مع المعنى العرفي وعدم مطابقته، فهل كل ما يسميه العرف إحداث حدث فهو كذلك عند الشارع، وكل ما لا يراه كذلك فلا يراه الشارع، أم لا؟ ومن جواب الإمام عليه السلام بقوله: « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » عرفنا أن المعنى الشرعي لإحداث الحدث أوسع دائرة منه عند العرف؛ فإن العرف لا يرى (النظر) من أفراد إحداث الحدث.

الرواية الثانية: معتبرة الصفار، ففي الوسائل: وبإسناده - الشيخ - عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً، من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار، بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »^(١).

فقه الحديث

ظاهر العطف بـ (أو) في سؤال الراوي عندما قال: (بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ)، أن الركوب قسيم لإحداث الحدث وليس منه، فينحصر المسقط - بمقتضى جواب

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

الإمام عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله » -
 بإحداث الحدث، إلا أن يُدعى أن الركوب مصداق منه، وظاهر الرواية
 على خلافه.

والفرق بين الروایتين من جهتين:

الجهة الأولى: إن الموضوع في هذه الرواية في كلام الإمام عليه السلام
 إحداث الحدث بدون التعرض لمصايقه، وأما في الرواية السابقة فقد
 بين عليه السلام جملة من مصايقه بقوله عليه السلام: « إن لامس أو قبل أو نظر منها
 إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ».

الجهة الثانية: إن الرواية السابقة قد اشتملت على « فذلك رضا منه،
 فلا شرط »، دون هذه الرواية.

ولهذه الجهة كانت الرواية السابقة محل إشكال من حيث الدلالة كما
 سيأتي، بخلاف هذه الرواية فلا إشكال في دلالتها إلا من جهة شمول
 إحداث الحدث للركوب وعدمه؛ فإن الإمام عليه السلام لم يتعرض لحكم
 الركوب، إلا أن يقال بأنه داخل في مفهوم « إذا أحدث فيها حدثاً فقد
 وجب الشراء »؛ فإن مفهومه: إن لم يحدث حدثاً لم يجب الشراء، وعدم
 الحدث أعم من ركوب الفراسخ، فلا يسقط الخيار بفعله.

ومقتضى الصناعة الفنية خروج الركوب فراسخ عن معنى الحدث؛
 بدلالة عطفه عليه بـ (أو)، فيدخل في مفهوم الجملة الشرطية: « إذا
 أحدث حدثاً »، فلا يؤثر في سقوط الخيار.

الرواية الثالثة: معتبرة عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) بالسند

السابق عن علي بن رئاب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: « الخيار لمن اشترى ».. إلى أن قال. قلت له: رأيت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: « إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمته »^(١).

والسؤال فيها عن سقوط الخيار بالقيام بأمر خاصة، فأجاب الإمام عليه السلام بسقوطه بالأمر الثلاثة المذكورة، والملاحظ أن ما في ذيل الرواية الأولى بيان لما في صدرها، وأن ما في الرواية الثالثة عين ما في ذيل الرواية الأولى، فهما متفقتان على سقوط الخيار بالقيام بأحد هذه الأمور الثلاثة، ولا يخفى أن التقبيل، والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك ليسا من مصاديق إحداث الحدث عرفاً، ولكنهما مسقطان للخيار تعبداً، من باب الحكومة الموسعة لدائرة موضوع الحدث، وأما اللمس فإن أريد به الكناية عن الجماع كما في قوله تعالى: ﴿أَوْلَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾^(٢) فهو حدث عرفاً وإلا فلا.

وكيف كان، فهل الأمران الآخران يراد بهما خصوصهما، فيقتصر عليهما، أو هما مثالان لبيان مصداق ما لا يجوز القيام به لغير المالك من دون إذنه، فتلغى الخصوصية؟

وجهان.

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

(٢) سورة النساء: ٤٣، سورة المائدة: ٦.

مقتضى مناسبة الحكم والموضوع هو التعميم؛ إذ يمكن التعدي من « النظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » إلى كل ما يحرم عليه قبله، ولكن مع الأخذ بهذا لا بد من الالتزام بالتخصيص من جهة أخرى؛ إذ لازم التعميم إلى كل ما لا يجوز لغير المالك هو سقوط الخيار عند كل تصرف؛ لأنه لا يجوز لغير المالك، ولازمه أن ليس للمشتري التصرف في الحيوان حتى ولو كان لاستخبار حاله، فيلزم انتفاء الحكمة من جعل الخيار؛ فإنه إنما جعل لمعرفة حال الحيوان في المدة المضروبة.

وأما إذا اقتصر على ما في النص فلا يلزم هذا التخصيص؛ إذ المسقط إنما هو ما يطلق عليه عرفاً إحداث حدث في الحيوان، وما هو مذكور في النص، وليس في ذلك أي محذور.

والأقوى الثاني؛ إذ يلزم على الأول إما انتفاء الحكمة من جعل الخيار، أو الالتزام بالتخصيص، ولا يمكن المصير إلى الأول، ولا دليل على الثاني.

ومقتضى القاعدة عند التردد ودوران الأمر بين الوجهين هو الجمود على ما في النص؛ والوجه في ذلك: أن مقتضى إطلاق دليل خيار الحيوان هو ثبوت الخيار لصاحب الحيوان ثلاثة أيام، أحدث المشتري فيه حدثاً أو لم يحدث، نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء أو لم ينظر، وبعد ما ورد المخصص وكان مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر اقتصر في التخصيص على المتيقن كما هي القاعدة، والمتيقن هو ما يعدُّ إحداث حدث عند العرف، وما جعل حدثاً تعبداً مما هو مذكور في

النص، وأما في غير ذلك فيتمسك بإطلاق دليل الخيار.

بل يقال بنحو عام: إن كل المفاهيم حتى الواضحة منها - كمفهوم الماء - لا تخلو من شبهة مفهومية كما أفاده الشيخ ^(١)، فيشك في دخول بعض أفرادها وعدمه، ومن جملة تلك المفاهيم مفهوم (إحداث الحدث)، فبعض الأفراد واضحة الدخول فيه كإنعال الدابة، وهدم الجدار، وتعمير الدار، وبعضها مشكوك الدخول؛ إذ لم يصل إلى ذلك الحد، ومقتضى القاعدة في المورد المشكوك هو التمسك بإطلاق دليل الخيار؛ لإجمال المخصص وتردده بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن.

أمران لا بد من بيانهما

وهنا أمران لا بد من بيانهما؛ لأجل اتضاح الاستدلال بالروايات، وما يستفاد منها:

الأمر الأول: في النسبة بين إحداث الحدث والتصرف

إن المستفاد من الروايات كما سبق هو أن المسقط للخيار إما إحداث الحدث العرفي، أو أمور يجمعها ما لا يجوز لغير المالك إلا بإذنه، ولا ذكر فيها لعنوان (التصرف) المذكور في كلمات الفقهاء، فلا بد من ملاحظة النسبة بين ما في الروايات وما في الكلمات.

(١) كتاب الطهارة ١: ٦٧.

فإن لاحظنا صدر الرواية خاصة فالمراد من الحدث هو الحدث العرفي، وهو أخص مطلقاً من التصرف؛ فإن كل إحداث حدث في المبيع فهو تصرف فيه، وليس كل تصرف فيه فهو إحداث حدث فيه، فالقراءة في الكتاب، أو الجلوس على الفراش تصرف فيه بدون أن يتعنون بإحداث حدث فيه.

وإن لاحظنا مجموع ما في الصدر والذيل كان المراد من إحداث الحدث أعم من الحدث العرفي والشرعي، والنسبة بينه وبين التصرف حينئذ نسبة العموم من وجه؛ فيجتمعان في إنعال الدابة، ويفترق التصرف عن الحدث بركوبها أمتاراً قليلة؛ فإنه تصرف وليس بإحداث حدث عرفياً ولا شرعاً، ويفترق إحداث الحدث عن التصرف بالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه من الجارية إلا إلى مالکها أو يكون بإذنه؛ فإنه إحداث حدث شرعاً وليس بتصرف.

فإحداث الحدث لا يساوي التصرف على كلا التقديرين، وبما أنه لا بدّ من ملاحظة ما في الذيل، فالنسبة بينهما نسبة العموم من وجه، فجعل المسقط للخيار هو عنوان التصرف، بلا وجه.

الأمر الثاني: في بيان الجزاء في صحيحة ابن رثاب

ورد في صحيحة ابن رثاب: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط »، واختلف في جزاء الشرط، هل هو « فذلك رضا منه » أو « فلا شرط »، واختلف في المراد منه، ومن ثمّ اختلف في المسقط للخيار على أقوال ثلاثة:

القول الأول: إن المسقط هو التصرف مطلقاً، سواء أكان كاشفاً عن الرضا بالبيع والالتزام به أم لا، فيسقط الخيار ولو قطع بأن المتصرف لم يرض أيام الخيار بالمعاملة وإنفاذها، فتمام الموضوع هو التصرف.

القول الثاني: إن المسقط هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام والرضا بالبيع، فلو قطع بعدم رضاه لم يكن التصرف مسقطاً، ولو شك في رضاه كان التصرف مسقطاً.

القول الثالث: إن المسقط هو التصرف الكاشف شخصاً عن رضا المتصرف، فلو شك في الرضا لم يكن التصرف مسقطاً، فتمام الموضوع هو الرضا الشخصي للمتصرف.

المحتملات في الرواية

والاحتمالات في تحديد الجزاء خمسة، ذكر الشيخ قدسُ منها أربعة^(١):

الاحتمال الأول: أن الجزاء هو: « فذلك رضا منه »، والمراد من الرضا هو الرضا بالعقد، والالتزام ببقائه، لا الرضا بأصل الملك؛ فإنه موجود من أول وقوع العقد، فيكون التصرف مطلقاً رضاً بالعقد بحكم الشارع، فيسقط الخيار به؛ إذ يترتب عليه ما يترتب على الرضا.

وبناء عليه لا بدّ من الالتزام بالتعبد الشرعي بجعل التصرف مسقطاً للخيار، التزم المتصرف بالبيع أو لم يلتزم؛ فإن التصرف في نفسه ليس

(١) المكاسب ٥: ١٠١ - ١٠٢.

التزاماً بالبيع، بل بينهما عموم من وجه؛ إذ يمكن الالتزام بالبيع بدون التصرف، ويمكن حصول التصرف بدون الالتزام بالبيع، ويجتمعان في ما لو التزم بالبيع بنفس التصرف.

الاحتمال الثاني: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا منه

« توطئة له من باب بيان الحكمة من سقوط الخيار، وليست علة حقيقية، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالباً على الرضا، وكشفه عن الالتزام بالبيع غالباً، والفرق بين الحكمة والعلة من جهات، والجهة المربوطة بمحل البحث أن الحكمة أخص دائماً من الحكم، ولا يدور الحكم مدار وجودها.

والنتيجة - بناء على هذا الاحتمال - كالنتيجة في الأول؛ فإن المدلول حينئذ أنه إن أحدث فيه حدثاً فلا شرط له مطلقاً، رضي بالبيع أو لم يرض؛ فإن التصرف يكشف غالباً عن الرضا والالتزام بالبيع، وبناء عليه لا بد من الالتزام بكون التصرف مسقطاً تعبداً.

الاحتمال الثالث: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا

منه » توطئة لبيان العلة من الجزاء إلا أن الرضا نوعي لا شخصي، فيكون التصرف المسقط للخيار هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد؛ إذ لم يجعل إحداث الحدث - بما هو - مسقطاً، بل بما هو رضا بالبيع، فيدور سقوط الخيار مدار وجود التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد، فيفترق عن الاحتمالين الأولين؛ فإن الاستفادة منهما أن كل تصرف مسقط ولو لم يكشف عن الرضا بالبيع.

ويترتب عليه نتيجتان:

النتيجة الأولى: أنه لو شك - بعد التصرف - في حصول الرضا الشخصي بالبيع كان هذا التصرف مسقطاً للخيار؛ لكونه أمانة نوعية على الرضا، فيؤخذ بها إلا في حال القطع بالخلاف، كما هو شأن جميع الأمارات.

النتيجة الثانية: أنه لما كان المدار على الكشف النوعي للتصرف، وقد جعل علة للسقوط، فالعلة تعمم وتخصص، فهي من جهة تخصص التصرف بالكاشف نوعاً عن الرضا والالتزام بالبيع، ومن جهة أخرى تعمم الحكم لغير التصرف مما يكشف نوعاً عن الرضا بالبيع، كجعل المبيع في معرض البيع.

الاحتمال الرابع: أن الجزاء هو « فلا شرط »، وجملة « فذلك رضا منه » توطئة لبيان العلة من الجزاء إلا أن الرضا شخصي لا نوعي، بمعنى أن كل تصرف كاشف عن الرضا الشخصي بالمعاملة فهو مسقط للخيار، لا مطلقاً، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلا بد من القطع بثبوته، ولو لم يثبت - كأن شك فيه - لم يسقط الخيار.

مختار الشيخ

قال الشيخ **تدئ:** بأن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار، وإطلاقات بعض كلمات الفقهاء، إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر، المستفاد منه عدم كون التصرف - بما هو - مسقطاً، بل بما هو

كاشف عن الرضا، مع كونهما مخالفين لأكثر كلماتهم؛ فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، ويؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا وإن لم يعد تصرفاً، كتقبيل الجارية للمشتري، ويؤيده أيضاً حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف مسقطاً تعبدياً عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً.

وعليه فيدور الأمر بين الاحتمالين الآخرين، والاحتمال الرابع وإن كان هو الأظهر من بين المحتملات من حيث اللفظ؛ لقول الإمام عليه السلام: « فذلك رضا منه »، فكلمة « الرضا » تمنع من الظهور في مطلق التصرف، وكلمة « منه » ظاهرة في الرضا الشخصي لا النوعي، إلا أن المانع من الأخذ به قيام الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الشخصي الفعلي بلزوم العقد، فيتعين إرادة المعنى الثالث^(١).

ثم في آخر البحث استشكل في ذلك أيضاً؛ من حيث إن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوى واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا^(٢).

ثم انتهى إلى كون الجمع به في غاية الإشكال^(٣)، وبعد اللتيا والتي لم

(١) المكاسب ٥: ١٠٢ - ١٠٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٠٧ - ١٠٨.

(٣) المكاسب ٥: ١١٠.

يرجح شيئاً من المحتملات.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ورده

وأورد عليه بعض أعظم تلامذته **تَدُّرُ** بقوله: (بل الظاهر من الرواية بمقتضى سياقها كون ذلك حكمة لا علة، كما اعترف غير واحد، كما يرشد إليه تقدمه على قوله: « فلا شرط »؛ لبعده تقدم العلة على المعلول)^(١).

وكانه ناظر إلى ما هو المتعارف في بيان الحكم المعلل، من ذكر الحكم في الأول، ثم تعقيبه بذكر علته، مثل: (لا تشرب الخمر لأنه مسكر).

ويجاب عنه: بأن العلة وإن ذكرت متأخرة عن الحكم في موارد متعددة، كالمثال السابق، ومثل: (لا تأكل الرمان لأنه حامض)، ولكنه لا يوجب استبعاد التقديم؛ لموافقته الاستعمالات العرفية، فيقال: (هذا حامض فلا تأكله)، و (هذا نجس فلا تشربه)، و (خمر فلا تشربه)، و (حرام فلا تتصرف فيه) وهكذا... بل لو لم نقل بأن الغالب في الاستعمالات العرفية تقديم العلة، لم تكن دعوى شيوعه فيها مجازفة.

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٦٤ - ٢٦٥.

ولا يخفى أن ما في الكتاب (لبعده تقدم المعلول على العلة)، والصحيح ما أثبتناه؛ فإن ما كتب في الكتاب يعطي عكس المطلوب، وما أثبتناه موافق لبيان الشيخ الأستاذ -دام ظله-.

إشكال المحقق السيد الخوني على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق السيد الخوني تذيُّل على الشيخ تذيُّل في ما قواه من الوجه الثالث بقوله: (فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون إلى خيار الحيوان، فكيف يكون تصرفهم كاشفاً عن الرضا النوعي، بحيث يكون المناط في كون التصرف مسقطاً للخيار هو الرضا النوعي؛ فإنه لا وجه لدعوى أن في أغلب الناس يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي، فإن أغلب الناس لا يلتفتون إلى ذلك، كيف؟ فإن خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات إلى الخيار عند التصرف، بل يثبت لكل شخص حتى اليهود والنصارى والمخالفين وغيرهم.

ومن الواضح أنه مع ذلك فالغلبة في غير الملتفتين إلى الخيار عند التصرف، فكيف يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي من جهة الالتفات أغلب الناس للخيار عند التصرف.

وكيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع^(١).

وهو مدفوع؛ بأن خيار الحيوان وإن لم يوجد عند النوع إلا أن عندهم تصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا بالبيع في ما لو حصلت في موارد خيار العيب والغبن والشرط مما هو جارٍ عندهم، فلو حصلت هذه التصرفات في بيع الحيوان كانت كاشفة نوعاً عن الرضا به.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١٩٩.

المناقشة في ما قواه الشيخ

نعم، يرد على الشيخ **تدئ** في تقويته للاحتمال الثالث: أنه خلاف ظهور الرواية؛ فإن طرف النسبة في الرضا النوعي هو النوع، كما أن طرفها في الرضا الشخصي هو الشخص، كما في الوثوق النوعي والوثوق الشخصي، وضمير « منه » في قوله **إني**: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه »، راجع إلى المشتري، فيكون طرف النسبة هو رضا المشتري، وهو شخص، فيكون الرضا شخصياً، ولو أراد النوعي لقال: « فذلك رضا نوعي به »، فالحمل على الرضا النوعي يحتاج إلى تقدير، فيكون خلاف الظهور.

ما استقر به المحقق الأصفهاني من الوجوه ومناقشته

الاحتمال الخامس: ما أفاده المحقق الأصفهاني **تدئ** بقوله: (وهو أن الرضا عبارة عن الالتزام بالعقد؛ فإن معنى ارتضائه إياه اختياره والالتزام به، والالتزام كالتصديق جناني وقولي وعملي، فإن اعتقاد صدق المخبر تصديق جناني، وقوله: « أنت صادق » تصديق قولي، والجري على ما أخبر به، بالعمل على وفقه، تصديق عملي له، فكذا الالتزام قلبي وقولي وعملي؛ فإن الرضا بلزوم العقد قلباً ارتضاء والتزام قلبي، وقوله: « التزمت بالعقد وارتضيته » التزام قولي إنشائي، والتصرف في المبيع على حد تصرفه في سائر أمواله، والانتفاع بأحد وجوه الانتفاعات، التزام عملي وارتضاء فعلي، وليس بابه باب الكشف عن الرضا قلباً ليؤول إلى

الوجه الثالث، بل هو بنفسه من حيث إنه عمل الملتزم يسمى التزاماً عملياً، كما أن الجري العملي على وفق الخبر تصديق عملي بنفسه، لا من حيث كشفه عن اعتقاد الصدق، وكذا في باب إبقاء اليقين عملاً ونقضه عملاً؛ فإن الجري على وفق اليقين السابق إبقاء لليقين عملاً، لا من حيث كشفه عن اليقين قلباً^(١).

(ومما ذكرنا في هذين المقامين يتضح أن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية، التزام عملي بالعقد - سواء عُدد تصرفاً خارجاً في المبيع أم لا، وسواء دلّ على الالتزام القلبي أو الإنشائي أم لا - فهو مسقط، والتصرف لا بذلك العنوان - بل بعنوان الاستخبار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع - ليس مصداقاً للالتزام العملي، وإحداث الحدث، كما أن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف المسقط وإن لم يكشف عن الرضا؛ إذ المناط ليس هو الكشف ولو نوعاً، بل كون التصرف مما يعتاده المالك للعين في مقام الانتفاع بملكه، وهذا منه؛ لعدم دخل للالتفات إلى العقد والخيار في هذا المعنى، بل هو في حد ذاته تصرف مالكي والتزام عملي بكون المبيع له، وإن لم يكن منه التزام قلبي ولا قصدي^(٢).

ويتلخص ما أفاده في أمور:

١- إن الرضا عبارة عن الالتزام بالعقد، فالرضا بمعنى الارتضاء.

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٧٠.

(٢) الحاشية على المكاسب ٤: ١٧٢. واقتصرنا على ذكر عين عبارته؛ لوضوحها.

٢- إن الالتزام كالتصديق جناني وقولي وعملي.

٣- إن التصرف في المبيع على حد التصرف في سائر الأموال، التزام

عملي، وارتضاء فعلي.

ورتب على ذلك:

١- إن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية التزام عملي بالعقد،

وإن لم يُعدَّ تصرفاً خارجياً في المبيع، ولم يدل على الالتزام القلبي الإنشائي.

٢- إن التصرف بعنوان الاستخبار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع

ليس مصداقاً إلى الالتزام العملي.

٣- إن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف

المسقط.

وفيه: أولاً: أن الالتزام حقيقة متقومة بالقصد والالتفات، فلا يعقل

الالتزام القهري الناشئ من دونهما، بحيث يُعدُّ ملتزماً بشيء من غير

التفات له ولا قصد إليه، وحينئذ فحمل قوله **إسقاطاً**: « فذلك رضا منه »

على أنه التزام منه، لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون مع القصد، أو

بدونه، فإن كان إحداث الحدث ناشئاً عن قصد الالتزام بالبيع فهو مسقط

للخيار على القاعدة، ولا حاجة إلى بيان الرواية، وإن لم يكن ناشئاً عن

قصد الالتزام به، فكونه مسقطاً لا يكون إلا بالتعبد الشرعي، لا لكونه

التزاماً قهرياً.

ثانياً: أن ما في الرواية عنوان (الرضا)، وهو صفة، والالتزام فعل، فحمل الرضا على الارتضاء والالتزام، استعمال مجازي بلا قرينة^(١).
وبعبارة أخرى: إن الرضا صفة لا تنقسم إلى قلبي وعملي وقولي، بخلاف الالتزام الذي هو فعل من الأفعال، فتفسيره للرضا بالارتضاء، ثم تقسيمه لهذه الأقسام بلا وجه.

المختار في مدلول الرواية

فالحق أن الأقوى من بين المحتملات هو الأول، فالمسقط - عند الشارع وبتعبده منه - هو كل ما يطلق عليه إحداث حدث في المبيع عرفاً، كإنعال الدابة، والأخذ من حافرها، وهدم الجدار في بيع الدار، وتقطيع القماش في بيعه، سواء أصدر عن قصد لإسقاط الخيار أم لا، وكان غافلاً أم لا؛ فإن إطلاق الرواية محكم.

وما ذكر في ذيل الرواية من الأمور الموجبة لسقوط الخيار، كالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه إلا إلى المالك في بيع الجارية، وتقبيلها - مع أنها ليست من إحداث الحدث عرفاً - إنما هو من باب التوسعة في موضوع الحدث، فتكون حدثاً شرعياً.

فتحصل: أن المستفاد من الرواية صدرأً وذيلاً كون المسقط للخيار

(١) وهذا لا ينافي ما ذكره الشيخ الأستاذ سابقاً من أن المراد من الرضا هنا ليس الرضا بالملك؛ لحصوله من الأول، بل الرضا بالبيع، وهو معنى الالتزام به. وذلك؛ لأن الرضا - بأي شيء تعلق - يكون صفة نفسانية كالبغض والغضب والحب، والالتزام عمل من الإنسان كعقد القلب على شيء، نعم هو عمل جناني.

أحد أمرين: إحداث الحدث العرفي، والحدث الشرعي، أصدر بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه.

والوجه في ذلك أن في جملة: « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط »، موضوعاً وهو « أحدث حدثاً»، ومحمولاً، وهو « فذلك رضا منه »، والمحمول لا يكون قيداً للموضوع؛ فإن القيد جزء منه، والمحمول خارج عنه، فلو أريد من إحداث الحدث أن يكون عن رضا - سواء أكان شخصياً أم نوعياً - لذكر في الكلام بنحو الوصف والتقييد، فيقول: (حدثاً عن رضا)، ولم يحمله عليه بنحو الإطلاق والإرسال.

وعليه فظاهر الحديث أن ما يحدثه المشتري في المبيع من حدث جديد فهو رضا بالبيع شرعاً، فيترتب عليه ما يترتب على الرضا به، وهو سقوط الخيار، ولا مانع من ذلك ثبوتاً؛ لعدم المانع العقلي من هذه الحكومة، والتنزيلات في الشرع كثيرة، من قبيل « الطواف بالبيت صلاة»^(١)، ولما نحن فيه نظائر في الفقه كما في جعل التصرف في المبيع مسقطاً لخيار العيب مطلقاً، نشأ عن التزام بالبيع أو بدونه.

ومقتضى القاعدة لزوم الأخذ بالظهور ما لم يمنع منه مانع عقلي. ويؤكد ما قلناه أن السائل فهم الموضوعية من الحدث، فسأل عن

(١) جامع أحاديث الشيعة ٥: ٥٠٨.

حدوده، وأن الإمام عليه السلام حكم على أمور بأنها من إحداث الحدث، وأنها مسقطه للخيار، بدون تقييدها بالرضا، فقال عليه السلام - بعد سؤال السائل: وما الحدث؟ - : « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء »، فلو قام بأحد هذه الأمور فهو مسقط للخيار حتى لو لم يكن عن قصد الالتزام بالبيع.

فالرواية - إذن - ظاهرة في الاحتمال الأول، وأن الشارع جعل نفس إحداث الحدث التزاماً بالبيع تعبداً، ورضا به بقاء.

في المرجع حين إجمال المراد

ولو لم نقل بظهور الرواية في هذا المعنى لم يتعين أحد من الوجوه الباقية، بل كانت كلها متساوية من حيث احتمال الإرادة، فما هو المرجع حينئذٍ؟

ذهب المحقق الرشتي قدس سره - بعد القول بإجمال هذه الجملة؛ لدورانها بين معانٍ أربعة أو خمسة - إلى سقوطها عن درجة الاعتبار، فلا تمنع من التمسك بإطلاق « إن أحدث فيه حدثاً ».

ثم أجاب عن إشكال سريان إجمالها إلى العام - لتعقبه بالمجمل المتصل فيسقطه عن الاعتبار - بأن ما يوجب الإجمال إنما هو المخصص المجمل المتصل، كما في المثال المعروف: (أكرم العالم غير الفاسق)؛ فإن إجمال الفاسق مفهوماً أوجب الإجمال في العام، وأما ما نحن فيه - أي « فذلك رضا منه » - فأمره يدور بين كونه مخصصاً أو أجنبياً عن العام، فلم يعلم كونه مخصصاً حتى يدخل في كبرى سريان

الإجمال من المخصص المتصل إلى العام^(١).

ويرد على القسم الأول من كلامه - أي سقوط الجملة المجملة والرجوع إلى الإطلاق -: أنه لو تمّ لثبت مدعانا أيضاً، من كفاية مطلق إحداث الحدث، ولكنه غير تام كما سيأتي.

وأما القسم الثاني من كلامه، وهو ما يرتبط بعدم سراية الإجمال ففيه:

أولاً: أن سراية الإجمال من المخصص المجمل إلى العام ليست أمراً تعدياً؛ إذ لم تنزل فيها آية، ولم تدل عليها رواية، بل هي ناشئة عن ملاك، وما هو إلا لكون نسبة المخصص المتصل إلى العام نسبة القرينة إلى ذبيها، فمتى ما كان بيننا عرف المراد منه، ومتى ما كان مجملاً سرى إجماله إليه، وليس لأجل خصوصية في المخصص، وعليه فكل ما كانت نسبته إلى العام نسبة القرينة قام بنفس دور المخصص، فإذا كانت القرينة مجملة سرى الإجمال إلى العام، فجملة: « فذلك رضا منه » ارتبطت بجملة « فإن أحدث فيه حدثاً » بأحد أنحاء الارتباط والاحتمالات المذكورة، وليست كلاماً أجنبياً عنها، وهذا المقدار من الارتباط يوجب سريان إجمالها إليها على طبق القاعدة، سواء أكانت مخصصاً أو لا.

وثانياً: سلمنا بأن قاعدة سريان إجمال المجمل مختصة بالمخصص، ولكن بما أنه اعترف بدوران أمر هذه الجملة بين كونها مخصصاً وكونها

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٢٦٥.

أجنبياً، فهذا المقدار كافٍ لسريان الإجمال؛ إذ تردد الأمر بين كونها مخصصة فيسري إجمالها، وكونها أجنبية فلا يسري إجمالها، فيكفي هذا التردد لسقوط ظهور الجملة المتصلة.

فعلى التقديرين تسقط جملة (إن أحدث حدثاً) عن الحجية، والمرجع - حينئذٍ - هي مكاتبة الصفار، وهي كافية في الحكم، وسالمة عن الإجمال؛ فإن المستفاد من قوله **إِلَّا**: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »، سقوط الخيار مع إحداث الحدث مطلقاً، سواء أكان بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه، وبقصد سقوط الخيار أم بدونه. ولا يخفى عدم سريان إجمال المخصص المنفصل إليها كما هو واضح.

فتحصل إلى هنا: أن المستفاد من النصوص أن نفس إحداث الحدث مسقط للخيار، ويدل عليه صحة ابن رثاب في فرض عدم الإجمال، وأيضاً في فرض الإجمال بناء على عدم سريانه إلى جملة « إن أحدث فيه حدثاً »، حسب ما قرره المحقق الرشتي **تتد**، وأما على ما اخترناه من سريان الإجمال فتسقط عن الاعتبار، فيدل على المدعى معتبرة الصفار. وبهذا يتم الكلام في خيار الحيوان من جميع جهاته.

الثالث .. خيار الشرط

لا يخفى أن في الفقه عنوانين:

العنوان الأول: خيار الشرط، ويراد به الخيار الحاصل لمن له الشرط بسبب التخلف عن الشرط.

العنوان الثاني: شرط الخيار، ويراد به الخيار الثابت بسبب اشتراطه في العقد، كأن يشترط أحد المتعاملين أن يكون له الخيار، فيكون متعلق الشرط نفس الخيار، ويطلق عليه أيضاً خيار الشرط.

والبحث فعلاً في العنوان الثاني، وأما العنوان الأول فسيأتي البحث فيه في ما بعد إن شاء الله تعالى، والبحث في ما نحن فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مقتضى الأصل العملي

لا يخفى أن خيار الشرط وسائر الخيارات الآتية تختلف عن خيارى المجلس والحيوان؛ فإن الأصل بقسميه - اللفظي والعملية - فيهما قائم على عدم الخيار ما لم يعم الدليل على ثبوته، أما الأصل اللفظي؛ فلعموم آية الوفاء بالعقود؛ فإنها بعمومها تنفي كل خيار إلا ما ثبت بالدليل الشرعي، فيكون دليل ثبوت الخيار مخصصاً لها.

وأما الأصل العملي؛ فلأن الأصل - لو شك في زوال الملك بعد أن أعمل أحد المتعاملين الخيار وفسخ العقد - هو عدم تأثير الفسخ، واستصحاب بقاء الشيء على ملك مالكة.

وأما في ما نحن فيه، فلا إشكال في جريان الأصل العملي، وتامة أركانه؛ فلو شرط الخيار، وأعمله صاحبه، وشك في تأثيره وتحقق الفسخ، كان الأصل عدم تأثيره، وبقاء المال على ملكة مالكة الحاصلة بسبب العقد.

وأما بالنسبة إلى الأصل اللفظي فهو محل إشكال؛ لأن مدلول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) هو وجوب الوفاء بالعقد بجميع خصوصياته، بمعنى وجوب الوفاء به على ما وقع عليه، ومن خصوصياته شرط الخيار المأخوذ فيه، فمقتضى الآية صحة هذا الشرط.

وقد وقع هذا الإشكال محل بحث بين الأعلام، فذهب المحقق النائيني تذت إلى كفاية الآية لصحة هذا الشرط ولو لم توجد الأدلة العامة الواردة في الشروط؛ لأن وجوب الوفاء بما التزم به كل عاقد على نفسه إنما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزومياً في مدة^(٢).

وذهب البعض إلى عدم صحة الاستدلال بها على صحته؛ للتناهي بين اللزوم المستفاد منها، وتصحيح شرط الخيار بها^(٣).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ٧٣.

(٣) لم أعر على القائل، ولكن للمحقق الشيخ علي كاشف الغطاء تذت في شرح خيارات

ومنع المحقق الرشتي تَدُّر من التمسك بها لصحته؛ لخروج العقود الخيارية من تحتها تخصصاً^(١).

وسياتي البحث في ذلك إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: أدلة هذا الخيار

الدليل الأول: الإجماع.

فقد نقل مستفيضاً حسب تعبير الشيخ تَدُّر^(٢)، فمن يعتمد على

اللمعة ما يظهر منه هذا المعنى؛ فإنه قال في ص ٦٧ ما لفظه: (على أن بين عمومات الشروط وما دلّ على لزوم العقد عموم من وجه، وترجيح أحد الدليلين يحتاج إلى مرجح، والترجيح بالأحاديث الخاصة الواردة في خيار الشرط والإجماع المنقول نكوص عن القاعدة والاقتصار فيها على المحل الخاص.

وقد يقال بأنه لا تعارض بين دليل اللزوم وعمومات الشروط، فإنّ اللزوم مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه الخيار، والشرط جزء من العقد فيجب الوفاء به.

قلت: لا ريب أنّ الدليل على اللزوم غير منحصر بالآية الشريفة، مع أنّ ظاهر الآية الأمر بالوفاء بالعقد المطلق من حيث هو، أعمّ من أن يكون مشروطاً أو غير مشروط، والمراد بالوفاء به العمل بمقتضاه من حيث هو هو، من دون ملاحظة شيء من شرط أو غيره، فيحصل التنافي.

واستدلال بعض الأصحاب بالآية الشريفة في مقام الشروط في غير محله، كاستدلالهم بها في العقود الجائزة، فتأمل).

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٢٧٥.

(٢) المكاسب ٥: ١١١، وقد نقله السيد المرتضى في الانتصار: ٤٣٤، المسألة ٢٤٦، فقال:

(وما ظن انفراد الإمامية به ولهم فيه موافق: القول بأن للمتبايعين أن يشترطوا من الخيار

الإجماعات المنقولة ففي سعة من أمره، وأما نحن فلا نرى حجية مثل هذا الإجماع؛ فإنه لا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر وراء الأدلة الخاصة المذكورة في المسألة.

الدليل الثاني: الروايات الخاصة

وهي الروايات الواردة في شرط خيار رد الثمن، وهي تامة سنداً ودلالة في موردها، إلا أن الاستدلال بها في المقام يتوقف على إلغاء خصوصية المورد؛ فإنها واردة لإثبات شرط الخيار في مورد خاص، والمدعى صحة شرط الخيار مطلقاً، والروايات هي:

الرواية الأولى: محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد علي، فقال: « لا

أكثر من ثلاثة أيام بعد أن يكون مدة محدودة.....، ودليلنا على ما ذهبنا إليه: الإجماع المتردد).

والسيد ابن زهرة في الغنية: ٢١٨؛ حيث قال: (والسبب الثاني للخيار اشتراط المدة، ويجوز أن تكون ثلاثة أيام فما دونها بلا خلاف، ويجوز الزيادة على الثلاث، ويلزم الوفاء بذلك، ولا يفسد به العقد، بدليل إجماع الطائفة).

وفي مفتاح الكرامة ١٤: ١٩٢: (لاخلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع كما في التذكرة، وأما أنه لا يتقدّر بحدّ فقد حكى عليه الإجماع في الخلاف والانتصار والغنية والتذكرة).

بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه..»^(١).

ولا إشكال في سند الرواية إلا ما ربما يقال من أن إسحاق بن عمار لم يرو هذه الرواية عن الإمام عليه السلام بالمباشرة، وإنما قال: حدثني من سمع، ولا نعرف من هو السامع ليثبت توثيقه أو عدمه.

وأجاب المحقق الأردبيلي تذت بقوله: (ولا يضر إرسال إسحاق؛ لأنه مؤيد ومقبول)^(٢).

ولكنه غير مسموع؛ لأن الموافقة لما هو الحجة غير موجبة للحجية، والمقبولية إن أريد بها عمل المشهور فلم يثبت؛ لاحتمال استنادهم إلى غيرها في الفتوى.

فالرواية مرسلة على نقل الشيخ تذت، إلا أن يقال بأن إسحاق أخبر بسماع الراوي من الإمام عليه السلام، وفرق بين إخبار الثقة بسماع الراوي المجهول عندنا، وإخبار الثقة بإخبار الراوي بسماعه.

نعم نسب الشيخ الصدوق رحمته الله السماع إلى نفس إسحاق؛ حيث رواها بإسناده عنه فقال في الفقيه: (وروى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره...)^(٣)، فنستكشف من ذلك أن لإسحاق روايتين: أحدهما ما سمعه

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

(٢) مجمع الفائدة ٨: ٤٠٠.

(٣) الوسائل، ذيل الحديث، الفقيه ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٧٧١.

بنفسه من السؤال وجواب الإمام عليه السلام، والأخرى ما سمعه ممن سمع من الإمام عليه السلام.

وأما الدلالة فتامة في موردها بلا إشكال، إلا أنها بالنسبة إلى ما نحن فيه أخص من المدعى.

الرواية الثانية: وبإسناده عن الحسن بن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع »^(١).

والرواية صحيحة، والمراد من ابن سنان في السند هو عبد الله، وصدر الرواية وإن كان وارداً في اشتراء الحيوان^(٢)، وخياره شرط شرعي لا معاملي، إلا أن الاستدلال بما في الذيل المذكور؛ فإن الإمام عليه السلام لما بين حكم الضمان على البائع في الحيوان إلى ثلاثة أيام، جاء بحكم آخر يرتبط بما لو اشترط ما زاد على الثلاثة الأيام، وقد حكم عليه السلام فيه

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

(٢) صدر الرواية كما في التهذيب ٧: ٢٤، وفي الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ عن الكافي: عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ويحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط ».

قال: « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع ».

بالضمان على البائع أيضاً، وهو يدل على إرضائه لشرط الخيار.

نعم، ربما يشكل الاستدلال بأن الرواية وإن كانت مطلقة من جهة شرط الخيار بخلاف روايات شرط رد الثمن إلا أن موردها الحيوان، فيحتاج لأجل تمامية الاستدلال إلى إسقاط خصوصية الحيوان، إلا أن العرف لا يرى تفاوتاً بين الحيوان وغيره في خيار الشرط، وإن لم يسلم بذلك وجمد على اللفظ أشكال التعميم لغير الحيوان.

الرواية الثالثة: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: « ليشهد أنه قد رضيه فاستوجهه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه »^(١).

ولا إشكال في سندها إلا من ناحية النوفلي، فمن يبني على توثيق رجال ابن قولويه في كامل الزيارات فهو في سعة؛ لكونه منهم، ومن لا يبني عليه - كما هو الحق - فلا توثيق له صريحاً عنده، إلا أننا نعتمد على رواياته؛ لإكثار الكليني النقل عنه في الأصول وفي الفروع من الكافي، وهو ذلك الكتاب الذي كتبه في عصر الغيبة ليكون حجة للشيعة؛ فإن اعتماد الكليني على أحد وإكثاره للنقل عنه ولاسيما في الأصول لا

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

يقصر في التوثيق عن تصريح النجاشي بتوثيقه، فالسند تام، والرواية معتبرة لاسيما مع الالتفات إلى أن طريق الوثوق بالخبر لا ينحصر في التنصيص على وثاقة رجال السند.

ولا ينقض بسهل بن زياد؛ للفرق بينهما؛ من جهة أن النوفلي لم يرد في حقه تضعيف بخلاف سهل؛ فقد رمي بالضعف، ولو أمكن ردّ التضعيف عنه لتمسكنا بإكثار الكليني عنه.

وأما الدلالة فهي تامة أيضاً، كما هو ظاهر، بعد إلغاء خصوصية المورد عرفاً.

الدليل الثالث: الروايات العامة

وهي الروايات الواردة في الباب السادس من أبواب الخيار من الوسائل من قبيل صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل »^(١).

وهي تامة سنداً ودلالة؛ فإن إطلاقها يشمل شرط الخيار.

إشكال الفاضل النراقي ودفعه

نعم، استشكل الفاضل النراقي تذت في الاستدلال بالروايات العامة: بأن

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

شرط الخيار مخالف للسنة؛ أي « فإذا افترقا وجب البيع »^(١)؛ فإن شرط الخيار بعد الافتراق مخالف لها؛ لدلالاتها على وجوب البيع بمجرد الافتراق، وقد استثنى في هذه الروايات الشرط المخالف للكتاب والسنة^(٢).

وجوابه: أن ما أفاده تام لو كان المراد من وجوب البيع بالافتراق وجوبه مطلقاً، ولكن الوجوب فيه - كما تقدم - حيثي، أي من حيث خيار المجلس، لا من كل حيثية، ولهذا لا يتنافى مع خيار الغبن والعيب، وإلا للزمه الالتزام بالمنافاة بينه وبينهما، ولا يلتزم بها. وقد أجيب عنه بثلاثة أجوبة غير ناهضة:

الجواب الأول للمحقق الخوني ورده

الجواب الأول: ما أجاب به بعض الأعاظم **تدثر** من أن المخالفة المتصورة في المقام مخالفتان:

الأولى: المخالفة للكتاب، أي لعموم ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾؛ فإن مقتضى الآية أن جميع العقود محكومة باللزوم، فيكون شرط الخيار مخالفاً لهذا اللزوم، فيكون مخالفاً للكتاب.

الثانية: المخالفة للسنة؛ أي اللزوم المستفاد من « فإذا افترقا وجب

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

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٢.

البيع « الواردة في خيار المجلس.

والجواب: أما عن المخالفة الأولى؛ فبأن ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ناظرة إلى إفادة اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذي أنشأه المنشئ، والمنشأ في موارد العقود إما مطلق، أو مقيد؛ لاستحالة الإهمال في الواقعات، والإطلاق في المنشأ - مع شرط الخيار - غير معقول، فيتعين التقييد في المعاملات الخيارية، وأن الملكية فيها محدودة بعدم الفسخ، وحيث أن فالأية في المقام إنما تشمل الملكية الخاصة المقيدة بحد خاص؛ فإن مدلولها (أوفوا بما عقدتم)، وما عقد عليه هو الملكية المحدودة، وعليه فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب، كما أنها في حال إنشاء الملكية المطلقة تحكم بلزومها كذلك؛ لأنها تحكم بلزوم كل عقد على ما أنشئ.

وأما عن المخالفة الثانية، فبأن وجوب البيع المستفاد من الرواية هو الوجوب على ما أنشأه المتبايعان، أي أن مدلولها هو أن الذي يجب هو ما أنشأه البيعان، والمنشأ في البيع الخياري هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ، وفي البيع غير الخياري هي الملكية غير المحدودة، فشرط الخيار لا يتنافى مع (وجوب البيع) حتى يكون مخالفاً له^(١).

وفيه: أولاً: أن في تحديد الملكية المنشأة وتقييدها بالفسخ إشكالاً ثبوتياً، لا إثباتياً حتى يقال بشمول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لها فيحكم بلزوم الوفاء بالعقد إلى أن يفسخ.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥.

وتوضيح الإشكال يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن كل قيد متقدم رتبة على المقيّد، ولا نقاش في

هذه المقدمة.

المقدمة الثانية: إن الفسخ وعدمه من الأمور ذات التعلّق، ومتعلّقتها

العقد، فهما متأخران رتبة عنه، فما لم يوجد عقد لا يعقل الفسخ ولا

عدمه.

وهذه المقدمة تامة برهاناً، بلا فرق بين القول بأن النقيضين في رتبة

واحدة، والقول بعدم لزوم ذلك؛ فإن تأخر الفسخ وعدمه عن العقد ليس

من جهة كونهما نقيضين، بل من جهة كونهما من ذوات التعلّق.

والنتيجة: أن الملكية المنشأة إذا كانت مقيّدة بعدم الفسخ، ومحدودة

به، فبمقتضى التقيّد لا بد أن يكون الفسخ وعدمه في رتبة متقدمة على

العقد، وبمقتضى كونهما من ذوات التعلّق الذاتي، ومتعلّقتها العقد لا بد

أن يتأخرا عنه رتبة، فيلزم من القول بالملكية المحدودة بعدم الفسخ

اجتماع التقدّم والتأخر في شيء واحد، وهو محال؛ لكونهما من

المتقابلين المستحيل اجتماعهما كذلك.

فتحصل: أن تقيّد العقد بعدم الفسخ غير معقول ثبوتاً، وحلّ الإشكال

بما تقدم مبين على إمكانه.

وثانياً: أنه قال في مقام الدفاع عن نفسه: بأن البيع المحدود زماناً بأمد

معين كسنة وستين باطل إجماعاً، دون ما حدّد بالحالات، والتحديد

بعدم الفسخ من التحديد بالحالات لا بالزمان، بمعنى أن الملكية مطلقة من حيث الزمان، ولكنها مقيّدة من حيث الفسخ وعدمه اللذين هما من الحالات^(١).

ويرد عليه: أن مبناه في الإطلاق لحاظ الخصوصيات ورفضها، ولازمه سعة وجود الطبيعي للخصوصيات، وعليه فالقول بإطلاق الملكية المنشأة من حيث الزمان، وتقييدها من حيث الزماني جمع بين الضدين؛ فإن الزماني لا ينفك عن الزمان بالضرورة، فالفسخ وعدمه ليسا من الزمان، وإنما هما من الحالات بتعبيره، ولكن هذا الحال لا بد أن يقع في زمان، فلا يعقل وجود الفسخ من دون أن يقع في زمان من الأزمنة، فلازم القول بأن الملكية مطلقة من حيث الزمان، ومحدودة من حيث الفسخ، أنها مطلقة ومحدودة بالنسبة إلى شيء واحد؛ فإن الفسخ لا بد وأن يقع في ساعة من يوم من شهر من سنة، فالعقد المقيّد بالفسخ مقيّد بزمان حتماً.

نعم، لو انفك الفسخ عن الزمان لكان ما أفاده معقولاً.

وثالثاً: أن مدلول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - حسب مبناه - هو الإرشاد إلى لزوم العقد، لا الوجوب التكليفي كما ذهب إليه الشيخ قدس، وبما أنه لا إهمال في الواقعيات، فلا يخلو متعلق الفسخ - وهي الملكية المنشأة بهذا الإنشاء - إما أن يكون الملكية الجائزة أو اللازمة، ولا ثالث

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥.

في البين، واللازمة لا يصح أن يتعلّق بها الفسخ؛ لمخالفته لفرض اللزوم، والجائزة وإن صح أن يتعلّق بها إلا أن ذلك على خلاف مبناه من إرشاد الآية إلى اللزوم، بل خلاف صريح قوله: (فالملكية المنشأة محدودة بالنسبة إلى الفسخ وعدمه إلى الزمان، فتشملها أدلة اللزوم مع هذه الحثية المقيّدة، فيكون لازماً إلى أن لا يفسخ)^(١).

فلا يصح ما أفاده في هذا الجواب ثبوتاً وإثباتاً، برهاناً وجدلاً.

الجواب الثاني للمحقق الخوني

الجواب الثاني: ما أجاب به المحقق السيد الخوئي تدبّر أيضاً، من عدم المنافاة بين أدلة اللزوم وشرط الخيار؛ فإن أدلة صحة الشروط ولزومها كقوله عليه السلام: « المؤمنون عند شروطهم »^(٢) مخصّصة لأدلة لزوم العقود. وبيان هذا الوجه يحتاج إلى ذكر مقدمة في بيان حقيقة الاشتراط في العقود فنقول:

لو اشترط البائع في المعاملة البيعية شيئاً فقال للمشتري: (بعتك على أن تخطّ ثوبي) مثلاً، فالمتصور فيه أمران:

أحدهما: أن يكون بمعنى تعليق البيع على خياطة الثوب.

والآخر: أن يكون بمعنى تعليق الالتزام بالبيع على خياطة الثوب.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥ - ٢٠٦.

(٢) الوسائل، الباب العشرون من أبواب المهور، الحديث ٤.

والأول باطل بالإجماع؛ لأن التعليق في العقود موجب لبطلانها إجماعاً، دون الثاني.

توضيح ذلك: إن في البيع التزامين:

الأول: الالتزام البيعي الحاصل بالإيجاب والقبول، كالاتزام بمؤدى قول البائع: (بعتك الدار بألف دينار).

الثاني: التزام المتبايعين بالبقاء على ما التزما به.

والالتزام الثاني كما هو موجود في البيع موجود في الهبة، بل في كل معاملة، وإلا تزلزل أساس المعاملات.

والشروط المأخوذة في العقد لا علاقة لها بالالتزام الأول، فلم يكن معلقاً عليها حتى يلزم التعليق المبطل في العقود، وإنما هي شروط للالتزام الثاني، فهو المعلق عليها، فالتزام صاحب الشرط بالبقاء على ما التزم به في العقد معلق على الوفاء بالشرط، فكأنه قال: إن وفيت لي بالشرط فأنا على ما أنا عليه من الالتزام بالبقاء، وأما مع عدم التزامك به فلي أن أفسخ العقد، فيرجع الشرط في العقد إلى جعل الخيار، بل هو عينه؛ فإن معنى كون الالتزام بالبقاء على الالتزام المعاملي مشروطاً بهذا الشرط، أنه إن وفى له بالشرط وقام بالعمل التزم بالعقد، وإلا فله خيار الفسخ، فترجع الشروط لبتاً إلى جعل الخيار، إلا أن جعله بالالتزام، لا بالمطابقة.

وحيث أن فائدة الشروط تخصص أدلة اللزوم، فتتخصص الثانية بالموارد

التي لم يجعل فيها الخيار، فيكون شرط الخيار مخصصاً لآية ﴿أَوْفُوا﴾

بِالْعُقُودِ ، لا منافياً لها، والمستثنى من الشروط هو الشرط المخالف للكتاب والسنة، وقد اتضح بهذا البيان أن شرط الخيار مخصص للآية فلم يكن مخالفاً للكتاب، فيرتفع الإشكال.

وبالجملة: إن حاصل إشكال الفاضل النراقي تدُّرُّ أن شرط الخيار مخالف للكتاب والسنة فيكون فاسداً، وقد ثبت أن دليل نفوذ الشرط مخصص للكتاب لا منافٍ له^(١).

الناقشة في ما أفاده المحقق الخوني

وهنا بحثان: مبناي يرتبط بحقيقة الشرط؛ فإن الفقهاء - قدس الله أسرارهم - لما لاحظوا أن الشرط الراجع لنفس البيع يستلزم التعليق في العقد، المبطل له عقلاً، أو شرعاً للإجماع، كما حُقِّق في محله، ولا طريق للتخلص عن إشكال التعليق في نفس المعاملة؛ لأن كل شرط تقييد؛ إذ الاشتراط يوجب أن يكون المشروط مقيّداً بالشرط، والتقييد عين التعليق.

قالوا في الجواب عن هذا الإشكال: بأن في كل معاملة تعهدين: تعهد بانتقال المال للطرف الآخر في مقابل العوض، وتعهد بالالتزام بالمعاملة الواقعة، والمعلق هو التعهد الثاني لا الأول، فلا يدخل في محل المنع. وما أفادوه دقيق ورافع لإشكال الشرط، ولكن ما يرد على المحقق

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٥ - ٢٠٦.

السيد الخوئي تذ: أن الاشتراط ليس جعلاً للخيار، بل هو ملازم لجعله كما اعترف به أيضاً في أثناء كلامه، وبيان ذلك:

إن مدلول أدلة الشروط عبارة عن وجوب الوفاء بالشرط - الذي هو عبارة عن الالتزام المربوط بالالتزام آخر - وأنه نافذ، والملتزم به أحد أمرين إما صفة، أو عمل، فالأول كما لو قال: بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً؛ فإن متعلق الالتزام هو الوصف، والثاني كأن يقول له: بعتك المتاع بشرط أن تخطط لي ثوباً؛ فإن متعلق الشرط هو العمل، فالشروط الصحيحة التي أقرتها روايات الشروط هي هذه الشروط التي تتعلق بالعمل أو بالوصف.

نعم، لازم هذا النحو من الشروط أن يكون للمشروط له حق الفسخ عند التخلف عنها، ويُعبّر عن هذا الحق بحق الشرط، وهو قابل للإسقاط والإرث، فالشرط ليس جعلاً للخيار، بل هو مستتبع له، أي أن المدلول المطابقي لأدلة الشروط هو نفوذ الشرط وصحة الالتزام بالمتعلق، فيجب الوفاء به، ويثبت للشارط حق المطالبة، وإقامة الدعوى عند الامتناع، وللحاكم عند امتناع المشروط عليه عن الوفاء أن يلزمه به، وإلا فللاّخر أن يفسخ العقد.

هذا هو المستفاد من أدلة الشروط، وهو ما عليه الفقهاء، فإذا قام الدليل الشرعي على صحة الملزوم وثبت اللازم بالملازمة فنخصص أدلة اللزوم على طبق القاعدة، وأما إسراء هذا الحكم إلى ما لو جعل الخيار بالمطابقة بحيث كان متعلق الشرط هو نفس الخيار، فتخصص به أدلة

لزوم العقد، فلا دليل عليه؛ فإن تنقيح المناط لا يقول به، ولا يمكن قبوله، والتمسك بنفس الدليل لإلغاء الخصوصية إنما يكون في ما لو كانت الخصوصية ملغاة حسب ارتكاز العرف، من قبيل ما لو حكم بوجوب غسل اليد عند ملاقاتها للنجس، فهنا يمكن إلغاء الخصوصية بالإضافة إلى ملاقة النجس لجسم آخر؛ بمناط الارتكاز العرفي على أن ما أوجب الغسل هو سراية النجاسة إلى اليد بلا خصوصية للملاقي، وأما إذا فقد الطريق الدال على إلغاء الخصوصية، ولم نقل بتنقيح المناط لم يمكن القول بالتعدي لغير مورد الدليل، والشارع إنما أمضى الخيار في مورد التخلف عن الالتزام بشرط الصفة والفعل، فالتعدي من موردهما إلى الالتزام بجعل الخيار ابتداءً، والحكم بنفوذه، لا وجه له، ولا دليل عليه.

الجواب الثالث: ما أجاب به المحقق النابيني

وتقريب ما أفاده **تدئ** في الجواب هو أن كلاً من الجواز واللزوم ينقسم إلى حكمي وحقي، فالجواز الحكمي هو الذي لا يقبل التصرف والتغير كالجواز في عقد الهبة؛ فإنها جائزة سواء رفع صاحبها يده عن الجواز أم لا، وأما الجواز الحقي فهو الذي يمكن رفع اليد عنه، كالجواز في عقد الوكالة؛ فإنها عقد جائز ويمكن للموكل رفع يده عنه.

واللزوم الحكمي كاللزوم في عقد النكاح؛ فإنه غير قابل لرفع اليد عنه، واللزوم الحقي كاللزوم في عقد البيع؛ فإنه يقبل رفع اليد عنه.

وفي كل مورد يكون اللزوم حقيقياً أمكن جعل الخيار، وفي كل مورد يكون حكماً لم يمكن جعل الخيار، وعلى هذا الأساس لم يصح شرط الخيار في عقدي النكاح والضمان، وأما البيع فيصح فيه شرط الخيار؛ لأن لزومه حقي.

والمعيار في كون اللزوم حقيقياً أو حكماً هو جريان الإقالة وعدمه؛ فكلما كان للطرفين حق رفع اليد عن التزاماتهما وفسخ المعاملة بينهما كان اللزوم حقيقياً؛ فإن الإقالة تكشف عن أن لزوم المعاملة واقع تحت اختيار الطرفين، وكلما لم يكن للطرفين حق الإقالة كان اللزوم حكماً؛ لأن عدمها كاشف عن كون اللزوم ليس واقعاً تحت اختيارهما، ففي النكاح لا تصح الإقالة فلزومه حكمي، فلا يقبل جعل الخيار، وبما أنها تصح في البيع فلزومه حقي فيقبل جعل الخيار^(١).

(١) منية الطالب ٣: ٧٢.

ونذكر تمة كلامه للفائدة:

(فالبايع يملك المشتري المبيع ويملكه التزامه بكون المبيع بدلاً للثمن، فيملك المشتري الثمن والتزام البائع، كما يملك البائع الثمن والتزام المشتري، فكل منهما يملك التزام صاحبه.

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يدل على وجوب الوفاء بهذا الالتزام الذي به سُمي العقد عقداً وعهداً مؤكداً، كما أن بالإقالة ينحل هذا الالتزام ويردُّ كل منهما الالتزام الذي ملكه إلى صاحبه، والخيار ملك كلا التزامين، ولذا يثبت في كل ما يجري فيه الإقالة وبالعكس.

فإذا كان الالتزام من منشآت المتعاقدين، فلو اشترط أن لا يكون هذا في مدة معينة لأحدهما فلا يملك المشروط عليه التزام المشروط له، وإذا ارتفع موضوع الحكم فلا حكم، حتى يكون شرط خلافه مخالفاً للكتاب).

وحاصل الجواب: أن شرط الخيار لا ينافي أدلة لزوم العقد؛ لأن اللزوم في البيع لزوم حقي لا حكمي، فيكون باختيار المتعاملين.

إشكال المحقق الخوني على المحقق النائيني ودفعه

وأورد عليه: بأن تقسيم الجواز واللزوم إلى حقي وحكمي يبتني على وجود الاختلاف بين الحق والحكم في الحقيقة، وقد أثبتنا أن حقيتهما واحدة، وأن كليهما حكم، ولا يوجد في الشرع غير الحكم، ولكن الفقهاء اصطلاحوا على الحكم القابل للإسقاط بأنه حق، وغير القابل له بأنه حكم، ففرقوا بين الأمرين من جهة اختلاف الآثار والأحكام، وإلا فكل منهما اعتبار شرعي، والاختلاف من حيث الآثار لا يوجب اختلاف الحقيقة^(١).

وفيه: أولاً: أنه إشكال مبنائي؛ فإنه وارد على مبنى المستشكل القائل باتحاد الحكم والحق، ولا يرد على مبنى المحقق النائيني قدّم القائل باختلافهما في الحقيقة^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٢.

(٢) منية الطالب ١: ١٠٦. وقال فيه: (وعلى هذا، فلو لم يكن المجمعول الشرعي مستتبعا للإضافة والسلطنة فليس إلا حكماً، وتسميته بالحق إنما هو بلحاظ معناه اللغوي، وأما الاصطلاح فالفارق بينه وبين الحكم واضح جداً؛ فإن الحكم الشرعي هو المجمعول المتعلق بعمل المكلفين اقتضاء أو تخييراً، وهو وإن اشترك مع الحق في بعض الآثار: كجواز رجوع الواهب عن الهبة وجواز فسخ ذي الخيار إلا أنهما متباينان سنخاً، فإن

وثانياً: أنه مع غض النظر عن الإشكال المبناي نقول: إن غاية ما يقال في بيان هذا المبني عند القائل به هو أن الحقوق كالأحكام اعتبارات شرعية، ولكن اعتبارات الشارع على نحوين: اعتبارات لها أصول عقلائية، واعتبارات تأسيسية، أي شرعية محضة، والثانية على نحوين أيضاً:

الأول: ما تتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء والتخير، وهي الأحكام التكليفية؛ فإن في الوجوب والحرمة حيث الاقتضاء، كما أن في الإباحة حيث التخير.

الثاني: ما تتعلق بأفعال المكلفين لا على وجه الاقتضاء والتخير وهي الاعتبارات الوضعية.

والثاني على نحوين أيضاً: ما فيه قابلية السقوط والإسقاط، وما ليست فيه هذه القابلية كالصحة والفساد والملكية والزوجية، ويعبر في لسان الفقهاء عن الثاني بالأحكام الوضعية، وعن الأول بالحق.

هذا غاية ما يقال في تصويره، ولكن البحث أن المحقق الخوئي تدبّر يرى أن أمر اختيار هذا النحو من الاعتبارات - المعبر عنها في لسان الفقهاء بالحق - بيد المتبايعين، وإذا كانت كذلك فجعل الخيار لا ينافيها؛ إذ لم يكن جعل الخيار منافياً لجنس الحكم، فيتمّ كلام المحقق النائيني تدبّر ولو أعرضنا عن كلمة الحق وقلنا بأن لزوم البيع حكم ليس

إلا؛ فإن أمر هذا الحكم مربوط باختيار المتبايعين بخلاف اللزوم في النكاح؛ فإنه لم يجعل باختيار الزوجين، وكذلك الجواز في الوكالة؛ فإنه باختيار الموكل، بخلاف الجواز في الهبة؛ فإنه لم يجعل اختياره بيد الواهب.

والحاصل: أنه عندما جعل الحكم تحت اختيار المحكوم له لم يكن شرط الخيار منافياً له، فلا يرد الإشكال على المحقق النائيني تذت وإن اخترنا مبنى الاتحاد بين الحكم والحق، فيصح جوابه عن إشكال الفاضل النراقي تذت^(١).

(١) قيل للشيخ الأستاذ - دام ظله -: بأن للسيد الخوئي تذت إشكالاً آخر وهو ما أفاده بقوله: (على أن النكاح أيضاً قد يطرؤه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح). فأجاب - دام ظله -: بأن ما أنكره المحقق النائيني تذت إنما هو قابلية عقد النكاح لشرط الفسخ من قبل الزوجين، لا قابليته للانفساخ بحكم الشارع. وقيل للشيخ الأستاذ - دام ظله - أيضاً: بأن السيد الخونساري تذت قد أورد (في جامع المدارك ٣: ١٥٣) على هذا القول بما حصله: أن اللزوم لو كان لزوماً حقيقياً لكان قابلاً للإسقاط؛ لأن كل حق قابل له، فيكون الإسقاط بيد المتبايعين، ولا أظن أن يلتزم به. ونص عبارته ما يلي: (ولأزم ما ذكر أنه لو أسقط البائع أو المشتري حق اللزوم من قبله سقط اللزوم من قبله، بحيث لو رجع عن بنائه قبل تحقق الإقالة كان رجوعه بلا فائدة، وكان العقد من طرفه غير لازم، ولا أظن أن يلتزم به).

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن تعبير المحقق النائيني تذت دقيق؛ حيث قال: بأن اللزوم من سنخ الحقوق، ولم يقل بأنه حق لترتب عليه أحكام الحقوق، ويرد عليه الإشكال؛ فإن التعبير بأنه من سنخ الحقوق لا يوجب ترتب جميع أحكامها عليه؛ فإن

ونتيجة البحث: أن مقتضى النصوص الخاصة في الباب، وعمومات «المؤمنون عند شروطهم»، جواز شرط الخيار وصحته.

فروع

الفرع الأول: عدم الفرق بين اتصال زمان الخيار بالعقد وانفصاله

قال الشيخ **تدث**: (لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه)^(١).

أما المتصل فكأن يشترط الخيار في اليومين الأولين من حين العقد، وأما المنفصل فكأن يشترط الخيار بعد اليومين الأولين، وكلاهما صحيح؛ لعموم أدلة الشرط، وإطلاقات الروايات الخاصة، وعليه الإجماع كما يظهر من قول العلامة في التذكرة: (لو شرط خيار الغد دون اليوم صح عندنا... خلافاً للشافعي)^(٢).

واستدل الشافعي على مدعاه بقوله: (لأنه إذا تراخت المدة عن العقد لزم، وإذا لزم لم يعد جائزاً)^(٣).

وهو عين الدعوى؛ إذ لا يخفى أن تأثير شرط الخيار المنفصل هو جعل العقد اللازم جائزاً، فكيف يستدل على بطلانه بأنه لو صح لأصبح العقد اللازم جائزاً؟! فهل هو ممنوع عقلاً أو شرعاً أو لا؟ وإذا كان

بعض الحقوق تقبل النقل والانتقال مع أن اللزوم لا يقبله.

(١) المكاسب ٥: ١١٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١: ٥١.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز ٨: ٣١٢.

ممنوعاً فبأي وجه ودليل؟

ومع ذلك فهو مردود نقضاً بخيار التأخير، كما لو أحرّ الثمن عن ثلاثة أيام من حين العقد؛ فإن العقد وقع لازماً وصار جائزاً بعد ثلاثة أيام من حينه، وبخيار الرؤية، وخيار التفليس، والبيع المشروط برد الثمن. وحلاً بمقتضى العمومات والإطلاقات المشار إليها^(١).

الفرع الثاني: في حكم العقد بعد انقضاء مدة الخيار

وذلك فيما لو حددت له مدة مضروبة معينة، وفي المسألة ثلاثة وجوه، ترتبط بتعيين المرجع في مثلها، هل هو التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، أو استصحاب حكم المخصص، أو غيرهما؟ ولا بدّ قبل تعيين ذلك من بيان الاستفادة من الآية الكريمة، هل هو خصوص العموم الأفرادي، فيكون مدلولها وجوب الوفاء بكل عقد عقد فقط، أو هو مع الإطلاق من جهة الزمان؟ فيجب الوفاء بكل عقد في كل زمان، ويختلف الحكم باختلاف المدلول.

فإن قلنا بأن مدلولها خصوص العموم الأفرادي، ولا تعرض لها لناحية الزمان، فبعد انقضاء مدة الخيار لا يمكن الرجوع إلى عمومها؛ لأن

(١) وهنا علق الشيخ الأستاذ - دام ظله - بأن بهذا الاستدلال وأمثاله تظهر مظلومية فقه أهل البيت عليهم السلام؛ فإن غاية ما تعقله هذا الذي هو إمام في الفقه عند أهل السنة أن جعل الدعوى دليلاً ولم يأت بوجه للمنع.

الفرد الخارج من تحت العام لا يعود إليه مرة أخرى، فيسقط العام بالإضافة إليه، فلا بدّ من البحث عن مرجع آخر.

فربما يقال: بأن المرجع حينئذٍ هو استصحاب حكم المخصص، فيحكم ببقاء الخيار.

إلا أنه غير صحيح؛ لأن قاعدة دوران الأمر بين التمسك بالعام وبين جريان حكم المخصص إنما تأتي في ما لو كان الزمان المأخوذ في المخصص ظرفاً للحكم لا مفرداً له، والزمان في مثل موردنا - من جعل الخيار لنفسه مدة معينة كالشهر أو السنة - مفرد؛ حيث جعل حداً له، فيكون قيداً لا ظرفاً، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار بعد انتهاء المدة المضروبة.

وبعد انتهاء التمسك بالعام، وعدم جريان استصحاب حكم المخصص، يكون المرجع في المرحلة الأولى عدم نفوذ وتأثير الفسخ في ما لو فسخ؛ إذ نشك بعد انقضاء مدة الخيار في تأثير الفسخ، والأصل عدمه.

ولو نوقش في جريانه فالمرجع هو استصحاب بقاء الملكية الحاصلة بالعقد بيد من انتقلت إليه؛ فإنه لو فسخ من كان له الخيار وشك في تأثير الفسخ، فإن كان مؤثراً رجعت الملكية إلى صاحبها الأول، وإن لم يؤثر فهي باقية عند المالك الجديد، فيستصحب - عند الشك - بقاؤها عند من انتقلت إليه؛ فإن المقتضي لاستصحاب الملك موجود، والمانع منه مفقود.

وإن قلنا بأن في الآية عموماً فرادياً، وإطلاقاً أزمانياً، كما هو التحقيق:
 فإن قلنا بأن مفاد الآية هو الإرشاد إلى لزوم العقود، كان مفاد عمومها
 الفرادي أن كل عقد لازم، وهو - مقتضى الإطلاق الأزمانى - أنه لازم
 في كل زمان؛ لعدم تعقل الإهمال بالإضافة إلى الزمان، ولم تقيّد بزمان
 خاص، وحيث لا بدّ من ملاحظة نحو أخذ الزمان، وأنه أخذ بنحو
 القيدية، أو بنحو الظرفية، فإن أخذ بالنحو الأول كان المعنى أن لكل عقد
 في كل زمان لزوماً، فيتعدّد اللزوم بتعدّد الآنات، فيرتفع اللزوم بشرط
 الخيار عن الحصة الخاصة من الزمان، وأما الحصة الأخرى من الزمان
 التي لم يشترط فيها الخيار فيبقى اللزوم فيها على حاله، بمقتضى
 الإطلاق الزمانى.

وإن أخذ بالنحو الثانى - الظرفية - فاللزوم في العقد واحد مستمر في
 الزمان، فإذا انقطع بالخيار لم يمكن التمسك بالإطلاق؛ إذ لا فرد آخر له،
 فيرجع إلى الأصل العملي.

وإن قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالعقد، ولازمه
 اللزوم، فطبع الحكم التكليفي يختلف عن الحكم الوضعي؛ فإن الأصل
 الأولي في الحكم الوضعي أن لا يكون متعدّداً؛ لقصور ذاته عن التعدّد
 والتقيّد بالأزمة، فاللزوم بحسب الارتكاز العقلاني والعرفي غير متعدّد،
 فليس للعقد لزومات متعدّدة، كما هو الحال في الملكية؛ فإن ملكية زيد
 للدار ليست بنحو أن تكون لكل آن ملكية، بل المعتبر ملكية واحدة،

والزمان ظرف لها، وكذا في الصحة والنفوذ؛ فإنه ليس لكل أن صحة ونفوذ، بل المجعول واحد مستمر في الزمان.

وأما الحكم التكليفي فعلى العكس منه؛ فإن طبعه الأولي هو التعدد بحسب الأزمنة؛ فإن الوفاء بالعقد واجب، والوفاء في الزمان الأول غيره في الزمان الثاني، كما في سائر الواجبات والمحرمات التكليفية؛ فإن الوجوب المستفاد من (أكرم العالم) متعدد بحسب الأزمنة، وحرمة شرب الخمر متعددة كذلك.

وعلى هذا فيحمل الحكم التكليفي على التعدد بحسب الأزمنة إلا أن تقوم قرينة على جعل الزمان ظرفاً له فيكون واحداً مستمراً في الزمان، لا متفرّداً به.

والحاصل: أن الأصل الأولي في الحكم الوضعي أن لا يكون متعدداً، بخلاف الحكم التكليفي، وربما تقوم القرينة في كل منهما على خلاف طبعهما، فلا بد أن يلاحظ هذا المعنى، كما لا بد أن يلاحظ المبنى في مفاد الآية، فهل هو خصوص العموم الأفرادي، أو يشمل الإطلاق الأزماني، وعلى الثاني، فهل الزمان أخذ ظرفاً للحكم أو قيماً له، والحكم بعد المدة المضروبة للخيار يدور مدار هذا الاختلاف.

الفرع الثالث: في حكم شرط الخيار في مدة مجهولة

إذا اشترط الخيار في مدة مجهولة - كقدوم الحاج - فالبيع باطل بلا خلاف، ولكنهم اختلفوا في نحو الاستدلال.

أدلة الشيخ على البطلان

فاستدل عليه الشيخ **تذت** - مضافاً إلى نفي الخلاف عنه، ونقل الإجماع عليه^(١) - بوجوه ثلاثة:

الأول: صيرورة المعاملة بذلك غررية، والبيع الغرري باطل بالضرورة؛

(١) المكاسب ٥: ١١٣، وعبارته **تذت**: (بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً)، وعلّق على ذلك شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن نفي الخلاف أعم من الإجماع على بعض المباني مثل كونه اتفاق العلماء؛ إذ يمكن أن لا يكون لأحد الفقهاء قول في المسألة، كأن يتوقف فيها، أو لم تكن محرّرة، فلا يعدّ مخالفاً ولا يثبت الإجماع، ولهذا ترقى الشيخ **تذت** من نفي الخلاف إلى نقل الإجماع.

والحاكي للإجماع صاحب مفتاح الكرامة **تذت** حيث قال في ١٤: ١٩٢ - ١٩٣ ما لفظه: (يشترط تعيين المدة المشترطة بما لا يحتمل الاختلاف محروساً من الزيادة والنقصان، فلو نيطت بإدراك الغلات أو زيادة الماء ونقصانه أو إيناع الثمرات أو نحو ذلك بطل الشرط بالإجماع، والنهي عن الفرر، وتطرق الجهالة إلى العوضين؛ لجهالة الشرط؛ لأنّ الأجل له قسط من الثمن، مع موافقة الحكمة والاعتبار؛ لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف، والإناطة بالمختلف مثار الخلاف).

وأما صاحب المقابس فقال في ص ١٨٤: (فلو شرطاه مدة مبهمّة، أو أطلقاه بطل على الأظهر الأشهر..).

ثم ادعى الإجماع على النهي عن الفرر؛ حيث قال في الجواب عن الشيخ المفيد **تذت** ومن تبعه الذاهبين لثبوت الخيار ثلاثة أيام لو أطلقاه:

(لنا أنه شرط مجهول؛ لعدم التعيين كما هو المفروض، وهو يقتضي الفرر المنهي عنه بالإجماع، والنصوص، فيفسد لذلك..).

لنهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١)، وإن لم يثبت النهي عن مطلق الغرر^(٢).

ثم أورد على نفسه دخلاً من طريقين ودفعه:

الطريق الأول: إن العرف يتسامح في بعض المقامات، وهذا منها،

وبما أن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف، فالغرر بالحد الذي يتسامح فيه العرف غير مبطل.

الطريق الثاني: إن العقلاء يقدمون على المعاملات المشتملة على مثل

هذا الغرر، وإقدام العقلاء يمنع من انعقاد إطلاق « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ».

وبعبارة مختصرة: إن التسامح العرفي وإقدام العقلاء يمنعان من انعقاد

الإطلاق في الحديث، وبعد سقوط إطلاقه يرجع إلى عمومات حل البيع.

ويمكن تعميق الإشكال بصياغة فنية بأن يقال: إن نسبة « نهى

النبي ﷺ عن بيع الغرر » إلى دليل ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ نسبة المخصص

المنفصل إلى العام؛ فإن آية الحل تشمل بإطلاقها البيع الغرري وغيره،

والحديث يخصها بغير الغرري، وبسبب التسامح العرفي وإقدام العقلاء

على بعض الأفراد الغررية تضييق مفهوم الغرر، ولا أقل من صيرورته

مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، والقاعدة في مثله إذا كان المخصص

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

(٢) أرسل في كتب الفقه: « نهى النبي عن الغرر »، كما في السرائر ٢: ٤٥٩، وغيره.

منفصلاً هو التمسك بالعموم، فيتمسك في المقام بآية الحل. وحاصل ما أجاب به الشيخ تدئ عن الإشكال: أنه لا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات، وإقدام العقلاء أحياناً؛ فإن الاستفادة من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع ولو بهذا الحد من الغرر، وأنه قد ردع عن ذلك، فالغرر في بيع الجزاف غير مبطل عند العرف، ولكنه مبطل عند الشارع، وكذلك في موارد الأجل والمدة؛ فإنه لو لم يكن على كمال الانضباط لا يمنع من الصحة عند العرف، ولكنه يمنع منها شرعاً، وبيع المتاع عند العرف في بعض الموارد بالمشاهدة، ولا يكتفي الشارع بها، بل لا بد من الكيل أو الوزن، ولعل هذا هو مراد بعض الأساطين من قوله: (إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف)^(١)، وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف^(٢).

الثاني: الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم^(٣)؛ فإن

(١) عادة ما يعبر الشيخ تدئ بهذا التعبير عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته، ولكننا لم نجده عنده، ووجدنا العبارة عند ولده الفقيه المحقق الشيخ علي بن جعفر رحمته في كتابه شرح خيارات اللمعة ص ١٢١؛ حيث قال: (والظاهر أن دائرة الغرر الشرعي أضيق من العرفي، فإن النقود مثلاً إذا تساوت وزناً وصرفاً ورغبة لا بد فيها من ذكر النوع والصنف وإن لم يترتب على ذلك الغرر العرفي.. إلخ).

(٢) المكاسب ٥: ١١٣ - ١١٤.

(٣) الوسائل، الباب ٣ من أبواب السلف، وفيه عدة أحاديث منها: الحديث ٤ :

عن سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي

المستفاد منها سقوط الأجل غير المعلوم عند الشرع؛ لكيلا يحصل الغرر^(١).

الثالث: خصوص موثقة غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: « لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس^(٢) ولا إلى حصاد^(٣) ».

مع أن التأجيل إلى الدياس والحصاد وشبههما فوق حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع^(٤).

استدلال صاحب الجواهر على البطلان

واستدل صاحب الجواهر قدس سره على البطلان بوجهين:

الوجه الأول:

أن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة؛ لأنه من صغريات الغرر المنهي عنه؛ لأن الشرط يوجب الجهالة في الثمن؛ لدوران الأثمان ارتفاعاً ونزولاً مدار الشرط وجوداً وعدمًا، فقيمة المبيع مع الشرط تختلف عنها بدونه، والجهالة في الثمن تسبب الغرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله

يصنع في البلد الذي أنت به؟ قال: « نعم إذا كان إلى أجل معلوم ».

(١) المكاسب ٥: ١١٤.

(٢) الدياس: دق الطعام بالفدان ليخرج الحب من السنبل، والحصاد: قطع الزرع بالمنجل،

الوافي ١٨: ٥٥٣.

(٣) الوسائل، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.

(٤) المكاسب ٥: ١١٤.

عن بيع الغرر»، فيكون الشرط الموجب لذلك مخالفاً للسنة، ومن ثم يكون مخالفاً للكتاب أيضاً؛ بمقتضى ما دلّ على وجوب اتباعها، وهو قوله تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ ﴾^(١).

الوجه الثاني:

أن تشريع العقود لأجل رفع التشاح وقطع الاختلاف فلا يعقل أن تناط - تأسيساً أو إمضاء - بما هو مثاره ومنشأ له.

ثم قال تقيّد - في ذيل قول المحقق رحمته: « ولو شرط كذلك بطل البيع » - : (لا الشرط خاصة، كما ستسمعه فيما يأتي إن شاء الله تعالى محرراً)^(٢).

وحاصل ما أفاده في محله: أن الشرط فاسد فيسري فساده إلى البيع، فيفسد^(٣).

والفرق بين الاستدلّالين أن الشيخ تقيّد قد استدل بفساد المتبوع، وصاحب الجواهر تقيّد استدل بفساد التابع، وبينهما فرق بين، ولهذا الفرق أورد الشيخ تقيّد على صاحب الجواهر تقيّد في الوجه الأول بإيرادين:

(١) سورة الحشر: ٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣٢ - ٣٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١٩٨.

مناقشة الشيخ لصاحب الجواهر

الأول: أن كون البيع - بسبب الشرط - مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط، والمقصود الاستدلال على فساد البيع بغرريته، لا بغررية شرطه، فلا معنى للاستدلال بالثاني^(١).

الثاني: أن هذا الاستدلال مبني؛ فإنه يبتني على أحد المباني في المسألة المختلف فيها، وهي هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟ فالاستدلال على الفساد بغررية البيع نفسه لا بحث فيه، وأما الاستدلال عليه بفساد الشرط ففيه بحث بينهم، من جهة إيجابه فساد العقد وعدمه، وأحد المباني هو الحكم بفساد العقد.

وهذا الإشكال وارد على صاحب الجواهر رحمته؛ فإنه علّل الفساد بأن الشرط مخالف للكتاب والسنة، ولكن الغرر يحصل في الثمن من ناحية الشرط، فليكن التعليل من الأول بأن البيع مخالف للكتاب والسنة، لا بأن الشرط مخالف لهما.

اللهم إلا أن يريد صاحب الجواهر رحمته أن يستدل برواية « نهى النبي ﷺ عن الغرر » على أن لا يكون الشرط مطلقاً غررياً، وليس برواية « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، وبما أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر وإن لم يكن بيعاً، فيشمله دليل نهي الغرر، فيكون مخالفاً

للكتاب والسنة.

فيرد عليه ما أورده الشيخ تذت من أنه أكل من القفا؛ لسراية الغرر إلى البيع، فليعلل فساده من الأول بأنه غرري، ولا حاجة إلى أن يستند في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب والسنة.

توضيح المحقق الخراساني لكلام الشيخ ومناقشته للعلمين

ثم إنه - بحسب ما تقدم - عرفنا أن الشيخ تذت استدل - بعد الإجماع ونفي الخلاف - بصيرورة المعاملة غررية بذلك، ولم يوضح طريق الغرر، وقد أوضحه المحقق الخراساني تذت في حاشيته، وبما أنه تذت ناظر إلى كلامي الشيخ وصاحب الجواهر - قدس سرهما - فلا بأس بالتعرض لكلامه وتوضيحه فنقول:

إن الشرط على نحوين، فتارة يكون قيماً، فتكون المعاملة مقيّدة به، وأخرى يكون التزاماً في ضمن المعاملة بدون أن يكون قيماً لها، واستدلال الشيخ تذت مبني على إرادة الأول؛ فإن المعاملة المقيّدة بقيد غرري تكون غررية، فيشمّلها « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، فتبطل، بخلاف ما لو أخذ بالنحو الثاني، أي كان التزاماً في ضمن المعاملة ولم يكن قيماً لها؛ فإن جهالته لا توجب غرريتها، وعليه فلا بد من ملاحظة الشرط نفسه، وهل أنه مخالف للكتاب والسنة أو لا؟ فإن كان مخالفاً فسد الشرط، وهل يفسد العقد به أو لا؟ يبني على القول بالسراية.

ثم أشار إلى رأي صاحب الجواهر تذت بقوله: (ولعل الاستدلال بأن

اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة؛ لأنه غرر، ناظر إلى ذلك فلا يرد عليه ما أورده عليه).

نعم، يرد عليه: أن جهالته حينئذ لا توجب الغرر في المعاملة أصلاً؛ لعدم تقيّد البيع به حتى يكون غررياً، بل جعل شرط الخيار التزاماً في ضمنه، فلم تتجاوز الجهالة من الالتزام إلى البيع، وحاله حال شرط الخيار في هذا البيع في ضمن عقد آخر إذا لم يكن المشروط مقيّداً به، انتهى^(١).

ويتلخّص كلام المحقق الخراساني قدس في مطالب ثلاثة:

- ١- الاستدلال على مدعى الشيخ قدس من كون البيع غررياً بأنه مقيّد.
- ٢- نفي الغررية في ما لو كان الشرط بنحو الالتزام في ضمن المعاملة.
- ٣- إرجاع كلام صاحب الجواهر قدس إلى كون الشرط بنحو الالتزام في ضمن المعاملة، فيندفع عنه إشكال الشيخ قدس.

المناقشة في كلام المحقق الخراساني

وفي جميع هذه المطالب نظر:

أما الأول - وهو ابتناء استدلال الشيخ قدس على القيدية بأن يكون البيع مقيّداً، والغرر في القيد يوجب الغرر في المقيّد - فلأن المبني محل إشكال؛ فإن لازم جعل الشرط قيّداً للمعاملة هو التعليق؛ لعدم معقولية تحقّق المقيّد بدون تحقّق القيد، والتعليق مبطل بلا إشكال، فيبطل

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس: ١٧٦.

استدلال الشيخ تت من أساس.

وأما الثاني - وهو جعل الشرط التزاماً في ضمن التزام آخر وليس قيداً، فلا يلزم غررية البيع - فلأن معنى الالتزام في ضمن التزام لا يخرج عن أحد حالين؛ ولا شقاً ثالثاً في البين، فإما أن تكون المعاملة مقيدة والشرط قيداً، أو تكون ظرفاً والشرط مظروفاً، فإن كان الأول عاد الإشكال السابق، وهو لزوم التعليق المبطل، وإن كان الثاني - أي مجرد كون المعاملة ظرفاً والشرط مظروفاً - فهو ينفي مفهوم الشرط وماهيته؛ لأنه أخذ في مفهومه وحقيقته الربط والارتباط، أي أن حقيقة الشرط متقومة بالربط، فإذا كان المراد مجرد الالتزام في ضمن الالتزام بدون أن يوجب قيداً أصلاً فهو مخالف لماهية الشرط ومفهومه، والعجب أنه نظره بالالتزام به في ضمن عقد آخر، فيشكل بأنه ليس بشرط حينئذ؛ فإن الشرط عبارة عن التزام مربوط بالتزام آخر.

ويمكن أن يكون منشأ كلامه - وإن كان شأنه أجلّ من ذلك - ما ورد في كلمات اللغويين في تعريف الشرط من أنه: (إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه) ^(١)، ولكن اللغويين أنفسهم صرحوا بأنه يعتبر الربط في الشرط، وبأن قوام الشرط بالتعلق والارتباط.

وأما الثالث - وهو حمل كلام صاحب الجواهر تت على إرادة الالتزام

(١) لسان العرب ٧: ٣٢٩، مادة شرط.

في ضمن الالتزام - فلأنه لم يعط كلام صاحب الجواهر تَدْتُّ حَقَّه من التأمل؛ فإن المحقق تَدْتُّ قال في المتن: (لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة، ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج)، وصرح صاحب الجواهر تَدْتُّ بقوله: (على أن مشروعية العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره)^(١)، والإناطة والظرفية متقابلان، فلا يريد صاحب الجواهر تَدْتُّ من جعل الشرط إلا القيد.

تلخيص وتحقيق

وتحقيق الكلام في المقام: أن كلمات الفقهاء في وجه غررية البيع المشروط بشرط مجهول مختلفة، وهي على أقوال:

القول الأول: ما يستفاد من كلام عدة من الأعاظم كالمحقق تَدْتُّ وصاحب الجواهر تَدْتُّ في عبارتهما المتقدمة، من أن وجه الغررية هي الإناطة بأمر غرري، فالبيع غرري؛ لأنه منوط بالشرط الغرري.

ويرد على هذا البيان - مضافاً إلى إشكال التعليق المبطل - لزوم الدور؛ لأن الخيار في ذاته منوط بالبيع؛ إذ لو لم توجد المعاملة لم يوجد الخيار، فإذا كان البيع منوطاً بشرط الخيار لزم الدور الواضح؛ لتوقف البيع على الخيار حينئذ، وقد كان الخيار متوقفاً عليه، فيلزم أن يكون الشيء الواحد منوطاً ومنوطاً به.

القول الثاني: ما أفاده عدة آخرون كالمحقق النائيني تَدْتُّ من أن الشرط

بمنزلة الجزء من العوضين، فجهالته توجب جهالتهما؛ لسرايتها إليهما، فيكون البيع غررياً لذلك^(١).

وفيه: أن الشرط وإن كان منشأ لزيادة مالية العوضين أو نزولها إلا أنه خارج عن طرفي المعاملة، فلو جعل بمنزلة الجزء من أحد العوضين لزم ترتب أحكامهما عليه عند انتفائه، كخيار تبعض الصفقة؛ لأن التنزيل عبارة عن ترتب أحكام المنزل عليه على المنزل، فترتب أحكام الجزء على الشرط، مع أن أحكام الشرط تختلف عن أحكام الجزء بالضرورة الفقهية.

القول الثالث: ما أفاده المحقق الخراساني تدئ وآخرون من أن المعاملة مقيدة بالشرط، فإذا كان القيد غررياً فالمقيد بما هو مقيد يكون غررياً^(٢).

ولا يخفى أن القيد لا يخرج عن أحد حالين: إما أنه شرط، أو وصف، ومرادنا من الشرط ما يناط به الشيء، ويتوقف عليه المشروط.

فإن كان المراد به في المقام الشرط توجهت عليه الإشكالات الواردة على المحقق وصاحب الجواهر قدس سرهما.

وإن كان المراد به الوصف، أي الخصوصية، فيكون المراد أن الذات

(١) منية الطالب ٣: ٧٤.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني تدئ: ١٧٦.

متخصصة بالخصوصية المذكورة بالقيّد، من قبيل أن الرقبة مقيدة بالإيمان، ففيه احتمالان:

الأول: أن يتخصّص العوضان بالخصوصية المذكورة.

الثاني: أن تتخصّص المعاملة بها.

فالتقيّد بهذا المعنى إما أن يرجع إلى تضيق دائرة العوضين، وتخصّصها بخصوصية خاصة، أو إلى تقيّد نفس المعاملة، وبما أنه لا معنى لأن يتخصّص العوضان بشرط الخيار في مدة مجهولة، فالشرط ليس وصفاً للعوضين، ولا يعتبر خصوصية لهما، فيتعيّن الثاني وهو أن يكون البيع متخصّصاً بهذه الخصوصية، ومعنى تخصّص المعاملة بخصوصية ليس إلا إنشاء البيع الخاص، وهو البيع ذو الخيار، في مقابل البيع الفاقد له؛ وحيث إن البيع متخصّص بالخصوصية فهو يتبعها في الغررية، أي إذا كانت الخصوصية غررية فهو غرري، ولا يرد عليه ما يرد على صاحب الجواهر ^{تدوّن}، ولكنه يحتاج إلى إثبات أن البيع مع هذه الخصوصية غرري منهي عنه، وما استدل به عليه وجهان:

الوجه الأول: حديث « نهى النبي ﷺ عن الغرر » ^(١)، وشرط الخيار

في المدة المجهولة غرر، فيشمّله النهي.

بيان ذلك: أن متعلق النهي في الحديث هو الغرر، وهو يصدق على

الشرط، وعلى البيع، والاستدلال به من حيث انطباقه على الشرط، ولكن

(١) أرسل هذا الحديث في كتب الفقه، كما في السرائر ٢: ٤٥٩، وغيره.

غايته فساد الشرط، وأما فساد البيع فيتوقف على الالتزام بأن الشرط الفاسد في المعاملة مفسد لها، أو يلتزم - على الأقل - بأن خصوص هذا الشرط مفسد للبيع.

وسياتي البحث في كبرى فساد البيع بفساد الشرط في تنمة الشروط إن شاء الله تعالى، والمعروف بين المحققين المتأخرين أن الشرط الفاسد غير مفسد للبيع، والأحرى أنهم فصلوا بين الشروط، فقسم من الشروط فاسد ولا يحدث بسببه أي مانع بالنسبة إلى العوضين، ولا إلى المعاملة، فلا يكون مثله مفسداً لها، ومثاله أن يبيع المتاع بشرط القيام بعمل محرم، فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولكنه لا يخل بشروط البيع وجوداً وعدمًا، فلا يكون مفسداً.

وقسم آخر يوجب الفساد إذا أخذ قيداً وخصوصية، وهو ما إذا كان الشرط غررياً، والفرق بينه وبين غيره أن تلك الخصوصية لا توجد المانع في المتخصص بها، ولكن هذه الخصوصية توجد فيه؛ لأن الشرط الغرري يوجب أن يكون البيع غررياً بسبب تخصصه به، وعليه فلا بد من الالتزام بسرّاية فساد الشرط إلى المشروط في المقام وإن لم يلتزم بها بنحو العموم، وبهذا يتم الاستدلال بالحديث في المقام من هذه الجهة.

ولكن الشأن في سنده؛ لكونه مرسلًا غير منجبر بعمل الأصحاب قطعاً، فالاستدلال به في المقام باطل.

الوجه الثاني: قول النبي ﷺ: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، فالاستدلال بنفس غررية البيع، لا بغررية الشرط كالسابق، وهو العمدة؛ للتسالم على مبطلية الغرر في البيع، وإنما البحث في صغروية المقام للبيع الغرري، بمعنى كون البيع - مع شرط الخيار مجهول المدة، بناء على القيدية بالمعنى الثاني - غررياً.

وغاية ما يمكن في تقريب الاستدلال به أن يقال: إنه لا شك في سببية الشروط لحدوث خصوصيات في المعاملات؛ بحيث تتفاوت الرغبات والماليات بحسب وجود هذه الشروط وفقدائها، فلها تأثير في نقص المالية وزيادتها، ولا شك أن الثمن في قبالة المتاع في البيع الخياري يختلف عنه في البيع اللازم، وعلى هذا الأساس طرحت في باب الخمس مسألة تعلق الخمس في البيع الخياري قبل اللزوم وعدمه، فعلق الحكم بوجود الخمس على حصول الربح في البيع الخياري وعدمه، فإن عدّ ربحاً قبل اللزوم تعلق الخمس به وإلا فلا.

إذا اتضحت هذه النقطة فنقول هنا: إن شرط الخيار في مدة مجهولة يوجب الغرر في نفس البيع؛ وذلك لأن القيمة أثناء المدة المجهولة قابلة للصعود والنزول، فيختلف وضع المعاملة بحسبه، فلو مضت مدة وارتفعت قيمة المتاع وكان للبائع الخيار فسوف يفسخ البيع، وسيتضرر المشتري حينئذ، بخلاف ما لو لم يكن له الخيار، وكذلك الحال لو انعكس الأمر، فلو نزلت قيمة المتاع وكان للمشتري الخيار وفسخ البيع لتضرر البائع، فوضع المعاملة بالنسبة لهما متفاوت جداً، فالمعاملة تكون

غررية فتبطل.

مناقشة المحقق الخوني لهذا الاستدلال وردّها

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي **تدبر**: بأن الغرر لا يخرج عن أحد معنيين؛ فإنه إما بمعنى الجهالة، أو بمعنى الخطر، فإن كان بالمعنى الأول، فالجهالة المفسدة للبيع هي جهالة الثمن أو المثلن، وكلاهما في المقام معلومان، وجهالة مدة الخيار لا توجب جهالتهما.

وإن كان بالمعنى الثاني، فلا خطر في البين؛ لأن الفسخ إما أن يتحقق أو لا يتحقق، فإن لم يتحقق فالمنتقل للمتبايعين من الثمن والمثلن على ما هو عليه من المعلومية وعدم الخطر، وإن تحقق رجع المال إلى صاحبه بكامله بلا خطر عليه أيضاً.

نعم، الخطر في مقدار المالية؛ إذ ربما تزيد القيمة أو تنقص في المدة المجهولة، ولكن هذا الخطر غير مضر؛ بدليل وجوده في جميع موارد الخيارات، مع قيام ضرورة النص والفتوى على ثبوت الخيار، وعدم الحكم بغررية المعاملة فيها، فخير المجلس محدود بدوام المجلس وربما تطول مدته، فترتفع قيمة المبيع أو تنقص أثناءها، وكذلك الحال في البيع المشروط برد الثمن؛ فإن زمان رد الثمن مجهول، فيمكن أن تطول المدة إلى سنة ويمكن أن تقصر، فيزيد الثمن أو ينقص أثناءها،

وكذلك في موارد الشبهة الموضوعية لخيار العيب والغبن^(١).

ويندفع أولاً: بأنا نختار المعنى الثاني ولا يرد الإشكال؛ لأن متعلق النهي في الحديث هو فعل المتبايعين، أي الغرر الناشئ من فعلهما، وهو إيقاع البيع الغرري كما في المقام، وأما موارد النقض فالغرر فيها مترتب على البيع بفعل الشارع أو بتباني العقلاء.

وبعبارة فنية: إن الغرر الناشئ من ناحية نقصان القيمة ونزولها في خيار المجلس مترتب على وجود الخيار، وهو مترتب على حصول البيع بحكم الشارع، وما كان كذلك يستحيل أن يمنع من صحة البيع؛ لأن صحة خيار المجلس متفرعة على صحة البيع، فالغرر الحاصل من ناحية الخيار المتوقف على صحة البيع لا يمكن أن يرفع صحة البيع؛ وإلا يلزم أن يكون المعلول علّة لزوال علته، وأن يكون ما يأتي من جانب الحكم منشأ لزوال موضوع نفسه، وهو واضح البطلان، فهناك فرق بين موارد النقض ومحل البحث.

وثانياً: بأنا لو غضضنا النظر عن ذلك، فمن نفس وجود مثل هذا الغرر في الشريعة نستكشف أن الغرر المنهي عنه غير هذا.

وثالثاً: بأن وجود مثل هذه الموارد في الشرع يوجب كون دليل الغرر مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في المخصص على القدر المتيقن، وهو الغرر الظاهر في العوضين، لا في ارتفاع المالية ونزولها.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١١ - ٢١٢.

تحقيق المحقق الأصفهاني في وجه غررية البيع مع هذا الشرط

وهنا تحقيق للمحقق الأصفهاني تؤكد في بيان وجه غررية البيع المقترن بهذا الشرط وحاصله: أن الالتزام البيعي قد يكون ظرفاً محضاً للالتزام الشرطي، فيكون الغرض من أخذه فيه تصحيح الشرط فقط؛ لأن الشرط لا في ضمن العقد إما ليس بشرط، أو أنه غير صحيح، وعلى هذا التقدير لا ربط للبيع بالشرط، فالشرط وإن كان غررياً إلا أنه لا يؤثر في البيع؛ لكونه مجرد ظرف.

وقد يكون الغرض منه عبارة عن الشرط، فيكون الالتزام المعاملي منوطاً به، وفي مثله تسري غررية الشرط إلى البيع، فيكون غررياً^(١).

وفيه: أولاً: أن جعل البيع مجرد ظرف للشرط بدون أي ارتباط، بل لأجل أن يكون الشرط في ضمن عقد ليس إلا، لا يرفع إشكال الشرط الابتدائي.

بيان ذلك: أن عدة من الفقهاء التزموا بالشروط الابتدائية؛ مستندين إلى قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، وهو مندفع بأخذ الارتباط في مفهوم الشرط وحقيقته، وكلمات اللغويين في تعريفه بأنه التزام في ضمن التزام من بيع وغيره ناظرة إلى ذلك، فصرف الظرفية بدون أي ارتباط لا يحقق مفهوم الشرط، بل لا بد من ارتباطه بما يكون هو في

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ١٧٦.

(٢) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

ظرفه حتى يصدق عليه عنوان الشرط، فصرف الظرفية لا ترفع إشكال الشرط الابتدائي؛ لعدم صدق مفهوم الشرط عليه حينئذ، فلا يصح أن يقال: (الالتزام البيعي قد يكون ظرفاً محضاً للالتزام الشرطي، فيكون الغرض من أخذه فيه تصحيح الشرط فقط).

وثانياً: أن قوله: (وقد يكون مربوطاً بالإقدام المعاملي..) فيه: أن ارتباط البيع بالشرط لا يخرج عن حالين، إما أن يكون بنحو التعليق، أو بنحو التقييد، فإن كان بالنحو الأول كان البيع باطلاً؛ لأجل التعليق، لا لأجل الغررية، وإن كان بالنحو الثاني فقد صرح - قبل قوله: (والتحقيق) - بـ (أن التقييد في البيع الشخصي لا معنى له؛ حيث لا سعة له حتى يتضيّق بتقييده) ^(١)، ومع انتفاء التقييد تنتفي الغررية أيضاً، فتبطل دعوى الغرر على كلا التقديرين.

هذه جملة أنظار أكابر الفن من صاحب الجواهر والشيخ والمحقق الخراساني والمحقق الأصفهاني وغيرهم أعلى الله مقامهم، ولم ينهض منها وجه وجيه لبيان غررية البيع.

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة يحتاج إلى بيان مقدمة وهي:

إن الخيارات على قسمين:

القسم الأول: الخيارات التعبدية التأسيسية من قبل الشارع، كخيار

(١) حاشية الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٧٥.

المجلس والحيوان، وهي متحققة على كل تقدير، سواء أكان ذو الخيار عالماً أم جاهلاً، وسواء أكانت مدة خيار المجلس معلومة أم مجهولة من جهة حصول الافتراق وعدمه، والغرر الناشئ من هذه الخيارات على فرض حصوله لا ضير فيه، ويكون مستثنى من دليل النهي عن الغرر؛ لأن النهي عن بيع الغرر مختص بالغرر الناشئ من المتعاملين، لا ما يحصل بحكم الشارع، والغرر في هذه الموارد بحكمه؛ إذ يمكن أن تكون هناك مصلحة توجب أن يمضي الشارع هذه الموارد الغررية وينفذها؛ فإن الملاكات ليست بأيدينا.

وبهذا يندفع ما أفيد من أن الشارع بنفسه جعل الغرر، فيستكشف عدم نهيه عن الغرر في المقام^(١)؛ ووجه الاندفاع أنه إذا ثبت بحجة شرعية سنداً ودلالة أن الشارع جعل الغرر في مورد من الموارد لا يمكننا أن نعديه إلى مورد لم يقم عليه دليل ونحكم بعدم مانعية مثل هذا الغرر.

القسم الثاني: الخيارات الإمضائية، كخيار العيب والغبن؛ فإنها موجودة عند العقلاء قطعاً؛ فإن في كل معاملة شرطاً ضمناً بسلامة العوضين، ومساواتهما في القيمة، فلو كان أحدهما معيباً، أو كانت مالهته أقل من الآخر بتفاوت فاحش كان لمن أخذه حق الفسخ، والشارع أمضى ذلك.

ومن هذا القسم خيار رد الثمن؛ فإنه من الخيارات العقلانية التي

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١١ - ٢١٢.

أمضاها الشارع، كما تدلّ عليه موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنة أن تردّ علي، فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثلثيها إلى سنة ردّها عليه..^(١)

فهذا الخيار ليس تأسيسياً من قبل الشارع كخيار الحيوان، بل هو إمضاء لما هو رائج عند العقلاء من حيث إنهم عقلاء، فهو موجود حتى عند غير منتحلي دين الإسلام أيضاً كبيع الشرط.

إذا اتضح هذا نقول:

أولاً: إن الغرر في مثل شرط الخيار هذا، المجمعول من قبل المتبايعين متحقق قطعاً؛ فإن قيمة الدار في السنة المجمعولة في الشرط في معرض النزول والارتفاع الكبير، مما يوجب الخطر في مالية المال، فإمضاء الشارع له يكشف كشفاً قطعياً عن أن مثل هذا الغرر غير مشمول للنهي في « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر »، أي لا يراد بهذا النهي مثل هذا الغرر في المالية، الناشيء من ناحية جهالة مدة الخيار.

ثانياً: إن إمضاء شرط المتعاملين إن لم يوجب القطع بعدم إرادة هذا النحو من الغرر فهو يوجب - على الأقل - الشك في سعة دائرة الغرر المنهي عنه، فيكون المخصص - وهو « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » -

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، والمرجع حينئذ في غير القدر المتيقن من التخصيص هو إطلاق ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.

والنتيجة: أن البيع المشتمل على شرط الخيار في مدة مجهولة إما أنه غير غرري، أو مشكوك الدخول في عنوان المخصص، فيصح.

نعم، يبقى إشكال الإجماع، ولكن القدر المسلّم من الإجماع هو الإجماع على غررية الشرط نفسه، كما أفاد صاحب الجواهر فتاوى بقوله: (قولاً واحداً)^(١)، وأما بطلان البيع فلم ينعقد الإجماع عليه، ولهذا أراد أعظم القوم أن يثبتوا غررية البيع بواسطة غررية الشرط لكي يندرج في الغرر المنهي عنه، فعبروا بقولهم إن للشرط قسطاً من الثمن، فتسري الجهالة إلى الثمن فيكون البيع غررياً، وقال قسم آخر من الفقهاء بأن الشرط غرري فهو فاسد؛ فيكون مفسداً للبيع، وقد اشتمل كلام صاحب الجواهر فتاوى على الأمرين، كما تقدم سابقاً.

وبالجملة: أنه لا إجماع على فساد البيع، بل المسألة محل خلاف بينهم، فمن بنى على أن الشرط غرري، وأن فساده يسري إلى البيع، قال بفساد البيع، ومن بنى على عدم مفسديته لم يقل بفساده، ونحن لا نرى المفسدية فنحكم بصحة البيع؛ لعدم تمامية الدليل على الفساد، وعدم ثبوت الإجماع عليه، ونحن وإن كنا نحتاط في موارد الإجماعات

(١) الجواهر ٢٣: ٣٢.

ونراعيها إلا أن الإجماع على الفساد غير ثابت، فلا وجه للاحتياط، وأما بالنسبة إلى الشرط فنحتاط في مقام الفتوى؛ لأجل الإجماع على بطلانه، لا لأجل « نهى النبي ﷺ عن الغرر ».

الفرع الرابع: في بطلان البيع مع ذكر مدة الخيار مطلقة أو عدم ذكرها

في هذا الفرع مسألتان:

الأولى: أن يشترط الخيار مع عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار.

الثانية: أن يشترط الخيار مع ذكر المدة المطلقة، كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار مدة.

والفرعان من وادٍ واحد، واختلف في حكمهما على قولين، بل على ثلاثة، مع ملاحظة أقوال المتأخرين، والمعروف بينهم قولان:

القول الأول: الحكم بالبطلان؛ لكونه غرراً، وهو المحكي عن الشيخ في أحد قوليهِ، والفاضل وثاني الشهيدين والصيمري^(١)، وهو مختار الشيخ الأعظم تذت^(٢).

(١) حكاة الجواهر ٢٣: ٣٣. وأما صاحب مفتاح الكرامة تذت فقال في ١٤: ١٩٤: (ففي ظاهر المبسوط والمراسم وصريح التحرير والتذكرة والمختلف وغاية المرام والمسالك والكفاية أنه يبطل الشرط فيها).

فلم ينسب لهم بطلان البيع.

(٢) المكاسب ٥: ١١٦، قال الشيخ تذت: (لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج ، وبين عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: « بعتك على أن يكون لي الخيار »،

القول الثاني: الحكم بالصحة، كما هو المشهور بين المتقدمين كما

ذكره صاحب الجواهر تتمة وقواه^(١).

واستند القائلون بالصحة [من المتأخرين] إلى الإجماع المنقول عن

السيد المرتضى وابن زهرة والقاضي في الجواهر أعلى الله مقامهم، وإلى

مرسلة الخلاف^(٢) المنجبرة بالإجماع المذكور، وقرب الاستدلال صاحب

وبين ذكر المدة المطلقة، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدة»؛ لاستواء الكل في الغرر).

(١) الجواهر ٢٣: ٣٣ - ٣٤. وقال صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ١٩٥: (وفي المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والكافي على ما حكى أنه يصح الشرط وينصرف إلى ثلاثة أيام، وكأنه مال إليه الشهيد في الدروس، وقد حكى عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والجواهر والغنية، وادعى في الخلاف ورود أخبار الفرقة به، وليس ما يحكيه إلا كما يرويه.

(٢) قال الشيخ رحمته في الخلاف ٣: ٢٠، مسألة ٢٥: (من ابتاع شيئاً بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، ولا خيار له بعد ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن البيع فاسد، فإن أجازه في الثلاثة جاز عنده خاصة، وإن لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة.

وقال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة.

وقال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار، كان له الخيار أبداً.

دلينا: إجماع الفرقة، وأخبارهم).

والمراد من مرسلة الشيخ تتمة ما أفاده بقوله: (وأخبارهم).

الجواهر **قُدُّ**: بأن الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان، كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان، والمعين له مرسله الشيخ **رحمته** المنجبرة بالإجماع، ومدلولها: من ابتاع شيئاً بشرط الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام^(١).

إشكال الشيخ على صاحب الجواهر

وأورد عليه الشيخ **قُدُّ** بإشكالين:

الأول: أن الدعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر، لا في تخصصها، وقد خلط صاحب الجواهر **قُدُّ** بين الأمرين.

توضيح ذلك: إن المانع من صحة البيع هو الغرر؛ بمقتضى: « نهى النبي **صلى الله عليه وآله** عن بيع الغرر »، والمرجع في تحديد مفهومه هو العرف، وهو يرى أن البيع المشتمل على شرط الخيار بدون ذكر المدة، أو مع ذكرها من دون تعيينها غرري، والتعبد الشرعي لا يرفع الغرر العرفي، بل لو ورد من الشارع في مثل المقام الحكم بالخيار لمدة ثلاثة أيام، فهو تعبد منه يقتضي تخصيص دليل نفي الغرر، لا كما قال صاحب الجواهر **قُدُّ** من أن الغرر مندفع بتحديد الشارع؛ فإن دليل التخصيص لا يقتضي التخصص.

ونظيره ما ورد في الوصايا المبهمة، كما إذا وصى بعتق كل مملوك

قديم له، أو بإعطاء شخص دراهم كثيرة، أو بجزء من ماله؛ فإنه ورد من الشارع ما يفيد حمل القديم على المملوك ستة أشهر؛ استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ وَالْقَمَرَ قَدَرْنَاهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ﴾^(١)، وحمل الكثيرة على الثمانين؛ استناداً لقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾^(٢)، وعدت مواطن الرسول ﷺ فكانت ثمانين، وحمل الجزء على العشر؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ فَخُذْ أَرْبَعَةً مِّنَ الطَّيْرِ فَصُرْهُنَّ إِلَيْكَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا ﴾^(٣)، وكانت الجبال عشرة^(٤)، فإن هذه الروايات لا ترفع الإبهام

(١) سورة يس: ٣٩.

(٢) سورة التوبة: ٢٥.

(٣) سورة البقرة: ٢٦٠.

(٤) أشار إلى ما ورد في الوسائل، كتاب العتق، الباب ٣٠، الحديث ١:

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن داود النهدي، عن بعض أصحابنا قال: دخل ابن أبي سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام، إلى أن قال: فقال له: رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله، قال: « نعم، إن الله يقول في كتابه: ﴿ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ﴾، فما كان من ممالكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حر...».

وإلى ما ورد في الوسائل، كتاب النذر، الباب ٣، الحديث ١:

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن بعض أصحابه - ذكره - قال: لما سُمَّ المتوكل نذر إن عوفي أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفي سأل الفقهاء عن حد المال الكثير فاختلفوا عليه، فقال بعضهم: مائة ألف، وقال بعضهم: عشرة آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفة، فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال له صفوان: ألا تبعث إلى هذا الأسود فتسأله عنه؟ فقال له المتوكل: من تعني ويحك؟

في الوصية، وإنما تحمل الإبهام فيها على هذا الحد المعين تبعداً، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن المرسلة المنجبرة المعينة لكون الخيار ثلاثة أيام لا ترفع الغرر عن فعل المتعاملين، بل تقضي بصحة المعاملة الغررية، وكم فرق بين الأمرين.

الثاني: أن مستند المسألة أمران:

أحدهما: ما روي في كتب العامة: أن حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجة أصابته في رأسه، فقال له النبي ﷺ: « إذا بعث فقل: لا خلافة » وجعل له الخيار ثلاثاً، وفي رواية: « ولك الخيار ثلاثاً »^(١).

فقال: ابن الرضا، فقال له: وهو يحسن من هذا شيئاً؟ فقال: إن أخرجك من هذا فلي عليك كذا وكذا وإلا فاضربني مائة مفرعة.

فقال المتوكل: قد رضيت، يا جعفر بن محمود صر إليه وسله عن حد المال الكثير، فصار جعفر بن محمود إلى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام فسأله عن حد المال الكثير فقال له: « الكثير ثمانون »، فقال جعفر: يا سيدي! إنه يسألني عن العلة فيه، فقال أبو الحسن عليهما السلام: « إن الله يقول: ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين ».

وإلى ما ورد في الوسائل، كتاب الوصايا، الباب ٥٤، الحديث ٣:

عن معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: « جزء من عشرة، قال الله عز وجل: ﴿ ثُمَّ أَجْعَلُ عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا ﴾ ، وكانت الجبال عشرة أجمال ».

(١) المكاسب ٥: ١١٨ - ١١٩، والرواية في البخاري ٣: ١٩، مسلم ٥: ١١، سنن ابن ماجه

والخلافة: الخديعة^(١).

وهي غير قابلة للاستدلال، لا سنداً ولا دلالة.

ثانيهما: ما أرسله الشيخ رحمته بعنوان أخبار الفرقة، وهي غير قابلة للاحتجاج أيضاً؛ لأن الإجماعات المنقولة إنما تجبر قصور الخبر المرسل المعلوم العين، فتجبره سنداً، أو دلالة إن كانت قاصرة، كمرسلي الشيخ تدئ: « نهى النبي ﷺ عن الغرر »^(٢)، و« على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣)، وأما المرسل مجهول العين، المردد بين الرواية والدراية فلا تجبره، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن تعبير الشيخ رحمته: (وأخبارهم)، أي أخبار الفرقة المحقة، ولم ينقل عين الرواية، فيحتمل أنه عنى بأخبارهم ما ورد في خيار الحيوان الذي جعل ثلاثة أيام؛ بأن اجتهد واستنتج أن كل خيار اشترط، ولم تذكر له مدة، أو ذكرت ولم تحدد، يحمل شرعاً على ثلاثة أيام، فخبر الشيخ تدئ مردد بين كونه حسياً قابلاً للجبر، وبين كونه حدسياً غير قابل له.

ويؤكد ما قلناه عدم ذكر الشيخ رحمته له في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار.

(١) العين ٤: ٢٧٠، لسان العرب ١: ٣٦٣ وغيرهما.

(٢) الخلاف ٣: ٣١٩، وقال فيه: (دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغرر »).

(٣) الخلاف ٣: ٢٢٨، قال: (وروي عن النبي ﷺ أنه قال: « على اليد ما أخذت حتى

تؤديه » أو « حتى تؤدي »).

هذا كله بالنسبة إلى المنجبر، وأما بالنسبة إلى الجابر فالإجماع المنقول هنا غير جابر أيضاً؛ وفيه بحث مفيد أجمله الشيخ تَدْتُرُ وتوضيحه: إن الإجماع المنقول هو إجماع السيد المرتضى، وابن زهرة في الغنية، والقاضي في الجواهر، أعلى الله مقامهم، والمستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهرة هي إجماعات السيد في الانتصار، ولا اعتبار بها؛ لأنها بحسب التبع والاستقصاء إجماعات على الكبرى، والسيد طبقها على الصغرى؛ اجتهاداً منه، فلا تفيدنا فائدة.

فما ذكر من حكاية الأخبار ونقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة^(١).

وربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد، ولعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

فيقال: بأن المورد ليس من موارده - فإن مورده الذي هو محل بحث بين الفقهاء - ما لم يحصل من فساد الشرط مانع في نفس البيع، كأن يبيع بشرط القيام بالعمل المحرم مثلاً، وأما ما يحصل منه المانع فلا بحث في سرايته، كأن يكون الشرط غررياً؛ فيكون البيع غررياً بسببه، فيفسد البيع للغررية، وإن لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

هذا ما أفاده الشيخ **تدثّر** مع توضيح منا، ولكن يرد عليه:

أنه قال - تبعاً للمشهور - بأن المرسل إن كان رواية انجبر سنداً ودلالة، وإن كان دراية لم ينجبر، كما لا ينجبر ما كان مردداً بين الرواية والدراية كما في المقام.

أما الأخير فواضح؛ للشك في كونه خبراً، فلم يثبت موضوع حجية الخبر، فيشك في شمول دليلها له؛ لأنه إن كان خبراً شمله دليل حجية الخبر، وإن كان دراية لم يشمله هذا الدليل، وإنما يشمله دليل حجية قول أهل الخبرة، فيكون معتبراً للمقلد، لا للمجتهد، والقاعدة مع التردد بينهما تقتضي عدم حجيته؛ إذ لا يصح التمسك بالدليل في شبهته الموضوعية، قولاً واحداً، بخلاف التمسك به في الشبهة الموضوعية للمخصّص فقد وقع فيه الخلاف.

نعم، لو علم بكونه خبراً وشك في كونه عن حس أو حدس لحمل على الحسية وأخذ به؛ لما حرّر في الأصول من كون الأصل في الخبر الحمل على الحسية.

وأما قوله بجبر الدلالة بعمل المشهور إن كان المرسل معلوم العين - أي ثبت كونه خبراً ورواية - فالحق منعه؛ لأن موضوع أدلة الحجية هو الظهور، وعمل الأصحاب لا يجعل غير الظاهر ظاهراً، ولا المجمل مبيّناً، ولا قاصر الدلالة تاماً، بل غايته أنهم استظهروا ذلك، فيكون حجة لهم

وعليهم، لا على من لم يستظهر ما استظهره.

وأما جبر الخبر سنداً، ففيه: أن موضوع دليل الاعتبار هو الخبر الموثوق بصدوره، وخبر الثقة، أما اعتبار الموثوق بصدوره فللسيرة العقلانية القطعية غير المردوعة شرعاً، وأما اعتبار خبر الثقة فللسيرة ولروايات حجية خبر الثقة، فلأجل العمل بالخبر إما أن يحصل الوثوق بصدوره أو يخبر به الثقة، وغاية ما يكشفه عمل المشهور بالخبر المرسل حصول وثوقهم بصدوره، ووثوقهم به ليس بحجة لنا.

نعم، ربما يقال بحصول الوثوق المخبري، بمعنى أن عمل المشهور توثيق عملي للراوي، فيكون حجة.

وفيه: أنه لو تمّ القول بانجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور فهو إنما يكون في الراوي المعين المجهول حاله عندنا، كما لو كانت الرواية مسندة، وأما في الرواية المرسلة - كما لو ورد تعبير: عن النبي ﷺ، أو عن أبي عبد الله ﷺ - فهو مجهول العين، ولا يعرف من هو، فلم يتحقق موضوع الجبر، ولا يعدّ عملهم توثيقاً عملياً.

فما أفاده الشيخ تدئ - تبعاً للمشهور - من انجبار المرسل، سنداً ودلالة، بعمل المشهور إذا كان معلوم العين، ممنوع في كلا الجانبين.

تحقيق المحققين الخراساني والأصفهاني في المسألة ومناقشته

ثم إن للمحققين الخراساني والأصفهاني قدس سرهما تحقيقاً في المقام، وبما أن ما أفاده المحقق الأصفهاني تدئ أكثر استيعاباً فنقتصر على بيانه، ومنه يتضح كلام المحقق الخراساني تدئ.

وقد أفادتت أن مدة الخيار المأخوذة في العقد تتصور على أنحاء

ثلاثة:

الأول: أن يكون لها تعيّن واقعي مجهول عند المتعاقدين، كقدوم الحاج مثلاً في المسألة السابقة، فالمعاملة تكون غررية، وقد تقدم بحثه.

الثاني: أن لا يكون لها تعيّن واقعي أصلاً، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار مدة)، غير قاصد لخصوص مدة ولا لعمومها، فالمدة مرددة، والمردد لا تعيّن له، ولا ثبوت له ذاتاً ولا وجوداً، فالالتزام به غير معقول، لا أنه معقول وغير صحيح بسبب الغرر ونحوه؛ لأن الصحة والبطلان فرع وجود الواقع، والمردد لا وجود له.

الثالث: أن يكون لها تعيّن بالإرسال والشيوع، إما بأن يجعل لنفسه الخيار بنحو اللا بشرط من حيث خصوصيات الأزمنة، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار) بلا توقيت له أصلاً، أو بأن يجعل له الخيار في مدة، بحيث تكون المدة لا بشرط من حيث خصوصيات الأزمنة، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار مدة)، قاصداً بها المدة غير المختصة بوقت دون وقت، على وجه اللا بشرط القسمي، والشرط والمعاملة في كلتا صورتين صحيحان، ولازمه ثبوت الخيار دائماً إلى أن يسقط بأحد المسقطات، فيكون العقد الخيارى بهذا النحو من الشرط كالعقد الجائز بالذات، الذي لازمه حق الرجوع في جميع الأوقات،

وليس فيه غرر أصلاً، ولا جهالة أبداً^(١).^(٢).

وما أفاده - قدس الله سرهما - وإن كان في غاية المتانة في ما لو كان البيع بالنحو الذي ذكره، إلا أنه لا يرد على الشيخ **تدبير**؛ لأن مراده ومراد سائر الفقهاء من قولهم في تحرير المسألة: (بعت ولي الخيار)، أو (باع مع شرط الخيار)، غير الصورة الثالثة من كلامهما التي جعل الخيار فيها دائماً^(٣).

(١) حاشية المحقق الخراساني: ١٧٦، وحاشية المحقق الأصفهاني ٤: ١٧٧.

(٢) ادعى بعض الحاضرين أن البيع بالنحو الثالث غير عقلائي، فأفاد سماحة شيخنا الأستاذ - دام ظله - بما حاصله:

إن البيع عند العقلاء يتم بحسب أغراضهم، فتارة يبيع الدار بيعاً لازماً، وأخرى يبيعها بيعاً جائزاً، وثالثة يبيعها بشرط الخيار في مدة معلومة كسنة، ورابعة بأن يجعل له الخيار إلى الأبد فيكون بمثابة الجائز بالذات، وكل ذلك مع ملاحظة التفاوت في القيمة؛ فإن للمتاع في البيع اللازم قيمة أعلى منها في البيع الجائز أو بشرط الخيار، وفي كل ما ذكر لا يوجد غرر في المبيع ولا في الثمن ولا في المالية.

نعم، لو كان الخيار المشروط غير معلوم من حيث المدة، فلا يدرى هل أن له الخيار لمدة يومين أو أكثر أو أقل لكان غريباً.

(٣) والشواهد على ذلك من كلماتهم قدست أسرارهم:

الانتصار للسيد المرتضى: ٤٣٤: (ومما ظن انفراد الإمامية به و لهم فيه موافق: القول بأن للمتبايعين أن يشترطاً من الخيار أكثر من ثلاثة أيام بعد أن تكون مدة محدودة، ووافقهم في ذلك ابن أبي ليلى ومحمد وأبو يوسف والأوزاعي، وجوزوا أن يكون الخيار شهراً أو أكثر كالأجل.

وقال مالك: يجوز على حسب ما تدعو الحاجة إليه في الوقوف على المبيع وتأمل حاله. وحكي عن الحسن بن حي أنه قال: إذا اشترى الرجل الشيء فقال له البائع: اذهب فأنت

فيه بالخيار، فهو بالخيار أبداً حتى يقول: قد رضيت.
 وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أنه لا يجوز أن يشترط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن فعل فسد
 البيع، وهو قول الشافعي.

ودلينا على ما ذهبنا إليه: الإجماع المتردد، وأيضاً فإن خيار الشرط إنما وضع لتأمل حال
 المبيع، وقد تختلف أحوال تأمله في الطول و القصر، فجاز أن يزيد على الثلاث كما جاز
 أن ينقص عنها، ولا يلزم على ذلك أن يثبت بلا انقطاع؛ لأن ذلك ينقض الغرض بالبيع.
 فإن اعترض المخالف بما يروونه عن النبي ﷺ من أنه قال: «الخيار ثلاث»، فالجواب
 عن ذلك: أن هذا خبر واحد، وقد بينا أن أخبار الأحاد لا يعمل عليها في الشريعة، وبإزائه
 الأخبار الواردة بجواز الخيار أكثر من ثلاثة أيام؛ ولأن قوله ﷺ: «الخيار ثلاثة أيام» لا
 يمنع من زيادة عليها، كما لم يمنع من نقصان عنها.

فإذا قيل: زيادة خيار الشرط على الثلاثة غرر، ودخول الغرر في البيع لا يجوز يفسدها.
 قلنا: وثبوتها في الثلاثة أيضاً غرر، لأنه لا يدري في هذه المدة يحصل له البيع أو لا
 يحصل، ومع ذلك فقد جاز البيع مع ثبوت هذا الغرر.

المهذب لابن البراج ١: ٣٥٩: (ومن باع شيئاً بشرط الخيار متى أراد، كان فاسداً؛ لأنه
 كان مجهولاً).

جواهر الفقه ٥٤: ١٩٤: (مسألة: إذا باع غيره شيئاً بشرط الخيار، ولم يعين أجلاً ولا
 وقتاً، بل أطلق ذلك إطلاقاً، هل يصح له الخيار أم لا؟ الجواب: الخيار يصح ثلاثة أيام،
 فإذا مضت الثلاثة، لم يكن له خيار، لأن إجماع الطائفة عليه).

إصباح الشيعة بمصباح الشريعة: ٢٠٥: (إذا باع بشرط الخيار متى شاء، فالبيع باطل لأنه
 مجهول).

تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف ٢: ١١: (مسألة ٢٤ قال الشيخ:
 من باع شيئاً بشرط الخيار ولم يسم وقتاً ولا أجلاً بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام، و
 لا خيار له بعد ذلك.

مسألة: مبدأ خيار الشرط

إن اشتراط الخيار على نحوين:

وقال أبو حنيفة البيهقي فاسد، فإن أجازته في الثلاثة جاز عنده خاصة، فإن مضت الثلاثة ولم يجز بطل عند الجميع. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يجيز بعد الثلاثة. وقال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز، وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة. وقال الحسن ابن صالح: يكون له الخيار أبداً.

والمعتمد بطلان الشرط والعقد وهو مذهب الشيخ في المبسوط، ومذهب المفيد، واختاره العلامة وادعى هنا إجماع الفرقة على أن له الخيار ثلاثة أيام).

الكافي في الفقه: ٣٥٣: (وان اقترن بالعقد شرط الخيار فالعقد صحيح ولمشروط (كذا) الخيار في مدته، فإن لم يعين مدة فله الخيار ثلاثة أيام حسب).

الغنية: ٢١٨: (و السبب الثاني للخيار: اشتراط المدة، ويجوز أن تكون ثلاثة أيام فما دونها بلا خلاف، ويجوز الزيادة على الثلاث، ويلزم الوفاء بذلك، ولا يفسد به العقد، بدليل إجماع الطائفة، ويدل على صحة العقد أيضاً ظاهر القرآن ودلالة الأصل.

ويحتج على المخالف في جواز اشتراط ما زاد على الثلاث بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: « المؤمنون عند شروطهم »، وبقوله: « الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب ولا سنة » وما روى من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: « الخيار ثلاثة » خبر واحد.

ثم إذا لم يمنع من النقصان منها لم يمنع من الزيادة عليها، فإن شرط الخيار ولم يعين مدة كان الخيار ثلاثاً.

السرائر ٢: ٢٤٤: (وأيضاً فالعقد يثبت بالإيجاب والقبول، وقال الله تعالى: ﴿ أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ ﴾، فمن أثبت الخيار لأحدهما، يحتاج إلى دليل شرعي، قاطع للأعدار، وإجماعنا منعقد على أن الخيار للمشتري، فمن أثبته للبائع، يحتاج إلى دليل. وما زاد على الثلاث، فعلى حسب ما يشترطه من الخيار، إما لهما أو لواحد منهما، فإن أوجبا البيع، بعد أن شرطاً مدة معلومة، ثبت العقد، ولزم، وبطل الشرط المتقدم).

النحو الأول: أن ينص المشتراط على أن له الخيار من اليوم الفلاني إلى خمسة أيام مثلاً، فيكون مبدؤه أوّل ذلك اليوم المعين؛ للانصراف إليه عند الإطلاق، وأما كونه من نصف النهار مثلاً أو من الساعة الكذائية فهو يحتاج إلى بيان زائد.

نعم، اختلف في تحديد مبدأ اليوم، هل هو طلوع الفجر أو طلوع الشمس؟ فمن قال بأن اليوم اسم لما بين طلوع الشمس وغروبها كان أول اليوم عنده طلوع الشمس، ومن قال بأنه اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس كان مبدأ اليوم عنده طلوع الفجر، وتبحث هذه المسألة عادة في كتاب الصلاة، في مبحث أوقات الصلاة، في وقت صلاة الصبح وصلاة الليل، وتقدم الكلام فيها^(١)، وأن المستفاد من بعض الأدلة أن مبدأ اليوم طلوع الفجر، كما أن مبدأه عند العرف - كما يستفاد من الإجازات - هو طلوع الشمس.

النحو الثاني: أن يطلق في الكلام، كأن يقول: (بعتك على أن يكون لي الخيار خمسة أيام)، وفي هذا النحو قولان:

القول الأول: أن مبدأ الخيار من حين التفرّق، وهو مختار عدة من أعظم الفقهاء قدس الله أسرارهم.

القول الثاني: أن مبدأه من حين العقد؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق، وأما

(١) في خيار الحيوان، مسألة المراد من الثلاثة الأيام.

غيره فيحتاج إلى بيان، وهو مختار الشيخ قدس.

أدلة القول بان مبدأ الخيار من حين التفريق

أما القول الأول فاستدل له بوجوه، ثبوتية وإثباتية، منها:

الوجه الأول: وهو إشكال ثبوتي على القول بثبوت الخيار من حين العقد، وقد تقدم مفصلاً في خيار الحيوان، وحاصله: أن لازم القول بأن الخيار من حين العقد إما اجتماع المثليين، أو اللغوية، أو توارد علتين على معلول واحد؛ وذلك لأن الخيار لو حصل من حين العقد لوجد في العقد الواحد سببان للخيار: المجلس، والشرط، فإن قلنا بتأثير كل منهما وتعدد الخيار، لزم اجتماع المثليين في شيء واحد، أو اللغوية؛ لأن حقيقة الخيار هي (ملك فسخ العقد)، أو (السلطنة على حل العقد)، والعقد الواحد ليس له إلا حل واحد، فإما أن يلزم اجتماع المثليين فيه، أو لغوية الثاني، وكلاهما باطل.

وإن قلنا بوحدة الخيار لزم توارد علتين على معلول واحد، وهو محال؛ فإن حقيقة الخيار ليست من الحقائق المشككة ذات المراتب المتعددة حتى يقال بأن الشرط يؤثر في حدوث مرتبة منه، والمجلس يؤثر في حدوث المرتبة الأخرى، فيوجد من اجتماعهما فرد واحد ذو مرتبة شديدة، كما هو الحال في المعلول التشكيكي الذي يحصل من علل متعددة، كحصول النور الشديد من اجتماع المصباحين.

وقد تقدم الجواب عن هذا الإشكال نقضاً وحلاً، وخلاصة ما تقدم:

أما النقض فبموارد الغبن والعيب؛ إذ يلتزم فيها بحصول خيارات

متعددة ناشئة من المجلس، وكون البيع غبنياً، وكون المبيع معيباً، ولا يمكن أن يلتزم فيها بوحدة الخيار.

وأما الحل فبأن نلتزم بتعدد الأسباب مع كون المسبب واحداً، ولا يلزم أي محذور؛ وذلك لأن السببين إن اجتمعا أثراً معاً، فكان كل واحد منهما جزء العلة، وإن افترقا كان كل واحد منهما سبباً مستقلاً في التأثير، فلا يلزم اجتماع المثلين، وفائدة تعدد السبب أن يكون لصاحب الخيار حقان، فله أن يسقط أحدهما ويبقى الآخر، فلا تلزم اللغوية.

ولكن الجواب بهذا المقدار غير رافع للإشكال؛ لأن المفروض أن كل واحد من المجلس والشرط سبب مستقل في التأثير، أي في حدوث الخيار، فلا يعقل أن يكون كل منهما علة تامة حال الافتراق، وجزء العلة حال الاجتماع؛ لاستحالة الانقلاب من العلة التامة إلى الناقصة^(١).

الوجه الثاني: إن المتبادر من جعل الخيار لنفسه جعله في زمان ليس له فيه الخيار؛ فإن الزمان الذي له فيه سلطنة على حل العقد لا يحتاج إلى جعلها له، فيظهر من حال الشارط أنه جعل الخيار لنفسه في زمان لا

(١) وقد سئل الشيخ الأستاذ - دام ظله - عن ذلك فأفاد بما يوضح المقام، وحاصله: أن الفرض أن المجلس علة تامة للخيار بنحو الاستقلال والانحصار، فهو علة تامة، سواء أوجد معه غيره أم لا، وسواء أوجد غيره أم لا، كما يذكر في الإطلاق المقابل للواو والمقابل لأو، بلا فرق بين كون الأسباب الشرعية عللاً أو كالعلل، وعليه فالذات التي تكون في حد ذاتها تامة كيف تصير ناقصة إذا انضم لها شيء آخر؟!

خيار له فيه، ونتيجة ذلك أن يكون مبدأ الخيار من زمان التفرّق^(١).

مناقشة الشيخ للوجه الثاني من وجوه القول الأول

وأورد عليه: أولاً: بأن لازم ذلك أن يقال بأن مبدأ خيار الشرط في بيع الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، والحال أن القائلين بالقول الأول يقولون بأن خيار الشرط في بيع الحيوان من حين التفرّق.

وثانياً: بأن مستند التبادر هو ظهور حال الشارط، ولم يثبت ظهور حاله في ذلك؛ إذ ربما يتعلّق غرضه بحصول الخيار له من جهات متعدّدة.

وثالثاً: بأن ظهور الحال إنما يتمّ في من كان يعلم بثبوت خيار المجلس، وهم قليل، كالعلماء ومن يسألهم في المعاملات، وأما عامة الناس فهم غير ملتفتين لذلك، بخلاف خيار الشرط؛ فإنه أمر دارج بين العقلاء حتى من غير المسلمين، فيكون ظاهر حالهم جعل الخيار من حين العقد.

ورابعاً: بأن لازم الحكم بثبوته من حين التفرّق حصول الغرر؛ فإن المتعاملين لو اشترطوا الخيار لأنفسهما خمسة أيام مثلاً، فمع الجهل بزمان التفرّق يحصل الغرر؛ فإن مدة الخيار تكون مجهولة حينئذ، فإن تفرّقا بعد ساعة كان لهما الخيار خمسة أيام بعد تلك الساعة، وإن دام

(١) المكاسب ٥: ١٢١، وقال تذكّر: (كما أشار إليه في السرائر)، ولفظ السرائر ٢: ٢٤٧: (ويكون مدة خيار الشرط من حين التفرّق؛ لأن خيار الشرط يدخل إذا استقر العقد، ولزم، والعقد لم يلزم ولم يستقر قبل التفرّق).

مجلسهما شهراً كانت مدة الخيار خمسة أيام بعد الشهر، وفي ذلك غرر بين.

وأورد عليه: بنفي الغرر؛ فإن الشرط هنا لا يكون مجهولاً؛ حيث إن منتهى أمد الخيار معلوم، وهو خمسة أيام من حين التفرّق^(١).

والظاهر عدم وروده؛ فإن الغرر حاصل بناء على القول بثبوت الغرر مع احتمال التفاوت في المالية؛ فإن احتمال ارتفاع القيمة ونزولها في هذه المدة المجهولة مما لا إشكال في حصوله، ومجرد العلم بأن مدة الخيار خمسة أيام من حين التفرّق لا يرفع الخطر المحتمل، فمع التفاوت في المالية، والجهل بمدة الخيار يقع الغرر بلا إشكال^(٢).

وخامساً: بأن لازمه أيضاً تخلف العقد عن القصد؛ لأن قصد

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٥.

(٢) يمكن أن يقال بورود الإشكال؛ لأن مدة المجلس زادت أو قصرت لا تؤثر؛ لأن له الخيار في كل المدة، أي له الخيار ما دام المجلس لأجل المجلس، وله الخيار بعد التفرّق خمسة أيام لأجل الشرط، فما دام يعلم بنهاية الخيار فلا غرر.

فيجاب عنه: على فرض ثبوت الغرر بتفاوت المالية لا شك في ثبوت الغرر؛ لأنه لو كان مدة خيار الشرط ثلاثة أيام مثلاً، وكان العقد في أول يوم السبت وحصل التفرّق أول يوم الأحد، وفرض ارتفاع القيمة يوم الثلاثاء، فإن كان مبدأ الخيار من العقد فقد انقضى خيار الشرط آخر يوم الإثنين، فلا خيار له يوم الثلاثاء، يوم ارتفاع القيمة، وإن كان مبدؤه من التفرّق فخياره باقٍ إلى آخر يوم الثلاثاء، فله الفسخ واسترداد المتاع.

المتعاقدين أن يحصل الخيار من حين العقد^(١).

جواب المحقق النائيني عن الإشكال الخامس للشيخ ودفعه

وأجاب المحقق النائيني تَدُّرُ عن هذا الأخير: بأن المورد ليس من صغريات قاعدة تخلف العقود عن القصود؛ فإنها إنما تكون في المتباينين، كأن يقصد عنواناً خاصاً ويترتب عليه عنوان آخر مضافاً له، كما لو قصد البيع وترتب عليه الهبة، لا في ما كانت النسبة بينهما نسبة الأقل والأكثر، فيقصد الأكثر ويمضى الأقل، كما في بيع ما يملك وما لا يملك، بفتح الياء وكسر اللام، أو بضم الياء وفتح اللام؛ فإن القصد فيه في الحقيقة ينحلّ إلى قصدين، فهو ليس من تخلف العقد عن القصد، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن المتعاقدين قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى سنة مثلاً، ولم يمضه الشارع من حين العقد إلى حين التفرّق، وأمضاه من حين التفرّق إلى سنة^(٢).

وهو غير تام؛ لأن ما يكون من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك إنما هو لو قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى شهر ولم يمض الشارع إلا من حين التفرّق إلى بقية الشهر، ولكن الفرض خلاف ذلك؛ فإنهما قصدا الخيار شهراً يبدأ من حين العقد، وما اعتبره الشارع شهراً يبدأ من حين التفرّق، وهذان متخالفان، فيتخلف العقد عن القصد.

(١) المكاسب ٥: ١٢١.

(٢) منية الطالب ٣: ٧٦.

تنبيه

وهنا تنبيه لا بدّ من لفت النظر إليه، وهو: أن إمضاء الأقل دون الأكثر لا يعدّ من تخلف العقود عن القصد في جميع الموارد، بل لا بدّ من ملاحظة غرض المتبايعين؛ فإنه تارة يتعلّق بكون المنشأ بنحو تعدّد المطلوب، وأخرى بنحو وحدة المطلوب، فإن كان من قبيل الأول، بحيث يكون للبائع أو للمشتري غرضان، أقصى وأدنى، فإن لم يحصل الأول اكتفى بالثاني كما في مثل بعض موارد بيع ما يملك وما لا يملك، وكما لو تعلّق غرضه بشراء أصل العبد، وله غرض آخر متعلّق بكونه كاتباً، فتبيّن عدم كونه كذلك، فهنا إمضاء البيع في ما يملكه دون الآخر، أو في أصل العبد، لا يعدّ من تخلف العقود عن القصد، وإن كان له خيار الفسخ.

وأما إذا كان من قبيل الثاني، بحيث لا يكون لهما أو لأحدهما إلا غرض واحد، كما لو اشترى زوجي نعل، ومصراعي باب؛ فإن غرض المشتري تعلّق بهما معاً، وليس له غرض متعلّق بشراء أحد الزوجين أصلاً، فإن تبين أن أحدهما له والآخر ليس له، فإمضاء البيع في أحدهما دون الآخر يعدّ من تخلف العقود عن القصد، مع أن بينهما أقل وأكثر. فما يقوله الفقهاء - من أن كل إمضاء للأقل دون الأكثر ليس من موارد التخلف - ليس بصحيح على إطلاقه.

والنتيجة: أن الحق ما ذهب إليه الشيخ **تتأّر**؛ للوجوه المذكورة.

مسألة : جعل الخيار للأجنبي

في المسألة جهات من البحث:

الجهة الأولى : في صحة جعل الخيار للأجنبي.

قال الشيخ **تذّن**: (يصح جعل الخيار للأجنبي)^(١)، وادعى العلامة **رحمته** الإجماع عليه؛ حيث قال في التذكرة: (لو شرط الخيار للأجنبيّ دونهما، صحّ البيع والشرط عندنا)^(٢) .^(٣)

والبحث في هذه الجهة يقع في نقاط:

النقطة الأولى : في مقتضى القاعدة

ومقتضاها الاستفادة من الأصل العملي واللفظي عدم الصحة، أما الأصل العملي؛ فلأن الخيار حق من الحقوق، وكل حق يحتاج إلى مثبت شرعي، فمع قطع النظر عن الدليل يكون الأصل عدمه، فالأصل عدم صحة جعل الخيار للأجنبي.

أو فقل: الأصل بقاء الشيء على ملك من انتقل إليه، لو فسخ الأجنبي

(١) المكاسب ٥ : ١٢٢.

(٢) التذكرة ١١ : ٥٥.

(٣) وفي مفتاح الكرامة ١٤ : ١٩٧: (قوله : « ويجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث ولهما أو لأحدهما مع الثالث » بلا خلاف في ذلك كله كما في الكفاية، وفي التذكرة الإجماع منّا على جواز جعل الخيار للأجنبي، ونسب الخلاف إلى الشافعي في أحد قوليه، وظاهره أنّ جعله لغيره ممّا ذكر محلّ إجماع بين الجميع. وفي الرياض حكى نقل الإجماع على الجميع عن الخلاف والغنية والتذكرة، ولم أجد حكايته في الأولين، والموجود في الثالث ما ذكرناه).

وشككنا في تأثيره ورجوع الشيء إلى ملك صاحبه الأول.

وأما اللفظي؛ فلأن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد ولزومه، سواء أقلنا بأنها إرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي يستتبع اللزوم، فأصالة اللزوم الاستفادة منها تنفي صحة جعل الخيار للأجنبي، فلو فسخ العقد وشككنا تمسكنا بها.

وهكذا مقتضى الرواية الشريفة: «فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع..»^(١)، بناء على استفادة اللزوم منها.

فمقتضى القاعدة من ناحية الدليل الاجتهادي والفقاهتي هو عدم صحة جعل الخيار، فالصحة تحتاج إلى إثبات.

النقطة الثانية: في بيان المانع الثبوتي من الصحة

وما ذكر وجهاً لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي أمران:

الأمر الأول: أن الخيار ليس معنى اسماً، وملحوظاً استقلالياً، وهو مجرد السلطنة على الفسخ والإمضاء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن ردّ المال من ملك من انتقل إليه إلى ملك مالكة الأصلي، أو إبقائه وإقراره في ملك مالكة الفعلي، ففي الخيار ردّ واسترداد للملك، سواء أقلنا بأن متعلق الخيار هو ردّ العين، أم قلنا بأنه العقد، أي حلّ العقد وإبرامه، فصاحب الخيار بإعماله له يردّ المال إلى ملك نفسه، والأجنبي عن المال

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

والملك أجنبي عن ردّ الملك لنفسه، فلا يعقل أن يكون هو صاحب الخيار^(١).

الأمر الثاني: أن حقيقة الخيار عبارة عن ملكية الشخص التزام نفسه مضافاً إلى ملكية التزام الطرف المقابل، وبيان ذلك:

إن كل معاملة كالبيع مثلاً تتضمن تملك كل واحد من الطرفين التزامه للآخر، فالبايع يملك التزامه للمشتري، فيكون المشتري مالئاً لالتزام البائع، وكذلك العكس، ويترتب على هذه الملكية أن لا يكون لأحدهما الحق في رفع اليد عن التزامه؛ لأنه صار ملكاً للآخر، إلا أن يكون هناك خيار؛ فإن صاحب الخيار حينئذ يملك التزام الطرف الآخر، والتزام نفسه، أحدهما بالعقد والآخر بالخيار، بمعنى أن الطرف الآخر في حال الخيار يردّ التزامه إلى صاحب الخيار، فيمكن لذي الخيار أن يبقى المال الذي انتقل له تحت يده، ويمكنه أن يردّه لصاحبه الأول، وهذا المعنى لا يمكن فرضه للأجنبي؛ لأنه أجنبي عن الالتزامين، فلا معنى لأن يملكهما^(٢).

هذا ما ذكر من المانع الثبوتي عن صحة جعل الخيار للأجنبي.

طرق التخلص من المانع عن صحة جعل الخيار للأجنبي

وقد سلك الأعلام طرقاً للتخلص منهما، ولا بدّ قبل التعرض لإجاباتهم من تقديم مقدمة مفيدة في فهم كلماتهم أعلى الله مقامهم

(١) تعرض لهذا الوجه المحقق النائيني تدرّجاً في منية الطالب ٣: ٧٦ - ٧٧.

(٢) تعرض له المحقق النائيني تدرّجاً أيضاً في منية الطالب ٣: ٧٧.

فنقول:

إن المتصور من جعل الخيار للأجنبي ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يكون على نحو التملك، فيكون الأجنبي مالكا له.

الثاني: أن يكون على نحو التوكيل، فيكون وكيلاً في إجراء الخيار.

الثالث: أن يكون على نحو التحكيم، فيكون محكماً فيه ومفوضاً إليه

أمره، بلا تملك ولا توكيل.

أما الأول فممتنع في حق الأجنبي؛ لأن الخيار الثابت لصاحبه حق

من الحقوق بلا إشكال، فيقبل الإسقاط، والصلح عليه، والتوريث، وهذه

الآثار غير ثابتة للأجنبي قطعاً، فلو ثبت له الخيار بالشرط بمقتضى

الإجماع، لم يكن له حق الإسقاط، ولا الصلح عليه، ولو مات لم يرثه

أهله، فيكشف ذلك عن عدم كونه مالكاً.

وأما الثاني؛ فهو وإن كان ممكناً إلا أن معنى التوكيل أن يحتفظ

صاحب الخيار به لنفسه مع جعل الأجنبي وكيلاً عنه في أعماله، ومن

آثاره أن له حق عزله متى أراد، فينعزل بعزله، بينما لا يجري قانون

الوكالة في جعل الخيار للأجنبي، فلا يحق له عزله، ولو عزله لم ينعزل.

ومع انتفاء هذين يتعين الثالث.

إذا اتضح هذا فنقول: إن هنا طرقاً للتخلص من الإشكاليين السابقين،

منها:

طريق المحقق النائيني

الأول: ما ذهب إليه المحقق النائيني **تدئ** من أن جعل الخيار للأجنبي إنما هو بنحو التحكيم، وهو أمر متوسط بين الملكية والوكالة، لا بنحو التمليك حتى يترتب عليه آثار الملك من التوريث وغيره، ولا بنحو التوكيل حتى يمكن عزله، ولا يرد شيء من الإشكاليين، وذلك لأن معنى التحكيم هو التفويض، أي أن يفوض إليه أمر الخيار، ويرجع ذلك إلى أن نظره متبّع، وأنه مالك لتسليم الالتزام الذي هو تحت يد المالك إلى الطرف الآخر، أو إبقائه للمالك، فهو كالوكيل في القبض والإقباض، فله إعمال الخيار، وإذا أعمله انحل العقد ورجع كل من العوضين إلى محله الأصلي الذي خرج عنه، لا إلى ملك من حلّ العقد، فيندفع الإشكال الأول، وهو واضح، وكذا الثاني؛ لعدم القول بملكه للالتزامين، بل هو حاكم فيهما.

والحاصل: أن للأجنبي حقاً ولكن في دائرة مخصوصة، وهو التصرف بنحو ما ذكر، وليس هذا الحق من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث أو تقبل الإسقاط والصلح عليها^(١).

طريق المحقق الأصفهاني

الثاني: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني **تدئ**، وفي كلامه نقطتان:
الأولى: التعريض بجواب المحقق النائيني **تدئ** ومناقشته، وحاصلها: أن

(١) منية الطالب ٣: ٧٧ - ٧٨.

في الخيار أمرين:

١- نفس السلطنة، وهو الحق.

٢- متعلق السلطنة، وهو حل العقد.

فإما أن يجعل للأجنبي حق الخيار فهو تمليك فقط، فيترتب عليه آثاره من التوريث والإسقاط والصلح عليه.

وإما أن يجعل له حل العقد مع قيام الحق والسلطنة بالجاعل فهو توكيل؛ إذ لا حقيقة له إلا تسليط الأجنبي على العمل الذي يملكه الجاعل المسلّط من ملك أو حق.

وعليه فلا يتصور البرزخ بين الملكية والوكالة المسمّى بالتحكيم.

الثانية: ما ذهب إليه من الجواب، وبيان كلامه: أنه يمكن اختيار أحد الأمرين من التمليك والوكالة، بحيث لا يترتب عليهما آثارهما، ولا يرد الإشكال.

أما على الأول؛ فلأن السعة والضيق في المَجْعول تابعان لسعة الجعل وضيقه، فإذا كانت دائرة جعل الخيار للأجنبي ضيقة تكون دائرة المَجْعول ضيقة أيضاً، فيجعل ذو الخيار السلطنة المحدودة للأجنبي بنفسه، بأن يقوم الحق به بما هو ذو نظر ورأي يعتمد عليه في أمر حلّ العقد وإمضائه، فلا محالة ينقطع الجعل بموته، ولا يرثه وارثه، وبما أنه حق خاص لا يتعداه، فلا معنى لنقله إلى غيره بالمصالحة عليه بمال.

وأما على الثاني، فيمكن لصاحب الخيار أن يسلط الأجنبي على أعمال الحق بالتوكيل بحيث لا يشاركه في عمله، فيكون الخيار الثابت للموكل مشروطاً بعدم مباشرته لإعماله، أي أن صاحب الخيار يوكل الأجنبي على حل العقد في ضمن العقد اللازم، ويشترط على نفسه أن لا يعمل الخيار، فلا ينزل الوكيل بعزل الموكل؛ لوقوع الوكالة شرطاً في ضمن عقد لازم، وليس للموكل حل العقد؛ لاشتراط عدم إعماله للخيار، فينحل كلا إشكالي التوكيل^(١).

مناقشته

ويرد عليه: أما ما عرض به للمحقق النائيني *تتأثر* من عدم البرزخ بين التملك والتوكيل، فلا معنى للتحكيم.

فنقول فيه: أما من ناحية ثبوتية فلا ريب في كون التحكيم يختلف عن التملك والتوكيل؛ فإن معنى الحكومة هو جعل الآخر حاكماً في الأمر، وهو مغاير لمالكية الخيار، ولمالكية حل العقد، وللتوكيل فيهما.

وجعل القرار في الأمر بيد آخر أمر عقلائي وشرعي، ومنه الحكومة في باب القضاء، فقد ورد: «فإني قد جعلته عليكم حاكماً»^(٢)، وكذلك اختيار الطرفين المتنازعين لحكم يفصل في القضية بينهما، ومن هذا الباب تحكيم أبي موسى الأشعري، فما أفاده المحقق النائيني *تتأثر* من وجود شق ثالث هو الصحيح ثبوتاً.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني *تتأثر* ٤: ١٧٩ - ١٨٠.

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

وأما إثباتاً، فالحق عدم الدليل على التحكيم في المقام إلا إذا أمكن إتمام عموم « المؤمنون عند شروطهم »، وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

وأما كلامه الآخر فيه: أن فاقد الشيء لا يعطيه، عقلاً وعقلاء وشرعاً، وما يملكه ذو الخيار من الحق هو الحق الكامل، المجتمعة أركانه الأربعة من قابلية الإسقاط، والنقل، والصلح عليه، والتوريث، وهو غير قابل لجعله للأجنبي، وما نقله للأجنبي - وهو الحق الفاقد لهذه الأركان - لا يملكه، فكيف يعطيه لغيره؟

إن قلت: إن الشارع هو الذي جعل هذا الخيار للأجنبي تعبدًا.

قلت: أولاً: هو خلاف ما ادّعاه، من أنه من جعل المالك.

وثانياً: لا دليل على أنه من جعل الشارع.

فالإشكال باقٍ على إعضاله، مع كمال قدرتهما - أعلى الله مقامهما -

في باب المعاملات.

طريق السيد اليزدي ومناقشته

الثالث: ما ذهب إليه السيد الفقيه اليزدي تدئ من دوران الأمر بين

التوكيل والتحكيم، ولم يتعرض للتملك، والثمرة بينهما أنه بناء على

القول بالتحكيم فلو مات الحاكم الأجنبي انتقل الخيار إلى وارثه، وأما

بناء على التوكيل فيبطل خياره ولا ينتقل إلى وارثه، وأيضاً يجوز عزل

الوكيل فيبطل الخيار، ولا يجوز عزل الحاكم^(١).

وفيه: أولاً: أنا إذا لاحظنا حقيقة التحكيم فهي ليست إلا تفويض أمر الحكومة إلى آخر، وهذا النحو من الجعل غير قابل للانتقال والتوريث؛ لأنه - كالتولية، وتولية الأمر - حيثية قائمة بالمجعول له، فلا يتجاوز عنه إلى غيره.

وثانياً: إن الإرث يحتاج إلى دليل؛ فإن موضوع الميراث هو المتروك من قبل الوارث؛ بمقتضى « ما تركه الميت فهو لوارثه »، فلا بد من صدق عنوان (المتروك، وما ترك)، وإلا فمع الشك في قابلية انتقال الأمر القائم بهذا الشخص إلى وارثه يكون مجرى لأصالة عدم الانتقال، فخلط السيد تذت بين التحكيم والتمليك، وقد تقدم البحث في تمليك الخيار فلا نعيد.

والحاصل: أنه على القول بالتحكيم لا معنى لأن يكون ميراثاً، والإرث في مورد تمليك الخيار أمر ممكن، وبحسب الظاهر لم يذهب أحد من الفقهاء - في ما نحن فيه - إلى القول بتوريث خيار الأجنبي.

طريق الشيخ ومناقشته

الرابع: ما أفاده الشيخ تذت في آخر المبحث؛ حيث نظر خيار الأجنبي بخيار الزوجة في بيع العقار في ما لو باع زوجها عقاراً واشترط لنفسه الخيار ثم مات؛ فإنها لا ترث من الأرض؛ بمقتضى ما دلّ على عدم إرثها

(١) حاشية السيد اليزدي ٢: ٤٧٢.

منها^(١)، ولكنها ترث حق الخيار؛ وذلك لأن مقتضى إطلاق « ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه » شمولها في إرث الاثنين، ولكنها أخرجت عن إرث الأرض خاصة فتبقى تحت الشمول في إرث الباقي، والخيار من جملة الحقوق، فهي ترث حق الخيار المتعلق ببيع الأرض وإن لم ترث الأرض نفسها، وسيأتي البحث في هذه المسألة في باب أحكام الخيار إن شاء الله تعالى^(٢).

ويرد على ما أفاده الشيخ تذ إشكالان:

الأول: إن في متعلق الخيار مسلكين: أحدهما أن متعلق الحق هو العقد، والآخر أن متعلقه العين، ومعنى الخيار على الأول هي السلطنة على حلّ العقد، وعلى الثاني السلطنة على ردّ العين إلى الملك، والمستفاد من الشيخ تذ في تعريف الخيار أنه ملك فسخ العقد وعدم فسخه، في مقابل المشهور القائلين بأنه ملك فسخ العقد وإمضائه،

(١) منها ما في الوسائل، الباب ٦ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤:

وعن علي بن إبراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن محمد بن حمران، عن زرارة، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: « النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئاً ».

(٢) المكاسب ٥: ١٢٤، ولفظ الشيخ تذ في ردّ الإشكال: (وهو ضعيف بمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً، فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي في العقد، وسيجيئ نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين).

والمتعلق على كلا القولين هو العقد.

وبناء على هذا لا يكون إشكال الشيخ **تدئ** في إرث الزوجة في الأرض المباعة بالبيع الخياري على القاعدة؛ فإن حق المرأة لم يتعلق بالأرض حتى تكون أجنبية، بل تعلق بالعقد وهي من ورثة الحق.

نعم، بناء على ما يستفاد من كلمات أخرى للشيخ **تدئ** من أن الخيار يتعلق بردّ العين، فتشكل المسألة في إرث الزوجة، وفي ما نحن فيه أيضاً.

أما في إرث الزوجة؛ فلعدم وجود العلة بينها وبين الأرض ليكون لها الحق في ردّها.

وأما في ما نحن فيه؛ فلعدم العلة بين الأجنبي وبين المال ليتعقل منه رده إلى ملك مالكه، فينحصر الردّ والاسترداد بنفس المالك الذي خرج المال من كيسه فيرده إليه.

وهذا ما أفاده المحقق النائيني **تدئ** في طرح الإشكال بقوله: (إن الخيار ليس معنى اسماً وملحوظاً استقلالياً وكان مجرد السلطنة على الفسخ والإمضاء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن ردّ كل مال إلى مالكه الأصلي، أو إبقائه وإقراره في ملك مالكه الفعلي، وهذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، وأما الأجنبي فأجنبي عنه ^(١)).

والحاصل: إن كان الخيار هو ردّ العين، فالإشكال في الموردين، ما

نحن فيه وإرث الزوجة من الأرض المبيعة بالخيار.

الثاني: إن غاية ما يثبت قياس ما نحن فيه على إرث الزوجة للخيار هو الإمكان الثبوتي، أي أنه يمكن ثبوتاً جعل الخيار للأجنبي عن المال، كما هو الحال في الزوجة بالنسبة إلى الأرض التي باعها زوجها بالبيع الخياري ثم مات.

وهذا الإمكان غير مفيد في ما نحن فيه؛ إذ الإشكال في مقام الإثبات، فلا بدّ من الرجوع إلى أدلة نفوذ هذا الخيار المجعول للأجنبي، ولا ريب في عدم وجود الدليل الخاص في المقام إلا الإجماع المدعى من العلامة رحمته، وأما الدليل اللفظي فلا أثر له، إلا أن يدعى إمكان التمسك بإطلاق « المؤمنون عند شروطهم »، وسيأتي البحث فيه.

النقطة الثالثة: في الدليل على صحة جعل الخيار للأجنبي

تقدم نقل دعوى العلامة رحمته الإجماع على صحة جعل الخيار للأجنبي، فمن يعتمد على مثل هذا الإجماع فهو في سعة من أمره، وأما على المختار من عدم صلاحية مثله للاستناد إليه في مقام الفتوى؛ لعدم كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر، فلا بدّ من البحث عن الدليل على الصحة، وما أقيم من الدليل هو: عموم روايات الشروط، من قبيل « المؤمنون عند شروطهم »^(١)؛ فإن جعل الخيار له إنما هو

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

بشرط المتبايعين، كليهما أو أحدهما، فيكون صغرى للكبرى المذكورة في الرواية، فيصح ويلزم.

ويمكن أن يقرب بهذا التقريب: إن شرط الخيار للأجنبي مما يصدق عليه عنوان الشرط، سواء أقلنا بأخذ الالتزام ضمن التزام في معنى الشرط وحقيقته، أم قلنا بعدم الأخذ، وكفاية الالتزامات الابتدائية؛ فإن شرط الخيار في نفسه التزام، وهو أيضاً التزام في ضمن البيع، فالصغرى متحققة قطعاً، والكبرى منطبقة قهراً فيتم المطلوب.

الإشكال الأول للمحقق الخوني على الاستدلال به ومناقشته

وأورد عليه المحقق الخوني تدئ بإشكالين:

الإشكال الأول: أن مدلول هذه الروايات حكم تكليفي، وهو وجوب الوفاء بالشرط؛ فإن التعبير بالمؤمن عند شرطه، كعبارة عند وعده وعهده، والمدعى - وهو صحة جعل الخيار للأجنبي ونفوذه - حكم وضعي خارج عن مدلولها^(١).

وقد تعرض له في بحث لزوم المعاطاة أيضاً؛ حيث أورد على استدلال الشيخ تدئ بها للزوم المعاطاة بإشكال صغروي، وهو أن الشرط التزام في ضمن التزام، والمعاملات التزامات ابتدائية فلا تكون صغرى للشرط، وإشكال كبروي، وهو أن مدلول الحديث حكم تكليفي لا وضعي^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ١٥٨.

ولو تمّ كلامه لما أمكن التمسك بها لأي حكم وضعي، ولكن في كلامه:

أولاً: أن كلماته تدلُّ متهافتة في مدلول الحديث، فذهب في المقامين المذكورين إلى أن مدلوله حكم تكليفي، إلا أنه في مبحث الشروط، في مصباح الفقاهة، وفي موارد من شرح العروة، ذهب إلى أن المدلول حكم وضعي، بتقريب أن الشرط ملازم للمؤمن، ولا ينفك عنه، فإذا شرط لم يقبل الانفكاك عنه، وكان شرطه لازماً وصحيحاً^(١).

وثانياً: بعد غض الطرف عن التهافت، أن عبارة « عند شروطهم » في الحديث لا تدل على الحكم الوضعي، وهو لزوم الشرط ونفوذه؛ فإنه ورد في باب وعد المؤمن « المؤمن عند عدته »^(٢)، ولم يذهب أحد من الفقهاء أعلى الله مقامهم - وهو منهم - إلى دلالتها على نفوذ الوعد، وأن مخالفته غير مؤثرة، وإن اختلفوا في وجوبه التكليفي، فذهبت طائفة إلى وجوب الوفاء تكليفاً، وأخرى إلى كونه حكماً أخلاقياً.

فمن يلتزم بدلالة الحديث على الحكم الوضعي كان عليه أن يلتزم

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦١، التنقيح في شرح المكاسب ٤٠: ٣٦، و ٧٩، وفيها صرح بقوله: (وبالجملة: أن الحديث يدل على الحكم الوضعي فقط، وهو إمضاء الشارع لالتزامات المتبايعين واشترائاتهم، ومعناه أن شروط المؤمنين نافذة وجائزة ولازمة..)، التنقيح في شرح العروة ٢٢: ٤٧٢ - ٤٧٣.

(٢) لم أجد هذا النص في الروايات.

بلزوم كل وعد، وشرط ابتدائي.

ولو تنزلنا فاتفاق من يعتنى بشأنهم من الفقهاء كافٍ لتزلزل ظهور الحديث في الحكم الوضعي.

فغاية ما يدلّ عليه الحديث، وما يستفاد من « المؤمن عند عدته » أن مقتضى إيمان المؤمنين أن يعملوا بوعدهم وشروطهم، فلا يدلان على ما زاد على الحكم التكليفي.

وثالثاً: أن الشرط - كما سيأتي في بحث الشروط إن شاء الله تعالى -
على نحوين: شرط الفعل، كأن يشترط في ضمن عقد البيع أن يخيّط له ثوباً، وشرط النتيجة، كأن يشترط فيه أن يكون الكتاب ملكاً له، واختلف الفقهاء في صحة شرط النتيجة، فلم يقل بها جماعة منهم، وصحّحه آخرون، واخترنا القول بصحته في كل أمر اعتباري يكون اعتباره باختيار الشخص نفسه، ولم يكن له سبب خاص عند الشارع كما في الطلاق؛ فإنه مشروط بصيغة خاصة، فلا يأتي فيه شرط النتيجة، والمحقق السيد الخوئي تذوّ ممن ذهب إلى صحته، وتمسك لها بالحديث المذكور، مع أنه لا يصح هذا الاستدلال على ما اختاره في بعض كلماته من دلالة الحديث على الحكم التكليفي فقط.

نعم، يصح الاستدلال على القول بكون المستفاد حكماً وضعياً كما يستفاد من بعض كلماته الأخرى^(١).

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦٢، ولكنه هنا صرح بدلالة الحديث على الحكم التكليفي والوضعي معاً فلاحظ.

العمدة في الجواب عن الإشكال الأول

والعمدة في حلّ الإشكال هو استدلال الإمام عليه السلام بالحديث على نفوذ الشرط، وبهذا افترق هذا الحديث عن روايات الوعد، والروايات الواردة على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما دلّ على أصل نفوذ الشرط بدون الاستدلال بكبرى روايات الشروط وهي:

١- صحيحة معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: إني كاتبت جارية لأيتام لنا واشترطت عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرّق وأنا في حلّ مما أخذت منك، قال: فقال لي: « لك شرطك، وسيقال لك: إن علياً عليه السلام كان يقول: يعتق من المكاتب بقدر ما أدّى من مكاتبته، فقل: إنما كان ذلك من قول علي عليه السلام قبل الشرط، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم.. الحديث »^(١).

ومفادها حكم وضعي، لا تكليفي، وهو نفوذ شرط النتيجة، وهو الردّ في الرّق إن عجزت عن أداء مال الكتابة، كما أن الإمام عليه السلام أرشد السائل إلى الجواب فيما لو احتجوا عليه بقول أمير المؤمنين علي عليه السلام بأن المكاتب ينعتق منه بمقدار ما أدّى من مال الكتابة، وأن ذلك إنما هو قبل الشرط، فالحكم الأولي هو ذلك لولا الشرط.

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب المكاتب، الحديث ١.

٢- صحيحته الأخرى، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبة أدت ثلثي مكاتبتها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرق، ونحن في حلّ مما أخذنا منها، وقد اجتمع عليها نجمان، قال: « تردّ ويطيب لهم ما أخذوا.. الحديث»^(١).

٣- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب يكاتب ويشترط عليه مواليه إن عجز فهو مملوك ولهم ما أخذوا منه، قال: « يأخذه مواليه بشرطهم»^(٢).

الطائفة الثانية: ما فيها الاستدلال بالكبرى، علاوة على دلالتها على

الحكمين الوضعي والتكليفي وهي:

١- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: « إن الناس كانوا لا يشترطون فهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع... الحديث»^(٣).

وقد اشتملت هذه الصحيحة على الصغرى والكبرى، ومدلول الكبرى الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالشرط، والحكم الوضعي وهو نفوذه، كما دلّت على صحة شرطي الفعل والنتيجة.

٢- صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب شرط

(١) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب المكاتب، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب المكاتب، الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الباب ٤ من أبواب المكاتب، الحديث ٣.

عليه إن عجز أن يردّ في الرّق، قال: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

٣- صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة، قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»^(٢).

فإن من المعلوم أن الأمة المزوّجة من عبد عندما تصبح حرة تكون مختارة في فسخ الزوجية منه، ومفاد الرواية أن ابن الزوج اشترط على زوجة أبيه إن هو أعانها على أداء مال الكتابة أن لا يكون لها الخيار في فسخ زوجيتها من أبيه، فمتعلّق الشرط هو عدم الخيار، وهو حكم وضعي، لا تكليفي، مضافاً إلى أن الشرط شرط نتيجة لا فعل، وقد حكم الإمام عليه السلام بصحته ونفوذه، وطبق الكبرى عليه.

وحاصل الكلام: أن جملة «المؤمنون عند شروطهم» لا تدلّ بنفسها على الحكم الوضعي - وهو صحة الشرط ونفوذه - لولا تطبيق الإمام عليه السلام لها في موارد شرط النتيجة والحكم الوضعي، كعدم الخيار، والردّ في الرّق، وببركة هذا التطبيق أمكن الاستدلال بها في المقام،

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب المكاتبة، الحديث ٧.

(٢) الوسائل، الباب ١١ من أبواب المكاتبة، الحديث ١.

فيصح شرط الخيار للأجنبي، ويرتفع عنه إشكال كونه حكماً وضعياً لا تشمله « المؤمنون عند شروطهم ».

الإشكال الثاني للمحقق الخوني

الإشكال الثاني: أن هذه الروايات ليست مشرعة لشرط لا نعلم بمشروعيته، وإنما تصحح الشروط المشروعة، فلا بد من إحراز شرعية الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك بها لاستفادة لزوم الوفاء بالشرط، وشرط الخيار للأجنبي - حسب مقتضى الأصل والقاعدة المتقدمة - إما غير مشروع، أو مشكوك المشروعية، وعلى التقديرين لا يصح التمسك بها لتصحيحه.

طريق التخلص عن الإشكال بنظر المحقق الخوني

وتخلص عنه المحقق السيد الخوئي رحمته: بأن المنشأ في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ؛ وذلك بعد استحالة الإهمال في الواقعات، وعدم اجتماع الملكية المطلقة مع الخيار فيتعين التقييد، فتكون الملكية المنشأة هي الملكية المحدودة إلى زمان فسخ الأجنبي، وآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، خطاب انحلالي بوجوب الوفاء بكل عقد، ومفادها الحكم بنفوذ ما عقد عليه، ومتعلقه في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة، فالآية بنفسها تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط، فيكون الاستدلال على صحة شرط الخيار للأجنبي بالآية، لا بالحديث

ليرد الإشكال، ولا طريق للتخلص عنه إلا هذا^(١).

ولأهمية البحث لا بدّ من توضيح المطلب بشكل جيّد فنقول:
 إن مبناه تدلُّ في جميع موارد الشروط - كما يظهر من كلامه في هذا
 الباب، وباب الغبن، والشروط، وجميع مسائله في منهاج الصالحين - هو
 أن الشرط المأخوذ في ضمن العقد يرجع إلى جعل الخيار، فمثلاً إذا باع
 المتاع بشرط خياطة الثوب، فحقيقة هذا الشرط أنه جعل لنفسه الخيار
 في ما لو لم يخطه، فلا يكون ملزماً بالوفاء بالعقد حينئذٍ، وجعل الخيار -
 بمقتضى برهان عدم الإهمال في الإنشاء - يرجع إلى إنشاء الملكية
 المحدودة إلى زمان الفسخ، والدليل على صحة هذه الملكية هو ﴿أَوْفُوا
 بِالْعُقُودِ﴾.

المنافسة في طريق المحقق الخوني

وفي هذا المبنى وجوه من الإشكال:

الوجه الأول: مناقضة مختاره لمبناه في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ فإن فيها

مبنيين:

الأول: أن مدلولها حكم تكليفي وهو وجوب الوفاء بالعقد، ولازمه
 الذي لا ينفك عنه هو اللزوم، فهي تدل بالدلالة المطابقة على الحكم
 التكليفي، وبالدلالة الالتزامية على الحكم الوضعي، وهو مختار الشيخ تدلُّ.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٦ - ٢١٧.

الثاني: أنها إرشاد إلى اللزوم، فمدلولها - ابتداء - حكم وضعي، ولا مناص من رفع اليد عن ظهور هيئة الأمر في اعتبار اللابديّة، والوجوب؛ لقيام الضرورة الفقهية على عدم حرمة الفسخ تكليفاً، وعدم وجوب عدمه، بحيث يكون مرتكبه مذنباً وفاسقاً، فمع بطلان الحرمة التكليفية يتعيّن كون المراد منها لزوم العقد، فلو فسخ لا يفسخ، وهذا هو مختار المحقق الخوئي تدئ.

ومن كان مبناه في الآية أنها إرشاد إلى اللزوم، وأن مفادها أن العقود لازمة، كيف يعقل منه أن يستدل بها على صحة هذا البيع الخياري؟! فالجمع بين هذين ما هو إلا جمع بين المتناقضين.

الوجه الثاني: أن ما أفاده تدئ مخالف لما عليه الارتكاز العقلائي؛ فإن المعاملات مطلقاً أمور عقلائية ارتكازية، والمنشأ في الارتكاز العقلائي واحد في جميع المعاملات، سواء أكانت خيارية - بالأصل أو بالعارض - أم غير خيارية؛ فإن المنشأ في البيع والصلح والإجارة من العقود اللازمة هي الملكية المطلقة، والمنشأ في المعاملات الخيارية هي الملكية المطلقة أيضاً، ولم تحدّد بغاية ولا أمد، فإنشاء (بعت) في موارد عدم الغبن، وكون المبيع صحيحاً هو بنفسه في موارد الغبن وكون المبيع معيباً، فالإنشاء واحد ولا اختلاف في المنشأ، ولكن المنشأ - وهي الملكية - يكون محكوماً بالجواز إذا كان البيع خيارياً، وباللزوم إذا لم يكن خيارياً، فما أفاده تدئ مخالف للارتكاز العقلائي ^(١).

(١) فإن قلت: إذا لم يكن بينهما اختلاف فلماذا حكم في أحدهما باللزوم وفي الآخر

الوجه الثالث: أن لازم هذا القول أن يكون وزان العقد الخياري وزان إجارة الأعيان، وهو ممنوع فقهاً؛ وذلك لأن المراد من الفسخ في المعاملات أحد معنيين باختلاف المبنيين، أحدهما حلّ العقد، والآخر رد العين إلى ملكية من انتقلت منه، وكلا المبنيين يشتركان في أن قوامه بالاسترداد في الملك، إلا أن الاسترداد على المعنى الأول لازم للفسخ وحلّ العقد، وعلى الثاني يحصل ابتداء، فحقيقة الفسخ في جميع العقود التي يوجد فيها هذا الحق - كالبيع والصلح والإجارة - هو ردّ الملك، مطابقة أو التزاماً، أي رجوع الملك المنتقل إلى صاحبه الأول.

فإذا التزم بأن البيع الخياري هو إنشاء الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فمعناه أن الفسخ ليس ردّ الملك - الذي انتقل - إلى صاحبه؛ إذ هو صاحبه من الأول من هذا الحدّ، فيكون وزان جميع المعاملات الخيارية وزان الإجارة وتمليك المنفعة؛ فإن المنفعة تنتقل إلى ملك المستأجر مدة الإجارة المضروبة فقط، وتكون بعدها باقية على ملك مالكيها الأول، ولهذا لا يحصل للمؤجر - بعد انتهاء مدة الإجارة - ملك جديد، فلا بدّ لمن قال بالملكية المحدودة بالفسخ أن يلتزم بأن العين قد

بالجواز؟

والجواب: أنه ليس الاختلاف من حيث المنشأ؛ فإن الملكية في كليهما مطلقة، والحكم بالجواز وعدمه إنما جاء من قبل جعل الخيار وعدم جعله، فإن جعل الخيار موضوع لحكم الشارع بالجواز.

خرجت بالبيع عن ملك البائع مدة معينة محدودة، وأما بعدها فلم تخرج عن ملكه حتى ترجع، وهو ممنوع فقهاً؛ فإن حقيقة الفسخ - كما تقدم - هو ردّ العين مطابقة أو التزاماً، وليس انتهاء أمد الملك المنتقل، وبينهما بون بعيد^(١).

الوجه الرابع: أن تصحيح جعل الخيار للأجنبي بفرض الملكية المحدودة بالفسخ مستلزم للدور؛ وذلك لتوقف صحة جعل الخيار على صحة الملكية المحدودة بالفسخ، وبما أنه أخذ في الموقوف عليه حدّ الفسخ، فصحة الخيار تكون متوقفة على صحة الفسخ، ومما لا شك فيه أن الفسخ موقوف على الخيار فيلزم الدور المحال.

الطريق الصحيح للحل

فهذا الطريق للحلّ - مع هذه الإشكالات - غير قابل للقبول، فلا بدّ من اختيار طريق آخر، وهو لا يتمّ إلا برفع إشكالين:

(١) سئل الأستاذ - دام ظله - فأفاد بما يوضح المطلب وحاصله: أن مبنى المحقق السيد الخوئي تدلّ في المعاملة التي جعل فيها الخيار أن المنشأ هي الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فإذا جعل البائع للدار الخيار في البيع، فمعناه أنه قال للمشتري ملكتك الدار إلى أن أفسخ.

والإشكال: أن قوله ملكتك الدار إلى أن أفسخ البيع، مثل قوله: ملكتك منافع الدار شهراً، إلا أن التحديد في الإجارة كان بالزمان، وفي البيع بالزمان، وهو الفسخ، فما زاد عن هذا الحد لم تخرج فيه الدار عن ملك البائع من الأول حتى ترجع إلى ملكه بالفسخ، وهو خلاف حقيقة الفسخ؛ فإن حقيقته رجوع المال الذي انتقل للمشتري إلى ملك البائع بواسطة الخيار.

الإشكال الأول: ما تقدم من أن دليل الشرط ليس بمشرع، فلا بد من إحراز جواز الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك به.

والحق في الجواب عنه أن يقال: إن مقتضى إطلاق دليل نفوذ الشرط جواز كل شرط ونفوذه، إلا أنه ورد استثناء الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ^(١)، ونحن نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفاً لهما أو لا، فإن كنا نقول بجريان استصحاب العدم الأزلي فلا إشكال، وإلا فلا دافع له؛ وذلك لأن مدلول الحديث بعد التخصيص هو جواز الشرط الذي لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، وبما أنا نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفاً لهما أو لا، فالتمسك بدليل الشرط من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصّص، وهو باطل بالضرورة.

وأما إذا قلنا بجريان استصحاب العدم الأزلي فيمكن جريانه في المقام فيتفتح موضوع الدليل؛ لأن موضوعه بعد التخصيص صار مركباً من أمر وجودي، أعني (الشرط)، وهو محرز بالوجدان، ومن أمر عدمي، وهو (لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة)، وهو محرز بأصل العدم الأزلي، فينحل الإشكال الأول، ولكن يأتي:

الإشكال الثاني: وقد أورده المحقق السيد الخوئي تثيراً في بحث الشروط^(٢)، وهو يرد حتى مع القول بجريان الاستصحاب في العدم

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٣٢٧.

الأزلي، وحاصله: أن الأصل في المعاملات وفي الشروط الفساد، فلو اشترط في ضمن المعاملة أن يكون المتاع لفلان، فلو لم يكن دليل الصحة فهل ينتقل المال لفلان بالشرط أو لا؟ الأصل عدم الانتقال، وبما أن الأصل الفساد لا يجري استصحاب عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أزلاً.

والجواب عنه: أن موضوع قاعدة (الأصل في العقود الفساد) هو عدم الدليل على الصحة، فإذا قام الدليل على الصحة من عموم أو إطلاق أو نص خاص كان حاكماً عليها، ولا يعقل أن يكون الدليل المحكوم مانعاً عن وجود الدليل الحاكم، ولا مسقطاً له؛ لأن الثاني مزيل لموضوع الدليل الأول دائماً، والفرض في ما نحن فيه أن عموم «المؤمنون عند شروطهم» دليل، وهو شامل لهذا الشرط، وبما أنه يوجد مستثنى منه وهو «شروطهم»، ومستثنى وهو «ما خالف كتاب الله وسنة نبيه»، وانطباق عقد المستثنى منه بالوجدان، وبجريان الأصل يتم المستثنى، فالعموم بضميمة الاستصحاب يكون حاكماً على أصالة الفساد، فلا يعقل أن تكون مانعة من عمومه.

ولو كان نظره إلى احتمال فساد هذا الشرط لمخالفته للكتاب والسنة، لا من جهة عدم الدليل، فجوابه واضح؛ فإن استصحاب عدم المخالفة يزيل الشك من هذه الجهة.

فتحصل مما تقدم: أن مقتضى القاعدة الحكم بمشروعية جعل الخيار للأجنبي، والدليل عليه إطلاق أدلة الشروط بضم أصل العدم الأزلي.

الجهة الثانية: في اشتراط قبول الأجنبي وعدمه

لا يخفى أن الأصل في ما لو شككنا في تحقق الخيار للأجنبي بمجرد جعل المتعاملين أو أحدهما من دون قبوله هو عدم تحققه، فلا بد من إقامة الدليل على عدم اشتراطه.

تفصيل المحقق النائيني في المقام ومناقشته

وقد أفاد المحقق النائيني تدرُّجاً في ذلك ما حاصله: إن قلنا بأن جعل الخيار للأجنبي توكيل له أو تفويض، فلا شبهة في احتياجه إلى القبول؛ لأن الوكالة من جملة العقود، فتتوقف على الإيجاب والقبول، وحقيقة التفويض تولية الأمر، فيحتاج إلى قبول أيضاً.

وأما إن قلنا بأنه تمليك، فإن قلنا بانحصار تحقق الملك القهري بخصوص الإرث، والوقف على البطون، فلا بد من القبول، وإن قلنا بحصوله بشرط النتيجة أيضاً فلا حاجة إلى القبول، فيملك الخيار بمجرد جعل المتعاقدين^(١).

وما أفاده من عدم الحاجة إلى القبول إن التزم بحصول الملكية بشرط النتيجة، محل تأمل ونظر؛ لأن مستند شرط النتيجة هو دليل الشرط، أعني «المؤمنون عند شروطهم»، واستفادة عدم اشتراط القبول منه منافٍ لقاعدة السلطنة على النفس؛ فإنه وإن لم يرد «الناس مسلطون على

(١) منية الطالب ٣: ٧٨.

أنفسهم « إلا أن مقتضى قاعدة السلطنة على المال - الاستفادة من
مرسلة « الناس مسلطون على أموالهم »^(١)، أو من القاعدة العقلانية - هو
أن الناس مسلطون على أنفسهم بالأولوية القطعية، وحصول الملك أو
الحق للإنسان من دون قبوله منافٍ لسلطنته على نفسه، فمقتضى الجمع
بين دليل الشرط وقاعدة السلطنة صحة شرط النتيجة؛ لدليل الشرط،
واشتراط القبول؛ لقاعدة السلطنة، فلو أراد أن يهب لآخر شيئاً، وأنشأ
الهبة كان للموهوب له عدم القبول ولا يلزم به، وكما يمكنه أن ينشئ
الهبة بقوله: وهبتك، يمكنه بشرط النتيجة؛ لعدم توقف الهبة على إنشاء
خاص، بل يمكن إنشاؤها بكل ما له صلاحية إنشاء هذا الأمر الاعتباري،
والشرط له الصلاحية حسب الفرض، ولكن لا ينفي اشتراط قبول
الموهوب له؛ فإن ما تحقق من طرف الواهب هو الإيجاب بالشرط، وهو
لا ينفي الحاجة إلى القبول.

وعليه فمقتضى الجمع بين القاعدتين اعتبار القبول، من دون أن ينافي
شرط النتيجة.

دليل المحقق الخوني على عدم الحاجة إلى القبول ومناقشته

وقد ذكر المحقق السيد الخوني قدس سره وجهاً آخر لعدم الحاجة إلى
القبول، وحاصله: أن باب الحقوق أجنبي عن باب الملك؛ فإن حصول
الملك إنما هو بالأسباب الاختيارية التي جعلت في الشريعة المقدسة،

(١) الخلاف ٣: ١٧٦، وقال فيه: (وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال: « الناس مسلطون

على أموالهم »).

فلا يحصل بدون القبول، إلا في موارد خاصة ثبت فيها حصول الملك القهري على خلاف القاعدة، كالإرث، والوقف على البطون، والمصالحات القهرية، وأما في غيرها فالتملك يحتاج إلى سبب، وهو إما أن يكون اختيارياً غير إنشائي كالحيازة؛ « من حاز ملك »^(١)، أو اختيارياً إنشائياً كالعقود.

وأما باب الخيار فلا ربط له بباب الملك؛ فإن حقيقة الحقوق ليست شيئاً آخر غير الاعتبارات الشرعية، إلا أن الاعتبارات على نحوين:

١- ما يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحق.

٢- ما لا يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحكم.

فليس بين الجواز في الهبة، والجواز في البيع الخياري فرق ذاتي، فكل منهما حكم شرعي بجواز الفسخ، إلا أن الجواز في الهبة لا يمكن إسقاطه بخلاف الجواز في البيع، وإذا لم يكن له ربط بباب الملك فلا يلزم فيه القبول^(٢).

ويرد عليه: أولاً: أن ما اختاره هنا منافٍ لما اختاره في باب الوصية

(١) هذه القاعدة متصيدة، وحصول الملكية بالحيازة مستفاد من مثل ما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: « للعين ما رأت ولليد ما أخذت ».

الوسائل، الباب ٣٨ من أبواب الصيد، الحديث ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢١٧ - ٢١٨.

التمليكية؛ حيث قال: (وأما الوصية التمليلية فكما إذا قال: هذا المال لزيد بعد مماتي، فالمشهور احتياجه إلى القبول من الموصى له، لكن الأظهر عدمه)^(١)، فنفيه لاعتبار القبول في الوصية التمليلية منافٍ لقوله هنا باعتبار القبول في مطلق الملك^(٢).

وثانياً: أن ما أفاده من التفريق بين الملك والحق، بأن ثبوت الأول بدون اختياره منافٍ لسلطته، دون ثبوت الثاني، بلا فارق؛ فإن الحق وإن كان حكماً شرعياً إلا أنه نحو من السلطنة، ولهذا قلنا في تعريف الخيار: إنه (ملك فسخ العقد وإبرامه)، فحصولها بدون اختيار المكلف منافٍ لسلطته على نفسه^(٣).

والتحقيق: أن سلطنة الإنسان على نفسه ثابتة قطعاً، ولكن لم يرق عليها دليل لفظي قابل للتمسك بإطلاقه، ليدل على ثبوتها له بنحو مطلق،

(١) منهاج الصالحين بتعليق الشيخ الأستاذ - دام ظلّه - ٣: ٢٣٧.

(٢) ومن أراد معرفة ما أفاده السيد الخوئي تَدَكُّرُ في عدم اعتبار القبول في الوصية التمليلية بنحو التفصيل فليرجع إلى الموسوعة ٣٣: ٢٩٦ - ٢٩٩.

(٣) ربما يقال بالفرق، وذلك لأنكم لما سلمتم بأن الحق حكم شرعي، فإعطاء الحق يكون من قبل الشارع، فيتصور فيه الإعطاء بدون القبول؛ لأن له السلطنة على ذلك.

فيقال: إن الحكم الشرعي تارة يكون من دون دخل للمكلف فيه كخيار المجلس، فهذا لا يحتاج إلى القبول من المكلف، ولا يكون مخالفاً لسلطته على نفسه؛ لأنه من ناحية المولى الحقيقي.

وأخرى يكون جعل الخيار من الشارع بواسطة إيجاد موضوعه من قبل المكلفين، ومثل هذا الخيار - لو تحقق بلا قبول من الطرف الآخر - كان مخالفاً لسلطته على نفسه.

فمثل قوله تعالى: ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي ﴾^(١)، استفيد منه السلطنة على النفس، وقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ ﴾^(٢) دال على ثبوت السلطنة على النفس، ولكن لا إطلاق فيهما، فلا يدلان على حدود هذه السلطنة ولا مقدارها، فلا بد في مثل هذه الموارد من المشي على طبق ما تقتضيه القاعدة، ومقتضاها أن نلاحظ ما في سيرة العقلاء، وبما أنها دليل لبي فنقتصر على القدر المتيقن.

ولا شك أن تملك الأشخاص وإعطاءهم الحقوق عند العقلاء ليس بنحو مطلق، بأن يُملك شخص آخر أو يعطيه الحق قهراً وقسراً عليه، مسلوب الإرادة والاختيار، ولكن حدّ ذلك عدم التملك القسري، والقدر المتيقن منه أن له حق الردّ، ولا دليل على اعتبار القبول، فلو أعطي الولاية على أمر لم تثبت له الولاية قسراً عليه، بمعنى أن له أن يردّها، وهذا أمر، واعتبار القبول أمر آخر لم يثبت بدليل.

وبعبارة أخرى: إن غاية ما يثبت من السيرة أن الردّ مانع من تحقق الملك أو الحق، لا أن القبول شرط لتحقيقهما.

ولو غضضنا الطرف عن السيرة، وشككنا في اشتراط القبول في جعل الخيار للأجنبي، فمقتضى الأصل الاشتراط؛ لأن مقتضاه عدم تحقق أي سلطنة أو حق لأحد إلا بمقدار ما قام عليه الدليل خصوصاً أو عموماً،

(١) سورة المائدة: ٢٥.

(٢) سورة الأحزاب: ٦.

ففي مثل المقام نشك في جعل الخيار للأجنبي بمجرد الشرط من دون قبوله، ولا دليل على صحة الاشتراط إلا « المؤمنون عند شروطهم »، ولا إطلاق فيه ليشمل صورة عدم القبول، فالأصل عدم تحققه بدونه.

والحاصل:

أن مقتضى السيرة هو كون الردّ مانعاً لا أن القبول شرط، فيتحقق الخيار للأجنبي إن لم يردّ، ومقتضى الأصل عدم تحققه إلا بالقبول.

الجهة الثالثة: في جواز إسقاط خيار الأجنبي وعدمه

هل يجوز لمن اشترط الخيار للأجنبي أن يسقطه عنه أو لا؟

ذهب السيد اليزدي تذّ إلى السقوط بالإسقاط، قال تذّ: (لأن شرطه كون الأجنبي ذا خيار، فخيار الأجنبي حق للمشروط له، فكما يجوز إسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا في الأجنبي، وليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي، بل دوامه، فيكون كخيار نفسه في جواز إسقاطه، ولا يضر سقوط حق الأجنبي أيضاً من غير اختياره، كما أنه يجوز للأجنبي إسقاطه، فيسقط حق المشروط له أيضاً قهراً عليه ^(١).

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي تذّ بأن جعل الخيار حدوثاً للأجنبي، حق للمتعاقدين، وأما بقاء فلا دليل على أن إسقاطه من حقوقهما، ولا ملازمة بين الحدوث والبقاء ^(٢).

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٧٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٠.

وفيه: أنه وإن لم يوجد دليل على جواز الإسقاط، إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار بعده.

بيان ذلك: أنه كما أن سقوط الخيار يحتاج إلى دليل، فكذلك بقاءه، والصور المتصورة في جعل الخيار للأجنبي ثلاث:

الأولى: أن يجعل له لمدة محدودة، فيسقط خياره بانتهاء تلك المدة.

الثانية: أن يجعله له مطلقاً ويشترط أن لا حق له في الإسقاط، فلا يحق له الإسقاط؛ بمقتضى دليل الشرط، وهو واضح.

الثالثة: أن يجعله له مطلقاً، ولا يشترط شيئاً.

والكلام في هذه الصورة، ونحن وإن قلنا بعدم الملازمة بين الحدوث والبقاء، ولكن عدم تأثير إسقاط خيار الأجنبي حكم من الأحكام الشرعية فيحتاج إلى دليل، وهو مفقود، ومع عدم الدليل، والشك في بقاء الخيار بعد إسقاط جاعل الخيار للأجنبي ما هو الموقف العملي؟ فهل المرجع في مثل هذا المورد أصالة اللزوم أو استصحاب بقاء الخيار؟

أما على مبنى المحقق السيد الخوئي تدئ من عدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية الكلية؛ للتعارض بين استصحاب بقاء المجعول، واستصحاب عدم الجعل، فلا مجال للبحث عن جريان الاستصحاب أو الرجوع إلى العام في المقام.

وأما مع قطع النظر عن هذه الناحية، فبما أن العام وهو آية ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ ۞ قد خصصت بدليل جعل الخيار للأجنبي، فيكون المورد من موارد دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص، وبين التمسك بعموم العام.

والقاعدة - على ما حقق في محله - تقتضي التمسك بعموم العام؛ وذلك للشك في سعة دائرة المخصص وضيقتها، للشك في سقوط الخيار المجعول للأجنبي بالإسقاط وعدم سقوطه، فنرفع اليد عن العام بالمقدار المتيقن من التخصيص، وهي صورة عدم إسقاطه عنه، وأما ما زاد على ذلك - وهي صورة الإسقاط - فالمرجع فيه هو عموم العام، وعليه فلا خيار بعد الإسقاط.

نعم، على مبنى عدم جواز التمسك بالعام وجريان استصحاب حكم المخصص في هذه الموارد - كما عليه الشيخ تدئ - يجري استصحاب بقاء الخيار للأجنبي.

ومع قطع النظر عن هذه الجهة أيضاً، وعن أصالة اللزوم لفظاً للقاعدة تقتضي جريان أصل اللزوم العملي، وهو بقاء العقد؛ وذلك لأننا بعد إسقاط الشارط لخيار الأجنبي، نشك في تأثير أعمال الخيار من قبل الأجنبي، والأصل عدم التأثير، أو بقاء العقد، وبقاء الملك.

والنتيجة: أنه وإن لم تكن هناك ملازمة بين الحدوث والبقاء إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار للأجنبي بعد أن أسقطه الشارط، ومع الشك فالتحقيق ما قدمناه على اختلاف المباني، والحق منها سقوط الخيار وعدم تأثير الفسخ.

الجهة الرابعة: في اشتراط مراعاة المصلحة من قبل الأجنبي وعدم اشتراطها

هل أن خيار الأجنبي مشروط بملاحظة الغبطة والمصلحة لمن جعل الخيار أو لا ؟

إن كان إعطاؤه إياه بنحو التوكيل فلا شك في أن الوكيل عليه أن يراعي غبطة الموكل ومصلحته، وليس في التوكيل إطلاق حتى لصورة قيام الوكيل بعمل على خلاف مصلحة موكله.

وإن كان بنحو التمليك، فإن ثبت الإطلاق لصورة عدم الغبطة، أو التقييد بها، فلا بحث، وإنما الكلام في ما لو لم يثبت أحدهما؛ لعدم نصبه قرينة في مقام الإثبات على شيء منهما، وفيه أوجه ثلاثة:

الأول: أنه مالك للخيار وله مطلق الحرية في إعمال سلطنته، سواء أكان فيه صلاح لطرف العقد أم لا.

الثاني: أنه مقيد بوجود المصلحة.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان جعل الخيار له من طرف أحد المتعاقدين، فتشترط مراعاة المصلحة، وبين ما لو كان من كلا الطرفين، فلا تشترط.

والحق هو الوجه الثاني؛ فإن مقتضى القاعدة - بملاحظة مقتضى عمل العقلاء وطبعهم الأولي - أنهم لا يعطون الخيار لأحد - بنحو التمليك أو التفويض أو تولية أمر العقد - بنحو مطلق، بحيث يكون له إعماله حتى لو كان فيه ضررهم، أو كان على خلاف مصلحتهم، فالمعطي لا يعطي

إلا بملاحظة حفظ مصالحه، بإقدامه على ذلك محدود بمصالح نفسه، ولو كان يريد الأعم من حصول المصلحة وعدمها لبيّن ذلك وصرّح به، فتمليك الخيار في المقام مشروط ومقيّد بالمصلحة ولو لم يبيّن ذلك في مقام الإثبات.

ولو شك في ذلك فمقتضى الأصل التقييد بالمصلحة أيضاً؛ لرجوع الشك إلى الشك في سعة دائرة الخيار المجعول وضيقها، والمتيقن من جعل الخيار جعله في صورة مراعاة المصلحة، وأما في ما عداها فمشكوك، والأصل عدمه.

ومنه يظهر بطلان الوجه الأول أيضاً.

وأما التفصيل فوجهه: أن فسخ العقد أو إمضائه لا يكون بحسب الواقع في مصلحة الطرفين، بل غالباً ما يكون في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، فإذا ملكه الخيار كلاهما كانت هذه الغلبة قرينة على عدم لزوم مراعاة كلا الطرفين.

ولكن، لا يخفى أن هنا صورتين:

الأولى: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين غير ممكنة؛ إذ يكون الفسخ دائماً في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، والإمضاء على العكس منه، وهنا لا مناص من القول بعدم إناطة جعل الخيار بمراعاة المصلحة؛ لعدم إمكان الجمع بين مصلحة الطرفين، فجعله مشروطاً بمراعاة مصلحتهما لغو.

الثانية: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين ممكنة إلا أن الغالب

عدمها، والحكم بثبوت الخيار على خلاف مصلحة كليهما مطلقاً مشكل؛ والوجه فيه: أنهما جعللا الخيار له، وأمر العقد بيده، وملاحظة مصلحتهما معاً ممكنة حسب الفرض إلا أنها غير غالبية، والعامل لا يقدم على ضرر نفسه، بل لا يقدم إلا على ما فيه مصلحته، فبمقتضى القاعدة المتقدمة نجزم بأن كل واحد من الطرفين إنما ملكه الخيار بلحاظ حفظ منفعتيه، والغلبة لا تصلح للتخصيص، فيكون الخيار محدوداً بمراعاة مصلحة كلا الطرفين، فيختص بالموارد غير الغالب.

هذا ما تقتضيه القاعدة، ولو شك حينئذٍ في جعل الخيار له مطلقاً؛ لكون الغالب عدم إمكان مراعاة مصلحة الطرفين، فالشك يرجع إلى سعة دائرة جعل الخيار وضيقها، والأصل عدم جعله في ما إذا كان في الفسخ أو الإمضاء ضرر أحد المتعاقدين.

فما أفاده المحقق السيد الخوئي تدبر من التفصيل على أساس الغلبة محل إشكال^(١)، والحق أن الخيار في جميع الصور مقيد بمصلحة جاعل الخيار، سواء أكان بنحو التوكيل أم التمليك أم التفويض، كان من أحدهما أو من كليهما إلا في صورة امتناع مراعاة مصلحة كلا الطرفين.

الجهة الخامسة: في حكم جعل الخيار للمتعدد

إن لجعل الخيار للأجنبي صورتين رئيسيتين:

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢١ - ٢٢٣.

الصورة الأولى: جعله للواحد، وحكمه واضح.

الصورة الثانية: جعله للمتعدد.

والبحث في الصورة الثانية تارة في فرض جعل الخيار بنحو التوكيل،

وأخرى في فرض جعله بنحو التملك والتفويض.

أما الفرض الأول، فجعل الخيار للمتعدد بنحو التوكيل على نحوين

أيضاً:

١- أن يكون كل منهما وكيلاً مستقلاً، فإن أمضى أحدهما العقد

مضى، وإن فسخ انفسخ، ولا ينتظر لما يقوم به الثاني.

٢- أن يكونا وكيلين بنحو العام المجموعي، فلا بد من اتفاقهما على

الفسخ، أو على الإمضاء، ولا يكفي فسخ أحدهما، ولا إمضائه.

وأما الفرض الثاني، فجعله يتصور على ثلاثة أنحاء:

١- أن يجعل لطبيعي المتعدد.

٢- أن يجعل للمتعدد بنحو العام الاستغراقي.

٣- أن يجعل للمتعدد بنحو العام المجموعي.

فإن عرف نحو الجعل، فلا إشكال؛ فإن الخيار في النحو الأول واحد

لا تعدد فيه؛ فإن الطبيعة غير متعددة، وما قيل من أن الطبيعي موجود

بوجود أفراده حكم آخر غير الحكم الذي لنفس الطبيعة، فجعل الخيار

هنا لطبيعي هذه الأفراد - المتعدد - فهو مجعول بنحو صرف الوجود،

وهو ليس إلا واحداً، فالخيار واحد.

وأما في النحو الثاني فالخيار يكون متعدداً بتعدد الأفراد، فإن فسخ واحد انفسخ العقد ولم يبق مجال لغيره في أعمال الخيار؛ لارتفاع الموضوع، وإن أمضى فحق غيره محفوظ، فله الفسخ والإمضاء؛ لبقاء الموضوع حينئذ، فيبقى حق غيره على حاله، وما قام به الأول إنما هو رفع ليد من حقه؛ فإن الإمضاء حيثي دائماً دون الفسخ فإنه حل للعقد.

وأما إذ كان بالنحو الثالث فالخيار واحد للمجموع، فلا بد لفسخ العقد أو إبرامه من اجتماع المجموع، ولا أثر لفسخ أحدهم ولا لإمضائه. وإن لم يعرف نحو الجعل، فعندنا علم إجمالي بحصول التملك أو التفويض، مع الجهل بنحوه، هل لطبيعي المتعدد فلا يكون هناك إلا خيار واحد بنحو صرف الوجود، أو للمتعدد بنحو العموم الاستغراقي ليكون لكل واحد خيار، أو للمتعدد بنحو العام المجموعي فالخيار واحد للمجموع، ويختلف كل منها من حيث الأثر كما تقدم، وبما أن أصالة العدم في كل من الأمور الثلاثة معارضة لمثلها في الأمرين الآخرين، فالقاعدة تقتضي أحد أمرين على اختلاف المبنيين:

المبنى الأول: التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ لأنه عام قد خصص بمخصص مردّد بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو ما إذا فسخ الجميع؛ لأنه القدر المتيقن من تأثير الفسخ، كما يقتصر على إمضاء واحد في لزوم العقد؛ لأننا نشك - بعد إمضائه - في تأثير الفسخ فيرجع إلى أصالة العموم.

المبنى الثاني: أنه لا مجال إلى الرجوع إلى العام، فعند فسخ أحدهم يحصل الشك في زوال الملك الحاصل، فيستصحب بقاؤه، أو يشك في زوال العقد الحاصل فيستصحب بقاؤه؛ فلا بد من فسخ الجميع، كما أنه لو أمضى العقد واحد منهم نشك في زوال الملك بفسخ الآخر فيستصحب الملك، فلا تأثير لفسخه.

فعلى كلا التقديرين لا يحكم بالفسخ لو لم يتفق الجميع عليه، كما يحكم بكفاية إمضاء واحد في لزوم العقد.

مسألة: شرط الاستثمار

والمراد منه أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما مشاوراة الأجنبي في العقد، واستثماره والرجوع إلى أمره، فيأتمر المشروط عليه بأمره^(١)، ولهذا الشرط صور:

(١) ولا بأس بنقل الأقوال في هذا الشرط كما في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠١ - ٢٠٢: قوله: « واشترط المؤامرة إن عيّن المدة » أما جوازها مع تعيين المدة فإجماعي كما في « جامع المقاصد »، وظاهر « التذكرة »، ويدلّ عليه الأصل والعمومات، فلا معنى لتأمل الأردبيلي.

وفي « المبسوط والخلاف » أنه ليس للاستثمار حدّ إلا أن يشترط مدة معيّنة. وقد يلوح ذلك من إطلاق « الشرائع والإرشاد ». وفي « التحرير والتذكرة والمختلف واللمعة وتعليق الإرشاد والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية » أنه لا بدّ من تعيين المدة وأنه يبطل مع الإطلاق للجهالة.

وفي « الدروس » أن قول الشيخ مشكل.

والظاهر أنه لا يشترط تعيين المؤامر باسمه.

الصورة الأولى: أن يشترط الخيار لنفسه أو للمتعاقد الآخر في ما لو أمر الأجنبي بالخيار، بمعنى أنه يجعل الخيار لنفسه أو للآخر مشروطاً ومعلقاً على أمر الأجنبي.

الصورة الثانية: أن يجعل الفسخ معلقاً على أمر الأجنبي ومشروطاً به، وليس المعلق نفس الخيار كما في الأولى، بمعنى أن يشترط لزوم الفسخ عند أمر الأجنبي.

الصورة الثالثة: أن يجعل عدم الفسخ مشروطاً بأمر الأجنبي، بمعنى أن يشترط أن لا يفسخ إلا إذا أمر الأجنبي.

ولا يخفى أنه ليس في الاستثمار - وهي الاستشارة - جهة موضوعية، بل هو طريق لأمر الأجنبي، والموضوعية لرأي المستشار وأمره، فالشرط يتحقق سواء استأمره فأمره، أو أمره ابتداءً، ولبّ المطلب يرجع إلى أن أمر الأجنبي دخيل في أصل الخيار، أو في إعماله فسخاً أو إمضاءً.

أما الصورة الأولى فما يرد عليها أن الخيار معلق على أمر مجهول؛ لعدم معرفة أصل تحقق أمر الأجنبي، ولا وقت تحققه، فيكون حاله حال تعليق الخيار على قدوم الحاج، فيرد إشكال غررية البيع من جهة جهالة الخيار، فيأتي فيها ما تقدم مفصلاً، من أن مثل هذا التعليق هل يوجب الغرر المبطل للبيع أو لا؟

فعلى رأي يوجبه؛ لتفاوت قيمة الأجناس بحسب الأزمنة، ولم يعلم وقت الخيار فيوجب الغرر، فيحكم ببطلانه.

وعلى رأي لا يوجبه؛ لأن الطرفين يعلمان بأنه متى حصل الخيار والفسخ فسيرجع لكل منهما ما أخذ منه، وهو أمر معين فلا غرر، فيحكم بصحته، فإن أمر حصل الخيار، وإلا لزم العقد.

وأما الصورة الثانية، فالمفروض فيها أن الفسخ مشروط بأمر الأجنبي، فإن لم يأمر بالفسخ لم يكن للمشروط عليه حق الفسخ، وإن أمر به، فإن فسخ انفسخ العقد، وإن لم يفسخ كان للطرف الآخر الفسخ؛ لخيار تخلف الشرط؛ فإن الشرط أن يفسخ المشروط عليه حين أمر الأجنبي به، وقد أمر به ولم يفسخ فللاخر الفسخ، وهو واضح.

وأما الصورة الثالثة ففيها احتمالات أربعة بحسب اختلاف المباني:

الأول: أن نقول بأن معنى الشرط سلب القدرة شرعاً من المشروط عليه، فيكون متعلق الشرط ممتنعاً شرعاً بدون الشرط، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، كما هو مختار المحقق النائيني تدئ بحسب بعض كلماته في باب الشروط^(١)، والمفروض في المقام أنه اشترط عليه أن لا يفسخ إلا إذا أمر الأجنبي، فما لم يأمره لا يكون قادراً على الفسخ، فلو فسخ لم يقع مؤثراً.

الثاني: أن نقول بأن المستفاد من أدلة الشروط هو جعل الملازمة بين الشرط والشارط، فمفاد « المؤمنون عند شروطهم » عدم انفكاكهم عنها، تكليفاً ووضعا، وبما أن الملتزم به - حسب الفرض - هو عدم الفسخ،

فيكون نتيجة عدم الانفكاك عنه أن لا يؤثر فسخه لو فسخ بدون أمر الأجنبي.

الثالث: أن نقول بأن ما يستفاد من دليل الشروط هو الحكم التكليفي فقط، فإذا اشترط عدم الفسخ حرم عليه الفسخ، ولو فسخ ارتكب إثماً إلا أنه ينفذ؛ لأن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد.

الرابع: أن نقول بأن الشرط يرجع إلى جعل الخيار، بمعنى أن من باع المتاع واشترط أن يخيط المشتري ثوبه، فمعناه أنه لو لم يخطه كان للبائع صاحب الشرط الخيار في الفسخ وعدمه، وعلى هذا المبنى لا معنى لشرط عدم الفسخ ويكون لاغياً؛ لأن الآخر عندما فسخ انحل العقد، فيرتفع موضوع الخيار، فلا معنى - بعد ذلك - لجعل الخيار لصاحب الشرط.

إشكال المحقق الأصفهاني على شرط الاستنمار

هذه صور المسألة، ومحتملاتها، والإشكال العمدة في المقام ما أورده المحقق الأصفهاني **تدئ**، وهو إشكال دقيق، وحاصله بتوضيح منا: إن تعليق الخيار على أمر المستأمر - بالفتح - وجعل أمر الأجنبي بنحو البعث الجدّي شرطاً له محال، والمعقول هو تعليق الخيار على البعث الإنشائي للمستأمر.

بيان ذلك: أن من القواعد المسلّمة غير القابلة للشك والإشكال قاعدة استحالة اتحاد العلة والمعلول، والشرط والمشروط، وهي قاعدة تختلف

عن قاعدة تأخر العلة عن المعلول التي يمكن تصوّرها وتعلّلها كما في الشرط المتأخر، وما نحن فيه من قبيل الأول، لا الثاني؛ وذلك لأن البعث الجدّي - الذي هو حقيقة الأمر - مشروط بالقدرة، فالبعث الجدّي نحو الفسخ لمن لا قدرة له عليه محال، ونتيجة ذلك أن القدرة على الفسخ شرط للأمر به، فلا بدّ أن تكون مقدّمة عليه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى إن القدرة على الفسخ متوقفة على وجود الخيار، فتكون معلولة له، والخيار معلول للأمر؛ لأن الفرض أنه مشروط بأمر المستأمر - بالفتح - فيلزم من ذلك أن تكون القدرة علة ومعلولاً؛ فإن القدرة على الفسخ علة للأمر به؛ لأنها شرط الأمر به، وبما أنها معلول للخيار، وهو معلول للأمر به؛ لأنه ما لم يوجد أمر المستأمر لا يوجد الخيار، تكون معلولاً للأمر وقد كانت علة له، فلزم اجتماع العلة والمعلول في شيء واحد، وهو مستحيل قطعاً، فيبطل أصل البحث.

نعم، كون الخيار مشروطاً بالبعث الإنشائي (إنشاء البعث)، لا الحقيقي أمر معقول^(١) ^(٢).

والحق في الجواب عنه أن يقال: إنه لو أخذت القدرة الخارجية شرطاً

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٨٥.

(٢) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال بما يضيفي توضيحاً للمطلب، وحاصله: أن القدرة شرط للبعث بلا إشكال؛ لأن البعث والانبعث أمران إضافيان، فإذا لم يكن قادراً على الانبعث كان الانبعث محالاً، فيكون البعث محالاً أيضاً؛ إذ لا يمكن أن يكون أحد المتضايقين محالاً والآخر ممكناً، وإلا لزم الانفكاك بين المتضايقين، فيوجد أحدهما وهو الممكن، دون الآخر المستحيل.

للبعث الجدّي وأمر الأمر، لورد الإشكال؛ لما تقدّم من أن القدرة الخارجية على الفسخ معلولة للخيار، وهو معلول للأمر، والأمر مشروط بتلك القدرة الخارجية.

ولكن الحق أن أمر الأمر ليس متوقفاً على الوجود الخارجي للقدرة، بل على الوجود العلمي لها، فعلة الأمر هو العلم بالقدرة، ومعلوله هو نفس القدرة، فلم تتحد العلة بمعلولها.

بيان ذلك: أن شرط الأفعال الاختيارية - التي منها أمر الأمر - هو التصور والتصديق؛ فإن الأفعال الاختيارية معلولة للنفس، ومتحصلة منها، وما في الخارج لا يمكن أن يكون متأثراً بما في النفس، وإلا لزم أن يكون الخارجي نفسانياً، أو النفساني خارجياً، وكلاهما غير ممكن، وعليه فعندما يعلم الأمر بأن أمره محقق للقدرة يحصل عنده داع للبعث الجدّي، والمفروض أن الأمر يعلم بأن أمره يكون منشأ للخيار، والخيار منشأ للقدرة على الفسخ، فيكون علمه بالقدرة علة للأمر الجدّي، وهو علة للقدرة الخارجية، فتغايرت العلة عن المعلول، ولم يتحدا، وبذلك ينحل الإشكال، ونبقى على ما أفيد من أن الشرط هو البعث الجدّي، ولا حاجة للالتزام بإنشاء البعث لحل الإشكال.

مسألة: بيع الخيار

من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، ويقال له: «بيع الخيار»، وهو - كما قال الشيخ تذّر - : (أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة

بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع»^(١).

والبحث فيه من جهات:

الجهة الأولى: في حكم هذا الشرط في الجملة

نقل الشيخ تقي الدين الإجماع على جوازه^(٢)، وقال بأن الأصل فيه - أي وجه القول بصحته - دليلان: عام وخاص، أما العام فهو «المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، وأما الخاص فهي عدة نصوص، بعضها صحيح، وبعضها موثق، وثالثة لم يثبت اعتبار سندها، وما ذكره الشيخ تقي الدين من الروايات أربع وهي:

١- موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى

(١) المكاسب ٥: ١٢٧.

(٢) في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠٥: (قوله: «وردّ المبيع في مدة معينة يردّ البائع فيها الثمن» أي يجوز اشتراط البائع ردّ المبيع من المشتري حيث يردّ عليه الثمن في مدة معينة، للأصل، والإجماع - كما في «الخلافة، وجواهر القاضي، وجامع المقاصد، والمسالك»، وظاهر «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام. وهو المحكي عن «الغنية»: «لأنّي لم أجده فيما عندي وكأنّه سقط. وهو - أي الإجماع - ظاهر «التذكرة» على ما حكى، والموجود فيها التوقف، ولعلّ فيها أيضاً سقطاً).

أقول: في التذكرة ١١: ٥٩: (مسألة ٢٤٧: بيع الخيار جائز عندنا، وهو أن يبيعه شيئاً عقاراً أو غيره، ويشترط البائع الخيار لنفسه سنة أو أقلّ أو أكثر، إن جاء بالثمن الذي قبضه من المشتري وردّه إليه، كان أحقّ بالمبيع...).

(٣) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد علي؟

فقال: « لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه ».

قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟

فقال: «الغلّة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله»^(١).

٢- رواية معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد

الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: « له شرطه ».

قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث

سنين، قال: « هو ماله ».

وقال أبو عبد الله عليه السلام: « رأيت لو أن الدار احترقت من مال من

كانت؟ تكون الدار دار المشتري »^(٢).

٣- صحيح سعيد بن يسار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نخالط

أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر، والعشرة ثلاثة عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث: ١.

(٢) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث: ٣.

لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء، قد باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟

فقال: «أرى أنه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه»^(١).

٤- موثقة أبي الجارود، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك»^(٢).

الجهة الثانية: في بيان صور المسألة

وهي - بيان الشيخ قدس سره^(٣) - خمس صور:

الصورة الأولى: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً للخيار على نحو التعليق، بأن يجعل الخيار معلقاً على ردّ الثمن، أو على نحو التوقيت، بأن يجعل وقته زمان ردّ الثمن، وعلى كليهما يكون وقت الخيار منفصلاً عن زمان العقد، فلا خيار قبل الردّ؛ لعدم الشرط في الفرض الأول، والمشروط ينتفي بانتفائه، ولم يحن وقته في الفرض الثاني.

الصورة الثانية: أن يؤخذ قيداً للفسخ، لا لنفس الخيار، كأن يقول: بعثك الدار فإن رددت الثمن كان لي الفسخ، والفرق بين هذه الصورة

(١) الوسائل، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث: ١.

(٢) الوسائل، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث: ٢.

(٣) المكاسب ٥: ١٢٩.

وسابقتها: أن ردّ الثمن في الصورة السابقة شرط للخيار نفسه، فلا خيار له في المدة المضروبة قبل ردّه، وفي هذه الصورة شرط لمتعلّق الخيار وهو الفسخ، فيكون له الخيار في جميع المدة المضروبة، إلا أنه لا تسلط له على الفسخ إلا بردّ الثمن، على وجه المقارنة له أو التأخر عنه.

الصورة الثالثة: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، لا شرطاً للخيار ولا لمتعلّقه؛ فإن الفسخ من الأمور الإنشائية الإيقاعية التي تحصل بالقول وبالفعل، فالشارط يجعل ردّ الثمن إنشاءً فعلياً للفسخ.

والفرق بينها وبين الصورة الأولى: أن الأولى لا يوجد فيها خيار قبل الردّ، وأما في هذه فالخيار موجود قبله.

والفرق بينها وبين الثانية: أن الردّ في الثانية شرط للفسخ، فإذا ردّ أمكنه الفسخ، ولكن يحتاج إلى إنشائه، وأما في هذه الصورة فنفس الردّ إنشاءً للفسخ.

الصورة الرابعة: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ، لا على مباشرة الفسخ.

الصورة الخامسة: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيه إذا جاء بالثمن واستقاله.

إرجاع المحقق الخوني الصور إلى واحدة ومناقشته

هذه هي الصور، وقد اتضح الفرق بينها، إلا أن المحقق السيد الخوني تدبّر قد أرجع ما عدا الأخيرة إلى الأولى، وحاصل ما أفاده:

أما الصورة الثانية فترجع إلى الأولى؛ لأن الفسخ فيها مقيد برّد الثمن، ومعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبله، ومعنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا خيار له قبل ردّ الثمن، فلا فرق بينهما إلا بحسب الصورة^(١).

وفيه: أولاً: أن الافتراق بينهما جوهرى وذاتى؛ فإن متعلّق الشرط في الصورة الأولى هو نفس الحق، وهو الخيار؛ إذ لا خيار قبل ردّ الثمن، وأما متعلّق الشرط في الثانية فهو الفسخ، الذي هو متعلّق الحق، وبين تعلّقه بالحق وتعلّقه بمتعلّقه فرق، كالفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلّق؛ فإن الوجوب في الأول مشروط، فلا وجوب قبل تحقق الشرط، وأما في الثاني فهو موجود قبل تحقق الشرط إلا أن الواجب معلّق على حصول ظرفه.

ثانياً: أن الخيار في الصورة الأولى معلّق على ردّ الثمن، فيكون العقد قبل ردّه لازماً، وأما في الصورة الثانية فقد علّق الفسخ على ردّه، لا الخيار، فيكون العقد جائزاً من الأول، ولا يعقل إرجاع ما هو جائز إلى ما هو لازم.

ثالثاً: أن البيع لازم في الصورة الأولى قبل ردّ الثمن، فلا خيار في هذه

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٧.

المدة، فلا يجوز له التصرف في المال المنتقل عنه، وأما في الصورة الثانية فالبيع خيارى - حسب الفرض - فيكون تصرفه فيه تصرف ذي الخيار، فتترتب عليه أحكام تصرفه؛ فإن في البيع الخيارى أحكاماً تترتب على التصرف، وعلى تلف المبيع في زمان الخيار.

والحاصل: أن البائع إذا تصرف في المبيع فهو - على الصورة الأولى - تصرف غير ذي الخيار، وأما على الثانية فتصرف ذي الخيار، وبينهما فرق.

رابعاً: أنا لو غضضنا النظر عن الإشكالات الثلاثة السابقة فلا يصح هذا القول على إطلاقه، بل يبتني على اختلاف المباني، فإن قلنا بأن الشرط يوجب سلب القدرة على الفعل فلما أفاده **تدئ** وجه؛ إذ مع تعليق الفسخ على ردّ الثمن بمقتضى الشرط لا يكون المشروط عليه قادراً على الفسخ قبله، فيرجع هذا الشرط من حيث النتيجة إلى الشرط في الصورة الأولى.

وأما إذا قلنا بأن مقتضى الشرط هو الوجوب التكليفي فقط - بمعنى أنه إذا اشترط ردّ الثمن في الفسخ فإنه يحرم عليه الفسخ قبله، ولكن لو فسخ لكان نافذاً - فلا يرجع الشرط هنا إلى الشرط في الصورة الأولى؛ إذ في الأولى علق الخيار على ردّ الثمن، فلو فسخ قبله لكان باطلاً من أساس.

وأما الصورة الثالثة فقد أفاده **تدئ**: أنها ليست غير الأولى؛ لأن معنى

كون ردّ الثمن فسخاً فعلياً أنه لا خيار له قبل الردّ، إلا أن فسخه - مضافاً إلى كونه مقيداً بردّ الثمن - لا يتحقق بالقول وإنما بالفعل^(١).

وفيه: أن معنى كون ردّ الثمن فسخاً فعلياً أن الخيار موجود في مرحلة سابقة؛ إذ لا معنى لإنشاء الفسخ بدون خيار.

وبعبارة أخرى: إن الخيار إما أن يكون قبل الرد أو بعده، فإن كان قبله ثبت الفرق بين الصورة الثالثة والصورة الأولى؛ لأن الخيار في الأولى بعد الرد، وفي هذه قبله، وإن كان بعد الردّ فهو غير معقول؛ لأن الردّ فسخ فعلي، ولا يعقل حصول الخيار بعد انفساخ العقد.

وأما الصورة الرابعة فأرجعها إلى الأولى بهذا البيان: (أن مرجع هذا إلى أن العقد يفسخ بحصول سبب الفسخ، وإيجاد ما يتحقق به الفسخ، وهو عين الوجه الأول؛ فإنه عليه أيضاً يفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولي أو الفعلي كما هو واضح)^(٢).

وفيه: أن معنى اشتراط الخيار بردّ الثمن في الصورة الأولى أن يكون البيع بردّ الثمن خيارياً، ولازم ذلك أن البيع باقٍ بعد ردّ الثمن، ولكن للبائع الخيار في فسخه، وأما في الصورة الرابعة فالبيع يفسخ بردّ الثمن؛ لتحقق سبب انفساخه، ومعنى انفساخه زواله، فكيف يعقل إرجاع ما يتقومّ بالزوال عند تحقق الردّ إلى ما يتقومّ بالبقاء عند تحقق الردّ؟!

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٨.

فالتحقيق أن الصور تختلف في ما بينها ذاتاً وأثراً؛ أما ذاتاً فلأن نحو الجعل والمجعول في كل منها مختلف عنه في الأخرى، فالمجعول في الأول بعد الردّ هو الخيار، وفي الثاني الفسخ، وفي الثالث الانفساخ الفعلي، وفي الرابع سبب الفسخ أو الانفساخ القهري، وأما من حيث الأثر؛ فلأن أثر كل واحد من هذه الأنحاء يختلف عن أثر الآخر، كما هو ظاهر^(١).

الجهة الثالثة : في حكم هذه الصور

إشكال الشيخ في الصورة الرابعة

قال الشيخ **تدئ**: (الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع؛ فإن فيه إشكالاً من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلي

(١) أورد بعض الحضور كلام المحقق الإيرواني **تدئ**، في إرجاعه الثالثة إلى الثانية؛ حيث قال في ٢: ٢٢ : (والثالث من جزئيات الثاني وأفراده، لا ينبغي عدّه وجهاً مستقلاً في عرضه؛ فإن اشتراط الخيار المستوعب بشرط أن لا يفسخ إلا عند ردّه مثل الثمن، تارة يطلق فيحصل الفسخ بكل ما ينشأ به الفسخ، من قول أو فعل، وأخرى يقيد بأن يكون الفسخ بالقول، كما يقيد ثالثة بأن يكون بالفعل، والفسخ بردّ الثمن من جزئيات الفسخ بالفعل)

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن الفسخ في الصورة الثانية معلق على الردّ، بمعنى أنه إذا ردّ الثمن كان له الفسخ بالقول أو بالفعل، فله أن يفسخ العقد مباشرة، وله أن ينتظر إلى بعد الردّ بمدة، وأما في الصورة الثالثة فردّ الثمن فسخ فعلي، أي يفسخ العقد بمجرد الردّ، فكيف تكون الصورة الثالثة من جزئيات الثانية؟!

أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية^(١).

وتوضيحه: أن المسبب الاعتبارية تتوقف على أسبابها الشرعية، فلا تحصل إلا بها، فلا ينعقد البيع بدون السبب، وهو العقد، فلو اشترط أن ينعقد البيع بدون الإيجاب والقبول لم ينعقد، وكما أن انعقاد البيع يدور مدار السبب، فانفساخه أيضاً كذلك، وليس ردّ الثمن من جملة الأسباب الشرعية للانفساخ، فجعله سبباً بالشرط باطل؛ فإن الشرط لا يجعل غير السبب سبباً، فكما لا يصح أن يجعل رفع شيء من الدار مثلاً سبباً لانفساخ بيعها، فكذلك ردّ الثمن في ما نحن فيه، وليس اختياره بيد العبد، وحديث: « المؤمنون عند شروطهم » لا يغيّر الأسباب الشرعية، ولا يبدل الإنشاءات عن وضعها الذي يلزم أن تنشأ عليه وهي الأسباب الخاصة قولية أو فعلية.

ثم قال الشيخ تَدْتُرُ في ذيل كلامه: (وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه)^(٢).

(١) المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) قال الشيخ تَدْتُرُ في بحث الشروط ٦: ٥٩ - ٦٠ ما لفظه: (وأما الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية - أعني الملكية، والزوجية، ونحوهما - اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية، فيرجع إلى الثاني، وهو اشتراط الفعل.

وإن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعي الخاص - كالزوجية، والطلاق، والعبودية، والانعتاق، وكون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل، ونحو ذلك - كان الشرط فاسداً؛ لمخالفته للكتاب

إشكال المحقق الخراساني على الصورة الأولى والرابعة وجوابه عنهما ومناقشته

وأضاف المحقق الخراساني تثنؤً إشكالياً آخر على الصورة الأولى؛ إذ أن شرط الخيار غرري حينئذٍ؛ لأن تحديد مبدأ الخيار بردّ الثمن موجب لجهالة مدة الخيار، فلا يدرى أنه يرده على رأس شهر أو سنة.

ثم أجاب عن كلا الإشكاليين.

أما الإشكال الأول فأجاب عنه بقوله:

(فلأن الجهالة في مدة الخيار لا ضرر فيه إلا من جهة الغرر، ولا غرر أصلاً فيما إذا كان منشأ الخيار في المدة المعينة بيده، بحيث يكون له في أي جزء منها شاء إحداثه وإنشاؤه، كما لا يخفى)^(١).

وبيانه: أن الغرر يتصور في مثل التعليق على قدوم الحاج مما لا يكون بيد الشارط؛ فإنه غير معلوم، وأما تعليق الخيار على أمر بيد الشارط فلا يعدّ غررياً؛ إذ بإمكانه أن يقوم به في أي وقت شاء وأراد، وما نحن فيه من قبيل الثاني.

والسنة.

كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه - كالوكالة، والوصاية، وكون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكاً للمشتري - فلا إشكال.

وأما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين - كالأمثلة المذكورة - ملكاً لأحدهما، أو صدقة، أو كون العبد الفلاني حراً، ونحو ذلك، ففي صحة هذا الشرط إشكال...).

(١) حاشية المكاسب: ١٧٨.

ولكن ما أفاده إنما ينفع في جانب البائع، وأما المشتري فليس الأمر بيده، فيجهل مبدأ الخيار، فإذا عدّ ذلك غرراً كان غريباً بالنسبة إليه، فيلزمه أن يرفع الإشكال عن كلا الطرفين.

فالحق أن يقال: إن التزمنا بالغرر في هذه الموارد التي يجهل فيها مبدأ الخيار، فالغرر ثابت في الشرط، فإن كان الغرر يسري من الشرط إلى البيع، فالبيع غرري فيفسد، وإلا فلا، فالمسألة في المقام تبني على هذا المبنى الذي تقدم البحث فيه فراجع.

وأما الإشكال الثاني فأجاب عنه **تدكُّ**: بأن نفس الشرط من الأسباب بمقتضى دليل الشروط الشامل لشرط الفعل والنتيجة، والانسفاخ من صغريات شرط النتيجة.

نعم، ربما يقال هنا: بأنا نحتمل أن يكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، فيكون التمسك بالدليل لإثبات صحته من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ولكن يجاب عن ذلك: بإمكان جريان أصالة عدم كونه شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة^(١).

إشكال المحقق النائيني على الصورة الرابعة

وقد أورد المحقق النائيني **تدكُّ** على الصورة الرابعة بأحد محذورين: إما انفساخ العقد بلا سبب، وإما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه؛ فإن بيع

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٧٧.

الدار واشتراطه انفساخه بردّ الثمن، إما أن يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب، فهو باطل؛ لمخالفته للكتاب والسنة؛ لأن انتقال الدار من المشتري إلى البائع بلا سبب - أي بلا إنشاء قولي ولا عملي - غير ثابت في الشريعة، بل لا بدّ في انتقال المال من مالكة من حصول سبب، إما قهري كالإرث، أو اختياري كالبيع.

وإما أن يرجع إلى حصول الانفساخ بنفس الشرط، أي أن نفس اشتراط الانفساخ هو إنشاء للفسخ، ففيه صورتان:

الصورة الأولى: أن يشترط في ضمن المعاملة انفساخها فعلاً إلا أنه معلق على حصول أمر متأخر، وهو ردّ الثمن، نظير إجازة بيع الفضولي بناء على الشرط المتأخر بحسب مسلك صاحب الفصول تدبّر في الواجب المعلق، فكما أن النقل والانتقال فيه حاصلان بالفعل والإجازة متأخرة، فهنا الفسخ والانفساخ حاصلان بالفعل بمجرد الشرط إلا أن المعلق عليه - وهو ردّ الثمن - متأخر، وعلى هذا التقدير يلزم من وجود الشيء عدمه؛ إذ يلزم من وجود البيع مع هذا الشرط عدمه.

الصورة الثانية: أن يشترط الانفساخ حين الردّ، بحيث يكون الإنشاء فعلياً بدون أن يحصل معه الانفساخ، وإنما يحصل الانفساخ في ظرف الردّ، فلا يلزم على هذا التقدير المحذور المذكور، ولكن يلزمه محذور آخر، وهو عدم كون الشارط مالكاً لهذا الشرط حين الإنشاء، واللازم أن يكون مالكاً له، كمن وكل شخصاً في نكاح زوجة وطلاقها ورجوعه

إليها، فهنا منشآت ثلاثة: النكاح، والطلاق، والرجوع، وكما أن الطلاق متأخر عن النكاح فكذلك إنشاؤه، وكما أن الرجوع متأخر عن الطلاق، فكذلك إنشاؤه، فإذا تحقق المتقدم - وهو النكاح - ملك إنشاء المتأخر - وهو الطلاق - ، فصح له أن يوكله فيه، وما لم يتحقق لم يملكه، فلا يصح أن يوكله فيه.

وفي ما نحن فيه اشترط انفساخ العقد بالردّ وهو لم يملك الانفساخ حينئذٍ، فلا يملك إنشاءه^(١).

وفي كونه لا يملك الإنشاء نكتة تتضح بطرح كلام المحقق الأصفهاني تدبر.

جواب المحقق الأصفهاني عن الإشكال

فإنه قال في تقرير الإشكال ما حاصله: إن شرط انفساخ العقد بردّ الثمن باطل، لا من جهة حصر دليل الشروط في شرط الفعل، بل هو شامل لشرط النتيجة أيضاً، إلا أن يكون للنتيجة سبب خاص كالطلاق؛ فإنه لا يتحقق إلا بإنشاء (هي طالق)، وأما النتائج التي لا سبب خاصاً لها - كالملكية، فإنها تتحقق بالشرط، كأن يقول: بعتك الدار بكذا على أن يكون الكتاب ملكي - فيشمّلها دليل الشرط.

بل لكون العقد من الحقائق التي لا تتحقق بالشرط، بل لا بدّ لها من سبب خاص، فيمكن تحقيق نتيجة الهبة - وهي الملكية - بالشرط،

ولكن لا يمكن تحقيق عقد الهبة به، وكذا غيرها من العقود كالصالح والبيع؛ وذلك لأن العقد أمر قائم بالطرفين، وقرار مرتبط بقرار آخر، فلا يتحقق بالشرط، وكما لا يتحقق العقد والانعقاد بنفس الشرط، فكذلك الحل والانسفاخ.

ثم أجاب عن الإشكال: بأنه يمكن تحقق العقد بالشرط؛ فإنه يمكن إنشاء القرار المعاملي المرتبط بقرار آخر بقوله: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا)؛ فإنه مع قبول الطرف الآخر يتحقق القراران المرتبطان، وإذا أمكن تحقق العقد بالشرط أمكن تحقق إنشاء حلّ المعاملة بعد ردّ الثمن بالشرط؛ وذلك لأن النسبة بين الفسخ والانسفاخ، وبين العقد والانعقاد، ليست هي نسبة السبب والمسبب، بل نسبة المصدر لاسمه، فهما متحدان بالذات، مختلفان بالاعتبار، فحقيقة الانسفاخ ليست شيئاً آخر وراء الفسخ، غاية الأمر أنها بانتسابها إلى الفاعل وصدورها عنه تكون فسخاً، وبانتسابها إلى العقد وقبوله لها تكون انفساخاً، وهكذا الحال في طرف العقد والانعقاد.

فالتيجة: أن شرط الانسفاخ هو شرط حلّ العقد، وحلّه كالعقد نفسه قابلان للتحقق بالشرط^(١).

مناقشة كلام المحقق الأصفهاني وبيان المختار

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٩٠ - ١٩١.

وفيه: أن ما أفاده غير صالح لرفع الإشكال؛ إذ لا بدّ من كون متعلّق الشرط مشروعاً ومقدوراً، وما لم يجتمع هذان الأمران لم يصح، ومتعلق الشرط في الفرض هو العقد، وهو غير مقدور عليه بنفس الشرط؛ لأنّ العقد التزم مرتبب بالتزام آخر، وكل واحد من المتعاملين إنما يملك التزام نفسه، ولا يملك التزام الطرف الآخر، فلا يحصل بمجرد أن يشترط حصوله؛ لأنه لا يملك التزام الطرف الآخر ليكون مقدوراً له، وما أفاده من الحلّ ليس من تحقّق العقد بالشرط، بل هو من تحقّق العقد بشرط النتيجة والقبول، فقوله: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا) مع قبول الطرف الآخر هو الذي حقّق القرارين المرتبطين، ومحل الكلام ومورد الإشكال إنما هو في تحقّق العقد بنفس الشرط بدون ضمّ القبول. وبعبارة أخرى: إن ما وقع متعلّقاً للشرط هو إنشاء ملكية العين بالعوض، فمتعلّق الشرط هو مدلول إيجاب البيع ليس إلا، والذي يتمّم عقديّة هذه القضية هو القبول، فلم يحصل العقد بنفس الشرط.

ولك أن تقول: إن القضية التي أوردتها - وهي: (شرطت عليك أن تكون الدار لك بعوض كذا) مع قبول الطرف الآخر - تشتمل على إيجاب وقبول، وما أنشئ بالشرط - وهو كون الدار لك بعوض كذا - طرف العقد، لا تمامه، والإشكال إنما هو في عدم تحقّق العقد - وهو المركب من الإيجاب والقبول - بالشرط، أي لا يمكن بمجرد قولتي: شرطت أن أصحح المعاملة البيعية، أو الصلح.

فالإشكال: أن انعقاد العقد لا يمكن تحقّقه بالشرط؛ لأنه التزم مرتبب

بالتزام آخر، والشارط لا يملك التزام الطرف الآخر إلا بالوكالة، وما أفيد في الجواب هو إمكان تحقق الإيجاب بالشرط، وذلك أمر آخر؛ فإن الإيجاب باختيار الشرط، فتملك العين مجاناً - الذي هو الهبة - أمر باختيار الواهب، فيمكنه أن ينشئه بقوله: (وهبتك)، وبقوله: (شرطت) على القول بشمول أدلة الشروط لشرط النتيجة.

هذا في العقد، وأما ما نحن فيه - وهو الانفساخ - فهل هو مثل العقد، فلا يتحقق بالشرط، أو لا، فيمكن تحقيقه به؟

والجواب: أن الحل يختلف عن العقد؛ فإن العقد التزام بين الطرفين فلا يملك أحدهما التزام الآخر، ولا يمكن تفويضه إليه إلا بنحو الوكالة، وأما الحل فهو وإن لم يكن قسراً على الطرف الآخر أيضاً، بل لا بد فيه من رضا الطرفين، إلا أنه يقبل التفويض بلا توكيل، فيفوض أحدهما للآخر حل العقد، ويجعل له حق الفسخ والانحلال.

وعليه فالانفساخ قابل للتحقق بنفس الشرط وقبول الطرف الآخر، بنحو شرط النتيجة، فيسلم كلام المحقق الخراساني **تدبر** من الإشكال؛ فإن شرط انفساخ العقد برد الثمن أحد صغريات شرط النتيجة، ومقتضي عموم « المؤمنون عند شروطهم » موجود، والمانع منه مفقود.

الجهة الرابعة: في صور الثمن المشروط رده

إن الثمن المشروط رده: إما أن يكون كلياً في الذمة، وإما أن يكون شخصياً، وعلى التقديرين: إما أن يكون قد قبضه، وإما أنه لم يقبضه،

فالصور أربع:

الصورة الأولى والثانية

أن البائع لم يقبض الثمن - كلياً كان أم شخصياً - وفي ثبوت الخيار وعدمه في الصورتين وجهان:

أما عدم الثبوت فوجهه: أن متعلق الشرط ردّ الثمن، وهو مفهوم متقوم بالقبض والأخذ، فما لم يحصل القبض لم يصدق الردّ، فلم يتحقق شرط الخيار وإن كان الثمن عند المشتري، فلا خيار^(١).

وأما الثبوت فوجهه أمران:

الأول: ما استفاد من الشيخ تدثّر من أن شرط الردّ لثبوت الخيار إنما هو على تقدير قبضه، لا مطلقاً، فما لم يقبض فالخيار متحقق^(٢).

وأورد عليه: بأن الموجود في مقام الإثبات إنشاء واحد، لا إنشاءان، فلا معنى للقول: إنه إذا لم يقبض فله الخيار مطلقاً، وإذا قبض فلا خيار له إلا بعد الردّ، بل الصحيح أن يقال: إنه اشترط الردّ في ثبوت الخيار، فما لم يحصل الردّ لم يثبت الخيار.

الثاني: ما أفاده عدة من الأعلام كالمحقق النائيني تدثّر ومن تبعه، من أنه لا موضوعية للردّ، وإنما أخذ طريقاً لوصول الثمن إلى المشتري،

(١) أشار له الشيخ تدثّر في المكاسب ٥: ١٣١، بقوله: (ويحتمل العدم..).

(٢) المكاسب ٥: ١٣١.

والثمن الكلي قبل القبض حاصل عند المشتري فيثبت الخيار^(١).
وهذا هو الأقوى؛ لعدم موضوعية الرد، وعليه فيثبت له الخيار في هذه
المدة، فإن فسخ العقد انفسخ، وإن انتهت المدة ولم يفسخ لزم البيع،
بخلافه على القول الأول؛ فإنه لا خيار من الأول.

الصورة الثالثة

أن يكون الثمن شخصياً وقد قبضه، ويتصور الشرط فيها على أربعة
أنحاء:

الأول: أن يشترط رد عين الثمن، فإن كان موجوداً وردّه بعينه كان له
الخيار، وإن تلف لزم البيع؛ لامتناع تحقق الشرط حينئذ؛ لانتفاء موضوع
الرد، فيمتنع المشروط.

الثاني: أن يشترط ردّ عين الثمن إن كان موجوداً، وردّ بدله إن كان تالفاً،
فإن كان موجوداً لا يكون له الخيار إلا برده بعينه، وإن كان تالفاً كان له
الخيار برده بدله.

الثالث: أن يشترط ردّ الثمن أو بدله حتى مع وجوده، كأن يقول البائع
للمشتري: (بعتك الدار بكذا، على أن يكون لي الفسخ إن رددت الثمن أو
بدله).

الرابع: أن يشترط ردّ الثمن بنحو الإطلاق، فلا يصرح بعين الثمن ولا

(١) منية الطالب ٣: ٨٣.

ببدله، فهل يحمل على خصوص ردّ العين أو على الأعم؟

أما الأول والثاني فالأمر فيهما واضح ولا إشكال فيهما.

وأما الثالث فاستشكل فيه الشيخ تدوّن؛ من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً -

بل لغة - ردّ العين مع الإمكان^(١).

توضيح ذلك: إن في حقيقة الفسخ مبنيين:

أحدهما: أنه حلّ العقد، ويترتب عليه استرداد الثمن والمثمن.

ثانيهما: أنه إرجاع المبيع إلى ملك البائع، وإرجاع الثمن إلى ملك

المشتري.

والفرق بينهما أن متعلق الفسخ في الأول هو العقد، ومتعلقه في الثاني

هو المال، وسيأتي في محله - إن شاء الله تعالى - ما يترتب على

الاختلاف بين المبنيين من الآثار، ولكنهما يجتمعان في ردّ كل من

العوضين إلى محله الأول، ابتداء على الثاني، وبعد حلّ العقد على الأول.

إذا اتضح هذا فالإشكال: أن شرط ردّ بدل الثمن مع وجوده مخالف

لحقيقة الفسخ، ولا معنى لأن تقع المعاملة على المالين المعيّنين، وبعد

فسخ العقد وفي ظرف الاسترداد يرجع محلّ الثمن مال آخر مع وجوده.

والجواب: أن الشرط لا بدّ أن يلاحظ ثبوتاً وإثباتاً.

أما ثبوتاً فيمكن تصور شرطين في هذه المعاملة:

الأول: أن يكون له حق الفسخ بالرد.

الثاني: أن يكون له حق المبادلة بين الثمن وبدله.

والشرط الثاني يتصور بنحو شرط الفعل، وبنحو شرط النتيجة.

أما بنحو شرط الفعل فكأن يقول: بعتك كذا بكذا بشرط أن يكون لي خيار الفسخ، وأن أفسخ المعاملة بالمبادلة بين الثمن وبدله، ويرجع ذلك - حقيقة - إلى أن يكون وكيلاً عن مالك الثمن في استبدال الثمن بمثله.

وهذا الشرط مشروع، ومعقول ثبوتاً، سواء قلنا بنظرية الاعتبار المبرز في المعاملات، أو بالتسيب؛ فإن من المعقول جداً إبراز الأمرين الاعتباريين - وهما الفسخ واستبدال الثمن وبدله - بفعل واحد، وهو ردّ الثمن، كما يمكن إيجاد الأمرين الاعتباريين بسبب واحد.

وأما بنحو شرط النتيجة؛ فلأن المبادلة هي إحدى المعاملات المستقلة في قبال البيع، وإن عرّف صاحب المصباح المنير البيع بأنه مبادلة مال بمال إلا أنه تبين في بحث البيع زيفه، وبما أنها كذلك ولا يشترط فيها سبب خاص فيمكن تحققها بشرط النتيجة، كما في الهبة.

وأما إثباتاً فيتوقف على أن يقصد المتعاملان أو من له الشرط تحقق

كلا المعنيين بردّ بدل الثمن.

وبهذا ينحلّ إشكال الشيخ قدسُ ثبوتاً وإثباتاً، إلا أن الحل يتوقف على

نكنتين:

الأولى: أن يتعقل تحقق الأمرين الطولين المختلفين في الرتبة بفعل واحد، فيتحقق الفسخ، والمبادلة بين الثمن وبدله بردّ بدل الثمن؛ فإن بين الفسخ والمبادلة طولية؛ إذ لا تتحقق إلا بعد تحققه.

الثانية: أن يقصد كلا الأمرين وينشئهما بمبرز واحد.

وأما الرابع فحمله الشيخ **تدئ** على ردّ العين؛ مستنداً إلى مقتضى ظاهر الشرط؛ فإن ظاهره في الثمن الشخصي ردّ نفس الثمن الواقع عوضاً في المعاملة^(١).

ويمكن تكميله بالتمسك بالإطلاق المقابل لـ (أو)؛ فإن مقتضى اشتراط ردّ الثمن وعدم ذكر عدل له أن يردّ نفس العين، ولو لم يرد الانحصار لكان عليه أن يذكر العدل الآخر.

إشكال المحقق الخوني على الشيخ

وذهب بعض الأعظم **تدئ** إلى أن ما أفاده الشيخ **تدئ** متين في غير مورد البحث وهو بيع الشرط؛ وذلك للقرينة المانعة من الاستظهار فيه؛ فإن للبائع في بيع الشرط غرضين غالباً:

١- أن يحتفظ بخصوصية متاعه المباع حدّ الإمكان، ولم يصرف نظره

عنه.

٢- أن يصرف الثمن في شؤونه؛ لاحتياجه إليه، وإلا لما باع متاعه

بهذا الشرط.

(١) المكاسب ٥: ١٣٢.

ومع هذه القرينة نرفع اليد عن الظهور اللفظي للثمن، وعن الإطلاق المقابل لـ (أو)، فيكون المراد من الشرط ردّ الثمن مع وجوده، وردّ بدله مع تلفه وإن أطلق الشرط^(١).

التحقيق في المقام

والتحقيق: أنه وإن كان الغالب في من يبيع متاعه ببيع الشرط أن يكون لأجل حاجته إلى ثمنه، ولكن هذه الغلبة ليست قرينة عامة تقتضي رفع اليد عن الظهور مطلقاً، بل ذلك يختلف بحسب اختلاف الموارد، فينبغي ملاحظة غرض البائع، فتارة يقع البائع في شدة فيبيع داره بهذا الشرط، فمن الواضح أنه محتاج إلى الثمن لصرفه في شؤونه، فلا يكون المراد من الشرط هو ردّ عين الثمن.

وهكذا الحال في مثل ما يحصل في الأرياف من بيع المتاع في مقابل الحنطة مثلاً؛ فإنه إذا اشترط الردّ وأطلق يكون ظاهراً في أن المراد ما هو الأعم من ردّه وردّ بدله.

وربما يبيع المتاع بشرط ردّ الثمن ويكون الثمن تحفة قديمة، ويكون غرضه أن يتجمل بها في موقف معين؛ ليستفيد فائدة اعتبارية، فإن الشرط في مثله يحمل على خصوص ردّ العين.

فالحاصل: أنه لا ينبغي أن يؤخذ بكلام الشيخ تدبر على إطلاقه، ولا

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٢.

بكلام بعض الأعاظم تدُّ على إطلاقه.

وبعبارة أخرى: إنه لا ينبغي التمسك بمقتضى الظهور والإطلاق مطلقاً كما فعل الشيخ تدُّ، ولا التمسك بالقرينة الصارفة مطلقاً، بل لا بد من التفصيل بحسب اختلاف غرض البائع^(١).

الصورة الرابعة

أن يكون الثمن كلياً وقد قبضه، ومن الواضح أنه لا مجال في مقام الأداء إلا لتطبيقه على الفرد؛ لعدم الاستفادة من الكلي مع حفظ كليته، ومع تعيينه تأتي الأنحاء السابقة وهي:

- ١- أن يشترط ردّ عين الثمن، فإن وجد ردّه وكان له الخيار، وإلا ارتفع موضوعه وامتنع المشروط لامتناع الشرط.
- ٢- أن يشترط ردّ عين الثمن مع وجوده، وبدله مع عدمه، فيمشي على ضوء الشرط.

٣- أن يشترط ردّ الثمن أو ردّ بدله حتى مع وجوده.

٤- أن يشترط ردّ الثمن ويطلق القول.

ولا بحث في النحوين الأولين، وإنما البحث في النحوين الآخرين. والمستفاد من كلام الشيخ تدُّ أن الردّ يعم البدل، وعلى فرض الشك،

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله بأن غرض العقلاء من البيع حفظ المالية.

فأفاد: ليس ذلك على إطلاقه، بل الأغراض مختلفة كما بيّنا.

فالقدر المتيقن من ردّ البدل هو مورد تلف العين^(١).

وربما يقال كما قيل: إن الفرد الذي أعطي للبائع في مورد كون الثمن كلياً ليس هو الثمن، بل ما ينطبق عليه الثمن؛ والثمن باقٍ على كليته، وعليه فعندما يشترط ردّ الثمن، فهو ينطبق على كل فرد من أفراد ذلك الكلي، فمتى أرجعه يكون له الخيار، سواء أكان هو الفرد الذي أخذه عند التطبيق، أم غيره^(٢).

والتحقيق: أنه لا شك - في مورد كون الثمن كلياً - في أنه كذلك في المعاملة والمبادلة، فيكون الثمن في هذا المقام ملغى عنه جميع الخصوصيات، ولا بحث في ذلك، وإنما البحث في مقام الأداء وفراغ الذمة؛ فإنه لا يمكن أن يبقى على كليته؛ إذ يستحيل الأداء إلا مع الخصوصية، وأما الكلي مع حفظ كليته فهو غير قابل للأداء.

وهذه القاعدة جارية في جميع الكليات، مالكاً أو مملوكاً، فالمالك لسهم السادة - مثلاً - هو كلي الفقير والمسكين وابن السبيل من الهاشميين، لا أفرادهم، ولكن في مرحلة الأداء لا يمكن إعطاء الكلي بما هو كلي، بل لا يكون الأداء إلا إلى الأفراد، وبمجرد أن يعطى الفرد يصبح مالكاً، وتفرغ ذمة المعطي، ولا يبقى كلي الهاشمي مالكاً، وإذا تصرف أحد في ماله فهو تصرف في مال الغير.

(١) المكاسب ٥: ١٣٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٤.

وهكذا الحال في جانب المملوك؛ إذ لا فرق بين المالك والمملوك من هذه الناحية أصلاً، فالمملوك الكلي لا بدّ في مرحلة الأداء من أن يتشخص بالفرد، وعليه فإذا كان الثمن كلياً في الذمة، وسلّم المصداق في مقام الأداء لم يعقل بقاء الثمن على كليته، فلو باع داره بألف دينار في الذمة كان المشتري مديوناً للبائع بثمن كلي، وكان عليه الأداء، ولم يعقل أداء ما في الذمة بدون تشخصه في الفرد، وبمجرد أن يطبق المشتري الكلي على الفرد ويقبضه البائع تبرأ ذمته.

وهكذا الحال في سائر الديون، فإذا كان الحال كذلك - وهو كذلك واقعاً - فلا معنى للقول ببقاء الثمن على كليته بعد أداء المصداق وتطبيق الكلي على الفرد، وإلا لزم بقاء الدين - بعد الأداء - في ذمة المديون، والحال أنه ساقط بالضرورة.

إذا اتضح هذا يتضح أن حكم الكلي بعد الأداء والتطبيق على الفرد هو عين حكم الثمن الشخصي، وحيث إنه عينه، فما قلناه هناك في صورة التعيين وصورة الإطلاق يجري هنا.

الجهة الخامسة: في كفاية ردّ الثمن في الفسخ وعدمه

نقل الشيخ رحمته القول بأن ظاهر الأصحاب عدم كفاية ردّ الثمن في الفسخ؛ وذلك لأمر:

الأول: أن الردّ مقدمة لفسخ البائع، فلا يتحقق بمقدمته، بل لا بدّ من تحققها حتى يتحقق موضوعه.

الثاني: أن الردّ من حيث هو لا يدل على الفسخ.

الثالث: أن الرد يدل على إرادة الفسخ، والإرادة غير المراد.

وأجاب تَدُّر عن الثاني: بأن الرد وإن لم يكن في حدّ نفسه دالاً على الفسخ إلا أنه يدل عليه بالقرينة، كما هو الحال في المعاوضة؛ فإن الفعل في نفسه يدل على الأخذ والعطاء، لا على البيع، ولكن المعاوضة في مقام البيع تدل عليه، ولا يشترط في الإنشاء أن يكون الدال عليه دالاً بنفسه، بل تكفي دلالاته بمعونة القرينة.

وأجاب عن الثالث: بأنه لا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من كون ردّ الثمن بإرادة حلّ المعاملة، وإرادة كون المبيع ملكاً له، والثمن ملكاً للمشتري.

مع أن ظاهر الأخبار كفاية الردّ في وجوب ردّ المبيع، بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة^(١) حصول تملك المبيع بردّ الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به^(٢).

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني تَدُّر على الشيخ تَدُّر: بأن الإشكال ثبوتي، فلا يدفع بالدليل الإثباتي، وتوضيح ذلك:

إن حاصل الإشكال - وهو الأمر الأول المتقدم - هو أن الفسخ متفرع

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث: ١.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٣ - ١٣٤.

على وجود الخيار، الذي هو ملك فسخ العقد وإمضائه، فما لم يحصل الخيار لم يقع الفسخ، والخيار متفرع على رد الثمن؛ لكونه شرطاً له، فالفسخ متأخر عن الرد بمرتبة أو مرتبتين فكيف يحصل به؟ ولم يجب عنه الشيخ تَدُّرُ إلا بمقام الدلالة والإثبات، وهو لا يدفع الإشكال الثبوتي^(١).

جواب المحقق الأصفهاني عن إشكال المحقق الخراساني ودفعه

وأجاب عنه المحقق الأصفهاني تَدُّرُ بما توضيحه:

إن الفسخ بالفعل يقع على أنحاء:

١- أن يفسخ المعاملة بالبيع، بأن يبيع من له الخيار ما وقعت عليه

المعاملة.

٢- أن يفسخ المعاملة بالعتق، بأن يعتق البائع الذي له الخيار العبد

الذي باعه.

والفسخ بهما غير معقول.

أما الأول؛ فلأن البيع لا يكون إلا في ملك، فيتملك أولاً ثم يبيع، فإذا

فسخ بالبيع، فمقتضى الفسخ أن يكون المتاع ملكاً للفاسخ مقارناً لفسخه،

ومقتضى البيع أن يكون ملكاً للمشتري، واجتماع ملكيتين بالاستقلال

على عين واحدة في زمان واحد غير معقول.

وأما الثاني؛ فلأن مقتضى العتق هو زوال الملك وفكّه، فإذا فسخ

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ١٧٨ - ١٧٩.

بالعتق، فمقتضى الفسخ أن يكون ملكاً له، ومقتضى العتق خروجه عن ملكه، واجتماع الملك وزواله من اجتماع النقيضين.

٣- أن يفسخ المعاملة بردّ الثمن، ولا يرد فيه المحذوران السابقان، وإنما يرد عليه اجتماع المختلفين في الرتبة في زمان واحد، وهو معقول في الأمور التكوينية والاعتبارية؛ فإن الشرط متقدم على المشروط في الرتبة، والمشروط متقدم على معلوله كذلك، ومع ذلك يجتمعان في زمان واحد، والمقتضي - بالكسر - يجتمع مع المقتضى - بالفتح - في زمان واحد مع تقدمه عليه في الرتبة.

فردّ الثمن في ما نحن فيه شرط للخيار متقدم عليه رتبة، والخيار موضوع للفسخ، ومع اختلاف الثلاثة في الرتبة إلا أنها تجتمع في الزمان، فلا محذور في كون الردّ شرطاً للخيار، وسبباً للفسخ.

فالفسخ يتوقف على الخيار توقف المسبب على سببه، والخيار يتوقف على ردّ الثمن توقف المشروط على شرطه، ولكن الشرط والمشروط والمسبب كلها تجتمع في زمان واحد، كما أن الوطئ بالملك يتوقف على الملك، وهو يتحقق بالفسخ، والفسخ يحصل بالوطئ، فالوطئ الذي قصد به الفسخ سبب مقارن للملك الحاصل بنفس الوطئ، والوطئ المقارن للملك حلال، والتقدم والتأخر الذاتيان لا ينافي المعية في الوجود^(١)^(١).

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ١٩٥.

وما أفاده تدُّ لا ينفع في الجواب عن الإشكال؛ إذ لو كان الإشكال من جهة كيفية اجتماع السبب والمسبب في زمان واحد لكان الجواب مجدياً، ولكن الإشكال من جهة أخرى، وهي لزوم محذورين:

الأول: أن لازم ذلك أن يكون الشيء الواحد موقوفاً وموقوفاً عليه؛ وذلك لأن ردّ الثمن شرط للخيار، والخيار سبب للفسخ، فالردّ بما أنه شرط يكون موقوفاً عليه؛ لتوقف الفسخ على الخيار، وتوقف الخيار على الردّ، وبما أنه فسخ للعقد - لأن المدعى أن الفسخ يكون بنفس الردّ - يكون موقوفاً؛ لتوقفه على الخيار، فصار الشيء الواحد موقوفاً وموقوفاً عليه، وهو غير معقول وإن كان بلحاظين.

الثاني: أن لازمه اجتماع المتقابلين؛ فإن الردّ اعتبر سبباً للفسخ، وسبب الفسخ - سواء أكان قولاً كلفظ: (فسخت)، أم فعلاً كالردّ - متفرّع على الخيار لا محالة؛ إذ ما لم يكن للفسخ خيار لم يكن ردّه سبباً للفسخ؛ فإن ردّ الثمن سبب للفسخ في حال حصوله من ذي الخيار، لا من غيره، فالردّ متأخر رتبة عن الخيار، وإذا كان شرطاً له فهو في مرتبة متقدمة عليه؛ لتقدم الشرط على المشروط، فيجتمع المتقابلان - التقدم والتأخر -

(١) وتوضيح الأستاذ - دام ظله - للمطلب في الإجابة على سؤال: إن النار سبب للاحتراق، فيتوقف الاحتراق عليها توقف المسبب على السبب، والمماساة للجسم المحترق شرط لتأثيرها فيه، فيتوقف الاحتراق على المماساة توقف المشروط على شرطه، وكل هذه الثلاثة المختلفة في الرتبة تجتمع في زمان واحد، وهنا الفسخ مسبب عن الخيار، وهو مسبب عن الردّ، وهذا الاختلاف في الرتبة لا يقتضي الاختلاف في الزمان.

في شيء واحد، وهو غير معقول أيضاً؛ فإن المعقول هو اجتماع المختلفين رتبةً في زمان واحد، وأما اجتماع المتقابلين في شيء واحد فهو محال.

ولهذين المحذوران، يكون ما أفاده المحقق الخراساني قدّم من الإشكال الثبوتي باقياً على حاله، ونتيجة ذلك: أنه لا يعقل - ثبوتاً - أن يكون الردّ شرطاً للخيار، وفي الوقت نفسه سبباً للفسخ.

وأما ما أفاده الشيخ قدّم من الاستدلال برواية معاوية بن ميسرة على تحقق الفسخ بالردّ ففيه: أن مدلولها - بحسب ما يظهر منها - أن العقد يفسخ بردّ الثمن، فهي تشير إلى الاحتمال الرابع، فيكون الردّ شرطاً للانفساخ، لا للفسخ الذي هو محل البحث فعلاً.

وإن لم تكن ظاهرة في هذا المعنى فهي غير ظاهرة في المدعى؛ لتعدد الاحتمال فيها، فيحتمل أن الردّ شرط للفسخ، وللخيار، وللانفساخ، ومع تعدّد الاحتمال يسقط الاستدلال.

وعليه، فالإشكال العقلي مانع من تحقق الفسخ بالردّ في فرض كونه شرطاً للخيار^(١).

(١) توضيح من الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن كلامنا الآن في ما إذا جعل الردّ شرطاً للخيار، فهل يمكن تحقق الفسخ به أو لا؟ أما لو كان الخيار ثابتاً قبل الردّ، فلا إشكال في تحقق الفسخ به.

الجهة السادسة : في مسقطات بيع الخيار

وهي أمور:

الأول: الإسقاط

وهنا صور:

الصورة الأولى: أن يثبت الخيار من حين العقد قبل الرد، ولا شك في سقوطه بالإسقاط؛ لكون الخيار من الحقوق، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

الصورة الثانية: أن يكون الخيار مشروطاً بالرد، فهل يسقط بالإسقاط قبل الرد؟

قال الشيخ **تدئ:** (لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد - بناء على حدوثهما من زمان التفرّق - عدم الجواز أيضاً)^(١).

والوجه فيه: أن لكل عقد حلاً واحداً، فلا يجتمع فيه خياران، فلا يمكن في بيع الحيوان وخيار الشرط أن يجتمع خيار المجلس وخيار الحيوان قبل التفرّق، وكذا بالنسبة إلى خيار الشرط، وعليه فلا يبدأ خيارا الحيوان والشرط إلا من حين التفرّق، فإسقاطهما قبله من إسقاط ما لم يجب؛ لعدم ثبوتهما حينئذٍ.

وبعبارة أخرى: إن الإسقاط فرع الثبوت، ولم يثبت خيار الحيوان والشرط قبل التفرّق، فينتفي ما يتفرّع عليه.

(١) المكاسب ٥: ١٣٥.

وكلام العلامة تدلُّ في ذلك المقام يجري في ما نحن فيه؛ فإن الخيار لا يثبت إلا بعد الردّ - حسب الفرض - فإسقاطه قبله من إسقاط ما لم يجب.

جواب الشيخ عن إشكال إسقاط ما لم يجب ورده

وأجاب الشيخ تدلُّ عنه: بالفرق بين ما نحن فيه وبين خيارى الحيوان والشرط؛ فإن المشروط له في ما نحن فيه هو البائع، وهو متمكن من تصحيح موضوع الخيار بالردّ متى شاء؛ لقدرة عليه في كل آن، فيكون مالكا للخيار قبل الردّ - ولو من حيث تملكه للردّ الموجب له - فله إسقاطه، ولا يكون من إسقاط ما لم يجب، بخلافهما؛ فإنه لا قدرة له على تصحيح موضوع الخيار، فقياس ما نحن فيه عليهما مع الفارق^(١).

وما أفاده غير تام بحسب ظاهره؛ وذلك:

أولاً: أن ردّ الثمن ليس مقدوراً للبائع في جميع الأحوال، بل تارة يكون مقدوراً له، وأخرى غير مقدور.

ثانياً: أن مجرد القدرة على ردّ الثمن لا تثبت الخيار، وإنما المثبت له هو نفس الردّ.

فيبقى إشكال إسقاط ما لم يجب على حاله.

(١) المكاسب ٥: ١٣٥.

جواب المحقق الخوئي عن إشكال إسقاط ما لم يجب ورده

وقد أجاب المحقق السيد الخوئي تَدْتُّ عن الإشكال: بعدم قيام دليل لفظي على عدم جواز إسقاط ما لم يجب، غير أنه ذكره جمع من الفقهاء، وعليه ففي كل مورد قامت السيرة على عدم الجواز نأخذ به، وفي غيره لا بأس بالالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب^(١).

وهو غير وافٍ بدفع الإشكال، والسرف في ذلك:

أولاً: أن الكبرى الموجودة هي: (لكل ذي حق إسقاط حقه)، فما أخذ معقداً للإجماع هو (إسقاط الحق)، والنسبة بين الإسقاط والسقوط - كالنسبة بين الإثبات والثبوت، والإيجاد والوجود - هي نسبة المصدر لاسمه، لا نسبة العلة إلى المعلول، فهما واحد حقيقة متعددان اعتباراً، إن أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن قطع النظر عنه سمّي سقوطاً.

والإسقاط متقوم بالثبوت، كالإعدام المتقوم بالوجود مفهوماً ومصداقاً، فما لم يكن الشيء موجوداً لا يصدق مفهوم الإعدام، كما لا مصداق له بدونه، وما لم يكن ثابتاً لم يصدق مفهوم الإسقاط، كما لا مصداق له بدونه، فما لم يكن في ذمة الآخر دين لم يكن لإسقاطه مصداق.

وحيث إن الكبرى التي عندنا هي: لكل ذي حق إسقاط حقه، والإسقاط متقوم - مفهوماً ومصداقاً - بالثبوت، فلا وجه للإسقاط ما لم يثبت الحق.

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٧.

ولا يخفى أنه لا مانع عقلاً من الاعتبار في المستقبل، كما لا مانع من اعتبار إسقاط حق يثبت فيما بعد؛ فإن الاعتبار خفيف المؤنة، لكن ثبوت كل حق وسقوطه بعد ثبوته محتاج إلى دليل، فالإشكال من جهة أنه لم يقم دليل على جواز إسقاط ذي الحق حقه قبل ثبوته، والثابت بالدليل هو أن لكل ذي حق إسقاط حقه، وهو يتوقف على تحقق العنوان المأخوذ في الدليل، والمفروض أنه لا يصدق الإسقاط إلا بعد الثبوت.

وثانياً: أن الدليل الذي أقيم على إسقاط الحق قبل الثبوت هي القاعدة الإجماعية: لكل ذي حق إسقاط حقه، ومن قام الإجماع عندهم - كالعلامة وغيره - أشكلوا على صحة الإسقاط قبل الثبوت بأنه من إسقاط ما لم يجب فلا يجوز، ويستفاد من ذلك - على الأقل - عدم الإجماع على صحة الإسقاط قبل ثبوت الحق، وعدم الدليل على ذلك كافٍ في المطلوب.

فما ادّعاه من عدم قيام الدليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب مدفوع ثبوتاً وإثباتاً، والإشكال باقٍ على قوته.

كلام المحقق الإيرواني وردّه

وقد يقال كما أفاده المحقق الإيرواني تَدْتُرُ بقوله: (والتَّحْقِيقُ: أن مفهوم الإسقاط لا يصدق إلا مع فعلية ما تعلق به الإسقاط، ولا تكفي القوة والشأنية، لكن لا حاجة لنا إلى صدق هذا المفهوم، بل إن صدق أو لم يصدق أمكن أن يقال بسقوط الخيار بکراهة ثبوته، والکراهة كما تتعلّق

بأمر حاليّ كذلك تتعلّق بأمر استقباليّ؛ فإنّ دليل سقوط الخيار بالإسقاط هو تعليل سقوطه بالتصرف في الأخبار بأنه رضى بالبيع، ومعلوم أنّ الرضا بالبيع كما يتحقّق مع فعليّة الخيار كذلك يتحقّق مع لا فعليّته وانتظاره وترقبه^(١).

فيقال: بأن جعل إحداث الحدث رضاً بالبيع إنما هو للتعبّد، ولا أثر في المقام للرضا بالبيع قبل ثبوت الحق.

نعم، ما يفيدنا في المقام الرضا بعد ثبوت الحق ليكون إنفاذاً للبيع، وأما قبله فهو من إسقاط ما لم يجب، فيعود الإشكال.

الثاني: انقضاء المدّة

الثاني من مسقطات بيع الخيار هو انقضاء مدّة الشرط مع عدم ردّ الثمن أو بدله، وهو واضح؛ إذ الفرض أن الخيار مشروط بردّ الثمن في المدّة المعينة، فمع عدم ردّه أثناءها ينتفي الشرط، فيرتفع موضوع الخيار. وهنا فرعان:

الفرع الأول: لورد غير جنس الثمن

لو ردّ غير جنس الثمن - ولو غفلة - لم يكن ردّاً، فلا خيار؛ إذ الشرط - وهو ردّ الثمن - لم يحصل، وما حصل - وهو ردّ غير الثمن - لم يكن شرطاً، فإن انتهت المدّة ولم يردّ الثمن ارتفع موضوع الخيار.

(١) حاشية المحقق الإيرواني ٢: ٢٤.

الفرع الثاني؛ لورد جنس الثمن فظهر معيباً

لو ردّ جنس الثمن وظهر معيباً، فهل يصدق الشرط، فيكون له الخيار أو لا؟

الأقسام التي أفادها المحقق الخوئي ومناقشتها

قسم المحقق السيد الخوئي تدّثر الفرع إلى أقسام ثلاثة:

الأول: أن يكون الثمن كلياً وقد اشترط رده، فإذا دفع إلى المشتري فرداً معيباً فللمشتري أن يرضى بذلك المعيب كما له أن يستبدله بفرد آخر صحيح.

وبعبارة أخرى: إن هناك معاملتين: إحداهما المعاملة على المبيع بأن يكون الثمن كلياً، وهذا الشرط يتضمن أن يكون الثمن صحيحاً.

والأخرى المعاملة الواقعة على تطبيق ذلك الكلي على فرد، وهو يقتضي أن يكون إعطاء فرد الكلي من المشتري وفاء بالعقد، غاية الأمر تخلف المشتري عن الشرط في التطبيق على الفرد المعيب، الفرد المدفوع للمشتري، وهذه بمنزلة المعاملة وليست معاملة حقيقة، فالمطلوب أن يكون المشتري راضياً بذلك التطبيق^(١).

وفيه: أنه ليس في الثمن الكلي أمران: أحدهما المعاملة على الكلي، والثاني أن يكون المشتري راضياً بتطبيق الكلي على الفرد، بل أمر واحد

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٣٧ وما بعدها.

وهو البيع بالثمن الكلي المشترط في ضمنه صحة الثمن، وبنفس المعاملة على الكلي، ومصداقية الفرد له، وأن وجود الطبيعي بوجود فرده يثبت للبائع الحق بمقتضى الشرط.

الثاني: أن يكون الثمن معيناً، فليس هناك حق الاستبدال؛ لأن الثمن أمر واحد وقد اشترط فيه الصحة ضمناً، وبما أن المدفوع غير ما اشترط دفعه إليه، فلا محالة لا يثبت له الخيار؛ لانقضاء المدة وعدم حصول شرط الخيار وهو رد الثمن الصحيح.

وفيه: أن الثمن المشروط فيه الصحة يقتضي أن يكون الثمن هو الذات، والصحة أمر زائد قد ثبت بالشرط؛ لاقتضاء الشرط تعدد المطلوب، فمقتضى التزامه بأن الصحة شرط في الثمن أن الثمن هو المشروط، ولازم الشرط ثبوت الخيار، لا انتفاء المعاملة.

الثالث: أن يشترط ردّ الثمن الأعم من الصحيح والمعيب، فدفع المعيب إلى المشتري وإن كان يوجب حصول شرط الخيار؛ لأنّ المفروض اشتراط ردّ الأعم من المعيب والصحيح، إلا أنه إذا تمكّن من الخيار ففسخ المعاملة، فمقتضى الفسخ أن يردّ كل من الثمن والمثمن إلى مالكما الأول، وبما أن الثمن الذي انتقل من المشتري هو الثمن الصحيح، فالفسخ يقتضي أن يرجع الثمن الصحيح إلى المشتري ويدخل في ملكه، وأمّا ما دفع إليه من المعيب فهو وثيقة وأمانة لديه فيرجعه إلى البائع.

وفيه: أنه كيف يتمكن من الفسخ على مبناه من أن مفاد « المؤمنون

عند شروطهم « لزوم الشرط للشارط، وأن المؤمن لا ينفك عن شرطه؟ فإن المفاد ليس هو التكليف حتى يقبل التخلف، بل الوضع، فالنتيجة أن عدم الانفكاك عن الشرط مع التمكّن من الخيار متنافيان، ولا معنى لكون المعيب أمانة عنده مع كونه حق البائع المردود إليه بمقتضى شرطه الملازم له.

كلام المحقق الحائري

وقال المحقق الحائري **تدئ**: (قد يفرض الكلام في الثمن الكلّي وقد يفرض في الشخصي:

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

وأما في الثاني: فيمكن أن يقال: إنّهُ وإن تغيّر وصف الصحة، وأن الثمن مقيّد بها حسب الانصراف، ولكنّه يعدّ عرفاً متّحداً مع الواجد لا مغايراً له، فلا يقال: إنّ هذا ردّ لغير الثمن، ولكن لما كان شرط الردّ أيضاً منصرفاً إلى الصحيح فكأنّه تعهّد بوصف الصحة، وحيث لم يسلمه كان عليه تداركه ببذل التفاوت، فلا وجه لما ذكره - **تدئ** - من قوله: وله

الاستبدال^(١).

وفيه: أولاً: أن التفريق بين الكلي المقيّد بالصحة، والفرد المقيّد بها، بأن الثاني مع كونه فاقداً للصحة متحد مع الواجد دون الأول بلا وجه. مع أن قاعدة المقيّد ينتفي بانتفاء قيده غير قابلة للتخصيص عقلاً ولا عرفاً.

وثانياً: أنه فرق بين التقيد بنحو وحدة المطلوب، والاشتراط بنحو تعدد المطلوب، ففي الأول ينتفي المقيّد بانتفاء قيده دون الثاني، فعلى الأول يكون المردود الفاقد للتقيد مغايراً مع الواجد دون الثاني؛ لتخلف أصل الالتزام البيعي في الأول دون الثاني؛ لمخالفته للالتزام في الالتزام دون الالتزام البيعي.

فالحق في المسألة أنه إذا ردّ المعيب كفى في ثبوت الخيار، في الثمن الكلي والشخصي، إلا أن للمشتري الحق في المطالبة بوصف الصحة^(٢).

(١) الخيارات للأراكي: ١٣٢.

(٢) وهنا توضيح للمطلب أفاده الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال، وحاصله: أنه لو قال البائع: بعتك الكتاب بدولار، فإن أدى له الثمن بالتومان لم يؤدّ الثمن، وقال له صاحب الكتاب: إن هذا ليس بثمن كتابي، وإن أعطاه دولاراً معيباً صدق عليه الثمن إلا أنه فاقد للشرط الارتكازي وهو الصحة، فيقول له: بعتك الكتاب بثمن صحيح، لا معيب بنحو الشرط.

والحاصل: أنه لو صرح بالشرط فإن التصريح به على نحوين؛ إذ تارة يصرّح بوحدة المطلوب، فلو أعطاه المعيب كان له أن يقول: هذا معيب وليس هو بعوض أصلاً،

الثالث: التصرف في الثمن

الثالث من المسقطات تصرف ذي الخيار في ما انتقل إليه؛ فإن مقتضى إطلاق الأصحاب لجعل التصرف مسقطاً وتعدياً مسقطيته من مورد النص إلى سائر الخيارات، الشرعية والجعلية، شموله لما نحن فيه أيضاً.

كلام المحققين الأردبيلي والسبزواري في عدم السقوط بالتصرف

ولكن خالفهم في ذلك المحققان الأردبيلي والسبزواري - قدس سرهما - في ما نحن فيه لأمرين:

الأمر الأول: أن سقوط الخيار بالتصرف في الثمن منافٍ للغرض من جعله؛ فإن البائع إنما أقدم على بيع متاعه بهذا الشرط، وبأقل من ثمنه

وأخرى بتعدد المطلوب، كأن يكون المطلوب الأول أصل الثمن، والمطلوب الثاني أن يكون سالماً، فإذا فقدت الصحة فقدّ فقدَ المطلوب الثاني وكان له الحق في الرضا بالمعاملة وفسخها.

فإذا كان في المعاملة لفظ نظر له، فإن كان بنحو الشرط فهو من تعدد المطلوب، وكان له الخيار، وإن كان بنحو التقيّد فهو من وحدة المطلوب وكان له المطالبة بأن ما وقع عليه العقد غير هذا الثمن.

وإن لم يكن في المعاملة لفظ لوحظ الارتكاز العقلاني، والارتكاز في مثل الإعطاء من غير جنس الثمن أنه من وحدة المطلوب، كمن اشترى ذهباً وأعطى مذهباً، وأما في مثل الثمن المعيب - كمن اشترى فضة وأعطى فضة معيبة - فإن ارتكازهم على كونه شرطاً لا مقوماً، فهو من تعدد المطلوب، فما لم يصرح بشيء يحمله على كونه شرطاً.

الواقعي غالباً لتحقيق أمرين: أن يستفيد من الثمن لرفع حاجته، وأن لا يقطع صلته بالمتاع، بحيث لو أمكنه تهيئة الثمن في المدة المضروبة لردّه وأعاد متاعه، فإذا كان التصرف في الثمن مسقطاً للخيار انتفى الغرض من شرطه، فهذا الغرض يكون قرينة قطعاً على تخصيص إطلاق اتفاق الأصحاب بهذا المورد.

الأمر الثاني: موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد علي؟

فقال: « لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه ».

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال:

« الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله »^(١).

فإن ظاهرها تصرف البائع في الثمن، وأن بيع الدار لأجل ذلك، فتكون

مخصصة لإطلاق إطباق الأصحاب^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) مجمع الفائدة ٨: ٤١٣، حيث قال: (على أن الظاهر عدم سقوط خيار الشرط

بالتصرف مطلقاً، لأن غالبه الاحتياج إلى الثمن والتصرف فيه، فلو كان تصرف البائع فيه مسقطاً لخياره فلا يترتب عليه الفائدة.

ويؤيده ما تقدم من مرسله ابن عمار: أنه باع رجل داره إلى سنة للاحتياج إلى ثمنه، قال:

جواب السيد بحر العلوم عنهما

وأجاب عنهما السيد بحر العلوم تذكُّر في مصابيح: بأن ما عليه الأصحاب هو أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار، ولا خيار إلا بعد الرد، فالتصرف في الثمن قبله لم يكن في زمان الخيار، فيكون خارجاً عن ما اتفق عليه الأصحاب تخصصاً لا تخصيصاً.

نعم، لو استثنى من اتفاقهم التصرف بعد الرد لكان تخصيصاً^(١).

مناقشة صاحب الجواهر لكلام السيد بحر العلوم

وناقشه صاحب الجواهر تذكُّر بوجوه:

الوجه الأول: إن جعل زمان الخيار بعد الرد يقتضي جهالة مبدأ الخيار؛ لاحتمال أن يكون الرد بعد أسبوع أو شهر أو سنة، فيكون غريباً، فيبطل الشرط، ومع سرايته إلى المشروط - أي البيع - يبطل هو أيضاً.

الوجه الثاني: إن ما عليه العرف والعقلاء هو صدق زمن الخيار على مجموع المدة^(٢).

« لا بأس بهذا، إن جاء بتمنُّها إلى سنة ردها عليه ».

ودلت على أنه لو تصرف المشتري أيضاً فيه بأخذ الغلة لم يفسخ، وهو ظاهر).

وأما عبارة المحقق السبزواري في الكفاية ١: ٤٦٥ فهي: (والظاهر أن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف كما قاله بعض الأصحاب؛ لظاهر الروايات).

(١) المكاسب ٥: ١٣٦، ونقل في الهامش عن المصابيح (مخطوط): ١٣٩.

(٢) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله - في بيان الإشكال الثاني: إن صورة بيع الشرط لا

الوجه الثالث: إن جعل الخيار بعد زمان الرد منافٍ لما أفاده الأصحاب في ردّهم على الشيخ تدئ حينما ذهب إلى توقف الملك على انقضاء الخيار؛ فإنهم استدلوا بروايات خيار الشرط - الدالة على كون غلة المبيع قبل الردّ للمشتري - على أن الملكية تنتقل إلى المشتري في زمان الخيار، فلو لم يكن زمان ما قبل الردّ زمان خيار عندهم لما صحّ ردّهم على الشيخ تدئ ^(١).

تنظر الشيخ فيما أفاده الجميع

ثم إن الشيخ تدئ تنظر في ما أفاده الجميع، فقال: (في أصل الاستظهار المتقدم، والردّ المذكور عن المصابيح، والمناقشة على الردّ نظر) ^(٢).
وأفاد في وجه ذلك:

أما ما ذكره المحقق الأردبيلي تدئ؛ فلأن إطلاق اتفاق الأصحاب على سقوط الخيار بالتصرف تام، ولا مخصص لدليلهم، فيشمل جميع الخيارات الشرعية والشرطية، التعبدية، والجعلية، ومنها محل الكلام، وما ذكر من المخصص غير ناهض.

تنحصر في جعل الردّ شرطاً للخيار، بل قد يكون الردّ شرطاً للفسخ، فيثبت الخيار من حين العقد قبل الردّ إلا أن زمان إعماله وقت الردّ.

ثم عقبه بما ذكرناه في المتن، وما ذكره صاحب الجواهر هو خصوص ما في المتن، وأما هذا فيصلح إشكالاً آخر لم يتعرض له صاحب الجواهر.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٠.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٧.

أما الأول - وهو بناء هذا العقد على التصرف - فلأن هذا البناء من جهة أن الغالب المتعارف كون البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، وحينئذٍ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف.

نعم، لو كان الثمن شخصياً لكان التصرف فيه مسقطاً للخيار، ولكن الغالب خلافه.

وأما ما ذكره ثانياً من الاستدلال بالموثقة فلأن ظاهرها كون الثمن كلياً أيضاً، والتصرف في مصداق الثمن الكلي لا ينقض إجماع الأصحاب.

وأما ما أفاده السيد بحر العلوم تدئ؛ فلأن المستفاد من النص والفتوى كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقول، ففي كل مورد يصح إسقاط الخيار بالقول يصحّ بالفعل - التصرف - ، والظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار بالقول قبل الردّ فكذلك بالتصرف، فما أفاده تدئ من عدم الموضوع للإسقاط قبل الردّ ممنوع.

وأما ما أفاده صاحب الجواهر تدئ أولاً من لزوم جهالة مدة الخيار، ففيه: أنها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد والفسخ بعده إن شاء.

وأما ما أفاده ثانياً من كون العرف على أن الخيار من زمان العقد، ففيه: أن زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً

أو بجعل المتعاقدين، والمفروض أنه في ما نحن فيه بجعلهما، فتارة يجعلانه من زمان العقد، وأخرى من زمان الرد، ولم يقد ارتكاز على أنه من زمان العقد في بيع الخيار.

وأما ما أفاده ثالثاً ففيه: أنه لعل الأصحاب فهموا من مذهب الشيخ تدئ توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً، سواء أكان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً عنه، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، والخيار في ما نحن فيه منفصل عن العقد، أي يبدأ من زمان رد الثمن، فلا يتوقف رد الفقهاء لمذهب الشيخ تدئ على كون مدة الخيار هي مجموع المدة، حتى ما بين العقد والرد، بل يصح ردّهم مع كون حدوث الخيار فيما بعد الرد أيضاً، فلا يثبت من استدلالهم أن الخيار من زمان وقوع العقد، فلا يكون هذا الردّ منهم على الشيخ تدئ منافياً لما ذكره السيد بحر العلوم تدئ من حدوث الخيار بعد الرد.

إشكال المحقق الخوني في أصل المطلب

قال المحقق السيد الخوني تدئ: بأن جميع ما أفاده الشيخ تدئ من الإيرادات متين جداً، ولكن الكلام في أصل المطلب من الذهاب إلى مسقطية التصرف مطلقاً، فإنه لا بدّ - بعد عدم قبولنا للإجماع - من الاقتصار على ما قام عليه الدليل الوارد في بيع الحيوان، ومقدار ما قام عليه هو إحداث الحدث في الحيوان، حقيقة أو حكماً كالتقبيل واللمس والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك.

وأما في غير بيع الحيوان، فإن كان التصرف كاشفاً عن الرضا بالبيع

فهو مسقط للخيار؛ لكونه مصداقاً للإسقاط، وإلا فمقتضى إطلاق دليل الشروط عدم الإسقاط به، وثبوت الخيار^(١):

والحق أن يقال: بأنا إن منعنا من الأخذ بالإجماع فلا طريق لما أفيد من كون مطلق التصرف مسقطاً للخيار، ومنعه ولو من جهة صغورية هو الحق؛ فإنه لا يمكن تحصيل الإجماع على أن مطلق التصرف مسقط للخيار، وعهدة من يدعي ذلك عليه؛ إذ غاية ما يمكن دعواه عدم التعرض للخلاف، وهو لا يكشف عن اتفاق الأصحاب على هذه القاعدة الكلية.

ولو سلم تحصيله فهو محتمل المدرك؛ إذ يحتمل أنهم استندوا للنص الوارد في خيار الحيوان مع إلغاء الخصوصية، فهو أمر اجتهادي منهم، لا يكشف عن قول الإمام عليه السلام، ولا عن دليل معتبر.

وإن أخذنا بالإجماع - على فرض أن الشيخ قدس سره قد تمسك به - فهل تتم جميع إشكالاته أو لا؟
الحق: هو التفصيل.

إما إشكالاته على المحقق الأردبيلي وصاحب الجواهر - قدس سرهما - فهي واردة عليهما.

وأما إشكاله على السيد بحر العلوم قدس سره فغير وارد؛ لأن حاصل ما ذكره

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٤٣ - ٢٤٤.

السيد تَدْتُّرُ أنه لا خيار قبل الردّ، فالتصرّف - حينئذ - ليس من تصرفات صاحب الخيار حتى يرد التخصيص في كلمات الأصحاب، بل هو خارج تخصصاً؛ لأن مورد كلامهم ما إذا وجد الخيار فتصرّف، وهذا يتمّ في ما لو تصرّف بعد ردّ الثمن لا قبله.

وأما جواب الشيخ تَدْتُّرُ: - وهو أن الإسقاط القولي في ما نحن فيه مسقط، فالتصرّف مثله؛ لكونه مسقطاً فعلياً - ففيه دعويان، وفي كليهما نظر:

أما دعوى أن الإسقاط القولي مسقط، فلا دليل عليها في المقام، بل تقدم منعه عقلاً في ما نحن فيه؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، ومشهور الفقهاء على منعه أيضاً.

وأما دعوى أن الإسقاط الفعلي مسقط فلأنه لو سلّم إسقاط الخيار بالقول فهو من جهة كشفه عن الرضا والالتزام بالبيع، والإسقاط الفعلي إن كان كاشفاً عنه أيضاً فهو مسقط للخيار؛ إذ لا فرق في الكاشف بين كونه قولاً وكونه فعلاً، ولكن البحث في مطلق التصرف، كشف عن الرضا أو لم يكشف.

فما يمكن قياسه على الإسقاط القولي هو الإسقاط الفعلي، وما نحن فيه هو مطلق التصرف، وهو لا يقاس على الإسقاط القولي.

الجهة السابعة: في حكم تلف المبيع والثمن

ويقع البحث في نقطتين:

النقطة الأولى: في حكم تلف المبيع

وقد تعرض فيها الشيخ تَدَثُّرٌ إلى أمرين:

الأمر الأول: أن تلف المبيع من مال المشتري، سواء كان قبل الردّ أو بعده، ونماؤه له مطلقاً.

الأمر الثاني: أن الظاهر عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع^(١).

أما الأمر الأول فليس المستند فيه قاعدة: أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، بل المستند هي القاعدة الأولية، والنص؛ فإن مقتضاهما أن يكون التلف من مال المشتري.

أما القاعدة الأولية فهي: أن تلف المال من مال مالكه، فإذا انتقل المال لشخص بأي سبب من أسباب الانتقال، القهرية كالإرث، أو الاختيارية كالحيازة والعقد، ثم تلف فهو من ماله، ولا يحكم بكون تلفه من مال الغير إلا لوجود ما يوجب الضمان كالإتلاف، أو قاعدة اليد، وأما بدونهما فلا يضمن الغير، كما أن مقتضى الأصل عدمه أيضاً.

نعم، استثني موردان من هذه القاعدة:

١- تلف المبيع قبل قبضه؛ فإنه من مال البائع، نصاً وفتوى، مع أن مالكه المشتري؛ وذلك للنص تعبداً^(٢)، لا لما احتمل من أن السيرة كما

(١) المكاسب ٥: ١٣٩.

(٢) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١: عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد

قامت على كون تلف المال من مال مالكة فهي قائمة على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه؛ إذ لا وجود لها؛ فإن سيرتهم على أن المال ينتقل بالعقد إلى المشتري، فيكون هو المالك له، فإن تلف كان منه، ولم تقم سيرة على ضمان البائع ولا على انفساخ العقد بالتلف، كما لم يكن هناك شرط ضمني على ذلك، بل الشرط الضمني هو تسليم البائع المبيع إلى المشتري، وتسليم المشتري الثمن إلى البائع^(١).

٢- التلف في زمان الخيار؛ فإنه من مال من لا خيار له، فلو تلف الحيوان في الثلاثة الأيام كان من مال البائع الذي لا خيار له^(٢).

الله ﷻ في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: « من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه ».

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: إن ذلك بسبب الشرط الضمني، فأفاد بأن الشرط الضمني في المعاملة أن يسلم البائع المبيع للمشتري، ويسلم المشتري الثمن له، وأما أن يفسخ البيع بالتلف فليس بمشترط ضمناً.

نعم، قام الدليل التعبدي على أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، والمستفاد من نحو البيان التعبدي أن السيرة على خلافه فاحتاج إلى بيان وتنبیه؛ إذ لو كانت السيرة على كون التلف من مال البائع لما احتاج إلى هذا النحو من بيان الشارع، بل كان البيان إمضائياً.

(٢) لما دلّ عليه من الروايات مثل صحيحة ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ». الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فخصصت القاعدة الأولية بهذين الموردين، فلا مجال فيهما إلا للالتزام بانفساخ العقد ورجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأول آنأ ما قبل التلف؛ فإن ضمان الغير لا يكون إلا بسبب الإتلاف، أو لليد بمقتضى قاعدة (على اليد ما أخذت)، ولا شيء منهما بحاصل في الفرض، فلا محيص عن الالتزام بالملكية الآنية، ووقوع التلف في ملك من كان من ماله.

والخيار في ما نحن فيه للبائع بمقتضى الشرط، فيكون التلف من مال المشتري الذي لا خيار له، وكون التلف من ماله على طبق القاعدة الأولية، مع قطع النظر عن الشرط والتخصيص الوارد عليها أيضاً؛ فإنه أحد مصاديقها؛ لكونه مالكا له، كما أن النماءات للمشتري أيضاً.

وأما النص فهو كموثقة إسحاق بن عمار؛ فإن في ذيلها: قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟

فقال: « الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله »^(١).

وأما الأمر الثاني: ففيه وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: ما استظهره الشيخ تدُّ من عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع، ولم يزد على الاستظهار^(٢)، وتحليل ذلك يتوقف على بيان

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث: ١.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٩.

مقدمتين:

الأولى: أن للبائع من شرط الخيار غرضين: أن يستفيد من الثمن الذي

قبضه في قضاء حوائجه، وأن يحتفظ بعين المبيع ليتمكن الرجوع إليها.

الثانية: أن متعلق الخيار هو العقد، لا العين؛ فإن الخيار ملك فسخ

العقد وعدمه، أو ملك فسخ العقد وإبرامه، لا ملك رد العين.

فلو كان متعلقه العين لكان قائماً بها، وإرجاعها إلى ملكيته السابقة

يتوقف على بقائها، وأما مع كون متعلقه العقد فهو لا يدور مدار بقاء

العين؛ فإن للعقد بقاء في عالم الاعتبار، فيتعلق به الحل، سواء كان المال

موجوداً أو معدوماً.

وبعد ضمّ هاتين المقدمتين يتضح بقاء الخيار وإن تلف المبيع؛ لأن

متعلق الخيار هو العقد، وهو محفوظ حتى لو تلفت العين، هذ من جهة،

ومن جهة أخرى أن غرض البائع يتعلق بالعين وماليتها، فإن ذهبت العين

فبالمالية.

فالتحقيق في المسألة بقاء الخيار، وما ذكرناه هو وجه استظهار

الشيخ قدس.

وللمحقق الخراساني قدس بيان في المقام، وحاصله: أن اختلاف الحكم

بثبوت الخيار وعدمه ناشئ من الاختلاف في ما شرطاه، فإن شرطاً

الخيار ببقاء العين فلا إشكال في سقوطه مع تلفها، وإن لم يشترطه

ببقائها فلا إشكال في بقائه لو تلفت، والمرجع في تعيين الاشتراط، هو

الظهور إن وجد، ومع عدمه فالمتبع أصالة الإطلاق وعدم الاشتراط^(١).
وما أفاده تذيُّ مبتن على أن الإطلاق عبارة عن عدم الاشتراط، وأن
التقابل بين الإطلاق والاشتراط أو التقييد هو تقابل العدم والملكية، فإذا
كان الإطلاق عبارة عن عدم التقييد فعدم الاشتراط هو نفس إطلاق
الخيار، فإذا تلفت العين فالخيار باقٍ.

ولكن واقع الأمر هو أن التقابل بين الإطلاق والتقييد هو تقابل التضاد؛
فإن التقييد عبارة عن الاعتبار بشرط شيء، والإطلاق عبارة عن الاعتبار
لا بشرط، فالتقييد لحاظ الخصوصية وأخذها، والإطلاق لحاظها ورفضها،
فلا محالة يكون الإطلاق قسيماً للاشتراط والتقييد، ولا يرجع إلى عدم
الاشتراط.

وعليه فكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ، فيدور الأمر بين
لحاظ الخيار وأخذه لا بشرط بالنسبة إلى وجود العين وتلفها، فيحكم
ببقاء الخيار، وبين لحاظه وأخذه بشرط وجود العين، فينتفي الخيار عند
تلفها.

ومع عدم استظهار شيء منهما يكون الأمر مجملاً مردداً بين
المتباينين، وكل منهما - الإطلاق والاشتراط - مسبوق بالعدم، فمع العلم
الإجمالي بأحدهما يتعارض الأصلان، أي أصل عدم الاشتراط، وأصل

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٨٠.

عدم الإطلاق، أو أصل عدم اللحاظ بشرط شيء، وأصل عدم اللحاظ لا بشرط، ومع التعارض يسقط أصل عدم الاشتراط، فينتقض ما بناه تدنُّ.

ومقتضى القاعدة اندراج المسألة في القسم الثاني من استصحاب الكلبي؛ وذلك لأننا نعلم بثبوت الخيار للشرط، ولا نعلم أنه اشترط بقاء العين فينتفي الخيار بتلفها، أو لم يشترط فيبقى لما بعد التلف، فيتردد الأمر بين بقاء الفرد المردّد بين الطويل والقصير وزواله؛ فإن الخيار إن كان مشروطاً ببقاء العين فهو فرد قصير وقد زال بتلفها، وإن لم يكن مشروطاً ببقائها فهو فرد طويل ولا يزال باقياً بعد التلف، ولا يمكن جريان استصحاب الفرد لو كان الأثر له؛ لأنه مردّد بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء، وإن كان الأثر للكلبي جرى استصحاب الكلبي، وبما أن الأثر المترتب على الخيار - وهو الإسقاط والصلح عليه وسائر الأحكام - أثر للكلبي، فيجري استصحابه.

الوجه الثاني: ما احتمله الشيخ تدنُّ من عدم الخيار؛ بناء على أن مورد

هذا الخيار ما إذا ردّ البائع الثمن ليسترجع المبيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فمع تلفه ينتفي موضوعه، فلا خيار^(١).

وبيانه: أن البائع عندما اشترط الخيار عند ردّ الثمن كان غرضه أن

يحتفظ بالمبيع فيسترجه عند ردّ الثمن، ففي المورد شرط ارتكازي

بإبقاء العين على المشتري؛ ليتمكن البائع من تحقيق غرضه، وهو ردّ

المبيع لملكه، فالخيار - إذن - مقيد ببقاء العين، فإذا تلفت انتفى.

ثم إن الشيخ قد أشار إلى دفع دخل مقدر حيث قال: (ثم إنه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط)^(١)، وحاصل الدخل:

أنه ربما يقال بأن بين اشتراط الخيار ببقاء العين، وشرط إبقائها على المشتري - بمعنى عدم جواز تفويته الشرط - تنافياً بأحد بيانين:

البيان الأول: أنه عندما يكون الخيار مشروطاً ببقاء العين، فبقاؤها شرط في ثبوته، فلا يجب تحصيل الشرط ولا حفظه.

أو قل: إن الغرض من شرط إبقاء العين هو أن تبقى، ومعنى كون الخيار مشروطاً ببقائها هو أنه إن بقيت ثبت الخيار، وإن لم تبقى لم يثبت.

البيان الثاني: أن نتيجة شرط الفعل في المعاملات أن يثبت الخيار مع التخلف عنه، فلو باع متاعاً بشرط أن يخيط له ثوباً فلم يخطه كان للبائع الخيار في فسخ البيع، وعليه فنتيجة شرط إبقاء العين أن يكون للبائع الخيار مع تخلف المشتري عنه، أي لو لم يحفظ العين وتلفت كان للبائع الخيار، ونتيجة كون الخيار في المورد مشروطاً ببقاء العين عدم ثبوت الخيار لو تلفت، والجمع بين هذين جمع بين المتنافيين.

والجواب، أما عن الأول: فبأن الخيار الذي هو للبائع مشروط ببقاء العين، ولا يجب عليه - البائع - أن يحقق الشرط؛ بمقتضى قاعدة عدم

(١) المكاسب ٥: ١٤٠.

وجوب تحصيل الشرط والموضوع ولا حفظهما، وأما شرط الحفظ والإبقاء فهو على المشتري، فلا تنافي بينهما.

وأما عن الثاني: فبأن الشروط على قسمين: فقسم يلزم من تخلفه الخيار كما في المثال المتقدم، وكما لو اشترط في البيع صفة خاصة فتبين عدمها، وقسم لا يوجب الخيار، وإنما فائدته إلزام المشروط عليه تكليفاً فقط، كما في الشروط في باب النكاح؛ فبأن تخلفها لا يوجب خيار الفسخ للمشتري.

وعليه: فيما أن البائع جعل الخيار مشروطاً ببقاء العين، فشرطه على المشتري إبقاؤها ليس إلا؛ للزوم التكليفي بالإبقاء، ولا يوجب تخلفه الخيار، فلا تنافي بين شرط إبقاء العين واشتراط الخيار ببقائها.

والنتيجة إلى هنا: أن تلف المبيع في البيع بشرط الخيار غير مضر بثبوته مطلقاً، كان التلف قبل الردّ أو بعده، بمقتضى النص والقاعدة.

الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر **تدُّر** من التفصيل بين التلف قبل الردّ والتلف بعده، وقد أورد عليه المحقق النائيني **تدُّر** بخمسة إشكالات، بعضها تام والآخر غير وارد، ولكن بما أن أصل المدعى غير تام ويظهر جوابه مما تقدم فلا حاجة للتعرض إليه^(١).

(١) ولا بأس بنقل ما أفاده قدس سرهما؛ تكميلاً للفائدة، قال صاحب الجواهر **تدُّر** في

(وكما أن النماء له فالتلف منه بلا خلاف أجده فيه؛ للصحيح والموثق، بل هو كذلك وإن كان بعد الرد إلا أنه مضمون عليه؛ لأنه وقع في زمن خيار البائع، فله حينئذ الفسخ ثم

الرجوع عليه بالمثل أو القيمة، بخلاف التلف قبل الرد الذي هو ليس زمان خيار، كي يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ، بل المتجه فيه سقوط الخيار، إلا أن يشترط عليه الرجوع به عيناً أو قيمة، فيلزم بناء على صحة هذا الشرط، وبدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفاً ناقلاً، فضلاً عن التلف السماوي؛ للأصل، وظاهر الصحيح والموثق).

وقال المحقق النائيني *تدئ* في منية الطالب ٣: ٩٣:

(إذا عرفت هذا نقول: يرد عليه:

أولاً: أن مقتضى كلامه في رد المصايح هو أن مجموع المدة ظرف الخيار لا بعد الرد، فالتفصيل بين قبل الردّ وبعده في ثبوت الخيار بعده دون قبله لا وجه له.

وثانياً: لا وجه لقوله: إذا تلف المبيع بعد رد الثمن يكون تلفه من المشتري؛ لأنه وقع في زمان خيار البائع؛ لأن قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) - كما عرفت - تختص بتلف المقبوض عند ذي الخيار.

وبعبارة أخرى: هذه القاعدة مفادها أن القبض كالعدم، فلو كان الخيار للمنتقل إليه فتلفه يحسب من المنتقل عنه، وفي المقام التلف عند القابض كان في زمان خيار المنتقل عنه وهو البائع، وخياره ليس علة لكون تلف المبيع على المشتري؛ لأن قبضه مع عدم الخيار له صار سبباً لأن يكون تلفه عليه.

نعم، فائدة هذه القاعدة تظهر في تلف الثمن عند البائع لو قلنا بالتعدي إليه أيضاً، كما سنشير إلى وجهه.

وثالثاً: أن هذا التعليل مشترك بين قبل الردّ وبعده على ما اختاره هو *تدئ* من عدم الفرق في قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بين الخيار المتصل والمنفصل، فقبل الرد وإن لم يكن الخيار ثابتاً إلا أنه يتحقق بعده. فإذا اقتضت القاعدة كون تلف المبيع على المشتري بعد رد الثمن لوقوعه في زمان خيار البائع، فتقتضي كونه عليه أيضاً قبل الرد؛ لتحقق الخيار ولو بعد ذلك.

النقطة الثانية : في حكم تلف الثمن

قال الشيخ **تدئ** بأنّ التلف من المشتري؛ استناداً إلى قاعدة: (أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)، ونتيجته انفساخ المعاملة.

وتحقيق الأمر يتوقف على بيان كلا المبنيين في المسألة:

الأول: ما اختاره الشيخ **تدئ** من الفرق بين تلف المبيع وتلف الثمن؛ فإن الخيار محفوظ مطلقاً في الأول، والعقد يفسخ في الثاني، والقاعدة الأولية وإن كانت على أن تلف كل شيء من مال مالكة إلا أنها مخصصة في المقام بقاعدة: (أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له).

الثاني: أن مقتضى القاعدة الأولية أن يكون التلف من مال مالكة، وقد انتقل الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع، فالتلف من ماله، ولا يخرج عن هذه القاعدة إلا بمخصص، وهو مفقود في المقام.

وتحقيق المسألة أن يقال: إن تلف الثمن تارة يكون بعد الردّ وأخرى قبله، وإن الثمن تارة يكون شخصياً وأخرى كلياً.

أما إذا كان الثمن شخصياً وكان التلف بعد ردّ الثمن وقبل الفسخ، فالتلف من مال البائع؛ وذلك للقاعدة الأولية المتقدمة من أن تلف كل

ورابعاً: أن مقتضى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له انفساخ العقد قهراً؛ لأن حال المقبوض كحاله قبل القبض، فلا معنى لقوله: لأنه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ.

وخامساً: أنه لا وجه لإطلاق كلامه في ثبوت الخيار بعد الردّ، لو فرض أن للبائع نظراً إلى الخصوصية العينية).

شيء من مال مالكه، والتمن لا زال ملك البائع، وأما المخصص المذكور فهو غير ناهض في المقام؛ وذلك لأن الشيخ تدئ خصص القاعدة الأولية بقاعدة: أن التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له؛ بناء على تعميمها إلى التمن، وإلى كل معاملة خيارية، واستند في التعميم إلى أمرين:

الأول: أن ظاهر إطلاق غير واحد من الأصحاب هو عموم القاعدة للتمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة - المجلس والشرط والحيوان - وإن كان مورد النص هو الحيوان؛ وذلك لأن مقتضى (حتى ينقضي الشرط) التعميم من هذه الجهة.

الثاني: أن مناط الحكم بأن التلف من مال من لا خيار له هو تزلزل المعاملة، فينطبق على ما نحن فيه. وكلا الأمرين مدفوع.

أما الأول؛ فلعدم حجية إطلاق كلام الأصحاب ما لم يصل قولهم إلى حد الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن دليل معتبر عندنا، وهو منتف في المقام، والنص المذكور - وهو صحيحة عبد الله بن سنان - مختص بالمبيع وكونه حيواناً، وإنما عدّي من خيار الحيوان إلى المجلس والشرط بمقتضى (حتى ينقضي الشرط) ^(١)، وأما التعدي من

(١) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢: عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط

المبيع إلى الثمن فلا وجه له.

وأما الثاني؛ فغاياته تنقيح مناط ظني، فلا حجية فيه؛ إذ ربما يوجد ملاك في خصوص خيار الحيوان أو مع التعدي إلى خياري المجلس والشرط، ولا يوجد في كل معاملة منزلة^(١).

والنتيجة: أن التلف من مال البائع بمقتضى القاعدة الأولية، ولكن الخيار محفوظ.

إلى يوم أو يومين، فموت العبد والدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ». (١) وأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال عن تنقيح المناط ما حاصله: إن الحكم عندما يتعلق بموضوع بإلغاء الخصوصية يحتاج إلى مؤونة، ومجرد احتمال مدخلية العنوان في الحكم كافٍ لعدم التعدي لغيره، فلا يمكننا توسعة الموضوع ولا تضيقه؛ فإن دين الله لا يصاب بالعقول، إلا إذا قامت القرينة القطعية أو تنقيح المناط القطعي على إلغاء الخصوصية، كما في ملاقة الثوب للبول؛ فإن الارتكاز العرفي القطعي على أن سبب الانفعال هو الملاقة للنجاسة، فلو أصاب البول جسماً آخر غير الثوب لحكم عليه بالنجاسة، وأما مع عدم القرينة القطعية ولا المناط القطعي فلا يمكن التعدي، وحسبنا في ذلك صحيحة أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأة، كم فيها؟ قال: عشرة من الإبل، قلت: قطع اثنتين؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان الله! يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون، ويقطع أربعاً فيكون عليه عشرون؟! إن هذا كان يبلغنا ونحن بالعراق فنبراً ممن قاله ونقول: الذي جاء به شيطان، فقال: مهلاً يا أبان، هذا حكم رسول الله صلى الله عليه وآله، « إن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث الدية، فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف، يا أبان إنك أخذتني بالقياس، والسنة إذا قيست محق الدين ». الوسائل، الباب ٤٤، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١.

هذا، وقد استدل صاحب الجواهر تذت - مضافاً للقاعدة الأولية - على اختصاص قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) بخصوص المبيع بخبر معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: « له شرطه ».

قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: « هو ماله ».

وقال أبو عبد الله عليه السلام: « رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري » ^(١).

فإن ظاهره أن تلف الثمن من البائع، وأنه ملكه وإن كان الخيار له ^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث: ٣.

(٢) الجواهر ٢٣: ٨٧ - ٨٨، ولا بأس بنقل كلامه في المقام لفائدته، قال تذت في مناقشته لصاحب الرياض تذت: (ومن ذلك يظهر لك خطأ بعض الأعلام الناشئ من الوهم في المراد من قاعدة (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) وأنها أعم من الثمن والمثمن، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما، قال - أي السيد صاحب الرياض في ٨: ٢٠٨ - : « ولو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الإلهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع، فالتلف ممن لا خيار له بلا خلاف أجده؛ لما مرّ في كل من خياري الشرط والحيوان من المعتبرة المستفيضة.

وأخصيتها من المدعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة، مع أن هذا الحكم غير

وناقشه الشيخ قدس^(١): بأن في الرواية حكيمين:

أحدهما: أن نماء الثمن للبائع، وهذا الحكم - مضافاً لكونه مجمعاً عليه - على طبق القاعدة؛ لأنه باع داره فأصبح الثمن ماله، ونماؤه تابع له.

والآخر: أن تلف المبيع من مال المشتري، وهو مجمع عليه أيضاً، ومطابق للقاعدة؛ لكونه مالاً له حينئذٍ.

ولا يحتاج شيء منهما إلى هذه الرواية، ولا يخصص قاعدة: (التلف

محتاج إلى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة، وهو - على المشهور - ما إذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبائع وبالعكس؛ لكون المتلف مال من لا خيار له، المنتقل إليه بمجرد العقد، فيكون الحكم في الصورتين موافقاً للقاعدة، مع تأيد أولهما بأخبار خيار الشرط، وإنما المحتاج إلى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشتري وبالعكس؛ لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدمة جداً ولا إشكال فيه أصلاً بعد قيام النص والفتوى بإثباته فيهما، فيكون كل منهما بهما عن القاعدة مستثنى».

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن، أن تلف الثمن من البائع، وأنه ملكه وإن كان الخيار له. فمن العجيب دعوى أن النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصة، ومقتضاه الانفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصة الذي قد عرفت أنه مدلول النص والفتاوى.

وأغرب من ذلك كله إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن، هذا كله على المختار من الملك بالعقد).

في زمان الخيار ممن لا خيار له)؛ فإنه يمكن أن يكون نماء الثمن مالاً للبائع ولكن تلف الثمن يوجب انفساخ البيع ويكون من مال المشتري، فاستدلال صاحب الجواهر تدئ بالرواية على أن التلف من مال البائع، وأن العقد لا يفسخ به غير تام.

بل يمكن أن يستفاد منها خلاف ما يدعيه تدئ؛ فإن نحو بيان الإمام عليه السلام هو أن نماء الثمن للبائع واستدل عليه بقوله: «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»، فلو أراد أن يثبت أن تلف الثمن يكون من مال البائع لقال في الاستدلال على كون نماء الثمن للبائع: أرأيت لو أن الثمن تلف لكان من مال البائع، فالعدول من هذا إلى ما ذكر في الاستدلال من أن تلف الدار من مال المشتري، والسكوت عن تلف الثمن يكشف عن أن تلفه ليس من مال البائع.

وما أفاده الشيخ تدئ من الإشكال على صاحب الجواهر تدئ بالنسبة إلى تخصيص القاعدة بالرواية تام، فإن قلنا بثبوت القاعدة فهي غير مخصصة بالرواية؛ لعدم المقتضي لذلك؛ فإن غاية ما دلّت عليه هو أن نماء الثمن للبائع، ولم تتعرض لحال تلفه سلباً ولا إيجاباً، فلم تثبته للمشتري ولم تنفه عن البائع، بل ولوجود المانع أيضاً كما تبين قبل قليل.

ولا أقل من القول - تأييداً للشيخ تدئ - : بما أن الرواية تعرضت لنماء الثمن، ولم تتعرض لحال تلف الثمن نفسه سلباً ولا إيجاباً فهي مجملة

من هذه الجهة، وفي حال الإجمال يرجع إلى العام أو المطلق إن وجد، وهو هنا: أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، فيكون التلف على المشتري.

بيان عدم المناقاة بين قاعدتي التلف في زمان الخيار والخراج بالضمان

بقي شيء وهو: أنه ربما يقال بأن قاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) - بناء على الاستدلال بها في المقام - منافية لقاعدة (الخراج بالضمان)؛ فإن مقتضى الأولى أن يكون التلف من مال المشتري وينفسخ العقد، ومقتضى الثانية أن يكون التلف من مال البائع؛ لأن المراد من القاعدة هو أن من له الخراج - وهي المنفعة، أخذ مما يخرج من الشيء، لا من باب الخراج والمقاسمة - هو الذي عليه الضمان، وبما أن النماء للبائع بالإجماع وللقاعدة، فالضمان عليه، فيكون التلف منه.

ولكن فيه: أولاً: أنها غير تامة سنداً^(١).

وثانياً: أن في الرواية تفسيرين:

(١) الرواية عامية، أخرجها غير واحد منهم عن عائشة أن النبي ﷺ قضى « أن الخراج بالضمان »، كما في سنن الترمذي ٢: ٢٧٧ وغيره من كتبهم، ولم يخرجها أصحابنا المتقدمون في كتبهم الحديثية، وإنما تعرضوا لها في الكتب الفقهية الاستدلالية عنها أيضاً، كالشيخ الطوسي رحمته في الخلاف ٣: ١٠٧، ثم تعرض لها المتأخرون في كتب الحديث كابن أبي جمهور رحمته في عوالي اللئالي ١: ٥٧، وعنه المحدث النوري رحمته في مستدرک الوسائل في الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

التفسير الأول: أن كل من يضمن شيئاً فمنافعه له، وهو استنباط أبي حنيفة منها، وعليه تخرج عن محل الكلام، وقد رده الإمام الصادق عليه السلام كما في صحيحة أبي ولاد^(١).

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث ١، ولا بأس بذكرها؛ فإنها رواية شريفة جليلة، ونقلها عن الكافي؛ لكونها فيه تامة، قال في ٥: ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد: عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد الحنات قال: اكرت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجه إلى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلل منه مما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل.

فقال لي: وما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته إليه سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، فقال: ما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً، فقال: ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكره إلى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، فأعطيته شيئاً وتحللت منه، فحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟

قال: أرى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد، ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه إياه.

التفسير الثاني: أن من يكون له نماء شيء، فضمان الأصل عليه، وعلى هذا التفسير يأتي إشكال المنافاة، إلا أنه يندفع بأن النسبة بين القاعدتين هي نسبة العموم والخصوص المطلق؛ فإن قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) أخص مطلقاً من قاعدة: (الخراج بالضمان)؛ فإن مدلول الثانية هو أن كل من يكون له نماء شيء فالضمان عليه، ومدلول الأولى هو أن التلف في خصوص مورد الخيار ممن لا

قال: فقلت: جعلت فداك، إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه.
فقال: لا؛ لأنك غاصب.

فقلت: رأيت، لو عطب البغل ونفق، أليس كان يلزمني؟
قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟

فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه.
قلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك.

قلت: إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلتني.

فقال: إنما رضي بها وحلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.

قال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكارى فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام، وقلت له: قل ما شئت حتى أعطيكه.

فقال: قد حبّبت إليّ جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وأنت في حلّ، وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذت منك فعلت.

خيار له، فيكون من مال الآخر، فتخصص قاعدة الضمان بقاعدة التلف.

والنتيجة إلى هنا: أنه إذا تمّ الدليل على إطلاق قاعدة: (التلف في

زمان الخيار ممن لا خيار له)، بحيث تشمل الثمن والمثمن، وخيار الحيوان وغيره، فهي المرجع في المقام؛ لأن البحث فعلاً في ما بعد ردّ الثمن، وثبوت الخيار للبائع، فيكون التلف من مال المشتري؛ فإنه الذي لا خيار له، ولا مخصص لها، لا رواية معاوية بن ميسرة، ولا قاعدة: (الخراج بالضمان).

ولكن إطلاق القاعدة غير تام، ولا مقتضي له؛ فإنها مختصة بتلف المبيع وكونه حيواناً، فلا تشمل تلف الثمن، ولا خيار الشرط؛ وذلك لأن المستند فيها روايات الباب الخامس من أبواب الخيار، وعنوان الباب كما عنونه به صاحب الوسائل **تَدْرُكُ**: (باب أن الحيوان إذا تلف، أو حدث فيه عيب في الثلاثة كان من مال البائع...)، ومع غض النظر عن عنوان صاحب الوسائل **تَدْرُكُ** فنفس الروايات - المعتبرة وغيرها - دالة على اختصاص الحكم بالمبيع وكونه حيواناً، فالرواية الأولى هي:

محمد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن غير واحد، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله **عليه السلام** عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون

الضمان؟ فقال: « ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»^(١).

وهي معتبرة سنداً؛ فإن الحسن بن محمد بن سماعة يرويها عن غير واحد، وهذا التعبير يكشف عن كونه يروي عن عدة من الرواة، بحيث يطمئن بكون بعضهم ثقة، فلا تعامل معاملة المرسل.

والرواية الثانية - وهي عمدة ما استند إليه الفقهاء - صحيحة ابن سنان

وهي:

وعن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان - يعني عبد الله - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟

فقال: « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري »^(٢).

فإنهما دالتان على اختصاص الحكم بكون التالف هو المبيع وكونه حيواناً، فلا تشملان الثمن ولا خيار الشرط، وليس هذا من باب أن المورد يخصص الوارد حتى يقال بعدم تخصيصه به، بل الحكم من الأول ورد عن الإمام عليه السلام خاصاً، أي في خصوص خيار الحيوان، وتلف المبيع، فتعميمه إلى غير خيار الحيوان وإلى تلف الثمن يحتاج إلى دليل. وهكذا دلالة الرواية الخامسة: وبإسناده عن الحسين بن سعيد، عن

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

الحسن بن علي بن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمّن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع »^(١).

وهي وإن كانت مرسلة بطريق الشيخ رحمته إلا أنها مسندة بسند صحيح في طريق الصدوق رحمته؛ فإنه ذكر الوساطة بين ابن رباط والإمام عليه السلام، فرواها بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، وإن كان في نسخة من الفقيه^(٢) (عمّن رواه) بدل: زرارة، إلا أنها غير معتبرة، وبحثه في محله.

والحاصل: أن قاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) إن أريد شمولها لمحل البحث فلا بدّ من طي مرحلتين:

١- التعميم من خيار الحيوان إلى خيار الشرط.

٢- التعميم من المبيع إلى الثمن.

ولا دليل على شيء منهما، فيتعين اختصاصها بالمبيع وخيار الحيوان، والبحث في ما نحن فيه في تلف الثمن في زمان خيار الشرط، وعليه فمقتضى القاعدة أن لا يفسخ البيع ويكون التلف من مال البائع مع حفظ خياره.

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٢) انظر: من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠٣.

هذا كله إذا كان تلف الثمن بعد الرد، وأما إن كان قبله فيتضح الكلام فيه بما ذكرنا في الصورة السابقة، مع الإلتفات إلى ما تقدم منا في نفس مبحث الرد، من كونه فسخاً أو شرطاً للفسخ و...إلخ.

وأما إذا كان الثمن كلياً فهو خارج عن محل الكلام؛ لما ذكرنا في السابق من أن ما يدفعه المشتري إلى البائع عوضاً عن الثمن ليس هو الثمن، بل هو ما ينطبق عليه الثمن، فلا بد له أن يدفع فرداً آخر مكان التالف، وهو أيضاً يكون مما ينطبق على الكلي.

الجهة الثامنة: في رد الثمن إلى الوكيل أو الولي مع التصريح به وبدونه

أفاد الشيخ تدُّر في الأمر السادس من الأمور التي بحثها في خيار الشرط: أنه لا إشكال في تحقق الشرط بردّ الثمن على نفس المشتري، وبردّه على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد.

وأما إذا لم يصرح بالبدل، بل اقتصر في الشرط على الردّ إلى المشتري فامتنع ردّه إليه بنفسه عقلاً لغيبته أو حبس، أو شرعاً لجنون ونحوه، فهل يحصل الشرط بردّه إلى وكيله أو إلى وليه؟
قولان:

الأول: حصول الشرط به، وهو مختار المحقق القمي رحمته في بعض أجوبة مسائله^(١).

(١) جامع الشتات ٢: ١٤١، المسألة ٩٩.

الثاني: عدم حصول الشرط، وهو مختار السيد صاحب المناهل رحمته (١).

كلام صاحب الحدائق في المقام

ثم قال الشيخ تذت: (وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنه بعد [نقل] قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار، وأنه لا اعتبار بالإشهاد - خلافاً لبعض علمائنا - قال: إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه، فما ذكره: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار

(١) المناهل: ٣٣٤، غير أنه افتتح البحث باشتراط خصوص المشتري، قال تذت:

(الثاني عشر: إذا كان المشروط الرد إلى المشتري بخصوصه، ولم يتمكن منه البائع في المدة، إما لجنون المشتري، أو لإغمائه، أو لسكوره، أو لغيبته لثلاً يفسخ البائع، أو لأمر آخر، فهل يقوم الحاكم مقام المشتري في الرد إليه، فإذا رد البائع الثمن إلى الحاكم جاز له الفسخ أو لا؟

فيه إشكال، من أن الأصل لزوم العقد، وعموم الأخبار الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم، وعدم وجود نص ولا فتوى يدلان على قيام الحاكم مقام المشتري. ومن عموم ما دلّ على نفي الضرر.

وقد يجاب عنه: بأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه وأقدم عليه؛ لتركه ما كان قادراً وهو اشتراط الرد إلى الحاكم مع عدم التمكن من الرد إلى المشتري، مع أن العموم المذكور شامل للضرر المترتب على المشتري بفسخ الحاكم، فإذن الاحتمال الثاني هو الأقرب).

المذكورة^(١).

مناقشة الشيخ لصاحب الحدائق

وأورد عليه الشيخ تذيلاً:

أولاً: أن ما استشهد به صاحب الحدائق تذيلاً مما تعرض له الفقهاء أجنبي عن ما نحن فيه؛ فإن ذكرهم لعدم اشتراط حضور الخصم في تحقق الفسخ من ذي الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة، وابن الجنيد من الخاصة؛ حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، والصحيح عدمه؛ لكونه من الإيقاعات التي تحصل بمجرد إنشاء من له صلاحية إنشائها، وما الفسخ إلا إنشاء يتعلق بالعقد، لا برد الثمن، ولا تنافي بين عدم اعتبار الحضور فيه، وبين اعتبار الحضور في رد الثمن الذي هو شرط آخر للفسخ؛ فإن هذا الخيار من قسم الخيارات الجعلية التي تدور مدار نحو الجعل، فيمكن أن يشترط الجاعل خصوص الرد إلى المشتري، ويمكن أن يشترط الرد إلى الأعم.

وثانياً: أن صاحب الحدائق تذيلاً خلط بين المورد والشرط؛ فإن ما ذكره من أخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم في الفسخ، وإن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد، إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للرد وعدم الاكتفاء به عنه^(٢).

(١) المكاسب ٥: ١٤٢، الحدائق ١٩: ٣٥ - ٣٦.

(٢) المكاسب ٥: ١٤١ - ١٤٢.

وما أفاده الشيخ **تدئ** في رده على صاحب الحدائق **تدئ** متين.

ثمرة الخلاف بين قولي المحقق القمي وصاحب المناهل

وأما ما يرتبط بقولي العلمين، المحقق القمي، وصاحب المناهل قدس سرهما، فتظهر الثمرة بينهما في ما لو تعذر الوصول إلى المشتري عقلاً كأن يكون غائباً أو مسجوناً، أو شرعاً كأن يكون مجنوناً؛ فإنه على قول صاحب المناهل **تدئ** يكون البيع لازماً؛ لانتفاء الشرط فينتفي المشروط، وأما على قول المحقق القمي **تدئ** فإن العقد لا يزال جائزاً؛ لإمكان رده الثمن على وكيل المشتري أو وليه، فيكون للبائع الخيار فيما لو رده إلى أحدهما.

مختار الشيخ ودليله

وكيف كان فاختار الشيخ **تدئ** قول المحقق القمي **تدئ**؛ لأن شرط رده الثمن - فيما لو لم يشترط الرد - إلى خصوص المشتري - يرجع لبأ بحسب المرتكز العقلائي والعرفي إلى وصول الثمن إلى المشتري بدون أن تكون هناك خصوصية أو موضوعية لعنوانه تعبداً، فمتى صدق الوصول إليه كفى في تحقق الشرط، والرد إلى وكيله أو وليه محقق له. ولا يخفى أن مستند الشيخ **تدئ** هو الارتكاز العقلائي، لا غرض المتبايعين وإلا لكان الدليل عليلاً؛ فإن غرضهما لا يقيد مورد المعاملة بخلاف الارتكاز العقلائي، فكلام الشيخ **تدئ** متين، والحق ما ذهب إليه المحقق القمي **تدئ**.

ومن هذا يظهر بطلان ما أورده كل من المحققين الأصفهاني والإيرواني - قدس سرهما - على الشيخ تذت من عدم التعميم في أدلة الولاية والوكالة^(١)؛ فإن الاستدلال ليس بهما، بل بالارتكاز كما أوضحناه، ولهذا رجع الفقيه السيد اليزدي تذت عن الاستدلال بأدلة الولاية التي استدل بها أولاً^(٢).

والمتحصل إلى هنا: أن قول السيد صاحب المناهل تذت مبتن على عدم وجود دليل يدل على التعميم فيقتصر في ثبوت الخيار على ردّ الثمن إلى خصوص المشتري؛ للأصل.

وأما قول المحقق القمي تذت فيبني على أن الارتكاز العقلاني دليل على كفاية إيصال الثمن لوكيل المشتري أو لوليه. ولو لم يثبت هذا الارتكاز فما هو مقتضى القاعدة؟

مقتضى الأصل عند المحقق الرشتي

ذهب بعض المحققين إلى القول بالتفصيل بين الأصل العملي واللفظي؛ أما الأصل العملي فإن القدر المتيقن من تحقق الفسخ هو ما لو ردّ على المشتري نفسه، وأما إذا ردّه على وكيله فيشك في تحقق الفسخ وعدمه، فيشك في زوال الملكية الحاصلة، والأصل بقاؤها.

وأما الأصل اللفظي من قبيل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فالتمسك به مبني على

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ٤: ٢١٤، حاشية الإيرواني ٢: ٢٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢: ٤٨٨ - ٤٨٩.

جريانه في الشبهات المصدقية؛ إذ لا شك في الحكم؛ فإن حكم ما لو علم أنه اشترط الردّ إلى خصوص المشتري أو إلى الأعم واضح، وإنما الشك في موضوع الحكم، أي في اندراج صورة الإطلاق تحت أحدهما، والتمسك بالدليل في الشبهات المصدقية خلاف التحقيق^(١).

مناقشته

وهو مخدوش نقضاً وحلاً:

أما النقض فبالتمسك بمرسلة ابن أبي عمير في تحديد سن اليأس^(٢) فيما لو شك في كون المرأة قرشية أو غيرها؛ فإنها بيّنت أن المرأة القرشية تحيض إلى الستين، وغيرها تحيض إلى الخمسين، فحكم القرشية وغيرها معلوم، وإنما الشك في الموضوع والمصداق، فيتمسك بعموم المرسلة، ويحكم بحيضية الدم الخارج من المرأة المشكوكة.

وأما الحل؛ فهو أن ذلك ليس لأجل التمسك بنفس العام في الشبهة المصدقية ابتداءً، وإنما لجريان أصل العدم الأزلي في الموضوع، ومن ثمّ يتمسك بالعام، فالمرأة التي يشك في كونها من قريش، يعلم أولاً بعدم انتسابها إليه، ويشك بعد وجودها في الانتساب وعدمه، والأصل الأزلي

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٢) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب ٣١ من أبواب الحيض، الحديث ٢: عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون امرأة من قريش».

على عدم انتسابها إليه، فيتنقح عندنا موضوع الحكم، وهو المرأة غير المنتسبة إلى قريش، فتمسك بالعام حينئذ.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإننا لا نريد أن نتمسك بعموم ﴿أَوْفُوا﴾ بِالْعُقُودِ ۖ ابتداءً في مورد الشك في موضوع وجوب الوفاء، وإنما نريد أن نجري أولاً الأصل الموضوعي ثم نتمسك به؛ فإننا نعلم بحكم ردّ الثمن لو اشترط الردّ إلى المشتري، ونعلم بحكمه لو اشترط الردّ إلى الأعم منه ومن وكيله، فإذا رده إليه في الأول أو إلى أحدهما في الثاني خرج المورد من تحت عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ۖ ، وأما في مورد الإطلاق فنشك في جعل الخيار وعدمه عندما يردّه إلى غير المشتري، فيكون الموضوع مركباً؛ أي العقد الذي لم يجعل فيه الخيار يجب الوفاء به، وأحد الجزئين - وهو العقد - ثابت بالوجدان، والجزء الثاني يثبت بأصالة عدم جعل الخيار، فيتنقح الموضوع، فيتمسك بالعام حينئذ.

والحاصل: أن إشكاله تدبّر إنما يرد لو أريد التمسك بالعام في مورد الشبهة ابتداءً، وأما إذا نقّح الموضوع ببركة الأصل ثم تمسك بالعام فلا إشكال، ومع التمسك بالعام لا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب.

والنتيجة إلى هنا: هي ثبوت الخيار لو ردّ الثمن إلى الوكيل؛ وذلك للارتكاز العقلاني القائم على عدم موضوعية المشتري، بل تمام المدار على إيصال المال إلى كيسه، فكما أن كاف الخطاب في البيع من الوكيل لا تجعل له خصوصية، بل خرج الثمن من كيس موكله ودخل المبيع محله، فكذلك عنوان المشتري لا موضوعية له، فإذا ردّ الثمن على وكيله

فقد رجع الثمن إلى كيسه، لا إلى كيس وكيله.

ولو شك في ذلك فمقتضى الأصل اللفظي نفي الخيار؛ وذلك بعد جريان الأصل العملي في الموضوع، فيتنقح موضوع العام الدال على وجوب الوفاء بالعقود.

فرعان

الفرع الأول: لو اشترى الأب للطفل شيئاً، واشترط البائع عليه الخيار إن ردّ الثمن، فهل يصح للبائع الفسخ مع ردّ الثمن إلى الجَد مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب، أو لا؟

وحكمه يظهر مما تقدم تحقيقه؛ فإنه إن قلنا بأن الارتكاز العقلائي قائم على كون المدار وصول الثمن للمولّى عليه فلا فرق بين وصوله إلى أبيه ووصوله إلى جدّه في صدق الوصول.

وإنما الكلام على رأي من لم يقبل بذلك، فهل يمكن الحكم بكفاية الردّ إلى الجدّ استناداً إلى أدلة الولاية؟

الحق عدم كفاية أدلة الولاية لإثبات ذلك؛ فإن الشرط يتبع نحو جعل الجاعل له، والمفروض أن البائع قد جعل الشرط أن يردّ الثمن إلى الأب، فلا يكون الردّ إلى الجدّ رداً إلى الأب.

ولا أقل من الشك في سعة دائرة أدلة الولاية، فهل تشمل المقام، فيعتبر الردّ إلى الجدّ رداً إلى الصغير كما أنها تصحح الولاية عليه وعلى أمواله في حدود مصلحته أو عدم مفسدته، أو لا؟

وعند الشك يقتصر على القدر المتيقن، وهو السلطنة عليه وعلى ماله في حدود مصلحته أو عدم مفسدته، فلا تشمل المقام؛ فإن الشرط أن يردّ على الأب، والردّ على الجد ليساً رداً عليه.

فما أفاده عدة من الأعاظم - قدست أسرارهم - من أن المدار على الردّ إلى الولي، فكما أن الأب ولي فالجد كذلك غير تام^(١).

نعم، يتم الاستدلال بما قدمناه من أن العرف في هذه الموارد بانّ على أن المراد من الردّ رجوع الثمن إلى ملك الصغير وهو يتحقق بالردّ إلى أي منهما.

الفرع الثاني: في الردّ إلى الحاكم بعنوان أنه ولي، وذلك في ما لو لم يمكن الردّ إلى المشتري عقلاً لغيبته، أو شرعاً لجنونه؛ فإن الحاكم ولي على الغائب والمجنون، فالردّ إليه رداً إلى ولي المال.

ويشكل: بأن للحاكم الولاية فيما تكون فيه المصلحة للموئى عليه، ولا شك أن الغالب في بيع الخيار أن تكون المصلحة للبائع دون المشتري، فإن العادة اقتضت أن يبيع المحتاج للثمن متاعه بأقل من ثمنه الواقعي، فالردّ بعد تحصيل الثمن والاستفادة من المبيع في صالحه وضرر المشتري، فلا تكون للحاكم الولاية على أخذ الثمن عن المشتري الذي هو مقدمة للفسخ؛ لعدم كون أخذه في مصلحته^(٢).

(١) منهم: السيد الخوئي تذكّر في مصباح الفقاهة ٦: ٢٥٦.

(٢) المكاسب ٥: ١٤٣ - ١٤٤.

وأجيب عنه: بأن أخذ الحاكم للثمن ليس من التصرف في مال الغائب أو المجنون حتى يناط بمصلحتهما، بل هو من باب أن الردّ إليه ردّ إلى المشتري؛ لكونه ولياً عليه، وبما أن ردّ الثمن أخذ شرطاً في البيع فهو حق من حقوق البائع، ولا يصل إلى حقه إلا بإيصال الثمن إلى المشتري عند التمكن منه، أو إلى وليّه عند تعذر الوصول إليه بنفسه، فيأخذه الحاكم مراعاة لشرط البائع.

ومن هنا يفتح الباب لفرع آخر، وهو أنه لو اشترى الحاكم متاعاً للمولّى عليه بشرط الخيار، فهل للبائع أن يردّ الثمن لحاكم آخر؟ وقد أدرج الشيخ رحمته هذا الفرع في مسألة مزاحمة الحاكم للحاكم الآخر، فإن عُدد قبول الحاكم الثاني مزاحمة للحاكم الأول لم يجز قبوله للثمن، وإلا جاز له، ولا يعدّ مزاحمة له؛ لأن الثمن - بعد ردّه - ملك جديد للمولّى عليه لم يتصرف فيه الحاكم الأول حتى يزاحمه فيه، ولكن الأظهر كونه مزاحمة عرفاً^(١).

ووجه استظهار الشيخ رحمته: أن تملك المشتري للثمن بفسخ البائع إنما هو بمقتضى الشرط المأخوذ في المعاملة الأولى التي قام بها الحاكم الأول، فالفسخ من توابع البيع الأول، والبيع الأول عمل للحاكم الأول، فهو وجميع متعلقاته داخل في سلطنة الحاكم الأول وولاياته، فأخذ الحاكم الثاني للثمن يعدّ مزاحمة له عرفاً.

(١) المكاسب ٥: ١٤٤ - ١٤٥.

ولكن نقول: إن تزاحم الأولياء على وزان تزاحم الأحكام وتعارض الأدلة؛ فكما أنه لا يقع التعارض بين دليلين إلا بوجود المقتضي للحجية في كل منهما، ولا يقع التعارض بين حكيمين إلا بوجود الملاك في كليهما، فكذلك لا يقع التعارض بين الأولياء إلا بوجود الملاك في كل منهما.

وعليه فإن وجد إطلاق في دليل ولاية الحاكم الشرعي ثبت المقتضي لكل من الحاكم الأول والثاني بالنسبة إلى هذه المعاملة، فتصل النوبة إلى التعارض بين الحاكمين، فنبحث في أن المورد هل هو من صغرياته، أو ليس منها؛ لكونه ملكاً جديداً؟

أما على مبنى الشيخ تذ من أن ولاية الحاكم الشرعي إنما هي من باب الحسبة في الأمور التي نعلم بعدم رضا الشارع بفوتها، فلا مقتضي لثبوت الولاية للحاكم الثاني أصلاً؛ لقيام الحاكم الأول بالأمر الحسبي المطلوب تحققه، فينتفي موضوع ولاية الحاكم الثاني، فتدخله بعد ذلك نحو من الفضول، ومع انتفاء المقتضي لا يبقى موضوع للتعاضد، فما أفاده الشيخ تذ من اندراج المسألة في تعاضد الأولياء، واختياره في الأخير التعاضد عرفاً لا وجه له.

والنتيجة: أنه لما كانت ولاية الحاكم من باب الحسبة، فبعد تصدي الحاكم الأول لا يبقى مجال لولاية الثاني، ولا أقل من الشك في ثبوت ولايته.

نعم، لو كان الدليل الدال على ولايته هو الإطلاق لثبت المقتضي

واندرجت المسألة في باب تزاحم الحاكمين، وتمّ ما أفاده الشيخ تذّن من ثبوت المزاحمة عرفاً.

لا يقال: بأن العرف مرجع في باب الظهورات وتحديد المفاهيم، لا في باب التزاحمات.

فإنه يقال: بما أن أخذ الثمن كان بسبب الشرط، وهو من توابع العقد، والعقد مع توابعه متعلق بالحاكم الأول، فيكون تدخل الحاكم الثاني مزاحمة له.

الجهة التاسعة: في ردّ البائع بعض الثمن

وهو الأمر السابع من الأمور التي تعرض لها الشيخ تذّن، وهو أن يشترط البائع الخيار لنفسه في ما لو ردّ جزء الثمن، ولا يخفى أنه خارج عن مورد الروايات الخاصة، فلا محيص من الرجوع إلى مقتضى القواعد، فنقول:

إن الصور المتصورة لهذا الشرط أربع:

الصورة الأولى: أن يشترط الخيار برّد جزء من الثمن على أن يكون له الخيار في كل جزء يرّد مقداره من الثمن، بنحو العام الاستغراقي، فإذا ردّ عشر الثمن - مثلاً - كان له الخيار في عشر المبيع، فيفسخ بمقداره، من دون أن يكون لهذا الجزء ارتباط بالأجزاء الأخرى، فتعدّد الخيارات بتعدّد الأجزاء.

وصحة هذا النحو من الشرط تتوقف على ركنين:

الركن الأول: أن لا نقول بوحدة الإنشاء والمُنشأ، وإلا لم يصح الشرط وكان خيار تبعض الصفقة في بيع ما يملك وما لا يملك - بكسر اللام أو فتحها - على خلاف القاعدة؛ فإن المعاملة الواحدة ذات وحدة الإنشاء والمُنشأ لا تتحمل تعدد الفسخ.

وأما لو قلنا بأن الإنشاء وإن كان واحداً إلا أن المُنشأ متعدد بحسب اللب والتحليل بالنسبة إلى الأجزاء العرفية للثمن والمثمن فالمقتضي لشرط الخيار بالنسبة إلى أجزاء المبيع عند ردّ جزء الثمن تام، كما أن خيار تبعض الصفقة يكون على وفق القاعدة.

الركن الثاني: شمول إطلاق دليل الشروط له من دون دخوله تحت المانع، وهو الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ^(١).

ومع تمامية الركنين - كما هو كذلك - يصح الشرط، فيكون له الخيار والفسخ بمقدار ما ردّ من الثمن، ويبقى الباقي تحت ملكية المشتري، وليس له خيار تبعض الصفقة؛ لوقوع الشرط بهذه الكيفية^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٢) فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن العقد واحد غير متعدد ولكن ما عقد عليه متعدد، فالمُنشأ وإن كان بالوجود الإجمالي واحداً، إلا أنه بالوجود التفصيلي متعدد، ومثال ذلك أنك لو اشتريت داراً فالعقد والإنشاء واحد، ولكن أجزاء الدار متعددة من أبواب وجدران و...، فملكيتك للباب تغاير ملكيتك للجدار، ولا يعقل اتحاد الإضافة الملكية بالنسبة إلى الجدار مع الإضافة الملكية بالنسبة للباب، والشاهد على ذلك قبولها للتبعيض في النقل اختياراً أو قهراً، فينتقل الباب عن ملكية مالكه بالعقد ويبقى الجدار، أو ينتقل الباب قهراً لأحد الورثة، وينتقل الجدار للوارث الآخر.

الصورة الثانية: أن يشترط عند ردّ جزء الثمن أن يكون له الخيار والفسخ في الجميع.

وحكمها الصحة؛ لشمول دليل الشرط له وعدم المانع منه؛ لعدم كونه مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ، فإذا ردّ جزء الثمن كان له الحق في فسخ الجميع وصار مديوناً للمشتري ببقية الثمن.

الصورة الثالثة: أن يكون شرط الخيار عند ردّ جزء الثمن مأخوذاً بنحو العام المجموعي، وبنحو وحدة المطلوب، بمعنى أن ردّ أي جزء من الثمن يوجب أن يكون له الخيار بمقداره من المثلث مقيداً بتعقبه ببقية الأجزاء، فإذا ردّ جميع أجزاء الثمن تمّ له الخيار، وإن لم يردّ جزءاً منه انكشف بطلان الخيار من أصل وعدم صحة الفسوخ المتقدمة، نظير الأقل والأكثر الارتباطيين؛ فإن كل جزء مشروط بتعقبه بالجزء الآخر إلى تمام الأجزاء.

وحكمها الصحة أيضاً؛ لتصور هذا النحو من الشرط ثبوتاً، وشمول دليل الشروط له إثباتاً، وعدم اندراجه في المانع، وهو الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ، ولو شك في اندراجه في المانع جرى استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما.

وعليه فإن ردّ جميع الثمن تدريجاً ثبت له الخيار وصح فسخ كل جزء جزء، وإن لم يردّ جزءاً من الثمن لم يثبت له الخيار وانكشف بطلان ما تقدم من فسخ، فكان للمشتري المطالبة بحقه والرجوع إلى

الحاكم.

الصورة الرابعة: نفس الصورة السابقة ولكن بنحو تعدد المطلوب لا وحدته، وبنحو الاشتراط لا التقييد، بمعنى أن يشترط تعقب كل فسخ عند ردّ كل جزء بالفسخ الآخر إلى أن تجتمع الفسوخ، ولكن اجتماعها بنحو الاشتراط لا التقييد.

والحكم فيها واضح مما تقدم غير أنه إذا لم يردّ الجزء الأخير لم تبطل الخيارات السابقة، بل كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

الجهة العاشرة: اشتراط المشتري الفسخ بردّ الثمن

كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ بردّ الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ الثمن، لا لدخوله في دائرة الروايات الخاصة؛ فإنها واردة في اشتراط البائع ردّ الثمن، وإنما لمقتضى القاعدة؛ فإن هذا الشرط مشمول لإطلاق أدلة الشروط، ولا مانع منه.

نعم، يفترق ما نحن فيه عن المقام الأول بأن البيع بشرط ردّ الثمن عادة ما يكون بسبب الحاجة لثمن المبيع، فالبائع يقصد التصرف فيه، ولهذه الجهة كان الشرط أعم من ردّ عين الثمن أو بدله.

وأما الشراء بشرط ردّ المبيع فلا يكون من أجل الحاجة إلى عين المبيع في الاستفادة من بيعها، وإنما يكون لأجل الاستفادة من منفعتها، فمقتضى القاعدة أن يردّ المبيع نفسه لا بدله، وعليه فإذا تلف المبيع انتفى الخيار، بخلاف ما تقدّم؛ فإنه إذا تلف الثمن انتقل إلى بدله ولم ينتفِ الخيار؛ لكون الشرط بمقتضى إطلاقه هو الأعم من العين والبدل.

وكيف كان فالصور المتصورة في هذا المقام ثلاث:

الصورة الأولى: أن يشترط ردّ المبيع، فيكون موضوع الشرط هو

المبيع بنفسه.

الصورة الثانية: أن يشترط الأعم من ردّ المبيع أو بدله عند تلفه،

بمعنى أنه إن كان المبيع موجوداً رده، وإن كان تالفاً ردّ بدله.

ولا إشكال في صحة هاتين الصورتين لصحة الشرطين.

الصورة الثالثة: أن يشترط ردّ المبيع أو ردّ بدله حتى مع التمكن من

ردّ العين.

قال الشيخ **تدثُّ**: فيه إشكال، ولم يتعرض إلا لبيان أحد وجهي الإشكال

- وهو وجه البطلان - فقال: (من أنه خلاف مقتضى الفسخ؛ لأن مقتضاه

رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على

وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة)^(١).

ولا يخفى أن عدم المشروعية حكم من الأحكام، وهو متأخر في

الرتبة عن الموضوع، فلا يعقل قبل تحقق الموضوع أن يقال: وجه

الإشكال هو عدم المشروعية، كما ربما يظهر من عبارة الشيخ **تدثُّ**، ولكن

الحق أنه **تدثُّ** يرى من الأول أنه ليس بفسخ، لا أنه يراه غير مشروع ثم

أضرب عنه إلى عدم كونه فسخاً.

(١) المكاسب ٥: ١٤٦.

بيان ذلك: إنهم اختلفوا في حقيقة الفسخ على مبنيين:

الأول: أن الفسخ حلّ العقد، ولازمه ردّ الملك.

الثاني: أنه ردّ الملك.

والأول هو الحق كما تقرر في محله، ولكن موضوع الفسخ على كلا المبنيين هما العوضان، فيستحيل أن يكون البدل موضوعاً له، أي كما أن العقد يتم بين المبيع والتمن، فكذلك الفسخ، فمقتضى الفسخ هو رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فلا يكون ردّ البدل فسخاً للمعاملة، فما أفاده الشيخ بعد الإضراب بـ (بل) هو الصحيح.

وأما الوجه الآخر للإشكال - وهو وجه الصحة - فهو أن هذا الشرط

يتصور بنحوين:

الأول: أن يكون على نحو شرط الفعل، بأن يشترط في البيع أنه إذا

ردّ بدل المبيع فله الخيار، وأن يكون - بعد الفسخ - وكيلاً له في تبديل

المبيع بالبدل، وكلا الشرطين مشروع، فلم يجعل الفسخ بين الثمن وبدل

المبيع، بل بين الثمن والمبيع نفسه، وبعد الفسخ وقع التبديل بمقتضى

الشرط، لا بمقتضى الفسخ.

الثاني: أن يكون على نحو شرط النتيجة، بأن يشترط الخيار إذا ردّ

بدل المبيع، وأن يكون بعد الفسخ مالكا للمبيع في مقابل البدل، وبما أن

الملكية من الأمور التي لا تتوقف على سبب خاص فتحصل بشرط

النتيجة، ولا إشكال.

وأصل هذا التصوير للصحة من المحقق الرشتي تدئ^(١) وتبعه فيه غيره، وهو تام، ولعل الشيخ تدئ يشير إليه عندما أمر في الأخير بالتأمل^(٢).

بقي شيء تعرض له الشيخ تدئ وهو أنه لو اشترط ردّ التالف القيمي بالمثل، وردّ التالف المثلي بالقيمة، ففيه وجهان:

الأول: الصحة والجواز؛ لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، ولا محذور فيه.

الثاني: البطلان؛ لأنه بمنزلة اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة، والقيمي بالمثل، وهو باطل؛ لأن ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة.

ثم أمر الشيخ تدئ بالتأمل، ولعله يشير إلى أن وجهي الإشكال الواردين في تبديل القيمة بالمثل وعكسه يأتي مثلهما في ما نحن فيه بنحو ما بيناه، فلا يرد على الشيخ تدئ أنه لم يتعرض للشق الثاني من الإشكال.

فتحصل إلى هنا: أن اشتراط الفسخ بردّ البدل يتصور على نحوين، أحدهما باطل، وهو أن يشترط الفسخ بردّ البدل، والآخر صحيح وهو أن يشترط الخيار، وبعد الفسخ له التبديل أو أن يكون مالكا للمبيع عوض البدل.

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٧٢.

(٢) المكاسب ٥: ١٤٦.

مسألة: في جريان خيار الشرط في غير البيع وعدمه

وفيهما جهات من البحث:

الجهة الأولى: في جريانه في الإيقاعات

واستدل على عدم جريانه فيها بعدة وجوه:

الوجه الأول: عدم الخلاف في عدم دخول الخيار في الإيقاعات^(١).

ونفي الخلاف غير مفيد في الاستدلال إلا أن يكشف عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر، ومع استناد النافين لأدلة عقلية ونقلية يتبين عدم كشفه عن غير ما استدل به من الوجوه الآتية.

الوجه الثاني: أنه أخذ الربط في ماهية الشرط، فالمفهوم منه ما كان

بين اثنين، والإيقاع قائم بالواحد فلا يحصل فيه الشرط^(٢).

وفيه: ما أورده الشيخ **تدثر** من أن الشرط قائم بشخصين: المشروط له،

والمشروط عليه، لا أنه متوقف على الإيجاب والقبول، فالاستدلال بقيامه

بالاتنين على الاختصاص بالإيجاب والقبول من الاستدلال بالأعم على

إثبات الأخص، وهو باطل بالضرورة.

الوجه الثالث: إن الشرط لغة وعرفاً هو الالتزام في ضمن العقد، فلا

يصدق الشرط على ما يكون في ضمن الإيقاع^(٣).

(١) المكاسب ٥: ١٤٨.

(٢) أشار له الشيخ **تدثر** بقوله: (مضافاً إلى إمكان منع الشرط). المكاسب ٥: ١٤٩.

(٣) المكاسب ٥: ١٤٨.

وبما أن التحديد اللغوي لا قيمة له ما لم يكن طريقاً لمعرفة الموضوع الشرعي عند العرف فيمكن تقريب الوجه بهذا النحو: إن الموضوع المأخوذ في « المؤمنون عند شروطهم » هو الشرط، والمرجع في تحديد الموضوعات الشرعية هو العرف، والشرط عند العرف هو الالتزام في ضمن العقد، والمستفاد من كلمات اللغويين أنه الالتزام في ضمن البيع ونحوه^(١)، فإن عرف المراد من نحو البيع فهو، وإلا كان مجملاً واقتصر فيه على القدر المتيقن.

وفيه: أولاً: ما ذكرناه قبل قليل من أن قول اللغويين لا قيمة له ما لم يكن طريقاً لمعرفة الموضوع عند العرف.

ثانياً: أن الاستناد إلى اللغة في المقام يوقعنا في الإشكال في كثير من العقود، لا خصوص الإيقاعات.

ثالثاً: أن ما يستفاد من العرف أن الشرط التزام مربوط، لا مطلق الالتزام، وهو الظاهر من مشتقات الكلمة، ولكن كون المربوط به هو خصوص العقد يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه.

رابعاً: أن الفقهاء مختلفون في ما بينهم في أصل مفهوم الشرط؛ فإن عدة منهم ذهبوا إلى شمول الشرط للشروط الابتدائية، كما يظهر من

(١) قال الفيروزآبادي: (الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه). القاموس المحيط:

استدلالهم بدليل الشروط على لزوم المعاطاة، مع أنها ليست التزاماً
مربوطاً، ومع هذا الاختلاف بينهم يكون الاستناد إلى اللغة والعرف لإفادة
كونه التزاماً في العقد في غاية الإشكال.

نعم، يمكن أن يدعى انصراف دليل الشروط عن الشروط الابتدائية،
أي عن الالتزام غير المربوط، ولا أقل من دعوى الإجمال فيقتصر على
القدر المتيقن.

ولكن أقصى ما يفيد هذا الدليل أن الشرط هو الالتزام المربوط، لا
الالتزام في ضمن العقد خاصة.

الوجه الرابع: أن الأصل في المسألة - كما قال الشيخ تَدْرُ^(١) - هو
عموم « المؤمنون عند شروطهم »^(٢)؛ لعدم ما يدل عليها من الأدلة
الخاصة، وهذا العموم مخصص قطعاً بأن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب
والسنة، وأن لا يكون محللاً للحرام ولا محرماً للحلال، ونحن نحتمل أن
يكون هذا الشرط الواقع في الإيقاع غير مشروع، فالتمسك بدليل الشروط
من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، والعام إنما هو مرجع في
الشبهات الحكمية.

ويورد عليه: بالنقض والحل:

أما النقص فكما أن « المؤمنون عند شروطهم » مختص بالشروط

(١) المكاسب ٥: ١٤٧.

(٢) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

المشروعة بلا إشكال؛ إذ لا إهمال فيه، ولا يراد منه الإطلاق قطعاً،
فكذلك آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مختصة بالعقود المشروعة؛ إذ لا إهمال فيها،
ولا يتصور فيها الإطلاق لغير المشروعة، فإذا لم يجز التمسك بالحديث
الشريف في المورد المشكوك؛ لكونه من الشبهة الموضوعية، فكذلك
الحال بالنسبة إلى الآية الشريفة.

وأما الحل فإن عموم « المؤمنون عند شروطهم » قد خصص بالشرط
المخالف لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ، فيكون من صغريات العام المخصص
في حال كون الشبهة موضوعية للمخصص، فيجري الأصل الموضوعي
لنفي الخاص ويتنقح موضوع العام، فكما أنه في المرأة تحيض إلى
الخمسين المستثنى منها القرشية يجري الأصل الأزلي لنفي كون المرأة
قرشية، فكذلك في المقام يجري الأصل الأزلي لنفي كون الشرط مخالفاً
للكتاب والسنة، فيتنقح موضوع العام أو الإطلاق فيندفع الإشكال.

وأما ما أفاده المحقق الإيرواني تدئ بقوله:

(وعلى فرض الجواز فالأصل الموضوعي في المقام - أعني أصالة
عدم جعل السلطنة على حل المعاملة - يدرج المشكوك في الخارج عن
العموم، فكان شرط الخيار شرطاً مخالفاً للسنة، وقد عرفت حكومة هذا
الأصل على أصالة عدم تحقق المخالفة بين الشرط والكتاب إن صح
ذلك الأصل في ذاته، وإلا فقد عرفت أنه عليل لا يثبت عدم مخالفة
الشرط الخارجي للسنة، ولا حالة سابقة في الشرط الخارجي حتى

يستصحب عدم مخالفته على سبيل السلب الناقص، وما لم يثبت ذلك، ولم ينسد احتمال مخالفة الشرط الخارجي للكتاب ولو تعبداً لم يجز التمسك بالعموم^(١).

فيجاب عنه: بأنه تدُّرُّ قال بتقديم أصالة عدم المشروعية على أصالة عدم المخالفة، وتبعه في ذلك المحقق الخوئي تدُّرُّ أيضاً، ولكن لا بد وأن يتعين المتقدم والمتأخر والحاكم والمحكوم والوارد والمورود من خلال مقام الإثبات، ولا شك في أن الدليل الإثباتي هو « المؤمنون عند شروطهم »، وقد خصَّص بلا إشكال، إلا أن المخصص لو كان هو (إلا أن يكون شرطاً غير مشروع) لجرى الأصل فيه، ولكن المستثنى في الأدلة هو « إلا شرطاً خالف الكتاب والسنة ».

هذا من جهة الدليل الإثباتي، وأما بحسب الواقع فالشك في مشروعية الشرط وعدمها ناشئ من الشك في مخالفته للكتاب والسنة، أي أن مشروعية الشرط وعدمها مسبيان عن موافقته للكتاب والسنة ومخالفته لهما.

وبعبارة أخرى: إن المناط تخلل الفاء واقعاً، فلا يقال: هذا غير مشروع فهو مخالف للكتاب والسنة، بل يقال: هو مخالف للكتاب والسنة فهو غير مشروع.

إذا اتضح الحال ثبوتاً وإثباتاً، فأصالة عدم المخالفة لا يرد عليها

(١) حاشية الإيرواني ٢: ٢٧.

إشكال إلا إشكال استصحاب العدم الأزلي، والمحقق السيد الخوئي تَدُّر من القائلين به.

والحاصل: أن عندنا عاماً ومخصصاً، وعندنا شبهة موضوعية للمخصص، ومقتضى القاعدة المسلمة عند الأصوليين من جريان أصل عدم العنوان المخصص هو دخول الشرط في العموم.

الوجه الخامس: أن الشرط يتعلق بالفسخ، ومعناه النقص والحل، وهو لا يتم إلا بين الأمرين المرتبطين، فلا يكون إلا في العقود؛ فإن بين الإيجاب والقبول ارتباطاً؛ إذ التزام الموجب مربوط بالتزام القابل، فيقبل الحل والنقص، وأما الإيقاع فهو التزام قائم بواحد، فلا موضوع فيه للحل والانحلال، فيبطل شرط الفسخ في مطلق الإيقاعات.

وأجاب عنه المحقق الأصفهاني تَدُّر بجوابين:

الأول: أن الفسخ هو رفع الأمر الثابت، أو رفع الأثر الحاصل، كرفع الملكية، فكما أنها ترتفع في البيع بالفسخ، ففي الإيقاع يرفع الأثر الحاصل بالفسخ^(١).

وهو محل تأمل ونظر؛ فإن الرفع يغير الفسخ مفهوماً وصدقاً.

أما من حيث المفهوم؛ فإن مفهوم الرفع ما يقابل الوضع، كما في «رفع ما لا يعلمون»، وهو يغير مفهوم الفسخ الذي هو بمعنى النقص لغة

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢١٩.

واصطلاحاً، كما يستفاد من كلمات الفقهاء - أعلى الله مقامهم - من أن الفسخ حلّ العقد.

وأما من حيث الصدق؛ فإن مفهوم الرفع أعم مورداً من مفهوم النقض؛ فكل نقض رفع للأثر، وليس كل رفع للأثر نقضاً، وعليه فلا يصح أن يقال بأن الفسخ رفع للأثر فيتأتى في الإيقاع؛ فإن الفسخ وإن كان رفعاً للأثر إلا أنه في المورد الذي يكون بين اثنين مرتبطين فينحلّ به الربط الذي بينهما.

الثاني: إن الفسخ هو الحل والنقض، وهو لا يتم إلا بين امرين مرتبطين كما أفيد، ولكن يوجد الأمران في الإيقاع؛ فإن بين الإنشاء والمنشأ، والسبب والمسبب ارتباطاً، والفسخ في الإيقاع حلّ لهذا الارتباط ونقض له، فإنشاء العتق سبب له، وفسخ الإنشاء نقض للارتباط الحاصل بين السبب والمسبب^(١).

وهذا الجواب وإن كان له وجه وجيه، إلا أنه محل تأمل أيضاً؛ إذ لو اكتفينا في صحة شرط الفسخ بصلاحية حلّ المسبب عن السبب والنقض بينهما للزم ما لا يلتزم به، وهو صحة ونفوذ اشتراط فسخ كل سبب عن مسببه، فلو باع أو صالح واشترط فسخ السبب عن المسبب، ونقض الربط بين الإنشاء والمنشأ لجاز وكان نافذاً، والحال عدم صحته بلا إشكال، فلو أمكن في الإيقاع أن نشترط حلّ السبب عن المسبب

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢١٩.

لأمكن في العقود؛ لعدم اختصاص الأحكام العقلية بباب دون باب.
الوجه السادس: ما أفاده الشيخ قدس سره^(١)، وحاصله: أن دليل الشروط ليس مشرعاً لكي يجعل بالشرط ما ليس بسبب سبباً، بل لا بد أن تحرز مشروعية الشروط قبل اشتراطه، وبما أن الفسخ غير سبب في الإيقاعات، أو غير محرز السببية على الأقل، فلا يجعل سبباً بواسطة الشرط، وإلا كان ما ليس بمشروع، أو غير محرز المشروعية مشروعاً بالشرط، وكان دليل الشروط مشرعاً، وهو باطل، كما أن التمسك به في حالة الشك من التمسك بالدليل في شبهته الموضوعية.

وما قلناه في الإيقاعات لا يأتي في العقود؛ فإن لنا طريقين يكشفان عن سببية الفسخ فيها، ومن ثم نستفيد من دليل الشروط نفوذ شرط الفسخ والخيار فيها، والطريقان هما:

الطريق الأول: أنه ثبت الفسخ في العقود بنحو الموجبة الجزئية؛ حيث ثبتت في بعضها الخيارات الشرعية كخيارى المجلس والحيوان، والخيارات العقلانية التي أمضاها الشارع كخيارى العيب والغبن، فقابلية العقود للانفساخ بالفسخ ثابتة شرعاً، فيحكم بصحة شرط الخيار في العقود أيضاً، بخلاف الإيقاعات؛ فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

(١) المكاسب ٥: ١٤٩ - ١٥٠.

الطريق الثاني: ثبوت الإقالة في العقود دون الإيقاعات؛ فإنه لا إشكال في ثبوتها في البيع والصلح، وعندها يفسخ العقد بالتراضي بين الطرفين، ومن ذلك نستكشف أن العقود التي تدور مدار الطرفين قابلة لشرط الفسخ.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد المحقق الإيرواني **تدئ**: بأن كلام الشيخ **تدئ** مبني على أن أدلة الشروط ليست كدليلي الضرر والاضطرار من حيث كونها مشرعة؛ بمعنى أن لدليلي الضرر والاضطرار اقتضاء يزاحم اقتضاء الأدلة الأولية ويقدم عليه، ولهذا نحكم بزوال الحرمة عند الاضطرار للمحرم، ويرتفع الحكم في حال الضرر، وأما دليل الشروط فلا اقتضاء له في نفسه، بل له اقتضاء حيث لا مقتضي على خلافه.

ولكن الإشكال عليه: أن عموم « المؤمنون عند شروطهم » لا يقصر عن عموم مثل دليل نفي الضرر، فهو مقتض في قبال الاقتضاءات الأولية، نعم لما تذييل باستثناء الشرط المحلل للحرام وبالعكس لم يجز الأخذ به إلا في شرط ثبتت مشروعيتها في ذاته، وكفاك شاهداً على ما قلناه اشتماله على هذا الاستثناء.

فكلام الشيخ **تدئ** مبتن على أن الشرط ليس مغيراً للموضوع، والحال أنه مغير له ^(١).

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٢٦.

ويرد عليه: أن لازم القول بأن نسبة أدلة الشروط إلى الأدلة الأولية هي نفس نسبة دليلي الضرر والاضطرار إليها هو تحليل كل حرام بواسطة الشرط؛ إذ كما ترتفع حرمة الشيء بالاضطرار إليه ترتفع حرمة باشرطه، ولا يلتزم به فقيه.

وأما قوله: بأن الاستثناء شاهد على عموم الشرط.

ففيه: أن الاستثناء ليس على نسق واحد، وموارده مختلفة، ففي بعضها يكون ما قبل الاستثناء لفظاً قابلاً للعموم في نفسه، فإن لم يوجد الاستثناء كان العموم حجة، وإن وجد كان مؤكداً لوجود العموم أو الإطلاق فيه قبل تخصيصه أو تقييده، وفي بعضها لا يكون اللفظ في نفسه قابلاً للعموم وإن كان اللفظ عاماً، فيكون الاستثناء في كلام الإمام عليه السلام تنبيهاً وإرشاداً لذهن المخاطب إلى عدم العموم أصلاً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ إذ لا يعقل أن يكون الشرط مغيراً لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، وأن يدور أمرهما مدار التزامات المكلف، فالعموم مقيد في نفسه بأن لا يكون الشرط مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، وأن لا يكون محللاً للحرام ولا محرماً للحلال ولو لم يوجد الاستثناء، وإلا لكان دين الله بيد العبد، وهو باطل قطعاً، فيكون الاستثناء إرشاداً إلى حكم العقل، وتنبيهاً على الخصوص، وليس مخصصاً بحيث لو لم يوجد لكانت الشروط عامة، فهو من قبيل تنبيههم عليهم السلام إلى أن: ما خالف قول

ربنا لم نقله، زخرف، باطل^(١).

وعليه فقياس أدلة الشروط على دليلي الضرر والاضطرار مع الفارق.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وناقش المحقق الخراساني تَدْبُرُ في الكبرى التي أفادها الشيخ تَدْبُرُ، فقال: لا يعتبر في نفوذ الشرط وصحته إحراز مشروعية ما شرط قبل شرطه، بل يكفي كونه مما صحّ اعتباره عقلاً، واشتراطه عرفاً، فإذا تمت فيه هاتان الخصوصيتان كان « المؤمنون عند شروطهم » إمضاء له.

نعم، يرد الإشكال على الصغرى، لا من جهة الشبهة الموضوعية للدليل، بل لأنه لم يعهد من العرف حلّ الإيقاعات ونقض آثارها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها^(٢).

وفيه: أولاً: أن ما أفاده صحيح كبروياً في غير الشرط، أي أنه يمكن التمسك بالدليل في ما إذا كان المورد ممكناً عقلاً، ودارجاً عرفاً، وأما ما نحن فيه فلا يكفي فيه مجرد ذلك؛ لأخذ قيد زائد في الموضوع، وهو أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ولا محرماً للحلال، ولا محللاً للحرام، فلا يكفي فيه مجرد كونه ممكناً عقلاً ودارجاً عرفاً، بل لا بد من إحراز مشروعيته بعدم هذه الأمور، ولا يكفي صرف العموم، فيعود إشكال الشيخ تَدْبُرُ ما لم يوجد أصل منقح للموضوع.

(١) الوسائل، كتاب القضاء، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٢ وغيره.

(٢) حاشية المحقق الخراساني: ١٨١ - ١٨٢.

وثانياً: أن ما أفاده في الصغرى لا دليل عليه؛ فلا مانع عرفاً من أن يعتق السيد عبده ويشترط عليه إعادته في الرق إن لم يتم بخدمته مدة سنة، أو يقول الدائن للمديون: أبرأت ذمتك بشرط أن لا تقوم بالعمل الفلاني، أو يقول الموصي - بناء على أن الوصية من الإيقاعات - : أوصيت لك بكذا بشرط أن يكون لي الخيار.

ويشهد لما قلناه موثقة إسحاق بن عمار وغيره - الواردة في شرط الخيار في العتق، وهو من الإيقاعات - : عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق؟ قال: « له شرطه »^(١).

ولا شيء فيها إلا إعراض المشهور، وعمل بها الشيخ الطوسي رحمته الله^(٢) والقاضي رحمته الله^(٣)، فبناء على موهنية إعراضهم نستفيد منها أن الشرط في الإيقاع أمر عرفي وإن لم يثبت شرعاً، وأما بناء على عدم الموهنية فهي دليل شرعي على المطلوب، ولهذا قال السيد اليزدي رحمته الله: (فتحصل أن

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ٣.

(٢) النهاية: ٥٤٢، قال الشيخ رحمته الله فيها: (وإذا أعتق مملوكه، وشرط عليه شرطاً، وجب عليه الوفاء به، ولم يكن له خلافه. فإن شرط عليه: أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، فخالفه، كان له رده في الرق).

(٣) المهذب ٢: ٣٥٩، وقال فيه: (وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، أو كان عليه مال معلوم، كان الشرط صحيحاً ولزمه ذلك).

مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الإيقاعات، وأن المانع منحصر في الإجماع^(١).

فالمتحصل إلى هنا: أن الإيقاع قابل للفسخ، سواء أكان مدلول الرواية هو شرط الخيار أم أن لا يغيرها بأخذ زوجة عليها.

الإشكال على الشيخ

نعم الحق في الإيراد على الشيخ **تدئ**:

أولاً: بالنقض؛ فإنه في بحث الشروط أجرى أصالة عدم المخالفة، فيظهر أنه عدل عن ما ذكره هنا وإلا وقع في التناقض^(٢).

وثانياً: بالحل؛ بأن الشك في مشروعية الشرط في جميع الموارد ناشئ من الشك في كونه مخالفاً للكتاب والسنة وعدمه؛ إذ لا شبهة في كون الشرط المخالف لهما باطلاً، وعدم المخالف لهما صحيحاً وناظراً، وبناء على القول بجريان استصحاب العدم الأزلي - كما هو الصحيح - يجري استصحاب عدم كونه مخالفاً وينحل الإشكال.

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٤٩٨.

(٢) قال الشيخ **تدئ** في المكاسب ٦: ٣١: (فإن لم يحصل له - أي التمييز بين الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشرط وغيره - بني على أصالة عدم المخالفة، فيرجع إلى عموم: «المؤمنون عند شروطهم»، والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعاً للكتاب والسنة، لا ما علم مخالفته، إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفي في إحراز عدمها واقعاً، كما في سائر مجاري الأصول، ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط).

الوجه السابع: أن الشرط هو الذي يقع في ضمن الشيء، فمتى وقع في ضمنه انطبق عليه عنوان الشرط المأخوذ موضوعاً في الأدلة، وإلا فلا، وهذا المعنى يتحقق في العقود؛ فإن الشرط يقع بعد الإيجاب وقبل القبول فيكون في ضمن العقد، فيقول البائع مثلاً: بعثك الدار بشرط أن تخطط لي ثوباً، فيقول المشتري: قبلت، وأما الإيقاعات فالشرط لا يقع إلا بعدها؛ إذ لا قبول فيها، فيقول السيد لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، فيتمّ العتق بإنشاء أعتقتك، فيكون الشرط بعده، فلم يقع في ضمنه حتى يتحقق عنوان الشرط المأخوذ في الأدلة.

وفيه: أنه لو كان الشرط كما أفيد لم يختص الإشكال بشرط الخيار الذي نحن فيه، بل يلزم الحكم بعدم صحة جميع الشروط المأخوذة في الإيقاعات، ولا يمكن الالتزام به؛ وذلك:

أولاً: أن العرف يرى قابلية الإيقاع للشرط، فيصح الوقف مثلاً بشرط، بناء على أن الوقف مطلقاً من الإيقاعات، ولا أقلّ من أن الوقف العام لا يحتاج إلى القبول، فيلزم من هذا القول أن لا يصح الشرط في الوقف.

وثانياً: أنه مخالف للموثقة المتقدمة؛ فإنها صريحة في قابلية الإيقاع للشرط.

وثالثاً: أن المراد من الضمنية المأخوذة في الشروط حينما قالوا: الشرط التزام في ضمن التزام، ليس الظرفية، بل المراد منها الارتباط، أي أن المحقق للشرطية الارتباط، فمجرد ذكر الشرط في العقد بدون

الارتباط به لا يحقق عنوان الشرط، في قبال من قال بشمول الشرط للالتزامات الابتدائية كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي تذت وآخرون ممن استدل بـ «المؤمنون عند شروطهم» على صحة بعض العقود المشكوكة صحتها، ومن استدل به على لزوم المعاطاة كالشيخ تذت.

فأورد على قولهم: بأن الشرط أخذ في قوامه الالتزام في ضمن التزام، لا مجرد الالتزام، فالأخوذ فيه الارتباط لا الضمنية، فلو قال: بعتك الدار واستأجرتها، لم يكن شرطاً، ولكن لو قال: بعتك الدار على أن تؤجرني إياها، كان شرطاً؛ لتحقق الربط في الثاني دون الأول.

وعليه فكما يحصل الربط في العقود كالمثال السابق يحصل في الإيقاع، فيقول السيد لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، فيربط بين العتق والخدمة، بخلاف ما لو قال له: أعتقتك، اخدمني؛ فإنه لا يكون شرطاً لعدم الربط فيه ^(١).

(١) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على استفسار: إن القبول محقق لعنوان العقد، وأما الشرط فهو المحقق لارتباط شيء بشيء، وهذا معنى الشرط حتى في الأمور التكوينية، فإذا قلت: إذا طلعت الشمس فالنهار موجود، فالمحقق للشرطية الارتباط بينهما، فقوام الشرط بالربط، وحينئذ لا شك أن نفس الشرط بملاحظة ما صدر التزام؛ فإن كل شرط قائم بالملتزم؛ إذ عندنا التزام، وملتزم، وملتزم به، والالتزام عنوان الشرط المصدري، والملتزم به عنوان المشروط، وهذا الالتزام الذي هو عبارة عن العهد النفساني في الشروط مربوط، ولهذا أجاب الفقهاء عن المحقق الأردبيلي تذت: بعدم إمكان تصحيح المعاطاة بـ «المؤمنون عند شروطهم»؛ لعدم كونها التزاماً مربوطاً.

نعم، لا يخفى أن نفس الإيجاب والقبول مرتبطان، فيشكلان عقداً، ولكن ما يقع في

إشكال السيد الخوئي على شرط الخيار في الإيقاعات

الوجه الثامن: ما أفاده المحقق السيد الخوئي تذّر، وحاصله: أن المستند لشرط الخيار في الإيقاعات، إن كان هو « المؤمنون عند شروطهم »، فهو غير تام، ولا يشمل الإيقاعات أصلاً؛ وذلك لوجهين: الأول: أنه لا يدل على المدعى؛ لكون مدلوله حكماً تكليفاً بوجوب الوفاء، والعمل بالشرط، وبحثنا في الحكم الوضعي، وهي الصحة.

الثاني: أن ظاهر « المؤمنون عند شروطهم » أن يلتزم المشروط عليه بأمر يقوم به حتى يجب عليه الوفاء، ولا معنى لذلك في شرط الخيار في الإيقاعات؛ فإن الزوج مثلاً عندما يطلق زوجته ويشترط لنفسه الخيار، فهو لم يأخذ شرطاً على الزوجة، بل لم تكن تعلم بشيء، فلم تشترط على نفسها شيئاً حتى تلتزم به.

وإن كان المستند هو ما ذكرناه في شرط الخيار في العقود - وهو مختارنا أيضاً - من أن المنشأ في البيع مثلاً هي الملكية المحدودة بالفسخ، فلا طريق له في الإيقاعات؛ لأن الفسخ هو رفع الأمر الثابت، أو

ضمنهما - بمعنى ما يرتبط بهما، سواء ذكر بينهما أو بعدهما - يكون شرطاً. فالشرطية متقومة بالربط، ويكون الربط بين الالتزامين، سواء وقع الالتزام المربوط بين الإيجاب والقبول أو بعدهما أو بعد الإيقاع، فإذا قال السيد لعبيده: أعتقتك على أن تخدمني سنة، فهو شرط عقلاً وعقلاء وشرعاً، فالإشكال بأن الشرط في الإيقاع ليس بشرط مخالف للعقل والعرف والشرع.

الأمر الموجود، وهو متصور في العقود، وأما في الإيقاعات فغير متصور؛ لأن المنشأ فيها أمور عدمية، وهي غير قابلة للرفع، فالطلاق إعدام الزوجية، والعتق إعدام الرقية، والإبراء إعدام اشتغال الذمة، فلم يوجد القائم بها شيئاً حتى يرفع بالفسخ^(١).

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

وفيه: أما الوجه الأول مما ذكره في المستند الأول فقد عدل عنه في بحث الشروط؛ حيث اختار أن مدلول الحديث هو عدم الانفكاك بين المؤمن وشرطه، فيكون مدلوله الأعم من الوضع والتكليف.

وأما الوجه الثاني: فالالتزام به يستلزم إنكار شرط الخيار مطلقاً؛ إذ لا إلزام فيه على أحد، بل يستلزم إنكار شرط النتيجة، وحصر الشرط الصحيح في خصوص شرط الفعل، وهو لا يلتزم بكلا هذين اللازمين.

وأما ما أفاده بناء على المستند الثاني ففيه:

أولاً: أن دعوى عدمية الإيقاعات، من العتق والطلاق والإبراء تحتاج إلى دليل، ولا يخفى أن الدليل في تحديد المفاهيم ليس إلا اللغة أو العرف، ولا دليل فيهما يدل على مدعاه، ويكفي عدم الدليل لبطلان الاستدلال؛ لتوقفه على إثبات العدم ولم يثبت

وثانياً: أن التأمل في اللغة والعرف يقضي بعدم كون هذه الأمور عدمية؛ فإن البراءة ومشتقاتها جاءت بمعنى التخلص، والخلوص،

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٦٨ - ٢٧١، التنقيح ٣٨: ٢٥٥.

والخلاص، وهذه المعاني ليست معاني عدمية.

نعم، الغالب في هذه المفاهيم أن يكون الواحد منها وضده من الضدين اللذين لا ثالث لهما، فيكون ملازماً للأمر العدمي، وملازمته له غير كونه نفسه.

والطلاق جاء في اللغة بمعنيين: حلّ عقدة النكاح، والإرسال، وكلاهما وجودي، لا عدمي، وعدة من أعظم اللغويين^(١) قالوا بأن الطلاق هو البيونة، وامرأة طالق من زوجها، بمعنى بائن منه، والبيونة بمعنى الانفصال، وهو ليس أمراً عدمياً، وكذلك الحال بالنسبة إلى مشتقات هذه الكلمة كالإطلاق، والطلاق، فمعنى أطلقها: ألقى حبلها على عاتقها، وأطلقه: جعل اختياره لنفسه.

والعتق في اللغة بمعنى الحرية، في قبال الرقية، وهو أمر وجودي أيضاً.

وثالثاً: سلمنا بأنها مفاهيم عدمية، إلا أن الأمر العدمي على نحوين، العدم المطلق، والعدم المضاف، وبينهما فرق من حيث الأحكام، فالأول لا يقبل الرفع ولا الإرجاع، وأما الثاني فيقبله، وهذه المفاهيم من سنخ العدم المضاف، فتقبل الرفع.

ورابعاً: أن موثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة دليل على قابلية العتق

(١) مثل لسان العرب ١٠: ٢٢٦، القاموس المحيط ٣: ٢٥٨.

لرفع؛ إذ فيها: « ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق؟ قال: له شرطه ».

الوجه التاسع: أن المنشأ في هذه الأمور أمر عدمي أني لا بقاء له، فإذا طلق الرجل زوجته فالمنشأ عدم الزوجية أو إعدامها، وللإنشاء أثر حدوثاً، لا بقاء، أي بمجرد إنشاء الطلاق تنعدم زوجية الزوجة، ولكن عدم كونها زوجة من حيث البقاء ليس بسبب إنشاء الطلاق، بل لعدم وجود سبب الزوجية.

وهذا الوجه أوضح فساداً من سابقه؛ وذلك:

أولاً: أنه متوقف على كون المنشأ أمراً عدمياً وتقدم ما فيه.

وثانياً: أنه لا معنى للقول بأن الإنشاء يؤثر في المنشأ العدمي حدوثاً وأنا ما؛ فإنه عندما يبرئ الدائن ذمة المدين، فلا إشكال في أن براءة ذمة المدين بقاء مستندة إلى إنشاء الإبراء، وإذا رأيت المطلقة بعد شهر من طلاقها تقول: هذه مطلقة بالإنشاء السابق، ولا معنى للقول بأنها مطلقة أنا ما ثم لا بقاء للمنشأ، والعبد الذي أعتق يكون حرّاً حدوثاً وبقاء بنفس إنشاء العتق.

الوجه العاشر: أن شرط الخيار مخالف للكتاب؛ فإن مدلول ﴿أَوْقُوا

بِالْعُقُودِ﴾ هو اللزوم، فيكون شرط الخيار مخالفاً لها، وقد استثنى من

حديث « المؤمنون عند شروطهم » الشرط المخالف للكتاب والسنة.

ويظهر جوابه مما تقدم في المباحث السابقة؛ إذ يرد عليه:

أولاً: أنه لا يأتي على القول بأن المراد من العقود في الآية هو العهد المشدد، وهو المركب من الإيجاب والقبول؛ إذ تخرج الإيقاعات عن موضوع الآية رأساً حينئذٍ، وإنما يأتي على القول بأن المراد من العقود فيها مطلق العهود، كما هو مقتضى الرواية الصحيحة^(١)، فالوجه مبني.

وثانياً: أن الآية ليست في مقام الإهمال قطعاً، وليست مقيدة بخصوص العقود غير المشروطة؛ إذ من الواضح أن العقود على قسمين: عقود مطلقة غير مشروطة بشيء، وعقود مشروطة، والآية شاملة لكلا القسمين وغير مختصة بالأول، فيكون معنى الآية وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، وبالكيفية التي أنشئ بها، إن كان مطلقاً فمطلق، وإن كان مشروطاً فمشروط، فنستدل بنفس الآية في العقود المشروطة - كما في ما نحن فيه - على لزوم العقد بالنحو الذي وقع عليه، وعلى صحته بهذا الشرط، فلا يكون شرط الخيار مخالفاً للآية.

الوجه الحادي عشر: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، وهو ينحل إلى ثلاثة إشكالات:

الأول: أنه أخذ في معنى الشرط الربط، فإن كان الشرط المأخوذ في الإيقاع ليس بنحو الارتباط، أي ذكر غير مرتبط بالمنشأ، فليس بشرط،

(١) تفسير القمي ١: ١٦٠: حدثني أبي، عن النضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان، عن

أبي عبد الله عليه السلام قوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: «بالعهود».

بل حاله حال المعاملتين المنضمتين إلى بعض كقوله: بعتك الدار، وأجرتك البستان، وإن كان بنحو الربط بأن أنيط المنشأ به كان تعليقاً في الإيقاع فيبطل.

الثاني: أن حقيقة الشرط هي إناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين، والإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط إليه.

الثالث: أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، فإذا وقع في ضمن العقد الذي هو عهد صدق عليه هذا العنوان، وأما إذا وقع في ضمن الإيقاع الذي هو ليس بعهد ولا التزام فلا يتحقق عنوان الشرط. ومع قطع النظر عن الإجماع فالإشكال مع عدم الإجابة عن هذه الوجوه ثبوتي^(١).

وحاصل الإشكالات أن الشرط في الإيقاع لا يخلو من ثلاثة وجوه: إما أن يكون شرطاً ابتدائياً، أو بنحو التعليق في الإنشاء، أو أن يُنشأ المنشأ بكيفية خاصة، وتقريب الوجه الثالث: أنه لو اشترط في العتق خدمة العبد مثلاً فمعناه أنه أنشأ العتق بكيفية خاصة؛ فإن العبد وجميع منافعه مملوك لمولاه، فله الحق في أن يحررّ قسماً منه ويبقى الباقي، فإذا أعتقه بشرط الخدمة خمس سنين مثلاً فمعناه - كما صورّه عدّة من الفقهاء - أنه حررّ العبد نفسه وفكّ ملكه، وأبقى الخدمة في هذه السنين

(١) منية الطالب ٣: ١٠٣.

تحت ملكه.

وأياً كان من هذه الوجوه الثلاثة فهو ليس من الشرط في ضمن الإيقاع، وخارج عنه موضوعاً؛ وذلك لأنه إن كان شرطاً ابتدائياً أو كان المنشأ منشأً بنحو خاص فهو خارج عن الشرط في ضمن الإيقاع، وإن كان بنحو التعليق في الإنشاء فهو باطل، فيخرج عن الشرط في ضمن الإيقاع أيضاً.

المناقشة في ما أفاده المحقق النائيني

أما الأول فهو ينحل إلى أمرين:

١- أن لا يوجد تقييد بين الإيقاع والشرط فلا يصدق عنوان الشرط.

٢- أن يوجد التقييد فيكون تعليقاً للإيقاع، وهو باطل.

ومن الواضح أن الثاني ليس بإشكال ثبوتي، وإنما يرد من جهة مخالفته للإجماع، وإلا فلا مانع منه عقلاً.

وكيف كان فلا بدّ أولاً: من البحث في أن الشرط في الإيقاع هل يستلزم التعليق المبطل أو لا؟ فنقول: إن نفس الإنشاء - أي الإيقاع - لو كان منوطاً بالشرط لصدق التعليق بلا إشكال، ولكن حقيقة الحال أن الشرط المأخوذ حين الاشتراط يتصور على نحوين:

الأول: أن يعلّق نفس المنشأ، وهو الالتزام العقدي أو الإيقاعي، فيعلّق تارة على الالتزام الشرطي، وأخرى على الملتزم به؛ فإن في الشرط أمرين: ملتزم به كالخياطة والخدمة، والتزام، وهو نفس تعهد الملتزم

بالملتزم به، وتعليق العقد - كالبيع - على الملتزم به - كالخياطة - مخالف للإجماع، وأما التعليق على نفس الالتزام بها فليس بمخالف له؛ فإن المعلق عليه - حينئذ - أمر فعلي حاصل.

الثاني: أن لا يعلق نفس المنشأ، وإنما يعلق الالتزام بالبقاء على المنشأ؛ فإن في المعاملات التزامين: أحدهما الالتزام بتمليك المتاع بعوض كما في البيع، والآخر الالتزام بالبقاء على هذا الالتزام وعدم الرجوع فيه ورفع اليد عنه، فلا يعلق الالتزام الأول، بل الثاني، ولا محذور فيه، بخلاف تعليق الأول، والتعليق في موارد كون الشرط صفة من قبيل تعليق الالتزام الثاني، فعندما يقول: بعتك الدار بالعبد بشرط أن يكون كاتباً، لم يعلق أصل البيع على كتابة العبد، وإنما علق البقاء على التزامه بالبيع على كون العبد كاتباً، فكأنه قال: أنا ملتزم ببيعي إذا كان العبد كاتباً، وإن لم يكن فيه هذا الوصف فلي الخيار في رفع يدي عن هذا الالتزام.

والحاصل: أن الاشتراط في الإيقاعات كالاشرط في العقود يكون بأحد نحوين، فإما أن يكون بنحو يعلق فيه الالتزام الأول على نفس الالتزام بالشرط، لا على الملتزم به، وإما أن يكون بنحو يعلق فيه الالتزام الثاني على الشرط - أي على الملتزم به -، ولا إشكال في كل منهما، ويتحقق بهما عنوان الشرط، ويرتفع إشكال التعليق المبطل في العقود والإيقاعات، ومنشأ الإشكال عدم التفريق بين التعليق على الالتزام، أي الأول، وبين التعليق على الملتزم به.

وثانياً: أنه يلزم مما أفاده **تَدْتُّ** أنه لا يوجد إيقاع قابل للاشتراط، بل الشرط - لو حصل - يرجع إلى أن المنشأ به نحو خاص.

وهذا البيان لا يتفق مع الرواية المعتبرة المعمول بها عند الأصحاب وهي رواية إبراهيم بن أبي البلاد، قال: قرأت عتق أبي عبد الله **عِتْلًا**، فإذا هو: « هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق فلاناً غلامه لوجه الله، لا يريد به جزاءً ولا شكوراً، على أن يقيم الصلاة، ويؤتي الزكاة، ويحج البيت، ويصوم شهر رمضان، ويوالي أولياء الله، ويتبرأ من أعداء الله، شهد فلان وفلان وفلان ثلاثة »^(١).

وذلك؛ لأن إرجاع الشرط في الإيقاع مطلقاً إلى أن المنشأ بالإنشاء كان بنحو خاص يمكن تصوّره في المنافع المملوكة للمولى، فيحزر المولى قسماً ولا يحزر الآخر، وأما في مثل شرط الصلاة والزكاة والصوم والحج والتولي لأولياء الله والتبري من أعدائهم فلا يعقل تصوّره؛ فإنها ليست من منافع العبد المملوكة لمولاه، فلا توجيه لهذه الرواية إلا بحملها على ظاهرها من كون الشرط حقيقياً واقعياً الذي هو التعليق؛ فإن عبارة الرواية هي « أعتق ... على أن يقيم الصلاة...»، وهذا اللسان عين لسان: (بعتك على أن تخيط ثوبي) واحد.

بل ما أفاده **تَدْتُّ** مخالف لنصوص أخرى دالة على وقوع الشرط في العتق أيضاً؛ فإن مدعاه **تَدْتُّ** عدم حصول الشرط في الإيقاعات مطلقاً،

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب العتق، الحديث ١.

والعتق أحد أفرادها، وقد دلت نصوص على وقوع الشرط فيه، مثل:

١- ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريتي هذه، فإن نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟

قال: «يجوز عليه شرطه»^(١).

٢- وما عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه على أن يزوجه ابنته، وشرط عليه إن تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا وكذا.

قال: «يجوز»^(٢).

٣- وما عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يقول لعبده: أعتقك على أن أزوجك ابنتي، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك وزوجه فتسرى أو تزوج.

قال: «عليه شرطه»^(٣).

فالروايات - وفيها الصحيح - نص في الشرط في العتق، ولو لم يوجد لفظ الشرط لكان نفس قوله: (أعتقك على أن أزوجك) كافياً في المطلوب، ويؤكد ذلك قول السائل بعد ذلك في الرواية الأولى: (ويجوز شرطه؟)، وإمضاء الإمام عليه السلام بنفس التعبير: «يجوز عليه شرطه».

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ٤.

٤- موثقة إسحاق المتقدمة: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق؟ قال: « له شرطه »^(١).

نعم، لا يخفى أن في هذه الرواية احتمالين:

أحدهما: أن يكون الشرط في ضمن العتق.

والآخر: أن يكون في ضمن التزويج، أي يعتقه ثم يزوجه ويشترط فيه عليه.

فعلى الأول تدخل الرواية في محل البحث، وأما على الثاني فالإنشاءان أجنيان عن بعضهما البعض، فإن صحّ أن تكون الروايات الأخرى قرينة على المراد من هذه الرواية؛ إذ المساق واحد، كانت دالة على ما نحن فيه، وإلا كان الشرط فيها في ضمن العقد، فتكون أجنبية عن ما نحن فيه، ولكنها تفيدنا من جهة أخرى، وهي أصل صحة اشتراط الردّ إلى الرقية التي منع منها المحقق النائيني قدس سره أيضاً.

نعم، ربّما يدعى إعراض المشهور عن هذه الرواية فيكون موهناً لها، ولكن يرد عليه - مضافاً إلى أن مقدار ما أعرض عنه المشهور هو اشتراط الردّ إلى الرقية، لا الشرط في العتق - أن الشيخ الطوسي والقاضي ابن البراج - قدس سرهما - عملاً بها، فلم يثبت إعراض مشهور القدماء

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ٣.

الموهن للرواية.

وعلى هذا فالمستفاد من الروايات أن الشرط في الإيقاع أمر مشروع كما أنه معقول، فتطابق العقل والنقل على دخول الشرط في الإيقاع. وأما الوجه الثاني - وهو أن حقيقة الشرط هي إناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين، والإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضمّ الشرط إليه - ففيه جهتان، وفي كليهما تأمل.

أما الجهة الأولى فهي أن الشرط جزء من العوض ويرد عليها: أن هذا لا وجه له؛ لأن الشرط لو وقع في البيع وعدّ جزءاً من العوض، فسواء أكان بنحو شرط النتيجة أم شرط الفعل يلزم أن يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العوض، والحال أن الأحكام الفقهية المترتبة على العوض لا تسري إلى الشرط.

فالحق أن الشرط ليس جزءاً من العوض، بل العوض في كل معاملة معيّن في نفسه، ولكن الشرط مرتبط بها، فحدّ الشرط هو الارتباط بالمعاملة ليس إلا.

وأما الجهة الثانية فهي أنه يترتب على كون الشرط جزءاً من العوض أن لا يكون إلا في ما فيه عوض، والإيقاع لا عوض فيه، وفيها: أن لازم ذلك اختصاص الشروط بخصوص المعاملات المعاوضية، فلا يأتي في العقود غير المعاوضية كالوكالة والصلح بلا عوض، والحال أن الشرط يدخل فيها بلا إشكال.

وأما الوجه الثالث - وهو أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، فإذا

وقع في ضمن العقد الذي هو عهد صدق عليه هذا العنوان، وأما إذا وقع في ضمن الإيقاع الذي هو ليس بعهد ولا التزام فلا يتحقق عنوان الشرط - ففيه:

أولاً: أن مقتضى كلامه تدلُّ انحصار الالتزام في خصوص العقود، وهو منقوض بالنذر والعهد؛ فإنهما من الإيقاعات، لا من العقود، وهما التزامان بلا إشكال، بل العهد هو القدر المتيقن من الالتزام، فنفي الالتزام عن الإيقاعات ممنوع.

بل ينقض بالعتق والإبراء؛ فإن فيهما التزاماً، فيلتزم المعتق بحرية المعتق، والمبرئ ببراءة ذمة المدين، بل بالوقف أيضاً على القول بأنه إيقاع ولا يحتاج إلى القبول كما ذهب إليه جماعة^(١)؛ فإن الواقف يلتزم

(١) وقد جمع سيد المناهل تدلُّ في ص ٤٦٩ قولي الاختلاف فقال: (منهل: إذا وقف على شخص معين أو أشخاص معينين فهل يتوقف صحة الوقف حينئذ على قبول الموقوف عليه، فيكون هذا الوقف حينئذ من جملة العقود، ويلزم بطلانه بموت الموقوف عليه قبل القبول، أو لا، بل يصحّ بدون القبول، فيكون الوقف حينئذ من جملة الإيقاعات كالعتق، ولا يبطل بموت الموقوف عليه قبل قبوله؟
اختلف الأصحاب في ذلك على قولين:

الأول: أنها تتوقف على القبول كتوقفها على الإيجاب، وهو صريح التذكرة والتحرير والقواعد والتبصرة والإيضاح والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروضة والمسالك والرياض وظاهر الشرايع.

الثاني: أنه لا يتوقف عليه، واستظهره في الروضة من اللمعة والأكثر، وفي المسالك من الشرايع والأكثر أيضاً، وفي الكفاية من الأكثر أيضاً، وكذا استظهره منهم في الرياض قائلاً:

بملكية الموقوف عليهم، وحاله حال البيع من هذه الجهة؛ فإن البائع يلتزم بملكية المشتري.

فالالتزام الأول لا إشكال في حصوله في الإيقاعات كما هو حاصل في العقود، وأما الالتزام الثاني - ونعني به أن يلتزم بعدم رجوعه عن التزامه الأول - فهو حاصل في العقود بلا كلام، وأما الإيقاعات فالكاشف عن حصوله فيها هو الكاشف عن حصوله في العقود وهو الارتكاز العقلائي، وهو قائم على أن من أبرأ ذمة أحد فهو ملتزم بإبراء ذمته، وبأن لا يرجع عن هذا الإبراء، والشاهد عليه أن من أبرأ ذمة أحد ثم قال له: رجعت في قولي يلومه العقلاء ويؤاخذونه، ولو لم يكن الالتزام الثاني موجوداً لكان له الحق في أن يقول رجعت في قولي، وعدلت عن الإبراء.

فالحق وجود التزامين في كل من العقود والإيقاعات: التزام بالمنشأ، والتزام بالبقاء عليه وعدم الرجوع فيه.

وعليه فيما أن الإيقاع التزام، والشرط هو التزام في ضمن التزام فهو متحقق في الإيقاع فلا محذور من هذه الجهة.

في صحة وقوع الشرط في العتق وعدمها

بقي شيء: وهو أنه ربما يقال: بأن شرط العود إلى الرقية باطل عند المشهور، كما صرح بذلك السيد الفقيه تدُّر في حاشيته؛ حيث قال: (نعم،

ويظهر من العبارة وعبائر أكثر الجماعة - كما في المسالك والروضة، ولعلَّه من حيث اكتفائهم بذكر الإيجاب خاصة من دون ذكر القبول - عدم اشتراطه.)

حكى عن المشهور عدم العمل بالموثق المزبور، والحكم بفساد الشرط فقط، (أو مع العتق أيضاً) ^(١)، وكلام غيره قريب منه أيضاً، فيكون النص مما أعرض عنه المشهور.

ولكن التحقيق عدم ثبوت إعراض المشهور عنه؛ وذلك لأن في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: أن الشرط فاسد والعتق صحيح، وهو قول ابن إدريس ^(٢).

الثاني: أن كلاً من الشرط والعتق فاسد ^(٣).

الثالث: أن كليهما صحيحان، كما اختاره الشيخ ^(٤) والقاضي ^(١)، بل

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي تدوّن ٢: ٤٩٧.

(٢) السرائر ٣: ١١، وعبارته *عنه*: (وقال شيخنا في نهايته: وإذا أعتق مملوكه وشرط عليه شرطاً، وجب عليه الوفاء به، ولم يكن له خلافه، فإن شرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، فخالفه كان له رده في الرق.

وهذا غير واضح؛ لأن الحر لا يجوز أن يعود رقاً، والشرط إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة كان باطلاً، وهذا شرط يخالف السنة، فأما إن كان الشرط لا يخالف كتاباً ولا سنة فهو شرط صحيح، فإن شرط عليه خدمته سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك لزمه).

(٣) قال العلامة في المختلف ٨: ٢٧: (والمعتمد: أنه إذا شرط عليه شيئاً معيناً لزمه، ويكون ذلك عتقاً وشرطاً، لا عتقاً معلقاً على شرط، مثل أن يقول: أنت حر وعليك كذا. أما لو علق العتق بشرط فإنه يبطل، كقوله: أنت حر إن فعلت كذا، ولو شرط عليه أنه متى خالفه في الأول كان رداً في الرق بطل العتق؛ لما تقرر من عدم قبوله للشرط).

(٤) النهاية: ٥٤٢، وعبارته: (فإن شرط عليه: أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق، فخالفه، كان له رده في الرق).

وغيرهما كما نقل ذلك صاحب الجواهر تدئ (٢).

وبمخالفة هؤلاء تنزل الشهرة على الخلاف، لاسيما وأن المحقق تدئ قد عبّر عن القول بالبطلان بـ (قيل)، فقد قال في المسألة: (لو اشترط إعادته في الرق إن خالف أعيد مع المخالفة عملاً بالشرط، وقيل: يبطل العتق؛ لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حرته) (٣).

وأما رأي المحقق وصاحب الجواهر - قدس سرهما - في الرواية من حيث السند والدلالة فهو ما أفاده قال صاحب الجواهر تدئ بقوله: (والرواية - مع كونها من الموثق الذي فيه ما فيه - شاذة، كما في

(١) المهذب ٢: ٣٥٩، وعبارته: (وإذا كان له مملوك فأعتقه وشرط عليه أنه متى خالفه في فعل من الأفعال كان رداً في الرق ، أو كان عليه مال معلوم ، كان الشرط صحيحاً).

(٢) جواهر الكلام ٣٤: ١٢٠، ولعل المقصود به الشيخ الصدوق رحمته؛ فقد قال الفاضل الآبي رحمته في كشف الرموز ٢: ٢٨٦ ما لفظه: (قال دام ظله: « ويجوز أن يشترط مع العتق شيء ، ولو شرط إعادته في الرق إن خالف ، فقولان ، المروي اللزوم ».

هذه رواها الكليني في الكافي والشيخ في التهذيب ، مرفوعاً إلى إسحاق بن عمار وغيره، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يعتق مملوكه ، ويزوجه ابنته ، ويشترط (ويشترط خ) عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق ، قال : « له شرطه » .

وعليها فتوى الشيخ ، وهو مذهب ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه .

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٦٦٢، وقد علق الفاضل الآبي رحمته في المصدر السابق على كلمة أستاذه المحقق تدئ بقوله: (وقال شيخنا في الشرائع : وقيل يبطل العتق ؛ لاشتراط الاسترقاق .

وهو ضعيف ؛ لأن الشرط هنا واقع (وقع خ) بعد العتق ، وما وقفت على القائل به ، وأشار - دام ظله - في الدرس إلى المتأخر ، والله أعلم)، وعنى بالتأخر ابن إدريس .

المحكي من نكت المصنف على النهاية ، فلا يثبت بها الحكم المزبور المخالف لأصول المذهب وقواعده التي منها عدم عود الحر - بعد أن صار حراً - رقاً^(١).

وأما بالنسبة إلى الطلاق فقد قيل بعدم دخول الشرط فيه؛ لكونه أمراً عديمياً، وقد تقدمت الإجابة عليه إلا أننا نضيف هنا: أن المرجع في قابلية الاشتراط وعدمها في الأمور العقلية والعقلانية هو العقل والعقلاء، كما أن المرجع في الأمور الشرعية هو الشارع.

فإذا رجعنا إلى العقل لم نره يمنع من أخذ القيد في الطلاق الذي هو أمر اعتباري بمعنى البيونة؛ فإنه لا مانعاً ثبوتاً من فسخ الطلاق.

وكذلك الحال مع العقلاء؛ فإن المادة في الطلاق والإطلاق وسائر المشتقات واحدة، وهي بمعنى الإرسال والترك وحلّ القيد، ولا محذور عندهم في أخذ الردّ إلى القيد شرطاً وقيداً، ويشهد له أنهم يقولون للمسجون: سوف نطلق سراحك بشرط أن لا تعود إلى الجرم الذي أخذت من أجله وإلا أرجعناك إلى السجن.

فلا تنافي بين الشرط ومفهوم الإرسال من ناحية عقلية وعقلانية.

وأما من ناحية الشارع، فقال المحقق الحلّي تدبّر في طرحه المسألة:

(١) جواهر الكلام ٣٤: ١٢٠، قال المحقق في نكت النهاية ٣: ١٠: (والرواية شاذة، وفي ابن عمار ضعف، وغيره مجهول، وهي منافية للأصول، فينبغي اطراحها، والقول ببطلان العتق الموقوف على الشرط).

(ويشترط في الصيغة تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور،
لم أقف فيه على مخالف منا)^(١).

وعمدة ما استدل به على بطلان الشرط فيه، ومن ثم بطلان الطلاق
المعلق وجهان كما أفادهما صاحب الجواهر **تدئ**:

الأول: إن الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية، فكما لا يعقل تخلف
المسبب عن السبب في الثانية، فكذلك في الأولى إلا ما خرج بالدليل.

الثاني: إن هذا الشرط من الشرائط المخالفة للكتاب والسنة، والمحللة
للحرام؛ ضرورة أنه بعد ظهور الأدلة في ترتب الأثر على السبب الذي
هو الصيغة، فاشتراط تأخره إلى حصول المعلق عليه شرع جديد^(٢).

ثم إن صاحب الجواهر **تدئ** حمل في هذا المقام على الشهيد الثاني **تدئ**
حملة شديدة فقال: (فمن الغريب بعد ذلك كله ميل ثاني الشهيدين في
المسالك إلى الصحة لذلك، وقياساً له على الظهار ونحوه مما ثبت في
الأدلة، مؤيداً له بأن في تعليقه حكمة لا تحصل في المنجز؛ فإن المرأة
قد تخالف الرجل في بعض مقاصده، فتفعل ما يكرهه، وتمتنع مما
يرغب فيه، ويكره الرجل طلاقها من حيث إنه أبغض المباحات إلى الله
تعالى شأنه، ومن حيث إنه يرجو موافقتها، فيحتاج إلى تعليق الطلاق
بفعل ما يكرهه أو ترك ما يريده، فإما أن تمتنع فيحصل غرضه، أو
تخالف فتكون هي المختارة للطلاق... إلى قوله:

(١) شرائع الإسلام ٣: ٥٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٧٨ - ٧٩.

وهو كما ترى لا يرجع إلى محصل ينطبق على أصول الإمامية، وإنما هو مناسب لخرافات العامة، ولذا أطبقوا على الجواز فيه، وملئوا كتبهم من فروعهم، والحمد لله الذي عافانا من كثير مما ابتلى به خلقه، ولو شاء لفعل، وكأن خلو نصوصنا من هذا الخرافات والحصر بالصيغة المنجزة للتعريض بهم..^(١).

والإنصاف أن صاحب الجواهر تذت لم يعط كلام الشهيد الثاني تذت حقه من التأمل؛ وذلك لأن الشهيد الثاني تذت قد تعرض لعدة أمور قبل بيان ما علق عليه صاحب الجواهر رحمته:

فأولاً: أشار إلى أمرين مهمين في كلام المحقق تذت، يدركهما من له معرفة بلحن كلامه رحمته، ومن له معرفة بطريقة الفقهاء - قدس الله أسرارهم - في بيانهم للأمر، وهما:

قوله: (نبه بقوله: «على قول مشهور» على ضعف مستنده؛ فإنه ليس عليه نص، وإنما أوردوا عليه أدلة ظاهرية..).

وقوله: (وقول المصنف: «لم أقف فيه على مخالف» يخرج به عن دعوى الإجماع عليه؛ فإن عدم الوقوف على المخالف لا يكفي في تحقق الإجماع الذي يصير حجة من حيث دخول المعصوم في جملة أقوالهم؛ لجواز أن يكون هناك قائل بوقوعه كذلك ولم يقف المصنف

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٧٩ - ٨٠

على قوله، ومن الأصحاب من اعتدّ بمثل ذلك في ثبوت الإجماع وحجّيته، بل صرّح ابن إدريس هنا بثبوت الإجماع).

وثانياً: استدل على مدعاه بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع، أعم من كونه منجزاً ومعلّقاً على شرط.

وثالثاً: تعرّض إلى مخالفة هذا الشرط للكتاب وعدمها؛ حيث قال: (وسيأتي أن الظهار يصح تعليقه على الشرط، وبه نصوص تفيده، وذلك يؤنس بقبول مثل هذه الأحكام التعليق في الجملة).

وجهة الأنس أن كلاً من الظهار والطلاق إيقاع، فالطلاق ولو لم يتم دليل إثباتي على قبوله للشرط إلا أنه لا محذور ثبوتاً في قابليته له، كما يستنتج من قيام الدليل في الظهار.

ورابعاً: تعرّض لخلاف الفقهاء في الإيلاء، واستدل في المقام بدليل المجوزين هناك؛ حيث قال: (واختلفوا في وقوع الإيلاء معلّقاً، ومن جوّزه - كالشيخ^(١) والعلامة في المختلف^(٢) - احتج عليه بعموم القرآن

(١) يشير إلى ما ذكره الشيخ تدنُّر في المبسوط ٥: ١٧ في الإيلاء بقوله: (إذا قال: والله لا أصبتك خمسة أشهر، فإذا انقضت فوالله لا أصبتك سنة، فهما إيلاءان ويمينان مختلفان، إحداهما خمسة أشهر، والأخرى سنة، والأولى مطلقة معجلة، والثانية معلّقة بصفة، فإذا وجدت الصفة انعقدت كقوله: إذا قدم زيد فوالله لا وطئتك سنة، فمتى قدم زيد انعقدت الإيلاء.

وليس هذا يجري مجرى الطلاق والعتاق اللذين قلنا: لا يقعان بصفة؛ لأن هناك منعنا فيه إجماع الفرقة، وليس هاهنا ما يمنع منه، والظواهر يتناوله).

(٢) قال العلامة في المختلف ٧: ٤٥٠ - ٤٥١: (مسألة: اختلف قول الشيخ في الإيلاء هل

الدال على وقوعه من غير تقييد، السالم عن المعارض.

وهذا الدليل وارد هنا، وعموم « المؤمنون عند شروطهم » يشمل الجميع^(١).

وبعد هذا كله تعرض للحكمة المشار إليها في كلام صاحب الجواهر تدئ فقال: (وفي تعليقه حكمة لا تحصل بالمنجز؛ فإن المرأة...، إلى آخر ما نقله الجواهر)^(٢)، فترك صاحب الجواهر تدئ أدلة الشهيد الثاني تدئ وحمل على هذه الجملة من كلامه، والإنصاف أن ما أفاده الشهيد تدئ موافق لمقتضى القاعدة والصناعة، وكان على صاحب الجواهر تدئ أن يناقشه في أدلته، ولم يفعل.

وأما ما أفاده تدئ في مقام بيان بطلان التعليق من قياس الأسباب

يقع بشرط؟ قال في الخلاف: الإيلاء لا يقع بشرط، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، واستدل بإجماع الفرقة وأخبارهم، والأصل براءة الذمة، وثبوت الإيلاء بشرط يحتاج إلى دليل.

وقال في المبسوط: إذا قال: والله لا أصبتك خمسة أشهر... إلى قوله المتقدم: والظواهر يتناوله.

وابن حمزة، وابن زهرة، وابن إدريس وافقوا الشيخ في الخلاف.

والوجه ما قاله الشيخ في المبسوط.

لنا: عموم القرآن السالم عن المعارض.

(١) مسالك الأفهام ٩: ٩٠ - ٩١.

(٢) مسالك الأفهام ٩: ٩١ - ٩٢.

الشرعية على الأسباب العقلية فلا برهان عليه، وهو إن لم يكن أضعف مما أورده الشهيد تذت فليس بأقوى منه، ولا يصلح لتقييد الإطلاق الذي استدل به الشهيد رحمته على مدعاه، فالإطلاق محكم.

نعم، ما يصلح لتقييد الإطلاق هو الإجماع، وقد هدمه الشهيد تذت في كلامه الأول، فيسلم الإطلاق عن المقيّد، وهذا ما أرادته تذت، وهو يكشف عن مدى دقته وعلو فقاوته ^(١).

والحاصل: أن ما أفاده الشهيد تذت متين جداً، وأن ما أفاده صاحب الجواهر تذت من ردّ الحكمة، وأنها من خرافات العامة متين أيضاً، إلا أنه لم يناقش في استدلال الشهيد تذت، وكان عليه التعرض له.

ونتيجة ما تقدم: أن الطلاق قابل للاشتراط عقلاً وعقلاء، فإن ثبت الإجماع على عدم صحة التعليق فيه فهو، وإلا فلا دليل على مبطليته.

ثم إن البعض استدل على عدم صحة شرط الخيار في الطلاق: بأن لازمه أن يصح إرجاع المطلقة بشرط الخيار - بعد أن تتزوج من آخر - إلى الزوجية الأولى، وذلك بفسخ الطلاق، وهو باطل جزماً.

(١) نعم، ربما يظهر منه في أحكام الخيار خلاف ما ذكره هنا؛ إذ قال في التعليق على كلام المحقق تذت: « وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف، وكذا الإبراء والطلاق والعتق، إلا على رواية شاذة »: (وأما استثناء ما ذكر، فلأن النكاح لا يقصد فيه المعاوضة، والوقف إزالة ملك على وجه القرية، ومثله العتق، وقريب منه الإبراء. وهذه المواضع محل وفاق، وهو الحجة، وأما التعليق فلا يصلح لتخصيص النص العام، وكذا القول في الطلاق، وفي معناه الخلع والمباراة..). مسالك الأفهام ٣: ٢١٢.

وفيه: أن الدليل أخص من المدعى؛ فإن للقائل بإمكان الاشتراط أن يستثني هذا المورد، فيقول بصحة اشتراط الخيار في الطلاق إلى أن تتزوج.

وبعبارة أخرى: إن الإشكال إنما يرد في ما لو قيل بإمكان اشتراط الخيار في الطلاق حتى بعد أن تتزوج المطلقة بزواج آخر، ولكن بإمكان الشهيد الثاني تتو - الذي قال بعدم تمامية الأدلة التي استدلت بها على بطلان الشرط، وبكون مقتضى إبطال الأدلة الصحة - أن يجيب عن الإشكال هنا بأن مقتضى الأدلة الدالة على أن النكاح الواقع لا يرفع إلا بالطلاق هو تخصيص عموم دليل الشرط من ناحية المورد الذي يلزم منه هذا التالي الفاسد^(١).

(١) نقل بعض الحضار كلام السيد اليزدي تتو ولفظه: (والظاهر تحققه - الإجماع - بالنسبة إلى الطلاق؛ فإن الرجوع وإن كان فسخاً إلا أنه إذا كان في الأول والثاني فلا حاجة فيه إلى اشتراط الخيار، وإن كان في الثالث فليس مشروعاً، سواء كان بعنوان اشتراط الخيار أو بغيره وكذا في كل طلاق بائن). حاشية المكاسب ٢: ٤٩٦.

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - بما حاصله: أن الرجوع حكم، والشرط حق، والجواز الحقي في موارد الجواز الحكمي لا لغوية فيه؛ فإن له أثراً كجواز إسقاطه والمصالحة عليه، بخلاف الجواز الحكمي. نعم، لو كان الحكم الثاني متحداً مع الأول للزم اللغو، ولكنه ليس كذلك.

وأما الطلاق الثالث فمما لا شك فيه أنه لا يرفع بالشرط حتى عند من يقول به كالشاهد الثاني تتو.

في جريان خيار الشرط في ما يلحق الإيقاعات

هذا تمام الكلام في الإيقاعات، وأما ما يلحقها مما يعطي نتيجتها كالصلح المفيد فائدة الإبراء، والصلح على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها، فهي بحكم الإيقاعات في عدم قابليتها للاشتراط عند الشيخ تذت^(١).

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ ورده

وأورد عليه المحقق الأصفهاني تذت: بالنقض ببيع الدين على من هو عليه؛ فإنه يفيد فائدة الإبراء، ومع ذلك يجوز فيه شرط الخيار بلا إشكال.

توضيح ذلك: إن الفقهاء اختلفوا في الصلح على مبنيين:

الأول: أنه عقد مستقل في جميع الحالات إلا أنه تارة يفيد فائدة البيع كما لو كانت المصالحة على متاع بعوض، وأخرى يفيد فائدة الإجارة كما لو كانت المصالحة على المنفعة بعوض، وثالثة يفيد فائدة العارية كما لو كانت المصالحة على الانتفاع.

الثاني: أنه عقد مستقل في خصوص مورد المنازعة، وأما في ما عداها فهو بيع إن كان متعلقه ملكية العين بالعوض، وإجارة إن كان متعلقه ملكية المنفعة بالعوض، وعارية إن كان متعلقه الانتفاع مجاناً، أي يتعنون بالعنوان الذي يفيد فائدته.

أما على المبنى الثاني فالصلح المفيد فائدة الإبراء إبراء، فيجري عليه حكمه من عدم جريان شرط الخيار فيه، وأما على المبنى الأول - وهو

(١) المكاسب ٥: ١٥٠.

مقتضى التحقيق - فهو صلح وإن أفاد فائدة الإبراء، فيجري فيه الشرط، ولكن يلزم على كلام الشيخ تدبر أن لا يصح شرط الخيار فيه، فينقض بيع الدين على من هو عليه؛ إذ هو بيع ولكنه يفيد فائدة الإبراء فيلزم أن يمنع دخول الخيار فيه، مع أنه يجري فيه شرطه بلا إشكال^(١).

وفيه: أن الصلح على نحوين؛ إذ تارة يشتمل على العوض، كما لو قال: صالحتك عما في ذمتك بكذا، وأخرى لا يشتمل عليه، كما لو قال: صالحتك عما في ذمتك بدون أي مقابل، والأول صلح معاوضي ويدخل فيه شرط الخيار وإن كانت نتيجة الإبراء، وأما الثاني فهو الذي لا يدخل فيه الخيار، ولا ينقض عليه بيع الدين على من هو عليه؛ لأنه معاوضة وبيع حقيقة وواقعاً وإن أفاد فائدة الإبراء من حيث النتيجة، بخلاف الصلح بدون عوض؛ فإنه ليس بمعاوضة أصلاً، بل إبراء بإنشاء الصلح.

نعم، ينبغي ملاحظة الإشكالات الواردة على خيار الشرط في الإيقاعات، لنرى هل تأتي في مثل الصلح المفيد فائدة الإيقاع أو لا؟ وما ذكر من الإشكال اثنان:

الأول: أن الشرط التزام معلق على التزام الطرف الآخر، وبما أنه ليس في الإيقاع طرف آخر فلا يقع فيه الشرط.

وهو مندفع عن الصلح؛ لأنه عقد مركب من الإيجاب والقبول حتى

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢٢٢ - ٢٢٣.

ولو لم يكن معاوضياً.

الثاني: الإجماع على عدم دخول شرط الخيار في الإيقاعات.

وهو دليل لبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص الإيقاع،

فلا يشمل العقد المفيد فائدته.

وعليه، فحتى لو قلنا بعدم دخول شرط الخيار في الإيقاع لم يكن

هناك سبيل إلى القول به في الصلح المفيد فائدته؛ فمقتضى القاعدة

صحته فيه^(١).

والنتيجة إلى هنا:

١- أنه لا إشكال ثبوتياً في أخذ شرط الخيار في الإيقاع؛ إذ لم ينهض

دليل عقلي على الامتناع.

٢- أنه لا إشكال من ناحية العرف فيه، وقد أجبنا عن إشكال المحقق

الخراساني **تدئ** بذلك.

(١) قيل للشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن شرط الخيار في الصلح ينافي الغرض منه.

فأفاد: أولاً: بعدم المنافاة بينهما؛ إذ يمكن أن يرفع أحد المتخاصمين دعوى على خصمه،

فيطلب منه إسقاطها، ويخاف المدعي من أذيته له بعد الإسقاط، فيقول له: أنا أصالحك

على إسقاط الدعوى بشرط الخيار لي في ما لو رجعت إلى أذيتي، وفي مثله لا ينافي

الغرض من الصلح أصلاً.

ثانياً: إن الغرض غرضان: غرض الطرفين، والغرض من التشريع، أما الثاني فالشرط

المنافي له باطل؛ لكونه شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، وأما الأول فإن كان الغرض إسقاط

الدعوى بالمرّة فلا يعقل الشرط، فيكون الغرض من الشرط هو تزلزل الأمر لكي يحصل

على غرض آخر.

- ٣- أن النص دلٌّ في العتق على قابليته للشرط.
- ٤- أن الدليل في الطلاق والإبراء ينحصر في الإجماع، ولا شك في قيام الدعوى به، ولكنه لم يثبت كما نقلنا كلام الشهيد الثاني تدُّ في استفادته من كلام المحقق.
- ٥- أن المتيقن من ناحية الأقوال ذهاب المشهور إلى ذلك.
- ٦- أن مقتضى القاعدة عدم المنع منه ولكن الأحوط في مقام الفتوى عدم الاشتراط.
- نعم، يمكن دعوى قيام سيرة المتشرعة على عدم أخذ شرط الخيار في الطلاق، بخلاف العتق والإبراء؛ فإنه لا وجه لدعواها فيهما. هذا كله في ما يرتبط بالإيقاعات.

أقسام العقود عند الشيخ من حيث دخول خيار الشرط فيها

وأما العقود فقد قسمها الشيخ تدُّ إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما لا يدخله شرط الخيار بالاتفاق.

وهو: عقد النكاح

وقد أقام تدُّ على دعواه - بعد دعوى الاتفاق على عدم دخول خيار الشرط فيه، وحكاية الإجماع عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك - دليلين:

الدليل الأول: توقف ارتفاع النكاح شرعاً على الطلاق، فلا مجال إلى

الشرط فيه.

الدليل الثاني: عدم مشروعية التقايل فيه، وكل ما لم تشرع الإقالة فيه لا يشرع فيه الشرط^(١).

مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل الأول للشيخ وردّها

أما الدليل الأول فقد أورد عليه المحقق الأصفهاني **تدئ**: بأن حقيقة الفسخ تختلف ذاتاً عن الطلاق؛ فإن حقيقة الطلاق بينونة الزوجة وفراقها عن الزوج، ويلزمه ارتفاع علقه الزوجية، والفسخ نفس رفع العلقه وعود الأمر إلى ما كان، ولذا يتعلّق الفسخ بعلقة الزوجية، والطلاق بالزوجة، وحينئذٍ فلا محذور في جريان الطلاق والفسخ في النكاح؛ للاختلاف الذاتي بينهما، وتعدّد متعلقيهما^(٢).

وفيه: أنه إنما يرد على الشيخ **تدئ** لو كان للطلاق عمل آخر غير الفسخ، ولكن ما نلاحظه في النصوص خلاف ذلك؛ فإن الوارد فيها التعبير عن الفسخ بأربعة تعبيرات:

الأول: الردّ، أي أن الفسخ ردّ الزوجة، وهو وارد في روايات كثيرة^(٣).

الثاني: الطلاق، كما في رواية غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه،

(١) المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) حاشية المكاسب ٤: ٢٢٣ - ٢٢٤.

(٣) مثال ذلك ما ورد في الوسائل، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١: عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله **عليه السلام** قال: « المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص، والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل، ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا ».

عن علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء، قال: « إن كان لم يدخل بها ولم يتبين له فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، ولا صداق لها، وإذا دخل بها فهي امرأته »^(١).

وعلق عليها صاحب الوسائل تدئ بقوله: (حمل الشيخ الطلاق هنا على المعنى اللغوي دون الشرعي لما تقدم ويأتي...)^(٢).

وقال أيضاً في التعليق على الحديث الأول من الباب الثالث: (الطلاق هنا مستعمل بالمعنى اللغوي لما مضى ويأتي).

الثالث: الفراق، والتفريق، والمفارقة^(٣).

الرابع: التسريح^(٤).

(١) الوسائل، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١٤.

(٢) وقوله: لما تقدم ويأتي، إشارة إلى ما ورد في الحديث ٥ من نفس الباب: « فإنها ترد على أهلها من غير طلاق »، والحديث ١ من الباب ٢.

(٣) مثال ذلك ما جاء في الوسائل، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٨: عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) عن عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر، عن أخيه قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل وهي رتقاء، قال: « يفرق بينهما ولا مهر لها ».

(٤) الوسائل، الباب ٣ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٣: عن الحسن بن صالح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً، قال: « هذه لا تحبل وينقبض زوجها من مجامعتها ترد على أهلها »، قلت: فإن كان قد دخل بها؟ قال: « إن كان علم قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم إلا بعدما جامعها، فإن شاء بعد أمسكها، وإن شاء سرحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحلت من فرجها ».

ومجموع هذه التعابير يكشف عن وحدة الحقيقة بين الطلاق والفسخ، وأنه ليس بينهما اختلاف ذاتي، فكما أن الطلاق إخلاء سبيل المرأة فكذلك الفسخ، ولهذا عبّر عن الفسخ بالطلاق، وبالمفارقة والفراق، وعبّر في المتون الفقهية عن كتاب الطلاق بكتاب الفراق، فإذا عبّر في النصوص عن الطلاق والفسخ بالبينونة والفراق، وعن الفسخ بالتسريح الذي عبّر به عن الطلاق في قوله تعالى: ﴿أَوْتَسْرِحُ بِإِحْسَنِ﴾^(١) فهو أقوى شاهد على عدم الاختلاف الذاتي بينهما، وإلا لم يكن وجه للتعبير عن كليهما بلفظ واحد وعنوان فارد.

وأما استشهاده على الاختلاف الذاتي بينهما بتعلق الطلاق بالزوجة، وتعلق الفسخ بالعقد، فلعله استفاده من تعبيرهم في تعريف الخيار بأنه ملك فسخ العقد.

ولكن المتبع النص، وقد لاحظنا تعلق الفسخ بالزوجة كتعلق الطلاق بها.

الناقشة في الدليل الأول للشيخ

نعم، يرد على الشيخ **تدئ**: أنه لا إشكال في كون الطلاق رافعاً لعلاقة الزوجية، ولكن ما هو الدليل على انحصار الرفع فيه؟ فإن غاية ما يستفاد من دليله أنه رافع للنكاح، ولا يدل على نفي رفع غيره له، فلو ثبت الانحصار فيه لكان شرط الخيار مخالفاً للسنة، وإلا فلا.

(١) سورة البقرة: ٢٢٩.

بل قام الدليل على ثبوت ارتفاع النكاح بالفسخ في العيوب، فثبت بذلك أيضاً قابليته للرفع بغير الطلاق، وإذا شككنا في رفعه بالشرط أمكن التمسك بدليل الشروط؛ فإنه يشملها بعمومه، ولا مقيد له إلا أن يثبت انحصار رفع النكاح بالطلاق ليثبت أن الشرط مخالف للسنة، ودليل الشيخ تدئ لا يثبت إلا جهة الإثبات للطلاق، لا جهة النفي عن غيره.

الناقشة في الدليل الثاني للشيخ

وأما الدليل الثاني للشيخ تدئ فقد تبناه غير واحد من الأعلام، كالمحقق النائيني تدئ؛ حيث قال: بأن اللزوم في النكاح حكمي لا حقي، كما يكشف عنه عدم مشروعية الإقالة فيه؛ فإنها والخيار توأمان، وما لم يكن حقياً لم يأت فيه شرط الخيار^(١).

وقد أوضحه المحقق الإيرواني تدئ ببيان مقدمتين:

الأولى - وهي الكبرى - أن العقد الذي يدخل فيه الفسخ والخيار هو الذي يكون الاختيار فيه للمتعاقدين حدوثاً وبقاءً، لا حدوثاً فقط، ومعنى ذلك أن يكون كل واحد منهما مالكاً للالتزام الآخر، كما في البيع؛ فإن كل واحد من المتبايعين يعطي التزامه للآخر فيملكه، وأما النكاح فليس فيه تمليك التزام، فهو وإن كان إحداثه باختيار الزوجين إلا أنه ليس

(١) منية الطالب ٣: ١٠٤.

باختيارهما بقاء حتى يقع فيه الخيار.

الثانية - وهي الصغرى - أن الكاشف عن كون العقد باختيار المتعاقدين وعدمه هو دخول الإقالة فيه وعدمه، فإن كان مما تدخل فيه الإقالة فهو باختيارهما، وإن لم تدخل فيه لم يكن باختيارهما، والنكاح لا تدخله الإقالة فلا يأتي فيه الخيار^(١).

وفيه: أما ما أفاده في الكبرى، فيتوقف على أن حقيقة الفسخ أن يملك كل واحد من الطرفين التزام الطرف الآخر، وهو غير تام؛ لأن الفسخ يقع في النكاح بسبب العيوب الموجبة له، وتختلف شرط البكارة، أو شرط الحرية، مع أن الزوجة لا تملك فيه التزاماً لتملكه للزوج.

وأما ما أفاده في الصغرى - وهو الذي أفاده المحقق النائيني تدُّ أيضاً من أن الإقالة والخيار توأمان - فمجرد دعوى لا دليل عليها؛ إذ لا ملازمة عقلية بينهما كما هو ظاهر، ولا شرعية؛ لعدم الدليل الخاص على ذلك، بل ولا الدليل العام من لفظ أو قاعدة أو أصل، والدليل الشرعي لا يخلو من أحدهما^(٢).

وأما ما أفاده المحقق النائيني تدُّ لبيان التوأمية والملازمة فهو مركب

(١) حاشية الإيرواني ٣: ١١٣.

(٢) قال بعض حضار مجلس البحث: بأن الاستقراء دليل على هذه الملازمة.

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن الاستقراء في الأمور الشرعية - كالأستقراء في الأمور التكوينية - غير حجة ما لم يكشف عن العلة الرابطة بين الأفراد، وإلا كان ظنياً، والظن لا يغني عن الحق شيئاً.

من كبرى وصغرى أيضاً.

أما الكبرى فهي: أن اللزوم تارة يكون حقاً وأخرى حكماً، فمتى كان حقاً جاز جعل الخيار فيه، ومتى كان حكماً لم يجز.

وأما الصغرى فهي أن الدال على كون اللزوم حكماً أو حقياً هي مشروعية الإقالة وعدمها، فإن كان العقد يقبل الفسخ برضا الطرفين كان اللزوم حقياً، وإن لم يقبله كان حكماً.

وبعبارة أخرى: إن اللزوم إن نشأ من الدليل اللفظي - وهو قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهو حقي يقبل جعل الخيار، وإن نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكمي لا يقبل جعل الخيار.

وفيه أولاً: أن ما به الامتياز بين الحق والحكم أمران:

الأول: أن الحق يقبل الإسقاط بخلاف الحكم.

الثاني: أن الحق ينتقل للوارث؛ بمقتضى « ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه »، بخلاف الحكم.

ولا ينطبق شيء منهما على اللزوم في العقد؛ إذ ليس لزوم العقد مما يقبل الإسقاط، كما لا يقبل الانتقال بالإرث، فقوام الحقيقة قبول هذين الأمرين، واللزوم لا يقبلهما وإن كان يصح فسخ العقد برضا الطرفين، فالفسخ شيء، والإسقاط شيء آخر.

وثانياً: أن قوله: إن اللزوم إن كان ناشئاً من ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهو حقي،

وإن كان ناشئاً من العنوان فهو حكمي، ففيه احتمالان ناشئان من أن في الآية موضوعاً وهو « العقود »، وحكماً وهو « أوفوا »، والاحتمالان هما:

الأول: أن يكون المراد أن اللزوم الناشئ من ﴿ أَوْفُوا ﴾ حقي.

وفيه: أن في الآية مبنيين:

أحدهما: أنها تدل على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء الملازم للحكم الوضعي، وهو ليس بحق ولا يقتضيه، بمعنى أنها لا تفيد حصول الحق الذي لصاحبه الإسقاط والإرث.

وثانيهما: أنها إرشاد إلى اللزوم، بمعنى أن العقود لازمة، وهو لا يقتضي الحق؛ لكونه أعم؛ فإنه يجتمع مع الحق ويفترق عنه.

الثاني: أن اللزوم ناشئ من العقدية، وكل ما ينشأ منها فهو حقي بخلاف الناشئ من العنوان فهو حكمي، وهو الأنسب بالمطلب.

وله وجه، إلا أنه يشكل بأن العقد - سواء كان بمعنى الالتزام المربوط بالتزام آخر، أي الإيجاب المربوط بالقبول، أو كان بمعنى العهد المشدد - لا ملازمة بينه وبين الحقيقة؛ إذ أي ملازمة بين العقد بما هو عقد وبين كونه حقاً؟!

وعليه فالدعوى سواء كانت أن منشأ الحقيقة هي ﴿ أَوْفُوا ﴾، أو هي العقدية، فهي مجرد دعوى بلا دليل.

إشكال المحقق الخوني على جريان الشرط في النكاح

ذهب المحقق السيد الخوني تذيلاً إلى أن شرط الخيار في النكاح فاسد

ومفسد حتى لو لم نقل بإفساد الشرط للمشروط في غير المقام؛ لأن الأمر هنا يختلف؛ وذلك لأن النكاح في الشريعة الإسلامية على نحوين: النكاح المنقطع، والنكاح الدائم، والنكاح بشرط الخيار خارج عن كليهما فيفسد.

أما خروجه عن النكاح المنقطع؛ فلأنه المؤقت بأجل مسمى، والنكاح بشرط الخيار غير مؤقت بأجل مسمى.

وأما خروجه عن النكاح الدائم؛ فلأنه غير المؤقت بشيء، والنكاح بشرط الخيار مؤقت بعدم الشرط؛ فإن مرجع الاشتراط في العقود إلى تضيق دائرة المنشأ وجعله على قسم خاص وكونه مقيداً بعدم الفسخ، فتكون الزوجية محدودة إلى زمان الفسخ فتتنافى مع الدوام قهراً.

وإذا خرج هذا النحو من النكاح عن القسمين المذكورين كان الشرط مخالفاً للشرع فيكون فاسداً، ويكون مفسداً للنكاح؛ لعدم تشريعه أصلاً.

نعم، لو كان التوقيت بما وقت به الشارع كالطلاق، والعيوب الخمسة فلا مانع منه؛ فإنه أمر تعبدى بحيث لو صرح الزوجان من الأول به فقالت المرأة: زوجتك نفسي إلى أن تطلقني أو إلى أن يظهر عيب من العيوب لكان صحيحاً أيضاً^(١).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٧٢.

المناقشة في كلام المحقق الخوني

وهذا الوجه - على قوته - إلا أنه مدخول:

أولاً: بأن هناك فرقاً بين انحصار المعهود في الشريعة في هذين القسمين، وبين انحصار المشرع في الشريعة فيهما، والمفيد في الاستدلال إثبات المعنى الثاني؛ لأنه يحمل الإثبات لهما والنفي عن ما عداهما، ولكنه لا دليل على هذا الانحصار إلا ما ربّما يظهر من موثقة عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث: « إن سمّي الأجل فهو متعة، وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات »^(١).

كما ذكرها في الوسائل في الباب العشرين من أبواب المتعة، وهي جزء من حديث ذكر صدره في الباب التاسع عشر وهو: « ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز »^(٢).

ولكنها ناظرة إلى ذكر الأجل من حيث الزمان، وعدم ذكره من هذه الحثية.

وبعبارة أخرى: إن مدلول الرواية هو أن المؤقت بوقت خاص كيوم وشهر وشهرين متعة، وغير المؤقت بوقت خاص من حيث الزمان نكاح بات.

وبما أن النكاح بشرط الخيار غير مؤقت من حيث الزمان؛ إذ لم يسمّ

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

فيه الأجل؛ فإن جعل الخيار ليس تسمية له، فيكون باتاً، فلا تدل الرواية على مطلوب المحقق السيد الخوئي قدس.

وثانياً: سلمنا بأن هذا النوع من النكاح خارج عن كلا القسمين، ولكن النصوص الشرعية إنما تثبت - بحسب الاسقراء - شرعية القسمين، ولا مفهوم لها لتنفي شرعية النكاح بشرط الخيار.

نعم، هو غير معهود في الشريعة، ولا يوافق ما في النصوص الخاصة، وعدم معهوديته شيء، وعدم شرعيته شيء آخر، وعدم موافقته لما ثبت من النصوص إنما يقتضي فساده في ما لو لم يوجد دليل عام يدل عليه؛ فإن الأصل في المعاملات الفساد، وأما إذا وجد الدليل العام عليه فهو حاكم على الأصل، والعموم موجود في المقام وهو « المؤمنون عند شروطهم » مع ضم استصحاب العدم الأزلي إليه.

توضيح ذلك: أن شرط الخيار - كسائر الشروط في سائر المعاملات - ينطبق عليه عنوان العام بلا إشكال، ولا مانع من التمسك به إلا أحد أمرين: مخالفته لمقتضى العقد، أو مخالفته للكتاب والسنة؛ لاستثناء المخالف لهما من تحت العموم.

أما الأول فمتف قطعاً؛ لعدم مخالفة شرط الخيار لمقتضى عقد النكاح، بل أخذه فيه فرع ثبوته، فهو مؤكد له لا ناف؛ فإن المخالف لمقتضى العقد من قبيل البيع بشرط عدم الثمن.

وأما الثاني فهو متف بالأصل؛ وذلك لأننا نشك في كون هذا الشرط

مخالفاً لهما، فنجري استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما بالأصل الأزلي،
فيتفتح موضوع الدليل العام، وهو الشرط الذي لم يكن مخالفاً للكتاب
والسنة، فلا يقع فاسداً.

فتحصل إلى هنا: أن جميع الإشكالات التي أوردت على شرط الخيار
في النكاح مندفة، فلا يبقى إلا الإجماع، وهو قوي لولا أنه مدركي^(١)،
فمقتضى القاعدة صحته، ولكن الاحتياط في مقام الفتوى يقتضي عدم
اشتراطه فيه هروباً عن مخالفة الإجماع^(٢).

القسم الثاني: ما اختلف في دخول الشرط فيه

وهو أمور، منها:

(١) قال السيد العاملي تذيلاً في مفتاح الكرامة ١٤: ٢١٨: (أما النكاح فلا يجري فيه خيار
أصلاً إجماعاً كما في الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك؛ لمشاكلته
العبادة، وابتنائه على الاحتياط التام، وسبق التروي فيه على العقد، وتوقف رفعه على رافع
مخصوص فلا يرتفع بغيره).

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظلّه - في مقام الجواب على سؤال بأن سيرة المتشركة قائمة
على عدم شرط الخيار في النكاح كما هو الحال في الطلاق - ما حاصله: إن بين الطلاق
والنكاح فرقاً؛ فإن السيرة ثابتة في الطلاق، وأما في النكاح فالسيرة وإن كانت ثابتة إلا أنها
مستندة إلى فتاوى الفقهاء فلم يحرز اتصالها بزمن المعصوم ^{عليه السلام} فلا تفيد.

وأما دعوى استفادتها من أدلة حصر أسباب الفسخ بالعيوب، من قبيل: لا ترد الزوجة إلا
من هذه العيوب.

فمدفوعة بأن هذا الحصر إضافي بالنسبة إلى العيوب لا مطلقاً، أي أن النكاح لا يفسخ إلا
من هذه العيوب الخمسة، لا من غيرها من سائر العيوب، وليس الحصر حقيقياً ليتنفي
الفسخ بشرط الخيار.

الوقف

واختلف فيه، ف قيل إنه من العقود، وقيل إنه من الإيقاعات، وقيل بالتفصيل بين الوقف الذي نتيجته التملك وبين الوقف الذي لصرف المنفعة.

فإن قلنا بأنه من الإيقاعات، وأن الإيقاعات مطلقاً لا يدخلها الشرط فلا بحث فيه.

وأما إذا قلنا بأنه من العقود، أو قلنا بأنه من الإيقاعات ولكن لم نقل بعدم دخول الشرط في الإيقاعات مطلقاً فيقع البحث في دخول الشرط فيه، وقد استدلل للقول بعدم دخوله فيه بعدة وجوه:

أدلة عدم دخول الشرط في الوقف

الوجه الأول: أنه يعتبر فيه القربة، وما كان لله تعالى لا يقبل الرجوع.

وفيه: أولاً: أن مقتضى الإطلاق عدم اعتبار قصد القربة في الوقف، وإنما يعتبر في الصدقة، وهي أعم من الوقف؛ فإنه إن قصد به القربة كان صدقة، وإن لم يقصد به كان وقفاً لا صدقة.

وثانياً: أنه على فرض اعتبار قصد القربة في الوقف، فهل ينافيه شرط الخيار؟

هذا ما سيأتي في البحث في الصدقة إن شاء الله تعالى.

ولو شك في الاعتبار وعدمه كانت المسألة من صغريات بحث

التعدي والتوصلي المبحوث في الأصول^(١).

الوجه الثاني: أن الوقف فك ملك بغير عوض، فلا يقبل شرط الخيار

وفيه: أولاً: أن الوقف وإن اختلف في حقيقته إلا أن الموافق لأقوال الفقهاء وما في النصوص أنه ليس فك الملك، وإنما هو تحبيس العين وتسبيل الثمرة، وهو الموافق للمفهوم من كلمة الوقف؛ فإن وقف الأرض جعلها متوقفة عن التصرفات فيها بالبيع والهبة وما شاكل ذلك، ويستلزم ذلك الملكية أحياناً، كالوقف على الذرية، وعلى العناوين كالوقف على العلماء؛ فإنه تمليك للعنوان نظير الفقراء في الزكاة، وأما الوقف على مثل أن يصرف في عزاء سيد الشهداء عليه السلام فليس لازمه التمليك.

فالمنشأ في الوقف ليس هو فك الملك، وإنما هو حبس العين ولازمه أحياناً الخروج عن ملكيته وتمليك الآخر.

(١) قال بعض الحضار: يمكن الاستدلال بروايات أوقاف الأئمة عليهم السلام؛ فإنهم ذكروا القربة، ويشير إلى مثل ما ورد في الوسائل، الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٣: عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: بعث إلي بهذه الوصية أبو إبراهيم عليه السلام: « هذا ما أوصى به، وقضى في ماله، عبد الله علي، ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة، ويصرفني به عن النار، ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه، وتسود وجوه: إن ما كان لي من مال بينع، يعرف لي فيها وما حولها صدقة.....».

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله: بعدم المنافاة لما قلناه؛ لأننا قلنا بأن الوقف على قسمين: ما يقصد به التقرب فيسمى صدقة، وما لا يقصد به فهو وقف لا صدقة، فلا تدل الرواية وأمثالها على اشتراط القربة في جميع الأوقاف كما هو المدعى.

وثانياً: سلّمنا بأن الوقف فكّ الملك، بمعنى ارتفاع وزوال إضافة الملكية التي بين المالك والمملوك، إلا أنه لا يلزمه عدم جواز اشتراط خيار الفسخ، فلا بدّ من إقامة الدليل - عقلاً أو شرعاً - على عدم جواز إرجاع الملك إلى مالكة بعد انفكاكه عنه، فالطلاق مثلاً فكّ العلقة الزوجية ولكنها ترجع في الطلاق الرجعي بالرجوع، فلتكن الملكية كذلك.

نعم، جواز الرجوع بعد الانفكاك - كعدم جوازه بعده - يحتاج إلى إثبات، وذلك أمر آخر، أي ليس من جهة كونه فكّ ملك فلا يقبل الرجوع.

الوجه الثالث: موثقة إسماعيل بن الفضل

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث »^(١).
فإن المستفاد من جملة « ترجع إلى الميراث » أن الوقف غير قابل لشرط الخيار، إلا أن الشيخ قدس سرّه تأمّل في دلالتها على المدعى، وهو الحق، ووجه التأمل أمران:

أحدهما: أن الرجوع في الرواية مشروط بشرط النتيجة، ومحل الدعوى شرط الفعل، وبين مورد الرواية ومورد البحث اختلاف

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٠، الحديث ٦١٢.

موضوعي.

وثانيهما: أن في الرواية شبهة الوقف على النفس، كما ربما يستفاد ذلك من قوله: (إن احتجت إليها فأنا أحق بها)، والمدعى أن يوقفه على الغير ويكون له السلطنة على الإرجاع.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوني

وحاصله: (أن الوقف على قسمين:

١- أن يكون تحريراً فكاً للملك كالمساجد ونحوها، فهو مثل العتق، فيكون من الأمور العدمية، فالوقف يعدم الملكية ويفكها ويجعلها محررة، ويجري فيه جميع ما ذكرناه في الطلاق والعتق والإبراء، فلا يمكن جعل الخيار فيه؛ لكونه منافياً لمفهوم التحرير بحسب الارتكاز العرفي؛ فإنه لا معنى للتحرير مع كونه مختاراً في إرجاعه إلى ملكه.

٢- ما كان من قبيل التملك كأوقاف الخاصة، والظاهر أنه مبني على أن التأيد مأخوذ في حقيقة الوقف أم لا، فإنه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط؛ لكون الاشتراط مناقضاً للوقف؛ لأن الوقف يقتضي التأيد، والاشتراط يقتضي التوقيت، بناء على ما ذكرناه من رجوع الشرط إلى تضيق دائرة المنشأ، وهما لا يجتمعان، واعتبار التأيد حتى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح.

وأما بناء على عدم أخذ التأيد في الوقف والقول بجوازه سنة، نظير السكنى والرقبي، فلا بد من تنقيح هذه الكبرى وأن التأيد مأخوذ في

الوقف أم لا) (١).

وفيه: أن المراد من فك الملكية إن كان هو الفك عن إضافة المالك فلا يتنافى مع شرط الخيار، فهو وإن خرج عن ملكه بالوقف إلا أن له عوده بالشرط.

وإن كان المراد الفك عن حقيقة الملكية ففيه:

أولاً: أنه ينقض عليه بالعتق؛ فإنه أظهر مصاديق التحرير، وصيغته: أنت حر، ومصدره الحرية، ومع ذلك ورد النص بجواز اشتراط الرجوع. وثانياً: أن إرجاع أي عنوان لآخر يحتاج إلى دليل وليس أمراً جزافياً، ومفهوم التحرير يغير مفهوم الوقف، والمنشأ في كل إنشاء يتوافق مع مفهوم المنشأ، فالمنشأ في باب البيع التملك بعوض، بلفظ ملكتك أو بعتك، والمنشأ في باب الصلح المصالحة بإيجاب صالحتك، وفي باب النكاح هذا المفهوم بلفظ أنكحتك أو زوجتك، ومفهوم الوقف هو الحبس، كما عليه النص وأقوال الفقهاء، وقد عرفه هو أيضاً به في منهاجه فقال: (وهو تحبب الأصل وتسبيل الثمرة) (٢)، وهو مغاير لمفهوم التحرير، فكيف أرجعه إليه؟!

ثم إن صيغة الإنشاء في موارد الوقف كلها هي (وفت)، سواء أكان

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٧٢ - ٢٧٣.

(٢) منهاج الصالحين ٣: ٢٦٢، بتعليق سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله، باب الوقف.

الوقف على الذرية أم جعل الأرض مسجداً، وليس اللفظ مشتركاً بينهما، بمعنى أن الوقف على الذرية يكون بمعنى تمليكهم، ووقف المسجد يكون بمعنى التحرير، فإرجاع وقف المسجد ونحوه إلى التحرير ممنوع إنشاءً ومنشأً.

نعم، لازمه التحرير؛ لأنه سيبقى المال بلا مالك، وهو لازم المسجدية، وبين هذا المعنى والدعوى بون بعيد.

فالحق أن المسألة تبتني على اعتبار التأييد في الوقف، فإن قلنا باعتباره - كما هو الحق - كان شرط خيار الإرجاع منافياً له، سواء أكان الشرط محددًا لدائرة الوقف من حين الإنشاء، فيكون المنشأ من الأول هي الوقفية المحدودة، أم لم يكن محددًا لها؛ فإن اشتراط خيار الإرجاع منافٍ للتأييد، بلا فرق بين موارد الوقف من حيث كونه تحريراً كما في المسجد، أو تملكاً كالوقف على الذرية.

الصدقة

ومنها الصدقة، فقد اختلف في كونها عقداً أو إيقاعاً؛ فإنها في موارد التملك هبة إلا أنه يشترط فيها قصد القرية، ولكنها في بعض الموارد ليست بعقد كالأموال التي تعطى للصرف على مواكب سيد الشهداء عليه السلام. وأياً كانت الصدقة - عقداً أو إيقاعاً - فهل يجوز فيها شرط الخيار أو لا؟

قال السيد الفقيه اليزدي قدس سره: (والتحقق: أنه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار؛ لأن إخراجها للمال ليس على كل تقدير،

والإخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقة، فالرجوع إنّما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك، لا مثل المقام، فتدبر^(١).

وظاهر كلامه تدُّ أن الإخراج في الصدقة مع شرط الخيار ليس على كل تقدير فلا يكون الفسخ بالخيار رجوعاً في الصدقة، وهو غير قابل للقبول؛ وذلك:

أولاً: لأن حقيقة الخيار - سواء أقلنا بمقالة الشيخ تدُّ من كونه ملك فسخ العقد وعدمه، أم بمقالة الآخوند تدُّ ومن تبعه من أنه ملك فسخ العقد وإبرامه - هي ملك فسخ العقد، وفسخ العقد فرع تحققه، فما لم يتحقق العقد على كل تقدير لم يكن سبيل إلى الفسخ.

وعليه فالقول بأن المال في الصدقة مع شرط الخيار لم يخرج عن ملكه على كل تقدير غير معقول؛ لأن إخراجاً عن ملكه فيها إما أن يكون مهملاً أو معلقاً، والأول غير متصور، والثاني تعليق في التمليك وهو مبطل له.

وثانياً: أنه إذا لم يخرج عن ملكه على كل تقدير مع وجود الخيار، فمعناه أنه لم يتحقق العقد، ومع عدم تحققه لا يعقل الفسخ.

والحق: أن شرط الخيار متقوم بإخراج المال، وإرجاعه لا يكون إلا

(١) حاشية المكاسب للسيد تدُّ ٢: ٥٠٤ - ٥٠٥.

بعد خروجه، والصدقة - سواء أكانت عقداً أم إيقاعاً، وسواء أكانت في موارد التمليك أم في موارد الصرف - إذا كانت قرينة إلى الله تعالى فشرط الخيار فيها مخالف للنصوص الدالة على أن ما جعل الله ﷻ فلا رجعة فيه^(١)، فلا يصح الشرط شرعاً وإن لم يمتنع عقلاً.

الصلح

ومنها الصلح، وقد تقدم من الشيخ تدئ التفصيل فيه؛ إذ هو على نحوين: معاوضي فيقع فيه الشرط، وما يفيد فائدة الإيقاع كالذي يفيد فائدة الإبراء فلا يدخل فيه الشرط، وقد أحال المقام إلى ما تقدم^(٢).

وذهب المحقق السيد الخوئي تدئ إلى أن الصلح إذا كان لإسقاط الدعوى كان مثل الإبراء فلا يدخل فيه الشرط؛ لاعتبار التأييد في الإبراء والشرط منافٍ له^(٣).

وفيه: أن حقيقة الإبراء هو إفراغ ذمة الغير مما اشتغلت به، وجعلها بريئة منه، فما هو المحذور في وقوع هذا المعنى مشروطاً؟

إن كان عقلياً فلا نعرف إلا قاعدة استحالة إعادة المعدوم، إلا أنها تامة في الأمور التكوينية، لا الاعتبارية، فلا تفيد في المقام، فيمكن أن يعتبر

(١) منها: ما في الوسائل، الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ١:

عن الحكم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «... إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه..».

(٢) المكاسب ٥: ١٥٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٦: ٢٨٧.

سقوط الدين عن ذمة المديون، ثم يعتبر إعادته فيها.

وإن كان عرفياً فالعرف على خلافه كما يشهد له بيع الدين على من هو عليه؛ فإنه لا ثمرة له إلا الإبراء وسقوط ما في الذمة، ولا إشكال في قبوله لشرط الخيار كغيره من البيوع، وهذا أقوى شاهد على قبول الإبراء لشرط الخيار عرفاً وشرعاً.

فما أفاده الشيخ تذت والمحقق السيد الخوئي تذت محل تأمل وإشكال.

عقد الضمان

ومنها عقد الضمان، ومعناه عند العامة: (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه)، وعند الخاصة (نقل الدين الذي في الذمة إلى ذمة أخرى)^(١).

وعليه فإن قلنا بأن شرط الخيار لا يدخل في الإبراء؛ فإنه لا يقبل الرجوع؛ لاعتبار التأييد فيه، وتقومه به، فكذلك القول في الضمان؛ لبراءة ذمة المضمون عنه بعد الانتقال للضامن.

(١) قال العلامة رحمته في التذكرة ١٤: ٢٧٩: (والضمان عندنا مشتق من التضمّن ؛ لأنّ

ذمة الضامن تتضمّن الحقّ .

وقال بعضهم : إنه مشتق من الضمّ ، فإنّ الضامن قد ضمّ ذمته إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحقّ ، فيثبت في ذمتهما جميعاً ، فلصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما .

وأخرج محقق الكتاب القول الثاني عن المغني والشرح الكبير ٥ : ٧٠ .

وإن قلنا بعدم تقوّم مفهوم الإبراء بالتأبيد، بل هو على قسمين؛ إذ تارة لا يشترط فيه الخيار فيكون له دوام، وأخرى يشترط فيه فلا يكون له دوام، فهو ينقسم إلى مؤقت محدود، ودائمي أبدي، فلا محذور في شرط الخيار فيه.

فالمسألة في هذا العقد، ومثله الصلح والإبراء تدور مدار كون الشرط هل هو مخالف لمقتضى نفس المنشأ أو لا؟ وهل هو مخالف للكتاب والسنة أو لا؟ فإن خالف الأول كان باطلاً لمناقضته لمقتضى العقد، وإن خالف الثاني كان باطلاً لمخالفته للكتاب والسنة، وما لم يخالف شيئاً منهما فلا يكون باطلاً، مع ملاحظة ضمّ أصالة عدم المخالفة في الثاني. والحق عدم مخالفة شرط الخيار لمقتضى الضمان ولا للكتاب والسنة.

عقد الرهن

ومنها عقد الرهن، واختلف في جواز شرط الخيار فيه على أقوال ثلاثة:

القول الأول: عدم قبوله له مطلقاً.

القول الثاني: قبوله له مطلقاً.

القول الثالث: التفصيل بين كون الرهن استيثاقاً وجعل الرهن وثيقة، وبين كونه حبس المال على الدين، فلا يقبل الشرط في الأول ويقبله في الثاني.

وقد ذهب المحقق الأصفهاني تتمة إلى الأول واستدل على ذلك: بأن حقيقة الرهن - سواء أكانت العين المرتهنة وثيقة للدائن، أم كانت

محبوسة على الدين ليستوفي منها الدين عند امتناع المديون، ولئلا يضرب معه الغرماء - حقيقة آية عن دخول شرط الخيار فيها؛ لأن الاستيثاق وشرط السلطنة على رفع الاستيثاق متنافيان، كما أن قصد جعل العين محبوسة على الدين، وقصد الالتزام بحل المحبوسة قصد أمرين متنافيين^(١).

وذهب المحقق السيد الخوئي تت إلى أن الرهن وإن كان وثيقة إلا أنه وثيقة للدين بمعنى وصله وشده به، فلا مانع من أن يجعل لنفسه الخيار في رفع هذا الشد متى أراد؛ لعدم التنافي بين مقتضى الرهن وجعل الخيار فيه، فالرهن متصل بالدين، وبعد الفسخ يبقى الدين كالحال الذي لا رهن فيه.

وبعبارة أخرى: إن حقيقة الرهن هو شد المال بالدين وربطه به، وحقيقة الخيار السلطنة على حل هذا الشد، فلا تنافي بين الرهن وشرط الخيار^(٢).

والتحقيق في المسألة: أنا إذا رجعنا إلى كلمات اللغويين رأيناها مختلفة، وبينها قدر مشترك، فعرف الرهن في بعض الكلمات بالدوام، فنعمة راهنة، أي ثابتة دائمة، وفي بعضها بالحبس، وقد جاء بهذا المعنى

(١) حاشية المكاسب ٤: ٢٣٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٨٨.

في الآيات والروايات، كقوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾^(١)، أي محبوس بعمله، وفي الحديث: «إن أنفسكم مرهونة بأعمالكم ففكّوها باستغفاركم»^(٢).

وفي بعض كلمات اللغويين عبّر بالوثاقة والاستيثاق والمال المرهون وثيقة للدين، والاختلاف بين اللغويين أوجب الاختلاف بين الفقهاء، فبعضهم عرفه بالاستيثاق، وآخرون بالحبس، وقالوا بأن الوثاقة ثمرة للرهن لا أنها هو.

فإن قلنا بأن الرهن هو جعل العين وثيقة، فيكون الاستيثاق مقوماً للمفهوم كان الحق مع المحقق الأصفهاني *تدبّر*؛ فإن شرط الخيار يكون مخالفاً لمقتضى العقد حينئذ.

وإن قلنا بأنه شدّ الدين بالمال وربطه به، وثمرته كون العين وثيقة للدائن فالحق مع المحقق السيد الخوئي *تدبّر*؛ إذ لا منافاة بين الشرط والرهن حينئذ؛ فإن الشدّ على قسمين: شدّ باستحكام، وشدّ بدونه، فيكون الشرط مشمولاً إلى «المؤمنون عند شروطهم».

ولكن الإشكال في ما أفاده *تدبّر* أنه لا شاهد عليه من اللغة ولا العرف، وأما ما استشهد به من قوله تعالى: ﴿فَشُدُّوا أَلْوَابَكُمْ﴾^(٣) فغير مفيد؛ لأن الشدّ الوثيق هو المحكم الذي لا يقبل التزلزل؛ فإنه أشرب الاستحكام

(١) سورة الطور: ٢١.

(٢) الوسائل، الباب ١٨ من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث ٢٠.

(٣) سورة محمد: ٤.

في أصل معنى الوثاقة بهيئاتها المختلفة من الوثاق والوثيق والواثق والثقة والموثق، فالجمع بين كون معنى الوثاقة موجوداً في الرهن وبين جواز الشرط جمع بين المتنافيين.

فما ينبغي تحقيقه هو إثبات أخذ الوثاقة في مفهوم الرهن وعدمه، والمرجع النهائي في ذلك إلى ما يستظهر من الآيات والروايات، والمستفاد منها دخلها في مفهومه، فمن الآيات قوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾^(١)، و﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٢)؛ فإن الظاهر منها أن كل نفس في شدة مما أتت بحيث يكون التخلّص منه في غاية الصعوبة، لا أنها مرتبطة بأمر سهل الزوال.

ومن النصوص:

١- صحيحة عبد الله بن سنان - في حديث - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً، قال: « نعم استوثق من مالك »^(٣).

٢- موثقة سماعة أنه سأله - يعني أبا عبد الله عليه السلام - عن الرهن يرهنه الرجل في سلم إذا أسلم في طعام أو متاع أو حيوان، فقال: « لا بأس بأن

(١) سورة الطور: ٢١.

(٢) سورة المدثر: ٣٨.

(٣) الوسائل، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ١.

تستوثق من مالك»^(١).

٣- صحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن، فقال: « نعم، استوثق من مالك ما استطعت »^(٢).

٤- معتبرة يعقوب بن شعيب، قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل تمر أو حنطة أو رمان، وله أرض فيها شيء من ذلك فيرتونها حتى يستوفي الذي له، قال: « يستوثق من ماله »^(٣).

٥- رواية معاوية، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في الحيوان ويرتهن الرهن، قال: « لا بأس، تستوثق من مالك »^(٤).

ولا إشكال في سند هذه الرواية الأخيرة إلا من جهة إسماعيل بن مرار؛ فإنه محل بحث بينهم^(٥).

(١) الوسائل، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٤.

(٣) الوسائل، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٥.

(٤) الوسائل، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٩.

(٥) قال المحقق السيد الخوئي تتأثر في معجم الرجال ٤: ٩٦: (إسماعيل بن مرار:

روى عن يونس بن عبد الرحمن، وروى عنه إبراهيم بن هاشم. رجال الشيخ، في من لم يرو عنهم عليهم السلام (٥٣) .

وفي وثيقة الرجل خلاف، فذهب بعضهم إلى ذلك؛ لأجل أن محمد بن الحسن بن الوليد قال: كتب يونس بن عبد الرحمن التي هي بالروايات كلها صحيحة معتمد عليها، إلا ما ينفرد به محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس، ولم يروه غيره، فإنه لا يعتمد عليه ولا

فهذه روايات فيها الصحيح والموثق والمعتبر، وكان السؤال فيها عن جواز الرهن في بيع السلف فأجاب الإمام عليه السلام بالجواز، وعقب بقوله: « استوثق من مالك ».

ولا يخرج مدلول هذه الروايات عن أحد أمرين، إما أن كون الرهن هو أخذ الوثيقة للدين، أي أن حقيقته هو الاستيثاق للدين، وإما كونه حقيقة لازمها الاستيثاق للدين، وشرط الخيار منافع له على كلا التقديرين، أما على التقدير الأول فهو منافع لحقيقة الرهن، وأما على الثاني فمنافع للزومه؛ إذ مع جواز الشرط وأخذه يكون للمديون حق الرجوع متى ما أراد فلا يحصل الاستيثاق للدين؛ فإنه لا يحصل للدائن إلا إذا كان المال محبوساً عنده، فإن أذى المديون دينه فهو وإلا استوفاه من الرهن، ومع تزلزله وإمكانية رجوع المديون فيه لا يحصل الوثوق باستيفاء الدين منه.

ومع استظهار أن الاستيثاق مقوم للرهن يكون شرط الخيار منافياً

يفتى به، ذكره الشيخ في ترجمة يونس (٨١٠).

أقول: إن إسماعيل بن مرار تبلغ رواياته عن يونس، أو يونس بن عبد الرحمن مائتين وزيادة، فالظاهر أن رواياته هي من كتب يونس، ومقتضى كلام ابن الوليد أن هذه الروايات صحيحة معتمد عليها، لكن قد تقدم في المدخل أن تصحيح القدماء لرواية لا يدل على وثاقة الراوي ولا على حسنه.

نعم، الرجل ثقة لوقوعه في إسناد تفسير علي بن إبراهيم كما تقدم بعنوان إسماعيل ابن ضرار، وإسماعيل بن فرار، ويأتي في إسماعيل بن مهران).

لمقتضى الرهن فيكون فاسداً بالضرورة.

ولو لم نستظهر ذلك فلا أقلّ من احتمال مدخلية الاستيثاق في حقيقة الرهن، ولا محيص عن هذا الاحتمال بعد مراجعة الروايات المتعددة المعتمدة، فيأتي الكلام في إمكان التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » وعدمه، فنقول:

إن الحديث يشمل جميع الشروط ما عدا الشرط غير المقدور، والمخالف لمقتضى العقد، والمخالف للكتاب والسنة، والشبهة في ما نحن فيه أنه شرط مخالف لمقتضى العقد، وهذه الشبهة تختلف عن شبهة كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة من جهتين:

الجهة الأولى: أن الشرط المخالف للكتاب والسنة فاسد، ولكن اقتضاء فساده فساد العقد محل خلاف بينهم، فبعض ذهب إلى اقتضائه له، وآخرون - وهو الحق - إلى عدم اقتضائه له، وسيأتي بحثه في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

وأما الشرط المخالف لمقتضى العقد فهو يقتضي فساد العقد قولاً واحداً؛ لأن بطلانه ناشئ من جهة التناقض في القصد؛ إذ يستحيل أن يحصل القصد الجدّي لمضمون العقد ولما يخالفه في وقت واحد؛ لاستحالة تعلق القصد بالمتناقضين، وتعلقه بأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح، وتعلقه بأحدهما المردّد محال؛ لأن المردّد لا ماهية له ولا هوية، فلا يتعلق به القصد، فيكون العقد نفسه باطلاً.

الجهة الثانية: أن في شبهة كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أصلاً

محرزاً لعدم المخالفة، وهو استصحاب عدم كونه مخالفاً لهما، فيجري ويتمّ موضوع حديث « المؤمنون... »، بخلاف شبهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد؛ فإنه لا أصل يحرز عدمه؛ لبطلان أصالة عدم كونه مخالفاً له؛ فإنه مع احتمال كونه مخالفاً له يدور أمر الواقع بين أحد أمرين إما أنه مخالف له، أو ليس مخالفاً له، فإن كان الأول لم يتحقق العقد، وإن كان الثاني تحقق، وإنما قلنا بدوران الواقع بينهما؛ لأنه كما لا يعقل اجتماع المتناقضين فكذلك لا يعقل احتمال اجتماعهما كما قرّر في محله، فلا يعقل أن يتحقق العقد مع مخالفة الشرط لمقتضاه.

وعليه فيرجع الشك في كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد إلى الشك في تحقق العقد وعدم تحققه، والأصل عدم تحققه.

أو فقل: إما أننا نحرز عدم وجود الأصل المحرز لما وقع، أو أننا نشك - على الأقل - في تحقق العقد، فيكون الأصل عدم تحققه.

وهذا أصل مهم تبني عليه ثمرة مهمة، ويأتي في جميع المسائل المتقدمة، فإننا إذا احتملنا دخل الأبدية في حقيقة الإبراء، ودخل الدوام في حقيقة الطلاق، فلا شك أن شرط الخيار منافٍ لهما على تقدير مدخليتهما فيهما، فإذا شككنا في مدخليتهما رجع الشك إلى وقوع أصل الإبراء والطلاق والأصل عدم تحققهما.

والنتيجة إلى هنا: أن الاستفادة من الروايات المعتبرة أن الاستيثاق مقومٌ لحقيقة الرهن، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد، فلو أخذ

فيه كان العقد باطلاً.

ولو لم نستظهر مدخلية الاستيثاق في الرهن فلا أقلّ من احتمالها، فيبطل أيضاً؛ لأنّ الشك في مدخليته يولّد الشك في تحقق أصل العقد، والأصل عدمه، ولا يمكن التمسك بعموم «المؤمنون»؛ لعدم الأصل المحرز لكونه غير مخالف لمقتضى العقد.

بيع الصرف

ومن جملة ما عدّه الشيخ تدبّر مما اختلف فيه بيع الصرف؛ ولا وجه فنياً يعتمد عليه لنفي أخذ الشرط فيه، وما قيل: من أن المقصود من اعتبار التقابض في بيع الصرف والسلم أن يفترقا ولم يبقَ بينهما علقّة ولو أثبت الخيار بقيت العلقّة^(١).

فهو أشبه بالخطابة منه بالبرهان؛ فإنّ غايته أن التقابض في بيعهما شرط للصحة وإذا تمّ صار البيع لازماً، فهو كسائر البيوع مع تمامية شرائط صحتها؛ فإنها تكون لازمة حينئذ، ولا يمنع ذلك من دخول شرط الخيار فيها، فلا وجه للتفريق بين بيع الصرف وغيره من سائر البيوع.

القسم الثالث: ما يدخله الشرط بالاتفاق

وهو أقسام البيع ما عدا الصرف، ومطلق العقود المعاوضيّة المنجزة كالإجارة والمزارعة والمساقاة، والعقود التعليقية كعقد السبق والرماية؛ فإنه لا خلاف في قبولها لاشتراط الخيار.

(١) حكاها الشيخ تدبّر في المكاسب ٥: ١٥٥.

بقيت أمور تعرض الشيخ قدّس بعد انتهائه من الأقسام الثلاثة إلى دخول شرط الخيار فيها وعدمه، منها:

دخول خيار الشرط في القسمة

الأول: القسمة، وقد قسمها إلى قولية وفعلية، وقال بتصوير دخول شرط الخيار في الأولى دون الثانية، ومن ثمّ قال بعدم جريان هذا الخيار في المعاطاة؛ لكونها فعلاً، والشرط القولي لا يكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي^(١).

نقول: إن القسمة هي عبارة عن إفراز المال المشاع أو المشترك، وهو يحصل بالقول تارة، وبالفعل أخرى، أما بالقول فكأن يشير إلى السهم المعين فيقول: هذا لي، ويشير إلى السهم الآخر المعين ويقول: وهذا لك، وبما أن التقسيم عهد فالالتزام في ضمنه التزام في ضمن العهد والعقد، فيصدق عليه عنوان الشرط؛ لأنه الالتزام في ضمن التزام، وإذا كانت القسمة قولية أمكن أن يكون الالتزام في ضمنها؛ لوجود القول، فيكون شرطاً، وعليه فمقتضى القاعدة صحته؛ إذ تنطبق عليه كبرى «المؤمنون عند شروطهم».

وإن أنيطت صحة الشرط بقابلية العقد للإقالة فالقسمة مما تقبلها، فيمكن لأحد الشركاء أن يطلب من الآخر الإقالة فيقبله عن رضا منهما.

(١) المكاسب ٥: ١٥٥ - ١٥٦.

وأما بالفعل فكان تعين الأسهم بالفعل، ثم يقترع بينهم فيها، فلا يكون الإنشاء إلا بالفعل دون القول، وقد استشكل الشيخ رحمته في أخذ الشرط فيها؛ لأن الفعل لا تضمن فيه، فلا يصدق على الالتزام عنوان الشرط الذي هو التزام في ضمن التزام.

وفيه: أن الشرط التزام في ضمن التزام، والالتزام والعهد كما يحصل بالقول يحصل بالفعل، ولا ينحصر بالقول، فيصدق على التقسيم الفعلي مع الالتزام به أنه عهد والتزام، فإذا وقع الربط بينه وبين الخيار صدق عنوان الشرط بلا إشكال؛ فإن المراد من الضمنية المأخوذة في الشرط أن يكون الالتزام مبنياً ومنوطاً ومقيّداً به، وهو يحصل في القول وفي الفعل. وبذلك ينحل الإشكال في المعاطاة أيضاً؛ فإن الإنشاء تعهد والتزام، كان بالقول أو بالفعل، ولا فرق عقلاً وعقلاء بين إنشاء البيع بالقول وبالتعاطي؛ فإن كليهما التزام بتمليك المال بالعوض.

والحاصل: أن شرط الخيار يدخل في القسمة، قولية كانت أم فعلية.

دخول شرط الخيار في الصداق

الثاني: الصداق، كأن يعطي الزوجة مهراً معيناً ويشترط الخيار فيه، وقد قيل: بدخول الشرط فيه، وقال الشيخ رحمته: (لعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظر)^(١)؛ فإن لها فسخ المهر ويبقى النكاح ولها مهر المثل، ووجه النظر

(١) المكاسب ٥: ١٥٦.

يحتاج إلى توضيح مبنى الشيخ تدئ أولاً فنقول:

إن مبناه تدئ أن قبول العقد للشرط لا يكون إلا بعد إحراز قابلية العقد له، ولا يصح بنفس « المؤمنون عند شروطهم »، فهو يصححه بأحد أمرين:

الأول: قابلية العقد للفسخ، أو تشريع الفسخ فيه، فكل عقد شرع الفسخ فيه فهو يقبل الخيار، وإطلاق دليل الشروط لا يتعرض لقابلية العقد للفسخ، ولهذا قالوا بأنه غير مشرع.

الثاني: الإقالة، فكل عقد يقبلها يقبل شرط الخيار، وكل عقد لا يقبلها لا يقبله، وهو الذي ارتضاه المحقق النائيني تدئ، فمن الأول البيع، ومن الثاني عقد النكاح.

والصداق ربما يقال بقبوله الفسخ؛ فإن للبت أن تردّ الصداق إذا عيّنه الولي وكان دون مهر المثل، فيقال على ضوئه بقبوله لشرط الخيار حينئذ؛ للضابطة السابقة.

ولكن يحتمل أن يكون ردّها للمهر ليس من جهة قابليته للفسخ، بل لأن الولي لا تكون له الولاية إلا إذا لم يكن مضاراً، ومع كون المهر دون مهر المثل يكون فعله فضولياً فلها أن لا تمضيه، فيكون ردّها للمهر الذي هو دون مهر المثل إنما هو لقصور ولاية الولي وكون فعله فضولياً، لا لقابلية الصداق للفسخ، وبينهما فرق، ولوجود هذا الاحتمال تنظر الشيخ تدئ فيه؛ لعدم كشف الردّ عن الفسخ الكاشف عن قبول شرط

الخيار، وما أفاده الشيخ **تَدْتُّ** هو الحق^(١).

دخول شرط الخيار في العقود الجائزة وعدمه

في دخول شرط الخيار في العقود الجائزة أقوال:

القول الأول: ما يستفاد من السيد الفقيه اليزدي **تَدْتُّ** في حاشيته، من

عدم دخول شرط الخيار فيها؛ لكونها جائزة بالذات، ونتيجة شرط الخيار هي الجواز فيكون جعله لغواً^(٢).

القول الثاني: ما يستفاد من كلام المحق الإيرواني **تَدْتُّ** من أنه يجوز ويكون مؤكداً لجواز العقد^(٣).

القول الثالث: استحالة شرط الخيار في العقد الجائز، لا أنه ممكن ولكنه لغو.

القول الرابع: أنه جائز عقلاً وحاصل شرعاً، ولا لغوية فيه.

وللقائلين بالمنع ثلاثة وجوه:

(١) قال بعض حضار مجلس الدرس: إن الصداق ليس بعقد فكيف يقع فيه الشرط؟

فأفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - : بأن هذا يتمّ لو قلنا بأن الشرط هو التزام في ضمن العقد، وأما إذا قلنا بأنه التزام في ضمن التزام، فالمهر التزام فيقَع فيه الشرط؛ فإن الزوج يصدر منه التزامان، الأول الالتزام بالزوجية، والثاني بالمهر، ويكون الشرط للالتزام الثاني، فلا إشكال.

(٢) حاشية السيد اليزدي **تَدْتُّ** على المكاسب ٢: ٤٩٣.

(٣) حاشية المكاسب للإيرواني **تَدْتُّ** ٢: ٢٦. ولكن عبارته: (فلئن صحَّ شرط الخيار كان ذلك تأكيداً لما عليه العقد..).

١- إن جعل شرط الخيار تحصيل للحاصل.

٢- إنه من اجتماع المثليين.

٣- إنه لغو.

وبناء على الأولين يكون جعل الشرط مستحيلاً، وأما على الأخير فممكن إلا أنه لا يصدر من الحكيم.

أما الوجه الأول فيجاب عنه: بأن تحصيل الحاصل هو إيجاد ما هو الموجود، وما يحصل بالشرط هو جواز مماثل لما هو الموجود، وليس هو نفسه ليكون تحصيلاً للحاصل.

وأما الوجه الثاني فلا بدّ للجواب عنه من توضيح الكبرى أولاً فنقول:

إن المراد من المثليين هما الفردان المشتركان في جامع ماهوي، سواء كانا من الجواهر أو من الأعراض، كفردين من طبيعة الإنسان، أو فردين من البياض، والمراد من اجتماعهما أن يجتمعا في موضوع واحد، ومثاله في التكوينية أن يوجد في نقطة معيّنة من الجسم فردان من البياض، ومثاله في الاعتباريات أن يتعلّق فردان من الوجوب بمتعلّق واحد كالصلاة، فتكون الصلاة واجبة بوجوبين، أو يتعلّق فردان من الحرمة بشرب الخمر، فيكون حراماً بحرمتين.

أما اجتماع المثليين في التكوينية فهو محال بالذات، وأما اجتماعهما في الاعتباريات فهو على المبني، فإن قلنا بالتضاد والتماثل في الأحكام

كان اجتماع الحكمين محالاً بالذات، وإن قلنا بعدمه - كما هو المسلك المحقق - فالاستحالة في المبدأ والمنتهى.

توضيح ذلك: أن اتصاف هذه النقطة ببياضين محال بالذات، وأما اتصاف الصلاة بوجوبين فليس كذلك، ولكن الاستحالة نشأت من جهة أن الوجوبين يقتضيان مصلحتين ملزمتين بدون كسر وانكسار، وحصولهما كذلك في شيء واحد محال، كما أنهما يقتضيان طاعتين مستقلتين، والواجب الواحد لا يقبل إلا طاعة واحدة.

والحاصل: أن اجتماع المثلين في الأمور التكوينية محال بالذات، وأما في الأمور الاعتبارية فهو محال بالعرض، وعلى كل تقدير فهو محال ذاتاً أو عرضاً.

ولكن هذه الكبرى لا تنطبق على ما نحن فيه؛ فإن الجواز في العقود الجائزة إما جواز تكليفي أو وضعي، بمعنى أنك لو أعرت لأحد عارية فيجوز لك تكليفاً - أي يباح لك - أن تستردها منه، ويكون ردك نافذاً بحيث لو تصرف فيها بعد ذلك من غير إذنك كان تصرفه في مال الغير بدون إذنه، وكذلك الحال في مثل الهبة لغير ذي رحم ما دامت العين موجودة.

وأما ما جعل في شرط الخيار فليس متعلقه الجواز التكليفي أو الوضعي، بل متعلقه الخيار، ولهذا أطلق عليه شرط الخيار، والخيار ليس جوازاً تكليفاً ولا وضعياً، فإنه سلطنة، أو ملك فسخ العقد وإمضائه، فما جعله الشارع في العقود الجائزة هو الجواز التكليفي أو الوضعي، وما

جعل بالشرط هو الحق، وأثره الجواز الحكمي أو الوضعي.

وبعبارة أخرى: إن ما جعله الشارع حكم اصطلاحى، وما جعل بالشرط حق اصطلاحى، وهما حقيقتان مختلفتان، فلا ينطبق عليهما اجتماع المثليين.

ومن جهة أخرى: إن مورد كل منهما مغاير لمورد الآخر؛ فإن متعلق الجواز في الهبة هو العين؛ فإن معناه أنه يجوز للواهب استرداد الموهوب، وأما متعلق الشرط فهو الخيار الذي متعلقه العقد؛ فإن الخيار سلطنة على حل العقد، فلا يعقل اجتماع المثليين أيضاً.

وبهذا يظهر بطلان ما أفاده المحقق الإيروانى *تدئ* من القول باجتماع الجوازين وتأكدهما؛ فإن التأكد إنما يتم في الفردين من حقيقة واحدة كاجتماع البياضين في نقطة واحدة، فيحدث بياض ذو مرتبة شديدة، وكجوب إكرام العالم، ووجوب إكرام الهاشمي؛ فإنهما يجتمعان في العالم الهاشمي فيتأكد الوجوب، وأما مع اختلاف الأمرين حقيقة ومتعلقاً فلا يعقل التأكد.

وأما الوجه الثالث فحاصله: أن غاية ما حصل من شرط الخيار هو جواز الفسخ، وهذا الأثر حاصل من الأول، فالشرط لغو فيبطل.

والجواب: أن العقود الجائزة على نحوين:

الأول: ما يعبر عنها بالعقود الإذنية التي قوامها الإذن كالعارية والوديعة، وليس في هذه العقود عهد ولا التزام، بل مجرد إذن، وإنما

أطلق عليها العقود لاشتغالها على الإيجاب والقبول، ولهذا قال المحقق النائيني قدس سره بأن خروجها من تحت الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خروج تخصصي لا تخصيصي؛ لأن موضوع الآية العهود، ولا عهد فيها^(١).

الثاني: ما فيه عهد والتزام كالهبة؛ فإن الواهب يلتزم بتمليك الموهوب له المال.

أما النحو الأول فشرط الخيار فيه لغو؛ لأن الجواز في العقود الإذنية أبدي غير محدود بحد، والغرض من شرط الخيار أن تكون له السلطنة على فسخ العقد، وهذا الغرض حاصل بالجواز الحكمي من طرف الشارع.

وبكلمة جامعة: إن العقد الذي قوامه بالإذن يبقى ما دام الإذن، ويرتفع بمجرد زواله، فلا أثر لشرط الخيار.

وأما النحو الثاني فالجواز فيه محدود بحد، فالجواز في الهبة محدود بعدم تلف العين تلفاً حقيقياً، أو تلفاً حكماً كما لو باعها الموهوب له من آخر، فإذا وقع أحد التلفين ارتفع موضوع الجواز الحكمي الشرعي، ولكن إذا شرط الخيار، فالخيار لا يتعلق بالعين وإنما يتعلق بالعقد فله حق الفسخ، فيكون للخيار أثر ظاهر، فتنتفي اللغوية.

والحاصل: أنه متى لم يأت الشرط بأثر جديد غير ما جاء من قبل الشارع كان الشرط لغواً، ومتى جاء بأمر جديد لم يكن لغواً، وقد جاء به

(١) منية الطالب ٣: ١٠٢.

في النحو الثاني.

وأما ما ذكره البعض من عدم اللغوية حتى في النحو الأول من العقود الجائزة؛ لاختلاف أثري الجواز الحكمي والجواز الحقيقي؛ فإن الأول لا يسقط بالإسقاط، ولا ينتقل بالإرث، ولا يقع في الصلح، والثاني بخلافه فيما ذكر.

فممنوع؛ لاستلزامه الدور؛ فإن ترتب هذه الآثار على الشرط متوقف على كونه مشروعاً، وكلامنا فعلاً في مشروعيته، فإذا توقفت مشروعيته على ترتبها كان دوراً، فالآثار المترتبة على الخيار يستحيل أن تكون مصححة لاشترائه.

وعليه فلا بد - مع قطع النظر عن الآثار المترتبة على الخيار - أن يكون هناك أثر له ليصح شرطه بعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(١).

والحاصل: أنه متى كان للخيار أثر يترتب عليه مع قطع النظر عن دليل الشرط - كما مثلنا في الهبة بعد تلف العين حقيقة أو حكماً - كان الشرط صحيحاً ومشمولاً له، ومتى لم يكن له أثر كذلك فهو باطل؛ لأن

(١) وقد أوضح الشيخ الأستاذ - دام ظله - ذلك في جواب على سؤال فقال: إنه لا قصور في عموم « المؤمنون عند شروطهم » من ناحية شموله لشرط الخيار، ولكن يتوقف هذا العموم على وجود أثر للخيار، وأن يكون الأثر موجوداً قبل مجيء العموم لا بعده، فشمول العموم للشرط يتوقف على وجود الأثر، فإذا توقف وجود الأثر على شمول العموم كان دوراً.

الغرض منه حينئذ هي السلطنة على إزالة العقد وإرجاع أثره، وهو مترتب بالجواز الذاتي.

وبهذا يتم الكلام حول خيار الشرط وتوابعه، وبه يكمل الجزء الثاني من كتابنا (**بغية الراغب في مباني المكاسب**) وكان ذلك في بلدة الجش بالقطيف، صانها الله تعالى من طوارق الحدثان، عصر يوم الخميس المصادف ليوم القدر الثالث والعشرين من شهر رمضان المبارك من سنة أربع وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية على مهاجرها وأهل بيته ألف سلام وتحية، ونسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، وآخر دعوانا :

﴿ **أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ** ﴾ .

الموضوعات

- المسألة الثالثة: في افتراق المتبايعين ٩
- الجهة الأولى: في الشبهة الحكمية. ٩
- الجهة الثانية: في الشبهة الموضوعية. ١٠
- نظرة في الأقوال ١١
- مناقشة السيد الزدي لجمع الشيخ بين الانصراف والاستصحاب ودفعا ١٣
- بيان المحقق الإصفهاني للانصراف وعدم جريان الاستصحاب ١٤
- المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني ١٦
- التحقيق في المسألة ١٧
- المقام الأول: في ما يتحقق به الافتراق ١٧
- الافتراق بملاحظة النص الخاص ١٩
- الأقوال في مفاد الرواية ١٩
- القول الأول: ما أفاده المحقق السيد الخوئي ١٩
- القول الثاني: ما أفاده الفاضل النراقي ٢٠
- القول الثالث: ما أفاده المحقق الرشتي ٢١
- المناقشة في ما أفاده المحقق الرشتي ٢١
- المقام الثاني: في تحديد المرجع عند الشك ٢٣

- ٢٦ فرع: ما يحصل به الافتراق
- ٢٨ فرع: في الافتراق عن إكراه
- ٢٩ أوجه اشتراط الاختيار في التفرق
- ٢٩ الوجه الأول
- ٣٠ إيراد الشيخ قدس سره عليه
- ٣١ اعتراض المحقق الخوئي على الشيخ ومناقشته
- ٣٢ تفصيل المحقق النائيني في دلالة الأفعال على الاختيار ومناقشته
- ٣٣ تفصيل المحقق الحائري ومناقشته
- ٣٤ الدليل الثاني: حديث الرفع^(١)
- ٣٥ مناقشات المحقق النائيني في الاستدلال بحديث الرفع ودفعتها
- ٤١ مناقشة المحقق الرشتي (قده) لحديث الرفع
- ٤٣ إشكال الشيخ (قده) ومن تبعه على الاستدلال بحديث الرفع
- ٤٣ جواب المحقق الخوئي تدئ عن إشكال الشيخ تدئ
- ٤٤ المناقشة في جواب السيد الخوئي تدئ
- ٤٦ مناقشة المحقق الأصفهاني تدئ
- ٤٨ الجواب عن مناقشة المحقق الأصفهاني تدئ
- ٥١ إشكال السيد الخوئي تدئ على الاستدلال بالحديث
- ٥٢ المناقشة في تحقيق السيد الخوئي تدئ
- ٥٣ إشكال المحقق الحائري تدئ على الاستدلال بالحديث
- ٥٤ المناقشة في كلام المحقق الحائري
- ٥٧ مناقشة السيد اليزدي والمحقق الإيرواني (قدهما) للاستدلال بالحديث
- ٥٨ الجواب عن ما أفاده الأعلام الثلاثة

- ٦٢ خلاصة البحث في حديث الرفع
- ٦٣ التحقيق في الاستدلال بحديث الرفع
- ٦٨ الدليل الثالث: جبر الشهرة للإجماع المنقول
- ٧٠ الدليل الرابع: تبادر الافتراق عن رضا
- ٧٢ الدليل الخامس: صحيحة فضيل
- ٧٣ مناقشة المحقق السيد الخوئي تدُّر في الاستدلال بالصحيحة وردها
- ٧٥ مناقشات المحقق الأصفهاني تدُّر للاستدلال بالرواية وردها
- ٨٥ المختار في الاستدلال بالرواية
- ٨٧ مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل ودفعا
- ٨٨ خلاصة
- ٩٠ مسألة: لو أكره أحدهما على التفرق أو البقاء
- ٩٠ الأقوال في المسألة
- ٩٢ أدلة الأقوال
- ٩٢ دليل القول بسقوط الخيار
- ٩٣ الإشكال في الدليل الخاص
- ٩٤ إشكال المحقق الرشتي على الأدلة العامة ورده
- ٩٦ الحق في الإشكال على الاستدلال
- ٩٦ دليل القول بالتفصيل بين خيار المكره وخيار المختار
- ٩٧ إشكال المحقق الثاني على القول بالتفصيل
- ٩٨ دليل القول بالتفصيل بين تحرك المختار وبقائه
- ٩٨ المناقشة في الدليل

- ٩٩ دليل القول بثبوت الخيار لهما
- ٩٩ المناقشة في الوجه الأول
- ١٠١ تنبيه: في اختلاف المتبايعين في التفرق وعدمه
- ١٠١ صور اختلاف المتبايعين
- ١٠٣ شبهة وجوابها
- ١٠٩ مسألة: لو زال الإكراه
- ١١٣ إشكال المحقق السيد الخوئي تدُّ على كلام الشيخ
- ١١٤ الجواب عن إشكال المحقق الخوئي تدُّ
- ١١٧ المسألة الرابعة
- ١١٧ المسقط الرابع: التصرف
- ١٢١ الثاني .. خيار الحيوان
- ١٢١ الجهة الأولى: في المراد من الحيوان في خياره
- ١٢١ استدلال المحقق النائيني على خصوص ما يقصد بقاؤه
- ١٢٢ إشكال المحقق الخوئي على استدلال المحقق النائيني وردّه
- ١٢٣ التحقيق في الجواب عن استدلال المحقق النائيني
- ١٢٦ التحقيق في المقام
- ١٢٧ تنبيه
- ١٢٨ الجهة الثانية: في منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء
- ١٣١ الجهة الثالثة: في أن موت الحيوان الذي لا بقاء له ليس بتلف له
- ١٣١ الجهة الرابعة: في اختصاص خيار الحيوان بالشخصي وعدمه
- ١٣٨ الجهة الخامسة: في موضوع خيار الحيوان
- ١٤٠ أدلة القول باختصاص المشتري بالخيار

- الوجه الأول: الإجماع..... ١٤٠
- الوجه الثاني: الأصل العملي..... ١٤٠
- الوجه الثالث: الأدلة العامة..... ١٤٣
- العام الأول: حديث (فإذا افترقا وجب البيع)..... ١٤٣
- إشكال السيد اليزدي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه..... ١٤٤
- إشكال المحقق الأصفهاني على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه..... ١٤٦
- إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بعموم الحديث ودفعه..... ١٤٧
- العام الثاني: آية الوفاء بالعقود..... ١٤٩
- إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بالآية ودفعه..... ١٥٠
- التحقيق في مناقشة الشيخ..... ١٥٦
- الحق في الاستدلال..... ١٥٨
- الوجه الرابع: الأدلة الخاصة..... ١٥٨
- أدلة القول بثبوت الخيار للمتبايعين..... ١٦٥
- الدليل الأول: الإجماع..... ١٦٥
- مناقشته..... ١٦٥
- الدليل الثاني: الأصل..... ١٦٧
- مناقشته..... ١٦٧
- الدليل الثالث: صحيحة محمد بن مسلم..... ١٦٧
- بيان حال هذا الدليل..... ١٦٨
- وجوه الجمع بين هذه الرواية وما سبقها..... ١٦٨
- الوجه الأول..... ١٦٨

١٦٩	الوجه الثاني
١٦٩	الوجه الثالث
١٧٠	الوجه الرابع
١٧٠	الوجه الخامس
١٧٢	الوجه السادس
١٧٣	ردّة
١٧٣	الوجه السابع
١٧٣	مناقشته
١٧٤	الوجه الثامن
١٧٤	مناقشته
١٧٦	الصحيح في وجه الجمع بين الطائفتين
١٧٧	أدلة القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان
١٧٩	كلام المحقق الخوئي في الجمع بين روايات الباب ومناقشته
١٨١	ما أفاده بعض الأكابر لرفع التعارض ومناقشته
١٨٧	التحقيق في رفع التعارض
١٩٤	مسألة: في مدة خيار الأمة
١٩٦	مبدأ خيار الحيوان
١٩٦	أدلة القول بأن مبدأ الخيار من حين التفرّق ومناقشتها
١٩٦	الدليل الأول:
١٩٨	الدليل الثاني:
١٩٩	الدليل الثالث:
١٩٩	جواب الشيخ عن الدليل ومناقشته

- ٢٠٠ الصحيح في الجواب
- ٢٠١ الدليل الرابع
- ٢٠٢ الجواب عن الشق الأول من الدليل الرابع
- ٢٠٣ الجواب عن الشق الثاني
- ٢٠٣ جواب صاحب المقابس والجواهر عن الشق الثاني من الدليل ومناقشته
- ٢٠٥ جواب الشيخ الأعظم عنه ومناقشته
- ٢٠٨ جواب المحقق النائيني عنه
- ٢١٤ جواب المحقق الخوئي ومناقشته
- ٢١٤ جواب المحقق الحائري ومناقشته
- ٢١٦ جواب المحقق الأصفهاني ومناقشته
- ٢٢٥ نتائج المسألة
- ٢٢٥ فرع: المراد بزمان العقد
- ٢٢٨ مسألة: في المراد من الثلاثة الأيام في خيار الحيوان
- ٢٣٠ مسائل خمس
- ٢٣٠ المسألة الأولى: في حكم الليلتين المتوسطتين
- ٢٣١ المسألة الثانية: في حكم الليلة اللاحقة لليوم الثالث
- ٢٣١ المسألة الثالثة: في حكم الليلة التي وقع فيها البيع
- ٢٣١ المسألة الرابعة: في حكم اليوم الملقق
- ٢٣٢ كلام صاحب الجواهر والسيد اليزدي في اليوم الملقق
- ٢٣٤ المناقشة في ما أفاده صاحب الجواهر
- ٢٣٥ المناقشة في ما أفاده السيد اليزدي

- المسألة الخامسة: حكم ما لو وقع البيع بين الطلوعين، أو في أول طلوع الشمس ٢٣٨
- رأي المحقق الرشتي في معنى اليوم ومناقشته ٢٤١
- مسألة: مسقطات خيار الحيوان ٢٤٦
- الأول: إسقاطه بعد العقد ٢٤٦
- الثاني: اشتراط سقوطه في العقد ٢٤٦
- شرط سقوط الخيار في بعض وقته ٢٤٧
- تفصيل المحقق الخراساني ومناقشته ٢٤٨
- مناقشة ما أفاده الشيخ ٢٥٠
- دليل المحقق السيد الخوئي على صحة شرط التبعض ومناقشته ٢٥١
- دليل السيد اليزدي ورده ٢٥١
- محاولة المحقق الأصفهاني للتصحيح ٢٥٢
- مناقشة محاولة المحقق الأصفهاني ٢٥٣
- المسقط الثالث: التصرف ٢٥٦
- المقام الأول: في مقتضى القاعدة ٢٥٦
- رأي المحقق النائيني في خروج بعض الأفراد عن القاعدة ورده ٢٥٧
- المقام الثاني: في استفاد من الروايات ٢٥٨
- فقه الحديث ٢٥٩
- فقه الحديث ٢٦٣
- أمران لا بد من بيانها ٢٦٧
- الأمر الأول: في النسبة بين إحداث الحدث والتصرف ٢٦٧
- الأمر الثاني: في بيان الجزاء في صحيحة ابن رثاب ٢٦٨

٢٦٩	المحتملات في الرواية
٢٧١	مختار الشيخ
٢٧٣	إشكال المحقق الرشتي على الشيخ وردّه
٢٧٤	إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ ودفعه
٢٧٥	المناقشة في ما قواه الشيخ
٢٧٥	ما استقر به المحقق الأصفهاني من الوجوه ومناقشته
٢٧٨	المختار في مدلول الرواية
٢٨٠	في المرجع حين إجمال المراد
٢٨٣	الثالث .. خيار الشرط
٢٨٣	الجهة الأولى: في مقتضى الأصل العملي
٢٨٥	الجهة الثانية: أدلة هذا الخيار
٢٨٥	الدليل الأول: الإجماع
٢٨٦	الدليل الثاني: الروايات الخاصة
٢٩٠	الدليل الثالث: الروايات العامة
٢٩٠	إشكال الفاضل النراقي ودفعه
٢٩١	الجواب الأول للمحقق الخوئي وردّه
٢٩٥	الجواب الثاني للمحقق الخوئي
٢٩٧	المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي
٢٩٩	الجواب الثالث: ما أجاب به المحقق النائيني
٣٠١	إشكال المحقق الخوئي على المحقق النائيني ودفعه
٣٠٤	فروع

- الفرع الأول: عدم الفرق بين اتصال زمان الخيار بالعقد وانفصاله ٣٠٤
- الفرع الثاني: في حكم العقد بعد انقضاء مدة الخيار ٣٠٥
- الفرع الثالث: في حكم شرط الخيار في مدة مجهولة ٣٠٨
- أدلة الشيخ على البطلان ٣٠٩
- استدلال صاحب الجواهر على البطلان ٣١٢
- مناقشة الشيخ لصاحب الجواهر ٣١٤
- توضيح المحقق الخراساني لكلام الشيخ ومناقشته للعلمين ٣١٥
- المناقشة في كلام المحقق الخراساني ٣١٦
- تلخيص وتحقيق ٣١٨
- مناقشة المحقق الخوئي لهذا الاستدلال وردّها ٣٢٣
- تحقيق المحقق الأصفهاني في وجه غررية البيع مع هذا الشرط ٣٢٥
- التحقيق في المسألة ٣٢٦
- الفرع الرابع: في بطلان البيع مع ذكر مدة الخيار مطلقة أو عدم ذكرها ٣٣٠
- إشكال الشيخ على صاحب الجواهر ٣٣٢
- المناقشة في ما أفاده الشيخ ٣٣٧
- تحقيق المحققين الخراساني والأصفهاني في المسألة ومناقشته ٣٣٨
- مسألة: مبدأ خيار الشرط ٣٤٢
- أدلة القول بأن مبدأ الخيار من حين التفرّق ٣٤٤
- مناقشة الشيخ للوجه الثاني من وجوه القول الأول ٣٤٦
- جواب المحقق النائيني عن الإشكال الخامس للشيخ ودفعه ٣٤٨
- تنبيه ٣٤٩
- مسألة: جعل الخيار للأجنبي ٣٥٠

- الجهة الأولى: في صحة جعل الخيار للأجنبي ٣٥٠
- النقطة الأولى: في مقتضى القاعدة ٣٥٠
- النقطة الثانية: في بيان المانع الثبوتي من الصحة ٣٥١
- طرق التخلص من المانع عن صحة جعل الخيار للأجنبي ٣٥٢
- طريق المحقق النائيني ٣٥٤
- طريق المحقق الأصفهاني ٣٥٤
- مناقشته ٣٥٦
- طريق السيد اليزدي ومناقشته ٣٥٧
- النقطة الثالثة: في الدليل على صحة جعل الخيار للأجنبي ٣٦١
- الإشكال الأول للمحقق الخوئي على الاستدلال به ومناقشته ٣٦٢
- العمدة في الجواب عن الإشكال الأول ٣٦٥
- الإشكال الثاني للمحقق الخوئي ٣٦٨
- طريق التخلص عن الإشكال بنظر المحقق الخوئي ٣٦٨
- المناقشة في طريق المحقق الخوئي ٣٦٩
- الطريق الصحيح للحل ٣٧٢
- الجهة الثانية: في اشتراط قبول الأجنبي وعدمه ٣٧٥
- تفصيل المحقق النائيني في المقام ومناقشته ٣٧٥
- دليل المحقق الخوئي على عدم الحاجة الى القبول ومناقشته ٣٧٦
- الجهة الثالثة: في جواز إسقاط خيار الأجنبي وعدمه ٣٨٠
- الجهة الرابعة: في اشتراط مراعاة المصلحة من قبل الأجنبي وعدم اشتراطها ٣٨٣

- الجهة الخامسة: في حكم جعل الخيار للمتعدد ٣٨٥
- مسألة: شرط الاستثمار ٣٨٨
- إشكال المحقق الأصفهاني على شرط الاستثمار ٣٩١
- مسألة: بيع الخيار ٣٩٣
- الجهة الأولى: في حكم هذا الشرط في الجملة ٣٩٤
- الجهة الثانية: في بيان صور المسألة ٣٩٦
- إرجاع المحقق الخوئي الصور إلى واحدة ومناقشته ٣٩٨
- الجهة الثالثة: في حكم هذه الصور ٤٠١
- إشكال الشيخ في الصورة الرابعة ٤٠١
- إشكال المحقق الخراساني على الصورة الأولى والرابعة وجوابه عنهما
ومناقشته ٤٠٣
- إشكال المحقق النائيني على الصورة الرابعة ٤٠٤
- جواب المحقق الأصفهاني عن الإشكال ٤٠٦
- مناقشة كلام المحقق الأصفهاني وبيان المختار ٤٠٧
- الجهة الرابعة: في صور الثمن المشروط رده ٤٠٩
- الصورة الأولى والثانية ٤١٠
- الصورة الثالثة ٤١١
- إشكال المحقق الخوئي على الشيخ ٤١٤
- التحقيق في المقام ٤١٥
- الصورة الرابعة ٤١٦
- الجهة الخامسة: في كفاية رد الثمن في الفسخ وعدمه ٤١٨
- إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ٤١٩

- ٤٢٠ جواب المحقق الأصفهاني عن إشكال المحقق الخراساني ودفعه
- ٤٢٤ الجهة السادسة: في مسقطات بيع الخيار
- ٤٢٤ الأول: الإسقاط
- ٤٢٥ جواب الشيخ عن إشكال إسقاط ما لم يجب وردّه
- ٤٢٦ جواب المحقق الخوئي عن إشكال إسقاط ما لم يجب وردّه
- ٤٢٧ كلام المحقق الإيرواني وردّه
- ٤٢٨ الثاني: انقضاء المدّة
- ٤٢٨ الفرع الأول: لو ردّ غير جنس الثمن
- ٤٢٩ الفرع الثاني: لو ردّ جنس الثمن فظهر معيباً
- ٤٢٩ الأقسام التي أفادها المحقق الخوئي ومناقشتها
- ٤٣١ كلام المحقق الحائري
- ٤٣٣ الثالث: التصرف في الثمن
- ٤٣٣ كلام المحققين الأردبيلي والسبزواري في عدم السقوط بالتصرف
- ٤٣٥ جواب السيد بحر العلوم عنهما
- ٤٣٥ مناقشة صاحب الجواهر لكلام السيد بحر العلوم
- ٤٣٦ تنظر الشيخ فيما أفاده الجميع
- ٤٣٨ إشكال المحقق الخوئي في أصل المطلب
- ٤٤٠ الجهة السابعة: في حكم تلف المبيع والثمن
- ٤٤١ النقطة الأولى: في حكم تلف المبيع
- ٤٥٠ النقطة الثانية: في حكم تلف الثمن
- ٤٥٦ بيان عدم المنافاة بين قاعدتي التلف في زمان الخيار والخراج بالضمان ...

- الجهة الثامنة: في ردّ الثمن إلى الوكيل أو الولي مع التصريح به وبدونه... ٤٦٢
- كلام صاحب الحدائق في المقام ٤٦٣
- مناقشة الشيخ لصاحب الحدائق ٤٦٤
- ثمرة الخلاف بين قولي المحقق القمي وصاحب المناهل ٤٦٥
- مختار الشيخ ودليله ٤٦٥
- مقتضى الأصل عند المحقق الرشتي ٤٦٦
- مناقشته ٤٦٧
- فرعان ٤٦٩
- الجهة التاسعة: في ردّ البائع بعض الثمن ٤٧٣
- الجهة العاشرة: اشتراط المشتري الفسخ بردّ المثلث ٤٧٦
- مسألة: في جريان خيار الشرط في غير البيع وعدمه ٤٨٠
- الجهة الأولى: في جريانه في الإيقاعات ٤٨٠
- إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ٤٨٨
- إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ٤٩٠
- الإشكال على الشيخ ٤٩٢
- إشكال السيد الخوئي على شرط الخيار في الإيقاعات ٤٩٥
- المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي ٤٩٦
- المناقشة في ما أفاده المحقق النائيني ٥٠١
- في صحة وقوع الشرط في العتق وعدمها ٥٠٨
- في جريان خيار الشرط في ما يلحق الإيقاعات ٥١٨
- إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ وردّه ٥١٨
- أقسام العقود عند الشيخ من حيث دخول خيار الشرط فيها ٥٢١

- القسم الأول: ما لا يدخله شرط الخيار بالاتفاق..... ٥٢١
- مناقشة المحقق الأصفهاني للدليل الأول للشيخ وردّها ٥٢٢
- المناقشة في الدليل الأول للشيخ..... ٥٢٤
- المناقشة في الدليل الثاني للشيخ..... ٥٢٥
- إشكال المحقق الخوئي على جريان الشرط في النكاح..... ٥٢٨
- المناقشة في كلام المحقق الخوئي..... ٥٣٠
- القسم الثاني: ما اختلف في دخول الشرط فيه ٥٣٢
- الوقف ٥٣٣
- أدلة عدم دخول الشرط في الوقف ٥٣٣
- الوجه الأول: أنه يعتبر فيه القرية، وما كان لله تعالى لا يقبل الرجوع..... ٥٣٣
- الوجه الثاني: أن الوقف فك ملك بغير عوض، فلا يقبل شرط الخيار..... ٥٣٤
- الوجه الثالث: موثقة إسماعيل بن الفضل ٥٣٥
- الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي ٥٣٦
- الصدقة ٥٣٨
- الصلح ٥٤٠
- عقد الضمان ٥٤١
- عقد الرهن ٥٤٢
- بيع الصرف ٥٥٠
- القسم الثالث: ما يدخله الشرط بالاتفاق..... ٥٥٠
- دخول خيار الشرط في القسمة ٥٥١
- دخول شرط الخيار في الصداق..... ٥٥٢

٥٥٤	دخول شرط الخيار في العقود الجائزة وعدمه
٥٦١	الموضوعات