

بُعَيْتُ السَّاعِبَةَ

فِي مَبَانِي لَدَى كَاتِبَاتِ

تَقْرِيرَاتِ مَجَلَاتِ

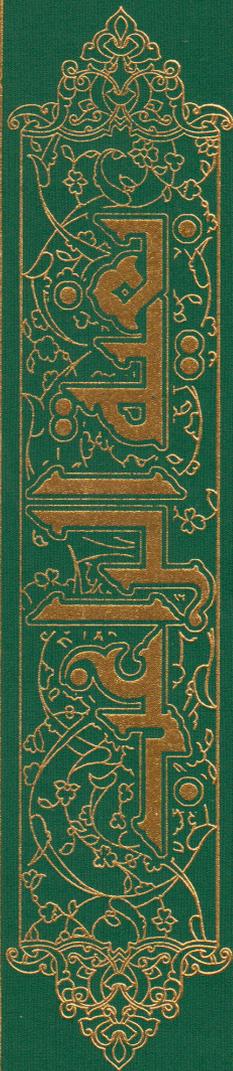
سِيَاحَةِ آيَةِ اللَّهِ الْعَظِيمَةِ الشَّيخِ الْوَلِيِّ الْحُرِّ الشَّافِعِيِّ

فِي الْحَيَاةِ الْوَالِدِيَّةِ

بِقِسْمِ

تَرَاوِجِ سِدْبَلِ الْقَطِيفِيِّ

الجزء الرابع





بغية الراغب في مباني المكاسب



بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الرابع)

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: ١٤٣٨ هـ ق - ١٣٩٦ هـ.ش.

المطبوع: ١٠٠٠ نسخة

المطبعة: نكارش

السعر المجلدأ: ٢٢٠٠٠ تومانا

ردمك: ٦ - ٨٤ - ٢٦٩٤ - ٩٦٤ - ٩٧٨ ISBN

قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٢٥ - ٠٢٥



مراكز التوزيع:

(١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦

(٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة 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 - ٣٢٢٣٧١١٣

(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 پديدآور : بغية الراغب في مباني المكاسب: تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفي.

مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم (ع)، ١٤٣٣ ق. = ٢٠١٢ م. = ١٣٩١ -

مشخصات ظاهري : ج.

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

(ج ٣) 8 - 77 - 2694 - 964 - 978 (ج ٤) 6 - 84 - 2694 - 964 - 978

وضعيت فهرست نویسی : فييا.

يادداشت : عربي.

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

يادداشت : ج. ٣ - ٤ (چاپ اول: ١٤٣٧ ق. = ٢٠١٦ م. = ١٣٩٥) (فييا).

موضوع : فقه جعفري -- قرن ١٤

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : خيارات (فقه)

شناسه افزوده : آل سنبل القطيفي، نزار، گردآورنده

شناسه افزوده : مدرسة الامام باقر العلوم (ع)

رده بندی كنگره : ١٣٩١ ب٧ / ٢٧ و / ٥ / ١٨٣ BP

رده بندی ديويي : ٢٩٧ / ٣٤٢

شماره كتابخانه ملي : ٢٨٦٤٢٥٥

بُعَيْتُكَ الرَّغْبَ

فِي مَبَانِي لَكَ سَبَّ

تَقْرِيرٌ لِمَحَبَّاتِ

سَيِّدَةِ نَبِيِّ اللَّهِ الْعَظِيمِ الشَّيخِ الْوَحِيدِ الْحُرِّ سَيِّدِي

فِي الْحَيَاةِ

بِقَلَمِ

نَزَارِ الْسَّنْبَلِ الْقَطِيفِيِّ

الجزء الرابع

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

الشمس الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ الْعَلِيمِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَيَّ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

سَيِّمًا بِقِيَّةِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِينَ وَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى

أَعْدَائِهِمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ

وَبَعْدَ فَقْدِ لَاحِظَتِ بَعْضَ الْمَوَارِدِ مِنْ كِتَابِ

(بَغِيَّةِ الرَّاعِبِ فِي مَبَانِي الْمَكَّاسِبِ) مِمَّا كَتَبَهُ جُنَابُ الْفَاضِلِ الْعَلَّامَةِ

الْحُجَّةِ الشَّيْخِ تَرَاوَالَ سُنْبُلِ الْقَطِيفِيِّ دَامَتْ تَأْيِيدَاتُهُ تَقْرِيرًا لِبَحْوثِنَا

الْفَقْهِيَّةِ الَّتِي لَقَيْنَاهَا عَلَى فُضْلَاءِ الْحُوزَةِ الْعِلْمِيَّةِ فِي قَمِّ الْمَقْدِسَةِ فِي

مَبْحَثِ الْخِيَارَاتِ فَوَجَدْتَهَا صَادِرَةً عَنْ فِهْمٍ وَتَدْقِيقٍ وَاسْتِيعَابِ

بَيَانِ مَبْتَنٍ وَأَسْلُوبِ رَصِينٍ وَلَا غَرْوِي فِي ذَلِكَ فَإِنَّهُ مِمَّنْ حَضَرَ

أُبْحَاثِنَا فِي الْفَقْهِ وَالْأُصُولِ مَلْمَدِيدَةً حُضُورًا وَفِهْمًا وَدَقَّةً شَكَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ

سَعْيَهُ وَأَسْأَلُ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنْ يُؤَيِّدَ لِي إِمْتَامَهُ وَيُوفِّقَهُ فِيمَا

يُحِبُّ وَيُرِيدُ
مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ
الْحَمَّادِيُّ



المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

وبعد فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا الموسوم بـ (بغية الراغب في مباني المكاسب)، مما استفدناه من أبحاث الأستاذ الأكبر، علم التحقيق والتدقيق، جامع المنقول والمعقول، حامل لواء الولاء، والمدافع عن حریم الشريعة الغراء، زعيم الحوزة العلمية في قم المقدسة، العارف التقي، سماحة آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالي، ويبدأ بشروط خيار التأخير.

شروط خيار التأخير

الشرط الأول: عدم قبض المبيع

قال الشيخ رحمته الله عن هذا الشرط: (ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدمة قوله عليه السلام: في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة: « فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »، بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع)^(١).

إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات

وأنكر صاحب الرياض رحمته الله دلالة الأخبار عليه^(٢)، وتبعه صاحب الجواهر رحمته الله^(٣)، واعتمد في اشتراطه على الإجماع، وهو المعنى بقول الشيخ رحمته الله: (وتبعه بعض المعاصرين).

ولم يرَ الشيخ رحمته الله لهما محملاً إلا وجهين:

(١) المكاسب ٥: ٢٢٠.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٠٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٥٤.

الأول: سقوط هذه الفقرة من النسخة المأخوذ منها الرواية.

وهو عذر غير صالح، كما هو واضح؛ لأن صاحب الجواهر رحمته الله ذكر هذه الجملة في الرواية.

الثاني: احتمال قراءة « قَبْض » بالتخفيف، و« بَيْعَه » بالتشديد، يعني قبض بئعه الثمن، في قبال « قَبْض » بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف، بمعنى المبيع.

إشكال الشيخ عليهما

وأورد عليهما الشيخ رحمته الله بوجهين:

الأول: أن استعمال « البيع » بالتشديد مفرداً نادراً، بل لم يوجد، بخلافه في التثنية، فقد ورد « البيعان بالخيار ».

الثاني: إمكان إجراء أصالة عدم التشديد في « البيع »، نظير ما ذكره في الروضة: من أصالة عدم المدّ في لفظ « البكاء » الوارد في قواطع السفر؛ حيث شك في كونه بالقصر أو بالمدّ، فإن كان بالمدّ كان القاطع البكاء بالصوت، وإن كان بالقصر كان القاطع مطلق البكاء^(١).

والحاصل: أن الاستفادة من الرواية عند الشيخ رحمته الله اشترط عدم قبض المبيع لثبوت الخيار؛ بناء على قراءة « قَبْض » بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف.

وأما مختار صاحب الرياض فالأمر بالعكس من حيث تشديد الكلمة

وتخفيفها؛ أي « قبض » بالتخفيف، و« بيعه » بالتشديد، أي البائع، وما يقبضه البائع هو الثمن، فيكون الشرط عدم قبض الثمن.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بالرواية: بأن فيها احتمالات ثلاثة، فلا يتم الاستدلال مع وجودها، وهي:

الأول: أن يكون « البيع » فيها بمعنى الثمن، فيقال: باع ولم يقبض بيعه، كما يقال بالنسبة إلى المبيع: اشترى ولم يقبض شراءه، فالمراد من (شراءه) المبيع، ومن (بيعه) الثمن.

الثاني: أن يكون المراد كناية عن عدم قبض مجموع العوضين، المفروض في السؤال، فيكون مفادها أنه إذا تمّ قبض المجموع لزم البيع، وإلا ثبت الخيار.

الثالث: أن تكون كلمة « بيعه » جواباً للشرط، على أن يكون مفعول « قبض » محذوفاً؛ يعني إن قبض الثمن أو مجموع العوضين، فالبيع بينهما، أي فله بيعه، وإن لم يقبض الثمن فلا بيع بينهما.

والعمدة في الاستدلال اختصاص موارد الأخبار بصورة عدم قبض المبيع، وعدم الإطلاق في الرواية، أو تنقيح مناط، بحيث تشمل صورة قبض المبيع، فلهذا يقتصر على القدر المتيقن، وهو صورة عدم القبض، وهو مورد الروايات؛ إذ مع عدم الإطلاق في الرواية يكون المرجع أصالة

اللزوم في غير القدر المتيقن^(١).

هذا ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله، ولكن إثبات الإجمال في الأدلة يتوقف على كون المحتملات المذكورة في الكلام موافقة لقواعد المحاورة، وهو غير تام في ما ذكر:

أما الاحتمال الأول؛ فلعدم استعمال كلمة البيع وإرادة الثمن في الروايات، ولا في كلمات الفقهاء، بخلاف إرادة المبيع منها؛ فإنه أمر شائع الاستعمال، والقياس على الاشتراء مع الفارق؛ إذ يستعمل الشراء في ما اشتراه (المشترى)، كما يستعمل البيع في المبيع، فأى ربط باستعمال البيع في الثمن؟ بل استعمال الشراء في المشتري يؤيد كلام الشيخ رحمته الله من استعمال البيع في المبيع، لا العكس.

وأما الاحتمال الثاني؛ فلأن استعمال البيع في مجموع الثمن والمثمن، استعمال له في غير ما وضع له، وغير معناه العرفي.

وبعبارة أخرى: أن المعنى اللغوي والعرفي على خلاف هذا الاحتمال؛ فإن البيع لغة، إما أنه فعل البائع خاصة، وإن كان من الأضداد أطلق على فعل البائع وفعل المشتري، ويأتي عند العرف بمعنى المبيع، فمعناه في « إن قبض بيعة » مبيعه، وحمله على مجموع الثمن والمثمن حمل له على معنى غير متعارف عند الإطلاق، بلا قرينة تدل عليه.

وأما الاحتمال الثالث؛ فأولاً: أن تقدير المحذوف على خلاف

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني ٢: ٤٢.

الأصل.

وثانياً: لا توجد قاعدة تدلّ على أن « بيعه » في « فإن قبض بيعه » جواب شرط محذوف.

تأييد المحقق الرشتي إلى الشيخ

وأيد المحقق الرشتي قده، ما احتمله الشيخ رحمته؛ برواية « قبضه » مع ضمير المفعول، بناء على قراءة « قبّض » حينئذٍ بالتشديد، و« بيعه » بالتخفيف؛ أي « قبّضه بيّعه »، بمعنى قبّض البائع المشتري مبيعه، فتكون حينئذٍ دليلاً على المشهور، وسالمة عن الإشكال.

وأما على قرائتها بتخفيف « قبّضه »، وتشديد « بيّعه »، فهي على عكس المطلوب أدل؛ إذ يكون المعنى قبّض الثمن بآئعه^(١).

الحق في لفظ الرواية ومفادها

والذي ينبغي أن نتابع الرواية من أولها ومرجع الضمائر فيها، فأولها السؤال: « عن الرجل يبيع البيع »، ولا شك أن المراد من « البيع » هنا هو المبيع، « ولا يقبضه صاحبه »، وفي ضمير « صاحبه » احتمالان:

١- أن يعود على المشتري، الذي هو صاحب البائع، فيكون « صاحبه » مفعولاً به إلى الفعل المتعدّي، وهو « يقبضه ».

٢- أن يعود على البيع بمعنى المبيع، أي صاحب المبيع، وهو

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٥٤٧.

المشتري.

وعلى كل فالمراد أن المشتري لم يقبض المبيع، كما أن البائع لم يقبض الثمن، فما هي الوظيفة؟

فأجاب الإمام عليه السلام: «الأجل بينهما ثلاثة أيام»؛ أي أن المعاملة إذا وقعت ولم يتم قبض المبيع ولا الثمن، فالمعاملة لازمة إلى ثلاثة أيام، ثم: «فإن قبض بيعه»، والقاعدة تقتضي أن تحمل النصوص على ما وصل إلينا من حملتها، فإن كان الضبط بالتخفيف فالحكم بالتشديد خلاف القاعدة، وقد ضبطت الرواية بالتخفيف؛ إذ لم تشدد في كتب الحديث، فيرجع ضمير «بيعه» إلى الصاحب، فيكون المعنى فإن قبض المشتري المبيع فالبيع لازم، ويكون المفهوم، فإن لم يقبض البيع فلا بيع بينهما.

هذا هو الحق في بيان الرواية، وعليه يتم مدعى المشهور، ولا عبرة بمدعى الشيخ عليه السلام، ولا باحتمالات المحقق الإيرواني عليه السلام.

ثم على احتمال تشديد «قبض» يتم أيضاً قول المشهور؛ لأن الضمير يعود حينئذٍ إلى البائع، والمراد من «بيعه» مبيعه، فيكون المعنى فإن قبض البائع المشتري المبيع فقد لزم البيع، وإلا فلا، فيفيد اشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار.

وكذلك يتم قولهم على النسخة التي نقلها المحقق الرشتي عليه السلام: «فإن قبضه بيعه».

نعم، لا يتم قولهم على الاحتمال الذي احتمله الشيخ عليه السلام في وجه

إنكار صاحب الرياض رحمته الله لدلالاتها، وهو: « إن قبض بيّعه » بتشديد البيّع.

إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه

وقد أورد عليه الشيخ رحمته الله بإيرادين:

الأول: ندرة استعمال « البيّع » بالتشديد مفرداً.

الثاني: أصالة عدم التشديد.

أما الأول، فيرد عليه: أن الاستعمال إذا كان صحيحاً مادة وهيئة، فعدم الاستعمال لا يضر، فضلاً عن ندرته، ولا شك أن الاستعمال صحيح؛ بدليل وروده في حال التثنية كما في « البيعان بالخيار »، فمع صحة استعماله في حال التثنية، فما هو المانع من صحة استعماله مفرداً؟ فليس من شرائط الصحة، رؤية الاستعمال، وكل استعمال مسبق بالعدم، فلا بدّ من شروع الاستعمال من نقطة ابتداء.

وأما الثاني، فيحتمل فيه احتمالان:

الأول: الأصل العقلاني.

الثاني: الأصل الشرعي.

أما الأصل العقلاني، فالمراد به أصالة عدم الزيادة في الكلام لو شك فيها، بما أن التشديد أمر زائد في الكلمة، فالأصل عدمه.

ولا يخفى أن هذا الأصل ثابت من حيث الأصل، ولم يثبت إطلاقه، بمعنى أنه ثبت جريانه عند العقلاء، فيما لو شك في زيادة كلمة أو جملة

في الكلام، هل هي ثابتة أو زائدة، فالأصل عدم الزيادة، وأما إذا شك في كيفية الكلمة - وإن اعتبرت كيفية زيادة فيها - فلم يثبت جريان الأصل عندهم، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن التشديد زيادة في كيفية الكلمة.

وأما الأصل الشرعي، فهو هنا استصحاب العدم الأزلي؛ لعدم الحالة السابقة زماناً؛ أي أن الكلمة قبل تلفظها لم توجد، ولم تكن مشددة ولا مخففة، فحينما تلفظ بها الإمام عليه السلام، فهل نطقها مشددة أو مخففة؟ هذا ما نشك فيه، فالعدم المأخوذ، سالبة بانتفاء الموضوع، لا بانتفاء المحمول، وما كان كذلك كان أصلاً أزلياً.

وجريانه يدور مدار المبنى فيه، فالمحقق النائيني رحمته الله الذي لا يرى جريانه من أساس، لا يتمسك به في المقام، بخلاف من يراه.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه

ولهذا، لا يصح إيراد المحقق الخراساني رحمته الله عليه: بعدم وجود حالة سابقة للكلمة حتى تستصحب؛ فإن التخفيف والتشديد كليهما، من الكيفيات التي تكون للكلمة، فتوجد مكيفة به أو بعدمه، فهي - حينما وجدت - إما وجدت مشددة أو مخففة^(١).

فإنه مخالف لمبناه، من جريان استصحاب العدم الأزلي، فحال الكلمة حال المرأة؛ فإنها إما وجدت قرشية أو غيرها.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني رحمته الله: ٢٠١.

الناقشة في أصل عدم التشديد

نعم، يرد عليه وجهان:

الأول: أنه أصل مثبت؛ فإن أصالة عدم التشديد في «بيعه»، لا تثبت التخفيف فيه إلا من باب إثبات اللازم العقلي؛ فإن البيع بالتخفيف ضد البيع بالتشديد، فلازم نفي أحدهما ثبوت الآخر عقلاً، وبما أن الأصل المثبت غير ثابت، فلا يثبت التخفيف، فلا أثر لأصالة عدم التشديد، فينتفي مستند المشهور، ولا مخلص من هذا الإشكال.

الثاني: معارضته بأصل مثله، وتصوير المعارضة بنحوين:

النحو الأول: أن أصالة عدم التشديد في البيع، معارضة بأصالة عدم التخفيف فيها؛ إذ كل منهما هيئة مستقلة للمادة، وكما أن للبيع بالتشديد أثراً؛ حيث يترتب عليه الحكم بشرطية عدم قبض الثمن، فكذلك للبيع بالتخفيف؛ فإن له أثراً؛ حيث يترتب عليه القول بشرطية عدم قبض المبيع.

وهو إشكال لا مفرّ منه، ولا دافع له أيضاً.

النحو الثاني: معارضة أصالة عدم التشديد في «بيعه»، بأصالة عدم التشديد في «قبض»؛ بناء على لا بدية التشديد في أحدهما.

وهذا الإشكال، إنما يتمّ على قول من قال: بتوقف قول المشهور على

تشديد « قبض »، وأما على ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني رحمته الله (١)، وهو المختار عندنا - كما تقدم - من تمامية قولهم حتى على قرائتها بالتخفيف، فلا موضع له.

فتلخص: أن الإشكالات الواردة على الأصل ثلاثة:

الأول: أنه مبني؛ لكونه استصحاب العدم الأزلي.

الثاني: أنه أصل مثبت.

الثالث: معارضته لأصالة عدم التخفيف في « بيعه ».

وأما قياس أصالة عدم التشديد، بأصالة عدم المدّ في البكاء الوارد في قواطع الصلاة، فهو مع الفارق؛ إذ أن الأمر في مسألة البكاء مردد بين الأقل والأكثر؛ فإن في البكاء بالمدّ مدّاً زائداً، وهمزة زائدة، وهما حرفان زائدان، دون البكا بالقصر، فإذا تردّد الأمر بينهما جرى الأصل العقلائي بعدم الزيادة، وجرى الأصل الشرعي على القول بجريانه، كما أجراه الشيخ رحمته الله.

وأما ما نحن فيه فالأمر مردّد بين متباينين؛ فإن « البيع » بالتشديد مباين إلى « البيع » بالتخفيف؛ لأنه ضده، فلا يقاس على البكاء.

ونتيجة البحث:

أن الرواية دالة على شرطية عدم قبض المبيع، سواء أقرئت « قبض » بالتخفيف أم بالتشديد؛ فإن « بيعه » بمعنى المبيع.

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٣٤٩ - ٣٥٠.

استدلال المحقق الإيرواني على شرطية عدم قبض المبيع

وبقي هنا أمران:

الأمر الأول: أن المحقق الإيرواني رحمته الله بعد أن ضعف الاستدلال بالرواية على شرطية عدم قبض المبيع؛ لإجمالها وترددها بين احتمالات ثلاثة، استدل عليه بما حاصله: أن مورد الروايات عدم قبض المبيع، ولا إطلاق فيها لتشمل مورد القبض، كما لا يوجد تنقيح مناط يستفاد منه الشمول له، فيقتصر على القدر المتيقن، وهو مورد الأخبار^(١).

ويرجع دليله إلى أن الأصل في البيع اللزوم، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل حاكم على اللزوم، أو مخصص له، والروايات لا تدلّ عليه في صورة القبض، فيثبت مسلك المشهور، لكن لا عن طريق الروايات؛ لإجمالها، بل عن طريق القاعدة والأصل.

المناقشة في دليل المحقق الإيرواني

وما أفاده تام لو ثبت عدم الإطلاق في الروايات، ولكن الروايات على طائفتين:

الأولى: صحيحة ابن يقطين، وموردها عدم قبض المبيع، وعدم قبض الثمن؛ إذ فيها: « عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن ». «

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني رحمته الله ٢: ٤٢.

الثانية: صحيحة زرارة، وموردها قبض المبيع؛ إذ فيها: « الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده »؛ فإن ظاهر مادة « يدعه عنده » أن المشتري قبضه من البائع، وخلّى البائع بينه وبينه، ثم وضعه عنده. ولا أقلّ، فإن مقتضى الإطلاق ذلك؛ فإن عبارة « ثم يدعه عنده » تشمل ما لو خلّى البائع ما بين المشتري والمتاع، وما لو لم يخلّ بينهما، بل حتى صحيحة عمار تامة الإطلاق عند التأمل فيها، ولكن يكفي في ردّ المحقق المذكور إثبات الإطلاق في صحيحة زرارة، فدعواه كون المورد عدم تحقق القبض، وعدم الإطلاق غير تامة.

فالدليل على شرطية عدم قبض المبيع، ينحصر في صحيحة ابن يقطين، فإن تمت دلالتها على مسلك المشهور فهو، وإلا فلا مستند لهم.

تحقيق المحقق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن

الأمر الثاني: ما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله، وتوضيحه:

أن أدلة اعتبار خيار التأخير لا تخلو من ثلاثة: الإجماع، ودليل نفي الضرر، والأخبار.

فإن كان المستند الإجماع، فبما أنه دليل لبي، اقتصر في تخصيصه لعموم دليل اللزوم على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض الثمن والمبيع؛ وذلك لأن عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ يقتضي اللزوم، سواء أقبض كل منهما الثمن والمثمن أو لم يقبضاهما، ولكن خصّص هذا العموم بالإجماع القائم على خيار التأخير، وبما أنه دليل لبي، لا لسان له، وهو مخصص منفصل مجمل لتردده بين الأقل والأكثر، اقتصر في

تخصيصه على القدر المتيقن، وهي صورة عدم تحقق قبض كل من الثمن والمثمن.

وإن كان المستند « لا ضرر »، فلا وجه لاعتبار الجلب، لولا الكل؛ إذ المدار حينئذٍ على حصول الضرر وعدمه، لا على قبض الثمن أو المثمن وعدمه، فلو حصل الضرر وقبض الثمن والمثمن ثبت الخيار، ولو لم يحصل الضرر، ولم يقبض الثمن ولا المثمن، لم يثبت الخيار.

ولا شبهة في ثبوت الضرر مع فقدان أحدهما، أي لم يحصل قبض للثمن أو المثمن.

وإن كان المستند الأخبار، فظاهر بعضها كصحيحة علي بن يقطين عدم الاعتبار إلا بعدم قبض المثمن، وظاهر بعضها الآخر اعتبار عدم قبض الثمن، والتوفيق بينهما كما يتم بتقييد إطلاق كل منهما بالآخر، وهو يقتضي اشتراطهما معاً؛ أي عدم قبض الثمن والمثمن، يتمّ بالحمل على كفاية عدم قبض أحدهما، والأول أظهر، ولو لم يكن بأظهر فليس الثاني بأظهر، ومع تساويهما يسقطان، فيرجع إلى الأصل.

بيان ذلك: أنه في صحيحة علي بن يقطين شرط، وهو « فإن قبض بيعه »، ومفهومه إن لم يقبض المبيع فله الخيار مطلقاً؛ أي سواء أقبض الثمن أم لم يقبض.

وفي صحيحة زرارة شرط أيضاً، وهو: إن قبض الثمن فلا خيار له، ومفهومه أنه إذا لم يقبض الثمن فله الخيار مطلقاً، سواء أقبض المثمن أم

لم يقبضه.

والتوفيق بينهما يتمّ بأحد وجهين:

الأول: أن يقيد إطلاق كل منهما بتقييد الأخرى، والنتيجة إن لم يقبض المثلث، بمقتضى صحيحة ابن يقطين، ولم يقبض الثمن بمقتضى صحيحة زرارة ثبت الخيار، وإن تخلف أحدهما فلا خيار.

الثاني: أن ترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، بمعنى أن صحيحة ابن يقطين تقضي بالخيار إن لم يقبض المثلث، ولا يشترط شيء آخر غيره، وصحيحة زرارة تقضي بالخيار إن لم يقبض الثمن، ولا يشترط شيء آخر غيره، فترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، فيكون الشرط هو الجامع بينهما، أي إذا تحقق أحدهما ثبت الخيار.

والوجه الأول هو الأظهر، وعلى فرض عدم أظهريته، فليس الثاني بأظهر، فيقع التنافي بينهما، ويرجع حينئذٍ إلى الأصل، فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل اللزوم عدم تحقق قبض الثمن والمثلث معاً^(١).

الناقشة في تحقيق المحقق الخراساني

ولا بدّ من تعيين أصل المسألة؛ فإن المجمعول على المشهور اللزوم، والجواز (والخيار)، وعلى مسلك الشيخ عليه السلام الصحة والبطالان، والمسألة من صغريات تعدّد الشرط، واتحاد الجزاء؛ فإن في صحيحة علي بن يقطين، شرط عدم قبض المبيع، وفي صحيحة زرارة واسحاق بن عمار

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٠١.

شرط عدم قبض الثمن، فالحكم واحد وهو الخيار، والشرط متعدد.

هذا هو أصل المسألة، وقد ذكر المحقق الخراساني رحمته الله في الأصول

في كبرى هذه المسألة - إذا تعدد الشرط واتحد الجزاء - أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن إطلاق مفهوم كل منهما مقيد بمنطوق الآخر،

وتنتجته اعتبار أحد الشرطين لتحقق الجزاء.

الوجه الثاني: أنه في مثل هذه الحالة لا مفهوم لكلتا القضيتين،

فيتحقق الجزاء بتحقق أي من الشرطين.

الوجه الثالث: أن يتقيد كل منهما بالآخر بنحو الانضمام، فيكون

الشرط اجتماعهما، أي مركب من جزئين.

الوجه الرابع: الشرط هو الجامع.

واختار من جهة عرفية الوجه الثاني؛ لعدم المفهوم في مثل هذه

القضية؛ لعدم تعرضها للنفي، وإنما تقتصر على الإثبات.

وأما من جهة عقلية فقد اختار الوجه الرابع؛ فإنه وإن كان مقتضى

الظهور أن يكون كل واحد من الشرطين شرطاً مستقلاً؛ إلا أن هذا

الظهور ساقط عقلاً؛ لامتناع صدور الواحد من الكثير؛ فإن الواحد لا

يصدر إلا من الواحد، فيمتنع ترتب الجزاء على الخصوصيات المتباينة،

فيكون الشرط هو الجامع بحكم العقل.

وما اختاره هنا، مخالف لما اختاره في الكفاية في كلا الوجهين؛ فقد

اختار في الكفاية من جهة عرفية عدم المفهوم للقضية الشرطية في مثل هذه الصورة، فيكون تحقق كل واحد من الشرطين كافياً لترتب الأثر، بينما اختار في المقام كون الشرط عدم قبض الثمن والمثمن معاً.

وهو مخالف أيضاً لما اختاره في الكفاية من جهة عقلية؛ لأنه اختار فيها كون الشرط هو الجامع، وهو كلي ينطبق على كل واحد، فيخالف كون الشرط هو الجميع.

وأما الحل، فما أفاده من الوجه العرفي مردود؛ لأن مستنده أن مفهوم الشرط إنما يوجد مع كون العلة منحصرة، وفي حال تعدد الشرط لم يحصل الانحصار، فلا مفهوم.

وهو ممنوع؛ لأن كل واحدة من القضيتين الشرطيتين يوجد فيها اقتضاء المفهوم؛ فإن تعليق شيء على شيء يقتضي الثبوت عند الثبوت والانتفاء عند الانتفاء، فإذا تمّ المقتضي في القضيتين وتعارضاً في الأثر كان مقتضى الجمع بينهما إما بـ (أو) أو بـ (الواو)، فيكون الشرط كليهما منضمين أو أحدهما.

وأما الوجه الثاني، فهو مبتنٍ على قاعدة فلسفية، وفيها صيغتان:

الأولى: الواحد لا يصدر إلا من الواحد.

الثانية: الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وهي لو تمّت في محلها لم تتمّ في ما نحن فيه؛ فإن محلها العلل الطبيعية، أي الفاعل الطبيعي التكويني، فلا يصدر من النار الحرارة

والبرودة، كما لا تصدر الحرارة من النار والماء، وأما ما نحن فيه، فما هو إلا الاعتبار الشرعي، ولا علة فيه، وإنما الموجود الموضوع، وهو ليس بعلة للحكم، والشروط الشرعية موضوعات للأحكام، لا أن الأحكام تترشح منها؛ فإن فاعل الحكم هي إرادة المولى، فلا وجود للمقتضى والمقتضى، ليقال الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وحق المطلب: أن عندنا قضيتين شرطيتين، الأولى ما في صحيحة ابن يقطين: إن قبض المبيع فلا خيار له، ومفهوم الشرط: إن لم يقبض المبيع فله الخيار، وهو مطلق؛ أي سواء أقبض الثمن أم لا.

والثانية ما في صحيحة زرارة، ومدلولها: إن قبض الثمن فلا خيار له، ومفهومها: إن لم يقبض الثمن فله الخيار، أعم من قبض المبيع وعدمه.

والملاحظ أن مفهوم كل منهما معارض لمنطوق الأخرى، وبما أن النسبة بينهما نسبة العموم المطلق، فيحمل العام على الخاص، ونتيجة الجمع بينهما - كما حقق في الأصول - التقييد بـ (أو)، ونتيجة ذلك أنه إذا وقع البيع ولم يقبض الثمن أو المثمن ثبت الخيار، فيكون الشرط في المسألة - بحسب كبرى المسألة وصغرها - وجود أحد الأمرين.

فروع

الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع

ثم إنه لو كان عدم القبض بعدوان البائع، كأن بذل المشتري له الثمن، فامتنع عن قبضه وعن إقباض المبيع، فهل للبائع الخيار؟

استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار

استظهر الشيخ رحمته الله عدم الخيار، واستند في ذلك إلى (أن ظاهر النص والفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرره، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله)^(١).

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله: بعدم إناطة الحكم بالإرفاق بالبائع في الروايات، ومقتضى إطلاقها ثبوت الخيار - على القول بثبوتها - ما دام لم يحصل القبض ولو كان عدم القبض بسببه^(٢).

التحقيق في المسألة**ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:**

إن كان المستند في ثبوت هذا الخيار هو الإجماع، فبما أنه دليل لبي، ومخصّص منفصل لآية ﴿أوفوا بالعقود﴾، لزم الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة ما إذا لم يكن عدم القبض من قبل امتناع البائع.

ومن الواضح تمامية ما أفاده الشيخ رحمته الله بناء على هذا المستند، ولعل هذا مراده رحمته الله من قوله: (ظاهر الفتوى).

وإن كان المستند قاعدة (لا ضرر)، فالحال كالسابق؛ لأنها إنما تنفي

(١) المكاسب ٥: ٢٢١.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ١١، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ١٢.

اللزوم الضروري إذا استند الضرر إلى الشارع، وأما إذا كان مستنداً إلى البائع نفسه، فلا ترفعه.

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، بمعنى أن معاملات العقلاء مبنية على أن يُقبض البائع المشتري المبيع، وعلى أن يُقبض المشتري البائع الثمن، فأقباض كل منهما الآخر، شرط ضمني في المعاملة، ومتى تخلف أحدهما عنه كان للآخر الخيار، فالحق مع الشيخ رحمته الله أيضاً كما هو واضح.

وإن كان المستند الأخبار، فبعد وضوح أن التمسك بالإطلاق يتوقف على عدم القرينة، وعدم ما يحتمل القرينية، ولا عبرة باحتمال القرينة؛ فإن الإطلاق يرفعه.

نقول: إن الخيارات، من حيث المستند على قسمين: ارتكازية، وتعبدية، فالارتكازية كخيار الغبن والعيب؛ فإن المعاملات العقلانية مبنية على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، وعلى سلامتهما، فمتى تخلف أحدهما ثبت الخيار.

والتعبدية كخيار المجلس والحيوان؛ فإن مستندهما الوحيد النصوص، لا المرتكز العقلائي.

وكلا القسمين جعلاً لمصلحة صاحب الخيار، والإرفاق به؛ فخيار المجلس جعل للمتبايعين ليتروى كل واحد في ما انتقل إليه، وفي مصلحته من العقد، ولرفع الغفلة عنه إن كانت، وخيار الحيوان - كما

يظهر من روايات صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام^(١) - جعل لكي يتروى المشتري ويتأمل في الحيوان ليعرف عيوبه.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الخيارات الارتكازية؛ فإنها جعلت للإرفاق بصاحبها، فرفقاً بالمغبون لم يجعل البيع الغبني لازماً في حقه، ورفقاً بمن انتقل إليه المعيب لم يجعل البيع لازماً له.

وما نحن فيه، أعني خيار التأخير لم يخرج عن هذه القاعدة؛ وإنما جعل - من ناحية عقلانية، وعطفاً له على سائر الخيارات - إرفاقاً بالبائع؛ لكي لا يقع في شدة؛ إذ لو كان البيع لازماً، وحرّم من ماله، وهو الثمن، وألزم بحفظ مال غيره، وهم المثلّم، لوقع فيها، فجعل الخيار له إرفاقاً به، وهذا هو معنى كلام الشيخ رحمته الله : (لأن ظاهر النص كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع).

والحاصل: أن الفحص والتأمل في الخيارات التأسيسية التعبدية، والإمضائية يقتضي أن يكون جعل الخيار في ما نحن فيه إرفاقاً.

ولو تنزلنا عن هذا الظهور، وقلنا بعدمه، فلا أقل أن المعاملة مبنية بحسب الارتكاز العقلائي على أن ينتقل الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، ومتى تخلف أحدهما عن الإقباض لم تكن المعاملة لازمة؛ بمقتضى السيرة العقلانية القطعية، ومعه لا يعقل انعقاد الإطلاق؛ فإن الإطلاقات ملقاة إلى العرف والعقلاء، فتكون الارتكازات العقلانية قرائن

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار.

حافة بالكلام، ولا أقل أنها محتملة القرينية، وعلى كلا التقديرين لا ينعقد الإطلاق.

فما أورده المحقق السيد الخوئي رحمته الله على الشيخ رحمته الله غير تام.

الفرع الثاني: لوقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع

لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع، مع عدم إقباض الثمن، فهو وإن كان ملكاً له؛ بمقتضى المعاملة الواقعة، و(الناس مسلطون على أموالهم)، إلا أن الشرط الارتكازي عند العقلاء: أن يحجر على كل واحد من الطرفين من التصرف في ملكه، إلا أن يُقبض صاحبه ما عنده، في قبال ما انتقل إليه.

وكيف كان، ففي ثبوت الخيار أو سقوطه أربعة وجوه، ذكرها

الشيخ رحمته الله:

الوجه الأول: أن القبض من دون إذن - كالقبض مع الإذن - موجب لسقوط الخيار؛ لإطلاق الأدلة؛ حيث جعلت الخيار يدور مدار القبض وجوداً وعدم، بمعنى إن لم يحصل القبض فله الخيار، وإن حصل فلا خيار له، سواء أكان القبض بإذنه أم من غير إذنه.

الوجه الثاني: أن القبض بلا إذن كلا قبض؛ لانصراف أدلة القبض

عنه.

الوجه الثالث: التفصيل بين استرداد البائع للمبيع وعدمه، فإن استردّه

كان القبض كلا قبض؛ لعدم تحقق القبض بقاء، فله الخيار؛ لتحقيق

شرطه، وإن لم يستردّه فهو راضٍ بالقبض، فلا خيار له.

رأي الشيخ في المسألة

الوجه الرابع: ما اختاره الشيخ رحمته الله من ابتناء هذه المسألة على مسألة ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

توضيح ذلك: أن من القواعد المعروفة في الفقه: (أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، فإذا تلف قبل القبض مطلقاً، فهو من مال بائعه بلا إشكال، ولكن إذا تلف بعد قبضه بدون إذن البائع، فهل يرتفع الضمان عنه أو لا ؟ فإن قلنا بارتفاعه، قلنا هنا بحصول القبض وعدم الخيار، وإن قلنا هناك بعدم ارتفاعه، قلنا هنا بعدم القبض وثبوت الخيار.

والوجه في ذلك: أن المستند في هذا الخيار هو قاعدة نفي الضرر، فإذا قلنا في تلك المسألة بعدم الاعتبار بالقبض بدون إذن، بحيث يضمن البائع المبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بثبوت الخيار؛ إذ لو لم نقل به لزم تضرر البائع؛ للحكم بثبوت الضمان عليه لو تلف، ووجوب حفظ المبيع، مع حرمانه من الثمن.

وإن قلنا في تلك المسألة باعتبار هذا القبض، وعدم ضمان البائع للمبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بعدم الخيار؛ لعدم تضرره؛ إذ لا ضمان عليه، وأما ضرر حفظه وحرمانه من الثمن فيرتفع بأخذ المبيع مقاصة، وبما أن رأيه في تلك المسألة هو سقوط الضمان، فرأيه في

المقام سقوط الخيار^(١).

الناقشة فيما اختاره الشيخ

وما أفاده الشيخ رحمته يتبنى على مقدمات تقدّمت مفصلاً، وهي:

الأولى: أن المبنى في خيار التأخير قاعدة نفي الضرر.

الثانية: نفس قاعدة (تلف المبيع من مال بائعه قبل قبضه) يعدّ

ضرراً؛ إذ الفرض عدم حصول التلف لحد الآن.

الثالثة: حفظ المال في عهدة البائع، ونفس الحفظ ضرر.

ومع أخذ هذه المقدمات بعين الاعتبار يظهر تأثيرها في المطلب،

ولكن تقدّم منا أننا قلنا بأن نسبة الضرر إلى عدم القبض والإقباض في

خلال الثلاثة الأيام، نسبة العموم والخصوص من وجه، فربما يحصل

الضرر بالتأخير في خلال هذه المدة، وربما لا يحصل الضرر، فليس كل

تأخير ضررياً.

وأما الحكم بالضمان لو تلف قبل القبض، فهي قضية تعليلية؛ حيث

علّق الضمان على حصول التلف، وصرف الحكم بذلك لا يعدّ ضرراً

عرفاً؛ فإن الضرر - لغة وعرفاً - هو النقص في المال أو الطرف أو

النفس، وليس ذلك شيئاً منها، وكذلك حرمانه من الثمن، وعدم وصوله

إليه؛ فإنه لا يعدّ ضرراً عرفاً، بل هو عدم انتفاع.

(١) المكاسب ٥: ٢٢١، بشرح وتوضيح من الشيخ الأستاذ دام ظله.

فإذا اخذنا هذه الأمور بعين الاعتبار اتضح بطلان ما أفاده الشيخ رحمته الله كبرى وصغرى، هذا أولاً.

وثانياً: أن عمدة ما استند إليه الشيخ رحمته الله في المقام هي الروايات، ولو استفيد منها كون الضرر علة للحكم بالخيار لتم ما أفاده رحمته الله، ولكن غاية ما يستفاد منها كونه حكمة، فلا يفيد.

وثالثاً: أن غاية ما دلت عليه الروايات هو أن القبض إن تمّ في خلال الثلاثة الأيام فالبيع لازم، وإلا فالبيع باطل، على مبنى، وغير لازم، على مبنى آخر، ولا تدل على كون الضرر علة ولا حكمة.

فما أفاده الشيخ رحمته الله يتمّ على احتمال من ثلاثة احتمالات، وهو ما إذا استفيد كون الضرر علة للحكم، وأما إذا استفيد كونه حكمة فالمدار على الإطلاق، كما في باب عدة المطلقة؛ فإن اختلاط المياه حكمة لا علة، فالمدار فيها على إطلاق الدليل.

فتحصل إلى هنا:

أنه يرد على الشيخ رحمته الله: أن كون الضرر علة أمر مجهول عندنا، وغاية ما يمكن ادّعاؤه أن الخيار للإرفاق بالبائع، وهذا أصل كلي لجميع الخيارات.

وعلى فرض كونه علة ثبوتاً، إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، والعلة ثبوتاً تحتاج إلى بيان إثباتاً، مثل: (لا تشرب الخمر فإنه مسكر)، فإذا ثبت مثله دار الحكم مدار العلة، ولا شيء في النصوص ما يشعر بالعلية، وغايتها استفادة الحكمة.

التحقيق في المسألة

إذا اتضح هذا فليس لنا إلا الرجوع إلى الروايات؛ لمعرفة ما استفاد منها، فمنها صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»^(١).

وفي الرواية نكات أربع، لا بدّ من ملاحظتها:

الأولى: إن قرئت «قبض» بالتشديد، كما احتمله عدّة من الأعاضم، فلا أثر للقبض بلا إذن؛ لأن الضمير يعود - حينئذٍ - إلى البائع، فإذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع لم يتحقق شرط اللزوم، وهو تقبض البائع للمبيع، فيثبت الخيار.

الثانية والثالثة: إن قرئت «قبض» بالتخفيف، فربما يقال بتحقيق الشرط؛ لأن الضمير يعود حينئذٍ على المشتري، فيتحقق القبض وإن لم يكن بإذن البائع، فلا خيار.

ولكن الحق ليس كما يحتمل، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن المعاملات البيعية تقع مبنية على الشروط الإرتكازية بين العقلاء، فمن الشروط أن يسلم البائع المبيع للمشتري في ظرف تسليم المشتري الثمن له، ولم يبين البائع على تسليم المثلث ولو لم

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

يستلم الثمن.

وبعبارة أخرى: أن المعاملة مبنية على أن يكون كل واحد من العوضين وثيقة عن العوض الآخر، ولم تبَنَ على أن يأخذ المشتري المبيع من دون أن يسلم الثمن، أو أن يأخذ البائع الثمن من دون أن يسلم المبيع.

فالشرط الإرتكازي بين العقلاء أن يتحقق الإعطاء والأخذ من الطرفين، وما لم يحصل ذلك فهو على خلاف الشرط عندهم.

وعليه، فالرواية تنزل على ما عند العقلاء، وإطلاقها يحمل على الشرط المرتكز عندهم، فهي وإن كانت مطلقة بحسب ظاهرها إلا أنها لا تدلّ إلا على ما عند العقلاء، فلا تشمل قبض المشتري بلا إذن، ومن دون إعطاء الثمن؛ وحيث لم يتحقق الشرط يثبت الخيار.

والنتيجة: أن الخيار يثبت على كلا التقديرين في قراءة « قبض »، أي قرئت بالتشديد أو بالتخفيف؛ لأنه لم يتحقق شرط اللزوم.

الوجه الثاني: أن مقتضى التأمل في روايات الباب يفيدنا بأن هذا الخيار إنما جعل لكي لا يحرم البائع من الثمن، والمشتري من المبيع، فلاحظ قوله عليه السلام في رواية ابن الحجاج: « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »^(١).

وصحيحة ابن يقطين: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع،

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

ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»^(١).

ورواية إسحاق بن عمار: «من اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»^(٢).

فالمستفاد من مجموعها أن لا يحرم البائع من الثمن، وهذا الشرط المستفاد منها قد تخلف في فرض المسألة؛ فإن المشتري أخذ المبيع من دون إذن البائع ولم يسلم له الثمن، فحتى لو قرئت «قبض» بالتخفيف إلا أن الشرط أن يقبض المبيع، وأن يسلم الثمن، بما أنه لم يسلمه لم يتحقق شرط اللزوم المستفاد من الروايات، فيثبت الخيار للبائع.

فتحصل أن فقه الحديث يقضي بأن يكون قبض المبيع بإذن البائع وتوأمماً مع إقباض الثمن.

الرابعة: سلمنا الإطلاق في صحيحة ابن يقطين، فيكون مفاد: «فإن قبض بيعه» أعم من كونه بإذن البائع أو من غير إذنه، ولكنها مقيدة بما في رواية ابن الحجاج؛ فإن فيها: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»؛ فإن مفهومها: (من اشترى شيئاً ولم يجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع له)، فيثبت بهذا التقييد الخيار للبائع.

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

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

نعم، هذا الوجه مبتنٍ على غمض العين عن مناقشتنا السابقة في سند الرواية، وبما أن الكلام مع الشيخ رحمته الله فالإشكال وارد عليه.

فالتيجة: أن الاستفادة من الروايات أيضاً ثبوت الخيار للبائع فيما لو أخذ المشتري المبيع بدون إذن البائع ولم يسلم الثمن.

الفرع الثالث: لو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض

الفرع الثالث: لو مكّن المشتري من قبض المبيع فلم يقبضه، فهل يبقى الخيار للبائع؟

رأي الشيخ

قوى الشيخ رحمته الله ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه، بمعنى أنه لو تلف المبيع بعد التمكين وعدم القبض، فهل على البائع الضمان؛ باعتباره من مصاديق تلف المبيع قبل قبضه، أو لا ضمان عليه؛ لأنه مكّنه منه؟ فإذا اختير بقاء الضمان، فالخيار باق؛ إذ لو لم يحكم له بالخيار للزم تضرّره؛ حيث يضمن لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع حرمانه من الثمن.

وإذا اختير في تلك المسألة ارتفاع الضمان عن البائع بمجرد التمكين، فالحكم في هذه المسألة عدم الخيار؛ لعدم تضرّره؛ حيث لا يضمن المبيع لو تلف، والضرر الناشئ من ناحية حرمانه من الثمن يرتفع بالمقاصة بالمبيع، ولا يجب حفظ مال الغير؛ لعدم كونه مال الغير حينئذٍ.

وبما أن الشيخ رحمته الله قوى في تلك المسألة عدم الضمان في صورة

التمكين من القبض، فالأقوى عنده هنا سقوط الخيار^(١).

هذا ما أفاده الشيخ رحمته الله بتوضيح منا.

رأي صاحب الجواهر

وأما صاحب الجواهر رحمته الله فذهب إلى أن التمكين والتخلية إن صدق عليه القبض، فيسقط الخيار؛ لأن شرط الخيار عدم القبض، وقد تحقق القبض.

وإن لم يصدق عليه القبض، فالخيار ثابت؛ لأن موضوع عدم الخيار في الروايات هو القبض، ولم يتحقق، كما لم يثبت أن التمكين جعل بدلاً عنه، فالأصل بقاء الحق^(٢).

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة النظر إلى عدة جهات:

الجهة الأولى: في مستند خيار التأخير، والمتصور ثلاثة مبانٍ:

المبنى الأول: قاعدة « لا ضرر »؛ إذ الحكم بلزوم المعاملة - في حال عدم تحقق قبض المشتري للمبيع، والبائع للثمن - ضرري، وبما أن « لا ضرر » ترفع الحكم الناشئ منه الضرر، فهي تنفي اللزوم، فيثبت الخيار.

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢، بتوضيح الشيخ الأستاذ دام ظله.

(٢) الجواهر ٢٣: ٥٤.

المبنى الثاني: الشرط الارتكازي العقلائي؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على أن يسلم البائع المبيع للمشتري، وأن يسلم المشتري الثمن للبائع، وعند تخلف الشرط يثبت الخيار.

المبنى الثالث: النصوص الخاصة؛ فإن المستفاد منها - عند عدم تحقق قبض الثمن والمثمن - لزوم المعاملة إلى ثلاثة أيام، وبعدها يكون البيع باطلاً على رأي، وجائزاً على رأي آخر.

ثم إن على مبنى الأخبار طريقتين:

الطريق الأول: ورد في السؤال في صحيحة زرارة: (الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده)، واستظهر من (يدعه عنده) عدم كفاية التمكين؛ حيث إن البائع مكن المشتري من المبيع ولم يقبضه، بل تركه عنده، فيثبت الخيار.

واكتفى الشيخ رحمته الله في مناقشته بقوله: (فيه نظر) ^(١).

ولعل وجه النظر هو أن كلمة «يدعه» في مقابل الأخذ، وهي لا تدل على التمكين من قبل البائع.

أما إذا كان المبنى الشرط الارتكازي، فغاية ما يستفاد منه تمكين البائع المشتري من المبيع ورفع المانع من أخذه، وتمكين المشتري البائع من الثمن، والأخذ والقبض يكون في عهدة الطرف الآخر، ولا يشترط العقلاء أن يقبض كل من الطرفين ما عند الطرف الآخر، وعليه

فإذا مكّنه من المبيع، ولم يقبضه المشتري فقد انتفى شرط الخيار، ولا يتوقف على تحقق القبض.

وأما على مبنى قاعدة نفي الضرر، فالضرر هو ضمان البائع للمبيع لو تلف قبل القبض، وهذا الضمان يدور مدار التمكين وعدمه، فإذا جعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري لم يضمن، ولجعله تحت اختياره نحوان:

النحو الأول: أن يجعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري بغرض أن يمكّنه من الثمن، فهنا وإن لم يتضرر البائع من جهة ضمان المبيع؛ لأنه مكّن المشتري منه، إلا أنه يتضرر بحرمانه من الثمن، فيثبت له الخيار من هذه الجهة.

النحو الثاني: أن يمكّنه من المبيع، لا بغرض أن يمكّنه المشتري من الثمن، فهنا لا يثبت الخيار للبائع؛ لأنه لا يضمن المبيع لو تلف؛ إذ مكّن المشتري منه، وجعله تحت اختياره، وتضرّره بحرمانه من الثمن لا يوجب الخيار؛ لأنه كان بإقدامه عليه، فلا تشمله قاعدة « لا ضرر ».

فمقتضى مبنى قاعدة « لا ضرر » هو التفصيل.

وأما بناء على الأخبار، ففيها عبارتان:

الأولى: القبض، كما في صحيحة ابن يقطين: « فإن قبض ببعه ».

الثانية: الإتيان والمجيء، كما في صحيحة زرارة: « آتيتك بثمانه؟ قال:

إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام..».

فلو جمدنا على ظاهر العبارتين تعبداً لم يصدقاً على التمكين، بل لا بد من تحقق القبض؛ فإن التمكين مقدمة له.

وإن لم نجمد على العبارة؛ باعتبار أن الأخبار ملقاة إلى العرف والعقلاء، فهي منزلة على المرتكز العقلاني للمتعاملين، إلا أن الشارع أضاف شيئاً تعبداً كإعطاء المهلة ثلاثة أيام، فيصدقان على التمكين، ويتحقق شرط اللزوم به، فينتفي الخيار.

فإن أحرز كون المراد من القبض هو الاستيلاء الخارجي، فالتمكين غير محقق له، فيثبت الخيار؛ لكون شرطه الاستفادة من الروايات هو عدم القبض.

وإن أحرز أن المراد منه التمكين، فلا خيار؛ لانتهاء شرطه.

وإن تردّد الأمر بينهما، ولم يحرز أحدهما كان المورد من موارد الشبهة المفهومية للمخصص؛ لتردده بين الأقل والأكثر؛ إذ يجتمع عدم التمكين مع عدم الاستيلاء الخارجي (القبض)، كما قد يتحقق التمكين بدون الاستيلاء، والقدر المتيقن الخارج من تحت دليل اللزوم هي الصورة الأولى، أعني ما لو لم يمكّنه من المبيع ولم يقبضه، وأما الصورة الأخرى، وهي ما لو حصل التمكين دون القبض، فيشك في خروجها من تحت عموم دليل اللزوم، فيتمسك به، كما يمكن التمسك بالأصل العملي المفيد للزوم أيضاً.

فالنتيجة: أن الخيار يثبت في خصوص ما إذا أحرز أن المراد من القبض نفس الاستيلاء الخارجي؛ إذ لم يتحقق بالتمكين، فيثبت الخيار؛

لثبوت شرطه، وأما في فرض إحراز صدقه على التمكين، وفي صورة تردد أمره بينهما، فلا يثبت الخيار؛ لانتفاء شرط الخيار في الأول، والتمسك بعموم دليل اللزوم في الثاني.

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع، فهل يسقط الخيار؛ لصدق تحقق القبض، ولو في الجملة، أو لا يسقط؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؟ فيه وجوه ذكرها الشيخ رحمته الله وهي:

الوجه الأول: سقوط الخيار؛ لصدق القبض عليه؛ فإن الشرط في الروايات عدم القبض، والمراد منه مطلق القبض، فيرفع بتحقيق القبض في الجملة، نظير السالبة الكلية التي تنتفي بالموجبة الجزئية.

الوجه الثاني: عدم سقوط الخيار؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؛ لأن المأخوذ في الروايات قبض المبيع، وقبض البعض ليساً قبضاً له.

الوجه الثالث: تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض، أي يسقط الخيار بمقدار المقبوض، ويبقى بالنسبة إلى غير المقبوض؛ لابتناء الخيار على قاعدة نفي الضرر، فبالنسبة إلى المقدار المقبوض لا يكون ضمانه على البائع، فلا ضرر عليه، فيسقط الخيار بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى غير المقبوض، فلو تلف كان في يده، وضمانه عليه، فلو لم يثبت له الخيار

بإزائه لكان ضرراً عليه^(١).

الوجه الرابع: أن البيع على نحوين، فتارة يكون الإنشاء واحداً، والمنشأ متعددًا، كما لو قال: بعثك هذين البيتين، كالأحكام الشرعية المجعولة بنحو القضايا الحقيقية؛ فإن إنشاء حرمة الخمر واحد، ولكن المنشأ متعدد بتعدد المواضيع.

وأخرى يكون الإنشاء والمنشأ واحداً، كما لو قال: بعثك هذا الفرش. فإن كان من قبيل الأول يسقط الخيار بمقدار المقبوض، كما لو قبض أحد البيتين دون الآخر؛ فإن الخيار بالنسبة له ساقط، ويبقى الخيار بالنسبة إلى البيت الآخر.

وإن كان من قبيل الثاني، فلا يسقط الخيار، ولا يسقط إلا بقبض المجموع.

والإنصاف: أن هذا الوجه لا يخرج عما أفاده الشيخ رحمته الله من الوجوه الثلاثة؛ لأن نظر الشيخ رحمته الله إلى ما إذا كان الإنشاء والمنشأ واحداً^(٢).

(١) هذه الوجوه هي التي ذكرها الشيخ رحمته الله في المكاسب ٥: ٢٢٢، مع توضيح وشرح الشيخ الأستاذ دام ظله.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن تعدد المنشأ مع وحدة الإنشاء لا يكون بلا ملاك، بل لا بد له من ملاك، فإذا قال المولى: (لا تشرب الخمر)، فالإنشاء واحد، ولكن المنشأ وهي حرمة الشرب متعددة، والسر فيه أن موضوع الحكم، ونعني به هنا متعلق متعلق الحكم يتعدد، فإذا تعدد متعلق المتعلق تعدد المتعلق لا محالة. ولكن إذا تعلق الحكم بموضوع واحد كالأمر التكليفي بالصلاة، فلا يتعدد الحكم بتعدد أجزائها؛ لعدم تعدد المتعلق، فالموارد تختلف بحسب اختلافها.

وظهور الرواية يقتضي الوجه الثاني؛ لأن ظاهر قبض المبيع، الذي أخذ شرطاً لسقوط الخيار، قبضه كله، لا بعضه. ولو تردّد الأمر في المراد من القبض، هل قبض المبيع كله أو بعضه، فالقاعدة تقتضي اللزوم؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم، وخصّص منه ما لو لم يقبض المبيع كاملاً، وأما ما لو قبض بعضه فيشك في خروجه من تحت عموم اللزوم، فيتمسك بالعام؛ لكونه من الشك في التخصيص الزائد.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وهنا ورد في تقارير المحقق الرشتي رحمته الله : هكذا أفاد شيخنا الأستاذ دام ظله العالي، وقد أوردت عليه في مجلس البحث بأن المرجع في المقام دليل الخيار، لا دليل اللزوم، وقبل بيان الإشكال ينبغي لنا التنبيه على أن المورد ليس من صغريات دوران الأمر بين التمسك بالعام أو استصحاب حكم المخصص، فيكون المرجع حال الشك هو العموم؛ إذ لا حالة سابقة عندنا إلا اللزوم؛ حيث إن البيع ما لم يحصل القبض لازم إلى ثلاثة أيام، فلا يوجد مخصص بالخيار حتى يقال باستصحاب

والمعاملات تجري هذا المجري، فما كانت من قبيل القسم الأول تعدد فيها المنشأ، وما كان من قبيل القسم الثاني فلا تعدد.

وأما بالنسبة إلى الملكية، كما في ملكية الفراش، فبحسب الدقة العقلية تعدد الملكيات بعدد أجزاء الفراش، وأما بحسب العرف فالملكية واحدة متعلّقة بالفراش بما هو واحد.

حكمه، ولهذا تفتن المحقق المذكور إلى التمسك بدليل الخيار، لا باستصحابه، وبينهما فرق، وبيان إشكاله رحمته:

أن النص المشتمل على قبض المبيع هو صحيحة علي بن يقطين، وباقي أخبار الباب راجعة إلى الثمن، ومطلقة من هذه الجهة، بمعنى أن موثقة إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، فيها: « من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ، فلا بيع له »، ومفادها أن للبائع الخيار بعد الثلاثة الأيام، سواء أقبض المشتري بعض المبيع أم لم يقبض شيئاً، فالمرجع إذا لم يأت بالثمن، وانقضت الثلاثة، هو إطلاق تلك الأخيار، التي هي دليل الخيار، لا دليل اللزوم؛ لأن عموم دليل اللزوم، وهو: ﴿أوفوا بالعقود﴾ قد خصص بالأخبار، والقاعدة عند التردد والشك تقتضي الرجوع إلى إطلاق الدليل المخصص، لا إلى دليل العام.

إشكال ودفع

إن قلت: إن تلك الأخبار - وإن كانت مطلقة - إلا أنها مقيدة بالإجماع على اشتراط الخيار بصورة عدم القبض.

قلت: بأن الإجماع دليل لبي، ففي حالة الشك يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض المجموع، فلو قبض الجميع لم يكن للبائع الخيار، وأما لو قبض البعض فمحل شك فيرجع إلى إطلاق دليل الخيار.

والإشكال دقيق جداً، ثم نقل جواب شيخه الأستاذ بجواب متين أيضاً، وحاصله:

أن الروايات الواردة - ما عدا صحيحة ابن يقطين - وإن لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه، إلا أنها كلها مشتملة على الثمن، أي أن الخيار مقيد بما لو لم يأت بالثمن، فيأتي البحث فيه أيضاً، أي هل المراد من عدم الإتيان بالثمن أن لا يأتي به بالمرة أو حتى لو لم يأت به كاملاً، بحيث يصدق على عدم الإتيان ببعضه، وإذا تردّد الأمر فيه كان المرجع للزوم، فلو أتى ببعض الثمن وشك في ثبوت الخيار وعدمه تمسك بدليل اللزوم.

وإذا ثبت اللزوم في حال عدم قبض بعض الثمن، فبالإجماع المركب يثبت اللزوم في المبيع؛ فإن الإجماع المركب قام على التلازم في الحكم بين المبيع والثمن.

ثم قال عليه السلام: هكذا أفاد دام ظله، فافهم^(١).

المناقشة في الدفع

وهذا الجواب مخدوش بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الإجماع المركب، يبتني على القول بأصالة اللزوم، في مورد الإجمال والشك في قبض بعض المبيع، هل هو كلا قبض أو قبض المجموع، أي لأجل التمسك بالإجماع المركب لا بد أن

(١) فقه الإمامية، الخيارات: ٥٥٣ - ٥٥٤، وصرح الشيخ الأستاذ دام ظله بنسبة الإشكال إلى المحقق الرشتي، والجواب إلى الشيخ الأنصاري قدس سرهما، ثم احتمل أن يكون الإشكال من مقرر بحث المحقق الرشتي، والجواب من المحقق الرشتي.

نقول: بأن الأصل بعد قبض بعض الثمن هو اللزوم، ثم نقول: وكل من قال به في الثمن قال به في المثل، فلا بدّ من إحراز أن مبنى الفقهاء في فرض الإجمال، هو أصل اللزوم.

وأصل اللزوم له فردان: الأصل العملي، والأصل اللفظي، وفي كل منهما اختلاف بين الفقهاء، فكيف ينعقد الإجماع؟

بيان ذلك: أما الأصل العملي فتقريبه: أنه في موارد الشك في وجود الخيار، يشك بعد الفسخ في انفساخ العقد وزوال الملكية، والأصل عدم انفساخه وبقاء الملكية.

وهو يتوقف على أمرين:

الأول: أن نقول بحجية أصل الاستصحاب.

الثاني: أن نقول بحجيته في الشبهات الحكمية الكلية.

وفي كل منهما اختلاف؛ فإن حجية الاستصحاب محل خلاف بين الفقهاء، ومن ذهب إلى حجيته اختلفوا في حجيته في الشبهات الحكمية الكلية؛ فإن بعض من ذهب إلى حجيته قال بها في الشبهات الموضوعية، دون الحكمية الكلية، واختلفوا في ذلك أيضاً على مبنيين:

فمنهم من ذهب إلى عدم جريانه في الأحكام الكلية؛ لقصور في المقتضي؛ لأن الروايات الواردة في حجيته مختصة بمواردها بالشبهات الموضوعية.

ومنهم من قال: بأن موردها وإن كان هي الشبهات الموضوعية، كما

في: « لأنك كنت على يقين من طهارتك فشككت »، إلا أن التعليل الموجود فيها من قبيل: « فإنه لا ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك » يشمل الشبهات الحكمية أيضاً.

ولكن الإشكال من جهة المانع؛ لمعارضة استصحاب المجعول باستصحاب عدم الجعل، كما ذهب إلى ذلك الفاضل النراقي رحمته الله.

ومع وجود الاختلاف في أصل المبنى - أعني أصل اللزوم - كيف يمكن انعقاد الإجماع المركب المترتب عليه؟!

وأما الأصل اللفظي، فهو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ حيث يقتضي لزوم كل عقد، فلو وجد دليل يدل على الخيار وكان مجملاً، فالمرجع في الفرد المشكوك، هو أصالة العموم.

ونفس هذه المسألة محل بحث وإشكال من جهات، تقتصر على بعضها:

الجهة الأولى: هل الجمع المحلي بالألف واللام يفيد العموم أو لا؟ محل بحث بينهم، فإن كان يفيد العموم، فالمرجع عند إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر هو العموم في غير القدر المتيقن.

وإن لم يفد العموم الوضعي، بل يستفاد من الإطلاق، فهنا بحث، هل يرجع إلى إطلاق المطلق في حال إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر، في غير القدر المتيقن أو لا؟

مقتضى التحقيق عندنا - وإن كان المرجع هو الإطلاق، ولا فرق بينه

وبين عموم العام - إلا أن هذا الكلام بعد التحقيق، لا قبله، وغرضنا بيان البحث والخلاف في المسألة.

الجهة الثانية: بعد الفراغ من الجهة السابقة، نقول: بأن الإجماع يتوقف على إحراز عدم تمامية الإطلاق في موثقة عمار عند فقهاء السلف، وأما لو احتملنا أنهم متوجهون للإشكال، ولكنهم تمسكوا بإطلاق الموثقة، فلا ينعقد الإجماع، ومجرد احتمال ذلك يكفي في سقوط الإجماع.

فالنتيجة: أنه سواء أكان المبنى الأصل العملي أم اللفظي، فالمسألة مورد خلاف، فلا يحرز الإجماع، بل بحسب ما حققناه في الأصول، واخترناه في الجمع بين الروايات يظهر بأن دعوى الإجماع أول الكلام.

الوجه الثاني: أن الإجماع المقبول - على فرض قبوله - إنما هو الإجماع المحصل لا المنقول؛ فإن الثاني لا يعدو كونه إخباراً حدسياً عن الإمام عليه السلام، فلا تشمل أدلة حجية الخبر.

وعلى فرض تحصيل الإجماع وقبوله، فالحجة هو الإجماع المحقق لا المعلق، والتحقيقي لا التقديري، وما صححه الشيخ عليه السلام أو المحقق الرشتي عليه السلام هو الثاني، لا الأول؛ لأن أساسه أنه إذا وصلت النوبة إلى الشك، فكل من قال باللزوم في الثمن، فهو يقول به في الثمن، وسيأتي البحث نصاً وفتوى في الثمن، فهل استفاد الفقهاء من النصوص قبض المجموع أو كفاية قبض البعض؟ ولم يطرح عند المتقدمين حالة الشك والإجمال، والشيخ عليه السلام لم يطرح في بحث الثمن قبض البعض؛ لأنه

استفاد من النصوص قبض المجموع، فيكون الإجماع تقديرياً.

الوجه الثالث: أن المراد من الإجماع المركب المعبر على فرض قبوله، هو ما إذا وجد قولان ينفيان الثالث، لا ما إذا وجد قولان لا ينفيان الثالث، وإنما نريد نفي الثالث بهما، والموجود فيما نحن فيه هو الثاني، بمعنى أنه يوجد قولان في المسألة فقط؛ أي لا يوجد قول ثالث في المسألة، وهذا لا يضر بوجود قول ثالث فيما بعد، بل كثير من المسائل الفقهية كانت ذات قولين، ثم صارت ذات ثلاثة أقوال أو أربعة، فغاية ما في المسألة أن في المسألة قولين، وعدم وجود قول ثالث فيها لا يضر بالفتوى، ولا ينعقد به الإجماع؛ فإن ما له الأثر هو وجود قولين يتفقان على نفي الثالث.

فالجواب، سواء أكان من الشيخ رحمته الله أم من المحقق الرشتي رحمته الله غير ناهض برد الإشكال، فيبقى على قوته.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن

وفي هذا الشرط جهات من البحث:

الجهة الأولى: الكلام في أصل الشرط، وهو بتعبير الشيخ رحمته الله: (عدم قبض مجموع الثمن)^(١)، فاللزوم لا يتم إلا في مورد واحد، وهو حال قبض المجموع، وأما الخيار فيأتي في موردين:

١- ما إذا لم يحصل قبض أصلاً.

٢- ما إذا قبض بعض الثمن.

الجهة الثانية: في الدليل عليه، وما استدل به وجهان:

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ رحمته الله بقوله: (واشترطه مجمع عليه نصاً وفتوى ^(١)).

الوجه الثاني: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتينا فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له ^(٢).

استدل بها العلامة رحمته الله في التذكرة، على أن قبض بعض الثمن كلاً قبض؛ باعتبار أن الوارد فيها أنه قبض بعض الثمن، ومع ذلك حكم بعدم ثبوت الخيار.

وتنظر الشيخ رحمته الله في ذلك، ولعل وجه تنظره: ضعف الرواية سنداً ودلالة، أما السند فلوجود الحسن بن الحسين، وأبي بكر بن عياش، ولا

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢.

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

توثيق لهما.

وأما الدلالة؛ فلأنها مستندة إلى اجتهاد أبي بكر بن عياش وحدثه؛ حيث إن ما نقله عن الإمام عليه السلام: « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن »، ففهم منه أنه لا بدّ من المجيء بمجموع الثمن، وما لم يجيء به فلا بيع له، ولا اعتبار باجتهاده.

ولكن ما أفيد في السند يمكن دفعه: بأن الحسن بن الحسين، وإن لم يوثق، إلا أن الراوي عنه إبراهيم بن هاشم، وهو من القميين الذين لا يروون عن كل أحد، ولا يأخذون بقول كل راوٍ، بل يتشددون في أمره، بحيث امتنعوا من الأخذ عن من يروي عن الضعفاء، كما هو معروف من حالهم، فيشكل طرحه، مع كون إبراهيم بن هاشم الراوي عنه.

وأما أبو بكر بن عياش، فيشكل طرحه أيضاً، مع كون الراوي عنه عبد الرحمن بن الحجاج، الذي عبّر عنه النجاشي بقوله: (وكان ثقة ثقة ثبناً وجهاً)^(١)، وكونه من رجال ابن أبي عمير وصفوان، وقال عنه المفيد: بأنه من الفقهاء والخاصة من أصحاب جعفر بن محمد عليه السلام^(٢).

(١) رجال النجاشي: ٢٣٨.

(٢) الإرشاد ٢: ٢١٦، قال الشيخ المفيد رحمته الله في فصل النص على إمامة الإمام الكاظم عليه السلام: فممن روى صريح النص بالإمامة من أبي عبد الله الصادق عليه السلام، على ابنه أبي الحسن موسى عليه السلام، من شيوخ أصحاب أبي عبد الله، وخاصته، وبطانته، وثقاته، الفقهاء الصالحين - رضوان الله عليهم - ... وعبد الرحمن بن الحجاج...

هذا ما يرتبط بكلام الشيخ رحمته الله، ووجه تنظره، والإشكال فيه، ولكن:

الحق في المسألة

الحق في المطلب تمامية الشرط، والاستدلال عليه بالنصوص؛ فإن المستفاد عرفاً من « فجاء بالثمن » هو المجموع، لا البعض؛ إذ لا يصدق على قبض بعض الثمن، قبض الثمن حقيقة، وإطلاق الثمن عليه يحتاج إلى عناية، والشاهد على ذلك صحة السلب عنه، فتقول: قبض بعض الثمن، ليس قبضاً للثمن.

وربما يقال: بما هو الفرق بين هذا الشرط والسابق، بحيث إن الشيخ رحمته الله قال في تلك المسألة، في حال قبض بعض المبيع: إن فيها ثلاثة وجوه: قبضه كلاً قبض، وقبضه كقبض المجموع، وتبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره، بينما لم يذكر في هذه المسألة إلا قولاً واحداً؟

فنقول: إنما قام بذلك؛ لكون دليله في الخيار هو « لا ضرر »، وفي تلك المسألة في حال عدم القبض، ولم يحكم بالخيار، توجد أضرار ثلاثة: ضرر الضمان؛ إذ يكون تلفه قبل القبض من كيس البائع، وضرر حفظ مال الغير؛ لأنه أمانة في يده، يلزم بحفظها، وضرر حرمانه عن ملكه، فإذا قبض بعض المبيع انقسم الضرر، فلا يضمنه كله لو تلف، ولا يجب عليه حفظه، ولا يحرم من ماله؛ لإمكانه التناقص.

وأما في هذه الشرط، فالفرض أنه قبض بعض الثمن، ولم يتم قبض المبيع، فالأضرار الثلاثة باقية على حالها.

والحاصل:

أن أصل هذا الشرط تام بمقتضى النص عندنا، والإجماع عند من يرى اعتباره في المقام.

مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها

ولكن بعض الأعاظم رحمهم الله قال: بأنه لا دليل على اعتبار قبض مجموع الثمن إلا الإجماع، وهو مدركي؛ لاستناده إلى رواية أبي بكر بن عياش، فلا اعتبار به، ولا اعتبار بمستنده؛ إذ على فرض ثبوت وثاقة أبي بكر بن عياش، لا دليل على حجية فهمه بالإضافة إلى غيره^(١).

وهو غير تام؛ لأن المستند ليس الإجماع، وإنما هو النص؛ لما ذكرناه من أن الوارد في الجملة الشرطية في الرواية: « فجاء بالثمن »، وإطلاق الثمن - كإطلاق المثلث - ظاهر في المجموع، لا في البعض، وحمله على بعض الثمن كحمل المثلث على بعضه، خلاف الظهور الإطلاقي، كما أن العرف في المحاورات العرفية يقولون: أعطيت المبيع، وأخذت الثمن، ويعنون بذلك المجموع فيهما، لا البعض، ولو أعطاه نصفه مثلاً لبيّن ذلك واحتاج إلى قرينة لبيانه.

ولو وجد الإجماع لكان مدركياً.

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٥، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ١٨.

فروع

الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري، فهل يسقط الخيار؟

رأي الشيخ ودليله

ذهب الشيخ رحمته الله إلى التفصيل بين ما لو قبضه بدون حق، كما لو لم يعرض عليه المبيع، وأخذ الثمن بلا إذن، وبين ما لو قبضه بحق، كأن عرض عليه المبيع فلم يقبضه.

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حق

أما الأول، فقال: بأن القبض كلا قبض، واستدل عليه بوجهين:

الأول: ظهور الأخبار في اشتراط وقوع القبض بالإذن، في بقاء البيع على اللزوم، ووجه الظهور ورود كلمة « وجاء بالثمن »؛ فإن الاستفادة من كلمة « جاء » أن يكون بإذنه.

الثاني: أن قبض الثمن إذا لم يكن بإذن المشتري، لم يجز للبائع أن يتصرف فيه؛ لأن الثمن وإن كان ملكه، إلا أن الشرط الارتكازي للمتبايعين أن يسلم كل واحد منهما الآخر ما عنده، فيعطي البائع المبيع للمشتري، ويعطي المشتري الثمن للبائع، في وقت واحد، فإذا لم يعط البائع المبيع للمشتري، لم يكن له حق في التصرف في الثمن، وكان قبضه بدون إذنه كلا قبض، ولم يتحقق شرط اللزوم، فلو تلف المبيع كان الضمان عليه، فيتحقق الضرر الذي هو ملاك الخيار؛ فإنه يضمن المبيع لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع الحرمان من التصرف في

الثلث^(١).

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمته الله: بأن المستفاد من الأخبار، أن موضوع الخيار عدم قبض الثمن، والإذن أمر زائد، فلو حصل جنس القبض خرج عن موضوع الحكم بالخيار، كان ذلك عن إذن أو عن غير إذن.^(٢)

وهو غير وارد؛ لأن جميع الروايات الواردة في الباب، سواء منها المعمول به عند الفقهاء، كالروايات المتقدمة التي أخذت الشرط المجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام، أم الرواية التي أعرض عنها الأصحاب، التي أخذت الأجل شهراً، كلها أخذ فيها المجيء بالثمن، أو الإتيان به، والمستفاد منه أن يأتي به، لا أن يؤخذ منه بدون إذنه.

نعم، في صحيحة علي بن يقطين، أخذ القبض، ونسبته إلى البائع أيضاً، ولكنها مجملة من هذه الجهة، فلا تعارض البين^(٣).

فالتيجة: أن مقتضى النصوص كون إذن المشتري شرطاً.

(١) المكاسب ٥: ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٢) حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله على المكاسب ٢: ٤٣.

(٣) ووجه الإجمال من جهة هل أنه قبض مع الإذن أو بدونه؟

إشكال السيد اليزدي على الشيخ ودفعه

ذهب السيد الفقيه اليزدي رحمته الله أولاً إلى ما أفاده الشيخ رحمته الله، من أن المدار في الأخبار على مجيئه بالثمن، ولا يصدق على القبض من دون إذن المشتري.

ثم رجع عنه فقال: إلا أن يقال بأن المجيء بالثمن طريقي، لا موضوعي، والغرض منه وصول الثمن إلى البائع؛ فإن الغرض في جميع المعاملات وصول المبيع إلى المشتري، ووصول الثمن إلى البائع، ولهذا لو فرض كونه مقبوضاً قبل ذلك، أو في ذمته لا يحتاج إلى شيء آخر من إذن أو غيره.

ولا أقل من الشك في صدق القبض بدون الإذن وعدمه، ومقتضى الأصل حينئذٍ اللزوم^(١).

وهو محل إشكال؛ أما موارد ما استشهد به، كما لو كان مقبوضاً قبل ذلك، فهي خارجة من تحت الروايات تخصصاً؛ لأن الخيار إنما جعل في ما لو كان الثمن عند المشتري، ولم يأت به إلى ثلاثة أيام، بحيث لو جاء به قبلها لكان البيع لازماً، ولما لم يأت به خلالها فللبائع الخيار، فلا تصلح أن تكون شاهداً على مدّعاه.

وأما ما ذكره من كون الإتيان طريقاً إلى الوصول؛ فنقول: بأن الأصل في العناوين المأخوذة في الروايات أن تكون بنحو الموضوعية، إلا أن

(١) حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٣: ١٣.

يكون العنوان المأخوذ في الدليل، طريقياً من حيث ذاته؛ كما في عنوان العلم واليقين والقطع؛ فإن طريقيتها ذاتية، وأما ما لم يكن كذلك - كالذي نحن فيه - فمقتضى أصالة الموضوعية الجمود على نفس العنوان المأخوذ، وحمله على الطريقة يحتاج إلى قرينة تصرفه عنه، ولا قرينة في المقام.

دفع شبهة أثارها المحقق النائيني

ثم إن هاهنا شبهة أثارها المحقق النائيني رحمته الله تقتضي ارتفاع الخيار، لا من جهة كفاية مطلق أخذ الثمن أو وصوله كيف اتفق، وإنما من جهة كون قبضه عدواناً كأنه ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار.

وهي مندفعة؛ بأن إسقاط الخيار من الإيقاعات، فهو من الأمور الإنشائية، وهي - سواء أكانت عقوداً أم إيقاعات - تتوقف على القصد المبرز بالقول أو بالفعل، فإن قصد البائع بأخذ الثمن بلا إذن المشتري إسقاط خياره فيسقط، وإلا فلا موجب لسقوطه^(١).

وأما ما ربما يقال: من أن الإنشاء لا يتحقق بهذا الفعل المحرم؛ فإن أخذ الثمن بدون إذن المشتري غير جائز، فلا يتحقق به الإنشاء.

فيجاب عنه: بأن النهي التكليفي في المعاملات بالمعنى الأعم، لا يقتضي فسادها، فالإنشاء نافذ لو كان عن قصد الإسقاط، ولكن كلامنا

(١) منية الطالب ٣: ١٧٩.

فيما لو أخذه بدون إذن، ولا قصد بذلك الإسقاط.

فتحصل إلى هنا: أن الحق في المسألة، اشتراط كون القبض بإذن

المشتري، وإلا لا يتمّ به سقوط الخيار، والدليل على ذلك وجهان:

الأول: ظهور النصوص - بضم أصالة الموضوعية في العناوين - في

أن شرط اللزوم هو المجيء، والإتيان بالثمن، وشرط الخيار عدم المجيء به، وهذه العناوين تعتبر الإذن قطعاً.

الثاني: أن الروايات ملقاة إلى العرف وما عند العقلاء، وبناء العقلاء

في معاملاتهم على أن يتحقق قبض المبيع في ظرف تحقق قبض الثمن، ومقتضى هذا الشرط الضمني، أن لا يأخذ البائع الثمن بلا إذن المشتري، ولو أخذه بدونه، ولم يسلم له المبيع، كان قبضه كلا قبض.

هذا كله، فيما لو قبضه بلا حق.

عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق

وأما الثاني وهو ما لو قبضه بحق - كما إذا عرض المبيع على

المشتري فلم يقبضه - فاستظهر الشيخ رحمته الله عدم الخيار؛ لوجهين:

الأول: عدم دخول هذا المورد في منصرف الأخبار، أي لا إطلاق في

هذه الروايات لتشمل ما لو قبضه بحق.

الثاني: عدم تضرر البائع بالتأخير؛ فإنه حينما يقبض الثمن بلا حق،

يكون المبيع في ضمانه، بحيث لو تلف لكان من كيسه، ولا يجوز له التصرف في الثمن، فيكون محروماً منه، فيتضرر بالضمان وبالحرمان.

وأما إذا قبضه بحق، فلا يكون التلف من كيسه، بعد أن عرضه على المشتري ولم يقبضه، ولا يحرم من الثمن بعد أن قبضه بحق، فلا ضرر عليه من جهة المبيع، ولا من جهة الثمن، فلا تجري قاعدة « لا ضرر » في حقه، فلا خيار له.

لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازته المشتري

لو قبض البائع الثمن بدون إذن، ثم أجازته المشتري، فهل يكفي في رفع المانع؟ وعلى فرض تأثيرها، فهل هي كاشفة أو ناقلة؟ في المسألة صورتان:

الأولى: أن تكون الإجازة في خلال الأيام الثلاثة، ولا إشكال في كفايتها؛ لأن شرط اللزوم أن يحصل القبض المأذون فيه في خلال الثلاثة، وقد تحقق؛ فإنه وإن لم يكن القبض عن إذن، إلا أنه قبض مجاز في الثلاثة، فيترتب عليها أثر الإذن؛ لصدق تحقق قبض الثمن قبل انقضاء الثلاثة برضا المشتري وإمضائه.

الثانية: أن تكون الإجازة بعد انقضاء الأيام الثلاثة، فتبني كفايتها على كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، فإن كانت كاشفة فتكفي؛ لأنها تكشف عن حصول الإذن من حين قبض الثمن، كما هو معنى الكاشفة.

وإن كانت ناقلة، فلا تكفي، ويكون القبض كلا قبض؛ لأن الإجازة الناقلة إنما تؤثر من حين وقوعها، والفرض أنها وقعت بعد الثلاثة، وشرط اللزوم حصول القبض المأذون فيه في خلالها، فالنتيجة البطلان

على مسلك الشيخ رحمته الله، وثبوت الخيار على مسلك المشهور.

وهنا بحث مع الشيخ رحمته الله؛ فإنه اختار في بيع الفضولي كون الإجازة كاشفة بالكشف الحكمي، بمعنى ترتيب الآثار شرعاً من حين العقد، لا الحقيقي الذي اختاره صاحب الفصول رحمته الله، ولا الانقلابي الذي عليه كثير من المحققين، بينما اختار في المقام كونها ناقلة.

ولمعرفة الفرق بين المقامين، لا بدّ من ذكر مقدمة، وهي:

إن الفقهاء قد اختلفوا في صحة العقد على تقدير الإجازة، من جهة كون الصحة على طبق القاعدة، أو على خلافها، بحيث يحتاج إلى الدليل التعبدي، على قولين:

القول الأول: أنه على خلاف القاعدة، بمعنى إن قام الدليل على صحة العقد الملحق بالإجازة فهو، وإلا فالعقد باطل، والمستند الأساس لهذا القول ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(١)؛ فإنها تدل على شرطية كون التجارة ناشئة عن التراض؛ فإنها إذا كانت كذلك خرجت من تحت عقد المستثنى منه، ودخلت في عقد المستثنى، والإجازة المتأخرة لا تجعل العقد ناشئاً عن تراض، وعليه فإذا قام الدليل على صحة العقد بالإجازة المتأخرة، فهو على خلاف القاعدة.

القول الثاني: أن صحة العقد حينئذٍ على طبق القاعدة، وإن لم يوجد

دليل خاص؛ وذلك لأنه يلزم في التجارة وفي العقد حصول أمرين:

الأول: استناد ما وقع إلى مالك العقد - وهو المجيز في المقام -؛ لأن قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ خطاب إلى المتعاقدين، كأنه قال: أوفوا بعقودكم، فما لم ينتسب البيع إلى المالك، لم يحصل موضوع الوفاء، فلا يصح أن يخاطب بالوفاء بعقده، وهو لم يكن عقده بعد، وانتساب العقد إلى مالك المتاع، تارة يكون بالأصالة، وأخرى بالوكالة، وثالثة بالإجازة.

أما تحققه بالأولين فواضح، ووجه تحققه بالإجازة هو أن الأمور على نحوين:

ما كان من الأفعال التكوينية، كالشرب والأكل والقيام والقعود، فهذه لا تنتسب إلا إلى من قام بها بالمباشرة، ولا يصح استنادها إلى الرجل لقيام وكيله بها، أو إذنه فيها.

وما كان من الأمور الاعتبارية، التي يدور تحققها مدار المعتبر، فيتحقق فيها الاستناد بقيام الوكيل، أو بالإذن والإجازة.

فبناء على هذا، فإن كان الأثر يترتب على قيام الشخص نفسه، فلا اعتبار بإذنه بقيام الآخر، أي أن قيام الآخر لا يكون قياماً له وإن أذن له، وأما إذا كان الأثر يترتب على التعهّد، فالتعهّد وإن صدر من الغير إلا أنه ينتسب إليه بالإذن والإجازة.

ومطلق الأمور العهدية على هذا الوزن، فالبيع الواقع وإن صدر من

الفضولي، وهو المسبب ببعث، أو هو الذي اعتبر وأبرز ببعث، إلا أنه ينتسب إلى المالك بعد إجازته، أي بالإجازة يكون البيع الصادر مضافاً إلى المجيز ومنتسباً إليه، فبالإجازة يتحقق موضوع ﴿أوفوا﴾، وهو العقد المضاف.

الثاني: رضا المالك بالبيع؛ إذ أخذ التراضي في التجارة، والتصرف في مال الغير بدون رضاه مخالف لقانون: (الناس مسلطون على أموالهم)، فقاعدة السلطنة تقتضي الرضا وكذا: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ».

ولكن الرضا من الصفات النفسية التي تتعلق بالماضي والحاضر والمستقبل، فالإجازة وإن حصلت متأخرة، إلا أنها تحقق الرضا بالمعاملة الحاصلة سابقاً، وهو كافٍ.

نعم، الذي لم يحصل، هو كون إنشاء التجارة عن رضا، ومقتضى الجمع بين الأدلة عدم اعتباره، بل المعتبر حصول الرضا بالتجارة. وعلى هذا، فكلا الأمرين متحققان في بيع الفضولي إذا لحقته الإجازة، فتكون صحة بيعه مطابقة لمقتضى القاعدة، بمعنى أنه يحكم عليه بالصحة بنفس آية وجوب الوفاء بالعقود، « ولا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ».

وعليه، فإن كانت الإجازة تصحح البيع من حين وقوعها، فالإجازة ناقله، وإن كانت تصححه من زمان وقوعه، فهي كاشفة؛ لأنها وإن حصلت الآن، إلا أنها من الأمور ذات التعلق، وبما أنها تعلقت بالبيع

الذي وقع سابقاً، فهي تصحح إسناده إلى المجيز من حين وقوعه.

نعم، الإشكال في أنه، هل ينتسب البيع للمجيز من حين العقد حقيقة، أو من حيث الأثر، أو لا هذا ولا ذلك، بمعنى أن المال يبقى ملك البائع، والثمن ملك المشتري إلى أن تحصل الإجازة، فينقلب من الآن، ولكن الرجوع من السابق، فالأول - وهو الكشف الحقيقي - مبنى صاحب الفصول، والثاني - وهو الكشف الحكمي - مبنى الشيخ رحمته الله، والثالث - وهو الكشف الانقلابي - مسلك المشهور.

إذا اتضح هذا، فهل ما ذكر في البيع يأتي في القبض أو لا ؟

فتقول: أنه اتضح إلى هنا: أن الأمور الاعتبارية - التي تحققها يدور مدار الاعتبار - قابلة للاستناد بالإجازة، ولتعلق الرضا المتأخر بها، وبما أن من خواص الإجازة صحة تعلقها بالعقد من حين وقوعه؛ لأن مضمون العقد ملكية الدار لزيد مثلاً من حين العقد، وتعلقت الإجازة بذلك المنشأ يصبح عندنا أمران موافقان للقاعدة:

الأول: صحة عقد الفضولي بنفس العمومات، ك﴿أوفوا بالعقود﴾.

الثاني: كاشفية الإجازة.

وأما الأمور التكوينية، فالأمر على العكس، بمعنى أن صحة الاستناد بالإجازة، والكاشفية كليهما على خلاف القاعدة؛ فإن الأمور التكوينية تنقسم إلى ما يقبل الاستنابة، وما لا يقبلها، والمرجع في تحديد ذلك إلى المرتكز العقلائي، فما يتحقق عندهم بالمباشرة، وبالتسبب فهو يقبل

الإجازة، فتجري فيه الوكالة، وما لا يقبل إلا المباشرة في القيام به، أي ما لا يصدر بالتسيب، فلا يقبل الاستنابة، ولا تجري فيه الوكالة، ولهذا كانت التكاليف الشرعية على قسمين، فقسم منها لا يصح الإتيان به إلا بالمباشرة كالصلاة، وقسم آخر يمكن أن يؤتى به بالنيابة كعبادة المريض.

والقبض ليس من الأمور الاعتبارية، بل من الأمور التكوينية، التي تقبل الاستنابة، وتحقق بالتسيب، فيتم الاستناد بالإذن والوكالة^(١)، ولهذا أمكن في الحقوق الشرعية أن يقبضها نفس صاحب الحق بالمباشرة، وأن يقبضها وكيله، وفي الحالين تبرأ ذمة من عليه الحق، ويكون القابض بنفسه أو بوكيله مالكاً؛ لأن سهم السادة مثلاً ليس ملكاً للأشخاص، وإنما هو ملك أو مصرف للطبيعي الجامع بين اليتيم والمسكين وابن السبيل من الهاشميين، وهو غير قابل للإعطاء والأخذ، فيسلم إلى مصداقه، فإذا أعطي له وقبضه صار مالكاً، على الخلاف أيضاً كما في محله.

وسهم الإمام عليه السلام من هذا القبيل، فهو مال الإمام عليه السلام، ولكن الولاية عليه في عصر الغيبة للحاكم الشرعي، فإذا قبضه هو أو وكيله أو المأذون من قبله برأت ذمة المكلف.

والحاصل: أن القبض من الأمور التكوينية القابلة لتحقيقها بالتسيب،

فيمكن فيها الاستناد بالنيابة والإذن، فهل يمكن فيها الاستناد بالإجازة؟

(١) أشار هنا شيخنا الأستاذ دام ظله إلى الفرق الفقهي بينهما؛ فإن الإذن من الإبقاعات، والوكالة من العقود، ولكل منهما أحكام تخصه.

نقول: نعم يمكن، فلو قبض الفضولي حقاً لذي حق، ثم أجازة صاحب الحق استند القبض إليه، وإنما الكلام في مجيء بحث الكاشفية والناقلية هنا أيضاً وعدم مجيئه.

أما النقل، فلا إشكال فيه أصلاً؛ فلو أجاز صاحب الحق في المثال المتقدم ترتبت الآثار من حين الإجازة بلا إشكال، وإنما البحث في الكاشفية، بحيث يترتب الأثر من حين القبض.

والحق أن حدّ الإجازة تحقّق الاستناد من حينها، لا من حين حصول المجاز، ولهذا التزم الشيخ رحمته الله في بيع الفضولي بالكشف الحكمي، وقال بترتب الأثر من زمان المجاز، وأما في المقام فقال بترتب الأثر من حين الإجازة، والتزم بالنقل.

والسر في ذلك: أن البيع من الأمور الاعتبارية، ومقتضى ذات الإجازة والمجاز، التحقق من حين وقوع المجاز، وأما القبض فهو من الأمور التكوينية، إلا أنه من الأمور القابلة للاستناد بالإذن والإجازة؛ بمقتضى المرتكزات العقلانية، ولكن من حين تحققها، لا من حين تحققه.

ويترب على ذلك:

أنه لو قبض البائع الثمن في أثناء الثلاثة، وأجازة المشتري بعد انقضائها، فلا أثر لهذه الإجازة؛ لأنه حين القبض لم يكن مأذوناً فيه، وبعد الإذن انقضت الثلاثة، وليست الإجازة كاشفة، لتكشف عن تحقق القبض أثناءها، فالقبض كلا قبض، ويبقى الخيار للبائع.

بيان آخر للمحقق النائيني لعدم كاشفية الإجازة

وقد أفاد المحقق النائيني رحمته الله وجهاً آخر لعدم كاشفية الإجازة، وهو يتوقف على بيان مقدمة وهي:

أن موارد تعلق الإجازة تنقسم إلى أربعة أقسام:

الأول: المعاملات المعاوضية، كالبيع والصلح.

الثاني: ما كان من قبيل الجعالة والمضاربة.

الثالث: العقود الإذنية المتقومة بالإذن كالوكالة والوديعة والعارية.

الرابع: العقود في موارد كون العين متعلقةً لحق الغير، كبيع العين المرهونة بدون إذن الدائن.

والإجازة في كلها ناقلة ما عدا قسماً واحداً، وهو الأول.

وما نحن فيه من قبيل بيع العين المرهونة؛ فإن الإجازة في جميع موارد تعلق الحقوق مثبتة، لا كاشفة، بمعنى أنها تؤثر في رفع المانع من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد، والذي اختاره الفقهاء - بما فيهم المحقق الثاني، مؤسس بحث كاشفية الإجازة - في بيع العين المرهونة، هو عدم كاشفية الإجازة.

وأقوى ما استدلوا به على ذلك: أن بيع الفضولي يجب أن يكون تام الأجزاء والشرائط، وفاقداً لجميع الموانع من غير جهة استناده إلى المالك، ووظيفة الإجازة أن تحقق الاستناد، فبمّ البيع، وأما لو كان البيع فضولياً، والمبيع مجهولاً مثلاً، ثم أجازه المالك، فلا يمكن أن تكشف هذه الإجازة عن صحته من حين الوقوع؛ لفقده للشرط من غير جهة

الاستناد.

والفرض في مورد بيع العين المرهونة، أن البائع مالك للمبيع، فلا ينقص البيع شرط الاستناد؛ لصدوره من أهله، فلا أثر للإجازة من جهة الاستناد، وإنما المانع من صحة البيع كون المبيع متعلقاً لحق الرهانة، وإجازة صاحب الحق ترفع المانع من حين وقوعها، لا من زمان العقد.

وهذه هي القاعدة في باب الفضولي لتمييز الموارد، فكل مورد يكون فيه النقض من جهة الاستناد إلى المالك فقط، فالإجازة تصحح الاستناد في الأمر الاعتباري من حين تحقق العقد.

وكل مورد يفقد شرطاً، أو يوجد فيه مانع، من غير جهة الاستناد، فالإجازة لا أثر لها إلا من حين وقوعها^(١).

وما نحن فيه من قبيل القسم الأخير؛ حيث إن البائع إنما قبض ماله، غايته للمشتري حق الحبس؛ لعدم أخذه المبيع، فقبضه بدون إذن منه منافٍ لحقه الثابت فيه، فيكون من قبيل تصرف المالك في العين المرهونة. فتأمل ولا تغفل.

أقول: إن أصل البحث هو أن شرط اللزوم في البيع أن يقبض البائع الثمن في الثلاثة الأيام بإذن المشتري، وشرط الخيار عدم قبضه بإذنه فيها، والفرض أن البائع قبض الثمن في الثلاثة بدون إذن المشتري، ثم

(١) منية الطالب ٣: ١٨٠ - ١٨٢.

أجازه المشتري بعد انقضائها.

ومحل الإشكال: أن البائع قبض ماله؛ إذ بعد حصول البيع انتقل الثمن إلى البائع، والمثمن إلى المشتري، فلا إشكال من جهة الاستناد، ولكن هذا القبض على خلاف المرتكز العقلاني؛ فإن ارتكاز العقلاء في المعاملات البيعية أن يعطي البائع المبيع للمشتري في ظرف قبضه الثمن منه، وقد تخلف هذا الشرط، والإجازة المتأخرة لا تجعل فاقداً الشرط واجداً له، ولا واجد المانع فاقداً له.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء حتى المحقق الكركي رحمته الله في جميع هذه الموارد إلى تأثير الإجازة من حين وقوعها.

وبعبارة فنية: ذهبوا إلى أن الإجازة مثبتة، لا كاشفة، فيكون حكمها حكم الناقلة.

هذا، غاية ما عندهم من التحقيق في المسألة، ولكن لا يمكننا المساعدة عليه، مع ما عليه من القوة والإحكام؛ وذلك:

أما بالنسبة إلى المقيس عليه - وهو بيع العين المرهونة - فلأن مستنده وجهان:

الأول: رواية: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»، وهي مرسلة، لا سند لها، غير قابلة للاستناد في الفتوى^(١).

(١) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٧، وهي: [١٥٨٠٤] ٦ - ابن أبي جمهور في درر اللآلي: عن النبي ﷺ، أنه قال: «الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن».

الثاني: الإجماع، وهو العمدة، وهنا مبنيان:

١- من يرى بأن الإجماع مدركي، فلا يعتمد عليه، فيقول بصحة بيع العين المرهونة، فتنتقل إلى المشتري متعلقة لحق الرهن، وعليه لا موضوع للبحث.

٢- من يعتمد على هذا الإجماع، والإجماع دليل لبي، والأصل فيه أن العين المرهونة متعلقة لحق المرتهن، وهذا البيع تصرف في متعلق الحق، وتعلق الحق مانع كما ذكرنا، وعندما يكون المانع من صحة البيع تعلق الحق، فحد دليله ما إذا لم يأذن به إذناً مقارناً، ولا لحقته إجازة متأخرة، وأما ما عداه فلا إطلاق يدل على بطلان التصرف فيه.

وأما بالنسبة إلى ما نحن فيه، من اعتبار الإذن في قبض الثمن، فالمستند الأساس فيه هو الشرط الارتكازي عند العقلاء؛ فإن المعاملات البيعية الدائرة بينهم، مبنية على أن يعطي البائع المبيع للمشتري بعد تحقق البيع، في ظرف تسلّمه الثمن من المشتري، وكذلك العكس، فما لم يسلم البائع المبيع، لا إذن له بقبض الثمن، فيكون الإذن شرطاً.

وأما الروايات، فهي ملقاة إلى العقلاء، فلا ينعقد فيها الإطلاق، كي يقال بشمولها إلى حال عدم الإذن في القبض؛ فإن المرتكزات العقلانية حافة بالكلام، فيتسع أو يضيق بقدرها، فهي تشمل حال عدم تحقق الإذن المقارن، ولا الإجازة اللاحقة، كما قلنا في بيع العين المرهونة، وأما شمولها إلى ما لو لم يأذن بالقبض حاله، وأجازته بعد ذلك، فلا؛ لعدم

الإطلاق، ولم يتم الإرتكاز العقلائي على البطلان في هذه الصورة؛ فإن الشرط الضمني عندهم أن يأذن حال القبض، أو يجيز بعده، فيكتفون بالإجازة اللاحقة.

ونتيجة ما ذكرناه: أن الحكم بصحة القبض الملحق بالإجازة على طبق القاعدة؛ إذ بمجيئها ارتفع المانع من الأول، ومع ارتفاعه من الأول يصح القبض من حين وقوعه.

فما أفاده المشهور وإن كان قوياً إلا أن ما ذكرناه غير قابل للرد^(١). ويمكن أن يستدل له أيضاً، بما ورد في خيار المجلس: «.. فإذا افترقا

(١) وقد نبه الشيخ الأستاذ دام ظله - في جواب على اعتراض :- على أن ما ذكرناه لا يعني جواز القبض بدون إذن المشتري، وإنما كلامنا في الاكتفاء عندهم بالإجازة المتأخرة من حيث الجهة الوضعية، ولا يخلط بين الجهتين. ثم أضاف دام ظله ما يصلح للتوضيح: أن خيار التأخير ليس من الخيارات التعبدية، بل هو امر عقلائي؛ فإن المعاملة مبنية على أن يعطي كل من الطرفين ما عنده للآخر، بحيث لو تخلف أحدهما عن التسليم لقبل للآخر: لك الحق في فسخ المعاملة. وعليه، لو كانت الروايات تعبدية لجمدنا على اللفظ، ولكنها ملقاة إلى العقلاء، فتحدد بما عندهم.

نعم، التحديد بكون القبض في الثلاثة الأيام، أمر تعبدية، وأما أصل الخيار فعقلائي، فنلاحظ ما عند العقلاء في الجهة العقلانية، ونزل الروايات عليها، وما عندهم بطلان القبض في حال لم يأذن المشتري بالقبض حاله، ولم يجز بعده، وأما في حال لحوق الإجازة فلم يبين العقلاء على الخيار حينئذٍ، فلا ينقصد الإطلاق في الروايات ليشمل البطلان صورة لحوق الإجازة.

فلا خيار بعد الرضا منهما»^(١)؛ فإن الاستفادة منها عدم بقاء الخيار بعد رضا المتعاملين بالمعاملة، والفرض - في ما نحن فيه - أن الخيار للبائع، فإذا قبض الثمن - ولو بدون إذن المشتري - فقد رضي بالمعاملة، فإذا أجاز المشتري، فقد تمّ الرضا بينهما، فانطبقت كبرى: « فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢).

هذا كله من ناحية الظهور، ولا أقل - بعد ملاحظة الإرتكاز العقلاني - من الشك في كون القبض الملحق بالإجازة كلا قبض أو لا؟ أو فقل: هل الخيار بعد القبض الملحق بالإجازة ثابت أو لا؟
فقول: إن المرجح حينئذ هي أصالة اللزوم؛ لكون الدليل المخصص

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

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: أنه يمكن الاستدلال أيضاً برواية: « إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز » / الوسائل، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العميد والإماء، الحديث ١.

فقال الشيخ الأستاذ دام ظله: بأنها تدل على أصل الإجازة، ولكن من أي وقت؟ لا دلالة فيها على شيء، فلا يستفاد منها الكشف، ولهذا لم نر المحقق الكركي رحمته الله، مبتكر مبحث الكشف، قد تمسك بها في مورد من موارد الفعل الخارجي.

نعم، يختلف الحال بالنسبة إلى الأمور الاعتبارية؛ فإن الأمر الاعتباري كالبيع مثلاً في حال حصوله من الفضولي، ليس مهماً، بل أراد فيه التملك من وقت الإنشاء، فإذا أجازة بعد أيام، فهو قد أجاز ما قام به الفضولي، وهو التملك من حين العقد، فخصوصية الإجازة ذات التعلق، والمورد الاعتباري، يقتضيان الكشف قطعاً.

مجملاً، فلم يثبت إطلاقه.

فتحصّل: أن إجازة القبض كالإذن فيه، فيكون مسقطاً للخيار، فنخالف في ذلك القوم؛ استناداً للأصل اللفظي والعملي.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين

واستدل له الشيخ رحمته الله بوجهين:

الوجه الأول: كونه في الجملة إجماعياً^(١).

وأشار بقوله: (في الجملة) إلى الخلاف الذي طرحه صاحب الجواهر رحمته الله في المثمن، وأن الخيار قد انعقد في خصوص شرط التأخير بالنسبة إلى الثمن دون المثمن^(٢).

الوجه الثاني: انصراف النصوص إلى غير صورة الشرط.

وقد وجّه الإنصراف بعض أعظم تلامذة الشيخ رحمته الله بقوله: (ان المتبادر من نصوص الباب صورة الحلول؛ لغلبة وندرة صورة التأجيل، فيخرج عن منصرف تلك الأخبار)^(٣).

وفيه: أن غلبة الوجود وندرته، ليست منشأ لانصراف المطلق إلى الفرد الغالب، ولا عن الفرد النادر، والعبرة بصدق العنوان وعدمه.

والحق في وجه الإنصراف:

(١) المكاسب ٥: ٢٢٣.

(٢) الجواهر ٢٣: ٥٥.

(٣) فقه الإمامية ٢: ٥٥٦.

أولاً: أن خيار التأخير إنما جعل لمن كان له حق المطالبة، وأما من ليس له هذا الحق، فلا خيار له، ومع اشتراط تأخير الثمن، فمن حق المشتري التأخير، وليس من حقّ البائع المطالبة به، فينصرف عنه الخيار.

وثانياً: أن خيار التأخير، وإن كان مستنده النصوص، إلا أنه جعل لكيلا يحرم البائع من الثمن بسبب تأخيره، فإذا اشترط المشتري تأجيله، كان من حقه التأخير، وكان سبب حرمان البائع منه إقدامه على ذلك، فتصرف النصوص عن جعل الخيار له.

ولو لم يُحرز الانصراف بواسطة هاتين القريتين، فلا أقل من إيجابهما الشك في الإطلاق، وعدم إحرازه، فلا يمكن التمسك به، فتصل النوبة إلى الأصل، وهو يقتضي اللزوم؛ لأن المسألة حينئذٍ تكون من صغريات إجمال المخصص، وتردّده بين الأقل والأكثر، فيتمسك - فيما عدا المتيقن - بالعموم، أو بالأصل العملي.

والنتيجة: انتفاء الخيار في صورة اشتراط التأجيل.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهها

يشترط في خيار التأخير أن يكون المبيع عيناً، أو شبهها، وهو الكلبي في المعين، كصاعٍ من صبرة، وأما لو كان المبيع كلياً في الذمة، فلا خيار ولو أحرّ المشتري الثمن.

أدلة الشيخ لإثبات هذا الشرط ومناقشتها

وقد أتمّه الشيخ رحمته الله بثلاثة أوجه:

الوجه الأول: من خلال كلمات الفقهاء؛ فإنه حاول أن يثبت الإجماع من كلماتهم.

وهو مخدوش، صغرى، وكبرى، أما الصغرى؛ فلأن الشهيد الأول رحمته الله نقل الاختصاص بالمعين عن الشيخ الطوسي رحمته الله ^(١)، فلو كان إجماعياً لم يكن معنى لتخصيص الشيخ رحمته الله بالذكر، فيستفاد من عبارة الشهيد رحمته الله عدم الإجماع في المسألة، وذلك كافٍ في خدش صغرى الإجماع.

ثانياً: أن مقدار ما نقله الشيخ رحمته الله من كلمات الفقهاء، لا يحصل الإجماع، وغاية ما تفيده الإجماع المنقول، وهو ليس بحجة.

وأما الكبرى؛ فلأن الشيخ رحمته الله استدل على المدعى بالقاعدة والنصوص، فمثل هذا الإجماع محتمل المدرك، فلا يكشف عن قول المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر، غير القاعدة والنصوص المذكورة، فلا يكون حجة.

الوجه الثاني: أن المناط في خيار التأخير هو الضرر، فتجري فيه قاعدة « لا ضرر »؛ لتضرر البائع لو أخر المشتري الثمن، ولم يحكم له بالخيار؛ لأن المبيع حينئذٍ سيكون في ضمانه، ولو تلف كان من ماله، ولزوم حفظه عليه، مع عدم جواز تصرفه فيه، وحرمانه من ماله، وهذه الأضرار إنما تأتي في ما لو كان المبيع شخصياً، أو كلياً في معيّن، بخلاف ما إذا كان كلياً في الذمة؛ فلا يتصور فيه التلف قبل القبض، ولا

(١) الدروس ٣: ٢٧٣، وعبارته رحمته الله هي: (قيد في المبسوط بشراء معين، فعلى هذا لو اشترى في الذمة لم يطرد الحكم، سواء كان سلماً أم غيره).

وجوب حفظه، ولا الحرمان من الاستفادة من ماله بلا عوض.

الناقشة في كلام المحقق السيد الخوئي في جريان لا ضرر

نعم، ذهب المحقق السيد الخوئي رحمته الله إلى صدق الضرر على عدم إعطاء الثمن للبائع في بيع الكلي في الذمة، وأن جعله من باب عدم النفع دعوى جزافية^(١).

وفيه: أولاً: أنه مخالف لمبناه في معنى الضرر؛ فإن معناه النقص في المال أو الطرف أو الوجهة والاعتبار، وأن التقابل بين الضرر والنفع تقابل الضدين، لا الملكة والعدم؛ إذ يرتفعان في المورد الذي لا نقص فيه، ولا نفع، فمن يذهب إلى هذا، كيف يقول هنا بالضرر، وما حصل ليس نقصاً في مال البائع، ولا نفعاً، بل عدم انتفاع؟

وثانياً: أن الضرر لغة وعرفاً، هو النقص في المال، وعدم النفع ليس بضرر، وبما أن قاعدة « لا ضرر » حاکمة على أدلة الأحكام جميعاً، التكليفية والوضعية، بنحو التخصيص لئلاً، فينحصر رفع لزوم المعاملة في مورد ورود النقص على المال، كما في خيار الغبن، وأما ما نحن فيه فليس فيه إلا عدم النفع، فلا محلّ إلى القاعدة.

ولو تنزلنا، فنفس تعريف اللغويين والفقهاء للضرر بأنه النقص في المال، وذهاب عمدة الأعاظم إلى أن التقابل بينه وبين النفع تقابل

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٢١، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٢٥.

الضدين، يقتضي الشبهة في مفهوم الضرر، بحيث يشك في سعته، وشموله إلى مورد عدم كل من الضرر والنفع، وعندما يكون من الشبهة المفهومية، فالمرجع عند تأخير الثمن في بيع الكلي في الذمة، هو أصل اللزوم.

فالتبيحة: عدم جريان قاعدة « لا ضرر » لإثبات خيار التأخير فيما إذا كان البيع كلياً في الذمة.

نعم لنا مناقشة في أصل المطلب؛ فإن الضرر وإن كان في اللغة والعرف بمعنى النقص، ولا يشمل عدم النفع، إلا أن عندنا رواية صحيحة تدل على شموله إلى عدم النفع، وهي ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: « رجل كانت له رحي على نهر قرية، والقرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر، ويعطل هذه الرحي، أله ذلك أم لا؟ فوق عليه السلام: يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف، ولا يضر أخاه المؤمن ^(١) .

ومن الواضح أن تغيير مجرى الماء، وتعطيل الرحي ليس بضرر، وإنما هو عدم نفع، فمقتضى النص توسعة دائرة الضرر.

مضافاً إلى التفريق بين اللغة والعرف؛ فإن عدم النفع وإن لم يعد ضرراً لغته، إلا أنه ضرر عرفاً بدون مسامحة؛ فإن حرمان المالك من ماله

(١) الوسائل، الباب ١٥ من أبواب إحياء الموات، الحديث ١.

- الذي من شأنه أن ينتفع منه - ضرر عند العرف، فلو اقترض منه المال في مدة سنة، ولم يرد على ماله أي نقص، ولكن لو كان تحت يده لحصل به على ربح كثير، لصدق عليه عرفاً عنوان المتضرر، بنحو الحقيقة لا المجاز.

والحاصل: أن الضرر لغة، وعلى مبنى كون التقابل بينه وبين النفع تقابل الضدين، لا يصدق على عدم النفع، ولكن عرفاً، وبمعونة الصحيحة المتقدمة يصدق عليه، فالأقوى صدقه على تأخير الثمن في بيع الكلي في الذمة.

نعم، الإشكال في أصل التمسك بقاعدة « لا ضرر » في خيار التأخير؛ فإن غاية ما يستفاد منها نفي اللزوم، ولا تثبت حق الخيار، فلو اكتفينا بنفي اللزوم لكان للتمسك بها وجه وجيه، وأما التمسك بها لإثبات الخيار فغير ممكن.

الوجه الثالث: النصوص، فقد استظهر منها الشيخ رحمته الله عدم شمولها

إلى مورد بيع الكلي في الذمة، وبيان ذلك:

أن الروايات الواردة في خيار التأخير أربع، وكلها لا تفيد الشمول إلى مورد بيع الكلي في الذمة، أما صحيحة ابن يقطين، وموثقة عمار؛ فلأن فيهما لفظ « البيع »، ففي الأولى: « يبيع البيع »، وفي الثانية: « من اشترى بيعاً »، وهو بمعنى المبيع قطعاً؛ لأن البيع لا يتعلّق به البيع والشراء، ولفظ المبيع حقيقة في المبيع بعد بيعه، وأما قبله فالاستعمال فيه مجازي قطعاً؛

بعلاقة كونه معرضاً للبيع، وما هو معرض للبيع هو الشخصي وشبهه، وهو الكلي في المعين، دون الكلي في الذمة؛ إذ لا مناسبة لإطلاقه عليه، فيخرج عن موضوع الروايتين، وتحصران في بيع العين الخارجية، والكلي في المعين.

طبعاً، لا يخلط بين استعمال لفظ المبيع فيه، وبين صحة بيعه؛ فإنه يصح بيعه، كما لا يخفى، ولكن المصحح لاستعمال اللفظ فيه كونه معرضاً للبيع، وهو ليس كذلك.

ولتتميم كلام الشيخ رحمته الله - دعاً لما يمكن أن يقال: بأننا لا نعلم أن الكلي في الذمة ليس في معرض البيع.

نقول: لا أقل من الشك في صدق المبيع على بيع الكلي في الذمة قبل البيع، ولا يمكن التمسك بالروايتين إلا في حال الجزم بالصدق؛ إذ لو لم يحرز كونه في معرض البيع، لكان شبهة موضوعية لهما.

وأما رواية زرارة، ففيها لفظ «المتاع»، وهو لا يصدق على الكلي في الذمة؛ لخصوصية معناه، وهو ما يتمتع به، وهي صفة لما في الخارج، مضافاً إلى قوله: «يدعه عنده».

وأما رواية أبي بكر بن عياش، فالموضوع فيها كلمة «الشيء» الواردة في: «من اشترى شيئاً»، وهو وإن شمل بإطلاقه المعين، والكلي، إلا أن الظاهر من «الشيء»، الموجود الخارجي، ولا يحتاج استعماله فيه حينئذٍ إلى قرينة على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور، والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرفاً لا يحوج إرادة المطلق إلى قرينة.

واستدل على ذلك المحقق النائيني رحمته الله بما اعتبره أسدّ وأخصر: بأن ظاهر لفظ « الشيء » كلفظ المبيع والمتاع، أن يكون المبيع معنوياً بهذا العنوان قبل البيع، والكلي الثابت في الذمة، لا يكون قبل البيع شيئاً، بل يتعنون به وبالمبيع بعد العقد، فرواية أبي بكر بن عياش منصرفه عنه^(١).

ونتيجة البحث: أن مفاد الروايات انحصار خيار التأخير في كون المبيع عيناً خارجية، أو كلياً في المعين، دون الكلي في الذمة.

وما أفاده قدس سرهما محل المنع؛ لأن المعيار في صحة الاستعمال ووجود المناسبة بين اللفظ والمعنى المستعمل فيه هو النظر العرفي، أي عرفية الإستعمال، فإذا كان الاستعمال مستهجناً عند العرف لم يصح، وإلا فلا مانع منه.

وعليه، فهل يصدق - حقيقة - على من باع كلياً في الذمة، أنه باع شيئاً أو لا؟

لا شك، أن الجواب بنعم؛ فإن جميع البيوع التي من قبيل الكلي في الذمة، لا يوجد فيها المتاع في الخارج، ومع ذلك، لو قيل عن البائع لم يبع شيئاً، لم يكن صحيحاً؛ فإن الذي لم يبع شيئاً، إما أنه لم يصدر منه البيع أصلاً، أو يصدق عليه أنه باع اللاشيء، وكلاهما غير صحيح في المورد.

ولهذا يحث من نذر أن لا يبيع شيئاً، ثم باع الكلي في الذمة، وهذا أقوى شاهد على صحة الاستعمال عند المتشربة، كما يصدق عند العرف والعقلاء.

وأما بالنسبة إلى المتاع، وما شابهه من العناوين كالطعام والشراب تدرؤ مدار شانية الاتصاف، لا فعليته، كما يشهد له إطلاق « المشروب » بصيغة اسم المفعول على ما من شأنه أن يشرب، وقابل له، وإن لم يقع عليه الشرب، ولو لم يصدق المتاع على ما يبيع في الذمة؛ لأنه مما يتمتع به، فلا يصدق إلا على الفعلي، لما صدق عنوان الطعام على ما يبيع بنحو الكلي في الذمة بالأولوية؛ لعدم صدق كونه مطعوماً، ولا طعاماً بالفعل، مع أن الروايات الكثيرة أطلقت عليه هذا العنوان، وإليك بعضها:

١- عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل فلم يجد صاحبه.. »^(١).

وفيها أطلق الكلي في الذمة بأنه طعام وعلف.

٢- معتبرة عبد الله بن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها ولم يستوف سلفه قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره^(٢).

وقد استعمل الشيء في الكلي في الذمة، بل هي نص فيه.

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٥.

(٢) الوسائل، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٤.

٣- صحيحة هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل وضمن البيع؟ قال: لا بأس به ^(١).
وموردها الكلبي في الذمة بلا إشكال، ولو كان كما أفاد الشيخ عليه السلام، من عدم المناسبة بين المتاع أو الشيء، وبين الكلبي في الذمة، لما صح الاستعمال في الأخبار.

ومن هذا يعرف أن « البيع » بمعنى المبيع، في صحيحة ابن يقطين أريد به الأعم من العين الخارجي، والكلبي المعين، والكلبي في الذمة.
ولنا أن نسأل المحقق النائيني عليه السلام - الذاهب إلى أن ظاهر لفظ المبيع أن يكون المبيع معنوياً بهذا العنوان قبل البيع - عن الرواية الثالثة التي جاء فيها التعبير: « باع بيعاً ليس عنده »، فهل المراد منها قبل البيع أو بعده؟

ونسأل الشيخ عليه السلام - القائل بخطأ إطلاق لفظ المبيع على الكلبي في الذمة؛ لعدم المناسبة المصححة -: بأي مناط صح الاستعمال في النصوص الصحيحة؟!

وعليه فلسنا بحاجة - إذا لم يكن معرضاً للبيع - إلى التمسك بعلاقة المشاركة؛ فإن أدل دليل على الصحة وقوعه في الأدلة الصحيحة.

فتحصل من ذلك: صحة استعمال لفظ الشيء والمتاع والبيع، بمعنى

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب السلف، الحديث ١.

المبيع، على الكلي في الذمة، فيتمّ هذا الشرط بلا إشكال. ويمكن أن يقال: إن الاستعمال أعم من الحقيقة، وإن كانت الاستعمالات المذكورة بلا قرينة، لكن ليست بتلك الكثرة التي توجب الجزم بكون الاستعمال حقيقياً، فالفتوى بالصحة محل إشكال، ولذا احتطنا في حاشية المنهاج.

ما قيل باعتباره في هذا الخيار

ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار:

الأول: عدم الخيار لأحدهما أو لهما من جهة أخرى

وقد وقع هذا الشرط موقع الخلاف بين الفقهاء على قولين رئيسيين:

القول الأول: اعتبار هذا الشرط في الخيار

فلو كان لأحدهما أو لهما خيار آخر، لم يثبت هذا الخيار في المعاملة، ذهب إليه العلامة رحمته الله، قال في التحرير: (وكذا لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما)^(١)، وفي السرائر قيّد عنوان المسألة بقوله: (ولم يشترط خياراً لهما، ولا لأحدهما)^(٢)، والمستفاد من عبارته

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٩.

(٢) السرائر ٢: ٢٧٧، وعبارته كاملة هي: (وإذا باع الإنسان شيئاً، ولم يقبض المتاع، ولا قبض الثمن، ومضى المشتري، ولم يشترط خياراً لهما، ولا لأحدهما، ولا ضرباً للثمن أجلاً، ولا قبض أحدهما شيئاً من المعوضين، لا الثمن ولا المثلث، ففي هذه الصورة يكون العقد موقوفاً، عند أصحابنا إلى ثلاثة أيام، فإن جاء المبتاع في مدة الثلاثة الأيام، كان البيع له، وإن مضى ثلاثة أيام، كان البائع أولى بالمتاع، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء

الاختصاص بخيار الشرط، إلا أن الشيخ رحمته الله احتمل أن يكون الاقتصار عليه من عنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان وهو المتاع^(١).

القول الثاني: عدم اعتبار هذا الشرط في هذا الخيار، كما ذهب إليه الأكثر.

والعمدة ذكر دليل القولين، فنقول:

أدلة النافين لهذا الشرط

استدل النافين بوجهين:

الوجه الأول: عدم الدليل على هذا الشرط، وما ذكر من الوجوه مخدوش.

وهذا الوجه ساقط فنياً؛ فإن عدم الدليل على هذا الشرط، لا يثبت الخيار؛ فإن إثبات الخيار في المعاملة المبنية على اللزوم، يحتاج إلى دليل.

الوجه الثاني: وهو العمدة، إطلاق أدلة خيار التأخير؛ فإن مفادها أنه إذا وقعت معاملة وآخر المشتري الثمن، وآخر البائع تسليم المبيع، فالباع لازم مدة ثلاثة أيام، وبعد انقضائها يكون البائع بالخيار، سواء أكان في المعاملة خيار آخر أم لا.

لم يفسخه، وطالب المشتري بالثمن، لا يجبر على أحد الأمرين، بل الخيرة له في ذلك).

(١) المكاسب ٥: ٢٢٨.

ولا يخفى أن الإطلاق صالح للاستناد، إلا أنه لا بد من إحرازه، ورفع المناقشات الواردة عليه.

أدلة المثبتين للشرط

واستدل المثبتون للشرط بخمسة أوجه:

الوجه الأول: أن الأصل للزوم في كل معاملة يشك في ثبوت الخيار فيها، فإذا شك في اشتراط ثبوت خيار التأخير بعدم وجود خيار آخر، فمع وجود الخيار الآخر، نشك في ثبوت خيار التأخير، والأصل للزوم، فعلى مدعي الخيار إثبات ذلك بدليل قطعي رافع للزوم، ولا رافع له إلا دعوى الإطلاق وهي متفية؛ وذلك لأمر:

الأول: ما أفاده المحقق الرشتي رحمته الله، من أن روايات خيار التأخير مهملة، من جهة شرط عدم وجود خيار آخر، فينتفي الإطلاق فيها بانتفاء موضوعه؛ فإن موضوعه ما إذا كان الكلام في مقام البيان^(١).

الثاني: انصراف النصوص إلى صورة لزوم البيع، من غير جهة تأخير الثمن.

وبين هذين الوجهين فرق؛ فإن الأول يفترض الإهمال، وعدم البيان، والثاني يفترض البيان والإطلاق، إلا أنه منصرف عن المورد، وتترتب على كل منهما نتائج مختلفة في الفقه، فإن قلنا بالإهمال، فالمقتضي لأصالة اللزوم موجود، والمانع منه مفقود، وأما إذا قلنا بثبوت الإطلاق

والإنصراف، فلا بدّ من بيان منشأ الإنصراف، وسيأتي بحثه إن شاء الله.

الثالث: أن الملاك في ثبوت خيار التأخير دفع ضرر البائع، ومتى ما ثبت الخيار من جهة أخرى، لم يكن في البيع ضرر عليه من جهة التأخير، فينتفي خيار التأخير بانتفاء علته.

ولا بدّ من النظر في هذه الجهات الثلاث بالدقة والتأمل فنقول:

أما الأول، فغاية ما يقربّ بأن أدلة الخيار إنما هي في مقام بيان تأخير الثمن خاصة، ومهملة بالنسبة إلى أي جهة أخرى، التي منها وجود خيار آخر وعدمه، فوزانها وزان قوله تعالى في صيد الكلب: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾^(١)؛ فإنها في مقام بيان حلية صيده، لا الحكم بطهارة موضع إمساكه.

ولو تمّ لتّم إشكاله على الشيخ رحمته الله؛ فإن ما يورد على الأصل به أنه مرفوع بالإطلاق، ومتى ما ثبت الإهمال انتفى الإطلاق، ولا حاجة لدعوى الانصراف أيضاً.

ولكن فيه: نقضاً وحلاً: أما النقض فبأدلة الخيارات الأخرى، فكما أن أدلة خيار التأخير في مقام بيان هذا الخيار من هذه الجهة، ومهملاً من ناحية وجود خيارات أخرى وعدمه، فكذلك يأتي القول بالنسبة إلى أدلة خيار الحيوان والعيب والغبن، وحكم الأمثال في ما يجوز وما لا يجوز

واحد، والحال أن الضرورة قائمة على ثبوت الإطلاق في خيار العيب، فهو ثابت سواء أكان في المعاملة غبن أم لا، وخيار المجلس مطلق، سواء وجد في المعاملة خيار حيوان أم لا، فهنا أيضاً خيار التأخير ثابت، سواء أوجد خيار آخر أم لا، فإذا التزمنا بكون هذه الروايات في مقام البيان من جهة تأخير الثمن خاصة، ولا إطلاق فيها بالنسبة إلى وجود خيار آخر وعدمه، فكذلك بقية أدلة الخيارات بالنسبة إلى مؤدياتها.

وأما الحل: فالحكم الحيثي يحتاج إلى قرينة، وإلا فالأصل في الكلام المطلق، أن يتعرض إلى جميع انقسامات الموضوع، فإذا كان موضوع الحكم مقسماً إلى عدة أقسام، فالأصل في المتكلم أن يكون في مقام بيان موضوع حكمه، بجميع خصوصياته وانقساماته، وعلى هذا الأساس، نحكم بالإطلاق، فيما لو كان موضوع الحكم الرقبة، وتعلق به وجوب العتق، وهي - كموضوع - تنقسم إلى مؤمنة وكافرة؛ فإن مقتضى أصالة البيان هو الإطلاق.

ولا شك أن البيع - فيما نحن فيه - ينقسم إلى بيع خياري، وغير خياري، بمعنى أن المعاملة التي وقعت، ولم يأت فيها المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام، تنقسم في حدّ نفسها إلى معاملة فيها خيار من جهة أخرى، ومعاملة لا يوجد فيها أي خيار آخر، فالموضوع مقسم لهذين القسمين بالضرورة، وحينئذٍ أصالة البيان تقتضي ثبوت الحكم إلى جميع الأقسام.

ولا سيما في ما نحن فيه؛ فإنه يمتاز بخصوصية زائدة، وهي أن حمل

البيع الواقع على بيع لازم من جميع الجهات، حمل له على فرد نادر؛ إذ يندر وجود بيع لا خيار فيه، ولا أقل خيار المجلس، فمقتضى أصالة البيان، وخصوصية المورد أن يكون موضوع الحكم مطلقاً من جهة ثبوت خيار آخر وعدم ثبوته.

فهذا الوجه الأول باطل نقضاً وحلاً.

وأما الثاني، وهو ما ذهب إليه عدّة من الأعظم، وهو انصراف الإطلاق إلى البيع الذي لا خيار فيه من جهة أخرى غير تأخير الثمن، وقد ذكر في وجه الإنصراف وجهان:

الوجه الأول: ما أفاده المحقق الرشتي رحمته الله، من أن قوله عليه السلام: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »، يعني أن البيع لازم، إلا إذا لم يأت المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام^(١).

الوجه الثاني: ما بينه المحقق الأصفهاني رحمته الله، وتوضيحه: أن ظاهر النصوص الواردة في هذا الخيار، هو اللزوم في الثلاثة، والخيار بعدها، ولا يخلو هذا الخيار من أمرين: إما أن يكون مقيداً بسبب وهو تأخير الثمن، أو أن يكون مطلقاً، وأحد الشقين باطل لا محالة، وهو كون الخيار المحكوم بثبوته مقيداً بكونه ناشئاً من سبب التأخير؛ إذ لازمه أن يكون المسبب مقيداً بالصدور من السبب، ولازم ذلك أن يكون الشيء علّة

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٦٢.

لنفسه، ولاقتضاء نفسه؛ إذ الفرض أنا قيدنا الخيار بخيار ناشيء من تأخير الثمن، وبعد تقييده بالصدور من هذا السبب، فلا محالة من جعل السبب علة للقيّد كي يحصل المقيّد، وهو محال، كما يلزم أن يكون علة لعلية نفسه، ولاقتضاء نفسه.

ومقتضى هذا البرهان عدم وجود مسبب مقيداً بصدوره من سبب نفسه، فيكون مطلقاً، وعليه فالخيار الناشيء من تأخير الثمن خيار مطلق، لا مقيّد.

وقرينة المقابلة تقتضي أن يكون المثبت بعد الثلاثة هو المنفي فيها، أي عندما يكون الخيار مطلقاً بعد الثلاثة، فاللزوم في أثنائها مطلق أيضاً، ومعنى كون اللزوم مطلقاً، أن المعاملة التي فيها خيار التأخير، لازمة من جميع الجهات، غير جهة التأخير.

وقد أجاب عنه رحمته: بأن المسبب لا يتقيّد بالسبب؛ فإن المعلول لا يتقيّد بصدوره عن العلة أبداً، ولكن مع ذلك لا يتحقق الإطلاق أو العموم، الذي يفيد الخيار بنحو مطلق، وبما أن البحث يشتمل على الدقة فلا بدّ من توضيحه:

أن المعلول الحاصل من علة لا يتقيّد بها، وأما الحصّة الخاصة، لا بنحو أن تشمل جميع الحصص فيمكن تقيدها، فمثلاً النار علة للحرارة، ولكن يستحيل أن تكون علة للحرارة المقيّدة بالصدور عنها؛ بمقتضى الدليل المتقدم، ولكن هذه الحرارة الصادرة من النار، حصّة خاصة من الحرارة، مغايرة للحرارة الصادرة من إشراق الشمس، وهذا تضيّق ذاتي،

وهو غير التقيّد الذاتي.

والخيار الحاصل من تأخير الثمن - في ما نحن فيه - حصة من الخيار، والمقابلة التي تقتضي اللزوم في الثلاثة، تقتضيه في حدّ هذا الخيار، لا من جميع الجهات^(١).

وكلامه ﷺ وإن كان فنياً من حيث الصورة؛ إذ لا إشكال في الكبرى التي أفادها، إلا أن الإشكال في تطبيقها على المورد؛ فإنه غير تام؛ إذ خلط فيه بين باب الموضوعات والأحكام، وباب العلل والمعلولات، والأسباب والمسببات؛ حيث لا وجود لخيار سببه تأخير الثمن، وليست النسبة بينهما نسبة العلة والمعلول، بل نسبة الموضوع للحكم؛ فإن الخيار مسبب عن جعل الحاكم واعتباره، كما هو الحال في جميع الأحكام، وضعية كانت أو تكليفية، فالخيار حكم، وسببه اعتبار الشارع، وموضوعه تأخير الثمن.

نعم، ربما تتعدّد الموضوعات فتتعدّد الأحكام بتعدّدّها، فلكل موضوع حكم، ودائرة الحكم بسعة دائرة الموضوع، لا أوسع منها ولا أضيق، فالطهارة المجعولة في الماء تكون بمقدار دائرته، والطهارة المجعولة في التراب تكون بسعة دائرته، وهكذا... والخيار المجعول في موضوع تأخير الثمن يكون في حدّ دائرته، بمعنى أن مدلول النصوص هو أن لتأخير الثمن - من حيث هو تأخير له - خياراً، فيكون اللزوم في

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٦٦ - ٣٦٧.

قبال ذلك قهراً.

هذا هو طبع المطلب، ولا ربط لذلك بالإهمال الذي أفاده المحقق الرشتي رحمته الله في نصوص خيار التأخير، بل ارتباطها بمسألة أن كل موضوع يقتضي الحكم من جهة نفسه، فيكون اللزوم بمقتضى المقابلة اللزوم من هذه الجهة، فنفي الخيار حينئذ لا يكون من جهات أخرى.

الوجه الثالث: ما ذكره العلامة رحمته الله في التذكرة، بقوله: (لا يجب على

البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار.

ولو تبرع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضية للخيار^(١)؛ فإنه إذا ثبت لصاحب الخيار - البائع أو المشتري - حق الإمساك، فظاهر الروايات أنها غير ناظرة إليه، بل هي ناظرة إلى تأخير الثمن بغير حق، وهو في حال عدم وجود الخيار، فتكون النتيجة اشتراط عدم وجود خيار آخر لثبوت خيار التأخير.

وحاصل هذا الوجه أنه يبتني على مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن من أحكام الخيار أن لصاحب الخيار أن يمسك ما عنده من الثمن أو المثلن ولا يسلمه للطرف الآخر، فيكون تأخير الثمن عن حق.

المقدمة الثانية: أن ظاهر نصوص خيار التأخير، أنه جعل لمن له حق

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ١٨١.

المطالبة، فالبائع له حق المطالبة بالثمن، فيكون له الخيار لو أخره المشتري، ويكون تأخير المشتري له بغير حق، وأما إذا كان للمشتري خيار في المعاملة، لم يكن تأخيره بغير حق؛ إذ من حقه ذلك بمقتضى المقدمة الأولى، فتكون الروايات منصرفة عن مورد ثبوت حق التأخير.

فالتيجة: أن خيار التأخير مشروط بعدم وجود خيار آخر.

وفيه: أن دعوى العلامة ﷺ من ثبوت الحق لصاحب الخيار في أن يمسك المال عن صاحبه، مما يحتاج إلى إثبات؛ إذ لا يثبت الحق إلا بدليل، ولا يخلو الدليل من أحد ثلاثة: دليل خاص، أو عام، أو شرط في ضمن عقد، وكلها غير حاصل، وغاية ما ثبت لصاحب الخيار أن له حق فسخ المعاملة، سواء أقلنا بأن متعلق الخيار هو العقد، أم العين.

أما على ما هو الحق من تعلق الخيار بالعقد، فلم يثبت لصاحب الخيار إلا حق فسخ العقد أو إبرامه، ولا حق له متعلقاً بالعين.

وأما على المبنى الآخر المخالف للتحقيق، من تعلقه بالعين، فالثابت أن له استرداد العين إلى ملكه، المعبر عنه في لسان الفقهاء بحق ردّ العين.

فعلى كلا التقديرين والمبنيين، لا حقّ له بالتصرف بإبقائها عنده، وحرمان مالكها منها.

ومقتضى القاعدة أنه بمجرد أن تمت المعاملة، انتقل المثلث إلى المشتري، والثلث إلى البائع، ولا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا

بإذنه، وليس لصاحب الخيار إلا حق فسخ المعاملة، فما أفاده العلامة رحمته على خلاف قاعدة السلطنة.

وقد أجاب الشيخ رحمته عن كلام العلامة رحمته بإنكار كلتا المقدمتين، ولم يبيّن وجه الإنكار، بل اقتصر على قوله: (وفيه - بعد تسليم الحكم في الخيار، وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بحق -)^(١).
والوجه في إنكار المقدمة الأولى، عدم الدليل على ثبوت حق الإمساك لصاحب الخيار؛ فإن غاية ما يصححه الخيار أن يكون لصاحبه سلطنة على الفسخ.

وأما إنكاره للمقدمة الثانية فمما لا وجه له؛ فإنها سالمة عن الإشكال؛ فإن الروايات ظاهرة في ما لو كان للبائع حق المطالبة، وتأخر المشتري بالمجيء بالثمن.

فالعمدة في البحث إنكار المقدمة الأولى، وقد أوضحنا منعها سابقاً، وبمنعها يتم سقوط الدليل.

إشكال المحقق النائيني على الشيخ

وقد أورد المحقق النائيني رحمته على الشيخ بإشكالين:

الأول: منافية ما أفاده الشيخ رحمته هنا لما أفاده في باب القبض؛ حيث اعترف به في ذلك الباب، وبنى عليه جواز حبس أحد المتبايعين ما انتقل عنه، مع امتناع الآخر عن تسليم ما انتقل إليه، وبه أجاب عن

إشكال المحقق الأردبيلي رحمته الله في المسألة: من أن ظلم أحد المتبايعين، ومنع الغير عن حقه لا يوجب جوازه على الآخر^(١).

ولا بحث لنا في هذا، وإنما المهم الإشكال:

الثاني: وتوضيحه: أن مفاد قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فيجب الوفاء به بجميع متعلقاته، فيجب الوفاء بجميع شروطه المصرحة، وغيرها، وهي الشروط الضمنية التي يبنى عليها العقد في ارتكاز العقلاء، كشرط السلامة في العوضين، والمساواة بينهما في القيمة، بحيث لا يكون التفاوت بينهما فاحشاً؛ فإن الشروط من الإيقاعات، فتحتاج إلى إنشاء، إلا أنه لا يشترط التصريح في إنشائها، بل يكفي في إنشائها كونها مرتكزاً عند العقلاء، فيقع العقد مبنياً عليها، وهي التي يعبر عنها بالشروط الضمنية، ولهذا التزم بالخيار لو كان المبيع معيباً، أو كان التفاوت بين العوضين فاحشاً.

وعليه، فإذا ثبت الخيار في معاملة، ارتفع وجوب الوفاء بها، وارتفع وجوب الوفاء بجميع ما تضمنته من الشروط الصريحة أو الضمنية؛ إذ الرفع كالوضع، فكما أن وضع وجوب الوفاء يتعلق بالعقد وبجميع شروطه، فكذلك رفعه يتعلق بالجميع.

ونتيجة ذلك: أنه مع وجود الخيار ينتفي وجوب الوفاء بشرط التسليم

(١) منية الطالب ٣: ١٨٣.

والتسليم؛ لأنه من جملة الشروط الضمنية، فينتفي وجوب الوفاء به بانتفاء وجوب الوفاء بالعقد، وما تضمنه من الشروط، فيتم قول العلامة رحمته الله من كون حبس الثمن حينئذٍ بحق، والمستفاد من النصوص أن خيار التأخير إنما إذا كان حبس الثمن بغير حق.

ثم أضاف المحقق النائيني رحمته الله قوله:

(أما إذا كان له الخيار فواضح.

وأما إذا كان عليه الخيار، ولم يسلم الآخر ما انتقل عنه، فلما عرفت من أن التسليم والتسليم التزام من الطرفين، فإذا لم يف أحدهما به ولو حقاً فلا يجب على الآخر أيضاً الوفاء به.

نعم، لو سلم ذو الخيار، فيجب على من عليه الخيار أيضاً أن يسلم ما انتقل عنه بجميع ما اشترط عليه في ضمن العقد صريحاً أو ضمناً^(١).

إشكال المحقق الخوني على المحقق النائيني ودفعه

وقد أورد المحقق السيد الخوئي رحمته الله عليه: بأن ما أفاده تام على مبنى من يرى بأن مفاد ﴿أو فوا بالعقود﴾ حكم تكليفي، وأما على ما أثبتناه في محله من كون مفادها إرشاداً إلى اللزوم، فلا يرد؛ لعدم استفادة وجوب التسليم منها^(٢).

ولا ثمرة لهذا الإشكال؛ لذهاب الشيخ رحمته الله، إلى أن مفاد الآية حكم

(١) منية الطالب ٣: ١٨٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٢٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٣٦.

تكليفي، وإشكال المحقق النائيني رحمته الله على الشيخ رحمته الله، فهو تأييد لكلام المحقق النائيني رحمته الله، لا إشكال عليه.

الصحيح في مناقشة المحقق النائيني

هذا، ولكن الحق عدم تمامية ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله لوجوه:

الوجه الأول: أنه - سواء أكان مفاد آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ هو الإرشاد إلى اللزوم، أم وجوب الوفاء تكليفاً، ولازمه اللزوم - لا بد من ملاحظة مدلول دليل الخيار؛ لأن لزوم العقد - سواء وجد من ناحية الدليل اللفظي أم الأصل العملي - يرتفع بأدلة الخيار، بنحو التخصيص، كما لو كان دليل اللزوم لفظياً، أو بنحو الحكومة، كما لو كان الدليل أصلاً عملياً.

ومعنى الخيار هو السلطنة على حلّ البيع أو إبرامه، وعمله رفع وجوب الوفاء بالعقد.

وعليه فإذا رجعنا إلى أدلة الخيار، فالمستفاد من دليل خيار المجلس: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع»، عدم لزوم العقد وقت المجلس، أو فقل إن حال ما قبل الافتراق ظرف للخيار، وبعد الافتراق يكون البيع واجباً، فمتعلق الخيار نفس البيع.

وهكذا الحال بالنسبة إلى خيار الحيوان بالإضافة إلى الثلاثة الأيام؛ فإنها ظرف للخيار، ويرتفع بعدها، وكذلك مفاد دليل خيار التأخير على مبنى من يستفيد الخيار من جملة «لا بيع له»، بخلاف مبنى الشيخ رحمته الله.

الذي ذهب إلى البطلان.

والحاصل: أن حدّ مدلول دليل الخيار هو السلطنة على حلّ العقد، واستفادة ما زاد على ذلك يحتاج إلى دليل، فمدعى المحقق النائيني رحمته الله من أن دليل الخيار يرفع وجوب الوفاء بالعقد وشروطه، لا دليل عليه.

الوجه الثاني: ينبغي أن نفرّق بين الوضع والرفع؛ فإن مقتضى آية الوفاء، وجوب الوفاء بالعقد وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط المأخوذة فيه، كما بيّنه المحقق النائيني رحمته الله، ولكن بالنسبة إلى الرفع، فمقدار ما يمكن استفادته من دليل الخيار هو رفع وجوب الوفاء بالعقد، لا وجوب الوفاء بمتعلقاته أيضاً؛ لعدم انحصار دليل وجوب الوفاء بالشرط في دليل ﴿أوفوا بالعقود﴾، بل كما تدلّ هي عليه، يدلّ عليه أيضاً دليل «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، فرفع وجوب الوفاء بالعقد بواسطة الخيار، لا يقتضي رفع وجوب الوفاء بالشرط، المستفاد من دليل الشرط؛ لعدم الملازمة بينهما.

ويشهد على ذلك وجوب الوفاء بالشروط الواقعة في العقود الجائزة ما دام العقد قائماً؛ استناداً إلى «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظلّه في مقام الجواب على سؤال: بأن في وجوب الوفاء بالشروط في ضمن العقود الجائزة قولين: أحدهما عدم وجوب الوفاء، والآخر - وهو المختار - وجوب الوفاء ما دام العقد قائماً؛ بدليل: «المؤمنون عند شروطهم»؛ لانطباق عنوان الشروط عليها، وهو الالتزام في ضمن التزام آخر، فلو اشترط في ضمن عقد

فالتيجة: أن البيع يكون جائزاً؛ بمقتضى دليل الخيار الراجع لوجوب الوفاء بالعقد، وتجب الشروط؛ بمقتضى دليل " « المؤمنون...».

الوجه الثالث: أن البيع - سواء أكان تمليك عين بعوض، كما هو مسلك الشيخ رحمته الله، أم تبديل طرفي الإضافة، كما هو مسلك المحقق النائيني رحمته الله - يقتضي نقل ملكية كل من العوضين، من أحدهما إلى الآخر، وحينئذٍ تكون يد من انتقل عنه العوض على ذلك العوض، إما يد ضمان، أو يد أمانة - مالكية أو شرعية - ولا ثالث لهما، فإن كانت يده يد ضمان، فبمقتضى: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »، يجب عليه الأداء، فيؤدي المشتري الثمن، والبائع المثل، وإن كانت يده يد أمانة، وجب عليه الرد؛ بحكم قوله تعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾^(١)، وعلى كلا التقديرين يحرم التصرف في مال الغير حتى بحبسه.

فيتضح بطلان ما ذهب إليه العلامة رحمته الله مع تأييد المحقق النائيني رحمته الله؛ إذ اتضح أن مقتضى ثبوت الخيار، ليس هو ثبوت الحق لصاحبه في حبس العوض، فيثبت للمشتري - إن كان له خيار - حق حبس الثمن، وبضم أن خيار التأخير جعل في مورد حبس الثمن من غير حق، يثبت

المضاربة أن يجبر العامل الخسارة في رأس المال من ماله لزم.

نعم، لو اشترط أن يكون ضامناً للخسارة لكان باطلاً.

(١) سورة النساء: ٥٨.

هذا الشرط.

إشكال الشيخ على اشتراط عدم خيار آخر في خيار التأخير

ثم إن هنا وجهاً آخر لبطلان هذا الاشتراط أفاده الشيخ رحمته الله، وبيانه:

أن اشتراط عدم وجود خيار آخر في خيار التأخير يستلزم أمرين على سبيل منع الخلو، ولكل واحد منهما تالٍ فاسد، فإذا بطل التالي، بطل المقدم، وبيان ذلك:

أن أدلة خيار تأخير الثمن موضوعها عنوان البيع، وفي أغلب أفراد البيوع خيار المجلس؛ إذ يستثنى الموارد النادرة التي اشترط فيها المتبايعان إسقاط جميع الخيارات، فمقتضى عنوان البيع من جهة، وعموم خيار المجلس لجميع أفراد البيع من جهة أخرى، أن يلزم - إذا اشترط في خيار التأخير عدم خيار آخر - إما انحصار خيار التأخير في أفراد نادرة؛ إذ تخرج أكثر أفراد البيع من تحته، وتخصيص أكثر الأفراد باطل على جميع المباني؛ فإن ورود المخصص على الأحكام، التي هي بنحو القانون، بحيث لا يبقى تحته إلا أفراد نادرة، باطل بضرورة العقل، وبالإجماع القطعي.

أو الالتزام بأن مبدأ الثلاثة الأيام - التي يلزم فيها البيع - في خيار التأخير، بعد الافتراق من المجلس، في أغلب البيوع، وبعد الثلاثة الأيام في خيار الحيوان، وهو خلاف ظهور أدلته؛ إذ هي ظاهرة في اتصالها بالعقد.

فالحاصل: أنه يلزم من اشتراط عدم خيار آخر في خيار التأخير أحد

أمرين: إما تخصيص الأكثر، أو انفصال الثلاثة الأيام عن العقد، وكلاهما باطل، فيبطل الشرط^(١).

ونتيجة البحث - بعد ردّ كلام العلامة رحمته الله عليه، وتأييد المحقق النائيني رحمته الله عليه - ثبوت خيار التأخير وإن وجد خيار آخر، سواء أثبت الخيار الآخر بالدليل التعبدي كخيارى المجلس والحيوان، أم بالشرط الارتكازي، كخيارى الغبن والشرط؛ وذلك لتمامية المقتضى - وهو إطلاق النصوص الدالة على خيار التأخير - وانتفاء المانع.

القول الثاني: اشتراط عدم الخيار للبائع دون المشتري

وهو القول بالتفصيل بين البائع والمشتري، فيشترط في ثبوت خيار التأخير، عدم الخيار للبائع، دون المشتري^(٢)، واستدل عليه بثلاثة أوجه:

أدلة القول بالتفصيل / الوجه الأول ومناقشته

الوجه الأول: أصالة اللزوم؛ وذلك لأننا - مع وجود خيار آخر للبائع - نشك في ثبوت خيار التأخير، فيدور أمر المخصص بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة عدم وجود خيار آخر، والمرجع في الباقي إلى أصالة اللزوم.

وفيه: أنه تام لو وصل الأمر إلى الشك، وأما مع وجود الإطلاق في

(١) المكاسب ٥: ٢٢٩.

(٢) القائل بالتفصيل السيد العامل في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٥٥.

أدلة خيار التأخير، مع إمكان تعدد الخيار، بل وقوعه، فهو مقدم على الأصل.

الوجه الثاني

الوجه الثاني: أن حكمة ثبوت خيار التأخير، هو تضرر البائع لو حكم بلزوم المعاملة؛ وذلك لتضرره من جهة حرمانه من الثمن، الذي هو ملكه، وانتقل إليه بالبيع، ومن جهة وجوب حفظ المبيع عليه؛ لكون مال الغير في يده، ومن جهة ضمانه لو تلف في يده.

فإذا كان له خيار آخر انتفت الأضرار الثلاثة عنه، فلا موجب لجعل خيار التأخير له.

إشكال المحقق الخوئي

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله: بأن الدليل تام لو كان المستند في خيار التأخير قاعدة « لا ضرر »، ولكن تقدم منا أننا أثبتنا أن الدليل عليه هي الأخبار^(١).

الصحيح في الإشكال على الوجه الثاني

ولكن الصحيح عدم صحة الاستدلال بها لنفي الخيار الآخر وإن تمسكنا بها في أصل خيار التأخير؛ وذلك لأن مدلول « لا ضرر » هو رفع لزوم المعاملة لو كان ضرورياً؛ لكونها حاکمة على جميع أدلة الأحكام الوضعية والتكليفية، والضرر المتوجه إلى المعاملة، تارة يكون

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٢٨، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٣٨.

من جهة الغبن، وأخرى من جهة العيب، وثالثة من جهة تأخير الثمن، فلو حكم باللزوم في هذه الموارد للزم الضرر منه، فيرفع اللزوم بـ« لا ضرر »، فمن كانت هي مستنده في الخيار، أمكنه أن يقول بتعدد الخيارات في المعاملة الواحدة؛ لإمكان التعدد ثبوتاً، وعدم المانع منه إثباتاً، فيكون له خيار من جهة العيب، وآخر من جهة الغبن، وثالث من جهة تأخير الثمن.

فلا وجه لدعوى انتفاء الضرر عن البائع إذا كان له خيار آخر، وإلا فما هو الموجب للقول بثبوت خيار العيب أو الغبن بها مع تأخير الثمن، من غير أن يثبت له الخيار من جهة التأخير؟

وبعبارة مختصرة: إن القواعد الشرعية انحلالية، فقاعدة « لا ضرر » ترفع الحكم الضروري من أي جهة جاء الضرر، فترفع اللزوم الضروري الناشئ من الغبن، أو من تأخير الثمن، فلا وجه لاشتراط عدم خيار آخر للبائع في ثبوت خيار التأخير، سواء أقلنا بثبوت بقاعدة « لا ضرر »، أم غيرها.

الوجه الثالث والإشكال عليه

الوجه الثالث: أن ظاهر الفتوى والنص الدال على خيار التأخير، هو لزوم البيع على البائع إلى ثلاثة أيام، وإن لم يأت المشتري بالثمن بعدها صار البيع خيارياً، ومعنى لزومه في الثلاثة انتفاء كافة الخيارات، وإلا لم يكن لازماً، وكان على خلاف النص والإجماع.

وهو محل إشكال؛ لأن اللزوم في الأيام الثلاثة - بمقتضى المقابلة بينه وبين الخيار بعدها - هو اللزوم من جهة تأخير الثمن؛ إذ كما أن الخيار بعد الثلاثة بسبب تأخير الثمن، فاللزوم في أثنائها يكون من جهته، لا من جميع الجهات.

جواب السيد العاملي في مفتاح الكرامة عن الإشكال

وأجيب عنه: باستحالة تقيّد الخيار بالتأخير؛ لأن التأخير سبب الخيار، ولا يتقيّد الحكم بصدوره عن السبب؛ إذ يلزم من تأثير السبب في المسبب المقيّد بسببه، توقف الشيء على نفسه، وتأثير العلة في نفسها. وحينئذٍ يكون الخيار الناشئ من التأخير مطلقاً، غير مقيّد بشيء، فيكون اللزوم في الثلاثة مطلقاً أيضاً، ومعنى ذلك انتفاء الخيار في الثلاثة من أية جهة؛ أي لا يكون للبائع خيار آخر^(١).

مناقشة الشيخ لجواب السيد صاحب مفتاح الكرامة

ونقل الجواب صاحب الجواهر رحمته الله، وقبله في الجملة^(٢)، إلا أن الشيخ رحمته الله قد أجاب عنه: بعدم الملازمة بين إطلاق الخيار، وإطلاق اللزوم؛ فإن المستحيل تقيّد الخيار بالتأخير؛ لكونه سببه، ولكنه ليس

(١) مفتاح الكرامة ١٤: ٢٥٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٤، ولعل قول الأستاذ دام ظلّه: (قبله في الجملة)، إشارة إلى

تعقيب صاحب الجواهر رحمته الله على الدعوى؛ حيث قال:

(قيل : وليس المراد به نفي الخيار المخصوص؛ لأن الثابت بالتأخير أصل الخيار، والحكم

لا يتقيّد بالسبب، وإن كان في الأخير ما فيه).

سبباً إلى اللزوم حتى يستحيل تقيده به، فيكون الخيار مطلقاً لاستحالة تقيده بسببه، وأما اللزوم في الثلاثة فيكون مقيداً من ناحية التأخير؛ لعدم استحالة تقيده به، أي يكون اللزوم في الثلاثة حيثياً وفي الجملة، ولا موجب لجعله لزوماً مطلقاً، فلا يتنافى مع وجود خيار آخر.

الإشكال على الشيخ والحق في مناقشة الوجه الثالث

وفيه: أن المستفاد من كلام الشيخ رحمته الله قبوله بعدم تقييد الخيار المسبب عن التأخير بسببه الذي هو التأخير، وقد نبهنا سابقاً على أن نسبة الأحكام مطلقاً، التكليفية والوضعية، إلى موضوعاتها، ليست نسبة المعلولات إلى عللها، حتى يأتي بحث التقييد بالسبب؛ فإنه منتفٍ فيها من باب انتفاء السالبة بانتفاء موضوعها؛ إذ لا وجود إلى السبب والمسبب، والعلة والمعلول، بل الموجود موضوع وحكم.

نعم، كل حكم، تكليفي أو وضعي، يتضيّق تضيّقاً قهرياً بتضيّق موضوعه، ويتسع قهراً باتساعه؛ فإن التضيّق والسعة تارة يكونان قهريين، وأخرى اختياريين؛ فإن التضيّق الاختياري هو تقييد موضوعات الأحكام من قبل الحاكم في قبال الإطلاق؛ فإنه أمر اختياري له؛ فإن موضوع الحكم بوجود الإكرام مثلاً عند الشارع، تارة يكون هو العالم، فيأتي به مطلقاً فيقول: (أكرم العالم)، وأخرى يكون موضوعه العالم العادل، فيأتي به مقيداً به، فيقول: (أكرم العالم العادل).

فالسعة في المثال الأول، والتضيّق في المثال الثاني كانا بالاختيار،

ولكن سعة الحكم في المثال الأول وإطلاقه قهري بسعة موضوعه، كما أن تضييق الحكم في المثال الثاني قهري، تبعاً لتضييق موضوعه.

فالإطلاق والتقييد في موضوع الحكم باختيار الجاعل، ولكن بعد الإطلاق أو التضييق فيه يكون الحكم موسعاً أو مضيقاً قهراً.

والموضوع في ما نحن فيه، عبارة عن تأخير الثمن، فيكون الخيار المترتب عليه مضيقاً بحسبه، في قبال الخيار المترتب على موضوع الغبن، والخيار المترتب على موضوع العيب.

فيكون الحق في المسألة أن خيار تأخير الثمن مضيقاً تضييقاً قهرياً؛ لعدم إمكان تجاوز الحكم عن حدّ موضوعه، وإذا كان الخيار مضيقاً بالتأخير، فبقريته المقابلة يكون اللزوم في الثلاثة الأيام مضيقاً به أيضاً، بمعنى أن الشارع حكم في الثلاثة الأيام باللزوم من حيث تأخير الثمن، فإذا انقضت كان للبائع الخيار، سواء أكان له خيار آخر أم لا.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وأورد المحقق الرشتي رحمته الله على الشيخ رحمته الله، ويرد على بياننا أيضاً: بأن الخيار، بما أنه سلطنة على حلّ العقد، فهو قابل للتعدد؛ إذ يمكن أن تكون لصاحب الخيار سلطنة على حلّ العقد من جهة العيب، ومن جهة الغبن، ومن جهة تأخير الثمن، وأما اللزوم فليس للعقد إلا لزوم واحد؛ إذ هو عبارة عن عدم جواز إزالة العقد، أو وجوب الوفاء به، ولا معنى لكونه إضافياً، بل هو حاصل على الإطلاق، لا يجتمع مع خيار آخر، كما

لا يجتمع مع لزوم الآخر^(١).

والإشكال من حيث الصورة قوي؛ لأن معنى كون العقد لازماً أنه غير قابل للفسخ، ومعنى كونه جائزاً أنه قابل له، ولا يمكن الجمع بين قبوله للفسخ وعدمه^(٢).

ولكن يرد عليه: أن كلاً من الجواز واللزوم ينقسمان إلى قسمين: حكمي، وحقي، فالجواز الحكمي كجواز الهبة، والجواز الحقي كجواز البيع الخياري، واللزوم الحكمي كلزوم عقد النكاح، واللزوم الحقي كلزوم عقد البيع والصلح، وكل عقد لازم.

والسؤال: هل يمكن الجمع بين اللزوم والجواز أو استحيل؟

والجواب: أما ثبوتاً، فلا استحالة في ذلك؛ إذ يمكن الجمع بين اللزوم من حيث، والجواز من حيث آخر، ويشهد له أن النكاح عقد لازم لزوماً حكماً، ومع ذلك يجوز فسخه من حيث العيوب، فهو محكوم

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٦٧ - ٥٦٨.

(٢) قال أحد حضار مجلس البحث: بأن هذا يتنافى مع ما ورد في خيار المجلس: « فإذا افترقا وجب البيع ».

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن هذا لا يصلح جواباً على المحقق الرشتي رحمته الله؛ لوجود مبنيين في المراد من العبارة، أحدهما: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني رحمته الله، من أن الوجوب من حيث المجلس، والآخر: أن الوجوب مطلق، إلا أن دليل الخيار الآخر خصصه، فلا يأتي الإشكال على المبنى الثاني.

بالجواز من حيث العيوب، ومحكوم باللزوم من حيث غيرها.
 فإذا أمكن اجتماع اللزوم الحكمي مع الجواز الحكمي، بل وقع
 الاجتماع بينهما، فاللزوم والجواز الحقيان على وزانهما.
 ويؤكد أنه المحقق الرشتي رحمته الله نفسه، تعرض في أول خيار الشرط
 إلى الإشكال الوارد على الشرط، من أنه مخالف لمقتضى العقد، الذي
 هو اللزوم، الثابت بالكتاب والسنة، والشرط المخالف لهما باطل.
 وأضاف إليه: أن هذا الإشكال يأتي في خيار الحيوان، لكن بعد
 انقضاء الثلاثة الأيام، لا في أثنائها؛ لأن البيع فيها جائز؛ لخيار الحيوان، ثم
 قال:

(ويمكن تقريره في الثلاثة بتقريب أن مقتضى العقد فيها هو الجواز
 من جهة خيار الحيوان، لا من جميع الجهات، فهو من سائر الجهات
 يكون لازماً في الثلاثة أيضاً، وإن كان جائزاً من جهة خيار الحيوان،
 وتظهر الثمرة في الإسقاط)^(١).

فإذا أمكن في خيار الحيوان اجتماع الجواز في الثلاثة من جهة، مع
 اللزوم من سائر الجهات، فالحال كذلك في خيار التأخير، فيكون اللزوم
 في الثلاثة من جهة خيار التأخير، فيجتمع مع الجواز من سائر الجهات.
 فإشكال المحقق الرشتي رحمته الله على الشيخ رحمته الله مندفع على حسب مبناه.
 وبهذا ينتهي الكلام حول هذا الشرط، وتبين عدم أخذه في خيار

التأخير.

الثاني: تعدد المتعاقدين

نسبه صاحب الجواهر رحمته الله إلى بعض الأساطين بقوله: (ويظهر من بعض الأساطين، اشتراط التغير بين الباع والمشتري بالذات، في هذا الخيار)^(١).

أدلة هذا الشرط

وما يمكن ان يستدل به عليه وجهان:

الوجه الأول: أن النص ورد في صورة تعدد المتعاقدين، بحيث يكون أحدهما لم يسلم المثلن، والآخر لم يأت بالثلن، ولم يرد نص تعييناً أو إطلاقاً يدل عليه حال اتحادهما، فيتمسك - فيما عدا صورة تعددهما - بالأصلين، اللفظي والعملي الدالين على اللزوم.

الوجه الثاني: أن خيار التأخير إنما يثبت بعد خيار المجلس، وغاية خيار المجلس الافتراق، فمع فرض اتحاد العاقد، لا يتصور الافتراق، فيبقى خيار المجلس إلى الأبد، فلا يبقى مجال إلى خيار التأخير، إلا مع إسقاط الأول^(٢).

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٥.

(٢) أشار إلى الوجهين صاحب الجواهر ٢٣: ٥٥، والمكاسب ٥: ٢٣٠.

إشكال الشيخ على الوجه الأول

أما الأول فأورد عليه الشيخ رحمته: بأن المناط عدم القبض والإقباض، ولا إشكال في تصوّره من المالكين، مع اتحاد العاقد من قبلهما^(١).

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأجاب عنه المحقق الرشتي رحمته: بأن النص ورد في صورة تعدّد المتعاقدين، ودعوى عدم كون تعدّدهما مناطاً للحكم، بل المناط تعدّد المالكين، دعوى ظنية قطعاً؛ لعدم العلم بملاكات الأحكام الواقعية، والمناط الظني غير مفيد^(٢).

والحق عدم وروده؛ فإن الشيخ رحمته وإن عبّر بالمناط، إلا أنه لا يريد به علة الحكم؛ وإنما يريد به تنقيح الموضوع، وفرق بين استخراج المناط لإسناد الحكم إليه، وبين تنقيح موضوع الحكم، وجعل الحكم يدور مدار وجود الموضوع وعدمه.

توضيح ذلك: بما أنا - نحن العدلية - نرى بأن الأحكام تدور مدار الملاكات الواقعية، فتتقيد المناط إن كان ظنياً كان باطلاً ولم يؤخذ به، وإن كان قطعياً أخذ به، ولكن ما أراده الشيخ رحمته غير ذلك؛ فإنه أراد تنقيح الموضوع المأخوذ في روايات خيار التأخير؛ فإنه استفاد من النصوص كون الموضوع عبارة عن أمرين: عدم إقباض المثمن، وعدم قبض الثمن، فإذا وقع البيع ولم يحصل الإقباض والقبض، فالأجل ثلاثة

(١) المكاسب ٥: ٢٣٠.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٥٦٩.

أيام، فإذا انقضت فلا يبيع له، أو بينهما، فاعتبر في النصوص عدم إقباض المثلث، وعدم قبض الثمن شرطاً لثبوت الخيار، فلسانها لسان القضية الشرطية، وحينئذٍ متى وجد الشرط ثبت الجزاء، ومتى انتفى الشرط انتفى الجزاء، بلا دخل لتعدد العاقد ووحده، وهذا هو الحق.

وبهذا التقريب ينتفي موضوع إشكال المحقق الرشتي رحمته الله.

إشكال الشيخ على الوجه الثاني

وأما الثاني، فأورد عليه الشيخ رحمته الله: بما عرفت من عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في مجرد إجراء العقد، ففي صورة اتحاد العاقد، لم يثبت خيار المجلس، ليكون مانعاً من ثبوت خيار التأخير^(١).

وهذا الإشكال مبني كما هو ظاهر.

فيرد على هذا الوجه إشكال آخر، وهو منع أصل الدعوى؛ فإننا أتباع الدليل، ولا يوجد دليل يدل على أن خيار التأخير يأتي بعد خيار المجلس.

نعم، لو علق ثبوت خيار التأخير على عدم خيار آخر، لانتفى بثبوت خيار المجلس، ولكن تقدم عدم ثبوت ذلك.

فالنتيجة: أن الحق هو اشتراط خيار التأخير بعدم إقباض المثلث، وتأخير الثمن إلى أن تنقضي الثلاثة الأيام، فإذا انقضت ثبت الخيار،

سواء أتعدد العاقد أم اتحد.

نعم، لو كان العاقد ولياً لهما بيده العوضان، لم يتحقق شرطاً ثبوت الخيار - أعني لم يتحقق عدم الإقباض والقبض - فلا يثبت الخيار، لا من جهة اشتراط التعدد، بل من جهة انتفاء شرطه.

الثالث: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية

نسب هذا الشرط إلى الشيخ الصدوق رحمته الله، في صورة ما إذا كان المبيع جارية^(١)، ونسب إليه آخر في ما لو كان المبيع حيواناً^(٢).
واستدل عليه بما رواه علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل اشترى جارية، وقال: أجيئك بالثمن؟ فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له^(٣).

والبحث فيها من جهتين: دلالية وسندية:

(١) المقنع: ٣٦٥، وقال فيه ما لفظه: (وإذا اشترى رجل من رجل جارية، وقال: أجيئك بالثمن، فإذا جاء فيما بينه وبين شهر مضى، وإلا فلا بيع له).

(٢) نسب الحكاية الشيخ في المكاسب ٥: ٢٣١ إلى ظاهر المختلف، ولكن لم يظهر من المختلف ٥: ٧٠ ذلك.

(٣) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

قال في الوسائل: ورواه الصدوق بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام.

وقال الصدوق في الفقيه ٣: ٢٠٣: وفي رواية أخرى، عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن ربه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «... ومن اشترى جارية، وقال للبائع: أجيئك بالثمن، فإن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له ».

أما البحث الدلالي، فقد ناقشها الشيخ رحمته الله: بأن من شرط خيار التأخير عدم إقباض المثمن، ولم يظهر من الرواية عدم إقباض الجارية، ولا قرينة على حملها عليها، فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالمثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهر^(١).

وأما البحث السندي، فقد ضعفها العلامة رحمته الله في كتابه المختلف، فقال: (والجواب : المنع من صحة السند)؛ والسبب تردّد أبي إسحاق الموجود في السند بين الثقة وغيره^(٢).

وقد أفاد المحقق السيد الخوئي رحمته الله: بأن أبا إسحاق في السند هو إبراهيم بن هاشم؛ بقرينة الراوي والمروى عنه، وهو ثقة بتوثيق ابنه، فالسند تام^(٣).

نقول: وإن كان في المقام بحث من جهة تمييز المشتركات، وتعيين الراوي بقرينة الراوي والمروى عنه، وهل ينتهي إلى التمييز الظني أو الاطمئنان، إلا أننا في غنى عنه في المقام؛ إذ لا مجال للعمل بهذه

(١) المكاسب ٥: ٢٣١.

(٢) المختلف ٥: ٧٠، وسند الرواية كما في الوسائل هو: (وبإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي إسحاق، عن ابن أبي عمير، عن محمد بن أبي حمزة، عن علي بن يقطين).

(٣) مصباح الفقاهة ٧: ، التنقيح في شرح المكاسب من الموسوعة ٣٩: ٤٢.

الرواية وإن فرض صحة السند؛ لإعراض الأصحاب القريب من الاتفاق عنها، ومثلها لا تشمله أدلة حجية خبر الثقة، التي من أهمها سيرة العقلاء؛ فإننا نقطع بعدم قيامها في مثل ما لو أعرض الأصحاب قديماً وحديثاً عن الخبر، ما عدا شخصاً واحداً.

ولا ربط لهذا بالقول بوهن الرواية بإعراض المشهور؛ فإن الإعراض فيما نحن فيه كاد أن يكون اتفاقاً.

ثم لا يخفى أن للرواية سنداً آخر، رواه الصدوق قدس سره بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرارة (وفي نسخة: عمّن رواه وكذا في الوافي)، عن أبي عبد الله عليه السلام ...

وإسناد الصدوق إلى الحسن بن علي بن فضال، وإن كان تاماً، ولكن الحسن بن علي بن رباط لم نجد له توثيقاً عاماً، ولا خاصاً. مضافاً إلى إرسال الرواية على بعض النسخ، فالرواية غير حجة على هذا الإسناد أيضاً.

وبهذا ينتهي الكلام في شروط خيار التأخير.

مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير

في مبدأ الثلاثة الأيام التي يبدأ بعدها خيار التأخير وجهان:

الوجه الأول: أنه من حين التفريق، ونقل القول به صاحب

الجواهر رحمته الله عن: (ظاهر الشيخين، والسيدان، والقاضي، والديلمي،

والحلي، والعلامة في المختلف والتحرير^(١).

الوجه الثاني: أنه من حين العقد، وهو المنقول عن الأكثر^(٢).

وقوى الشيخ رحمته الله الثاني^(٣).

والبحث في ذلك من جهتين:

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة، لو فرض إجمال النص، أو

معارضته.

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص

أما **الجهة الأولى**، فمجموع ما يستفاد من الأدلة التي أقامها الأعلام

للقول الأول ثلاثة:

الوجه الأول: أن المستفاد من النص أن الثلاثة الأيام ظرف لزوم

العقد، وأن ما بعدها ظرف للخيار، وبما أن لزوم العقد بعد التفرق من

المجلس، فيكون مبدأ الثلاثة من حين التفرق.

وفيه: أنه يتم على قول من قال بأن اللزوم في الثلاثة لزوم من جميع

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٦.

(٢) هذا ما نسبته الشيخ الأستاذ دام ظلّه، ولكن الظاهر أنه سبق لسان؛ فإن الظاهر أن الأول

هو الذي عليه الأكثر.

(٣) المكاسب ٥: ٢٣٢.

الجهات، وأما على ما استفدناه من النصوص، من أن اللزوم إضافي، ومن حيث تأخير الثمن فقط، لا من كل جهة، فلا يأتي هذا الوجه؛ إذ يجتمع اللزوم من حيث تأخير الثمن مع خيار المجلس، ولا يتوقف على التفرّق.

الوجه الثاني: ورد في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قال: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »^(١).

والتعبير بـ « جاء » يقتضي التفرّق؛ إذ لا يصدق على الإعطاء والتسليم، وإنما تصدق على من ذهب ليأتي، ولا يتمّ ذلك إلا بالتفرّق، فتدلّ الصحيحة على أن مبدأ الثلاثة من حين التفرّق.

ذكره صاحب الجواهر رحمته الله، ولم يجب عنه^(٢)، كما ذكره الشيخ رحمته الله، ولم يناقش في ظهوره^(٣)، بعد غض النظر عن بيان دليل القول الآخر.

والحق أن هذا الظهور غير قابل للإنكار، ولكن المحقق الإيرواني رحمته الله، ناقش فيه بما حاصله:

أن الجملة غير ظاهرة في كون مبدأ الثلاثة من زمان التفرّق؛ لكون الضمير في « بينه » من جملة « إن جاء ما بينه » إما أن يعود إلى

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٧؛ حيث قال: (بل لعل المتبادر من قوله عليه السلام « إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام » مجيئه من وقت المفارقة؛ إذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع، إلا إذا أريد به مجرد دفع الثمن، وهو خلاف الظاهر).

(٣) المكاسب ٥: ٢٣٢؛ حيث قال: (من ظهور قوله: « فإن جاء بالثمن... »، ولم يعلّق عليه.

الاشترء، المفهوم من قول السائل: (عن الرجل يشتري)، وزمان
الاشترء هو زمان العقد، لا التفرق، وإما أن يعود إلى المشتري بوصف
كونه مشترياً، وهو من حين العقد أيضاً^(١).

وهو واضح الضعف؛ فإن إرجاع الضمير إلى الاشرء مع عدم الأثر
عليه في الكلام خلاف الظاهر، وأما عوده على المشتري وإن أمكن؛
لتقدمه في الكلام، إلا أنه غير دال على كون المبدأ من حين العقد؛
لمنافاته للمجيء، الذي لا يصدق على ما قبل التفرق؛ إذ لا يعقل
المجيء حال الاجتماع، وقد غفل عن هذه الجهة في الرواية.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الرشتي رحمته الله، من أن الضمير يعود على
المشتري، ولكن بما أنه لا معنى لأن يكون المشتري مبدأ الثلاثة، فلا بد
أن يكون المبدأ ما كان له جهة اختصاص بالمشتري، وهو ليس إلا
التفرق؛ لكونه مختصاً بالمشتري؛ فإنه هو الذي يفرق عن البائع للمجيء
بالثمن، وأما زمان العقد فهو مشترك بينهما، ولا اختصاص له بالمشتري،
فيكون المبدأ حين التفرق، وهو الذي قواه في قبال قول الشيخ رحمته الله^(٢).

وفيه: أنه وإن كان الضمير يعود إلى المشتري، فلا بد أن يرجع إلى
ما يختص به، إلا أن الضمير في صحيحة علي بن يقطين يعود إليهما

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٤٥.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٥٧٢.

كليهما: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »^(١)،
والأمر المشترك بينهما هو العقد، فلا تتم تقويته مع هذا الظهور.

وأما القول الثاني - وهو أن المبدأ من حين العقد - فقد ذكرت له
وجوه ثلاثة أيضاً، وهي:

الوجه الأول: ما يستفاد من صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا
الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن،
قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »^(٢).

فإن الظاهر منها كون المبدأ زمان حصول العقد، ومنشأ الاستظهار
أمران:

الأول: أن السؤال كان عن الرجل يبيع البيع، فلم يقبض المشتري
البيع، ولا المشتري الثمن، وكان الجواب: « الأجل بينهما ثلاثة أيام »،
فمعناه أن مبدأ الأجل زمان البيع.

الثاني: كلمة « بينهما »؛ فإنها ظاهرة في كون الأمر الذي يكون مبدأ
للثلاثة مربوطاً بكليهما، وهو ليس إلا العقد؛ فإن الافتراق مخصوص
بالمشتري؛ إذ هو الذي سيذهب للمجيء بالثمن.

الوجه الثاني: ما يستفاد من موثقة إسحاق بن عمار؛ إذ فيها: « من

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

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

اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»^(١).

فإن الموضوع فيها الذي رتب عليه « ولم يجيء » هو: « من اشترى بيعاً»، والعنوان المأخوذ في موضوع الحكم، يؤخذ بنحو الموضوعية، فيكون الموضوع هو عنوان الاشتراء، وهو يحصل عند العقد.

الوجه الثالث: أنه يلزم من القول بأن المبدأ زمان التفرّق، تالٍ فاسد، وهو فيما لو لم يفترق المشتري عن البائع في مدة ثلاثة أيام، وامتنع أيضاً عن المجيء بالثمن؛ فإنه على القول بأن مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، فينبغي أن يكون البيع لازماً في الثلاثة الأولى؛ لعدم التفرّق، ولازماً في الثلاثة الأيام الأخرى؛ لابتداء زمانها من حين التفرّق، فيكون البيع لازماً ستة أيام، ولا قائل به من الفقهاء، ومع فساد اللازم يفسد الملزوم، فيتعين كون المبدأ من حين العقد، فإذا نقضت الثلاثة الأولى كان للبائع الخيار، سواء أفرقاً أم لم يفرقاً.

ومع ملاحظة هذه الأوجه الثلاثة يعرف وجه تعبير الشيخ رحمته الله بالأقوى؛ فإن المستفاد من ذلك أنه لا يناقش في ظهور « فإن جاء » في كون المبدأ الافتراق، إلا أن صحيحة علي بن يقطين أظهر في كون المبدأ زمان العقد، ومع دوران الأمر بين الأخذ بالظاهر أو الأظهر يقدم الأظهر، فقدمه الشيخ رحمته الله، فقوى القول الثاني.

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

ووجه الأظهرية ما قدمناه من النكتتين، مضافاً إلى تأييدهما بالوجهين الآخرين.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى القاعدة؛ وذلك فيما لو قلنا بإجمال النصوص، أو لم يمكن تقديم أحد الظاهرين على الآخر، بحيث يقع التعارض بين ما دلّ على كون مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، وبين ما دلّ على كون المبدأ زمان العقد، مع العلم بكون المبدأ أحدهما، فالمسألة تندرج في صغريات إجمال المخصص، فالمرجع حينئذٍ في غير المتيقن تخصيصه هو الأصل، اللفظي، والعملية على التعاقب.

أما تقريب الأصل اللفظي فهذا البيان:

أنه لو تأخر زمان التفرّق عن زمان العقد بخمس ساعات مثلاً، فبعد انقضاء الثلاثة الأيام من حين العقد، تبقى خمس ساعات عن انقضاء الثلاثة من حين التفرّق، فنشك في ثبوت الخيار في هذه المدة؛ إذ إن كان مبدأ الثلاثة من زمان العقد، فقد انقضت وثبت الخيار، وإن كان المبدأ من حين التفرّق، فلم تنقض بعد، فلم يحن وقت الخيار، ومع الشك في ثبوت الخيار وعدمه يتمسك بعموم ما دلّ على اللزوم، فالمرجع هو عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ما دام لم يتيقن بثبوت الخيار.

وأما تقريب الأصل العملي فبنحوين:

النحو الأول: أنه في المثال السابق لو فسخ البائع العقد في المدة

المتخللة بين انقضاء الثلاثة من زمان العقد، وعدم انقضائها من زمان

التفرّق، فنشك في انفساخ العقد وعدمه، فنستصحب بقاءه.

النحو الثاني: أننا نشك هل أوجب هذا الفسخ الصادر من البائع زوال ملكية كل واحد من المالكين بالنسبة إلى ما انتقل إليه أو لا، فنستصحب بقاء ملكية كل واحد على ما انتقل إليه.

والنتيجة على كلا التقديرين عملاً أن يكون المبدأ من زمان التفرّق، هذا هو مقتضى التحقيق في المسألة بحسب النصوص والقاعدة.

مسقطات خيار التأخير

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأول: إسقاط الخيار

وفيه مقامان:

المقام الأول: إسقاط الخيار بعد انقضاء الثلاثة الأيام.

المقام الثاني: إسقاط الخيار بعد وقوع العقد، وقبل انقضاء الثلاثة.

المقام الأول: إسقاط الخيار بعد الثلاثة الأيام

أما المقام الأول، فقد قال الشيخ رحمته الله: لا إشكال ولا خلاف في سقوطه بإسقاطه حينئذ^(١).

ووجه عدم الإشكال: أن الإشكال إنما ينشأ من قصور المقتضي، أو وجود المانع، أما المقتضي فتام؛ لحصول سبب الخيار بعد انقضاء الثلاثة، سواء أقلنا بأنه النصوص، أم قاعدة « لا ضرر »؛ لتحقق موضوع النصوص حينئذ، ولزوم الضرر بالتأخير لو لم يحكم بالخيار أيضاً.

وأما المانع، فمفقود؛ لأن الإسقاط والسقوط فعليان؛ لتحقق الحق

بالفعل، لا بالقوة، فيشملة عموم قاعدة: (لكل ذي حق إسقاط حقه).

المقام الثاني: إسقاط الخيار أثناء الثلاثة

وأما المقام الثاني، فقد نقل صاحب الجواهر رحمته الله عن بعض المعاصرين المنع من السقوط^(١)، وقد بين الشيخ رحمته الله وجهي المسألة، مع بيان ما يؤيد كلاً منهما:

الوجه الأول: عدم السقوط

لكونه إسقاط ما لم يجب؛ لانتفاء السبب والمسبب قبل انقضاء الثلاثة، أما انتفاء السبب؛ فلكون سبب الخيار هو الضرر، وهو من ثلاث جهات - كما تقدم - وكلها، ولا سيما عمدتها ضرر التأخير، لا تحصل قبل انقضاء الثلاثة، وإذا انتفى السبب انتفى المسبب، وهو الخيار، فيكون إسقاطه إسقاط ما لم يجب، ولا سيما في المقام، من كونه إسقاط ما لم يجب من حيث المقتضي والمقتضى؛ لانتفاء كليهما؛ إذ يوجد قسم آخر من إسقاط ما لم يجب، وهو ما لو وجد المقتضى دون مقتضاه.

وأيدته بفحوى كلام العلامة في التذكرة؛ حيث صرح بعدم جواز إسقاط خيار الشرط في المجلس قبل التفرق، بناء على كون مبدئه بعد المجلس^(٢)؛ لأن شرط خيار آخر لا يفيد في ثبوته، مع وجود خيار المجلس؛ لكونه من اجتماع المثليين، أو أن اشتراطه لغو، فلا يجتمعان.

(١) الجواهر ٢٣: ٥٧، قال: (أما لو أسقطه فيها فقد قال بعض الأساطين: لا يسقط).

(٢) تذكرة الفقهاء ١١: ٥٠.

فإذا لم يجز إسقاط خيار الشرط، ما دام في المجلس؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، مع وجود المقتضي للخيار، وهو الشرط، وإن لم يوجد المقتضى - الخيار - إلا بعد المجلس، فعدم جواز إسقاطه في المقام من باب أولى؛ لكونه من إسقاط ما لم يجب، من حيث المقتضى والمقتضى؛ فإن المقتضى للخيار في المقام، لا يحصل إلا بعد انقضاء الثلاثة، فضلاً عن المقتضى بالفتح.

الوجه الثاني: حصول السقوط بالإسقاط.

وذلك لأن معنى إسقاط ما لم يجب، هو إسقاط ما ليس فيه أي مرتبة من مراتب الثبوت؛ لأن السقوط فرع الثبوت، والإسقاط فرع الإثبات، وأما مع ثبوت مرتبة من مراتب الحصول، لا يقال عنه إسقاط ما لم يجب، وسبب الخيار فيما نحن فيه موجود، وهو وإن لم يكن سبباً تاماً، إلا أنه بحد الاقتضاء، وعند وجود المقتضى، يوجد المقتضى - بالفتح - بمرتبة من مراتبه.

وعليه، فإذا وقع العقد، حصل المقتضى للخيار، فيثبت الخيار بمرتبة من مراتبه؛ إذ أن شرطه بعد انقضاء الثلاثة، فلا يعتبر إسقاطه أثناءها، من إسقاط ما لم يجب بنحو مطلق، فيصح الإسقاط حينئذٍ.

ويؤيده: فحوى الحكم بجواز اشتراط سقوط الخيار في متن العقد، فيجوز فيما نحن فيه من باب أولى؛ لأنه عندما يجوز اشتراط سقوط كافة الخيارات في متن العقد، مع أنه لم يثبت المقتضى للخيار بعد؛ إذ

لم يتمّ العقد حينئذٍ، فيجوز هنا من باب أولى؛ لأن المقتضي لثبوت الخيار - وهو العقد - متحقق.

وقد اختلف الأعلام من بعد الشيخ رحمته الله في تصحيح شرط الإسقاط على وجوه:

إشكال المحقق الخراساني على دليل الوجه الثاني وتوجيهه له

الوجه الأول: ما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله، بعد أن أورد على الشيخ رحمته الله : بأن العقد ليس سبباً للخيار، وإنما سببه التأخير، فلا يكفي وجود العقد في إسقاطه.

حيث قال: (اللهم إلا أن يقال: بانه إسقاط لما يثبت بعد الثلاثة، فيثبت بعدها بالتأخير، فيسقط به، وليس هذا من إسقاط ما لم يثبت، كي لا يعقل)^(١).

بمعنى أن متعلق الإسقاط أمر استقبالي، وهو الخيار بعد ثبوته، فلا يكون من إسقاط ما لم يجب.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

أما ما أفاده من عدم كون العقد سبباً للخيار فهو حق؛ فإن العقد موضوع للخيارات جميعاً، وليس سبباً لها؛ لأن حقيقة الخيار السلطنة على حلّ العقد وإبرامه، والسبب غير الموضوع، والسبب إن كان مستند الخيار قاعدة نفي الضرر، هو الضرر بعد تأخير الثمن، وإن كان المستند

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٣.

النصوص، فهو تأخير الثمن.

وما أفاده بقوله: (اللهم إلا..)، فهو ممنوع؛ لأن الإثبات لأجل الإسقاط غير معقول.

وبعبارة أخرى: إن الثبوت الذي لا أثر له إلا السقوط، لا يتصور له وجه معقول.

نعم، يلتجأ إلى ذلك في الموارد التي يقتضيها الجمع بين الأدلة، كما في شراء من ينعق على المشتري، كشراء الرجل لأبيه؛ فإن مقتضى الجمع بين دليل صحة البيع بين مالك العبد وبين مشتري العمودين، ودليل انعقاد الأب قهراً، عندما يشتريه ولده، ودليل: « لا عتق إلا في ملك »، هو الالتزام بملكية الولد لأبيه آنأماً، ثم انعقاه عليه، فنلتزم بالملكية الآنية ثم السقوط.

وتقريب المحقق الخراساني رحمته الله فيما نحن فيه: أن يثبت الخيار آنأماً بعد تأخير الثمن، ثم يسقط، والإشكال عليه: أن هذا الثبوت للخيار لا أثر له إلا السقوط، فلم يستفد من الخيار شيء؛ لأن حقيقته السلطنة على الفسخ وعدمه، أو على الفسخ والإبرام، على الاختلاف بين مسلكه ومسلك الشيخ رحمته الله، ولا يمكن الاستفادة من هذه السلطنة على أي تقدير؛ فإنه وإن حصلت هذه السلطنة بعد التأخير، إلا أن وجودها كعدمها، من حيث الأثر، ولم يقم عندنا إجماع قطعي على ثبوت السلطنة، كما قام في مسألة صحة البيع والانعقاد القهري في شراء

العمودين، حتى نلتجأ إلى الخيار الأنبي جمعاً بين القواعد؛ لكون المسألة ذات قولين.

ما أفاده المحقق الرشتي لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت ومناقشته

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق الرشتي رحمته الله، وبيانه: أن الخيار قبل انقضاء الثلاثة وإن لم يكن فعلياً؛ لأن البائع لا يملك فسخ العقد إلا بعد انقضائها وتأخير الثمن، إلا أن له حقاً فعلياً، وهو كونه بحيث يحصل له الخيار، ويُسلط على الفسخ والإسقاط، المعبر عنه بأنه ملك أن يملك الفسخ والإبرام، فهو نحو من الحق؛ فإنه وإن لم تكن له فعلية الخيار، إلا أنه في قوة أن يملكه، وهذا يوجب تصحيح الإسقاط، فلا يكون إسقاط ما لم يجب غير معقول^(١).

وفيه:

أولاً: أن مثل هذه الملكية الشأنية، لا تحصل بالعقد؛ فإن سبب الخيار هو التأخير، وهذا العقد كبقية العقود، ليس له تأثير من هذه الجهة إلا في حصول القابلية لتحقق الخيار ليس إلا، في قبال ما لو لم يوجد عقد؛ فإنه لا يتصور الخيار حينئذٍ أصلاً.

وثانياً: سلمنا حصول الملكية الشأنية، وثبوت الحق قوة لا فعلاً، إلا أن ما يقبل الإسقاط هو الحق الفعلي، وأما شأنية الحق أو قوته أو قابلية تحققه فليست من الحقوق، فلا معنى لقابليتها للإسقاط.

ما أفاده المحقق النائيني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله عليه، من أن فعلية الخيار وإن لم تحصل إلا بعد الثلاثة، إلا أن مبدأ الخيار - وهو استحقاق مطالبة الثمن في كل آنٍ - موجود من حين العقد، وهو حق من الحقوق، فيكون مرجع إسقاطه إلى اجتيازه عن حقه الثابت بالعقد^(١).

وفيه: أولاً: أن استحقاق المطالبة بالثمن غير مختص بخيار التأخير، بل هو في كل بيع؛ فإن البيع إذا تمّ بين الطرفين، انتقل الثمن إلى البائع، والمثمن إلى المشتري، فكان لكل منهما أن يطالب بماله، ولا يجوز للأخر التأخير والتصرف فيه؛ لكونه مال الغير، ولا يجوز التصرف في مال الغير.

وثانياً: أن المطالبة بالثمن ليست حقاً من الحقوق القابلة للإسقاط، بل هو حكم من الأحكام التي لا تقبل الإسقاط، فلو جاز له أن يسقط حقه في المقام، لجاز إسقاط حقهما في المطالبة بالثمن في جميع البيوع، ولا يلتزم به فقيه.

ما أفاده المحقق الأصفهاني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمته الله عليه، من أن المراد بإسقاط الحق، إن كان هو الإسقاط الفعلي المنجز، فهو غير معقول؛ إذ لا وجود

(١) منية الطالب ٣: ١٨٦.

للحق قبل انقضاء الثلاثة، ولا يعقل السقوط إلا مع الثبوت.

وأما ثبوته بثبوت المقتضي، فهو ثبوت عرضي، بمعنى أن الثبوت حقيقة للسبب، وإسناده إلى المسبب بالعناية والمجاز، وكما لا ثبوت لما بالعرض إلا بعين ثبوت ما بالذات، كذلك لا سقوط له إلا بسقوطه، وما هو قابل للإسقاط هو الحق دون العقد وشبهه.

ومنه تعرف أنه لا معنى لإسقاط السبب عن السببية والأهلية للتأثير. وإن كان المراد الإسقاط المعلق، بمعنى كون إسقاط الحق معلقاً على تقدير ثبوته، فهو معقول؛ لحفظ تفرّج السقوط على الثبوت فيه، إلا أنه لا دليل على نفوذه؛ لانحصار الدليل على جواز إسقاط الحق في القاعدة المجمع عليها، وهي: (أن لكل ذي حق إسقاط حقه)، ومن الواضح انتفاء موضوعها في المقام؛ فإن الموضوع ذو الحق، والفرض عدم وجوده قبل انقضاء الثلاثة وتأخير الثمن^(١).

إشكال المحقق الخوئي على المحقق الإصفهاني ودفعه

وأجاب المحقق الخوئي رحمته: بعدم الدليل على بطلان التعليق إلا الإجماع، وهو منتفٍ في المقام؛ لكون إسقاط ما لم يجب أمراً معروفاً بين الفقهاء، فلا يدخل في معقد الإجماع^(٢).

ويرد عليه: أن الإشكال في المقام غير منحصر في التعليق؛ بل العمدة

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٣٧٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٣٤.

هو أن الإسقاط فرع الثبوت، فما لم يثبت، لا يمكن إسقاطه، ولا ثبوت للحق قبل تحقق تأخير الثمن، ولا ثبوت له بعده؛ لفرض ذهاب الموضوع بالإسقاط السابق، ولا فرق في ذلك بين الاعتباريات والتكوينيات.

نعم، التعليق في مثل تعليق الملكية على ما بعد الموت في الوصية، وتعليق الطلاق على النكاح، كأن ينشئ من الآن طلاق المرأة التي سيتزوجها بعد تزوجه بها، فلا محذور عقلياً فيه؛ لأن الاعتبار فعلي، والمعتبر استقبالي، أو قل الإنشاء فعلي، والمنشأ استقبالي، بحيث يتحقق عند تحقق شرطه، ولا إشكال عقلياً في الاعتباريات، بخلاف التكوينيات، فيمكن في الاعتباريات أن ينشئ الهبة فعلاً على تقدير تملك الموهوب، فبعد أن يملكها تكون هبة للموهوب له بالإنشاء السابق.

كل هذا لا محذور فيها عقلاً، وإنما المانع قيام الإجماع القطعي على عدم تأثير الطلاق قبل الزواج، ولا إنشاء الهبة قبل تملك العين الموهوبة. **والحاصل:** أن في المسألة إشكالاً ثبوتياً، وإشكالين إثباتيين، أما الإشكال الثبوتي فهو أن الإسقاط فرع الثبوت، وما أريد هو رفع الثبوت بالإسقاط، وهو محال، بلا فرق بين الأمور الاعتبارية والتكوينية، وهذا الإشكال باقٍ على حاله.

والإشكال الإثباتي الأول، هو إشكال التعليق، ودفعه سهل.

والإشكال الإثباتي الآخر، هو أنه لا بد أن يوجد الحق حتى يسقط،

ولا وجود للسبب، وهو التأخير، ولا المسبب وهو الخيار، فأى شيء يسقط؟!

فما أفاده الأعلام جميعهم من جواز الإسقاط بمعناه الحقيقي غير قابل للقبول.

الإشكال على المحقق الأصفهاني

وما أفاده المحقق الأصفهاني رحمته الله، من أن قاعدة: (لكل ذي حق إسقاط حقه) مجمع عليها، فغير صحيح؛ لعدم قيام الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، أو عن دليل معتبر، ولا بدّ من التحقيق في ما أرسله المتأخرون إرسال المسلمات؛ فإننا لا نجد ذلك في كتب قدماء الأصحاب، وهذه الكلية من القواعد المستحدثة عند المتأخرين، بعد أن نقحوا مسألة الحق والحكم، والموجود في كلمات المتقدمين عبارة عن قضايا جزئية، كأن يقولوا: يجوز إسقاط خيار المجلس، أو خيار الحيوان، ولا يستفاد منهم قاعدة كلية مجمع عليها.

نعم، ما يمكن ادعاؤه، قيام السيرة العقلائية القطعية على إسقاط الحق، في الموارد التي يوجد فيها الحق الفعلي، أو التقديري، أعني ما فيه قابلية ثبوت الحق.

فعلى فرض ثبوت قاعدة (لكل ذي حق إسقاط حقه) عند العقلاء، فلا يعني قيام الإجماع التعبدي عليها؛ إذ لا يمكن دعوى الإجماع في موارد القواعد التي قامت عليها سيرة العقلاء.

ولا أقل من كون القاعدة محتملة المدرك.

حاصل البحث وبيان المختار

وحاصل البحث: أنه لم يثبت عندنا دليل لفظي خاص، ولا عام، ولا إجماع تعبدى، على جواز الإسقاط قبل الثبوت بعنوانه.

نعم، قامت السيرة العقلائية على ذلك، فإذا لم يثبت بدليل، ولم توجد إلا السيرة لم يمكن إثبات الإسقاط بالمعنى الحقيقي، بل لا بد أن نرجع إلى واقع ما قامت عليه السيرة، وما قامت عليه هو أن للبائع أن يقول للمشتري قبل التأخير: إنه لو اتفق لك التأخير، فليس لي أن أطلبك.

ولو أريد تميمه بعنوان إسقاط الحق، فلا يكون إلا بإثبات الحق آنأ ما، بعد التأخير، مع إمكان تعلق الاعتبار السابق بالمعتبر الاستقبالي، وهو أمر ممكن عقلاً، وإنما المانع منه الإجماع، وهو غير متحقق في أمثال المقام، وإنما ثبت في العقود، وفي الطلاق المعلق على النكاح، والهبة المعلقة على حصول البيع.

فإذا تمّ هذان الأمران - عدم المحذور في التعليق، وثبوت الخيار آنأ ما بعد التأخير - فيمكن إنشاء الإسقاط فعلاً، ومتعلقه الخيار الاستقبالي الآني، ولكن أثبتنا سابقاً عدم وجود الدليل الدال على ثبوت الخيار الآني.

والنتيجة: أنه إذا أريد إثبات جواز إسقاط الحق قبل ثبوته بعنوانه، فلا سبيل إليه إلا عن طريق الخيار آنأ ما بعد التأخير، وأما إذا كان المدار على ما في سيرة العقلاء، فلا يلزم إثبات عنوان الإسقاط.

المسقط الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد

ولا يخفى أن الإشكال في هذا المسقط أشدّ منه في المسقط السابق؛ لأن ما ذكره الشيخ رحمته الله من وجه الجواز في السابق، وصار محلاً لبحث الأعلام، هو كفاية تحقق العقد الذي اعتبره سبباً للخيار، بينما في ما نحن فيه، لم يوجد السبب ولا المسبب، فلم يوجد الخيار، ولا التأخير الذي هو سببه، ولا العقد الذي بوجوده توجد مرتبة من مراتب وجود الخيار.

تحقيق الشيخ في المقام

وكيف كان، فنذكر كلام الشيخ رحمته الله أولاً مع التوضيح، فنقول:

نقل الشيخ رحمته الله عن الدروس، وجامع المقاصد، وتعليق الإرشاد سقوط خيار التأخير بالشرط، ولعله لعموم أدلة الشروط.

ثم أورد عليهم: بأن المستند إن كان ذلك، فهو غير مشرّع، فلا بدّ أن تحرز مشروعية متعلّق الشرط قبل تعلّقه به؛ فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، وبما أن ما نحن فيه من إسقاط ما لم يجب، فمتعلّق الشرط غير قابل للتحقق، ودليل الشرط، لا يجعل غير القابل قابلاً.

وحاصل إشكال الشيخ رحمته الله: أن التمسك بعموم دليل الشروط دوري؛ فإن موضوعه الشرط القابل للتحقق، فإذا أريد تصحيح القابلية به لزم الدور المحال، إلا أنه في آخر كلامه قال: فإن كان إجماع على السقوط بالشرط - كما حكاه بعض - قلنا به، وبالأولية نقول بصحة الإسقاط بعد العقد، قبل انقضاء الثلاثة.

ووجه الأولوية: أن الإسقاط بعد تحقق العقد، وشرط السقوط قبل تحققه، فإذا قام الإجماع على سقوطه بالثاني، فيسقط بالأول بطريق أولى.

وإن لم يثبت الإجماع كان للنظر فيه مجال، ووجه الإشكال: أن السبب في هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير، وبما أنه لم يحصل التأخير، فلم يحصل السبب ولا المسبب، فلا يجري فيه عموم دليل الشروط؛ لتخصيص موضوعه بالشرط الجائز التحقق عقلاً وشرعاً، والإجماع المحكي منقول، فلا حجية فيه؛ لكونه إخباراً حدسياً عن المعصوم، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

هذا تمام تحقيق الشيخ رحمته الله بتوضيح منا^(١).

الإشكالات الواردة عليه

وأورد على الشيخ بإشكالات:

الإشكال الأول

وهو إشكال مشترك بين هذا المسقط، والمسقط السابق، وحاصله: أنه إسقاط ما لم يجب، وهو محال عقلاً، وممنوع شرعاً. أما محال عقلاً؛ فلأن الإسقاط والسقوط متفرعان على الثبوت، فيستحيل حصولهما قبله.

(١) المكاسب ٥: ٢٣٣ - ٢٣٤.

وأما ممنوع شرعاً؛ فلأنه يستلزم التعليق، وبصورة أوضح نقول: بأن
في إشكال التعليق نظرين:

الأول: أن التعليق محال عقلاً أيضاً؛ لاستلزامه التفكيك بين السبب
والمسبب.

والثاني: أنه ممنوع شرعاً؛ لقيام الإجماع على عدم جوازه.

أما الأول، فلم يقبله المحققون؛ لعدم المحذور في الإنفكاك بينهما
في الأمور الاعتبارية، وإنما المحذور في خصوص الأسباب والمسببات
التكوينية.

وبعبارة مختصرة: أن في هذا الشرط إشكاليين:

١- أنه يشترط في الشرط أن يكون متعلقه ممكناً، وهو هنا مستحيل.

٢- ويشترط فيه أن يكون مشروعاً، وهو هنا غير مشروع.

ولا بد من التفكيك بينهما؛ فإنه وقع الخلط بينهما في كلمات جملة
من المحققين، فالمحقق الرشتي رحمته الله جعل الإشكال كونه شرطاً غير
مشروع، ودليل الشروط غير مشروع، واستند في عدم مشروعيته إلى
قاعدة: إسقاط ما لم يجب^(١).

والتعليل إنما يتم لو قلنا بأن إسقاط ما لم يجب مخالف للإجماع،
فلا يكون مشروعاً، وأما إذا قلنا باستحالتها عقلاً، فيكون دليل بطلان
الشرط عدم معقوليته، لا عدم مشروعيته، وبينهما فرق واضح.

ثم إن في المقام إشكالاً ثالثاً، وهو أنا لو فرضنا إمكان إسقاط ما لم يجب، فهو إنما يتمّ فيما لو تحقق العقد، ولم يحصل التأخير، كما في المسقط السابق، وأما مع انتفاء العقد بالمرة، فضلاً عن التأخير، كما في ما نحن فيه، فلا مجال لها أصلاً.

الإشكال الثاني: إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ورده

الإشكال الثاني: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله، من أن إشكال عدم المشروعية إنما يأتي فيما لو كان الشرط شرط فعل، لا نتيجة.

توضيح ذلك: إن الشرط على نحوين: شرط فعل، كما لو اشترط في عقد البيع أن يهبه الشيء الفلاني، وشرط نتيجة كما لو اشترط في عقد البيع أن يكون الشيء الفلاني ملكاً له.

فإن كان الشرط شرط الفعل، كأن يشترط الإسقاط، فيما أنه أخذ في الشرط أن يكون مشروعاً في نفسه، وبما أن شرط الإسقاط في المقام شرط ما لم يجب، فهو غير مشروع، فيرد الإشكال.

وأما إن كان الشرط شرط النتيجة، فهو إنما يدور مدار اشتراط السبب الخاص في تحقق النتيجة وعدمه، فإن كان مثل الطلاق، فهو يشترط فيه سبب خاص، فشرط النتيجة فيه باطل، وإن كان من قبيل الرهن، الذي لا يشترط فيه سبب خاص، فاشتراطه بنحو شرط النتيجة، لا إشكال فيه، فيشترط في ضمن عقد البيع أن تكون العين الفلانية رهناً عنده.

وبما أن سقوط الخيار، لا يشترط فيه سبب خاص، فاشتراطه في

ضمن العقد، بنحو شرط النتيجة، لا إشكال فيه^(١).

ويرد عليه إشكالات عديدة، نقتصر على بعضها:

الأول: أن الإشكال في المقام عقلي؛ لما ذكرناه من أن إسقاط ما لم يجب محال عقلاً؛ فإنه إعدام للشيء قبل وجوده، ولا تخصيص في الأحكام العقلية، فكما لا يمكن الإسقاط قبل الثبوت، فكذلك السقوط قبل الثبوت، الذي هو متعلق الشرط، فلا فرق بين شرط الفعل، وشرط النتيجة، فيما نحن فيه.

الثاني: ولو غرضنا الطرف عن الإشكال العقلي، وقلنا بأن الإشكال شرعي؛ من جهة قيام الإجماع على المنع من التعليق، فالتعليق جارٍ في الاثنين، في شرط الفعل والنتيجة، فكما أن الإسقاط معلق؛ لكون إنشائه فعلياً، وتحقق السقوط استقبالياً، فكذلك الحال في شرط السقوط؛ فإن إنشاء الشرط فعلي، والسقوط استقبالي؛ إذ لا يتحقق إلا بعد تحقق التأخير، فلا فرق بينهما في هذه الجهة.

بيان المحقق النائيني لرفع الإشكال عن شرط السقوط

أجاب المحقق النائيني رحمته الله عن الإشكال الوارد على شرط السقوط، القاضي بأنه إسقاط ما لم يجب، بما حاصله: أن إنشاء السقوط إنما هو في رتبة متأخرة عن إنشاء الملكية، وتحقق السقوط في رتبة متأخرة عن رتبة تحققها، فإذا ترتب إنشاؤه على إنشائها، وفعليته على فعليتها، فلا

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب ٢: ٤٥.

إشكال في ذلك؛ لأنه لم يرد الإسقاط، لا في مرحلة الإنشاء، ولا في مرحلة التحقق، إلا على أمر ثابت، واحتياجه إلى أزيد من ذلك ممنوع جداً، ولا موجب له عقلاً، ونظائره كثيرة في الفقه، كما صرّحوا بصحة أن يقال: بعتك هذا، وجعلت ثمنه رهناً عندك، أو اشتريت هذا، ورهنته عندك، أو يقال: وكلتكَ في نكاح فلانة وطلاقها^(١).

وهذا المقدار من التحقيق غير رافع للإشكال، وقياس ما نحن فيه على النظائر الفقهية المذكورة قياس مع الفارق؛ إذ لا محذور في تلك النظائر إلا محذور التعليق؛ إذ علق الرهن على البيع، وعلق الطلاق على النكاح، ولا محذور فيه إلا من جهة الإجماع، وهو غير ثابت في الشروط، بل الثابت فيها خلافه؛ فإن خيارى المجلس والحيوان لا يثبتان إلا بعد تمامية المعاملة، وحصول الإيجاب والقبول، ومع ذلك يسقطان باشتراط سقوطهما في ضمن العقد، عند جميع الفقهاء، مع أن إسقاط خيار المجلس والحيوان في حال الإيجاب من البائع معلق على حصول قبول من المشتري.

فإذن لا إشكال من هذه الناحية حتى يحتاج إلى دفعه في الشرط، وليس فيها محذور ثبوتى، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن المحذور الأهم هو المحذور الثبوتى؛ فإن الإشكال في شرط الإسقاط، والسقوط قبل تحقق التأخير إشكال عقلي، وبيان الإشكال وتحقيقه مضافاً لما تقدم:

(١) منية الطالب ٣: ١٨٦.

أن الإسقاط من جملة الإيقاعات، والإيقاع أمر إنشائي، وفي الإنشاء مسلکان:

المسلک الأول: ما عليه المشهور، من سببية الإنشاء بالصيغة لحصول المنشأ، أي بألية وسببية (بعت) يتحقق التبديل في طرفي الإضافة، بالنسبة إلى الثمن والمثمن، أو يتحقق بها حصول الملكية.

المسلک الثاني: إبراز الأمر الاعتباري بالصيغة، أو قل: الاعتبار المبرز، فيعتبر الملكية ويبرزها بقوله: (بعتك) في المعاملة القولية، أو بالفعل في المعاطاة.

والقصد - على كل تقدير - مقوم للإنشاء، فلا بدّ فيما نحن فيه من أن يقصد صاحب الحق، المنشأ بالإسقاط، فيعتبره ويبرزه بـ (أسقطت حقي)، أو يتسبب لتحصيله بهذه الجملة، والمنشأ والمعتبر فيما نحن فيه هو السقوط، وهو الذي لا بدّ له من القصد والاعتبار، وقصد سقوط أمر أو اعتباره بدون ثبوته قبل ذلك أمر غير معقول، ولا ممكن.

وهذه النكتة التي لا ينبغي غفلتها؛ فإن البحث يرتبط بالإنشاء، لا بأمر عرفي، من قبيل المجاز والاستعارة، والإنشاء على أي تقدير يحتاج إلى القصد، وتحقق المنشأ.

ويرد هذا الإشكال في جميع موارد الإسقاط قبل فعلية الحق، حتى لو كان السبب فعلياً، ويرد فيما لو حصل جزء السبب دون الجزء الآخر، كما لو كان سبب خيار العيب، هو وجود العيب وظهوره، وسبب خيار الغبن، وجود الغبن وظهوره، فأجرى المعاملة التي فيها العيب أو الغبن،

وأسقط خيارهما قبل ظهورهما؛ فإن الإسقاط حينئذٍ يكون من إسقاط الحق قبل ثبوته، وهو محال.

ولا دافع لهذا الإشكال، إلا إذا التزمنا بثبوت الخيار آنأ ما بعد التأخير، ثم السقوط، أو أرجعنا شرط السقوط إلى إنشاء عدم الثبوت، بمعنى أنه لو حصل التأخير من قبل المشتري، فلا يثبت الخيار للبائع، وهو الذي قال به الشيخ رحمته الله في خيار المجلس؛ حيث أرجع شرط السقوط إلى عدم الثبوت^(١)؛ فإن كلا التصويرين ممكنان ثبوتاً، ولا إشكال عقلياً فيهما، وإنما يحتاجان إلى دليل إثباتي.

نعم، يبقى إشكال التعليق؛ إذ التعليق حاصل فيهما كليهما؛ فإن الإنشاء فيهما فعلي، والمنشأ استقبالي، أي بعد تحقق التأخير، وأمره سهل؛ إذ يرتفع بعدم ثبوت الإجماع في مثل المقام.

المسقط الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

في مسقطية بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة الأيام قولان:

القول الأول: سقوط الخيار بهذا البذل.

القول الثاني: عدم السقوط.

(١) المكاسب ٥: ٥٥ - ٥٦، حيث قال الشيخ رحمته الله: (ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه: أحدها: أن يشترط عدم الخيار - وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط - فيقول: «بعث بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس»، كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع).

ولا يخفى عدم مجيء الإشكال الثبوتي في هذا المسقط؛ لكون الخيار ثابتاً فعلاً بعد التأخير، ولا يرد الإشكال التعليقي أيضاً؛ لعدم التعليق فيه، وإنما يقع الكلام في الدليل الإثباتي فقط.

دليل القول بسقوط الخيار

أما القول الأول فدليله: أن سبب الخيار هو الضرر الحاصل بالتأخير، وهو منتفٍ بعد البذل؛ بانتفاء سببه، وأما بعد التأخير وقبل البذل، فهو منجبر بثبوت الخيار.

وبعبارة مختصرة: أن المدار في ثبوت الخيار على الضرر الفعلي، وهو منتفٍ بعد البذل.

دليل القول بعدم السقوط

وأما القول الثاني فدليله:

أولاً: إبطال دليل القول الأول: بأنه إنما يتم لو كان المستند في الخيار هو الضرر، وأما إذا كان المستند فيه الأخبار كما هو الحق، فلا يفيد؛ إذ ليس المناط على الضرر، حتى يقال انتفى الخيار بانتفاء سببه.

وثانياً: إطلاق الأخبار؛ فإن مفادها أنه إذا لم يأت المشتري بالثمن إلى أن انقضت الثلاثة، فللبائع الخيار، سواء أتى به بعد ذلك أم لا.

ولو لم يثبت الإطلاق، فنقول: إن الخيار بعد التأخير ثابت قطعاً، فإذا أتى بالثمن بعد ذلك، نشك في سقوطه وعدمه، فنستصحب بقاءه.

مختار الشيخ

أما الشيخ رحمته فقد قوّى رأيه العلامة رحمته في التذكرة؛ حيث قال بسقوط الخيار حين بذل المشتري للثمن؛ لكون مستنده الضرر، ولا ضرر حينئذٍ ليتدارك بالخيار.

وذكر الاستصحاب وجهاً لبقاء الخيار، واستحسنه، لو استند في الخيار إلى الأخبار^(١).

الإشكال على الشيخ

وفيه: أولاً: أن ما أفاده مبني على كون المستند للخيار الضرر، وقد تقدم أن المستند هي الأخبار، ولا ملازمة بين الضرر وخيار التأخير.

وثانياً: أنه رحمته قد استحسن الاستصحاب في فرض كون المستند الأخبار، وفيه: أن الأخبار لا يخلو أمرها من اثنين: إما أن يستفاد منها الإطلاق، أو لا.

فإن استفيد منها الإطلاق - كما هو الحق؛ فإن مفادها ثبوت الخيار، فيما لو لم يأت المشتري بالثمن إلى أن انقضت الثلاثة الأيام، سواء أبدل المشتري الثمن بعد ذلك أم لا؛ فإن تأخير الثمن مقسم إلى صورتين البذل وعدمه؛ إذ يتصور التأخير مع بذل الثمن بعده، كما يتصور مع عدم بذل الثمن - فلا مجال للاستصحاب حينئذٍ، فاستحسنه على خلاف

(١) المكاسب ٥: ٢٣٤.

القاعدة والصناعة.

وإن لم يستفد منها الإطلاق، فأيضاً لا يجري الاستصحاب؛ وذلك:
 أولاً: لأنه من الشك في المقتضي، غير المشمول لأدلة الاستصحاب
 على مبنى الشيخ رحمته؛ فإننا نعلم بثبوت الخيار، ولكن لا نعلم، هل هو
 مرتبط بوجود الضرر، وعدمه حدوثاً وبقاءً، فإن وجد الضرر يثبت
 الخيار، وإن انتفى ينتفي، أو لا يرتبط به، فيبقى الخيار وإن انتفى الضرر؟
 فيرجع الشك في الخيار إلى الشك في أمده من ناحية ثبوته، أي هل لما
 ثبت، كان له أمد محدد أو لا؟ نظير الشك في الزوجية الواقعة، هل هي
 دائمة أو منقطعة؟

وثانياً: سلمنا جريان الاستصحاب حتى في الشك في المقتضي، إلا
 أن الاستصحاب لا يجري هنا أيضاً؛ لاندرج المسألة حينئذٍ في مسألة
 دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص،
 بهذا البيان:

أن أدلة اللزوم، من قبيل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾، قد خصّصت
 بأدلة خيار التأخير، وسعة دائرة التخصيص وضيقتها، تدور مدار إطلاق
 المخصص وعدمه، ولما لم تكن أدلة الخيار مطلقة - حسب الفرض -
 اقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، فيحكم بالخيار بعد الثلاثة قبل
 البذل، وأما بعد البذل، والشك في بقاء الخيار، فيرجع إلى عموم العام، لا
 إلى استصحاب حكم المخصص.

ثم، إن هنا إشكالين أساسيين على الشيخ لا بد من التعرض لهما:

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه

الإشكال الأول: ما أورده المحقق الخراساني رحمته الله على قول الشيخ رحمته الله:
(ودعوى: أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوع بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر، تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان)^(١).

من أن حدوث الضرر، وإن كان لا يكفي بمجرد بقاء الخيار؛ لأن دليل « لا ضرر »، وإن كان يثبت الخيار بتحقيق الضرر، إلا أنه لا تعرض له إلى حالة ارتفاع الضرر، فهي تثبت الخيار بعد التأخير، وقبل البذل؛ لتحقق الضرر، وأما بعد البذل وارتفاع الضرر، فلا تعرض لها ثبوتاً ولا نفيًا، ولكن يمكن تمييزه باستصحاب الخيار؛ لليقين بحدوث الخيار، والشك في بقاءه، فيستصحب بقاءه^(٢).

وفيه: مع غض النظر عن ما ناقشنا به الشيخ رحمته الله في جريان الاستصحاب؛ لأننا لا يمكن أن نناقش المحقق الخراساني رحمته الله: بكون المورد من الشك في المقتضي؛ لأنه لا يقول بمقالة الشيخ رحمته الله، ولأن الشيخ رحمته الله أجرى الاستصحاب، بناء على الاستناد إلى الأخبار، والمحقق الخراساني رحمته الله، أجراه استناداً إلى قاعدة « لا ضرر »، إلا أننا نقول:
بأن نسبة « لا ضرر » إلى أدلة الأحكام الأولية، نسبة الحاكم

(١) المكاسب ٥: ٢٣٤.

(٢) حاشية المحقق الخراساني رحمته الله على المكاسب: ٢٠٣.

للمحكوم، وترجع لبأ إلى التخصيص، ففي المقام ترجع حكومة « لا ضرر » إلى تخصيص عموم أدلة اللزوم، فإذا كان المخصص مجملاً بين الأقل والأكثر؛ لاعترافه بسكوتها عن حالة ما بعد البذل، فبالنسبة إلى ما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، يرجع فيه إلى العموم، فيتمسك بـ « لا ضرر » قبل البذل، وأما بعد ارتفاع الضرر بالبذل، فيتمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، لا بالاستصحاب.

نتيجة البحث وبيان الحق في المسألة

ونتيجة البحث: أن المستند في الخيار، إن كان قاعدة « لا ضرر »، فالخيار يدور مدار وجوده، وبما أنه ينتفي بعد البذل، فينتفي الخيار بانتفائه.

وإن كان الأخبار - كما هو الحق - فهي مطلقة جزماً؛ لدوران الخيار مدار التأخير، وبما أن التأخير يتصور في حالتي بذل الثمن وعدم بذله، فالخيار مطلق أيضاً، فيبقى الحكم بالخيار وإن بذل المشتري الثمن.

إشكال المحقق الرشتي على الإلحاق

أورد المحقق الرشتي رحمته الله إشكالاً على إطلاق الأخبار في المقام، وقدّم له بيان قاعدة كلية، وحاصل ما أفاده رحمته الله :

أن الخبر إذا كان مطلقاً وورد على طبق القاعدة، فهل ينزل على مؤداها أو يؤخذ بإطلاقه؟ فهل يكون كالإجماع الذي قام على وفق القاعدة، فيوهن ذلك الإجماع؛ لتنزيهه على مؤدى القاعدة؟

لا يبعد دعوى انصراف الإطلاق إلى مؤدى القاعدة، ولا أقل من

احتمال ذلك، وعلى كلا التقديرين، لا يمكن التمسك بالإطلاق؛ للشك في انعقاده.

وتطبيقها على ما نحن فيه: أنه وردت عندنا أخبار مطلقة مفادها ثبوت الخيار عند تأخير المشتري بالثمن، وتوجد في موردها قاعدة « لا ضرر »؛ حيث يستفاد منها الخيار حتى لو لم يرد نص؛ إذ الحكم باللزوم منشأ للضرر على البائع من جهات، كما هو واضح، فالإطلاق في تلك الأخبار، إما منصرف عن صورة ارتفاع الضرر بالبدل، أو يشك في انعقاده، فلا يمكن التمسك به، وعند الشك يرجع إلى الأصل.

فالمرجع في مورد عدم الضرر هو الأصل، إما أصالة للزوم، أو استصحاب الخيار الثابت قبل البدل، والأقوى الأول؛ لأن الثاني شك في المقتضي^(١).

ونتيجة الإشكال: أن المستند للخيار وإن كان هو الأخبار إلا أن نتيجته نتيجة « لا ضرر »، فينتفي الخيار في صورة البدل.

الناقشة فيما أفاده المحقق الرشتي

والحق التفصيل بين الأخبار والإجماع، وقياس الإجماع عليها مع الفارق؛ وذلك لأن قيام الإجماع في مورد القاعدة يقتضي تنزله عليها؛ لكونه إجماعاً محتمل المدرك حينئذٍ، فلا يكشف عن رأي المعصوم،

ولا عن دليل معتبر آخر.

ولو تنزلنا واعتبرناه دليلاً في عرض القاعدة، فأيضاً لا يمكن التمسك بإطلاقه، بعد أن قام في مورد القاعدة؛ لكونه دليلاً ليباً، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه حينئذٍ.

وأما بالنسبة إلى الأخبار، فهي مطلقة في حدّ نفسها حسب الفرض، فحملها على القاعدة المقيّدة يتوقف على كونها مقيّدة له؛ إذ الإطلاق كالعموم حجة من الحجج الشرعية، فكما أن العموم لا ترفع اليد عنه إلا بوجود الدليل المخصص، فكذلك الإطلاق لا ترفع اليد عنه إلا بثبوت الدليل المقيّد^(١).

ولا أقل من الشك في تقييد الإطلاق بالقاعدة، ومقتضى الأصل الأخذ بالحجة، ما دام لم تحرز الحجة على الخلاف.

فما أفاده من سقوط الخيار بالبدل؛ بسبب هذا الإشكال ممنوع.

وأما ما أفاده أخيراً من الرجوع عند الشك إلى عموم العام، لا إلى استصحاب الخيار؛ لكون الشك في المقتضي، يظهر منه الرجوع إلى الاستصحاب لو لم يكن الشك في المقتضي، وهو غير صحيح؛ بل يرجع إلى عموم العام ولو قلنا بجريان الاستصحاب في الشك في المقتضي؛ وذلك لأنه متى دار الأمر بين التمسك بالعام، واستصحاب حكم

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: أن كلاً من الأخبار والقاعدة مثبتان، ولا يقيد المطلق المثبت، بالمقيّد المثبت، فهما لو أريد التنظير لهما لكانا مثل (أكرم العلماء)، و(أكرم العلماء العدول).

المخصص، فمعناه أن منشأ الدوران، هو أن العموم، هل يسقط بمقدار المتيقن من التخصيص فقط، أو بأزيد منه أيضاً؟

والحق الرجوع حينئذٍ إلى عموم العام، لا إلى استصحاب المخصص، في جميع موارد الدوران بينهما، وإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشك في المقتضي، فتعليقه عليه بعدم الرجوع إلى الاستصحاب؛ لكون الشك في المقتضي غير تام.

وبهذا ينتهي الكلام في هذا المسقط، وزبدة البحث: عدم سقوط الخيار ببذل الثمن.

المسقط الرابع: أخذ الثمن من المشتري

من المسقطات التي ذكرها الشيخ عليه أخذ الثمن من المشتري، وبناء على القول بعدم سقوطه بالبذل، وإلا فلا تصل النوبة إليه؛ لتقدم البذل من حيث المرتبة على الأخذ؛ إذ لا أخذ إلا بعد البذل.

فإذا قلنا بعدم سقوطه بالبذل كان الأخذ مسقطاً له؛ لسقوط الخيار بالالتزام بالبيع، والالتزام كما يكون قولياً يكون فعلياً، وأخذ الثمن التزام فعلي بالبيع، ورضا بلزومه^(١).

وبما أن مسقطية الأخذ كانت من جهة الكشف عن الالتزام بالبيع، فقد ذكر الشيخ عليه وجوهاً ثلاثة، من جهة أخذ العلم بالالتزام وعدمه،

(١) المكاسب ٥: ٢٣٥.

وهي:

الأول: اشتراط العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع؛ إذ لا بدّ من إثبات الالتزام به، والمثبت هو العلم.

الثاني: كفاية الظن برضا البايع والتزامه بالبيع؛ لكون الأخذ مع إفادة الظن أمانة عرفية على الالتزام، كالقول.

الثالث: عدم اشتراط العلم، ولا الظن بالالتزام؛ لكون الأخذ في نفسه كاشفاً نوعياً عن الالتزام، ولو لم يحصل الظن الشخصي به.

ثم قال الشيخ رحمته الله: (وخير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير)^(١).

هذا ما أفاده الشيخ رحمته الله من التحقيق، وفيه:

أولاً: ما أفاده في أول الكلام، من ابتناء هذا المسقط على عدم سقوطه بالبذل، غير تام؛ إذ يمكن تصور الأخذ بدون بذل، فيأتي البحث في كون هذا الأخذ مسقطاً؛ لكاشفيته عن الالتزام بالبيع أو لا، فلا يرتبط أحدهما بالآخر، ولنا في ذلك صورتان:

الأولى: أن يسلم البائع المبيع للمشتري بعد ثلاثة أيام من البيع، ويأخذ الثمن بدون أن يبذله المشتري؛ لأنه من حقه ذلك حينئذٍ.

الثانية: أن يأخذه بعدها عدواناً بدون أن يسلم المبيع، وبدون إذن المشتري.

وفي كلتا صورتين يأتي البحث، في سقوط خياره حينئذٍ وعدمه،

من دون أن تترتب مسقطية الأخذ على عدم مسقطية البذل.

وثانياً: أن كلمة الشيخ رحمته الله بأن (خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى هو الأخير)، وقعت موقع الإشكال من قبل الأعلام، فقد قال المحقق السيد الخوئي رحمته الله : إن الخيرية في المقام معناها الأقوائية وبالعكس^(١).

فلهذا كان من اللازم أن نبين مستند الوجوه الثلاثة أولاً، ووجه أقوائية الوجه الأخير، ثم بيان الوجه في عبارة الشيخ رحمته الله، فنقول:

أما الوجه الأول، فدليله واضح؛ حيث إن الخيار ثبت للبائع قطعاً، وسقوطه لا يكون إلا بمسقط شرعي، أو بإسقاط ذي الحق، والمسقط الشرعي منتفٍ، والإسقاط لا بدّ من إحرازه، ولا اعتبار بالظن بالرضا؛ لعدم حجتيه، فيتعيّن في العلم.

وأما الوجه الثاني، فلأن مقتضى القاعدة وإن كان ما ذكر في الوجه الأول؛ لأن الظن لوحده لا يغني عن الحق شيئاً، ولكن لما انضم الأخذ إلى الظن الشخصي تولدت عندنا قرينة عرفية على الإسقاط، والقرائن العرفية حجة.

وأما الوجه الثالث، فهو محل الإشكال؛ لعدم دلالة الأخذ في نفسه على الإسقاط، وعدم إفادته للظن حسب الفرض؛ لتولد القرينة العرفية، والأخذ في نفسه أعم من الالتزام بالبيع، فكيف صار هو الأقوى، مع أن

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٠.

الأخص - وهو الالتزام بالبيع - لا يثبت بالأعم، وهو الأخذ؟

وجه القوة هو ما استفيد مما ورد في خيار الحيوان، كصحيحة علي بن 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...»^(١).

فإن المستفاد منها أن التصرف قرينة عرفية عامة على الرضا، وإن لم يستفد منها الظن الشخصي، والمدار على الكاشف النوعي.

وعليه، فجعل الوجه الثالث هو الأقوى؛ باعتبار المستفاد من النص، وأما كون الثاني هو خير الوجوه، فالمراد مع غض النظر عن النص؛ فإن الأخذ حينئذٍ لا يشكل بنفسه قرينة، وهو أعم من الرضا والالتزام، ولا يثبت الأخص بالأعم، وأما الوجه الثاني فهو على مقتضى القاعدة حينئذٍ؛ باعتبار القرينة العرفية المستفادة من انضمام الأخذ إلى الظن الشخصي، والقرينة العرفية معتبرة في سيرة العقلاء،

وبهذا يتضح اندفاع ما أورده المحقق الخوئي رحمته الله على الشيخ رحمته الله.

هذا، ولكن الحكم بسقوط الخيار بمجرد الأخذ، من دون حصول الظن الشخصي، وعدم الكاشف عن الالتزام، بناء على هذا المقدار من الإفادة في غاية الإشكال.

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

نعم، يمكن ذلك بأحد طريقتين:

الطريق الأول: أن نستفيد من قول الإمام عليه السلام، في خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه»، أنه إرشاد إلى أمر عرفي عقلائي؛ بحيث يثبت أن التصرف بنظر العقلاء كاشف عن الرضا والالتزام بالبيع.

ولكن الحكم بذلك في غاية الإشكال، وإثبات السيرة يحتاج إلى أن العقلاء بما هم عقلاء، يرون أن مطلق التصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا. **الطريق الثاني:** إلغاء خصوصية خيار الحيوان المنصوص عليه، ولو لم يثبت من نظر عقلائي.

ولكن مقتضى حجية الرواية الصحيحة الأخذ بمضمونها، وأما تعميمه إلى غير الحيوان، فمما لا وجه له.

وبهذا تظهر الخدشة فيما اعتبره الشيخ رحمته الله هو الأقوى.

تأييد المحقق الأصفهاني للشيخ

ومن الإنصاف أن نذكر هنا تأييد المحقق الأصفهاني رحمته الله للشيخ رحمته الله، فقد قال ما حاصله: أن في المقام خصوصية تقتضي أن نقول بوجود الكاشف النوعي عن الرضا؛ وذلك لأن محل البحث هي المعاملة التي ثبت فيها الخيار بسبب تأخير الثمن، سواء أكان ثبوته لحصول الضرر على البائع أم لوجود النص، المهم أنه ثبت الخيار للبائع بسبب حرمانه من الثمن، فلو تبدل الرضا العقدي بالكرهية، فإنما هو من ناحية هذا

التأخير، فحينئذٍ أخذ البائع الثمن، بعد تحقق الكراهة وثبوت الخيار، قرينة عرفية عامة، وكاشف نوعي عن رضاه بالمعاملة، ولو لم يحصل ظن شخصي به؛ لكفاية الظن النوعي، من قبيل حجية الظهور؛ لأن ظواهر الأفعال كظواهر الأقوال حجة ببناء العقلاء، والظهور متقوم بإفادة الظن النوعي^(١).

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده قدس سره: أنه فرق بين الألفاظ والأفعال، فإن الألفاظ بعد وضعها على معانيها تكون قالباً للمعاني، على جميع المباني في الوضع، بما فيهم مبناه عليه السلام، من جعل اللفظ علامة على المعنى اعتباراً، على مثال جعل العلامة على رأس الفرسخ جعلاً حقيقياً، فاللفظ بعد الوضع الاعتباري يكون قالباً للمعنى، وحينئذٍ يكون كاشفاً عن المراد، وفي حال لم يوضع اللفظ للمعنى، ولكن احتف بالقرينة يكون اللفظ المحتف بالقرينة كاشفاً عرفياً عن المراد أيضاً، وعلى هذا الأساس تبني أصالة الظهور.

فكاشفية باب الألفاظ عن المراد تبني على أحد هذين الأمرين، الوضع، أو احتفاف اللفظ بالقرينة، وبهما كانت الألفاظ كاشفاً نوعياً عن المراد.

وأما باب الأفعال، فالوضع الموجود في باب الألفاظ، لا مجال له فيها؛ والفعل في حد ذاته مجمل، يحتمل الأمرين، وبما أن الكاشفية

(١) حاشية المحقق الأصفهاني عليه السلام على المكاسب ٤: ٣٨٢.

الذاتية الحاصلة من الوضع مفقودة فيها، فلا شيء يؤثر في الكاشفية إلا القرينة - الحالية أو المقالية - المنضمة إلى الفعل، ويشترط فيها أن تكون بحدّ من القوة، بحيث يكون الفعل معها كاشفاً عرفياً عن المراد. والموجود فيما نحن فيه، عبارة عن وقوع العقد، وتأخير الثمن، فتسبب التأخير في ثبوت الخيار للبائع، والذي حصل من البائع أنه أخذ الثمن، وذات العقد من حيث هو يقتضي الالتزام به، سواء أكان العقد لازماً أم كان جائزاً؛ فإن نفس العقد عبارة عن الالتزام بمضمونه، ففي البيع مثلاً يلتزم البائع بملكية المشتري للمبيع في مقابل العوض، ويلتزم المشتري بملكية البائع للثمن في مقابل المعوض، هذا ما يقتضيه العقد في حدّ ذاته، فهو يقتضي النقل والانتقال للعوضين، من أحدهما إلى الآخر، فيكون المبيع للمشتري، والثمن للبائع، ولازم الملكية جواز الأخذ؛ لتحقق سلطنة كل مالك على ماله.

فإذن نفس العقد يقتضي أخذ الثمن ولو كان العقد خيارياً، ولكن لما كانت المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسلم، كان مقتضى الشرط الذي وقع عليه العقد، أن يكون أخذ الثمن في نفس الوقت الذي يكون المبيع تحت اختيار المشتري.

فإذن أخذ الثمن في حدّ نفسه من آثار الالتزام العقدي، وإنما الفرق بين البيع اللازم والبيع الجائز، أن في الأول التزاماً آخر، وهو الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي، دون البيع الجائز، فليس فيه هذا الالتزام.

والحاصل: أن الموجود في ما نحن فيه هو أخذ الثمن بعد حصول التأخير الذي هو سبب للخيار، وأخذ الثمن من لوازم ملكيته له، ومن مقتضيات الالتزام العقدي، وهو لا يكون كاشفاً عن الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي إلا إذا انضمت له قرينة عرفية تفيد ذلك، وهي غير موجودة، فيكون قياس أخذ الثمن على باب ظهورات الألفاظ مع الفارق، والاستناد إلى ذلك بلا مستند^(١).

فالحق في المسألة: عدم كون أخذ الثمن مسقطاً للخيار، ومقتضى القاعدة بقاء الخيار إلى أن يثبت الإسقاط، والوجه في ذلك إطلاق روايات خيار التأخير، التي هي العمدة في ثبوته بعد تأخير الثمن؛ فإنه شامل لما قبل الأخذ وبعده.

ولو فرض وشكّ - بعد أخذ الثمن - في حصول رضا جديد يتعلّق بالبقاء على المعاملة، علاوة على الرضا المعاملي الأول، فأيضاً نتمسك بالإطلاق^(٢).

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظلّه في الجواب على سؤال: يشترط في الأخذ حتى يكون مسقطاً للخيار أن يكون كاشفاً نوعياً عن الالتزام بالبيع، كالكاشفية النوعية في خبر الثقة، وإثبات ذلك في غاية الإشكال.

(٢) أورد بعض الحاضرين تقوية السيد اليزدي رحمته الله الوجه الأخير في صورة الالتفات إلى الحكم والموضوع؛ لكونه كاشفاً عن الإسقاط حينئذٍ فعلاً، بمعنى أن كشفه فعلي وإن لم يحصل الظن الفعلي بإرادة الإسقاط. الحاشية على المكاسب ٣: ٢٨.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظلّه: بأن جوابه يظهر مما قدمناه؛ لأن فرض الكلام في صورة العلم والالتفات إلى الحكم والموضوع.

نعم، لو كان المستند « لا ضرر » لقلنا بدوران الخيار مدار وجود الضرر، وبما أنه متفٍ بعد أخذ الثمن، فينتفي الخيار بانتفائه، ولكن الصحيح أن المستند الأخبار، وليس « لا ضرر ».

المسقط الخامس: مطالبة الثمن

ومما تقدم في المبحث السابق يظهر عدم مسقطية المطالبة بالثمن من باب أولى؛ لأن أخذ الثمن أعم من الالتزام بالمعاملة وإسقاط الخيار، وإثبات الأخص لا يثبت الأعم.

والأعمية في المطالبة بالثمن من جهتين:

الأولى: أن المطالبة بالثمن أعم من الإسقاط ومن إرادة الوصول إلى ماله.

الثانية: يحتمل أن تكون المطالبة لإرادة استكشاف أن المشتري هل هو في مقام إرادة إعطاء الثمن وعدمه، فتكون المطالبة أعم من الإسقاط وإرادة استكشاف هذا المعنى.

ومع كون المطالبة أعم من الإسقاط من جهتين، فيكون إثبات الإسقاط به من مصاديق إثبات الأخص بالأعم.

وذكر الشيخ رحمته الله في المسألة وجهين:

الأول: عدم سقوط الخيار به، واستدل العلامة رحمته الله عليه بالأصل وعدم الدليل.

الثاني: السقوط، وذكره بنحو الاحتمال؛ لدلالته على الرضا بالبيع.

وأجاب عن الثاني؛ بأن المطالبة بالثمن لا تدل على الالتزام بالضرر المستقبل، حتى يكون التزاماً بالبيع، بل هو استدفاع للضرر المستقبل، وفرق بينهما، أي يطالب بالثمن حتى يدفع ضرر تأخير الثمن؛ وذلك لأن العقود على قسمين:

الأول: عقد يقتضي الخيار بنفسه.

الثاني: عقد لا يقتضيه بنفسه.

الأول كالعقد الغبني، أو ما إذا كان المبيع معيباً؛ فإن العقد فيهما يقتضي الخيار، والالتزام فيهما بالضرر مسقط له، والمطالبة بالثمن فيهما بعد العقد والعلم بالضرر تكون التزاماً بالضرر؛ لكونه متحققاً فعلاً، فالمطالبة بالثمن كاشفة عن الالتزام به.

وأما في خيار التأخير، فالضرر لم ينشأ من العقد، بل من التأخير، والضرر السابق لا يجبر بالخيار، فالخيار إنما هو لدفع الضرر المستقبلي، فإذا طالب بالثمن، فإنما يريد دفع الضرر المستقبلي من ناحية التأخير، فليس فيه التزام بالضرر.

ثم إن الشيخ رحمته الله في الأخير، قال هو محل نظر^(١).

والحق أن مطالبة الثمن ليست من جملة المسقطات؛ إذ يمكن أن تكون مبنية على الرضا بأصل البيع، لا الرضا بإمضائه وإنفاذه، والوجه فيه: إطلاقات روايات خيار التأخير؛ فإن مفادها ثبوت الخيار مطلقاً،

طالب بالثمن أو لم يطالب به.

وأما الشيخ عليه السلام فقد استند في عدم المسقطية إلى أن مطالبة الثمن ليست من باب الالتزام بالبيع، بل من باب دفع الضرر المستقبلي؛ لكي يحصل على حقه ولا يتأخر عليه أكثر مما تأخر.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق الرشتي عليه السلام على الشيخ عليه السلام: بعدم الفرق بين القسم الأول من العقود التي يكون الضرر فيها لازماً للعقد كالغبن والعيب، وبين القسم الثاني الذي لا ينشأ الضرر من نفس العقد، بل من التأخير؛ فقال بسقوط الخيار في الأول دون الثاني، ولا معنى لبقاء الخيار حتى في الثاني؛ فإن الالتزام بالعقد التزام بجميع لوازمه، وبما أنه التزم بالبيع في القسم الثاني فهو يلتزم بعدم الخيار^(١).

ويندفع بالتأمل في كلام الشيخ عليه السلام؛ لتصريحه بأن المطالبة بالثمن ليست التزاماً بالبيع، حتى يرد عليه الالتزام بالبيع التزام بلوازمه.

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٧٧.

وهنا مسائل:

المسألة الأولى: هل خيار التأخير فوري أو على التراخي

في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، وبحث الشيخ رحمته الله هذه المسألة في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: مقتضى القاعدة في جميع الخيارات.

الجهة الثانية: مقتضى القاعدة في خصوص خيار التأخير، وفيها جنتان:

الأولى: مقتضى الدليل.

الثانية: مقتضى الأصل.

ومجمل ما توصل له الشيخ رحمته الله أن مقتضى القاعدة في جميع الخيارات هو الفور، ومقتضى الأصل في خصوص خيار التأخير هو التراخي.

وتفصيل ذلك وتوضيحه:

الجهة الأولى: مقتضى القاعدة في جميع الخيارات عند الشيخ

أما الجهة الأولى، فإننا إذا شككنا في بقاء الخيار وزواله بعد الآن الأول، المعبر عن الأول بالتراخي، وعن الثاني بالفور، فعلى مبنى

الشيخ رحمه الله لا يمكن التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ لإثبات اللزوم، ولا باستصحاب بقاء الخيار أيضاً، وفي جميع موارد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص في الخيارات، لا يمكن التمسك بأي منهما، والنتيجة في جميع ذلك اللزوم، لا من باب العموم، بل للأصل العملي، كما سيتضح.

وبيان أساس هذه النظرة، أن في المعاملة الغبية مثلاً يثبت الخيار للمغبون، فإذا لم يعمل في الآن الأول، لم يمكن في الآن الثاني التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، ولا باستصحاب الخيار، الذي هو حكم المخصص.

أما عدم التمسك بالعموم؛ فلأنه قد خصص بخيار الغبن، وأخرج هذا الفرد من العقود من تحت عموم اللزوم، وبما أن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد، واحد مستمر في الزمان؛ لكون الزمان ظرفاً له، لا مفرداً، فيكون لكل عقد حكم واحد، فالخارج لا يعود.

وليس المقام من موارد الشك في التخصيص الزائد؛ لיתمسك بأصالة العموم، لأن المتعلق بالعقد وجوب واحد بالوفاء، إلا أنه مستمر في الزمان، فلما جاء المخصص زال وجوب الوفاء بالتخصيص، فخرج من تحت عموم الآية، فلا يمكن التمسك به.

وأما عدم إمكان التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فلأن جريان الاستصحاب يتوقف على وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة، فلا بد من

إحراز بقاء الموضوع، وبالتالي لا بدّ من إحراز أن المتغير ليس من مقوّمات الموضوع، بل من حالاته، ومجرد احتمال كونه من المقوّمات، يمنع من التمسك بالاستصحاب؛ لكون التمسك بدليل الاستصحاب حينئذٍ، من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل؛ إذ يشك في صدق « لا تنقض اليقين بالشك ».

فإذا ثبت الخيار من جهة الغبن أو العيب، أو فيما نحن فيه، فهو لأجل رفع الضرر عنه؛ فإن الحكم باللزوم ضرر عليه، نفاه الشارع بدليل نفي الضرر، فإذا لم يعمل صاحب الخيار خياره في الآن الأول، فالحكم باللزوم بعد ذلك، لا يكون ضرره مستنداً إلى الشارع، بل إليه نفسه، فلا تجري « لا ضرر »؛ لأنها إنما تجري فيما إذا كان الضرر مستنداً إلى الشارع، وهو متنفّ عنه؛ لأنه جعل الخيار له، ولكنه لم يعمله.

ومجرد احتمال ذلك، والشك في كون الضرر حيثة تعليلية، أو تقييدية للحكم بالخيار، يمتنع التمسك بالاستصحاب.

وعليه، فإذا لم يمكن التمسك بعموم العام، ولا باستصحاب حكم المخصص، تصل النوبة إلى مرحلة أخرى؛ وذلك فيما لو فسخ صاحب الخيار العقد، فإننا نشك في تأثير هذا الفسخ، وفي زوال الملكية عن مالها الثاني، فنستصحب عدم تأثيره، وبقاء الملكية.

ولهذا كان الحكم بالفور هو الأقوى^(١)، فيحكم بسقوط الخيار، لا عن طريق التمسك بالعام، بل لاستصحاب بقاء أثر العقد.

(١) المكاسب ٥: ٢٣٧. قال الشيخ رحمته الله: (وقد عرفت أن الأقوى الفور).

الجهة الثانية: مقتضى القاعدة في خصوص خيار التأخير

وأما الجهة الثانية، فمختار الشيخ رحمته الله فيها هو التراخي، وللبحث فيها

جنبتان:

الجنبه الأولى: مقتضى الدليل.

واستدل على مراده: بأن ظاهر قوله عليه السلام: « لا يبيع له » هو نفي البيع رأساً، ولكن بما أنه لا يمكن إرادة هذا الظاهر، فيحمل على المعنى المجازي، ومع تعدد المجازات فاللازم حمله على أقربها للمعنى الحقيقي، وهو نفي اللزوم رأساً، بأن لا يعود اللزوم أبداً، فتكون النتيجة هي التراخي.

ثم أمر بالتأمل^(١).

وفي وجه التأمل وجوه:

الوجه الأول: أن تعيين أقرب المجازات - بعد تعذر الحمل على المعنى الحقيقي - لا دليل عليه، ولا يقتضي العرف تعيينه؛ فإن أقرب المجازات يتساوى مع غيره، والتعامل في النصوص على الظهور.

الوجه الثاني: أنه إذا تعذر الحمل على المعنى الحقيقي، الذي هو ظاهر اللفظ، فالأمر يتردد بين الحمل على نفي اللزوم الأبدي، ونفيه في الجملة، ومع التردد يكون اللفظ مجملاً، فيسقط عن الدليلية.

(١) المكاسب ٥: ٢٣٧.

الوجه الثالث: أن منشأ تعذر الحمل على المعنى الحقيقي في المقام هو الإجماع، وهو دليل لبّي، لا إطلاق فيه، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

الوجه الرابع: أن غاية ما يستفاد من الأخبار، هو ما يستفاد من دليل نفي الضرر؛ إذ التأمل فيها يقتضي أن الخيار إنما جعل لرفع تضرر البائع، ومع هذا الاحتمال لا وجه لبقاء الخيار الناشيء من الضرر، في الآن الثاني، إذا أمكن للبائع أن يأخذ به في الآن الأول ولم يفعل.

ثم على تقدير إهمال النص، وعدم ظهوره في العموم يأتي دور:

الجبنة الثانية: مقتضى الأصل.

واستدل على مراده بالاستصحاب، وتقريبه: أن اللزوم الذي كان موجوداً في الثلاثة الأيام قد ارتفع يقيناً، سواء بالنص أو بـ «لا ضرر»، فعوده يحتاج إلى دليل، ولا يمكن الرجوع إلى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ كما تقدم، فليس لنا إلا استصحاب بقاء الخيار.

ولا يرد عليه ما تقدم، من عدم جريان الاستصحاب في موارد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص، كما لا يمكن التمسك بالعام أيضاً.

للفرق بين الموارد السابقة وما نحن فيه؛ فإنما منعنا التمسك بالأصل في الموارد السابقة؛ لتبدل الموضوع، أو احتمال تبدله، ويشترط في الاستصحاب بقاؤه؛ وذلك لأن الموضوع قد أخذ من قاعدة نفي الضرر، فيكون موضوع الخيار هو الشخص المتضرر، الذي لا قدرة له على دفع

الضرر، فإذا جعل له الخيار في الآن الأول، ولم يأخذ به لم يصدق عليه في الآن الثاني أنه متضرر، فيتبدل الموضوع جزماً.

ولا أقل من احتمال تبدل الموضوع؛ لاحتمال مدخلية الضرر فيه بقاء. وعلى كلا التقديرين لا يجري الاستصحاب.

وأما فيما نحن فيه، فقد أخذ الموضوع من الأخبار، والموضوع فيه من لم يجئ بالثمن إلى ثلاثة أيام، كما يستفاد من القضية الشرطية في قوله عليه السلام: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »، وهو صادق في الآن الثاني كصدقه في الآن الأول، فلم يتبدل الموضوع، فيجري الاستصحاب بلا محذور.

وفي ختام المطاف، قال عليه السلام بنحو النتيجة: (وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة، إما لظهور النص، وإما للاستصحاب).

وبعد أن اتضح رأي الشيخ عليه السلام بجمع مطالبه نقول:

مقتضى التحقيق في المسألة

مقتضى التحقيق في المسألة، أن نلاحظ مستند الحكم بثبوت الخيار، وعلى أساسه يتضح الحكم؛ فإنها مختلفة بحسب المباني:

المستند الأول: الإجماع، وإنما صير إليه؛ لأن ظاهر النصوص نفي الصحة، لا اللزوم، فلا تصلح أن تكون مستنداً للخيار، وكذلك قاعدة « لا ضرر »؛ إذ بين تأخير الثمن والضرر عموم من وجه، فربما تحصل المنفعة في التأخير.

مضافاً إلى دلالتها على نفي اللزوم، لا على إثبات حق الخيار.

المستند الثاني: قاعد « لا ضرر »؛ فإن الحكم باللزوم في حال تأخير

المشتري للثمن ضرر على البائع، فينفي بها.

المستند الثالث: الشرط الإرتكازي؛ فإن المعاملة مبنية على شرط

التسليم والتسلم من الطرفين بعد تحققها مباشرة، ولكن تصرف الشارع في الشرط، فأجاز التأخير إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيأتي قانون تخلف الشرط يستلزم ثبوت الخيار.

المستند الرابع: الأخبار، وفيها طريقتان:

الأول: أن نحمل النفي في الرواية على نفي اللزوم؛ لتعذر حملها على

المعنى الحقيقي، فنلجأ إلى الحمل على أقرب المجازات، كما تقدم شرحه.

الثاني: أن يدعى أن مفادها نفي اللزوم.

الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، فمقتضى القاعدة أن الخيار على الفور؛

وذلك لأننا إن قلنا - كما هو المختار - بإمكان الرجوع إلى العموم، عند

التردد في حدّ الخيار، ودوران الأمر بين التمسك بعموم العام،

واستصحاب حكم المخصص، فالقدر المتيقن من الإجماع تخصيص

الآية في الآن الأول، وأما بعده فيرجع إلى العموم المقتضي للزوم، فيكون

الخيار فورياً.

وإن قلنا بمقالة الشيخ رحمته الله، من عدم إمكان الرجوع إلى العموم، فالإجماع لا يدل على الخيار إلا في الآن الأول، ولا يدل على ثبوته بعده، فيكون المرجع بعد الآن الأول استصحاب أثر العقد، والحكم ببقائه، فيما لو فسخ العقد، وشككنا في تأثيره، والنتيجة كون الخيار على الفور أيضاً.

فالتبجعة:

أن الخيار - في فرض كون المستند هو الإجماع - فوري. ودعوى أن استصحاب بقاء الخيار مقدم على استصحاب بقاء الملك؛ لأن الشك في تأثير الفسخ وعدمه، وبقاء الملك وزواله، مسبب عن الشك في بقاء الخيار.

ممنوعة بأن المستند إن كان هو الإجماع، فنحن لا نعلم سعة موضوعه، بمعنى هل أنه قام على الخيار في خصوص المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ أو مطلق المتضرر، حتى لو أمكنه الفسخ ولم يفسخ، ومع الشك في الموضوع، وكون الإجماع دليلاً لبياً، لا لسان له، لا نحرز بقاء الموضوع بعد الآن الأول، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار؛ لاشتراط إحراز وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة في موضوع الاستصحاب، ولم تحرز.

نعم، لو استفيد من كلمات المجمعين، قيام الإجماع على الخيار للمتضرر الذي لم يعمل خياره، فهو مورد استصحاب بقاء الخيار.

الحكم إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند هو « لا ضرر »، فالأمر مشكل، وقبل بيان جهة الإشكال، يلزمنا أن نبين الفرق بين ما نحن فيه، وبين خيار الغبن، مع كون المستند في كليهما « لا ضرر »، فنقول: بأن الفرق من جهتين:

الأولى: أن الضرر في خيار الغبن ناشئ من نفس العقد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ناشئ من تأخير الثمن.

الثانية: أن الضرر في خيار الغبن واحد، وهو نقصان المالية؛ للتفاوت الفاحش بين قيمة ما خرج من كيسه، وقيمة ما دخل فيه، وأما في ما نحن فيه، فالضرر متجدد؛ إذ كل تأخير في كل يوم يعدّ ضرراً، فالضرر من التأخير في اليوم الأول إن لم يجبر بالخيار، فيمكن جبران الضرر الناشئ من التأخير في اليوم الثاني.

إذا اتضح الفرق بين البابين، ففي خيار الغبن، إذا علم المغبون بالحكم والموضوع، ولم يعمل خياره، كان الضرر في الآن الثاني مستنداً إليه، لا إلى الشارع، فلا تجري في حقه « لا ضرر ».

وأما فيما نحن فيه، فعدم إعماله للخيار في اليوم الأول مستند إلى نفسه، وإما الضرر في اليوم الثاني فلم يلتزم به.

وعلى هذا الأساس ذهب المحقق النائيني رحمته الله إلى أن « لا ضرر » ترفع اللزوم آناً؛ لأن الضرر الناشئ من الحكم باللزوم ممتد في طول الزمان، آناً فآناً، فكلما حكم باللزوم حصل ضرر فيرفع بها، ف« لا ضرر »

بنفسها تثبت التراخي في الخيار، بلا حاجة إلى استصحاب بقائه^(١).

وفي قبالة ما أفاده المحقق الرشتي رحمته الله؛ فإنه قال: بأن المستند إن كان « لا ضرر » أو الأخبار بتنزيلها على مؤدى « لا ضرر »، فيثبت الخيار بها، وبعد الشك في بقاء الخيار، في الآن الثاني، نستصحب بقاءه^(٢).

والفرق بين الرأيين - مع اشتراكهما في كون الخيار على التراخي - أن الخيار يثبت في الآن الثاني، حسب مبنى المحقق النائيني رحمته الله، بنفس « لا ضرر »، وأما على مبنى المحقق الرشتي رحمته الله، فباستصحاب بقائه.

والفرق بين رأي المحقق النائيني رحمته الله ورأي الشيخ رحمته الله، أن الشيخ رحمته الله أخذ الموضوع من الأخبار، وتمسك باستصحاب بقاء الخيار؛ لبقاء موضوعه.

وأما المحقق النائيني رحمته الله، فقال لا حاجة إلى ذلك، بل نفس « لا ضرر » تثبت بقاء الخيار.

والفرق بين رأي المحقق الرشتي رحمته الله، ورأي الشيخ رحمته الله، أن رأي المحقق الرشتي رحمته الله استصحب بقاء الخيار حتى لو تمسكنا بقاعدة « لا ضرر »، وغضضنا النظر عن الأخبار، بخلاف الشيخ رحمته الله، الذي قال بلزوم أخذ الموضوع من الأخبار لأجل جريان استصحاب بقاء الخيار.

(١) منية الطالب ٣: ١٨٩.

(٢) راجع فقه الإمامية ٢: ٥٧٨ - ٥٧٩.

هذا ما أفاده الأعلام، ولكن لا يخفى أن المستند إن كان « لا ضرر »، فهي إنما ترفع الضرر المستند إلى الشارع، لا غير، وبما أن نسبتها إلى دليل ﴿أوفوا بالعقود﴾ نسبة الحكومة التي هي بمنزلة التخصيص، فهي ترفع اللزوم الضروري في الآن الأول؛ لانتساب الضرر إلى الشارع لو حكم باللزوم، وأما اللزوم الضروري في الآن الثاني - بعد علم البائع والتفاته للحكم والموضوع، وعدم إعماله الخيار - فلا يستند إلى الشارع، وإنما يستند إلى البائع، فيتمسك عند الشك بعموم الآية.

ولا أقل من الشك والتردد في إسناد الضرر إلى الشارع، وبما أنه لم يحرز الاستناد إليه كان المخصص مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو التخصيص في الآن الأول، ويتمسك بالعموم في ما عداه.

الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، فالقاعدة تقتضي التراخي؛ لأن مقتضى الشرط ثبوت الخيار عند تأخير الثمن مطلقاً، من دون اشتراط الفور في إعماله، فما دام التخلف عنه ثابتاً يثبت الخيار.

الحكم إذا كان المستند الأخبار

وإن كان المستند الأخبار، فكلمات الشيخ رحمته الله مضطربة، ولكن نقول: تارة نقول بأن الروايات منصرفة إلى مؤدى « لا ضرر » ومنزلة عليها، وأخرى، لا نقول بذلك.

وعلى الأول، تارة نقول بأن الضرر علة، وأخرى حكمة.

فإن كانت منصرفة إلى مؤدى « لا ضرر » وكان الضرر علة، كان مفادها عين مفاد « لا ضرر »، وإن كان حكمة، فالمرجع إلى إطلاق الأخبار.

والحق بعد أن نرجع إلى النصوص أنا لا نجد فيها للضرر عيناً ولا أثراً، بل ما أخذ فيه هو عدم القبض والإقباض، وغاية ما يمكن أن يقال أن الضرر حكمة للحكم بالخيار، فلا يدور مدارها، وعليه فيتمسك بإطلاقها، ومقتضاه التراخي؛ لأن مدلولها المستفاد من « وإلا فلا بيع له » هو نفي اللزوم، من دون تحديد بزمان دون زمان^(١).

(١) وأوضح الشيخ الأستاذ دام ظله الإطلاق في النصوص في مقام الجواب على سؤال، فقال ما حاصله: إن موضوع الحكم ومتعلقه إذا كان ينقسم إلى انقسامات، وجعل الشارع الحكم على الموضوع أو على المتعلق بدون أن يخصصه بأحد الأقسام فمقتضى أصالة البيان أن يكون الحكم على جميع الأقسام، وبما أن الخيار ينقسم إلى الفور والتراخي، ونفى الشارع اللزوم عن هذا البيع بقوله: « لا بيع له » المحمول على نفي اللزوم، لا البطلان حسب الفرض، من دون تحديده بحد، فمقتضى الإطلاق نفي اللزوم أبداً.

المسألة الثانية : تلف المبيع قبل القبض

في هذه المسألة صورتان:

الصورة الأولى : تلف المبيع قبل القبض بعد الثلاثة

واختار فيها الشيخ رحمته الله كون التلف من مال البائع، وقد بحثها من جهتين^(١):

الجهة الأولى : في مقتضى لضمان البائع

وأقام عليه دليلين:

الدليل الأول: الإجماع المستفيض، بل المتواتر.

الدليل الثاني: النبوي المشهور - وإن كان في كتب روايات أصحابنا

غير مسطور - : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »^(٢).

مناقشة المحقق السيد الخوئي للشخ وردها

وناقشه المحقق السيد الخوئي رحمته الله:

أولاً: بأن الإجماع المدعى مدركي؛ لاستناده إلى النبوي الذي عبّر عنه

الشيخ رحمته الله بالمشهور، وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور،

فلا يكشف عن رأي المعصوم، ولا عن دليل معتبر، فلا يكون حجة.

وثانياً: بأن النبوي وإن كان مشهوراً إلا أنه لم يذكر إلا في كتب

(١) المكاسب ٥: ٢٣٨.

(٢) عوالي اللئالي ٣: ٢١٢.

العامة، فلا يمكن الالتزام بانجباره صغرى وكبرى؛ أما الصغرى؛ فلعدم ثبوت عمل المشهور به، واستنادهم إليه؛ لأنه لم يذكر في كتب قدماء الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك؛ إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به، وإنما ذكروا فتاواهم بغير تعليل.

وأما من حيث الكبرى؛ فلما عرفت مراراً أن عمل المشهور لا يوجب انجبار ضعف الرواية^(١).

تحقيق في المراد من قاعدة جبر السند الضعيف بعمل المشهور

ولا بد قبل الدخول في مناقشته عليه السلام أن نبحث عن المراد من جبر السند، في قاعدة انجبار السند الضعيف بعمل المشهور، الذي ذهب إلى القول به مشهور الفقهاء، ومنع منه غيرهم، فنقول:

إن الحجة في الأخبار - على ما هو الحق عندنا - تنحصر في أمرين: خبر الثقة، والثوق بالخبر، أما الوثوق ففيه مبيان:

١- أن الحجة هو الوثوق النوعي.

٢- أن الحجة هو الوثوق الشخصي.

أما الوثوق النوعي، فالصحيح عدم الدليل على حجيته، فإذا حصل الوثوق النوعي من الأمانة، من دون حصول الوثوق الشخصي لمن قامت عنده، فليس ذلك بحجة؛ لأن الفرض عدم حصول العلم، ولا الوثوق

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٣٩، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٤ - ٥٥.

الشخصي، فالاستناد إليها استناد إلى غير علم، وأما الاستناد إلى الوثوق
الحاصل لنوع الفقهاء فاستناد إلى غير مستند معتبر.

نعم، بعض الأمارات حجة بنفسها، ومنشأ حجيتها إفادتها للوثوق
النوعي، فهي حجة؛ لقيام الدليل على اعتبارها في نفسها، كخبر الثقة؛ فإنه
حجة بما أنه موجب للوثوق النوعي، فتثبت الحجية حتى لمن لم يحصل
عنده وثوق شخصي بالخبر.

وعليه فتتحصر الحجة في أمرين:

١- الوثوق الشخصي.

٢- خبر الثقة.

أما الوثوق الشخصي؛ فلكونه حجة عقلانية لمن حصلت عندها،
وأماها الشارع قطعاً.

وأما خبر الثقة؛ فلقيام الأدلة على اعتباره.

وعليه، فمقتضى القاعدة والأصل، أن الرواية ضعيفة السند، ليست في
نفسها بحجة عقلية ولا شرعية، فتحتاج إلى ضم ضميمة أخرى لتكون
حجة، ولا يكون ذلك بمجرد عمل المشهور؛ لأن الخبر في نفسه ليس
بحجة، وعملهم كذلك، فضمهما إلى بعض من ضم اللاحجة إلى
اللاحجة، لا يولد الحجية قطعاً، فليس عندنا للحكم بحجية الخبر
الضعيف الذي عمل به المشهور إلا سلوك أحد طريقتين:

الطريق الأول: أن نقول بأن عمل المشهور بالخبر يوجب حصول

الوثوق الشخصي بصدور الخبر، والوثوق حجة كما تقدم.

وهذا إن حصل فتام، ولكنه يدور مدار حصوله عند الفقيه نفسه، لا مدار حصول الوثوق لنوع الفقهاء كما تقدم.

الطريق الثاني: أن يكون عملهم به توثيق عملي منهم لرواة السند، فيكون الخبر أحد مصاديق خبر الثقة، وهو حجة.

ومورد هذا الطريق أن يكون رواة السند معينين، ولكنهم مجهولو الحال في كتب الرجال، فيكون عمل المشهور بالخبر توثيقاً لهم، ولا يتم ذلك إلا بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون من بين المشهور، من لا يعمل إلا بخبر الثقة؛ إذ لو فرض أنه يعمل بغيره، لم يكن لعمله أثر من حيث التوثيق، كما هو الحال في الخبر الحسن؛ فإن من بين المشهور من يعمل به، والفرض عدم حجيته عندنا.

الشرط الثاني: أن لا يتردد حال عملهم بالنسبة إلينا، من حيث التوثيق وحصول الوثوق لهم، فلو لم نعلم أن عملهم بالخبر كان لأجل توثيقهم لرواته، أو لحصول الوثوق الشخصي لهم، لم يمكن العمل به من باب التوثيق العملي له؛ لعدم ثبوت حجيته لنا؛ لتردده بين الحجة واللاحجة، فما لم يحرز التوثيق العملي لم يكن مصداقاً لخبر الثقة، وإن أحرز كان مصداقاً له، وهذا معنى انجبار ضعفه بعمل المشهور.

ويترتب على ما ذكرناه: عدم انجبار الرواية المرسلة؛ إذ لا معنى للتوثيق العملي، مع عدم العلم بالرواة، وبهذا تظهر الخدشة في كثير مما

ورد في كتب الأعظم، من قولهم: بأن الرواية وإن كانت مرسلة إلا أنها منجبرة بعمل الأصحاب؛ إذ لا يحصل من عملهم بها التوثيق لرواتها، مع الجهل بأسمائهم، وإن أريد حصول الوثوق الشخصي بصدورها، فهو يختص بمن حصل له الوثوق، فلا ينسحب إلى غيره، ليقال بانجبارها عند الجميع.

وعليه، فبما أن النبوي - في ما نحن فيه - مرسل، فلا وجه لانجباره بعمل الأصحاب؛ لعدم حصول التوثيق العملي بمجرد عملهم، كما أوضحناه، وأما حصول الوثوق النوعي، فغير مفيد؛ لعدم حجتيه، والوثوق الشخصي بصدوره عن النبي ﷺ - إن حصل - فهو بالنسبة لمن حصل عنده خاصة، ولا يحصل للفقهاء النبيه الملتف إلى تعدد المدارك في المسألة.

هذا هو مقتضى التحقيق المفيد في المقام وفي غيره، وهو الإشكال العمدية، من حيث جبر السند بعمل المشهور.

وأما دعوى كون الإجماع المدعى في المقام محتمل المدرك؛ لاحتمال استنادهم إلى هذه الرواية المرسلة.

فممنوعة؛ وذلك لأن المدعى نفي الخلاف، عند المتقدمين والمتأخرين، وقيام الإجماع على ذلك، ونقل مستفيضاً، بل متواتراً كما في عبارة صاحب الجواهر^(١)، والشيخ قدس سرهما، فمن بين المجمعين

السيد المرتضى، وابن إدريس، اللذان لا يعملان بخبر الواحد الثقة، فضلاً عن الضعيف والمرسل، وصاحب المدارك، ممن عرف أنه لا يعمل إلا بالخبر الصحيح، والمحقق الأردبيلي المتشدد حتى فيما قام عليه الإجماع، فهل يعقل منهم استنادهم في الفتوى إلى هذا الخبر المرسل؟!

نعم، احتمال استناد بعض الفقهاء له، غير بعيد، وأما استناد الكل فغير محتمل، فلا بدّ أن نفرق بين موارد الإجماع، وموارد عمل المشهور، فإذا كانت المسألة مما لا خلاف فيها، من البدو إلى الختم، وليس في المقام ما يصلح للاستناد، فإجماعهم حجة؛ لكشفه القطعي عن التلقي كإبراً عن كابر، خلفاً عن سلف إلى الإمام عليه السلام.

فالتيجة إلى هنا: أن دعوى المحقق الخوئي عليه السلام من ظن استناد المجمعين إلى هذه الرواية المرسلة، فيكون مدركياً، غير تامة؛ إذ لا يحتمل استنادهم كلهم لهذه الرواية، التي لا تكاد توجد في كتب العامة، وغير مسطرة في روايات الخاصة، مع ما نعرف عنهم من المباني المشددة عند بعضهم، بل نقطع بتلقيهم الحكم في مثل هذه الحالة عن الإمام عليه السلام.

الدليل الثالث للمسألة الذي ذكره المحقق الخوئي وناقشه ورد مناقشته

الدليل الثالث: رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده، ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟

قال: « من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه »^(١).

وأورد عليها المحقق السيد الخوئي رحمته الله: بضعف سندها، وعدم انجبارها بعمل الأصحاب ولو قلنا بجبر السند بعملهم؛ لعدم عملهم بها؛ فإنها تدل على ضمان البائع ما لم يقبض خارجاً، ولم يخرج من بيته، ومن الواضح أن الأكثر على كفاية التخلية بين المشتري والمبيع في القبض^(٢).

وفيه: أولاً: أنها معتبرة على مناه؛ إذ ليس فيها ما يمكن أن يضعف إلا محمد بن هلال، وهو موثق عنده، وعقبة بن خالد، وهو من رجال كامل الزيارات، وهم كلهم ثقة عنده حين طرحه هذا الكلام. وثانياً: قوله بعدم انجبار ضعفها؛ لعدم عمل المشهور بها، مردود بأن في الرواية جملتين:

الأولى: ما دلت على كون الضمان من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع.

والثانية: ما دلت على الضمان إلى أن يخرجه من بيته.

والجملة الثانية هي التي لم يعمل بها المشهور، فتسقط عن الحجية،

(١) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٤٠، التقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٥.

وأما الأولى فلا وجه لسقوطها عن الحجية، بناء على التفكيك في الحجية.

الدليل الرابع: الشرط الارتكازي

ذهب المحقق الخوئي رحمته الله إلى إمكان الالتزام بالشرط الارتكازي؛ ليكون مستنداً إلى أن تلف المبيع قبل القبض، من مال بائعه بهذا التقريب:

أن البيع وقع مبنياً عند العقلاء على الإعطاء والأخذ الخارجي، بل في الحقيقة أن إعطاء البائع المبيع للمشتري، وإعطاء المشتري الثمن للبائع من متممات البيع، فإذا وقعت المعاملة وكان البائع متمكناً من تسليم المبيع، ألزم بذلك مع بقاء المعاملة، وأما إذا تلف المبيع، فلم يبق موضوع للإعطاء والأخذ الخارجيين، فتفسخ المعاملة من أصل.

ويرجع بناء العقلاء في الحقيقة إلى أحد أمرين:

الأول: توقيت البيع بالتلف، بمعنى أن يحكم بصحة البيع ما دام المبيع لم يتلف، فإذا تلف انقضى أمد البيع، فينفسخ، ويكون دركه على البائع.

الثاني: كون البيع مشروطاً بشرط متأخر، وهو إعطاء المبيع وإقباضه، فإذا تلف المبيع قبل الإقباض كان من مال البائع^(١).

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٤٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٦.

المنافسة في الشرط الارتكازي

وهو مخدوش بكلا وجهيه، ولا بدّ قبل بيان جهة الخدشة من بيان المدعى أولاً فنقول: إن المدعى هو أنه إذا وقعت معاملة، ومضت ثلاثة أيام ولم يعط البائع المبيع إلى المشتري، فبعد انقضائها تلف المبيع، فهنا تنفسخ المعاملة قبل التلف آنأ ما، وتنحل العقدة التي هي حقيقة العقد، ويرجع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأول.

هذا هو المدعى، والدليل الذي أقيم عليه هو: الارتكاز الثابت عند العقلاء بدون أن يردع عنه الشارع، فيكون ممضى من قبله، ونتيجته انفساخ المعاملة شرعاً.

فالدليل مبتنٍ على مقدمتين:

الأولى: قيام السيرة وبناء العقلاء على ذلك.

الثانية: عدم الردع الكاشف عن إمضاء الشارع.

والمقدمة الثانية متفرعة على المقدمة الأولى، وحلّ المسألة في

المقدمة الأولى بالتوقيت أو بالشرط المتأخر، وكلاهما ممنوعان:

أما التوقيت فممنوع بوجهين:

الأول: أنا عندما نرجع إلى أنفسنا، وكذلك العقلاء، لا نجد ولا

يجدون في صقع أنفسهم، التملك المؤقت بالانفساخ آنأ ما قبل التلف،

عند إنشاء البيع، بل سيرتهم قائمة على تملك العين بالعوض بنحو

مطلق، من دون تقييده بزمان ولا زماني خاصين، فيقول البائع بعتك،

ويقول المشتري قبلت أو اشتريت، من دون تحديده حتى في الارتكاز

إلى زمان التلف.

الثاني: أن معنى البيع المؤقت الذي تصوره، هو تملك المتاع مقابل الثمن، إلى زمان التلف، ويرجع - بعد التلف - إلى ملك مالكة، وبما أنه لا تعبد في السير العقلائية، ولا وجود عندهم لملكية التالف أو المعدوم، فلا محيص عن تميم ذلك بالتعبد الشرعي، فمتى ما حصل التلف الحقيقي، أو التلف الحكمي، كما في انعتاق العمودين، وحكم بانفساخ المعاملة، ورجوع المبيع إلى ملك بائعه، كان الحكم ببركة الدليل الشرعي، لا بالارتكاز العقلائي.

وأما الشرط المتأخر فممنوع؛ من جهة أن الشرط في المعاملة، وكما يعترف به ﷺ أيضاً، يرجع إلى أحد أمرين لا ثالث لهما؛ لأن في المعاملة التزام:

الأول: الالتزام المعاملي، وهو المحقق للعقد، فيلتزم البائع بأن المشتري يملك المتاع في مقابل الثمن، كما يلتزم المشتري بالعكس، وبه يتحقق أصل البيع.

الثاني: الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، ونتيجته لزوم البيع.

وبما أن الشرط في ذاته وقوام مفهومه، متقوم بالارتباط بالغير؛ لأنه التزام في ضمن التزام، ولهذا لم يصح الشرط الابتدائي عند المحققين، فهو إما أن يرتبط بالالتزام الأول، فيرجع إليه، أو إلى الالتزام الثاني، ومعنى أخذ الشرط في ضمن العقد، إما بأن يكون الالتزام الأول منوطاً

به، أو الالتزام الثاني، وأما الشق الثالث، فليس إلا عدم إناطة أحدهما بالشرط، ومعناه الشرط الاستقلالي الابتدائي، وهو باطل حسب الفرض.

فإن رجع الشرط إلى الالتزام الأول، وهو الالتزام المعاملي العقدي، فهو من التعليق المبطل.

وإن رجع إلى الثاني، فلا معنى له إلا جعل حق الخيار عند فقده، وهو يتنافى مع الانفساخ.

فحصل من ذلك: إما عدم الشرط، وإما رجوعه إلى التعليق المبطل، وإما إلى جعل حق الخيار في الفسخ، والأولان على خلاف مطلوبه، والأخير على خلاف المدعى، الذي قام عليه الإجماع القطعي، وهو الانفساخ قبل التلف بآنٍ ما.

ولو تنزّلنا وقلنا برجوعه إلى الالتزام العقدي، وبعدم بطلان العقد بالتعليق، إلا أنه لا يجديهِ أيضاً؛ لأن معنى كونه مشروطاً بعدم التلف قبل القبض، وكون الشرط متأخراً، أن نتيجة تخلف الشرط بطلان البيع من الأول؛ لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه، لا الحكم بصحته، ثم انفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، الذي هو المدعى ويراد إثباته.

ولا يخفى أن أصل قيام الاتكاز على هذا الشرط حق لا إشكال فيه، ولكن مقتضى الشرط ثبوت الخيار في الفسخ، بينما مقتضى الإجماع، ورواية عقبة بن خالد، أن التلف يكون من مال البائع، الذي نتيجته الانفساخ، فلا يمكن الاستناد إلى الارتكاز مع غمض العين عن الإجماع

والرواية.

ومقتضى التحقيق:

أن مستند الحكم في هذه المسألة، لا يخرج عن أحد أمرين: الإجماع القطعي الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، أو رواية عقبة بضم الاتفاق؛ وذلك لأن رواية عقبة، ليس في سندها إشكال إلا من ناحية عقبة، فإن قلنا بثبوت التوثيق العام لابن قولويه في كتاب كامل الزيارات، فهي معتبرة، وإن لم نقل بذلك، فغايته أنه مجهول لنا؛ لعدم ذكره في كتب الرجال، فحتى لو لم نقل بجبر ضعف السند بعمل المشهور، إلا أنه لا محيص عن القول به عند قيام الإجماع عليه، واتفاق الكل على العمل به ^(١).

وبهذا يتم الكلام حول المقتضى للحكم.

الجهة الثانية: في المنع

وقد ذكر الشيخ رحمته الله مانعين، يمنعان من المقتضى، وهما قاعدتان:

(١) نقول لم يثبت اتفاق الكل على العمل به لينجبر السند، وإنما الثابت ان فتواهم مطابقة لها، وفرق بين الأمرين، فينحصر المستند في خصوص الإجماع. ويمكن أن يجاب بما أوجب عن مثله في مبحث جبر ضعف السند بعمل المشهور على القول به، ويعمل الكل، ومجمله: أن الفقهاء بما هم عدول، وأهل معرفة بالفقه و.... لا يحتمل في حقهم أن تكون فتواهم بلا مستند، فإذا كانت فتواهم مطابقة لرواية، وليس هناك مستند آخر، كشف ذلك عن اعتمادهم على تلك الرواية.

المانع الأول: قاعدة الملازمة بين الخراج والضمان

وبتعبير الشيخ رحمته الله: قاعدة (الملازمة بين النماء والدرك)، الاستفادة من النص النبوي: « الخراج بالضمان »^(١)، وهي قاعدة معروفة بين الخاصة والعامة، والمراد من الخراج، ما يخرج أو يستخرج من الشيء، من المنافع والفوائد، فمن يملك هذه الفوائد يكون التلف من ماله، وهذه القاعدة تتعارض مع مفاد النبوي المتقدم؛ فإن مفادها أن من يملك المنافع يكون الضمان من ماله، ومالك المنافع هو المشتري، فيكون التلف من ماله، بينما مفاد النبوي أن التلف يكون من مال البائع.

وأجاب عنه الشيخ رحمته الله: بأن « تلف المبيع قبل قبضه..» أخص مطلقاً من قاعدة: (الخراج بالضمان) من جهتين؛ لأن فيها إطلاقين أفرادياً وأحوالياً.

أما الإطلاق الأفرادي، فهي تشمل المبيع، والضمن، وجميع الأسباب الناقلة كالبيع والصلح، بل والنواقل القهرية، فكل من ملك شيئاً بأي سبب كان وكانت منافعه له، فضمنه عليه.

وأما النبوي فهو خاص بالمبيع؛ حيث موضوعها: « كل مبيع تلف.. ».

وأما الإطلاق الأحوالي؛ فلأن الخراج في مقابل الضمان، يشمل حال قبض المال وعدمه.

وأما النبوي فهو مختص بما قبل القبض.

(١) عوالي اللثالي ١: ٥٧، سنن أبي داود ٢: ١٤٥.

ومع كون النبوي أخص مطلقاً من القاعدة في كلتا الجهتين، فلا تعارض في البين.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني عليه السلام على دعوى المعارضة بين النبوي وقاعدة (الملازمة بين النماء والدرك): بخروج مفاد النبوي من تحت القاعدة تخصصاً، لا تخصيصاً، وبيان ذلك:

أن مدلول القاعدة هو أن من كان منافع المال له، كان ضمان المال عليه، فلو كان المال قبل التلف ملكاً للمشتري، لافترض أن يكون الضمان عليه؛ لأن منفعته له، فإذا حكم بكون الضمان على البائع حينئذٍ، يقع التعارض بينهما.

وأما إذا صار المال ملكاً للبائع آنأماً، قبل التلف ولو تقديراً، فلا تعارض بينهما؛ لخروج مدلول النبوي من تحت موضوع القاعدة؛ لأن التلف حينئذٍ كان في ملك البائع، كما في التلف بعد الفسخ^(١).

تقوية المحقق الأصفهاني لإشكال المحقق الخراساني

وقواه في ذلك المحقق الأصفهاني عليه السلام، وبما أن في كلامه إضافة كان علينا بيانه أيضاً، قال عليه السلام :

إن توهم المعارضة إنما يتمّ لو قلنا بمقالة الشهيد الثاني عليه السلام ، في

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٤.

معنى: (ضمان المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، من أنه يتلف في ملك المشتري، ولكن خسارته تكون على البائع؛ فإن كون نمائه للمشتري يقتضي أن تكون خسارته عليه، فإذا كانت خسارته على غيره - وهو البائع - كان ذلك منافياً للتلازم بين النماء والخسارة.

وأما إذا قلنا بمقالة المشهور، من انفساخ العقد قبل التلف، ودخول المبيع في ملك البائع آنأ ما قبله، فلا ينافي التلازم المذكور؛ لعدم شمول قاعدة (الخراج بالضمان)، لهذا المورد أصلاً حتى يعارضه ونذهب للتخصيص؛ فإن المال للبائع، وقد تلف من كيسه، وخسارة المال وتلفه تكون من كيس مالكة^(١).

المناقشة فيما أفاده والانتصار للشيخ

والإشكال وإن كان قوياً إلا أن الحق مع الشيخ رحمته الله من اندراج المسألة في التخصيص، لا التخصص، وقبل بيان الإشكال نذكر مقدمة، وفيها تقوية لقول الشهيد الثاني رحمته الله على المشهور، وإن كان سيأتي البحث في ذلك في محله، والمقدمة هي:

أن المشتق حقيقة في المتلبس بالمبدأ، واستعماله فيما انقضى عنه التلبس استعمال مجازي، لا يصار إليه إلا مع وجود القرينة الدالة عليه؛ وإلا فمقتضى القاعدة العمل بأصالة الحقيقة.

وعليه، فإذا قلنا بمقالة الشهيد الثاني رحمته الله، من كون التلف في ملك

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمته الله على المكاسب ٤: ٣٨٤.

المشتري، والخسارة على البائع، فقد جرينا على طبق القاعدة؛ لأن في قاعدة التلف أخذ عنوان (المبيع)، فلا بدّ من صدق المبيع على التالف حين التلف حقيقة، ولا يصدق عليه حقيقة إلا إذا قلنا بأنه - حينئذٍ - ملك للمشتري، ولكن كانت الخسارة على البائع بالتعبد الشرعي.

وأما إذا قلنا بمقالة المشهور، فلا بدّ من ارتكاب المجاز؛ لأن التالف يخرج عن ملك المشتري ويدخل في مالك البائع آنأ ما قبل التلف، فلا يكون حينئذٍ مبيعاً، بل كان مبيعاً؛ فيلزم استعمال المشتق في ما انقضى عنه التلبس بالمبدأ.

وهذا إشكال مهم يرد على مسلك المشهور، وإذا بنينا عليه يتضح بطلان ما أفاده المحققان الخراساني والأصفهاني قدس سرهما؛ لأن النسبة بين النبوي والقاعدة نسبة العموم والخصوص المطلق، فيكون الحق مع الشيخ رحمته الله عليه.

وإذا غضضنا الطرف عن هذا الإشكال، وعن مقالة الشهيد رحمته الله عليه، وقلنا بمقالة المشهور، فلا يتم أيضاً كلامهما قدس سرهما؛ لأن مسلك المشهور يقتضي كون التلف من مال البائع، بعد رجوع المبيع آنأ ما إلى ملكه، وبتعبير المحقق الخراساني رحمته الله عليه ولو تقديراً، فنقول: بأن مقتضى قاعدة الخراج بالضمان، أن تكون خسارة المال من كيس من له فائدته، والملكية التي توجب النماء والفائدة، هي الملكية الحقيقية للعين، وأما الملكية التقديرية لها، فلا توجب النماء، فما دام في العين فائدة، فهي

ملك المشتري، ومتى ما صارت ملكاً للبائع لم يكن فيها نماء، فيكون المورد، حتى على مسلك المشهور، من موارد تخصيص قاعدة (الخراج بالضمان)؛ لأن المنافع كلها للمشتري، فيقتضي أن يكون الضمان عليه، ولكن استثنى هذا المورد عن الضمان، فكان على البائع.

فيتم كلام الشيخ رحمته، ويندفع إشكال المحققين الخراساني والأصفهاني قدس سرهما، فتكون النتيجة: تخصيص قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، بقاعدة تلف المبيع من مال بائعه.

هذا كله، لو كان المستند في الحكم بكون التلف قبل القبض من مال بائعه هو الإجماع القطعي، أو رواية عقبة بن خالد، بعد جبر ضعفها بعمل الأصحاب كلهم.

رفع المانع على مبنى الارتكاز العقلاني ومناقشته

وأما لو كان المستند، هو الارتكاز العقلاني، كما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمته، كما مرّ بيانه، فأفاد في مقام المانع: بأن المانع منها قاعدة ارتكازية أيضاً، فيكون عندنا قاعدتان ارتكازيتان:

الأولى: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وقد تقدم بيان ارتكازيتها.

الثانية: الخراج بالضمان، أو الملازمة بين النماء والدرك؛ فإنها قاعدة ارتكازية عند العقلاء؛ لوضوح أن من يملك شيئاً، ويملك منافعه، فخسارته تحسب عليه، ولا يطالب بها غيره.

ولكن بما أن القاعدة الأولى أخص مطلقاً من الثانية؛ لاختصاصها

بالبيع، وكون التلف قبل القبض، وشمول الثانية للبيع وغيره، وكون التلف قبل القبض وبعده، فتخصص الثانية بالأولى فيرتفع التعارض^(١).

وفيه: أولاً: - بناء على انحصار المستند، في الارتكاز العقلاني كما ذهب إليه -: أن قاعدة التخصيص والتقييد، فيما لو كان أحد الدليلين عاماً أو مطلقاً، والآخر خاصاً أو مقيداً، إنما تجري في الأدلة اللفظية، كما لو ورد (أكرم العلماء) و(لا تكرم الفساق منهم)، ولا مسرح لها بين الأدلة اللبية؛ ليقال بتخصيص القاعدة الارتكازية الثانية بالقاعدة الارتكازية الأولى، على ما حقق في الأصول^(٢).

وثانياً: أن قاعدة: (تلف المبيع..)، وإن كان لا مستند لها - حسب رأيه - إلا الارتكاز العقلاني، إلا أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، فمضافاً إلى كونها مرتكزة عند العقلاء، قد دلت عليها الأدلة اللفظية، كموثقة إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام، وسأله رجل وأنا عنده، فقال: (رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي، إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنة أن ترد علي؟ فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثلثيها إلى سنة ردها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٤١ - ٤٢، التنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥٦ - ٥٧.

(٢) كما في حاشية المحقق الأصفهاني ٣: ٢٥٤.

فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله (١).

ومفادها أن الدرك على من له النماء مطلقاً، سواء أكان مبيعاً أم غيره،
وسواء أكان قبل القبض أم بعده.

ومن الواضح أن الارتكاز العقلاني ليس حجة بنفسه، وإنما يكتسب
حجيته من إمضاء الشارع له، وعدم ردعه عنه، وهذا الدليل اللفظي رادع
عنه بإطلاقه.

ولا أقل من احتمال ردعه به، ويكفي احتمال الردع لعدم حجية
الارتكاز؛ إذ يشترط لتمامية الارتكاز والسيره العقلانية إحراز الإمضاء.

والحاصل: إن قلنا بمقالة المحقق الخوئي رحمته الله من انحصار دليل قاعدة
التلف في الارتكاز العقلاني، فهو مردوع عنه، أو لم يثبت إمضائه فلا
يكون حجة، ولا مجال لحل الإشكال على هذا التقدير.

وأما لو قلنا بمقالة الشيخ رحمته الله وبقية المحققين، من كون المستند في
القاعدتين هو الدليل الشرعي، فيكون مستند قاعدة الملازمة هي
النصوص المطلقة، ومستند قاعدة التلف، هو الإجماع القطعي، أو رواية
عقبه بن خالد، فمقتضى القاعدة التخصيص؛ لكون النسبة بينهما نسبة
العموم والخصوص المطلق، وبه ينحل الإشكال (٢).

(١) الوسائل، الباب ٨ من أبواب الخيارات، الحديث ١.

(٢) نقض على الشيخ الأستاذ دام ظله بالعمل بالارتكاز والسيره العقلانية، وعدم
مردوعيتهما بما دلّ على المنع عن العمل بالظن مطلقاً، في باب حجية الخبر.

فأجاب دام ظله: بالفرق بين البابين؛ فإن الردع كان عن العمل بغير العلم، ومقتضى السيره

المانع الثاني: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له

فإن مقتضاها أن يكون التلف بعد الثلاثة من المشتري؛ لعدم الخيار له، بينما مفاد النبوي أن يكون التلف من مال البائع، فيقع التعارض.

وأجاب الشيخ رحمته الله عنه: بأن هذه القاعدة لا تشمل جميع أفراد الخيار؛ لاختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان، فهي لا تشمل خيار التأخير الذي نحن فيه من أصل، فلم يتحد الموضوع ليقع التعارض.

ومن جهة أخرى لا تشمل جميع أحوال البيع؛ لاختصاصها بما بعد القبض، وما نحن فيه التلف قبل القبض^(١).

وهذا الجواب تام، لا إشكال فيه، إلا أن المحقق الرشتي رحمته الله أضاف: أنه حتى لو كان دليل القاعدة الثانية مطلقاً، فيشمل جميع أقسام الخيار، وقبل القبض وبعده، إلا أن دليل قاعدة التلف مقدم عليه؛ لكونه عاماً؛ بمقتضى لفظة (كل) الداخلة على المبيع في: « كل مبيع تلف..»، والأول مطلقاً، وقد حقق في الأصول تقديم العموم على الإطلاق؛ لأخذ

في ذلك الباب جعل خبر الواحد علماً، فينتفي موضوع تلك الأدلة، وأما فيما نحن فيه فالموضوع محفوظ في القضيتين؛ فإن موضوع إحداهما (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، والأخرى أن تلف المال يكون من مال من له فائدته، وبما أنه ليس بينهما حكومة، ولا ورود، ولا تخصص، فينحصر في التخصص، فإذا كان أحدهما سيرة، والآخر دليلاً، فإن لم نحرز الردع عنها به، فلا أقل من احتمالها، وهو يكفي للقول بعدم ثبوت الحجية.

عدم البيان في تحقق الإطلاق، والعموم بيان^(١).

وهو محل نظر؛ لأننا وإن سلمنا بالمبنى، وهو الذي اختاره الشيخ رحمته الله، وعليه مشهور المتأخرين، وقد خالفناهم في ذلك، كما حررناه في الأصول، إلا أنه مع غض النظر عن الإشكال في المبنى، نقول: بأن ما نحن فيه ليس صغرى لتلك الكبرى؛ لكون القاعدة إجماعية، ولم يرد في أكثر كلماتهم لفظة (كل)، بل وردت بعنوان (تلف المبيع..).

وبعبارة مختصرة: أن لفظ (كل مبيع)، لم يرد في نص، ولا معقد إجماع معتبرين، فهذه الصغرى ليست لتلك الكبرى.

فالحق ما أفاده الشيخ رحمته الله، من قصور هذه القاعدة عن خيار التأخير، فيخرج ما نحن فيه تخصصاً، وبهذا يتم الكلام في الصورة الأولى، أعني كون التلف بعد الثلاثة.

الصورة الثانية: تلف المبيع قبل القبض في أثناء الثلاثة

واختلف فيها الأصحاب على قولين:

الأول: ما ذهب إليه المشهور من كون التلف من مال البائع.

الثاني: ما ذهب إليه جماعة من القدماء، منهم المفيد، والسيدان، من كون التلف من مال المشتري، وهو المنقول عن الشهيد في بعض كتبه.

دليل القول بأن التلف من المشتري ورده

واستدل للثاني بوجهين:

(١) فقه الإمامية ٢: ٥٨٠.

الوجه الأول: الإجماع.

وهو - مضافاً إلى معارضته بالإجماع القائم على إطلاق قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، وكونه منقولاً، بينما الإجماع على كون التلف بعد الثلاثة من مال البائع، والشهرة على كون التلف في أثناء الثلاثة عليه محصلين محققين - موهون؛ بمخالفة المشهور له.

الوجه الثاني: أن التلف بعد الثلاثة، إنما كان على البائع؛ لأن له الخيار، فيمكنه أن يدفع الضرر عن نفسه بإعماله، فلما لم يعمل خياره كانت الخسارة عليه؛ لأنه هو الذي أقدم على ضرر نفسه. وأما أثناء الثلاثة، فلا خيار له؛ لكون البيع لازماً، فلا يمكنه دفع الضرر عن نفسه، فلا تكون الخسارة عليه.

وفيه: أن ما ذكر من الفرق بين الفرضين، لا إشكال فيه، ولكن لا تأثير له في الحكم؛ لأن مستند الحكم في الفرضين - قبل الثلاثة وبعدها - قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)؛ لشمولها لهما. غاية الأمر أن في فرض ما بعد الثلاثة، تنضم إلى هذه القاعدة، قاعدة نفي الضرر، وهي لا تأتي في فرض التلف قبل الثلاثة.

تمامية دليل القول بان التلف من البائع

وبهذا يتضح تمامية المقتضي لضمان البائع، وأما المانع، فليس في هذا الفرض إلا مانع واحد؛ لأن المانع الثاني في الصورة السابقة، وهي قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)، لا يأتي في المقام؛

لأن البيع لازم حسب الفرض، فالتلف وقع في زمان اللزوم، لا الخيار. وأما المانع الآخر، وهو (الخراج بالضمان)، فيجاب عنه بما تقدم في الصورة الأولى، من أن مستند قاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، إن كان هو الإجماع أو النص، فالنسبة بينها وبين قاعدة الملازمة، نسبة العموم والخصوص المطلق، فتخصص قاعدة الملازمة بها.

الإشكال على المحقق الخوئي

وإن كان المستند الارتكاز العقلائي - كما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله - فإشكال المانعية باق؛ لأن مستند كلتا القاعدتين هي سيرة العقلاء وارتكازهم، غير أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، قد قام عليه الدليل اللفظي المعتبر أيضاً.

وعليه، فإن قلنا باختلاف موضوع القاعدتين، فتخرج القاعدة فيما نحن فيه تخصصاً، فلا إشكال.

وإن قلنا بمقالته، من اتحاد موضوعهما، وأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فلا ينحل الإشكال على حسب مبناه في الأصول؛ لكون السيرة مردوعة بالعموم، بهذا البيان:

أنه إذا كان في مورد السيرة العقلائية عموم على خلافها، فالعموم رادع عنها، لا أن السيرة مخصصة له؛ لاستحالة تخصيص العموم بها؛ فإن حجية سيرة العقلاء تتوقف على ثبوت إمضائها من قبل الشارع، وإحراز إمضائها يتوقف على أن لا يكون العام رادعاً عنها، وعدم رادعيته عنها يتوقف على سقوط عمومها، المتوقف على تخصيص العام بها، فيلزم

الدور.

والسر في ذلك: حاجة السيرة إلى ثبوت عدم الردع، لا إلى عدم ثبوت الردع.

وأما من جهة العموم، فالمقتضي لرادعيته عن السيرة موجود، والمانع منه مفقود؛ فإن المقتضي ثبوت العموم، ولا إشكال في كون العام عاماً وشاملاً لمورد السيرة، وحجية العموم تتوقف على عدم ثبوت المخصص، لا على ثبوت عدم المخصص، والمانع ثبوت مخصصة السيرة للعام، وقد تبين استحالته^(١).

وعليه فمع قيام العام في مورد السيرة - كما فيما نحن فيه؛ فإن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك مما قام عليها دليل لفظي عام - تكون السيرة مردوعة به، أو لم يثبت إمضاؤها، فلا ينحل الإشكال حسب مبناه.

نعم، لا يرد هذا الإشكال على مبنى من يرى في مثل الفرض المذكور - وهو المختار أيضاً - احتفاف العموم أو الإطلاق بالقرينة، فيتنزل عليها، بمعنى أن العام أو المطلق الوارد في مورد السيرة العقلانية، يتخصص أو يقيد بها؛ لكونه ملقى إلى العرف، فيتضيق بحسب ما عندهم؛ لكون سيرتهم قرينة حافة به، ولكنه لا يرى هذا الرأي، فالإشكال وارد على مبناه رحمته الله.

والحق في المسألة: ما أفاده الشيخ رحمته الله من التخصيص، حسب ما أوضحناه سابقاً.

هذا تمام الكلام في هذه الصورة، ولم يبقَ إلا ما نقله الشيخ رحمته الله من عبارة الشيخ الطوسي رحمته الله، التي وقع الكلام في بيانها وتخريجها، وبما أنه لا ثمره عملية في ذلك، فنطوي عنها صفحاً.

فرع: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه

إذا مكّن البائع المشتري من القبض فلم يقبضه، فهل يكون التمكين بحكم القبض، بحيث لو تلف فيما بعد كان من مال المشتري أو لا؟
بنى الشيخ رحمته الله المسألة على المبنيين في الضمان، فإن قلنا بارتفاع الضمان بالتمكين، قلنا هنا بأن التمكين بحكم القبض، وإن قلنا بعدم ارتفاعه به، لم يكن هنا بحكمه^(١).

التحقيق في المسألة

والتحقيق: أن ذلك يدور مدار المستند في المسألة:

فإن كان المستند لقاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، هو الارتكاز العقلائي، القائم على أن القبض والإقباض من متمات البيع، فالحق كفاية التمكين؛ لكونه هو الشرط المتمم للبيع والشراء في مرتكزهم العقلائي، لا القبض الخارجي.

وعليه فالتمكين يكون بحكم القبض، فإذا تلف بعده كان من مال

المشتري.

وإن كان المستند هو النبوي، فقد أخذ فيه عنوان القبض، ولا يصدق لغة على التمكين، كما يشهد عليه صحة السلب عنه، فيكون التلف من مال البائع.

ودعوى الانصراف إلى صورة عدم التمكين، منعها المحققان الرشتي والإيرواني قدس سرهما: باختصاص الانصراف في الإطلاق، كانصراف المطلق إلى الفرد الشائع، وأما انصراف اللفظ من معناه إلى غير معناه، كما نحن فيه من انصراف القبض إلى التمكين، فلا وجه^(١).

والتحقيق: عدم الدليل على حصر الانصراف في حالة الإطلاق، بل لا بدّ من البحث في وجود القرينة الموجبة للانصراف وعدمه، وبيان ذلك يقتضي الكلام في الكبرى والصغرى:

أما الكبرى، فإن الألفاظ قوالب للمعاني، وأن قاعدة أصالة الحقيقة تجري في مرحلتي الإرادة الاستعمالية، والجديّة، فالأصل في الاستعمال أن يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي، كما أن الأصل في مراد المتكلم أنه أراد المعنى الحقيقي أيضاً، ولا خلاف في نفس هذين الأصلين.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني رحمته الله ٢: ٤٦، إلا أنه اكتفى بقوله ممنوعة، ولم يعلل، وأما المحقق الرشتي فلم نجده في تقارير بحثه.

فالأصول العقلائية مشروطة من الأول بعدم وجود القرينة الصارفة، بلا خصوصية للإطلاقات، فلا وجه لما أفاده من الحصر.

وأما الصغرى، فكما قلنا سابقاً: بأن الارتكاز العقلائي قائم على الإعطاء والأخذ الخارجي، بمعنى وقوع المعاملة مبنية على أن يسلم كل من المتعاملين كلاً من العوضين إلى الآخر، وأن ما له الموضوعية عندهم هو التمكين والتمكن، لا القبض الخارجي، وهذا الارتكاز قرينة موجبة لانصراف القبض.

والنتيجة: أنا إذا استندنا إلى النبوي، فمقتضى الجمود على اللفظ، أن لا يكون التمكين بحكم القبض، وأما مع ملاحظة قرينة الارتكاز، ومناسبة الحكم للموضوع، فالتمكين كافٍ لتحقيق ذلك الشرط المعاملي.

وإن كان المستند رواية عقبه بن خالد، فلا يكفي التمكين؛ لأن في النص « حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته »، فالتصريح بالقبض والخروج من البيت يمنع من القرينة المذكورة، إلا أن يقول قائل: بأن الخروج من البيت، لا يدل على أكثر من القبض، والقبض منصرف، كما تقدم، ولكن عهدة هذه الدعوى على مدعيها.

وإن كان المستند هو الإجماع، فبما أن قاعدة الملازمة بين النماء والدرك، تقتضي أن يكون التلف من مال مالكة مطلقاً، قبل القبض وبعده، والإجماع منحصص لها، وهو دليل لبي، فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو صورة تحقق القبض الخارجي، فلا يكتفى بمجرد التمكين.

فرع: في تلف الثمن

والحكم فيه يبتني على ما تقدم، من المباني في المسألة السابقة:
فإن كان المستند الارتكازي؛ لعدم تمامية النص والإجماع، فهو يقتضي
 بأن تلفه قبل قبضه من مال المشتري، كما كان تلف المبيع من مال
 البائع؛ فإن الشرط الارتكازي الذي بنيت عليه المعاملة، ويعتبر من
 متممات البيع، هو تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، فالحال
 فيهما واحد، والتفكيك بينهما باطل.

وإن كان المستند النص، فقد قيل بإلحاق الثمن بالمبيع أيضاً؛ لأن
 البيع يطلق على ما يعمّ الشراء، فإذا ذكر المبيع، فلا يقصد خصوص
 المثلث؛ بل يعمّ المثلث والثمن.

وهو ممنوع؛ لأن المثلث لغة وعرفاً غير الثمن، وإطلاقه على الثمن
 مجاز بلا إشكال، فلا يصار إليه إلا بقريئة، ومع عدمها، يكون حمل
 اللفظ عليه مخالفاً لأصالة الحقيقة والظهور، فبناء على الالتزام بالنص أن
 نتعبّد باختصاص القاعدة بالمبيع.

ولا أقل من الشك؛ لبطلان الجزم بكون المبيع أعم من المثلث
 والثمن؛ لأنه إما ظاهر في المثلث المقابل للثمن، أو مجمل مردّد بين
 الأقل والأكثر، وإذا كان المخصص مجملاً اقتصر فيه على القدر المتيقن،
 فينحصر تخصيص قاعدة الملازمة بتلف المبيع خاصة.

وإن كان المستند الإجماع، فلا إشكال في اختصاص القاعدة بتلف

المبيع، ولا وجه للتعدّي إلى الثمن.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة، ولم يبقَ إلا البحث في المراد من اليوم، هل هو بياض النهار خاصة، أو ما يشمل النهار والليل، وهل يصدق على التلفيقي منه أو لا؟ وقد بحثناه في خيار الحيوان، فلا نعيد^(١).

(١) تقدم في ج ٢ من هذا الكتاب ص ٢٢٨.

المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه

ذهب المشهور إلى أن المعاملة لازمة إلى الليل، وبعد دخوله يثبت الخيار للبائع، وتعرض الشيخ رحمته الله في هذه المسألة إلى خمسة مطالب، ويبن المدعى والدليل عليه، وذكر دليلين، ولكن الأدلة في المسألة أربعة، ونبدأ بما ذكره الشيخ رحمته الله ^(١):

الدليل الأول: قاعدة « لا ضرر »؛ فإن الحكم بلزوم البيع مع ذهاب طراوة ما يفسد ليومه، ضرر على البائع؛ لكونه ضامناً للمبيع، ممنوعاً من التصرف فيه، محروماً عن الثمن، فينفي اللزوم بالقاعدة، ويثبت الخيار له. ثم أفاد رحمته الله: بأن المستند إذا كان « لا ضرر »، فلا يقتصر على ما يطابق فتوى المشهور، بل يتعدى إلى ما يستمر إلى يومين أو إلى ثلاثة، فيحكم بلزومه أكثر من يوم، ثم يحكم بالخيار، وكذلك فيما يفسد في نصف يوم، فيثبت الخيار في أقل من يوم.

فالدليل تام عند الشيخ رحمته الله، ولكن مع ملاحظة النسبة بين الدليل ومدعى المشهور، من أنها نسبة العموم والخصوص من وجه.

الدليل الثاني: مرسله محمد بن أبي حمزة: في الرجل يشتري الشيء

(١) المكاسب ٥: ٢٤١-٢٤٢.

الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: « إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له »^(١).

وهي مرسلة، ودلالاتها محل إشكال؛ من جهة أن الموضوع فيها « ما يفسد من يومه »، والحكم فيها بثبوت الخيار من أول الليل، فيكون الخيار في أول ازمنة الفساد، فلا يكون الخيار حينئذ ذا فائدة تعود للبائع. ولهذا التزم بالتصرف في مدلولها، وذكر الشيخ رحمته الله كلمات الفقهاء في ذلك، ثم اعتبر أحسن الكلمات كلمة الشهيد رحمته الله؛ حيث جعل اليوم ما يعم النهار والليل، فيفسد بعد انتهاء الليل، والخيار يبدأ من أوله، ولهذا عبّر عنه بخيار ما يفسده المبيت.

وأحسن منها كلمة الصدوق رحمته الله التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال: « العهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل »^(٢).

وفي ما أفاده الشيخ رحمته الله إشكال:

أما الاستدلال بـ « لا ضرر »، - فمضافاً إلى أن بينها وبين مدعى المشهور خصوصاً وعموماً من وجه، كما أشار الشيخ رحمته الله إليه؛ فإن بعض المبيعات مما يتلف في أقل من يوم، وبعضها يتأخر إلى يومين وثلاثة، ولاختلاف المناطق دور أيضاً، من حيث حرارة المكان وبرودته، فيما يتلف في أقل من يوم في مكان، لا يتلف إلا بعد يومين في مكان آخر.

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

أنها لا تدل على إثبات الخيار على مبناه عليه السلام في مفاد « لا ضرر »؛ فإن في مفادها قولين: ما اختاره المحقق الخراساني عليه السلام، من نفي الحكم عن الموضوع الضرري.

وما اختاره الشيخ عليه السلام - وهو الحق - من نفي الحكم الضرري، بمعنى عدم جعله في الشريعة الإسلامية، على وزان: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^(١)، فيكون مفادها نفي اللزوم، ونفيه لا يثبت حق الخيار الذي هو المدعى.

وأما المرسلة، فهي ضعيفة سنداً ودلالة:

أما السند؛ فلكونها مرسلة، فلا يمكن الاستناد إليها إلا على القول بانجبارها بعمل المشهور، فقد ادعى من لا يرتضى بقاعدة الجبر عمل المشهور بها، إلا أن المناقشة فيها من حيث الكبرى^(٢).

ولكن الصحيح عدم ثبوت الصغرى أيضاً؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنا لكي نثبت عمل المشهور بها علينا إحراز استنادهم إليها لا إلى غيرها، وأنى لنا إثبات ذلك مع وجود دليلين آخرين في المسألة، مرسلة الصدوق، التي عنوانها الوسائل برواية زرارة، وارتكاز المتعاملين، وإذا أضفنا « لا ضرر » كانت الأدلة ثلاثة.

(١) سورة الحج: ٧٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٤٨.

الثاني: أن الرواية مرسلة، ومورد انجبار ضعف السند بعمل المشهور - كما حقق في الأصول - ما إذا كان الراوي معيّنًا، إلا أنه مجهول الحال عندنا، حتى يمكن القول بالتوثيق العملي، لا ما إذا لم يكن معيّنًا أصلاً. **وأما الدلالة؛ فأولاً:** أن مقتضى ظهورها أن نقول بلزوم البيع إلى الليل، ثم نحكم بالخيار من أوله، فيكون الحكم بالخيار حين طرو الفساد، ومن الواضح أن الخيار حينئذٍ لا فائدة فيه؛ لأن الخيار إنما جعل لدفع الضرر، فجعله بعد تحقق الفساد لغو محض، فلا يمكن المصير إليه.

ولهذا التجأ الشهيد رحمته الله إلى التصرف في المراد باليوم، بحيث يشمل النهار والليل، والقول بما يفسده المبيت، فالفساد بعد انتهاء الليل، والخيار من أوله، ولكنه رفع ليد عن الظاهر بلا دليل. ومجرد عدم إمكان الالتزام بالظاهر، لا يعني الالتزام بما يطابق ما نريد، بل ينبغي الطرح.

وثانياً: أنه لا بدّ من التصرف في كلمة الفساد أيضاً؛ لأن غالب الموارد التي أفتى فيها المشهور، كالخضروات لا تفسد إلى الليل، ولا إلى اليوم التالي، وإنما تذهب طراوتها، وهو غير فسادها.

فالحاصل: أن الرواية مخدوشة سنداً ودلالة، وما ذكره الأعظم لا يرفع الإشكال؛ لعدم الشاهد على حمل اليوم على ما يشمل الليل، ولا على حمل الفساد على ذهاب الطراوة.

إلا أن يقال: بأن عمل المشهور كما يجبر ضعف السند فيجبر ضعف

الدلالة أيضاً.

ولكن - مع وجود القائل بهذه الكبرى - إلا أن المحقق في الأصول، أن الحجة في دلالة الألفاظ هي الظهور، سواء أكانت ظاهرة بنفسها أم بضم القرينة، وعمل المشهور لا يجعل غير الظاهر ظاهراً.

الدليل الثالث: مرسله الصدوق عليه السلام قال: « العهدة فيما يفسد من يومه

- مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل »^(١).

والكلام فيها من حيث السند نفس الكلام في المرسل السابقة، وإن أسندها بعض المحدثين^(٢)، إلا أنها مرسله، أو مرددة بين الإرسال

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

(٢) إشارة على صاحب الوسائل عليه السلام؛ فإنها قال: (محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن ابن فضال، عن ابن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام..)، بينما في الفقيه ٣: ٢٠٣: (وفي رواية أخرى، عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع ». ومن اشترى جارية وقال للبائع: أجيئك بالثمن فإن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له.

والعهدة فيما يفسد... إلخ).

فأولاً: ما ذكره الصدوق عمن رواه، ولم يذكر زرارة.

وثانياً: يحتمل أن الرواية المسندة تنتهي بقوله: « مال البائع »، كما في التهذيب ٧: ٦٧، والباقي من كلام الشيخ الصدوق عليه السلام، كما احتمل، والشيخ الأستاذ دام ظله - كما في جواب على سؤال - يرى أن الأصل فيما ذكره الصدوق عليه السلام في الفقيه هي الرواية، إلا أن يقوم دليل على خلافه، وهذه الرواية مرسله، ولا أقل أنها مرددة بين المسند والمرسل،

والإسناد، فلا تنجبر بعمل المشهور، حتى لو ثبت عملهم بها، وقبلنا بالكبرى أيضاً، فلا تشملها أدلة حجية الخبر.

وغاية ما يمكن أن يقال: إن فتوى المشهور كان بسبب حصول الوثوق الشخصي عندهم بالمرسلتين، أو استناداً إلى « لا ضرر ».

وبحسب ما قدمناه يتبين عدم حجية كلتا الروايتين سنداً ودلالة، ولكن ذهب المحقق الرشتي رحمته الله - مع اعترافه بلغوية الخيار بعد الفساد - إلى القول بالالتزام بظاهر الرواية؛ لعدم الموجب لانصراف الرواية عن معناها الحقيقي^(١).

وفيه: بأننا لم نفهم المراد من عدم الموجب للانصراف؛ لأن المستند في حمل اللفظ على المعنى الحقيقي أمران: أصالة الحقيقة، وأصالة الظهور.

أما أصالة الحقيقة، فلا تجري إلا إذا أمكن الحمل على المعنى الحقيقي، ومع كون الحمل عليه مستلزماً للغوية فيمنع التمسك بها ثبوتاً. بيان ذلك: أن العمل بأصالة الحقيقة يتوقف على وجود أمور ثلاثة:

١- الإمكان الثبوتي.

٢- عدم المانع في مرحلة الإثبات.

٣- عدم القرينة الحالية أو المقالية.

فلا تنجبر بعمل الأصحاب.

(١) فقه الإمامية: ٥٨٧ - ٥٨٨.

والأولان منتفیان في المقام، أما الأول؛ فلأن الحمل على المعنى الحقيقي، بحيث يجعل مبدأ الخيار أول الليل، ومن جهة لفظ الفساد، يقتضي لغوية جعل الخيار، فيستحيل على الحكيم.

وأما الثاني؛ فلأن حمل الفساد على معناه الحقيقي يتنافى مع ما في ذيل مرسله الصدوق: « مثل البقول والبطيخ والفواكه »؛ فإنها لا تفسد في يومها إلى الليل، فأصل الحقيقة لا يمكن أن يصار إليه، ولهذا التجأ الفقهاء إلى حمله على ما يفسده المبيت، وإن لم ينحل به الإشكال كما تقدم.

ثم إن المحقق الخوئي رحمته الله أورد على التمسك بـ « لا ضرر »، بأنه إنما يتمّ لو انحصر التخلّص من الضرر في جعل الخيار، ولكنه ليس كذلك في المقام؛ إذ يمكن التخلّص بالمقاصة؛ فإن للبائع إن لم يأت المشتري بالثمن أن يقتص من المبيع، فلا تصل النوبة إلى رفع لزوم المعاملة بها^(١).

وهو محل تأمل ونظر، وذلك بعد ملاحظة حقيقة التقاص ومورده وحكمه، ولكن نقصر في المقام على بيان ما يرتبط بمحل البحث؛ فإن التقاص تصرف وتملك لمال الغير؛ ليستنقذ حقه الذي منعه منه، فيقتضي مخالفة القواعد والأصول، تكليفاً ووضعاً؛ فإن التصرف في مال الغير حرام تكليفاً؛ بمقتضى ما ورد عنهم عليهم السلام: « لا يحل لأحد أن يتصرف في

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٥١.

مال غيره بغير إذنه»^(١)، وغير نافذ وضعاً؛ لأن تملك مال الغير يتوقف على حصول سبب من أسباب التمليك، ولا يمكن حصوله من دونه من جهة فقهية، والفرض أن كلا الأمرين غير حاصلين في مورد التقاص، فالقاعدة تقتضي الاقتصار في جواز التقاص تكليفاً ووضعاً على مورد انحصار أخذ الحق فيه.

فإذن جواز التقاص، متوقف على انحصار طريق أخذ الحق فيه، وانحصاره في موردنا، يتوقف على عدم تحقق الخيار بـ «لا ضرر»؛ - إذ لو ثبت له الخيار بها، لما انحصر استخلاص حقه فيه، ولما احتاج إلى مخالفة الأصل في الحكمين، التكليفي والوضعي - وعدم تحقق الخيار بها، يتوقف على جواز التقاص، فيكون جواز التقاص دورياً.

فما أفاده من جواز التقاص؛ لمنع التمسك بـ «لا ضرر» لإفادة الخيار، يستلزم الدور المحال.

الدليل الرابع: التمسك بالشرط الارتكازي، وتقريبه: أن العقلاء في جميع معاملاتهم بنوا على شرط التسليم والتسلم، وجواز تأخير الثمن بإجازة البائع للمشتري إنما هو بحدٍ لا يوجب النقص في نفس المبيع أو صفته أو في ماليته، فإذا تأخر بمقدار سيوجب ذلك كان للبائع الخيار في الفسخ؛ ليدفع الضرر عن نفسه، بل ليدفع عدم النفع أيضاً، كما لو باعه عليه في وقت أوج حصول المعاملات في السوق، فأخره إلى حدٍ سيضعف السوق وسيضطر إلى بيعه بأقل من الثمن المتعارف.

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، فيستند الخيار في المقام إلى خيار الشرط.

فتحصل مما تقدم الفرق بين الوجوه؛ فإن المستند إن كان إحدى المرسلتين، فاللازم الاقتصار على مورد النص، وهو خصوص ما يفسد ليومه، أو ما يفسده المبيت، على ما تقدم من التأويل، ولا يصح التعدي إلى غيره؛ لأن التعدي إليه، إما أن يكون بإلغاء الخصوصية المستند إلى تنقيح المناط، أو لقاعدة « لا ضرر »، والأخذ بأي منهما في غاية الإشكال؛ إذ الأول ظني، والثاني مبتلى بعدة إشكالات تقدمت.

وعليه، فيتمسك في غير مورد النص بمقتضى القاعدة.

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، فهو يدور سعة وضيقاً مدار ما عند العرف والعقلاء، وما ينبع عليه المعاملة عندهم، ويختلف ذلك باختلاف الأمتعة، من حيث سرعة حصول الفساد فيه وتأخره، وكذا سرعة التغير في الصفة أو في المالية أو عدم النفع، فبعض الأمتعة تبقى ساعتين أو ثلاث على نظارتها وطراوتها ثم تتغير صفتها، وبعضها تتأخر إلى يومين وثلاثة، وبعضها تختلف قيمتها في السوق باختلاف وقت البيع والشراء فيه، ففرق بين ما يباع في وقت أوج السوق وارتفاعه وكثرة المشترين، وبين ما يباع وقت انتهاء السوق وقلة الراغبين، فلا بد من ملاحظة كل ذلك، والفتوى على طبق ما تقتضيه قاعدة تخلف الشرط الضمني الارتكازي.

وما نحن فيه، أعني ما عنون (بما يفسده المبيت) إحدى صغريات
تلك الكبرى العامة، وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، والأسلم
عن الإشكال.

السادس .. خيار الرؤية

وهو من الخيارات التي وقع فيها البحث من جهات، وكما التزمنا سابقاً أن نبين ما أفاده الشيخ رحمته الله أولاً، ثم ما يقتضيه المقام، من البحث والكلام، فنقول:

تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه

قال الشيخ رحمته الله في بيان المراد منه: (والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان)^(١).

فجعله خياراً مسبباً عن تخلف الشرط بعد الرؤية، ومن المعلوم أن الخيارات في الشريعة المقدسة تنقسم إلى قسمين أساسيين:

الأول: الخيارات الشرعية التعبدية، المسببة من أمور خاصة، كخيار المجلس والحيوان.

الثاني: الخيارات المسببة عن تخلف الشرط، وهي نوعان:

١- الخيارات المسيّبة عن تخلف الشروط الارتكازية العقلائية، وإن ورد في موردها نص شرعي، كخيار العيب، والغبن؛ فإن المعاملات الجارية عند العقلاء، مبنية على سلامة العوضين، والتساوي بين ماليتهما، وعدم الغبن بينهما.

٢- الخيارات المسيّبة عن الشروط الخاصة، التي يجعلها أحد المتعاملين.

وجميع الخيارات ترجع إلى أحد هذه الأنحاء، والظاهر من عبارة الشيخ رحمته الله أنه يرجع خيار الرؤية إلى القسم الأخير، ولكنه في مقام الاستدلال أقام ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع، وعبر عنه بـ (المحقق والمستفيض) ^(١).

وقد عبر عنه الفقهاء بالسنة مختلفة، منها: عدم الخلاف، وعدم وجدان الخلاف، واتفاق الأصحاب، وإجماع الأصحاب، وفي الجملة - بعد التبع والبحث - عدم وجدان الخلاف، بل هي مسألة اتفاقية بينهم.

الدليل الثاني: قاعدة « لا ضرر »، ببيان: أن الحكم بلزوم المعاملة المبنية على شرط وصف في المتاع، وقد تبين بعد الرؤية خلافه، ضرر على المشتري، فينفي بالقاعدة، ونتيجته ثبوت الخيار.

الدليل الثالث: النص الخاص، وهو صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج

منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: « إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية »^(١).

المناقشة في تحرير الشيخ

ومن الواضح أن دليل الشيخ عليه السلام، لا يتفق مع مدّعا؛ فإن المدعى كون خيار الرؤية مسبباً عن الشرط المتخلف، فلا يتفق مع قاعدة نفي الضرر، ولا مع النص الخاص.

أما بالنسبة إلى القاعدة؛ فلأن مبناه فيها نفي الحكم الضروري، وأن الضرر بمعنى النقص، والنسبة بين حصول الضرر، ومورد خيار الرؤية، نسبة العموم والخصوص من وجه، سواء أقلنا بأنه مسبب عن الشرط أم لم نقل، كما يستفاد من صحيحة جميل؛ فإننا إن قلنا بأنه مسبب عن الشرط، فلا ملازمة بين تخلف الشرط والضرر؛ إذ ربما يتخلف الشرط، ولا يتضرر صاحبه. نعم يتخلف غرضه، وتخلف الغرض، لا يعني الوقوع في الضرر.

وإن قلنا بأنه غير مسبب عن الشرط، فتخلف المبيع عن الصفة المعتقد البائع بوجودها، أعم من حصول الضرر أيضاً؛ لعدم الملازمة

(١) الوسائل، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

بينهما.

وأما بالنسبة إلى الصحيحة؛ فلأن غاية ما تدل عليه أن المشتري كان يعتقد بوجود صفة معينة في الضيعة، ولم يكن رآها كلها، فلما اشتراها ودخلها وقلبها، لم يجد الصفة التي اعتقد بوجودها، فاستقال البائع فلم يقله، فبين له الإمام عليه السلام أنه لا يحتاج إلى الإقالة، بل له خيار الرؤية، فليس في الرواية عين ولا أثر للاشتراط، فالرواية مطلقة من حيث اشتراط الوصف المعتقد بوجوده وعدمه، فالموضوع فيها أعم من صورة الاشتراط.

بل ما في ذيل الصحيحة شاهد على عدم الاشتراط؛ إذ لو وجد الشرط لما احتاج إلى الاستقالة والإقالة؛ فإنها لا تكون إلا في البيع اللازم، فطلبه الاستقالة دليل على عدم الاشتراط.

فالصحيحة - سؤالاً وجواباً - لا ربط لها بالخيار المسبب عن الشرط، فلا تتوافق مع مدعى الشيخ عليه السلام.

نعم، ربما يرد على الرواية إشكال، من جهة أن المشتري اشترى شيئاً مجهولاً بالنسبة إليه، فيقتضي البطلان، ولكن الشيخ عليه السلام حملها على محمل تصح معه المعاملة؛ فإنه اشتراها استناداً إلى وصف القطعة غير المرئية، أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره، وكلامه حق.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق في المسألة: أن الخيار إن كان مسبباً عن الشرط، فيختلف المدعى والدليل والنتيجة؛ فإن الدليل على لزوم الشرط أمران:

الأول: آية ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ فإنها تدل على وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، أي العقد بجميع متعلقاته، ومن بينها الشرط، بلا فرق بين أن نقول بإفادتها للزوم ابتداء، أو الحكم التكليف المستلزم له.

الثاني: دليل الشروط: «المؤمنون عند شروطهم»، كما سيأتي في محله من بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

فالخيار - على هذا المبنى - مسبب عن الشرط، والبدال عليه هذان الوجهان، والإجماع القطعي في المقام، مدركي بلا كلام، أو محتمله.

وقاعدة «لا ضرر»، لا تجري في الشروط، كما قلنا؛ لعدم الملازمة بين تخلف الشرط والضرر، إلا إذا وسعنا دائرة الضرر، بحيث تشمل فوت الغرض، ولكن مقتضى الأخذ بظهور كلمة الضرر عدم التوسعة، والاقتصار على ما يصدق عليه ضرر عرفاً.

والنتيجة: أن الخيار - بناء على كونه مسبباً عن الشرط - يثبت مع تخلفه مطلقاً، سواء للبائع أم للمشتري، تعلق الشرط بالمشتمن أم بالثمن؛ لأن للشرط أثرين: وجوب الوفاء تكليفاً، وثبوت الخيار وضعاً، بمعنى أن صاحب الشرط يملك التزامه وتعهدته بالمعاملة، لو تخلف الآخر عن شرطه، فله أن يرفع يده عنه حينئذٍ، بخلاف المعاملات التي لا شرط فيها؛ فإن التزامه يخرج عن اختياره.

وإن لم يكن مسبباً عن الشرط، بل كان بمعنى أنه اشترى متاعاً بوصف، من دون أن يشترطه؛ لأن الوصف أعم من الاشتراط، أو كان

يعتقد بوجوده، فلا يخفى عدم إمكان التمسك بآية الوفاء؛ لعدم كون الأوصاف، المعتقد بوجودها، من متعلقات العقد، لتدخل في ما يجب الوفاء به.

وتحتاج المسألة في هذا الحال، إلى بسط من المقال، فنقول:

إن المشتري إذا اشترى المتاع بوصف البائع صاحب المال، فكان على خلاف وصفه، فالذي يقوى في النظر أن له حق الخيار، وإن لم يكن اشترطه؛ لسيرة العقلاء وارتكازهم على ذلك، وفرق عندهم بين توصيف البائع، وبين توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف؛ إذ في الأول للمشتري أن يقول - بحسب ارتكاز العقلاء وسيرتهم - أنني اشتريت المتاع منك بهذا الوصف، وقد تخلف عنه، فلست بملزم بالبقاء على المعاملة.

وأما في الصورتين الأخيرين - أعني صورتَي توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف - فلم تقم السيرة على ذلك، ولا تشملهما قاعدة نفي الضرر، ومقتضى الدليل اللفظي، والأصل العملي للزوم، فليس لنا لإثبات الخيار إلا النص الخاص، والدليل التعبدي، وصحيحة جميل دالة عليه؛ إذ دلت على ثبوته في حال عدم اشتراط المشتري، ولا وصف البائع.

فتحصل من ذلك: أن القاعدة فيما نحن فيه - ونعني به عدم الاشتراط من قبل المشتري، وعدم الوصف من قبل البائع، وإنما اعتقد المشتري وجود وصف خاص، أو وصفه له الأجنبي - لا تقتضي الخيار،

وإنما يقتضيه الدليل الخاص، وهو صحيحة جميل؛ فإنها تامة سنداً، ظاهرة دلالة.

وأما في صورتني اشتراط المشتري، وتوصيف البائع، فالخيار في الأولى خيار تخلف الشرط الخاص، وفي الثانية خيار تخلف الشرط الارتكازي، لا خيار الرؤية.

ولو فرض إجمال الرواية لاقتصر في الخيار على وجود الشرط من قبل المشتري، أو توصيف البائع، ومع عدمهما، فالمدار على وجود عنوان آخر من العناوين الموجبة للخيار كالغبن وغيره، والفرض عدم كل ذلك، وإنما نحن والرؤية على خلاف ما يعتقد، فلا خيار حينئذٍ.

وقد يستدل عليه بصحيفة زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: « لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج »^(١).

ولا دلالة فيها على المطلوب؛ فإنه - كما أورد الشيخ رحمته الله - إما أن يكون السهم المشتري مشاعاً، فالمعاملة صحيحة، ولا مورد لخيار الرؤية، وإما أن يكون السهم المعين الذي يخرج، فهو شراء فرد غير معين، وهو باطل^(٢).

(١) الوسائل، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٤٦.

والنهى في الرواية قرينة على أن السؤال كان عن شراء المعين قبل تعيينه، فيكون باطلاً، ولا محل لخيار الرؤية.

واستدل أيضاً برواية عبد الرحمن بن الحجاج، عن منهال القصاب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم، أو يشتري الغنم جماعة، ثم يدخل داراً، ثم يقوم على الباب، فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثم يخرج السهم، قال: « لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة »^(١).

وهي - مضافاً إلى ضعف سندها؛ لجهالة منهال القصاب - أنها ظاهرة في تعديل السهام في قسمة الشركة، ولا ربط لها بخيار الرؤية. وعليه، فينحصر المستند لخيار الرؤية من حيث إنه خيار رؤية، في صحيحة جميل^(٢).

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨.

(٢) وفي هذا المحل طلب أحد الحاضرين من شيخنا الأستاذ دامت بركاته أن يتحدث بشيء عن مناسبة الغدير؛ لأنها تصادف اليوم الثاني، فأعرض أولاً لعدم المجال، ثم قال ما ملخصه، وإنما نذكره للفائدة:

إن أمير المؤمنين عليه السلام مظلوم من الجميع، حتى منا نحن أتباعه؛ لأننا لم نوفه حقه للدفاع عنه، وعن مظلوميته، وما يحيرنا في ذلك كلمته في هذا الموضوع، مع العلم بأن كلامه عليه السلام لا مبالغة فيه، وهو الميزان الذي يفصل بين الحق والباطل، وقد قال: « قد ظلمت عدد الحجر والمدر »، (شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد ٢٨٦/١٠).

وأيضاً سمع أعرابياً، صاح: وا مظلمتاه! فاستدناه علي عليه السلام، فلما دنا قال له: إنما لك مظلمة واحدة، وأنا قد ظلمت عدد المدر والوبر. (شرح النهج ١٠٦/٤: عن المسيب بن نجبة، قال: بينا علي عليه السلام يخطب إذ قام أعرابي..).

في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه

قال الشيخ رحمته: (والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف) ^(١).

هذا من حيث الأقوال، وأما من حيث الأدلة، فالذي ينبغي أن نلاحظ المستند في هذا الخيار:

ما الذي حصل؟! هذا ما يحير العقول!

ولكن الخوارزمي - وهو أحد علماء السنة العارفين - روى بسنده عن ابن عباس قال رسول الله ﷺ: « لو أن الأشجار أقلام، والبحر مداد، والجن حساب، والإنس كتاب، ما أحصوا فضائل علي بن أبي طالب عليه السلام ». وفي زيارة الغدير عن الإمام الهادي عليه السلام - وهي معتبرة جداً، وفي كل جملة منها بحار من العلم -: « لعن الله من ساواك بمن ناوك »، واستدل على هذا اللعن بما لا يستدل عليه ملاحظاً وأمثاله، فقال: لأن الله تعالى يقول: ﴿ هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ﴾.

هنا يأتي معنى: « ظلمت عدد الحجر والمدر »!

هو باب مدينة العلم، ولعله يأتي الوقت الذي نبين معنى ذلك، ولكن روى الخاصة والعامه عن الإمام الحسن عليه السلام، أنه قال حين قتل علي عليه السلام: « لقد فارقكم رجل ما سبقه الأولون بعلم ولا أدركه الآخرون »، (ذخائر العقبى ٧٤).

هذا ما يحير العقول! فإن في الأولين آدم الذي قال عنه الله تعالى: ﴿ وعلم آدم الأسماء كلها ﴾، وفيهم إبراهيم وموسى وعيسى!

وبعد ذلك يساوونه بمن قال عن نفسه: كل الناس أفقه منه..!!

فإن كان المستند الشرط، كما يظهر من الشيخ رحمته الله في عنوان المسألة، فالقاعدة تقتضي عدم الفرق بين البائع والمشتري؛ فإن الخيار لمن كان له الشرط مطلقاً، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وسواء أكان في المثلث أم الثمن؛ فإنه مشمول لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط، ولعموم: «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن نسبتها إلى البائع والمشتري واحدة، ولم يثبت تخصيصهما.

وإن كان المستند الوصف من طرف المعطي، كما بيناه واخترناه، فالقاعدة أيضاً التعميم، بمعنى إن صدر الوصف من المشتري للثمن، وجرت المعاملة مبنية عليه، فتبين للبائع خلافه، كان للبائع الخيار وإن لم يشترط؛ بمقتضى سيرة العقلاء وارتكازهم، كما اخترناه في جانب المشتري، لو صدر الوصف من البائع، فتبين خلافه.

وإن كان المستند صحيحة جميل، فالتعميم في غاية الإشكال؛ لاختصاصها بالمشتري، والتعدي إلى البائع يحتاج إلى دليل، وقد ذكروا وجهين للتعدي منه، وهما:

الوجه الأول: إلغاء خصوصية المشتري وإن كان هو موضوع الحكم.

وبما أن إلغاء الخصوصية على خلاف الأصل، ذكروا لاختياره سببين:

١- تنقيح المناط.

٢- مناسبة الحكم للموضوع عرفاً، بحيث يكون حجة في الفقه.

أما تنقيح المناط، فما لم يصل إلى حد القطع، فلا يفيد؛ لعدم تجاوزه

القياس الظني، والظن لا يغني من الحق شيئاً، وحصول القطع - مع خفاء مناطات الأحكام نفس الأمرية علينا - لا طريق له عند أهل الفن.

وأما مناسبة الحكم للموضوع، وإن كانت تقتضي إلغاء الخصوصية عرفاً في بعض الموارد، كما في الحكم بتنجس الثوب بملاقاته للنجاسة؛ فإنه يتعدى إلى غيره، مع كون الموضوع خاصاً؛ لأن مناسبة الحكم للموضوع تقضي بكون العبرة بانفعال الملاقي للنجاسة بها، ولا يختص الانفعال بالثوب.

إلا أنها لا توجب التعميم في المقام؛ لكون المناسبة فيه هي الإرفاق فقط؛ إذ لا يوجد في خيار الرؤية غبن، ولا عيب، من الأمور العقلائية الموجبة للخيار، بل لا يوجد إلا أن المشتري، كان يعتقد بوجود أوصاف في المبيع، فتبين له بعد الشراء انتفاؤها، فالتخلف كان بحدّ الداعي؛ لأنه اشتراه بداعي وجود الصفة، فالشارع جعل له خيار الرؤية إرفاقاً به، فتعدى الإرفاق منه إلى البائع يحتاج إلى دليل.

وبعبارة أخرى: أن المتخلف في خيار الرؤية هو الغرض الشخصي، من دون حصول ضرر مالي، وتخلف الغرض ليس من موجبات الخيار بحسب السيرة العقلائية، فإذا حكم الشارع بالخيار في مورد لأجله، لا يستلزم ثبوت الخيار في غيره، فلا موجب للتعميم من هذه الجهة^(١).

(١) وقد أوضح الشيخ الأستاذ دام ظلّه المطلوب بصورة أخرى في جواب على سؤال فقال: إن الشارع عندما أرفق في مورد على خلاف الأصل، احتاج إلغاء الخصوصية إلى

الوجه الثاني: الاتفاق على ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً.

والحق أن هذا الاتفاق وإن كان تاماً في نفسه، إلا أن قيامه على مورد صحيحة جميل في غاية الإشكال؛ فإن موردها ما إذا لم يوجد شرط، ولا توصيف من قبل صاحب المتاع، بل كان المشتري يعتقد بوجود الوصف فتبين خلافه، وكلمات الفقهاء مختلفة، فبعضها - كعبارة الشيخ رحمته الله - أخذت وجود الشرط، وإن ذكر الصحيحة من جملة الأدلة، ويظهر من غيره وجود الوصف، فيمكن أن يكون منشأ الاتفاق تخلف الشرط، ويمكن أن يكون منشؤه تخلف الوصف، فتعميم الاتفاق إلى تخلف الاعتقاد مشكل جداً.

وتوضيح ذلك: أن المحقق الحلبي رحمته الله في الشرائع أخذ ذكر الوصف في خيار الرؤية، فقال: (وهو : بيع الأعيان من غير مشاهدة، فيفتقر ذلك إلى: ذكر الجنس...إلى قوله:

وإلى : ذكر الوصف، وهو: اللفظ الفارق بن أفراد ذلك الجنس، كالصرابة في الحنطة، أو الحدارة، أو الدقة)^(١).

وصاحب الجواهر رحمته الله أخذ ذكر الوصف أيضاً في موارد من كلامه^(٢).

دليل، فإن لم يكن الحكم تعدياً، كان إلغاء الخصوصية مورداً لارتكاز العقلاء، وإن كان تعدياً اقتصر في مخالفة الأصل على المورد، والمرجع في غيره إلى الأصل والقاعدة.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩٣؛ حيث قال ما لفظه: (نعم، لا يبعد جوازه بعد الإناطة بالوصف، وإن لم يوثق بوجوده؛ لارتفاعه به على كل حال، وجبر الخلاف بالخيار.....

والمحقق الأردبيلي رحمته الله في مجمع الفائدة والبرهان ذكر الوصف في موردين، فقال: (لعل في ثبوت أصل هذا الخيار أيضاً عندنا لا خلاف فيه، إن لم يوافق الوصف ما وصف، وتغيّر الغائب بعد الرؤية تغيراً موجباً لزيادة الثمن أو نقصانه عادة وعرفاً...)

وقال: لعلها محمولة على عدم كونها على الوصف الذي بيع به ^(١).

وهكذا غيرهم من أعظم الفقهاء؛ فإن كلماتهم تشتمل إما على ذكر الشرط أو الوصف، وعلى بعض النصوص التي استندوا إليها وهي محل مناقشة، ولا يخفى أن بين مخالفة الوصف، ومخالفة الاعتقاد فرقاً، فذكر الوصف في مورد المعاملة حيثية تقييدية، فترجع إلى الموضوع، وأما مخالفة الاعتقاد فالتخلف عن الداعي، ولا ربط له بالموضوع.

وعليه فالقول بكون مورد تخلف الداعي والاعتقاد محل اتفاق، بحيث يحكم بثبوت الخيار للبائع بالنسبة إلى المثلث، في غاية الإشكال.

نعم، يمكن ادعاء إلغاء الخصوصية بالنسبة إلى البائع في خصوص الثمن؛ فإنه بيع واحد، فإن تخلف وصف المبيع عن ما اعتقده المشتري كان له الخيار، وإن تخلف وصف الثمن عن ما اعتقده البائع كان له

فالأولى الإناطة بما عرفت، من أنه لا بد من ذكر كل وصف، تتفاوت الرغبة بثبوتها وانتفائه، وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضاً، وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٤١٠.

الخيار، والتعدية إلى البائع بالنسبة إلى خصوص الثمن أمر يحكم به العرف.

وأما التعدية له بالنسبة إلى المثلث، كأن باع متاعه باعتقاد وجود وصف فيه، من غير شرط ولا توصيف، ثم تبين خلافه، ولم يحصل من ذلك ضرر ولا غبن عليه، فمشكل؛ لانسداد جميع طرق التعدية.

ولهذا الإشكال علقنا على هذه المسألة في تعليقة المنهاج، في الطبعة الثانية، بعد أن كنا نوافق المحقق السيد الخوئي رحمته الله فيها.

مورد خيار الرؤية

قال الشيخ رحمته الله: (مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة) ^(١).

أقول: إن المبيع من حيث الكلية والشخصية على أقسام، فيكون البيع من هذه الناحية على أقسام أيضاً:

١- بيع الكلي في الذمة.

٢- بيع الكلي في المعين.

٣- بيع السهم المشاع.

٤- بيع العين الشخصية.

والكلام في شمول خيار الرؤية لكل هذه الأقسام وعدمه، والعمدة ملاحظة الأدلة، وقبل ذلك نبداً بمقتضى الأصل والقاعدة.

وبما أن الأصل في العقود اللزوم، والخيار على خلاف الأصل،

فالمدار على إحراز الدليل الحاكم أو المخصص، وإلا فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمتيقن منه في المقام ما إذا كانت العين شخصية، كما قال الشيخ رحمته الله.

وأما مقتضى الدليل، فلا شك في خروج الكلي في الذمة من تحت خيار الرؤية خروجاً تخصصياً؛ لعدم قابلية الكلي في الذمة للرؤية، وإنما يقبلها فرده ومصدقه، فيشتري المشتري الكلي بأوصاف معينة، فتشتغل ذمة البائع به، فإن طابقه المصداق في مقام الأداء فرغت ذمته؛ لأدائه الدين، وتسليمه المبيع، وإلا فيكون مديوناً للمشتري.

وعليه فما يمكن جريان خيار الرؤية فيه، هو الأقسام الثلاثة الأخرى، فينبغي ملاحظة جريانه فيها على حسب المباني فنقول:

إن كان المستند للخيار هو الشرط، كما يظهر من عبارة الشيخ رحمته الله في العنوان، فهو يجري في الأقسام الثلاثة بلا إشكال؛ فإن المبيع - سواء أكان كلياً في المعين، أم سهماً مشاعاً، أم عيناً شخصية - إذا كان مشروطاً بوجود أوصاف معينة فيه، وتخلّفت عنه حين ما رآها المشتري كان له الخيار.

ومنه يظهر الإشكال في حصر الشيخ رحمته الله لمورد الخيار في العين الشخصية، مع أن موضوع البحث عنده رؤية المبيع على خلاف الشرط.

وإن كان المستند التخلّف عن وصف البائع لمتاعه، فهو يجري أيضاً في الأقسام الثلاثة.

وإن كان المستند قاعدة « لا ضرر »، فيجري أيضاً فيها ثلاثتها؛ لأن لزوم المعاملة فيها كلها ضرر على المشتري، فينفي بالقاعدة.

وإن كان المستند صحيحة جميل، وجمدنا على النص، فهو يختص بالعين الشخصية؛ لأخذها فيها سؤالاً وجواباً؛ وعدم الإطلاق في جواب الإمام عليه السلام، ليطمسك به.

وأما بالنسبة إلى الكلبي في المعين، والكسر المشاع، فيطمسك فيهما بالأصل والقاعدة، وهما يقتضيان اللزوم؛ لعدم ثبوت التخصيص إلا في العين الشخصية.

نعم، يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع، حسب الارتكاز العرفي.

وهو أمر ممكن في الكسر المشاع؛ فإنه وإن كان خارجاً عن مورد الصحيحة، إلا أنها ظاهرة في كون منشأ ثبوت الخيار، هو تخلف ما اعتقده عمّا رآه، ولا فرق من هذه الحثية بين الفرد المعين والمشاع، فلو اشترى نصف الضيعة، ثم ذهب وقلبها فوجد بعضها على خلاف ما وصف له، أو ما اعتقده فيها، كان له الخيار، ولا فرق بين المعين والمشاع.

بل عند التأمل، لا فرق بين العين الشخصية، والكلبي في المعين، من جهة عرفية، فلو اشترى صاعاً من صبرة من الحنطة بصفات خاصة، فتبين أنها على خلاف تلك الصفات، فله الخيار، وتلغى الخصوصية عرفاً.

فالتبجة:

أن المستند إن كان الشرط، أو الوصف، أو قاعدة نفي الضرر، فالخيار يأتي في الأقسام الثلاثة بلا إشكال، وإن كان الصحيحة، ففي التعميم للكسر المشاع، والكلبي في المعين إشكال، إلا أنه يندفع بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى ملاحظة الارتكاز العرفي.

فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع

إذا باع العين الغائبة، واشتراها المشتري باعتقاد اشتمالها على صفات معينة، فتبين خلافه، كما هو مورد خيار الرؤية، فذكر الشيخ رحمته الله؛ لأجل صحة البيع، شرط الوصف، ونقل أقوال الفقهاء في ذلك، ومجموع ما تنتهي إليه أقوالهم أربعة:

١- الاقتصار على اعتبار ذكر الوصف، من دون قيد فيه.

٢- اعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

٣- ذكر الوصف المعتبر في صحة بيع السلم.

٤- ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر.

وهذا الاختلاف لم يقتصر على ما بين الفقهاء، بل وقع حتى في كلام الواحد منهم، كما في العلامة رحمته الله في التذكرة، ولهذا ينبثق إشكال؛ إذ مع هذا الاختلاف ينفي أحدها الآخر؛ فإذا كان الشرط ذكر مطلق الوصف، فهو يتحقق بمطلقه، وأما إذا كان الشرط ذكر الوصف الدخيل في مراتب المالية، فلا يتحقق بذكر مطلق الوصف.

المراد من الوصف المعتبر ذكره في البيع

وقد رفع الشيخ رحمته الله الإشكال بكون الظاهر (أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادّعي الإجماع على كل واحد منها.

ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفي في السلم عندنا.

وعنه في موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع ^(١).

فلا بد أن يكون الشرط المجمع عليه واحداً، وإن كانت عباراتهم قاصرة عنه، والمستفاد من الشيخ رحمته الله في آخر بحثه: أن الوصف المجمع على اعتباره في صحة البيع، هو الوصف الراجع للجهالة والغرر.

الإشكالات الواردة في المقام ودفعها

ثم أورد الشيخ رحمته الله عدة إشكالات:

الإشكال الأول وجوابه

أنه ربما يتراعى التنافي بين اعتبار الأوصاف الدخيلة في المالية، والتي يختلف الثمن باختلافها، وبين الأوصاف المأخوذة في صحة بيع السلم؛ فإن الأولى كثيرة، واعتبار ذكرها كلها يوجب تضيق دائرة المبيع، وأما صحة السلم، فمبنية على التوسعة والتسامح؛ لئلا يلزم عزة الوجود، أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق، فلا يشترط فيه وصف كل عضو من

(١) المكاسب ٥: ٢٤٩.

الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوتت به القيمة.

وأجاب عنه الشيخ رحمته بأجوبة ثلاثة:

الأول: أن الشرط واحد في الاثنين، بمعنى أنه يشترط في بيع السلم ما يشترط في بيع العين الغائبة، من ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية، بغض النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم.

الثاني: أن استقصاء الأوصاف الدخيلة في المالية، شرط في صحة بيع السلم، حتى وإن أفضت إلى عزة الوجود؛ لأن المدار على حصول الغرر، وعدم ذكر ما يوجب اختلاف القيمة غرر، وعزة الوجود ليس بعذر للترخيص، بل عزة الوجود وتعذره يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه^(١).

الثالث: ما اختاره في آخر البحث، وهو الحق، من أن مقتضى إطلاق ﴿أحل الله البيع﴾ صحة كل ما يصدق عليه بيع، والمانع من هذا الإطلاق ينحصر في « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»، وعليه فيكون المدار في جميع الموارد - سواء في بيع العين الغائبة، أو بيع السلف - على وجود الغرر، فلا تنافي بين الموردين؛ فإن المرجع إلى القواعد الأصولية، فإن وجد الإطلاق نظرنا، فإن كان له مقيد، نظرنا في حدوده، فإن كان مبيناً قيدنا به المطلق، وإن كان مجملاً اقتصرنا في التقييد على

(١) المكاسب ٥: ٢٤٩ - ٢٥٠.

القدر المتيقن، وتمسكنا بالإطلاق في غيره^(١).

وهذا البيان في غاية الإتقان.

الإشكال الثاني

أن الأوصاف الدخيلة في المالية، التي تختلف باختلافها القيمة، كثيرة غير محصورة، وخصوصاً في العبيد والإماء؛ فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أثمانهم، كالكتابة، والفهم، وجودته، والجمال، والطول،.. غير محصورة جداً، فإذا علّقت صحة بيع العين الغائبة على استقصائها لم يتيسر بيعها، وانتهى بيعها إلى الغرر، لا سيما وأن الغرر الشرعي أدق من العرفي، والثاني أخص من الأول؛ فإن بيع الحنطة إلى وقت الذرو، ليس بغرري عرفاً، ولكنه غرري شرعاً^(٢).

الإشكال الثالث

وهو ما عبّر عنه وأشكل من ذلك، وحاصله: أنه يلزم - إذا علّقت صحة بيع العين الغائبة، على ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية - عدم الفرق بين بيع العين الغائبة، والعين الحاضرة؛ فإن الظاهر أن وصف العين الغائبة، يقوم مقام الرؤية في الحاضرة، فكما أنه يعتبر ذكر الأوصاف الدخيلة في المالية في العين الغائبة، فكذلك يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة، مما يختلف الثمن باختلافها، والحال أن السيرة العقلائية القطعية في حال

(١) المكاسب ٥: ٢٥٣.

(٢) المكاسب ٥: ٢٥٠.

الرؤية، على عدم حصول الاطلاع على جميع الخصوصيات، فينبغي -
والحال هذه - أن يُفصّل في شرط صحة البيع، من حيث الأوصاف، ولم
يذهب إليه أحد من الفقهاء المتقدمين، ولا المتأخرين^(١).

جواب الشيخ عن الإشكاليين

وما أجاب به الشيخ رحمته الله في الأخير يكون جواباً عن هذين
الإشكاليين، وبيانه:

أن المدار في الصحة على نفي الغرر، وعنوان الغرر مما ذكر في لسان
الدليل، فيكون المرجع فيه إلى العرف، وأن المانع هو الغرر العرفي، ولا
معنى للقول بالغرر الشرعي، بل لا معنى لتقسيم الغرر إلى عرفي
وشرعي؛ فإنه من الأغلاط.

نعم، الشارع أضاف في بعض الموارد قيوداً، مما أوجب التضييق في
نظر العرف، كما في بيع المكيل والموزون؛ فإن الغرر العرفي يرتفع
بالمشاهدة، ولكن الشارع اعتبر فيه الكيل والوزن بالدليل الخاص،
واعتبار الزائد لا يوجب أن يكون للغرر حقيقة شرعية.

فالمانع هو خصوص الغرر العرفي، وما أضافه الشارع من القيود،
يكون بتعدد الدال والمدلول^(٢).

(١) المكاسب ٥: ٢٥٠.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال: أن إضافة الشارع قيد الكيل
والوزن في ما يكال ويوزن، ليس بتصرف منه في مفهوم الغرر؛ فإن الغرر عرفاً يرتفع

نعم، بما أن الغرر كغيره من المفاهيم، تقع فيه الشبهة من ناحية المفهوم؛ فإننا وإن أخذنا الغرر من العرف، إلا أنه ليس بالنحو الذي كانت جميع حدوده مبيّنة عند العرف، فلو شك في سعته وضيقه يكون من المخصص المجمل، المردد بين الأقل والأكثر، فيخرج عن الإطلاق بالمقدار المتيقن، ويتمسك في حالة الشك في غررية فرد من أفراد البيع بإطلاق ﴿أحل الله البيع﴾، فيحكم بصحة البيع.

الإشكال الرابع والجواب عليه

أن الغرر يحصل في بيع العين الغائبة، سواء أذكرت الأوصاف أم لم تذكر، أما إذا لم تذكر فالغرر فيه واضح؛ لاختلاف قيمة المبيع من حيث وجود الأوصاف فيه وعدمه، واختلاف قيمته من حيث نوع الوصف، وأما إذا ذكرت وأخذت مقيدة فيه، فيشك في وجود العين المتصفة بها، فيكون الغرر فيه أعظم^(١).

وما يستفاد من الشيخ رحمته الله للجواب عنه وجوه:

الوجه الأول: أن الغرر هو ترك ذكر الأوصاف، أو أخذها مقيدة في العين، وليس المراد أحدهما، بل هنا شق ثالث، وهو أخذ الأوصاف مشروطة، لا مقيدة، ولا غرر فيه، بحيث يبيع العين ملتزماً بوجود الأوصاف الفلانية.

بالمشاهدة، ولكن لخصوصية في المكيل أضاف قيداً زائداً، فيكون عدمه مانعاً آخر عن صحة البيع.

ثم نقل وأيد ما صرح به النهاية والمسالك - في مسألة ما لو رأى المبيع ثم تغير عما رآه - : أن الرؤية بمنزلة الاشتراط، ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً^(١)، فإذا رأى العين بصفة معينة، ثم تغيرت، فهو بمنزلة اشتراط تلك الصفة، فالوصف قائم مقام الرؤية فيكون ذكره اشتراطاً.

الوجه الثاني: كما أن الاعتماد على وصف الأجنبي يرفع الغرر، فكذلك الاعتماد على بيان البائع لأوصاف المبيع.

الوجه الثالث: أن المانع من صحة البيع الغرري هو: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، وبما أنه أخذ في المانع عنوان الغرر، فالمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى الغرر في بيع العين الغائبة، المبني بيعها على الأوصاف.

هذا من جهة العرف، وأما من جهة الشارع، فلا دليل على المنع من صحة بيع العين، من حيث الجهل بوجود تلك الأوصاف، التي بنيت

(١) نهاية الأحكام ٢: ٥٠١، وعبارته هي: (وإن وجدته متغيراً، احتتمل البطلان؛ لسبق انتفاء المعرفة، والأقوى الصحة؛ لبناء العقد في الأصل على ظن غالب، ولكن له الخيار، ولا نعني بالتغير التعيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، ولكن الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية، فكل ما فات منها، فهو بمثابة ما لو تبين الخلف في الشرط).

وفي المسالك ٣: ١٧٨: (وبالحملة، فالرؤية بمثابة الشرط للصفات الكائنة عند الرؤية، فكلما فات منها كان كما لو تبين الخلف بالشرط).

عليها المعاملة، فالمقتضي للصحة موجود، والمانع مفقود^(١).

إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وقد أورد المحقق الخراساني رحمته الله على الوجه الأول: بأن الشرط نفسه غرري؛ لأنه باع العين مع الالتزام بوجود الأوصاف المعيّنة، فبما أنه لم يعلم بتحققها ووجودها، فلا محالة يكون الشرط غريباً، والغرر في الشرط موجب لفساده، فإذا فسد الشرط، فإن قلنا بأن الشرط الفاسد موجب لفساد المشروط، فلا محالة يكون البيع باطلاً.

وإن قلنا بعدم إيجابه بطلان المشروط، فلا شك في أن الشرط الغرري يوجب غررية المشروط، فيسري الغرر من الشرط إلى البيع، فيبطل البيع من جهة غرريته.

فهذا الاشتراط على كلا المبنيين منشأ لفساد البيع، فينحصر رافع الغرر في ذكر البايع أو صاف المبيع، واعتماد المشتري عليه^(٢).

رد إشكال المحقق الخراساني

وفيه: أولاً: أن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة البيع مطلقاً، والمانع من صحته إنما هو البيع الغرري؛ بمقتضى « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، وأما الغرر في غير البيع، فلم يثبت منعه من الصحة؛ لكون رواية « نهى النبي ﷺ عن الغرر » مرسلة، وعلى هذا، فالغرر في الشرط

(١) المكاسب ٥: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٢) حاشية المحقق الخراساني رحمته الله على المكاسب: ٢٠٦.

لا يقتضي بطلانه.

وثانياً: أن الغرر عرفاً عبارة عن الخطر، والمدار على كون المعاملة خطيرة عند العرف، والمبيع مع اشتراط وجود أوصاف فيه، معاملة متداولة عند العرف والعقلاء، ولا يرون فيها أي خطورة، فلا غرر في بيع العين الغائبة مع اشتراط وجود الأوصاف، وما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله على خلاف ما عند العرف والعقلاء.

ولو شك في صدق الغرر بالنسبة إلى بيع العين مع اشتراط وجود أوصاف معينة فيها، فهو شبهة صدقية، لا مصداقية، والقاعدة تقتضي في شبهة المفهومية للمخصص، الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، فما علم أنه غرر يخرج من تحت عمومات الصحة، والباقي يبقى تحته، فيحكم بصحة بيع العين الغائبة مع شرط الأوصاف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وأورد المحقق الأصفهاني رحمته الله على الوجه الأول أيضاً: بأن الشيخ رحمته الله أرجع الوصف إلى الاشتراط، لا إلى التقييد، ومع الالتزام بالوصف لا غرر، لا من حيث وصف المبيع، ولا من حيث وجود المبيع. **والتحقيق:** أنه مع الجهل بصفات المبيع، لا يعقل التقييد، ولا الالتزام، حتى يكون أحدهما مدار الإشكال، والآخر مدار الجواب:

أما التقييد، فلا يقال بإيجابه البطلان إلا إذا كان ممكناً، والحال أنه محال؛ فإن مورده الكلبي الذي يتضيق به دائرته، فيكون المبيع حصة

خاصة، وأما الجزئي فغير قابل للتقييد؛ لكون التقييد تضييقاً في المقيد، والجزئي غير قابل للتضييق والتضييق.

وبعبارة فنية: أن التقابل بين الإطلاق والتقييد، سواء أكان تقبال التضاد أو الملكة والعدم، لا بد أن يتواردا على موضوع قابل للتوسعة والتضييق، كما في الرقبة القابلة للتوسعة بالنسبة إلى الإيمان والكفر، وقابلة للتضييق بالإيمان، والموضوع الخارجي شخصي جزئي، والجزئي لا يقبل التوسعة والتضييق، فالتقييد غير متصور في مورد البحث.

وأما الالتزام الشرطي، فالمعقول منه أمران:

١- الالتزام بفعل، كأن يلتزم بخياطة ثوب، فيوجب استحقاق المشروع له ذلك العمل المشروط على الشارط.

٢- الالتزام بالنتيجة، كأن يبيع الدار بشرط أن يكون الكتاب ملكاً له، فيؤثر الشرط في حصولها للمشروط له.

وأوصاف المبيع، ليست فعلاً حتى يتعلق بها الالتزام، وليست نتيجة حتى تتحقق بالشرط^(١).

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني

وما أفاده عنه قوي من جهة فنية، ووارد على تعبير الشيخ عليه السلام؛ لإرجاعه الاشتراط إلى الالتزام؛ فإن كتابة العبد، وصفات الفرس، غير قابلة لتعلق الالتزام؛ لعدم وقوعها تحت الاختيار.

(١) حاشية المحقق الأصفهاني عليه السلام: ٤: ٤٠١ - ٤٠٢.

ولكن هنا شرطاً ثالثاً صحيحاً؛ إذ هو ممكن ثبوتاً، وقام الدليل عليه إثباتاً، وبيان ذلك:

أن في كل معاملة التزامين، أحدهما الالتزام بأصل نقل الملك إلى طرف المعاملة، وهو الالتزام المعاملي، والآخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، والوفاء به، والشروط في المعاملات ترجع إلى الالتزام الثاني، فإذا اشترى المبيع مشروطاً بوجود الوصف، كأن يشتري العبد الكاتب، فهو لم يشتر العبد المقيد بكونه كاتباً، لتكون الكتابة مقوماً للمبيع، بل اشترى العبد بشرط أن يكون كاتباً، فلو أراد بذلك الشرط الالتزام المعاملي، بمعنى تعليق الإنشاء على الكتابة، لكان من التعليق المبطل بالإجماع.

ولكنه إذا أراد به الالتزام بالوفاء، بمعنى أن يكون الوفاء بالمعاملة مشروطاً بأن يكون العبد كاتباً، فلا ضير فيه، وهو ليس من قبيل شرط الفعل، ولا شرط النتيجة، اللذين هما محل الإشكال عند المحقق الأصفهاني رحمته الله، وهذا النحو من الشرط ممكن ثبوتاً، وقام عليه الدليل إثباتاً، وهو حديث «المؤمنون عند شروطهم»، بل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ أيضاً؛ فإن المقصود منها الوفاء بالعقود وبجميع متعلقاتها.

ونتيجة ذلك: ثبوت الخيار عند تخلف الشرط والوصف.

والحاصل: أن إشكال المحقق الأصفهاني رحمته الله وارد على تعبير الشيخ رحمته الله، ولكن حصره لاشتراط وصف المبيع في القيد الممتنع في الجزئي، والشرط المنحصر في شرط الفعل والنتيجة، غير تام؛ لأن هناك

قسماً ثالثاً للشرط، وبيع العين الغائبة بشرط الأوصاف، بالنحو المتقدم من الشرط صحيح، إلا أن له الخيار عند تخلف الشرط والوصف.

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور

والمشهور بين الأصحاب أن الخيار بين الرد، والإمساك بدون الأرش، وفي المسألة وجهان آخران:

الوجه الأول: التخيير بين الرد والإمساك بالأرش، فيكون تخلف ثبوت الوصف عن العين الغائبة المبيعة بالوصف موجباً لخيار العيب، وهو مختار الحلبي رحمته الله في السرائر^(١).

الوجه الثاني: بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف، ونقله الشيخ رحمته الله عن جماعة من المتقدمين^(٢)، ووجهه المحقق الأردبيلي رحمته الله

(١) السرائر ٢: ٢٤١ - ٢٤٢، وعبارته رحمته الله هي:

(فأما بيع العين الموصوفة، غير المشاهدة بخيار الرؤية، فهو بيع الأعيان الغائبة، وهو أن يتتاع شيئاً لم يره، مثل أن يقول: بعثك هذا الثوب الذي في كمي، أو الثوب الذي في صندوقي، وما أشبه ذلك، فيذكر جنس المبيع، فيتميز من غير جنسه، ويذكر الصفة؛ لتقوم مقام المشاهدة في العين المرئية؛ لأن العين المرئية، لا يحتاج في بيعها إلى ذكر صفتها. ومن شرط هذا البيع، وصحته، ذكر الجنس والصفة معاً، فإن أخل بأحدهما، بطل البيع، فإذا عقد البيع، ثم رأى المشتري المبيع، فوجده على ما وصفه الباع له، كان البيع ماضياً، ولم يكن لأحدهما خيار، وإن وجده على خلاف الصفة، كان له رده، وفسخ العقد، أو أخذه، وأخذه الأرش، لا يجبر على واحد من الأمرين).

(٢) نقله الشيخ رحمته الله بعنوان النسبة في المكاسب ٥: ٢٥٣؛ إلى ظاهر المقنعة، والنهائية، والمراسم، ونسبه إليهم صريحاً السيد صاحب مفتاح الكرامة ١٤: ٢٧٥ - ٢٧٦؛ حيث قال: (وخالف المفيد في المقنعة، في موضعين منها، فقال: إن خرج على غير الصفة كان البيع

كما سيأتي.

أما ما أفاده ابن إدريس رحمته الله ففيه ما أورده الشيخ رحمته الله عليه:

أولاً: أنه لا دليل على الأرش، وثبوته يحتاج إلى دليل؛ فإن ثبوته حتى في خيار العيب ليس بمقتضى القاعدة، بل لثبوت الدليل عليه؛ فإن مقتضى القاعدة أن سلامة المبيع من جملة الشروط، فإذا تخلفت ثبت الخيار، وأما ثبوت الأرش، فهو على خلاف القاعدة، فيحتاج إلى دليل.

وثانياً: أن الوصف المفقود لو كان له دخل في صحة المبيع لتوجه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب، لا بخيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه.

وأما ما استظهر من كلام المفيد والشيخ قدس سرهما، فالنسبة مورد تأمل؛ لأن تعبير كل منهما أنه (إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً)، والرد وإن كان ظاهره البطلان، إلا أن الشيخ رحمته الله عبّر بهذا التعبير في خيار الغبن^(١)، ولا يخفى أن المراد منه فيه، الخيار في البيع، لا البطلان، وأما الشيخ المفيد رحمته الله فقد تعرض للمسألة في مقامين، في أحدهما عبّر بمردود، وفي الآخر بالبطلان، ومع هذه العبارات المختلفة

باطلاً، ووافقه الشيخ وأبو يعلى في النهاية، والمراسم، في الأعدال المحزومة).

(١) ورد هذا التعبير في النهاية: ٣٩١، ولكن في باب البيع بالنقد والنسيئة، وعبارته هي:

(ولا بأس أن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى في الحال بنسيئة، إذا كان المبتاع من أهل المعرفة . فإن لم يكن كذلك، كان البيع مردوداً).

لا يبقى مجال لظهور الرد في البطلان في المقام^(١)، إلا أن المحقق الأردبيلي رحمته الله قد تأمل في الصحة، وبين الوجه في تأمله، فنحن وما أفاده، والبحث يقع في ضمن نقاط:

النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقق الأردبيلي

وحاصله: وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود، والموجود غير معقود عليه^(٢).

وتوضيحه: أنه لما وقع العقد على المبيع موصوفاً بالوصف الخاص، كأن قال بعثك هذا العبد الكاتب، ثم تبين أن العبد الموجود ليس بكاتب، لم يقع العقد على الموجود؛ لأنه ليس بكاتب، وما وقع عليه

(١) تعرض الشيخ المفيد رحمته الله للمسألة في مقامين، وفي أحدهما عبّر بمرود، وفي الآخر بالبطلان، قال في المقنعة: ٥٩٤: (ولا بأس ببيع الموجود في الوقت بالصفة وإن لم يشاهده المبتاع في الحال . فإن قبضه ووجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضياً . وإن كان بخلاف الصفة كان مردوداً).

وقال في ص ٦٠٩: (باب بيع الأعدال المحزومة والجرب المشدودة ولا يجوز بيع المتاع في أعدال محزومة وجرب مشدودة ، إلا أن يكون له برنامج يوقف منه على صفة المتاع في ألوانه وأقداره وجودته ، فإن كان ذلك كذلك وقع البيع عليه ، فمتى خرج المتاع موافقاً للصفات كان البيع ماضياً . وإن خرج مخالفاً لها كان باطلاً).

وأما الشيخ رحمته الله فكما أفيد قال في النهاية: ٣٩١: (ولا يجوز بيع المتاع في أعدال محزومة وجرب مشدودة إلا أن يكون له برنامج يوقفه منه على صفة المتاع في ألوانه وأقداره . فإذا كان كذلك ، جاز بيعه . فإذا نظر إليه المبتاع ، ورآه موافقاً لما وصف له وذكر ، كان البيع ماضياً . وإن كان بخلاف ذلك ، كان البيع مردوداً).

(٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٨٣.

العقد لم يكن موجوداً، فمقتضى القاعدة البطلان؛ لاندراجه تحت كبرى: ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقق الأردبيلي

وناقشه صاحب الجواهر رحمته الله - ورماه بالضعف -: بأنه يبتني على عدم التفريق بين وصف المعين، والوصف المعين، والخلط بين الذاتي والعرضي ^(١).

وقد سبقه كاشف الغطاء رحمته الله في الإشكال عليه بما نصه:

« والقول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة فيكون البيع باطلاً، لا وجه له.

وسر الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات، ووصف المعين من الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي. مع أنه أقصى ما هناك أنه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى..» ^(٢).

وقد تعرّض له الشيخ رحمته الله أيضاً وأضاف له هذه الضميمة: (وأن أقصى ما هنالك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى) ^(٣).

(١) الجواهر ٢٣: ٩٤.

(٢) شرح خيارات اللمعة ص ١١٨ للمحقق الشيخ علي كاشف الغطاء.

(٣) المكاسب ٥: ٢٥٥.

وتوضيح مراد صاحب الجواهر رحمه الله: أن المبيع إذا كان كلياً فالوصف ليس معيّنًا له؛ لأن الكلي غير معيّن، بل هو معيّن للموصوف، فإذا باع الحنطة بيعاً كلياً، كأن قال بعثك مائة من الحنطة، ووصفها بالحنطة السيحية، فهذا الوصف لهذا الفرد معيّن للموصوف، والكلي يتصف بهذا الوصف ويتعين به.

والوصف للكلي على نحوين: ذاتي، وعرضي، فالأول عنوان الحنطة، والثاني كونها سيحية، وكلا الوصفين مقومان للكلي، فإذا كان المبيع الحنطة السيحية، فكما لا تنطبق على الشعير، لا تنطبق على الحنطة المسقية سقياً بالماء، وعلى هذا التقدير يتمّ كلام المحقق الأردبيلي؛ فإنه إذا تخلف الوصف - الذاتي أو العرضي - كان المقصود غير موجود، والموجود غير مقصود، فلا بدّ في مقام الأداء من انطباقه على الخصوصيتين، الذاتية والعرضية.

وتوضيحه: أن الكلي كلما وصف لا يخرج عن الكلية، فالكلي المتصف بوصف يخالف الكلي غير المتصف، والكلي المتصف بغير ذلك الوصف، فيلزم تخلف المبيع عند فقدان الوصف، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، وعليه فالوصف في الكلي سواء أكان ذاتياً أم عرضياً مقوم للمبيع، فإذا تخلف يوجب البطلان.

وأما إذا كان المبيع جزئياً، فلا يعيّن الوصف، بل يكون الوصف معيّنًا، فإذا باعه الحنطة التي في المستودع بوصف كونها سيحية، وتخلف الوصف، فهنا لا تأتي قاعدة: (ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد)، بل

المبيع نفس هذه الحنطة، وقد تخلف الوصف.

نعم، لو تخلف الوصف الذاتي، كأن قال بعتك الحنطة التي في المستودع، فتبين أنها شعير، لكانت صغرى إلى: الموجود غير مقصود، والمقصود غير موجود.

فتحصّل أن تخلف القصد عن الموجود يكون في موردين:

الأول: كون المبيع كلياً، أكان المتخلف الوصف الذاتي أم العرضي.

الثاني: كون المبيع جزئياً، والمتخلف الوصف الذاتي.

ومورد بحثنا في ما إذا كان المبيع شخصياً، والوصف معيّناً، لا معيّناً، وتخلف الوصف العرضي لا الذاتي، وعليه فيبطل برهان المحقق الأردبيلي رحمته الله.

النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر

وأشكل الشيخ رحمته الله على كلامي كاشف الغطاء وصاحب الجواهر: بأنه مجازفة لا محصّل لها^(١).

ومراده رحمته الله يحتاج إلى تحقيق؛ فإنه أراد أن يبين منشأ تأمل المحقق الأردبيلي رحمته الله: بأن المعاملة لما وقعت على المبيع بالوصف الخاص، وتبين كونه فاقداً له، لم تكن مورداً للرضا المعاملي، فإنه لما باع العين الشخصية، ولو كانت موصوفة بالوصف العرضي، ككتابة العبد، وكون

(١) المكاسب ٥: ٢٥٥.

الحنطة سيحية، وتبين الخلاف؛ فإن المبيع الفاقد للوصف لم يكن مورداً للرضا المعاملي، فما كان مورداً للرضا المعاملي لم يوجد، وما وجد لم يكن مورداً للرضا المعاملي.

وبعبارة أدق: أن كبرى (تجارة عن تراضٍ) لا تنطبق على هذه المعاملة؛ لأن البناء في المعاملة على وجود خصوصية معينة مفقودة. وإذا كان هذا هو المراد، فجواب صاحب الجواهر رحمته الله لا يدفع الإشكال.

وأما تعارض الإشارة والوصف، وتقديم الإشارة، فلم يتعرض له صاحب الجواهر رحمته الله، ولكن مراد الشيخ رحمته الله منه: أنه البائع عندما أشار إلى العبد، وقال بعتك هذا العبد الكاتب، فمقتضى الإشارة أنه باع العبد المشار إليه، فما قصد وقع، وما وقع قصد، فيصح البيع، ومقتضى الوصف أنه باع العبد الكاتب، وهو غير موجود، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فيبطل البيع، وبما أن ظهور الإشارة مقدم على ظهور الوصف، فالبيع صحيح.

وإشكال الشيخ رحمته الله عليه: أولاً: أن هذه القاعدة وإن كانت مسلمة من حيث الكبرى، إلا أنها فيما إذا وجد الظهوران المتنافيان، أي ظهور الإشارة، وظهور الوصف، وبما أن الإشارة أظهر من الوصف فتقدم، ولكن في المقام لم يوجد تعارض بين الإشارة والوصف، بل إن متعلق البيع هو مورد للإشارة والوصف، وقد جمع بينهما، فقال: بعتك هذا العبد الكاتب، فأشار إلى العبد، ووصفه بالكاتب، فلا يوجد بينهما

تعارض، وإنما تخلف الوصف، والتخلف أمر، والتعارض أمر آخر.

وثانياً: تنزلنا وقلنا بالتعارض، فمقتضى تقديم الإشارة على الوصف أن يصح البيع ويكون لازماً؛ لأن معنى تقديم الإشارة هو إسقاط الوصف، فلا يأتي خيار تخلف الوصف، وما يراد إثباته في مقابل المحقق الأردبيلي رحمته الله أن يصح البيع مع كونه خيارياً.

فاتضح إلى هنا كلام كل من المحقق الأردبيلي، وصاحب الجواهر، والشيخ قدست أسرارهم.

وأما التحقيق، فالحق ما قال به صاحب الجواهر رحمته الله، وذهب إليه بعض شراح اللمعة أيضاً، وهو صاحب الإضافة التي لم يذكرها صاحب الجواهر، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمته الله: بأنه (مجازفة لا محصل لها)، والدليل على ما نقوله، هو بيان نفس الشيخ رحمته الله في بحث الشرط الفاسد؛ فإنه طرح هذا الإشكال وردّه، فقال في بيان الإشكال:

(أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون الشرط، معاوضة أخرى، محتاجة إلى تراضٍ جديد، وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراضٍ).

ثم قال: (ودعوى: أن الأصل في الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد - لأجل الدليل - لا

يوجب التعدي).

وهذا هو لبّ مدعى المحقق الأردبيلي رحمته الله، من أن تخلف الشرط يقتضي أن يكون المقصود غير واقع، والواقع غير مقصود.

فأجاب الشيخ رحمته الله عن ذلك:

(وحل ذلك: أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تنن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتهاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التنن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتنن جيداً، والغسل بماء الفرات؛ فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعدّ التصرف الناشيء عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراضٍ.

نعم، غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول^(١).

(١) المكاسب ٦: ٩٣، ٩٤، ٩٥، ونقلنا عين عبارة الشيخ رحمته الله لوضوحها.

وقد فرّق الشيخ رحمته الله في ذلك المبحث بين التقييد والاشتراط، ومعنى ذلك: أن المبيع تارة يكون كلياً مقيداً بقيد، ذاتياً أو عرضياً، فهنا إذا تخلف القيد، فالمقيد ينتفي بانتفائه.

وتارة يكون معيّناً، وموجوداً خارجياً، إلا أنه متصف بوصف، فهذا الوصف يكون شرطاً، لا قيداً ينتفي المقيد بانتفائه.

ففرق بين الوصف المعين للكلي، وبين الوصف الموجود المعين، وأيضاً فرق بين الوصف الركني، والوصف الذي ليس بركن، بل من العوارض.

وهذا الكلام، هو عين كلام صاحب الجواهر رحمته الله على اختصاره؛ حيث قال: بأنه اشتباه ناشيء من عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات، والوصف المعين في الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي.

فما رماه الشيخ رحمته الله بالمجازفة، هو عين الصواب بلا إشكال.

نعم، الإشكال على الضميمة - غير الموجودة في كلام صاحب الجواهر رحمته الله، وموجودة في كلمات الشيخ علي شارح اللمعة، من حصول التعارض بين الإشارة والوصف، والإشارة أقوى - تام ووارد عليه.

فالتيجة: أن جواب صاحب الجواهر رحمته الله، هو نفس جواب الشيخ رحمته الله في باب الكلي والوصف المعين، وفي الركن المقوم، والعرضي، وبه

ينحل الإشكال.

وبعبارة أخرى: إن الحاكم في ثبوت التباين بين الموجود، والمعقود عليه، وفي تخلف القصد عن العقد، هو العرف والعقلاء، فمتى ما حكم العرف بأن المورد من مصاديق ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فالحكم هو البطلان، ومتى ما حكم بأنه ليس من مصاديقه، وإنما هو من مصاديق تخلف الشرط أو الوصف، فهو صحيح مع ثبوت الخيار. والعرف والعقلاء يحكمون بالأول في موردين:

١- في الكلّي المقيّد بقيد، ركني أو عرضي، كما لو باع بنحو الكلّي مائة من من الحنطة السيحية، وفي مقام الأداء أتى بحنطة غيرها، فهنا ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ لأنه باع الكلّي، فلا بدّ أن يأتي بما هو فرده.

بخلاف ما إذا باعه الحنطة التي في المستودع، واشترط أن تكون سيحية؛ فإنه إذا تبين أنها غيرها، لم يبطل البيع، ولكن له الخيار؛ فإن الوصف المعين، غير الوصف المعين للكلّي.

٢- في الشخصي، الموصوف بوصف ركني؛ فإن تخلفه يوجب البطلان؛ لأن المتخلف قوام المبيع، فإذا تخلف، تخلف ما تعلق به الإنشاء.

خلاصة البحث

وخلاصة المباحث السابقة: أن المبيع إذا كان كلياً، وكان موصوفاً بوصف ركني مقوم للمبيع، أو بوصف عرضي، فالبيع صحيح ولازم،

ويجب في مقام الأداء أن يؤدي ما هو مصداق لذلك الكلي، فإذا باعه العبد الكاتب، وسلّم له الحمار، أو العبد غير الكاتب، لم يتخلف البيع الكلي، ووقع صحيحاً، إلا أن ما أداه لم يكن هو المبيع، وعليه أن يؤدي ما وقع عليه العقد.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، وتخلف الوصف المقوم، فالبيع باطل، كما لو باعه العبد الحبشي، وما في الخارجي حمار وحشي.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، وتخلف الوصف غير المقوم، فالبيع صحيح، والمورد من موارد خيار الرؤية، ويجري خيار تخلف الوصف والشرط.

إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض

هذا كله إذا كانت الخصوصية واضحة، كأن اتضح كونها من مقومات المبيع أو من أوصافه.

وأما إذا تردد أمرها بينهما، فلا يخفى قبل كل شيء، أن تعليق البيع على ما هو ركن ومقوم، غير مبطل له، وأما التعليق على غيره فمبطل، فإذا قال بعثك ما في الدار على أن يكون عبداً، بحيث علق البيع على هذه الخصوصية، فالبيع صحيح، وأما إذا قال بعثك ما في الدار على أن يكون كاتباً، فهذا التعليق مبطل له.

أما عدم كون الأول مبطلاً؛ فلأن البيع معلق على ما هو دخيل في صحته، والتعليق على ما هو الدخيل فيها، موافق لمقتضى القاعدة، كأن

يقول: بعتك هذا إن كان مالي؛ فإن هذا البيع المعلق صحيح بلا إشكال.
وأما تعليق البيع على الخصوصيات غير الدخيلة في الصحة، فهو
مبطل له للإجماع القطعي.

ولكن البيع فيما نحن فيه، ليس بمعلق، وإنما المعلق هو الالتزام
بالوفاء به، والتعليق المبطل، هو تعليق نفس البيع على قيد أو شرط، وأما
تعليق الالتزام والوفاء بالمعاملة على شرط، فليس من التعليق المبطل،
ولكنه موجب لثبوت الخيار.

إذا اتضح هذا، فإذا تردد أمر الخصوصية المعلق عليها البيع، بين
كونها من المقومات للمبيع، فيصح البيع، وبين كونها من الصفات
الكمالية له، فيبطل، فقد ذهب المحقق السيد الخوئي رحمته الله إلى صحة
المعاملة؛ لأن مقدار ما قام عليه الدليل من بطلان التعليق، هو التعليق
على وصف كمالي، لا على المقومات؛ وبما أن الدليل ينحصر في
الإجماع؛ لعدم وجود الدليل اللفظي، لיתمسك بإطلاقه، والإجماع دليل
لبي، لا لسان له، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص ما إذا
أحرز كون الوصف وصفاً كمالياً.

وبيان آخر: أن مقتضى إطلاق قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾
صحة كل بيع ونفوده، بما فيه البيع المعلق، وخصص هذا الإطلاق
بواسطة الإجماع، الدال على بطلان البيع المعلق، والإجماع دليل لبي
منفصل، وقد حَقَّق في الأصول أن الدليل المنفصل إذا كان مردداً بين
الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، ويتمسك

بالإطلاق بالنسبة إلى ما زاد عليه، فيقتصر في التخصيص على ما إذا أحرز كون المعلق عليه من الأوصاف العرضية^(١).

ثم قال في ذيل الكلام: أنه إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة، فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير؛ لأنه إن كان التخلف في الواقع في المقوم، فيحكم بالبطلان؛ لعدم وجود المبيع، وإن كان التخلف في غيره، فيحكم بالبطلان؛ للتعليق^(٢).

وفي كلامه: أولاً: أن حكمه بصحة المعاملة في صدر البحث مطلقاً، ثم حكمه بالبطلان على كلا التقديرين متهافتان؛ لأن حكمه بالصحة في أول الكلام كان لأجل أن التعليق إن كان على المقوم فلا يوجب البطلان، وإن كان على العرضي، فلا يوجبه؛ لعدم دخوله في الإجماع، وعليه فإذا تبين الخلاف، فإن كان فاقداً للخصوصية المقومة، كانت المعاملة باطلة؛ لأن المبيع غير محقق، وأما إذا كان فاقداً للخصوصية العرضية، فالمعاملة صحيحة، ولا وجه لبطلانها^(٣).

(١) لا يخفى أن جهة الاقتصار على القدر المتيقن في الإجماع هي كونه دليلاً لبيها كما ذكر في الأعلى، وأما تردد المخصص بين الأقل والأكثر فهذه جهة أخرى.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٦٨.

(٣) وإن قيل بأن الوجه في بطلانها أنه تبين أن البيع معلق على الخصوصية العرضية، والتعليق موجب للبطلان حينئذ.

فيقال: بأنه قد تقدم أن التعليق في الإنشاء مبطل وإن كان ذكر على وجه الاشتراط، والاشتراط صحيح وإن ذكر على وجه التعليق، فالمعيار على ما هو الواقع من كون

وثانياً: أنه حكم في الذيل بالبطلان على التقديرين، فنقول: بأن متن الواقع لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون المتخلف ركناً، فالمعاملة باطلة، وإما أن يكون غير ركن، فهي باطلة أيضاً بنظره، فلا يعقل صحة هذه المعاملة من أساس؛ إذ لا يوجد غير هذين التقديرين، وكلاهما محكوم بالبطلان^(١).

المذكور من المقومات أو الخصوصيات، فإن كان من الخصوصيات فالعقد صحيح، وإن ذكر على نحو التعليق.

(١) إن قيل: إن الحكم بالصحة كان في ظرف عدم تبين الخلاف، وهو موافق للقاعدة، وأما مع تبين الخلاف فلا موجب للصحة.

قيل: المفروض أن المحقق الخوئي رحمته الله حكم بالبطلان من جهة عدم التراضي على فاقد الوصف.

مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟

قال الشيخ رحمته الله: (الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد؛ حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، واحتمله فيب نهاية الأحكام)^(١).

هذا من جهة الأقوال، وأما البحث في الأدلة، فكلام الشيخ رحمته الله - على تشويشه - يقع في نقاط:

الأولى: مقتضى القاعدة.

الثانية: مقتضى الدليل الخاص.

وهاتان النقطتان ترتبطان بالقول بالفور.

الثالثة: دليل القول بالتراخي.

مقتضى القاعدة عند الشيخ

أما النقطة الأولى، فقد قال الشيخ رحمته الله تعليقاً على قول القائلين بالفور: (ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن).

(١) المكاسب ٥: ٢٥٧.

وتوضيح مراده: أن الأصل في البيع هو اللزوم، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بمقدار ما قام عليه الدليل، فإن لم يكن للدليل إطلاق اقتصر في الخروج على المقدار المتيقن، وأما ما عداه فيبقى تحت اللزوم، وفي المقام ثبت الخيار في الزمان الأول، فثبت خروجه عن أصالة اللزوم، وأما ما عداه، فلم يثبت خروجه، فيبقى تحتها، والنتيجة هي الفور.

وللتوضيح أكثر، لا بدّ من معرفة مبنى الشيخ رحمته الله في كبرى المسألة، وأصالة اللزوم، وما المقصود منه في المقام، اللفظي أو العملي، فنقول:

إن منشأ أصل اللزوم، أصل لفظي، وأصل عملي، أما الأصل اللفظي، فالمراد به التمسك بأية ﴿أوفوا بالعقود﴾، ويتمّ بهذا البيان: إن موضوع بحثنا هو البيع الواقع، وهو بحسب الزمان محكوم باللزوم مستمراً؛ فإن ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيثيتين:

الأولى: العموم الأفرادي، بمعنى وجوب الوفاء بكل عقد، أو كل عقد لازم.

الثانية: العموم الأزمانى، بمعنى أن وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقد، مستمر من حيث الزمان.

ولا إشكال في ثبوت خيار تخلف الوصف، أو الاعتقاد عند الرؤية، بالنسبة إلى المبيع الذي وقعت عليه المعاملة موصوفاً بوصف، أو مع اعتقاد اشتماله على وصف، فتبيّن خلافه، ومعنى ذلك تخصيص العموم الزماني للزوم؛ فإن هذا الفرد قد خرج من تحت عموم دليل اللزوم في هذه القطعة من الزمان، فما هو الحكم بعد الزمان المقطوع؟

وبعبارة أخرى:

أن ﴿أوفوا بالعقود﴾ قد ارتفعت دلالتها على اللزوم بالنسبة إلى المقدار المتيقن، فما هو الحكم بالنسبة إلى غيره؟

مبنى الشيخ رحمته الله، هو أن العموم الزماني على قسمين:

١- العموم الزماني بنحو العام الاستغراقي.

٢- العموم الزماني بنحو العام المجموعي.

ولا ثالث لهما؛ لأن عموم الحكم في الزمان، إن كان بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فلازمه تعدّد الحكم، وهو معنى العام الاستغراقي، ومع تعدّد الأحكام، فالفرد المتيقن خرج من تحت العموم يقيناً، وأما ما عداه فتنتطبق عليه قاعدة التمسك بالعموم عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن لم يكن بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فالعام مجموعي، فالحكم واحد، ومتعلّقه واحد، فإذا ورد عليه التخصيص، فقد زال ذلك الحكم الواحد، ورجوعه بعد زواله يحتاج إلى دليل، فلا مرجعية للعموم حينئذٍ.

هذا نظر الشيخ رحمته الله في البابين من حيث الكبرى، وتطبيقه على ما نحن فيه لا بدّ أن يكون بهذه الصورة:

أن لزوم العقد في المقام بحسب الزمان، ليس بنحو العموم الاستغراقي؛ إذ ليس فيه وجوب وفاء لكل آنٍ، بل له لزوم واحد، أو قل

وجوب وفاء مستمر، وقد ارتفع، فلا يعود، ولا يمكن التمسك به ﴿أوفوا بالعقود﴾.

فليس المراد من الأصل اللزوم، في كلام الشيخ رحمته الله - إذن - هذا الأصل اللفظي؛ لزواله قطعاً حسب مبناه.

وإنما مراده رحمته الله هو الأصل العملي؛ فإنه بالبيع انتقلت الملكية من أحدهما إلى الآخر، وقام الدليل على جواز هذا الانتقال في الآن الأول، وهو القدر المتيقن، وأما بالنسبة إلى الآن الثاني، فمحل شك، فلو فسخ البائع لشك في نفوذ الفسخ، وشك في بقاء الملكية عند المتقل إليه، فيستصحب بقاؤها.

مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ

وأما النقطة الثانية: فالنص الخاص في المسألة، هي صحيحة جميل المتقدمة، ولو خيلنا والصحيحة لدلت على التراخي؛ لعدم بيان مدة الخيار، وعدم تقييده بعد الرؤية بزمان خاص، وهي حاکمة على الأصل. ولكن بما أن الملاك في الخيار هو الضرر؛ إذ يدخل عليه الضرر لو لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، فالنص ينزل عليه، ويسقط إطلاقه، فنكون نحن وما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، وهي تدل على ثبوت الخيار في الآن الأول فقط؛ لأن اللزوم وعدم الخيار فيه يوجب الضرر، مع انتسابه إلى الشارع، وأما في الآن الثاني، فالضرر الحاصل من الحكم باللزوم، لا ينتسب إلى الشارع، وإنما هو أوقع نفسه في الضرر؛ لعدم إعماله الخيار، فلا ينفي بالقاعدة، فالنتيجة هي الفور أيضاً.

دليل القول بالتراخي

وأما النقطة الثالثة، وهي دليل القول بالتراخي، فهو التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فإن دليل خيار الرؤية خصص دليل اللزوم، فيستصحب الخيار في الآن الثاني.

ولكنه ضعيف؛ لعدم جريان الاستصحاب؛ لأن مستند الخيار هو « لا ضرر »، فلا يحرز - بعد الآن الأول - وحدة الموضوع في القضية المتيقنة والمشكوكة.

وتوضيح ذلك: أن موضوع هذا الخيار هو المتضرر غير المتمكن من رفع ضرره؛ إذ لو حكم عليه باللزوم، لكان ضرره مستنداً إلى الشارع، فلهذا ينفي بـ « لا ضرر »، وهذا الموضوع محرز في الآن الأول، وأما في الآن الثاني فقد تبدل الموضوع؛ لتمكنه من رفع ضرره بإعمال الخيار.

ولا أقل من احتمال تبدل الموضوع؛ لاحتمال كون الموضوع هو المتضرر الذي لا يمكنه رفع ضرره بالخيار، فيتردد أمر الخصوصية الزائلة بين كونها قيداً للموضوع وعدمه، فعلى تقدير كونها قيداً له، فالموضوع قد تبدل، وعلى تقدير العدم فالموضوع باقٍ، فيكون المورد شبهة موضوعية إلى « لا تنقض اليقين بالشك ».

والحاصل:

أن القول بالتراخي يتوقف على جريان الاستصحاب، وهو لا يجري، إما لإحراز تبدل الموضوع، أو لعدم إحراز بقائه.

نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام

وهنا نكتة دقيقة في كلام الشيخ رحمته الله، وهي: أن الاستصحاب محكوم للدليل، والدليل حاكم على الاستصحاب دائماً، وبما أن الشيخ رحمته الله فيما نحن فيه قد ردّ التمسك بآية ﴿أوفوا بالعقود﴾، بحسب البيان المتقدم، فموضوع الاستصحاب تام؛ لعدم الدليل الحاكم عليه.

ولكن بما أن الشيخ رحمته الله قد استند في اختياره الفورية إلى الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملكية من انتقل إليه، فلا بدّ من البحث في النسبة بينه، وبين استصحاب بقاء الخيار، وربما يقال بتقديم الثاني، فيبطل كلامه رحمته الله، والبحث فيه يتبني على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن أصالة اللزوم لو كانت هي الأصل اللفظي، فلا شك في حكومتها على استصحاب الخيار، ولكن بما أن الأصل هو العملي، فلا شك في تقديم استصحاب الخيار عليه؛ لأنه أصل سببي بالنسبة إلى أصالة بقاء أثر العقد؛ فإن الشك في بقاء أثر العقد مسبب عن الشك في الخيار، فإن كان له الخيار شرعاً، لم يجر استصحاب أثر العقد، وإن لم يكن له الخيار جرى.

المقدمة الثانية: أن الاستصحاب يقوم مقام العلم بنفس دليل اعتباره، وعليه فاستصحاب بقاء الخيار محرز تعبدية، فإذا فسخ زال أثر العقد، الذي هو موضوع أصل اللزوم.

ولهذا ذهب الشيخ رحمته الله - في مقام الإشكال على استصحاب بقاء الخيار - إلى تبدل الموضوع، وإلا لو كان موضوعه تاماً، لجرى وقدم

على استصحاب بقاء أثر العقد، كما أوضحناه، ولكن لما تبدل موضوعه لم يجز، فلا تبقى إلا أصالة اللزوم عملاً.

هذا ما أفاده الشيخ رحمته الله من التحقيق مع إيضاح منا.

التحقيق في أصل المسألة

وأما التحقيق في أصل المسألة، فينبغي أن يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في مقتضى القاعدة.

الجهة الثانية: في مقتضى الأدلة المستدل بها على خيار الرؤية.

مقتضى القاعدة

أما الجهة الأولى، فما أفاده الشيخ رحمته الله فيها ممنوع؛ لأنه استند في ذلك إلى كون الحكم المستفاد من العموم الأزماني في آية ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) من قبيل العام المجموعي، فيكون الحكم واحداً مستمراً، فإذا انقطع لم يعد، فلا يمكن التمسك بالآية لإثبات الفورية.

وفيه: أن التمسك بالعام في حال الشك في التخصيص الزائد، لا يفرق فيه بين العموم الاستغراقي والمجموعي، أما الأول فيجوز التمسك به بلا إشكال عند الجميع حتى الشيخ رحمته الله.

وأما الثاني، فالعام المجموعي على قسمين:

الأول: العام المجموعي العرضي، كما لو قال: أكرم هؤلاء العشرة

(١) سورة المائدة: ١.

بنحو العام المجموعي، بحيث لا توجد إلا طاعة واحدة، وعصيان واحد، ثم ورد المخصص واستثنى واحداً منهم؛ فإنه لا يقال بسقوط الحكم عن البقية أيضاً، بينما لازم مبنى الشيخ رحمته أن يسقط الحكم عن الجميع؛ لكونه حكماً واحداً لا يتبعض.

الثاني: العام المجموعي الطولي، كما فيما نحن فيه؛ فإن لجميع الأزمنة بنحو المجموع حكماً واحداً بوجوب الوفاء، فلما خرج منها فرد لم يسقط العام عن بقية الأفراد^(١).

وعليه، فالمرجع في اللزوم، بحسب القاعدة - بعد الآن الأول الذي ثبت فيه الخيار - هو آية الوفاء، لا استصحاب بقاء أثر العقد، فيرتفع استصحاب حكم المخصص بالآية، بلا حاجة إلى الإشكال عليه بتبدل موضوعه.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى القاعدة عندنا، وعند الشيخ رحمته فورية الخيار، إلا أن المستند على حسب مبناها هي آية ﴿أوفوا بالعقود﴾، وعلى حسب مبنى الشيخ رحمته الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء أثر العقد، ومع رفع إشكال الشيخ رحمته، والتمسك بالآية لا يبقى مجال للتمسك بالأصل.

مقتضى الأدلة الخاصة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى الأدلة التي استدلت بها الفقهاء لخيار

(١) ألا يقال بأن ما ذكر في العام المجموعي العرضي والطولي مجرد دعوى.

الرؤية، فهي وجوه:

الوجه الأول: قاعدة لا ضرر

التي استند إليها عدّة من الفقهاء، ونتيجتها الفورية، إلا أن وجهه يحتاج إلى توضيح، وبيان مقدّمة مسلّمة وهي:

أن جريان « لا ضرر » وحكومتها على الأدلة الأولية يتوقف على إحراز الضرر، وعلى استناده إلى الشارع.

فإذا اتضح هذا، يتضح جريانها في الآن الأول؛ لأن الحكم باللزوم فيه ضرري بلا إشكال، ومستند إلى الشارع أيضاً، فيرفع بها، ويحكم بالخيار، وأما في الآن الثاني، فإن لم يكن استناد الضرر إلى الشارع محرز العدم، فهو غير محرز؛ لأنه تمكن من دفع الضرر بإعمال الخيار، ولم يعمله، فالضرر المتوجه له من لزوم المعاملة مستند إليه، لا إلى الشارع.

ولا أقل أنه لم يحرز استناده إلى الشارع، ومع عدم إحرازه، لا يمكن التمسك بها؛ لعدم انعقاد الإطلاق فيها.

فالنتيجة: فورية الخيار^(١).

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: يمكن جريان استصحاب استناد الضرر إلى الشارع، بمعنى أن الضرر في الآن الأول كان مستنداً إلى الشارع، فنستصحبه في الآن الثاني.

فأجاب دام ظله:

أولاً: يشترط في الاستصحاب أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً له،

الإشكال في هذا الوجه

ولكن المبنى مخدوش؛ لأن خيار الرؤية لا يدور مدار الضرر؛ فإن المشتري لو اشترى عيناً غائبة باعتقاد أنها متصفة بأوصاف معينة، فتبين الخلاف بعد رؤيتها، كان له الخيار عند الفقهاء ولو لم يكن متضرراً.

الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي

بمعنى أن ارتكازهم قائم على جعل الخيار لمن اشترى شيئاً بوصف، ثم تبين خلافه، ونتيجته الفورية أيضاً؛ لأن الارتكازات العقلانية من جملة الأمور اللبّية، التي لا لسان لها، حتى يتمسك بإطلاقها، فيؤخذ منها بالقدر المتيقن، وهو ثبوت الخيار له في الآن الأول فقط، بنحو الفورية العرفية، وأما ما زاد عليها، فالمرجع أصالة اللزوم.

الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة

وهي إن ثبت فيها الإطلاق دلت على التراخي، وإلا فعلى الفور، وفيها نظران:

مفادها عند الشيخ

الأول: ما أفاده الشيخ رحمته الله، من أنها إنما تثبت جعل الخيار بملاك الضرر، كما أشار إليه بقوله في المقام: (مع أن صحيحة جميل - المتقدمة في صدر المسألة - مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار

والمستصحب ليس شيئاً منهما.

وثانياً: أنه أصل مثبت.

فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق، كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص^(١).

وبناء على هذا، فمدلول الرواية ما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، فتدل على كون الخيار على الفور.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

ولكن ما أفاده رحمته الله غير تام؛ لعدم تعرض الصحيحة إلى الضرر سؤالاً وجواباً؛ فإن تمام الموضوع في السؤال هو: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟).

وتمام الموضوع في الجواب هو: فقال أبو عبد الله عليه السلام: « إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية »^(٢).

فليس فيها للضرر عين ولا أثر، فهي تثبت الخيار، حصل ضرر أو لم يحصل.

مفاد الرواية عند المحقق السيد الخوئي

الثاني: ما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمته الله، من أن الخيار إذا أضيف

(١) المكاسب ٥: ٢٥٦.

(٢) الوسائل، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

إلى شيء فلا يخلو - بحسب الاستقراء - من أقسام ثلاثة، وإن كانت الأقسام أكثر بحسب التقسيم العقلي، وهي:

١- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى متعلقه، كإضافة الخيار إلى الحيوان؛ فإن الحيوان هو المبيع الذي تعلّق به الخيار.

٢- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى سببه، كما في خيار الغبن؛ فإن الخيار مسبب عنه، ولا يبعد كون خيار العيب من هذا القبيل.

٣- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى ظرفه، كخيار المجلس؛ فإن المجلس ليس بسبب للخيار ولا متعلّق له، بل هو ظرف له، وهو واقع فيه.

والإضافة فيما نحن فيه ليست من القسم الأول بلا شبهة؛ فإن الرؤية ليست متعلّقة للخيار، فليس حالها حال الحيوان، فيدور أمرها بين القسم الثاني والثالث، والفرق بينهما أنه إذا كانت الإضافة بنحو السببية فمفاد الرواية تراخي الخيار؛ لأن المسبّب - بعد تحقق السبب - غير مقيد بزمان، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي، وإذا كانت بنحو الظرفية فمفادها الفورية؛ لأن مقتضاها أن الخيار حال الرؤية وفي ظرفها، وأما بقاؤه بعدها فلا أقل من الشك وحصول الإجمال، فيكون المرجع حينئذٍ عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١).

ولكن قام الدليل على أن المراد هي الظرفية دون السببية؛ لأن تقييد

(١) سورة المائدة: ١.

الخيار بالرؤية - في حال أريد كونها سبباً للخيار - لغو محض؛ لأن السؤال في الرواية كان عن الرجل الذي اشترى الأرض من دون أن يراها كلها، فلما رآها بعد الشراء استقال صاحبه فلم يقله، فأجابه الإمام عليه السلام: «أنه لو «نظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»، فلو كانت الرؤية سبباً لاكتفى بقوله كان له الخيار، ولا حاجة للتقييد بالرؤية؛ فإن السائل سأل عن حكم المسألة بعد الرؤية، ومقتضى الحال حينئذٍ أن يقال: له الخيار؛ إذ بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤية؛ فإن ذلك مثل أن يقال: إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، والصحيح أن يقال: فيجب الصوم.

وبما أن حمل الرؤية على السببية يلزم منه لغوية التقييد، فيتعين الحمل على الظرفية، والنتيجة حينئذٍ الحكم بفورية الخيار^(١).

الإشكال فيما أفاده المحقق الخوني

وفيما أفاده عليه السلام تأمل وإشكال:

أولاً: ما نقض به من مثال الصوم في شهر رمضان، والحكم بعدم صحته أول الكلام، بل غير تام؛ فإن الآية الشريفة تقول: ﴿شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن... فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾^(٢)، ولم تقل:

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٧١ - ٧٢.

(٢) سورة البقرة: ١٨٥.

فليصم، فهي بقوة فليصم شهر رمضان، إلا أنه استبدل الظاهر بالضمير.

وثانياً: أن تعلق الصوم بالشهر في الآية بعد فرضية دخول الشهر دليل على جوازه مع أن دخول الشهر سبب للصوم، وفيما نحن فيه أمكن تقييد الخيار بالرؤية مع كون الرؤية سبباً له.

فالكتاب والسنة شاهدان على صحة هذا الاستعمال، مضافاً إلى صحة الاطلاق عرفاً، وعدم وجود المحذور فيه عندهم، فالرؤية لها دخل في الخيار.

الصحيح في مفاد الرواية

إن منشأ ثبوت هذا الخيار وعله تحقّقه في مثل هذه الموارد، حسب المرتكزات العرفية والعقلانية، هو تخلف الوصف، وحمل سببه على غير ذلك يحتاج إلى تعبد خاص، وحيثية الرؤية حيثية كاشفة، ولا موضوعية لها؛ فإن المشتري اشترى المتاع بوصف معين، فلما رآه على خلاف الوصف كان له الخيار؛ لتخلفه عن الوصف المنكشف بالرؤية، فوزان هذه القضية وزان من اشترى المتاع ثم رآه فبان معيباً؛ فإن له خيار العيب.

ومن التعبير المتقدم بضم المرتكز العقلائي نستفيد أن منشأ الخيار هو تخلف الوصف، ولما رآه على خلاف ما وصف حكم له بالخيار.

ولو قلنا بأن الرؤية ظرف ثبوت الخيار للزم القول بعدم ثبوت الخيار قبلها ولو تخلف وصف المبيع، ولوجب الالتزام بلزوم المعاملة فيما لو اشترى العين بوصف ثم مات قبل الرؤية، وكانت العين فاقدة للوصف

من الأول؛ لأن الفرض حينئذٍ أن الرؤية ليست سبباً ولا كاشفاً عنه، وإنما هي مجرد ظرف للخيار.

والحاصل: أنه لا يمكن الالتزام بالتعبد المحض في نفس الرؤية، لا من نظر عقلائي وعرفي، ولا من نظر فقهي، فلا يقال بأن الرؤية - من حيث إنها رؤية، لا من حيث إنها كاشفة عن التخلف - تمام موضوع الخيار.

فالحق في المسألة: - بعد ضم الارتكاز إلى ظهور النص - استظهار سببية تخلف الوصف لهذا الخيار، والرؤية كاشفة عنه، وطريق إليه، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي.

ولهذا اختار نفسه ﷺ في المنهاج القول به، فقال: (المشهور أن هذا الخيار على الفور، ولكن الأقرب عدمه)^(١)؛ لأن مستنده في خيار الرؤية النص، لا قاعدة نفي الضرر، ولا الإجماع، وإنما اختار في بحثه القول بالفور استناداً إلى كون علاقة الخيار للرؤية علاقة الظرفية.

خلاصة البحث

وملخص البحث: أنه إذا كان مستند خيار الرؤية قاعدة « لا ضرر »، أو الارتكاز العقلائي فالخيار على الفور بلا إشكال.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة الظرفية فالخيار على

(١) منهاج الصالحين، المعاملات، المسألة: ١٤٨.

الفور أيضاً.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة المسبب إلى السبب، من حيث إن الرؤية طريق إلى تخلف الوصف، والتخلف هو السبب فالخيار على التراخي، وهذا هو الحق.

مسقطات خيار الرؤية

المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً

على ما ذكره الشيخ رحمته الله في أول المسقطات، ولكنه صحيح على مبناه، من القول بالفورية في الخيار، وأما على ما اخترناه من التراخي، فلا يتم.

المسقط الثاني: الإسقاط

والبحث فيه من جهات؛ حيث إن الإسقاط تارة يكون بالقول، وأخرى بالفعل، وكل منهما تارة بعد الرؤية، وأخرى قبلها، وعلى الثاني، تارة نقول بظرفية الرؤية، وأخرى بكاشفيتها، فهاهنا جهات:

الإسقاط بعد الرؤية

أما بعد الرؤية فإسقاط الخيار بالقول، أو بالفعل، وهو التصرف الكاشف عن الرضا بالمعاملة صحيح بلا إشكال؛ لوجود المقتضي وعدم المانع؛ فإن خيار الرؤية حق، لا حكم، وهو بعد الرؤية فعلي بفعلية سببه وشرطه، ولكل ذي حق إسقاط حقه، وبما أن الإسقاط إيقاع، فإنشاء هذا

الأمر الإيقاعي كما يتم بالقول يتمّ بالفعل.

الإسقاط قبل الرؤية

وأما قبل الرؤية، فإن قلنا بأنها كاشفة عن تحقّق الخيار، لا سببية فيها، ولا شرطية، فلا إشكال أيضاً في الإسقاط؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية

وإن لم نقل بأنها كاشفة، فالإسقاط محل إشكال؛ وتصويره بتقريبين:

التقريب الأول للإشكال ودفعه

أنه يلزم منه تخلف المنشأ عن الإنشاء؛ لعدم وجود الحق بالفعل حتى يتسبب الإنشاء في سقوطه، فالإنشاء قد حصل فعلاً، ولم يحصل المنشأ؛ إذ لا يثبت الخيار إلا بعد تحقّق الرؤية.

ويمكن دفعه بهذا البيان:

أنا تارة نقول:

بأن النسبة بين الإنشاء والمنشأ نسبة السببية والمسببية، كما هو المعروف من أن الصيغ الإنشائية موجدة للمعاني المنشأة، كإيجاد البيع مثلاً بصيغة (بعث)، والنكاح بصيغة (أنكحت)، وهكذا...، فيكون لبّ الإشكال تخلف المسبب عن السبب.

والجواب: أن قاعدة استحالة تخلف المسبب عن السبب إنما هي في

الأسباب التكوينية، وأما الأسباب الجعلية الاعتبارية فهي تدور مدار

المعتبر، فيمكن له أن يعتبر شيئاً سبباً لأمر اعتباري استقبالي، بحيث يوجد السبب الاعتباري من الآن، ولا يوجد المسبب الاعتباري في وعاء الاعتبار إلا في المستقبل، وسببية الصيغ الإنشائية للمعاني المنشأة اعتبارية، اعتبرها العقلاء؛ إذ هم من اعتبر أن الصيغ الإنشائية أسباب لتلك المعاني الاعتبارية، فيندفع الإشكال بهذا التقريب.

وتارة أخرى ننفي السببية بين الإنشاء والمنشأ من أصل، ونقول بالاعتبار المبرز، فلا سببية في البين حتى يقال بتخلف المسبب عن السبب، وتعلق الاعتبار بأمر استقبالي أمر ممكن.

التقريب الثاني للإشكال ودفعه

أن جعل الإسقاط فعلياً، والسقوط معلقاً على الرؤية مستلزم للتعليق المبطل بالإجماع.

والجواب عنه: - بعد فرض ثبوت عدم كون الإجماع مدركياً مستنداً للوجه المتقدم، بل كان تعبدياً - فما أنه دليل لبّي يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالمتيقن منه صورة ما لو لم يوجد سبب المنشأ ولا شرطه، وأما مع وجود السبب دون الشرط، فلم يحرز ثبوت الإجماع.

وعليه، فإن كان الإسقاط قبل تحقق العقد، فالإسقاط باطل؛ لكونه قبل تحقق السبب والشرط، وهو القدر المتيقن مما قام عليه الإجماع، وأما إذا كان بعد تحقق العقد وإن لم يحصل الشرط - وهو الرؤية - فلم يثبت قيام الإجماع على بطلانه حينئذٍ.

الصحيح في الإشكال

هذا، ولكن الصحيح في الإشكال هو: عدم إمكان الإسقاط قبل الثبوت عقلاً؛ وذلك:

لأننا إن قلنا بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمه، كنسبة الإيجاد للوجود، فالإسقاط عين السقوط، والاختلاف بينهما اعتباري؛ فإنه إذا أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن لم يضاف إليه كان سقوطاً، فلا يعقل تحقق الإسقاط فعلاً، وعدم حصول السقوط إلا بعد الرؤية مستقبلاً، كما لا يعقل تحقق الإيجاد فعلاً، والوجود غداً؛ فإنهما من وادٍ واحد.

وإن قيل:

بأن المراد من الإسقاط هو أنه يعتبر قبل الرؤية ثبوت حق الخيار بعد الرؤية، فالنسبة بينهما لا تكون نسبة المصدر لاسمه، بل ترجع إلى نسبة الإنشاء إلى المنشأ المتقدم بحثه، ولكن الجواب السابق غير وافٍ بحل الإشكال حتى على هذا التقدير؛ لأن السقوط يتوقف على الثبوت، فلا يعقل تحققه من دونه، فلا بدّ من فرض الثبوت أولاً، وبعد ذلك يسقط ما ثبت، ومن هذه الناحية اختلف هذا الإيقاع عن سائر الإيقاعات؛ فلا محذور عقلياً في أن ينشئ من الآن عتق العبد في السنة القادمة، وكذلك في سائر الأمور الاعتبارية، فينشئ من الآن الزوجية غداً، ولكن إنشاء الإسقاط قبل الثبوت أمر غير معقول؛ لتوقف السقوط على الثبوت مفهوماً.

عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال

وما ذكره الشيخ عليه السلام وآخرون - من الاقتصار في الجواب على أن الإسقاط إن كان قبل تحقق السبب - وهو العقد - فلا يمكن السقوط، وأما إذا كان بعد تحقق السبب فممكن وإن لم يتحقق الشرط، وهي الرؤية^(١) - فلا يدفع الإشكال.

جواب المحقق الرشتي

وقد سلك المحقق الرشتي عليه السلام طريقاً آخر للجواب، وحاصله: أنه بعد تحقق السبب وهو العقد، وقبل تحقق الشرط التي هي الرؤية وإن لم يثبت له حق الخيار، ولكن ثبت له استحقاق ثبوت الحق، فيكفي ذلك في صحة الإسقاط، ويرجع ذلك إلى إسقاط حق الاستحقاق، لا إسقاط نفس الخيار^(٢).

المناقشة في جواب المحقق الرشتي

وما أفاده تام لو كان ما دلّت عليه الأدلة ثبوت الحق بالعقد، ولكن ما دلّت عليه ثبوت الحكم، وبين الحكم والحق فرق كما هو واضح. وبيان ذلك: أن العقد وقع على العين الغائبة الموصوفة، فيكون العقد موضوعاً لثبوت حق الخيار فيما لو حصلت الرؤية وبان تخلف الوصف،

(١) قال الشيخ عليه السلام في المكاسب ٥: ٢٥٨: (ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب، وهو العقد. ولا يخلو من قوة).

(٢) فقه الإمامية، ج ٢ من الخيارات: ٥٩٤.

فنسبة العقد إلى ثبوت الخيار بعد الرؤية نسبة الموضوع، ومعنى ذلك أن العقد مصحح لموضوع الخيار بعد الرؤية، فالعقد لا يوجد الحق، وإنما المنشأ للحق - بحسب النص - هي رؤية العين على خلاف الوصف، واستحقاق الحق يحتاج إلى دليل.

وبيان آخر: إن الحق على جميع المباني نحو اعتبار قابل للإسقاط والميراث؛ لأن (ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه)، و(لكل ذي حق إسقاط حقه)، والحق على المسلك المحقق، وما أفاده عمدة الفقهاء هو سلطنة خاصة، وذلك جارٍ في جميع موارد ثبوت الحق، كحق التحجير، والسبق، وحق الشفعة، وحق الخيار، والعقد الحاصل لا يوجد الحق، وإنما هو موضوع لحكم الشارع بثبوت الخيار، فلا يفي ما ذكر لرفع الإشكال.

جواب المحقق الخراساني ومناقشته

وأجاب المحقق الخراساني رحمته الله عن الإشكال بقوله: (يمكن أن يقال بجواز الإسقاط، ولو بناء على كون الرؤية سبباً، بأن يكون إسقاطاً لما ثبت بعد الرؤية، ليثبت، فيسقط، لا أن يكون إسقاطاً فعلاً، كي يكون إسقاطاً لما لم يثبت)^(١).

فأولاً يتحقق ثبوت الحق، ويتفرع عليه السقوط بالإنشاء السابق، فلم يحصل الإسقاط فعلاً حتى يقال بعدم وجود الحق حينه ليسقط، ولا يلزم

(١) حاشية الآخوند على المكاسب: ٢٠٧.

السقوط بدون الثبوت في ظرفه، أي بعد تحقق الرؤية، حتى يشكل بأن لازمته السقوط بدون الثبوت.

ويرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول: أن ثبوت أي حق بدون استثناء يحتاج إلى دليل، وبما أن الحق من الاعتبار الشرعية فيحتاج إلى جعل شرعي، والدليل على مثل هذا الثبوت، بحيث يثبت فيسقط لا يخرج عن وجهين:

الأول: سيرة العقلاء القائمة على ذلك، المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام، بدون أن يردعها.

ومن المقطوع به عدم وجود سيرة عقلائية قائمة على مثل هذا الحق، أي الحق الذي يتحقق ولا يترتب عليه إلا العدم والسقوط، وغاية ما قامت عليه السيرة هو إسقاط الحقوق الموجودة بالفعل.

الثاني: النصوص.

ولكن لا يوجد أي نص يدل في مورد الإسقاط قبل التحقق على أن الحق يثبت، وبعد ثبوته يسقط.

الإشكال الثاني: أن كل أمر اعتباري، فاعتباره إنما يكون بلحاظ الأثر الذي يترتب عليه، وأما اعتبار العنوان الذي تكون نتيجة وجوده العدم، كالحق الذي نتيجة ثبوته السقوط، فهو لغو.

وأما الموارد التي وردت في الفقه، فبما أن الدليل قام عليها التزمنا

باعتبار الشيء آنأ ما، واعتبار ذلك المعتبر في مثل هذه الموارد إنما كان بلحاظ الأثر لذلك العنوان، فنلتزم مثلاً في شراء العمودين بتحقيق الملكية آنأ ما، والأثر المترتب عليه الانعتاق وإن كان لازمه العدم، ولكن الأثر المترتب هو العتق.

والحاصل: أن هذا النحو من الثبوت إنما كان ببركة قيام الدليل، وهو ضم قاعدتين مسلمتين بالإجماع الضروري، بل التسالم، وقيام النص، أولاهما: « لا عتق إلا في ملك »، والأخرى: عدم ملكية الإنسان لعموده، ولهذين الدليلين التزمنا بالملكية الآنية، وفي مثل ما نحن فيه لا يوجد مثل هذا الدليل لنلتزم بالحق آنأ ما، وأيضاً يفترق الحق عن مسألة الملكية الآنية؛ فإنه لا أثر لوجود الحق إلا عدمه، كما لا أثر لثبوته إلا سقوطه، وأما في مسألة الملكية الآنية فله أثر وهو العتق.

فلا يفى جواب الآخوند بحل الإشكال، ولا طريق لحله.

وأما التشبث بالعرف فلا طائل تحته؛ فإن مرجعية العرف منحصرة في أمرين:

الأول: في تعيين مفاهيم الألفاظ.

الثاني: في مناسبة الأحكام للموضوعات، مثلاً عندما يُسأل عن حكم ملاقة البول للثوب، فيأتي الجواب: طهره بالماء؛ فإن الثوب وإن كان هو موضوع الحكم في السؤال، ولكن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عدم الخصوصية لمورد السؤال، وأن التأثير والتأثر بالنجس عام.

وأما في ما عداهما فليس بمرجع، والرجوع إلى العرف لا يجعل غير

المعقول معقولاً.

نعم، هنا رواية يمكن أن يتمسك بها في المقام، وهي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاهما في مكاتبتهما على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: « لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم ».

فإنه يمكن أن يقال: بأن الشرط كان قبل أن يثبت لها الخيار؛ فإن الخيار لا يثبت لها إلا بعد أداء مال الكتابة.

ولكنه غير تام؛ فإن متعلق الشرط في الرواية هو عدم ثبوت الخيار لها، لا سقوطه، وبين الأمرين فرق كبير، ومحل بحثنا الثاني، لا الأول.

وبعد استقصاء جميع أنظار الأعظم، كالشيخ والمحقق الخراساني والمحقق الرشتي قدس الله أسرارهم والمناقشة فيما أفادوه يظهر عدم وجود الحل لهذا الإشكال، وصاحب الجواهر وأمثاله أرسلوا المسألة إرسال المسلمات ولو أنه نقل عن التذكرة مخالفة العلامة للقول بإسقاط خيار الرؤية قبل تحققها، فإن ثبت الإجماع التعبدي على إسقاط هذا الحق وأمثاله في ظرف الثبوت تعبدنا به، وإلا فمن ناحية صناعية لا يوجد حل للإشكال.

بقي بحث : في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه

ذكر الشيخ رحمته في شرط سقوط الخيار ثلاثة أوجه:

الأول: أنه إذا شرط في ضمن العقد سقوط الخيار، فالشرط فاسد ولكن العقد صحيح.

الثاني: الشرط والعقد صحيحان.

الثالث: الشرط والعقد فاسدان.

الوجه الأول : فساد الشرط دون العقد ودليله

أما الأول فالوجه فيه ينحصر في أن متعلق الشرط في شرط السقوط سقوط ما لم يجب، وإسقاط ما لم يجب فاسد بالإجماع، فالشرط فاسد، وسيأتي في مباحث الشرط: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، ونتيجة انضمام هاتين أن الشرط فاسد، والعقد صحيح.

الوجه الثاني : صحة كل من العقد والشرط ودليله

وأما الثاني فالوجه فيه أن شرط سقوط الخيار متفرع على ثبوته، وثبوت الخيار في العقد متفرع على صحة العقد؛ فإن شرط سقوط الخيار في العقد الفاسد غير معقول؛ وبما أن المعلول لا يمكن أن يوجب زوال علته، فالشرط لا يمكن أن يوجب فساد العقد، فالعقد محكوم بالصحة إذن.

وأما صحة الشرط؛ فلأن وجه الفساد ينحصر في كونه من إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم أن مستند ذلك الإجماع، وبما أن القدر المتيقن من

الإجماع هو خصوص صورة عدم تحقق السبب والشرط، والسبب فيما نحن فيه هو العقد، وهو متحقق، ولكن الشرط - وهي الرؤية - هي المفقودة، فالإسقاط مع وجود المقتضي خارج عن مورد الإجماع، فلا موجب للحكم بفساده، فيكون الشرط - كالعقد - صحيحاً.

الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله

وأما الثالث، وهو مختار الشيخ رحمته الله وجماعة من المحققين فذكرت له وجوه:

الأول: أن شرط سقوط الخيار فاسد؛ لأنه إسقاط ما لم يجب، والشرط الفاسد مفسد للعقد، فيفسد كلاهما.

وفيه: أولاً: أنا قد أثبتنا سابقاً عدم المحذور في إسقاط الخيار قبل تحققه، لا عقلاً ولا شرعاً، فليس الشرط فاسداً.

وثانياً: أنه سيأتي إن شاء الله تعالى في بحث الشروط عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

دليل المحقق الثاني ومناقشته

الثاني: ما أفاده المحقق الثاني رحمته الله، من لزوم الغرر عندما يشترط السقوط؛ لأن الغرر يرتفع إما بالرؤية، أو بالوصف الذي يقوم مقامه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، فيكون البيع

غريباً، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١) (٢).

وفيه: أنه وإن كان له وجه فني إلا أنه يمكن المناقشة فيه: بأن حكم البدل لا يتجاوز حكم المبدل، ولا يكون البدل أقوى من المبدل، ولو تمت الرؤية - التي هي المبدل - ثم اشترط سقوط الخيار في المعاملة لم يكن الشرط مضراً بالمعاملة، ولم يوجب الغرر، فشرط ذلك في البدل بالأولوية القطعية، فلا ينهض هذا الوجه للاستدلال.

الدليل المعتمد عند الشيخ

الثالث: ما اعتمده الشيخ رحمه الله، ويقرب بتقريبين:

التقريب الأول: أن التحقيق وإن كان عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، إلا أنه في هذا المقام مفسد له؛ لخصوصية تقتضي ذلك؛ لأن معنى أن يبيع العين الغائبة بشرط الخيار في صورة تخلف الوصف هو أن البائع ملتزم بوجود الوصف في العين، ومعنى ذلك عدم الإطلاق في المعاملة، بل تقيدت بهذه الأوصاف، والتقييد - بمقتضى القسمة العقلية - إما أن يرجع إلى البيع أو إلى المبيع، ورجوع التقييد إلى البيع غير صحيح؛ لأنه يلزم التعليق المبطل، ومع انتفاء رجوعه إلى البيع يتعين رجوعه إلى المبيع بالضرورة؛ لبطلان الإطلاق، وبطلان تقييد البيع، فيتعين تقييد المبيع.

(١) عوالي اللثالي ٢: ٢٤٨.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

فإذا كان معنى اشتراط الوصف تقييد المبيع به، فلو اشترط سقوط الخيار حينئذٍ - الذي معناه أن يلتزم بالبيع سواء أكان المبيع واجداً للوصف أم فاقداً له - للزم الجمع بين المتنافيين، أي بين تقييد المبيع بالوصف، الذي هو نتيجة اشتراط الوصف، وبين إطلاق المبيع من ناحيته، الذي هو نتيجة شرط سقوط الخيار، وهو فاسد بحكم العقل، فيكون وجود هذا الشرط في المبيع المقيد بالوصف موجباً لفساد نفس البيع.

التقريب الثاني: أنه يشترط أن يخرج بيع العين الغائبة عن الغرر، وبما أن الفرض عدم رؤيتها، فلا مخرج له عن الغرر إلا اشتراط الوصف، بحيث يلتزم البائع بوجوده فيها، فإذا اشترط سقوط الخيار فمعناه عدم الالتزام بوجوده، فيلزم الغرر، فيكون شرط السقوط فيما نحن فيه فاسداً ومفسداً؛ لأن مدلول شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بالوصف، ومع عدم التزامه به يكون البيع غررياً بالضرورة.

دفع إشكال

لا يقال: إذا كان كما تقولون فيلزم أن يكون اشتراط البراءة من العيوب في المبيع موجباً للغرر أيضاً، فيكون فاسداً.

فإنه يقال أولاً: (وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة، لا على تعهد

البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه؛ فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع، والمشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

نعم، لو شاهدته المشتري واشتراه معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات فاشتراط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البراءة من العيوب....

والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك).

وثانياً: أن الفارق بين الموردین هو النص والإجماع؛ فإن مقتضى الأصل والقاعدة فيهما البطلان، إلا أنه في اشتراط البراءة من العيوب قلنا بالصحة للنص والإجماع عليها، فخصصنا قاعدة البطلان، وأما فيما نحن فيه من شرط سقوط الخيار فلم يقيم إجماع ولم يرد نص، فمقتضى القاعدة الحكم بالفساد والإفساد^(١).

جواب المحقق الخراساني عن إشكال الشيخ

وأجاب المحقق الخراساني رحمته الله عن إشكال المنافاة للشيخ رحمته الله : بأن

(١) راجع المكاسب ٥: ٢٥٩ - ٢٦٢.

المنافاة المذكورة إنما تتم فيما لو كان اشتراط الخيار علة تامة، دون ما لو كان مقتضياً له، والحال أن الشرط هنا يصحح المقتضي للخيار ليس إلا، وشرط السقوط وإن كان يمنعه من التأثير فيما يقتضيه، إلا أنه لا ينافيه، بل ربما يؤيده؛ حيث التزم باقتضائه، وصار بصدد إبداء المانع عن التأثير فعلاً فيه^(١).

وحاصل كلامه ٢٢٢: أنه عندما يبيع العين الغائبة، ويشترط لنفسه الخيار في حال فقدها للأوصاف يكون له الخيار لولا شرط السقوط، وشرط السقوط مانع من تأثير المقتضي، فلا منافاة بينهما.

دفع جواب المحقق الخراساني

وهو ممنوع؛ لأن المراد من الشرط رفع الغرر عن المعاملة؛ لأن بيع العين بدون رؤيتها، وبدون اشتراط الأوصاف فيها غرري، فبما أن الرؤية غير حاصلة حسب الفرض، فالرافع للغرر هو الشرط، ورفع لا يتم بإيجاد المقتضي للخيار، المبتلى بالمانع؛ فإن شرط سقوط الخيار يمنع من وصول الخيار - الذي وجد مقتضيه - إلى حد الفعلية، فيلزم من ذلك بيع العين من دون رؤية، ومن دون شرط الخيار، فتكون غررية قطعاً.

وحاصل الكلام: أنه بالشرط يرفع الغرر، فإذا كان المقتضي مبتلى

(١) حاشية المحقق الخراساني على المكاسب: ٢٠٨.

بمانع فالخيار منتفٍ على كل حال، إلا أنه تارة ينتفي لعدم وجود المقتضي، وأخرى لوجود المانع للمقتضي الموجود، فتكون المعاملة مع شرط سقوط الخيار غررية، فلا يرتفع إشكال الشيخ رحمته الله بهذا الجواب.

الإيراد على الشيخ

وقد أورد على الشيخ رحمته الله: بأن للشيخ رحمته الله تقييين، أحدهما: أنه عندما يبيع بهذا الشرط فهو يلتزم بوجود الأوصاف، وعندما يشترط سقوط الخيار، فهو لا يلتزم بوجودها، وهو جمع بين المتنافيين؛ وذلك لأن التقييد إما في البيع، وأما في المبيع، وبما أن الأول باطل؛ لاستلزامه التعليق فيتعين الثاني، والإشكال في ما أفاده:

أولاً: أن الإلتزام لا بد أن يتعلق بأمر اختياري للملتزم، فلا يكون متعلق الإلتزام إلا أفعال الشخص نفسه؛ فإنها الواقعة تحت اختياره وإرادته، وأما أوصاف الأعيان فهي أمور خارجية غير قابلة للتعهد والإلتزام، فمن الغلط أن يلتزم الشخص بأن يبيع العبد الكاتب؛ لأن كتابة العبد إما أن تكون موجودة بالفعل أو غير موجودة، وعلى كلا التقديرين لا تكون قابلة للتعهد والإلتزام، أي إن كانت موجودة فلا تقبل التعهد والإلتزام بوجودها، وإن كانت غير موجودة فأيضاً لا تقبل التعهد والإلتزام، فقول الشيخ رحمته الله بأن الإلتزام بالأوصاف يرفع الغرر غير تام؛ لأن الأوصاف غير قابلة للإلتزام؛ لكونها خارجة عن الاختيار.

وثانياً: أن التقييد الحاصل من بيع العين بشرط الوصف، كما أنه لا يصح أن يرجع إلى تقييد البيع؛ لاستلزامه التعليق المبطل، فكذلك لا

يصح رجوعه إلى المبيع؛ لأن المبيع عين شخصية، فهي جزئي لا يقبل التقييد، فلا يقبل الإطلاق، وإن لم تكن المقابلة بينهما مقابلة الملكة والعدم.

الدفاع عن الشيخ

وهذان الإشكالان واردان على ظاهر كلمات الشيخ رحمته الله، وغير قابلين للجواب من هذه الناحية، ولكن يمكن الدفع بنحو آخر، حاصله:

أن كلمات الشيخ رحمته الله وإن كانت مضطربة في هذا الباب، ولكن المستفاد من بعضها أن الشروط بالنسبة إلى الأمور الخارجية لا ترجع إلى الإلتزام بوجودها، بل ترجع إلى تعليق الإلتزام العقدي، وهذا مطلب دقيق يحتاج إلى حسن التأمل في كلامه رحمته الله، فنقول في بيانه:

إن متعلق الشرط تارة يكون الفعل والعمل، كأن يبيعه العين بشرط أن يخطط له ثوباً، فهذا الشرط التزم بالعمل، وتعهد بالقيام به؛ لأن متعلق الشرط أمر اختياري.

وأخرى يكون المتعلق أمراً غير اختياري، مثل كتابة العبد، وعربية الفرس، فالشرط هنا يرجع إلى الوفاء بالعقد؛ فإن عندنا في البيع التزمين:

١- الإلتزام البيعي، بمعنى أن البائع يلتزم بتبديل المتاع بالثمن المقرر.

٢- الإلتزام الوفائي، بمعنى أن يلتزم بأن يبقى على التزامه الأول،

ويفي به ولا يرجع عنه.

والشروط في الأمور غير الاختيارية ترجع إلى الإلتزام الثاني، وتكون

النتيجة: أن البائع قال بعثك العبد، فقال المشتري قبلت، ولكن التزامي بالمعاملة مبني على وجود صفة الكتابة فيه، فلو تخلفت لم ألتزم بالوفاء. وهذا المعنى يظهر من كلمات الشيخ رحمته الله في موارد، وهو التحقيق في باب الشروط، وبناء عليه لا ترد الإشكالات؛ لأن القيد لم يرجع إلى المبيع الجزئي، ليقال باستحالة تقييده، ولم يتعلّق الالتزام بأمر خارج عن الاختيار، وإنما تعلّق بالالتزام بالوفاء بالعقد، فأصبح الوفاء به معلقاً على وجود الوصف، وهو أمر اختياري، ومتى ما حصل هذا الشرط كانت النتيجة ثبوت الخيار.

الحق في المسألة

هذا، وأما الحق في المسألة، وما هو مقتضى القاعدة فيها؟ بعد ملاحظة كلمات الأعلام فنقول:

إن البيع يكون على أنحاء:

الأول: أن يبيع العين بعد الرؤية، فهنا يصح العقد والشرط بلا إشكال، أما العقد، فلأن المانع إنما هو الغرر، وهو مرتفع بالرؤية، فيكون البيع جامعاً للشرائط، ولو تخلفت العين عن الوصف لكان له الخيار، كما في صحيحة جميل، من رؤيته لبعضها وحمله الباقي عليه، فتبيّن له خلاف ذلك.

وأما شرط سقوط الخيار؛ فوجود مقتضيه، وفقد مانعه.

الثاني: أن يبيع العين من دون أن يراها المشتري، بل يعتمد في ذلك على وصفها، فيكون الوصف بدلاً عن الرؤية، فبما أن الوصف قائم مقام

الرؤية فالغرر مرتفع به، فيصح البيع، فإذا رآها على خلاف الوصف كان له الخيار، فإذا شرط سقوط الخيار، فمقتضي الشرط موجود والمانع مفقود أيضاً؛ لارتفاع الغرر بالوصف، وتخلّف الوصف سبب للخيار، ولا مانع من شرط سقوطه.

الثالث: أن يبيع العين من دون رؤية ولا وصف، فهل يرتفع الغرر بواسطة الشرط؟ وهل يمكن اشتراط سقوط الخيار حينئذٍ؟
يقع البحث في فرضين:

الأول: أن تكون أوصاف العين مجهولة للمشتري، ويشترها بشرط الخيار.

الثاني: أن تكون أوصاف العين مجهولة له، ويشترها بشرط وجود الأوصاف.

أما الأول ففيه ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الغرر المانع من الصحة أمر عرفي، والخيار حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يمكن أن ينفي الأمر العرفي أو يثبتته.

الإشكال الثاني: إن لازم القول بارتفاع الغرر بشرط الخيار أن تصح المعاملة على المجهول بشرط الخيار، ولا يلتزم به فقيه.

الإشكال الثالث: إن رفع الغرر المانع من صحة البيع بشرط الخيار يستلزم الدور؛ لأن الخيار لا يتحقق إلا في ضمن العقد الصحيح، فيتوقف

الخيار على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ بمقتضى: « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »، فإذا أريد رفع الغرر بشرط الخيار، فلازمه توقف صحة العقد على الخيار الذي كان متوقفاً على صحة العقد، وهو دور واضح.

وبهذه الإشكالات الثلاثة يظهر بطلان ما أورده المحقق السيد الخوئي ﷺ على الشيخ ﷺ بقوله: (..ففي مثل ذلك لا شبهة في كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط، ومعه يرتفع الغرر، ولا وجه لما ذكره المصنف، من أن الخيار حكم شرعي يثبت للبيع الصحيح، فلا ربط له بالغرر، ولا يجب رفعه؛ وذلك لما عرفت سابقاً أنه مع الخيار يرتفع الغرر)^(١).

إذ لا يمكن رفع الغرر بشرط الخيار للمحاذير الثلاثة.

أما الثاني، وهو ما كان بشرط وجود الأوصاف، وبتعبير الشيخ ﷺ: رفع الغرر بسبب الخيار، فقد ارتضاه الشيخ ﷺ ومن تبعه؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع، فيشملة دليل: « المؤمنون عند شروطهم »، وتختلف الأوصاف سبب للخيار.

ولكن شرط سقوط الخيار غير ممكن؛ لما تقدم من استلزامه الجمع بين المتنافيين بالتقريب الذي ذكرناه، لا ما كان بحسب ظاهر كلام الشيخ ﷺ من تقييد المبيع، بل من طريق تعليق الالتزام بالعقد على

وجود الأوصاف؛ فإن الشروط التي يكون متعلقها الأمور غير الاختيارية صحيحة على هذا التقريب، وبها يرتفع الغرر في المعاملة، فإذا اشترط أيضاً سقوط الخيار فقد عاد الغرر، فيجتمع المتنافيان: عدم الغرر؛ حيث ارتفع بواسطة شرط وجود الوصف، وثبوت الغرر؛ حيث عاد بشرط سقوط الخيار.

في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط

وهنا بحث دقيق، فيه جهتان:

الجهة الأولى: في أصل صحة هذا الشرط، بمعنى هل يرتفع الغرر بشرط وجود الأوصاف أو لا ؟

الجهة الثانية: هل هذا الشرط الرافع للغرر في البيع قابل للسقوط بالشرط أو لا ؟

أما الجهة الأولى فذهب الشيخ رحمته الله وآخرون إلى ارتفاع الغرر به، إلا أن فيه تأملاً؛ وذلك بملاحظة أصل ماهية الشرط وحقيقته؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، فالربط أخذ في حقيقته وماهيته، ولهذا لا يصدق عنوان الشرط على الشرط الابتدائي، وعلى هذا يكون بين الشرط والعقد تقدم وتأخر طبعي؛ إذ يتوقف الشرط في وجوده على العقد، ولا يتوقف العقد في وجوده على الشرط، فقهرأ كل عقد متقدم طبعاً على الشرط المأخوذ في ضمنه، وذلك الشرط متأخر عنه.

هذا من ناحية نفس الشرط والعقد، وأما من ناحية صحة الشرط

وصحة العقد، فهل يوجد بينهما هذا التقدم والتأخر؟

لا يخفى أن الشرط فيما نحن فيه - وهو الرفع للغرر - هو شرط الأوصاف، الذي هو سبب للخيار بتعبير الشيخ رحمته الله، وليس الرفع للغرر الخيار نفسه؛ لأن الغرر ينتفي بالشرط، ومصلحة هذا الشرط عائدة إلى المشتري؛ ليكون في سعة من أمره بالنسبة إلى العقد، فيختار إمضاءه أو فسخه؛ إذ لو قيده الشرط من ناحية قبول العقد وردّه لم ينتفِ الغرر؛ حيث سيكون ملزماً بأخذ المبيع مع فقدته للأوصاف.

وعليه فإذا كان النافي للغرر نفس الشرط الذي هو سبب الخيار فيلزم الدور بهذا التقريب:

إن موضوع سببية الشرط للخيار لا يمكن أن يكون مهملاً.

أو فقل: إن العقد المهمل من حيث الصحة والفساد لا يمكن أن يكون هو الموضوع أو الظرف للشرط الذي هو سبب للخيار عقلاً.

وعليه إما أن يكون الموضوع للشرط العقد المطلق من ناحية الصحة والفساد، أو العقد المقيد بالصحة، ولا شق ثالث في البين، والقول بأن الشرط الذي هو سبب الخيار هو الشرط في ضمن العقد مطلقاً، أي سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً الذي نتيجه الإطلاق، فلازمه أن يكون شرط الأوصاف في ضمن العقد الفاسد سبباً للخيار، وهو باطل بالضرورة؛ لعدم معقولية أن يكون الشرط في ضمن العقد الفاسد نافذاً حتى يكون سبباً للخيار ورافعاً للغرر.

فينحصر الشرط الذي هو سبب للخيار في الشرط في ضمن العقد

الصحيح، وإذا تعيّن هذا الشق بمقتضى البرهان لزم الدور والخلف؛ لأن سببية الشرط للخيار يتوقف على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على نفي الغرر المانع من الصحة، ونفي الغرر يتوقف على سببية هذا الشرط للخيار، فيلزم الدور والخلف واجتماع المتقابلين.

وبهذا يتضح استحالة نفي الغرر بشرط وجود الأوصاف.

وأما الجهة الثانية، فلو تنزلنا وقلنا بصحة شرط وجود الأوصاف، وكونه رافعاً للغرر، فلا إشكال في كون شرط السقوط باطلاً؛ لاستلزامه الجمع بين المتنافيين، وهو باطل بالضرورة.

مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

قال الشيخ رحمته الله: (مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، ولا بإبدال العين؛ لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة... إلخ) ^(١).

تعرض الشيخ رحمته الله في هذه المسألة إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

كما لو اشترى هذا العبد بوصف كونه كاتباً وكان قيمته ألف دينار مثلاً، فتبين أنه غير كاتب وقيمته ثمان مائة دينار، فبذل البائع التفاوت بينهما، وكذا لو بذل له عبداً آخر واجداً لوصف الكتابة.

ودليله على هذا المدعى: أن العقد إنما وقع على العين الشخصية، فتملك ما به التفاوت، أو العين الأخرى يحتاج إلى سبب جديد، ومعاوضة جديدة فلا يسقط الخيار ببذلهما.

المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف

لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، فهل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟

رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه

ذهب الشهيد رحمته الله في الدروس إلى أن الأقرب الفساد^(١)، ووجهه الشيخ رحمته الله بقوله:

(ولعله لأن البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجهه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كل منهما معلق على ظهور المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك.

وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجهه أيضاً إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المبدل. وعلى أي تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيفسد ويُفسد العقد^(٢).

وحاصله: أن للشرط عمليين:

الأول: انفساخ المعاملة الأولى بالشرط على تقدير المخالفة، وما لم تنفسخ يستحيل أن يقع الثمن في مقابل البدل، فيرجع الشرط إلى شرط انفساخ البيع الأول.

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٤.

الثاني: أن يكون البدل في مقابل الثمن، فيكون متعلق الشرط معاوضة أخرى.

ويلزم من هذه المعاوضة أمران:

١- التعليق؛ لأنها معلقة على تخلف الوصف.

٢- الغرر؛ لعدم العلم بالتخلف، وعدم العلم بما بإزاء الثمن.

فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولا يندرج في دائرة دليل الشروط؛ لأن « المؤمنون عند شروطهم » غير مشرّع، بل هو يقضي بنفاذ الشرط المشروع، وانفساخ المعاملة الأولى، وحدوث بيع جديد بمقتضى الشرط يتوقف على كون دليل الشروط مشرّعاً.

وإن كان البدل في مقابل المبيع فتكون المعاوضة معلقة غررية، أما معلقة؛ فلتعليقها على تخلف الوصف، وأما غررية؛ فلعدم العلم بحال المبيع من حيث وجود الوصف وفقده.

المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد

وأورد صاحب الحدائق رحمته الله على الشهيد رحمته الله بقوله: (إن ظاهر كلامه

- أي الشهيد - أن الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البايع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمة.

نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجزئه

هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار، والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور؛ حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه. وبالجملة، فإني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحمل عليه، والله العالم^(١).

وتوضيح إشكال صاحب الحدائق رحمته الله: أن الظاهر من كلام الشهيد رحمته الله فساد الشرط مطلقاً، سواء أكان المبيع مطابقاً للوصف أم لم يطابقه، وهذا الإطلاق باطل؛ لأنه لا يخرج عن حالين؛ فإن المبيع إن لم يتخلف عن الوصف فالشرط غير فاسد ولا مفسد، والمعاملة صحيحة؛ لأن مقتضى أخبار خيار الرؤية صحة المعاملة لو باع العين الغائبة بالوصف، وكان كما وصفت، وجد الشرط في المعاملة أم لم يوجد، بينما حكم الشهيد رحمته الله بالفساد، فالتعميم غير تام.

نعم، لو تبينت المخالفة للوصف فالبيع فاسد والشرط لا يجبره.

المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق

قال الشيخ رحمته الله: وبما بيناه من توجيه كلام الشهيد رحمته الله ظهر فساد ما أورده في الحدائق^(٢)، ومرجعه:

أولاً: إلى عدم وضوح مراد الشهيد رحمته الله له؛ فإن مراده أن هذا الشرط

(١) الحدائق ١٩: ٥٩.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٥.

يرجع إلى انفساخ المعاملة الأولى وحدوث معاملة جديدة، وليس الشرط بمشرّع ليصح، فيقع فاسداً.

وثانياً: أن قوله: بفساد المعاملة عند المخالفة، غير صحيح؛ لأن تخلف الوصف يوجب الخيار، لا فساد المعاملة، إلا على مبنى المحقق الأردبيلي رحمته الله، وهو واضح الفساد؛ فإن التخلف في المقام تخلف للوصف، لا لقوام المبيع، فلا يقتضي الفساد، بل الخيار.

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:

أما القسم الأول، ونعني به عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت، فالأمر يدور مدار المستند في ثبوت الخيار، فينبغي ملاحظته، فنقول: إن المبنى في ثبوت الخيار، إن كان دليل الشرط، الذي مقتضاه أن الوفاء بالمعاملة يدور مدار ثبوت الوصف المشترط وجوده في المبيع، فإن كان موجوداً وفي بالتزامه بالعقد، وإلا كان له الخيار.

وهذا الشرط غير مقيد بشيء، فمقتضاه ثبوت الخيار عند تخلف الوصف بنحو الإطلاق، بذل البائع التفاوت أم لا، ودليل نفوذ هذا الشرط نفس عموم دليل الشروط.

وإن كان المبنى الأخبار كصحيحة جميل المتقدمة، فأيضاً المستفاد منها ثبوت الخيار بالإطلاق.

ولو فرض الشك في الإطلاق لكان مقتضى الأصل العملي ثبوت

الخيار بعد بذل التفاوت أيضاً؛ لأن أصل الخيار قد ثبت بالشرط أو بالدليل اللفظي، فإذا شككنا في بقاء الخيار بعد البذل وعدم بقاءه نستصحب بقاءه.

إلا أن يقال: بأن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر في مخصّص دليل اللزوم؛ فإن دليل اللزوم - وهو عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ - يقتضي لزوم العقد، ومخصّص بالدليل المنفصل الدال على ثبوت الخيار، فإذا شك في كون الخيار محدوداً بعدم بذل التفاوت أو لا كان المخصّص مجملاً دائراً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو صورة عدم البذل، ويتمسك في صورة البذل - عند الشك في الخيار - بعموم دليل اللزوم.

والذي يهون الأمر أنا لا حاجة لنا بالأصل العملي؛ لإحراز إطلاق الدليل اللفظي.

وإن كان المبنى قاعدة نفي الضرر، فمن الواضح انتفاء الضرر مع بذل التفاوت، ومع انتفائه لا تكون القاعدة حاکمة على دليل اللزوم، فيسقط الخيار.

نعم، ربما يشكل بأن بذل التفاوت يجبر به الضرر الحاصل، ولا ينفى ضرورة اللزوم، بمعنى أن المفروض أن لزوم المعاملة مع تخلف الوصف ضروري، فينفى لزومها بـ «لا ضرر»، وبذل التفاوت يجبر الضرر، وبين عدم الضرر، ووجوده وانجباره بالبذل فرق.

وبالجملة، إن قلنا بعدم الضرر مع بذل التفاوت فلا خيار؛ لانتفاء موضوعه، وإن قلنا بوجود الضرر وانجباره بالبذل فالخيار ثابت.

وبما أن المستند الصحيح عندنا هو الشرط أو النص، فالحق عدم سقوط الخيار ببذل التفاوت؛ للإطلاق^(١).

وأما القسم الثاني، وهو شرط الإبدال في متن العقد، فيحتاج إلى تحليل:

فإن متعلق الشرط يكون الإبدال تارة، ويكون المبادلة أخرى، فإن كان الأول فهو من صغريات شرط الفعل، وإن كان الثاني فهو من صغريات شرط النتيجة، بحيث يرجع الشرط إلى العقد، وتتحقق المبادلة والمعاوضة بنفس الشرط، ولا ينبغي الخلط بينهما، والموجود في كلام الشهيد رحمته الله هو الأول؛ حيث قال: (ولو شرط البائع إبداله إن لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد)^(٢)، وهو الظاهر من كلمة الشيخ رحمته الله في توجيه كلام الشهيد رحمته الله بقوله: (ولعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط..)^(٣).

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظلّه: بأن التراضي بينهما موجب لسقوط الخيار فأجاب: بأن كلامنا في أصل بذل التفاوت هل يوجب سقوط الخيار أو لا، كما في الأرش في خيار العيب، هل يسقط به الخيار أو لا، وأما إسقاطه بأمر آخر من قول أو فعل فأجنيبي عن محل الكلام.

(٢) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٣) المكاسب ٥: ٢٦٤.

فإن كان الشرط الإبدال - بمعنى أن يشترط المشتري على البائع أن يبدله المبيع إن لم يكن المبيع على ما وصف، فيبدل العبد غير الكاتب بالعبد الكاتب - فالشرط والعقد الذي وقع فيه الشرط صحيحان على كلا التقديرين، [أي سواء أ جعل البدل بإزاء الثمن أم بإزاء المبيع].

وهنا نكتة دقيقة ينبغي التنبيه عليها، فلاحظوا تعبير الشيخ رحمته الله في مورددين؛ فإنه قال: (ولو شرط.. الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف)، وقال: (على تقدير ظهور المخالفة)، ثم قال: (بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة)، وفرق كبير بين التعبيرين؛ إذ فرق بين أن يجعل الشرط عند ظهور المخالفة، وبين أن يجعله عند المخالفة، ولكن على كلا التقديرين إذا اشترط الإبدال فالشرط صحيح لا إشكال فيه، فيلزم البائع بالعمل بالشرط لو تخلف، ولو امتنع عن الوفاء بالشرط ألزمه الحاكم الشرعي بالوفاء وأداء البدل.

وإن كان الشرط المبادلة، الذي هو شرط نتيجة، فإن كانت بين الثمن والبدل الواحد للوصف، فلا يمكن إلا بأن تنفسخ المعاملة الأولى؛ لعدم وقوع الثمن الواحد في مقابل مثنيين، فتفسخ المعاملة الأولى أولاً، ثم تحدث معاملة جديدة، فهل يصح ذلك من دون الرجوع إلى دليل الشروط أو لا؟

ذهب إلى كل فريق.

أما الرأي الأول؛ فلأن متعلق الشرط عند ظهور التخلف عن الوصف

هي المعاوضة بين الثمن والبدل، وعندما يكون متعلقه المعاوضة فهي تدرج تحت عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، و﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾^(١)؛ لأنهما غير مقيدتين بأن لا تكون العقود والتجارة شرطاً في ضمن العقد، فتشملان هذه المعاوضة بعمومهما، وحينئذٍ يكون هذا الشرط جائزاً مشروعاً بدليل هذين العمومين، فينهدم ما بناه الشيخ رحمته الله، ونحكم بصحة الشرط والعقد.

ولكن يرد عليه: أن العموم لا يشمل هذا الشرط إلا على وجه دائر؛ فإن المعاوضة بين الثمن والبدل، أو بين البدل والمبيع تتوقف على انفساخ المعاملة الأولى؛ إذ لا يمكن حدوث المعاملة الثانية إلا بعد انفساخ الأولى، وانفساخها يتوقف على مشروعية الشرط، ومشروعيته تتوقف على شمول العموم له، وشموله له يتوقف على انفساخ المعاملة الأولى، فيلزم الدور.

فأساس العويصة في المسألة في تصحيح انفساخ العقد الأول بالشرط، وإثبات مشروعيته، والشرط هنا على أحد نحوين:

الأول: شرط الانفساخ بعد ظهور المخالفة.

الثاني: شرط الانفساخ على تقدير المخالفة.

وبينهما فرق كبير، وإن لم يبين ذلك في كلمات القوم، بل وقع الخلط بينهما في كلمات الشيخ رحمته الله كما أشرنا لذلك في ما تقدم؛ فإنه

في صدر المسألة عبّر بظهور المخالفة، وفي ذيلها بعند المخالفة.

وكيف كان، فإن كان الشرط هو الأول، فالعقد قد وقع تاماً، وشرط الانفساخ حصل بعد تحققه، بخلافه على التقدير الثاني؛ فإن الشرط وقع قبل تمامية العقد، وعلى واقع عدم وجود الوصف، والكلام الآن في الأول، والبحث فيه ببيان مقتضى القاعدة، والأدلة العامة والخاصة عميق طويل، وإجمال البحث:

إن في المسألة وجهين:

الوجه الأول: عدم مشروعية هذا الشرط والعقد.

الوجه الثاني: صحة الشرط والعقد ومشروعيتهما.

أما الوجه الأول، فما يمكن أن يستدل عليه به هو: أن انفساخ العقد كانهقاده لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وانفساخ العقد الذي هو انحلاله بنفسه - كالفسخ الحاصل بفساخ - لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وكما أن الفسخ غير ممكن بدون ثبوت حق الخيار شرعاً، فالأمر في الانفساخ بطريق أولى؛ لأنه انحلال بنفسه، فهو أشدّ إشكالاً من الفسخ، فيحتاج بمقتضى العقل والشرع إلى سبب ثابت الشرعية، فإذا أريد تحصيل الانفساخ بالشرط فلا بدّ من كون الشرط مشروعاً، أو دلّ الدليل على مشروعيته.

والمستفاد من غير واحد من أعلام الفن، ومنهم الشيخ رحمته الله عدم إمكان الانفساخ؛ لما بيّناه الآن، وقد أوضحه الشيخ رحمته الله في بحث ردّ

الضمن، وأشار إليه في المقام بقوله: (ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك)^(١)، فالنتيجة فساد الشرط.

وأما فساد العقد ففيه طريقتان:

الطريق الأول: أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً.

الطريق الثاني: أن الشرط الفاسد وإن لم يكن مفسداً مطلقاً، إلا أنه مفسد في المقام؛ لاقتضاء غررية الشرط غررية العقد، فيفسد لهذه الناحية.

وأما الوجه الثاني، وهو صحة الشرط والعقد - فبعد تسليم أن كلاً من انفساخ العقد، والمبادلة بين المالين لا يتحققان من دون سبب؛ لأنهما أمران إنشائيان، والأمور الإنشائية، عقوداً أو إيقاعات، مسببات عن أسباب، على جميع المباني في حقيقة الإنشاء - نقول:

إن الأمور الإنشائية على قسمين:

القسم الأول: ما يكون لها سبب خاص، كالطلاق والنكاح، وفي مثلها لا يتحقق إلا بسببه، فلا يتحقق بالشرط، فلو اشترط في ضمن عقد البيع طلاق امرأته لم يقع الطلاق بالضرورة.

القسم الثاني: ما لا يتوقف إنشاؤها على سبب خاص في الشريعة، فيتحقق بكل ما يفيد إنشاءه، قولاً أو فعلاً، فيتحقق بالشرط؛ وذلك لأن للشرط صلاحية السببية في الإنشاء، وهو أحد أسباب حصول التملك

بلا إشكال؛ إذ من الممكن أن يوجب عقد البيع على الدار، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب الفلاني ملكه، والشرط والتمليك صحيحان بلا إشكال، مع أن حصول الملكية بلا سبب غير ممكن.

وبما أن المورد - وهو انفساخ العقد، وحصول المبادلة - ليس من القسم الأول؛ إذ لم يقد دليل على توقفه على سبب خاص شرعاً، فيمكن حصوله بالشرط.

والحاصل: أن في الشرط صلاحية إنشاء انفساخ العقد، كما فيه صلاحية حصول المبادلة بين المالكين، كما أوضحناه، وهو مشمول لعموم « المؤمنون عند شروطهم » بلا إشكال، فإذا حصل الشرط انطبقت عليه هذه الكبرى فوجب نفوذه.

نعم، ربما يقال بمخالفة هذا الشرط للكتاب والسنة، ولكن لا دليل على ذلك، وعلى المدعي الإثبات، ولا يخفى أن التعبير الوارد في أدلة الشروط، وإن كان بثلاثة عناوين: موافقة الكتاب والسنة، وعدم مخالفة الكتاب والسنة، وأن لا يكون محللاً للحرام، أو محرماً للحلال، إلا أنها ترجع إلى اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة، كما سيأتي تحقيقه في مبحث الشروط إن شاء الله تعالى، والشرط هنا غير مخالف لهما.

ودعوى أن التمسك بدليل الشروط - مع احتمال مخالفته للكتاب والسنة - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

فهنا بحث دقيق وهو: هل تقييد الشروط بعدم مخالفتها للكتاب

والسنة عقلي، والأدلة الشرعية بيّنته وأرشدت إليه، أو هو بالتعبد الشرعي؟

إن كان الأول فموضوع دليل الشروط مقيّد بعدم مخالفة الكتاب والسنة من الأول.

وإن كان الثاني فدليل الشروط في نفسه عام، إلا أن الأدلة الأخرى قد خصصته بعدم المخالفة.

فإذا شككنا في كون شرط مخالفاً للكتاب والسنة أو لا، كان التمسك بالعام على المبنى الأول من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وأما على المبنى الثاني فالتمسك بالدليل من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص، ويمكن تصحيح الشرط على هذا المبنى بهذا البيان:

أنا إذا شككنا في مخالفة الشرط للكتاب والسنة فيمكن إحراز الموضوع بالأصل؛ لأن موضوع النفوذ مركب من جزئين: الشرط، وعدم مخالفته للكتاب، والشرط محرز بالوجدان، وعدم المخالفة باستصحاب عدمها.

نعم، هذا الأصل من قسم استصحاب العدم الأزلي؛ للشك في حدوثه من الأول، بمعنى أنه من أول وجوده، إما وجد مخالفاً للكتاب والسنة، أو وجد غير مخالف لهما، كما في قرشية المرأة التي أخذ عدمها في موضوع التحيض إلى الخمسين، فيتوقف جريانه على المبنى، وبما أنا نرى جريانه، فنحرز هنا الجزء الثاني من موضوع دليل الشروط بالأصل،

فيتم الموضوع وترتب عليه حكم الشروط.

هذا كله من حيث المقتضي، وأما من حيث المانع، فالمانع المذكور هو التعليق على تقدير، والتعليق والغرر على تقدير آخر، أما التعليق ففيما لو باع العبد بوصف الكتابة بثمن ما، فالثمن في مقابل العبد بوصف الكتابة، واشترط إن ظهر العبد على خلاف الوصف، فالثمن يكون في مقابل عبد بهذه الصفة، فمرجع ذلك إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، وكل منهما معلق على ظهور المخالفة.

وإشكال التعليق مندفع؛ بأن دليل مبطلية التعليق دليل لبي، وهو الإجماع، والقدر المتيقن منه التعليق في العقد المستقل، كأن يبيع الدار معلقاً على شيء، وأما إذا كانت المبادلة في ضمن العقد كما فيما نحن فيه فلا إطلاق في الإجماع ليشمله.

وأما التقدير الآخر ففيما لو كان البديل بإزاء المبيع إذا ظهر على خلاف الوصف؛ فإن مرجعه إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المبدل.

وإشكال التعليق مندفع كما تقدم، وأما إشكال الغرر ففيه:

أولاً: عدم الغرر في المقام؛ لأن المبيع والبديل كليهما معلومان؛ فإن المبيع هو العبد الفاقد للوصف، واشترط إذا ظهر هذا العبد على خلاف ذلك فبدله العبد الواجد للوصف، فكل منهما معلومان، فلا غرر.

وثانياً: سلمنا بالغرر، ولكن الغرر المسلم مانعيته هو الغرر في البيع؛
 لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، فلا يشمل المورد، وأما الغرر بنحو مطلق،
 المستفاد من نهى النبي عن الغرر، فهو وإن كان يشمل المورد، إلا أن
 المستند مرسل، ولم يثبت انجباره بالعمل^(١).

وبعبارة أخرى: إن الشرط الغرري غير مشمول لدليل المنع عن
 الغرر.

فتحصل إلى هنا - بعد الجواب على التعليق وانتفاء الغرر- : أن
 مقتضى صحة هذا الشرط موجود، والمانع منه مفقود، فالأقوى حسب
 نظرنا - خلافاً للشيخ رحمه الله، ومن اختار فساد الشرط تبعاً للشهيد رحمه الله -
 صحة الشرط والعقد فتحقق المبادلة به.

هذا كله إذا كان الشرط ظهور المخالفة، وأما إذا كان الشرط على
 تقدير المخالفة، بمعنى أن يشترط - فيما لو كانت العين الغائبة
 الموصوفة على خلاف الوصف - كون الثمن في مقابل العين الواجدة
 للوصف، أو كون المبيع في مقابل العين الواجدة للوصف، فيكون
 الانفساخ والمبادلة معلقين على تخلف الوصف.

فهنا ثلاثة إشكالات: اثنان منها مشتركان، والآخر مختص، وهي:

الأول: أن الشرط إذا كان بأن تكون المبادلة بين الثمن والبدل، أو بين

(١) لم نجد في كتب الحديث، لا عند الخاصة، ولا العامة، ولكن يوجد في كتاب
 الخلاف ٣: ٣١٩ قوله في مسألة: لا يصح ضمان المجهول... (دليلنا: ما روي عن النبي
 صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر).

المبيع والبدل، فلا يعقل بدون أن يكون مع انفساخ العقد السابق، فالشرط يرجع لبأ إلى انفساخ العقد، والمبادلة بين الثمن أو المبيع وبين البديل الواحد للوصف.

فمتعلق هذا الشرط أمران: انفساخ العقد، والمبادلة بين متعلق العقد والبدل، والإشكال: أن انفساخ العقد لا يعقل قبل انعقاده؛ لتفرّعه عليه، فكيف يشترط المشتري على البائع انفساخ العقد عند تخلف الوصف قبل تمامية العقد، والحال عدم وجود العقد حينئذٍ؟!

فبما أن مقتضى هذا الشرط حصول الانفساخ قبل الانعقاد فهو غير معقول قطعاً.

الثاني: أن متعلق الشرط عبارة عن المبادلة، والمبادلة بين المالين مبادلة في الإضافة، وهي تتوقف على تحقق الإضافة، والفرض عدم تحقق إضافة الملكية قبل تمامية العقد؛ فإن شرط المبادلة بنحو شرط النتيجة، سواء أكان متعلق الشرط المبادلة بين الثمن والبدل أم كان بين المبيع والبدل، فالشرط - إذن - يقتضي المبادلة قبل التملك.

فهذان الإشكالان تشترك فيهما كلتا صورتَي الشرط، أعني أن يكون الثمن في مقابل البديل، أو أن يكون المبيع في مقابل البديل.

الثالث: وهو الإشكال المختص بصورة كون الشرط هو الثمن في مقابل البديل، وحاصله: لزوم التردد والغرر حينئذٍ، وبيانه:

أن المشتري اشترى هذه العين بشرط وجود الوصف فيها، وعلى

فرض المخالفة، فالمبادلة تكون بين الثمن والبدل الواجد للوصف، وبما أن المفروض تحقق المخالفة من الزمان الأول للعقد، لا أنها ستتحقق فيما بعد، فقهرًا وقع العقد مرددًا بين أن يكون الثمن في مقابل المبدل، على فرض أن تكون واجدة للوصف، أو بينه وبين البدل، على فرض المخالفة، وعدم واجدية المبدل للوصف، فالمبيع في المعاملة مردد بين البدل وبين هذه العين، فالعقد باطل بسبب التردد الحاصل فيه، سواء أقلنا بمفسدية الشرط الفاسد للبيع، أم قلنا بعدم مفسديته، بخلاف الإشكاليين السابقين؛ فإن فساد العقد بهما يتوقف على القول بمفسدية الشرط الفاسد للعقد، وإلا - كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط - فلا موجب للبطلان.

هذا مقتضى التحقيق في هذه المسألة، على خلاف ما أفاده أعيان القوم؛ إذ ذهب الشيخ رحمته الله ومن تبعه إلى البطلان مطلقاً، وذهب المحقق الخراساني، والفقهاء النبيه السيد اليزدي قدس سرهما إلى القول بالصحة مطلقاً، والتحقيق التفصيل كما بيناه، فإنه إذا كان الشرط نفس المخالفة فالشرط باطل على تقدير، وعلى تقدير آخر يبطل الشرط والعقد، وإذا كان الشرط ظهور المخالفة لا تحققها فالشرط والعقد صحيحان.

مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد

ذهب الشيخ رحمته الله إلى القول بثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة، واستدل على ذلك بما لفظه:

(لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإما أن يحكم ببطلان العقد؛ لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة. وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار. والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه.

والثاني فاسد؛ من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقص، ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

والحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأول منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني ^(١).

وفيه: أولاً: أن استدلاله على بطلان الالتزام بالبطلان: بأنه مخالف

(١) المكاسب ٥: ٢٦٥، ونقلناه بلفظه لوضوحه.

لطريقة الفقهاء، مخالف لطريقة الفقهاء؛ فإن طريقتهم ليست من الأدلة الشرعية للاستنباط ما لم تبلغ حدَّ الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، أو عن دليل معتبر.

وإن أريد منه الإجماع، فهو - في المقام - لا يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، مع قطع النظر عن ما يدلّ عليه، وخصوصاً مع مخالفة مثل المحقق الأردبيلي.

وثانياً: أن الشيخ عليه السلام لم يطرح المسألة بصورة صحيحة؛ فإن المراد من خيار الرؤية المطروح سابقاً هو الأعم من صورة الشرط؛ إذ يوجد مع التخلف ولو لم يحصل شرط، وعدم الالتزام به في غير البيع، والحكم باللزوم فيما عداه لا يكون مخالفاً لقاعدة ولا لأصل.

نعم، ما يخالف طريقة الفقهاء - غير الأردبيلي عليه السلام - الحكم بالبطان في صورة الاشتراط.

والحاصل: أن الدليل الذي أفاده الشيخ عليه السلام أخص من المدعى؛ فإن المدعى - وهو موضوع خيار الرؤية، وهو المذكور في العنوان أيضاً - أعم من صورة الشرط، إلا أن الدليل عليه كان بمورد الاشتراط وهو أخص.

إشكال المحققين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ

وأقوى ما أورد على الشيخ عليه السلام ما أورده المحقق الإيرواني عليه السلام، وتبعه المحقق السيد الخوئي عليه السلام، وحاصله:

أنه إذا وجد احتمالان في مورد، ولم يقدّم دليل على أحدهما، فعدم

قيامه عليه لا يثبت الاحتمال الثاني، وتطبيقه على ما نحن فيه: أن الشيخ رحمته الله ادعى عدم شمول دليل اللزوم وهو آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ لما نحن فيه؛ لأن عدم ترتيب الآثار - في ما إذا اشترط الوصف في الإجارة أو الصلح، وتخلّف الشرط - لا يكون من نقض العهد والعقد، ومع انتفاء الشمول فلا دليل على اللزوم، وهذا تام، إلا أنه استنتج من ذلك جواز عقد الإجارة والصلح، وهو غير صحيح؛ لأن الفرض أنا لم نكن نعلم بأن عقد الإجارة أو الصلح المتخلّف فيه شرط الوصف، هل هو لازم أو جائز، وعدم الدليل على اللزوم لا يكون دليلاً على الجواز^(١).

دفع إيراد العلمين

والحق عدم ورود هذا الإشكال مع قوته ومطابقتها للصناعة، إلا أن بيان الدفع يتوقف على تحقيق كلام الشيخ رحمته الله في موارد ثلاثة:

الأول: مسلك الشيخ رحمته الله في آية ﴿أوفوا بالعقود﴾.

الثاني: في الشرط الفاسد.

الثالث: في بحث خيار ردّ الثمن.

أما الأول، فمسلك الشيخ رحمته الله فيها أن مفادها حكم تكليفي في قبال من يراها إرشاداً إلى لزوم العقود، بمعنى أن الاستفادة منها وجوب الوفاء بالعقد، وترتيب آثاره على طرفي العقد، ومعنى الوفاء أن يكون البائع

(١) حاشية المحقق الإيرواني، مصباح الفقاهة ٧: ٨٣.

ملزماً بتسليم المثلثن إلى المشتري، وعدم التصرف فيه بدون رضاه، كما على المشتري ذلك بالنسبة إلى الثمن، وهذا الحكم التكليفي عام، وفيه إطلاق لما بعد الفسخ، أي حتى لو فسخ أحدهما المعاملة فهو ملزم بتحويل ما عنده من العوض إلى الطرف الآخر، ولا يتصرف فيه، فبالدلالة المطابقة للإطلاق يحكم بترتيب آثار العقد، فسخ أو لم يفسخ، وبالالتزام يدل على اللزوم.

وتقريب الدلالة الالتزامية: أنه عندما يكلف البائع - بعد أن يفسخ - بعدم التصرف في المبيع، فهذا الحكم كاشف قطعاً عن عدم تأثير الفسخ؛ إذ لو أثر لكان المبيع من أمواله وجاز له التصرف فيه؛ لأن حقيقة الفسخ حلّ العقد ورجوع العوضين، كل لمالكه الأول، فعموم حرمة النقص، ووجوب ترتيب الأثر حتى بعد الفسخ يكشفان عن عدم تأثير الفسخ، فتمم الملازمة العقلية مع اللزوم.

وبالتوجه لهذا المسلك يرتفع ما أورده العلمان؛ لأن استدلال الشيخ رحمته الله على جواز معاملة الصلح أو الإجارة - فيما لو اشترط وصفاً في العين وتخلّف الوصف - قائم على أن عدم ترتيب الأثر ممن له الشرط، في حال استفادته من الشرط، وعدم معاملته مع العين معاملة مال الغير، لا يعدّ نقضاً للعقد، ولا يكون ناقضاً له، ولا يعتبر متخلّفاً عن وجوب الوفاء، ويكشف ذلك بالضرورة عن نفوذ الفسخ، وإلا لكان عدم ترتيب الأثر نقضاً للعقد، فبهذا تكون الآية دليلاً على جواز هذه المعاملة.

والحاصل: أن الشيخ رحمته الله - طبقاً لمبناه في آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ -

يستدل بعدم لزوم ترتيب أثر المعاملة في المقام على نفوذ الفسخ، وبعده لا يكون المال مال الغير حتى يكون عدم ترتيب الأثر مخالفاً لوجوب الوفاء، فتدل على الجواز؛ فإن الشيخ رحمته الله في جميع أبواب المكاسب استدل على اللزوم بأن المورد الذي يكون عدم ترتيب أثر العقد عليه بعد الفسخ نقضاً له، ومخالفاً لوجوب الوفاء فالمعاملة لازمة، والمورد الذي لا يعدّ عدم ترتيب الأثر نقضاً له، ولا مخالفاً لوجوب الوفاء بالعقد فالمعاملة جائزة، والسرفيه أن عدم ترتيب الأثر بعد الاشتراط والتخلف لا يعدّ عند العرف والعقلاء نقضاً للعقد، فتكون بين نفوذ الفسخ والجواز ملازمة ظاهرة.

ولو توجه لمبناه لما أورد الإشكال.

وأما الثاني، فالشيخ رحمته الله قد التزم بأن المتخلف عن العقد - من الشرائط والأوصاف - إن لم يكن مقوماً للموضوع، ولا ركناً فيه لم يوجب البطلان، وإنما الخيار، ولهذا قسم في بحث الشرط الفاسد العناوين المأخوذة في المعاملات إلى قسمين:

الأول: أن يكون العنوان تمام الموضوع أو مقوماً له ولغرضه، كأن يريد الفرس العربي وأعطى الحمار الوحشي، فالتخلف مبطل للعقد؛ لانتفاء الركن المقوم له.

الثاني: أن لا يكون العنوان مقوماً للموضوع، وقد أخذ شرطاً أو وصفاً، فالغرض متعلق بالذات كما هو متعلق بالوصف، فإذا تخلف

الوصف فقد انتفى الغرض الوصفي، وأما الغرض المقوم للذات فهو محفوظ، فالعقد صحيح ولكن له الخيار.

فبمعرفة هذين المبنيين يتضح عدم ورود الإشكال على الشيخ رحمته الله.

مقتضى التحقيق في المقام

والحق في المقام يدور مدار المبنى المختار في أصل خيار الرؤية، وهو لا يخرج عن أمور ثلاثة:

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار

الأول: أن يكون المبنى صحيحة جميل والروايات الخاصة، وبناء عليه لا إشكال في عدم تعدّي الخيار إلى غير البيع؛ لانحصار الموضوع فيها بالبيع، ولا إطلاق فيها ليشمل غيره، فيختص الحكم بموضوعه. نعم، من ينفي خصوصية البيع بتنقيح المناط، ودعوى أن ثبوت الخيار فيه من حيث إنه معاملة، لا من حيث إنه بيع، يمكنه التعميم لغيره.

إلا أنه واضح البطلان؛ لكون تنقيح المناط ظنياً.

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط

الثاني: أن يكون المبنى هو الشرط، فيجري خيار الرؤية في جميع المعاملات؛ لأن خاصية الشرط - بما هو شرط - أنه إذا وقع على أمر اختياري فيجب العمل على طبقه، وإذا وقع على أمر غير اختياري كالوصف، بحيث يكون الوصف شرطاً كما إذا اشترط العبد الكاتب، فلا

معنى لوجوب العمل على طبقه؛ لعدم وقوعه تحت الاختيار، وإنما يرجع إلى أن الالتزام بالوفاء بهذه المعاملة معلق على وجود هذا الوصف، فإذا انتفى ثبت الخيار، بلا فرق في ذلك بين البيع والصلح والإجارة وغيرها.

بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر

الثالث: قاعدة « لا ضرر » كما هو معتمد صاحب الجواهر، والمحقق الرشتي قدس سرهما، وقد اختار صاحب الجواهر رحمته الله - بناء عليها - التفصيل بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة؛ فإنه يشترط فيها عدم الجهالة، فإذا وقع العقد مبنياً على الوصف وكانت العين فاقدة له، فقاعدة « لا ضرر » تثبت الخيار.

وبين العقود غير المبنية على الوصف ورفع الجهالة كالصلح؛ لاغتفار الجهالة فيه، فالخيار بالنسبة إلى العين الغائبة الموصوفة بمنزلة منزلة الإبدال في المبيع الكلي الموصوف بخصوصيات معينة، وبيان ذلك: إذا كان مورد المعاملة كلياً مقيداً بوصف، وسلّم لطرف المعاملة فاقد الخصوصية فالوظيفة الإبدال، سواء أكانت المعاملة بيعاً أم صلحاً أم غيرهما؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة هو الكلي الموصوف بخصوصية معينة، وفاقده هذه الخصوصية ليس بمصداق لمورد المعاملة.

وأما إذا كان متعلق المعاملة هي العين الشخصية الموصوفة، فالحكم في حال التخلف عن الوصف هو الخيار، لا الإبدال، والفرق بين هذه

الصورة وتلك الصورة أن في تلك الصورة لم يكن المعطى مصداقاً لمورد المعاملة، بخلاف هذه الصورة فإن المعطى هو نفس المبيع إلا أنه فاقد للوصف.

فالخيار في نظر صاحب الجواهر رحمته الله في هذه الصورة منزل منزلة الإبدال في صورة كون المبيع كلياً^(١).

المناقشة في كلام صاحب الجواهر

وهنا بحثان:

الأول: في المبني.

الثاني: في البناء.

أما الأول، فلا يصح أن تكون قاعدة « لا ضرر » مستنداً لخيار الرؤية؛ لكونها أخص من المدعى؛ فإن الفقهاء أفتوا - وهو الحق - في ما لو رأى المشتري المتاع، واشتراه بدون أن يصفه له البائع، ولا أن يشترطه في العقد - بأن للمشتري خيار الرؤية فيما لو تخلف المبيع عن الوصف، مع أن ضرر تخلف الوصف - إن وجد - لم يستند إلى البائع، ولو حكم الشارع باللزوم لم يكن الضرر مستنداً إليه، بل إلى المشتري؛ لإقدامه على المبيع استناداً لرؤيته السابقة.

وكذلك فيما لو اشتراه استناداً إلى توصيف البائع؛ فإن وصفه لها في الأعم الأغلب أعم من الشرط؛ إذ تارة يصف البائع سلعته فيشتري

المشتري بناء على الوصف بلا شرط ولا إلزام.

بل حتى في صورة اشتراط الوصف يفترق الحال من حال إلى أخرى؛ إذ تارة يشترط الوصف في المبيع ولم يكن الوصف مما يتبدل به قيمة المتاع تبعاً لوجوده وعدم وجوده وإن كان غرض المشتري متعلقاً به، وأخرى تدور القيمة مداره، فعلى الأول لا يحصل الضرر من تخلف الوصف، إلا بناء على تعميم الضرر إلى تخلف الغرض، وهو خلاف المستفاد من النصوص واللغة؛ فإن الضرر هو النقص في المال أو الطرف، وتخلف الغرض لا يعدّ ضرراً، بخلاف الثاني؛ فإن تخلفه ضرري، فينبغي أن لا تجري القاعدة إلا في الصورة الأخيرة.

ولو تنزلنا، فقاعدة نفي الضرر إنما هي حاکمة على الأحكام الضررية، فترفع الحكم الضرري عن المكلف، فغاية ما تدل عليه القاعدة - على فرض جريانها - نفي اللزوم، لا إثبات الخيار، الذي هو حق من الحقوق، يقبل الإرث والإسقاط، وفرق بينهما، وما نريده الثاني، لا الأول.

وعلى فرض تمامية المبني، فالمستفاد من كلام صاحب الجواهر رحمته الله التفريق بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة، فتجري فيها « لا ضرر »، وبين العقود غير المبنية عليهما كالصلح، فدليله أن الخيار بمنزلة الإبدال في ما إذا كان المبيع كلياً.

والسؤال: ما هو الدليل على هذا الإبدال؟ فإن كانت « لا ضرر » تجري، فلا فرق بين الإجارة والصلح، وإن لم تجرَ فالقاعدة تقتضي

الحكم بالزوم؛ لأن مبنى الخيار قاعدة نفي الضرر، ولم تتمسك بها في الصلح، فلا سبيل إلا إلى الحكم بالزوم، ولا دليل على الجواز، وأما كونه بمنزلة الإبدال في بيع الكلي، فغير تام؛ للفرق بينهما؛ فإن المبيع في بيع الكلي أو المتصالح عليه فيه هو الكلي، وهو لا ينطبق على الفرد الفاقد للخصوصية فيجب الإبدال، وأما فيما نحن فيه فالمتصالح عليه هو نفس هذه العين الشخصية، فمقتضى القاعدة للزوم، ودعوى ثبوت الخيار لتزيله منزلة الإبدال في تلك المسألة بلا دليل.

كلام المحقق الرشتي والإشكال فيه

وأما المحقق الرشتي رحمته الله فقد قال في المقام بالتفصيل بين الصلح وغيره، وهو من حيث المبنى يستند في خيار الرؤية إلى « لا ضرر »، ولكنه لا يجريها في الصلح ويقول بعدم الخيار في حال تخلف الوصف؛ لاغتفار الجهالة والغرر في الصلح^(١).

وفيه: أن الصلح وإن كان مبنيًا على الاغتفار فيه ما لا يغتفر في غيره كالبيع والإجارة، فهذا يمكن المصالحة على المجهول دونهما، إلا أن ذلك في غير مورد الشرط، أما فيه - كما فيما نحن فيه، فإنه إذا صالح على العين الموصوفة، فهو يشترط هذا الوصف - فمع التخلف عنه يندرج في عموم « المؤمنون عند شروطهم »، ومقتضاه عدم الاغتفار، فلا ينبغي الخلط بين طبيعة الصلح المبنية على الاغتفار، وبين الصلح مع الشرط.

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات ٢: ٦٠٣.

والحاصل: أن الحق في المسألة - بناء على كون المبنى في خيار الرؤية هي قاعدة « لا ضرر » - عدم الفرق في جريان الخيار بين الصلح وغيره، فيما إذا كانت العين مشروطة بوصف دخيل في ماليتها.

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه

لو اختلف البائع والمشتري، فقال البائع لم تختلف صفته، وقال المشتري قد اختلفت، فالمسألة تدخل في باب القضاء وتعيين المدعي من المنكر، وبعد تعيينهما يتضح حال الحكم فيها، وكلمات الشيخ رحمته الله في هذه المسألة جاءت بين كرّ وفرّ، كما سيتضح من بيانها:

شرح كلام الشيخ الأعظم

نقل أولاً قول العلامة رحمته الله في التذكرة فقال:

(ففي التذكرة: قدّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة ^(١)؛ فإن المشتري على هذا التقريب يكون هو المنكر؛ لموافقة قوله للأصل، وقول المنكر هو المقدم.

ثم نقل ردّ العلامة رحمته الله في المختلف في نظير هذه المسألة، بقوله: (وردّه في المختلف في نظير المسألة: بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن ^(٢)؛ أي أن المشتري قد اعترف بالشراء، والإقرار به إقرار

(١) المكاسب ٥: ٢٦٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ٦١، وتام عبارته: (لو اختلفا فقال البائع: لم تختلف صفته . وقال المشتري : قد اختلفت، قدّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة).

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٨، المختلف ٥: ٢٩٧، وتام كلامه في مسألة الاختلاف في نقصان المبيع بعد العقد: (مسألة: إذا اشترى شيئاً كان قد رآه قبل العقد صح، فإن رآه ناقصاً كان له الرد، فإن اختلفا فقال المبتاع: نقص وقال البائع: لم ينقص قال الشيخ: القول قول المبتاع؛ لأنه الذي ينتزع الثمن منه، ولا يجب انتزاعه إلا ببينة أو إقرار، والأقرب أن القول

بالاشتغال بالثمن، أو قل: إقرار بوجوب انتزاع الثمن منه، فينقلب الأصل من البراءة إلى الاشتغال، فيكون قول البائع موافقاً لأصل الاشتغال، فيكون هو المنكر.

ثم وجه قول العلامة رحمته الله في التذكرة بقوله: (ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلث في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر)^(١).

فالمراد من أصل البراءة في المقام البراءة من وجوب التسليم، لا من أصل الثمن؛ لوقوع المعاملة واشتغال ذمته به، فيعود القول قول المشتري لكونه المنكر.

توضيح ذلك: أنه لا بدّ لمعرفة المدعي من المنكر من ملاحظة الاختلاف بين الحكم الوضعي والتكليفي؛ فإن الحكم الوضعي هنا اشتغال ذمة المشتري بالثمن؛ بمقتضى المعاملة، ولكن الحكم التكليفي في زمان الخيار عدم وجوب تسليم الثمن للبائع، فأصل براءة الذمة من وجوب تسليم الثمن يقع في صالح المشتري، فيكون قوله موافقاً للأصل.

قول البائع؛ لأن الأصل عدم النقصان، واعتراف المشتري بالشراء إقرار بوجوب انتزاع الثمن منه.)

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧.

ثم أشكل عليه بقوله: (فيمكن أن يחדش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن، سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد) ^(١).

وتوضيحه: أن المعاملة قد تحققت بين المتبايعين قطعاً، واشتغلت ذمة المشتري بالثمن، ودعوى أن لمن له الخيار أن لا يؤدي الثمن في زمن الخيار غير صحيحة؛ لأن كل واحد من العوضين صار مالاً للآخر بمجرد وقوع المعاملة، ولما صار ماله كان حبسه عنه حبساً لمال الغير وحقه، وعليه أدائه له؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ^(٢)، وفائدة الخيار ثبوت حق فسخ العقد، لا حق حبس الثمن، وعليه فأصالة الاشتغال تقضي باشتغال ذمة المشتري، ووجوب الأداء عليه، فيكون قوله مخالفاً للأصل.

ثم أشار للرجوع عن ذلك بقوله: (ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط)، بمعنى أن المسألة ترجع إلى أنه هل اشترط الوصف أو لا؟ والاشتراط حادث مسبوق بالعدم والأصل عدمه، فالمنكر هو البائع.

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٢) سورة النساء: ٥٨.

إلا أنه لم يقبله كما يتضح من الاستثناء عقيب العبارة المتقدمة بقوله: (..إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة، أو ما يعمها، وللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه) (١).

وتوضيحه: أن الأصل وإن كان عدم اشتراط الوصف، ونتيجته لزوم البيع، وأثره تقديم قول البائع؛ لموافقته لأصل عدم الاشتراط، إلا أن الاشتراط في الأوصاف يختلف عن الاشتراط في سائر الموارد؛ فإن المعاملة لو وقعت وشككنا في اشتراط قيام أحدهما بعمل ما، فالأصل عدمه.

وأما إذا كان المبيع العين الموصوفة فالشرط فيها يرجع إلى التقييد، بمعنى أنه يبيع هذه العين مقيدة بأنها واجدة لهذا الوصف، كأن يبيع العبد مقيداً بمعرفته الكتابة، فاشتراط الأوصاف في الأعيان المبيعة يرجع إلى تقييدها بها، فيكون الأصل حينئذٍ موافقاً لقول المشتري؛ فإن الاختلاف بين البائع والمشتري يرجع إلى أن البيع هل وقع على العين مقيدة بهذا الوصف الفاقدة له، فتكون النتيجة الخيار، أو وقع عليها بهذا الوصف الواجدة له، أو الأعم من وجدانه وفقدانه، ونتيجتهما اللزوم؟

وبما أن الاختلاف يرجع إلى هذه الجهة؛ لأن معنى الاشتراط التقييد، فقهرأ يرجع الشك إلى اللزوم وعدمه، والأصل عدمه، فيكون قول المشتري هو المقدم.

والنتيجة: أن الشيخ رحمته الله بعد كرهه وفره في المسألة ست مرات اختار تقديم قول المشتري الذي نقله عن العلامة رحمته الله أولاً، ولكن ليس من أجل جريان أصالة البراءة عن الثمن، بل لأصالة عدم اللزوم؛ فإن اللزوم أمر زائد على صحة البيع، والأصل عدمه، فيكون المشتري منكرأ لموافقة قوله لهذا الأصل.

ضابطة تشخيص المدعي والمنكر

هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمته الله، وتحقيق المسألة يقتضي البحث أولاً في ضوابط المدعي والمنكر، ثم تطبيقها على المقام، فنقول:

إن المسألة ذات محتملات متعددة، وللأعظم فيها أقوال مختلفة:

الأول: القاعدة في مثل هذا الاختلاف هي التحالف، وذهب إليه

المحقق الرشتي رحمته الله.

الثاني: إن المورد من موارد الحلف، لا التحالف، واختاره من سوى

المحقق الرشتي رحمته الله.

وفي مورد الحلف وجوه وأنظار، ومستندها في غاية الاختلاف.

مستند المحقق الرشتي في القول بالتحالف

أما مستند التحالف فهو تعارض الأصلين الجاريين في الطرفين؛

وذلك بناء على كون مثبتات الأصول في مقام تشخيص المدعي والمنكر حجة، وبيان ذلك:

أن أحد الطرفين - وهو البائع - يدعي أن العقد وقع على العين الموجودة، أعم من وجود الوصف فيها وعدمه، وهذا العقد بهذا النحو موضوع للزوم، والأصل يقتضي عدمه.

والطرف الآخر - وهو المشتري - يدعي أن العقد وقع على العين الموصوفة بالوصف المفقود، وهو وإن لم يترتب أثر على عدمه، إلا أن لازم عدم وقوعه على العين بتلك الأوصاف المفقودة أنه وقع على العين الموجودة، أعم من اتصافها بتلك الأوصاف وعدمه، وهو وإن كان أصلاً مثبتاً، إلا أن أمر تشخيص المدعي موكول إلى العرف، والعرف يرى صدق عنوان المدعي على من كان قوله موافقاً للأصل المثبت.

فيصدق عرفاً على كل منهما أنه مدعي؛ لأن كل واحد منهما يدعي شيئاً غير ما يدعيه الآخر، ولا يضر بالصدق العرفي كون الأصل في أحدهما مثبتاً، والقاعدة - بعد ثبوت أن كلاهما مدع عرفاً - هي التحالف، فيحلفان ثم تنطبق آثار التحالف، وهي محل بحث عميق مذكور في محله^(١).

ومن الواضح أنه لا يوجد على هذا المبني مدع ومنكر، بل كلاهما

(١) فقه الإمامية، بحث الخيارات ٢: ٦٠٥.

مدعيان.

المنافسة في كلام المحقق الرشتي

ويرد عليه: أن في المدّعي أربعة تعريفات:

الأول: أن المدّعي هو الذي إن ترك ترك.

الثاني: أن المدّعي من كان قوله مخالفاً للدليل أو الأمانة المعتبرة أو

الأصل، وهذا هو المعروف بينهم.

الثالث: أنه من كان في مقام إثبات القضية على الغير.

الرابع: أن عنوان المدّعي وارد في النصوص، كما في « البينة على

المدعي واليمين على المدّعي عليه »^(١)، وكل عنوان أخذ في موضوع

الدليل الشرعي فالمرجع فيه إلى العرف.

ونظر المحقق الرشتي رحمته الله مستند إلى هذا المبني، وسيأتي - إن شاء

الله تعالى - في بحث القضاء أن هذه الألفاظ وإن وردت في النصوص،

وكل عنوان جعل في موضوع الحكم فالمرجع فيه إلى العرف، إلا أن

العرف يرى - بحسب ارتكازه - أن المدّعي هو كل من احتاج في

دعواه إلى إقامة الدليل عليها، وعليه فمن نظر عرفي أن كل من كان قوله

مخالفاً للدليل، أو للأمانة المعتبرة، أو للأصل المعتبر فهو مدّع، وهذا هو

المعروف المشهور بين الفقهاء، وهو مرادهم من التعبير بأن المدّعي من

كان قوله مخالفاً للأصل؛ فإن المراد من الأصل هنا الأعم من الدليل

(١) الوسائل، كتاب القضاء، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

والأمانة المعتبرة والأصول الشرعية، فيلزم لإثبات صغرى المدّعي أن يكون قوله مخالفاً للأصل المعتبر شرعاً، وبما أن الأصل المثبت لا شرعية له، فلا يصلح لأن يكون ميزاناً لتشخيص المدّعي.

والحاصل: أنا نسأل: هل الأصل المثبت حجة أو لا؟ فإن كان حجة فمن خالفه مدّعٍ، ويحتاج أن يقيم الدليل على دعواه، وإن لم يكن حجة - كما هو الحق - لم يصلح لأن يقال لمن خالفه أن قولك مخالف للأصل فأنت مدّعٍ.

أدلة القول بتقديم قول المشتري

مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري

وأما القول بالحلف فقد اختلف القائلون به في تقرير دليله، فقد تقدّم تقريب الشيخ رحمته الله، وخلاصته: أن الاختلاف يرجع إلى الشك في تعلق البيع بالعين، فهل تعلق بالموصوفة بالوصف المفقود، أو بالوصف الموجود، أو بالأعم من الموجود والمفقود؟ وعلى الأخيرين يكون البيع لازماً دون الأول، فيشك في لزوم البيع وعدمه، والأصل عدمه.

لا يقال: كما أن الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف الموجود أو الأعم، كذلك الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف المفقود.

لأنه يقال: بأن الأخير مثبت؛ إذ لا أثر يترتب عليه، بل يترتب على لازمه، وهو وقوع العقد على العين الواجدة للوصف.

المنافسة في تقريب الشيخ

وفيه: أن قوله برجوع توصيف العين الغائبة إلى التقييد، لا إلى الاشتراط، فلا يجري أصل عدم الاشتراط، الذي نتيجته اللزوم، وكون البائع منكرًا.

مردود: بأن العين الغائبة شخصية، والجزئي لا يقبل التقييد والإطلاق، فلا يعقل فيها إلا الاشتراط.

ولو تنزّلنا وقلنا بقبولها للتقييد، وأن الوصف يرجع إلى التقييد، فالإشكال أن المقيد ينتفي بانتفاء قيده، والنتيجة بطلان البيع، لا الخيار.

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثاني للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده الشهيد رحمته الله، من أن الثمن في يد المشتري، والبائع يريد أن ينتزعه منه، واليد أمانة على الملكية، فيكون قول المشتري موافقاً للأمانة المعتمدة^(١).

وهو مردود اقتضاء ومنعاً، أما من حيث الاقتضاء؛ فلأن دليل أمارية اليد على الملكية لا يخرج عن ثلاثة: النصوص، والسيرة العقلانية، والإجماع، وكلها غير ناهضة في المقام.

أما النصوص الواردة فلا إطلاق فيها لتشمل المقام؛ لأنها لا تشمل المورد الذي يعترف فيه صاحبه بسبق يد الغير على المال، والمشتري يعترف بانتقال الثمن إلى البائع بالعقد.

(١) إرشاد الطالب ٣: ٢٣٥.

لكنه يدعي أن له حق الفسخ، وبالفسخ يملك الثمن، والنصوص لا تثبت أماريتها كذلك.

وأما السيرة فهي منتفية في هذا المورد قطعاً.

وأما الإجماع فالقدر المتيقن منه غير هذا المورد.

وأما المنع؛ فلأن التمسك بأدلة أمارية اليد على الملكية مستلزم للدور؛ لتوقف أمارية يد المشتري بالنسبة لملكية الثمن على ثبوت حق الفسخ ونفوذه؛ إذ لو لم ينفذ فسخه لكانت يده على الثمن يداً على ملك الغير، ونفوذ الفسخ يتوقف على أمارية يده على الملكية، وهو دزر محال.

مستند المحقق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثالث للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده المحقق الثاني رحمته الله، وحاصله: أنا في هذا المورد نشك في وصول حق المشتري إليه، والأصل عدمه، فيكون قوله موافقاً للأصل، فيقدم^(١).

وفيه: أن هذا الشك مسبب عن الشك في ثبوت الحق له زائداً على العين التي سلمها له البائع؛ لأن مورد الشك هو هل أن المعاملة وقعت على هذه العين، أو على العين الواجدة للوصف؟ فيجري الأصل في السبب، وهو أصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

(١) راجع جامع المقاصد ٣: ٤٤٢.

أدلة القول بتقدير قول البائع

وقبل البدء فيها نذكر بأن المناط في تعيين المدعي والمنكر - كما تقدم - هي الموافقة والمخالفة للدليل أو للأصل المعبر، والأصل الأولي - اللفظي والعملي - في كل معاملة هو اللزوم.

رأي السيد الخوئي في عدم التمسك بأية الوفاء في المقام

أما بالنسبة إلى الأصل اللفظي ففي بعض أدلته اختلاف بين الأعلام، فالإطلاق في آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ محل بحث وإشكال بينهم، فقد ذهب المحقق السيد الخوئي رحمته الله إلى أن التمسك بها لإثبات اللزوم في هذه الموارد من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن الإهمال والإطلاق في المنشأ من ناحية المتبايعين غير معقولين، أما الإهمال فواضح، وأما الإطلاق؛ فلأن الملكية المنشأة في موارد حق الفسخ محدودة به، أي إلى أن يختار الفسخ، فمن له خيار العيب أو الغبن مثلاً، إذا أنشأ الملكية فلا يعقل صدور إنشاء الملكية المطلقة منه؛ لأنه إذا اختار الفسخ فملكه قهراً تكون محدودة بحد إلى أن يفسخ، ولا يمكن تجاوز هذه الملكية إلى ما بعده، فالمالك إذا أنشأ الملكية، فإن لم يكن له حق الفسخ كان إنشاؤه مطلقاً، وإن كان له حق الفسخ فإنشاؤه مقيد، وبما أنا نشك في ثبوت حق الفسخ له - في ما نحن فيه - فإننا نشك في الملكية المنشأة، فإن كان له حق الفسخ فالملكية مقيدة، وإن لم يكن له الحق فالملكية مطلقة، فالتمسك بأية ﴿أوفوا بالعقود﴾ تمسك بها في الشبهة الموضوعية؛ لأن الملكية المستفادة من الآية

الشريفة هي الملكية المطلقة، فالأصل اللفظي من ناحية هذه الآية ساقط الاعتبار^(١).

التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع

نعم، إطلاق آية التجارة عن تراضٍ لا إشكال فيه؛ لأن المال عندما يكون مال الغير لا يحل التصرف فيه، ولا تملكه وضعاً إلا بسبب شرعي، والأسباب المعينة في الشرع معلومة، وليس الفسخ من بينها، فالمال المنتقل من البائع إلى المشتري إذا أريد إرجاعه فلا بد أن يكون بسبب شرعي، وما هو إلا التجارة عن تراضٍ، وما لم يتحقق هذا السبب فإطلاق ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ﴾ محكم.

فإذن لا بد أن يثبت حق الفسخ ليسقط هذا الإطلاق، وإن لم يثبت بقي الإطلاق على حاله، فيتضح بذلك قيام الأصل اللفظي على اللزوم.

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال وهو مفيد في توضيح كلام المحقق الخوئي رحمته الله: إن المنشأ لا يمكن أن يكون مهماً، بل إما مقيد أو مطلق، والإطلاق والتقييد - حسب مبناه - أمران وجوديان متقابلان بتقابل التضاد؛ لأنه إما أن يلحظ الخصوصية فيأخذها أو يرفضها، والأخذ والرفض أمران وجوديان، فالإطلاق كالتقييد يحتاج إلى مؤنة، كما أن كلاً من الأخذ والرفض على خلاف الأصل.

وعليه فيما أن الإهمال محال، فلا يعقل ممن له الخيار أن ينشيء الملكية حتى لما بعد الفسخ، فالملكية المنشأة تكون محدودة لا محالة، فيكون شمول الآية لهذا المورد في حال الشك شبهة موضوعية.

وبناء على هذا يكون مقتضى الأصل اللفظي لزوم هذه المعاملة الواقعة، فيكون قول البائع موافقاً للدليل، وقول المشتري مخالفاً له، فيقدم قول البائع.

ولو لم يتمّ الدليل ونوقش فيه فالمرجع إلى الأصل العملي؛ فإن العين الغائبة قد انتقلت بالمعاملة إلى المشتري، كما أن الثمن انتقل إلى البائع، والشك في تخلف الوصف أوجب الشك في ثبوت الخيار، فإذا فسخ والحال هذه يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملكية في ملك من انتقلت إليه، فيكون قول البائع موافقاً لأصل اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع موافق للأصل دون قول المشتري، سواء أقلنا بالأصل اللفظي أم لم نقل به، فيكون المشتري مدّعياً، والبائع منكر^(١).

والتحقيق: أن الاختلاف بين المتبايعين على أنحاء:

النحو الأول: أن يكون الاختلاف في تحقق سبب الخيار كشرط الوصف الخاص الذي تخلف، فالأصل مع البائع كما تقدم، وتتميم البحث أن نقول: إن المبني في ثبوت خيار الرؤية ثلاثة أمور:

١- شرط وجود الوصف في العين الغائبة.

٢- قاعدة نفي الضرر.

٣- صحيحة جميل المتقدمة.

ومقتضى الأصل على المبني الأول عدم تحقق الشرط، والنتيجة

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٨٨.

اللزوم.

وعلى مبنى قاعدة نفي الضرر، فالمفروض الشك في تحقق الضرر المستند للشارع، الحاكم على دليل اللزوم، ومقتضى الأصل عدم تحقق هذا الضرر، فالنتيجة اللزوم.

وإذا كان المستند صحيحة جميل فالشك في مورد الاختلاف شك في تحقق خيار الرؤية، ومقتضى الأصل عدم تحققه؛ لأن الخيار مجعول شرعي، وقد شك في تحققه وثبوته، والأصل عدمه، والنتيجة اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع هو المقدم على جميع المباني؛ لموافقته للدليل والأصل المعبرين.

النحو الثاني: أن يكون الاختلاف في تحقق الوصف المشترط، بمعنى أنهما متفقان في حصول أصل اشتراط الوصف، كاشتراط وصف الكتابة في العبد، ولكنهما اختلفا في وجود الوصف المشترط عند البيع وعدمه.

وبما أنهما متفقان في أصل الاشتراط ومختلفان في متعلقه فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الوصف المشترط مسبوقاً بالعدم، أي من الأوصاف غير اللازمة للوجود، كوصف الكتابة في العبد.

الصورة الثانية: أن يكون الوصف المشترط غير مسبوق بالعدم، بمعنى أنه من لوازم الوجود للمشترط فيه، كوصف الحبشية لهذه الأمة.

أما الصورة الأولى فيما أن الشك فيها شك في وجود الوصف الملتزم به في وقت البيع وعدمه، فالأصل عدم وجوده في العين، فيكون الأصل موافقاً لقول المشتري، فيكون هو المقدم.

وأما الصورة الثانية فالمسألة تبني على جريان استصحاب العدم الأزلي فيها وعدمه، فعلى من يرى جريانه - كما هو الحق - يكون القول قول المشتري؛ لموافقته للأصل، وهو عدم اتصاف العين بالوصف الملتزم به، فحال حبشية هذه الأمة كحال قرشية هذه المرأة؛ فإنها حينما لم تكن لم تكن حبشية، ويشك عند وجودها في اتصافها بها فالأصل عدمه.

وأما على القول بعدم جريانه - كما اختاره المحقق النائيني رحمته الله -، فلا أصل موضوعياً في المقام، ولكن بما أنهما متفقان على وقوع البيع على الأمة الحبشية، ولا أصل في المقام، فهما يتفقان على ثبوت الحق للمشتري، فيكون الشك في وصول الحق إليه، فيأتي كلام المحقق الثاني رحمته الله، من أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه، فيقدم قوله؛ لموافقته للأصل.

النحو الثالث: أن يكون الاختلاف في زوال الوصف قبل البيع أو بعده، بعد الاتفاق على أصل وجوده وعلى ارتفاعه، كأن يتفقا على تعلق البيع بهذا العبد الكاتب، ويتفقا على أنه كان كاتباً وقد زالت الكتابة عنه، ولكن اختلفا في أن زوالها عنه كان قبل البيع أو بعده، فيدعي البائع أن زوالها بعده فالبيع لازم، ويدعي المشتري أن الزوال قبله فله حق الخيار.

فهنا موردان للأصل، أحدهما الأصل بقاء وصف الكتابة إلى زمان البيع، والآخر عدم تحقق البيع في زمان وجود الوصف، فإن كان المقتضي في كل من الأصلين تاماً تعارض الأصلان، وإن كان أحدهما تاماً دون الآخر كان قول صاحبه هو المقدم.

ولمعرفة ذلك لا بدّ من التدقيق في تشخيص موضوع الأثر، فهل هو اجتماع البيع مع الوصف في زمان، فإذا تحقق البيع وكتابة العبد في زمان واحد كان القول قول البائع؛ لوصول الحق إلى المشتري.

أو هو بيع العبد الموصوف بالكتابة؟

الصحيح أن موضوع اللزوم هو بيع العبد الموصوف بالكتابة، بمقتضى الارتكاز والنصوص، وصرف اجتماع البيع والوصف في زمان لا أثر له؛ لأن الأثر يترتب على البيع المتعلق بالعبد الكاتب، واستصحاب بقاء الكتابة بالنسبة إلى وقوع البيع على العبد الكاتب مثبت.

فعلى رأي من يقول بحجية الأصل المثبت يكون قول البائع هو المقدم؛ لتحقيق البيع بالوجدان، وثبوت الكتابة بالأصل.

وأما عند من لا يرى حجيته فلا مجال لإثبات موضوع اللزوم؛ فإن استصحاب بقاء كتابة العبد إلى زمان البيع لا يصحح وقوع البيع على العبد الكاتب، فلا يقدم قول البائع.

وأما من الطرف الآخر، أعني أصل عدم تحقق البيع في زمان وجود الوصف، فلا إشكال في كونه مثبتاً أيضاً؛ لأن لازم عدم تحقق البيع في

زمان كتابة العبد هو وقوع البيع على العبد الفاقد للوصف، وهذا لازم عقلي بالنسبة إلى أصل عدم البيع.

فالأصل من طرف المشتري مثبت أيضاً.

فالتيجة: أن كلاً من الأصلين ساقطان، فلم ينهض أصل بقاء الكتابة حتى يقدم قول البائع، ولا أصل عدم وقوع البيع على العبد الكاتب حتى يقدم قول المشتري، وإذا سقط الأصلان تمسك بأصل اللزوم؛ فإنه بعد فسخ المشتري يشك في ارتفاع الملكية الحاصلة، فيستصحب بقاؤها، فيقدم قول البائع؛ لموافقه لأصالة اللزوم.

الخلاصة

وخلاصة الكلام: أن في الاختلاف ثلاثة فروض:

١- الاختلاف في أصل تحقق سبب الخيار، أي في أصل اشتراط الوصف في البيع، وقد ناقشنا جميع أنظار الأعلام من العلامة والشهيد والمحقق الثاني والشيخ الأعظم قدست أسرارهم، القائلين بتقديم قول المشتري، واخترنا تقديم قول البائع.

٢- الاختلاف في أصل وجود الوصف حين البيع، والحق تقديم قول المشتري على جميع التقادير، على خلاف الفرض السابق.

٣- الاختلاف في بقاء الوصف في وقت البيع وزواله، والحق فيه تقديم قول البائع؛ لكون الأصول الموضوعية مثبتة، والمرجع بعد ذلك إلى أصالة لزوم العقد.

مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول

ذهب الشيخ الطوسي، والقاضي، وابن سعيد، والعلامة في بعض كتبه،
والمحقق الكركي في جامع المقاصد إلى القول بالبطلان^(١).

والدليل الذي نقله الشيخ رحمته الله في المكاسب عن التذكرة وجامع
المقاصد هو: (أن بعضه عين حاضرة، وبعضه في الذمة مجهول)^(٢)، فلا
تكون المعاملة واجدة لشرط صحة البيع.

وذهب العلامة رحمته الله في المختلف إلى القول بالصحة^(٣)، وقال
الشيخ رحمته الله: (لا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا
ينهض مانعاً)^(٤).

تحقيق الشيخ في المسألة

ثم قسم الشيخ رحمته الله المسألة إلى صور ثلاث:

الصورة الأولى: أن يبيع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين
على أن ينسجه على ذلك المنوال.

(١) المبسوط ٢: ٧٧، المهذب ١: ٣٥٢، الجامع للشرائع: ٢٥٦ - ٢٥٧، التذكرة ١١: ٧٩.

جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٦٩.

(٣) المختلف ٥: ٧٣، وقال فيه: (والأقرب عندي الجواز.

لنا : إنها عين مملوكة يصح الانتفاع بها، فيجوز بيعها كغيرها من الأعيان).

(٤) المكاسب ٥: ٢٦٩، وقد نقلنا دليله في الهامش السابق.

وحكم فيها بالصحة؛ وذلك لأن المبيع مؤلف من جزئين، أحدهما المنسوج والآخر الغزل الجزئي المعين، واشتراط في المعاملة شرط نسج الغزل على منوال المنسوج، فالمقتضي لصحة البيع موجود، والمانع مفقود، والشرط مشمول لعموم « المؤمنون عند شروطهم »، ولو لم يفِ البائع بالشرط كان للمشتري خيار تخلفه.

الصورة الثانية: أن يبيع البعض المنسوج منضمماً معه مقدار معين كلي من الغزل، على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وقد حكم فيها أيضاً بالصحة؛ إذ لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة إلا بالكلية والجزئية، ولا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وللمشتري خيار الشرط لو تخلف البائع.

الصورة الثالثة: أن يبيع هذا البعض المنسوج المعين منضمماً إلى منسوج معين كلي على أن يكون النسج على هذا المنوال.

والفرق بينها وبين سابقتها أن النسج الكلي في السابقة أخذ شرطاً، وفي هذه الصورة أخذ قيداً ووصفاً.

وقد حكم فيها بالصحة أيضاً؛ إذ ضم الكلي إلى الجزئي لا يضر بصحة البيع، غايته يكون البائع مديناً للمشتري بالكلي الموصوف، والفرق بينها وبين السابقة أن للمشتري في الصورة السابقة خيار تخلف الشرط؛ لاستلامه المبيع فاقداً للشرط، وأما في هذه الصورة فلم يستلم المشتري كامل المبيع، بل المتخلف باقٍ على مال البائع، فله في القسم المنسوج خيار تبعض الصفقة.

ولو تعذر التسليم كان له خيار آخر، أعني خيار تعذر التسليم.
هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمته الله من التحقيق في المقام^(١).

أدلة القول بالبطلان

الوجه الأول: ما نقله الشيخ رحمته الله عن العلامة والمحقق الكركي قدس سرهما، من أن بعضه معلوم وبعضه مجهول، والنتيجة تتبع أحسن المقدمات فيكون المبيع مجهولاً.

وهو غير ناهض؛ إذ الفرض أن البعض المنسوج معيّن، واشترط في البعض الآخر أن يكون على منواله، فلا جهالة في البين ولا غرر.

الوجه الثاني: ما اعتمده الشيخ الطوسي رحمته الله، من أن البيع واحد، وهو بالنسبة إلى المنسوج لازم، وبالنسبة إلى غير المنسوج، الذي اشترط فيه أن يكون نسجه على منوال الأول جائز، والبيع الواحد لا يتحمل حكمين متضادين.

وهذا الوجه لم يذكره الشيخ الأنصاري رحمته الله، وذكره العلامة رحمته الله في بعض كتبه^(٢) وأجاب عنه بجوابين:

الأول: أن في هذا البيع عقدين، عقد تعلق بالمنسوج، وهو المحكوم باللزوم، والآخر تعلق بغير المنسوج، وهو المحكوم بالجواز، فلم يجتمع

(١) المكاسب ٥: ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٢) المختلف ٥: ٧٣.

اللزوم والجواز في شيء واحد.

وفيه: أنه خلاف الفرض؛ فإن الفرض كون البيع واحداً، والمبيع مركباً من جزئين، منسوج وغير منسوج.

الثاني: أن حكم هذا البيع واحد؛ لثبوت الخيار في الثوب أجمع لو لم ينسج الباقي على منوال الأول.

الوجه الثالث: ما استدل به العلامة رحمته الله في بعض كتبه، من أن هذا النحو من البيع غير معهود في الشرع؛ فإن المعهود بيع الكلّي، أو الجزئي، وأما بيع الكلّي منضمّاً إلى الجزئي فليس بمعهود.

وفيه: أن إطلاق ﴿أحل الله البيع﴾ يشمل مثل هذا البيع مع رعاية المعتبر في بيع الكلّي والجزئي، والمعهودية ليست من موجبات الانصراف، والمعيّار انطباق عنوان متعلّق الإنشاء على المورد، فيكفي في انطباق الحكم عليه، أعم من كونه نادراً أو شائعاً^(١).

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٧٩، تحرير الأحكام ٢: ٢٩١.

والموجود في المختلف ٥: ٧٣، هو الإشكال الآتي؛ فإنه تعرّض فيه لاستدلال الشيخ رحمته الله والجواب عنه، ولا بأس بنقل ما ذكره رحمته الله بطوله، قال:

(مسألة: إذا ابتاع ثوباً على خف نساج، وقد نسج بعضه على أن ينسج الباقي ويدفعه إليه. قال الشيخ في المبسوط: يبطل البيع. وتبعه ابن البراج.

واحتج الشيخ: بأن ما شاهدته من الثوب البيع لازم فيه من غير خيار الرؤية، وما لم يشاهده يقف على خيار الرؤية فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وانتفاؤها، وهذا متناقض.

تنبيه

إن الحكم في ما ذكره الشيخ رحمته الله من الصور الثلاث صحيح ولا إشكال فيه، ولكن هذه الصور تختلف عن الفرع المعنون عند القدماء؛ فإنهم لم يعنونوا المسألة بضم الكلي إلى الجزئي، بل المعنون عندهم بيع ثوب شخصي، بعضه منسوج، وبعضه الآخر غير منسوج، فهو من ضم الموجود الشخصي إلى المعدوم الشخصي، ومثل هذا البيع غير معهود؛ لاشتراط الملكية في المبيع، والمملوك إما جزئي خارجي، أو كلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فليس طرفاً لإضافة الملكية، فبيع الثوب

لنا : إنها عين مملوكة يصح الانتفاع بها، فيجوز بيعها غيرها من الأعيان. واحتجاج الشيخ ليس بجيد؛ لأننا نثبت الخيار في الثوب أجمع إن لم ينسج الباقي كأول، ونمنع لزوم البيع في المنسوج. سلمنا، لكن نمنع التناقض؛ لأن الموضوع يختلف؛ فإن موضوع الزوم هو المنسوج وموضوع الجواز هو غيره، ومع تباين محل الموضوعين لا تناقض. لا يقال: إنه بيع لشيء معدوم معين؛ لأنه باعه ثوباً ولم يثبت مثله في الشرع؛ لأن الثابت إما بيع عين موجودة معينة أو بيع معدوم غير معين. لأننا نقول: نمنع أولاً من أنه باع معدوماً. وقوله: (إنه باعه ثوباً).

قلنا: بمعنى أنه باع نصف ثوب منسوج ونصف ثوب غير منسوج، وليس النسج هنا إلا كما لو شرط الخياطة أو الصباغة، وكما يصح هنا فكذا هناك. سلمنا، لكن نمنع بطلان ذلك، ولا يجب في كل حكم ثبوت نظيره. والمعتمد في صحته عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ .

الشخصي بنحو ما عنونه القدماء، من أن بعضه منسوج، وبعضه غير منسوج محل إشكال، والحكم بصحته في غاية الإشكال.

وإما إطلاق ﴿أحل الله البيع﴾، فلا يشمل؛ للزوم أن يكون متعلق البيع مملوكاً؛ لأن حقيقة البيع التملك، أو تبديل طرفي الإضافة، فلا بد من وجود الإضافة، والمضاف بالإضافة الملكية لا يخلو من شيئين: الجزئي الموجود في الأعيان، والكلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فلا يقع طرفاً للإضافة^(١).

وبهذا ينتهي الكلام في خيار الرؤية، والحمد لله رب العالمين.

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المطلوب عمل، وهو نسج الباقي على منوال الأول. فأجاب: بأن العمل أمر آخر، خارج عن محل بحثنا؛ فإن العمل في الذمة قابل للتمليك، فيكون أجيراً لنسج الثوب، والفرض في ما نحن فيه تملك الجزئي المعدوم قبل تعينه، وهو غير قابل للتمليك.

السابع .. خيار العيب

لا يخفى أن موضوع خيار العيب هو المبيع الشخصي، لا الكلي، ومنشأه فقدان المبيع لوصف الصحة، ويشترك هذا الخيار مع سائر الخيارات في أن صاحب الخيار مخير بين الإمضاء والرد، ويفترق عنها - بمقتضى الأدلة - في أن الإمضاء في خيار العيب ليس مجانياً، بل لصاحبه مقدار ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وهو المسمّى بالأرش، بخلاف سائر الخيارات؛ فإن الإمضاء فيها مجاني.

وقد تعرّض الشيخ رحمته الله في مبدأ البحث إلى مطالب أربعة^(١):

مبنى خيار العيب عند الشيخ

الأول: في مبنى خيار العيب، فقال ما لفظه: (إطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب).

ومراداه من ذلك: أن العين إذا كانت معيبة، فعلى ناقلها - البائع أو المشتري - بيان العيب، أو التبريء منه، وعدم ذكر ذلك في العقد معناه

وقوعه مبنياً على سلامتها من العيب، فإطلاق العقد يقتضي وقوعه على العين مشروطة الصحة والسلامة من العيب.

فيرجع هذا الإطلاق إلى الشرط الإرتكازي، بمعنى أن بناء العقلاء ومرتكزهم في المعاملات عند عدم ذكر العيب ولا التبريء منه على سلامة العين.

منشا الحكم بصحة المعاملة مع الجهل بسلامة المبيع

الثاني: إن منشأ الحكم بصحة هذه المعاملة مع الجهل بسلامة المبيع هو أصالة السلامة.

توضيح ذلك يتوقف على بيان الإشكال في المسألة أولاً، وحاصله: أن المشتري اشترى العين مع جهله بكون العين صحيحة أو معيبة، فینشأ عندنا إشكال الجهالة وإشكال الغرر في البيع، ومقتضاهما الحكم ببطلان المعاملة، ولكن الفقهاء أفتوا بصحتها ما لو كانت العين معيبة، بخلاف حكمهم في سائر الأوصاف؛ فإنهم ألزموا بيانها من خلال توصيف البائع، أو رؤية المشتري، ولو الرؤية السابقة مع جريان الاستصحاب، ومع عدم البيان وانكشاف فقدان حكموا بالبطلان.

والسبب في ذلك أن المعاملة وقعت مبنية على أصالة السلامة، فيخرج المورد من تحت الجهالة والغرر.

دفع الإشكالات الواردة على هذا المبنى

الثالث: في دفع الإشكالات الواردة على مبنى خيار العيب؛ إذ يرد على التمسك بإطلاق العقد ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الإطلاق لا يقتضي الصحة، أي لا ينصرف العقد إلى خصوص الصحيح، ولذا لم يقتضه في مثل النذر والعهد، فلو نذر أن يعطي الفقير شاة فأعطاه معيبة كان موفياً بنذره؛ لتعلق النذر بالعين، أعم من الصحيحة والمعيبة.

الإشكال الثاني: إن المبيع في ما نحن فيه جزئي حقيقي خارجي، ولا محل للإطلاق فيه؛ لأن الإطلاق يأتي في مورد التقييد، والجزئي لا يقبله.

الإشكال الثالث: إن مقتضى الإنصراف إلى الصحيح عدم وقوع العقد على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما.

والجواب عنها ثلاثتها: أن المراد من الإطلاق في المقام ليس الإطلاق الأصولي، وإنما وقوع العقد مبنياً على شرط الصحة، بمعنى أن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية، واستغني عن ذكره لاعتماد المشتري في وجود الصحة على الأصل، وانصرافه عن المعيب إنما هو من ناحية الالتزام الوفائي^(١).

مناقشة من يقول بوجود خيارين في باب العيب مع اشتراط الصحة

المطلب الرابع: إن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد؛ لأنه

تصريح بما يكون العقد منزلاً عليه، ولا يفيد خياراً آخر مضافاً إلى خيار العيب، كما ربما يقال: من أن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن تصرف لو ظهر عيب^(١).

وأَيِّده بما ورد في رواية يونس: « في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمة^(٢)؛ فإن الاقتصار على أخذ الأرش ظاهر في عدم جواز الرد، فيدلّ على أن الخيار خيار العيب ليس إلا، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطاء أو مقدماته^(٣)»^(٤).

المراد من أصل السلامة الذي أفاده الشيخ ومناقشته

وهنا جهتان من البحث:

الجهة الأولى: إن الشيخ رحمته الله عقد هذه المسألة لردّ إشكال أن البيع إذا

(١) حكاها في المسالك ٣: ٢٨٢.

(٢) الوسائل، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٣) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب استفسار ما حاصله: عن في الرواية جهتين:

١- إن بعضهم قال بأن كلمة « على أنها عذراء » في الرواية لا تفيد الاشتراط، بل تصور أنها بكر، وردّه الشيخ رحمته الله بأنه خلاف الظاهر؛ فإن ظاهر قوله: على كذا هو الاشتراط.

٢- أن كلمة « فلم يجدها عذراء » بمعنى علم بذلك بدون التصرف، فردّه الشيخ رحمته الله بأن ظاهرها انكشف له بالتصرف فيها بالوطاء.

ومع هاتين الجهتين حكمت الرواية بالأرش، ولو كان الخيار خيار الاشتراط لم يسقط بالتصرف.

(٤) المكاسب ٥: ٢٧٣ - ٢٧٤.

تعلق بالعين الغائبة بدون اشتراط الصحة فبان معيباً، فلا شك في صحة البيع، مع أن العين لو كانت مجهولة من جهة صفات الكمال، والصفات الدخيلة في المالية لكان البيع غررياً باطلاً، وجهالة وصف الصحة أولى بالغررية والبطلان، فكيف اجتمعت الجهالة والغرر والصحة؟

واختار الشيخ رحمته الله لرفع هذا الإشكال أن البيع وقع مبنياً على أصالة السلامة، فتنفي الجهالة والغرر.

والكلام الآن في المراد من هذا الأصل، ومحتملاته لا تخرج عن

ثلاثة:

١- الأصل التكويني.

٢- الأصل العقلاني.

٣- الأصل الشرعي.

أما الأول فالمراد منه أن الأشياء بطبعها الأولي، وفي أصل خلقتها سالمة صحيحة، والعيب والنقص يطرأ عليها بحسب العامل الخارجي، فالأصل الأولي في خلقها سلامتها عن العيب.

وفيه: أولاً: أن هذا المعنى للأصل تام في الجملة، بنحو الموجبة الجزئية؛ فإن النقص والعيب - كالحركة القسرية في الأشياء - على خلاف بطبعها الأولي؛ فإن الفساد في الكائنات يحصل من عامل خارجي؛ فإنها صنع من أتقن كل شيء.

ولكنه أخص من المدعى؛ فإن متعلق البيع لا ينحصر في خصوص صنائع الله تعالى ومخلوقاته، بل كثير من المبيعات من صنع البشر وعملهم، فلا أصل يقتضي سلامتها، بحيث يقال: الأصل في الفرش المنسوج أنه سالم لا عيب فيه، والأصل في الدار المبنية أنها سالمة، وهكذا..

نعم، عندنا أصالة الصحة في المعاملات، بمعنى أنا لو شككنا في صحتها من حيث تمامية الأجزاء والشرائط وعدمها نحكم بالصحة، من باب « ضع أمر أخيك على أحسنه »^(١)، فلو تكلم بكلام وشككت في أنه قال فحشاً أو لا، لم تحمله على قول الفحش، بهذا المقدار، ولا ينجر إلى أن نقول: لو عرض شيئاً في السوق فلا تفتش فيه، ولا تفحصه لتراه سالمًا أو صحيحاً، بل ابن علي الصحة؛ فإنه لا دليل على ذلك من الشرع، ولا مقتضى الأصل والخلقة.

وثانياً: أن الرفع للغرر إنما هو الوثوق والإطمئنان، وغاية ما يوجبه هذا الأصل - لو تم في نفسه - الظن، والظن لا يغني عن الحق شيئاً. وأما الثاني، أي الأصل العقلاني، فهو ليس شيئاً آخر غير البناء العقلاني، وليس من بنائهم أخذ المبيع من كل أحد مبنياً على سلامته، من دون فحص ولا تفتيش، بل بناؤهم على تفتيشه. وأما الثالث، أعني الأصل الشرعي، فهو إما الاستصحاب أو البراءة،

(١) الوسائل، الباب ١٦١ من أبواب العشرة، الحديث ٣.

ولا شيء منهما يقتضي سلامة المبيع.

فالحق أن أصل السلامة الذي أفاده الشيخ رحمته وآخرون، لو سلم به لم ينف الجهالة والغرر المانعين من صحة المعاملة.

أصل السلامة عند المحقق الأصفهاني وردّه

وقد قرّب المحقق الأصفهاني رحمته هذا الأصل بدون أن يعترض عليه بما حاصله: إن الغلبة في الأشياء على السلامة، فإذا ورد العقد عليها فالظاهر وروده على الغالب، وهو الصحيح السالم، إلا إذا قيّد بشيء يصرف هذا الظهور كالتبرّي من العيب، فأصل الصحة مركب من أمرين: المقتضي لإرادة الصحيح من المبيع، وهو غلبة السلامة في مورد المعاملات، وعدم المانع، وهو عدم ذكر العيب، أي أن عدم ذكر العيب يدفع المانع^(١).

وفيه: أن المقتضي المذكور لا يتجاوز الظن؛ فإن غلبة السلامة تقتضي الظن بإلحاق الشيء على الأعم الغلب، والمطلوب لرفع الغرر حصول الوثوق بعدمه.

وأما عدم ذكر العيب من طرف البائع أو المشتري، في الثمن أو المثلن فلا يفيد؛ لأن عامة الناس - إلا ما شذّ من أهل الصلاح - لا يذكرون عيوب مبيعاتهم، بل ربما يخفونها للتوصل إلى بيعها.

(١) حاشية المحقق الأصفهاني رحمته على المكاسب ٤: ٤٣٢.

فما أفاده المحقق الأصفهاني من تقرير الأصل غير مجدٍ أيضاً.

رأي المحقق الخوئي لرفع إشكال الغرر في بيع المعيب

ولهذا نرى المحقق السيد الخوئي رحمته الله لم يرَ طريقاً لرفع الإشكال إلا طريق جعل الخيار من طرفي المعاملة، وتوضيح دليله:
إن الخيار على قسمين:

١- خيار شرعي، كخيار المجلس والحيوان، وهذا الخيار لا يرفع الغرر.

٢- خيار جعلي، بأن يجعل المتعامل لنفسه خياراً، وهذا الخيار يرفع الغرر؛ لأن الغرر أمر عرفي، وعندما يشتري المبيع بشرط أن يكون له الخيار - فيما لو تبين كونه معيباً - لا تعدّ المعاملة غررية ولا خطيرة في نظر العرف، فيكون المصحح لبيع المعيب مع الجهل به هو الخيار المجعول في المعاملة من طرف المتعاملين^(١).

الإشكال في رأي المحقق الخوئي

وفيه: أولاً: أن الرفع للغرر هو المسبّب، وهو الخيار، وهو المجعول، بأن يكون لمن أخذ المعيب حق رده، فلا فرق حينئذٍ بين أن يكون بجعل الشارع أو بجعل المتعاملين، ولا وجه لهذا التفصيل.

نعم، لو كان للجاعل مدخلة في رفع الغرر لكان لهذا التفصيل وجه.
وثانياً: أنه يلزم من القول بأن جعل الخيار رافع للغرر لازم فاسد، لا

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٩٦.

يمكن الالتزام به، وهو تصحيح جميع المعاملات المتعلقة بالمجهولات، فيكون بيع المجهول صحيحاً إذا اشترط فيه الخيار؛ لارتفاع مانعية الجهالة بشرط الخيار، والتخصيص بخيار العيب بلا مخصص.

وثالثاً: إن رفع الغرر بشرط الخيار لو تبين كون المبيع معيباً مستلزم للدور الباطل، وتوضيح ذلك:

إن المفروض أن الخيار الراجع للغرر خيار مسبب عن الشرط، بمعنى أن المشتري اشترط لنفسه الخيار لو كان المبيع معيباً، وهذا ما يلتزم به القائل أيضاً، وبما أن الشرط الابتدائي باطل؛ لأن المقوم لمفهوم الشرط كونه التزاماً في ضمن التزام آخر، فلا بد أن يكون هذا الشرط - الذي هو منشأ للخيار - في ضمن العقد، وبما أن الإهمال بالنسبة للصحة والفساد غير معقول، لا في الشرط ولا في العقد الذي وقع فيه الشرط، وكذلك الإطلاق في العقد من جهتهما؛ لعدم الأثر للشرط في ضمن العقد الفاسد، فلا مجال إلا من القول بأن موضوع الشرط هو البيع المقيد بكونه صحيحاً.

وعندما يكون مقيداً بالبيع الصحيح، وصحة البيع تتوقف على عدم الغرر، فإذا كان عدم الغرر يتوقف على هذا الخيار لزم الدور المحال، واجتماع المتقابلين؛ لأن هذا الخيار لا يرفع الغرر إلا إذا كان مورداً لإمضاء الشارع، ومحكوماً بالصحة، وصحته تتوقف على صحة الشرط، وصحة الشرط تتوقف على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم

الغرر، فإذا كان عدم الغرر مستنداً إلى هذا الخيار، فهو يستلزم أن يكون ما في الرتبة المتقدمة متأخراً، وما في الرتبة المتأخرة متقدماً، وهذا هو اجتماع المتقابلين، وهو دور واضح^(١).

التحقيق في الرفع للغرر

والحق في المطلب: أن الالتزامات إذا كانت مورداً لبناء العقلاء فهي تعدّ من جملة القواعد العقلانية وإن لم يلتفت الأفراد إلى أنهم في مقام إنشاء الإلزام والالتزام، وبهذا تكون حجة عقلانية، فإذا كانت كذلك كانت رافعة للغرر والخطر.

وتطبيقه على المقام: أن بناء العقلاء - فيما إذا كان أحد العوضين معيباً - قائم على إلزام صاحب المتاع المعيب بقبول الرّد، سواء التفت وجعل الشرط في ضمن المعاملة أو لم يلتفت، ويعتبر ذلك من الحقوق العقلانية لمن أعطي المعيب، وهذا البناء أو السيرة العقلانية قطعية، وقد أمضاها الشارع.

وبهذا يعرف أن الرفع للغرر ليس أصل السلامة، ولا شرط المتعاملين، بل السيرة العقلانية القائمة على مؤاخذه صاحب المعيب،

(١) نقل بعض الحاضرين كلام المحقق الحائري في المقام، فقرره الشيخ الأستاذ دام ظله بما حاصله: أن بإعمال الخيار ترتفع الخسارة والضرر، ولكن يفوت الغرض. فأجاب الشيخ الأستاذ: بأن المدار في المعاملات ليس على الأغراض الشخصية، وإنما هي دواع، وتخلّفها غير مضر.

وإلزامه بقبول الرد^(١).

المناقشة في تأييد الشيخ برواية السكوني

وأما ما أفاده الشيخ رحمته الله، من أن اشتراط الصحة يفيد التأكيد لخيار العيب، لا خياراً آخر، وأيد دعواه برواية يونس، فالتأييد بالرواية يتوقف على تمامية المقتضي، وانتفاء المانع، وتمامية المقتضي تتوقف على تمامية السند والدلالة، وفي كلها بحث:

أما السند، فقد نقل الكليني الرواية بهذا الطريق: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن إسماعيل بن مرار، عن يونس.
وفي إسماعيل بن مرار وجهان لتوثيقه:

الأول: كونه من رجال تفسير القمي، وهذا الوجه قوي، ولهذا نلاحظ أن المحقق السيد الخوئي رحمته الله، قد عدل عن مبناه في تصحيح رواة كتاب كامل الزيارات، ولم يعدل عن مبناه في تصحيح رواة تفسير القمي، وفي ذلك نكتة، نتركها إلى محلها.

الثاني: وهو قوي وهو: أن محمد بن الحسن بن الوليد قد اعتمد على روايات يونس ما عدا ما يرويه محمد بن عيسى بن عبيد، فإسماعيل بن

(١) إن قيل: ألا يعتبر هذا شرطاً أيضاً إلا أنه شرط ارتكازي ضمني، فلا يفترق عن ما سبق؟

قيل: ليس من الشرط الارتكازي؛ لأنه يحتاج إلى الالتفات ولو ارتكازاً، وهذا من القوانين العقلانية الممضاة، فهو ثابت وإن لم يلتفت إليه.

مرار يندرج في ضمن من اعتمدهم ابن الوليد وهو توثيق منه لهم. وهنا وجه ثالث أيضاً، حاصله: أن الراوي عن إسماعيل بن مرار هو إبراهيم بن هاشم، وهو شيخ القميين في زمانه، والمعروف عن القميين عدم الرواية عن الضعفاء، ولا عن من يروي عنهم ولو كان في نفسه ثقة، فلا يعقل من مثل هذا الشخص، في مثل هذا المحيط، مع هذا المبني أن يروي عن الضعيف، فلهذا نحن في مثل هذه الموارد لا نرى التوقف - في قبول الخبر - على ثبوت التوثيق الخاص للراوي، من النجاشي أو الشيخ وأمثالهما، بل نتأمل فيها وفي طريقها، ولا نتسرع في طرحها^(١). وعليه، فالرواية إن لم تكن صحيحة فهي قوية، فيشكل الفتوى على خلافها.

نعم، الإشكال في الرواية من جهة أن يونس لم يروها عن الإمام عليه السلام؛ إذ هي: « عن يونس في رجل اشترى جارية على أنها عذراء.. »، بل ولم يقل عنه، لتكون مضمرة، فنصححها بأن مضمرات يونس مقبولة كمضمرات زرارة وأمثاله ممن لا يروون إلا عن

(١) لازم هذا المبني أن نلتزم بتوثيق من يروي عنه إبراهيم بن هاشم، بل من يروي عنه القميون، ولا يمكن الالتزام به.

نعم، هذا المبني يفيد بالنسبة إلى الإكثار عن شخص، بمعنى أن نقول بأن إكثار إبراهيم بن هاشم عن شخص مجهول لنا يكشف عن وثاقته؛ للسبب المذكور في المتن، ولا أقل من الاستشكال في طرح روايته.

وأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله في مثل هذه الموارد: بأن الاعتماد ليس على رواية القميين فقط، بل فيما إذا اجتمع مع رواية القميين أمور أخرى، كما فيما نحن فيه.

الإمام عليه السلام، فالمحتمل قوياً - إن لم يكن جزءاً - أنها فتوى ليونس، لا أنها رواية عن المعصوم عليه السلام.

ولو تنزلنا وسلمنا بتمامية الرواية سنداً وامتناً، إلا أن الدلالة محل إشكال؛ فإن بحثنا في العيب، وثبوتها الجارية لا تعدّ عيباً في العرف؛ فإنها الغالبة في الإماء، والقليل منهن أبكار، بل يمكن القول بأن الثبوتية في مطلق النساء - حتى الحرائر - لا تعدّ عيباً، وأقصى ما يمكن أن يقال بأن البكارة صفة كمال في المرأة، لا أن الثبوتية نقص، ولا سيما في الجوّاري.

وعلى هذا فالرواية غير مرتبطة بمحل البحث، وتأييد الشيخ رحمته الله بلا وجه^(١).

ولو سلمّ تمامية جهة الاقتضاء في الرواية إلا أنها مبتلاة بالمعارض، وهي رواية سماعة قال: سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك؟

قال: « لا يرد عليه ولا يجب عليه شيء؛ إنه يكون يذهب في حال

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: بأن البكارة لها دخل في المهر: نعم، لا شك في أن صفات الكمال لها دخل في المهر، ولا ربط لذلك بكون الثبوتية عيباً، بل حتى الصفات الاعتبارية لها دخل في المهر، فربما يكون مهر البنت غالباً لكونها ابنة التاجر الكبير.

كما أن معرفة العبد بالكتابة لها دخل في قيمته، ولكن عدمها لا يعدّ عيباً فيه.

مرض، أو أمر يصيبها»^(١).

وهي وإن كانت ضعيفة بسند الكليني، إلا أنها صحيحة بسند الشيخ^(٢)، ومدلولها نفي الرد، ونفي أن يكون له شيء، فأحدى الروايتين مثبتة للأرش، والأخرى نافية له، فيقع التعارض بينهما.

ولكن الاستفادة من التعليل في رواية سماعة لعدم الرد، وعدم الأرش بـ «إنه يكون يذهب في حال مرض، أو أمر يصيبها»، أن ذهاب البكارة إن كان بسبب الوطاء فله الأرش، وأما إن كان بسبب عارض آخر كالمرض فلا أرش له.

وكيفما كان فرواية يونس غير قابلة للتأييد؛ لما ذكرناه سابقاً.

(١) الوسائل، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

(٢) الكافي ٥: ٢١٥، وسنده هو: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن حدثه، عن زرعه بن محمد، عن سماعة.

وفي الاستبصار ٣: ٨٢: أحمد بن محمد عن الحسين عن زرعة عن سماعة.

مسألة : التخيير بين الرد وأخذ الأرش عند ظهور العيب

إن المتسالم عليه بين الفقهاء، قديماً وحديثاً، في ما إذا كان في أحد العوضين عيب، أن لمن انتقل إليه المعيب - بائعاً أو مشترياً - حق الخيار بين الردّ مجاناً، وإبقاء البيع مع أخذ ما به التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب، المسمّى بالأرش.

فالمسألة من حيث الأقوال بلغت درجة من التسالم بحيث إن الشيخ رحمته الله نفى فيها الخلاف، فقال: (بلا خلاف)^(١)، ولم يحكه عن غيره، مع ما هو المعروف من دقته وورعه، فيكشف ذلك عن حصول القطع له أو الاطمئنان بعدم المخالف، ولا يحصل ذلك إلا بعد الإحاطة الواسعة بالأقوال وسبرها، وعدم وجدان المخالف بينها؛ إذ لا يخفى أن الشهادة على الإثبات أسهل من الشهادة على النفي، كما هو مبين في باب القضاء.

ولبلوغ هذا الإجماع هذه المرتبة من القوة، فهو يختلف عن سائر الإجماعات، التي يمكن مناقشتها من جهة كونها منقولة أو حدسية أو مدركية أو محتملة المدرك.

(١) المكاسب ٥ : ٢٧٥.

وأما من حيث الأدلة، فالروايات الواردة في أصل الخيار بلغت حد الاستفاضة، وأما بالنسبة إلى الأرش فقد جعل الشيخ رحمته الله البحث في جهتين: الروايات، ومقتضى القاعدة، وقد عبّر عنهما بقوله: (وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعب جداً، وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة)^(١).

وقوله صعب في الأولى، وأصعب في الثانية؛ لورود إشكاليين على الأولى، وأربعة على الثانية، كما سيأتي.

وكيف كان فالبحث يقع في مقامين:

المقام الأول: مقتضى الروايات.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة.

المقام الأول: مقتضى الروايات

أما المقام الأول فاستفيد من التعبير بالردّ الوارد فيها فيما إذا كان المبيع معيباً؛ فإن الردّ على نحوين: ردّ في الجملة، وهو ردّ البعض، وردّ بالجملة، وهو ردّ الكل، وعنوان الردّ شامل لهما، فالأول الأرش، كما أن الثاني الخيار.

وقد قال الشيخ رحمته الله عن هذا الوجه كما تقدم: (وهو صعب جداً)، ووجه الإشكال فيه:

أولاً: أن كلمة الردّ عندما تضاف إلى العين تكون ظاهرة - إن لم

(١) المكاسب ٥: ٢٧٦.

تكن صريحة - في ردّ الكل، وردّ البعض ليس ردّاً للشئ، بل ردّاً لبعضه، والردّ في الروايات أضيف إلى المبيع، فيخرج الردّ في الجملة عنه موضوعاً.

وثانياً: سلّمنا بأن الردّ مطلق شامل للردّ في الجملة، إلا أنه لا يشمل مورد الأرش؛ لأن الردّ في الأرش أعم من أن يردّ بعض الثمن، وأن يردّ من غيره.

نعم، لو كان الردّ ردّاً لبعض الثمن دائماً لصدق على ردّه الردّ في الجملة، ولكنه ليس كذلك.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة

وأما المقام الثاني، فتقريب ما أفيد لجعل الأرش مقتضى القاعدة: أن الصحة وإن كانت وصفاً، إلا أنها بمنزلة الجزء؛ لأنها كالأجزاء من حيث ركنيتها في مقام المالية وبذل الثمن، ودخالتها في أصل المطلوب، بخلاف غيرها من أوصاف الكمال، الدخيلة في تمام المطلوب، لا في أصله، وعندما تكون بمنزلة الجزء فالثمن يقسّط عليها وعلى سائر الأجزاء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصفقة، فالأرش على مقتضى القاعدة.

إشكالات الشيخ الأعظم

وقد أورد عليه الشيخ رحمته الله بإشكالات:

الإشكال الأول: منع كون الصحة بمنزلة الجزء، لا عرفاً ولا شرعاً،

وتوضيح ذلك:

أن الصحة ليست بجزء، بل هي وصف بلا إشكال، فالحكم بترتيب أثر الجزء عليها يتوقف على دليل التنزيل، كما في تنزيل الطواف بالبيت منزلة الصلاة ليرتب عليه حكمها؛ لأن التنزيل على خلاف الأصل، وإلحاق شيء بشيء في الأثر على خلاف الأصل قطعاً، والخروج عن هذا الأصل يتوقف على وجود دليل قطعي، ودليل التنزيل لا يخرج عن وجهين: العرف أو الشرع.

أما العرف، فلم تقم السيرة العقلائية على كون الصحة بمنزلة الجزء، بل هي عندهم من الأوصاف، إلا أن الأوصاف على نحوين:

النحو الأول: أوصاف من الدرجة الأولى، كوصف الصحة، والتساوي بين الثمن والمثمن، بأن لا يكون بين الثمن والمثمن تفاوت فاحش.
النحو الثاني: أوصاف كمال.

فلم يثبت قيام السيرة العقلائية على كون الصحة بمنزلة الجزء.

ويمكن تقرير ذلك: بأن وصف الكمال يفترق عن وصف الصحة في بذل الثمن، فترتفع قيمة المبيع ارتفاعاً كبيراً بملاحظة وصف الصحة، أكثر مما لو لوحظ وصف الكمال فقط، ولكن لا بنحو تكون الصحة حيثية تقييدية، بل هي علة لارتفاع قيمة المبيع، فتكون حيثية تعليلية، فلا يكون الأرش على طبق القاعدة، بل على خلافها، بخلاف ما لو كانت حيثية تقييدية، وعدم التفريق بين هذين أوقع المستدل في الاشتباه.

وأما الدليل الشرعي، فهو النص أو الإجماع، والنص غير موجود في

المسألة قطعاً، وأما الإجماع فلم يثبت، ولو ثبت لم يكن تعبدياً كما سيأتي.

الإشكال الثاني: إنه لو كان مقتضى القاعدة تنزيل وصف الصحة منزلة الجزء للزم القول ببطلان البيع بمقدار ما يقابل الصحة من الثمن؛ لأن حقيقة البيع التملك بعوض، ومع فرض عدم الصحة يكون جزء من الثمن بلا عوض، فيكون البيع بالنسبة إليه باطلاً، والحال أن المشهور أو مورد دعوى الإجماع صحة البيع، إلا أن له حق المطالبة بالأرش.

الإشكال الثالث: على فرض التنزل، فإن حقيقة الأرش عبارة عن بذل ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، ولا فرق بين أن يؤدي من الثمن أو من غيره، ولو كانت الصحة بمنزلة الجزء للزم أن يرجع من عين الثمن، والحال أن الذي استقرت عليه الفتوى - قديماً وحديثاً - عدم استحقاق المطالبة بعين الثمن.

الإشكال الرابع: أنا لو فرضنا الصحة بمنزلة الجزء أو القيد لوقع تحت القصد؛ لأن الإنشاء - سواء أكان بمعنى التسبب إلى تحقق الملكية، أم بمعنى الاعتبار المبرز - متقوم بالإرادة والقصد، ولا يوجد بائع في مقام إنشاء البيع إلا ويقصد بذل الثمن في مقابل العين، لا في مقابل أوصافها، فعدم القصد أدل دليل على عدم إمكان ترتيب آثار الجزء.

الإشكال الخامس: إن الخيار والأرش كليهما من الحقوق اتفاقاً، والحق يتقوم بقابليته للإسقاط، أي أن لصاحب الحق أن يسقط حقه، وبهذا

يمتاز الحق عن الحكم.

فإذا قلنا بأن الصحة بمنزلة الجزء، فمع فقدها يكون ما يباؤها من الثمن باقياً على ملك المشتري، وجواز أخذ المشتري له من البائع حكم لا حق؛ لأن يد البائع على هذا المقدار من الثمن يد على مال الغير، والسلطنة على أخذ ماله من يد الغير من الأحكام، لا من الحقوق القابلة للإسقاط، بينما الأرش من الحقوق القابلة للإسقاط بالضرورة.

الإشكال السادس: أنه في حال كون الأرش مقتضى القاعدة، فالثمن لا يبعث، بحيث يكون جزء من الثمن في مقابل الصحة؛ لأن أخذ وجود الصحة في المبيع الشخصي على وجه الشرطية؛ لما تقدم مفصلاً في المسألة السابقة، من ابتناء معاملات العقلاء على اشتراط الصحة، فإذا كانت الصحة شرطاً فهي قسيم للجزء؛ لأن الشرط قسيم للجزء، والفرق بينهما أن الثمن يقع في مقابل الجزء لا الشرط، فنمنع أن يكون جزء من الثمن في مقابلها.

وما قيل من أن للشرط قسطاً من الثمن مردود من ناحية فنية؛ فإن الشروط قيود ترجع إلى الالتزامات الوفاية بالمعاملات، فلا يقسط الثمن عليها.

إشكال بعض المحشين على الإشكال السادس

وقد ناقش في هذا الإشكال عدة من المحشين، وحاصله: أن المناط في كون شيء شرطاً ليس هو الذكر في اللفظ، بل المناط على اللب والواقع، فإذا كانت الصحة جزءاً فهي جزء وإن جاءت بصورة الشرط،

أي أن الشرط يكون في حكم الجزء، فلو باع الأرض بشرط أن تكون مائة متر، فكانت ثمانين متراً، فالثمن - حسب رؤية العقلاء - يكون في مقابل جميع الأجزاء، ففرق بين ما لم يكن جزءاً ووقع تحت الشرط، وما كان جزءاً ووقع تحت الشرط، فالثاني يكون الثمن في مقابله وإن كان بصورة الشرط، فيدخل في خيار تبعض الصفقة بلا إشكال، دون الأول^(١).

فهذا الإشكال مندفع، وأما الإشكالات الخمسة فلا دافع لها، فلا يمكن إتمام الأمر بلحاظ القاعدة.

فالحق أن القاعدة لا تقتضي ثبوت الأرش؛ فإن الصحة حيثية تعليلية، لا تقييدية، بمعنى أنها منشأ لارتفاع قيمة المبيع، كما أن العيب منشأ لنزولها، فلا تقابل بالثمن كما لو كانت حيثية تقييدية، فما يمكن ادعاؤه - حسب مقتضى الدليل، الخاص أو العام - هو ثبوت الخيار، وأما ما زاد عليه - ونعني به تملك المشتري لمال الآخر الذي باعه المعيب - فثبوته له محل شك، ومقتضى إطلاق ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(٢)، عدم جواز أخذ الأرش.

كما أن مقتضى الأصل العملي عندما نشك في جعل مثل هذا الحق، عدم جعله.

(١) منهم مصباح الفهاة ٧: ١٠١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

وأما الإجماع، فقد عبّر عنه صاحب الجواهر رحمته الله بقوله: (إجماعاً محصلاً، ومحكياً مستفيضاً، صريحاً وظاهراً، وهو الحجة)^(١).

ونفى الشيخ رحمته الله الخلاف في المسألة، فقال: (ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرش بلا خلاف)^(٢)، وقال في آخر البحث: (وبالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الرد والأرش).

إلا أنه صرح بعد ذلك بقوله:

(نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد، لكنه - مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية، وبعض مواضع المبسوط -... إلخ).

فنفي الشيخ رحمته الله للخلاف مخدوش بما نقله عن الشيخ الطوسي رحمته الله في المبسوط، وكتاب المبسوط وإن كان لا يقاس بكتاب الخلاف من ناحية آراء الشيخ رحمته الله، كما لعلنا نوضحه في مقام آخر، إلا أن لهذه المسألة خصوصية، وهي مخالفة المبسوط لما في النهاية، وهذه نقطة مهمة؛ فإن كتاب النهاية كتاب فتوى، وكتاب المبسوط كتاب استدلال، وبعد اللتيا والتي لم يتضح مختار الشيخ رحمته الله، فتسقط دعوى نفي الخلاف.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٦.

(٢) المكاسب ٥: ٢٧٥.

وأما دعوى صاحب الجواهر رحمته الله الإجماع المحصل فبلا دليل، وأما الإجماع المنقول فدعوى تامة، إلا أنه غير مقبول، لاسيما بملاحظة الاستناد إلى القاعدة، أو إلى النصوص، أو إلى « لا ضرر »، مما يدل على كون الإجماع مدركياً.

فالحق: عدم ثبوت التخيير بين الردّ والأرش، بل الأرش لا يكون إلا بعد عدم إمكان الردّ.

وفي الختام نشير إلى أن المحقق الأردبيلي رحمته الله لما بلغ إلى هذه المسألة اعتبرها من المشكلات، وسأل الله تعالى أن يمدّه بفهمها، وقال: وهذه واحدة من كثير مما لم نفهمه، وهذا دليل على معرفته.

هل ظهور العيب مثبت للخيار أو كاشف عنه

هل خيار العيب يثبت بمجرد العقد على المعيب، أو لا يثبت إلا بعد ظهور العيب؟

المحتملات الثبوتية للمسألة

الكلام أولاً في المحتملات الثبوتية للمسألة، وهي أربعة:

الأول: أن الوجود الواقعي للعيب علة تامة للخيار.

الثاني: أن العلة التامة لثبوت الخيار هو ظهور العيب.

الثالث: أن الوجود الواقعي للعيب مقتضى لثبوت الخيار، وظهوره

شرط.

الرابع: أن أصل وجود الحق تابع لوجود العيب، ولكن إعماله يتوقف على ظهوره.

مختار الشيخ وبيان أدلته

ومختار الشيخ رحمته الله هو الرابع، كما هو الحال في خيار الغبن، وقال: وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، وأيد استظهاره من كلماتهم: بأن ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط، وبما أن خيار الرؤية يتحقق بالرؤية، ففي العيب يثبت الخيار بظهوره.

وأكد استظهاره بكلام العلامة رحمته الله: بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية^(١).

ثم اختار رحمته الله بأن الخيار يتحقق بنفس الوجود الواقعي للعيب. واستند في ذلك إلى ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: اتفاق الفقهاء على جواز التبري وإسقاط خيار العيب

(١) لعله يشير إلى ما في التذكرة ١٠: ٥٩: (ج - إذا أختار إمضاء العقد قبل الرؤية، لم يلزم، لتعلق الخيار بالرؤية، وبه قال أحمد والشافعي في أظهر الوجهين. د - لو تباعا بشرط عدم الخيار للمشتري، لم يصح الشرط، وبه قال أحمد والشافعي في أظهر الوجهين).

أو ما في ١١: ١٥٣: (مسألة ٣٢٤: إذا أختار إمضاء العقد قبل الرؤية ولم يوصف المبيع، كان البيع باطلا. ويصح عند الشافعي. وحينئذ لو أختار الإمضاء، لم يصح؛ لأن الخيار يتعلق بالرؤية).

عند تحقق العقد، ولو أنيط الخيار بظهور العيب لا بوجوده لم يكن معنى لإسقاطه قبل ظهوره.

الدليل الثاني: وذكره بنحو التأييد، وحاصله: أن في العيب يوجد استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو طرف مقابل للخيار؛ فإن من انتقل إليه المعيب مخير بين الأرش وإبقاء المعيب، وبين الخيار وفسخ البيع، إلا أن الفقهاء اختلفوا في أن هذين الطرفين - الأرش والخيار - في عرض واحد، أو الأرش في طول الخيار، فلا تصل النوبة إليه إلا بعد التصرف في المبيع، ذهب المشهور إلى الأول، وغيرهم إلى الثاني.

وكيف كان، فإنه لا شك في أن في خيار العيب يوجد فيه استحقاق الأرش، وهذا بنفسه يؤيد أن الخيار يدور مدار وجود العيب، لا مدار ظهوره؛ لأن الأرش هو التفاوت بين الصحيح والمعيب، والموجب له العيب في المتاع، لا ظهوره فيه، فاستحقاق الأرش يؤيد أن سبب الخيار واقع العيب، لا ظهوره.

وإنما اعتبره مؤيداً، لا دليلاً؛ لأن استحقاق الأرش وإن كان يدور مدار وجود العيب، وأن العيب موضوع له، إلا أنه لا محذور ثبوتاً وعقلاً في أن يجعل الشارع استحقاق الأرش منوطاً بظهور العيب لا بوجوده.

الدليل الثالث: ظهور بعض أخبار المسألة في أن السبب هو نفس العيب.

ويشير الشيخ رحمته الله إلى:

١- صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »^(١).
حيث يستفاد منها أن منشأ الردّ هو العيب الذي لم يتبرأ منه، لا ظهوره.

ولا يخفى أن التعبير عنها بالصحيحة لا يخلو من مسامحة؛ لاشتمال سندها على موسى بن بكر، ولكنه ثقة، فهي صحيحة بمعنى أنها معتبرة، لا بالمعنى المصطلح.

٢- ورواية داود بن فرقد في باب العيوب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدرّكة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه »^(٢).

وبيان الاستدلال برواية داود أن الإمام عليه السلام جعل الصغرى عدم الحيض لمن كانت في سنّ من تحيض، والكبرى أن العيب موجب للردّ، فترتيب الردّ على العيب يدلّ على أن حقّ الردّ يدور مدار العيب، لا ظهوره.

وهذا الظهور يستفاد من روايات أخرى في باب أحكام العيوب.

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

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

ثم ناقش الشيخ رحمته الله فيها: بأن الاستفادة منها مدخلية العيب في الخيار، ولكن لا تدلّ على العليّة التامة؛ إذ يحتمل أن يكون بنحو المقتضي والظهور شرط، ونفس الاحتمال كافٍ لبطان الاستدلال.

وحاصل كلام الشيخ رحمته الله: أنه استدل بثلاثة أوجه: الاتفاق، واستحقاق

المطالبة بالأرش، والظهور، وقد ناقش في الاستحقاق والظهور، ثم قال:

(فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله، وأنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد).
 وختم تحقيقه بقوله: فافهم.

هذا ما أفاده الشيخ رحمته الله من أوله إلى آخره^(١).

والنتيجة: أنه لا يبقى عند الشيخ رحمته الله إلا دليل الاتفاق؛ إذ لم يناقش فيه، ولكنه ساقط عن الاعتبار أيضاً؛ فإن الاتفاق قام على جواز الإسقاط قبل ظهور العيب، وقد قدّمنا سابقاً جواز إسقاط الخيار بعد وجود المقتضي وإن لم يوجد الشرط، ولهذا جاز أن يشترط المتعامل سقوط الخيار في متن العقد، والحال أنه في ضمن العقد لم يوجد إلا المقتضي.

فكما يمكن أن يكون منشأ الاتفاق هو تلقّي الأصحاب للحكم كإبراً عن كابر إلى أن يصل إلى الإمام عليه السلام، يمكن أن يكون مستندهم هذه

القاعدة، أعني كفاية المقتضي لجواز الإسقاط، فلا يثبت أن علة الخيار هو الوجود الواقعي للعيب، فلم يبقَ للشيخ رحمته ما يصلح للاستناد.

مقتضى التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة البحث في مقامات ثلاثة:

المقام الأول: مقتضى الأصل العملي.

المقام الثاني: مقتضى القاعدة.

المقام الثالث: مقتضى الأدلة الدالة على خيار العيب.

مقتضى الأصل العملي

أما المقام الأول فيمكن أن يقرب الأصل بعدة تقريبات:

التقريب الأول: الأصل عدم ثبوت الخيار إلى أن يظهر العيب؛ لأن

البحث ومحل الشك قبل ظهور العيب، وأما بعد ظهوره فالخيار لا إشكال فيه.

وأورد عليه بعض أهل النظر: بأن استصحاب عدم الخيار بنحو

السلب التام مثبت، وبنحو السلب الناقص لا حالة سابقة له.

وتوضيح الإشكال: إن ما له الأثر هو عدم خيارية هذا العقد بمفاد

ليس الناقصة، فإذا أريد استصحاب عدم خياريته، فيشترط أن تكون له

حالة سابقة متيقنة، ولا حالة سابقة له؛ لأن هذا العقد في زمان تحققه، إما

تحقق خيارياً أو لازماً، فعدم الخيارية لهذا العقد لا حالة سابقة له.

وأما عدم الخيار بنحو السلب التام، ومفاد ليس التامة، فهو وإن كانت

له حالة سابقة، أي عدم الخيار أزلاً، والآن نشك في جعله، إلا أن استصحاب عدم الخيار أزلاً لا يثبت عدم الخيار لهذا العقد إلا بنحو الأصل المثبت.

وهذا الإشكال لا يتم إلا إذا قلنا بأن الوجود إذا كان نعتياً فالعدم لا بد أن يكون نعتياً أيضاً، وبما أن خيارية هذا العقد نعتي، فعدم خياريته كذلك.

وبعبارة أخرى:

إن خيارية هذا العقد مفاد كان الناقصة، فإذا كان عدم الخيارية مفاد ليس الناقصة كان استصحاب عدم الخيار مثبتاً.

وأما إذا كان طرف العدم مفاد ليس التامة وإن كان طرف الوجود مفاد كان الناقصة، أي أن الوجود نعتي، وأما العدم فليس بنعتي، فالأمر يختلف، وقد بني على هذا النظر الدقيق في استصحاب عدم قرشية المرأة؛ فإن قرشيتها نعت، ومفاد كان الناقصة، ولكن لرفع قرشيتها اكتفي باستصحاب عدمها أزلاً، ولهذا حلت مسألة عدم قرشية هذه المرأة بهذا البيان: أن هذه المرأة حال عدم وجودها لم تكن امرأة، ولا قرشية، فلما وجدت المرأة شككنا في تبدل عدم القرشية بالنسبة لهذه المرأة من العدم إلى الوجود، فنستصحب عدم ثبوت القرشية لهذه المرأة، وهو كافٍ.

والأمر فيما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن هذا العقد مسبق بالعدم،

فحال عدمه لا عقد ولا جواز، فلما حصل العقد شككنا في تحقق الخيارية والجواز الحقيقي مع وجوده، فنستصحب عدم التحقق؛ لتامة أركانه، ولا يرد إشكال المثبتية؛ لعدم الملازمة بين الوجود النعني ومفاد كان الناقصة، وبين عدم النعني ومفاد ليس الناقصة، بمعنى أنه ليس دائماً إذا كان الوجود نعياً فالعدم مثله.

فالكلام إذن يبتني على المختار في جريان استصحاب عدم الأذلي، فمثل المحقق النائيني رحمته الله الذي لا يجريه لإشكال المثبتية لا يجريه في المقام؛ لنفس السبب، وأما مثل المحقق صاحب الكفاية رحمته الله وغيره ممن لا يمنع من جريانه فيمكن جريانه هنا، وهو المختار؛ لتامة المقتضي وانتفاء المانع.

نعم، يرد في المقام إشكال المعارضة بين استصحاب عدم الجواز الحقيقي، واستصحاب عدم اللزوم الحقيقي، وبيان ذلك:

إن اللزوم والجواز على نحوين: لزوم وجواز حقيان، كلزوم الصلح، وجواز البيع الخياري، ولزوم وجواز حكميان، كلزوم عقد النكاح في غير موارد العيوب المنصوطة، وجواز الهبة، والفرق بين الأمرين أن الحقيقي منهما بيد المتعاملين، فبإمكان من يجوز له الفسخ في الجواز الحقيقي أن يسقط خياره، وأما في الجواز الحكمي فليس له أن يسقط الحكم بالجواز.

والجواز واللزوم - فيما نحن فيه - جواز ولزوم حقيان لا حكميان، وهذا العقد حينما أنشئ، إما أنشئ لازماً باللزوم الحقيقي، وإما أنشئ

جائزاً بالجواز الحقيقي، فإن كان لازماً فلا خيار فيه، وتشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإن كان جائزاً ففيه الخيار، وتشمله أدلة الخيار، فكل من الجواز واللزوم اعتباران شرعيان، فإذا شككنا في جواز هذا العقد ولزومه، فكما يجري أصل عدم الجواز، فكذلك يجري أصل عدم اللزوم، فيتعارضان.

ونتيجة البحث: أن هذا الأصل لا يجري في المقام؛ إما لعدم المقتضي على مبنى المحقق النائيني رحمته الله، وإما لوجود المانع على ما هو المختار.

التقريب الثاني: أن هذا العقد وقع يقيناً، وإذا ظهر العيب وفسخ من له الخيار انحل يقيناً، وأما إذا فسخ قبل ظهور العيب فنشك في انحلاله وبقائه، والأصل بقاءه.

ولا إشكال في جريان هذا الأصل؛ لتامة أركانه.

التقريب الثالث: أن لهذا العقد بعد تحققه آثاراً تترتب عليه، ومنها انتقال كل من العوضين إلى ملكية الطرف الآخر، فلو فسخ قبل ظهور العيب، وشك في زوال ملكية العوض عن من انتقل إليه فالأصل بقاءه في ملكه.

فالتيجة في هذا المقام:

أن مقتضى الأصل بالتقريبين، الثاني والثالث، عدم ثبوت الخيار قبل ظهور العيب، فيكون ظهوره موضوعاً لتحقيق هذا الخيار.

رأي السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في مقتضى القاعدة

وأما المقام الثاني، وهو مقتضى القاعدة، فقد ذهب عدة من الأعاظم، منهم الفقيه النبيه السيد اليزدي، والمحقق الإيرواني قدس سرهما إلى التمسك بالإطلاق الأزماني في ﴿أوفوا بالعقود﴾، فيحكم بلزوم هذا البيع إلى أن يظهر العيب.

وتوضيح ذلك: إن في ﴿أوفوا بالعقود﴾ عموماً أفرادياً، مفاده يجب الوفاء بكل عقد، وإطلاقاً أزمانياً، ومفاده يجب الوفاء بكل عقد في كل زمان، وبيع المعيب داخل في كليهما، فيجب الوفاء به في كل زمان، ولكن بالنسبة إلى ما بعد ظهور العيب نعلم يقيناً بتقييد الإطلاق، وأن البيع بعد ظهور العيب خيارى قطعاً، وأما قبل ظهوره فنشك، ومقتضى الإطلاق الأزماني اللزوم^(١).

المنافشة فيما أفاده السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في بيان القاعدة

ونحن وإن تمسكنا بهذا الإطلاق في بعض الموارد، إلا أن التمسك به إنما يكون في غير صورة وجود الشرط الإرتكازي العقلاني في المعاملة، وأما فيها فلا ينعقد الإطلاق، وبما أن المعاملة فيما نحن فيه مبنية بحسب الشرط الإرتكازي على سلامة العوضين - فإن العاقل عندما يقدم على شراء المتاع يكون بانياً على سلامته، ولهذا يحتاج البائع إلى التبريء من العيب، أو أن يبيعه أعم من كونه سالماً أو معيباً ويقبل المشتري على ذلك - فالعقود الداخلة في وجوب الوفاء هي العقود مع

(١) حاشية السيد اليزدي ٣: ٩١، حاشية المحقق الإيرواني، قسم الخيارات: ٥٢.

شرائطها ومنضمتها، وبما أن الصحة من الشروط العقلائية الارتكازية فهي مأخوذة في ضمن العقد واجب الوفاء، فبيع المعيب غير مشمول إلى الإطلاق الأزمني من أساس؛ لقصور الإطلاق، فلا يصح التمسك به في المقام.

فالقاعدة وإن كانت في نفسها تامة، إلا أنها لا تشمل موارد الشروط الارتكازية التي منها سلامة المبيع.

مقتضى أدلة خيار العيب

وأما المقام الثالث، وهو مقتضى الأدلة الخاصة الدالة على خيار

العيب، فهي وجوه:

مقتضى قاعدة لا ضرر

الوجه الأول: التمسك بقاعدة « لا ضرر »، ومفاد الاستدلال بها: أن الحكم باللزوم مع وجود العيب ضرر على المشتري، مستند إلى الشارع، فينتفي بها، والمستفاد من ذلك ثبوت الخيار من حين العقد، إلا أنه لم يكن يعلم بالعيب، وعدم علمه به لا يعني عدم ضرورة هذا اللزوم، ويترتب على ذلك أنه لو لم يكن ملتفتاً إلى العيب ولكنه ندم من إنشاء المعاملة ففسخها، فإن كان الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب ففسخه لغو، ولا أثر له، وإن كان ثابتاً من حين العقد فقد تمّ الانفساخ.

وما يرد على هذا الوجه الإشكال على أصل المبنى كما حققناه

سابقاً، من أن حدّ دلالة « لا ضرر » هو نفي اللزوم، لا إثبات حق الخيار؛

فإن الثاني أخص من الأول؛ إذ نفي اللزوم يجتمع مع الجواز الحكمي كما في الهبة، والجواز الحقي كما في البيع الخياري.

مقتضى الشرط الارتكازي

الوجه الثاني: التمسك بالشرط الارتكازي العقلاني، ومقتضاه ثبوت الخيار من حين العقد أيضاً؛ لأن العقلاء يجرون المعاملة مبنية على شرط السلامة في المتاع، وهذا الاشتراط من حين العقد، فإذا تخلف كان له الفسخ من حينه.

نعم، سواء أكان المستند « لا ضرر »، أم الشرط الارتكازي فهو لا يثبت أكثر من جواز الفسخ، ولا يخفى أن في باب العيب حكيمين على نحو التخيير، الأخذ بالخيار، أو المطالبة بالأرش، والثاني على خلاف القاعدة، فيحتاج في إثباته إلى دليل خاص، و« لا ضرر »، والشرط الارتكازي لا يثبتانه.

مقتضى الأدلة الخاصة

الوجه الثالث: الأدلة الخاصة بالبحث كالروايات الواردة في باب العيوب، وفي باب الخيارات، المتقدم بعضها، كصحيحة زرارة، ورواية داود بن فرقد، والمستفاد منها ثبوت الخيار من حين العقد؛ لاستناد الخيار إلى العيب، لا إلى ظهوره، كما يظهر من التعبير بـ « وبه عيب، أو عوار، ولم يتبرأ منه ».

إشكالان

ولكن هنا إشكالين:

الإشكال الأول على كون مفادها الخيار من حين العقد ودفعه

أن خيار العيب في الروايات معلق على عناوين نفسانية، مثل وجد، ظهر، رأى، وهي أخص من واقع العيب، فالمستفاد من التعليق على الوجدان والظهور والرؤية هو أن المعلق عليه الخيار هو ظهور العيب لا واقعه.

وقد أجاب عمدة أعظم الفن: بأن أخذ هذه العناوين ظاهر في الطريقة.

وهذه الدعوى تحتاج إلى إثبات؛ إذ يمكن أن يقال: بأن الأصل في العناوين المأخوذة في الحكم هي الموضوعية، فإسقاط مدخلتها وحملها على الطريقة يحتاج إلى دليل، وما يمكن الاستدلال به لرفع الإشكال طريقان:

الطريق الأول: أن هذا الأصل - أي كون العناوين المأخوذة في الأحكام بنحو الموضوعية - لا عموم فيه؛ لقصور المقتضي، وبيان ذلك: إن الأصل في العنوان المأخوذ في الحكم أن يكون بنحو الموضوعية ما لم تكن الطريقة ذاتية فيه، وأما ما كانت ذاته الطريقة فالأصل فيه أن يكون بنحو الطريقة، والعلم والوجدان والظهور من هذا القبيل؛ لأن حاق هذه الأمور الطريقة؛ والمرآية عين ذات القطع واليقين والظهور، فالنظر لها بنحو الموضوعية هو الذي يكون على خلاف الأصل فيها، فمثلها مثل النور، فإننا لا نلتفت معه إلا إلى المستنير دون الالتفات إليه، وأما لو

أريد النظر إليه لاحتاج إلى التفات له، والوجدان والعلم والقطع كذلك، فالأصل فيها الطريقية، والموضوعية تحتاج إلى مؤونة زائدة.

الطريق الثاني: إن الروايات الواردة في الباب ليست تعبدية، بل هي واردة في مورد الارتكازات العقلائية، القائمة على أن منشأ الخيار هو وجود العيب، لا ظهوره، وعدم العبرة بالعلم به عندهم، فتكون هذه الارتكازات قرينة حافة بالكلام، فلو كان مقتضى الأصل - في هذه العناوين - الموضوعية لكانت الارتكازات العقلائية صارفة لها عن الموضوعية إلى الطريقية.

فتحصل - بعد ملاحظة هذين الوجهين -: أن الحق كون المستفاد من الروايات ثبوت الخيار من حين وقوع العقد؛ فإن المأخوذ في الموضوع، وإن كان وجدان العيب، إلا أنه أخذ طريقاً إلى واقع العيب.

الإشكال الثاني للشيخ ودفعه

ما أورده الشيخ رحمته الله، من أن ظاهر بعض الأخبار أن السبب هو نفس العيب، لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعله بحدّ المقتضي، وظهور العيب شرط، فلا تدلّ على تحقق الخيار من حين العقد^(١).

ولبّ إشكال الشيخ رحمته الله يرجع إلى إثبات الأخص بالأعم؛ فإن مفاد الروايات إثبات أصل دخل العيب، والمدعى السببية التامة للعيب، وهو أخص من الدليل.

ويمكن دفعه:

أولاً: بأن الخيار عندما يستند إلى العيب في الروايات من دون أن ينضم إليه غيره، بإطلاق الاستناد يقتضي أن العيب هو تمام المؤثر؛ إذ لو وجد مؤثر آخر معه لكان مقتضى القاعدة بيانه، وبما أنه لم يبين فمقتضى الإطلاق عدم التقييد.

وثانياً: المفروض أن الارتكاز العقلاني قائم على أن الوجود الواقعي للعيب هو تمام السبب، ولا أثر للعلم والجهل بحسب بنائهم في ثبوت الخيار وعدمه، وضمّ هذا الارتكاز إلى إطلاق « وبه عيب أو عوار » يؤكد أن المؤثر التام في الخيار هو العيب، لا أنه بحدّ المقتضي.

الحق في المسألة

والحاصل: أن الحق في المسألة هو: أن مقتضى الأصل العملي كون الخيار من زمان ظهور العيب، وكذلك مقتضى القاعدة على مبنى القوم، وأما بحسب ما بنينا عليه من تنزيل ﴿أوفوا بالعقود﴾ على المرتكز العقلاني يكون مقتضى القاعدة ثبوت الخيار من حين العقد؛ لأن وجوب الوفاء يتعلّق بالعقد مع متعلقاته ومنضماته، والشروط من جملتها، والشروط الارتكازي أحدها.

وكذلك مقتضى الأدلة الخاصة؛ فإنها دالة على ثبوت الخيار من حين العقد.

وهكذا مقتضى دليل « لا ضرر » على فرض التمسك بها.

لا فرق في الخيار بين الثمن والمثمن

قال الشيخ رحمته: (لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرح به العلامة وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معيباً)^(١).

دليل الشيخ في التعميم والناقشة فيه

واستند في التعميم للثمن إلى وجهين:

الأول: نفي الخلاف ظاهراً.

الثاني: إن الأخبار وإن كانت ظاهرة في عيب المبيع، إلا أنه من أجل كون الثمن نقداً غالباً، والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد.

وكلاهما محلّ المنع؛ أما الوجه الأول فيرد عليه:

أولاً: أنه لا يمكننا أن نحكم بعدم الخلاف جزماً؛ لأن كثيراً من أعظم المحققين لم يتركوا مصنفاً ولا كتاباً يحمل آراءهم.

وثانياً: أن علماءنا متفرقون في البلدان كما صرح الشيخ الطوسي رحمته بذلك، فلم تصل أيدينا على جميع كتبهم.

وهذان الإشكالان يسريان في جميع موارد دعوى نفي الخلاف.

وثالثاً: أن في المسألة وجوهاً متعددة، فلا يكشف نفي الخلاف عن رأي المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر.

فالوجه الأول ممنوع صغرى وكبرى.

وأما الوجه الثاني فيرد عليه: أن عندنا بحثين:

الأول: أن يرد العموم، أو الإطلاق في مورد خاص، فيكون صغرى لكبرى: خصوص المورد لا يخصص الوارد.

الثاني: أن يختص الحكم من الأول بالمورد، من دون أن يكون في المورد عموم أو إطلاق، فإسقاط خصوصية المورد، وإلغاؤها يحتاج إلى دليل، وغاية ما أفاده الشيخ رحمته الله لإلغاء الخصوصية: أن الغالب في الثمن أن يكون نقداً فيقلّ فيه العيب، بخلاف المثلن؛ فإن الغالب فيه كونه متاعاً فيكثر فيه العيب.

وغاية هذا الوجه إفادته الظن، والظن لا يغني عن الحق شيئاً، بل لا بدّ من إحراز إلغاء خصوصية الموضوع في المورد الذي لا يوجد فيه عموم ولا إطلاق.

فكلا الوجهين ساقطان، ولا يصلحان مستنداً في الفتوى.

مقتضى التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال: إن في المسألة حكيمين، الخيار، والأرش، وكلاهما على خلاف الأصل والقاعدة، أما الأول؛ فلأن مقتضى الأصل - فيما لو وقع البيع، وتحقق النقل والانتقال، ثم فسخ وشكّ في رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأول - بقاء المال على ملك الذي انتقل إليه.

ومقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾ - بغض النظر عن إشكالنا - لزوم البيع، فلا بدّ من دليل على الخيار.

وأما الأرش؛ فلأن أخذه تملّك لمال الغير؛ فإن الأرش هو ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وما به التفاوت مال للغير، فتملكه يحتاج إلى دليل.

أدلة الخروج عن مقتضى الأصل في الخيار والأرش

وما ذكر من الأدلة للخروج عن مقتضى الأصل والقاعدة فيهما ثلاثة:

الدليل الأول: قاعدة لا ضرر

فإن مقتضاها التعميم؛ لأن الحكم بلزوم المعاملة - مع كون الثمن معيياً - ضرر على البائع، كما أن الحكم بلزومها مع كون المثلث معيياً ضرر على المشتري، فينتفي اللزوم في الموردين؛ لأن حكومتها في المقامين.

ولكن يرد على الاستدلال بها: أن أقصى ما تفيده نفي اللزوم، لا إثبات الخيار، الذي هو من الحقوق القابلة للإرث والإسقاط، ولا الأرش.

ولا أقل من الشك، فيقتصر على خروج القدر المتيقن من تحت

العام؛ وذلك: لأن نسبة «لا ضرر» إلى أدلة اللزوم ك﴿أوفوا بالعقود﴾ نسبة الحاكم إلى المحكوم، والحكومة هنا تخصيص لبأ، فإذا شك في سعة الخارج وضيقة اقتصر على خروج القدر المتيقن، وبما أن الجواز الحكمي والجواز الحقي يشتركان في أصل رفع المعاملة، ويزيد الجواز الحقي عليه بجواز إسقاطه، وبانتقاله إلى الورثة، فالقدر المتيقن في

المقام هو الجواز الحكمي فيقتصر عليه، فترفع اليد عن العام في حال الضرر بمقدار الجواز الحكمي فقط، فيجوز الفسخ دون ثبوت حق الخيار الذي يجوز إسقاطه وينتقل إلى الورثة.

الدليل الثاني: الشرط العقلائي الارتكازي

وهو دال على ثبوت حق الخيار في الثمن أيضاً؛ لأن بناءهم في المعاملات على سلامة العوضين، وبما أنه شرط من الشروط، فتخلفه يوجب الخيار.

ولكنه لا يدلّ على الأرش، إلا إذا ثبت بناؤهم في موارد العيب على التخيير بين الفسخ وأخذ ما به التفاوت، ولا طريق لإحرازه، وغاية ما يمكن أن يدعى بناؤهم على التوافق فيما به التفاوت، وهو يختلف عن استحقاق أخذ ما به التفاوت، الذي هو الأرش.

وبعبارة أخرى:

أن معنى الأرش استحقاق تملك مال الغير؛ لأن الأرش هو مقدار ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، وهو ملك للغير، فأخذه تملك لمال الغير، وهو على خلاف الأصل، ولا يجوز إلا بسبب، وقامت السيرة على جواز الفسخ، وأما جواز التملك فلا؛ لأنها دليل لبي لا لسان لها؛ لتثبت أكثر من ذلك.

نعم، يمكن أن يدعى قيامها على التوافق بين المتعاملين، بمعنى أن المال إذا كان معيباً وتبين لهما ذلك كان لهما أن يتوافقا على تسليم

الأرش وما به التفاوت، ولكن التوافق عليه ورفع اليد عن فسخ المعاملة أعم من ثبوت حق السلطنة على تملك ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، فيقتصر - بناء على الشرط الارتكازي - على ثبوت الخيار فقط، وأما الأرش فمقتضى القاعدة والأصل عدم حق تملك ما به التفاوت^(١).

وأما إذا كان المستند الأخبار، فقد تقدم أنها مختصة بالمثمن، إلا أن الشيخ رحمته الله قال بإلغاء الخصوصية، استناداً إلى غلبة كون الثمن نقداً، وغلبة كون النقود سالمة.

وقد تقدم أن ذلك لا يعدو الظن، والأصل - في حال تعلق الحكم بمورد خاص - دخل تلك الخصوصية فيه، ولا يرفع اليد عنها إلا بدليل، ولإلغائها طريقان، لا ثالث لهما: إما تنقيح المناط، أو الارتكاز العرفي على عدم دخل خصوصية الموضوع.

أما تنقيح المناط، فلا يفيد إلا إذا كان قطعياً، وأما الظني منه فهو قياس مردود بضرورة المذهب.

وأما إلغاء الخصوصية بالظن، فلا دليل عليه أيضاً.

(١) سأل بعض الحاضرين عن ما إذا كان الثمن كلياً وسلم المعيب.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن كلامنا الآن في ما إذا كان الثمن والمثمن شخصيين، وليس في كلام الشيخ رحمته الله ذكر للكلي في المقام.

نعم، ذكر ذلك السيد البيزدي والمحقق الأصفهاني قدس سرهما، وليس هو محل البحث الآن.

إشكال السيد الخوئي على السيد اليزدي ورده

وقد أورد المحقق السيد الخوئي رحمته الله في المقام هذا الإشكال على السيد اليزدي رحمته الله، بعد أن حمل كلامه في إلغاء الخصوصية بسبب غلبة كون المثلث متاعاً، فيحصل فيه العيب، وغلبة كون الثمن نقداً، ويندر العيب فيه.

ورده بأن ذلك لا يعدو إفادة الظن^(١).

ولكن تعبير السيد اليزدي رحمته الله ليس كما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمته الله، بل قال: (فإنه - المناط - وإن لم يكن معلوماً، إلا أنه يكفي كونه مظلوناً، لا لأن الظن حجة، بل لأنه قد يكون الظن بالمناط قرينة عرفية على المراد من اللفظ، كما هو كذلك في المقام؛ فإنه قرينة على كون المبيع كناية عن العوض في البيع، سواء المبيع والثمن)^(٢).

فالسيد اليزدي رحمته الله جعل الظن الحاصل من الغلبة منشأً للقرينة العرفية على إلغاء خصوصية المثلث، ولم يجعل الإلغاء بسبب الظن الحاصل من الغلبة.

وهو محل إشكال أيضاً؛ فإن الحكم إذا تعلق بموضوع خاص فلا تلغى الخصوصية إلا إذا رجع الخاص إلى العام عرفاً، وما لم يبلغ لهذا الحد، أو شك في ذلك، فالأصل يقتضي الأخذ بأصل الخصوصية.

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٠٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي رحمته الله ٣: ٩٢.

فمثلاً في موارد الطهارة والنجاسة، لو ورد الأمر بغسل اليد أو الثوب عند إصابتها للدم، فهنا تلغى الخصوصية جزماً؛ لقيام الارتكاز العرفي القطعي على أن الملاك في التنجيس السراية، وهي لا تختص باليد أو بالثوب، فالمورد وإن كان خاصاً إلا أن الحكم عام؛ لقيام الارتكاز العرفي على أن ذكر الخصوصية من باب المثال وبيان المصداق، ومتى ما كان كذلك كانت القرينة العرفية تامة.

ومثل ذلك ما لو سأل عن حكمه لما اشترى الدار وكانت معيبة، فأجيب بأن لك حق الفسخ، فإن العرف لا يفرق بين الدار وبين الكتاب المعيب في الحكم بجواز الفسخ.

ولكن الإشكال في المقام أن الخيار والأرش وردا في مورد المثلث، فتعديتهما إلى الثمن، وإلغاء خصوصية المثلث، إما أن يكون لنفس الارتكاز الموجود في باب السراية والملاقاة، وهو مفقود في المقام جزماً.

وإما لكون الغلبة قرينة عرفية، والقرينة العرفية إنما تكون في المورد الذي لا يتردد في قرينتها، أي يحصل الجزم بأن الغلبة قرينة على عدم خصوصية المثلث، وعهدة ادعاء هذه القرينية على مدعيها.

فما أفاده السيد اليزدي رحمته الله لا يحلّ الإشكال^(١).

(١) أورد بعض الحضور كلام السيد الخوئي رحمته الله: (..وعليه فالأخبار الدالة على ثبوت الخيار والأرش في المبيع تدل على ثبوتها في الثمن أيضاً، فيكون الخيار ثابتاً للمشتري أيضاً، كما ذكرنا سابقاً أن ما دلّ على أن ثمن العذرة سحت، أو ثمن الخمر سحت، أو

فالحق في المسألة: أن ما يمكن أن يفتى به في الثمن - استناداً إلى الدليل - الحكم بخيار العيب؛ بسبب الشرط الارتكازي العرفي، وأما ثبوت حق الأرش فلا دليل عليه.

تعميم خيار العيب إلى غير البيع

هذا كله بالنسبة إلى جريان خيار العيب في البيع، وأما في غيره من المعاملات كالإجارة والصلح فهو يدور مدار المبنى، وهو وجوه:

الوجه الأول: أن يكون المبنى الأخبار، بحيث نقول: إن ذكر البيع فيها من باب المثال، فالخيار والأرش يأتیان في غير البيع.

ولكن هذا الادعاء باطل؛ إذ لا دليل على أن ذكر البيع فيها لا خصوصية فيه، وإنما كان من باب ذكر مثال إلى المعاملات.

الوجه الثاني: أن يستند إلى تنقيح المناط، بأن يقال: إن المناط

ثمن الكلب سحت، أنه [لا] يختص بالثمن فقط، بل يجري في الثمن أيضاً؛ لعدم الفرق في الفرض الذي نهى عن الثمن الأمور المذكورة [كذا]، فهي موجود فيما إذا كانت الأمور المذكورة ثمناً لشيء آخر، أو أجرة للعمل أيضاً كما هو واضح. وإذا أمكن اثبات هذه الدعوى في المقام أيضاً كان الخيار والأرش جارياً في طرف البائع أيضاً)، مصباح الفقاهة ٧: ١٧-١٨.

وأجاب عنه الأستاذ دام ظله: بأنه قياس مع الفارق؛ فإننا نعلم بأن المانع في المثال كونه سحتاً، وأن السحتية جاءت من كونه عذرة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون ثمناً أو مثنماً، بخلاف ما نحن فيه.

الموجود في البيع موجود في بقية المعاملات.

وهو مردود؛ لأن المناط الظني لا حجية فيه، والقطعي لا يحصل.

الوجه الثالث: الشرط الارتكازي العقلاني؛ فإن بناء العقلاء في

المعاملات على سلامة العوضين، فإذا تخلف هذا الشرط كان لمن أخذ المعيب الخيار.

وهذا الشرط يثبت الخيار، دون الأرش، ومقتضى القاعدة فيه عدم

ثبوته.

الوجه الرابع: قاعدة « لا ضرر ».

وهي على القول بإفادتها الحق تثبت الخيار فقط، وأما على التحقيق

فلا تفيد إلا نفي اللزوم، لا الحق القابل للاسقاط والإرث، فيمكنه الفسخ

ليس إلا.

حكم جريان خيار العيب في بيع الكلي

ما تقدم من الكلام كان في المبيع الشخصي، والكلام الآن يقع في

المبيع الكلي، بمعنى أنه لو اشترى مائة كيلو حنطة، ثم في مقام الأداء

سلمه البائع حنطة معيبة، فهنا جهات من البحث:

الجهة الأولى: في ثبوت الخيار لرد أصل العقد - كما في المبيع

الشخصي - وعدمه.

الجهة الثانية: في ثبوت الأرش وعدمه في هذه المعاملة.

الجهة الثالثة: في تحقق الوفاء بالفرد المعيب وعدمه.

الجهة الأولى: عدم ثبوت الخيار في البيع الكلي

أما الجهة الأولى، فتعرض لها صاحب الجواهر رحمته الله - تبعاً للمحقق رحمته الله - في مبحث بيع الصرف، وذكرها من جهة الأرش في بيع السلف، والمستفاد من موارد من كلماته أنه يرى ثبوت الخيار والأرش^(١).

وينبغي أن نوقع البحث بناء على النصوص تارة، وعلى القاعدة أخرى:

أما النصوص، فنصوص اشتراء الجارية يستفاد منها بشكل واضح أن المبيع شخصي، وأما التي كانت بعبارته: « اشترى شيئاً »، فالظاهر من عبارة « وبه عيب أو عوار » أن العيب أو العوار في نفس ما اشتراه، وهذا لا يصدق إلا في المبيع الشخصي، وأما الكلي فلا عيب فيه، وإنما يكون العيب في مصداقه، فالنصوص قاصرة الشمول للكلي؛ فإن المبيع لا عيب فيه، وما فيه عيب غير مبيع.

ولو أريد التمسك بالنصوص في المقام، فلا سبيل إلا من طرق ثلاثة:
الأول: تنقيح المناط، بمعنى أن مناط الحكم بثبوت الخيار في المبيع الشخصي هو وجود العيب فيه، فإذا وجد في الفرد المنطبق عليه المبيع كفى في الحكم بثبوته.

(١) راجع جواهر الكلام ٢٤: ٢٤ - ٢٨.

وهو واضح البطلان؛ لعدم استناد الأحكام إلى المناطات الظنية.

الثاني: أن يحمل ما ورد في النصوص على المثال، وذكر أحد المصاديق، وإلا فالحكم مجعول للأعم.

وهذا الوجه باطل أيضاً؛ لأن الأصل في العناوين المأخوذة في لسان الأدلة حملها على الموضوعية، وإلغاء الخصوصية، وجعل الموضوع أعم من كون المشتري معيماً أو كونه مصداقاً للمعيب خلاف أصالة الموضوعية.

الثالث: أن هذا المعيب وإن كان مصداقاً للمبيع بالدقة العقلية، إلا أنه مبيع بالنظر العرفي، وقد أشار إليه السيد اليزدي رحمته الله في حاشيته^(١).

وهو مردود أيضاً؛ إذ لا بدّ من التفريق بين العرف المسامحي والعرف الدقي؛ فإننا وإن لم نعتمد في الموضوعات الشرعية على الدقة العقلية إلا أننا لا نأخذ بالعرف المسامحي، بل بالعرف الدقي، بحيث يصح الحمل ولا يصح السلب عنده في جميع المراتب، فمن اشترى الكلي وأعطى في مقام الأداء المصداق المعيب، فإنه وإن أطلق عليه عرفاً أنه أعطى ما اشتراه، إلا أنه لو سئل المشتري: هذا الذي اشتريته؟ لقال: لا، أنا اشتريت مائة كيلو من الحنطة، ولكن أعطاني هذا المعيب، فيسلب عنوان الشراء عن ما أعطى، فصحة السلب صحيحة عرفاً، وكاشفة عن أن المعيب غير المشتري، ولكن العرف المسامحي يتسامح

(١) حاشية السيد اليزدي ٣: ٩٤.

في الإطلاق.

فتحصّل مما ذكرنا: أن النصوص قاصرة عن إثبات الخيار في بيع الكلي، والتعميم إنما يكون بواسطة هذه الوجوه الثلاثة، وكلها باطلة.

الجهة الثانية: في عدم ثبوت الأرش

وأما الجهة الثانية، وهي في ثبوت الأرش وعدمه، فالكلام تارة على القول: بأن الأرش مقتضى القاعدة، وأخرى على القول: بكونه على خلاف القاعدة، وإنما ثبت في خيار العيب بالتعبد.

أما من يقول: بأنه مقتضى القاعدة، فيفرض أن الصحة تقابل بالثمن، فلها حصة من الثمن، فإذا فقدت في المثلن أخذ ما يقابله من الثمن.

وأما من يرى بأنه خلاف القاعدة، فيرى بأن الثمن إنما يقابل الأجزاء، لا الأوصاف؛ فإنها حيثية تعليلية لبذل الثمن، بخلاف الأجزاء؛ فإنها حيثية تقييدية لبذله، وهذا الرأي هو الحق.

وبناء عليه، فإذا كان المبيع كلياً، وأدى المعيب، لم يكن مورداً للأرش؛ لكونه على خلاف القاعدة، والنصوص قاصرة الشمول عنه.

وأما على القول بأنه مقتضى القاعدة، فلا طريق له في المقام أيضاً؛ لأن الثمن - بناء على هذا القول - جعل في مقابل المثلن، فينقص منه بمقدار ما نقص من المثلن، فينقص مقدار ما قابل الصحة، فيتمّ فيما لو جعل الثمن في مقابل الفرد، ولكن في المقام جعل الثمن في مقابل

الكلبي، والكلبي لا عيب فيه لينقص منه ما قابل الصحة.

فلا يثبت الأرش على كلا القولين.

الجهة الثالثة: في تحقق الوفاء بالفرد المعيب وعدمه

وأما الجهة الثالثة (مقتضى القاعدة)، فذهب المحقق الأصفهاني رحمته الله

إلى تحقق الوفاء بالفرد المعيب؛ لأن الوفاء بالمعاملة تسليم المبيع إلى المشتري، وقد تحقق إلا أنه معيب؛ وذلك لأن الأوصاف المأخوذة في المبيع على قسمين:

الأول: الوصف المقوم للمبيع، فإذا تخلف فالمبيع لا ينطبق على المؤدى، مثل ما لو اشترى عبداً وأعطى أمة، أو بالعكس؛ فإن الذكورية والأنوثية في المملوك من المقومات.

الثاني: الوصف غير المقوم للمبيع، كوصف الصحة، فإذا تخلف يصدق على الفرد الفاقد له أنه مصداق للمبيع، وإن كان فاقداً للوصف، فيتحقق الوفاء به، ولكن بما أن المبيع كان موصوفاً بوصف وقد تخلف فللمشتري أن لا يقبله ويرده، كما له أن يرضى به، فإن رده كان الكلبي في ذمة البائع^(١).

التحقيق هو التفصيل

ومقتضى التحقيق التفصيل؛ فإن الصحة المأخوذة في مبيع الكلبي

تتصور بصور:

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الأصفهاني رحمته الله ٤: ٤٤٠.

الصورة الأولى: أن يؤخذ وصف السلامة شرطاً في المبيع، بمقتضى الارتكاز العقلاني المبني على سلامة الثمن والمثمن في المعاملات.

الصورة الثانية: أن يؤخذ وصف السلامة من العيب قيداً في المبيع، بأن يكون المبيع الكلي مقيداً بالسلامة.

ولهذه الصورة ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يؤخذ القيد في المبيع بنحو وحدة المطلوب، على وزان أن يشتري العبد الكاتب، على أن تكون الكتابة قيداً بنحو وحدة المطلوب.

الثاني: أن يؤخذ فيه بنحو تعدّد المطلوب، بحيث يكون القيد دخيلاً في كمال المطلوب.

الثالث: أن يشك في المأخوذ قيداً، هل أخذ بنحو وحدة المطلوب أو بنحو تعدّده.

فالصور أربع، وحكمها:

أما إذا أخذت الصحة شرطاً، فتسليم المعيب يحقق الوفاء بالعقد دون الوفاء بالشرط؛ فإن ما وقع عليه البيع مائة كيلو حنطة، وهذا العنوان ينطبق على ما أعطي للمشتري إلا أنه معيب، وكلام المحقق الأصفهاني رحمته الله في هذه الصورة تام.

وأما إذا أخذت قيداً، كأن يؤخذ في متعلق البيع أن يكون عبداً سالمًا، فإن كان بنحو تعدّد المطلوب، بحيث يكون للمشتري غرضان،

غرض يتعلق بأصل العبد، وغرض آخر يتعلّق بسلامته، فلو أعطاه العبد المريض صدق الوفاء عرفاً أيضاً، وإن أخذت السلامة وصفاً لا شرطاً.

وأما إذا أخذت بنحو وحدة المطلوب، فالفرد المعيب الذي سلّمه البائع ليس وفاء للبيع أصلاً؛ فإن المشتري حنطة سالمة، والمعطى حنطة معيبة، فلا يكون مصداقاً له بما هو مبيع، وإن كانت الحنطة المعيبة مصداقاً لكلي الحنطة بما هي كلي؛ فإن المعتبر في الوفاء بالمعاملة صدق الطبيعي بما هو مبيع، لا بما هو طبيعي.

وعلى هذا فيبقى الفرد المبيع في ملك مالكة الأول، ويكون في يد المشتري أمانة مالكية، تجري عليه أحكامها، ويجب ردّها لصاحبها؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِن اللّٰهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١).

وأما إذا شك في أن وصف الصحة أخذ بنحو وحدة المطلوب أو بنحو تعدّده، كأن نعلم بأن البيع تعلّق بالعبد السالم، ولكن لم نعلم هل أن السلامة دخيلة في أصل الغرض، أو في كماله، فمع فقدها نشك هل ارتفع أصل الغرض، أو الغرض الأكمل، فتكون المسألة من صغريات أخذ الخصوصية في المتعلّق، وفيها طريقتان:

الأول: أن دخل الوصف في أصل الغرض مسلم، وأما بنحو وحدة المطلوب فمشكوك، فما يمكن الحكم به دخوله في الغرض، وأما الحكم بفساد المعاملة لو فقد الوصف، أو الحكم بعدم كون تسليمه وفاء

للعقد، فلا.

الثاني: أن الأصل في موارد الخصوصيات المذكورة في المتعلقات أن تكون الخصوصية دخيلة في جميع الغرض، وخلافه يحتاج إلى إثبات، ونظير ذلك في العبادات الصلاة المقيّدة بالوقت، كما لو كان متعلّق الطلب الصلاة في الوقت؛ فإن مقتضى الأصل كون الوقت قيّداً بنحو وحدة المطلوب، فالصلاة خارج الوقت وإن صدق عليها طبعي الصلاة، إلا أنه لا يصدق عليها طبعي الصلاة بما هي مأمور بها.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنه وإن صدق على العبد المريض طبعي العبد، ولكن لا يصدق عليه طبعي العبد بما هو مبيع، وفرق بين الأمرين.

وهذا الوجه أوجه؛ فمقتضى الأصل في موارد الشك الحمل على وحدة المطلوب، وتعدّده يحتاج إلى إحراز. فإذا أحرزنا في الصلاة أن الوقت دخيل فيها بنحو تعدّد المطلوب حكمنا بأن القضاء بالأمر الأول.

وإن لم نحرز أنه بنحو وحدة المطلوب أو تعدّده، فمقتضى القاعدة أن نحكم بأن الصلاة خارج الوقت غير مأمور بها بالأمر الأول، فيحتاج القضاء إلى أمر جديد.

فالحق إذن التفصيل بين ما إذا أحرز أخذ الوصف شرطاً، أو أخذه قيّداً بنحو تعدّد المطلوب، فيتحقق الوفاء بالفرد المعيب، وفي غيرهما لا

يعدّ وفاء.

فإن لم يحصل الوفاء كان المعيب في يده أمانة مالكية، ويجب رده كما ذكرنا، وإن عدّ وفاء، فالمال مال المشتري، إلا أنه فاقد الخصوصية، فله أن يرضى به وأن يردّ الوفاء به، وردّ الوفاء أمر، وعدم تحقق الوفاء به أمر آخر، فالعقد على صحته ولزومه، أي أن البيع لازم، والوفاء جائز. ولو تعذّر تسليم السليم، فتارة يكون التعذّر من الأول، وأخرى يكون طارئاً.

فإن كان من الأول، فإن كان بنحو الاشتراط، فله خيار تخلف الشرط. وإن كان قيماً بنحو وحدة المطلوب، فالبيع باطل من أصله. وإن كان التعذّر طارئاً، بأن كان متمكناً من تسليم السليم ولم يسلمه، فله خيار الفسخ، إلا أنه خيار تعذّر التسليم، لا خيار العيب، وبينهما فرق. **والنتيجة:** أن النصوص غير دالة على خيار العيب في البيع الكلي، وأما مقتضى القاعدة التفصيل بين ما إذا أخذ شرطاً، أو قيماً، وعلى الثاني بين أن يكون بنحو وحدة المطلوب أو تعدّده، ومع التعذّر، هل كان من الأول أو طارئاً، وقد اتضح حكم كل ذلك.

القول في مسقطات هذا الخيار

بما أن في خيار العيب حقين: حق فسخ العقد وإبرامه، وحق أخذ الأرش، وإنما الخلاف بين المشهور وغيرهم في أنهما عرضيان أو طوليان، فذهب المشهور إلى الأول، واختار غيرهم الثاني، بحيث لا تصل النوبة إلى الأرش إلا مع عدم تيسر الخيار، ولا طريق للرد.

قال الشيخ رحمته الله: يسقط الردّ خاصة بأمر:

المسقط الأول: التصريح بالالتزام بالعقد

وذكر الشيخ رحمته الله فيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: التصريح بالتزام العقد، وإسقاط الردّ واختيار الأرش.

ولا إشكال في سقوط الخيار وبقاء حق الأرش في هذه الصورة.

الصورة الثانية: أن يطلق الالتزام بالعقد، كأن يقول: التزمت بالعقد،

فقال الشيخ رحمته الله هنا: (الظاهر عدم سقوط الأرش).

ويفهم من هذا التعبير احتمال سقوط الأرش أيضاً، ووجه احتمالاه: أن

الالتزام بالعقد التزام بكون المبيع ملكاً له على ما عليه العين من

الأوصاف، ونتيجة ذلك سقوط حق الخيار، والأرش.

ولكن الظاهر كما قال الشيخ رحمته الله؛ فإن مدلول الالتزام بالعقد عدم فسخه، والبقاء على ما التزم به، ولا يستظهر من ذلك عدم استفادته من حق الأرش.

الصورة الثالثة: أن يسقط الخيار، كأن يقول: أسقطت الخيار.

وهنا قال الشيخ رحمته الله: لا يبعد سقوطه، يعني الأرش، ووجه عدم استبعاده رحمته الله: أن خيار العيب يختلف عن سائر الخيارات، الشرعية كخيارى المجلس والحيوان، والجعلية العقلائية كشرط الخيار؛ فإن في الخيار طرفين، وهما في سائر الخيارات: فسخ العقد وعدمه، أو فسخ العقد وإمضائه، وأما في خيار العيب فهما الفسخ، والأرش، وبما أن خيار العيب بهذا النحو، فإذا قال: أسقطت الخيار، سقط كلا الطرفين^(١).

ومقتضى التحقيق في المسألة أن نبحت أولاً في إمكان إسقاط أحدهما وبقاء الآخر، فإن أمكن ذلك جاء تفصيل الشيخ رحمته الله، من أنه تارة يسقط أحدهما ويبقى الآخر، وتارة يسقط كلاهما، وإن لم يمكن ذلك، فلا مجال إلا من إسقاطهما معاً في كل مورد يحصل فيه الإسقاط.

كلام المحقق الإيرواني في عدم وجود حقين في خيار العيب

ذهب المحقق الإيرواني رحمته الله إلى عدم وجود حقين في خيار العيب، حق فسخ العقد، وحق أخذ الأرش، بل الخيار واحد ومتعلقه متعدد،

وتعدّده لا يوجب تعدّد الحق، كما هو الحال في سائر الخيارات؛ فإن المتعلّق فيها اثنان، فسخ العقد، وإبرامه، ولكن الحق واحد، فإذا كان الحق واحداً، فالواحد لا يتعدد، والبسيط لا يتبعض، فلا يعقل أن يسقط بعضاً ويبقى البعض الآخر حتى نقول يسقط الردّ، ويبقى الأرش^(١).

المناقشة في ما أفاده المحقق الإيرواني

والإنصاف أنه إشكال قوي، إلا أنه مردود نقضاً وحلاً.

أما النقص، فبالواجب التخييري؛ فإن الوجوب فيه واحد، ومتعلّقه متعدد، ولا إشكال في حال تعذّر أحد طرفي المتعلّق لا يسقط الطرف الآخر، فلو تعذر في خصال الكفارة عتق الرقبة وإطعام ستين مسكيناً لم يسقط وجوب صيام شهرين متتابعين، ولا فرق بين ما نحن فيه وما في الواجب التخييري، إلا أن ذلك حكم تكليفي بالتخيير، وهذا حكم وضعي بالتخيير.

وأما الحل، فنحو تعلق الحق بمتعلّقه هو نحو تعلق الوجوب بمتعلّقه، وبيان ذلك:

إن الحق والحكم أمران اعتباريان من طرف الشارع، والاختلاف بين الحق والحكم في الوضع والتكليف.

وبعبارة أخرى: إن الوجوب حكم تكليفي، والحق حكم وضعي،

(١) حاشية المحقق الإيرواني على المكاسب، قسم الخيارات: ٥٣.

وسواء أقلنا بمقالة المشهور، من أن حقيقة الحق هي السلطنة، أم بمقالة غيرهم، من أن الحق أمر اعتباري.

فعلى كلا التقديرين يشترك الحكم والحق في أصل الاعتبار المبرز، فقهرأ يكون نحو التخيير في الحق هو نحو التخيير في متعلق التكليف.

بيان المباني في الوجوب التخييري

والمباني في الوجوب التخييري مختلفة، والمهم منها ثلاثة:

المبنى الأول: إن الوجوب التخييري عبارة عن وجوبين مشروطين، فكل منهما مشروط بترك الآخر، فوجوب عتق الرقبة مشروط بترك الإطعام الذي هو عدله، ووجوب الإطعام مشروط بترك عدله، العتق، فالوجوب على هذا المبنى - المختار لعدة من الأعظم - يتعدّد بعدد الأبدال، وإذا تعدّر بعض الأعدال لم يسقط العدل الآخر، وإنما يتحقّق شرط الفعلية للمتيسر منها.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الحق التخييري؛ فإن المجعول على هذا المبنى هو جعل حق الردّ بشرط عدم أخذ الأرش، وجعل الأرش بشرط عدم فسخ العقد، فالمجعول حقان مشروطان، فإسقاط أحدهما لا يلازم إسقاط الآخر، كما لا يلزم الجمع بين الحقين؛ لكونهما مشروطين.

فإشكال المحقق الإيرواني رحمته الله منحل على هذا المبنى.

المبنى الثاني: ما ذهب إليه كل من المحققين النائيني والأصفهاني

قدس سرهما، من أن الوجوب التخييري وجوب مشوب بجواز الترك إلى البدل، فيختلف عن التعييني في أن الثاني غير مشوب بجواز الترك

إلى البدل، بل يتعين الأخذ بمتعلّقه، فالوجوب التخييري على هذا المبنى متعدّد أيضاً، فينتفي الإشكال؛ لأن حق فسخ العقد مشوب بجواز تركه إلى الأخذ بالأرث، وكذلك العكس، فهنا حقان، وكل حق منهما مشوب بعدم الاستفادة من الحق الآخر، فإسقاط أحدهما لا يستلزم إسقاط الآخر.

المبنى الثالث: ما ذهب إليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله، من أن الوجوب في الوجوب التخييري يتعلق بالجامع الانتزاعي، وهو عنوان أحدهما، أو أحدها، المنطبق على أفراد التخيير، فمتعلّق الوجوب في مثل: (أعتق رقبة، أو أطعم ستين مسكيناً، أو صم شهرين متتابعين) هو عنوان أحد هذه الثلاثة، فنحو تعلّقه نحو تعلّق العلم الإجمالي، فكما أن المعلوم بالإجمال في مثل العلم بنجاسة أحد الإنائين، هو عنوان الأحد، فكذلك في الواجب التخييري، وعنوان (أحدهما أو أحدها) ينطبق على كل فرد لوحده، ولكن أخذ في ذاته أن لا يقبل الانطباق عليهما كليهما معاً، بخلاف الجامع الذاتي كالإنسان؛ فإنه يصح انطباقه على أفراد في عرض واحد.

والإشكال على هذا المبنى مندفع أيضاً؛ فإن الحق تعلّق بعنوان أحد الأمرين، فيمكنه أن يأخذ بالسلطنة على الفسخ، كما يمكنه أن يأخذ بالأرث، وليس له أن يجمع بينهما، وإسقاط أحدهما لا يلزم إسقاط الآخر.

والحاصل: أن خاصية الحق التخييري أن يقبل إسقاط السلطنة، أو الحق في أحد الأطراف من دون أن يلزم سقوط الحق من أصله.

ويؤكد ذلك الارتكاز العقلاني؛ فإن أحدهم لو اشترط أن يكون المتاع بالقيمة السوقية، وإلا كان مخيراً بين الفسخ وأخذ ما به التفاوت بين المالية الواقعية وبين ما سلّمه، فإن هذا الشرط شرعي، وتشمله أدلة الشروط؛ إذ لم يكن محللاً للحرام، ولا محرماً للحلال، ولا مخالفاً للكتاب والسنة، فإذا حصل الشرط ثبت له حق التخيير بين الفسخ وبين أخذ ما به التفاوت، فلو رضي بالعقد، وأسقط حقه في الفسخ، وأخذ ما به التفاوت، فلا إشكال في كونه مقبولاً عند العقلاء.

فالحق التخييري في المقام من قبيل هذا الشرط، فيمكن لصاحبه أن يرفع اليد عن أحد الطرفين، ويبقى الطرف الآخر، فإشكال المحقق الإيرواني رحمته الله مندفع بالنظر إلى كيفية جعل الحق؛ فإن الحق التخييري على وزان الوجوب التخييري، وبالنظر العقلاني أيضاً، فما أفاده الشيخ رحمته الله في الصورة الأولى تام، لا إشكال فيه.

وكذا لا إشكال في صحة ما أفاده الشيخ رحمته الله في الصورة الثانية، من قوله: إن الظاهر عدم سقوط الأرش؛ فإن استظهاره رحمته الله تام؛ فإن ظاهر كلام من أطلق الالتزام بالعقد إسقاط الخيار دون الأرش.

وأما ما أفاده رحمته الله في الصورة الثالثة، من سقوط حق الردّ والأرش فيما لو قال: أسقطت الخيار، فوجهه: امتياز خيار العيب عن سائر الخيارات بأن فيه طرفين: الرد، والأرش، فإذا أسقط الخيار سقط كلاهما.

ولكنه مردود؛ إذ ليس لخيار العيب حقيقة شرعية، ولا متشرعية، ولم يحصل فيه نقل عن مفهوم عرفي، بل للخيار في جميع الموارد حقيقة واحدة، وهي حق فسخ العقد وإبرامه، وخيار العيب أحد مصاديق هذا الكلي، وإنما امتاز عن سائر الخيارات بأن جعل الشارع - مضافاً إلى الخيار - حق أخذ الأرش، فإذا أسقط الخيار انصرف إلى السلطنة على حلّ العقد وإبرامه، وأما الأرش فيبقى.

ولا أقل من اندراج المسألة في المجمل المردد بين الأقل والأكثر، فإذا أسقط الخيار تردّد بين إسقاط خصوص حلّ العقد، أو إسقاط كلا الأمرين، وإذا بلغت النوبة إلى الشك كان مقتضى القاعدة الاقتصار على القدر المتيقن.

المسقط الثاني: التصرف

واستدلّ عليه بوجوه، وهي كما وردت في كلمات الشيخ رحمته الله:

الأول: الإجماع

وهو بلفظ العلامة رحمته الله في التذكرة: (عند علمائنا)^(١)، وفي السرائر لابن إدريس رحمته الله: (الإجماع حاصل، على أن بعد التصرف في المبيع،

(١) التذكرة ١١: ٩١. قال فيها: (مسألة ٢٧٣: تصرف المشتري كيف كان يسقط الرد بالعيب السابق عند علمائنا - وبه قال أبو حنيفة -؛ لأن تصرفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها).

يسقط الرد، بغير خلاف بينهم^(١).

وقال الشيخ رحمته الله عنه: (وسيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهرة، وظاهر المحقق، بل المحقق الثاني)^(٢).

الثاني: دليل العلامة

وهو ما استدل به العلامة رحمته الله - تبعاً للغنية^(٣) - كما حرّره الشيخ رحمته الله بقوله: (بأن تصرفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها)^(٤).

وهذا الدليل مركب من مقدمتين:

الأولى: أن التصرف في المبيع كاشف عن الرضا بالمبيع.

الثانية: أن الرضا السابق للبيع منشأ لتحقق أصل البيع؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾، وأما اللاحق للمعاملة فهو كاشف عن الرضا بها على ما وقعت عليه، فيكشف عن سقوط الخيار.

والحاصل: أن الرضا بالمعاملة شرط فيها، والكاشف عن الرضا

(١) السرائر ٢: ٣٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) قال في الغنية: ٢٢٢: (وخامسها: التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملك، أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب؛ فإنه يمنع من الرد بشيء من العيوب، ولا يسقط حق المطالبة بالأرض؛ لأن التصرف دلالة الرضا بالمبيع، لا بالعيب، وكذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب..).

(٤) المكاسب ٥: ٢٨٠.

بالمعاملة الواقعة هو التصرف في المبيع، فيكون التصرف دالاً على إسقاط الخيار حسب القاعدة، وحسب النصوص؛ كما ورد في خيار الحيوان: « فذلك رضا منه »^(١).

الدليل الثالث: النصوص

وهي:

١- صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أيما رجل اشترى شيئاً، وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »^(٢).

فقد علّق في الصحيحة سقوط الخيار على إحداث الحدث، والاستدلال بها يتركب من مقدمتين أيضاً:

الصغرى: أنه بالتصرف قد أحدث في المبيع حدثاً.

الكبرى: أن الاستفادة من الصحيحة أنه إذا أحدث في المبيع حدثاً فلا يرده، ويثبت الأرش.

٢- مرسلة جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما (عليهما السلام): في الرجل يشتري الثوب، أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: « إن كان

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

(٢) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»^(١).

ثم قال الشيخ رحمته - بعد ذكره للأدلة - ما لفظه: (هذا، ولكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف، حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري: «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» - على ما صرح به العلامة رحمته في التذكرة - في غاية الإشكال)^(٢).

ووجه الإشكال: أن مقتضى إطلاق مرسلة جميل عدم سقوط الخيار بمطلق التصرف؛ لأن منطوقها: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده»، وذكر موارد لعدم قيامه بعينه، كتقطع الثوب، أو خياطته، أو صبغه، فإذا كان المبيع قائماً بعينه رده، سواء أتصرف فيه أم لم يتصرف.

فمقتضى إطلاق المرسلة عدم سقوط خيار العيب بمطلق التصرف، بل الأمر يدور مدار قيام المبيع بعينه وعدمه، ويؤيد إطلاقها بإطلاقين:

الأول: إطلاق أخبار الرد بخيار العيب؛ فإن مفادها يرده المبيع سواء أتصرف المشتري فيه أم لم يتصرف.

الثاني: ما ورد في ردّ الجارية بعدما لم تحض ستة أشهر عند المشتري^(٣)؛ فإن من المعلوم التصرف في الجارية في هذه المدة ولو

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) المكاسب ٥: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٣) إشارة إلى رواية داود بن فرقد في الوسائل، الباب ٣ من أبواب العيوب، الحديث ١، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى

باستخدامها في أمور البيت.

وكذلك ما ورد في ردّ المملوك في أحداث السنة^(١)، ومن المقطوع به حصول التصرف فيما اشتراه مع طول المدة.

والحاصل: أن مقتضى إطلاق هذه الروايات جواز الردّ حتى مع التصرف في المبيع ما دام باقياً بعينه، فلا يسقط خيار العيب بمجرد التصرف.

فإن وجد المقيّد لهذه الإطلاقات أخذ به، وإلا تمسك بها، وما يمكن أن يذكر من المقيّدات أمران:

المقيّدات المتصورة لإطلاقات النصوص ومناقشتها

الأول: دليل العلامة عليه السلام، من أن التصرف اللاحق كاشف عن الرضا اللاحق، والرضا اللاحق مسقط للخيار.

لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه ».

(١) إشارة إلى ما ورد في الوسائل، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٢:

عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: « يرد المملوك من أحداث السنة، من الجنون والجذام والبرص، فقلت: كيف يرد من أحداث السنة؟ قال: « هذا أول السنة فإذا اشتريت مملوكاً، به شيء من هذه الخصال، ما بينك وبين ذي الحجة رددته على صاحبه ».

فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: « ليس الإباق من ذاء، إلا أن يقيم البينة أنه كان أبقاً عنده ».

وفيه: أن بين التصرف، والرضا والالتزام بالبيع، عموم وخصوص من وجه؛ فقد يحصل الرضا اللاحق والالتزام بالبيع، من دون أن يحصل التصرف، وقد يحصل التصرف من دون حصول الرضا والالتزام بالبيع، فالاستدلال به استدلال بما هو أعم فيبطل.

الثاني: صحيحة زرارة المتقدمة؛ حيث فيها التعبير بـ « فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ».

وفيه: عدم صدق إحداث الحدث على كل تصرف، فجعل المملوك في خدمة البيت تصرف فيه، ولكن لا يعدّ من إحداث الحدث فيه، وكذلك مجرد الجلوس على الفرش لو تبين أنه معيب، تصرف من دون إحداث حدث فيه.

إن قيل: بأن الإشكال يرد لو خَلينا ومدلول هذه الرواية، ولكنه لا يرد بعد ضمّ تفسير إحداث الحدث في صحيحة ابن رثاب بلمس الجارية، وتقبلها، والنظر إلى ما لا يحلّ النظر إلى غير المالك^(١)؛ إذ يستفاد منها سقوط الخيار بمطلق التصرف، فيقيّد بها إطلاق مرسلة جميل.

قلت: هذا الجواب تام لو كان معنى إحداث الحدث في الروایتين

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١، 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 قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء... الحديث».

واحدًا، فتكون إحداهما مفسرة للأخرى، والنتيجة سقوط الخيار بمجرد التصرف وإن كان المبيع قائماً بنفسه.

ولكن المعنى في الروايتين مختلف؛ فإن التعبير الوارد في صحيحة زرارة: « فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً.. »، والمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى صدقه على مثل ما لو قال له: (اسقني)، أو (ناولني الثوب)، فمدلول إحداث الحدث في العرف أخص من مطلق التصرف، فالقاعدة تقضي بحمله على المعنى العرفي، فلا تدلّ على أزيد مما دلّ عليه ذيل المرسلة، من أن العبرة بتغير العين، وعدم قيامها بعينها.

وأما الحدث في صحيحة ابن رثاب فيحمل على المعنى التعبدي الشرعي، فلا تكون مفسرة لها، فلا تكون صحيحة زرارة مقيدة للاطلاق المتقدم.

هذه عمدة ما أفاده الشيخ رحمته الله بتمامه^(١)، وبقيت أمور لا حاجة لذكرها.

مقتضى التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق: أن يقال:

أما بالنسبة إلى الإجماع، فيرد عليه:

أولاً: أنه إجماع منقول، فهو إخبار حدسي عن قول المعصوم، لم

يثبت اعتباره، ولا تشمله أدلة حجية خبر الواحد.

وثانياً: أنه ممنوع من ناحية الصغرى؛ لمخالفة غير واحد من أعلام الفقهاء لإطلاقه؛ حيث خصوا المسقط للخيار بخصوص التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد، لا مطلق التصرف المدعى عليه الإجماع.

وثالثاً: سلمنا، إلا أنه مدركي؛ لأن العلامة رحمته الله نفسه قد استدل على مدعاه بما تقدم بيانه، ومع الخدشة في مستنده تبطل دعواه. فغاية ما يمكن أن يدعى، ذهاب المشهور إلى أن مطلق التصرف مسقط للخيار.

وأما الدليل الاعتباري الذي أفاده العلامة رحمته الله، من كون التصرف كاشفاً عن الرضا بالبيع، والالتزام به، فيكون مسقطاً للخيار، فهو مؤلف من صغرى وكبرى:

الصغرى: أن التصرف كاشف عن الرضا والالتزام بالعقد.

والكبرى: أن الالتزام بالعقد مسقط للخيار.

أما الكبرى فتامة؛ لعدم اجتماع الالتزام بالعقد والخيار؛ فإن معنى الرضا اللاحق للعقد أن يلتزم به على ما هو عليه، فيكون إمضاء منه له، ومعنى إمضائه أعماله لأحد طرفي الخيار، فيسقط.

وإنما الإشكال في الصغرى؛ فإن التصرف تارة يكون كاشفاً شخصياً عن الرضا بالعقد والالتزام به، فلا إشكال حينئذ في سقوط الخيار من

جهة حق الرد.

وأخرى يكون كاشفاً نوعياً عنه، فهو محل بحث.

وثالثة لا يكون كاشفاً شخصياً ولا نوعياً، ومطلق التصرف ليس فيه كشف شخصي ولا نوعي عن الالتزام، وإن صدق عليه التصرف، وكان موضوعاً للحرمة إن كان مالا للغير، كما في الرواية: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »^(١)، فمن اشترى فراشاً وجلس عليه، أو كتاباً وقرأ فيه ، فهو تصرف منه فيه ، ولو كان للغير ولم يأذن قلنا بحرمة، ولكن لا يكون بإطلاقه كاشفاً عن الالتزام بالبيع بكلا قسمي الكشف.

فقول المشهور بأن مطلق التصرف كاشف عن الالتزام بالعقد غير صحيح.

وأما الأخبار - وهي العمدة في الباب - فالعمدة فيها عنوان «أحدث شيئاً»، في صحيحة زرارة: « أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

(٢) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

إيراد الشيخ على استدلال المشهور برواية إحداه الحدت

فإن المشهور حملوا إحداه الحدت على مطلق التصرف فقالوا بسقوط الخيار به، وأورد الشيخ رحمته الله على ذلك: بأننا لو أخذنا بإطلاقها لكانت معارضة لإطلاق مرسلة جميل، التي يتعامل معها المشهور معاملة الصحيح؛ فإن مفادها عدم سقوط الخيار ما دامت العين قائمة بنفسها ولم تتغير، وإن تصرف فيها؛ إذ لفظها: « إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب »^(١).

فمقتضى إطلاق الصحيحة أن المشتري إذا تصرف في المبيع لا يرد، تغير أو لم يتغير، ومقتضى إطلاق المرسلة إذا لم يتغير له الرد، تصرف أو لم يتصرف، فيتعارضان فيما لو تصرف في المبيع ولم يتغير. وقد أيد الشيخ رحمته الله إطلاق المرسلة بوجوه؛ لتترجح على صحيحة زارة عند التعارض، وهي:

الأول: إطلاق أدلة الرد بالعيب، أي إطلاق أدلة خيار العيب؛ فإنها مطلقة تشمل صورتى التصرف وعدمه.

الثاني: رواية الجارية التي لم تحض ستة أشهر؛ فإنها تدل على جواز الرد مع وقوع التصرف في خلال هذه المدة ولو بالخدمة في البيت.

الثالث: روايات أحداث السنة؛ فإنها تدل على جواز الرد بحصول

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

العيب في أثناء السنة، ومن المقطوع به حصول التصرف في خلالها^(١).

دفع المحقق الأخوند لإشكال الشيخ وتأييد المحقق الأصفهاني له

وقد دفع المحقق صاحب الكفاية رحمته الله إشكال التعارض، وأيده المحقق الأصفهاني رحمته الله، وخلاصة ما أفاده: نفي التعارض بين الروايتين؛ فإن مفاد الصحيحة سقوط الخيار بالتصرف الكاشف نوعاً عن الرضا بالمعاملة، فهي تدلّ على المسقط العام، الذي يأتي في خيار الحيوان والشرط والغبن، ولا يختص بخيار العيب، وأما المرسلة فهي تدلّ على عدم سقوط خيار العيب إلا بالتصرف الموجب للتغير^(٢).

التعليق على قولي الشيخ وصاحب الكفاية والمحاكمة بينهما

وبين كلام الشيخ رحمته الله، وكلام العلمين اتفاق من جهة، واختلاف من جهة أخرى:

أما جهة الاتفاق فكل منهم يرى أن التصرف إذا كان كاشفاً نوعياً عن الرضا بالمعاملة فهو مسقط للخيار.

وأما جهة الافتراق فمن جهتين:

الأولى: أن المحققين صاحب الكفاية رحمته الله، والأصفهاني رحمته الله يقولان: بأن المراد من التصرف في الصحيحة المسقط للخيار، هو التصرف

(١) المكاسب ٥: ٢٨١.

(٢) حاشية الأخوند على المكاسب: ٢١٢، وحاشية الأصفهاني ٤: ٤٤٣ - ٤٤٥.

الكاشف كشفاً نوعياً عن الرضا بالعقد.

وأما الشيخ رحمته الله فيرى دلالتها على سقوط الخيار بتغير العين، وعدم قيامها بعينها.

الثانية: أن الشيخ رحمته الله يرى التمسك بإطلاق روايات العيوب الحادثة في أثناء السنة، ورواية الجارية التي لم تحض إلى ستة أشهر لنفي ما ذهب إليه المشهور، من كون مطلق التصرف مسقطاً للخيار، بل لا يسقطه إلا التصرف المغيّر.

وأما المحقق صاحب الكفاية، فيرى بأن هذه الروايات ليست في مقام البيان من هذه الجهة، بل هي في مقام بيان أن هذه العيوب موجبة للردّ، من دون نظر فيها إلى حصول التصرف وعدمه قبل ذلك، فلا يصح التمسك بإطلاقها.

التصرف الكاشف النوعي هل يسقط الخيار

وقبل النظر في الروايات والمحاكمة بينهم نذكر هذا المطلب المهم:
إن التصرف الكاشف نوعاً عن الرضا بالعقد، والالتزام به، هل هو مسقط للخيار أو لا ؟

لإثبات دعوى مسقطيته للخيار طريقتان:

الطريق الأول: إن الأفعال كالألفاظ، فكما أن الألفاظ إذا كانت كاشفة نوعاً عن مدلولها، فهي تدلّ على الإرادة الجديدة للكلام في مورده، فكذلك الأفعال، وتوضيح ذلك:

إن الألفاظ قوالب للمعاني عرفاً، فإذا جاءت مطلقة جرى في موردها أصلاً: أصل في الإرادة الاستعمالية، والآخر في الإرادة الجدية، فإذا قال: (جئني بماء)، فهو بحسب أصالة الحقيقة يريد المعنى الحقيقي للماء، الذي هو المائع المتعارف، فالأصل الجاري في الإرادة الاستعمالية يدل على أن المراد من لفظ الماء في مقام الاستعمال هو معناه الحقيقي.

والأصل الآخر يجري ليدل على أن المعنى الحقيقي هو المراد الجدي للمتكلم، بمعنى أن ما قاله أرادته، ولم يكن هازلاً، ولم يرد الامتحان، فالمطلوب الجدّي له هو المعنى الحقيقي. ومستند الأصل الأول هو الوضع، بأي معنى فسّر.

ومستند الأصل الثاني هي سيرة العقلاء؛ فإنهم يحملون كلام المتكلم عند الإطلاق على إرادة معناه الحقيقي بالإرادة الجدية، فلا يقبلون اعتذار من يعتذر: بأني كنت هازلاً في كلامي، أو أردت الامتحان، أو أي معنى آخر غير المراد الجدّي.

هذا، بالنسبة إلى الألفاظ، فهل يجري هذا الأصل في الأفعال؟

إن جرى ثبت قول الشيخ والمحقق صاحب الكفاية قدس سرهما، من أن التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد مسقط للخيار، فيحمل عند الإطلاق على المراد الجدّي، وإن لم يثبت ذلك من جهة الأصل العقلاني فقولهما دعوى بلا دليل.

ولا يخفى أن الأمور الإنشائية، كما تنشأ بالألفاظ يمكن إنشاؤها

بالأفعال، والإسقاط منها، فيمكن تحقّقه بقوله: أسقطت الخيار، قاصداً ذلك، ويمكن تحقّقه بالفعل قاصداً ذلك.

فإذا أحرز أنه بهذا العمل يقصد إنشاء سقوط الخيار، فالسقوط يحصل بلا إشكال.

وأما إذا لم يحرز القصد، وإنما أتى بفعل كاشف نوعي عن إرادة إسقاط الخيار، ولكننا نشك في قصده الشخصي، فهل نحكم بسقوطه مستنديين إلى ذلك؟

ليس لنا في مثله إلا دعوى قيام السيرة العقلانية على الحمل على الإرادة الجدية، كما في باب الألفاظ.

ولكن إثباتها في باب الأفعال، في غاية الإشكال، وإن ثبتت في باب الألفاظ، ويكفي الشك في تحقّقها، للقول بعدم ثبوتها.

ويشهد على ذلك: أنا لو سمعنا شخصاً يقول لآخر: (بعتك المتاع)، فإننا نحمل مراده الجدي على البيع بلا ريب، وأما لو رأيناه أعطى لآخر شيئاً، وأخذ منه شيئاً آخر، بدون أن توجد قرينة على البيع، لا لفظية، ولا مقامية، فإن نفس الفعل وإن كان كاشفاً نوعياً عن البيع، ولكن بما أنا لم نعلم بقصده الشخصي من هذا الفعل بالخصوص، فيشكل الحكم عليه بالبيع، وإثباته بالسيرة العقلانية مشكل جداً.

فإثبات ما ادّعه الشيخ والمحقق صاحب الكفاية قدس سرهما - من إثبات سقوط الخيار بالتصرّف؛ باعتبار كونه كاشفاً نوعياً عنه، عن طريق السيرة العقلانية - غير تام.

الطريق الثاني: طريق النصوص، وما يمكن الاستناد إليه صحيحة ابن 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: أن الإمام عليه السلام حكم بأن إحداث الحدث من المشتري رضا منه، فيسقط الخيار؛ إذ هو معنى «فلا شرط»، فنستفيد ببركة هذه الرواية سقوط الخيار عند حصول أي فعل يكشف كشافاً نوعياً عن الرضا بالبيع.

ولكن يرد عليه: أولاً: أن تقييد الفعل المسقط للخيار بكونه كاشفاً نوعياً، كما ذهب له الشيخ وصاحب الكفاية قدس سرهما، لا دليل عليه في الرواية؛ فإن لفظ «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً» مطلق، يشمل الكاشف النوعي عن الرضا وغيره.

وثانياً: أن الضمائر في الرواية تعود إلى المشتري في بيع الحيوان، فلا ينعقد فيها الإطلاق لتشمل كل من اشترى إذا أحدث حدثاً فهو رضا منه بالبيع.

فالحق: أننا سواء أقلنا بأن المراد من إحداث الحدث هو مطلق التصرف، كما ذهب إليه المشهور، أم قلنا بأن المراد به التصرف المغيّر،

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

كما ذهب إليه الشيخ رحمته الله، فإن مدلول الرواية أن إحداث الحدث في خصوص بيع الحيوان رضا منه، ومعنى ذلك أن نفس إحداث الحدث أعم من الرضا بالبيع، ولكن الشارع حكم في باب بيع الحيوان بأنه رضا من المشتري تعبدًا، فيقتصر عليه^(١).

والنتيجة: أن ما أفاده العلمان من طريق السيرة، أو النص مورد إشكال.

التحقيق في المسألة

والتحقيق أن يقال: إن إحداث الحدث لغة هو إيجاد الأمر المسبوق بالعدم، ومن هذه الجهة يكون إطلاق الحدث على الحدث الأكبر والأصغر إطلاقاً حقيقياً، فما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمته الله، من أخذ التغيير في معنى الحدث^(٢)، غير تام؛ فإن مدلول مادة الحدث، وهيئة (الإفعال) لغة، هو مطلق التصرف.

نعم، المعنى العرفي يختلف عن المعنى اللغوي، فالمعنى العرفي فيما

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المورد لا يخصص الوارد.

فأجاب: نعم لو كان في الكلام إطلاق أو عموم، ولكننا نقول بأن الكلام من أوله مختص بالمشتري في بيع الحيوان، فلا عموم فيه، ولا إطلاق؛ لأن الإمام عليه السلام لم يبدأ الكلام بقوله: إن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً؛ ليقال بالإطلاق بلا إشكال، بل قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه..»، فهي خاصة بالمشتري في بيع الحيوان من أولها إلى آخرها.

(٢) يظهر من بعض كلماته رحمته الله، كما في مصباح الفقاهة ٧: ١٠٩، و ١١٢.

لو لم يضيف الحدث إلى شيء هو مطلق التصرف، ولكنه إذا أضيف إلى شيء فيؤخذ فيه التغيير، ولا يكفي في صدقه مطلق التصرف، فلو اشترى داراً وسكنها، من دون أن يغيّر فيها شيئاً، أو اشترى ثوباً ولبسه من دون تغييره، أو اشترى كتاباً وقرأ فيه، أو قرأه كله، كل ذلك لا يصدق عليه عند العرف أنه أحدث فيه حدثاً، ولكن يصدق عليه أنه تصرف فيه، ولو لم يكن يملكه وقام بما قام به من دون إذن مالكه لكان فعله حراماً؛ لشمول أدلة حرمة التصرف في مال الغير له، بخلاف ما لو غيّر في الدار شيئاً، أو كتب في الكتاب سطرًا؛ فإنه يعدّ من إحداث الحدث عرفاً، فأخذ التغيير في المعنى العرفي، دون المعنى اللغوي.

فالنسبة بين المعنى العرفي والمعنى اللغوي نسبة العموم المطلق.

وفي الروايات ما يدلّ على الارتكاز العرفي، منها:

معتبرة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: في الرجل اشترى من رجل دابة، فأحدث فيها حدثاً، من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار، بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »^(١).

فإن المرتكز في ذهن السائل أن الركوب ليس من إحداث الحدث،

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

ولهذا عطفه بأو فقال: (بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها)، والتقسيم قاطع للشركة، فلو كان الركوب من جملة إحداث الحدث لما كان لتقسيمه وجه.

والحاصل: أن المستند العمدة في المقام هي رواية إحداث الحدث، ولا يستفاد من الحدث مطلق التصرف من نظر عرفي، فيمتنع ما ذهب إليه المشهور، من كفاية مطلق التصرف في عدم الرد.

فيتأيد رأي الشيخ رحمته وآخرين، ممن ذهب إلى أخذ التغيير في معنى الحدث، فيكون المانع من الرد، والانتقال إلى الأرش، هو الحدث المغير.

رد كلام المحققين الخراساني والأصفهاني

وأما إنكار المحقق صاحب الكفاية رحمته، وتبعية المحقق الأصفهاني رحمته له، كون روايات الرد في مقام البيان من جهة التصرف وعدمه، فمخدوش؛ لأن رواية داود بن فرقد الواردة في باب العيوب، قال: سألت أبا عبدالله عليه عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه »^(١).

مطلقة من هذه الجهة بلا إشكال؛ وذلك لأن القاعدة أن يكون الجواب وافياً بردّ السؤال، وعدم وفائه به مخالف لمقتضى القاعدة؛ فإن السؤال بمنزلة بيان الداء، والجواب علاج له.

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

والموضوع المسؤول عنه في الرواية هي: جارية مدركة، لم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل، فيسأل: هل ذلك عيب، فله الردّ أو لا؟ فأجاب الإمام عليه السلام: « إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه»، فالجواب يرجع إلى هذه الجارية التي بقيت عنده ستة أشهر من دون أن تحيض وليست بحامل، فإن كان عدم حيضها غير راجع للكبر فهو عيب تردّ منه، ومن المقطوع به أنه تصرف في الجارية في هذه المدة بمثل الاستخدام والأمر والنهي.

فبملاحظة صدر الرواية وذيلها، سؤالاً وجواباً، يتضح اطلاق الحكم بحق الردّ حتى مع التصرف، بل ينعقد الاطلاق حتى بالنسبة إلى التغير وعدمه، إلا أنا نرفع اليد عن هذا الاطلاق من هذه الناحية بالأدلة المقيّدة.

والحاصل: أن ترك الإمام عليه السلام للاستفصال بين التصرف وعدمه، وعدم عقلائية احتمال عدم استخدام الجارية في مدة ستة أشهر بأي نحو من أنحاء الاستخدام، يقتضيان تمامية انعقاد الاطلاق لحالة التصرف غير المغيّر، فلا يسقط به الخيار.

ويشهد لذلك روايات باب: (أن من اشترى جارية فوطأها، ثم ظهر بها عيب غير الحبل، لم يكن له الرد بل الأرش)^(١)؛ فإن مفادها أن

(١) الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، ومن جملتها:

١- محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال:

الحكم بعد الوطىء سقوط الرد، وأما التصرفات الأخرى غير الوطىء فهي غير مانعة من الرد.

والمتحصل: أن من اشترى متاعاً، ولم يعلم بكونه معيباً، وتصرف فيه تصرفاً غير مغيّر له، فله حق الرد، فما ذهب إليه المشهور مردود بالارتكاز العرفي، ومفاد النصوص.

وأما إذا كان التصرف مغيّراً فهو مسقط للخيار؛ بمقتضى صحيحة زرارة: « فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً »، ومرسلة جميل التي تعامل المشهور معها معاملة الصحيح، التي أناطت ثبوت الخيار وسقوطه مناط قيام العين بنفسها.

التصرفات الاعتبارية في العين

بقي الكلام في التصرفات الاعتبارية، فهل هي موجبة لسقوط الخيار أو لا ؟

وهي على نحوين:

قال علي عليه السلام: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها ».

ورواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محبوب مثله.

٢- وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد ابن يحيى، عن طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام، في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: « تقوّم وهي صحيحة، وتقوّم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء ».

النحو الأول: الهبة والتدبير وأمثالهما من العقود الجائزة.

النحو الثاني: البيع والصلح وأمثالهما من العقود اللازمة.

أما النحو الثاني فسيأتي في البحث الآتي حول ما إذا تلف المبيع أو

كان بحكم التالف، والكلام الآن في النحو الأول:

رأي الشيخ ومناقشته لكلام المحقق الثاني

ذهب الشيخ رحمته الله إلى سقوط الخيار به، وتعجب من المحقق

الثاني رحمته الله؛ حيث تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة^(١)، مع تصريحه

في مقام آخر بما عليه الأكثر^(٢).

وحاصله: أنه يرى بأن التصرف مسقط، فكيف تنظر في مسقطية

الهبة مع كونها تصرفاً، مضافاً إلى كون العين الموهوبة لا تعدّ قائمة

بعينها، فتشملها مرسلة جميل.

اعتراض المحقق الخوئي على الشيخ

واعترض المحقق السيد الخوئي رحمته الله على الشيخ رحمته الله مؤيداً للمحقق

الثاني: بأن الهبة تفترق عن البيع؛ فإن الواهب بإمكانه أن يردّ المال

الموهوب المعيب إلى ملكه، فيكون الردّ إلى البائع واقعاً تحت اختياره،

(١) قال في جامع المقاصد ٤: ٣٤٢: (قوله: (لو باع المعيب سقط رده).

لخروجه عن الملك، ولو وهبه هبة لازمة فكذلك، وفي غير اللازمة نظر؛ لإمكان فسخها).

(٢) المكاسب ٥: ٢٨٩.

فإذا قال: (فسخت العقد) كانت هذه العبارة منه فسخاً للعقد، ورجوعاً في الهبة، بخلاف البيع؛ فإن المبيع يخرج عن اختيار البائع الثاني، الذي اشترى المال معيباً من البائع الأول، فيسقط خيار البائع دون الواهب^(١).

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة يقتضي النظر في المستفاد من النصوص:

أما المرسلة، فالمستفاد منها دوران الخيار مدار بقاء العين بنفسها، فما لم يحصل التصرف المغير لها فالخيار باق، والهبة للغير وإن عدت تصرفاً إلا أنها غير مغيرة للعين، فهي باقية على حالها، فلا يسقط الخيار. وأما الصحيحة فالمدار فيها على إحداث الحدث، والهبة حدث عرفاً، فمقتضاها سقوط الخيار.

المنقشة فيما أفاده المحقق الخوئي من الفرق بين الهبة والبيع

وأما ما أفاده المحقق السيد الخوئي رحمته الله من الفرق بين الهبة والبيع؛ لإمكان الرجوع فيها دونه، فيرد عليه - مضافاً إلى أنه على خلاف فتواه في المنهاج؛ حيث اختار فيه سقوط الخيار والأخذ بالأرشد^(٢) :-
أولاً: بالنقض بمراد منها:

(١) مصباح الفقاهة ٧: ١٠٧.

(٢) قال في المنهاج في موارد جواز طلب الأرش: (لا يجوز فسخ العقد بالعيب في موارد، وإنما يتعين جواز المطالبة بالأرشد فيها: الثاني: خروجها عن الملك ببيع أو عتق أو هبة أو نحو ذلك).

١- ما لو باع ما اشتراه إلى آخر، وجعل المشتري الآخر أمر البيع بيد البائع - أي الثاني - كأن قال له: إن شئت أن أقيلك أقلتك، فهنا الرجوع في البيع باختياره كما في الهبة.

٢- ما لو باعه، واشترط على المشتري في ضمن عقد آخر أن يكون وكيلًا مطلقاً عنه، بحيث يمكنه أن يشتري المتاع من المشتري لنفسه، فأمر المبيع يكون في يده وتحت اختياره، كالحال في الواهب.

وثانياً: بالحل؛ فإن المعيار على ما يستفاد من النص، والمستفاد من المرسل - كما تقدّم - أن المدار في بقاء الخيار على قيام العين بنفسها وعدمه، والمستفاد من الصحيحة أن المدار على إحداث الحدث، فليس المعيار بحسبهما تمكّنه من الرد، وكونه تحت اختياره وعدمه، والهبة حدث عرفاً، وإن كان يجوز للواهب شرعاً أن يرجع في هبته إن لم تكن معوضة، ولا إلى ذي رحم، فيسقط الخيار بحسب الصحيحة وإن أمكنه الرجوع في هبته.

كلام المحقق الأصفهاني

وقد أورد المحقق الأصفهاني رحمته الله على ذلك: بأن حقيقة الفسخ ردّ نفس الملكية التي حصلت، فإذا انتقل المال بالهبة، فلو رجع في هبته، وردّه إلى البائع، لم يردّ نفس الملكية، بل هذه ملكية جديدة.

وبعبارة أخرى: إن الفسخ عبارة عن إرجاع الملكية التي حصلت بالفسخ، وهذه الملكية لم تحصل به.

وقد أراد ما نص عليه بقوله:

(**والتحقيق:** كما ذكرنا في مبحث خيار الغبن أن الرد مشروط عقلاً بنفس الملك لا بإمكانه، فله رد الملك ولا ملك، لا أنه له رد ما يمكن كونه ملكاً، حتى يقال بأنه في الهبة يمكن رد الملك، وفي البيع لا يمكن رده)^(١).

وتوضيحه مع ما أفاده في خيار الغبن: أن حقيقة الفسخ ردّ نفس الملكية التي حصلت، فإذا انتقل المال بالهبة، فلو رجع في هبته، وردّه إلى البائع، لم يردّ نفس الملكية، بل هذه ملكية جديدة. **وبعبارة أخرى:** إن الفسخ عبارة عن إرجاع الملكية التي حصلت بالفسخ، وهذه الملكية لم تحصل به.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وإشكاله وإن كان فنياً، وعلى مقتضى القاعدة، إلا أنه مردود؛ فإن الخيار حق متعلّق بالعقد، لا بالعين، فيمكن لصاحبه أن يفسخ وإن تلفت العين، وبما أنه متعلّق بالعقد فيرد عليه:

أولاً: بالنقض بما لو تلفت العين؛ فإن له الفسخ مع أن الملكية الحاصلة بالعقد غير قابلة للرجوع؛ لتلف العين، ولهذا ينتقل إلى بدلها، كما سيأتي في البحث الآتي.

وثانياً: بالحل؛ فإن الخيار يتعلّق بالعقد - كما تقدم - والعقد محفوظ

(١) حاشية المكاسب ٤: ٤٤٧.

وإن وهب العين، فمقتضى القاعدة أن له الخيار ما دام لم يحدث في العين المعيبة حدثاً، وأما مع إحداث الحدث فالمانع من الخيار هو النص، فمن لا يرى صدق إحداث الحدث على الهبة، ورجع فيها كان له فسخ العقد؛ لتعلق حقه به.

فالنتيجة: أن الهبة حدث عرفاً، فيسقط الخيار بسببها.

حالة الشك في شمول مفهوم الحدث للهبة من جه الشبهة المفهومية

ولو شك في شمول مفهوم الحدث للهبة، أي لو كان في الحدث شبهة مفهومية، فشك هل تعدّ الهبة إحداث حدث في العين أو لا؟ فلا يخفى أن الأصول لا تجري في الشبهة المفهومية، لا الموضوعية، ولا الحكمية.

أما الأصل الموضوعي فعدم جريانه؛ لأن موضوع الحكم الشرعي هو الفعل الخارجي، ولا شك فيما وقع في الخارج؛ لأننا نعلم بوقوع الهبة. وما وقع فيه الشك هو حدّ المفهوم وسعة دائرته، وهل أن الحدث يصدق على ما وقع في الخارج، أي الهبة، أو لا؟ والمفهوم ليس بحكم، ولا موضوع لحكم.

وأما الأصل الحكمي، فربما يقال بدواً: بتمامية أركانه؛ لأننا نعلم يقيناً بوجود الحكم بالخيار قبل الهبة، ونشك في بقاءه بعدها، فنستصحب بقاءه.

ولكن الإشكال في موارد الشبهة المفهومية أننا في واقع الأمر نحتمل تحقق الحدث بحصول الهبة، فلا ريب في حصول التردّد وجداناً بين تحقّقه وعدم تحقّقه، فإن لم يتحقق الحدث أمكن جريان الاستصحاب، وإن تحقق كان جريان استصحاب الخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر؛ لتغيّر الموضوع حينئذٍ، والاستصحاب لا يجري إلا مع إحراز بقاء الموضوع، وكون التغير حاصلًا في حالاته، فيكون استصحاب الحكم الثابت قبل الهبة حينئذٍ شبهة موضوعية إلى « لا تنقض اليقين بالشك »، ولا يتمسك بالدليل في شبهته الموضوعية.

فتحصل إلى هنا عدم إمكان التمسك باستصحاب عدم الحدث، ولا باستصحاب بقاء الخيار الثابت قبل الهبة، فالمرجع حينئذٍ إلى دليل خيار العيب، وهو:

إما الشرط الارتكازي، المتقدّم بيانه، المبني على بناء العقلاء على سلامة المبيع في كل معاملة تجري بينهم، بحيث لو كان المبيع معيباً لكان للمشتري حق الردّ، وهي سيرة عقلائية قطعية، ممضاة من قبل الشارع، ومقتضاه ثبوت الخيار.

أو النصوص، وهي صحيحة زرارة الدالة على ارتفاع الخيار فيما لو أحدث حدثاً في المبيع، وبما أنها مخصص منفصل مجمل، يدور أمره بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والنتيجة ثبوت الخيار أيضاً؛ لثبوت الخيار في المعيب، والمخصص، وهو إحداث الحدث مجمل؛ للشك في شموله للهبة.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى ما نستفيده من النص سقوط الخيار بالهبة؛ لأنها من جملة إحداث الحدث عرفاً، وكل ما يصدق عليه حدث عرفاً مسقط للخيار، بخلاف ما لم يصدق عليه.

وأما لو شككنا في مفهوم الحدث كان مقتضى القاعدة ثبوت الخيار.

المسقط الثالث: تلف العين أو ما في حكمه

عنون الشيخ رحمته الله المسألة بقوله: (الثالث: تلف العين، أو صيرورته كالتالف؛ فإنه يسقط الخيار هنا، بخلاف الخيارات المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين)^(١).

فتصل النوبة حينئذٍ إلى الأرش، والذي يحكم التلف مثل عتق العبد، أو إباقه بنحو يمتنع رجوعه عادة، وكالعقود اللازمة، كالصلح، والبيع، والهبة، والإجارة، والرهن، فكل هذه داخلة في حكم التالف؛ لأن سلطنته مقطوعة عن المال.

مستند الشيخ

ومستنده في ذلك وجهان:

الوجه الأول: ظهور الإجماع.

الوجه الثاني: ظهور مرسلة جميل المتقدمة؛ فإنها أناطت الردّ بقيام العين، فيكون مفهومها إن لم تكن قائمة فليس له الردّ، الظاهر منها اعتبار

بقائها في ملكه.

الناقشة في مستند الشيخ

أما الدليل الأول فمردود: أولاً: بأنه إن أريد بالإجماع اتفاق الكل، فهو غير حاصل، كيف؟ والكثير من كتب قدماء الأصحاب لم تصل إلينا، كما صرح بذلك الشيخ الطوسي رحمته الله في كتابه الفهرست^(١). وهذا الإشكال وارد على جميع موارد دعوى الإجماع. وثانياً: أن هذا الإجماع مدركي؛ لاستناد المجمعين إلى نصوص المسألة.

وأما الدليل الثاني، فساقط سنداً ودلالة:

أما السند فلارساله، كما هو المبني المحقق من عدم الاعتماد على المرسلات مطلقاً.

وأما على مبني الشيخ رحمته الله والمشهور، من معاملتهم لهذه المرسلة معاملة الصحيح؛ لعمل المشهور بها، والشهرة جابرة، فيرد عليه:

أولاً: إنما يتم ذلك لو انحصر مستندهم فيها، ولكننا نرى استنادهم في هذه المسألة إلى عدة أدلة: كقاعدة « لا ضرر »، وأصالة السلامة، والشرط

(١) يشير الشيخ الأستاذ دام ظله إلى ما ذكره شيخ الطائفة في مقدمة الفهرست: ٣٣ من قوله: (ولم أضمن أنني أستوفي ذلك إلى آخره؛ فإن تصانيف أصحابنا وأصولهم لا تكاد تضبط؛ لانتشار أصحابنا في البلدان وأقاصي الأرض، غير أن علي الجهد في ذلك، والاستقصاء فيما أقدر عليه ويبلغه وسعي ووجدني).

الارتكازي بالسلامة من العيب، وصحيحة زرارة، ومرسلة جميل،
فالإشكال يرد حتى على مبنى جبر ضعف السند بعمل المشهور.

توضيح في قاعدة جبر الخبر الضعيف بعمل المشهور

وثانياً: أن في قاعدة جبر ضعف السند ولو كان مرسلاً إشكالاً،
وتوضيح الإشكال:

إن مقتضى القاعدة عدم حجية الخبر الضعيف، والذي يجعله مندرجاً
في دليل الحجية أحد أمرين: الوثوق الخبري، أو المخبري.
أما الوثوق بالصدور بمجرد عمل المشهور به فممنوع، ولو حصل
الوثوق لأحد فهو حجة له، ومعدور فيه.

وأما الوثوق المخبري - وهو العمدة - فالمراد من جبر ضعف السند
بعمل المشهور، أن المشهور لما عمل بها - مع وجود المجهول في
سندها - فإن ذلك توثيق عملي منهم له؛ فإن التوثيق لا يقتصر على
التوثيق اللفظي، فكما يستند في التوثيق إلى قول النجاشي أو الشيخ بأن
فلان ثقة، فكذلك يستند إلى عمل المشهور في إثبات وثاقة المجهول؛
لأن معنى عملهم بالخبر اعتمادهم عليه.

بهذا يتضح مناط القول بجبر الخبر الضعيف بعمل المشهور، وهو
إنما يأتي فيما لو ذكر اسم الراوي في سلسلة السند وكان مجهولاً لنا،
فيكون مورداً للتوثيق العملي، وأما إذا كانت الرواية مرسلة، ولم يعلم من
هو الراوي، فلا معنى للتوثيق العملي، فلهذا كان مختارنا - في ما لو قلنا

بقاعدة جبر ضعف السند بالعمل - عدم اندراج المرسلات في ضمن هذه الكبرى، وإنما تصدق فيما لو عرفت هوية رجال السند، إلا أنه مجهول الحال بالنسبة لنا، فيكون اعتماد مشهور القدماء جابراً للجهاالة.

ونتيجة ذلك: أن مرسله جميل غير داخله في الكبرى لو ثبتت؛ لعدم العلم بهويّة الراوي، فلا وجه علمياً للاعتماد عليها.

وأما **الدلالة**، فجهة المنع تتضح بعد النظر إلى متنها: « في الرجل يشتري الثوب، أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن.. »^(١)؛ فإن منطوق القضية: « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه »، فيكون مفهومها: (إن لم يكن الشيء قائماً بعينه فلا يرده)، فمدلول القضية - منطوقاً ومفهوماً - أن يكون الشيء موجوداً، إلا أنه تارة يكون قائماً بعينه، وأخرى غير قائم بعينه، كما يشهد له ذيل الرواية: « وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب »، فهو موجود إلا أنه تغيّرت بعض حالاته، فظاهر الرواية وجود العين، وأما في حال التلف فلا يصدق منطوق الرواية ولا مفهومها، فلا يصدق أن الشيء لم يكن قائماً بعينه، فالاستدلال بها على كون التلف مسقطاً للخيار غير ناهض.

تحقيق المحقق الأصفهاني لإثبات مسقطية التلف عقلاً لا شرعاً

وهنا بحث دقيق للمحقق الأصفهاني رحمته الله، ويحتاج إلى توضيح،

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

وحاصل ما أفاده: أن التلف وما بحكمه ليس مسقطاً شرعياً، بل عقلياً، ولا ينبغي الخلط بينهما؛ فإن المسقط للخيار تارة يكون من جعل الشارع، كالتصرف الموجب للتغيير، في خيار العيب، وكافتراق المتبايعين في خيار المجلس، والسقوط في ما نحن فيه بحكم العقل، ولم يجعله الشارع، والوجه فيه:

أن خيار العيب يختلف عن سائر الخيارات؛ فإن المَجْعول فيها هو نفس الخيار، ففي خيار المجلس: « البيعان بالخيار »، وفي خيار الحيوان: « صاحب الحيوان بالخيار »، وكذا في خيار الرؤية...، وأما في خيار العيب فلم يجعل فيه الخيار، وإنما جعل فيه ردّ المبيع، والافتراق في الجعل يقتضي الافتراق في الثمرة المترتبة أيضاً؛ ففي المورد الذي جعل فيه الخيار يكون متعلقه العقد، فتكون رتبة الفسخ متقدمة على رتبة ردّ المبيع، وفي المورد الذي جعل فيه الردّ يكون متعلقه العين، فتكون رتبة الردّ متقدمة على رتبة انفساخ العقد^(١)، وهذا فارق جوهرى.

ويترتب على ذلك: أن المورد الذي يكون المَجْعول فيه هو الخيار لم يسقط بالتلف؛ لأن متعلقه العقد، وهو باقٍ حتى بعد ذهاب العين. وأما إذا كان المَجْعول الردّ، فهو قائم بالعين، ففي حال تلفها ينتفي موضوع تعلق الحق.

(١) علّق الشيخ الأستاذ دام ظلّه على هذه النقطة: بأنها نقطة مهمة، وقد أوردت على المحقق الأصفهاني رحمته الله بعض الإشكالات بسبب الغفلة عن هذه الجهة.

وهذا هو معنى كلامه أن المسقط لخيار العيب عقلي لا شرعي؛ لأن
المجعول حقّ ردّ العين، وحقّ ردّها مع زوالها منتفٍ عقلاً لا شرعاً.
نعم، التلف على أقسام أربعة:

الأول: التلف الحقيقي، المتحقق بانعدام العين، فيستحيل ردّها،
فينتفي الحق عقلاً.

الثاني: التلف الشرعي، كاعتاق العبد، فيما لو اشترى أحد العمودين،
فالعين وإن كانت موجودة، إلا أنها بحكم التالفة؛ لامتناع عود الحر رقاً
شرعاً، فلا تكون قابلة للردّ.

الثالث: أن تنتقل إلى الغير بعقد لازم، كالصلح والبيع، والعين وإن
كانت موجودة غير تالفة، إلا أنها صارت في ملك الغير، فلا يمكنه ردّها؛
حيث لا ربط له بها.

الرابع: أن تكون العين تحت سلطان الغير، ومتعلّقة لحقه، كالعين
المرهونة، والمستأجرة، فهي وإن لم تعدّ تالفة عقلاً، ولا شرعاً، إلا أنه لا
يتمكن من ردّ العين خارجاً؛ لكونها متعلّقة لحق الغير، فتكون بحكم
التالف^(١).

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وحاصل دليله عليه السلام: أن خيار العيب يفترق عن سائر الخيارات؛ من
حيث تعلّقه بردّ العين، وتعلّقه بنفس العقد، فلهذا يكون سقوط خيار

(١) حاشية المحقق الأصفهاني عليه السلام على المكاسب ٤: ٤٤٨ - ٤٤٩.

العيب بالتلف وما بحكمه عقلياً، لا شرعياً؛ لعدم إمكان الرد، بخلافها.

ويرد عليه: أولاً: أن الضرورة، والتسالم بين الفقهاء قائمان - في المعاملة على المعيب - على جواز مطلق التصرفات للمشتري في المبيع، فيجوز له إتلافه، وعتقه، وبيعه، والمصالحة عليه، وإجارته، وجعله رهناً، كما صرح به عليه السلام، بينما لو كان حق المشتري متعلقاً بالرد، لما جاز له أن يتصرف فيه بهذه التصرفات، كما لا يجوز للبائع التصرف في الثمن؛ لأن الثمن متعلقاً لحق الغير - المشتري -؛ حيث يجوز له أخذه، والمثمن متعلقاً لحق الغير - البائع - حيث يجوز للمشتري رده، وتصرف كل واحد من الطرفين في متعلق حق الآخر بدون إجازة صاحب الحق فضولي، ولكن بما أنه يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بأنواع التصرفات جاز للبائع أن يتصرف في الثمن كذلك.

والحاصل: أنه إذا قلنا بأن الخيار متعلق بالعقد، فالعين غير متعلقة للحق، وإذا لم يكن العوضان متعلقين للحق جاز للطرفين كل تصرف، فإذا أعمل صاحب الخيار خياره انفسخ العقد، فإن كانت العين موجودة ردها، وإلا انتقل إلى البدل.

وأما إذا قلنا بأن له حق الرد، فإما أن نقول بأن حق التصرف مختص بالمشتري، فيجوز له أنواع التصرفات في المبيع، دون البائع فليس له حق التصرف في الثمن، فلا يرد عليه ما أوردناه عليه، ولكنه مما لا يمكن الالتزام به.

فيتعين القول بأن للبائع حق التصرف أيضاً في الثمن، فيكون لكل من الطرفين حق التصرف، وهذا يكشف عن عدم تعلق الحق بردّ العين؛ وإلا كانت العين متعلّقة لحق الغير، فلا يجوز لكل منهما التصرف فيما عنده بدون إذن الآخر، فلما جاز التصرف لهما كشف عن عدم الحق، فلا يكون فرق بين خيار العيب وسائر الخيارات.

وثانياً: أنا عندما نرجع إلى نصوص باب العيب نجد فيها العنوانين، عنوان الردّ، كما أفاده عليه السلام، من قبيل ما عن ابن فضال، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: « تردّ الجارية من أربع خصال: من الجنون والجذام والبرص والقرن..»^(١).

وعنوان الخيار، من قبيل ما رواه ابن فضال، عن أبي الحسن الثاني عليه السلام، قال: في أربعة أشياء خيار سنة: الجنون والجذام والبرص والقرن.^(٢)

فالمجعول في هذه الرواية الخيار، والمورد العيب، فإما أن نلتزم في باب العيوب بأن المجعول هو الخيار، فيتعلّق بالعقد، أو نلتزم بأن المجعول حقّ الردّ، وأما التفصيل بين العيوب في السنة، وبين غيرها فلا قائل به قطعاً، وعندما يكون له الخيار والردّ بحسب النصوص، فهو كاشف عن أن المجعول الخيار، وأن منشأ الردّ في سائر الروايات هو الخيار.

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

وثالثاً: إن عمدة المستند في خيار العيب معتبرة زرارة، وقد أخذ فيها عنوان يدل على جعل الخيار، لا حق الرد؛ فإن لفظها:

« أيما رجل اشترى شيئاً، وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه، ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »^(١).

فإن مدلولها المنطوق: إن أحدث حدثاً فيها أمضى البيع، أي العقد لازم، ومفهومها: إن لم يحدث حدثاً لم يمضِ البيع، أي البيع جائز، فهي نص في أن المَجْعول في باب العيب الخيار.

فالحق أن خيار العيب كسائر الخيارات، من حيث كونه مجعولاً شرعياً، فكما أن المَجْعول في الغبن الخيار، والمَجْعول في باب الحيوان الخيار، فكذلك في العيب.

تحقيق الحق في هذه المسألة

إذا اتضح ذلك، نقول لبيان الحق في هذا المسقط:

مقتضى النصوص

أما من جهة النصوص فإن العمدة في هذا الباب هي معتبرة زرارة، وقد أخذت للإسقاط ولزوم العقد عنوان إحداث الحدث، وهو كما

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

يصدق عرفاً على التصرفات المغيّرة، فكذلك يصدق عرفاً على الإلتاف^(١)، كما يصدق على التصرفات الأخرى، من البيع والصلح والإجارة وغيرها..

فالحق أن التلف الحقيقي من أظهر مصاديق إحداث الحدث عرفاً، وكذلك ما في حكمه، من الأمثلة المتقدمة، فلنقتصر على الاستفادة من النص، ولا حاجة إلى تبعيد المسافة.

فالتبعية: أنا نقول بأن التلف وما بحكمه من جملة المسقطات، من دون أن نسلك في ذلك طريق الشيخ رحمته الله، من التمسك بالإجماع، ومرسلة جميل، ولا طريق المحقق الأصفهاني رحمته الله، من القول بأن المتعلق هو الرد، وبما أنه غير ممكن في حالة التلف، فيكون مسقطاً عقلياً، بل لأن المجعول بمقتضى المعتبرة هو مضي البيع وعدمه، الذي هو الخيار، والمسقط له هو إحداث الحدث، ومن مصاديقه التلف وما بحكمه.

مقتضى القاعدة

وأما من حيث القاعدة - لو لم يتم مفاد النص - فالمسألة تبتني على

(١) ربما يقال: بأنه لا إشكال في صدق إحداث الحدث على الإلتاف، ولكن هل يصدق على التلف لو كان بغير متلف، كما لو كان بأفة سماوية؟

فنقول: إن المقصود من إحداث الحدث - بمناسبة الحكم والموضوع - أعم من أن يكون بفعل إنسان أو بأفة سماوية، وقد نبّه عليه السيد الخوئي رحمته الله في ٧: ١٠٦: (و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه إحداث للحدث؛ فإن المراد من الأحداث هو الكناية عن ثبوت حدث في المبيع، لا معناه الصريح، أعنى إسناد الحدث إلى الفاعل).

وجود الإطلاق في أدلة خيار العيب وعدمه، فإن وجد الإطلاق، وشككنا في سقوط الخيار في حال التلف، كان المرجع الإطلاق، إلا أنا بعد الفحص في نصوص أبواب الخيار، وأبواب أحكام العيوب لم نعثر على مثل هذا الإطلاق، فالمرجع أصالة اللزوم، وهو أصلان، لفظي وعملي.

أما الأصل اللفظي فهو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ فإن مفادها الحكم بلزوم جميع أفراد العقود، في جميع الأزمنة، فالخيار بحاجة إلى دليل مخصص، وعندما يكون مجملاً منفصلاً يكون المرجع عموم ﴿أوفوا﴾. ويشكل: بأن المستند العمدة في خيار العيب هو الشرط الارتكازي الضمني، المستفاد من بناء العقلاء في جميع معاملاتهم على شرط سلامة العوضين من العيوب، ومفاد ﴿أوفوا بالعقود﴾ لزوم الوفاء بالعقد وما تضمّنه من الشروط، المصرّحة والضمنية، ونتيجة هذا الشرط الخيار، فيكون دليل خيار العيب حينئذٍ متصلاً بدليل اللزوم، لا منفصلاً، فيشكل التمسك بالعموم اللفظي.

وأما الأصل العملي، فهو أن الملكية قد حصلت بالعقد حسب الفرض، فهي موجودة قبل حصول التلف وما بحكمه يقيناً، وبعد التلف نشك في زوالها فيما لو وقع الفسخ؛ لأننا نشك في وجود حق الفسخ وتأثيره، فنستصحب بقاءها، فالنتيجة لزوم العقد.

ولا يخفى أن هذا الأصل إنما يجري على مبنى من يجري الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، وأما على مبنى مثل الفاضل

النراقي، والمحقق السيد الخوئي قدس سرهما، من عدم جريانه فيها فلا يفيد^(١).

وخلاصة البحث: أن مقتضى النصوص الخاصة - عند حصول التلف وما بحكمه - هو لزوم العقد، وكذلك مقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لو تمّ التمسك بها، وإن لم يصح التمسك بها؛ لإشكال الشرط الارتكازي كان المرجع الأصل العملي عند من يجريه في الشبهات الحكمية الكلية، وهو استصحاب بقاء الملك، ونتيجته اللزوم أيضاً.

فرع: في مانعية وطء الجارية عن ردّها بالميب

قال الشيخ رحمته الله: (لا خلاف نصّاً وفتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردّها بالعيب)^(٢).

في المسألة ثلاثة أدلة على منع الردّ:

الأول: ما يستفاد من كلام العلامة رحمته الله، من أن الوطئ جناية، ولهذا يوجب غرامة جزء من القيمة، كسائر جنایات المملوك^(٣).

والإشكال فيه واضح؛ لأن الوطئ إنما يعدّ جناية في البكر؛ لذهاب تلك الحيثية التي كانت عليها، ويشهد له المهر، والغرم في غير مورد المهر، وأما إذا كانت ثيباً فليست بجناية قطعاً، ولا غرامة ضرورة.

(١) فعلى مبنى عدم الجريان ما هو المرجع؟

(٢) المكاسب ٥: ٢٩٠.

(٣) التذكرة ١١: ٩٣؛ حيث قال: (ولأن الوطء يجري مجرى الجناية؛ لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال، فوجب أن يمنع الرد، كما لو كانت بكرًا).

الثاني: أن الوطئ إحداث حدث في الجارية.

وهو قوي؛ لعدّه عرفاً من جملة الأحداث الواقعة على الجارية؛ فإنها بعده بكيفية غير الكيفية التي كانت قبله.

وجعل المحقق السيد الخوئي رحمته الله الوطئ كاللمس والتقيل من التصرفات غير المغيرة، فلا تعدّ إحداث حدث^(١).

والصحيح خلافه؛ فإن المرجع إلى العرف، وهو لا يرى الزنا بالأجنبية ولمسها على وزان واحد، فهو يرى أن الوطئ حدث دون اللمس.

الثالث: الروايات الواردة في الباب الرابع من أبواب أحكام العيوب، وهي معتبرة بلا إشكال، مثل رواية طلحة بن زيد^(٢)، ورواية منصور بن حازم^(٣)، ورواية محمد بن مسلم^(٤)، ورواية أبان عن زرارة^(١)؛ فإنها كلها

(١) مصباح الفقاهاة ٧: ١١٤.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢: وعن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن يحيى، عن طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: «تقوم وهي صحيحة، وتقوم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء».

(٣) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣: وعنه، عن محمد بن الحسين، عن صفوان، عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل اشترى جارية فوقع عليها، قال: «إن وجد بها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما نقصها العيب»، قال: قلت: هذا قول علي عليه السلام؟ قال: «نعم».

(٤) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤: وعنه، عن محمد بن الحسين،

دالة على عدم ردّ الجارية بعد الوطئ، بل يأخذ ما به التفاوت بين الصحيحة والمعيبة.

ردّ الجارية المشتراة لو وُنت وكانت حاملاً

تقدّم أن وطئ الجارية المشتراة ذات العيب مانع من ردّها، فهل يشمل ذلك الجارية الحامل، أو هي مستثناة من هذا الحكم؟ ذهب المشهور إلى استثنائها، وأن الوطئ غير مانع من ردّها، فتخصّص تلك النصوص المتقدمة بما سيأتي من النصوص، وخالفهم الأسكافي، وابن حمزة من المتقدمين، وصاحب الرياض من المتأخرين، واختاره الشيخ رحمته الله أيضاً.

نصوص المسألة

وقبل الخوض في بيان المسألة، والأوجه التي أفادها الشيخ رحمته الله للعدول عن رأي المشهور نستعرض روايات الباب، وهي كما في الباب الخامس من أحكام العيوب:

عن علي بن الحكم عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) أنه سأل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، ثم يجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: «لا يردها على صاحبها، ولكن تقوم ما بين العيب والصحة، فيرد على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً».

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٥: وعن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن الحسن بن علي، عن أبان عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «كان علي بن الحسين عليه السلام لا يرذ التي ليست بحبلى إذا وطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها».

١- محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى، ولم يعلم بحبلها فوطأها، قال: « يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها؛ لنكاحه إياها . . . الحديث »^(١).

٢- عن رفاة النخاس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها - إلى أن قال : - قلت: رأيت إن وجدت بها عيباً بعدما مسستها؟ قال: « ليس لك أن تردّها، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب »^(٢).

وحملها صاحب الوسائل عليه السلام على كون العيب غير الحبل^(٣).

٣- عن عبد الملك بن عمير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، وله أرش العيب، وتردّ الحبلى، ويردّ معها نصف عشر قيمتها »^(٤).

٤- عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها، فيجدها حبلى؟ قال: « يردّها ويردّ

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

(٣) المفروض أن لا تذكر فيما يدل على المدعى لأنها من جملة أدلة الفرع السابق.

(٤) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

معها شيئاً»^(١).

٥- عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الحبلية، فينكحها وهو لا يعلم؟ قال: «يردها ويكسوها»^(٢).

٦- عن عبد الملك بن عمرو، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلية فيطأها؟ قال: يردها، ويرد عشر ثمنها إذا كانت حبلية^(٣).

٧- عن فضيل مولى محمد بن راشد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع جارية حبلية وهو لا يعلم، فنكحها الذي اشتري؟ قال: «يردها ويرد نصف عشر قيمتها»^(٤).

٨- عن سعيد بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل باع جارية حبلية وهو لا يعلم، فنكحها الذي اشتري؟ قال: يردها ويرد نصف عشر قيمتها^(٥).

هذه مجموع روايات المسألة، وهي على طوائف، وتتفق في شيء وتختلف في آخر، فتتفق في أن وطئ الجارية الحبلية لا يمنع من الرد، وأما جهة الاختلاف ففي:

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٥.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.

(٣) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

(٤) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

(٥) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٩.

- ١- أن الموضوع في بعضها جهل البائع، وفي الأكثر جهل المشتري.
- ٢- أن ما يردّ مع الجارية مردّد بين أمور، ففي بعضها نصف عشر قيمتها، وفي آخر الكسوة، وفي ثالث مطلق الشيء، وفي رابع العشر^(١).

أدلة الشيخ في مخالفة المشهور

وللشيخ رحمته هنا كلام طويل في ردّ ما ذهب إليه المشهور؛ إذ بعد أن اعترف بأن ظاهر هذه الروايات في باديء النظر ما ذكره المشهور، قال بأن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه فنرفع اليد عنه، والوجوه التي ذكرها خمسة، وعلى تقدير تكون ستة، وهي:

الوجه الأول

أن الأخذ بظاهر النصوص، وحملها على جواز ردّ الجارية الحبلى مطلقاً، سواء أكانت أم ولد أم كان حملها من غير سيدها، يستلزم مخالفة ظاهرها في وجوب الردّ؛ لأن جواب الإمام عليه السلام في النصوص بالجملة الخبرية: « يردّها، وتردّ »، والجملة الخبرية - كما حَقَّق في الأصول - ظاهرة في الوجوب، بينما فتوى المشهور جواز الردّ، وعدم سقوط الخيار بالوطئ، والأخذ بظاهر الجملة الخبرية في وجوب الردّ لا يكون إلا إذا كان البيع فاسداً؛ إذ يكون ردّاً لمال الغير، وهو واجب، ولا يكون فاسداً إلا إذا كانت الحبلى أم ولد، فإما أن نحافظ على ظاهر الجملة الخبرية

(١) الرابع لم يبيّنه الشيخ الأستاذ دام ظله، ولكنه موجود في بعض الروايات المذكورة.

في الوجوب، فنحمل النصوص على خصوص الجبلى أم الولد.
 وإما أن نرفع اليد عن ظاهرها في الوجوب، ونقول بدلالاتها على
 الجواز، فلا يكون إلا بحمل الجبلى على خصوص ما إذا كان الحمل من
 غير مولاها؛ إذ تكون الجملة الخبرية - حينئذٍ - واردة في مقام توهم
 الحظر، الناشيء من الأخبار المتقدمة، المانعة من ردّ الجارية بعد الوطئ؛
 إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم تستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في
 مقام دفع توهم الحظر؛ إذ لا منشأ لتوهم حظر ردّ الحامل، حتى أم الولد.
والنتيجة: أنه لا بدّ إما من التقييد، أو من مخالفة ظاهر الجملة
 الخبرية، وبما أنه خلاف الأصل، فنبقى على ظهورها في وجوب الردّ،
 فيكون قرينة على إرادة خصوص الجبلى أم الولد؛ إذ لا يكون وجوب
 الردّ إلا إذا كان البيع فاسداً، ولا يكون فاسداً إلا إذا كانت الجارية الجبلى
 أم ولد.

الوجه الثاني

أنه ورد في النصوص السابقة: « يردّها، ويردّ معها نصف عشر
 قيمتها»، والجملة الخبرية الثانية ظاهرة في الوجوب، ومحمولة عليه
 قطعاً؛ لأن تسليم نصف العشر في مقابل وطئ المشتري لها، وعليه إن
 حملت الجملة الخبرية الأولى على الجواز لزم اختلاف السياق، فمقتضى
 وحدة السياق، إما أن تحمل كلتا الجملتين على الوجوب أو على الجواز،
 وبما أن الجملة الثانية محمولة على الوجوب اتفاقاً، ولم يقل أحد
 باستحبابه لم يمكن رفع اليد عنه، فلا بدّ من حمل الأولى على الوجوب

أيضاً.

ووجوب ردّ الجارية الحبلى منحصر في مورد أم الولد؛ لكون البيع فاسداً، فيجب ردّ المبيع إلى صاحبه، وأما في غير أم الولد، فالحبل عيب يقتضي جواز الردّ والخيار.

والحاصل: أن الأخذ بقول المشهور يقتضي رفع اليد عن ظهور الجملة الثانية في الوجوب، وحملها على الجواز، ولا قائل به، أو حملها على الوجوب، وحمل الجملة الأولى على الجواز، وهو منافٍ لوحدة السياق.

وأما الأخذ بقول الأسكافي رحمته الله، الذي اختاره الشيخ رحمته الله فالظهور والسياق محفوظان في الجملتين، فتحمل كلتا الجملتين على الوجوب، فيجب ردّها؛ لكون البيع فاسداً، ويجب ردّ نصف عشر قيمتها غرامة للوطئ.

الوجه الثالث

إن عندنا قاعدتين مسلمتين في الفقه:

القاعدة الأولى: أن منافع العين تابعة لها في الملكية، فمن يملك العين يملك منفعتها بالتبع، والتفكيك بينهما في الملكية لا يكون إلا بأمر زائد، كما إذا بيعت العين بعد استئجارها؛ فإن مالك العين في هذه الحالة غير مالك المنفعة.

القاعدة الثانية: ذهب المشهور - وهو مقتضى الأدلة أيضاً - إلى أن

انفساخ العقد بالفسخ يكون من حين الفسخ، لا من زمان العقد، ولهذا لو وقعت المعاملة، وكان فيها خيار الفسخ، ثم أعمل خياره وفسخ، كانت التصرفات السابقة على الفسخ غير مضمونة؛ لأنها تصرفات وقعت في ملكه.

بخلاف ما لو قلنا بأن الانفساخ يقع من حين العقد؛ فإن التصرفات الواقعة قبل الفسخ تكون مضمونة؛ لأنها وقعت في ملك الغير؛ لأن العين تعود إلى ملك صاحبها الأول من حين العقد.

إذا اتضح هذا، نقول: إن الروايات السابقة حكمت بوجوب إعطاء المشتري للبائع نصف عشر قيمة الجارية بسبب وطئها، وهذا الحكم يتنافى مع القاعدتين السابقتين، ولا يجتمع معهما؛ لأن مقتضى القاعدة الأولى أن منفعة العين تابعة لها في الملكية، فتكون مملوكة للمشتري، ومقتضى القاعدة الثانية أن انفساخ العقد من حين الفسخ، فوطئ المشتري لها كان في ملكه، فلا معنى لضمانه المنفعة المستوفاة.

فيلزم على رأي المشهور رفع اليد عن إحدى القاعدتين، فإما أن نقول بأن المنافع غير تابعة للعين، فتكون باقية تحت ملك البائع، ويكون التصرف تصرفاً في مال الغير.

أو نقول: بأن الانفساخ يحصل من زمان العقد، لا من حين الفسخ، فيكون التصرف في ملك الغير أيضاً.

وبما أن ذلك يستلزم ارتكاب خلاف القاعدة، بخلاف ما إذا حملت الحبلى على خصوص أم الولد؛ - فإنه يمكن اجتماع القاعدتين مع

الحكم؛ فإن بيعها يكون فاسداً، فيكون الوطئ واقعاً في ملك البائع؛ إذ لم تنتقل، ولم تنتقل منفعتها، فيكون ضامناً -.

كان المقدم قول غير المشهور؛ لموافقته للقاعدتين، بخلاف قولهم، وحفظ كلتا القاعدتين قرينة على إرادة خصوص الجارية الحبلى أم الولد.

الوجه الرابع

أنه يلزم من قول المشهور - عدم مانعية وطئ الحبلى عن الرد، وبقاء الخيار - رفع اليد عن عمومين في روايتين:

الأول: عموم صحيحة زرارة الدالة على سقوط خيار من أحدث فيما اشترى حدثاً؛ فإن المشهور يخالفون ذلك ويقولون بثبوتها، بخلاف حمل الحبلى على أم الولد؛ فإنه لا يلزم ارتكاب مخالفة العموم؛ لأن البيع فاسد من الأول.

الثاني: عموم الروايات المعتبرة الدالة على مانعية الوطئ عن الرد مطلقاً، الشاملة للحائل والحامل؛ فإننا إذا قلنا بمقالة المشهور، وحملنا هذه الروايات على جواز الرد في الحبلى مطلقاً لزم منه رفع اليد عن عموم تلك الروايات، بخلاف ما إذا حملنا هذه الروايات على خصوص أم الولد؛ فإن عموم تلك على حاله.

الوجه الخامس

أن الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدمة: (رجل

باع جارية حبلى وهو لا يعلم) وقوع السؤال عن بيع أم الولد، وإلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة؛ لأن المؤثر على مقالة المشهور هو علم المشتري وجهله، لا البائع؛ لأن المشتري إذا كان عالماً بالعيب سقط خياره.

كما أن ظاهر صحيحة محمد بن مسلم، الوارد فيها عبارة « يكسوها » أن المراد بها أم الولد؛ لأن الكسوة لا تكون إلا إلى الحرائر، ونسبت إلى أم الولد لتشبثها بالحرية، فشبهت بهنّ، وأما غيرها فهي مملوكة صرف، فلا ينسب لها الكسوة.

الوجه السادس

أن النسبة بين روايات مانعية وطئ الجارية عن الردّ، وبين هذه الروايات الدالة على جواز ردّ الجارية الحبلى، نسبة العموم والخصوص من وجه، وبمقتضى الأوجه السابقة ترجح روايات مانعية الوطئ من ردّ الجارية الحبلى، فتحمل هذه الروايات على كون الجارية الحبلى أم ولد لمولاها، وتقريب ذلك:

أن روايات مانعية الوطئ من الردّ، فيها جهة خصوص، وجهة عموم: أما جهة الخصوص فهو اختصاص موضوعها بأم الولد، وكون البيع صحيحاً؛ لأن مدلولها سقوط خيار المشتري بوطنه الجارية المعيبة، وانحصار حقه في الأرش، ولا يسقط الخيار إلا إذا كان البيع صحيحاً، ولا يكون صحيحاً إلا إذا لم تكن الجارية أم ولد لمولاها، وإلا لكان البيع فاسداً وجاز ردّها.

وأما جهة العموم، فهو شمولها للجارية الحبلية وغيرها.
والروايات الدالة على عدم مانعية الوطئ عن ردّ الجارية الحبلية، فيها
جهة خصوص، وجهة عموم أيضاً.
أما جهة الخصوص فهو اختصاصها بكون الجارية حبلية.
وأما جهة العموم فهو شمولها للحبلية أم الولد، وغيرها.
فتكون النسبة بين هاتين الطائفتين نسبة العموم والخصوص من
وجه، فيجتمعان في مورد الجارية الحبلية غير أم الولد، فأحدهما تجيز
الردّ، والأخرى تمنعه، فيقع التعارض بينهما فيها، والقاعدة في
المتعارضين بالخصوص والعموم من وجه، وإن كان هو التساقط في
مورد الاجتماع، إلا أن ذلك في صورة عدم وجود المرجح لأحدهما،
وبمقتضى الوجوه السابقة قال الشيخ رحمته الله بترجيح الطائفة الدالة على
مانعية الوطئ عن الردّ، فتقيّد الحبلية في هذه الروايات بأمر ولد لمولاهما،
فتكون النتيجة ما ذهب إليه غير المشهور^(١).

المناقشة في كلام الشيخ

وبعض ما أفاده الشيخ رحمته الله من الوجوه محل إشكال:
أولاً: قال الشيخ رحمته الله في الوجه الأول: أنه إذا حمل البيع على
الصحيح، فيلزم إما التصرف في قاعدة تبعية المنفعة للعين، فيلتزم بكون

الواطئ مالكا للأمة غير مالك لمنفعتها، أو الالتزام بوقوع الفسخ من زمان العقد، لا من حين الفسخ، وكلاهما على خلاف القاعدة.

والإشكال عليه:

أن الخروج عن القاعدة إذا كان مستنداً للدليل لا يعدّ خلافاً للقاعدة، فمقتضى القاعدة - وإن كان كما ذكر الشيخ رحمته الله - إلا أن كل قاعدة قابلة للتخصيص، وبالتالي نقول: إن الشارع في هذا المورد بالخصوص، ببركة النصوص، حكم تعبداً للبائع على المشتري بضمان نصف عشر قيمة الجارية وإن كانت ملكاً له، فلم نرفع اليد عن القاعدتين، ولكن التزمنا بدليل التعبد، القاضي برّد نصف عشر قيمة الجارية معها.

وثانياً: أن الإشكال الثاني للشيخ رحمته الله هو: أن لازم التمسك بهذه الروايات، تخصيص الروايات الدالة على مانعية الوطئ من الرد، وهو بعيد.

وأورد عليه أكابر المحشين:

بأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فلا مانع من التخصيص؛ فإن مفاد تلك الروايات مانعية وطئ الجارية من الردّ مطلقاً، ومفاد هذه الروايات عدم مانعية خصوص وطئ الحبلى من الردّ، هذا حاصل كلماتهم على اختلاف عباراتهم^(١).

(١) حاشية السيد البيزدي رحمته الله ٣: ١٠٧ - ١٠٨، حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله ٢: ٥٤، حاشية

المحقق الأصفهاني رحمته الله ٤: ٤٥٢ - ٤٥٣، مصباح الفقاهة ٧: ١٢٢.

الدفاع عن الشيخ

وهو محلّ تأمل؛ لأننا إذا راجعنا روايات باب مانعية الوطئ عن الردّ وجدناها على طائفتين، طائفة لا تأبى التخصيص، وطائفة أخرى تأباه، فتمّ كلام الشيخ رحمته الله بناء على الطائفة الثانية، دون الأولى:

أما الطائفة الأولى فهي مثل ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: «تقوم وهي صحيحة، وتقوم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء»^(١).

فإن الإمام عليه السلام في مقام بيان الحكم؛ وذلك أنه بيّنه ابتداءً، من دون أن يسبقه سؤال السائل، فينطبق على الحبلى وغيرها، فالإطلاق فيها تام، فيقيد بروايات ردّ الحبلى.

وربما يشكل في خصوص هذه الرواية: بأنها قضية في واقعة؛ لأنّ لسانها: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها»، فتكون خاصة من الأول، فيمكن أن تكون الجارية المقضى فيها حبلى، وربما تكون غيرها، فالأولى الاستشهاد بغيرها مثل:

ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى جارية فوقع عليها، قال: «إن وجد بها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما

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

نقصها العيب»^(١).

فإن الجارية في هذه الرواية مطلقة، تشمل الحبلى وغيرها.

وأما الطائفة الثانية، وهو عمدة ما ارتكز عليه الشيخ رحمته الله، فهي:

ما عن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام): أنه سأل عن الرجل، يبتاع الجارية، فيقع عليها، ثم يجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: «لا يردها على صاحبها...»^(٢).

فإن الإطلاق في هذه الرواية آبٍ عن التخصيص؛ ويعرف ذلك بعد ملاحظة ثلاثة أمور:

١- أن كلام الإمام عليه السلام، كان جواباً على سؤال الراوي، ولم يكن بياناً للحكم ابتداءً.

٢- ترك الإمام عليه السلام، للاستفصال في الجواب.

٣- كون المقام مقام عمل.

فإن المستفتي عندما يكون في مقام العمل، ويسأل عن الحكم ليعمل به، ولم يفصل المفتي في الجواب يكون كلام المجيب مطلقاً، فللسائل أن يأخذ بإطلاق كلامه، ويعمل على طبقه، ولو كان حكمه الواقعي مقيداً، ولكن بين الإمام عليه السلام، المطلق في مجلس، وأراد أن يبين المقيد في مجلس آخر، لكان من تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهو قبيح من

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.

الحكيم، ويلزم منه حرمان المكلف من الواقع بلا مصلحة ولا ملاك.

فنحن وإن نعمل بقاعدة الإطلاق والتقييد، إلا أنه في الموارد التي لا يكون الاطلاق فيها آيياً عن التقييد، وأما فيها كما لو كان السائل في مقام الحاجة للعمل، لم يكن وجه للجواب الناقص.

وما قلناه لا ينافي ما حقق في الأصول، من جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة لحكمة تقتضيه؛ لأن المورد ليس من صغريات هذه الكبرى؛ لعدم التيقية في المقام، ولا طريق فيه للحكمة في تأخير الحكم عن وقت الحاجة بحسب الاحتمالات العقلانية.

ولهذا كان مختارنا في جميع الإطلاقات، التي يكون السائل فيها في مقام العمل، ولم يكن الحكم من موارد التيقية، ولا توجد حكمة تقتضي تأخير الحكم عن وقت الحاجة، بحسب الاحتمالات العقلانية، هو قوة الإطلاق أو العموم، وتماमितه، ويكون المقيّد معارضاً له.

فإلى هنا يكون الحق في هذه الروايات مع الشيخ عليه السلام في استبعاده التقييد، مع دقته والتفاته إلى قاعدة: (ما من عام إلا وقد خص)^(١).

(١) سئل الشيخ الأستاذ عليه السلام عن ما أفاده في المتن فأوضحه بقوله:

إن الرواة والرواية على قسمين؛ إذ تارة يكون المجلس مجلس تعليم وتعلم، فيبين الإمام عليه السلام الحكم ابتداءً كياناته لمثل محمد بن مسلم ووزارة، ويكون ذلك بنحو الإطلاق، فمثل هذا الحكم قابل للتقييد؛ لعدم كون الإمام عليه السلام في مقام بيان كل شيء في هذا المجلس.

الرجوع عن الدفاع عن الشيخ وتأييد الإشكال عليه

هذا، ولكن الصحيح خلاف ذلك؛ فإن الكبرى المذكورة وإن كانت تامة في موارد السؤال عن الأمر المبتلى به في مقام العمل، إلا أن المورد ليس من صغرياتها؛ فإن السائلين مختلفون؛ إذ تارة يكون السائل من عامة الناس، فيسأل عند حاجته ليعمل بالجواب، وأخرى يكون من الفقهاء، فإن كان من القسم الأول كانت القاعدة منطبقة، وإن كان من القسم الثاني فلا تنطبق القاعدة؛ لأنهم غالباً ما يسألون للتعلّم ومعرفة الحكم، لا للعمل الفعلي، والسائل في مورد الرواية، هو محمد بن مسلم، وهو من أعظم فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السلام، فقاعدة الإطلاق والتقييد جارية فيها بلا ريب.

والنتيجة: أن إشكال تقييد تلك المطلقات وارد على الشيخ عليه السلام؛ لأن عموم كل من رواية « من أحدث حدثاً »، وروايات مانعية الوطئ من الردّ قابلان للتخصيص والتقييد.

وأما الإشكال الآخر للشيخ عليه السلام، وهو ظهور الجملة الخبرية « تردّ » في وجوب الرد، ولا يكون ذلك إلا في بيع أم الولد، فهو إشكال قوي؛

وتارة يأتي أحد الرواة فيسأل الإمام عليه السلام عن مسألة وقعت له، ويريد معرفة حكمها؛ للعمل به، فجواب الإمام عليه السلام حينئذٍ لبيان الفتوى للعمل، فالإطلاق في مثل هذا المورد محكم، وغير قابل للتخصيص، إن لم يكن المورد مورد تقية، ولا يحتمل احتمالاً عقلائياً وجود حكمة في التأخير.

وبما أن المقام من قبيل الثاني فالإطلاق قوي، وكلام الشيخ عليه السلام تام، والتخصيص بعيد.

فإن الجملة الخبرية - كما حقق في الأصول - إن لم تكن أكد في الظهور في الوجوب من هيئة (افعال)، فلا أقل أنها مثلها في إفادة الوجوب؛ فإن التعبير بها يكشف عن مفروغية إرادة فعل المطلوب.

مناقشة المحقق الخوئي لإشكال الشيخ الثاني

ولكن أورد عليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله بما حاصله: أن الردّ في الرواية ليس ردّاً خارجياً، بل اعتبارياً، أي يكون المراد من يرده الردّ الملكي، فيما إذا كان المبيع الجارية الحبلى وقد وطئت، ولا يكون الردّ الملكي إلا في البيع الصحيح؛ إذ لا معنى لردّه إذا كان البيع فاسداً، وبما أن بيع أم الولد بيع فاسد، فهو لم يقع حتى يرده الملك، فنفس هذه الجملة دالة على عدم كون الجارية أم ولد^(١).

رفع مناقشة المحقق الخوئي

وهو قوي من حيث الصورة، إلا أن جملة: « يردها على الذي ابتاعها منه » قد تعقبها جملة: « ويردها معها نصف عشر قيمتها »، والردّ في الثانية لا يكون إلا خارجياً، ولا يمكن أن يراد به الردّ الملكي؛ لأن معناه الفسخ، إلا أنه فسخ باسترداد الملك، فإذا فسخ استردّ كل من المتعاملين ما كان يملكه، فالردّ والاسترداد في الردّ الملكي متضايغان، ولا موضوع له في ردّ نصف العشر؛ فإن الواطئ يسلمه إلى البائع ابتداءً، فهو ردّ

(١) مصباح الفقهة ٧: ١٢٢.

محض، بدون استرداد.

وعليه فلازم إشكاله عليه السلام: أن يحمل الردّ في الجملة الأولى على الردّ الملكي، وفي الجملة الثانية على الردّ الخارجي، وهو خلاف الظاهر؛ فإن ظاهر السياق كون الردّ في الجملتين بمعنى واحد، فيتعيّن الردّ الخارجي، وهو لا يكون إلا في بيع أم الولد^(١).

إيراد غير واحد من الأعلام على الشيخ

وقد أورد غير واحد من أعلام المحققين على الشيخ عليه السلام، منهم السيد الفقيه اليزدي عليه السلام، والمحقق الأصفهاني عليه السلام، والمحقق الإيرواني عليه السلام، والمحقق السيد الخوئي عليه السلام بما حاصله: أن من بين الروايات روايتين ذكرتا كلا العدلين، ردّ الحبلى، وردّ غيرها، وبما أنهما ذكرتا القضيتين في عرض واحد، بأن جعل كل منهما مقابلاً للآخر، فالمستفاد منهما أن الموضوع في القضيتين واحد، لا متعدّد، وبما أن

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال توضيحاً لما في المتن:

جاء في الجملة الثانية: « ويردّ معها نصف عشر قيمتها »، والسيد الخوئي عليه السلام قد اختار أن الردّ في الجملة الأولى هو الردّ الملكي، وهو بمعنى الفسخ، ومعناه أن يرده المبيع ويستردّ الثمن منه، وبما أن الردّ في الجملة الثانية لا يكون ملكياً، بل ردّاً خارجياً، فيكون الردّ في الرواية بمعنىين، أحدهما الردّ الاعتباري، والآخر الخارجي، وهو خلاف الظاهر؛ إذ المراد من الردّ في الموردين معنى واحد، وبما أن الردّ في الجملة الثانية لا يمكن أن يراد منه إلا الردّ الخارجي؛ إذ لا معنى للردّ الاعتباري فيه، فيتعيّن أن يكون المراد منه في الجملتين الردّ الخارجي، وإذا ثبت أن المراد من الردّ في الأولى الردّ الخارجي، فهو لا يكون إلا في بيع أم الولد، بمعنى أن يرجع مال الغير إليه، لا ردّ الملك.

البيع في غير الحبلى بيع صحيح، فكذلك يكون في بيع الحبلى، فيكون الموضوع في كليهما هو العقد الصحيح، بمعنى أن المبيع المعيب في العقد الصحيح تارة يكون الجارية الحائل، وأخرى الجارية الحامل، وحينئذٍ لا يمكن أن يراد من الجارية الحبلى أم الولد؛ لأن البيع فيها بيع فاسد، على خلاف ما ذهب إليه الشيخ رحمته الله، والإسكافي من المتقدمين، وصاحب الرياض من المتأخرين ^(١).

والروايتان هما:

١- صحيحة ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى، ولم يعلم بحبلها فوطأها، قال: «يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها؛ لنكاحه إياها . . . الحديث» ^(٢).

ففي هذه الرواية توجد ضميمة لم يذكرها صاحب الوسائل رحمته الله في هذا الباب، بناء على ما مشى عليه من التقطع في الروايات، بل ذكرها في الباب الرابع، والضميمة بعد الجملة المتقدمة مباشرة هي: «وقد قال علي عليه السلام: لا تردّ التي ليس بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها» ^(٣).

(١) حاشية السيد اليزدي رحمته الله ٣: ١٠٧ - ١٠٨، حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله ٢: ٥٤، حاشية

المحقق الأصفهاني رحمته الله ٤: ٤٥٢ - ٤٥٣، مصباح الفقاهة ٧: ١٢٢.

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

(٣) الوسائل، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١، والكامل في الكافي ٥: ٢١٤.

فالمراد في الجملة الثانية البيع الصحيح قطعاً؛ لأنها لا ترد، بل يعطى الأرش، فإذا حمل المراد في الجملة الأولى على بيع أم الولد فالبيع فاسد، فلم يكن ربط بين القضيتين، وكانت إحداها أجنبية عن الآخر، ويقول السيد الفقيه رحمته الله: (كان ذكر كلام علي عليه السلام لغواً).

فيتضح من ذلك: أن السؤال كان عن الحبلى، فأجاب الإمام عليه السلام: إن كانت الجارية المباعة حبلى كان له الرد والخيار، وإن كانت غير حبلى فحكمه عدم الرد، وله الأرش، وبما أن الموضوع في القضيتين واحد، وهو البيع الصحيح، كان ما أفاده المشهور، من ثبوت الخيار في بيع الأولى، وسقوطه في الثانية هو الصحيح.

٢- عن عبد الملك بن عمير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، وله أرش العيب، وتردّ الحبلى، ويردّ معها نصف عشر قيمتها^(١) .

وهي التي استشهد بها المحقق الأصفهاني رحمته الله، بناء على عدم اعتناؤه بجهة السند، وظاهرها واضح، من جعل المقابلة بين الحبلى وغيرها، فوطئ الأولى لا يوجب سقوط الخيار، دون الثانية، فيحمل على البيع الصحيح فيهما، وأما على مسلك الشيخ رحمته الله، فيقتضي أن يحمل البيع في الجارية الحامل على البيع الفاسد، وفي الجارية غير الحامل على البيع الصحيح، ولا ربط بينهما.

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

والحاصل: أن هاتين الروائتين شاهد صدق، بل شارحتان للمراد من البيع في سائر الروايات، وأنه البيع الصحيح، في بيع الحبلى وغيرها، حتى الروايات التي لم تذكر إلا بيع الجارية الحبلى، فحمل البيع على البيع الفاسد، ومن ثمَّ حمل الحبلى على أم الولد ساقط الاعتبار، فيثبت ما ذهب إليه المشهور.

ولو تنزّلنا وقلنا بعدم حكومتها عليها، لقلنا بأن وجود هاتين الروائتين يقتضي إجمال تلك الروايات، فلم يتضح أن المراد من الحبلى أم الولد، أو غيرها، فإذا كانت تلك مجملة، وهذه مبيّنة أخذ بالمبيّن وثبت قول المشهور أيضاً.

فتحصل من ذلك: أن المراد من الحبلى غير أم الولد، فتكون النسبة بين الطائفتين - أعني الطائفة الدالة على مانعية الوطئ من الردّ، والطائفة الدالة على عدم مانعية وطئ الحبلى من الردّ - نسبة العموم والخصوص المطلق، فيحمل العام على الخاص، ويرتفع الإشكال، ويسقط ما أفاده الشيخ رحمته الله من جعل النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص من وجه، وبذلك يتمّ ما أفاده المشهور.

فسواء أقلنا بأن الوجوب يستفاد من ظهور اللفظ أم من حكم العقل، على كلا التقديرين لا بدّ من رفع اليد عن ظهور « ترد » في الوجوب بحسب صحيحة عبد الله بن سنان، فيرتفع إشكال الشيخ رحمته الله من جهة الظهور.

وإما الإشكال بمخالفة السياق؛ لأن جملة « ترد » الأولى متعقبة بجملة: « ويردّ معها نصف عشر قيمتها»، ولا إشكال في دلالة الثانية على الوجوب.

فيندفع بعدم الإشكال في التفكيك في الحجية في جمل النص، إذا قام الدليل على سقوط الحجية في بعض الفقرات دون بعض، فترفع اليد عن ظهور إحدى الفقرتين؛ لقيام القرينة على ذلك، دون الفقرة الأخرى، وله نظائر كثيرة في الفقه، كما لو قال: (اغتسل للجمعة والجنابة)؛ فإن الأول قام الدليل على عدم وجوبه، فترفع اليد عن ظهور الأمر في الوجوب بالنسبة له، ولا ترفع اليد عن ظهوره في الوجوب بالنسبة إلى الجنابة.

وأما ما أفاده من التعارض بين الطائفتين بالعموم والخصوص من وجه.

فمندفع بأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق كما تقدم. وأما استدلاله بما دلّ على أخذ جهل البائع بحبل الجارية؛ فإن جهله لا أثر له إلا في بيع أم الولد، ولا أثر له في خيار العيب. فهو مردود بأن هذا القيد إنما كان في كلام السائل، لا في كلام الإمام عليه السلام، والقيود المؤثرة هي المأخوذة في كلامه عليه السلام.

وأما استدلاله برواية عبد الملك بن عمرو الأمرة بالكسوة، وهي لا تكون إلا للحرّة، ومن فيها شائبتها.

فهو مردود: أولاً: بضعف سند الرواية بعبد الملك؛ إذ لا توثيق له.

وثانياً: سلّمنا صحتها، إلا أنها محمولة على التخيير، كما سيأتي بيانه

في الجمع بين الروايات إن شاء الله.

فجميع ما ذكره الشيخ رحمته الله من الأدلة على مدعاه مردود.

إشكال صاحب الجواهر على رأي الإسكافي ومن تبعه

وقد أورد صاحب الجواهر رحمته الله إشكالاً متيناً على رأي الإسكافي رحمته الله

ومن تبعه، القائلين بأن المراد من الجارية الحبلى هي أم الولد، وحاصله:

أن بيع أم الولد باطل بلا إشكال، فلو كانت هي المراد بالجارية في

الرواية لم يكن معنى لتقييد وجوب الردّ بالوطئ؛ فإن ردّها واجب على

التقديرين، وطئت أم لم توطأ، فالتقييد بالوطئ دليل على صحة البيع في

نفسه، إلا أن له الخيار في صورة الوطئ^(١).

فتحصل إلى هنا: أن الحق الحقيقي بالاتباع ما أفاده المشهور، وهو تام

بلا إشكال؛ فإن الروايات الدالة على مانعية الوطئ من الردّ مطلقة، تشمل

الجبلى وغيرها، والروايات الدالة على الردّ مختصة بالجبلى، فالنسبة

بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق، فتحمل الأولى على الثانية،

وتكون النتيجة إن الوطئ مانع من ردّ الجارية المشتراة إلا الجبلى؛ فإن

المشتري بالخيار بين الردّ وأخذ الأرش.

كيفية الجمع بين الروايات

ويبقى الكلام في كيفية الجمع بين الروايات بملاحظة إشكالات الشيخ عليه السلام ليلمّ مبنى المشهور، فنقول:

أما الرواية الأولى الصحيحة، التي دلت على وجوب الردّ، وردّ نصف عشر القيمة، فقد أورد الشيخ عليه السلام عليها - بناء على مبنى المشهور - بلزوم مخالفة إما قاعدة تبعية النماء للعين، أو تحقق الفسخ من حين العقد، لا من حين الفسخ.

وأجيب عنه: بأن مخالفة القاعدة بالدليل المخصص - وهو هذه الرواية الصحيحة - لا محذور فيه.

وأما رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها، فيجدها حبلى؟ قال: «يردها ويردّ معها شيئاً»^(١).

فيجمل الشيء المبهم فيها على ما بيّن في الصحيحة السابقة - أعني أن يردّ معها نصف عشر قيمتها - إما بالتخصيص، أو بالحكومة؛ فإن الصحيحة مبيّنة للشيء، فلا إشكال من هذه الجهة.

وأما معتبرة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الحبلى، فينكحها وهو لا يعلم؟ قال: «يردها ويكسوها»^(٢).

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٥.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.

فيمكن الجمع بينها وبين معتبرة ابن سنان بالتخيير في المردود بين نصف عشر القيمة والكسوة؛ وذلك لأن الصحيحة نص في وجوب ردّ نصف العشر، وظاهرة في تعيينه؛ لاستفادة التعيين من الإطلاق وعدم ذكر عدل آخر، ومعتبرة محمد بن مسلم نص في وجوب ردّ الكسوة، وظاهرة في تعيينها؛ للإطلاق وعدم ذكر عدل آخر، فيرفع ظاهر كل واحدة منهما بنص الأخرى، فتكون النتيجة يجب ردّها وردّ نصف عشر قيمتها أو كسوتها.

هذا ما تقتضيه قواعد الجمع بين الروايات^(١).

تقوية المحقق الإيرواني لرأي الشيخ

الوجه السادس: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله وقوى به رأي الشيخ رحمته الله، واعتبره أوجه من الوجوه التي ذكرها، قال ما لفظه:

(ثم إن هاهنا وجهاً سادساً لاختصاص هذه الأخبار بالحمل من المولى، أوجه من الوجوه التي ذكرها المصنف، وحاصله: أن ظاهر بعض هذه الأخبار العموم لما إذا كان الوطئ بعد العلم بالحمل، إن لم ندع اختصاصه بخصوص هذه الصورة، ومقتضى ذلك عدم مانعية الوطئ من الرد، عالماً قاصداً للالتزام بالعقد، وهذا لا يكون إلا في حملٍ كان من المولى؛ لتكون المعاملة باطلة، والالتزام بأن المعاملة صحيحة، والخيار لا

(١) لكن الشيخ رحمته الله قد قال بأن الكسوة لا تكون إلا للحرّة أو من فيها شائبة الحرية!

يسقط بالاسقاط بالوطئ في غاية البعد^(١).

المناقشة في تقوية المحقق الإيرواني

وما أفاده رحمته الله مخدوش: بأن مسلك المشهور أن هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على مانعية الوطئ من الرد؛ فإن مدلول تلك الروايات مانعية الوطئ عن الردّ مطلقاً، حاملاً كانت الجارية أم حائلاً، وهذه الروايات خاصة بعدم مانعية وطئ الحبل بالخصوص من الردّ، أي ليس وطئ الحبل مانعاً من الأخذ بالخيار.

وأما الأخذ بالخيار مع قصده لإسقاطه فلا يجتمعان؛ فإن إسقاط الخيار على نحوين: إسقاط باللفظ، كأن يقول: أسقطت خياري، وأخرى بالفعل.

وتوضيح ذلك: كما أن العقود قابلة للإنشاء بالقول وبالفعل، فكذلك الإيقاعات؛ فإنها من الأمور القصديّة، فتتحقق بهما، وبما أن مقتضى الإطلاق في العقد أن يحصل بالأعم من القول والفعل، فكذلك في الإيقاع، إلا أن يقوم دليل خاص على عدم تحقّقه بالفعل، كما في الطلاق؛ فإن مقتضى القاعدة تحقّقه بالفعل، إلا أن النص الخاص قام على عدم تحقّقه بالفعل.

وإسقاط الحق إيقاع، فكما يمكن إنشاؤه بقوله: أسقطت خياري، فكذلك يمكن بالقيام بفعل مبرز له.

(١) حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله على مكاسب ٢: ٥٤.

إذا اتضح هذا، فإطلاق دليل الخيار بالنسبة إلى إسقاطه لا معنى له، والمفروض أن مسلك المشهور دلالة هذه الروايات على ثبوت الخيار مع وطئ الجارية إذا كانت حبلى، فإذا ثبت أن الوطئ مع قصد إسقاط الخيار إسقاط فعلي، فلا إطلاق في دليل الخيار بالنسبة إليه من الأول، فهو مقيد بالتقيّد الذاتي من الأول، أي أن دليل الخيار من الأول مضيق بما إذا لم يكن لذي الخيار قصد إلى إسقاطه.

وبعبارة أخرى: أنه لا إطلاق في دليل الخيار بالنسبة إلى صورة وطئ ذي الخيار للجارية بقصد إسقاط خياره حتى يقال ببعد الإطلاق؛ فإن البعد إنما يكون في فرض وجوده.

وعليه، فما دام لم يوجد الإطلاق من هذه الجهة، فالنتيجة: أن ردّ الحبلى ثابت بعد الوطئ، عالماً كان أو جاهلاً، وهذا الإطلاق بالنسبة إلى العلم في صورة عدم قصده الإسقاط بوطئه لا مانع منه، إنما المانع - كما صرح به - مع قصد الإسقاط، ولا إطلاق فيه بالذات بالنسبة لهذا الفرد حتى تصل النوبة إلى استبعاده.

ولو فرض أن لدليل الخيار قابلية الإطلاق بالنسبة إلى هذا الفرد ذاتاً، إلا أنه منصرف عنه قطعاً، ومع الانصراف لا إطلاق أيضاً حتى يحكم ببعد.

والنتيجة إلى هنا: أن الحق مع مسلك المشهور، من أن المستفاد من الروايات جواز ردّ الحبلى بعد الوطئ؛ فإن المقتضي لذلك موجود،

والمانع منه مفقود، وأما حمل الروايات على أم الولد، والأخذ بإطلاق الروايات الدالة على مانعية الوطئ حتى بالنسبة إلى الحبلئ، فهو على خلاف القاعدة والصناعة.

وبهذا يتم الكلام حول هذه المسألة المهمة.

فرع: حكم الجارية البكر الحامل إذا وطئت

عرفنا مسلك المشهور، من أن الجارية الحامل إذا كانت ثيباً ردت وردّ معها نصف عشر قيمتها، والكلام الآن في شمول تلك الروايات للبكر الحامل وعدمه.

وعلى فرض الشمول، فهل يردّ معها نصف عشر قيمتها، أو عشر قيمتها؟

مختار الشيخ وتقوية السيد اليزدي

أفاد الشيخ رحمته الله قصور إطلاق النص والفتاوى ومعقد الإجماع، وعدم شموله للجارية البكر على فرض حملها بالمساحقة، أو بالوطئ دون الفرج ^(١).

وقال السيد الفقيه رحمته الله: (الإنصاف أن المسألة مشكّلة، وإن كان القول بالتفصيل قوياً للمرسلّة، المعتمدة بإجماع الغنية، ونفي خلاف السرائر، ورواية العشر بناء على حملها على البكر) ^(٢).

(١) المكاسب ٥: ٢٩٨.

(٢) حاشية السيد اليزدي رحمته الله على المكاسب ٣: ١١٤.

ومراده من التفصيل، تفصيل الشيخ عليه السلام بين البكر وغيرها، ومراده من المرسلة، مرسلة الكليني عليه السلام؛ حيث قال:

(وفي رواية أخرى: إن كانت بكرةً فعشر ثمنها، وإن لم تكن بكرةً فنصف عشر ثمنها)^(١).

وهذه المرسلة تدلّ على كلا الحكمين، أعني ثبوت حق الردّ في الحبلى البكر، وثبوت عشر القيمة، في قبال الحبلى التي ليست ببكر.

المناقشة فيما أفاده الشيخ

أقول: أما ما ذكره الشيخ عليه السلام من قصور إطلاق النص والفتوى، فهو تام، وإن كان المحقق في الأصول شمول الإطلاق لجميع أفراد الطبيعة، وغلبة الوجود غير موجبة للإنصراف؛ فإن المدار على كون الفرد مصداقاً للعنوان المأخوذ في الدليل، سواء أكان غالب الوجود أم نادره، فمثلاً ماء الفرات نادر الوجود في قم، فلو قال المولى: (جنني بماء)، فجاء له بماء الفرات لعدّ ممثلاً قطعاً.

ولكن، كيف استند الشيخ عليه السلام في الإنصراف إلى غلبة الوجود، فما هو وجه الجمع بين هذه القاعدة وبين دعوى الانصراف لغلبة الوجود؟ هذا ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى فانتظر.

ولكن دليل الشيخ عليه السلام في المقام ينحصر في المرسلة المنجبرة

(١) الكافي ٥: ٢١٤، الوسائل، الباب ٥ من أبواب احكام العيوب، الحديث ٤.

بإجماع الغنية، ونفي الخلاف في السرائر^(١).

وهنا لنا بحث مبثني، تقدّم توضيحه في بعض الأبحاث السابقة، وحاصله: أنا ولو قلنا بانجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور، إلا أن هذه القاعدة لا تجري في المرسلات، وإن ذهب إلى ذلك عدّة من الأعظم؛ فإن المدار في حجية الرواية على شمول دليل الحجية لها، ولشمول دليل حجية الخبر طريقان لا غير:

١- الوثوق المخبري، بأن يثبت لنا توثيق رجال السند، فيكون الخبر مورداً لروايات حجية خبر الثقة.

٢- الوثوق الخبري، كأن يحصل الوثوق بصدوره بسبب القرائن.

والمرسل غير قابل للتوثيق؛ لأن الكليني قال: وفي رواية أخرى، فمن نقل الخبر؟ غير معلوم، والتوثيق العملي يحتاج إلى معرفة الطرف الذي أريد توثيقه.

وغاية ما يمكن أن يقال: حصول الوثوق بمضمون الخبر؛ من جهة إجماع الفقهاء على الفتوى بمضمونه، ولكنه وثوق شخصي حجة لمن حصل له.

بلورة المسألة وتنقيحها

وتنقيح المسألة أن يقال:

الكلام يقع في مقامين:

(١) المكاسب ٥: ٢٩٩.

المقام الأول: في شمول روايات الردّ للبكر الحامل وعدمه.

المقام الثاني: في مقدار ما يردّ مع الجارية، العشر أو نصف العشر.

المقام الأول: في ردّ البكر الحامل وعدمه

أما المقام الأول ففيه قولان:

القول الأول: ما اختاره الشيخ رحمته الله، من عدم شمول الروايات للبكر؛ لانصراف المطلقات إلى الغالب، وهي الجارية الثيب، وأما البكر فحملها من الأمور النادرة.

القول الثاني: شمول المطلقات للجارية البكر؛ لأن المدار على صدق العنوان على الفرد، والمطلوب أن لا ينصرف إلى الفرد النادر، لا أن ينصرف عنه؛ لندرته، والمحقق في محلّه عدم كون الندره من موجبات عدم صدق العنوان، ولا من موجبات الانصراف.

والحق في هذا المقام: أن الكبرى المحققة في الأصول أن ندره الوجود في حدّ نفسها غير موجبة لانصراف الإطلاق، وهو الذي عملنا عليه في موارد الإطلاقات في الفقه، والوجه في ذلك أن المعيار في موضوعات الأحكام صدق العنوان، فإذا تساوت الأفراد في الصدق شملها الإطلاق.

وإنما يسقط الإطلاق في حالة التشكيك في الصدق، ولا يكون ذلك إلا فيما إذا تفاوتت الأفراد في الصدق، ولم تكن على حدّ سواء، فمثلاً

عنوان (ما لا يؤكل لحمه)، لا شكّ في صدقه على الإنسان، ولا شك في حرمة أكله شرعاً، إلا أن أجزاءه لا تشكل مانعاً في الصلاة؛ وذلك للتشكيك في صدقه على الإنسان عرفاً.

وبعبارة أخرى: أن عنوان (ما لا يؤكل لحمه) لا يصدق على الأصناف غير المأكولة بمستوى واحد، بل صدقه على البعض ظاهر، وعلى البعض الآخر خفي، وصدقه على الإنسان خفي، وكون الإنسان من ناحية عرفية فرداً خفياً لهذا العنوان أوجب خفاؤه الانصراف عنه.

وأما ندرة الوجود في حدّ نفسها، من دون أن توجب التشكيك في الصدق، ليست موجبة للانصراف، ولا تمنع من صدق العنوان.

وأما الصغرى، فالموضوع - فيما نحن فيه - هو عنوان الحبلى، وهو يصدق على البكر - فيما لو حملت بالمساحقة مثلاً - كصدقه على الثيب على حدّ سواء، وليس صدقه على حمل الثيب أظهر من صدقه على حمل البكر.

نعم، حمل البكر نادر الوجود، والندرة غير مضرّة.

وبهذا تتضح الخدشة فيما أفاده الشيخ رحمته الله من الانصراف؛ استناداً إلى الغلبة؛ فإنه على خلاف مقتضى القاعدة.

ولكن، مع ذلك كله، إلا أن الإطلاق غير تام؛ لا لأجل الغلبة، كما قال الشيخ رحمته الله، كما أن القول بأن الندرة غير مانعة، فالإطلاق محكم غير تام. والوجه في عدم تماميته: أنه ورد عندنا في روايات متعدّدة، في

أبواب مختلفة، كما في أبواب نكاح العبيد والإماء، وأبواب الحدود والديات، وتحليل الجارية لما دون الفرج، ووطئ أحد الشريكين الجارية بعد أن أعتق الآخر نصيبه منها، أن أرش زوال البكارة في الجارية البكر عشر قيمتها، كما ورد في صورة الاغتصاب التفريق بين الحرة، فتعطى المهر، والأمة إن كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها، وإن كانت بكرراً فعشر قيمتها، وكذلك في مورد مساحقة البكر^(١).

(١) ومن أمثلة ما أشير له في المتن:

١- الوسائل، الباب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١:

عن الفضيل بن يسار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام: (...قلت: أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج، فغلبته الشهوة فاقترضها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرراً، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها).

٢- الوسائل، الباب ٧٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١:

عن الوليد بن صبيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له؟ قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: « إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولموالها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها...».

٣- الوسائل، الباب ٢٢ من أبواب حد الزنا، الحديث ١:

عن أبي ولاد الحنات قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن جارية بين رجلين، أعتق أحدهما نصيبه منها، فلمّا رأى ذلك شريكه وثب على الجارية، فوقع عليها قال: فقال: « يجلد

فهذا التعدّد والاختلاف في الغرامة، وتحديددها في البكر بعشر قيمتها،
 يوجب انصراف روايات نصف العشر إلى غيرها.
 ولا أقل أن ذلك يكون منشأ للشك في الإطلاق.
 وعلى كلا التقديرين تكون المطلقات قاصرة الشمول عن البكر^(١).

الذي وقع عليها خمسين جلدة، ويطرح عنه خمسين جلدة، ويكون نصفها حرّاً، ويطرح
 عنها من النصف الباقي الذي لم يعتق، إن كانت بكرة عشر قيمتها، وإن كانت غير بكر
 فنصف عشر قيمتها، وتستسعى هي في الباقي».

٤- الوسائل، الباب ٣ من أبواب النكاح المحرم، الحديث ٣:

عن جعفر بن محمد، عن أبيه إن علياً عليه السلام قال: « إذا اغتصبت أمة، فاقتضت فعله عشر
 قيمتها، فإذا كانت حرة فعليه الصداق».

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظلّه عن هذه الجهة فأجاب توضيحاً للمطلب بما حاصله:

هنا ثلاثة أمور لا بد وأن تؤخذ بعين الاعتبار:

الأول: ان مستند حجية الإطلاق هي سيرة العقلاء.

الثاني: أن الخطابات الصادرة من الأئمة عليهم السلام بمنزلة الكلام الواحد، الصادر من واحد،
 في مجلس واحد، فما يقوله الرضا عليه السلام يمكن أن يقال في حقه: قاله الإمام الصادق عليه السلام،
 كما هو منقح في محلّه.

الثالث: أنه ورد في روايات كثيرة، وفي أبواب مختلفة أن غرامة وطئ البكر عشر
 قيمتها، وغرامة وطئ الثيب نصف العشر.

إذا اتضحت هذه الأمور فنقول: إن ما ورد في المقام أن تردّ الجارية ويردّ معها نصف

عشر قيمتها، والكلام هل ينعقد الإطلاق في الجارية لتشمل البكر أو لا؟

ومع وجود الخصوصيات التي بيّناها، لا أقل من التردد وحصول الشك في انعقاده،

ومجرد الشك فيه كافٍ للحكم بعدمه؛ فإن دليله لثبي، فيحكم بإجماله.

وأما رواية عبد الملك بن عمرو، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها؟ قال: يردّها، ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى^(١).

فلا يصحّ حملها على خصوص البكر لتكون دليلاً على المدعى؛ وذلك لوجوه:

أولاً: ضعف سندها.

وثانياً: عدم سلامة متنها؛ لاحتمال السقط فيه؛ فإن الشيخ الصدوق رحمته الله رواها بإضافة نصف إلى العشر، فقال: وفي رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام « يردّها ويرد نصف عشر ثمنها إذا كانت حبلى »^(٢).

وثالثاً: حملها على خصوص البكر - وهي مطلقة - من حمل المطلق على الفرد النادر، وهو باطل بالضرورة، وإبقاؤها على إطلاقها لتشمل الثيب والبكر، يوجب المعارضة بينها وبين تلك الروايات، فتسقط هذه الرواية؛ لشهرة تلك الروايات، رواية وفتوى.

وعليه، فالنتيجة - بعد قصور المطلقات الواردة في الحبلى عن

وحينئذ يكون المرجع المطلقات الدالة على مانعية الوطئ عن الرد.

(١) الوسائل، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٢١.

شمولها للبكر - يكون المرجع في حكمها عموم الروايات الدالة على سقوط الخيار بالوطئ؛ فإنها جارية وطئت، والوطئ مسقط للخيار.

وروايات سقوط الخيار بإحداث حدث في المبيع؛ فإن وطئ البكر إحداث حدث فيها بلا إشكال، سواء أقلنا بأن وطئ الجارية مطلقاً إحداث حدث فيها عرفاً - كما هو الحق - أم لم نقل به في الثيب. هذا تمام الكلام في المقام الأول.

المقام الثاني: ردّ عشر القيمة أو نصفه

وأما المقام الثاني، فعلى فرض شمول هذه الإطلاقات للبكر، فهل الغرامة التي يسلمها الواطئ عشر قيمتها أو نصفه؟

والجواب: أنا إن اعتمدنا على مرسله الكليني، فالقول هو التفصيل بين البكر والثيب، فيردّ مع البكر عشر قيمتها، ومع الثيب نصفه، ولكن لا يمكن الاستناد إليها؛ لضعفها.

دليل المحقق الأصفهاني على ردّ العشر

وأما مقتضى القاعدة، فقد ذهب المحقق الأصفهاني رحمته الله إلى ردّ عشر قيمة البكر، وذلك لوجهين:

الأول: أن مقتضى المطلقات أن يردّ مع الحبلى نصف عشر قيمتها؛ للوطئ بما هو وطئ، وأن يسلم الغرامة لإزالة البكر، وهي نصف العشر.

الثاني: أن المستفاد من النصوص المتعدّدة، في الأبواب المختلفة، أن

غرامة إزالة البكارة عشر قيمة الجارية^(١).

المنافسة في دليل المحقق الأصفهاني

والمهم فيما أفاده رحمته هو الثاني، ولكنه مردود بأمرين:

الأمر الأول: وتوضيحه: أنه إذا وجد عندنا موضوع لم يقم على حكمه دليل خاص، ووجد عندنا موضوع أو موضوعات أخرى قام الدليل على حكمها، فإسراء ذلك الحكم من هذه الموضوعات إلى ذلك الموضوع لا يصحّ إلا بأحد طريقتين:

الطريق الأول: إلغاء خصوصية الموضوعات التي قام الدليل على حكمها.

الطريق الثاني: تنقيح المناط.

أما الأول، فإلغاء الخصوصية تتقوم بوجود مناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي إلغاء الخصوصية، وإلا فمقتضى الأصل هي خصوصية العنوان المأخوذ في الموضوع، وارتكاب خلاف الأصل يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية، وعدم دخلها يتوقف على وجود الحجة.

وبهذا أمكن إلغاء الخصوصية في موارد إحراز العرف عدمها، كما لو ورد: (اغسل ثوبك من الدم)؛ فإن الحكم يتعدى إلى غير الثوب؛ لأن

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٤٦٥ - ٤٦٦.

العرف يحرز أن المدار في مثل هذا على الانفعال بالنجس بسبب الملاقاة بالدم.

وأما الثاني، فهو تنقيح المناط، بأن يحرز اتحاد الموضوع واجد الحكم، مع الموضوع الفاقد له.

إذا اتضح هذا، فكلا الطريقتين منسدان في المقام:

أما الأول؛ فلأن الموارد المذكورة في الروايات التي أمرت بردّ العشر، كانت إزالة البكارة فيها جنابة من غير صاحب الحق، كالمغتصب، والشريك بعد أن باع شريكه نصيبه، وأما إزالتها فيما نحن فيه فقد كان بسبب صاحب الحق، فإسراء الحكم من المورد الذي لم يكن بحق، إلى المورد الذي كان عن حق باطل قطعاً؛ لأن جميع موارد الغرامة موافق لمقتضى القاعدة، التي هي قاعدة الاحترام؛ فإن مال الغير وأعضاءه محترمة، ولهذا كان الحكم بالدية في الأعضاء، والحكم بالضمان في الأموال على القاعدة.

وأما في موردنا، فالفرض أن واطئ الجارية هو مالكة؛ فإن البيع وقع صحيحاً، وانتقلت الجارية إلى ملكه، ووطأها وهي في ملكه، ولهذا كان أمره بتسليم الغرامة على خلاف القاعدة قطعاً، إلا أن يقال بإيجاب الفسخ الفعلي لإزالة الملك من حين العقد، وهو خلاف التحقيق؛ فإن الفسخ يؤثر من حينه، لا من حين العقد، وكل المنافع قبل الفسخ هي ملك للمشتري، وعندما تكون ملكه تكون القاعدة عدم الضمان، فالحكم بالضمان حتى بردّ نصف العشر في الثيب على خلاف القاعدة، وهو أمر

تعبدي ثبت بالنص الخاص.

فإسراء الحكم من تلك الموارد إلى موردنا - كما صنعه المحقق الأصفهاني رحمته الله - معناه إسراء الحكم الجاري في مورد القاعدة، إلى المورد الذي يكون الحكم فيه على خلاف القاعدة، وإلغاء الخصوصية في مثل ذلك باطل قطعاً.

وأما الثاني، وهو تنقيح المناط؛ فالمفروض بحسب أصول المذهب أن يكون قطعياً، والموجود في تلك الموارد الوطئ في ملك الغير، وما نحن فيه هو الوطئ في ملك نفسه، فكيف يتحد المناط فيهما؟!

فلا أقل من أن يقال بأن القدر المتيقن أنه مناط ظني، بأن يقال: إنه يحصل من الحكم بغرامة العشر في إزالة البكارة في تلك الموارد الظن بنفس الغرامة في موردنا، والظن لا يغني من الحق شيئاً.

فإذا انسدت البابان بطل كلا المحقق الأصفهاني رحمته الله.

الأمر الثاني: أنه من شرط التقييد أن يرد المقيّد والمقيّد على موضوع واحد، وإذا اختلف الموضوع وتعدّد لم يكن معنى للتقييد، وتلك الروايات وردت في الوطئ بغير حق، وهذه الروايات وردت في مورد الوطئ بحق، ومع اختلاف الموضوع لا يمكن التقييد.

فتحصل إلى هنا سقوط الإطلاق، وعلى فرض الالتزام بانعقاده لم يصحّ التقييد.

بيان الحق في المسألة

والحق في المسألة: إنه إذا قلنا بإطلاق روايات الردّ وشمولها للبكر، فبما أنه لم يثبت النص على التفصيل بين الثيب والبكر، فالقاعدة تقتضي الأخذ بالإطلاق، والحكم بعدم الفرق بينهما.

واستبعاد استوائهما في مقدار المردود مردود:

أولاً: أن قيمة البكر بحسب العادة أغلى من قيمة الثيب دائماً، فنصف عشر قيمتها أكثر من نصف عشر قيمة الثيب، فلم يتساويا في المردود، فلو كانت قيمة الجارية البكر مائة دينار، وقيمة الثيب خمسين، فسيكون نصف عشر قيمة البكر خمسة دينار، وأما نصف عشر قيمة الثيب فديناران ونصف.

طبعاً، ربما تكون قيمة الثيب أغلى من قيمة البكر لبعض الخصوصيات في الأولى، ولكن كلامنا فيما لو كانت البكر بنفس مواصفات الثيب؛ فإن قيمتها أغلى من الثيب دائماً.

ولو لم يندفع الاستبعاد، والإشكال الذي اقتضاه، فأيضاً نتمسك بالإطلاق؛ فإنه إذا وجد، ولم يقدّم دليل على التقييد أخذ به، والاستبعاد لا يوجب رفع اليد عنه.

ولو تنزلنا وشكنا فمقتضى القاعدة اليقين باشتغال الذمة بنصف العشر، وما زاد عليه مشكوك، ومقتضى الأصل البراءة عنه.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة، وبقيت فروع ذكرها الشيخ رحمته، لا حاجة للتعرض لها، وإن كان بعضها لا يخلو من بحث علمي.

وبهذا ينتهي الكلام حول أصل خيار العيب وبعض مسقطاته، وبه يكتمل الجزء الرابع من كتابنا (بغية الراغب في مباني المكاسب)، وكان ذلك في بلدنا الجش بالقطيف المحروسة بعين الله الناظرة، في شهر شعبان المبارك، من سنة سبع وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية، على مهاجرها وآله الكرام ألف سلام وتحية، وأسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، ورجائي ممن يستفيد منه، أو يقرأ فيه، أن لا ينسى سماحة شيخنا الأستاذ دام ظله من الدعاء، وأن يدعو لي ولوالدي بالمغفرة والرحمة، وقبول العمل وآخر دعوانا:

﴿ أن الحمد لله رب العالمين ﴾^(١).

المحتويات

٧	تقريظ
٩	المقدمة
١١	شروط خيار التأخير
١١	الشرط الأول: عدم قبض المبيع
١١	إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات
١٢	إشكال الشيخ عليهما
١٣	إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ
١٥	تأييد المحقق الرشتي إلى الشيخ
١٥	الحق في لفظ الرواية ومفادها
١٧	إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه
١٨	إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه
١٩	المناقشة في أصل عدم التشديد
٢١	استدلال المحقق الإيرواني على شرطية عدم قبض المبيع
٢١	المناقشة في دليل المحقق الإيرواني

- تحقيق المحقق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والمثمن ٢٢
- المناقشة في تحقيق المحقق الخراساني ٢٤
- فروع ٢٧
- الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع ٢٧
- استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار ٢٨
- إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ ٢٨
- التحقيق في المسألة ٢٨
- الفرع الثاني: لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع ٣١
- رأي الشيخ في المسألة ٣٢
- المناقشة فيما اختاره الشيخ ٣٣
- التحقيق في المسألة ٣٥
- الفرع الثالث: لو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض ٣٨
- رأي الشيخ ٣٨
- رأي صاحب الجواهر ٣٩
- التحقيق في المسألة ٣٩
- الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع ٤٣
- إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ٤٥
- إشكال ودفع ٤٦
- المناقشة في الدفع ٤٧
- الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن ٥١
- الحق في المسألة ٥٤

- ٥٥ مناقشة بعض الأعظم في دليل هذا الشرط ودفعها.
- ٥٦ فروع.
- ٥٦ الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري.
- ٥٦ رأي الشيخ ودليله.
- ٥٦ لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حق.
- ٥٧ إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ.
- ٥٨ إشكال السيد اليزدي على الشيخ ودفعه.
- ٥٩ دفع شبهة أثارها المحقق النائيني.
- ٦٠ عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق.
- ٦١ لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازة المشتري.
- ٦٨ بيان آخر للمحقق النائيني لعدم كاشفية الإجازة.
- ٧٤ الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين.
- ٧٥ الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهها.
- ٧٥ أدلة الشيخ لإثبات هذا الشرط ومناقشتها.
- ٧٧ المناقشة في كلام المحقق السيد الخوئي في جريان لا ضرر.
- ٨٤ ما قيل باعتباره في هذا الخيار.
- ٨٤ الأول: عدم الخيار لأحدهما أو لهما من جهة أخرى.
- ٨٤ القول الأول: اعتبار هذا الشرط في الخيار.
- ٨٥ أدلة النافين لهذا الشرط.
- ٨٦ أدلة المثبتين للشرط.

- ٩٤ إشكال المحقق النائيني على الشيخ
- ٩٦ إشكال المحقق الخوئي على المحقق النائيني ودفعه
- ٩٧ الصحيح في مناقشة المحقق النائيني
- ١٠٠ إشكال الشيخ على اشتراط عدم خيار آخر في خيار التأخير
- ١٠١ القول الثاني: اشتراط عدم الخيار للبائع دون المشتري
- ١٠١ أدلة القول بالتفصيل / الوجه الأول ومناقشته
- ١٠٢ الوجه الثاني
- ١٠٢ إشكال المحقق الخوئي
- ١٠٢ الصحيح في الإشكال على الوجه الثاني
- ١٠٣ الوجه الثالث والإشكال عليه
- ١٠٤ جواب السيد العاملي في مفتاح الكرامة عن الإشكال
- ١٠٤ مناقشة الشيخ لجواب السيد صاحب مفتاح الكرامة
- ١٠٥ الإشكال على الشيخ والحق في مناقشة الوجه الثالث
- ١٠٦ إشكال المحقق الرشتي على الشيخ
- ١٠٩ الثاني: تعدد المتعاقدين
- ١٠٩ أدلة هذا الشرط
- ١١٠ إشكال الشيخ على الوجه الأول
- ١١٠ إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه
- ١١١ إشكال الشيخ على الوجه الثاني
- ١١٢ الثالث: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية
- ١١٤ مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير

- الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص ١١٥
- الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة ١٢٠
- مسقطات خيار التأخير ١٢٣
- المسقط الأول: إسقاط الخيار ١٢٣
- المقام الأول: إسقاط الخيار بعد الثلاثة الأيام ١٢٣
- المقام الثاني: إسقاط الخيار أثناء الثلاثة ١٢٤
- الوجه الأول: عدم السقوط ١٢٤
- الوجه الثاني: حصول السقوط بالإسقاط ١٢٥
- إشكال المحقق الخراساني على دليل الوجه الثاني وتوجيهه له ١٢٦
- المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني ١٢٦
- ما أفاده المحقق الرشتي لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت ومناقشته ١٢٨
- ما أفاده المحقق النائيني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت ١٢٩
- ما أفاده المحقق الأصفهاني لتصحيح الإسقاط قبل الثبوت ١٢٩
- إشكال المحقق الخوئي على المحقق الإصفهاني ودفعه ١٣٠
- الإشكال على المحقق الأصفهاني ١٣٢
- حاصل البحث وبيان المختار ١٣٣
- المسقط الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد ١٣٤
- تحقيق الشيخ في المقام ١٣٤
- الإشكالات الواردة عليه ١٣٥
- الإشكال الأول ١٣٥

- الإشكال الثاني: إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ورده..... ١٣٧
- بيان المحقق النائيني لرفع الإشكال عن شرط السقوط..... ١٣٨
- المسقط الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة..... ١٤١
- دليل القول بسقوط الخيار..... ١٤٢
- دليل القول بعدم السقوط..... ١٤٢
- مختار الشيخ..... ١٤٣
- الإشكال على الشيخ..... ١٤٣
- إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه..... ١٤٥
- نتيجة البحث وبيان الحق في المسألة..... ١٤٦
- إشكال المحقق الرشتي على الإطلاق..... ١٤٦
- المناقشة فيما أفاده المحقق الرشتي..... ١٤٧
- المسقط الرابع: أخذ الثمن من المشتري..... ١٤٩
- تأييد المحقق الأصفهاني للشيخ..... ١٥٣
- المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني..... ١٥٤
- المسقط الخامس: مطالبة الثمن..... ١٥٧
- إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه..... ١٥٩
- المسألة الأولى: هل خيار التأخير فوري أو على التراخي..... ١٦٠
- الجهة الأولى: مقتضى القاعدة في جميع الخيارات عند الشيخ..... ١٦٠
- الجهة الثانية: مقتضى القاعدة في خصوص خيار التأخير..... ١٦٣
- الجنبة الأولى: مقتضى الدليل..... ١٦٣
- الجنبة الثانية: مقتضى الأصل..... ١٦٤

- ١٦٥ مقتضى التحقيق في المسألة.
- ١٦٦ الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع.
- ١٦٨ الحكم إذا كان المستند لا ضرر.
- ١٧٠ الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي.
- ١٧٠ الحكم إذا كان المستند الأخبار.
- ١٧٢ المسألة الثانية: تلف المبيع قبل القبض.
- ١٧٢ الصورة الأولى: تلف المبيع قبل القبض بعد الثلاثة.
- ١٧٢ الجهة الأولى: في المقتضي لضمان البائع.
- ١٧٢ مناقشة المحقق السيد الخوئي للشخ وردها.
- ١٧٣ تحقيق في المراد من قاعدة جبر السند الضعيف بعمل المشهور.
- ١٧٧ الدليل الثالث للمسألة الذي ذكره المحقق الخوئي وناقشه ورد مناقشته.
- ١٧٩ الدليل الرابع: الشرط الارتكازي.
- ١٨٠ المناقشة في الشرط الارتكازي.
- ١٨٣ الجهة الثانية: في المانع.
- ١٨٤ المانع الأول: قاعدة الملازمة بين الخراج والضمان.
- ١٨٥ إشكال المحقق الخراساني على الشيخ.
- ١٨٥ تقوية المحقق الأصفهاني لإشكال المحقق الخراساني.
- ١٨٦ المناقشة فيما أفاده والانتصار للشيخ.
- ١٨٨ رفع المانع على مبنى الارتكاز العقلائي ومناقشته.
- ١٩١ المانع الثاني: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

- الصورة الثانية: تلف المبيع قبل القبض في أثناء الثلاثة..... ١٩٢
- دليل القول بأن التلف من المشتري ورده ١٩٢
- تمامية دليل القول بأن التلف من البائع ١٩٣
- الإشكال على المحقق الخوئي..... ١٩٤
- فرع: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه ١٩٦
- التحقيق في المسألة ١٩٦
- فرع: في تلف الثمن ١٩٩
- المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه ٢٠١
- السادس .. خيار الرؤية ٢١١
- تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه..... ٢١١
- المناقشة في تحرير الشيخ..... ٢١٣
- مقتضى التحقيق..... ٢١٤
- في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه ٢١٩
- مورد خيار الرؤية ٢٢٤
- فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع ٢٢٧
- المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع ٢٢٨
- الإشكالات الواردة في المقام ودفعها..... ٢٢٨
- الإشكال الأول وجوابه..... ٢٢٨
- الإشكال الثاني..... ٢٣٠
- الإشكال الثالث..... ٢٣٠
- جواب الشيخ عن الإشكاليين ٢٣١

- الإشكال الرابع والجواب عليه ٢٣٢
- إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ ٢٣٤
- رد إشكال المحقق الخراساني ٢٣٤
- إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ ٢٣٥
- الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني ٢٣٦
- الخيار بين الرد والإمسك بدون الأرش على المشهور ٢٣٨
- النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقق الأردبيلي ٢٤٠
- النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقق الأردبيلي ٢٤١
- النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر ٢٤٣
- خلاصة البحث ٢٤٨
- إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض ٢٤٩
- مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟ ٢٥٣
- مقتضى القاعدة عند الشيخ ٢٥٣
- مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ ٢٥٦
- دليل القول بالتراخي ٢٥٧
- نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام ٢٥٨
- التحقيق في أصل المسألة ٢٥٩
- مقتضى القاعدة ٢٥٩
- مقتضى الأدلة الخاصة ٢٦٠
- الوجه الأول: قاعدة لا ضرر ٢٦١

- الإشكال في هذا الوجه ٢٦٢
- الوجه الثاني: الارتكاز العقلاني ٢٦٢
- الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة ٢٦٢
- مفادها عند الشيخ ٢٦٢
- المناقشة في ما أفاده الشيخ ٢٦٣
- مفاد الرواية عند المحقق السيد الخوئي ٢٦٣
- الإشكال فيما أفاده المحقق الخوئي ٢٦٥
- الصحيح في مفاد الرواية ٢٦٦
- خلاصة البحث ٢٦٧
- مسقطات خيار الرؤية ٢٦٩
- المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً ٢٦٩
- المسقط الثاني: الإسقاط ٢٦٩
- الإسقاط بعد الرؤية ٢٦٩
- الإسقاط قبل الرؤية ٢٧٠
- الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية ٢٧٠
- التقريب الأول للإشكال ودفعه ٢٧٠
- التقريب الثاني للإشكال ودفعه ٢٧١
- الصحيح في الإشكال ٢٧٢
- عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال ٢٧٣
- جواب المحقق الرشتي ٢٧٣
- المناقشة في جواب المحقق الرشتي ٢٧٣

- ٢٧٤ جواب المحقق الخراساني ومناقشته.
- ٢٧٨ بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه.
- ٢٧٨ الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله.
- ٢٧٨ الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله.
- ٢٧٩ الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله.
- ٢٧٩ دليل المحقق الثاني ومناقشته.
- ٢٨٠ الدليل المعتمد عند الشيخ.
- ٢٨١ دفع إشكال.
- ٢٨٢ جواب المحقق الخراساني عن إشكال الشيخ.
- ٢٨٣ دفع جواب المحقق الخراساني.
- ٢٨٤ الإيراد على الشيخ.
- ٢٨٥ الدفاع عن الشيخ.
- ٢٨٦ الحق في المسألة.
- ٢٨٩ في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط.
- ٢٩٢ مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين.
- ٢٩٢ المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين.
- ٢٩٢ المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف.
- ٢٩٣ رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه.
- ٢٩٤ المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد.
- ٢٩٥ المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق.

- التحقيق في المسألة ٢٩٦
- مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد ٣٠٩
- إشكال المحققين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ ٣١٠
- دفع إيراد العلمين ٣١١
- مقتضى التحقيق في المقام ٣١٤
- بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار ٣١٤
- بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط ٣١٤
- بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر ٣١٥
- المناقشة في كلام صاحب الجواهر ٣١٦
- كلام المحقق الرشتي والإشكال فيه ٣١٨
- مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه ٣٢٠
- شرح كلام الشيخ الأعظم ٣٢٠
- ضابطة تشخيص المدعي والمنكر ٣٢٤
- مستند المحقق الرشتي في القول بالتحالف ٣٢٤
- المناقشة في كلام المحقق الرشتي ٣٢٦
- أدلة القول بتقديم قول المشتري ٣٢٧
- مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري ٣٢٧
- المناقشة في تقريب الشيخ ٣٢٨
- مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته ٣٢٨
- مستند المحقق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته ٣٢٩
- أدلة القول بتقديم قول البائع ٣٣٠

- ٣٣٠ رأي السيد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام
- ٣٣١ التمسك بآية التجارة عن تراص لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع
- ٣٣٦ الخلاصة
- ٣٣٧ مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول
- ٣٣٧ تحقيق الشيخ في المسألة
- ٣٣٩ أدلة القول بالبطلان
- ٣٤١ تنبيه
- ٣٤٣ السابع .. خيار العيب
- ٣٤٣ مبنى خيار العيب عند الشيخ
- ٣٤٤ منشأ الحكم بصحة المعاملة مع الجهل بسلامة المبيع
- ٣٤٤ دفع الإشكالات الواردة على هذا المبنى
- ٣٤٥ مناقشة من يقول بوجود خيارين في باب العيب مع اشتراط الصحة
- ٣٤٦ المراد من أصل السلامة الذي أفاده الشيخ ومناقشته
- ٣٤٩ أصل السلامة عند المحقق الأصفهاني وردّه
- ٣٥٠ طريق المحقق الخوئي لرفع إشكال الغرر في بيع المعيب
- ٣٥٠ الإشكال في طريق المحقق الخوئي
- ٣٥٢ التحقيق في الرفع للغرر
- ٣٥٣ المناقشة في تأييد الشيخ برواية السكوني
- ٣٥٧ مسألة: التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب
- ٣٥٨ المقام الأول: مقتضى الروايات

- المقام الثاني: مقتضى القاعدة..... ٣٥٩
- إشكالات الشيخ الأعظم..... ٣٥٩
- الإشكال الأول..... ٣٥٩
- الإشكال الثاني..... ٣٦١
- الإشكال الثالث..... ٣٦١
- الإشكال الرابع..... ٣٦١
- الإشكال الخامس..... ٣٦١
- الإشكال السادس..... ٣٦٢
- إشكال بعض المحشين على الإشكال السادس..... ٣٦٢
- هل ظهور العيب مثبت للخيار أو كاشف عنه..... ٣٦٥
- المحتملات الثبوتية للمسألة..... ٣٦٥
- مختار الشيخ وبيان أدلته..... ٣٦٦
- مقتضى التحقيق في المسألة..... ٣٧٠
- مقتضى الأصل العملي..... ٣٧٠
- رأي السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في مقتضى القاعدة..... ٣٧٤
- المناقشة فيما أفاده السيد اليزدي والمحقق الإيرواني في بيان القاعدة... ٣٧٤
- مقتضى أدلة خيار العيب..... ٣٧٥
- مقتضى قاعدة لا ضرر..... ٣٧٥
- مقتضى الشرط الإرتكازي..... ٣٧٦
- مقتضى الأدلة الخاصة..... ٣٧٦
- إشكالان..... ٣٧٦

- الإشكال الأول على كون مفادها الخيار من حين العقد ودفعه ٣٧٧
- الإشكال الثاني للشيخ ودفعه ٣٧٨
- الحق في المسألة ٣٧٩
- لا فرق في الخيار بين الثمن والمثمن ٣٨٠
- دليل الشيخ في التعميم والمناقشة فيه ٣٨٠
- مقتضى التحقيق في المقام ٣٨١
- أدلة الخروج عن مقتضى الأصل في الخيار والأرث ٣٨٢
- الدليل الأول: قاعدة لا ضرر ٣٨٢
- الدليل الثاني: الشرط العقلاني الارتكازي ٣٨٣
- إشكال السيد الخوئي على السيد اليزدي ورده ٣٨٥
- تعميم خيار العيب إلى غير البيع ٣٨٧
- حكم جريان خيار العيب في بيع الكلي ٣٨٨
- الجهة الأولى: عدم ثبوت الخيار في البيع الكلي ٣٨٩
- الجهة الثانية: في عدم ثبوت الأرث ٣٩١
- الجهة الثالثة: في تحقق الوفاء بالفرد المعيب وعدمه ٣٩٢
- التحقيق هو التفصيل ٣٩٢
- القول في مسقطات هذا الخيار ٣٩٧
- المسقط الأول: التصريح بالالتزام بالعقد ٣٩٧
- كلام المحقق الإيرواني في عدم وجود حقين في خيار العيب ٣٩٨
- المناقشة في ما أفاده المحقق الإيرواني ٣٩٩

- ٤٠٠ بيان المباني في الوجوب التخيري
- ٤٠٣ المسقط الثاني: التصرف
- ٤٠٣ الأول: الإجماع
- ٤٠٤ الثاني: دليل العلامة
- ٤٠٥ الدليل الثالث: النصوص
- ٤٠٧ المقيدات المتصورة لإطلاقات النصوص ومناقشتها
- ٤٠٩ مقتضى التحقيق في المسألة
- ٤١٢ إيراد الشيخ على استدلال المشهور برواية إحداه حدث
- ٤١٣ دفع المحقق الآخوند لإشكال الشيخ وتأييد المحقق الأصفهاني له
- ٤١٣ التعليق على قولي الشيخ وصاحب الكفاية والمحاكمة بينهما
- ٤١٤ التصرف الكاشف النوعي هل يسقط الخيار
- ٤١٨ التحقيق في المسألة
- ٤٢٠ ردّ كلام المحققين الخراساني والأصفهاني
- ٤٢٢ التصرفات الاعتبارية في العين
- ٤٢٣ رأي الشيخ ومناقشته لكلام المحقق الثاني
- ٤٢٣ اعتراض المحقق الخوئي على الشيخ
- ٤٢٤ التحقيق في المسألة
- ٤٢٤ المناقشة فيما أفاده المحقق الخوئي من الفرق بين الهبة والبيع
- ٤٢٥ كلام المحقق الأصفهاني
- ٤٢٦ المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني
- ٤٢٧ حالة الشك في شمول مفهوم الحدث للهبة من جه الشبهة المفهومية

- ٤٢٩ المسقط الثالث: تلف العين أو ما في حكمه
- ٤٢٩ مستند الشيخ
- ٤٣٠ المناقشة في مستند الشيخ
- ٤٣١ توضيح في قاعدة جبر الخبر الضعيف بعمل المشهور
- ٤٣٢ تحقيق المحقق الأصفهاني لإثبات مسقطية التلف عقلاً لا شرعاً
- ٤٣٤ المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني
- ٤٣٧ تحقيق الحق في هذه المسألة
- ٤٣٧ مقتضى النصوص
- ٤٣٨ مقتضى القاعدة
- ٤٤٠ فرع: في مانعية وطء الجارية عن ردّها بالعيب
- ٤٤٢ ردّ الجارية المشتراة لو وطئت وكانت حاملاً
- ٤٤٢ نصوص المسألة
- ٤٤٥ أدلة الشيخ في مخالفة المشهور
- ٤٤٥ الوجه الأول
- ٤٤٦ الوجه الثاني
- ٤٤٧ الوجه الثالث
- ٤٤٩ الوجه الرابع
- ٤٤٩ الوجه الخامس
- ٤٥٠ الوجه السادس
- ٤٥١ المناقشة في كلام الشيخ

- ٤٥٣.....الدفاع عن الشيخ.....
- ٤٥٦.....الرجوع عن الدفاع عن الشيخ وتأييد الإشكال عليه.....
- ٤٥٧.....مناقشة المحقق الخوئي لإشكال الشيخ الثاني.....
- ٤٥٧.....رفع مناقشة المحقق الخوئي.....
- ٤٥٨.....إيراد غير واحد من الأعلام على الشيخ.....
- ٤٦٣.....إشكال صاحب الجواهر على رأي الإسكافي ومن تبعه.....
- ٤٦٤.....كيفية الجمع بين الروايات.....
- ٤٦٥.....تقوية المحقق الإيرواني لرأي الشيخ.....
- ٤٦٦.....المناقشة في تقوية المحقق الإيرواني.....
- ٤٦٨.....فرع: حكم الجارية البكر الحامل إذا وطئت.....
- ٤٦٨.....مختار الشيخ وتقوية السيد اليزدي.....
- ٤٦٩.....المناقشة فيما أفاده الشيخ.....
- ٤٧٠.....بلورة المسألة وتنقيحها.....
- ٤٧١.....المقام الأول: في ردّ البكر الحامل وعدمه.....
- ٤٧٦.....المقام الثاني: ردّ عشر القيمة أو نصفه.....
- ٤٧٦.....دليل المحقق الأصفهاني على ردّ العشر.....
- ٤٧٧.....المناقشة في دليل المحقق الأصفهاني.....
- ٤٨٠.....بيان الحق في المسألة.....
- ٤٨٣.....المختبرات.....