

كتاب الله

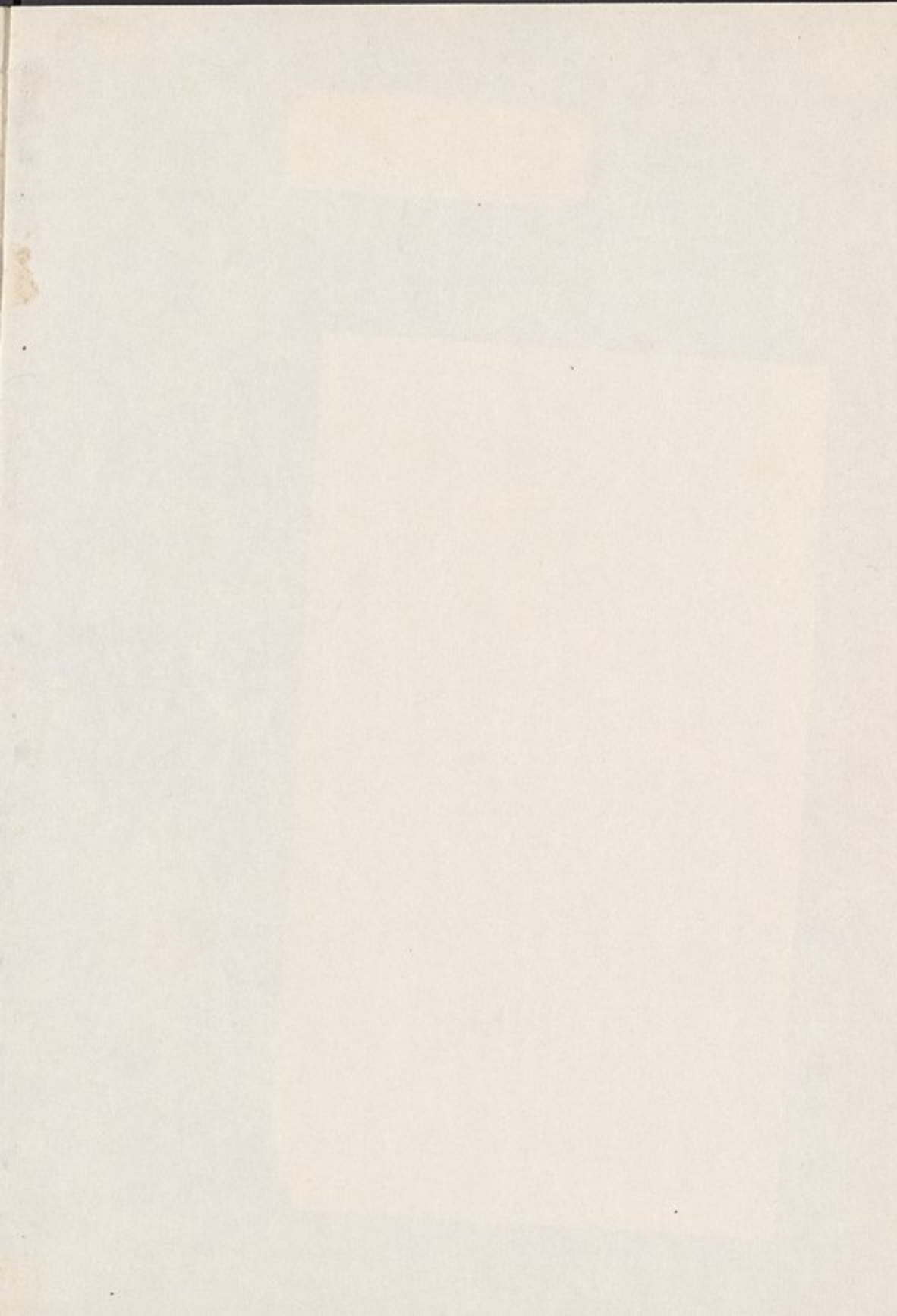
Princeton University Library



32101 073384370

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*



کتاب البیع

قسم الخيارات

تأليف

العلامة الكبرى والدستور الاعظم سماحة آية الله العظمى

مولى الحاج آقا شيخ الاسلام ابو سعيد محمد باقر

احمد رضا خاں ظفر آبادي

الجزء الاول

(Arab)

KBL

.K4993

19802

ju2' 5

(RECAP)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد
وآله الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين .

القول في خيار الميب

وهو سابع الخيارات ، ولا إشكال في ثبوته نصاً (١) وفتوى ، لكن
قد يستشكل في ثبوته فيما إذا جهل المشتري مثلاً صفة السلامة والصحة
جهلاً بسيطاً ، فانه موجب للغرر المبطل للبيع ، فلا وجه لثبوت الخيار فيه .
فأجاب عنه الشيخ الأعظم (قده) بأن إطلاق العقد يقتضي وقوعه
مبنياً على السلامة وترك الاشتراط صريحاً اعتماداً على أصالة السلامة ، والظاهر
منه أن الاشتراط الضمني الارتكازي سبب لرفع الغرر فضلاً عن الاشتراط
صريحاً .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار .

(أقول) : الاشرط الصريح لا يوجب رفع الغرر فضلاً عن الضمني الارتكازي ، فان ما يوجب رفعه هو العلم بالصفة ، أو إخبار البائع بها أو توصيفه في ضمن العقد بالصحة ، فانه يرجع إلى الاخبار بها ، إذ الأوصاف والقيود التي هي الجمل الناقصة تصير تامة ومحملة للصدق والكذب في ضمن الجمل التامة ، إخبارية كانت كقوله : « رأيت زيداً العالم » فانه إخبار عن كونه عالماً في ضمن الاخبار عن رؤيته ، أو إنشائية كقوله : « اضرب زيداً العالم » ونحوه « بعث السلعة الصحيحة » لأنه إخبار بصحتها ، فبناءً على رفع الغرر باخبار البائع يوجب ذلك رفعه . وأما الاشرط ولو صريحاً فلا يستلزم الاخبار فضلاً عن قبول الاشرط ، كما لو شرط المشتري كون العين سليمة وقبل البائع ، وفضلاً عما إذا كان ضمنياً ، ضرورة أن الاشرط أو قبوله ليس إخباراً عن الصحة ، ولهذا لا يقبل الصدق والكذب ، فلا وجه لرفع الغرر به بناءً على كون الغرر هو الجهالة ، كما هو المعهود منهم .

بل التحقيق أن الاخبار صريحاً أو ضمناً في المقام أيضاً لا يوجب رفعه إلا مع إحراز كونه غير مستند إلى أصالة الصحة ، فانه مع الاستناد إليها لا يوجب إخباره للمشتري أمراً زائداً عما هو عنده ، بل لو أخبر ألف شاهد مستندين إليها بأنه صحيح لم يوجب للمشتري شيئاً زائداً عما هو عنده .

هذا إذا قلنا بأن نفس أصالة الصحة لا توجب رفع الغرر ، بل الموجب له هو بناء المتعاملين على الصحة وابتناء المعاملة عليها (وأما لو قلنا) بأن أصالة الصحة من الأصول العقلائية بل من الأمارات العقلائية التي يعتمد عليها العقلاء كما هو الحق - إما للغلبة التامة التي لا ينبغي إنكارها أو غير ذلك - فهي رافعة للغرر من غير حاجة إلى التشبث بالشرط ، أو بالاخبار

ضمناً أو صريحاً ، فأصالة الصحة كإخبار البائع قبل المعاملة كافية في رفعه .
ولا يراد بالعلم والجهل المستعملين في أبواب العبادات والمعاملات
العلم الوجداني الرافع للجهل الوجداني ، بل المراد من العلم بالأوصاف هو
إحرازها بالطريق العقلي أو العقلاني ، فأخبار البائع طريق عقلائي ، كأصالة
الصحة التي هي أصل محرز عقلائي ، أو أمانة كذلك ، ولعل هذا مراد
العلامة في محكي التذكرة « الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة
من العيوب والصحة ، فاذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين
فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة » انتهى .

ومن ذلك يظهر أن لا أصل للاشتراط أو الوصف الضمنيين في البيع .
فكما أن إخبار البائع بالوصف الموجب لرفع الغرر لا يوجب أن يكون البيع
مبنياً عليه ومشروطاً به كذلك مع الإحراز بالأصل ، بل الوجدان أصدق
شاهد على أن لا تواطؤ بين المتعاملين على وصف الصحة في نوع المعاملات .
كما يظهر أنه لو اتفق في مورد - لأجل بعض الجهات أو لأجل عدم
جريان أصالة الصحة في نوع خاص أو صنف كذلك أو عند المتعاملين -
اشتراطها في ضمن المعاملة يثبت للمشروط له خيار التخلف مضافاً إلى
خيار العيب .

(وأما) ما يترأى منهم من أن أصالة الاطلاق تقتضي أن يكون المتعلق
هو الصحيح ، وقيل في وجهه : إن الصحة والعيب وإن كانا قيدين عقلاً
لكن الصحة ليست قيداً بحسب نظر العرف ، فلا تحتاج إلى نصب الدال عليه
في إفادة المقيّد به ، فإن وصف الصحة في نظر العرف لا يزيد على الماهية
بشيء ، فعلم نصب القرينة كافٍ في الحمل على الصحيح .

(ففيه) ما لا يخفى ، ضرورة أن تردد الشيء الخارجي بين الصحيح
والفاسد عرفي لا عقلي دقيق ، ومورد التردد هو نفس الشيء ، ولا إشكال في

أنه لا يرجع ذلك إلى أن هذا الشيء إما نفسه أو معيب ، فوصف الصحة كوصف العيب أمر عارض على الشيء عرفاً ، والاطلاق يقتضي أن لا يكون المأخوذ في موضوع العقد إلا نفس السلعة (وليس) معنى الاطلاق هو الشيء - سواء كان صحيحاً أو معيباً - حتى يلزم التبري من العيب وعدم ثبوت خياره ، بل معناه عدم الأخذ في متعلق العقد إلا نفس الشيء من غير تقييد وتوصيف ، فمقتضاه هو كون المتعلق نفس السلعة ، وهو على خلاف ما أفادوا .

وقد يقال : إن الغلبة موجبة للانصراف ، ولما رأوا أن الانصراف لا يجري في مثل النذر والعهد قالوا بالفرق بين المعاملات وغيرها . وقد استجود الشيخ الأعظم كلام صاحب الكفاية (قدما) حيث يظهر منه أن ظاهر الإقدام يوجب الانصراف ، فان المتعامل لا يقدم إلا على إعطاء الشيء في مقابل الصحيح .

(وأنت خير) بأن ذلك أسوأ حالاً مما تقدم ، ضرورة أن البائع المنشئ للمعاملة لا يكون قصده إلا بيع متاعه وأخذ ثمنه ، لا يبيع متاعه الصحيح ، بل يبيع الفاسد بقيمة الصحيح أقرب بقصده ، وإنما القاصد للصحيح هو المشتري ، وهو غير منشئ للعقد ، فلو أراد المشتري الاشرط على البائع لا بد من تحميلة عليه قبل المعاملة ، حتى تقع المعاملة على طبق قصده .

(وبالجمل) إن البائع تمام همه بيع ماله كائناً ما كان لا يبيع الصحيح وإن كان المشتري طالباً للصحيح ، وفي الثمن بالعكس ، مع أن البائع العالم بالعيب كغيره في الانشاء ، ولا يصح أن يقال : إنه في الصحيح عنده يلتزم بالصحة وكذا في مجهوله دون ما إذا كان معيباً عنده ، فتأمل . فالحق أن الاشرط أو التوصيف الضمني لا وجه لها .

ومما ذكرنا يعلم أن الاشرط الصريح لا يرجع إلى التأكيد ، بل هو

اشتراط مستقل يوجب تخلفه خياره ، كما يظهر أن إرجاع خيار العيب إلى تخلف الشرط - بدعوى أن الشرط الضمني ملازم للمعاملة أو أغلبي فيها - غير وجيه ، مع أنه لا إشعار في روايات الباب (١) على كثرتها بذلك ، مضافاً إلى أن خيار العيب عقلائي لا تعبدي ، والأخبار محمولة على ذلك ، وإن كان ثبوت بعض الأحكام تعبدياً ، وليس في محيط العقلاء إلا ثبوت خيار العيب ، ولو كان راجعاً إلى تخلف الشرط لكان أولى بالاحتجاج ، لأنه تخلف ما هو القرار بينها ، مع أنه لا اسم ولا رسم لخيار الشرط في محيطهم كما هو كذلك في الشرع .

وأما رواية يونس (٢) - « في رجل اشترى جارية على أنها عذراء ، فلم يجدها عذراء ، قال : ردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق » - فغير منسوبة إلى الامام عليه السلام وإن حكي عن المجلسي في شرح التهذيب رجوع ضمير « قال » إلى الرضا عليه السلام ، لكنه غير ثابت ، ولعله اجتهاد من يونس ، وهو غير بعيد ، بأن يقال : إن المستفاد من روايات خيار الحيوان (٣) أن إحداث الحدث يوجب سقوط الخيار ، وقد مثل فيها بالتقبيل واللمس والنظر إلى ما لا يحل له ، وعليه فالوطء أولى منها في ذلك ، ويظهر من قوله : « فلم يجدها عذراء » وقوعه ، ولو فرض أن عدم الوجدان كان بالأصبع كان داخلاً في اللمس ، أو كان أولى منه في السقوط ، وأما حصول العلم بالاستخبار أو بقول النساء فهو خلاف ظاهر الوجدان ، وعليه فيكون سقوط خيار الشرط لأجل التصرف الذي هو إحداث الحدث وسقوط الرد من خيار العيب أيضاً لذلك ، ويكون حق الأرش على حاله ،

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار .

(٢) الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الخيار .

ولو صح صدورها من الرضا عليه السلام فيحتمل فيها أن يكون الحكم كذلك ، هذا مضافاً إلى ما أورد عليها الأعلام من الاشكالات ، وإن كان بعضها لا يخلو من إشكال .

مسألة :

قد تقدم أن الخيار مع العيب في المبيع عقلائي لا يختص بمحيط الشرع والمسلمين ، وليس لبناء المتعاملين ولا للاشتراط الضمني ، بل كما أن الخيار ثابت في الغبن مع اعتقاد البائع أو المشتري بأن القيمة كذا فاتضح خلافه كذلك لو أقدم المشتري بتوهم صحة المبيع اتكالاً على أصالة الصحة أو أمر آخر ثم ظهر خلافه يثبت له الخيار من غير التزام من البائع أو اشتراط من المشتري .

وهل تخير المشتري بين الفسخ وأخذ الأرش - بحيث إن له الزام البائع به - أيضاً عقلائي ، فيكون ما هو المشهور المدعى عليه الاجماع هو مما عليه العقلاء أم لا ؟ الظاهر أن ما هو عقلائي هو خيار الفسخ ابتداءً وأما الأرش فهو ثابت لدى العقلاء عند تعذر الرد ، كما لو تصرف في المبيع تصرفاً معتداً به مخرجاً له عن الصورة الأولية ، كالقطع والخياطة ، ويلحق به نظير وطء الجارية ، فان له خصوصية عند العقلاء ، ولهذا عد في الأخبار (١) الأخف منه - كالتقيل واللمس والنظر الى ما لا يحل له - من الأحداث الموجبة لسقوط الخيار .

فالسّر في ثبوت الأرش هو أن وصف الصحة وإن لم يكن جزءاً للمبيع ، ولم يقع جزء من الثمن في قبالة ، لكنه لدخله في زيادة القيمة

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب الخيار .

يكون كالعلة لإعطاء مقدار من الثمن بازاء الثمن ، فاذا ظهر العيب فيه ظهر أن إعطاء ذلك المقدار كان بلا وجه عقلائي ، ولا إشكال في أنهم لا يرونه بعد تغيير العين ملزماً بترك الفسخ لخروج العين عما كانت عليه وترك المطالبة بالأرش ، بل له أخذ الأرش ، فالرجوع ليس بجزء الثمن ، بل لأجل كون الاعطاء بلحاظ الوصف المفقود ، هذا بحسب القواعد العقلانية ، والتقص ببعض الموارد كخيار الغبن غير وارد ، لأن القاعدة هناك أيضاً كذلك ، وعدم الالتزام للتسالم بين الأصحاب ، وما ذكرناه هو المتفاهم من روايات خيار العيب أيضاً ، كصريح مرسله جميل (١) عن أحدهما عليها السلام « في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً ، فقال : إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صيغ يرجع بنقصان العيب » بل المتبادر من سائر الروايات التي أثبتت الأرش مشروطاً بالتصرف هو ثبوت الأرش عند تعذر الرد كصحيحة ابن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « قال علي عليه السلام : لا ترد التي ليست بجلب إذا وطأها صاحبها ، ويوضع عنها من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها » وغيرها ، فان المتفاهم من مثلها - سيما مع كون الحكم عقلائياً كما مر - أن الثابت هو الرد فقط ما لم يتصرف ، ومعه يثبت الأرش .

واحتمال أن المراد منها هو التخيير بين الرد والأرش ساقط مخالف لفهم العرف كما لا يخفى ، بل ما ذكرناه هو مقتضى الجمع بين الروايات أيضاً ، لأن الظاهر من رواية ميسر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام - قال :

- (١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .
- (٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب الحديث ١ .
- (٣) الوسائل - الباب - ٧ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ١ .

« قلت له : رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً ، قال : فقال : إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يردّه ، وإن لم يعلم أن ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه » - أن الحكم هو الرد لا التخيير بينه وبين الأرش ، فانه خلاف الظاهر ، وبعد تقييد إطلاقها وكذا إطلاق بعض روايات اخر بالروايات المفصلة بين قيام العين بعينها وعدم التصرف فيها يثبت أن الحكم أولاً هو الرد ، ومع عروض ما ذكر هو الأرش .

(وأما توهم) إطلاق بعض الروايات (١) الدالة على الأرش ووقوع التعارض بين الطائفتين والحكم بالتخيير العملي المنتج لما عليه الأصحاب (ففي غير محله) لعدم وجدان رواية مطلقة في باب الأرش ، فان رواية يونس (٢) المتقدمة يكون الظاهر منها أنه حينما وطأها لم يجدها عذراء ، ورواية عمر بن يزيد (٣) لا يظهر منها أن المراد من قوله عليه السلام : « يلزمه ذلك » هو الأرش ، بل الظاهر خلافه ، فراجعها . وكذا رواية السكوني (٤) فان الحمل على الأرش فيها يحتاج الى التكلف ، كما لا يخفى .

واما الفقه الرضوي (٥) فلا ينبغي الاشكال في انه ليس من تصنيفات الرضا عليه السلام ، كما لا يخفى على من راجعه وتدبر في تعبيراته ، بل هو على ما يظهر منه تصنيف عالم ذي القريحة المستقيمة ، وهو مشتمل على روايات مرسله وفتاوى من صاحبه ، وما حكي عنه في المقام بلفظ « روي » يكون مضمونه قريباً من سائر الروايات ، سيما مرسله جميل (٦) وما حكي

(١) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار الحديث ٠ - ١ .

(٢) راجع التعليقة (٢) من ص ٧ .

(٤) الوسائل - الباب - ٧ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ٣ .

(٥) المستدرک - الباب - ١٢ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

(٦) راجع التعليقة (١) من ص ٩ .

عنه بلا لفظه « روي » يكون على الظاهر من فتوى صاحبه موافقاً للمشهور وليس رواية ، فراجع .

والانصاف : ان الظاهر من الأخبار هو ما عليه العرف والعقلاء ، إلا ان قيام الشهرة المحققة من زمن الصدوق والمفيد (قدما) إلى الأعصار المتأخرة وكون المتون الفقهية مشحونة بالفتوى بالتخيير مع كون الحكم مخالفاً للقواعد والأخبار المتظافرة يوجب رفض القاعدة وترك الأخذ بظاهر الأخبار فان الشهرة في مثل ذلك معتبرة ، والأخذ بها يبين رشدته ، وليس على حجية الخبر الواحد دليل إلا بناء العقلاء ، كما يظهر بالرجوع إلى الباب (١) الذي ذكرت فيه الأخبار الموهمة لذلك ، ولا بناء لهم على العمل بأخبار نقلها الناقلون وخالفوها عملاً ، وهذا مما لا ينبغي الاشكال فيه .

نعم هنا إشكال آخر ، وهو أنه بناءً على ما استفاد من بناء العقلاء الموافق لمضمون الروايات (٢) من ثبوت الخيار تعييناً وسقوطه بالتصرف والرجوع الى الأرش لا يكون خيار العيب إلا مثل سائر الخيارات ، في أنه حق متعلق بالعقد أو العين كما هو المتسالم بينهم في الخيار ، وهذا الحق ثابت لدى العقلاء ، كثبوته في خيار الغبن ، ويمكن دعوى ثبوته بالأخبار وإن كان الوارد فيها على كثرتها عنوان الرد ، لكن يمكن أن يكون ذلك كناية عن حق الفسخ .

وأما بناءً على ما هو المشهور من التخيير بين الرد والأرش فان كان المراد أن المشتري مخير عملاً بينهما من غير ثبوت حق متعلق بالعقد أو العين فهو وإن لم يكن يرد عليه إشكال عقلي لكن لا بد من الالتزام بالفرق بين

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - من

كتاب القضاء .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار .

خيار العيب وغيره وأنه لا يورث ولا يسقط بالإسقاط ، وهو واضح الخلاف وواضح المخالفة لكلماتهم وفتاواهم .

وإن كان المراد أن له حق الرد أو حق الأرش متعلقاً بالعقد أو الأرش ففيه إشكال عقلي ، وهو ان الحق أمر وضعي اعتباري ثبوتي ، ولا يعقل الثبوت التريديدي ترديداً واقعياً أي ثبوت الفرد المردد .

وأولى بالامتناع او نحوه ما لو قيل بثبوت الحق مردداً بين الثبوت للعقد اي حق الخيار وبين الثبوت المتعلق بالأرش على عهدة البائع ، فلا بد على مبني المشهور من التوجيه بوجه لا ينافي ثبوت حق الخيار بقاء التخيير .

(والقول) بثبوت الجامع بينهما ، وهو نفس الحق المنتزع منهما ، والتقييد بنحو ينحصر بهما ، نظير ما قال بعضهم في الواجب التخييري من أن المتعلق هو الجامع بين الأطراف والأمر به تعييني وإنما التخيير عقلي (فاسد) في المقام وإن أغمضنا عن بطلانه هناك ، وذلك لأن المفروض ان الخيار حق متعلق بالعقد ، ولا يعقل تعلق الكلي بما هو بالموجود الخارجي وإن كان العارض والمعرض من الاعتبارات ، فالعقد الخارجي بما أنه جزئي حقيقي فما يعرضه لا يعقل ان يكون كلياً قابلاً للصدق على كثيرين ، وفرض التعلق بعنوان كلي يكون العقد والأرش مصداقاً له خروج عما هو المتسالم بينهم من كون حق الفسخ قائماً بالعقد ، بل عروض الكلي على الكلي ايضاً باطل ، فلا مجال لفرض كون المعرض كلياً آخر جامعاً بين الموضوعين ، ووضح فساداً من ذلك هو الالتزام بأن التخيير هاهنا يرجع إلى الحق المشروط بعدم الأخذ بالطرف الآخر ، نظير ما قيل في الواجب التخييري ، فانه مع الغض عن الاشكال في المقيس عليه فاسد في المقام ، فان الشرط إن كان عدم الأخذ في الجملة وبنحو صرف الوجود يكون في الآن الثاني مع عدم الأخذ بواحد منها صاحب الحقين في عرض واحد ، لتحقق شرطها ، وهو

كما ترى ، وإن كان هو عدم الأخذ إلى قُبيل موته فلازمه انتقال الحقين إلى الورثة في عرض واحد ، وإن كان الشرط عدم الأخذ مطلقاً فهو مع فساده في نفسه يوجب عدم التوريث وعدم سقوطه بالاسقاط ، إلى غير ذلك من المفاسد .

والذي يمكن أن يقال : إن ما هو مضمون الروايات (١) هو رد العين أو اخذ التفاوت ، وكذا الفتاوى يكون الظاهر منها التعرض للتخيير بين الرد والأرش أو الفسخ والأرش والأحكام المتعلقة بالحق ، حيث يظهر منهم عدم الفارق في الأحكام بين الخيارات ، من غير تعرض للحق وكيفية تعلقه فحينئذٍ يمكن أن يقال : إن حق الفسخ متعلق بالعقد في العيب كسائر الخيارات وحق آخر له متعلق بالأرش في خيار العيب ، فهنا حقان فعليان بلا تقييد لكن لا يعقل الجمع بينهما في مقام الاستيفاء ، فإن الفسخ إذا تحقق رجعت العين الناقصة إلى البائع ، فارتفع الأرش موضوعاً ، ضرورة أن الأرش إنما يأخذه المشتري للنقص الموجود فيما انتقل إليه بالعقد ، كما أن اخذ الأرش لا يجتمع مع الفسخ ، لعين ما ذكر ، ومع عدم إمكان الجمع بين الحقين في مقام الاستيفاء تصير النتيجة هي التخيير بينهما ، والحقان إذا انتقلا إلى الوارث يكون الحكم فيها كذلك ، وبهذا يجمع بين الفتاوى ، ولا ينافية الأخبار أيضاً ، وتندفع بذلك المخاذير المتقدمة .

ثم إن مقتضى الجمود على ظاهر الأخبار بل الفتاوى هو ثبوت التخيير لخصوص المشتري في خصوص المبيع فيما إذا بيع السلعة بالثمن ، وأما الثمن المنتقل إلى البائع إذا ظهر معيباً فهو خارج عن مصبها ، وكذا المبادلة بين السلعتين إذا ظهر العيب في إحدهما ، ولازمه عدم التخيير بينهما في المبادلة بين

السلعتين ، بل عدم الخيار لو قلنا بأنه تعبدى مستفاد من الأخبار (١) .
 لكن الانصاف ان ثبوت أصل الخيار للمتبايعين - فيما اذا كان البيع
 بالمبادلة بين السلعتين - لا ينبغي الاشكال فيه ، ضرورة عدم الفرق في نظر
 العرف بين السلعتين في ذلك إذا انشئ البيع بصيغة التبادل ، بل يمكن دعوى
 ثبوته بالأخبار (٢) ايضاً ، فان البائع والمشتري صادق على الطرفين في مثل
 ذلك ايضاً .

وتوهم كون المبادلة غير البيع فاسد جداً ، فان البيع هو مبادلة مال
 بمال أو تملك عين بالعوض ، وهما صادقان على المبادلة بين السلعتين ، ومع
 صدق البيع يكون هنا بائع ومشتري ، ودعوى الانصراف في غير محلها ،
 فانه بدوي ، بل دعوى إلقاء الخصوصية اولى ، ومن ذلك يمكن دعوى
 عدم الفرق في معاهد الاجماع وكذا في متون الفقه ، فيثبت التخيير المذكور .
 نعم فيما إذا باع بثمن فظهر فيه عيب فاستفاد التخيير الذي هو تعبدى
 محض مشكلة ، لكن اصل ثبوت الخيار ومع التصرف او التعذر الأرش
 عقلائي ، من غير فرق بين الثمن والمثمن ، وهذا الحكم العقلائي غير
 مردود معتمد .

وأما إثبات التخيير بينها في الثمن بدعوى الاجماع أو الشهرة ففيه أنه
 لم يثبت الاجماع ولا الشهرة في المقام ، بل لا تعرض في الفتاوى غالباً للعيب
 في الثمن ، ومقتضى القواعد التفصيل بين الثمن والمثمن بما عرفت ، وعدم
 معلومية القائل بالفصل لا يوجب شيئاً ، إلا ان يقال : إنه بعد ثبوت الاجماع
 او الشهرة المعتمدة في المثمن يلقي العرف - بسبب المناسبات والارتكازات
 المغروسة في ذهنهم - الخصوصية ، ويرى ان ثبوت الحكم انما هو لاجل العيب
 وملاحظة حال من انتقل اليه المعيب لثلا يقع في الضرر ، ولا فرق بينهما ، تأمل .

هذا كله حال الثمن والمثمن إذا كانا من الأعيان الخارجية واما إذا كان احدهما او كلاهما كلياً ، كما هو كذلك غالباً في طرف الثمن ، فهل يثبت فيه خيار العيب ام لا؟ وعلى الأول هل يثبت الأرش ام لا؟ وجوه ، والتفصيل فيه ان يقال : انه بحسب التصور يمكن ان يكون الكلي المتعلق للعقد موصوفاً لفظاً بوصف الصحة او منصرفاً إلى ذلك ، بحيث يكون المتعلق هو الموصوف كذلك ، ويمكن ان يكون وصف الصحة شرطاً لفظاً أو شرطاً ضمناً يعدّ كشرط لفظي ، ويمكن ان يكون المتعلق نفس الكلي بلا وصف ولا شرط ، ويكون رفع غرر المشتري باعتقاد الصحة في جميع أفراد الكلي او بالاتكال على اصالة الصحة بناءً على جريانها في الكليات باعتبار افرادها .

فعلى فرض التوصيف انصرفاً او لفظاً ، لا ينبغي الاشكال في ان تسليم الفرد المعيب لا يكون وفاءً بالعقد ، ضرورة ان المتعلق هو الكلي الموصوف ، وهو لا ينطبق على المجرد عن الصفة فضلاً عن المتصف بضدها . وقد يقال : ان الموصوف يكون من قبيل تعدد المطلوب ، فلو رضي المشتري بالمعيب لم يكن خارجاً عن المبيع .

وفيه انه لا يعقل تعلق الانشاء الواحد بالصحيح الذي هو المطلوب الأعلى وعلى فرض فقدان الوصف بالمعيب او نفس الطبيعة ، ضرورة ان الانشاء الوحداني لا يعقل ان يكون معلقاً وغير معلق ، كما هو الشأن في باب تعدد المطلوب فان المطلوب الداني لا يكون في عرض العالي ، بل الانحلال في المقام محال لذلك ، وغير صحيح على فرض العرضية ، لعدم صحة الانحلال إلى بيع الطبيعة ووصفها ، فلا بد من القول بالانحلال إلى الموصوف بالصفة ، ونفس الطبيعة ، فيكون البيع متعلقاً بالطبيعة مرتين ، مرة استقلالاً ومرة ضمناً .

مضافاً الى ان الانحلال لا يصح إلا في بعض الموارد الذي ليس المورد منها ، مع ان لازم تعدد البيع بهذا المعنى حصول الوفاء بالنسبة إلى احدهما وعدم صحة الرد ونقض الوفاء بالنسبة إليه ولزوم الوفاء بالعقد الثاني وهو واضح الفساد في المقام .

(وبالجملة) إن كان الإنشاء واحداً غير منحل عرضاً كما هو مراد القائل من تعدد المطلوب فلا بد ان يكون التعلق طويلاً حتى لا يلزم تعدد البيع والمبيع ولوازمهما ، ولا يعقل ذلك لما تقدم ، بل تعدد المطلوب بهذا المعنى غير معقول في الأوامر أيضاً ، فلو قال : « أعتق الرقبة المؤمنة » لا يعقل ان يكون وجوب العتق متعلقاً بالمؤمنة وعلى فرض التعذر أو العصيان غيرها ، بل لا يعقل الانحلال الطولي لا في المقام ولا في الأوامر .

نعم اذا علم من حال الأمر ان نفس الطبيعة مطلوبة والموصوفة مطلوبة اخرى اعلى وإنما أمر بالأعلى لذلك يجب عليه الاتيان بالأعلى ، وعلى فرض التعذر فبالأدنى ، لا لتعلق الأمر بها مترتباً فانه غير معقول ، بل لأن العلم بمطلوب المولى موجب لوجوب تحصيله عقلاً ولو لم يأمر به .

وقد يقال : ان وصف الصحة غير مقوم لذات المبيع فينطبق كلي المبيع بذاته عليه ، فالوصف وإن كان مضيقاً لدائرة الكلي وموجباً لصيرورة المبيع حصّة خاصة إلا ان ذات المبيع حيث كانت محفوظة فالانطباق من حيث الذات محقق .

وفيه ما لا يخفى من المغالطة ، ضرورة أن ما ينطبق على الواجد والفاقد إنما هو نفس الطبيعة لا بشرط ، دون الطبيعة الموصوفة أو الملحوظة موصوفة ، فانها غير قابلة للانطباق على المجرد ، وعقد البيع تعلق بالطبيعة الموصوفة أو بتعبيره بحصّة خاصة ، لا بالطبيعة بلا قيد وشرط ، فما هو متعلق العقد غير ممكن الانطباق على المجرد ، وما هو ممكن الانطباق غير

متعلق له ، وهو واضح ، فتحصل مما مر ان المقبوض ليس مصداقاً للمبيع فتوهم إجراء خيار العيب فيه فاسد ، هذا حال المبيع الموصوف .

وأما لو كان الوصف شرطاً ضمناً او صريحاً ، فلا محالة يكون المبيع نفس الطبيعة لا الموصوفة ، وإنما يكون الوصف شرطاً في ضمن العقد ، وحيث إن الطبيعة الكلية لا تتصف بالصحة والعيب قبل وجودها ، فانها من عوارض وجودها أو من عوارضها في ظرف الوجود فلا يكون المبيع معيوباً ، وما هو المعيوب هو مصداق الطبيعة الذي لم يتعلق به العقد ، ومعها لا مجال لخيار العيب ، لأنه إنما يثبت في العقد الذي يكون متعلقه معيماً .

(وما قيل) من أن المصداق إذا وجد في الخارج يصدق أنه مبيع (واضح الضعف) ضرورة ان المصداق لم يتعلق به العقد وإنما يقال إنه مبيع مسامحة باعتبار كون الطبيعة موجودة به وهي متعلقة للعقد ، فالمبيع في الفرض مقبوض والمشتري خيار تخلف الشرط لو تعذر العمل به ، وإلا فيجب عليه العمل به ، فالمشتري رد الفاقد للشرط ومطالبة واجده ، بل له إلزامه بذلك ، لوجوب وفائه بالشرط ، فتحصل أن في هذا الفرض أيضاً لا معنى لخيار العيب .

بقي فرض آخر وهو ما إذا لم يكن توصيف ولا اشتراط بل أقدم المشتري على شراء نفس الطبيعة لاعتقاد صحة مصاديقها أو للاتكال على أصالة الصحة في مصاديقها ، وهذا أيضاً لا معنى لخيار العيب فيه ، لأن الصحة واليب من صفات الموجود الخارجي وهو المصداق ، والطبيعة الكلية لا تتصف بشيء من الصفات مطلقاً ، والتوصيفات كلها ترجع إلى التقييدات في الكلي ، فما هو متعلق العقد لم يكن معيماً جهل به المشتري ، ولم يكن مصب أصالة الصحة ولا متعلق اعتقاد المشتري بالصحة ، وما هو معيب لم يتعلق به العقد ، وعليه فلا معنى لخيار العيب في الكليات ولا لخيار تخلف الوصف أو القيد لما تقدم ، فالأوفق بالقواعد عدم ثبوت خيار له ولزوم

قبول الفرد المعيب ، لأن مجرد تخيله الصحة في المصاديق لا يوجب شيئاً .
ولو فرض كون بناء العرف على رد المعيب وعدم قبوله فلا بد من
الالتزام بتعارف التقييد الضمني ، حتى لا يصدق المتقيد على المصدق ، وعلى
فرض كون بنائهم على الخيار ، فلا بد من الالتزام بالاشتراط الضمني ومعهودية
ذلك ، وثبوته محل إشكال وترديد ، والكلام هاهنا في خيار العيب وهو
منفي بلا ريب .

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في أن ظهور العيب كاشف لا مثبت ، وان
العناوين المأخوذة في الروايات (١) - كالعلم والوجدان والظهور - هي من
العناوين الطريقية وليست قيوداً في الموضوع ، وهذا في نفسه مع قطع النظر
عن خصوصية المورد واضح ، فضلاً عن ان الخيار بل والأرش في المقام
عقلائي ، ولا يتقدح في ذهن العرف إلا ما هو المعهود بينهم ، ومضافاً
إلى مناسبة الحكم والموضوع ، من غير فرق بين حق الفسخ وحق الأرش .
وأما ما أفاد الشيخ الأعظم (قده) - بقوله : « ويؤيد ثبوت الخيار
هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار
لا معنى لثبوته بظهور العيب ، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصفه » انتهى -
فغير ظاهر ، لأن تلك العناوين المأخوذة في الروايات (٢) لو احتمل كونها
جزء موضوع لكان الأرش أولى في ذلك من الخيار ، لأن الروايات (٣)
إلا ما شد منها متعرضة للأرش لا لخيار الفسخ ، فلقاتل أن يقول إن ثبوت
الأرش عند ظهور العيب مؤيد لكون خيار الفسخ أيضاً عند ظهوره .
(ويمكن) أن يقال : إن بعض الروايات دال على ثبوت خيار
الفسخ بنفس العيب كرواية داود بن فرقد (٤) وهو مؤيد لكون الأرش

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار .

(٤) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

المفروض فيه الوجدان او الظهور أيضاً لنفس العيب ، والأمر سهل .
ثم على فرض ثبوت خيار العيب للكلي لا بد من البحث في انه ثابت
عند ظهور العيب في المصدق أو عند تسليمه ، وأما الثبوت من حال العقد
فلا معنى له .

القول في المسقطات

مسألة :

قد عرفت ان في خيار العيب حقين معينين ، أحدهما متعلق بالعقد ،
وهو حق الفسخ ، وثانيهما بعنوان الأرش او اخذه ، وإنما التخيير في الأخذ
بواحد منها اي الفسخ او الأرش لعدم إمكان اجتماعها في الخارج ، اما
ثبوت الحق الواحد المتعلق بواحد منها - كما يظهر من السيد الطباطبائي (قده)
في تعليقه ، وصرح بعض آخر به ، وهو محتمل كلام الشيخ (قده) هاهنا
او ظاهره - فهو محال ، وقد عرفت ان كلمات الأصحاب لا تنافي ما ذكرناه
فانها متعرضة للتخيير بين الرد والأرش ، او الفسخ والأرش ، من غير
تعرض للحق وموضوعه ، فعليه لكل منها مسقطات ولها ايضاً كذلك .
فنقول : يسقط خيار الفسخ خاصة بأمور :

الأول :

إسقاطه صريحاً بمثل قوله : « أسقطت خيار الفسخ » ولا يحتاج إلى
ضم قوله : « واخترت الأرش » لأنه لا يعقل إسقاط حق الأرش باسقاط

خيار الفسخ فإنه حق مستقل متعلق بموضوع آخر ، ولا يكون خياراً ، ولو قال : « إلتزمت بالعقد » يكون كناية عن إسقاط خيار الفسخ ولا يناسب مع إسقاط حق الأرش ، لأنه غير متعلق بالعقد كما هو معلوم ، كما ان إسقاط الخيار ايضاً إسقاط حق الفسخ لا الأرش ، لانه ليس بخيار ولا طرفاً له .

وبما ذكرناه يظهر ان تعبير الشيخ الأعظم (قدّه) في المقام بقوله : « في مسقطات هذا الخيار بطرفيه او احدهما » مسامحة او مستلزم للالتزام بأمر محال ، وهو ثبوت حق واحد متعلق بشيئين على سبيل التخيير والتردد كما ان في قوله : « إسقاط الرد » مسامحة او إشكال واضح ، فان الرد الذي هو فعل المشتري غير قابل للاسقاط ، والتزام حق زائد عن حق الخيار متعلق بالرد فيه ما لا يخفى .

(ولو اراد) منه إسقاط حق الفسخ اي الخيار بأحد طرفيه ، بناء على ظاهره من كون الخيار ذا طرفين ، وبناءً على ظاهر قوله : « لو أسقط الخيار لا يبعد سقوط الأرش » باعتبار كون الأرش أحد طرفي الخيار (ففيه) أنه محال في محال ، فان أصل ثبوت مثل هذا الحق محال كما عرفت ، ومع الغض عنه لا يعقل إسقاط أحد طرفي التخيير وإن قلنا بجواز إثبات الحق التخييري ، فان ما يمكن إسقاطه على ذلك هو إسقاط هذا الواحد المبهم ، بمعنى تعلق الاسقاط بعنوان الحق المررد بالحمل الأولي عنواناً للواقع ، وإلا فالمررد والمخيير بالحمل الشائع لا يعقل تصوره ولا تعلق العلم به ولا الارادة ولا الانشاء ، والاسقاط المتعلق بالواحد العنواني أي ما تعلق بهذا أو هذا مستلزم لسقوط الحق في البين ، فلا يبقى حق الأرش . (وبالجمله) تعلق الاسقاط بأحد طرفي التردد والتخيير لا يعقل ، وليس لصاحب الخيار إلا إسقاط حقه ، وأما إخراج أحد الطرفين عن

الطرفية بلا تحقق الاسقاط منه فليس له ، فتوهم كون المقام مثل الواجب التخييري حيث إن للأمر رفع اليد عن أحد الطرفين بترخيص تركه أو نهيه عنه - ولازمه اختصاص الأمر بطرف آخر وصرورته تعيينياً بالنتيجة - غير صحيح لو سلم في المقيس عليه ، للفرق الواضح بينهما ، مع أن باب المناقشة فيه أيضاً - إلاّ على ما ذهبنا إليه في الواجب التخييري من وجوبين وإنشاءين على موضوعين - مفتوح ، هذا مع الغض عن أن الحق الواحد البسيط غير ممكن الاسقاط بأحد طرفيه ، وصحة إسقاط الطرف عن الطرفية - كما هو محتمل كلام الشيخ (قده) - غير مرضية وبلا دليل .

فالتحقيق ما تقدم من ثبوت حق الفسخ متعلقاً بالعقد كسائر الخيارات واثبت حق آخر متعلق بالأرش وهو غير الخيار ، وللمشتري إسقاط خياره وإسقاط حق الأرش وإسقاط كليهما ، فالبحث عن المسقطات إنما يصح على هذا المبنى السديد لا على ما أفادوا .

ومن ذلك يظهر أنه لو قال : « أسقطت الخيار » لم يسقط إلاّ خيار فسخ العقد ، إذ هو الخيار ، وأما حق الأرش فليس خياراً ، وكون المشتري مخيراً بين أخذه وتركه لا يجعله الخيار الذي يمكن إسقاطه ، ضرورة أن اختيار المشتري ليس أمراً اعتبارياً قائماً بشيء ، بخلاف الخيار في باب الخيارات ، وبخلاف حق الأرش في المقام .

ثم إن الاستفادة من الروايات (١) بعد التأمل والتدبر فيها هو ما ذكرناه من ثبوت الحقين ، وإن لا يستفاد منها ما عليه المشهور من العرضية ، فإن سقوط حق الرد وبقاء حق الأرش من أقوى الشواهد على ثبوت الحقين بعد امتناع الحق التخييري ، كما أن الاستفادة منها ثبوت حق الفسخ ، لأن المراد من الرد هو الفسخ كنايةً أو الفسخ بالرد ، فانه - مضافاً إلى أن

رد المبيع مع بقاء العقد وبقاء العين على ملك المشتري مما لا معنى له ، واحتمال كون الجواز حكماً تردده معهودية حق الفسخ عند العقلاء في المقام وفي سائر الخيارات ، فلا ينقدح في الأذهان غير الحق في باب الخيار - هو الظاهر من صحيحة رفاة النخاس (١) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وفيها قال : « قلت : أرأيت إن وجدت بها عيباً بعد ما مستها ؟ قال : ليس لك أن تردها ، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب » فانه يظهر منها أنه ليس له حق الرد لمكان المس ، ولو لا ذلك كان له حقه .

بل يظهر منها أن الأرش ليس ملكاً على الذمة كما قد يتوهم ، بل له حق الأرش ، لوضوح دلالة قوله عليه السلام : « ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب » على أن له حق أخذه .

(فتوهم) استفادة الملكية من صحيحة حماد بن عيسى - (٢) قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال علي بن الحسين عليه السلام : كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم وله أرش العيب » بتخيل أن اللام موضوعة للملك .

(في غير محله) فانه - مضافاً إلى منع ذلك ، بل اللام لا يستفاد منها إلا نحو اختصاص ، وأكثر استعمالها في الكتاب في غير الملك ، بل استعمالها في الملك لم يثبت بعد كونها بمعنى الاختصاص ، كما هو مقتضى استعمالها فيه بلا تأول ، وللملك أيضاً نحو اختصاص ، ولعلها لذلك استعملت فيه ، تأمل - مع كثرة الاستعمال في غير الملك لا يبقى لها ظهور فيه ، مع أن قوله عليه السلام : « له أرش العيب » لا يظهر منه كون الأرش على الذمة ، فالأمر دائر بين كون المراد منه ثبوت حق الأرش كما هو ظاهر

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ٧ .

الصحيحة (١) المتقدمة ، أو كون مقدار من مال البائع بنحو الكلي في المعين أو الاشاعة ملكاً للمشتري ، وهذا مما يأتي عنه الذهن السليم .
والانصاف أن الأخذ بظاهر الصحيحة (٢) المتقدمة في ثبوت الحق متعين ، مع أنه يناسب مع بعض تعبيرات آخر في الروايات كقوله عليه السلام (٣) : « يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب » وقوله عليه السلام (٤) : « تقوّم ما بين العيب والصحة ، فيردّ على المتباع » إلى غير ذلك .
ثم إنه كما يصح الاسقاط بلفظ صريح ، يصح بالمجاز المقبول عرفاً أو الكناية كذلك ، كما هو الحال في مطلق العقود والايقاعات ، ويصح بالفعل أيضاً بشرط كونه آلة عقلانية للانشاء ، كالاخطاء أو الأخذ في المعاطاة قاصداً بها إيقاع المعاملة ، ومثل ما ورد في النص (٥) في طلاق الأخرس من أخذ مقنعتها ووضعها على رأسها واعتزلها ، فان ذلك فعل مناسب لإيقاع الطلاق ، بل لو لا الدليل على اشتراط الطلاق بلفظ خاص لصح إيقاعه بمثل هذا الفعل من غير الأخرس أيضاً .
وأما الانشاء بالألفاظ غير الدالة وبالمجازات والكنايات غير المقبولة كإيقاع البيع بلفظ النكاح أو الاجارة فلا يصح وإن أقام القرينة على إرادته كما لا يقع البيع بفعل غير دال ، كإيقاعه بالعطسة والضحك .

الثاني :

التصرف ، وهل يسقط به مطلقاً - كان قبل العلم بالعيب والخيار ،

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ٢ .

(٣) و(٤) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ١-٤ .

(٥) الوسائل - الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق - الحديث ٣

من كتاب الطلاق .

أو بعده ، دالاً على الرضا أم لا ، كان مغيراً للمبيع أم لا - أو أنه غير مسقط مطلقاً ، أو مسقط مع دلالة على الرضا ، أو مسقط مع كونه مغيراً أو مسقط في حالتين أي عند كونه مغيراً للعين أو دالاً على الرضا ؟

قد يقال : إن التصرف بما هو ليس مسقطاً في المقام ، وإن قلنا به في خيار الحيوان ، بل المسقط تغير العين من غير دخالةٍ للتصرف فيه . كما لو وقع بغير فعله ، وأما مع عدم التغير فإن قصد به إنشاء الاسقاط فهو مسقط فعلي ، ولا دخل لعنوان التصرف فيه ، بل هو مندرج في الأمر الأول ، لأن الاسقاط أعم من القولي ، وأما التصرف بما هو تصرف فلا دليل على كونه مسقطاً على حدة ، بل الدليل على خلافه ، وهو إطلاقات الرد ، بل لا دليل على أن التصرف الدال على الرضا مسقط لو لا إنشاء الاسقاط به . إذ لا يمكن التعدي من روايات خيار الحيوان . انتهى ملخصاً .

أقول : يمكن أن يقال : إن لبعض العناوين مصداقاً حقيقياً ومصداقاً اعتبارياً قابلاً للإيجاد بالإنشاء والجعل كالقبول والرضا ، فإن قبول قول المخبر الراجع إلى تصديقه والرضا بقضاء الله هما من الصفات النفسانية والموجودات الحقيقية ، في مقابل قبول الإيجاب بقوله : « قبلت » و « رضيت » فانه أمر إيجادي اعتباري كالأيجاب ، ومن ذلك الالتزام ، فإن له مصداقاً موجوداً في النفس وليس من الاعتبارات ، كالتزامه بقراءة القرآن في كل صباح ، فانه من التعهدات النفسانية الحاصلة بالارادة الموجودة خارج الاعتبار وبازائه الالتزام في باب الإيقاعات ، فقوله : « التزمت بالبيع » مريداً به إسقاط الخيار أو لزوم العقد إنشاءً لأمر يترتب عليه الآثار العقلانية ، لا إخبار عن صفة نفسانية .

ولا ينبغي الأشكال في أن مثل قوله : « التزمت بالبيع » ليس لفظاً صريحاً لاسقاط حق الخيار ، بل اللفظ الصريح هو قوله : « أسقطت خيار

العيب » فحينئذ كما قد يكون لفظ « التزمت » كناية عن إسقاط الخيار إذا أريد به ذلك ، بملاحظة أن سقوط الخيار لازم عرفي للالتزام بالبيع بلا قيد ، فيناسب المعنى الكنائي ، وقد يراد به معناه من غير جعله كنايةً ، فيترتب عليه السقوط قهراً بنظر العرف ، فترتب سقوط الخيار عليه قد يكون بانشاء الاسقاط وقد يكون قهراً ، كذلك الحال في الالتزام العملي، فان بعض التصرفات الدالة على التزامه بالعقد يمكن أن يقصد به الاسقاط نظير الكنايات في باب الألفاظ ، بل قد يكون بعض الأفعال - ولو لم يكن تصرفاً - كذلك ، كما او اشترى للدابة السرج أو بنى له الاصطبل قاصداً بذلك إسقاط خياره ، وقد لا يقصد ذلك ، لكن هذا الالتزام الفعلي كالتقولي يترتب عليه السقوط عرفاً للتلازم بينها أو للتنافي بينه وبين بقاء الخيار عرفاً فما أفيد - من أن التصرف لا يكون مسقطاً في المقام بوجه ، فانه مع إرادة الاسقاط كان مسقطاً فعلياً ، وبع عدها ليس بمسقط - غير مرضي فيصح جعل التصرف من المسقطات كما هو المشهور .

ثم إنه ليس كل تصرف قابلاً لأن يراد به الاسقاط ولا ملازماً للسقوط ، بل التصرفات الملازمة له أمور خاصة ممتازة عند العرف ، فمثل سقي الدابة وتعليقها وأمر الجارية ببعض الأمور الجزئية ليس منها ، كما هو واضح ، هذا حال المقام بحسب نظر العقلاء .

وأما الروايات المناسبة للمقام (فمنها) رسالة جميل (١) عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً ، فقال : إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه عليه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خبط أو صنع برجع بنقصان العيب » .

و (منها) رواية زرارة (٢) التي لم يثبت صحتها - فما في كتاب

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ - ٢ .

الشيخ الأعظم (قده) وتبعه المحشون من التعبير عنها بالصحيحة في غير محله إلا على بعض المباني - عن أبي جعفر عليه السلام « قال : أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يبين له ، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك الوار أو بذلك الداء ، أنه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به » .

وقد يقال : إن مقتضى رواية زرارة أن التصرف مطلقاً موجب لسقوط الخيار ، إما لأجل صدق إحداث شيء على كل تصرف ، وإما لأجل أن إحداث الحدث في بعض روايات خيار الحيوان فسر بمثل اللبس والتقبيل والنظر إلى ما لا يحل النظر إليه ، فيسري الحكم إلى كل تصرف في المقام ، فيقع التعارض بينها وبين المرسل ، لأن النسبة بين قوله عليه السلام : « قائماً بعينه » وقوله عليه السلام : « أحدث شيئاً » العموم من وجه .

وفيه منع صدق إحداث شيء فيه على التصرف غير المتغير ، ومنع صحة التعدي من خيار الحيوان إلى المقام وإن قلنا بالتعدي إلى سائر الخيارات وذلك لأن وجه التعدي هو ما ورد في صحيحة علي بن رثاب (١) من التمثيل المذكور ، مع أن مقتضى روايات كثيرة في المقام عدم الرد بوطء الجارية ، ويظهر منها بوضوح أن اللبس والتقبيل والنظر ليست موجبة للسقوط وإلا فلا ريب في أن الوطاء مسبوق باللمس ونحوه ، فلو كان السبب مطلق التصرف كان الاستناد إلى السبب السابق متعيناً ، فالاستناد إلى الوطاء دليل على عدم السقوط في المقام بمثل ما ذكر في الصحيحة .

مضاهياً إلى رواية داود بن فرقد (٢) التي لا يبعد أن تكون صحيحة

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

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ١ .

قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريةً مدركةً فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وأيسر بها حمل ، فقال : إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه » فان عدم التصرفات الجزئية في تلك المدة مقطوع الخلاف .

(وقد يقال) : إن الاطلاق في الرواية مسوق لبيان أن عدم الحيض عيب تردّ به لا لبيان الرد به ، كي تدل باطلاقها على الرد به ولو أحدث بها في هذه المدة ما أحدث (وفيه ما لا يخفى) فان لازم ما ذكر أن الرواية ساكنة عن مورد السؤال ، مع أن القدر المتيقن جواز الرد في مورد السؤال فالمدول عن مورده إلى أمر خارج عن سؤاله في غاية البعد ، بل لا ينبغي احتمال ، بل لو لا الروايات (١) الدالة على أن الوطاء موجب لسقوط الخيار لقلنا - بملاحظة بُعد عدم تحققه في تلك المدة وترك التنبه به في الرواية - : إنه أيضاً لا يوجب سقوطه ، وكيفما كان فليس التصرف بنحو الاطلاق موجباً للسقوط ، بل الموجب هو التصرف المغير .

ثم إن التغير هل هو مستقل بعنوانه في إيجاب السقوط أو أن التصرف جزء الموضوع ؟ ربما يتوهم أن مقتضى الأدلة هو الثاني ، فان قوله عليه السلام في رواية زرارة (٢) « فأحدث فيه شيئاً » ظاهر في دخالة الصدور ، بل المفهوم منه أنه لو لم يحدث بفعله فيه شيئاً كان له الرد ، ومقتضى إطلاقه أن له الرد ولو أحدث غيره أو حدث التغير بالعوامل الطبيعية ، وبه يقيد إطلاق مفهوم المرسل (٣) الدال على سقوطه مع عدم قيامه بعينه الشامل لما إذا كان عدم القيام بفعل الغير أو بالعوامل الأخر ، فتكون النتيجة أن

- (١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام العيوب .
- (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ .
- (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ .

الموجب هو التصرف المغيّر ، مع إمكان إنكار إطلاق المفهوم في المرسلة ، بأن المفاهيم مداليل تبعية ، فاذا كان للمنطوق مدلول بنحو الاطلاق كان المفهوم سلب الاطلاق ، لا إطلاق السلب ، هذا مضافاً إلى احتمال أن يكون قوله عليه السلام (١) : خيط أو قطع أو صبيغ منصرفاً إلى فعل المشتري ولو بالتسبيب ، لندرة وقوعها من غير المالك .

وفيه وجوه من العلّط : (منها) أن قوله عليه السلام : « أحدث فيه شيئاً » لا يفهم منه دخالة الابداع سيما في المورد الذي يكون التغيير فيه بنفسه موجباً لسقوط الخيار عند العقلاء ، فيكون الارتكاز العقلائي مانعاً عن فهم الدخالة سيما في مثل تلك العناوين الآلية المحتاجة إلى قيام القرينة بدخلتها .

و (منها) ان دعوى المفهوم لهذا الكلام غريب ، لأن قوله عليه السلام : « أيّما رجل » لو فرض كونه في معنى الشرطية على إشكال فيه يكون المفهوم منه أنه لو لم يشتر ، وهو ليس مفهوماً اصطلاحياً ، اكون الشرط محققاً للموضوع ، فعليه لا يصلح هذا الكلام لتقييد إطلاق المرسلة ، واحتمال المفهوم للقيّد فاسد .

وإنكار إطلاق مفهوم الشرط في المرسلة غير وجيه ، فان غاية ما يمكن ان يقال : إنه لا إطلاق فيه فيما إذا كان بصدد بيان المنطوق لا مطلقاً ، سيما فيما إذا تعرض لمفهومه بوجه كما في المرسلة (٢) فان من الواضح انه بصدد بيان مقابل القيام بعينه ، وان ما لا يكون كذلك لا يرد ، وإنما ذكر بعض المصاديق بنحو المثال ، ولو نوقش في ذلك بأن الشرطية الثانية بصدد بيان حكم غير المفهوم فلا ينبغي الشك في ان المرسلة (٣) بصدد

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار -

بيان طرفي القضية ، ويفهم منها ان عدم القيام بعينه سبب لسقوط حق الخيار ولا دافع لاطلاقه ، ضرورة عدم المفهوم لرواية زرارة (١) ولو سلم دلالتها على الدخالة لكن لا وجه لفهم الانحصار حتى يقيد به المطلق (والانصاف) ان المتأمل في الروايتين (٢) لا يفهم منها إلا ان التغيير موجب للسقوط سيما مع مناسبات الحكم والموضوع وارتكاز العقلاء .

ثم إنه لا فرق في التصرف الموجب للتغيير بين كونه قبل العلم بالعيب او بعده ، او قبل العلم بالخيار او بعده ، وكذا التصرف غير المغير إذا فرض كونه كاشفاً عن التزامه بالبيع مطلقاً ، نعم يمكن المناقشة في كشفه عن ذلك إذا كان قبل العلم ، لكن لا بنحو الاطلاق ، فان بعض التصرفات ظاهر في ذلك ولو قبل العلم سيما مع احتماله للعيب .

ثم إن إتلاف المشنري عن عمد من التصرفات الكاشفة عن التزامه ويسقط به خياره ، بل يمكن ان يقال : يسقط به الأرش ايضاً على تأمل . هذا حال التصرفات المغيرة للعين ، وهل يلحق بها التصرفات الاعتبارية كالبيع والوقف وغيرهما من النواقل اللازمة او الجائرة ؟ الظاهر ذلك ، إما للدلالة على التزامه به سيما مع كونها بعد العلم ، وإما لصدق إحداث الشيء عليها ، بل صدق عدم كونه قائماً بعينه ، وتوهم الانصراف إلى التغيرات التكوينية في غير محله .

(وربما يقال) : إن العناوين صادقة على تلك التصرفات ، فيسقط الخيار بعروضها له ، لكن او نقل بعقد خياري بل بعقد لازم وفسخ بالخيار او الاقالة او اشترى ثانياً او انتقل إليه بارث ونحوه يعود خياره ، لأن الظاهر ان وجه سقوط الخيار لزوم الضرر على البائع في الانتقال إلى البديل

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ و ٢ .

والمفروض عدمه ، فيصدق ان العين قائمة بعينها ، انتهى .

(وفيه) انه مع تسليم صدق العناوين وتسليم سقوط الخيار لا وجه لما افيد ، فان الدليل على ثبوت خيار العيب وسقوطه هو الأدلة الخاصة ، وكون الحكم لنكتة تضرر البائع بالانتقال إلى البديل لا يوجب العود بعد السقوط ، لعدم الدليل على كونه علة يدور وجود الخيار مداره .

(واما) دليل لا ضرر فهو - مضافاً إلى ما تقدم منّا في بعض المباحث السابقة من عدم كونه صالحاً لاثبات الخيار بل ولا لاثبات حكم او نفيه - لا يثبت به إلا الأرش ، فان الضرر يرتفع به ، بل لو لا تسالمهم في خيار الغبن على ثبوت الخيار كان مقتضى التمسك بقاعدة نفي الضرر او التمسك بذيل بناء العقلاء هو جبران الغبن لا الخيار ، فاطلاق الأدلة في المقام كافٍ لعدم ثبوته بعد سقوطه ، مع انه مقتضى الأصل ايضاً لو فرض الشك فيه .

ثم إن عد التصرف او التغير او غيرهما من المسقطات إنما يصح على ما تقدم منّا من ثبوت حق متعلق بالعقد وحق آخر هو حق المطالبة بالأرش ، واما على المشهور فغير صحيح بل غير معقول كما اشرنا إليه ، ولو سلم صحة جعل تخيري فلا بد من عد التغير ونحوه موجباً لتعين الطرف الآخر عقلاً نظير التعين العقلي في الواجبات التخيرية مع تعذر بعض الأفراد ، وتعين آخر الوقت عقلاً في الواجب الموسع ، واحتمال انقلاب المخير حقاً كان او تكليفاً بالمعين فاسد جداً ، لاستحالته ، كما ان احتمال سقوط الواجب التخييري او الحق كذلك وحدث حكم تعييني للطرف المقدور مقطوع الخلاف ، وهذا واشباهه شاهد على صحة ما ذهبنا إليه في المقام وغيره .

الثالث :

التلف ، واستند فيه إلى الرسالة (١) والاستدلال بها مبني على دلالة مفهومها على ذلك ، وإلا فالمنطوق اجنبي عنه ، ودلالة المفهوم مبنية على انه قضية سالبة بسيطة محصلة بتقديم السلب على الموضوع ، حتى يستفاد منه التعميم بالنسبة إلى السلب بسلب الموضوع ، فيكون المفهوم « إن لم يكن الشيء قائماً بعينه » واما إذا كان المفهوم قضية معدولة او سالبة مع حفظ الموضوع ، فلا يدل على المقصود ، واحتمال كونه سالبة محصلة عقلي مخالف لفهم العرف في الأشباه والنظائر ، والموافق للعرف في الشرطيات ونحوها وقوع الشرط في عقد الاثبات والنفي على موضوع ملحوظ مفروض التحقق ، فيخرج مثل التلف الحقيقي - الذي لا بقاء معه للمبيع ولو عرفاً - عن مفاد الدليل .

وفي إلحاق التلف بالتغير بالأولوية نظر ، لأن سقوط الرد مع العيب الحادث إنما هو لمراعاة حال البائع ائثلاً برداً إليه المعيب ، وهنا يكون ردّ القيمة إليه عند الفسخ أهون من رد المعيب ، إلا ان يقال : إن ما ذكر او صح فانما هو في التغير بالنقيصة ، واما مع سقوط الخيار حتى في التغير بالزيادة كما قبل فيمكن دعوى الأولوية ، لكن المبنى محل إشكال بل منع .

وقد يقال : إن الحق في هذا الخيار بحسب مفاد الأدلة تعلق بالرد لا بالعقد ، وعلى فرض القول بتعلقه بالعقد فهو مقيد بحسب اخبار الباب بفسخ العقد برد العين ، فسقوط الحق بالتلف ونحوه ليس اكونه مسقطاً شرعياً ، بل هو لأجل انه لا يمكن الرد معه ، فان وجود العين موضوع له .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

ثم عطف على التلف الحقيقي التلف الشرعي والانتقال بعقد لازم أو جائز والخروج عن السلطان كالرهن والاجارة ، ثم قال : ولقد أجاد العلامة حيث قال : إذا ظهر المشتري على عيب في العبد بعد موته فلا رد ، إذ لا مردود ، وكذا لو قتل أو تلف الثوب .

وفيه ما لا يخفى (أما) ما اختاره أولاً ، فلأن تعلق الحق بالرد الخارجي قبل تحققه لا يعقل ، لكونه معدوماً ، وبعد تحققه كذلك ، لأنه حاصل لا يعقل تعلق حق الرد به كما هو واضح ، وتعلقه بالرد العنواني كتعلق الحل بالبيع والتكليف بالمتعلق لا يصح في المقام ، لأن ذلك الحق المتعلق بالعنوان فرضاً لا يعقل وجوده في الخارج ، فان الرد إذا وجد خارجاً وإن انطبق عليه العنوان لكن لا يعقل انطباقه عليه بما له من الحكم الوضعي ، فما تعلق به لا يكون منشأ للأثر ، وما هو منشأ الأثر لا يعقل تعلقه به ، ولا ينبغي الخلط بينه وبين التكليف المتعلقة بالطبائع الباعثة لاجراجها إلى العين .

(وأما) ما احتمله ثانياً من أن الحق متملق بالعقد لكنه مقيد بتلك الأدلة ، ففيه أن الجمع بين المعنى الكنائي والمعنى الحقيقي غير ممكن ، سيما مع بناءهم على عدم جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى ، بل مع تسليم الجواز كما هو المختار يشكل فيها إذا كان بين المعنيين ترتب واختلاف في الرتبة كالمقام ، فان اسباب الفسخ مقدمة رتبة عليه ، ومع الغض عنه لا وجه للتقييد المدعى ، فانه موقوف على استفادة حصر الفسخ بالرد من الأدلة ، وإلا فمجرد الدلالة على ثبوت الفسخ بالرد لا يوجب التقييد ، ولا ينافي وجود سبب آخر ، هذا كله بحسب الثبوت .

واما الناظر في الأدلة فلا ينبغي له الريب في ان الرد المأخوذ فيها ومقابله كناية عن ان له الفسخ او ليس له ، ويشهد له - وإن لا يحتاج

إلى الاستشهاد - صحيحة حماد بن عيسى (١) قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال علي بن الحسين عليهما السلام : كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم وله أرش العيب » وعن الحميري بسنده الصحيح عن حماد (٢) كذلك إلا أنه قال : « إن البيع لازم لا يردها ، ويأخذ أرش العيب » فان الظاهر كالصريح منها أن الحق متعلق بالبيع لا بالرد ، وأن البيع مع عدم التصرف ليس بلازم ويرد ، وهذا شاهد على أن الرد في سائر الروايات (٣) كناية عن الفسخ ، ويظهر ذلك أيضاً من رواية زرارة (٤) المتقدمة .

كما تشهد بوضوح لما ذكر - من أن الرد كان كناية معروفة عن الفسخ من دون أن يكون هو المتعلق للحق مستقلاً أو دخيلاً في حصول الفسخ - الروايات الكثيرة الواردة في أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح ففي بعضها (٥) « المرأة ترد من أربعة أشياء » وفي بعضها (٦) « ترد على أهلها » وفي بعضها (٧) « يرد النكاح من كذا وكذا » وفي بعضها (٨) « إن شاء بعدُ أمسكها وإن شاء سرحها إلى أهلها » إلى غير ذلك مما لا يشك أحد في أن الرد فيه كناية عن الفسخ .

وأما استشهاده بقول العلامة فغير وجيه ، لأن الظاهر منه ان الحق تعلق بالعين لا بالرد ، وهو امر معقول وإن كان خلاف ظواهر الأدلة .

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ٧ .

(٣) الوسائل - الباب - ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ - من ابواب احكام العيوب .

(٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

(٥) و (٦) و (٧) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب العيوب والتدليس

الحديث ١ - ٣ - ٦ من كتاب النكاح .

(٨) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب العيوب والتدليس - الحديث ٣ .

والذي يسهل الخطب - في باب التلف كالموت والقتل والحرق وغيرها - انه ليس في الخارج تلف إلا وهو مسبوق بتغير العين وحدث حدث وشيء فيه ، وليس في الطبيعة سبب يوجب التلف بلا حدوث شيء في التلف ، حتى في مثل استهلاك شيء في شيء ، وفي مثل إراقة اللبن ونحوه ، بل في كثير من المتلفات العرفية تخرج العين عن كونها قائمة بعينها قبل عروض التلف بزمان غير يسير ، فسبب السقوط في التلف مطلقاً متقدم عليه ، بل لو فرض ان سبباً يعدم الشيء دفعة كان ذلك لا محالة يحدث شيء فيه يوجب عدمه ، وليس الايجاد والاعدام في الطبيعة نحوهما فيما وراثتها الذي هو خارج عن الحوادث ، بل في التلف العرفي كثيراً ما يكون المبيع موجوداً ، وإن عدّ تلفاً ، حتى في مثل انكسار الظروف ، وليس التلف كذلك موجباً لانعدام المبيع ، تدبر . وعلى ذلك فعدّ التلف من اسباب سقوط الحق في مقابل كون الشيء غير قائم بعينه أو حدوث شيء فيه إشكال .

(ولو قيل) : إن قوله عليه السلام : « لا يرد » الذي ورد في الروايات (١) سلب عن موضوع قابل للرد خارجاً ، والمتلف ونحوه خارج منه (يقال) : إن ما ذكر ليس في روايتي جميل (٢) وزرارة (٣) اللتين هما الأصل في الباب ، مضافاً إلى أن القول المذكور كناية عن ثبوت الخيار ، ولا يلحظ فيه بحسب الجدل عنوان الرد وعدمه كما في سائر الكنايات .

ثم إن هاهنا وجهاً آخر لسقوط الرد بالتلف ونحوه وثبوت الأرش - وهو الفارق بين هذا الخيار وسائر الخيارات ، حيث لم يثبت فيه الفسخ بعد التلف ونحوه - وهو انه قد تقدم ان الشهرة المعتبرة قائمة على التخبير بين

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار الحديث ٣ و ٢ .

الفسخ والأرش ، ومقتضى ذلك ان يكونا في عرض واحد ، ومن المعلوم ان الخيار او حق الفسخ ليس شيء منها ملحوظاً ومطلوباً بنفسه ، بل المنظور منها هو رجوع كل عوض إلى صاحبه الأول ، كما ان من المعلوم ان الرجوع إلى بدل التالف ليس في عرض المبدل ، فحينئذٍ مع عروض التلف ونحوه مما يوجب تعذر رد العين يتعين عدل حق الخيار ، وهو حق الأرش الذي في عرضه ، ولا تصل النوبة إلى البديل الذي هو بعض مراتب اداء العين عند عدم امكان ردها .

ثم إنه لا إشكال نصاً (١) وفتوى في أن وطاء الجارية يمنع عن ردها بالعيب ، ويصير البيع به لازماً ، إنما الكلام في أنه تخصيص في مثل مرسله جميل (٢) وأنه يصدق معه أن العين قائمة بعينها ومع ذلك لا ترد ، أو ليس بتخصيص بل كاشف عن أن التصرف مطلقاً موجب لسقوطه ، كما قالوا به في خيار الحيوان استناداً إلى عدل مثل التقييل واللمس من الأحداث الموجبة لسقوط الخيار ، إذ إنه موجب لخروج العين عن كونها قائمة بعينها ويصدق على ذلك أنه لإحداث شيء فيها .

وقد تقدم منا ما يرجح الأخير ، ضرورة أن الوطاء ليس مثل ركوب الدابة وعلفها وسقيها وسائر التصرفات التي لا توجب صدق حدوث شيء فيه ، بل هو من أوضح ما يصدق عليه أنه أحدث فيها شيئاً وما بقيت قائمة بعينها وبلا حادثه ، فالروايات متوافقة غير متخالفة ، ولعل ذلك هو مراد الاسكافي حيث حكى عنه أن الوطاء مما لا يمكن معه رد المبيع إلى ما كان عليه قبله ، ولا يرد عليه النقص بسائر التصرفات كما توهم .

وأما عدته جنابةً فغير مرضي كما عن التذكرة ، وما ورد في بعض

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب احكام العيوب .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

الروايات (١) من قوله عليه السلام : « معاذ الله أن يجعل لها أجراً » لا يكون المراد منه أن هذا جناية لو ردت لزم أن يرد معها شيء تداركاً لها فتكون كأجرة للفروج ، بل الظاهر منها أن الوطاء يوجب نقيصة عقلائية في الجارية ، فمع ردها لا بد من ان تجبر تلك النقيصة ، ولو حكم بالجبران فلا بد من عرض الجارية على السوق ليحكم أهل الخبرة بأن مثلها إذا وطئت فبأي مقدار تكون قيمة وطئها ، حتى ينقص من القيمة ، وهذا عين اجرة المثل أو نظيرها ، وأبى الله تعالى أن يجعل لها أجراً .

ولا ينقصني تعجبي من الشيخ الأعظم (قده) وغيره ، حيث اغتروا بظاهر بعض الروايات (٢) التي ورد فيها « إنهن مستأجرات » ، فحملوها على الحقيقة ، فأتعبوا نفوسهم الكريمة في توجيه قوله عليه السلام : « معاذ الله ان يجعل لها أجراً » .

والحق الذي لا ينبغي الريب فيه هو ان المتعة نكاح وزواج حقيقي لا فرق بينه وبين النكاح الدائم إلا في بعض الخصوصيات والأحكام ، ومن الواضح أن ماهية النكاح تبين ماهية الاجارة عقلاً وعرفاً ، والمهر فيها كالمهر في الدائم ينافي الأجرة عرفاً وعقلاً ، ولهذا لا يقع النكاح مطلقاً بلفظ الاجارة ولا الاجارة بلفظ النكاح ، فالجمع بين كونه زواجاً ونكاحاً يترتب عليه آثاره مثل عدم جواز متعة أختها أو امها أو بنتها وكونه إجارة كاجارة بيت وطاحونة مما لا يعقل ، فلا بد إما من حمل ما دلت على أنه زواج ونكاح وزوجة من النصوص (٣) الكثيرة الموافقة للعرف

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب أحكام العيوب - الحديث ٨٠٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب المتعة - الحديث ٢ من كتاب النكاح .

(٣) الوسائل - الباب - ٣٥ - من ابواب مقدمات النكاح - الحديث ٣٠١ .

وبالباب ١٩ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ وغيرها من ابواب المتعة .

وارتكاز أهل الحق على غير معانيها ، أو حمل مثل قوله عليه السلام : « إنهن مستأجرات » على التشبيه والمجاز ، والمتعين هو الثاني ، بل عليه الشواهد الكثيرة نذكر بعضها .

ففي بعض الروايات عن عبيد بن زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ذكرت له المتعة أهى من الأربع ؟ فقال : تزوج منهن ألفاً ، فانهن مستأجرات » فهل يخطر ببال أحدٍ من قوله عليه السلام : « تزوج منهن » أنه ليس زواجاً بل استئجار ؟ ! ، ويظهر منه بأعلى ظهور أنه تزويج بمنزلة الاستئجار في بعض الخصوصيات ، لكونه ذا أمد ، وانقطاعها بمضيته ، وعدم كونه محدوداً بالكثرة والقلّة ، فيصح تزويج ألف منهن ، كما يصح إجارة ألف بيت ، كما يعلم منه بوضوح أن كون المتعة تزويجاً لا إجارة مفروض ومسلم بين السائل والمجيب وإنما السؤال عن كونها من الأربع ، فقوله عليه السلام : « إنهن مستأجرات » مجاز بلا ريب وشبهة . كما تشهد به رواية (٢) أخرى قال عليه السلام فيها : « هن بمنزلة الاماء » والتنزيل إنما هو من جهة جواز التزويج أكثر من أربع ، كما كان هو المقصود من مثل الرواية الأولى ، وتشهد بذلك وضوحاً صيرورة المتعة دائمة مع عدم ذكر المدة ، كما في النص (٣) والفتوى .

وأما ما في روايات (٤) الباب من رد نصف العشر مع كونها حبلى فليس ذلك شاهداً على كونها مستأجرة ، بل شاهد على خلافه ، فانها لو كانت كذلك لا بد من تقويم كربي بضعها لا تعيين مقدار معين ، وهذا

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب المتعة - الحديث ٦٥٢

من كتاب النكاح .

(٣) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المتعة - من كتاب النكاح .

(٤) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب أحكام العيوب .

نظير ثبوت مهر المثل بالدخول بالحررة في بعض الموارد ، بل ثبوت مهر المثل أقرب بالاجارة من ذلك .

وتوهم دلالة الآية (١) الكريمة على ذلك وهي قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » - حيث استدل الأئمة عليهم السلام بها على تشريع المتعة ، فندل على انه استمتاع بالأجر ، وهو عين الاجارة - في غاية السقوط لأن استدلالهم عليهم السلام إنما هو بقوله : « استمتعتم » أي نكحتم متعة ، كما في غير واحد من الروايات (٢) « استمتعتم إلى أجل مسمى » فالاستدلال بهذه الكلمة لا بكلمة « أجورهن » واستعمال الأجر في المهر توسع بالضرورة ، لمشابهته له في بعض الأمور ، وقد ورد بلفظ الأجر في نساء النبي صلى الله عليه وآله ، وهو قوله تعالى (٣) : « يا أيها النبي إننا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن » والمراد بها مهورهن ، كما هو واضح ، وقد ذكر المهر بلفظ « أجورهن » في بعض الآيات الأخر ولم يستدل الأئمة عليهم السلام بها ، فراجعها . فما في قول أمير المؤمنين عليه السلام : « معاذ الله ان يجعل لها اجراً » مراده الأجر بمعناه المعهود في إجارة البيت والطاحونة ، وإلا فالأجر بمعناه المجازي لا إشكال فيه .

ثم إنه لا إشكال في أن وطء الجارية لا يمنع عن ردها بعيب الحمل ويمنع عن ردها بسائر العيوب ولا كلام فيه ، وإنما الكلام والاشكال في الأخبار (٤) الواردة فيها من جهتين تتعرض لهما بوجه إجمالي وإن كان

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب المتعة - الحديث ٣ و ١٣

و ١٩ و ٢٠ والباب - ٤ - منها - الحديث ١٤ .

(٣) سورة الأحزاب : ٣٣ - الآية ٥٠ .

(٤) الوسائل - الباب - ٤ و ٥ - من أبواب أحكام العيوب .

الصفح عن مثل هذه المسألة غير المبتلى بها اولى .

(إحداهما) : ان المنقول عن المشهور استثناء هذا العيب - اي الحمل- عن سائر العيوب ، بأنه ترد الجارية به مع الوطاء ، وهو الظاهر من الروايات (١) والظاهر ان الحبلى في الاماء عيب وإن لم يكن في الحيوان كذلك ، وقد ادعي الاجماع عليه ، وهو وإن لم يفد امرأً شرعياً لكن يظهر منه ان المرتكز في اذهان اهل العلم واللسان انه عيب .

ويظهر من ذلك ان مورد كلام الفقهاء وما فهموا من الأخبار هو الحبلى من غير المولى ، وخالف في ذلك بعض ، منهم الشيخ الأعظم (قده) فقال : إن ظاهر الأخبار في باديء النظر وإن كان ما ذكره المشهور ، إلا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه ، ثم عدّ وجوهاً عمدتها الوجه الأول في كلامه ، وهو لزوم مخالفة ظهورها في وجوب رد الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى حتى تكون الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار (١) المتقدمة .

وفيه ما لا يخفى ، لما أشرنا إليه فيما سبق ، من أن تلك الجملة الواردة في كثير من الموارد - منها المقام ومنها المسألة السابقة ومنها الرد بأحداث السنة ومنها رد المرأة المزوجة بالعيوب المنصوصة إلى غير ذلك - كناية عن الخيار وعدمه ، وحق الفسخ وعدمه ، ولم تستعمل في شيء من الموارد في معناها الحقيقي ، ولا في الحكم التكليفي ، فمعنى « ردّ الجارية من أربع خصال : من الجنون » (٣) إلى آخره ليس وجوب ردها بالضرورة والجملة المذكورة في جميع الروايات في الأبواب المتفرقة على نهج واحد بلا ريب ، فالحكم التكليفي وجوباً وحرمةً أجنبي عن مفاد تلك الروايات

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب أحكام العيوب .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ١ .

كما أن القول بوقوعها في مقام دفع توهم الحظر أيضاً في غير محله .
والانصاف أن تلك الروايات سؤالاً وجواباً ناظرة إلى ثبوت الخيار
وعدمه بعد الفراغ عن صحة المعاملة ، فالصحة مفروضة فيها ، وتظهر بوضوح
من الأجوبة ، وقد جمع في بعض الروايات بين عدم رد التي ليست بحبلى
ورد الحبلى مما يظهر منه بوضوح أن الموضوع واحد ، وهو البيع الصحيح
كرواية عبد الملك (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا ترد التي
ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها وله أرش العيب ، وترد الحبلى ، ويرد معها
نصف عشر قيمتها » .

فهل يتقدح في ذهن أحد أن قوله عليه السلام : « لا ترد » ورد
في البيع الصحيح و « ترد الحبلى » في البيع الفاسد ، أو أن المتفاهم هو
بيان ثبوت الخيار وعدم ثبوته بعد الفراغ عن الصحة ؟ بل المراد من قوله
عليه السلام في ذيلها : « ويرد معها نصف عشر قيمتها » هو ثبوت نصف
العشر لا وجوب الأداء ، كما هو واضح للمتأمل ، وأما سائر إشكالاته
فمدفوعة بأدنى تأمل ، بل لعلها غير مسلمة عنده أيضاً .

(الجهة الثانية) أن الوارد في الأخبار (٢) - من العشر في بعضها
ونصفه في آخر و « شيء » في ثالث و « يكسوها » في رابع - يوهم
الاختلاف فيها ، ولكن التحقيق أن المستفاد منها هو نصف العشر ، ولم يرد
العشر إلا في رواية واحدة هي رواية عبد الملك (٣) مع أنها منقولة بلفظ
آخر فيها نصف العشر والظاهر أن لفظ « نصف » سقط منها ، كما احتمله
الشيخ (قده) ، ولا أقل من وقوع الاجمال فيها بعد نقلها مختلفة مع وحدة

(١) و (٣) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العيوب -

الحديث ٣ - ٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العيوب .

الراوي والمروي عنه ، فتكون سائر الروايات (١) المشتملة على نصف العشر حجة بلا معارض .

وأما ما في رواية عبد الرحمان (٢) من قوله عليه السلام : « يرد معها شيء » فهو في مقام الاهمال ، وإلا فالشيء يصدق على حبة وخردل ، فلا يعول عليها .

وأما ما في رواية محمد بن مسلم (٣) « في الرجل يشتري الخبلى فينكحها وهو لا يعلم ، قال : يردّها ويكسوها » فلا يبعد أن يكون إكساؤها محمولاً على الاستحباب زائداً على نصف العشر الذي يرد إلى البائع ، ولو قيل : إن السكوت عن نصف العشر دليل على كفاية إكسامها يقال : إن السكوت لا يقاوم التصريح في غيرها ، وليس فيها أنه يرد معها الكسوة حتى يخالف سائر الروايات (٤) فتدبر ، والأمر سهل بعد عدم العامل بها ظاهراً .

الرابع :

حدوث عيب عند المشتري ، وهو أيضاً داخل في عنوان تغيير العيب وعدم كونها قائمة بعينها مما يصدق على أكثر العناوين ، وكيف كان فالعيب الحادث بعد العقد إما حادث قبل القبض او في زمان خيار يكون المبيع فيه مضموناً على البائع ، كخيار الشرط والحيوان وخيار المجلس على احتمال دون سائر الخيارات على ما يأتي الكلام فيها في محله ، او بعد مضي زمان الخيار ، فلا بد من التعرض لتلك الموارد ، على ما يناسب المقام .

اما الحادث قبل القبض فهل هو كالحادث قبل العقد - يترتب عليه احكامه

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام

من ثبوت الخيار به والأرش وعدم كونه مانعاً عن الرد بالعيب السابق -
ام لا مطلقاً او فيه تفصيل ؟

يمكن الاستدلال للأول بمرسلة جميل (١) المتقدمة ، بأن يقال : إن
قوله عليه السلام : « الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً » لا
يختص باشترائها ، بل هما المذكوران من باب المثال ، فيكون السؤال عن
مطلق ما يشتري ، ولا ريب في ان المبيع في كثير من الموارد على نحو
يحتاج في تسليمه إلى مضي زمان غير يسير يمكن ان يعرض عليه في تلك
المدة تغييرات او تلف ، فبعد التسليم إذا وجد فيه عيباً يحتمل ان يكون
العيب مما حدث قبل العقد أو بعده قبل القبض ، نعم يخرج منه بعد القبض
ومع هذا الاحتمال وترك التفصيل في الرواية وصدق العنوان على الموردين
يستكشف الاطلاق ، فكأنه قال : إذا قبضت السلعة ووجدتها معيبة سواء
كان العيب قبل العقد أو بعده قبل القبض فلك الخيار مع بقائها بعينها ، ولك
الأرش مع تغييرها ، فالعيب الحادث قبل القبض كالعيب قبل العقد في
جميع الآثار المتقدمة .

ولا فرق فيما ذكر بين الدلالة على أن وجدانه معيباً كان بعد القبض
كما هو المنسب منه إلى الذهن أو لا ، ولا بين كون الوجدان مأخوذاً بنحو
الطريقة كما هو كذلك أولاً ، فان قوله : « اشترى فوجد » أو « علم أن
فيه العيب » غير قوله : « اشترى وفيه عيب » كما هو واضح ، فلاطلاق
محكم ، وترك الاستفصال دليل على ثبوته في الحالين ، وحيث لا يبعد
أن يكون ما ذكر موافقاً لارتكاز العقلاء أو غير مخالف له - بل ضمان
التلف قبل القبض لا يبعد ان يكون عقلاً ، ولا أقل من عدم مخالفته
لارتكازهم - لا يصح دعوى الانصراف إلى العيب الحادث قبل العقد .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

ولعل إطلاق المرسل (١) كان دليلاً عند أصحابنا أو عند كثير ممن قال بثبوت الخيار والأرش ، وإلا فلا دليل عليهما بوجه ، فان قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » - مضافاً إلى أنها لا تشمل رفع وصف الصحة وعروض العيب - على فرض تسليم شمولها لتلف المبيع أو جزء منه أو وصف الصحة فيها إشكال ثبوتي على بعض الاحتمالات ، وإشكال من جهة عدم صلاحيتها لاثبات المقصود مطلقاً .

فانه يحتمل أن يراد من قوله : « من مال بائعه » على نحو الحقيقة فمع تلف الكل لا بد وان يلتزم بفسخ العقد آنأ ما قبل التلف حتى يصح الكلام ، وفي تلف الجزء أيضاً يمكن التكلف بأن العقد يفسخ قبله بالنسبة إليه . أما في وصف الصحة فلا يعتل إلا بالالتزام بفسخ العقد ليرتب عليه رد الوصف تبعاً ، وتلفه من مال البائع ، ولم يلتزم أحد بذلك ، مع أنه مناف لما أراد الأصحاب ، أو يقال بأن الوصف منزل منزلة ماله ، فتكون القاعدة بالنسبة إلى الكل والجزء استعملت على نحو الحقيقة وبالنسبة إلى الوصف على نحو التنزيل ، وهو غير ممكن في استعمال واحد حتى على القول بجواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى ، فان التنزيل اعتبار مترتب على الواقع ، فيكون المعنيان طوليين .

وأما القول بأن العقد لا يتم إلا بالقبض - فيصير ضمان التالف وثبوت الخيار بالعيب قبل القبض على القاعدة - فهو مزيف مخالف للنص والفتوى ، والقول به لو صح النقل نادر مردود على صاحبه .

(وأما القول) بأن المراد من القاعدة تنزيل التالف منزلة ملك البائع فالنقص - سواء كان بالتلف أو بتلف الجزء أو الوصف - كأنه وقع في ملكه ، فيستفاد من تلف الكل أو الجزء الضمان ، ومن تلف الوصف الخيار

(ففيه ما لا يخفى) فان تنزيل المبيع منزلة ملكه في حال تلفه لا يفيد شيئاً ، فلا بد من التنزيل حال وجوده ، فحينئذ إن كان التنزيل مطلقاً وفي جميع الآثار يلزم ما لا يلتزمه أحد ، وإن كان بنحو التقييد وفي بعض الآثار ، بأن يكون في التلف في خصوص الضمان ، وفي العيب في ثبوت الخيار ، فيلزم منه إرادة شيئين مختلفين متباينين من لفظ واحد بلا قرينة ، مع أن التنزيل منزلة ملكه لا يفيد إلا الضمان ، والتنزيل منزلة كون التلف قبل العقد لا يثبت وقوعه على المعيب او التالف .

فلا بد من دعاوي كلها باطلة ، دعوى كون المراد بالمبيع الأعم منه ومن بعضه ومن وصفه ، ولما لا يفيد ذلك إلا الضمان تضم إليها دعوى كون ذلك بمنزلة التلف والعيب قبل العقد ، ولما لا يفيد ذلك في المقصود تضم إليها دعوى كون العقد بمنزلة الواقع على التالف والمعيب ، ولما كانت هذه الدعوى مستلزمة لما لا يقولون به من البناء على بطلان العقد من رأس في التلف تضم إليها دعوى التنزيل في بعض الآثار .

والانصاف ان تلك التكاليف بعيدة عن مثل القائل وغير موافقة للواقع فلا داعي إلى التزامها .

ثم إنه بعد ما عرفت من أن رواية جميل (١) دالة باطلاقها على ثبوت الخيار والأرش يقع الكلام في أن العيب الموجب للخيار هل يوجب سلب الخيار الثابت بالعيب السابق ؟ فيكون الخيار ثابتاً باللاحق لا بالسابق ، بدعوى أن العين خرجت عن القيام بعينها .

والتحقيق أن ذلك لا يستفاد من الرسالة في خصوص العيب الحادث قبل القبض ، لأن مقتضى إطلاق السؤال وجدان العيب الذي كان قبل العقد أو القبض ، ومقتضى الجواب أن ذلك العيب مفروض في الموضوع

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ .

وحكمه أن المعيب سواء كان بعيب حادث قبل العقد أو بعده إن كان قائماً بعينه حكمه كذا وإلا فحكمه كذا ، فإما هو المأخوذ في الموضوع لا يعقل أن يدخل في الشرطية وهذا واضح ، مع أن سقوط الخيار السابق وثبوت الخيار الجديد كاللغو ، وهو المنشأ لعدم فهمه من الرواية وانصرافها عنه .

وهل يثبت هنا خياران ؟ أحدهما بالعيب السابق على العقد وثانيهما بالحادث قبل القبض ، بأن يقال : إن العيوب المتعددة وإن لم توجب إلا خياراً واحداً ، وليس في كل عيب خيار إلا أن العيب السابق أو العيوب السابقة إذا صارت موجبة للخيار بمجرد تحقق العقد كانت العيوب اللاحقة المتجددة موجبة لخيار جديد ، وبعبارة أخرى إن العيوب إذا كانت في عرض واحد ورتبة واحدة ولو في التأثير لا تؤثر إلا خياراً واحداً ، وأما إذا أثر ما كان قبل العقد فوجد الخيار به ثم وجد السبب الآخر المتأخر عنه رتبة فلا محالة يؤثر أثراً جديداً .

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب تعدد الخيار ولو مع فرض كون السبب صرف الوجود ، لكنه لا يفيد إلا تقريب التعدد تصوراً لا إثباته تصديقاً ودلالة ، ولا إشكال في أن الميزان في الدلالات فهم العرف والعقلاء ومن راجع مرسله جميل سؤالاً وجواباً لا يشك في أنه لا يستفاد منها إلا الخيار الواحد في صورتى وحدة العيب وتعدده مطلقاً ، سواء كان ثابتاً قبل العقد أم حادثاً بعده قبل القبض ، أم كان بعضها قبل العقد وبعضها حادثاً بعده قبل القبض ، كما سنشير إليه .

ثم على فرض إثبات الخيارين بالمرسلة ، فهل يوجب العيب الحادث بعد العقد سقوط الخيار بالعيب السابق ؟ بأن يقال : إن مقتضى إطلاقها أن التغير بعد العقد قبل القبض مسقط ، ولا يعقل أن يكون مسقطاً للخيار الآتي من قبله ، لأن العيب سبب لثبوته لا لسقوطه ، وأما سقوط الخيار

الناشيء من السبب السابق فلا مانع منه ، بل هو مقتضى دلالتها إطلاقاً ، غاية ما يمكن أن يقال : إنصراف الدلائل عن العيب الموجب للخيار ، ولعل هذا مراد من قال : إن العيب مضمون على البائع ، فلا يوجب الاسقاط ، وله وجه .

وأما ما أفاده المحقق الخراساني (قده) من عدم إمكان اقتضاء ما يقتضي الخيار لعدمه ، فلا بد من تقييد الاطلاق عقلاً ، ولو قيل : إن الممتنع اقتضاء عدم ما يقتضي وجوده ، والمقام ليس من هذا القبيل ، فانه يقتضي عدم ما لا يقتضي وجوده ، يقال : إن الخيار طبيعة واحدة ، فلا بد وأن يكون مقتضاه واحداً بدليل عدم تأثير الكثير في الواحد .

ففيه ما لا يخفى من خلط التكوين بالاعتبار أو خلط موضوعية شيء للحكم بالتأثير العلي ، فأبي جامع بين سبب خيار الحيوان والعيب وسائر الخيارات ، فلو صح ما ذكره ، فلا بد من امتناع سقوط خيار العيب بالعيب الحاصل بعد القبض ، ضرورة وحدة الحقيقة ، ولو قيل : إن الاختلاف في التأثير بواسطة اختلاف الاضافة يأتي ذلك بعينه في المقام ، مع أنه لو كان العيب مقتضياً للخيار واقعاً كان اللازم ثبوته بلا جعل ، إلا أن يقال : إن الجعل كاشف عن ثبوته ، وهو كما ترى . وإن كان مقتضياً للجعل فمع لزوم كونه مؤثراً في نفس الجاعل إن كان علة تامة لازمه جعله فيما إذا حصل العيب بيد المشتري وفي يده ، والأولى تنزيه الفقه من الدقائق الفلسفية ، بل ومن الدقائق الأصولية أيضاً ، فانها يضران بفهم الأخبار واعتبارات العقلاء ، وهما ملاك الفقه والفقاهة .

ثم إنه قد يختلج بالبال الاشكال على ثبوت خيار الفسخ والأرش على مبنى من يقول بأن العيب سبب لحق واحد قائم بالعقد أو الأرش ، بل على ما ذهبنا إليه من ثبوت حقين متعلقين أحدهما بالعقد والآخر بالأرش

وأن التخيير إنما هو في مقام الاستيفاء ، وهو أنه يحتمل بحسب الثبوت أن يكون السبب صرف وجود العيب ، أو وجوده الساري ، أو طبيعته ، فعلى الأول يلزم ثبوت خيار واحد وارش واحد بصرف وجود العيب وإن كان متكرراً مترتباً ، وعلى الأخيرين يلزم كثرة الخيار والأرش بكثرة العيب فيشكل الأمر على القائل بكون الحق واحداً بأن سببه لا يعقل ان يكون متكرراً ، فان كان صرف الوجود يشكل إثبات الأرش بالعيوب المتعددة إذا حصل بعضها حال العقد وبعضها بعده قبل القبض مترتباً ، وإن قلنا باعتبار صرفين بالنسبة إلى الحالين يشكل الأمر في العيوب المترتبة بعد العقد ، لأن الصرف لا يتكرر ، والسبب الواحد موجب لسبب واحد ، وعلى الأخيرين لا إشكال في ثبوت الأرش بالعيوب ، ويشكل من جهة ثبوت الخيار بكل عيب ولم يلتزم أحد به .

نعم على ما ذهبنا إليه لا إشكال ثبوتاً في وحدة الخيار وتكثر الأرش عند كثرة العيوب ، لأن الحق المتعدد له سبب كذلك ، فيمكن ان يكون في جانب الخيار صرف الوجود ، وفي الأرش الوجود الساري أو نفس الطبيعة المتكثرة بتكثر الأفراد .

لكن يشكل في مقام الاثبات من أجل لزوم التفكيك في مثل مرسله جميل (١) الدالة على المقصود على ما مر ، مع أن الظاهر منها أن ما أخذ في موضوع الخيار هو المأخوذ في الأرش ، والظاهر منها ان المأخوذ هو الطبيعة القابلة للتكثر ، فان التنوين في قوله عليه السلام : « فوجد عيباً » هو للتمكن لا للتكثير ، فكأنه قال : « فوجد فيه العيب » فدللت على ان السبب ما ذكر .

ويمكن دفع الاشكال على مذهبنا بأن خيار العيب وكذا ثبوت الأرش

عقلاتي وإن كان بعض أحكامها تعبدياً ، وما ورد من الأخبار ليس لاثبات أصل الخيار ، بل لبيان جهات آخر ككون العين قائمة بعينها وعدمه ، وكأحداث الحدث وعدمه ، فأصل الخيار موكول إلى العرف والعقلاء ، ولا إشكال في أن حكمهم في حق خيار الفسخ هو أنه واحد ولو مع كثرة العيب ، وفي الأرش جميع مراتبه وفي كل عيب ، ولا ينافي ذلك لما ذكرنا من إطلاق المرسلة بالنسبة إلى العيب الحادث بعد العقد ، لأن الإطلاق من الجهة التي تعرضت لها كافٍ لاثبات المدعى ، فتدبر جيداً .

ولو قلنا : إنها بصدد بيان أصل الخيار ، فيمكن أن يقال : إن ارتكاز العرف بأن الخيارات المتعددة للعيوب كذلك يعد لغواً ، وإسقاط أحدها وبقاء غيره لا يعد الأثر العقلائي قرينة على التفكيك من غير ورود إشكال ، لأن منشاء عدم قابلية الخيار للتعدد ، فلا يوجب الأسباب المتعددة تعدده بخلاف الأرش ، ولا يتوهم ان الأرش معنى واحد ، فان الوحدة عنوانية ، وهي لا تنافي التعدد خارجاً ، مع أن ما ذكر مؤيد بفتوى الأصحاب قديماً وحديثاً ، هذا كله في العيب الحادث قبل القبض .

وأما الحادث في زمان الخيار المضمون على البائع ، فيقع الكلام أيضاً في ثبوت الخيار به وفي كونه مستقلاً ، فيتعدد الخيار فيما إذا كان عيب قبل العقد وحدث عيب بعد القبض في زمان الخيار ، وفي أن العيب في زمان الخيار مسقط للخيار بالعيب السابق .

فنقول : إن مبنى هذا الفرع مختلف مع الفرع المتقدم وإن كانا مشتركين في كثير من المطالب المتقدمة إراداً ودفعاً ، وأما المبني فيه فهو الروايات الخاصة التي عملتها صحيحة عبد الله بن سنان (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين ،

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

فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال عليه السلام : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ، ويصير المبيع للمشتري « وفي رسالة الصدوق (١) قريب منها إلا أنه قال : « لا ضمان على المتباع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له » وأما سائر الروايات (٢) فمع ضعفها سنداً متعرضة للتلف حتى مرسله ابن رباط (٣) على أظهر الاحتمالين .

والمحتمل في الصحيحة أمور : (منها) أن يكون المراد بالضمان هو المعاوضي ، والمراد بصيرورة المبيع للمشتري عدم تمامية المعاملة إلا بعد مضي الخيار أخذاً بظاهر اللفظ ، ويؤيده رسالة الصدوق النافية للضمان عن المتباع وكذا سائر الروايات المشتملة عليه ، لقرب احتمال كون المراد بضمانه هو المعاملي أي الثمن ، ويؤيد هذا التأيد رواية عقبه بن خالد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في التلف قبل القبض ، حيث قال : « سرقة المتباع من مال صاحبه حتى يقبضه ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالبائع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه » وعلى هذا الاحتمال يثبت الضمان والخيار ، لأن العيب في زمن الخيار حادث قبل تمام البيع ، كما لو حدث بين الايجاب والقبول أو في الفضولي قبل الاجازة ، ولا شبهة في ثبوت الخيار بهذا العيب ، لكن الأخذ بهذا الظهور مخالف لما عليه الأصحاب إلا نادراً ، وللسيرة العقلية بل للنصوص ، فلا بد من رفع اليد عنه .

و (منها) أن يكون المراد بالضمان نظير ضمان اليد تعبداً ، بأن يكون المبيع في ضمان البائع في زمان الخيار ، وكان تلفه من كيسه لا من كيس

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

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب الخيار - الحديث ٥ - ٥ .

(٤) الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب الخيار - الحديث ١ .

المشتري صاحب السلعة ، ويؤيده قوله عليه السلام : « على البائع » إذ فرق بينه وبين قوله : « من ماله » فيراد بقوله عليه السلام : « حتى يصير المبيع للمشتري » استقراره في ملكه بانقضاء زمن الخيار ، وعليه فلا يثبت بها الخيار .

و (منها) احتمال انحلال العقد بحدوث التلف والعيب ، والضمان ضمان المعاوضة ، فلا يثبت به أيضاً .

و (منها) أن يكون المراد بصيرورة المبيع له المعنى الكنائي ، وهو التنزيل منزلة وقوع التلف أو العيب قبل العقد ، وهذه الاحتمالات بعيدة أو غير مثبتة لما يراد .

وهنا احتمال آخر اقرب بظاهر اللفظ والمعنى الحقيقي بعد تعذره ، وهو ان المستفاد من قوله عليه السلام : « حتى يصير المبيع له » أنه قبل المضي لم يصير له ، فمع تعذر الحقيقة يحمل على التنزيل منزلة عدم كونه ملكاً مع فرض وقوع العقد عليه وتحقق البيع ، فنزل النقص منزلة الحاصل قبل تمام البيع كالحاصل بين العقد والاجازة في الفضولي ، فيثبت به الضمان لو تلف والخيار لو عيب ، ولعل هذا الاحتمال كان مبنى القول بثبوت الخيار نحو ثبوته للعيب قبل العقد ، فيكون مخيراً بين الرد والأرش .

ولو قيل : هنا احتمال آخر لعله أقرب إلى ظاهر الصحيحة - وهو التنزيل منزلة عدم ملكه في الضمان لافي غيره - فانه موافق لقوله عليه السلام : « على البائع » وللتنزيل المذكور على فرض كونه أقرب إلى الحقيقة ، فتكون النتيجة ثبوت الضمان في العيب نظير ضمان اليد ، يقال : هذا الاحتمال أيضاً بعيد ، لأن التنزيل بلحاظ خصوص الضمان يرجع إلى أن يقال : إن البائع عليه الضمان ، لأن المبيع منزل منزلة عدم ملكه في الضمان ، وهو كما ترى تعبير مزيف مستهجن ، بخلاف ان يقال : إنه بمنزلة عدم ملكه خرج منه

سائر الآثار وبقي الضمان المعاوضي والخيار .
ويؤيده ما اشرنا إليه آنفاً من ظهور ما ورد فيها ضمان المشتري في انه ضمان معاوضي ، ومرسلة ابن رباط (١) حيث قال : « إن حدث بالحيوان حدث فهو من مال البائع » بعد الجزم بأن الحكم فيها موافق للصحيحة وعدم إمكان الالتزام بانحلال العقد بالعيب ، ولعل هذا الحكم مناسب للسؤال والجواب ، ولعل نظر السائلين إلى احتمال عدم تمامية الملك أو العقد ، والمسألة بعد لا تخلو من إشكال .

ثم على فرض ثبوت الخيار به فالظاهر على الاحتمال المذكور ثبوت خيار واحد بالعيوب الموجودة حال العقد والحادثة قبل مضي الخيار ، لأنه مقتضى التنزيل المذكور ، واما عدم سقوط الخيار بالعيب السابق بهذا العيب فلا ينبغي الاشكال فيه على فرض ثبوت الخيار به ووحدته ، لما اشرنا اليه في الفرع السابق ، بل الظاهر كذلك على جميع المباني ، لانصراف مرسلة جميل (٢) عن ذلك كما يظهر بالتأمل .

(وأما) العيب الحادث بعد القبض ومضي الخيار ، فلا ينبغي الاشكال في انه مانع عن الرد بالعيب السابق ، لا لكون العيب بما هو مانعاً وموضوعاً للحكم ، ضرورة انه بعنوانه لم يرد في رواية حتى يبحث عن حدوده وعنوانه بل لأنه موجب لخروج المبيع عن كونه قائماً بنفسه .

فما ينبغي ان يكون مورد البحث هو مقدار دلالة رواية زرارة (٣) ومرسلة جميل (٤) واما سائر الوجوه المحكية ، فلا صحة لها ، وقد اشرنا سابقاً إلى مفاد الروايتين ، وقلنا : إن إحداهما شيء في المبيع يشمل التغييرات

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

مطلقاً من غير فرق بين الحسية وغيرها ، فلو صاح به فذهب حفظه او نسي الصنعة فقد احدث فيه شيئاً ، وكذا الحال في التصرفات الناقلة كالبيع والوقف ونحوهما ، ومن غير فرق بين ما يوجب الأرش وغيره ، ومن غير فرق بين ان يصدق عليه العيب او لا ، بل مع حدوث شيء منها يصدق ان المبيع ليس قائماً بعينه ، فان معناه العرفي انه ليس على حال كان عليها وقت العقد ، فخرج منه التصرفات التي لا توجب تغييراً حسيماً او غير حسي ولا اعتبارياً كالركوب والتعليق والسقي ونحوها ، ولا إشكال في خروج التغيير بالصفات الكمالية كتعلم الصنعة والسمن فيما يراد منه ذلك .

والظاهر خروج تنزل القيمة السوقية منه ، لأنها اعتبار خارج عن الشيء ، وليست مثل النقل الذي هو صفة اعتبارية ، فاذا قيل : إن الدابة قيمتها كذا او مقومة بكذا لا يراد منه ان القيمة صفتها ، بل يراد منها انها مع تلك الصفات مثلاً تشتري بكذا وتجعل تلك القيمة لها ، فالقيمة اعتبار خارج عن الشيء بخلاف النقل ومثله .

ثم إنه قد وقع الكلام بين الأعلام في سقوط الخيار وعدمه مع زوال العيب والتغير ، والتحقيق ان مقتضى روايتي زرارة (١) وجميل (٢) هو سقوطه بمجرد التغير وحدث العيب ، وعدم رجوعه بزواله .

اما رواية زرارة ، فلأن ظاهرها الذي لا ينبغي الرب فيه ان إحداث شيء في المبيع يوجب مضي البيع عليه ونفوذه ، وليس ذلك إلا سقوط خياره ، والمضي عليه عبارة اخرى عن لزومه ، كما عبر به في بعض الروايات (٣) المتقدمة الواردة في وطء الجارية ، وان قوله عليه السلام : « يرد عليه بقدر ما نقص » إلى آخره كناية عن تعين الأرش عليه ، فالقول

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢-٣ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب أحكام العيوب - الحديث ٧ .

بعدم سقوط الخيار ساقط ، كما ان الظاهر ترتب اللزوم على إحداث الشيء فبمجرده يمضي عليه البيع ويتعين الأرش ، ومقتضى إطلاق المضي وكذا ثبوت الأرش هو عدم الفرق بين زواله وبقائه .

واما المرسله ، فلا شبهة في ان مفادها لا يخالف مفاد الرواية ، بل هي ايضاً ظاهرة فيها هو ظاهرها ، فان قوله عليه السلام : « إن كان قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن » كناية عن حق الفسخ وبقاء الخيار ، كما مرّ مراراً ، وليس للرد موضوعية اصلاً ، وفي مقابله ما لا يكون قائماً بعينه ، فانه يوجب سقوط الخيار والرجوع بنقصان العيب اي تعيين حق الأرش ففيها التعرض للثبوت والسقوط والبقاء وعدمه ، ويظهر منها ان التغير بمجرد سبب له ، ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين زوال التغير وعدمه ، بل الظاهر منها ان عدم القيام بعينه غاية للخيار الشخصي الثابت للمشتري ، وهي متعرضة لبقاء الخيار الشخصي ببقاء القيام بعينه ولغايبته وهو التغير ، نظير عدم التفرق ومقابله في خيار المجلس .

(وبعبارة اخرى) الخيار حق قائم بالعقد وسببه هو العيب ، وغايته التغير ، والخيار الشخصي ساقط به ، ومقتضى الاطلاق المشار اليه عدم رجوعه ، وعدم ثبوت شخص آخر بزوال العيب .

ومن ذلك يظهر النظر فيما في كلمات المحققين من دعوى عدم سقوطه بالطارئ ، بل غاية الأمر عدم إمكان الرد في تلك العين ، وذلك لأن مثلها ناشئة عن توهم كون الرد بعنوانه مراداً في الرواية وهو باطل ، ومن ان الرد مقتضى والطارئ مانع ما دام موجوداً ، ومن صدق كونه قائماً بعينه ومن ان الخيار لمراعاة البائع ولا فرق بين عدم العيب رأساً وزواله ، ومن ان الظاهر من الخبر اعتبار القيام وعدمه حين ارادة الرد ، فان وهن تلك الدعاوى يظهر من التأمل فيما ذكرناه .

ثم إنه على فرض الشك لأجل الشك في مفاد الروايتين ، فالمرجع لإطلاق « أوفوا بالعقود » (١) أو استصحاب الخيار .

وأما ما قيل من أنه مع الشك فالمتيقن من تقييد اطلاقات أدلة الخيار هو العيب الباقي إلى حال الرد ففيه ما لا يخفى ، فإنه إن كان المراد من الروايات روايتي جميل (٢) و زرارة (٣) فلا يمكن التمسك باطلاقهما مع إجمال القيد المتصل ، مع أن في كونهما بصدد جعل أصل الخيار كلاماً ، وإن كان المراد غيرهما فلا أصل له ، لأنه لا يوجد دليل له إطلاق في خيار العيب ، فإن ما وردت (٤) فيه إنما وردت في موارد جزئية وبصدد بيان حكم آخر ، ككون عدم الحيض ستة أشهر عيباً ، وإن كان نظره إلى الروايات الواردة (٥) في أحداث السنة فهي دليل على مسألة أخرى غير ما نحن بصده ، وإن كان المنظور دليل نفي الضرر ، فهو افحش .

ومما ذكرناه يظهر أنه لو رضى البائع برد المعيوب بالعيب الحادث عند المشتري مع الجبر بالأرش أو بدونه ليس له الرد بالخيار ، لأنه سقط بمجرد حدوث العيب وتحقق التغير ، ولا مانع منه إقالة أو صلحاً (وتوهم) أن سقوط الخيار مراعى بعدم تعقب العيب بالرضا أو إن رضاه سبب لحدوث الخيار (ساقط) مقطوع الخلاف ومخالف لظهور الروايتين .

ثم لو بنينا على بقاء الخيار وإن حدث العيب مانع عن الرد فقد يقال : إن المنع لما كان لرعاية البائع ، فمع رضاه يرتفع المانع ، ويؤثر المقتضي ، أو إن عدم الجواز لحق البائع ، وإلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢٣ .

(٤) الوسائل - الباب - ٣ و ٥ - من أبواب أحكام العيوب .

(٥) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب أحكام العيوب .

عدم سقوطه بحدوث العيب ، فإذا رضي سقط حقه ، ويدفع الأول إطلاق الروايتين مع الغض عما سبق والبناء على أخذ عنوان الرد ، فان مقتضى قوله عليه السلام : « إذا أحدث فيه شيئاً يمضي عليه البيع ، ويردّ عليه بقدر ما نقص » أن العيب مانع مطلقاً وخرج الاختيار عن يد المشتري لذلك مطلقاً وتعين الأرش ، وكذا الحال في المرسلة ، ودعوى الانصراف عما إذا رضي البائع عهدتها على المدعي ، إذ كون الحكم لمراعاة حال البائع لا يوجب الانصراف لدى العرف بعرض الرواية عليهم ، ولا تقييد الدليل لأنه نكتة التشريع لا علة الحكم .

(وأما) ما قيل في بيان الاطلاق من أن منطوق قوله عليه السلام (١) : « إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه » لا معنى لتقييده برضا البائع بل هو مطلق ومفهومه تابع له ، كما في كل مفهوم ومنطوق ، فانها متوافقان في العموم والخصوص (فغير وجيه) لمنع لزوم موافقتها إطلاقاً وتقييداً وعموماً وخصوصاً ، كما أن في قوله عليه السلام (٢) : « إذا كان الماء قدر كر لم ينجسه شيء » عموماً أو إطلاقاً بخلاف مفهومه ، فانه لنفي العموم على ما حقق في محله ، وفي المقام لما كان المنطوق لرعاية حال المشتري والمفهوم لمراعاة حال البائع يمكن التفرقة بينهما بالاطلاق في الأول ، والانصراف أو التقييد في الثاني . وأما الوجه الآخر للمدعى - وهو ثبوت حق للبائع ، كما هو ظاهر الشيخ الأعظم (قده) - فلا دليل عليه ، فان الظاهر من الروايتين ليس إلا ممنوعيته عن الرد وتعين الأرش دون ثبوت حق للطرف .

(وأما) ما قيل من أن المطلقات دلت على حق الرد ، سواء تغير المرود أم لا ، والمرسلة ضيقت دائرة الحق ، لا أنها متكفلة لاثبات الحق

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب الماء المطلق - الحديث ١ .

(ففيه) أنا قد اشرنا إلى أنه ليس في الباب مطلقاً حتى تكون المرسله مقيدة لها ، نعم عدم تكفل المرسله لاثبات الحق وجيه لا ريب فيه .
ثم إنه قد عدّ من العيب المانع عن الرد بالعيب القديم تبعّض الصفقة على البائع ، قالوا : لو ابتاع شيئين صفقة واحدة ، ووجد بأحدهما عيباً سابقاً ، تخير في رد الجميع أو اخذ الأرش ، وليس له تخصيص الرد بالمعيب ، لاجماع الفرقة وأخبارهم كما عن الخلاف ، واجماع الطائفة كما عن الغنية ، وقد وسع الشيخ الأعظم (قده) نطاق البحث ، فقال : « كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً أو ظهر بعض الثمن معيباً » ، ثم تصدى للاستدلال عليه بما لا يخلو من إشكال .

والذي ينبغي أن يقال - بعد خروج صورتين من البحث ، أو لاهما ما إذا باع المشتري نصفه وأراد دفع نصفه الآخر ، فان خياره ساقط بلا إشكال بمجرد إحداث البيع ، ثانيهما ما إذا انحل البيع عرفاً إلى بيعين أو بيوع كثيرة ، كما لو باع كل نصف بثمان خاص أو كل ثوب كذلك ، فان لكل بيع حكمه - : إن مبنى المسألة هو ان العقد الواقع على شيء واحد حقيقي - كالعبد والحيوان - أو اعتباري - كباب ذي مصراعين وكالحقتين وكالثوبين المجتمعين في البيع - مع وحدة الثمن والبائع والمشتري هل ينحل إلى عقود كثيرة حسب الكسر المشاع كالنصف والثلث ، وحسب الأبعاض الفرضية كهذا الجزء وذلك ، وفي الواحد الاعتباري ينحل إلى عقد بالنسبة إلى مصراع وآخر بالنسبة إلى آخر ، أو يكون العقد والمعقود عليه ثمناً ومثماً واحداً غير منحل ، والأجزاء الخارجية للواحد الاعتباري كالأجزاء المفروضة في الحقيقي لم يقع عليها عقد ؟

فعلى الأول يجوز الرد وفسخ العقد المتعلق به ، وليس للبائع خيار

التبعض كما لا يكون في بيوع كثيرة ، من غير فرق بين خيار العيب وغيره فلو كان له خيار العيب يجوز له الفسخ في النصف مشاعاً ومفروضاً .
وعلى الثاني - الذي هو الصحيح وهو الموافق للعرف والعقل والشرع ولا محيص عنه - لا يصح رد البعض من غير فرق بين القول بأن الخيار حق قائم بالعقد ، كما هو التحقيق حتى في خيار العيب او بالعين ، فان معنى تعلقه بها ليس جواز ردها مع حفظ العقد ، فانه غير معقول إلا أن يراد بالرد الرد الخارجي ، وهو كما ترى ، او الرد بمعاملة مستقلة وهو خارج عن البحث ، فالرد الاعتباري بحيث يرجع العوضان إلى محلها لا يعقل إلا بفسخ العقد ، والمفروض ان العقد واحد ، وكذا الثمن والمثمن ، وليس في اعتبار الوحدة والواحد الاعتباري كثرة في ذلك الاعتبار جزماً ، فبعض الثمن ليس ثمناً ، وبعض المبيع ليس بمبيع ، ولا خيار إلا خيار واحد له فسخ واحد ، فعدم جواز الرد لفقد المقتضي لا للمانع .

(وما يقال) : من ان العقد واحد ، ولأجله يكون تبعض الصفقة ولانحلاله لباً يصح الفسخ في الأبعاض (فاسد) فان الميزان هو وحدة البيع حقيقة ثمناً ومثماً لا وحدة اللفظ والانشاء ، وإلا لزم القول بخيار التبعض إذا باع اشياء بأثمان مختلفة بانشاء واحد .

ويتلوه في الضعف ما قيل من ان خيار التبعض ثابت حتى مع تعدد الثمن والمثمن ، فلو باع الكتاب نصفه بخمسة دراهم ونصفه الآخر بعشرة كان البيع متعدداً لتعدد العوضين فيه ، فيتعدد فيه الخيار ، لكن بالنسبة إلى تبعض الصفقة يمكن ان يقال : إنه في حكم الواحد ، فان غرض البائع تعلق بيع المجموع ، فيمكن دعوى كون الغرض شرطاً ضمناً (وبالجملة) خيار التبعض إنما يجيء من قبل الشرط الضمني او قاعدة الضرر ، فيمكن دعواهما في مثل المقام .

فانه مع تعدد البيع والتمن والمثمن كيف يصح دعوى تبعض الصفقة ، وأين هنا صفقة واحدة حتى يقال إنها تبعضت ؟ ودعوى الشرط الضمني وقاعدة الضرر مما لا يصغى إليهما ، إذ لا دليل على الشرط ، وعلى فرضه يرجع إلى خيار تخلفه لا التبعض ، وقاعدة الضرر لا تثبت الخيار كما مر مراراً .

والذي يمكن ان يقال في دفع الاشكال الثبوتي هو ان الشيء الواحد في التكوين والتشريع يمكن ان يختلف حكمه باختلاف الاضافات ، فالفوقية وعدمها متناقضتان ، وهي والتحتية متضادتان ، ومع الاضافة يرتفع التضاد والتناقض ، وكذا السرعة والبطء وغيرهما من العناوين المختلفة الاضافات وفي الاعتباريات ايضاً كذلك ، فان اللزوم والجواز متنافيان ، ويرتفع التنافي باختلاف الاضافة ، فالعقد الواحد جائز بالنسبة إلى المشتري ولازم بالنسبة إلى البائع ، ولازم بالنسبة إلى الأصيل جائز بالنسبة إلى الفصولي كما قيل .

وفي انحلال العقد ايضاً يجري ذلك ، فيمكن ان ينحل العقد الواحد بالنسبة إلى بعض اجزاء المبيع الواحد ، ولا ينحل بالنسبة إلى بعض ، فان الانحلال امر اعتباري عقلائي لا انعدام تكويني ، ومعه لا مانع مما ذكر ، والدليل عليه في محيط العقلاء صحة شرط الخيار في بعض المبيع ، فلو قال : بعثك هذا الفرس وشرطت عليك الخيار في نصفه جاز عند العقلاء ونفذ عند الشارع بدليل الشرط ، فيصح الفسخ بالنسبة إلى ما شرطاه ، وكذا صحة الاقالة بالنسبة إلى البعض .

وبالجمله لهذا العقد الذي هو من الأمور الاعتبارية العقلائية إمكان الانحلال بالنسبة إلى الكل ، وكذا بالنسبة إلى البعض ، فلو دل دليل على الخيار في بعض المبيع لا يصح رده بتوهم مخالفته للعقل ، فالانحلال النسبي لا يكون مخالفاً للعقل ولا لحكم العقلاء ، فيثبت الخيار مع ثبوت خيار

التبعض ، وعلى ما ذكرناه من الانحلال النسبي يدل كثير من الموارد التي وردت بها الأخبار وفتوى الأخيار .

ثم إن ثبوت الحكم في المقام - وهو بيع شيئين صفقة واحدة ، مع ظهور العيب في احدهما - مع الغض عن الشهرة يتوقف على اطلاق دليل الخيار بالنسبة إلى حالتي الانفراد والانضمام ، وغاية ما يمكن ان يقال : إن قوله عليه السلام في المرسله (١) « في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً » يشمل باطلاقه للثوب الذي بيع مع غيره صفقة واحدة ، ويصح ان يقال : إنه اشترى الثوب ، وإن كان الاثراء في ضمن المجموع ، فينطبق عليه حكمه من جواز رده إلى صاحبه ، ولما كان الرد إلى صاحبه كناية عن ثبوت الخيار يستفاد منه ان الخيار بالنسبة إلى الثوب المعيب ، فيثبت به الخيار النسبي كما مر .

(واما) البحث عن ان الخيار هل هو ثابت في مجموع الثمن او في أبعاضه ؟ (ففي غير محله) لما تقدم من ان ما يشتمل على لفظ الرد وعدمه كناية عن حق الفسخ او الخيار ، فالحكم برد بعض ما تعلق به العقد المستفاد من الاطلاق دليل على ثبوت الخيار النسبي .

ولكن يمكن الخدشة فيما ذكر - مضافاً إلى إمكان إنكار صدق الاثراء في ابعاض الصفقة الواحدة إلا بالتسامح والتأول ، ولا يصار اليهما - انه لما كان حكم العقلاء في الصفقة الواحدة عدم الخيار بالنسبة إلى المعيب فقط بل الحكم إما رد الجميع او قبوله فلا يتقدح في الأذهان من الرواية إلا فسخ المعاملة ، لا الفسخ النسبي ، فانه بعيد عن الأذهان .

بل الأظهر من بين الاحتمالات في المرسله بعد التأمل وملاحظة الارتكاز

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

العرفي هو ذلك ، فان الظاهر من قوله عليه السلام : « الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً » هو الصدق على الأثواب المشتراة مجتمعة إذا كانت الصفقة واحدة ، بحيث لم يكن في مقام الاثراء نظره هذا وذلك كالخف والجورب ونحوهما مما لا يكون النظر فيها إلى احد الزوجين منفرداً ، إذ مع التكثر في مقام الاثراء يخرج عن وحدة الصفقة .

فيصح ان يقال : فيما إذا اشترى الثوبين انه اشترى الثوب ، كما يصح ان يقال : اشترى الخف والجورب ، فان الصدق فيها ليس إلا لكون الزوجين صفقة واحدة ، والفرق بينها وبين الثوبين بعدم تعارف التفريق فيها وتعارفه في الثوبين ، وهو ليس بفارق مع فرض وحدة الصفقة ، إذ مع وحدة المشتري الذي في بعضه عيب يصح ان يقال : فيه عيب إذا وجد في بعضه ، كما يصح ان يقال : في الخف عيب مع كون العيب في احد الزوجين ، فقوله عليه السلام : « إن كان الشيء قائماً بعينه » اي إذا كان المشتري كذلك كان له رده ، فالأبعاض خارج عن السؤال والجواب ، وهذا واضح في مثل الخف والجورب لأجل التعارف ، وظاهر بعد التأمل فيما لايتعارف مع وحدة الصفقة .

والمذكور في السؤال وجوابه وإن كان الثوب والمتاع ، لكن من المعلوم انه ليس لاختصاص الحكم بها ، كما لا يختص الحكم بالرجل المذكور فيه ، فكأنه قال : « الرجل يشتري الشيء فيجد فيه عيباً » .

(واما) احتمال ان يكون المراد الثوب الواحد حتى يخرج المتعدد من مفاد الرواية ، ويكون التعرض لخصوص الشيء المنفرد عن غيره ، ويلحق به مثل الخف والجورب للتعارف ، دون غيره وإن كانت الصفقة واحدة ولازمه عدم الدليل اللفظي على خيار العيب في المتعدد وان كان جميع اجزائه معيوباً (او احتمال) شموله للمتعدد ، ولكن الحكم مختص بمورد

العيب فلا يكون خيار في الصحيح ، ولا يسقط الخيار مع التصرف فيه (فبعيد) عن الذهن العرفي سيما مع الارتكاز المشار اليه .
ثم إنه مع الشك في مفاد الروايات أو الجزم بعدم شمولها للواحد الاعتباري يرجع إلى بناء العقلاء في مثل تلك المسألة العقلانية ، ولا ينبغي الريب في أن الحكم العقلائي هو ثبوت خيار العيب للمجموع المشتري صفقة واحدة ، إذا كان بعض أجزائها معيباً ، فالحكم العقلائي هو إما رد الجميع أو قبوله ، وهذا البناء العقلائي معتمد ما لم يردع عنه رادع ، ومعه لا يحتاج إلى الأصل ، كما أن المسألة لا تحتاج إلى التكاليف التي ارتكبتها الشيخ الأعظم (قده) .

ثم إن ما ذكرناه مع عدم رضا البائع برد البعض ، وإلا فيصح ويكون إقالة نسبية ، وهي عقلانية مع وحدة العقد والمعقود عليه .
ولو تعدد المشتري فقط فالمنسوب إلى المشهور عدم جواز انفراد أحدهما ، والمحكي عن جمع جوازه مطلقاً أو مع تعدد القبول أو مع علم البائع بالتعدد .

والتحقيق عدم الجواز إن كان المتعدد اعتبر واحداً ، بأن يقال : كما يجوز اعتبار المتعدد واحداً في المبيع فيكون الصفقة واحدة - كما تقدم - يجوز اعتبار المشتريين واحداً ويكون البيع منهما ملحوظاً بنحو الاجتماع والوحدة فينتقل المبيع إلى الواحد الاعتباري ، ولا يكون واحد منهما مالكاً لا تماماً ولا جزءاً معيناً أو مشاعاً ، وإنما احتيج إلى قبولها لأنها محققان للواحد ، ففي هذه الصورة يكون البيع واحداً بوحدة الأطراف ، والخيار واحد غير متعدد ، وهذا نظير ملكية الجهة ، وهذه الصورة وإن لم تكن مشمولة لظاهر أدلة الخيار ، لكنها بنظر العرف وبمناسبة الحكم والموضوع تلقى عنها الخصوصية كما تلقى عن الرجل والمتاع والثوب ووحدة المشتري والبائع (وبعبارة أخرى)

يرى العرف أن الحكم ثابت للبيع الواقع على المعيب ثمناً كان أو مثنياً من غير دخالة خصوصية الأطراف في ثبوت الحكم فهذه الصورة لا إشكال فيها. كما لا إشكال في جوازه إذا باع من كل منها النصف المشاع مثلاً بعقد واحد ، لصدق العنوان المأخوذ في الروايتين على كل منها بلا ريب ، وعدم مانعية شيء إلا ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من انصراف الدليل ، وأن رد الجزء منفرداً نقص حدث فيه ، وأنه ليس قائماً بعينه ، ولو بفعل المسك لحصته ، وإن المقصود حصوله بيد البائتم كما كان قبل الخروج ، وأن التشقيص ضرر عليه ، وليس شيء منها صالحاً للمنع كما تقدم منا . وتصلدى لدفعها الأعظم (قدمهم) .

وكذا الحال لو باع منها بلا ذكر النصف ، ضرورة أن البيع كذلك عين بيع كل نصف بنحو الاشاعة ، إذ البيع منها بنحو الصورة الأولى غير مقصود ، وبيع الكل من كل غير مقصود أيضاً ، مع أنه باطل في نفسه ، لاستحالة تحقق مضمونه ، وبنحو الجزء المعين مفروض العدم ، فلا يبقى إلا بيع كل نصف بنحو الاشاعة ، ومعه يكون البيع متكثراً ، وكذا المبيع والتمن والخيار لصدق العنوان وعدم المانع .

ولو اشترى الوكيل المطلق عنهما من غير ذكر الموكلين مع جهل البائع فهل يثبت الخيار للوكيل أو للموكلين أو للجميع ؟ وجوه مر نظيرها في خيار المجلس ، إذ لا يفرق بين المقام وهناك ، إلا من جهة ذكر البيعين هناك وخصوص المشتري هاهنا ، وذكر غاية الخيار هناك ولا غاية له هاهنا وهما ليسا بفارقين .

فإن قلنا إن المشتري ومن اشترى لا يصدق إلا على الوكيل ، فإنه أوجد الشراء بقبوله فلا خيار إلا له ولم يتعدد الخيار ولا البيع ، ولا دليل على جواز الفسخ النسبي ، فله الفسخ في الجميع ، وكون النقل بحسب الواقع

متعددأ لا يوجب كثرة البيع والشراء الواقعين على الواحد مع وحدة الطرفين وكذا الحال في ولي القاصرين والوصي .

إلا أن يقال : إن الاشرء للشخصين يوجب صدق العنوان عليه بجهتين ، فانه اشترى لهذا ، فيكون له خيار واشترى لذلك فكذلك ، فيكون للوكيل خياران مستقلان وله الأخذ بأي منهما .

وهذا غير بعيد إذا نوى الاشرء لها وقلنا بأن نظر الباعين ليس البيع من خصوص المخاطب ، بل يبيع سلعته بثمانها ، ولهذا لا يكون الباعان ركناً في البيع (وأما) مع عدم النية كما هو دأب الدالين فلا وجه لما ذكر . وإن قلنا بأن الخيار ثابت لمن انتقل إليه المال ، وإن لم يصدق عليه المشتري إلا بالتأول ، فان المنصرف اليه بحسب المناسبات هو المالك ، فهنا انتقالان مستقلان ومشتريان مستقلان ولو بالتأول ، فيثبت لكل منهما الخيار في حصته .

ومما ذكر ظهر الحال لو قلنا بصدق المشتري على الوكيل والموكل ، كما قيل في خيار المجلس وأغمضنا عن الاشكال فيه ، كما يظهر الحال في تعدد الباع مع وحدة المشتري ، فان الكلام فيه هو الكلام في المقام (وربما يتوهم) أن المشتري إذا كان واحداً يكون له خيار واحد وإن تعدد الباع ، فلا يجوز له التفرد ، وقضية عدم تضرر الباع ليست بشيء ، لأن دليل الضرر أجنبي عن إثبات الخيار (وفيه ما لا يخفى) فان الاشرء من هذا غير الاشرء من ذلك ، فعنوان الاشرء صدق عليه بجهتين ، فله في كل شراء خيار . ومما مر يظهر الحال في تعدد الباع والمشتري ، بل التفرد هاهنا أوضح .

مسألة :

يسقط الأرش فقط باسقاطه حال العقد وبعده على ما مر في مسقطات

سائر الخيارات ، وفيما إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما ، فإنه لا أرش فيه ، لا للزوم الربا ، فان ظاهر أدلة حرمة هو أن تكون الزيادة يجعل المتعاملين ، ولا دليل على جريان حكمه فيما إذا ترتبت الزيادة بعد المعاملة على نحو الغرامة للعيب ، ولا لما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من أن المستفاد من أدلة تحريم الربا ان وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعلوم لا يترتب على فقده استحقاق العوض ، فإنه مضافاً إلى عدم دلالتها على ذلك التنزيل ، يرد عليه أنه إن كان التنزيل في جميع الآثار ، فيلزم عدم خيار الفسخ أيضاً بفقده ، وإن كان من حيث استحقاق الغرامة مطلقاً ، فيلزم عدم الضمان بالاتلاف أو بالاستيلاء ، وإن كان في خصوص استحقاق الأرش لزم التنزيل المستهجن ، إلا أن يرجع كلامه إلى ما نذكره وهو أن المستفاد من أدلته عدم استحقاق الأرش والغرامة .

ويظهر ذلك بمقدمة ، وهي أنه لا إشكال في ان شرط الغرامة في ضمن العقد - بأن يشترط عليه تأدية التفاوت بين الصحيح والمعيب - باطل فإنه شرط الزيادة العينية التي لا اشكال في بطلانه ، بل الظاهر حرمة ، بل بطلان البيع به على قول وإن شرطها عند تعذر الرد أو عند ظهور العيب فان كل ذلك باطل ، ويظهر من ذلك ان الالزام بالزيادة مرغوب عنه ، ولهذا بطل شرطها .

إذا عرفت ذلك نقول : ان العرف يرى المنافاة بين هذا الحكم وإلزام الشارع بتأدية الغرامة والزيادة ، فلو كان الحكم الشرعي لإلزام البائع بتأدية الغرامة وكان مرغوباً فيه فكيف يصح الحكم ببطلان شرطها ، واحتمال كون المفسدة لنفس إيقاع الشرط لفظاً كما ترى ، (وبالجمله) بعد كون مفاد الشرط عين ما ألزمه الشارع من أداء الغرامة يكون البطلان مناقضاً لهذا الحكم عرفاً ، فلا بد من رفع اليد إماماً عن إطلاق أدلة الربا والحكم بصحة

شرط الزيادة وإما عن إطلاق دليل الأرش ، ولعل الثاني أهون لشدة الاهتمام بالربا ، ولو تعارض الدليلان بالعموم من وجه فالترجيح للدليل الربا سنداً ولأجل الموافقة للكتاب والسنة ، ولو تساقطا فالأصل موافق لعدم ثبوت الأرش ، إلا ان يقال : إنه مع التساقط يرجع إلى حكم العقلاء بثبوت الأرش .

ويمكن دعوى قصور الدليل عن إثبات الأرش في المورد ، فلا يرجع الأمر إلى تعارض الدليلين ، وذلك لعدم إطلاق معتمد عليه في دليله (أما) رواية زرارة (١) فإنها في مقام بيان مضي البيع عند إحداث شيء في المقبوض ، فلا إطلاق فيها (واما) المرسله (٢) فان قوله عليه السلام : « إن كان الثوب قد قطع » إلى آخره يثبت الحكم للثوب ، وبالقائه الخصوصية يثبت الحكم لسائر الموارد ، ومع احتمال خصوصية في مورد لا يصح إلقاؤها فضلاً عن معلومية الخصوصية ، كما في المقام .

(وأما) مفهوم قوله عليه السلام : « إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه » فهو انه إن لم يكن كذلك فلا رد ، ولا دلالة له على ثبوت الأرش بوجه ، وإنما يكون ثبوته بالمنطوق في الشرطية الثانية التي قد عرفت حالها . (واما) المتاع المذكور فيها الذي هو شامل للجناس الربوية فهو في السؤال ، فلا يفهم حكمها من الجواب إلا بالقائه الخصوصية التي قد ظهر حالها ، فلم تبقى غير ادلة تحريم الربا المستفاد منها عدم الغرامة بلا معارض ، ومعها لا يصح الرجوع إلى حكم العقلاء في ثبوت الأرش . ولا يثبت الأرش ايضاً فيما لا يوجب العيب نقصاً في القيمة ، وكذا فيما اذا لم يكن خروج المبيع عن خلقته الأصلية موجباً لنقصه ، وهو واضح .

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ - ٣ .

مسألة :

يسقط الأرش والرد بأمر ، وإن كان في إطلاق السقوط في بعضها توسع : (الأول) العلم بالعيب قبل العقد بلا إشكال ، لقصور الأدلة عن إثباتها للعالم به ، كما يظهر بالمراجعة إلى الأدلة ، ولكون الخيار والأرش من الأحكام العقلائية ، ولا ريب في عدمهما عند العرف والعلاء مع العلم به .

(واما) التمسك بمفهوم رواية زرارة (١) المتقدمة ففي غير محله ، لعدم المفهوم للقيد وإن قال بعض الأكابر (رحمهم الله) بأن النكتة الوحيدة في جميع القضايا التي ادعي فيها المفهوم أن إتيان القيد دليل على دخالته في الحكم ، وينتفي ذلك عند انتفائه ، فان المتكلم اذا كان في مقام بيان موضوع حكمه فلا بد وان يأتي بكل ما هو دخيل فيه ، ويحترز عما لا دخالة له ، ولما كان الحكم المترتب على الموضوع وضعياً كان ام تكليفياً هو طبيعة الحكم وماهيته ، فلازمه رفع الطبيعة برفع القيد ، من غير فرق بين الشرط واللقب وغيرهما ، ولو كان الموضوع للحكم او المقوم له احد الأمرين لما كان له ذكر احدهما دون الآخر .

وفيه ان المسلم هو ان تعلق الحكم بالموضوع مع القيد دليل على دخالته وعدم شريك له في الدخالة ، وإلا لزم اللغوية او نقض الغرض ، واما الدلالة على عدم العديل وأن قيدهم آخر لا ينوب عن القيد المأخوذ فلا دليل عليه ، ولا على لزوم ذكره ، اذ لا يلزم من عدم ذكره نقض للغرض

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢

ولا محذور آخر ، فقوله عليه السلام (١) : « اذا كان الماء قدر كرم لم ينجسه شيء » دليل على ان الكرية دخيلة والماء الكرم تمام الموضوع للاعتصام ولا شريك له ، واما الدلالة على عدم البديل الذي هو الأساس في اثبات المطلوب فلا . (وبعبارة اخرى) تعلق الحكم بالموضوع المقيد دليل على انه تمام الموضوع ، لا على حصره ، والمفهوم تابع للدلالة على الحصر لا على كون الشيء تمام الموضوع ، ولا ينافي ذلك اثبات طبيعي الحكم او ماهيته للموضوع ، لأن الطبيعي قابل للتكثر ويتكرر بتكثر العلة والجعل ، فقوله صلى الله عليه وآله (٢) : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » كقوله صلى الله عليه وآله (٣) : « صاحب الحيوان بالخيار » وكسائر مثبتات الخيار تثبت طبيعي الخيار للموضوعات من غير تناف ، والكر سبب لطبيعي الاعتصام كالجاري ، والتفصيل يطلب من مظانه .

(وربما يقال) : ان للمقام خصوصية بها يدل القيد على المفهوم ، وهي ان الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لبيان سقوطه باحداث الحدث . (وفيه) ان ما دلت عليه هو ان الخيار الثابت بهذه القيود ساقط باحداث الشيء وهو لا يفيد ، لعدم الدلالة على الحصر ، وهذا نظير ان يقال : « اذا بلغ الماء قدر كرم يتنجس بالتغير » حيث لا دلالة فيه على الحصر والمفهوم ، هذا كله مع الغض عن اختلاف النقل في الرواية ، فان الكافي نقلها بلفظ « لم يتبين له » وفي التهذيب المطبوع في النجف « لم يبرأ به » وفي الوافي والوسائل « لم يبين له » وان لا يبعد وقوع الخطأ في نسخة التهذيب .

(١) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب الماء المطلق - الحديث ١ و٢

من كتاب الطهارة .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

ولو شرط العالم بالعيب في ضمن العقد خيار العيب مريداً به الخيار الخاص الذي له احكام خاصة ففي صحته او فساده فقط او مع افساده وجوه :

والتفصيل انه بحسب التصور يمكن ان يكون خيار العيب ثابتاً للعيب المجهول ، بحيث يكون عدم العلم به قيداً للموضوع او قيداً لمقتضى الخيار او يكون المقتضى له وموضوعه هو العيب لا غير ، لكن العلم به مانع عن فعليته او سبب لسقوطه .

فعلى الأول لا مجال لاثباته لموضوع آخر بدليل الشرط ، لعدم كونه صالحاً لذلك ، بل الشرط لا يكون إلا محققاً لموضوع الوفاء به ، سواء تعلق بفعل او كان من قبيل شرط النتيجة ، ومعنى الوفاء به هو العمل على طبق ما شرط ، واما صلاحيته لاثبات حكم شرعي لموضوع كاثبات خيار العيب للعالم بالعيب فلا ، وهذا نظير الالتزام بإمكان شرط خيار الحيوان بعنوانه في غير الحيوان او خيار العيب بعنوانه فيما لا عيب فيه .

وان شئت قلت : لا يصلح الشرط بدليله ان يجعل غير المقتضى مقتضياً ، ولا غير السبب سبباً ، ولا غير الموضوع موضوعاً ، (نعم) لا مانع من شرط التخيير بين الرد والأرش ، والخيار اذن يكون خيار الشرط لا العيب ، بل قلنا في غير المقام : ان العناوين الثانوية كالشرط والنذر والعهد اذا تعلقت بشيء لا تغير حكمه ، فاذا نذر صلاة الليل او شرط فعلها على غيره لا تصير الصلاة واجبة ، بل هي مستحبة كما كانت قبل التعلق ، وانما الواجب هو الوفاء بالشرط ، ومعنى وجوبه لزوم الاتيان بها بعنوان الاستحباب ، فالوجوب متعلق بعنوان والاستحباب بعنوان آخر ، ولا يعقل سراية الحكم من احد العناوين الى الآخر ، والمصداق المتحقق في الخارج اي مجمع العناوين هو مصداق ذاتي للصلاة وعرضي للنذر

ولا يجعلها النذر متعلقة لحكم آخر ، وكذا الحال في الشرط .
وعلى الأخيرين فان كان للدليل مانعية العلم عن الخيار أو مسقطيته له
إطلاق يشمل حال عروض الطوارئ فلا يصح شرط الخيار ، لكونه مخالفاً
للشرع ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ، إذ الشرط حينئذٍ يوجب انقلاب
موضوع المانعية والمسقطية ، فيرجع شرط الخيار إلى دفع المانعية لا رفعها ،
نظير شرط سقوط الخيار في ضمن العقد ، حيث يرجع إلى الدفع لا الرفع
(وبعبارة أخرى) إن المانع قاصر عن الشمول لحال الطارئ ، فيترتب على
الموضوع حكمه أي خيار العيب بعنوانه ، لتحققه أو تحقق مقتضيه وعدم
المانع ، فيصير الخيار فعلياً ، هذا بحسب التصور .

وأما بحسب مقام الاثبات فلا يبعد القول بأن العلم مانع أو مسقط كما
عدّه الفقهاء من المسقطات وإن كان بعض الكلمات يشعر بتعلق الخيار بالعيب
المجهول ، وذلك لاشكال ثبوتي في قيديّة عدم العلم ، فان العدم حتى المضاف
منه لا يعقل أن يشار إليه أو يتعلّق به حكم ثبوتي ، ولا يعقل دخالته في
شيء حكماً كان أو غيره ، وما اشتهر من أن للعدم المضاف حظاً من الوجود
لا يرجع إلى محصل ، ولعل ذلك من باب اشتباه العدم بالعنوان الموجود في
الذهن أي الحمل الشائع بالأولي على وجه .

والتحقيق أن كل ما يترأى منه أن العدم فيه قيد للموضوع يرجع إلى
أن الوجود مانع ، عكس ما هو المعروف من أن مانعية الوجود ترجع إلى
شرطية العدم بتوهم عدم إمكان المانعية ، وهو مزيف على ما هو المحقق في
محله (وتوهم) أن العرف لما رأى للأعدام المضافة نحو تحقق ولا يتحاشى
عن صيرورته قيداً للموضوع ، فلا محالة يكون نظره متبعاً ، كما هو كذلك
في أمثال المقام (فاسد) لأن لازمه أن يكون القيد هو الوجود الذهني المحقق
لعنوان العدم بالحمل الأولي ، وهو مقطوع الفساد ، مع إن إرجاع القوم

مانعية الوجود إلى شرطية العدم أيضاً مخالفة لنظر العرف ، نعم لو كان الخيار ثابتاً للشخص الجاهل بالعيب أو في العقد الذي كان العوض المعيب فيه مجهولاً بحيث لا يرجع إلى قيدية العدم ، كان لامكانه وجه وإن كان باب المناقشة فيه واسعاً لا مجال لفتحه ، لكن المفروض أن الخيار ثابت للعقد بقيد عدم العلم بالعيب .

ثم إن التحقيق أن الأدلة في المقام قاصرة عن إثبات شرطية الجهل مع أنه لو كانت دالة عليها لأرجعناها إلى مانعية الوجود ، كما أشرنا إليه ، وكذا قاصرة عن إثبات المانعية المطلقة ، لأن ما يتوهم فيه الأمران هو رواية زرارة (١) وهي مع الغض عن اختلاف النسخ فيها كما أشرنا إليه تكون بصدد بيان حكم إحداث الشيء وثبوت الأرش ومقووط الخيار لا ثبوته ومعه لا يمكن استفادة الشرطية منها ولا المانعية المطلقة .

لكن بعد اللتيا والتي يشكل الالتزام بصحة الشرط المذكور بعد الاشكال في دلالة الأدلة واحتمال المانعية أو المسقطية المطلقتين ، ومعه يحتمل مخالفة الشرط للشرع ، فلا يصح التمسك بأدلة الشرط المتقيدة بعدم كونه مخالفاً للكتاب مع اتصال القيد ، ولا أصل لاحتراز عدم المخالفة على ما هو المحقق في محله .

ثم إن الشرط على فرض فساده لا يوجب فساد العقد ، وما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من الافساد مخالف للتحقيق ولما اختاره من عدمه في باب الشروط ، ويمكن توجيه كلامه بوجه بعيد ، وهو أن يكون لدفع توهم أن شرط خيار العيب ينحل إلى شرطين أحدهما أصل الخيار وثانيهما كونه خيار العيب ، أو أن الشرط يرجع إلى شرط الخيار وقيد هو كونه للعيب ، وأنه يمكن أن يصح أصل الشرط - أي شرط الخيار ويكون خيار

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ .

الشرط - مع بطلان الشرط الثاني أو القيد ، فأجاب بأن مثله يوجب إفساد أصل الشرط أيضاً ، لأن المقيد الخاص إذا بطل قيده بطل .

الثاني :

تبري البائع عن العيوب ، وهذا مما لا اشكال فيه على ما ذكرناه من أن ثبوت الخيار عقلائي ، فان السقوط أو عدم الثبوت مع التبري أيضاً عقلائي بلا ريب ، ويدل على ذلك تعارف التبري عنها عند العرف حتى في عصر صدور الروايات ، ومن المعلوم أن ذلك لأجل سقوط حق المشتري خياراً وأرشاً ، كما أنه لا إشكال فيه على مبنى كون الثبوت للالتزام الضمني أو للاجتماع .

ولو كان الدليل عليه الأخبار فكذلك ، لأنه ليس فيها ما يوهم الاطلاق إلا مرسله جميل (١) وهي مع الاشكال في إطلاقها كما أشرنا اليه سالفاً لا ينبغي الاشكال في انصرافها عن مورد العلم بالعيب أو تبري البائع منه ، سيما مع كون السقوط به معهوداً معروفاً عند العرف ، ومعه لا يتقدح في الأذهان منها الثبوت معه ، فالمرجع حينئذٍ عموم « أوفوا بالعقود » (٢) وسائر أدلة اللزوم ، وأما سائر الروايات (٣) فلا اطلاق فيها كما يظهر بالمراجعة اليها . (نعم) لو سلمنا الاطلاق في المرسله وثبوت الخيار باطلاقها في مورد التبري ففي الخروج عنها بمفهوم رواية زرارة (٤) ومكاتبة جعفر بن عيسى (٥)

(١) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار -

الحديث ٣ - ٠ - ٢ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٥) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ١ .

إشكال ، أما الثانية فلاشكال في سندها ، مضافاً إلى أن متنها أيضاً لا يخلو من كلام ، كما سيأتي التعرض له ، وأما الأولى فلاشكال في ثبوت المفهوم للقيود كما تقدم نظيره في الأمر الأول .

والشيخ الأعظم (قده) مع التنظر في مفهوم الرواية في الأمر الأول تمسك به هاهنا ، بل جزم باطلاقه لاثبات عدم الفرق بين التبري التفصيلي والاجمالي وبين العيوب الظاهرة والباطنة .

وقد عرفت أنه لا وجه للمفهوم هاهنا كما في سائر القيود ، وعلى فرضه لا إشكال في عدم إطلاقه بعدما كانت الرواية بصدد بيان حكم آخر وهو ثبوت الأرش عند إحداث الشيء ، ولعل إشكاله هناك لأجل اختلاف نسخ الرواية ، وان في التهذيب بدل « لم يتبين » « لم يبرأ به » ومعه لا حجية لها ، أو أنه اخذ الرواية من الوسائل أو الوافي وفيها بدل « لم يتبين له » كما في الكافي ومرآة العقول « لم يبين له » وقرأه بالبناء للفاعل حتى يكون المفهوم بيان البائع لوجود العيب وهو غير العلم به ، ودعوى أن البيان طريق إلى المعرفة غير مسموعة ، لخصوصية في بيان البائع وذكره في المورد ، لكن الظاهر أن الكلمة مبنية للمفعول ، لعدم ذكر في الرواية من البائع ، ومعه لا يكون البناء للفاعل متعارفاً لو لم يكن غلطاً .

(نعم) لو اغمض عن الاشكال في رواية جعفر فلا إشكال في دلالتها ، ومقتضى عمومها عدم الفرق بين التبري الاجمالي والتفصيلي وبين العيوب الظاهرة والباطنة ، كما أنه لا فرق بين المذكورات عند العقلاء ، فلو قال : « بعثك بكل عيب » كما هو المتعارف يسقط الرد والأرش عندهم مطلقاً .

ثم إن التبري إنما يوجب الغرر لو قلنا بأن الرافع له هو التزام البائع بالصحة ، أو قلنا بأن الرافع إصالة السلامة وهي لا تجري مع التبري

ومع انحصار سبب الرفع بأحدهما يقع التنافي بين النهي عن الغرر ورواية جعفر بن عيسى (١) ورواية زرارة (٢) على احتمال ، وكذا بينه وبين الاجماع والشهرة المحكية ، فلا بد من رفع اليد عن إطلاق دليل النهي عن الغرر ولا بأس به ، وتوهم إيبائه عن التخصيص فاسد كما لا يخفى .

وأما لو قلنا بأن طريق رفع الغرر ليس منحصراً بما ذكر كما هو الواقع فإنه يرفع بأمر كالمشاهدة والعلم وإخبار غير البائع والقرائن والشواهد وغيرها فلا وجه للتنافي ولا لرفع اليد عن النهي عن الغرر ، لأن مجرد الدليل على أن التبري عن العيوب يوجب سقوط الخيار والأرش لا يوجب رفع اليد عن شرط صحة البيع ، بل يمكن القول بأن الحكم بأن التبري يسقط الخيار إنما هو بعد الفراغ عن صحة البيع بشرائطه المذكورة في محله ، وليس لسان الروايتين لسان التقييد أو التخصيص حتى يقال : إنه لا محيص منه ، فمع عدم التنافي لا بد من الأخذ بمقتضى الدليلين ، وهو اعتبار رفع الغرر بسائر الروافع وسقوط الخيار والأرش بالتبري .

والذي يسهل الخطب ان التبري المذكور لا ينافي أصالة السلامة التي قلنا في محله : إنها أصل عقلائي معتمد عليه بل أمانة عقلائية موجبة لرفع الغرر ، فإنه يؤتى به كناية عن عدم ثبوت تبعات العيب ، فهو بمنزلة اشتراط سقوط الرد والأرش ، ومن الواضح أنه لا ينافي أصالة السلامة المجتمعة مع احتمال العيب احتمالاً مرجوحاً ، كما في سائر الأمارات المعتبرة ، فنداء المنادي بالتبري ليس إخباراً بوجود العيب ولا ملازماً لذلك ، بل إنما ينادي للاحتياط ولرفع الغائلة الاحتمالية ، فجريان الأصل ورفع الغرر به مما لا إشكال فيها .

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام العيوب - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ .

ثم إن إطلاق التبري من العيوب أو عمومها إنما يشمل خصوص العيوب الموجودة حال العقد دون المتجددة إلا مع قيام قرينة عليها ، فإن الأذهان العرفية غافلة عن العيوب الحادثة بعد العقد قبل القبض أو بعده في زمان الخيار ، كما أنها غافلة عن حكمها الشرعي ، ومعها لا وجه للشمول ، بل المعهود من النداء هو خصوص العيوب الموجودة ، نعم لا مضابطة فيه مع قيام القرينة ، كما لا إشكال في صحة التبري عن المتجددة (ودعوى) رجوعه إلى إسقاط ما لم يثبت ، وهو محال (في غير محلها) مع أن الأشكال يرد على التبري من العيوب الموجودة أيضاً ، فإن الخيار لا يكون متحققاً حال العقد ، والجواب عنه ما مرّ في محله من أن الاشتراط المذكور أو التبري في المقام دافع للخيار لا رافع له ، كما هو كذلك عند العقلاء .

ثم لو فرضنا رجوع ذلك إلى إسقاطه فلا مانع منه بإنشاء الإسقاط فعلاً على نحو التعليق وحصول السقوط في محله (وتوهم) أن الإسقاط بنحو الإنشاء التعليقي لا يصح ، لأن دليل نفوذه هو قولهم : لكل ذي حق إسقاط حقه ، وهذه الأمور كلها ظاهرة في الفعلية ، وليس هو في المفروض ذا حق فعلي ولا الإنشاء المزبور إسقاطاً بالحمل الشائع ولا متعلقاً بالحق بالحمل الشائع (في غير محله) لأن الحكم المذكور عقلائي ، وليس في نظر العقلاء فرق بين إنشاء إسقاط الحق الفعلي فعلاً وبين إنشاء الإسقاط المتعلق بالحق الفعلي في محله ، وقد أشرنا سابقاً إلى أن الإنشاء المذكور عقلائي إذا وقع في ضمن العقد ، دون ما إذا وقع قبل حصول الاقتضاء للخيار ، كما لو اشترط التبري عن العيوب في العقد الذي يتحقق في الغد مثلاً فإنه لا مانع منه عقلاً لكنه غير عقلائي .

وبالجملة إن الإنشاء التعليقي متعلق بالحق الذي هو فعلي في محله ، والمنشئ ذو حق فيه ، وإنما الأشكال في التعليق ، وهو ليس بشيء إذا كان

عقلاً ، ولا دليل على بطلانه شرعاً ، ولو لا ذلك لجرى الاشكال في التبري عن العيوب الموجودة لعين ما ذكر ، ومجرد حصول المقتضي لا يصحح الاسقاط الفعلي ، فالتبري من العيوب المتجددة لا إشكال فيه سواء رجع الشرط إلى اشتراط الاسقاط في محله الذي أنشأه البائع وقبله المشتري أو إلى شرط السقوط كذلك ، أو شرط عدم الثبوت .

(نعم هنا كلام) وهو أن التبري من العيوب هل هو من قبيل الشرط في ضمن العقد ويعتبر فيه شروط الشرط ، أو أمر مستقل عقلاً يترتب عليه سقوط الخيار والأرش كالعلم بالعيب وأن مجرد الاعلام بذلك قبل العقد ولو لم يكن شرطاً فيه موجب له ، فعليه يكون التبري من العيوب الموجودة حال العقد متعارفاً لدى العقلاء من الأعصار القديمة ونافاً لدى الشرع ، وأما العيوب المتجددة فحيث لم يعهد من العقلاء التبري منها ولم يكن متعارفاً لدى العرف يشكل ترتب الأثر عليه ، لعدم الدليل عليه وعدم ثبوت تنفيذه ، فلا بد فيه من الاشتراط في العقد حتى يترتب عليه الأثر بدليل الشرط ، ولا يبعد أن يكون من قبيل الشرط ويكون النداء المذكور موجباً لوقوع العقد مبنياً عليه بحيث يعدّ من قيوده ، والأمر سهل .

ثم إن الاحتمالات التي ذكرها الشيخ (قده) في التبري مبنية على الأخذ بظاهر اللفظ ، وأن البراءة لا بد من متعلق لها ثابت في الذمة ، ولهذا التجأ إلى التوجيه فيه ، ضرورة أن العيب لم يكن ثابتاً على عهدة البائع ، فاحتمل أن يكون المراد بها البراءة عن تعهد السلامة ، أو البراءة عن ضمان المعيب مما هو بعيد عن ظاهر اللفظ وعمّا يريد العرف .

(والظاهر) أن هذا النداء كناية عن سقوط الخيار والأرش ، وقد مرّ أنها عقلاً ، ويدل عليه هذا التبري المتعارف في البلاد ، وليس في الأذهان العرفية عند البيع التزام بالصحة أو اشتغال بالضمان حتى يحمل الكلام

عليه ، بل ما هو المعهود هو ثبوت الخيار والأرش ويراد بهذا التبري التخلص منها بسقوط حق المشتري ، فالكلام المذكور يرجع إلى اشتراط سقوطها ، لا إلى البراءة عن شيء في الذمة ، ولهذا يقع بغير لفظ البراءة ، كقوله : « بعتك بكل عيب » بل المتعارف في الغالب بل مطلقاً في بلادنا عدم ذكر التبري بلفظه ، ومن الواضح أن النداء بأي نحو وقع إنما هو لمقصد واحد .

ومما ذكرناه من أن ذلك يرجع إلى شرط سقوط حق المشتري خياراً وأرشاً يتضح أنه لا وقع للنزاع في أن التبري عن العيوب أو عن عيبٍ خاص هل يسقط تأثيره من حيث الخيار أو يشمل سائر أحكامه ؟ كعهدة التلف قبل القبض أو في زمان خيار المشتري المضمون على البائع بناءً على القول بأن التلف موجب للضمان لالانفساخ العقد ، ضرورة أن إسقاط خيار العيب أو سقوطه لا مساس له بما ذكر .

(وبالجملته) إن الاحتمال المذكور من متفرعات إرادة التبري من اللفظ المذكور ، وعلى فرض تسليمه لا مجال للاحتمال المذكور إلا دعوى انصراف قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه » أو قاعدة « التلف في زمن الخيار » عن التلف المسبب عن العيب الذي برىء منه ، أو دعوى إطلاق التبري بالنسبة إلى العهدة المتأخرة ، وفيهما منع .

ثم إنه قد وقع الكلام في سقوط الرد والأرش في موارد آخر :
(منها) زوال العيب قبل العلم به بل وبعده قبل الرد ، بدعوى أنه لا موجب لها معه ، وأن سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله ، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد كما عن العلامة ، بل الظاهر من قوله : لعدم موجه ، وتنظيره بما لو زال قبل العقد هو سقوط الأرش أيضاً .

وفصل الشيخ الأعظم (قده) بين الرد والأرش بالسقوط في الأول لظهور الأدلة في رد المعيوب فعلاً ، خصوصاً بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر ، فعليه لا يجري الاستصحاب أيضاً ، وأما الأرش فلا مانع من استصحابه بعد تعلقه بالذمة حال العقد ، هذا .

والأقوى عدم سقوطها مطلقاً لمنع ظهور أدلة الخيار فيما ذكر ، بل مقتضى الإطلاق ثبوتها ، لأن الظاهر من رواية زرارة (١) هو أن من اشترى شيئاً وبه عيب حال الاشتراء فأحدث فيه شيئاً ثم علم بذلك العيب الذي كان حال الاشتراء يمضي عليه البيع وله الأرش ، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين زوال العيب بعده وعدمه ، وليس فيها من أخذ عنوان المعيوب في المردود عين ولا أثر ، بل الظاهر من صدرها عدم دخالة بقاء العيب في ثبوت الخيار ، وإلا كان اللازم التقييد به وعدم الاقتصار على عدم التبري وعدم التبين ، فإن الظاهر منه أنه أراد ذكر تحقق الموضوع وأن بعد تحقق الخيار لو أحدث شيئاً سقط ، فالإقتصار على القيد دليل على عدم دخالة غيرهما ، فتدبر حتى لا تتوهم منافاة ذلك لما تقدم منا من عدم المفهوم له بل عدم الإطلاق للصدر .

(وبالجملّة) إن الرواية (٢) ظاهرة في أن العيب حال الاشتراء موضوع للحكم بالقيود المذكورة فيها ، ومقتضى الإطلاق ثبوت الحكم رداً وأرشاً مع زوال العيب بعده ، فلو منع إطلاق صدرها فلا ريب في إطلاق ذيلها الدال على ثبوت الأرش .

ومقتضى إطلاق رواية جميل (٣) أيضاً ثبوتها ، فإن قوله : « يشترى الثوب فيجد فيه عيباً » سؤال عن العيب حال الاشتراء ، فكأنه قال : « يجد

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ .

عيباً كان ذلك العيب حال الاثراء » فأجاب بالتفصيل بين القيام بعينه وعدمه ، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين زوال ما كان ثابتاً حاله وعدمه سيما مع كون الوجدان طريقياً ، فكأنه قال : كان فيه عيب حاله ، بل الاطلاق ثابت حتى مع الجمود على ظاهرها من أنه وجد فيه عيباً فعلاً ، فان مقتضى الاطلاق أن من وجد في المبيع عيباً سابقاً كان له الخيار سواء زال بعد ذلك أم لا ، وبالجملة مقتضى الروايتين (١) ثبوتها مطلقاً .

ثم مع الغض عن ذلك ، فالتفصيل غير وجيه ، فان قوله عليه السلام : « رده على صاحبه » كناية عن ثبوت خيار الفسخ كما مرّ مراراً ، وعليه يكون الموضوع هو العقد ، فمع زوال العيب يشك في بقاء الخيار المتعلق بالعقد فيستصحب ، بل مع تعلق حق الرد بالمعيب بعنوانه لا مانع من الاستصحاب ، لأن القضية المتيقنة موضوعها في الخارج محفوظ ، ضرورة ثبوت الحكم للعين الموجودة والشك في زواله ، ولا يعتبر بقاء موضوع الدليل كما هو واضح ، ولو قيل : إنه يشك في أصل ثبوت الخيار من الأول لاحتمال ثبوته للمعيوب الذي لا يتعقبه الزوال يقال : إنه على فرض تسليمه يجري في الأرش أيضاً ، للشك في ثبوته من أول الأمر ، مع ان المبني فاسد . وأما دعوى الانصراف أو دعوى كون النكته الضرر ومع ارتفاعه لا موجب لها ففني غير محلها ، والعهدة على المدعي ، ولم يحرز بناء العقلاء المتصل بعصر المعصوم عليه السلام في المورد ، لندرة الاتفاق ، مع أن بناءهم على عدمهما مع الزوال في ملك المشتري لم يثبت ، بل الظاهر هو ملاحظة حال العقد كما في خيار الغبن إذا تغير السعر في ملك المغبون .

ومما ذكر يظهر ضعف المحكي عن العلامة من نفي الموجب لها مع زواله فان الموجب هو العيب حال العقد وهو مما لا يعقل زواله ، وما هو زائل

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ و ٣ .

هو الوجود البقائي ولم يكن موجباً ، ولو اغمض عن ذلك فلا دليل على أن علة الحدوث هي علة البقاء ، وأن الخيار والأرش دائران مدار العيب ومعه لا مانع من استصحابها ، وأضعف من ذلك قياس الزوال بعد العقد بالزوال قبله مع وضوح الفرق .

وعلى فرض الاستناد فيها إلى دليل نفي الضرر فالحكم كما ذكر من ثبوتها مع الزوال ، لأن مقتضى دليله هو نفي اللزوم وإثبات الأرش بالعيب الموجود حال تحقق العقد ، والزوال بعد ذلك لا دخل له فيه ، إلا أن يقال : إن المرفوع هو الضرر الذي لم يتعقبه الجبر ولو في ملك المشتري ، وهو كما ترى ، وكيف ما كان فالتحقيق ثبوتها مطلقاً .

و (منها) التصرف بعد العلم بالعيب ، فقد حكي عن ابن حمزة أنه مسقط للأمرين ، وفيه ما لا يخفى ، فانه إن أراد أنه مطلقاً مسقط فهو مخالف لكافة الروايات (١) الواردة في خيار العيب ، الظاهرة في أن التصرف الخاص أي الموجب لتغير العين هو الموجب لسقوط الخيار وثبوت الأرش كما في بعضها ، أو إحداث شيء في المبيع كما في بعضها ، أو الوطاء الذي هو مسبوق بلا شبهة ببعض التصرفات كاللمس والتقبيل وغيرهما كما في كثير منها ، وعليه فلا ريب في أن مطلق التصرف ليس موجباً لسقوط أحدهما فضلاً عن سقوط كليهما .

ومنه يظهر ضعف ذلك إن كان المراد التشبث بما ورد (٢) في خيار الحيوان معللاً بأنه رضى بالبيع ، فانه مضافاً إلى ما ذكر يرد عليه أن ماورد (٣) في خيار الحيوان أيضاً إحداث الحدث لا التصرف مطلقاً ، وقد تقدم وجه

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار والباب - ٥ - من

أبواب أحكام العيوب .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الخيار - الحديث ١ .

عدّ لمس الجارية وتقبيلها منه ، فراجع .

(وإن كان) المراد أن التصرف الدال على الرضا بالبيع موجب لذلك (ففيه) أن ذلك لا يوجب سقوط الأرش ، بل الرضا بالمعيب أيضاً لا يوجبه .

(وإن كان) المراد أن التصرف الدال على إسقاطها كذلك (فهو حق) لو كان في الخارج مصداق للتصرف الدال على سقوطها عند العقلاء فان المسقط العرفي لا بد فيه من دلالة عرفية عقلانية ، وعليه فلا ينبغي أن يعدّ ذلك مقابل المسقطات ، فان الاسقاط الفعلي مع وجدانه لما ذكر من الشرط يكون كالتقولي .

(وإن كان المراد) أن إحداث الحدث والتصرف المغير للعين إذا كان قبل العلم يوجب سقوط الرد فقط ، وأما إذا كان بعده فيوجب سقوطها (أما) سقوط الرد فبظاهر الأخبار (وأما) سقوط الأرش فلعدم دليل على ثبوته ، فان ما دل عليه مختص بما قبل العلم ، فالأصل البراءة منه (ففيه) أن مقتضى إطلاق مرسلته جميل (١) عدم الفرق في سقوط الرد وثبوت الأرش بين كون التصرف الخاص قبل العلم أو بعده لو لم نقل بظهورها في التصرف بعد وجدان العيب ، وإلا كانت دالة بلفظها على خلاف ما أريد ، وكيف كان لا إشكال في إطلاقها لو منع الاحتمال المذكور فلا بد من مقيد له وهو مفقود .

وأما رواية زرارة (٢) فللاختلاف في نقلها لا يصح الاحتجاج بها ، إذ في رواية الكافي « أيّما رجل اشترى - إلى أن قال - فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ، ثم علم بذلك العوار » وفي رواية التهذيب « وعلم بذلك

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣-٢ .

العوار « بالواو ، فعلى ما في التهذيب تكون دالة على أن الاحداث كان بعد العلم ، فان الظاهر حينئذ أنه إذا أحدث بعد علمه إذا كان عطفاً على « ما قبضه » بل وعلى فرض عطفه على « فأحدث » فان الظاهر حينئذ أنه احدث مع علمه بالعوار ، وعلى نسخة الكافي يكون الظاهر منها التصرف قبل العلم ، مع احتمال عطفه على ما قبضه وإن كان بعيداً ، فيكون المراد إذا قبضه ثم علم بالعيب ، فأحدث فيه شيئاً ، فيكون مخالفاً لما اريد . ثم إن الاستدلال مبني على ثبوت المفهوم للقيد ، وقد تقدم تزييفه ، مضافاً إلى أنه مع فرض ثبوت المفهوم للقيد ليس في القيد المذكور مفهوم فان ذكر العلم بالعيب جار مجرى العادة كما في أشباه المقام ، فلو قال : « إذا علم بالغبن كان له الخيار » لا يفهم منه أن العلم جزء الموضوع ودخيل في الحكم ، ولهذا لا يفهم من تعبير بعض الفقهاء بأن ظهور الغبن أو ظهور العيب موجب للخيار أن لذلك دخالة فيه (وبالجملة) إنه تعبير عادي ، لأجل أن الجاهل بالعيب لا يرد الميعب ، أي لا يعمل الخيار ولا يطالب الأرش ، فظرف الرد ومطالبة الأرش هو بعد العلم ، لا أن ظرف ثبوت الحق ذلك .

ثم إنه على فرض المفهوم للقيد يكون مفهوم قوله عليه السلام : « ثم علم بذلك » لم يعلم به ، ومع عدم العلم لو أحدث فيه شيئاً لم يثبت مضي البيع عليه ورد الأرش اليه ، ونفيها يصدق بنفي واحد منهما كما يصدق بنفي المجموع ، كما أنه لو كان للفظ « ثم » مفهوم - ولم نقل بأن القيود إذا كانت من سنخ الحروف ليس لها مفهوم على فرض تسليم المفهوم للقيد - يكون مفهومها سلب ما ثبت في المنطوق ، أي أحدهما أو كلاهما ، ألا ترى مفهوم قوله : « إن طلعت الشمس اكرم زيداً وعمراً » أنه مع عدم طلوعها لا يجب إكرام هذا وهذا ، وهو لا ينافي وجوب إكرام هذا بالخصوص

او هذا بالخصوص ، وبالجمله لا يثبت بروايه زرارة (١) ما أفيد ، ولا تصلح لتقييد المرسله (٢) .

ومما ذكر يظهر الكلام في الروايات (٣) الواردة في وطء الجارية ، فانها باطلاقها تدل على انه مانع عن الرد ، وإنما له الأرش كان مع العلم أو قبله وما ورد فيها من فرض الواقعة قبل العلم إنما هو في لسان السائل، ولا يصلح للتقييد ، بل لو كان في لسان المجيب لم يكن صالحاً ايضاً لذلك كما مر ، فتدبر جيداً .

و (منها) التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالمعيب كالعبد الخصى ، فقيل : إن الأرش ساقط فرضاً والرد بالتصرف (وفيه) - مع أن عد ما ذكر من موجبات سقوط الأمرين واضح الاشكال - أن التصرف المطلق لا يوجب سقوط الرد كما تقدم ، واما التصرف المغير فانما يوجبه لا لكونه تصرفاً . بل لكون المبيع غير قائم بعينه ولو لم يكن ذلك بالتصرف او كان بفعل الغير .

(وقد يقال) : إن سقوط الرد بالتصرف مختص بموارد ثبوت الأرش ، وإلا فمقتضى القاعدة عدم سقوطه به إلا مع الدلالة على الرضا او على اسقاطه .

(وفيه) ان مقتضى إطلاق مفهوم مرسله جميل (٤) هو سقوطه بالتغير كان من قبل التصرف او غيره .

وقد تقدم ان المرسله متعرضة لحكمين مستقلين (احدهما) حكم سقوط الرد وثبوتها بدلالة قوله عليه السلام : « إن كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه » منطوقاً ومفهوماً ، ومقتضى الاطلاق عدم الفرق المتقدم ، وعدم

(١) و(٢) و(٤) الوسائل - الباب ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢-٣-٣.

(٣) الوسائل - الباب ٥ - من ابواب احكام العيوب .

الفرق بين مورد ثبوت الأرش وعدمه ، (ثانيهما) حكم الأرش بدلالة قوله عليه السلام : « إن كان الثوب قد قطع » إلى آخره ، وهذه الجملة متعرضة لحكم الأرش لا الرد وعدمه ، وليست مفهوماً للأولى كما هو واضح فالجملتان متعرضتان لحكمين مستقلين ، وليست الأولى مختصة بمورد ثبوت الأرش ، وليس شيء من الروايات صالحاً لتقييدها كما هو واضح (والتحقيق) سقوطه بالتغير مطلقاً ، ولا وجه للتمسك بدليل نفي الضرر مع ما في التمسك به من إشكال أو اشكالات .

(ومن ذلك) يظهر الكلام في المورد الآخر ، وهو حدوث العيب في المعيب الذي لم تنقص قيمته ، فان الكلام فيه هو الكلام في شقيقه ، والاشكال في عده من مسقطاتها كالأشكال فيه ، فلا نطيل .

وكذا الحال في الفرعين الأخيرين أي ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا أرش له من جهة حصول الربا كما قيل ، أو من جهة القاء الشارع الغرامة عنه كما تقدم ، فان الكلام فيها هو الكلام في سابقهما . (والتحقيق) فيها هو سقوط الرد للتغير بالتصرف أو بالتعيب ، وسقوط الأرش للحكم الشرعي .

واما ما عن التذكرة وجهاً لامتناع الرد من انه لو ردّ مع أرش العيب الحادث لزم الربا ، ولو رد بلا أرش لزم الضرر على البائع ففيه - مضافاً إلى ان الرد بلا أرش لا مانع منه ، فان الاضرار إنما هو من قبل الحكم الشرعي ولا دليل على نفيه ، لما تكرر من ان مفاد دليل نفي الضرر هو النهي المولوي عن الاضرار ، فلا مساس له بالأحكام الالهية تحكياً وتقييداً - ان ماهية الفسخ هو حل العقد ، وإلزامه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه بالسبب السابق لا بالسبب الذي هو الفسخ ، فانه لم يتعلق بتمليك العين بالعوض ، بل في اعتبار العرف الموافق له اعتبار الشرع يوجب فسخ

العقد وحله ، ولازم الحل اعادة الملكية السابقة نحو إعادة المدوم العرفية ولا مانع منها .

كما أن الاقالة أيضاً كذلك فالقول بحصول المعاوضة الجديدة أو تعاوض جديد أو ملكية جديدة غير وجيه ، فإن الحل أجنبى عن الأولين ، والملكية الجديدة بلا سبب غير معقول ، والاقالة سبب للحل لا لانشاء الملكية ، ولازم الحل عود ما سبق لا حصول أمر جديد ، والاشكال الفلسفي في المقام لا مقام له .

وكيف كان دليل الربا لا يجري في الاقالة ، فضلاً عن الفسخ الذي لا مساس له بالمعاملة والمعاوضة ، مع ان أرش العيب الجديد غرامة عقلائية فإن الفسخ موجب لرد العين على ما كانت عليه ، فلو نقصت عما كانت عليه لا بد من جبرانه بالغرامة ، وهي غير مربوطة بباب الربا ، وما ذكرنا من إلقاء الشارع الغرامة إنما هي الغرامة في خصوص البيع ونحوه الذي ورد فيه لزوم كون المثل بالمثل ، ولهذا لا يرفع به غرامة اليد وضمانها .

وما ذكرناه يظهر النظر فيما حكاه الشيخ الأعظم (قده) عن جماعة من الأصحاب من عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً ، وما ذكروا في تدارك ضرره من الوجهين : أحدهما جواز رده مع تدارك ضرر العيب الحادث ، وهذا مبني على عدم جريان الربا في الفسخ كما تقدم ، وثانيها الذي هو مبني على جريانه فيه هو فسخ البيع وإعطاء بدل المعيب معيباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد ، فانه في حكم التالف ، لامتناع رده بلا أرش ، ومعه بالحكم الشرعي ، نظير بيع العين المشتراة بالغبن ، ولما كان المعيب مثلياً يحفظ على مثليته ، والوجهان مزيفان لما تقدم ، ووجيهاً على فرض الغض عنه .

و (منها) تأخير الأخذ بمقتضى الخيار ، فانه قد يقال : بسقوط

الرد والأرش معه ، وقد يقال : بسقوط الرد فقط (والأقوى) عدم سقوطها ، لاطلاق مرسله جميل (١) والقول بأنها في مقام بيان أصل الخيار غير مرضي ، بل هي في مقام بيان الحالات الطارئة وثبوت الخيار مع بعضها وسقوطه مع بعض وثبوت الأرش مع بعض ، ومقتضى إطلاقها أن كون الشيء قائماً بعينه هو تمام الموضوع لثبوت حق الفسخ ، ولو كان قيد آخر دخيلاً لكان عليه البيان ، ومقتضى ذيلها ثبوت الأرش مع التغير مطلقاً إذ هو تمام الموضوع له ، فلا مجال للتمسك بدليل وجوب الوفاء بالعقد ولا بالاستصحاب .

(نعم) بناءً على عدم ثبوت الاطلاق ودعوى الاهمال في الأدلة فعلى المبنى المنصور المتقدم من أن حق الفسخ حق تعييني متعلق بالعقد ، وحق الأرش حق تعييني مستقل في قبالة ، والتأخير إنما هو في مقام الأخذ ، لا محيص عن التفصيل بالأخذ باطلاق دليل اللزوم في الزائد على القدر المتيقن والقول بفقورية خيار الفسخ ، والأخذ باستصحاب بقاء حق الأرش ، ضرورة ان دليل لزوم العقد وكذا دلالة التأخير على الرضا بالبيع لو سلم لا يوجبان سقوط الأرش .

وأما على مبنى القائل بأن الحق في المقام واحد متعلق بالرد والأرش على سبيل التأخير والترديد فمع سقوط حق الرد او عدم تحققه في الزمان الثاني بدليل وجوب الوفاء بالعقد لا يبقى الحكم التأخيري ، والمفروض عدم ثبوت حق الأرش تعييناً ، فلا يجري استصحاب حق الأرش تعييناً مع الشك فيه ، وأما استصحاب جامع الحق على نعت استصحاب القسم الثالث من الكلي فلا يجري ولو سلمنا جريانه في غير المقام ، لأن ماهو المتيقن هو الجامع بين الحكم المردد والمعين ، اي نفس الحق ، واستصحابه لاثبات

حق الأرش مثبت ، نظير استصحاب الكلي لاثبات فرده .
 مضافاً إلى ما قلنا في غير المقام من ان الجامع بين الحكيمين الشرعيين
 ليس مجعولاً ولا حكماً شرعياً حتى يستصحب ، بل هو أمر انتزاعي عقلي من
 الجعلين ، والتفصيل في محله ، وعلى ذلك لا وجه للتفصيل المذكور ، بل
 لا بد من القول بسقوط الرد باطلاق دليل اللزوم وسقوط الأرش بأصل
 البراءة وإن كان في التسمية بالسقوط مسامحة ، والأمر سهل ، والتحقيق
 ما عرفت .

مسألة :

إذا باع شيئاً فيه عيب هل يجب عليه إعلامه بالعيب ، أو يحرم عليه
 تركه مطلقاً ، أو لا كذلك ، أو يفصل بين العيوب الظاهرة والخفية أو
 بين تبري العيب وعدمه ؟ وجوه أوجهها عدمه مطلقاً ، لعدم الدليل عليه
 إلا دعوى كونه غشاً وهو حرام (وفيه) أن الغش امر وجودي عرفاً
 ولغةً وبجسب الموارد التي وردت في الأخبار الكثيرة الدالة على حرمة ،
 وهو ضد النصيحة ، ففي اللغة غشه : أظهر له خلاف ما اضمره ، زين
 له غير المصلحة ، خدعه ، ضد النصيحة ، فهو متقوم بإيجاد عمل أو قول
 يوقعه في خلاف مصلحته أو يصلح ان يوقعه فيه ، فلا يصدق على مجرد
 ترك النصح .

(ودعوى) أن التزام البائع بصحة المتاع يوجب صدقه ، فانه بمنزلة
 الاخبار بصحته (قد مر بطلانها) في أوائل البحث عن خيار العيب ،
 وحاصله منع التزامه أولاً ، كما هو المعلوم عند الرجوع إلى السوق ، ومنع
 كونه بمنزلة الاخبار إن رجع إلى تعهد وصف الصحة بمعنى الالتزام بلوازم

تخلفها ، نعم لو رجع إلى الالتزام بكونه صحيحاً فهو كذلك ، لكنه غير ظاهر ، فالعمدة ممنوعة الالتزام المذكور .

ثم لو قلنا بأن الالتزام الضمني يوجب الغش فلا اشكال في أنه لا يصدق مع التبري عن العيب ، وكيف كان لا وجه لبطلان البيع على فرض كون ترك الاعلام غشاً ، ضرورة انه محرم نفسي لا ينطبق على البيع حتى خارجاً ، مع انه لو كان منطبقاً عليه أيضاً لم يوجب بطلانه ولا حرمة .

مسائل في اختلاف المتبايعين

وهو تارة في نفس الخيار واخرى في موجه وثالثة في مسقطه ورابعة في الفسخ ، وليعلم ان المهم في مسائل الخلاف تشخيص المدعي من المنكر وقد ذكروا له وجوهاً ، والظاهر انه موكول إلى العرف ، فان الموضوع في قوله صلى الله عليه وآله (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه » كسائر الموضوعات عرفي لا دخالة للشرع الأنور فيه .

والموازن الأخر التي ذكرها الفقهاء ليست على الظاهر لبيان مايقابل التشخيص العرفي بل هي امور لبيان ذلك ، كقولهم : ان المدعي من لو ترك ترك ، او لو سكت يسكت عنه ، او من يكون في مقام إثبات قضية ، او من يدعي خلاف الاصل ، ولا يبعد انطباق غير الاخير على الموضوع العرفي .

واما الاخير فالظاهر عدم التطابق بينهما ، فان مرادهم بالاصل هي الاصول العملية والامارات الشرعية ، والامارات والاصول العقلية غير المردوعة ، والاصل الشرعي ربما يتخلف عن الموضوع العرفي كما لو ادعى

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٥ .

المشتري مثلاً العيب وانكر البائع وكان المبيع مسبوقةً بالعيب ، فانه قد يقال : إن المشتري منكر ، لان قوله موافق للأصل الشرعي مع أنه بحسب العرف مدع .

ولو نوقش في المثال لاجل مثبتية الاصل فلا إشكال في ان موافقة الاصول الشرعية مثل الاستصحاب ومخالفتها لا ربط لها بالموضوع العرفي (وإن شئت قلت) : إن الاصل لا يحرز موضوع قوله صلى الله عليه وآله (١) : « البينة على المدعي » إلى آخره حتى على القول بالاصل المثبت ولا يكون موافقاً للموضوع مورداً للتخلف في كثير من الموارد .

ولو قيل : إن في مورد الموافقة للأصل لا بد من ترتيب الآثار عليه إلى ان يثبت خلافه ، فلو كانت عين مسبوقة بملكية زيد فادعاها عمرو ويحكم بملكية زيد حتى يثبت خلافه .

يقال : إنه فرق بين لزوم او جواز ترتيب الاثر على ملكية زيد وبين القضاء له في مقام التخاصم ، فان الفاصل للخصومة ليس إلا حكم القاضي بعد قيام البينة او الخلف ، فلا يجوز للقاضي الحكم قبلها وإن كانت العين مسبوقة بملكية أحدهما او كانت تحت يد احدهما ، فجواز ترتيب آثار ملكيتها لذي اليد امر والحكم له على موازين القضاء امر آخر ، فربما يكون الشيء محكوماً بملكية المدعي العرفي ويطلب منه البينة للقضاء له والتفصيل موكول إلى محله .

(نعم) مخالفة الامارات العقلية كاليد ونحوهما منطبقه ظاهراً مع المدعي عرفاً ، وقد يستفاد من بعض الروايات ان ذا اليد منكر ، فراجع باب تعارض البينة .

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم - الحديث ٥

ثم إنه لو اختلف الميزان العرفي مع الاصل الشرعي بناء على كونه ميزاناً ايضاً فالظاهر هو الاخذ بالتشخيص العرفي كما اشرنا اليه .

ثم إنه لا إشكال في ان المراد بالاصل هو الاصل المعبر شرعاً ، فلا وقع للأصول المثبتة ، وكذا الاستصحاب مع الشك في المقتضي عند القائل بعدم اعتباره ، ومن هنا قد يقع اختلاف النظر بين الفقهاء في التشخيص .

ثم إن الميزان في تشخيصها هو مصب الدعوى لا مرجعها وغايتها ، فلو ادعى العيب لا يصح الارجاع إلى ثبوت الخيار وعدمه ، كما ان الميزان في قبول الدعوى هو كونها ذا اثر شرعي أو عقلائي غير مردوع ، ولهذا يمكن ان تقع الدعوى المتعددة على عناوين كذلك كلها ترجع إلى غاية واحدة ، فلو ادعى العيب فأنكر البائع ففصلت الخصومة بالبينة ثم ادعى البائع علمه بالعيب او تبريه منه تقبل دعواه .

نعم لو ادعى الخيار واقام البينة على ثبوته فعلاً لا يقبل سائر الدعوى المستلزمة لنفيه ، كدعوى كونه عالماً به او دعوى إسقاطه ، لانها منافية للبينة التي هي حجة في لوازمها فلترجع إلى تعرض موارد اختلافها .

الاول :

لو اختلفا في ثبوت الخيار ، فالقول قول المنكر بيمينه ، لا لاستصحاب عدم الخيار ، فانه لا حالة سابقة له إن اريد به استصحاب عدمه في البيع ومثبت إن اريد به استصحاب عدم الخيار بعدم الموضوع إلى زمان تحققه لاثبات عدم الخيار فيه ، بل لكون المدعي عرفاً هو الذي ادعى ثبوته .

الثاني

لو اختلفا في تعيب المبيع فكالأول لما ذكر ، من غير فرق بين كونه قبل البيع صحيحاً او معيباً او مجهول الحال (وقد يتوهم) هنا ان المشتري هو المنكر فيما اذا كان المبيع مسبوقةً بالعيب ، لاستصحاب بقائه إلى زمان تحقق العقد ، فقوله موافق للأصل (وفيه) ما لا يخفى ، فانه - مضافاً إلى ما أشرنا إليه من ان تشخيص العرف مقدم على الاصل - مثبت ، لان اصالة بقائه إلى زمان العقد لا يثبت وقوعه على المعيب ، نعم لو ادعى البائع زوال العيب لصار مدعياً والمشتري منكرًا ، وهي دعوى اخرى ، وكثيراً ما ينقلب المدعي منكرًا في خلال الدعاوى .

ولو اختلفا في كون شيء عيباً فكالسابق ، لكون المشتري مدعياً عرفاً وأما أصالة عدم كونه عيباً فلا تجري ، لأنها غير مسبوقة باليقين على وجه ومثبتة على وجه آخر ، كما أن أصالة عدم كون الحيوان مثلاً معيوباً لا يثبت عدم كون ذلك الشيء عيباً ، وأصالة السلامة لا تجري في مورد الشك في كون الشيء عيباً ، كأصالة عدم القرينة في الشك في قرينة الوجود ، وأصالة عدم المانع في الشك في مانعيته ، فان تلك الأصول غير جارية في تلك الموارد ، نعم قد يكون الشيء مسبوقةً بعدم كونه عيباً ، ثم بعد الرشد والنمو يشك في صيرورته عيباً فيجري الأصل فيه .

ولو اتفقا في كون شيء نقصاً عن الحلقة الأصلية واختلفا في كونه عيباً كالختان والثوبه فكالسابق .

ولو اتفقا في كونه عيباً واختلفا في كونه موجباً للأرش كان له الخيار ، وأما الأرش فالقول قول منكره ، هذا بناءً على ان العيب غير

الموجب لنقص القيمة موجب للخيار فقط ، وأما بناءً على عدمه والملازمة بينهما فلا وقع للنزاع .

الثالث :

لو اختلفا في زمان حدوث العيب بعد الاتفاق على أصله فهو على أنحاء ، منها الاختلاف في وجود العيب عند تعلق العقد وعدمه ، ومنها الاختلاف في حدوثه قبل القبض وعدمه ، ومنها في حدوثه في زمان الخيار المضمون على البائع وعدمه ، وفي جميع الصور يكون المدعي هو المشتري فالقول قول البائع بيمينه ، للصدق العرفي لا للأصل ، لأن أصالة عدم كون الشيء معيياً إلى ما بعد زمان العقد لا يثبت تعلقه بغير المعيب ، وسلب التعلق بنحو الاطلاق ليس موضوعاً لحكم شرعي ، فانه يصدق مع عدم العقد والعاقده ، وما هو موضوع الأثر هو العقد المتعلق بغير المعيب أو المتعلق بالصحيح ، فان أثره لزوم البيع وسلب الخيار .

(وما قد يقال) : من أن وصف الصحة أو عدم كونه معيياً لا دخل له شرعاً في اللزوم ، لان موضوعه هو العقد الصحيح لا العقد على الصحيح بل المأخوذ شرعاً في موضوع دليل الجواز والخيار هو ان المبيع به عيب وعوار (لا ينبغي) أن يصغى إليه ، ضرورة ان دليل لزوم العقد كقوله تعالى (١) : « أوفوا بالعقود » خصص أو قيد بأدلة الخيارات ، منها خيار العيب ، فيكون موضوع اللزوم بحسب الشرع بعد التقييد هو العقد على غير المعيب ، مقابل العقد على المعيب ، ولا يعقل بعد التقييد بقاء الموضوع على إطلاقه حسب الارادة الجدية وإن لم يعنون به بحسب الارادة الاستعمالية .

فهاهنا موضوعان لكل منهما أثر شرعي ، العقد على المغيب وأثره الخيار والارش ، والعقد على الصحيح وأثره اللزوم من غير أرش ، فلا بد في إجراء الاصل الذي يراد به تشخيص المدعي من ان يكون جارياً في محط الدعوى ويكون له اثر مطلوب كاللزوم وسلب الخيار والارش في المقام ، ومحط الدعوى هنا هو وقوع العقد على غير المغيب ، واستصحاب عدم كون الشيء معيباً إلى زمان العقد لا يثبت وقوعه على غير المغيب .

(وتوهم) كون العقد على العين وجدانياً ، وعدم كونها معيبة يحرز بالاصل فيثبت الموضوع (فاسد) لان الموضوع كون العقد متعلقاً بالمغيب وهو غير وجداني ولا محرز بالاصل ، وليس من قبيل الموضوعات المركبة كما يظهر بالتأمل ، هذا حال الصورة الاولى .

واما الاختلاف في حدوث العيب قبل القبض أو قبل مضي الخيار وعدمه فيمكن التفصيل فيها بين ما إذا علم بعدم العيب بعد العقد برهه من الزمان وشك في حدوثه في قطعة اخرى قبل القبض او قبل مضي الخيار وما إذا لم يتيقن ذلك ، فعلى الاول يجري استصحاب عدم حدوثه في المبيع قبل قبضه او في زمن الخيار ، فيحرز به الموضوع ذو الاثر ، ويحكم بلزوم البيع ، وان القول قول المنكر يمينه ، وعلى الثاني يكون الحال كالصورة الاولى المتقدمة ، لان الموضوع للأثر هو كون المبيع المفروض متعلقاً للعقد تالفاً ولو وصفاً قبل القبض او في زمان الخيار ، وهذا العنوان ليس مسبوqاً باليقين وما هو مسبوq لا يصلح لإثبات تلك العناوين .

وبما ذكر يظهر حال الدعوى إذا اقيمت على وجه آخر ، وهو دعوى المشتري تقدم العيب على العقد او على القبض او على مضي الخيار وانكره البائع ، فانه مدع عرفاً ، ولا يمكن الاتكال على الاصل ، لعدم الحالة السابقة له على وجهه ، وكونه مثبتاً على وجه آخر .

ولو ادعى المشتري حدوثه في أحد الأزمنة المتقدمة وادعى البائع حدوثه بعدها ، كان كل منهما مدعياً ومنكراً فيعمل على طبق قاعدة التداعي لأن كلاً منهما يدعي موضوعاً ذا أثر شرعي ، لما عرفت من أن كلاً من اللزوم والخيار أثر متعلق بموضوع خاص ، فلو أقام البائع البينة على حدوثه في يد المشتري أو بعد مضي الخيار يحكم بلزوم العقد وسلب الخيار والأرش . وما عن ابن الجنيدي - من أنه إذا ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكراً - لعله لأن البائع مدع عرفاً ، وتكون دعواه أمراً ذا أثر والمشتري منكر كذلك .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) - من احتمال استناده إلى أصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود وعدم استحقاقه الثمن كلاً وعدم لزوم العقد - ففيه - مضافاً إلى غاية البعد في تمسك مثل ابن الجنيدي ونظائره بتلك الأصول المتداولة في السنة المتأخرين على هذا المنهج البعيد - أن الأصول المذكورة لا أصل لها ، وفيها إشكال من وجوه .

أما في الأولى فلأن العدم المذكور ليس له حالة سابقة إلا بنحو العدم المحمولي الصادق حتى قبل وجود العقد والعاقد ، فهو بهذا الوجه لا أثر له لأن الأثر لو كان فهو مترتب على التسليم لا على الوجه المقصود ، لا على عدم التسليم كذلك ، مع أن الأصل المذكور لا يثبت عدم حدوث العيب عند المشتري إلا بالأصل المثبت ، ومع الغض عنها فهو معارض بأصالة عدم تسليمه على الوجه الآخر ، أي مع وصف العيب .

وأما في الثانية فلأن الثمن لا يصير معنوياً بالثمنية إلا بعد العقد ، وعليه فيرد عليها ما يرد على الأولى ، من أن العدم المحمولي لا أثر له ، ولا يثبت باستصحابه عدم الاستحقاق بعد وصف الثمنية ، مع أنه مثبت أيضاً ، لأن عدم حدوث العيب عند المشتري لازم عقلي لعدم استحقاق الثمن كلاً

مضافاً إلى منع عدم استحقاقه كلاً ، فإن الأرش لا يتعين أن يكون من الثمن وإن يتوهم من تعبير بعض الروايات (١) ، لكن القيد عادي أكثرى لا يصلح لتقييد المطلقات الدالة على لزوم تفاوت القيمة أو لزوم الأرش ، وتوهم تقسيط الثمن على السلعة والعيب فاسد جداً ، كما أن القول بأن الأرش على الذمة - فلو كان الثمن على ذمة المشتري يتهاثر ، فيصح الأصل المذكور ضعيف لما مر في محله من أن الأرش ليس على ذمة البائع ، وإنما للمشتري حق مطالبته به .

وأما الثالثة فقد يقال في تقريبها : إن موضوع اللزوم هو العقد على الصحيح ، ووقوعه عليه مسبق بالعدم ، فبإصالة عدمه يحكم بعدم اللزوم . ويرد عليها ما يرد على السابقتين ، فإن عدم وقوع العقد على الصحيح ليس موضوعاً لآثر شرعي ، بل الموضوع للآثر وقوعه على المغيب ، والأصل لا يثبت ، مع أنه مثبت بالنسبة إلى مورد الدعوى ونفيها ، ومع الغض عن ذلك كله فهو معارض بالمثل . وأما ما قيل في جوابه من أن وصف الصحة لا دخل له شرعاً في اللزوم ، لأن موضوع اللزوم العقد الصحيح لا العقد على الصحيح ، فقد مر دفعه .

وكما لا وقع للأصل المذكور لا وقع لإصالة عدم وقوع العقد على ما به عيب لنفي موضوع الخيار ، لأن ما يثبت به عدم الخيار في البيع الكذائي هو وقوعه على غير المغيب ، لا عدم وقوعه على المغيب بالعدم المطلق الصادق مع عدم العاقد والعقد ، ولا يصح إثبات المقيّد باستصحاب المطلق فالاصول المذكورة كلها مخدوشة .

وعن العلامة في التذكرة « لو أقام أحدهما بيئة عمل بها ولو أقام عمل بيئة المشتري ، لأن القول قول البائع ، لأنه ينكر ، فالبينة على المشتري »

أقول : قبول بينة المنكر وكذا ترجيح بينته على بينة المدعي مسألتان مشكلتان وقد اختلفت فيها الاخبار والآراء سيما في الثانية ، ولا يمكن تنقيحها في المقام ، فانه خروج عن وضع الرسالة .

ثم إنه لا إشكال في أن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله (١) : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » أو « على من أنكسر » هو لزوم التطابق بين الدعوى وردھا ، وبين الحلف والبينة ، ولزوم كون مصبھا أمراً واحداً ، لأن منشأ صدق العنوانين هو الدعوى وهما متضائفان ، والظاهر من المستفيضة ان في الدعوى التي صار لاجلھا المدعي والمدعى عليه معنوئاً بهما تكون البينة على الاول واليمين على الثاني .

نعم يكفي في الصدق العرفي أن يكون المدعي مدعياً للثبوت والمنكر نافياً لما يدعيه ولو باللزوم العرفي لا العقلي ، فلو ادعى عليه أني أقرضتك كذا يكفي أن يقول : ما كانت ذمتي مشغولة لك في حال من الاحوال ، فان لازمه نفي الاقراض ، فيصدق الانكار ورد الدعوى بخلاف ما لو قال : ليست ذمتي مشغولة لك ، فان عدم الاشتغال الفعلي ليس ملزوماً لعدم الاقراض ، فلا تطابق ، ففي المقام لو ادعى ان المبيع كان معيباً لا بد من الحلف على نفيه ، وأما الحلف على نفي استحقاق الرد والارش فلا يكفي ، لعدم التطابق بينهما ، إلا أن يقال برجوع دعوى العيب عرفاً إلى دعوى استحقاقها أو تضمناها لها كذلك ، فان تلك الدعوى لاجل إثبات الاستحقاق ، فعليه يكون الحلف على نفيه مطابقاً للدعوى بنحو الالتزام العرفي ، وفيه كلام .

ومما ذكر يعلم أنه لو ادعى العيب ، فقال : لا ادري لم يتطابق الاثبات والنفي لا مطابقة ولا التزاماً ، ولم يتوجه اليمين المذكور اليه ، فلو حلف كذلك لم يكن فاصلاً للخصومة ولا موجباً لتوقف الدعوى موقفاً ،

بل لا بد من رد الحلف على المدعى او الحكم على المدعى عليه بمجرد النكول وكذا الحال في كل مورد من الدعاوى المتعلقة بالواقع ، نعم قد يكون مدعياً لعلمه كما لو ادعى البائع علم المشتري بالعيب فلا بد من الحلف على عدمه او على عنوان يلزم منه عدمه .

ثم إنه لا بد في الحلف أن يكون بنحو الجزم أي متعلقاً بقضية تصديقية جازمة ، فلو كان مردداً فحلف جازماً لم يكن مثله فاصلاً بحسب الواقع ولو حكم الحاكم أخذاً بالظاهر ، كما لو حلف كاذباً او مورباً أو أقام المدعي بينة كاذبة مع غفلة القاضي عنها لم يكن الحكم في تلك الموارد فاصلاً واقعاً فلو اطلع القاضي على الواقعة يحكم بعدم الفصل .

وهل اللازم في الجزم أن يكون ناشئاً من اليقين بالواقع ، فلا يكفي الحلف المستند إلى الامارات العقلائية أو الشرعية ، إلا ان تنفيذ الاطمئنان ، أو يكفي الاستناد إلى الامارات مطلقاً ، او يكفي الاستناد إلى الاصول أيضاً كالأستصحاب وأصلي الطهارة والحل ؟

لا إشكال في عدم اعتبار اليقين والقطع ، بل ولا حصول الاطمئنان بل يصح الحلف مع الاستناد إلى الامارات العقلائية والشرعية ، وإلا لتوقف جل الدعاوي ، فانه قلما يتفق العلم القطعي ، بل الاطمئنان ، سيما في موارد الدعاوي والاختلافات ويدل على الجواز والكفاية بعض الروايات بل السيرة القطعية من العلماء الاخيراء على ذلك .

وأما الاستناد إلى الاصول ففيه إشكال ، لعدم جواز الحلف جزماً على طبقها ، فان حكم الشارع الاقدس بكونه طاهراً او حاللاً يجوز الحلف على نحو ما ورد ، بل لاجل عدم التطابق بين الدعوى والحلف إذا كانت الدعوى متعلقة بثبوت الواقع .

(وأما) ما افاده الشيخ الاعظم (قدّه) من الفرق بين الطهارة وبين

ما نحن فيه ، بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشعبة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعي ، كما ان المراد بالملكية والزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري ، وقربه بعض المحشين بأن الطهارة والنجاسة من الموضوعات المجعولة شرعاً ، فيكون ما هو مشكوك الطهارة طاهراً فعلاً شرعاً .

(ففيها) إشكال سبب الثاني ، فانه إن كان المراد انه ليس في استعمالهم الطهارة الظاهرية والواقعية ولا فرق بينها عندهم فهو ممنوع ، وان اريد ان المشكوك فيه طاهر حقيقة لدى الشارع الاقدس - كما هو مفاد قول المحشي - فهو افحش إلا عند من قال : بأن النجس هو خصوص معلوم النجاسة والعلم جزء الموضوع ، وإن كان المراد صحة الجزم بها فان الطاهر الظاهري ايضاً طاهر بحسب الاحكام وهو كاف في الحلف على ثبوتها ففيه انه لا يفي بالجواب عن عدم التطابق بين الدعوى ونفيها ، مضافاً إلى ان استصحاب عدم العيب ايضاً مجوز للحلف عليه كأصالة الطهارة ، فالتفصيل غير وجيه .

فروع :

لو باع الوكيل في خصوص البيع فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد رده على الموكل دون الوكيل ، فلو رده عليه صار ضامناً كالوكيل ، ولو اختلف المشتري والموكل في العيب ونحوه يحلف الموكل مع فقد البينة ، ولا يقبل إقرار الوكيل ، لأنه صار اجنبياً .

(وتوهم) نفوذ إقراره لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به (فاسد) فانه - مضافاً إلى عدم دليل على القاعدة وعدم ثبوت قيام إجماع

معتمد او شهرة معتمدة عليها ، لاحتمال استناد جملة من المجمعين على قواعد آخر ، كقاعدة الاقرار ، او توهم ثبوت قاعدة عقلائية في نفوذه ممن كان المال تحت يده ، كقبول قول ذي اليد في الطهارة والنجاسة - على فرض صدورها بهذه اللفظة من المعصوم عليه السلام لا تشمل مثل المقام ، فان الظاهر منها أن ظرف الاقرار هو عين ظرف الملك ، فالاقرار بعد مضي السلطنة والملك غير مشمول لها ، فلو أقر الولي بما يتعلق بملك الصغير بعد قطع ولايته لم ينفذ بالضرورة ، وكذا لو باع ملك الصغير ثم انقطعت ولايته فأقر بشيء بالنسبة إلى بيعه أو إلى ما باعه لم ينفذ اتكالا على القاعدة ، لعدم وحدة ظرف الاقرار والسلطنة .

فما قيل من انه لا شبهة في نفوذ إقرار الوكيل بالبيع إذا أنكر الموكل وقوعه على فرض صحته لابد وأن يكون له مستند غير تلك القاعدة ، ولم يثبت كون التسالم بينهم في ذلك على فرضه لأجل تلك القاعدة ، ففي المقام حيث إن الوكيل انقطعت وكالته وسلطنته على المال بالبيع وليس الاستيلاء الخارجي قبل إقباض المشتري سلطنة ، فان السلطنة من قبل البائع الموكل انقطعت وليس سلطاناً من قبل المشتري أيضاً ، فلا سلطنة له بعد البيع قبل الاقباض فضلاً عما بعده ، فلا ينفذ إقراره .

هذا كله بناءً على أن المراد بالشيء المأخوذ في القاعدة هو الأعيان المسلط عليها ، وأما لو كان المراد منه هو التصرفات الواردة على الأشياء كالبيع والاجارة ونحوها وكان المراد أن من ملك تصرفاً ملك الاقرار به ، نفذ إقراره بالبيع لأنه كان سلطاناً عليه ، وأما الاقرار بالعيب ونحوه فلا لخروجه عنها موضوعاً ، والتفصيل موكول إلى محله ، وكيف كان لا دليل على نفوذ إقراره ذلك .

وإذا كان المشتري منكرًا لو كالتة ولم يكن له بينة على إثباتها ، فادعى

على الوكيل تقدم العيب مثلاً ، فان اعترف الوكيل لم يملك رده على موكله لو كان منكرأ له ، لأن ذلك دعوى على الموكل لا بد من فصله بالبينة ، أو إحلاف الموكل على عدمه ، وهذه الدعوى مقبولة لها أثر بحسب ظاهر الشرع ، كما أن الحلف كذلك ، لأنه يدفع عنه الضمان في الظاهر ، كما انه لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه ما يتوجه اليه من الضمان ، ولو نكل فحلف المشتري اليمين المردودة رد العين على الوكيل ، وليس للوكيل ردها على موكله إلا مع إقامة البينة .

وأما ما عن القواعد من ابتناء المسألة على كون اليمين المردودة كالبينة فينفذ في حق الموكل او كإقرار المنكر فلا ينفذ ففيه انه لا دليل على كونه بمنزلة واحد منهما ، مع انه على فرض التسليم لا يصح في المقام إلا على بعض الوجوه ، وتنقيح تلك المسائل موكول إلى محالها .

الرابع :

لو اختلفا في السلعة فتارة يكون مع الخلاف في الخيار واخرى مع الاتفاق عليه ، وعلى الأول لو ادعى المشتري أن هذه السلعة هي التي وقع عليها العقد وكان غرضه إثبات الخيار فأنكر البائع فالقول قول البائع ، لأنه منكر عرفاً وطره مدع كذلك .

وأما أصالة عدم كونها سلعته وأصالة عدم تعلق العقد بها وأصالة عدم وقوع هذه السلعة الشخصية موقع البيع وأصالة عدم حق للمشتري على البائع إلى غير ذلك فكلها مما لا أصل لها .

أما ما عدا الأولى فلأن تلك الأصول على فرض جريانها لا تثبت عدم كونها سلعته إلا بالأصل المثبت ، وقد تقدم منّا ان المشخص للمدعي

والمنكر على فرض كون الميزان فيه هو الأصل ، إنما هو الأصل الجاري في مصب الدعوى ، ومصب الدعوى على الفرض هو كون السلعة له وعدمه وهذه دعوى مقبولة ذات أثر ، ولا يجوز إرجاعها إلى أمر آخر .

مضافاً إلى الاشكال في أصل جريانها ، فإن ما هو المسبوق باليقين هو عدم وقوع العقد عليها بعدم العقد أو العدم الصادق مع عدمه ، أي المطلق القابل للانطباق عليه وعلى شق آخر ، وهذا مما لا أثر شرعي له ، وما هو موضوع الحكم هو وقوع العقد على غير المعيب ، على نحو معدولة المحمول أو وقوعه على الذي ليس بمعيب على نحو الموجبة السالبة المحمول ، أو كون العقد لم يقع على المعيب على نعت السالبة مع فرض تحقق الموضوع ، ومن الواضح أن استصحاب العديل لاثبات عديله أو استصحاب المطلق لاثبات قسم منه مثبت .

وبهذا ظهر الكلام في أصالة عدم كون هذه السلعة واقعة موقع البيع إن رجعت إلى غير الأصل الأول ، فإن عدم الوقوع موقعه لا سابقة يقينية له إلا على نحو السلب المطلق أو النحو الآخر المشار إليه آنفاً ، ولا أثر له واستصحابه لاثبات قسم منه مثبت .

وأما أصالة عدم حق له عليه فإن اريد بها أصالة عدم حق الخيار له على البائع ، ففيه أن الخيار لا يتعلق إلا بالعقد ، وإن اريد عدم تعلق حق الخيار بالعقد فيرد عليها ما تقدم ذكره ، وإن كان المراد به حق الأرش نظير أصل البراءة عنه ، فيمكن دعوى ورود الاشكال المتقدم عليه أيضاً ، لأن الأرش هو التفاوت بين الصحيح والمعيب في المبيع الذي تعلق به العقد لا التفاوت مطلقاً ، مع أنه مثبت بالنسبة إلى مصب الدعوى ، كما تقدم .

وأما أصالة عدم كون هذه السلعة سلعته على فرض جريانها فهي وإن كانت في مصب الدعوى لكن الاشكال في جريانها ، لأن الأثر مرتب

على كون السلعة - أي ما تعلق بها البيع وصارت سلعة باعتباره - معيبة أو غير معيبة ، وهذا ليس مسبقاً باليقين ، واستصحاب ما له حالة سابقة يقينية مثبت (والانصاف) أنه ان بنينا على ان الميزان في التشخيص هو الأصل فلا يمكن الاحراز بتلك الأصول ونحوها .

ومما ذكرنا يظهر الكلام في أصل آخر ، وهو أصل حكمي ، أي أصالة عدم الخيار ، بدعوى أن الخيار حق حادث مسبق بالعدم (إذ فيه) أنه وإن كان حقاً حادثاً مسبقاً بالعدم ، لكن مسبقته باليقين إنما هي بعدم العقد ، وأما عدم الخيار في العقد فغير مسبق باليقين ، وعليه فيرد عليه ما تقدم ، مع انه على فرض جريانه مثبت .

ولو ادعى في هذا الفرض كل منها غير ما يدعيه الآخر ، فادعى المشتري أن هذه السلعة سلعة البائع وادعى البائع أن سلعته غير ذلك ، أي السلعة الصحيحة ، فكل منها مدع ومنكر بحسب العرف ، والأصول المتقدمة ونظائرها قد عرفت ما فيها ، هذا حال ما لو اختلفا في ثبوت الخيار .

وأما لو اختلفا في السلعة بعد الاتفاق على الخيار ، فهنا صورتان (الأولى) أن يريد المشتري برد السلعة المعيوبه الفسخ ، أي يريد الفسخ العملي برد المعيوب ، فأنكر البائع كونها سلعته ، فالقول قول البائع بيمينه ، وقد يقال بالفرق بين ذلك وبين الفرض المتقدم ، ففي هذا الفرض يكون المشتري منكراً .

وعن الايضاح انه بعد الاتفاق على الخيار يكون الاختلاف في موضعين أحدهما في خيانة المشتري فيدعيها البائع والمشتري ينكرها ، والأصل عدمها والثاني سقوط حق الخيار الثابت ، فالبايع يدعيه والمشتري ينكره ، والأصل بقاؤه .

ويرد عليه قبل كل شيء أن إنكار كون السلعة سلعته لا يرجع إلى

دعوى الخيانة ولا إلى دعوى سقوط الخيار ، بل ولا يلازمها كما لا يخفى مع ان أصالة عدم الخيانة لا تثبت كون السلعة سلعته ، وهذا هو مصب الدعوى ، كما أن أصل بقاء الخيار لا يثبت كونها سلعته .

وناقش الشيخ الأعظم (قده) في كلام الفخر (قده) بأن أصالة عدم الخيانة لو جرت مع وجود أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لكانت جارية في الفرض الأول ، أي في صورة عدم الاتفاق على الخيار ، وكانت حاکمة على سائر الأصول التي تمسك بها الفخر (قده) فلا فرق بين المسألتين ، ولم يظهر منه تصديق الفخر في الأصل المذكور ، بل نظره الاشكال عليه وسؤال الفرق ، ولهذا لم يتمسك بالأصل المذكور في شيء من الصور .

وقد يقال في تأييد الفخر (قده) وبيان الفرق بين هذا الفرض والفرض المتقدم الذي لم يتفقا فيه على ثبوت الخيار ، بأنه في صورة معلومية الخيار للعيب أو لغيره ، يكون دفع العين من البائع إلى المشتري مع كونها في معرض العود اليه شبيهاً بالأمانة ، فكأن البائع جعل المشتري أميناً في ذلك فعليه أن يقبل قوله في دعوى التعيين .

وفيه ما لا يخفى ، ضرورة انه على فرض كونه شبيهاً بالأمانة ، لا يوجب ذلك لزوم قبول قوله ، إذ لا دليل على كون الشبيه بالأمانة في حكمها ، مع أنه لا شباهاة لذلك بالأمانة ، فان رد مال الغير إلى صاحبه منافر للأمانة لا شبيه بها ، ومجرد احتمال الفسخ لا يجعله شبيهاً بها .

ويتلوه في الضعف ما قيل : « إن المشتري بمقتضى ثبوت حق الخيار وحق رد العين له يكون له الولاية شرعاً على العين ، فيجب تصديقه فيما له الولاية عليه ، لأنه أمين من قبل الشارع ، فلا يجوز اتهامه وتخوينه ، للنصوص الخاصة » انتهى .

وفيه - مضافاً إلى أن الحق إنما يتعلق بالعقد لا بالعين ، والكلام إنما هو في قبول قوله فيها - أن الخيار ليس من قبيل الولاية على العين المشتراة ولا مستلزم لها ، بل الخيار حق عقلائي متعلق بالعقد ، لا ولاية مجعولة من قبل العقلاء في الخيارات العقلائية ، كخيار الغبن والعيب ، أو من قبل الشارع ، كبعض الخيارات الأخر ، وقياس المقام بولاية الحاكم أو الأب والجد مع الفارق بلا ريب .

والحاصل أن مجرد جعل الحق له لا يوجب الولاية الشرعية ، سيما مع كون العين قبل الفسخ ملكاً للمشتري ، ولا معنى لجعل ولايته على ملكه وبعد الفسخ ملك للبائع يجب الرد اليه من غير احتمال ولاية شرعية في الحالين وعلى فرض صحة كلام الفخر (قده) بأن البائع مدعٍ للخيانة والمشتري منكر لها لا يحتاج كلامه إلى توجيه بعيد لعله لا يرضى به ، بل الظاهر أنه اتكل إلى العرف في تشخيص المدعي من المنكر ، وهو أمر صحيح وإن كان إرجاع إنكار البائع بعدم كون السلعة له إلى دعوى الخيانة غير مرضي . وأما الموضوع الثاني الذي أشار اليه الفخر (قده) وهو دعوى سقوط الخيار ، فإن كان مراده ان إنكار البائع راجع إلى دعوى السقوط ، فقد تقدم ما فيه ، وإن كان مراده انه مع الاتفاق في الخيار يمكن ان يختلفا في سقوط الخيار وعدمه ، وهذا مختص بهذه الصورة ، فلا بأس به ، ولم يحضرنى كلامه ، والامر سهل .

ثم إن الاصول المحكية عن الفخر كسائر الاصول المتقدمة مما لا أصل لها ، ويرد على أصالة بقاء الخيار لاثبات كونها سلعته ما يرد على تلك الاصول ، والشيخ الاعظم (قده) اشار إلى مثبتيتها هاهنا ، مع ورود ذلك على بعض الاصول التي تشبث بها في الصورة السابقة .

(الثانية) في اختلافها في السلعة في مقام الدفع بعد الاتفاق على

الخيار وتحقق الفسخ ، فادعى المشتري انها سلعة البائع فأنكره ، فالقول قول البائع لما تقدم ، وليس في المقام أصل أصيل كسائر الصور (واحتمال) كون يد المشتري يد أمانة على المبيع بعد الفسخ أقرب مما تقدم من القائل بأن يقال : إنه بعد الفسخ رجعت العين إلى المالك وهي في يد المشتري ، فان لم تكن يدها يد أمانة لا بد من تضمينه لو تلف بتلف سماوي ، ومن البعيد التزامهم بذلك ، فلا بد وان تكون يد أمانة شرعية ، والأمين يقبل قوله في مورد الامانة (وفيه) بعد تسليم عدم الضمان انه لا دليل على الملازمة بين ذلك وكون اليديد أمانة ، إذ لا دليل على ثبوت الضمان باليد مطلقاً إلا فيما إذا كانت يد أمانة ، فقوله صلى الله عليه وآله (١) : « على اليد » مطلق قابل للتخصيص او الانصراف عن بعض الصور ، فيمكن ان يكون عدم التزامهم بالضمان لأجل ثبوت تخصيص عندهم للقاعدة ، او دعوى انصرافها عن مثله ، مع ان القول بالضمان اخذاً باطلاق القاعدة مما لا بأس به ، ولم يثبت تسالمهم على عدمه .

الخامس :

هو الاختلاف في المسقط بالمعنى الأعم ، فان في عدّ بعضها من الاختلاف فيه مساحة ، وفيه صور : (منها) ما لو اختلفا في علم المشتري بالعيب ، فادعى البائع علمه فأنكره ، فالقول قول المنكر بيمينه ، للصدق العرفي .

وربما يقال : « إن العلم مانع وبأصالة عدمه يعمل المقتضي عمله ، فكما لو شك في المسقط بعد ثبوت الخيار يبني على عدمه ، فكذا لو شك

فيه في حال العقد ، فهو نظير ما إذا شك في الحدث حال الاشتغال بالوضوء فإنه يبنى على عدمه ويحكم بصحته ، هذا إذا كان مسبقاً بالجهل ، واما إذا كان عالماً بالعيب سابقاً ، وكان الشك في زوال علمه حين العقد حتى يثبت له الخيار وعدمه حتى يكون ساقطاً . فالأصل بقاءه ولا خيار « انتهى . وفيه انه لو كان المقام من قبيل المانع والمقتضى فلا ينبغي الاشكال في ان اصالة عدمه على فرض جريانها للحكم بعمل المقتضى مثبتة ، فان ترتب المقتضى على مقتضيه على فرض عدم المانع عقلي ، وإن كان المقتضى والمانع شرعيين ، وهذا نظير ما قلنا في محله من أنه لو جعل الشارع الملازمة بين الشئين أو جعل العلية لشيء بالنسبة إلى آخر ، فاستصحاب وجود الملازمة لاثبات ملازمه كاستصحاب وجود العلة لاثبات معلوله مثبت ، لأن ثبوت أحد المتلازمين بثبوت الآخر كثبوت المعلول بثبوت علته عقلي لا شرعي (نعم) لو جعل حكماً عقيب شيء كوجود الاكرام عقيب كون الشخص عالماً كان الترتب بحكم الشرع ، فلا تكون شبهة إثبات .

ومما ذكرنا يظهر حال سائر الأمثلة المذكورة ، فأصالة عدم المسقط لا تثبت الخيار ، لأن ثبوته مع عدم علة زواله عقلي ، وكذا أصالة عدم الحدث لاثبات صحة الوضوء ، وقد مر حال استصحاب بقاء العيب لاثبات الخيار ، وقررنا أنه مثبت .

ويتلوه في الضعف ما يقال : « إن المشتري منكر نظراً إلى أخذ عدم العلم في المقتضى للخيار في قوله عليه السلام (١) : « إنما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرأ اليه ولم ينه » بتقريب أنه لم ينه حتى يتنبه ، فعدم العلم مقوم للمقتضى للخيار وجزء موضوع الأثر ، فقول المشتري موافق للأصل الذي له أثر شرعي « انتهى .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

إذ فيه - بعد الغض عن الاشكال في إمكان كون العدم ولو كان مضافاً جزءاً للمقتضي ، وصحة نسبة الاقتضاء إلى ما لا تحقق له بوجه من الوجوه ، والغض عن أن في رواية التهذيب « ولم يبرأ به » بدل « لم يتبين » والغض عن انه لم يكن في مقام البيان حتى يستفاد ما ذكر ، والغض عن الاشكال في دلالتها على الاقتضاء - أن في بعض النسخ كالوسائل والتهذيب « وبه عور لم يتبرأ اليه ولم يبين » على نقل الوسائل بدون ذكر الواو ، فعليه تكون الجملتان وصفين للور والعيب ، فيكون حاصل المضمون إذا اشترى شيئاً والحال أن به عور موصوف بعدم المعلوماتية ، فحينئذ لا بد من إحراز هذا المضمون بالأصل وهو غير ممكن ، لأن ذلك ليس له حالة سابقة إلا بالعدم المحمولي الأزلي ، واستصحابه لاثبات الموصوف بالوصف مثبت كما يظهر بالتأمل ، وعلى بعض النسخ الأخر المذكور فيها الواو بحتمل أن تكون الجملة حالية كالجملة السابقة ، فيأتي فيها ما يأتي في الجملة الموصوفة من الاشكال ، وعلى أي حال لا يمكن إثبات كون الموضوع من المركبات التي يصح إثبات جزء منها بالأصل والآخر بالوجدان .

و (منها) ما لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري ، ومحط البحث هاهنا بعد تسليم ان زوال العيب قبل علمه مسقط للخيار ، كما نقل الشيخ الأعظم (قده) التصريح به عن التذكرة والمسالك ، وعن جامع المقاصد الميل اليه ، وقد خلط بعضهم بين هذه المسألة والمسألة الأخرى التي تقدم الكلام فيها ، وهي ان العيب بوجوده الواقعي سبب للخيار أو ظهوره دخيل ويكون العلم جزء الموضوع لثبوته ، فحمل كلام الشيخ (قده) ومورد البحث هاهنا على المسألة الثانية ، فقال في بيان تقديم قول المشتري : إن العيب علة للخيار لا ظهوره ، وقال آخر بعد كلام منه أجنبي عن محط البحث : ومنه يعلم ان النزاع في اصل الخيار لا في سقوطه بعد ثبوته حملاً

للكلام على المسألة الأولى من المسألتين المشار إليهما ، وقد وقع في كلام الشيخ الأعظم (قده) أيضاً خلط صدرأً وذيلاً .

والأولى أن يقال : إنه - بعد البناء على ان العيب بوجوده الواقعي سبب والعلم كاشف عنه ، كما هو التحقيق ، والبناء على ان زواله قبل علم المشتري من المسقطات ، كما ذهب اليه جماعة - لو وقع الاختلاف في زواله قبل علم المشتري حتى يتحقق المسقط او لا حتى لا يتحقق ، فالقول قول المنكر للصدق العرفي .

وأما أصالة عدم زواله قبل علمه فلا تجري ، لأن عدم زواله قبل علمه بهذا العنوان غير مسبوق بالعلم ، وإلا لما وقع التنازع فيه ، واصالة عدم زوال العيب إلى زمان العلم به لا تثبت القبلية إلا بالأصل المثبت ، وكذا أصالة بقاءه ، وكذا الحال في أصالة عدم علم المشتري بالعيب قبل زواله لأنها بين ما ليس مسبوقاً باليقين وبين ما هو مثبت ، نعم لو كان الأثر مرتباً على عدم زوال العيب إلى زمان العلم به ، وعلى عدم علمه إلى زمان زواله لجرى الاصلان وتعارضوا .

ومما ذكر يظهر الحال فيما لو ادعى المشتري تأخر زواله عن علمه أو بقاءه إلى زمان علمه وانكر البائع ، كما يظهر الحال فيما لو ادعى كل منهما عنواناً ، فادعى البائع زواله قبل علم المشتري وادعى المشتري زواله بعد علمه ، فان المورد من التداعي ، وقد عرفت حال الاصل .

وكذا الحال لو اختلفا في زواله قبل الرد او بعده ، بناءً على قول آخر ، وهو ان زوال العيب قبل الرد مسقط للخيار والارش ، فيأتي فيه الفروض المتقدمة والكلام فيها هو الكلام فيما تقدم . والايكال في التشخيص إلى العرف يحسم مادة الاشكال .

ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيبين في كون

الزائل هو القديم أولاً (فتارة) ترجع دعوى كونه هو القديم إلى عدم ثبوت الخيار رأساً ، كما لو تردد الأمر بين زواله قبل العقد أو بعد دفعه إلى المشتري (وأخرى) ترجع إلى سقوطه بعد ثبوته بأن تسالماً على وجود العيب حال العقد وثبوت الخيار به ، واختلفا في كون الزائل هو ذلك قبل دفعه ، أو الحادث في يد المشتري .

والصورة الأخيرة هي مورد البحث لا الأولى ، لأن المفروض الاختلاف في المسقط ، فقد يدعي البائع أن الزائل هو القديم وينكر المشتري ، وقد يدعي المشتري أنه هو الحادث وينكر البائع ، وقد يتدعيان ، فيدعي البائع بأنه هو القديم والمشتري بأنه هو الحادث .

ثم إن المفروض فيما إذا كان للدعوى أثر ، فلو ادعى البائع بأن الزائل هو القديم ، وقلنا في المسألة الفرعية بأن زوال العيب الموجود حال العقد لا يوجب سقوط الرد ولا الارش ، وان زواله وعدمه على السواء لم تكن دعواه مسموعة ، بخلاف ما لو قلنا بأن زواله قبل علم المشتري أو قبل الرد إليه موجب لسقوط الرد والارش أو الرد فقط كما قد يقال ، فان دعواه مسموعة ذات أثر ، وكذا الحال في دعوى المشتري ، فلو قلنا بأن حدوث العيب مسقط للرد سواء زال أم لا ، فلا أثر لدعواه بخلاف ما لو قلنا بأن لازم زواله ثبوت الرد وان الميزان قيام العين بنفسها حال الرد ، فتصير دعواه ذات أثر ، وأما إرجاع دعواهما إلى دعوى أخرى ذات أثر فلا وجه له ، إلا ان يكون اللازم العرفي من تلك الدعوى هي دعوى أخرى ذات أثر ، فيكون المسموع هو الدعوى المذكورة .

وكيف كان ، فلو ادعى البائع زوال القديم ، وانكر المشتري كان القول قول المشتري ، للصدق العرفي ، ولإصالة بقاء العيب ، أو عدم زواله إلى زمان التسليم إلى المشتري ، ولا يكون الاصل المذكور مثبتاً ، لان المفروض

تحقق العيب حال العقد والشك في بقاءه إلى زمان الدفع ، وليس الدفع من القيود التي نحتاج إلى إثباتها ، واما بقاء الحادث وزواله فليسا مورد الدعوى حتى يجري الاصل فيه .

ولو ادعى المشتري زوال العيب الحادث ليستفيد منه حق الرد وانكر البائع فالقول قول البائع لانه منكر عرفاً ، ولاصالة بقاءه أو عدم زواله إن كان جواز الرد مترتباً على ذلك ، وكان قوله عليه السلام في المرسله (١) : « إن كان قائماً بعينه » كناية عن عدم وجود العيب في مقابل وجوده ، كما هو الظاهر .

ولو ادعى البائع زوال العيب القديم والمشتري زوال الجديد فينداعيان ويتحالفان فان قلنا بأن زوال العيب القديم لا يوجب سقوط الارش ، فحينئذ مع التحالف يرجع المشتري إلى الارش لتسالمهما على ثبوته ، واما على القول بأنه يوجب سقوط الارش أيضاً ، ففي الحكم بثبوت الارش بعد التحالف تأمل واشكال ، وإن كان الظاهر ان هذا الفرض هو المحكي عن الشافعي « بأنه مع التحالف استفاد البائع بيمينه دفع الرد ، واستفاد المشتري بيمينه أخذ الارش » انتهى ، ولا يبعد الرجوع إلى القرعة بعد التحالف أو لإزامهم بالتصالح .

و (منها) ما لو اختلفا في زمان حدوث عيب مشاهد غير ما اتفقا على وجوده ، فلو ادعى المشتري حدوثه عند البائع فأنكره ، فالقول قول البائع للصدق العرفي ، واما اصالة عدم حدوثه سواء كان المراد به عدم وجوده حال البيع او عدم حدوثه قبل القبض على اختلاف في المدعى فلا تجري لما مر مراراً من عدم الحالة السابقة المتيقنة على وجه ، وكون الاصل مثبتاً على آخر ، هذا إذا كان الاختلاف في وجوده حال العقد .

وأما لو اختلفا في انه حدث بعد القبض او انه حدث قبل القبض الذي هو مورد قاعدة التلف فالحكم كذلك ، فانه بهذا العنوان غير مسبوق باليقين ، والعدم المطلق المسبوق لا يثبت به ذلك (نعم) لو كان بعد العقد وقبل القبض زمان علم عدم تلفه فيه يصح إجراء الاصل ، وليس بمثبت . ولو ادعى البائع حدوثه عند المشتري ليسقط الرد ، فالقول قول المشتري لالاصاله عدم حدوثه عند المشتري ، لان فيها ما تقدم في الاصول المتقدمة كما يظهر بالتأمل ، بل لما مر من الصدق العرفي ، واما أصالة عدم حدوثه عند البائع فلا تصلح لاثبات حدوثه عند المشتري ، مضافاً إلى أنها على فرض الجريان يكون الصدق العرفي مقدماً على الاصل كما أشرنا اليه سالفاً ومنه يظهر الحال فيما اذا ادعى كل منهما حدوثه عند صاحبه ، كما يظهر الكلام في الاختلاف في الزيادة ، فلا طائل في الاطالة .

و (منها) ما لو اختلفا في البراءة فادعى البائع البراءة فأنكرها المشتري فالقول قول المنكر ، للصدق العرفي ، لا لاصالة عدمها ، فان ما هو الموضوع للأثر على ما هو المستفاد من رواية زرارة (١) اشترى شيء به عيب لم يتبرأ منه ، وهذا العنوان لا يمكن إثباته إلا بالاصل المثبت ، ولو انكر المشتري سماع البراءة ، فالقول قوله أيضاً .

(وقد يقال) : إن مكاتبة جعفر بن عيسى (٢) يظهر منها خلاف ذلك ، قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي ، فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد ، فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وانه لم يعلم بها ، فيقول المنادي : قد برئت منها ، فيقول

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ١ .

المشتري : لم اسمع البراءة منها ، أصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن ؟ فكتب : عليه الثمن .

وعن الحدائق أن المفهوم من مساق الخبر ان إنكار المشتري إنما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع ، وهو غير بعيد عن ظاهر الخبر ، ولعل السائل نقل صورة القضية على ما هي عليه . ليطلع على تكليفه أو تكليف غيره إذا كان الثمن المأخوذ منه مورد ابتلائه .

وقد حمل الخبر الشيخ الأعظم (قده) على ما يوافق قاعدة كون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، بأن قول المنكر مخالف للظاهر بحسب جريان العادة على سماع النداء على ما هو المتعارف من الدالين ، وهو جيد .

واستشكل بعضهم فيه - مع قوله : ولعمري إنه توجيه وجيه - « بأنه يتوقف على ان موافقة الظاهر ومخالفته الموجبة لتشخيص المدعي والمنكر مجرد المخالفة للظاهر العرفي وإن لم يقد دليل على حجيته ، وإلا فكل ظهور حال لا دليل على حجيته ولو من العقلاء ، وظهور مقام النداء في سماع كل من حضر للشراء من هذا القبيل » انتهى (وفيه) - مضافاً إلى قوة احتمال عدم اعتناء العقلاء بمثل دعوى عدم السماع - انه مع التصديق بأن محط مفاد الرواية هو ما أفاده الشيخ (قده) تكون نفس تلك الرواية دليلاً على حجية مثل هذا الظهور .

ويمكن توجيه الرواية بوجه آخر ، وهو ان المقصود من السؤال العلم بتكليفه من المعاملة مع الثمن معاملة ملك البائع أو المشتري على فرض أخذ الدال من المشتري لا بتكليف المشتري ، فانه عالم بتكليفه لعلمه بالسماع أو عدمه ، ولا تكليف القاضي في مقام تشخيص المدعي ، فانه أمر بعيد من مثل السائل الذي هو من أصحاب الكتب نظير محمد بن مسلم وأشباهه من

الفقهاء مع عدم كونه ولا غيره من أصحابنا في معرض القضاء ، ويؤيده أن دعوى النداء لا تقابل إنكار السماع ، وصورة القضية أن البائع قال : إني برئت وقال المشتري : لم أسمع ، فلم ينكر ما ادعاه كما لم يدع البائع سماعه .

(وأما) الاشكال الآخر في الرواية (١) من أن النداء ما لم يقع في ضمن العقد لا يوجب سقوط الخيار ، والظاهر منها أن النداء كان قبل العقد كما هو المتعارف في البيع بالمزاد (فمبني) على أن البراءة من العيوب من المسقطات ، ولا بد في إسقاط الخيار من الانشاء وهو بمكان من الضعف ، لما تكرر من أن خيار العيب عقلائي ولم يكن لجعل الشارع فيه دخالة إلا نادراً ، ومن المعلوم أن النداء بالبراءة على النحو المعهود المتعارف موجب لعدم سببية العيب على فرض وجوده للخيار وأن ذلك دافع لا مسقط ولا من قبيل شرط السقوط أو شرط عدم الخيار ، فاذا نادى بالبراءة وسمع المشتري واشتراه وقع العقد لازماً بلا خيار عند العقلاء ، والرواية شاهدة لذلك ، فالقول باعتبار شرط السقوط في ضمن العقد أو انشاء البراءة أو شرط عدم الخيار بعيد عن الصواب وهذا نظير العلم بالعيب حيث يكون موجباً لعدم ثبوت الخيار لا لسقوطه .

فالتفصي عنه بما أفاده الشيخ (قده) غير محتاج إليه بل غير مرضي ، كما لا وقع للتفصي عنه بأن مدرك الخيار التزام البائع بالصحة ، ومع التبيري لا يكون التزام حتى يثبت الخيار ، وذلك لما مر سالفاً من عدم الأساس لهذه الدعوى .

ثم إن اليمين لا بد وأن تكون على إنكار مصب الدعوى وهو مختلف فان ادعى البائع النداء بالبراءة وأنكر المشتري نداه ، فاليمين على عدم

النداء ، وإن توافقا في النداء واختلفا في سماع المشتري وعدمه ، فالبايع ادعى سماعه وهو أنكره ، فاليمين على عدم السماع وهو يمين على البت ، والأثر مترتب على سماعه وعدمه .

و (منها) ما لو ادعى البائع رضا المشتري بالعيب بعد العلم به بناءً على كونه مسقطاً أو ادعى إسقاط الخيار بعد العقد أو تصرفه بما يوجب السقوط أو حدوث عيب عنده بعد ما كان غير موجود عند التسليم ، وفي جميع تلك الصور يكون القول قول المشتري ، للصدق العرفي وللأصول الجارية ، نعم لو كان الاختلاف في اشتراط السقوط في ضمن العقد يرد على أصالة عدم الاشتراط ما يرد على الأصول المتقدمة ، فالانتقال في التشخيص على الصدق العرفي .

السادس :

في الاختلاف في الفسخ ، وفيه مسائل :

الأولى : لو اختلفا في الفسخ فان كان سبب الخيار باقياً بمعنى انه لو كان كاذباً في دعواه كان له الخيار ، فعينئذ لو فسخ فعلاً يعلم بالانحلال إما سابقاً لو كان صادقاً أو فعلاً لو كان كاذباً ، وإنما تسمع دعوى فسخه سابقاً إذا كان لدعواه أثر .

ثم إنه حكي عن الشهيد أنه يمكن جعل إقراره بإنشاء ، ولم يتضح مراده ، فإن كان المقصود منه أن إخباره بالفسخ يمكن أن يكون على نحو الكناية ، كالأخبار بكثرة الرماد للانتقال إلى السخاوة ، وكالجمل الاخبارية التي يؤتى بها في مقام الانشاء ، نظير « أنكحت » و « بعث » فهو خروج

عن محل البحث ، لأن المفروض أنه ادعى الفسخ السابق وأخبر به ، لأنه أنشأ بالجملة الاخبارية .

ومنه يظهر الاشكال فيه لو كان مراده إمكان الجمع بين الاخبار والانشاء ، لجواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، فانه أيضاً خروج عن محط البحث ، مع انه لو كان صادقاً في دعواه لم يعقل له تمشي الجدل في إنشائه ، لأن إنشاء حل ما هو منحل محال جداً .

وإن كان المراد ان الاخبار عن الفسخ إظهار لعدم الرضا بالبيع ، ولا يعتبر في الفسخ إلا نيته ووجود مظهر ففيه على فرض تسليمه أنه فيما إذا أراد الفسخ ونواه وأظهرها بوجه ، دون ما إذا أخبر بأمر سابق ، بداهة أنه مع صحة دعواه لا يعقل أن ينوي الفسخ ، فلا يمكن حمل إخباره على نيته له ، مع ان في كفاية ما ذكر في الفسخ وانحلال العقد به منع ، مضافاً إلى أن ذلك مخالف لظاهر محكي كلام الشهيد (قده) كما ان ماحمله الشيخ (قده) عليه - واحتمل كون ما ذكر للقاعدة المشهورة من ان « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » - بعيد بل غير صحيح جداً .

نعم هنا كلام آخر وهو ان دعواه الفسخ مشمولة للقاعدة ، بل تكون القدر المتيقن منها ، لأنه ملك الفسخ او الخيار فملك الاقرار به ، فيكون منكراً ، لموافقة قوله للقاعدة الشرعية ، وإن كان مدعياً بحسب العرف (وفيه) - مضافاً إلى تطرق الاحتمالات في متن القاعدة بحيث يمكن منع انطباقها على المورد فضلاً عن كونه متيقناً ، ومضافاً إلى منع ثبوتها بالمعنى الواسع الذي أرادوا إثباته - ان الاتكال عليها في تشخيص المنكر محل اشكال بل منع ، لما تقدم من ان الميزان هو التشخيص عرفاً ، ومع التعارض هو المتقدم على غيره .

ثم إنه على فرض انطباق القاعدة على المورد لا وجه لعدم انطباقها

على الفرض الآخر ، وهو ما لو اختلفا في الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار فانه لو اعتبر في الانطباق وحدة زمان الاقرار والملك الفعلي لم يصح التمسك بها في شيء من الموردين ، وذلك للخروج عنها في الفرض الثاني ، وكونه من قبيل الشبهة المصداقية لها في الأول ، ضرورة عدم إحراز فعلية الخيار في حال إقراره ، بل إقراره مضاد للخيار الفعلي وإن لم نعتبر ذلك واكتفينا بالاقرار بلحاظ حال الملك ، فالفرض الثاني ايضاً كذلك مع انهم لم يحتملوا انطباقها عليه ، بل الظاهر منهم عدم الانطباق ، وكيف كان ، ففي هذا الفرض ايضاً يكون المشتري مدعياً وعليه البينة ، وعلى البائع الحلف على عدم الفسخ بتأ ، وهو ممكن ، ولو ادعى علمه بذلك كان عليه الحلف على نفيه لكنه لا يكون قاطعاً للخلاف وفاصلاً للخصومة .

ثم إنه إذا لم يثبت الفسخ ، فهل للمشتري الأرش أم لا ؟ لإقراره بالفسخ اللازم من عدم الأرش ، وعن الشهيد « أنه يحتمل ان يأخذ أقل الأمرين من الأرش ، وما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة ، فيقع التقاص في القيمة ، ويبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين » انتهى ، وهو جيد في بعض الفروض .

الاشاذية : لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناءً على فورية الخيار (فتارة) يكون مصب الدعوى تقدم الفسخ على وقت مضي الخيار وعدمه ، أو تقدمه على آخر الوقت وعدمه ، أو تأخره عن اول الوقت وعدمه ، وفي شيء منها لا تجري الأصول ولا تصلح لاثبات تلك العناوين واما المدعي والمنكر عرفاً فظاهر ، فمع الأثر للدعوى تسمع وتكون البينة على المدعي .

(واخرى) يكون المصّب وقوع الفسخ في حال الخيار ، فيدعيه المشتري ، فالقول قول البائع للصدق العرفي ، ولأصالة عدم الفسخ حال

وجود الخيار ، فانه بهذا العنوان مسبوق باليقين بعد العقد وفي زمان الخيار آنأ ما ، والفسخ حاله موضوع ذو أثر ، وهو حل العقد به شرعاً ، وجريان الأصل لنفيه لا مانع منه كما هو المتسالم بينهم ، واما أصالة بقاء الخيار إلى حال الفسخ فلا وقع لها ، لأن بقاءه إلى حاله لا أثر له ، وإنما الأثر للآزمه العقلي وهو الفسخ حال الخيار ، ولا تصلح لاثباته إلا على القول بالأصل المثبت .

ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر النظر في كلام السيد الطباطبائي وغيره في تعليقاتها . (وأما) أصالة صحة الفسخ ففيها إشكالات تعرض لبعضها الأعلام . ولو علم تاريخ الفسخ وشك في وقوع العقد قبله بزمان طويل او قبيله بحيث لا يضر بالفورية فلا أصل لآحرازه ، وهو واضح .

المشالفة : لو ادعى البائع علم المشتري بالخيار او بفوريته وانكره المشتري فالقول قول المشتري (وقد يقال) : إنه كذلك إلا ان يكون قوله مخالفاً للظاهر المعتمد (وفيه) إشكال تقدم الكلام فيه .

(وقد يقال) : إن ثبوت الخيار للعالم به او ثبوت الفورية للعالم بها غير معقول ، إما للدور او للخلف ، نظير ما يقوله المصوبة (وفيه) أن قول المصوبة لا يستلزم المحال ، وان كان خلاف الواقع ، وقد ذكرنا في محله انه لا مانع من جعل الأحكام القانونية الصورية ليجتهد فيها المجتهدون فاذا ادعى اجتهاد بعضهم إلى حكم والآخر إلى حكم آخر مخالفه تبع الحكم الفعلي لاجتهادهم ، ويمكن تصور ذلك في المقام ايضاً ، ويمكن القول فيه زائداً على ذلك بناءً على كون الدليل على الخيار حديث نفي الضرر (١) بأنه حاكم على دليل الزوم بمقدار لا ينسب الضرر إلى تقصير صاحب الخيار

(١) الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب الخيار. والباب - ١٢ - من

فيدعى ان عدم إعماله مع علمه بالخيار إهمال موجب لسلب الخيار لقصور دليبه ، والأمر سهل .

القول في مهذب العيب

المأخوذ في ما سوى رواية زرارة (١) من روايات الباب (٢) هو عنوان العيب ، وأما فيها فقد ذكر العوار ايضاً بعد العيب بلفظة «أو» كما في الكافي وجل الكتب التي تنقل عنه سوى الوسائل ، فان الموجود في النسخة التي عندنا العطف بالواو ، وفي التهذيب بدل «العوار» «العور» اما على ما في نسخة الكافي المعروفة ، فلا يبعد ان يكون المراد به الخرق والشق كما هو احد معانيه ، بل لم يذكر الراغب في مفرداته من معانيه العيب ، وعليه فيكون العطف من قبيل عطف الخاص على العام ، وقد ذكر خصوص الخرق في بعض روايات الباب (٣) ، وأما على ما في نسخة التهذيب فكونه من قبيل عطف الخاص على العام واضح ، فان العور ضعف حاسة إحدى العينين أو ذهابها ، ولعل ذكره بالخصوص لأجل التنبيه على هذا القبيل من النقص الذي لا أثر له في الظاهر وإن كان عيباً حقيقياً .

وكيف كان فالمأخوذ في النص (٤) والفتوى هو عنوان العيب ،

(١) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ - ٤ .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار والباب - ٤ -

من ابواب أحكام العيوب .

والمعول في تشخيصه مفهوماً ومصداقاً هو العرف ، كما هو الحال في جميع العناوين العقلانية المأخوذة في الأدلة ، إلا ان يقوم دليل على الخلاف ، وسيأتي الكلام فيه .

ثم إن العيب من العناوين التي تختلف الأنظار فيها بحسب الأمكنة والأزمنة والاعتبارات والعقائد ، فربما يكون شيء في بعض الأزمنة عيباً ولا يعد عيباً في زمان آخر ، بل قد يعد كمالاً ، وكذا مع اختلاف الأمكنة كما في قصر شعر المرأة من الأصل حسب اختلاف الأمكنة والأزمنة ، وسواد اللون وبياضه في النساء حسب اختلاف البلاد ، وكما في كون المرأة قليلة الولادة فانه عيب في بعض النواحي وكال في الآخر ، وكذلك الختان كمال في محيط المسلمين واليهود ، وعيب في محيط النصراني ، فلا بد من الايكال إلى العرف ، مع رعاية محيط المتعاملين بحسب الأزمنة والامكنة والعادات .

والتعاريف التي وردت في كلام الفقهاء كالأمثلة المذكورة في لسانهم لعلها وردت بملاحظة محيطهم وعاداتهم وعقائدهم ، ومن الواضح ان المسائل الفقهية لا تختص بمحيط دون محيط ولا بزمان دون زمان . مع ان تلك التعاريف قاصرة عن إفادة مطلق العيب الذي نحن بصدد بيان ماهيته ، كقولهم : هو الخروج عن المجرى الطبيعي ، وقد ادعى في مفتاح الكرامة ان هذا الضابط مجمع عليه في الجملة ، وعن مجمع البرهان الاتفاق عليه ، مع ان المحكي عنه تفسيره بأصل الحلقة .

وأنت خير بأن ذلك الضابط لا ينطبق إلا على الخارج عن مقتضيات الطبيعة ، من الماهيات الأصلية دون المصنوعات بيد البشر ، كالمسوجات ونحوها ، سيما مع تفسيره بأصل الحلقة كما هو الظاهر منه ، وتفسيره بما جرت به العادة موجب لخروج المخلوقات الطبيعية ، فانها ليست على مجاري

العادة ، إذ لا دخل لها في وجودها .

والأولى إيكاله إلى العرف ، فإنه أمر واضح ، ولعل التفاسير توجب الابهام ، ولعل ما في المنجد من تفسيره بالنقيصة احسن ما ذكر في الباب فان الزيادات لو لم ترجع إلى نقيصة في الشيء لا تعد عيباً ، والنقيصة تشمل النقص في الخلقة الأصلية كنقص الاصبع وزيادته وما في المصنوعات من العيوب في الاوصاف ونحوها .

وأما ما افاده الشيخ الأعظم (قده) - من انه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه وبين الكمال ، فالصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين افراد الشيء لو خلي وطبعه - فيرد عليه ما تقدم من ان الكلام لا يختص بالعيوب التي تفرض في افراد الماهيات الأصلية ، حتى يقال إن مقتضى الماهية كذا ، والامر سهل بعد وضوح المطلوب .

ثم إنه لا إشكال في ثبوت خيار العيب عند العقلاء في غير المخلوقات الالهية والماهيات الاصلية ، ولا دليل على الانحصار بموارد العيب بحسب اصل الخلقة إلا توهم دلالة رواية السيارى (١) عليه ، وفيها بعد ذكر قضية ابن أبي ليلي « فأتى محمد بن مسلم الثقفي ، فقال له : أي شيء تروون عن ابي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعر يكون ذلك عيباً ؟ فقال محمد بن مسلم : اما هذا نصاً فلا اعرفه ، ولكني حدثني أبو جعفر عن ابيه عن آبائه عن النبي صلوات الله وسلامه عليهم انه قال : كل ما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب » إلى آخرها (بدعوى) ان الكلية بصدد تحديد العيب الذي هو موضوع للحكم الشرعي ، فما هو خارج عنها لا حكم له وإن كان عيباً .

وفيه - مضافاً إلى ضعف السند وإرسالها ، وتوهم عمل الاصحاب بها

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ١ .

بملاحظة ان عباراتهم على طبق مضمونها فاسد ، لانها ليست كتعبيرها ، ولعل التعبير بما ذكر فيها تفسير بالمعنى الارتكازي العرفي ، تأمل ، بل الظاهر عدم عمل احد منهم بها ، ضرورة عدم حصرهم خيار العيب بما هو ناقص في الخلقة الاصلية ، فهي على فرض دلالتها على الحصر معرض عنها لا معمول بها - أن دلالتها على الحصر ممنوعة ، ضرورة ان سؤال ابن ابي ليلى وجواب ابن مسلم يختصان بالجارية وتلك الكلية يحتمل ان تكون واردة فيها او في مطلق الحيوان او في المخلوقات الاصلية مطلقاً ومع الاحتمالات لا يمكن استفادة الردع منها .

وعلى فرض ورودها في المخلوقات الاصلية فلا دلالة لها على التحديد والحصر ، فان غاية دلالتها ان النقص والزيادة المذكورين عيب لا ان العيب منحصر بهما ، ويشهد له إثبات الخيار في الروايات (١) بجملة من الاشياء التي لا تكون من المخلوقات بالمعنى المذكور ، كالثوب ونحوه وكذا في الحيوان مما لا يكون العيب من قبيل النقص في الخلقة ، فلا إشكال في عدم صلوح الرواية للردع عن بناء العقلاء ، او لتقييد الاطلاق لو كان في الباب اطلاق .

ولو كانت الزيادة او النقيصة موجبة لزيادة القيمة او عدم النقص فان لم تعد عرفاً عيباً كالثوبان - بناءً على ان الغلظة زائدة خلقت لأجل تربية حشفة الطفل في الباطن ، كالغلاف المخلوق لبعض الحبوب لتربيته وعليه فعند الاستغناء عنها لا يكون قطعها عيباً - فلا إشكال في عدم ثبوت الخيار لانه مترتب على عنوانه لا على النقص ، وقد عرفت حال رواية السيارى (٢) .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار .

(٢) راجع ص ١١٩ .

وإن كانت تعد عيباً عرفياً وإن أوجبت زيادة القيمة - كالخصاص في الحيوان الذي لا يصير خاضعاً للعمل المطلوب منه إلا باخصائه - فهل يثبت بمثل ذلك العيب خياره أم يختص بالعيوب الموجبة للنقص ؟ الظاهر عدم الاختصاص واثبات الخيار مطلقاً ، لبناء العقلاء على ثبوته للعيب من غير نظر إلى القيم ، كما أن خيار الغبن ثابت للشيء بلحاظ القيمة ، من غير نظر إلى أوصاف الشيء وأجزائه إلا لتشخيص قيمته ، فلو اشترى عبداً أعرجاً يوجب عرجه زيادة قيمة لأجل منعه عن الأباقي فلا ينبغي الأشكال في ثبوت الخيار له ، فالعيب بعنوانه الذاتي محط نظر العقلاء لاثبات الخيار .

كما أن مقتضى إطلاق السؤال والشرطية الأولى في مرسله جميل (١) هو ذلك وقد تقدم في محله ان المرسله مشتملة على شرطيتين لاثبات حكيم مستقلين ، وليست الشرطية الثانية مفهوم الأولى ، فان إحداهما متكفلة لاثبات الرد والثانية لاثبات الأرش ، فلا وجه لتوهم عدم الإطلاق في الأولى .

فتحصل ان مقتضى بناء العرف وإطلاق الدليل ثبوته ، ولا دليل على الردع عن البناء ولا على تقييد الإطلاق لأن تعرض الروايات (٢) للعيوب الموجبة للأرش لا يفهم منه الاختصاص ، وإنما ذلك لكون غالب العيوب كذلك ، فلا تصلح تلك الروايات للتقييد والردع ، وعدم أخذ ذي الخيار بخياره إذا كان غرضه المالية غير عدم حق الخيار ، كما لو اشترى شيئاً بقيمة رابحة جداً فوجد فيه عيباً ، وكانت السلعة مع ذلك رابحة جداً ، ولأجله ترك الأخذ بالخيار ، ومن المعلوم ان ذلك لا ينافي ثبوته له .

وبما ذكرنا يظهر النظر في كلام الشيخ الأعظم (قده) من تقوية

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار والباب - ٤ - من

احتمال كون المناط في العيب هو النقص المالي ، و (أما) ما في تعليقه السيد الطباطبائي (قدّه) من ان هذا هو المتعين ، قائلاً بأن المراد من العيب في المقام بحكم الانصراف هو العيب من حيث المالية لا في حد نفسه ، وإلا فكثير من الأوصاف والزيادات والتفاصيل عيب في الشيء في حد نفسه خصوصاً في مثل الحيوانات ، ولا يكون متعلقاً للحكم بلا إشكال انتهى ، (فيه) انه خلط بين العيوب التي لا يعتنى بها العقلاء والتي هي مورد الاعتناء وإن زادت بها القيمة .

وتوضيحه : انه كما يختلف تفاوت القيمة باختلاف المعاملات المتعلقة بالأمتعة والسلعة في ثبوت خيار الغبن وعدمه ، فقد يكون النقص عن القيمة بمقدار ربع الدينار او أقل في معاملة غبناً ، ولا يكون كذلك في معاملة اخرى ، بل لا تعد عشرات منه في بعض المعاملات غبناً وإن كان نقصاً بحسب الواقع ، فلا يقال عرفاً في من باع عمارة أو سفينة كبيرة قيمتها مليون ديناراً بأقل منه بمقدار مائة دينار ونحوها : إنه مغبون وله الخيار ، كذلك العيوب في خيار العيب يختلف حكمها بحسب اختلاف المعاملات ، فلو اشترى عمارة ذات طوابق كان أحد أبواب بعض الطوابق معيوباً لا يقال إن المبيع معيوب وله خيار العيب ، بخلاف ما لو اشترى نفس الباب فان نقصه عيب يوجب الخيار ، وعلى هذا القياس لو اشترى قرية كانت فيها دور وعمارات وكان بعض غرفها خرباً لا يعتنى به العقلاء بالنسبة إلى تلك المعاملة ، فتختلف المعاملات في ثبوت خيار العيب وعدمه فيها ، فقد يعتنى العقلاء بأقل مراتب العيب ويثبت عندهم خياره ، وقد لا يعتنون به .
فأفاده - من ان كثيراً ما يكون في الأشياء عيب ولا خيار فيه بلا إشكال - حق ، لكنه ليس لأجل دخالة المالية في ثبوت الخيار ، بل لأجل لزوم كون العيب مما يعتنى به العقلاء في المعاملة ، وعليه فالعرج

عيب يوجب الخيار وإن زادت القيمة به أحياناً ، وكذا الخصاء عيب موجب له وإن زادت بها .

ثم إنه لو كان النقص شائعاً في أفراد طبيعة كإلخفاء في العوامل وكإلختان في المسلمين فإن كان ذلك موجباً لعدم صدق العيب عليه فلا إشكال في عدم ثبوت خياره ، وأما مع صدق العنوان فيختلف الحكم حسب اختلاف المباني في ملاك ثبوت الخيار .

فعلى القول بأن الملاك هو التزام البائع ضمناً بالسلامة من العيوب ، لا بد من التفصيل بين علم البائع بالشيوع وعدمه ، ضرورة أنه مع جهله يكون الالتزام بها متحققاً على فرض صحة المبنى ، بل الأمر كذلك لو قلنا بأن بيع مثل ذلك ملازم للتبري من العيب ، بداهة أنه مع جهل البائع لا وجه له ، ومن هنا ظهر ما في اطلاق الشيخ (قده) وغيره .

وإن قلنا بأن الخيار ثابت إلا مع إقدام المشتري على اشتراء المعيب فلا بد من التفصيل بين علمه بالواقع وعدمه ، إذ مع جهله لا إقدام كما لا يخفى ، وهكذا لو قلنا بأن اعتماد المشتري على أصالة الصحة موجب له ، لوضوح ثبوت ذلك مع الجهل (نعم) لو قلنا بأن ثبوت الخيار لأجل كون الأصل والقاعدة في الأشياء السلامة ، والمناط هو ثبوت القاعدة واقعاً فلا يثبت مطلقاً فيما إذا كان الأصل فيه العيب ، أو لم يكن الأصل فيه السلامة .

ثم إنه مع عدم كون النقص عن الخلقة الأصلية عيباً ، فعلى مبنى القوم يثبت للمشتري مع جهل المتبايعين بشيوعه خيار تخلف الشرط الضمني ، بدعوى ان الأصل هو السلامة عن مطلق النقص الخلقي ، سواء كان عيباً أم لا ، ولازم ذلك أن الشرط الضمني يوجب خيار العيب فيما إذا كان النقص عيباً وخيار تخلف الشرط فيما إذا لم يكن كذلك .

وفيه ما لا يخفى ، فان الشرط المذكور لو كان موجباً للخيار بما هو شرط ، لا وجه لعدم إيجابه في مورد العيب ، بل لا بد إذن من إثبات خيارين أحدهما خيار الشرط بدليله والآخر خيار العيب بالأدلة الخاصة . ويجري هذا الكلام فيما إذا اشترط صريحاً عدم عيب خاص مثل الخصاء ففي مثله يمكن أن يقال بثبوت خيارين لتحقق سببها ، وان يقال بثبوت خيار العيب فقط بناءً على ثبوته بسبب الشرط الضمني في غير المقام ، بدعوى ان الشرط المذكور لم يكن غير الشرط الضمني المصرح به ، بل هو تأكيد له لا شرط زائد ، فلو لم يثبت بالشرط الضمني في مورد العيب إلا خيار العيب فلا وجه لثبوت خيار غيره ، أو يقال بثبوت خيار الشرط فقط ، لأن ثبوت خيار العيب إنما هو لأجل الانتكال على أصل السلامة ، والشرط الصريح كاشف عن عدمه .

والأولى أن يقال : إن الشرط الضمني لا أصل له ، وأما لو شرط صريحاً فيثبت به خيار تخلف الشرط لدى العقلاء ، وأما خيار العيب ، فبناءً على ثبوته لدى العقلاء بتحقيق عنوانه مع عدم التبري عنه وعدم إقدام المشتري لا بد من القول به أيضاً وإن كان العيب شائعاً في أفراد الطبيعة مع فرض جهلها به .

وأما إن قلنا بأنه إنما يثبت عندهم فيما إذا كان الأصل فيه هو السلامة فمع شيوع العيب - حيث لا أصل بل الأصل خلافه - لا يثبت خياره لدى العقلاء ، لكن مقتضى إطلاق دليل الخيار كمرسلة جميل (١) ثبوته ، فلو قلنا بثبوت الخيارين كان المشتري مخيراً شرعاً قبل تغير العين بين أخذ الأرش والفسخ لخيار العيب وخيار آخر هو خيار تخلف الشرط ، ومع

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

التغير يكون مخيراً بين الأرش للعيب والفسخ لتخلف الشرط والتخير بينهما عقلي بعد بطلان الجمع .

ثم إن الثمرة في ان الثابت هل هو خيار تخلف الشرط فقط أو خيار العيب كذلك تظهر فيما إذا كان للعيب أرش ، فمع ثبوت خيار العيب يتخير بين الرد والأرش ، بخلاف خيار تخلف الشرط ، فان له الفسخ فقط كما أنها تظهر مع تغيير العين ، فليس له الرد في خيار العيب دون تخلف الشرط . (وقد يقال) : إن سقوط الرد فيما إذا كان للعيب أرش لا مطلقاً فلا ثمرة بينها من هذه الجهة . (وفيه منع) لما تقدم منا من إطلاق مرسله جميل (١) وتوهم الاختصاص ناشٍ عن توهم كون الجملة الثانية فيها مفهوماً للأولى ، وقد تقدم تزييفه .

وأما الثمرة الأخرى التي أشار اليها الشيخ الأعظم (قده) في صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في زمان الخيار ، ففيها كلام طويل الذيل ، ذكرنا جملة وافية منه في مسقطات خيار العيب ، وسيأتي إنشاء الله أيضاً في محله ، فلا مجال هاهنا لتعرضه ، وإن كان الأقوى ان النقص الحاصل قبل القبض يثبت به الرد والأرش في خيار العيب ، ولا يثبت به شيء في خيار الشرط ، وأما الحاصل في زمان الخيار ، ففيه كلام وإشكال ، فراجع ما حررناه في المقام المشار اليه .

الكلام في الأرش

وله في اللغة معان مختلفة ذاتاً بحيث لا يعقل فيها الاشتراك المعنوي كما ان القول بالاشتراك اللفظي في جميع موارد استعمال لفظة « الأرش »

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

غير ظاهر ، ولا وجه لارجاع الكل بالتكليف البارد إلى معنى واحد فيما أمكن والقول بالمجاز فيما لا يمكن ، كما لا داعي للقول بالاشتراك فيما يكون له جامع قريب عرفي ، وكيف كان لا إبهام في معناه المراد منه في المقام في النص والفتوى ، فانه عبارة عن التفاوت الذي يكون بين الصحيح والمعيب وبعبارة أخرى ما يرد لجبر ما أخذه بلحاظ وصف الصحة ، ففي رواية حماد بن عيسى (١) « له أرش العيب » وفي رواية طلحة بن زيد (٢) « يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء » وهذا تفسير له .

ثم إنه لا ريب في أن الضمان هنا على فرض تسليم كون الأرش مضموناً ليس ضمان اليد ولا ضمان الاتلاف وهو واضح ، لعدم سبب ل ضمانها ولا ضمان المعاوضة ، لأن وصف الصحة لم يقابل بعوض أولاً ، ولم يفرض فسخ العقد أو تنزيهه منزلته حتى يضمن ما يقابله ثانياً .

(نعم) لو قلنا بضمان القيمة الواقعية للعيب كان شبيهاً بضمان اليد ، كما أنه لو قلنا بضمان مقدار من الثمن الذي وقع بلحاظ وصف الصحة كان شبيهاً بضمان المعاوضة ، فعلى القول بالضمان يكون ضماناً مستقلاً غير الضمانين لكن الشأن في كونه مضموناً ، وقد تعرضنا له سابقاً ورجحنا بحسب المتفاهم من الأدلة أن للمشتري مثلاً حق الرجوع إلى البائع بالأرش ، وأخذه منه من دون أن يكون على ذمته من الأول أو عند الرجوع إليه ، فلو اطلق على ذلك الضمان فلا مشاحة .

وهل المضمون بهذا المعنى هو ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية من غير نظر إلى العوض والثمن في المعاملة ، فيكون المضمون نظير ضمان اليد ، أو يلاحظ التفاوت بينهما ويكون المضمون هو ما به التفاوت بالنسبة إلى الثمن ؟ وبعبارة أخرى جزء من المال تكون نسبته

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب - الحديث ٧-٢ .

إلى الثمن كنسبة المغيب إلى الصحيح ، فلو كانت قيمة المغيب نصف قيمة الصحيح كان المضمون نصف المسمى لا نصف القيمة بحسب الواقع .

لا إشكال في أن بناء العرف والعقلاء هو الرجوع إلى البائع بمقدار ما تسلّمه بلحاظ وصف الصحة ، فلو اشترى شيئاً بعشرة ، وكان إعطاء دينارين منها بلحاظ وصف صحته يرجع اليه بدينارين لا أزيد ، وهذا بناء عقلائي في خصوص خيار العيب ، وقد تقدم كراراً أن خياره عقلائي كما ان الأرش عقلائي وإن لم يكن التخيير بينها كذلك ، والأرش عندهم ليس إلا ما ذهب من كيسهم بلحاظ وصف الصحة ، وليس بناؤهم على تغريم البائع بأزيد مما خرج من كيس المشتري بلحاظ الوصف بلا سبب للضمان والغرامة ، ولا على الاضرار بالمشتري لو اتفق نقص القيمة الواقعية عما خرج من كيسه ، فما عليه الأكثر أو الجميع موافق لبناء العرف .

(وأما) ما أفاده السيد الطباطبائي (قدّه) لاثبات التطبيق على القاعدة - من مقابلة الثمن لوصف الصحة بحسب اللب ، وأن هنا معاوضتين إحداهما حسية انشائية وثانيتها معاوضة لبيّة ، والضمان هاهنا ضمان المعاوضة اللبية ، ولازمه انفساخ تلك المعاوضة لا المعاوضة الحسية - (ففيه) ما لا يخفى ، ضرورة عدم عين ولا أثر لتلك المعاوضة اللبية المعنوية في سوق العقلاء يكون لها تحقق وانفساخ في مقابل المعاملة الرائجة ، وزيادة القيمة واعطاؤها بلحاظ وصف الصحة أجنبية عن المعاوضة ، كما ان زيادتها بلحاظ أوصاف الكمال ككون الدار قريبة من الشارع او من الشط لا تعد معاوضة او معاوضات .

كما ان تقريره الآخر الظاهر من الشيخ الأعظم (قدّه) أيضاً - بأن البائع التزم بالوصف للمشتري وأخذ بملاحظته زائداً عما يستحقه ، فاذا تبين عدم وجود الوصف وجب عليه ان يخرج من عهده ، وإنما لا يجب إعطاء تمام القيمة بل بنسبة الثمن ، لأنه لم يلزم بهذا الوصف إلا أن يكون له

هذا المقدار من المالية - غير وجيه ، لما تقدم منا من منع الالتزام مطلقاً ، وان خيار العيب ليس مترتباً على الالتزام المذكور فضلاً عن الالتزام بالكيفية الخاصة المدعاة .

ثم إنه على ما ذكرنا من حكم العقلاء حسب ارتكازهم باستحقاق خصوص ما خسر بلحاظ وصف الصحة واستبعادهم خلافه لا ينقذ في أذهانهم من جل روايات البسبب إلا ما هو عندهم ، والميزان في فهم الروايات هو فهم العرف لا الدقائق العقلية والمناقشات العلمية ، ولا ريب في ان المفهوم العرفي من مثل قوله عليه السلام : « يرجع بنقصان العيب » (١) وقوله عليه السلام : « يأخذ أرش العيب » (٢) ونحوهما ليس إلا ما ذهب من ماله من جهة العيب ، أي يرجع إلى البائع لجبر ما نقص وجبر ما تضرر به ، لا بأكثر منه ليرجع إلى الضمان من غير سبب ، ولا بأقل منه ليرجع إلى اضراره كذلك ، وأولى بذلك قوله عليه السلام : « ويرد بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به » (٣) وقوله عليه السلام : « يوضع عنها من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها » (٤) ونحو ذلك ، فان المتفاهم منها عرفاً ان الرد لجبر ما خرج من كيسه واضر به ، لا أنه أمر مستقل ثبت جريمة عليه من غير سبب ، كما في بعض الأحيان ، او إرفاقاً له كما في بعض الموارد .

نعم الظاهر من رواية طلحة بن زيد (٥) ثبوت القيمة الواقعية، حيث روى عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً ، قال : تقوّم وهي صحيحة ،

(١) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ - ٢ .

(٢) و (٤) و (٥) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب

الحديث ٧ - ١ - ٢ .

وتقوم وبها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء .
وفيها - مع ضعفها سنداً ، واحتمال كون القضاء في مورد خاص
لا بياناً للحكم الكلي فلا إطلاق فيها - أنها بل وجميع الروايات (١) على
فرض تسليم ظهورها في القيمة الواقعية واردة مورد الغالب ، سيما في مثل تلك
الأعصار مع ملاحظة وضع السوق فيها من ثباته غالباً ، خصوصاً في زمان
يسير يطلع فيه المشتري على عيب السلعة ، حيث لم تكن القيمة الواقعية
مختلفة في مثله مع المسمى ، وعليه فلا إطلاق في الروايات بالنسبة إلى الموارد
النادرة ، فلا تصلح لردع البناء العقلائي على فرض تسليم الدلالة على القيمة
الواقعية والغض عما عرفت من الدلالة على ما عليه الأصحاب .

وأما رواية محمد بن محمد بن مسلم (٢) ففيها اهمال من هذه الجهة ، بل
الارتكاز العرفي لما كان مع ما هو المعهود عند الأصحاب يوجب ذلك حملها
على ما هو المعهود ، وكذا بعض الروايات الأخر (٣) فراجعها .

ثم إنه هل يتعين دفع الأرش من عين الثمن المسمى أم لا ؟ الظاهر
هو الثاني ، أما بحسب البناء العرفي والارتكازات العقلائية فلأن رجوع جزء
الثمن قهراً - بتخيل أن الثمن موزع على العين ووصف الصحة ، ومع فقدته
يستحق الجزء ، لعدم انتقاله رأساً إلى البائع أو لانفساخ العقد بالنسبة - مما
تدفعه الضرورة ، لعدم المقابلة إلا بين الثمن وذات السلعة ، والأوصاف
خارجة وإن كانت دخيلة في زيادة القيم ونقصها .

(ورجوع) الجزء بلا انفساخ ولا مقابلة مذكورة - بمعنى الجمع بين
بعض العوض والمعوض ، بدعوى ان بناءهم على الرجوع إلى عين ما ذهب
من كيسهم - (ممنوع) بعد فرض عدم المقابلة المذكورة ، وأداء الأمر إلى

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب

الجمع الممنوع عرفاً وعقلاً ، فلا محالة يكون الرجوع لأجل سد الخلة الحاصلة في تلك المعاملة ، وجبر الضرر الناشئ منها .

وإن شئت قلت : إنه ليس نظر العرف في مثل المورد إلا جبر الضرر من غير لحاظ نفس الثمن أو النقد المائل له ، ولا يرى إلا استحقاق رجوعه بما تضرر به ، كما إن الأمر كذلك في مورد الغبن لو قلنا بأن الرجوع إلى تفاوت القيمة هناك عرفي ، فالرجوع في المقامين ليس إلا بما يرفع به الضرر والخسارة من غير دخالة لخصوص الثمن .

وأما بحسب فتوى الأصحاب المأخوذ فيها كلمة الأرش تبعاً لبعض الروايات (١) فالذي يمكن ان يقال : إنه مفسر لسائر الروايات (٢) التي عبر فيها بمثل نقصان العيب ، أو قيمة ما بين الصحة والعيب ، أو فضل ما بين الصحة والعيب ، أو غير ذلك من التعبيرات ، وإن المراد من الجميع هو الأرش ، سيما مع قوله عليه السلام (٣) : « كان القضاء الأول ان الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم وله أرش العيب » وسيأتي الكلام فيما يوهم خلاف ذلك أو يدل عليه ، فمن المعلوم ان الأرش هنا مأخوذ من أرش الجراحات ، ومستعمل فيه لمناسبة بين ذلك وأرش الجنائيات ، فكأن هذه التقيصة جراحة ويكون ما يجبرها ديتها وأرشها ، من غير فرق بين كون الجبر بالثمن أو بنقد مثله .

وأما بحسب الروايات فان مقتضى إطلاق كثير منها عدم الفرق بين الثمن وغيره ، كقوله عليه السلام : « إن البيع لازم ويأخذ أرش العيب » أو « له أرش العيب » أو « يرجع بقيمة العيب » أو « يرجع بقدر ما نقصها العيب » أو « بقيمة ذلك » ، إلى غير ذلك من التعبيرات التي يراد بها الأرش .

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب

ولا دافع لهذا الاطلاق إلا توهم دلالة بعض الروايات (١) على لزوم الأداء من الثمن وهو فاسد ، أما ما عبّر فيه بمثل قوله عليه السلام : « يوضع عنها من ثمنها بقدر عيب » (٢) وقواه عليه السلام : « كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها » (٣) فلأن الظاهر منه ان الثمن فرض كلياً على ذمة المشتري وفي مثله لا معنى لأداء الثمن ثم الرجوع بقدر العيب ، بل يوضع عن الثمن بقدره ويدفع الباقي إلى البائع ، وعليه فالدلالة على الوضع من الثمن تكون لخصوصية المورد لا لخصوصية في الثمن ، وهو واضح .

وأما رواية زرارة (٤) وفيها « يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به » فيحتمل ان يكون المراد انه يرد عليه بمقدار نقصه من الثمن ، على ان يكون المجرور متعلقاً بقوله عليه السلام : « نقص » فيدل على ان المدفوع مقدار مساوٍ لما نقص من الثمن ، وعليه فليس فيها ما يصلح لتقييد الاطلاق ، بل مقتضى اطلاقها عدم الفرق في المقسدار بين الرد من الثمن وغيره ، ويحتمل ان يكون المجرور متعلقاً بقوله عليه السلام : « يرد » وعليه وإن كانت توهم لزوم الرد من الثمن ، إلا ان الظاهر انه تعبير جارٍ على طبق التعابير العرفية ، ولا شبهة في ان العرف إذا قال في المغبون او في المورد « أرجع إلى ثمنك » او « رجعت إلى ثمني » لا يقصد به خصوص ما ادى إلى البائع ، بل المراد الرجوع إلى مقداره ، كان من عينه ام لا ، فلا دافع للاطلاقات ولا لبناء العرف .

(١) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام العيوب -

وعليه فلا وجه للرجوع إلى الاصل ، مع ان الاصل ايضاً يوافق ذلك إذ على فرض الشك فالامر دائر بين المطلق والمقيد ، للشك في ان مايستحقه هو نفس الغرامة وما يسد به الضرر ، او ان لخصوصية النقيدين او خصوصية الثمن ايضاً دخالة فيه ، فالتيقن هو اصل ما يسد به الضرر ، والباقي مشكوك فيه يجري فيه الاصل ، سواء كان الارش من قبيل التكليف ، او من قبيل الديون على الذمة ، او من قبيل حق التغريم ، كما هو الواقع فالشك مطلقاً يرجع إلى الثبوت ، ومقتضى الاصل عدمه ، لا إلى السقوط كما يظهر من المحقق الخراساني ، والامر سهل بعد ما عرفت من مقتضى الادلة الاجتهادية .

(نعم) لا إشكال في تعيينه من النقيدين ، وذلك مضافاً إلى انه كسائر الغرامات المضمونة بهما ، لان مقتضى الروايات ذلك ، كقوله عليه السلام في صحيحة منصور (١) : « يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب » وفي رواية اخرى (٢) « يرجع بقيمة العيب » وفي رواية طلحة (٣) « تقوّم وهي صحيحة وتقوّم وبها الداء ، ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء » بل هذا هو المتفاهم من سائر الروايات (٤) ايضاً فلا إشكال فيه ، وهذا فيما اذا كانت المقابلة بين الاجناس والنقود .

واما إذا كانت بين الاجناس مع مثلها ففي المثليات لا يبعد القول بتعين مقدار من جنس العوض اعم من ان يكون من عينه او مثله ، كما ان الامر كذلك في الابواب الاخر في باب المثليات ، بل الظاهر انه موافق لحكم العرف والعقلاء ومقتضى لزوم سد الخلة والضرر في المقام ، ولا

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب احكام

العيوب - الحديث ٣ - ٨ - ٢ - ٠ .

يخالف ذلك ما ذكر من الروايات (١) لاختصاصها بغير المورد .
ثم إنه لا إشكال في جواز التراضي على غير التقدين فيما إذا كان مقتضى الأدلة تعيينها ، إنما الإشكال والكلام في ان المدفوع من غيرهما عند التراضي هل هو عين الأرش أو بدله ؟ فقد اختار الشيخ الأعظم (قده) الاول ، بدعوى الفرق بين المقام وسائر الغرامات ، بأن المضمون بالتقدين في غير المقام مال متعين مستقر في ذمة الطرف ، فلا محالة يكون الرضا بغيره من قبيل التبادل والتعاوض ، وفي المقام ليس شيء ثابتاً في ذمته ، وإنما له حق الرجوع والمطالبة بالمال ، إلا ان دفع غير التقدين يتوقف على رضا ذي الخيار ، وإذا رضي يكون نفس الأرش لا بدله .

وقد تصدى بعض المحشين لبيان مراده وتصحيحه بتفصيل خارج عن المقصود وعن مسير الفقه ، ولم يأت بشيء يدفع الإشكال الوارد عليه ، وهو ان مقتضى الأدلة ان كان الترخيم بنحو الاطلاق ، اي اعم من التقدين فلا إشكال في كون ما ادى من غير التقدين هو عين الأرش ، لكن لا وجه إذن للحاجة إلى الرضا ، بل للبائع دفعه من اي شيء اراد ، وإن كان مقتضاها الترخيم من التقدين كما هو كذلك ، لما تقدم ، فلا إشكال في ان الاداء من غيرهما يحتاج إلى الرضا ، كما لا إشكال في ان المؤدى حينئذ ليس نفس الأرش بحسب مقتضى الأدلة ، بل يكون مما قام مقامه برضا الطرفين ، وليس لازم كون الشيء بدلاً عن شيء بالتراضي ان يقع المعاوضة بينهما .

وإن شئت قلت : إن البدل هنا مقابل الاصل ، كبدلية التيمم عن الوضوء والغسل ، فالمؤدى من غير ما تقتضى الأدلة دفعه ليس أرشاً بدلالة

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب الخيار والباب - ٤ - من

هذه الأدلة ، ومع ذلك لما كان للمشتري حق التبريم بالنقدين فله الرضا
بغيرهما بدلاً منها من دون أن يرجع ذلك الى المبادلة بينهما .

ثم إن القوم قد اتبعوا أنفسهم الزكية في تصوير الأرش المستوعب لجميع
الثلث ، فيما اذا كان العيب مقارناً للعقد بعد تسالمهم على جوازه فيما لو عرض قبل
القبض أو في زمان الخيار المضمون على البائع ، وغفلوا عما هو مقتضى الأدلة في
الأرش المستوعب لو فرض تصويره في العيب المقارن أو المتأخر ، ومن
الواضح أنه لانتيجة لتصوير الصغرى ولا وقع لاثباتها ما لم تتم كبرى الحكم .
والتحقيق عدم الدليل على ثبوت الارش المستوعب ، لا بحسب البناء
العقلائي ان قلنا بأن ثبوت الأرش حكم عقلائي كما تقدم ، ولا بحسب
الأدلة الشرعية التعبدية بناء على أن ثبوته تعبدى شرعي .

أما بحسب بناء العقلاء فلأنه لا ينبغي الاشكال في أنه لابناء منهم
على اصل الأرش بالنسبة الى العيب الحادث في زمان الخيار فكيف بالمستوعب
منه ، كما أنه يشكل ثبوت بنائهم على أصل الأرش في العيب الحادث قبل
القبض ، فلا محيص إلا التشبث لاثباته فيها بدليل تعبدى .

وأما في العيب المقارن فأصل ثبوت الأرش فيه وان كان عقلائياً كما
مر ، لكنه لم يثبت منهم بناء على ذلك في المستغرق منه ، فانه نادر الاتفاق
في الغاية ، وفي مثله لا طريق الى اثبات بنائهم ، مع أن الظاهر بعد التزامهم
مع الاستيعاب بأخذ تمام الثمن ونفس المعيب ، بل لا يبعد في مثله الحكم
بانفساخ العقد أو بالرد فقط ، وكيف كان لم يثبت بناؤهم على الأرش
في المستوعب ، ودعوى عدم الفرق بينه وبين غير المستوعب كما ترى ،
لاحتمال ثبوت الفرق عندهم ، بل الأرجح في النظر ثبوته .

وأما بحسب الأدلة الشرعية - بناءً على مسلك القوم من كون ثبوت
الأرش بالتعبد من الشرع - فلفقد الدليل على ثبوت المستوعب منه ، فان العمدة

في الباب معتمدة زرارة (١) ومرسلة جميل (٢) ولا دلالة لشيء منها على ثبوت المستوعب منه ، أما الأولى فلأن الظاهر من قوله عليه السلام : « وردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك » هو العيب غير المستوعب ، سواء تعلق قوله عليه السلام : « من ثمن ذلك » بقوله : « رد » أو بقوله : « ما نقص » كما هو واضح ، وأما المرسلة ، فلأن قوله عليه السلام : « وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب » مختص بما لا يستوعب الأرش ، وذكر الثوب وان كان من باب المثال ، لكن لا يفهم منه الا ما يشابهه من سائر الأمتعة مما به عيب غير مستوعب ، وأما المستوعب فلا ، كما أن إلقاء الخصوصية غير ممكن مع احتمالها ، بل كونها مظنونة ، بل الظاهر من نقصان العيب هو العيب غير المستوعب بحيث صار موجبا لنقص القيمة لا لذهابها .

وأما الروايات (٣) الواردة في الجارية فهي ظاهرة في العيب غير المستوعب كقوله عليه السلام : « تقوّم وبها الداء » وقوله عليه السلام : « ردّ بقدر ما نقصها العيب » وقوله عليه السلام : « يضع من ثمنها بقدر عيبها » حتى قوله عليه السلام : « يأخذ أرش العيب » فان المتفاهم منه تفاوت القيمتين ، مع أنها في المورد الخاص ، واحتمال اطلاقها أو اطلاق بعضها للجارية الجانية المستوعبة جنايتها لتمام قيمتها فاسد غير معتنى به .

فتحصل مما ذكر عدم الدليل على ثبوت الأرش في العيب المستوعب في المقارن منه للعقد فضلا عن غير المقارن مما يتفرع ثبوت الأرش فيه على ثبوته في المقارن فعلى ذلك يكون التعرض لتصوير المستوعب بلا وجه .

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٢ - ٣ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام العيوب .

مسألة :

يعرف الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب ليعرف التفاوت ، فيؤخذ بنسبة التفاوت ، ومع الجهل بالقيمة يرجع إلى العالم بها ، فإن أخبر بالقيمة السوقية المتعارفة ، أو بتقويم أهل الخبرة فيدخل في الشهادة ، ولا تثبت إلا مع التعدد ومع سائر ما يعتبر في الشهادة في الموضوعات ، وإن أخبر بما هو رأيه ونظره في القيمة وكان من أهل الخبرة فلا يعتبر التعدد ولا العدالة ولا الاخبار عن الحس أو المبادئ القريبة منه ، بل يتبع نظره إذا كان موثقاً به وكان من أهل الخبرة والتشخيص وإن كان واحداً ، سواء كان منشأ التقويم بتشخيص نوع الجنس باجتهاده - كالصائغ المطلع على أنواع الذهب بالاجتهاد وإعمال الاختبار وإن كان كل نوع معلوم القيمة عند الناس - أو كان التقويم لأجل كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء وإطلاعه على الخصوصيات والخواص التي هي فيه وفي صنفه ونوعه ، من غير ان يكون له ميزان منضبط في السوق ، كالأحجار الكريمة ، فهذان الموردان داخلان في تصديق أهل الخبرة لا يعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة ، ويكون الرجوع إليه من رجوع الجاهل إلى العالم بالقيمة .

نعم لو أخبر في الصورة الأولى منها ، بأن هذا من النوع الفلاني من غير تقويم كان هذا من إخبار أهل الصنعة والاجتهاد ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة ، ويكتفى بقوله في معرفة القيمة وإن لم يقوّم ، ولم يكن الرجوع إليه من رجوع الجاهل بالقيمة إلى المقوّم ، ولا يحتاج إلى تقويمه ، فإن المقروض أنه على فرض الاطلاع على نوع الجنس كانت القيمة معلومة ، فأخباره بالقيمة من غير ذكر الجنس أو إخباره بنوع الجنس من غير ذكر القيمة كاف في معرفة

الأرش ، فالرجوع اليه في كلتا الصورتين من قبيل رجوع الجاهل إلى العالم وغير الخبير إلى الخبير مما استقر عليه بناء العقلاء في الأعصار والأمصار بلا إشكال ولا ريب ، ولم يدل دليل على الردع .

أما ما دل على اعتبار التعدد والعدالة في الموارد الخاصة كباب القضاء وبعض الموضوعات كالكفالات وغيره فلا مجال لتوهم دلالتها على الردع ، كما لا يخفى .

وأما رواية مسعدة بن صدقة (١) فرمى بتوهم دلالتها عليه ، وهي ما رواه الكليني والشيخ باسنادهما عنه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول : كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة والملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً أو امرأة تحتك وهي اختك أو رضيعتك ، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة » بدعوى أن القاعدة الكلية في الذيل هو المناط الكلي في الخروج عن القاعدة العقلية والشرعية ، أي أصل البراءة والحل ، وليس الحلال المأخوذ فيها الاصطلاحي منه ، بل معنى لغوي أعم مما يقابل الحرمة والوجوب ، فالقاعدة بكليتها تدل على انحصار طريق الثبوت بالعلم الوجداني والبينة ، والخروج عنها يحتاج إلى دليل .

وفيها - مع الغض عن سندها ، ومع الغض عن ظهورها في الشبهة التحريمية الموضوعية - إشكال يكشف عن نوع اضطراب واغتشاش في المتن فان الأمثلة المذكورة فيها لا تنطبق عليها الكبرى لو اريد بها قاعدة الحل المجعولة في الموارد التي لا توجد فيها حجة شرعية أو عقلية على الواقع ، ضرورة ان المتالين الأولين توجد فيها قاعدة اليد ، وهي أمانة عقلانية على

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب ما يكتسب به - الحديث ٤ .

الواقع ، ومعها لا محل للرجوع فيها إلى القاعدة الكلية ، أي أصل الحل أو ما يعمه وأصل البراءة ، بل لا يبعد اعتبار اليد في المثال الثالث ايضاً على تأمل ، مع ان استصحاب عدم الرضاع فيه يخرج عن أصل الحل ، وقوله في الذيل متفرع على الصدر ، ومن الواضح ان الخروج عن القاعدة لا ينحصر بما ذكر ، فلا بد من توجيه الرواية بما يخرجها عن قاعدة الحل ، ويوجب انطباقها على الأمثلة المذكورة فيها .

ويمكن ان يقال : إن قوله عليه السلام : « كل شيء هو لك حلال » يراد به أن كل شيء يختص بك ، بأن كان تحت يدك أو تحتك فهو حلال سيما مع ذكر ضمير الفصل فيها من غير تصديره بالفاء ، وحينئذٍ تدرج الأمثلة المذكورة تحت الكلية ، ويندفع الأشكال عن الرواية ، فان من الواضح فيما إذا قامت الحجة العقلانية والشرعية على شيء لا يرفع اليد عنها إلا بحجة أقوى ، وهي العلم الوجداني والبيئة الشرعية ، وعليه فتكون الرواية أجنبية عن أصل الحل وعن المقام .

وتوهم ان الذيل بيان مستأنف لقاعدة اخرى تدفعه الضرورة ، سيما مع قوله عليه السلام : « والأشياء كلها على ذلك » فانه ذكر كلية منطبقة على نحو الأمثلة في جميع الأشياء (والانصاف) ان رفع اليد عن بناء العقلاء المحكم بمثل تلك الرواية خروج عن السداد .
ولو تعذر معرفة القيمة لفقد الطريق إلى معرفتها فلا ريب في جواز الأخذ بالأقل ، لما تقدم الكلام فيه .

مسألة :

لو اختلف الشهود أو المقومون ففيه صور كثيرة ، لم يتعرض الشيخ

الأعظم (قده) إلا لصورة واحدة، ونحن نقفنى إثره، لأن التعرض لجميعها موجب للتطويل، لاحتياج بعضها إلى تنقيح بعض مسائل باب القضاء، فنقول: لو اختلف المقومون مع عدم دعوى من المتبايعين فهل يسقطان، ويرجع إلى الاصل وهو البراءة عن الزيادة على التحقيق أو الاشتغال على رأي، أو يرجع إلى القرعة أو إلى قاعدة العدل والانصاف، أو لا يسقطان ويقدم مقوم الأقل أو الأكثر، أو يرجع إلى الصلح، أو يرجع إلى المفتي ويتخير في الاخذ بواحد منهما، أو يؤخذ ببعض مضمون كلام كل من المقومين، لوجوب الجمع بين الدليلين مها أمكن، وهو أولى من الطرح، كما نسب الشيخ الأعظم (قده) إلى المعظم، وفي كون مستند المعظم ما أفاده الشيخ تأمل.

والاقوى سقوطها، والرجوع إلى الاصل وهو البراءة عن الزائد، لما تقدم من ان الرجوع إلى المقومين من رجوع الجاهل إلى ذي الفن والخير ولا يعتبر فيه البيئة والوصاف المعتبرة فيها، بل يكفي فيه الوثوق بعدم الكذب عمداً، ومن الواضح ان قول المقوم من اهل الخبرة من الطرق العقلائية لا يحتمل فيه الموضوعية والسببية بوجه، وإن قيل بها في أخبار الثقة في الاحكام الشرعية، استناداً إلى عدم سقوط المتعارضين بحسب الادلة الشرعية، خلافاً للقاعدة العقلائية، وفي فتوى الفقهاء استناداً إلى ذلك، لأن فتواهم إخبار عن الحكم الشرعي، أو لبعض اعتبارات آخر، وفي البيئة احياناً، لما ورد في الاخبار الكثيرة من الحكم بعدم السقوط والاخذ بالاكثر أو بالقرعة لتعيين المنكر، خلافاً لمقتضى القاعدة.

وأما في باب التقييم وسائر النظائر مما لم يتصرف الشارع فيها وإنما انكشف رضاه بها من عدم الردع بعد كونها شائعة عند العقلاء في الاعصار والامصار فلا يحتمل فيها السببية أو التصويب، ضرورة ان ما عند العقلاء

من الامارات لا تكون إلا طرفاً للتوصل إلى الواقع وليس فيها من السببية عين ولا اثر ، والمفروض عدم تصرف من الشارع الاقدس ، وعدم ورود شيء مما يوهم السببية فيها إلا في بعضها ، فالبحث عنها في المقام غير وجيه بعد القطع بخلافها .

وعلى الطريقية فلا شبهة في سقوط الطريقين المتعارضين عقلاً و عرفاً فالبحث عن تقديم بينة الأقل أو الأكثر أو التثبت بالصلح إلزاماً أو تخيير الحاكم أو الجمع بين الدليلين كلها في غير محله ، فانها مبنية على أمر مقطوع الفساد .

مع ان في كل منها إشكالاً ، تعرض لبعضها الشيخ الأعظم (قده) والأولى بالاشكال ما اختاره من الأخذ بقول كل من المقومين مها أمكن ، فيؤخذ بقول كل منهما في النصف ويطرح في النصف الآخر ، استناداً إلى المحكي عن ابن أبي الجهمور ، بأن العمل بالدليلين مها أمكن خير من ترك أحدهما وتعطيله باجماع العلماء ، وما ذكره صحيح في الأخبار المتعارضة لو أريد به الجمع العرفي العقلائي والعمل بالدليلين على نحو يستحسنه العقلاء في محيط التشريع ، بدهاه انه لا يؤخذ بقواعد التعارض إلا بعد عدم إمكان الجمع العقلائي ، ومزيف لو أريد به الأخذ بالدليلين ولو مع عدم مقبولية الجمع ، بأن يقال في مثل قوله : « اكرم كل عالم » وقوله : « لا تكرم عالماً » إنا نعمل ببعض مضمون كل منهما ، فنحكم بوجود إكرام نصفهم وحرمة إكرام النصف !! .

وقد رد الشيخ الأعظم (قده) على القائل ، بأن ذلك يوجب سد باب الرجح والمهرج في الفقه ، والعجب أنه قدس سره اختار في المقام ما كان مخدوشاً عنده في ذلك الباب ، بل ادعى هناك الاجماع والدليل على خلافه واستند في المقام بعين ما رده في ذلك المقام ، إذ من الواضح ان الأخذ ببعض

مضمون قول كل من المقومين - يدعى ان الجمع بين الدليلين أولى من الطرح - مستلزم لقبول الجمع التبرعي غير العقلاني الذي قدح فيه ، مضافاً إلى أن تلك القاعدة مختصة بالأخبار الصادرة عن المعصومين عليهم السلام : الحاكية عن الحكم الشرعي مما يصح فيه القول بأن بعض الكلام قرينة على بعض ، فيكشف من الجمع العقلاني لإرادة الشارع الأقدس ، دون مثل المقام مما لا وجه للجمع العرفي أو التبرعي فيه ، فلا ينبغي الاشكال في سقوط قول المقومين بالتعارض .

ومن ذلك يظهر ان التشبث بالصلح قهراً على المتعاملين أو الرجوع إلى قاعدة العدل والانصاف قهراً عليهما أو تخيير الحاكم بالأخذ بأيها شاء مما لا وجه لها .

كما انه لا وجه للأخذ بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشكل ، ومع سقوط قولها يكون المرجع الأصل العقلي والشرعي ، ومع جريانها لا جهل بالوظيفة ولا مشكل ، فلا موضوع للقرعة ولهذا لم يحتمل جريان القرعة في الفرع المتقدم في المسألة السابقة ، وهو ما لو تعذر معرفة القيمة لفقد الطريق إلى معرفتها ، مما كان المورد مجرى البراءة ، وكذا في نظائرها ، ومن المعلوم انه بعد سقوط المعارضين يتعذر معرفة القيمة ، ولا حجة عليها ، فيتعين الرجوع إلى البراءة ، وقياس المقام بتعارض البيئات وإعمال القرعة لتشخيص ما يتوجه عليه اليمين كما وردت به الأخبار (١) مع الفارق .

ثم إنه لو قلنا بأن الامارات المتعارضة كما هي ساقطة في المدلول المطابقي كذلك ساقطة في المدلول الالتزامي ، بدعى تبعية الثاني للأول في الدلالة والحجية والسقوط فلا إشكال في الرجوع إلى الاصل حتى في مورد

(١) الوسائل - الباب - ١٣ - من ابواب كيفية الحكم - من كتاب

نفي قول كل من المقومين له بالدلالة الالتزامية ، فلو قوّم أحدهما الصحيح بالعشرة والمعيّب بالخمسة والآخر الصحيح بالثمانية والمعيّب بالثلاثة ، سقطا ويرجع إلى الأقل مطلقاً ولو خالف لازم الامارتين .

بخلاف ما لو قلنا بعدم السقوط في الالتزامية مع توافقها فيها ، فان الاصل حينئذٍ لا يجري في مورد توافقها على نفيه .

كما انه على مسلك القوم من الرجوع مع التعارض إلى اوسط القيمتين او نصف الكسرين كما عن الشهيد (قده) تكون صورة توافق القولين في اللازم داخله في محل النزاع ، كما لو قوّم أحدهما بالعشرة والخمسة ، والآخر بالثمانية والاربعة ، ومقتضاهما على كلا المسلكين كون التفاوت بالنصف ، ففي مثل ذلك إن قلنا بعدم سقوطها في اللازم المتفق عليه يخرجان عن كونها متعارضين ، فيؤخذ بالنسبة المتفق عليها ، وإن قلنا بالسقوط يعمل فيها بما يعمل به في سائر الصور .

ثم إن البحث عن طريقة المعروف وطريقة الشهيد وان ايها أقرب إلى الصواب وعن موارد اختلافها غير لازم بعد ما عرفت من عدم دليل على ما أفادوا وبطلان التمسك بقاعدة الجمع ، وعدم شهرة او اجماع في المسألة مع انه يمكن ان يقال على فرض كون المستند قاعدة الجمع إنه يجب الاخذ بالاكثّر في موارد مخالفة طريق الشهيد (قده) مع المعروف ، فان الاخذ به هو العمل بالدليلين مهما امكن ، والامر سهل .

القول في الشروط التي تقع في العقد وشروط صحتها

وقد تقدم الكلام مستقصى في ماهية الشرط لغةً وعرفاً في المعاطاة عند الكلام في التمسك بلليل الشرط على صحتها ، فلا نطيل بالاعادة ، وأما شروط صحتها مما وقع الكلام والخلاف فيها ، فأمر :

أحدها :

أن يكون داخلاً تحت قدرة المشروط عليه ، وقد مثل لغير المقدر ببعض الامثلة ، كجعل الزرع سنبلاً والبسر تمرأ مما لا ينبغي للفقير التعرض له ، فصار ذلك موجباً لبسط الكلام فيه بما هو خروج عن طريق الفقه وطريقة الفقهاء .

والاولى ان يمحض الكلام في اعتبار القدرة في الصحة بعد فرض اجتماع شروط التحقق بأجمعها ، ومنها جواز تعلق الارادة الجدية بالاشتراط حتى لا يختل تحققه من قبل امتناع ذلك ، ونحو تلك الامثلة التي لا يعقل تعلق الجرد باشرطها تكون خارجة عن موضوع البحث ، لان البحث عن شرط الصحة بعد الفراغ عن إمكان الاشرط ، وفي مثلها يكون اصل

الاشتراط مختلاً لا شرطه ، ولعل مقصود بعض الاصحاب من الامثلة بيان التنظير لما لا يقع تحت القدرة ، وإلا فما لا يتعلق به الارادة الجدية ويعدّ التلفظ به لعباً وسخرية خارج عن محط البحث .

كما انه لا بد من البحث عن هذا الشرط بعد الفراغ عن عقلايته ، وإلا يرجع إلى فقد شرط آخر تعرض القوم له ، وكذا بعد الفراغ عن عدم اختلال شرط آخر تعرضوا له ، وهو لزوم الغرر من ناحية الجهل بالحصول او بحال الشرط ، وهذا مثل ما لو اشترط عليه خياطة ثوب مثلاً أو كتابة كتاب مع اعتقادهما قدرة المشروط عليه ، فتبين انه لم يكن قادراً عليه ، فهذا شرط عقلائي جامع لجميع ما يعتبر فيه عند العقلاء والشرع ، وليس فاقداً لشيء سوى القدرة على ايجاده ، فيبحث عن ان عدم القدرة هل يوجب بطلانه أم لا ؟

فنقول : لا شبهة في ان الاشتراط في المعاملات وكذا الخيار عند تخلفه امر عقلائي شائع عندهم في الاعصار والامصار ، والشروط العقلانية يترتب عليها امران عندهم : احدهما حق لإلزام الشارط المشروط عليه بالعمل به ، والثاني حق الخيار عند التخلف ، فلو كان الحق الثاني مترتباً على الاول بمعنى انه مع عدم حق الالزام لا يكون حق الفسخ ايضاً ، فلا محالة يقع الشرط غير المقذور باطلاً والبيع لازماً أو فاسداً لو قيل بأن الشرط الفاسد يوجب فساد المعاملة حتى عند العقلاء .

واما لو كان الحق الثاني مترتباً على مطلق تخلف الشرط ، سواء كان التخلف اختيارياً ام لا ، وسواء كان تحت قدرته ام لا ، صح الشرط وترتب على تخلفه الخيار ، نظير طرو التعذر بعد العقد ، فان الظاهر الذي لا ينبغي الاشكال فيه هو عدم حكم العقلاء ببطلان العقد حينئذٍ ولا بلزومه بل يحكمون بالخيار للتخلف ، فالخيار عند عدم العمل بالشرط عقلائي مترتب

على نفس عدم حصول الشرط ، سواء كان ذلك لعدم القدرة عليه او لغير ذلك ، فاعتبار القدرة ليس شرطاً لصحة الشرط ، بل شرط عقلي لجواز الزامه على العمل به ، هذا حال المحيط العقلائي .

وأما بحسب الادلة الشرعية ، فلا ينبغي الاشكال في ان قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » (١) يدل على وجوب العمل بالشرط بل دلالة مثل تلك الجمل الاخبارية على الوجوب او الحرمة أكد من الاوامر والنواهي ، كما هو المقرر في محله .

فحينئذ إن قلنا بأن الاحكام الكلية القانونية لا تتقيد بالقدرة - كما لا تتقيد بالعلم ، ويكون الحكم الفعلي ثابتاً لموضوعه ، كان المكلف عالماً أم لا ، وقادراً أم لا على ما ذكرنا في محله ، والجهل احياناً والعجز عذر للمكلف في ترك المأمور به أو الاتيان بالمنهي عنه ، لا انه قيد للتكليف - يكون وجوب العمل بالشرط ثابتاً ، والعذر عن الاتيان به لا يوجب بطلانه رأساً ، فيترتب عليه الخيار .

وإن قلنا بأن التكليف الكلي ينحل إلى تكاليف ، ولا يعقل تعلقه بالعاجز فلا يوجب ذلك أيضاً بطلان الشرط في المقام ، نظير البطلان في الشرط المخالف للكتاب ، لأن غاية ما في الباب قصور الأدلة عن إيجاب العمل بمثل هذا الشرط ، ومن الواضح أن تلك الأدلة لا تتكفل بل لا يمكن أن تتكفل للخيار عند التخلف حتى يتوهم دلالتها على عدم الخيار عند عدم الوجوب ، بل الخيار حكم عقلائي مترتب على تخلف الشرط ، فان دل دليل شرعي على أن هذا الشرط لغو وباطل رأساً - كالشرط المخالف للكتاب - فيحكم بعدم الخيار ، وأما مع عدم الدلالة على ذلك فالحكم العقلائي متبع

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث - ٤ -

لا رادع عنه ، فتحصل أن تخلف مثل ذلك الشرط موجب للخيار ، ولا دليل على بطلانه رأساً .

هذا حال شرط الفعل ، وأما شرط النتيجة فاعتبار القدرة فيه على نحو آخر ، فانه قد يكون مؤثراً في النقل كشرط صيرورة شيء من مال المشروط عليه للشارط ، وفي مثله يكون الاعتبار بالقدرة على الوفاء بالشرط وهو تسليم متعلقه ، كما يعتبر القدرة على تسليم العوضين في البيع ، وقد لا يكون الشرط مؤثراً في النقل لمانع ، كما لو شرط صيرورة عين له باعتقاد كونها له فتبين أنها لغيره مثلاً ، وفي مثله يكون الاعتبار بالقدرة على الوفاء بتسليم المتعلق أو بالقدرة على النقل بالأسباب الشرعية والعقلانية ، فعلى القول باعتبار القدرة يحكم بالبطلان في موارد فقدها .

ومما تقدم في شرط الفعل يظهر حال شرط النتيجة بقسميه ، وأنه لا يحكم ببطلانه رأساً بمجرد فقد القدرة عليه ، بل التخلف مع اجتماع سائر الشرائط يوجب الخيار في محيط العقلاء ، من غير فرق بين القسمين ، سواء كان التخلف لأجل عدم العمل به اختياراً أم كان لمحدور في التسليم أو لمانع عن تأثير الشرط ، ففي جميع الصور يكون الحكم هو الخيار لأجل التخلف ، لا بطلان الشرط ولزوم المعاملة ولا فسادها ، وقصور الدليل الشرعي عن إيجاب الوفاء به ، إما لتعذره او لممنوعية النقل لا يوجب إسقاط الشرط والحكم ببطلانه كالحكم ببطلان الشرط المخالف للكتاب ، ومعه لا رادع عن الحكم العقلاني نظير ما لو تعذر الشرط في الزمان المتأخر عن العقد ، إذا كان وقت العمل متأخراً زماناً .

(وبعبارة أخرى) إن كان المراد ببطلان الشرط فيما إذا لم يكن له وجوب الوفاء هو عدم التأثير في النقل او في الوفاء فهو مسلم ، لكن لا يوجب ذلك لغوية الشرط بحيث لا يترتب على تخلفه القهري الخيار .

بل القول بالبطلان لمجرد عدم التأثير في النقل أو في الوفاء فاسد، لأن عدم ترتب الأثر هاهنا لا بد وأن يراد منه عدمه مطلقاً حتى من ناحية ثبوت الخيار عند التخلف ، إذ ليس المقام كالبيع ونحوه مما تكون ماهيته متقومة بالنقل ، فاذا فرض عدمه مطلقاً بحكم بالبطلان ، كبيع الوقف أو ملك الغير مع عدم التعقب بالاجازة ، بل تكون ماهية الشرط هو الالتزام أو القرار في البيع ونحوه ، ولا يعتبر فيها نقل وغيره ، بلافق بين شرط النتيجة وغيره ، لأنه ماهية واحدة لا تختلف في شيء من الموارد ، وإنما الاختلاف في المتعلقات كاختلاف متعلقات البيع ونحوه ، فاذا لم يترتب على الشرط إلا الخيار فلا يوجب ذلك بطلانه ، فالقول بالقاء الشرط رأساً في العرف مع عدم النقل والحكم بلزوم العقد أو بطلانه ممنوع .

وهذا نظير شرط وصف حالي بتوهم وجوده مع فقدته واقعاً ، فان الشرط في مثله لا يؤثر في شيء ولا يكون له وجوب الوفاء ، ومع ذلك يكون تخلفه موجباً للخيار عرفاً ، فانه شرط سائغ جامع للشرائط يترتب عليه الخيار ، وتوهم رجوع الشرط إلى التوصيف في غير محله ، للفرق بينهما جعلاً واعتباراً وواقعاً ، فالشرط الباطل الذي لا يترتب عليه الخيار منحصر بما هو لغو عرفاً كالشرط غير العقلاني على ماسيأتي الكلام فيه ، او شرعاً كالشرط المخالف للكتاب بناءً على استفادة القائه من الأدلة .

ومن هنا يظهر حال شرط الأوصاف الحالية المتخلفة عن النقل التبعية فان اعتبار القدرة فيها ليس بالمعنى الذي تقدم في الأقسام المتقدمة ، بل بمعنى القدرة على النقل تبعاً ، وسلب القدرة لا يوجب إلقاء الشرط ، بل يترتب عليه الخيار كما تقدم .

كما يظهر الكلام في الأوصاف الاستقبالية ، فانها على قسمين : احدهما

ما يمكن تعلق القدرة به ولو تسيبياً ، وثانيها على خلاف ذلك ، والكلام فيها هو الكلام فيما تقدم .

كما ان الكلام في الشرط المتعلق بفعل الغير يظهر مما مر ، فان فعله تارة يكون مما يمكن أن يكون مقدوراً للمشروط عليه تسيبياً ، فتوهم ذلك وشرط ثم تبين خلافه ، واخرى يكون على خلاف ذلك ، فتوهم إمكان تعلق قدرته به وقدرته على إيجاده فتبين خلافه ، ففي الجميع يثبت خيار التخلف (فتحصل) من جميع ما تقدم ان الحق هو عدم اعتبار هذا الشرط في شيء من الموارد ، لكن ذلك بعد الفراغ عن اجتماع سائر الشرائط ، كما أشرنا إليه .

وتوهم أن المسألة اجماعية أو مشهورة شهرة معتبرة في غير محله ، لأن الأمثلة المأخوذة في كلماتهم وكذا الاستدلالات المذكورة يكشف عن الخلط بين هذا الشرط وبعض الشروط التي لا كلام في اعتبارها ، فلم يثبت قيام الاجماع على محط البحث بالنحو المتقدم ، مع ان الاتكال على الأدلة كالغرر والغوية ونحوهما يوهن الاجماع والشهرة المعتمدة .

الثاني :

أن يكون الشرط سائغاً في نفسه ، إعلم ان الشرط قد يطلق ويراد به نفس الالتزام في ضمن البيع ونحوه الجامع بين أنحاء الشروط من شرط الفعل وشرط النتيجة وشرط الخيار وشرط الوصف الحالي أو الاستقبالي ، واطلاقه بهذا المعنى يكون على نحو الحقيقة ، إذ لفظه موضوع لهذا المعنى المشترك ، كما انه بهذا المعنى لا تكون المتعلقات والملتزمات قيماً أو جزءاً له ، بل هو بمعناه المصدرى أو الاسم المصدرى مجرد عن كافة المتعلقات ،

إذ هو بهذا المعنى مشترك معنوي وماهية كلية تنطبق على المصاديق ، فلو قيد بها أو كانت المتعلقة دخيلة فيه لم يعقل أن يكون مشتركاً معنوياً ، وقد يطلق ويراد به المتعلق والملتزم به ، وإطلاقه عليه مجاز بضرب من المناسبة والعلاقة ، والجمع بين المعنيين في استعمال واحد إما غير جائز كما عليه الأكثر ، أو جائز ولكن لا يحمل عليه إلا بدلالة وقرينة .

إذا عرفت ذلك ، فنقول : من اعتبر ان يكون الشرط سائغاً في نفسه لو أراد به ما هو ظاهر هذه العبارة - أي نفس الالتزام ، لقوله : « في نفسه » ولجعله شرطاً في قبال الشرط الرابع ، أي اعتبر ان يكون الاشتراط بالمعنى المصدرى سائغاً في قبال ما لا يكون كذلك ، كالشرط وقت النداء بناءً على حرمة ، أو فيما إذا تعلق به نهى الوالدين أو المولى بناءً على سرية الحرمة إلى نفس العنوان ، كما عليه القوم - كان هذا شرطاً مستقلاً لا شبهة في انه لا يؤول إلى الشرط الرابع ، فان الظاهر من الأخبار الواردة (١) في الشرط الرابع هو الشرط بالمعنى المجازي ، أي للملتزمات ، ضرورة أن نفس الالتزام بالمعنى المصدرى الجامع لا يكون موافقاً أو مخالفاً للكتاب ، إلا باعتبار متعلقاته ، فالاستثناء دليل على ان المراد بالشرط هو المتعلقة والملتزمات ، كما أن وجوب العمل لا يكون إلا للملتزمات ، ففي الشرط الرابع اعتبر ان يكون متعلق الشرط غير مخالف للكتاب ، وهنا اعتبر ان يكون الشرط في نفسه سائغاً ، فأين أحدهما من الآخر .

لكن الشأن في إثبات اعتبار هذا الشرط ، بحيث لو كان نفس الاشتراط محرماً مع تعلقه بأمر جائز - كاشتراط خياطة الثوب - يقع باطلاً ، فان غاية ما يقال في مثله هو ان تنفيذ ما هو محرّم غير جائز ، وفيه ما لا يخفى إذ لا مانع عقلاً من تعلق الحرمة بسبب ، وعلى فرض تحققه يحكم بنفوذه

مع أن دليل التنفيذ إذا كان عموماً قانونياً لا يأتي فيه ما ذكر .
 وإن أريد من اعتبار جواز نفس الاشتراط أن لا يتعلق الشرط بأمر
 محرم ، إذ يوجب ذلك حرمة الشرط أيضاً ، بدعوى إن الزام الغير بارتكاب
 الحرام حرام كما يشعر به التمثيل باشتراط جعل العنب خمراً ، فهذا أيضاً
 شرط مستقل لا يؤول إلى الشرط الرابع ، لكنه حيث لا ينفك عن الشرط
 الرابع فلا ثمة لاعتباره على حدة ، إلا إذا قلنا بأن الشرط الرابع مختص
 بمخالفة الكتاب ، ومخالفة السنة خارجة عنه ، فيكون الاعتبار المذكور
 مشمراً حينئذٍ ، لكن المبني غير وجيه كما يأتي الكلام فيه .

وقد ظهر مما ذكرنا أن تمسك الشيخ الأعظم (قده) في المقام
 بالعلوي (١) « من شرط لامرأته شرطاً فليف به لها ، فان المسلمين عند
 شروطهم إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحل حراماً » في غير محله ، ومخالف
 لعنوان البحث ولعده شرطاً مقابلاً لسائر الشروط ، والانصاف أن كلامه
 لا يخلو من تشويش واضطراب ، فتدبر .

وأما مرسله الغنية « الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب
 أو سنة » فمع عدم حجيتها لا يراد منها إلا ما في سائر الروايات (٢) من
 اعتبار ان لا يكون الملزم محرماً ، والأمر سهل .

الثالث :

أن يكون الاشتراط عقلاً ، بمعنى أن لا يكون ملغاً عند العرف
 والعقل ، واعتباره بهذا المعنى لا إشكال فيه ، لأن الاشتراط غير العقلائي

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ - ٠ .

لا يكون مشمولاً للأدلة الشرعية ، من أجل أنها في المعاملات ناظرة إلى ما لدى العقلاء ، سيما في باب الشرط ، حيث كان لسان الدليل « أن المسلمين أو المؤمنين عند شروطهم » (١) والمقصود منه أن ما اشترطه المسلمون يجب عليهم الوفاء ، ومن المعلوم ان المراد منهم هو الناس والعقلاء لا خصوص المسلمين ، فما هو ملغاً عند العرف لا يصح دعوى إطلاق الأدلة فيه .

وأما ما أفادوا في المراد بهذا الشرط من كونه ذا فائدة معتد بها عند العقلاء ، بمعنى ان الملتزم لا بد وأن يكون ذا فائدة عقلائية وإلا يقع باطلاً ففيه تأمل وإشكال ، فانه ربما يكون الشرط بالمعنى المصدري عقلائياً ، لأجل ترتب الخيار على تخلفه ، من غير ان يكون في البين فائدة اخرى للشارط كاشتراط بيعه بالقيمة التي اشتراه بل اشتراط الأوصاف الحالية مما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف ، فان أمرها دأب بين الوجود والعدم ، ولا يترتب على الشرط شيء سوى الخيار ، ففي مثلها لا يعد الاشتراط لغواً وملغاً عرفاً ، بل يصح ويترتب عليه الخيار عند التخلف ، وهو أمر عقلائي ، ولا يقاس المقام بالبيع حيث لا يكون ماهيته إلا التبادل ، ولا يترتب عليه أثر عقلائي آخر .

(وبالجمله) ما لا فائدة له إما أن يكون بنحو يكون الاشتراط به عبثاً ولغوياً ، فلا إشكال فيه ، وإما أن يكون له فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم ، فبطلانه هاهنا ممنوع ، لأن ثبوت الخيار عند التخلف من الفوائد العقلائية ، واختصاص خيار التخلف بالشرط الذي له فائدة معتد بها ممنوع .

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار ، والباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ من كتاب النكاح .

الرابع :

أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة ، أما المخالف للكتاب فما لا ريب في بطلانه ولغوئته شرعاً ، كما يدل عليه الروايات المستفيضة (١) وفيها الصحيح والموثق ، وفيها « كل شرط خالف كتاب الله فهو رد » أي مردود كما في نسخة ، وسيأتي التعرض لتلك الروايات مع بعض روايات آخر .

وأما مخالف السنة فيمكن أن يستدل على بطلانه بوجوه : (منها) أن يقال : إن الشرط في محيط العقلاء وهو الذي تنظر اليه روايات (٢) الباب إنما يكون نافذاً وعقلاً فيما إذا كان للمشروط عليه سلطنة عليه ، ولم يكن ذلك موجباً للتصرف في سلطان الغير ، ولهذا لا يكون شرط غضب مال الغير أو جرحه وجنابته من الشروط العقلائية النافذة ، ومن هذا القبيل الشروط التي توجب نقض القوانين سيما الالهية ، فان اشترط مخالفتها ونقضها نحو تجاوز في سلطان الغير ، فاشترط السرقة والقمار وشرب الخمر وترك الحج وترك إتيان الزكاة وأمثالها مما تعد نقضاً للقوانين الشرعية وتجاوزاً في سلطان الغير غير عقلائي ، لا بمعنى كونه سفهياً ، بل بمعنى آخر ، حتى لو لم تكن في الباب تلك الروايات (٣) التي استثنيت فيها مخالفة الكتاب لما فهم العرف أيضاً من قوله عليه السلام (٤) : « المسلمون عند شروطهم » تجوز التجاوز في سلطان الغير ونقض الأحكام الشرعية ومخالفة الحدود الالهية .

وإن شئت قلت : إن أدلة النفوذ منصرفه عن مثل ذلك ، ولم يثبت بناء العقلاء على العمل بالشرط الموجب لمخالفة الحكم العرفي أو الشرعي ، وعليه فتكون مخالفة السنة والحكم الشرعي كمخالفة الكتاب في بطلان الاشرط

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار .

هذا مع الغض عن الروايات (١) المشتملة على استثناء مخالفة الكتاب ، وسيأتي الكلام فيها .

(ومنها) دعوى إلقاء الخصوصية عن الروايات الواردة (٢) في مخالفة الكتاب ، بأن يقال : إن للكتاب جهات : من كونه كلام الله تعالى وانه نزل به الروح الأمين ، وانه إعجاز ، وانه كتاب المسلمين يجب عليهم الإيمان به ، وانه مشتمل على أحكام الله تعالى ، وتلك الخصوصيات سوى الأخير منها لا دخالة لها بنظر العرف في بطلان الاشتراط ، فتمام الموضوع لذلك هو كونه مخالفاً للحكم الإلهي ، وعليه يكون الميزان هو المخالفة لحكم الله فخصوصية الكتاب غير دخيلة ، بل الحكم ثابت لمخالف السنة أيضاً وهذا الوجه لا يخلو من نظر ، وإن كان لا يخلو من جودة .

وأما ما قيل - من أن المراد بالكتاب في تلك الروايات كل ما كتب الله على عباده ولو على قلب نبيه وحياً أو إلهاماً ، فالمراد كتابه التشريعي في قبال كتابه التكويني ، إلى آخر ما أفاد - فهو بالعرفان أشبه من الفقه . كما أن ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) - من أن الاستفادة من الرواية (٣) التي وردت من طرق العامة هو ان المراد بالكتاب ما كتبه الله على عباده من احكام الدين وإن بيّنه على لسان رسوله صلى الله عليه وآله ، فاشتراط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى - غير وجيه ، فانه - مضافاً إلى أن الرواية غير المعتمدة لا يصح ان تجعل قرينة على ذلك - لم تذكر في تلك الرواية مخالفة الكتاب باللفظ الذي نقله عن الشيخ والعلامة (قدهما) وإنما الموجود فيها « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار .

(٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩٥ .

فهو باطل ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق « والظاهر منها أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، والولاء للبائع ليس فيه ، فشرطه باطل لذلك لا بما انه شرط مخالف لكتابه ، نعم لو لا ضعفها سنداً امكن استفادة بطلان الشرط المخالف للسنة وللحكم الشرعي مطلقاً من قوله صلى الله عليه وآله : « قضاء الله أحق وشرطه أوثق » فانه بمنزلة كبرى كلية يستفاد منها أن كل شرط يخالف حكم الله فهو باطل .

ثم إن الرواية المشتملة على قصة بريرة نقلت عن دعائم الاسلام (١) بلفظ آخر ، وفيها « ما بال قوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، يبيع أحدهم الرقبة ويشترط الولاء ، والولاء لمن اعتق ، وشرط الله أكد ، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد » وهذه أولى بما رامه الشيخ الأعظم قدس سره من تلك الرواية ، وإن كان في استفادته منها أيضاً إشكال ، لأن صدرها يدل على أن شرط ولاء البائع حيث لا يكون في كتاب الله باطل فالبطلان مستند إلى ذلك لا إلى مخالفة حكم الله ، وقوله صلى الله عليه وآله : « الولاء لمن اعتق » إلى آخره كلام مستأنف ، فكأنه قال : إن الشرط باطل ، لأنه ليس في كتاب الله ، وإن الولاء لمن اعتق بحسب حكم الله وإن لم يكن في كتابه ، نعم يستفاد منها ان شرط الله وحكمه مقدم على شروط العباد ، لكن السند غير معتمد مع إرسالها أيضاً .

(ومنها) بعض الروايات المذكورة فيها مخالفة السنة ، كصحيفة محمد ابن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها ، واشترطت أن بيدها الجعاع والطلاق ، قال : خالفت السنة ووليت الحق من ليس بأهله ، قال : فقضى علي

(١) المستدرک - الباب - ٣٠ - من كتاب العتق - الحديث ٢ :

(٢) الوافي ج ١٢ ص ٨٠ .

عليه السلام ان على الرجل النفقة ويبيدها الجماع والطلاق » وقريب منها مرسله ابن فضال (١) وكمرسلة مروان بن مسلم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : ما تقول في رجل جعل أمر امرأته بيدها ؟ قال : فقال : ولتى الأمر من ليس أهله وخالف السنة ولم يجز النكاح » .

والاستدلال بها للمقصود باعتبار التعليل بمخالفة السنة غير وجيه ، لأن السنة المصطلحة أي التي تكون مقابل الكتاب وإن كانت معروفة في عصر الأئمة عليهم السلام لكنها يراد بها الحكم الذي لم يذكر إلا بلسان النبي صلى الله عليه وآله ، وأما الأحكام المذكورة في الكتاب فاطلاق السنة عليها باعتبار أنها سنة الله لا سنة النبي صلى الله عليه وآله المصطلحة ، وحيث إن الأحكام المذكورة في تلك الروايات كلها مذكورة في الكتاب المجيد كان الحكم على شرط خلافها بأنه خلاف السنة من أجل انها سنة الله ، وعليه فمفادها من هذه الجهة كفاد ما دلت على البطلان لمخالفة الكتاب ، ولهذا تمسك بحكم الكتاب في رواية أخرى سئل فيها بعن ما سئل في رواية مروان ، وهي رواية ابراهيم بن محرز (٣) قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام رجل وأنا عنده فقال : رجل قال لامرأته : أمرك بيدك ، قال : أنتى يكون هذا ، والله

(١) الوافي ج ١٢ ص ٨٠ إلا ان الموجود في الوسائل - الباب - ٤٢ - من أبواب مقدمات الطلاق - الحديث ١ والكافي ج ٥ ص ٤٠٣ » عن ابن فضال عن ابن بكير عن بعض أصحابنا .

(٢) الوسائل - الباب - ٤١ - من ابواب مقدمات الطلاق - الحديث ٥ .

(٣) الوسائل - الباب - ٤١ - من ابواب مقدمات الطلاق - الحديث ٦

وفيه « سألت رجل أبا عبد الله عليه السلام . . . » إلا ان الموجود في الاستبصار ج ٣ ص ٣١٣ والتهذيب ج ٨ ص ٨٨ « سألت أبا جعفر عليه السلام رجل . . . » .

يقول (١) : « الرجال قوامون على النساء » ليس هذا بشيء .
 نعم يمكن الاستدلال بها بنحو آخر ، إما بأن يقال : إن المراد بالسنة
 ليست هي السنة المصطلحة بل هي محمولة على المعنى اللغوي ، وهو حكم الله
 وشريعته مطلقاً سواء كان مذكوراً في الكتاب أو بلسان النبي صلى الله عليه
 وآله ، أو يقال : إنه يستفاد من تعليقه عليه السلام البطلان بقوله : « ولتى
 الأمر من ليس بأهله » ان العلة هي مخالفة حكم الله وشريعته مطلقاً ، ولو
 كان للكتاب خصوصية لم يحسن ذلك التعليل .

ومن هذا البيان ظهر إمكان التمسك لبطلان ما خالف حكم الله مطلقاً
 بموثقة محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة
 وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة او هجرها او اتخذ عليها سرية فهي
 طالق ، ففضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم » إلى آخره ، فان التعليل
 بذلك دال على ان مخالفة حكم الله هي الموجبة للبطلان لا مخالفة خصوص
 كتابه ، والرواية وإن اشتملت على نحو تقية لكن الاستدلال ليس على نحو
 التقية .

فتحصل من جميع ما مر ان الحكم ثابت لمخالفة السنة ، كما هو ثابت
 لمخالفة الكتاب ، كما في مرسله الغنية « الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع
 منه كتاب او سنة » .

ثم إن مقتضى بعض الروايات اعتبار موافقة الشرط للكتاب ، كصحيحة
 عبد الله بن سنان (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول :

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٣٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق -

الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل .
 وصحيفة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه سئل عن رجل قال لامرأته : إن تزوجت عليك أو بت عنك فأنت طالق ، فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله تعالى لم يجز ذلك عليه ولا له . »

ويتفرع على هذا انه لو شرط شرطاً ليس في كتاب الله كان باطلاً من اجل فقد الموافقة ، ويؤيد ذلك مرسله دعائم الاسلام (٢) عن علي عليه السلام « قال : أرادت عائشة ان تشتري بريرة فاشترط مواليتها عليها ولاها ، فاشترتها منهم على ذلك الشرط ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : ما بال قوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، يبيع أحدكم الرقبة ويشترط الولاء؟! والولاء لمن اعتق وشرط الله أكد ، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد » إلى آخرها وقريب منها ما عن طرق العامة (٣) في القضية .

ومقتضى بعض الروايات ان مخالفة الكتاب هي الموجبة للبطلان ، كصحيفة عبد الله بن سنان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز . » ثم اعلم ان مقتضى الأخبار الدالة على بطلان الشرط المخالف للكتاب ان المخالفة له مانعة عن صحة الشرط ، وان البطلان لأجل مزاحمة الكتاب

(١) الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب مقدمات الطلاق - الحديث ١ .

(٢) راجع التعليقة (١) من ص ١٥٤ .

(٣) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ و ج ١٠ ص ٢٩٥ .

(٤) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

لا لاعتبار عدم كونه مخالفاً له ، ويؤكد ذلك قوله في صحيحة محمد بن قيس (١) : « إن شرط الله قبل شرطكم » وفي رواية دعائم الاسلام « شرط الله أكد » وفي رواية (٢) « قضاء الله أحق وشرطه أوثق » ولم يدل دليل على اشتراط صحة الشرط بعدم المخالفة .

وما وقع في كلام بعض من عدّ عدم المخالفة من الشروط لم يستند إلى مستند إلا دعوى بعض المتأخرين في غير المقام ، بأن ما دل بظاهره على مانعية الوجود لا بد من إرجاعه إلى شرطية العدم ، بتخيل أن المانعية غير ممكنة الجعل ، أو انه مع عدم الاشتراط لا يعقل عدم الصحة ، والوجهان غير مرضيين على ما ثبت في محله .

وحينئذ يدور الأمر بحسب الواقع بين شرطية موافقة الكتاب أو مانعية مخالفته ، ولا يعقل الجمع بينهما ، لأنه مع اشتراط الموافقة يستند البطلان إلى فقد الشرط لا وجود المانع ، مع أن جعل المانعية لغو بعد جعل الشرط المذكور .

والتحقيق أن ظهور الأدلة في مانعية المخالفة أقوى ، بل ظهور مايتوهم دلالتها على شرطية الموافقة محل إشكال ، أما صحيحة ابن سنان (٣) فلأنها مع ذكر مخالفة الكتاب في صدرها وظهور الذيل في بيان الكبرى الكلية المنطبقة على الصدر لا يبقى لها ظهور في اشتراط الموافقة ، مع ان قوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله » لا مفهوم له ، ولا دلالة له على الحصر ، وإنما يدل على أن الشرط الموافق للكتاب نافذة وهذا لا شبهة فيه ، وأما كون نفوذه لوجود الشرط أو لفقد المانع فلا دلالة

(١) راجع التعليقة (٢) من ص ١٥٦ .

(٢) راجع التعليقة (٣) من ص ١٥٣ .

(٣) راجع التعليقة (٣) من ص ١٥٦ .

فيه على شيء منها سيما مع التصدير بما ذكر .

وأما صحيحة الحلبي (١) فيحتمل ان يكون المراد بقوله : « سوى كتاب الله » هو ما يقابله ويغايره ، سيما مع ما في السؤال من الشروط المخالفة لكتاب الله ، كما اشير اليه في ما عن تفسير العياشي عن ابن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرية فهي طالق ، فقال : شرط الله قبل شرطكم ، إن شاء وفي بشرطه ، وإن شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرى وهجرها إن أنت بسبب ذلك ، قال الله تعالى (٣) : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث » وقال (٤) : « أحل لكم ما ملكت ايمنكم » وقال (٥) « واللاتي تخافون نشوزهن » - إلى آخرها - .

وعليه فلا ينبغي الاشكال في عدم اشتراط موافقة الكتاب ، بل إما المخالفة مانعة كما تقدم أو عدمها شرط كما ذكره غير واحد .
ثم إن الظاهر البدوي وقوع التعارض بين صحيحة ابن سنان (٦) «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله» وبين موثقة اسحاق بن عمار (٧) « ان المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً » .

(١) راجع التعليقة (١) من ص ١٥٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٦ .

(٣) و (٥) سورة النساء : ٤ - الآية ٣ - ٣٤ .

(٤) اشارة إلى قوله تعالى : « فمن ما ملكت ايمنكم » في سورة

النساء ٤ - الآية ٢٥ .

(٦) راجع التعليقة (٤) من ص ١٥٧ .

(٧) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ .

ومختصر الكلام هو انه يحتمل في الصحيحة ان يكون المراد بكتاب الله هو القرآن على ما هو الظاهر منها بدوياً، ويحتمل أن يكون المراد ما كتب الله على عباده على ما ادعى بعضهم ، او على ما ذكرنا من القاء الخصوصية ومن مناسبات الحكم والموضوع ، ويحتمل في الموثقة ان يكون المراد بالحلال والحرام التكليفيين منها ، وان يكون المراد مطلق المضي والممنوعة الأعم من التكليفي .

فان اريد منها المعنى الأعم فلا تعارض بينهما ، لتوافقهما في بطلان الشرط المخالف لمطلق حكم الله تعالى وإن اختلفا من بعض الجهات .
وإن اريد من كل منها المعنى الخاص يكون النسبة بينهما العموم من وجه ، فتتفقان في الشرط المخالف للأحكام الوضعية الواردة في السنة فقط لأنه مندرج في المستثنى منه من كل منها ، لعدم كونه من الشرط المخالف لما في القرآن ولا من المخالف للتكاليف ، فمقتضاهما جميعاً صحة الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالسنة ، وتعارضان في الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالكتاب ، وفي الشرط المخالف للحكم التكليفي الثابت بالسنة فقط ، فان مقتضى الصحيحة البطلان في الأول والصحة في الثاني ، ومقتضى الموثقة العكس .

فحينئذٍ إن قلنا بأن ادلة العلاج جارية في التعارض بالعموم من وجه لا بد من العمل بها وإلا فالحكم هو تساقطها والرجوع إلى عموم الكتاب « مثل اوفوا بالعقود » (١) إن قلنا بأنه شامل للشروط الداخلة فيها ، وإلا فيرجع إلى الأصل .

وهنا احتمال آخر وهو الأخذ بكليتها واستثناء الشرط المخالف للكتاب والشرط المحرم والمحلل ، بأن يقال : إنها حكمان متفقا المضمون ولا تعارض

بينها ، فمقتضى الصحيحة (١) عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب ، ومقتضى الموثقة (٢) عدم نفوذ الشرط المحرم ، وعنوان الحصر ليس في الكلام حتى يقال بالتعارض ، وإن قيل : إنه دال على الحصر بعنوانه ، أو إنه يفهم من المستثنى منه والمستثنى ان الشرط نافذ في غير المستثنى من المستثنى منه ، فهو قابل للتقييد ، فكل منها يقيد بالآخر وتصير النتيجة بطلان الشرط في الموردين . وإن اريد من الصحيحة المعنى الخاص ومن الموثقة العام فيحتمل تخصيص الثانية بالأولى ، ويحتمل الأخذ بمضمونها لكونها متوافقين ، ومنه يظهر حال عكس هذه الصورة .

والذي يسهل الخطب ان الظاهر ولو بمعونة مناسبات الحكم والموضوع وسائر القرائن الواردة في الأخبار (٣) والارتكاز العقلائي هو المعنى العام في كليهما ، فلا تعارض بينهما .

وذلك أما في الصحيحة فلما مر الكلام فيه ، وأما في الموثقة فلأنها - مضافاً إلى اشتراكها مع الصحيحة في بعض القرائن المتقدمة - ليس للحل والحرمة فيها بحسب اللغة معنيان : التكليفي والوضعي ، بل هما بمعنى المنع ومقابله ، وكل منهما إذا نسب إلى ما له نفسية كالخمر والخل يفهم منه انه في نفسه ممنوع أو غير ممنوع ، وما هو كذلك هو الحكم التكليفي ، وإذا نسباً إلى عنوان يترتب عليه الأثر كالبيع ونحوه ينتزع منه الوضع . وكذا الحال في الجواز والوجوب والأمر والنهي ، فان الأمر ايضاً

(١) راجع التعليقة (٤) من ص ١٥٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ .

(٣) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار والباب - ٢٠ - من

ابواب المهور من كتاب النكاح والباب - ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق .

ليس له معنيان ، بل وضع للبعث والاعراء ، فاذا تعلق بمثل الصوم ونحوه ينتزع منه التكليف ، وإذا تعلق بمثل الطهارة في الصلاة او بالجزء في المركب ونحوهما ينتزع منه الوضع ، وفي المقام ولو بالمناسبات يفهم من الحرمة والحل المنع ومقابله ، من غير فرق بين التكليف والوضع ، فيعم الكلام جميع الأحكام الشرعية والوضعية والتكليفية ، ولو نوقش فيما ذكرناه فلا إشكال في ان مقتضى مجموع الروايات (١) هو ذلك ، فلا إشكال من هذه الناحية .

ثم إنه قد مر عند الكلام في الشرط الثاني شطر من الكلام حول معنى الشرط ، وقلنا : إنه ماهية جامعة لجميع المصاديق المتعلقة بالملتزمات والمشترطات المختلفة ، بل المتباعدة أحياناً ، والاختلاف إنما هو بين المتعلقات لا بين ما تعلق بها ، فالشرط معنى وحداني هو الالتزام في ضمن البيع ونحوه ، او القرار كذلك ، وهو حقيقة في نفس الالتزام او القرار منفكاً عن الملتزمات ، وإلا لزم الاشتراك اللفظي بنحو بشع ، ولا خفاء في ان الشرط بمعناه الحقيقي منفكاً عن المتعلقات لا يكون له عمل حتى يجب أو يحرم ، وليس له وفاء بذاته إلا بلحاظ المتعلق ، ولا يخالف الكتاب ولا يوافقه ، بل تلك المعاني كلها مربوطة بالملتزمات ، لكن القرائن قائمة على ان المراد منه في روايات الباب (٢) هو الملتزمات ، واستعمل الشرط فيها مجازاً ، وإرادة المعنى الحقيقي والمجازي وإن كانت غير مستحيلة على التحقيق ، لكن لا يحمل عليها إلا بالدليل ، فالمراد بمخالفة الكتاب مخالفة الملتزم له لا الالتزام . ويظهر من الشيخ الأعظم (قده) ان المتصف بمخالفة الكتاب إما

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار ، والباب - ٢٠ - من ابواب

المهور من كتاب النكاح ، والباب - ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق .

(٢) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار .

يكون نفس المشروط والملتزم ، وإما يكون التزامه ، وقد استشهد على عدم اختصاص ذلك بالملتزم واتصاف الالتزام أيضاً بالمخالفة ببعض الروايات ، ومن البعيد ذهابه إلى استعمال لفظ الشرط في أكثر من معنى واحد ، فلعل نظره إلى أن الروايات على طائفتين ، منها ما هي ظاهرة في مخالفة الملتزم كصحيحة ابن سنان (١) ونحوها ، ومنها ما هي ظاهرة أو صريحة أو كالصريحة في مخالفة نفس الالتزام .

أما الطائفة الثانية (فمنها) رواية العياشي (٢) قال (رحمه الله) : « الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك الزوج والتسري مخالفاً للكتاب مستشهداً عليه بما دل من الكتاب على إباحتها كالصريحة في هذا المعنى » انتهى .

وفيه - مع الغض عن ارسال الرواية - انها بقريئة الاستشهاد فيها بالآيات كالصريحة في ان المراد مخالفة الشرط للحكم الشرعي ، وما هو كذلك هو الملتزم لا الالتزام كما مر ، ولم يذكر في الرواية لفظ الاباحة حتى يتوهم منه ما رامه ، فإما هو المخالف لقوله تعالى (٣) : « وانكحوا الأيامى » هو الشرط بمعنى الملتزم لا نفس الالتزام ، وكذا سائر الفقرات مع ان لازم ما ذكره (رحمه الله) بطلان جميع الشروط سواء كانت متعلقة بالمباحات أم بغيرها ، إلا مثل شرط اتيان الواجب أو ترك المحرم ، وهو كما ترى .

(ومنها) رواية اسحاق بن عمار (٤) قال (رحمه الله) : « مع

(١) راجع التعليقة (٣) من ص ١٥٦ .

(٢) راجع التعليقة (٢) من ص ١٥٩ .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٢ .

(٤) راجع التعليقة (٧) من ص ١٥٩ .

أن قوله عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار : « فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً » ظاهر بل صريح في فعل الشارط فانه الذي يرخص باشرطه الحرام الشرعي « إلى آخره .

وفيه أن الظاهر من صدر الرواية وهو قوله عليه السلام : « من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به » هو الملتزم ، أي من شرط شيئاً ، وذلك بقريئة تعلق الشرط به وبقريئة الوفاء ، فان معنى الوفاء هو الاتيان بالشيء وافيةً ، فمعنى الوفاء بالشرط الاتيان بالملتزم وافيةً ، ولا إشكال في ان الكبرى الكلية المستشهد بها لا بد وان تنطبق على الصدر الذي هو الصغرى لها ، وعليه فلا مناص من ان يراد بها الملتزمات ، مضافاً إلى ظهور قوله عليه السلام : « المسلمين عند شروطهم » الذي هو كناية عن وجوب العمل بالشرط في ذلك ، إذ لا معنى لوجوب العمل إلا على طبق الملتزم ، فان نفس الالتزام لا عمل له ، مع ان التحريم والتحليل في الرواية اسندا إلى الشرط لا الشارط فلا محالة يكون بتأول ، فيمكن أن يكون المراد بالشرط هو الملتزم ، فان مفاده قد يكون محرماً ومحللاً ، فان الكلام يحلّل ويحرم .

هذا كله مع أن الجمود على ظاهر الرواية (١) يقتضي لأن يقال : إن المراد استثناء ما يكون مفاده التحريم والتحليل بعنوانهما بأن يقول : شرطت ان يكون التزويج مثلاً محرماً عليك ، ونكاح اخت الزوجة محللاً لك ، وان أمر المرأة بيدها إلى غير ذلك مما هو شائع بين الناس .

نظير ما في بعض الروايات في باب اليمين كرواية زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألت عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ

(١) راجع التعليقة (٧) من ص ١٥٩ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٥ - من ابواب مقدمات الطلاق - الحديث ٢ .

حرام ، فقال : لو كان لي عليه سلطان لأوجعت رأسه ، وقلت له : الله أحلها لك فما حرّمها عليك ؟ » ورواية محمد بن مسلم (١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام ، فقال : ليس عليه كفارة ولا طلاق » وعن دعائم الاسلام (٢) في قوله تعالى (٣) : « ياأيها النبي لم تحرم ما أحلّ الله لك » : « إن النبي حرّمها - أي مارية القبطية - على نفسه » .

(ومنها) مرسلّة الثنية قال (رحمه الله) : وأصرح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية « الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة » .

وفيها مضافاً إلى الارسال - بل الظاهر من الغنية أنها من طرق غيرنا - انها لا ظهور لها فيما رامه فضلاً عن الصراحة والأصرحية ، فان قوله : « ما لم يمنع منه » إن رجع إلى الشرط ، فمعناه أن الاشتراط نافذ ما لم يمنع عنه كتاب أو سنة ، بأن يردنهي عن الاشتراط ، وهذا وإن لم يكن فيه إشكال لكنّه غير مربوط بما نحن بصدده ، بل أمر آخر زائد على ذلك ، وإن رجع إلى الشرط بمعنى الملتزم فلا بد وان يكون المراد من جوازه نفوذ الملتزم ، فان الشرط بما هو شرط مع تجرده عن المتعلق لامعنى لنفوضه ، بل ذلك لأجل لزوم ترتب الآثار على ما التزم به .

(١) الوسائل - الباب - ١٥ - من ابواب مقدمات الطلاق - الحديث ٨ من كتاب الطلاق .

(٢) المستدرک - الباب - ١٤ - من ابواب مقدمات الطلاق - الحديث ٣ من كتاب الطلاق .

(٣) سورة التحريم : ٦٦ - الآية ١ .

والانصاف ان جميع الروايات (١) إنما هي بصدد أمر واحد وهو عدم مخالفة ما التزم به للحكم الشرعي ، وهذا أمر عام يشمل التحليل والتحريم وشرط فعل الحرام وترك الواجب والأحكام الوضعية كمجعل الطلاق بيد الزوجة ، إلى غير ذلك ، نعم لو ورد نهي عن الاشتراط كان إرشاداً عرفاً إلى الفساد ، لكنه مفقود إلا على احتمال في مرسله ابن زهرة .

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في ان تشخيص المخالفة للكتاب والسنة وعدمها موكل إلى العرف كسائر الموضوعات المترتبة عليها الأحكام الشرعية ، وليست المخالفة ومقابلها أمراً مجهولاً عند العقلاء حتى يحتاج إلى البيان وإتباع النفس لبيان الضابط لها بما يجعلها مجهولاً بعد وضوحها .

وذلك أما في موارد الأحكام التكليفية الالزامية فلأنه لا شبهة في ان شرط فعل الحرام أو ترك الواجب مخالف عرفاً للشرع ، كما أن ارتكاب الحرام وترك الواجب مخالف لحكم الله ، فلو ورد « أكرم كل عالم إلا من خالف حكم الله » وارتكب عالم حراماً أو ترك واجباً لا يشك أحد من العرف والعقلاء في أن هذا العالم داخل في المستثنى ، لكونه خالف حكمه تعالى ، وكذا في الشرط ، فلو شرط عليه ترك واجب أو فعل حرام لا يشك عاقل في انه شرط ما خالف حكم الله تعالى ، فان معنى الحرام هو ما منع عن فعله ومعنى الواجب هو ما لزم إتيانه عرفاً .

وأوضح من ذلك ما لو شرط حرمة حلال ، كشرط أن تكون الزوجة أو ملك اليمين حراماً عليه ، أو ترك القسم بين الأزواج حلالاً له .
(وقديتهم) أن أمثال ذلك سواء في الأحكام التكليفية أو الوضعية غير معقول لا أنه غير مشروع (وفيه) ان ما هو غير معقول هو اشتراط

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار ، والباب - ٢٠ و ٢٩

و ٣٨ من ابواب المهور - من كتاب النكاح .

ان يكون حكم الله تعالى كذا ، وبعبارة اخرى اشتراط تغييره ، وهو واضح ولا يشترط ذلك عاقل ، وأما جعل الحرمة بواسطة شرطه لطرفه فهو معقول بل واقع ، كما في الأحاديث المتقدمة (١) وهو قوله : « أنت علي حرام » وكما في جعل الجماع والطلاق بيد الزوجة إلى غير ذلك مما هو واقع كثيراً ، وبالجملة شرط أمر وضعي او تكليفي ينافي الأحكام الالهية باطل ، وتشخيص ذلك واضح .

وأما في موارد الأحكام غير الالزامية كالمحللات والمباحات والمستحبات والمكروهات فان اشترط تركها أو فعلها فلا شبهة في انه ليس مخالفاً للشرع ، كما ان إتيانها وتركها ليسا مخالفين له ، ضرورة انه أجاز الاتيان والترك في جميع ذلك ، فلاشترط اشتراط امر جائز شرعاً ، وليس في ذلك تحليل حرام او تحريم حلال ، ولا اشتراط امر مخالف لأحكام الله ، وهو واضح لا ستره فيه ، وأما لو اشترط حرمة حلال ومباح ، أو حلية مالمس بحلال شرعاً فهو مخالف للشرع وباطل .

ومنه يظهر الحال في الوضعيات ، فان شرط كون امر المرأة بيدها أو كون الطلاق كذلك مخالف للشرع ، بخلاف شرطه أن لا يطلق أو لا يجامع ، كما ان شرط الصلاة في وبر ما لا يؤكل او في المكان المغصوب مخالف له ، إلى غير ذلك من الموارد التي تشخيصها موكول إلى العرف .
وأما ما افاده الشيخ الأعظم (قده) من الضابط ، فمع كونه تبعية للمسافة غير وجيه في نفسه ، وحاصل ما افاد : « ان المراد بالحكم الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط او الشرط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط بتغيير موضوعه بسبب الاشتراط ، كالأحكام الالزامية فانها ثابتة للموضوعات لا مع التجرد عن الطوارئ ، فان الحكم بالمنع عن

الفعل مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع إلا عن مثل الضرر والخرج ، ولازم ذلك حصول التنافي بين دليلي الحكمين إذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الضرر والخرج ، فلا بد من الترجيح ، واما الأحكام غير الالزامية فهي ثابتة لموضوعاتها من حيث نفسها وبمجردة عن ملاحظة عنوان آخر ومتقيدة بتجردها ، فلا محالة لا تتعارض مع الأحكام الثابتة لها لأجل الطوارئ » انتهى ملخصاً .

وفيه موارد للنظر (منها) أن التحقيق ان الأحكام الثابتة للعناوين الطارئة على موضوعات الأحكام الأولية - كالنذر وأخويه والشرط واطاعة الوالدين والمولى واشباهها حتى عنوان المقدمة - لا توجب تغير تلك الأحكام الأولية في شيء من الموارد ، وذلك لعدم معقولية تنافي حكم عن موضوعه الذي تعلق به ، من غير فرق بين كون الواجب في تلك الموارد هو عنوان الوفاء بالنذر وأخويه والشرط ، أو اتيان المنذور والمشروط بما هو كذلك فانها عناوين طارئة زائدة على عنوان ذوات الموضوعات ومنطبقة عليها في الخارج الذي ليس ظرف ثبوت الأحكام .

فالموضوع الخارجي بعد عروض الطوارئ عليه له عنوانان ، عنوان كونه مصداقاً للأكل أو الشرب أو الصلاة أو نحوها ، وعنوان كونه وفاءً بالنذر واطاعة للوالد وهكذا ، فما هو المباح أو المستحب أو المكروه أو الواجب أو الحرام هي العناوين الأولية لموضوعات تلك الأحكام ، ولا يعقل سراية تلك الأحكام إلى الطوارئ ولو كانت متحدة مع عناوين موضوعاتها في الخارج ، وما هو الواجب بالنذر والشرط ونحوهما هو العنوان الطارئ المنفك عن العناوين الأولية في ظرف تعلق الأحكام بها ، ولا يعقل سرايته إلى موضوعات الأحكام الأولية ، وذلك من غير فرق بين اطلاق أدلة الأحكام وعدمه ، فاذا أمر المولى باتيان صلاة الليل أو نذر إتيانها يجب عليه

إتيان الصلاة المستحبة ، فالواجب إطاعة المولى ، وإطاعته عبارة عن اتيان المستحب ، وكذا في سائر العناوين .

فما اشتهر بينهم من ان الطهارة قد تجب بالنذر وشبهه مما لا أساس له إن اريد به تغير الحكم الاستحبابي أو سقوطه وثبوت الحكم الوجوبي للموضوع . و (منها) : ان ما ادعى - من ان جميع ادلة المباحات والمستحبات والمكروهات تعلقت بموضوعاتها مع التقيد بالتجرد عن العناوين الطارئة - غير وجيه جداً ، بل لقائل أن يقول : ليس في شيء من ادلتها ما يوهم لحاظ التجرد والتقيد به ، كما انه ليس في شيء من أدلة الواجبات والمحرمات لحاظ السريان ، كما تمور به الألسن موراً ، بل فيما تمت فيه مقدمات الاطلاق يكون الحكم ثابتاً لموضوعه من دون لحاظ اي قيد فيه ، ومعنى الاطلاق ان المأخوذ هو تمام الموضوع للحكم ، وليس له جزء أو قيد آخر ، فأدلة المستحبات والمكروهات كسائر الأدلة في ذلك ، نعم قد يكون اهمال في حكم أو لا تتم في مورده مقدمات الاطلاق ، ولا فرق في ذلك بينهما بوجه فدعوى ان أدلة المباحات والمستحبات والمكروهات مهمة أو مجردة أو متقيدة بالتجرد بخلاف أدلة الواجبات والمحرمات تخريص ، بل قول مخالف للواقع بحسب ظواهر الأدلة .

و (منها) : انه لو فرض لأدلة المباحات والمستحبات والمكروهات إطلاق - كأدلة الواجبات والمحرمات - لم يكن شرط تركها أو اتيانها ايضاً مخالفاً للكتاب والسنة ، وذلك لما عرفت من ان مع جواز الفعل والنك لا وجه للمخالفة ، ولا يلزم من لزوم العمل بالشرط صيرورة المباح أو المستحب لازماً ، لما تقدم ، مضافاً إلى ان اللزوم من احكام الشرط شرعاً وعرفاً لا مفاده (فاتضح) ان السر في عدم المخالفة فيها والمخالفة في الواجبات والمحرمات هو ما تقدم ، لا ما افاده .

نعم لو شرط تحريم مباح او مستحب على صاحبه فهو مخالف للحكم الشرعي وباطل ، فتحصل مما مر ان شرط اتيان ما هو مباح أو شرط تركه وكذا شرط ترك المستحب وإتيان المكروه نافذ وغير مخالف للشرع ولومع إطلاق ادلتها .

ثم إن مقتضى ما ذكرناه جواز اشتراط ترك التزويج والتسري ونحوهما على الزوج ، وانه غير مخالف للشرع ، وتشهد له رواية منصور بن يونس بزرج (١) عن عبد صالح عليه السلام قال : « قلت له : إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها ، فبانت منه ، فأراد ان يراجعها ، فأبت عليه إلا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها ، فأعطاها ذلك ، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك ، فكيف يصنع ؟ فقال : بشئ ما صنع ، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار ، قل له : فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : المؤمنون عند شروطهم » فان الظاهر منها وان كان اشتراطها عليه ان ينذر عدم الطلاق والتزويج لا اشتراط عدمها ، ووفائه لها بشرطها يكون يجعل عدمها نذراً على نفسه ، إلا انه لما كان المستفاد منها ان نذرهما صحيح ولازمه عدم كون المنذور مخالفاً للكتاب وإلا بطل استفاد منها ان شرطها ايضاً غير مخالف .

(وبالجمله) إن الرواية دالة إما ابتداءً على صحة شرطها ان كان المراد شرط عدمها ، او بالوسط إن كان المراد شرط النذر ، ولعل صحة نذر عدم التزويج عليها لأجل كونه موجباً لرضاها ، كما ان التزويج موجب لا يذاتها ، وهذا المقدار كاف في صحة النذر .

واما ما يوهم من الروايات خلاف ذلك (فمنها) رواية ابن سنان(٢)

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٨ - من ابواب المهور - الحديث ٢ .

عن ابي عبد الله عليه السلام « في رجل قال لامرأته : إن نكحت عليك او تسريت فمهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء ، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه » وقريب منها رواية محمد بن قيس (١) إلا ان فيها « ففضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم ، فان شاء وفي لها بما اشترط وإن شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها » .

ولا يخفى ان الظاهر من الأولى ومن صدر الثانية ان الشرط الفقهي - اي ما جعل لها - هو كونها طالقاً على فرض التزويج والتسري لا ترك التزويج والتسري ، وهذا نظير ما في نذر البر والزجر ، فلو قال : « لله عليّ لو رزقت ولدأ ان اتصدق بكذا » او « لو تركت صلاة الليل ان اصوم النهار » يكون المنذور الصدقة والصوم ، ولهذا لو ترك صلاة الليل لم يحنث ، وانما هو بترك الصوم ، وفي المقام لم يشترط ترك التسري والتزويج ، بل شرط الطلاق على فرضهما ، فقوله (ص) : « من اشترط شرطاً سوى كتاب الله » وقوله عليه السلام : « شرط الله قبل شرطكم » راجع إلى صيرورتها مطلقة بذلك ، ومن المعلوم ان ذلك الشرط مخالف لشروط الطلاق ، وهي شروط الله ، من لزوم كونه عند شاهدي عدل ، وفي الطهر إلى غير ذلك ، فالروايتان غير مربوطتين بالمدعى .

وتشهد لما ذكر الروايات الواردة (٢) بهذا المضمون الدالة على نفوذ الشرط فيما كان أمراً جائزاً ، كرواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله (٣) إنه « سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لغلامه : اعتقتك على ان أزوجك جاريتي هذه ، فان نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار ، فاعتقه على ذلك فنكح وتسرى ، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه ؟ قال :

(١) الوسائل - الباب - ٣٨ - من ابواب المهور - الحديث ١ .
(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب العتق - الحديث ٠ - ١ .

يجوز عليه شرطه « وقريب منها غيرها ، فيظهر من ذلك ان البطلان في تلك الروايات إنما هو لأجل ترتب الطلاق . وهو واضح .

نعم ما في ذيل رواية محمد بن قيس (١) وهو قوله عليه السلام : « إن شاء وفي لها بما اشترط وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها » ظاهر في ان الشرط المذكور قابل لأن يفى به وأن لا يفى ، وهو مخالف للصدر ، فان ظاهره ان الشرط كان من قبيل شرط النتيجة ، وكان مما لا يقع بمجرد الشرط ، فكان باطلاً ، وعليه فلا معنى للوفاء به ، والحمل على شرط عدم التزويج مخالف جداً للظاهر ، وكيف كان لا تدل الروايتان على بطلان شرطها .

وأما رواية العياشي (٢) فهي موافقة لرواية محمد بن قيس في المفاد إلا ان فيها التمسك بآيات : كقوله تعالى (٣) : « فانكحوا ما طاب » إلى آخره ، وهو موجب للاضطراب في المتن ، لعدم التناسب بين الآيات والشرط المذكور ، أي شرط كونها مطلقة ، ومن المحتمل ان ذكر الآيات من العياشي اجتهاداً منه لا من تنمة الحديث ، مع ان الرواية مرسلة لا يعتمد عليها .

و (منها) : رواية حمادة اخت أبي عبيدة الخذاء (٤) قالت : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة وشرط لها ان لا يتزوج عليها ورضيت ان ذلك مهرها ، قالت : فتمال ابو عبد الله عليه السلام : هذا شرط فاسد ، لا يكون النكاح إلا على درهم أو درهمن » .

(١) الوسائل - الباب - ٣٨ - من ابواب المهور - الحديث ١ - من كتاب النكاح .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٦ - ١ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٣ .

ولا يخفى أنها غير دالة على المدعى ، لأن الظاهر منها ان الفساد لأجل جعل عدم التزويج مهراً ، بل تشعر بصحة شرط عدم التزويج لو لا ذلك ، وإلا كان الأنسب الحكم بالفساد ، لكون شرطه عدمه باطلاً سواء جعله مهراً ام لا .

و (منها) : رواية زرارة (١) « ان ضريساً كانت تحتها بنت حمران فجعل لها ان لا يتزوج عليها ولا يتسرى ابدآ في حياتها ولا بعد موتها - إلى ان قال - : إذهب فتزوج وتسرى ، فان ذلك ليس بشيء » إلى آخرها .
والظاهر منها ان الشرط كان ابتداءياً لا في ضمن العقد وكان البطلان من اجله ، لا من قبل كون ما ذكر مخالفاً للكتاب ، ولا اقل من احتماله ولا دافع له ، فلا تكون حجة على المطلوب ، مع ان الجزاء الذي جعله عليها كأنه سفهي غير عقلائي ، ويحتمل ان يكون البطلان لأجله .

والانصاف انه بحسب الروايات لا إشكال في صحة الشرط المذكور فان قام الاجماع أو الشهرة المعتمدة على بطلانه ولم يحتمل اتكال المجمعين على الاجتهاد من الروايات فلا محيص عن القول بالفساد ، ولا إشكال فيه لأنه تخصيص للكبرى المجعولة « المؤمنون عند شروطهم » المقتضية لصحة الشرط المذكور بالاجماع والشهرة المعتمدة ، ولا داعي لاتعاب النفس في التوجيه بأن هذا المباح من المباحات التي لا تتغير حكمها بالشرط ، فيكون شرط تركه مخالفاً للشرع ، فان إخرجه بالدليل عن الكبرى الكلية كسائر موارد التخصيص في الأحكام .

مع ان التوجيه المذكور فاسد ، لما تقدم من عدم تغير أحكام الموضوعات الثابتة لها بالأدلة الأولية بعروض الطواريء المتعلقة بها الأحكام الثانوية عليها

كالشرط والنذر وغيرها ، فالتسري والتزويج مباحان بعد الشرط كما كانا قبله .

ومنه يظهر حال الموارد التي دلت الأدلة الخاصة فيها على صحة الشرط الذي كان مخالفاً لظاهر عمومات الكتاب والسنة ، مثلاً لو دل دليل على صحة اشتراط التوريث في المتعة أو صحة اشتراط الضمان في العارية بعد ما دلت الأدلة العامة على عدم توريثها وعدم ضمان العارية كان اللازم تخصيصها بذلك الدليل الخاص ، من غير فرق بينها وبين سائر العمومات والخصوصات ، فيكشف التخصيص عن عدم الجدل في العموم بالنسبة إلى مورد التخصيص ، ويخرج ذلك المورد عن مخالفة شرطه للكتاب والسنة . وهكذا الحكم في الأشباه والنظائر ، ولا يكون ذلك تخصيصاً أو تقييداً للشرط المخالف للكتاب حتى يتوهم إباؤه عن ذلك ، بل تخصيص في العمومات الأولية ، وإخراج موضوعي عن المستثنى في أدلة الشروط ، ولا يحتاج إلى تبعيد المسافة بما أفاده الشيخ الأعظم (قده) في طرفي المستثنى منه والمستثنى .

كما لا حاجة إلى توجيهات آخر ، كالتقول في مسألة شرط ترك التسري والتزويج بأن المباحات على قسمين ، منها : ما لا اقتضاء لها ، أي لا تقتضي موضوعاتها لحكم من الأحكام ، فمثل هذه الإباحة عقلية لا شرعية ، ومنها : ما هي مقتضية لها ، وهي على قسمين : لأن الاقتضاء تارة يكون على نحو العلية التامة وأخرى لا كذلك ، ففي جميع المباحات تصح شرط الفعل والترك ، إلا في الاقتضائية على وجه العلية ، فان حكمها مما لا يتغير .

فانه تخريص يوجب سد باب العمل بالشروط ، وترك العمل بالكبرى فيها ، إلا ما نص الشارع على صحته ، وهو فاسد جداً ، مضافاً إلى ما عرفت من عدم تغيير الأحكام بالشروط ، إلا أن يتشبه بتخريص آخر ، وهو

ان من المباحات ما هو مقتضى بنحو العلية لأن يكون المكلف مختاراً في تركه وإيجاده تشريعاً ، ففي مثله يكون الشرط مخالفاً لنشرع ، وهو كسائر التوجيهات الباطلة غير المحتاج إليها .

ثم إن المراد بمخالفة الشرط أعم من المخالفة بالتباين أو بالعموم والخصوص أو بالاطلاق والتقييد .

(وتوهم) ان المخالفة بالنحوين الأخيرين خارجة عن محل الكلام ، كما يقال في باب الخبرين المتعارضين او المختلفين بأن المخالفة بالعموم والخصوص والاطلاق والتقييد ليست مخالفة لمكان الجمع العقلاني بينهما ، فالخبران المختلفان عبارة عما يختلفان بنحو التباين أو بالعموم من وجه (فاسد) للفرق بين المقامين ، فان محيط التشريع المتعارف فيه إلقاء الكليات أولاً وذكر المقيدات والمخصصات بعدها ، من غير فرق بين القوانين الالهية والعرفية المجمولة في المجالس التشريعية قرينة على ان المراد بالمخالفة ليست المخالفة الصورية التي يمكن رفعها بالجمع بين الدليلين عرفاً ، وليس المراد ان المخالفة بالعموم والخصوص لا تكون مخالفة ، ضرورة ان الموجبة الكلية نقيض السالبة الجزئية وبالعكس ، هذا حال محيط التشريع .

وأما في باب الشروط الضمنية المخالفة للكتاب او السنة فلا وجه لتخصيص المخالفة بالمحوث عنها فيه بقسم منها ، مع أن كلها مخالفة ، مضافاً إلى ان مخالفة جل الشروط من قبيل المخالفة بالعموم والخصوص والاطلاق والتقييد ، فلا اشكال من هذه الناحية ، كما ان المراد بالكتاب والسنة هو القرآن المجيد بظواهرها والأحكام الواصلة إلينا من الشارع الصانع بالطرق المعهودة ، لا ما كتب الله تعالى على العباد في اللوح المحفوظ ، بناءً على وجود مثلها فيه ولم يأن أوان تبليغها إلا عند ظهور الحجة المنتظر عليه وعلى آبائه الصلاة والسلام .

وعلى هذا وما ذكرناه في خلال الكلام يكون موارد الشك في

المخالفة قليلة ، مثل ما إذا شك في إطلاق دليل أو ظهور كلام أو كان الدليل مجملاً محتملاً إلى غير ذلك ، ففي مثلها نحتاج إلى الرجوع إلى الأصول .

فلو جرت أصالة عدم مخالفة الشرط الكذائي للكتاب لأحرز بها قيد الموضوع لقوله : « المؤمنون عند شروطهم » المستفاد من النبوي (١) بعد استثناء الشروط المخالفة ، وتمّ بذلك موضوع الأثر .

وقد تشبثوا لجريانها بوجوه مخدوشة ، ونحن قد استقصينا البحث عن مثلها في الأصول في مبحث البراءة والاستصحاب عند البحث عن أصالة عدم القابلية وأصالة عدم التذكية ، فلا بد لطالب التفصيل من الرجوع إلى ما هناك ، لكن نشير هنا إلى خلاصة منه .

فنقول : إنه يحتمل بدوياً أن يكون المعتبر في مقابل مخالفة الكتاب الواردة في المستثنى عدم المخالفة بنحو القضية السالبة المحصلة ، سواء كانت المحصلة المطلقة الصادقة مع سلب الموضوع وسلب المحمول ، أم المحصلة بسلب الموضوع فقط أو بسلب المحمول كذلك ، وإن يكون عدم المخالفة بنحو الموجبة سالبة المحمول ، أي الشرط الذي هو لم يكن مخالفاً للكتاب ، وهذا اعتبار آخر غير اعتبار السلب المحصل بأقسامه ، وإن يكون المعتبر عدم المخالفة على نحو الموجبة المعدولة ، أي الشرط غير المخالف له ، هذا بحسب التصور في الأقسام المعتبرة في القضايا التي ورد فيها السلب بوجه .

وأما في المقام وأشباهه مما يترتب الحكم الثبوتي على الموضوع كنفوذ الشرط المقابل للشرط المخالف فلا يعقل أن يكون الاعتبار على السلب التحصيلي بسلب الموضوع ، لعدم تعقل نفوذ المعدوم ، وعدم تعقل ثبوت

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ من

شيء له حتى الأمر الاعتباري ، بل يؤدي ذلك إلى التناقض في الجعل ، هذا مع الغض عن ان السلبيات بسلب الموضوع لا واقعية لها ولا تقرر لها في صفحة الوجود خارجاً ولا ذهنياً ، ولا يعقل تصور المعدوم ولا الاشارة اليه إلا بعنوانه وبالحمل الأولي ، كما هو المقرر في محله في الاخبار عن المعدوم المطلق بأنه لا يخبر عنه .

وكذا الحال في البطلان وعدم المعقولية السالبة المحصلة المطلقة ، بأن يكون المطلق المنطبق على السلب بنفي الموضوع موضوعاً للحكم الثبوتي لعين ما ذكر .

فقيت من اقسام المحصلة السلب بنفي المحمول مع حفظ الموضوع أي الشرط المفروض وجوده مسلوباً عنه المخالفة ، والاعتبار على هذا النحو لا محذور فيه ، كما لا محذور في سائر الاقسام ، أي الموجبة سالبة المحمول والمعدولة . إذا تبين ذلك فنقول : إن ما يصح اعتباره من الأقسام لا يجري الأصل فيه ، لعدم الحالة السابقة المتيقنة له ، فكما لا سابقة للشرط غير المخالف كذلك الشرط المتصف بأنه لم يخالف ، والشرط المفروض التحقق مسلوباً عنه المخالفة ، وجريانه في ما لا يصح اعتباره اي السلب بسلب الموضوع فقط او الأعم لا يفيد ، لأن نفس المستصحب وإن كان له حالة سابقة متيقنة أزلية ، إلا انه ليس موضوعاً للحكم ، وإجراؤه فيه لاثبات قسيمه أو قسم منه مثبت ، كما يظهر بأدنى تأمل .

(فا) في بعض التعليقات - مما محصله « ان السالبة المحصلة لا تحتاج إلى وجود الموضوع ، بل تصدق مع عدمه ومع عدم المحمول ، فعدم المخالفة اعم من نفي المخالفة مع وجود الطرفين ومن نفيها مع عدمها ، فحينئذ لا مجال للاشكال في اصالة عدم المخالفة ، ولا حاجة إلى استصحاب

العدم المحمولى حتى يقال : إنه مثبت بالنسبة إلى ثبوت العدم المقابل للوجود
الرابط « انتهى ملخصاً - .

(ناشئ) من عدم التأمل في اطراف القضية ، وإلا فاستصحاب
العدم الجامع لإثبات قسم منه مما لا ريب في كونه مثبتاً ، وقد عرفت ان
الجامع لا يعقل ان يكون موضوعاً للحكم إلا باعتبار قسم منه ، وهو السلب
بسلب المحمول .

ثم إن لشبخنا العلامة أعلى الله مقامه تقريباً لأصالة عدم قرشية المرأة
ونحوها ، وهو ان القرشية ونحوها غير لازمة للماهية ، فانها عارضة لها
بواسطة الوجود وفي ظرفه ، فيصح ان يشار إلى المرأة الخارجية ويقال
مشيراً إلى ماهيتها : إنها لم تكن قرشية قبل تلبسها بالوجود ، وبعده يشك
في ثبوتها لها بوسيلته فيستصحب ، ويجري ذلك في المقام وسائر الموارد
المشابهة ، وعليه يدفع اشكال المثبتية ، وكذا إشكال عدم اليقين بالحالة
السابقة .

وفيه أن المرأة وغيرها قبل الوجود ليست بشيء ، ولا يعقل إثبات
شيء لها ولا سلبه عنها ، لأنها من الأباطيل التي تخترعها الواهمة من غير
ان يكون لها تقرر ، فما قد يقال : عالم تقرر الماهيات وعالم الأعيان الثابتة
لو اريد به انه تقرر وثبوت بحسب الواقع للماهيات جزئية كانت او كلية
قبل وجودها ومع سلب كافة الوجودات الخارجية والذهنية فهو بمكان من
الفساد ، ومن الواضح ان لا شيئية المعدومات امر لا يخفى على العرف
العام ايضاً .

فحينئذ نقول : إن الاشارة إلى ماهية المرأة حال وجودها لا إشكال
فيها ، فانها موجودة بوجودها ، لكن الحكم بأنها ماهية قبل الوجود - ولم
يكن لها الوصف الكذائي ، بمعنى سلب الربط مع حفظ الموضوع - غير

وجيه ، فانها قبل الوجود لا شيء ومعدوم مطلقاً ، لا يثبت لها شيء ولا يسلب عنها شيء ، هذا إن اريد سلب الوصف عنها مع حفظ نفسها ، وأما إن اريد السلب بسلبها موضوعاً فيأتي فيه إشكال المثبتية المتقدم .
وأما ما افاده الشيخ الأعظم (قده) بعد البناء على جريان أصالة عدم المخالفة في صدر كلامه بقوله : « ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط » فلم يتضح هل مراده ان الأصل الثاني عين الأول ، وان أصالة عدم مخالفة الشرط للحكم عين أصالة عدم ثبوت الحكم على الوجه المذكور ، كما يشعر به قوله : « ومرجع هذا إلى هذا » او انه اغمض عن الأصل الأول واجرى الثاني بواسطة إشكال في الأول دونه .

فان كان المراد وحدة الأصلين فمن الواضح عدمها ، فان وحدة الأصلين لا بد وأن تكون بوحدة القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، ومن المعلوم عدمها موضوعاً ومحمولاً .

وإن اريد الوجه الثاني لأجل التخلص عن إشكال عدم المسبوقية باليقين والمثبتية على ما تقدم الكلام فيه بالنسبة إلى أصالة عدم المخالفة ، فيرد على الثاني عين الاشكال ، فان عدم الثبوت بالوجه المذكور غير مسبوق باليقين لو اريد السلب بسلب المحمول ، ومثبت لو اريد بسلب الموضوع لاثبات سلب المحمول .

ومما ذكرناه يظهر النظر في التوجيهات التي ارتكبتها بعض الأجلة في تعليقاته قال : « والتحقيق ان الأصل السابق عبارة أخرى عن اللاحق ، فان نفي كل عنوان منتزع عن شيء تارة بنفي مبدأ العنوان ، واخرى بنفي الانتساب المقوم لعنوانية العنوان ، وثالثة بنفي المعنون ، ومآل الكل إلى أمر واحد ، وهو نفي العنوان ، فنفي عنوان المخالف تارة بعدم المخالفة

واخرى بعدم الحكم المخالف ، أي عدم الحكم الذي لا يتغير « انتهى .
وفيه أنه إن أريد بأن مآل الكل واحد ان القضية المستصحبة في الكل
واحدة فهو خلاف الضرورة ، فان قضية عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب
غير قضية عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يتغير ، وغير ان الحكم الكذائي
غير مخالف للشرط ، لاختلاف الموضوع والمحمول فيها ، والاستصحاب
في إحداها غير كافٍ عن الأخرى .

وإن أريد أن الغرض من جريان الكل واحد وهو اثبات صحة الشرط
ففيه مضافاً إلى عدم دفع الاشكال ، ان أصالة عدم ثبوت الحكم الكذائي
لا تثبت صحته ، وكذا أصالة عدم مخالفة الكتاب للشرط إلا على القول
بالأصل المثبت ، فان ما ورد في النص منطوقاً ومفهوماً هو مخالفة الشرط
للكتاب وعدمها ، والقضايا المستصحبة ما عدا قضية أصالة عدم مخالفة
الشرط للكتاب غير منقحة لموضوع دليل الشرط إلا بالاستلزامات العقلية
أو العرفية .

ومن هنا يظهر الضعف في تخلصه عن الاشكال الذي اورده على
أصالة عدم مخالفة الكتاب للشرط بأنه مثبت ، حيث تخلص عنه بوجهين
(أحدهما) : ما عن المحقق الخراساني (قده) من ان المتلازمين المتضايقين ،
كالواحد الذي له وجهان عرفاً ، والتعبد بأحدهما عين التعبد بالآخر ،
والمخالفة بين الكتاب والشرط كذلك ، (ثانيهما) : ما يرجع محصله إلى أن
الموضوع في الشرط المخالف مؤلف من الشرط ، وعدم ثبوت الحكم على
وجه لا يتغير ، فيحرز بالوجدان والأصل .

ووجه الضعف أنه (يرد على الأول) - إن كان المدعى ان العرف
لا يفهم كثرة عنوان المتلازمين المتضايقين ، بل في نظره الأبوة عين البنوة
وقضية ان الشرط مخالف للكتاب عين قضية الكتاب مخالف للشرط ،

ولا يفرق بين الأصل والعكس ، ولا بين المتضائفات - انه ممنوع جداً ، كما ان دعوى انه بعد البناء على فهم العرف ما ذكر يكون الأصل غير مثبت غير وجيهة (وعلى الثاني) - مع انه مخالف لظاهر الأدلة ، فان المفهوم من الاستثناء الشروط التي لا تخالف ونحو ذلك ، واين هذا من التركيب بما ذكره - أن الاشكال المتقدم في أصالة عدم ثبوت الحكم الكذائي لا يندفع بذلك ، كما هو واضح .

ثم إن المحقق الخراساني (قده) بنى على أن إجراء أصالة عدم تحقق المخالفة بين الشرط والكتاب بنحو ليس التامة والعدم المحمولي كافٍ في إحراز موضوع أدلة الشروط ، من غير احتياج إلى أصالة عدم كون الشرط مخالفاً فان الخارج عن عموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) بالاستثناء ليس إلا عنوان واحد خاص ، والباقي - بأي عنوان كان - تحته ، ومن العناوين هو العدم المحمولي .

وفيه أولاً أن المناط في تشخيص ما بقي تحت عنوان العام هو الظهور العرفي للكلام ، ومن الواضح ان الاستثناء إنما هو عن الشروط ، وبعد الاستثناء يعلم ان الشروط بحسب الواقع على قسمين : شرط مخالف ، وفي مقابله ما لم يكن مخالفاً ، وأما عنوان المخالفة نفساً وبالوجود المحمولي أو عدمه فلا يكون في العموم حتى يقال : إنه بقي بعد الاستثناء ، فدعوى بقاء كل عنوان في غير محلها .

وثانياً على فرض التسليم برد على الأصل المذكور وكل أصل مشابه له ما يرد على أصالة عدم كون الشرط مخالفاً بالعدم الربطي ، فان العناوين المحمولية والنفسية على قسمين : أحدهما ما لا إضافة له إلى شيء في الخارج كالانسان والعالم والبياض ، وثانيهما ما له إضافة كمخالفة الشرط للكتاب ،

وعدم كون المرأة من القریش ، ونحو ذلك ، ومثله وإن كان مسبوقاً بالعدم لكن المسبوقية إنما هي بعدم الأطراف والمضاف إليها ، ضرورة أنه قبل وجود أطراف الاضافة لا يعقل إضافة ولا مضاف ولا مضاف إليه ، ومثل هذا العدم بعدم الاطراف لم يكن موضوعاً للحكم ، وما هو موضوع هو العدم المضاف إلى الشرط والكتاب ، وهو غير مسبوق باليقين .

وبالجملة الايراد الوارد على الكون الرابط وارد على العناوين المضافة طابق النعل بالنعل ، فما اشتهر بينهم من عدم الاشكال في مطلق « ليس » التامة إذا كان الحكم مترتباً عليها غير متجه باطلاقه .

وهاهنا كلام من بعض الأعاضم في قبال المحقق الخراساني ، وحاصله التفصيل في القيد المأخوذ في موضوع الحكم بين ما إذا كان من قبيل العرض لموضوعه وغير ذلك مما كان الموضوع مركباً من الجوهرين أو عرضين لموضوعين أو لموضوع خارج عن موضوع الحكم ، فبنى على صحة جريان الأصل وإحراز الموضوع به وبالوجدان في الثاني دون الأول .

ثم قال : « إن استصحاب العدم المحمولي فيه مبني على إمكان أخذه بهذا اللحاظ في موضوع الدليل ثبوتاً وإثباتاً ، والأقوى عدمه ، أما ثبوتاً ، فلأن المعروض بالنسبة إلى انقسامه إلى هذا العرض ونقيضه إما مطلق أو مقيد ، فعلى الأول يكون تقيده بعدم كون العرض بوجوده المحمولي مقارناً له يدافع مع هذا الاطلاق ، لأن المقروض ان المعروض من حيث انقساماته الأولية الملمحوظة قبل انقساماته من حيث الأمور المقارنة له مطلق غير مقيد لا بوجود العرض نعتاً له ولا بعدمه ، وعلى الثاني - أي إذا كان مقيداً به - فتقيده بعدم وجوده المحمولي لغو ، مثلاً في قوله : « أكرم العالم » إذا كان العالم من حيث انقسامه إلى الفاسق ونقيضه مطلقاً فتقيده بعدم وجود فسقه مقارناً لوجوده يدافع الاطلاق ، وإن كان مقيداً بعدم كونه فاسقاً ،

فتقيده ايضاً بعدم وجود الفسق في زمانه تقييد لغو مستهجن ، فيتعين ان يكون العرض ملحوظاً على وجه النعتية في الاطلاق والتقييد ، ولا تصل النوبة إلى لحاظه عرضاً ومحمولاً ، فان انقساماته الطارئة عليه أولاً مقدم على لحاظه باعتبار مقارناته « انتهى ملخصاً .

وفيه موارد للنظر (منها) ان الظاهر منه ان الاطلاق متقوم باللحاظ وهو بمكان من الضعف ، وتكرر منا ان الاطلاق عبارة عن جعل الموضوع بلا قيد متعلقاً للحكم ، ومنه يحتج على الاطلاق .

و (منها) أن الاطلاق على فرض كونه لحاظياً فهو تابع للحاظ المتكلم ، فله ان يلاحظ مطلقاً بالنسبة إلى وصف نعتي او عرض محمولي ، أو يقيد بالنسبة إلى واحد منهما ، وعليه فلا أثر لتقدم احدهما على الآخر لو فرض صحة التقدم والتأخر .

و (منها) ان إطلاق الكلام بالاضافة إلى الأوصاف الناعته قابل للتقييد ، وليس التقييد منافياً له بحسب الجدد ، كما في كل مطلق ومقيد ، فلو فرض ان للكلام إطلاقاً بالنسبة إلى الأوصاف الناعته ثم ضم المتكلم إلى الموضوع وصفاً محمولياً ليكون جزء الموضوع يكشف ذلك عن عدم الاطلاق بالنسبة إلى النعتي ايضاً ، لامتناع الجمع بين الاطلاق جداً فيه والتقييد ، كما ان التقييد بالنعتي كاشف عن عدم الاطلاق . (وبالجمله) لا فرق في جواز تقييد المطلق بين ان يكون القيد وصفاً نعتياً أو محمولياً ، سواء كان الاطلاق لحاظياً كما قيل أو لا كما هو التحقيق .

ثم إنه (رحمه الله) ذكر في مقام الاثبات أمثلة من الأوصاف النعتية ولم يتذكر غيرها ، مع ان في كل ما ذكر يمكن التقييد بها او بالأعراض بوجودها المحمولي ، فكما يصح للمتكلم ان يقول : « أكرم العالم العادل » يصح ان يقول : « أكرم العالم » مع كون العدالة مقارنة له ، وكذا الحال

في أمثاله ونظائره مما كان بحسب اللب العنوان المحمولى جزء الموضوع .

الخامس :

ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد ، وقد اضطربت كلماتهم في بيان هذا الشرط ، ووقع الخلط في مورد البحث ، وذكروا امثلة خارجة عن محطه . والتحقيق ان البحث عن شروط صحة الشرط إنما هو بعد الفراغ عن الشروط او الأسباب التي هي دخيلة في تحققه ووجوده ، فالقول باعتبار معقولية تعلق القصد بالعقد والشرط معاً والتفصيل في ذلك اجنبي عن مورد البحث كما ان مقتضى العنوان - وهو عدم كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد - ان يكون البحث عن مخالفته لماهية العقد وأركانه ، او مخالفته للأحكام المترتبة على ذات العقد ، أو للأحكام المترتبة على المعقود عليه - إلا في بعض الموارد التي سنشير اليه - خارجاً عن محط الكلام .

فالتشقيقات الكثيرة الواقعة في كلام بعض الأجلة كالأمثلة التي وقعت مورداً للنقض والابرام جلها اجنبي عن عنوان البحث ، مثلاً إن لعقد البيع مقومات واركائاً دخيلة في مفهومه او تحقق ماهيته ، كالايجاب والقبول بناءً على دخالته ايضاً فيه ، وكالقصد والجد المقابل للهزل ونحوها وله بعد التحقق احكام ، كاللزوم ووجوب الوفاء ، ولتعلقاته احكام بعد تماميته ككون كل منها سلطاناً على ما انتقل اليه ، ويصح من كل منها التصرفات الاعتبارية ، ويجوز سائر التصرفات ، ومن المعلوم ان كل ذلك خارج عن مقتضى العقد ومحط عنوان البحث ، وما هو داخل فيه هو ما يقتضيه من النقل الانشائي ، ويلحق به النقل الحقيقي الاعتباري الذي هو مترتب على الانشائي .

ثم إنه لا بد من البحث عن الشروط المخالفة التي قد يتفق اشتراطها من المتعاملين ولو احياناً ، فمثل « بعتك بشرط أن لا تقبل » أو « زوجتك بشرط أن لا تصير المرأة زوجتك » ونحوهما مما لا يقع في الخارج لا وجه للبحث عنه .

فالشرط المخالف لمقتضى العقد الذي هو قابل للبحث وداخل في عنوانه هو مثل شرط أن ينعتق العبد ، وشرط أن يصير المبيع وقفاً أو ملكاً لغيره مما قد يتفق من بعض الناس ، نظير اشتراء من ينعتق عليه قبل أن يصير ملكاً ، كما يحتمل في النص (١) .

ومن المعلوم أن مثل هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ، فان مقتضى مضمون البيع تمليك العين للمشتري ، ومقتضى الشرط عدم ملكيته ، وبطلان الشرط على ذلك واضح ، للتنافي بين مضمونها ، ولا يعقل وقوعها ، وبطلان الشرط متيقن بعد البناء على بطلان الشرط الابتدائي أو في ضمن العقد الفاسد ، لا لأجل عدم تعقل تعلق القصد بها كما قيل ، بل لأجل التنافي بحسب الواقع ، نعم مع تصور الأطراف والمعرفة بجميع الجهات لا يكون الجدل فيها معقولاً ، لكنه خارج عن عنوان البحث ، كما تقدم .

واستدل الشيخ الأعظم (قده) لفساده بكونه مخالفاً للشرع أيضاً ، وهو كذلك ، لأن مقتضى أدلة انفاذ العقود ، كقوله تعالى (٢) : « او فوا بالعقود » لزوم البناء على وقوع مضمونها ، سواء كان كناية عنه او لازماً لفاده ، لكن يرد عليه أنه على ذلك داخل في الشرط السابق ، ومن امثلته ولا يكون شرطاً مستقلاً .

ويلحق بمخالفة مقتضى العقد ما يرجع إلى التنافي بينه وبين أصل العقد

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب العتق - الحديث ٢ و ٣ و ٥ .

(٢) سورة المائدة : ٥ الآية ١ .

أو الملكية التي هي مضمونه ، وتوضيحه : ان مقتضى الجمود على عنوان البحث تخصيص البطلان بالشرط الذي مضمونه على خلاف مضمون العقد الذي هو مقتضاه ، كالأمثلة السابقة ، لكن ربما لا يكون بين المضمونين مطابقة مخالفة ، وإنما التنافي بين الشرط وبين وقوع البيع عرفاً ، او بينه وبين التمليك كذلك استلزماً .

كما لو شرط عدم تسليم المبيع مطلقاً ، فان ذلك وان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد ، فان مقتضاه ومضمونه ليس إلا التبادل بين المالكين ، او تمليك العين بالعوض ، لكن لما كانت تلك العناوين الاعتبارية وصلة للوصول إلى الأغراض العقلائية - إذ من الواضح أن عنوان البيع ونحوه ليس بنفسه مطلوباً ومتعلقاً للأغراض ، بل آلة للوصول إلى المبيع والثمن مما هو المقصود بالذات - فمع فرض عدم التسليم والتسليم مطلقاً لم يكن إنشاء البيع إلا هزلاً ولقلقة ولو فرض وقوع مثله غفلة عن الواقع لا يقع صحيحاً عند العرف ، كما لو باع ما يمنع تسليمه وتسليمه إلى الأبد ، فلو شرط عدم التسليم أبداً يقع التنافي بين البيع صحة واعتباراً عقلائياً وبين الشرط ، فهو متيقن البطلان ، لما مر .

وكما لو شرط عدم التصرف مطلقاً في المبيع لا التصرفات الخارجية ولا الاعتبارية ، فان ذلك موجب لسلب اعتبار الملكية ، فان اعتبار امثالها معلول للسلطة على التصرفات ولو في الجملة ، ومع سلبها مطلقاً لا يصحح لاعتبارها فيقع التنافي حينئذ بين الشرط وبين الملكية المنشأة بالبيع على وجه الاستلزام ، فيقع باطلاً .

وأما شرط عدم الاستمتاع الجنسية بقول مطلق ، فالظاهر صحته لترتب بعض الأحكام الشرعية والأغراض العقلائية على التزويج ، كالمصاهرة

مع بيت شريف شرعاً أو عرفاً، أو حصول المحرمة أو غير ذلك مما يتعلق به الأغراض .

كما انه لا اشكال في صحة شرط ترك بعض التصرفات الخارجية أو الاعتبارية ، كشرط عدم البيع أو الاجارة أو شرط البيع من شخص ، أو شرط عدم التسليم فوراً أو التسليم بعد زمان ونظائرهما مما لا ينبغي الاشكال في صحته وعدم مخالفته لمضمون البيع وعدم التنافي بينهما ولو استلزماً وعدم المخالفة للشرع .

وتوهم كونه مخالفاً للمليل السلطنة (١) في غاية الفساد ، فان دليلها لا يمنع ما هو من قبيل إعمالها ، كيف وجل الالتزامات العقلائية والشرعية يوجب تحديداً في قاعدة السلطنة ، فبإعمال القاعدة تخرج العين عن سلطانه في الرهن ونحوه ، بل التحقيق ان الاعراض عن الملك من شؤون السلطنة عليه ، كما ان شرط عدم تصرف خاص في ظرف الملكية من قبيل إعمالها في ظرفها ، وكيف كان لا إشكال في أمثالها ، وإنما الكلام في بعض الأمثلة التي وقعت محل الاشكال .

(منها) ما تعرضوا له في بيع الحيوان ، من الخلاف في جواز الشركة فيه إذا قال : « الربح لنا ولا خسران عليك » فعن الشهيد جوازها وصحة الشرط وكونه موافقاً للقاعدة ، وفي صحيحة رفاة (٢) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك في جارية له وقال : إن ربخنا فيها فلك نصف الربح وإن كان وضبعة فليس عليك شيء ، فقال : لا أرى بهذا بأساً إن طابت نفس صاحب الجارية » وقريب منها رواية أبي الربيع (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام ، فعلم الشهيد (ره) بها على ما حكى عنه ، وتعدى عنها إلى

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ - الطبع الحديث :

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب بيع الحيوان - الحديث ١-٢ .

غير موردها لكون الحكم على القاعدة ، وعن ابن ادريس (ره) المنع مطلقاً حتى في مورد الرواية ، فلم يعمل بها ، وعن المحقق (ره) العمل بها مع التعدي إلى مطلق الحيوان .

وفصل بعضهم بين الاشتراط في الربح والخسران في التجارة وبين اشتراط اختلاف الشريكين في النماءات المتصلة أو المنفصلة ، فذهب إلى البطلان في الأول دون الثاني ، وفصل بعضهم بين اشتراط ذلك بعد حصول الربح وصورته ملكاً للمالك فصححه وبين الاشتراط قبله فأبطله ، إلى غير ذلك من الأقوال والاحتمالات .

أقول : لا ينبغي الاشكال في الصحة في النماءات متصلة كانت أو منفصلة ، من غير فرق بين كون الاشتراط في ضمن عقد الشركة أو عقد التشريك أو في ضمن عقد آخر ، فلو شرك غيره في حيوان على النصف واشترط عليه ان يكون الثلثان من لبنه أو نتاجه له صحح وكان على وفق القواعد .

وما قيل في وجه البطلان غير وجيه ، كقول بعضهم إنه غير معقول إذ لم يتضح أنه مخالف لأي برهان فلسفي يدل على امتناع عدم تبعية نماءات الملك له بعد وقوعه في الخارج على ما نذكره .

وكقول بعض : إنه مخالف للقواعد العقلائية والشرعية (وفيه) ان غاية ما تقتضى القواعد تبعية النماء والمنافع للملك لو خليا وطبعها دون ما إذا تصرف المالك بما يوجب الانفكاك ، كبيع الثمار ، وإجارة الأشجار والمسكن وعقد المزارعة إذا كان البذر لأحدهما مثلاً ، وعقد المساقاة ، إلى غير ذلك مما انفك النماء والمنافع فيه عن الأملاك ، فهل الانفكاك في تلك الموارد تراه غير معقول او غير عقلائي أو غير شرعي .

وكقول بعض : إن الشرط إذا وقع في عقد الشركة يكون مخالفاً

لمقتضاه فبطل (وفيه) ان مقتضى عقد الشركة ليس إلا مشاركة المتعاملين في العين ، وأما كون نماء الملك لصاحبه فليس من مقتضياته ، فاذا قال : شركتك في كذا لم يكن مفاده ومقتضاه إلا حصول الشركة ، وأما ما يترتب على الأشياء بعدها فليس من مقتضياته .

وأهون من الكل ما قيل من ان الشركة إنما حصلت بالامتزاج ، وإنما فائدة العقد هي الاذن في التصرف في مقام التجارة ، فاشتراط التفاضل ونحوه في ضمنه لا يفيد شيئاً ، لأنه بمثابة الشروط الابتدائية ، حيث لا يرجع إلى خصوصيات الاذن وكيفية العمل ، لوضوح أن مجرد اقترانه بالعقد لا يوجب صيرورته شرطاً في ضمنه .

وفيه - مضافاً إلى أن الشركة قد تحصل بالعقد كعقد التشارك الذي أشار إليه في صحيحة رفاة (١) وكعقد الشركة فيما كان للممتزجين تميز بحسب الواقع - أن اعتبار كون الشرط في ضمن العقد إنما هو لأجل تحقق مفهومه لغةً وعرفاً ، حيث يكون التزاماً في ضمن بيع ونحوه ، ولا يعتبر في صحته ان يكون دخيلاً في خصوصيات العوضين ، وهو واضح .

والانصاف ان التشكيك في صحة الشرط في باب المنافع والنماءات في غير محله (وإنما) الاشكال في شرط الاختلاف في ربح التجارة بالنسبة إلى المال المشترك ، فلو اشتركا بالنصف واشترطا كون الربح في التجارة بينهما بنحو التثليث أو كون الخسارة على أحدهما والربح مشتركاً كما في الصحيحة ، فيقع الاشكال بأنه غير معقول ، لأن ماهية البيع هي التمليك بالعوض أو التبادل في الملكية ، ولا يعقل مع حفظ عنوان البيع أن يدخل الثمن أو بعضه في ملك غير صاحب العوض ، وأنه مع ذلك مخالف للقواعد العقلانية في البيع ونحوه ، فاذا وقع الثمن بازاء العين المشتركة فلا محالة يكون

بينها بنسبة ملكهما ، وليس ذلك نظير الناءآت ، كما هو ظاهر .
ولو قيل ببطلانه فليس من جهة ان الشرط مخالف لمقتضى عقد الشركة
لما عرفت من انه لا يقتضي إلا اشتراكها في العين ، واشتراك المنفعة ليس
من مقتضياته ، بل من جهة انه مخالف للعقل وحكم العقلاء ، بل والشرع .
لكن يمكن دفع الاشكال بوجهين : (أحدهما) أن مفاد ذلك الشرط
يرجع إلى تفاوت الثمن المجمعول في مقابل العين المشتركة بالنسبة إلى حصتي
الشريكين ، فكما يصح منها أن يبيع كل حصته بقيمة غير قيمة حصة
صاحبه ، ويصح توكيلها للغير بأن يبيع حصة احدهما بمائة والآخر بمائتين
فباع المجموع حسب و كالتة بثلاثمائة ، فكان الثمن بازاء حصة كلٍ غير ما
بازاء الآخر من غير ان يكون مخالفاً لشيء من القواعد العقلية أو العقلائية
كذلك لها أن يشترط في عقد الشركة أو غيره بما يوجب اختلاف الثمن
في البيع .

وحيث إن من الواضح ان الربح في التجارة وكذا زيادة القيمة لا
يمتاز عن غيره ، وليس حاله حال منفعة العين وثمره الشجرة فلا بد من
رجوع شرط اختلاف الربح إلى اختلاف الثمن في البيع ، وهذا من غير
فرق بين شرط اختلاف الربح أو اختلاف الخسران او كون الربح بينهما
والخسران على أحدهما ، كما في الصحيحة (١) فلا يكون هذا مخالفاً لشيء
من القواعد (نعم) يقع الاشكال على فرض استغراق الخسارة لتام احدي
الحصتين ، كما لو اشتركا بالنصف وكان الخسران النصف أو اكثر ، فان
لازمه أن لا يقع بازاء حصته ثمن ، وهو موجب للبطلان .

(الوجه الثاني) السليم عن هذا الاشكال ان يقال : إن الشرط راجع
إلى ان زيادة القيمة السوقية الحاصلة للسلعة قبل البيع تكون مختصاً تمامها

أو بعضها بمال احدهما ، ونقيصة القيمة السوقية بأي وجه حصلت - أي سواء حصلت من قبل نقص حاصل للعين أم لأجل قلة المشتري أو نحو ذلك - على حصة احدهما ، وعلى ذلك لو وقع البيع على العين يختلف ثمن الحصتين لا محالة ، ويدفع اشكال استغراق الخسارة لاحدى الحصتين ، فيقع الشرط صحيحاً .

ولا يخفى انه بعد عدم امتياز زيادة القيم عن اصلها ، فلا محالة يرجع الشرط إلى أحد الوجهين بعد كون الشرط عقلاً ، كما يشهد بها وقوعه عند العقلاء ، ولهذا وقع موقع السؤال في الروايات ، كصحيحة رفاعة (١) ورواية ابي الربيع (٢) وغيرهما ، وعلى ذلك ينحل الاشكال في باب الصلح الوارد نظير ذلك فيه .

ثم إنه لا إشكال في ان المراد من قوله في الصحيحة وغيرها : « إن الخسارة ليست عليك » (٣) أنها ليست على ماله لا على ذمته ، كما هو ظاهر . نعم لا يمكن دفع الاشكال عن باب المضاربة بما ذكر ، فلا يحيص إلا الالتزام بأن الشركة وقعت بعد حصول الربح خارجاً في ملك صاحب المال ، كما هو ظاهر من قوله : « الربح بينهما » فانه لا يتحقق إلا بعد البيع ، ولازم تأخر الحكم عن موضوعه ان يكون الشركة بينهما بعد تحققه وفي الرتبة المتأخرة ، ومثل هذا التعبير وإن كان في باب الشركة أيضاً ، لكن قيام القرينة وهي كون المال لها يدفع هذا الظهور ، بخلاف باب المضاربة ، فان كون المال لصاحب السلعة يؤكد ، بل لعل ظاهر الفقهاء في المضاربة ذلك أيضاً ، كما يشهد به الاختلاف في ان الشركة في الربح

(١) و (٢) راجع التعليقة رقم (٢) و (٣) من ص ١٨٧ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب بيع الحيوان - الحديث ١ وهو

عند ظهوره أو بعد الانضاض ، وكيف كان فلا إشكال في باب الشركة ويكون الحكم على القاعدة ، كما افاد الشهيد السعيد (ره) .

و (منها) ما اشتهر بينهم من عدم جواز اشتراط الضمان في عقد الاجارة ، مستدلين بأنه مخالف لمقتضاه .

وبما تقدم منا في معنى مقتضى العقد يظهر عدم كونه مخالفاً له ، سواء قلنا : إن الاجارة عبارة عن نقل المنفعة مقابل الاجرة بأن يقال : ان قوله : « آجرتك الدار بكذا » بمعنى جعلت لك منفعتها بكذا ، وعلى هذا لا يرد عليه ان العقد متعلق بالعين .

أو انها عبارة عن التسليط على العين للانتفاع بها ، لكن لا بمعنى الاستيلاء الخارجي ، بل التسليط الاعتباري ، كما في قوله صلى الله عليه وآله (١) : « الناس مسلطون على اموالهم » .

أو انها عبارة عن نحو اضافة مجعولة بين المستأجر والعين تستتبع ملكية المنفعة أو ملكية الانتفاع ، أو نحو اضافة توجب قيام المستأجر مقام المالك في دخول المنافع تدريجياً في ملكه ، ولعل قول بعضهم - من انها ملكية للعين من تلك الحثيثة - أحد الاحتمالات المتقدمة ، وكيف كان لا يقتضي عقدها عدم الضمان حتى يكون الشرط مخالفاً لاقتضائه .

ثم إن التحقيق بطلان نقل المنفعة المعلوم ، فان المعلوم لا يعقل ان يثبت له أمر ثبوتي ، بل ولا يعقل الاشارة اليه بوجه من الوجوه ، فهو مما يساعده نظر العرف ايضاً ، والعدر بأنه قابل للاعتبار العرفي او العقلي غير وجيه ، فان الوجود الاعتباري غير الحقيقي ، والغرض في نقل المنفعة نقل ما هي كذلك حقيقة .

فلا بد إما من القول بأن الاجارة نقل للمنفعة الكلية غير القابلة للتطبيق

إلا على مصداق واحد ، أي نقل منفعة هذه الدار في المدة المعلومة ، وهذا العنوان الكلي قابل للتملك ، ولما كان قابلاً للتحقق يعطى بازائه المال ، كالكلي في باب البيع . بلا افتراق بينهما من هذه الجهة ، أو القول بأنها إضافة خاصة أو تسليط على العين للانتفاع بها ، أو إضافة تستتبع دخول المنافع عند وجودها التدريجي في ملكه ، كما هو كذلك في المالك ، وفي إجارة الاعمال أيضاً احتمالات .

وأما البطلان من ناحية مخالفته للشرع فهو خارج عن مورد البحث لكن نشير إلى ما تقتضيه الأدلة العامة والخاصة هنا إجمالاً ، وأما البحث لتشخيص الصغريات فممنوط بأبوابها .

فتقول : أما بحسب القواعد الكلية مثل قوله صلى الله عليه وآله (١) : « على اليد ما أخذت » الذي هو العمدة في الضمان المبحوث عنه فغاية ما يقال فيه : انه منصرف عن الأيدي الأمانية مالكية كانت أو شرعية ، وكذا عما إذا كان الأخذ باذن المالك أو الشارع ، ومن المعلوم أن انصراف الدليل عن مورد ليس دليلاً على عدم الثبوت ، بل من قبيل عدم الدليل عليه ، فدليل اليد مقتضى للضمان في غير الموارد المنصرف عنها ، وأما فيها فلا يدل على الضمان ، كما لا يدل على عدمه ، فاشتراطه في ضمن العقد لا ينافي القاعدة .

وأما بحسب الأدلة الخاصة فقد دلت جملة من الروايات على عدم الضمان ، كصحيحة محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام - في حديث - : ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكن يكرهها أو يبئها غائلة » وصحيحة الحلبي (٣) قال : « سألت

(١) سنن البيهقي - ج ٦ ص ٩٥ وكنز العمال - ج ٥ ص ٣٢٧ الرقم ٥٧١٣ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٣٢ - من كتاب الاجارة الحديث ١ - ٢ .

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تَكَارَى دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ فَتَفَقَّتِ الدَّابَّةُ فَقَالَ : إِنْ كَانَ جَازَ الشَّرْطَ فَهُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ وَادِيًّا لَمْ يُوَثَّقْهَا فَهُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ وَقَعَتْ فِي بَثْرٍ فَهُوَ ضَامِنٌ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْثِقْ مِنْهَا « وَنَحْوَهُمَا غَيْرُهُمَا ، وَالظَّاهِرُ مِنْهَا عَدَمُ الضَّمَانِ مَعَ عَدَمِ التَّفْرِيطِ وَالْإِفْرَاطِ ، وَمِنْ الْمَعْلُومِ عَدَمُ الْخُصُوصِيَّةِ فِي الدَّابَّةِ ، فَاشْتِرَاطُ الضَّمَانِ مُخَالَفٌ لِلشَّرْعِ ، نَعَمْ تَخْتَلِفُ الرُّوَايَاتُ فِي بَعْضِ الْأَبْوَابِ مِمَّا يَطُولُ بِنَا الْكَلَامِ لَوْ تَعَرَّضْنَا لَهَا ، وَالْعَهْدَةُ عَلَى أَبْوَابِهَا .

وقد يفصل بين إجارة الأعيان والاجارة على الأعمال ، بأن شرط الضمان باطل في الأولى دون الثانية ، بدعوى أن إجارة الأعيان إما عبارة عن كون العين تحت يد الانتفاع ، كما هو التحقيق ، أو عبارة عن نقل المنافع ، فعلى الأول استحقاق المستأجر لوضع اليد على العين واضح ، لأن حقيقة العقود عليه متقوم بوضع اليد على العين ، بل هو هو معنى ، وعلى الثاني فلازم استحقاقها وملكيته ووضع اليد عليها عقلاً ، فاشترط ضمانها مخالف للشرع .

وأما الاجارة على الأعمال مما يقع عليه يد المؤجر ، ولا استحقاق له على وضع اليد عليه ، لجواز استيفاء العمل مع كون العين في يد مالكيها ، فلا يكون يد المؤجر عليها بحق يلزمه العقد بوجه ، فلا بأس باشتراط كونها مضمونة عليه .

ثم قال : والرهن كاجارة الأعيان ، وأما الوكالة والوديعة فعدم جواز الاشتراط فيها لأجل كونها استنابة عن المالك ، فجعل يدهما بمنزلة يده يتنافى ضمانه ، لارجاعه إلى ضمان نفسه ، وأما العارية فلا مانع من اشتراط الضمان فيها ، لعدم دخولها في إحدى الكبريات ، من كون تصرف المستعير عن حق مالكي أو استنابة أو كونه مصلحة المالك أو احساناً عليه ، بل

مجرد تحليل وإباحة ، وهذا غير مقتضى لعدم الضمان بوجه ، انتهى ملخصاً .
وفيه مجال للنظر (منها) أن دعوى كون الاجارة عبارة عن كون العين تحت يد الانتفاع الظاهر منه ومن بعده ان المراد كونها تحت يده خارجاً في غاية الضعف ، بل لا أظن التزام أحد به ، بل ولا نفسه لو توجه إلى تواليه الفاسدة من عدم ايجاب عقد الاجارة على هذا لشيء ، ومن عدم كون الأعيان المستأجرة بالعقود مستأجرة ، وهذا من وضوح البطلان بمكان .

والعجب أنه ارجع كلام المحقق والعلامة (رحمهما الله) إلى ما أفاد لقولها بأنها عقد ثمرته تملك المنافع ، وأنت خير بأن هذا التعريف في طرف النقيض لكلامه ، فان صريح هذا ان العقد الذي ثمرته نقل المنافع إجارة ، ولازمه ان كون العين تحت يد المستأجر غير مربوط بها .

و (منها) ان دعوى الدلالة الالتزامية - على كون العين تحت يده بناءً على ان الاجارة عبارة عن نقل المنافع - في غير محلها ، لجواز كون العين تحت يد مالکها مع استيفاء المستأجر منافعها ، فلو آجر الدابة التي تحت يده ، ومكّن المستأجر من الانتفاع بها من غير أن يسلمها اليه صحت الاجارة حتى على القول بأنها عبارة عن التسليط الخارجي ، بل الاعتباري منه ، ويرجع إلى انه مسلط اعتباراً على العين من هذه الجهة خاصة ولا يجوز مزاحمته في الاستيفاء .

و (منها) أنه لو سلمنا كون الاجارة كذلك وان يد المستأجر على العين يد الاستحقاق ، لكن لم يدل دليل على عدم الضمان وان اليد الكذائية تقتضي عدمه ، بل غاية ما في الباب عدم الدليل على الضمان ، ولم يحكم به لذلك ، فلا ينافي ذلك الاشرط .

و (منها) ان قوله في الوكالة والوديعة - : إن عدم الضمان لأجل

كون يد الوكيل والودعي بمنزلة يد صاحب المال ، وان لازمه تضمين الشخص لماله - غير وجيه ، وان قال به غيره ايضاً ، لأن اعتبار الوكالة والوديعة بنافي التنزيل المذكور ، فان الوكالة عبارة عن إيكال الأمر إلى غيره ، او استنابته في ذلك ، وكذا الوديعة استنابة في الحفظ ، وهذا الاعتبار ينافي التنزيل ، فالنائب غير المنوب عنه ، وفعله غير فعله في الواقع وفي الاعتبار ، وما اشتهر بينهم في باب النيابة عن الميت من انه بمنزلة فاسد مستلزم لفاسد لم يلتزموا به ، ولو سلم التنزيل فلا دليل على التنزيل من جميع الجهات حتى ينافي الضمان بالشرط .

و (منها) أن قوله في العارية بصحة الشرط لأجل ما ذكره غير وجيه ، لأن صحة الشرط فيها إنما هي بدليل خاص لولاه لقلنا بالبطلان ، لاطلاق بعض الأخبار (١) بأن المستعير لا يغرّم .

والتحقيق ان القول ببطلان الشرط في بعض ما تقدم ، وبصحته في بعض إنما هو لأدلة خاصة ، لا لتلك الاعتبارات غير الوجيهة ، والبحث عنها موكول إلى محله .

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في ان شرط عدم اخراج الزوجة عن بلدها مثلاً وشرط التوارث في المتعة ليس مخالفاً لمقتضى العقد ، كما أشرنا إليه ، فلا مانع منه من هذه الجهة ، وأما البطلان من جهة الشرع فمن متفرعات الشرط السابق ، وإن كان الأقوى في شرط عدم الاخراج الصحة ، وأما قضية التوارث فهي معركة الآراء واختلفت فيها الأدلة وتحتاج إلى بسط الكلام فيها ، ولها محل آخر .

ثم إذا شك في شرط أنه مخالف لمقتضى العقد ، فلا أصل هنا يحرز به عدم المخالفة ، كما هو ظاهر وتقدم نظيره ، نعم لو كان المقتضى أمراً

(١) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب العارية .

غير دخيل في ماهية العقد كبعض ما يدعى أنه من قبيل مقتضيات العقود نظير تسلط الرجل على الزوجة في الاسكان واغمضنا عما تقدم لأمكن القول بأنه عند الشك يرجع إلى عموم دليل نفوذ الشرط لو كان المخصص اللبي لم يخصص الدليل بعنوان واحد ، كعنوان مخالفة المقتضى ، وإلا لما صح التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للدليل المخصص ولو كان لبياً ، كما هو المحقق في محله .

السادس :

أن لا يكون مجهولاً جهالة توجب الغرر في البيع ، كما في كلمات كثير من الأعيان ، وفي عد هذا الشرط من الشروط المستقلة إشكال ، أما على هذا التعبير وما يشبهه فلأنه يرجع إلى بطلانه لأجل بطلان البيع ، ولازمه عدم كونه في ضمن العقد الصحيح ، وهو شرط آخر غير شرط الجهالة في الشرط بنفسه .

ولو أسقط عنه قيد إيجاب الغرر في البيع وقيل : إن الشرط هو عدم الجهالة فيه ، فإن استدل عليه بحديث النهي عن الغرر (١) ونحوه مما يرجع إلى النهي الشرعي ، فيندرج في الشرط المخالف للكتاب ، ضرورة أنه مع النهي عن الغرر يكون الشرط الغرري مخالفاً له ، وعليه فلا يكون شرط عدم الجهالة شرطاً مستقلاً .

ولو قيل ببطلان الشرط المجهول من اجل انه غير عقلائي لكان البطلان لاجل اعتبار العقلائية فيه ، كما اشرنا إليه سابقاً ، وهو شرط آخر بعنوان آخر يندرج فيه ما ذكر .

(١) سنن البيهقي - ج ٥ - ص ٣٣٨ وفيه « نهى عن بيع الغرر » .

فمن ادعى انه شرط في مقابل سائر الشروط لابسد عليه من فرضه جامعاً لسائر الشروط من كونه عقلاً ، وكونه في ضمن العقد الصحيح ، وعدم إيجابه لفساده حتى يفسد لذلك ، وعدم مخالفته للشرع ولا لمقتضى العقد ، ثم إقامة الدليل عليه ، ومن الواضح عدم الدليل عليه حينئذ ، ولعل نظر من قال : إن الضابط أن يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثلن إلى انه ليس شرطاً مستقلاً ، وانه لا يعتبر عدم الجهالة فيه إذا لم يؤد إلى جهالتها .

ومع الغض عما ذكرناه يمكن الاستدلال على اعتباره بحديث (١) « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر » . وما قيل من عدم استناد العلماء اليه في غير محله ، فان شيخ الطائفة (قده) استند اليه كراراً في الخلاف ، كباب الضمان والشركة ، وكذا ابن زهرة في الغنية ، وقال الشيخ الأعظم (قده) إن الفقهاء استندوا اليه في غير البيع من سائر الأبواب ، تأمل . نعم كفاية ذلك في جبر السند محل كلام .

ويمكن الاستدلال عليه بقوله عليه السلام (٢) : « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » بدعوى إلقاء الخصوصية عن البيع ، وأن ذكر البيع من باب المثال ، فيجري في الاجارة وسائر المعاملات والقرارات ، إذ من البعيد أن يكون لخصوص عنوان البيع دخالة في اعتباره ، وهذا الحديث ليس مرسلًا كما قيل . بل رواه مسنداً في الوسائل في ابواب آداب التجارة ورواه في المستدرک (٣) عن صحيفة الرضا عليه السلام مسنداً .

نعم يمكن الخدشة في دلالتها بأن يقال : إن من المحتمل ان يكون المراد بالغرر الخديعة كما هي احد معانيه كما تقدم الكلام في محله ، إلا ان

(١) راجع التعليقة في ص ١٩٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤٠ - من ابواب آداب التجارة - الحديث ٣ .

(٣) المستدرک - الباب - ٣٣ - من ابواب آداب التجارة - الحديث ١ .

يقال : إن فهم علماء العامة والخاصة من الحديث المعنى المعروف عندهم مع كونهم من أهل اللسان كافٍ في ذلك .
وأما دعوى الانصراف عن المعاملات غير المستقلة كتوابع البيع ونحوه ومنها الشروط التابعة ففي غير محلها ، فإن الشرط وإن كان في ضمن البيع ونحوه ، لكن ليس تبعيته نحو تبعية مفتاح البيت ونحوه ، بل هو قرار بين الطرفين مستقل في معنى القرار وإن كان في ضمن قرار آخر ، فلا معنى للانصراف .

ومع ذلك كله فالمسألة محل إشكال فيما لا ترجع الجهالة فيه إلى جهالة الثمن أو الثمن سبباً مع تضافر هذا القيد في كلماتهم مما يدل على عدم الاعتبار إذا لم يؤد إلى ذلك .

السابع :

ان لا يكون مستلزماً محال ، وفي كون هذا الشرط أيضاً مستقلاً في قبال سائر الشروط إشكال ، إذ من المعلوم أن نفس الشرط بالمعنى المصدرى لا يستلزم المحال بوجه ، وإنما يستلزمه لأجل المتعلقات والملتزمات .
فحينئذٍ لو كان الشرط شرط فعل يكون محالاً ، فمع التفات الشارط لم يعقل القصد الجدي به ، فامكانه دخيل في تحققه لا في صحته ، ولو قصده جداً لغفلة ونحوها ، كان بطلانه لأجل عدم القدرة على إيجادها وعدم عقلايته أيضاً ، فيرجع إلى شرط آخر .

ولو كان شرط نتيجة ، فإن كان الامتناع لأجل كونها مما له سبب خاص شرعي كالطلاق فاشتراطه مخالف للشرع وغير مقصور أيضاً ، ويرجع إلى فقدان شرط آخر ، وإن كانت مما له سبب خاص عقلائي

لا يوجد إلا به ، ولعل النكاح كذلك ، فان له تشريفات خاصة في كل ملل ونحل ، فالتسيب اليه بالشرط غير عقلائي وغير مقدور ، وعلى أي تقدير لا يكون هذا شرطاً على حدة .

ثم إن ما مثل به العلامة قدس سره في محكي التذكرة من قوله : « لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه إياه لم يصح ، سواء اتحد الثمن قدرأً وجنسأً ووصفأً او لا ، وإلا جاء الدور ، لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور ، اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح عندنا ، حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة ، لا يقال : ما التزمه من الدور آت هنا ، لأننا نقول : الفرق ظاهر ، لجواز ان يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي ، بخلاف ما لو اشترط البيع على البائع » انتهى .

فالظاهر منه ان الشرط غير الشرط الفقهي المبحوث عنه ، بل بمعنى الشرط الأصولي ، وعلى فرض كون الشرط الشرط الأصولي لا يتم مدعاه فان البيع عبارة عن المبادلة الانشائية ، او التمليك بالعوض إنشاءً ، ولهذا يكون بيع الفضولي بيعاً حقيقة وإن لم يترتب عليه أثر إلا بعد الاجازة .

وعليه فنقول : قوله : « يبيعه يتوقف على ملكيته » إن اريد ظاهره فهو غير وجيه جداً ، لأن البيع بمعناه الانشائي الذي هو تمام ماهيته لا يتوقف على الملكية ، وإلا لزم بطلان بيع الفضولي وعدم إمكان حقوق الاجازة به ، وإن كان المراد ان يبيعه على صاحبه يتوقف على ان لا يكون هو مالكاً وإلا امتنع الانتقال اليه لكونه تحصيلاً للحاصل فهو مع ما فيه من سوء التعبير غير وجيه . لأن البيع وهو المعنى الانشائي لا يلزم منه ذلك ، فلا مانع عقلاً من بيع الشيء من صاحبه ليترتب عليه الأثر فيما يأتي ، فكما لا امتناع في كون شيء واحد ملكاً حقيقة لشخص وإنشاءً لشخص آخر كالفضولي

كذلك لا امتناع ان يكون لشخص واحد حقيقة وانشاءً باعتبارين ، فلا يتوقف بيعه منه على عدم ملكيته .

نعم يمكن ان يقال : إن بيعه منه ولو انشاءً كبيع الفضولي غير عقلائي فعلم الصحة لأجل ذلك ، لكن هو مانع آخر غير ما ادعي من الاستحالة والظاهر من صدر عبارته هو الدور المستحيل ، وظاهر ذيلها من إبداء الفرق بين بيعه منه وبين بيعه من غيره بأنه يجري فيه التوكيل والفضولي أن المقصود عدم العقلانية لا الامتناع العقلي ، وفي العبارة اضطراب .

والأمر سهل بعد وضوح المطلب واندفاع إشكاله حتى على فرض كون الشرط أصولياً فضلاً عن كونه التزاماً في التزام ، إذ لا موضوع - عليه - لاشكاله رأساً ، كما لا يخفى .

وأما التوجيه بوجه مخالف لظاهر كلامه بل صريحه - مع عدم دفع الاشكال عنه ، بل مع ورود إشكال آخر عليه لا يقصر وضوحه عن الاشكال الوارد على ظاهره - فما لا داعي إليه .

(وأما) ما عن الشهيد (ره) من أن هذا الشرط باطل لا للدور ، بل لعدم القصد إلى البيع (ففيه) أنه لا إشكال في إمكان تحقق القصد مع اختلاف الثمن قدرأً أو جنساً ، بل ومع اتحادهما والاختلاف زماناً كأن يشترط بيعه منه بعد سنة ، أو لو أراد بيعه لا يبيعه إلا منه ، بل قد يتحقق القصد مع الاتحاد في جميع ما ذكر لبعض أغراض خارجية عقلانية ، ومن ذلك يظهر ان دعوى البطلان لأجل عدم عقلانيته غير وجيهة .

الثامن :

ان يلتزم به في ضمن العقد ، وفي كون هذا الشرط من شروط

الصحة إشكال ، لأنه مبني على أمرين : أحدهما صدق الشرط عرفاً ولغةً على الشروط الابتدائية ، إذ مع عدمه - كما هو الأظهر لغةً وعرفاً على ماتقدم تفصيله في بيع المعاطاة - يكون ذلك دخيلاً في صدق عنوانه ، وقد مرّ أن التعرض لشروط صحة الشيء لا بد وان يكون بعد الفراغ عن شروط التحقق وصدق العنوان ، ثانيهما قيام دليل على تقييد عموم دليل الشرط بكونه في ضمن العقد ، وهو مفقود ، إلا دعوى بعضهم الاجماع عليه .

وقال الشيخ الأعظم (قده) : « الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد » ثم نقل حكاية الاجماع عن الرياض عن بعض الأجلة ، ثم قال : « وتتبع كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكي » .

وفيه أن ثبوت الشهرة المعتمدة أو الاجماع في هذه المسألة محل إشكال بل منع ، لقوة احتمال كون مبني فتوى الكثير أو الأكثر على عدم صدق الشرط على الالتزام الابتدائي ، فيخرج عن أدلة الشروط موضوعاً ، وعليه فلو بنينا على صدقه لا محيص عن الأخذ بعموم الدليل ، فالشرط المذكور لا يكون من شروط الصحة ، بل يدور أمره بين دخالته في الصدق وعدم اشتراطه رأساً .

ثم إنه قد سبق منا في المعاطاة أنه على فرض القول بعدم صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية يمكن القول بوجود العمل بها ، بدعوى إلقاء الخصوصية عن الشروط الضمنية بمناسبة مغروسة في ذهن العرف ، وان قوله صلى الله عليه وآله (١) : « المؤمنون عند شروطهم » يفهم منه عرفاً أن ما هو ملاك الوجوب هو قرار المؤمنين ، وانهم عند قراراتهم

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ من

كتاب النكاح .

وملتزماتهم ، من غير دخالة لخصوصية الشرط ، أي الالتزام في الالتزام أو القرار في القرار في ذلك .

وعلى أي حال يكون للقرار في ضمن المعاملة آثار ، كثبوت الخيار عند تخلفه ، وإن فساده يوجب فسادها إلى غير ذلك .

فلو وقع العقد مع توأطئها قبله على الشرط فهل هو كالمذكور فيه في وجوب العمل وسائر الآثار ، فتكون منزلة الشرط منزلة الأوصاف والقيود في المبيع ، حيث يقع العقد عرفاً على المتقيد مع قيام القرينة ، ومنها التواطؤ قبله وإيقاع العقد مبنياً عليه ، أم لا ؟ .

يمكن ان يكون الشرط بحسب التصور راجعاً إلى القيد مطلقاً من غير فرق بين الأوصاف - كشرط كون الخنطة كذا ومن كذا - وغيرها كشرط الخياطة ونحوها ، نظير ما قيل في الواجب المشروط من ان الشرط يرجع إلى القيد في المادة وإن كان بين الشرط في المقام وما هناك فرق ، أو في خصوص الشروط المربوطة بالأوصاف وخصوصيات المبيع أو الثمن ، وعلى ذلك لا فرق بين الشرط وبين سائر القيود في ان التواطؤ عليها وإيقاع العقد مبنياً عليها كافٍ في وقوعه على المتقيد بالقرينة العرفية .

لكن لازم هذا الاحتمال رفض خيار تخلف الشرط مطلقاً ، أو في خصوص اشتراط الأوصاف ونحوها ، وذلك (أما) في بيع الكلي ، فلأن كل قيد يلحق بعنوان كلي يوجب لا محالة مخالفته لعنوان فاقد له أو واجد لغيره ، فعنوان الخنطة إذا قيد بقيد البيضاء تخالف مصاديقه لمصاديق الخنطة الحمراء مثلاً ، والخنطة الحمراء تخالف عنواناً ومصاديقاً للبيضاء وهكذا ، فلو وقع البيع على الحمراء وأدى البيضاء لم يؤد ما وقع عليه العقد ، ويجب عليه أداء ما هو المصداق ، ولا يصح أن يقال : له خيار تخلف الشرط أو تخلف الوصف (وأما) في الأعيان الخارجية فلأنه يرجع إلى خيار تخلف

القيود أو الوصف ، وهو عرفاً وعقلاً غير خيار تخلف الشرط .
 هذا مضافاً إلى ان ارجاع الشروط إلى القيود أمر مخالف للعرف
 والعقل ، فلو بدل قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم »
 بقوله : « المؤمنون عند قيودهم أو تقييداتهم » لكان مبتدلاً مستهجنأ ،
 فلا وجه لهذا الاحتمال ، بل قد ذكرنا في محله أن إرجاع الشروط في الواجب
 المشروط إلى قيود المادة غير صحيح ، بل غير معقول في بعض الشروط .
 ومن هذا القبيل لو قيل بأن الالتزام قيد لل عوض ، فان التقييد بالالتزام
 المطلق لا معنى له ، وبالالتزام الخاص المتقيد بالملتزم يلزم منه ما يلزم في
 الفرض المتقدم ، بل الارجاع اليه مقطوع البطلان .

ويمكن ان يقال : إن الشرط يرجع إلى الالتزام الذي هو قيد للعقد
 فالعقد بلا شرط مطلق ومعه مقيد بذلك الالتزام ، فعلى فرض كونه كذلك
 يمكن القول بكفاية التواطؤ عليه في وقوعه ضمن العقد ، وهذا هو المراد
 من ان الشرط التزام في التزام ، أو التزام في بيع ونحوه ، وإلا فلو وقع
 الشرط في خلال الايجاب والقبول من غير ارتباط وتقييد للعقد به يكون
 شرطاً ابتدائياً لا يوجب شيئاً .

وفيه ان ماهية البيع مثلاً ليس إلا مبادلة مال بمال ، أو تملك عين
 بال عوض ، من غير ان يكون للالتزام وراء ذلك عين ولا اثر في المعاملة
 نعم قد يكون الالتزام بالعمل على طبقها من الأحكام العقلائية لها ، وهو
 أمر آخر .

فالمراد من العقد الذي يتقيد بالشرط إما نفس التبديل والايقاع أو
 المنشأ به ، فعلى الأول يمتنع التقييد ، لأن الإيجاد لا يقبل التقييد ، سواء في
 التكوين أو التشريع ، وعلى الثاني فالمبادلة الانشائية إن كانت متقيدة بوجود
 الشرط يلزم ان لا تقع إلا بعد وجوده ، وهو كما نرى . وإن كانت متقيدة

بالالتزام المطلق فهو حاصل لا تخلف فيه ، وإن كانت متقيدة بالالتزام الخاص بما هو كذلك فإن كان متقيداً بحال العقد فهو حاصل ولا وجود بقائي له ، وإن كان مطلقاً يلزم منه عدم المبادلة عند عدم الالتزام ورجوعه عنه لا خيار التخلف ، والاحتمالات كلها في غير محلها .

فتمحصل من ذلك ان الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار البيع ، لكن يعتبر في تحقق عنوانه وتحققه ان يقع في ضمن العقد من غير تقييد مطلقاً لا للعوضين ولا للانشاء ولا المنشأ .

فالارتباط بينها غالباً لأجل دخالته في الرغبة وازدياد الثمن به ، وإن لم يكن ذلك دائماً ، فانه قد يقع البيع لمجرد تحقق الشرط في ضمنه من غير ان يكون في أصل البيع غرض مستقل ، فلو باع ربحانة بفلس وشرط عليه شرطاً صح البيع والشرط بلا إشكال ، مع ان الغرض هو ايقاع الشرط ويكون ايقاع البيع تبعاً في الغرض وإن كان الشرط تبعاً في الوجود ، فالشروط التي تقع في عقد النكاح لا توجب زيادة في الطرفين ، ولا تحسب مهراً لو كان بلا مهر ، ولا تزداد على المهر أيضاً ، مع انها صحيحة لا توجب تخلفها الخيار ، بل توجب التكليف فقط ، فلا تقييد في الركنين ولا في المهر ولا في العقد والعهد .

فعلى ذلك لا يعقل ان يكون التواطؤ قبل العقد موجباً لوقوع الشرط في ضمنه ، فانه من قبيل الانشائيات المستقلة في عالمها ، ولا يعقل إنشاء تبع لإنشاء ، فتدبر جيداً .

إن قلت : إن الألفاظ الدالة على الشروط في ضمن العقد بحسب العرف غالباً مما تشهد بأنها مرتبطة بالعقد ، كقوله : « بعثك بكذا على ان تحيط لي ثوباً » أو بشرط ذلك ، فيستفاد منه ان ذلك الارتباط بينها عرفي ، وايضاً لو لم يكن ارتباط بينهما او تقييد مطلقاً فلا يتجه خيار التخلف بوجه .

قلت : لو حاولت الأخذ بهذا الظهور يلزم ان يكون العقد مشروطاً بالعمل الخارجي وان لا يتحقق البيع والنقل ، إلا بعد العمل بالشرط ، وهو كما ترى ، فعلى ذلك لو قصد ما هو الظاهر بطل البيع للتعليق ، وعلى فرض صحته يكون الشرط أي العمل الخارجي مقدمة لحصوله وتحققه لا واقعاً في ضمنه .

وأما قضية خيار التخلف فهي عقلائية منوطة بتخلف ما له دخالة في القيم والأغراض ، فالشروط او القيود التي هي دخيلة فيها إن لم تذكر في ضمن العقد لا توجب شيئاً ، ويكون من قبيل تخلف الدواعي ، واما مع ذكرها قيداً أو وصفاً أو شرطاً فيكون تخلفها موجباً لخيار تخلف الوصف او الشرط .

ثم إن ما ذكره الشيخ الأعظم (قدّه) في ذيل كلامه من قوله : « إن هنا وجهاً آخر لا يخلو من وجه ، وهو بطلان العقد الواقع على الشرط ، لأن الشرط من اركان العقد المشروط ، بل عرفت انه كالجزم من أحد العوضين ، فيجب ذكره في الايجاب والقبول كأجزاء العوضين » انتهى . قد يتوهم منه ان ما ذكره من الوجه هاهنا في غير محله ، لأن الكلام هنا في بطلان الشرط لا في بطلان العقد بفساد شرطه ، فالواجب ذكره في المسألة الآتية .

(وفيه) أن الكلام في المسألة الآتية في فساد العقد بفساد الشرط بعد الفراغ عن فساده ، وفي المقام في فساد الشرط وان كان ذلك لعدم ذكره في ضمن العقد أو لذكره في ضمن عقد فاسد ، فالاستدلال هاهنا لفساد العقد بعدم ذكر الشرط فيه مقدمة لفساد الشرط لاعتبار كونه في ضمن العقد الصحيح عكس المسألة الآتية .

ويمكن ان يوجه الاستدلال بأن التواطؤ قبل العقد إنما يكون قرينة

على الاندراج في العقد إذا كانت القرينية عقلائية ، والتواطؤ على ثمن أو مبيع وإيقاع العقد مبنياً عليها إنما يكون قرينة عند العقلاء إذا لم يذكر أصل الثمن أو المبيع ، بأن قال بعده : « بعتك هذا » ولم يذكر ثمنه ، أو « بعتك بألف » ولم يذكر المثلن ، وأما لو ذكر بعض الثمن أو المثلن لانهدم بذكر بعضها القرينية العقلائية للتواطؤ ، فلو تواطأ على ان الثمن ألف دينار وألف درهم فقال اتكالاً عليه : « بعتك بألف دينار » يهدم ذلك التواطؤ عليه كما لو قال بعد التواطؤ على الألف : « بعتك بمائة » فترك الجزء أو ماهو كالجزء يهدم القرينية ، بخلاف ما لو ترك الكل أو المقيد ، هذا غاية تقريبه . لكن يرد عليه ان كون الشرط كالجزء ممنوع ، فالاستدلال مبني على مبنى غير وجيه ، والتحقيق ما تقدم .

التاسع :

التنجيز وهو مما قد يقال باعتباره في الشرط كما قيل باعتباره في العقود أو البيع فقط ، وهو قد يراد به الاطلاق مقابل الاشتراط كأن يقال : « بعتك إذا جاء رأس شهر كذا » ويقال في المقام : « بعتك هذا بكذا على ان تحيط لي ثوباً إذا طلعت الشمس » وقد يراد به التنجيز مقابل التعليق كقوله : « بعتك هذا رأس شهر كذا » أو « بعتك على ان تحيط لي ثوبي رأس شهر كذا » وفي كلا معنييه كلام من حيث العقلية والعقلائية المذكور في محله مع الجواب عنه .

وأما الشيخ الأعظم (قدّه) فكلامه مبني على الوجه الأول أي الاشتراط والاطلاق ، ومبنى الاستدلال سراية التعليق في الشرط إلى التعليق في العقد فيبطل العقد ويبطل ببطلانه الشرط ، وهذا الاستدلال أيضاً نظير ما مر في

ذيل المسألة السابقة ، فكان المفروض عنده عدم بطلان التعليق في الشرط لعدم الدليل عقلاً ونقلاً عليه ، لكنه لما كان يوجب التعليق في البيع - وهو مما قام الاجماع على بطلانه - فلا محالة يوجب بطلان الشرط أيضاً بالواسطة لاعتبار كونه في ضمن العقد الصحيح .

فأجاب عنه : بأن التعليق إنما هو في الشرط فقط ، وإنما يرجع التعليق إلى البيع لو كان الشرط مطلقاً بلا اشتراط ، وهو ممنوع ، ففي قوله : « بعثك على ان تخطط إذا جاء رأس شهر كذا » لو رجع الشرط إلى البيع لابد وان تكون الخياطة مطلقة ، وإن كانت الخياطة مشروطة يكون البيع مطلقاً غير مشروط ، لعدم إمكان رجوع الشرط اليها ، والمفروض ان الشرط للخياطة ، فلا يعقل مع ذلك اشتراط البيع .

وهذا الجواب موافق للتحقيق ، كما انه موافق لما ذكرنا في الشرط ، من انه ليس من قيود البيع وإن كان مخالفاً لما ذهب اليه في الشروط من رجوعها إلى المواد أو المتعلقات على ما قيل ، فما في تعليقات المحققين من ان المراد ان الشرط راجع إلى متعلق الشرط لا إلى نفسه مخالف لظاهر كلامه لو لم نقل لصريحه ، فراجع . وكيف كان لا دليل على اعتبار التنجيز في الشرط عقلاً ولا نقلاً بكلامه معنيته المشار اليها .

مسألة :

في الشرط الصحيح وحكمه ، قد مر مراراً ان الشارع الأقدس لا اصطلاح له في الموضوعات العرفية المتعلقة للأحكام ، ومنها الشرط ، فانه معنى عرفي وموضوع عقلائي متداول بين العقلاء في معاملاتهم ، وجميع أقسام الشروط عقلائية شائعة في الأسواق .

سواء في ذلك الشرط المتعلق بالأفعال كشرط الخياطة والصبغ ، ومنه الشرط المتعلق بتسليم عين خارجية على صفة كذائية إذا كانت مقدورة ، وإيقاع صفة في المبيع الشخصي فيما إذا كانت مقدورة ، ومنه الشرط المتعلق بالموضوع الكلي ، كاشتراط كون المبيع من صنف خاص أو على صفة ، والشرط المتعلق بالنتائج ، كشرط كون شيء ملكاً له ، وشرط الانعقاد ونحوهما ، فانه أيضاً عقلائي متداول بينهم ، وشرط وصف في العين الشخصية المتعلق بها المعاملة ، كشرط كون الخنطة الخارجية المشتراة من محل خاص أو من صنف خاص ، وشرط كون البطيخ الخارجي حلواً ، إلى غير ذلك مما يتداول بينهم .

ولا ريب في اختلاف أحكام تلك الشروط بينهم ، فحكم شرط الفعل لزوم الوفاء به والعمل على طبقه ، وحكم شرط النتيجة العمل على طبقه بمعنى ترتيب آثارها ، كما أن أثره حصول النتائج .

وحكم شرط الوصف خيار التخلف عند فقدانه ، وهذا أيضاً أثر مطلوب ، ولأجله كان اشتراطه متعارفاً بلا ريب ، فما في تعليقات بعض أهل النظر - من الاشكال العقلي فيه وإرجاعه إلى الوصف - ناشئ من عدم الالتفات إلى ما في الأسواق العقلانية ، ومن توهم كون الشرط التزاماً بعمل أو تعهداً بشيء ، مع انه أوسع من ذلك ، إذ هو قرار خاص في البيع ونحوه ، والالتزام المذكور في القاموس ونحوه ليس المراد منه إلا القرار لا ما وقع في كلمات الفقهاء أحياناً .

ثم إن في لزوم التبعية للشروط العقلانية لا نحتاج إلى ورود دليل شرعي عليه ، بل ما لم يرد ردع من الشارع الأعظم لا بد من العمل على طبقها ، والالتزام بها على طبق الالتزامات العقلانية ، لأنه مع عدم الردع في تلك الأمور الراجعة نستكشف رضا الشارع بها وان حكمه موافق لحكمهم

كما في الأمثال والنظائر ، فلو فرضنا أن الأدلة الشرعية لم تشمل بعض تلك الشروط الرأبجة لا يضر ذلك بلزوم اتباع العرف ما لم يستفاد منها تصرف وردع .

هذا مع انه لا قصور لأدلة الشروط عن شمول جميع الأقسام المتقدمة فان قوله صلى الله عليه وآله (١) : « المؤمنون عند شروطهم » مع الغض عن الاستثناء والصدر والذليل في الروايات يحتمل أن يكون الشرط فيه بمعناه الحقيقي ، أي نفس القرار بالمعنى المصدرى ، أو بمعنى الملزمات التي يكون استعماله فيها معروفاً مشهوراً .

وعلى أي حال تكون الجملة الخبرية في مقام إنشاء الحكم والتشريع لا الاخبار عن الواقع المحفوظ ، فانه مخالف للواقع ، فان كثيراً من المؤمنين والمسلمين لا يعملون بشروطهم ولا يلازمونها ، والحمل على أنه ينبغي ان يكون المؤمن كذلك ، أو ان المؤمن من كان كذا ، ومن لم يكن عاملاً فليس بمؤمن كما ترى ، سيما مع معهودية لزوم العمل بالشروط لدى العرف فلا إشكال في أن الجملة في مقام التشريع ، بل الجملة الخبرية المفيدة للبعث والزجر أبلغ في الافادة من الأوامر والنواهي .

فحينئذ يكون الظاهر المتفاهم منه على الاحتمالين أن المؤمن ملازم لشروطه لا ينفك عنه ، أي لا بد له ان يكون ملازماً له غير متفك عنه ، والملازمة له مختلفة أثراً وحكماً بحسب الموارد ، فملازمة شرط الفعل وعدم الانفكاك عنه العمل على طبقه والوفاء به وقياماً ، فمن شرط ولم يعمل به لم يكن عند شرطه ، بل انفك عنه ، ومن لم يعتن بشرط النتيجة ولم يلتزم بترتيب آثارها لم يكن عند شرطه ، ومن شرط الوصف ولم يعتن به عند

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ من

تخلفه من الالتزام بالخيار والتسليم لقبول سلعته لم يكن عند شرطه وانفك عنه وهذا من غير فرق بين الاحتمالين ، فمن قال بأن الدليل مختص بشرط العمل أو انه يعم شرط النتيجة أيضاً ولا يشمل شرط الوصف فقد حمل الجملة على غير ظاهرها ، فانه ليس فيها ما يوجب اختصاصها بالعمل وليس عنوان العمل والوفاء في الكلام بوجه ، وما قلنا في قوله تعالى (١) : « اوفوا بالعقود » من ان المراد منه وجوب العمل إنما كان لمكان عنوان الوفاء المأخوذ فيه ، وأما في المقام فليس عنوانه مأخوذاً فيه ولا مستفاداً منه فلا مانع من الحمل على لزوم الالتزام بنفس الشرط أو بالملتزم ، ولا يفرق بينهما في النتيجة .

والحاصل أن عموم قوله صلى الله عليه وآله (٢) : « المؤمنون عند شروطهم » المستفاد من الجمع المضاف الشامل لجميع أقسام الشروط العقلية محكم ، إلا أن يدل دليل على التخصيص ، أو تقوم قرينة على الاختصاص كاستثناء الوارد في نفس الأدلة .

وأما ما ورد في الأخبار (٣) من وجوب الوفاء بما شرط لامرأته ، مستدلاً عليه بقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم » وفي رواية (٤) « فليتم للمرأة شرطها ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : المسلمون عند شروطهم » فلا يكون قرينة على ان المراد بالكبرى وجوب الوفاء بالشرط . كما أن ما في جملة من الأخبار (٥) من التعبير بيجوز الشرط ولا

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) راجع التعليقة في ص ٢١٠ .

(٣) و (٥) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ - ٠ .

(٤) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ من كتاب النكاح

وفيه « فليف للمرأة بشرطها » إلا أن الموجود في الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ بعين هذا اللفظ .

يجوز أو ان الشرط باطل مع مخالفته للكتاب أو ردّ إلى الكتاب إلى غير ذلك لا يكون قرينة على إرادة الحكم الوضعي منها .

وذلك لأن قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » لا يكون مفاده الأولي على ما ذكرناه إلا لزوم كون المؤمنين عند شروطهم ضرورة ان الجمل الاخبارية التي تستعمل في مقام إفادة الحكم لا تستعمل في الانشاء ، لكن يستفاد منها البعث أو الزجر أو الالزام بوجه أبلغ ، وتكون الجملة الانشائية المصطادة منها غير مخالفة لها إلا في الاخبار والانشاء فقوله : « تعيد صلاتك » في مقام الأمر بالاعادة يصطاد منه أعد صلاتك وقوله صلى الله عليه وآله (١) : « المؤمنون عند شروطهم » في مقام الالزام والانشاء يصطاد منه فيكونوا عند شروطهم أو فليلتزموا بشروطهم ونحوهما ، فوجوب الوفاء بها وجوازها وصحتها ونفوذها كلها خارجة عن مفاده الظاهري ، وإن كانت مستفادة منه .

فتمسك الأئمة عليهم السلام بقوله صلى الله عليه وآله لوجوب الوفاء تارة وللجواز وللإجواز والبطلان المقابل للصحة اخرى صحيح ، لأن كلها مستفادة منه ، ولكن ليس شيء منها مفاده المطابقي ، بل تستفاد منه بالملازمة الظاهرة كما تقدم بيانه ، فالعموم الشمولي لا بد وان يؤخذ به ، وهو يشمل جميع الأقسام المتقدمة ، ولا قرينة على صرفه عن بعضها بوجه .

ولو شك في واحد منها بأنه هل مخالف للكتاب سواء كان شرط وصف - لاحتمال ان شرط الوصف مطلقاً أو الوصف الكذائي مخالف له - أم شرط نتيجة - لاحتمال ان الغايات مطلقاً أو غاية خاصة لها سبب خاص شرعاً - أم شرط فعل ، لاحتمال ان شرط الفعل الكذائي مخالف له ، مع عدم مخالفة شيء منها لظاهر الكتاب والسنة التي بأيدينا كان منشأ الشك

لا محالة احتمال مخالفتها للأحكام الواقعية التي لم تصل إلينا ، إمّا لكونها مخزونة عند ولي الأمر عليه آلاف التحيات ، وهو مأمور بتبليغها حال ظهوره وبسط يده (عجل الله تعالى فرجه) وإمّا لضياح بعض الكتب أو بعض الأحاديث من الكتب التي بأيدينا في تلك المدة الطويلة مع الحوادث الواقعة فيها .

فينسد إذن باب التمسك بأدلة الشروط مطلقاً ، ولا يختص الاشكال بشروط النتائج ، والأصول التي تمسكوا بها أو يمكن ان يتمسك بها لاحتراز موضوع دليل الشرط مخدوشة وغير جارية ، كما تقدم الكلام في بعض ويلحق به غيره ، لاشتراك الجميع في الاشكال .

والذي يسهّل الخطب ان احتمال المخالفة للأحكام غير الواصلة لا يعتنى به ، ولا يمنع عن الأخذ باطلاق الأدلة وعمومها ، وذلك أما في الأحكام المخزونة فلأنها على فرض ثبوتها انشائية لم يأن أو ان تبليغها وفعليتها ، ومخالفتها اليقيني أيضاً لا مانع لها .

وأما احتمال الضياح - مع كونه موهوماً لا يعتنى به العقلاء وخلاف الأصول العقلانية في الاحتجاجات وفي مقابل الحجج القائمة ، سيما في المورد مما يعلم كمال اهتمام أصحابنا من عصر النبوة إلى أعصار الأئمة عليهم السلام وما بعدها على ضبطها وحفظها مما يوجب الاطمئنان بعدم الضياح - فلأن تلك الأمور العقلانية الشائعة بينهم المتداولة في أسواقهم صباحاً ومساءً لو تصرف الشارع الأقدس فيها ، وسلك في الأسباب العقلانية والشروط المتداولة في النتائج وغيرها غير ما سلكه العقلاء لصار شائعاً في الأعصار والأمصار لأن التصرف في السوق وقلبه إلى غير ما لدى العقلاء أمر لا يعقل خفاؤه على المسلمين فضلاً عن علمائهم ، فيعلم من ذلك أنه لم يكن دليل على ذلك وكان التشريع غير متعرض لأسباب المعاملات ولا نفسها إلا ما وصل إلينا .

هذا مضافاً إلى أن احتمال التصرف في سبب أو في فعل من الأفعال أو وصف من الأوصاف لأجل احتمال كون ما احتمال ضياعه متكفلاً له نظير الاحتمال في الشبهة غير المحصورة مما قلنا في محله : إن في كل طرف منها قامت الأمانة العقلائية على عدم الشوب فيه ، وإن الاعتناء به يعد من الوسوسة والخروج عن الاستقامة الفكرية ، هذا في العلم الاجبالي فما ظنك بالاحتمال الموهوم في الموهوم ، فلا ينبغي الاشكال في نفوذ الشرط عند عدم الدليل في الكتاب والسنة على المنع منه ، من غير فرق بين النتائج وغيرها . ثم إن الشيخ الأعظم (قدّه) قاس شرط النتيجة بنذر النتيجة ، فكأنه أراد تقريب الصحة في الشرط بذلك ، (وفيه) أنه لا إشكال في صحة شرط النتيجة عند العقلاء ، فانه قرار خاص كسائر القرارات العقلائية ، وأما النذر فلا ينبغي الاشكال في بطلانه إذا تعلق بالنتائج على نحو ما في المقام من شرط النتيجة ، فان اعتبار النذر هو العهدة لله تعالى ، فلا معنى محصل لقوله : « لله عليّ أن يكون هذا لزيد » بل لا معنى محصل للنذر إلا ما تعلق بالأفعال ، وإن شئت قلت : إن ماهية النذر تخالف تعلقه بالنتائج إلا فيما يرجع إلى الله ، كنذر الحج أو الصلاة إن لم يرجع ذلك إلى نذر العمل . بخلاف ماهية الشرط ، فتدبر جيداً .

ثم إنه هل يمكن ايقاع عنوان من عناوين المعاملات بالشرط ، كما يمكن اشتراط نتائجها ، بحيث يوجد بالشرط عنوان المعاملة كالبيع ، ويترتب عليه آثاره ؟ .

التحقيق : التفصيل بين عناوين المعاملات (فمنها) ما لا يمكن حصوله بالشرط ، وهو كل عنوان لا يصح جعله ابتداءً ومستقلاً ، بل كان مما ينتزع بعد إنشاء المعاملة ، كالبيع والاجارة ونحوهما ، فكما لا يصح جعل عنوان المبيعية والثمنية ابتداءً للمبيع والثمن ، بل كان عنوان المبيعية لهذا

والثمنية لذلك ينتزع بعد إنشاء المعاملة منه - فيقال هذا مبيع وذاك ثمنه - كذلك لا يصح إيجاد مثله بالشرط ، وعليه فقوله : اشترطت أن يكون هذا مبيعاً وذاك ثمناً لغو لا يفيد شيئاً .

(ومنها) ما يمكن حصوله به ، وهو كل عنوان يصح جعله ابتداءً ويترتب الأثر عليه عرفاً بعد تمامية شروطه ، كالوكالة والوديعة والعارية والرهن والقرض والشركة ، فضلاً عن الوصاية والولاية ، فكما يصح ان يقال : « أنت وكيلتي » و « هذا وديعة » أو عارية أو رهن أو قرض فيستقل ما ذكر بالجعل يصح جعله بالاشترط ايضاً ، فاذا قال : بعثك هذا على ان تكون وكيلتي في ذلك فقبل يتحقق عنوان الوكالة ، وكذا لو قال : على ان يكون هذا وديعة أو رهنًا أو قرضاً وأمثال ذلك ، فلا يشك العرف في أمثال ذلك في تحقق العناوين المذكورة بالشرط .

فما في تعليقات بعض - من الاشكال بأن المقابل لا يحصل بالمقابل ، والماهية بشرط لا لا تحصل بالماهية بشرط شيء - ناشٍ من عدم التوجه إلى الأمور العقلانية .

ثم إنه على ما ذكرنا في الصنف الأول من عدم تحقق العنوان الموضوع للأثر بالاشترط ، فهل يصح شرط كون هذا بدل هذا ، بأن يقال : « بعثك هذا بهذا على ان تكون هذه العين لك بذاك المال » ؟ وهل يتحقق به عنوان البيع ويترتب عليه آثاره ؟

الظاهر صحة هذا الشرط وتحقيق المبادلة به ، واما صدق عنوان البيع فيتوقف على ان تكون ماهية البيع مجرد مبادلة مال بمال ، من غير دخالة شيء آخر فيه ، وهو محل إشكال ، لأن المبادلة قد تحصل بأسباب آخر غير البيع ، وليس شيء منها بيعاً ، وكذا الحال في الاجارة والصلح وأشباهها فهي عناوين خاصة غير نفس النتائج ، ولا منتزعة منها ، ولا يساعد العرف

في حصول العناوين بما ذكر من الشرط .
ولو شرط النتيجة قاصداً به حصول العنوان ، فهل يبطل الشرط مع عدم حصوله أو صح الشرط ؟ الظاهر صحته ، ولا يضر بها عدم حصول العنوان إلا أن يكون على نحو التقييد ، فما في بعض التعليقات من البطلان ، ليس وجيهاً باطلاقه .

ثم إنه ظهر مما قدمناه في مفاد دليل الشرط ان الظاهر منه وجوب العمل به فيما كان متعلقاً بالعمل ، سيما ان لزوم العمل بالشرط عقلائي ، ولا يحمل العقلاء ما ورد من الشارع إلا على ما هو المعهود عندهم .
فما قيل أو ربما يقال - من عدم دلالة على الوجوب ، إما لأن الجملة خبرية لا إنشائية ، أو لأن الجمل الخبرية ولو في مقام الانشاء لا تدل على الوجوب ، أو ان القرينة قائمة على ان الحكم من الأخلاقيات ، وهي كون الموضوع « المؤمنون » لعدم الوجه لاختصاصه بهم ، أو لاحتمال كونه كناية عن الصحة والنفوذ أو اللزوم الوضعي ، او لان الحمل على الحكم الالزامي موجب للتخصيص الكثير المستهجن ، إلى غير ذلك - مما يدفعه الظهور العقلائي فيما ذكرناه .

والحمل على الخبرية يوجب الكذب وخلاف الواقع في المستثنى والمستثنى منه ، ضرورة ان المخالفة لها كثيرة جداً ، والجمل الاخبارية أبلغ في إفادة الوجوب من الأوامر كما قرر في محله ، وقرينية قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون » ممنوعة ، بل هي قرينة على شدة الاهتمام وقوة الوجوب ، والكناية عن الصحة أو اللزوم خلاف الظاهر جداً ، فان الظاهر من قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » عدم انفكاك المؤمن عن شرطه ، فاذا كان في مقام الانشاء لا يفهم منه إلا لزوم ذلك ، وهو معنى الوجوب في شروط العمل ، وجعل هذا كناية عن الصحة والوضع يحتاج

إلى التكلف والحمل على خلاف الظاهر .
وقضية لزوم تخصيص الأكثر باطلة ، فان ما هو من شروط صحة الشرط لا يفرق فيه بين الحمل على الوجوب أو غيره ، مع ان الشرط الباطل ليس مشمولاً للدليل سيما بعض الشروط ، والشروط في ضمن العقود الجائزة - مع الغض عن كونها واجبة العمل ما دام لم يفسخ العقد وإن كان له رفع موضوعها بالفسخ - لا تعادل الشروط في العقود اللازمة كالبيع ونحوه بل هي أكثر بما لا يقاس به غيره ، والميزان في التخصيص المستهجن إخراج أكثر الافراد وإبقاء النادر ، وليس الميزان انواع المعاملات كما قررنا في محله .

ثم إنه ربما يستدل للوجوب بقوله صلى الله عليه وآله : « المسلمون عند شروطهم إلا من عصى الله » بناءً على ان المراد عصيان الله بعدم العمل بالشرط ، وهو مشكل ، لأن الظاهر منه عصيان الله باشرطه ، بأن يشترط على الغير اتيان محرم أو ترك واجب ، كما تشهد به رواية الدعائم (١) « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً فيه معصية » والحمل على ما ذكر مضافاً إلى انه خلاف الظاهر يوجب حمل الاستثناء على الانقطاع ، وإلا لا يستقيم إلا أن تكون الجملة إخبارية ، فيكون المراد أن كل مؤمن يعمل بشرطه إلا العصاة ، فحينئذ لا يتم المقصود .

(نعم) يدل على الوجوب العلوي المتقدم (٢) « من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به ، فان المسلمين عند شروطهم » إلى آخره .
بقي شيء ، وهو ان الوجوب المستفاد من دليل الشرط على ما تقدم

(١) المستدرک - الباب - ٥ - من أبواب الخيار - الحديث ٣ :

(٢) الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الخيار - الحديث ٥ .

هل هو وجوب شرعي متعلق بعنوان الشرط ؟ كما يقال في قوله : « اوفوا بالعقود » (١) من تعلق الوجوب بعنوان الوفاء ، ولازم ذلك مخالفة التكليفين إذا لم يعمل بالشرط ولم يف بال عقد ، بل مخالفة التكليف العديدة إذا لم يعمل بالشرط ، من ترك العمل بالشرط ، وترك العمل بالعقد المتضمن للشرط أو العقد بناءً على ان الشرط أيضاً عقد ، وحبس حق الغير ، والظلم وغير ذلك .

والتحقيق ان يقال : إنه إن قلنا بأن الشروط في قوله صلى الله عليه وآله (٢) : « المؤمنون عند شروطهم » عبارة عن الالتزامات بالحمل الشائع - كالحياطة والكتابة ونحوهما - بأن يكون متعلق الوجوب نفس تلك العناوين ووجوب رد حق الغير أيضاً راجعاً إلى وجوب الحياطة والكتابة بعنوانها ، فلا يعقل تعلق الحكمين ولو متماثلين بعنوان واحد ، بل لابد من رفع اليد عن أحدهما .

وإن قلنا بأن الشروط هي المعاني المصدرية ، أي نفس القرار أو هي الالتزامات بعنوان الملزم الانتزاعي فلا مانع عقلاً من تعلق تكاليف متعددة بالعناوين كذلك ، وإن انطبقت في الخارج على موضوع واحد ، كوجوب إكرام العالم ووجوب إكرام الهاشمي ، فهنا وجوبان متعلقان بعناوين منطبقين على موضوع واحد ، وتوهم التأكد عند الاجتماع فاسد جداً ، كما حقق في محله ، فلا مانع عقلاً من وجوب الوفاء بالعقد وبالشرط ، ووجوب رد مال الغير أو حقه .

لكن الحق انه فرق بين العناوين النفسية ، كالعالم والهاشمي ، والعناوين الآلية التوصيلية ، كالعقد والشرط ونحوهما مما هي وصلة إلى أمور آخر ،

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤ .

فان في تلك العناوين لا يتقدح في أذهان العقلاء أن الوجوب متعلق بنفسها بل الظاهر منها عرفاً أن ما هو واجب هو رد مال الغير وأداء حقه ، فلا يستفاد من قوله صلى الله عليه وآله (١) : « المؤمنون عند شروطهم » إلا وجوب العمل على طبقه ، بمعنى وجوب الخيطة والكتابة .

والوجوبات المتعددة حسب العناوين المتعددة إلى ما شاء الله أمر ينبو عنه الذهن السليم ، وما هو عند العرف ليس إلا المطالبة بنتيجة الشرط لأجل تعلقه بالعمل ، لا وجوب موافقة القرار بما هو كذلك ، فالوجوب في أمثاله ناشئ من الحق الثابت للغير بناءً على ثبوته كما هو الحق ، ولو سلم تعلقه بتلك العناوين التوصلية فهو وجوب لا يترتب عليه أثر من الاثابة والعقاب ، نظير الوجوب المقدمي .

ثم إنه لا إشكال في ثبوت الحق واستحقاق المشروط له على المشروط عليه العمل بشرطه ، لا لدلالة قوله صلى الله عليه وآله (٢) : « المؤمنون عند شروطهم » على ذلك ، لأن كون المؤمن عند شرطه لا يلازم كون الشرط على عهده أو حقاً ثابتاً عليه ، ولا لكون شرط العمل نظير الاجارة فان القياس مع الفارق ، واعتبار الاجارة يخالف اعتبار الشرط ، بل لأن الاستحقاق وثبوت الحق أمر عقلائي في الشروط العقلانية ، والشارع الأقدس لم يأت فيها بأمر مخالف لما في أيدي العقلاء وإن تصرف فيها بعض التصرفات وقضية جواز مطالبة المشروط عليه بالعمل بشرطه بل وجواز إلزامه عليه وصحة إسقاط حقه وتأجيله كلها عقلائية .

ويستفاد من دليل الشرط (٣) نفوذ ما لديهم من الشروط وأحكامها من غير فرق بين شرط عمل له أو لأجنبي ، فلو شرط إعطاء شيء لأجنبي

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور - الحديث ٤

أو عمل له كان له حق المطالبة والاسقاط إذ هو المشروط له دون الأجنبي لعدم انفكاك الشرط عن الأغراض العقلائية ، والأجنبي اجنبي وإن كان نفع الشرط يعود إليه ، بل لو كان الشرط يعود نفعه إلى المشروط عليه بوجه ، كأن شرط الأب على ابنه إتيان فريضة الصلاة فيما إذا كان متساهلاً كان الأب مشروطاً له ، وله المطالبة والاسقاط ، ومع عدم الاتيان الخيار .

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في ان المشروط له مخير بين الاجبار والفسخ أما الأول فلأنه مقتضى حقه ، ولا إشكال في ان الحق مطلق لا اشتراط فيه ولا تقييد ، وأما الفسخ فلأنه مع التخلف يثبت خيار التخلف عند العقلاء من دون توقف على التعذر ، فبمجرد التخلف عن الشرط يثبت الخيار العقلائي لتخلفه عن القرار والشرط .

فما في بعض التعليقات من عدم إمكان الجمع بين حق الاجبار وحق الخيار ناشٍ من توهم كون الخيار مرتباً على تعذر الشرط ، وهو فاسد يظهر وجهه من الرجوع إلى بناء العقلاء ، ولا دليل معتد به على الخيار إلا ذلك ، وأما دليل نفي الضرر (١) فقد مر مراراً ما فيه ، مع انه مع الغض عن الاشكال فيه لا يثبت الخيار بالمعنى المعهود ، والاجماع التعبدي غير ثابت بعد كون القضية عقلائية ، كما ان التشبث لاثباته بما في بعض التعليقات من تقييد الالتزام أو الملتزم أو وحدة العقد حقيقة تكلف لا ينبغي ان يصغى إليه ، فقول الشيخ الأعظم (قده) : « لانعرف مستنداً للخيار مع التمكن من الاجبار » منظور فيه لما عرفت من المستند .

ثم إن الاجبار المذكور هاهنا وفي أمثال ذلك من الحبسيات المربوطة بالحاكم الشرعي مع بسط يده ، فليس لصاحب الحق حبس الطرف أو زجره لكي يوفي حقه وإن كان له المطالبة ولو بالشدة والخشونة ، وعند عدم بسط

يده فالأمر راجع إلى عدول المؤمنين ، ومع التعذر فله إلزامه وله الرجوع إلى أحكام الجور لاحقاق حقه .

(واحتمال) استفادة جواز الالتزام بأي نحو من أدلة الدفاع عن المال (١) ومن مثل قوله صلى الله عليه وآله (٢) : « من قتل دون مظلمته فهو شهيد » (في غير محله) بعد ما لم يكن ذلك على القواعد ولم يكن مصداقاً للدفاع حتى يقال إنه عقلائي ، بل كان مما يستفاد لزومه أو جوازه من الأدلة الشرعية .

ثم إن جواز الالتزام ووجوب العمل من أحكام الشروط مطلقاً ، سواء كانت في ضمن العقد اللازم أو الجائز ، بناءً على ما تقدم من ان الشرط مستقل في الجعل وإن وقع في ضمن العقد ، فهو واجب العمل حتى ولو كان في ضمن العقد الجائز ، غاية الأمر أن للطرف حلّ العقد ، وبه ينتفي الشرط .

وأما بناءً على ما قيل : من ان الشروط قيود للعقود أو للمعقود عليه أو ان المعاملة المشتملة على الشرط ليست إلا معاملة واحدة خاصة ، كما قيل فيشكل الوجوب في الشروط في العقود الجائزة ، فان الشرط يكون تبعاً له في الجواز واللزوم ، فما وقع من بعض السادة من الجمع بين الوجوب مادام العقد باقياً وبين وحدة المعاملة كأنه في غير محله .

هذا بالنسبة إلى حكم الشرط ، وأما التخلف الموجب للخيار فهو وإنما ثابت فيما إذا كان للشرط نحو دخالة في القيم والأغراض بحسب اللب ، وإن لم يكن قيداً بوجه من الوجوه ، كما تقدم الكلام فيه ، وأما إذا لم يكن كذلك كما إذا أراد الاشتراط لا المعاملة ، وإنما أوقع المعاملة لأجل تحقق الشرط

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٤٦ - من ابواب جهاد العدو - الحديث

والتخلص عن كونه ابتدائياً ، كما لو صالح جوزاً بلوز وشرط في ضمنه ما هو المقصود ، فله إلزامه للحق الثابت له بالشرط ، ولكن لا خيار له لو تخلف ، لعدم ما هو المناط فيه عند العقلاء ، بل ولا يأتي فيه الوجوه الأخر المتشبه بها للخيار ، فتدبر .

ثم إن ما أشرنا إليه من ان له حق الاجبار بالرجوع إلى الحاكم المنصوب لأمثال ذلك لا إشكال فيه في مثل الشروط التي لا تحتاج إلى إنشاء وقصد وتقرّب مثل خياطة الثوب وصبغه .

وأما ما يحتاج إلى الانشاء كالمعاملات ونحوها فمع استنكافه عنها هل يجبره الحاكم على إيقاعها ، ويسقط اعتبار الرضا والاختيار لكون الاكراه بحق ، نظير إكراه المحتكر على بيع ما احتكره ، ومع تعذر ذلك يقوم الحاكم مقامه في الانشاء والإيقاع لولايته على الممتنع ، أو يقوم الحاكم مقامه في إيقاعه ابتداءً ؟ لكل وجه ، وتوهم عدم ولايته على الشخص العاقل الحاضر كما صدر من بعض الأعاظم (قدّه) في غير محله .

وكذا الحال فيما يحتاج في تحقّقه إلى قصد التقرب مع كون ذات العمل قابلاً للالزام ، كالصدقة على الفقراء ، فانها إعطاء بقصد القرية ، فيمكن أن يقال بالزامه بالإعطاء ويقوم الحاكم مقامه في قصد التقرب ، كالأجبار على إعطاء الزكاة والخمس ، أو يقال : يقوم الحاكم مقامه في الإعطاء أيضاً . وأما بعض الشروط التي يتقوم تحقّق ما هيتهما بالقصد بحيث لا يصدق عليها العنوان بدونه ، كالصوم والصلاة ، حيث إن الصوم ليس مجرد ترك المفطرات لله ، بل عنوان لا يحصل إلا بالقصد ، ولا يمكن إلزامه بإجاده وكذا الصلاة ليست مجرد القراءة والانحناء إلى حد الركوع ووضع الجبهة على الأرض ، بل تتقوم بالقصد ، فلو أتى بالقراءة لكونها قرآناً وقصد القرية ووضع جبهته على الأرض لله لا بعنوان الصلاة ، وكذا أتى بصورة

سائر الأجزاء بلا قصد العنوان لا تتحقق الماهية ، حتى على القول بالأعم في عناوين العبادات ، ففني مثلها لا يعقل الالتزام والاجبار لعدم إمكان إلزامه على القصد ، وقيام الحاكم مقامه غير معقول لعدم تحقق العنوان بقصد الحاكم .

فلو استنكف عن العمل في مثل تلك الشروط يجبره الحاكم على استئجار شخص لاتبانها ، أو يأخذ منه قيمة العمل ويستأجر غيره ، إلا أن يكون الشرط مقيداً بالمباشرة فيتعذر حينئذ ، لكن عليه أجره العمل ، فيأخذها منه ويرد إلى المشروط له (وبالجملة) في جميع الشروط التي لها مالية وللمشروط له حق متعلق به يجبر الحاكم المشروط عليه على إيجاده ، ومع عدم الامكان يجبره على إعطاء خسارته ، فلو شرط خياطة ثوب خاص فأنلفه يؤخذ منه قيمة الثوب والخياطة ، أو قيمة الثوب المخيط ، وكذا الحال في نظائره .

بقي امور

الأول :

لو تعذر الشرط ، فاما يكون التعذر حال العقد ، كأن شرط الوصف وكان فاقداً له ، أو شرط النتيجة ولم تتحقق لمخذور ، ككون العين معدومة أو موقوفة ، أو شرط الفعل المتعذر لعدم القدرة عليه أو لفقد المورد ، أو يكون طارئاً بعده .

فعلى الأول ، هل الشرط باطل ؟ ولا يترتب عليه الخيار ، أو يترتب ولو كان الشرط باطلاً ، أو الشرط صحيح وله الخيار ؟ وجوه سيأتي التعرض لها عند الكلام في ان الشرط الفاسد موجب للخيار أم لا .

والظاهر ان الشرط صحيح يترتب عليه الخيار ، من غير فرق بين أقسامه ، أما في شرط الوصف فلأنه لا أثر له إلا ترتب الخيار عند فقدده وهذا الأثر مترتب عليه عند العقلاء بمجرد فقد الوصف ، فلا وجه لفساده وأما في شرط النتيجة فلأن له أثرين : أحدهما النقل ، فمع التعذر لا يترتب عليه ، ثانيهما الخيار إذا تعذر ، وهذا مترتب عليه عند العقلاء بمجرد عدم تحقق النتيجة ، ومع ترتب مثل هذا الأثر عليه لا يقع باطلاً ، وحيث إن الخيار في هذين القسمين إنما يترتب على مجرد تعذر الشرط الذي هو فقدان الوصف وعدم إمكان النقل فلا معنى في مثله لبطلان الشرط .

وأما في شرط الفعل فلما قد تقدم الكلام فيه في شروط صحة الشرط مستقصى ، ونقول هاهنا : إن الخيار لم يترتب على تخلف الشرط اختياراً بل رتب على مطلق التخلف ، فلو شرط غفلة عن الواقع شرطاً متعذراً كان له الخيار لتخلف الشرط ولو بلا اختيار منه ، كما لو ترك العمل بالشرط لكره أو اضطرار أو نحو ذلك ، ومع وجود الأثر له لم يقع باطلاً .

وقد سبق أن الخيار لم يترتب على ترك الشرط الواجب ، حتى يقال : مع عدم القدرة لم يكن الشرط واجب العمل على مسلك القوم ، مضافاً إلى ما سلكتنا في محله من أن التكاليف عامة وشاملة للقادر والعاجز ، كما هي عامة للعالم والجاهل ولا تنحل إلى خطابات حسب أفراد المكلفين ، فراجع محاله وعلى ذلك لو فرض ترتب الخيار على تخلف الشرط الواجب يثبت له الخيار (نعم) لو قيل بترتبه على تخلفه من غير عذر فلا خيار ، لكنه في كمال السقوط .

وتوهم ان الخيار إذا كان مترتباً على الشرط الصحيح فتصححه بهذا الخيار دوري في غير محله ، لأن أمثال المورد لا تكون من الدور المصطلح المستحيل ، فيصح أن يقال : إن الخيار ثابت في الشرط الصحيح ولو من

ناحية هذا الخيار وبلحاظه ، وبعبارة اخرى لا بد وان يكون الشرط عقلاً
ويكفي فيه ان يترتب عليه الخيار ، فلا دور ، كما ان شرط الخيار صحيح
مع ان فيه أيضاً هذا التوهم .

هذا حال الخيار ، وأما الأرش فالظاهر عدم ثبوته فيما إذا كان الفعل
متعذراً لأجل عدم القدرة عليه ، كما لو شرط عليه خياطة ثوب موجود ولم
يكن قادراً عليها ، أو شرط إعطاء عين موجودة كان عاجزاً عن إعطائها
فان الظاهر في هذا القسم الرجوع إلى العوض إن كان الشرط مالياً ، فان
الشرط في الماليات يثبت به حق مالي على الطرف ، والحكم الوضعي لا يتوقف
على القدرة ، فللشارط حق خياطة هذا الثوب وإعطاء ذلك المال ، فمع
تعذره يرجع إلى العوض في مثل شرط الخياطة ، أي العمل الذي له مالية
وإلى قيمة حقه فيما اذا تعلق الشرط بإعطاء له قيمة وكان موجوداً ولكن
تعذر تسليمه ، فان للحق في مثله قيمة يصح الرجوع اليها ، فلا مورد
للأرش في أمثال الفرض ، وأما في غيره من سائر الشروط ، ومنها شرط
فعل لا يعتبر فيه الحق عقلاً أو عند العقلاء ، كما لو شرط إعطاء عين كانت
معدومة ، أو خياطة ثوب كذلك ، فهل يثبت فيها الأرش أم ليس له
إلا الخيار ؟

قد يقال بثبوت الأرش وأنه على القاعدة ، بدعوى أن الشرط وإن لم
يقع بازائه العوض في مقام الانشاء إلا أنه يقابل به في عالم اللب ، فان له
قسماً من الثمن ، ومقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ وجواز الأرش ، ولا
مانع من أن يكون مال واحد مقابلاً بشيئين في عالمين طوليين ، وإنما المحال
كونه مقابلاً بشيئين في عرض واحد .

وفيه ما لا يخفى ، فانه إن كان المراد بالمقابلة في عالم اللب أنه يقع
معاوضة في عالم اللب ومعاوضة أخرى في عالم الظاهر فهو بمكان من

الضعف ، ضرورة انه لا يرجع شيء من المعاملات العقلائية إلى معاملتين ومعاوضتين ، فلا معاوضة إلا الانشائية الظاهرية ، وفيها لم يقع الشرط مقابلاً بشيء من الثمن كما اعترف به ، مع ان لازمه الرجوع بما قابله لا الأرش ، والعذر بأن الأرش لأجل وقوع المعاملة ظاهراً وفي عالم الانشاء بين العين وتمام الثمن يهدم أساس الأرش ، مضافاً إلى انه يتم على فرض المقابلة اللبية ، فلا أثر لها في باب المعاملات المتقومة بالانشاء .

وإن كان المراد أن القيم في الأعيان تختلف بحسب الشروط ، وأن لها دخالة في ازدياد القيم ونقصانها ، كما هو المراد من قولهم : « للشرط قسط من الثمن » فهو مسلم ، لكن لا ينتج ما هو المقصود من إثبات كون الأرش على القواعد .

نعم لا يبعد القول بالأرش في بعض الصور بحسب الحكم العقلائي ، كما قلنا في خيار العيب : إن الأرش عقلائي ، لكن عند تعذر الرد لا في عرض حق الرد ، ففي المقام أيضاً لو فرض التعذر في ما هو موجود فالظاهر ثبوت الأرش ، وأما مع عدم الموجودية فلا دليل على ثبوته ولا على حق المطالبة بقيمة الشرط أو الحق ، كما لو شرط إعطاء عين كانت معدومة ، أو خياطة ثوب كان معدوماً ، لعدم تعلق الحق بالمعدوم ، بخلاف ما لو كان موجوداً ولكن كان العمل فيه متعذراً ، فإن له حق المطالبة بالقيمة كما مر .

وبالجملة الأرش هاهنا كما في خيار العيب ثابت مع تعذر الرد ، بل لا دليل على ثبوته لو كان له الفسخ وأخذ العوض قيمة أو مثلاً ، لعدم ثبوت الحكم العقلائي في غير ما تقدم ، وعدم دليل آخر عليه ، وما قيل في المقام لا يرجع إلى محصل معتمد .

ومما ذكرنا يظهر الحال في التعذر الطارئ بالنسبة إلى حق المطالبة

والأرش ، نعم صحة الشرط هاهنا أوجه ، إلا فيما إذا شرط النتيجة أو الفعل في زمان متأخر وكان متعذراً فيه ، فإن الكلام في مثله هو الكلام في التعذر الأصلي ، فالأقوى صحة الشرط في جميع الفروض ، وثبوت الخيار بتخلفه ، وثبوت الأرش مع تعذر الرد .

الثاني :

لو تعذر الشرط ، فاما ان تكون العين تالفة حقيقة أو تالفة عرفاً ، والمراد بالتالف العرفي ما لا يعتبره العرف ملكاً لأحد ، كما لو غرق في البحر بحيث لم يمكن إخراجه مطلقاً ، وإما أن تكون خارجة عن سلطة البائع كما لو غضبت أو غرقت ولكن كانت بحيث يرجى عودها إلى سلطته ، وإما أن تكون خارجة عن سلطته بنقل لازم أو رهن أو بنقل جائز .

فقد يستشكل في التلف الحقيقي بامتناع ثبوت الخيار عقلاً ، لأنه حق متعلق بالعين أو بالعقد ، فعلى الأول امتناع ثبوته واضح ، لأن المعلوم لا يعقل أن يكون موضوعاً لشيء ، وعلى الثاني لازمه التعلق بالمعدم ، فإن العقد إضافة بين العوضين ، ومع معدوميتهما أو معدومية أحدهما ينعدم ، فلا يعقل تعلق الحق به حال العدم ، ولأن الفسخ استرجاع العين ، أو حل العقد وإرجاع كل عوض إلى صاحبه الأول ، ولا يعقل تحقق ذلك في المعدوم ، هذا في التلف الحقيقي .

وأما في التلف العرفي الموجب لسقوط اعتبار الملكية مطلقاً فلا يصح ثبوت الخيار معه أيضاً ، لعدم إمكان استرجاع العين في الملكية ، ولا الفسخ الذي حقيقته حل العقد وإرجاع العوضين إلى ملك صاحبها . وهذا اشكال ثبوتي عام لمطلق الخيارات ، وقد تخلصوا عنه بما ليس

بمراضي ، وهو ان العقد إذا تعلق بعين شخصية فقد تعلق بشخصيتها وماليتها والخيار متعلق بالعقد ، وعند فسخه ترجع العين بشخصيتها وماليتها إن كانت موجودة ، وإلا فبماليتها ، إذ العين التالفة وإن كانت معدومة بشخصيتها لكن ماليتها موجودة ، والفسخ يتعلق بها ، ويرجعها بماليتها .

وهذا نظير ما قيل في قاعدة اليد ، من ان اليد إذا وقعت على عين وقعت على شخصيتها ونوعيتها وماليتها ، فتكون مضمونة بتمام المراتب والجهات ومع تلفها شخصياً يبقى ضمان النوعية والمالية .

وقد تقدم في خيار الغبن وفي بعض المباحث الأخر ما يرد عليه في المقيس والمقيس عليه ، وحاصله منع وقوع العقد على الشيء بجهاته المتحققة فيه ، بحيث يكون عقوداً متعددة ، أو منحللاً إليها ، بل ليس لإعقد واحد ومتعلق واحد غير منحل سبباً بالنسبة إلى الصفات والإضافات ، حقيقية كانت أو اعتبارية ، بل قد تقدم فيما سلف عدم الانحلال بالنسبة إلى الأجزاء أيضاً وعلى فرض صحته فيها فلا يصح في غيرها بالضرورة .

والحاصل ان العقد متعلق بواحد شخصي له صفات وإضافات ومالية والكثرة له لا للعقد ولا لمتعلقه بما هو متعلقه ، وانتقال الأوصاف وغيرها تبغي لا انه مفاد القرار والعقد ، فبقاء العقد باعتبار المالية وتصحيح الفسخ باعتبار إرجاع العين بماليتها مما لا يرجع إلى محصل ، مع انه على فرض التسليم لا ينتج ، لأن ماهية الشيء وسائر أوصافه وإضافاته قائمة به وتنعدم بانعدامه ، إلا ان يقال : إن العقد تعلق بالمالية المطلقة ولو في غير العقود عليه ، وهو مما لا يصح التفوه به .

والتحقيق أن يقال : إن البيع عبارة عن المبادلة الانشائية ، وهي التي تقع تحت الانشاء وتكون مقدورة للمنشئ ومتحققة في الفضولي وعقد المكره وأما النقل الواقعي فهو من الاعتبارات العقلائية ، ولا يعقل تعلق الانشاء

به ، وكذا الحال في جميع العقود والايقاعات . ومنها الفسخ ، وهو متعلق بالعقد الناقل لإنشاء ، ويحل العقد الانشائي .

وهذا العقد الانشائي بما انه متعلق بالعوضين حال وجودهما يكون باقياً اعتباراً ، وليس تابعاً في بقائه لبقاء العوضين ، فانه ليس من الصفات الخارجية التابعة وجوداً وبقاءً للأعيان ، بل له بقاء اعتباري تابع لاعتباره وهذا الوجود الاعتباري باقٍ عرفاً حتى مع تلف العوضين ، إذ لا يكون القرار امتداده بامتداد العين زماناً ولا تابعاً في البقاء للعوضين ، بل هو نحو اعتبار من الانشاء والجعل حال وجود العوضين وبقا في الاعتبار إلى ما شاء الله من غير دخالة للحالات الطارئة المتأخرة فيه .

والفسخ حل للعقد الانشائي ، وبعد الفسخ إن كان العوض موجوداً يحكم العقلاء برده إلى صاحبه ، ومع عدمه برد المثل أو القيمة عوضاً عنه وغرامة ، من غير ان يؤثر الفسخ في ردهما ابتداءً ، وقد تقدم الكلام مستقصى في خيار الغبن فراجع ، هذا في التلف حقيقة أو عرفاً .

وأما ما خرج عن سلطانه بغصب أو غرق مع رجاء العود أو العلم به ، فلا إشكال في ثبوت الخيار ، فمع الفسخ ترجع العين إلى ملكه ، وله مطالبة بدل الحيلولة إلى حصول المبدل ، وله الرجوع إلى الغاصب وأخذ ماله مع الامكان ، كما أن له إخراج ماله من البحر .

وهل يلحق به العين المرهونة ؟ بأن يقال : إن الفسخ موجب لرجوع العين إلى الفاسخ ، فان رضي بأن يكون الرهن باقياً على ماله فهو وإلا رجع إلى بدل الحيلولة إلى فك الرهن ، وقد يحتمل بطلان الرهن ، لمضادته مع رجوع العين إلى غير الراهن ، وقد يحتمل صحة الرهن والرجوع إلى المبدل كما في مورد التلف .

وعلى أي حال ففي جميع الصور المتقدمة لا ينبغي الاشكال في ثبوت

الخيار لتخلف الشرط ، واحتمال سقوطه والرجوع إلى الأرش ساقط ، لأن سبب الخيار موجود ، ولا دليل على ثبوت الأرش مع إمكان الفسخ والرجوع إلى البديل ، كما لا وجه للتخيير بين الفسخ والأرش ، فإن الأرش إنما يكون عقلاً فيما إذا لم يمكن الرد ، فلا يثبت مع إمكان الرد ، كما في خيار العيب بل لا وجه لسقوط الخيار والرجوع إلى الأرش على القول بأن الخيار لأجل تقييد الالتزام أو نحو ذلك .

ولو خرج العين بعقد لازم أو جائز فإن كان النقل قبل تعذر الشرط وتحقق الخيار فلا إشكال في صحته ، سواء قلنا بأن الخيار متعلق بالعين أو بالعقد ، لكون الملك قبل تعلقه طلقاً ، والسلطنة مطلقة تامة .
وقد يقال . إن مبادئ الخيار لما كانت موجودة فلا محالة يكون العقد متزلزلاً ، فيأتي احتمال البطلان وسائر الاحتمالات (وبالجملة) إن الخيار المنفصل عن العقد مع حصول مبادئه من حال العقد كالخيار المتصل . وفيه ما لا يخفى ، أما (أولاً) فلأن مبادئ الخيار لا توجب تزلزل العقد ، بل ما هو الموجب نفس الخيار ، و (ثانياً) إن الشرط لا يعقل ان يكون من مبادئ الخيار ، فإن مبدئيه بلا واسطة لا معنى لها ومع الوسط بأن يكون مبدأً لتخلفه لا يعقل كما هو واضح ، لامتناع مبدئية الشيء لعدمه أو لتخلفه ، وبمعنى الدخالة البعيدة لثبوته - بأن يقال : لولا الشرط لما تحقق التخلف ولو لا ذلك لما تحقق الخيار ، مضافاً إلى بطلان إطلاق المبدأ عليه - لا يختص بالشرط ، بل يكون العقد أيضاً دخيلاً بهذا المعنى ، إذ لولاه لما تحقق الشرط ولا التخلف ولا الخيار ، فيسقط التفصيل بين خيار التفليس وخيار الشرط ، كما قال به القائل بدعوى عدم تحقق المبادئ في الأول دون الثاني .

ولو كان النقل بعد التعذر فهل يقع صحيحاً أو باطلاً ؟ وعلى الأول

فهل يرجع بعد الفسخ إلى البديل ، أو يفسخ العقد الثاني بفسخه العقد الأول من الأصل أو من الحين ، أو له فسخه ، أو إلزامه على الفسخ في العقد الجائز وعلى الشراء مع إمكانه في اللازم ؟ وجوه أقواها الصحة والرجوع إلى البديل مطلقاً ، لضعف سائر الوجوه .

أما البطلان فيمكن أن يوجه بأن الحق لو تعلق بالعين كان مقتضاه بطلان نقلها وهو واضح ، وإن تعلق بالعقد فإهية الفسخ لما كانت مقابل ماهية العقد فلا محالة تكون بمعنى إرجاع العوضين إلى الحالة الأولى ، وعليه فيكون لحق الخيار نحو تعلق بالعوضين ، ومعه يكون التصرف المنافي له باطلاً .

لكن فيه انه مع تسليمه لا ينتج البطلان ، بل مع تسليم كون الحق متعلقاً بالعين لا يمنع عن صحة النقل ولا يقع باطلاً ، وذلك لعدم التنافي بين الحق المذكور والنقل ، لما أشرنا إليه كراراً من ان البيع مثلاً هو النقل الانشائي والمبادلة الايقاعية الانشائية ، وأما ترتب الأثر وهو النقل الاعتباري الحقيقي فلا يعقل إنشاؤه ، والفسخ حل لهذا العقد الانشائي وارجاع العوضين انشاءً ، كما في العقد الفضولي ، وإقالته على القول بها . فكما لا منافاة بين كون العين ملكاً حقيقياً لشخص وملكاً إنشائياً لآخر كما في الفضولي ، لا منافاة بين رجوع العين بالفسخ إلى ملك صاحبها إنشاءً مع بقائها في ملك المشتري الثاني حقيقة .

فالتصرفات الاعتبارية والحقيقية لا تنافي حق الخيار ، سواء قلنا بأن الحق متعلق بالعين او بالعقد ، فان معنى تعلق الحق بالعين أن له استرجاعها إنشاءً لا حقيقةً ، لامتناع الاسترجاع الحقيقي المتقوم باعتبار العقلاء ، والاسترجاع الانشائي لا ينافي ملكية الغير حقيقة ، كما لا ينافي معدومية العين على ما أشرنا إليه آنفاً ، فاذا فسخ العقد وارجع العوضين انشاءً وصار

الفسخ موضوعاً للحكم العقلاني بحكم بالبدل مع نقل العين وعدم كونها في ملك المشتري ، فتدبر فيه ، فانه حقيق به .
وعلى ذلك يسقط جميع الاحتمالات والوجوه المتوهمه ، مع ان في بعضها إشكالا عقلياً ، وهو انفساخ العقد الثاني ، فان ذلك إما أن يكون بلا سبب وهو محال ، أو يكون بسبب هو غير فسخ العقد الأول وهو مفقود أو السبب هو الفسخ ، فان رجوع ذلك إلى أن الفسخ لهذا فسخ لذلك فهو محال لعدم تعلقه به ، وإن رجوع إلى أن ذلك يوجب انفساخه ورجوع العين إلى المشتري ومنه إلى ذي الخيار فهو محال بانشاء واحد ، ففي الحقيقة يرجع ذلك إلى عدم تأثير الفسخ في العقد الأول إلا بعد تأثيره في العقد الثاني ورجوع العين إلى ملك الطرف ليحقق عنوان الفسخ ، وهذا محال في محال كما أن التأثير في الفسخ والانفساخ عرضاً لا يصح تحقق ماهية الفسخ ، لأن النقل معلول الانفساخ ، وفي رتبة الانفساخ يكون العين ملكاً للمشتري الثاني .

الثالث :

لو تصرف المشروط عليه في متعلق الشرط بما ينافي الوفاء به من التصرفات الاعتبارية ، كبيع ما اشترط عليه وقفه أو العكس ، فهل يقع باطلاً مطلقاً ولا تصححه الاجازة عقداً كان أو ايقاعاً ، أو يصح كذلك من غير حاجة إلى الاجازة ، أو يصح مع الاجازة مطلقاً عقداً كان أو ايقاعاً ، أو يصح فيما إذا كان عقداً ويبطل فيما إذا كان ايقاعاً كالعتق والوقف بناءً على كونه ايقاعاً ؟ وجوه :

وجه البطلان أمور : (منها) كون ذلك التصرف الاعتباري متعلقاً

للمنهي ، بناءً على ان الأمر بالوفاء بالشرط وهو الوقف مثلاً يقتضي النهي عن سائر التصرفات المضادة كالبيع ، ومقتضى النهي عنه بطلانه ، إما لكونه إرشاداً إلى البطلان ولو كان مثل هذا النهي التبعي ، أو للتناهي بين النهي الفعلي والانفاذ .

وفيه - مضافاً إلى بطلان أصل المدعى على ما قرر في محله - ان دليل الشرط لا يعقل ان يثبت الأمر لعنوان البيع والوقف والخياطة وغيرهما مما يتعلق بها الشرط ، لأن موضوع الوجوب فيه هو الوفاء بالشرط ، ولا يعقل تجاوز التكليف عن عنوان إلى آخر ، ولا من عنوان إلى مصاديق عنوان آخر ، مثلاً في وجوب إطاعة الوالد ما هو متعلق الأمر عنوان الاطاعة ، وما أمر به الوالد كخياطة الثوب لا يعقل ان يكون عنوان الاطاعة حاكياً عنه ومرآةً له ولا لمصاديقه الذاتية ، ولا الأمر المتعلق بها متعلقاً بعنوان آخر أو مصاديقه ، وهكذا الحال في جميع العناوين الأولية والثانوية .

فبدليل الشرط لا يعقل إثبات وجوب ما تعلق به الشرط ، ولا وجوب مصاديقه ، بل الواجب هو الشرط بعنوانه ومصاديقه الذاتية أي الملزمات بعنوان الملزم لا بعنوان آخر .

إلا أن يقال : إن عنوان الوفاء بالشرط واجب بدليله ، وما هو مضاد له منهي عنه بناءً على اقتضاء الأمر للمنهى عن الضد ، وحيث إن البيع مثلاً مضاد للوفاء الواجب فهو منهي عنه بعنوانه ، وهو إرشاد إلى الفساد أو منافي لدليل الانفاذ .

لكنه يرد عليه أن مبنى المسألة هو مقدمية الضد لضده ، وقد حرر في مقامه ان وجوب المقدمة على فرض تسليمه متعلق بعنوان المقدمة ، أو عنوان ما يتوقف عليه الشيء ، أو عنوان ما هو الموصل ، كما هو التحقيق على فرض الوجوب ، والوجوب المتعلق بالعناوين المذكورة لا يعقل تجاوزه

عنها إلى عنوان آخر كعنوان البيع والوقف ، فإذا وجب عنوان المقدمة يحرم تركها بعنوانها ، فلا ينتج المطلوب من ان النهي المتعلق بعنوان المعاملة إرشاد إلى البطلان ، مع ان كونه إرشاداً في مثل المقام باطل ، والحرمة الفعلية على فرضها مستلزمة للصحة ، لأنه مع البطلان يخرج عن نطاق القدرة وكيف كان لا إشكال في بطلان هذا الاستدلال .

(ومنها) أنه لا إشكال في ان للمشروط له حقاً ولو كان متعلقاً بالعمل كالبيع والعتق ، والمعاملة المخالفة موجبة لتضييع حقه فتقع باطلة ، مضافاً إلى ان العمل بالشرط واجب ، وإنفاذ البيع ونحوه المخالف للشرط موجب لتعذره الاختياري ، ولا يعقل إنفاذ ما يوجب المعصية ، على ان نفس إيجاب العمل بالشرط يوجب تحديد سلطنة المشروط عليه وقصرها في فعل الشرط ، وعليه فلا تصح المعاملات والايقاعات .

ولا يخفى ما في جميع ما ذكر ، فان لزوم تضييع حقه لا يوجب البطلان وضعاً بعد استجماع شروط الصحة ، وغاية ما في الباب حرمة التضييع وهي لا توجب حرمة المعاملة ، وعلى فرضها لا توجب البطلان إن لم تكن دالة على الصحة .

وأما استلزام الصحة للمعصية وتوهم عدم صحة إنفاذ ما يوجبها فيندفع بأن القواعد الكلية الشرعية لا يعقل ان تلاحظ فيها المزايدات أو المعارضات أو اللوازم أو الملازمات ، وليس لانفاذ خصوص ما يوجب المعصية دليل خاص به ، ولا مانع من صحة معاملة محرمة ، فضلاً عما يستلزمها ، وأما توهم تحديد التكليف دائرة السلطنة والتعجيز عن المعاملة شرعاً فلا يرجع إلى محصل ، ولا دليل على هذا التوهم .

(ومنها) أن العين متعلقة للحق ، كما ان العمل بالشرط متعلق له ، فان اشتراط بيعها يوجب تعلق حق المشروط له بها بأن يحفظها وينقلها اليه

والتصرف في متعلق حق الغير باطل .
 وفيه أن الحق في المقام إنما هو من قبل الشرط ليس إلا ، وهو أي شرط الفعل لا يعقل ان يتعلق بنفس العين ، بل المتعلق فعل مضاف اليها كبيعها او وقفها ، فاذا لم يتعلق الشرط بها لم ينتزع منه الحق عليها ، ولو نسب اليها الحق فهو بضرب من المجاز والتأول لا على نحو الحقيقة ، ومجرد إضافة ما تعلق به الحق إلى غيره لا يوجب حقاً بالنسبة اليه ، كما ان الخيار حق متعلق بالعقد المضاف إلى العوض ، ولا حق بالنسبة اليه .

بل يمكن ان يقال : لا يعقل ان تكون العين متعلقة لهذا الحق المتعلق بالفعل المضاف اليها ، لاختلاف الرتبة بينها ، والموضوع المركب المتعلق للحق لا بد فيه من نحو وحدة بين أجزائه ، ولا يعقل ذلك في الطوليات ، ولو فرض الشك في تعلق الحق فلا مانع في المقام من التمسك بالأصل ، فالتحقيق صحة العقود والايقاعات من غير حاجة الى الاجازة .

ثم لو قلنا بثبوت حق للمشروط له فمقتضى القاعدة الصحة مع اجازته لأن المفروض تحقق عنوان المعاملة الانشائية التي هي تمام ماهية المعاملة - كما هو الحال في عقد الفضيولي والمكره ونحوهما - واستجاعتها لجميع شروط الصحة ، وإنما المانع عن تأثيرها وصيرورتها موضوعاً لحكم العقلاء والشارع للنقل الاعتباري الحقيقي هو تعلق حق المشروط له ، ومع اجازته يرتفع المنع ويتحقق النقل والصحة الفعلية ، فيترتب عليها سقوط حقه لرفع موضوعه وهذا هو مقتضى القاعدة في الاشباه والنظائر ، فلو باع الراهن العين المرهونة لم يقع صحيحاً فعلياً إلا بعد رفع المنع بالفك أو بالاجازة .

(وما قد يقال) : في عدم صحة الاجازة من انها لتحقق الانتساب إلى المجيز وفي المقام لا معنى له ، وليس للمشروط له إلا اسقاط حقه لا اجازة البيع (فيه) - مضافاً إلى ما حقق في محله من ان الاجازة في

الفضولي لا توجب الانتساب ، بل هي مضادة له - ان الاحازة في المقام توجب رفع المانع عن التأثير والصحة ، كما ان اذن صاحب الحق يوجبه ، ومنه يظهر النظر فيما يقال من ان العقد الثاني ليس له حتى يجيزه والاجازة لا تفيد ، كما ان إسقاط حقه لا يفيد .

(وأما ما قيل) من ان العقد إذا لم يؤثر في الحين فلا دليل على تأثيره فيما بعد وصورته صحيحاً فعلياً (ففيه ما لا يخفى) فان عقد المكره والفضولي أيضاً كذلك ، وقضية انقلاب العنوان في الفضولي والانتساب اليه لا ترجع إلى محصل معتد به ، والحل ان المانع إذا ارتفع يقع صحيحاً بعد استجماع الشروط ، نعم يمكن التفصيل بين العقود والايقاعات بما قيل في الفضولي ، وقد قربنا في محله صحة الفضولي في الايقاع على القواعد ، والأمر سهل .

الرابع :

للمشروط له اسقاط حقه الآتي من قبل الشرط فيما يقبل الاسقاط كشرط الفعل ، فلو شرط عليه البيع أو العتق كان له عليه حق أن يبيعه وله إسقاط هذا الحق ، وأما شرط النتيجة فلا معنى لاسقاط الحق فيه ، كما ان الأمر كذلك في شرط الصفة ، فاسقاط الحق منحصر في شرط الفعل . والظاهر عدم الفرق بين الشروط المالية كالحياطة وغيرها كالبيع والعتق لأن للمشروط له حقاً على الفعل في الفرضين ، وله إسقاطه ، بل لو قلنا : بأن الشروط المالية موجبة لاشتغال الذمة بالمال - فلو اشترط عليه إعطاء عشرة دنانير أو خياطة الثوب اشتغلت ذمته بهما - كان له ايضاً إسقاط الاعطاء والعمل ، لأنها متعلقان للشرط وله حق العمل وإنما ينتزع الاشتغال

منه ، فله إسقاط حقه فيسقطان من ذمته تبعاً ، كما تشتغل بها تبعاً ، وله إبراء ذمته عما اشتغلت به ، فيسقط الحق استلزماً .

بل لا يبعد ان يكون له إلقاء الشرط ، فيسقط الحق وتبرأ الذمة ، فان الشرط قرار ثابت للمشروط له ، ولا سلطان للمشروط عليه بالنسبة إليه ، فللمشروط له في جميع الموارد إلقاء شرطه وحل قراره ، كما ان للمتبايعين الاقالة وحل قرارهما بحسب الحكم العقلائي ، لأن القرار بينهما لا يجاوزهما ، فكما لها عقده لها حله ، وكما ان زمام الشرط لو كان بيدهما كان لها حله كذلك للمشروط له حله وإقاؤه ، لأن زمامه بيده عرفاً لا بيد المشروط عليه ، ففي شرط الفعل مطلقاً له حل الشرط وله إسقاط الحق الثابت به من غير فرق بين المتعلقات ، وله ابرأؤه على القول بأن الشرط المتعلق بالماليات موجب للاشتغال ، والقول بعدم صحة الاسقاط إلا في الشروط غير المالية ساقط حتى على القول بالاشتغال .

ومما ذكرنا من جواز إلقاء الشرط وحله يظهر الحال في شرط النتيجة إذا لم يتصل حصولها بالعقد ، كما لو شرط نقل الملك في زمان متأخر أو شرط الوصف كذلك ، فيجوز له إلقاء الشرط وحله ، ولازمه عدم النقل وعدم الخيار للتخلف .

ثم إن ما نقل عن غير واحد من الأعلام - من استثناء ما كان حقاً لغير المشروط له كالتعق ، والقول بعدم السقوط باسقاطه لاجتماع الحقوق فيه ، وليس للمشروط له إسقاط حقها فلا يسقط باسقاطه - فيه ما لا يخفى .

أما (اولاً) فلمنع حق لغير المشروط له ، فان الحق انما يثبت له لأجل قراره مع المشروط عليه ، فالشرط والقرار بينهما مثبت للحق ، ولا قرار بين المشروط عليه وبين الله تعالى ، ولا بينه وبين الأجنبي المنتفع بالشرط

ومجرد الانتفاع لا يوجب ثبوت الحق ، كما لو شرط عليه علف الدابة ورعي الماشية .

وأما (ثانياً) فلأنه لا إشكال في ان للمشروط له إسقاط حقه وشرطه ، وثبوت الحق لغيره لو قيل به تبع - وجوداً وبقاءً - لحقه ، فاذا أسقط حق عتقه فلا يبقى حق لأحد ، واحتمال عدم سقوط حقه بالاسقاط لاستلزامه تضييع حق الغير فاسد جداً ، كاحتمال تبعيتها له وجوداً لا بقاءً .

الخامس :

قد تقدم ان الشرط لا يقابل بالثمن ولا يقسط عليه مع التخلف بحسب القاعدة ، وقد يقال : باستثناء الشرط المتضمن لجزء من المبيع المركب ، كما لو شرط كون المبيع كذا مقداراً ، بأن قال : « بعتك هذا الثوب او الأرض على ان يكون كذا ذراعاً » او « بعتك هذه الصبرة على ان تكون كذا صاعاً » بدعوى ان الشرط المتضمن لجزء المبيع متصلًا كان أم منفصلاً يقسط عليه الثمن ، فالقاعدة مخصصة بالنسبة إلى مثله ، سواء كان من الكم المتصل أم المنفصل ، وسواء كان مختلف الأجزاء أو متفقها ، وسواء تبين النقص أم الزيادة ، ففي جميع الأقسام الثمانية يقسط الثمن .

ولابد من فرض المسألة فيما إذا كان الشرط في مورد البحث كسائر الشروط في جميع الخصوصيات إلا في المتعلق ، حتى يصح القول بالاستثناء عن القاعدة ، فالقول بأن الشرط لا يراد به الشرطية إلا صورة خارج عن محط البحث .

والتحقيق عدم الفرق بين هذا الشرط وسائر الشروط في عدم التقييد وذلك لأن البيع مع هذا الشرط متضمن لقرارين : أحدهما بيع هذا الشخص

الموجود بعشرة دنانير مثلاً ، وهذا يتم إنشاؤه بقول البائع : « بعثك هذه الصبرة بعشرة » أو « بعثك هذه الأرض بها » ثانيها شرط ان يكون المبيع كذا مقداراً ، فتمام ماهية البيع التي هي عبارة عن تملك الشيء بالعوض متحققة إنشاءً به ، قبل إنشاء الشرط الذي هو ايضاً يتحقق بانشاء الموجب والقبول المنضم إلى انشاء البيع يوجب ترتيب الأثر عليه ، كما ان القبول اللاحق بالشرط يوجب ذلك ، فهانذا إيجابان وقبولان : إنشاء البيع المتضمن لمقابلة المبيع الخاص بتمام الثمن ، وإنشاء الشرط الذي هو قرار آخر غير قرار البيع إيجاباً وقبولاً ، ومقتضى البيع مبادلة المبيع الخارجي في المورد بتمامه بالثمن المذكور بتمامه ، بحيث لو بدا للمنشئ عدم الشرط وتركه وقبل المشتري إيجابه صح ، ويقابل المبيع بتمام الثمن بالضرورة .

فالقائل بالتقسيط لو رجع قوله إلى ان البيع موجب له مع الغض عن الشرط فهو خلاف الضرورة ، ولو رجع إلى ان الشرط يوجب انقلاب البيع عما هو عليه فهو محال بالضرورة ، ولو رجع إلى ان البيع الملحق به الشرط المذكور موجب للتقسيط ، فان أريد به إنشاء المقابلة بين الثمن والمثمن مع هذا الجزء أو باستثنائه فهو خلاف المفروض وخلاف ما في الواقع من ان البيع الذي هو انشاء مستقل يتحقق قبل تحقق انشاء الشرط وأن الشرط انشاء مستقل آخر ، وإن اريد به انه مع عدم المقابلة في البيع يقسط الثمن فهو غير معقول ، فالقول بالتقسيط لا يرجع إلى محصل وأمر معقول .
وتوهم ان حكم العرف كذلك فاسد ، لأنه إن رجع إلى ان العرف لا يميز بين البيع والشرط في ضمنه فهو كما ترى ، وإن رجع إلى انهم يميزون كلاً منها عن الآخر ويعرفون ان البيع مبادلة بين الموجود الخاص وتمام الثمن وان الشرط امر زائد عنه له انشاء خاص ومنشأ خاص ومع ذلك يحكمون جزافاً بذلك فهو افسد ، فلا ينبغي الاشكال في عدم التقسيط

وعدم لحوق الشرط حكم الجزء .

وقد يستدل على المدعى « بأن جزء المبيع إذا اخذ بنحو الاشتراط لا يخرج عن كونه جزءاً ملحوظاً كسائر الأجزاء مقابلاً بالثمن ، حيث لا فرق في الغرض المعاملي النوعي المتعلق باشتراء ذات الأجزاء بين جزء منها وجزء آخر ، بعد وضوح ان المبيع ليس هو الجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعيين الموجب لصيرورته جسماً تعليمياً ، كما انه لا غرض نوعاً في شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ فيه تعيين ما ، فليس تعين الجسم أمراً زائداً على الغرض النوعي حتى يؤخذ بنحو الاشتراط الذي هو شأن التابع - ثم قال - : يختص وصف الكمية بخصوصية مقتضية للتقسيم وإن اخذ بنحو الاشتراط ، فيكون نظير ما إذا أشار إلى ما في الدار وقال : « بعت هذين العبدین » فتبين انه واحد ، ولا إشكال هناك في التقسيط ، لا ان المبيع هو ما في الدار والاثنيية وصف » انتهى .

وانت خبير بأنه لم يزد شيئاً على المدعى إلا اقترانه ببعض الاصطلاحات الأجنبية عن المعاملات العقلائية ، ضرورة ان البيع إذا تعلق بالعين الشخصية الموجودة فأشار البائع اليها بقوله : « بعتك هذا بكذا » لم تكن المقابلة إلا بين الموجود الخارجي كائناً ما كان وبين الثمن ، وهذا الموجود الخاص متعلق للغرض المعاملي في انشاء البيع لا يزيد منه شيء ولا ينقص ، ويكون الشرط أمراً زائداً في ضمن البيع ، ويكون الغرض في الاشتراط أنه لو خالف الواقع لم يلزمه البيع وكان له الخيار في فسخه إن اراده .

فقوله : « لا فرق بين جزء وجزء في الغرض المعاملي » إن اراد به ان البيع متعلق بالزائد أو الناقص من الشخص الخارجي فهو - مع خروجه عن محط البحث وارجاع الشرط إلى الأمر الصوري ، كما هو الظاهر من كلامه وإن احترز عنه في صدره - خلاف الواقع الراجح في البيع

والشرط في ضمنه ، وإن اراد به انه في الغرض اللبي لا فرق بينهما فهو لا يفيد ، لأن الأغراض لا توجب تغيير المعاملات عما هي عليها .
والعجب مقياسه الشرط في ضمن البيع بالبيع في قوله مشيراً إلى ما في البيت : « بعتهما » حيث لا يقع إلا بالنسبة إلى واحد منها ، فانها مقايسة مع الفارق الواضح ، ضرورة ان أحد المشار اليهما في المثال مفقود مع وقوع البيع عليهما ، ومقتضى ذلك البطلان بالنسبة إلى المفقود ، بخلاف المقام فان البيع واقع على المشار اليه الموجود ، والشرط قرار زائد تخلف عن الواقع فليس فيه إلا الخيار ، فأى تناسب بين البيع الواقع على أمر خاص والشرط الزائد عليه وبين البيع الواقع على الشئتين المفقود أحدهما (والانصاف) انه تكلف وأتعب نفسه الشريفة ولم يأت بشيء .

هذا مع إمكان ان يقال : إن الشئ الخاص الخارجي المشهود الذي لا يكون فيه زيادة ونقصية إذا شرط فيه ان يكون كذا مقداراً ليس المقدار إلا البكم الذي هو عرض كسائر الأعراض لا المتكتم ، فلا يقسط عليه الثمن حتى مع الغض عما تقدم .

ثم إن الوجه المتقدم لعدم التقسيط مشترك بين الأقسام الأربعة أو الثمانية ويختص ما إذا تبين الزيادة بوجه آخر ، وهو ان في البيع الواقع على الخاص الخارجي ، لو قيل بعدم وقوعه على الزائد وبقاء ذلك في ملك البائع لا يخلو إما ان يقال بوقوع البيع على المقدار المشخص المعين وبقاء مقدار مشخص معين على ملك البائع ، أو يقال بوقوعه على الكلي في المعين أو على الجزء المشاع .

والاحتمال الأول واضح الفساد ، ويتلوه الاحتمالان الآخران ، لأنه إن كان المدعى أن إنشاء البيع على الخاص المشخص الموجود لم يكن إلا صورياً ويراد به الكلي في المعين أو الجزء المشاع فهو مع كونه خلاف الواقع

والوجدان خروج عن محط البحث ، وإن كان المدعى ان الشرط يوجب انقلاب الخاص إلى الكلي في المعين أو المشاع فهو أفسد ، وإن كان المدعى أنه مع وقوع البيع على الخاص الموجود وبقاء الشرط على حاله من كونه أمراً خارجاً زائداً يحكم العقلاء بالانقلاب بلا سبب فهو أفسد من سابقه ، وإن كان المقصود أن العقلاء يرتبون عليه حكم الكلي أو الاشاعة تبعاً فهو يتلو السابق في الفساد ، وعليه فلو فرض تسليم التقسيط في التقيصة لم يمكن موافقته في تبين الزيادة ، فلا تغفل .

ثم إن تبين الزيادة لا يوجب الخيار إلا اذا كان المقدار بمجده - لا زائداً ولا ناقصاً - مورد الشرط ، والشروط في ذلك مختلفة ، فقد يستفاد من الشرط التحديد في الطرفين ، كما لو اشترى خفاً وشرط أن يكون كذا قياساً ، وقد لا يستفاد ذلك كما في الصبرة والأرض ونحوهما .

بقي شيء : وهو انه ربما يستدل للتقسيط برواية عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجربة فاشترى المشتري ذلك منه بمحدوده ، ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا ، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة ، قال : إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض ، وإن شاء رد البيع وأخذ ماله كله ، إلا ان يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليؤخذ ، ويكون البيع لازماً له وعليه الوفاء بتمام البيع ، فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فان شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله ، وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله » . وفيه أن الاستناد إليها مع ضعفها سنداً وعدم الجابر - ومجرد عمل الشيخ والحلي (قدمهما) لو صح لا يعد جابراً - ومع كونها خلاف القواعد صدرأ وذيلاً سيما الحكم بتعيين أخذ النقص فيما اذا كان له إلى جنب الأرض

(١) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

أرضون مما لا يمكن الالتزام به في غاية الاشكال ، بل هو ممنوع بلا إشكال ، ولا بد من تأويلها وحملها على الكلي في المعين وإن كان خلاف ظاهرها ، لاحتمال وقوع اشتباه فيها ، أو ردّ علمها إلى الناقل .

القول في حكم الشرط الفاسد

وفيه أمور :

الاول :

هل الشرط الفاسد موجب لفساد العقد حسب القواعد أم لا ؟ لا إشكال في أن محط البحث ما إذا تحقق العقد والشرط وأنشئ كل منهما جدياً ، فالعقد أو الشرط الذي لم يتعلق به القصد وكان مجرد صورة انشاء خارج موضوعاً ، سواء كان ذلك لأجل عدم امكان القصد إلى المتنافيين كما اذا كان الشرط مخالفاً لمقتضاه مع الالتفات إليه ، أم لأجل لزوم الاستحالة ، كما قيل في بعض الفروض ، أو لكونه غير عقلائي بوجه يؤدي إلى اللعب والعبث وكذا محل البحث ما إذا لم يكن في البين موجب لفساد العقد سوى فساد الشرط ، وبالجملة الكلام محض في فساد العقد بفساد الشرط من حيث هو . ومقتضى ما مر منا مراراً في ماهية العقد والشرط الذي في ضمنه هو عدم مفسدته حسب القواعد لأن العقد بتمام ماهيته أنشئ بإيجاب البائع قبل إيجاب الشرط ، وفي هذا الظرف يكون تمام الثمن مقابل تمام المبيع بلا شبهة ، ولا يحتمل التقسيط وان كان الشرط دخيلاً في القسيم ككثير من الأوصاف والاضافات ، فالقول بالبطلان من ناحية تقسيط الثمن ولزوم الغرر والجهالة في غير محله .

مع انه على فرض التقسيط أيضاً لا يلزم الجهالة ، لأن المناط في العلم

الرافع لها هو حال العقد ، وهو حاصل بالنسبة الى المبيع المشروط والتمن ، ولا يعتبر العلم بمقدار القسط في شيء من المعاملات التي يقسط فيها الثمن على الأجزاء ، فلو باع ألف حصة بسبعين مثلاً صح ولو لم يعلم مقدار قسط كل حصة ، وهو واضح .

وكذا تقدم منا أن الشرط لا يرتبط في مقام الانشاء بالعقد نفسه ، ولا بالتمن أو المثلث ، لعدم الفرق وجداناً و عرفاً بين إنشاء البيع المتعقب بالشرط وغيره في تعلق الجعل بلا قيد بالعوضين بلا قيد ، وأن الشرط الذي له إنشاء خاص به مستقل في الجعل والارادة لا يوجب تقييداً في الانشاء ولا المنشأ ولا العوضين بالوجدان ، وإن كان له بحسب الأغراض اللبية نحو ارتباطه به لأجله يوجب اختلاف القيم ، ويترتب عليه خيار التخلف وقد مر أن الخيار لم يرتب على تخلف الأغراض مع عدم الاشتراط أو التوصيف ، ولا على الاشتراط مع عدم الربط اللبي الدخيل في الأغراض وإنما رتب على الاشتراط مع الربط المشار اليه ، لكنه لا يوجب التقييد في البيع ولا في العوضين .

وعليه فيندفع الاستدلال الآخر ، وهو ان التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص ، فاذا فقدت الخصوصية لم يبق التراضي لانقضاء المقيد بانتفاء قيده ، وارتفاع الجنس مع ارتفاع فصله ، فلا بد للصحة من تراضٍ آخر جديد .

ضرورة ان التراضي الحاصل في البيع اللازم في المعاملات ، أي التراضي بمعاوضة المثلث بالتمن لم يكن متقيداً بشيء ، فدعوى ان العقد وقع على النحو الخاص الراجعة إلى ان خصوصية الشرط دخيلة في وقوعه ممنوعة .

نعم لا إشكال في انه لو لا الشرط المذكور لما أوقع العقد نوعاً ، لكنه غير الوقوع على النحو الخاص ، فالعقد وقع على الثمن والمثلث بلا

تقييد ، كالعقود التي لا شرط فيها بحسب الوجدان والعرف ، والشرط قرار مستقل في مقام الجعل والقرار لا يرتبط في ظرفه بشيء ولا يقيد ما وقع مطلقاً ، وليس حال الشرط حال القيد المتصل بالمبيع قبل تمام الانشاء ، كقوله : « بعتك الفرس العربي أو الثوب الحرير » بل الانشاء البيعي بتمام جهاته تم قبل الشرط بلا توقف على شيء ، والانشاء الشرطي لإنشاء جديد وقرار مستقل وإن كان بينها نحو ربط في عالم اللب مما لا دخل له بمقام الانشاء والتراضي المعترف فيه .

والربط اللبي في المقام وغيره من الأغراض التي لا توجب شيئاً ولا تقييداً في اللفظ ومقام الانشاء ، وإذا أظهرها المنشئ بصورة الوصف أو الشرط يوجب ذلك الخيار عند التخلف ، والعرف والوجدان يشهدان بالاختلاف الجوهري بين الأوصاف اللاحقة بالعوضين وبين الشروط المذكورة في خلال البيع بعدما تم الانشاء البيعي بإيجاب البائع وقبل لحوق القبول ، كما يشهدان بالاختلاف الواقعي بين تقييد نفس الانشاء أو تعليقه وبين الشروط المذكورة في ضمنه .

فقول القائل : العقد وقع على النحو الخاص ، وحديث الجنس والفصل وانتفاء المقيّد بانتفاء القيد كلها في غير محله ، وناشٍ عن الخلط بين الربط اللبي الذي يكون بمنزلة الأغراض وبين التقييد في مقام الظاهر والانشاء ، وكذا بين طيب النفس والرضا الواقعيين غير المربوطين بالرضا المعاملي وبين ما هو المعترف فيها .

وعلى هذا الأساس لا يحتاج إلى التشبثات ، بل التعسفات الواقعة في كلام الأعلام المبتنية على أن الشروط أوصاف وقيود للمبيع أو للبيع مما لا يبتنى على أساس .

كالقول بتعدد المطلوب في الشروط ، والفرق بين القيود بأن بعضها

موجب لانتفاء المطلوب بانتفائه ، وبعضها يوجب انتفاء المطلوب الأعلى فقط كما هو المحتمل أو الظاهر من كلام الشيخ الأعظم (قده) .
وقد وجهه المحقق الخراساني (قده) بأن القرينة العرفية في هذا القسم من الشروط أي التي لا تكون ركناً قائمة على أن المنشأ بالصيغة طلب الواجد إن كان وإلا طلب الفاقد ، وهكذا الحال في البيع .
وفيه ما لا يخفى ، ضرورة انه لا يعقل ان يكون الطلب الواحد أو الانشاء الواحد طلباً أو انشاءً لشئيين طوليين على فرضي الوجدان والفقدان ولا منحللاً إليهما ، بل لو فرض لإنشاء البيع كذلك كان باطلاً نظير البيع بثمانين على فرضين .

كما ان تعدد المطلوب أيضاً لا يصحح ما يرام ، فانه إن اريد به أن الانشاء الواحد متعلق بشئيين على نحو تعدد المطلوب فهو باطل كما ذكر ، وان اريد به أنه يكشف بالقرينة أن مطلوبه واقعاً متعدد فهو لا يفيد في مثل البيع الذي لا يتحقق إلا بالانشاء والجعل ، نعم لو علم بوجه ان للمولى مطلوب إلزامي يحكم العقل بلزوم إتيانه من غير حاجة إلى الأمر ، وأما المعاملات فتححتاج في تحققها إلى الانشاء ، والمطلوبية الواقعية لا أثر لها .
وان اريد أن الانشاء على المتقيد ينحل إلى انشاءين ففيه ان ذلك لا مجال له في المقام ، فان البيع على العين المتقيدة بقيد لو انحل إلى البيع على الذات وعلى القيد ، لزم بيع القيد وهذا كما ترى لا معنى محصل له ، ولو انحل إلى الذات وإلى الذات المتقيدة حتى يكون البيع على الذات متعددة ونقلها مرتين كان أفسد .

ومما ذكر يظهر بطلان قياس المقام ببيع شئيين ، مثل ما يملك وما لا يملك ، أو ما يملكه البائع وما لا يملكه ، فان الصحة في مثله على القواعد سواء قلنا بالانحلال إلى بيعين عرفاً أم لا ، بأن يقال : إن البيع مع وحدته

نقل السلعتين لإنشاء ، فلو تم شرط التأثير في احدهما يعتبره العقلاء ، ويتحقق النقل الاعتباري الواقعي العقلاني فيه دون ما لم يتم فيه شرطه ، واما في المقام فلا يتأتى ما ذكر ، كما لا يخفى .

نعم هنا كلام آخر ، وهو انه لو بنينا على تقييد المبيع بالشرط فلا بد من التفصيل بين كونه من الأعيان الخارجية أو من الكليات ، فان الشرط الموجب للتقييد لا يزيد عن التوصيف ولا اشكال في ان البيع المتعلق بالعين الموجودة الموصوفة بوصف مع فقد الوصف صحيح مع ثبوت خيار تخلف الوصف فيه ، لأن الانشاء تعلق بالخارج الموجود ، ولا يوجب التوصيف تعدده ، وفقد الوصف لا يوجب عدم تعلقه بالموجود ، فلا محالة يقع صحيحاً خيارياً بخلاف ما لو بيع الكلي الموصوف ، فان كل قيد يلحق بعنوان كلي يوجب تعدد العنوان وتحالف العنوانين ، والعنوان الموصوف بوصف يخالف فاقدته وقد عرفت بطلان دعوى تعلقه بعنوانين في حالين أو انحلاله إليهما ، ففي الشخصيات ليست الصحة لأجل تعدد المطلوب أو الانحلال ، فلا تغفل .

وأما ما قيل في مثل المقام من ان البيع العقدي مقابل المعاطاة يشتمل على التبادل بين العوضين ، وهو البيع المشترك بين العقدي والمعاطاتي ، وعلى تبادل الالتزام بين المتعاقدين ، وهو مختص بالعقدي ، فمع بطلان الشرط أو تخلفه يكون البيع صحيحاً لا موجب لبطلانه ، وخيارياً لأجل عدم الالتزام في هذا الظرف ، فيكون كالبيع المعاطاتي جائزاً مع فرق بينهما .

ففيه انه لا يرجع إلى اساس عند الوجدان وفي سوق العقلاء الذي هو الميزان في تشخيص ماهية المبادلات ، فانه لا اثر ولا عين عند العرف لهذا الالتزام الزائد عن اصل المبادلة ، فقله : « بعثك هذا بدينار » مثلاً لا يدل إلا على انشاء النقل والتبادل ، كما ان الفعل في المعاطاة كذلك ، ولا فرق عرفاً بين البيع باللفظ والفعل ولا يزيد احدهما على الآخر ، فاللفظ

قائم مقام الفعل أو العكس ، وليس ما وراء التبادل شيء لافي اللفظ ولا في اللب إلا ما هو الدخيل من المبادئ لتحققه .

الثانوي :

قد يقال : بلزوم الخروج عن القاعدة على فرض كون عدم إفساد الشرط الفاسد على القواعد ، وذلك للروايات الخاصة .

(منها) رواية عبد الملك بن عتبة (١) قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل أبتاع منه طعاماً أو أبتاع منه متاعاً على ان ليس عليّ منه وضیعة ، هل يستقيم هذا ؟ وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال : لا ينبغي » بدعوى أن السؤال عن البيع المشتمل على الشرط الفاسد وأن قوله : « لا ينبغي » إرشاد إلى فساد ، ولا موجب له إلا فساد شرطه . وفيه ان فيها احتمالين : احدهما ما ذكر ، والآخر وهو الأرجح ان يكون السؤال عن الشرط ، وان هذا الشرط يستقيم أم لا ، فعلى فرض كون الكلام إرشاداً إلى البطلان لا يدل إلا على بطلان الشرط ، بل لأحد ان يقول حينئذٍ : إن مقتضى السكوت عن البيع صحته ، وإلا كان عليه البيان في مقام الحاجة ، وكيف كان لو فرض تساوي الاحتمالين لا يصح الاحتجاج بها .

(وأما) ما قيل من ان المورد خارج عن محط البحث ، أما أولاً فلائنه شرط مجهول وجهالته تسري إلى نفس البيع ، وأما ثانياً فلائنه شرط محال ، فان شرط كون الخسارة واقعة في ملك غير صاحب السلعة محال (ففیه) منع سرایة الجهالة في مثل المورد إلى نفس البيع إلا على المبني

(١) الوسائل - الباب - ٣٥ - من ابواب احكام العقود - الحديث ١ .

الفاسد من التقييد في المبيع ، ومنع كون الشرط هذا الامر غير العقلاني ، بل الشرط هو جبران الوضعية لا وقوعها في ملك غير المالك ، هذا كله مع تسليم كون « لا ينبغي » ارشاداً ، وإلا فيسقط الاستدلال من رأسه ولو رجع السؤال إلى أصل البيع المتضمن للشرط .

(ومنها) رواية الحسين بن المنذر (١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يجئني الرجل فيطلب العينة ، فأشترى له المتاع مراوحة ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه مكاني ، قال : إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت انت بالخيار إن شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس ، فقلت : إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ، ويقولون : ان جاء به بعد اشهر صلح ، قال : انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس » بدعوى ان سلب الاختيار انما هو بالشرط ، وفساد المعاملة لا وجه له الا فساد الشرط . وفيه ان الظاهر منها - على فرض تسليم الدلالة على البطلان وكونه لسلب الاختيار بواسطة الشرط - فرض وقوع الشرط في البيع الأول حتى جعله غير مختار في الثاني ، وان ذلك صار موجباً لبطلان الثاني لا الأول فهي تدل على عدم فساد البيع بالشرط في ضمنه على فرض بطلانه ، فتدل على خلاف المقصود ، مع احتمال ان يكون التعبير بقوله : « ان شئت » و « ان شاء » على النحو المتعارف ، وانه مع وقوع البيع اختياراً وبلا اكراه صح ، تأمل .

(ومنها) رواية علي بن جعفر (٢) عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام « عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أبجل ؟ قال : اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس » وعن علي بن جعفر في

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود -

كتابه مثلها ، الا انه قال : « بعشرة دراهم الى اجل ، ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد » بدعوى انها تدل على البأس أي البطلان مع الاشرط .

وفيه - مضافاً إلى منع كون البأس بمعنى البطلان ، بل الظاهر منه الصحة مع المرجوحية ، فتدل على خلاف المقصود ، كما انه لو اريد منه الحرمة الشرعية كان لازمها الصحة - أن الظاهر ان هذا النحو من المعاملة مع الاشرط المذكور إنما وقع حسب التعارف للتخلص عن الربا ، فالشارط يريد أكل الربا على وجه مشروع بزعمه ، كما هو المرسوم عند آكلها المتشرع بتخييل أنه مع تغيير العنوان يخرج الموضوع عن أكل الربا ، فيبيع شيئاً بمبلغ إلى أجل ويشتري منه نقداً بأقل منه حسب ما يتراضيان به في مقدار الربا وعليه فيمكن ان يقال : إن وجه البطلان أنه لا جد لها في المعاملة واقعاً وعلى فرض الجد يكون البطلان والحرمة لما قررنا في محله من بطلان المعاملة التي يقصد بها التخلص عن الربا وحرمتها ، وكيف كان لا تدل الروايات على المقصود .

وهاهنا روايات تدل على الصحة في الأبواب المتفرقة لا داعي لنقلها بعد كون الصحة على القاعدة ، كالروايات الواردة في باب النكاح (١) والصحيحة الواردة في قضية اشتراء عائشة (٢) وما وردت في الشروط الباطلة ومن جملتها عدم التوريث (٣) إلى غير ذلك .

(١) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور من كتاب النكاح .

(٢) الوسائل - الباب - ٥٢ - من ابواب نكاح العبيد والاماء - الحديث ٢

من كتاب النكاح .

(٣) الوسائل - الباب - ٤٣ - من ابواب المهور - الحديث ٢ والباب

- ٣٢ - من ابواب المتعة - الحديث ٧ من كتاب النكاح .

الثالث :

هل الخيار في تخلف الشرط مختص بتخلف الشروط الصحيحة أويعم الفاسد؟ والكلام إنما هو بعد تحقق الشرط جداً ، فيخرج ما لا يمكن الجدل فيه كالشرط غير المقذور مع العلم بعدم القدرة .

والظاهر ثبوته مطلقاً في شروط الفعل والنتيجة ، فان الخيار في التخلف كما مر مراراً عقلائي ، وموضوع حكم العقلاء هو التخلف ، سواء كان الشرط صحيحاً شرعاً أم لا ، ومقذوراً أم لا ، فلو شرط بنحو شرط النتيجة كون الخمر ملكاً له ولم تتحقق الملكية للمحذور الشرعي يتحقق التخلف ، كما لو شرط كون مال الغير له مع الجهل ، وكذا الحال في شرط الفعل ، فلو شرط ان يجعل العنب خمراً ولم يفعل للمحذور الشرعي تحقق موضوع الخيار عند العقلاء ، وكذا الحال لو كان تركه لمحذور عقلي ، كعدم القدرة .

وعلى الجملة ما هو الموضوع للخيار صرف تخلف الشرط والقرار لا التخلف العمدي والاختياري ولا تخلف الشرط المشروع ولا المقذور ، فالخيار ثابت حتى في الشروط المخالفة للكتاب ، إلا أن يدل دليل على عدم ثبوته هذا على القول المختار ، وكذا الحال لو كان المستند للخيار هو تقييد الالتزام المعاملي كما قيل ، هذا بحسب القواعد .

وأما بالنظر إلى الأدلة ، فقولُه عليه السلام (١) : « المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله » وما بهذا المضمون ، لا دلالة فيه على ثبوت الخيار عند التخلف أو عدمه لو كان الشرط فاسداً (نعم)

(١) الوسائل - الباب - ٦ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

بناءً على ما تقدم من الاستدلال به لجميع أصناف الشروط أي شرط الوصف والنتيجة والفعل ، يمكن القول بأن مقتضاه عدم الخيار لو كان شرط الوصف ممنوعاً شرعاً ، لأن شرط الوصف لا أثر له إلا الخيار عند التخلف ، ومعنى لزوم ملازمة المشروط عليه لشرطه هو ترتيب آثار الخيار عند التخلف ، فيدل دليل الشرط في هذا القسم على عدم لزوم ترتيب آثار الخيار أو عدم جوازه ، ولازمه عدم ثبوته ، فلو شرط كون العنب على صفة تصلح للخمرية وقلنا ببطلانه شرعاً وممنوعيته كان لازمه عدم الخيار لعدم أثر غير ذلك ، بخلاف شروط النتائج والأفعال .

وبالجمله إن الاستثناء في شرط الصفة لازمه نفي الخيار ، لعدم أثر غيره وفي غيره دال على نفي الأثر في النتيجة ، وعلى عدم الوجوب في الفعل ، ولا دليل على تنزيل الشرط منزلة العدم حتى يستفاد منه عدم الخيار ، فان ما دل على بطلان الشرط وعلى فساده وعلى كونه مردوداً لا يستفاد منها ذلك ، بل الظاهر منها ثبوته ولو كان فاسداً .

نعم ربما يتوهم من رواية زرارة في قضية ضريس و بنت حمران (٢) ذلك ، حيث قال فيها : « إذهب وتزوج وتسرفان ذلك ليس بشيء ، وليس شيء عليك ولا عليها » بأن يقال : إن نفي الشيثية عن الشرط هو التنزيل منزلة العدم ، وإطلاقه يقتضي سلب الخيار في الشروط المخالفة للشرع . وفيه - مع ضعف سندها ومعارضتها لصحيحة منصور بزرج (٢) - أنه لا يستفاد منها عموم التنزيل ، سيما مع قوله عليه السلام : « وليس شيء عليك ولا عليها » الظاهر في بطلانه ، وسيا مع التعبير في غيرها (٣) بالفساد ، وكون التنزيل منزلة العدم بنحو الاطلاق أمر بعيد عن الأذهان

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب المهور -

الحديث ٢ - ٤ - ١ من كتاب النكاح .

العرفية ، فلا يتقدح فيها إلا فساده وعدم لزوم العمل به ، وقد مر في بعض المباحث بعض الكلام فيها ، (فتحصل) مما ذكر عدم دليل على خلاف ما عليه العقلاء من ثبوت الخيار إلا في شرط الوصف فيما لو كان على خلاف الشرع .

ثم إن البحث - على فرض مفسدية الشرط الفاسد - عن حكم ما لو أسقط الشرط أو كان الشرط بنحو المفاوضة قبل البيع من غير ذكر فيه أمر زائد لا أرى وجهاً لتفصيله ، مع انه على هذا الفرض يكون المستند المعتمد به هو كون الرضا المعاملي أو المنشأ متقيداً وواحداً غير قابل للتحليل ، وعليه فعند نفي القيد لا يبقى عقد وقرار ، فلا تأثير لالقاء الشرط كما اشار اليه الشيخ الأعظم (قده) ، كما انه لا فرق بين ذكره في ضمن العقد وبين كون العقد مبنياً عليه ، والأمر سهل .

القول في اعطاء الخيار

مسألة :

الخيار موروث بأنواعه ، والدليل عليه - بعد تسالم الأصحاب عليه ونقل عدم الخلاف ، بل الاجماع كما هو ظاهر التذكرة ، وعن الغنية دعوى الاجماع في بعض الخيارات - ظاهر الكتاب ، كقوله تعالى (١) : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » والنبوي المعروف « ما ترك الميت من حق فلوارثه » .

وقد يستشكل فيها بأن الخيار أمر اعتباري متقوم بذئ الخيار ، ولا يعقل بقاؤه حال موته ، بل هذا جار في مطلق الحقوق ، لأن وزانها وزان الملكية ، فكما لا يعقل بقاؤها مع موت المالك كذلك الحقوق ،

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٧ .

والظاهر من « ما ترك » هو ما بقي بعد موت المورث ، فلا يصدق ذلك إلا على ما له بقاء ولو اعتباراً ، وذلك مثل الدين على عهدة المدين وكالكي في الذمة ، وهذا بخلاف الحقوق ، فانها مع عدم الطرف لا يعقل بقاءها ولو اعتباراً ، فإ في بعض الكلمات من الجواب عنه نقضاً بالكي في الذمة وحلاً بأن للخيار بقاءً اعتبارياً ليس بشيء .

والجواب عن الاشكال هو ان قوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك » إلى آخره ليس المراد منه ما توهم ، بل المراد - ولو بمساعدة فهم العرف في باب التوريث حيث انه امر عرفي ليس من مخترعات الشرع - انه ينتقل إلى الوارث ما يكون الموت موجباً لانقطاعه عنه ، اي الموت موجب للنقل ، لا ان الارث ملك بحكم الشرع بقي بلا مالك بعدما ترك الشيء بموته حتى يرجع إلى عدم تلقي الورثة من مورثهم مما هو خلاف الضرورة عرفاً وشرعاً ، فالموت سبب للنقل ملكاً كان أو حقاً كالبيع والصلح ، ومعنى « ما تركه الميت فلوارثه » أي ما انقطع اضافته عنه لا يبقى بلا مالك ، بل مالكة الوارث .

وبعبارة اخرى إن المراد بهذه الآية واشباهها ولو بالقرائن العقلانية وفهم العرف هو ان ما كان للميت حال الحياة يكون لوارثه بعد موته ، فالموت ليس سبباً لسلب الحق وإعدامه ، بل سبب لنقله إلى الورثة ، فيصدق ان الميت ترك لوارثه ما كان له ، لا انه ترك المال بلا إضافة ثم اضيف إلى الوارث ، فانه مخالف للضرورة ، فالحقوق كالأعيان المملوكة تنتقل بنفس الموت وتكون من متروكات الميت ، بل لها بقاء وان تبادلت الاضافات ولا تصير معدومة في حال .

والشاهد على ذلك - بعد عرفية المسألة وعدم اختصاص الارث عند العرف بالأعيان ، بل يكون ثابتاً في مثل حق التحجير وسائر الحقوق إلا

ما دل الدليل على خلافه - النبوي المعروف الذي يقال فيه : انه مجبور بعمل الأصحاب ، حيث نص فيه على ان الحق مما ترك ، فلا بد وان لا يكون المراد مما ترك ما بقي بعد الموت وله وجود بقائي مع عدم الاضافة بل يكون المراد منه ان ما للميت من الحق فهو لوارثه عند انقطاع اضافته عنه ، وهو عبارة اخرى عن نقل ما للميت إلى الورثة .

وعلى ما ذكرناه فالآية دالة باطلاقها على ان كل ما للميت مورث ، فعدم التوريث في بعض الحقوق محتاج إلى الاثبات ، لا أن الاستدلال بالآية محتاج إلى إثبات كون الشيء حقاً وقابلاً للنقل ، ففي موارد الشك في كون شيء حقاً يستدل بالآية على كونه حقاً ، لأنه مورث ، وتوهم عدم اطلاقها من هذه الخيشية - لكونها في مقام بيان كون الرجال والنساء وارثاً ولهما نصيب - يردده نفس الآية حيث عقبها بقوله : « مما قل او كثر » مما يؤكد الاطلاق ويدفع التوهم .

ولو قيل : ان الشبهة في الآية والرواية مصداقية لا يصح التمسك باطلاقها يقال - مضافاً إلى ان المقيد عقلي يقتصر فيه على المتيقن فيما لم يخرج بعنوان واحد ، بل مطلقاً على رأيهم - : إن الآية الكريمة مع ذيلها كأنها نظير قوله : « لعن الله بني امية قاطبة » ويأتي فيها ما يقال فيه من استكشاف حال الفرد عند الشك ، فتدبر ، وان الرواية تدل باطلاقها على ان كل حق مورث ، فيستكشف منها قابلية كل حق للانتقال ، فيرفع بها الشك عن كون حق قابلاً للنقل ، فيحتاج عدم القابلية إلى دليل ، وهذا عكس ما أفاده الشيخ الأعظم (قدّه) وغيره .

ثم إنه مع الغض عما تقدم أو تسليم الاشكال يمكن ان يقال : انه لاشك في ان الخيار المجعول بالشرط من الحقوق عرفاً لا من الأحكام ،

كما ان سائر الخيارات العقلائية كخيار تخلف الشرط والقيود ، وخيار الغبن والعيب لا تكون ماهيات غير الخيار المشروط ، فالخيار الثابت بالغبن ونحوه عين الخيار المعقول بحسب الحقيقة والآثار .

وإذا كانت الخيارات العقلائية كذلك فالخيارات الشرعية كخيار المجلس والحيوان مما اخذ الخيار بعنوانه في دليلها محمولة عرفاً على ما هو المعهود عندهم من الخيار ، ولا ينقذ في الأذهان مخالفة هذا الخيار لما عندهم من الخيارات ، وكذا الحال في سائر موارد الجواز بعد صدق عنوان الخيار عليها بحسب تسالم الأصحاب كخيار التأخير وما يفسد ليومه ، فلا ينبغي الاشكال في كون الخيار بأنواعه من الحقوق ، كما لا يبعد قابلية الخيارات العقلائية للنقل عند العقلاء ، كما لا إشكال في سقوطها بالاسقاط في سوقهم ، فيستكشف منه حال سائر الخيارات بالبيان المتقدم .

بقي شيء وهو ان يرث الخيار هل هو تابع لارث المال فعلاً ، فلا يرثه الورثة فيما لو فرض استعراق الدين للتركة ، وكذا لا يرثه من هو محروم بالتعبد الشرعي من بعض التركة ، كالزوجة بالنسبة إلى الأرض ، وغير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبة ؟ ظاهر الشيخ (قده) عدم الاشكال في الفرع الأول في انه يرثه الورثة والاشكال في الثاني ، والظاهر انها مشتركان في الاشكال تقريباً ودفعاً وإن اختلفا في بعض الخصوصيات . والتحقق ثبوت يرث الخيار مطلقاً في الفرعين ، لاطلاق أدلة الارث وعدم المانع منه ، فان ما يعد مانعاً مطلقاً ، أو في بعض الفروض ، أو يمكن أن يعد أمور :

(منها) ان الخيار سلطنة على استرجاع العوضين ، أي سلطنة على ترادهما ، أو سلطنة على استرجاع ما انتقل عنه ، أو على رد ما انتقل اليه ، فعلى الأول لا يرث المحروم مطلقاً لفقد السلطنة ، وعلى الأخيرين لا بد من

التفصيل فيما يحرم الوارث عنه بين ما انتقل عنه وإليه تارة بالحرمات في الأول
وآخرى في الثاني ، وهذا هو الوجه الذي أفاده الشيخ الأعظم (قده) وفصل
فيه بالعبارات المختلفة .

وفيه ان الخيار حق قائم بالعقد ولا مساس له بالعوضين ، ومع فسخه
وحله يرجع العوضان قهراً بلا تصرف من ذي الخيار فيها ولا سلطنة له
عليها ، فالسلطنة قائمة بالعقد لا بالعين .

بل التحقيق على ما تقدم منا كراراً أن ماهية الفسخ بالخيار تابعة لماهية
العقد ، ولا شبهة في ان ماهية العقد وما هو تحت قدرة المتبايعين ومورد
جعلها إنما هو إنشاء التبادل والتبادل الانشائي لا الحقيقي المتقوم باعتبار
العقلاء ، ضرورة ان اعتبار الشرع أو العقلاء ليس أمراً قابلاً للجعل ،
ولا يتعلق قدرة المتعاملين به ، فان له مبادٍ ومقدمات وجودية خاصة به ،
بل الأمر كذلك في جميع العقود والايقاعات ، فما هو المجعول موضوع
اعتبار الشرع والعقلاء ، لا نفس اعتبارهما أو نفس ما يعتبران .

وأقوى دليل على ذلك صدق عنوان البيع والاجارة والنكاح وغيرها
عرفاً وعقلاً وشرعاً على الفضولي منها ، وعلى ما يقع كرهاً ، ومن الضروري
عدم اختلاف ماهية الفضولي منها مع غيره ، فالفضولي وغيره لا يفرقان
في ماهية العقد وعنوانه وان كانا يفرقان في ترتب الآثار وعدمه وكون
أحدهما مورد اعتبار العقلاء والشارع فعلاً والآخر مشروطاً بالاجازة ، وليست
الاجازة جزء ماهية العقد ومتمم عنوانه ، بل شرط لترتب الأثر وصورته
موضوعاً للحكم العقلائي أو الشرعي ، فالفضولي بيع حقيقة مع عدم ترتب
الأثر عليه وعدم النقل الاعتباري الواقعي ، والتبادل فيه إنشائي محض ،
فيستكشف منه ان ماهية العقد ليست إلا التبادل الانشائي ، سواء في ذلك
الفضولي وغيره .

ولا إشكال في ان الخيار حق فسخ العقد المنشأ بانشاء المتعاقدين ، ولا يعقل أن يكون أمراً زائداً على ذلك ، فالحل يتعلق بالعقد الانشائي ليس إلا ، وعلى ذلك فلا مانع من ارث الخيار بالنسبة إلى ما يحرم عنه الوارث من المال ، سواء قلنا بأن الحق متعلق بالعقد كما هو التحقيق ، أو متعلق بالعين وان الفسخ عبارة عن الاسترجاع والتراد ، فان التراد إنما هو في العقد الانشائي والتبادل الانشائي ، والسلطنة عليه هي السلطنة على هذا التراد ، ولا يعتبر فيه السلطنة على النقل الحقيقي حتى يقال بعدم سلطنة المحروم من الارث ، ثم بعد إعمال السلطنة والخيار يترتب عليه الأثر العقلائي والشرعي .

ومن الاشكالات ان الفسخ عبارة عن اخراج العوضين عن ملك المتعاقدين وإدخالها في ملكها ، كما ان العقد عبارة عن إدخالها واخراجها ، وهذا المعنى مفقود في المقام ، وفي الحقيقة هذا اشكال في اصل إرث الخيار من غير فرق بين المحروم عن المال وغيره .

وفيه - مضافاً إلى منع دخالة هذا الاخراج والادخال في ماهية العقد وكذا في ماهية الفسخ ، بل هو من آثارهما نوعاً ، ولهذا يصح بيع الوقف عند حصول المسوغات ، ومبادلة الفقيهين الأجناس الزكوية عند المصلحة مع فقد الملكية بلا اشكال في الوقف العام بل مطلقاً ، وعلى التحقيق في الزكاة - ان العوضين إذا صاروا ملكاً لغير المتعاملين لا بد وأن يؤثر الفسخ في الرجوع إلى المالك الفعلي ، فيكون آثار الخيار تبعاً للملك عرفاً .

على انه لا مانع من دخول المعوض في ملك الميت وتلقي الأحياء منه واعتبار ملكية الميت عقلائي إذا ترتب عليه أثر ، وليس الميت عند المليون معدوماً أو كالمعدوم ، مع ما عرفت من ان العقد والحل إنشائي ، وترتب الآثار عليهما عقلائي ، ولا اشكال في ان العقلاء يحكمون بملكية الورثة بعد

الفسخ والحل الانشائي ، والرد لإنشاء إلى ملك الميت مما لا إشكال فيه ، وليست الملكية حقيقية حتى يتوهم عدم اعتبارها للميت مع منع ذلك أيضاً . (ومنها) ان الخيار شرع لجلب المال إلى ذي الخيار ، وفيما إذا انتقلت الأرض عن الميت لا يكون الخيار للزوجة ، بخلاف ما إذا انتقلت إليه فانها بالخيار تستجلب الثمن ، فيصح التفصيل الذي اختاره الفخر (ره) . وفيه ان اعتبار الاستجلاب إلى ذي الخيار ممنوع ، وأصله حاصل كما في موارد ثبوت الخيار للأجنبي وكخيار المجلس للوكيل على ما تقدم وجهه وأما توهم كون استجلاب المال بالخيار الموروث للوارث قيداً في أدلة الارث فواضح النظر ، لفقد ما يشعر بذلك في أدلته فضلاً عن الدلالة .

ثم إن الاشكال في مثل الأرض المنتقلة عن الميت مبني على ان الفسخ موجب لصيرورتها ملكاً لغير الزوجة إما لرجوعها بالفسخ إلى الميت وتلقي الورثة لها منه أو لكونها بحكم المال الموروث ، وإلا فلو قلنا بأن التملك بالفسخ ليس إرثاً ولا بحكمه والزوجة إنما تتلقاها به وتصير مالكة لها لاندفع الاشكال .

بل يمكن على هذا المبني التفصيل بين ما انتقل إليه وعنه ، عكس ما ذهب إليه الفخر (ره) وقواه الشيخ (قده) بأن يقال : فيما إذا انتقلت عن الميت لا مانع من ارثها ، لا من قبل الثمن ، لأنها مالكة لحصتها فعلاً ، ولا من قبل الأرض ، لأنها بالفسخ ترجع إلى ملكها على حساب الحصص بخلاف العكس ، لعدم سلطتها على الأرض حتى يردّها ، ولكن قد عرفت التحقيق في المسألة .

ثم إن الاشكالات المتقدمة تأتي كلاً أو بعضاً في الدين المستغرق ، والجواب هو الجواب ، ويختص باشكال آخر ، وهو ان الارث كتاباً (١)

وسنة (٢) بعد أداء الدين ، فالخيار لا يورث كسائر ما للميت إلا بعد أداء الدين ، والفسخ إن أوجب رد العوضين ، فالسلطنة عليه مفقودة ، وإن أوجب حل العقد الانشائي من غير تأثير وترتب حكم شرعي أو عقلائي عليه فهو لغو ، ولا يدفع هذا الاشكال بأن الخيار لا يزاحم حق الديان ، لأنه ليس بمال ، نعم يمكن دفع اللغوية بأن له أثر في بعض الأحيان ، وهو كاف ، مع ان في الجعل القانوني لا يلاحظ الخصوصيات كما قرر في محله وللمسألة محل آخر .

مسألة :

في كيفية استحقاق الورثة للخيار بعد كونه واحداً غير قابل للتجزئة والتقسيم احتمالات بل أقوال : (منها) ثبوت الخيار مستقلاً لكل من الورثة بنحو العام الاستغراقي كثبوته للموثر ، فيكون لكلٍ منهم فسخ العقد واسترجاع العوضين كلاً وان امضاه غيره . (ومنها) ثبوته لكلٍ على النحو المذكور ، لكن بالنسبة إلى حصته ، واختاره بعض الأعيان . (ومنها) ثبوت خيار واحد للمجموع ، كالحكم في العام المجموعي ، فيعتبر المجموع واحداً له حق واحد .

(ومنها) ثبوته لصرف وجود الوارث أو لطبيعي الوارث ، وهذا الوجه وإن اختلف مع ما سبق في الاعتبار لكنه يرجع إليها بحسب الحكم ، فانه إن اريد من ثبوته له ثبوته للطبيعة المتكثرة بحيث يتكرر الخيار بتكثيرها فيرجع إلى الاحتمال الأول أو الثاني ، وان اريد منه ثبوته للمجموع المحقق للصرف فيكون خيار واحد للواحد ، فيرجع إلى الثالث ، فان صرف الوجود

بجسب الاعتبار أمر موجود بوجود الموجود الخارجي المحقق له كالطبيعة الموجودة بعين وجود الأفراد ، والفرق بينهما ليس من هذه الجهة ، بل من جهة أن الطبيعة متكثرة بتكثر أفرادها ، سواء في ذلك الطبائع الأصلية الحقيقية والاعتبارية على نحو ما في التكوين ، وأما الصرف فيوجد بوجود الكثير على نحو الوحدة ، نظير ما قاله الرجل الهمداني في الكلي الطبيعي ، فصرف وجود الانسان واحد في الواحد بعينه وفي الكثير بعين الكثير ، وإلا فلو وجد مع كل واحد خرج عن الصرف ، لأن الصرف لا كثرة فيه ولا تكرار .

فأفاده الشيخ الأعظم (قده) في قوله : هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع إلى آخره فيه مسامحة ، فانه ان اراد بالطبيعة طبيعي الوارث فلا يكون في الخارج واحداً ، ولا معنى للقيام بالمجموع ، فان الطبيعي متكرر بتكثر الأفراد ، وإن كان المراد صرف الوجود ففي صورة التعدد لا يكون الصرف إلا واحداً موجوداً بوجود الكثير وللواحد الكذائي خيار فلا معنى لنفوذ فسخ كل منهم لزوم كون كل منهم صرفاً ، ولزم منه تكرار الصرف بتكرر العدد ، فذو الخيار عنوان واحد موجود بوجود المجموع بنحو الوحدة ، لا الكثرة حتى يلزم ثبوته لكل منهم ، فتدبر جيداً .

ثم إن الممكن من هذه الاحتمالات هو الوجه الثالث والرابع ، أي الثبوت للمجموع أو لصرف الوجود ، وأما الصور الأخر فممتنعة ، توضيحه ان الأمور الاعتبارية العقلائية على وزان الماهيات الأصلية كالجواهر والأعراض ، فانه كما ان للطبائع الحقيقية مصاديق موجودة في الخارج جزئية غير قابلة للتكثر والصدق على الكثيرين ولها جامع ذاتي هو طبيعي العنوان كلي قابل للصدق على الكثيرين كذلك الأمور الاعتبارية كالملك والحق والبيع ، فان لها عنواناً طبيعياً اعتبارياً قابلاً للكثرة في الخارج ومصاديقاً للطبيعي منها في الخارج

بمعنى اعتبار وجود خارجي غير قابل للصدق ، فعنوان البيع والحق والملك بنفسه كلي صادق على المصاديق الخارجية ، والحق الشخصي الموجود بالوجود الخارجي أمر جزئي شخصي غير قابل للتكثير .

وربما يتوهم أن انحلال بعض العقود - كعقد البيع الواقع على ما يملك وما لا يملك ، وبعض الحقوق كحق التحجير الثابت في الأرض المحجرة التي كل قطعة منها مورد للحق والحق القائم بالأرض منحل إلى الحقوق - هو النقص على ما ذكرناه .

وهو غفلة عن الواقعة ، أما في مثل البيع فلما مر منا من ان البيع هو العقد الانشائي ، وبه ينتقل إنشاء كل المبيع من غير فرق بين ما يملك وما لا يملك ، وإنما يفرق بينها في مقام التأثير العقلائي أو الشرعي الخارج عن حقيقة البيع ، فيؤثر في جزء من المبيع دون جزء ، وهذا ليس انحلال البيع الشخصي ، وأما الانحلال في بيع أمور متكررة تجمع بلفظ واحد في الانشاء فهو من أجل انه انشاء بيوع متكررة ، وقد مر دفع توهم ان بيع مثل الدار ينحل إلى بيع أجزائها فينحل إلى البيوع .

وأما حق التحجير فهو ثابت لعنوان صادق على الكل وأجزائه ، فكما ان الأرض محجرة بأسباب التحجير كذلك قطعاتها محجرة بتلك الأسباب ، فكل قطعة تلاحظ تكون محجرة بالتحجير الواقع على الأرض ولصاحبه حق إحيائها كما له حق إحياء الجميع ، وإن شئت قلت : إنه إذا لوحظت الأرض جميعها بنحو الوحدة تكون شيئاً واحداً وتعلق بها حق واحد ، وإذا لوحظت قطعات وانفصل بعضها عن بعض تعلق بكل حق مستقل ، لأنه قطعة محجرة ، كما ان الدار الواحدة ملك واحد ، وإذا افرزت إلى قطعات صار كل قطعة ملكاً مستقلاً ، ولتفصيل الواقعة محل آخر .

ثم لو قلنا بالانحلال في مثل تلك الموارد فلا مجال له في المقام ،

لأن حق الخيار لا ينحل إلى حقوق ، ضرورة أن للمورث لم يكن إلا حق واحد متعلق بالبيع ، ولم يكن له إلا فسخه في جميع محتواه أو امضائه كذلك ، فلو فرض صحة الانحلال في بعض الحقوق لا إشكال في أن حق الخيار ليس منها .

فتمحصل مما ذكر ان حق الخيار حق شخصي وموجود جزئي غير قابل للكثرة ، فلا يعقل أن يصير بالنقل كثيراً ، كما لا يعقل انتقاله بوجوده الخارجي إلى طبيعي الوارث القابل للصدق على الكثيرين بمعنى تكثره بتكثر الأفراد ، وأما انتقاله إلى المجموع المعتبر شيئاً واحداً أو إلى صرف الوجود فلا مانع منه .

ثم إن الظاهر من النبوي لو لا القرينة العقلية هو طبيعي الوارث ، وبمقتضى القرينة - وهي وحدة الحق وجزئيته الحقيقية - هو صرف وجوده الموجود بوجود الكثير بنحو الوحدة ، وأما الحمل على المجموع فبخلاف الظاهر جداً بل ترك للعمل به ، فان المجموع هو الأفراد المعتبرة واحداً لا طبيعي الوارث ولا جنسه ، والظاهر منه هو الجنس لا الأفراد ، والحمل على الصرف مع القرينة أخذ بظاهره من جهة ، وهي كون الموضوع هو الطبيعة والجنس ، والقرينة دالة على اعتبار الوحدة فيها ، فالطبيعة محفوظة وزيد عليها اعتبار .
وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) لبيان الحمل على المجموع من ان « مقتضى أدلة الارث في الحقوق غير القابلة للتجزئة والأموال القابلة لها أمر واحد ، وهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة ، إلا ان التقسيم في الأموال لما كان ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة ، بخلاف الحقوق ، فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها ، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته ، فافهم » انتهى .

ففيه انه لا دليل على ان مقتضى أدلة الارث ما ذكره ، بل الدليل على خلافه ، فان ادلة الارث في الكتاب والسنة لا تدل على ان الارث ينتقل إلى مجموع الورثة بحيث يكون المجموع موضوعاً واحداً لتقل واحد كما هو مقتضى نقل المجموع إلى المجموع .

(اما) الآية الكريمة (١) « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » إلى آخرها ، فان الظاهر منها ان لكل رجل نصيب وان لكل امرأة كذلك لظهور الجمع المحلى في الكثرة الافرادية في قبال العام المجموعي ولا تعرض فيها لمقدار النصيب ، بل هي في مقام بيان عدم حرمان الرجال ولا النساء ولعله للرد على الجهال الذين يقولون بحرمان النساء أو بحرمنهن عملاً .

(وأما) سائر الآيات المتعرضة للارث فهي متعرضة للسهم من النصف والثلث وغيرهما ، فتختص بالأموال التي يمكن فيها فرض الكسر المشاع من النصف والثلث وغير ذلك ، فلو شملت لبعض الحقوق التي متعلقها قابلة للكسر المشاع كحق التحجير فلا اشكال في عدم الشمول لحق الخيار الذي ليس كذلك لا بنفسه ولا بمتعلقه الذي هو العقد الانشائي على ما مر الكلام فيه ، وآية أولى الأرحام (٢) لا تتعرض إلا لتقدم بعض على بعض . ولا دليل في السنة أيضاً على ما ذكره ، بل لا معنى لما أفاده بوجه فان نقل المجموع إلى المجموع المقتضي للتساوي أولاً ثم الحكم بالاختلاف من حيث الحصص لغو ينزه الكتاب والسنة منه ، وانتزاع عنوانها من أدلة الارث المتعرضة للحصص ليس حكماً شرعياً كما لا يخفى ، فما بقي في المقام إلا النبوي الذي يقال انه مجبور بعمل الأصحاب ، وهو مختص بالحقوق

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٧ .

(٢) سورة الأحزاب : ٣٣ - الآية ٦ .

وقد عرفت الكلام فيه وان الانتقال إلى المجموع خلاف ظاهره جزماً .
وما ذكرناه يظهر النظر في كلام الأعلام سيما السيد الطباطبائي (قده)
الذي اختار الخيار لكل مستقلاً بحسب حصته ، ضرورة ان هذا الحق إرث
تلقاه الوارث من مورثه ، ولا يعقل ان يكون الانتقال على هذا النحو مع
عدم كون المورث واجداً إلا للخيار واحد ، كما لا اشكال في ان المورث
لم يكن له خيار بالنسبة إلى الحصص ، فلا معنى لارث ما لم يتركه المورث
فما افاده مع كونه مخالفاً لأدلة الارث مطلقاً مخالف للنبي فان مقتضاه
ان ما تركه الميت موروث ، ومن المعلوم ان الميت ما ترك الخيار في الحصص .
ثم إنه قد يتوهم ورود النقض على ما تقدم في موارد : (منها)
حق الشفعة ، فانه حق شخصي وجزئي حقيقي مع انه يورث بحسب السهام
على ما نسب إلى اكثر الفقهاء ، وقالوا : على ما حكى انه لو عفى احد
الورثة عن نصيبه من الشفعة لم يسقط الشفعة ، لأن الحق للجميع ، فلا يسقط
حق غيره ، فيرد عليه عين ما ورد على ارث الخيار من الاشكال العقلي
من جهتين ، إحداهما وقوع التعدد والتكثير في الواحد الحقيقي اللازم من
بقاء الحق مع إسقاط بعض ، ثانيتهما ثبوت الحق على نسبة السهام مع عدم
ثبوته للمورث مع ان ثبوته للورثة ليس إلا بالارث ، ولا يعقل ذلك
كما تقدم .

وفيه ان النقض إنما يرد لو كان الحكم ثابتاً ، وثبوت الارث في حق
الشفعة محل اشكال وخلاف ، وقد نفاه عدة من الفقهاء كالشيخ وابن البراج
وابن حمزة والطبرسي (رحمهم الله) على ما حكى ، واستدل عليه برواية
طلحة بن زيد (١) عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام قال : « إن

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب الشفعة - الحديث ١ .

رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا تورث الشفعة « وطلحة وان كان بترياً لكن عن الشيخ في الفهرست أن كتابه معتمد ، ولو سلمنا ثبوت الارث فيها باطلاق الآية المتقدمة (١) والنبوي وتركنا رواية طلحة لكن لا دليل على كيفية ثبوته ، وهي ايضاً محل خلاف ، والقرينة العقلية المتقدمة الحاكمة بثبوته لصرف الوجود أو للمجموع قائمة في المقام ، ولازمه عدم السقوط إلا باسقاط الجميع ، وعدم حصول التملك إلا بتملك الجميع ، وعدم كونه على نسبة السهام ، ولو فرض ثبوت الشهرة على خلاف ما ذكر فهي مبنية على اجتهادهم من ادلة الارث ، ومثل هذه الشهرة ليست بحجة .
وأما ما قيل في مقام الدفع عن استقلال كلٍ بالعمو من أن ذلك ليس بالاسقاط حتى يقال لا حق إلا للمجموع ، بل من باب إخراج نفسه عن المجموع وعن الطرفية لاضافة الحق وعدم المعية في الأخذ به ، وهذا لا مانع له ، لأن هذه المعية له لا عليه ، فله الخروج عنها .

ففي غاية الاشكال ، ضرورة أن الاخراج عن موضوع ما تعلق به الحكم أو الحق ليس اختيارياً ، وبمجرد البناء على عدم المعية لا يوجب ثبوت الحكم أو الحق لما عداه ، وكون المعية له لا يوجب إمكانه ، فهل يمكن لصاحب الحيوان الذي هو موضوع حق الخيار البناء على أن لا يكون كذلك من دون إسقاط الحق ، وهو أوضح من أن يحتاج إلى النقد ، والجواب ما تقدم .
(ومنها) حق القذف ، فانه حق واحد للمقذوف ، مع ان بقاء الحق لبعض الورثة عند عمو بعضهم منصوص (٢) فيرد عليه ما ورد في إرث الخيار ، لأن ثبوت الحق لكلٍ مستقلاً محال ، لأن الواحد الشخصي

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ٢٢ - من ابواب حدّ القذف من كتاب

لا يعقل فيه التعدد والتكثير ، وإن كان الحق ثابتاً للمجموع فلازمه الاجتماع في العفو والاجراء .

وفيه انه لا دليل على ان ثبوت الحق لكل من الورثة من قبل التوريث بل الدليل على خلافه ، ففي موثقة عمار الساباطي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول : إن الحد لا يورث كما تورث الدية والمال ، ولكن من قام به من الورثة فهو وليه ، ومن تركه فلم يطلبه فلا حق له ، وذلك مثل رجل قذف وللمقذوف أخوان ، فان عفا عنه أحدهما كان للآخر أن يطلبه بحقه ، لأنها أمهما جميعاً والعفو اليها جميعاً » وفي موثقة السكوني (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : الحد لا يورث » .

والظاهر من نفي ارث الحد هو نفي ارث حق الحد ، ضرورة انه لا معنى لارث نفس الحد ، فثبوت حق الحد لكل ليس بالارث ، بل حكم ابتدائي لأولياء الميت لكل مستقلاً ، نعم لو اجتمعوا على مطالبة الحد لا يجري إلا حد واحد ، ولكل مستقلاً مطالبة الحد ، بل لا يبعد ان يقال : إن قذف الأم أو الأخت مثلاً موجب لثبوت حق للقريب منها ، وإن كان الأم مقدمة عليهم في ذلك مع حياتها ، وبالجملة لم يثبت صحة النقص في المورد .

(ومنها) حق القصاص الذي ورد فيه أن لكل من الأولياء مطالبة ولو عفا بعض ثبت للآخرين مع اداء سهم الدية إلى ورثة المقتول في بعض الصور ، وإلى بعض الورثة في آخر .

وفيه ان ثبوت حق القصاص لأولياء الميت ليس بالارث وهو واضح والظاهر ثبوته لكل منهم مستقلاً ، وظاهر الآية الكريمة (٣) « ومن قتل

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٢٢ - من ابواب حد القذف - الحديث ٢-٣ .

(٣) سورة الأسراء : ١٧ - الآية ٣٣ .

مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً » جعل السلطنة للولي ، ولازمه تكثرها بتكثره فلكل سلطنة مستقلة ، ولكل مطالبة الدية فيما جاز فيه مطالبة الدية ، ولكل مطالبة القصاص ، ومع اختلافهم يقتض من طالب القصاص مع أداء سهم غيره من الدية ، نعم لو مات أحد الورثة يورث حقه ، ولا دليل على كيفية إرثه ، بل لا بد من العمل فيها على القواعد ، بل لا يبعد القول بشوته لكل من الورثة مستقلاً باعتبار انه ايضاً من الأولياء وان تقدم بعض على بعض .

فتحصل مما مر عدم ثبوت نقض على ما ذكر ، مع انه لو ثبت في مورد خلاف ما حكم به العقل فلا بد من توجيهه ، ولو بأن يقال : إنه حكم تعبدى ، والتكثير والتجزى حكيمى لا واقعي ، فيعمل في مورد إرث الخيار على القواعد .

ثم إن لازم كون الخيار للمجموع أو لصرف الوجود عدم تأثير الفسخ إلا مع اجتماعهم ، وعدم تأثير التنفيذ ايضاً إلا معه ، وليس للوارث المريد للفسخ إلزام غيره عليه ، كما ليس له إلزامه على الاسقاط ، وهو واضح .

فرع :

إذا اجتمع الورثة على الفسخ أو فسخ الوارث المنفرد ، فاما ان تكون العين باقية في التركة أو تكون تالفة ، إما في زمان حياة المورث أو بعد موته قبل فسخ الورثة ، سواء كان التلف حقيقياً أو بحكمه كالبيع اللازم ، ومع التلف قد يكون للميت تركة وقد لا تكون .

وعلى جميع الصور يقع اشكال في تحقق ماهية الفسخ ، توضيحه : هو ان الارث بحسب العرف واللغة وظواهر الأدلة ما انتقل إلى الورثة ، فالموت

سبب عند العرف لانتقال مال الميت إلى ورثته ، ولا دليل من الشارع الأعظم على خلافه ، بل الظاهر منه ذلك ، كما يظهر بالرجوع إلى أدلته كتاباً وسنةً .
وهنا احتمالات آخر (منها) انه ليس من قبيل انتقال المال إلى الوارث ، بل من قبيل تبدل المالك والمستحق بقيام الوارث مقام المورث ، وهذا لو رجع إلى محصل لم يفرق عن الأول في حصول الملك للورثة وعدم بقائه على ملك الميت ، لكنه لا دليل عليه ، بل هو أمر بعيد عن الأذهان ، ومخالف للتوريث الثابت عند العقلاء ، ولظاهر أدلة الارث .

(ومنها) ان الورثة منزلة منزلة مورثهم ، فلا نقل ولا قيام مقامه بل الملك والحق باقيان للميت بوجوده التنزيلي .

(ومنها) ان الوارث نائب عن المورث في التصرفات .

ولا اشكال في فساد الوجهين فالوجه المتعين هو انتقال المال والحق إلى الوارث ، وعليه فلا يعقل تحقق ماهية الفسخ في إرث الخيار ، لأنها عبارة عن انحلال العقد الخاص الجزئي اللازم منه رجوع كل عوض إلى محله الأول ، فلو خرج العوضان عن ملك البائع والمشتري بالبيع ورجعا بالفسخ إلى غيرهما كان ذلك خلفاً ، لفرض ان الفسخ حل البيع الشخصي الواقع على العوضين الخارجين عن ملك صاحبيهما ، وارجاعهما إلى محلها .

فحينئذ يرد الاشكال بأن ما خرج بالموت عن ملك الميت وصار ملك الورثة بناءً على الوجهين الأولين لا يمكن ان يتحقق بالنسبة اليه الفسخ بالمعنى المذكور ، ولا يعقل ان يؤثر الفسخ في عود المال الموروث إلى الميت ثم اخراجه عن ملكه إلى المشتري ، ضرورة عدم معقولية إيقاع امرين مترتبين بانشاء واحد ، مضافاً إلى ان شأن الفسخ هو حل العقد لا نقل العين إلى ذي الخيار لتحقيق معنى الحل .

فلا بد إما من الالتزام بأن الارث لا يوجب ملكية الورثة إما حقيقة

أو تنزيلاً وهو فاسد ، أو الالتزام بأن الفسخ لا يقتضي إلا حل العقد من غير دخالة للاضافة إلى المتعاملين ، وهو ايضاً على خلاف الواقع من انحلال العقد .

ونحن وان قلنا بأن البيع لا يلزم ان يكون مبادلة العوضين في الملكية كبيع الوقف والزكاة ، لكن لو باع المالك لا محالة يقع التبادل بين المالكين في الملكية ، وحيث إن الحل ارجاع ملكيتها إلى حال ما قبل البيع فلا يعقل أن يحصل به خلاف ما أوجب البيع بأن يرجع ملكية غير الملكية المتقلبة بالبيع ، وإلا رجع إلى تملك جديد وهو ليس مقتضى الفسخ والحل ، فإني في كلمات بعض الأعيان ليس على ما ينبغي ، فبقي الاشكال على قلبه على ما سلكوا في باب البيع والفسخ .

والتحقيق في الجواب ان يقال : إن البيع وكذا سائر المعاملات إيقاعاً وعقداً عبارة عن المبادلات او الايجادات الانشائية من غير دخالة ترتب الآثار المطلوبة عليها ، وإنما المتعاملان يوجدان موضوع حكم العقلاء أو الشارع لا نفس الآثار الواقعية المتوقف تحققها على اعتبارهما والحل مقابله وإنما يفسخ به المعنى الانشائي لا ما يترتب عليه من الآثار مما خرج عن قدرة المتعاملين .

فاذا انفسخ العقد يرجع كل من العوضين إلى محله إنشاءً ، ومع وجودهما يحكم العقلاء بعود المبيع إلى البائع والتمن إلى المشتري ، ومع عدمها أو عدم أحدهما يحكمون بالمثل أو القيمة من باب الغرامة لا من باب رجوع المثلية أو المالية ، ثم لو فرض ان العين المشتراة بالبيع الخياري خرجت عن ملك المشتري مثلاً بنقل لازم أو جائز ثم رجعت اليه ببيع أو نحوه ثم انفسخ العقد الأول الواقع عليها بسبب الخيار ، فلا اشكال في ان الحكم العقلائي هو دفعها إلى صاحبها الأول لا تأدية المثل أو القيمة ، وهذا من لوازم

ما قلنا في ماهية البيع والفسخ ، ولولاه كان اللازم عدم رجوعها بالفسخ ، لأنها صارت مملوكة بملكية جديدة غير مربوطة بالعقد .

وعلى هذا المسلك الحق يمكن ان يقال : ان الفسخ من الوارث يوجب حل العقد الانشائي ورجوع ما خرج بالعقد من ملك المورث اليه ، وخروج ما دخل به في ملكه عنه إنشاءً ، قضاءً لحق الخيار وحقيقة الفسخ والحل ، ثم بعد الفسخ يحكم العقلاء والشرع برجوع ما خرج عن ملك الميت بالعقد إلى ملكه ، لأن للورثة حق فسخ عقد الميت ، ولازمه ما ذكرناه ، فيصير ما رجع اليه ارثاً للورثة ، وعليهم ارجاع نفس العين إلى الطرف غرامة عما خرج بالنقل اللازم عن ملكه أي نفس العين .

وتعين العين للغرامة لأولويتها من المثل والقيمة أو لكونها عوضاً عما استرجع إلى الميت بحسب الحكم العقلائي لا بحسب البيع والانشاء ، أو لأن العوض لما صار ملكاً لهم ارثاً لا بد من ارجاع عوضه ، لعدم صحة الجمع بينهما ، وكيف كان لا شبهة في عدم حق الورثة لتملكها بمالهم ، مثل ما في حق الشفعة ، والفرق بينها ظاهر ، كما لا شبهة في الورثة على الحصص والتلقي من الميت ، كما انه لا شبهة في عدم ارث الزوجة من الأرض إذا رجعت إلى الميت وصارت ارثاً ، ولا فرق بين الصور المتقدمة في ذلك وإن افرقت في بعض الخصوصيات الأخر ، فلو لم يكن للميت تركة لا بد بعد الفسخ من أداء ما على ذمة الميت بسببه من المال الذي رجع اليه ، ولوزاد صارت الزيادة ارثاً ، ولو نقص بقي على ذمته ، وليس على الورثة اداؤه .

ثم إن ما افاده الشيخ الأعظم (قده) في مقام بيان « ان للورثة استيفاء الحق لنفسهم وانهم ليسوا كالوالي والوكيل في استيفاء حق الغير ، بل بمنزلة نفس الميت ، ولهذا جرت السيرة بأن ورثة البائع ببيع خيار رد الثمن يردون مثله من اموالهم ويستردون المبيع لأنفسهم من دون ان يلتزموا

بأداء الديون منه بعد الاخراج » انتهى .

فيه - مضافاً إلى غرابة دعوى السيرة المتصلة إلى زمان المعصوم عليه السلام المفيدة لاثبات الحكم في مثل تلك المسألة نادرة الاتفاق - انه على فرض كون الورثة بمنزلة الميت فلا بد ان يكون اخذهم بالخيار اخذ الميت بوجوده التنزيلي ، فينتقل العوض من الميت وإليه لا إلى الورثة ، فدليله مخالف لمدعاه فلا بد له من اثبات كون الخيار كحق الشفعة ، وان للورثة تملك العوض بحسب حصصهم ، وهو ايضاً غير وجيه ، لأن لهم خيار حل عقد الميت ولازمه الرجوع اليه لا اليهم .

ثم إنه لو كان للميت دين مستغرق للتركة فعلى القول بأن الخيار حق رد العوضين واقعاً مقابل البيع الذي قالوا فيه بأنه نقل العوضين واقعاً لزم عدم نفوذ فسخ الورثة ، لأنه تصرف في حق الغير ، وهم الديان المتعلق حقهم بالمال ، وليس لدليل إرث الحق إطلاق يثبت به النفوذ مع مزاحمة حق الغير أو مع التصرف في حقه .

وعلى القول بأن الفسخ حل العقد الانشائي يمكن أن يقال أيضاً : إن حله وإن لم يكن تصرفاً في حق الغير إلا أن نفوذه محل إشكال ، لأنه تنفيذ نقل متعلق حق الغير ، إلا أن يقال : إن حل العقد إذا كان بحق فلازمه القهري تبديل موضوع الحق بغيره ، وإن شئت قلت : إن الحق متعلق بمال الميت ، والفسخ يرفع موضوعه ويقيم آخر محله ، تأمل .

وعلى فرض ثبوت حق الفسخ فلا وجه لاشتراط المصلحة للديان وضعاً أو تكليفاً ، كما لا يجوز لهم المنع عن إعماله أو الالتزام به ، وهو واضح .

مسألة :

لو كان الخيار لأجنبي ومات ، فهل ينتقل إلى وارثه استناداً إلى إطلاق دليل الارث ، أو لا ؟ نظراً إلى عدم انطباق أدلة الارث عليه ، فان قوله : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » إلى آخره (١) لا ينطبق عليه لوجهين : من جهة عدم صدق النصيب على إنشاء لا يؤثر للورثة شيئاً ، وليس حق الخيار الثابت للأجنبي كحقه الثابت لغير الأجنبي ولا كحق الشفعة والتحجير ونحوهما ، بل إنه مجرد حق الحل لعقد غيره وفي مثله لا يصدق عليه عرفاً ان له نصيب ، ومن جهة عدم صدق ما ترك لما لا أثر له بالنسبة إليهم ، أو انصراف الدليل عنها ولا أقل من الشك في صدقه والأصل عدمه .

(وتوهم) انه قد يكون للخيار أثر للورثة وهو إعطاء شيء لهم لاعماله أو تركه أحياناً (مدفوع) بأن هذا الأمر النادر الوجود لا ينظر اليه ، بل لا يوجب مثله للصدق أو للعلم به ، كما أن (توهم) لزوم ان لا يصدق النصيب وما ترك على حق الخيار بناءً على ما ذكر فيما لو استغرق الدين ، لحرمان الورثة عن الأعيان (فاسد) فان الأعيان هناك لا تخرج عن إمكان الدخول في ملكهم إرثاً ولو باعطاء الدين من مالهم أو بعفو الدائن ، ومثله كافٍ في صدق ما ترك والنصيب وصحة الارث .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قدس) وتبعه بعضهم من ان ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأصيل ، وزاد بعضهم بأن الخيار مجعول له بما هو ذو بصيرة ونظر بأمر العقد ، وان هذه الحيشة بحسب الغالب الشائع

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٧ .

تقييدية لا تعليلية ، وهذا في الحقيقة تصديق منهما لكونه مورثاً إلا إذا جعل بنحو لا يتعداه ، فالكبرى مسلمة عندهما والاشكال في الصغرى ، ففيه مع الغض عما تقدم ان الجهة في مثله تعليلية بلا إشكال ، لأن الجاعل لما رأى شخصاً ذا بصيرة بأمر العقد يجعل الخيار له ، لانه جعل له بقيد انه بصير وهو واضح ، ثم على فرض قبوله ذاتاً للارث فمع الشك في كيفية الجعل لا يحكم بالارث .

مسألة :

ومن أحكام الخيار سقوطه فعلاً كسقوطه قولاً ، وقد مر تفصيله في مسقطات خيار الحيوان وغيره ، كما أن من احكامه حصول الفسخ بالتصرف والفعل (وتفصيله) أنه لا إشكال في أن تلك الأمور الاعتبارية التسيبية قد يتسبب اليها بالقول وقد يتسبب اليها بالفعل .

وكما لا بد في القول من ان يكون للكلام ظهور لغوي أو عرفي في ذلك ولو لقيام القرينة على التجوز أو الكناية المعتبرين عند أهل اللسان ، فلا يعنى بالقول الذي لا دلالة له عرفاً على ذلك وان قصد به حصوله كقصد حصول البيع بلفظ النكاح أو العكس ، بل لا بد وأن يكون القول آلة عرفية لايقاع الأمر التسيبي ، مضافاً إلى كون المتكلم قاصداً به التسيب اليه ، فمع عدمه ولو ارتكازاً لا يعنى به .

كذلك الحال في الفعل ، فانه إنما يقع به الفسخ فيما إذا كان آلة عقلائية للتسيب به اليه وقصد به الفاعل ذلك لا مطلقاً ، فما في بعض التعليقات من حصوله به ولو لم يقصده إذا لم يقصد الخلاف لا وجه له ، وأما حصول الرجعة بالجماع مطلقاً فأمر تعبدي لا يقاس به غيره .

ثم إنه مع الظهور العقلائي للقول أو الفعل لو أحرز عدم قصده أو قصد خلافه يلغى ، وأما مع الشك فيه فيحمل على ما هو الظاهر منها لحجية الظاهر قولاً وفعلاً ، فيرفع به الشك ، ولو ادعى القائل أو الفاعل خلاف ذلك لا بد عليه من اثباته ، لأنه مدع ، مثلاً لو اشترى حيواناً وقبضه وقبل مضي زمان خياره جاء به إلى بيت البائع ورده إليه كان ذلك ظاهراً في الفسخ بالرد ، فلو ادعى خلاف ذلك كان مدعياً .

وأما إذا لم يكن للفعل في نفسه هذا الظهور إلا إذا علم وجهه ، كما لو تصرف في المتاع الذي انتقل عنه ، فان مطلق التصرف لا يكون دالاً على رده في ملكه اعتباراً إلا مع إرادته ذلك ، فلو تصرف فيه بغير قصده لم يكن فسخاً ، كما لو تصرف عدواناً أو بتخيل رضا صاحبه أو بتخيل كونه ملكاً له ، وكذا الحال في التصرفات الاعتبارية كبيعته ، فانه لا يدل على الرد إلا إذا قصد به ذلك وجعله آلة للفسخ ، وإلا فلو باعه فضولاً أو بتوهم كونه وكيلاً أو كونه له فلا يعد رداً ، وهو واضح ، هذا بحسب مقام الثبوت .

وقد يقال في التصرف الخارجي : إنه يحمل على الفسخ صوتاً لفعله عن القبيح والمحرم وحماً لفعله على الصحة ، بدعوى ان أصالة الصحة في فعله من الظواهر المعتبرة شرعاً ، والأمارات العقلائية تثبت بها اللوازم . وفيه أن أصالة الصحة التي تثبت ببناء العقلاء ودلت عليه طوائف من الروايات ، على ما اشرنا إليه في رسالة الاستصحاب لا تجري إلا في الأفعال التي تتصف بالصحة والفساد والبطلان ، كأنواع العقود والايقاعات كالصلاة والصوم ونحوهما من أفعال المكلفين ، دون غيرها مما يدور أمره بين القبيح والحسن والمحرم والمباح ، فلو دار الأمر بين كون ما شربه خمرًا أو ماءً لا دليل شرعاً ولا عند العقلاء على الحمل على الصحة ، نعم لا

يحمل فعله على الفساد ، لعدم احرازه ، فعدم الحمل عليه شيء والحمل على الصحيح شيء آخر .

ولو سلمنا جريانها ، لكن لا شبهة في عدم كونها من الأمارات المثبتة للوآزمها ، ففي المثال المتقدم لا تثبت بها مائة المانع حتى يقال بصحة الوضوء منه عند الشك في كونه ماءً ، كما أنها في مورد جريانها اي في مثل الصلاة والمعاملات ليست من الأمارات ، فلو توضعاً بمائع يشك في مائيته يحمل فعله على الصحيح ويترتب عليه آثار الصحة ، لكن لا يثبت بها كون ما توضعاً به ماءً وهو واضح ، ولعله إلى هذا أشار الشيخ الأعظم (قده) بقوله : « هاهنا كلام مذكور في الأصول » .

ثم إن ذلك على فرضه إنما هو فيما إذا دار الأمر بين الفعل المحرم والفسخ ، وأما لو دار بين أمور كاحتمال كون التصرف برضا المالك أو بتخيل كونه مالكاً أو نحو ذلك فلا وجه للجريان ، لأن فعله غير قبيح ولا محرم ظاهراً على بعض تلك الوجوه ، والحمل في تلك الأفعال التكوينية على الصحة الواقعية لا عند الفاعل أول الكلام ، وفي إثبات ذلك بانضمام أصالة عدم الخطأ والجهل إليها إشكال في إشكال ، ثم إن كل ذلك مبني على أن يكون فعله بارادة الفسخ مصوناً من الحرام وسيأتي الكلام فيه .

وأما التصرفات الاعتبارية كالبيع ونحوه مما لا تقع محرمة وإن لم تكن نافذة بلا إذن المالك فقد يقال : انها تدل على ارادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية ، وإن المراد بالأصل الظاهر ، فلا يعارض بأصالة عدم الفسخ ، ومحصل ذلك ان الفضولية تحتاج إلى قيد زائد ، والظهور الاطلاقي يدفعه ، فينكشف به الفسخ لكونه من الظواهر المعبرة التي تثبت بها اللوآزم ، ولا يعارضها الأصول الشرعية .

وفيه - مضافاً إلى منع كون عدم الفضولية او كونه لنفسه من الظواهر

المعتبرة المستندة إلى مفاد الكلام وظاهره ، بل هو من الظنون الخارجية التي لا دليل على حجيتها ، فان في قوله : « بت هذه السلعة » ما هو مستند إلى الظاهر المعتبر هو تحقق بيعها ، وأما كونها من نفسه او عدم كونها لغيره فلا يستند إلى ظاهر الكلام ، فان كونها لنفسه او لغيره غير دخيل في ماهيته ، بل هو احتمال راجح احياناً لا دليل على اعتباره - ان في المقام خصوصية لأجلها يحتاج الوقوع لنفسه إلى قيد ، فان المفروض ان السلعة لغير البائع وأراد ارجاعها إلى نفسه بالبيع ، وفي مثله يكون مقتضى الاطلاق على فرضه وقوعه فضولياً ، والاخراج عنها يحتاج إلى قيد مدفوع بأصالة الإطلاق .

والتشبه بأصالة عدم قصد الغير واضح الضعف لوجوه : (منها) عدم جريانها في نفسها ، لأن عدم قصده بنحو « ليس الناقصة » لا حالة سابقة له ، وبنحو التامة مثبت . (ومنها) أنها على فرض جريانها لا تثبت كون السلعة له أو انه أراد بيعها الفسخ ، ومع الغض عن إشكال عدم الجريان ذاتاً فان هنا أصالة عدم كون السلعة له وأصالة عدم رد المعاملة ببيعها وهي أصل ذو أثر خصوصاً الثانية ، وأما أصالة عدم كونها لغيره فلا أثر لها إلا مثبتاً .

مسألة :

هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله ، وبعبارة اخرى التصرف سبب أو كاشف ؟ وليعلم أن التصرف إذا اريد به الرد الاعتباري والفسخ يحصل ذلك به ولو وقع محرماً ، فلو اخذ سلعته عن المشتري قاصداً به الرد الاعتباري وقلنا : إن تصرفه محرم لا ريب في تحقق الفسخ ، وكذا

لو باعها قاصداً به ذلك يحصل الفسخ ، ولو كان البيع باطلاً ، فان ماهو
الموجب للرد لإنشاء البيع جـداً بقصد الفسخ وترتب الأثر العقلائي عليه
لا دخالة له فيه ، وبذلك يدفع الاشكالات الآتية .

ثم لا ينبغي الاشكال في ان الفعل كالقول في سببته لتحقق المعاملات
من العقود والايقاعات ، والدلالة العرفية والعقلائية في بعض الأفعال مما
لا ريب فيها ، فكما ان التكليف أمراً أو نهياً قد يقع بالإشارة المفهمة
كذلك الوضعيات ولا أثر لنفس النية والقصد ، بل ولا للإنشاء النفساني في
تحقق المسببات الاعتبارية عند العقلاء وإن ابرزت بغير ما هو آلة لايقاعها ،
فلو حمد الله تعالى قاصداً به سقوط الخيار والرضا بالبيع لم يسقط به ، كما
لو استعاذ بالله قاصداً بها فسخه لم يفسخ .

فلو كان التصرف كاشفاً محضاً وكان السبب التام هو الكراهة الباطنية
لما صح الفرق بين الكواشف ، ولا أظن التزام القائل بالكشف به ، ولو
التزم لخالف العرف والشرع ، وقد ذكرنا في خيار الحيوان دلالة بعض
الأخبار على عدم مسقطية بعض الأفعال كالركوب ، وكيف كان لإشكال
في كون بعض الأفعال سبباً لا كاشفاً .

ومن قال بالكشف إن ادعى أن الفعل غير صالح للتسيب كما هو
ظاهر كلام الشيخ الأعظم (قده) فهو واضح النظر ، ولا أظن أن يلتزم
به في الأبواب المختلفة في الفقه .

وإن ادعى أن الفسخ لا يحتاج إلى التسيب ، بل هو رجوع إلى الملكية
السابقة ، وهو يحصل بمجرد الكراهة من غير احتياج إلى الجعل ، نظير
التمسك بالزوجية في الطلاق الرجعي ، ففيه ما لا يخفى ، فان الفسخ عرفاً
وعقلاً حل العقد ، ورجوع الملك أثره ، لا انه التمسك بالملكية ابتداءً ،
والقياس بالطلاق الرجعي مع الفارق ، مع أن تحقق الرجوع هنا بتعبد شرعي

في بعض الأفعال .

وإن ادعى استفادة حصول الفسخ بمجرد الكراهة مما وردت في سقوط خيار الحيوان بالرضا ، فإن الكراهة مقابل الرضا ، فكما يلزم البيع ويسقط الخيار بالرضا يحصل الفسخ بالكراهة ، ففيه - مضافاً إلى فساده في المقيس عليه على ما تقدم الكلام فيه - أن القياس مع الفارق ، فإن الالتزام بالبيع مقابل الخيار ومضاده ، ولا يمكن الجمع بينهما في وقت واحد ، والرضا الزائد عما هو دخيل في أصل المعاملة ملازم للالتزام بها ، فلا محالة يسقط به الخيار ، وأما كراهة العقد فلا تنافي بقاء العقد ولا تلازم الفسخ والحل ، وإظهار الكراهة لا يوجب الفسخ بخلاف إظهار الرضا بنحو ما ذكرناه . وإن ادعى أن اطلاق أخبار الخيار دل على جواز الفسخ بالفعل والتصرف ففيه أن الجواز التكليفي ليس مفاد الأخبار ، والوضعي لا يفيد ، لأن مقتضاه وقوع الفسخ بالفعل المحرم ، مع أن الحكم حيثي ، نظير قوله صلى الله عليه وآله : « الناس مسلطون » إلى آخره (١) فإن إطلاقه لا يقتضي جواز ضرب الغير بعصاه وسلطنته عليه .

وإن ادعى أن مقتضى صيانة المسلم عن الحرام هو الكشف ، لأنه مع السببية يقع الفعل محرماً ، ففيه أن معنى صيانته عن الحرام وحمل فعله على الصحة على فرض الغض عما تقدم في المسألة السابقة هو الحمل عليها فيما لو دار الأمر بين ارتكاب حرام علم حكمه وحلال كذلك ، لا فيما إذا لم يعلم الحكم فاريد كشفه بذلك ، ففي المقام لو علم أن الفسخ يحصل بمجرد القصد وتردد الأمر بين أن يكون قد قصده حتى يكون ارتكابه له محلاً ، أو ما قصده حتى يقع محرماً يحمل على الصحيح ، ومع الغض عما سبق يحكم بوقوع الفسخ ، وأما مع الشك في الكشف والسببية فلا تكون صيانة فعله

عن الحرام كاشفاً عن الحكم الشرعي أو العقلائي بأن الفسخ يقع بالقصد ، وان الفعل كاشف .

وقد يقال : إن فعله مصون عن الحرام على السببية أيضاً ، بأن الفسخ مؤخر عن الفعل رتبة ومقارن له زماناً قضاءً لحق العلية والمعلولية ، أو الموضوعية والحكم ، وهذه المقارنة الزمانية كافية في صيانتها ، وبالجملة إن التصرف وقع في زمان مالكيته ، وإنما التقدم رتبي فلا يقع الفعل محرماً . وفيه انه خلط بين الفلسفة والفقہ ، وبين حكم العقل والعرف الذي هو الميزان في الفقه ، ضرورة ان ضرب يده على ملك يكون للغير تصرف في ملكه ، وبهذا التصرف في ملك الغير يراد انقلاب الأمر ، فالتصرف الخارجي إن وقع على ملك نفسه فلا يعقل ان يكون فسخاً ، بل لابد من فرض الفسخ قبله ، وإن وقع على مال الغير وترتب عليه النقل كان تصرفاً في مال الغير ، مثلاً لو ملكه مكسور ماله ببيع ونحوه قبل كسره وقلنا بصحته ، فكسره المشتري ، فهل يصح ان يقال : أن الكسر والانكسار واحد خارجاً ومختلف اعتباراً ؟ وان الكسر متحداً زماناً مع ملك المشتري فلا ضمان ولا حرمة في فعله ، إلى غير ذلك من الأمثلة ، فلا ينبغي للفقهاء الاتكال على العقول في الأحكام الشرعية .

وأما دعوى انصراف الأدلة عن هذا التصرف ففي غير محلها ، وهل يصح دعوى انصراف قوله (١) : « من أ تلف مال الغير » إلى آخره عن مورد المثال المتقدم ؟ وبالجملة لا شبهة في وقوع التصرف في أول وجوده محرماً ، لكن يحل به العقد ويتحقق به الفسخ ، هذا حال التصرف التكويني .

(١) ليس هذا اللفظ من كلام المعصوم عليه السلام وإنما هي قاعدة مستفادة من عدة روايات وردت في الأبواب المتفرقة من الفقه كما ذكرها سيدنا الاستاذ دام ظله في الجزء الثاني ص ٣٤١ - ٣٤٥ فراجع .

وأما التصرف المعاملي مما لا يعد تصرفاً خارجاً ولا يكون محرماً فقد استشكل فيه على السببية بوجوه : (منها) ما عن النذكرة عن بعض العامة من ان الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، كما ان التكبيرة الثانية في الصلاة بنية الشروع فيها يخرج بها عن الصلاة ولا يشرع بها فيها . ويمكن ان يقرر ذلك بأن الانشاء الواحد كالبيع مثلاً لا يعقل ان يتحقق به امران مترتبان في التحقق كما في المقام ، فان انشاء البيع لترتب الفسخ عليه وترتب الانتقال إلى نفسه عليه ثم نقله عن ملكه إلى غيره لا يعقل (وبعبارة اخرى) إن البيع الوحداني لا يمكن ان يكون موجباً للدخول المبيع في ملك البائع ثم خروجه عنه ، لأن الثاني مترتب على الأول ، ولا يعقل وقوعه بانشائه ، نظير التكبيرة الثانية حيث لا يعقل ان تكون مخرجة عن الصلاة ومدخلة فيها ، فان ما هو المبطل للصلاة هو التكبير الذي لا يتحقق إلا بتام الكلام ، فاذا تم بطلت الصلاة ، ولا يعقل ان تكون تلك التكبيرة المبطلّة موجبة لانعقاد الصلاة .

والحاصل ان المصلي ما دام في الصلاة مثل صلاة الظهر مثلاً لا يعقل تلبسه ثانياً بتلك الصلاة ، فلا بد في صحة دخوله فيها ثانياً من بطلان الأولى وهو لا يحصل إلا بتام التكبيرة ، فهي مخرجة عن الصلاة وبعد الاخراج لا يعقل أن تكون مدخلة ، لعدم وجود لها حتى يتحقق بها الدخول . وبما قررناه يظهر النظر في جواب العلامة عن الاشكال ، وفي كلام بعضهم في رده بأن المبطل لا مانع من ان يكون مصححاً وسبباً لشيء آخر لكن الصلاة حيث انها عبادة والتكبيرة الزائدة زيادة محرمة فلا يعقل ان تكون جزءاً للعبادة ، وإلا فلو فرضنا أن ابطال الصلاة بالزيادة العمدية غير محرم لم يكن مانع من انعقادها بهذه الزيادة ، انتهى . إذ قد عرفت ان الاشكال في التكبيرة ليس ما ذكره ولا ينحل به ،

وإلا فعلى ما زعمه لا مانع من كونها جزءاً للعبادة ، فإنها غير محرمة وإنما المحرم ابطال الصلاة ، والمبطل لا يقع محرماً ، فان سبب المحرم ليس بمحرم فمن ابطال صلاته بالقهقهة ونحوها لا يكون مرتكباً لمحرمين ، وأما على ما قررنا فلا يعقل تحقق الدخول فيها بتلك التكبيرة محرمة كانت ام لا .
والصواب في الجواب ما تكرر منا من ان البيع بتمام ماهيته هو الايجاب والقبول لا دخل له في ماهيته ، وإنما الاحتياج اليه لأجل ترتب الأثر الواقعي على البيع ، وإلا فالبيع بنفسه لا يكون موضوع حكم العقلاء ، فالقبول ليس متمماً لماهيته ، بل متمم لموضوع الحكم بالنقل الواقعي ، كاجازة الفصولي فالايجاب الذي مفاده النقل الانشائي إذا قصد به الفسخ يتحقق به ويترتب عليه أثره وهو ملك البائع ، سواء تعقب بالقبول أم لا ، مثل ما لو بدا للقابل أو كان الموجب توهم لحوقه به ، فاذا لحق به تم موضوع الحكم بالنقل ، فيخرج من ملكه ، فالدخول في ملكه والخروج عنه إنما هو بحسب الاعتبار الواقعي العقلاني لا بفعل المنشئ ، وإنما عمل المنشئ إنشاء الايجاب فتحصل به المبادلة الانشائية الموجبة لفسخ البيع الانشائي ، ويترتب عليه أثره أي مالكيته الواقعية ، ثم بعد القبول يترتب عليه الخروج ، فالمدخل والمخرج شيان .

(وتوهم) أن المتربين في التحقق لا يعقل ايجادهما بانشاء واحد (مدفوع) بأن الايجاب الانشائي للبيع لنفسه سبب للفسخ وملكية المبيع ، وإذا انضم اليه القبول صار موضوعاً للحكم بخروجه عن ملكه ، فلا إشكال أصلاً ، وإنما الاشكال فيما إذا قيل بأن البيع موقوف على الملك .
(ومنها) لزوم الدور ، فان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع ، وبعبارة اخرى إن البيع موقوف على الملك ، والملك موقوف على الفسخ ، وهو موقوف على البيع ، فالدور مضمر .

وتقريبه ان البيع الذي اريد به الفسخ لا يقع ذلك به إلا إذا قصد به إخراج المبيع عن ملكه وكون البيع لنفسه ، وإلا فلو أراد البيع للملكه أو اطلق لم يقع الفسخ به ، بل صار فضولياً للملكه ، فسيبته للفسخ موقوفة على قصده لنفسه ، ولا يعقل القصد به إلا من مالك المال ، فانشاؤه جداً موقوف على الملك لخصوصية في المقام ، والفرض ان الملك موقوف على الفسخ الموقوف على البيع .

ولعل ما قررناه هو ظاهر كلام المستشكل ، حيث قال : إن البيع موقوف على الملك ، والحمل على ان صحة البيع موقوفة عليه خلاف ظاهره وعلى ما ذكرنا لا يتحقق عنوان البيع وماهيته في المقام ، فان الانشاء غير الجدي لا يكون بيعاً ، والجدي موقوف على الملك ، وعلى ذلك لا يصح الجواب بأن البيع الباطل أيضاً يترتب عليه الفسخ ، أو ان الايجاب فقط يترتب عليه الفسخ ، فان أمثال ذلك أجنبية عن الاشكال ، وإنما الاشكال نظير الاشكال في بيع الغاصب لنفسه .

والجواب عنه نظير ما ذكرناه في بيع الغاصب لنفسه من ان الجسد لا يتوقف على الملكية ، بل قد يتحقق لأغراض باعثة على الانشاء ، وفي المقام لما برى المنشئ ان الفسخ لا يحصل إلا بالانشاء الجدي لنفسه للبيع الانشائي لا محالة يقصده جداً .

ونظير هذا الاشكال وارد على جميع المعاملات الفضولية وغيرها إلا ما ندر ، فان الجسد على نقل ما ليس له ولا يكون سلطاناً عليه لا يعقل ، أما في الفضولي فظاهر ، وأما في الأصيل فلأن إيجابه تصرف في سلطان الغير بنقل ثمنه إلى نفسه ، بل وينقل السلعة اليه مع عدم سلطانه عليه ، فالاشكال مشترك الورد ، ومحصله ان النقل الواقعي لا يعقل من الغاصب والفضولي ولا من الأصيل مع انه مالك فعلاً ، وذلك لما عرفت من ان النقل إلى

الغير تصرف في سلطانه ، كما ان نقل ماله بالايجاب إلى نفسه كذلك .
والجواب في الجميع هو ان البيع كسائر الانشائيات عقداً وإيقاعاً لا يتوقف على الملكية ، فانه نقل ايقاعي انشائي يحتاج إلى الجهد والقصد إلى مفاده ، وهو يحصل إذا رأى المنشئ فيه أثراً ، فالفضولي يقصد البيع الحقيقي برجاء لحق الاجازة وترتب الأثر ، والموجب يقصده مع علمه بلحق القبول أو رجائه ، والمريد للفسخ يقصد البيع الانشائي لنفسه لغرض تحقق الفسخ به ، وبذلك وبما تقدم يندفع اشكال الدور ولزوم ايجاد المترتين بانشاء واحد فانها كانا مبنيين على لزوم حصول الملكية الحقيقية في تحقق البيع .

كما انه يظهر مما تقدم النظر فيما أفادوا من حصول الفسخ بأول جزء من الانشاء ، فان مرادهم به - بقريته عطف العتق على البيع ، ونفي الجزء الذي لا يتجزأ ، كما في كلام الشيخ الأعظم (قده) - هو أول حرف أو أقل منه ، وقد تقدم أن ما يحصل به الفسخ هو ما يكون آلة عقلائية لانشائه وإيجاده ولا يكون هو في المقام إلا الايجاب بتمام تحققه ، وسيأتي الكلام في مثل العتق .

وكذا النظر فيما قيل من ان التصرف المعاملي الذي يقصد به الفسخ إما هو البيع أي التملك الحقيقي أو التملك الانشائي المركب من الايجاب والقبول أو جزء من العقد .

ضرورة ان التملك الحقيقي ليس فعل الفاسخ البائع ، لأن الملكية الحقيقية من الاعتبارات العقلائية أو الشرعية ، وترتب على العقد الانشائي ترتب الحكم على موضوعه ، والحكم العقلائي والشرعي ليس معلولاً للانشاء العقدي تكوينياً حتى يعد من فعل المنشئ ولو بوسط ، ولو اغمض عنه فالعقد الذي يترتب عليه الأثر ليس من فعل الفاسخ ، إذ القبول جزء منه ودخيل في ترتبه ، وهو ليس من فعله .

وبهذا يظهر بطلان الشق الثاني من كلامه ، وهو حصول الفسخ بتمام العقد الانشائي ، إذ لا يعقل ان يكون فعل الغير سبباً أو جزء سبب لفسخ ذي الخيار إلا ممن يكون قائماً مقامه كالوكيل ، فالفسخ في العقود لا يحصل إلا بالايجاب فقط لا بجزئه ولا بشيء أجنبي ملحق به .

بقي الاشكال في الايقاعات وكذا في العقود فيما إذا كان البائع وكيلاً عن المشتري في اجرائها ، اما في الايقاع فلأن المفروض عدم حصول الفسخ إلا بنامه وهو تمام الموضوع لحصول الأمر الايقاعي ، فإذا تم يترتب عليه الفسخ والعتق مثلاً في رتبة واحدة وحال واحد ، فلا بد من القول ببطلان العتق وتحقق الفسخ ، فإنه يحصل بنفس الانشاء ولو لم يترتب عليه الأثر ، وأما في العقد فلأن الايجاب تمام حقيقة العقد ، ومع توكيل المشتري لا يحتاج إلى القبول ، بل القبول حينئذ لغو ، لأنه لا دخل له في ماهية البيع ولا في ترتيب الأثر بعد توكيله ، فيرد الاشكال المتقدم .

ويمكن ان يجاب عنه بأن الفسخ مترتب على الانشاء في العقد والايقاع بلا انتظار شيء ، لكونه تمام السبب له ، وأما الملكية والعتق واقعاً فمشروطتان بالملك ، فيتأخران رتبة عن حصول الملكية ، فالعقد سبب للفسخ المترتب عليه الملكية ، والعقد مع حصول شرطه سبب للبيع ، وكذا الحال في العتق واحتمال عدم صحة العتق ، لأن الايقاعات لا تجري فيها الفضولية ولا ما هو من قبيلها فاسد ، لأن جريان الفضولية في الايقاعات على القواعد ، وإنما يمنع عنه الاجماع وإن كان في تحققه اشكال ، وكيف كان لا اشكال في المقام ، لأنه ليس فضولياً ولا بحكمه ، لعدم التفكيك خارجاً بين الايقاع وترتب الأثر ، وإنما التأخر رتبي .

(ومنها) ان الظاهر من قوله صلى الله عليه وآله (١) : « لا يبيع

(١) الموجود في المستدرک في الباب - ١ - من ابواب عقد البيع =

إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك « هو لزوم تقدم الملك على البيع المركب من الإيجاب والقبول ، فلا يجوز تأخر الملك عن جزء من أجزاء الصيغة ، وكل جزء وقع به الفسخ لتحصيل الملك كان منحللاً إلى أجزاء بعضها سابق في الوجود على الملك ، نعم لو قلنا بوجود الجزء الذي لا يتجزأ يمكن ان يقال : ان الجزء الذي في مبدأ السلسلة يقع به الفسخ ولا جزء قبله ، وتأخر الملك عنه رتبي لا خارجي ، لكن يرد عليه ان الظاهر من الحديث عدم كفاية المقارنة بين الملك والانشاء وهي محققة .

وأنت خبير بوهن هذا الاشكال ، وقد أجاب عنه الشيخ الأعظم (قده) ومن العجيب ذكر الجزء الذي لا يتجزأ في المقام واحتمال وقوع الفسخ به ، ولو لا كلام الشيخ الأعظم (قده) لما تعرضنا له ، ولقد أجبنا عنه في البيع الفضولي ، وأجاد الشيخ الأعظم (قده) فيما أفاد في رده .

فروع :

لو تصرف تصرفاً خارجياً أو اعتبارياً في العوضين دفعة واحدة فله صور كثيرة ، فان التصرف إما ان يقصد به الفسخ والابرام ، أو يقصد به احدهما ، أو لا يقصد به شيء منها ، وعلى اي حال فاما ان نقول باعتبار الانشاء والتسبيب فيها بفعل صالح لذلك عند العقلاء ، أو نقول بحصولها بنفس الرضا والكره المنكشفين بشيء من القول أو الفعل ، أو نقول بحصولها بالرضا تعبداً ، أو بالفعل الدال عليه تعبداً وان لم يكن قاصداً

= الحديث ٣ من كتاب التجارة « لا بيع إلا فيما تملك » وفي الوسائل في الباب - ٥ - من كتاب العتق - الحديث ٢ « لا عتق إلا بعد ملك » وفي سنن البيهقي - ج ٧ ص ٣١٨ « لا بيع فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك » .

أو راضياً ، وكذا في جانب الكراهة ، أو نقول بكفاية واحد مما ذكر في الأبرام دون الفسخ أو بالعكس ، وعلى أي حال ، فاما ان يكون الخيار للمشتري أو للبائع أو لها .

وهذه الصور بعضها معلوم الحكم وبعضها فاسد ، وتحتاج جملة منها إلى البيان ، ونحن نذكر بعضها ويعلم منه حال سائرهما .

فنقول : لو تصرف فيهما تصرفاً اعتبارياً ، كما لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار له فقال : « اعتقتها » قاصداً به الفسخ والأبرام لو فرضنا امكانه كما لو كان غافلاً أو كان التصرف منه في احدهما ومن وكيله المطلق في الآخر في زمان واحد ، فلا شبهة في عدم حصول الفسخ ولا الأبرام لو قلنا بأن إنشاء العتق تسبب لها ، ودعوى تقديم الفسخ على الأبرام واضح الضعف ، كما افاده الشيخ الأعظم (قدّه) في رده .

ولما الكلام والاشكال في عتق العبد بعد وضوح عدم حصول الفسخ والأبرام وعدم تحقق عتق الجارية ، لتوقفه على الانفساخ المفروض عدم تحققه . فنقول : يمكن ان يقال : بانعتاق العبد لأن انشاؤه متحقق ولا مانع من تأثيره ، (توضيحه) ان الانشاء الجدي في عتق العبد مع الغض عن عتق الجارية يترتب عليه أثران في زمان واحد ورتبة واحدة ، احدهما حصول الانعتاق ، وثانيهما تحقق الأبرام ، فهما اثران مترتان عليه في عرض واحد واما في عتق الجارية فلا اثر له إلا الفسخ ، فيترتب ذلك عليه عند تمام الانشاء ، وهو تمام اثره ، واما ترتب العتق عليه فموقوف على حصول الملكية المتوقفة على الانفساخ ، فليس انعتاقها اثرأ مترتباً على انشاء عتقها ، بل على فرض عدم المزاحم تحصل الملكية بالانفساخ الحاصل من الايقاع الانشائي وترتب عليه عتقها ، فعلى ذلك يكون لعتق العبد أثران الأبرام والانعتاق ، ولعتق الجارية اثر واحد هو الانفساخ .

لا إشكال في منافاة الأبرام والفسخ المترقب حصولها بالعتق ، كما لا إشكال في عدم المزاحمة بين العتقين الانشائيين ، وكذا في عدم المزاحم لعتق العبد ، فان المزاحم إنما هو للأثر الآخر وهو الأبرام ، فلعتقه أثر يزاحم بمقابله ، وأثر لا يكون له مزاحم في هذا الحال ، ولما كانت المزاحمة بين الأبرام والفسخ مانعة عن تحققها ، فيرتفع موضوع المزاحم للملكية العبد للبائع والتحرير والانعقاد .

(فما في بعض الكلمات) من ان الفسخ له حيثان ذاتية وعرضية بلحاظ مقتضاه فهو مناف ومزاحم للعتق بلحاظ حيثيته العرضية أي حصول الملكية للبائع مقارناً لتام الأثناء وزوال الرقية والملكية عنه رأساً ، فالمزاحمة وان لم تكن ذاتية لكن تكون بحيثيته العرضية .

(كأنه غير وارد) فان معنى المزاحمة العرضية أن المزاحمة حقيقة بين الآثار ، وإنما تنسب إلى الفسخ بالعرض والمجاز ، فالفسخ لا يزاحم حقيقة للعتق ، بل الأثر المترتب عليه مزاحم لأثره ، وعلى ما أشرنا إليه من استلزام المزاحمة الذاتية بين الأبرام والفسخ لبطلانها معاً يدفع موضوع المزاحمة العرضية ، وإن شئت قلت : إن العتق وقع على ملكه وعلى ملك غيره دفعة ، ووقوعه على ملكه يوجب الانعقاد ، لعدم المزاحم ، لكونه مدفوعاً بمزاحمه .

(وبتقريب آخر) لا إشكال في حصول عتق العبد فيما لو أحرز عدم تحقق الفسخ للمزاحمة ، فان القطع بعدم الفسخ ملازم للقطع بعدم الخروج عن ملكه والقطع بحصول شرط العتق ، وأما مع الشك فيه لاحتمال كون أحدهما مؤثراً واقعاً دون الآخر فأصالة عدم تحقق الفسخ معارضة بأصالة عدم تحقق الأبرام ، ولا معارضة بينها وبين أصالة بقاء ملك المشتري ، لأن الشك في بقاء ملكه مسبب عن الشك في تحقق الفسخ .

فحينئذ يمكن تصحيح العتق بوجهين : (أحدهما) أصالة عدم الفسخ

والإبرام ، فإن الأثر المشترك للمتعارضين لا مانع من ثبوته ، وهذا بناء على كون بقاء ملكية المشتري للعبد أثراً شرعياً لعدم حل العقد وعدم إبرامه ، ولو قيل بعدم كون أصل عدم الإبرام مثبتاً للملكية يقال : إن أصالة عدم الفسخ كافية ولا معارض لها في هذا الأثر .

(ثانيهما) أصالة بقاء الملك ، ولا إشكال فيها بعد سقوط الأصل الحاكم بالمعارضة وشبهة المثبتة فيه ، بأن يقال : إن عدم الفسخ لازمه العقلي بقاء العقد وبقاء الملكية ، بخلاف أصالة بقاء الملك ، فإنها محرزة لموضوع الحكم الشرعي ، وهو قوله صلى الله عليه وآله : « لا عتق إلا في ملك » فتدبر جيداً .

ومما ذكرنا يظهر الأشكال في كلام الشيخ الأعظم (قدس) من أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية وبالعكس ، فإن الموقوف عليه في جانب عتق العبد محقق ، وهو عدم عتق الجارية .

ولو اعتقها وأراد به الإبرام فلا إشكال في تحقق عتق العبد وعدم تحقق عتق الجارية .

ولو أراد به الفسخ فقد يقال بوقوعه ، وكذا وقوع عتق الجارية لما تقدم من أن العتق الانشائي موجب للفسخ ، ويترتب عليه ملكية الجارية للفاسخ وحصول شرط العتق ، ولا دليل شرعاً أو عقلاً على بطلانه ، وقد تقدم حال توهم مزاحمة الفسخ وعدم وقوع عتق العبد .

لكن الأقوى وقوع عتق العبد وعدم وقوع الفسخ ولا عتق الجارية ، وذلك للتنافي بين مقتضى الفسخ ومقتضى عتق العبد ، لامتناع الجمع بين الانعتاق وحصول الملك للبائع بالفسخ في حال واحد ، وعليه فلو فرض العلم ببطلانها معاً لأجل التنافي وسقوطها معاً لم يكن إشكال في بطلان الجميع لكن ليس لنا علم بذلك ، غاية الأمر العلم بعدم إمكان صحتها لاحتمال

صحته الفسخ ووقوع عتق الجارية وبطلان عتق العبد وبالعكس ، ومعه لا بد من الرجوع إلى الأصول .

والأصول المتصورة هنا خمسة : أحدها أصالة عدم تحقق الفسخ ، وهي أصل سببي محض . ثانيها أصالة عدم عتق العبد . وثالثها أصالة عدم عتق الجارية ، وهما أصلان مسببيان محضاً . رابعها أصالة بقاء العبد في ملك المشتري . وخامسها أصالة بقاء الجارية في ملك البائع ، وهما أصلان سببيان بالنسبة إلى الأصلين الآتئين ومسببيان بالنسبة إلى الأصل الأول ، فإن الشك في عتق كل منهما ناشٍ عن الشك في حصول الملكية وعدمه ، والشك في الحصول ناشٍ عن الشك في تحقق الفسخ .

فحينئذٍ إن قلنا بأن أصالة عدم الفسخ تحرز ملكية المشتري للعبد والبائع للجارية ، فيحترز بها موضوع قوله صلى الله عليه وآله : « لا عتق إلا في ملك ولا بيع إلا في ملك » في أن أحدهما بالنسبة إلى البائع مندرج تحت المستثنى والآخر تحت المستثنى منه ، وبالنسبة إلى المشتري عكس ذلك ، فنحكم بصحة عتق العبد وبطلان عتق الجارية ، وإن قلنا بأن ترتب بقاء الملكية وزوالها على الفسخ وعدمه عقلي لا شرعي فيجري الأصلان الآخران أي أصالة ملك المشتري للعبد وملك البائع للجارية ، ولا إشكال فيهما ، لأحرازهما موضوع الدليل الشرعي ، وهو لا عتق ولا بيع إلا في ملك ، فلا محالة يحكم بصحة عتق العبد وعدم صحة عتق الجارية ، وعدم حصول الفسخ ، لأصالة عدمه .

مسألة :

ومن أحكام الخيار على قول جمع من الأصحاب عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع عن استرداد العين عند الفسخ ، والمحتمل في المقام حرمة التصرف تكليفاً وعدم النفوذ وضعاً مطلقاً ، والجواز وضعاً وتكليفاً مطلقاً والتفصيل بين التكليف والوضع مطلقاً بالجواز تكليفاً وعدم النفوذ وضعاً ، وبالعكس ، والتفصيل بين العتق وغيره .

والأقوى الجواز تكليفاً والنفوذ وضعاً مطلقاً ، لما تقدم كراراً من ان ماهية البيع وغيره من الماهيات التسيبية عقداً وايقاعاً ليست إلا الانشائيات والعناوين المنشأة بالأسباب العقلانية أو الشرعية ، وترتب الآثار خارج عن حقيقتها ، فالبيع الفضولي والايجاب من الأصل وغيره تمام ماهية البيع وإن لم يترتب عليه الأثر إلا بالقبول الذي هو بمنزلة الاجازة في الفضولي ، بل هو هي حقيقة وبالاجازة التي هي بمنزلة القبول في عقد الأصل بل هي هو حقيقة .

فاذا كان البيع هو الانشائي منه وكان ما يوجد المتبايعان هو موضوع الحكم الشرعي والعقلائي ولم يكن النقل الواقعي من فعلهما ولا فعلهما مؤثراً فيه بوجه إلا على نحو تحقق الموضوع الذي ليس هو التأثير بوجه لم يعقل ان يكون الفسخ أو الاقالة إلا حل العقد الانشائي المترتب عليه الرد الانشائي لا الحقيقي ، وإنما الرد الحقيقي أثر عقلائي وشرعي مترتب عليه والحل موضوع له ، ولا يعقل ان يكون الفسخ سبباً لغير الحل ولا له ولأمر زائد عليه .

فعل ذلك لا يكون التصرف مطلقاً تصرفاً في حق ذي الخيار واماناً

عن الاسترداد الاعتباري الانشائي المترتب على فعله ، فالعقد في الأصل والفضولي والحل فيها بمعنى واحد وحقيقة فاردة ، فكما ان العقد او الحل في الفضولي لا يكون تصرفاً في مال الغير كذلك في العقد والحل من الأصل وإنما الفرق بينهما بأمر خارج عن قدرتهما وعن ماهية العقد والفسخ .

وعلى ما ذكرنا يترتب أمور : (منها) جواز التصرف تكليفاً . (ومنها) نفوذ التصرفات الاعتبارية عقداً وإيقاعاً . (ومنها) ثبوت الخيار مع تلف العين حقيقة أو حكماً ، فان الفسخ الايقاعي الانشائي لا ينافيها ، أما في الحكمي فلعدم المنافاة بين كون العين ملكاً للمشتري الثاني حقيقة وللناسخ إيقاعاً وانشاءً ، كما في العقد الفضولي الذي يوجب الملكية الانشائية للمشتري مع كون العين ملك غيره حقيقة ، وأما في الحقيقي فلأن العقد حين وجوده أوجب تبادل العوضين إيقاعاً وانشاءً ، وهذا المعنى الاعتباري موجود إلى ما بعد التلف ، وهو لا يوجب سلب الاعتبار .

(وتخييل) ان العدم غير قابل للإشارة اليه ولا لثبوت شيء له أو لسلبه عنه ، فلا يعقل الحل الانشائي الموجب لنقل ملك العوضين انشاءً (مدفوع) أولاً بأن الحل لا يحتاج إلى تصور طرفي العقد بل تحتاج إلى تصور العقد ، وثانياً بأن العوضين حال وجودهما أي حال تحقق العقد معلومان ، والعلم بهما محفوظ والحل يوجب السلب الايقاعي عما هو المشار اليه بالإشارة العقلية ، وليس ذلك امراً خارجياً ثابتاً للمعدوم أو مسلوباً عنه ، فكأن الفاسخ قال : فسخت العقد الذي تعلق بالعوضين .

وبالجملة الثبوت والسلب الواقعيان ليسا مقتضى الفسخ ، وما هو مقتضاه ليس إلا حل العقد الايقاعي الموجود في اعتبار العقلاء ، وأثره بحسب حكم العقلاء رجوع العين إن كانت موجودة ورجوع البدل مع عدمها . (ومنها) عدم جواز إلزام الطرف على فسخ العقد الخياري والجائز

وعدم جواز إلزامه على اشتراء العين (ومنها) عدم انفساخ العقد الواقع على المبيع وعدم نفوذ فسخه من ذي الخيار (ومنها) ثبوت المثل أو القيمة في صورة التلف بحسب الحكم العقلائي على ذمة الطرف بمجرد تحقق الفسخ والحل الانشائي ، والمعيار قيمة حال الفسخ .

ومما ذكرناه يظهر النظر في كلام جملة من الأعلام (منهم) السيد الطباطبائي (قده) قال ما حاصله : إن مقتضى الفسخ رجوع العوضين إلى مالكها ، ومقتضاه وجوب دفعها مع الامكان ، وفي حال التلف يضمن نفس العين لابدها ، وإعطاء البديل لتفريغ ذمته ، كما في سائر الضمانات . والحاصل ان العقد إذا انحل يرجع نفس العوض ، فان كان موجوداً فهو وإلا فيقدر موجوداً في ذمة المفسوخ عليه ، فاذا فرض امكان تحصيله وجب مقدماً على البديل ، وبالجملة فالمقام نظير ضمان الحيلولة ، إلى أن قال : التحقيق ما ذكرنا ، كيف ولو رجع البديل لزم رجوع غير ما وقع عليه العقد بالفسخ ، ثم فرّع عليه أموراً .

وفيه ما لا يخفى ، لأنه أراد بذلك التخلص عن مخالفة مقتضى الفسخ بملاحظة أن رجوع البديل مخالف له ، فقال : إن مقتضاه رجوع نفس العين ومع تلفها تقدر موجودة في ذمة الطرف عملاً بمقتضى الفسخ الذي هو رد العوض إلى محله .

وأنت خبير : بأن العقد وقع على العين الموجودة الشخصية الخارجية ، فلو انتقلت إلى غيره كان الغير مالكا لها وهي موجودة في الخارج ، ولا إشكال في أن مقتضى الفسخ على مبناهم إرجاع العوض بعينه وهو العين الموجودة في ملك الغير ، وهو معترف بعدم رجوعها ، ولهذا ذهب إلى جواز إلزامه بالفسخ ، وتقدير وجودها في ذمة الغير ، والوجود الفرضي في الذمة لا يوجب تحقق عنوان الفسخ والحل ، ولا يكون ذلك الوجود

ما تعلق به العقد ، فهو أجنبي عن العوض وما تعلق به العقد ، وكذا الحال لو كانت تالفة حقيقة ، فان الفسخ لا يعقل أن يوجب إرجاعها لكونها معدومة ، وتقدير الوجود لا يصحح اقتضاء الفسخ ، فما فرّ منه وقع فيه بوجه أفسد .

ثم إنه قد مر منا في مسألة ضمان اليد أن باب الضمانات أيضاً ليس كما ذكره ، وأما التنظير ببدل الخيلولة فليس في محله كما هو واضح . (ومنهم) بعض أهل التحقيق (قدّه) في تعليقه على كلام الشيخ الأعظم (قدّه) فقال بعد ذكر مقدمات ما محصله : العين التي وقعت المعاوضة عليها ذات شؤون ثلاثة ، وهي ماهيتها الشخصية التي بها تمتاز هذه الحصة عن سائر الحصص والوجود التي تمتاز به هذه الهوية عن سائر الهويات ، فهذه العين تنحل إلى ماهية شخصية ووجود خاص ، والحيفية الثانية حيثية كونها ذات طبيعة نوعية كطبيعة الخنطة التي لها أفراد مماثلة ، والحيفية الثالثة حيثية المالية التي تمتاز بها عن غيرها .

ومن الواضح ان أغراض المتعاملين تارة تتعلق بالحيفية الأولى ، وهذه أغراض شخصية ، واخرى تتعلق بالحيفية النوعية والمالية ، وهي الأغراض النوعية من غير نظر إلى الخصوصيات ، وللشارع رعاية الطبيعة النوعية وحيثية المالية التي هي مدار الأغراض النوعية ، فيوسع في دائرة الحق ، ولا يجعله مقصوراً على صورة بقاء العين الشخصية .

والطبيعة النوعية كما انها محفوظة مع وجود هذه الماهية الشخصية كذلك مع تلفها ، وليست الطبيعة النوعية ملحوظة بما هي ولا بشرط حتى يكون لمن عليه الخيار أداؤها بأداء ما يماثل العين مع وجودها ، ولا الماهية الشخصية ملحوظة بما هي متحدة مع وجودها الخاص بها بالذات حتى يسقط الحق بتلفها ويكون أداء بدلها باقتضاء فرد آخر من الحق أو بمعنى أجنبي عن حقيقة

الفسخ ، بل لوحظ متعلق الحق الوحداني نفس الماهية الشخصية بما هي متحدة مع طبيعتها النوعية ، وهذا الاتحاد هو المصحح لسعة دائرة موضوع الحق الوحداني ، فمع وجود الماهية الشخصية يجب رجوعها ، ومع تلفها يرد الطبيعة النوعية والحديثة المالية ، لأنها لم تتلفا ، هذا بحسب الثبوت ، واما بحسب الاثبات فيكفي إطلاق دليل الخيار لصورة تلف العين ، انتهى .

وأنت خير بما فيه من التكلف والتعسف مع عدم الانتاج لما أراده ، ولو لا بعض الملاحظات لما تعرضنا لمثله ، لكن لا بأس بذكر بعض ما فيه من الأنظار الواضحة : (منها) ان قوله : « إن هذه العين تنحل إلى ماهية شخصية ووجود خاص » مخالف للواقع والبرهان ، فان الماهية لا شخصية لها في قبال الوجود ، ولا يعقل انحلال الموجود الى الماهية الشخصية والوجود ، لأن الشخصية عين الوجود ، فهذا التوهم مساوق لقول : إن الموجود ينحل إلى الوجود والماهية الموجودة ، فالتحقيق : ان كل موجود ممكن ينحل إلى ماهية ووجود ، وهذه الماهية لا شخصية لها ولا تكون فرداً إلا بوجودها ، وحديث الحصة الذي وقع في كلامه فاسد أيضاً ، كما هو ظاهر عند اهله .

(ومنها) ان قوله : « إن الأغراض النوعية متعلقة بحشية الطبيعة النوعية والمالية » على فرض تسليمه لا يفيد على وجه وفساد على آخر .

فان العقد إن وقع على ما تعلق به الغرض اي الماهية النوعية والمالية الكلية الموجودتين مع سائر الأفراد فيكون المتعلق كلياً لا شخصياً ، وللبائع أداء اي فرد اراد ، وهو فاسد ، لأن المفروض تعلق العقد بالجزئي الحقيقي والطبيعة الموجودة بوجوده جزئية بجزئية الوجود وكذا المالية .

وإن وقع على الشخص ، وان كان الداعي تحصيل ماليته أو نفس الطبيعة النوعية فلا يعقل بقاء متعلق العقد بعد تلف الشخص ، فان ما لا يتلف هو

المالية الكلية والطبيعة النوعية على اشكال فيه أيضاً على المذهب الدقيق وإن كان موافقاً للنظر العرفي العقلاني ، ومن الواضح ان العقد لم يتعلق بها ، وما تعلق به تلف ولم يبق له مالية ولا النوع المتحد معه ، فجعل الخيار مع التلف لا يعقل ان يكون مقتضاه رد ما تعلق به العقد على هذا المبني ، ومآل رعاية الشارع للغرض النوعي في جعل الخيار جعله لرد امر اجنبي عن المعاملة وهو غير معقول ، وإنما المعقول جعل حق له لاستنقاذ حقه من غير مورد المعاملة ، وهو خلاف الفرض والواقع .

(ومنها) ان قوله : « يكفي في مقام الاثبات إطلاق دليل الخيار لصورة التلف » غير مرضي ، لعدم تعقل إطلاق الدليل لما لا يكون موضوعاً له ، فإطلاق دليل خيار فسخ العقد المتعلق بهذا الشخص لا يعقل شموله لما لا يكون متعلقاً له حتى يقتضي رجوع أمر أجنبي عن العقد ، وهو واضح ، والتحقيق في المقام هو ما مر منا في حقيقة العقد وماهية الفسخ ، وعليه فيثبت الخيار ويرد بالفسخ ما تعلق به العقد على ما تقدم من غير ورود إشكال عليه .

(ومنهم) بعض الأعاضم (قده) على ما في تقريراته ، وحاصله : أن الخيار طريق إلى استرجاع نفس العين لا أعم منها ومن المثل أو القيمة ولما كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم الأداء كما قلنا في محله ، فلا يجوز التصرفات المانعة عن الاسترداد .

وفيه أنه إن اريد بالطريقة ما كان من قبيل الأغراض كما انه الظاهر من بعض عباراته فلا يوجب ذلك عدم جواز التصرف بوجه ، لأنها خارجة عن الخيار ولا يجب حفظ أغراض ذي الخيار ، وإن كان المراد أن الخيار فسخ العقد وارجاع العين الخارجية فقد تقدم فساد ، مضافاً إلى أن ابتناء المسألة على مسألة الضمان وأن المعيار قيمة يوم التلف أو يوم الأداء مما لا

وجه له ، كما لا يخفى .

ثم إن ما ذكرنا من جواز التصرف مطلقاً إنما هو في الخيارات العقلية كخيار الغبن وتحلف الوصف والشرط ، أو الشرعية كخيار الحيوان .
وأما في الخيارات المجعولة من قبل المتعاقدين فالجواز وعدمه تابعان لجعلها ، فان كان المجعول نفس خيار فسخ العقد كما لو شرط أن له خيار فسخه إلى سنة مثلاً ، كان حاله حال الخيارات العقلية والشرعية ، لعين ما تقدم من البيان .

وإن كان الشرط هو رد العين ، كما هو المتعارف في البيع بشرط رد الثمن ، بأن قال : « إن أنا جئتك بالثمن إلى سنة ترد عليّ العين » فلا ينبغي الاشكال في عدم جواز التصرف ، بل ولا في عدم النفوذ لو تصرف بالبيع ونحوه ، فان هذا الشرط وإن كان متضمناً لشرط الخيار وسلطنة فسخ العقد لكن يستفاد منه أمر آخر هو حق استرجاع نفس العين ، ومع هذا الحق لا يجوز التصرف المانع عنه ولا يكون نافذاً (وتوهم) نفوذه ولو كان التصرف غير جائز (فاسد) فان المستفاد من مثل ذلك هو استحقاق الاسترجاع .

والشرط المذكور كما يكون بنحو شرط الفعل ، كأن يقول : « إن أنا جئتك بالثمن ترد عليّ مالي » كذلك قد يكون بنحو شرط النتيجة ، بأن يقول : « لو جئتك بالثمن يكون العين لي » .

وفي روايات الباب ما يستفاد منها شرط الفعل ، كرواية اسحاق بن عمار (١) 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 من ان تكون لغيرك على ان تشرط لي

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد عليّ ، فقال : لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه « إلى آخرها .

والظاهر المتفاهم منها ان قوله : « أن ترد عليّ » كناية عن حق الفسخ وحق الاسترجاع به لا شرط النتيجة ، كما في الرواية الآتية ، ومن المعلوم ان الظاهر منها جعل حق استرجاع نفس العين وإن كان متضمناً للخيار ايضاً ، فلا يتوهم سقوط الخيار مع تلفها ، فان مثل هذا يدل عرفاً على امرين : احدهما حق أخذ نفس العين وثانيهما حق الفسخ .

وما يستفاد منها شرط النتيجة كرواية معاوية بن ميسرة (١) قال : « سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط أنك أن اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله ، قال : له شرطه « ففي صورتين لا اشكال في عدم جواز التصرف ، ولا في عدم نفوذه ، كما لا اشكال في ثبوت حق الخيار مع التلف .

نعم هنا صورة اخرى ، وهي شرط الخيار برد الثمن ، كأن يقول : « شرطت عليك إن انا جئت بالثمن في الخيار » فيحتمل أن يكون حالها حال الخيارات الشرعية ، من جواز التصرف ونفوذه فيها ، وأن تكون حال الصورة السابقة مما قلنا فيها بعدم الجواز وعدم النفوذ ، بأن يقال : إن المعهود عند العقلاء في مثل هذا الشرط بحسب النوع هو الرجوع إلى نفس العين ، وذلك يوجب صرف الكلام إلى ما هو المتعارف من جعل حق الرجوع إلى نفس العين زائداً عن حق الخيار ، وهذا لا يخلو من جودة وإن لا يخلو من إشكال ، وأما احتمال أن التصرف لا يجوز لكنه ينفذ فيغير مرضي .
ومما تقدم منا في صدر المسألة من وجه جواز التصرف يظهر عدم

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب الخيار - الحديث ٣ .

وقع للبحث عن تقدم حق الخيار أو حق الاستيلاء ، ضرورة عدم التزام
بينهما ، لعدم حق لذي الخيار في الجارية ، مع ان البحث في مثله قليل
الجدوى في هذه الأزمنة .

ثم إن المتيقن من منع التصرف في زمان الخيار على القول به هو زمان
تحقق الخيار بالفعل ، كما في خيار المجلس والحيوان ونحوهما ، وأما لو لم
يتحقق فعلاً كما لو جعل الخيار بعد شهر ، وكما في خيار الغبن على القول
بحدوثه عند ظهوره وغير ذلك مما هو كذلك فالظاهر عدم المانع من التصرف
من غير فرق بين الجعل في زمان متأخر وغيره ، لاشتراكهما في فقدان المانع
فان ما هو المانع على القول به هو الخيار وحق الغير ، والفرص عدم تحققه
ووجوده في زمان متأخر لا يوجب الفرق ، وما قلنا في مقدمة الواجب
المشروط المعلوم حصول شرطه قبل حصوله لا يأتي في المقام ، كما هو ظاهر .

وما أفاده الشيخ الأعظم (قدس) في وجه الفرق بين الخيار المتوقع
على حضور الزمان وغيره - من ان ثبوت الحق في الأول معلوم وإن لم
يخصر زمانه ، بخلاف الثاني - غير وجيه ، لأن العلم بثبوت حق في زمان
متأخر لا يوجب حقاً فعلاً ، ففي الزمان الحاضر لاحق بوجه ، فلا مانع
ولا يعقل ان يكون المعدوم في الحال مانعاً ، والمانعية في زمان ثبوت الحق
لا تسري إلى المتقدم ، وليس الخيار كالواجب المعلق ، كما هو واضح .

(وما قيل) من ان المانع من التصرف هو تزول العقد وفعلية حق
ذي الخيار وهما حاصلان ، لأن نفس الشرط الموجود حال العقد حق مالكي
يجوز اسقاطه ، والتصرف المتلف مناف له .

(فيه) ان التزول الفعلي بمعنى ثبوت الخيار فعلاً ممنوع ، وكونه
في معرض الحصول لا يوجب المنع ، مع ان التزول بنفسه ليس مانعاً ،
بل المانع هو الحق المتعلق بالعين ، وأما كون نفس الشرط حقاً مالكيّاً فلا

يرجع إلى محصل وإن كان له إسقاطه عرفاً ، نظير الاقالة ، والمانع إنما هو الخيار ، وهو ليس بموجود فعلاً ، والمعرضية لا تفيد ، ولو قيل : إن صحة الاسقاط تستلزم ثبوت الحق لو سلم فغايتته ان الشرط حق ، لكن كونه حقاً يوجب المنع ممنوع كما لا يخفى .

وربما يقال بناءً على ثبوت الخيار على أي حال ، وبناءً على الانتقال إلى البدل مع التلف القهري : إن الأمر دائر بين أمور ثلاثة : إنفاذ التصرف بقول مطلق ، فلا يبقى معه مجال للخيار ، وعدمه كذلك وعليه فيتمكن من إعماله في ظرفه ، وإنفاذه إلى زمان تحقق الخيار ، لا مجال للثالث ، لأن الصحة غير قابلة للتوقيت ، والأول خلف ، لأن المفروض ثبوت الحق في ظرفه ، كما ان المفروض أن الانتقال إلى البدل مختص بالتلف القهري ، فيبقى الثاني وهو المطلوب ، انتهى ملخصاً .

وفيه - مضافاً إلى ابتناؤه على بناءين فاسدين ، فان ثبوت الخيار بقول مطلق حتى مع عدم إمكان إعماله وعدم تحقق موضوعه ممنوع ، بل فرض فاسد ، كما ان اختصاص البدل بالتلف القهري فاسد ، ولا اظن التزام القائل به ، فكيف يلتزم بعدم البدل وعدم الخيار لو اتلف العين عصباناً واختياراً - أن الفرض الثالث على فرض صحة البناءين هو المتعين ، ولا يلزم منه تحديد الصحة ، بل يمكن عروض الانفساخ القهري للعقد ، فيكون العقد متحققاً إلى زمان الخيار ومنفياً حاله ، كالوقف المنقطع الآخر .

وكيف كان لا اشكال في جواز التصرف ونفوذه وان الخيار يتحقق في ظرفه ويرجع بعد الفسخ إلى بدله ، إلا ان يجعل الخيار على وجه لا يتحقق عند عدم المبيع ، فيكون التصرف معدماً للموضوع قبل حصول الخيار وهو ايضاً جائز (نعم) يبقى الكلام في التصرفات الاعتبارية في الفرض الأخير وتزاحمها مع إعمال الخيار ، والبحث عنه غير مهم .

ثم على القول بالمنع من التصرف المنافي للخيار هل يجوز التصرف الذي ليس بنفسه منافياً لكن يحتمل ان يترتب عليه ما يوجب ذلك - كالتصرف الذي يحتمل ترتب تلف العين عليه ، وكوطف الجارية المحتمل ان يترتب عليه الاستيلاء ، بناءً على كونه موجباً لعدم جواز الرد - ؟ وجهان ، اوجهها عدم الجواز ، لأن مبنى هذا الحكم تعلق حق الغير بالعين ، فما هو الجائر من التصرفات فيها هو التصرف الذي لا يترتب عليه المزاحمة .

ومع الاحتمال لابد من الاحراز ، والتمسك بدليل السلطنة أو أصالة الاباحة مما لا وجه له ، وليس هنا اصل يحرز به عدم المزاحمة ، لأن أصالة عدم كون النطفة مثلاً مبدء نشوء الولد لا سابقة له ، لأنها من اول وجودها يحتمل ان تكون كذلك ، مع ان الأثر لا يترتب عليه ، بل يترتب على لازمه ، وعدم تحقق الاستيلاء بالوطء وصب النطفة في الرحم ليس له حالة سابقة يقينية بهذا المفهوم المتقيد ، فان النطفة من حين صبها في الرحم يحتمل ترتب الاستيلاء عليها ، وليس المراد التولد الفعلي ووضع الحمل فانه غير مشكوك فيه ، واما عدم كونها مبدءاً لنشوء الولد في الجارية الخارجية فله حالة سابقة قبل تحقق الوطف ، لكن لا يثبت بالأصل الجاري فيها ما هو موضوع الحكم ، فان أصالة عدم تحقق الاستيلاء بالوطء المنتفي قبل حصوله لا تثبت ان الوطف حين وجوده كذلك ، نظير الاشكال في استصحاب الأعدام الأزلية ، وبهذا يظهر الحال في أصالة عدم كون الفعل مزاحماً لحقه ، واصالة عدم مانعيته عن الرد إلى غير ذلك .

واما جواز الاجارة في زمان الخيار بناءً على عدم جواز التصرفات المانعة عن الرد فلا ينبغي الاشكال فيه ، فان الرد في المقام عبارة عن الرد الاعتباري لا الخارجي ، والمزاحم له إنما هو التصرف المانع عن رجوع العين بالفسخ كالاستيلاء والتلف والوقف ونحوها ، ولا شبهة في ان العين المستأجرة

التي هي مورد تعلق العقد والحق لا مانع من ان ترجع إلى ذي الخيار بالفسخ وما لا ترجع إليه هي المنافع وهي ليست مورد العقد والحق ، بل هي تابعة لوجود العين حقيقة ، ويملكها مالك العين إذا لم يكن مانع عن تبعيتها كما لو كانت عند الرجوع مسلوبة المنفعة كما في المقام .

(واما) تسليم العين إلى الفاسخ فهو وان كان ممنوعاً مدة الاجارة ، لكنه ليس من آثار الفسخ حتى تنافيه الاجارة ، بل هو من آثار صيرورته بالفسخ مالكا ، ووجوبه في المقام ممنوع ، لتعلق حق الغير بها في مدة الاجارة ، كبيع الشيء مسلوب المنفعة بالاجارة .

وعلى ما ذكر لا وجه للقول بالانفساخ أو لبطلان الاجارة من أول الأمر بالنسبة إلى هذه القطعة ، كما في عروض التلف على العين في الأثناء ، فان المنافع تابعة للعين في الملكية ، والعين مملوكة للمشتري بنحو الاطلاق ، والمنافع تابعة لها بنحو الاطلاق ، وقد تصرف فيها بالنقل ، والفسخ لا يكشف عن عدم ملكيته ، والقياس بالتلف مع الفارق .

ثم لا اشكال في ان على المشتري المؤجر للعين جبران المنافع المذكورة فان العقد تعلق بعين لها المنفعة ، ولا بد في الفسخ من رجوعها كذلك عرفاً ، وعند عدم عود المنفعة لمانع لا بد من جبران ماليتها ، كما انه لو فقد صفة من صفاتها التي لها مالية لا بد من جبرانها وإن لم يتعلق بها العقد .

فرع :

لو اذن ذو الخيار في التصرف المخرج فالظاهر سقوط خياره بمجرد ولو لم يتعقبه التصرف حتى على القول بتعلق الحق بالعقد على وجه موافق لحكم العقلاء والعرف ، فان الغرض النوعي والمطلوب الأول بحسب النوع هو

الفسخ للتوصل به إلى العين ، سواء كان الحق متعلقاً بالعين او بالعقد ، واما الرجوع إلى القيمة او المثل عند فقدان العين فهو من قبيل الغرامة ، ومن الواضح ان حق الخيار لم يتعلق إلا بالعقد او بنفس العين ، واما المثل والقيمة فليسا متعلقين له ، وعليه فيكون الاذن بالاتلاف او الانحراج عن ملكه مساوفاً عرفاً لرفع اليد عن حقه والتزامه بالعقد ، إذ لم يكن حقه ذا مراتب حتى يقال : إن رفع اليد عن بعض مراتبه لا ينافي بقاؤه بالنسبة إلى سائرها .

(ولو قيل) إن الاذن إنما هو لرفع الحرمة ، فان التصرف في متعلق حقه لا يجوز إلا باذنه ، فلا يدل على رفع اليد عن حقه (يقال) هذا صحيح فيما إذا بقي مورد الحق مع التصرف لو قلنا بأنه تعلق بالعين ، او بقي مجال للاسترجاع معه لو قلنا بتعلقه بالعقد ، واما مع كونه رافعاً للموضوع فلا مجال لهذا الاحتمال عرفاً ، وتوهم ان الاذن لعله لتحقق موضوع الغرامة بالفسخ مدفوع ، فانه احتمال غير عقلائي بعدما كان المطلوب العرفي استرجاع نفس العين .

وعلى ما ذكرناه لا فرق في السقوط بين تعقبه بالتصرف وعدمه ، بل لا يجوز له الرجوع ، فان مجرد الاذن مسقط .

واما مع الغض عما ذكر فلا يكون التصرف المأذون فيه ايضاً مستقطاً ، لأن غاية ما يقال : إن التصرف المذكور رافع لمحل الحق ، فلا يبقى الخيار وذلك إنما يصح لو قلنا بأن الحق متقوم بشخص العين بحيث لو تلفت بنفسها سقط الخيار ، وهو واضح الفساد ، إذ المراد من تعلق الحق بالعين ان الخيار حق استرجاع العين بالفسخ ، فمحل الفسخ هو العقد ، وهو باق عند تلف العين ، ومع عدم امكان رجوعها يرجع عوضها فلا يكون الحق متقوماً بنفس العين بمعنى بطلانه عند امتناع رجوعها ، وعليه فلو لا الظهور العرفي المتقدم ذكره لا وجه لأن يكون التصرف المأذون فيه مستقطاً له ، بل لا بد من الالتزام

ببقاء الحق والرجوع عند الفسخ الى البديل .
وما قيل : من ان التصرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق حيث إن الغرض من الفسخ استرجاع العين بعينها او ببديها ، وكل منهما متعذر ، اما العين فمعلوم ، واما البديل فلأنه فرع كون العين مضمونة عليه ، ومع الاذن في التلف لا ضمان ، فاذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار .
فيه ان هذه الغرامة ليست كضمان اتلاف المال حتى يقال : مع إذن صاحب المال فيه لا وجه لها ، ضرورة أن المال المتلف ليس ملكاً للآذن ، بل هي غرامة عقلائية مترتبة على فسخ العقد إما بالنحو الذي تقدم منا أو على النحو الآخر المذكور في كلامهم ، وعليه فمع عدم دال على إسقاط حق الخيار ، لا موجب لامتناع الفسخ حتى يترتب عليه امتناع الخيار كما قال القائل ، فالتصرف ليس مبطلاً لمحل الفسخ على جميع المباني إلا على القول بتقوم الخيار بشخص العين ، بحيث إنها لو تلفت بنفسها بطل الخيار ، وهو كما ترى .

مسألة :

الحق الحقيقي بالتصديق أن حصول الملكية للمتعاملين لا يتوقف على انقضاء الخيار ، من غير فرق بين البائع والمشتري ، كما هو المشهور بين الأصحاب الذي هو بين الرشد في قبال القول المخالف النادر على فرض ثبوته وعدم إمكان التأويل والتوجيه فيه .
ضرورة أن حصول الملكية بنفس البيع أمر عرفي عقلائي مرتكز في الأذهان بلا شبهة ولا ريب ، فانا وإن قلنا : إن ماهية البيع هو التبادل الانشائي الجامع بين الفضولي وغيره ، لكن حصول الملكية مرتباً على بيع الأصيلين

من الأحكام الواضحة العقلائية التي لا بد في ردعهم عنها من دلالة واضحة ثابتة بنحو الجزم من الشارع الأقدس ، سيما في مثل المسألة التي ذهب فيها المشهور على ثبوتها موافقاً لما عليه العقلاء ، وليس فيها في قباهم إلا بعض الاشعارات التي لا يصح الانتكال عليها في مقابل الضرورة .

وعليه فيصح التمسك بكل ما دل على تنفيذ البيع ، كآية وجوب الوفاء بالعقود (١) والتجارة عن تراضٍ (٢) وحل البيع (٣) والكلام في المناقشات حول دلالة الآيات وإطلاق بعضها مع الجواب عنها قد مر مستقصى في الجزء الأول من الكتاب ، مع أن الاشكال في آية التجارة ووجوب الوفاء موهون بل وكذلك في آية الحل ، فان إثبات النفوذ في الجملة كافٍ في المقام ، ملازمة البيع مع خيار المجلس .

بل يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء بالشروط بالتقريب الذي مر منا في محله (وبالجمله) كل ما ورد من الشارع الأقدس في هذا المجال تنفيذ للحكم العقلائي وهو حصول الملك بمجرد تحقق البيع والانشاء من الأصليين . ويدل على القول المشهور جملة من الروايات : (منها) الروايات الواردة في خيار المجلس (٤) لا لقوله عليه السلام : « بالخيار » حتى يقال : لعل المراد خيار حل العقد ولو لم يحصل الملكية ، وإن كان ذلك أيضاً مخالفاً لفهم العقلاء ، بل لقوله عليه السلام : « وإذا افترقا وجب البيع » إذ من الواضح أن العرف يفهم منه ان الافتراق غاية للخيار وموجب للزوم فقط ، لا أنه موجب له ولأصل الملكية ، فلو كان حصولها متوقفاً

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

(٤) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الخيار .

عليه لوجب التنبيه عليه مع حكم العقلاء على خلافه ، وهذا مما لا ينبغي الاشكال فيه .

(ومنها) جملة من الروايات (١) المشتملة على رد الجارية من الجنون والبرص والجذام والذرن ، فان المراد من الرد وإن كان فسخ العقد بتلك العيوب ، لكن التعبير بالرد ظاهر في أنه ملكها فله ردها في الملكية بالخصال المذكورة ، وهو واضح للمتدبر .

(ومنها) ما دل على جواز النظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء كصحيفة ابن رثاب (٢) وفيها بعد ما ذكر سقوط الخيار باحداث الحدث « قيل له : وما الحدث ؟ قال : أن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » فان الظاهر المتفاهم عرفاً أن الشراء موجب لخلية النظر لكونها ملكاً له ، لا أن النظر موجب للملكية والمقارنة الخارجية بين النظر والملك توجب حصوله في حال الملك ، فانه نظر دقيق فلسفي مخالف لفهم العرف ، بل الظاهر من صدرها ايضاً أن إحداث الحدث كاللمس والتقبيل جاز له بالشراء ، والحمل على ما ذكر آنفاً خلاف فهم العرف . وعلى ذلك لا فرق في الدلالة على المشهور بين القول بالكشف أو النقل كما ان المقايسة بين ذلك وبين المطلقة الرجعية التي ورد فيها انها بحكم الزوجة (٣) في غير محلها ، لأن الظاهر من الروايات هناك جواز النظر قبل حصول

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب الخيار .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب الخيار .

(٣) يستفاد ذلك من مضامين الأخبار المروية في الوسائل - الباب - ١ -

من ابواب اقسام الطلاق والباب - ١٣ - منها - الحديث ٦ والباب - ٢٠ -

منها - الحديث ١١ والباب - ١٨ و ٢٠ و ٢١ - من ابواب العدد من

كتاب الطلاق .

الرجوع ، فانها بحكم الزوجة في الأحكام إلا ما ندر ، فقياس المقام بما هناك لرد ما ذكرناه من الاستثناس أو الدلالة في غير محله .

(ومنها) ما دل على ان النماء في زمن الخيار للمشتري كرواية اسحاق ابن عمار (١) قال : « حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده ، فقال : رجل مسلم احتاج - إلى ان قال - : على ان تشرطي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد عليّ ، فقال : لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه ، قلت : فان كان فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : للمشتري ، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله ؟ » .

وظاهر الذيل لإرجاعه إلى ارتكازه العقلاني من أن الدار ماله ، وإذا تلفت تكون من ماله فتكون الغلة له ، والحمل على شرط النتيجة خلاف الظاهر كما تقدم ، كما ان الحمل على حدوث الخيار بعد المجيء بالثمن خلاف الظاهر ، فان قوله : « إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة » ظاهر في الخيار في تمام السنة وأن الاثيان بالثمن لفسخ المعاملة أو فسخ للمعاملة ، فيترتب عليه لزوم الرد ، وهذا واضح عرفاً ، والمناقشة فيه غير واردة .

(ومنها) رواية بشار (٢) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه ، قال : نعم لا بأس به ، فقلت له : اشترى متاعي ، فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » والظاهر من قوله عليه السلام : « ليس هو متاعك ولا بقرك » أن هذا الحكم ثابت في بيع الحيوان أيضاً .

فالقول بأنه ليس في مقام البيان حتى يشمل البيع الخياري غير وجيه

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣ .

كما ان الظاهر منه بحسب ارتكاز العرف ان المتاع متاعه بالبيع لا بانقضاء الخيار .

وأما قول السائل : « اشترى متاعي » فاعله من أجل انه استغرب من الشراء منه فوراً ، فكان المبيع متاعه الذي لم يخص من بيعه زمان ، وقد نقل عن العامة في هذه الروايات أن هذا فاسد إن لم يفصل بالشهر ، ولعل هذا صار موجباً لتعجبه ، فقال ابو عبد الله عليه السلام : « ليس متاعك » وكيف كان لا إشكال في دلالة تلك الروايات على المطلوب .

ونحوها صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل أتاه رجل ، فقال : ابتع لي متاعاً لعلني اشتره منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من اجله ، قال : ليس به بأس إنما يشتره منه بعد ما يملكه » فان الظاهر منها بعد ما يملكه بالبيع المذكور ، ومقتضى إطلاقها الشمول للبيع الخياري ، وتوهم عدم الاطلاق في غير محله .

(وأما) النبوي المشهور (٢) وهو قوله صلى الله عليه وآله : « الخراج بالضمان » مما يستدل به للمشهور تارة ولخلافه اخرى فهو مشتبه المراد ، وقد ذكرنا سابقاً أن الظاهر من الخراج هو الخراج المتعارف في الدول ، ومنها الدولة الاسلامية ، فيراد من هذه الرواية أن الخراج الذي يأخذ الدولة ليس مجاناً وظلماً ، بل في مقابل الضمانات التي على عهدها من حوائج المسلمين والأمة ، فمفاده أجنبي عما ذكره أبو حنيفة في الدابة المستأجرة ، كما انه أجنبي عما ذكر للمشهور ولخلافه ، ومع الغض عما ذكر ففيه احتمالات موجبة لسقوطه عن الاستدلال ولهذا استدل به للقولين .

واستدل للقول المقابل للمشهور بأمور عمدتها بعض الروايات ، كصحيحة

(١) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٨ .

(٢) سنن البيهقي ج ٥ - ص ٣٢١ .

عبد الله بن سنان (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين ، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ قال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » فانها تدل على المطلوب من جهتين : أولاهما الحكم بأن الضمان على البائع ، والمراد به الخسارة ، ولا يعقل أن تكون الخسارة إلا على صاحب المال ، ثانيتهما قوله عليه السلام : « ويصير المبيع للمشتري » أي يصير ملكاً له بمضى الخيار .

وفيه أولاً ان في الرواية احتمالات : (منها) ان يكون المراد بالضمان المسؤول عنه الخسارة والذهاب من الكيس ، وان السائل تردد في انها من كيس البائع فيكشف عن كون المبيع ملكاً له في زمان الخيار ، او انها من المشتري فيكشف عن انه صار ملكاً له بالبيع ، واستكشف من الجواب انه ملك البائع إلى ان ينقضى الخيار .

(ومنها) ان يكون المراد بالضمان أعم من الخسارة والضمان المعهود أي العهدة ، فأراد استفسار ان ضمان العهدة على البائع غير المالك ، او الخسارة على المشتري المالك باحتمال ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له . (ومنها) ان يكون المراد بالضمان ما هو المعهود أي العهدة ، فتردد في ان العهدة في البيع الخياري على البائع ، فيكون المشتري مالكاً في زمان الخيار ، أو على المشتري حتى يكون البائع مالكاً ، فأجاب بما ذكر واستكشف منه ان المشتري مالك .

(ومنها) ان يكون المراد منه الضمان المعاوضي ، وانه على ايها ، فقال عليه السلام : « على البائع » فيرجع الكلام إلى ان التلف يوجب الانفساخ ويكون على البائع ضمان الثمن للمشتري .

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار - الحديث ٢ .

ثم إنه لا شبهة في ان الظاهر من قوله : « على من ضمان ذلك ؟ » وقوله عليه السلام : « على البائع » هو الضمان المعهود ، والحمل على الخسارة بعيد وإن استعمل فيها في بعض الروايات ، وحيث إن الضمان المعهود لا يعقل في مال نفسه ، فلا بد وان يكون المال للمشتري حتى يصح الضمان ، فيرجح احد الاحتمالين الأخيرين ، أي ضمان العين المملوكة للمشتري ، أو الضمان المعاوضي ، أي ضمان الثمن المملوك له ، وهذا الظهور يرفع ظهور الذيل لو سلم ظهور اللام في الملكية مع انه ممنوع ، بل لا يستفاد منها إلا نحو اختصاص ، ويصح ان يقال مع كون المبيع ملكاً للمشتري : إنه يصير له بعد انقضاء الخيار ، حيث انه لا يختص به بقول مطلق وبلا تنزل إلا بعد مضي الخيار .

ولو اغمض عنه وعن تحكيم ظهور الصدر على الذيل ، سيما مع وضوح الحكم العقلاني بترتب الملك على العقد في الأصيلين في البيع الخياري وغيره فلا اقل من الاجمال الموجب لسقوط الاستدلال .

وعلى فرض تسليم الدلالة فلا ينبغي الاشكال في أظهرية الروايات المخالفة لها ، كصححة بشار بن يسار (١) وفيها « ليس متاعك ولا بقرك ولا غنمك » ولو تنزلنا عن ذلك يقع التعارض بينها ، وكلاهما في خيار الحيوان ، والترجيح للروايات الموافقة للمشهور لو لم نقل بأن الشهرة الكذائية تجعل مقابلها بين الغي ، ومع الغض عن ذلك والقول بسقوطها فالمرجع الأدلة العامة ، بل الحكم الواضح العقلاني مع عدم صلاحية الرواية للردع ، ولا مجال معها للأصل ، كما هو واضح .

مسألة :

ومن أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من لا خيار له في الجملة حتى على القول بالتملك بالعقد ، ولا يخفى أن دعوى الاجماع أو الشهرة المعتمدة في هذه المسألة في غير محلها بعد كونها اجتهادية يمكن اتكال القوم فيها على استفادة المناط من الروايات ، كصححة ابن سنان (١) فدعوى أن قولهم : « التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له » قاعدة لا خلاف فيها على فرض صححتها لا تنفيذ شيئاً ، مضافاً إلى المناقشة في صحتها .

فالعمدة في المسألة بعد كونها على خلاف القاعدة على المذهب المنصور هي الروايات ، وعمدتها صححة ابن سنان (٢) وفيها « على البائع - اي الضمان - حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » وعن التهذيب (٣) زيادة قوله : « شرط له البائع أو لم يشترط ، قال : وإن كان بينها شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البائع » .

بتقريب انها وإن كانت مختصة بحسب المورد بالحيوان إلا أن الاستفادة منها عموم الحكم لكل خيار ، خرج خيار العيب وبقي الباقي ، وذلك لأنه يستفاد منها أن انقضاء الخيار الذي سماه الشرط وصيرورة المبيع للمشتري - أي لزوم العقد - هو تمام الموضوع لرفع الضمان ، فالضمان بحسب الفهم العرفي من الرواية إنما ثبت لأجل تزلزل العقد وكونه خيارياً ، من غير

(١) و (٢) راجع التعليقة (١) ص ٣١٠ .

(٣) ذكر صدره في الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار -

الحديث ٣ وذيله في الباب - ٨ - منها - الحديث ٢ .

دخالة للزمان فيه ولا للبائع والمشتري ولا لاتصال الخيار بالعقد وعدمه ، فدعوى اختصاصه بالخيار الزماني ، وبخصوص البائع ، وبخصوص الخيار المتصل بالعقد ، حتى انه لو أسقط في ضمن العقد خياره في اليوم الأول وبقي له الخيار يومين لما كان في ذلك ضمان على البائع غير وجيهة ، لاستفادة العلية من الرواية ، وأن تمام العلة هو الخيار ولا دخل لغيره .

وبوجه آخر إن مناسبة الحكم والموضوع توجب إلقاء الخصوصية عما اخذت في الرواية ، ككون المورد هو الحيوان أو هو مع الشرط ، وكون الخيار متصلاً بالعقد مستمراً إلى زمان التلف ، وكونه للمشتري ، مع أن تلك الخصوصيات في لسان السائل وما وقع في الجواب تبع له ، فلا دلالة فيها على الخصوصية .

مضافاً إلى ما قيل : من ان الرواية على نقل الصدوق « حتى يصير البيع للمشتري » أي يصير البيع لازماً ، فيكون المناط تنزل البيع من غير فرق بين متعلقاته .

هذا مضافاً إلى الشهرة المنقولة ، وهي وإن لم تكن حجة مستقلة في المقام لكنها تكشف عن فهم أهل اللسان من الروايات التعميم ، فالمناقشة في الدلالة كالشبهة في مقابل الضرورة ، هذا .

لكن بعد التتبع والتي استفادة العموم منها مشكلة بل ممنوعة ، لأن الحكم على خلاف القواعد المحكمة العقلانية والشرعية ، ولا دلالة لفظية في الرواية على العلية أو المناط كما لا يخفى ، وإلقاء الخصوصية ممنوع ، لاحتمال أن للحيوان خصوصية ليست في غيره ، ولهذا يختص ببعض الأحكام ، ككون خياره ثلاثة ايام ، وتوهم كون ذكر الحيوان من باب المثال في غاية السقوط ، وبمجرد كون الخصوصية في لسان السائل لا يوجب الالتقاء بلا فهم

المناط عرفاً ، بل في رواية ابن رباط (١) عن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام ابتداء قال : « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع » بل يمكن استفادة الخصوصية منها ، إذ لو كان الحكم عاماً لما كان وجهه للتقييد به .

وما قيل من نقل الصدوق الرواية المتقدمة بقوله عليه السلام : « حتى يصير البيع للمشتري » غير ثابت ، بل الثابت خلافه ، كما في الوافي مع ضبطه واتقانه والوسائل والفتاوى المطبوع ، فعلى هذا يكون اشتباه بعض النسخ المخالف على فرض تحققه مقطوعاً به بعد ما كان الكافي والتهذيب والنسخ الأخر من الفتاوى على خلافه ، مضافاً إلى أنه على فرض صحة النسخة لا يصح إلقاء الخصوصية بعد سبق ذكر الحيوان وقوله عليه السلام : « حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام » .

(نعم) اختلاف النسخ على فرض تحققه يوجب الوهن في القول المقابل للمشهور في المسألة السابقة من أن مضي الخيار شرط في تحقق الملك فإن عمدة المستند له هذه الرواية ، والشهرة مع عدم ثبوتها لا توجب ظهور الكلام ، واجتهادهم ليس حجة على غيرهم .

والانصاف أن التعدي عن مورد الرواية إلى غيره غير وجيه ، فالحاق خيار المجلس به في غير محله ، ومجرد إطلاق الشرط عليه لا يوجب التعدي بعد ما كان المراد بالشرط في الروايات هو خيار الحيوان .

بل في التعدي إلى خيار الشرط في غير الحيوان أيضاً كلام بعد ما كانت الروايات مختصة بالحيوان ، ولم يكن له مستند إلا ذيل صحيحة ابن سنان (٢) على رواية التهذيب ، وهو قوله عليه السلام : « حتى ينقضي الشرط

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار - الحديث ٥ .

(٢) راجع التعليقة (٣) ص ٣١٢ .

ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع أو لم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البائع « بدعوى ان الشرط بينهما أياماً معدودة شامل للزائد عن ثلاثة ايام ويعم ما اذا كان في بيع غير الحيوان إذا كان الشرط للمشتري بقرينة قوله : « من مال بائعه » .

إذ يمكن ان يقال : إن صدر الرواية وجميع فقراته إلى قوله ذلك مخصوصة بالحيوان ، وهي قرينة على ان المراد من الذيل أيضاً الشرط في الحيوان ، وإنما ذكر ذلك لبيان عدم الاختصاص فيه بالثلاثة ، وذلك لخصوصية فيه أولاً ، ولظهوره في الاختصاص بخيار المشتري الذي مر حكمه في ثلاثة ايام وإلا فلو كان الحكم لخيار الشرط مطلقاً لم يكن وجه اختصاصه بالمشتري ، ضرورة عدم الفرق في شرط الخيار بينه وبين البائع فالإطلاق فيها محل إشكال (نعم) لا اشكال في استفادة أمر زائد منها بالنظر إلى الذيل وهو الشرط الزائد عن ثلاثة ايام (والانصاف) ان دعوى اختصاص الروايات جميعاً بالشرط في الحيوان غير مجازفة .

ولو سلم إلحاق الشرط مطلقاً بالحيوان فلا ينبغي التأمّل في عدم إلحاق خيار المجلس ، فضلاً عن سائر الخيارات ، لفقد الدليل بعد كون الحكم على خلاف القواعد .

وأما ما افاده الشيخ الأعظم (قدّه) في وجهه من قوله : أما الغبن والعيب والرؤية وتخلّف الشرط وتفليس المشتري وتبعض الصفقة فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد ، والحاصل ان ظاهر الرواية (١) استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى ان يصير البيع لازماً على المشتري ، وهذا مختص بالبيع المتزلزل من اول الأمر ، انتهى .

ففيه - مضافاً إلى مخالفته للتحقيق في بعضها كالغبن والعيب ونحوهما مما يوجب الخيار من أول الأمر - انه لا ظهور في الرواية في انه استمرار للضمان الثابت قبل القبض ، ولا ظهور فيها في الاختصاص بالبيع المتززل من أول الأمر ، بل الظاهر من قوله عليه السلام : « على البائع حتى يتقضي الشرط ثلاثة ايام » ان الميزان تحقق الخيار مطلقاً ، وينتهي امدته بانقضائه لا الثلاثة ايام ، ولا الخيار من حين العقد ، ولهذا لا ينبغي الاشكال في ثبوت الضمان في خيار الحيوان لو اشترط في ضمن العقد سقوطه في اليوم الأول إذا تلف في زمان خياره ، نعم ظاهر الروايات السؤال عن الشرط المتصل بالعقد كشرط يوم او يومين .

وكيف كان لا إشكال في ثبوت الضمان في خيار الحيوان ، سواء كان المتززل من أول العقد أم لا ، لاطلاق بعض الروايات (١) والمتفاهم منها عرفاً أن الميزان مضي الخيار بنحو الاطلاق وصيرورة المبيع له ، كما يظهر بالتأمل فيها ، فدعوى صدق اللزوم في الجملة فيما إذا كان السقوط في اليوم الأول أو الوسط في غير محله ، كما لا إشكال في ثبوته في الشرط في خصوص الحيوان ، سواء شرط أياماً متصلة بالعقد أم منفصلة عنه ، وشرط بمقدار خيار الحيوان أو أكثر أو أقل ، كما لا إشكال في عدمه في سائر الخيارات وأما في خيار الشرط في غير الحيوان فلا يخلو من تأمل وإشكال .

وأما ضمان الثمن فلا يبعد ثبوته إذا كان حيواناً ، فاذا باع حيواناً بحيوان أو بغيره من العروض فالخيار ثابت لصاحب الحيوان بائعاً كان أو مشترياً ، كما مر القول فيه في خيار الحيوان ، ولا يبعد ثبوت الضمان ايضاً على من لا خيار له ، لما ذكرنا سابقاً من صدق صاحب الحيوان وصدق المشتري والبائع عليهما ، فراجع ، والحاصل ان الثبوت لصاحب الحيوان

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار .

مطلقاً غير بعيد .

وأما ثبوت الضمان في الثمن فيما إذا لم يكن حيواناً بأن يكون تلفه في مدة خيار البائع المختص به على المشتري فمحل إشكال بل منع ، لفقد الدليل واختصاص الأخبار بالمبيع ، ودعوى القطع بالمناط في غير محلها ، بل دعوى استفادة الاختصاص بالحيوان وعدم الثبوت في الأثمان والعروض غير الحيوان غير بعيدة .

والتمسك باستصحاب ضمان المشتري للثمن قبل القبض إلى ما بعده في غير محله ، مع ما فيه من الإشكال ، لأنه لا ينبغي الإشكال في أنه من استصحاب الكلي من القسم الثالث ، لا من قبيل استصحاب الشخص .
 بداهة ان الحكم الثابت لما قبل القبض على فرض صحته - وسيأتي الكلام فيه - حكم كلي ثابت لموضوع هو الشيء قبل قبضه ، وحكم التلف في زمان الخيار أيضاً حكم كلي ثابت لموضوع آخر مخالف للموضوع الأول ، فلا يعقل ان يكون الحكمين واحداً ، وعلى ذلك إذا وجد في الخارج فرد من أحدهما فهو مخالف للفرد من الآخر ، فاستصحاب الحكم الشخصي لا وجه له (وأما الكلي) فالإشكال فيه ليس من اجل كونه كلياً من القسم الثالث وإن كان له وجه في مثل المورد ، بل لأجل ان الكلي المنتزع من المصدقين أو الكليين ليس بحكم شرعي ولا موضوعاً له ، فلا يجري استصحابه ، والمقام من قبيله ، هذا إذا كان الضمان في القاعدتين بمعنى واحد ، إما ضمان المعاوضة أو ضمان التلف ، وإلا فالإشكال أوضح .

ثم على فرض جريان الاستصحاب المذكور فلا يعارضه استصحاب عدم انفساخ العقد ، فان المفروض ثبوت الانفساخ بحسب الحكم الشرعي المستفاد من الروايات فيما إذا تلف الثمن أو المثلث ، فالحكم الشرعي قضية تعليلية ، فكأنه قال : إذا تلف الثمن انفسخ العقد وكان من مال المشتري ،

ومع الشك في ثبوت هذا الحكم التعليقي الثابت قبل القبض يستصحب ، فيقال : إذا تلف بعد القبض في زمان الخيار يكون من ماله وينفسخ العقد وهذه الكبرى الشرعية المستصحبة حاكمة على الاستصحاب التنجيزي ، أي أصل عدم الانفساخ ، لأن الميزان الذي ذكرناه في باب الحكومة محقق ، فراجع محاله .

ثم إن القاعدة هل تجري في الكلي ، كما لو باع الحيوان الكلي الموصوف فأقبض فرداً منه فتلف في زمان الخيار أم لا ؟ وجهان : أوجهها الثاني ، اقتضاراً فيما خالف القواعد على مورد النصوص ، ودعوى اطلاقها في غير محلها حتى في مثل رواية علي بن رباط (١) عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع » فان الظاهر منها أن المراد هو الحيوان المشتري ، لا ما ينطبق عليه عنوان المبيع أو أعم منه ومما ينطبق .

ودعوى ان المبيع الكلي إذا انطبق على الفرد يصدق عليه المبيع فتشمله الروايات ، كقوله عليه السلام : « لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له .

في غير محلها ، ضرورة أن اطلاقه عليه احياناً يكون بتأول وتجاوز ، وإلا فمن الضروري أن العقد وقع على عنوان قابل للصدق على الكثيرين ، والأفراد الخارجية القابلة لانطباقه عليها لا تكون مبيعاً ، والتسليم بعد العقد ومضيه لا يعقل ان يصير سبباً للتعلق ، بل هو موجب لانطباق ما تعلق به العقد وهو الحيوان على الفرد الذي هو مصداق له ، فكما ان المصداق ليس بكلي قابل للصدق على الكثيرين كذلك ليس بما تعلق به العقد وهو الكلي (نعم) قد يقال في المتعارف : اشترت هذا الحيوان ، لكنه على

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣١٤ .

الوجه المسامحي لا الحقيقي ، ودعوى المناط بحيث يسري به الحكم من المبيع إلى المقبوض بالمبيع ليست وجيهة .

وأما ما افاده الشيخ الأعظم (قدّه) في المقام من ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار بقاءه على ما كان عليه قبل القبض ، ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد ، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض ، وهذا لا يدل عليه الأخبار ، ثم أمر بالتأمل .

فغير ظاهر ، لأن المراد ببقائه على ما كان عليه قبل القبض إن كان بقاء الضمان الشخصي فيكون الضمان في زمان الخيار شخص الضمان الثابت فيما قبل القبض حتى يستنتج منه عدم الضمان في الكلي ، لأن الكلي ما لم يقبض لا معنى لتلفه ، وبعد ما قبض لو تلف لم يكن من تلف الكلي ولا من التلف قبل القبض ، فلا معنى لبقاء الضمان الشخصي فيه ، فهو ممنوع ، إذ لا دليل عليه رأساً ، بل ظاهر الأدلة على خلافه ، كما مرت الإشارة إليه في تقرير الاستصحاب الشخصي في الفرع السابق .

وإن كان المراد مماثلتها في الضمان في ان كلاً منها ضمان معاملي ، فعلى فرض صحته لا يستنتج منه ما أراده ، لأن كلاً منها قاعدة مستقلة في موضوعها ، ولا يتفرع إحداها على الأخرى ، فيمكن عدم الالتزام بقاعدة التلف قبل القبض في بعض الفروع مع الالتزام بالقاعدة الثانية ، والعمدة قصور الدليل عن اثباته ، وعدم فهم المناط ، ولا يمكن إلقاء الخصوصية ، ولعل ما ذكرناه هو وجه تأمله .

ثم إن الضمان في المقام هل هو الضمان المعبر عنه بالضمان المعاملي ، كما في الضمان قبل القبض ، فينسخ العقد ويرجع الثمن إلى المشتري ويكون التلف من مال البائع ، او انه ضمان واقعي كما في ضمان اليد والاتلاف ،

فيكون العقد بحاله وبضمن التالف بالمثل او القيمة الواقعية ؟ فيه خلاف منشأه الاستظهار من الأخبار .

يمكن الاستدلال على الأول بأن الظاهر من قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان (١) : « وإن كان بينها شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البائع » ومن رواية علي بن رباط (٢) عن رواه عن ابي عبد الله عليه السلام قال : « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع » أن التلف حدث في ماله ، ولازم ذلك هو انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري سيما وهذا التعبير عين ما في التلف قبل القبض من التعبير في النبوى المعروف (٣) المفتى به عند الطائفة وقد فهموا منه الانفساخ ورجوع الثمن بلا مكابرة .

وهذا الظهور أقوى من ظهور الضمان في ضمان التالف بالقيمة الواقعية لتردد الضمان بين الأمرين ووقوع التعبير به في لسان الراوى ، وإنما عبر الامام عليه السلام بمثل تعبيره تبعاً لكلامه ، مع احتمال ان المعهود عند الراوى باعتبار النبوى المعروف (٤) بين الفريقين في الضمان قبل القبض كان هو الضمان المعاملي ، فعبر عنه بذلك بنحو من المسامحة ، ويشهد له انه لما تعرض ابو عبد الله عليه السلام في صحيحة ابن سنان (٥) لحكم الشرط أياماً معدودة مستقلاً عدل عن تعبير السائل إلى قوله : « فهو من مال البائع » ولا إشكال في ان المراد من الضمان في الصدر هو ما تعرض له في الذليل فكأنه اراد بذلك بيان عدم الفرق في الشرط بين كونه بمقدار خيار الحيوان او اكثر ، وإن شئت قلت : إن ذيل الصحيحة (٦) يفسر الضمان ، ويبيّن

(١) و (٥) و (٦) راجع التعليقة (٣) ص ٣١٢ .

(٢) راجع التعليقة (١) ص ٣١٤ .

(٣) و (٤) المستدرک - الباب - ٩ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

انه ضمان معاملي لا واقعي .

ويؤيد ذلك ان في رواية ابن رباط (١) - التي تعرض للحكم ابتداء من غير سبق سؤال - قال عليه السلام : « فهو من مال بائعه » بمثل تعبير النبوي المعروف .

بل الظاهر من المروي (٢) عن رسول الله صلى الله عليه وآله « في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة ايام ، فأت العبد في الشرط ، يستحلف بالله ما رضيه ، ثم هو برىء من الضمان » هو ضمان الثمن ، وهو مساوق لانفساخ العقد .

كما أن الظاهر من رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله (٣) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام في رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً او يومين فأتته عنده ، وقد قطع الثمن ، على من يكون الضمان ؟ فقال عليه السلام : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه » أن مراد الامام عليه السلام بل الراوي أيضاً ضمان الثمن ، من أجل أن الراوي فرض قطع الثمن لا اداؤه والظاهر من مثل هذا التعبير هو فرض ما قبل الأداء ، فكان الثمن على عهدته وكان ضامناً له ، فحكم بعدمه عند التلف ، فتكون موافقة لما تقدم .

بل يمكن أن يحمل الضمان في الصحيحة ، ولو بقريئة ذيلها بقريئة سائر الروايات (٤) ، على ضمان الثمن وإن كان بعيداً ، ويمكن رفع البعد بأن يقال : إن ضمان الشيء بمعنى ان عليه عهدة ثمنه ، ومع عدم القريئة يحمل على ثمنه الواقعي ، وفي المقام حيث قامت القريئة على ان المراد ثمنه المسمى فسأل عن ضمان له ، لتردد الأمر لديه بين الانفساخ حتى يكون البائع

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣١٤ .

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار -

الحديث ٤ - ١ - ٠ .

ضامناً ، أو عدمه حتى يكون المشتري ضامناً لأدائه ، فقال عليه السلام : « على البائع ضمانه » فعلم منه ان البيع منفسخ ، تأمل . (وبالجملة) الظاهر تحكيم الظهور في سائر الروايات سيما ذيل الصحيحة (١) ورواية ابن رباط (٢) على ظهور الضمان في الضمان بالعوض الواقعي .

وأما ما قيل في مقام التأييد لهذا القول من أن ظاهر الروايات (٣) بقاء ضمان ما قبل القبض وعدم تأثير القبض في رفعه لا تشريع ضمان على حدة ولازمه بقاء الضمان بالمسمى ، وهذا هو الظاهر من قوله عليه السلام : « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام » لأن معناه أن القبض ليس غاية للضمان ، بل الغاية انقضاء شرطه ، وهذا هو المحكي عن الشهيد والعلامة (قدهما) وقال به الشيخ الأعظم (قده) ويرجع إلى ان الباقي هو شخص الضمان السابق . ففيه ما أشرنا إليه سابقاً من ان الحكم في القاعدتين كلي متعلق بموضوع كلي ، وكل من الموضوعين يخالف الآخر ، فموضوع احدهما كل مبيع تلف قبل قبضه ، وموضوع الأخرى تلفه قبل انقضاء الشرط ، وبين العنوانين عموم من وجه ، فيجتمع الموضوعان تارة ويفترقان اخرى ، وفي مثله لامعنى لبقاء شخص الحكم ، وقوله عليه السلام : « على البائع حتى ينقضي الشرط » لا يدل إلا على ان الضمان عليه إلى انقضاء الخيار ، وأما ان هذا عين الضمان السابق أو مثله أو مخالفه فلا دلالة فيه ، فالغاية غاية للحكم الكلي المجعول على موضوعه ، وهو التلف في زمان الخيار ، لا للحكم المجعول على موضوع آخر اجنبي عنه .

(نعم) لو قيل بالضمان الواقعي في المقام وبالضمان المعاوضي في التلف

(١) المتقدمة في ص ٣١٠ .

(٢) المتقدمة في ص ٣١٤ .

(٣) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب الخيار .

قبل القبض ففي مورد انطباقها كالتلف قبله وقبل مضي الخيار ينفسخ العقد ولا يبقى مجال لاجراء القاعدة الثانية .

(وما قيل) من ان القرينة قائمة على الضمان المعاملي ، وهي انه مع تعهد الضامن ضمان المسمى ، وامضاء الشارع له لا معنى لأن يراد الضمان الواقعي (فيه) انه خلط بين القواعد الكلية وغيرها ، فانه لا معنى لجعل الضمان الواقعي لموضوع جعل فيه ضمان المسمى ، وأما إذا كان الحكم على موضوع كلي قد ينطبق على موضوع حكم آخر فلا مانع منه ، ونظيره غير عزيز ، فالعمدة في المقام ما ذكرناه من دلالة الأخبار .

بقي هنا اشكال ، وهو ان الضمان المعاملي لا يعقل في حدوث الحدث أي العيب في زمان الخيار ، حيث ان الأوصاف لا تقابل بالأثمان ، فلا معنى لانفساخ العقد بحدوث العيب ورجوع المسمى بمقداره ، فهذا قرينة على ان المراد بالضمان هو الواقعي منه ، كضمان اليد ، والتفكيك بين تلف العين وحدث الحدث فيها بعيد عن ظاهر الكلام ، كبعد الحمل على جامع يناسب الانفساخ والغرامة كما قيل ، فلا بد من الحمل على الضمان الواقعي ، ولا مانع عقلاً من صيرورة الخيار سبباً شرعاً لغرامة البائع ما تلف في ملكه للمشتري إن دل الدليل عليه .

ويمكن دفع الاشكال بأن يقال : إن قوله عليه السلام : « إن كان بينها شرط اياماً معدودة ، فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البائع » كما يمكن ان يكون الوجه فيه انفساخ العقد آنأما أو تقديره يمكن أن يكون الوجه فيه هو التعبد بحصول التلف قبل العقد في خصوص هذا الأثر ، فيترتب عليه الحكم برجوع المسمى ، لفرض أن العقد وقع تعبداً على التالف ، فالضمان فيه ضمان المسمى ، وكذا الحكم في حدوث الحدث

الذي وقع في صحيحة ابن سنان (١) ورواية ابن رباط (٢) إن كان المراد به في الثانية خصوص العيب ، أو أعم منه ومن التلف ، فيكون الوجه في كونه من ماله أنه وقع تعبداً في ماله قبل العقد ، ولازمه ثبوت خيار العيب للمشتري .

(وبالجملته) يكون الوجه في الموردين امراً واحداً هو حدوث التلف أو الحدث في ملك البائع قبل العقد تعبداً ، ولازمه العرفي وقوع العقد عليه وترتيب آثار ذلك عليه ، فينتج رجوع المسمى على فرض التلف وثبوت الخيار على فرض حدوث الحدث .

بل الظاهر من قوله عليه السلام : « من مال البائع » أنه منه تعبداً لا واقعاً ، ليكون التعبد في امر آخر وهو الانفساخ ، فالحمل على الانفساخ الواقعي أو التعبدي خلاف الظاهر ، بخلاف الحكم بوقوعه من ماله تعبداً بعد ما كان مقتضى ملكية المشتري وقوع التلف منه ، ففي هذا المورد إذا قيل : التلف من مال البائع يحتمل على التعبد وترتيب الآثار لأجل القرينة الحافة بالكلام ، فيترتب عليه ضمان ثمنه المسمى ، وضمان الحدث ، ولعل التعبير بالضمان في العيب لأجل ثبوت الأرش فيه في خيار العيب .

ومما ذكرناه يظهر ان في تلف الكل يترتب آثار البطلان من هذه الجهة فقط ، لا الآثار الأخر لو كان له أثر ، وفي تلف الجزء أو الوصف يحكم بترتب آثار حدوث العيب في ملكه من الخيار والتخيير بين الرد والأرش ، وحيث كان الحكم مختصاً بالحيوان على ما ذكرناه ورجحناه كان الحدث سواء اوجب فقد جزء أو فقد وصف موجباً لخيار العيب .

وما قيل - من ان تلف البعض موجب لانفساخ العقد بالنسبة اليه ، لأن

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣١٠ .

(٢) راجع التعليقة (١) ص ٣١٤ .

الابحاض يقسط عليها الثمن - في غير مورده ، لأن مورد حدوث الحدث في الصحيحة (١) ورواية ابن رباط (٢) هو الحيوان ، ومن الواضح انه لا يقسط على اجزائه الثمن ، فهذا الحكم مختص بالحيوان ولو قلنا بجريان حكم التلف في سائر الخيارات .

ثم إن القاعدة على القول بها والأخبار الخاصة في بيع الحيوان مخصوصة بمورد التلف ، وعليه فلا بد في موارد الاتلاف من المشى على القواعد ، فلو اتلفه ذو الخيار أو احدث فيه حدثاً سقط خياره على التفصيل الذى مر في مقامه ، ولو اتلفه غير ذى الخيار ضمن القيمة حال التلف ، فان فسخ ذو الخيار يرجع بالتمن المسمى ، ومع اختلاف القيمة والمسمى يسترجع مقداره ومع اتلاف الأجنبي يرجع المشتري المالك للحيوان إلى المتلف بالقيمة ، ولو فسخ اخذ ثمنه المسمى من البائع وردّ عليه قيمته الواقعية حال الفسخ ، واما الحكم في غير ما نحن بصدده فقد تعرضنا له في خيار الغبن ، فراجع .

مسألة :

حكى عن العلامة (ره) في التذكرة ان من أحكام الخيار انه لا يجب على البائع تسليم المبيع ، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار ، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده ، وله استرداد المدفوع قضية للخيار ، انتهى .

أقول : أما على القول الحق من تعلق الحق بالعقد فلا ينبغي التأمل في لزوم تسليم كل مال الغير إلى مالكة ، لحزمة حبس مال الغير لو طالبه

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣١٠ .

(٢) راجع التعليقة (١) ص ٣١٤ .

ولقاعدة السلطنة وللحكم العقلاني من لزوم التسليم .
 ولا ينبغي الاصغاء إلى ما قيل من ان العقد بجميع مداليله المطابقة
 والالتزامية تحت يد ذي الخيار ، فلا يجب عليه التسليم ، كما لا يجب عليه
 الوفاء بأصل العقد ، ضرورة ان لزوم التسليم ليس من مداليل العقد لمطابقة
 ولا التزاماً ، بل هو من الأحكام العقلانية والشرعية ، كما ان حرمة حبس
 مال الغير من الأحكام الشرعية بل العقلانية ايضاً ، ولا يختص هذا الحكم
 بالعقد غير الخياري ، بل مقتضى اطلاق قوله تعالى (١) : « أوفوا بالعقود »
 وجوب العمل على وفق مقتضى العقد وافياً وهو تسليم العوضين ، ومجرد
 ان لذي الخيار فسخ العقد لا يوجب تقييداً للدليل ، بل لا يعقل ، لأن
 الخيار حق يوجب باعماله رفع موضوع وجوب الوفاء ، وكذا القواعد الأخر .
 وكذا الحال بناء على تعلق الحق بالعين ، فان وجوب التسليم الذي
 هو من الأحكام الواضحة الارتكازية لدى العقلاء موجب لتسليم ذي الحق
 على هذا الحكم ، فلا يصلح حقه لمنع ذلك ، مع ان غاية ما يقال على هذا
 المبني : مزاحمة حق ذي الخيار لما يلزم منه امتناع استرداد العين ، كالاتلاف
 والبيع ونحوهما ، والتسليم ليس كذلك ، نعم على هذا القول يجوز له مطالبة
 الاستيثاق وهو امر آخر ، ثم إن في كلام العلامة والشيخ (قد هما) موارد
 للنظر لا يهمننا التعرض لها .

مسألة :

لا يسقط الخيار بتلف العين على حسب القاعدة الأولية ، لما مرّ
 كراراً من ان ماهية العقد هو العقد الانشائي المتحقق اعتباراً بأسبابه ، وضرورة

المالين ملكاً للمتعاملين من الأحكام العقلائية والشرعية مع اجتماع الشروط ، وهو امر له البقاء في اعتبار العقلاء ، وتوهم انه أمر متصرم ناشئ من الخلط بين السبب والمسبب وبين الانشاء والمنشأ ، وما هو باق هو العقد المضاف إلى العين حال وجودها ، وليس في تعلقه بالعين من قبيل الأعراض القائمة بالموضوع الدائرة مداره بقاءً وارتفاعاً ، بل هو أمر اعتباري مضاف إلى العين حال الوجود وباق مع هذه الاضافة ولو تلفت العين ، وأن حق الخيار قائم بالعقد الكذائي الانشائي ، وان الفسخ حلّ لهذا العقد الانشائي الباقي حتى بعد تلف العين إلى أن يفسخ ، وموجب لرد العين التي تعلق بها العقد إنشاءً إلى الحال الأول والعقد والحل الانشائيان أمر ، وترتب الأثر وهو النقل واقعاً ولو في اعتبار العقلاء أو الرد واقعاً أمر آخر .

وعلى هذا فلا يكون التلف موجباً لسقوطه وبطلانه ، من غير فرق بين تعلق الحق بالعقد كما هو الأقوى أو بالعين ، فان المراد بتعلق الحق بها أن لذي الخيار حق استردادها انشاءً ، وأما حق ارجاع العين الخارجية حقيقة إلى ملكه فهو أجنبي عن الخيار ، ضرورة أن رجوع العين حقيقة من آثار رد العين في الملك انشاءً ، أو حل العقد كذلك ، فتدبر جيداً .

ثم إن أقوى الاحتمالين هو تعلق الخيار بالعقد ، فلذي الخيار حق فسخه ويتبعه رجوع العوضين انشاءً ثم اعتبار الرجوع حقيقة لدى العقلاء ، وقد مر منا أن الرد الحقيقي والتملك الحقيقي غير قابلين للجعل ، وليس تحت قدرة المتعاقدين ، ضرورة ان اعتبار العقلاء أو ما هو متقوم به ليس تحت اختيارهما ، وما هو تحت اختيارهما وقابل للجعل هو الانشائي من العقد والحل وإيجاد موضوع حكم العقلاء .

ثم إن الخيار عند العقلاء في الخيارات العقلائية كخيار تخلف الشرط والوصف وخيار الغبن والعيب هو حق فسخ العقد كما أشرنا إليه ، وعلى ذلك

يحمل كل دليل ورد فيه لفظ الخيار كقوله صلى الله عليه وآله (١) : « البيعان بالخيار » و : « صاحب الحيوان بالخيار » (٢) ضرورة أن ماورد في لسان الأدلة يحمل على المعاني العرفية كما في سائر المقالات .

فما في تعليقه المحقق الخراساني (قده) من أن المراد من لفظ الخيار في الأخبار غير معلوم ، لاحتمال أن يراد به جواز استرداد العين بالفسخ ، فيشكل التمسك بمثل « البيعان بالخيار » ولا مجال للاستصحاب بعد التلف . غير مرضي ، لأن لفظ الخيار في الأخبار محمول على ما هو معناه عند العقلاء ، والأصحاب بما هم عقلاء ذهبوا إلى أن الخيار حق فسخ العقد وليس لهم في ذلك اصطلاح مقابل العرف والشرع ، كما لا اصطلاح للشرع مقابل العرف ، وقوله : لاحتمال ان يراد به جواز الاسترداد ، إن كان المراد به الاسترداد الخارجي فلا شبهة في فساده ، وإن كان المراد الاسترداد في الملكية فلا يعقل ان يراد به استرداد الملكية الحقيقية ، لما أشرنا اليه من امتناعه فلا بد من ارادة الاسترداد الاعتباري الانشائي ، وعلى فرضها فلا يتقوم ذلك ببقاء العين ، بل يصح مع تلفها ، ويظهر وجهه بالتأمل فيما قدمناه هاهنا وسابقاً .

وأما ما ورد فيه لفظ الرد أو الاسترداد كما في أخبار خيار العيب (٣) فقد سبق أنه كناية عن خيار الفسخ ، فالمراد بقوله عليه السلام : « له ان يردها » أو « ليس له ان يردها » هو حق الفسخ وعدمه بعد عدم معنى صحيح للرد الخارجي وعدم صحة الرد في الملكية الحقيقية ، كما يحمل ماورد بلفظ الخيار أو حق الرد في الخيارات الجعلية العقلائية على المعنى المعروف

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الخيار .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب الخيار .

(٣) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العيوب .

(نعم) لا مانع من اشتراط الخيار على فرض وجود العين ، فيتبع كما يتبع الدليل الشرعي إذا دل على سقوطه مع تلف العين أو حدث فيه شيء ، كما مر في خيار العيب ، وأما التلف قبل القبض أو في زمان الخيار المختص فهو ليس مستقلاً للخيار ، بل رافع لموضوعه ، وعلى ما ذكرناه يظهر النظر في كثير من الكلمات ، سيما ما في كلمات الشيخ الأعظم وتعليقة السيد الطباطبائي قدس سرهما .

مسألة :

لو فسخت المعاملة فهل يضمن كل من الفاسخ والمفسوخ عليه ما في يده لصاحبه أم لا ؟ والمقصود بالبحث في المقام أن مجرد صيرورة ما في يده بالفسخ لصاحبه هل يوجب الضمان أم لا ؟ وأما فيما إذا صارت يده يد عدوان كما لو حبس مال صاحبه مع مطالبته أو علمه بعدم رضاه فلا إشكال في ضمانه .

لا يبعد عدم الضمان بمجرد الفسخ فيما إذا تصدى للرد مع الاهتمام في حفظه فتلف في طريقه بلا تعد ولا تفريط ، لقاعدة الاحسان ، ولعدم بُعد انصراف دليل اليد عنه .

وأما إذا لم يصر بصدد الرد من دون أن يكون في البين عدوان بل انتظر مطالبة صاحبه لماله فهل هو ملحق بالعدوان في الضمان أو بالاحسان في عدمه ؟ وجهان أو جهها الضمان ، لاطلاق قاعدة اليد ، وعدم انصرافها إلى يد العدوان ، ولا دليل على كونه أمانة شرعية ، كما انه ليس أمانة مالكية . وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قدس) في المقام فلا تخلو من إبهام وإشكال ، فان قوله : « إنها كانت مضمونة قبل الفسخ والأصل بقاؤه » إن

كان المراد به التمسك بالأصل لاثبات ضمان اليد فهو عجيب ، لأن ما ثبت سابقاً هو الضمان المعاملي الساقط بالقبض ، واحتمال بقاء الكلي بتجدد فرد منه حال عدم فرد ساقط في المقام ، فلا يكون من القسم الثالث ايضاً ، مع ان استصحاب الكلي لاثبات الفرد مثبت .

وإن كان المراد إثبات عدم ما يقتضي كونها امانة مالكية أو شرعية كما اشار اليه رحمه الله فلا وجه لاثباته بأصل باطل غير جار ، بل الأولى على فرض الشك في كونها امانة استصحاب عدم هذا العنوان ، أي اصالة عدم كونها امانة مالكية او شرعية ، مع أن في هذا الأصل ايضاً إشكال وإن لم يكن بوضوح الاشكال في الأصل الذي تمسك به .

وأما قوله في مقام اثبات الضمان أنها قبضت مضمونة ، فاذا بطل ضمانها بالثمن المسمى تعين ضمانها بالعوض الواقعي ، كما في البيع الفاسد فغير سديد ، فان ما قبضه كان ماله ولا معنى لضمانه ، والأخذ في مقابل الثمن لا يعد ضماناً ، مع ان بطلان ذلك لا يوجب تعين الضمان بالعوض الواقعي وتنظيره بالمقبوض بالبيع الفاسد مع الفارق ، كما هو واضح .

ففي المسألة إن كان اشكال فانما هو من جهة احتمال كون دليل اليد منصرفاً إلى اليد العدوانية ، وهو مزيف ، ولم يلتزم به الشيخ الأعظم (قده) او من جهة احتمال الاستئمان الشرعي أو المالكى ، وهو ايضاً غير مرضي ، فالأقوى الضمان إلا في الصورة التي اشرنا اليها ، فانه محل إشكال فيها ، بل عدمه غير مستبعد ، والله العالم . هذا بعض الكلام في الخيارات ، والحمد لله أولاً وآخراً .

القول في النقد والنسيئة

مسألة :

قالوا : إطلاق العقد يقتضي النقد ، فلو اشترطنا تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الاطلاق ، أقول : قد يراد بالاطلاق ما يقابل التقييد وقد يراد به ما يقابل الاشرط ، ونسبة الاطلاق إلى العقد تعطي أن نفس القرار المعاملي قد يكون مطلقاً وقد يكون مقيداً أو مشروطاً .

ولا يمكن ان يراد من هذا الكلام ما هو ظاهره جزماً ، فان التقييد والاشترط في العقد يوجبان فساداً ، مضافاً إلى ان الاطلاق المقتضي للتبادل فعلاً مقابل الاشرط والتقييد المقتضيين لكونه استقبالياً غير مربوط بالنقد والنسيئة ، فلا محالة يكون المراد به أن العقد مع عدم اشترط تعجيل الثمن ولا تأجيله يقتضي النقد .

وفي عدّ ذلك من مقتضيات العقد مسامحة ، فان العقد بنفسه لا يقتضي إلا التبادل بين العوضين ، وهذا الأمر موجود في النقد والنسيئة ، وأما لزوم الأداء في الحال عند المطالبة أو مطلقاً أو في الاستقبال كذلك فليس من مقتضيات العقد ، ولا معنى لأن يقال : إن إطلاق العقد يقتضي أن يؤدي

مال الغير إذا طالبه ، بل الصحيح أن يقال : إذا لم يشترط التأجيل في الثمن فالحكم العقلاني والشرعي المترتب على نتيجة العقد هو وجوب أدائه حينما طالبه من غير ان يكون ذلك من مقتضيات العقد إلا على التأول والمساحمة .

ولا يظهر من رواية عمار (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا ، فقال : وجب البيع ، والثمن إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد » إلا وجوب الأداء وانه نقد ، وأما ان ذلك من مقتضيات العقد أو انه حكم شرعي متعلق به إذا لم يشترط التأجيل فلا تدل عليه .

وعلى ذلك لو اشترط التعجيل يكون تأسيساً لا تأكيداً ، ويترتب عليه أحكام الشرط وتحلفه ، فما في بعض التعليقات من ان شرط التعجيل مؤكد للاطلاق على الوجه المتعارف للشرط وهو الاسراع عند المطالبة وعدم الماطلة في الأداء غير وجيه .

وأما دعوى انصراف العقد إلى النقد بهذا المعنى المطلوب لهم من أنه إذا طالب يجب عليه الأداء فغير واضح ، إلا أن يقال بانصرافه إلى التبادل الفعلي ، وهذا صحيح لكنه ليس من قبيل انصراف المطلق إلى بعض حصصه بل ظاهر العقد مطلقاً هو التبادل فعلاً ، ومع عدم اشتراط التأجيل يجب رد مال الغير إلى صاحبه .

والذي يمكن ان يقال تأسيساً لكلام الفقهاء : هو ان البيع الذي هو التبادل الانشائي الاعتباري وسيلة لدى العقلاء للأخذ والاعطاء ، ونظرهم إلى العقد آلي للتوسل إلى العوضين ، والتسليم والتسلم وإن لم يكن مفاد العقد ولا كان العقد أي التبادل الانشائي مبنياً عليه بحيث يعد من الشرط الضمني ويكون الخيار عند تحلفه ، لكنه من الأحكام العقلانية المترتبة على العقد في

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٢ .

الرتبة المتأخرة عن الحكم بمحصول الملكية ، وهذا الحكم المترتب على العقد ليس هو محض لزوم رد مال الغير اليه ، كرد الأمانة أو المنصوب ، بل له حيثية زائدة وهي لزوم الوفاء بالعقد بحيث لو لم يف احدهما لم يلزم الوفاء على الآخر ، وهذا من احكام العقد بما هو كذلك .

وعلى هذا فيصح أن يقال : إطلاق العقد بمعنى عدم اشتراط التأجيل فيه محمول على النقد ، ويجوز لكل منها مطالبة صاحبه بالتسليم ، للحق العقلائي زائداً على أصل الملكية ، ويجب على كل منهما الوفاء وجوباً عقلائياً . ومما ذكرناه يظهر ان تعليل العلامة قدس سره غير موافق لما قالوا من ان اطلاق العقد يقتضي النقد ، وإن كان صحيحاً في نفسه ، فان وجوب رد مال الغير إليه عند المطالبة أمر ، ووجوب الوفاء بالعقد أمر آخر ، وكون العقد بلا شرط تأجيل الثمن محمولاً على النقد بحيث يترتب عليه بعد تحققه لزوم الوفاء به مع المطالبة امر ثالث .

كما يظهر النظر في محكي كلام الشهيد الثاني (قدس سره) من ثبوت خيار الشرط مع الاطلاق ، واستحسنه الشيخ الأعظم (قدس سره) فان العقد الانشائي لم يكن مبنياً على ذلك ، بل هو حكم عقلائي مترتب عليه .

كما ظهر ان اشتراط التعجيل في ضمن العقد ليس مؤكداً لمقتضى العقد ولا للحكم العقلائي المتأخر برتبتين ، بل الشرط تأسيس كما اشرنا اليه وثمرته - مضافاً إلى ثبوت الخيار عند التخلف - لزوم التعجيل عملاً بالشرط ولو مع عدم المطالبة ، سيما إذا كان المشروط له غافلاً أو جاهلاً ، بل ومع علمه ، إلا إذا كان السكوت رفضاً لحقه وإمهالاً لصاحبه ، فان السكوت يمكن ان يكون لأجل حصول التخلف وثبوت الخيار بناءً على ثبوته مع إمكان الاجبار ايضاً ، ودعوى ان هذا الشرط محمول على التعجيل عند المطالبة خالية عن الشاهد بعد إطلاق الشرط ، واحتمال ان يكون

الشرط لأجل الاستغناء به عن المطالبة ، لكونها امرأ شاقاً على الشارط .
وكيف كان لا يكون شرط التعجيل من الشرط المجهول الموجب
للبطلان ، لأنه امر عرفي يحمل الشرط عليه ، وفي مثله لا يكون غرراً عرفاً .
وإن شئت قلت : إن التعجيل على فرض كونه ذا مراتب محمول على
التعجيل في اول الأزمنة ، اي التعجيل في التعجيل ، فان اصله ثابت بلا
شرط ، فهو لأمر زائد ، لا لأن المطلق مقتضى لذلك ، كما قيل في الواجب
المطلق : إنه يحمل على التعييني العيني النفسي ، فان حمل المطلق المتساوي
النسبة إلى الأقسام على احدها بلا وجه ، وما قيل في وجهه فاسد ، كما
قلنا في محله .

ثم إن الحكم بثبوت الخيار هل هو موقوف على عدم امكان الاجبار
أم لا ؟ فيه كلام ، لا يبعد أن لا يكون متقيداً عند العرف ، وإن كان
للشارط إلزامه على العمل ، لكن لو لم يلزمه وتختلف عن الشرط فالخيار
عرفي ، فما في محكي الجواهر من لزوم التقييد غير ظاهر ، وعلى فرض
كونه متقيداً فما افاده الشيخ الأعظم (قده) في جوابه متين ، وما في تعليقات
بعض السادة من الاشكال عليه في غير محله ، فراجع .

مسألة :

يجوز شرط تأجيل الثمن ، ويشترط فيه ان يكون معلوماً عرفاً بحيث
يخرج عن الغرر بنظر العرف ، كشهر او سنة ، ولا يلزم العلم بعدد ايامها
كما لا يلزم العلم بمثاقيل الأوزان ، فلو عين المن الكذائي او الكيل كذلك
مما هو معروف عند العامة ولم يعلم مثاقيله او عدد صيعانه صح ، ولا تضر
هذه الجهالة ، إذ لا يجب في رفع الغرر العلم بجميع الجهات كالعلم بكون

الشهر تاماً او ناقصاً والسنة كم يوماً ، ويدل على لزوم التعيين بما ذكر دليل نفي الغرر (١) على ما هو المعروف بين الفريقين من انه بمعنى الجهالة ، بل في الروايات الواردة في السلم (٢) - وإن كان عكس المسألة - تأييد أو دلالة على ذلك ، لأن المستفاد منها ان اعتبار معلومية الأجل لأجل دفع الغرر وان الجهالة بهذا المقدار مضره فتلقى خصوصية الثمن والسلم ، فإ في بعض التعليقات من استعجابه لكلام الشيخ الأعظم (قده) في غير محله . ولا فرق في الأجل بين القصير والطويل إذا لم يكن طول الأجل بحيث يخرج شرطه عن كونه عقلاً ، كألف سنة ونحوها مما يعد شرطه خارجاً عن القرار العقلائي ، فإ في محكي الدروس من ان الصحة اقرب وقبله الشيخ ايضاً لا يخلو من إشكال ومنع ، ومجرد حلوله بموت المشتري لا يجعل القرار عقلاً ، سيما إذا احتمل عدم الحلول إلى سبعين سنة ، وبالجملة شمول أدلة تنفيذ المعاملات لمثل ذلك محل إشكال ، وأما ما ورد في الروايات من النهي عن التأخير إلى ثلاث سنين ، كرواية قرب الاسناد (٣) وغيرها فمحمول على الكراهة او الارشاد ، كما يظهر بالتأمل فيها . ثم إنه لو جعل مدة أزيد من عمر المشتري وكان الحكم الشرعي حلوله عند موته فالظاهر انه لا إشكال فيه ، لا من جهة اللغوية ، فانه يمكن ان يكون هناك غرض عقلائي ، ولا من جهة خلاف الشرع ، لأن اشتراطها لا يرجع إلى شرط عدم الحلول عند الموت حتى يكون مخالفاً للشرع . ثم إن المعتبر في التعيين هاهنا وفي كل مورد يعتبر فيه ذلك هو الذي يرتفع به الغرر ، فلا بد من كونه معلوماً عند المتبايعين ، والمعلومية عند غيرهما

(١) سنن البيهقي ج ٥ - ص ٣٣٨ .

(٢) الوسائل - الباب - ٧ - من ابواب احكام العقود .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣ .

او في علم الله لا يرفع بها الغرر ، فجعل المدة إلى عيد المهرجان مثلاً مع عدم علمهما بأنه في أي شهر لا يصح .

مسألة :

لو باع بثمان حالاً وبأزيد منه مؤجلاً ، بأن قال : « بعثك هذا بعشرة يداً بيد وبعشرين إلى رأس الشهر » وأراد بذلك ان يقبل احدهما فالظاهر صحته حسب القواعد إن قبل واحداً منها معيناً ، فانه ينحل إلى ايجابين ، ولا جهالة في شيء منها ، وإنما الجهل في انه يقبل هذا او ذاك وهذه الجهالة غير مضرة ، إذ لم يكن غرر في اصل المعاملة ، وهذا نظير ما إذا اوجب إيجاباً واحداً ولم يدر حينه أنه هل يقبل المشتري او لا ؟ فقبل ، او من قبيل ما لو باع سلعة بعشرة وسلعة اخرى بعشرين ولم يدر ان المشتري يقبل ايها ، فانه لا ينبغي الاشكال في الصحة إن قبل واحداً منها تعييناً ، ولا يبعد ان لا تكون هذه الصورة محط بحث الفقهاء .

ويظهر من بعضهم ان موضوع البحث ما إذا اوجب البائع بنحو ما تقدم وقبل المشتري بلا تعيين احدهما بأن قال : قبلت واراد التعيين بعد القبول ، كما يظهر من الغنية ، قال : في المحكي عنه « إن تعليق البيع بأجلين وثمانين كقوله : بعث إلى مدة بكذا وإلى اخرى بكذا يفسده ، فان تراصيا بانفاذه كان للبائع أقل الثمنين في ابعد الأجلين بدليل اجماع الطائفة » والظاهر من قوله : « فان تراصيا بانفاذه » ان المراد من البيع تمامه ايجاباً وقبولاً . وقريب منه عبارة المقنعة ، قال : « لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله : « هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهر او سنة » او « بدرهم إلى شهر وبدرهمين إلى شهرين » فان ابتاع انسان على هذا الشرط كان عليه

أقل الثمنين في آخر الأجلين » انتهى . وذيل هذه العبارة صريح في ان القابل قبل ما اوجبه البائع من دون تعيين أحدهما ، بأن قال بعد الايجابين : « قبلت » واكتفى به ، وليس المراد بالتخير المذكور في عبارته الانشاء تخيراً ، لصراحة المثال في خلافه .

وعن دعائم الاسلام (١) عن أبي عبد الله عن آبائه عليهم السلام « ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن شرطين في بيع ، وقد اختلف في تأويل ذلك ، فقال قوم : ان يقول البائع أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا ويعقد البيع على هذا » إلى آخره .

وصريح هذه العبارة ان المراد عقد البيع على هذا ، ويظهر ذلك من المتون كالشرائع والنافع والقواعد وكثير من العبارات المنقولة عقيب المتون شرحاً ، حيث ان الظاهر منها ان المشهور حكموا بالبطلان في مثل الفرض لا فيما إذا قبل احدهما المعين ، فعلى ذلك لا إشكال في البطلان ، لأن قبولها معاً غير معقول ، والحمل على احدهما معيناً بلا معين وعلى احدهما مخيراً لا معنى له ، فيقع باطلاً للجهالة ، والتعيين بعد البيع لا يفيد .

ويظهر من بعضهم ان المراد في الفرع هو الايجاب على نحو التخير كما عن النهاية ، قال : « فان ذكر المتاع بأجلين ونقدين على التخير ، مثل ان يقول : « بعتك هذا بدينار او درهم عاجلاً أو إلى شهر او سنة » او « بدينارين او درهين إلى شهر او شهور او سنة او سنين » كان باطلاً ، فان امضى البيعان ذلك بينها كان للبائع اقل الثمنين في آخر الأجلين » .

والظاهر منه ايضاً قبولها معاً ، ولعل هذا فرع آخر غير الفرع المعروف وإن كان بحكمه في البطلان ، لا انه تفسير لقولهم : « لو باع بضمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً » فان الظاهر منه هو الفرض المتقدم الذي قال في

الدعائم : « فقال قوم » إلى آخره .

وكيف كان فالإيجاب تخييراً باطل ، بل غير معقول كالإيجاب ترديداً فان النقل الانشائي بهذا أو هذا كنقل هذا أو هذا لا يعقل تحققه واعتباره ونحن وإن قلنا في الواجب التخييري : إنه بعث إلى هذا تعييناً وإلى ذلك كذلك ، وتخلل بينهما لفظة « أو » لافهام المخاطب تخييره بينهما ، لكن جريان ذلك في مثل النقل الانشائي مشكل بل ممنوع ، ففي مثل ذلك لو قبل أحدهما المعين لم يقع صحيحاً ، لبطلان الإيجاب كذلك ، بل عدم معقولية النقل الكذائي ولو انشاءً فضلاً عما إذا قبلها معاً .

فتحصل مما مر ان في المسألة التي هي محط البحث تبعاً للنص (١) صورتين : احدهما وهي المعروف ما لو باع بثمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً لا بنحو التخيير وثانيتها ذلك الفرض بنحو التخيير .

وربما يتوهم من كلام بعضهم صورة أخرى ، وهي الانشاء على نحو التعليق ، فعن الناصريات « إن المكروه ان يبيع بثمنين بقليل إن كان الثمن نقداً وبأكثر إن كان نسيئة » لكن الظاهر انه لا يريد الانشاء التعليقي ، بل يريد ما هو المعروف بينهم ، ويشهد له قول الغنية المتقدم ذكره ، فانه مع ذكر التعليق تصريحاً مثل بما لا يكون فيه تعليق اصطلاحى .

وكيف كان لو فرض الإيجاب على نحو التعليق بأن قال : « بعثك بعشرة إن كان نقداً وبعشرين إن كان نسيئة » وقع باطلاً بلا إشكال ، ولعل ما في الناصريات وما في الغنية عن الاسكافي من قوله في تفسير النبوي (٢) : « لا تحمل صفتان في واحدة وذلك بأن يقول : إن كان بالنقد فبكذا وإن كان بالنسيئة فبكذا » فرع آخر ومن احتملات قوله صلى الله عليه وآله .

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود .

(٢) المستدرک - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٢

وأما الصورة التي جعلها بعضهم من صور المسألة . أي مسألة البيع بثمانين ، وهي البيع بثمان حالاً وشرط زيادة إلى شهر مثلاً - فهي اجنبية عن المسألة وعن كلام الفقهاء وعن النصوص (١) ضرورة انه ليس بيعين بثمانين كما هو المبحوث عنه في كلامهم ، ولا بيعين في بيع أو صفتين في واحدة ، ولا موافقاً لروايتي السكوني (٢) ومحمد بن قيس (٣) . وعلى اي حال لو باع كذلك وشرط ذلك بطل الشرط وصح البيع وكان نقداً . وما ذكرناه إلى هنا إنما هو بحسب القواعد ، وأما الأخبار الواردة فلا يبعد ان تكون بصدد بيان معنى واحد ، فيمكن رفع اجمال بعضها بدلالة بعض ، فمثل قوله عليه السلام (٤) : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيعين في بيع » او « عن شرطين في بيع » (٥) أو « لا تحل صفتان في واحدة » (٦) إن كان فيها اجمال ولم نقل بأنها ظاهرة فيما هو المعروف من البيع بثمانين ، سيما الرواية الأولى يرفع الاجمال عنها بصحيفة محمد بن قيس وموثقة السكوني .

ففي الأولى (٧) عن ابي جعفر عليه السلام قال : « قال امير المؤمنين عليه السلام : من باع سلعة فقال : إن ثمنها كذا وكذا بدأ بيد ، وثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذها بأي ثمن شئت ، وجعل صفتها واحدة فليس له إلا أقلها وإن كانت نظرة » قال : وقال عليه السلام : من ساوم بثمانين احدهما عاجلاً والآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة » .

- (١) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود .
 (٢) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٢ .
 (٣) و (٧) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود - الحديث ١ .
 (٤) و (٥) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٤ - ٣ .
 (٦) راجع التعليقة (٢) ص ٣٣٨ .

وفي الثانية (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام « ان علياً عليه السلام قضى في رجل باع يبعاً واشترط شرطين بالنقد كذا والنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على ذلك الشرط ، فقال : هو بأقل الثمنين وابتعد الأجلين يقول : ليس له إلا أقل النقيدين إلى الأجل الذي اجله بنسيئة » .

والظاهر منها ان المراد من مثل قوله صلى الله عليه وآله : « لا يجل صفتان في واحدة » أو قوله عليه السلام : « نهى صلى الله عليه وآله عن شرطين في بيع » أو « بيعين في بيع » هو البيع بثمانين حالاً ونظرة ، ويظهر من جميعها ولو برد بعضها إلى بعض ان المراد هو الايجاب بثمانين حالاً وكذا ونسيئة كذا ، ولحوق القبول به كذلك من غير تعيين .

وقوله في رواية محمد بن قيس (٢) : « إن ثمنها كذا وكذا يبدأ بيد وثمانها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت ، وجعل صفتها واحدة » وإن كان يوهم أن الأخذ هو قبول احدهما معيناً ، لكنه غير صحيح ، أما أولاً فلأن الأخذ يخالف القبول ، بل هو التسلم بعد تمام البيع ، وثانياً فلأن قوله : وجعل صفتها واحدة يرفع الابهام عنه ، فان المراد بالصفقة هو ضرب اليد لتثبيت المعاملة ، فهو ظاهر أو صريح في ان المعاملة وقعت على ثمنين آجلاً وعاجلاً ليختار احدهما بعد ذلك ، بل الظاهر أن الروایتين نقل لتفضية واحدة عن امير المؤمنين عليه السلام ، وصريح الثانية هو اخذ المتاع على الشرط أي الثمنين ، فقبل المتاع على الشرط ليختار أحدهما ، فتحصل مما ذكر ان جميع الروايات بصدد بيان امر واحد ، وهو النهي عن مثل هذه المعاملة التي كانت كأنها معهودة بينهم .

ثم لا يبعد ان يكون وجه الجمع بين الروايات (٣) حمل ما دلت على

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٢-١ .

(٣) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب احكام العقود .

النهي عن بيعين في بيع ، او شرطين في بيع ونحوهما على الكراهة او التحريم لا البطلان ، بشهادة روايتي السكوني ومحمد ، حيث يظهر منها الصحة فيما إذا قبلها صفقة واحدة ، والظاهر منها ان قبول الانشاء - المنحل إلى انشاءين يتقدم احدهما وهو النقد لفظاً بل وطبعاً - يختص بالنقد بعد ما لم يمكن الأخذ بهما ، فالمعاملة محكومة بالصحة في اقل الثمنين ولو أخرج الثمن إلى أبعد الأجلين .

فقوله عليه السلام في رواية محمد : « فليس له إلا اقلهما وإن كانت نظرة » يدل على انه لا يستحق إلا الأقل ولو ادى نظرة ، وليس فيه دلالة على جواز التأخير لو طالبه ، فيستفاد منها صحة المعاملة نقداً وعدم جواز المطالبة بالأكثر ولو تأخر إلى أبعد الأجلين .

(واما) رواية السكوني فالظاهر من قوله عليه السلام : « هو بأقل الثمنين إلى ابعد الأجلين » انه يستحق الأقل في ابعد الأجلين ، لكن ظاهر التفسير الذي في ذيلها ، وهو قوله عليه السلام : « يقول : ليس له إلا أقل الثمنين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة » انه بصدد بيان انه لا يستحق إلا الأقل ولو إلى آخر المدة ، أي لا يستحق الزيادة وإن أخرج إلى ابعد الأجلين وليس بصدد بيان جواز التأخير ، بل يشعر قوله ذلك بأنه ليس له إلى آخر المدة إلا الأقل ، وإن له الأخذ بالأقل إلى آخر المدة ، فله المطالبة في هذه المدة ، إذ ليست نظرة ، فالرواية بمعونة التفسير في ذيلها توافق رواية محمد والظاهر ان التفسير منقول عن الصادق او ابي جعفر عليهما السلام ، وتتمة لحديث السكوني ، مع ان الروايتين حكاية لقضية واحدة كما هو المعلوم .

فتحصل مما ذكر ان مقتضى الجمع بين الروايات صحة هذه المعاملة نقداً بترجيح حقوق القبول بما هو مقدم طبعاً وذكرراً وإلقاء القرار المتعلق بالنسيئة ، وليس فيها خلاف القواعد المحكمة كما قالوا ، والظاهر ان القول

بالبطلان واشتغاره بينهم إنما هو من اجتهادهم لا لأمر آخر ، فلا تكون الشهرة بل الاجماع في مثل هذه المسألة حجة ، والله العالم ، وحينئذ فالعمل بالروايتين متعين بعدما كانت إحداهما صحيحة والأخرى موثقة ، لكن يقتصر على موردهما ، فلو بيع بثمنين نسيئة يحكم بالبطلان .

مسألة :

لا إشكال في ان في النسيئة لا يستحق البائع مطالبة المشتري قبل حلول المدة ، ولا يجب على المشتري الأداء قبل حلول الأجل ولو طالبه البائع بذلك فان ذلك مقتضى القرار بينهما ، ويجب على البائع الوفاء به .

واما لو تبرع المشتري بأداء الثمن قبل الأجل فهل يجب على البائع القبول ؟ فيه وجهان ، ولا بد من تمحيض الكلام فيما إذا وقع البيع نسيئة ، بأن قال : « اشتريت منك نسيئة إلى شهر » مثلاً ، وأما إذا كان تأخير الثمن لأجل الشرط في ضمنه فهو خارج عن محط الكلام .

وقبل بيان مبنى الوجهين لابد من التنبيه على أمر ، وهو أن النسيئة هل هي بيع متضمن لشرط التأجيل أو لتقييد اطلاق سلطنة البائع على المطالبة متى شاء ؟ او إنها بيع خاص مقابل النقد ؟ لا بمعنى تقييد وتخصيص للثمن بأن يكون المملوك الثمن المؤجل او الثمن رأس الأجل ، كما قال به بعض أهل التحقيق ، بل بمعنى تقييد نفس القرار المعاملي ، فالبيع نسيئة صنف من البيع مقابل النقد ، لا أنها شرطان فيه أو قيدان في الثمن .

الظاهر العرفي هو ثاني الاحتمالين ، ويترتب عليه لزوم التزام كل من البائع والمشتري بالقرار الواقع بينهما ، فكما ليس للبائع مطالبة المشتري قبل الأجل ، لأنه خلاف القرار ، كذلك ليس للمشتري إزماءه على القبول قبله

لأنه خلاف القرار بينهما ، ومجرد كون القرار في الغالب لنفع المدين لا يوجب جواز إلزام البائع ، ولا وجوب قبوله على خلاف القرار .
نعم لو قلنا بأن النسبته بيع متضمن لشرط تأجيل الثمن او شرط عدم مطالبة البائع فالظاهر - مع عدم قرينة خارجية - ان المشروط له هو المدين وله حق التأخير وله اسقاط حقه ، والبائع ليس له حق بوجه ، فلو اسقط حقه صار البيع كالحال ، وسيأتي الكلام فيه في المسألة الآتية ، هذا .
واما الوجوه التي ذكروها فليست مرضية مثل ما عن التذكرة من ان التعجيل فيه منة ، فانه غير مطرد ، بل في الغالب ليس كذلك (واما) ما قيل في جوابه من ان التعجيل في وفاء ماله (ففيه) ان ذلك ايضاً قد يكون فيه المنة لعدم استحقاقه التعجيل .

ومثل ما افاده الشيخ الأعظم (قدسه) من ان التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزامه لحفظ ماله في ذمته وجعله إياه كالودعي ، فان ذلك حق عرفاً .

فانه ممنوع ، أما بناءً على ما ذكرناه في ماهية النسبته فلمنع ثبوت حق للمشتري فضلاً عن البائع ، ولو فرض اعتبار حق للمشتري فائبات حق للبائع ممنوع ، ضرورة عدم التزامه للحفظ ، بل البيع لا يقتضي إلا ثبوت المال في ذمته مؤجلاً ليس إلا ، واما بناءً على كون النسبته متضمنة لشرط التأجيل فلأن الشرط لا يقتضي إلا ثبوت حق للمشروط له وهو المشتري ، وليس البيع ولا الشرط المذكور متضمناً لشرط زائد او حق كذلك .
ثم إنه على ما ذكرنا في النسبته من انها قرار خاص لا قرار وشرط لا يصح اسقاط التأجيل ، لأنه ليس حقاً حتى يصح اسقاطه ، ولا شرطاً حتى يصح الاعراض عنه بناءً على ما اشرنا اليه في بعض المباحث من صحته ، بل جريان التقايل في التأجيل محل اشكال ، لأن النسبته لا تنحل

إلى قرارين ، بل هي قرار خاص تصح الاقالة فيها في أصلها لا في خصوصيتها وحديث الانحلال في بعض المعاملات مخصوص بموارد يوافق فيها العرف عليه ، فالبيع النقدي لا ينحل إلى بيع وكونه نقداً ، وكذا النسبة ، نعم لا مانع من توافقه على اخذ الثمن نقداً ، لكن لا تصير بذلك غير مؤجل . وعلى الاحتمال الآخر يصح الاسقاط ، ويصير حالاً ، ولو شككنا في ان النسبة من قبيل الشرط الضمني القابل للاسقاط او من قبيل الخصوصية القابلة للتقابل او على نحو لا يجري فيه ذلك ولا ذاك ، فأصالة عدم ثبوت الحق أو الشرط الضمني أو الخصوصية ونحوها غير جارية ، لكن أصالة بقاء النسبة بحالها ، وأصالة بقاء التأجيل ونحوهما لا مانع من جريانها . وبما ذكرناه يظهر ما في محكي جامع المقاصد في عدم صحة الاسقاط من انه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم ، فلا يسقط ، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الدين ، ولهذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل ، اما لو تقابلا في الأجل فانه يصح ، انتهى .

فان فيه مواقع للنظر : (منها) قوله : « قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط » فانه لا دخل للزوم العقد في ذلك ، بل التأجيل لو لم يكن حقاً لا موضوع لاسقاطه وإن كان العقد غير لازم ، ويستند العدم إلى عدم المقتضي ، لا إلى وجود المانع ، ولو كان حقاً للمشروط له جاز إسقاطه وإن كان العقد لازماً ، وقد تقدم انه على فرض ثبوت الحق فانما هو للمشروط له وهو المشتري فقط مع عدم القرينة على خلاف ذلك كما هو المفروض .

(ومنها) قوله : « إن لصاحب الدين حقاً ، ولذا لم يجب عليه القبول » فانه قد تقدم عدم ثبوت الحق له ، واما عدم وجوب القبول فلا يدل على ثبوت الحق ، إذ يمكن أن يكون لأجل عدم الدليل على وجوبه ،

وسياتي الكلام فيه .

(ومنها) قوله : « لو تقايلا في الأجل فانه يصح » إذ قد عرفت
آنفاً ما فيه .

واما ما عن التذكرة - من ان الأجل صفة تابعة فلا يستقل بالسقوط
كما لا يستقل بالثبوت - فالظاهر منه ان الأجل صفة للثمن ، فوقع البيع
بعشرة مؤجلة نظير الوصف للمبيع ، كما لو باع فرساً عربياً مثلاً بكذا ،
فيكون تابعاً ثبوتاً وسقوطاً ، غير قابل للانحلال إلى امرين .

وفيه منع كونه صفة للثمن ، بل النسبته معاملة خاصة فيها تأجيل
الثن ، فالاشكال من ناحية وحدة القرار وعدم الانحلال ، لا من ناحية
التبعية ، مع ان عدم الاستقلال في الثبوت لا يلزم منه عدمه في السقوط ،
فان الخيار غير مستقل في الثبوت مع انه مستقل في السقوط .

(نعم) بناءً على كون الأجل صفة للثمن بأن يكون الثمن هو الكلي
الموصوف بأجل كذا نظير العبد الموصوف بكونه كاتباً على نحو الكلي في
طرف المبيع فلا يستقل بالسقوط كما افاده ، وتوهم صحة إسقاط الكتابة عن
العبد الكاتب الكلي هناك في غير محله ، فان بيع الكلي الموصوف لا ينحل
إلى بيع شيء وكونه موصوفاً ، فان العبد غير الكاتب لم يتعلق به قرار وعقد
بل يكون مبيئاً للمبيع بما هو مبيع كما هو الشأن في الكليات الموصوفة .

واما ما افاده الشيخ الأعظم (قدس) من ان مرجع التأجيل في العقد
اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل ، فلا يعود الحق باسقاط التأجيل .
ففيه منع ذلك ، ضرورة ان النسبته عرفاً ولغةً ليست عبارة عن
اسقاط حق المطالبة ، بل معاملة بتأجيل الثمن ، وحكمها العقلائي والشرعي
عدم استحقاق المطالبة قبل حلوله ، مع ان اضافة الحق إلى المطالبة كاضافته
إلى بيع المال والتصرف فيه ونحوه ، فيقال : له حق البيع وحق التصرف

في ماله ، وليس المراد به إثبات حق قابل للنقل او الاسقاط ، بل يكون مثله من الأحكام المترتبة على الأموال .
وكيف كان فقد تحصل مما مر ان النسبئة لا تصير نقداً باسقاط الأجل وان الاسقاط كعدمه بلا أثر .

مسألة :

إذا كان الثمن بل مطلق الدين حالاً ، او كان مؤجلاً وحلّ اجله فان قلنا بأنه لا يشترط في تعيينه قبض الطرف وقبوله بل يكفي وضعه عنده وجعله تحت قدرته ويتعين بذلك ، وليس على المدين ازيد من ذلك شيء كما هو كذلك عند العرف ، بل يصدق عليه اداء الدين ورد مال الغير اليه فيما يجب رده كالوديعة والغصب ، فلا يجب عليه القبول ، بل وجوبه لغو نعم ليس له المنع عن وضعه لديه وجعله تحت قدرته .

وأما على القول باشتراط التعين بالقبول والقبض ، فيجب على الطرف القبول مع دفعه اليه ، لا لقاعدة الضرر ، ضرورة أنه عبارة عن النقص في النفس أو المال ، وأما النقص في العرض والوجاهة وأمثالها فليس من الضرر فلا يقال في العرف لمن تعرض لعرض الغير أو لهتكه : إنه أضر به ، بل لقاعدة الضرر . وقد قلنا في محله : إن قوله صلى الله عليه وآله : (١) « لا ضرر ولا ضرار » في قضية سمرة بن جندب مشتمل على قاعدتين قاعدة الضرر وهي غير منطبقة على مورد الرواية ، حيث إن سمرة ما أضر بالأنصاري في ماله أو نفسه ، بل كان يدخل داره بلا استئذان ، وهو من الضرر أي التحريج عليه والهتك له مما ليس بضرر عرفاً ، فالمنطبق عليه هو قاعدة (١) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب احياء الموات - الحديث ١ .

الضرار ، وقد أشرنا هناك إلى ان لفظه « ضرار » كان استعمالها الشائع في الكتاب والحديث في التحريج وإيقاع الكلفة والخرج على الغير ، بل لعلها لم تستعمل في القرآن الكريم في غيره ، وأن استعمالها في الضرر نادر ، فراجع رسالتنا في قاعدة الضرر ، وقلنا : إن « لا ضرر ولا ضرار » نهى سلطاني نافذ في الأمة ، ولا دخل له بتحديد الأحكام الالهية والتحكيم عليها ، كما هو المعروف ، فيحرم على الأمة إضرار الغير وإيقاع الضرر أي الخرج عليه .

وفي المقام يكون بقاء الدين مع إرادة المدين الخروج عن عهده حرجاً عليه ولو لم يمسّ بوجهته ، بل نفس هذا الأمر حينما اراد الخروج عن عهده أمر شاق عليه يدفع بقاعدة الضرر .

وأما كونه مستنداً إلى الدائن فواضح على ما قررناه ، فان ما هو موجب للتحريج على المدين هو إمساك الدائن عن قبوله عند العرض عليه ، وهذا فعل الدائن ، والمدين أقدم على أخذ الدين إلى أجل ولم يقدم على هذا الأمر المشار اليه .

فما في بعض التعليقات من عدم الاستناد اليه - لأن الكون في الخارج والكون في الذمة متضادان ، وليس عدم الضد مقدمة لوجود ضده حتى يكون وجوده في الذمة بقاءً مستنداً إلى شرطه وهو عدم كونه في الخارج المستند إلى ترك القبول المستند إلى الدائن - ليس بمرضي ، فان التحريج إنما هو من قبيل ترك القبول عند إرادة الأداء ، فنفس الإبقاء عن القبول تحريج بل إيذاء ، هذا بحسب العادة ، وإلا فلو أوجب بقاء الدين الخط من وجهته والمس بكرامته كان استناد الإيذاء والتحريج اليه بترك قبوله أوضح .

ويمكن الاستناد إلى قاعدة تسلط الناس على انفسهم ، فانها قاعدة عقلائية لم يردع عنها الشارع ، بل قاعدة تسلط الناس على اموالهم ايضاً

قاعدة عقلائية وان وردت من الشارع الأعظم ، بناءً على ان الرواية (١) الواردة فيها على فرض ثبوتها تنفيذ للقاعدة العقلائية ، فمقتضى القاعدة سلطنته على تفرغ ذمته من الدين ، ولا تعارضها سلطنة الدائن على نفسه في القبول وتركه ، لأن قاعدتها حيثية لا إطلاق فيها لايقاع الضرر او الحرج على الغير ، فلا يصح التمسك بقاعدة السلطنة على المال والنفس لايقاع الضرب على الغير ، وقد قلنا : إن نفس الالباء عن القبول ضرار ، فالقاعدة قاصرة عن شمول مثل ذلك ، هذا مضافاً إلى ان لزوم القبول على فرض الحاجة اليه عقلائي ، فلو راجع المدين إلى الحاكم العقلائية ألزموه بالقبول .

نعم ما يمكن التشبث له بقاعدة السلطنة هو اصل جواز إلزامه على القبض ، وأما جواز كون الالزام من نفس المديون فيستقل بالالزام فلا ، لأن ذلك من شؤون الحكومة والولاية ، وليس على نحو الهرج ، نعم لو جاز له إلزامه فقبضه تعين الكلي ولو كان عن إكراه ، لأن المعين هو القبض لا خصوص الاختياري منه ، ولو قلنا : بأن مقتضى حديث الرفع نفي أثر القبض وجعله كلا قبض ، فان ذلك فيما إذا لم يكن الاكراه عن حق كما في المقام .

ثم بناءً على ما قلناه : من وجوب القبول اللازم من حرمة ترك المنهي عنه بدليل نفي الضرر والتحريج لو امتنع من القبول كان للحاكم بعد الرفع اليه إلزامه عليه ، وإن لم يمكن الالزام فله ان يقبضه من قبله ، فيصير ملكاً للممتنع ، فانه مقتضى ولاية الحاكم ، وقد أشرنا إلى أن امتناعه بغير حق ، فما قيل : من انه لا دليل على كونه بغير حق فاسد لما تقدم ، مع انه دل على امثال ذلك قضية سمره والأنصاري (٢) حيث إن الأمر بالقلع مديلاً

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب احياء الموات - الحديث ١ .

بأنه « لا ضرر ولا ضرار » من الحكم السلطاني لحسم مادة الفساد ورفع إيقاع الضرر والخرج عن الأنصاري ، ومثل هذا الحكم ثابت في الأشباه والنظائر كما نحن فيه .

بل يمكن ان يقال : إنه لا يتعين على الحاكم إلزامه على القبول ، بل له دفع الخرج عنه ، إما بالزام الدائن ، أو بتصديه للقبض ، أو بأمره بالالقاء عنده ، وكل ذلك يوجب التعيين وصيرورته ملكاً للممتنع ، وتوهم أن ذلك من باب الأمر بالمعروف المساوي فيه الحاكم وغيره في غير محله ، فان باب رفع المنازعات موكول إلى الحاكم لثلا يلزم المخرج ، خصوصاً في مثل هذه المسألة الاجتهادية المختلف فيها الأنظار والآراء ، كما أن توهم عدم ثبوت الولاية في مثله للفقيه ناش من عدم التأمل في سعة ولاية السلطان الثابتة باطلاقها للفقيه في عصر الغيبة .

والعجب من بعض حيث يشعر كلامه بعدم ولاية الامام عليه السلام على مثل ذلك غفلة عن حدود ولاية رسول الله صلى الله عليه وآله المنتقلة إلى الأئمة عليهم السلام ، وعن كيفية إعمال السلطنة في قضية سمرة ، فالتعيين بأحد المذكورات في المقام لأجل الولاية لا لحكومة دليل الضرر على اشتراطه بقبض الدائن ، فانه غير مرضي .

ثم إنه لو لم يمكن الرجوع إلى الحاكم ولا الاستئذان منه ولم نقل بكفاية الالقاء لديه مطلقاً ، بل اعتبرنا في تعيينه قبوله وقبضه او من يقوم مقامه فقيام عدول المؤمنين مقام الحاكم في ذلك محل إشكال ، لعدم الدليل على ولايتهم كولاية الفقيه ، نعم يجوز بل يجب على كل مكلف دفع الظلم عن المدين بالزام الدائن على القبول فيتعين بقبوله .

ولو لم يمكن ذلك فلا طريق لبراءة ذمة المديون ، والتشيث بدليل نفي الضرر لرفع اعتبار القبول فرع صحة المبني ، وهو حكومته على الأدلة الأولية

كما هو المعروف بينهم ، وقد زيفناه في مقامه ، وعلى ذلك لا يتعين الكلي في الذمة بقبض عدول المؤمنين ، ولا بعزل المدين بل تبقى ذمته مشغولة لكن الذي يسهل الخطب أن الالتقاء لديه يكفي في تعيينه كما مر في أول المبحث ، ولا يعتبر في اداء الدين زائداً على تقديمه إلى الدائن وإقداره على الأخذ شيء .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) في المقام فلا يخلو من غرابة ، قال : « وإن لم يمكن إجباره ، فطريق براءة الذمة ان يعزل حته ويجعله امانة عنده فان تلف فعلى ذي الحق ، ولكن لم يخرج بذلك عن ملك مالكة ، فناء المعزول له » .

إذ لا دليل على لزوم براءة ذمته بأي طريق كان ، فلا معنى لصيرورة العزل موجبا لبراءته مع فقد الدليل عليها ، ثم لا وجه لبقائه على ملك المدين وتلفه على الدائن ، والفرار منه بتقديره آنأما ملكاً له حتى يقع التلف منه بلا وجه (والانصاف) أن المسألة لا تحتاج إلى تلك التثبثات والتطويلات فالبحت عن نمائه وعن تلفه وعن وجوب حفظه وعن جواز تصرفه فيه إلى غير ذلك تطويل بلا فائدة .

ثم على ما ذكرناه في مفاد دليل الضرر والضرار - من انه نهي سلطاني لا انه نفي وحاكم على الأدلة الأولية - يظهر الحال في اشباه المقام ، كما فيما ذكره في محكي جامع المقاصد ، بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من اخذه ، من ان في انسحاب هذا الحكم فيمن اجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك بدليل نفي الضرر ولا يتلف منها تردد ، ثم قال : والمتجه عدم الانسحاب .

قال الشيخ الأعظم (قده) بعد كلام : إن التمسك بعموم نفي الضرر

في موارد الفقه من دون انجباره بعمل الأصحاب يؤسس فقهاً جديداً (أقول) : هذا متين ، لكنه دليل على عدم كون مفاد الدليل ما ذكره وعدم تمامية ما فرّعوا عليه من حكومته على الأدلة ، وشاهد على ما ذكرناه كما يشهد به نفس الواقعة .

مسألة :

لا ينبغي الاشكال في عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه ، فانه رباً محرّم ، وكذا لو كان القرض إلى أجل فزاد فيه مقابل زيادة عينية او حكمية ، لأنه من الربا عرفاً ، ولا يحل الربا بالتخلص عنه بالحيلة بأن يصلحه في مقابل الامهال بشيء أو بغير ذلك ، فمن تأمل في الآيات (١) والروايات (٢) الواردة في باب الربا - هذا السحت الذي يستجلب من المفاسد والمشاكل ما لا يحصى ، ولقد عده الله تعالى في كتابه من الظلم فقال : « فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » (٣) وما ورد في الروايات (٤) من التشديد عليه ، وان الدرهم منه كذا وكذا - لعلم انه لا يحل ولا يجوز بالتخلص منه بتغيير العبارة أو العنوان مع بقاء واقع الربا بحاله ، مثلاً لو وهبه عشرين ديناراً ليقرضه ألفاً إلى شهر حرم ولو لم يكن في القرض شرط الزيادة .

ففي المقام وإن لم يكن شرط الزيادة في القرض وإنما زاد شيئاً لتأخير

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ و ٢٧٦ و ٢٧٨ وسورة آل عمران ٣

الآية ١٣٠ - وسورة النساء : ٤ - الآية ١٦١ .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الربا .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٩ .

التمن أو القرض ، لكنه محرم إما لصدق الربا عليه كما هو كذلك عرفاً ، أو لانسحاب مفسدة الربا فيه (وبالجملة) لا يجوز بوجه من الوجوه التخلص منه بالحيل التي ذكروها ، وما ذكرناه إنما هو في الربا القرضي ، وأما قضية بيع المثل بالمثل فهو أمر آخر غير مربوط بالربا وإن اطلق عليه السمة والتفصيل في محله .

ويدل على الحكم رواية محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى ، فيأتيه غريمه فيقول : انقدي من الذي لي كذا وكذا واضع لك بقيته ، أو يقول : انقدي بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي ، فقال : لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً ، يقول الله عز وجل (٢) : فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » وهي ظاهرة الدلالة في ان الزيادة على رؤوس الأموال ولو باعطائها للتأجيل ربياً وأنها من الظلم المحرم .

ويؤيده ما عن ابن عباس (٣) من ان قوله تعالى (٤) : « أحل الله البيع وحرم الربا » نزل في زيادة المال لزيادة الأجل في الديون الحالة . وقد ايده الشيخ الأعظم (قده) بالأخبار الواردة (٥) في تعليم الحيل ولنا في تلك الروايات تأمل وكلام قد ذكرناه بتفصيله في محله ، واجاله أن الروايات الواردة في ذلك - مع ضعف بعض منها وكون مرجع جملة

(١) الوسائل - الباب - ٣٢ - من أبواب الدين والقرض - الحديث ١ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٩ .

(٣) الدر المنثور ج ١ ص ٣٦٥ عن سعيد بن جبیر .

(٤) سورة البقرة : ١ - الآية ٢٧٥ .

(٥) الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب الربا ، والباب - ٦ و ١١ و ١٣

و ١٥ - من أبواب الصرف .

منها محمد بن اسحاق بن عمار (١) الذي قال الصدوق بوقفه ، وتوقف العلامة في حديثه ، ومعارضتها لبعض الروايات ، واختلاف متونها في الجملة - مخالفة للكتاب الذي عد الربا ظلماً ، ومن الواضح ان الزيادة في المال للزيادة في الأجل بأي نحو كان يعد في العرف رباً ، ولا فرق بين إعطاء عشرة دنانير مثلاً في مقابل زيادة الأجل الذي هو الربا عرفاً وبحسب الروايات (٢) وبين بيع ميسوى درهماً بعشرة دنانير في مقابل ازدياد الأجل . ومخالفة ايضاً للتعليقات الواردة في الأخبار كقوله عليه السلام (٣) :

« إنما حرم الله عز وجل الربا لكيلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف » وقوله عليه السلام (٤) : « لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات » وقوله عليه السلام (٥) : « وعلة تحريم الربا بالنسيئة لعلة ذهاب المعروف وتلف الأموال ورغبة الناس في الربح وتركهم القرض ، والقرض صنائع المعروف ، ولما في ذلك من الفساد والظلم وفناء الأموال » فهل ترى يدفع الظلم والفساد وفناء الأموال باختلاف كلمة مع بقاء ذلك بحاله .

وحكي ان من ألفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله الموجزة التي لم يسبق اليها : « شر المكاسب كسب الربا » (٦) والظاهر صدقه على هذه الحيل ، وعن نهج البلاغة (٧) عن امير المؤمنين عليه السلام في كلام له : « أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال له : يا علي إن القوم سيفتنون بأموالهم - إلى ان قال - : ويستحلون حرامه بالشبهات الكاذبة والأهواء الساهية ،

(١) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الربا .

(٣) و (٤) و (٥) و (٦) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب الربا

الحديث ٤ - ٨ - ١١ - ١٣ .

(٧) الوسائل - الباب - ٢٠ - من ابواب الربا - الحديث ٤ .

فيستحلون الخمر بالنبيذ ، والسحت بالهدية ، والربا بالبيع « فهل يكون استحلال الربا بالبيع غير هذه الخيل المنسوبة إلى المعصوم عليه السلام اللازم تنزيهه عنها ؟

مضافاً إلى ان في نفس تلك الروايات ما هو شاهد على عدم صدورها منهم عليهم السلام ، فان ابن اسحاق تارة يروي (١) عن الرضا عليه السلام انه قال : « قد امرني أبي ففعلت ذلك » اي الخيلة المذكورة ، واخرى يروي (٢) عن أبي الحسن عليه السلام عين ذلك ، وروى مسعدة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « انه فعل أبي وامرني ان افعل ذلك في شيء كان عليه » .

ولا استبعد ان تكون تلك الروايات من دس المخالفين لتشويه سمعة الأئمة الطاهرين ، كما لا استبعد ذلك في الروايات الواردة (٤) في باب بيع العنب او التمر ممن يعلم انه يصنعه خمرأ حيث ورد (٥) فيها عن أبي عبد الله عليه السلام « ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شراباً خبيثاً » وفي رواية (٦) « نحن نبيع تمرنا ممن نعلم انه يصنعه خمرأ » مع ما ورد (٧) من التشديد في امر الخمر واللغن على اصناف ، حتى الغارس والحارس والحامل لكونهم معيناً على هذا الحرام الخبيث ، أفلا يكون البيع ممن يعلم انه يجعله خمرأ إعانة على ذلك ؟ ! وهي مما لا يعقل صدور من المعصوم عليه السلام ، وكيف كان

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٦ .

(٣) الوسائل - الباب - ٩ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣ .

(٤) الوسائل - الباب - ٥٩ - من ابواب ما يكتسب به .

(٥) و (٦) الوسائل - الباب - ٥٩ - من ابواب ما يكتسب به -

الحديث ٨ - ٦ .

(٧) الوسائل - الباب - ٩ - و ٣٤ - من ابواب الأشربة المحرمة .

إن العمل بمثل تلك الروايات جراحة على المولى ، لمخالفة مضمونها للكتاب والسنة .

مسألة :

إذا ابتاع عيناً شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه وغيره قبل حلول الأجل وبعده بجنس الثمن وغيره ، مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً حالاً أو مؤجلاً ، سواء اشترط احد المتعاملين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية ام لا ، هذا كله حسب ما تقتضيه القواعد العقلية والاطلاقات والعمومات كتاباً وسنة ، ولا إشكال فيه إلا فيما إذا اشترط احدهما على صاحبه قبوله منه ببيع جديد ، فانه قد يتوهم أن البطلان حينئذ موافق للقواعد ، وسيأتي الكلام فيه ، وإنما الاشكال في بعض صور المسألة .

(منها) ما نسب إلى الشيخ (ره) في نهايته من انه إذا باعه من البائع بعد الحلول بنقصان لم يكن صحيحاً ، وعبارة الشيخ في النهاية مشتبهة المراد إذ من المحتمل أن يكون مراده الاقالة ، ويشهد له أن المتعارف بين الناس في مثل المفروض رد ما باعه لا بيعه ، قال : « ومتى باع الشيء بأجل ثم حضر الأجل ولم يكن مع المشتري ما يعطيه إياه جاز له ان يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه ، فان أخذه بنقصان مما باع له لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه له ، فان أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس » انتهى .

والمحتمل ان يكون مراده بقوله : « إن أخذه بنقصان » هو الاقالة بالنقصان ، وقوله : « لزمه ثمنه » يحتمل ان يكون المراد منه تحقق الاقالة وفساد قرار النقصان ، فلذلك لزمه ثمنه ، وأما قوله : « فان اخذ من المبتاع متاعاً آخر - إلى قوله - : لا بأس به ، فلكون ذلك بيعاً جديداً لا إقالة .

وحكي عنه هذا القول في الاستبصار وانه استدل عليه برواية خالد بن الحجاج (١) ورواية عبد الصمد (٢) الآيتين ، لكنه لم يستدل بهما في الاستبصار لهذه المسألة ، بل بعد ما روى رواية خالد ورواية عبيد بن زرارة (٣) الدالة على الجواز قال : « فلا ينافي خبر عبيد الخبر الأول ، لأن ماتضمن هذا الخبر من جواز ذلك إنما يجوز إذا أخذ ذلك منه الطعام ، كما كان باعه إياه من غير زيادة ، والنهي الذي في الخبر الأول متوجه إلى من يأخذ الطعام أكثر مما اعطاه ، فيؤدي ذلك إلى الربا ، وذلك لا يجوز على حال » ثم ذكر رواية عبد الصمد شاهداً لما قاله ، فالاستدلال إنما هو لمسألة أخرى هي بيع الطعام الربوي ، وسيأتي الكلام فيه .

وكيف كان لا اشكال في جواز بيع المؤجل مطلقاً من صاحبه ومن غيره ، حل أجله أو لا ، زيادة أو نقيصة ، بجنسه أو بغيره ، للأدلة العامة والقاعدة العقلائية ، والروايات الخاصة ، كرواية بشار بن يسار (٤) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، فقلت له : اشترى متاعي فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » فموردها الاشتراء من صاحبه ومقتضى ترك الاستفصال جوازه ولو مع التفاوت ، إلا أن يقال : إنها بصدد بيان أصل الاشتراء من صاحبه لا كيفية الاشتراء ، فهي مهملة من هذه الجهة فلا تدل على جواز البيع مع التفاوت .

ورواية ابن حازم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب السلف - الحديث ٣ - ٥ .

(٣) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب السلف - الحديث ١٠ .

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣ - ١ .

فقال له المطلوب : أبيعك هذا الغنم بدراهمك التي لك عندي فرضي ، قال : لا بأس بذلك « فان الظاهر منها جواز البيع من صاحبه بالنقصان ، لأن الظاهر من قوله : « كان له على رجل دراهم من ثمن غنم » إلى آخره ان الدراهم بعض الثمن .

إلا ان يقال : إن المحتمل ان يكون المراد ان عليه دراهم من قبل ثمن الغنم لا انها بعض الثمن ، ومع ذلك الاحتمال يسقط الاستدلال بها على صحة البيع منه بنقصان ، وأما أصل الصحة فلا كلام فيها ، مع ان الظاهر من الرواية أن المراد من هذا الغنم غير الغنم الذي اشتراه ، تأمل .

ورواية الحسين بن المنذر (١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشترى له المتاع مراجة ثم أبعه إياه ثم اشترىه منه مكاني ، قال : إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع وكنت انت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس ، فقلت : اهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون : إن جاء به بعد أشهر صلح ، قال : إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس . »

فان إطلاقها يقتضي الجواز مع النقص أو الزيادة ، إلا ان يقال : إنها بصدد بيان حكم أصل الاشتراء في مكانه مقابل قول اهل المسجد ، فهي مهملة لا إطلاق فيها ، إلا أن يقال : إن الاشتراء في مكانه ملازم للاختلاف وفيه انه ممنوع ، وعلى فرض تسليمه فالاشتراء في مكانه ملازم للاختلاف بالزيادة لا بالنقص ، فلا تنافي لقول الشيخ (ره) مع ان في العينة احتمالات تخرج الرواية على بعضها عما نحن بصدده .

والمحكي عن عبد الله بن جعفر (٢) في قرب الاسناد باسناده عن موسى ابن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم

اشتراه بخمسة دراهم ، أيجل ؟ قال : إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس »
وعن علي بن جعفر (١) في كتابه مثلها إلا انه قال : « بعشرة دراهم إلى
أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد » .

فانها تدل على جواز الاشتراء بالنقيصة ، إلا ان يقال : إنها لا تنافي
لقول الشيخ (ره) فانه قال : بعدم جواز الاشتراء بنقصان فيما إذا حل
الوقت ، والرواية على ما في كتاب علي بن جعفر أجنبية عن قوله ، وعلى
ما في قرب الاسناد ظاهرة في النقد ، مع ان الظاهر صحة ما في الكتاب ،
مضافاً إلى ان الاختلاف المذكور يسقط الاستدلال بها على رد الشيخ (ره)
وأما رواية يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة فيأتي الكلام فيها ، فالعمدة
في الباب هي الأدلة العامة كتاباً وستة .

وليس مقابل الأدلة العامة المجوزة إلا رواية خالد بن الحجاج وعبدالصمد
ابن بشير ، ولم يتمسك بها الشيخ (ره) للصورة المبحوث عنها ، بل تمسك
بها في الاستبصار لصورة أخرى هي بيع الطعام بتأخير واشتراء الطعام عند
حلول الأجل ، وقد حمل الطعام على الجنس الربوي حيث ادعى لزوم
الربا ، كما مر نقله منه ، ولم يذكر لما افاده في النهاية رواية لا في تهذيبه
ولا في استبصاره .

وأما بيع الطعام أي الجنس الربوي بدراهم ثم اخذ طعام أكثر مما اعطاه
فقد استدلل الشيخ (ره) في الاستبصار لبطلانه برواية خالد بن الحجاج (٢)
قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى اجل
مسمى فلما جاء الأجل اخذته بدراهمي ، فقال : ليس عندي دراهم ولكن
عندي طعام فاشتره مني ، فقال عليه السلام : لا تشتريه منه ، فانه لا خير فيه » .

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب السلف - الحديث ٣ .

وبرواية عبد الصمد بن بشير (٣) قال : « سأله محمد بن القاسم الحنات فقال : أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجيبه وقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس عندي دراهم ، قال : خذ منه بسعر يومه ، قال : أفهم أصلحك الله إنه طعامي الذي اشتراه مني ، قال : لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك ، قال : ارغم الله انفي رخص لي فرددت عليه فشد علي » . وقد جمع بينهما وبين رواية يعقوب وعبيد (٢) قالوا : « سألنا ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال : ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً قال : لا بأس به إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء » فقال : لا ينافي الخبر الأول أي خبر خالد ، ثم اتى بالعبارة المتقدم نقلها ، فحمل رواية الجواز على المساواة ورواية المنع على اخذ الطعام أكثر مما اعطاه ، قال : يؤدي ذلك إلى الربا ، وانت خبير بما في جمعه من التكلّف وعدم عقلايته .

والأولى ان يقال : إن رواية خالد ظاهرة في الجواز مع الكراهة ، ورواية يعقوب دالة على جواز اشتراء طعام بدراهم التي عليه ، لقوله : إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء ، والحمل على الوفاء بغير الجنس خلاف ظاهرها لو لم نقل : إنه خلاف صريحها ، فهي دالة على جواز الاشتراء وأعم من طعامه وطعام آخر ، ورواية عبد الصمد أعم من الأخذ بالاقالة والاشتراء فيتعارضان ، والترجيح للجواز بوجوه .

ثم إن الطعام لا يختص بالجنس الربوي ، فانه كل ما يؤكل بحسب اللغة والعرف وإن استعمل في البر ايضاً ، فحينئذ يكون رواية المنع مخالفة لفتوى الشيخ (ره) ايضاً ، والحمل على خصوص البر بلا وجه ، مع انه على فرضه

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من ابواب السلف - الحديث ٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب السلف - الحديث ١٠ .

يكون اخص من مدعاه إن كان مدعاه مطلق الجنس الربوي .
 وأما رواية علي بن جعفر (١) قال : « سألته عن رجل له على آخر
 تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم ؟ قال : إذا قومه دراهم فسد
 لأن الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم » .
 ففيها - مضافاً إلى كونها خلاف القواعد ومعارضتها بغيرها - أن
 ظاهر قوله عليه السلام : « لأن الأصل الذي يشتري به دراهم ، فلا يصلح
 دراهم بدراهم » مما لم يعمل به أحد ، مع انها ليس فيها دلالة على منع
 خصوص صورة التفاضل .

على ان ظاهرها لا يخلو من اضطراب ، فان ظاهر السؤال أن التمر
 أو الشعير أو نحوهما على عهدة الرجل ، وهذا أعم من أن كان اشتراها بالدرهم
 فالجواب أخص من السؤال ، إلا أن يحمل على أن ما يشتري بالدراهم
 لا يجوز فيه ذلك وإن لم يشتري بها فعلاً ، كما لا يبعد أن يكون الظاهر من
 قوله عليه السلام : « لأن الأصل الذي يشتري به دراهم » هو ذلك ، وعليه
 فيكون الخبر مهجوراً بلا شبهة ، فلا بد من رد علمه إلى أهله .

بقيت صورة اخرى ، وهي ما إذا باع شيئاً بشرط أن يبيعه منه ،
 وقد نسب إلى المشهور بطلانه ، والشهرة غير ثابتة ، وعلى فرض الثبوت
 لا تكون حجة في المسألة التي ورد فيها النص وتمسك فيها الأصحاب به
 تارة ، وبلزوم الدور اخرى ، وبعدم القصد الثالثة ، وبامكان دعوى عدم
 عقلانية تلك المعاملة رابعة .

ونقول : أما الدور بأن يقال : ملكية كل من المشتري والبائع تتوقف
 على ملكية الآخر فهو واضح الدفع ، فان الشرط ليس بمعنى التعليق كما
 هو واضح .

وقد يقال : إن الشرط إذا كان بنحو شرط النتيجة كان محالاً ، لأن مقتضى العقد المشروط بشرط النتيجة حصول مضمونها معاً عند تمامية الإيجاب والقبول ، ويستحيل دخول المبيع في ملك المشتري وخروجه عنه إلى البائع في آن واحد ، وكذا دخوله في ملكها معاً في آن واحد ، فان لازم الأول اجتماع النقيضين ولازم الثاني اجتماع الضدين .

وفيه - مع الغض عن ما في عدّه الأول من اجتماع النقيضين ، مع أنه أيضاً من قبيل الضدين ، إذ نقيض الدخول عدمه لا الخروج - أن شرط النتيجة في المقام هو شرط الانتقال ، ولا يعقل ذلك الشرط إلا إذا كان المراد الانتقال منه بعد الانتقال إليه ، فقوله : « بعتك بشرط أن ينتقل المبيع إليّ » يرجع إلى أنه بعد الانتقال إليك ينتقل إليّ ، فالانتقال الأول موضوع الانتقال الثاني ، فلا يلزم المحال ، نعم مثل هذا القرار والشرط خارج عن الشروط العقلائية إلا أن يفرض في مورد جهة عقلائية .

وأما دعوى عدم القصد فغير مسموعة ، إذ المراد بهذا الشرط ليس شرط يبيعه فوراً ، فلا مانع من تعلق القصد به وهو واضح ، ومنه يظهر النظر في دعوى عدم عقلائيته ، مع أنه قد يكون في شرط البيع فوراً أغراض عقلائية .

فالعمدة في المقام بعض النصوص ، كرواية الحسين بن المنذر المتقدمة (١) وهي - مع ضعفها وعدم ثبوت الجابر لعدم ثبوت الشهرة أولاً ، وعدم ثبوت استناد المشهور إليها ثانياً ، واحتمال كون قوله السلام : « إذا كان بالخيار » إلى آخره هو الرضا بالبيع ، كما صرح بذلك في رواية قرب الاسناد (٢) في نفس تلك المسألة ، واحتمال ان يكون البيع والشراء في مكان

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود -

واحد بالاشتراط للتخلص عن الربا ، كما لعله المتعارف عند آكلي الربا المرادين للتمشي في عملهم مع الشريعة بتخيلهم ، وقد وقع في رواية الشيباني (١) ما يظهر منه أن نحو ذلك من الربا ، فراجع - تكون اخص من المدعى ، والتفصيل بين البيع في مكانه وغيره مما لا قاتل به ظاهراً . فالرواية مهجورة بظاها ، وكيف كان لا يمكن رفع اليد عن القواعد بمثلها .
ومن هنا يظهر الحال في رواية قرب الاسناد ، بل احتمال التخلص من الربا فيها اقرب .

مضافاً إلى ان الظاهر منها مع الغض عما ذكرنا هو بطلان البيع الثاني بل يمكن دعوى ظهورهما في صحة الأول وكان المدعى بطلانه ، فهما على خلاف المدعى ادل ، بل يمكن ان يقال فيما لو اشترط عليه البيع فوراً وفي مكانه كما هو الظاهر من الرواية الثانية وصريح الأولى : إن القصد لم يتعلق بالبيع ، بل تعلق بالربا ، تأمل ، فالأشبه صحة البيع مطلقاً ، وطريق الاحتياط واضح ، والله العالم .

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٥ .

القول قولك قبضت

وهو الأخذ بالكف أو باليد على ما في اللغة ، والذي يظهر من التأمل في موارد استعماله الحقيقي والمناسبات اللغوية ان القبض بالمعنى المصدرى هو الأخذ بالقبضة ، والاقباض هو جعل الشيء في قبضته ، والقبضة إمّا نفس الكف في حال انقباضه أو المأخوذ به في حاله ، كما هو الظاهر من قوله تعالى (١) : « فقبضت قبضة من أثر الرسول » ، وكذا من قوله عليه السلام (٢) : « ما زاد على القبضة ففي النار » أي اللحية ، وقوله عليه السلام (٣) : « هذا من الصدقة تعطي المسكين القبضة بعد القبضة » والمقبض من السيف وقبضته محل يقبض ، أي ما وقع في قبضتك ، إلى غير ذلك من الاستعمالات ، وعلى ذلك يكون معناه الحقيقي اخذ الشيء بقبضتك ، أي كفك مقبوضاً مقابل كونه مبسوطاً .

(١) سورة طه : ٢٠ - الآية ٦٩ .

(٢) الوسائل - الباب - ٦٥ - من ابواب آداب الحمام - الحديث ١ .
من كتاب الطهارة .

(٣) الوسائل - الباب - ١٣ - من ابواب زكاة الغلاة - الحديث ١
من كتاب الزكاة .

ولا يخفى ان القبض والاقباض ليسا كالوجود والابجاد ، لأن الاقباض جعل الشيء في قبضة غيره ، والقبض أخذه بقبضته ، وهما غير متلازمين ، فضلاً عن ان يكونا واحداً حقيقة ومختلفين اعتباراً ، فقد يقبض الشيء من دون اقباض من احد ، كما انه قد يتحقق الاقباض من دون تحقق القبض كما لو جعل شيئاً في حال نوم الشخص في قبضته ، إذ لا يتحقق منه الأخذ بقبضته ، بل يقع فيها .

ثم لا يخفى إن القبض في الموارد التي يكون له فيها حكم في المعاملات ونحوها لم يستعمل بمعناه الحقيقي ، لقيام القرينة العامة العقلائية فيها على التوسع بل وقيام القرينة اللفظية عليه في كل مورد ورد فيه القبض بعنوانه موضوعاً للحكم حتى في بيع الصرف الذي فيه الدنانير والدرهم ، ضرورة عدم اعتبار القبض بالمعنى الحقيقي اللغوي فيه ، بل لا يعتبر الأخذ باليد ايضاً .

فقوله عليه السلام في بعض روايات بيع الصرف (١) : « يدفع اليه الورق ويقبض منه الدنانير » ليس المراد منها إلا الأخذ والاعطاء عرفاً ، فلو وضعه عنده وعمل صاحبه كذلك صح الدفع والقبض ، وما في بعضها (٢) « لا يتناع رجل فضة بذهب إلا بدأ بيد » ليس المراد منه إلا التكنية عن النقد ، وقوله عليه السلام (٣) : « فلا تفارقه حتى تأخذ منه » ليس المراد إلا الأخذ العقلائي العرفي ، فيعلم ان القبض هو الأخذ ، فلو كان الذهب في كيس او صندوق ووضعه عنده وجعله تحت يده صدق الأخذ وسائر العناوين .

واولى بذلك القبض الواقع بعنوانه في سائر الأبواب ، كباب الرهن والهبة والوقف والبيع في التلف قبل القبض ونحو ذلك ، فان المبيع والمرهون

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٢ - من ابواب الصرف -

والموهوب والموقوف غالباً أو في كثير من الموارد ليس مما يؤخذ بالقبضة واليد ، ففي تلك الموارد قامت القرينة القطعية على عدم اعتبار القبض بمعناه الحقيقي ، فالحديث النبوي (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وفي رواية أخرى « على اليد ما قبضت » وفي ثالثة « على اليد ما جنت » ليس دالاً على اعتبار القبض باليد والأخذ والاجتاء بها ، بل القرينة قائمة على التوسعة .

وعلى هذا لا يكون القبض المعتبر في المعاملات ونحوها مختلفاً بحسب الموارد ، ولا يكون المراد بالاقباض إلا الرد والتأدية عرفاً ، ففي الرهن الذي ورد (٢) فيه « لا رهن إلا مقبوضاً » وقوله تعالى (٣) : « فهران مقبوضة » إذا جعل المرهون تحت اختيار المرتهن وقدرته تحقق القبض المعتبر كما يتحقق به القبض الموجب للخروج عن الضمان المستفاد من النبوي (٤) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » وكذا في غيره من الموارد ولا يعتبر أزيد مما ذكر ، وعليه فلا إشكال في عدم اعتبار القبض بمعناه الحقيقي حتى فيما اعتبر فيه القبض بعنوانه ، كما لا ينبغي الإشكال في صدقه عرفاً بالمعنى المجازي الموسع مع تحقق التأدية والأخذ والاعطاء والرد وامثالها .

وإن شئت قلت : مع تعذر المعنى الحقيقي في جميع الأبواب لاوجه

(١) سنن البيهقي - ج ٦ ص ٩٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الرهن - الحديث ١ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٣ .

(٤) المستدرک - الباب - ٩ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

للاخذ به في بعض المصاديق كالدينانير والأحجار الكريمة ونحوهما ، لأن استعماله في جميع الأبواب على نسق واحد ، ويكون استعماله فيما يمكن فيه ارادة الحقيقة نحو استعماله فيما يتعذر فيه المعنى الحقيقي ، بل ما يمكن فيه تحقق المعنى الحقيقي لم يتفوه باعتباره أحد من الفقهاء بأن يقول : لا بد من جعله في كفه وجعله مقبوضاً ، فاعتبار الأخذ باليد او الجارحة واضح الاشكال والفساد ، وعلى ذلك فلا بد من الحمل على ما يناسب المعنى العرفي والاعتبار العقلاني ، وليس في اعتبارهم في القبض والتسليم والتحويل وما شابه ذلك إلا معنى واحد .

والأنسب بالمعنى الحقيقي بحسب العرف وموارد الاستعمال هو الاستيلاء والاستبداد به من غير حاجة إلى ضم التصرف الخارجي ، لأن الاستعمال الشائع في القبضة والقبض والمقبوض ونحوها هو الأخذ بما يعم الاستيلاء والأخذ باليد كقوله تعالى (١) : « والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة » وكقولهم : « الملك في قبضة فلان » فكما ان عنوان القبض والتسليم والتحويل صادق في غير المنقول بنفس الاستيلاء الحاصل بالتخلية ، وجعله تحت يده يفعل به ما يشاء كذلك صادق في المنقول كائناً ما كان ، وفي أي مورد أخذ عنوانه موضوعاً للحكم .

نعم يمكن ان يقال : إن القبض الموجب لرفع الضمان يحصل بمجرد ما ذكر ولو لم يكن القابض راضياً ، بل مع إظهار الكراهة ، وفي غيره يحصل مع الاذن بلا إشكال ومع الرضا أيضاً .

وقد يقال : بعدم كفاية الاستيلاء في الخروج عن ضمان المبيع المنوط بقبضه متمسكاً برواية عقبة بن خالد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في

(١) سورة الزمر : ٣٩ - الآية ٦٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير انه 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 ، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه « بدعوي أن صدرها ظاهر بل صريح في عدم الكفاية ، فان ترك المتاع عنده باختياره يتضمن السلطنة والاستيلاء على الترك والأخذ ، ومع ذلك نفي عنه القبض فيعلم أن الاستيلاء غير القبض .

وانت خبير بما فيه ، ضرورة ان القدرة على سلب استيلاء الغير غير الاستيلاء على المتاع ، ومفاد الرواية ان المشتري بعد الاثراء ترك المتاع على حاله تحت استيلاء البائع وإن كان قادراً على سلبه ، ومثل ذلك لا يكون قبضاً ، ولم يقل أحد ممن يقول بكفاية استيلاء المشتري بكفاية القدرة على الاستيلاء ، كما أن ذيلها ظاهر في كفاية الاستيلاء ، وجعل البائع المتاع تحت استيلائه ، فان الظاهر من سياق الكلام أن قوله عليه السلام : « حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته » من الاقباض والاخراج أي فعل البائع ، والظاهر من الاخراج من بيته هو الاخراج عن تحت استيلائه وجعله تحت استيلاء المشتري ، فكأن ذلك تفسير للقبض ، ولهذا قال بعده : « فان أخرجه من بيته » من غير ذكر القبض ، ومن المعلوم أن الاخراج عن البيت لا موضوعية له ، بل المراد الاخراج من تحت استيلائه وسلطنته وإدخاله في استيلاء صاحبه . فالرواية مؤكدة لكفاية الاستيلاء والاستبداد ، ومفسرة للقبض ، وشارحة للمراد في النبوي (١) « كل مبيع تلف قبل قبضه » .

ويؤيد ما قلناه النبوي المعروف (٢) « على اليد ما اخذت حتى تؤديه »

(١) المستدرک - الباب - ٩ - من ابواب الخیار - الحديث ١ .

(٢) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٥ .

فان الخروج عن الضمان علق فيهِ على التأديية ، ومن البعيد ان يكون الخروج عنه في البابين مختلفاً ، فكما ان التأديية الموجبة للخروج عنه صادقة مع جعله تحت استيلائه والتخليية بينه وبين المأخوذ بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء كذلك القبض ، فانه ايضاً كذلك .

فتحصل ان اعتبار التصرف الخارجي والنقل ونحوهما غير مرضي ولم يدل عليه دليل ، بل العرف على خلافه ، والشواهد في شتات الروايات على عدمه - كالتعبير فيها بالقبض تارة ، وبالأخذ اخرى ، وبالتأديية ثالثة ، وبالرد رابعة ، وبالتسليم والتحويل ونحوهما خامسة - مما يشرف المتأمل على القطع بأن المراد منها معنى واحد ، وهو ما فهمه العرف منها من كفاية الاستيلاء والاستبداد ، ومع ذلك لا بد في كل باب من المراجعة والتأمل في لسان الأدلة ، وما ذكرناه هو القاعدة الكلية ، إلا ان يدل دليل على خلافه .

وقد يتوهم قيام الدليل على الخلاف في المكيل والموزون ، وان القبض فيها بالكيل والوزن مستشهداً بروايات ليس في شيء منها ما يدل على ان الكيل او الوزن بمجرد قبض ، وإن لم يجعلها تحت استيلاء المشتري ، وبعبارة اخرى ليس فيها ما يدل على قيام كيل البائع بلا مساس بالمشتري مقام قبضه بل مثل ذلك قطعي الفساد ولم يدل عليه دليل .

وما تمسكوا به لذلك روايات : منها صحيحة معاوية بن وهب (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال : ما لم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيله او تزنه إلا أن تولّيه الذي قام عليه » وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « انه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال ، قال : لا يصلح له ذلك »

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود -

وصحيحة منصور بن حازم (١) « إذا اشتريت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا ان توليته ، فاذا لم يكن فيه كيل او وزن فبعه » ورواية ابي بصير (٢) قال : « سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل ان يكيلاه ، قال : لا يعجبني أن يبيع كيلاً او وزناً قبل ان يكيلاه او يزنه » إلى غير ذلك .

وأنت خبير بأن شيئاً منها لا يدل على أن القبض هو الكيل والوزن فان كان المدعى أنها قبض ولو لم يجعل تحت اختيار المشتري واستيلائه فلا دلالة فيها عليه ، وإن كان المدعى كفاية الكيل بحضرة المشتري فلا إشكال فيه ، لا لأن الكيل قبض ، بل لأن القبض وهو جعله تحت استيلائه حاصل بالكيل على النحو المتعارف من كيل البائع وجعل المكيل عند المشتري ، فمفاد تلك الأخبار يؤيد القاعدة الكلية التي أشرنا إليها .

وأما مسألة كراهة بيع المكيل والموزون قبل الكيل والوزن أو حرمة أو شرطيتها لصحته فهي أمر آخر غير مربوط بالمقام .

ودعوى ان مقتضى الجمع بين ما اشتمل على النهي عن بيعها قبل القبض كصحيحة منصور وغيرها وبين ما اشتمل على النهي عن بيعها قبل الكيل والوزن كصحيحة معاوية هو ان الكيل والوزن هو القبض في غير محلها إن كان المراد حصوله بمجرد الكيل بلا مساس بالمشتري ، وإن كان المراد حصوله بهما إذا كان بمحض منه ورضاً وقبول منه فلا إشكال في حصوله ، لكن يكون الكيل مقدمة لما هو القبض حقيقة وهو استيلاء المشتري . وعلى فرض تسليم أن مفاد تلك الروايات بعد الجمع بينها وبعد استثناء التولي هو ان الكيل قبض ، بل لو فرض ورود دليل على ان الكيل قبض

أو انه يكفي في القبض الكيل فهو من اقوى الشواهد على ما ذكرناه من ان القبض هو الاستيلاء على الشيء ، والاقباض هو جعل الشيء تحت استيلائه ، ضرورة ان المراد بأن الكيل قبض ليس كيل البائع في نفسه بلا دخل للمشتري ولا حضور له ، بل المراد ما هو الشائع المتداول بين المتعاملين من كيل الطعام عند البيع أو بعده او قبله وجعله في متناول يد المشتري وتحت استيلائه وبه يحصل القبض المعتبر حسب ما قدمناه ، نعم هذا استثناء عن ما قيل في باب القبض من انه لا يكفي بالاستيلاء ، بل لابد من التصرف بوجه . ثم إنا قد تعرضنا لجانب من مفاد الروايات الواردة في المكيل والموزون في محله ، فراجع حتى يتضح الحال فيما نقله الشيخ الأعظم (قدس) عن المسالك في الفرع الثاني .

كما اتضح مما ذكرناه الحال في السفينة المتباعة المشحونة بأمتعة البائع او غيره ، وان القبض الذي هو الاستيلاء لا يتوقف على شيء غيره ، وهو يحصل بالاستيلاء على السفينة ، كانت مشحونة بمال البائع أم لا .

القول في وجوب التسليم

مسألة :

يجب على كل من المتبايعين تسليم ما وقع عليه العقد ، وذلك لا لأجل مجرد وجوب رد مال الغير اليه حتى يترتب عليه وجوب التسليم على كل منهما وإن امتنع الآخر عن التسليم ، فإن إمساك مال الغير ظلم ، وظلم أحدهما لا يستلزم جواز الظلم على الآخر ، كما هو المحكي عن الأردبيلي ، واستجوده صاحب الحدائق (قدهما) .

ولا لأجل بناء عقود المعاوضات على تسليم كل منهما ما عنده في قبالة تسليم الآخر ، بدعوى انه من الشروط الضمنية التي التزمه المتعاملان كما عليه جمع من المحققين ، ضرورة عدم اشتغال البيع إلا على التملك بالعوض تملكاً إنشائياً فقط بلا التزام بأمر آخر ، فما قيل - من ان مساواة العوضين في القيمة وعدم العيب فيهما وتسليم كل منهما عند تسليم الآخر من الشروط الضمنية الموجبة لثبوت حق لها في المقام ولثبوت الخيار عند التخلف - غير وجيه ، لكونه مخالفاً للوجدان في المعاملات ولا ارتكاز العقلاء .

بل لأن التسليم والتسليم من الأحكام العقلانية المترتبة على البيع ، حتى

صح بلحاظه أن يقال توسعاً : إن البيع هو الأخذ والاعطاء ، وذلك لأن البيع طريق للوصول إلى العوضين ، كما إن البيع الانشائي للوصول إلى الملكية العقلائية ، وهذا وذاك من الدواعي العقلائية من دون أن يكون هنا تقييد والتزام في نفس المعاوضة ، ومن الأحكام الواضحة العقلائية اللازمة للعمل ، إلا أن يدل دليل شرعي على الردع .

ويترتب على ذلك عند العقلاء حق الامتناع إذا امتنع صاحبه من التسليم ، كما إن لكل منها حق المطالبة ، لا لكونه ملكه والناس مسلطون على أموالهم ، لأن ذلك لا يستلزم ما ذكر ، بل لكونه حقاً عقلائياً مترتباً على المعاوضة ، فاذا امتنع أحدهما أو كلاهما من التسليم ورجعا إلى الحاكم يجبره عليه ، لا من باب الأمر بالمعروف ، بل من باب ثبوت الحق لكل منهما ، والمرجع فيه هو الحاكم ، كما يترتب عليه عدم حق المطالبة إذا امتنع عن أداء حق صاحبه ، إذ حقه بنظر العرف متقيد لا مطلق ، فليس له أن يطالب صاحبه بماله وهو لا يسلم عوضه إليه .

ولو امتنع أحدهما أو كلاهما ولم يمكن الإيجابار فإن كان ذلك من نيتها حال العقد بطل ، لأنه غير عقلائي ، وإلا ففي الامتناع المطلق يحتمل انحلال العقد ، وبجتمثل ثبوت الخيار ، وهو الأرجح ، وليس الخيار للشرط الضمني ، بل هو خيار آخر ثابت عند العقلاء ، ولو امتنع أحدهما فإن كان هو البائع كان للمشتري خيار الامتناع ، وإن كان هو المشتري كان للبائع خيار التأخير .

ولو كان كل منهما باذلاً لكن اختلفا في التقدم والتأخر لغرض عقلائي أجبرا على التسليم ، وليس لأحدهما حق التقدم .

فإن الخلاف - من أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمة ، لأن الثمن إنما

يستحق على المبيع ، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن - غير وجيه ، وتعليقه ضعيف ، إذ كما ان الثمن يستحق على المبيع كذلك المبيع يستحق في قبالة الثمن ، وذلك لأن الملكية الانشائية وكذا الحقيقية لا اشكال في حصولها بالنسبة اليها في رتبة واحدة ، وتقديم المبيع في اللفظ غالباً لا يوجب تقديم حصول ملكيته على ملكية الثمن ، ولا تقديم حكم أحدهما على الآخر ، فهما على السواء في الملكية وفي الأحكام المترتبة على المعاوضة ، ومنها وجوب تسليم كل منهما مال صاحبه ، فهذا حكم عقلائي مرتب على المعاوضة مقدم على دليل السلطنة وحرمة حبس مال الغير العقلائين ، مع ان حرمة الحبس إنما هي فيما إذا لم يكن بحق ، كما أنه لا سلطان له فيما إذا كان الحبس بحق .

وربما يقال : إن المشتري يجبر على البداية فيما إذا كان الثمن كلياً ، لأن حق المشتري متعين في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع أيضاً ، وفيه أنه لا دليل على هذا المدعى ، وإنما الواجب دفع العوض الكلي بدفع الفرد وأما تقدم الدفع ليتعين الحق فيه فلا وجه له .

وأما ما عن الجواهر - من ان قبض البائع مقدماً يوجب تفويت حق آخر منه ، وهو حق خيار التأخير - ففيه أن الحق غير ثابت فعلاً ، غاية ما هنا أنه يحتمل تحققه في المستقبل ، ومثله لا يصدق عليه التفويت ولو قلنا بعدم جواز رفع موضوع الحق ، مع ان المفروض عدم التأخير ، لأنها لم يختلفا في أصل التسليم ، بل في البداية به .

ومما ذكرنا في وجه المسألة يظهر الحكم فيما إذا كان أحد العوضين مؤجلاً ، ففي مثله يكون الحكم العقلائي غير المردوع ثابتاً من حين حلول الأجل ، فلعل منها الامتناع مع امتناع الآخر ، لأن ذلك مقتضى المعاوضة بحسب الحكم العقلائي ، وإنما لم يجز الامتناع قبل حلوله لعدم حق عقلائي له ما دام الأجل باقياً ، وبعد ما حل الأجل ثبت الحكم المتعلق بالمعاوضة ، وهو

جواز امتناع دفع الوض مع امتناع صاحبه ، وليس هذا الحكم لأجل الالتزام الضمني حتى يقال : ليس هنا التزام ، فلا بد من رد مال الغير واو امتنع عن رد ماله .

وبالجمله الحكم ثابت لعنوان المعاوضة أو للتسليم المعاوضي ، خرج منه ما أجله صاحب الحق إلى زمان حلوله ، وبقي ما بعده ، وليس ذلك من قبيل عموم العام والمخصص حتى يبحث عن ان المورد هل من موارد التمسك بالعام أو من موارد استصحاب حكم المخصص .

فلو قبض الممتنع ما في يد صاحبه فعل حراماً وكان لصاحبه استرجاعه لكن المأخوذ ليس غصباً ولا بحكمه ، فله التصرف فيه ، لأن الحق تعلق بعنوان الحبس أو الامتناع ، فله حق الحبس والامتناع من التسليم مع امتناع صاحبه ، نظير حق الخيار المتعلق بالعقد لا بالعين ، نعم لو فرض ترتب أثر على الاقباض او القبض بحق لم يترتب على ذلك القبض .

مسألة :

يجب على البائع تفريغ المبيع عن امواله ، سواء قلنا بوجود التسليم أم لا ، لأن إشغال مال الغير بدون إذنه غير جائز ، وكذا لو كان مشغولاً بمال غيره باذنه وجب عليه وعلى الغير تفريغه ، وهذا الوجوب ثابت من حين تمامية العقد إلى زمان التسليم وإلى ما بعده ما دام الاشتغال بلا إذن من المالك ، وله إلزام البائع وغيره على التفريغ أو افرأغه إذا امتنع صاحبه وإن تضرر به ، وعلى مالكة أجره التفريغ ، كما أن عليه أجره مثل زمان الاشتغال ، كل ذلك من لوازم التصرف في مال الغير بلا إذنه وإشغاله له ، بل هذا الاشتغال تفويت للمنافع واستيفاء لها ، نعم لو اشتغل المبيع بمال

البائع بلا اختيار منه ولم يمكنه التفريغ أو تصدى له فوراً ولكن طال مدته فالظاهر عدم ثبوت الأجرة ، لعدم تفويت منه وعدم الاستيفاء .
ثم إنه هل يكون للتفريغ زائداً على وجوبه لما ذكر وجوب آخر تستتبعه المعاوضة ؟ كوجوب التسليم المترتب على المعاوضة الذي قلنا : إنه حكم عقلائي غير الحكم الشرعي بوجوب رد مال الغير ، وقالوا : إنه مقتضي إطلاق العقد والتزام المتعاملين ، ثم على القول به ، فهل هنا التزام مستقلان أحدهما التزام التسليم وثانيهما التزام التفريغ عند التسليم ، وعلى المختار هنا حكمان عقلائيان مستقلان أحدهما لزوم التسليم وثانيهما لزوم الافراغ عنده ، أو أن هنا التزاماً واحداً أو حكماً واحداً متقيداً بحيث لو سلم المبيع غير فارغ لم يقع التسليم ولم يتحقق القبض ؟ .

لا إشكال في عدم التزام هنا من المتعاملين في أصل التسليم فكيف في التفريغ عن المزاحم ، كما لا إشكال في عدم حكيمين مستقلين عقلائيين بحيث يترتب على كل منهما الأثر ، وأما الحكم الواحد المقيد ففيه تأمل وإشكال ، والظاهر عدم ثبوته ، فلو سلم العين مشغولة صح وتحقق التسليم ، وليس للمشتري حبس الثمن ولا حق الامتناع ، وما افاده الشيخ الأعظم (قده) من ان التسليم بدون التفريغ كالعقد غير واضح ، بل الظاهر ان التسليم مع التفريغ والاشتغال سواء ، فانه عبارة عن جعله تحت استيلائه ، وهو حاصل حتى مع الاشتغال بمال الغير .

ولو امتنع البائع عن التفريغ ولم يمكن الزامه أو كان مشغولاً بمال غاصب لم يمكن الزامه ولم يمكن في الصورتين التفريغ كان له الخيار ، على ما يأتي بيانه في الفرع الآتي .

ولو كان المبيع أرضاً مشغولة بالزرع للبائع فان بلغ حصاده يجب عليه الحصاد والتفريغ ، ومع الامتناع اجبر عليه ، ومع عدم إمكانه حصده

المشتري وأخذ اجرة الحصاد منه ، وإن لم يبلغ فإن كان زرعتها بعد البيع وقبل التسليم فهو خارج عن محل البحث ، لكونه غاصباً يعامل معه معاملة الغاصب ، وإن كانت مشغولة به حين البيع فإن علم به المشتري فلا خيار له ولا القلع بلا إشكال ، لكن له اجرة الأرض إن لم تقم قرينة على البناء على بقائه مجاناً ، وإن جهل به فله خيار الفسخ ، والظاهر أنه خيار مستقل عقلائي فيه مناط خيار العيب ، فإن العين المشغولة التي لا يمكن الانتفاع بها مساوقة لما فيه نقص مانع عن الانتفاع ، فكما ان خيار العيب هناك عقلائي وإن كان التخيير بين الفسخ والأرض بالتعبد من الشارع الأعظم كذلك الخيار في المورد عقلائي ملحق بخيار العيب ، ولكن لا أرض فيه ، لاختصاصه بمورد نقص الحلقة .

وأما ما قيل من انه من قبيل تخلف الوصف أو تخلف الشرط ، وما قيل في وجهه من ان الخصوصيات التي تتعلق بها الأغراض النوعية لنوع المتعاملين بمنزلة القرينة النوعية على ارادتها في مورد العقد ، فتكون كالتوصيف المذكور ، او كالاتزام الضمني بها ، فتخلف مثل هذا الوصف او الاتزام يوجب الخيار ، لأن لزوم العقد والحال هذه يوجب الضرر ، وهو نقض الغرض المعاملي ، وإن لم يكن ضرراً مالياً .

فليس بوجيه (أما أولاً) فلمنع صيرورة ما تعلق به الأغراض وكانت كالدواعي وصفاً او التزماً في المعاملة ، وإلا لوجب ثبوت الخيار في موارد لا يلتزم به أحد حتى القائل ، ككون الفاكهة حلواً ، وكون الدواء مفيداً ، فالصفات الكمالية وإن كانت متعلقة للأغراض النوعية في المعاملات لنوع المتعاملين وكانت من الدواعي إلى المعاملة ، إلا أنها بمجرد ذلك لا خيار فيها عند التخلف ، مع أن الاتزام الضمني الذي تكرر منهم في كثير من الموارد لا عين ولا أثر له عند العقلاء في معاملاتهم .

ج ٥ (عدم جواز قلع المشتري زرع البائع ولا الزامه به) - ٣٧٧ -

(وأما ثانياً) فلأن خيار التخلف على فرضه عقلائي ، ليس مدركه دليل نفي الضرر ، وقد مر منهم أن دليله لا يثبت الخيار بالمعنى المقصود منه . (وأما ثالثاً) فلأن مجرد نقض الأغراض ليس بضرر عرفاً ولا لغة . فتحصل أن الخيار ثابت في المقام بلا إشكال ، لكنه ليس لما ذكره ، بل الوجه فيه ما ذكرناه من كون المقام ملحقاً بالعيب عند العقلاء .

وليس للمشتري قلع الزرع ولا إلزام البائع بقلعه ، لأنه عرق محترم لغير ظالم ، ودليل السلطنة على الأموال حيثي كما مر منا ، فلا إطلاق له للاضرار بالغير ، فكما لا يسوغ دليل السلطنة للبائع بقاء زرعه في مال الغير كذلك لا يسوغ للمشتري قلع مال الغير والاضرار به ، مضافاً إلى حكومة دليل نفي الضرر (١) على قاعدة السلطنة على فرض إطلاقها ، فان دليله نهى سلطاني من رسول الله صلى الله عليه وآله أو شرعي من الله مقدم على دليل السلطنة لا على سائر الأدلة الأولية .

ومن هنا يظهر أنه لا يوجب دفع الأرش رفع النهي عن الاضرار ، فانه مترتب عليه ، نعم لو خالف وقلع ثبت عليه الأرش مع ارتكابه الحرام فالقلع خلاف احترام مال المسلم وخلاف نهى النبي صلى الله عليه وآله ، كما أن الابقاء بلا اجرة خلاف احترام مال المسلم .

وتوهم أن الابقاء إضرار والأجرة جارة فاسد ، لأن بقاء الزرع في الأرض ليس من فعل البائع ، وما هو من فعله زرعها فيها ، وهو واقع في ملكه قبل النقل ، وأما بقاؤه فليس كذلك ، ومجرد قدرته على القلع لا يوجب صيرورة البقاء فعلاً له ، وإلا لوجب أن يكون فعلاً لجميع الناس القادرين عليه ، فالقلع إضرار بالبائع ، والابقاء ليس كذلك ، والأجرة ثابتة لاحترام مال المشتري وجمع بين الحقوق .

نعم لو قلنا بأن مفاد دليل نفي الضرر نفي الأحكام الضرورية كان كل من القلع والابقاء ضرورياً ، وكل من الأرش والأجرة جابراً له ، ضرورة أن بقاء الزرع في الأرض استيفاء لمنافعها وتفويت على صاحب الأرض ، وجوازه ضرر منفي ، كما ان جواز القلع ضرر منفي فيتعارضان ، وما في بعض التعليقات مع طوله غير مرضي .

فتحصل مما مر ثبوت الخيار للمشتري واجرة المثل مع عدم إعماله ، ولو أراد البائع القلع لم يكن للمشتري منعه ، فعلى البائع الاستجابة من المشتري في الابقاء ولو بالأجرة ، ولو لم يجب على ذلك كان له القلع وتخليص ماله بغير اجازة ، ولو لم يتمكن سقطت أجرة الأرض .

ولو قلع يجب عليه طم الأرض وإصلاحها ، ولا يبعد ان يكون الحكم في أمثال ذلك حتى في مثل هدم البيوت والجدر مما يمكن اعادته على ما كان عليه وجوب الاعادة ، إلا أن برضى المالك بالقيمة ، ويحتمل عدم جواز إلزامه على القيمة لو أراد الاعادة على ما هو عليه ، فقول الشيخ الأعظم قدس سره : « ولو ألحق مطلقاً بالقيمي له وجه » غير مرضي ، ودليل الضمان عقلائي أنفذه الشارع الأقدس ، ولا يقتضى الدليل زائداً على ما ذكرناه ، وبعدُ فالمسألة محتاجة إلى التأمل .

ثم إنه لو امتنع البائع من التسليم فان كان بغير حق فلا إشكال في كونه غاصباً ، ويجري عليه آثار الغصب وعليه الأجرة والنفقة ، وإن كان بحق كما لو كان امتناعه لامتناع المشتري من تسليم الثمن فبالنسبة للمنافع لو أتلفها كما لو أتلف الثمرة أو استوفأها كما لو سكن البيت صار ضامناً لها وعليه عوضها .

وإن تلفت لا بتقصير منه أو فأتت المنفعة بلا استيفاء كما لو بقيت الدار خالية والدابة معطلة فهل عليه ضمان ما تلف أو فات من المنافع

أم لا ؟ وجهان ، أوجهها العدم ، لانصراف دليل اليد عن اليد التي وقعت على مال الغير أو بقيت عليه بحق عقلائي أو شرعي سيما في مثل المورد الذي كان البقاء فيه بتقصير من صاحب المال وإن لم يصدق عليه الأمانة الشرعية أو المالكية ، فضلاً عما إذا صدقت عليه كما يقال : إن مثله أمانة شرعية .
وأما ما قيل - من ان الفوات تحت يده إتلاف ومع ذلك قال بعدم الضمان تشبهاً بقصور قاعدة اليد عن الأمانة الشرعية - ففي غير محله ، لأن دليل الإتلاف ليس فيه قيد ، وكون الحبس بحق لا يوجب ان يكون الإتلاف كذلك ، لكن الذي يسهل الخطب أن الفوات تحت يده ليس إتلافاً ، فالضمان لو كان إنما هو ضمان اليد لا الإتلاف ، وفي غير المورد إذا منع المالك عن استيفاء منفعة ملكه يثبت الضمان العقلائي وإن لم يصدق الإتلاف .

بل يمكن ان يقال : إن جواز الامتناع عند الامتناع ملازم لجوازه بلا ضمان الأجرة ، وإلا فربما يحتمل المشتري بالتوسل بالامتناع لأخذ الأجرة بسهولة فيمتنع عن الثمن ليأخذها ، ولو كان لحفظ مثل الدار نفقة فعلى المشتري ، كما ان نفقة الدابة عليه .

ولو طلب من البائع الانتفاع بماله وهو في يده ففي وجوب إجابته وجهان ، أشبههما بالقواعد الوجوب ، وإن أمكن المناقشة فيه بأن يقال : لازم جواز الامتناع عن تسليم العين جواز الامتناع عن الانتفاع بها ، وفيه كلام .

القول في أحكام القبض

مسألة :

من أحكام القبض انتقال ضمان المبيع إلى المشتري القابض ، إذ يكون قبل القبض على البائع ، وهو في الجملة مما لا كلام فيه ، وإنما الكلام في انه مضمون عليه بالضمان المعاوضي او انه مضمون عليه بالضمان الواقعي .
ربما يحتمل أو يقال : إنه مضمون عليه بضمان اليد أي الضمان الواقعي بدعوى انه تحت يده من غير ان يكون أمانة شرعية أو مالكية ، وبدعوى ظهور النبوي المعروف (١) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » في ذلك ، فان الضمير المنفصل يرجع إلى التلف المستفاد من الفعل ، فيكون المعنى أن تلفه من مال البائع ، وهو عبارة اخرى عن ان ضمانه عليه مثلاً أو قيمة ، وعلى فرض تسليم رجوعه إلى المبيع الذي تلف فبما انه لا يمكن الأخذ بظاهره فلا بد من الحمل على أن خسارته من ماله ، وهو عبارة اخرى عن الضمان بأحدهما .

ولا ينافيهما رواية عقبة بن خالد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) المستدرک - الباب - ٩ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب الخيار - الحديث ١ .

« في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير انه 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 ، فاذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه . » . لأن الظاهر ان السؤال عن الضمان المعهود ، وإلا فبعد تحقق البيع لا يحتمل بحسب العادة ان يكون التلف واقعاً على مال البائع مع خروجه عن ملكه ، والانفساخ بالتلف او تقديره آنأ ما قبل التلف امر مخالف لفهم العقلاء ، فلعل في ارتكاز السائل احتمال أن وقوع التلف في يده موجب للضمان مع احتمال عدمه ، فكأنه قال : « إن السرقة التي هي الخسارة من مال من تكون ؟ » فأجاب بأنها من مال البائع إلى ان يقبض المتاع .

وبدعوى أن الاجماع المدعاة - على فرض اعتبارها والغض عن انها ليست حجة في مثل المسألة التي ورد فيها النبوي المشهور والرواية المتقدمة وتمسك الأصحاب بها - إنما انعقدت على العنوان المأخوذ في النبوي الذي قلنا بظهوره في ضمان اليد ، وأما التفريع في بعض العبارات بأنه يرجع إلى ثمنه فلم ينعقد عليه إجماع ، مضافاً إلى عدم إمكان الانفساخ بلا سبب ، وليس التلف ولا آنأ ما قبله من أسبابه ، فلا بد من التخلص عن الأمر المحال أي كون مالية الشيء بعد تلفه وملكيته من البائع بالحمل على تعبد شرعي ، وهو كما يحتمل ان يكون بالانفساخ يحتمل ان يكون بالضمان وأن خسارته من ماله مثلاً أو قيمة .

ويمكن تأييده بالروايات الواردة (١) في خيار الحيوان بأن التلف في زمان الخيار مضمون على البائع حيث كان في بعضها أن الضمان على البائع وهو ظاهر في الضمان المعهود ، وفي بعضها كان التعبير عين ما في النبوي ،

فيحمل على الضمان المعهود ، ويستفاد منه حكم المقام ، هذا غاية ما يمكن أن يستدل لهذا الاحتمال أو القول .

ويرد عليه أن شمول دليل اليد للمورد ممنوع بعد فرض انه لم يصدر منه الافراط ولا التفريط ولم يماطل في القبض الواجب عليه ، فانه حينئذ محسن بحفظه لا سبيل عليه ، ولأنه أمانة شرعية في يده ، بل دليل اليد منصرف عن مثله بلا شبهة ، فالقاعدة تقتضي عدم ضمان اليد .

وأما النبوي فلا شبهة في ظهوره في رجوع الضمير إلى المبيع ، فانه موضوع للسؤال عن انه إذا تلف فما حكمه ؟ وسبق الكلام لبيان حكمه فالارجاع إلى التلف بالتكلف بلا قيام قرينة بل مع القرينة على خلافه تعسف ، مع انه على هذا الفرض ظاهر في ان التلف وقع من ماله ، أي ماله تلف ، وحمله على لزوم الجبران بمال آخر وان عليه جبران خسارته تكلف ، بل على هذا الاحتمال يرفع الاشكال عن ظاهر الكلام ، حيث يوهم أن المبيع حال التلف مال .

فلو أرجعنا الضمير إلى التلف المستفاد من الفعل يستفاد ما عليه المشهور بلا ورود إشكال عليه ، فان مفاده حينئذ أن كل مبيع تلف يكون تلفه من مال بائعه ، وهو ظاهر في وقوعه على ماله لا كونه حال التلف ماله ، بل يمكن دعوى لزوم الارجاع إليه لقيام القرينة العقلية على عدم صحة الرجوع إلى المبيع ولا مرجع بعده إلا التلف المستفاد من الفعل ، فيكون النبوي ظاهراً في القول المعروف ، فدعوى ان عدم إمكان الرجوع إلى المبيع دليل على الرجوع إلى التلف ، فيستفاد منه الضمان المعهود في غير محلها ، لأن الرجوع إليه يؤكد قول المشهور .

ورواية عقبة ظاهرة كالصريحة في ان السرقة من مال البائع ، ودعوى ان السؤال عن الضمان المعهود لعدم احتمال السائل أن التلف من مال البائع

بعد خروجه عن ملكه تخرّص ، بل يمكن ان يقال : إن اشتهار النبوي الظاهر في ان التلف من مال البائع أوجب السؤال ، فلا عذر في ردّ الظاهر الذي هو كالصريح في ان السرقة من مال البائع بالاحتمال الذي يمكن أن يكون مرجوحاً .

ودعوى عدم إمكان الانفساخ بلا سبب مدفوعة بأن الأسباب في الاعتباريات هي موضوعات للاعتبار العقلاني أو الشرعي ، وليست أسباباً تكوينية ، فلا مانع من كون التلف موضوعاً لاعتبار الشارع انفساخ العقد آنأ ما قبل التلف ، أو لحكمه بانفساخه قبل تلفه ، ولا يحتاج إلى سبب تكويني . والتأييد بروايات خيار الحيوان في غير محله ، وقد ذكرنا في البحث حول التلف في زمان الخيار شرطاً وافياً من الكلام يستفاد منه عكس ما ذكر من التأييد .

ولا ينبغي الاشكال في ان الضمان المعاوضي كان مشهوراً من زمن شيخ الطائفة (قده) إلى الأعصار المتأخرة من غير تكبير ، وهي شاهدة على أنهم اخذوا الحكم من الشارع الأقدس يداً بيد ، ولو استشكل في ذلك ، فلا أقل من كونها شاهدة على ان الظاهر المتفاهم من النبوي (١) والرواية (٢) عرفاً عند أهل اللسان والتحقيق هو الضمان المعاوضي .

ثم على القول بالضمان المعاوضي اللازم منه رجوع الثمن إلى المشتري فهل ينفسخ العقد حقيقة آنأ ما قبل التلف كما هو المشهور ، أو من الأصل ، أو يكشف التلف عن بطلان العقد رأساً بأن تكون صحته مشروطة بعدم التلف قبله ، أو لا يكون هنا انفساخ ولا بطلان حقيقة ، بل الشارع تعبد بأحدهما حكماً ، فحكم بأنه بحكم الانفساخ آنأ ما قبل التلف ، أو من الأصل أو تعبد بترتيب آثار البطلان رأساً ؟

والأوجه من بين الاحتمالات ما هو المعروف بين الأصحاب ، لأن حمل النبوي والرواية على التعبد وترتيب الآثار خلاف ظاهرهما ، ويحتاج إلى الدعوى المعتبرة في المجاز ، والبطلان من الأصل بدعوى الاشتراط والتقيد مخالف لإطلاق أدلة صحة البيع ونفوذه ، وكذا الانفساخ من الأصل ، فإنه مخالف للأدلة والأصول ، فلا يجوز رفع اليد عنها إلا بمقدار الضرورة ، وهو الانفساخ آنأما قبل العقد .

وبعبارة أخرى إن مقتضى إطلاق أدلة صحة العقد ولزومه نفوذه ولزومه من غير تقييد بزمان دون زمان ، خرج منه آنأما قبل التلف يقيناً إما لخروجه مطلقاً أو في خصوص هذا الزمان ، وفي الزائد على المتيقن يكون محتمل البقاء على نفوذه ولزومه فيؤخذ بالاطلاق ، كما إن بقاءه إلى زمان ما قبل التلف مقتضى الاستصحاب ، بعد كون البطلان من رأس خلاف الأدلة ، لأن المتيقن خروج ما قبل التلف ، وفيما عداه محتمل فيجري فيه الأصل ، وليس في النبوي والرواية دلالة على الانفساخ من الأصل ، ولا إطلاق فيهما من هذه الجهة ، فالحكم المشهور موافق للتحقيق ، وأما ما ذكرناه في التلف في زمان الخيار من الحمل على التعبد فأنما هو لقيام قرينة هناك عليه ، وهي إن العيب الحادث أيضاً مضمون على البائع ، فراجع . وسيأتي الكلام في ضمان الأوصاف التالفة قبل القبض .

وعلى ما ذكرنا من دلالة الدليل على الانفساخ الحقيقي قبل التلف تكون المنافع إلى زمان الانفساخ للمشتري ، ومن حال التلف يترتب جميع آثار الملك الحقيقي للبائع ، فله الانتفاع بالتالف ، وإذا كان له منفعة فهي له ، وأما لو قلنا بالحقيقة الادعائية اللازم منها ترتيب آثار كون التلف من ماله فلا مجال لترتيب آثار الملك عليه ، لأن الادعاء على إن التلف من ملكه لا إن التالف ملكه ، فلا بد من الاقتصار على مورد التعبد ، فليس للبائع

الانتفاع بالتالف ، ولا يجب عليه تجهيز العبد الذي مات قبل القبض بل يكون ذلك للمشتري وذلك عليه .

ثم إن الضمان المعاوضي المذكور ليس من الحقوق القابلة للاسقاط ، فان انفساخ العقد ورجوع العوضين سواء قلنا بانفساخه حقيقة او حكماً من الأحكام الشرعية غير القابلة للاسقاط والابراء والنقل مما يجري في الحقوق ، كما ان اشتراط عدم الانفساخ عند التلف مخالف للشرع ، فلا نفوذ له .

ثم إن الراجع لهذا الضمان هو القبض ، وهو كما مر عبارة عن الاستيلاء على المبيع والاستقلال به ، لا جعله في قبضة البائع ، فالتخلية بلا حصول استيلاء للقابض ليست بقبض ، ومعه يصدق القبض عرفاً بلا إشكال ، وقد قامت القرينة في النبوي (١) على ان القبض ليس بالمعنى الحقيقي ، وهي عموم الحكم لكل مبيع ، ومنه الدار والبستان ونحوهما ، فلا ينبغي الاشكال في ان القبض أي الاستيلاء عليه رافع للضمان .

ثم إن المراد بالتلف في النبوي هو التلف العرفي ، وتشهد به رواية عقبة (٢) فيشمل الغرق والسرقه ونحوهما مما يعد عند العرف تلفاً فيما إذا كان بحيث لا يرجى عوده ، ومنه انفلات الطير وفرار الوحش إذا لم يرج عودهما ، فلو اتفق العود فان قلنا بأن التلف صادق قبله فانفسخ العقد أو حكم به شرعاً وأن العود نظير الاحياء بعد الموت والتلف الحقيقي فالحكم كما لم يعد ، وإن قلنا بأن صدق التلف على مثل المذكورات يتوقف على عدم العود وأن اليأس عنه أخذ على نحو الطريقة فمع انكشاف الخلاف ينكشف عدم الانفساخ .

ثم إن الموضوع في النبوي هو التلف قبل القبض ، وهو كما مر استيلاء

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣٨٠ .

(٢) راجع التعليقة (٢) ص ٣٨٠ .

القابض على المبيع ، وهو صادق ولو مع عدم إقباض البائع وعدم إذنه ، فلا إشكال في انتقال الضمان إلى المشتري بالقبض مطلقاً ، ورواية عقبة بن خالد وإن كانت توهم دخالة الاقباض أو كونه تمام الموضوع ، لكن الأقوى هو ما ذكرناه ، لأن قوله : « يخرج » و « أخرجه من بيته » كناية عن الاقباض وهو على ما يساعده فهم العرف طريق إلى حصول القبض عرفاً ، ومع الاحتمال لا يرفع اليد عن اطلاق النبوي ، بل ما هو المستند الأصيل للحكم هو النبوي المشهور المفتى به ، وعليه فلو قبضه بلا حق واسترده البائع فتلّف فهل هو من التلّف قبل القبض أو من التلّف بعده ؟ وجهان ، اوجهها الثاني ، هذا كله حكم التلّف .

وأما الائتلاف فاما أن يكون من المشتري وإما أن يكون من البائع أو من الأجنبي ، وعلى الأول ، فان قلنا بأن مفاد النبوي والرواية أعم من التلّف ، بدعوى ان الائتلاف محقق للتلّف ويصدق معه أنه تلّف باتلاف الغير فيكون الحكم حينئذٍ كما تقدم في التلّف .

مضافاً إلى إمكان دعوى انه بمناسبة الحكم والموضوع يفهم العرف ان الموضوع عدم وصول المبيع إلى المشتري وتعذره ، من غير فرق بين التلّف والائتلاف ، مع ان التلّف مطلقاً لا يعقل وقوعه بلا سبب يكون هو التلّف ، فالتلّف بجميع أنحاءه يكون تلفاً باتلاف ، غاية الأمر ان السبب قد يكون مختاراً ويصح إسناد التلّف اليه وقد لا يكون كذلك ، وتشهد لعموم الحكم رواية عقبة ، حيث إن السرقة بما انها تلّف عرفي ثبت عليها حكم التلّف ، وهي فعل السارق ، ويصدق انه اتلف المبيع على المشتري أو البائع ، وعليه فلا بد من الحكم في ائتلاف المشتري بانفساخ العقد آنأما قبله ووقوع الائتلاف على مال البائع ، فيكون المشتري ضامناً له بالغرامة ، والبائع ضامناً للثمن المسمى .

وإن قلنا بانصراف الدليل على فرض إطلاقه عن إتلاف المشتري صاحب السلعة ، وإن لم نقل بانصرافه عن اتلاف الأجنبي أو البائع ، فعلى المشتري الثمن المسمى ، وليست على البائع غرامة ، ومع الشك في ذلك يكون مقتضى الأصول بقاء العقد ، وبقاء العين ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع ، والظاهر انصراف الدليل عن إتلاف المشتري ، ورواية عقبة وردت في إتلاف الأجنبي ، ولا يمكن إلقاء الخصوصية ، لأن له خصوصية ، فالحكم بسقوط الضمان الذي نفي عنه الخلاف في محله .

ومما ذكر يظهر الحال في إتلاف البائع ، فانه مع القول بانصراف النبوي عن الاتلاف فعلى البائع غرامة مال المشتري ، وعليه ثمن المبيع ، ومع القول بعدمه يفسخ العقد قبل الاتلاف فلا غرامة عليه وإنما عليه الثمن المسمى للمشتري ، ومع الشك يعمل على مقتضى الأصول المتقدمة .

وأما القول باجتماع السببين : سبب إتلاف مال الغير وسبب الانفساخ فضعيف ، لامتناع اجتماعهما ، لادائه إلى اجتماع النقيضين أي الانفساخ وعدمه والتردد بين هذا وذاك ممكن ، لكن يرجع معه إلى الأصول كما تقدم .

والظاهر انصراف النبوي عن اتلاف البائع أيضاً ، ورواية عقبة في اتلاف الأجنبي ، وإلقاء الخصوصية مشكل أو ممنوع ، والحكم على خلاف القاعدة لا بد فيه من ان يقتصر على مورده ، وهل للمشتري حينئذ خيار الفسخ لتعذر تسليمه ؟ الظاهر ذلك ، فان خيار تعذر التسليم عقلائي ، ولا فرق فيه بين وجود العين وتلفها ، وتوهم اختصاص الخيار بمورد إمكان التسليم في نفسه وعدم التمكّن منه فعلاً في غير محله .

وأما اتلاف الأجنبي فمع الغض عن رواية عقبة او الاشكال في سندها يكون الحكم كما مر ، وأما مع النظر إليها والقول بجبر سندها بعمل الأصحاب فيفسخ العقد كما لو تلف قبل القبض .

ثم إن في كل مورد تكون للمشتري القيمة على البائع هل له حبس القيمة على الثمن كما له حبس العين أم لا ؟ الأقوى العدم ، لعدم الدليل عليه ، فإن جواز الحبس إن كان لحكم العتلاء به في طرفي المعاوضة فلاشبهة في ان القيمة ليست طرفاً ، وما وقع في بعض الكلمات من وقوع العقد على العين بشؤونها غير مرضي قد مر الكلام فيه في محله ، وإن كان للالتزام الضمني من المتعاقدين فلا شبهة في عدم الالتزام على فرضه إلا بالنسبة إلى العوضين لا قيمتها أو مثلها ، مع ان الالتزام المذكور لا أساس له .

وما قد يقال من ان هذا الالتزام ليس إلا للحفاظ على ماله لئلا يذهب هدرًا خارجاً مع عدم تسلم عوضه ، وهذا المعنى موجود في القيمة ، وهي في الحقيقة مالية ماله وبها العبرة في المعاملات لا بأشخاص الأموال .

لا يرجع إلى محصل ، لا لمجرد منع اصل الالتزام ، بل لأنه مع تسليمه لا التزام إلا بالنسبة إلى العوضين ، وأما بالنسبة إلى المالية فمن الضروري ان لا التزام على المالية المشتركة بين العين وغيرها ، والالتزام بالقيمة في عرض الالتزام بالعين على نحو يلزم منه الجمع بين العين وبدلها او التخخير بينهما مما هو ظاهر الفساد ، والالتزام بها في طول الالتزام بالعين بأن يلتزم كل على رد العين وعلى فرض عدمه على رد بدلها مما لا ينبغي التفوه به ، ولا دليل على ثبوت حكم المبدل للمبدل ، فالأقوى عدم جواز الحبس .

ومما مر ظهر حال ما لو كان إتلاف البائع بعدما قبض المشتري بغير إذنه وكان له الاسترداد ، حيث إن اتلافه وقع بعد القبض ، فلا يشمله النبوي (١) بل يكون عليه الغرامة للمشتري ، وعلى المشتري الثمن المسمى ، هذا كله في تلف المبيع .

وأما تلف عوض المبيع المعين قبل قبضه فهل يلحق بتلف المبيع فيما

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣٨٠ .

مر او لا ؟ او يفصل بين ما إذا كان من النقد فلا يلحق وبين ما إذا كان من العروض فيلحق تلفه قبل القبض حكم تلف المبيع قبل القبض ، وذلك لأن في الثاني يصدق المبيع على كل من العوضين ويصدق البائع عليهما وكذا المشتري كما مر في محله ، فان البيع مبادلة مال بمال او تمليك عين بعوض وهما صادقان على كل من العوضين ، فاذا باع ناقة بجمل أو بادها به يصدق على كل منهما عنوان المبيع ، وكان كل من المتعاملين بائعاً ومشترياً ، فلا ينبغي الاشكال في صدق النبوي (١) عليهما ، وثبوت الحكم لهما ، والمعاملات الواقعة في عصر النبي صلى الله عليه وآله ومصره لو لم تكن جميعها من مبادلات الأعيان بالأعيان فلا إشكال في انها كانت متعارفة وشائعة ، بحيث لم يكن ينقدح في ذهن السامع من قوله صلى الله عليه وآله : « كل مبيع تلف قبل قبضه » إلا عموم الحكم لطرفي المبادلة ، لعدم تعارف البيع بالأثمان ، سيما في عصر صدور الرواية .

وأما إذا كان الثمن من النقدين ونحوهما ففي صدق المبيع عليه خفاء وعلى فرض تسليم الصدق فيمكن القول بالانصراف ، وما في كلمات القوم المحكية في كتاب الشيخ الأعظم (قده) من الصدق إنما هو في فرض مبادلة عين بعين ، فلا دلالة في كلماتهم على الصدق في الأثمان .

ولكن يمكن أن يقال : إنه إذا جرى الحكم في العوضين فيما إذا كانا من الأعيان فمن البعيد جداً التفصيل بين النقد وغيره ، بل المناسبات العقلائية توجب تعميم الحكم لهما .

ويؤيده ذيل رواية عقبة (٢) لكن باب المناقشة في دلالتها واسع ، لاحتالات فيها لعل أقربها بفهم العرف أنه بعد قبض المبيع ضامن للثمن إلى

(١) راجع التعليقة (١) ص ٣٨٠ .

(٢) راجع التعليقة (٢) ص ٣٨٠ .

أن يرده ، وليس في ذكر الظاهر مكان الضمير دلالة على غير ذلك ، إذ مثله كثير في الكلمات ، بل لا يبعد أن يكون المتفاهم من الرواية كون الثمن في مورد السؤال كلياً ، ولا يقاس عصر الصادقين عليهما السلام بعصر النبي صلى الله عليه وآله ، فإن في عصرهما كان النقد رائجاً لكن المعاملة بالنقد الخارجي نادرة جداً ، وكيف كان لا إشكال في الحكم في الصورة الأولى من الصورتين المتقدمتين ، ولا يبعد في الصورة الثانية ، وقد حكي عدم الخلاف في المسألة .

ثم إنه لا وجه للاحاق سائر المعاوضات بالبيع في الحكم المتقدم ، لعدم شمول الدليل لها وعدم إمكان إلقاء الخصوصية بعد أن كان الحكم على خلاف الأصول والقواعد .

ودعوى أن الحكم في البيع وغيره عقلائي ، فإنه إذا تلف المبيع مثلاً في يد البائع قبل قبضه يكون بناء العقلاء على رد الثمن أو عدم تأديته من غير الرجوع إلى الغرامة غير مسموعة ، لعدم ثبوت هذا البناء على نحو يمكن أن يثبت به حكم مخالف للقاعدة والأصول الشرعية ، فالتجاوز عن مورد النص بلا وجه .

ومجرد ذكر العلامة (ره) في التذكرة فرعاً يستفاد منه حكمه بثبوته لمطلق المعاوضات لا يدل على تسالم الفريقين .

ولو تلف بعض المبيع قبل القبض فإن كان مما يكون مبيعاً مستقلاً في الواقع وإن كان جزءاً بحسب الانشاء ، بحيث كان العقد منحللاً في الواقع إلى العقود والبيع إلى البيوع والمبيعات ، كما لو ساوم أشياء مختلفة كان لكل منها قيمة خاصة ثم نقلها بعقد واحد ، فلا إشكال في تعدد البيع والمبيع وفي صدق المبيع على كل سلعة ، بل ولا كلام فيه ، ولعله خارج عن محط بحثهم .

كما لا إشكال في أن الأجزاء التي لا يقسط عليها الثمن بوجه معين الدابة ويدها لا يتعدد بتعدد بيعها والمبيع ، ولا ينحل البيع بالنسبة إليها إلى البيوع ، نعم يكون تلفها موجباً لتعيب المبيع كفقده الأوصاف ، ويأتي الكلام فيها .

إنما الكلام في الأجزاء التي يقسط عليها الثمن لياً ولكن لم تكن بمثابة الصورة الأولى ، كبيع من من السمن وكيل من الحنطة ، وبيع الدار والبستان وان البيع هل ينحل بالنسبة إليها إلى بيوع متعددة حسب الأجزاء الفرضية والكسور المشاعة ؟ وهل هنا تملكيات عديدة وقرارات متعددة ، أو أن البيع والقرار والتمليك والنقل واحد ينقل به الدار ؟ ونقل الدار نقل مجموعها وهذا هو الحق الحقيقي بالتصديق .

وأما الاحتمال الأول الذي التزم به جمع من المحققين فمع انه مخالف للاعتبار العقلائي لازمه ان ينتقل الجزء الواحد مرات كثيرة ، فالدار تنتقل تارة نفسها المشتملة على الأجزاء الفرضية والمشاعة ، وتنتقل الأجزاء بنقلها والأجزاء تنتقل تارة بوجودها المعين الفرضي ، وتارة بنحو الاشاعة ، فعند التأمل فيه والمحاسبة يعلم لزوم تعلق بيوع غير متناهية على كل جزء بالعناوين غير المتناهية ، ولازمه غررية اكثر تلك البيوع .

فالحق ان في تلك الموارد ليس المنشأ إلا بيعاً واحداً وقراراً فardاً وتمليكاً واحداً ونقلاً واحداً به ينقل الدار ، فالأجزاء المشاعة والمفروضة منقولة بنقل الكل ومملوكة بتملكه ، والوجدان أصدق شاهد على عدم تعلق قصود كثيرة في بيع الدار وعلى عدم وجود قرارات متعددة وعلى ذلك يكون الانفساخ بالنسبة إلى الأجزاء المشاعة أو غير المشاعة ممتنعاً ، لأنه فرع تعلق العقد بها ، فلا ينبغي الاشكال في خروج تلف الأجزاء عن مفادالنبيوي (١).

نعم يمكن ان يقال : إن العرف بمناسبات مغروسة في اذهانهم يفهمون حكم الأجزاء بتفكيح المناط القطعي .

وعلى ذلك لابد من الالتزام بالانفساخ التعبدي في كل من تلف الكل وتلف الجزء بعد عدم إمكان الالتزام بالانفساخ الحقيقي في تلف الأجزاء وعدم جواز التفكيك بينها إما لعدم إمكانه أو لعدم مساعدة العرف عليه ، ولازم اطلاق الانفساخ التعبدي ترتيب جميع آثار الانفساخ الحقيقي .
أو القول بأن للشارع الأقدس الحكم بالانفساخ الحقيقي بالنسبة إلى الجزء الفائت ، ومصححه اضافة البيع الانشائي إلى الاجزاء بنحو من الاعتبار وإن لم يتعلق العقد والقرار إلا بالمجموع والكل .

أو القول باعتبار الشارع وقوع التلف كلاً أو بعضاً قبل العقد وفي مال المالك ، فيكون العقد بحسب هذا الاعتبار والتعبد واقعاً على التالف - لا حقيقة بل تعبداً - قبيل التلف ، ومقتضاه رجوع تمام الثمن مع تلف الكل وبعضه مع تلف البعض ، هذا كله بناءً على استفادة الحكم في الاجزاء من الدليل ، وإلا فيختص بتلف المبيع ، وهو الكل لا جزؤه .

وأما تلف الاوصاف او ما هو نظيرها مما لا يقسط عليه الثمن وكان مما يوجب تعيب المبيع فلو قام عليه دليل لجا في ما ذكرناه في التلف في زمن الخيار حيث دل الدليل على ضمان العيب ، وأما مجرد تصور المصحح للضمان فلا يوجب الحكم به ما لم يقم عليه دليل ، ولم يدل في المقام دليل على ضمان الاوصاف ، ولا على ضمان الاجزاء التي هي مثلها ، والتقدير في النبوي - بأن يقال : كل مبيع تلف بذاته او بوصفه وشؤونه - خلاف الاصل .

وما افاده الشيخ الاعظم (قده) مجرد تصور لا دليل له في مقام الاثبات ، والاستدلال بأن الكل لما كان مضموناً فكذا الجزء والوصف واضح البطلان حتى على القول بالقياس ، وقياس المقام بالتلف في زمان

الخيار باطل ، بل مع الفارق ، فالرد بلا دليل فضلاً عن التخيير بينه وبين الارش .
 والتشبه بدليل نفي الضرر (١) مع بطلانه من اساسه لا وجه له في
 المقام الذي كان التلف فيه واقعاً على مال المشتري وفي ملكه ، بل لاحد ان
 يقول : إن اخذ الارش ضرر على البائع ، فلو قام اجماع على الرد يؤخذ
 به ولا يحتاج إلى تطويل في وجهه ، لكنه غير معلوم ، هذا كله إذا تعيب
 بأفة سماوية .

وأما لو تعيب بفعل احد فلا بد من الحكم على مقتضى القواعد ، فان
 كان بفعل المشتري فلا أثر له ، وإن كان بفعل البائع أو الاجنبي فعليه الضمان .

مسألة :

اختلفت كلمات الاصحاب في بيع ما يكال ويوزن قبل قبضه كما اختلفت
 الاخبار (٢) في ذلك وقد وردت جملة منها في البيع قبل القبض ، وجملة
 منها في البيع قبل الكيل والوزن ، والظاهر رجوع الطائفتين إلى امر واحد
 إما برجوع القبض إلى الكيل والوزن او بالعكس ، لان المتعارف حصول
 القبض بالكيل وتحقق الكيل إذا تحقق القبض ، فهما متلازمان عادة .

والظاهر أن المراد في الطائفتين حصول القبض ، فترجع الطائفة الثانية
 إلى الأولى ، وتدل على ذلك صحيحة معاوية بن وهب (٣) قال : « سألت
 أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم

(١) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب احياء الموات .

(٢) الوسائل - الباب - ١٠ و ١٦ - من ابواب أحكام العقود والباب

- ١٠ - من ابواب السلف .

(٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب أحكام العقود - الحديث ١١ .

يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيهه أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه « حيث إن السائل سأل عن بيعه قبل قبضه فأجاب عليه السلام بقوله : « فلا تبعه حتى تكيهه أو تزنه » فيكون ذلك ظاهر الدلالة على ان المراد بالكيل والوزن هو القبض كنايةً ، وإرجاع السؤال إلى الكيل بعيد جداً .

ورواية أبي بصير (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل ان يكيهه ، قال : لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيهه أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع ، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل ان يقبضه » فان الظاهر منها ان المراد بالكيل في الصدر هو القبض كناية للتلازم بينهما في الغالب .

وكيف كان فجميع الروايات الواردة (٢) في الباب مما تعرضت للقبض او للكيل والوزن ترجع إلى البيع قبل القبض ، فلا بد من ملاحظة المجموع والجمع بينها .

فتقول : لا إشكال في دلالة جملة من الروايات لولا القرينة على بطلان البيع قبل القبض ، فان النواهي المتعلقة بالبيع ونحوه مما يتوقع منها ترتب الأثر والصحة ظاهرة عرفاً في الارشاد إلى الفساد ، لا بمعنى الظهور اللفظي اللغوي ، فان النهي لم يوضع إلا للزجر ، بل بمعنى أن تعلقه بما ذكر يوجب فهم الارشاد إلى الوضع .

وهذه الروايات (منها) ما هي شاملة لجميع انواع البيع ، من غير فرق بين المكيل والموزون وغيرهما ، ومن غير فرق بين المراجعة والتولية .

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود - الحديث ١٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٠ و ١٦ - من ابواب احكام العقود والباب

- ١٠ - من ابواب السلف .

كموثقة عمار (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وآله رجلاً من اصحابه والياً ، فقال له : إني بعثتك إلى اهل الله يعني اهل مكة ، فانهم عن بيع ما لم يقبض ، وعن شرطين في بيع ، وعن ربح ما لم يضمن » .

وفي مناهي النبي صلى الله عليه وآله « ونهى عن بيع ما لم يضمن » (٢) بناءً على ان المراد به قبل القبض ، فانه لا ضمان قبله على المشتري .

ورواية غياث بن ابراهيم (٣) عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام « أنه كره بيع صك الورق حتى يقبض » .

وفي المجمع « الصك بتشديد الكاف : كتاب كالسجل يكتب في المعاملات . نقل ان الرؤساء في القديم كانوا يكتبون كتباً في عطاياهم لرعبتهم على شيء من الورق ، فيبيعونها معجلاً قبل قبضها ، فجاء في الشرع النهي عن ذلك ، لعدم القبض » انتهى ، ومن الواضح ان العطايا المسجلة إما أعم من المكيل والموزون ، او مخصوص بغيرهما .

(ومنها) ما يختص بالطعام من غير فرق بين المكيل والموزون وغيرهما فانه مطلق ما يؤكل على ما في اللغة ، وربما يستعمل في البر ، كرواية حزام (٤) قال : « ابتعت طعاماً من طعام الصدقة ، فأربحت فيه قبل ان اقبضه ، فأردت بيعه ، فسألت النبي صلى الله عليه وآله ، فقال : لا تبعه حتى تقبضه » .

وقوله صلى الله عليه وآله في الجواب إن كان مطلقاً - وإن كان السؤال في مورد الربح - يعم بيع التولية ، ويحتمل ان يكون السؤال ايضاً مطلقاً

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام العقود -

الحديث ٦ - ٨ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود -

الحديث ٢٠ - ٢١ .

وإن كانت الواقعة في المراجعة ، وإلا كما هو الظاهر اختص بالمراجعة ، ويعم مطلق الطعام كان فيه كيل ووزن اولا ، ونحوها رواية علي بن جعفر (١) واستعمال الطعام في بعض روايات الباب (٢) في المكيل بقرينة لا يوجب حمل غيره عليه بلا قرينة قائمة .

وفي بعضها ضم الثمرة بالطعام ، وهي إما خصوص التي في الشجرة فلا تكون من المكيل والموزون فعلاً ، وإما أعم منها ، مع ان بعض الأئمة ليس بمكيل ولا موزون بل من المعدود ، كرواية سماعه (٣) قال : « سألته عن الرجل يبيع الطعام او الثمرة وقد كان اشتراها ولم يقبضها ، قال : لا حتى يقبضها إلا ان يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بريح او يوليه بعضهم فلا بأس » والحكم فيها يعم المكيل والموزون وغيره ، وقد استثنى الموردين .

(ومنها) ما هي مختصة بالمكيل على نحو الاطلاق من غير استثناء التولية ، كصحيفة الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : « في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال : لا يصلح له ذلك » .

(ومنها) ما يختص بالمكيل او به وبالموزون مع التفصيل فيها بين المراجعة والتولية ، كصحيفة علي بن جعفر (٥) المصروفة بالتفصيل انه سأل اخاه موسى بن جعفر عليه السلام « عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه ؟ قال : إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وإن كان يوليه فلا بأس ، وسألته عن الرجل يشتري الطعام يحل له ان يوليه منه قبل ان

(١) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام

العقود - الحديث ٩ - ١٥ - ٥ - ٩ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٥

و ٦ و ٧ و ٩ و ١٣ وغيرها .

يقبضه ؟ قال : إذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس ، فان ربح فلا يبيع حتى يقبضه « ونحوها صحيحة منصور (١) ومعاوية بن وهب (٢) وإن كان في قوله : « يولّيه » احتمال آخر .

(ومنها) نحو ذلك مع استثناء المواضعة ايضاً ، كرواية ابي بصير (٣) . وكيف كان ففي تلك الروايات مع الغض عما يقابلها شواهد على الكراهة . (منها) ما في موثقة عمار (٤) من بعث رسول الله صلى الله عليه وآله الوالي إلى مكة ، وامره بنهيهم عن بيع ما لم يقبض بنحو الاطلاق مع انه لا منع في غير المكيل والموزون والطعام كالثياب ونحوها بلا ريب . وقضية الاطلاق والتقييد في مثله غير جارية بلا إشكال ، وإنما يجريان في الأحكام القانونية ، واما في المورد الوارد فيه هذه القضية مما هو بعث الوالي إلى الطائفة وامره بنهيهم فعلاً بنحو الاطلاق عن شيء ، فلا يصح ان يقال : إنه إطلاق يقيد بغيره ، بل في كل مورد كان من هذا القبيل لا يكون ذلك الجمع عرفياً ، بل يقع التعارض بينه وبين المقيّد ، فلا بد من الحمل على الكراهة ولا إشكال فيه ، فان كراهة بيع ما لا يقبض وما لا يضمن الذي ورد في رواية اخرى بنحو الاطلاق لا مانع من القول بها ، فان للكراهة مراتب بعضها اشد من بعض ، فيجمع بين مثله وبين الموارد التي نفي فيها البأس عن غير المكيل على نفي شدة الكراهة ، ولو لا غير هذا الشاهد لتعين الحمل على الكراهة ، هذا مع ان النهي التنزيهي في مناهي النبي غير عزيز .

(ومنها) ما في ذيل الموثقة من النهي عن ربح ما لم يضمن مع انه

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود

الحديث ١٨ - ١١ - ١٦ .

(٤) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٦ .

ليس على الاطلاق ممنوعاً ، ولا يجري فيه الجمع بالاطلاق والتقييد ، لما مر من عدم عقلائيته ، سيما مع الاشعار او الدلالة على العلية ، واما الحمل على الكراهة فلا مانع منه ، فيظهر من الوثيقة كراهة بيع ما لم يقبض مطلقاً وكراهة ربح ما لم يقبض كذلك ، فالكراهة في بيع المراجعة قبل القبض اشد لكونها من جهتين .

(ومنها) ما في مناهي النبي صلى الله عليه وآله « ونهى عن بيع ما لا يضمن » (١) المشعر بل الدال على ان علة النهي هو عدم الضمان مع انه محقق في مطلق ما لم يقبض ، فالعلة موجودة في الجميع ، والتقييد في مثله مرجوح ، والحمل على الكراهة هيّن .

(ومنها) ما في موثقة سبعة (٢) من الجمع بين الطعام والثمرة في النهي عن البيع قبل القبض ، حيث إن الثمرة إما بنفسها ظاهرة في الثمرة على الشجرة أو في تلك الرواية ، لمكان المقابلة بينها وبين الطعام ، مع أن الثمرة على الشجرة ليست من المكيل والموزون ، ولا منع في بيعها قبل القبض وأما الكراهة فلا مانع منها .

(ومنها) التعبيرات الواردة فيها مما تناسب الكراهة مثل « لا يصلح » خصوصاً ما في صحيحة الحلبي (٣) حيث قال : « لا يصلح له ذلك » فان المفهوم منه أنه جائز لكن ليس صالحاً له ، وإلا ففي الحكم الشرعي الالزامي لا يعبر بمثله ، فهو مناسب للارشاد إلى مصلحته ، أو للكراهة ، فان امرها سهل ، ومثل مفهوم « لا بأس » وخصوصاً « لا يعجبني » الظاهر فيها ، وحمل النهي على الكراهة أهون من حمل مثله على الحرمة .

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٨ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود -

بل الحمل على الكراهة في النواهي ، وعلى الاستحباب في الأوامر أمر هيّن في نفسه ، لعدم الدلالة فيها على الوجوب والحرمة وضعاً ولفظاً ، وإنما الحمل على الوجوب والحرمة لأجل تمامية حجة المولى بيعته وزجره ، ومن الواضح انه ترفع الحجة بأدنى ظهور ، وليس الأمر من قبيل تقديم الظاهر والأظهر ، فان ذلك إنما يصح في الدلالات اللفظية اللغوية ، وليس فيها دلالة لفظية لغوية على الحرمة والوجوب ، ولا إشكال في ان مثل قوله عليه السلام : « لا يعجبني » الظاهر في الكراهة عرفاً مقدّم على النواهي لقطع الحجة به وعدم الظهور فيها رأساً .

(ومنها) الاختلاف الشديد في الروايات (١) كما يظهر للمراجع مما يرتفع بالحمل على الكراهة والالتزام بالمراتب فيها ، وأمر الكراهة هيّن . فعلى ما ذكرناه لا تصل النوبة إلى الجمع بين الروايات الناهية وبين ما يعارضها مثل صحيحة الحلبي (٢) - المشتملة على الثمرة ، ونفي البأس عن بيعها مع الريح بل الأمر به - المعارضة لموثقة سامة (٣) المشتملة على النهي عن بيعها قبل القبض مراوحة ، ومثل رواية الكرخي (٤) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اشتري الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل أن اكتماله ، فأقول : ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته ، قال : لا بأس » وليس فيه دلالة على كون البيع كلياً ، بل إما كان شخصياً كما لا يبعد بحسب المتفاهم العرفي ، وكان اشتراؤه باخبار البائع او بعلمه بكيله وإما كان السؤال أعم من ذلك .

ورواية جميل (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يشتري

(١) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام

العقود - الحديث ٤ - ١٥ - ٣ - ٦ .

الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه ، قال : لا بأس ، ويؤكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله ، قال : لا بأس « وقوله عليه السلام : « يؤكل » إلى آخره سؤال آخر ، فصدرها صريح في المطلوب .

فتحصل من جميع ما مر أفريقية الجمع بين شتاتها بالحمل على الكراهة ومراتبها ، والظاهر عدم الفرق في الحكم بين بيع الكلي وغيره ، وما ذكرناه في مقام الجمع وإن كان فيه بعض مخالفة الظاهر ، لكنه أرجح من عمل الاطلاق والتقييد والحمل على الحرمة او البطلان كما لا يخفى على المنصف . ثم إن مقتضى إطلاق موثقة عمار المتقدمة (١) عدم الفرق في الحكم بين المبيع والتمن ، وقد مر ان عمل الجمع بالاطلاق والتقييد لا يجري في مثله مع ان ما ورد (٢) من الروايات في المبيع وإن كان مورد السؤال والجواب فيها هو المبيع لكنها لم يظهر منها الاختصاص به ، فلا مانع من الأخذ بالموثقة وبالأخبار الواردة في المبيع ، وقد رجحنا ثبوت الكراهة لمطلق ما لم يقبض ولو لم يكن مكيلاً ، مضافاً إلى امكان استفادة حكم الثمن ايضاً من نهيه صلى الله عليه وآله « عن بيع ما لم يضمن » (٣) بناءً على عموم الحكم بعدم الضمان قبل القبض للتمن ، كما مر الكلام فيه ، مضافاً إلى ان المبادلة إذا وقعت بين الأعيان كبيع حنطة بشعير وحمار ببقير يصدق على كل من العوضين المبيع كما مر ، والتفصيل بينه وبين المبادلة بالنقود بعيد .

وبعد ذلك لا يحتاج في الحكم إلى الاستدلال بما حكي عن التذكرة ، ولا بما في ذيل صحيحة الحلبي (٤) كما تشبث به بعض المحشين ، واستشكل فيه .

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٦ .

(٢) و (٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود -

الحديث ٠ - ١٠ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٨ .

ومن العجيب عدم استدلالهم بالموثقة ، بل قال بعض أهل التحقيق : « لم يثبت من طرقنا ما يدل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقاً حتى يسري حكم المبيع إلى الثمن » وقد عرفت ورود الرواية الموثقة من طرقنا وكذا الرواية الواردة (١) في مناهي النبي صلى الله عليه وآله من طرقنا المشتملة على بيع ما لم يضمن ، وان كان في طريقه ضعف .

واحتال كون أمر النبي صلى الله عليه وآله والي مكة بالنهي عن المذكورات من مختصات أهل مكة مقطوع البطلان ، كاحتمال كون تلك النواهي من الأحكام السلطانية لا الشرعية ، مع ان الحكم التنزيهي السلطاني بعيد في نفسه ، مضافاً إلى ان أحكامه السلطانية نافذة في الأمة إلى الأبد .

ثم إن مقتضى إطلاق الموثقة ثبوت الحكم لكل ما انتقل إليه ولم يقبضه سواء انتقل بالبيع او بغيره من المعاضات ، بل وبغيرها كالارث والصداق فان النهي عن بيع ما لم يقبض شامل للجميع ، وإن احتمل انصرافه إلى المضمونات قبل القبض ، ويستأنس له بما في رواية (٢) مناهي النبي صلى الله عليه وآله من النهي عن بيع ما لم يضمن ، وبما في ذيل موثقة عمار (٣) من النهي عن ربح ما لم يضمن ، وبعدم اشارة في الروايات الكثيرة الواردة في الباب (٤) إلى غير ما انتقل بالبيع ، لكن الانصراف غير ظاهر والاستئناس بما ذكر غير مفيد ، والأمر سهل حيث يكون الحكم على سبيل الكراهة ، هذا كله في بيع غير المقبوض .

واما نقل غير المقبوض مما انتقل إليه ببيع وغيره بغير البيع فلا دليل عليه ، إلا ان يقال : إن النهي عن بيع ما لم يضمن المشعر بالعلية يستفاد

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٠ - من ابواب احكام

العقود - الحديث ٨ - ٦ .

(٤) الوسائل - الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود .

منه ان عدم الضمان موجب للمنع تنزيهاً عن مطلق الانتقال ، بل مناسبة الحكم والموضوع ايضاً تقتضيه ، وفيه تأمل .

ثم إنه بعدما عرفت ان النهي عن بيع ما لم يقبض تنزيهي لا داعي إلى بسط الكلام في الفروع ، مع انك قد عرفت ان بيع ما لم يقبض مطلقاً مكروه ، كان الانتقال إليه بالبيع أو بغيره ، وعرفت ان في نقل ذلك بغير البيع وجه للكراهة قابل للمناقشة ، فيستخرج مما ذكر جميع ما ذكره في فروع المسألة .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً ، والصلاة والسلام على النبي الأعظم وعلى أوصيائه الهداة المهديين .

وقد وقع الفراغ من تسويده يوم السبت ١٥ / ج ١ / ١٣٩٦ في جوار مرقد مولانا أمير المؤمنين سلام الله عليه وعلى آبائنا الطاهرين ، وقد ابتلينا ببليات نزلت بالاسلام والمسلمين ، أرجو من الله تعالى أن يمن علينا برفعها ونظر إلينا نظرة رحمة وإن كنا مستحقين ، لقصورنا في القيام بالوظائف التي على كاهلنا ، ربنا عاملنا بلطفك لا بعدلك .

فهرس الجزء الخامس من

كتاب البَيْع

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٦	تحلف الاشرط الصريح بالسلامة يوجب الخيار	٣	ثبوت خيار العيب
٧	عدم رجوع خيار العيب إلى تحلف الشرط	٣	الاشكال في ثبوت خيار العيب إذا جهل المشترى صفة السلامة والجواب عنه
٨	خيار العيب عقلائي	٤	اشترط السلامة لا يوجب رفع الغرر
٨	هل تخيير المشتري بين الفسخ والأرش عقلائي ؟	٤	الموجب لرفع الغرر هو العلم بالصفة
٨	التحقيق عن سبب ثبوت الأرش	٥	المراد بالعلم في المقام
١١	خيار العيب حق متعلق بالعقد أو العين	٥	عدم كفاية إحراز اشترط السلامة ضمناً بالأصل .
١١	التحقيق عما يرد على القول بأن الثابت في خيار العيب هو التخيير بين الرد والأرش	٥	ثبوت خيار التخلف عند اشترط السلامة في ضمن المعاملة
١٣	ثبوت حق الفسخ والأرش على نحو التخيير	٥	أصالة الاطلاق تقتضي السلامة والمناقشة فيه
١٣	التخيير بين الرد والأرش ثابت لخصوص المشتري		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٣	هل التصرف مطلقاً مسقط للخيار؟	١٤	ثبوت الخيار للمتبايعين
٢٤	القول بأن المسقط هو تغير العين وعدم دخالة التصرف فيه والجواب عنه	١٤	هل يثبت خيار العيب والأرش لو كان الثمن والمثمن أو احدهما كلياً؟
٢٥	عدم صلاحية كل تصرف للاسقاط	١٨	ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار
٢٥	ذكر الروايات الدالة على سقوط الخيار بالتصرف	١٩	ثبوت الخيار عند ظهور العيب في المصداق
٢٧	هل المسقط للخيار هو التغير أو التصرف المغيّر		
٢٨	المناقشة في القول بأن المسقط للخيار هو التصرف المغيّر		القول في المسقطات ١٩ - ١١٦
٢٩	لا فرق في التصرف المغيّر وغير المغيّرين كونه قبل العلم بالعيب وبعده	١٩	ثبوت حقين في خيار العيب
٢٩	اتلاف المشتري للمبيع عمداً من التصرفات المسقطه للخيار	١٩	سقوط الخيار بالاسقاط صريحاً
٢٩	سقوط الخيار بالتصرفات الاعتبارية	٢٠	التحقيق عما يتعلق به الاسقاط
٣٠	عدم إمكان عدّ التصرف أو التغيّر من المسقطات على مبنى المشهور	٢١	عدم سقوط حق الأرش باسقاط الخيار
٣١	سقوط الخيار بالتلف	٢٣	صحة اسقاط الخيار بالمجاز المقبول والكناية
٣١	التحقيق عن مستند جعل التلف من المسقطات	٢٣	صحة اسقاط الخيار بالفعل
٣٢	الرد الوارد في الروايات كناية عن الفسخ	٢٣	عدم صحة اسقاط الخيار بالمجازات غير المقبولة
		٢٣	سقوط الخيار بالتصرف

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٣٤	بيان وجه آخر لسقوط الرد بالتلف	٤٤	هل العيب الموجب للخيار يوجب
٣٥	وطء الجارية مانع عن ردها بالعيب		سلب الخيار بالعيب السابق ؟
٣٥	الجواب عما ذكره العلامة من كون	٤٥	هل يثبت بالعيب السابق واللاحق
	وطء الجارية جنائية		خياران ام لا ؟
٣٦	المنافشة فيما ذكره الشيخ الأنصاري	٤٥	هل العيب الحادث بعد العقد
	(قده) من جعل الأجرة للفروج		يوجب سقوط الخيار بالعيب السابق ؟
٣٦	المتعة نكاح وزواج حقيقي	٤٦	بيان ما ذكره المحقق الخراساني (قده)
٣٧	حمل ما دل على ان المتعة مستأجرة		في المقام والجواب عنه
	على المجاز	٤٦	الاشكال على ثبوت خيار الفسخ
٣٨	رد الجارية بالحبل ولو مع الوطء		والأرش بالعيوب المتعددة
٣٩	الحبل الذي يرد الجارية به هو الحبل	٤٨	حكم العيب الحادث في زمان الخيار
	من غير المولى	٥١	حكم العيب الحادث بعد القبض
٣٩	دعوى الشيخ الأنصاري (قده) عدم		ومضي الخيار
	اختصاص الحبل بالحبل من غير	٥٢	عدم رجوع الخيار الساقط بحدوث العيب
	المولى والمنافشة فيها	٥٤	لو رضي البائع برد المعيوب عند
٤٠	صحة بيع الجارية التي ظهرت كونها حبلية		المشترى فليس الرد لأجل الخيار
٤٠	المقدار الذي يرد عند ظهور الحبل	٥٤	ما قيل من ان رضا البائع برد
	في الجارية		المعيوب عند المشتري يوجب رجوع
٤١	حدوث العيب عند المشتري مسقط		حق الخيار
	للخيار	٥٥	المنافشة في القول المذكور
٤١	حكم العيب الحادث بعد العقد وقبل	٥٦	تبعض الصفقة على البائع مانع عن
	القبض		رد المعيب

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٧٩	هل يسقط الرد والأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب	٥٦	خيار تبعض الصفقة
٨٢	هل يسقط الرد والأرش بالتصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالمعيب ؟	٦١	خيار تبعض الصفقة عند تعدد المشتري
٨٣	هل يسقط الرد والأرش بحدوث العيب في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالمعيب ؟	٦٢	ثبوت خيار تبعض الصفقة للوكيل والموكل وعدمه
٨٣	حكم ما إذا حدث المانع عن رد المعيب	٦٣	سقوط الأرش باسقاطه
٨٤	عدم وجوب الصبر على المعيب مجاناً على المشتري	٦٤	سقوط الأرش لو اشترى ربوياً بجنسه فظهر في احدهما عيب
٨٤	هل يسقط الرد والأرش بتأخير الأخذ بالخيار ؟	٦٥	عدم ثبوت الأرش فيما لا يوجب العيب نقصاً في القيمة
٨٦	هل يجب الاعلام بالمعيب ؟	٦٦	العلم بالمعيب قبل العقد مسقط للأرش والرد
٨٧	اختلاف المتبايعين	٧١	تبري البائع موجب لسقوط الأرش والرد
٨٧	الموازن التي ذكرت لتشخيص المدعى من المنكر	٧٢	هل تبري البائع يوجب الغرام لا؟
٨٩	حكم ما لو اختلف الميزان العرفي مع الأصل الشرعي	٧٤	اطلاق التبري يشمل العيوب الموجودة دون المتجددة
٨٩	المراد بالأصل الشرعي في المقام	٧٤	جواز اسقاط الخيار بالانشاء التعليقي
٨٩	الميزان في تشخيص المدعي والمنكر هو مصب الدعوى	٧٥	هل التبري من العيوب من قبيل الشرط في ضمن العقد ؟
		٧٦	هل يسقط الرد والأرش بزوال العيب قبل العلم به ؟

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٨٩	تقديم قول المنكر لو اختلف المتبايعان في ثبوت الخيار	٩٣	المناقشة فيما افاده الشيخ الانصارى (قده) في المقام
٩٠	تقديم قول المنكر لو اختلف المتبايعان في تعيب المبيع	٩٥	بيان مقتضى « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »
٩٠	تقديم قول المنكر لو اختلف المتبايعان في كون شيء عيباً	٩٥	ما يكفي في الصدق العرفي لتشخيص المدعى والمنكر
٩٠	حكم ما لو اختلف المتبايعان في كون النقص الموجود عيباً	٩٦	اعتبار ان يكون الحلف بنحو الجزم هل اللازم في الجزم ان يكون ناشئاً من اليقين ؟
٩٠	حكم ما لو اختلف المتبايعان في كون العيب موجباً للأرش	٩٧	وجوب رد المعيب المشتري من الوكيل على الموكل
٩١	بيان صور ما لو اختلف المتبايعان في زمان حدوث العيب	٩٩	حكم ما لو اختلف المتبايعان في السلعة
٩١	حكم ما لو اختلف المتبايعان في وجود العيب عند تعلق العقد وعدمه	١٠٤	اختلاف المتبايعين في المسقط
٩٢	حكم ما لو اختلفا في حدوث العيب قبل القبض او قبل مضي الخيار وعدمه	١٠٤	حكم ما لو ادعى البائع على المشتري بالعيب وانكره
٩٢	حكم ما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد او القبض او مضي الخيار وانكره البائع	١٠٦	حكم ما لو اختلف المتبايعان في زوال العيب قبل علم المشتري
٩٣	حكم ما لو ادعى المشتري حدوث العيب في احد الأزمنة المتقدمة وادعى البائع حدوثه بعدها	١٠٧	حكم ما لو ادعى المشتري تأخر زوال العيب عن علمه
		١٠٧	حكم ما لو اختلف المتبايعان في زوال العيب قبل الرد أو بعده
		١٠٧	حكم ما لو اختلف المتبايعان بعد

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١١٨	اختلاف الانظار في العيب باختلاف الأمكنة والأزمنة		تجدد العيب وزوال أحد العيبين في كون الزائل هو القديم اولا
١١٩	ايكال تشخيص العيب إلى العرف	١٠٩	حكم ما لو اختلفا في زمان حدوث العيب
١١٩	المناقشة فيما افاده الشيخ الأنصاري (قده) في تعريف العيب	١١٠	حكم ما لو اختلفا في حدوث العيب بعد القبض او قبله
١١٩	ثبوت خيار العيب في غير المخلوقات الالهية	١١٠	حكم ما لو ادعى البائع حدوث العيب عند المشتري
١٢١	هل يثبت خيار العيب فيما يوجب الزيادة في القيمة ؟	١١٠	حكم ما لو اختلفا في البراءة من العيب
١٢١	بطلان ما افاده الشيخ الأنصاري (قده) في مناط العيب	١١٣	حكم ما لو اختلفا في الفسخ
١٢٢	ذكر كلام السيد الطباطبائي (قده) في مناط العيب والمناقشة فيه	١١٥	حكم ما لو اختلفا في الفسخ بعد زمان انقضاء الخيار
١٢٣	التحقيق عن الموارد التي يثبت فيها الخيار بالعيب	١١٥	حكم ما لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت
١٢٣	ثبوت خيار تخلف الشرط مع عدم كون النقص عن الحلقة الأصلية عيباً	١١٦	حكم ما لو ادعى البائع علم المشتري بالخيار وأنكره المشتري
١٢٥	مورد ظهور الثمرة في المقام الكلام في الأرش ١٢٥ - ١٤٢		القول في ماهية العيب ١١٧ - ١٢٥
١٢٥	التحقيق عن مفهوم الأرش	١١٧	التحقيق عما في رواية زرارة من العوار

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٢٦	التحقيق عن الضمان في الأرش	١٢٦	تحديد مقدار الأرش
١٢٧	ما افاده السيد الطباطبائي (قده)	١٢٧	في ضمان الأرش والجواب عنه
١٢٨	بيان ما يستفاد من الروايات في مقدار الأرش	١٢٩	هل يلزم دفع الأرش من عين الثمن أم لا؟
١٤٣	اعتبار القدرة على الشرط الملحوظ عند العقد	١٣٣	هل المدفوع من غير النقدين نفس الأرش أو بدله ؟
١٤٦	حكم شرط النتيجة عند العقد باعتبار القدرة عليه	١٣٤	عدم ثبوت الأرش في العيب المستوعب المقارن للعقد
١٤٧	حكم شرط الاوصاف الحالية المتخلفة عن النقل	١٣٦	معرفة الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب
١٤٧	حكم شرط الاوصاف الاستقبالية باعتبار القدرة عليه	١٣٦	هل قول المقوم في تعيين مقدار الارش حجة أم لا ؟
١٤٨	حكم الشرط المتعلق بفعل الغير باعتبار القدرة عليه	١٣٨	اختلاف المقومين في التقويم
١٤٨	يعتبر في الشرط الملحوظ عند العقد ان يكون سائغاً	١٤١	بطلان الرجوع إلى الصلح أو القرعة عند اختلاف المقومين
١٥٠	اعتبار عقلائية الشرط الملحوظ عند العقد	١٤١	الرجوع إلى الاصل عند تعارض قول المقومين
١٥١	هل المراد بالشرط العقلائي هو الشرط ذو الفائدة أم لا ؟	١٤٢	الرجوع إلى اوسط القيمتين عند التعارض

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	على الزوج	١٥٢	اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب
١٧٠	ذكر الروايات الموهمة لعدم جواز		والسنة
	اشتراط ترك التزويج على الزوج	١٥٢	الوجوه التي استدلت بها على اعتبار
١٧٤	الموارد التي دلت الأدلة فيها على		عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة
	صحة الشرط المخالف		والمناقشة في بعضها
١٧٥	المراد بمخالفة الشرط للكتاب	١٥٦	هل يعتبر موافقة الشرط للكتاب؟
١٧٦	التمسك بالأصل لاثبات عدم مخالفة	١٥٧	مخالفة الشرط للكتاب مانعة عن
	الشرط للكتاب		صحته
١٨٤	اعتبار أن لا يكون الشرط منافياً	١٥٨	المناقشة في جعل عدم المخالفة من
	لمقتضى العقد		الشروط
١٨٥	البحث عن الشروط المخالفة التي	١٥٩	المعارضة بين صحيحة ابن سنان
	قد يتفق اشتراطها من المتعاملين		وموثقة اسحاق
١٨٦	الشروط التي لا يصح اعتبارها في	١٦٢	التحقيق عن مفهوم الشرط
	العقد والتي تصح	١٦٣	مأفاده الشيخ الأنصاري (قده) في
١٨٧	هل يصح اشتراط الربح لأحد		مفهوم الشرط المخالف والمناقشة فيه
	المتعاملين والخسران على الآخر؟	١٦٦	تشخيص المخالفة للكتاب والسنة
١٨٩	هل يصح اشتراط الاختلاف في		موكول إلى العرف
	ربح التجارة؟	١٦٧	ما أفاده الشيخ الأنصاري (قده)
١٩٢	هل يجوز اشتراط الضمان في عقد		في ضابط المخالفة
	الاجارة؟	١٦٨	المناقشة فيما أفاده الشيخ الأنصاري
١٩٢	بطلان نقل المنفعة المدومة		(قده) في المقام
١٩٦	عدم جواز التمسك بالأصل عند	١٧٠	جواز اشتراط ترك التزويج والتسري

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢١٨	ثبوت الحق للمشروط له بالاشتراط		الشك في مخالفة الشرط لمقتضى العقد
٢٢٠	المشروط له مخير بين الاجبار والفسخ	١٩٧	بطلان الشرط المجهول
٢٢١	وجوب العمل بالشرط من احكام مطلق الشروط	١٩٩	بطلان الشرط المحال
٢٢١	التخلف الموجب للخيار يؤثر في الشروط التي لها دخالة في القيم والأغراض	٢٠١	اعتبار الالتزام بالشرط في ضمن العقد
٢٢٢	الشروط التي يجوز الرجوع إلى الحاكم للاجبار عليها والتي لا يجوز حكم الشرط المتعذر	٢٠٢	وجوب العمل بالشروط الابتدائية
٢٢٣	ترتب الخيار على تعذر الشرط الصحيح	٢٠٣	هل يجب العمل بالشرط المتواطأ عليه قبل العقد ؟
٢٢٤	هل يثبت الأرش عند تعذر الشرط؟	٢٠٧	اعتبار التخيير في الشرط
٢٢٥	حكم الشرط الذي طرأ عليه التعذر	٢٠٨	حكم الشرط الصحيح
٢٢٦	هل يثبت الخيار بتعذر الشرط مع تلف العين ؟	٢١٢	حكم مالو شك في مخالفة الشرط للكتاب
٢٢٧	ثبوت الخيار بتعذر الشرط مع خروج العين عن سلطنة المالك	٢١٤	قياس الشيخ الأنصاري (قده) شرط النتيجة بنذر النتيجة والمناقشة فيه
٢٢٩	هل يثبت الخيار بتعذر الشرط مع انتقال العين بالرهن	٢١٤	هل يمكن إيقاع معاملة بالشرط في ضمن العقد ؟
٢٣٠	عدم ثبوت الأرش او التخيير بين الفسخ والارش عند تعذر الشرط	٢١٥	هل يتحقق البيع باشتراط المبادلة
		٢١٦	هل يبطل شرط النتيجة مع عدم حصول العنوان المقصود ؟
		٢١٦	وجوب العمل بالشرط فيما كان متعلقاً به
		٢١٦	الأدلة على وجوب العمل بالشرط

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٣٠	حكم نقل العين قبل تعذر الشرط	٢٤٨	الاستدلال بالروايات على سراية
٢٣٠	حكم نقل العين بعد تعذر الشرط		فساد الشرط إلى العقد والمناقشة فيه
٢٣٢	حكم التصرفات الناقلة في متعلق الشرط	١٥١	هل الخيار يختص بتخلف الشرط الصحيح أو يعم ؟
٢٣٢	ذكر الوجوه لبطلان التصرفات الناقلة في متعلق الشرط والمناقشة فيها	٢٥٣	مورد البحث في مفسدية الشرط الفاسد
٢٣٥	صحة نقل متعلق الشرط باجازة المشروط له		القول في احكام الخيار ٢٥٤ - ٣٣١
٢٣٦	للمشروط له اسقاط حقه	٢٥٤	الخيار موروث بأنواعه
٢٣٧	جواز إلغاء الشرط وحله	٢٥٧	الخيارات بأجمعها من الحقوق
٢٣٧	ما قبل من عدم سقوط الحق لو كان ثابتاً لغير المشروط له والمناقشة فيه	٢٥٧	هل إرث الخيار تابع لإرث المال؟
٢٣٨	عدم تقسيط الثمن على الشرط	٢٥٧	الوجه لعدم توريث الخيار على الاطلاق
٢٤٢	ما استدل به لتقسيط الثمن على الشرط والجواب عنه	٢٥٨	المناقشة في الوجه المذكور
	القول في حكم الشرط الفاسد ٢٤٣ - ٢٥٣	٢٥٩	الوجه الثاني لعدم توريث الخيار على الاطلاق والمناقشة فيه
٢٤٣	هل يسري فساد الشرط إلى العقد؟	٢٦٠	الوجه الثالث لعدم توريث الخيار على الاطلاق والمناقشة فيه
٢٤٣	تحرير محل البحث	٢٦١	كيفية استحقاق الورثة للخيار
٢٤٣	عدم سراية فساد الشرط إلى العقد	٢٦٦	التقصض على عدم انقسام الحق

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٧٧	القول بدلالة التصرفات الاعتبارية		الشخصي بحق الشفعة والجواب عنه
	على الفسخ والجواب عنه	٢٦٧	النقض على عدم انقسام الحق
٢٧٨	عدم جريان أصالة عدم الفسخ في المقام		الشخصي بحق القذف
	هل التصرف سبب للفسخ أو كاشف عنه ؟	٢٦٨	الجواب عن النقض السابق
٢٨٢	الاشكال في الفسخ بالتصرف المعاملي	٢٦٨	النقض على عدم انقسام الحق
	على القول بالسببية والجواب عنه		الشخصي بحق القصاص والجواب عنه
٢٨٥	المناقشة في القول بحصول الفسخ بأول جزء الانشاء	٢٦٩	عدم تأثير فسخ الورثة إلا مع اجتماعهم
٢٨٥	المناقشة فيما قيل من ان التصرف المعاملي المقصود به الفسخ إما التملك الحقيقي او الانشائي او جزء العقد	٢٦٩	الاشكال في تحقق ماهية الفسخ بفسخ الورثة
٢٨٦	الاشكال في الفسخ بالايقاعات على القول بالسببية والجواب عنه	٢٧٠	الاحتمالات في كيفية انتقال حق الخيار إلى الورثة
٢٨٦	الاشكال الاخير في الفسخ بالتصرف المعاملي على السببية	٢٧٣	حكم فسخ الورثة لو كان للميت دين مستغرق
٢٨٧	صور التصرف في العوضين دفعة واحدة	٢٧٤	هل ينتقل الخيار إلى ورثة الأجنبي لو كان ثابتاً له
٢٨٨	عدم حصول الفسخ بالتصرف الاعتبائي في العوضين	٢٧٥	حصول الفسخ بالفعل
٢٨٨	هل ينعتق العبد المشتري بالجارية	٢٧٥	اعتبار الدلالة في الفعل على الفسخ
		٢٧٦	إلغاء الفعل او القول الدال على الفسخ لو احرز عدم قصده
		٢٧٦	حمل التصرف الخارجي على الفسخ والجواب عنه

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٩٩	حكم شرط الخيار برد الثمن		بقوله : « اعتقتها »
٣٠٠	جواز التصرف في العين قبل زمان الخيار	٢٨٩	منافاة الابرام والفسخ المترقب حصولها بالعتق
٣٠٠	المناقشة فيما افاده الشيخ الانصاري (قده) في المقام	٢٩٠	تحقق عتق العبد بقوله : « اعتقتها » لو اراد به الابرام دون الفسخ
٣٠٠	ما قيل في المانع من التصرف قبل زمان الخيار والجواب عنه	٢٩٠	وقوع عتق العبد دون الجارية بقوله : « اعتقتها » لو اراد به الفسخ
٣٠١	تحليل آخر في المقام والجواب عنه	٢٩١	الاصول الجارية في المقام عند الشك في صحة العتق والملك
٣٠٢	هل يجوز التصرف غير المنافي قبل زمان الخيار ؟	٢٩٢	جواز تصرف غير ذي الخيار في العين
٣٠٢	جواز الاجارة في زمان الخيار	٢٩٣	الاحكام المترتبة على جواز تصرف غير ذي الخيار في العين
٣٠٣	لزوم جبران المنافع على المشتري المؤجر	٢٩٤	بيان كلام السيد الطباطبائي (قده) في المقام والجواب عنه
٣٠٣	سقوط الخيار باذن صاحبه في التصرف المخرج	٢٩٥	نقل كلام المحقق الاصفهاني (قده) في المقام
٣٠٥	عدم توقف الملكية على انقضاء الخيار	٢٩٦	الجواب عما افاده المحقق الاصفهاني (قده)
٣٠٦	الاستدلال بالروايات على عدم توقف الملكية على انقضاء الخيار	٢٩٧	نقل كلام المحقق النائيني (قده) في المقام والمناقشة فيه
٣٠٩	ما استدل به للقول بتوقف الملكية على انقضاء الخيار	٢٩٨	جواز التصرف في العين وعدمه في الخيارات المجعولة تابعان لكيفية الجعل
٣١٠	الجواب عما استدل به للقول بالتوقف		
٣١١	ترجيح الروايات الدالة على القول		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	لو امتنع منه	٣٣٦	حكم ما لو باع بضمن حالاً وبأزيد
٣٤٩	تخير الحاكم بين الزام الدائن بقبول الدين او تصديه للقبض او امره بالالقاء عنده		منه مؤجلاً
٣٤٩	قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم في محل البحث	٣٣٦	تعيين موضوع البحث في المقام
٣٤٩	حكم ما لو لم يمكن الرجوع الى الحاكم او عدول المؤمنين	٣٣٨	بطلان المعاملة بضمن حالاً وبأزيد
٣٥١	عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه		منه مؤجلاً لو وقع على نحو التعليق
٣٥٢	الكلام حول الاخبار في تعليم الحيل في الربا	٣٣٩	حكم ما لو باع بضمن حالاً وبأزيد
٣٥٥	صور بيع المباع بالثمن المؤجل		منه مؤجلاً بحسب الروايات
٣٥٥	حكم بيع المباع بالثمن المؤجل بعد حلوله بنقصان	٣٤٢	عدم استحقاق البائع مطالبة المشتري قبل حلول الأجل
٣٥٦	ذكر الروايات الواردة في بيع المباع بالثمن المؤجل	٣٤٢	عدم وجوب الأداء على المشتري لو طالبه البائع قبل حلول الأجل
٣٥٨	ذكر بعض الروايات الدال على عدم جواز بيع المباع بالثمن المؤجل	٣٤٢	هل يجب القبول على البائع لو تبرع المشتري بأداء الثمن
٣٦٠	حكم ما لو باع شيئاً بشرط ان يبيعه منه	٣٤٣	عدم سقوط التأجيل بالاسقاط
		٣٤٤	المناقشة فيما افاده في جامع المقاصد في المقام
		٣٤٥	المناقشة فيما نقل عن التذكرة في المقام
		٣٤٥	المناقشة فيما ذكره الشيخ الأنصاري (قده) في المقام
		٣٤٦	هل يجب على الدائن قبول الدين عند تسليمه ؟
		٣٤٨	إلزام الحاكم الدائن بقبول الدين



PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

Princeton University Library



32101 073384370