

اللَاعِنَةُ الْفَقِيْهِيَّةُ

قِسْمٌ (مُخْيَالٌ) (١)

الجُنُعُ الْعَيَّاشِيُّ

لُرُوسٌ

آيَةُ اللهِ الْأَسْتَاذِ الشَّيْخِ هَادِي النَّجَفِيُّ

١٢٩٦ دسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين على اشرف بربور و اكرم اسلوب صفوته خلصه حمد و اكرامه من
و سيد فقهاء الفتاوى الاطلاقى اكثير و اشهر صديقنا الفاضل ابراهيم
الجعوى شيخ الادى البجى دام تأييده فى المذاهب الخمسة والمعنون
ما افراط فى الاعظم والانصارى موسى سرور فرضى بر ملوكها بالحقائق سيد قدرات
الذائب والذئب الصائب. محبي طلاقى بحسب المحب. مصونا بنكر المذاهب
المصادف مع مناقشة الاراء والآراء المذكورة في كل باب
ونقد لها عملياً فنياً. واحتياط ما ساقه الميرabilis وحى لروضتها
لغير السلف الصالحة ومحى ما تردد فى اياته واصطواته
حلمه درءه وعذرها وترحيمه دوام توفيقه واستدامه وحمل المهم
تم. شيخ محمد الرحمن

تقرير المرجع الديني آية الله العظمى الشيخ محمد الرحمتي السير جاني

بخطه الشريف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُهَيْدٌ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على نبي الرحمة محمد رسول الله
وعلى أهل بيته الأخيار لاسيما على الحجة الثاني عشر صاحب العصر والزمان عليه السلام،
واللعنة الدائمة الأبدية السرمدية على أعدائهم ومخالفتهم ومنكري فضائلهم
وحقوقهم.

أما بعد فقد فرغت من تحرير مسائل البيع في ست مجلدات وآن وقت الشروع
في مباحث الخيارات بعون الله الملك العلام فأقول حامداً شاكراً مصلياً:
قبل الورود في البحث لابد من التنبيه على مقدمات:

فَضْلُكُ :

الْخِيَرُ
أَقْسَامُهُ وَاحْكَامُهُ

المقدمة الأولى

المقدمة الأولى: هل تعريف الخيار من قبيل شرح الاسم؟

ذهب المحقق الخراساني ^{رحمه الله} في الكفاية^١ أنّ غالب التعريفات من قبيل شرح الاسم ويعُدّ من التعريفات اللفظية نحو: سعدانة نبت. «فهل تعريف الخيار من هذه القبيل؟ فلا يهم التعرض إليه أو لا، بل له ثمرة عملية فيهم التعرض إليه؟» هذا، مع أنه قد اشتهر أنه لا مشاحة في الاصطلاح، فالعرض للتعريف الاصطلاحي ومناقشته قليل الجدوى.

الحقّ أنه لابدّ لنا من إيقاع البحث في مفهوم الخيار وتحديد معناه، إذ قد وقع بهذا العنوان في لسان الأدلة، فيترتب على تحديده أثر عملي.

فلا بدّ من معرفة المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وهل بينهما ارتباط ومناسبة أم لا ارتباط بينهما، بل هما متبائنان؟

إذا كانا متبائنين، فلا وجه لحمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي لأنّه معنى مستحدث لا يمتدّ للعرف بصلة، بخلاف ما إذا كان بينهما العموم والخصوص

(١) كفاية الأصول / ٢١٥؛ طبعة مؤسسة آل البيت البيت.

المطلق، كما سيأتي توضيحه^(١).

المقدمة الثانية: هل يتعلّق الخيار بخصوص الأفعال أو يتعلّق بها وبالأعيان؟

«إنَّ الخيار هل يتعلّق بخصوص الأفعال أم أنه يتعلّق بالأعمم من الفعل والعين؟

لابدّ من إيقاع البحث في ذلك لأنَّه ذو ثمرة عملية، لوقوع البحث - فيما يأتي إن شاء الله تعالى - في أنَّ ثبوت الخيار هل تكون ثمرته أن يكون لذيه حقٌّ فسخ العقد أو حق استرداد العين؟

ونتيجة هذا البحث تظهر في صورة تلف العين، فإنه يسقط الخيار على الثاني لانتفاء موضوعه دون الأوّل.

ومن الواضح أن هذا البحث إنما يتّأطِّي لو صحّ تعلق الخيار بالعين، فيقال: إن الدليل المتكلّل لإثبات الخيار بلا أن يعین متعلقه هل مقتضاه تعلقه بنفس العقد فيكون له حق فسخه، أو بالعين فيكون له حق استردادها؟ لأنَّ كلاً من العقد والثمن والشمن من شؤون المعاملة، فيحتمل تعلق الخيار بكلٍّ منها.

أو لو فرض عدم صحة تعلق الخيار بالأعيان لم يتّأط البحث المزبور، بل يتعين تعلق الخيار بالعقد، فإنه فعل اختياري - كما سيأتي توضيحه^(٢).

تنبيه: توضيح معنى الاختيار

ذهب السيد الطباطبائي اليزيدي في حاشية المكاسب «إلى أنَّ معناه هو السلطنة، ويظهر ذلك من المحقق الإيراني حسَن^(٣) وإن لم يصرح بذلك لكنه يستفاد من كلامه.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، كتاب الخيارات ٥ / ١.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، كتاب الخيارات ٦ / ١.

(٣) حاشية المكاسب ٢ / ١٠، تعليق رقم ٣.

كما ذكر السيد الطباطبائي^(١) أن الخيار لا يضاف إلى غير الأفعال لأن مصدره وهو الاختيار لا يضاف إلا إلى الأفعال دون الأعيان والمنافع.

وخلالفهما المحقق الإصفهاني^(٢)، فذهب إلى أن معنى الاختيار لا يساوي السلطنة لاستعماله في موارد كثيرة لا يمكن أن يراد به معنى السلطنة فيها، كما إذا قلت: إختار زيد العزلة عن الناس، واختار شرب الدواء الخاص، واختارت لبس هذا الثوب من بين الأثواب، وقوله تعالى: ﴿وَأَخْتَارَ مُوسَى فَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَأَنَا أَخْتَرُكُ...﴾^(٤)، ... إلى غير ذلك من الاستعمالات.

ومن الواضح أنه لا معنى لإرادة معنى السلطنة من الاختيار في هذه الاستعمالات، مع أنه لا يرى فيها وفي أمثلها أدنى مسامحة وعناء. ولعل الجامع بين هذه الموارد وغيرها من موارد استعمال مادة الاختيار على اختلاف هيئاتها هو إرادة ما يساوي معنى الترجيح والانتقاء والاصطفاء.

ومن هنا يظهر أن الاختيار - ويلحق به الخيار لأنه بمعناه - يمكن أن يتعلق بالأعيان، إذ يصح إضافة الانتقاء والترجح إلى العين. وفي الآيتين الكريمتين المتقدمتين وغيرها - كقول القائل: اخترت زيداً صديقاً لي واختارت هذا الكتاب من بين الكتب - كفاية في إثبات المطلوب، لاضافة الاختيار فيها إلى العين من دون أي تقدير ولا مسامحة.

وأما ما ذكره السيد^(٥) من: أن الاختيار لا يضاف إلى الأعيان، فلعله ناشٍ من الخلط بين الاختيار بالمعنى اللغوي والاختيار بالمعنى الاصطلاحي للمتكلمين الذي

(١) حاشية المكاسب / ٢ / ٣٦٨.

(٢) حاشية المكاسب / ٤ / ١٠.

(٣) سورة الأعراف / ١٥٥.

(٤) سورة طه / ١٣.

هو بمعنى المشيئة والإرادة، إذ المشيئة لا يمكن أن تتعلق بغير الأفعال. فالتفتت. هذا، ولكن الانصاف أنّ ما ذكره المحقق الإصفهاني رحمه الله في معنى الاختيار لا يخلو عن مناقشة، فإنّ الترجيح غير مساوق لمفهوم الاختيار ولو اصطفاً، فإنه لا يصح استعماله في كُلّ مورد يستعمل فيه الخيار أو الاختيار، ففي مثل قوله: «البيان بالختار»^(١) لا معنى لأن يراد به: «البيان بالترجح أو الرجحان» - الذي هو إسم مصدر من الترجيح -.

والذي نراه أن المفهوم القريب لمعنى الاختيار والختار الذي لا أقرب منه هو الارتضاء والرضا، فإنه وإن لم يكن نفس الاختيار مفهوماً لكنه أقرب ما يمكن أن يشار به إلى الاختيار من المفاهيم، فالارتضاء يساوي الاختيار والرضا يساوي الختار، وتقدير الرضا في قوله: «البيان بالاختيار» لا مانع منه بعد فرض أن الباء بمعنى: «مع»، فيكون دليلاً على اعتبار استمرار الرضا في البيع إلى وقت الافتراق. ولعله يشير إلى ما ذكرنا من معنى الختار ما ورد في بعض النصوص^(٢) من التعبير عن إعمال الختار بان ذلك رضا بالبيع. ثم إنه لا يخفى أن الرضا يتعلق بالأعيان كما يتعلق بالأفعال، فيضاف إلى العين بلا تقدير ولا مسامحة. وقد تقدمت الاشارة إلى ثمرة تحقيق ذلك^(٣).

المقدمة الثالثة: الختار في اللغة

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «الختار لغة اسم مصدرٍ من الاختيار»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الختار، صحيحه محمد بن مسلم.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الختار، صحيحه علي بن رئاب؛ ووسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الختار، معتبرة السكوني.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخيارات ١/٦-٨.

(٤) المكاسب ١١/٥.

أقول: الاختيار مصدر باب الافتعال و «معناه الأخذ بها هو الخير، أو تفضيل أحد الطرفين وترجيحه على الطرف الآخر، وليس هو مصدر الفعل الثلاثي المجرّد، فإنّ مصدر «خار» بمعنى «فضل ورجح» هو «الخيرة والخيرة، وخيراً» كما في اللسان، وفيه أيضاً: «والاختيار: الاصطفاء»^(١).

وقال في الصحاح: «و قال في البارع: خرث الرجل على صاحبه، أخيره من باب باع، خيراً وزان عنِّ، وخيرة وخيرة: إذا فضله عليه»^(٢)^(٣).

وقال ابن الأثير: «الخيار: الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين: إما إمضاء البيع، أو فسخه...»^(٤).

وفي تاج العروس للزبيدي: «والخيار: الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع أو فسخه. وفي الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرق» ...، وقولهم: لك خيرة هذه الغنم وخياراتها. الواحد والجمع في ذلك سواء، وقيل: الخيار: نضار^(٥) المال، وكذا من الناس وغير ذلك. وأنت بالخيار وبالخيار، هكذا هو بضم الميم وسكون الخاء وفتح التحتية، والصواب: وبالختار، أي اختر ما شئت»^(٦).

وفي مجمع البحرين لشيخ الطريحي: «والخيرة - بالكسر فالسكون - من الاختيار، والخيرة - بفتح الياء - بمعنى الخيار، والخيار: هو الاختيار، ويقال: هو اسم من تخيّرت الشيء، مثل الطيرة اسمُ من تطير، وقيل: هما لغتان بمعنى واحد، قاله في

(١) لسان العرب ٤/٤٥٥.

(٢) صحاح اللغة ٢/٦٥٢ (طبعة عام ١٤٠٧).

(٣) هدى الطالب ٩/١٧٣.

(٤) النهاية ٢/٩١.

(٥) نضار: الخالص من كل شيء، الذهب.

(٦) تاج العروس ٦/٣٨٠-٣٧٩.

ال صباح . وال اختيار : الاصطفاء . و محمد عليهما السلام خيرتك من خلقك - بكسر الخاء وبالباء والراء المفتوحين - أي المختار المنتخب ، وجاء بتسمتين الياء . وقول علي بن الحسين عليهما السلام : « فأنا الخيرة ابن الخيرتين » يريد خيرة الله من العرب هاشم ومن العجم فارس . وفي الخبر « أنا بين خيرتين » تثنية خيرة كعنبه ، أي أنا مخير بين الاستغفار وتركه في قوله تعالى : ﴿ أَسْتَغْفِرُ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرُ لَهُمْ ﴾^(١) . ومنه : خيرته بين الشيئين ، أي فوضت إليه الخيار ^{(٢)(٣)} .

المقدمة الرابعة: المصدر واسمه والفرق بينهما

« اختللت كلمات الأدباء وغيرهم في أن المغايرة بينهما تكون في الصيغة واللفظ خاصة مع وحدة المدلول والمعنى، أو أنها تكون لفظاً ومعنىً. »

فظاهر ابن الناظم [محمد بن محمد بن مالك المتوفي ٦٨٦هـ] الأول، لجعل المقسم للمصدر واسميه هو الحدث، قال: «اعلم: أنَّ اسم المعنى الصادر عن الفاعل كالضرب - أو القائم بذاته - كالعلم - ينقسم إلى مصدرٍ واسم المصدر. فإن كان أوله ميمَّة مزيدة لغير (فاعلة) كالمضارب والمحمدة، أو كان لغير ثلاثي بوزن الثلاثي كالعُسل والوضوء، فهو اسم مصدر، وإلا فهو مصدر»^(٤).

وهذا كالتصريح في أنّ «الغسل والاغتسال» حاكين عن مفهومٍ وحدانيٍ، يسمّى الأول منهما باسم المصدر لأجل كونه على ثلاثة أحرفٍ، وإن كان فعله مزيداً ف فهي من باب الافتعال. وكذا الحال في «الوضوء» المصوّغ من فعله من باب «التفعل».

٨٠ / سورة التوبة (١)

(٢) مجمع البحرين / ١ (٧١٩-٧١٨).

(٣) بغية الراغب في مبانى المكاسب / ١٣

(٤) شرح الألفية لابن الناظم، بحث المصدر.

وصرح جماعة الثاني، أي المغایرة بين المصدر واسمه في اللفظ والمعنى، قال [خالد بن عبد الله] الأزهري في التصريح [على التوضيح] مازجاً شرحه بما في توضيح ابن هشام: «ومدلولها مختلف، فمدلول المصدر الحدث، إنما هي بواسطة دلالته على المصدر.

وتحقيق ما هيّتها أن يقال: الاسم الدال على الحدث من غير تعرض لزمانٍ، إن كان علماً موضوعاً على معنى كفجار وحمد علمين للفرحة بسكن الجيم والمحمدة بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، أو كان مبدواً بميم زائدة لغير المفعولة كمضرب ومقتبل - بفتح أوّلها وثالثها - أو كان متتجاوزاً فعله الثلاثي وهو بِزنة اسم حدث الثلاثي كُغسل وُضوء بضمّ أوّلها في قوله: اغتسل غسلاً وتوضأ وُضوءاً، فإنهما - أي فإنّ الغسل - بِزنة (القُرب) والوضوء، بِزنة (الدخول) في قوله: قرب قرباً، ودخل دُخولاً، فهم اسم مصدر... وإنّا يكن كذلك فهو مصدر»^(١).

ثم رتب على هذا الفرق التفصيل بين أقسام اسم المصدر في العمل، فإن كان مبدواً بميم عمل عمل فعله اتفاقاً. وإن كان علماً لم يعمل كذلك. وإن كان غيرهما فهو مورد خلاف بين البصريين والковيين، فراجع.

ونقل جمال المحققين في حواشيه على الروضة فوارق أخرى بينهما، بعد نقل جملة من كلام الأزهري، فنقل عن بعض المحققين: أنّ المصدر موضوع للحدث من حيث اعتبار تعلقه بالمنسوب إليه على وجه الإبهام، ولذا يقتضي الفاعل والمفعول، ويحتاج إلى تعينهما في استعماله، كتعين (الضرب) بصدوره من زيد ووقوعه على عمرو. واسم المصدر موضوع لنفس الحدث من حيث هو بلا اعتبار تعلقه بالمنسوب

(١) شرح التصريح على التوضيح، باب إعمال المصدر (لا ترقيم لصفحات نسختنا من الطبعة الحجرية).

إليه، وإن كان له تعلق في الواقع، ولذا لا يقتضي الفاعل والمفعول وتعيينهما. ولعل المقصود من اقتضاء الفاعل والمفعول هو اعتبار تلبّس الفاعل بالمبأ وصدوره منه وتجددّه. ويكون اسم المصدر هو الحدث مجرّداً عن قيد تلبّس فاعلٍ به. ثم فرق المحقق الخواني بين المصدر واسميه بما يقرب من الوجه المتقدّم كما لوح إليه وقال: «والأظهر عندي: أنّ المصدر موضوع لفعل الأمر أو الانفعال به، واسم المصدر موضوع لأصل ذلك الأمر. فالاغتسال مثلاً عبارة عن إيجاد أمور مخصوصة هي أفعال تدريجية مخصوصة، والغسل عبارة عن نفس تلك الأمور. ثم قد يتسامح ويطلق اسم المصدر على الهيئة العارضة بسبب ذلك الأمر، وعلى غيرها مما هو معلوم له، كما يظهر بالتتبّع»^(١)^(٢).

أقول: الصحيح هو القول الثاني أعني المغايرة بين المصدر واسميه في اللفظ والمعنى لأنّ المصدر موضوع للحدث والمفهوم الأصلي للفعل من دون الدلالة على الأشخاص والأزمان والدفعات نحو: الاغتسال والتوضي.

وأمّا اسم المصدر فموضوع حاصل المفهوم والمعنى الأصلي من المصدر وينتقل إلى الحدث والمفهوم الأصلي للفعل بواسطة المصدر، نحو: الغسل وال موضوع. وفي هذا المجال راجع رسالة «السيف المشهور في تحقيق اسم المصدر» لشيخنا في الرواية ومجيئنا بالاجتهاد نابغة عصره آية الله الشيخ محمد باقر الكليري^(٣) قدهنـ (١٤١٦-١٣٢٠)، المطبوعة سنة ١٣٥٤ق بالغربي الشريف والمذكور في الذريعة^(٤).

(١) حاشية الروضة البهية المطبوعة مستقلاً / ٩، هامش الروضة البهية (طبع عبد الرحيم) ١١ / ١ و . ١٢

(٢) هدى الطالب / ٩ (١٧٦-١٧٣).

(٣) كتبت ترجمته في كتابي «طريق الوصول إلى أخبار آل الرسول ﷺ» / (١١١-٩٨).

(٤) الذريعة ٢٨٩ / ١٢.

المقدمة الخامسة: النسبة بين خياري اللغوي والفقهي

قد مرّ المعنى اللغوي للخيار وأنه «الأخذ بما هو الخير» أو «تفضيل أحد الطرفين وترجيحه على الطرف الآخر».

وأماماً المعنى الفقهي للخيار فقد «يطلق على «ملك أمر العقد» كما ورد في مثل الهمة من «كون الواهب بالخيار قبل تسليم العين للمتهمب» ويراد به جواز الرجوع في العقود غير الالزمة. وقد يُطلق على جواز حل العقد اللازم - بحسب طبعه كالبيع - كالفسخ بخيار المجلس أو الحيوان أو غيرهما من موجبات التزلزل.

ومقصود بالبحث في باب الخيار هو القسم الثاني، ونَقل [الشيخ الأعظم] عنهم تفسيرين له يشتراكان في كونه ملكاً، والمراد به الاستيلاء على الفسخ والإمضاء، بشهادة تصريح المصنف في أوائل البيع بقوله: «إنّ مثل هذا الحق سلطنة فعلية»^(١)، وظهور قوله هنا بعد أسطر «والسلطان على فسخ العقود الجائزة»^(٢) الدال على تسلّم كون حقّ الخيار سلطنة الفسخ والإقرار، كما يتسلّط في العقد الجائز على الرجوع.

وبعد وضوح معنى «الخيار» إجمالاً، فإنما أن تكون النسبة بين معناه المصطلح هنا وبين معناه اللغوي العموم والخصوص المطلق^(٣) [أو توسيع لذلك]^(٤)، بدعوى شمول اللغوي لفسخ العقد وغيره، فإنه بعد اتحاد المصدر واسميه حقيقةً وتغييرهما اعتباراً إما أن يكون «الاختيار» عنواناً للفعل الخارجي من الأخذ بما فيه الخير أو ترجيح أحد الأمرين، أو عنواناً للمشيئة التي هي كيف نفسياني. والخيار المصطلح اختيار خاص بالفسخ والإمضاء.

(١) المكاسب ٩/٣.

(٢) المكاسب ١٢/٥.

(٣) كما في حاشية السيد اليزيدي ج ٢/٣٦٧.

(٤) كما في حاشية المحقق الإصفهاني ٤/١٠.

وإِمَّا أَنْ تَكُونُ النِّسْبَةُ بَيْنَ الْمَعْنَيَيْنِ هِيَ الْمَبَايِنَةُ، مِنْ جَهَةِ أَنَّ الْخَيْارَ الْمُبَحَّوثُ عَنْهُ يَكُونُ مِنَ الاعتبارات الوضعية المجعلة شرعاً ولو إِمْضاءً، وَلَا جَامِعٌ بَيْنَ مَا يَكُونُ مِنْ مَقْوِلَةِ الْكِيفِ أَوِ الْفَعْلِ الْعُرْفِيِّ وَبَيْنَ الْمَعْتَبِرِ الَّذِي ظَرَفَهُ الاعتبار التَّوَسُّطُ بَيْنَ وَعَائِي الْذَّهَنِ وَالْعَيْنِ»^(١).

(١) هدى الطالب ١٧٦/٩.

ثم يقع الكلام في جهات من البحث:

الجهة الأولى: تعريف الخيار

ثم بعد هذه المقدمات نصل إلى تعريف الخيار وقد عرّفه الشيخ الأعظم^(١) بتعرفيين:

التعريف الأول: ما عرّفه به جماعة من المتأخرین، وعليه فخر المحققین^(٢) قيسٌ واختاره الشيخ قيسٌ وهو: ملك فسخ العقد.^(٣)

التعريف الثاني: ما اختاره صاحبا الرياض^(٤) والجواهر^(٥) بيته، والمحقق النائني^(٦) من المتأخرین، وهو: ملك إقرار العقد وإزالته.

«والفرق بين التعريفين من جهتين:

الأولى: وحدة الملك والمملوك في التعريف الأول، وتعددهما في الثاني؛ إذ الملك

(١) المكاسب ١١ / ٥ و ١٢.

(٢) إيضاح الفوائد ١ / ٤٨٢، ولفظه: «لأن الخيار ملك الفسخ».

(٣) المكاسب ١١ / ٥.

(٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٤ / ٣ (٣ / ٢٣).

(٦) منية الطالب ٣ / ٣.

إنما يتعدد متعلقه، وهو في الأول الفسخ خاصة، وفي الثاني إزالة العقد وإقراره.
 الثانية: إن متعلق الملك في التعريف الأول هو الفسخ، والسلطنة على الوجود سلطنة على العدم، فيكون فيه طرف وجودي وآخر عدمي، فالخيار ملك فسخ العقد، وملك عدمه.

وأما المتعلق في التعريف الثاني فأمران وجوديان: إقرار العقد، وإزالته.
 ولا يخفى أن الإزالة تحل محل الفسخ، ولا شك أن من يملك إزالة العقد يملك عدمها.

وبهذا اتضح أن نسبة التعريف الثاني إلى التعريف الأول هي نسبة الأعم للأخص، فإن ما في الأول موجود في ملك إزالة العقد من الثاني، ويزيد الثاني بملك إقرار العقد.

الإشكال على التعريف الأول ودفعه

أورد على التعريف الأول بعدم مانعيته؛ إذ هناك موارد يوجد فيها ملك فسخ العقد وهو ليس خياراً، وهي:

١- العقود الجائزة، كالهبة والوكالة.

٢- عقد الفضولي، فإن الأصيل يملك فسخ العقد.

٣- العقد المتعلق بالمال الزائد على ثلث التركة، فإن للوارث فسخه.

وهذا النقض مبني على كون الوصية عقداً، وأما على القول بعدم كونها عقداً - كما هو المختار - فلا موضوع لنقض الشیخ^(١) به، فيحمل كلامه حينئذ على إرادة العقد في مرض الموت، فإن أمر منجزات المريض فيما زاد على الثلث بيد الوارث على

القول بعدم نفوذ منجزاته^(١).

٤- العقد على بنت الأخ والأخت؛ فإن العممة والخالة تملكان فسخه.

٥- ما إذا زوجت الأمة بالعبد ثم أعتقت، فإنها تملك فسخ العقد حينئذ.

٦- عقد النكاح مع وجود أحد العيوب المخصوصة في الزوج أو الزوجة؛ فإن

الآخر يملك فسخ العقد.

فمن له أمر العقد يملك فسخه في هذه الموارد، فيدخل ملك الفسخ فيها في التعريف، مع أنه ليس خياراً؛ إذ هو حكم لا يقبل الإسقاط والإرث، بخلاف الخيار فإنه حق وينقلهما^(٢).

ولكن دفع الشيخ الأعظم الاشكال بما توضيحه: «إن موارد الخيار اصطلاحاً، وهذه الموارد المذكورة، وإن كانت تشترك في ثبوت السلطة على فسخ العقد، لكنها تختلف من جهة وهي الثابت في موارد الخيار يقبل الإسقاط والانتقال بالميراث ولذا يعبر عنه بالحق. والثابت في هذه الموارد التي قيل بانتقاد التعرّيف فيها لا يقبل الإسقاط والانتقال، فلا تسقط سلطنة المالك على رد عقد الفضولي ولو أسقطها ألف مرة. ويعبر عن ثبوت السلطة ههنا بأن ثبوتها بنحو الحكم لا الحق».

وإذا ثبت وجود الفرق موضوعاً بين الموردين - مورد الخيار وهذه الموارد - ، ففي التعبير بالملك في التعريف كفاية في إخراج غير موارد الخيار اصطلاحاً، إذ عرفت أن ثبوتها ليس بنحو الملك بل بنحو الحكم. وبذلك يكون هذا التعريف بنظر الشيخ خالياً عن الاشكال^(٣).

(١) ربما يدعى بأن ما ذكر أخيراً هو الظاهر من عبارة الشيخ الأنصارى *فتوى فراجع*.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب /١/ (١٦-١٤).

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات /١/ ٩.

الإيراد على دفع الشیخ

«وقد استشكل في هذا الرد المحققان السيد الطباطبائي والشیخ الإیروانی رحمهما الله.

أما السيد الطباطبائي^(١) فذهب إلى أن الملك لغة بمعنى السلطنة وهي إذا أضيفت إلى العين تقييد الملكية بالمعنى المعروف وهو واجدية المالك للشيء وكون أمره بيده، بخلاف ما إذا أضيفت إلى الفعل فإنها لا تفيد أكثر من القدرة عليه.

وفي المقام بما أن الملك الذي هو بمعنى السلطنة قد أضيف إلى الفعل وهو فسخ العقد، فلا يفيد أكثر من القدرة والتسلط عليه. وهذا المعنى كما هو ثابت في موارد الخيار ثابت في موارد العقود الجائزة للقدرة فيها على فسخ العقد.

ولعل الوجه فيما ذكره^(٢) من الفرق بين إضافة السلطنة للعين والفعل هو: أن السلطنة على العين لا معنى لها، فلابد من تقدير فعل، وبما أن حذف المتعلق يفيد العموم، فإضافة السلطنة إلى العين تقييد السلطنة على جميع التصرفات المتعلقة بالعين وهو لازم الملكية، بخلاف السلطنة على الفعل فانها متصرفة فتحمل على معناها العرفي وهو القدرة على الفعل ب Miyādah و عدمه، وهذا لا يلزمه الملكية بوجه من الوجه. هذه خلاصة إيراده مع توضيحيها.

وأما المحقق الإیروانی^(٢) فذهب: إلى أن السلطنة على نحوين: سلطنة [مطلقة] يكون لذيها سلطنة عليها، كالسلطنة على فسخ العقد في موارد الخيار فإن الذي الخيار السلطان على إسقاط سلطنته، وسلطنة [مشروطة] لا يكون لذيها سلطان عليها كالسلطنة على الفسخ في موارد العقود الجائزة فإنها حكم شرعي ولا يكون

(١) حاشية المکاسب ٣٦٧ / ٢.

(٢) حاشية المکاسب ٣ / ٩.

أمرها بيد ذي السلطنة بل بيد الحاكم.

وكلام الشيخ فتى إنما يتم لو فرض أن الملك عبارة عن السلطنة الخاصة والاستيلاء الخاص وهو الاستيلاء بالنحو الأول، فإن التعبير به يستلزم خروج موارد العقود الجائزة لأنّ الاستيلاء في مواردها من النحو الثاني، أما لو كان الملك عبارة عن مطلق الاستيلاء أعم مما كان له عليه سلطان وما لم يكن عليه سلطان، لم يكن في التعبير بالملك دلالة على نفي موارد العقود الجائزة، لصدقه في مواردها أيضاً. والأمر في الملك هو ذلك، فإنه لا يعتبر فيه إلا كون المملوك تحت السلطان، أما كون السلطنة تحت السلطان أيضاً فلا يعتبر فيه. والشاهد على ذلك إضافة المالكية لله جلت عظمته بل هو مالك الملوك مع أنه ليس له سلطان على سلب سلطنته على الكون، كما هو واضح. إذن، فالتعبير بالملك في التعريف لا يستلزم خروج موارد العقود الجائزة وغيرها.

وبالجملة: فمراجع كلا الكلامين إلى عدم دلالة التعبير بالملك على اختصاص التعريف بموارد الخيار، بل هو على عمومه لغير موارده اصطلاحاً^(١).

جواب المحقق الإصفهاني في نقد الإيراد

«ولكن المحقق الإصفهاني^(٢) دفع هذين الكلامين، وتوضيح كلامه: أن الملك في الاصطلاح لا يساوق السلطنة التي هي المفهوم العرفي للملك، فإنها عبارة عن سلطنة اعتبارية غير نفس الآثار المجنولة، وهذه السلطنة لا ثبوت لها في موارد الأحكام، ولأجل ذلك اصطلاح الفقهاء بالحكم في قبال الملك. وإذا فرض أن الملكية في الاصطلاح أمر اعتباري مختلف عن الحكم، فالتعبير بالملك في التعريف يخرج موارد

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٩-١٠.

(٢) حاشية المکاسب ٤/١٢.

السلطنة الثابتة بنحو الحكم، إذ اللازم حمل الملك في التعريف على معناه الاصطلاحي لوروده في التعريف الاصطلاحي للخيار، ولا وجه لحمله على المعنى اللغوي. وبذلك يندفع كلا الكلامين، إذ لا معنى لحمل السلطنة على معنى القدرة على الفسخ - كما هو مضمون كلام السيد ج - كما لا معنى لدعوى أن الملك مطلق الاستيلاء - كما هو مضمون كلام الإيرواي ج -، إذ كل منهما نقل للكلام إلى غير موضعه^(١).

القول المختار في التعريف الأول

«ما ذكره المحقق الإصفهاني ج متين جداً، إذ بعد وقوع التعبير في مصطلح الفقهاء فلا معنى للبحث عن معناه اللغوي. ومن الواضح أن الملك باصطلاحهم مختلف عن الحكم، فإنها اصطلاحان متقابلان.

نعم، ما ذكره من أن الملكية عبارة عن سلطنة اعتبارية لدى الفقهاء لا يخلو من حديث وبحث، إذ البعض^(٢) يرى أن الملكية أمر انتزاعي، أو يرى^(٣) الحق من الأمور الانتزاعية وإن كانت الملكية اعتبارية.

فالتعبير الجامع: أن الملكية عبارة عن سلطنة خاصة وهي ما يلحظ فيها واجدية المالك للمملوك وكون زمام أمره بيده أعم من كون ذلك المعنى اعتبارياً أو انتزاعياً وهذا المعنى لا ثبوت له في موارد الحكم.

وعلى كل حال ظهر من مجموع ما ذكرنا وجه ما ذكره الشيخ^(٤) قيسٌ من: أن

(١) المرتلى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٠ و ١١.

(٢) كالشيخ في المكاسب ١٩/٥ حيث يقول: بل حق في الأصول ان لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي.

(٣) كالمحقق الخراساني، حاشية المكاسب / ٧٩.

(٤) المكاسب ١١/٥.

التعبير بالملك يتکفل إخراج موارد العقود الجائزه، من جهة عدم ثبوت شؤون الملكية في تلك الموارد، كما ظهر أن ما ذكره تام لا خدشة فيه^(١).

التعريف الثاني^(٢)

وهو تعريف «المحققين من القدماء»^(٣) وصاحب الجواهر قال: «ملك إقرار العقد وإزالته»^(٤).

واختاره الفاضل المقداد^(٥) وسيّد الرياض^(٦)، والمحقّق النائيي^{قده} وقال: «والحقّ ما اختاره القدماء»^(٧).

مناقشة الشيخ الاعظم على التعريف الثاني

قد ناقش الشيخ الاعظم في هذا التعريف «باشكال على تقدير، وبأشكالين على تقدير آخر فقال:

١- إنّه إن أريد من إقرار العقد إبقاءه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك؛ لتکفل ملك إزالة العقد له؛ لأنّ القدرة تتعلق بالطرفين - الوجود والعدم - دائمًا، فملك إزالة العقد هو ملك لإزالته ولبقائه.

٢- وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل للفسخ فيرد عليه:
أولاً: أن ذلك لا يمكن بغير إسقاط حق الخيار، فأخذ في إلزام العقد إسقاط

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، كتاب الخيارات ١١/١ و ١٢.

(٢) المكاسب ١٢/٥.

(٣) منية الطالب ٣/٣.

(٤) الجواهر ٣/٢٤ (٣/٢٣).

(٥) التنتيغ الرائع ٤٣/٢.

(٦) رياض المسائل ١٧٧/٨.

(٧) منية الطالب ٣/٣.

حق الخيار، وأخذ المعرف - بالفتح - في التعريف دور.
وثانياً: عدم كون التعريف حيئذ جامعاً لأفراد الخيار، بل ينحصر في الخيار الواحد المختص.

توضيح ذلك: إن إقرار العقد جعل في التعريف مماثلاً لفسخه، والمفروض أنه أريد به الإلزام، وظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، وهو لا يتم إلا في صورة قيام الخيار بواحد، وأما إذا كان الخيار لكلا المتعاملين - بالشرط أو بالشرع - فلا يستقر العقد بإسقاط أحدهما لخياره؛ لتزوله من ناحية الآخر.

وكذا لو كان لأحدهما خيار متعدد، كما لو اجتمع له خيار العيب والغبن، فإن إسقاط أحدهما لا يوجب استقرار العقد؛ لتزوله من ناحية الخيار الآخر.

وحاصل الإشكال: أنه يلزم من تعريف البداء - بقرينة المقابلة بين الإلزام والفسخ - أن يكون الإلزام بقول مطلق، فينحصر الخيار بالختار الواحد المختص.
هذا حاصل ما أفاده الشيخ تقي في التعريف (١) (٢).

توضيح مراد الشيخ من الشق الأول في إشكاله

مراد الشيخ الأعظم من الشق الأول من إشكاله يمكن أن يكون أحد الوجهين: «الأول: أنه يريد ببقاء العقد على حاله نفس عدم الفسخ بلحاظ وجود المقتضي للبقاء، فبمجرد عدم الفسخ يتحقق البقاء فعلاً. فيكون ذكره مستدركاً بلحاظ أنه تكرار محض مستهجن، لأن القدرة على الفسخ قدرة على عدمه.

الثاني: أن يريد بالبقاء أمراً وجدياً مسبباً عن عدم الفسخ، فلا يكون ذكره تكراراً. نعم يكون ذلك لغوياً بلحاظ أنه بعد بيان القدرة على الفسخ وعدمه يتکفل

(١) كتاب المكاسب ٥/١٢-١١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢٣ و ٢٤.

بيان القدرة على البقاء بالملازمة، إذ القدرة على السبب قدرة على المسبب. وعلى أيّ تقدير فذكره لغو وزيادة لاستفادته من اللفظ إما مباشرة أو بالملازمة، فلاحظ^(١).

جواب مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الأول

يمكن أن يحاب عن مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الأول: بأن المراد من «ملك إقرار العقد» هو إسقاط الخيار وجعل العقد لازماً وغير قابل للانفساخ من ناحية الخيار... والمراد من ازالته هو إزالة العقد بالفسخ وإعدامه^(٢). فلا يتم مقالته من أن «ملك إقرار العقد» «مستدرك»^(٣).

جواب مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الثاني

قد يحاب عن مناقشة الشيخ الأعظم في الشق الثاني بكل وجهيه:
 «أما الوجه الأول: وهو ما أفاده من إرادة إبرام العقد من البقاء وجعله لازماً راجع إلىأخذ إسقاط حق الخيار في مفهوم الخيار، فأورد عليه بوجهين:
 الأول: ما ذكره المحقق الإليرياني^(٤) - وهو ما كان يحول في الذهن من قديم الزمان - أن هذا البيان إنما يأتي لو فرض أن معنى الخيار هو ملك فسخ العقد فقط ليكون أخذ إسقاط هذا الحق في مفهوم الخيار أخذًا لاسقاط الخيار في مفهومه.
 ولكن هذا الفرض أول الكلام، بل خلاف المفروض إذ المفروض تعريف الخيار بملك فسخ العقد وملك إسقاط هذا الحق، فأين أخذ إسقاط الخيار في مفهوم الخيار؟

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١٢/١.

(٢) مصباح الفقاہة ٩/٦.

(٣) المکاسب ١٢/٥.

(٤) حاشية المکاسب للإليرياني ١٠/٣.

وبالجملة، نظر من يعرّف الخيار بالتعريف المزبور إلى أن الخيار عبارة عن أمرین: ملك فسخ العقد وملك إقراره باسقاط حق الفسخ.

وذلك لا يستلزم أخذ إسقاط الخيار في مفهومه، بل هو أخذ لاسقاط حق الفسخ في مفهومه وهو لا يستلزم محدوداً ثبوتاً.

وبينظرنا أن هذا الإيراد واضح جداً عند الالتفات إلى المغالطة الواقعية في إشكال الشيخ قدس سره.

الثاني: ما ذكره السيد الطباطبائي^(١)، وغيره^(٢) من أن إقرار العقد وجعله لازماً لا ينحصر بإسقاط حق الخيار كي يكون ذلك ملازماً لأخذ إسقاط الخيار في مفهومه، بل هو يتحقق بالرضا بالعقد والالتزام به بقاءً الذي يرجع إلى [عدم] إعمال الخيار وترتيب أثره. فيكون الخيار عبارة عن ملك الرضا بالعقد - في مرحلة البقاء - وملك فسخه.

وأما الوجه الثاني: وهو ما أفاده من أن المراد جعل العقد لازماً بقول مطلق فلا يشمل موارد الخيار الثابت لكلا المتعاقدين، كخيار المجلس.

فيورد عليه: بأن ما ذكره ليس نصاً وما لا يقبل التقييد عقلاً، بل هو على تقدير تسليمه لا يعدو أن يكون ظاهراً، فيمكن تقييده بإرادة اللزوم من قبل ذي الخيار ويقال إن مرادهم ذلك لا اللزوم المطلق، وتكون القرينة عليه ما هو المعهود من عدم تأثير الخيار في اللزوم بقول مطلق في جميع موارده.

هذا، مع المناقشة في أصل الظهور في إرادة اللزوم المطلق، بل المناقشة في المقياس عليه وهو الفسخ، كما جاء في بعض الحواشى^(٣)، فراجع^(٤).

(١) حاشية المكاسب للبيزدي ٣٦٨/٢.

(٢) حاشية المكاسب للإصفهاني ١٥/٤.

(٣) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ١٣/٤ للشهیدی.

فذلكة القول في التعرفيين

فظهر مما ذكرنا أنّ التعريفين تامان في مقام الثبوت ولا محذور من الالتزام بأيّهما شئت.

التعريفان في مقام الإثبات

مقدمةٌ فيها إعادة: قبل الورود في بحث مقام الإثبات لابدّ أن نعرف مقدار ارتباط التعريفين بالمفهوم اللغوي للخيار.

«وقد قيل: إن النسبة بينهما وبينه نسبة الخاص إلى العام، إذ مفهوم الخيار لغة عبارة عن السلطة، ومفهومه اصطلاحاً عبارة عن سلطنة خاصة.

ولكن ينفي هذا القول ما تقدم من أن مفهوم الخيار لغه ليس هو السلطة، بل هو مفهوم يقارب مفهوم الرضا أو الترجيح. ومقتضى ذلك هو تحقق التبادل بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي.

وعليه، فقد يقال: بأنه لا فائدة في تحقيق المعنى الاصطلاحي بعد أن كان مبائناً للمعنى اللغوي، إذ لا يمكن حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي إذا ورد في كلام الشارع لأنّه قبل الاصطلاح.

لكن الحق أن المعنى الاصطلاحي وإن كان مبائناً للمعنى اللغوي لكنه لازم له، فإن جعل حق الرضا بالعقدبقاءً - كما كان له الرضا به حدوثاً - أو جعل حق الرجحان أو الترجيح، لا يكون إلا بجعل السلطة على فسخ العقد أو السلطة على فسخه وإقراره، إذا لا معنى لجعل الحق المزبور مع عدم جعل السلطة المزبورة.

إذن، فالخيار بمعناه الاصطلاحي من لوازم الخيار بمفهومه اللغوي، فيصح

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٣.

حمل اللفظ الوارد في النص على إرادة المعنى الاصطلاحي^(١).
وأماماً مقام الإثبات: فيقع الكلام بعد هذه المقدمة «في أن أيّ المعنيين اصطلاحاً
أرجح في مقام الإثبات؟

ولابد قبل ذلك من إيقاع الكلام في أنه هل للبائع في موارد الخيار حق إبرام
العقد وإلزامه بحيث لا يقبل الفسخ بالالتزام به أو ليس له ذلك، مع قطع النظر عن
أخذ هذا الأمر في مفهوم الخيار الذي نفاه السيد الطباطبائي^(٢) حـ في حاشيته، بل
الكلام في ثبوتها في نفسها.

ومن الواضح أنه لو لم تثبت هذه الصلاحية للبائع لم يكن مجال للبحث عن
تقويمها لمفهوم الخيار.

كما يقع الكلام في أنه هل لدى الخيار جعل العقد لازماً ولو باسقاط حق
الفسخ أو لا؟ فيقع البحث في جهتين:

الجهة الأولى: في أنه هل لدى الخيار اسقاط الخيار، بمعنى أنه هل قابلية الخيار
للاسقاط من لوازمه التي لا تنفك عنه عقلاً أو لا؟

قد يتخيّل هذا الأمر في الخيار، بل في كلّ حق. فيدعى أنّ ميز الحقّ عن الحكم
هو قابلية الحقّ للاسقاط بحيث لا يكون الحقّ حقاً إلا إذا ثبت هذا اللازم له.

ولا يخفى أن هذا الكلام مصادرة، إذ أيّ شيء يقتضي لابدّية كون الحقّ مما يقبل
الاسقاط. و مجرد إرادة تميّزه عن الحكم لا تقتضي الالتزام بذلك، إذ لا نعدم الفوارق
بين الحق والحكم غير قابلية الاسقاط، فليكن من الفوارق قابلية الحق للنقل والانتقال
دون الحكم. هذا بحسب مقام الثبوت.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٤.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٣٦٨.

وأما بحسب مقام الأثبات، فهناك ما يدل بنحو العموم على أن لكل ذي حق اسقاط حقه. وعليه، فيثبت في موارد الخيار امكان الزام العقد باسقاط الخيار.

الجهة الثانية: في أنه هل يثبت في موارد الخيار حق إبرام العقد وتبنته وجعله لازماً بالالتزام به بقاءً أو ليس لدى الخيار هذا الحق؟

والكلام في هذه الجهة في مرحلتين: الأولى: في إثبات حق الابرام.

والثانية: في بيان ما يتحقق به إنشاء الابرام على تقدير الالتزام بثبوت ذلك، فهل يتحقق بإنشاء الالتزام بالعقد أو يتحقق بإنشاء ترك الفسخ.

ويقع الكلام في المرحلة الأولى وهي أنه هل له حق الابرام كما له حق الفسخ أو ليس له إلا حق الفسخ وتركه؟

وقد عبر المحقق الاصفهاني^(١) عن هذا النزاع، بأنه هل يقوم الخيار بأمرين

وجوديين أم بأمر وجودي وأمر عدمي وأوقع الكلام فيه، ونسب إلى بعض أ杰لة العصر^(٢) عدم ثبوت حق الابرام، بتقرير إليك نصه:

«أن العقد مقتضٍ للزوم فإنّ الأصل في البيع هو اللزوم والخيار جهة مانعة، فابرام العقد بعدم إعمال جهة مخالفة لمقتضاه من دون حاجة إلى إعمال جهة وجودية، فليس لإبرام العقد معنى إلا عدم نقضه وهدمه وهو معنى الالتزام به، إذ الرضا باستمرار الأمور الواقعه في الخارج المقتضية للدوام ليس إلا بعدم إرادة نقضها وهدمها»^(٣).

ولا يخفى عليك أن ظاهر هذه العبارة المنسوبة أتها بحث في المرحلة الثانية لا الأولى - التي هي محل الكلام - ، لأنها صريحة في ثبوت الابرام والمفروغية عن ذلك

(١) حاشية المكاسب ٤/١٥.

(٢) وهو آية الله شيخ الشريعة الإصفهاني رحمه الله في كتابه صيانة الإبانة عن وصم الرطانة / ١٤٠.

(٣) حاشية المكاسب ٤/١٥.

وأنه لا يحتاج إلى إنشاء أمر وجودي بل يكتفى فيه بإنشاء عدم الفسخ، فلنا أن نقول أن المحقق الإصفهاني رحمه الله خلط بين المرحلتين.
وعلى أي حال، فهذه العبارة أجنبية عما نحن بصدده.

[توجيه مقال شيخ الشريعة ونقدها]

وي يمكن توجيهها بما ينتهي إلى كونها دليلاً على ثبوت حق الابرام، بأن نقول: إن المراد أن العقد مقتض للزوم، ونسبة الفسخ إليه نسبة المانع من تأثيره، فترك الفسخ من الملتف إلى كونه حقاً له ملازم عرفاً للالتزام بالعقد، فجعل حق الفسخ وتركه ملازم لجعل حق الالتزام بالعقد وإبرامه بامضائه بقاء، فيثبت بذلك حق الابرام. ومن الممكن أن يكون نظر القائل إلى هذه الجهة وإن جاء في الكتاب أنه دليل على عدم ثبوت حق الابرام، فعلمه إشتباه من الناسخ فجعل لفظ: «الأول» مكان «الثاني»، فراجع.

وكيف كان الأمر، فهذا التقريب مخدوش بوجهين:

الأول: إنكار الملازمة بين ترك الفسخ والالتزام بالعقد، بل من الممكن بناءً على الفسخ بعد حين لأجل عدم توفر ما يترب عليه لديه من إرجاع الشمن ونحو ذلك، ومن الممكن تردد فعلاً في الصالح لشأنه.

الثاني: أنه لو سلمت الملازمة، فمجردتها لا يكفي في ترتيب الأثر على ما يلازم ترك الفسخ من الالتزام بالعقد، بل لابد من البحث عن دليل على ترتيب الأثر على الالتزام بالعقد الذي هو محل البحث.

وبعبارة أخرى: إثبات الملازمة غاية ما ينفع في إثبات موضوع البحث وهو تحقق الالتزام عند ترك الفسخ، أما أنه يترب عليه الأثر وهو إبرام العقد فكيف نستفيد من الملازمة؟ وهذا واضح جداً.

[نقد الإصفهاني لمقال شيخ الشريعة]

«وأما جواب المحقق الإصفهاني^(١) عن البيان المزبور بأن مقتضى تطبيق المقام على قاعدة المقتضي والمانع أن العقد لا يكون مقتضاه وهو اللزوم فعلياً إلا بزوال المانع وهو حق الخيار لا بمجرد عدم إعمال جهة مخالفة لمقتضاه.

فهو أجنبى عن هذا التوجيه بالمرة، إذ ليس الكلام متركزاً على المقتضي والمانع فقط، بل ذكر ذلك تمهدأً لبيان ملازمة عدم الفسخ للالتزام بالعقد الذي يسقط به الخيار ويتحقق به اللزوم. فالمتعيين هو الجواب بما ذكرناه.

وهناك وجه آخر في إثبات حق الابرام وهو: دعوى قيام السيرة على ذلك المنتهية إلى زمان المقصوم^{الله} من دون رد، الكاشف عن إمضائها.

وي يمكن الخدشة في ذلك: مع غض النظر عن مناقشة أصل قيام السيرة والتشكيك فيه - بأنَّ القدر المتيقن هو ثبوت السيرة عند التزام ذي الخيار بالعقد على معاملة العقد معاملة اللازم، أما أن منشأ ذلك هو ثبوت حق الابرام، فغير معلوم. بل من المحتمل أن يكون منشأه كاشفية الالتزام عن إسقاط حق الخيار.

وعليه، فلا دليل لدينا على ثبوت حق الابرام لذى الخيار. وقد عرفت أنه لا مجال معه للبحث عن دخوله في مفهوم الخيار. فيكون التعريف الأول للخيار هو المتعيين لا الثاني. هذا تمام الكلام في تعريف الخيار»^(٢).

محاولة الاستاذ المحقق مدظله لتصحيح التعريف الثاني في مقام الإثبات
ولكن حاول الاستاذ المحقق مدظله تصحيح التعريف الثاني من اثبات حق الإبرام والالتزام والالتزام بالعقد بالتمسك بعدة من الروايات المعتبرة وقال ما نصه:

(١) حاشية المكاسب ٤/١٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١(١٨-١٥).

«... والدليل عليه نصوص:

الأول: رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشتري ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: «ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»^(١). فإن الشرط هنا هو حق خيار الشرط، والاستيصال في الرواية هو نفس الإقرار في تعريف القدماء، فالعقد يلزم بالرضا والاستيصال، ولا زمها سقوط الخيار، ولو لا تتحققها لما سقط، ولم يؤخذ في التعريف إسقاط الخيار، مما يتقوم به الخيار عبارة عن فسخ العقد، أو استيصاله بالرضا، فمتعلق الخيار أمران وجوديان: فسخ العقد، واستيصاله الذي هو إلزامه وإقراره.

هذا، ولكن في سندتها النوفلي وفي وثاقته كلام.^(٢)

الثاني: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سُئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطي الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يردّ الثوب على صاحبه إن ردّ عليه»^(٣).

ومفادها أن الموجب لاستقرار العقد هو إيجابه على نفسه، وهو معنى ما في كلمات القدماء: إقرار العقد، أو إلزام العقد.

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

(٢) هو الحسين بن يزيد بن محمد بن عبد الملك النوفلي، نوبل النجاشي، كما في كتاب النجاشي، كان شاعراً أدبياً، لم يصرح بتوثيقه ولكن استفادت وثاقته من أمور منها: كونه من المغاريف ولم يقدر بشيء، ورواية الأجلاء عنه، وأنه من رواة كامل الزيارات، وتفسير القمي، وأن روایات السكوني وردت عنه وقد تلقاها الأصحاب بالقبول، وكثرة رواية الكليني عنه، وفي كل من هذه الأوجه بحث.

(٣) وسائل الشيعة، ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

الثالث: صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

فإن الإمام عليه السلام قد جعل التصرف في الحيوان مسقطاً للخيار، وسبب مسقطيته كونه رضا من المتصرف بالبيع الواقع.

والحاصل: أن استيغاب البيع أحد طرفي الخيار، والطرف الآخر هو الفسخ، فالحق أن متعلق الخيار أمران وجوديان: فسخ البيع، واستيغابه - الرضا به - ، وهو الذي ذهب إليه القدماء»^(٢).

نقد حماولته

قد مررت^(٣) بالإشارة إلى اثنتين من هذه الروايات في تعريف اللغوي للخيار والحاصل الروايات الثلاثة لا تدلّ على أكثر من أنّ اسقاط الخيار على قسمين:
أ: اسقاط اللفظي للخيار: وهو في مورد تكلّم ذي الخيار بإسقاط خياره أو توسيح ورقة يذكر فيها اسقاط خياره أو كافة خياراته.

ب: اسقاط العملي للخيار: وهو في موارد التصرفات الناقلة في البيع نحو بيعه في زمن الخيار كما هو مورد روایتي الأولى والثانية في كلامه مدظله أو حدوث المشتري في البيع حدثاً نحو مورد الرواية الثالثة في بيع الأمة أو تخريب الدار أو البناء على الأرض ونحو ذلك.

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٥١ و ٥٢.

(٣) راجع صفحة ١٢ من هذا المجلد.

ولا تدلّ الروايات على أنّ صاحب الخيار له حق إبرام العقد وإلزامه واستيجهبه على خلاف ما استفاد منها الأستاذ المحقق المؤذن ولعلّ عنوان صاحب الوسائل لهذا الباب^(١) صار موجّهاً لمقالة الأستاذ.

امكان استفادة التعريف الأول من الروايات

يمكن استئناس التعريف الأول من بعض الروايات بمعنى أنّ الذي الخيار حق واحد وهو فسخ العقد وإذا خرج من زمن الخيار أو موضوعه ليس له خيار الفسخ فقد وجب البيع لا محالة.

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سأله عن الرجل يتبع التوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطي الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب التوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد التوب على صاحبه إن ردّ عليه.^(٢)

تدلّ الصحيحة منطوقاً ومفهوماً أنّ الخيار حاصل قبل الانفصال في مجلس المعاملة ومعدوم بعد الانفصال بالنسبة إلى العقد، والمراد بوجوب البيع لزومه واستقراره فالجملة الأخيرة: «إذا افترقا وجب البيع» يدلّ على أنّ العقد حينئذ لازم ومستقر وإن لم يكن قبل التفرق واجباً ولازماً وكان لذى الخيار ملك فسخه وحلّه فقط.

ومنها: صحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: كتب إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشتري من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في ثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

فوق الليلة: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله.^(١)

فقوله الليلة في هذه الصحيحه: «فقد وجب الشراء» يعني جريان خيار الحيوان يكون قبل إحداث الحدث وأمّا بعده فلا يجري إلّا «فقد وجب الشراء» أي العقد. فالخيار الثابت في مدة ثلاثة أيام في معاملة الحيوان يجري في فسخ العقد فقط قبل احداث الحدث وبعده فلا خيار. فليس الذي الخيار إلّا حق وحداني وهو فسخ العقد. ومنها: صحيحه زراره عن أبي جعفر الليلة قال: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بشمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلّا فلا بيع له.^(٢)

يعني: إن جاء المشتري بالباقي من الثمن في ثلاثة أيام فلا خيار للبائع وإن لم يأت به فالبائع بالخيار فله فسخ العقد وبيع متعاه من الآخر. فليس الذي الخيار إلّا حق الفسخ.

منها: خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله الليلة في رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجربه، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: إن شاء يسترجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء رد البيع وأخذ ماله كله، إلّا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضاً فليؤخذ ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتريأخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله.^(٣)

بتقرير: المذكور في الخبر فسخ البيع وأخذ المشتري ماله كله أو أخذ الأرض

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٢٧، ح ١، الباب ١٤ من أبواب الخيار.

واسترجاج فضل ماله ولم يذكر أنّ من حقّه إلزام العقد وإبرامه.
بالجملة: يمكن استفادة التعريف الأوّل للخيار من هذه الروايات وأمثالها في
مقام الإثبات والله هو العالم بالأحكام.

الجهة الثانية: أصل اللزوم في البيع

قال العلامة في التذكرة: «مقدمة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأن الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك من البائع إلى المشتري، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كل من المتعاقدين من التصرف فيها صار إليه، وإنما باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه. وإنما يخرج عن أصله بأمررين:

أحدهما: ثبوت الخيار إما لأحد المتعاقدين أو لها من غير نقصٍ في أحد العوضين بل للتروي خاصة.

والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين»^(١).

وقال في القواعد: «الأصل في البيع اللزوم وإنما يخرج عن أصله بأمررين: ثبوت خيارٍ وظهور عيب»^(٢).

وتبعه جماعة من الفقهاء كالشهيد^(٣) والفضل المقداد^(٤) والمحقق الكركي^(٥)

(١) تذكرة الفقهاء ١١/٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٦٤.

(٣) القواعد والفوائد ٢/٢٤٢، قاعدة ٢٤٣.

(٤) التنقیح الرائع ٢/٤٤.

(٥) جامع المقاصد ٤/٢٨٢.

والأردبلي^(١) والسبزواري^(٢) وصاحب الجوادر^(٣) والشيخ الأعظم^(٤) قدس الله أسرارهم.

وفيها بحوث:

البحث الأول: محتملات المراد من أصالة اللزوم في كلام الشيخ الأعظم
 قال الشيخ الأعظم: «المستفاد من كلمات جماعة أنّ الأصل هنا قابل لإرادة معانٍ»^(٥):

الأول: الراجح الغالب

قال المحقق الثاني: «أنّ الأرجح فيه [في البيع] ذلك [أي اللزوم] نظراً إلى أنّ أكثر أفراده على اللزوم»^(٦).

بتقريب: الاستدلال «مركب من صغرى وكبرى، أما الصغرى فغلبة كون البيوع لازمة، وأما الكبرى فإن الحق المشكوك بالأعم الأغلب، فإذا شك في لزوم فرد من العقود أو جوازه، يلحق بالأعم الأغلب»^(٧).

ويرد عليه: أولاً: المناقشة في الكبرى: لأنّ الحق الشيء بالأعم الأغلب إلتحق ظني والظن الناشيء من الغلبة لا دليل على حجيته وترك الشيخ هذه المناقشة لوضوحها.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٣٨٢.

(٢) كفاية الأحكام ١/٤٦٩.

(٣) الجوادر ٢٤/٣ (٢٣/٣).

(٤) المكاسب ٥/١٣.

(٥) المكاسب ٥/١٣.

(٦) جامع المقاصد ٤/٢٨٢.

(٧) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٥٦.

ثانياً: قد ناقشه الشيخ الأعظم بما حاصله: «أنّ غلبة الأفراد غير متحققة؛ لكون الغالب في أفراد البيع أن تتعقد جائزة؛ لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط...، وغلبة الأزمان وإن كانت على اللزوم - لأن الغالب فيها أن تكون لازمة بعد افتراق المتابعين، أو بعد مضي ثلاثة أيام في بيع الحيوان - إلّا أنها لا تثبت الغلبة في الأفراد، فلا تنفع لإثبات اللزوم في الأفراد المشكوكة التي هي محل الابتلاء؛ فإن الغلبة في الأزمان لا توجب الغلبة في الأفراد، ليلحق الفرد المشكوك بالغالب.

وعليه فلو قمت الكبرى لكان الدليل على عكس المدعى، أي أن الأغلب في الأفراد هو الجواز والشيء يلحق بالأعم الأغلب^(١)^(٢).

المناقشة مع الشيخ الأعظم

لكن يمكن أن يناقش في غلبة الأفراد وامكان «تصحيفها بعد تقيد المعاملة بما بعد المجلس والثلاثة أيام في الحيوان، فإنه لنا أن نقول إن الغالب في أفراد البيع هو اللزوم فيها بعد المجلس أو الثلاثة أيام في بيع الحيوان - مثلاً»^(٣).

وقد استشكل المحقق اليزدي^(٤) في «غلبة الأزمان لا تنفع في الأفراد المشكوكة»: «بأن الشك في فرد من البيع أنه لازم أو جائز يلازم الشك في جوازه في زمان خاص، فإذا الحق هذا الزمان بحكم الغلبة بسائر الأزمان في اللزوم، نفع ذلك في إثبات اللزوم بالنسبة إلى الفرد وإن لم يكن بعنوانه، وهو لا يضر لتلزيم الحيثيتين واقعاً، فثبتوت الحكم من إحداهما يكفي في المدعى.

(١) المكاسب ٥/١٤.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٥٦.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٩.

(٤) حاشية المكاسب ٢/٣٦٩، تعليقة رقم ٤٩٩.

كما استشكل المحقق الإبرواني^(١) فيه أيضاً: بان وقوع العقد في غالب الأزمان على صفة اللزوم إن كان نافعاً في الحق الرمان المشكوك من عقد واحد فهو نافع في الحق تمام أزمنة عقد واحد، لأن أثر الغلبة إلتحق النادر بالغلب سواء كان النادر تمام أزمنة عقد واحد أو بعض أزمنته^(٢).

الدفاع عن الشيخ الأعظم

ولكن يمكن أن ندافع عن الشيخ «وذلك لأن المعتبر في باب الغلبة أن يكون هناك جامع بين الغالب والنادر والمشكوك كي يلحق المشكوك منه بالغالب منه، فإذا لوحظت الغلبة من حيث الأزمان، [فإنما] لم تتصور إلا في فرد معين يكون الغالب في زمانه اللزوم وإنما يشك في بعض أزمنته أنه لازم أو لا. أما إذا شك في فرد أنه لازم أو لا في جميع أزمنته - كالماعطاة مثلاً - الذي هو محل الكلام، فلا تتأتى فيه هذه الغلبة، إذ ما هو الغالب الذي يراد إلتحق المشكوك فيه؟!

ولعل هذا هو مراد المحقق الإصفهاني^(٣) من قوله: «... وتوهم تلازم الحيثيين إنما هو في الفرد الذي شك في لزومه وجوازه في زمان خاص وأما الفرد الذي يشك في لزومه وجوازه مطلقاً من دون خصوصية زمان فلا تلازم كما لا يخفى»^(٤).
فما ذكره المحققاً يمكن أن يكون ناشئاً من الخلط بين غلبة الأزمان وغلبة الأفراد^(٥).

(١) حاشية المكاسب . ٣/١٠.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٩.

(٣) حاشية المكاسب . ٤/١٩.

(٤) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٠.

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات

«القاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال، ومستندها مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١)، وقوله سبحانه: ﴿وَاحْلِلْ أَللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)، وقوله عَلَيْكُمْ: ﴿تَحِرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣)، فإذا شك في لزوم فرد أو جوازه في حال ما يتمسك بها لإثبات لزومه، فهي مفيدة للأفراد والأحوال.

ولا يخفى عدم وجود العموم بالنسبة إلى الأحوال، وإنما الموجود هو الإطلاق، بخلاف الأفراد فإنها مشمولة لعموم «العقود».

وهذا الأصل لفظي؛ لقيام الدليل عليه من العمومات والإطلاقات، وسيأتي التعرض إلى خصوصياته، وعبر الشیخ^(٤) عنه بأنه حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل^(٥).

أقول: يأتي تفصيل البحث حول هذه العمومات والإطلاقات فانتظر.

الثالث: الاستصحاب

«المستصحب أحد أمرين:

١- العنوان المعامل - كالبيع والصلاح - المتحقق قبل الفسخ، فيستصحب بقاوئه بعد الفسخ.

٢- الأثر الحاصل - الملكية الحاصلة بالبيع - فإذا شككنا بعد الفسخ في بقائه

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٣) سورة النساء / ٢٩.

(٤) المكاسب / ٥ / ١٤.

(٥) بغية الراغب في مباني المكاسب / ١ / ٥٦.

نستصحبه.

وهذا الأصل بتقريريه أصل عملي، والمتيقن من كلام العلامة قدس اللهم إرادة الثاني،
وعبر عنه الشيخ قدس أيضًا: بأنه حسن (١) (٢).

ولا يُرد على الاستصحاب الثاني إلّا «وقفتان يرجع في تحقيقهما إلى الأصول،
وهما:

أولًا: إنه من استصحاب الأحكام الكلية.
ثانياً: إنه من استصحاب الكلي القسم الثاني لتردد الملكية الحاصلة أولًا بين
اللازم والجائزة.

وقد تحقق لدينا صحة استصحاب الحكم الكلي خلافاً للنراقي^٣ ومن تابعه^٤،
كما تحقق لدينا صحة القسم الثاني من استصحاب الكلي.

هذا، مع ما ذكره الشيخ^(٥) في مسألة المعاطاة من أن المستصحب شخص الملكية لا القدر المشتركة، لأن النزوم والجواز ليسا من عوارض الملكية، بل من أحكام العقد. وعلى كل حال فلا إشكال لدينا في إجراء الاستصحاب»^(٦).

الرابع: بناء العرف والشرع

«بناء العرف والشرع - بحسب الأصل الأولي - في المعاملات المعاوضية على
النزوم، وتقريريه:

(١) الكاسب ١٤/٥.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٥٧.

(٣) مناهج الأحكام والأصول ٢٤٠.

(٤) كما في مصباح الأصول ٣/١٤٨.

(٥) المكاسب ٣/٥١ و ٥٢.

(٦) المرتمن إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٢.

إن البيع في نفسه وبغض النظر عن الأمور الخارجية مبني على اللزوم، والجواز فيه ناشئ من أمر خارج عن ذات البيع، ككون المبيع حيواناً، أو اقتضاء المجلس، أو العيب، على العكس من العقود الجائزة كالمهبة مثلاً؛ فإنها مبنية في نفسها على الجواز، واللزوم فيها من أمر خارج كشرط العوض في الهبة، وكون الموهوب له ذارحم. والحاصل: أن العقود الجائزة تقتضي بذاتها الجواز، على العكس من العقود الالازمة فإنها تقتضي بذاتها اللزوم.

ونظرُ الشيخ قيسُّ لها بقولهم: إنَّ الأصلَ في الأجسامِ الاستداريةِ؛ فإنَّه لا ينافي كونَ أكثرَ الأجسامِ على غيرِ الاستدارةِ لأجلِ القاسِرِ الخارجيِّ، وبهذا دفعَ كلامَ صاحبِ الواقفيةِ^(١)؛ حيثُ أنكرَ هذا الأصلَ لأجلِ خيارِ المجلسِ.

ووجهُ الدفعِ أنَّ الخياراتَ جميعاً - بما فيها خيارِ المجلسِ - ناشئةٌ من أمرِ خارجِ عنِ عقدِ البيعِ، ولا يوجدُ خيارٌ ناشئٌ من البيعِ نفسه.

نعم، يرد النقض لو كان البيع في أول انعقاده مكتوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون جواز الرجوع حكماً فيه، لا حقاً معمولاً قابلاً للسقوط؛ فإنه يكون منافياً لبنيائه على اللزوم حيثئذ، ولكنه مجرد فرض لا واقع له؛ لكون خيار المجلس حقاً لا حكماً.

هذا هو المراد من أصاله اللزوم، فمتي شككتنا في مورد حكم باللزوم؛ لاقتضاء ذات البيع ذلك.

وأما حمل كلام الشيخ قيس على إرادة قاعدة المقتضي والمانع - التي قال بها الشيخ هادي الطهراني^(٢) [المتوفى ١٣٣١ق] - فهو فاسد؛ لتصريح الشيخ قيس بأن بناء

الموافقة / ١٩٨ (١)

(٢) في كتابه: ذخائر النبوة في الخيارات والصلح / ١٠، طبع بطهران، سنة ١٣٩٠ق.

البيع عرفاً وشرعًا على اللزوم، ولا ربط لهذا الكلام بقاعدة المقتضي والمانع. ثم إن الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني هو أن الثاني ناظر إلى الأصل اللغظي، وهذا الوجه ناظر إلى الأصل الليبي بمعنى البناء العملي على اللزوم شرعاً وعرفاً.

إشكال المحقق الإصفهاني على الوجه الرابع

ولم يرض المحقق الإصفهاني ^تالأصل بالمعنى الرابع، وقربه بوجهين وناقشهما، والعمدة فيها الوجه الأول، وهو محل اعتماده أيضاً بحيث قال بعد مناقشته:

فتذهب إلهامه حقيقة به، وتوضيح كلامه أعلى الله مقامه:

إنه لابد أولاً من معرفة المراد من كون اللزوم في البيع والجواز في الهبة ذاتين؛

فإن للذاتي استعمالات غير صحيحة فيما نحن فيه، وهي:

١- ذاتي باب الكليات الخمس، وهو ما يتقوّم به الشيء، ولا يعقل أن يكون هو المراد هنا؛ فإن البيع غير متقوّم باللزوم، كما أن الهبة غير متقوّمة بالجواز.

٢- ذاتي باب البرهان، وهو ما يكون وضع ذات الشيء كافياً لانتزاعه، كالمكان بالنسبة إلى الممكن؛ فإن وضع ذات الممكن كاف لانتزاع المكان منها، وهذا المعنى باطل أيضاً؛ فإن وضع ذات الهبة غير كاف لانتزاع الجواز منها، كما أن وضع ذات البيع غير كاف لانتزاع اللزوم منه.

٣- ذاتي بمعنى ما يكون ثابتاً للشيء بلا واسطة في الثبوت، وبلا واسطة في العروض، كالعرض الذاتي^(١) المقابل للعرض الغريب^(٢)، وهو بهذا المعنى باطل

(١) الأعرض الذاتي: العرض الذي من شأنه الذات نحو التعجب للإنسان.

(٢) ما يلحق الشيء لذاته أو لأمر يساويه جزءاً كان أو خارجاً يسمى عرضاً ذاتياً وما لا يكون كذلك يسمى عرضاً غريباً. المعامالت المشرقية ٨ / .

أيضاً؛ لعدم كون اللزوم والجواز بلا واسطة في الثبوت؛ إذ كون العقد لازماً أو جائزاً إنما هو لوجود منشأ للاقتصاف بأحد هما، ف يجعله بلا واسطة في الثبوت خطأ ظاهر، وأما بلا واسطة في العروض فواضح؛ بداعه أن الموصوف باللزوم والجواز دائمًا نفس العقد، لا أن الموصوف بها تارة نفس العقد، وأخرى أمر آخر متعدد معه ليكون واسطة في العروض، فالبيع لازم بلا أية واسطة في عروض اللزوم، والهبة جائزة بلا أية واسطة في عروض الجواز.

وعليه فاقتضاء ذات البيع اللزوم، وذات الهبة الجواز - بأي معنى من المعاني المتقدمة - باطل، وليس الحال فيه كالحال في اقتضاء ذات الجسم للاستدارة وتشكل الأشكال غيرها بقسر قاسر.

فالمراد من كونهما تارة بالذات وأخرى لا بالذات أن عقد البيع - بما هو عقد البيع - محكم باللزوم شرعاً وعرفاً، وبانضمام حيثية إليه - ككون المبيع معيناً أو حيواناً - محكم بالجواز، وعقد الهبة بالعكس؛ فإنه - بما هو عقد الهبة - محكم بالجواز، وبما هو هبة لدى رحم محكم باللزوم.
هذا حاصل الوجه الأول.

وقد ناقشه قدس بنا حاصله: أنه إما غير مفيد في مورد الشك، وإما أجنبى عن المعنى الرابع، وتوضيح ذلك:

إن اللزوم والجواز إما أن يكونا بناء العرف أو يجعل الشارع، فإن كانا بناء العرف - كما قال الشيخ قدس من أن بناءهم على اللزوم في البيع - فلا يجدي في مورد الشك؛ لأن بناءهم ليس شيئاً آخر غير عملهم، فإن في العرف بابين: أحد هما الاستظهارات العرفية، والأخر السيرة وعمل العرف، فالبناء العرفي يرجع - قهراً - إلى عمل العرف والعقلاء، بمعنى أن بناء العقلاء عملاً على اللزوم في البيع، وحينئذ فليس عند العرف بناءان: عام وخاص، ومطلق ومقيد ليكون مقتضى بنائهم العام أو

المطلق اللزوم، ومقتضى بنائهم الخاص والمقيد الجواز، حتى إذا شككنا - في مورد من الموارد - في التقييد أو التخصيص الزائد رجعنا إلى العموم والإطلاق، بل العقلاء يعملون في موارد على اللزوم، وفي موارد أخرى على الجواز، وفي موارد الشك لا عموم عندنا ولا إطلاق حتى يرجع إليه، هذا إذا كانا ببناء العرف.
وأما إذا كانا ببناء الشارع فهو لا يخرج عن حالين: إما أن يكون الإمضاء بعدم الردع عن ما عند العرف، فلا ينفع في مورد الشك؛ لأن حالة حال البناء العرفي المتقدم.

وإما أن يكون بالأدلة اللغوية ذات العموم والإطلاق كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا
بِالْعُقُود﴾ فهو وإن كان مفيداً في مورد الشك بحيث يحكم بلزم الفرد المشكوك إلا أنه أجنبى عن المعنى الرابع للأصل؛ لرجوعه حينئذ إلى القاعدة المستفادة من العمومات.^(١)

الجواب عن إشكال المحقق الإصفهانى

والجواب عنه: أن السيرة العملية هنا ليست عملاً تعبدياً، بل بما لها من منشأ عقلائي، كما يشهد لذلك بيان العلامة قدس، حيث قال: «والغرض تمكن كل من التعاقددين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزم ليأمن من نقض صاحبه عليه»^(٢)، ومعناه: أن العقد في المعاوضات إذا كان متزلزاً بطل غرض العقلاء، إذ غرضهم أن يملكون بملكية مستقرة، وإذا وقع البيع متزلزاً جاز لكل من الطرفين أن يفسخ العقد متى شاء، غاية الأمر إن كانت العين موجودة ردها بنفسها، وإن تلفت رجع إلى المثل أو القيمة، وبذلك ينهدم نظام المعاملات، ولا يطمئن أحد في بيع، وهذا

(١) حاشية المكاسب ٤ / ٢٢-١٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١ / ٥.

استقر بناء العقلاط على أن يلتزموا بمعاملاتهم، وأن لا يرجعوا فيها، فكل عاقل - بما هو من العقلاط - يرى نفسه ملزماً بالعقد الذي يحدثه، وهذا شبيه بالشروط الارتكازية العقلائية، فهي وإن لم يصرح بها في متن العقد إلا أنه مبني عليها، ولهذا اعتبر المحقق النائي قياس الدلالة على هذا اللزوم من الدلالة الالتزامية للعقد^(١)، فالمدلول المطابقي لعقد البيع هو نفس البيع والشراء، ومدلوله الالتزامي هو الثبات والبقاء على قوله إلى الأبد، وبهذه الجهة يرى المعامل نفسه بعد المعاملة أجنبياً عن ما انتقل عنه.

هذا هو المقصود بالأصل بالمعنى الرابع، وهذا البناء مثل البناء العقلائي على حجية خبر الواحد الثقة، فإذا شك في حجية خبر الثقة غير الإمامي شرعاً، ولم يكن هناك دليل لفظي كانت هذه السيرة العقلائية مرجعاً ما لم يردع الشارع عنها أو عن بعض مصاديقها، فكذلك في المقام؛ فإنه إذا شك في لزوم عقد عند الشارع كان المرجع هذه السيرة ما لم يردع عنها.

قوله: «إن بناء العرف هو عملهم، والعمل لا إطلاق فيه ولا عموم حتى يرجع إليه في حالة الشك في التخصيص»، مخدوش؛ لأنّ السيرة العقلائية ناشئة من مناسن عقلائية، وهي بمرأى وسمع من الشارع، فإن شككنا في قيام سيرتهم في مورد ما، لم يمكن التمسك بها، وإن شككنا - بعد إحراز قيامها عندهم - في شرعيتها؛ أي في إمضائها وعدمه، فهي مرجع قطعاً، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأن الشك إنما هو في انفساخ العقد شرعاً بعد الفسخ وعدمه، فإذا ثبت بناء العقلاط بهذا المعنى فهو المرجع.

نعم، لا يجري هذا الأصل بهذا المعنى في كل عقد مشكوك، بخلاف عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** فإنه يجري في كل معنون بعنوان العقد، وبخلاف الاستصحاب فإنه يجري في كل عقد له أثر فيستصحب بقاء ذلك الأثر، وأما هذا الأصل فلا يجري إلا في

(١) منية الطالب ٣/٤.

المعاملات المشتملة على المعاوضة، أو ما يشبه عقد المعاوضة كالنکاح، فلا يكون مرجعاً إلّا فيها، فإذا شككنا في حقيقة فسخ الزوج للعقد في مورد من الموارد قلنا: إن بناء العرف في النکاح على اللزوم، فمتي ما أجريت الصيغة فهي متصلة على بنائهم، فيرفع الشك في تأثير الفسخ بهذا الأصل.

هذا هو المراد من الأصل بالمعنى الرابع عند الشيخ فتى وغيره من الأعاظم، والأصل فيه ما أفاده العلامة فتى في كلامه المتقدم من أن الغرض من المعاملات حصول الملكية المستقرة، ولو بني على ترزيزها لانهدم بنيان النظام العاملبي.

ثم إن ورد ردع من قبل الشارع عن هذا البناء العقلائي كان الردع بحكم التخصيص، وإلا كان البناء العقلائي مرجعاً حال الشك، وبهذا البيان يندفع إشكال الحق إاصفهانی.

البحث الثاني: مناقشة كلام الشيخ فتى في تفرير بين البيع وغيره

ومنه يظهر الإشكال في تفرير الشيخ فتى بين البيع وغيره من العقود حيث قال: «ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع؛ لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل، أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي»^(١).

فإن بناء العقلاء كما هو في البيع على عدم الرجوع، والبقاء على الالتزام، فكذلك في سائر العقود، فإذا رجع فيها فهو مخالف للبناء في نظرهم، ويجرئ ذلك حتى في الهبة؛ وهذا كان الرجوع فيها قبيحاً عندهم؛ لأن غرضهم منها إيجاد المحبة، والرجوع مناف له.

(١) المكاسب ١٧/٥

وعليه فالحق أن يقال في المهمة بالتفصيص، بمعنى أن المحكوم منها بالجواز - وهو ما يكون لغير ذي الرحم، وما لم تقصد به القرابة - خارج بالتفصيص، فالحكم بالجواز فيه مثل جعل الخيار في بعض موارد البيع.

البحث الثالث: معنى قول العلامة قيس: لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمررين

بقي الكلام في معنى قول العلامة قيس في القواعد والتذكرة: إنه لا يخرج من هذه الأصل إلا بأمررين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب.(١)

فقد وقع الكلام في ذلك من جهة أن خيار العيب أحد أقسام الخيار، و مقابلته به تقتضي خروجه عنه، فحق العبارة أن يقال: بثبوت الخيار وأسبابه المجلس والغبن والعيب...، وقد ذكرت في رفع ذلك وجوه:

الوجه الأول: ما في جامع المقاصد(٢): من أنه من عطف الخاص على العام.

إن قلت: ما هي الخصوصية لخيار العيب على فرض صحة أنه من عطف الخاص على العام؟

قلت: لعله لأنه لا يوجد في جميع الخيارات إلا أمر واحد ما عدا العيب فإن فيه أمريين: الخيار والأرش.

وأورد عليه الشيخ قيس بأنه صحيح لو قال: بأسباب الخيار، ولكن المعطوف عليه نفس الخيار، فالمعطوف سبب الخيار، والمعطوف عليه أصل الخيار، وهما متبنيان.(٣)

الوجه الثاني: ما أجاب به الشيخ قيس وإن رجع عنه فيما بعد، وحاصله: أن خيار

(١) القواعد ٦٤/٢؛ تذكرة الفقهاء ١١/٥.

(٢) جامع المقاصد ٤/٢٨٢، لم يصرح بذلك ولكن يستفاد من كلامه.

(٣) المكاسب ٥/١٥.

العيب يفترق عن بقية الخيارات بأنها خيار بالنسبة إلى الجميع، وهو خيار بالنسبة إلى المجموع، وتوضيحة:

إن الرد في بقية الخيارات لجميع الثمن، وأما في العيب فيرد مقدار النقص، وهذه الخصوصية أوجبت ذكر العيب منفرداً^(١).

وهذا الجواب تام على مبني من يرى أن الأرش جزء حقيقي من الثمن^(٢)، وهو باطل عندنا، والتحقيق - كما سيأتي في محله - أن الأرش غرامة، ففي خيار العيب حقان: فسخ العقد، وأخذ الغرامة.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإصفهاني^{قدس}: من أن الخيارات على قسمين: ما يكون متعلقه ابتداءً هو فسخ العقد وإمساوه، وهو ما عدا خيار العيب من الخيارات، والآخر ما يتعلق ابتداء برد العين، نظير الجواز في الهبة، وهو خيار العيب خاصة؛ فإنه مختص بصورة بقاء العين، وعنوان الابتدائي حق رد العين وإن استلزم رد العين انحلال العقد.^(٣)

وهذا التوجيه مما لا يرضى به صاحبه؛ فإن العلامة^{قدس} في التذكرة في بحث العيب وقال: بأن الأصل في الثمن والمثلمن هي السلامة من العيوب، ويقع البيع من المتابعين مبنياً على هذا الأصل، فالسلامة شرط ضمني فيه، فإذا تبين كون أحد

(١) المكاسب ١٦/٥.

(٢) وهذا الجواب مناسب لمبني العلامة في الأرش، حيث قال في التذكرة في بحث العيب: مسألة ٢٦٧، الأرش في الحقيقة جزء من الثمن).

وفي ١١/٨٣، مسألة ٢٦٩: «والأقوى عندي: أن للمشتري المطالبة بالأرش مع الإمساك؛ لأنّه جزء من الثمن مقابل لما تلف قبل قبضه من المبيع، فكان له المطالبة به، كالجميع».

(٣) حاشية المكاسب ٤/٢٣؛ وقال بعد التوجيه المذكور: «ومع ذلك فهو تكليف في العبارة أيضاً؛ فإن المقابلة إنما هو بين حق حل العقد ابتداء وحق رد العين ابتداء، لا بين الأول وسبب الثاني، إلا أنه أهون من التقابل بين المسبب وسببه، فتدبر جيداً».

الوضعين معيناً أنجبر العيب بالخيار بين الفسخ وإمساء العقد.^(١) فكلام العلامة قيسٌ صريح في أن خيار العيب ك الخيار سائر الشروط وأن السلامة شرطٌ يوجب تخلّفه بالعيب الخيار بين فسخ العقد وإمسائه وهو خيار العيب، كما يوجب تخلّف أي شرط آخر كون صاحبه مخيراً - حفظاً لشرطه - بين فسخ العقد وإمسائه، ومعه كيف يفرق - على مسلكه - بين خيار العيب وغيره، بكون المتعلق فيه هي العين استرداداً، وفي غيره العقد فسخاً وإمساء؟^(٢)

نعم، ما أفاده المحقق الإصفهاني قيسٌ يناسب ما تبناه، وهو من أن خيار العيب يتعلق برد العين؛ استناداً لعدمة روایات خيار العيب؛ فإن فيها: «له رد العين»، ولكن هذا شيء وما يريد العلامة قيسٌ من كلامه شيء آخر، فلا بد عند التحقيق من التفكير بينهما، مضافاً إلى أنا لا نوافقه في ما أفاده، بل يتعلق الخيار بالفسخ، ويشهد له أيضاً بعض الروایات، ولا تنافي بين هاتين الطائفتين من الروایات، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق النائيني^(٣) قيسٌ واستحسن المحقق السيد الخوئي^(٤) وهو: إن أصالة اللزوم في البيع متکفلة لجهتين:

الأولى: كون الطرفين متعهددين بالبقاء على المعاملة، وعدم فسخها، والخيار بحاجة إلى جعل من الشارع أو من المتعاقدين، لهم، أو لأحدهما.

الثانية: أن يكون كل من الوضعين في قبال الآخر بلا زيادة أو نقصان، بدون أن يكون لأحدهما مطالبة ما زاد على ذلك.

و الخيار العيب عند ظهوره يجب رفع اليد عن كلتا الجهتين، أما الأولى فلأنه

(١) التذكرة ١١/٨٠.

(٢) منية الطالب ٣/٧.

(٣) مصباح الفقاهة ٦/٢١؛ التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/١٩.

ليس له الفسخ مع السلامة لا مع عدمها، وأما الثانية فلأن له حق المطالبة بالأرشن، بخلافسائر الخيارات فإنها لا توجب إلا رفع اليد عن الجهة الأولى، ولهذا جعل العلامة ^{فتى} خيار العيب في مقابل سائر الخيارات.

وهو من نوع؛ لأن التأمل في كلمات العلامة ^{فتى} يقضي بأن الخيارات جميعها قد شرعت للخروج عن أصلية اللزوم، لا لوجود جهتين منها في خيار العيب، فإن أصلية اللزوم في مقابل أصلية الجواز لا أكثر، فإن العقد لازم أو جائز، والجواز إما بتبعده من الشارع كالجواز في عقد الهبة، أو بالحق لا بالحكم كالجواز في خيار العيب والغبن والتدلisis والمجلس والحيوان وتأخير الشمن»^(١).

الوجه الخامس: توجيه الأستاذ المحقق مدظلله

قال مدظلله: «والذي يخطر بالبال عدم الحاجة إلى هذه التكفلات، فإن العلامة ^{فتى} في أول بحث الخيار قد أثبت لزوم البيع بدليلين: أحدهما الاستصحاب، والآخر غرض المعاملين المتوقف على استقرار الملك، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بأحد أمرين: الأول الخيار لأجل التروي^(٢)، الثاني الخيار لأجل النقص وظهور العيب، وهذه النكتة هي منشأ التقابل المذكور.

نعم، ينقض عليه بخيار التدلisis؛ إذ يفترض أن يجعل مع العيب، إلا أن ذلك أمر آخر؛ فإن الكلام فعلاً في تحديد مراده، والكلام فيه شيء والإشكال عليه شيء آخر»^(٣).

أقول: لا أفهم من عبارة الأستاذ المحقق مدظلله شيئاً ولعل لقصوره بالي وعمق ما

(١) بغية الراغب في مباني المكافحة / ١ (٦٩-٥٨).

(٢) التفكير مليناً.

(٣) بغية الراغب في مباني المكافحة / ١ (٦٩).

أفاده ولكن الظاهر أنه لم يأت بشيء إلا إعادة كلام العلامة في التذكرة^(١) بعينه كما مر^(٢) مفصلاً في أول البحث.

وانتقاده على العلامة بخيار التدلisis أيضاً لم يرد لأنّ التدلisis غير خيار العيب، لأنّه يوجب الخيار ولو لم يكن عيباً كما ذهب إليه العلامة.^(٣)

والذي أذهب إليه: لم يرد أصل الإيراد على العلامة^(٤) وهو ينشأ من عدم مراجعة كلامه في كتابه «تذكرة الفقهاء» و «قواعد الأحكام» مع الأسف الشديد، والأعلام أعلى الله مقاماتهم لو راجعوا كتابه فiroوا أنّ العلامة أولاً: يذكر الخيارات^(٥) برومتها ومنها خيار العيب^(٦) ويبحث فيها. ثم ثانياً: يفتح فصلاً جديداً يبحث فيه حول الخيار وحقيقةه وأحكامه^(٧)، فهو لم ينفرد خيار العيب بالبحث في المقام الثاني من كلامه حتى يرد عليه الإيراد ويحتاج إلى الوجوه الخمسة الماضية، فياليت يرجعون كتابي العلامة قبل الإيراد عليه حتى ظهر لهم عدم ورود الإيراد وسبحان من لا يسهو وهو العالم.

(١) تذكرة الفقهاء ١١/٣.

(٢) راجع صفحة ٣٩ من هذا المجلد.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٨٠، مسألة ٢٦٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/٧؛ قواعد الأحكام ٢/٦٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ١١/٨٠؛ قواعد الأحكام ٢/٦٨، نعم لم يبحث خيار العيب في القواعد وأحواله إلى الفصل الثاني ٢/٧٢ وقد جمع فيه بين الباحثين.

(٦) تذكرة الفقهاء ١١/١٨٩؛ قواعد الأحكام ٢/٧٢.

البحث الرابع: أدلة أصالة اللزوم

قد استدلّ الشيخ الأعظم^(١) على أصالة اللزوم بوجوه:

الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(٢)

«قد اختلف في نحو التمسك بهذه الآية على اللزوم، فتمسّك بها عدة من الأعظم لكون هيئة ﴿أَوْفُوا﴾ إرشاداً إلى اللزوم^(٣)، وآخرون - ومنهم الشيخ قيس - لدلالتها على الوجوب التكليفي بالمطابقة وعلى الحكم الوضعي - وهو اللزوم - بالالتزام، وبين القولين فرق من جهتين:

الأولى: إن اللزوم على مبني الشيخ قيس مدلول التزامي، وعلى المبني الآخر مطابقي.

الثانية: حفظ أصالة الظهور في هيئة ﴿أَوْفُوا﴾ على مبني الشيخ قيس؛ إذ ظاهر

(١) المكاسب ١٧/٥.

(٢) سورة المائدة / ١.

(٣) كالمحقق النائيني قيس في منية الطالب ٣/١٠؛ والسيد الخوئي قيس في مصباح الفقاهة ٦/٢٥؛ وفي التنقح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٢٤-٢٣، مع اختلاف في نحو الاستدلال بين العلمين.

الميبة دلالتها على الوجوب التكليفي، وحملها على الإرشاد خلاف الظاهر.

وتوضيح كلام الشيخ رحمه الله يتوقف على بيان أمور ثلاثة هي:

الأمر الأول: إن الشيخ رحمه الله - على ما حققه في أصوله^(١) - يرى عدم قابلية

الأحكام الوضعية للجعل المستقل، بل هي متزعة من الأحكام التكليفية، فلا محالة

من حمل **﴿أَوْفُوا﴾** على التكليف، بخلاف القائلين بجعل الأحكام الوضعية استقلالاً

فإنهم في سعة من هذه الجهة، وسيأتي بيان صحة المبني من سقمه إن شاء الله.

الأمر الثاني: إن الأصل في جميع الألفاظ - مادة وهيئة - هو الأخذ بالظهور

العرفي للفظ ما لم تقم قرينة على الخلاف، ومع عدم القرينة لا يصح رفع اليد عن

الظهور شرعاً وعرفاً وعقلاً، ولا شك في ظهور هيئة (افعل) في التكليف، والإرشاد

إلى الحكم الوضعي خلاف الظهور.

الأمر الثالث: إن الموضوع في الآية هو **﴿الْعُقُود﴾**، والراد من العقد مطلق

العهد كما في صححه عبدالله بن سنان المروي في تفسير القمي^(٢)، وبما أن العقود جمع

محل بالألف واللام فهو يفيد جميع العهود، ومن المتسلم عليه أن وجوب الوفاء في

بعض العهود حكم تكليفي ليس إلا، كوجوب الوفاء بالنذر وشبهه، فلو أريد من

هيئة **﴿أَوْفُوا﴾** في المقام الإرشاد إلى الحكم الوضعي لزم استعمال الميبة في معنيين:

الحكم التكليفي والوضعي، وهو باطل.

توضيح استدلال الشيخ رحمه الله بالأية

إذا اتضحت هذه الأمور فنقول: المستفاد من الآية بالمطابقة الحكم التكليفي

وهو وجوب الوفاء بالعقود، ويستفاد الحكم الوضعي - وهو اللزوم - بالدلالة

(١) فرائد الأصول ٣/١٢٥.

(٢) تفسير القمي ١/١٦٠.

الالتزامية بهذا البيان:

إن العقد في الآية إما أن يراد به مطلق العهد كما ورد في التفسير، وإما أن يراد به ما يسمى عقداً لغة وعرفاً وهو الالتزام المرتبط بالتزام آخر، والمراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تمليلك العاقد ماله للغير وجب العمل بما يقتضيه هذا التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، ومنها عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه، ومقتضى الإطلاق عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه في جميع الأوقات والأحوال، ومنها ما بعد الفسخ، ولازم حرمة التصرف حتى بعد الفسخ عدم وقوع الفسخ؛ إذ لا يعقل وقوعه ورجوع المال لصاحبها الأول ومع ذلك يحرم عليه التصرف فيه، ومعنى عدم وقوع الفسخ هو الحكم باللزوم، فإذاً الحكم التكليفي يقتضي حرمة التصرف في ما ملكه للغير حتى بعد الفسخ، ولازمه الحكم الوضعي وهو لزوم العقد.

والحاصل: أن مقتضى عموم العقود وجوب الوفاء بكل عقد، ومقتضى الإطلاق الأحوالى والأزماني وجوب الوفاء في كل حال وزمان حتى بعد الفسخ، بمعنى حرمة التصرف في ما انتقل عنه إلى الغير حتى بعد الفسخ من قبل المالك الأول، ولازم ذلك أن العقد لازم، فالدلالة المطابقة قامت على الحكم التكليفي، والدلالة الالتزامية على الحكم الوضعي.

ويؤكد هذا المطلب أنه لو حملت الآية على الإرشاد إلى اللزوم ونفيت دلالتها على الحكم التكليفي بوجوب الوفاء للزمعت محاذير ثلاثة:

الأول: رفع اليد عن أصالة الظهور مع عدم القرينة على خلافها؛ إذ تدل هيئة (افعل) على البعث والتحريك، والظاهر منها الحكم التكليفي، فحملها على الإرشاد إلى اللزوم خلاف الظاهر ولا قرينة عليه.

الثاني: منافية حمل الآية على الإرشاد إلى اللزوم ابتداء بالدلالة المطابقة لما حققه

في الأصول من عدم قابلية الأحكام الوضعية للجعل بالاستقلال، بل هي متزعة من الأحكام التكليفية.

الثالث: استعمال الصيغة في معينين، وذلك لأن العقود بمعنى العهود تشمل ما لا يتصور فيه الحكم الوضعي كوجوب الوفاء بالنذر وشبهه، فيلزم أن تكون صيغة **﴿أَوْفُوا﴾** مستعملة في معينين: الحكم التكليفي والوضعي وهو باطل.

قال الشيخ قده: «وما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل^(١): من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، بمعنى أنه إن كان مقتضى العقد الجواز كالهبة جاز الفسخ، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

توضيح الضعف: أن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليس من من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى – أعني: وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه – يصير بدلة الآية حكماً شرعاً للعقد، مساوياً للزوم^(٢).

الإيرادات على الشيخ الأعظم

أورد على الشيخ الأعظم عدّة إيرادات:

الأول: «ما أورده المحقق الخراساني قده وتبعه من جاء بعده^(٣)، وبيانه: إن الوفاء بالعقد هو العمل بما يقتضيه ذلك العقد، والعقود تنقسم إلى قسمين: أحدهما ما يتعلق بالأمور الخارجية كالنذر وشبهه، والآخر ما يتعلق بالأمور الاعتبارية كالبيع والصلاح، والوفاء في كلا القسمين وإن كان واحداً مفهوماً وحقيقة إلا أنه مختلف فيما

(١) القائل هو العلامة في المختلف ٢٥٥/٦.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٧٥-٧٠.

(٣) حاشية المكاسب للآخوند ١٤٥؛ حاشية المكاسب للأصفهاني ٤/٢٩؛ مصباح الفقاہة ٦/٣٨-٢٤؛ التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٢٢/٣٨.

من حيث اختلاف المتعلق، فالوفاء بالعقد في مثل النذر المتعلق بالأفعال الخارجية يتضيى الإتيان بالفعل الذي تعلق به النذر، فلو نذر أن يخدم العالم، أو أن يعطي الفقير مالاً فالوفاء يتضيى أن يقوم بالخدمة للعالم وأن يعطي الفقير المال؛ لأن متعلق العقد هو الفعل الخارجي فيلزم الإتيان به، وأما إذا كان متعلق العقد أمراً اعتبارياً - كتمليك الدار بعوض - فمقتضى الوفاء به أن يمضي على هذا الالتزام وبرمه وأن لا يرجع فيه ولا يفسخه.

فالوفاء بالعقد عبارة عن العمل بمتصل ذلك العقد لا العمل بغيره، ومن هذا يتضح أن حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه ليست بمقتضى عقد البيع نفسه، بل هي من مقتضيات الملكية، سواء أحصلت من البيع أم من الإرث أم من أي شيء آخر. ويشهد لذلك أنه لو باع ماله للغير وكان بانياً على غصبه منه أو التصرف فيه بدون إذنه لم يكن ذلك نقضاً للعهد ولا فسخاً للبيع، ومثله ما لو تزوج امرأة وبنى في حال إنشاء العقد على عدم إعطائهما حقوق الزوجية؛ فإنه لا يعد عدم إعطائهما تلك الحقوق نقضاً لعقد الزوجية؛ إذ أن نقضه المقابل للوفاء به يتم برفع اليد عن الزوجية وفسخ العقد الواقع.

فما أفاده الشيخ قدس سره من أن مقتضى عقد البيع حرمة التصرف في ما انتقل عنه بدون إذنه غير تام؛ ولا ربط له بمقتضى العقد؛ فإن مقتضى العقد تملك الغير بعوض وتبديل طرف الإضافة. نعم، لو تعلق العهد بعدم أخذ المال منه وأخذه كان نقضاً لعهده، ولكنه ليس كذلك في البيع، وهذا الإشكال أقوى الإشكالات الواردة على الشيخ قدس سره ^(١).

وقد اجيب عنه: بأنه «لو قلنا بأنّ المراد من الوفاء بالعقد هو عدم جواز

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٧٥ و ٧٦.

التصرف في مال الغير بدون إذنه لكان الإشكال وارداً؛ لأن عدم جواز التصرف من مقتضيات الملكية لا العقد، وما هو مقتضى العقد هو الالتزام به.

ولكن مقتضى التحقيق: أن الوفاء بالبيع لا ينحصر في الأمر الاعتباري وهو البقاء على الالتزام البيعي، وعدم نقضه، بل الوفاء بالبيع - بل بجميع المعاملات - بمقتضى العرف ولللغة يأتي بمعنى آخر خارجي وهو تسليم وتسلّم العوضين من قبل المتعاملين.

أما العرف - وهو المرجع في صدق الوفاء في المعاملات - فإنهم يرون البائع قد وفي بالتزامه عند ما يسلم المشتري، ويرونه قد خالف الوفاء عند ما لا يسلمه له، وكذلك في جانب المشتري عندما يسلم الثمن أو لا يسلمه.

وأما اللغة فالمستفاد منها أن حقيقة الوفاء إنتهاء الأمر، وإنتهاء البيع يتم بتسلیم البائع للعميل، والمشتري للثمن.

وحيث إن التسلیم عمل خارجي وهو مصدق حقيقي للوفاء عرفاً ولغة فهو يصلح أن يتعلق به التكليف، ومع إمكان تعلق التكليف به ولو بنحو الموجبة الجزئية يكون رفع اليد عن إرادة الحكم التكليفي وحمل اللفظ على إرادة الحكم الوضعي - وهو اللزوم - خلاف القاعدة.

والنتيجة: أن مقتضى عقد البيع هو تسلیم المبيع، لا عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه حتى يرد الإشكال، فإن كل عقد بحسب ارتکاز العقلاء يقتضي تسلیم العوض، ويؤاخذ عندهم صاحب المال لو لم يسلمه لآخر؛ لتخلفه عن الشرط الارتکاري، ويرون أن للآخر خيار عدم التسلیم، ويشهد له: خيار تعذر التسلیم؛ فإن التسلیم إذا كان متعدراً كان للطرف الآخر الخيار، فلو لم يكن التسلیم من مقتضيات العقد لما تعلق الخيار عند تعذرها.

والتسليم الذي هو مقتضى عقد البيع قابل لتعلق التكليف به لكونه فعلاً

خارجيًّا، فلا مناص من الحمل عليه لا على الإرشاد. ولا يخفى أن اقتضاء العقد للتسليم أمر استمراري لا آني، بمعنى أن المتعاقدين مأموران بتسليم متعلق العقد في كل آن، فإذا أوقع العقد وجب عليه التسليم، وإذا فسخه توجه الأمر إليه بوجوب التسليم أيضاً بمقتضي ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، ووجوب تسليم المال عليه مع كونه في ملكه غير معقول، فيكشف عن عدم نفوذ الفسخ وأن المال باق تحت ملك طرف العقد^(١).

الثاني: ما ذكره المحقق اليزدي^(٢) ﷺ «من أَنَّ العَدَ مُطْلَقُ الْعَهْدِ، سُوَاءً كَانَ عَهْدًا مِنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ كَالْتَكَالِيفِ. أَوْ عَهْدًا بَيْنَ الْعَبْدِ وَخَالِقِهِ، كَالنَّذْرِ وَشَبَهِهِ. أَوْ عَهْدًا بَيْنَ الْخَلْقِ بَعْضَهُمْ مَعَ بَعْضٍ، كَالْمُعَامَلَاتِ. وَبِمَا أَنَّ التَّكَالِيفَ مَا لَا يَجُبُ اِمْتِشَالَهُ كَالْمُسْتَحْبَاتِ، كَانَ عُمُومُ الْعَهْدِ مُوجِبًا لِصَرْفِ ظَهُورِ الْأَمْرِ فِي الْوُجُوبِ وَحِمْلِهِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُشْتَرِكِ بَيْنَ الْوُجُوبِ وَالْمُسْتَحْبَابِ، فَلَا يَنْفَعُ فِي إِثْبَاتِ وَجْبِ الْوَفَاءِ فِي مُورَدِ الشَّكِ»^(٣).

وقد اجتب عنه: «بَأَنَّهُ مِنَ الْوَاضِحِ أَنَّ الْعَدَ لَيْسَ بِمَعْنَى الْعَهْدِ بِقُولِ مُطْلَقٍ، إِذَا لَمْ يَرِتَابْ أَحَدٌ فِي عَدْمِ صَدْقِ الْعَدَ عَلَى وَجْبِ الصَّلَاةِ وَاسْتِحْبَابِ غَسْلِ الْجَمَعَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ التَّكَالِيفِ الشَّرْعِيَّةِ، وَالْمَوْضِعُ فِي الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ لَيْسَ مُطْلَقُ الْعَهْدِ، بَلْ الْمَوْضِعُ هُوَ الْعَدُ وَهُوَ عَهْدٌ خَاصٌ».

وعليه، فلا ضير في الالتزام بظهور الأمر بالوفاء في اللزوم ولا يلزم منه محذور، لخروج التكاليف الشرعية عن موضوعه التي هي منشأ الاشكال^(٤).

(١) بغية الراغب في مباني المكافحة ٧٨/١ و ٧٩.

(٢) حاشية المكافحة ٣٧١/٢، تعليق رقم ٥٠٨.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/٢٤.

(٤) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/٢٥.

الثالث: ما ذكره الفقيه اليزيدي^(١) أيضاً وغيره من: «أنّ موضوع الحكم بوجوب الوفاء هو العقد. ومن الواضح أن الحكم يدور مدار موضوعه، فإذا صدر الفسخ من أحد المتعاقدين وشك في تأثيره يحصل الشك في تحقق العقد، إذ الفسخ على تقدير تأثيره يؤثر في حل العقد وإزالته، فمع الشك في ذلك يشك في ثبوت العقد، فلا يمكن التمسك بعموم وجوب الوفاء بعد الفسخ للشك في موضوع الحكم. فالمورد من موارد الشبهة المصداقية للعام، وهو مما لا يجوز التمسك بالعام فيه بلا كلام، فلا يتوهم أحد جواز التمسك بعموم: «أكرم كل عالم» في شخص يشك في كونه عالماً»^(٢).

وقد «أجيب عنه: بوجوه متعدده وعمدتها وجهان:

الوجه الأول: ما ذكره المحقق الإصفهاني^(٣) ناسباً له إلى غير واحد من الأعلام^(٤) ويظهر منه تقريره وارتضائه، ومحصله بتوضيح: إن المراد من العقد ليس هو العقد اللغطي ولا الانشائي بما هو مدلول للكلام، ولا الالتزام القلبي لكل من البائع والمشتري لانه زائل قطعاً فلا بقاء له.

وإنما المراد بالعقد هو الاعتبار الشرعي أو العرفي الحاصل بواسطة الانشاء، فالعقد الذي يتصور فيه البقاء هو الموجود الاعتباري الذي يتحقق باعتبار مَنْ بيده الاعتبار مِنْ شرع أو عرف بملاحظة ما يراه من مصلحة.

وبما أنّ الموضوع الوارد في الدليل الشرعي يحمل على معناه العرفي، فالمراد من

(١) حاشية المكاسب ٢/٢، ٣٧٢، تعليقة رقم ٥٠٩.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٤.

(٣) حاشية المكاسب ٤/٣٢.

(٤) ومنهم آية الله الميرزا محمد تقى الشيرازي الحائرى راجع حاشيته على المكاسب ٢/٧١ وقد يأتى نص كلامه في المسقط الثاني للخيارات المجلس فانتظر وراجع صفحة ٢٥٨ من هذا المجلد.

العقد في الآية الكريمة هو العقد العرفي.

ومن الواضح أنه بالمعنى العرفي ذو بقاء بعد قول: «فسخت» وإنما الشك في تأثير الفسخ بنظر الشارع.

وفيه: أولاً: أن هذا الحديث لا يتأتى مع الشك في تأثير الفسخ في حل الملكية عرفاً، إذ كما يشك في بقاء العقد شرعاً يشك في بقائه عرفاً، فلا يمكن التمسك بالدليل.

وثانياً: إن العرف وإن كانت له اعتبارات مستقلة عن الشارع إلا أنها إذا لم تكن ملغاً بنظره الأقدس.

بيان ذلك: أنه إذا فرض أن جماعة معينة حكموا شخصاً منهم في جميع أمورهم يتصرف بهم وبأموالهم كما يتصرف بيده من دون اعتراض منهم على ذلك بل كانوا يرون الحقّ له فيه. فإنه من الواضح أنه لا معنى لاعتبار الجماعة ملكية زيد للهال إذا فرض أن ذلك الشخص اعتبر ملكية عمرو له، أو سلب عن زيد ملكيته، إذ الفرض أنهم يرون مال الغير بالنسبة إلى ذلك الشخص كماله، فكما أنه إذا ملك عمراً ماله لم يعتبروا ملكية زيد له بل إنما يعتبرون ملكية عمرو له، فكذلك بالنسبة إلى مال أحدهم. إذا عرفت ذلك، ففيما نحن فيه الأمر كذلك، إذا الشارع له السلطنة المطلقة على العباد وهذا مما يُقرّ به المتشرعة ولا يستطيعون مخالفته بما هم كذلك في تصرفاته فيهم، فإذا نفوا الملكية عن أحد لم يعتبروا له الملكية، بل لابد لهم من متابعته.

وعليه، فإذا فرض أنه احتمل أن يكون الفسخ مزيلاً للملكية بنظر الشارع لم يكن للعرف اعتبارها في هذا الحال لكون الفرض متابعتهم له وليس لهم انحياز عنه، فذلك نظير ما لو شك في اعتبار زيد ملكية ماله لعمرو فإنه مع هذا الشك لا يعتبر العرف ملكية عمرو لمال زيد. فتدبر.

الوجه الثاني: ما ذكره المحقق الإيراني^(١) وبيانه: أن العهد والعقد إذا تعلق بأمر استمراري مجموعي كان الوفاء به هو القيام بذلك الأمر بنحو الاستمرار من دون اعتبار استمرار العهد في النفس أو الانشاء في الخارج، بل يعتبر القيام بالأمر الاستمراري وفاء للعقد أو العهد الحادث، فإن القيام به يعد وفاءً وعدم القيام به يعد نقضاً له.

ويشهد لذلك عرفاً أنه وعد زيد عمراً أن يأتيه يوم الجمعة ثم ندم يوم الخميس على التزامه وبنى على حل ذلك العهد والالتزام، فإذا لم يأتيه يوم الجمعة عد ذلك نقضاً للعهد والوعد وإن عدل عنه قبل وقت الوفاء. وهذا ما لا يشكك فيه كل أحد.

وفيه: أنه قد حقيقنا في محله من مباحث الأصول^(٢) أن الأمور الإنسانية يتحقق لها وجود إنساني بالانشاء يكون هذا الوجود مستمراً إلا إذا أزاله إنشاء رافع له. وقد عرفت هناك أن بعض المحققين^(٣) حاول إنكار هذا الوجود لكنه التزم به من غضون بعض التزاماته في بيع الفضولي^(٤) وغيره.

وإذا ثبت هذا المعنى، كان الوفاء في مرحلة البقاء هو الوفاء به لا الوفاء بالعقد في مرحلة حدوثه، حتى في مثل الوعد، فإن له وجوداً إنسانياً لا يزول بالعدول القلبي عما التزم به. فيصدق النكول عن وعده بلحاظ هذا الوجود المستمر لا بلحاظ الوعد في مرحلة حدوثه.

ولذا لو أنشأ العدول أمكن أن يدعى زوال وجوده الإنساني فلا يلزمه عرفاً

(١) حاشية المكاسب ١٥ / ٣ .

(٢) راجع متنقى الأصول ١ / ١٢٥ .

(٣) وهو الشيخ محمدحسين الاصفهاني في نهاية الدرایة ١ / ٢٧٣ ، طبع مؤسسة آل البيت عليهم السلام وتبعه تلميذه آية الله الخوري في محاضرات في اصول الفقه ١ / ٨٨ ، الطبعة الأولى.

(٤) حاشية المكاسب ١٤٧ ، الطبعة الحجرية.

الوفاء لزوال وعده. إلا أن يقال بعدم تأثير إنشاء الخلاف في رفع الوجود الإنساني للوعد شرعاً ولا عرفاً، فيعتبر الوفاء لبقاء موضوعه.

وعليه، فنقول: إذا تحقق إنشاء البيع تحقق للتمليك وجود إنساني يستمر ولا يزول بزوال الالتزام قلباً - وهذا هو الذي يتعلّق به الامضاء في باب بيع الفضولي إذ الوجود اللفظي منعدم لا معنى لامضائه أو رده - وإنما يزول بعض الانشاءات المخالفه له إذا اعتبر الشارع تأثيرها في ذلك، والوفاء بقاء إنما هو بلحاظه لا بلحاظ العقد في مرحلة حدوثه، فمع الشك في تأثير الفسخ يشك في بقاء هذا الوجود الانساني للملكية، فيشك في ثبوت وجوب الوفاء والحال هذه.

نعم، ما ذكرناه يتنبئ على أن الوفاء والفسخ بلحاظ الوجود الاستمراري للعقد - بالمعنى الذي ذكرناه - لا بلحاظ الوجود الحدوثي.

وهذا سهل الإثبات، إذ الكل يذهب إلى أن الفسخ حل العقد وهو لا يصح إلا إذا أريد به ما ذكرناه، إذ لا معنى لحل العقد المتقدم إذ لا بقاء له. واحتمال أن يكون الفسخ حق استرداد العين وإن كان موجوداً، إلا أنه لم يذهب إليه أحد.

وبالجملة، يدور الكلام حول كون الفسخ والوفاء يرتبطان بالعقد بوجوده الاستمراري أو بوجوده الحدوثي. وقد عرفت أن الأول هو المتعيين.

وعليه، فالاسكال الثالث على الشيخ يبقى على حاله بلا رافع له^(١).

الرابع: «ما ذكره المحقق الإيراني^(٢) من: أن الوفاء هو القيام بما التزم به قياماً خارجياً، وهذا إنما يصدق وجوداً وعديداً في مورد يتعلّق الالتزام والوعيد بعمل، كنذر الفعل والجعالة والمزارعة ونحو ذلك. أما إذا تعلّق العهد بالنتيجة، كالبيع

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات / ١ (٢٦-٢٨).

(٢) حاشية المكاسب . ١٤ / ٣

والنكاح ونذر النتيجة، فلا يصدق في موردها الوفاء وعدمه حقيقة لأنّه لا معنى للقيام بها التزم به بعد إن لم يكن من أعماله.

وعليه، فتختص الآية الكريمة بالعقود الواقعـة على الاعمال لا التائـج، كالـبيع، فإنـ الملـزم به المـلكـية وهـي نـتيـجة لـأـعـمـالـهـ لـلـشـخـصـهـ فـلاـ تـنـفـعـ فيـ إـثـبـاتـ اللـزـومـ فيـ مـطـلـقـ العـقـودـ»^(١).

وقد أـجـبـ عـنـهـ بـأـنـ «ـتـحـقـيقـ الـحـالـ فـيـهـ بـنـحـوـ يـتـضـحـ الـاشـكـالـ فـيـهـ يـتـوقـفـ قـبـلـ كـلـ شـيـءـ عـلـىـ مـعـرـفـةـ مـفـهـومـ الـوـفـاءـ وـالـمـرـادـ بـهـ فـيـ الـآـيـةـ الـكـرـيمـةـ»ـ.

فنقولـ: ذـهـبـ المـحـقـقـ الإـيـرـوـانـيـ حـلـلـهـ: إـلـىـ أـنـ معـنىـ الـوـفـاءـ هـوـ الـقـيـامـ بـهـ التـزـمـ بـهـ قـيـاماـ خـارـجـياـًـ.

وـذـهـبـ المـحـقـقـ الـاصـفـهـانـيـ حـلـلـهـ: إـلـىـ أـنـ معـنىـ الـوـفـاءـ هـوـ الـاتـمامـ، وـالـوـافـيـ بـمـعـنىـ التـامـ.

ولـكـنـ لـاـ يـمـكـنـ الـلتـزـامـ بـكـلـ هـدـيـنـ الـعـنـيـنـ:

أـمـاـ الـأـوـلـ: فـلـأـنـهـ يـقـالـ: درـهمـ وـافـيـ، وـكـتـابـ وـافـيـ، وـاستـوفـ دـينـهـ، وـفـيـ كـلـ ذـلـكـ لـاـ معـنىـ لـتـقـدـيرـ الـقـيـامـ بـهـ التـزـمـ بـهـ قـيـاماـ خـارـجـياـًـ، إـذـ الدـرـهـمـ لـمـ يـصـدـرـ مـنـهـ عـمـلـ وـهـكـذاـ الـكـتـابـ، وـلـيـسـ فـيـ الـاسـتـيـفـاءـ قـيـامـ لـلـمـسـتـوـيـ بـهـ التـزـمـ بـهـ. وـبـمـلـاحـظـةـ مـوـارـدـ اـسـتـعـمالـ هـذـهـ الـكـلـمـةـ باـشـتـقـاقـاتـهـ الـمـتـنـوـعـةـ يـتـضـحـ بـطـلـانـ هـذـاـ الـذـهـبـ جـيدـاـًـ.

وـأـمـاـ الـثـانـيـ: فـلـأـنـهـ وـإـنـ مـمـكـنـ إـرـادـتـهـ مـنـ الدـرـهـمـ الـوـافـيـ وـمـنـ مـثـلـ ﴿ـوـأـوـفـواـ﴾ـ الـكـيـلـ وـالـمـيـزـانـ﴾ـ^(٢)ـ إـذـ يـمـكـنـ أـنـ يـرـادـ الدـرـهـمـ التـامـ، وـأـتـمـواـ الـكـيـلـ وـالـمـيـزـانـ، لـكـنـ لـاـ

(١) المرتفـقـ إـلـىـ الـفـقـهـ الـأـرـقـيـ، الـخـيـارـاتـ ١/٢٥ـ.

(٢) حـاشـيـةـ الـمـكـاـسـبـ ٤/٢٦ـ.

(٣) سـوـرـةـ الـأـنـعـامـ ١٥٢ـ.

يمكن إرادته من مثل: ﴿أَوْفِ بِعَهْدِكُمْ﴾^(١) - كما ورد في الآية الكريمة - إذ لا معنى لأن يراد أتموا بالعقود من الآية، وأتم به من المثال.

والذي نستطيع أن نجزم به في المقام هو أن لوفاء مفهوماً يساوي عدم التجاوز عن الشيء ويلازمه لكن لا مطلق عدم التجاوز، إذ لا يقال عن امثال الواجب إنه وفاء به مع أنه لم يتجاوزه، بل عدم التجاوز في موارد يتحقق الالتزام والبناء على العمل ولو كان ذلك أمراً تقديرياً ارتкаزيّاً، كما في موارد استعمال: «وافي زيد القوم» إذا سبق إن كان هناك عهد أو بناء إرتكازي على مروره على القوم.

ونقصد بما ذكرنا أنه لا يعتبر في حقيقة الوفاء الالتزام الشخصي، بل ما يعمه ويعم البناء النوعي على أن يتحقق الشيء بالنحو الخاص. ومن هذا الباب صدق الدرهم الوافي والكتاب الوافي إذا لم يتجاوز كل منها ما بني عليه من كونه بالوزن الخاص وكونه مؤدياً للمقصود. كما لا يعتبر في صدقه القيام الخارجي بالمقصود كي توقف في صدقه في المثالين، إذ لا عمل صادر من الدرهم ولا الكتاب. بل المراد به أعم منه ومن القيام بالمقصود ولو بغير اختيار، ولعل التعبير الجامع هو أداء وكونه بنحو لا يتجاوز المقصود بل يؤديه ولا يقصر عنه»^(٢).

فلا يتم ما ذكره العلما الإيراني والإصفهاني قدس سرهما.

الخامس: ما ذكره السيد الخوئي عليه السلام وحاصله: «أن التصرف الخارجي المحرم لو كان نقضاً للعقد للزم أن لا يحرم التصرف في الآن الثاني؛ إذ لا إشكال في أن الموجود في هذه العقود هو أمر وحداني مستمر، ونقض العقد في مقابل الوفاء به، وقد انتقض بالتصرف المحرم فانتقض ذلك الأمر الواحد، فلم يبق موضوع لوجوب الوفاء، نظير

(١) سورة البقرة / ٤٠.

(٢) المرتمن إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٢٩.

النذر المتعلق بالفعل المستمر، كما لو نذر أن يجلس في مكان من الصباح إلى الزوال؛ فإن قيامه من ذلك المكان ولو لساعة يوجب عدم الوفاء بالنذر وعدم وجوب الجلوس عليه في بقية الوقت.

نعم، لو كان المتعلق متعددًا بحيث كانت هناك عقود والتزامات متعددة لوجب الوفاء في الآنات الأخرى بعدد العقود، ولكنه واضح البطلان؛ إذ ما في البيع ليس من قبل نذر أمور متعددة بحيث لا يستلزم الخلف في واحد الخلف في الآخر، لأن ينذر أن يزور الإمام الحسين عليه السلام في كل ليلة جمعة النذر المتعلق بفعل واحد مستمر^(١) ^(٢).

وقد أجب عنـه: بأنـ «الوفاء بالعقد يتم بالتسليم والتسليم، والأمر بالوفاء استمراري لا آني، بمعنى أن المتعاقدين مأموران بتسليم متعلق العقد في كل آن، ففي كل آن يأتي خطاب ﴿أوْفُون﴾ فلا يسقط الأمر بالوفاء بمجرد العصيان»^(٣).

السادس: ما افاده المحقق الخميني قدس سره: «من آن مفاد كلام الشيخ قدس سره أن يكون وجواب الوفاء حكم تكليفيًا، والتصرف في مال الغير بعد العقد منافي للحكم التكليفي بوجوب الوفاء، فيلزم أن يستحق عقابين: أحدهما لأجل التصرف في مال الغير بدون إذنه؛ إذ لا شك في حرمته، وشمول عموم «لا يحل التصرف في مال الغير إلا بإذنه» له، والآخر لأجل مخالفة الحكم بوجوب الوفاء، واللازم فاسد، فاللزوم مثله^(٤) ^(٥).

وقد أجب عنـه: بأنه «لا مhydror فيه بعد أن يدل عليه الدليل، فإنـ كان العمل

(١) مصباح الفقاهة ٦/٢٤؛ التنتقيق في شرح المكافئ، الخيارات، ٣٨/٢٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المكافئ، ١/٧٦.

(٣) بغية الراغب في مباني المكافئ، ١/٨٨.

(٤) كتاب البيع ٤/٢٨.

(٥) بغية الراغب في مباني المكافئ، ١/٧٧.

مخالفاً لخطاب واحد ففيه عصيان واحد، وإن كان مخالفًا لعنوانين متعلقين بخطابين
ففيه عصيانان ونلتزم بصدره معصيتين فيستحق عقابين.

وي بيانه في ما نحن فيه: أنه لما أوقع المعاملة ولم يسلم المال للطرف الآخر فبتصرفه
في مال الغير خالف حرمة التصرف في مال الغير، وهذه معصية، وبها أنه لم يفِ بالعقد
مخالفاً لخطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، وهذه معصية أخرى، والالتزام بهذا لا يخالف العقل
ولا النقل، كما لم يقم إجماع على بطلان الالتزام بمعصيتين^(١).

القول المختار في مفاد قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾

قد «عرفت أنّ معنى الوفاء يساوي العمل بالتزامه وعدم التجاوز عنه، فالباء
في الآية الكريمة شأنها شأن الباء في قولنا العمل بالالتزام، المراد على هذا عدم
التجاوز عن العقد والعمل به بتطبيق مقتضاه.

وبما أن مفاده - في البيع مثلاً - هو النقل والانتقال والتسلیک والتملک، فمقتضى
الوفاء به البناء على الملكية والنقل والانتقال، وعدم التجاوز عنها.

وعليه، فالأمر بالوفاء أمر ببقاء الملكية وعدم فسخها وازالتها، فمرجعه إلى
النهي عن ازالتها. وهذا مما لا يمكن الالتزام به لأنه ...

إما أن يراد به إثبات صحة العقد أو لزومه، وعلى كلا التقديرتين إما أن يكون
الأمر ارشادياً أو مولوياً.

١- أما فرض أن يراد به إثبات صحة العقد وكونه مولوياً، فيدفعه: أن وجوب
الوفاء متفرع عن كون العقد صحيحًا، فلا معنى لأن يراد به صحة العقد.

٢- وأما فرض كونه ارشاداً إلى صحة العقد، فيدفعه: أنه لا معنى لامضاء البيع
- مثلاً - وبيان نفوذه بالأمر بما يترتب على الصحة والنفوذ.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٨٨/١.

إذن، فلابد أن يكون الملحوظ به مقام اللزوم.

٣- وفرض كونه أمراً مولوياً الذي يرجع إلى حرمة الفسخ، فيترتب عليه فساده

[أي الفسخ] وعدم تأثيره وهو معنى اللزوم.

يدفعه: أولاً: ان النهي عن المعاملة على ما حققناه في الاصول^(١) لا يتضمن

الفساد، كما ذهب إليه بعض^(٢)، ولا يقتضي الصحة، كما ذهب إليه آخرون^(٣) - فيما إذا
تعلق بالسبب - .

وثانياً: أنه من الواضح الضروري أن الفسخ لو ثبت تأثيره أو عدمه لا يكون
محرماً، إذ لم يدع أحد من الفقهاء حرمته. إذن فحمله على الوجوب المولوي الراجع إلى
حرمة الفسخ خلاف ضرورة الفقه.

٤- وأما حمله على الارشاد إلى عدم تأثير الفسخ واللزوم، فهو خلاف ظاهر
الأمر شرعاً خصوصاً في مثل الوفاء الذي يعلم أنه محظوظ شرعاً فيشتمل على ملاك
الأمر المولوي.

وعلى هذا، فلابد من التصرف في معنى الوفاء ههنا وحمله على معنى يتلائم مع
الأمر المولوي به، فيقال إن المراد به ليس إبقاء الملكية حقيقة الذي يرجع إلى عدم
الفسخ، بل المراد به إبقاء الملكية عملاً - كما يقال عين ذلك في المراد بالنقض في باب
الاستصحاب فيقال إن المراد به النهي عن النقض عملاً، إذ لا يمكن النهي عن
النقض والأمر بالإبقاء حقيقة - ، فيرجع إلى الأمر المولوي بترتيب آثار الملكية.

ومقتضى اطلاقها لزوم ترتيب الآثار حتى بعد الفسخ، وهذا يلزمه الحكم

(١) راجع متنقى الأصول ٣/٦٢٠.

(٢) فوائد الأصول ١/١٧٢.

(٣) شرح التلويح على التوضيح ١/١٥٤.

باللزوم وعدم ترتيب الأثر على الفسخ، كما ذكر الشيخ^(١) في تقريره لأصالة اللزوم. وبهذا البيان ثبتت أصالة اللزوم لو لا إشكال الشك في موضوع الحكم بعد الفسخ، فإنه إشكال متين لم يثبت الجواب عنه

وبالجملة، تقرير الشيخ^(٢) بالنحو الذي ذكرناه لاستفادة أصالة اللزوم من الآية الشريفة متين في نفسه ولا إشكال فيه سوى إشكال الشك في بقاء الموضوع بعد الفسخ. وبه يتوقف عن الذهاب إلى دلالة الآية على أصالة اللزوم.

هذا، ولكن الانصاف أنه يمكن دعوى دلالة الآية على اللزوم، بتقريرين:

الأول: أن إنشاء الفسخ من أحد المتعاملين ...

إما أن يكون مستلزمًا لارتفاع العقد الإنسائي الثابت بإنشاءه. وإما أن لا يكون مستلزمًا لذلك، بل يبقى العقد على حاله.

فعل الثاني: كان العقد باقياً فيتربّ عليه وجوب الوفاء لثبوت موضوعه.

وعلى الأول: يستلزم أن يكون اللزوم في موارده بلحاظ الوفاء بالعقد الحدوثي، إذ الفرض تأثير الفسخ في حل العقد بقاءً مع فرض اللزوم ولا يكون ذلك إلا مع فرض كون الوفاء بقاء بالعقد في مرحلة حدوثه.

وعليه، فيصبح التمسك بوجوب الوفاء بعد الفسخ لكون العقد الموضوع هو العقد حدوثاً وهو لم يتأثر بالفسخ.

الثاني: وبيانه يتوقف على ذكر مقدمة وهي أن الموضوع، تارة: يكون مرتبطاً بمتعلق الحكم بمعنى أن متعلق الحكم يضاف إليه. وأخرى: لا يكون كذلك لأن لا يكون المتعلق مضافاً إليه ومتوفقاً في تتحققه عليه.

وال الأول: على قسمين، لأنه:

تارة: لا يمكن أن يصدق ويتحقق بدون بقاء الموضوع، نظير «أكرم العالم» فإن متعلق الحكم هو اكرام العالم. ومن الواضح أنه لا تصدق هذه الحصة فعلاً مع زوال العلم، فلا يصدق اكرام العالم فعلاً على اكرام زيد الذي كان عالماً أمس وزال عنه العلم اليوم. فالحصة المقيدة لا تصدق مع زوال التلبس بالعلم.

وأخرى: يمكن أن يصدق فعلاً ولو لم يبق الموضوع، بل يكون وجود الموضوع حدوثاً كافياً في تتحقق صدق المتعلق في مرحلة البقاء. كما في المثال السابق لوأخذنا العالم أعم من المتلبس والمنقضي عنه المبدأ، فإنه يصدق مع زوال التلبس بالعلم اكرام العالم فعلاً.

وأما الثاني: فهو مثل ما إذا قال: «إذا نزل المطر وجب عليك اكرام زيد». ولا يخفى أنه مع الشك في بقاء الموضوع لا يمكن التمسك بالاطلاق المتعلق في القسم الأول، لفرض أن الحكم متعلق بما يدور مدار الموضوع بقاء، فلا يمكن التمسك بالاطلاق في إثبات الحكم في فرض الشك في بقاء الموضوع.

وأما في القسم الثاني والثالث، فيمكن التمسك بالاطلاق، فيقال: إن مقتضي اطلاق المتعلق ثبوت الحكم له ولو مع الشك في الموضوع بقاء، وبه يثبت ان الموضوع هو تحقق العنوان حدوثاً فقط.

ومن هنا ظهر أن ما يقال من عدم امكان التمسك بالاطلاق مع الشك في الموضوع منع على اطلاقه، بل لابد من التفصيل المذكور فيه.

إذا عرفت ذلك، فنقول: العقد وإن كان له وجودان حدوثي وبقائي، إلا أن الوجود الحدوثي يتعلق بترتيب الآثار بنحو الاستمرار. وعليه، فترتيب الآثار في مرحلة البقاء يصدق عليها فعلاً إنها وفاء للعقد بلحاظ الوجود الحدوثي له وإن لم يبق العقد فعلاً لزواله ببعض الاسباب.

وعليه، فيمكن التمسك بالاطلاق، فيقال: إن مقتضي اطلاق الوفاء إرادة

الوفاء بالعقد مطلقاً حتى بعد قول: «فسخت» فيثبت الحكم له وهو الوجوب بعد قول: «فسخت» ولو كان بقاء العقد مشكوكاً، إذ يصدق الوفاء بالعقد الخدوبي بعد قول: «فسخت» ولو مع الشك في زوال العقد به.

وبذلك نستكشف أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد حدوثاً لا بقاءً واستمراراً. فالوفاء بالعقد من قبيل القسم الثاني من الأقسام الثلاثة لارتباطه بالعقد واضافته إليه لكنه يصدق فعلاً ولو لم يبق العقد...

وعلى كُلّ، فدعوى دلالة الآية الكريمة على أصالة اللزوم متينة جداً^(١).

تبنيه: إشكالان للمحقق الحائرى تؤثى

نسب شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي تؤثى إلى استاذ المحقق الحائرى تؤثى إشكالين على الاستدلال بأية الوفاء على اللزوم:

الإشكال الأول: أن العقد - كما في اللغة والنصوص - هو العهد، ولا يطلق العهد على المعاملات السوقية الدائرة بين العقلاء، فالتمسك بها للزوم البيع لا موضوع له.

بل إن تم هذا البيان سقط التمسك بها في مطلق المعاملات.

الإشكال الثاني: أن القسم الأكبر من البيوع باطلة شرعاً، فيلزم من ذلك تخصيص الأكثر في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، العام الخارج منه أكثر مصاديقه يسقط عن العموم فلا يكون قابلاً للاستدلال به؛ لإجماله حيث إن يقال بأن عمل المشهور جابر لضعف الدلالة ورافق للإجمال فيؤخذ بما عمل به المشهور كما في القرعة، فكل مورد عمل المشهور فيه تمسك بدليل القرعة.^(٢)

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات / ١ (٣٦ - ٣٠).

(٢) الخيارات / ٩.

الجواب عن الإشكال الأول

أولاً: أنه مناقض لما أفاده في جميع أبواب المعاملات من التمسك والاستدلال

بهذه الآية، نذكر موردين للاختصار:

١- تمسكه بها في أول باب البيع في مسألة ما لو كان الثمن حقاً؛ فإنه ناقش في صدق البيع على هذه المعاملة؛ لأنصراف البيع عن صورة جعل الثمن حقاً، ولكن تمسك لصحتها وإفادتها الملكية بعموم آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾؛ لصدق العقد والعهد عليها.

ثم قال: ودعوى انصرافها إلى العقود المتعارفة كعقد البيع والإجارة والصلح، فلا تشمل العقد الذي لا يكون مصداقاً لواحد منها.

مدفوعة: بأن هذا الانصراف بدوي ناشئ من أنس الذهن بهذه العقود، نظير أنس الذهن بغلبة الوجود، والمراد في الآية مطلق العقود، متعارفة كانت أو غير متعارفة. (١)

٢- تمسكه لصحة المعاطة بهذه الآية. (٢)

وثانياً: أنه مردود حلاً؛ فإن كل عقد عهد كما هو المستفاد من كتب اللغة، بل هو المسلم به عندهم؛ فإنهم وإن ذكروا العقد مستقلاً عن العهد، فذكروا العقد في مقابل الحل، والعهد في مقابل النقض والغدر، إلا أن أعيان اللغويين صرّحوا باتحادهما ولكن مصداقاً لا مفهوماً، فيقولون: عقدت البيع والحبيل والعهد فانعقد.

والوجه فيه: أن العقد تارة يطلق على الالتزام المربوط بالتزام آخر، والعهد يطلق على العهد الإنسائي كالعهد في قبال النذر واليمين. فعلى هذا التقدير بيان كل

(١) كتاب البيع ١/١٥.

(٢) كتاب البيع ١/٤٠.

واحد منها الآخر؛ لأن العهد من الإيقاعات، والإيقاعات قسيمة للعقود، وأخرى يطلق العقد على الالتزام بأمر وإن لم يكن مربوطاً بالتزام آخر، مثل عقدتم الأيمان، فعلى هذا التقدير كل عقد عهد مصداقاً؛ لأن العهد التزام وكل عاقد معهده بما عقد، فإن كان مراد المحقق الحائز قسماً نفي العهد عن العقد عرفاً مطلقاً فهو من نوع؛ لأن العرف يرى كل عقد عهداً مصداقاً، ويدل عليه الكتاب العزيز بمقتضى الصحيحه المذكورة.

وبعبارة أخرى: إنه خلط بين المفهوم والمصدق؛ فإن مفاهيم العاملات السوقية في مرحلة الإنشاء مفاهيم خاصة تختلف بحسبها، فالبيع مفهوماً هو التملك، أو تبديل طرف الإضافة، ومفهوم الصلح التسالم، والهبة إنشاء التملك المجاني، ولكن أخذ في جميعها الالتزام بالمتصلق، بمعنى أن البائع يتلزم بأن المال مال المشتري، وأن من أوقع الصلح يتلزم بما تسلم عليه الطرفان، فجميع العاملات هي من جهة عرفية عهود مصداقاً لا مفهوماً، وما نريده من ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ مصدق العهد وإن لم يكن عهداً مفهوماً.

والدليل القطعي على ذلك: أنه لا شك في أن جميع الالتزامات المتعلقة بالأفعال مشمولة للاية بتفسير صحيحة ابن سنان^(١)، والحال أنه لم يؤخذ في مفهوم النذر العهد، ولكنه مصدق للعهد، وجميع الشروط مصاديق للعهد مع أنه لم ينشأ فيها العهد، فإذاً جميع هذه المشاكل مصاديق للعهد، فإنكار كون العاملات السوقية عهوداً من نوع، بل جميعها عهود مصداقاً وإن لم تكن كذلك مفهوماً^(٢).

(١) تفسير القمي / ١ / ١٦٠.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب / ١ / ٩٥-٩٢.

الوجه الثاني والثالث: قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(١)

وقوله ﷺ: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُم﴾^(٢)

استدل الشيخ الأعظم^(٣) على اللزوم بالأيتين بنسق واحد.

تقرير استدلاله: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾ «دللت على حلية جميع التصرفات المترتبة

على البيع، لأن ذلك هو معنى تحليل البيع، وبها أنها مطلقة وغير مقيدة بخصوص التصرفات الواقعية قبل فسخ أحد المتابعين فلا محالة تشمل التصرفات الواقعية بعد رجوع أحد هما، ومن حلية التصرفات حينئذ يستكشف أن المعاملة لازمة، إذ لو كانت جائزة وتنفسخ برجوع أحد هما فلا يكون وجه حلية التصرفات لأن ملك الغير برجوعه في البيع.

استدل قدس^ش أيضاً بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُم﴾^(٤) وذكر في وجه الاستدلال ما نقلناه عنه في الآية المتقدمة وملخصه: أن التجارة سبب حلية التصرفات مطلقاً ولو كانت بعد رجوع أحد المتابعين، ومنه يستكشف أن البيع لازم كما ذكرناه في الآية المتقدمة^(٥).

إشكال الشيخ الأعظم^(٦) على الاستدلال بالأيتين

التمسك بالاطلاق إنما يصح في القيود والحالات السابقة على الحكم وأما القيود الطارئة على الحكم والمتأخرة عنه فإطلاقه لا يوجب رفعها لتأخرها عنه، والمقام

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) سورة النساء / ٢٩.

(٣) راجع المكاسب / ٥ / ١٩.

(٤) سورة النساء / ٢٩.

(٥) التنقیح في شرح المکاسب، الخیارات / ٣٨ / ٢٧.

(٦) راجع المکاسب / ٥ / ١٩، هامش ٦.

من قبيل الثاني لا الأول فلا يجري الاطلاق. بتوسيع: «إنّ اطلاق دليل الحكم إنما يتعرض لوجود الحكم عند وجود الموضوع، فيكون ناظراً إلى خصوصيات وحالات موضوع الحكم ومتعلقه، فيفيد في الشك في أحدها، بإطلاق (أكرم العلماء) مثلاً إنما يكون ناظراً إلى حالات العالم من العدالة والفسق وشبههما، ولا يتعرض إلى حالي وجود الحكم وعدمه فضلاً عن حالة رفعه، فلا يمكن أن يكون مطلقاً بالنسبة إليها، وبما أن محل الكلام هو الشك في تأثير الفسخ الذي هو رافع حلية التصرفات المترتبة على البيع فلا يكون الدليل مطلقاً بالنسبة إلى حالة وجود الفسخ حتى يفيد في هذا الشك وينفي به تأثير الفسخ، فلا يتم التمسك بإطلاق ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾؛ لأنّه يستلزم تعرض دليل الحكم لما هو رافع له أعني الفسخ، وهذا اللازم مستحبّ؛ لأن رافع الحكم يقع في مرتبة متأخرة عنه؛ فإنه لابد أن يوجد الحكم أولاً ثم تصل النوبة إلى رفعه، فيستحبّ أن يتعرض له الدليل الذي هو في مرتبة متقدمة عليه؛ إذ لا يتعرض الدليل لما هو في مرتبة متأخرة عن الحكم. ولا يرد هذا الإشكال على آية الوفاء؛ لأن الموضوع فيها ﴿الْعُقُود﴾ بالمعنى المصدري، فيكفي مجرد حدوثه لترتيب الحكم بوجوب الوفاء بمقتضى الالتزام إلى الأبد، فيتمسّك فيها بالإطلاق»^(١).

وبعبارة أخرى: «يمكنا حمل كلام الشيخ رحمه الله على ما كان يدور على ألسنة بعض الأعلام - ولعله مما يذكره الشيخ في مبحث الخيارات - من أن التمسك بالاطلاق مع الشك في الرافع ممتنع، وذلك لأن الرافع في مرحلة متأخرة عن وجود الشيء إذ الرفع يتعلق بما هو موجود. وعليه، فاطلاق الحكم الذي يتکفل إثبات وجوده في جميع موارد الشك لا يمكن أن يشمل مورد الشك في رفعه، لأن الاطلاق إذا كان بلحاظ نفي

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٠٠ / ١.

الرافع يلزم أن يلاحظ الشيء في مرحلة سابقة عليه، إذ وجود الحكم أسبق رتبة من رافعه والاطلاق يتکفل وجود الحكم كما عرفت، فللحاظ الرافعية في هذا المقام يستلزم ملاحظتها في مرحلة سابقة عليها، وامتناعه من الواضحات. ومن هنا كان اطلاق الحكم غير مجید في رفع الشك في رافعه، إذ ليس الاطلاق بلحاظ النفي الرافع.

ولا يخفى أن هذا الوجه يختص بالآيتين، لأن الفسخ - على تقدير تأثيره - يرفع ما يثبت بها مباشرة وهو جواز التصرف بجميع أنحاء التصرف. وليس كذلك بالنسبة إلى آية الوفاء، لأن المراد بالوفاء ههنا هو العمل بها التزم به والفسخ على تقدير تأثيره يرفع ما التزم به وهو النقل والانتقال، فهو لا يرفع حكم الآية مباشرة بل يرفع موضوعه فيرتفع الحكم. فنسبة الفسخ ليست نسبة الرافع لحكم المطلق. فلاحظ.

وهذا المطلب سمعناه من بعض الأعلام قدس سرهm ويختصر بالذهن إنه متسبوب إلى الشيخ قيس^١ ولا يحضرنا فعلاً أنه موجود في كتاب المكاسب، وإن كنا نتحمل ذلك قوياً، ولعله من العلم المخزون في الصدور المتناقل على الألسنة.

وعلى أي حال، فهو غير تام وذلك لأن المقصود التمسك بالاطلاق من دون لحاظ المشكوك بوصف الرافعية، بل بلحاظ ذاته وهي غير مترتبة على وجود الحكم. فإذا ثبت الحكم - بواسطة الإطلاق - عند وجود ما يشك في رافعيته بملحوظة ذاته، كشف ذلك عن عدم كونه رافعاً. فيقال مثلاً عند قول: «فسخت» يشك في وجود الحكم ومقتضى الإطلاق ثبوته حينذاك، فيعلم أنه ليس رافعاً، فالمشار إليه ذات قول «فسخت» لا بيا هو مشكوك الرافعية كي يقال إن ذلك متاخر عن أصل وجود الحكم»^(١).

ولكن الانصاف: إجمال عبارة الشيخ الأعظم «ولا يمكن حمله على إشكال كون

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ٤١ / ١.

موارد الفسخ من موارد الشبهة المصداقية للمطلق، إذ كان يمكنه التعبير بذلك لتعارفه وتداوله. هذا مع عدم اختصاص الاشكال المذبور بالأيتين الأخيرتين، بل يشمل الأولى أيضاً كما عرفت.

وقد حمل المحقق الاصفهاني حَفَظَهُ اللَّهُ كلام الشيخ قَدِيسُهُ هذا على إرادة مطلب دقيق فقال: «بل التحقيق اختصاص الآيتين بخصوصية إفادة الحالية والاباحة دون غيرهما حتى المستثنى منه في آية التجارة عن تراض، والاباحة غالباً من باب الاقتضاء دون الأحكام الطلبية حتمية كانت أو غير حتمية فإنها عن اقتضاء لزومي أو غير لزومي، وكما أن لا اقتضائية الموضوع بذاته لا تنافي وجود المقتضي لخلافه ولا تزاحمه ثبوتاً، فكذا الإطلاق المنبعث عن لا اقتضائية الموضوع بذاته لا يندفع الشك في المقتضي لضده مثلاً بل لا اقتضائية الموضوع المستبعة للحلية محفوظة مع وجود المقتضي المستدعي للحرمة ولأجل تكفل الآيتين للاباحة دون سائر الآيات والروايات فلذا خص الاشكال بها، فتدبره فإنه حقيق به^(١)^(٢).

تنبيه فيه تكرار

هذا الاشكال لا يجري في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ ولكن يجري في الآيتين الأخيرتين، لأنّ الحكم في ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ إنما ثبت فيها للعقد بالمعنى المصدري - كما ذكرنا سابقاً وقلنا إنّ العقد بحدوده موضوع للحكم بوجوب الوفاء - والفسخ على تقدير تأثيره لا يرفع العقد بالمعنى المصدري لأنّه حدث ولا يمكن رفعه، وإنما يرفع العاقدة التي هي العقد بمعنى الاسم المصدري، وبما أنّ العقد لا يمكن رفعه فلا مانع من التمسك باطلاق الحكم الثابت عليه عند الشك في بقائه وارتفاعه. وهذا بخلافه

(١) حاشية المكاسب ٤/٣٩.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٤٠.

في الآيتين الأخيرتين فإن الفسخ على تقدير تأثيره يرفع الحلية الثابتة للبيع ومع الشك في بقائهما لا يمكن التمسك بالاطلاق، هذا^(١).

اعتراض المحقق الخراساني على اطلاق الشيخ الأعظم وجوابه
 اعترض المحقق الخراساني رحمه الله بعدم وجود الاطلاق في قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقال: «فلا اطلاق فيها حيث أنها في مقام بيان امضاء المنع والردع عن الربا»^(٢).

توضيح كلامه: الآية الشريفة في مقام بيان نفي المثالثة بين البيع والربا وأن الأول مضى والثاني مردوع عنه، يعني البيع حلال وليس كالربا في الحرمة ولا اطلاق في هذه الحلية.

وكذا ذهب الخراساني إلى عدم وجود الاطلاق في قوله تعالى: ﴿تَجَرَّأَ عَن تَرَاضٍ﴾ وقال: «إن الاطلاق مسوق لبيان التصرف عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالتجارة، لا لبيان أنها [التجارة] سبب لها [أي حلية الأكل] على كل حال وعلى كل كيفية كما لا يخفى»^(٣).

وكذا السيد اليزدي^(٤) لا يرى اطلاقاً لهاتين الآيتين.

وتبعهما المحقق الحائر^(٥) وقال: «وأَنَّ آيَةً: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الْرِبَا﴾^(٥). فهو في مقابل ما قالوا في مقام استيحاشهم: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الْرِبَا﴾^(٦) فقال:

(١) منية الطالب ٣/١٢؛ التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/٢٨.

(٢) حاشية المکاسب ١٤٧.

(٣) حاشية المکاسب ١٤٧.

(٤) حاشية المکاسب ٢/٣٧٥.

(٥) سورة النساء ٢٩/٢٩.

(٦) سورة النساء ٢٩/٢٩.

كيف يتمثلان والحال أنَّ الله أحلَّ البيع وحرَّم الربا؟ فليس المقام إلَّا مقام تقابل الطبيعتين في الحكم ولا يصحُّ أخذ الإطلاق من هذا المقام كما هو واضح^(١).

وقال أيضًا في عدم وجود الإطلاق في الآيتين: «أئمَّها بمقام الإهمال نظير قول القائل في مقام الردع عن المساعدة في معالجة المرض: لا تسامح واشرب الدواء. فهنا أيضًا في مقام الردع عن الأكل بالباطل أرشد إلى التجارة عن تراض، فكما لا يمكن أخذ الإطلاق من قول القائل في المثال: «اشرب الدواء» كذلك في المقام من قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْرِةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢).

وبعدهم السيد الروحاني عليه السلام **وقال:** «الآية الكريمة ليست في مقام بيان حلية البيع وموضوعها، كي يتمسك باطلاقها في نفي الشك في دخالة شيء في تحقق الحكم. بل هي في مقام بيان التفريق بين البيع والربا في أن البيع حلال والربا حرام لا أكثر، فلا يمكننا التمسك باطلاق الحلية في نفي الشك في بعض القيود.

فهو نظير قول الطيب للمرتضى بأن البنسلين مضر والأسبرين نافع في مقام الرد على المريض الذي قال للطبيب إنها نافعان معاً، فهل يصح للمرتضى أن يتمسك بقول الطيب: «الأسبرين نافع» فيثبت نفعه في جميع الحالات وبجميع المقادير، وغير ذلك.

ونظير ما لو كان المتكلم في مقام بيان الفرق بين العالم والجاهل وعدم المساواة بينهما بأن العالم يجب احترامه والجاهل لا يجب. فإنه لا يمكننا التمسك باطلاق العالم في إثبات الحكم له ولو كان فاسقا، إذ ليس ذلك من قبيل: «يجب احترام العالم» الوارد في مقام بيان الحكم وموضوعه.

(١) الخيارات / ٩، تأليف شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي قدس سره.

(٢) الخيارات / ٩، تأليف شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي قدس سره.

وهذا الاشكال متين جداً ولا نعرف له جواباً، وإن كان يخطر في الذهن أن المحقق الاصفهاني رحمه الله تصدى إلى الجواب عنه في الجزء الأول من حاشيته ولكن الجواب غير صحيح -والكتاب لا يحضرنا فعلاً - . فالتفت وتدبر»^(١).

ويرد عليهم: أولاً: إن «اطلاقات الكتاب [﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾] لو كانت واردة في مقام بيان أصل التشريع لما صح أن يتمسك بأي إطلاق فيه ويتم ما أرادوه، ولكن هذا لم ينفي منع قطعاً؛ لأن مقتضى أصالة البيان صحة التمسك بإطلاق الآيات.

نعم، لابد من الفحص عن المانع.

وأصدق شاهد على ذلك روايات الترجيح في باب التعارض الآمرة بالأخذ بما وافق الكتاب^(٢)؛ فإن الموافقة والمخالفة إنما تكون مع إطلاقات الكتاب؛ إذ المخالف لنص الكتاب لا مقتضي لحجته في نفسه ولو مع عدم المعارض، بمقتضى قوله عليه السلام: «ما لم يوافق من الحديث القرآن فهو زخرف»^(٣)، «وكل حديث لا يوافق كتاب الله فهو زخرف»^(٤)، «وما جاءكم يخالف كتاب الله فلم أقله»^(٥)، «وإذا جاءك الحديثان المختلفان فقسهما على كتاب الله وأحاديثنا، فإن أشبهها فهو حق، وإن لم يشبهها فهو باطل»^(٦).

و [ثانياً]: قوله تعالى في الآية: **﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الْرِّبَا﴾** لا يمنع من التمسك بإطلاق: **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحْرَمَ الْرِّبَا﴾**؛ فإن الثانية لإفادة أمرتين: نفي

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧/٢٧، ح ١٠٦، ح ١، مقبولة عمر بن حنظلة و ٢٧/٢٧، ح ١٠٩، ح ١٠٩، معتبرة السكوني، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧/٢٧، ح ١١٠، ح ١٢، خبر أیوب بن راشد.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧/١١١، ح ١٤، صحيحة أیوب بن الحر.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧/١١١، ح ١٥، صحيحة هشام بن الحكم وغيره.

(٦) وسائل الشيعة ٢٧/٤٨٣، ح ١٢٣، مرسلة المحسن بن الجهم.

قول من قال: بأنها البيع مثل الربا، وإثبات أن البيع حلال دون الربا، فهي لإفادة الحكم في مقام بيان العمل، وما يكون كذلك لا يمكن أن لا يكون مطلقاً.

[وثالثاً]: أن الإمام عليه السلام استدل في الرواية الصحيحة بهذه الآية على صحة بيع المضطر ما يوجب القطع بإفادتها الإطلاق، ففي الوسائل عن الشيخ الصدوق قدس يأسناده عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «جعلت فداك، إن الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام وهو من الربا، قال: وهل رأيت أحداً يشتري - غنياً أو فقيراً - إلا من ضرورة؟! يا عمر، قد أحل الله البيع وحرم الربا، فاربّح ولا تربّه»^(١).

الدعاوي الثلاث للسيد الخوئي قدس حول الآيتين ونقدّها

الدعوى الأولى: الآيات لا دلالة لها على اللزوم

قال المحقق الخوئي قدس: «فالوجه فيها بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أنّ الحلّية إنّما رتبّت على نفس البيع، كما أنّ الحرمة رتبّت على نفس الربا لا على التصرفات، وعليه فلا يخلو المراد من الحلّية من أحد احتيالات ثلاثة: [١] فإنّما أن يراد منها الحلّية التكليفية وهي الجواز والترخيص. [٢] وإنّما أن يراد منها الحلّية الوضعية. [٣] وإنّما أن يراد منها الجامع بين الحلّية التكليفية والحلّية الوضعية.

[١] فإنّ أريد منها الحلّية التكليفية، فمعنى الآية أنّ الله سبحانه رخص في البيع في مقابل الربا حيث حرّمه فمرتكب الربا مرتكب لأمر محّرم دون مرتكب البيع لأنّه أمر رخص فيه الشارع ولو كان البيع فاسداً أيضاً لأنّه ليس من المحّرمات الشرعية، ومن المعلوم أنّ الترخيص في البيع وتجویزه لا ربط له بلزوم البيع وعدمه ولا دلالة فيه

(١) وسائل الشيعة ٤٤٧ / ١٧، ح ١، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، صحيحة عمر بن يزيد.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٠١ / ١ و ١٠٢ .

على أن هذا الأمر المرخص فيه لازم ولا ينفع بالفسخ، وهذا ظاهر.

[٢] وإن أريد منها الخلية الوضعية، فمعنى الآية أن البيع نافذ وصحيح في مقابل الربا فإنه باطل وفاسد، ولا دلالة فيها على أن البيع لازم أو غير لازم وإنما تقتضي الحكم بصحته ونفوذه، وأماماً أنه بعد صحته وتأثيره لا يرتفع بالفسخ أو يرتفع فهو مما لا يستفاد من الآية الشريفة.

[٣] وإن أريد منها الجامع بين الخلتين كما هو ليس بعيد، لأن تقسيم الخلية إلى الوضعية والتکلیفیة إنما حدث بين الفقهاء والأصوليين وإلا فالخلية إنما هي في مقابل العقدة، فالبيع حلال أي أنه مفتوح السبيل وليس بمغلق الباب. وهذا المعنى يشمل الترخيص بحسب التکلیف والوضع، بمعنى أن التصرف في البيع بایجاده وترتيب الأثر عليه مفتوح السبيل ولا مانع منه في مقابل الربا الذي هو مغلق الباب ومنع منه بجميع أنحاء التصرف فيه بایجاده أو بترتيب الأثر عليه، وعلى ذلك أيضاً لا يستفاد منها اللزوم بعد الانعقاد والصحة.

وأماماً بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿إِلَّا أَن تَكُورُوا تَجْرِيَ عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ فلأن الآية المذكورة تدل على أن أكل أموال الناس بالأسباب الباطلة حرام، وأماماً أكلها بسبب التجارة عن تراضٍ فهو جائز وغير محظوظ، ومن المعلوم أن المراد بالأكل ليس هو الإزداد والأكل في مقابل الشرب وإنما لا اختصت الآية بقليل من كثير من الأموال لأن نسبة المأكل من الأموال إلى غير المأكل منها كنسبة القطرة إلى البحر كالأراضي والأملاك والألبسة والحيوانات غير مأكولة اللحم، بل إنما المراد بالأكل هو التصرف في المال كما هو شائع في الاستعمال حيث يقال إن فلاناً أكل مالي أو داري، وعليه فالتصرف في الأموال بسبب التجارة عن تراضٍ جائز وهذا أي ربط له بلزوم المعاملة

والبيع وعدم انفساخها، وهذا ظاهر^(١).

ولكن يرد عليها: أن الدعوى على مبني الشيخ الأعظم^(٢) وهو الخلية التكليفية لا تتم «والسبب في ذلك - مع أن الحل تعلق بالبيع بحسب الظاهر» هو وجود قرائن في المقام:

منها: أن مبني الشيخ قدّس عَزَّل عدم قابلية الحكم الوضعي للجعل بالاستقلال، والنفوذ حكم وضعی.

ومنها: أنها تعلقت بالمعاملة، فالظاهر منها بيان النفوذ والتأثير؛ إذ هو المطلوب في المعاملات غالباً.

ومنها: أن إرادة الخلية التكليفية بعيدة جداً؛ فإن البيع بمعنى إنشاء الملكية بالعرض لا تتوهم حرمته التكليفية حتى تتعلق به الخلية، فيكون المراد منها الخلية الوضعية.

فللهذه القرائن ذهب قدّس إلى أن متعلق الخلية هي التصرفات المترتبة ويتزع منها صحة البيع، ومن إطلاق الخلية لما بعد الفسخ يتزع المزوم، فلا يرد الإشكال عليه مع حفظ مبناه.

ثم إن استدلال الشيخ قدّس بالإطلاق يتم حتى على مبني الخلية الوضعية للبيع بمعنى النفوذ والصحة؛ وذلك لأنها تستلزم حلية التصرفات المترتبة عليه، والنسبة بينهما نسبة المزوم واللازم، والموضوع والحكم، ويستحيل انفكاكهما، فلا يعقل الحكم بنفوذ البيع دون حلية التصرفات المترتبة عليه، فنفس جعل الخلية الوضعية للبيع يلازم جعل حلية التصرفات، ومع هذا التقريب يتم استدلال الشيخ قدّس أيضاً

(١) التتفيق في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٢٩ و ٣٠؛ مصباح الفقاہة ٦/٣٠.

(٢) راجع المكاسب ٥/١٩.

ويستفاد اللزوم من الإطلاق؛ فإن الإهمال بالنسبة إلى حلية التصرفات غير معقول، والتقييد منتف، فيتعين الإطلاق، وإطلاق حلية التصرفات لما بعد الفسخ يقتضي اللزوم.

فتحصل مما تقدم أن استدلال الشيخ ^ت على مبناه تام، بل ضروري، كما يتم الاستدلال على مبني الحلية الوضعية أيضاً^(١).

وحيث لا تتم الدعوى على مبني الحلية التكليفية والحلية الوضعية فلا تتم على مبني الجامع بين الحلتين أيضاً.

وحيث لا تتم بالنسبة إلى آية البيع كذا لا تتم بالنسبة إلى آية التجارة بنفس البيان.

الدعوى الثانية: عدم تمامية إشكال الشيخ الأعظم على التمسك بإطلاق الآيتين على فرض دلالتها على اللزوم

ذهب المحقق الخوئي ^ت إلى أنّ الوجه في عدم تمامية إشكال الشيخ الأنصاري ^ت على اطلاق الآيتين: «أنّ التمسك باطلاق الحكم حتى في رفع احتمال عدمه والقول بأنّ الحكم ثابت حتى على تقدير ارتفاعه وعدمه وإن كان أمراً غير معقول ولا معنى للتمسك بالاطلاق عند الشك في ارتفاعه وإنما يتمسك بالاطلاق عند الشك في قيد من قيود الموضوع، إلا أنّ الغرض في المقام ليس هو التمسك بالاطلاق كذلك، وإنما يراد التمسك باطلاق الحكم بالحلية عند الشك في بقائهما بعد صدور فعل من الأفعال الخارجية من المشتري أو البائع وهو الفسخ والرجوع، بمعنى أنّا نشك في أنّ الله تعالى هل جعل الحلية إلى أن يفسخ أحدهما أو أنه جعلها إلى يوم القيمة ولو مع فسخ أحدهما، وهذا شك في إطلاق الحكم من حيث فعل المتابعين،

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب / ١٠٤ .

ولا مانع من التمسك بالإطلاق بالإضافة إليه كما لا مانع من تقييد الحكم به بأن يقال إنما يحلّ البيع أو التصرفات إلى أن يصدر الفسخ من أحدهما ولا يتربّ عليه أيّ محذور، فكما لا مانع من تقييده به فلا مانع من إطلاقه بالإضافة إليه وجعل الخلية إلى الأبد ولو مع صدور هذا الفعل من أحدهما، فهذه المناقشة غير واردة من أساسها^(١). ولكن يرد عليها: الكبرى الواردة في كلام السيد الخوئي قدس سره - وهي: عدم إمكان إطلاق أي حكم بالنسبة إلى رافعه - مسلمة حتّى عند المستشكل [الشيخ الأعظم] فيستحيل أن يقال: تحل جميع التصرفات المترتبة على البيع، أو جد الرافع لهذه الخلية أم لم يوجد؛ فإن الحكم يرتفع على تقدير وجود المزيل له، فلا يعقل وجوده مع وجود المزيل، فلا بحث من جهة الكبرى، وإنما البحث في تطبيقها على الصغرى، فهل ما نحن فيه صغرى لتلك الكبرى أو لا؟

وفي الجواب نقول: إن فرض الكلام أننا نشك في تأثير الفسخ؛ فإنه هو مورد البحث في أصالة اللزوم؛ فإننا لو أحرزنا كون الفسخ مؤثراً أو كونه غير مؤثر لما كانت هناك حاجة إلى البحث في أصالة اللزوم، وحيث إننا نشك في المقام في تأثير الفسخ وعدمه فنتحمل بالوجдан مؤثراته، فإن كان مؤثراً كان رافعاً للحكم فلا يمكن الإطلاق بالنسبة إليه، وإن لم يكن مؤثراً لم يكن رافعاً له فيمكن الإطلاق، فالشك في مؤثرية الفسخ وعدمها شك في إمكان الإطلاق وعدمه، فيكون التمسك بالإطلاق حينئذ من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لإمكان ذلك الدليل، والتمسك بأي دليل فرع إثراز إمكانه.

وبعبارة أخرى: إن معنى إطلاق الحكم ليس شيئاً آخر غير وجود الحكم، غاية الأمر أن أصل الحكم هو أصل وجوده، وإطلاقه هي سعة وجوده، فالبحث في أن

(١) التقييم في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨ / ٣٠؛ مصباح الفقاہة ٦ / ٣٦.

دائرة الحكم مضيق أو موسعة، ولكن بما أن الحكم يتعلق بالموضوع فهو يدور مداره سعة وضيقاً، فما يتطلبه الفقيه عبارة عن معرفة وجود الحكم هنا وعدم وجوده، والإطلاق إنما هو ليتضح وجود الحكم في المورد، والشيخ قدّس سرّه يقول بأن الحكم يستحيل وجوده في ظرف وجود الرافع، والإطلاق عبارة عن سعة دائرة الحكم ليشمل هذا المورد أيضاً، فإذاً (أكرم العلماء) معناه سعة الحكم ليشمل العادل والفاسق، ولكن حقيقة الأمر أن الحكم يتکفل لوجود نفسه عند وجود متعلقه وموضوعه، والرافع له ليس متعلقاً له ولا موضوعاً، وعليه فيندفع إشكال السيد الخوئي قدّس سرّه؛ لأنّه إذا كان الفسخ مؤثراً واقعاً فالإطلاق بالنسبة إلى حالة وجوده غير ممكن لعدم إمكان الإطلاق بالنسبة لرافع الحكم، ولكن بما أنا نشك في مؤثرية الفسخ وعدمها ونحتمل كونه مؤثراً يكون التمسك بالإطلاق من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لإمكان الدليل»^(١).

الدعوى الثالثة: إشكال الشيخ الأعظم على تقدير تمامته لا يختص بالأيتين ويجرّي في آية «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» أيضاً

ذهب السيد الخوئي قدّس سرّه إلى أنّ إشكال الشيخ الأعظم على تقدير صحته يرد على آية «أَوْفُوا» أيضاً والوجه فيها ظاهر «لأنّنا إذا أغمضنا النظر عما ذكرناه في وجه الدعوى الثانية وبنينا على أنّ التمسك بالإطلاق عند الشك في الفسخ أيضاً غير صحيح، فهذا يأتي في التمسك باطلاق الأمر بالوفاء بالعقود أيضاً، لأنّ الحكم وإن رتب فيها على العقد بمعناه المصدري، والفسخ إنما يتعلق بالعقدة الحاصلة من المصدر إلا أنّ العقدة إذا فسخت فلا محالة يرتفع وجوب الوفاء بالعقد ولو بمعناه المصدري، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد بعد فسخ المعاملة.

(١) بغية الراغب في مباني المكافئات ١٠٦/١.

وعليه فالشك في نفوذ الفسخ يرجع إلى الشك في وجوب الوفاء بالعقد وترتيب الآثار عليه، وقد بنينا على أن التمسك بطلاق الحكم بالوفاء حتى على تقدير ارتفاعه وشموله لصورة عدم نفسه غير معقول، هذا»^(١).

ويرد عليها: عدم تمامية هذا الإشكال على الشيخ الأعظم رحمه الله: لأنّه صرّح بأنّ موضوع الأثر في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ هو حدوث العقد، أي صرف وجود التعهد من أيّ متعهد، فمتي تحقق العقد وجب العمل بمقتضاه إلى الأبد، فلو فسخ فيما بعد فإن ﴿أَوْفُوا﴾ تلزم من الأول بالعمل بمقتضى العقد الحادث وترتيب الأثر عليه، فلا يرد الإشكال في هذه الآية؛ لأن التمسك بها ليس من التمسك بطلاق الحكم بالنسبة إلى رافعه، فالسالبة هنا متنافية بانتفاء موضوعها؛ إذ نفس الأمر بالوفاء بمجرد حدوث العقد ينفي أثر الفسخ لو حصل في ما بعد، فهو من قبيل ما لو قال المولى: إذا قلت قوله أباً فابق عليه إلى الأبد، فإذا أنشأت قوله ثم جئت بعد مدة ورفعت اليدي عن قوله فإنها لا ترتفع، ولا يقبل مني، وللآخر الاحتجاج علىّ بأن القول صدر منك فيجب ترتيب الأثر على مجرد صدوره إلى الأبد»^(٢).

استدل آخر على اللزوم بالأياتين في كلام المحقق الخوئي قدس سره

قال قدس سره: «ويمكن الاستدلال بالأياتين على اللزوم بوجه آخر: وهو أنّ البيع عبارة عن الالتزام بملكية المثمن للمشتري وملكية الثمن للبائع، وهذا الالتزام لو لم يفيّد بالخيار مطلقاً بالإضافة إلى الزمان، فإنه قد التزم بالملكية إلى يوم القيمة لا إلى زمان دون زمان، كما أنه مطلقاً بالإضافة إلى الزماني وهو الفسخ، ومعناه أنّ التزمت بالملكية مطلقاً سواء رجعت عن التزامي وهو الفسخ أم لم أرجع، وأنّ الالتزام غير

(١) التبيّن في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨ / ٣١؛ مصباح الفقاهة ٦ / ٣٧.

(٢) بغية راغب ١ / ١٠٨.

مقيد بعدم الرجوع فيه وغير م وقت إلى زمان الرجوع. كما أنّ معنى جعل الخيار في البيع أنّ الالتزام بالملكية والبيع مقيد بعدم الرجوع فإذا رجعت فالمملک لي، ولا معنى للخيار إلّا ذلك، ولا محظوظ فيه إلّاأخذ الحكم في موضوع نفسه، وقد تقدّم الجواب عنه في بحث أخذ قصد القرابة في موضوع الحكم.

وعلى الجملة: لا محظوظ في الالتزام بالملكية مطلقاً سواء رجع عن التزامه أم لم يرجع فيه، فيكون جعل الخيار في البيع موجباً لتضييق دائرة الالتزام، لأنّه على تقدير عدم جعله يلتزم بالبيع والملكية سواء رجع عن التزامه بعد ذلك أم لم يرجع نظير من أودع عند أحد مالاً وأوصاه بعدم رده إلّيه ولو مع مطالبته المال بنفسه.

وإذا اتّضح هذا فنقول: إنّ مقتضى الآيتين كما عرفت عبارة عن إمضاء المعاملة وما تعاقدا عليه، فإن كان العقد وما تعاقدا عليه التزاماً مقيداً بعدم رجوعه عن التزامه فيمضيها الشارع على نحو الجواز، وإن لم تكن المعاملة والالتزام مقيداً بذلك بل مطلقاً من حيث رجوعه وعدمه فلا محالة يمضيها الشارع على نحو الاطلاق وأنه ملك للمشتري أو البائع مطلقاً، سواء رجع أحدهما عن التزامه أم لم يرجع وبعد ذلك - أي بعد التزامه على نحو الاطلاق - إذا رجع فلا يمكن للشارع إمساء ذلك الفسخ لأنّه يؤدّي إلى التناقض كما هو ظاهر، لأنّ المفروض أنه أمسأها على نحو الاطلاق، ومعناه أنّ المتن ملك للمشتري سواء رجع البائع عن التزامه أم لم يرجع ومعه فلا يعقل أن يمضي الشارع فسخ البائع، لأنّ معناه أنه ملك للبائع عند الرجوع، وهذا لا يحيط به.

وبالجملة: أنّ الآيتين تدللان على أنّ الشارع يمضي المعاملة حسبما أوقعها المتعاقدان، والمفروض أنهما أوقعها على نحو يكون الالتزام مطلقاً ولا يحصل الانفساخ بالفسخ وهو معنى اللزوم. وقد ذكروا نظير ذلك في باب الوكالة وأنه إذا اشترط التوكيل في ضمن عقد على نحو لا يعزل الوكيل بالعزل فثبتت له الوكالة

المطلقة ولا تزول برجوع الموكّل عن التوكيل، وإن لم نرتضى بذلك في الوكالة فراجع^(١).

فذلك القول في الآيتين

فذلك القول في المقام «أن آتيتِ الحل والتجارة عن تراضٍ تدلان على لزوم العاملة وعدم نفوذ الفسخ أيضاً».

ووجه الدلاله: أن الآيتين ونحوهما من الآيات ليست تأسيسية، بل هي إمضاء لما عند العرف والعقلاء، فإن حلية البيع ونفوذه أمر عقلائي وقد أمضاه الشارع، وإمضاؤه للأمور العقلانية يتم بأحد نحويين: بعدم الردع، وبالدليل المثبت للإمضاء، وموردننا من قبيل القسم الثاني، وعند ما تكون الآية إمضاء لما عند العقلاء فالملاحظ ما عندهم، وما لا شك فيه أن البيع نافذ عند العقلاء، سواء ألحقه فسخ من أحد الطرفين أم لا؛ فإن الفسخ من أحد الطرفين غير مؤثر ما لم يكن في البيع ما يوجب حق الفسخ كالشرط المصحّ به، والشرط الضمني كعدم العيب والغبن، وعليه فيما أن الآيتين إمضاء لما عند العقلاء فهما تدلان على عدم تأثير الفسخ إلا في موارد ثبوت حق الفسخ، فهما تدلان على المدعى أعني اللزوم^(٢).

وهذا قام الكلام في آتي البيع والتجارة والحمد لله على السلامة.

الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾^(٣)

بتقريره: «إن الآية دلت على حرمة أكل المال بما يسمى باطلًا عرفاً، وليس منه موارد الخيارات الإمضائية كخيار الشرط والعيب والغبن؛ فإنها ليست باطلًا عندهم،

(١) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/٣١-٣٣؛ مصباح الفقاہة ٦/٣٨ و ٣٩.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٠٨.

(٣) سورة البقرة / ١٨٨.

وأما ما رخص الشارع فيه - كأكل المارة من ثمر الأشجار التي يمر بها، وكأخذ الشريك بالشفعة، والخيارات الشرعية التأسيسية ك الخيار المجلس والحيوان - فهو وإن كان باطلًا عندهم إلا أن ترخيصه يكشف عن عدم كونه من الباطل، فما قام على جوازه الدليل الشرعي يخرج عن كونه باطلًا؛ إذا جواز يكشف عن حق للمجاز له متعلق بالعين، وما لم يقم على جوازه الدليل يكون باطلًا عرفاً، وبما أنه لم يقم على جواز الفسخ في غير ما ذكر دليل شرعى فهو باطل عرفاً ومتعلق للنهاي، والنهاي هنا يدل على الفساد بلا إشكال؛ لأن تملك مال الغير بالطريق الباطل عرفاً غير مؤثر قطعاً، فتدل الآية على عدم تأثير الفسخ ولزوم المعاملة^(١)«^(٢)».

اشكالان للسيد اليزدي على الشيخ ونقدهما

قال المحقق اليزدي رحمه الله: «على هذا التقريب يشكل الاستدلال؛ إذ من المعلوم أنه لابد من احراز الموضوع في التمسك بالعموم والاطلاق، ومع فرض كون الإذن الشرعي كافياً عن عدم كونه باطلًا، فمع الشك في الإذن - بسبب الفسخ - يشك في صدق الباطل؛ فلا يمكن التمسك، وصدق الباطل عرفاً لا يكفي بعد فرض تصرف الشارع فيه؛ إذ الموضوع ليس الباطل العرفي»^(٣).

مضافاً إلى عدم إمكان «أن يجعل النهي عن الأكل إرشاداً إلى الفساد، لأنّه بالنسبة إلى سائر التصرفات حرام تكليفي، فلا يمكن حمله على بيان الوضع بالنسبة إلى خصوص الفسخ»^(٤).

ولكن يمكن أن يجاب عن إشكاله الأول: «أن الآية في مقام بيان البطلان شرعاً،

(١) راجع المكاسب ٥/٢٠.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٠٩.

(٣) حاشية المكاسب ٢/٣٧٥.

(٤) حاشية المكاسب ٢/٣٧٦.

فلا معنى لأنّه في الموضوع. فلابدّ من فرض المستثنى منه معنى يشمل المستثنى في حد نفسه. فيقال: إن المراد بالآية: «إنه لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلّا التجارة عن تراضٍ»، فيكون قوله بالباطل بمنزلة تعليل الحكم العام وبيان أن كل وجه باطل.

والاستعمالات العرفية على ذلك كثيرة، ففي مقام نهي عن مطلق الكلام لتأديبه منه بقول المولى لعبدة: «لا تتكلّم بما يؤذيني» فإنّه في مقام النهي عن كلّ كلام لا في مقام تفصيل الكلام إلى ما يؤذى وما لا يؤذى، ونحو ذلك كثير.

وإذا ثبت أن المراد بالآية الشريفة هذا المعنى ظهرت دلالتها على اللزوم بوضوح، فإن الفسخ يدخل في عموم المستثنى منه لأنّه ليس تجارة عن تراضٍ، فيحرم أكل المال بسببه^(١).

وعن إشكاله الثاني: «أنّ ما أفاده تام لو لم نقل بأن الأكل في الآية كناية عن التملك، كأن يكون المراد من ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ النهي عن التصرفات جميعها التكوينية والاعتبارية، وأما إذا كان الأكل في الآية كناية عن التملك - كما هو الحق - فلا يتم هذا الكلام؛ إذ تخرج التصرفات التكوينية كالأكل واللبس ونحوهما تخصصاً حينئذ، والاستدلال مبني على المعنى الثاني وهو المستعمل في الإطلاقات العرفية؛ فإنّهم يقولون: فلان أكل مال الآخر مع أن المقصود من ماله المأكول قطعة أرض وهي غير قابلة للأكل بمعنى الازدراد، فإضافة الأكل إلى المال في مثل هذه الموارد كناية عن التملك، فيكون النهي فيها وضعياً لا تكليفيّاً^(٢).

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٤٤.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١ / ١٢٠.

اشكالات للمحقق النائيني على الشيخ ودفعها

قال المحقق النائيني رحمه الله: «تقرير الاستدلال بعقد المستثنى منه يتوقف - بعد الفراغ عن كون المراد من الأكل فيه هو التملّك لا الاذداد - على أن يكون المراد بالباطل هو ما يسمى باطلًا عرفاً، وأن يكون العرف مع الشك في أنّ بالفسخ يمكن التملّك أم لا حاكماً بالبطلان.

وبعبارة أخرى يتوقف الاستدلال على أمرين:

الأول: أن يكون نظر العرف متبعاً في تعين المصدق.

الثاني: أن يكون حاكماً بأنّ ما لم يعلم كون الفسخ سبباً للتسلّك أن يكون التسلّك باطلًا.

وكلاهما ممنوعان، **أما الأول:** فلأنّ نظرهم متبع في تعين المفاهيم لا المصادر، إلا أن يكون تعين المصادر راجعاً إلى تعين المفهوم.

وأما الثاني: فلعدم حكمهم في مورد الشك في كون شيء سبباً ملكاً بعدم كونه ملكاً وباطلاً، لشكّهم في السبب فكيف يحكمون بعدم المسبّب»^(١).

توضيح الاشكالين: **أولهما:** أن العرف مرجع في تحديد المفاهيم لا المصادر إلا في ما يرجع إلى تحديد المفهوم، والشيخ قد رجع في المقام إلى العرف في تحديد المصادر؛ فإنه لا شك في مفهوم الباطل عرفاً، وإنما الشك في كون الفسخ منه أو لا.

ثانيهما: سلمنا بأن العرف مرجع في تحديد المصادر أيضاً إلا أنه إنما يكون مرجعاً فيما لم يشك في حصول المسبّب من المعين، وأما مع شكه في حصوله منه فليس بمرجع حيثته؛ إذ الفرض أنه نفسه يشك في حصول المسبّب من هنا السبب، فكيف يكون مرجعاً في تعينه؟! وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن العرف

(١) منية الطالب . ١٢ / ٣

يشك في كون هذا الفسخ موجباً لانحلال العقد أو لا، فلا يكون مرجعاً حينئذ حتى لو قلنا بأنه مرجع في تحديد المصدق؛ لأنه نفسه يشك في تتحققه بهذا السبب»^(١).

وقد أورد على أولئك: «لو كان للشارع تحديد خاص لموضوع حكمه لكان عليه بيانه؛ إذ مع إلقاء اللفظ إلى العرف واستفادتهم منه معنى عندهم سيعملون بحسب فهمهم له، فإذا كان ما عندهم غير الذي يريد الشارع ولم يبيّنه لزم نقض الغرض والإغراء بالجهل، فمقتضى عدم نقض الغرض وعدم الإغراء بالجهل أن يبين الشارع حدود الموضوع الذي يريد».

هذا هو الملاك في المسألة، ولا يخفى تأثيره في ما نحن فيه وإن لم يكن العرف مرجعاً في تحديد المصدق، ونظر الشيخ فتى إلى هذا الملاك بتوضيح منا.

وكون العرف مرجعاً في تحديد المفاهيم لا المصاديق صحيح، فإذا كان موضوع الحكم الشرعي هو الموضوع العرفي فالمرجع في تحديد مفهومه العرف، وبعد تحديده ينبغي الدقة في تطبيقه على المصاديق، فيرجع إلى العقل في تطبيقه، وأما العرف لا يرجع إليه؛ لأنه غالباً ما يتسامح في تشخيص المصدق وتطبيق المفهوم عليه.

إذا اتضحت هذه القاعدة فتطبيقاتها على ما نحن فيه بهذا النحو: أن الحكم تعلق بموضوع واقعي وهو عنوان **«الْبَاطِلٌ»** فقال تعالى: **«وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»**، والخطاب موجه إلى العرف العام، والمفروض أن الشارع لم يبيّن المراد من **«الْبَاطِلٌ»**، فلو كان مراده منه غير المعنى العرفي لكان توجيه الخطاب إلى العرف بدون بيانه لغواً؛ لأن المفروض أنه لم يبيّن المراد، وأن المعنى العرفي غير مراد.

وعليه ففي مثل هذا المورد يكون نفس الملاك القاضي بأن العرف مرجع في تحديد المفاهيم قاضياً بأن العرف مرجع في تعين المراد من الباطل، فمراد الشيخ فتى أن

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٣/١.

كل مورد يجعل فيه العنوان موضوعاً للحكم الشرعي فهو يحتاج إلى بيان الشارع، وعدم بيانه له إمضاء لما عند العرف في تحديد المفهوم وفي تعينه.

وهذه القاعدة هي - بطبيعة الحال - إنما تكون في الموارد التي تلزم فيها اللغوية من الخطاب لو لا الأخذ بما عند العرف مثل ما نحن فيه. وبهذا يندفع الإشكال الأول للمحقق النائي(١).

وقد أورد على ثانيهما: «هذا خلط بين الشك من ناحية الشارع والشك من ناحية العرف.

توضيح ذلك: إننا نشك في موثرية الفسخ وعدمهما، فإن كان الشك من ناحية العرف - بمعنى أن العرف يشك في كون الفسخ مؤثراً وعدمه - فإشكال المحقق النائي قدّر وارد، ولكن الأمر ليس كذلك؛ فإن الشك إنما هو من ناحية الشارع، بمعنى أنا نشك هل الفسخ مؤثر عند الشارع أو لا؟ وأما العرف فلا شك عندهم أصلاً؛ إذ لا أحد منهم يشك في كون الفسخ باطلًا إذا كانت المعاملة غير مشتملة على عيب ولا غبن ولا شرط خيار للفاسخ، فالمشكوك هو تحقق المسبب من هذا السبب شرعاً لا عرفاً؛ فإن العرف لا يشكون في عدم تتحققه منه، وعندهم يقين ببطلان الفسخ الحاصل من دون موجباته العرفية.

وعليه يندفع الإشكال الثاني للمحقق النائي وقدّر ويتم من هذه الجهة تقرير الشيخ قدّر للاستدلال بعقد المستثنى منه»(٢).

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٤/١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٦/١.

**تنبيه: استدلال المحقق النائيي بمجموع المستثنى
والمستثنى منه على بطلان الفسخ**

استدل المحقق النائيي ^{تقرير} بمجموع المستثنى والمستثنى منه على بطلان الفسخ
وعدم نفوذه وبالتالي لزوم البيع:

بतقریب: «أنَّ المولى سبحانه وتعالى نهى عن تملك الأموال بالباطل، واستثنى من ذلك بالاستثناء المنقطع التملك بالتجارة عن تراضٍ؛ لأنَّها ليست من الباطل ومحكمة بخلافه، فهي خارجة عنه موضوعاً وحكماً، وإخراجها عنه موضوعاً ليس كخروج الحمار عن القوم تكويناً، بل نفس الدليل هنا ناظر إلى خروجهما، فيكون المعنى أنَ التملك بغير التجارة عن تراضٍ داخل في أكل المال بالباطل، والتملك بالفسخ ليس تملكاً بها، فيكون داخلاً في التملك بالباطل، فالاستدلال بمجموع المستثنى والمستثنى منه (١) (٢).

ويلاحظ عليه: «أنَ الاستدلال يتوقف على الانحصار، وهو - بناء على أنَ الاستثناء منقطع - يتوقف على مؤونة زائدة... ، ومضمون الآية بناء على الاستثناء المنقطع يكون بهذا النحو تقريراً: لا تتملكوا أموالكم بينكم بالباطل، لكن تملكونها بالتجارة عن تراضٍ، والتنتيجـة من ذلك أنَ الآية لا تنفي الغير، وحيثـنـذـ يكون الحكم ببطلان الفسخ بلا دليل» (٣).

مناقشة المحقق الخوئي في استدلال الشيخ الأعظم وملاحظاتها
قال السيد الخوئي: «الاستدلال بها (بالآية الشرفـة) على اللزوم يتوقف على

(١) راجع منية الطالب ١٣/٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٧/١.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٧/١.

أمير يزن:

أحدهما: أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي وأنّ كل تصرّف عُدّ في العرف باطلًا حرام إلّا أن يدلّ دليل شرعي على جوازه وعدم كونه من الباطل، وهذا كما في حق المارة والشفعية ونحوهما لأنّهما باطلان عرفاً لو لم يدل عليهما دليل شرعي.

وثانيهما: أنّ فسخ أحدهما وتصرّفه في المال من دون رضا الآخر من الباطل عرفاً، وبعد ضمّ أحد هذين الأمرين إلى الآخر نبت أنّ الفسخ والتصرّف في المال باطل وحرام ولا يكون نافذاً لا محالة، هذا.

ولكن للمناقشة في الأمرين مجال

و [أمّا الأوّل فـ] ذلك لعدم الدليل على أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي، لأنّ الألفاظ موضوعة للمعنى النفس الأممية والواقعية لا للمعنى المقيدة بما يراه العرف، نعم رؤية العرف ونظره طريق إلى الواقع فيما إذا أمضها الشارع لا أنها جزء للمعنى، وعليه فالمراد بالباطل الواقعي في مقابل الحق والثابت، وبهذا المعنى صح قول الشاعر: ألا كل شيء ما خلا الله باطل لعدم ثبوت غيره تعالى وأنّ غيره من الأشياء زائل تالف وليس بحق بل الحق هو الله جل شأنه، ومعه فلا يمكن الاستدلال بالآية في المقام لأنّ نشك في أنّ الفسخ والتصرف في المال باطل واقعاً أو حق، ومع الشك في ذلك لا يصح التمسك بالعام لأنّ الشبهة مصداقية^(١)... وأمّا بناءً على أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي كما ادعاه شيخنا الأنصاري^(٢) فحييند إن قلنا بأنّ الموارد الخارجة عن النهي خارجة عن عنوان الباطل العرفي بالتفصيص - بمعنى أنّ مثل حُق المازّة والشفعنة والخيار من الباطل العرفي حقيقة إلّا أنّ الشارع

(١) التنقح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٣٣؛ مصباح الفقاہة ٦/٤٠.

٢٠ / المكاسب (٢)

خصّصها وأخرجها عن حكم الحرمة مع كونها داخلة في الموضوع - فلا مانع من التمسك بعموم **﴿لَا تَأْكُلُوا﴾** الخ لاثبات عدم جواز الفسخ وعدم نفوذه، لأنّه باطل عرفاً ولم يرد مخصوص يخرجه عن الحكم، وهذا ظاهر.

وأمّا إذا قلنا بأنّ موارد ترخيص الشارع خارجة عن الباطل العرفي حقيقة كما ذكره شيخنا الانصاري رحمه الله فلا يصح التمسك بالعموم لاثبات عدم تأثير الفسخ، وذلك لأنّ الموضوع للحكم حينئذ ليس هو الباطل العرفي بمجرده بل الباطل العرفي بقيد أن لا يرخص فيه الشارع، وإلا فهو مع ترخيصه ليس من الباطل الموضوع للحكم، وصدق هذا العنوان المقيد بعدم ترخيص الشارع على الفسخ غير معلوم، إذ نحتمل أنّ الشارع رخص فيه كما تحتمل عدمه، فنشك في أنّ الفسخ هل هو من أفراد الموضوع للحكم أو من غيرها، ومع الشك في الموضوع لا مجال للتمسك بالعموم»^(١).

ولكن يمكن أن يلاحظ عليه:

الملاحظة الأولى: «أن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية بلا إشكال كما أفاده المحقق الخوئي أيضاً، ولكن بما أن الشارع وضع الأحكام على هذه الموضوعات، وخطابه مطلقاً - التأسيسي منه والإمضائي - كان موجهاً للعرف العام، فإن لم يكن مراده ما عند العرف لزمه البيان وإنما تلزم اللغوية من خطابه؛ إذ لا فائدة من كلامه في حال عدم إرادته ما عند العرف وعدم بيانه لمراده.

وعليه فالمراد من الموضوع في الحكم هو الموضوع العرفي في حال عدم نصب قرينة على إرادة خلافه، وهذا المعنى هو ما أراده الشيخ رحمه الله من كون الباطل في الآية هو الباطل العرفي، ولم يقل إن الباطل موضوع للباطل العرفي حتى يرد عليه الإشكال

(١) التفقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٣٤؛ مصباح الفقاهة ٦/٤١.

الوارد في الكبرى، بل قال إن المراد به في الآية هو الباطل العربي، وبينهما فرق، وبيانه ما قدمناه، بمعنى أن الشارع أمضى في حال التطبيق ما عند العرف من معنى الباطل.
وبعبارة أخرى: إن الشارع جعل في هذه الموارد نظر العرف طريقاً إلى الواقع، وإلا ليين مراده»^(١).

الملاحظة الثانية: السيد الخوئي «ناقش في الصغرى من حيث احتمال أن يكون الفسخ عن حق فتكون الشبهة شبهة موضوعية للباطل العربي.

ويجاذب عنه: بأن الشبهة المتصورة في العرفيات إنما هي الشبهة المفهومية لا غير، بمعنى أنه ربما يشك في سعة وضيق دائرة معنى اللفظ عند العرف، ولذلك موارد، بل قال الشيخ ^{قدس} في أول مبحث الطهارة بحصول الشبهة المفهومية حتى في لفظ الماء الذي هو أوضح المفاهيم العرفية^(٢)، وأما من حيث المصدق فلا يشك العرف في صدق الباطل على الفسخ بدون الشرط والعيب والغبن، والشاهد على ذلك: أن الرجل لو باع متاعه ولم يكن فيه عيب ولا غبن ولم يشترط الخيار لنفسه ثم جاء بعد يومين أو عشرة أيام وقال بأني فسخت البيع فإن العرف وجميع العقلاء يلومونه على ذلك، ولو كان المورد من موارد الشبهة الموضوعية للباطل لما كان ملامته معنى، فإذا ذكر إن كان الباطل في الآية هو الباطل العربي فلا شبهة موضوعية في ما نحن فيه عندهم. نعم توجد شبهة مفهومية عند العرف ولكن لا ربط لها بالمقام.

والحاصل: أن ما يحصل عند العرف من الشبهة هي الشبهة المفهومية، وهي متنافية في المقام، وما نحن فيه من الشبهة هي الموضوعية، ولا وجود لها عند

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٢/١.

(٢) كتاب الطهارة ٦٧/١، ولم يصرح الشيخ ^{قدس} بذلك ولكنه مستفاد من عبارته حيث قال: «وهو من أوضح المفاهيم العرفية، إلا أن تعريف المصنف - كغيره - له بأنه: «ما يستحق إطلاق اسم الماء عليه من غير إضافة» لأجل الإشارة إلى امتياز أفراده من أفراد غيره عند الاشتباه».

العرف»^(١).

تبنيه: استدلال المحقق الحوئي بمجموع الآية الشريفة على بطلان الفسخ

قال السيد الحوئي ح: «نعم، يمكن التمسك الآية لاثبات اللزوم بمجموع المستثنى والمستثنى منه فإن الآية الشريفة في مقام حصر التملّك الشرعي بالتجارة عن تراضٍ، ومن الواضح جداً أن التملّك بالفسخ مع عدم رضى الآخر ليس منها فتدل على اللزوم»^(٢).

وبعبارة أخرى قال: «فالاستدلال بجملة المستثنى منه بمجردتها غير صحيح، نعم لو ضممت إلى جملة المستثنى فيستفاد من مجموعها اللزوم، لأن المركب منها يدل على حصر سبب حل التصرف والأكل بالتجارة عن تراضٍ، لأن الاستثناء من أدوات الحصر ومن الواضح أن الفسخ من دون رضا الآخر ليس من التجارة عن تراضٍ فلا يكون موجباً حل الأكل والتصرفات، هذا كله بناءً على أن المراد بالباطل هو الباطل الواقعي في مقابل الحق»^(٣).

وبعبارة ثالثة قال: «ولكن يمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر، بأن يقال: إن الاستثناء في المقام لابد وأن يكون مفرغاً، لما ذكرناه غير مرّة أن الاستثناء المنقطع مما لا معنى له إلا أن يرجع إلى المتصل، بأن يكون المستثنى منه مقدراً ويكون الاستثناء مفرغاً، وعلى هذا فالمستثنى منه في الآية محذوف، والدليل عليه هو التعليل في قوله «بالباطل» فكأنه قال تعالى: لا تأكلوا أموالكم بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا إذا كان السبب تجارة عن تراضٍ، فحصر تعالى أسباب جواز الأكل بالتجارة عن تراضٍ،

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٢/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٦/٤٠.

(٣) التقيق في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٣٤.

ومن الواضح أن الفسخ لا يكون تجارة، وعلى تقدير كونه تجارة فلا يكون عن تراض، فلا يكون سبباً مللاً لأكل مال الغير، إذ من الواضح أن الشمن قبل الفسخ كان مال البائع والمشنن كان للمشتري. وبهذا التقرير ثبت اللزوم بالأية الشرفية»^(١).

وقد اورد عليه: «أن الأصل في الاستثناء وإن كان هو المتصل؛ - لأن معنى الاستثناء هو الإخراج، وهو لا يكون إلا بعد كون المخرج داخلاً في المخرج منه، كاستثناء الرجل من القوم، بخلاف الاستثناء المنقطع؛ فإنه خلاف الأصل؛ إذ المستثنى غير داخل في المستثنى منه من أصل حتى يخرج، كاستثناء الحمار من القوم -.

ولكن الاستثناء المتصل في المقام يحتاج إلى تقدير جملة (بأي سبب من الأسباب)، وحمل كلمة **﴿بِالْبَطِلِ﴾** على كونه علة؛ ليكون المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينماكم بأي سبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض، والفسخ داخل في جملة (بأي سبب من الأسباب) وليس خارجاً عنها؛ لعدم كونه من التجارة عن تراض.

ومع حاجة الاستثناء المتصل إلى الحذف والتقدير وارتكاب المجاز يلزم أحد أمرین: إما أن يكون الرأيان متعارضين؛ لكون كل منها مخالفًا للأصل من جهة، ولا ترجح لأحدهما في البین، وإما أن ينعقد الظهور في الاستثناء المنقطع^(٢)، وعلى التقديرين يمتنع استدلال المحقق السيد الخوئي قدس؛ حاجته إلى الحذف والتقدير وارتكاب المجاز وكل ذلك خلاف الأصل.

إن قلت: إن الباء في الكلمة **﴿بِالْبَطِلِ﴾** للسببية؟

قلت: سلّمنا، ولكن ألا يحتاج إلى تقدير جملة (بأي سبب من الأسباب) حتى

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٤/١٩.

(٢) على ما تقدم في كتاب البيع.

يتم الاستثناء المتصل؟ فإنه لو لم تقدر لكان المعنى: لا تأكلوا أموالكم بینکم بالسبب الباطل، والتجارة ليست سبباً باطلًا، فيكون الاستثناء منقطعاً. فإذا ذكرت لكي يكون الاستثناء متصلةً لابد من تقدير هذه الجملة لتدخل فيه التجارة عن تراضٍ ثم تستثنى بالاستثناء المتصل، وهذا التقدير على خلاف الأصل، فاستدلاله على النزوم مبني على أمر فاسد»^(١).

إشكال الاستاذ المحقق مدظلله على الشيخ الأعظم

قال الاستاذ المحقق مدظلله: «ولكن يرد على الشيخ ^{فتوى} أن الاستدلال يتوقف على أن يكون مفاد الآية في عقد المستثنى منه هو كون النهي عن أكل المال بالسبب الباطل إرشاداً إلى البطلان، فالفسخ بدون ثبوت الحق عرفاً وعدم قيام الدليل شرعاً من التملك بالباطل العرفي فلا أثر له، ولكن مبني الشيخ ^{فتوى} أن الأحكام الوضعية غير م拘ولة بجعل مستقل، بل منتزة من الأحكام التكليفية، فلا بد - على هذا المبني - من حمل النهي على التكليف، ومدلول الآية حينئذ هو حرمة تملك أموال الناس بالباطل، ومن صغرياته التملك بالفسخ، وبناء على هذا تكون الآية دليلاً على صحة الفسخ ونفوذه؛ لأن النهي تكليفي، وهو لا يتعلّق إلّا بالمقدور، فعندما يتعلّق بالفسخ وحل العقد فلا بد أن يكون مقدوراً فيقع نافذاً.

فإما أن يرفع اليد عن مبناه من عدم جعل الأحكام الوضعية بالاستقلال، وإما أن يرفعها عن الاستدلال بالآية»^(٢).

تقريب صاحب المرتقى

عقد المستثنى منه بمفردها لا تقدر على اثبات النزوم في البيع وبطلان الفسخ

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١١٨/١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٢٠/١.

خلافاً للشيخ الأعظم، نعم إذا لحقتها عقد المستثنى مع ملاحظة الأمور التالية تقدراً على اثباته وبطلان الفسخ.

بतقریب: إن فرض كون المستثنى منه هو الباطل يجعل الاستثناء منقطعاً لأن التجارة عن تراضٍ ليست من أفراد الباطل بل تبانيه.

وفي صحة الاستثناء المنقطع الراجع إلى عدم دخول المستثنى في المستثنى منه نظير: «ما جاء القوم إلّا الحمار» بحث.

فقد يدعى صحته استشهاداً بهذا المثال ونحوه. ويلتزم فيها بأن: «إلّا» لم تستعمل بمعنى الالْخراج فإنه ممتنع في هذا المقام وإنما هي مستعملة في معنى الاستدراك بمعنى: «لكن».

ولكن استشكل فيه: بأنه لو صح استعمال: «إلّا» بمعنى: «لكن» لصح أن يقال: «ما جاء زيد إلّا عمرو» بدل: «ما جاء زيد لكن عمرو»، مع انه غلط بالضرورة، فيكشف ذلك عن أن: «إلّا» لا تستعمل إلّا في معنى الالْخراج والاستثناء.

وأما توهم كون الاستثناء فيه منقطعاً، ففي الحقيقة الاستثناء فيه متصل، ولم تستعمل: «إلّا» إلّا في معنى الالْخراج، ففي مثل: «ما جاء القوم إلّا حماراً» ليس المستثنى منه هو القوم فقط بل القوم مع توابعه وشُؤونه من دواب وغيرها، فيكون الحمار خارجاً حقيقة مما فرض كونه مستثنى منه. وما يستشهد على هذا المطلب أنه لا يصح أن يراد بالحمار غير حمار القوم.

وإذا ثبت ما ذكر، فلا يمكن أن يفرض كون المراد من الباطل في الآية الباطل العرفي، لعدم صحة الاستثناء منه. ولا الشرعي، لذلك ولعدم معرفته وتشخيصه، بل هو يتبع من ثبوت الأحكام وعدمهها.

وبتعبير آخر: أن الآية في مقام بيان البطلان شرعاً، فلا معنى لأنذه في الموضوع. فلابد من فرض المستثنى منه معنى يشمل المستثنى في حد نفسه. فيقال: إن

المراد بالآية: «إنه لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلّا التجارة عن تراضٍ»، فيكون قوله بالباطل بمنزلة تعليل الحكم العام وبيان أن كل وجه باطل... . وإذا ثبت أن المراد بالآية الشريفة هذا المعنى ظهرت دلالتها على اللزوم بوضوح، فإن الفسخ يدخل في عموم المستثنى منه لأنّه ليس تجارة عن تراضٍ، فيحرم أكل المال بسببه^(١).

يرد عليه: هذا التقريب بيان آخر لما ذكره استاذ صاحب المرتقى السيد الخوئي فيرد عليه ما اوردناه على استاذه قدس سرهما.

فذلك القول في المقام

قد ذكرنا في أول الكتاب^(٢) أن الاستثناء في آية سورة النساء^(٣) «منقطع ينظر المتكلم إلى العقدين، يعني المستثنى والمستثنى منه، فهو من هذه الجهة في مقام البيان، فالآية الشريفة مطلقة بالنسبة إلى صحة تجارة وقعت عن تراضٍ»^(٤).

وأنّ المراد بالأكل التصرفات التي يقوم بها الملّاك، والمراد بالباطل الباطل عرفاً عند العقلاء والمراد بالنهي هو الحكم الوضعي أي الفساد وحيث أنّ الفسخ لم يدخل في عنوان المستثنى ﴿تَحِرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فيدخل في عنوان المستثنى منه وهو الأكل بالباطل فيحكم بفساد الفسخ بل يمكن أن يستفاد الحكم باللزوم من العقد المستثنى منه من دون الاحتياج إلى المستثنى فيمكن القول بدلاله آية سورة البقرة^(٥) على بطلان الفسخ والقول بلزوم البيع، والله سبحانه هو العالم.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات /١٤٣ و ٤٤ .

(٢) الآراء الفقهية ١/١٣ .

(٣) سورة النساء / ٢٩ .

(٤) الآراء الفقهية ١/١٣ .

(٥) سورة البقرة ١/١٨٩ .

الوجه الخامس: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدَ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْعُولاً﴾

بتقرير: «إن تعهد الأمر الاعتباري لا أثر له إلا تعهد ترتيب الآثار عليه، لأنّه متقوّم بها أو متزعّع عنها على أقوى الوجهين، ومن آثار الملكية عدم الانتقال إلى الغير من دون تسبب من صاحبها، فكلّ منها قد تعهّداً ذلك ومقتضى وجوب الوفاء: حرمة الفسخ وحرمة ترتيب الأثر عليه بعده، لأنّه خلاف ما تعوهـد عليه من عدم الانتقال إلى الغير بلا تسبب من مالكه، ولا ريب أنّ حرمة ما ذكر ليس إلا من باب وجوب الوفاء بتعهّد كلّ منها على بقاء ملكيّة المال لصاحبـه، فيجب عليه عدم الفسخ وعدم التصرّف بعده من باب حفظ التعهّد على بقائه على ملك مالـكه، وهذا يدلّ على عدم نفوذ الفسخ وليس مفادـه حرمة التصرّفات وحرمة الفسخ ولو مع تأثير الفسخ. فإنّ الوفاء الواجب هو عدم الفسخ وعدم التصرّف من باب عدم حصول الفسخ لا الأعمّ منه ومن غيره، فإنّ عدم جواز التصرّف في المال بالفسخ وبعده إذا كان مقرـوناً مع نفوذـ الفسخ غير مربـوط بما تعوهـد عليه من الوفاء، ففهمـ وتأملـ»^(١).

أقول: الكلام حول هذه الآية بعينـه هو الكلام حول قوله تعالى ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُود﴾^(٢) فلا نصيلـ به البحثـ.

ولكن يمكنـ تأييـدها وتأكيـدها بعدـة من الرواياتـ:

منها: صحيحـة أبي حمـزة عنـ أبي جعـفر^{عليـه السلامـ} قالـ: وجدـنا فيـ كتابـ

رسـولـ اللهـ^{صلـوة اللهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـسـلـيـلـهـ}: ... وإـذا نـقضـوا العـهـدـ سـلـطـ اللهـ عـلـيـهـ عـدـوـهـمـ، الحـدـيثـ.^(٣)

وـمنـهاـ: ما رـواـهـ الكـلينـيـ بـإـسنـادـهـ إـلـىـ أمـيرـ المؤـمنـينـ^{عليـهـ السـلامـ} أـنـهـ قـالـ فـيـ صـفـةـ المـوـمـنـ: ...

(١) ابغـاءـ الفـضـيـلـةـ فـيـ شـرـحـ الوـسـيـلـةـ ٥٧/٢.

(٢) سـورـةـ المـائـدـةـ ١.

(٣) الكـافـيـ ٤/١١٩ـ، حـ ٢ـ (٣٧٤/٢ـ) وـنـقلـتـ عـنـهـ فـيـ كـاتـبـيـ مـوسـوعـةـ أحـادـيـثـ أـهـلـ الـبـيـتـ^{عليـهـ السـلامـ} ٧/٣٤٦ـ، حـ ١ـ.

حالص الْوَدُّ وثيق العهد وفي العقد، الحديث.^(١)

ومنها: ما ورد بسند معتبر في العهد الأستر التخعي عن أمير المؤمنين عليه السلام: ... وإن عَقَدْتَ بِيْنَكَ وَبَيْنَ عَدُوِّكَ عَقْدًا أَوْ أَلْبَسْتَهُ مِنْكَ ذِمَّةً فَحُطِّعْتَ عَهْدَكَ بِالْوَفَاءِ وَارَعْتَ ذِمَّتَكَ بِالْأَمَانَةِ وَاجْعَلْتَ نَفْسَكَ جُنَاحًا دونَ مَا أُعْطِيْتَ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ شَيْءٌ أَشَدُّ عَلَيْهِ إِجْتِمَاعًا مَعَ تَفْرِقَ أَهْوَائِهِمْ وَتَشَتَّتَ آرَائِهِمْ مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْعُهُودِ وَقَدْ لَزَمَ ذَلِكَ الْمُشْرِكُونَ فِيهَا بَيْنَهُمْ دونَ الْمُسْلِمِينَ لَمَا اسْتَوْبَلُوا مِنْ عَوَاقِبِ الْغَدَرِ فَلَا تَغْدِرْنَ بِذِمَّتِكَ وَلَا تَخْيِسْنَ بِعَهْدِكَ وَلَا تَخْتَلِنَ عَدُوِّكَ إِنَّهُ لَا يَجْتَرِيْءُ عَلَى اللَّهِ إِلَّا جَاهِلٌ شَقِّيْ.

وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ عَهْدَهُ وَذِمَّتَهُ أَمْنًا أَفْضَاهُ بَيْنَ الْعَبَادِ بِرَحْمَتِهِ وَحْرِبِيًّا يَسْكُنُونَ إِلَى مَنْعِهِ وَيَسْتَفِيضُونَ إِلَى جَوَارِهِ فَلَا إِدْغَالٌ وَلَا مُدَالَسَةٌ وَلَا خِدَاعٌ فِيهِ وَلَا تَعْقِدْ عَقْدًا تُجَوَّزُ فِيهِ الْعَلَلُ وَلَا تُعَوِّلَنَّ عَلَى حَكْمٍ قُولِيًّا بَعْدَ التَّأْكِيدِ وَالتَّوْثِيقَةِ. وَلَا يَدْعُونَكَ ضَيْقًا أَمْرًا، لَزِمَكَ فِيهِ عَهْدُ اللَّهِ إِلَى طَلْبِ اِنْفِسَاخِهِ بِغَيْرِ الْحَقِّ إِنَّ صَبْرَكَ عَلَى ضَيْقِ أَمْرٍ تَرْجُو اِنْفِرَاجِهِ وَفَضْلَ عَاقِبَتِهِ خَيْرٌ مِنْ غَدْرِ تَحْافُ ثَبَّتَهُ وَأَنْ تَحْيِطَ بِكَ مِنَ اللَّهِ فِيهِ طِلْبَةً لَا تَسْتَقِيلُ فِيهَا دُنْيَاكَ وَلَا آخِرَتِكَ، الْعَهْدُ.^(٢)

الوجه السادس: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»

قال الشيخ الأعظم قدس: «وما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٣).

أقول: قد بحثنا عن هذه الرواية سندًا ومتناً ودلالة في بحث ملزمات

(١) الكافي ٣/٥٧٦، ح ١ (٢٢٨/٢) ونقلت عنه في كتابي موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام .٧/٣٥١، ح ٨.

(٢) نهج البلاغة، الكتاب ٥٣؛ ونقلت عنه في كتابي موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٧/٣٥٢، ح ١١.

(٣) المكاسب ٥/٢٠.

المعاطة^(١)، وأدلة لزومها تفصيلاً وقد قبلنا دلالتها على لزومها على القول بالملك وأجبنا عن إشكالات المحققين الحكيم والخوئي والأردكاني قدس سرهما حول دلالتها، فهذا الحديث بعين ما ذكرناه هناك وبطريق أولى يدل على لزوم البيع وبطلان الفسخ الإبتدائي بلا إشكال فراجع ما حررناه، والله العالم بالأحوال.

الوجه السابع: حديث السلطنة

وهو قوله عليه السلام: إن الناس مسلطون على أموالهم.^(٢)

ذكره الشيخ الأعظم في مواضع ثلاثة: «في الكلام عن صحة المعاطة ونفوذها، وفي الكلام عن لزومها، وفي هذا المقام.

وقد ذهب في المقام الأول^(٣) إلى عدم دلالتها على صحة المعاطة. وذهب إلى دلالتها على لزومها في المقام الثاني.^(٤) دلالتها على اللزوم مطلقاً في هذا المقام.^(٥) وقد يتخيل المنافاة بين هذين الاختيارين، فلابد من ملاحظة ما ذكره في المقام الأول ثم مقارنته بما يرتبط بالمقامين الآخرين.

فالذى ذكره في مقام نفي دلالة هذه الرواية على صحة المعاطة ونفوذها هو: أن الملحوظ فيه أنواع السلطنة، فعمومه باعتبارها، فيجدي فيما لو شك في ثبوت نوع من الأنواع للملك. أما مع العلم بثبوت نوع منها في حقه، كتمليك ماله للغير على حدّسائر التصرفات في المال، لكن شك في أن التملיך هل يحصل بمجرد التعاطي بدون

(١) راجع الآراء الفقهية ٤/١٢١-١١٦.

(٢) عوالي الالبي ١/٤٥٧، ح ١٩٨؛ ونقل عنه في بحار الأنوار ٢/٢٧٢ (٣٥٨/١).

(٣) حدود ٣/٤١.

(٤) المكاسب ٣/٨٦.

(٥) المكاسب ٥/٢٠.

لفظ أَم يَعْتَبِرُ الْلَّفْظُ، فَلَا نَظَرٌ لِلرِّوَايَةِ فِي إِثْبَاتِ ذَلِكَ»^(١).

تقريب استدلال الشيخ الأعظم هنا

استدلال الشيخ الأعظم^(٢) بحديث السلطنة على اللزوم في البيع وبطلان الفسخ الإبتدائي بتقريب: «أَنَّ الرِّوَايَةَ تَبْثِتُ السُّلْطَنَةَ الْمُطْلَقَةَ لِلْمَالِكِ عَلَىٰ أَمْوَالِهِ، وَتَنْفِي مَزَاحِمَ الْغَيْرِ لَهُ، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَخْذَهُ مِنْ يَدِهِ وَتَمْلِكَهُ مِنْ دُونِ رِضَاهِ، وَإِذَا بَنَى عَلَى جُوازِ الْفَسْخِ مِنْ طَرِفِ الْمُعَامِلَةِ الَّذِي اِنْتَقَلَ عَنْهُ الْمَالُ كَانَ ذَلِكَ تَقيِيداً لِسُلْطَنَةِ الْمَالِكِ الْمُطْلَقَةِ وَخَلَافاً لِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَالرِّوَايَةُ تَدلُّ عَلَى عدمِ جُوازِهِ، فَتَدلُّ عَلَى اللَّزُومِ».

وعلى هذا الأساس استدلال المحقق^(٣) في الشرائع^(٤) - ونحوه العلامة^(٥) في بعض كتبه - على عدم جواز رجوع المقرض في ما أقر به؛ إذ لو كان للمقرض حق الرجوع لتناف ذلك مع سلطنة المقرض على المال^(٦).

وبعبارة أخرى: إنَّ السُّلْطَنَةَ الْمُطْلَقَةَ لِلْمَالِكِ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ يَدُ الْغَيْرِ مَقْطُوْعَةً عَنْهُ.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات /١ ٤٨.

(٢) المكاسب ٢٠ /٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢/٦٨، قال: «الثالث: في أحکامه وهي مسائل: الأولى: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف؛ لأنَّ فرع الملك، فلا يكون مشروطاً به. وهل للمقرض ارجاعه؟ قيل: نعم ولو كره المفترض، وقيل: لا، وهو الأشباه، لأنَّ فائدة الملك تتسلط».

(٤) تذكرة الفقهاء ١٣/٤٤، مسألة ٤١: قال: «عندنا أن المستقرض يملك بالقبض، فليس للمقرض أن يرجع فيه مع بقائه في يد المستقرض بحاله - وهو أحد وجهي الشافعية - صيانة الملك، وله أن يؤدي حقه من موضع آخر؛ لانتقال الواجب إلى البدل من المثل أو القيمة».

(٥) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٢٥.

تفصيل المحقق النائي في المقام وإيراده

قال المحقق النائي نقشٌ: «لو قلنا بأنَّ ملك الفسخ والإقرار متعلق بالعين فمع الشك فيه يصح التمسك بإطلاق «الناس مسلطون» على عدم تأثير الفسخ، لأنَّ الفسخ ينافي عدم تسلط غير المالك على مال المالك.

وأمّا لو قلنا بأنَّ الفسخ يتعلق بالعقد، بمعنى أنَّ الخيار يبطل التبديل الواقع من العاقدين من دون إرجاعه العين ورجوع العين إنما هو أمر قهريٌّ يحصل بحل العقد، ففي مورد الشك لا يمكن التمسك بالإطلاق، لأنَّ الفسخ لا يرجع إلى تصرف غير مالك العين فيها.

وبالجملة لو قلنا بأنَّ الخيار متعلق بالعين فلازمه أنَّ من عليه الخيار لا يتمكّن من التصرف فيها، لمنافاته لتعلق حق الغير بها، ولازمه أيضاً عدم نفوذ الفسخ من لم يعلم ثبوت الخيار له.

وأمّا لو قلنا بأنَّه متعلق بالعقد فلازمه جواز تصرف من عليه الخيار، وعدم صحة التمسك بإطلاق «الناس مسلطون»^(١).

ويرد عليه: حديث السلطة يثبت السلطة المطلقة للملك الفعلي، وإطلاقه أي إطلاق الحديث لا إطلاق السلطة يستفاد منه أنَّ يد الغير مقطوعة في كل حين من الأحيان وهذا الإطلاق يجري قبل الفسخ الإبتدائي من المالك السابق وبعده وحيث تجري السلطة المطلقة بعد الفسخ أيضاً كما يجري قبل الفسخ فيستفاد منه بطلان الفسخ الإبتدائي ولزوم البيع.

هذا إذا استفينا الحكم من حديث السلطة وإطلاقه وأمّا إذا استفينا الحكم من القاعدة العقلية الواردة في سلطنة المالك على أموالهم حيث لا إطلاق لهذه القاعدة

(١) منية الطالب ٣/١٤.

العقلية وأئمّها دليل لبيّ فلابدّ من الاختصار على القدر المتيقن منها وهو جريان القاعدة قبل الفسخ وأمّا بعده فلا.

وحيث ذهينا إلى جبران ضعف سند حديث السلطة بعمل المشهور تمسكاً بجريان الإطلاق في هذه المقامات عند الأصحاب مع أنّ القاعدة العقلية ليست لها إطلاق فيتم الاستدلال والإيراد على المحقق النائي رحمه الله.

إشكال السيد الخوئي على الاستدلال

قال المحقق الخوئي رحمه الله: «لا يخفى أنّ الرواية ضعيفة السند ولا يمكن الاعتماد عليها كما ذكرناه في البيع وعلى تقدير تسلیم سندها لا دلالة لها على المزوم لأنّ معناها أنّ المالك مسلط على ماله وله التصرف فيه كيف ما شاء بأكله أو بيعه أو هبته وغير ذلك مما يوجب تلفه حكمًا أو حقيقة، وليس لأحد منعه عن التصرف فيه لأنّ المالك ليس محجوراً عليه في التصرف بماله.

وعلى الجملة: فمقتضى السلطة أن يتصرف في ماله بما شاء، ولا يستفاد منها أنّ غيره لا سلطنة له على المال ولا يتمكّن من التصرف فيه ببيعه ونحوه، اللهم إلا من باب مفهوم اللقب وأنّ مفهوم كون المالك مسلطًا على ماله عدم تسلط الغير عليه، ولكن مفهوم اللقب ليس بحجّة، وهذا نظير السلطة الثابتة للأب على مال ولده فإنّ ثبوت سلطنة الأب عليه لا يدل على عدم سلطنة الجد عليه، بل كلاهما مسلطان ولهم الولاية عليه.

وبالجملة: أنّ الرواية إنما تنفي حجر المالك عن التصرف في ماله، وأمّا أنّ غيره لا سلطنة له عليه فلا يستفاد منها بوجهه. هذا.

مع إمكان أن يقال: إنّ الرواية رتّبت سلطنة كل مالك على ماله بمقتضى الاضافة، والفسخ رافع لموضوع السلطة لأنّه يجب خروج المال عن كونه مال الغير وصيورته مال الفاسخ، ومن العلوم أنّ الرواية لا نظر فيها إلى ما يثبت موضوع

نفسها أو ينفيه، لأنّها تثبت السلطنة على فرض تحقّق موضوعها وهو كون الشيء مالاً لشخص، وأما أنّ هذا المال مال للفاسخ أو لغيره فليست الرواية ناظرة إلى ذلك كما هو الحال فيسائر القضايا الحقيقة. وعليه فلا منفاة بين نفوذ الفسخ وسلطنة كل مالك على ماله»^(١).

ويجابت عنه أولاً: قد مرّ^(٢) منا جبران ضعف سند الحديث بعمل المشهور. وثانياً: «الاستدلال لا يتنّي على اللقب، وإنما على دعوى الملازمات العرفية في أمثال هذه الموارد بين الدلالة على السلطنة المطلقة للملك وبين نفي سلطنة الغير؛ إذ من الطبيعي أن تنازع السلطنة المطلقة للملك مع سلطنة الغير على الفسخ وأخذ المال. وبعبارة أخرى: إن السلطنة المطلقة للملك لا تتحقق إلا إذا كانت يد الغير مقطوعة عنده»^(٣). كما مر آنفاً.

وثالثاً: نتمسّك بإطلاق حديث السلطنة وجريان السلطنة المطلقة قبل الفسخ وبعده ونحكم ببطلان الفسخ الإبتدائي كما مر آنفاً في الإيراد على المحقق النائي^(٤) وعلى إطلاق الحديث السلطنة المطلقة تنفي الفسخ بوضوح والله العالم.

الوجه الثامن: قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم

قد بحثنا حول هذه الرواية سندًا ومتناً ودلالة وتعرضنا لكلمات الأصحاب حولها في أدلة لزوم المعاطاة^(٤) ووافقنا هناك مع مقالة الشيخ الأعظم هنا في أول الخيارات فلذا الآن نتعرض لمقالته هنا فقط وتفصيل البحث موكول إلى ما حررته

(١) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات، ٣٨/٣٧؛ مصباح الفقاہة ٦/٤٣.

(٢) الآراء الفقهية ٤/١١٦.

(٣) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٢٦.

(٤) راجع الآراء الفقهية ٤/١٣٧-١٣٣.

هناك.

تقريب استدلال الشيخ الأعظم هنا: «إن المراد من الشرط في الحديث مطلق التعهد والالتزام ولو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، المستفاد من «عند شروطهم» عدم انفكاك المؤمن عن شرطه وتعهده، فعقد البيع شرط، ونفوذ الفسخ فيه مناف لهذا الالتزام المستفاد من هذه العندية، فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه»^(١).

ثم استشكل على هذا التقريب صغرى «أما من ناحية الصغرى: فلأن الشرط ليس هو عين الالتزام والتعهد، بل أخذ في مفهومه الربط بشيء آخر، أي الالتزام في ضمن التزم آخر كما يظهر من موارد استعماله مادة وهيئة - كما في مثل: شريطة - ومن كلمات اللغويين؛ حيث قالوا: الشرط هو التزام في ضمن البيع ونحوه، ويؤيده الارتكاز العرجي؛ فإنه يصح سلب الشرط عندهم عن البيع والصلاح ونحوهما من الالتزامات الابتدائية.

فإذا ثبت هذا المعنى فلا موضوع لهذا الدليل في المقام، وإن لم يثبت فلا أقل من إيجابه الشك، بمعنى أن كلمات اللغويين والمرتكز العقلائي يوجبان الشك في مفهوم الشرط، فهل هو مطلق الالتزام أو خصوص الالتزام المرتبط بالتزام آخر، ومع الشك في سعة المفهوم وضيقه يقتصر على القدر المتيقن، ويكون التمسك به في المقام من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية»^(٢).

وكذا يمكن الإشكال من ناحية الكبرى أيضاً: «بعد تسليم أن الشرط يشمل الالتزام الإبتدائي - فلأن غاية ما يدل عليه الحديث هو وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً؛ فإن المؤمن بمقتضى إيمانه يفي بشرطه ولا يختلف عنه، كما في قوله عليه السلام: «المؤمن عند

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٣٠.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٣٠.

عدته؟؛ فإنه لا يدل على أكثر من وجوب الالتزام بها وعد، وأين هذا مما نحن فيه، أعني الحكم الوضعي بعدم نفاذ الفسخ لو وقع؟! ولا ملازمة بين الحكم التكليفي بلزوم الوفاء بالشرط وبين الحكم الوضعي بعدم نفاذ الفسخ بأيٍّ نحوٍ من أنحاء الملازمات، لا العقلية ولا الشرعية ولا العرفية.
فالاستدلال بهذا الحديث ساقط موضوعاً وحكيماً^(١).

الوجه التاسع: الروايات الدالة على نفي الخيار بعد الانفصال
قد ذكرناها في الكتاب^(٢) في بحث أدلة لزوم المعاطة فلا نعيد هنا.
«تقريب الاستدلال بها: أن مقتضى إطلاق وجوب البيع بعد الانفصال هو وجوبه من جميع الجهات، ومقتضاه نفي نفاذ الفسخ وتأثيره وإلا لم يكن واجباً من جميع الجهات.

وأورد على هذا الاستدلال كل من المحقق الخراساني^{قدس} والمحقق الأصفهاني^{قدس} بما حاصله: إن هذا الوجوب وجوب حيوي، بمعنى أن البيع واجب من حيث خيار المجلس، وما كان كذلك لا يفيد نفي تأثير الفسخ مطلقاً، وما ينفعنا هو وجوب البيع من جميع الحيثيات لا من حيصة خاصة.

والشاهد على أن هذا الوجوب حيوي صدر الرواية أي «البيان بالختار ما لم يفترقا» فإنه دال على الخيار قبل الانفصال وهو خيار المجلس، فالمراد من: «إذا افترقا وجوب البيع» وجوبه من هذه الحيثية أي حيصة الاجتماع.

ويشهد لذلك أيضاً: أن أدلة خيار العيب والغبن وغيرهما لا تعتبر مخصصة لهذا الدليل، ولو كان وجوب البيع في هذا الدليل من جميع الحيثيات ل كانت تلك الأدلة

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٣١.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٤/١٢٧.

مخصصة له، فهذا كاشف عن عدم كون هذا الوجوب من جميع الحيثيات، وإنما هو من حيّثيَّة خيار المجلس فقط.^(١)

وأجاب عنه المحقق النائي^٢ بما ملخصه: أن مدلول «وجب البيع» في الرواية ليس هو وجوب البيع من حيث خيار المجلس، بل هو مطلق ولا دليل على تحيّثه بحِيَثيَّة خاصة، فإن الحيّثيَّة الخاصة قيد يحتاج إلى مؤونة زائدة ثبوتاً وبيان زائد إثباتاً وهما مفقودان، ومع عدم تقيده بحِيَثيَّة المجلس تتحكم أصلَّة الإطلاق، والالتزام بالتفصيص لا ضير فيه، فيقال: وجوب البيع إلَّا إذا كان الثمن أو المبيع معيناً، أو كان في البيع غبن.

هذا، ولكن ما يختلع بالبال أن كلام المحقق الخراساني^٢ مبني على مبناه في الأصول، أعني مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق؛ فإن صدر الرواية كان لبيان خيار المجلس، فيكون قدرًا متيقناً في مقام التخاطب بالنسبة إلى ذيلها، فيمنع من انعقاد الإطلاق في الذيل وهو: «إذا افترقا وجوب البيع» فلا يرد الإشكال على مثل المحقق الخراساني^٢ القائل بهذا المبني.

نعم، مقتضى القاعدة بالنسبة لمن لا يرى هذا المبني هو الأخذ بالإطلاق.

ثم إنه يأتي السؤال - على مبني عدم القدرة المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق - هل ينعقد الإطلاق في المقام أو لا؟ فهل يمكن أن نقول: بأنه إذا افترقا وجوب البيع من كل جهة - أي حتى لو كان الثمن أو المثلث معيناً، أو كان البائع أو المشتري مغبوناً، أو كان في البيع شرط - أو لا نحرز ذلك، ولا أقل من الشك في انعقاد الإطلاق في غير ناحية خيار المجلس؟

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني / ١٤٩؛ حاشية المحقق الاصفهاني / ٤٤.

(٢) منية الطالب / ٣ / ١٥.

وإذا وصل الأمر إلى الشك في الإطلاق فالاستدلال ساقط أيضاً.

ولكن الذي يبدو لنا - على القول بعدم مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق - : أنا لو خلّينا وجملة «إذا افترقا وجب البيع» فالإطلاق منصرف عن الشروط مطلقاً، بمعنى عدم الإطلاق في «وجب البيع» بالإضافة إلى ما لو شرط المتباعان الخيار قطعاً، وسيأتي في مبحث خيار العيب والغبن أن الأصل فيها هي الشروط العقلائية الارتكازية؛ فإن إقدام المعاملين على المعاملة مبني على أصالة السلامة من العيب في العوضين، وعلى التساوي بينهما في المالية، فوجود العيب فيها أو في أحدهما، وعدم التساوي في المالية بينهما تخلف عن الشرط الارتكازي.

وعليه فالحق: أن الرواية لا إطلاق فيها بالنسبة إلى الشروط مطلقاً سواء أكانت مصر حماً بها أم مرتكزة في الأذهان، وأما بالنسبة إلى غيرها فالإطلاق تام، والشاهد على ذلك: أنه لا شبّهة في إطلاق «وجب البيع» بالإضافة إلى ما لو كان المبيع حيواناً أو غير حيوان، ولو كان وجوب البيع من حيث خاص لما كان دليلاً خيار الحيوان مخصصاً له؛ لعدم الإطلاق من الأول.

وخلاصة الكلام: أنه لا إطلاق في الرواية على مبني مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق، وأما على مبني عدم مانعيته فلا إطلاق فيها بالإضافة إلى خيار العيب والغبن والشروط، ولا حاجة إلى الالتزام بخروجها بالشخص، وأما بالإضافة إلى ما عدا ذلك فالإطلاق محكم، فالاستدلال بهذه الأخبار على نفي تأثير الفسخ تام»^(١).

الوجه العاشر: رواية الصلح جائز

صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الصلح جائز بين

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٣٦-١٣٣.

(١) الناس.

ومرسلة الصدوق عن رسول الله ﷺ أنه قال: الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً^(٢).

بتقرير: «إنّ الظاهر منها خصوصاً الثاني منها أنّه بقصد إعطاء قاعدة كليّة لتنفيذ جميع ما يتضمنه الطرفان، سواء كان بعنوان الصلح أو لم يكن بالعنوان المذكور ولكن صدق عليه الصلح بالحمل الشائع، بل يدلّ على تنفيذ تصالح كلّ من صاحبي الحقّ على إيجاد المعاملة بسبب خاصّ لا يكون معروفاً عند غيرهما»^(٣).

وبالجملة: مقتضي شمولها لكلّ تسامم وتوافق بين المسلمين ولو لم يكن بمفهوم الصلح أو ما يشابهه من التسامم والتوفيق وغيرهما بل كان مصداقاً للصلح والتسامم والتوافق لعدم انقطاع المخاصة في ما هو المتيقن من صدق اللفظ الصلح وحينئذ أنّ جواز الصلح والحكم بنفوذه يرافقه اللزوم^(٤) ويحكم ببطلان الفسخ الإبتدائي.

الوجه الحادي عشر: خبر هذيل بن صدقة الطحان

خبر هذيل بن صدقة الطحان قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري المتع أو الثوب فينطلق به إلى منزله، ولم ينفذ شيئاً فيبدو له فيرده، هل ينبغي ذلك له؟ قال: لا إلّا أن تطيب نفس صاحبه.^(٥)

دلائلها على عدم جواز الفسخ الإبتدائي ولزوم البيع واضحة ولكن في سندتها ضعف بهذيل لأنّ ليس له إلّا هذه الرواية وأنّه مجهول إلّا على القول بكفاية رواية

(١) وسائل الشيعة ١٨/٤٤٣، ح ١، الباب ٣ من أبواب كتاب الصلح.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٤٤٣، ح ٢.

(٣) ابتعاء الفضيلة في شرح الوسيلة ٤١/٢.

(٤) راجع ابتعاء الفضيلة في شرح الوسيلة ٦٢/٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٧/٣٨٦، ح ٣، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة.

أصحاب الإجماع وهو عبدالله بن مسakan أو اعتبار روایات صفوان بن يحيى في ضمن المشايخ الثلاث وكلّاهم عندی غير تام كما بحثنا عنهم في ضمن بحوثنا الرجالية.

الوجه الثاني عشر: الاستصحاب

قد بحثنا عنه في أدلة لزوم المعاطة^(١) وأقول هنا في توضيح كلام الشيخ الأعظم^(٢) أنّ تقرّيب الاستدلال بالاستصحاب يكون بوجهين:

«الوجه الأول»: استصحاببقاء نفس العقد؛ فإن العقد بمعنى الالتزام المربوط بالتزام آخر - كالالتزام كل من الطرفين بتملك الآخر في قبال العوض في البيع مثلاً، لا بمعنى نفس الإيجاب والقبول اللغظيين؛ فإنه أمر متصرم قد زال قطعاً - قد تحقق يقيناً بمقتضى المعاملة بين الطرفين، ثمّ لما فسخ أحدهما شك في انحلاله وارتفاعه فيستصحب بقاوته، أو عدم انحلاله.

الوجه الثاني: استصحاببقاء الأثر؛ إذ بالبيع - مثلاً - قد تتحقق النقل والانتقال وصار المبيع ملكاً للمشتري، والثمن ملكاً للبائع، فإذا فسخ أحدهما شك في بقاء ملكية المشتري للمبيع، وملكية البائع للثمن، فتستصحب ملكيتهما.

هكذا يمكن أن يقرّب الاستصحاب وإن كان المتداول في كلمات القوم التقرّيب الثاني، ولكن أركان الاستصحاب تامة في الموضوع - أي العقد - كما هي تامة في الحكم، واستصحاب الموضوع تام من ناحية المقتضي بلا إشكال، وإنما الإشكال من ناحية المانع، وأما استصحاب الأثر ففيه إشكال من جهتي المقتضي والمانع:

أما من جهة المقتضي فالإشكال مبنائي؛ وذلك على مبني من لا يجري الاستصحاب في الشبهات الحكمية؛ لقصور أداته عنها؛ لأن مورد روایاته الشبهات

(١) راجع الآراء الفقهية /٤/ ١٠٦-١٠٩.

(٢) المكاسب /٥/ ٢٢ و ٢٣.

الموضوعية فلا تشمل الشبهات الحكمية، كما اختاره السيد [أحمد] الخوانساري ^{قدس}
وأورد الإشكال به على جميع موارد الاستصحاب في الشبهات الحكمية في كتابه جامع
المدارك^(١)، وهو مسبوق بغيره أيضاً.

وأما من ناحية المانع فالإشكال على نحوين:

النحو الأول: مبني على، أي أن مورد هذا الاستصحاب شبهة حكمية ولا يجري
الاستصحاب في الشبهات الحكمية للمعارضة الدائمية بين استصحاب المجموع
 واستصحاب عدم الجعل، كما اختاره المحقق السيد الخوئي ^{قدس}، ويرجع الإشكال على
هذا المبني إلى المانع لا إلى المقتضي.

وتفصيل البحث في هذين الإشكالين في محله من الأصول، والحق عندنا - وفاصاً
للمشهور - جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأن الروايات - وإن كانت
وارده في الشبهات الموضوعية - إلا أنها تشمل بإطلاقها الشبهات الحكمية أيضاً؛ فإن
كثير «ليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك» تشمل ما إذا كان متعلق اليقين
موضوعاً وما إذا كان حكماً، كما أن المعارضة التي أفادها السيد الخوئي^(٢) غير
تامة، كما فصّلنا البحث في ذلك في مباحث الأصول فراجع.

النحو الثاني: ما ذكره الشيخ ^{قدس} من جريان استصحاب بقاء علقة المالك
الأصلي، بمعنى أن المالك الأول كانت بينه وبين المال علقة خاصة، وبعد البيع نشأ
هل زالت تلك العلقة بالكلية بمجرد البيع فلا حق له في الفسخ، أو لا زالت باقية فله
حق الفسخ؟ وحين الشك نستصحب بقاها، وهذا الاستصحاب حاكم على
استصحاب بقاء ملكية المالك الثاني للمال؛ لكون الشك في بقاء ملكية الثاني مسبباً عن

(١) من مجلتها، جامع المدارك ١/٥٧، ١٦٢، ٣٠٠ و .

(٢) مصباح الأصول ٣/٣٦ وما بعدها، التفصيل الثالث في حجية الاستصحاب.

الشك في بقاء علقة المالك الأول وزواها بالكلية، فإذا جرى الأصل في السبب انتفى الشك في المسبب.

مثلاً عندما تم البيع بين المتعاملين انتقلت ملكية المبيع للمشتري، فلما فسخ البائع البيع شككنا في زوال ملكية المشتري وبقائها فوجد عندنا استصحابان: أحدهما استصاحب بقاء العلقة المالكية للبائع؛ للشك في زواها بالكلية بعد البيع بحيث يكون منوعاً من إرجاع المبيع إلى نفسه بالفسخ، والثاني استصاحب بقاء ملكية المشتري؛ فإنه بعد تحقق البيع صار مالكاً، وبعد الفسخ نشك هل زالت ملكيته عن المال أو لا فنستصبح بقاها، ولكن هذا الشك في الاستصاحب الثاني مسبب عن الشك في بقاء وزوال علقة البائع، فإن زالت بالكلية لم يؤثر الفسخ وبقي المال على ملكية المشتري، وإن لم تزل أثراً فسخه ورجم المال له.

وقد أورد الشيخ رحمه الله على استصاحب العلقة: بأن علقة المالك الأول لا تخلو من احتمالات، وكلها لا يتم فيها الاستصحاب:

الأول: أن يكون المراد علاقة الملك وما يتفرع عليه من لوازم الملكية كالسلطنة ونفوذ التصرفات، وهذه العلاقة وما يتفرع عليها قد زالت قطعاً بزوال الملك بالبيع.

الثاني: أن يكون المراد بالعلقة حق سلطنة إعادة العين في ملكه، وهذه العلاقة لم تكن وقت ملكيته للعين قطعاً، لاستحالة اجتماعها مع الملك؛ إذ يستحيل أن يكون للملك حق استرداد العين التي هي ملكه لملكه، وإنما هو حق يحدث بعد زوال الملك بدليل يدل عليه، فإن فقد الدليل شك في حدوثه، والأصل عدمه.

الثالث: أن يكون المراد العلاقة التي بين البائع والمبيع مادام لم يفترق هو والمشتري عن مجلس البيع، فنستصبح عند الشك، فيكون الأصل في البيع بقاء الخيار، ويرد عليها:

أولاً: أنها أخص من المدعى؛ وذلك لوجهين:

أوّلها: أن البحث في أصل اللزوم في العقد، وهو أعم من البيع، وختار المجلس خاص بالبيع.

ثانيها: أن بعض أفراد البيع لا اختيار فيه في المجلس.

ثالثاً: أن المقام من موارد التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ لا التمسك باستصحاببقاء الخيار؛ وذلك لأن المعاملة مشمولة لعموم الآية، وقد خرج عنه زمان المجلس بمقتضى «البيان بالخيار ما لم يفترقا»، وبعد الانفصال شك في بقاء تلك العلاقة الحاصلة في المجلس وزواها، أي هل العام خصص بأكثر من زمان المجلس أو لا؟ فيكون من الشك في التخصيص الزائد، وفي مثله يتمسك بعموم العام، لا باستصحاب حكم المخصوص.

رابعاً: أن الأخبار تواترت بانقطاع الخيار بالانفصال، فلم تبق علاقة حتى تستصحب.

【الرابع】: وهنا محتمل آخر لم يذكره الشيخ فتى ولعله لوضوح دفعه، وهو: علاقة حق فسخ العقد، ويظهر دفعه من دفع الثاني؛ لاستحالة اجتماع حق فسخ العقد مع الملكية، أي أنه قبل العقد لا عقد حتى يكون له حق فسخه، وبعد العقد يشك في حدوثه والأصل عدمه.

وعليه فالاستصحاب الحكم المتصور ساقط.

فالنتيجة: أن استصحاب الأثر وملكية المالك الثاني سليم عن المعارض، فيكون مقتضى الأدلة اللغوية والأصل العملي لزوم المعاملة^(١).

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٤٣-١٣٩.

ثم بقى هنا تنبيهان

الأول: رد قول العلامة: في أصالة عدم اللزوم

قال العلامة في المختلف: «مسألة: عقد السبق والرمادة قال الشيخ: أنه جعلة فيكون جائزًا من الطرفين.(١)

وقال ابن ادريس: أنه اجارة فيكون لازماً من الطرفين بعد تردد واضطرابه.(٢)
والوجه الأول.

لنا: الأصل عدم اللزوم وبراءة الذمة.

احتج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾ (٣) وهذا عقد.

والجواب: المنع من العموم، بل المراد العقود اللاحزة، وفيه النزاع»(٤).
وقال فيه أيضاً: «مسألة: ذهب الشيخ في المبسوط(٥) والخلاف(٦) إلى أنّ عقد
الرمي والسبق من العقود الجائزة كالجعلة، لا من العقود اللاحزة كالاجارة.

وقال ابن ادريس: إنه من العقود اللاحزة.(٧) والوجه الأول.

لنا: الأصل عدم اللزوم.

ولأنّ نوع جعلة، فان قوله: «من سبق فله كذا» هو عين الجعلة.

احتج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾ (٨).

(١) المبسوط / ٢ / ٣٦٧.

(٢) السرائر / ٢ / ٨٨ وفيه: «انه جعلة» بدل «انه اجارة».

(٣) سورة المائدة / ١ .

(٤) مختلف الشيعة / ٦ / ٢٢.

(٥) المبسوط / ٦ / ٣٠٠.

(٦) الخلاف / ٣ / ٢٧٣ ، المسألة ٩ ، طبعة إسماعيليان.

(٧) السرائر / ٣ / ١٤٩ .

(٨) سورة المائدة / ١ .

والجواب: القول بالوجب، فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وان كان جائزًا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، وأيضاً ليس المراد مطلق العقود، وإنما وجوب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرها من العقود الجائزه، وهو باطل بالاجماع، فلم يبق إلا العقود الالزمة، والبحث وقع فيه»^(١).

وقال المحقق الثاني: «اختلف الأصحاب في أن المسابقة لازم كالاجارة، أو جائز كالجعالة، فقال الشيخ^(٢) وجماعة الثاني^(٣)، تمسكاً بالأصل، ولو وجود بعض خواص الجعالة فيها مثل إبهام العامل وجواز البذل من الاجنبي. وقال ابن ادريس^(٤)، وجماعة بالأول^(٥)؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾^(٦) وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٧).

واعتراض المصنف في المختلف بالقول بموجب الآية، فان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه على وجه اللزوم إن كان لازماً، وإنما فالجواز، وبالنقض بنحو الوديعة والعارية لو أريد العموم.^(٨)

وجوابه: أن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه من دون القيد الذي ذكره، فان المفهوم لغةً وعرفاً من الوفاء بالقول هو العمل بمدلوله. ثم إنه لا معنى لوجوب

(١) مختلف الشيعة ٦/٢٥٥.

(٢) المبسوط ٦/٣٠٠.

(٣) ولكن في المصدر «بالأول» وال الصحيح ما كتبناه.

(٤) السرائر ٣٧٦.

(٥) ولكن في المصدر «بالثاني» وال الصحيح ما كتبناه.

(٦) سورة المائدة ١/١.

(٧) التهذيب ٧/٣٧١، ح ١٥٠٣؛ الاستبصار ٣/٣٣٢، ح ٨٣٥.

(٨) المختلف ٤٨٤.

الوفاء بالعقد على وجه الجواز، فإن وجوب الوفاء به ينافي الجواز، والآية مخصوصة بما عدا الجائز، فان العام المخصوص حجة في الباقي، والأصح اللزوم.

والأصل الذي ادعاه الشيخ مدفوع بوجود الناقل وهذا عقد برأسه فلا يمتنع اختصاصه ببعض الخواص، وقول المصنف [العلامة في القواعد] يكفي فيه الايجاب وهو البذل المراد به: بذل العوض من خرجه كائناً من كان من غير احتياج إلى قبول^(١).

وقال صاحب الجواهر: «... على كل حال، فالدليل على عقديته: ذكر الأصحاب له في نظمها، بل ظاهر المصنف في النافع^(٢) والفضائل في المختلف^(٣) بل وغيرهما^(٤) المفروغية من ذلك، وأن التردد إنما هو في اللزوم والجواز، وإن كان ظاهره هنا تفريع لزومه وجوازه على عقديته وعدمه، لكنه في غير محله؛ ضرورة كون كل منها أعمّ من ذلك.

كما أن التردد في الجواز واللزوم بعد فرض عقديته في غير محله؛ ضرورة أن الأصل في العقد اللزوم، لعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٥) والاستصحاب الذي مقتضاه ذلك أيضاً وإن لم نقل بعقديته.

و ما في المختلف من أن «المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه وإن كان جائزاً، وليس المراد مطلق العقود، وإلا لوجب الوفاء بالجائزة»^(٦).

(١) جامع المقاصد ٨/٣٢٥.

(٢) المختصر النافع: السبق والرمایة ١٦١.

(٣) مختلف الشيعة ٦/٢٥٥.

(٤) كالمقداد في التبيح ٢/٣٥٣؛ والسبزواري في الكفاية ١/٧٢٠؛ وال Kashani في المفاتيح ٣/١١٨. مفتاح ٩٨٦.

(٥) سورة المائدة ١.

(٦) تقدم المصدر آنفأ.

واضح الفساد؛ ضرورة ظهور الأمر بالوفاء بالشيء التزامه والعمل به، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم؛ ومن هنا كان طريقة الأصحاب - حتى هو الاستدلال بها على اللزوم، وإلا كان دوراً واضحاً. وخروج العقود الجائزة منها - للأدلة - لا ينافي بقاء حجيتها في^(١) الباقي.

وبذلك كله ظهر لك: أنه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديته الذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور...»^(٢).

واعتراض الشيخ الأعظم على العلامة بقوله: «ولم يعلم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسنٌ في خصوص عقد المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين»^(٣).

توضيح اعتراف الشيخ الأعظم: «إن العقود على نحوين:
النحو الأول: ما يكون أثرا التملك أو التسلط بمجرده، وهو العقد ذو الأثر المنجز، كالبيع والصلح.

النحو الثاني: ما لا يكون له أثر بمجرده، وهو العقد ذو الأثر المعلق، كعقد السبق والرمائية والوصية - بناء على كونها عقداً - فإن الملكية إنما تترتب في المسابقة على السبق، وفي الوصية على الموت.

وحascal إشكال الشيخ^(٤) على العلامة^(٥): أن قوله بأن الأصل عدم اللزوم ليس صحيحاً على إطلاقه، بل يجب التفصيل بين العقود ذات الأثر المنجز، والعقود ذات الأثر المعلق، فإن الأصل في الأولى - عند الشك بعد الفسخ - اللزوم؛ لاستصحاب بقاء الأثر الحاصل بمجرد العقد، فلا تأثير للفسخ.

(١) في بعض النسخ بذلك: على.

(٢) الجوهر ٤٧٨ / ٢٩ (٢٢٣ / ٢٨).

(٣) المكاسب ٥ / ٢٣.

وأما في الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللغظي - وهو عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ - وإن كان هو اللزوم، إلا أنه لا أصل عملياً في البين حتى يجري، أي لا أثر حتى يستصحب، بل ما يجري هو استصحاب بقاء ملكية صاحب المال قبل تحقق السبق»^(١).

نقد تفصيل الشيخ الأعظم

أتول: «الحق عدم الفرق بين العقود المنجز أثراها، والعقود المعلق أثراها؛ فإن أصل اللزوم المبني على الاستصحاب يجري فيها كليهما؛ إذ في كل منها يتحقق الالتزام من الطرفين بمجرد تحقق العقد، وبدون تحقق الالتزام والاعتبار منها لا يعقل صدق مفهوم العقد، والمفروض أن الشارع أمضى هذا الالتزام وأنفذ هذا الاعتبار، فعندما أوصى الوصي قبل الموت بالتمليك بعده في الوصية التمليكية، فهو قد اعتبر الملكية بعد الموت، بحيث يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر استقباليّاً، وفي عقد المسابقة التزم الطرفان بـ(من سبق فله كذا)، وهذا الالتزام بالعقد فعلي ولكن متعلقه - وهي الملكية - متأخر عن العقد، ولو لم يكن هذا الالتزام بعد السبق موجوداً لم يعقل التمسك بـ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، ولا بأدلة صحة الوصية، فإذا ذن بمجرد الوصية يندرج الإische تحت قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَأَهُ بَعْدَمَا سَيَّئَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٢)، وبناء على كونها عقداً ينطبق عليها ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾... وإنما المستصحب هو اعتبار الشارع الذي تعلق بعقد الوصية قبل الموت، وبعقد المسابقة قبل السبق؛ فإننا نشك - بعد فسخ الملتزم والمعتهد لالتزامه وتعهده - في بقاء هذا الأثر الشرعي وارتفاعه، ومقتضى القاعدة جريان استصحاب بقائه.

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٤٧ / ١.

(٢) سورة البقرة / ١٨١.

ففي العقود المعلق أثرها على تحقق شيء لا توجد الملكية ولا السلطة قبل تتحققه، ولكن الإمضاء الشرعي موجود من حيث الالتزام بين الطرفين، وعند الشك في بقاءه بعد الفسخ يستصحب بقاوئه، فما نحن فيه نظير استصحاب عدم النسخ، ونظير الاعتبارات الشرعية في القضايا الحقيقة قبل تتحقق موضوعها فيما لو حصل الشك في بقائهما، كما لو شك في بقاء حكم ﴿وَلَهُ عَلَى النَّاسِ حِجْرٌ أَبَيْتُ مِنْ أَسْتَطِعَ إِلَيْهِ سَيِّلًا﴾^(١) قبل تحقق الاستطاعة، فإنه يجري استصحاب بقاء الحكم، وهنا أيضاً في أبواب العقود يستصحب بقاء اعتبار الشارع وإمضائه.

والحاصل: أن العقود مطلقاً - سواء أكان أثرها منجزاً كالبيع أم كان معلقاً كالسبق والوصية - يجري فيها أصل اللزوم المستند للدليل اللغطي وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، وللأصول العملي وهو استصحاب بقاء إمضاء الشارع وإنفاذه، ولا مجال للتفصيل الذي أفاده الشيخ بنث.

هذا تمام الكلام في أصل اللزوم من جهة الشبهة الحكمية.

ونتيجة البحث:

- ١- إن الأصل في العقود اللزوم بمقتضى الأدلة اللغطية والأصل العملي، أي الاستصحاب، فلا أثر للفسخ حين الشك.
- ٢- إن أصلية اللزوم تجري - حال الشك في تأثير الفسخ وعدمه - في مطلق العقود، سواء منها ذات الأثر المنجز وذات الأثر المعلق.
- ٣- إن الاستصحاب - عندهنا - يجري في العقد نفسه، وفي الأثر المترتب عليه بالإضافة إلى ما فيه الأثر الفعلي، وأما ما لا أثر له بالفعل فيجري الاستصحاب في

(١) سورة آل عمران / ٩٧.

العقد وفي إمضاء الشارع وإنفاذه»^(١).

الثاني: حكم الشبهة الموضوعية في العقود

«أما لو كانت الشبهة موضوعية بأن وقع العقد ودار أمره بين العقد المعلوم الجواز والعقد المعلوم اللزوم فما هو مقتضى القاعدة؟ ومثالها لو شك في الهبة الواقعة هل وقعت بقصد القرابة تكون صدقة فلتلزم، أو لم تقع كذلك تكون جائزة، أو تردد العقد الواقع بين كونه بيعاً فيكون لازماً وبين كونه هبة فيكون جائزاً.

[توضيح] رأي الشيخ [الأعظم] في الشبهة الموضوعية

قال الشيخ قده [بتوضيح من]: بأنه إن قلنا بجواز التمسك بالعام في الفرد المردود بينه وبين الخاص - أي في الشبهة المصداقية للمخصص كما يتمسك به في الشبهة المفهومية له^(٢). فالمرجع في المشكوك «أوفوا بالعقود» ويجكم عليه باللزوم، كما لو تردد العقد الواقع بين كونه بيعاً فيكون داخلاً في الآية وبين كونه هبة فيكون خارجاً عنها وداخلاً في المخصوص، فمقتضى جواز التمسك بالعام الحكم عليه باللزوم وعدم خروجه من تحت العام.

وإن لم نقل بهذا المبني فلا مجال للأصل اللغظي؛ فيرجع إلى الأصل العملي، فإن وجد أصل موضوعي في المقام جرى ونفي الشك في الحكم والأثر بعيداً، ولا موضوع حينئذ لجريان الأصل في الحكم والأثر، كما لو تردد الواقع بين كونه هبة أو صدقة؛ فإن كليهما يشتركان في التمليل المجاني ولكن يشرط في الصدقة أمر زائد وهو قصد القرابة، فأصل التمليل المجاني محرز، ولكن وقع الشك في تتحقق قصد القرابة وعدمه،

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٤٨/١ و ١٤٩.

(٢) وهو محل الخلاف بين الأعلام كما حرر في الأصول، راجع كفاية الأصول / ٢٢١، طبعة مؤسسة آل البيت للطباعة.

وبما أنه أمر حادث فالأصل عدم تتحققه، فيحرز بركة هذا الأصل أن الواقع هبة فيكون جائزاً.

وكذا فيما لو تردد الواقع بين كونه بيعاً لازماً وبيعاً جائزاً؛ فإن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في اشتراط الخيار في البيع وعدمه، والأصل عدم الاشتراط، فيحرز بركة هذا الاستصحاب كون البيع الواقع لازماً.

وإن لم يوجد أصل موضوعي يعيّن اللزوم أو الجواز فالمرجع استصحاب الأثر الحاصل من العقد، ومقتضاه اللزوم أيضاً، كما لو تردد العقد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة، وفسخ الموجب، فإن كان هبة فقد انحل، وإن كان بيعاً فهو لا زال قائماً، ولا أصل موضوعياً يعيّن أحدهما، فيجري استصحاببقاء ملكية القابل.

ولكن هذا الاستصحاب - أعني استصحاببقاء الملكية - إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، فلا يحكم - بمقتضاه - بزوال الملكية لو فسخ الموجب مثلاً، وأما تعين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم - كما إذا أريد تعين البيع عند الشك فيه وفي الهبة حتى يترتب عليه آثار البيع - فلا، بل يرجع في الآثار الخاصة إلى الأصول المناسبة لتلك الآثار، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض؟ - من حيث إن كان الواقع بيعاً اشتغلت ذمته بالعوض، وإن كان هبة لم تشغله - حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة.

وإذا شك في الضمان - كما لو دار الأمر بين الهبة والبيع الفاسد، فإن كان الواقع هبة لم يكن عليه ضمان العين، وإن كان بيعاً فاسداً لزم الضمان - فهنا إن قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية حكم بالضمان؛ لعموم «على اليد» إن كانت هي المستند في ضمان العقود الفاسدة، وإن لم نقل بجوازه فالأصل البراءة من الضمان أو استصحاب عدم اشتغال ذمته به.

وكذا الأصل البراءة لو لم يكن مستند الضمان قاعدة (على اليد)، بل كان المستند

قاعدة الإقدام، بحيث يجب الضمان في كل مورد يقدم فيه عليه؛ وذلك للشك في الإقدام على الضمان وعدمه، بمعنى أنه إن كان هبة فلم يقدم الآخذ على الضمان، وإن كان يبعاً أقدم عليه، وعند الشك يكون الأصل عدم إقدامه عليه، والنتيجة براءة ذمته منه.^(١)

هذا بيان لما أفاده الشيخ [الأعظم] فتىٰ في ختام هذا البحث^(٢).

نقد رأي الشيخ الأعظم

يمكن المناقشة في بعض آراء الشيخ الأعظم في المقام:

الأول: «ما ذكره في تعين كون العقد الواقع هبة أو صدقة من إجراء أصالة عدم قصد القرابة لنفي كونه صدقة وإثبات كونه هبة، فإنه وقع مورد النقض والابرام.

وتحقيق الحال فيه: أن الهبة والصدقة:

تارة يقال: إنها عنوانان لواقعين ثبوتين، فكل منها أمر ثبوتي واقعاً يمتاز عن الآخر بحقيقة، فلا يثبت بالأصل المذبور كون الواقع صدقة، بل يكون كل منها مشكوكاً الحدوث والتحقق، كما لا ينفي.

وآخر يقال: إن الصدقة والهبة كل منها حقيقة التمليل، لكن يختلفان في أخذ خصوصية فيه توجب تبادلها، فالهبة عبارة عن التمليل الخاص وهو التمليل لا بقصد القرابة. والصدقة عبارة عن التمليل بقصد القرابة. فأصالة عدم قصد القرابة لا تثبت تحقق التمليل لا بقصد القرابة إلّا بنحو الأصل المثبت، لأن نفي أحد التمليليين الخاصين مع دوران الأمر بينهما لا يثبت التمليل الخاص الآخر إلّا باللالزمة العقلية.

وثالثة يقال: إن مطلق التمليل يسمى هبة وقد استثنى منه التمليل بقصد

(١) المكاسب / ٥ - ٢٤.

(٢) بغية الطالب / ١٥٢ - ١٥٠.

القربة فسمي صدقة وكان لازماً. فأصالة عدم تحقق قصد القربة يبنتي جريانها على الالتزام بجريان استصحاب العدم الأزلي، فإن المورد من موارده، إذ عرفت أن لدينا عام يتکفل بيان جواز مطلق التمليلك بلا عرض خرج منه التمليلك مع قصد القربة المسماى بالصدقة، فمع الشك في كون الفرد الواقع من أفراد الخاص وعدمه، فان قيل بجريان استصحاب العدم الأزلي في إثبات حكم العام جرت أصالة عدم تتحقق قصد القربة فيها نحن فيه ويترب عليها الجواز، وإنّا فلا.

فما ذكره الشيخ قدس من جريان الأصل المزبور يبنتي على كون الهبة والصدقة بالمعنى الثالث وجريان أصالة العدم الأزلي. فتدبر.

[الثاني]: ما ذكره في أن مقتضى الأصل العملي فيما إذا شك في كون العقد الواقع بيعاً أو هبةً هو البراءة عن اشتغال الذمة بالعوض، فإنه قد يتوقف فيه من جهة وجود العلم الإجمالي إما باشتغال ذاته بالعوض لو كان بيعاً، أو بحرمة تصرفه في العين بعد الرجوع لو كان هبة. ومقتضى هذا العلم الإجمالي تساقط الأصولين الجاريين في طرفيه، فلا يجري أصل عدم اشتغال الذمة بالعوض^(١)، كما لا يجري استصحاب الملكية بعد الفسخ لمنافاتها للعلم الإجمالي.

ولا يضر كون طرفي العلم الإجمالي تدریجيين، لما تقرر في محله من منجزية العلم المتعلق بأمرین تدریجيين. نعم من شرائط منجزيته العلم بحصول الغرض المعلق عليه الطرف الآخر المتأخر أما مع عدم العلم به فلا يتنجز، إذا لا يكون علماً بتکليف فعلى كل تقدير بعد الشك بفعالية الحكم في الطرف الآخر لعدم العلم بحصول موضوعه.

(١) والصحيح أن الأصل الجاري هنا على تقديره هو استصحاب عدم اشتغال الذمة بالعوض لا أصل البراءة إذ الاستصحاب مقدم على البراءة مع أن في جريان البراءة في الأحكام الوضعية تأملاً.

ففيما نحن فيه لابد في منجزية العلم الاجالي من العلم بتحقق الرجوع وإلا فلا يكون منجزاً، إذ لا يعلم بفعالية حرمة التصرف في حقه في ظرفها المفروض، إذ لا علم بتحقيق موضوعها. هذا إذا فرض كون العلم المفروض فيما قبل الفسخ كي يكون على متعلقاً بأمررين تدريجيين، أما إذا فرض كون العلم فيها بعد الفسخ بأنّ يقال: إنه بعد الفسخ يعلم إجمالاً إما باشتغال ذمته بالعوض أو بحرمة تصرفه في المال، فهو علم منجز بلا كلام ولا إشكال.

【الثالث】: مسألة الضمان مع فساد العقد، فإن المرجع فيها هو البراءة أو استصحاب عدم اشتغال الذمة لعدم الالتزام بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لكي يتمسك بحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) .^(٢).

المحقق النائي والصور الثمانية في الشبهة الموضوعية

«ثم إن المحقق النائي^(٣) قد ثُرَّ عرض في المقام لعدة صور، ناقش في بعضها الشيخ قدسُه، ومن المهم التعرض لها وبيان ما فيها، قال:

إذا اشتبه العقد الصادر بين البيع واهبة، أو الإجارة والعاريه، أو القرض والوديعة فهنا صور؛ لأن الاشتباه تارة يكون مع بقاء العين، وأخرى مع تلفها، وعلى التقديرین، تارة مع صحة المعاملة، وأخرى مع فسادها، وعلى التقادير، تارة يكون في مقام المرافعة كأن يكون المتعاقدان متنازعين، فهناك مدع ومنكر، وأخرى لا يكون في مقام المرافعة كأن يكون التزاع بين وارثيّهما من لم يعلموا بما وقع، أو بين أحد المتعاقدين ووارث الآخر من لا يعلم بما صدر، فلا يوجد هنا مدع، أو مدع آخر؛ لأن

(١) السنن الكبرى ٩٥/٦، طبع مؤسسة دار المعرفة، بيروت.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٦٣ و ٦٤.

(٣) منية الطالب ٣/٢١-٢٨.

المدعى من يعلم، فالصور ثمان.

[أ] صور بقاء العين وصحة المعاملة

أما صور بقاء العين وصحة المعاملة فهي:

١- الصورة الأولى: أن يكون الاشتباه في غير مورد المرافة

أن تكون العين موجودة، ولا عقد صحيحًا، بلا مرافة في البين، وتردد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة، فهنا - بعد الفسخ - يجري استصحاب بقاء الملكية؛ لاحتمال أن يكون الواقع بيعاً فلم يؤثر الفسخ في رجوع المال لمالكه الأول، والأصل - عند الشك في بقاء ملكية المال وارتفاعها - بقاوها، ومن جهة أخرى يشك من بيده العين في اشتغال ذاته بالعوض، ومقتضى الأصل براءة ذاته منه، إلّا أن هذا الأصل لا يفيده؛ للعلم الإجمالي - بعد فسخ الطرف الآخر - إما بوجوب رد العين عليه إن كان الواقع هبة، أو بوجوب إعطاءه العوض إن كان الواقع بيعاً.

وبعبارة أخرى: إما أن يكون الواقع هبة فاستصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ باطل، وإنما أن يكون بيعاً فبراءة الذمة من العوض ساقطة، فيلزم من جريانها معاً المخالفة القطعية، فـأفاده الشيخ ^{قدس} من اقتضاء استصحاب بقاء الآخر اللزوم في الشبهة الموضوعية غير تام، ويجب الصلح بينهما؛ إذ كما أنه يجب عليه رد العين أو العوض، فالطرف يعلم بعدم استحقاقه إما العين أو العوض»^(١).

أقول: في هذه الصورة لا تحتاج إلى التصالح ولا إلى القرعة لأن العين موجودة وإن كان العقد هبةً يصح للملك الأصلي استردادها وإن كان بيعاً مع عدم أداء العوض يصح له فسخ العقد واسترداد العين، فحيثند ترجع العين إلى المالك الأصلي

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٥٥/١.

والله العالم.

الصورة الثانية والثالثة

«أن تكون العين موجودة، والعقد صحيحًا، ولكن المورد مورد مرافعة، فهنا

صورتان:

٢- الأولى: أن يدعى من انتقلت عنه العين الهمة، ويدعى الآخر البيع، فهنا إن قلنا بالتحالف رجعت العين إلى مالكها الأصلي؛ والوجه في ذلك: أن كلاً من العقددين حادث مسبوق بالعدم فالأصل عدمه، وكل واحد من المتنازعين مدع ومنكر؛ لأن الأول يدعى الهمة وينكر البيع، والثاني بالعكس، وما كان كذلك كان مورداً للتحالف - كما حقق في باب القضاء. فيتحالفان، فتسقط الدعويان، فترجع العين إلى ملك مالكها الأصلي.

وفي مقابل القول بالتحالف عدم القول به؛ لأنه ليس في كل دعويين وجوديتين كما يستفاد من ظاهر كلامه ^{فتى}؛ والوجه فيه: أن معرفة المدعي والمنكر وقعت موقع الخلاف في باب القضاء على وجوه كثيرة، أحدها أن المدعي من تكون دعواه على خلاف الأصل، والوجه الثاني - وهو المهم في هذا الفرض - أن المدعي من يطالب بالحق عند الطرف الآخر، بحيث لو كان قوله على خلاف الأصل ولكنه لم يطالب بالحق عند الطرف الآخر لم يكن مدعياً، وعلى هذا الوجه لا يكون المورد تحالف؛ لأن من يدعى الهمة لم يطالب الآخر بالحق، ولا يقول بأن لي حقاً عنده، فلم يكن كل منها مدعياً ومنكراً، فتخرج المسألة عن باب التحالف، وعليه وبعد فسخ مدعى الهمة يشك في بقاء المال تحت ملك من انتقل إليه، ومقتضى الأصل بقاء أثر العقد - الملكية - إلا أنه يعلم إجمالاً إما بخروج العين عن ملك من انتقلت إليه، وإما بثبوت العوض عليه، ولو أخذ بمقتضى الاستصحاب لزم عدم استحقاق مدعى الهمة للعين وللعوض، وهو خلاف الواقع، وبما أن مدعى الهمة يدعى عدم استحقاقه للوعض

فيجب الصلح بينهما.

٣ـ الثانية: على عكس السابقة؛ بأن يدعي من انتقلت عنه العين البيع، ويدعي من انتقلت إليه الهمة، فهنا تمركز الدعوى في ثبوت اشتغال ذمة من انتقلت إليه العين بالعوض وعدهم؛ لأن من انتقلت العين إليه يدعي الهمة، ودعواها لا تتضمن ادعاء شيء على الواهب، وأما من انتقلت العين منه فيما أنه يدعي البيع فهو يدعي اشتغال ذمة الآخر بالعوض مع اعترافه بعدم استحقاقه الفسخ، فالأسأل براءة ذمة مدعى الهمة عن العوض.^(١)

مناقشة ما أفاده المحقق النائي في صور بقاء العين وصحة المعاملة

أقول: أما بالنسبة إلى الصورة الأولى فالحق معه قيئ من حيث عدم جريان أصل اللزوم؛ فإن أصل بقاء الملكية معارض لأصالة براءة ذمته من العوض؛ لأجل العلم بالمخالفة الواقعية، وأما تعين الوظيفة بعد تساقط الأصلين وهل هو الصلح أو القرعة؟ فبحثه في محله من باب القضاء، وإنما المهم في المقام إثبات عدم جريان أصل اللزوم.

وأما بالنسبة إلى الصورة الثانية فكلامه قيئ محل إشكال؛ والوجه فيه أن الأصل إنما لا يجري إذا كان معارضًا بمثله، وأما صرف لزوم المخالفة - بحسب الظاهر - من جريانه فلا يمنع من الجريان، وأصل براءة ذمة مدعى البيع غير جار فيما نحن فيه؛ لاعترافه بأن ذمته مشغولة بالعوض، وأما أصل بقاء الملكية فيجري بلا معارض؛ فإن المال قد انتقل إلى الآخر، فإن كان هبة كان قابلاً للرجوع، وإن كان بيعاً لم يقبله، ومع الشك يحكم ببقاءه في ملك من انتقل إليه بمقتضى الأصل، ومن جهة أخرى يعترف بأنه مديون بالعوض لآخر فعليه أن يوصله له بأي نحو وإن كان الآخر لا يرى نفسه

(١) منية الطالب / ١٩-٢٠.

مستحقاً له، هذا من جهة مدعى البيع.

وأما من جهة مدعى الهبة فهو لا يرى نفسه مستحقاً للعوض، ولكن يرى نفسه مستحقاً للعين، ولكن حرم منها بمقتضى أصل بقائها في ملكية من انتقلت إليه، فله أن يأخذ العوض مقاضاً.

هذا هو مقتضى الجمع بين القواعد.

وأما الصورة الثالثة فالحق فيها ما أفاده المحقق النائيني قدس إن لم يدّع المالك الأصلي أن له حق الفسخ، وأما إذا كان يدعي ذلك - كأن يدعي عدم إسقاط كافة الخيارات، ومنها خيار الفسخ للبائع عند امتناع المشتري من دفع الثمن - فالحكم ليس كما أفاده قدس؛ إذ هناك مبنيان:

المبني الأول: أن يبني على أن للواهب حق الفسخ فيما إذا كانت العين موجودة ولم تكن لذي رحم.

المبني الثاني: أن له حق استرداد العين.

والفرق بينهما: أن متعلق الحق على المبني الأول فسخ العقد، وبعد الفسخ يسترد العين بالتبع، وأما على المبني الثاني فالمتعلق باسترداد العين لا العقد، وبعد ردها ينفسخ العقد بالتبع.

أما على المبني الأول فلا مورد للبراءة؛ وذلك لأن مدعى البيع يدّعي أن له حق الفسخ؛ لامتناع المشتري من دفع الثمن، ومدعى الهبة يعترف بأن للملك الأصلي حق الفسخ؛ لأن ما وقع هبة في دعواه، فهناك علم بثبوت حق الفسخ له؛ إما لكونه بيعاً ولله حق الفسخ، وإما لكونه هبة.

وأما على المبني الثاني فلا تجري البراءة أيضاً؛ وذلك لأنه يعلم إجمالاً إما بحق الفسخ إن كان الواقع بيعاً، وإما بحق استرداد العين إن كان هبة، وعلى الفرضين لا طريق لجريان البراءة عن العوض وعدم الاعتراف بالحق للملك الأصلي.

نعم، مورد البراءة فيها لو لم يدع المالك الأصلي أن له حق الفسخ؛ للشك في ثبوت الحق له حينئذ؛ إذ على تقدير أن يكون بيعاً فله العوض، وعلى تقدير كونه هبة فلا شيء له، ومع الشك تجري البراءة كما تقدم.
هذا حكم جميع صور ما إذا كانت العين موجودة وكان العقد صحيحاً.

[ب] صور تلف العين وصحة المعاملة

وأما إذا كانت العين تالفة واشتبه العقد الواقع بين كونه بيعاً أو هبة فهنا صور أيضاً:

٤- الصورة الأولى: أن لا يكون المورد مورد معرفة

أن لا يكون المورد مورد معرفة، كما إذا انتقال الأمر إلى وارثي المتعاملين ولا يدعيان العلم بما وقع، فالأسأل براءة ذمة من تلفت العين بيده عن العوض، والوجه واضح؛ لأن الواقع إن كان هبة فقد تلفت العين فلا مجال للفسخ ولا للاسترداد، وأصل عدم كونه هبة لا أثر له.

وإن كان بيعاً فذمة الآخذ مشغولة في الواقع، ولكنه يبقى في الظاهر مجرد احتفال، فيشك في اشتغال ذمته، والأصل البراءة بلا معارض، بل الأصل عند الدقة من ناحية علمية - عدم كون الواقع بيعاً، وهو حاكم على أصل براءة الذمة من العوض والبدل وإن لم يكن مختلفاً من حيث النتيجة والعمل عن أصل البراءة.

٥- الصورة الثانية: أن يدعى المالك الأصلي البيع

أن يكون المورد مورد معرفة، ويدعى المالك الأصلي أن ما وقع بيع حتى يستحق العوض، ويدعى الآخر أنه هبة حتى لا يلزم بالعوض، فالأسأل هنا البراءة عن اشتغال الذمة بالعوض أيضاً، أو عدم كون الواقع بيعاً، ولا أثر لأصل عدم كونه هبة كما هو واضح.

٦- الصورة الثالثة: أن يدعى المالك الأصلي الهبة

أن يكون المورد مورد مرافعة، ويدعى المالك الأصلي أن ما وقع هبة، ويدعى الآخر أنه بيع، فهنا صورتان:

(أ/٦) الأولى: أن يدعى من انتقلت عنه العين الهبة ولا يدعى الرجوع قبل تلف العين.

(ب/٦) الثانية: أن يدعى الهبة ويدعى الرجوع قبل تلف العين ولكن الطرف الآخر ماطل ولم يردها حتى تلفت.

أما (أ/٦) الصورة الأولى: ففيها احتمال البيع واحتياط ذمة الطرف الآخر بالعوض، ومقتضى الأصل في الوهلة الأولى براءة ذمته منه، ولكن يشكل: بأن من انتقلت له العين يدعى البيع، فهو يعترف بأن ذمته مشغولة ببدل العوض، فلا تجري البراءة في حقه، فتكون وظيفته إيصال البديل إلى المالك الأصلي بأي نحو كان وإن لم ير نفسه مستحقةً لبدل العوض؛ لأنّه يدعى الهبة.

وأما (ب/٦) الصورة الثانية: ففيها - عند من انتقلت إليه العين وتلفت في يده - علم إجمالي إما باشتغال ذمته ببدل المسمى إن كان الواقع بيعاً، وإما بمثل التالف أو بقيمتها إن كان هبة، فإن ثبت رجوع مدعى الهبة حال وجود العين لم يجر الأصل في حق مدعى البيع، بل يجب عليه العمل بمقتضى العلم الإجمالي؛ لتعارض أصل براءة الذمة من العوض مع أصل براءة الذمة من المثل أو القيمة ومخالفتها للعلم الإجمالي.

ولتتميم البحث نقول: إنه إذا قلنا بجريان استصحاب العدم الأزلي وأجريناه حتى في الذوات ففي جميع هذه الصور يجري أصل عدم كون الواقع بيعاً، وأما إذا لم نقل بجريانه من رأس، أو بعدم جريانه في الذوات فمقتضى القاعدة في المقام أصالة البراءة.

أصلية الاحترام في الأموال

هذا كله لو لم نقل بجريان أصلية الاحترام في الأموال، وأما على القول بها فلا مورد لجريان أصل البراءة من العوض؛ حكمتها عليه، وأن خروج المال عن ملك مالكه لا يكون بلا عوض، ونتيجة ذلك: أن قول من ادعى اشتغال ذمة الآخر من ناحية قضائية موافق للأصل.^(١)

وما ينبغي التنبيه عليه: أن لأصلية الاحترام في الأموال إطلاقين:
الأول: أن الشك في المال لا تجري فيه البراءة، أي كما أن أصل البراءة تبدل في النفوس والفروج إلى أصل الاحتياط فكذلك الحال في الأموال؛ فإن الأصل فيها الاحتياط، وهذا الأصل مبني على قاعدة «لا يحل مال إلا من ووجه أحله الله»^(٢)، فإذا شك في سبب الخلية فالأصل عدم تتحققه، ويجب التوقف في الأموال، وليس هذا المعنى مراداً في المقام.

الثاني: أن المال المضاف إلى المالك يقتضي بطبعه أن لا يخرج عن ملك مالكه بلا عوض، ولا يبعد أن يكون هذا الأصل بهذا المعنى هو منشأ اختيار المشهور الضمان في مورد اشتباه العقد الصحيح بين القرض والوديعة، وبين الإجارة والعارية بالنسبة إلى المنافع وبين البيع والهبة.
 وهذا المعنى هو المراد من أصلية الاحترام في المقام.

مناقشة التمسك بأصلية الاحترام في الأموال

أما المعنى الأول فیناقش: بأن قاعدة «لا يحل مال إلا من ووجه أحله الله» تامة،

(١) منية الطالب ٣/٢٠-٢١.

(٢) هذه الجملة قطعة من خبر محمد بن زيد الطبرى المروي في وسائل الشيعة، ٩/٥٣٨، ح ٢، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

إلا أن قاعدة الحل المستفادة من «كل شيء لك حلال»^(١) من الوجوه المحللة للتصرف في المال المشكوك جواز التصرف فيه، أي أن قاعدة الحل تدرج في قوله: «إلا من وجه أحله الله».

نعم، لو أحرز كون المال لغير حرم التصرف فيه؛ لعموم: «لا يحل لأحد أن ينصرف في مال غيره بغير بإذنه»^(٢).

وأما المعنى الثاني ففيه:

أولاً: ما هو المراد من اقتضاء طبع المال؟ فإنه لا يعقل الاقتضاء الطبيعي في الأمور الاعتبارية، وإنما هو معقول في الأمور التكوينية؛ فإن المال بطبيعته يقتضي البرودة، والنار بطبيعتها تقتضي الحرارة، والمالية من الأمور الاعتبارية، وإضافة المال إلى الغير من الأمور الاعتبارية العقلائية التي أمضتها الشارع، والأمور الاعتبارية لا طبع لها حتى يقال إنها تقتضي بطبيعتها كذا وكذا، وعليه فلا بد أن يستند في ذلك إلى السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع، أو إلى دليل خاص يقتضي أن الأصل في مال الملك أن لا يخرج عن ملكه إلا بعوض، ولم يقم شيء منها على مدعاه.

ثانياً: أن لازم هذا الأصل بالمعنى الثاني أن تكون الانتقالات المجانية من الهبة والعارية والأوقاف على الأشخاص والجهات والإنفاقات وغيرها من الأمور المجانية من الأعيان أو المنافع للأشخاص أو للجهات كلها على خلاف الأصل، وقد خصصت من القاعدة الأولية الطبيعية، مع أن التأمل في الأمر يقضي بأن الهبة في عرض البيع، والعارية في عرض الإجارة، والأمور التي على خلاف الأصل تكون في طوله لا في عرضه.

(١) وسائل الشيعة ٢٥/١١٨، ح ٢، الباب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة.

(٢) وسائل الشيعة ٩/٤٥٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

و بهذين الوجهين يتضح بطلان ما أفاده المحقق النائي قىسى من بيان لقاعدة الاحترام في الأموال.

[ج] صور فساد المعاملة

وأما إذا كان العقد فاسداً فيه صور أيضاً:

٧- الصورة الأولى: أن تكون العين موجودة، فيجب ردتها إلى مالكها؛ لبقائها على ملكه على التقديرتين: البيع والهبة، لكون العقد فاسداً فلم تخرج عن ملكه، ومقتضى القاعدة وجوب رد المال إلى مالكه.

٨- الصورة الثانية: أن تكون العين تالفة، فيجب رد عوضها إلى مالكها مثلياً أو قيمياً بمقتضى قاعدة الضمان التي أساسها قاعدة (على اليد)، وبيان المحقق النائي: إن مقتضى قاعدة (اليد) الضمان، وخصصت بها لو أقدم صاحب المال على المجانية، أو على الاستياء، أي موارد إلغاء حرمة ماله، فيكون موضوع الضمان مركباً من اليد وعدم العنوان المخصص، واليد محززة بالوجдан، وعدم عنوان المخصص بالأصل؛ لأن المخصص - وهو الإقدام على المجانية - مشكوك فيه، فينفي بالأصل ف يتم إحراز موضوع الضمان.

وبيان مراد قىسى: أن هنا احتمالين:

أحدهما: أن الإقدام على المجانية المخصص لقاعدة اليد من أوصاف اليد.

ثانيهما: أنه من أوصاف ذي اليد.

فعلى الأول لا يجري الاستصحاب؛ لكونه من صغريات استصحاب العدم الأزلي، وهو لا يجري عنده قىسى مطلقاً، والسر في كونه في استصحاب العدم الأزلي حينئذ أن إقدام المالك على المجانية لو كان من مفad كان الناقصة لليد لكن عدمه من مفad ليس الناقصة، وليس له حالة سابقة؛ لأنه لم تتحقق في زمان يد تتصف بعدم إقدام صاحبها على المجانية، فلا موضوع لاستصحاب العدم الناعي، ولكن تتحقق يد

لم تتصف بإقدام صاحبها على المجانية، وذلك في العدم الأزلي.
وأما على الثاني فيجري الاستصحاب؛ لأنّه عندما يكون الإقدام من أوصاف
ذي اليد، فلعدم إقامته حالة سابقة؛ إذ لم يقدم سابقاً على المجانية، فعند الشك في
إقامته عليها يجري أصل العدم.
وختار المحقق النائي قياساً هو الثاني فيتم موضوع الضمان بضم الوجدان إلى
الأصل»^(١).

أقول: قد مرّ^(٢) منا تاماً سند النبي المشهور: «علي اليد ما أخذت حتى
تؤدي» فكان كلام المحقق النائي تماماً عندنا لإحراز موضوع الضمان بضم الوجدان
إلى الأصل.

وإلى هنا تم الكلام في التنبية الثاني والبحوث الابتدائية قبل الورود في بحث
الخيارات والحمد لله.

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب /١ (١٥٦-١٦٥).

(٢) الآراء الفقهية ٤/٢٩٢.

أقْسَامُ الْخِيَالِ

أقسام الخيار كثيرة وختلف كلام الفقهاء في عددها، فالمحقق اقتصر على أنها خمسة في الشرائع^(١) وعلى أنها ستة في النافع^(٢) والعلامة^(٣) على أنها سبعة، والسبزواري^(٤) على أنها ثمانية وتبعه صاحب الحدائق^(٥) والشهيد على أنها تسعه في الدروس^(٦) وأنها أربعة عشر في اللمعة^(٧)، ونحن نقتصر على السبعة تبعاً للشيخ الأعظم^(٨) «ولأنّ ما عداها لا يستحقّ عنواناً مستقلاً إذ ليس له أحکام مغايرة لسائر أنواع الخيار»^(٩) وعمدتها ترجع إلى خيار الشرط.

(١) الشرائع ٢/١٥، طبعة المرحوم الشيخ عبدالحسين بقال.

(٢) المختصر النافع / ١٢١.

(٣) القواعد ٢/٦٤؛ بيصرة المتعلمين ١٢٢؛ تذكرة الفقهاء ١١/٧.

(٤) الكفاية ١/٤٦٢ (٩١)، من الطبعة الحجرية).

(٥) الحدائقي ١٩/٣.

(٦) الدروس ٣/٢٦٥.

(٧) اللمعة الدمشقية ١٢٧.

(٨) المكاسب ٥/٢٥.

(٩) المكاسب ٥/٢٥.

الأول: خيار المجلس

قد مرّ تعريف الخيار في اللغة^(١) والاصطلاح^(٢) فلا نعيدهما وأمّا،

المراد من المجلس

فالمجلس في اللغة: موضع الجلوس وهو غير معتبر في تحقق الخيار، بل المراد به «مطلق مكان المتباعين حين البيع»^(٣) ولا موضوعية لعنوان المجلس ويثبت الخيار حتّى لو وقع البيع حال المشي وإنّما عبر بفرده الغالب وتمام الموضوع فيه عدم تفرق المتباعين وكذا التعبير بعدم تفرق الأبدان أيضًا تعبير غالبي أو مسامحي لإمكان وقوع المعاملة بالوسائل الحديثة نحو: التلفون والنقل (الموبایل) والواقع الإلكترونية والشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، وفي هذه الوراد الحديثة ما لم ينقطع الاتصال فالمجلس باق وبالنسبة إلى الواقع الإلكترونية ما لم يخرج من الموقع على ما يخطر بالبال. ولشمول قوله الله: البيعان بالختار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا

منهما.^(٤)

(١) راجع هذا المجلد، صفحة ١٢ ، المقدمة الثالثة.

(٢) راجع هذا المجلد، صفحة ١٧ ، المقدمة الخامسة.

(٣) المكاسب / ٥ ٢٧.

(٤) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، الباب ١ من أبواب الخيار، صحيحه فضيل بن يسار.

ولذا قال المحقق الإيرلندي: «بل المراد به هيئتها ونسبتها المكانية الحاصلة لها حين البيع فلو فارقا المجلس بهيئتها وعلى نسبة بعدهما الذي كانا عليه حين العقد بلا زيادة، وإن نقص لم يزيل الخيار باقياً، فلا يعتبر عدم مفارقة مكان البيع، كما لا يعتبر المجلس والمجتمع العرفي فضلاً عن الجلوس المحقق لعنوان المجلسية».

وإنما المناط عدم مفارقة أحدهما الآخر الحاصل ذلك بالتباعد مما كانا عليه.

والسر في ذلك أنَّ الخيار مغيَّر في الدليل بعدم افتراق المتابعين، فما لم يحصل هذا كان الخيار باقياً كان المجلس العرفي بينهما موجوداً أم لا، باقياً في المجلس البيع أم لا، بل فارقاً مصطحبين.

هذا إن لم نستظهر من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» اعتبار الاجتماع العرفي في جانب المغيَّر وإلا لم يكن خيار فيما لم يكن بينهما اجتماع عرفي حال البيع»^(١). أقول: العرف يتغير بالنسبة إلى الأزمنة والأمكنة وكذا بالنسبة إلى الجهازات الحديثة والوسائل المستحدثة، فالحكم يدور مدار عدم الافتراق العرفي حال البيع.

ولذا قال سيد المفتاح: «ولا يشترط في الخيار اجتماعهما، فلو تنادياً بالبيع من مكانٍ بعيد ثبت الخيار كما في التذكرة^(٢) والدروس^(٣) وكنز الفوائد^(٤) وتعليق الإرشاد^(٥) وجامع المقاصد^(٦) لعموم النصّ. وأسقطه بعض العامة^(٧)، لمقارنة المسقط

(١) حاشية المكاسب ٢٧/٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٥/١١.

(٣) الدروس الشرعية ٢٦٧/٣.

(٤) كنز الفوائد ٤٤٦/١.

(٥) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٨٩/٩.

(٦) جامع المقاصد ٢٨٩/٤.

(٧) المجموع ١٠٥/٣؛ روضة الطالبين ١٨١/٩.

البيع، وهو ساقط عن درجة الاعتبار»^(١).

وقال آية الله الشيخ مرتضى الحائري نجل آية الله المؤسس قدس سرهما: «إذا كانت المعاقدة بوسيلة التلفون المعمول في العصر فهل يكون فيها خيار المجلس أم لا؟ وعلى فرض دخوله فيها فهل يمتد بامتداد المكالمة والاتصال التلفوني، أو بامتداد المجلس الذي لها حين العقد ولو كان أحدهما في خطّة الشرق والآخر في الغرب، أو لا يكون له أمد بل يسقط بالإسقاط أو بالمسقطات الأخرى؟

يمكن أن يقال: كما أنَّ التناسب بين الحكم والموضع يوجب الانصراف في بعض الموارد مع عدم قصور في اللفظ - كما تقدّم في الوكيلين في إجراء العقد - كذلك قد يكون موجباً للأخذ بالإطلاق بإلقاء بعض الخصوصيات.

فعلى هذا يمكن أن يقال أولاً بأنَّ الانفراق المعمول غاية الدال على فرض الاجتماع صادق في المقام، فإنَّ المقصود بالاجتماع هو الذي يحتاج إليه في مقام المعاقدة، ومصداق ذلك الاتصال التلفوني في المقام، والانفراق يحصل بالقطع.

وثانياً على فرض كون اللفظ ظاهراً في الانفراق البدني المستلزم لفرض الاجتماع البدني فيمكن دعوى أنَّ العرف يحكم بإلقاء خصوصية الاجتماع البدني والانفراق كذلك؛ فعلى هذا لعلَّ الخيار وامتداده إلى قطع الاتصال التلفوني أقرب من سائر الوجوه التي:

منها: عدم الخيار، لوجود الانفراق من أول الأمر، فهو كالبيع الصادر من الوكيلين في إجراء العقد فقط مع عدم حضور الموكلين في المجلس وعدم اجتماع لهم. ومنها: ثبوته وامتداده بامتداد المجلس المتحقق حين المكالمة ولو بعد قطع التلفون، لأنَّه المجلس الذي لها حين المكالمة.

(١) مفتاح الكرامة ١٤/١٣٣.

ومنها: ثبوته وامتداده إلى أن يسقط.

والوجه فيه: عدم تقيد الحكم بإمكان وقوع الغاية فيكون المقصود أنَّ البيع بالخيار مطلقاً، ويمتدُّ في فرض الاجتماع وإمكان الانفراق إلى حصول الانفراق»^(١).
وممَّا ذكرنا ظهر موضع النظر في ما قاله صاحب المرتقى إلى الفقه الأرقي: قال **فيسن**: «في اعتبار اجتماع المتباعين في المجلس في ثبوت الخيار وعدمه، وتوضيح ذلك: أنه....».

تارة: يقع البيع بين اثنين بينهما هيئة اجتماعية في مكان البيع بحيث يصدق كونهما مجتمعين، كما إذا كانوا جالسين في غرفة واحدة ووقع البيع بينهما.
وأخرى: يقع البيع بين اثنين لا اجتماع بينهما حال البيع، كما لو كان كل واحد منها في مدينة غير مدينة الآخر وعقد البيع بواسطة الهاتف.

فالكلام في هذه الجهة يقع في أنه هل يعتبر الاجتماع في ثبوت الخيار أو لا يعتبر، بل يثبت الخيار في مطلق البيوع ويزول بزوال الهيئة التي كان عليها المتباعان؟
والظاهر هو الأوّل، لأن نصوص الباب دلت على ثبوت الخيار مقيداً بعدم الانفراق أو مغيَّر بالانفراق وظاهر ذلك هو فرض موضوع الخيار ما يقبل طرده وصف الانفراق عليه، ولا زمه أخذ عنوان الاجتماع، إذ الانفراق لا يصدق خارجاً إلَّا بزوال وصف الاجتماع، ولا يصدق بزوال كل هيئة كان عليها المتباعان ولو كانا بعيدين غاية البعد، ولو فرض أنه يصدق فهو صدق دقي لا عرفي، بل هو خلاف المفاهيم العرفية من لفظ الانفراق.

وعلى ما ذكرنا يشكل الالتزام بثبوت الخيار لو أوقعوا البيع وهما جالسين في غرفتين متلاصقتين من طريق النافذة الموجودة بين الغرفتين. لعدم تحقق الاجتماع بين

(١) ابتغاء الفضيلة في شرح الوسيلة ٣/٥١.

المتابعين، ونحوه في الاشكال ما إذا أوقعوا البيع وهما في سفينتين متلاصقتين.
فتذهب»^(١).

ثم قال الشيخ في شأن هذا الخيار: «روى هذا في الصحابة عن علي عليهما،
وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وأبي هريرة وأبي بربة الأسلمي^(٢)، وبه قال
الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، والزهري، وعطاء، وفي الفقهاء الأوزاعي،
وأحمد، وإسحاق، والشافعي^(٣).

وذهب طائفة إلى أن البيع يلزم بمجرد العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس
بحال. ذهب إليه في التابعين شريح، والنخعي، وفي الفقهاء مالك، وأبو حنيفة
وأصحابه^(٤)^(٥).

وقال العلامة في شأنه: «... - وهو قول علي عليهما وابن عمر وأبي هريرة
وأبي بربة من الصحابة، ومن التابعين: شريح والشعبي وسعيد بن المسيب والحسن
البصري وطاوس وعطاء والزهري. ومن الفقهاء: الأوزاعي وابن أبي ذئب وأحمد

(١) المرتفق إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/١٦٣، الجهة الثانية.

(٢) أبو بربة، نصلة بن عبيد الأسلمي، صحب النبي عليهما وروى عنه وروى عن أبي بكر، وعنده ابنته
المغيرة وبنت ابنته منية بنت عبيد بن أبي بربة وابو المنهال الرياحي والازرق بن قيس وغيرهم.
سكن المدينة ثم البصرة، وغزا خراسان، وقيل: انه شهد مع علي عليهما قتال الخوارج بالنهرawan،
مات بعد الستين من الهجرة، وقيل غير ذلك. انظر تهذيب التهذيب ١٠/٤٤٦؛ وأسد الغابة
٥/١٤٦.

(٣) المحتوى ٨/٣٥٤؛ والمجموع ٩/١٨٤؛ وبداية المجتهد ٢/١٦٩؛ والمغني لابن قدامة ٤/٧؛
والشرح الكبير ٤/٦٩؛ وسبل السلام ٣/٣٨٣-٨٣٩؛ وكفاية الأخيار ١/١٥٤؛ والام
٣/٤؛ وختصر المزني ٧/٧٥؛ وسنن الترمذى ٣/٥٤٨.

(٤) المحتوى ٨/٣٥٥؛ والمجموع ٩/١٨٤؛ وبداية المجتهد ٢/١٦٩؛ والمغني لابن قدامة ٤/٧؛
والشرح الكبير ٤/٦٩؛ وسبل السلام ٣/٨٣٩؛ ومقدمات ابن رشد ٢/٥٥٨.

(٥) الخلاف ٣/٧، مسألة ٦.

وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد والشافعي^(١) - لما رواه الجمهور عن النبي ﷺ قال: «المتباعان كُلُّ واحد منها على صاحبه بالخيار ما لم ينفرقا إِلَّا بيع الخيار»^(٢)^(٣). مع ذلك كُلُّه «ليس في إطالة البحث في بيان المراد بالمجلس مزيد فائدة بعد إن لم يكن بهذا العنوان وارداً في موضوع الحكم، بل هو عنوان اصطلاحي ذكره الفقهاء»^(٤).

ولمهم في البحث أمرین:

١- مستند هذا الخيار ودليله

٢- خصوصياته

فيقع الكلام فيهما بإذن الله تعالى:

الأمر الأول: دليل خيار المجلس

أ: الإجتماع

ذهب الشيخ في الخلاف^(٥) إلى تحقق «إجماع الفرقة» على ثبوت خيار المجلس. وقال العلامة: «ذهب علماؤنا إلى أن لـكـلـ من المـتـبـاعـينـ خـيـارـ الفـسـخـ بـعـدـ العـقـدـ مـاـدـاـمـاـ فـيـ الـمـجـلـسـ،ـ وـلـاـ يـلـزـمـ الـعـقـدـ بـمـجـرـدـهـ إـلـاـ أـنـ يـشـرـطـاـ أـوـ أـحـدـهـماـ سـقـوـطـ

(١) المعني ٤/٧؛ الشرح الكبير ٤/٦٩؛ مختصر اختلاف العلماء ٣/٤٧، رقم ١١٢٥؛ الاستذكار ٢٠/٢٣٠-٢٢٩، رقم ٢٩٩٥٧-٢٩٩٥٩؛ بداية المجتهد ٢/١٧٠؛ مختصر المزنی ٧٥؛ المجموع ٩/١٨٤؛ روضة الطالبين ٣/١٠٠.

(٢) الموطأ ٢/٦٧١، رقم ٧٩؛ سنن أبي داود ٣/٢٧٣-٢٧٢، رقم ٣٤٥٤؛ سنن النسائي ٧/٢٤٨؛ سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٧، مسألة ٢٢٥.

(٤) المرتقى إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/٦٧.

(٥) الخلاف ٣/٨، دلينا: إجماع الفرقة.

الخيار...»^(١).

وقال صاحب الخدائق: «ويدلّ عليه زيادة على الاتفاق، الأخبار المتظافرة»^(٢).

وقال سيد المفتاح: «وقد طفحت أخبارنا وانعقد إجماعنا على ثبوت هذا الخيار

كما سنتسمع»^(٣).

وقال خالي الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سرهما: «وعلى كل حالٍ فهذا الخيار ثابت بالإجماع محسّلاً ومنقولاً نقاً مستفيضاً وبالنصوص وهي في ذلك مستفيضة»^(٤).

وادعى صاحب الجواهر: «الإجماع منّا بقسميه عليه وأن النصوص بذلك

مستفيضة أو متواترة»^(٥).

وقال الشيخ الأعظم: «لا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار والنصوص

به مستفيضة»^(٦).

أقول: بعد ورود النصوص المستفيضة أو المتواترة صار الإجماع مدركيًّا، لا عبرة

به والله العالم.

النصوص المستفيضة

وقد ادعى جمُّعٌ من الفقهاء تواترها ودلائلها على خيار المجلس واضحة:

منها: صحيحـة محمدـ بن مسلمـ عن أبي عبد الله عليه السلام قالـ: قالـ رسول الله صلـلـ اللهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ وـسـلـيـلـهـ:

(١) تذكرة الفقهاء ١١/٧.

(٢) الخدائق ١٩/٥.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤/١٢٦.

(٤) شرح خيارات اللمعة ١١.

(٥) الجواهر ٢٤/٥ من طبعة جامعة المدرسـين.

(٦) المكاسب ٥/٢٧.

البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.^(١)

ومنها: صحيحة زرارة عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: سمعته يقول: قال رسول الله^{صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ}: البيعان بالخيار حتى يفترقا... الحديث.^(٢)

ومنها: صحيحة فضيل عن أبي عبدالله^{عليه السلام} - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها.^(٣)

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: أتيا رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، الحديث.^(٤)

ومنها: حسنة علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا^{عليه السلام} قال: سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا... الحديث.^(٥)

ومنها: صحيحة عمر بن محمد بن يزيد عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: قال رسول الله^{صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ}: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهم بالخيار مالم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتداركا.^(٦)

ومنها: صحيحة أخرى للحلبي عن أبي عبدالله^{عليه السلام} أنه قال: إنّ أبي^{عليه السلام} اشتري أرضاً يقال لها: العريض، فلما استوجبها قام قمضى، فقلت له: يا أبه عجلت القيام، فقال: يابني أردت أن يحب البيع.^(٧)

(١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٥.

(٦) وسائل الشيعة ١٨/٧، ح ٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٨/٨، ح ١، الباب ٢ من أبواب الخيار.

ومنها: صحیحة أخرى لمحّمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إنّي ابتعت أرضاً فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يحجب البيع.^(١)

ومنها: صحیحة ثالثة لمحّمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليحجب البيع حين افترقا.^(٢)

ومنها: صحیحة ثالثة للحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: أيّها رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.

قال: وقال أبو عبدالله عليه السلام: إنّ أبي اشتري أرضاً يقال لها: العريض فابتاعها من صاحبها بدنانير، فقال: أعطيك ورقاً بكلّ دينار عشرة دراهم، فباعه بها، فقام أبي فاتبعه، فقلت: يا أبا لم قمت سريعاً؟ قال: أردت أن يحجب البيع.^(٣)

ومنها: موثقة عمار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشتري جارية بثمن مسمى ثم افترقا، فقال: وجب البيع وليس له أن يطأها وهي عند صاحبها، الحديث.^(٤)

ثم إنّ هنا روایة واحدة تنتفي خيار المجلس وهي موثقة غیاث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عن علي عليه السلام قال: قال قال علي عليه السلام: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا.^(٥)

والمستفاد منها لزوم البيع بالتصفیق وإن لم يفترقا والعجب من رمیها بأنّها

(١) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٩/١٨، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٩/١٨، ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة ٧/١٨، ح ٧، الباب ١ من أبواب الخيار.

ضعيفة السيد.^(١)

وقال الشيخ الأعظم قدس: «مطروح أو مؤول»^(٢).

وقد قالوا في عدم معارضته هذه الموثقة مع الروايات السابقة وجوهاً: «منها: احتمال أن يكون المقصود من الوجوب وجوب الوفاء بالقبض والإقباض. فلكل من المتباعين أن يطالب صاحبه بماله، فهو في مقام بيان حصول المعاملة.

ومنها: احتمال كون الصدق في العصر السابق ظاهراً في الالتزام بالبيع وإسقاط الخيار وعدم حق الرجوع لكل واحد من المتباعين، فهو حينئذٍ في مقام أنه ليس الخيار حكماً شرعياً غير قابل للإسقاط، بل هو يسقط ولو بالعمل، وحينئذٍ فيه إشعار بل ظهور في قيام السبب الفعلي مكان السبب القولي.

والذي يؤيد أحد التأowيين وجود كلمة «وإن لم يفترقا» المشعرة بكون الحديث ناظراً إلى مادل على الخيار حتى يفترقا وأنه بصدق تفسيره.

والحاصل: أنه فرق بين أن يقول: «إذا باع الرجل فقد وجب» وبين العبارة المذكورة عرفاً.

والذي يؤيد الحمل الأخير استناد الوجوب إلى صدق البائع فيحصل الوجوب من جانبه وإن لم يفترقا. فتأمل.

قال قدس في الجواهر: والأجود: حمله على التقيّة من أبي حنيفة وأتباعه في هذه الفتوى الملعونة، التي أقدم فيها على خلاف رسول الله ﷺ على علم منه؛ ولذا عُدّت

(١) كما في تقريرات الفقيه الشريعتمداري جلـه ٦/٨٨؛ وابتعاء الفضيلة في شرح الوسيلة ٣/١٠.

لآية الله الشيخ مرتضى الحائرى اليزدي جلـه.

(٢) المکاسب ٥/٢٧.

في مطاعنه.^(١)

قال آية الله الشيخ مرتضى الحائري فتوى: الحمل على التقيّة بعيد عندي جدًا، لأن التقيّة عن أبي حنيفة لم تكن في عصر علي عليهما السلام، وهي لا توجب على الصادق عليهما السلام نقل الحديث عنه كذبًا، خصوصاً مع التصريح بالوجوب مع عدم الافتراق، فإنَّ الحمل على التقيّة يوجب أن يكون خلاف الواقع في أمرين: أحدهما: استناد الحديث إليه عليهما السلام. ثانيةهما: الفتوى على طبقه المستفاد من لازم الكلام هذا.

مضافاً إلى أنَّ التقيّة لا توجب إلا عدم تفرد الإمام عليهما السلام بحكم غير ما يقول به جمهور العامة ولا تقتضي موافقة خصوص أبي حنيفة. ويعده أيضاً رواية الحديث عن الصادق مسندًا إلى علي عليهما السلام فلازم ذلك خلاف الواقع في النقل عن أبيه عليهما وعنه علي عليهما السلام.

والعجب من صاحبي الحدائق والوافي حيث رجحاً الحمل على التقيّة على غيره من المحامل^(٢) كالشيخ المعظم^(٣) مع أنه ربما كان مقطوع البطلان عندي. وما أشرنا إليه من المحامل الثلاثة غير بعيد، بل لا يكون بعضها تأويلاً فراجع وتأمل^(٤).

«ويمكن أن يقال: بعدم الحاجة إلى الطرح والتأويل؛ لأن التصفيق عبارة عن اختيار لزوم البيع الراجع إلى إسقاط الخيار حتى لو لم يتم التفرق. فإن قبلنا بهذا الوجه فالرواية لا تعارض الروايات الأخرى، بل تجتمع معها من حيث الدلالة، وإن لم نقبله فهي مما أعرض عنها المشهور بل الكل، والرواية التي

(١) جواهر الكلام ٦/٢٤، طبعة جماعة المدرسین.

(٢) الحدائق الناضرة ٦/١٩؛ الوافي ١٧/٥.

(٣) راجع المکاسب ٥/٢٧.

(٤) ابتغاء الفضيلة في شرح الوسيلة ٣/١٠ و ١١.

أعرض عنها الكل ساقطة عن الحجية، ولو سلم فهي معارضة لها فتصل النوبة إلى المرجحات، والروايات المثبتة للخيار أرجح منها؛ لاشتهرها رواية وفتوى، ولمخالفتها للعامة، فيما خالفها شاذ نادر، وموافق للعامة فيطرح.

وقد يقال بالحمل على التقية كما عن صاحب الحدائق^(١) قده، ولكنه مشكل لأن التقية لا تحتاج إلى إسناد الرواية من الإمام عليهما السلام إلى آباءه عليهما السلام.

ولا يقال: بأن العامة مختلفة القول في المسألة على ما يظهر من الشيخ قده في كتاب الخلاف^(٢) [كما مرّ مقالته آنفًا].

وذلك لأن الرواية عن أبي عبدالله عليهما السلام، وقول العامة إلى ذلك الزمان لزوم البيع وعدم خيار المجلس، فإن الشافعي (المتولد سنة ١٥٠) وأحمد بن حنبل (المتولد سنة ١٦٤) وغيرهما من الفقهاء القائلين بخيار المجلس كانوا بعد أبي عبدالله عليهما السلام، فالرواية حين صدوره كان مخالفًا للعامة^(٣).

الأمر الثاني: مختصات خيار المجلس

وأما البحث حول مختصاته فيقع في ضمن مسائل:

المسألة الأولى: ثبوت خيار المجلس للوكيل

لا إشكال في ثبوته للمتابعين الأصلين والولي والأصيل، والوليين وكذا الوكيلين في الجملة وفي بعض الموارد.

قال العلامة في تذكرة الفقهاء: «لو اشتري الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان، فالأقرب: تعلق الخيار بهما وبالموكلين جمِيعاً في المجلس، وإلا فالوكيـلين. فلو مات

(١) الحدائق ٦/١٩.

(٢) الخلاف ٣/٧-٨.

(٣) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٧٠.

الوکیل فی المجلس و الموکل غائب، انتقل الخيار إلیه؛ لأنّ ملکه أقوى من ملک الوارث.

وللشافعية قولان، أحدهما: أنّ الخيار يتعلّق بالموکل. والثاني: أنه يتعلّق بالوکیل^(١).

أقسام الوکیل

إن الوکیل على أربعة أقسام:

[١] «تارةً يكون الوکیل وکیلاً في إجراء العقد فقط من دون أن يكون وکیلاً في انتخاب المبيع قبل البيع و اختيار الأصلح بحال الموکل ولا في اختيار الفسخ بعد البيع إن رضي الآخر به.

[٢] وأخرى يكون وکیلاً في انتخاب المبيع إلى إجراء العقد.

[٣] وثالثةً يكون وکیلاً في إجراء العقد وما بعده من الأمور اللاحقة حتى الإقالة.

[٤] ورابعةً يكون وکیلاً في الأمور المتقدمة على العقد من انتخاب الأصلح ونفس العقد والأمور المتأخرة عنه^(٢).

فلا بد أن نبحث حوالها:

القسم الأول: الوکیل في مجرد إجراء العقد

من غير أن يكون له اختيار في مقدمات البيع ولا في ما بعد إنشائه فيكون موقعه موقع لسان الموکل في إنشاء البيع فقط، ذهب الشیخ الأعظم^(٣) إلى عدم ثبوت الخيار

(١) تذكرة الفقهاء ١١/٣١.

(٢) ابتعاد الفضيلة ٣/٤٣.

(٣) المکاسب ٥/٢٨.

له تبعاً جماعة منهم المحقق والشهيد الثانيان^(١) وخلافاً لصاحب الحدائق^(٢).

يستدل الشيخ الأعظم^(٣) لعدم ثبوت الخيار بوجوه خمسة:

الوجه الأول: «إنا إذا ذهبنا بها ذهب إلى محقق الثاني قدس^{عليه} ما يظهر من كلامه في جامع المقاصد من انصراف دليل الخيار - بحكم الغلبة - إلى العاقد المالك^(٤)، فهذا الوكيل خارج عن الدليل موضوعاً.

وأما إذا لم نقل بمقالته - لعدم إيجاب الغلبة للانصراف - فالوجه انصراف الأدلة عن الوكيل في مجرد إجراء العقد وإن عمم بعض أفراد الوكيل، فلا يكون مشمولاً لإطلاق الدليل، والمرجع - بعد عدم الإطلاق - إلى الأصل العملي، ومقتضاه عدم ثبوت الخيار»^(٥).

وبعبارة أخرى: الروايات الواردة في إثبات خيار المجلس منصرف عن هذا القسم، «وليس الانصراف من باب قصور اللفظ عنه، بل من باب المناسبة بين الحكم والموضوع، فإن من ليس لإنشائه البيع داع بحسب ماله من الوكالة إلا امتنال أمر موكله في نفس ذلك الفعل تبرعاً أو لاستحقاق الأجرة من دون أن يكون مقصوده جلب الخير للموكل، بل يجري البيع ولو شك في ذلك بل ولو علم بعدم كونه صلاحاً له، فلا معنى لجعل الخيار له بحسب ما يناسب الارتكاز العرفي، والارتكاز المذكور موجب للانصراف عنها قطعاً»^(٦).

(١) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٥؛ المسالك ٣ / ١٩٤.

(٢) الحدائق ٤ / ١٩.

(٣) راجع المكاسب ٥ / ٢٨-٣٠.

(٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٦.

(٥) بغية الراغب في مباني المكاسب ١ / ١٧٤.

(٦) ابتغاء الفضيلة ٣ / ٤٣.

تقريبات الأعلام في هذا الوجه ومناقشاتهم فيه ودفعها

«اختلفت العبارات في تأديته، فالشيخ قدس سره عَبَرَ عنه بانصراف دليل الخيار عن

الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة.^(١)

وقال المحقق النائيني قدس سره: إن منشأ الانصراف هو أن الوكيل في إجراء الصيغة

بمنزلة الآلة واللسان للموكل، فنسبة البيع إليه نسبة مجازية؛ لأن مبادئ البيع ليست باختياره.^(٢)

وقال المحقق الاصفهاني قدس سره: بما أن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة نادر الواقع
في باب المعاملات العرفية فلا بأس بدعوى انصراف عنوان البيع عنه؛ لأن أكثر البيوع
معاطاتية، فمن يحتاج إلى الوكيل في إنشاء الصيغة إنما هو غير العربي لو أراد إنشاء
العقد بالعربية وهو لا يحسنها، وهذا نادر.^(٣)

أما ما أفاده المحقق النائيني قدس سره فغير تمام؛ لأن لفظ البيع موضوع لتمليك عين
بعوض، أو لتبديل طرف الإضافة، فحقيقة البيع ليست شيئاً آخر وراء هذا الإنشاء،
سواء أقلنا في تعريفه: بأنه مبادلة مال بهال، أم نقل العين بعوض، أم إنشاء تملك عين
بهال كما عَرَفَه بالشيخ قدس سره، أم التبديل في طرف الإضافة كما عَرَفَه به عدة من المحققين،
فحقيقة البيع عبارة عن هذا الأمر الإنسائي سواء أكانت مبادلة اختيارية للمنشئ أم لم
تكن، ولهذا كان بيع الفضولي بيعاً حقيقة لا مجازاً مع أن مبادله ليست اختيارية
للفضولي، فما قام به من عمل هو الاعتبار والإبراز، أو إنشاء وإيجاد هذا الوجه موجباً
للانصراف.

(١) المكاسب ٥/٢٨، ونص عبارته: «لأن المتبار من النص غيرهما» أي الوكيلين في مجرد إجراء العقد.

(٢) منية الطالب ٣/٢١.

(٣) حاشية المكاسب ٤/٥٧.

وأما ما أفاده المحقق الاصفهاني فتى فغايته الندرة في الوجود وقد حقق في محله من الأصول أن الغلبة في الوجود، لا توجب انصراف اللفظ بما له من المعنى عن الفرد النادر، وما يوجبه هو التشكيك في الصدق عرفاً، فما أفاده غير تمام في نفسه، كما أنه مخالف لختاره في الأصول.

إشكال السيد الخوئي فتى على الوجه الأول ودفعه

أورد المحقق السيد الخوئي فتى على الشيخ فتى: بأن في (البيع) مادة وهيئة، أما معنى المادة فهي مبادلة مال بمال، أو تبديل طرف الإضافة، وهو صادر على الوكيل في إجراء العقد، وأما الهيئة فلا تدل على أزيد من انتساب المادة إلى من قام بها، فلا وجه للانصراف من جهة المادة ولا من جهة الهيئة، وعليه فالطلاق تمام.^(١)

[نقد]: ولكن في تعبير الشيخ فتى ما لا ينبغي الغفلة عنه؛ فإنه لم يعبر بأن البيع منصرف حتى يرد عليه ما ذكره السيد الخوئي فتى من دوران الأمر بين الهيئة والمادة ونفي الانصراف من جهتها، وإنما عبر بأن الدليل منصرف، وبين الأمرين فرق بعيد؛ فإذا لاحظنا الروايات عرفنا صحة ما أفاده الشيخ فتى؛ ففي صحيحه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها»^(٢).

فاللماحظ للرواية يدرك أنها ثبتت الخيار لمن يكون لرضاه دخل في بقاء البيع، والبيع بهذه الصفة منصرف عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، ومنحصر في المالك أو الوكيل المفوض في البيع.

ثم إن ما أفاده من أن عنوان البيع يصدق على الوكيل في مجرد إجراء الصيغة إنما

(١) مصباح الفقاهة ٦/٥٨؛ التتفيق في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/٥١.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣.

يصح لو قلنا بمقالة الشيخ ^{قدس} من أن الخيار هو ملك فسخ العقد، وأما لو قلنا بما هو التحقيق: من أنه ملك فسخ العقد وإلزامه، أو الاختيار الشرعي لفسخ العقد وإبرامه فلا يصح الكلام أصلاً؛ لأن حق الخيار - حينئذ - لا يكون إلا من يملك إلزام العقد، والوکيل في مجرد إنشاء الصيغة لا يملكه»^(١).

«الوجه الثاني: أن الخيار حق مجعل للمتعاقدين، وسلطنة لكل منها على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، ولا سلطنة للوکيل في إجراء العقد، فلا حق لوكيل البائع في إجراء العقد أن يتصرف في الثمن حتى يتحقق له رده واسترداد المثلمن الذي هو حقيقة الخيار.

والشاهد على ذلك أنه لو شك في السلطنة على البدل لم يمكن التمسك بأدلة الخيار لرفع الشك، لو شك المشتري في كون المبيع من يعتنق عليه قهراً، أو يجب اعتقاده لتعلق النذر به، أو يجب صرفه لنفقة، فإنه لا يمكن رفع الشك والحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، وهذا يكشف عن لزوم وجود سلطنة من انتقل إليه المال على المال المنتقل في مرحلة سابقة حتى يمكنه التمسك بأدلة الخيار، والوکيل في مجرد إجراء العقد ليس له هذه السلطنة»^(٢).

وقد أورد عليه: «غير واحد من الأعلام - بل عبّر بعضهم عنه بأنه لا يتربّب صدوره منه»^(٣) - : بأن هذا الوجه مخالف لمبني الشيخ ^{قدس} نفسه؛ حيث اختيار أن الخيار فسخ العقد لا رد العين حتى يقال: بأن الوکيل في إجراء الصيغة لا سلطنة له على رد العين.

ولكتّه غير وارد؛ إذ يحتمل أن يكون مراد الشيخ ^{قدس} أن من له حق الخيار هو من

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٧٨-١٧٦.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٧٤.

(٣) مصباح الفقاہة ٦/٦١.

تكون له سلطنة على رد العين ولو بالتبع؛ فإن الخيار حق متعلق بالعقد، فإذا فسخ العقد رد العين، والوكيل في مجرد إنشاء الصيغة ليست له هذه السلطة، فهذا الوجه قوي عندنا وإن استشكل فيه غير واحد»^(١).

«الوجه الثالث: ويتألف من مقدمتين:

الأولى: أن بعض أخبار الخيار - [كصححه] محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(٢) - قد قرن فيها بين خيار المجلس وخيار الحيوان وحكم بهما على موضوع واحد مما يفيد أن موضوعهما واحد.

الثانية: أن خيار الحيوان لا يثبت للوكيل في إجراء الصيغة قطعاً؛ لأن صاحب الخيار هو صاحب الحيوان، وهو لا يصدق على هذا الوكيل والنتيجة: أن الخيار المجلس لا يثبت للوكيل في إجراء الصيغة، بمقتضى وحدة السياق، وبما أن موضوع هذه الرواية وأمثالها يتحد مع موضوع الروايات المطلقة التي من قبيل «البيعان بالخيار حتى يتفرقوا» فالمراد منها واحد، فلا تشمل المطلقة أيضاً الوكيل في إجراء الصيغة.

وليس المقام من باب تعارض المطلق والمقييد حتى يورد عليه بعدم صحة حمل المطلق على المقييد في المثبتين لا على نحو صرف الوجود كما نحن فيه؛ بل من باب وحدة الموضوع المستفادة من وحدة السياق؛ فإن المتبع في الروايات يرى أن الموضوع في الروايات التي جمعت بين خيار المجلس والحيوان هو بعينه الموضوع في الروايات التي لم تجمع بينهما»^(٣).

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٧٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١.

(٣) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/١٧٥.

ويرد عليه: «أنه إذا سقط ظهور دليل لأجل ابتلائه بمانع كوحدة السياق مثلاً، فهذا لا يعني أن يسقط ظهور الدليل الآخر الذي لم يبتل بذلك المانع، وإسقاطه على هذا الأساس خلاف مقتضى الصناعة، فمثلاً لو جاء دليل تعلق فيه الأمر بمتصل ما في سياق المستحبات وقلنا بأن وحدة السياق تقتضي سقوط ظهور الأمر في الوجوب بالنسبة إلى هذا المتعلق، وجاء دليل آخر تعلق فيه الأمر بذلك المتعلق ولم يقترن بشيء من المستحبات، فما هو الموجب لسقوط ظهور الأمر في الوجوب في هذا الدليل؟!»

و«البيعان» في صحيحه محمد بن مسلم قد ابْتَلَ - حسب الفرض - بمانع وهو اقترانه بخيار الحيوان فسقط ظهوره في الإطلاق، ولكن لا مسوغ لسقوط ظهوره في الإطلاق في الدليل الذي لم يقترن بهذا المانع؛ فمقتضي الإطلاق في هذا الدليل بلا مانع.

إشكال المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره والجواب عنه

وأما ما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره من عدم الربط بين خيار الحيوان وخيار المجلس أصلاً؛ فإن الموضوع في خيار الحيوان هو عنوان المالك بمقتضى قوله عليه السلام: «وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»، وموضوع خيار المجلس البيungan، فهما حكمان على موضوعين لا ربط لأحدهما بالآخر، و مجرد ذكرهما في رواية واحدة لا يقتضي اتحاد الموضوع.^(١)

غير تام؛ للفرق بين العموم والإطلاق، فلو كان الوارد عاماً لتم كلامه، ولكنه مطلق، ويشترط في انعقاد الإطلاق أن لا يوجد في الكلام ما يحتمل القرینية، فبملاحظة هذا الأمر وبالتأمل في نحو بيان الإمام عليه السلام لحكم المتباعين لا يحرز انعقاد الإطلاق؛ فإنه عليه السلام قد بيّن أولاً حكم المتباعين بنحو مطلق ثم خصص الكلام لبيان

(١) مصباح الفقاهة ٦٠؛ التنقيح في شرح المکاسب، الخیارات ٣٨/٥٢.

حكم خيار الحيوان، وهذا النحو من البيان يرجع لبأ إلى الاستثناء، فكأنه قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ولكن صاحب الحيوان ليس كذلك، فجعلها في سياق واحد بهذا النحو من البيان يولّد - لا أقل - احتمال أن يكون المراد منها واحداً، فلا ينعقد الإطلاق في «البيعان» ليشمل الوكيل في إنشاء الصيغة^(١).

«الوجه الرابع: «أنّ الحكمة من جعل هذا الخيار هي التروي في البيع والتأمل في مصلحته وعدمها، وهذه الحكمة مقتربة بـ «البيعان بالخيار» فلا ينعقد الإطلاق فيه فلا يشمل الوكيل في إجراء الصيغة؛ لأن التروي لا يكون إلا للملك أو للوكيل المفوض، وأما الوكيل في إجراء الصيغة فلا ربط له بمصلحة البيع وعدمها حتّى يتروي فيها؛ فإنه مجرد آلة لتحقق الوجود الإنسائي للبيع»^(٢).

وقد أورد عليه: «بالفرق بين العلة والحكمة؛ فإن الحكم يدور مدار العلة وجوداً وعدماً، والعلة تعمم وتخخص، فلو كان ما ذكر في هذا الوجه علة لحكم بانتفاء الحكم في الوكيل في إجراء الصيغة لانتفائتها فيه، ولكن ما نحن فيه مجرد حكمة مستنبطة، وهي ليست كالعلة حتّى يدور الحكم مدارها فينتفي في المقام لانتفائتها، فلا تمنع من انعقاد الإطلاق.^(٣)

والحق عدم ورود هذا الإشكال؛ فإن الحكمة على نحوين: حكمة قطعية وحكمة ظنية مستنبطة، فلو كانت هذه الحكمة ظنية لكان الإشكال وارداً، وأما مع كونها قطعية - لاستنادها لوجه علمي -، فلا يرد الإشكال؛ إذ غايتها عدم تعميم الحكم لوارد الحكم، وهذا وإن كان صحيحاً في نفسه، ولكن في ما نحن فيه - مع كون الحكمة قطعية - خصوصية توجّب انتفاء الحكم عند عدم وجود الحكم.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٧٩ / ١٨٠ .

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٧٦ / ١ .

(٣) مصباح الفقاهة ٦ / ٥٩؛ التفقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨ / ٥٤ .

توضيح ذلك: إنه من المعلوم أن الخيارات إنما شرّعت لأجل أن لا يلزم ذو الخيار بالبقاء على العقد، وأن يكون له طريق للتخلص من التزامه، فما يفهمه العرف والعقلاء من تشريع الخيار أنه إنما شرع لصالحة ذي الخيار؛ فإنه حق من حقوقه وقد جعل له حتى لا يكون مقيداً بالالتزام، فهو مجعل لتفعه، فأصل وجود الحكمة مما لا إشكال فيه، وهي بمثابة القرينة المتصلة بالإطلاق، فإن قلنا بمقالة المحقق الحراساني قدسُه من مانعية القدر المتيقن في مقام التخاطب من انعقاد الإطلاق لم ينعقد الإطلاق في المقام؛ لأن هذه الحكمة صغرى للقدر المتيقن، وإن لم نقل بمقالته فالإطلاق محفوف بها يحتمل القرنية، والصارفية فلا يحرز انعقاده، وعليه فيما أن «البيان» محفوف بحكمة التروي، وهي منتفية عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة لم ينعقد فيه الإطلاق بالإضافة إليه، فهذا الوجه قوي عندنا.

لا يقال: بأن الحكمة من العدة عدم اختلاط المياه، فهل يمكن الالتزام بهذا القول فيها فلا ينعقد الإطلاق بالنسبة لمن يقطع بعدم حملها؟!

لأننا نقول: بالفرق بين المقامين؛ لوجود الدليل الخارجي القطعي على لزوم العدة في المرأة حتى لو لم تحمل، وكلامنا في ما لو لم يوجد دليل من الخارج، بل خلينا وعنوان الدليل الأولى وهذه الحكمة^(١).

الوجه الخامس: أنه لا شك في عدم ثبوت الخيار للوكيل في مجرد إجراء الصيغة فيسائر الخيارات، ولا ينبغي للفقيه القول بثبوته له فيها، فهذا الخيار مثلها^(٢).

وفيه: لا يتم هذا الوجه «لكونه قياساً على خيار العيب والغبن والشرط مع الفارق؛ فإن ملاكها لا يرتبط بملاكه؛ فإن ملاك هذه الخيارات على ما يستفاد من

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب /١٨٠ و ١٨١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب /١٧٦.

كلمات الفقهاء - كما سيأتي إن شاء الله تحقيقه - إما قاعدة لا ضرر أو المؤمنون عند شروطهم أو الشرط الارتكازي، ومالك هذا الخيار عنوان البيع، فإن صدق على الوكيل في إجراء الصيغة فيها وإلا فلا، ولا شرط - مصرحاً به أو ارتكازياً - فيه، ولا ضرر على البائع أو المشتري»^(١).

إلى هنا تم ما أفادها الشيخ الأعظم من الوجه.

ثم بقي الكلام في ما أفاده الأعلام من وجوه الاستدلال على عدم شمول دليل خيار المجلس للوكيل في إجراء صيغة العقد فقط:

الوجه السادس: «ما أفاده المحقق الرشتي ^{فتوى} من منافاة ثبوت الخيار للأجنبي العاقد مع قاعدة سلطنة الناس على أموالهم فتأمل»^(٢).

وفيه: أن خيار الوكيل لا ينافي سلطنة المالك؛ لأن متعلق الخيار هو العقد وليس له سلطنة على العين، وسلطنة المالك على العين غير مقصورة ولا محدودة بخيار الوكيل، ويشهد لعدم التنافي ثبوت الخيار لمن له الخيار مع سلطنة من عليه الخيار بالبيع والهبة وغيرهما من التصرفات»^(٣).

الوجه السابع: «ما أفاده المحقق النائيني ^{فتوى} ومناقشه تقريريه: أن حق خيار المجلس ثابت لمن له حق الإقالة، وبها أن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة لا حق له في الإقالة فلا حق له في هذا الخيار»^(٤).

وفيه: **أولاً:** أنه لا دليل على هذه الملازمة المدعاة.
وثانياً: أن ثبوت الخيار وعدمه يدوران مدار ثبوت إطلاق الدليل وعدمه، فإن

(١) منية الطالب ٢٤/٣.

(٢) فقه الإمامية، الخيارات ٣١.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٨٦/١.

(٤) منية الطالب ٢٤/٣.

ثبت الإطلاق وشمول الدليل للوكيل في مجرد إنشاء العقد ثبت له حق الخيار وإن لم تثبت له الإقالة، وإلا لم يثبت له لعدم الإطلاق، لا لعدم الإقالة والاستقالة.

الوجه الثامن: ما أفاده الحقائق النائية تفاصلاً ومناقشة

وحاصله: أن نسبة أدلة الخيار إلى آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ نسبة المخصوص، فالآية تلزم المتعاقدين بالوفاء بالعقد، وخصوص هذا الالتزام الفظي بأدلة الخيار، فتكون النتيجة: يجب الوفاء على كل متعاقدين إلا من ثبت له حق الخيار، فحق الخيار إنما جعل من خوطب بوجوب الوفاء بالعقد، وهو إما المالك، أو الوكيل المفوض، وأما الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة فليس مخاطباً بهذا الوجوب.^(١)

ويرد عليه: أنه لا شك في أن أدلة الخيار مخصصة لوجوب الوفاء المستفاد من الآية الكريمة، ولكن ثبوت الخيار وعدمه يدوران مدار الدليل وعدمه، فإن ثبت الإطلاق أو العموم لمن لم يخاطب بوجوب الوفاء ثبت الدليل الدال على ثبوت حق الخيار له وإن لم يخاطب بوجوب الوفاء، وإن لم يثبت الإطلاق لم يقم الدليل على ثبوت حق الخيار له بغض النظر عن خطابه بوجوب الوفاء وعدم خطابه به، وهذا لو اشترط المتعاقدان أو أحدهما ثبوت الخيار لأجنبي فإنه يثبت له الخيار مع عدم خطابه بوجوب الوفاء.

الوجه التاسع لنفي الخيار: ما أفاده الحقائق الخوئية تفصلاً ومناقشته

وحاصله: أن آية: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أضفت البيع الصحيح الجامع لجميع شرائط الصحة، وبيع الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة بيع صحيح من حيث صدوره من العاقد الجامع لشرائط القيام بالعقد، ولكنه ليس جاماً لشروط الصحة من حيث انتسابه إلى المالك؛ فإن البيع الصحيح هو ما يتسبب إلى المالك أو من يقيم مقامه،

والوکيل في مجرد إنشاء الصيغة ليس بهالك ولا قائم مقامه، فلا يكون مشمولاً^(١) لـ «البیان بالخیار»؛ لأنه لا یشمل إلّا البیع الذي یكون بیعه موضوعاً لـ ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ﴾^(٢)، وبيع هذا الوکيل ليس كذلك.

وهو منوع؛ لأن المنشى للعقد لم ینشئه إلّا لأنه وکيل في إنشائه من قبل ولي أمر العقد کالمالك أو وليه، وليس الكلام في مطلق من أنساً العقد، فهذا الوکيل وإن كان مجرد آلة إلّا أن لسانه مستند إلى ولي العقد ف تكون شرائط الصحة تامة، فالمسألة تنتهي إلى الإطلاق وعدمه، وبها أنه اعترف بشمول الإطلاق للوکيل في إنشاء العقد، وأنكر جميع جهات الانصراف فالمقتضي لثبوت الخیار له موجود، والمانع عنه مفقود في نظره.

الوجه العاشر: ما أفاده السید الخوئی نقش ثانية ومناقشته

وتقريبه: أن شمول «البیان بالخیار» للوکيل في مجرد إنشاء الصيغة بالإطلاق لا بالعموم، فالوجوه المذکورة لنفي الخیار عنه - وإن لم تتم - إلّا أنها تمنع من التمسك بالإطلاق.

وبعبارة أخرى: إن الأدلة المذکورة إن لم تتف الخیار فإنها توجب الشك في انعقاد الإطلاق، ومع الشك في انعقاده يقصر الدليل عن ثبوت الخیار مثل هذا الوکيل، فالاصل اللزوم.^(٣)

وهذا الوجه مردود أيضاً، لأن الإطلاق حجة في نفسه كالظهور الوضعي، غایة الأمر أن منشأ الحجية مختلف فيها، فإن منشأها في الوضع هي أصالة الظهور، ومنشأها في الإطلاق هي مقدمات الحکمة، وحيث إن الدليل في حد نفسه مجرى مقدمات الحکمة فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق.

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٦ / ٧٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٦ / ٧٠؛ التتفیع في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨ / ٥٩.

وبعبارة أخرى: إن ما يوجب رفع اليد عن الإطلاق هي القرينة أو ما يحتمل القرينة، وبما أنه قد أبطل جميع الأدلة التي أقيمت على المنع عن الإطلاق فلم توجد قرينة ولا ما يحتمل القرينة، فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق. نعم، من يحتمل صحة تلك الوجوه أو بعضها له الحق في رفع اليد عن الإطلاق للشك في انعقاده، وأما من يجزم ببطلانها فلا^(١).

الوجه الحادي عشر ما ذكره السيد الخوئي ثلاثة ومناقشته

قال المحقق الخوئي: «والذي يمكن أن يقال في المقام: إنّ موضوع الخيار ليس هو البيع على نحو الاطلاق، بل المراد هو البيع الذي يكون بيعه موضوعاً لأجل الله البيع وغيره من أدلة الحل، ومن الظاهر أنّ أدلة حل البيع وإمساء العاملات إنما تشمل البيع الصادر عن الوكيل في مجرد إيقاع الصيغة بما أنه متسبّب إلى المالك لا بما أنه صادر منه.

وتوضيح ذلك: أنّ البيع الصادر عن الوكيل المذكور الذي هو بيع واحد له إضافتان، إضافة صدورية إلى الوكيل وإضافة الانتساب إلى المالك، لأنّ المعاملة بيع الوكيل تسند إلى المالك فيقال إنّ فلاناً باع داره، فيبع الوكيل واسطة في الثبوت وعلة لشمول ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لبيع المالك، إذ لو لا بيعه لما يتحقق للمالك بيع حتى تشمله آية الحل، وعليه فالبيع بحسب الحدوث مضاف إلى المالك والسلطنة ثبت له حدوثاً، لا للوكيل المذكور إذ لا سلطنة له بوجه، لأنّه وكيل في إيقاع الصيغة فقط وأدلة الخيار تقتضي بقاء ملك السلطنة بعد حدوثها، والمفروض أنها حدثت في حقّ المالك دون الوكيل، ولا يمكن إثبات الخيار للوكيل بمجرد إضافة البيع إليه بحسب الصدور وإنّ لانتقض بيع الفضولي فإنه مما لم يذهب أحد إلى ثبوت خيار المجلس للفضولي ولو مع

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٨٦-١٨٢/١.

إجازة المالك له في مجلس البيع، وليس هذا إلّا من جهة أنّ آية الحل إنّما تشمله بما أنه متسبب إلى المالك لا بما أنه صادر من الفضولي.

وهذا الذي ذكرناه ليس راجعاً إلى دعوى الانصراف وأنّ البيع لا يشمل الوكيل لأنّه كما عرفت غير صحيح، بل مع الاعتراف بأنّ البيع شامل له كما أنه يشمل الفضولي ندعّي عدم ثبوت الخيار في حّقّه من جهة أنّ موضوعه هو من تشمله آية الحل، وهي إنّما تشمل البيع لاتسابه إلى المالك كما مرّ، هذا^(١).

ويرد عليه: لو كان «الموضوع بحسب النص البيع، وهو مطلق من صدر منه البيع وكان بيعه صحيحاً، والمفروض أن الوكيل باائع حقيقة، واختصاص الموضوع بالمالك لا دليل عليه.

وما استدل عليه من أن ثبوت الخيار للوكيل بمجرد إضافة البيع إليه بحسب الصدور مستلزم لثبوت الخيار للفضولي ولو مع إجازة المالك له في المجلس، ففيه أنه بحسب الظهور لا مانع من شمول أدلة الخيار للفضولي المذكور، وأما عدم الالتزام به من جهة ظهور نصوص الخيار في المالك لا الوكيل في مجرد إنشاء العقد [ولا الفضولي]، ومن النصوص:

[صحيحة] عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: إذا التاجران صدقوا بورك لهم فإذا كذبا وخانوا لم يبارك لهم، وهم بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلغا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا.^(٢)

[صحيحة] الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام.^(٣)

(١) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/٥٨.

(٢) وسائل الشیعة ١٨/٧، ح ٦.

(٣) وسائل الشیعة ١٨/١٠، ح ٢.

[صحيحة] الحلبي، عن أبي عبدالله الحلبي قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط.^(١) ويرد عليه أيضاً أن المفروض كون هذا الخيار يجعل الشارع لا المالك فيتبع دليل الجعل، فإن سلم إطلاق دليل الجعل للوكيل وعدم انصرافه عنه فلا وجه لاختصاصه بالمالك»^(٢).

فذلك القول في المقام

«إن أدلة الخيار منصرفة عن الوكيل في مجرد إنشاء الصيغة، ولو لم نرتض بقية الأدلة التي أقامها الشيخ قتـشـة لكفى ما يستفاد من أدلة خيار المجلس من الحكم لهذا الخيار وهي التروي والتأمل في المعاملة، فيلزم البيع برضاء المتابعين وتنتهي الحكم بافتراقهما، وهذه الحكمة متنافية عن الوكيل المذكور»^(٣).

ثم إن هاهنا فرع: هل يثبت الخيار لموكلي الوكيلين في إنشاء العقد؟

هل يثبت الخيار للموكلين أم لا؟ وجهان.

«أولهما: عدم الثبوت، واستدل عليه بوجهين^(٤):

الوجه الأول: إن عنوان (البیاع) يصدق على المتعاقدين دون غيرهما، والموكلان لم يصدر منها العقد، بل صدر من وكيليهما.

وفيه: أن عنوان (البیاع) غير متقوم بإجراء الصيغة، بل يصدق هو وما يرادفه من سائر اللغات على البائع الذي انتقل منه المال في مقابل الثمن، وعلى المشتري الذي

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح .

(٢) هامش بغية الراغب في مباني المکاسب ١٨٤/١ و ١٨٥ .

(٣) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٨٦/١ .

(٤) تعرض لها الشیخ في المکاسب ٥/٣٠ .

انتقل منه الشمن في مقابل المال على نحو الحقيقة العرفية، والمدار في الموضوعات الشرعية على صدق العنوان عرفاً.

والشاهد على ذلك أنه لو عهد الرجل لغيره في إجراء عقد النكاح له بنحو الوكالة، فعنوان المتزوج يصدق على الموكّل دون الوكيل.

وأما في البيع والصلاح فالحق أنه يصدق عنوان البائع والمصالح على الأصيل وعلى الوكيل، فيقال عن الوكيل إنه باع واشترى، كما يقال ذلك عن الأصيل، وعليه فينطبق على الموكّلين موضوع أدلة الخيار.

ويضاف إلى الصدق العرفي: أن حكمة الخيار تقتضي أن يكون زمام أمر العقد من حيث الفسخ والإبرام بيد المالكين الموكّلين، وهو المستفاد أيضاً من الصحيحه المتقدمة: «فلا خيار بعد الرضا منها»^(١)؛ فإنها شاهد على ثبوت الخيار للموكّلين، ولكن في المقام ثلاث صور:

صور حالات الموكّلين

الصورة الأولى: أن يكون الموكّلان حاضرين في مجلس العقد، فهنا يثبت لها الخيار ما لم يفترقا بلا إشكال.

الصورة الثانية: أن يكونا غير حاضرين فيه ومتفرقين من الأول، وهنا لا يثبت لها الخيار بلا إشكال؛ لعدم صدق الاجتماع ولا الافتراق عليهما، وموضوع خيار المجلس الاجتماع، وغايته الافتراق.

الصورة الثالثة: أن يكونا غير حاضرين فيه ولكنهما مجتمعان في مجلس آخر أثناء إنشاء الوكيلين للعقد وكانا يعلمان بإنشائه حينه.

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، صحيحه فضيل.

وقد ذهب الحق السيد الخوئي^(١) في هذا الفرض إلى ثبوت الخيار لهم؛ لصدق عنوان (البيعان) عليهم حقيقة، وصدق الاجتماع عليهم، فيتم موضوع «البيعان بالخيار ما لم يفترقا».

ولكن في تحقيقه^(٢) تاماً، ووجهه: أنه لا إشكال من جهة صدق البيع؛ إذ الإشكال من جهة كان في انحصار عنوان البيع في مجري الصيغة وقد ثبت الأعم.

وإنما الإشكال من جهة أن الوارد في أدلة الخيار: «البيungan بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها»^(٣)، وعنوان الافتراق والاجتماع من العنوانين ذات التعلق، فهي تتقوم بما تتعلق به، فلابد للجتماع من طرف اجتمعوا عليه، كما لا بد للافترار من طرف تفرقا عنه، فعل أي شيء اجتمعوا؟ وعن أي شيء افترقا؟

ولا يتصور طرف للتفرق في الأدلة إلا البيع، أي تفرقا عن مجلس البيع، فالبيungan بالخيار ما لم يفترقا عنه، فعندما جعل العنوان ذو التعلق بالبيع موضوعاً للحكم، فإذا كان الموكلان مجتمعين في مجلس أجنبي عن مجلس البيع لم يصدق أنها اجتمعوا على البيع، وإذا افترقا عنه لا يصدق أنها افترقا عن البيع.

فالحق أن المستفاد من الأدلة هو ما يستفاد من كلام الشيخ^(٤) من أن الموضوع هو الاجتماع على البيع والافتراق عنه، فإذا كان الموكلان مجتمعين في مجلس البيع صدق عليهم الموضوع فكان لها الخيار، وإن لو يكونوا فيه لم يصدق عليهم فلا خيار لهم.

ولو تنزلنا تنزلاً فرضياً فالحق أن يقال: إن عموم وجوب الوفاء بالعقد قد خصص بأدلة الخيار، ونحتمل - بالوجودان - أن يكون المراد منها بالنسبة إلى الموكل

(١) مصباح الفقاهة ٦/٧٦؛ التنقية في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٦٢.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، صحيحه فضليل.

(٣) المكاسب ٥/٣٠.

المجتمعين في مجلس آخر، فيدور أمر المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر، وما كان كذلك يقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو خصوص الموكلين المجتمعين في مجلس العقد.

الوجه الثاني: أن الموكل لو حلف على عدم البيع لم يحيث ببيع وكيله.
وفيه: أنه لو حلف بأن لا يبيع داره بنحو مطلق ووكل من باع فقد تحقق منه الحنث؛ لاستناد البيع إلى الموكل حقيقة. نعم، لو كان يقصد أن لا يبيع مباشرة لم يحيث»^(١).

والحاصل: خيار المجلس ثابت للموكلين المجتمعين في مجلس العقد لصدق البيع عليهما ولأن البيع لابد أن يستند إليهما وحكمة الخيار تقتضي شمول الإطلاق لهما، والله العالم.

القسم الثاني: الوكيل المفوض

أما الوكيل المفوض في أمر البيع بالنسبة إلى مباديه وما بعده فله الخيار لصدق عنوان البيع عليه ولانطابق موضوع الروايات عليه.
وأما الموكلان فهل يثبت لها الخيار أم لا؟

استدلال الشيخ الأعظم على ثبوت الخيار للموكلين

استدلّ الشيخ الأعظم^(٢) على ثبوت الخيار للموكلين في هذا القسم بوجهيْن:
الأول: الخيار شرّع إرفاقاً للملك كما هو المستفاد من النصوص، فله الخيار هنا.
الثاني: ثبت الخيار للوكيل لأنّه نائب عن المالك، وهذا يستلزم ثبوته للمنوب

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/١٨٩-١٨٧.

(٢) المكاسب ٥/٣١.

عنه (الموكل) بالأولوية القطعية.

اعتراض المحقق الاصفهاني على الشيخ الأعظم

اعتراض المحقق الاصفهاني^(١) على الشيخ الأعظم في دليله:

أما الأول: فنعم، أن الخيار شرع للإرافق بالمالك، لا أن كل من يناسبه الإرافق
لابد من ثبوت الخيار له.

وأما الثاني: فإن الخيار يثبت للبيع بما هو البيع ولا يثبت للوكيل بما هو وكيل،
والوكالة هنا علة لحدوث عنوان البيع، وثبتت عنوان البيع للوكيل لا يستلزم ثبوته
للموكل حتى لو لم يصدق عليه عنوان البيع، وإن صدق عليه عنوان البيع فلا حاجة
إلى هذا الاستدلال.

استدلال الاصفهاني على نفي الخيار للموكلين ونقده

قال الاصفهاني^(٢) بوضيح مثاً: «أن غاية الخيار - على ما يستفاد من الأدلة -
الافتراق، وعندما تكون الغاية الافتراق فالمغبى هو الاجتماع؛ إذ لا افتراق إلا عن
اجتماع، وليس المراد منه مطلق الاجتماع، بل اجتماع البدنين كما يشهد له ثبوت الخيار
لو وقع العقد في حال المishi، وليس المراد مطلق اجتماع البدنين بل مع كون المجتمع
عليه هو البيع، فيعتبر في ثبوت الخيار أمران: اجتماع البىعين بدنان، بأن يقوم الاجتماع
بالبيعين، وأن يكون اجتماعهما على البيع.

والاجتماع على البيع لا يصدق على الموكلين؛ وذلك لأن الموارد تنقسم إلى
قسمين: ما يكون قيامه بالموضوع قياماً صدورياً، وما يكون قيامه به حلولياً، فما يكون
من قبيل الأول يستند إلى المباشر للصدور وإلى من كان في سلسلة عللها، فقيام البيع

(١) حاشية المكاسب ٤/٦٥.

(٢) حاشية المكاسب ٤/٦٧.

بالبائع قيام صدورى، فلهذا ينسب إلى الوكيل الذى باشر البيع، وللموكل الذى وكله في البيع؛ لأنه علة لتحققه منه، فيكون كل منهما بيعاً حقيقة، ولكن أحدهما بال مباشرة والآخر بالتبسيب.

وأما ما يكون من قبل الثاني فهو لا يستند إلا إلى من حل فيه، ولا يستند إلى من تسبب له، والمجتمع من هذا القبيل؛ فإن المجتمعين هما المتعاقدان؛ إذ قام بهما الاجتماع قياماً حلولياً، وأما من سببا الاجتماع فهما غير مجتمعين وإنما هما مجمعاً؛ لعدم حلول الاجتماع فيهما، وعليه فمن يصدق عليهما الاجتماع على البيع بنحو الحقيقة هما الوكيلان، فهما اللذان يعتبر فيها الافتراق، فيثبت لهم الخيار ما لم يفترقا، وأما الموكلان فلا يصدق عليهما الاجتماع على البيع حقيقة، وإنما يصدق عليهما مجازاً، فلهذا لا يعتبر اجتماعهما ولا افتراقهما في الخيار وعديمه، فلا يثبت لهم الخيار وإن صدق عليهما بيعان؛ لعدم صدق الاجتماع على البيع عليهما^(١).

ويرد عليه: ولكن التحقيق ثبوت الخيار للموكلين «الصدق عنوان البيع على الموكل بنحو الحقيقة - كما اعترف به هو أيضاً - وإن كان اتصافه به بالتبسيب لا بال المباشرة، وبما أن الموكلين مجتمعان في مجلس العقد حسب الفرض فاجتمعا هما كان على البيع لا على غيره؛ إذ كما أن صدور البيع من الوكيل كان سبباً لاتصاف الموكل بكونه بيعاً، فكذلك صدوره منه موجب لاتصاف الموكل الحاضر في مجلس العقد بصفة الاجتماع على البيع، وليس ممماً بل هو مجتمع، فالموكل نفسه - كالوكيل - مجتمع مع الآخر على البيع، ولكن وصف الاجتماع على البيع كان حاصلاً له بوسيلة صدوره من الوكيل بالوكالة، وببحثنا في الموكلين الحاضرين في مجلس البيع الصادر من الوكيل. فالنتيجة: أن الموكلين الحاضرين في مجلس العقد يصدق عليهما أنها بيعان

(١) بغية الراغب في مباني المكاتب ١٩٢/١.

اجتمعنا بدنًا على البيع إلا أنه بتوسط الوكيلين، فيثبت لها الخيار، كما يثبت للوكلين لاتصافهما بالوصف نفسه^(١).

فرع: معيار الافتراق في هذا القسم

«إذا فرض ثبوت الخيار للوكيل والموكل، فهل يزول بافتراق الوكيلين خاصة أو الوكلين خاصة أو افتراق الكل عن الكل، فلو بقي من كل طرف واحد في مكانه كفى فيبقاء الخيار؟

ذهب الشيخ^(٢) إلى الأخير.

والتحقيق: أن الاحتمالين الأولين لا سند لهما ولا دليل عليهما، فيدور الأمر بين الاحتمال الأخير الذي قوله الشيخ^(٣) واحتمال رابع اختاره السيد الطباطبائي^(٤) وهو زوال الخيار بافتراق أحد ذوي الخيار من أحد الطرفين.

والذي نقويه منها هو الاحتمال الرابع لما ذكره السيد بنحو الدعوى من أن الغاية المأخوذة هي الافتراق فإذا تحقق بنحو صرف الوجود زال الخيار.

وتوضيح ذلك: أن المستفاد من الأدلة الدالة على هذا الخيار إما أن يكون تقيد موضوع الخيار بمجتمع المتباعين، فمدار ثبوت الخيار على تتحقق الاجتماع وصدقه.

وإما أن يكون المستفاد هو كون موضوع سقوط الخيار هو افتراق المتباعين بلا فرض الاجتماع في موضوع ثبوته.

فعلى الأول: لا يزول الخيار إلا بزوال اجتماع الكل عن الكل، لأن الطبيعي يتتحقق بوحد من أفراده فإذا كان بعض أفراد البائع مجتمعاً مع بعض أفراد المشتري

(١) بغية الراغب في مباني المكاتب ١٩٣/١.

(٢) المكاتب ٥/٣٢.

(٣) حاشية المكاتب ٢/٣٨٧.

صدق اجتماع البيعين، فكان الخيار ثابتاً. ولا يضر افتراق البعض لأن صرف الوجود يتحقق ببعض الأفراد.

وعلى الثاني: يزول الخيار بافتراق البعض، لما عرفت من أن الطبيعي يتحقق بفرده، فصرف الطبيعة للافتراء يتحقق بافتراق بعض أفراد البائع، إذ يصدق حينئذ افتراق البيعين، فيترتب عليه زوال الخيار.

إذن، فترجح أحد الاحتمالين يبني على تشخيص ما هو المستفاد من الأدلة، فإن كان المستفاد هو الأول ثبت احتمال الشيخ، وإن كان المستفاد هو الثاني ثبت احتمال السيد، وقد عرفت وجه ذلك.

وبما أن النصوص ظاهرة في الثاني لأخذها الافتراق في موضوع سقوط الخيار - كما هو صريح قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع»^(١). كان ما ذكره السيد جليل هو المعني.

ولا يخفى أنه لا فرق فيها ذكرناه بين أن يكون صرف وجود الافتراق وطبيعته - المتحقق بفرد من أفراد الافتراق - مضافاً إلى صرف وجود البائع أو إلى أفراد البائع، إذ افتراق صرف وجود البائع وطبيعته يتحقق بافتراق أحد أفراد البائع إذ يصدق افتراقه بمجرد افتراق أحد أفراد البائع، لأن صرف الوجود يتحقق ويصدق على أحد الأفراد. كما أنه لو أضيف الافتراق إلى الأفراد كان الأمر كذلك إذ يكون المستفاد: أن الخيار يسقط بافتراق أي فرد من أفراد البائع. بافتراق أحد الأفراد يتحقق موضوع زوال الخيار. وما ذكرناه واضح.

ومنه يظهر الاشكال فيما جاء في حاشية المحقق الاصفهاني^(٢)

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤، صحيحه الحلبي.

(٢) حاشية المكاسب ٤/٧٧.

أولاً: بالنسبة إلى ما ذكره من أنه لابد من أخذ الافتراق مضافاً إلى جنس البيع لا الأشخاص في مقام إثبات عدم الواسطة بين ثبوت الخيار وعدمه الذي ادعى استفادته من الأدلة. فإنك عرفت عدم تحقق الواسطة على كلا التقديرتين وأن النتيجة واحدة على كلا الفرضين.

وثانياً: بالنسبة إلى ما ذكره من عدم تحقق افتراق جنس البيع بافتراق أحد أفراده، بل لابد من افتراق الكل الذي انتهى منه إلى عدم الفرق بين المسلكين فيما هو المستفاد من أدلة الخيار. فإنه من نوع لما عرفت من أن افتراق طبيعي البائع يتحقق بافتراق أحد أفراده لصدق الطبيعي على أحد الأفراد، فالتفت ولا تغفل^(١).

القسم الثالث: الوكيل الذي تنتهي وكالته بإنشاء العقد

«أما الوكيل المفوض في أمر البيع ولكن بحيث تنتهي وكالته بمجرد الانقضاء من العقد - فهو برزخ بين الوكيلين السابقين، فليس هو مجرد آلة كالأول؛ لأن له الاختيار في مبادئ البيع، وليس مفوضاً في المبدأ والنتهي كالثاني؛ لأن وكالته تنتهي بالانتهاء من إنشاء العقد - فقد وقع الخلاف فيه على قولين: الثبوت وعدمه.

أما القول بالثبوت؛ فلانطباق موضوع الأدلة عليه؛ لصدق عنوان البيع عليه بلا إشكال.

وفيه: ما أورده الشيخ قيس على الوكيل الأول؛ فإن أدلة الخيار منصرفة عن من ليست له سلطنته على التصرف في العوض، حتى لو قلنا بأن الخيار يتعلق بحل العقد؛ فإنه - بالتبع - تسلط على الرد والاسترداد، وبما أن هذا الوكيل تنتهي وكالته بمجرد إيقاع العقد فلا سلطنة له على التصرف في العوض حتى بالرد، فلا خيار له^(٢).^(٣)

(١) المرتفق إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٨٣-٨٥.

(٢) المكاسب ٥ / ٣٢.

(٣) يمكن أن يقال: بعدم الملزمه بين السلطنة على حل العقد والسلطنة على رد العين، فإن الوكيل

رأي السيد الخوئي في الوكيل المذكور

وعلمه ما أورد على الشيخ قدس: أنه لا يعتبر في الخيار السلطنة على العرض؛ لعدم تعلقه، وهذا لو تلف العرض بمجرد البيع لم تكن له سلطنة عليه؛ لانتفاء موضوعها، ومع ذلك له حق الخيار، وما ذلك إلا لأن الخيار حق يتعلق بالعقد لا بالعين، فله أن يفسخ.

وعلى هذا الأساس اختار المحقق السيد الخوئي قدس ثبوت الخيار له؛ لأن موضوعه لا يرتبط بالوكالة؛ فإن موضوعه صدق البيع عليه، وهو صادق على هذا الوكيل وإن انتهت وكالته. نعم، لو كان الخيار يدور مدار عنوان الوكالة لم يكن له خيار؛ لانتهاء أمد وكالته بإحداث البيع^(١)^(٢).

ختار الاستاذ المحقق مدظله

قال: «والحق في المسألة: أن المستفاد من النصوص - كما تقدم - هو أن الخيار حق من يعتبر رضاه في البيع، ولكون رضاه معتبراً يكون لإلزامه وفسخه تأثير في البيع، وهو ليس إلا المالك أو الوكيل المفوض في أمر البيع في المبدأ والمتنهى، وأما الوكيل الذي تنتهي وكالته بمجرد إيقاع البيع فليس لرضاه بالبيع وعدمه تأثير في بقاء البيع، فلا يكون موضوعاً لـ «لا خيار بعد الرضا منها»^(٣).

كما أن الحكمة من جعل الخيار - وهي الإرافق بالمالك - متنافية عنه؛ فإنها لا تكون إلا في من يرتبط به أمر البيع حدوثاً وبقاء.

فهذه الوجوه إن لم تمنع من انعقاد إطلاق أدلة الخيار، فلا أقل من إيجابها الشك

يفسخ لكن إذا احتاج إلى رد العين فلابد من رد المالكين.

(١) مصباح الفقاهة ٦/٧٤؛ التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٦٠.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٩٣ و ١٩٤.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، صحيحه فضيل.

في انعقاده، فيتردد أمر المخصص المنفصل - وهو أدلة الخيار - بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو المالك والوكيل المفوض له أمر البيع بالكلية، ويتمسك في غيرها بالعموم كآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾؛ للقطع بدخوله فيها والشك في تخصيصه منها»^(١).

المناقشة في مختار الاستاذ المحقق مدظه

أقول: يمكن أن يرد عليه: أوّلاً: ما مرّ منا في بحث بيع الفضولي بأنّ المراد من «الرضا» في المعاملات والعقود والاقعات ليس إلا استنادها إلى من له أمر الشيء نحو الملكية أو الولاية أو الوكالة وغيرها، وليس المراد منها الرضائية بمعنى أنّ جميع أطراف قلب البائع أو العاقد في رضا من هذا العقد أو تلك المعاملة. فحينئذ الاستدلال بصحة الفضيل بها ورد فيها: «لا خيار بعد الرضا منهم» على أنّ الخيار يختص بمن يكون رضاه معتبراً في البيع غير تام لما مرّ من أنّ المراد بالرضا هو الاستناد واستناد البيع بالموكل تام لتمامية الوكالة.

وثانياً: الحكمة في جعل الخيار هي الارفاق بالمالك وإن كانت صحيحة إلا أنّ الاستاذ مدظه علّمنا بأنّ الحكمة لا يستفاد منها شيء، على خلاف العلة، لأنّ العلة تعمّم وتخصّص، لا الحكمة، فلا تفيدنا هذه الحكمة شيئاً في المقام. وعلى هذا تتم مقالة السيد الخوئي تفصيلاً من صدق البيع على هذا الوكيل وإن انتهت وكالته، فله الخيار.

وبعد صدق البيع عليه لا مانع من انعقاد اطلاق أدلة الخيار في حق هذا الوكيل وبعد جريان الإطلاق ليس لنا شك حتى ترددنا في أمر المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن فلا يتم ما ذكره الاستاذ المحقق أadam الله

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١٩٥/١.

ظله على رؤوسنا.

فرع: ثبوت الخيار لموكلي هذا الوكيل الثالث
لا اشكال في ثبوت الخيار للموكلين، لصدق عنوان البيع عليهما حقيقة لكن
شرط اجتماعهما.

مقالة المحقق الإيرواني في ثبوت الخيار

ذهب المحقق الإيرواني «بأن للبيع إطلاقين: فتارة يطلق ويراد به منشئ البيع والموجد المباشر له، وأخرى يطلق ويراد به من كان حصول البيع باختيار منه واستقلال، باشره أم لم يباشره، فإن كان الإطلاق في الأخبار بالمعنى الأول ثبت لجميع الوكلاء بدون تفصيل دون الموكلين، وإن كان بالمعنى الثاني ثبت للموكلين دون الوكلاء»^(١).

والجواب: أن حقيقة البيع موضوعة للجامع، فتصدق على كل من الوكيل المنشئ للعقد والموكل الذي حصل منه البيع باختياره واستقلاله، ولهذا لو أنشأ الوكيل البيع، وسئل المالك: هل بعت مالك؟ يقول: نعم، إلا أنه ربما يسأل: هل أنشأت البيع بنفسك؟ فيجيب: لا، أنشأه وكيلي، وهذا أيضاً لو حلف المالك أن لا يبيع ماله ثم وكل آخر في بيته فإنه يحيث في حلفه، وما ذاك إلا لصدق البيع عليه»^(٢).

فرع آخر: امكان تعدد أطراف الخيار في طرف البيع

«بمقتضى إطلاق «البيعان بالخيار» يثبت الخيار لكل من صدق عليه عنوان

(١) حاشية المكاتب للإيرواني ٣/٢٨.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاتب ١/١٩٦.

البيع، فيمكن أن تتعدد الأطراف في طرف البائع والمشتري كما أفاد الشيخ^(١) قيس، بأن يكون الموكّل حاضراً في مجلس العقد، ووكيله المفوض حتى في التوکيل، ووكيل وكيله الذي قام بإيجاد البيع؛ فإن الخيار يثبت لهم كلهم؛ لصدق عنوان البيع عليهم وأنهم اجتمعوا على البيع؛ فإن المورد كسائر الموارد الشرعية الأخرى مجعل بمنحو القضية الحقيقة، فمن صدق عليه العنوان ثبت له الحكم.

نعم، خاصية الخيار أنه لو أعمل أحد طرفي المعاملة خياره تمّ الفسخ وانحل العقد وارتفع موضوع الخيار، فلا يبقى للآخرين خيار؛ لأن للعقد فسخاً واحداً، وحله واحد لا يقبل التعدد، فإذا حصل ارتفاع موضوع الخيار، فلو فسخ واحد من طرف البائع لم يبق موضوع للمشتري.

وأما إذا ألزم أحد طرفي المعاملة العقد وأوجب البيع فالإلزام من طرف لا يعني الإلزام من الطرف الآخر، فللآخر أن يعمل خياره فيفسخ، فالفسخ لا حيّثية فيه، وأما الإلزام فهو أمر حيّثي، فيلزم من حيث البائع دون المشتري أو العكس.

نعم، لو ألزم واحد من أطراف البائع فإن البيع يلزم من جهة البائع ولا يبقى مجال للفسخ بالنسبة للآخرين، ولو ألزم الموكّل مثلاً لزم، وليس للوكيل أن يفسخ؛ فإنه وجود تنزيلي للموكّل، فإذا ألزم الأصيل فلا معنى لعدم إلزام الفرع الذي هو وجود تنزيلي له، كما أن الوكالة التامة تقتضي كون فسخ الوكيل المفوض فسخ موكّله فلا موضوع لإعمال الخيار بعده^(٢).

(١) المكاسب .٣١ / ٥

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٩٥ / ١٩٦ و .

فرع ثالث: عدم ثبوت الخيار للفضوليين

«ذهب الشيخ^(١) إلى عدم ثبوت الخيار للفضوليين، لا لأجل عدم صدق عنوان المبایعین عليهم؛ فإنه صادق عليهم بلا إشكال؛ لأن البيع هو النقل العرفي، وهو متتحقق في المقام، بل لعدم شمول أدلة الخيار لها.

فإن قيل: إن البيع في بيع الفضولي غير متتحقق فلا موضوع للخيار.

قلنا: إن لم يتحقق البيع فبهاذا تعلقت الإجازة إذن؟! فإنها من الأمور ذات التعلق، فتنتهي بالمجاز، فإن لم يكن الصادر من الفضوليين بيعاً لم يكن هناك شيء تتعلق به الإجازة، فيلزم أن لا يتم بيع الفضولي أبداً؛ لعدم كون بيعه بيعاً، وعدم كون الإجازة بيعاً إلا على مسلك ضعيف واضح البطلان؛ لاستلزماته الدور؛ لأن الإجازة تتوقف على ما تتعلق به وهو المجاز، وهو لا يكون بيعاً إلا بالإجازة فيتوقف عليها. فيلزم توقف الإجازة على نفسها، وهو دور.

فاتضح بالبرهان أن ما قام به الفضولي بيع، وبالإجازة يستند هذا البيع إلى المالك، فيكون البيع والعقد - بعد الإجازة - بيعاً وعقداً للملك.

وأما وجه عدم شمول أدلة الخيار للفضولي فهو انصراف الأدلة عنه، ومنشأ الانصراف وجوه تستفاد من الأدلة نفسها:

أولها: أن في الأدلة: «إذا افترقا وجب البيع»، والبيع - مع افتراق الفضوليين وعدم تحقق الإجازة من قبل المالك - محكوم بالبطلان فكيف يحكم عليه باللزوم؟!

ثانيها: أنه ورد في الصحيحه المتقدمة: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها»^(٢)، فالخيار إنما يكون في مورد يعتبر فيه رضا المبایعین، ولا يعتبر رضا

(١) المکاسب ٥/٣٣.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، صحيحه فضيل.

الفضوليين قطعاً.

ثالثها: أنه ورد في بعض نصوص^(١) خيار المجلس - في بيان موضوع ثبوت الخيار- إطلاق عنوان «التاجر» على البيعين، ولا يصدق عنوان التاجر على الفضولي.
فالحق: أن موضوع خيار المجلس هو البيع الجامع للشراطط، وهو لا يصدق على بيع الفضولي وإن صدق على الفضولي عنوان البيع.

في ثبوت الخيار للمجيزين وعدمه

وأما بالنسبة إلى المجيزين، فهل يثبت لها الخيار أو لا؟

أما المجيزان الحاضران في مجلس العقد فيثبت لها الخيار بلا إشكال؛ لصدق عنوان «البيعان» عليهما بإجازتها لعقد البيع، والفرض أنها حاضران في مجلس البيع فيصدق عليهما - بعد الإجازة - أنها مجتمعان على البيع، فيتتم موضوع ثبوت الخيار بالنسبة لها، بلا فرق بين كون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

وأما المجيزان غير الحاضرين في مجلس البيع، فإن كانا متفرقين أو كانوا مجتمعين وتفرقا قبل الإجازة فلا خيار لها؛ لأنتفاء موضوعه وهو اجتماع البيعين، ولا بحث في ذلك.

وإنما البحث في المجيزين المجتمعين في مجلس الإجازة، فذهب المحقق النائي قدس إلى عدم ثبوت الخيار لها؛ ومتنهى دليله احتمال أن يكون لاجتماعهما في مجلس البيع دخل في ثبوت الخيار، وهذا الاحتمال كاف لعدم ثبوت الخيار ما لم يرفع.^(٢)
وبيان ذلك منا: أن مجرد احتمال أن يكون لاجتماع المجيزين في مجلس العقد دخل في ثبوت الخيار منشأ للشك في ثبوته بالوجودان، ومقتضى الأصل اللغطي

(١) وسائل الشيعة ١٨/٧، ح٦، صحيحه عمر بن يزيد.

(٢) منية الطالب ٣٠/٣٠-٢٩.

والعملي مع الشك عدم الثبوت، أما الأصل اللغطي فمقتضى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد ما لم يثبت الخيار، وبما أنه لم يثبت فأصالة العموم محكمة، وأما الأصل العملي فللشك في ثبوت السلطة على حل العقد والأصل العدم، إلا أن تكون أدلة الخيار في مقام البيان من هذه الجهة، وليس كذلك.

هذا، ولكن الحق ثبوت الخيار لها؛ لأن مقتضى إطلاق «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) ثبوته للبيعين بشرط الاجتماع على البيع، وإجازة المالكين لعقد الفضولي اتصف كل منهما بكونه بيعاً كما اعترف به أيضاً، والفرض أنها مجتمعان في مجلس الإجازة فيتصفان أيضاً في مجلس تحقق البيع الصحيح الشرعي بالاجتماع على البيع ولا نريد أكثر من ذلك في تتحقق موضوع ثبوت الخيار لها»^(٢).
هذا تمام الكلام في المسألة الأولى.

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح. ٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/٢٠٢-١٩٩.

المسألة الثانية: اتحاد البائع والمشتري في الخارج

قد يكون العاقد واحداً بحيث ينطبق عليه عنوان البائع والمشتري كأن يكون أصيلاً من طرف ومن طرف آخر ولیاً أو وكیلاً مفوضاً أو يكون ولیاً على المالكين أو وكیلاً مفوضاً عنهم، على وجه يثبت له الخيار لو كان متعددًا، فهل يثبت له الخيار؟ وعلى فرض الثبوت بماذا يتحقق الافتراق؟

الأقوال في المسألة

قال سيد المفتاح: «إذا اتحد العاقد عن اثنين هو أحدهما أو غيرهما فالأقرب ثبوت الخيار كما هو خيرة المسوط^(١) والشرع^(٢) والتذكرة^(٣) والمختلف^(٤) والدروس^(٥) وغاية المرام^(٦) وتعليق الإرشاد^(٧) وإيضاح النافع والميسنة والمسالك^(٨) وهو المحكي^(٩) عن القاضي. وهو ظاهر «الغنية»^(١٠) كما مستسمع.

(١) المسوط ٢/٧٨.

(٢) شرائع الإسلام ٢/٢٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٩.

(٤) مختلف الشيعة ٥/٦٤.

(٥) الدروس الشرعية ٣/٢٦٥.

(٦) غاية المرام ٢/٣٥.

(٧) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وأثاره) ٩/٣٨٨.

(٨) مسالك الأفهام ٣/١٩٩-١٩٧.

(٩) نقله العلامة في المختلف ٥/٦٤.

(١٠) غنية التزوع ١٧/٢١.

وحكى المصنف في التحرير^(١) قولهً بعدم ثبوت الخيار ولزوم البيع، والظاهر أنه ليس لأحدٍ من أصحابنا وإنما هو لبعض الشافعية كما ذكره في التذكرة^(٢) وجزم به الاستاذ الشريف^(٣) قيٰس، قال: هو لبعض العامة ولا قائل به من الأصحاب. وقال في المسالك^(٤) بعد أن جعله احتمالاً ما نصّه: وهذا الاحتمال لم يذكره في التذكرة ولا أشار إليه في الدروس بل جزم بثبوت الخيار، وكذلك عبارة الكتاب - يعني الشرائع - ليس فيها إشعار به، فإنّ قوله: «على قول» يشير به إلى ما جرت به عادتهم من نقل القول الذي ذكره في المسوط، وهو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس، انتهى. والغرض أنّ هذا القول لم يقل به أحدٌ من أصحابنا. ومع ذلك قد مال إليه أو قال به المولى الأردبيلي^(٥) والفضل الخراساني^(٦)، وقربه المحدث البحرياني^(٧).

وظهر التحرير^(٨) والإيضاح^(٩) والتنقیح^(١٠) وحواشي الكتاب^(١١) التوقف كما هو صريح جامع المقاصد^(١٢).

(١) تحرير الأحكام / ٢، ٢٨٤، مسألة ٣٠٩١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٩/١١.

(٣) مصابيح الأحكام / ٢٤٥، س ٢٤ (مخطوط في مكتبة مؤسسة النشر الإسلامي، رقم ١٤)، سيد محمد مهدي بحر العلوم.

(٤) مسالك الأفهام ١٩٩/٣.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٣٨٩.

(٦) كفاية الأحكام ١/٤٦٢.

(٧) الحدائق الناضرة ١٩/١٣.

(٨) تحرير الأحكام ٢/٢٨٤.

(٩) إيضاح الفوائد ١/٤٨١.

(١٠) التنقیح الرائع ٢/٤٤.

(١١) الحاشية النجّارية / ٢٤٤.

(١٢) جامع المقاصد ٤/٢٨٧.

فقد تحصل أن الأصحاب في المقام على ثلاثة أنحاء: بين قائل بثبوت الخيار، وبين متوقف، وبين قائل بعدمه أو مائل إليه^(١).

أقول: القول بثبوت الخيار هو المشهور بين الأصحاب ومنهم الفقيه الزيدي^٢ والسيّد الخميني^(٣).

والقول بعدم ثبوت الخيار لم يثبت عند فقهاءنا حتى القرن العاشر وأقول من قال به هو المحقق الأرديبيلي المتوفى سنة ٩٩٣ ثم السبزواري ثم الشيخ يوسف البحرياني ثم استقواه المحقق الشيخ أسد الله التستري.^(٤)

والقول بالتوقف مضافاً إلى ما مرّ مال إليه الشيخ الأعظم في آخر المسألة وقال: «الأولى التوقف تبعاً للتحرير وجامع المقاصد»^(٥).

أدلة القول بثبوت الخيار

١- «الإجماع: على ثبوته في كل بيع - كما حكاه^(٦) الاستاذ الشريف قدسُه عن «الغنية» والموجود فيها عندنا من نسخها^(٧) ما يقرب من ذلك وليس به - .

٢- ولأن المقتضي له في المتعدد هو البيع وقد وجد في الواحد فليتحقق به تنقيحاً لمناط الحكم، للقطع بعدم الفرق بين بعض صور الاتحاد وبين بعض صور التعديد، ولا

(١) مفتاح الكرامة / ١٤٨ (١٤٦-١٤٧).

(٢) حاشية المكاسب / ٢ ٣٨٨.

(٣) كتاب البيع / ٤ ١٢٢.

(٤) المقابس / ٢٤١.

(٥) المكاسب / ٥ ٣٧.

(٦) مصابيح الأحكام / ١٤٥ سطر ما قبل الأخير (مخطوط في مكتبة مؤسسة السر الإسلامي برقم ١٤).

(٧) غنية النزوع / ٢١٧.

قائل بالفصل.

٣- بل تدّعي أنه لا أثر للتعدد لمكان ورود النص لكان غير الخيار من الأحكام المترتبة عليه كذلك، وليس كذلك قطعاً، لأنّه يسقط حينئذ مع الاتحاد أكثر الأحكام.

٤- هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»^(١) ثبوته لها من حيث البيع والشراء فيرجع بالأخرة إلى ثبوته للبائع من حيث هو بائع وللمشتري من حيث هو كذلك، والعائد الواحد باعه ومشتّرٍ قطعاً، فيثبت له الخيار بالاعتبارين، وهذا قريب من [الثاني] وليس به.

٥- ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام: «مالم يفترقا» إذ النفي حقيقة في السلب المطلق مجاز في عدم الملكة عمّا من شأنه ذلك، والحقيقة مقدمة على المجاز. ومن المعلوم أنه لا فرق في السلب المطلق بين الواحد والمتعدد، سواء رجع النفي إلى القيد والمقيّد أو إلى القيد، ولا كذلك عدم الملكة.

وحيئذ يصح لنا أن نتمسّك بعموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار مالم يفترقا» أخذًا بحقيقة النفي وحملًا للتشيّنة على عموم المجاز، لأنّ الأخبار إنّما سبقت لتعيم الخيار.

٦- مضافاً إلى اقتران أكثرها بخيار الحيوان، وهو عام للواحد والمتعدد. وفي الصحيح^(٢): «ما الشرط في الحيوان؟ فقال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار مالم يفترقا» فإنّه قد شمل^(٣) المتّحد سؤالاً وتعليقًا نشأ من التنبّيّه على علة السقوط بالافتراق وهي الرضا منها، فيعّد المتّحد جواباً وحكيماً. وقد اجتمع فيه أيضاً السوق والاقتران.

وبذلك كلّه مع الشهادة والإجماع المحكي ترجّح الحقيقة في النفي على الحقيقة

(١) الكافي ٥/١٧٠، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٧/٢٤، ح ١٠٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٥ و ٦/١٨، ح ٣.

(٣) يشمل: نسخة بدل.

في الشنّية، فكان الحكم ثابتاً بعموم النصوص وبفحاؤها وملاحظة متعلقاتها، فلا وجه للتردد أو القول بلزوم البيع وعدم الخيار، إذ الأصل الذي تمسكوا به - أعني لزوم البيع - مقطوع بما ذكرنا. والحمدود على اللفظ والإعراض عما ذكرناه واستخرجناه لا يليق بأهل النظر، على أنه قول بعض العامة لا قائل به منا»^(١).

أدلة القول بعدم ثبوت الخيار

ذهب النافون للخيار إلى عدم الإطلاق الشامل لصورة اتحاد البائع والمشتري

لوجوه ثلاثة:

«الوجه الأول: أن أدلة الخيار وردت فيها صيغة المثنى (البيعان) وهي لا تنطبق على الفرد الواحد؛ فإن الأصل في الشنّية - كالأصل في الجمع - التعدد؛ لأنها في مقابل الإفراد، فيلزم تعدد البائع والمشتري؛ فإن انطباق عنوانين على فرد واحد لا يحقق صدق الشنّية، فلا إطلاق ليشمل الفرد الواحد.

وفيه: أن ما ذكر تام لو انحصر التعدد في التعدد الشخصي، وأما مع صدق الشنّية على التعدد العناني بنحو الحقيقة لا المجاز فلا يتم الاستدلال؛ لأن الشنّية كما تحصل في حالة تعدد الشخص، تحصل في حال تعدد العنوان، وما نحن فيه من قبيل الثاني، فإذا وجد عنوان البائع والمشتري صدق «البيعان» وإن كان العنوانان ينطبقان على فرد واحد، كما يصدق أيضاً على ما لو وجد شخصان أحدهما بائع والآخر مشترٍ.

وبعبارة أخرى: إن قوله الله: «البيعان بالخيار» في قوة قوله: البائع والمشتري بالخيار، وحيثئذ يدور الأمر مدار تحقق هذين العنوانين، ولا شك في تتحققهما في الشخص الواحد.

الوجه الثاني: أنه لو تنزلنا وقلنا: بأن الشنّية ليست بلحاظ التعدد الشخصي

(١) مفتاح الكرامة ١٤٨ / ١٤٩ .

الخارجي، بل بلحاظ تعدد العنوانين كما في مثل قوله: (الشمسان والقمران) فإن البيع غالب على البائع والمشري، فالتشنيه كانت بلحاظ البائع والمشري لا بلحاظ كونهما فردين.

إلا أن النصوص مغيبة بالافتراق، وهو مانع من انعقاد الإطلاق، ويظهر ذلك بمحاجة مقدمتين:

الأولى: أن الخيار مغيب بالافتراق، وهو مستحيل بالنسبة إلى الفرد الواحد، فيستحيل تحقق الغاية.

الثانية: أن الغاية حد بلا إشكال، وكل حد قيد - بالمعنى الذي سنبينه في الجواب عن الوجه الثالث للسيد اليزيدي قدس - وهي لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تكون قيادة للحكم أو للموضوع^(١)، ويستفاد من الشيخ قدس الأول^(٢)، ومن المحقق النائي قدس الثاني^(٣)، وعلى أية حال فالغاية - في ما نحن فيه - قيد لأحد هما؛ وإلا لكان أخذها في الدليل لغوًّا، إذ لو كان الموضوع والحكم مطلقين لما كان للتحديد معنى. وإنما أوضحنا هذه الجهة لدفع ما توهمه البعض، حتى بعض أعظم القوم كالسيد اليزيدي قدس في حاشيته، فإن المستفاد من كلامه القول بأن الغاية ليست قيادة^(٤)، ولا يمكن المساعدة عليه كما سيأتي.

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله العالى في هذه النقطة: (وهذا بحث دقيق في نفسه يأتى في جميع موارد الغاية، فمثلاً إلى الليل في قوله تعالى: «ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيلِ» [سورة البقرة / ١٨٧] غاية، فهل هي غاية للحكم أو للموضوع؟ فإن كانت قيادة للموضوع صار الصيام إلى الليل هو الموضوع وهو المحكوم عليه، وأما إذا كانت قيادة للحكم فالحكم بوجوب الإنعام مقيد بـ إلى الليل.

(٢) المكاسب ٣٦ / ٥.

(٣) منية الطالب ٣ / ٣٠.

(٤) حاشية المكاسب ٢ / ٣٨٨.

فإذا كانت الغاية قيداً فالنص مختص بالمتعدد وجوداً، سواء أكانت قيداً للحكم أم للموضوع؛ لأنه إن كان قيداً للموضوع، فلا بد أن يكون من له الخيار قابلاً للاجتماع والافراق، والواحد غير قابل لها.

وإن كانت قيداً للحكم ثبوت الخيار محدود بالافراق، فلا بد حينئذ من أن يكون في مورد قابل للاجتماع والافراق، والواحد الشخصي غير قابل لها.

وبعبارة أخرى: إن التقابل بين الاجتماع والافراق من تقابل الملكة وعدتها، فالاجتماع ملكة، والافراق عدتها، والملكة وعدتها لا تكونان إلا في المورد القابل لها كالعمى والبصر، فالافراق عدم الاجتماع في المورد القابل للاجتماع.

وقد أوضحنا سابقاً أن المستفاد من الغاية في قوله الله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أمران: ثبوت الخيار بالاجتماع، ووجوب البيع بالافراق.

ومع التأمل في ما ذكرناه يتضح عدم الإطلاق في الرواية؛ لأن أحد الأمرين - إما الموضوع أو الحكم - مقيد بالمورد القابل للاجتماع والافراق، وتحقق الملكة وعدتها مستحيل في الواحد الشخصي، ومع هذه الاستحاللة يتضليل الدليل على ثبوت الخيار في ما إذا كان البائع والمشتري واحداً؛ لاستحاللة أن يقيد الشارع حكمه بغایة مستحيلة.

وبعبارةثالثة: إن الدليل على نفي انعقاد الإطلاق ينحل إلى أمرتين:

الأول: أن الخيار في الأخبار مغبى بالافراق، ولا يعقل أن يكون الحكم مغبى بغایة ممتنعة، بل لا بد أن تكون غاية الحكم ممكنة، والافراق بالنسبة إلى الشخص الواحد مستحيل، وحينئذ فتحديد الحكم بغایة الافراق بالإضافة له تحديد له بغایة ممتنعة، ولا يعقل من الشارع أن يحدد حكمه بغایة ممتنعة، لأن يحدده بعدم ارتفاع النقيضين، فإذا كانت الغاية ممكنة كان الخيار محدوداً بموارد إمكان الافراق، فيخرج الشخص الواحد من تحت أدلة الخيار تخصصاً.

الثاني: أنه عندما تكون الغاية هي الافتراق فهو لا يكون إلا في مورد يقبل الاجتماع، ومع عدم قبول المورد له فالتحديد بالافتراق لا وجه له، فنفس الغاية تحدد أدلة الخيار بالمتعدد الشخصي.

[وبعبارة رابعة: «أنّ بعض الأخبار الواردة في المقام أخذ الافتراق غاية للحكم حيث دلّ على أنّ البیان بالخيار حتّى يفترقا، وبعضها أخذ عدم الافتراق قيداً للموضوع ودلّ على أنّهما بالخيار مالم يفترقا، ولكن مرجعهما إلى أمر واحد وذلك لما بيّناه في محله من أنّ كل قيد أخذ في ناحية الحكم لابد وأن يكون مفروض الوجود ويكون حال القيد الراجعة إلى الموضوع من حيث عدم فعالية الحكم قبل تحقّقها، وعليه فالمستفاد من الأخبار أنّ موضوع الخيار مقيد بعدم الافتراق ولا اختلاف بين التعبير بأنّهما بالخيار حتّى يفترقا وبين التعبير بأنّهما بالخيار مالم يفترقا، لأنّ معناهما واحد والاختلاف في مجرد التعبير. وكيف كان فالقابل بين الافتراق وعدم الافتراق وإن كان تقابل السلب والإيجاب فلابد من تحقّق أحدهما لا محالة، وليس التقابل بينهما تقابل عدم والملكة، ولا يقال ذلك بالاجتماع والافتراق فماهما أمران وجوديان ويتقابلان بالعدم والملكة ويمكن ارتفاعهما فيما إذا لم يكن هناك قابلية الاجتماع، وهذا بخلاف الافتراق وعدمه فإنّ العدم والوجود يقابلهما تقابل السلب والإيجاب، إلا أنّ ظاهر كل قضية موجبة أو سالبة أنّ السلب والإيجاب فيها سلب للمحصول بعد الفراغ عن الموضوع، أو إيجاب المحمول بعد فرض وجود الموضوع، وهذا في الموجبة ظاهر، وأما السالبة فهي أيضاً كذلك، لأنّ السلب وإن كان يصدق عقلاً مع انتفاء الموضوع أيضاً إلا أنّ ظهوره العرفي أنه سلب للمحمول عن موضوعه الموجود، فإذا قال أحد إنّ داري ليست بواسعة أو إنّ زوجتي ليست بجميلة فظاهرهما أنّ له داراً وزوجة مسلوّباً عنهما السعة والجمال، لا أنه فقد لنفس الدار والزوجة، وإن كان ذلك بحسب العقل صادقاً.]

وعليه فظاهر قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أنّ الموضوع للافتراق موجود والافراق مسلوب عنه. ومن البدائي أنّ الافتراق وعدمه إنما يتعلّق في صورة التعدد والاشتثنية وأمّا صورة الوحدة والانفراد فهي غير قابلة للافتراق وعدمه مع فرض وجود الموضوع، إذ لا معنى لافراق الواحد عن نفسه أو عدم افتراقه عن شخصه، فنفس مفهوم الافتراق متقوّم بالتعدد، فسلب الافتراق حينئذ معناه أتمّها متعدّدان والافراق مسلوب عنّهما، لا أنه واحد غير متعدّد حتّى لا يحتاج إلى الافتراق ويكون عدم الافتراق من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وذلك لما عرفت من أنّ ظاهر القضية السلبية أنّ الموضوع فيها متحقّق وإنما سلب عنه حكمه ومحموله، لا أنّ السلب من جهة عدم تحقق الموضوع.

وبعبارة أخرى: ظاهر الأخبار أنّ الخيار مقيد بعدم الافتراق، وعدم الافتراق إنما يصح عرفاً فيما إذا كانا متعدّدين غير متفرّقين، لا في صورة الاتّحاد حتّى يكون سلب الافتراق من جهة انتفاء موضوعه، لما مرّ من أنّ التفرّق وعدمه إنما يتعلّقان في صوره التعدد، لأنّ إطلاق التفرّق وعدمه للواحد غلط عرفاً وإن كان سلبه لأجل سلب الموضوع صحيحاً عقلاً، والعائد الواحد حيث لا يصح إطلاق عدم الافتراق في حقه فلا يثبت له الخيار»^(١).]

المناقشات المذكورة للوجه الثاني وردّها

أجيب عن هذا الوجه نقضاً وحلاً.

أما النقض فيما أفاده السيد اليزدي قدسُه في حاشيته^(٢)، وتبعه المحقق السيد

(١) التتفريح في شرح المكاسب، الخيارات، المكاسب ٣/٧٣ و ٧٤؛ ولكن جزورها موجودة في حاشية المكاسب ٤/٧٤ للإصفهاني عليه السلام.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٣٨٨.

الخوئي قدس بنفي البأس عنه^(١) وهو: أن الغاية المذكورة قد تكون مستحيلة في شخصين كما لو كانا متلاصقين، أو كانا بدنين مشتركين في الرجلين؛ فإن الافتراق مستحيل في حقهما، ومع ذلك يثبت الخيار لها بلا شبهة، فمن هذا يستفاد عدم لزوم كون الافتراق ممكناً، بل المنطاط في ثبوت الخيار أن يتحقق البائع والمشتري. ولابد من التأمل في ورود هذا النقض؛ لأن حقيقة النقض تتقوم بأمرتين: أولهما: أن يشترك مورد النقض مع مورد البحث والنزاع في جميع الجهات، فلو تختلف عنه في بعضها لم يصح النقض.

ثانيهما: أن يكون الحكم في مورد النقض مسلماً عند الخصم.
وكلا الأمرين لا ينطبقان على المورد الذي أفاده السيد قدس:
أما عدم انطباق الأمر الأول؛ فالآن عدم الافتراق تارة ينشأ من عدم المقتضي،
كعدم التعدد، كما لو كان البائع والمشتري واحداً وهو محل البحث والفرض، وأخرى
من وجود المانع من الافتراق مع حصول التعدد كمورد النقض كالبدنين المتلاصقين،
فمورد النقض يختلف عن مورد البحث، فلا يصح النقض به؛ فإن منكر ثبوت الخيار
يستند إلى عدم تعدد البائع والمشتري، والتعدد حاصل في مورد النقض وإنما امتنع
الافتراق لوجود المانع منه.

وأما عدم انطباق الأمر الثاني؛ فالإنكار أن يكون الحكم بشروط الخيار في البدنين
المتلاصقين مسلماً؛ فإن من ينفي الخيار أن يقول: بما أن الغاية هي الافتراق، ولابد أن
تكون الغاية ممكنة، فهي لا تكون إلا في مورد يمكن فيه الافتراق، وأما مع امتناعه فلا،
سواء أكان الامتناع لعدم المقتضي أم لوجود المانع، وعليه فيلزمه بعدم ثبوت الخيار في
موردين المتلاصقين.

(١) مصباح الفقاهة ٦/٩٤؛ التتفيق في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٧٢-٧١.

نعم، لو قام الإجماع الكاشف عن رأي المقصوم أو عن دليل معتبر على ثبوت الخيار في البدينين المتلاصقين أخذ به، إلا أنه منع في المقام صغرى وكبرى: أما الصغرى فلأن مسألة البدينين المتلاصقين لم تطرح في متون الفقهاء المتقدمين الذين عليهم المعول في تحصيل الإجماع، فمن أين نحصل على الإجماع؟ ولو سلم الإجماع فهو في المتلاصقين تخصيصاً، أو لاندراجه في قوله الله: «إذا التاجران صدقوا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهم بالخيار ما لم يفترقا...»، بخلاف صورة الاتحاد شخصاً؛ فإنه لا يكون مصداقاً للنص. وأما الكبرى فلأن هذا الإجماع على فرض تتحققه - مع وجود الوجوه التي أقيمت على الحكم في المسألة - مدركي، فلا يكشف عن رأي المقصوم ولا عن دليل معتبر خاص قطعاً.

وعليه فالنقض غير فني، ولا يوجب بطلان ختار من قال بعدم ثبوت الخيار في الواحد الشخصي.

وأما الحل فقد أجي布 عن الإشكال [بجوابات] أربعة:
[الجواب] الأول: أن كلمة «حتى» تدخل علىغاية الممكنة والممتنعة كما تشهد له الاستعمالات الفصيحة كقوله تعالى: ﴿وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْحَبَاطِ﴾^(١)، وبناء عليه فلا محذور في أن يغيّر الحكم بـ «حتى» وقد دخلت علىغاية ممتنعة بالإضافة إلى الواحد الشخصي.

وهذا الوجه نقله الشيخ فتى، واقتصر في التعليق عليه بقوله: «ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمة «حتى» تدخل على الممكن والمستحيل»^(٢).

(١) سورة الأعراف / ٤٠.

(٢) المكاسب / ٥ / ٣٦.

ويشير بذلك - كما سيأتي بحثه - إلى ما أفاده ^{فتى} ^{أولاً} بقوله: «إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد».

ولكن الحق في الجواب أن يقال: إن المغنى إذا كان ممتنعاً - كما في الآية - فلا بد أن تدخل «حتى» على الغاية الممتنعة، وأما إذا كان ممكناً - كما في ما نحن فيه؛ فإن ثبوت الخيار ممكناً، بل واقع - فلا بد أن تدخل «حتى» على الغاية الممكنة، ودعوى دخولها في هذا الفرض على الغاية الممتنعة في الاستعمالات الفصيحة دعوى لا شاهد عليها.

ثم لو سُلم فإن تقييد الخيار بالافتراق - على القول بدلالة الغاية على التقييد - إنما يدل على اختصاص الحكم بمورد إمكان الافتراق فيما كان أصل ثبوت الحكم قيداً به، بخلاف نصوص الباب؛ فإن المقيد به ليس الثبوت بل السقوط وعدم بقاء الحكم، ولا ملزمة بين تقييد السقوط وتقييد الثبوت لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً.

[الجواب] الثاني: ما أشار إليه الشيخ ^{فتى} ^{أولاً} - وإن احترار التوقف في الأخير - من أن الغاية مبنية على الغالب؛ فإن الغالب في المتباعين التعدد الشخصي، فيمكن اجتماعهما وافتراقهما، والقيد الوارد مورد الغالب لا يوجب تقييد المطلق، فلا تنفي هذه الغاية ثبوت المغنى في غير موردها، نظير قوله تعالى: ﴿وَرَبِّكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾^(١)؛ فإن قيد ﴿الَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾ على نحو الغالب، فلا ينفي الحكم في غير مورده، فتحرم الرببية ولو لم تكن في الحجر، وعليه فالحكم بثبوت الخيار ثابت حتى في المورد الذي لا يمكن فيه الافتراق؛ لأن قيد الافتراق مبني على الغالب.

والإشكال على هذا الوجه واضح؛ إذ - مضافاً إلى أن حمل القيد على الغالب خلاف الأصل؛ لأن الأصل في القيود الاحتراز - أن لازمه ثبوت الخيار في مورد

(١) سورة النساء / ٢٣ .

الافتراق، وهو باطل بالضرورة، وذلك للتنافي بين القيدية وكون القيد على نحو الغالب؛ فإن معنى كونه وارداً على نحو الغالب نفي كونه قيداً، وإثبات كونه قيداً ينفي أن يكون وروده على نحو الغالب؛ فإن معنى القيد ما يتضمن الحكم باتفاقه، ومعنى كونه بنحو الغالب عدم انتفاء الحكم باتفاقه.

فالافتراق - فيما نحن فيه - إن كان وارداً على نحو الغالب فهو ليس بقيد، ولازم ذلك أن يثبت الخيار حتى في حال تحقق الافتراق، وهو باطل بالضرورة.

[الجواب] الثالث: ما أفاده السيد اليزدي قدس سره وأشارنا له سابقاً، وحاصله: أن الغاية ليست قيداً للحكم، بل هي رافعة له، فيرتفع بتحققها وينتهي أمنه بحصولها، ورافع الحكم ليس قيداً له بالضرورة، فمعنى الخبر: أن الخيار ثابت لكل من المتابعين، وغايته التفرق، بمعنى أنه إن حصل يرتفع الخيار، فهو نظير أن يقول المولى عبده: «أكرم زيداً إلى أن يفسق»، فهنا لم يقيد الإكرام بعدم فسق زيد، أي لم يرد الإكرام المقيد بكونه قبل الفسق كما هو ظاهر، بل المراد أن الفسق إذا حصل يرتفع الوجوب.

وفي ما نحن فيه إنما يرد الإشكال بناء على أن الغاية قيد للحكم أو للموضوع، وأما إذا لم تكن قيداً لأحد هما، وإنما كانت لبيان انتهاء أمن الحكم فيرتفع الإشكال؛ إذ لم يقيد الخيار بإمكان الافتراق حينئذ، وعليه فإطلاقات أدلة خيار المجلس محكمة، فتشمل ما لو كان البائع والمشتري واحداً، فيثبت الخيار له من الجانبيين.^(١)

وفيه: أنه لا إشكال في أن الغاية - بها هي - رافعة للحكم، وبيان لانتهاء أمنه، ولكن إذا كانت القضية متکفلة لثبوت - حكم على موضوع مغبى بغایة، يستحيل - مع وجود الغاية - أن يبقى الموضوع على إطلاقه.

ولبيان ذلك نأخذ المثال الذي ذكره السيد قدس سره وهو: «أكرم زيداً إلى أن يفسق»

(١) حاشية المکاسب ٣٨٨/٢

فنقول:

لا شك أن زيداً من ناحية حاله قابل للانقسام إلى الفاسق وغيره، ونفس الغاية من انقسامات الموضوع بلا إشكال، فإذا كانت منها وهي غاية، يأتي السؤال: هل زيد - الذي هو موضوع وجوب الإكرام - بالنسبة إلى هذا الحكم وبالنظر إلى حالة الفسق مهملاً ثبوتاً، أو مطلقاً، أو مقيد بوجود الفسق، أو مقيد بعدمه؟ والأمر لا يخلو من هذه الصور مع ثبوت كونه مغبى بهذه الغاية.

أما إهمال الحاكم للموضوع بالنسبة إلى هذه الحال فهو محال، بل يستحيل الإهمال بالنسبة إلى الانقسامات الفردية والحالية في جميع المطلقات؛ لأنه خلف فرض كون المولى في مقام البيان، مع أنه لا يعقل الإهمال في مقام الثبوت من حيث الملاك، وما يقوم به غرض الجاعل.

وكذا الإطلاق بالإضافة إلى حال فسق زيد وعدمه؛ لأن معناه - مع قوله: «أكرم زيداً إلى أن يفسق» - أنه يجب إكرام زيد ولو كان فاسقاً، فالإطلاق ضد لهذه الغاية فلا يجتمعان، فينحصر الأمر في التقييد، والتقييد بوجود الفسق محال أيضاً؛ إذ يكون المعنى: يجب إكرام زيد إلى أن يفسق حال فسقه، وبطلانه ظاهر، فيتعين أن يتقييد موضوع وجوب الإكرام بعدم الفسق، وهو المطلوب.

والنتيجة: أنه ليس المدعى أن نفس الغاية قيد على ما تقدم بيانه، وأن الموضوع مقيد بها، بل المدعى أن كل قضية مشتملة على غاية فإن تلك الغاية - بحسب برهان السَّبْر^(١) والتقطيع - تستلزم أن يتقييد الموضوع ويتحدد بعدهما.

وفيما نحن فيه عندما جعلت للخيار غاية وهي الافتراق فلا حالة من أنها تستلزم أن يكون موضوع ثبوت الخيار هو البيعان المقيد بعدم الافتراق، وبها أن تقييد

(١) السَّبْرُ: التجربة. وسَبَرَ ما عنده أي جَرَبٌ.

الواحد بهذا القيد غير معقول، فلا مناص من عدم تحقق المقيد بالنسبة إليه.

【الجواب】 الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي ^{قتـ} في المصباح، وحاصله: أن الحكم وإن كان يستحيل أن يُعني بغاية مستحيلة بالذات كأن يُعني بمجتمع التقىضيين أو الضديرين، إلا أنه لا بأس في أن يُعني بالجامع بين الممكن والممتنع، والحكم - في ما نحن فيه - معني بالافتراق، فلو كان الافتراق مستحيلاً مطلقاً لم يعقل جعله غاية للحكم، ولكنه ممكن في بعض الأفراد كما لو تعدد البائع والمشتري، ومستحيل في أفراد أخرى كما لو اتحدا وجوداً، فلا محذور في تعليق الحكم على هذه الغاية الجامعة، ولا يوجب ذلك أن يكون الحكم منحصراً في مورد إمكان الغاية، نظير جعل النجاسة لملامي النجس إلى أن يغسل، فإن هذه الغاية ممكنة في مثل الثوب المنتجس، ولكنها مستحيلة في مثل الدهن المنتجس؛ لكون الغسل موجباً لانتفاء العين المغسولة، ومع ذلك لم يتمتع جعل الحكم بالنجاسة على الموضوع المنتجس مطلقاً، ولم يوجب ذلك انحصر الحكم بالنجاسة في خصوص مورد إمكان الغسل، وما نحن فيه كذلك؛ فإن الخيار جعل معني بالافتراق، وهو ممكن في بعض مصاديق «البيعان»، ومستحيل في بعضها الآخر كما لو اتحدا في واحد، وهذا الامتناع بنحو الموجبة الجزئية لا يتنافى مع جعل الخيار مطلقاً الموارد الممكن فيها الافتراق والممتنع ولا محذور فيه.^(١)

وهو مخدوش؛ بأن الأحكام الشرعية وضعت بنحو القضايا الحقيقة، فهي قضية واحدة من حيث الصورة ولكنها قضايا متعددة لبّاً، فالأحكام المجنولة متعددة بعدد الموضوعات، وحينئذ وبالضرورة تكون بعض الأحكام معيّنة بالغاية الممكنة، والبعض الآخر بالغاية المممتنة فيعود الإشكال.

نعم، لو كان الحكم كلياً على موضوع كليٍ ومعني بغاية كلية ينحل الإشكال،

(١) مصباح الفقاهة ٦/٩٤؛ التنتيج في شرح المكافسب، الخياراتات ٣٨/٧٢.

ولكنه خلاف الحق؛ لأن ما في الواقع من قبيل «أكرم العلماء» فالأحكام متعددة، والإطاعة والعصيان متعددان، فلا بد أن يلاحظ كل معمول في نفسه من حيث صحة الجعل وعدم صحته، وعليه ففي كل مورد تكون الغاية مستحبة يكون الحكم ممتنعاً. ثم إن ما أفاده قدسٌ من إمكان جعل شيء جاماً بين الإمكان والاستحالة غاية الحكم، لا إشكال فيه من حيث الكبرى فيما يمكن أن يكون مقيداً بالغاية كالمثال الذي ذكره لا مطلقاً، وأما ما نحن فيه فال موضوع البيّان المتصفان بعدم الافتراق - حيث تقدم أن مآل الغاية إلى تقييد الموضوع بها - ولا شك أن أصل ثبوت الحكم متتف في صورة الاتحاد.

وأما بالنسبة إلى ما استشهد به فخارج عن البحث؛ لقيام القرينة الخارجية على ذلك، ولو لاها لقلنا بأنها قضية حقيقة فيمتنع الحكم في الموارد التي تمنع فيها الغاية، والقرينة الخارجية هي أن النجاسة - بحسب الارتكاز العرفي - تحصل بتحقق الملاقة ولو لم تتحقق الغاية، فلهذا نحكم بالننجاسة في جميع موارد الملاقة، أمكن غلتها أم لم يمكن، وأما في ما نحن فيه من جعل الخيار فلا ضرورة عرفية ولا شرعية تقتضي أن يثبت الخيار ولو لم يمكن تحقق الغاية، بل نحن وهذه القضية الحقيقة «البيّان بالختار ما لم يفترقا»، ومعناها أنه كلما تحقق باائع ومشتّرٍ فهما بالختار في كل قضية إلى أن يفترقا، وعليه لا بد من إمكان الافتراق في كل واقعة، لا مجرد إمكانه في بعض دون بعض، فإن حصل الافتراق انتفى الخيار وإلا فهو ثابت.

هذه مجموع الوجوه التي ذكرت لرفع الإشكال وتبيين الخدشة في جميعها^(١).

المختار في المسألة

لأجل الوصول إلى نظرية المختار لا بد من ملاحظة نصوص الروايات الواردة

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢١٦-٢٠٦.

في المقام وهنّ على طوائف ثلاثة:

«الطائفة الأولى»: ما كان بلفظ «حتى يفترقا» كصحيحي محمد بن مسلم وزرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: **البيعان بالخيار حتى يفترقا.** (١) والمستفاد من هذه الطائفة أن الموضوع هو البيعان، والحكم الخيار، والغاية الافتراق، ويستحيل في القضية المغایة بغاية أن لا يكون المجعل مغىيًّا؛ وإلا يلزم الخلف من وجود الغاية، فالمجعل - وهو الخيار - مغىي بالغاية، والغاية متنهى أمد الحكم وهي رافعة له بالاتفاق، إلا أنهم اختلفوا في إفادتها التقيد أو أنها مجرد غاية وعلى التقديرين لا ينعقد الإطلاق في «البيعان».

أما على التقدير الأول - كما هو مقتضى التحقيق المتقدم من عدم معقولية أن يكون رافع الحكم غير موجب لتقييد موضوعه - فالموضوع في هذه الطائفة مقيد، أي **البيعان القابلان للافتراق، والواحد غير قابل له، فيخرج منها موضوعاً**.

وأما على التقدير الثاني - وهو كونها مجرد غاية - فالمجعل الشرعي مغىي بلا إشكال، ومعنى ذلك أن المجعل الشرعي هي حصة خاصة من الخيار، وهي الحصة المغایة بالافتراق، وبما أن الواحد الشخصي غير قابل لهذه الغاية فيتنفي عنه المجعل وهو الخيار المغىي بالافتراق.

والحاصل: أن المستفاد من هذه الطائفة أن غاية الخيار الافتراق، والغاية إما قيد كما هو التحقيق، أو مجرد غاية كما ي قوله السيد تفتش، وعلى كلا التقديرتين فالمجعل حصة خاصة من الخيار، وهي الحصة المغایة بالافتراق، ولا يعقل تتحققها في الواحد الشخصي فالإطلاق متنف من أصل.

الطائفة الثانية: ما كان بلفظ «ما لم يفترقا» كصحيحة فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام

(١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١ و ٢، الباب ١ من أبواب الخيار.

- في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١).

والموضوع في هذه الرواية البيعان بضميمة عدم الافتراق، وهو السلب المقابل للإيجاب، فيشمل السالبة بانتفاء الموضوع، ولكن ما في ذيل الرواية - وهو قوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» - قرينة على أن التعدد في «البيان» تعدد شخصي لا عناني؛ فإنه لا يتعقل في الواحد الشخصي تصوير «بعد الرضا منهما»، ويدل على ذلك ما ورد في صحيحة الحلبى - فإن ملاحظة لسان جميع الروايات وضم بعضها إلى بعض أمر مهم للغاية - عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أيما رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع... الحديث^(٢)؛ فإنه لا يعقل أن يكون المراد من تعبير «رجل اشتري من رجل» الشمول للواحد الشخصي، فهذه الصريحة توضح المراد من «البيعان» في الروايات الأخرى الذي تمسك بإطلاقها، ويؤكد ذلك [صريحة] عمر بن يزيد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلوات الله عليه وسلم: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهم بالخيار ما لم يفترقا...»^(٣)؛ فإن لفظ «التاجران» لا ينطبق على الفرد الواحد.

الطائفة الثالثة: ما كان بلفظ «أن يفترقا» [كحسنة] علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «ال الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا»^(٤).

ومن الواضح أن لفظة (أن) مصدرية فتؤول مع ما بعدها بمصدر فيكون

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح.٣.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح.٤.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح.٧.

(٤) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح.٥.

المعنى: وفي غير الحيوان افتراهم، فيكون الموضوع من الأساس هو المتعدد الشخصي؛
لعدم صدق «أن يفترقا» على الواحد الشخصي.

والنتيجة: عدم ثبوت الخيار للواحد الشخصي، إما لأجل التقييد، أو للغاية، أو لأن الموضوع في جميع الروايات - بعد ضم بعضها إلى بعض - ظاهر في التعدد الشخصي والتثنية العددية، لا التثنية العنوانية فلا يشمل الواحد الشخصي من رأس»^(١).

فلا بدّ من القول بعدم ثبوت الخيار في اتحاد البائع والمشتري في الخارج تبعاً للأردبيلي والسبزواري والبحراني والتستري كما مرّ وآيات الله: السيد محمد باقر الدرّجي^(٢) والمؤسس الحائري^(٣) والسيد الخوئي^(٤) والشيخ مرتضى الأركاني^(٥) والسيد محمد الروحاني^(٦) وشيخنا الاستاذ^(٧) قدس الله أسرارهم. والاستاذ المحقق^(٨) مدظلمه، والله العالم.

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/٢٢٣-٢٢١.

(٢) ميزان الفقاهة ١٤/٩٥.

(٣) الخيارات ٢٩ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأركي قده.

(٤) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣/٧٤.

(٥) غنية الطالب ٤/١٢٦، حيث قيل أنَّ الواحد لا يوصف بالافراق.

(٦) المرتفق إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/٩٢.

(٧) إرشاد الطالب ٥/٣٣٦.

(٨) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/٢٢٤.

المسألة الثالثة: استثناء من عموم ثبوت خيار المجلس

تعرض الشيخ الأعظم^(١) في هذه المسألة إلى ثلاثة فروع قد يقال بخروجها عن عموم ثبوت خيار المجلس وهي:

- ١- من ينعتق على أحد المتباعين
- ٢- العبد المسلم المشترى من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً.
- ٣- شراء العبد نفسه بناءً على جوازه.

وحيث أن هذه المسائل ليست لها ثمرة عملية فلا تتعرض لهذا البحث ومن أراد فعليه بمراجعة تقريرات بحث السيد الروحاني^(٢) فأنه بحث عنها بحثاً ضافياً.

(١) المكاسب /٥ (٤٥-٣٨).

(٢) المرتجم إلى الفقه الأرمني، الخيارات /١ (١٠٤-٩٣).

المسألة الرابعة: هل يثبت خيار المجلس في غير البيع من العقود؟

قال العلامة: «ولا يثبت خيار المجلس في شيءٍ من العقود سوى البيع عند علمائنا»^(١).

و «يثبت [الخيار المجلس] في جميع ضروب البيع السلم وغيره بدليل إجماع الطائفة كما في الغنية^(٢) وهو أي الإجماع ظاهر التذكرة^(٣) حيث قال: ويثبت في جميع أقسام البيع كالسلف والنسبيّة والمرئي والموصوف والصرف والتولية والمراقبة. وبالجملة: جميع ما يندرج تحت لفظ البيع مما لم يشترط فيه سقوطه عند كل من ثبت الخيار إلا في صور وقع فيها الخلاف. ونحوه من دون تفاوت ما في تعليق الإرشاد^(٤). ويدل عليه بعد الإجماع المنقول والمعلوم من اتفاق الفتاوى عليه عموم أدلةه ولا سيما صحيحة الحلبي: أيها رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا^(٥)^(٦).

(١) تذكرة الفقهاء ١١/١٢.

(٢) غنية التزوع / ٢٢٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٩.

(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩/٣٨٧.

(٥) الميسوط ٢/٧٨ و ٨٣.

(٦) مفتاح الكرامة ١٤/١٢٧.

ولذا قال المحقق: «خيار المجلس لا يثبت في شيءٍ من العقود عدا البيع»^(١). وقال الشهيد الثاني في ذيل قول المحقق: «هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا. ويدل عليه قوله عليه السلام في الحديث السابق: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢). والأصل في غيره اللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد.

ونبه بذلك على خلاف الشافعي^(٣) حيث أثبته فيما شابه البيع من عقود المعاوضات، كصلاح المعاوضة، والاجارة، والمزارعة، والمسافة على خلاف في ذلك عندهم.

وأما الشيخ رحمه الله فأثبته في المسوط في عقود جائزه مثل الوكالة، والمضاربة، والوديعة. وهو غير جيد، لأن العقود الجائزه يصح فسخها في المجلس وبعده، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها»^(٤).

وقال الأردبيلي: «واعلم أن الظاهر أن هذا الخيار مخصوص بالبيع عند الأصحاب»^(٥).

والوجه في اختصاص خيار المجلس بالبيع هو اختصاص دليله بالبيع، لما مرّ من أنه من الخيارات المجعله بواسطة الشارع ودليله مختص بالبيع فلا يشمل غيره من العقود، وهذا واضح لامرية فيه.

(١) شرائع الإسلام ١٧/٢: الأولى.

(٢) راجع وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، الباب ١ من أبواب الخيار؛ وكذلك سنن ابن ماجه ٢/٧٣٦، باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا؛ وسنن أبي داود ٣/٢٧٢، باب خيار المتابعين.

(٣) الأم ٤/٣؛ مختصر المنفي ٧٥.

(٤) المسوط ٢/٨٢.

(٥) مسالك الأفهام ٣/٢١١.

(٦) مجمع الفائد و البرهان ٨/٣٨٨.

المسألة في كلمات الأصحاب

قال الفقيه المتبع السيد العاملی في ذیل قوله العلامۃ: «(ویختص بالبيع) کما في الدروس^(١) فلا یثبت في غيره إجماعاً کما في الغنیة^(٢). وفي التذكرة^(٣) وتعليق الإرشاد^(٤) نسبته إلى علمائنا، ونحوه ما في مجمع البرهان^(٥). وفي المسالک^(٦) أنه لا خلاف فيه بين علمائنا.

وفي الخلاف^(٧) الإجماع على أنه لا يدخل في الوکالة والعاریة والقراض والحوالة والوديعة. وقد منع عليه ذلك في المختلف^(٨) لأن ثبوت الخيار فيها على الدوام في المجلس وغيره يستلزم ثبوته في المجلس. وفيه: أن المنوع خيار المجلس لا الخيار فيه، ولعل النزاع يعود لفظیاً، فتأمل.

وقد صرّح بالأمرین يعني اختصاصه بالبيع وعدم ثبوته في غيره في الشرائع^(٩) والنافع^(١٠) والتحریر^(١١) والإرشاد^(١٢) والمختلف^(١٣) وقواعد الشهید^(١٤)

(١) الدروس الشرعية /٣ ٢٦٥.

(٢) غيبة النزوح /٢٢٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٢ /١١.

(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكرکي وآثاره) ٣٨٨ /٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ /٣٨٨-٣٨٩.

(٦) مسالک الأفہام ٢١١ /٣.

(٧) الخلاف ٣ /١٤ (١٣-١٤)، مسألة ١٢.

(٨) مختلف الشیعة ٧٣ /٥.

(٩) شرائع الإسلام ٢ /٢٣.

(١٠) المختصر النافع ١٢٢ /.

(١١) تحریر الأحكام ٢ /٢٨٣.

(١٢) إرشاد الأذهان ١ /٣٧٤.

(١٣) مختلف الشیعة ٦٢ /٥.

(١٤) القواعد والفوائد ٢ /٢٤٦، قاعدة ٢٤٣.

والتنقح^(١) والروضة^٢ والكافية^٣ وغيرها^٤. وفي المسوط^٥ والسرائر^٦ كما حكى^(٧) عن القاضي أنه يدخل في الوكالة والعارية والوديعة والجعالة والقراض. وفيه: أن الخيار فيها عام لا يقبل السقوط، لأنّها عقود جائزة على الإطلاق فلا تأثير للمجلس.

وتأول كلامهم في الدروس^(٨) باحتمال إرادتهم منع التصرف مع الخيار في المجلس، وهو غير صحيح، لأنّه لا يصح في الوديعة لامتناعه فيها مطلقاً ولا في غيرها، لوجود الإذن المسوّغ مطلقاً^(٩).

منشأ طرح هذه المسألة

منشأ طرحتها اختلاف كلمات الشيخ الطائفية في هذا المجال، لأنّه قدّس «في غير موضع من المسوط^(١٠) صرّح باختصاص خيار المجلس بالبيع، وصرح في

(١) التنقح الرابع ٤٣/٢.

(٢) الروضة البهية ٤٤٧/٣.

(٣) كفاية الأحكام ٤٦٩/١.

(٤) كمسالك الأفهام ٢١١/٣.

(٥) المسوط ٨٢/٢.

(٦) السرائر ٢٤٦/٢.

(٧) نقله عنه العلامة في المختلف ٧٢/٥.

(٨) الدروس الشرعية ٢٦٨/٣.

(٩) مفتاح الكرامة ١٢٦/١٤.

(١٠) قال في المسوط ٨٠/٢: «وأما الحوالة فإذا حال لغيره بهال عليه وقبل المحطال الحوالة لم يدخله خيار المجلس؛ لأنّه يختص البيع».

وفي ٨٢/٢: «العتق لا يدخله الخياران معاً؛ لأن خيار المجلس يختص البيع وخيار الشرط يفسد العتق؛ لأن العتق بشرط لا يصح عندنا...».

ختصات خيار المجلس / المسألة الرابعة: هل يثبت خيار المجلس في غير البيع ... ٢١٣

الخلاف^(١) بعدم جريانه في الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة، ولكنه في موضع آخر من المبسوط - بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها - قال: (وأما السبق والرماية فلا يدخلهما خيار المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه. وأما الوكالة والعارية والوديعة والقراض^(٢) والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين معًا فيها مانع)^{(٣)(٤)}.

وتبعه في جريان الخيارين - المجلس والشرط - القاضي ابن البراج^(٥) وابن إدريس^(٦).

ثمْ وُجَّهَ الأصحاب كلام الشيخ وأتباعه بتوجيهات:
التوجيه الأول: قال الشهيد: «... ويدفع باحتمال إرادتهم منع التصرف مع الخيار»^(٧).

وقال الشيخ الأعظم في بيان مراد الشهيد: «ولعلّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار»^(٨).

(١) الخلاف ٣/١٤ (١٣-١٤)، مسألة ١٢: «الوكالة، والعارية، والقراض، والجعالة، والوديعة لا خيار فيها في المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها. وقال الشافعي: لا يدخلها الخياران. دليلنا على الأول: الإجماع، فإنه لا اختلاف أنه لا يدخلها خيار المجلس».

(٢) أي المضاربة.

(٣) الدروس ٣/٢٦٨، وعبارته: «احتمال إرادتهم - الشيخ وابن إدريس والقاضي - منع التصرف مع الخيار».

(٤) بغية الراغب في مباني المکاسب ١/٢٢٥.

(٥) المهدب ١/٣٥٦.

(٦) السرائر ٢/٢٤٦.

(٧) الدروس الشرعية ٣/٢٦٨.

(٨) المکاسب ٥/٤٧.

مراد الشيخ الأعظم: إن «الوكيل قبل انقضاء المجلس لا حق له في التصرف في مورد الوكالة، وعامل المضاربة قبل انقضاء المجلس لا حق له في التصرف في مال المضاربة، بخلاف الموجب كالموكل في الوكالة، فإن له الحق في التصرف بلا إشكال. وكيف كان فتوجيه الشهيد^٣ لا ربط له بكلام الشيخ الطوسي^٤؛ فإن ما أفاده^٥ هو جريان خيار الشرط والمجلس في هذه العقود، ولا ربط لهذا بالمنع من التصرف في زمان الخيار»^(٦).

التوجيه الثاني: قال الشيخ الأعظم: «والذي يخطر بالبال: أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتنفسخ بفسخه في المجلس؛ وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقرّ به إلى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان»^(٧).

مراده: «دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع بنحو شرط النتيجة، فتنفسخ بفسخه في المجلس، كما لو أنشأ البيع وشرط فيه أن يكون وكيلًا له، أو أن يكون هذا المال للمضاربة، أو أن يكون وديعة عنده، فتكون هذه العقود شرطاً في ضمن البيع، وحينئذ كما أن البيع ينحل بخيار المجلس فهي تنفسخ أيضاً بالتبع؛ لكونها بنحو شرط النتيجة في ضمن البيع، فعلى هذا التوجيه لا يدخل الخياران في عقد الوكالة والمضاربة والوديعة مباشرة، بل يدخلان فيها؛ لكونها شرطاً في ضمن البيع»^(٨).

نقد توجيه الشيخ الأعظم: هذا التوجيه «لا يتطابق مع كلام الشيخ

(١) بغية الراغب في مباني المكاتب ٢٢٦/١.

(٢) راجع المبسوط ٧٩/٢؛ والسرائر ٢٤٦/٢.

(٣) المكاتب ٤٨/٥.

(٤) بغية الراغب في مباني المكاتب ٢٢٧/١.

الطوسي قدس؛ لأنّه صرّح بعدم المانع من دخول خيار المجلس والشرط في هذه العقود، وهو ظاهر في جريانها فيها نفسها بال المباشرة لا بالتبع، ومقتضى هذا التوجيه أن خيار المجلس أو الشرط دخل في البيع، وبما أن هذه العقود أخذت في ضمهن ب نحو شرط التبيّحة فهي تنفسخ تبعاً لفسخه، فلم يتعلّق الخيار بها نفسها، فلم يتعلّق الفسخ بالوكالة التي في ضمن البيع، أو بالمضاربة التي في ضمهن، بل تعلّق بالبيع، وهي انفسخت بانفساخه، مثل سائر الشروط المأخوذة في ضمن العقود الجائزة بالذات، أو الالزام إذا أخذ فيها شرط؛ فإن الشرط يتغافل تبعاً لانتفاء العقد نفسه»^(١).

التوجيه الثالث: قال ابن ادريس: «وأمّا الوكالة والعارية والوديعة والقراض^(٢) والجعلة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، لأنّ هذه العقود جائزة من جهة المتعاقدين غير لازمة فمن أراد الفسخ فسخ»^(٣).

وقال الشيخ الأعظم في هامش بعض نسخ المكاسب: «وصرّح في السرائر بدخول الخيارين في هذه العقود لأنّها جائزة فيجوز الفسخ في كل وقت، وهو محتمل كلام الشيخ، فتأمل»^(٤).

وجه تأمل الشيخ الأعظم: يرجع إلى أمرين:

الأول: «لو كان مراد الشيخ قدس هو ما ذكره ابن إدريس قدس لما كان لاختصاص هذين الخيارين بهذه العقود الخمسة الجائزة وجه، بل يجريان في كل عقد جائز بالذات.

الثاني: فلأنّه لو كان الخيار مجرّبي في هذه العقود لكونها جائزة فلابدّ أن يستمر الخيار إلى الأبد؛ لاستمرار منشؤه وهو جوازها إلى الأبد، ولا معنى لتحديد الخيار

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢٢٧/١.

(٢) في المصدر: القراض.

(٣) السرائر ٢٤٦/٢.

(٤) المكاسب ٤٨/٥، هامش (٢).

بغاية التفرق أو بانتهاء زمان الشرط^(١).

التحقيق في المسألة

جريان خيار المجلس في العقود المذكورة في كلام الشيخ والقاضي وابن ادريس، وغيرها من العقود الجائزه محل إشكال بل منع في مقامى الثبوت والاثبات: «أمّا الاشكال الشبوقي: فلأنّ العقود الجائزه جائزة بالذات، فيجوز فيها الفسخ بالذات، فجعل الخيار فيها معناه تحصيل - ما هو حاصل بالذات - بالغرض، وهو من أرداً أنواع تحصيل الحاصل، فيما أن الوكالة جائزة بالذات ويجوز لكل من الوكيل والموكل الفسخ في كل وقت، فجعل الخيار فيها غير معقول، وكذا العقود الباقيه التي ذكرها الشيخ قدس سره».

وبعبارة أخرى: إنه تقدم مفصلاً أن في معنى الخيار مبنيين: ملك فسخ العقد، وملك فسخه وإبرامه، فبناء على أنه ملك فسخ العقد، فيما أن العقد جائز، ولكل من الطرفين السلطنة على فسخه، فجعل هذه السلطنة على الفسخ تحصيل للحاصل، سواء أكان الجاعل الشارع كما في خيار المجلس، أو المتعاقدين كما في خيار الشرط، فكل من الخيارين باطل في العقود الجائزه^(٢).

«وأمّا الإشكال الإثباتي: فلأنّ الموضوع في جميع أدلة خيار المجلس «البيعان»، فتسريه الخيار إلى هذه العقود تسريه للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وهو باطل. وأما عنوان «التاجر» الوارد في [صحيحه] عمر بن يزيد^(٣) المتقدمة فلا يفيد التعميم في المقام لغير البيع؛ لأنّ عنوان التجارة وإن أطلق في كلمات الفقهاء على مطلق

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢٢٨/١.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢٢٨/١.

(٣) وسائل الشيعة ٧/١٨، ح ٦.

ختصات خيار المجلس / المسألة الرابعة: هل يثبت خيار المجلس في غير البيع ... ٢١٧

التكسب، ولكنه فسر في بعض كلمات الأئمة باليبيع والشراء^(١)، المراد به في روایات الخيار على نحو الخصوص هو البيع؛ لأن لسان الروایات بصدق بيان مجموع واحد.

وأما بالنسبة إلى العقود الالزامية فلا مhydror ثبوتيًّا في بين، وإنما المhydror إثباتي؛ لأن الموضوع «البيعان»، وهو لا يصدق على الإجارة والصلاح وأمثالها.

نعم، بالنسبة إلى الصلح ذهب بعض الأعاظم إلى التفصيل فيه؛ فإنه إن كان صلحاً على المال بعوض - كأن يقول: صالحتك هذه بهذا، فالباء للمقابلة بين العوضين - فلجريان خيار المجلس فيه وجه؛ لتضمنه تمليك عين بعوض فهو يتضمن البيع، وإن كان المال في قبال الصلح نفسه لا في قبال العوض - كأن يقول: صالحتك بهذا المال - فلا وجه للخيار فيه.^(٢)

ولكن يرد عليه: أن هذا التفصيل يصح لو قلنا بأن حقيقة الصلح تختلف باختلاف الموارد التي يجري فيها، فهي عين المعاملات التي يؤدي معناها، فالصلاح على المال بعوض بيع، وعلى المنفعة بعوض إجارة، وعلى الانتفاع بالعين عارية وهكذا؛ فإنه بناء على هذا يكون الصلح على المال بعوض صلحاً في الصورة ولكنه بيع في اللب والواقع، ولكن هذا المبني باطل؛ فإن حقيقة الصلح هي إنشاء التسالم، وهذا الإنسان يختلف من حيث الجوهر عن إنشاء تمليك عين بمال، أو إنشاء التبديل في طرف الإضافة. نعم، من حيث التبيبة يتتفق مع البيع إذا كان الصلح على المال بعوض، ومع الإجارة إذا كان على المنفعة بعوض، وعندما تكون حقيقة الصلح إنشاء التسالم مفهوماً فهو مختلف عن البيع دليلاً أيضاً، فلا وجه لجعل «البيعان» شاملاً له إذا كان الصلح

(١) يمكن استفادة ذلك من روایات متعددة [واردة في الباب ٢ من أبواب مقدمات التجارة من كتاب وسائل الشيعة ١٧/١٣ فراجعها].

(٢) الخيارات لآية الله الشيخ محمد علي الأراكي / ٤٢ .

على المال بعوض.

فتحصل إلى هنا: عدم جريان خيار المجلس في غير البيع من العقود الجائزة
واللزمة حتى في الصلح على المال بالعوض»^(١).
هذا تمام الكلام في هذه المسألة والحمد لله.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢٣٣-٢٣١.

المسألة الخامسة: مبدأ خيار المجلس

قال الشيخ الأعظم: «مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنّ ظاهر النص كون البيع علّة تامة»^(١).

مراده من النص قوله الله: «البيعان بالخيار»^(٢) ومراده من العلة التامة هو الموضوع التام للحكم لا العلة في مصطلح الفلسفي، فيكون مبدأ خيار المجلس من حين وقوع عقد البيع.

مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم

إنّما الإشكال في بيع الصرف لاشترط التقابض فيه، وفي بيع السلم لاشترط اقراض الشمن فيه في المجلس وإنّ لم تحصل الملكية بل يبطل البيع لو تفرّقا قبل التقابض أو الإقراض.

فحينئذ فهل يثبت الخيار عند تحقق العقد قبل القبض أم لا؟ «والوجه في التوقف - بعد الفراغ عن أنّ تتحقق القبض شرط في حصول الملك وأنه بدونه لا ملك -

(١) المكاسب .٤٩ / ٥

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥ و ٦ ، ح ١ و ٣ ، صحاح محمد بن مسلم ووزارة فضيل.

أمران:

أحدهما: أن موضوع الخيار ليس هو العقد، بل هو البيع، فما دام لم يتحقق البيع لا ثبوت للخيار، ولما كان واقع البيع هو التملك والتملك فمع عدمه لا بيع، فإذا فرض أن الشارع اعتبر القبض في حصول الملك في بيع الصرف والسلم فقبل القبض لا ملك شرعاً فلا بيع شرعاً، فلا تثبت آثار البيع التي رتبها الشارع عليه. نعم لو كان الموضوع هو العقد ثبت الخيار حينه لتحققه قبل القبض.

ولا دافع لهذا الإشكال، إلا بأن يقال: بأن الموضوع الشرعي للخيار هو البيع بمصداقه العرفي لأن مفهوم عرفي يتبع فيه العرف، كسائر المفاهيم المأخوذة في الموضوعات. ولا إشكال في صدق البيع عرفاً عند تحقق العقد وقبل القبض فيثبت الخيار حينئذ.

ولم يتعرض [الشيخ الأعظم لهذه الجهة] الأولى مع أنه كان اللازم التعرض لذلك وبيان أن الصرف والسلم قبل القبض بيع أو لا؟ لا أخذه مفروغاً عنه وجعل الإشكال من جهة اللغوية فقط.

وعلى كل، وبعد الفراغ عن أن الصرف والسلم بيع قبل القبض يقع الكلام في الأمر الثاني من الإشكال.

الثاني: أن الخيار قبل القبض لغو لا أثر له لفرض ثبوت سلطنة كل من التعاقددين على ملكه لعدم القبض الذي هو شرط في الملكية.

وقد ذكر الشيخ في مقام دفعه وجهين:

الوجه الأول: أنه لو قلنا بوجوب التقادب تكليفاً كان أثر الخيار رفع هذا الوجوب، إذ بالفسخ لا موضوع لوجوب التقادب. وقد وجّه وجوب التقادب بوجهين:

أحد هما: ما عن التذكرة^(١) من أنه مع عدم التقابض يلزم الربا.

الثاني: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ وهو ما ذكره الشيخ قيس^(٢).

أما ما ذكره العلامة من لزوم الربا، فقد وجّه - التوجيه والمناقشات للسيد الطباطبائي^(٣) مع بعض توضيحه - بأنّ عدم التقابض مستلزم لكونه كبيع الجنس الربوي بمثله نسبيّة وهو معهود من الربا لأنّ التعجيل يعدّ زيادة في أحد العوضين.

ونوّقش أولاً: بأنه إنما يتم في صورة كون العوضين من جنس واحد ككونهما ذهباً أو فضة، ولا يتم مع اختلاف الجنس كبيع الذهب بالفضة.
وثانياً: أن مجرد عدم التقابض بلاأخذ التأخير في العقد لا يستلزم إجراء حكم النسبية عليه، إذ مع عدم أحده في العقد لا يكون التأخير نصراً فيأخذ العوضين كما لا يخفى.

وثالثاً: أن عدم التقابض في المجلس يوجب بطلان العقد فلا موضوع للربا كما هو واضح. إذن فما ذكره العلامة لا يمكن الالتزام به.

وأما ما ذكره الشيخ قيس من استفادة وجوب التقابض من الأمر بالوفاء بالعقود فقد استشكل فيه السيد الطباطبائي^(٤) بأنّه لا معنى للوفاء بالعقد إلا ترتيب الأثر والمفروض أن ذلك غير حاصل إلا بعد التقابض لأنّه شرط في صحة العقد فما لم يتحقق لا يتم العقد.

أقول: إن المراد من الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى العقد كان لما ذكره

(١) تذكرة الفقهاء ٤١٦/١٠.

(٢) المكاسب ٤٩/٥.

(٣) حاشية المكاسب ٣٩٧/٢.

(٤) حاشية المكاسب ٣٩٨/٢.

[[السيد الطباطبائي]] وجه عدم حصول الملكية قبل القبض، فلا يجب التقادص إذ لا ملك. وأما إن كان المراد من الوفاء بالعقد ما يساوic إتمامه وجعله باقياً الراجع إلى عدم جواز نقضه والأخلاص به، كان ما ذكره الشيخ ^{قدس} صحيحاً، إذ يجب التقادص ليتم العقد ولا يتৎفض. ولكن تقدم أن حمل الآية على وجوب اتمام العقد وعدم نقضه ينافي قيام الضرورة الفقهية على جواز الاقالة والفسخ، فلا يمكن الالتزام باستفادة الوجوب التكليفي منها بل إما أن يلتزم بتتكلفها للحكم الوضعي وبيان صحة العقد أو بتتكلفها للأمر بترتيب آثار العقد. وقد مرّ ايضاح الكلام في مدلولها في البحث عن أصلية اللزوم، فراجع.

وتحصل مما ذكرنا: أن الوجه الأول لتصحيح ثبوت الخيار في الصرف والسلم قبل القبض غير تام.

الوجه الثاني: ما ذكره الشيخ ^(١) بعد التنزل عن القول بوجوب التقادص، وهو أن أثر الخيار هو إخلال الفسخ بالصحة التأهيلية الثابتة للعقد قبل القبض، فإن العقد مؤثر لو لحقه القبض، فإذا ثبت فيه الخيار كان الفسخ مؤثراً في رفع هذه الصحة التأهيلية بخلاف ما لو لم يثبت الخيار وهذا المقدار من الأثر كافٍ في تصحيح جعل الخيار.

وهذا الوجه لا إشكال فيه، فيتعين عليه الالتزام بكون مبدأ الخيار في الصرف والسلم هو حين العقد^(٢).

أقول: الوجه الثاني تام بناءً على تمامية الصحة التأهيلية، أما إن أنكرنا الصحة التأهيلية في المقام وغيره كما هو الصحيح وقلنا بعدم وجود شيءٍ باسمها وأنّها وجود

(١) المكاسب ٤٩/٥.

(٢) المرتقوى إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/ ١٠٧-١٠٥.

فرضي وهمي خيالي عند قوم وأمّا ما حكم الشارع به ليس إلّا الصحيح أو الفاسد وليس بينهما بُرْزُخٌ عنده سُمي بالصحة التأهيلية فجعل خيار المجلس بعد العقد في البيعين - الصرف والسلم - قبل التقابض والإقباض لغو، والأمور الاعتبارية لا يجري في مجرى اللغوية.

فلا يمكن القول بجريان خيار المجلس فيما بعد العقد، نعم يجري فيما بعد التقابض والإقباض من دون إشكال، والأمر في مقام الأثبات أوضح.

والوجه في ذلك «إن الروايات الدالة على خيار المجلس بل وخيار الحيوان أيضاً إنما دلت على ثبوتها للبيعان، وهذا العنوان إنما يثبت للمتعاقدين في الصرف والسلم بعد حصول التقابض، وأما قبله فلا بيع في البين فلا يصدق عليهما البيعان، هذا أولاً».

وثانياً: أن مورد هذا الخيار بحسب الروايات هو ما يكون صحيحاً في حد نفسه بحيث لو افترقا لزم البيع، وليس الأمر في المقام كذلك لأنّها لو افترقا بطل البيع في الصرف والسلم فلا تكون صحة المعاملة مفروغاً عنها، ومعه لا يثبت فيها الخيار لما عرفت من أن مورده هو البيع الصحيح الذي لو افترقا عن مجلس البيع لزم لا أنها لو افترقا بطل»^(١).

وبعبارة أخرى: «أنّ موضوع خيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعية ليس مجرد البيع العرفي، بل البيع الممضى لظهور أدلة عرفاً في أن الخيار حكم للبيع الممضى، نظير ما دل على مشروعه الإقالة في كل بيع.

ولسنا ندعى ظهور البيع في الممضى في كل خطاب حتّى في مثل قوله سبحانه:

(١) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨ / ٩٢.

﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(١)، بل المدعى في المقام الظهور الناشئ عن مناسبة الحكم والموضوع.

وعلى ذلك فما دلّ على اعتبار القبض في السلم أو التقادب في الصرف يوجب دخول البيع فيما في خطاب الخيار من حين القبض والتقادب، من غير أن يكون تخصيص أو تقييد في البين»^(٢).

فرع: مبدأ خيار المجلس للملوك الحاضرين في مجلس العقد
 قال الشيخ الأعظم: «وما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للملوك الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين - على القول بثبوت الخيار لهم - من زمان إجازتها على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد»^(٣).

«ومقصود من هذه العبارة: أن ثبوت الخيار للملك على القول بالنقل من حين الإجازة إذ قبل الإجازة لم يتحقق أي شيء منه يستند إليه. وأما على الكشف فقد يتحمل أنه من حين العقد لكشف الإجازة عن سبق التملك والتملك. ولكن هذا الاحتمال لا يتأتى في الصرف مما يتوقف فيه الملك على القبض، إذ لا يتحمل أن تكون الإجازة كافية عن تحقق الملك من حين العقد مادام لم يتحقق القبض. إذن فلا مجال للالتزام بالكشف في هذا الباب، وعليه فيكون مبدأ ثبوت الخيار للملك المجيز من حين الإجازة.

ومقصود الشيخ قيس هو التنبيه على أن مبدأ الخيار للملك في بيع الفضولي في باب الصرف هو حين الإجازة سواء قيل بأن الإجازة كافية أو ناقلة، وإن اختلف

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) إرشاد الطالب / ٥ / ٣٥٠.

(٣) المكاسب / ٥ / ٥٠.

الحال في غير هذا الباب بالنسبة إلى القولين كما أشرنا إليه. ووجه ظهوره مما سبق هو ما تقدم منه من أن الملك في باب الصرف لا يتحقق قبل القبض، ومعه لا يتصور تحقق الملك السابق بالاجازة لو قيل إنها كاشفة. إلا أن يقال: إن ثبوت الخيار ليس من آثار الملك، بل هو أثر يترتب على العقد في عرض ترتب الملك لا في طوله، فإذا امتنع ترتب الملك على العقد من حينه بالاجازة في باب الصرف، فلا وجه لعدم ترتيب الخيار على العقد، فيلتزم بترتيب ثبوت الخيار من حين العقد على الكشف، لأن الكشف لا يتمحض بالالتزام بترتيب خصوص الملك من حين العقد حتى إذا امتنع ترتيبه في صورة امتنع الكشف فيها بل هو عبارة عن الالتزام بترتيب آثار العقد الصحيح من حين العقد وكون العقد مؤثراً فيها من حين وقوعه. ومن الواضح أن امتناع ترتيب أحد الأثرين لا يمنع من ترتيب الآخر. وإلى هذا وأشار الشيخ بقوله: «مع احتمال كونه من زمان العقد»^(١). هذكـلـه بناءً على مختار الشيخ الأعظم قدسـلـهـ.

ولكن بناءً على مختارنا من ابتداء الخيار بعد التقادم يتم مقالة الشيخ الأعظم إذا كانت الإجازة بعد التقادم وأما إذا كانت قبله فمبدأ الخيار بعد التقادم الذي يلي الإجازة بيان وشرح مرّ منا ولا نعيده والله العالم.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخياراتات ١/١٠٩.

مسقطات الخيار

قال العلّامة: «مسقطات خيار المجلس أربعة:

أ: اشتراط سقوطه في متن العقد.

ب: الانفراق

ج: التخاير

د: التصرّف»^(١).

فيقع البحث في مسائل:

(١) تذكرة الفقهاء ١١ / ٢٠، مسألة ٢٢٨.

١- مسألة في الاشتراط

«كأن يقول البائع بعترك بشرط أن لا يثبت بيننا خيار، فيقول المشتري: قبلي، بدليل الإجماع كما في الغينة^(١). وفي مجمع البرهان^(٢) لعله مما لا خلاف فيه. وقد نفى الخلاف في الرياض^(٣) والحدائق^(٤) عنه وعن سقوطه بالنسبة إلى أحد هما إذا شرط هو سقوطه. وهو كذلك إذ لم أجد فيه مخالفًا. وقد يستفاد الإجماع من التذكرة^(٥) من مبحث خيار الحيوان.

وقد اشترط السقوط بكونه في العقد في المسوط^(٦) وما تأخر عنه مما صرّح^(٧) فيه به أو ظهر ذلك منه^(٨)، خلافاً للخلاف والجواهر...»^(٩).

(١) غنية النزوع / ٢١٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان / ٨ / ٣٨٦.

(٣) رياض المسائل / ٨ / ١٧٨.

(٤) الحدائق الناضرة / ٧ / ١٩.

(٥) تذكرة الفقهاء / ١١ / ٣٥.

(٦) المسوط / ٢ / ٧٨ و ٨٣.

(٧) كابن البراج في المهدب / ١ / ٣٥٣، والطباطبائي في الرياض / ٨ / ١٧٩-١٧٨.

(٨) كابن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع / ٢٤٧.

(٩) مفتاح الكرامة / ١٤ / ١٢٨.

«وقال الشيخ في الخلاف^(١) إذا شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحة الشرط ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول. دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز الشرط تتناول هذا الموضوع. ونحوه ما حكى عن الجواهر^(٢) وهو شاذٌ، لإبطاقهم على خلافه وإطلاق النص المثبت للخيار إلا أن تقول: إنه بحكم التبادر مختص بغير محل الفرض»^(٣).
استدلّ الشيخ الأعظم^(٤) لإثبات هذا الاشتراط بوجوه ثلاثة:

١- الإجماع

الإجماع الوارد في كلمات القوم كما مرّ. مضافاً إلى «الإجماع» المدعى في كلام خالنا شارح الخيارات^(٥) و «بلا خلاف أجدده فيه» في كلام صاحب الجواهر^(٦).
ويرد عليه: أنه مدركٌ لا يفني ولا يسمن من جوع.

٢- الكتاب

استدلّ الشيخ الأعظم^(٧) بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(٨).
بتقرير: «إن الشرط في ضمن العقد جزء منه؛ فإن العقد عنوان ينطبق على الإيجاب والقبول والالتزامات التي في ضمنه، ومقتضى الآية وجوب الوفاء بالعقد

(١) الخلاف ٢١/٣، مسألة ٢٨.

(٢) جواهر الفقه / ٥٤، مسألة ١٩٥.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤/١٢٩.

(٤) المكاسب ٥/٥١.

(٥) شرح خيارات اللمعة / ١٧ للشيخ على نجل الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

(٦) الجواهر ٢٤/١٨ (٢٣/١١).

(٧) المكاسب ٥/٥٢.

(٨) سورة المائدة / ١.

بجميع أجزائه التي منها اشتراط سقوط الخيار، بلا فرق بين كون الأمر في الآية إرشاداً إلى اللزوم، وبين كونه تكليفاً بالوفاء بالعقد، إلا أنها - على القول بالإرشاد - تدل على لزوم الشرط بالمطابقة، وعلى القول بالحكم التكليفي تدل عليه باللازمية؛ فإن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد وما يتضمنه تكليفاً بنحو مطلق ملازم للزوم العقد وما يتضمنه، فيكون الشرط محكماً بحكمين: وجوب العمل به تكليفاً، ونفوذه وضعاً^(١).

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأن الدليل الخيار أخص من الآية فيخصص به عمومها؛ فإن المستفاد من الآية نفوذ الشرط ولزومه سواء أكان العقد مشتملاً على الخيار أم لا، سواء أكان العقد عقد بيع أم غيره، و«البيعان بالخيار» - وإن كان مطلقاً من جهة ثبوت الخيار في البيع، سواء أشترط في ضمه سقوط الخيار أم لا - إلا أنه أخص من جهة اختصاصه بالبيع، فيتعارض الدليلان؛ حيث إن نتيجة إطلاق الآية نفوذ الشرط، ونتيجة إطلاق الدليل عدم نفوذه، وإطلاق الخاص مقدم على العام^(٢).

عبارة أخرى: «قد دفع الشيخ قدس سره دعوى المعارضة بين العمومين - أعني عموم نفوذ الشروط وعموم الخيار - بأن نسبة عموم نفوذ الشرط إلى دليل الخيار نسبة الدليل المتكفل للحكم بالعنوان الثاني إلى الدليل المتكفل للحكم بالعنوان الأولي، فدليل الخيار إنما يتکفل ثبوت الخيار بحسب ذات العقد بلا ملاحظة طر و عنوان ثانوي عليه كعنوان الاشتراط، فلا يتنافى مع دليل نفوذ الشرط، نظير عدم منافاة دليل وجوب الوفاء بالنذر لدليل حكم المندور في حد نفسه لو لا النذر.

(١) استدل به وبها قبله وبها بعده صاحب الجواهر /٢٣-١٢/ (١١-١٢).

(٢) المكاسب /٥ /٥٢.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب /١ /٢٧٠.

(٤) المكاسب /٢٠ ، الطبعة الأولى.

وبالجملة، دليل الشروط حاكم على دليل الخيار، كحكومة كل دليل ثانوي على الدليل الأولي»^(١).

٣- السنة

تمسك الشيخ الأعظم قدسُهُ على سقوط الخيار بالاشتراط بعموم الحديث المستفيض: «المؤمنون - أو المسلمين - عند شروطهم»^(٢).

بतقریب: مفقود في كلام الشيخ الأعظم ولعله أوكله إلى أهله وهو يتوقف إلى تمامية المقتضي وعدم المانع.

أما المقتضي: فلأن اطلاق الحديث المستفيض يشمل شرطي الفعل والنتيجة، والأول كأن يكون الشرط في البيع إسقاط الخيار، والثاني كأن يكون الشرط سقوط الخيار، والأول داخل في الاطلاق بلا إشكال والثاني محل خلاف فلا بد من اثبات اطلاق الحديث للثاني.

وأما عدم المانع: فقد يقال بوجود المانع في المقام وهو المعارضة بين دليلي الشرط والخيار لأن «النسبة بينهما نسبة العموم من وجهاً؛ حيث ينفرد الأول في الشرط في ضمن عقد غير البيع، وينفرد الثاني في البيع بدون شرط، ويجتمعان في البيع المشروط بسقوط الخيار، فيتعارضان فيه؛ فإن مقتضى دليل الخيار بطلان الشرط، ومقتضى دليل الشرط صحته، وعند التعارض ينبغي أن يقع البحث في وجود المرجحات وعدمها، فيأتي الإشكال من جهة أن دليل المرجحات هل يشمل التعارض بالتبالين وبالعموم من وجهاً، أو ينحصر في خصوص ما إذا كان بين الدليلين تعارض بالتبالين؟

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/١١١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/٢٧٦، ح ٤، موثقة منصور بزرج، الباب ٢٠ من أبواب المهور و ١٨/١٦، ح ١ و ٢، صحيحتي عبدالله بن سنان الباب ٦ من أبواب الخيار و ١٨/١٧، ح ٥، حسنة إسحاق بن عمار و ٢٦/٥٥، ح ١، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث، صحيححة محمد بن مسلم.

فإن قلنا بأن أدلة المرجحات لا تشمل التعارض بالعموم من وجه [كما هو الصحيح والمحتمل عندنا] ففي هذه الحالة يسقط الدليلان وتصل النوبة إلى [العام الفوق وإن وجد وإنّا] الأصل العملي فيبحث لتشخيصه [وكلاهما موجودان وهو قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾ وأصالة اللزوم في البيع وتدلان على سقوط الخيار بالاشتراط]. وإن قلنا بشمولها لمورد العموم من وجه فلا بد من البحث عن وجود المرجح لأحد الطرفين وعدمه»^(١).

التوضيح حول ما أفاده الشيخ الأعظم ت في المقام يقع التوضيح في جهات ثلاثة:

«الجهة الأولى: في عدم المرجح: فقد ذهب ت إلى فقدان المرجح على فرض التعارض، أما فقد المرجح السندي؛ فلأن في كلا الطرفين روايات صحيحة سندًا ومستفيضة عدداً، فلا رجحان لأحدهما على الآخر من هذه الجهة.

كما لا رجحان من جهة الدلالة، وأما موافقة دليل الشرط لعمل الأصحاب - كما يشهد به نفي الخلاف عن سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه وإجماع الغنية - فإنما يكون مرجحاً إذا كشف عن قرائن أو جبت ذلك، وأما مع عدم استكشاف أمر زائد على محل النزاع فلا يكون مرجحاً وإنّا لزム الدور.

بيان ذلك: أن مستند الأصحاب لنفوذ شرط سقوط الخيار منحصر في عموم «المؤمنون عند شروطهم» كما يظهر من كتبهم، فيكون عملهم متنهياً إليه لا إلى شيء آخر، والمفروض أنه مبتدى بالمعارض، ومقتضى القاعدة التساقط، فترجحه بعمل الأصحاب دوري؛ لأن عملهم كان متوقفاً على الحديث، فصار الحديث موقوفاً على عملهم.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢٧٢/١.

الجهة الثانية: في عدم المعارضة بين الدليلين من أصل؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن أدلة الخيار لا تصلح لمعارضة دليل الشروط؛ لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار في أصل الشرع، فلا تنافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط، وإن كان بين الدليلين عموم من وجہ، فالمقام نظير دليل إباحة شرب الماء ودليل حرمة الغصب؛ فإنه لا معارضة بينهما مع أن النسبة بينهما نسبة العموم من وجہ؛ إذ الماء يكون مغصوباً وغير مغصوب، والمغصوب يكون ماء وغير ماء، ولكن دليل حلية شرب الماء ناظر إلى الماء في نفسه وبغض النظر عن العناوين الطارئة عليه، فلا يتکفل حالة المجتمع، فلا يتنافى مع كونه حراماً لكونه مغصوباً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن دليل الخيار يثبت الخيار للبيع في نفسه بغض النظر عن العناوين الطارئة كاشتراط سقوطه، فلا ينافي سقوط الخيار بواسطة الشرط.

الوجه الثاني: أن التعارض في العامين من وجہ إنما يستقر لو لم يكن أحدهما حاكماً على الآخر، وأما مع حكمته عليه فلا تعارض بينهما أصلاً، ودليل الشروط حاكم على دليل الخيار، وذلك لأمرتين: أحدهما داخلي والآخر خارجي:

أما [الداخلي] فهو: أن التأمل في دليل الشرط يقضي بإدانة وذاته بالنسبة إلى دليل الخيار والأدلة الأولية وزان دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد بالنسبة إلى الأدلة الأولية، فكما أنه لا تعارض بين الأدلة الأولية الحاكمة بالإباحة وبين دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد، لأن عناوان النذر والعهد غير للحكم الواقعي وناظر إليه، فكذلك لا تعارض بين أدلة الأحكام الأولية وأدلة الشروط، وأحد الأحكام الأولية خيار المجلس.

فنسبة «المؤمنون عند شروطهم» إلى «البيعان بالختار» نسبة «لا ضرر» و«لا حرج» إلى الأدلة الأولية.

وأما [الخارجي]: فاستشهاد الإمام العلیی في كثير من الأخبار بهذا العموم على

مخالفة كثير من الأحكام الأولية؛ فإن معناه تقديم دليل الشرط على أدلة الأحكام الأولية.

منها: صحيحه سليمان بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكتوبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطتها في مكتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمين عند شروطهم»^(١).

فإن مقتضى الحكم الأولى هو أن للزوجة - إذا صارت حرة - الخيار في فسخ زوجيتها من زوجها العبد، ولكن لما اشترط ابن الزوج أن لا يكون لها الخيار على أبيه إن هو أعندها على أداء مال المكتوبة قال الإمام عليه السلام: «لا يكون لها الخيار»، واستشهد بدليل الشروط «المسلمون عند شروطهم»، وهذا يعني أنه حاكم على أدلة الأحكام الأولية.

فتحصل إلى هنا: أن مقتضى الدليل الداخلي والخارجي حكومة دليل الشروط على دليل الخيار، فلا تعارض بينهما.

الجهة الثالثة: في دفع الموانع عن مختاره، فقد تعرض الشيخ [الأعظم]^(٢) قيئث إلى دفع الموانع عنه وهي ثلاثة إشكالات.

الإشكال الأول: أن الشرط الذي يجب الوفاء به هو الشرط في ضمن عقد لازم، وأما الشرط في ضمن عقد جائز فليس بلازم؛ لأن الشرط من توابع العقد؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، والفرع لا يزيد على أصله، فإذا كان الأصل جائزاً فالفرع

(١) وسائل الشيعة ٢٣/١٥٥، ح ١، الباب ١١ من أبواب المكتوبة.

(٢) المكاسب ٥/٥٤ و ٥٥.

مثلك، وقد قلنا سابقاً: بأن ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ تشمل العقد ومتعلقاته، والشرط في ما نحن فيه شرط في ضمن عقد جائز؛ لأن المراد من العقد الجائز أعم من الجائز بالذات كالمهمة، والجائز بالعرض كالبيع الخيري، والبيع في الفرض خيري؛ لأنه لو لا شرط سقوط الخيار لكان لها خيار المجلس، فشرط السقوط شرط في ضمن عقد جائز فلا يجب الوفاء به.

ولو أريد أن يكون هذا العقد الجائز لازماً فلا طريق له إلا هذا الشرط، فبشرط سقوطاً لخيار يتحول أو يخرج هذا البيع الخيري من كونه خيارياً إلى كونه لازماً، فيلزم الدور؛ لأن لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فإذا توقف لزوم العقد على لزوم شرط سقوط الخيار لزم الدور المحال»^(١).

أجاب الشيخ الأعظم عنه: «أن الشروط الخارجة عن عموم «المؤمنون عند شروطهم» قسمان، أحدهما: الشروط الابتدائية غير المرتبطة بالتزام آخر وحالها حال الوعد، وهي خارجة تخصصاً؛ لأن معنى الشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، و[هي] لم تشترط في ضمن التزام آخر حسب الفرض.

والآير: الشروط غير الابتدائية في ضمن عقد جائز، بشرط جواز ذلك العقدبقاء، كالشرط في ضمن عقد المضاربة والوديعة والعارية؛ فإن هذا الشرط تابع، والمتبوع جائز حتى بعد الشرط، فيكون الشرط جائزًا بالطبع؛ لأن الحكم بلزومه مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان؛ لأن الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به.

وأما ما نحن فيه فالشرط شرط سقوط الخيار، ولزوم العقد يحصل بنفس هذا الشرط، بمعنى أن نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به، لا التزام آخر

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢٧٦-٢٧٢.

مغاير للالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز، ومنه يظهر الجواب عن الدور أيضاً؛ لأن لزوم الشرط ليس بالعقد، بل بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط»^(١).

«الإشكال الثاني: أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وهذا ما يحتاج إلى

توضيح؛ فإن لمقتضى العقد اصطلاحين:

أوهما: ذات المنشأ، فيجب أن لا يكون الشرط مخالفًا لذات المنشأ كأن يقول: بعتك الكتاب بشرط عدم الشمن، فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، أي مخالف لذات المنشأ وهو البيع؛ لأن البيع تملك عين بعوض.

ثانيهما: ما يقتضيه العقد ويترب عليه من الأحكام والآثار.

والمراد به في المقام الاصطلاح الثاني لا الأول؛ فإن شرط عدم الخيار ليس مخالفًا لذات العقد، وإنما هو مخالف لما يقتضيه العقد من الأحكام؛ فإن من أحكام البيع خيار المجلس، فشرط عدمه مخالف لهذا الحكم، ويرجع لها إلى الشرط المخالف للسنة فيكون باطلًا^(٢).

وأجاب عنه جواين تنزاً لافراراً ولم يرجع عن مبناه - كما ذهب إليه المحقق

الإيرولي^(٣)- وكيف كان:

«الجواب الأول للشيخ قشش: أن دليل «البيان بالخيار» يثبت الخيار للبيع في حد نفسه، ودليل «المؤمنون عند شروطهم» يصحح شرط سقوط الخيار بلحاظ مرتبة ما بعد الشرط، فلا تنافي بينهما قطعاً، فهو من قبيل ما قدمناه من مثال حلية شرب الماء؛

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢٧٨ / ١.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢٧٧ / ١.

(٣) حاشية المکاسب ٤٩ / ٣، رقم ٨٢.

فإن الدليل يثبت حلية شربه في حد نفسه، أي أن الماء في حد نفسه مما يجوز شربه، لا بلحاظ أنه مباح أو مغصوب، فلا يتنافى مع دليل حرمة الغصب حتى في الماء؛ لأن التنافي بينهما يتوقف على أن يكون لدليل حلية شرب الماء إطلاقاً حتى في صورة غصبية الماء، وهذا الإطلاق متطف قطعاً، فعندما يكون الدليل ناظراً إلى الموضوع في حد نفسه، ولا نظر له إلى العناوين المتأخرة المزاحمة لا يكون للمنافاة مع الحكم الإلهي معنى؛ لعدم الحكم حتى ينافي الشرط.

وهذه قضية عرفية؛ فإنه عندما تلقى إلى العرف العام هذه القضية: (شرب الماء حلال) لا يفهم منها العرف أنه حلال حتى لو كان مغصوباً أو مسروقاً، بل يفهم حلية في نفسه ومادام الموضوع هو الماء، وأما مع تبدل الموضوع إلى كونه ماء مغصوباً فلا، وال الخيار بالنسبة إلى البيع على وزان الخلية بالنسبة إلى شرب الماء، لا نظر له إلى الجهات الطارئة كالشرط.

الجواب الثاني: أن مقتضى الجمع بين دليل الخيار، وبين دليل الشرط هو كون العقد مقتضاياً لا تمام العلة ليكون التخلف متنعاً شرعاً، وأشار إليه بقوله: «مع أن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضاياً لا تمام العلة»^(١).

ثم أورد الشيخ قده على نفسه: بأنه إذا حملنا جميع أدلة الأحكام على أنها لبيان ثبوت الحكم في أصل الشرع حتى لا تتنافى مع دليل الشروط لا يبقى موضوع للشرط المخالف للكتاب والسنة، بل ولا للشرط المخالف لمقتضى العقد؛ لأن حكم الأمثال في ما يجوز وما لا يجوز واحد، فإذا حملنا دليل الخيار على أن المجعل هو ثبوت الخيار في أصل الشرع، فهو لا ينافي العنوان الطارئ كالشرط، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى ذات العقد ولا أحكامه، فيمكن الجمع بين بقية أدلة الأحكام ودليل الشروط بهذا

(١) المكاسب ٥٥ / ٥

الجمع أيضاً، فلا يبقى مورد لدليل كل شرط يخالف الكتاب والسنة فهو باطل، فيكون لغوأً، وكذا ما يدل على بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد.

وأجاب عنه: بأن هذا البحث وإن كان محله في باب الشروط إلا أنا نقول ملخصاً: إن الخيار حق من الحقوق، والحق يفترق عن الحكم بأنه يقبل الإسقاط والتوريث، وأما الحكم فلا يقبلهما، وهذا لما كان الجواز في المبة حكماً لم يقبل النقل ولا الإسقاط، وبما أن الخيار حق مالي قابل للإسقاط والإرث لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه مخالفًا للكتاب ولا للسنة ولا لمقتضى العقد^(١).

«الإشكال الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط: من أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب؛ وهو باطل ثبوتاً وإثباتاً، أما ثبوتاً فلأن الإسقاط فرع الثبوت؛ فإن مفهومه متقوم بكون ما يراد إسقاطه ثابتاً، ولا يتعقل بدونه، فيما لم يتحقق البيع لم يحصل خيار المجلس حتى يشترط سقوطه في ضمن البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله، وأما إثباتاً فلأن الإجماع والاتفاق القطعي على أن ما لم يجب غير قابل للإسقاط.^(٢)

والمراد من عدم الوجوب هنا عدم الثبوت، لا عدم الوجوب الشرعي كما لا يخفى^(٣).

وأجاب الشيخ الأعظم عنه: بأن «المراد من الإسقاط لو كان إثبات المانع قبل

(١) بغية الراغب في مباني المكافئ ٢٧٩/١ و ٢٨٠.

(٢) حكاه العلامة في التذكرة ١١/٢٢، فقال: «واختلفت الشافعية في ذلك على طريقتين: أحدهما: أن هذا الشرط لا يصح قولًا واحدًا؛ لأنه خيار يثبت بعد تمام العقد، فلا يسقط بإسقاطه قبل تمام العقد، كخيار الشفعة»، وراجع المعني لابن قدامه ٣/٥٦٨؛ والمهذب ١/٢٦٥ للشيرازي؛ والمجموع ٩/١٧٨.

(٣) بغية الراغب في مباني المكافئ ١/٢٧٧.

تمامية العقد لكان من إسقاط ما لم يجب، ولكن المراد به إبطال المقتضي ورفعه من أساس، فلا يكون منه.

توضيح ذلك: أن الحق الذي يراد إسقاطه تارة يكون مقتضيه موجوداً ومانعه مفقوداً، فإسقاط مثله إسقاط للحق الثابت، كخيار المجلس بعد تمامية العقد.

وأخرى يكون مقتضيه موجوداً كخيار في أثناء العقد؛ فإنه حينئذ في حد الاقتضاء؛ لأن العقد مركب من الإيجاب والقبول، والإيجاب متقدم عليه، ففي حال تحقق الإيجاب وقبل تعقب القبول به يتحقق المقتضي للخيار، وإسقاط مثله يكون من إسقاط الشيء الذي لو لا المانع لثبت، ولا يحتاج إلى إسقاط إلى أكثر من ذلك.

وثالثة يراد إسقاطه قبل تتحقق العقد أصلاً، فهذا من إسقاط ما لم يجب.

وما نحن فيه من القسم الثاني؛ فإن المقتضي لتحقق الخيار موجود، وبهذا الشرط أوجد المانع عن تتحققه، فهو إسقاط ما لو لا شرط السقوط لكان موجوداً، وكل ما كان كذلك لا يكون من إسقاط ما لم يجب، فلا محذور فيه عقلاً، ولم يقم الإجماع على خلافه إثباتاً.

هذا مجموع كلامه رفع الله من مقامه^(١).

ونتيجة كلام الشيخ الأعظم: عدم المعارضة بين دليلي الشرط والخيار فلا حاجة إلى البحث عن المرجح.

صور اشتراط سقوط خيار المجلس

قال الشيخ الأعظم فتى بتوضيح متن: «إن هذا الشرط يتصور على وجوه:
[الأول]: أن يشترط عدم الخيار - وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢٨٠ و ٢٨١.

[في محل البحث] – فيقول: «بعت بشرط أن لا يثبت بينما خيار المجلس»^(١)؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع؛ لأن السقوط فرع الثبوت ولو آناً ما، سواء أكان في شرط الفعل أم في شرط النتيجة، فيشترط في شرط الإسقاط – الذي هو شرط الفعل – أن يثبت الأمر قبل إسقاطه، وكذلك في شرط السقوط – الذي هو شرط نتائجة – يشترط أن يكون ثابتاً قبله، وإنما تعقل الإسقاط ولا السقوط، فلهذا كان مرادهم من شرط السقوط شرط عدم ثبوت الخيار.

أما الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: «بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس». فقد تعرض فيه الشيخ رحمه الله – بعد الفراغ من صحته – إلى نفوذ الفسخ لو خالف الشرط وعدم نفوذه، وبين أن فيه وجهين:

الوجه الأول: نفوذ الفسخ؛ لأن متعلق الشرط هو عدم الفسخ لا سقوط حقه في الفسخ، فلو فسخ نفذ وإن كان مأثوماً لمخالفته الشرط.

الوجه الثاني: عدم نفوذه؛ والوجه فيه أنها قلنا سابقاً: إن مقتضى إطلاق ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِ اللّٰهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ وجوب الوفاء بها حتى بعد الفسخ فيكون الفسخ لغوًّا، وكذلك نقول هنا: إن مقتضى إطلاق «المؤمنون عند شروطهم» وجوب الوفاء بالشرط – وهو عدم الفسخ – حتى بعد الفسخ، ومقتضاه عدم نفوذ الفسخ وتأثيره. وهذا هو الأقوى عند الشيخ رحمه الله.

وأما الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار. فمقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد العقد، فلو أخل بالشرط وفسخ العقد، ففي تأثير الفسخ يأقي الوجهان المقدمان، وقوى الشيخ رحمه الله عدم التأثير^(٢)؛ لما تقدم أيضاً.

(١) المكاسب / ٥٥.

(٢) المكاسب / ٥٥-٥٧.

هذا حاصل ما أفاده الشیخ قتیش^(١).
أقول: لابد من البحث حول هذه الصور:

الصورة الأولى: شرط عدم الخيار

شرط عدم الخيار على قسمين:

«أحدهما: شرط سقوط الخيار.

والآخر: شرط عدم الخيار.

أما النحو الأول فما يورد عليه: أن هذا السقوط قبل الثبوت؛ لأن ثبوت الخيار بعد تمامية البيع، فلما لم يتم الإيجاب والقبول لم يحصل خيار المجلس، فشرط السقوط قبل تمامية البيع شرط للسقوط قبل الثبوت [فهو من إسقاط ما لم يجب].

والجواب عنه: أن غاية هذا الإشكال وجود تعليق للشرط، فإن شرط السقوط معلق على تمامية العقد، فعند حصول القبول الذي هو مبدأ حصول الخيار يحصل السقوط، وليس في هذا التعليق محذور ثبوتاً وإثباتاً.

أما ثبوتاً؛ فلأن اعتبار السقوط هو المشروط والمعلق، واعتبار المشروطات والمعلقات في الأمور الاعتبارية لا محذور فيه عقلاً ولا ثبوتاً.

وأما إثباتاً فلأن ما قام الإجماع على بطلانه هو التعليق في العقود، وأما التعليق في ثبوت الخيار وسقوطه فلم يقم الإجماع على بطلانه، ولو شك فالإجماع دليل لي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو التعليق في العقود التجزية.

وأما النحو الثاني - وهو شرط عدم الخيار - فمقتضى صحيحة سليمان بن خالد عدم الإشكال فيه؛ فإن فيها: «شرط أن لا يكون لك الخيار على أبي»^(٢)، وهو ظاهر في

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٣٠٨ / ١ و ٣٠٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٥٥ ح ١.

شرط عدم الخيار، فلا إشكال من الناحية الإثباتية.
وأما من الناحية الثبوتية فإن كان فيه إشكال فلا بد من التصرف في مقام الإثبات ورفع اليد عن هذا الظهور، والإشكال الوارد: أن كلاً من ثبوت الخيار وسقوطه غير واقع تحت اختيار المكلف، فهو غير مقدور له، فلا يتعلّق به الشرط^(١).

محاولة المحقق الخراساني بف عن الإشكال الثبوتي

بعد أن قرب الإشكال من وجه آخر وقال ما نصه: «كما يشكل من وجہ آخر وهو ان عدم الخيار كثبوته، من الأحكام لامن الأفعال التي تحت الاختيار، کی يصح شرطه، ويجب الوفاء به. وبالجملة «المؤمنون عند شروطهم» لا يوجب ان يكون الشارط مشرعًا، وإنما يوجب الوفاء فيما صح له التسبب إليه لولا الشرط شرعاً حتى يجب بشرطه الالتزام به، وليس له جعل حكم أو نفيه لولاه بنحو، فيلزم بشرطه، كما هو واضح.

والجواب: إن الحقيقة كالمملکیة من الاعتبارات العقلائية التي يتوصّل إليها بما جعل سبباً لها ابتداءً، أو امضاءً ونشأء لانتزاعها، والشرط جعل شرعاً من أسبابها، لعموم وجوب الوفاء بالشروط.

لا يقال: إنما الخيار من الحقوق لا عدمه.

لأننا نقول: إذا كان ثبوته مما صحّ له التّوسل إليه، وكان مما يقدر عليه، كان عدمه كذلك، إذ لا يعقل أن يكون أحد الطرفين تحت الاختيار، دون الآخر، فتفطن^(٢).

توضيح محاولته: بعد أن قرب الإشكال: «بأن دليل الشرط ليس بمشرع، بل

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب / ٣١٠ .

(٢) حاشية المکاسب / ١٦١ .

يتعلق الشرط بما هو مشروع، مثل أدلة النذر والعهد وأمثالها؛ فإنها لا تتعلق إلا بها كان مشروعًا في نفسه، ولا تسبب في تشريعه، وعليه فالسبب لعدم الخيار بالشرط يستلزم كونه مشروعاً، ولما لم يكن كذلك فلا يمكن تحقق عدم الخيار بالشرط بأن الملكية والحقيقة من الأمور الاعتبارية التي يتوصل إليها بما جعل سبباً لها ابتداءً، أو إمساءً، فكما يمكن تتحقق الملكية بأسبابها التي توجها فكذلك الحق، فيمكن أن يوجد بأسبابه، ومقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» أن الشرط من جملة ما جعل سبباً لتحصيل الحق، فيكون حق عدم الخيار ممن اشترط له.

لا يقال: إن ثبوت الخيار حق من الحقوق قابل للتحصيل بالشرط، ولكن المدعى عدم الخيار فلا يتحقق بالشرط.

فإنه يقال: إذا كان ثبوته مما يصح له التوصل إليه، وكان مما يقدر عليه كان عدمه كذلك؛ إذ لا يعقل أن يكون أحد الطرفين مقدوراً دون الآخر، فإذا كان قادراً على الوجود كان قادراً على العدم، فإذا كان قادراً على إيجاد الخيار بالشرط كان قادراً على عدمه به.

والحاصل: أن الخيار وجوداً وعدماً متعلق للقدرة، وبها أن «المؤمنون عند شروطهم» جعلت لنا القدرة على جعل الخيار بالشرط، فعندها القدرة على عدمه بالشرط أيضاً، وهذا هو مراد المشهور.

تحرير الإشكال الثبوتي ومناقشة المحقق الخراساني

أقول: عمدة الإشكال: أن الخيارات على قسمين:

القسم الأول: ما يكون جعله مربوطاً بالمعاملين نفسها عن طريق الشرط الارتكازي كخيار العيب والغبن؛ فإن المعاملين متباينان ارتكازاً على سلامة العوضين، وعلى أن يكونا متساوين في المالية عرفاً، فإذا كان أحدهما معيناً كان لآخره خيار تخلف شرط وصف الصحة وهو خيار العيب، وإذا كان الفارق في المالية بينهما

فاحشًا كان له خيار الغبن.

القسم الثاني: الخيارات التعبدية الشرعية التي لم توجد لولا جعل الشارع لها ك الخيار الحيوان ثلاثة أيام، و خيار المجلس، وهذا القسم لا يرتبط باختيار المتعاملين وقدرتهم؛ فإنه مجعل إلهي، فإذا لم يكن وجوده مقدوراً لها فكذلك عدمه. وعليه فما أفاده المحقق الخراساني ^{يَتَسَّعُ} تام في الخيارات المرتبطة بالمعاملين؛ فإن القدرة على وجودها قدرة على عدمها، وأما الخيارات الإلهية فلا قدرة على وجودها حتى يقدر على عدمها، و خيار المجلس منها، فلا يكون واقعاً تحت الاختيار وجوداً ولا عدماً، فلا مخلص من الإشكال الشبوري.

وأما صحة سليمان بن خالد، فبناء على تحكم الإشكال الشبوري لابد من رفع اليد عن ظاهرها وحمل قوله: «شرط أن لا يكون لك الخيار» على إرادة اشتراط سقوط الخيار لا اشتراط عدمه، ولا محظوظ في اشتراطه ثبوتاً ولا إثباتاً كما تقدم. فالتحقيق أن الوجه الأول من وجوه هذا الشرط إن رجع إلى شرط سقوط الخيار فهو نافذ، وإن أريد منه عدم الخيار فلا ينفذ»^(١).

الصورة الثانية: شرط عدم الفسخ

يقع الكلام في جهتين متتدين:

الجهة الأولى: هل يصح شرط عدم الفسخ؟

لم يذكر الشيخ الأعظم هذه الجهة كأنه يراها مفروغاً صحته وقد نسب^(٢) إلى المشهور صحته كما نسب^(٣) إليهم بطلانه.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٣١١/١ و ٣١٢.

(٢) راجع التنقح في شرح المكاسب، الخيارات ٣/١٠٢.

(٣) كما نقله في كتاب المضاربة المسألة الثانية من العروة الوثقى ٥/١٥٧، طبعة جماعة المدرسین.

استدلال السيد الخوئي على بطلان شرط عدم الفسخ ونقاشه فيه
ذهب السيد الخوئي إلى «أنّ» معنى الشرط في العقد - بحسب برهان السبر
والتقسيم - لا يخلو من ثلاثة:

الأول: أن يكون الشرط التزاماً مستقلاً مقارناً للعقد ولا يرتبط به، فلا يخرج
 حيثئذ عن الشروط الابتدائية، فلا يشمله «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن موضوعها
 الشروط، والشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، ولو فرض إطلاق الشرط على
 الالتزام الابتدائي فإنه مخصوص بالأدلة الأخرى، فلا يجب الوفاء به وحاله حال الوعد.

الثاني: أن يرتبط الشرط بالعقد ولكن بنحو يكون نفس الالتزام العقدي معلقاً
 على الشرط، والتعليق في العقود باطل بالإجماع فالشرط الموجب للتعليق باطل.

الثالث: أن يرتبط الشرط بالعقد ولكن لا بنحو أن يكون الالتزام العقدي
 معلقاً [على الشرط] كالسابق، بل بنحو يكون الالتزام الوفائي معلقاً، بمعنى أن
 الالتزام بالبقاء على العهد والعقد وعدم الرجوع عنه معلق على عمل المشروط عليه
 بالشرط، وذلك لأن في البيع التزامين: أحدهما الالتزام البيعي وهو التزام ملكية المتع
 في مقابل العوض، والأخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول وعدم الرجوع عنه وهو
 الالتزام بالبقاء على العقد والعقد، ومعنى اشتراط ذلك أن يكون له الخيار فيما لو لم
 يفِ الشرط عليه بالشرط.

ومعنى الشرط في العقود - بحيث يجب الوفاء به - هو المعنى الثالث ليس إلا؛
 لعدم وجوب الوفاء بالأول وبطلان الثاني.

إذا اتضحت معنى الاشتراط في العقود فنقول: إن معنى شرط عدم الفسخ يرجع
 إلى أنه إذا لم يفِ الشرط عليه بالشرط فللشارط الخيار في أن لا يلتزم بالبيع. ثم إن
 الشرط عليه أن لا يفسخ العقد لا يخلو أمره من حالين: إما أن يعمل بمقتضى إطلاق
 «البيعان بالختار»؛ لعدم سقوط حقه وضعاً فيفسخ البيع، وإذا فسخ لم يبق للشارط

الخيار؛ لانتفاء موضوعه، فما معنى أن يشترط فيقول: إن لم تفِ بالشرط وفسختَ البيع
فلي الخيار في أن لا التزم بالبيع؟!

وإما أن لا يعمل بمقتضى إطلاق دليل الخيار فلا يفسخ، ومع عدم الفسخ لا يكون للشرط خيار أيضاً؛ لأن الخيار في الشرط إنما هو خيار تخلف الشرط، ومع عدم التخلف لا خيار للشرط، فاشتراط عدم الفسخ لغو على التقديررين فيكون فاسداً، فتبيني صحة المعاملة على أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أولاً.

نعم، لا إشكال في صحة اشتراط عدم فسخ العقد في عقد آخر كما لو اشترط في عقد البيع أن لا يفسخ عقد الهبة المجانية الصادرة منها سابقاً.^(١)

ولهذا القول لوازماً، منها: أن يتلزم بعدم إمكان اشتراط عدم الفسخ في جميع العقود الجائزة، سواء أكانت جائزة بالذات كالعقود الإذنية كالمضاربة والوكالة والعارية والوديعة، وغير الإذنية كالأهبة، أم كانت جائزة بالعرض كالبيع الخياري، وقد التزم بذلك في تعليقه [الأولى] على العروة في باب المضاربة^(٢)؛ معللاً بأن اشتراطه لغو كما تقدم بيانه^(٣).

ثم ناقش السيد الخوئي في استدلاله في تعليقة ثانية^(٤) على تعليقه الأولى وتوضيحها وتحقيقها كما يلي: «أنّ حقيقة الشرط لا يمكن^(٥) تتحققها بدون تعليق، فالشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر، وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والشروط، وإلا - كما قلنا سابقاً - لا يتحقق موضوع (المؤمنون عند

(١) مصباح الفقاهة ٦/١٣١-١٢٩؛ التبيح في شرح المكافأة، الخيارات ٣٨/١٠٣-١٠٢.

(٢) العروة الوثقى ٥/١٥٨.

(٣) بغية الراغب في مباني المكافأة ١/٣١٤.

(٤) العروة الوثقى ٥/١٥٨.

(٥) العروة الوثقى ٥/١٥٨.

شروطهم)، والارتباط على نحوين:

النحو الأول: أن يعلق العقد نفسه على وجود الشرط لأن يعلق البيع على الخياطة فيقول: (بعثك إن خطت ثوبك) بحيث يكون المنشأ معلقاً على تحقق الشرط في الخارج، وهذا هو التعليق المبطل في العقود؛ فإنَّ تعليق العقد على أمر مشكوك الحصول أو أمر معلوم الحصول في المستقبل مبطل للعقد بالإجماع.

النحو الثاني: أن يعلق العقد على الالتزام بالشرط لا على وجوده، لأن يعلق البيع على الالتزام بالخياطة لا على نفسها، وهذا التعليق لا يوجب البطلان؛ لأنَّه تعليق على أمر موجود بالفعل وهو الالتزام وإن كان الملزם به استقباليًّا، ولم يعلق على أمر خارجي غير موجود فعلاً، مشكوك الحصول أم معلومه في المستقبل، والتعليق على أمر حاصل بالفعل خارج عن الإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود.

والتعليق فيها نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإنَّ تعليق البيع في المقام إنما هو على الالتزام بعدم الفسخ، لا على عدمه، والالتزام بعدمه حاصل بالفعل، فالتعليق ليس على أمر غير موجود فعلاً ليكون مبطلاً.

نعم، أثر الشرط مختلف باختلاف الموارد؛ فإنه تارة يوجب تخلفه الخيار، وأخرى لا يوجبه، ففي الأول يجب الوفاء على المشروط عليه، ولو لم يفِ كان للشارط الخيار، كما لو باعه وشرط عليه في ضمن البيع أن يحيط ثوبه، فإنه يجب عليه أن يحيطه، ولو لم يحيطه كان للشارط الخيار في فسخ البيع.

وفي الثاني يجب الوفاء على المشروط عليه ليس إلا، كما في شرط الالتزام بعدم الفسخ؛ فإنه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط، ولو لم يفِ نفذ فسخه، ولا خيار للشارط لانتفاء موضوعه فجعل الخيار لغوًّا حينئذ؛ إذ لا معنى لجعل الخيار له بعد ارتفاع موضوعه، فأثر هذا الشرط لم يظهر في ثبوت الخيار كما في الأول؛ للغويته، ولكنه يظهر في وجوب الوفاء فيكون صحيحاً؛ لوجود المقتضي وعدم المانع؛ أما

المقتضي فلأنه التزام في ضمن التزام وهو محقق لحقيقة الشرط، وأما عدم المانع فلأن المانع هو التعليق على أمر غير حاصل بالفعل، والتعليق فيما نحن فيه تعليق على الالتزام بعدم الفسخ لا على نفس عدم الفسخ، وهو حاصل بالفعل، فينطبق عليه «المؤمنون عند شروطهم»، فالشرط صحيح ويجب الوفاء به، ولكن إن لم يفِ وفسخ نفذ فسخه»^(١).

أقول: وما أفاده من الاستدلال على الصحة تام، هذا كله في الجهة الأولى.

الجهة الثانية: هل ينفذ الفسخ بعد اشتراط عدم الفسخ أو لا؟

في نفوذ الفسخ وعدمه قولان:

الأول: بطلان الفسخ

القول الأول: عدم نفوذ الفسخ وسقوط حق خيار مشروط عليه بهذا الشرط وهو مختار الشيخ الأعظم^(٢) والمحققين النائيني^(٣) والحايري^(٤) قدس سرهم.

استدلال الشيخ الأعظم على بطلان الفسخ

استدل الشيخ الأعظم على عدم نفوذ الفسخ بوجهين:

«الوجه الأول: إن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لعدم سلطنته على تركه، وقد حُمل كلامه على إرادة أن حرمة الفسخ تستلزم سلب السلطنة عليه شرعاً، فلا يمكن أن يكون نافذاً.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣١٦-٣١٥.

(٢) المكاسب ٥/٥٦ و ٥٧.

(٣) منية الطالب ٣/٤٧ و ٤٨.

(٤) الخياراتات ٥٤-٥٦ لشيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي قيس.

وقد قرر المحقق النائي^(١) هذا المعنى في مقام تقريب دلالة النهي في المعاملة على الفساد، فذهب إلى أن النهي عن المعاملة يستلزم سلب السلطنة عليها وهي معتبرة في صحة المعاملة. وهذا المعنى محل اشكال يُعرض إليه في محله.

وقد ذهب البعض^(٢) إلى أن النهي يستلزم الصحة، ومن هنا أورد السيد الطباطبائي^(٣) على الشيخ قيده أنه

إن أريد سلب السلطنة تكليفاً الراجع إلى عدم نفوذ فسخه وعدم تأثيره فهو محل الكلام.

وان أريد سلب السلطنة تكليفاً الراجع إلى تحريم العمل عليه ومنعه عن صدوره منه، فلا يلزم فساد المعاملة.

والتحقيق: ان نظر الشيخ قيده ليس إلى ملازمة الحرمة للفساد، بل إلى أن وجوب الوفاء ه هنا ملازم لثبت حق المشروط له في الشرط فيكون ذا حق فيه، فيمنع من صحة تصرف المشروط عليه فيه ولا يترب عليه الآخر، لأنه متعلق حق الغير، فيكون كسائر الأمور المتعلقة حق الغير التي يمتنع التصرف فيها بلا مراجعة ذي الحق.

والذي يدلنا على كون نظره ذلك قوله: «مستلزم لوجوب اجراره عليه»^(٤)، كما سيأتي بيانه.

إذن، فالوجه الأول لمنع نفوذ الفسخ هو كون الفسخ متعلق حق المشروط له. فيقع الكلام في جهتين:

(١) فوائد الأصول ٢ / ٤٧٢، طبع مؤسسة النشر الإسلامي.

(٢) وهو المحقق الخراساني في كفاية الأصول ١٨٩ / ٢، طبع مؤسسة آل البيت (عليهم السلام).

(٣) حاشية المكاسب ٤١٠ / ٢، قوله: «وأما دعوى عدم السلطنة على تركه...».

(٤) المكاسب ٥ / ٥٥٦.

إحداهما: في الدليل على ثبوت حق المشروط له في الشرط .
والآخر: في إثبات أن هذا الحق على تقدير ثبوته مما يمنع من التصرف في متعلقه، فإن الحقوق على نحوين: نحو لا يستلزم المنع عن التصرف، كحق الجنائية، فإن العبد الجناني يجوز بيعه وإن كان مورداً لحق الجنائية ويدور الحق مع العبد أين ما دار. ونحو يستلزم المنع، كحق الرهانة، فلا يجوز لصاحب المال أن يبيع المال لتعلق حق المرتهن بها.

ولنقدم الكلام في الجهة الثانية، فنقول: إن الضابط الذي يذكر لبيان ما يمنع من الحقوق من التصرف دون ما لا يمنع هو: أن الحق المانع من التصرف هو ما كان التصرف في متعلقه مانعاً من استيفاء ذي الحق حقه، كما إذا كان يدور استيفاء حقه مدار قرارها في ملك المالك الأول فيمتنع نقلها عن ملكه وذلك كحق الرهانة، فإن المرتهن إنما يتمكن من استيفاء دينه من العين إذا كانت العين في ملك المدين، فإذا نقلها المدين إلى ملك غيره فات على المرتهن استيفاء حقه منها.

والحق غير المانع من التصرف هو ما لا يتوقف استيفاء الحق من العين على قرارها في ملك المالك الأول فلا يكون التصرف مفوتاً على ذي الحق حقه، وذلك كحق الجنائية، فإنه يدور مع العين أين ما دارت، فلذى الحق استيفاء حقه منها ولو انتقلت إلى ملك غير مالكها عند الجنائية.

إذا عرفت ذلك تعرف أن الحق المتعلق بعدم الفسخ من قبيل ما يمنع من التصرف، لأنه بالفسخ لا يبقى مجال لاستيفاء حقه لانحلال العقد وعدم بقاء الموضوع للفسخ وعدمه، فالفسخ مفوت على المشروط له حقه، فلا يصح ولا يكون مؤثراً.

وأما الكلام في الجهة الأولى، فحقيقة: أن لإثبات الحق في الشرط للمشروط له طريقين:

الطريق الأول: ما أشار إليه الشيخ^(١) من أن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم وجوب اجباره عليه. وهو اشارة إلى أمر مفروغ عنه في باب الشروط وهو أن المشروط له لو طالب المشروط عليه بالوفاء فامتنع ورفع المشروط له أمره إلى الحاكم الشرعي وطالبه بحمل المشروط عليه على الوفاء، كان للحاكم اجباره عليه. ومن الواضح أن مثل هذا المعنى مما يدل على ثبوت حق للمشروط له، إذ إن اتهام الاجبار بمطالبة المشروط له ظاهرة في أن له حقاً يصح أن يطالب به ويلزم الأخذ له بحقه، فإن ثبوت الحق في مورد يعرف بأثاره.

ومن هنا تعرف أن ما أفاده المحقق الإIROاني^(٢) من: ان وجوب الاجبار تكليفاً من باب النهي عن المنكر لا يرفع أثره الوضعي. غير سديد، إذ لم يكن وجوب الاجبار من هذا الباب بل من باب استنفاذ الحقوق وحفظها. ولذا كان مرتبطاً بمطالبة المشرط له، وأي دخل لمطالبة المشرط له في النهي عن المنكر.

كما أن ما أفاده المحقق الاصفهاني^(٣) من أن وجوب الاجبار لازم أعم، إذا يمكن أن يكون من باب لزوم النهي عن المنكر، ويمكن أن يكون من باب استنفاذ حق المشرط له.

والشيخ^(٤) وإن لم يصرح بارتباط وجوب الاجبار بمطالبة من له الشرط إلا أن نظره إلى هذه الضمية لا خصوص وجوب الاجبار، لأنه أشار إلى ما هو أمر مفروغ عنه في محله، وليس في مقام بيان حكم مستقل ههنا، والأمر الثابت في محله هو ما عرفته من لزوم الاجبار عند مطالبة من له الشرط.

(١) المكاسب ٥٦/٥.

(٢) حاشية المكاسب ٣/٥١، رقم ٨٦.

(٣) حاشية المكاسب ٤/١١٢.

وبالجملة، فبهذا الأمر الثابت المقرر في محله وبها تقرر أيضاً من قابلية الشرط للاسقاط ورفع اليد عنه، يعلم أن للمشروع له حقاً متعلقه الشرط فله المطالبة به وله رفع اليد عنه، فإن ثبوت الحق في كثير من موارده يعرف باثاره ولا يعرف بالتصريح به، وحيثئذ يمنع من نفوذ الفسخ لما عرفت من أن الحق الثابت فيما نحن فيه من قبيل الحق المانع من التصرف.

وأما احتمال أن نفس وجوب اجباره عند المطالبة ظاهر في عدم نفوذ الفسخ، إذ لو كان نافذاً لم يكدر يتصور الاجبار على عدمه، إذ منْ عليه الشرط يفسخ بمجرد الترافق وقبل الحكم عليه، فلا موضوع للاجبار حيثئذ.

فضعيف، لأن الفسخ إذا لم يكن موثيراً فلا معنى لاجباره إذ لا يهتم به، فان فسخه لغو فكيف يجبر على عدمه؟ [فالاستدلال لا يتم بمجرد إمكان وجوب الاجبار على عدم الفسخ بل يحتاج إلى ضمّ ثبوت حق للمشروع له المانع من التصرف في المبيع].

ومن هنا تعرف ان وجوب الاجبار ليس ثابتاً فيما نحن فيه، إذ لا معنى له إن لم يكن الفسخ موثيراً، ولا يكاد يتصور تتحققه إذا كان الفسخ موثيراً، كما عرفت.

وعليه، فكون الشرط فيما نحن فيه متعلق الحق نستكشفه من ثبوت هذه الخصوصية وهي وجوب الاجبار على انفاذ الشرط والعمل به في نوع المشروع وفي المورد القابل له، فإنه يكشف بطريق الإن أن هناك حقاً معمولاً في مورد الشرط ولو لم يكن قابلاً للاجبار لوحدة المجعل في الشروط بلا اختلاف بينهما، فالاجبار معلول للحق يثبت في مورد قابل له، فيمكن أن يثبت الحق بدونه وليس علة له كي يدور ثبوته مدار ثبوت الإجبار، فتدبر.

الطريق الثاني: ان معنى الشرطية والاشتراط هو جعل الشرط حقاً للمشروع له، كما يدل على ذلك كلمة: «له» في المشروع له وصحة التعبير بلا مسامحة بـ «بعثك

كذا والتزمت لك بزيارة الحسين نيابة عنك»، فإن مؤدى اللام هو الاختصاص والملكية والحقيقة ونحو ذلك.

إذن، فالحق مما يتضمنه طبع الاشتراط ومؤداته. وتحقيق الكلام في ذلك أن الكلام في ناحيتين:

إحداهما: في مفاد اللام وأنها هل المراد منها جعل الحق للمشروط له في الشرط كما استظهر أو لا، وبتغير آخر هل اللام هنا بمعنى الاختصاص والملكية والاضافة أو غيرها؟

الثانية: انه على تقدير كونها بمعنى الملكية والاختصاص، فما هو متعلق ذلك هل هو الالتزام أم الملزام به؟ والاستدلال يتم على الثاني لا الأول كما لا يخفى.

وقد اعترف المحققان الطباطبائي^(١) والاصفهاني^(٢) رحمهما الله بان اللام للاختصاص والملكية، لكنهما ذهبا إلى امكان أن يكون المضاف هو الالتزام لا الملزام به الذي هو الشروط، فلا يثبت الحق إلا في الالتزام لا الملزام به.

وفيما أفاداه منع، لأن ثبوت الحق في مورد يعرف بترتبط بعض الآثار الخاصة التي يتزعزع منها عنوان الحق أو يستكشف بها ثبوته - على الكلام في أنه حكم وضعي معمول بالملكية أو أنه أمر انتزاعي عن ثبوت أحکام خاصة - ، كجواز الاسقاط وجعل أمر متعلق الحق بيد ذي الحق وغير ذلك. والأمر الذي يتصور ثبوته على تقدير تعلق الحق بالالتزام هو جعل الالتزام بيد من له الحق فله رفع اليد عنه، فيكون الالتزام متعلقاً بخيار الملزام له.

وهذا من نوع فيما نحن فيه، لأنه إن كان أمر اصل الالتزام بالشرط بيد المشروط

(١) حاشية المكاسب ٤١١/٢.

(٢) حاشية المكاسب ١١٢/٤.

له، فهو باطل قطعاً، لأن المفروض أنه في مقام أن يلتزم له تنجيزاً بلا تعليق. وإن كان أمر الالتزام بقاءً بيد المشروط له، فهو مما يكذبه الوجدان، إذ لا يرى الملتزم في نفسه أنه يلتزم فعلاً ويجعل أمر التزامه بقاءً بيد المشروط له وإنما الذي يجعله هو أمر الملتزم به. هذا، ولكن الاشكال في الناحية الأولى، فإنه لا ظهور لللام في التمليك كي يكون مفادها جعل الحق للمشروط له ويكون دليلاً نفوذ الشرط امضاء له، بل هي محتملة لأن تكون لام الغاية والمنفعة، فيكون مفاد قوله: «والتزمت لك بكذا» التزمت لأن ما يعود نفعه إليك ولا جلك ومنفعتك، فإنه يكثر استعمال اللام في هذا المقام، فلا ظهور لها على هذا في جعل الحق.

وعليه، فالطريق الثاني لا يوصل إلى المطلوب، فالعمدة هو الطريق الأول الذي ذكره الشيخ قدس سره.

هذا تمام الكلام في الوجه الأول لنفي تأثير الفسخ.

وأما الوجه الثاني: فهو ما أفاده الشيخ (١) عليه السلام من أن عموم وجوب الوفاء بالشرط يدل على وجوب ترتيب آثار الشرط وهو عدم الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء.

وقد أورد عليه المحقق الإبراهاني (٢) عليه السلام - والظاهر أنه حمل كلام الشيخ على كون مقتضى الاطلاق حرمه الفسخ بعد الفسخ الأول الكاشف عن لغوية الفسخ الأول - : بأن اللازم من التمسك بهذا الاطلاق عدم التمسك به، وذلك لأن مقتضى دلالته على حرمة الفسخ بعد الفسخ الأول أن الفسخ غير مؤثر، فإذا لم يكن مؤثراً لم

(١) المكاسب / ٥ / ٥٧.

(٢) حاشية المكاسب / ٣ / ٥٢.

يُكَنْ معنى لتحرِيمِه لأنه لغو، فيلزم من وجوده عدمه.
ولا يخفى أن النكتة التي يستند إليها إيراده جَلَّ جَلَّ هو أن مقتضى النهي هو الصحة
ويستحيل أن يتعلق النهي بما لا يترتب عليه الأثر من المعاملات.

وقد أورد المحقق الاصفهاني^(١) جَلَّ جَلَّ على هذا الاحتمال لكلام الشيخ - وهو
إرادته أن الأمر بالوفاء بالشرط يقتضي حرمة الفسخ مولويًّا - : بأن حرمة الفسخ
عرفت أنها لا تقتضي عدم تأثير الفسخ بل يستحيل اقتضاؤه لعدم التأثير. ويشير
بقوله: «عرفت» إلى ما حقيقه في مكان آخر من أن النهي يقتضي صحة المعاملة
ويستحيل أن يؤثر في فسادها وإلا لزم من وجود النهي عدمه.
ومن هنا تعرف أن ركيزة الإيرادين هو أن مقتضى النهي عن المعاملة صحتها لا
فسادها وإلا لزم من وجوده عدمه.

أقول: إن تمسك الشيخ قَدِيسُّ بطلاق وجوب الوفاء بالشرط لإثبات حرمه
الفسخ ثانياً بعد الفسخ أولاً الذي قصد به بيان عدم نفوذ الشرط ينتهي على عدم
فرض النهي مستلزمًا للصحة ولا مستلزمًا للفساد وأنه لا يقتضي شيئاً منها، لأنه لو
كان مقتضياً للصحة بنظره لاستدل على نفوذ الفسخ الأول بتعلق النهي به فكيف
يستدل على فساده بطلاق النهي الشامل للفسخ ثانياً؟ كما أنه لو كان مقتضياً للفساد لم
يحتاج إلى التمسك بالطلاق بل كان له أن يتمسك بتعلق الحرمة بالفسخ الأول
مباشرة.

وإذا ظهر ذلك، فمبناه في استدلاله على عدم فرض أحد الأمرين في النهي من
دلاته على الصحة ودلاته على الفساد.
وتقريب ما أفاده: إنه إذا ثبت بالطلاق حرمة الفسخ ثانياً كشف ذلك عن عدم

(١) حاشية المكاسب ٤/١١١.

نفوذ الفسخ الأول، لأنه لو كان نافذاً لا نحل العقد به فلا موضوع للشرط ولا للفسخ ثانياً فلا معنى لترحيمه، نظير ما تقدم في التمسك باطلاق **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾** لإثبات وجوب ترتيب الآثار بعد الفسخ الدال بالملازمة على عدم نفوذ الفسخ. وبهذا البيان ظهر أن ما أورده المحققان المتقدمان بعيد عن محط نظر الشيخ قدس سره في استدلاله، فتذهب **﴿فَتَدَبَّر﴾**^(١).

استدلال الحق النائي على بطلان الفسخ ونقاذه
استدلّ الحق النائي عليه السلام بتوضيح متن: «أن النهي المتعلق بالمعاملات على قسمين: ما يتعلق بالسبب، وما يتعلق بالمبسب.

أما الأول فلا يستلزم الفساد كالنهي عن البيع وقت النداء؛ فإن المنهي عنه هو إنشاء البيع قوت النداء؛ لأن الاشتغال به يستوجب فوت صلاة الجمعة. وأما الثاني فهو يستلزم الفساد؛ لأن المسبب لابد أن يكون مقدوراً للمتعاملين، فالبيع لابد أن يكون مقدوراً لهما لتشمله: **﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾**، وكذا سائر المعاملات الأخرى، ومع النهي عنه تتضي القدرة عليه؛ فإن المتنع شرعاً كالمتنع عقلاً، فإذا نهي عن المسبب انتفت القدرة الشرعية عليه، فلا حالة يقع فاسداً، فلو شرط أن لا يبيع داره على زيد، فمقتضى دليل الشرط تخصيص دليل «الناس مسلطون على أموالهم» فيسلب بواسطة الشرط سلطنته على بيع داره لزيد ولا يكون قادرًا عليه، فيكون البيع متعلقاً للنبي النهي فيقع فاسداً.

وفي ما نحن فيه يشترط لصحة الفسخ أن يكون مقدوراً للفاسخ؛ لأنه مسبب عنه، فإذا اشترط في ضمن البيع أن لا يفسخ العقد، فمقتضى «المؤمنون عند شروطهم» سلب قدرته على الفسخ، فإذا كان مسلوب السلطة كان الفسخ باطلاً، ويكون العقد

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ١٣٦-١٢٩.

لازماً).^(١)

ويرد عليه: **أولاً:** أنه لا إشكال في أن الشرط يوجب تحديد دائرة السلطنة؛ فإنه لا يعقل أن تبقى السلطنة مطلقة كما كانت قبل الشرط، وإلا لزم لغوية الشرط وعدم وجوب العمل به، فأصل المدعى من كون دليل الشرط يوجب قصر السلطنة مما لا نزاعه فيه.

ولكنَّ للسلطنة المطلقة - كما لقصرها - نوعين: سلطنة تكليفية، وسلطنة وضعية، فالسلطنة التكليفية جواز البيع لزيد مثلاً، والسلطنة الوضعية تفويض هذا البيع، فإذا جاء الشرط، فإن كان يسلب كلتا السلطنتين تمَّ كلام المحقق النائيني قدسُّ؛ لأنَّ البيع صار حراماً وغير نافذ.

ولكن دليل الشرط إنما يسلب السلطنة التكليفية، بمعنى أنَّ البيع المشروطَ تركُه يكون حراماً، والحرمة التكليفية للبيع لا تستلزم فساده كما حقق في الأصول من أن النهي المولوي في المعاملات لا يقتضي الفساد.

وعليه فغاية ما نحن فيه أن يكون الفسخ حراماً، ولكنَّه نافذ لو وقع.

ان قلت: أن المعاملات أمور إمضائية، ولا يعقل من الشارع أن يمضي ما هو مبغوض له، فكيف يمضي المعاملة وهي حرام عنده؟!

ووصياغة [جديدة]: أنه لا معنى لأن يكون الشرط واجب الوفاء ومع ذلك لا يكون البيع مبغوضاً، فإنه إذا اشترط أن لا يبيع الدار لزيد فلا شك أن بيعها له يكون مبغوضاً، والمبغوضية لا تجتمع مع الإمساء.

قلت: لا مانع من ذلك ثبوتاً ولا إثباتاً، أما ثبوتاً فيمكن أن تتعلق المصلحة بشيء مع كونه مبغوضاً [لوجود مفسدة ملزمة تزاحم المصلحة]، ولكنَّه لو وقع

(١) منية الطالب / ٣ (٤٧-٤٨).

يمضيه، وأما إثباتاً فدليل ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾ مطلق، ولا مقيد له إلّا دليل الشرط، وهو إنما يقيد الخلية التكليفية، فيبقى مفاده في الحكم الوضعي على إطلاقه.

ثانياً: أن التكليف - أمراً أو نهياً - لا يتعلّق إلّا بالمقدور بلا إشكال، وإنما البحث بينهم في منشأ هذا الحكم ووجه اعتبار القدرة في متعلق التكليف، هل هو استحالة تعلق التكليف بغير المقدور بالذات أو بالعرض؟ بمعنى هل هو محال بالذات ولا يمكن حصوله، أو أنه يستحيل صدوره من الحكيم لقبح تكليف العاجز؟

وبعبارة فنية مختصرة: إن تكليف العاجز إما محال أو قبيح، وعلى كلا التقديرتين لا يصدر من المولى الحكيم.

وبما أن النهي عن الفسخ تكليف، كما يعترف فيه به أيضاً، فلابد أن يكون الفسخ مقدوراً بمقتضى القاعدة المتقدمة، فإذا سلبت القدرة عليه بواسطة دليل الشرط لم يعد مقدوراً، لأن المتن شرعاً كالممتنع عقلاً، فلا يتعلّق التكليف بالترك، وهو خلف الفرض، فنفس تعلق التكليف به يقتضي أن يكون مقدوراً ونافذاً على خلاف ما يريده المحقق النائيني فيه من إثبات عدم نفوذه^(١).

استدلال المؤسس الحائر على بطلان الفسخ ونقده

استشكل المؤسس الحائر اليزيدي فيه أولاً على الدليل الثاني للشيخ الأعظم فيه في أن التمسك بدليل الشروط بعد الفسخ - كالتمسك بأية الوفاء بعد الفسخ لإثبات اللزوم، يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لذاك الدليل. اشکاله على الشيخ الأعظم الأنصارى: قال: «وقد عرفت فيما تقدم الإشكال في هذا التمسك وأنه من باب التمسك في الشبهة الموضوعية، فإنه إذا شكنا في مؤثرة الفسخ وعدمها فمعنى ذلك شكنا في بقاء العقد والشرط الموجود في ضمنه المتقوّم به

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣٢٤-٣٢١.

حدوثاً وبقاءً وقد كان حكم وجوب الوفاء مترتبًا على موضوع العقد والشرط، نعم قبل الفسخ يشمل وجوب الوفاء لنفس الفسخ أيضاً، بمعنى أنه يصير حراماً لكونه خلاف الوفاء ولكن بعده مع الشك في فساده فلا»^(١).

«توضيح ذلك: أن التمسك بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ فرع وجود العقد، فما لم يحرز وجوده لا يمكن التمسك بها، فإذا فسخ العقد وشك في نفوذ الفسخ وعدمه شك في بقاء العقد، ومع الشك في بقائه يكون التمسك بالآلية للزومه تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية، وكذلك الحال في التمسك بدليل الوفاء بالشرط؛ فإنه فرع وجود الشرط، فإذا فسخ العقد وشك في نفوذ الفسخ شك في بقاء الشرط، ومع الشك في بقائه كان التمسك بدليل الشرط تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية له»^(٢).

أقول: الظاهر أنّ أصل الإشكال من الميرزا السيد محمد حسن الحسيني الشيرازي الكبير قيسٌ ونقل الميرزا الشيخ محمد تقى الشيرازي الثاني الأشكال وأجاب عنه بجوابين في حاشيته على المکاسب اذكر نص عبارته قال: «قد يورد على ذلك بأنه مع الشك في تأثير الفسخ في رفع العقد يتحقق الشك في بقاء الموضوع ومع الشك في بقاء موضوع العقد وزواله لا مجال للأخذ باطلاق الحكم وبعبارة أخرى العقد ينشأ ويحدث بإنشاء العاقد إلى أن يتتحقق فسخ في مورده كما في موارد الخيارات فحينئذ ينقطع استمراره وينعدم وجوده كما ان الأمر يحدث بإنشاء المتكلّم ويستمر إلى أن يتتحقق له مزيل من فسخ أو غيره فحينئذ ينقطع استمراره ويرتفع وجوده فإذا شك في تتحقق الرافع من جهة الشك في تتحقق المزيل المعلوم المزيلية كما إذا شك في فسخ من له الخيار أو من جهة الشك في رافعية الموجود كما فيما نحن فيه حيث إن الشك في كون

(١) الخيارات / ٥٤ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي قيسٌ.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٣٢٤ / ١.

الفسخ المحرّم الواقع من أحد المتعاقدين سبباً شرعاً وضعيّاً للانفساخ فقد تحقّق الشك في بقاء موضوع العقد لا محالة وهو يستلزم الشك في تحقّق الحكم فلا محال للتمسّك بالإطلاق.

ويمكن الجواب بوجوه:

منها: أنّ المراد بالعقد الذي يجب الوفاء به هو الإنشاء الذي أنشأه أوّلاً فهو الذي يجب الوفاء به دائمًا وهو غير قابل للارتفاع والانعدام فإذا وجب الوفاء به والبناء على ثبوته وتحقّق مقتضاه دائمًا حتّى بعد البناء على عدمه وانتقاده في زمان فهو يستلزم لعدم تأثير هذا البناء وانتقاد الآثار في رفع مقتضاه في نظر الشارع وهو المراد من اللزوم.

ومنها: إنّا لا نسلّم انحلال العقد بمجرد فسخ أحد المتعاقدين بل لابدّ في الانحلال من موافقة كلا المتعاقدين على الحلّ فالحلّ نظير العقد في الاحتياج إلى الطرفين.

نعم لو اذن الشارع بالفسخ ولو مع عدم رضاء الآخر صار ذلك موجباً للانحلال.

فالحاصل: أنّ العقد وان احتاج في الحدوث إلى الطرفين لكنه يكفي في بقاءه ثبات أحد الطرفين عليه وإن نكل الآخر»^(١)....

«ومنها: أنّ المراد من العقد اما نفس الإنشاء السابق الذي لا يقبل الارتفاع والانعدام بعد وقوعه إذ هو نظير الطلب الصادر من الطالب الذي لا استمرار لوجوده أصلاً كما انه لا يقبل الارتفاع بعد ان وجد قطعاً واما سببه يعني اللفظ الدال عليه الكاشف عنه الذي وجوده تدربيجي غير باق نظير أخبار العامل الذي يحدث

(١) حاشية المکاسب ٧١ / ٢.

ويقني شيئاً فشيئاً.

والمراد من وجوب الوفاء به دائمًا هو البناء على تحقق مدلوله كذلك ولا يتوقف ذلك على استمرار نفس العقد الذي عرفت أنّ المراد منه أمّا الإنشاء أو اللفظ دائمًا بل يكفي فيه وجوده حين ما يوجد أنا أو تدريجًا نظير قول العادل الذي يجب العمل به دائمًا ولا استمرار لوجوده دائمًا.

ففي ما نحن فيه بمجرد صدور الإنشاء أو اللفظ من المتعاقدين يحكم الشرع بوجوب البناء على مقتضاه دائمًا^(١).

وقد نقل جواب الميرزا الشيرازي الثاني، تلميذه آية الله الشيخ كاظم الشيرازي رحمهما الله بقوله: «وأجاب العلامة الأستاذ التقى طاب ثراه عن ذلك: أولاً: بأن المراد من العقد نفس الإنشاء السابق الواقع من المتعاقدين، أو اللفظ الدال عليه، و شيءٌ منها ما لا بقاء له ولا استمرار، فهو نظير إخبار العادل الذي يحدث ويقني شيئاً فشيئاً، والمراد من وجوب الوفاء هو البناء على تتحقق مدلوله دائمًا، ولا يتوقف ذلك على استمرار العقد وبقائه، بل عرفت أنه لا معنى للبقاء والارتفاع بالنسبة إليه؛ لأنّ شيءٍ يحدث شيئاً فشيئاً وينعدم، وما يقال إنه باق أو مرتفع يراد منه بقاء أثره التكليفي، يعني وجوب الوفاء به، وترتيب الأثر، أو الوضع يعني الملكية والزروجية مثلاً.

ومحصل الكلام أن وجود العقد آنًا ما كافٍ في وجوب ترتيب الأثر عليه؛ لما عرفت من أنه غير قابل للبقاء والاستمرار^(٢).

ويعبرة ثلاثة يمكن أن يقال في جواب الإشكال: إنّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد والالتزام بالمعنى المصدري الحدوثي، لا البقائي وهو ما ينشأ من الأول

(١) حاشية المكاسب ٢/٧٢.

(٢) بلغة الطالب في حاشية المكاسب ٢/٨١.

كالملكية بالنسبة إلى العقد؛ فإنها أثر له لا نفسه، فما يجب الوفاء به هو البيع الذي هو مصداق للعقد، والبيع هو ما يصدر من البائع، وما يصدر منه ليس أمراً باقياً في عمود الزمان؛ فإن البيع أنشأ وتحقق ومضى، وما يبقى هي الملكية، فالبيع الذي هو التزام بملكية المشتري مقابل العوض - وهو الذي تحقق ومضى - هو موضوع وجوب الوفاء، بمعنى أن لا يرجع البائع عن ما صدر منه، وهكذا الحال في الشرط.

فإذن بمجرد حصول التعهد والالتزام يتعونان المتعهد به والمتزم به بعنوان العقد والشرط، فيجب الوفاء بهما إلى الأبد، فلا يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، لا في العقد ولا في الشرط؛ فإن الفرض أن كلاً منها قد حصل وتحقق، وما تحقق هو موضوع وجوب الوفاء أبداً^(١).

أقول: مع كل هذه الأوجبة في مقابل إشكال الميرزا الشيرازي الكبير قدئاً الظاهر أن الإشكال واردٌ ولا جواب له كما مرّ منا في ذيل التمسك بأية الوفاء في ضمن البحث عن أدلة لزوم البيع فراجع وتأمل في ما مرّ هناك.

وأما استدلال المؤسس الحائري على بطلان الفسخ

قال بعد إشكاله على الشيخ الأعظم ما نصه: «إذا عرفت ذلك فنقول: قد يقال بأن دليل الشرط كدليل النذر لا يفيد سوى حكم تكليفي متعلق بالشروط والمندور، فلو كان متعلق النذر والشرط هو عدم البيع مثلاً فغايته المنع التكليفي من البيع وهو لا يستلزم الفساد الوضعي، بل نقول في خصوص المقام يستلزم صحته حيث إنه متعلق بالمعنى المسببي أو هو الذي تعلق به الجعل الشرطي أو النذري، فكما أنه لو شرط البيع لا يستلزم وقوع المبادلة بلا حاجة إلى إنشائه كذلك شرط عدم البيع أيضاً غير مستلزم لعدم تحقق المبادلة حتى مع إنشائه.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٣٢٧/١.

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

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

وإإن كان متعلقاً بالفعل أفاد وجوبه أو بالترك فكذلك، وحيث إن مفاد (اللام) في قوله: شرطت لك على نفسك كذا، هو الاختصاص والسلطنة، يتبع من هذا الحكم التكليفي - بل ومن الحكم التكليفي الجائي من قبل ﴿أوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾، حيث إن الشرط أيضاً تابع للعقد - حكم وضعى هو ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه، ولهذا يستحق المطالبة والإجبار ولو كان مجرد الحكم لما كان له ذلك.

وحييند فإذا شرط عدم الفسخ المسببي تحقق للمشروط له حق على عدم الحل والمفروض كون الخيار أيضاً بمعنى ملك حل العقد، ولا تجتمع هاتان الملكيتان في أمر واحد شخصي فإن الملكية معناها الاستيلاء على طرف الوجود وعدم، وكما لا يمكن اجتماع نفس الوجود وعدم في الأمر الواحد الشخصي كذلك لا يمكن الاستيلاء الفعلى المطلق لشخص على وجود الأمر الواحد الشخصي والاستيلاء المطلق الفعلى لشخص آخر أيضاً عليه إما بوجوده ابتداءً أو بعدمه كذلك، وبعد ثبوت التنافي بين هذين الحقين لا حالة يذهب حق المشرط عليه والمفروض أن نفوذ الفسخ أيضاً من آثار الحق فيرتفع بنفوذه أيضاً.

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

قلت: يمكن تصحيح النهي بنحوين.

أحدهما: كالنهي عن بيع الربا وبيع الخمر حيث إنّه متّصل على المبادلة العرفية لا يقيد العرفية بل على نحو يشير إليه أهل العرف، فذاك المعنى الذي يقع في أذهانهم بذاته وقع تحت النهي والحرمة والفساد، فكذلك هنا أيضاً وإن كان لا مجال للفسخ والخلل الحقيقى وبنظر الشرع، ولكنّ الذى يراه العرف حلاً ممكناً فيكون هو حراماً وفاسداً، أو الشرط أو النذر مثلاً متعلّق بهذا المعنى أيضاً وإن صدرأ من المتدينين.

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

ومن هنا نقول بثبوت الخيار للمشروط له لو خالف المشرط عليه وأتى بالفسخ بهذا المعنى فإنه وإن لم يفت بذلك غرض عن المشرط له لفرض بقاء العقد بحاله إلا أنّ خيار تخلّف الشرط لا يدور مدار فوت الغرض، ولهذا لو شرط الخياطة فلم يفعلها واتفق وجود متبرّع بها لم يسقط الخيار بوجود المتبرّع مع حصول الغرض وهو الخياطة، فاتعب النفس لأجل إثبات فوت غرض على تقدير كما يظهر من شيخنا في الفرع الآتي لم نفهم له وجهاً.

فإن قلت: فعلى هذا لو فسخ مرّة فقد تخلّف الشرط وعصى، فلو فسخ ثانيةً فلابدّ من صحته؛ لسقوط الشرط بعصيان أمره.

قلت: هذا تابع لنظر الشارط، فإن جعل متعلّق الشرط عدم الفسخ بمعنى عدم هذه الحقيقة ما دام المجلس يكون المرّة الثانية والثالثة وهكذا كلّها تخلّفاً، لأنّ حلّ الشرط إلى شروط، ولا تلازم بين عدم مصدق في الخارج للفسخ إلا واحداً وبين لحاظ صرف الوجود وإن جعل الم المتعلّق عدمه باعتبار صرف الوجود أعني عدم قلب عدمه الأرلي بأصل الوجود، فاللازم ما ذكرت من سقوط الخيار، وهذا التفصيل يجيئ

في باب النذر أيضاً عند تعلقه بعدم الفعل.

وحاصل الكلام: أنه بعد أن دليل الشرط مفید لحق وضعي بالنسبة إلى ما شرط فلابد من الفرق بين ما إذا كان ما شرط عدم نفس الفسخ المسيب وبين ما إذا كان عدم إنشائه.

فعلى الأول: - حيث لا يمكن اجتماع الحقين في موضوع واحد، فلابد من ذهاب حق المشروط عليه بواسطة المزاحمة لحق المشروط له، وإذا ذهب يحيى الفساد. وأما على الثاني: فالإنشاء أمر خارجي مقدور للمشروط عليه ولا ينافي ثبوت حق المشروط له فيه مع القدرة الخارجية للمشروط عليه، فهو نظير شرط عدم الأكل. وبالجملة مختلف مورد الحقين، لأن المشروط عليه ليس له حق في الإنشاء بل من أحكام حقه في المسبب جواز إنشائه، ومن هنا يظهر أنه لو قلنا بأن الخيار ملك العقد بالإقرار والإزالة كان الحال هكذا حتى في صورة شرط عدم الحل المسبب، فإن مورد حق المشروط عليه هو العقد، والحل والإقرار موردان للحكم بالنسبة إليه. والأول مورد حق المشروط له فلا يلزم الإشكال العقلي المتقدم، ومن هنا يظهر الحال في شرط عدم البيع، وفي نذر التصدق على القول باشتراكه على نذر ضمني بعدم البيع وقلنا بشبوت الحق للمنذور له في متعلق النذر، فإن البيع ليس مورداً للحق بالنسبة إلى المالك وإنما هو مورد الحكم، فلا يلزم إشكال عدم إمكان اجتماع الحقين^(١).

توضيح استدلال المؤسس الحائز: ذهب قيس^(٢) «إلى أن الحق هو التفصيل بين تعلق الشرط بترك الفسخ المسيب، وتعلقه بترك الفسخ المسيب أي بترك إنشائه، فإن كان الأول - كأن يشترط ترك حل العقد الواقع - فالفسخ لو وقع كان باطلًا كما أفاده

(١) الخيارات / (٥٤-٥٨)، بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي قيس.

الشيخ قدس اللہ علیہ طہ و نعمۃ الرحمۃ وإن كان دليلاً ليس بتام.

وإن كان الثاني - بأن يشترط ترك إنشاء الفسخ - فلو فسخ لم يكن الفسخ باطلًا.
ويترتب على ذلك ثمرات مهمة، منها: أن الشرط كُلَّمَا كان شرط نتيجة بطل
حق المشروط عليه، وكُلَّمَا كان شرط فعل لم يبطل حقه، والدليل على ذلك يبنتي على
مقدمات ثلاثة:

المقدمة الأولى: أن الشرط عبارة عن إلزام أمر على المشروط عليه، فعندما يقول
له: شرطت لي عليك كذا، فالشرط يقتضي بواسطة اللام حصول حق وسلطنة
للشرط على المشروط عليه، فهو مالك للشرط وليس مجرد حكم، ولذا لو تختلف
المشروط عليه عن الشرط كان للشرط حق المطالبة والإلزام، وللحاكم أن يلزممه أيضًا
من باب إحقاق الحق، ولو لم يكن له حق وسلطنة، بل لم يكن إلا صرف الحكم لما كان
له ولا للحاكم إلا أن يأمره بالعمل بالشرط من باب الأمر بالمعروف والنهي عن
المنكر، ومن هذا يظهر أن متعلق الشرط هو متعلق لسلطنة الشرط وحقه.

المقدمة الثانية: أنه لا يعقل أن يكون متعلق السلطة أحد طرفي الوجود
والعدم، بل لا بد أن يكون متعلقها كلاً الطرفين.

المقدمة الثالثة: أن لا يمكن أن يكون الشيء الواحد متعلقًا لسلطتين مستقلتين
مطلقتين، ويكون مملوكًا لمالكين مستقلين.

وبناء على هذا، فإذا اشترط ترك الفسخ، كان هذا الترك متعلقًا لحق الشرط،
وله السلطنة عليه بمقتضى المقدمة الأولى وليس مجرد حكم، وإذا كان ذا سلطنة عليه
 فهو ذو سلطنة على الفسخ أيضًا بمقتضى المقدمة الثانية، فلا تكون للمشروط عليه
سلطنة على الفسخ بمقتضى المقدمة الثالثة، فالنتيجة أن المشروط عليه مسلوب القدرة
على الفسخ، فلو فسخ كان فسخه بدون حق فلا ينفذ؛ لأن نفوذه معلول للحق
ومترفع عليه، ولما لم يكن له حق الفسخ - بمقتضى شرط تركه - لم يعقل نفوذه فسخه.

إن قلت: إن فسخ المشروط عليه إذا كان باطلًا؛ لأنه ليس من حقه ذلك، فهو غير قادر على الفسخ، وإذا لم يكن قادرًا عليه فلا يتعلّق به النهي؛ لعدم تعلّقه بغير المقدور وعدم توجّهه إلى العاجز.

فالجواب نقضًا: بالبيع الربوي وبيع الخمر؛ فإنها يقعان فاسدين مع الالتزام بحرمتها شرعاً بلا إشكال. وحلاً بوجهين:

الأول: أن متعلق النهي في هذه المقامات هو البيع العرفي، وهو مقدور عليه، فالبيع الربوي الحاصل عند العرف منهي عنه، والفسخ العرفي منهي عنه. نعم، البيع والفسخ الواقعيان غير مقدورين للمكلف، ولكن لم يتعلّق بهما النهي.

الثاني: أن يحاب عنه بالجواب المذكور في ما لو نذر أن لا يصلّي في الحمام؛ فإن النذر صحيح وينعقد مع أن الصلاة لو وقعت في الحمام بعد النذر تكون فاسدة، والجواب في ذلك المورد: أن ما تعلّق به النذر هي الصلاة الصحيحة لو لا النذر، فنقول هنا: إن ما تعلّق به الشرط هو الفسخ الصحيح لولا الشرط، وكلّاهما مقدوران»^(١).

ويرد عليه جهات من البحث: «الجهة الأولى: في دعوه: أن مدلول اللام إفاده السلطنة؛ إذ يرد عليها أن الأصل في معنى اللام هو مطلق الاختصاص؛ فإن الاختصاص وإن كان على نحوين: مطلق الاختصاص، والاختصاص المطلق، إلا أن ما تدلّ عليه اللام هو الأول كما في مثل قوله تعالى: ﴿وَلِلّهِ الْعَزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) و (الجنة للمؤمن)، والمعنى الأول لا ربط له بالحق ولا بالسلطنة،

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/ (٣٢٦-٣٢٤).

(٢) سورة المنافقون / ٨.

وإنما يستفاد الاختصاص المطلق أو الحقيقة أو السلطة من القرائن الأخرى أو من الإطلاق كقوله تعالى: ﴿وَلَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾^(١)، ﴿وَلَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾^(٢)، ويدل على ما ندعوه قولهم: «الجل للفرس»؛ فإن هذا الاستعمال حقيقي بلا إشكال، وليس للفرس سلطنة ولا ملكية قطعاً، ومعنى اللام في هذا المورد وفي غيره واحد؛ إذ ليست من الألفاظ المشتركة.

وعليه فهي - في ما نحن فيه - لا تدل على أكثر من اختصاص الملتم به للملتزم له، فأحد المعاملين - وهو المشروط عليه - يلتزم للأخر بما يكون في نفعه، والآخر - وهو المشروط لأجله - ملتزم له، والشرط يفيد الالتزام، فمن أين استفیدت السلطة؟

الجهة الثانية: أننا لو تنزلنا وقلنا مفاد (شرط لك) الالتزام بالسلطة، فلا بد أن تكون السلطة متعلقة للالتزام فيكون التركيب: التزمت السلطة لك، وهو تركيب غير صحيح من ناحية أدبية، بخلاف ما لو كان معناه: التزمت لك أن أعمل ما في نفعك.

الجهة الثالثة: أننا لو غمضينا النظر عن هذه الناحية، فمعنى الشرط من ناحية أصولية وفقهية - حسب قوله - أن يجعل الشارط على نفسه السلطة للمشروط له، وهذه السلطة تحتاج إلى إمضاء، ولا دليل في المقام - حسب الفرض - إلا «المؤمنون عند شروطهم»، وهو لا يفيد - على مبناه - إلا الحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء بالشروط، وجعل الوجوب في عهدة المكلف لا يدل على إمضاء، فأين دليل إمضاء هذه السلطة؟

ليس عنده إلا ما ذهب إليه من انتزاع الحكم الوضعي من الحكم التكليفي،

(١) سورة آل عمران / ١٨٩.

(٢) سورة آل عمران / ١٠٩.

فلا بد من البحث في معاني الانتزاع؛ فإنه تارة يطلق على الأمور الانتزاعية من قبل الفوقيّة والتحتية المتراعتين من السقف والفرش، فإن كان هذا هو مراده فهذه الأمور توجد بوجود منشأ انتزاعها ولا وجود آخر لها غير وجود منشأ انتزاعها، فليس هناك سقفيّة وفوقيّة، وما لا شك فيه أن الحكم الوضعي مختلف وجوداً عن الحكم التكليفي، ولا يعقل أن يكون عينه، فإذا كان مراده من الانتزاع المعنى الاصطلاحي فهو باطل في المقام؛ لأن وجود الأمر الانتزاعي بوجود منشأ انتزاعه، ويستحيل أن لا يكون للحكم الوضعي وجود إلا بوجود منشأ انتزاعه وهو الحكم التكليفي؛ لأنهما وجودان متغايران قطعاً.

وأما إذا كان مراده مصحح الانتزاع - كما هو الحال في الأمر بالمركب المصحح لانتزاع الجزئية من أجزائه، كالامر بالصلاه المصحح لانتزاع الجزئية من التكبير والركوع والسجود وغيرها، والأمر بالصلاه المقيدة بوجود الطهارة المصحح لانتزاع الشرطية منه، أو المقيدة بعدم الضحك المصحح لانتزاع المانعية منه - ففيه أن المصححية لانتزاع منوطة بالملازمة العقلية أو العرفية بين الأمرين كما في الموارد المذكورة، ولا ملازمة بين الالتزام بالعمل للمشروع له وسلطنته عليه، وكذا بين وجوب العمل بما التزم به وسلطنة المشروع له على العمل لا عقلاً ولا عرفاً، فلو التزم لزيد ببيع داره به ووجب عليه العمل لا تكون هناك سلطنة لزيد على البيع لا عقلاً ولا عرفاً....

الجهة الرابعة: في جوابيه - عن إشكال أن الفسخ إذا كان يقع باطلًا فهو غير مقدور له فلا يتعلق به النهائي.

أما جوابه الأول عنه - وهو أن متعلق النهي هو الفسخ العرفي لا الواقعي - ففيه جهتان من البحث:

الأولى: في حل الإشكال عن مثل هذه الموارد الكثيرة في الشعير المحكوم عليها

بالحرمة والفساد معاً كالبيع الربوي، وبيع الخمر، وبيع آلات اللهو، والإجارة على الأعمال المحرمة كالإجارة على الغناء ومطلق المكاسب المحرمة الجامعة بين الحرمة التكليفية والوضعية؛ فإن كل واحد منها حرام شرعاً وباطل وضعماً، فكيف يمكن الجمع بين الحرمة والبطلان مع أن الحرمة تقتضي عدم القدرة عليها والفساد يقتضي مقدوريتها؟! وبحث هذه الجهة في محلها وليس محل بحثنا فعلاً.

الثانية - وهي محل البحث فعلاً - : البحث عن مقدورية الفسخ لتعلق النيه به مع أنه فاسد، وكان جوابه عنه بأن متعلق النهي هو الفسخ العرفي بدون قيد العرفية، أي أن ما كان بنظر العرف فسخاً فهو حرام.

فنقول: إن الفسخ بنظر العرف لا يخلو أمره - بحسب الواقع - من حالين: إما أن يتحد مع الفسخ الشرعي أو يغايره، ولا ثالث في البين، فإن كان الأول عاد الإشكال؛ لأن الفسخ الشرعي غير مقدور؛ للحكم بفساد ما يقع، فكيف يتعلق به النهي؟

وإن كان الثاني فالفسخ بنظر العرف غير الفسخ الشرعي فلازمه الحكم بصحة الفسخ شرعاً؛ لأن الفرض أن ما تعلق به النهي هو الفسخ العرفي، وهو غير الفسخ الشرعي حسب الفرض، وحينئذ فالمقتضي لتحقيق الفسخ الشرعي موجود والمانع منه مفقود.

فجوابه قد يرد إما أن يرجع إلى الالتزام بالإشكال على تقدير أو يؤدي إلى خلاف مراده على تقدير آخر؛ لأنه يرى بطلان الفسخ ودليله على عكس مطلوبه.

وأما جوابه الثاني عنه وقياسه على النذر فإن متعلقه صحيح لولا النذر فكذلك ما نحن فيه صحيح لولا الشرط، فنقول: بأن أصل الإشكال ناشئ من أخذ القدرة في متعلق التكليف؛ إذ تكليف العاجز إما ممتنع أو قبيح كما تقدم بيانه، فكل تكليف مشروط بالقدرة، ويشترط أن تكون حاصلة بعده لا قبله، وسر اشتراطها في التكليف

أنه يلزم امثاله، ولا يمكن بدونها، فتعتبر في الأوامر القدرة بلحاظ الانبعاث عن الأمر، وفي التواهي القدرة بلحاظ الانزجار عن النهي، فإذاً تعتبر في باب النهي القدرة بعده، وأما النهي مع القدرة قبله والعجز عنده فباطل؛ لأنه يلزم امثاله وهو يتوقف على القدرة عليه، وبما أن شرط القدرة في الأوامر والتواهي بلحاظ امثالها فلا يعقل أن يكون العمل مقدوراً لولا النهي، بل لا بد أن يكون مقدوراً مع النهي، فيبقى الإشكال على حاله، وكون الفسخ لولا النهي مقدوراً لا أثر له، فلا بد أن يكون مقدوراً مع تعلق النهي به حتى يقبل الانزجار عنه، ولازم القدرة عليه حينئذ صحته لا بطلانه»^(١).

استدلال المحقق الإيرلندي على بطلان الفسخ

قال المحقق الإيرلندي ^{جيمس}: «إلا أن يقال: إن مفاد دليل الخيار ليس هو الخيار ابتداءً، وإنما مفاده الترخيص التكليفي في الفسخ، ومن ذلك يستفاد، باق ومعاملة تنحل بفسخ له في الفسخ، فإذا دل دليل الشرط على حرمة الفسخ اقتضى تخصيص دليل الخيار لا محالة فلم يبق ما يتمسك به لإثبات الخيار؛ لأن الحق أن المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطابقي في الحجج كما يتبعها في الوجود، فيرجع إلى عمومات اللزوم واستصحاب عدم انحلال المعاملة»^(٢).

توضيحة: «أن المجعل في باب الخيار بالموافقة حكم تكليفي وهو جواز الفسخ تكليفاً يدل بالضرورة على الحكم الوضعي وهو جواز العقد ومضي الفسخ. فالحكم الوضعي والحق المجعل في باب الخيار مدلول التزامي للحكم التكليفي الترخيصي الراجع إلى الترخيص في حل المعاملة وعدم الالتزام بمضمونها، نظير حل البيع على

(١) بغية الراغب في مباني المكافأة /١/ ٣٣٤-٢٢٩.

(٢) حاشية المكافأة .٥٠ /٣

القول بكون مؤداه الخلية التكليفية المستفاد منها الخلية الوضعية بالملازمة. وعليه، فإذا شرط عدم الفسخ فمقتضى عموم الشروط حرمة الفسخ تكليفاً، فيخصوص المدلول المطابقي لدليل الخيار -لِبَّاً-، ومع سقوطه في مدلوله المطابقي لا يكون حجة في مدلوله الالتزامي لتبعد الدلالة الالتزامية للدلالة المطابقة في الحجية. فلا دليل حينئذ على نفوذ الفسخ»^(١).

اعترض المحقق الإيرلندي نفسه على هذا الاستدلال وقال: «بعد احتمال اتحلال المعاملة أَنْ يبقى التمسك بإطلاق ما دلَّ على عدم حلّ المعاملة وذلك؛ لأنَّ بقاء المعاملة غير محزز والتمسك باستصحابها لإحراز الموضوع.

ثمَّ التمسك بالإطلاق باطل بعد الدليل الإجتهادي المثبت للخيار، كما أَنَّه إنْ خصَّصنا ذلك الدليل الإجتهادي بالتقريب المتقدم لم نحتاج إلى التمسك بالإستصحاب مقدمة للتمسك بدليل «المؤمنون».

ثمَّ استكشاف اللزوم وعدم اتحلال المعاملة بذلك بل تكفي عمومات اللزوم ونفس هذا الاستصحاب في إثبات مدعى»^(٢).

الثاني^(٣): صحة الفسخ

القول الثاني: نفوذ الفسخ وعدم سقوط حقّ خيار مشروط عليه بشرط عدم الفسخ قال الشيخ الأعظم: «ويحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أَنَّ بيع مندور التصدق حِنْثٌ

(١) المرتفق إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٤٣.

(٢) حاشية المكاسب ٣/٥١.

(٣) مرَّ أوّله في صفحة ٢٤٧ من هذا المجلد.

مَوْهِبٌ لِلْكُفَّارَةِ، لَا فَاسِدٌ. (١)

وحيثُنَّ فلَا فائدةٌ في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام - من تسلّط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط - غير مترتب هنا» (٢).

البيع: توضيحة: وجه هذا الاحتمال هو ((التمس بإطلاق «البيعان بالخيار»، لأنّ مفروض الكلام بقاوئه بعد العقد وعدم الالتزام بسقوطه، وإنّما التزم كلّ منها بعد إعماله، ومع بقاء الحقّ لا مانع من الأخذ به والقول بصحة الفسخ وتأثيره في حلّ

فإن قلت: الالتزام بترك الفسخ سالب للسلطنة عليه، كما تقدم آنفاً في التنظير
بنذر التصديق.

قلت: المسألة خلافية، ولذا قال بعض - في مسألة تخلّف المشروط عليه عن العمل بالشرط - بثبوت حقّ الفسخ للمشروط له، وعدم جواز إجبار من عليه الشرط. وكذا في مسألة النذر، فقال بعضهم بصحة بيع منذور التصدق، وإنما عليه كفارة حنث النذر، كما نسبه صاحب المقابس إلى الشهيد الثاني قدس سرّها بقوله: «ووافق الشهيد الثاني على التحرير... الخ»^(٣).

[وقال] الشهيد الثاني في فروع نذر التدبير، وأنه هل يفرق بين قول المولى: الله عليّ عتق عبدي بعد وفاتي» ونحوه، وبين قوله: «الله عليّ أن أدبّر عبدي»، ثم قال: «وعلى التقديرين: لا يخرج بالنذر عن الملك، فيجوز له استخدامه ووظيفته إن

(١) حكاية المحقق التستري في المقابس / ١٩٤ عن الشهيد الثاني قضى في مسألتي منذور التدبير ومنذور الحرية، راجع: الروضة البهية / ٦ ٣٣١ و ٣٣٢.

٥٦ / ٥) المكاسب

١٩٤ / مقابس الأنوار (٣)

كانت جاريةً. نعم، لا يجوز نقله عن ملكه، فلو فعلَ صحيح ولزمه الكفاره مع العلم...»^(١).

فالشهيد الثاني قدّس جوز التصرف في مندور التدبير، وحكم ببقاءه على الملك، وإن كان نقله عن ملكه حثاً للنذر ووجباً للكفارة. فليكن فسخ أحد المتابعين نافذاً ووجباً حلّ البيع وإن كان آثماً بمخالفته خطاب «المؤمنون عند شروطهم». وحين اختيار [الفسخ]، لا يترتب أثرٌ وضعي على التزامه بعدم الفسخ، لفرض نفوذ فسخه، وإنما يترتب عليه استحقاق العقوبة من جهة عصيانه خطاب وجوب الوفاء بالشرط»^(٢).

وأمّا ثبوت الخيار للمشروط له ينتفي بانتفاء موضوعه، ضرورة عدم بقاء العقد بفسخ المشروط عليه وانحلال العقد فلا معنى لاستحقاق المشروط له الخيار.

الصورة الثالثة: شرط اسقاط الخيار

تعرّض الشيخ الأعظم في هذه الصورة عن جهات ثلاث:

«الجهة الأولى: ما أشار إليه بقوله: «ومقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد»^(٣) ويريد به أن ظاهر الاشتراط المزبور هو إرادة تحقق الاسقاط بعد العقد مباشرةً، لأنّ أصل الاسقاط مع قطع النظر عن الفورية مما يقتضيه صريح الشرط ونصه لا ظاهره»^(٤).

الجهة الثانية: ما ذكره من أنه لو أخل بالشرط وفسخ العقد فهل يؤثر الفسخ في انحلال العقد أم لا؟ وذكر أنه يتأتي فيه الوجهان المتقدمان في شرط عدم الفسخ أي:

(١) الروضة البهية /٦-٣٣٢-٣٣١.

(٢) هدى الطالب /٩ و ٤٧٠ مع اصلاحات.

(٣) المكاسب /٥ .٥٧

(٤) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات /١ ١٤٢.

الاحتى ان الساقان من الصحة والفساد ولكنّه قال: «والأقوى عدم التأثير»^(١). ثمّ قد مرّ منا وجهاً الشيخ الأعظم في بطلان الفسخ مع اشتراط عدم الفسخ وهو ي يأتي هنا بالتفصيل التالي.

الوجه الأول: «ما تقدم من أنّ الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له في الشرط بحيث يكون مانعاً من التصرف في موضوع الحق. ولا ينفي أنه قد يشكل جريان هذا الوجه في إثبات عدم نفاذ الفسخ في صورة اشتراط الاسقاط، وذلك لأنّ متعلق الحق في شرط إسقاط الخيار هو الاسقاط، فالفسخ ليس تصرفاً في متعلق الحق بخلاف الفسخ في مورد شرط عدم الفسخ فإنه تصرف في متعلق الحق ومانع من استيفائه.

ولكن الصحيح خلافه، فإن الحق الثابت في صورة شرط الاسقاط يكون مانعاً من تأثير الفسخ أيضاً وذلك لأنّ الاسقاط مضاف إلى الخيار الثابت في العقد، فالعقد هنا متعلق لحق وليس بمتعلق للحق مباشرة. ولكن التصرف فيه إذا كان يستلزم تقويت الحق المتعلق به ولو كان تعلقه بالتابع كان ممنوعاً إذ المالك في المنع عن التصرف ليس كونه متعلقاً للحق مباشرة بل كونه موجباً لتفويت استيفاء الحق على ذيه، فلا يمكن الجمع بين ثبوت الحق وجواز التصرف، فيكون ثبوت الحق مما في الاسقاط مانعاً من الفسخ لأنّه يستلزم حل العقد الذي هو متعلق الحق أيضاً بالتابع بمعنى أن لذى الحق المطالبة بإبقاءه محافظة على استيفاء حقه ولو كان ثابتاً في غيره مباشرة. فالفسخ فيما نحن فيه يكون مانعاً من استيفاء ذي الحق حقه فيكون باطلًا. إذن، وهذا الوجه الآخر يأتي في شرط الاسقاط»^(٢).

(١) المكاسب ٥/٥٧.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٤٤.

الوجه الثاني: «ما تقدم من أنّ مقتضى إطلاق دليل الشرط هو ثبوت حكم الشرط بعد الفسخ أولاً، الدال بالالتزام على عدم نفوذ الفسخ الأول. وهذا جار فيما نحن فيه، إذ يقال أيضاً إن مقتضى إطلاق دليل الشرط ثبوت حكم الشرط ههنا وإسقاط الخيار بعد الفسخ الأول فإنه يدل بالالتزام على عدم نفوذ الفسخ الأول، إذ لو كان نافذاً لا موضوع للشرط كي يثبت له حكمه من تكليف أو وضع»^(١). وهكذا يجري استدلال صحة الفسخ هنا كما مرّ^(٢).

ثم فليعلم لا تحرى في الصورة الثالثة الاشكالات التي قد أوردت على الصورتين السابقتين من المخالفة لمقتضى العقد واسقاط ما لم يجب وتعارض دليلي الشرط والخيارات، وغيرها من الاشكالات التي مرّ بعضها ولذا يصح هذه الصورة الأخيرة بلا إشكال.

الجهة الثالثة: «لو لم يسقط المشترط الخيار بعد العقد مباشرة، فهل للمشروط له الفسخ ولو لم يفسخ المشترط أو لا؟ وجهان: أما وجّه جواز الفسخ للمشروط له، فهو عدم حصول الشرط، فله خيار تخلف الشرط المحقّق ثبوته في محله.

وأما وجّه عدم جواز الفسخ، فقد ذكره الشيخ^(٣) قيس وهو: أن المقصود بقاء العقد وعدم انحلاله وهو حاصل ولا يحصل التخلف عنه إلا بالفسخ.

أقول: إن أراد من كون المقصود بقاء العقد أن الغرض العقلائي من هذا الشرط هو ذلك بحيث يكون من قبل القرائن المكتنفة بالكلام الموجبة لصرف ظهور الاسقاط في موضوعيته وإنما المدار هو إبقاء العقد فيرجح الشرط في الحقيقة إلى

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٤٣.

(٢) راجع هذا المجلد، صفحة ٢٧١، الثاني: صحة الفسخ.

(٣) المكاسب ٥/٥٧.

اشترطت إبقاء العقد لا إلى الاستقطاع بعنوانه إذ لا غرض فيه.

فهو لو تم - خصوصاً بـملاحظة بعض الموارد التي تلغى فيها خصوصية العنوان المأذوذ في موضوع الحكم، كموارد الأوقاف عند تعدد الوجه الذي أوقفت عليه، فإنه يراعي في مصرفها الأقرب فالأقرب له بدعوى ظهور الوقف على الوجه الخاص في تعدد المطلوب فإذا إنفت الخصوصية وجب الصرف على الجهة الجامعة - كان منافياً لما ذكره في صدر كلامه من ظهور الشرط في وجوب الاستقطاع فوراً، إذ التخلف إنما يحصل بالفسخ، فلا محصل لدعوى ظهور الشرط في وجوب الاستقطاع فوراً، لعدم موضوعية الاستقطاع.

وإن لم يكن ذلك من قبيل القرائن المتصلة، فلا وجه لكون المدار عليه، بعد أن كان الشرط غيره، إذ يصدق التخلف ولو كان المقصود الأصلي حاصلاً.

إلا أن يقال: إننا نختار الشق الثاني وليس مجرد التخلف موجباً للخيار، إذ سيأتي أن وجوه الخيار عند تخلف الشرط متعددة ولعل منها ما يتقييد بتخلف الغرض الأصلي لا مجرد تخلف الشرط لعدم أخذه في موضوع دليل لفظي، فمن الممكن أن يكون الشيخ من لا يرى أن مجرد تخلف الشرط مما يوجب الخيار بل الموجب للخيار هو تخلف الغرض الأقصى من الشرط فإذا لم يتخلَّف فلا خيار، فتدبر.

ثم إنه قد يُقال(١) أن الأولى عدم الخيار بناء على عدم تأثير الفسخ لعدم تخلف الشرط، إذ لا أثر للاستقطاع وعدمه حينئذ بعد إن لم يكن الفسخ موثراً، بل لا موضوع للاستقطاع لعدم الخيار.

وأما على القول بتأثيره، فالأولى ثبوت الخيار، إذ قد يكون الغرض من شرط الاستقطاع هو عدم تزيل العقد وعدم ثبوت سلطنة المشروط عليه على العقد لأنها على

خلاف مصلحة المشروط له، كما أنه قد يموت المشروط عليه فينتقل الخيار إلى وارثه فيفسخ وارثه.

فعلى هذا يتحقق التخلف الموجب للخيار بخلافه على الأول، إذ لا سلطنة للمشترط على الفسخ.

هذا، وقد أورد عليه: بأن التخلف صادق حتى مع القول بعدم نفوذ الفسخ، لأن عدم نفوذ الفسخ لا ينافي بقاء حق الخيار بل هو ثابت، ولكنه مزاحم بحق آخر يمنع من التصرف فيه، وهو لا ينافي ثبوت أصل الحق نظير الملك المنوع من التصرف فيه لسفه أو حجر.

وبتعبير آخر: أن الشرط المذكور إنما يمنع من إعمال حقاً خيار في الفسخ ولا ينافي أصل ثبوته. وعليه، فلعل الغرض من اشتراط الاستقطاع إلغاء حق الخيار وعدم تزليل العقد، ومع بقائه يتخلّف الشرط ولا يتحقق الغرض ولو لم يكن إعمال حق الخيار، خصوصاً بـملاحظة أن المشترط قد يموت فينتقل الخيار إلى وارثه فيفسخ وينفذ فسخه وهو أمر يخالف غرضه.

وبالجملة، قد يكون غرض المشروط له في إلغاء حق الخيار وعدم تأثير الفسخ لا يتحقق، فيصدق تخلف الشرط بمجرد عدم الاستقطاع.

ودعوى: أن الوارث وإن كان يرث حق الخيار من المشترط لكن فسخه عديم الأثر كفسخ مورثه لأنه مزاحم بالحق أيضاً.

تندفع: بأن متعلق حق المشروط له هو نفس الشرط الثابت على المشترط وقد انفهى بموته ولا ثبوت للشرط على الوارث. ولم يكن الاشتراط على المورث مستلزمًا لثبوت حق في نفس الخيار الموروث أو العقد كي يكون مانعاً من نفوذ فسخ الوارث

لمنافاته للحق الثابت»^(١).

هذا تمام الكلام في صور اشتراط سقوط خيار المجلس والحمد لله.

بقي الكلام في حكم الشرط غير المذكور في متن العقد

ويقع البحث في جهات ثلاث:

«الجهة الأولى: في تحقيق أصل المطلب فنقول: إن الشرط إذا ذكر سابقاً على العقد كالالتزام بعدم الخيار عند تحقق العقد، فقد قيل إنه ما لا يجب الوفاء به لأنه.... إما وعد بالتزام يعني بتحقق الوعد بأنه يلتزم بعدم الخيار إذا وقع العقد، والوعد ليس بواجب الوفاء.

وإما التزام ابتدائي تبرعي لا يجب الوفاء به إجماعاً لأنه شرط ابتدائي - لو صدق عليه الشرط - . وأما العقد...

فتارة: يقع محفوفاً بالإشارة إلى الشرط السابق بأن يقول: بعترك على الشرط المذكور. فقد ذكر الشيخ قدس سره أنه من المذكور في متن العقد فيلزم الوفاء به.

وأخرى: يقع العقد بلا إشارة إليه ولا بناء قلبي عليه بل كان مغفولاً عنه بالمرة، فهذا مما لا يلزم الوفاء به جزماً بمخلاصة العقد.

وثالثة: يقع العقد بلا إشارة لفظية إليه ولكن مع البناء القلبي عليه بحيث يقع العقد مبنياً عليه.

وقد ذهب الشيخ قدس سره إلى أنه لا يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم وإن شائه، فبدون الانشاء لا يلزم الوفاء به.

(١) المرتلى إلى الفقه الأرقى، الخيارات / ١ (١٤٩-١٤٦).

(٢) المكاسب ٥٩ / ٥.

ووجهه المحقق الاصفهاني^(١) - بعد أن بين أن الشرط قد يكون بمعنى التعليق وبمعنى التقييد وبمعنى الالتزام الضمني والأخير هو الشرط الضمني الذي هو محل البحث - بأن الشرط من الأمور الانشائية المقومة بالإبراز والإنشاء فلا يترتب الأثر عليها بل لا تصدق خارجاً إلا بالإنشاء، فكما أن مجرد الالتزام النفسي بالنقل والانتقال لا يوجب صدق البيع ما لم يكن على طبقه إنشاء كذلك مجرد الالتزام النفسي لا ضمني لا يتحقق صدق الشرط بلا أن يكون على طبقه إنشاء.

وقد ذهب المحقق الإبرواني^(٢) إلى أن محور الكلام هو أن الشرط هل يصدق على مجرد الالتزام، كالعهد. أو يحتاج إلى الانشاء، فلا يصدق على مجرد الالتزام بلا إنشاء. فعلى الأول يكون البناء النفسي - فيما نحن فيه - لازماً دون الثاني. فهو يتافق مع المحقق الاصفهاني في أن وجه الحكم بعدم اللزوم هنا هو اعتبار الانشاء في صدق الشرط.

وذهب السيد الطباطبائي^(٣) إلى أن الشرط المنشأ وإن كان سابقاً على العقد وشرطًا ابتدائياً لكنه نافذ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، إذ خروج الشرط الابتدائي إنما كان بالاجماع ولا إجماع فيما نحن فيه مما كان الشرط مرتبطاً بالعقد اللاحق، لوجود الخلاف. فيكون العموم محكمًا.

هذا مما دار حول كلام الشيخ قيس من الكلمات.

وتحقيق الكلام: أن الشرط الضمني - المقابل للابتدائي - .

إما أن يراد به ما يكون مضمونه مرتبطاً بالعقد فلا خصوصية للمقارنة، فيصدق الشرط الضمني على الالتزام المنشأ قبل تحقق العقد لإرتباط مضمونه بالعقد

(١) حاشية المكاتب ٤/١١٤ تعليقة رقم ٦٧.

(٢) حاشية المكاتب ٣/٥٤.

(٣) حاشية المكاتب ٢/٤١٤.

اللاحق - كما هو المفروض لأن المفروض أنه شرط عدم الخيار في العقد اللاحق -
فلا بد من الالتزام بصحته. وهو خلاف ما يراه الشيخ قدس سره.

وإما أن يراد به ما يقع العقد مبنياً عليه بحيث يتقيد مضمون العقد به ويكون
المعاقد عليه هو الحصة الخاصة الملزمة للشرط. والظاهر أن هذا هو منظور كلام
الشيخ قدس سره كما يظهر من بعض كلماته.

ووجهة توقفه في المقام في وقوع العقد متقيداً بالشرط ليس من جهة أن الشرط مما
يعتبر فيه الإبراز، بل من جهة لزوم تعين المعاقد عليه بشؤونه وخصوصياته بالإنشاء
الدال عليه، فإذا أشار إلى بناء العقد باللفظ كما لو قال - على الشرط السابق - صح
ولزم العقد بهذه الخصوصية وإن لم يعبر عنه باللفظ لم يلزم. فادعاؤه لزوم الإنشاء هنا
بوجهة راجعة إلى العقد لا إلى الشرط.

فلا تبني المسألة على صدق الشرط على مجرد الالتزام وعدم صدقه - كما أفاده
المحقق الإيرواني رحمه الله - بل لو فرض البناء على صدق الشرط على مجرد الالتزام لم ينفع
في وقوع العقد متقيداً بالشرط، لما ذكرناه من لزوم الإنشاء في خصوصيات العقد
كنفس العقد.

وعلى هذا لا معنى لتوجيه المحقق الأصفهاني رحمه الله كلام الشيخ قدس سره بالبيان المزبور
مع ما في تقسيمه للشروط من المساحة، إذ الذي نعرفه من مبناه هو ما تقدم من كون
الشرط بمعنى اللزوم الوضعي الرابع إلى التعليق والربط.

ومن هنا ظهر أن حكم الشيخ بصحة الشرط لو قال: بعت على ما ذكر من
الشرط ليس من جهة إنشاء الشرط مقارناً للعقد، فإنه ظاهر في كون الشرط سابقاً، بل
من جهة أن بناء العقد على الشرط السابق قد انشيء به لفظاً وهو معتبر في لزومه.

نعم لو أريد من الشرط الضمني هو الالتزام المقارن للعقد أمكن أن يقال إن
الشرط المنشأ لفظاً سابقاً ليس بمقارن والمقارن هو الالتزام فقط فلو كان يصدق عليه

الشرط نفذ وإنّا فلا، فيتّجه ما أفاده الإبرواني رحمه الله.

لكن فيه:

أولاً: ما عرفت من أن مطلق الالتزام المقارن ما لم يرتبط بالعقد نوع ارتباط لا يصحح صدق الشرط ولا يكون نافعاً.

وثانياً: أن الشرط المنشأ قبل العقد يحصل له وجود إنشائي مستمر كالبيع الذي يلتزم بان لو وجوداً إنشائياً مستمراً وهو الذي تلحقه الاجازة في باب الفضولي. وعليه، فالعقد يكون مقارناً للوجود الانشائي للشرط المنشأ سابقاً. إنّا أن يدعى اعتبار حدوث الشرط في آن العقد وهو مصدارة.

الجهة الثانية: في الفرق بين هذا الشرط وبين العوضين وقيودهما حيث إنّها من شؤون العقد وما يتنبّي العقد عليهما، مع أنه لا يلزم ذكر خصوصية الصحة - مثلاً - في العوضين في لزومها بل يكفي التبّاني عليها، فإذا ظهر المبيع معيناً كان له الخيار أو الارش.

وقد نبه الشيخ ^(١) على جهة الفرق ومحصلها: أن التبّاني على بعض الخصوصيات إذا كان مما جرت العادة والعرف عليه لا يحتاج إلى ذكره بالخصوص، إذ العقد اللفظي ينصرف إلى المضمون المقيد بتلك الخصوصية من جهة التعارف، ف تكون الخصوصية مما دلّ عليها الانشاء بخلاف ما لم تجر العادة عليه، فإن العقد لا يكون له ظهور فيها فلا يدل عليها الانشاء.

وشرط الصحة في العوضين من قبيل الأول فلا يحتاج إلى التنصيص عليه لظهور إنشاء البيع في إرادته، بخلاف شرط عدم الخيار فإنه من قبيل الثاني فيحتاج إلى التنصيص. فلاحظ»^(٢).

(١) المكاسب ٥٩/٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٥٢-١٤٩.

الجهة الثالثة: في تعين المراد من مقالة الشيخ الطوسي رحمه الله قال الشيخ الطوسي رحمه الله: «إذا شرطا قبل العقد، أن يثبت بينهما خيار بعد العقد، صحيح الشرط، ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول.

وللشافعي فيه قوله:

أحدهما: أن ذلك لا يصح^(١). وعلى ذلك أكثر أصحابه.^(٢)

ومنهم من قال بصحته، مثل ما قلناه.^(٣)

دليلنا: إنّه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الأخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضع^(٤).

وقد حمله الشيخ الأعظم^(٥) «على إرادة ذكر الشرط سابقاً، ووقوع العقد مبنياً عليه بلا تصریح به ولا إشارة إليه. ثمّ احتمل أن يريده صورة الاشارة إليه بقوله على الشرط المذكور - وأن قوله: «قبل العقد» يريده به قبل تمام العقد لا قبل الإيجاب بل قطع به بعد ذلك. ولا يخفى أنه ليس في تحقيق ذلك ثمرة عملية، فاهمال الكلام فيه متعين»^(٦).

فرع

قال العلّامة: «لو قال لعبدك: إذا بعتك فأنت حُرّ، لم يصح؛ لبطلان العتق المعلّق

(١) المجموع ٩/١٧٩-١٧٨؛ الوجيز ١/١٣٩.

(٢) الوجيز ١/١٣٩؛ المجموع ٩/١٧٩-١٧٨.

(٣) المجموع ٩/١٧٩.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣/١٢٧، ج ٥٥٣؛ والتهذيب ٧/٢٢، ح ٩٤-٩٣.

(٥) الخلاف ٣/٢١، مسألة ٢٨.

(٦) المكاسب ٥/٥٨ و ٥٩.

(٧) المرتجم إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/١٥٢.

عندنا. ويجوز عند الجمهور.

نعم، يجوز عندنا تعليق نذر العتق كأن يقول: الله عليّ أن أعتنك إذا بعتك.
فعلى ما اختاره الجمهور في الصوره الأولى لو باعه بشرط نفي الخيار، قالت الشافعية: إن قلنا: البيع باطل، أو قلنا: الشرط صحيح، لم يعتق.
أمّا على التقدير الأول: فلأنَّ اسم البيع يقع على الصحيح ولم يوجد.
وأمّا على الثاني: فلأنَّ ملكه قد زال والعقد قد لزم، ولا سبيل له إلى إعتاق ملك الغير.

وإن قلنا: العقد صحيح والشرط باطل، عُتق؛ لبقاء الخيار، ونفوذ العتق من البائع في زمان الخيار.^(١)

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يعتق إلا أن يبيع بشرط نفي الخيار؛ لأنَّ خيار المجلس غير ثابت عندهما.^(٢)

وعلى الصورة التي تجوز عندنا - وهو النذر - لو باعه بشرط نفي الخيار، لم يصح البيع؛ لصحة النذر، فيجب الوفاء به، ولا يتم برفع الخيار.

وعلى قول بعض علمائنا - من صحة البيع مع بطalan الشروط - يلغى الشرط، ويصح البيع ويعتق^(٣).

ومختصر مقالة العلامة: «ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بان قال: الله عليّ أن أعتنك إذا بعتك، فقد قال: لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار، وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع

(١) حلية العلماء ١٩/٤؛ العزيز شرح الوجيز ١٢٢/٤؛ روضة الطالبين ١٠٤/٣؛ المجموع ١٧٩/٩.

(٢) العزيز شرح الوجيز ١٢٢/٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٨٩/١٠، يب.

بطلان الشرط يلغى الشرط ويصح البيع ويعتق.

وقد بنى الشيخ^(١) على أن تعلق النذر بالعين يوجب عدم تسلط النادر على التصرفات المنافية له، لأن النذر يستتبع ثبوت حق للمنذور له في متعلق النذر. كما قربنا ذلك في الشرط على ما تقدم.

وقد علق السيد الطباطبائي^{رحمه الله} على هذا الفرع بأني «لم أفهم وجه تخصيص الفرض بما إذا نذر عتقه إذا باعه مع أن الحكم يجري فيما إذا نذر عتقه وإن لم يقيد بصورة البيع، إذ البيع الخياري ليس منافياً والبيع بشرط سقوط الخيار مناف له، فلا يجوز له شرط السقوط»^(٢).

ووجه المحقق الاصفهاني^(٣) تخصيص الفرض بنذر العتق على تقدير البيع بأنه ليس لأجل دخله في حكم البيع وإنما هو لاقتضاء مورد الفرع، فإن المورد ما إذا أعنته على تقدير البيع الذي ذهب العلامة^{رحمه الله} إلى بطلانه لأنه معلق، ثم استدرك بأنه يجوز نذر العتق معلقاً.

وتحقيق الكلام في هذا الفرع: أن النذر.

تارة: يتعلق بالعتق على تقدير البيع اللازم بحيث يتصور أنه يستطيع العتق بعده بشراء العين مرة أخرى أو أن المشتري يبها له، فلا إشكال ه هنا في جواز شرط عدم الخيار ونفوذه لعدم منافاته للنذر، بل هو مأخوذ في موضوع النذر.

وأخرى: يتعلق بالعتق على تقدير تحقق البيع بقول مطلق:

فتارة: يعلم أنه يمكن من إرجاع العين - على تقدير لزوم البيع - باقالة أو شراء أو استيهاب أو غير ذلك. فلا إشكال أيضاً في جواز شرط عدم الخيار إذ يتمكن معه

(١) المكاسب ٦٠ / ٥.

(٢) حاشية المكاسب ٤١٥ / ٢.

(٣) حاشية المكاسب ١١٦ / ٤.

من الوفاء بالنذر فلا ينافي النذر.

وأخرى يعلم بأنه على تقدير لزوم البيع لا يستطيع إعادة العين بحيث كان طريق العتق منحصراً بفسخ البيع بالخيار، فهذه الصورة هي محل البحث في أنه هل يجوز أن يشترط عدم الخيار الموجب لعدم تمكن من العتق أم لا يصح شرطه لأجل منافاته مع النذر؟

الحق أنه يجوز الشرط وينفذ بلا محدود.

وذلك لما تحقق في ملته من أن وجوب الوفاء بالنذر أخذ في موضوعه شرعاً القدرة على المنذور، فلا يصح النذر بدونها.

وعليه، فدليل نفوذ الشرط فيما نحن فيه يكون وارداً على دليل وجوب الوفاء بالنذر لأنه يرفع موضوعه، لأن نفوذ الشرط مستلزم لعدم القدرة على المنذور الموجب لبطلان النذر فكيف يصلح دليل النذر لنفي صحة الشرط؟ إذ لا مجال للدليل المورود مع الدليل الوارد.

بل لو لم نقل بأن وجوب الوفاء بالنذر متعلق على القدرة شرعاً، بل كان مقيداً بالقدرة العقلية ككثير من التكاليف. لم يصلح لنفي صحة الشرط، لأن نفوذ الشرط في حال البيع الذي هو ظرف فعلية وجوب الوفاء بالنذر لتعليق عليه، يستلزم رفع القدرة عقلاً على العتق فيسقط وجوب الوفاء بالنذر لتعليق عليه، يستلزم رفع القدرة عقلاً على العتق فيسقط وجوب الوفاء بالنذر للعجز عن متعلقه. إذن فالالتزام بنفوذ الشرط لا ينافي وجوب الوفاء بالنذر إذ لم يصر الوجوب النذري فعلياً كي يلزم امثاله إذ هو قبل البيع غير فعلي لأخذ البيع في موضوعه، وبعد البيع غير مقدور المتعلق فيسقط. ولا صلاحية له لنفي ما يستلزم رفع القدرة على متعلقه، كما لا يخفى.

نعم، بناء على وجوب التحفظ على عدم فوات الغرض الملزم في ظرفه وعدم جواز تعجيز المكلف نفسه عن تحصيل المصلحة الملزمة في ظرفها فلا يجوز له إهراق

الماء قبل الزوال إذا علم أنه لا يمكن من الماء بعده، لأن مصلحة الطهارة المائية بعد الزوال ملزمة والقدرة غير دخيلة في حصولها. وهكذا الحال بالنسبة إلى سائر المقدمات المفروضة.

وببناء على أن وجوب الوفاء بالنذر يستتبع ثبوت حق في متعلق النذر مانع من التصرفات المنافية للنذر.

بضميمة الالتزام بأن وجوب التحفظ الناشئ عن مصلحة وجوب الوفاء بالنذر كذلك يستتبع ثبوت حق يمنع من التصرفات المنافية له، بناء على جميع ذلك يمكن القول بعدم صحة الشرط وعدم نفوذه.

فالالتزام بعدم نفوذ الشرط فيما نحن فيه يتوقف على المفروغية عن أمور:

أ: عدم أخذ القدرة شرعاً في متعلق النذر وقد عرفت أنه ممنوع.

ب: وكون وجوب الوفاء مستلزمًا لثبوت حق في متعلق النذر وهو مما لا دليل عليه بخلاف الشرط، إذ عرفت أن آثار وجوب الحق ثابتة.

ج: وتبعية وجوب التحفظ لوجوب الوفاء بالنذر في استلزماته الحق وهي دعوى بلا شاهد.

نعم، أصل وجوب التحفظ مسلم، كما حُقّ في مباحث الأصول^(١) فراجع. ومن هنا ظهر الفرق بين الفرع المزبور وبين ما إذا نذر أن يعتقه بلا أن يعلقه على البيع، فإن وجوب الوفاء فعلي يجب امثاله ولا يجوز له تعجيز نفسه عنه بعد قدرته على الامثال. فما أفاده السيد^(٢) من عدم الفرق بينهما في غير محلّ.

وبالجملة، الكلام في كل منها مختلف عن الآخر، فتدبر.

(١) راجع متنقى الأصول، ٢/١٧٩، الطبعة الأولى.

(٢) حاشية المكاسب، ٢/٤١٦.

ومن هنا يظهر الاشكال فيها وجّه به المحقق الاصفهاني رحمه الله تخصيص الكلام بهذا الفرع لأن ظاهره تسليم ما ذكره السيد رحمه الله من عدم الفرق في حقيقة الحال والأثر، فالتفت.

ثم إن المحقق الاصفهاني^(١) أورد على الشيخ رحمه الله في بنائه كلام العالمة رحمه الله على استبعاد حكم النذر لثبوت حق في متعلقه بأنّ: «مصب كلام العالمة رحمه الله صحة البيع وفساده من حيث تضمنه للشرط الفاسد، كما هو واضح بادنى ملاحظة. وليس مصب كلامه صحة الشرط أو بطلانه»، لأن البيع بمحض ذاته لا يكون تصرفاً منافياً بل المنافي هو الشرط، فيكون محظ الكلام هو صحة البيع وعدم صحته بما هو متضمن للشرط [الفاسد].

وفيه: أن الشيخ رحمه الله أخذ استلزم فساد الشرط لفساد البيع مفروغاً عنه وبني الحكم بالبطلان على ثبوت الحق المستلزم لبطلان الشرط بعد الفراغ عن استلزم الشرط الفاسد لفساد البيع، فيتمحض البحث عن فساد الشرط لأجل منافاته للحق الثابت وعدم فساده، فالتفت وتأمل^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١١٦/٤.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٥٢-١٥٦.

٢- مسألة في اسقاط الخيار بعد العقد

المسقط الثاني بعد اشتراط سقوط الخيار في متن العقد، هو اسقاطه بعد العقد وعدّه الشيخ الأعظم أنه «المسقط الحقيقى»^(١).

اعتراض المحقق الخراسانى

واعترض عليه المحقق الخراسانى^(٢) من أنّ ظاهر كلام الشيخ الأعظم ينافي ما ذكره من أنّ التصرف إنما كان مسقطاً لكونه رضا بالبيع، وبما أنّ الرضا بالبيع موجود في الإسقاط صریحاً فهو مسقط للخيار بطريق أولى، فحيثند المسقط الحقيقى هو الرضا بالبيع لا الإسقاط بعد العقد.

أقول: هذا الاعتراض على الشيخ الأعظم لم يرد بتقريري الذين ذكرهما المحقق الأصفهانى^(٣) كما يأتي آنفًا في ذيل الدليل الثاني وهو فحوى النص فانتظر.

استدلّ الشيخ الأعظم على سقوط الخيار بالإسقاط

استدلّ الشيخ بعده من الوجوه:

(١) المكاسب ٦١ / ٥.

(٢) حاشية المكاسب / ١٦٥.

الأول: الإجماع

قال: «ويدلّ عليه بعد الإجماع»^(١).

وفيه: الإجماع تام إلّا أنه مدركيٌ أو محتمل المدركيّة للوجوه الآتية فلا يكون هنا إجماع تعدييٌ.

الثاني: فحوى ما ورد من النص

فحوى ما ورد في النص الصحيح من أن التصرف في المبيع يدلّ على رضا البيع
فيسقط الخيار.

وهو صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء... الحديث.^(٢)

وقد قرب المحقق الأصفهاني هذه الفحوى بوجهين:

«أحدهما: أن التصرف قد اعتبر مسقطاً للخيار باعتبار كاشفيته عن الرضا بالبيع والاسقاط أقوى دلالة وكشفاً على الرضا به، لأجل تطرق بعض الاحتمالات غير المستلزمة للرضا في التصرف بخلاف الاسقاط، فإنه لا يتطرق إليه احتمال لا يستلزم الرضا.

والآخر: أن مسقطية الرضا بالبيع المنكشف بالتصرف إنما هي لأجل أن مرجع الرضا بالبيع هو إسقاط حق الخيار، فنفس انشاء الاسقاط أولى بأن يكون مسقطاً مما يؤول إلى الاسقاط.

(١) المكاسب ٦١ / ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ١٨، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الخيار.

[والظاهر من مسلك الشيخ ارادة هذا الوجه].

واستشكل المحقق الاصفهاني^(١) في كلا الوجهين

أما الثاني: فيما أفاده من أن الالتزام بالعقد والرضا به أحد طرفـي حق الخيار
- على ما تقدم - فهو إعمال للحق واستيفاء له لا إسقاط له، وزوال الشيء باستيفائه
غير اسقاطه، فلا مساواة فضلاً عن الفحوى.

وأما الأول: فيما أفاده من أنه إنما يتم إذا كانت العبرة في الدلالة على الرضا
بالكشف النوعي، إذ يمكن اختلاف الكاشف قوة وضعفاً من حيث تطرق احتمال
الخلاف فيه وعدم تطرقـه. أما إذا كانت العبرة في نفس الرضا الفعلى، فهو مما لا يقبل
الاختلاف، فالرضا الفعلى المتحقق في ضمن التصرف ليس معه احتمال عدم الرضا
شخصاً، فلا أولوية في البين.

أقول: تقدم من الشيخ^(٢) قدّسَ اللهُ تعالیّاً أن حق الخيار ليس إلا حق فسخ العقد وعدهـه
وليس هو حق إبرام العقد وفسخـه، وتقدم منا تقرير ذلك والاستدلال عليه.

إذن، فالرضا بالبيع ليس إعمالاً للحق بل يرجع إلى إسقاط الحق.

وأما مناقشته في الوجه الأول، فهي ترجع إلى نفي دعوى الأولوية على أحد
التقديرـين وهو ليس بهمـم بعد تسلیم ثبوت الرضا في مورد الإسقاط، فيثبتـ له الحكم
ولو كان بالمساواة لا بالأولوية»^(٣).

الثالث: عموم قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه»

قالـ الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى القاعدة المسلمة: من أن لـكل ذي حق إسقاط

(١) حاشية المکاسب ٤/١١٧، تعلیقة ٧٠.

(٢) المکاسب ٥/١٢.

(٣) المرتى إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/١٥٦.

حقّه، ولعلّه لفحوى تسلّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتلطّ على حقوقهم المتعلقة بالأموال، ولا معنى لسلطتهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل، إلّا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الاسقطات»^(١).

«ولا يخفى أنه لم يرد نص بهذا المضمون وإنما الدليل الذي استدل به عليها هو فحوى ما دل على أن: «الناس مسلطون على أموالهم»، فإنه يقتضي السلطنة على حقوقهم بالأولوية.

وقد قرب المحقق الاصفهاني^(٢) إلى الأولوية المدعّاة بأن المراد من المال في قاعدة السلطنة هو المال المضاف إلى الناس باضافة الملكية، وإضافة الملكية أقوى من إضافة الحقيقة. فإذا كانوا مسلطين على أملاكهم فهم أولى بالسلطنة على حقوقهم لأن السلطنة على الأقوى تستلزم السلطنة على الأضعف بالأولوية.

وقد ذهب المحقق الإيرواني^(٣) إلى إنكار الأولوية ببيان أن علقة الحقيقة أضعف من العلقة الملكية، ودلالة النص على إثبات السلطنة على العلقة القوية لا تقتضي السلطنة على العلقة الضعيفة فضلاً عن الأولوية، لأن إثبات شيء للقوي لا يستلزم إثباته للضعيف، بل الحال بالعكس فإن إثبات شيء للضعيف يقتضي ثبوته للقوي بطريق أولى.

والذي نراه في منشأ اختلاف المحققين في تقريب الأولوية ونفيها هو أن المحقق الاصفهاني^(٤) لاحظ كون السلطنة من شؤون الشخص المالك ومقتضياته، فإذا كان الشخص ذات قدرة على إزالة العلقة القوية كانت له قدرة على إزالة العلقة الضعيفة بطريق أولى.

(١) المكاسب ٦١/٥.

(٢) حاشية المكاسب ١١٨/٤.

(٣) حاشية المكاسب ٥٦/٣.

وأما المحقق الإبرواني رحمه الله، فقد لاحظ السلطنة من شؤون ومقتضيات نفس العلقة. من الواضح أن الشيء القوي إذا اقتضى أمراً لم يستلزم أن يقتضي الضعيف ذلك الأمر فضلاً عن الأولوية بل الأمر بالعكس.

فالمدار في الاختلاف على ملاحظة السلطنة من شؤون الشخص ذي العلقة أو من شؤون نفس العلقة، فلاحظ^(١).

المناقشة في مقالة الشيخ الأعظم

يرد على الشيخ الأعظم رحمه الله أولاً: يبني الاستدلال «على القول بالتشكك بين الملك والحق، وهو غير معقول؛ لكونهما من الأمور الاعتبارية، ولا تشكيك فيها، وإنما التشكك في الأمور الخارجية التكوينية، كالنور والقدرة.

نعم، ما يعقل في الأمور الاعتبارية اعتبار المرتبة الضعيفة والمرتبة الشديدة، ففي مورد يعتبر المرتبة الشديدة، وفي آخر يعتبر المرتبة الضعيفة، وهو معقول ثبوتاً، ولكن لا دليل عليه إثباتاً بين الملك والحق؛ لعدم الدليل على أن الشارع أو المعتبر اعتبار الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة والملك مرتبة شديدة منها، بل للحق اعتبارات مختلفة بحسب الموارد المختلفة، فيعتبر حق الأولوية في مورد، وحق الاختصاص في مورد آخر وهكذا، فالقول بأن الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة في مقام الاعتبار دعوى بلا دليل.

[وثانياً]: سلمنا، ولكن قاعدة السلطنة - سواء كان مستندها النبوي أم السيرة العقلائية - إنما تثبت السلطنة على المال، ولا ملازمة بينها وبين السلطنة على الحق. نعم، لو كانت تثبت السلطنة على الملكية لأمكن أن يقال: بأن السلطنة على الأقوى - وهي الملكية - سلطنة على الأضعف - وهو الحق - بطريق أولى، ولكن المفروض أن ما يثبته

(١) المرتقم إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٥٧.

«الناس مسلطون على أموالهم» السلطنة على المال الذي هو طرف لإضافة الملكية لا السلطنة على نفس الملكية، والمعنى أن الناس مسلطون على أملاكهم لا على ملكياتهم. وبعبارة أخرى: إن السلطنة على متعلق الإضافة أمر آخر غير السلطنة على نفس الإضافة، والحق والملكية نحوان من الإضافة، وسلمنا أنها مرتبان من السلطنة وأن سلطنة الملكية أقوى من سلطنة الحق، فإذا قام الدليل على الأولى فبالأولوية يدل على الثاني؛ لأن الملكية أقوى من الحق، ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ فإن الدليل دلّ على السلطنة على متعلق الإضافة الأقوى وهو المال، لا على نفسها، فكيف يثبت بالفحوى السلطنة على نفس الإضافة الأضعف وهو حق؟ إن هو إلا غير معقول.

[وثالثاً]: تنزلنا عن جميع ما سبق، ولكن لابد للفحوى من مستند، ولا استحسان في الأمور الشرعية، ولا علم لنا بمناطق الأحكام الواقعية، فكيف نحرز الملازمة بين جعل السلطنة على إسقاط الملكية وجعلها على إسقاط الحق؟! فمن المحتمل جداً أن يجعل الشارع السلطنة على إسقاط الملكية دون إسقاط الحق، ولا سبيل إلى القطع بأن الدليل إذا قام على السلطنة على إضافة الملكية فهو قائم على السلطنة على إضافة الحقيقة بالأولوية أو بالمساواة؛ فإنه يتوقف على القطع بالمناطق ولا سبيل إليه، ومجرد الشك كاف في عدم الدعوى.

ودعوى الملازمة العرفية بين السلطنة على إسقاط الملكية والسلطنة على إسقاط الحق، إنما تفييد لو كانت قطعية، ومع توجيه العرف إلى عدم الاعتبار بظنية ملاكات الأحكام، وإلى بطلان القياس لا يقطع بالملزمة، بل لا يرى العرف أي محدود في الانفكاك بين السلطتين فيكون مسلطاً على إسقاط ملكيته دون حقه^(١).

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣٥٢-٣٥٠.

فتحصل إلى هنا عدم تمامية ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره من الاستدلال بفحوى قاعدة السلطنة لا ثبات قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حق».

ثم يقع الكلام في أن القاعدة المسلمة:

القاعدة المسلمة عند الشيخ الأعظم وهي: «لكل ذي حق إسقاط حق».

هل هي قاعدة ارتكازية عقلائية ولم يردع عنها الشارع أم لا؟!

نعم، هذه قاعدة ارتكازية عقلائية شرعية لأن الشارع لم يردع عنها بل قرر الشرع في نظائرها وأشباهها نحو:

حق القسم على ما ذكره جماعة كالشيخ ^(١) والعلامة ^(٢) والشهيد ^(٣).

وحقوق القصاص والرهانة والتحجير والشرط.

وحق الشفعة على وجه.

وحق الغيبة بناءً على وجوب إرضاء صاحبه وعدم كفاية التوبة.

وقد مر ^(٤) مثنا في بحث الحقوق في أول البيع أن الحق بطبيعته يقتضي جواز إسقاطه بل من لوازمه «جواز اسقاطه ما لم يمنع عنه مانع تعبدى أو من جهة قصور في كيفية جعله بحيث يكون متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص» ^(٥).

الرابع: دليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الإبتدائي

قال الشيخ الأعظم: «ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله

(١) المبسوط ٤/٣٢٥.

(٢) القواعد ٢/٤٥.

(٣) اللمعة الدمشقية ١٧٤.

(٤) راجع الآراء الفقهية ٤/٢٠.

(٥) الآراء الفقهية ٤/٢٢.

للالتزام الإبتدائي»^(١).

«وأورد عليه: أولاً: بأن الإسقاط إعدام ل الخيار، فهو فعل خارجي لا يتعون
بعنوان الشرط ولا يكون مصداقاً له، كالأكل والشرب.^(٢)

وفيه: أنه لا إشكال في أن الإسقاط إعدام ل الحق الخيار، لكن لا بالطابقة؛ فإن
الإسقاط مفهوماً غير الإعدام، بل ملازم له، فسقوط الحق مقابل لثبوته، ولكل ذي
حق إسقاط حقه، ولكن لا شك في اعتبار الالتزام في جميع الأمور الإنسانية
والاعتبارية، إلا أنه تارة يكون مربوطاً بالالتزام آخر كما في البيع وسائر العقود، وأخرى
ابتداء كما في الإيقاعات، والإسقاط أمر اعتباري وحقيقة التزام ذي الحق بإسقاط
حقه، فقياسه على الأفعال التكوينية مع الفارق.

وثانياً: بما أورده بعض الأعلام^(٣) من أن الإسقاط عبارة عن الالتزام بعدم
وجود الحق، وجود الحق وعدمه ليسا باختيار صاحبه، بل باختيار الشارع.^(٤)

وفيه: - مضافاً إلى منافاته لما يتباينه^(٤) من أن الإسقاط على القاعدة، وتصریحه
بأن الحق واقع تحت الاختيار، وما يكون واقعاً تحته قابل للإسقاط - أنه مخالف لمفاد
صحیحة سليمان بن خالد^(٥) المتقدمة؛ إذ جعل فيها عدم الخيار تحت اختيار الملتزم.
نعم، ما يرد على الاستدلال: أن الشرط إما أنه لا يصدق على الالتزامات
الإبتدائية^(٦) أو يشك في صدقه عليها؛ لأن معناه لغة الالتزام المربوط بالالتزام آخر، فلا

(١) المکاسب ٦١/٥.

(٢) حاشية المکاسب ٣/٥٦، رقم ٩٨.

(٣) مصباح الفقاہة ٦/١٤١، التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/١١١.

(٤) راجع التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/٩٦.

(٥) وسائل الشیعة ٢٣/١٥٥، ح ١.

(٦) كما اختارناه في الآراء الفقهية ٤/١٣٧-١٣٣.

يصدق على الالتزام الابتدائي، وهو الذي يساعد عليه العرف؛ فإنهم يسمون الالتزام الإبتدائي وعداً لا شرطاً.

ولا أقل من الشك في سعة مفهوم الشرط من جهة دخول الإسقاط فيه وعدمه، ومع كون الشبهة مفهومية فالتمسك بالدليل من التمسك به في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل وهو باطل، فلا يمكن التمسك بدليل الشرط في المقام على كلا التقديرتين^(١).

سقوط خيار المجلس بكل لفظ دال عليه

قال الشيخ الأعظم: «ثُمَّ إِنَّ الظاهر سقوط الخيار بكل لفظٍ يدلُّ عليه بإحدى الدلالات العرفية، للفحوى المقدمة، وفحوى ما دلَّ على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي^(٢)، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق؛ وعلى هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضي الآخر سقط خيار الراضي أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً^(٣). «ثُمَّ إِنَّ الظاهر سقوطه بكل لفظ دال عليه بإحدى الدلالات العرفية، ولو كانت مجازية، أو كناية».

لا لما أفاده الشيخ الأعظم قىٰ من الفحوى المقدمة؛ أي فحوى ما دلَّ على سقوطه بالتصرّف، معللاً بأنه رضا بالبيع.

ولا لفحوى ما دلَّ على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي؛ لأن شيئاً

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٣٥٣/١.

(٢) مثل: ما دلَّ على أن سكوت البكر إجازة لنكاحها الفضولي، وسكوت المولى إجازة لنكاح العبد، راجع وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ووسائل الشيعة ١١٧/٢١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) المكاسب ٦١/٥.

منها لا يدلّ على أنّ الأفعال آلات لإسقاط الخيار تسبيباً، حتّى يقال: إنَّ آلية اللفظ أولى من الفعل.

بل التصرّف في الأوّل، إنما يوجب لزوم البيع؛ لكونه رضا تعدياً، وهو أجنبي عن السقوط بالإسقاط، وبعض الأفعال في الثاني - لكشفه عن الرضا بالبيع - يوجب نفوذه، بناءً على عدم احتياج صحة الفضولي إلى أزيد من لحوق الرضا به، وعليه فهو أجنبي عن المقام.

وعلى فرض كونه إجازة، لا يدلّ على صحة الإسقاط بالقول، بل يدلّ على أولوية الإجازة لفظاً في نفوذ البيع.

ولا لما أفاده أخيراً: من صدق «الإسقاط النافذ» بمقتضى ما تقدّم من التسلّط على إسقاط الحقوق؛ لما عرفت من أنّ دليل السلطة، لا يثبت سببية الأسباب ونفوذها حتّى على فرض إطلاقه^(١)، كما أنّ قاعدة أنّ لكل ذي حق إسقاط حقه، غير ناظرة إلى أسباب السقوط.

بل لأنّ ما دلّ على إسقاطه عرفاً ولو بالدلائل المعتبرة المجازية، مسقط عقلائي، وهو كافٍ فيه بعد عدم ردع الشارع الأعظم.

ثم إنّ تعين ما هو دالٌ عليه بالدلائل المعتبرة، موكول إلى العرف.

وأمّا ما فرقه على ذلك في ذيل كلامه؛ من أنه لو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضي الآخر، سقط خيار الراضي أيضاً؛ لكون الرضا بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً فصحته موكولة إلى كون نحو قوله: «رضيت» - مترتبًا على الإسقاط - إسقاطاً بالدلالة العرفية، لا إجازة لإسقاطه، وهو غير حالٍ عن الإشكال.

(١) تقدّم في الكتاب البيع / ٤٠٠ .

وليس مراده ما احتمله بعض الأجلة من الوجوه المذكورة في تعليقته^(١)، بل الظاهر - بقرينة تفريعه على الدلالة اللغوية، قوله: إن الرضا إسقاط - أن مراده إظهار الرضا لفظاً، لا الرضا الباطني، ولا الرضا بالبيع.

وترجع دعواه، إلى أن العرف يرى إظهار الرضا بالإسقاط مسقطاً، لا إجازة له، كما أنه لو قال أحد للزوج؛ «إني أجزت زوجتك في الخروج عن المنزل» فقال: «رضيتك بذلك» يعد ذلك إجازة لخروجها، لا إجازة للإجازة، والأمر سهل، وتعين المصدق ليس من شأن الفقيه، وكون ذلك إسقاطاً لا يخلو من وجاهة، وإن لم يخل من إشكال^(٢).

هذا تمام الكلام في هذه المسألة.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر»

تعرض الشيخ الأعظم إلى هذه المسألة «ولعل التعرض إلى ذلك باعتبار وروده في النص، فقد ذكر الشيخ^(٣) أنه ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر^(٤)».

«وهي مخدوشة سندأ ودلالة؛ أما السند فلأنها مرسلة كما في المستدرك، ولم ترد من طرقنا فلا اعتبار بها.

وأما الدلالة فلأننا لو خلينا وظاهرها لكان معناها: أنه بمجرد قول الأمر: «اختر» يسقط خياره، والحال أن السقوط عند من قال به يتوقف على الاختيار، ولا

(١) حاشية المكاسب ٢/٢٦ للإصفهاني رحمه الله.

(٢) كتاب البيع ٤/٥ (٢٠٣-٢٠٥)، للسيد الخميني قدس.

(٣) المكاسب ٥/٦٤.

(٤) مستدرك الوسائل ١٣/٢٩٩، ح ٣؛ والرواية عامية رواها البخاري في صحيحه ٣/١٧.

(٥) المرتني إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/١٥٨.

يكفي قوله: اختر، فلا تصلح الرواية دليلاً على مدعاه، إلا أن يقوم إجماع قطعي على خلاف ظاهرها وأن المراد منها أن يختار أحدهما بعد قول صاحبه: اختر، ولا يوجد مثل هذا الإجماع»^(١).

وهكذا ورد روایات في باب الطلاق من تخير الزوج لزوجته في أمر الطلاق:
منها: صحیحة زرارة ومحمد بن مسلم عن أحدھما^{اللهم} قال: لا خيار إلا على طهر من غير جماع بشهود.^(٢)

ومنها: معتبرة زرارة عن أبي جعفر^{اللهم}، قال: قلت له: رجل خير امرأته، قال:
إنما الخيار لها^٣ ما داما في مجلسهما، فإذا تفرق فلا خيار لها^(٤).^(٥)

ومنها: حسنة زرارة عن أحدھما^{اللهم}، قال: إذا اختارت نفسها، فهي تطليقة
بائنة، وهو خطاب من الخطاب، وإن اختارت زوجها فلا شيء.^(٦)

ومنها: حسنة يزيد الكناسي عن أبي جعفر^{اللهم}، قال: لا ترث المخيرة من زوجها
شيئاً في عدتها؛ لأنَّ العصمة قد انقطعت فيما بينها وبين زوجها من ساعتها، فلا رجعة
له عليها، ولا ميراث بينهما.^(٧)

ومنها: معتبرة حمران قال: سمعت أبا جعفر^{اللهم} يقول: المخيرة تبين من ساعتها
من غير طلاق، ولا ميراث بينهما؛ لأنَّ العصمة^(٨) قد بانت منها ساعة كان ذلك منها

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب /١٣٥٦.

(٢) وسائل الشيعة /٢٢، ٩٤، ح ٨، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

(٣) في الاستبصر /٣، ٣١٣، ح ١١١٥: «لهم».

(٤) في الاستبصر /٣، ٣١٣، ح ١١١٥: «لهم».

(٥) وسائل الشيعة /٢٢، ٩٤، ح ٧.

(٦) وسائل الشيعة /٢٢، ٩٤، ح ٩.

(٧) وسائل الشيعة /٢٢، ٩٤، ح ١٠.

(٨) في الاستبصر /٣، ٣١٤، ح ١١١٩ زيادة: «بينهما».

ومن الزوج.^(١)

ومنها: موئذنة زرارة عن أبي جعفر^{عليه السلام}، قال: قلت له: رجل خير امرأته، فقال: إنما الخيار لها ما داما في مجلسها، فإذا تفرقَا فلا خيار لها، فقلت: أصلحك الله - فانطلقت نفسها ثلاثة قبل أن يتفرقَا من مجلسها، قال: لا يكون أكثر من واحدة، وهو أحق برجعتها قبل أن تنقضى عدتها، قد خير رسول الله^{صلوات الله عليه وسلم} نساءه، فاخترنَه، فكان ذلك طلاقاً، قال: قلت له: لو اخترن أنفسهنَّ؟ قال: فقال لي: ما ظنك برسول الله^{صلوات الله عليه وسلم} لو اخترن أنفسهنَّ أكان يمسكهنَّ؟!^(٢)

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر^{عليه السلام}، قال: إذا خيرها، وجعل أمرها بيدها في غير قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين، فليس بشيء، وإن خيرها، وجعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها، فهي بالختار ما لم يتفرقَا، فإن اختارت نفسها فهي واحدة، وهو أحق برجعتها، وإن اختارت زوجها فليس بطلاق.^(٣)

ومنها: حسنة الحسن بن زياد الصيقل عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: الطلاق أن يقول الرجل لامرأته: اختاري، فإن اختارت نفسها فقد بانت منه، وهو خاطب من الخطاب، وإن اختارت زوجها ليس بشيء، أو يقول: أنت طالق، فأي ذلك فعل فقد حرمت عليه، ولا يكون طلاق، ولا خلع، ولا مباراة، ولا تخير إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين.^(٤)

ومنها: صحيحة الفضيل بن يسار قال: سألت أبا عبدالله^{عليه السلام} عن رجل قال

(١) وسائل الشيعة ٢٢/٩٥، ح ١١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢/٩٥، ح ١٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢/٩٦، ح ١٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢/٩٦، ح ١٥.

لامرأته: قد جعلت الخيار إليك، فاختارت نفسها قبل أن تقوم؟ قال: يجوز ذلك عليه، فقلت: فلها متعة؟ قال: نعم، قلت: فلها ميراث إن مات الزوج قبل أن تنقضي عدتها؟ قال: نعم، وإن ماتت هي ورثها الزوج.^(١)

أقول: ولكن أعرضوا الأصحاب عن العمل بهذه الروايات لما حرق في محله من انحصار الطلاق في الصيغة الخاصة إما أصالة أو وكالة وحملوا هذه الروايات على التقية - كما عن شيخ الطائفة^(٢) - أو على اختصاصها بالنبي ﷺ والأئمة رض، أو على أن الزوج وكل المرأة في طلاق نفسها، أو على ما لو طلقها الزوج بعد التخيير، أو على استحباب طلاقها لو اختارت نفسها ويحتمل غير ذلك والله أعلم.^(٣)

ولذا جعل صاحب الوسائل عنوان الباب هكذا: «باب من خير امرأته لم يقع بها طلاق بمجرد التخيير وإن اختارت نفسها، فإن وكلها في طلاق نفسها ففعلت وقع مع الشرائط»^(٤).

وقال المحقق: « ولو خيرها وقصد الطلاق، فإن اختيارته أو سكتت لو لحظةً فلا حكم. وإن اختارت نفسها في الحال؛ قيل: يقع الفرقة بائنةً؛ وقيل: تقع رجعيةً؛ وقيل: لا حكم له، وعليه الأكثر»^(٥).

وقال صاحب الجواهر في شرح كلامه: «(لو خيرها وقصد) تفويض (الطلاق) إليها وجعله بيدها (إن اختيارته) أي الزوج (أو سكتت ولو لحظة) تقدح في الاتصال عرفاً (فلا حكم) له عندنا، بل عند المخالفين عدا مالك منهم، فإنه قال:

(١) وسائل الشيعة ٢٢/٩٧ ح ١٧.

(٢) راجع التهذيب ٨/٨٩، ح ٣٠٤؛ الاستبصر ٣/٣١٣، ح ١١١٥.

(٣) راجع وسائل الشيعة ٢٢/٩٥، ذيل ح ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢/٩٢.

(٥) الشرائع ٣/٩.

تكون عنده مع اختيارها له على طلاقة.^(١)

وفي إيضاح الفخر: «إذا تأخر اختيارها لم يقع اتفاقاً، وإن اختارت عقيب قوله بلا فصل فالأكثر كالشيخ أنه لا يقع»^(٢).

لكن عن ابن أبي عقيل: الاكتفاء باختيارها في المجلس.^(٣) ولعله لخبر زرارة عن أبي جعفر^(٤): «قلت له: رجل خير امرأته؟ فقال: إنّا اختيار لها ما داما في مجلسهما، فإذا تفرقَا فلا خيار لها»^(٤).

(وإن اختارت نفسها) بقصد الطلاق (في الحال، قيل) والسائل بعض العامة^(٥):
 (تقع^(٦) الفرقة بأئنة) نعم عن ابن الجنيد مثلك إذا كان بعوض.^(٧)
 (وقيل) والسائل بعض آخر منهم^(٨) وابن أبي عقيل مثلك^(٩): (تقع^(١٠)).
 الفرقة (رجعية).

(وقيل: لا حكم له) أصلاً (وعليه الأكثر) بل لم يحك^(١١) الخلاف في ذلك إلا

(١) الإشراف (لابن المنذر) ١/١٦٠.

(٢) إيضاح الفوائد ٣/٣٠٨.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف ٧/٣٤٠-٣٣٩.

(٤) الاستیصار ٣/٣١٣، ح ٥، باب ١٨٢ حكم من خير امرأته؛ تهذب الأحكام، ٨٩/٨، ح ٢٢٢،
 باب ٣ أحكام الطلاق؛ وسائل الشيعة ٢٢/٩٤، ح ٧، باب ٤١ ذمن أبواب المقدمات الطلاق.

(٥) الحاوي الكبير ١٠/١٧٣؛ حلية العلماء ٧/٤١-٤٠؛ روضة الطالبين ٧/٤٦.

(٦) في نسخة الشرائع: يقع.

(٧) نقله عنه العلامة في المختلف ٧/٣٣٩.

(٨) الحاوي الكبير ١٠/١٧٣؛ حلية العلماء ٧/٤١-٤٠؛ روضة الطالبين ٧/٤٦.

(٩) الهاشمي السابق ٣٤٠/٣٣٩.

(١٠) في نسخة الشرائع: يقع.

(١١) وقعت الحكاية في الحدائق الناصرة ٢٥/٢١٧.

من أبني أبي عقيل^(١) والجنبدي^(٢) والمرتضى^(٣)، بل ظاهر ما حضرني من انتصار الأخير منهم عدم القول به^(٤)، فينحصر الخلاف حينئذٍ في الأولين.

وأمام الصدوق فأقصاه أنه روى ما يدلّ على ذلك^(٥)، وقد رجع عما ذكره في أول كتابه^(٦) من أنه لا يروي فيه إلا ما يعمل عليه، كما لا يخفى على المتصفح له.
وعلى كل حال، فهو من الأقوال النادرة المهجورة»^(٧).

وبالجملة: لا يمكن استفاده حكم في المقام لا من الرواية العامية الأولى ولا من هذه الروايات التي أعرضوا الأصحاب عنها.

«وعلى كلّ، فقبل الدخول في المسألة ينبغي التنبيه على شيء وهو: أن البحث فيها يقع على بعض المباني في حقيقة الخيار لا على جميعها، فقد عرفت الكلام في أن [١] حق الخيار هل يتقوّم بأمرتين أحدهما حق إبرام العقد والآخر حق فسخ العقد - كما عليه المحقق الاصفهاني^(٨) - أو أنه عبارة عن [٢] حق فسخ العقد وعدمه، كما قررناه تبعاً للشيخ تقيّن.

ثم إنّه بناء على المسلك الأول يقع الكلام في أنه [أ] إذا تحقّق إبرام العقد من قبل أحدهما، فهل يترتب عليه إبرام العقد بقول مطلق بحيث لا يبقى مجال لإعمال الآخر حقَّ خياره باختيار الفسخ [ب] أو أنه إنما يترتب عليه إبرام العقد من ناحيته فقط؟

(١) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٢) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٣) المسائل الموصليات الثالثة (رسائل المرتضى) / ١ (٢٤١-٢٤٢)، مسألة ٥٥.

(٤) الانتصار / ٣٠٢ (٣٠٠-٣٠٢)، مسألة ١٦٩.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣/٥١٨، ح ٤٨١١ و ٤٨١٢، باب التخيير.

(٦) من لا يحضره الفقيه ١/٣.

(٧) الجواهر ٣٣ / ٤ (١٢٤-١٢٢) [٣٢/٦٧ و ٦٨].

(٨) حاشية المکاسب ٤/١٥.

ولا يخفى عليك أن الكلام في سقوط خيار الأمر وعدمه عند اختيار المأمور الامضاء الذي هو محل البحث في هذه المسألة إنما يتاتي على المسلك الثاني في حق الخيار أو الوجه الثاني من وجهي المسلك الأول. أما بناء على الوجه الأول منهما، فلا مجال للبحث، لأن إمضاء المأمور يستلزم إبرام العقد ولزومه بقول مطلق الملازم لعدم ثبوت خيار لأي شخص، فلا معنى للبحث عن سقوط خيار الأمر وعدمه، فالافت.

وكيف كان، فقد ذكر الشيخ تيس أن المأمور بالختار لا يخلو إما أن يختار الفسخ، أو يختار الامضاء، أو يسكت.

فإن اختار الفسخ، فلا مجال للبحث فيبقاء حق الخيار للأمر لإنفاسخ العقد بفسخه، وهو ما لا يتصور فيه أن يكون من طرف دون آخر، فلا معنى لأن يكون العقد منفسحاً من طرف وغير منفسخ من طرف آخر. وعليه، فلا موضوع للختار بعد الفسخ.

وإن اختار الإمضاء فالأقوال ثلاثة:

الأول: الالتزام بسقوط خيار الأمر وهو ظاهر الأكثر.

الثاني: الالتزام بسقوط خياره مع إرادته بأمره تمليك الخيار لصاحبه وإلا فهو باق مطلقاً - سواء أراد التفويض أم استكشاف الحال - وهو ظاهر التذكرة^(١).

الثالث: الالتزام بسقوط خياره مع إرادته تمليك الخيار لصاحبه أو تفويض الأمر إليه، وأما مع إرادة استكشاف الحال فلا يسقط خياره.

وإن اختار السكوت، فالأقوال ثلاثة أيضاً.

الأول: بقاء الخيار مطلقاً.

الثاني: السقوط مطلقاً.

(١) تذكرة الفقهاء ١١ / ٣٣.

الثالث: السقوط مع إرادة التمليك، وهو للتذكرة^(١). والذى أفاده في هذا المقام: هو أن كلمة «اختر» بحسب وضعه ظاهرة في طلب اختيار لأحد الأمرين من الفسخ والامضاء، ولا ظهور له في تمليك الخيار أو تفويض الأمر إليه، نعم ظاهره عرفاً كونه لأجل استكشاف حال المخاطب وأنه مادا ينوي؟ وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تمليك المخاطب، كما يظهر من [بعض روایات]^(٢) باب الطلاق، وعليه يحمل النص السابق على تقدير صحة سنده.

وعليه، فإن قمت دلالته على إسقاط الأمر خياره فهو وإلا فلا مزيل لخياره. وتحقيق المقام: أن ظاهر كلمة: «اختر» - بحسب مادتها وهيئتها - وإن كان هو طلب اختيار أحد الأمرين من الفسخ أو عدمه، إلا أنه لا مجال للأخذ بهذا الظاهر ههنا بعد فرض أن المأمور له الخيار وأن له الفسخ وعدمه. كما أنه لا مجال لحمله على إرادة استكشاف الحال، لأنه قد يتختلف ولا ينكشف الحال للأمر، إذ له أن يسكت خصوصاً لو التفت إلى أن غرض الأمر ذلك. وأيضاً لا يمكن حمله على إرادة تمليك الخيار للمأمور لأن حق الخيار لا يقبل النقل إلى الغير.

وبعد بطلان هذه المحتملات يدور الأمر بين احتمالين احتمال كون الأمر قاصداً إسقاط حقه الثابت له وعزل نفسه عن هذا الشأن وحصره بالمؤمر، واحتمال كونه في مقام تفويض أمر خياره للمأمور توكيله في إعماله، فالراجح هو الأول، لأن مثل هذه الكلمة عادة إنما تقال في مقام تكريم الطرف الآخر وتبيجيله، وهذا إنما يتناسب مع عزل الأمر نفسه عن المأمور به بالمرة، وتوكييله الطرف الآخر في إعمال حقه لا يستلزم

(١) تذكرة الفقهاء / ١١ / ٣٣.

(٢) مررت آنفأ.

انزعاله عن ذلك إذ له أن يعدل عن التوكيل ويقوم بالأمر بنفسه خصوصاً بـملاحظة أن الوكيل لابد أن يلاحظ مصلحة الموكيل، فتقييده بما يكون له فيه مصلحة المستلزم لأن يكون على الوكيل ضرر أحياناً خلف كونه في مقام التعظيم.

وبذلك نقول إن هذه الكلمة ظاهرة في إسقاط الأمر حق الخيار الثابت له، ومقتضى ذلك سقوطه مطلقاً في جميع الصور الثلاث، ويكون الحكم في النص^(١) على طبق ظاهر الكلام. فلا حظ^(٢).

والحاصل: إن قرينة التكريم والتبجيل والإحترام لإسقاط الأمر خياره وجعل تعين اختيار العقد للمأمور، فيمكن أن يقال بسقوط خيار الأمر في جميع الصور الثلاث، وأماماً إن لم تتم هذه القرينة ولم يعيّن اختيار العقد له فيمكن أن يقال ببقاء خيار الأمر في صوري الإمضاء والسكوت من المأمور كما عليه الشيخ الأعظم قدس والله العالم.

فرعان

تعرّض الشيخ الأعظم^(٣) لفرعين:
 «الأول: لو أسقط أحدهما خياره لم يسقط خيار الطرف الآخر بلا إشكال، وهو واضح.

الثاني: لو أمضى أحدهما البيع وفسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت حق الخيار لكل منهما؛ فإمضاء أحدهما للعقد إعمال لحقه وإنفاذ للعقد من جهته، ولكنه لا يرفع حق الطرف الآخر في الفسخ، ولا ربط لذلك بمسألة تعارض الإجازة

(١) مستدرك الوسائل ١٣/٢٩٩، ح ٣.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٥٨-١٦١.

(٣) المكاسب ٥/٦٥.

والفسخ وتساقطها أو تقديم الفسخ عليها كما ذهب إليه العلامة ^{قدس}؛ فإن موردها ما إذا أخذ الحق وصاحبها، وأما مع تعددهما - كما في ما نحن فيه - فلا؛ فإن متعلق خيار كل منها مغاير لمتعلق خيار الآخر فلا موضوع للتعارض»^(١).

موارد تعارض الإجازة والفسخ

«وبهذه المناسبة تعرّض الشيخ [الأعظم]^(٢) إلى موارد تعارض الإجازة

والفسخ وهي صور ثلاثة:

الصورة الأولى: ما لو اقتضت الإجازة من أحدهما لزوم العقد من الطرفين، سواء أكان المجيز وال fasخ واحداً أو متعدداً، الأول كما لو أجاز قولهً وفسخ فعلاً بالكتابة مثلاً في آن واحد، والثاني كما لو أجاز الأصيل وفسخ الوكيل في آن واحد.

الصورة الثانية: أن يتصرّف ذو الخيار في العوضين دفعه واحدة كما لو باع عبداً بجارية ثمّ أعتقهما معاً؛ فإن إعتاق العبد فسخ للبيع، وإعتاق الجارية إجازة له.

الصورة الثالثة: ما لو اختلف الورثة في الفسخ والإمضاء ففسخ بعضهم وأجاز الآخر.

وظهر العلامة ^{قدس} في الصور المذكورة تقديم الفسخ.^(٣)

وملخص ما أفاده الشيخ ^{قدس} أنه كلما كان الحق متعدداً - ك الخيار المجلس؛ فإن لكل من البيعين حقاً - فإن أمضى أحدهما وأجاز الآخر فلا تعارض بين الفسخ والإمضاء، وكلما كان الحق واحداً سواء أكان صاحب الحق واحداً أم متعدداً

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب /٣٦٦/١.

(٢) المکاسب /٥/٦٥.

(٣) تذكرة الفقهاء /١١/٣٣؛ وهو موجود أيضاً في تذكرة الفقهاء /١١/١٨٧؛ وقواعد الأحكام .٧٠ /٢

كالأصيل والوكيل أو الورثة فهو مورد لتعارض الفسخ والإمساء^(١).

أجمال القول في موارد التعارض

وأما حكم صور التعارض بين الإجازة والفسخ على نحو الإجمال:

الأولى: ما إذا كان الحق واحداً، سواء أقام بواحد أم بمتعدد، والأول كأن يكون الحق لوارث واحد، فإن أمضى صار العقد لازماً ولم يبق موضوع لفسخه؛ لأن الحق واحد واستفاد منه في الإنفاذ، وإن فسخ لم يبق موضوع لإمسائه.

نعم، لو أمضى وفسخ في آن واحد - كأن أمضى العقد بالقول وفسخ بالكتابة في وقت واحد - وقع التعارض، ومقتضى القاعدة التساقط؛ لأنه أنشأ الفسخ والإمساء ويستحيل تتحققهما معاً؛ لاستلزمها الجمع بين الصدين، وتحقق أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجع، وأحدهما المردود محال؛ لأنه لا ماهية له ولا هوية، فيتغير التساقط.

ومثلهالأصيل والوكيل، والوكيلان عن واحد^(٢).

وأما الثانية: فـ «لا يوجد عندنا في مورد كل واحد من العتقين إنشاءان، بل في كل واحد منها إنشاء واحد، فإنشاء واحد لعتق العبد وهو كاشف عن فسخ العقد أو سبب له، وإنشاء واحد لعتق الجارية وهو كاشف عن إمساء العقد أو سبب له، والفرض أن هذين الإنسائين متعارضان فيسقطان للمعارضة، فلم يبق سبب لعتق الجارية، فالالتزام بصحة عتقها التزام بالسبب بلا سبب؛ لسقوط السبب للمعارضة.

وعليه فالحق ما أفاده الشيخ قدسُهُ من بطلان عتق كل من العبد والجارية^(٣).

وأما الثالثة: فـ «هو ما إذا قام الحق بمتعدد - كأن يقوم الحق بطبيعي الوارث

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣٦٦.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣٧٤.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٣٧٩.

وكان متعددًا، فإن له مصاديق متعددة حينئذ، ولكن الحق لا يتعدد بتعدده؛ لأنَّه قائم بالطبيعي بما هو، فلا مناص هنا من سقوط الحق بمجرد إمضاء أحد الورثة؛ لأنَّ الطبيعي - وهو ما قام الحق به - يصدق على أحدهم، وقد اختار الإمضاء، وإن فسخ انفسخ البيع.

وإذا أمضى أحدهم وفسخ الآخر في آن واحد وقع التعارض وكان مقتضى القاعدة التساقط بنحو ما قلناه في الصورة السابقة.

نعم، ما قلناه يتوقف على أن يكون المختار في باب إرث الخيار هذا الوجه، ولكن سيأتي في محله^(١) - إن شاء الله - أنا لا نقول به ولا الشيخ قدس سره أيضًا يقول به»^(٢) . وليس تحقيقه في هذا المقام وسوف يأتي من الشيخ الأعظم^(٣) إيضاحه والتحقيق فيه فانتظر.

وهذا تمام الكلام في هذه المسألة. والحمد لله.

(١) وهو بحث إرث الخيار.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٣٧٥ / ١.

(٣) المكاسب ٦ / ١١٧.

٣- مسألةُ افتراق المتباعين

المسقط الثالث من مسقطات خيار المجلس افتراق المتباعين.
ولكن في العنوان مساحة لأنّ افتراقهما غاية خيار المجلس ويتهي الخيار بها،
والفرق بين المسقط والغاية واضح والأمر سهلٌ.
ثم يقع البحث في جهات:

الجهة الأولى: الشبهة الحكمية

وفيها بحوث:

البحث الأول: في أصل كون الافتراق مسقطاً لخيار المجلس قال سيد المفتاح:
«يسقط خيار المجلس بالافتراق بالنص والإجماع المحكي في الخلاف^(١) والتذكرة^(٢)
وظاهر الغنية^(٣) أو صريحها. وفي الكفاية^(٤) لا أعلم فيه خلافاً. وفي الخلاف^(٥) أيضاً
أنه لخلاف فيه بين العلماء»^(٦).

(١) الخلاف /٣، ٢٣، مسألة ٢٩.

(٢) تذكرة الفقهاء /١١، ٢١.

(٣) غنية النزوع /٢١٧.

(٤) كفاية الأحكام /١، ٤٦٢.

(٥) الخلاف /٣، ٢٣، مسألة ٢٩.

(٦) مفتاح الكرامة /١٤، ١٣٧.

وقال الشيخ الأعظم: «لا إشكال في سقوط الخيار به، ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار [لهم]»^(١) بعد الرضا [منهما]^(٢)^(٣)^(٤).

أقول: لا إشكال في أصل الحكم بسقوط خيار المجلس في فرض افتراق المتباعين لما ورد من النصوص الكثيرة الدالة على أنّ الافتراق غاية له مع اختلاف تعابيرها:

منها: صحيحـة محمدـ بن مسلمـ: البـيعـانـ بـالـخـيـارـ حـتـىـ يـفـتـرـقـ.^(٥)

ونـوـحـوـهـاـ: صـحـيـحـةـ زـرـارـةـ^(٦) وـصـحـيـحـةـ فـضـيـلـ^(٧) الـماـضـيـةـ فـيـ كـلـامـ الشـيـخـ الـأـعـظـمـ وـصـحـيـحـةـ الـحـلـبـيـ^(٨) وـصـحـيـحـةـ أـخـرـىـ لـمـحـمـدـ بـنـ مـسـلـمـ^(٩).

وـمـنـهـاـ: حـسـنـةـ عـلـيـ بـنـ أـسـبـاطـ الـخـيـارـ...ـ وـفـيـ غـيـرـ الـحـيـوـانـ أـنـ يـفـتـرـقـ...ـ^(١٠).

وـمـنـهـاـ: صـحـيـحـةـ عـمـرـ بـنـ مـحـمـدـ بـنـ يـزـيدـ أـبـيـ الـأـسـوـدـ بـيـاعـ السـابـرـيـ:ـ...ـ وـهـمـاـ بـالـخـيـارـ مـاـ لـمـ يـفـتـرـقـ...ـ^(١١).

البحث الثاني: هل الافتراق مسقط بذاته أو بما هو كاشف عن الرضا النوعي أو

(١) ليس في النص.

(٢) ورد في النص.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣، الباب الأول من أبواب الخيار، صحيحـةـ فـضـيـلـ.

(٤) المكاسب ٦٦/٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٦) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ٢.

(٧) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣.

(٨) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٣، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(١٠) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٥.

(١١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٧.

الشخصي؟

قال الشيخ الأعظم حَفَظَهُ اللَّهُ كَمَا مَرَّ: «ولا اشكال... ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع»^(١).

وقال في المسألة الآتية: «... وإلى أن المبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد سواء وقع اختياراً أو اضطراراً...»^(٢).

أقول: الظاهر من كلام الشيخ الأعظم الأخير أنه يرى صحيحة الفضيل^(٣) الماضية دالة على اعتبار دلالة الإفتراق على الرضا في سقوط الخيار ولكن في كلامه الأول لم يعتد بظهورها ولم يعلم وجهه! فهل نظره في مسألتنا هذه [الكلام الأول] إلى انكار دلالة الصريحة أو وقوع التسالم على خلاف دلالتها؟ وهذا تهافت بين ظاهر الكلامين!!!

فحينئذ «لابد من إيقاع البحث في مفاد الرواية ومعرفة المراد منها، فنقول: إن محتملات الرواية متعددة»^(٤):

الأول: أن يكون المراد بالرضا هو الرضا بالمعاملة حدوثاً، فتفيد الرواية: عدم ثبوت الخيار عند الانفصال بعد صدور المعاملة عن رضا من الطرفين [واختاره السيد الطباطبائي]^(٥).

الثاني: أن يراد بالرضا الرضا بالمعاملة بقاءً بمعنى عدم الفسخ بعد وقوعها، فتفيد الرواية: عدم ثبوت الخيار عند الانفصال وعدم صدور الفسخ من أحد الطرفين

(١) المكاسب ٦٦/٥.

(٢) المكاسب ٧١/٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٣.

(٤) ويأتي البحث حول هذا المحتملات في المسألة الآتية أيضاً فانتظر.

(٥) حاشية المكاسب ٤١٨/٢، رقم ٥٨٦.

[واختاره المحقق الإبرواني]^(١).

الثالث: أن يراد به الرضا بالافتراق في قبال الافتراق لا عن رضا بل عن إكراه أو اضطرار، فتفيد الرواية: أن الافتراق إنما يجب سقوط الخيار إذا صدر عن رضا لا ما إذا صدر عن إكراه أو اضطرار. [وهو مختار الشيخ الأعظم في المسألة الآتية].

الرابع: أن يراد بيان دخل الرضا في لزوم المعاملة وهو مما يتصور على نحوين:
١/٤ـ أحدهما: أن يكون المدار في السقوط إذا تحقق العلم برضاهما في مرحلة سابقة عليه.

٢/٤ـ والآخر: أن يكون المدار في السقوط على الافتراق بما هو كاشف عن الرضا لا بما هو هو. فهذه محتملات خمسة.

أما الأول: فهو بعيد جداً لأن الرضا بالمعاملة عند حدوثها [إن دل دليل على اعتباره فهو] من شرائط صحتها، وبدونه لا تكون صحيحة.

ومن الواضح أنه ليست الرواية في مقام بيان اعتبار ما هو دخيل في صحة المعاملة لكي تكون مورداً لثبوت الخيار وعدمه، إذ المعاملة الباطلة خارجة عن مقسم الخيار وعدمه.

وأما الثاني، فهو بعيد عن ظاهر الرواية جداً وإن استقر به المحقق الإبرواني^(٢) بدعوى: أن حصول اللزوم عند التفرق في فرض عدم تحقق الفسخ قبله وإلا فلا موضوع للزوم.

وأما الثالث، فهو بعيد أيضاً عن ظاهر الرواية، كما اعترف بذلك من احتمله وهو المحقق الإبرواني^(٣).

(١) حاشية المكاسب ٥٩/٣، رقم ١٠٤.

(٢) حاشية المكاسب ٥٩/٣، رقم ١٠٤.

(٣) حاشية المكاسب ٥٩/٣، رقم ١٠٤.

وأما الرابع، فهو منوع، لأن الرضا بالمعاملة بنفسه موجب لسقوط الخيار على ما تقدم بيانيه. وعليه، ففيما نحن فيه يكون المستلزم للسقوط هو الرضا لأنه يجب للزوم، كما عرفت. وهذا يستلزم عدم دخل الافتراق أصلًا في ترتيب السقوط وهو يخالف ظهور النصوص في أن للافترار دخلاً في سقوط الخيار.

فيتعين بعد بطلان جميع هذه المحتملات الالتزام بالمحتمل الخامس [٤/٢] فيكون الموجب للسقوط هو الافتراق بما هو كاشف عن الرضا.

ومثل هذا التعبير كثير عرفاً، فمثلاً إذا تكلم شخص بما يجب هتك صديقه يقول له الصديق: «أنه لا صدقة بيننا بعد الإهانة»، فإنه ظاهر في أن الكلام الصادر مزيل للصدقة باعتبار أنه إهانة وهتك. فتدبر»^(١).

ولكن مع ذلك كلّه لا يمكن الأخذ بصحيحة الفضيل^(٢) الواردہ في المقام وأخذ الرضا قيداً في الافتراق لأمرین:

«الأمر الأول: أنَّ هذه الرواية تخالف - في أخذ الرضا قيداً في الافتراق - الروايات الكثيرة الواردة في الباب قبل صدورها وبعده؛ حيث وردت عن الرسول ﷺ، وبين الأئمة عليهم السلام وظيفة المتباعين في حد الخيار ببيان الرسول ﷺ، وكلها فاقدة للقييد، فتقيد الروايات جميعها بهذه الرواية لا يخلو من تأمل، لا سيما وأن بعض الروايات كانت واردة في مقام العمل، ولم يفصل الإمام عليه السلام في بيان الجواب.

وأما كون التقيد هو الموفق للصناعة الأصولية على أساس عدم المانع من تأخير البيان عن وقت الحاجة إذا كان ذلك لصلاحة، وهذا كان المعروف عند الأصوليين في مثل هذه الموارد هو التعامل مع الروايات معاملة المطلق والمقييد.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٦٢ و ١٦٣.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣.

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

الأمر الثاني: أن هذه الرواية التي أخذت قيد الرضا بمرأى ومسمع من الفقهاء، ومع أنها صحيحة السند إلا أن الشهرة القريبة من الاتفاق قامت على عدم التقييد، ومتى ما أعرض المشهور القريب من الاتفاق عن الدلالة كان موهناً لها، كما فرر في محله من الأصول؛ فإن مستند الظهورات سيرة العقلاء، وهي دليل لبّي، يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالالتزام بالتقييد - والحال هذه - محل تأمل^(١).

المرجع عند الشك في مفهوم الافتراق

«المرجع عند الشك لا يخلو من أحد أمور ثلاثة:

الأول: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^(٢).

الثاني: إطلاق دليل الخيار.

الثالث: استصحاب بقاء الخيار.

وقد اختار الشيخ^(٣) قدر الاستصحاب.

ويرد عليه:

أولاً: أن استصحاب الخيار قاصر عن الجريان من حيث المقتضي؛ لاعتبار وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة لكي يصدق نقض اليقين بالشك وإلا لم يجر، وما

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٨٥ / ٢.

(٢) سورة المائدة / ١.

(٣) المكاسب ٦٧ / ٥.

نحن فيه لم تتحدد فيه القضية.

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

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

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

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

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ للشك في صدق الافتراق بالتفرق بخطوة، فيشك في زوال الهيئة الاجتماعية وبقائها، واستصحاب الخيار مع الشك في بقاء موضوعه من التمسك بدليل الاستصحاب في شبهته الموضوعية؛ لأنه من التمسك بلا تنقض مع الشك في صدق النقض.

وثانياً: أنه لا مورد للاستصحاب في المقام مع إمكان التمسك بعموم قوله

تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾؛ فإن المستفاد من الآية الكريمة - بالدلالة المطابقة أو الالتزامية - لزوم العقود مطلقاً، وخصوصاً عمومها بدليل «البيان بالخيار ما لم يفترقا»، وتردد المخصوص المنفصل بين الأقل والأكثر؛ للشك في مفهوم الافتراق، ومع إجماله يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة الاجتماع، وبما أن حالة التفرق بمثل الخطوة مشكوكه الخروج فتبقى تحت عموم العام»^(١).

الجهة الثانية: الشبهة الموضوعية

قد مرّ^(٢) منّا في أول بحث خيار المجلس، «المراد من المجلس» وذهبنا هناك إلى عدم اعتبار اجتماع المتباعين في المجلس الواحد نحو جلوسهم في غرفة واحدة حتى يصدق أنها مجتمعين ويترتب عليه خيار المجلس، فلا نعيد هذا البحث وراجع ما حررناه هناك.

أمّا الافتراق:

فموضوع افتراق المتباعين بأيّ شيءٍ يتحقق؟ ذكر الشيخ الأعظم^(٣) هنا أقوال

ثلاثة:

١- أدنى الانتقال ولو كان أقل من خطوة
والظاهر هو مختار الشيخ الأعظم حيث يقول: «فلو تباعا في سفينتين
متلاصقين كفى مجرد افتراقهما»^(٤).

مراده: صدق الافتراق بأدنى ما يتقل عن الهيئة الإجتماعية التي كانت لها وقت

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب /٢ (٢٦-٢٤).

(٢) راجع هذا المجلد، صفحة ١٤٧.

(٣) المکاسب /٥ ٦٦ و ٦٧.

(٤) المکاسب /٥ ٦٧.

العقد ولو بأقل من خطوة.

ويعبّر عنه بطبيعي الإفراق أو مطلق افتراق المتعابيعين.

ولعل هذا معنى قول العلامة في التحرير: «بأدئى انتقال»^(١)، وثاني الشهيدين في المسالك: «وإن قل»^(٢).

ودليله: الافتراق لا يحدّد في الشرع فكتيفي فيه بالمسمّي وهو المعنى اللغوي المتحقق بأقل من خطوة، وصدق مفهوم الافتراق عليه، ولأنّ الافتراق المأخوذ غاية للختار اسم للطبيعة والطبيعي يتحقق بصرف الوجود منه.

ويرد عليه: «أن طبيعي الافتراق وإن كان يتحقق بصرف الوجود منه إلا أن هذا التحديد عقلي، والمفاهيم المأخوذة في الخطابات الشرعية ملقة إلى العرف، فالمرجع في تحديدها إلى العرف، وفي تطبيقها إلى العقل، فالمرجع في تحديد مفهوم الفرسخ والكر والرطل والمد وغيرها من المفاهيم المأخوذة في موضوعات الأحكام الشرعية إلى العرف، فيؤخذ منه ثم يطبق على مورده بالدقة العقلية، والافتراق عند العرف لا يتحقق بمطلق الافتراق، بل بالافتراق المطلق، فلهذا لا يصدق عرفاً بالانفصال بمقدار إصبع أو شعرة كما في بعض العبارات، ومنشأ ذلك الخلط بين التحديد العقلي والعرفي»^(٣).

٢- اعتبار الخطوة

فلا يتحقق الافتراق بأقل من خطوة

«وهي - بالضمّ والفتح - ما بين القدمين في المشي، جمعها خطىًّ كما صرّح به أهل

(١) تحرير الأحكام الشرعية / ٢٨٣ / ٢.

(٢) مسالك الأفهام / ٣ / ١٩٦.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٢ / ٢؛ وراجع مصباح الفقاہة ٦ / ١٤٨.

اللغة^(١)، فالمراد به التحديد في طرف القلّة في كلام أكثر الأصحاب لا المثال. قال في الخلاف^(٢): أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة. ونحوه ما في المبسوط^(٣) والسرائر^(٤) حيث قيل فيها: إن حده مفارقة المجلس بخطوة. ونحوها ما في الاستبصار^(٥) والغنية^(٦). ونحوهما ما في التذكرة^(٧) وإن كان قد يلوح منها خلاف ذلك. وهو الظاهر مما في الشرائع^(٨) واللمعنة^(٩) والتنقية^(١٠) وغيرها^(١١) مما قيل فيه: ولو بخطوة. ونحو ذلك ما في الدراس^(١٢) ونحوه^(١٣) مما قيل فيه، تكفي في المفارقة المبطلة خطوة»^(١٤).

ولذا نص على اعتبار خطوة فما زاد في «المبسوط^(١٥) والخلاف^(١٦)

(١) جمع البحرين ١/١٢٦؛ النهاية لابن الأثير ٢/٥١.

(٢) الخلاف ٣/٢١، مسألة ٢٦.

(٣) المبسوط ٢/٨٢.

(٤) السرائر ٢/٤٦.

(٥) الاستبصار ٣/٧٣.

(٦) غيبة النزوع ٢/٢١٧.

(٧) تذكرة الفقهاء ١١/٢٣.

(٨) شرائع الإسلام ٢/٢١.

(٩) اللمعنة الدمشقية ١٢٧/.

(١٠) التنقية الرائع ٢/٤٤.

(١١) كالوسيلة ٨/٢٣٨.

(١٢) الدراس الشرعية ٣/٢٦٥.

(١٣) رياض المسائل ٥/١٨٠.

(١٤) مفتاح الكرامة ١٤/١٣٩.

(١٥) المبسوط ٢/٨٢.

(١٦) الخلاف ٣/٢١، مسألة ٢٦.

والتهذيب^(١) والاستبصار^(٢) والغنية^(٣) والوسيلة^(٤) والسرائر^(٥) وجامع الشرائع^(٦) والشرائع^(٧) والتذكرة^(٨) والدروس^(٩) والتنقیح^(١٠) وجامع المقاصد^(١١) والروضۃ^(١٢) وجمع البرهان^(١٣) ولعله معنی قوله في التحریر^(١٤): بأدنی انتقال. وفي المسالک^(١٥): وإن قل. وقد حکي^(١٦) عن الصیمری والمیسی، ولم أجد لها تصریحاً بذلك. نعم هو ظاهرهما وظاهر غيرهما^(١٧) من الشارحين والمحشین الّذین لم يناقشوا. وظاهر الغنية^(١٨). أو صریحها الإجماع عليه.

(١) تہذیب الأحكام / ٧/٢١.

(٢) الاستبصار / ٣/٧٣.

(٣) غنية النزوع / ٢١٧.

(٤) الوسيلة / ٢٣٨.

(٥) السرائر / ٢/٢٤٦.

(٦) الجامع للشرعاء / ٢٤٧.

(٧) شرائع الإسلام / ٢/٢١.

(٨) تذكرة الفقهاء / ١١/٢٣.

(٩) الدروس الشرعية / ٣/٢٦٥.

(١٠) التنقیح الرائع / ٢/٤٤.

(١١) جامع المقاصد / ٤/٢٨٤.

(١٢) الروضۃ البھیة / ٣/٤٤٩.

١٣) مجمع الفائدة والبرهان / ٨/٣٨٥.

(١٤) تحریر الأحكام / ٢/٢٨٣.

(١٥) مسالک الأفہام / ٣/١٩٦.

(١٦) حکاه عنہما الأستاذ الشریف بحرالعلوم فی المصابیح / ٢٤٥، س ١٧ (مخطوط فی مکتبة مؤسّسة النشر الإسلامي برقم ١٤).

(١٧) کالمحقق الكرکي فی حاشیة الإرشاد (حیاة المحقق الكرکي وآثاره) / ٩ (٣٨٨-٣٨٩). وأبي العباس فی المهدی البارع / ٢ (٣٧٢-٣٧٣).

(١٨) غنية النزوع / ٢١٧.

وفي الرياض^(١) نفي الخلاف عنه، مضافاً إلى ما حكيناه^(٢) عنهم في باب الصرف»^(٣).

ويرد عليه: لا دليل على تحديد الافتراق بخطوة «إذ لا يتضمن مفهوم الافتراق ولا يساعد العرف ولم يقم عليه نص خاص ليتعبد به»^(٤).

ولذا توقف فيها سيد الرياض^(٥) لعدم ظهور الصدق بها عرفاً وعادةً وقال بعض المتأخرین^(٦): وإن صحّ لغة.

واعتراض عليهم سيد المفتاح: «وفيه: أنه إذا صحّ لغة صحّ عرفاً، لأنّ الأصل عدم التغيير والنقل، فالشكّ في صدقه بها عرفاً كافٍ في المطلوب، ولا يحتاج إلى ظهوره، ولا ينافي ما سبق، فتدبر. على أنا ندعى ظهوره، لأنّ أهل العرف لا يقولون إنّما إذا تفرّقا بالخطوة لم يتفرّقا في مقام التحقيق وعدم المساحة، وجواز السلب توسيعاً غير ضائز»^(٧).

أقول: الصحيح ما ذكرته بعنوان الإيراد فلا يتم ما ذكره سيد المفتاح من أنّ المعنى العرفي متتحقق بخطوة لا بأنقص منه حيث يقول: «وليس له هناك معنى شرعياً فيصار إلى المعنى العرفي، وهو متتحقق بالخطوة لا بأنقص منه، لأنّ الغالب عدم حفظ النسبة التي كانت بينهما في مجلس العقد حتّى وقت صعوده على الحائط ونزوله، كما

(١) رياض المسائل ٨/١٨٠.

(٢) تقدّمت حكاية كلامهم في ١٣/٥٤٣-٥٣٨.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤/١٣٧ و ١٣٨.

(٤) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢/١١.

(٥) رياض المسائل ٨/٢٩٢.

(٦) نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٤/١٤٠.

(٧) مفتاح الكرامة ١٤/١٤٠.

أشار إليه الصادق عليه السلام في صحيفة منصور بن حازم^(١) بقوله في الصرف «وإن نزاحائطاً فائز معه» فمجرّد تقدّم البعض على البعض لا يضر وإن حصل به التفرق لغةً، فالمدار على العرف وهو حاكم بالخطوة. ولذا طفت عباراتهم بعدم بطلان العقد بمفارقة المجلس مصطحبين، وهو الموفق لفروع المسألة كما يظهر ذلك من لحظ كلامهم في الإكراه وزواله^(٢).

٣- اعتبار خطوات

فيهِي الافتراق المطلق والمراد به الافتراق العرفي بحيث يصدق عرفاً زوال الهيئة الاجتماعية وهو يصدق بالانتقال بخطوات. فلابدّ من المشي بخطوات عديدة حتى يصدق الافتراق العرفي بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية.

وهذا القسم على خلاف مطلق الافتراق أو طبيعته الذي يتحقق بصرف الوجود منه وهو الافتراق العقلي كما مرّ في القول الأول.

قال السيد الخوئي في بيان هذا القول: «أنّ المراد من الافتراق ليس هو مجرّد الانفصال بأي نحو كان ولو كان طبيعياً الانفصال بين المتباعين لحصوله من الأول بالبدنية فإنه قلّما يتافق أن يكون أعضاء أحد المتباعين متلاصقاً بالأخر باليد أو بشيء آخر من أعضاء بدنها وعليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منها عن الآخر فلابدّ وأن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانوا - جالسين أم قاعدين أو مضطجعين أي عن مجلس العقد للمعاملة وللمعاملة الخاصة فالاجتماع فيها اجتماع للمعاملة فيكون هذا المجلس مجلس المعاملة فلا يحصل التفرق حينئذ إلّا

(١) وسائل الشيعة ٦٩ / ١٨، ح ٨، باب ٢ من أبواب الصرف.

(٢) مفتاح الكرامة ١٤ / ١٣٨ و ١٣٩.

بالفارق من هذه القبة وانقضاء مجلس البيع عرفاً فانه مادام هذا الاجتماع في هذه القبة باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعاملة كما لا يخفى.

فلو قام أحدهما لشرب الماء في الزاوية أخرى من القبة أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفاً وان حصل التفرق بالدقة العقلية وهكذا ان التفرق في كل مجلس اجتمعوا للمعاملة بحسب حال ذلك المجلس عرفاً وعلى هذا لا يضر التفرق بمقدار عشرة خطأ فضلاً عن الخطوة الواحدة كما ذكره جماعة بل فضلاً عن التفرق بالمسمي كما ذكره [الشيخ الأعظم] بل المناط هوا الصدق العرفي وانهاد الهيئة الاجتماعية لأجل المعاملة عرفاً هذا بحسب ما يستفاد من الروايات^(١).

ثم إن هنا قولان لم يرد في المكاسب وهما:

٤- ثلاث خطوات على الأقل

ذكره المحقق الرشتي^(٢) واختاره السيد الخوئي^(٣) وقال الأخير منها: «ولكن ورد في رواية صحيحة أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع «قمت فمشيت خطأ»^(٤) ليجب البيع فان الظاهر من هذه الرواية الشريفة أن المشي خطأ يوجب سقوط الخيار وان المشي لأجل اسقاط الخيار لا لغرض آخر وعليه فالمناظ في سقوط الخيار هو ذلك وأقله بثلاثة خطوات فأنه لو لم يكن المشي خطأ موجباً لسقوط الخيار لكان ذكره في الحديث لغوياً فأنه ليس من باب الصدقة فان الحالات الموجودة حال البيع وبعد كثيرة فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعية لم يذكره الإمام عليه السلام ولذكر غيره فيعلم من ذلك ان

(١) مصباح الفقاهة ٦/١٤٨.

(٢) فقه الإمامية، قسم الخيارات ٦/١٥٧.

(٣) مصباح الفقاهة ٦/١٤٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/٨، ح ٢ و ٣ صحيحتها محمد بن مسلم، الباب ٢ من أبواب الخيار.

المناط في سقوط الخيار بالتفرق هو ذلك وان الإمام عليه السلام طبق الكبرى الكلية على المورد الخاص لا أن القضية شخصية في مورد خاص كما لا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الرواية الشريفة هو الميزان في سقوط الخيار بالتفرق»^(١).

ولكن رد المحقق الرشتي هذا القول وذهب إلى أنه متوقف على أمرين: «مفهوم العدد فكأن يقال: إن اللزوم يتحقق بالمشي خطى، والخطى جمع، وأقله ثلاثة، ومفهومه أنه لا يتحقق اللزوم بأقل من الثلاث.

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

ولكن في كلا الأمرين تأملاً؛ لأن العدد لا مفهوم له، وكون الثلاث خطوات علة للافراق لا ينفي العلية عن الأقل منها»^(٢).

ونوّقش في إيراده في كلا المفهومين:

«أماماً ما أفاده في مفهوم العدد؛ فلأن نفي الحكم عن ما هو أقل من العدد المأمور في لسان الدليل إنما هو بمنطق العدد لا بمفهومه، وهذا لو حدّد الحكم التكليفي بعدد معين كما لو قال: (صم ثلاثة أيام) وصام المكلف يومين لم يعدَّ ممتثلاً؛ وذلك بمنطق الثلاثة؛ لعدم انتظام المأمور به على المأني به، لا من جهة مفهومها، وكذلك في الحكم الوضعي؛ وفي المقام لما رتب لزوم البيع - الذي هو حكم وضعية - على المشي خطوات لم يشمل الخطوة والخطوتين، فانتفاء الحكم باللزوم في موردهما من جهة انتفاء الموضوع، لا من جهة المفهوم حتى يربط الحكم بشروط المفهوم للعدد وعدم ثبوته.

(١) مصباح الفقاهة ١٤٩/٦.

(٢) راجع فقه الإمامية، الخيارات ١٥٦ و ١٥٧.

وأما ما أفاده في مفهوم العلة ففيه بحث ثبوتاً وإثباتاً.
أما البحث الثبوتي فالعلتان المستقلتان إذا كانتا متباعتين فليس في جعلهما في مورد ما أي إشكال، وأما إذا كانت النسبة بينهما نسبة الأقل للأكثر فلا يعقل أن يكون كل من الأقل والأكثر علّة مستقلة؛ إذ يكون الأكثر لغوًّا دائمًا؛ فإنه متى تتحقق الأقل أثّرت العلة أثرها، فلا دور للأكثر أصلًا؛ لأن درجة الأقل فيه، وكان ضمُّ الأكثر إليه من ضمِّ الحجر إلى جنب الإنسان، فالتعليق بالأكثر ظاهر في انحصر الدخل فيه، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن التعلييل كان بالخطي وهو الأكثر، فإذا كانت الخطوة والخطوتان - وهو الأقل - علةً لتحقيق الافتراق ومن ثم تكون علة للزروم البيع، فجعل الخطى - وهو الأكثر - علةً أيضًا لغو، فيما أن التعلييل في الرواية كان بالأكثر فهو ينفي العلية عن الأقل حتى لا تلزم اللغوية من أخذ الأكثر علة.

وأما البحث الإثباتي، فعل فرض عدم المحذور الثبوتي نقول: إنه يوجد في مورد العلة إطلاقان: إطلاق مقابل التقييد بـ(الواو)، وإطلاق مقابل التقييد بـ(أو)، وثمرة الإطلاق الأول أن يثبت كون العلة تامة، وليس جزء العلة وإنما لذكر الجزء الآخر معها، وثمرة الإطلاق الثاني أن يثبت كون العلة منحصرة ولا عدل لها؛ وإنما لذكر العلة الأخرى، وبالتالي ينتفي المعلل بانتفاء العلة، وهذه قاعدة جارية في جميع العلل، وعليه فيما أن التعلييل في الرواية كان بالأكثر وهو (الخطى)، ولم تقييد بـ(الواو) ولا بـ(أو) فمقاده أن الخطى هي العلة التامة المستقلة المنحصرة لتحقيق الافتراق، ومن ثم للزروم البيع، فينفي أن يكون الأقل من الثلاث علة لتحقيقه بالضرورة^(١).

ولذا يمكن أن يقال: «إن علة الحكم وإن كان فعل الإمام عليه السلام إلا أنه كان في مقام بيان الحكم، وترتّب وجوب البيع على المشي خطى، فيستكشف منه كفاية

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب / ٢٣-٢١.

المصدق الأول للخطي، أي صرف الوجود لها، وهو أقل الجمع»^(١).

٥- خمس خطوات وما زاد

قال فاضل النراقي بعد ذكر صححه محمد بن مسلم^(٢): «... بل نفي الخلاف عن الخطوة أيضاً^(٣)، فإن ثبت الإجماع عليها، وإنما فسقاط الخيار بالافتراق بها - بل وبالخطوتين - مشكل؛ لعدم تبادر مثلهما عن الافتراق عرفاً وعادةً؛ بل وكذا الخطوات الثلاث، ولا يفيد لفظ الخطى في الصحيح؛ إذ لا يتعين فيه أقل الجمع؛ لأنّه إخبارٌ عن فعله للليل».

فالمناط: حصول الافتراق عرفاً، والظاهر حصوله بنحو من خمسة أو ستة وما زاد، سواء كان ذلك بالمشي، أو جذب نفسه إلى ورائه بهذا المقدار. ولا يسقط بالتماشي والتقارب بخطى^(٤).

القول المختار

الظاهر إنّ ما ذكره المحققان النراقي والخوئي قدس سرهما وإن كان قوياً ولكن الجزم به مشكل جداً لإجمال العلة وهو فعل الإمام والفعل دليل لبي لابد من الأخذ بقدر المتيقن منه وليس هو إلا الافتراق العرفي وهو ترك مجلس البيع وفي فرض الشك يرجع إلى إطلاق دليل الخيار والحكم ببقاءه، أو استصحاب حكم المخصص وهو بقاء الخيار بالنسبة إلى أدلة لزوم البيع، وهذا الافتراق العرفي هو مختارنا ولذا قد يقال:

(١) بغية الراغب في مباني المكافحة ٢٠ / ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٨، ح ٣.

(٣) الرياض ٥٢٣ / ١.

(٤) مستند الشيعة ٣٦٩ / ١٤.

«المسألة عرفية والافتراق أمر عرفي»^(١).

مضافاً إلى «أن الخطابات الشرعية ملقة إلى العرف العام، فهو المرجع في تحديد الموضوعات المأمورة فيها، والمفهوم عرفاً من كلمة الافتراق هو الافتراق المطلق، فلا يصدق على التفرق بالخطوة وما دونها فضلاً عن مقدار الإصبع ونحوه.

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

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

إلا أنه يندرج في باب تعارض العرف العام مع العرف الخاص فيقدم العرف العام؛ لاحتمال الاجتهاد في ناحية العرف الخاص، فلم يختاروا هذا الرأي بما هم من أهل العرف واللسان، بل بما هم مجتهدون في اللغة، فلا يعوّل على اجتهادهم. والنتيجة من ذلك: أن الافتراق لا يتحقق إلا بالافتراق العرفي، وهو الافتراق المطلق، وهو لا يتحقق بالخطوة، [ولا بأقل منها ولا بأكثر منها من ثلاثة خطوات أو ست أو مازاد] فيثبت الخيار فيها وفي ما شاكلها - مما لا يصدق عليه الافتراق العرفي،

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٦/١٥٨.

ويصح سلبه عنه - بالدليل، لا بالاستصحاب»^(١).

الجهة الثالثة: الافتراق هل يتحقق بحركة أحدهما وسكون الآخر أو أنه لا يتحقق إلا بحركة كل واحد منها إلى غير جهة الآخر؟

«ابتنى فخر المحققين^(٢) نقض هذه المسألة على أن السكون من الأكونان فإن قلنا بعدم تجدد الأكونان وكان السكون كوناً واحداً ولا يحتاج الحادث في بقائه إلى المؤثر، فلم يحدث من الساكن عملاً حتى يقال بأن الساكن افترق بسكونه، بخلاف ما إذا قلنا بتجدد الأكونان واحتياجه إلى المؤثر وهو ارادة الساكن. أو قلنا بأن الأكونان ولو كان باقياً وليس متجدداً ولكن يحتاج إلى الإرادة والعلة في بقائه فالساكن بـإلقائه السكون، مؤثراً في السكون.

واماً لو قلنا ببقاء الأكونان وعدم احتياجه إلى المؤثر، لم يحدث من الساكن عملاً حتى يقال: افترق هذا عن صاحبه بسكونه وذاك بحركته.
لا يخفى أن ابتناء المسائل الشرعية الفقهية، بالمباني والباحث غير العرفية، غير صحيح.

ومن الواضح أن هذا العمل ليس معتمداً علماءنا في الفقه والمسائل الفقهية ولكن حيث كانت العامة، اعتمدوا على تلك الأمور وابتذلوا المسائل الشرعية على هذا النوع من الاستدلالات. بعض الفقهاء من الخاصة أيضاً قالوا بهذه الأمور وصرحوا بأن هذه الأمور، ليست من مختصات أهل السنة.

ثم أن الشيخ^(٣) ذكر تعبيراً وهو أن الحركة، إنما هي من المتحرّك واتصافه

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٩-١٧.

(٢) إيضاح الفوائد ١/٤٨٢.

(٣) المكاسب ٥/٦٧.

بكونه افتراقاً من طرف الساكن، فالساكن أيضاً فعلَ عملاً لأنَّ الساكن لو لم يسكن وتحركَ مع المتحرك وذهبَ معه، لما حصل الافتراق.

لا يخفي هنا أنّا لا نحتاج إلى ذلك التعبير لأنَّ الافتراق، أمرٌ عرفيٌّ يصدق عند سكون أحدهما وحركة الآخر^(١).

أصل كلام الشيخ الأعظم وهو تحقق الافتراق بحركة أحدهما وسكون الآخر وعدم توقفه على حركتهما معاً فهو كلام متين لا إشكال فيه ولكن في كيفية بيانه وطرحه للموضوع قد أورد إبرادات:

«الأول: تصويره الاتحاد بين الحركة والافتراق؛ حيث فرض الافتراق وصفاً للحركة عندما قال: «واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن»^(٢)، مع أنَّ الحركة والافتراق متغيران مفهوماً ومصداقاً، فإنَّ الحركة يقابلها السكون تقابل الضدين، والافتراق يقابل الاجتماع تقابل العدم والملكة، فالافتراق هو نفس عدم المصاحبة، والحركة أمر غير إضافي، والافتراق أمر إضافي، وحقيقة الحركة عبارة عن خروج الشيء من القوة إلى الفعل تدريجاً، في مقابل [السكون وهو] الكون الذي هو خروج الشيء من القوة إلى الفعل دفعاً، وحقيقة الافتراق زوال الاجتماع وعدم المصاحبة.

الثاني: جعله العلية بين المتضاديين؛ حيث جعل تحقق افتراق المتحرك معلولاً لعدم مصاحبة الساكن، والعلية بين المتضاديين غير معقوله؛ فإنَّهما في رتبة واحدة، فعدم مصاحبة الساكن إنما هو في رتبة افتراق المتحرك، لا علة له؛ فإنَّ افتراق أحد المتباعين من أقسام التضاد، والمتضاديان متكافئان قوة وفعلاً ولا يعقل العلية بينهما، وعنوان العلية والمعلولة وإن كانوا متضاديين إلا أن ذات العلة والمعلول مختلفان من

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٦/١٥٩.

(٢) المكاسب ٥/٦٧.

حيث الرتبة وليس بينهما تضایف، بل هو محال، فما في التضایف لا يعقل في العلیة، وما في العلیة لا يعقل في التضایف.

الثالث: جعله الذات والوصف لشيء واحد وهو الافتراق؛ حيث جعل حصول ذات الافتراق بالحركة، واتصافها بالافتراق بعدم مصاحبة الساكن، ولا يعقل أن تجعل للافتراء مرتبة ذاته، ومرتبة اتصافه بوصف الافتراق، بل إن الافتراق بتمام ذاته افتراق، والمجتمع بتمام ذاته اجتماع^(١).

وبتعمير أدق يمكن أن يقال: «أن مفهوم الافتراق إذا كان أمراً عدانياً بأنْ كان عبارة عن عدم الاتصال وعدم الاجتماع، فتحققه في صورة حركة أحدهما وسكن الآخر لا ينبغي الريب فيه لانتفاء الاجتماع بحركة أحدهما مع سكون الآخر.

وأما إذا كان مفهوم الافتراق مشتملاً على خصوصية وجودية بأن كان مساوأً لكلمة: «جدائي» في الفارسية، فلا يصدق في هذه الصورة على كلا الطرفين.

ويشهد لذلك أنه لو اعترض على الساكن منها بقوله: «چرا از او جدا شدی؟» لصح له أن يعتذر بعدم صدوره منه، وأن المتحرك هو الذي افترق لا أنا.

وهذا مما لا اختصاص له بما إذا تحرك أحدهما وسكن الآخر، بل يشمل ما إذا سكن أحدهما وتحرك الآخر في مورد يتضي الحال حركتهما معاً، فإن المفترق هو الساكن دون المتحرك كما إذا كانا يمشيان معاً فوقف أحدهما واستمر الآخر في مشيه، فإن الماشي يصح له الاعتذار بأنه لم ينفصل عن صاحبه وإنما صاحبه انفصل عنه. فالمدار على خروج أحدهما عن الحالة التي يتضي الطبع استمرارهما عليها من حركة أو سكون.

وإذا عرفت دوران الحال في صدق الافتراق على سكون الساكن في المثال

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢٧/٢.

المزبور على تعين ما هو مفهوم الافتراق وأنه أمر عدمي أو وجودي؟ فبما أنه لا طريق لدينا لمعرفة مفهومه العربي كان صدقه في مفروض المسألة محل إشكال.

هذا ولكن الذي یهون الخطب وجود الدليل الخاص على سقوط الخيار من الطرفين في مثل مفروض المسألة وهو النص^(١) المتضمن لبيان مشيه اللهم خطوات بقصد ایجاب البيع، فلا یهم بعد ذلك صدق الافتراق على سکون الساکن وعدمه. فتدبر»^(٢).

مسألة: الافتراق عن إكراه

قال الشيخ الأعظم ح عليهما السلام: «المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير أيضاً، سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا...»^(٣).

ذهب الشيخ الأعظم إلى بقاء الخيار حيثئد وعدم الاعتبار بهذا الافتراق عن كره واستدلّ له بوجوه:

«الوجه الأول: دعوى تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار.

وعليه، فالمراد بالافتراق هو الافتراق الصادر عن اختياره، فلا عبرة بغير الاختياري منه.

وقد قرّبه المحقق الاصفهاني^(٤) ح عليهما السلام حاصله: أن نسبة المواد إلى محالها مختلفة بسبب اختلاف المسند إليه من كونه فاعلاً بالطبع كالنار بالنسبة إلى الحرارة، وكونه فاعلاً بالارادة، وفي الأول لا تقتضي نسبة المادة إلى المحل سوى قيامها به بخلاف الثاني فإن نسبتها إلى الفاعل بما هو فاعل بالارادة تقتضي صدورها منه بالارادة

(١) وسائل الشيعة ١٨/٨، ح ٢ و ٣، صحيحنا محمد بن مسلم.

(٢) المرتفى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٦٧.

(٣) المكاسب ٥/٦٩.

(٤) حاشية المكاسب ٤/١٢٦، التقريب الأول.

والاختيار.

ولا يخفى أن ذلك لا يتنافى مع صدورها منه عن إكراه، إذ الاكراه لا يستلزم سلب الإرادة عن الفعل المكره عليه، لكن ظاهر إسناد الفعل إلى الفاعل بالإرادة هو صدوره منه بنفسه وبطبيعة من دون دخل لإرادة الغير فيه، وهذا يستلزم عدم صدوره عن إكراه لأن إرادة الغير - في باب الـاكراه - دخيلة في تحقق الفعل، إذ الفاعل لو لا توقيع المكره لا يصدر منه الفعل بطبعه لعدم ميله إليه.

وعليه، فبمقتضى هذين الأمرين - اقتضاء مقام الفاعل بالإرادة لصدر الفعل عنه بالإرادة وظهور إسناد الفعل إليه بما هو كذلك في صدوره منه مستقلاً وبلا شركة للغير فيه - يحمل الإنفصال على ما صدر عن اختياره وبلا إكراه.

ويشكل التقريب الأول لهذا الوجه بما أفاده السيد الطاطبائي^(١) من أنه لا يعتبر في إسناد الفعل إلى الفاعل المختار وغيره سوى قيامه به أو صدوره عنه ولو كان صدوره عن غفلة وعدم شعوره، واستشهاد على ذلك ببعض الأمثلة، كقولهم: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن». فإنه يؤخذ بإطلاقه في إثبات الضمان في موارد الالتف الصادر عن غير اختياره، ومثل: «من أحدث بطلت صلاته أو وضوئه» فإنه شامل للحدث اختياري وغيره.

كما يرد على هذا الوجه ما ذكره المحقق الإيراني^(٢) من: أن ما يدل على النسبة الصدورية ظاهر في الصدور الاختياري سواء كان اسمًا مثل ضارب أم فعلًا مثل ضَرَبَ وأما ما يدل على النسبة الحلولية أو الواقعية مثل مات ونام وتدحرج^(٣) ومضروب فلا ظهور له في الاختيار لو لم يكن له ظهور في العكس. والإنفصال من

(١) حاشية المكاسب ٤٢٢/٢.

(٢) حاشية المكاسب ٦١/٣.

(٣) التدحرج: نوع من الحركة تجمع بين الدوران، وبالفارسية: در گردیدن، گرد گردیدن. غلطیدن.

قبيل الثاني فإنه يدل على المطاوعة وتحمل المبدأ.
وعليه، فلا ظهور له في الافتراق الاختياري، نعم لو كانت غاية الخيار هو التفرق كان ظاهراً في الاختيار.

ومن هذا البيان يظهر الاشكال فيما أفاده الحق الاصفهاني رحمه الله، فإنه بعد إنكار ظهور الافتراق في الافتراق الصادر عن إرادة لا تصل النوبة إلى استظهار صدوره من الفاعل بنحو الاستقلال وعدم شركة الغير فيه. فلا حظ.

الوجه الثاني: دعوى أن المبادر من التفرق هو الناشئ عن رضا بالعقد، وقد ذكر الشيخ ^(١) قىد هذا الوجه بهذا المقدار بلا تقريب له.

وقد قرّبه بعضهم ^(٢) بأن الافتراق بحسب ملاحظة السيرة الخارجية ينشأ غالباً عن الرضا بالمعاملة بحيث إذا لم يتحقق الرضا لم يتحقق الافتراق ولذا كان الافتراق كاشفاً نوعاً عن الرضا، كما تقدم بيانه في [في المسألة السابقة].

وعليه، فالمراد من الافتراق المجعل غاية للخيار في النصوص هو الفرد الغالب منه لإنصراف اللفظ إليه بمقتضى الغلبة، فلا يكون غيره من أفراد الافتراق النادرة موجباً لزوال الخيار.

ولا يخفى أن هذا الاستدلال لا يرتبط بالاستدلال برواية الفضيل ^(٣) المتقدمة الذكر، بل هو استدلال مستقل يعتمد على دعوى الانصراف بحكم الغلبة.

ويتوجه عليه: - بعد الفراغ عن هذه الجهة ^(٤) - أن المراد إن كان انصراف الافتراق إلى الافتراق المسبوق بالرضا بالمعاملة بحيث تكون الغاية مجموع الأمرين

(١) وهو الشيخ محمد حسين الاصفهاني في حاشية المكاسب ٤/١٢٧، التقريب الثاني.

(٢) المكاسب ٥/٧١.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣.

(٤) أي جهة استقلال الاستدلال.

الافتراق والرضا السابقة عليه.

ففيه: أن الرضا بنفسه يستلزم سقوط الخيار ولزوم المعاملة عند تتحققه.

وعليه، فلا معنى لأنخذ الافتراق اللاحق له دخيلاً في السقوط، بل يكون أخذه لغواً للسقوط الخيار قبل تتحققه.

وإن كان المراد الانصراف إلى الافتراق الكاشف نوعاً عن الرضا فيكون المسقط
هو الخيار بعها هو كاشف عن الرضا نوعاً لا بعها هو هو

ففيه: أوّلاً: أنا ننكر كون الافتراق غير الكاشف عن الرضا نوعاً نادر التتحقق،
بل هو كثير وإن كان الفرد الكاشف أكثر منه لكن مطلق الأكثريّة لا تستلزم
الانصراف.

و ثانياً: ما تقرر أخيراً من أن الغلبة والشيوخ بحسب الوجود الخارجي لا يستلزم انصراف اللفظ المطلق إلى الفرد الشائع، وإنما الموجب للانصراف هو الغلبة بحسب الاستعمال الموجبة لحصول الانس بين اللفظ والمعنى. وهي - أعني الغلبة بحسب الاستعمال - غير مدعوة ولا مجال لا دعائهما لعدم الشاهد عليها بل الشاهد على خلافها.

الوجه الثالث: حديث رفع الضرر^(١)، فإن مقتضاه عدم ترتيب الأثر على الانفصال المتحقق عن إكراه وهو اللزوم، بناء على شمول حديث الرفع للأحكام الوضعية كشموله للأحكام التكليفية.

وقد يتوجه على هذا الوجه ايرادات:

أوّلها: أنه لو بني على عدم ترتيب اللزوم على الافتراق عن إكراه من جهة الالتزام بحديث الرفع لللزم أن يبني على ذلك في صورة الاكراه على الافتراق مع

(١) وسائل الشيعة / ١٥، ح ١، الباب ٥٦، صحيحه حریز بن عبد الله.

تمكنها من التخاير، لأن نسبة حديث الرفع إلى الافتراق في كلا الفرضين على حد سواء، مع أنهم لم يلتزموا بعدم سقوط الخيار مع التمكّن من التخاير. فيكشف ذلك عن عدم الاستناد إلى حديث الرفع فيما نحن فيه.

ويمكن أن يجاب عن ذلك: بأنه مع التمكّن من التخاير والقدرة على فسخ المعاملة إذا تحقق الإكراه على الإفراق ولم يفسخ المتباعان المعاملة مع تمكنها عليه كشف ذلك عن رضاهما بالمعاملة، وهو مستلزم لسقوط الخيار ولزوم المعاملة، فالمعاملة تكون لازمة في هذا الفرض في مرحلة سابقة على الافتراق، فلا أثر للافترار كي يبحث في رفعه بحديث الرفع وعدمه.

أما مع عدم التمكّن من التخاير، فالموجب للزوم المعاملة على تقديره هو الافتراق ليس إلا، فيقع الكلام في شمول حديث الرفع له لوقوعه عن إكراه فينتفي أثره الوضعي.

فعدم التمسك بحديث الرفع في صورة التمكّن من التخاير ليس لأجل عدم البناء على حديث الرفع وإنما هو لأجل تتحقق لزوم المعاملة قبل الافتراق بالرضا فلا أثر للافترار، وأخذ قيد المنع من التخاير من جهة المحافظة على استناد اللزوم - لو ثبت - إلى الافتراق لعدم ما يستند إليه اللزوم غيره من دون دخل له في التسليك بحديث الرفع حكمًا.

ثانيها: ما ذكره السيد الطباطبائي^(١) وتابعه المحقق الإيرلناني^(٢) رحهما الله من: أن الافتراق إذا كان مأخوذاً قيداً وغاية للموضوع بأن كان موضوع الخيار البيعين مع عدم افتراقهما لم يكن حديث الرفع حكمًا في الفرض الذي نحن فيه، بل يزول الخيار

(١) حاشية المکاسب ٤٢٣/٢.

(٢) حاشية المکاسب ٦٢/٣.

بتحقق الافتراق ولو كان عن إكراه.

وأما إذا كان مأخوذاً غاية للحكم، كان لحديث الرفع في نفي تأثير الافتراق الاكراهي في النزوم مجال، واستشهد عليه ما ذهب إليه على التقدير الأول بأنه إذا أمر المولى عبده باكرام زيد الجالس في المسجد بحيث كان موضوع الامر هو زيد المقيد بكونه في المسجد، فلو أخرج زيد من المسجد مكرهاً، فهل يتوجه أحد بقاء الحكم بوجوب إكرامه بعد خروجه بدعوى أن حديث الرفع يتکفل رفع أثر الخروج؟ وقد استظهرا قدس سرها من الأدلة كون الافتراق مأخوذاً قيداً للموضوع.

ولأجل ذلك أنكرا إجراء حديث الرفع فيه.

وقد ناقش المحقق الاصفهاني^(١) في هذا البيان: بأن المدار في جريان حديث الرفع على كون الافتراق قيداً شرعاً في قبال كونه قيداً عقلياً، فإذا كان قيداً شرعاً جرى حديث الرفع فيه بلا فرق بين الصورتين لأنه ما يكون أمر وضعه ورفعه بيد الشارع. فالخيار إذا ثبت شرعاً للبيعين متداً إلى حصول الافتراق صح رفعه كما صح وضعه.

وأما إذا كان موضوع الخيار هو الهيئة الاجتماعية الخاصة المستفاد ذلك من جعل الافتراق حداً، كان الافتراق حداً عقلياً لزوال تلك الهيئة التي هي موضوع الأثر شرعاً حدوثاً وبقاء، فالإكراه على الافتراق ليس إكراهاً على ما هو موضوع الأثر شرعاً. والذي يقتضيه النظر هو صحة ما ذهب إليه السيد^{عليه السلام} من منع جريان حديث الرفع على تقدير أخذ الافتراق من قيود الموضوع لا الحكم، بيان ذلك: أن الافتراق إذا كان قيداً للموضوع فلا يكون له حكم مستقل، بل الحكم المستقل يترتب على الموضوع المقيد به، فإذا أريد إجراء حديث الرفع فإنها يجري بالنسبة إلى الحكم المترتب

(١) حاشية المكاسب ٤/١٣٠.

على الموضوع المقيد.

ومن الواضح أن إجراءه يتبع عكس النتيجة المطلوبة، لأن الحكم المترتب على الموضوع المقيد هو الخيار، ونفي هذا الأثر بتحكيم حديث الرفع يستلزم ترتب اللزوم، كما لا يخفى، مع أن المطلوب هو إبقاء الجواز بعد تحقق الافتراق عن إكراه.

أما إذا كان الافتراق غاية للحكم نفسه، كان له أثر مستقل لأنه مما يتربّع عليه سقوط الخيار ولزوم العقد، فيمكن إجراء حديث الرفع لغرض نفي هذا الأثر فترتب عليه النتيجة المطلوبة، فالتفصيل الذي ذكره السيد عليه السلام في محله ولا وجه لإيراد المحقق الأصفهاني عليه السلام عليه.

نعم الذي يرد على السيد عليه السلام هو ما ذهب إليه من ظهور دليل الخيار فيأخذ الافتراق حداً للموضوع، فإنه خلاف الظاهر من الدليل، بل ظاهره كون الخيار مغنىً بالافتراق وأن الافتراق غاية للحكم وحداً لاستمراره، كما يظهر ذلك بمحاجة قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار لهم»، فإنه ظاهر في ترتيب سقوط الخيار على الافتراق، فلاحظ.

ثالثها: ما أفاده المحقق الأصفهاني^(١) عليه السلام من: أن الحديث إنما يجري في خصوص مورد الأسباب المعتبر فيها طيب النفس لا مطلق موضوع الحكم ولو لم يكن من الأسباب.

ويتوجّه عليه: أن الأثر الشرعي إذا كان مترتبًا على السبب المتحقق عن طيب النفس يرتفع بالاكراه لأجل عدم تحقق موضوعه وهو طيب النفس، فلا حاجة حينئذ للتمسك بحديث رفع الاكراه، وهذا واضح جدًا، ومن الغريب صدور ما ذكرنا عن المحقق الأصفهاني عليه السلام.

(١) حاشية المكاسب ٤/١٣٠.

[رابعها]: والذي يتعين أن يقال في بيان عدم جريان حديث الرفع فيها نحن فيه هو: أن حديث الرفع إنما يجري في مورد يكون موضوع الحكم فيه هو الفعل الاختياري، لا ما يكون الموضوع فيه ليس بفعل بل كان أمراً خارجياً، أو يكون الموضوع فعلاً لكنه مطلق الفعل أعم من الاختياري وغيره.

وتوضيح ذلك باجمال: أنه وقع الاتفاق على عدم الفرق في الحكم بالضمان في موارد الالتفاف بين ما إذا كان اختيارياً أو لم يكن بالاختيار أو كان اختيارياً غير تام الاختيار، كما في صورة الاكراه، ومثله الحال في ترتيب النجاسة على الملاقة فإنه لا فرق في ترتبها بين تحقق الملاقة اختياراً أو بغير اختيار.

وقد وقع الكلام في توجيه ذلك ومعرفة السر في عدم تحكيم حديث رفع الاكراه.

وقد تكلّم كلّ منهم في ذلك بكلام.

وذكر بعضهم: أن السر فيه هو أن حديث الرفع إنما يجري في مورد يكون الموضوع مقتضياً للحكم لا عليه تامة له. والالتفاف بالنسبة إلى الضمان من قبيل الثاني، فلا يجري فيه حديث الرفع.

وذهب المحقق النائيني^(١) - في أصوله - إلى توجيه آخر لا يلزمنا التعرض إليه وإلى غيره من التوجيهات، بل المهم لدينا بيان مانراه حالاً للاشكال وجواباً للسؤال وهو: أن الحديث يختص برفع الأثر المترتب - في لسان دليله - على الفعل الاختياري. ومستند ذلك هو مناسبة الحكم والموضوع، فإن مناسبة ترتيب الحكم على الاكراه هو ما ذكرنا، فلا يجري الحديث فيما إذا لم يكن موضوع الأثر من مقوله الفعل أو كان فعلاً لكنه أخذ في موضوع الأثر بها هو هو لا بها هو اختياري للفاعل. إذ

(١) فوائد الاصول ٣/٣٥٧، طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

الاكراه يرجع إلى حمله المكره على الفعل بحيث لو لاه لما كان يصدر من المكره، فإذا لم يكن موضوع الأثر من الأفعال بل كان من الأمور التكوينية المترتبة على الفعل لم يشمله حديث الرفع لو تحقق بسبب الاكراه، وذلك كالملاقة التي هي موضوع الحكم بنجاسة الملaci. وهكذا الحال فيما إذا كان موضوع الأثر مطلق الفعل لا خصوص الحصة الاختيارية منه. ومن ذلك الالتفاف الذي هو موضوع للضمان فإنه يتربّع عليه الضمان كيما تحقق.

والفراق من قبيل الالتفاف، لما عرفت سابقاً من عدم كون الفراق المأخذ في موضوع سقوط الخيار هو الحصة الاختيارية، بل الأعم منها ومن الحصة غير الاختيارية، فلا مجال لجريان حديث الرفع فيه. فلاحظ^(١).

الوجه الرابع: صحيحة الفضيل الماضية.^(٢)

إنَّ الصريحة كما مرَّ «تحتمل وجوهاً متعددة، فلابدَّ من التعرض لها ومعرفة ما هو الظاهر منها كي نعرف صحة الاستدلال بها وعدم صحته. وقد تقدم^(٣) بيان محتملات خمسة في هذه الرواية فلا نطيل باعادتها.

نعم هنا احتمال سادس اختاره المحقق الاصفهاني^(٤) ـ وهو: أن يراد بالرواية حمل الرضا على الفراق ويبيان أن السقوط لأجل أن الفراق رضا بالمعاملة لكنه رضا عملي والتزام عملي بها في قبال الالتزام القولي والقلبي. ومن الواضح أن الرواية على المحتمل الأول الذي اختاره السيد الطباطبائي^(٥) تكون أجنبية عن المدعى في المقام

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٦٨-١٧٥).

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح٣، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٣) راجع هذا المجلد، صفحة ٣١٢.

(٤) حاشية المکاسب ٤/١٣٢.

(٥) حاشية المکاسب ٢/٤١٨، رقم ٥٨٦.

لأنها عليه في مقام بيان أن موضوع اللزوم والجواز هو العقد الصادر عن رضا دون غيره لدخلة الرضا في صحة العقد، إذ مع فساده بدون الرضا لا موضوع للجواز واللزوم.

وهكذا الحال بناء على المحتمل الثاني الذي اختاره المحقق الإIROاني^(١) كما لا ينفي.

وأما على المحتمل الثالث، فهي صريحة في الدلالة على المدعى وعدم العبرة بالافتراق الصادر عن إكراه.

وأما على الاحتمالين الرابع والخامس، فهي تدل على عدم سقوط الخيار بالافتراق عن إكراه لأنه غير مسبوق بالرضا في هذا الفرض، كما أنه غير كاشف نوعاً عن الرضا.

وأما بناء على المحتمل السادس، فهي دالة على سقوط الخيار بالافتراق مطلقاً ولو كان عن إكراه.

إذا عرفت ذلك، فقد عرفت أن احتمال الأول خلاف ظاهر الرواية، لأن الرضا بالعقد حدوثاً دخيل في موضوع الحكم باللزوم والجواز معاً، فلا خصوصية له في الحكم باللزوم كي يذكر فيه.

وأما ما أفاده المحقق الاصفهاني^(٢) في رد هذا الاحتمال: بأن الرضا بالمعنى المزبور ثابت في كلا فرضي ثبوت الخيار وسقوطه، فلا يصح جعله علة لسقوط الخيار كالافتراق.

فهو غير سديد بناء على التحو الذي بيّنا به الاحتمال، من أخذ الرضا قيداً

(١) حاشية المكاسب ٣/٥٩، رقم ١٠٤.

(٢) حاشية المكاسب ٤/١٣٢.

لموضوع الحكم باللزوم لا أنه غاية للخيار وعلة لسقوط الخيار. فتدبر.
وأما الاحتمال الثاني، فهو خلاف الظاهر كسابقه، لوجهين:
أحدهما: أن عدم فسخ المعاملة قيد مأخوذ في موضوع الحكم باللزوم والجواز،
فلا معنى لأنذه في موضوع الحكم باللزوم.
والآخر: أن جعل الرضا بمعنى عدم الكراهة كناءة عن عدم الفسخ خلاف
الظاهر.

وأما الاحتمال الثالث، فهو بعيد عن الظاهر كما صرّح به من احتمله، فهو ما بين
من لم يحتمله أصلاً وما بين من صرّح بيده. فلا تتحمل عليه الرواية.
وأما الاحتمال الرابع، فقد عرفت أنه خلاف الظاهر لأنّه يستلزم لغوية الافتراق
في مقام تأثيره في سقوط الخيار مع أنّ ظاهر النصوص دخالة الافتراق فيه.
وأما الاحتمال السادس، فلا يمكن حمل النص عليه وذلك لأنّ الافتراق إنما
يكون التزاماً عملياً بالمعاملة إذا فرض أنه مسقط للخيار شرعاً، وإلا فلام ربط للافتراق
بالرضا العملي.

وإذا كان الأمر كذلك فلو كان قوله: «بعد الرضا» تفريعاً على الحكم بسقوط
الخيار بالافتراق صح الكلام كما لا يخفي.

أما إذا كان تعليلاً لسقوط الخيار بالافتراق لم يصح - على هذا الاحتمال - لأن
كونه رضاً عملياً متفرع عن كونه مسقطاً ومترب عليه فلا معنى لأن يكون علة له.
وظاهر قوله عليه: «بعد الرضا منها» أنه بمثابة التعيل للحكم بمسقطية الافتراق
للخيار، فكأنه قال: فإذا افترقا فلا خيار لأنّه رضا.

وعليه، فلا يمكن حمله على ما ذكره المحقق الأصفهاني عليه.

وإذا انتفت جميع هذه المحتملات يتعمّن المحتمل الخامس وهو الحكم بسقوط
الخيار بتحقق الافتراق باعتبار أنه كاشف نوعاً عن الرضا، ومقتضى هذا الاحتمال على

ما عرفت عدم العبرة بالافترار عن إكراه لعدم كشفه عن الرضا. فلاحظ»^(١).
أقول: قد مرّ منا في المسألة السابقة أنّ الأصحاب يعرضون عن الصحّيحة ولا
 يعملون بها فلا يمكن الاستدلال بها في هذه المسألة.

والحاصل: الأدلة الأربع المذكورة في كلام الشيخ الأعظم غير تام فلا يمكن
 الاستدلال بها وموافقتها ^{قدست}، والصحيح عندي سقوط خيار المجلس بمطلق الافترار
 سواء كان عن اختيار أو إكراه أو اضطرار أو غيرها والله العالم.

مسألة: إكراه أحدهما على التفرق

إذا أكره أحدهما على التفرق ومنع من التخایر وبقي الآخر في المجلس فصورها

ثلاثة:

[١] تارة: «يكره الآخر على عدم مصاحبة للذاهب وينعى من التخایر. فيدخل
 في موضوع [المسألة السابقة] وهو ما إذا تحقق الافترار عن إكراههما معاً.

[٢] وأخرى: لا يكره الآخر على عدم مصاحبة الذاهب ولم يمنع من التخایر
 وهو محل البحث في هذه الجهة.

[٣] وهناك صورة أخرى وهي ما إذا أكره أحدهما على المكث في المجلس مع
 المنع من التخایر وخرج الآخر اختياراً، وقد ذكر الشيخ ^(٢) ^{قدست} أن الحكم فيها يعرف
 من تحقيق الكلام في سابقتها.

فموضوع الكلام فعلاً هو [٢] ما إذا أكره أحدهما على الذهاب من المجلس مع
 منعه من التخایر وبقي الآخر في المجلس اختياراً ولم يمنع من التخایر. وقد ذكر
 الشيخ ^{قدست} أن الأقوال أربعة:

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات / ١ (١٧٧-١٧٥).

(٢) المكاسب ٥ / ٧٢.

الأول: سقوط خيار كليهما وهو ظاهر المحقق^(١) والعلامة^(٢) [وولده^(٣) والسيّد العميد^(٤)] والشهيد^(٥) رحمة الله وغیرهم.

الثاني: عدم سقوط كلا الخيارين وهو ظاهر الشيخ في المسوط^(٦) والمتحقق^(٧) والشهيد^(٨) الثاني ومحتمل كلام العلامة رحمة الله في الإرشاد^(٩).

الثالث: سقوط خيار المختار خاصة وهو ظاهر خلاف الشيخ^(١٠) عليه وجوهه القاضي^(١١).

الرابع: التفصيل بين بقاء المختار في المجلس، فيثبت كلا الخيارين. وخروجه عن المجلس اختياراً، فيسقط كلا الخيارين. وهو ظاهر العلامة^(١٢) في التحرير^(١٢). والذى ذكره [الشيخ الأعظم]^(١٣) في مبني هذه الأقوال الأربع هو: أن الافتراق المجعل غاية خيار كلا المتباعين [أ] إما أن يكون المعتبر صدوره عن اختيارهما معاً [ب] أو يكفي صدوره عن اختيار أحدهما.

(١) شرائع الإسلام / ٢٢، طبع مؤسسة المعارف.

(٢) قواعد الأحكام / ٢٦٥.

(٣) إيضاح الفوائد / ٤٨٣.

(٤) كنز الفوائد / ٤٤٧.

(٥) الدروس الشرعية / ٢٦٦.

(٦) المسوط / ٨٤.

(٧) جامع المقاصد / ٤٢٨٩.

(٨) مسالك الأفهام / ٣١٩٦.

(٩) إرشاد الأذهان / ١٣٧٤.

(١٠) الخلاف / ٢١٢.

(١١) جواهر الفقه / ٥٥، مسألة ١٩٧.

(١٢) تحرير الأحكام الشرعية / ٢٨٥.

(١٣) المكاسب / ٥٧٣.

[أ] وعلى الأول، فاما أن يكون الافتراق الاختياري من أحدهما مؤثراً في سقوط خيار نفسه بلا توقف على تحقق الافتراق الاختياري من الآخر، فيتجه القول الثالث.

وإما أن لا يكون سقوط الخيار لأحدهما بلا سقوط خيار الآخر، بل كان الخياران مما يسقطان معاً، فيتجه القول الثاني لأن الافتراق الاختياري غير حاصل إلا من قبل أحد الطرفين.

[ب] وعلى الثاني، فاما أن يتلزم بعدم تحقق الافتراق الاختياري الموجب لسقوط كلا الخيارين إلا بفعل وجودي، كالحركة، ولا يتحقق بأمر عدمي، كالبقاء في المجلس اختياراً مع خروج الآخر عنه، فيتجه القول الرابع الذاهب إلى التفصيل بين خروج الآخر وبقائه.

وإما أن لا يتلزم بكفاية الأمر العددي إذا كان اختياراً في صدق الافتراق الاختياري، فيتجه القول الأول.

وبعد ذلك تعرض ^{فَيُسْتَ} للجمع بين بعض الأقوال ولا يهمنا ذلك... ، والمهم فعلاً هو تحقيق أصل المسألة وقد اختار الشيخ ^(١) _{فَيُسْتَ} بالبداية القول الثاني واستدل له بوجوه ثلاثة:

الأول: الأصل.

الثاني: ما تقدم منه من أن المبادر من الافتراق الموجب لسقوط الخيار هو الصادر عن رضا الطرفين معاً. وهو غير متحقق في المقام، لأن الافتراق وإن تحقق منها اختياراً - لعدم منافاة الاكراء للاختيار - إلا أنه لم يتحقق عن رضا كلا الطرفين، بل عن رضا أحدهما خاصة وهو الباقى في المجلس. ولا دليل على كفاية ذلك في

(١) المكاسب ٥/٧٥، السطر الأخير وما بعده.

سقوط كلا الخيارين ولا سقوط خيار نفسه خاصة، بل لابد في سقوط الخيار من تحقق
الافتراق عن رضاهما معاً.

الثالث: صحيحة الفضيل^(١) المتقدمة لظهورها في اعتبار الرضا في سقوط
الخيار.

وقد استشكل بَعْدَهُ في جميع هذه الوجوه:
أما الأول، فلأنه لا مجال للأصل بعد صدق الافتراق المجعل غاية للخيار
لإقتضاء الدليل - بمقتضى ذلك - سقوط الخيار.

وأما الثاني، فلأن المتيقن من اعتبار الرضا هو اعتبار رضا أحدهما لا كليهما.
وأما الثالث، فلأن صحيحة الفضيل معارضة بما دل على كفاية الرضا من
أحدهما خاصة، كالنحو قوله لِمَشِيِّ إِلَيْهِ المتضمنة لمشي الإمام عَلَيْهِ الْكَفَافُ خطوات لأجل لزوم البيع،
فإن ظاهرها كفاية الرضا من جانب واحد لظهورها في عدم التفات الطرف الآخر
لمشي الإمام عَلَيْهِ الْكَفَافُ وإفتراقه عنه.

قال صاحب المرتقى حَفَظَهُ اللَّهُ: الذي يظهر من الشيخ بَعْدَهُ بناؤه الوجوه المتقدمة على
التردد في المراد بالاختيار المعتبر في سقوط الخيار وما به يتتحقق الاختيار.

ولكن السيد [اليزدي]^(٢) حَفَظَهُ اللَّهُ بنى الوجوه على التردد في المراد بالافتراق
المجعل غاية للخيار وأن الافتراق من كل منها غاية لخيار نفسه من باب مقابلة
الجمع بالجمع أو أن مجموع الافتراقين غاية للخيار، ثم إنه هل يتتحقق بالأمر العدمي
أو أنه يتوقف على فعل وجودي.

ولا يخفى أن بناء المسألة على ذلك أولى من ما ذكره الشيخ بَعْدَهُ، إذ على ما سلكه

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح. ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح ٢ و ٣.

(٣) حاشية المکاسب ٢/٤٢٧، رقم ٥٩٨.

الشيخ لابد من ملاحظة دليل اعتبار الاختيار بخلاف الحال على ما سلكه السيد عليه السلام
فإنه لابد من ملاحظة دليل أخذ الافتراق غاية.

وتحقيق الكلام أنه قد تقدم في المسألة السابقة أن المستند في اعتبار الاختيار في
مقابل الاكراء هو صحيحة الفضيل بالتقريب المتقدم.

وأما الوجوه الأخرى المذكورة لإعتبار ذلك، فقد تقدمت مناقشة فيها.

وعليه، فنحن لانحتاج إلى البحث هنا بلحاظ جميع تلك الوجوه وبيان جهة
الفرق بينها فيما يرجع إلى ما نحن فيه، كما ارتكبه المحقق الاصفهاني ^(١) عليه السلام، فإنه ذكر
تحقيقاً دقيقاً في الفرق بين الاستناد في اعتبار الرضا إلى حديث الرفع وبين الاستناد إلى
غيره من الوجوه ^(٢).

أقول: قد مرّ منا في المسألة ما قبل السابقة اعراض الأصحاب رحهم الله عن
صحيحة الفضيل وعدم إمكان تقييد روایات خیار المجلس بها فلا بد من رفع اليد
عنها والرجوع إلى غيرها من روایات خیار المجلس الواردة فيها كفاية مطلق الافتراق
وحيث أن مطلق الافتراق يصدق على الافتراق عن كره كما مر في المسألة السابقة
فكذلك يصدق على افتراق أحدهما عن كره والآخر عن اختيار، وكذلك يصدق على
الصورة الثالثة - وهي ما إذا أكره أحدهما على البقاء في المجلس مع منعه من التخاير
وخروج الآخر اختياراً - والحكم في جميعها سقوط كلا الخيارين.

بل لا يجري هذه الفروع أصلاً مع ما حررناه من مجرد مطلق الافتراق وعدم
اعتبار الرضا فيه وقد بحثنا حول هذه الفروع تبعاً للقوم ولكن الأمر على ما سلکناه في
الجميع واضح وهو سقوط الخيارين والله العالم.

(١) حاشية المکاسب ٤/١٣٥.

(٢) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح ٣.

مسألة: لو زال الإكراه

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

أقوال:

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

الطوسي^(١) قيسنث. [والعلامة^(٢) وثاني الشهيدتين^(٣) ومال إليه في الميسية^(٤).]

القول الثاني: الخيار على الفور، فإن لم يعمله في الآن الأول زال. [كما في

التذكرة^(٥) والإيضاح^(٦) والحاشية النجارية^(٧) وجامع المقاصد^(٨).]

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

أما القول الأول، فلا وجه صحيحًا له؛ إذ غاية ما ذكر له أن مقتضى «رفع ما

أكرهوا عليه» هو جعل الافتراق الحاصل بالإكراه كالمعدوم، فكان المتباعين لا يزالان

مجتمعين في مجلس العقد.^(٩)

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

إنما تثبت بقاء الخيار، ولا تتعرض إلى بقاء المجلس، أو الهيئة الاجتماعية للمتباعين.

وبعبارة أخرى: إن الأدلة لم تجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد،

(١) الميسوط /٢ /٨٤.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية /٢ /٢٨٤، مسألة ٣٩٤.

(٣) الروضة البهية /٣ /٤٤٩.

(٤) كما نقل عنه في مفتاح الكرامة /١٤ /١٣٥.

(٥) تذكرة الفقهاء /١١ /٢٧.

(٦) إيضاح الفوائد /١ /٤٨٢.

(٧) الحاشية النجارية /٢٤٥؛ ونقل عنه مفتاح الكرامة /١٤ /١٣٦.

(٨) جامع المقاصد /٤ /٢٨٨.

(٩) المكاسب /٥ /٧٩.

وإنما المستفاد منها عدم ارتفاع الخيار بسبب الإكراه.

وبعبارة ثالثة: إن معنى جعل الشارع الافتراق بمنزلة العدم ليس هو التبعد ببقاء المجلس، بل جعل الافتراق بحكم العدم من حيث الأثر، فمدلول حديث الرفع هو رفع ما أكرهوا عليه في وعاء التشريع، وفرق بين التبعد ببقاء الموضوع، والتبعد بزوال الحكم.

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

ولأهمية المسألة اقتضى المقام البحث مجملًا في جهتين، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله.

الأولى: في أصل القاعدة.

والثانية: في تعين كون المسألة صغرى لتلك القاعدة.

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

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

ومنها: باب خيار الغبن؛ إذ بعد ظهور الغبن والالتفات إليه يكون للمغبون حق الخيار في الآن الأول قطعاً، فهل يتمسك بعده بعموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾** فيكون

ال الخيار فوريًّا، أو باستصحاب حكم المخصص وهو ثبوت الخيار، فيكون على التراخي؟

وأما أصل النزاع في القاعدة فيبني على أن التقيد هل هو أزماني أو أفرادي؟ وعلى الأوّل، هل الرمان أخذ مفرداً للحكم، أو ظرفاً له؟ بمعنى هل يتعدد الحكم بتعدد قطعات الزمان، أو أن الحكم واحد سارٍ في وعاء الزمان، فيكون الزمان ظرفاً له؟ ثم هل هناك فرق بين ورود التخصيص أو التقيد من أوّل الأمر، وبين ورودهما في الوسط أو لا؟

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

واما إذا كان [التخصيص] أزمانياً، بمعنى خروج الفرد عن حكم العام في زمان من الأزمنة فيه خلاف بين الشيخ والمحقق الخراساني، والمحقق النائيني قدس الله أسرارهم، والكلام في ذلك طويل الذيل، وتفصيله في بحث خيار الغبن إن شاء الله، فنقتصر الآن على مبني الشيخ قيس، وحاصله:

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

(١) وسائل الشيعة ٤٤٩/٩، ح١، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، معتبرة محمد بن الحسن الأشعري.

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

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

وإن كان العموم بنحو العموم المجموعي بحيث استفيد من آية الوفاء حكم واحد؛ لكون الوفاء عبارة عن إنتهاء الأمر بالوصول إلى غاية العمل، فيكون الحكم المتعلق بالوفاء على العاقد واحداً وهو وجوب إنتهاء أمر العقد، فإذا خصص فقد خرج من تحت العموم فلا يعود إليه، وكان المرجع استصحاب الخيار، فكان على التراخي إلى أن يحصل المسقط.

إشكال المحقق السيد الخوئي قدس على كلام الشيخ

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

وأما ما نحن فيه فالدليل الدال على الخيار مطلق إلى أن تحصل الغاية المقررة شرعاً، فالخيار سارٍ إلى أن يحصل الافتراق الاختياري إن استند إلى التبادر، أو إلى

(١) سورة المائدة / ١.

الافتراق عن رضاً إن استند إلى صحيحة فضيل، أو غير الإكراهي إن استند إلى حديث الرفع، وشيء منها لم يحصل؛ لحصول التفرق الإكراهي، ولن يحصل؛ لتحقق الافتراق التكويني، وهو الانفصال بين الجسمين، ومعه يبقى الخيار إلى حصول مسقط آخر، ولا تصل النوبة إلى الرجوع إلى العام، ولا إلى الاستصحاب؛ لحكومة إطلاق الخاص عليهما.^(١)

الجواب عن إشكال المحقق الخوئي فتوى

ويندفع ما أفاده فتوى بها يتوقف على مقدمتين:

الأولى: إن المأخذة غاية في روایات الخيار هو الافتراق، وهو غاية شرعية، ومعناها تحديد الحكم إلى حد معين، والغاية الشرعية لا تكون إلا في مورد يمكن تحقّقها فيه، وإلا كان جعلها لغواً، فقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى الَّيْلِ﴾^(٢) لا يعقل شموله لزمان أو مكان لا ليل فيه.

الثانية: إن القضايا الشرعية مجملة بنحو القضايا الحقيقة، فالمجمل الشرعي متعدد بتنوع الموضوعات المقدرة الوجود، فالمجمل في المقام خيارات متعددة بعدد كل بيع من كل متباعين، أي كل بيع موضوع مستقل لخيار المجلس.

إذا اتضح هذا، فالغاية - حسب الفرض - هي الافتراق الخاص، المقيد بالرضا، أو بالاختيار، أو بعدم الإكراه، فيلزم أن لا يؤخذ غاية إلا في مورد يمكن وجوده فيه، وإلا لكان أخذه لغواً، وهي بهذا القيد وإن كانت قابلة للأخذ قبل تحقق الافتراق ولكنها غير قابلة له بعده، فلو أخذت حينئذ كانت لغواً، فيتضيّح من ذلك أن الافتراق المأخذ غاية إنما هو الافتراق عن المجلس ما دام المتباعان فيه، وأما مع افتراءهما عنه

(١) مصباح الفقاهة ٦/١٦٨؛ التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣٨/١٤٢-١٤١؛ وذهب إليه أيضاً السيد اليزيدي فتوى في الحاشية على المکاسب ٢/٤٢٩.

(٢) سورة البقرة / ١٨٧.

ولو عن إكراه فلم يؤخذ غاية للخيار؛ لعدم التمكّن منه، فتخرج هذه الصورة عن مدلول الرواية، فلا يكون الخاص مطلقاً كما أفاده ^{فتى}.

ولا أقل أن ما ذكرناه من القاعدة موجب للشك في إطلاق دليل الخاص؛ إذ يشك ^{حيث} في شمول أدلة خيار المجلس لصورة امتناع تحقق الغاية وعدمها، وعند الشك وإجمال المخصوص المنفصل في غير الغاية الاختيارية يسقط الإطلاق، فيعود كلام الشيخ ^{فتى} من كون المرجع هل هو عموم العام أو استصحاب حكم المخصوص؟ بعبارة أخرى: إن القضية لو كانت طبيعية لم يلزم أن تكون الغاية ممكنة الوجود في جميع الأفراد، بل يكفي إمكانها في بعضها، أي بنحو الموجبة الجزئية؛ لتعلق الحكم فيها بالطبيعة.

وأما القضية الحقيقة فتتعلق بالوجودات، بمعنى الأفراد المقدرة الوجود، أي كلما حصل بع ي بين متباعين فهما بالخيار إلى أن يفترقا، ولا معنى لجعل الحكم المغيى بهذه الغاية في المورد الذي لا يمكن فيه التفرق؛ لأن الحكم - ^{حيث} - أبدى، فلا يدور مدار الغاية، فلا حالة يختص الحكم بمورد إمكان الغاية، فلا إطلاق في الدليل لغيره. ولا أقل أن ذلك موجب للشك فيعود كلام الشيخ ^{فتى} ^{حيث}.

نعم، يمكن أن ينقض بجعل الخيار للمتباعين المتلاصقين كالتوأم المتلاصقين. وفيه: نلتزم بعدم الخيار لعين ما ذكرناه إلّا أن يقوم إجماع على ثبوته، ولا إجماع فيه.

فتحصل من ذلك متانة ما أفاده الشيخ ^{فتى} من حيث كون المسألة من صغريات تلك الكبري، وأما الحق في المسألة فما نذهب إليه مخالف لما عليه الشيخ ^{فتى}، وسيأتي بحثه في مبحث خيار الغبن إن شاء الله»^(١).

(١) بغية الرغب ٢/١١٥-١٠٩.

حـ مسألة التصرف

المسقط الرابع من مسقطات خيار المجلس: التصرف.

«التصرفات المتوقفة على الملك على نحوين:

الأول: ما يكون حاصلاً عن رضا بالبيع فيكشف عن الالتزام به، ومثله مسقط للخيار بلا إشكال؛ لأن التزام بالبيع عملاً، وهذا النحو خارج عن محل الكلام فعلاً.
الثاني: ما يكون غير كاشف عن الالتزام بالبيع، وهو محل البحث فعلاً، ومتضمن القاعدة فيه عدم الإسقاط؛ لأن إسقاط الخيار أمر إيقاعي إنشائي فيتوقف على القصد، ومع عدمه لا يتحقق الإنساء، فيبقى الحق ما لم يحصل مسقط آخر.

ولا بد لأجل الخروج من تحت القاعدة من إقامة الدليل على ذلك، وقد استدل عليه بصحة علی بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط ألم يشترط، فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط»^(١).

وتقرير الاستدلال وتماميته يتوقف على بيان مقدمة وهي: أنه ورد في الروايات أن الشرط في خيار الحيوان ثلاثة أيام، وفي خيار المجلس إلى أن يفترقا، وفي

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الخيار.

هذه الرواية قال الإمام عليه السلام: «إِنْ أَحَدَثَ... حَدِيثًا... فَلَا شَرْطٌ»، ومقتضى إطلاق نفي الشرط عن الموضوع الذي أحدث فيه الحدث هو سقوط الخيار المتعنون بعنوان الشرط في أي مورد كان، فالرواية بينت الكبرى، وإحدى الصغيرتين خيار الحيوان، والأخرى خيار المجلس.

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

وقد تأمل الشيخ فقيه في الاستدلال بها.^(١)

والوجه فيه: أن محل الكلام هو التصرف بما هو تصرف، لا بما هو كاشف عن الرضا، والتصرف كذلك رضاً بالبيع تعبدًا على خلاف القاعدة، وكلام الإمام عليه السلام ظاهر في خصوص إحداث الحدث في الحيوان، لا مطلقاً، وما لم يثبت الإطلاق لا يمكن التمسك بها في خيار المجلس، والحق عدم ثبوته؛ لأن محل كلامه عليه السلام هو إحداث الحدث في الحيوان المشترى، كما يدل على ذلك أيضاً ذيل الرواية وبقية الروايات؛ إذ فيها؛ «قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(٢).

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

ولا أقل من الشك فيه، فيقتصر على القدر المتيقن، وهو خيار الحيوان، فالتصرف في باب خيار المجلس ما لم يكشف عن الالتزام بالبيع ليس بمسقط له. هذا تمام الكلام في خيار المجلس»^(٣).

(١) المكاسب ٨٢/٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١١٩-١١٧.

الثاني: خيار الحيوان

الخيار الحيوان من مختصات فقه أهل البيت عليه السلام وخالف فيه جمهور العامة كما قال العلامة: «إذا كان المبيع حيواناً، يثبت الخيار فيه للمشتري خاصة ثلاثة أيام من حين العقد على رأي، فله الفسخ والإمساء مدة ثلاثة أيام عند علماً أجمع، خلافاً للجمهور كافة».

لنا: الأخبار المتواترة عن أهل البيت عليه السلام بذلك، وهم أعرف بالأحكام حيث هم مظاها، ومهبط الوحي، وملازمو الرسول صلوات الله عليه وآله وسلامه.

قال الصادق عليه السلام: «الشرط في الحيوان كله ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالختار اشترط أو لم يشترط»^(١).

ولأن العيب في الحيوان قد يثبت خفيا غالباً، وفي الثلاثة يختبر ويظهر أثره، فوجب أن يكون مشروعاً، دفعاً للضرر. ولأنه يثبت في الشاة المصراة فكذا في غيرها؛ لأن المناط هو ظهور العيب الخفي. ولأن الحيوان يغتنى ويأكل في حالتي صحّته وسقمه ويتحول طبعه قليلاً ينفك^(٢) عن عيب خفي أو ظاهر، فيحتاج إلى إثبات الخيار

(١) الفقيه ٣/١٢٦، ح ٥٤٩؛ التهذيب ٧/٢٤، ح ١٠١ بتفاوت.

(٢) كذا في نسختين والطبعه الحجرية. والظاهر: «وبتحول طبعه قليلاً ينفك». أو: و «يتتحول طبعه وقليلًا ينفك».

ليندفع عنه هذا المحنور»^(١).

وقال سيد الرياض: ««الثاني: خيار الحيوان، وهو ثلاثة أيام» مطلقاً رقيقاً كان أو غيره، مبدئها من حين العقد «للمشتري خاصة» دون البائع «على الأصح» الأشهر، بل في الغنية الإجماع عليه^(٢)، وعليه عامة من تأخر، وفاما للإسکافي والصدوق والشیخین والدیلمی والقاضی والخلی^(٣)؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل وعمومات الكتاب والسنة الدالة على لزوم المعاملة بإجراء الصيغة بشرطها المعتبرة على المجمع عليه بين الطائفتين، وهو في المشتري خاصة، كما حکاه جماعة^(٤)^(٥).

وقال الفاضل النراقي: «الثاني خيار الحيوان. وهو ثلاثة أيام للمشتري؛ بالإجماع المحقق، والمحکي في التذكرة وغيره^(٦)^(٧).

وقال خالنا شارح الخيارات: «ثبتت لهذا الخيار في الجملة بمجموع عليه بين الأصحاب اجماعاً محسلاً أو منقولاً نقلأً مستفيضاً، والنصوص به مستفيضة»^(٨).

وقال صاحب الجوادر: «الثاني: خيار الحيوان الذي هو في الجملة اجتيازُ بل

(١) تذكرة الفقهاء ١١ / ٣٤، مسألة ٢٢٩.

(٢) غنية التزوع ٢١٩.

(٣) نقله عن الإسکافي في مختلف الشیعة ٥٤ / ٦٤؛ الصدوق في المقنع / ١٢٢؛ المفید في المقنعة / ٥٩٩؛ الطوسي في المبسوط / ٢٧٨؛ الدیلمی في المراسم / ١٧٣؛ القاضی في المهدب / ٣٥٣؛ الخلی في السرائر / ٢٤١.

(٤) منهم: ابن إدريس في السرائر / ٢٤٤؛ الفاضل الآبی في كشف الرموز / ٤٥٧؛ والفاضل المقداد في التنقیح الرائع / ٤٤.

(٥) ریاض المسائل ٨ / ٢٩٣، طبعة آل البيت للطباعة.

(٦) كالسرائر / ٢٤٤؛ والتحریر / ١٦٦؛ وكشف الرموز / ٤٥٧؛ والتنقیح / ٤٤.

(٧) مستند الشیعة / ١٤ / ٣٧٣.

(٨) شرح خيارات الممعة / ٤٤.

ضروريٌ عند علماء المذهب»^(١).

وقال الشيخ الأعظم: «لا خلاف بين الأمامية في ثبوت الخيار في الحيوان المشترى وظاهر النص والفتوى»^(٢).

ثم يقع البحث في جهات:

الجهة الأولى: المراد من الحيوان كل ماله جسم وروح صغيراً كان أو كبيراً
عموم دليل خيار الحيوان يشمل «لكل ذي حياة، سواءً كان المصود حياته كالأنعام التي يقصد بقاوئها للاقتناع بأليانها وأصواتها وأوبارها، وكذا الحيوانات الصغيرة ذات المنافع المحللة المصودة كالنحل والعسل ودود القز، أم كان المصود منه جسمه ولحمه - لا جسمه وروحه - كالسمك المُخرج من الماء والجراد المحرز في الإناء.

والدليل على هذا التعميم إطلاق «الحيوان» في النصوص وعدم تقييده بصنفٍ خاصٌ. مضافاً إلى التصریح بالعموم في بعضها بمثيل قوله عليه السلام: «في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام للمشتري»^(٣) بناءً على دلالة «كلّ» على الاستيعاب وضعفاً^(٤) كما هو المختار.

الجهة الثانية: المراد من الحيوان خصوص ما يقصد بقاوئه أو مطلق مافيه الحياة؟
يعني خيار الحيوان يختص بالحيوان المصود حياته ولو لمدة أيام قلائل أم يعمّ ما يزهد نفسه بعد العقد بلحظات مثل السمك المخرج من الماء؟

(١) الجواهر / ٢٤ / ٣٨ (٣٨ / ٢٣).

(٢) المكاسب / ٥ / ٨٣.

(٣) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٠، ح ١، صحيحة الحلبي.

(٤) هدى الطالب / ٦ / ١٠.

عبارة أخرى: «أنّ الحيوان الشامل للصغير والكبير والبرّي والبحري هل يختصّ بما يُراد جسمه وروحه معاً، أم يعمّ ما لا يبقى حيّاً بعد البيع، كالسمك المخرج من الماء الذي يباع بما أنه لحم، لا بما أنه جسم حيّ متراكب بالميل؟»^(١). ظاهر النص والفتوى مطلق ما فيه الحياة ولكن ذهب الشيخ الأعظم والمحقق النائيني^(٢) إلى خصوص ما يقصد بقاوئه.

استدلال المحقق النائيني على خصوص ما يقصد بقاوئه

استدلّ المحقق النائيني على الاختصاص بوجهي:

الوجه الأول: «مناسبة الحكم والموضوع، وتوضيحه: إن الإطلاق إنما ينعقد في صورة عدم القرينة على انصراف موضوع الحكم إلى حصة منه، كما نفح في بحث الإطلاق من الأصول، بل محتمل الصارافية يمنع من الإطلاق أيضاً، ومن موجبات صرف الطبيعة إلى بعض الحصص مناسبة الحكم والموضوع.

وبما أنّ خيار الحيوان جعل لأجل التروي والتأمل في الحيوان المشترى وملحوظته ليتبين أنه ممّا يتلزم بالبيع لأجله أو لا؟ فهذه الخصوصية والمناسبة تقتضي انصراف الحيوان إلى خصوص ما يقصد بقاوئه؛ إذ المقصود منه لحمه ليس محلاً للتأمل والتروي، ومع هذه المناسبة لا ينعقد الإطلاق.

إشكال المحقق الخوئي على استدلال المحقق النائيني وردّه

وأورد عليه: بأنّ ما يقيّد الموضوع هي العلة، وأما الحكمة فلا تمنع من الإطلاق، ولا تكون سارية في جميع الأفراد، ووجودها في بعض الأفراد خاصة، أو

(١) هدى الطالب ١٠/٧.

(٢) المكاسب ٥/٨٣.

(٣) منية الطالب ٣/٥٧.

عدمها في بعض الأفراد لا يمنع من التعميم؛ فإن الحكمة من تشريع عدة الطلاق هي عدم اختلاط المياه، ومع ذلك لم تنحصر العدة في خصوص الحصة التي يحصل فيها اختلاط المياه.^(١)

وهو غير مرتبط بما أفاده المحقق النائي قىسى^٢ من الاستدلال؛ فإنه قىسى لم يستند إلى الحكمة، وإنما إلى مناسبة الحكم والموضوع، وبينهما فرق؛ فإن الأولى وإن كانت لا تعمّم ولا تخصّص إلّا أن الثانية توجب التعميم والتخصيص، فلو سُئل عن ملاقة البول للثوب وكان الجواب هو الحكم بالتجasse، فإن مناسبة الحكم والموضوع - أي الانفعال بالتجasse والملاقاة - تقتضي عدم الفرق بين الموضوعات، وعدم الاختصاص بالثوب وإن كان السؤال عنه، وهكذا الحال من جهة التخصيص؛ فإن تناسب الحكم والموضوع مما يقيده الموضوع.

التحقيق في الجواب عن استدلال المحقق النائي

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

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

(١) لعله توضيح لما في مصباح الفقاهة ٦/١٧٦؛ التنتيج في شرح المكاسب، الخيارات، ٣/١٥٠.

والحاصل: أن استدلال المحقق النائي^١ يتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن مناسبة الحكم والموضوع من القرائن المقيدة للإطلاق.

الثاني: أن المناسبة موجودة في المقام.

الثالث: أن يستند إلى مطلقات باب خيار الحيوان، أو إلى عموماته مع الذهاب إلى حاجة مدخول أداة العموم إلى جريان مقدمات الحكمة، كما عليه المحقق النائي^٢.

وأما على المسلك المختار من عدم الحاجة إلى جريان مقدمات الحكمة في مدخلوها فلا يتم الاستدلال؛ لأن روایات الباب وإن كان فيها المطلقات من قبيل صحیحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله^٣ قال: «المتباعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٤).

فتصلح المناسبة لتقييدها إلا أن فيها العمومات من قبيل صحیحه الحلبی عن أبي عبدالله^٤ قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»^(٥)، ومثلها روایته الأخرى^(٦)، إلا أن في سندها على بن حذيف^(٧) [المدائني الأزدي السباطي] وهو محل إشكال [بل ضعيف عندنا].

الوجه الثاني: ما ورد في بعض روایات خيار الحيوان من التعليل بالنظرۃ^(٨)؛ إذ يمكن أن يستفاد منها التخصيص بها يقصد منه حياته، وأما مثل الصید المشرف على

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٣، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٤، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٤) يشير إلى ما في وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩ صحیحه علي بن رئاب قال: سألت أبا عبدالله^٣ عن رجل اشتري جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاما؟ فقال: الخيار لمن اشتري ثلاثة أيام نظرۃ، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...، الحديث.

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

وهذا الوجه يتوقف على ثبوت أمرين:

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

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

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

أما الأول فتعرف الحكمة بورودها بعد بيان الحكم الشرعي، لا معه كما في

غالب روايات كتاب (علل الشرائع) للشيخ الصدوق ^{رحمه الله}، وأما العلة فهي تذكر مع الحكم في نفس الرواية، من قبيل ما لو قال: (لا تشرب الخمر لأنّه مسكر).

وبما أن الرواية - محل البحث - من قبيل الثاني؛ حيث قال الإمام ^{عليه السلام} فيها:

«الخيار لمن اشتري ثلاثة أيام نظرة»، فهي علة لا حكمة.

وأما الثاني فتبيّنه معتبرة عبدالله بن سنان عن أبي عبد الله ^{عليه السلام} قال: «عهدة البيع

في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا»^(٢)؛ إذ هي ظاهرة في أن النظرة بلحاظ البيع، لا بلحاظ البيع، وسيأتي البحث في خصوص بيان هذه الجهة في

بيع كلي الحيوان فانتظر.

والتحصل من ذلك صحة الأمرين الذين يتوقف عليهما الوجه الثاني.

[قال الأستاذ المحقق مدظلله]: التحقيق في المقام هذا كلّه ما يرتبط بكلام المحقق

(١) منية الطالب ٣/٥٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الخيار.

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

والحاصل: أن (كل) وإن لم تتحج في مدخولها إلى مقدمات الحكمة إلا أن المنصرف من الحيوان خصوص المقصود منه البقاء، والذي تعلق به البيع بما هو حيوان، لا بما هو لحم.

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

تنبيه:

إن الحيوان الذي لا يقصد منه البقاء على قسمين:

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

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

وقد جزم الشيخ ^{قد} بخروج القسم الأول عن موضوع خيار الحيوان،

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

ولكن الحق وجود الفارق الذي أوجب الإشكال عند الشيخ قيس في الثاني، وحاصله: أنّ ما لا قابلية له للبقاء بالعرض مورد للاستصحاب التعليقي، فيقال: إن هذا الحيوان لو بيع قبل العارض لكان مورداً لخيار الحيوان، والآن كما كان، بخلاف الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء بالذات؛ فإنه ليس من موارده، وعليه فمن يرى جريان الاستصحاب التعليقي تمسّك به في المقام فقال بالخيار، دون من لا يرى جريانه^(٢).

أقول: الظاهر عدم تمامية مقالة المحقق النائيني قيس لأنّ:

الوجه الأول: في كلامه وهو قرينة مناسبة الحكم والموضوع ومانعيتها عن إطلاق الأدلة فيرد عليه:

أولاً: يمكن أن يناقش في هذه المناسبة في خيار الحيوان والقول بأنه خيار تعبدى معمول من قبل الشارع.

وثانياً: على فرض تحقق المناسبة بعدم مانعيتها عن اطلاق الأدلة.

وثالثاً: على فرض تتحقق المانعية عن الاطلاق، يمكن التمسك بها ورد من أدلة خيار الحيوان الواردة فيها أدلة العموم نحو صحة الحلبي^(٣) وخبره^(٤)، حيث أن دلالتها على التعميم بالوضع وليس بمقدمات الحكمة.

(١) المكاسب ٥/٨٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٢٨-١٢١.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٤.

وأماماً بالنسبة إلى الوجه الثاني: فيرد عليه:

أولاً: النظرة الواردة في صححه علي بن رئاب^(١) لم يثبت كونها علة لخيار الحيوان، وغايتها أنها حكمة.

وثانياً: على فرض أنها العلة لم يثبت أن المراد بها النظرة في المبيع لاحتمال أنها النظرة في البيع.

وثالثاً: لم يثبت أن الحكمة وردت بعد بيان الحكم الشرعي وأماماً العلة وردت مع بيان الحكم الشرعي وهذا ليس إلا ادعاء ويحتاج إلى الإثبات ولم يدل عليه دليلاً.

ورابعاً: ما ورد في صححه عبدالله بن سنان^(٢) لم يثبت أن النظرة على فرض العلية «في المبيع» لاحتمال أن الظاهر ذكر «جبل أو برص أو نحو هذا» في كلام الإمام عليه السلام على نحو المثال لا التعيين، فلا يثبت تعين استعمال النظرة في المبيع فقط. هذا كله بالنسبة إلى مقال المحقق النائيني قيس.

وأماماً بالنسبة إلى تحقيق الأستاذ المحقق مدظله فيمكن أن يقال:

أولاً: أن موضوع خيار الحيوان هو «الحيوان» ولكن الخيارات لا يجري إلا في «المبيع».

ثانياً: على فرض أن موضوعه «بيع الحيوان» فيكون مورد الانشاء البيعي هو الحيوان بما هو حيوان أي ذو حياة، فيشمل ذا حياة يُشتري لأجل لحمه.

ثالثاً: متى دخلت الأغراض في أحكام المعاملة بحيث يترتب الأستاذ مظلله الحكم على «الغرض المعامل» أو قال: «الغرض من شرائه الأكل لا البقاء»؟! وأن تعرف أن الغرض المعامل لا يتغير المعاملة وأحكامها.

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٧.

والحاصل: لا يتم عندي مقالة الشيخ الأعظم والمحقق النائيني قدس سرهما والأستاذ المحقق مدظله من اختصاص خيار الحيوان بما يقصد بقاوئه بل يجري في مطلق ما فيه الحياة وفاصلاً «ظاهر النص والفتوى»^(١) والله العالم.

الجهة الثالثة: هل يُعدّ زهاق روح الصيد تلفاً من البائع قبل القبض أو في زمن الخيار؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى عدمه وقال: «وعلى كل حالٍ فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض أو في زمان الخيار»^(٢).

«توضيح ذلك: هو أن الثابت كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع، بأن

يقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً مَا فيكون التلف منه.

كما أن تلف المبيع في زمان الخيار يكون من لا خيار له وهو البائع فيما نحن فيه

- كما سيوضح إن شاء الله تعالى - .

وعليه، فقد ذهب الشيخ قدس إلى أن تلف الصيد المشرف على الموت باصابة السهم قبل القبض أو بعده في زمان الخيار لا يكون من تلف المبيع قبل القبض أو تلفه في زمان الخيار، فلا يكون تلفه من مال البائع.

وهذا الالتزام قد يصير مجال الاشكال، لأنه قدس توقف في ثبوت الخيار في مثل هذا المورد ولم يجزم بعده، وتوقفه في ثبوت الخيار ينافي جزمه بعدم كون تلفه من مال البائع، إذ على تقدير ثبوت الخيار يكون البائع لا خيار له فيكون التلف منه.

فكان على الشيخ قدس بناء هذه الجهة على الجهة المتقدمة من ثبوت الخيار وعدمه في هذا المورد.

(١) المكاسب ٥/٨٣.

(٢) المكاسب ٥/٨٣.

ويمكن دفع هذا الاشكال بما أفاده المحقق الاصفهاني^(١) من أن موضوع القاعدتين - وهما كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، وكون تلفه في زمان الخيار من لا خيار له - هو المبيع. وقد عرفت أن المبيع في هذه الموارد هو اللحم لا الحيوان، وهو لم يطرأ عليه التلف، وإنما طرأ على الحيوان وهو غير مبيع. إذن فموت الصيد فيها نحن فيه لا يعد من موارد تلف المبيع أصلًا.

وأما ثبوت الخيار، فهو منوط بكون مورد النقل والاتصال هو الحيوان وإن لم يكن مبيعاً بل كان اللحم هو المبيع، وقد عرفت التشكيك في هذه الجهة في مثل الصيد المشرف على الموت، فلو جزم بشبوب الخيار في الفرض، لم يكن تلفه من مال البائع لما عرفت أن المبيع هو اللحم وهو مما لم يطرأ عليه التلف، فلا تلف للمبيع في الفرض، فتلبر»^(٢).

هذا كله بناءً على مختار الشيخ الأعظم وأمّا بناءً على ما هو المشهور:
لولم يتلف العين كما في فرض الشيخ الأعظم من زهاق روح ما يزيد لحمه فقط
فكلامه تام بتقرير المحقق الاصفهاني.

وأمّا لو تلف العين - على نحو المثال لو تلف اللحم في الفرض - فقاعدتان تجريان في المقام لصدق تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه وكذا صدق تلف المبيع في زمن الخيار من مال من لا خيار له وتحكمان أنّ التلف في مال البائع، والله العالم.

الجهة الرابعة: منتهى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء،
قال الشيخ الأعظم: «وفي منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه»^(٣).

(١) حاشية المكاسب ٤/١٤٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٩٣ و ١٩٤.

(٣) المكاسب ٥/٨٣.

والوجوه المذكورة أربعة وهي:

«الوجه الأول: أن حدّ الخيار ثلاثة أيام، وذلك لدللين:

الدليل الأول: اندراج المورد تحت أدلة خيار الحيوان، بناء على شمول الحيوان
له كما هو الفرض.

وأورد عليه: أولاً: بأن جعل الخيار ثلاثة أيام له - مع تلفه في الآنات الأولى من
شرائه - لغو.

ويندفع بأن الإشكال مبني على أن متعلق حق الخيار هو المبيع، والحق أنه متعلق
بالعقد؛ فإن الخيار عبارة عن حق حل العقد وإبرامه، وهو ما له البقاء فإن فسخ وكان
الوضمان موجودين رُدّاً، وإلا ردّ بدهما.

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

وفيه: أنه تام بناء على أن المراد التأمل في المبيع، وأما مع إرادة التأمل في نفس
البيع فلا يتم، ونحن وإن ذكرنا في رواية بيع الأمة^(١) والنظر فيها من حيث الحبل
والبرص أنها ظاهرة في التأمل في المبيع، لا البيع إلا أنه يمكن القول بالأعم من التأمل
والتروي في المبيع والبيع كليهما، وسيأتي تحقيقه في بيع الكلى.

الدليل الثاني: استصحاب بقاء الخيار بعد ضم الإجماع القطعي على عدم بقائه
بعد الثلاثة أيام.

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

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

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٧، صحيحه عبدالله بن سنان.

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

وثانياً: سلمنا بأن الخيار حق استرداد العين إلا أن زهاق روح مثل هذا الحيوان لا يعد تلفاً كما [مرّ من الشيخ الاعظم].

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

وفيه: أن الرجوع إلى العام، وكذا التمسك بالأصل إنما يكون فيما لو لم يكن لدليل الخاص إطلاق، وأما معه فلا تصل النوبة إليهما؛ حكمته عليهما، وقد ثبتت دلالة الدليل الخاص على بقاء الخيار إلى ثلاثة أيام، فيتفيان^(٢).

الوجه الرابع: امتداد زمن الخيار إلى طروع مستقطعاً آخر ولو تجاوز عن الثلاثة. دليله: تحديد الخيار بالثلاثة منصرف إلى صورة بقاء الحيوان فيها فلا حدّ في غير صورة البقاء، فالثلاثة لا تكون غاية شرعاً لهذا البيع ومع اسقاط غاية الثلاثة واستصحاب حكم خيار الحيوان بعدها امتدّ هذا الخيار إلى أن يسقط بالتصرف أو بالإسقاط.

وفيه: قد مرّ وجود الإجماع القطعي على عدم بقاء خيار الحيوان بعد ثلاثة أيام، فمع وجود هذا الإجماع القطعي لا يمكن الذهاب إلى هذا الوجه.

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢ / (١٣٠-١٢٨).

والحاصل: ثبوت خيار الحيوان في الفرض إلى ثلاثة أيام وهذا هو الوجه الأول وهو المختار والحمد لله.

الجهة الخامسة: هل يختص خيار الحيوان بالحيوان الشخصي أو يعم الكلّ؟
 «الحيوان المبيع تارة يكون شخصياً، وأخرى كلياً، والكلي تارة بنحو الكلّ في المعين كبيع شاة من هذا القطيع من الغنم، وأخرى بنحو الكلي في الذمة، والثاني تارة يكون حالاً، وأخرى مؤجلاً، فهل هذا الخيار يختص بالحيوان الشخصي، أو يشمله ويعم جميع أقسام الكلّ، أو يعم بعضها فقط؟ وجوهه.

أما الوجه الأول: وهو الاختصاص بالشخصي - فاستدلّ عليه بأمور:
الأول: ما ذكره الشيخ قيس بقوله: «كما هو المناسق في النظر من الإطلاقات»^(١).
 ولم يذكر وجهاً لهذا المدعى، ولا مناط هذا الانسياق، وما في لسان الأدلة هو أن «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام»^(٢)، والحيوان يصدق على الكلّ والشخصي بنحو الحقيقة.

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

الثاني: إن الكلّ ليس حيواناً بل عنوان له، فلا يصدق على طبيعي الحيوان أنه حيوان بالحمل الشائع، بل هو حيوان بالحمل الأولى، وموضوع الخيار في الروايات هو الحيوان بالحمل الشائع؛ وذلك لأن الحيوان بالحمل الأولى إنما يرد في التعريف حداً

(١) المكاسب ٥/٨٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الخيار.

ورسماً، ولا قابلية له لحمل الأغراض حتى يصلح أن يكون متعلقاً للبيع والشراء.^(١)
وهو منع نقضاً وحلاً، أما النقض: فلأن لازمه انحصر جميع البيوع بالبيع
الشخصي؛ إذ ترجع هذه القضية إلى قضية عقلية، والقضايا العقلية آبية عن
التخصيص.

وأما الحال: فبيان الموضوع في هذا الباب هو الحيوان بنظر العرف، لا بالنظر المنطقي، كما هو الحال في سائر المعاملات، فالحيوان الكلي بالنظر المنطقي وإن لم يصدق عليه إلّا الحيوان بالحمل الأولى، لا بالحمل الشائع، إلّا أن العناوين - كلية كانت أو شخصية - تدور بنظر العرف مدار ترتّب الأثر، ويشهد لذلك ما وقع في الروايات - سؤالاً وجواباً - عن بيع الحيوان سلفاً، والحال أن القدر المتيقن من الحيوان المبيع سلفاً هو الكلي، الذي هو عنوان لا مصدق، بالنظر المنطقي، ومن أمثلة تلك الروايات صحيبة معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يسلف في الغنم الثنيان^(٢)، والجذعان^(٣)، وغير ذلك إلى أجل مسمى، قال: لا بأس به»^(٤). ومثلها صحيححة الحلبـي^(٥).

(١) إشارة إلى ما أفاده المحقق الأصفهاني في حاشيته ٣١٦ / ٥ في قوله: «كما أن تأييد القول بالعموم بأن ما نحن فيه ليس كالتلف قبل القبض؛ فإن المأمور في دليله عنوان المبيع بقوله: «كل مبيع تلف... الخ».

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

(٢) الثُّبَيْنَانِ: جَمْعُ ثَنَيٍّ، وَهُوَ فِي الظَّلْفِ وَالحَافِرِ ابْنِ السَّنَةِ الْثَالِثَةِ، وَفِي الْخَفِ ابْنِ السَّنَةِ السَّادِسَةِ.
الصَّاحِحُ - ثَنَيٌ - ٦٢٩٥ .

(٣) المذعن: جمع جذع، وهو أصغر من الثنوي وهو من ولد الشاة في السنة الثانية، ومن البقر والحافار في السنة الثالثة، ومن الإبل في السنة الخامسة. الصحاح - جذع - ١١٩٤ / ٣.

(٤) وسائل الشيعة /١٨، ح ٢، الباب ١ من أبواب السلف.

(٥) وسائل الشيعة /١٨، ح٤، الباب ١ من أبواب السلف.

الثالث: إن مقتضى التعليل بـ «النّظرة» في روایات خيار الحيوان أنها لأجل الترőي في المبيع، والوقوف على أوصافه وجوداً وعدماً، وهو لا يكون إلّا في المبيع الشخصي، وأما الكلي فلا معنى للتأمل فيه، بعد أن عينت جميع الأوصاف والخصوصيات حسب الفرض.^(١)

ويرد عليه: أن «النّظرة» لو كانت لأجل الترőي والتأمل في المبيع فقط لتم الاستدلال، ولكنها كما تكون لذلك تكون أيضاً للترőي في البيع؛ ليتأكد من وجود المصلحة فيه من عدمها، فلا فرق - حينئذ - بين الكلي والشخصي.

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

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

والحاصل: أن التأمل في الروایات يقضي بأن «النّظرة» - في خيار المجلس إلى أن يحصل الانفصال - كانت لأجل الترőي في البيع، وللحاظة المبيع أيضاً، فكذلك في خيار الحيوان، ولكنها فيه إلى ثلاثة أيام، ويشهد لهذه الدعوى اقتراحها في بعض روایات الباب، كصحیحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالختار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٣)، بل يتأكد ذلك بورود

(١) منية الطالب ٣/٥٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٣، الباب ٣ من أبواب الخيار.

اقترانها بعنوان يستفاد منه استثناء الحيوان دون غيره، كما في صحيحة زرارة عن أبي جعفر^{عليه السلام} قال: سمعته يقول: قال رسول الله^{صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ}: «البيعان بالخيار حتى يتفرق، وصاحب الحيوان ثالث»^(١)؛ فإن ذلك يكشف عن أن كل معاملة وجد فيها خيار المجلس إلى أن يفترقا، ففيها خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام إن كان المبيع حيواناً، ولا شك في أن خيار المجلس غير مختص بالبيع الشخصي، فكذلك خيار الحيوان، فيكون شاملاً لبيع الكلي، سواء أكان في الذمة أم في المعين، حالاً كان أو مؤجلاً.

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

الرابع: انصراف الحيوان إلى الشخصي دون الكلي.

ولا يخفى أن القاعدة هي التمسك بالإطلاق بالنسبة إلى جميع المصادر التي ينطبق عليها اللفظ، ولا يصح سلب العنوان عنها، فدعوى الانصراف إلى بعض المصادر تحتاج إلى دليل، فإن كان وجده في المقام دعوى عدم صدق الحيوان على الكلي، أو مناسبة الحكم والموضوع، أوأخذ النظرة في النصوص، فكلّها تقدمت الإجابة عنها، وإن أريد التشكيك في الصدق كما هو الحال في عنوان «ما لا يؤكل لحمه» بالإضافة إلى الإنسان؛ لخفاء صدقه عليه عرفاً، فينصرف عنه ما دلّ على عدم جواز الصلاة فيما لا يؤكل لحمه^(٢)، فنقول: إن بيع الحيوان، أو عنوانه بالنسبة إلى الكلي في مقام المعاملة ليس على وزان عنوان «ما لا يؤكل لحمه» بالنسبة إلى الإنسان في خفاء الصدق كما هو ظاهر واضح، فلا وجه لدعوى الانصراف.

الخامس: ما أفاده المحقق النائيني قدسُهُ من عدم المجال لهذا الخيار في بيع الكلي

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١، ح ٦، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٤٥، الباب ٢ من أبواب لباس المصلي.

سَلْمًا؛ لأن المشتري لا يملك مطالبة الكلي في باب السلم قبل موسم قبضه، فلا يمكن جعل مبدأ الخيار قبل حلول الأجل، وأما بعد القبض فلا دليل على أن مبدأ الثلاثة من حين القبض، وإذا لم يمكن الالتزام ثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بشوته في الكلي الحالى؛ لعدم الفرق بينهما.^(١)

وفيه: أولاً: أن دعوه عدم ثبوت الخيار بعد حلول الأجل وحصول القبض غير تامة؛ وذلك لأن رتبة اللزوم والخيار متأخرة عن رتبة الصحة ثبوتاً، فما لم يكن البيع صحيحاً لا يتصرف بلزم الوفاء، ولا بقابليته للفسخ، وأما في مقام الإثبات فيمكن استكشاف الصحة من دليل اللزوم، ولهذا تمسك الفقهاء بآية وجوب الوفاء بالعقود لصحة العقود المستحدثة كعقد التأمين، فيما أن جعل الخيار واللزوم متفرع على الصحة، وهي متفرعة على تمامية الشرائط، ولا تتم الشرائط في بيع السلم إلا بعد القبض، فمقتضى القاعدة أن يكون مبدأ الخيار فيه من حين تمامية الشرائط والحكم بصحته، أي بعد حصول القبض.

وثانياً: سلمنا عدم جريان الخيار في بيع الكلي سَلْمًا، إلا أن إلحاقي بيع الكلي الحالى به قياس لا نقول به، ولا وجه له.

ال السادس: ما اعتمد المحقق الاصفهاني^{قدس} من أن المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو البيع الشخصي، فالخيار الثابت فيه ينصرف إلى ما هو المتداول عندهم.^(٢) وهو منوع صغرى وكبير.

أما الصغرى: فلأن ما أفاده من أن المتداول في بيع الحيوان أن يكون المبيع شخصياً لا كلياً يردد ما ورد في الباب الأول والتاسع من أبواب بيع السلف من

(١) منية الطالب ٥٧/٣.

(٢) حاشية المکاسب الاصفهاني ١٤٦/٤.

الوسائل^(١)؛ فإن فيهما روايات متعددة، أكثرها صحاح وموثقات، وهي تدلّ على وقوع بيع السلم والسلف في الحيوان، سؤالاً وجواباً، وابتداء من الإمام عليه السلام، بعنوان بيع السلم في الغنم، وفي مطلق الحيوان، وببيع السلم والسلف لا يكون إلا كلياً، فكيف يقال بعدم تداول بيع الكلي في الحيوان؟

وأما الكبri: فلأن مآل التداول وعدمه إلى كثرة الوجود وندرته، وليس من موجبات الانصراف ندرة الوجود، كما تقرر في محله، فلو قال المولى لعبدة: جئني بهاء - وكان المتداول ماء الغرات - فجاء له بهاء دجلة لعدّ ممثلاً بلا إشكال^(٢).

الجهة السادسة: خيار الحيوان لمن؟

هنا أقوال أربعة:

الأول: ثبوت خيار الحيوان للمشتري خاصة فقد حكى عليه الإجماع في «السرائر^(٣) وكشف الرموز^(٤) والتذكرة^(٥) والتحرير^(٦) والتنقح^(٧) ونفي عنه الخلاف في مجمع البرهان^(٨).

وأماماً أنه يختص به ويثبت له خاصة فهو ظاهر المقنعة^(٩) والمراسم^(١٠)

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٨٣ و ٢٩٩.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٣٨-١٣١.

(٣) السرائر ٢/٢٤٤.

(٤) كشف الرموز ١/٤٥٧.

(٥) تذكرة الفقهاء ١١/٣٤.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٨٥.

(٧) التنقح الرائع ٢/٤٤.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٣٩١.

(٩) المقنعة / ٥٩٢.

(١٠) المراسم / ١٧٣.

والوسيلة^(١) بل صريح الأوّلين وإن لم يصرّح فيها بالاختصاص، لكنه صرّح فيها بأنّه إن هلك في الثلاثة كان من مال البائع، على أنّ مفهوم اللقب في عبارات الفقهاء حجّة قطعاً وبه يثبت الوفاق والخلاف.

وهو المحكي^(٢) عن أبي علي والصدوقين والقاضي وصريح النهاية^(٣) والمبسوط^(٤) وفقه الرواوني^(٥) والغنية^(٦) والسرائر^(٧) والشرايع^(٨) والنافع^(٩) وكشف الرموز^(١٠) والتحرير^(١١) والإرشاد^(١٢) والتبصرة^(١٣) والتذكرة^(١٤) والمختلف^(١٥) والإيضاح^(١٦) وشرح الإرشاد^(١٧) لفخر الإسلام والدروس^(١٨)

(١) الوسيلة / ٢٤٨ .

(٢) الحاكي عنهم هو العلّامة في مختلف الشيعة ٥/٦٤؛ والفضل الآبي في كشف الرموز ١/٤٥٧؛ والطباطبائي في رياض المسائل ٨/١٨١ .

(٣) النهاية / ٣٨٦ .

(٤) المبسوط / ٢/٧٨ .

(٥) فقه القرآن / ٢/٥١ .

(٦) غيبة النزوع / ٢١٩ .

(٧) السرائر / ٢/٤٤ .

(٨) شرائع الإسلام / ٢/٢٢ .

(٩) المختصر النافع / ١٢١ .

(١٠) كشف الرموز / ١/٤٥٧ .

(١١) تحرير الأحكام الشرعية / ٢/٢٨٦ .

(١٢) إرشاد الأذهان / ١/٣٧٤ .

(١٣) تبصرة المتعلّمين / ٩٠ .

(١٤) تذكرة الفقهاء / ١١/٣٤ .

(١٥) مختلف الشيعة / ٥/٦٤ .

(١٦) إيضاح الفوائد / ١/٤٨٣ .

(١٧) شرح الإرشاد للنيلاني / ٥٠، س ٦ (من كتب مكتبة المرعشي، رقم ٢٤٧٤).

(١٨) الدروس الشرعية / ٣/٢٧٢ .

واللمعة^(١) والتنقح^(٢) وجامع المقاصد^(٣) وتعليق الإرشاد^(٤) وإيضاح النافع والميسة وجمع البرهان^(٥) والكافية^(٦) والوسائل^(٧) والهدایة^(٨) والرياض^(٩) والحدائق^(١٠) حيث صرّح فيها كلّها بأنّه يثبت للمشتري خاصّة، وكذا المسالك^(١١). وفي الغنية^(١٢) الإجماع عليه. وفي الدروس^(١٣) أنّه المشهور روايّةً وفتوىًّا بل الإجماع عليه. وفي السرائر^(١٤) أنّه مذهب الشيّخين وجملة أصحابنا ما عدا المرضى. وقد حكيت عليه الشهرة في عدّة مواضع^(١٥).

وقال الشيخ الأعظم: «المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، حكى عن الشيّخين والصدوقين والإسكافي وابن حمزة والشاميين الخمسة والحلّيين الستة ومعظم المتأخّرين، وعن الغنية وظاهر الدروس: الإجماع عليه»^(١٦).

(١) اللمة الدمشقية / ١٢٧.

(٢) التنقح الرائع / ٤٥.

(٣) جامع المقاصد / ٤٢٩١.

(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي) / ٩٣٩٠.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان / ٨ (٣٩٣-٣٩٤).

(٦) كفایة الأحكام / ١٤٦٣.

(٧) وسائل الشيعة / ١٨، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٨) هدایة الامّة / ٦١٣٣.

(٩) رياض المسائل / ٨١٨٢.

(١٠) الحدائق الناضرة / ١٩٢٥.

(١١) مسالك الأفهام / ٣٢٠٠.

(١٢) غنية التزوع / ٢١٩.

(١٣) الدروس الشرعية / ٣٢٧٢.

(١٤) السرائر / ٢٤٤.

(١٥) مفتاح الكرامة / ١٤ (١٧٤-١٧٢).

(١٦) المكاسب / ٥٨٥.

أقول: الشهرة والشاميون الخمس والخلدون الست والإجماع وارد في كلام خالي
الشيخ علي صاحب شرح الخيارات^(١).

والمراد بالشاميين الخمس هم: أبو الصلاح الحلبي والقاضي ابن البراج
والشهيدان والمحقق الكركي.

والمراد بالخلدين الست هم: ابن ادريس والمحقق والعالمة ونجله فخر المحققين
ويحيى بن سعيد والفضل المقداد، ثم سابعهم: ابن فهد وثامنهم: ابن القطان.

الثاني: ثبوت الخيار للمشتري والبائع مع ذهب إليه الشريف المرتضى^(٢) وتبعه
السيد جمال الدين بن طاوس في البشرى^(٣) والفيض الكاشاني في المفاتيح^(٤).

الثالث: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثمناً، نسبة الشيخ الأعظم
إلى «جماعة من المؤاخرين»^(٥) وهو محتمل العلامة في التذكرة^(٦) وقواه الشهيد الثاني في
الروضة^(٧) واختاره في المسالك^(٨) ومجمع الفائدة والبرهان^(٩) وقواه أيضاً في
الحدائق^(١٠) والمستند^(١١).

الرابع: ثبوت الخيار للبائع والمشتري في بيع الحيوان بالحيوان «وقد مال إليه أو

(١) شرح الخيارات / ٤٧.

(٢) الانتصار / ٤٣٣، مسألة ٢٤٥.

(٣) نقل عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز / ١٤٥٩ والشهيد في غاية المراد / ٢٩٧.

(٤) مفاتيح الشرائع / ٣٦٨، مفتاح ٩١٦.

(٥) المكاسب / ٥٨٩.

(٦) تذكرة الفقهاء / ١١/٣٧.

(٧) الروضة البهية / ٣/٤٥٠.

(٨) مسالك الأفهام / ٣/٢٠٠.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان / ٨/٣٩٢.

(١٠) الحدائق / ١٩/٢٥.

(١١) مستند الشيعة / ١٤/٣٧٧.

قال به جماعة كأبي العباس والكركي في المقتصر^(١) وتعليق الإرشاد^(٢) والقطيفي في إيضاح النافع والفضل الميسى والشهيد الثاني في الروضة^(٣) لأنّهم بين مستوجه له مقرّب ومقوّله أو نافٍ عنه الْبُعْد، ولم يحکم به على البتّ سوى الصimirي. وقد جعله في جامع المقاصد^(٤) ثالث الأقوال ونفي عنه فيه الْبُعْد، ... آنه أَوَّل من احتمله [العلامة] في المختلف^(٥) ورَجَعَ عَنْهُ^(٦).

أدلة الأقوال

أ: دليل القول الأول

استدلّ له بوجوه:

«الأول: أنّ مقتضى عموم قوله: «إِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ»^(٧) هو لزوم المعاملة بالنسبة إلى الطرفين بعد الانفصال، والمتيقن خروجه من هذا العموم هو المشتري خاصة في بيع الحيوان وأما البائع فهو مشكوك الخروج، فيشتمل العموم لأصالة العموم^(٨).

اعتراضات الأعلام الثلاثة على الاستدلال بعموم الحديث ونقاذه

الإشكال الأول: «ما اورده المحقق الرشتبي ~~فَتَسْأَلُ~~ من أن إطلاق «وجب البيع» قد خصّ قطعاً ببيع الحيوان، ولو كان ذلك من جهة المشتري، فلم يبق على عمومه،

(١) المقتصر / ١٦٩.

(٢) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩ / ٣٩٠.

(٣) الروضة البهية / ٣ / ٤٥٠.

(٤) جامع المقاصد / ٤ / ٢٩١.

(٥) مختلف الشيعة / ٥ / ٦٥.

(٦) مفتاح الكرامة / ١٤ / ١٨٣.

(٧) وسائل الشيعة ٤ / ٦، ح ١٨.

(٨) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات / ١ / ١٩٥.

بحيث لو قلنا بثبوت الخيار للبائع أيضاً كما كان للمشتري لم يكن ذلك تخصيصاً زائداً حتى يتمسك بالعموم حال الشك.^(١)

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

وثانياً: أن الوجوب في الرواية هو عبارة عن الوجوب في الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، وبما أن الوجوب التكليفي بالوفاء فيها - الذي هو منشأ انتزاع اللزوم - انحلاي، فكذلك في الرواية، ومعناه أن كل طرف من أطراف أي عقد يجب عليه الوفاء، خرج منه المشتري في بيع الحيوان، وشك في خروج البائع، فيبقى تحت عموم العام، ويتم الاستدلال^(٣).

الإشكال الثاني: «ما أفاده السيد اليزدي قدس، من أنه مقيد ببيع غير الحيوان؛ بقرينة المقابلة بين خيار المجلس وخيار الحيوان في غير واحد من الأخبار^(٤)، فمورد وجوب البيع بسبب الافتراق إنما هو بيع غير الحيوان، فهو لا يشمل بيعه من الأول

(١) فقه الإمامية، الخيارات / ٢٢٥ .

(٢) فقه الإمامية، الخيارات / ٢٢٥ .

(٣) بغية الراغب في مبانى المکاسب / ٢ / ١٤٧ .

(٤) منها: ما في وسائل الشيعة، ١٨، ح، ١، الباب ١ من أبواب الخيار: صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليهما السلام قال: قال رسول الله عليهما السلام: البيعان بالخيار حتى يتفرقوا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.

ومنها: وسائل الشيعة ٦/١٨، ح، ٥، حسنة علي بن أسباط، عن أبي الحسن الرضا عليهما السلام قال: سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا، الحديث.

حتى يحكم بتخصيص المشتري ويشك في تخصيص البائع.^(١)
وفيه: أولاً: أن لازم ما أفاده قيسٌ انتفاء خيار المجلس في بيع الحيوان مطلقاً،
فليس للبائع خيار المجلس أصلاً؛ وذلك لأن التقسيم قاطع للشركة، وقد جعل البيع
على قسمين: بيع غير الحيوان، وفيه خيار المجلس، وحده الافتراق، وبيع الحيوان، وفيه
 الخيار الحيوان، وحده ثلاثة أيام، فيلزم أن يقول بعدم خيار المجلس في بيع الحيوان
 مطلقاً.

وثانياً: أن منشأ دعوى التقييد هي المقابلة في النصوص بين بيع الحيوان وبيع
غيره، وإلا فليس عندنا نص خاص يدل على أن خيار المجلس مخصوص ببيع غير
الحيوان، ولكن غاية ما يستفاد من الأخبار التي استشهد بها السيد قيس هو عدم شمول
أدلة خيار المجلس لبيع الحيوان، لا نفيه عنه، فإذا وجد عندنا ما لم يشتمل على هذه
المقابلة، ولا ذلك التقسيم إلى بيع الحيوان وغيره أخذنا بعمومه أو بإطلاقه، فيشمل
بيع الحيوان، وذلك الدليل موجود وهو [صحيحة] عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام
قال: «قال رسول الله صلوات الله عليه وسلم: إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما،
وهما بالخيار ما لم يفترقا...»^(٢)؛ فإنها مطلقة لكل بيع، من دون تقييدها ببيع خاص،
فيحفظ التعميم ما لم يثبت المخصوص.

وثالثاً: أن إثبات الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام لا ينفي خيار المجلس عنه، بل
يثبت امتداد الخيار فيه إلى ثلاثة أيام، فالروايات لم تقيّد بيع الحيوان وتجريمه عن خيار
المجلس، وإنما توسيع دائرة الخيار وأمده، وأنه إلى ثلاثة أيام، بخلاف بقية البيوع فهي
إلى أن يفترق المتباعان.^(٣)

(١) حاشية المحقق اليزدي على المكاسب ٤٣٦ / ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٧، ح ٦، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٣) يستفاد هذا الجواب من كلام الشيخ الأستاذ المفتي في جواب على سؤال.

ورابعاً: سلّمنا أن تلك الروايات قسمت البيع إلى قسمين: بيع الحيوان، وبيع غيره، إلا أن التقسيم ما لم يصل إلى حد قطع الشركة لا يدل على الاختصاص، وبها أن في المقام طائفتين، إحداهما لا تقسيم فيها، والأخرى غاية ما ادعى فيها استظهار التخصيص، كما في كلمات السيد قدسُهُ، فلم يصل التقسيم إلى حد قطع الشركة، وفي كفاية مثل هذا الاستظهار للتقييد تأمل، فلا أقل من إجمال النص من ناحية عدم شمول خيار المجلس لبيع الحيوان، ومع الإجمال يتحقق إطلاق [صحيحة] عمر بن يزيد [الماضية آنفًا]^(١).

الإشكال الثالث: «ما أفاده المحقق الاصفهاني قدسُهُ، من أن الوجوب في: «إذا افترقا وجوب البيع» وجوب حيسي، أي من حيث المجلس، والوجوب من حيث لا عموم فيه حتى يتمسك به في مورد الشك، وتقريب بيانه: أن أدلة الخيارات تثبت الخيارات المتعددة، ولا تعارض بينها، بل كلّها مخصوصة لأدلة اللزوم، فدليل خيار المجلس يثبت خياره، ودليل خيار الحيوان يثبت خياره، وهكذا العيب والشرط...، فلزوم البيع من جهة لا ينافي جوازه من جهة أخرى، فقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجوب البيع» يثبت لزومه من جهة خيار المجلس، لا من كل جهة، فلا عموم فيه حتى يتمسك به في حال الشك.

وبعبارة أخرى: «أن الظاهر من الخيار المنفي بالافتراق هو الخيار المغيّب بالافتراق كما يقتضيه التفريع، وليس هو إلا خيار المجلس لا جنس الخيار»^(٢).

وهو متين لو كنا [صحيحة الحلبية فقط وهي]: «أيّها رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجوب البيع»^(٣)؛ فإنّها ظاهرة في الوجوب

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٤٦-١٤٤.

(٢) حاشية الاصفهاني على المكاسب ٤/١٤٧.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤.

الحيثي، ولكن صحيحة فضيل تمنع من كون نفي الخيار من حيث؛ فإن قوله فيها: «فلا خيار بعد الرضا منها»^(١) يفيد نفي الخيار بقول مطلق؛ لأن الرضا في الرواية - وباعترافه أيضاً - ليس الرضا بأصل البيع، بل الرضا بالالتزام به، فمدلول الرواية أن الافتراق التزام بالبيع شرعاً، فلا محالة من إثبات العموم من ناحية نفي جميع الخيارات. مضافاً إلى أن الالتزام بالبيع لا يكون حيثياً، فـإِنما أن الملتزم به أمضى البيع أو لا، ولا معنى للإمضاء من حيث، وكذلك الحال بالنسبة إلى الفسخ»^(٢).

«فتحصل إلى هنا: أن ما استدل به الشيخ بندر من عموم «وجب البيع» محل إشكال من جهة واحدة، وهو كون الوجوب حيثياً، ذو محتملاً له، ولكن الاستدلال بإطلاق: «فلا خيار بعد الرضا منها» تام»^(٣).

الثاني: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾

قال الشيخ الأعظم في تقرير الاستدلال: «العموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^(٤) بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشترط وثبتت باقيه بعد القول بالفصل»^(٥).

توضيح كلام الشيخ الأعظم: التمسك بالعموم بعد التخصيص هل يجوز أم لا؟ وهنا مبنيان:

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

(١) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح. ٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٤٦/٢.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٤٨/٢.

(٤) سورة المائدة / ١.

(٥) المكاسب ٨٦/٥.

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

ويختلف تقرير الاستدلال باختلاف هذين المبنيين، فعلى مبني الشيخ قدس سره يكون التقرير بهذا النحو:

إن موارد البيع على قسمين:

[١] ما فيه خيار المجلس، [٢] وما ليس فيه خيار المجلس، كأن يكون لازماً من الأول بالذات - كبيع من ينعتق على المشتري، وبيع العبد المسلم من الكافر إلى المسلم، وكشراء العبد نفسه - أو بالشرط كأن يشترط سقوط خيار المجلس.

ففي القسم الثاني لم يخصص عموم ﴿أوفوا بالعُقود﴾ إلا بالنسبة إلى المشتري في خيار الحيوان، فيبقى البائع داخلاً تحت العموم، فيكون البيع لازماً من جهته، وأما في القسم الأول فيضم إلى العموم الإجماع المركب، وعدم القول بالفصل.^(١)

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

وأما على المختار من الرجوع إلى العام، وعدم سقوطه في بقية الأزمنة كما سيأتي بيانه في خيار الغبن، فيصبح التمسك بعموم الآية حتى في موارد الخيار من غير حاجة إلى ضمّ الإجماع المركب، وتقريره: أن مقتضى ﴿أوفوا بالعُقود﴾ هو الحكم بلزوم كل عقد، ومنها بيع الحيوان، خرج من تحت هذا العموم المشتري في بيع الحيوان؛ فإن له الخيار ثلاثة أيام، وشك في خروج البائع فيتمسك فيه بالعموم؛ لأنّه من التخصيص

(١) المكاسب .٨٦ / ٥

الزائد، وثمرة ذلك اختصاص خيار الحيوان بالمشتري.

إشكال المحقق الرشتي على الاستدلال بالأية ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي ^{فتى} بإشكاليين:

الإشكال الأول: أن عموم الآية قد سقط على أي حال بمجيء التخصيص بختار الحيوان، فلم يبق عموم حتى يتمسك به بالنسبة إلى البائع. نعم، لو ورد الدليل بعنوان: يجب الوفاء على البائع والمشتري، أمكن التمسك بدليل اللزوم في مورد البائع عند الشك في تخصيصه، بعد القطع بخروج المشتري، ولكنه ليس كذلك»^(١).

ويحاب عنه: بأن في الآية مبنيين:

الأول: أن المستفاد منها حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالعقود، وهو مختار الشيخ ^{فتى}.

الثاني: أنها إرشاد إلى لزوم العقود.

أما على المبني **الأول** فهو وإن كان فيه رأيان:

أحدهما: أن الخطاب موجه لجميع المكلفين.

والآخر: أنه موجه لأرباب العقود خاصة، وهو الحق.

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

(١) فقه الإمامية، الخيارات / ٢٢٥.

البائع.

وأما على المبني الثاني - وهو الإرشاد - فاللزوم في العقود ليس دائمياً؛ فإن العقد تارة يكون لازماً من الطرفين - البائع والمشتري - وأخرى يكون لازماً من أحدهما، وجائزأً من الآخر، فعندما نلاحظ الخيارات الجعلية نلاحظ التبعيض في اللزوم، ف الخيار الشرط لمن اشترط له من المبایعين خاصة، و الخيار العيب لمن أخذ العيب، و الخيار الغبن لخصوص المبایعين، و حكم الطرف الآخر فيها هو اللزوم من جهته، فكما أنّ في لزوم العقد تبعيضاً، فالإرشاد إلى اللزوم قابل للتبعيض، وعليه فيما أنّ الآية إرشاد إلى اللزوم - على هذا المبني - وقد دلت الأدلة على عدم اللزوم بالنسبة إلى المشتري في بيع الحيوان فقد خرج عن دائرة إرشادها، وأما البائع فيشك في خروجه عن الخطاب الإرشادي باللزوم فيبقى تحت دلالة الآية عليه، فلا يرد الإشكال.

الإشكال الثاني: أنه معارض بمثله؛ إذ يمكن قلب الاستدلال عليه^١؛ فإن الشيخ^{قدس} يرى التمسك بعموم العام لإثبات عدم الخيار لبائع الحيوان في الموارد التي ليس فيها خيار المجلس، وبضم الإجماع المركب وعدم الفصل يلحق بها موارد الخيار، فيعارض بالقول بالتمسك باستصحاب حكم المخصص في موارد خيار المجلس، فيثبت الخيار فيها؛ حيث إن بائع الحيوان له الخيار، فتشك بعد انقضاء المجلس هل الخيار ثابت له أم لا، فيجري استصحاب حكم المخصص، وبضم عدم الفصل يلحق بها موارد عدم الخيار، أي ثبت الحكم في الموارد التي لم ينحصر العام لعدم وجود خيار المجلس، وبها أن مبني الشيخ^{قدس} في الدوران بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص هو الثاني فالنتيجة الحكم بالخيار للبائع.^(١)

ويجب عنه أولاً: بأن الشيخ^{قدس} لا يرى صحة التمسك بعموم العام فيها لو

(١) فقه الإمامية، الخيارات / ٢٢٦ .

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

وأما الكلي، فاستصحابه في المقام من القسم الثالث؛ وذلك لأن كلي الخيار المتتحقق في ضمن خيار المجلس قد زال بالافتراء قطعاً، وكلي الخيار في ضمن خيار الحيوان مشكوك الحدوث من الأول، وقد تقرر في محله - على ما هو التحقيق - عدم جريان استصحاب الكلي من القسم الثالث، نعم، لا [يصح الجواب] على مبني الشيخ قدسُه من جريان الاستصحاب في القسم الأول من القسم الثالث، لكن المبني مخدوش كما حرق في محله.^(١)

ولو كان الفرد الحاصل مردداً بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء لكان من القسم الثاني [من استصحاب الكلي] وجرى فيه الاستصحاب.^(٢) [ولكنه ليس كذلك].

وثانياً: بأننا سلّمنا جريان استصحاب حكم المخصوص في المقام، وسلّمنا جريان استصحاب الكلي القسم الثالث، إلا أنه إنما يجري في ما إذا كان المورد من موارده، وهو مورد ثبوت خيار المجلس وتخصيص العام، وأما فيما لم يكن فيه خيار المجلس،

(١) راجع مصباح الأصول ٣/١٣٦، طبعة موسوعة الإمام الخوئي قدسُه.

(٢) راجع متنقى الأصول ٦/١٦٦.

فلم يخصص العام، فلا وجه للتمسك باستصحاب كلي الخيار، ولا يمكن التمسك بعدم الفصل والإجماع المركب مع اختلاف الموردين.

التحقيق في مناقشة الشيخ

والحق في الجواب عن الشيخ تَقْدِيرُهُ:

أولاً: أن موارد عدم الخيار من قبيل اشتراء أحد العمودين، وبيع العبد المسلم المملوك للكافر على المسلم، وشراء العبد نفسه على.

القول بجوازه، لا مجال فيها للخيار أصلاً لا للمشتري ولا للبائع، لا خيار المجلس، ولا خيار الحيوان، فالالتزام فيها بعدم الخيار للبائع ليس من جهة خصوصية فيه، وإنما لكون المورد غير قابل للخيار أصلاً؛ بمقتضى الأدلة الخاصة، فبأي مناط يُتَمَّم المطلب فيها فيه خيار بعدم الفصل؟! وهل يجدي عدم الفصل إلا إذا كان ملاك المسئلين واحداً؟!

ثانياً: أنه كيف يُدعى الإجماع المركب وعدم الفصل مع أن السيد المرتضى تَقْدِيرُهُ ذهب إلى ثبوت الخيار لكلا المتباعين كما سيأتي، وتوقف عدة آخرون في المسألة من أجل ما ذهب إليه السيد تَقْدِيرُهُ، وذهب [جماعة من المتأخرین]^(١) إلى ثبوت الخيار لصاحب الحيوان، بائعاً كان أو مشترياً.

الحق في الاستدلال

فالحق هو الاستدلال بأية الوفاء بدون ضم الإجماع المركب، وذلك على المختار من عدم تأثير خروج الفرد من تحت العام بالتصحیص في زمان من الأزمنة في التمسك بالعموم، فالمرجع في ما زاد على الزمان المتيقن خروجه هو عموم العام، بلا

(١) كما في المکاسب ٥/٩١.

حاجة إلى عدم الفصل والإجماع المركب؛ فإن المستفاد من الآية بحكم الانحلال لزوم العقد على كل من المشتري والبائع، وخرج المشتري بالشخص قطعاً، وبما أنه يشك في خروج البائع يتمسك بعموم الآية فيه»^(١).

والحاصل: ببناءً على سقوط العموم وعدم الرجوع إليه في باقي الأزمنة لا يمكن الاستدلال بهذه الآية الشريفة في المقام، مضافاً إلى عدم وجود الإجماع في المسألة.

الثالث: النصوص الخاصة

وهي على طوائف ثلاث:

الطاقة الأولى: ما يظهر منه تخصيص الحكم بالمشتري بمقتضى مفهوم الوصف.

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط.^(٢)

ومنها: خبر الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - وقال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط.^(٣) و «الاستدلال بها يتنبئ على الالتزام بمفهوم الوصف.

وهو وإن كان بنحو الكلية مما لا يلتزم به - كما حرق في الأصول^(٤) - إلا أنه في خصوص المقام قريب جداً، بلاحظة اختلاف التعبير في خيار المجلس و خيار الحيوان، فأخذ في موضوع الأول «البيعان» وأخذ في موضوع الثاني عنوان المشتري

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٥٨-١٤٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٤.

(٤) كفاية الأصول ٦/٢٠، طبعة مؤسسة ال البيت عليه السلام.

الظاهر في كونه دخيلاً في ثبوت الحكم وإن لم يكن مقتضى لاختلاف التعبير»^(١).

الطائفة الثانية: ما يظهر منه التخصيص بالمشتري بمقتضى مفهوم التحديد.

منها: صحيحه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟

قال: ثلاثة أيام للمشتري... الحديث.^(٢)

بتقريب: حيث سأله فضيل عن خيار الحيوان بحدوده المختلفة فيكون الإمام عليه السلام في مقام بيان خيار الحيوان وذكر المشتري فقط دليل على اختصاص الخيار به وهذا هو مفهوم التحديد وهو أقوى المفاهيم كما قيل.

وقد نوقش في هذا التقريب: «يمكن ان تكون الرواية في مقام التحديد من جهة خاصة وهي جهة مدة الخيار في مقابل مدة خيار المجلس، وليس في مقام التحديد من جهة من له الخيار. فالصغير محل إشكال.

نعم، بمحاجة ما ذكر في الطائفة الأولى يقرب حمل الرواية على كونها في مقام التحديد من جهة من له الخيار»^(٣).

الطائفة الثالثة: المصححة باختصاص الخيار بالمشتري

منها: صحيحه علي بن رئاب قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن رجل اشتري جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو لهما كلاما؟ فقال: الخيار لمن اشتري ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء... الحديث.^(٤)

بتقريب: هذه الصحيحه «صححة باختصاص الخيار بالمشتري، لأن السائل في مقام معرفة من له الخيار بحدوده ولذا تصدى للاستفهام بذكر المحمولات التي تجول

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/١٩٥.

(٢) وسائل الشيعة ١١/١٨، ح.٥.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقمي، الخيارات ١/١٩٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢/١٨، ح.٩.

في ذهنه من كونه للمشتري أو للبائع أو لکلیهما، فسؤاله عن ثبوته للمشتري خاصة أو ثبوته للبائع خاصة أو لکلیهما، فالجواب بثبوته للمشتري صريح في أنه ثابت له خاصة، فالرواية تدل بمنطقها على تحديد من له الخيار بالمشتري بقرينة إرداد السائل البائع بالمشتري بنحو الترديد الظاهر منه إرادته السؤال عن ثبوته لكل واحد منها بخصوصه وإلاًّ لما صح الإرداد بنحو الترديد، فلا حظ تعرف»^(١).

ب: دليل القول الثاني

وهو قول الشريف المرتضى عليه السلام ومن تبعه.

الأول: الاجماع

الاجماع المدعى في كلام علم المهدى.^(٢)

ويرد عليه: أولاً: نعلم بعدم تحقق هذا الاجماع في عصر السيد وبعده.

وثانياً: أنه معارض بالاجماع الوارد في كلام ابن زهرة^(٣) والشهيد^(٤).

وثالثاً: أنه على فرض تتحققه مدركي لا يعنى به.

الثاني: الأصل

بتقرير: الخيار ثابت للمتباعين قبل الانفصال، ويشك في بقائه للبائع بعده فيستصحب بقاء الخيار له.

بيان آخر: أصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس لهم.

ويرد عليه: استصحاب الشخصي لا يجري في المقام لعدم وجود حالة السابقة

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/١٩٦.

(٢) الانتصار / ٤٣٣.

(٣) غنية النزوع / ٢١٩.

(٤) الدروس الشرعية ٣/٢٧٢.

لخيار الحيوان بالنسبة إلى البائع فلا يجري استصحاب الشخصي لعدم اليقين بالحالة السابقة.

وكذا لا يجري استصحاب الكلي لأنّه من القسم الثالث إذ الخيار المتيقن حدوثه هو خيار المجلس وقد زال بالتفرق وأمّا خيار الحيوان للبائع مشكوك الحدوث من الأول فيتردد الخيار بين فردي مقطوع الزوال ومشكوك الحدوث وهذا هو القسم الثالث من استصحاب الكلي الذي لا يجري فيه الاستصحاب.

الثالث: صحيححة محمد بن مسلم

صحيححة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المتباعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا^(١).

هذه الرواية صحيح أعلاه نصّت على ثبوت الخيار للبائع والمشري. ولكنها معارض بما مرّ من الروايات الماضية في أدلة القول الأول وأظهرها صحيححة علي بن رئاب^(٢).

وقد حاول الشيخ الأعظم ترجيح الصحيحية على صحيححة علي بن رئاب وغيرها من الروايات الدالة على القول الأول سندًا ودلالةً:

وأمّا الترجيح السندي فقال: «وقد صرّحوا بترجح روایة مثل محمد بن مسلم وزرارة وأضراها على غيرهم من الثقات؛ مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربع المرجّحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح. ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح. ٩.

(٣) المكاسب ٥/٨٨.

وفيه: المعتبر في حجية الروايات هو خبر الثقة ولا عبرة بالأعلمية والأوثقية وكذا لا فرق بين الروايات الواردة في الكتب الأربع وغيرها من الكتب المعتبرة بعد دخولها في حجية أخبار الآحاد من كون رواتها ثقات فلا يتم الترجيح السندي.

وأما الترجيح الدلالي: فقال قدس: «وأما الصاحح الآخر المكافحة سندًا لصحيحة ابن مسلم، فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطق الصحيحية، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة؛ لأنّ الغالب في المعاملة، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادة الفسخ في طرف المشتري لا طلاعه على خفايا الحيوان، ولا ريب أنّ الأظهريّة في الدلالة مقدمة في باب الترجيح على الأكثريّة»^(١).

وفيه: قد عرفت في أدلة القول الأول أن عمدها وأظهرها هي صحيحة علي بن رئاب^(٢) الماضية وهي بالمنطق تدل على اختصاص الخيار بالمشتري لا بالمفهوم الذي ادعاه الشيخ الأعظم هذا أوّلاً.

وثانياً: حجية المفاهيم من باب الظهور ولا فرق في حجية الظاهرات بين المنطق والمفهوم.

المختار بين الصحيحتين

حيث لم يكن بين صحيحتي محمد بن مسلم وعلي بن رئاب ترجيحاً ولا جماً دلاليًّا فيقع التعارض بينهما وبعد التعارض تساقطاً ويرجع إلى عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(٣) بالنسبة إلى البائع ويحكم بعدم ثبوت الخيار له، فلا يتم هذا القول ولذا قال الشيخ الأعظم بالنسبة إلى القول الثاني: «فلا ريب في ضعف هذا القول»^(٤).

(١) المكساب ٨٨/٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) المكساب ٨٩/٥.

ج: دليل القول الثالث

عمدته روایتان:

الأولى: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه:

البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.^(١)

الثانية: صحيحه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال

رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: البيungan بالخيار حتى يتفرقوا وصاحب الحيوان ثلاثة أيام، الحديث.^(٢)

بتقریب: في الصحيحتين موضوع خيار الحيوان هو صاحب الحيوان والمالك

الفعلى له لأن المشتق ظاهر في المتلبس بالمبأفعلاً، والمالك الفعلى قد يكون مشترياً وقد يكون بائعاً.

ولكن قد يتوهم بوجود مانع عن التمسك بظهور الصحيحتين.

الأول: الروايات الواردة في مستند القول الأول، الظاهرة في اختصاص خيار

الحيوان بالمشتري وأظهرها صحيحه علي بن رئاب^(٣) الماضية.

ويرد عليه: هذه الروايات غير صالحة للهانعية لأنها ظاهرة في الاختصاص

بالمشتري في ما إذا كان الحيوان مبيعاً ومثمناً لا ما إذا وقع ثمناً فلا يمكن تقييد المطلقات بها.

الثاني: موثقة الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى

الرضي عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام.^(٤)

بتقریب: أخذ في هذه الموثقة «قید المشتري»، ووصف به صاحب الحيوان، أي

(١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) الكافي ١٠/٧٢، ح ٤ (١٧٠/٥)؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٢.

مالكه، فلم يكن المفهوم في المقام مفهوم لقب، ومقتضى الأصل في القيود الاحترازية، ومقتضى الظهور في التحديد هو سقوط إطلاق «صاحب الحيوان» في الروايتين السابقتين؛ إذ إما أن يجعل هذه الرواية مقيدة لها أو مفسّرة، وعلى التقديرين يمتنع الإطلاق^(١).

ويرد عليه: ورد في صحيح البخاري حديث محمد بن مسلم وزرارة كلمة «صاحب الحيوان» وفي الموثقة: «صاحب الحيوان المشتري» وهما مثبتان فلم يقع التنافي بينهما، لأنّهما من قبيل: «أكرم العالم» و«أكرم العالم العادل»، فيتم الإطلاق بلا مانع ويكون دليلاً للقول الثالث ويثبت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان مطلقاً بائعاً كان أو مشترياً.

د: دليل القول الرابع

وهو ثبوت الخيار للبائع والمشتري في بيع الحيوان بالحيوان، يظهر مما ذكرنا في دليل القول الثالث من ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان فإذا انتقل إلى كليهما فهما بالخيار ثلاثة أيام والله هو العالم.

مسألة: مدة خيار الأمة

قال سيد المفتاح: «يستوي في مدة الخيار الأمة وغيرها كما في السرائر^(٢) والدروس^(٣) والمسالك^(٤) والكافية^(٥) وقد نسبه في الرياض^(٦) إلى الأكثر، ولعله أراد

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ١٧٩/٢.

(٢) السرائر ٢٧٩/٢.

(٣) الدروس الشرعية ٢٧٢/٣.

(٤) مسالك الأفهام ١٩٩/٣.

(٥) كفاية الأحكام ٤٦٣/١.

(٦) رياض المسائل ١٨٥/٨.

ظاهرونهم، وعن السرائر^(١) الإجماع عليه. وهو ظاهر إجماع الخلاف^(٢) والانتصار^(٣) وغيرهما^(٤). وقد سمعت^(٥) عبارة آنفًا برمّتها.

وأخبار المسألة المتقدّمة دالة على ذلك كقوله عليه السلام في صحيحه الحلبي: «الخيار في الحيوان كله»^(٦) وفي صحيحه ابن رئاب «الشروط في الحيوانات»^(٧). وأظهر من ذلك كله صحيحه قرب الإسناد^(٨) الوارده في الجارية بخصوصها، وقد حكم عليه فيها بأنَّ الخيار فيها ثلاثة أيام للمشتري وأنَّه إذا مضت الثلاثة فقد وجب الشراء. وقول الصادق عليه السلام في صحيحه عبد الله بن سنان: «عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص ونحو هذه... الحديث»^(٩).

وخالف أبوالمكارم فقال في الغنية^(١٠): «الخيار في الأمة مدة استبرائها بدليل الإجماع المتكرر». وحكي^(١١) الخلاف المذكور عن أبي الصلاح. وهو ظاهر المقنعة والنهائية والمراسم وكذا الوسيلة. قال في المقنعة: لو اتبع إنسان جارية وعزّلها عند ثقة على استبرائها كانت النفقـة عليها من مال البائع في مدة الاستبراء، فإن هلكت فيها

(١) حكى إجماع السرائر السيد الطباطبائي في مصابيح الأحكام / ٢٤٧ ، س ٣ (مخطوط في مكتبة مؤسسة النشر الإسلامي، برقم ١٤).

(٢) الخلاف ١٢/٣ .

(٣) الانتصار / ٤٣٣ ، مسألة ٢٤٥ .

(٤) كنزكرة الفقهاء / ١١ (٣٤-٣٥) .

(٥) الخلاف ١٢/٣ ، وقد تقدّم نقل عبارته في مفتاح الكرامة ١٤/١٧٩ .

(٦) وسائل الشيعة ١٨/١٠ ، ح ١ .

(٧) وسائل الشيعة ١٨/١٣ ، ح ١ .

(٨) وسائل الشيعة ١٨/١٢ ، ح ٩ .

(٩) وسائل الشيعة ١٨/١٢ ، ح ٧ .

(١٠) غنية التزوع / ٢١٩ .

(١١) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة ٥/٧٠ .

فمن ماله دون مال المبائع^(١). ومثلها من دون تفاوت أصلًا عبارة النهاية^(٢) والمراسيم^(٣) إلا فيما سترفه. نعم في الوسيلة^(٤) وجامع الشرائع^(٥) الاقتصار على أن النفقة تلك المدّة على البائع، وهو ظاهر أو مؤذن بثبوت الخيار في تلك المدّة، وإن لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضاء مدّة الاستبراء، سواء قلنا بالملك من حين العقد أو بانقضاء مدّة الخيار، فليتأمل.

وظاهر المقنعة والنهاية أنه قبضها وأودعها، لأنّه صرّح فيها بأنه عزّ لها كما سمعت. وأمّا المراسيم فلم يصرّح فيها بالعزل لكن ظاهرها أنها عند المشتري، فحمل كلامهم على عدم القبض بعيد.

وهذا القول ليس بتلك المكانة من الضعف كما توهّم^(٦)، كيف وقد ذهب أعظم الأصحاب إليه وحكي الإجماع عليه، مع إمكان الجمع بالتخصيص إن حصل التكافؤ، وقد يحصل لقوم دون آخرين، والغرض أنه ليس بتلك المكانة من الضعف، وحكي الإجماع عليه، فليلحظ ما حققناه^(٧) فيما باع الأمة قبل استبرائتها^(٨).

أقول: مقتضى القاعدة دليلاً وأصلًا اتحاد الأمة مع غيرها في مدّة خيار الحيوان فيرتفع بانقضاء ثلاثة أيام، لعدم الدليل على أنّ مدّة خيار الأمة مدّة استبرائتها وهذا القول مخالف للأصل اللغطي والعملي والنصوص الخاصة:

(١) المقنعة / ٥٩٣-٥٩٢.

(٢) النهاية / ٤٠٩.

(٣) المراسيم / ١٧٣.

(٤) الوسيلة / ٢٤٨.

(٥) الجامع للشرع / ٢٦٢.

(٦) كما في الرياض / ٨ / ١٨٥.

(٧) تقدم في مفتاح الكرامة / ١٣ / ٤١٩-٤٠٤.

(٨) مفتاح الكرامة / ١٤ / ١٨٦-١٨٤.

«أما مخالفته للأصل اللغظي؛ فلأن الحكم بالخيار في العقود على خلاف الأصل؛ فإن مقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١) نفي الخيار مطلقاً، وخرج ما خرج بالدليل الخاص، فيبقى ما زاد على ثلاثة الأيام داخلاً تحت عموم العام. ويمكن ضمّ أصل لغظي آخر، وهو قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجبا البيع»^(٢) بناء على ما استفاده الشيخ قيس من أن مقتضاها نفي الخيار مطلقاً، لا خصوص خيار المجلس.

وأما مخالفته للأصل العملي؛ فلأن الملك يتحقق بمجرد العقد، لا بعد انقضاء الخيار، كما هو التحقيق، فيكون الحكم بالخيار على خلاف استصحاب بقاء الملك. وأما النصوص الخاصة فمثل صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لها كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشتري ثلاثة أيام، نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء... الحديث.^(٣)

وأما ما استدل به عليه من دعوى الإجماع فقد تقدم نقل مخالفة الأكثر له. وأما ما ذكر من أن تلف المبيع في زمان الخيار من لا خيار له، والبائع يضمن المبيع في مدة الاستبراء، ومتى ما كان الضمان على أحد لم يكن له خيار، وكان الخيار للطرف الآخر.

فيرد عليه أنه لا دليل على أن المبيع مضمون على البائع في هذه المدة، وعلى فرض ثبوته فلا دليل على أنه إذا كان أحدهما ضامناً فلآخر الخيار»^(٤) والله سبحانه

. (١) سورة المائدة / ١.

(٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٢/١٨، ح ٩، الباب ٣ من أبواب الخيار.

. (٤) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/١٩٤.

هو العالم.

مسألة: مبدأ خيار الحيوان

مبدأ خيار الحيوان هل يكون من حين العقد أو من حين التفرق؟

تمهيد

هذه المسألة «يتني على فرض شمول أدلة خيار المجلس لبيع الحيوان، وإنما من يرى أن دليل خيار المجلس لا يشمل بيع الحيوان فلا يكون خيار المجلس ثابتاً في بيع الحيوان لا مجال لهذا البحث، ولأجل ذلك يحسن أن نتعرض لهذا المطلب قبل الشروع في المسألة.

فنقول: استظهر السيد الطباطبائي^(١) أن خيار المجلس يختص بغير مورد خيار الحيوان وأن البيع على قسمين: قسم يثبت فيه خيار المجلس والآخر يثبت فيه خيار الحيوان.

ويستدل على ذلك بجملة من النصوص، أظهرها [صحيحة] محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيها سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، فقد خصّ خيار المجلس بغير مورد الحيوان.

ويمكن أن يناقش في ذلك بوجهين:

الأول: أنه إنما يتم لو كانت الرواية بصدق تشرع الخيارات.

ولكن ظاهرها أنها في مقام تحديد منتهى الخيارات - المفروض تشرعها - وبيان الفرق بينهما من حيث المتهى، فليس في مقام تشرعها كي يؤخذ بظهورها في تحديد موردهما. إذن فلا دلالة لها على تعين خصوصيات مورد الخيارات المفروض تشرعها سابقاً. ولو تنزلنا عن دعوى ظهورها في ذلك، فلا أقل من احتماله بنحو يمنع من استظهار خلافه.

(١) حاشية المكاسب ٤٣٦/٢.

الثاني: أنه لو سلم أنها في مقام التشريع وأنها تجعل حكم الخيار في مورد خاص، فلا مفهوم لها بنحو يمنع من ثبوت الخيار إلى غير هذا المورد الخاص. فإذا كان هناك دليل يدل على ثبوت الخيار في مطلق الموارد لم يتناف مع هذا النص.

وعليه، فالمحکم هو العمومات الدالة على ثبوت خيار المجلس في كل بيع،

كقوله عليه: البیان بالخیار مالم یفترقا ^(١) وغيره ^(٢).

ولذا قال المحقق الأصفهاني قدس: «وليعلم أنّ المقابلة الواقعـة بين الخيارين من حيث أـمدـهـما وـمـنـتـهـاهـما لاـ فيـ نـفـسـهـما؛ ليـتوـهـمـ أنـ خـيـارـ الـجـلـسـ لاـ يـثـبـتـ فـيـماـ ثـبـتـ فـيـهـ خـيـارـ الـحـيـوـانـ؛ كـمـاـ هـوـ المـتـرـائـىـ فـيـ بـادـئـ النـظـرـ مـنـ قـوـلـهـ عليه وـفـيـماـ سـوـىـ ذـلـكـ مـنـ بـيعـ يـفـتـرـقـاـ ^(٣) ^(٤)».

الأقوال

علق السيد العاملی على قول العـلـامـةـ: «الثـانـيـ خـيـارـ الـحـيـوـانـ وـيـمـتدـ إـلـىـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ منـ حـيـنـ العـقـدـ عـلـىـ رـأـيـ» ^(٥). بـقولـهـ: «مشـهـورـ كـمـاـ فـيـ مـجـمـعـ الـبرـهـانـ» ^(٦) وـهـوـ خـيـرةـ الشـرـائـعـ عـلـىـ مـاـ حـكـيـ عـنـهـ فـيـ غـایـةـ الـمـرـادـ» ^(٧) وـالـتـذـكـرـةـ» ^(٨) وـالـإـرـشـادـ» ^(٩) وـالـإـيـضـاحـ» ^(١٠)

(١) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٣، صحيحـةـ فـضـيلـ.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/١٩٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٣.

(٤) حاشية المکاسب ٤/١٥٥.

(٥) القواعد ٢/٦٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٣٩٦.

(٧) غایة المراد ٢/٩٨.

(٨) تذكرة الفقهاء ١١/٣٤.

(٩) إرشاد الأذهان ١/٣٧٤.

(١٠) إيضاح الفوائد ١/٤٨٣.

واللمعة^(١) والتنقح^(٢) وتعليق الإرشاد^(٣) وجامع المقاصد^(٤) والمسالك^(٥) والروضة^(٦) ومجمع البرهان^(٧) والكتفافية^(٨) والرياض^(٩) والحدائق^(١٠) وغاية المراد^(١١) في ظاهرها أو صريحتها. وسيصرّح به [العلامة]^(١٢) في باب الشرط. وهو ظاهر الباقين، لتبادر الاتصال بالعقد من النصوص وتعيين إرادته من بعضها التي لم يذكر فيها إلّا خيار الحيوان ولم يتعرّض فيها لخيار المجلس، ولأنّ الأصل اللزوم وعدم الخيار، ومعلوم كونه ثلاثة من زمن العقد وكونه بعده غير معلوم، فلا يصار إليه إلّا بدليل. وظاهر الدروس التوقف^(١٣).

وفي الغنية^(١٤) أطلق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان. ونصّ على ذلك الشيخ^(١٥) وابن إدريس^(١٦) في خيار الشرط، ويلزمهما

(١) اللمة الدمشقية / ١٢٧ .

(٢) التنقح الرائع / ٤٥ .

(٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٩٠ / ٩ .

(٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٩١ .

(٥) مسالك الأفهام ٣ / ٢١٨ .

(٦) الروضة البهية ٣ / ٤٥٠ .

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٣٩٦ .

(٨) كفاية الأحكام ١ / ٤٦٣ .

(٩) رياض المسائل ٨ / ١٨١ .

(١٠) الحدائق الناضرة ١٩ / ٢٧ .

(١١) غاية المراد ٢ / ٩٨ .

(١٢) قواعد الأحكام ٢ / ٦٦ ، قال: «أول وقته عند الاطلاق من حين العقد...».

(١٣) الدروس الشرعية ٣ / ٢٧٢ .

(١٤) غنية التزوع ٢١٩ / .

(١٥) المبسوط ٢ / ٨٥ .

(١٦) إنّ ابن إدريس وإن صرّح في خيار الشرط بأنّ ابتداء خيارة من حين التفرق إلّا أنه صرّح أيضاً

به في غيره، لعموم ما علّلا به»^(١).

دليل قول المشهور

ذهب المشهور - كما عرفت - إلى أنَّ خيار الحيوان من حين العقد واستدل له الشيخ الأعظم^(٢) بصحيحة محمد بن مسلم: عن أبي عبدالله عليهما السلام قال: المتباعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيها سوى ذلك من بيع حتى يفترقا^(٣).

بتقرير: إنَّ الصححية في مقام بيان الفارق بين خياري الحيوان والمجلس وأنَّ الفرق بينهما من حيث المتهى دون المبدأ فحينئذ هما يشتراكان في المبدأ وهو حين العقد لما مرَّ من أن مبدأ خيار المجلس من حين العقد.

استدلال المحقق الاصفهاني للمشهور

قال الاصفهاني نقش^(٤): «الظاهر أنَّ وجه استظهاره اقتران خيار الحيوان بختار المجلس، وأنَّ المبدأ فيها واحد وإنْ تعدد المتهى فيها، والأولى الاستدلال بالجهة الجامعية فيها؛ وهي أنَّ موضوع الخيار - الذي بفعليته يكون الخيار فعلياً - عنوان المشتري في خيار الحيوان وعنوان البيع في خيار المجلس، فعند تحقق العنوان لابد من أن يكون حق الخيار ثابتاً وإلا لم يكن ما فرض موضوعاً في ظاهر الكلام موضوعاً، بل هو بضميمة شيء آخر»^(٤).

في خيار الحيوان بأنَّ ابتداءه من حين العقد، قال: فأمّا الحيوان فإنه يثبت فيه الخيار ثلاثة بمجرد العقد، انتهى. فلا يمكن القول بأنه يعممه إلى غير خيار الشرط أيضاً وإن كان التعليل في كلامه الذي أشار إليه الشارح عاماً، فراجع السرائر ٢٤٣/٢ و ٢٤٧.

(١) مفتاح الكرامة ١٤/١٦٩ و ١٧٠.

(٢) المكاسب ٥/٩٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ٣.

(٤) حاشية المكاسب ٤/١٥٥، تعليقة ٨٨.

وقد أورد عليه: «بوجود الفرق بين خيار الحيوان و الخيار المجلس، لأن الأخبار الواردة في أحكام خيار الحيوان ليست في مقام تشريع هذا الخيار، بل تشريعه أمر معلوم لدى السائل ومفروغ عنه وإنما النظر إلى بيان خصوصياته. وعليه، فلا يمكن أن يتمسك بالأخبار في إثبات أن موضوع الحكم هو المشتري بعنوانه، إذ ليس المقام مقام تشريع الخيار لموضوعه، فقد يكون موضوعه المشتري بخصوصية تنضم إليه لا تتحقق من حين العقد»^(١).

دليل قول ابن زهرة

قد عرفت أنَّ ابن زهرة في الغنية ذهب إلى أن مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق وقد يستدَّلُ له بوجوه:

«الأول: [أن الخيار يدخل إذا ثبت العقد]

ما ورد في المبسوط^(٢) - ونحوه المحكي عن السرائر^(٣) - من أن الخيار يدخل إذا ثبت العقد والعقد لم يثبت قبل التفرق.

وذكر الشيخ قيده أن «هذه الدعوى لم نعرفها»^(٤). وأوضح المحقق الاصفهاني^(٥) حلل إشكال الشيخ قيده بأن المراد من ثبوت العقد إن كان ما يساوقي وجود العقد فالعقد موجود، وإن كان ما يساوقي لزوم العقد فإن أريد به اللزوم الفعلي فيستحيل اجتماع اللزوم الفعلي والخيار الفعلي، كما هو واضح جداً. وإن أريد به اللزوم الاقتضائي، بمعنى أن يكون العقد مقتضياً للزوم ومشمولاً لعموم: ﴿أَوْفُوا

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٠١.

(٢) المبسوط ٢/٨٥.

(٣) السرائر ٢/٢٤٧.

(٤) المكاسب ٥/٩٣.

(٥) حاشية المكاسب ٤/١٥٦، تعليقة ٩٠.

بِالْعُقُودِ^(١) في نفسه لو لا دليل الخيار، فهو ثابت ومتتحقق فيما نحن فيه لأن العقد مقتض للزوم فيما نحن فيه. نعم هناك مانع من تأثيره في اللزوم الفعلي وهو دليل خيار المجلس ودليل خيار الحيوان ونسبتها إلى عمومات اللزوم على حد سواء. وليس خيار المجلس في رتبة سابقة على خيار الحيوان كي يكون العقد مع قطع النظر عن دليل خيار الحيوان وفي رتبة سابقة عليه غير مشمول لعمومات اللزوم.

هذا ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمه الله - بتوضيح ملخصاً . ويمكن أن يفرض شق آخر في كلام المسوط وهو أن يراد أن الخيار إنما يثبت في مورد لا يكون الشخص فيه مسلطًا على حل العقد لولا الخيار، لأنه لغو، إذ الخيار هو السلطة على الفسخ وهو إنما يجعل في مورد يكون العقد مبرماً في نفسه لا متزللاً.

يبقى إشكال أن هذا البيان يرد في خيار المجلس لأن نسبة الخيارين إلى العقد على حد سواء، فما هو الوجه في عدم فرض الإشكال فيه؟

وتجوابه: أن ثبوت خيار المجلس من حين العقد من ضروريات الفقه [الشيعي] وما لا إشكال فيه فقاھيًّا . وعليه، فالعقد متزلل في نفسه وإن لم يكن في رتبة سابقة على خيار الحيوان، فلا مجال لخيار الحيوان معه للغويته، فيثبت من حين التفرق دفعاً للغوية.

فتقديم خيار المجلس بعد دوران الأمر بين رفع اليد عن أحدهما المتهي إلى التعارض بين دليلهما المقتضي للتساقط ورفع اليد عنهم معاً إنما هو للضرورة الفقهية لا بحسب القواعد الأصولية.

والجواب عن محذور اللغوية سهل إثبات إن شاء الله تعالى فانتظر.

(١) سورة المائدة / ١ .

الثاني: [الاستصحاب]

[أ] استصحاب عدم ارتفاع خيار الحيوان بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد وبقائه إلى انتهاء ثلاثة من حين التفرق، بل [ب] استصحاب عدم حدوثه قبل التفرق وانقضاء المجلس.

وأورد الشيخ^(١) على وجهي الاستصحاب بأنه لا مجال للأصل مع الدليل وظاهر الدليل هو كون ابتداء الخيار من حين العقد. وأورد على الثاني [ب] منها بأنه مثبت لأنه لا يكفل إثبات كون مبدأ الخيار هو زمان التفرق وكون نهايته بعد ثلاثة أيام من حين التفرق إلا بالملازمة العقلية.

وقد يشكل عليه^(٢) بأن كلا من الأصلين مثبت من جهة وتمام من جهة أخرى، إذ لدينا أثran لكون مبدأ الخيار حين التفرق:

أحدهما: عدم [الخيار] بين حدوث العقد وزمان التفرق.

والآخر: امتداد الخيار إلى ثلاثة أيام بعد التفرق. والأثر الأول إنما يكفل إثباته هو الأصل بالتقرير الثاني دون الأول، والأثر الآخر يكفل إثباته الأصل بالتقرير الأول دون الثاني [ولو ذهبت في إثباتها إلى العكس فكان مثبتاً كما عليه الشيخ الأعظم]، فنحن بحاجة إلى إجراء كلا الأصلين لترتيب كلا الأثرين. فالعمدة في رد الأصل هو الوجه الأول.

الثالث: [إن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع]

ما دلّ على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع لأنّ «التلف في زمن الخيار

(١) المكاسب ٩٣/٥.

(٢) حاشية المكاسب ٤٣٩/٢ للسيد اليزدي.

المختص بأحد المتابعين يكون على عهدة من لا خيار له»^(١)] من أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، [لأنّ التلف في مدة الخيار المشترك بين المتابعين يكون من مال مالكه الفعلي لا على مَنْ انتقل عنه] فلو كان مبدأ خيار الحيوان حين العقد لزم انتقاض الحكم الأول لو تلف الحيوان قبل التفرق لأنّه تلف في الخيار المشترك - وهو خيار المجلس - فيكون من المشتري. فلابدّ أن يكون الخيار مبدؤه من حين التفرق حتّى لا يتৎقض الحکم المزبور.

وردد الشیخ^(٢) بأن دلیل کون التلف في الثلاثة من البائع محمول على ما هو الغالب من کون التلف بعد التفرق لعدم امتداد مجلس البيع غالباً فيكون التلف في وقت خيار المشتري خاصة فيكون من مال البائع»^(٣).

الرابع: الوجه العقلي

هذا الوجه العقلي هو عمدة دلیلهم «وقد اختلفوا في تقريره على وجوه أربعة:
 [أ] ببعضهم جعل محذور ثبوت خيار الحيوان في المجلس أمرین أحدهما اجتماع المثلین، والآخر اجتماع سبین علی مسبیب واحد، كما في جملة من الكتب.^(٤)
 [ب] وبعضهم اقتصر على محذور اجتماع المثلین، كما جعله العلامہ وجهاً لکلام شیخ الطائفة قدس سرہما في المختلف، ونقله عن بعض الشافعیة في التذكرة^(٥).
 [ج] وبعضهم اقتصر على المحذور الثاني المتقدّم آنفاً، وهو استحالة توارد علّتین

(١) المکاسب / ٦ / ١٧٥.

(٢) المکاسب / ٥ / ٩٣.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات / ١ / ٢٠٤-٢٠١.

(٤) مفتاح الكرامة / ١٤؛ شرح الخيارات / ٥٧-٥٦؛ الأنوار الغروية في شرح اللمعة الدمشقية / ٣٤٢ (مخطوط).

(٥) مختلف الشیعة / ٥ / ٦٨؛ تذكرة الفقهاء / ١١ / ٤٧.

على معلول واحد، كما في [المكاسب]^(١).

[د] وبعضهم قرره بأنّ ما يلزم من اجتماع الخيارين في المجلس هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ، لا أنّ المترتب عليه محذور واحد كما صار إليه الآخرون، وهذا صريح صاحب المقابس^٢، حيث قال في تقرير دليل القول بأنّ مبدأ هذا الخيار بعد التفرق ما لفظه: «وبأنه لواه - أي لولا تأخر خيار الحيوان عن المجلس - فإمّا أن يكون الثابت قبل التفرق خيارين أو واحداً. فإن كان الأول لزم اجتماع المثلين. وإن كان الثاني لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد»^(٣)....

وكيف كان، فلا بأس بتوضيح ما أفاده المحقق الشوشتري^٤ وإن لم يشر [الشيخ الأعظم]^(٥) هنا إلى محذور اجتماع المثلين، لكنه سيشير إليه في ما سينقله عن العلّامة^٦ بعد أسطر^(٧)، فنقول: إنّ مجلس بيع الحيوان [١] إمّا أن يكون ظرفاً ل الخيارين مستقلّين - وهما خيار المجلس والحيوان - باعتبار كون مبدئهما نفس العقد، ومن آثار تعدد المجعلول جواز إسقاط أحدهما وإبقاء الآخر.

[٢] وإنّما أن يكون ظرفاً ل الخيار واحد، بحيث لو أُسقط لزم العقد. وكلا الشقين

محال.

أمّا الأول، فلأنّ لازمه اجتماع المثلين المستحيل، وذلك لأنّ للختار حقيقة واحدة وهي «ملك فسخ العقد» سواءً أكان منشئه المجلس أو العيب أو الغبن أو مبيعية الحيوان، ومن المعلوم أنّ للعقد الواحد حالاً واحداً وإبراماً كذلك، ولا يتحمل سلطتين مستقلّتين على الفسخ، ولو صحّ اجتماع الخيارين المستقلّين في المجلس لزم

(١) المكاسب ٩٣/٥.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ١٨٣.

(٣) المكاسب ٩٣/٥.

(٤) المكاسب ٩٣/٥.

اجتماع سلطنتين متماثلتين على حل العقد وإبرامه، ولا ريب في امتناع اجتماع المثلين في موضوع واحد، وهو بيع الحيوان مادامما في المجلس.

وأمّا على الثاني - وهو جعل حقّ واحد اجتماع عليه المجلس والحيوان - فلأنّ لازمه توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد، فأحد السببين الحضور في المجلس، والآخر مبيعية الحيوان، ومن المعلوم أنّ المسبّب الواحد أثُر لسبّ واحد لالسبعين. ولا مناص من هذين المحذورين إلّا الالتزام بأنّ المجلس ظرف لخصوص خياره، والتفرّق ظرف خيار الحيوان، ويثبت مبنيًّا [ابن زهرة][١] من بدء خيار الحيوان بانقضاض المجلس [والتفرق]»^(١).

يرد عليه: «إنَّ الخيارات إمّا أن تكون حقائق مختلفة وماهيات اعتبارية متفاوتة، وأنَّ إطلاق «الخيار» على كلِّ منها يكون في مقام التسمية، وإلّا فالسلطنة على فسخ العقد وإقراره الناشئة من الاجتماع في المجلس أجنبية عن السلطنة الحاصلة في بيع الحيوان، وكذا «ملك فسخ العقد» في مورد الغبن مغایر لملكه في سائر الخيارات وهكذا.

وإمّا أن تكون حقيقةً واحدةً بالذات وإن تعددت أسبابها ومتناشتُها، فما هيَ الخيار هي الاستيلاء على حل العقد وإمضائه، سواءً كان منشأ هذا الحق المجعل هو الاجتماع في محل العقد أو وجود عيبٍ في أحد العوضين أو اشتراط أمرٍ في العقد أو غير ذلك من موجبات التزلزل.

ومحذور اجتماع السببين متدفع على التقديرتين.

أمّا على تقدير اختلاف أنحاء سلطنة فسخ العقد، فعدم توارد سببين على مسبّبٍ واحد واضح، لفرض اقتضاء كلِّ سببٍ مسبباً مستقلاً يغاير المسببات الأخرى ذاتاً

(١) هدى الطالب /١٠-٨٢.

وماهيّةً. فالأسباب المتعدّدة يترتب عليها مسبيات كذلك، فلا مانع من اجتماع خياري المجلس والحيوان ماداما في المجلس، فهناك سلطنة على حل العقد ناشئة من الحضور في مكان البيع، وهناك سلطنة أخرى مستندة إلى كون المبيع حيواناً، وربما تحصل سلطنة ثالثة من جهة الغبن أو الشرط أو تعذر التسليم أو سائر موجبات الخيار.

والحاصل: أن العلل المختلفة تواردت على معاليل متعدّدة، لا على معلولٍ فاردٍ حتى يجيء محدود اجتماع الأسباب وتدخلها.

[وبهذا البيان يندفع «اجتماع المثلين» أيضاً لأنَّ الخيارات حقائق مختلفة وماهيات اعتبارية متفاوتة فهما غير متماثلين].

وأمّا على تقدير كون الخيارات متّحدةً بحسب الماهيّة والذات، وتلك الحقيقة الفاردة هي «ملك فسخ العقد وإقراره» فكذا لا يلزم محدود اجتماع علتين على معلول واحد، لأنَّ الخيارات المجمولة شرعاً - تأسيساً أو إمساءً - المضافة إلى أسبابها مثل الاجتماع في المجلس والغبن والشرط ومبيعة الحيوان، لمّا كانت أسبابها شرعية لزم تنقیح المبني في مسألة أخرى وهي «أنَّ الأسباب الشرعية معرفات أو مؤثّرات».

والمراد بالمعرفة: أنَّ الأمور التي علق عليها أحكام في ظواهر الأدلة الشرعية ليست هي عللاً لها، وإنما هي معرفات وعلامات لما هو سبب واحد في الواقع، فإذا ورد «إذا خفي الأذان فقصر، وإذا خفي الجدران فقصر» كان خفاء كلٍّ منها علامه على ما هو المؤثر في وجوب القصر، وذلك الموضوع هو الابتعاد عن الوطن حدّاً معيناً من المسافة، وأنه لا خصوصية في خفاء الأذان ولا في خفاء الجدران حتّى يقال بأنَّ منطوق كلٍّ واحدٍ من الشرطيّتين يعارض إطلاق المفهوم من الأخرى.

وهكذا الحال في اجتماع نواقص الطهارات، فإنَّ المعيّن وضوءُ واحد أو غسل كذلك، إذ ليست موجبات الوضوء والغسل أسباباً وعللاً كعلية النار للحرق كي يستقلّ كلٌّ علة في التأثير في معلولٍ، ولا يشاركه في التأثير علة أخرى.

والمراد بالمؤثّرية: علّية كلّ واحدٍ ممّا أخذ في الدليل موضوعاً لحكمٍ، ففي مثل إناطة وجوب القصر بخفاء الأذان يكون الوجوب مسبباً عن هذا الخفاء بخصوصه، وكذا الحال في خفاء الجدران، وهكذا سائر القضايا الحتمية أو الشرطية التي رتب الشارع فيها حكمًا على موضوع.

فإن قلنا بمعرفة الأسباب الشرعية، قلنا: إن المجعل هو الخيار الذي حقيقته «ملك فسخ العقد» ويكون المجلس ومبيعة الحيوان أمارتين كاشفتين عن هذه السلطة، نظير معرفة الحد التام والناقص والرسم لاهية الإنسان، لصحة الحكاية عنه بقولنا «حيوان ناطق»، «ضاحك» و«ماشٍ مستقيم القامة». فالكواشف متعددة، والمنكشف بها واحد. وعليه، فلا يلزم اجتماع المثلين أو الأمثال، ولا تدخل أسباب متعددة على مسبب واحد.

وإن قلنا بمؤثّريها، فكذا لا يلزم محذور اجتماع علّي على معلول واحد، لأن المؤثر الشرعي لا يزيد على السبب التكويني، فكما أنّ تسبّب المعلول عن علة واحدة يتوقف على انحصار العلة وعدم انضمام غيرها إليها كالإحراق المسبب عن النار، وأنه له تعدد السبب ينقلب السبب التام إلى جزء المؤثر، كما لو تأثرت سخونة الماء من النار ومن حرارة الشمس، فكذا استقلال المجلس في وجود الخيار - الواحد بحسب ذاته وحقيقة - منوط بعدم انضمام مبيعة الحيوان والغبن والشرط إليه، فلو انضمّ أحدهما إليه صار كلّ منها جزء سبب الخيار، فأين توارد علّي متعددة على معلول واحد؟ حتى يتفضّي منه بجعل مبدأ خيار الحيوان التفرّق ليتسبّب خيار المجلس بخصوصه عن الاجتماع على العقد ولا يشاركه خيار آخر^(١). وبهذين البيانين أيضاً يندفع أشكال «اجتماع المثلين» أيضاً.

(١) هدى الطالب / ١٠ (٨٨-٩٠).

ولكن العمدة في ردها: أنّ الأحكام الشرعية ومنها الخيارات من الأمور الاعتبارية لا الأمور التكوينية واستحالة اجتماع المثلين واستحالة اجتماع سببين على مسبب واحد كلاهما في الأمور التكوينية لا الاعتبارية.

والأمور الاعتبارية يصححها الأثر المترتب عليها وتعددها يخرجها عن اللغوية.

وبالجملة: «لا مانع من جعل خيارين لعقد واحد؛ وذلك لأن الخيار هي السلطنة على حل العقد وإمضائه، ولا مانع من جعل سلطنتين على حل عقد واحد، ويشهد له الخيارات الإ مضائية المتعددة في عقد واحد، كخيار العيب والغبن والشرط في عقد واحد، وأثره تمكّن ذي الخيار من أن يحل العقد بأي السلطنتين اللتين له، فقد لا يريد أن يستفيد من خيار الغبن فيستفيد من خيار الشرط.

وأما مقام الإثبات فالروايات الواردة في الباب على طائف ثلات:

الطاقة الأولى: ما يستفاد منها ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان، كصحيحة الحلبى، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أيّها رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا...»^(١)؛ فإن مقتضى الإطلاق أنه متى صدق عنوان البيع ثبت خيار المجلس، سواء أكان المبيع حيواناً أم غيره.

الطاقة الثانية: ما يظهر منها افتراق موردي الخيارين، كما يظهر من التقابل بين خياري المجلس والحيوان في مثل صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: «البيعان بالخيار حتّى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام...»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ٥/١٨، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

الطائفة الثالثة: ما صرّحت بأن المجعل في بيع الحيوان هو خيار الحيوان خاصة، وهي صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟
فقال: الخيار لمن اشتري ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...»^(١).

فالسائل سأله عن من له الخيار، ومع أنه فصل في السؤال، هل هو المشتري، أو البائع، أو هما؟ إلّا أن الإمام عليهما السلام أجاب بنحو صريح بانحصر الخيار في المشتري، مما يدل على نفي الخيار عن غيره.
إن قيل: بأن هذه الرواية إنما تنفي خصوص خيار الحيوان عن غير المشتري، فلا تنافي ما دلّ على ثبوت خيار المجلس للبياعين.

قلنا: بأن السائل سأله عن أصل ثبوت الخيار، وذلك مقتضى قوله: «لمن الخيار»، فعندما يحصر الإمام عليهما السلام في هذا المقام ثبوت الخيار بالمشتري فهو ظاهر في أن الخيار في بيع الحيوان ينحصر في واحد، وهو المشتري، كما في هذه الرواية، أو «صاحب الحيوان»، كما في رواية أخرى^(٢)، وعلى كل فلا خيار لغير من له الحيوان، وإلا لقال عليهما السلام: بأن الخيار لهما إلى أن يفترقا، وإذا افترقا فالخيار للمشتري ثلاثة أيام، ولما لم يقل ذلك علمنا انحصر الخيار في بيع الحيوان في خصوص المشتري، وبذلك يتقييد إطلاق رواية «البياعان بالخيار»^(٣).

ويمكن أن يقال: إن الرواية ظاهرة سؤالاً وجواباً عمّن له الخيار من جهة خصوص الحيوان من ناحيته، فكما لا تنفي خيار الغبن لبائع الحيوان ومشتريه، ولا

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٦، صحيحه زرار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ٢، صحيحه زرار.

تنفي خيار العيب في الثمن للبائع كذلك لا تنفي خيار المجلس لهم، ولا أقل من إجمال السؤال، فتكون من صغريات إجمال المخصص المنفصل المردد بين الأقل والأكثر، فلا مقيد لإطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أيّما رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع^(١).
 [والحاصل] أن خيار المجلس يجتمع مع خيار الحيوان إثباتاً كما يجتمع معه ثبوتاً^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/٢٢٢-٢٢٥.

تتمة: المراد بزمان العقد

«هل المراد بزمان العقد، زمان إنشاء الصيغة أو زمان ثبوت الملك؟

وجهان.

أما الأول فيشكل من ناحية التوفيق بينه وبين بيع الفضولي وبيع الصرف والسلم؛ حيث لابد من القول - حينئذ - بحصول الخيار قبل تحقق المالكية في بيع الفضولي، وقبل تحقق البيع الصحيح في بيع الصرف والسلم، وهو مما لا يلتزم به. وأما الثاني فهو الحق؛ وذلك لأن العنوان الموضوع للخيار في خيار المجلس هو (البیاعان)، وفي خيار الحيوان (المتابیاعان) على مسلك السيدقیث، و (المشتري) على مسلك المشهور، و (صاحب الحيوان) على المسلك المختار، ولا تصدق هذه العنوانين قبل تحقق العقد الناقل الجامع للشرط.

وأما بالنسبة إلى بيع الصرف والسلم فما لم يتحقق القبض لا يتحقق شرط البيع، والمشروط عدم عدم شرطه، ومع عدم تحقق البيع لا يتحقق عنوان (البیع)، فلا يصدق (البیاعان) قبل تتحقق القبض؛ فإن ما حصل قبل القبض إنما هو إنشاء البيع، أو البيع الإنسائي، وموضوع الخيار هو البيع الحقيقي، والبيع الحقيقي.

هذا إذا لا حظنا عنوان (البیاعان)، وكذلك مع ملاحظة عنوان المشتري؛ فإنه وإن كان يقول قبل القبض: اشتريت كذا، إلا أنه ما لم يحصل القبض لم يتحقق الاشتراك الحقيقي، فيكون مشترياً إنشاءً، لا حقيقة.

وبعبارة أخرى: إن العنوان في الأدلة الدالة على جعل الخيار شرعاً عبارة عن (البيع) أو (المشتري) الشرعيين وما لم تجتمع الشرائط الشرعية لا يصدق عنوان المشتري ولا البيع شرعاً.

وأما عنوان (صاحب الحيوان) فلا يصدق على من أخذه قبل تحقق شرط الملكية إلا بنحو المجاز؛ لعلاقة الأول والمشاركة.

والنتيجة: أن مبدأ خيار المجلس والحيوان في بيع الصرف والسلم من وقت القبض، لا من وقت وقوع العقد.

وأما بالنسبة إلى الفضولي، ففيه تفصيل؛ إذ على القول بالنقل لا يصدق عنوان البيع قبل الإجازة، ويصح سلب عنوان المشتري عنه قطعاً، فيثبت الخيار من زمان تحقق الإجازة.

وكذلك الحال بناء على الكشف الانقلابي الذي [قد يقال]: هو مقتضى الأدلة في باب الفضولي، وما عليه الارتكاز العقلائي؛ فإن الملكية عليه وإن اعتبرت من زمان العقد إلا أن زمان الاعتبار لا يكون إلا من زمان الإجازة، فالملك قبل تتحققها لا يزال للمجيز، وبعد تتحققها ينقلب الملك من حين العقد من كونه له إلى كونه للمجاز، والعبرة بوقت الاعتبار، لا بزمان المعتبر.

وأما بناء على الكشف الحقيقـي - بمعنى أن العقد المتعقب بالإجازة هو المؤثر في حصول الملكية من حين العقد، ويرجع ذلك - لبـاً - إلى أن التعقب شرط لتحقق النقل والانتقال، والإجازة المتأخرة ما هي إلا كاشفة عن تتحقق الشرط المقارن وهو تعقب، وأمارـة على حدوث العقد مقرـوناً بالشرط - فالخيار من حين العقد؛ لأنـه زمان حصول الملك»^(١).

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/٢٢٨-٢٢٥.

مسألة: المراد من ثلاثة أيام

المراد باليوم هو مبتدأ من طلوع الفجر إلى غيوبه الشمس أو ذهاب الحمرة المشرقة والمراد بالليل هو مبتدأ من آخر النهار إلى طلوع الفجر.

قال العلامة المجلسي رحمه الله: «اعلم إنَّ بعض أصحابنا في زماننا جدَّدوا النزاع القديم الذي كان في بعض الأزمان السابقة وأضمحلَّ لوضوح الحقِّ فيه واتفقَ الخاصُّ والعامُ فيه على أمر واحد، وهو الخلاف في معنى اللَّيل والنَّهار شرعاً، وعرفاً بل لغة: هل ابتداء النَّهار من طلوع الفجر أو طلوع الشمس، وعندنا أنه لا يفهم في عرف الشرع ولا في العرف العام ولا بحسب اللغة من اليوم أو النَّهار إلَّا ما هو من ابتداء طلوع الفجر ولم يخالف في ذلك إلَّا شرْذمة قليلة قد انقرضوا.

نعم بعض أهل الحرف والصناعات لماً كان ابتداء عملهم من طلوع الشمس قد يطلقون اليوم عليه، وبعض أهل اللُّغة لماً رأوا هذا الاصطلاح ذكروه في كتب اللُّغة، ويحتمل أن يكون كلامها بحسب اللُّغة حقيقة، وكذا المنجمون قد يطلقون اليوم على ما بين الطلوع إلى الغروب، وعلى ما بين الطلوع إلى الظلام وعلى ما بين الغروب إلى الغروب، وعلى ما بين الزوال إلى الزوال، وكذا النَّهار على المعنى الأوَّل، واللَّيل على ما بين غروب الشمس إلى طلوعها.

لكن لا ينبغي أن يسترِيب عارف بقواعد الشريعة وإطلاقاتها في أنه لا يتبادر فيها مع عدم القرينة من النَّهار إلَّا ما هو مبتدأ من طلوع الفجر، وكذا اليوم بأحد المعنين، وقد يطلق اليوم على مجموع اللَّيل والنَّهار، ولا يتبادر من اللَّيل إلَّا ما هو يختتم بالفجر، وأمَّا انتهاء النَّهار واليوم وابتداء اللَّيل فهو إماً غيوبه القرص أو ذهاب الحمرة المشرقة كما عرفت.

ولنذكر بعض كلمات أهل اللُّغة والمفسرين والفقهاء من الخاصة وال العامة ثم ننشر إلى بعض الآيات والأخبار الدالة على هذا المطلب، لاراءة الطالبين للحق سبيل

التحقيق، فإنَّ استيفاء جميع الدلائل والبراهين، والتعريض لما استدلَّ به بعض أفالِّ المعاصرين لا يناسب هذا الكتاب، وفي بالي إن ساعدني التوفيق أن أفرد لذلك رسالة تنضمُّن أكثر ما يتعلق بهذا المقام، والله الموفق والمعين»^(١).

ثم ذكر كلمات القوم في هذا المعنى فراجع كلامه إن شئت في بحاره^(٢).

وأمام المراد من الأيام الثلاثة:

يقع الكلام في جهات:

«الجهة الأولى: في دخول الليلتين المتوسطتين:

فإنَّه قد يتوهَّم عدم ثبوت الخيار فيها بعد خروج الليل عن مفهوم اليوم. ولكن ثبوت الخيار فيها مما لا إشكال فيه.

والوجه فيه هو ظهور الدليل في استمرار الخيار وعدمه تقطُّعه ومقتضى ذلك هو ثبوته في الليلتين المتوسطتين تحصيلاً للاستمرار وإن كانتا خارجتين عن مفهوم اليوم.

أما الدليل على الاستمرار، فهو قوله في [صحيحة علي بن رئاب]: «إذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(٣)، فإنَّه ظاهر في أنَّ حدوث اللزوم بعد مضي الأيام الثلاثة وأنَّ العقد كان جائزًا قبل مضيَّها وذلك يقتضي استمرار الجواز كما عرفت.

الجهة الثانية: في صحة التلفيق وعدمه:

كما لو وقع العقد في أثناء النهار - كالظهر مثلاً - فإنَّه هل يلتزم بالتلفيق، فيستمر الخيار إلى ظهر اليوم الرابع. أو لا يلتزم به، بل يلتزم بشبُوت الخيار في ثلاثة أيام تامة مستقلة، فيستمر الخيار إلى غروب اليوم الرابع؟

(١) بحار الأنوار ٨٠/٧٤ (١٦٢/٣٣).

(٢) بحار الأنوار ٨٠/٧٥-٨٥ (١٦٣-١٧١) [٣٣].

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٢، ح ٩، الباب ٣ من أبواب الخيار.

ذهب الأكثر إلى الأول، وذهب صاحب الجوهر^{عليه السلام} إلى الثاني مدعياً أنه «يمكن القطع به لمن رزقه الله اعتدال الذهن»^(١). وتبعه السيد الطباطبائي^(٢) ^{عليه السلام}.

وقد يستشكل في صحة التلقي بأنه إذا كان المراد من اليوم نفس ما بين طلوع الشمس إلى غروبها، لم تصدق الأيام الثلاثة في صورة التلقي إذ اليوم الملفق لم يكن بين طلوع الشمس إلى غروبها. وإن كان المراد به مقدار ذلك من الزمان لزم أن يثبت الخيار في ليلة ونهارين أو نهار وليلتين وهذا مما يقطع بخلافه ولا يلتزم به أحد.

ولكن هذا الاشكال يمكن دفعه بأن يقال: إن المراد من اليوم ليس مقدار ما بين طلوع الشمس إلى غروبها من الزمان كي يرد عليه ما ذكر، بل المراد نفس بياض النهار والنوع الخاص من الزمان المتعدد بما بين طلوع الشمس إلى غروبها، لكن هذا يتحقق خارجاً على نحوين:

أحدهما: بنحو الاتصال وعدم الانقطاع، فيجلس الإنسان في مكان من طلوع الشمس إلى غروبها، فيصدق أنه جلس في ذلك المكان نهاراً كاملاً.

والآخر: بنحو التشتت والانقطاع، فيجلس في مكان من طلوع الشمس إلى الزوال ثم يغادره ويعود إليه في اليوم الآخر فيجلس فيه من الزوال إلى الغروب، فيصدق أنه جلس في ذلك المكان نهاراً كاملاً أيضاً، فصدق النهار لا يعتبر فيه اتصال هذا النوع الخاص من الزمان بل يصدق أيضاً مع التشتت.

وعليه، فيصدق النهار مع التلقي، لأنه يدرك ما بين طلوع الشمس إلى غروبها ولكن بنحو متقطع لا متصل وهو لا يضر في صدق النهار الواحد. وما يشهد لذلك أن الأسبوع اسم لما بين السبت والجمعة مع أنه يصدق على الملفق، كما إذا سافر إلى بلد

(١) جواهر الكلام ٥١ / ٢٤ (٣١ / ٢٣).

(٢) حاشية المكاسب ٤٢ / ٢ للسيد الزيدي.

يوم الثلاثاء ورجع إلى بلده يوم الثلاثاء من الأسبوع الآخر فانه يصدق أنه سفره كان أسبوعاً واحداً لأنه أدرك السبت إلى الجمعة لكن بنحو التلفيق. وهكذا الشهر، فإنه اسم لما بين الملالين مع أنه يصدق الشهر على الملفق من خمسة عشر يوماً من شهر وخمسة عشر من الشهر الآخر.

وإذا ثبت صدق النهار على الملفق فلا دليل على اعتبار الاتصال فيه، فيكون الخيار مستمراً إلى ظهر اليوم الرابع في المثال المتقدم^(١).

المناقشة في ما أفاده صاحب الجواهر

«وما أفاده صاحب الجواهر منقوض باختياره في عدة موارد:

الأول: أنه قيس صرح في باب الحيض من كتابه نجاة العباد: بأنه لو حاضت المرأة ظهر الخميس، فإن أقل حيضها إلى ظهر الأحد.^(٢)

فما هو الفرق بين باب الحيض والخيار؟! فإن كان المراد من اليوم القطعة الخاصة من الزمان فلا تلفيق فيها، وإن فالتفيق فيها أيضاً.

الثاني: أنه صرّح في بحث الإقامة عشرة أيام من كتاب الجواهر بكفاية التلفيق؛ حيث قال: «نعم، الظاهر إجزاء الملفق؛ للصدق العرفي، فلو نوى المقام عند الزوال كان منتهاه زوال اليوم الحادي عشر، كما صرّح به غير واحد من الأصحاب، بل لا أحد فيه خلافاً من غير المدارك»^(٣).

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٠٨ و ٢٠٩.

(٢) نجاة العباد / ٤، قال قيس: «الثالث أقل الحيض ثلاثة أيام متالية... نعم في إجزاء التلفيق قوة، لكن بالمجانس على معنى إذا رأته مثلاً عند الظهر من يوم الخميس واستمر إلى ذلك الوقت من يوم الأحد وانقطع كفى».

(٣) جواهر الكلام ١٤/٣١٢، طبعة الإسلامية.

الثالث: أنه التزم بالتلقيق أيضاً في مسألة التردد ثلاثة أيام في مكان واحد.^(١)

الرابع: أنه قال بالنسبة إلى أشهر السياحة ما لفظه: «في غير واحد من النصوص^(٢) في قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ * فَسِيِّحُوهُ فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةُ أَشْهِرٍ﴾^(٣) قال: فهذه أشهر السياحة، عشرون من ذي الحجة، والمحرم، وصفر، وشهر ربيع الأول، وعشر من ربيع الآخر، وهو كالصریح في التلقيق في الأشهر، بل وإنه يجبر الأولىين من الآخر، وإن ذلك كله مصدق أربعة أشهر»^(٤).

وبما أن عنوان الشهر موضوع لقطعة خاصة من الزمان، وهي ما بين الهاللين، كان الاكتفاء بالأيام الملفقة من شهري ذي الحجة وربيع الآخر إنما هو لرفع الخصوصية، والالتزام بالتلقيق في الشهر وحمله على المقدار، دون التلقيق في اليوم بلا موجب، فإذا كانت هذه الأشهر بما فيها الشهر الملفق مصداقاً للأربعة الأشهر، فالاليوم مع اليوم الملغى من يومين مصدق إلى الثلاثة أيام.

المناقشة في ما أفاده السيد البزدي

وأما ما أفاده السيد البزدي فيرد عليه:

أولاً: النقوض الثلاثة الأولى، الواردة على صاحب الجواهر؛ حيث صرّح في باب الحيض بكفاية الثلاثة الملفقة في أقل الحيض، فإذا رأت في وسط اليوم الأول، واستمر إلى وسط اليوم الرابع يكفي في الحكم بكونه حيضاً.^(٥)

وصرّح في باب قواطع السفر بقوله: «ويكفي تلقيق اليوم المنكسر من يوم آخر

(١) جواهر الكلام، ٣١٧/١٤، طبعة الإسلامية.

(٢) وسائل الشيعة، ١١/٢٧٣، ح ١١، الباب ١١ من أبواب أقسام الحج.

(٣) سورة التوبة / ١٢-١٣.

(٤) جواهر الكلام، ٣١/٢٣، طبعة الإسلامية.

(٥) العروة الوثقى ١/٥٦٩، باب الحيض، مسألة ٦.

على الأصح، فلو نوى المقام عند الزوال من اليوم الأول إلى الزوال من اليوم الحادي عشر كفى»^(١).

وكذلك في المترد ثلاثين يوماً، فقال: «يكفي في الثلاثين التلفيق إذا كان تردد في أثناء اليوم كما مرّ في إقامة العشرة»^(٢).

فإن اليوم في جميع الأبواب واحد؛ فإنه اسم لقطعة خاصة من الزمان، فكيف تلتزم بالتفقيق في مورد دون آخر؟

وينفرد بورود نقض رابع عليه وهو التزامه بالتفقيق في باب العدة فيما لو وقع الطلاق في أثناء الشهر؛ حيث ذكر في المسألة العاشرة من أقسام العدد احتيالات أربعة، واختار الثاني وهو أن يجعل الشهر الأول عددياً بإكماله من الرابع ثلاثين.^(٣)
فإن الشهر مثل اليوم اسم لقطعة خاصة من الزمان، فإن ألغيت الخصوصية في الاثنين، وإلا ففيهما.

ثانياً: أن ما أفاده قدس فيما لو ألغيت الخصوصية، وأخذ بمقدار اليوم، من الالتزام بالاكتفاء بالتفقيق من النهار والليل، فيه:

أنه فرق بين الأمرين؛ فإننا إنما رفعنا اليد عن خصوصية القطعة الخاصة من الزمان لأجل القرينة العامة؛ فإن الأحكام علقت على عنوان اليوم، ثلاثة أو عشرة أو ثلاثين، ووقوع نية الإقامة والتردد والحيض وغيرها في أول اليوم بالدقائق في غاية الندرة فلتلزم بكفاية التلفيق، وأما خصوصية النهارية - عندما نلتزم بمقدار اليوم - فلا دليل على رفع اليد عنها.

وبعبارة أخرى: إن الموضوع المأمور في جميع الأدلة - بعد ملاحظة القرينة - هو

(١) العروة الوثقى ٣/٤٧٨، الثاني من قواطع السفر.

(٢) العروة الوثقى ٣/٥٠٥، الثالث من قواطع السفر.

(٣) العروة الوثقى ٦/٨٩.

مقدار اليوم، سواء انطبق على اليوم الحقيقي، كأن وقع الحدث مقارناً لمبدأ اليوم، أو تحقق بالملحق من نهارين، وأما التلقيق بغير المجانس، كأن يحسب نصف نهار ونصف ليل، فهذا خارج عن كونه نهاراً ويوماً، فالقرينة العامة إنما اقتضت الحمل على النهار الملحق، لا على الملحق من النهار والليل، وقد وقع الخلط بين هذين.

ثالثاً: أنه ~~قد~~ قال فيما لو وقع العقد في أثناء النهار: «فإن كان ما مضى منه قليلاً بحيث يصدق اليوم الكامل على باقيه، فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً»^(١).

ويرد عليه: - مضافاً إلى النقض بالالتزام حينئذ بذلك في المد والكر، وجميع أسماء الأوزان والمقادير والشهر المأخوذة موضوعاً في الأحكام، ولا خصوصية لليوم - أن القاعدة في الفقه قائمة على أن تؤخذ المفاهيم من العرف، واما تطبيق المفهوم على مصاديقه بالدقة العقلية، فمفهوم اليوم هو القطعة الخاصة من الزمان، المبتدأة من طلوع الفجر أو طلوع الشمس والمتتالية بعروبها، ومع نقصانها عن هذا الحد ولو بمقدار يسير تخرج عن كونها يوماً كاملاً، والتسامح في ذلك تسامح في تطبيق المفهوم، وهو غير مغتفر إلا على قول من يقبل التسامح العرفي في التطبيقات، وهو مبني ضعيف.

وحاصل الكلام: أن ما أفاده المشهور من كفاية التلقيق في ثلاثة أيام الخيار تام، لا إشكال فيه، وما أفاده العلما في محل المنع^(٢).

فرع: لو وقع البيع بين الطلوعين أو في أوائل طلوع الشمس
هل الخيار في هذا الفرع يتنهى بغروب اليوم الثالث أو يستمر إلى وقت حصوله
من اليوم الرابع ويدخل فيه الليلة الثالثة؟

(١) حاشية السيد على المكاسب ٤٤٢/٢.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢٣٨-٢٣٤.

والمسألة تبني على ما هو المختار في تعريف اليوم وما هو الاختيار في التلقيق وعدمه.

والمحتملات الثبوتية في تعريف اليوم أربعة:

١- إنّ اليوم حقيقة في ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس - كما هو المختار - .

ففي هذا الاحتمال بناءً على التلقيق يستمر الخيار إلى نفس الوقت في اليوم الرابع ويدخل فيه الليلة الثالثة.

وبناءً على عدم التلقيق يستمر الخيار إلى غروب يوم الرابع.

٢- إنّ اليوم حقيقة في ما بين طلوع الشمس وغروبها:

فلو وقع البيع بين الطلوعين ينتهي الخيار بغرروب اليوم الثالث على المبنيين - التلقيق وعدمه - .

ولو وقع بعد طلوع الشمس بساعات، بناءً على التلقيق ينتهي بوصول تلك الساعة من اليوم الرابع وبناءً على عدمه ينتهي إلى غروب اليوم الرابع.

٣- اليوم مشترك لفظي بين الاحتمالين السابقين: والمشترك اللغطي في تعينه يحتاج إلى القرينة فلو كانت موجودة يرجع القول إلى الاحتمالين السابقين.

ومع عدمها يصير دليل الخيار مجملًا مردداً بين الأقل والأكثر، فأخذ بالأقل المتيقن وبالنسبة إلى الأكثر المجمل يرجع إلى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^(١) فينتهي الخيار بغرروب اليوم الثالث بناءً على المبنيين أي التلقيق وعدمه.

خلافاً للمحقّ الرشتي^(٢) حيث ذهب إلى استصحاب حكم المخصص في

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) فقه الإمامية - الخيارات / ٢٥٢ و ٢٥٣.

فرض الإجمال وهو منقوض بحكمة العام وهو دليل لفظي على الاستصحاب وهو أصل عملي.

ولو وقع البيع بعد طلوع الشمس بساعات ينتهي إلى نفس الساعة من اليوم الرابع وبناءً على عدمه ينتهي إلى غروب اليوم الرابع كما في المحتمل الثاني.

«وأمّا الاشتراك المعنوي فهو غير معقول؛ إذ يرد عليه ما يرد على التخيير بين الأقل والأكثر، فكما أنه لا يعقل التخيير بينهما؛ لتحقق الواجب بالأقل دائمًا، فكذلك لا يمكن الوضع لهما بنحو الاشتراك؛ لتحققه بالأقل دائمًا»^(١).

٤- الاحتمال الأول هو اليوم الشرعي والثاني هو اليوم العرفي، فحيثُد لابد من الأخذ بالتعريف الشرعي ويجرى ما ذكرته في الاحتمال الأول بعينه، وترك التعريف العرفي والله سبحانه وتعالى هو العالم.

(١) بغية الراغب في مبانى المکاسب . ٢٣٩ / ٢

مسألة: مسقطات خيار الحيوان

قال الشيخ الأعظم: «يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها [واثنيها]:

اشترط سقوطه في العقد، ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرّح بعض بالصحة،
ولا بأس به»^(١).

أقول: مراده من البعض المصرّح باشتراط التبعيض هو سيد المفتاح^(٢)، و «قد
مر» الكلام في نفوذ هذا الشرط وعدم نفوذه في خيار المجلس بنحو التفصيل، فراجع.
نعم، يقع الكلام في جهة واحدة وهي ما إذا شرط سقوط بعض الخيارات.
وقد صرّح بعض بصحته. وقال الشيخ: «لا بأس به»^(٣). ولكن المحقق
الخراساني^(٤) استشكل فيه على إطلاقه وذهب إلى صحته على تقديره وعدم صحته
على تقدير آخر.

(١) المكاسب ٩٧ / ٥.

(٢) مفتاح الكرامة ١٨٧ / ١٤.

(٣) المكاسب ٩٧ / ٥.

(٤) حاشية المكاسب / ١٧٤.

وتوضيح ذلك: أنه تارة: يلتزم بتعدد الحقوق بتعدد الآنات، فالمجعلو حقوق خيارية متعددة بعدد الآنات. وأخرى: يلتزم بأن المجعلو حق واحد مستمر إلى انتهاء اليوم الثالث.

فعلى الأول، لا محذور في اشتراط سقوط الحق في بعض تلك الآنات، سواء كانت من المبدأ أو المتهى أو الوسط.

وأما على الثاني، فإنما يصح شرط سقوطه في اليوم الأول أو الثالث فيبدأ في الفرض الأول من اليوم الثاني. وينتهي في الفرض الثاني بنهاية اليوم الثاني لعدم منافاته للوحدة والاستمرار. ولا يصح شرط سقوطه في اليوم الثاني فقط لإستلزماته تعذر الحق لتحقق الانفصال المساوٍ للتعذر في الأمور التدرجية، وهو ينافي ما دل على أنه حق واحد مستمر، فتدبر.

أقول: - بعد فرض أن حق الخيار واحد مستمر لا متعدد فإنه خلاف الظاهر -
أن الأيام الثلاثة.... .

تارة: تكون ظرفاً متعلق الحق وهو فسخ العقد وحله فيثبت الحق في الأيام الثلاثة بالملازمة العقلية كما لا يخفى.

وآخرى: تكون ظرفاً لنفس الحق المجعلو، وبالملازمة العقلية أيضاً يثبت الفسخ فيها لإمتناع تقدم متعلق الحق على نفس الحق.

والظاهر هو الثاني لظهور النصوص في أن الخيار والشرط في ثلاثة أيام لا أن فسخ العقد الذي هو متعلق الحق في ثلاثة أيام.

وعلى كلا التقديرتين بعد أن عرفنا أن لدينا أمرين الحق وهو الخيار ومتعلقه وهو فسخ العقد [أ] فتارة يكون الشرط هو سقوط الحق في اليوم الثاني. [ب] وأخرى يكون الشرط هو عدم تحقق الفسخ في اليوم الثاني. وبعبارة أخرى يكون الشرط عدم التعلق بالفسخ في اليوم الثاني فهو سقوط للحق لكن بمعنى سقوطه عن تعلقه

بالفسخ في ذلك اليوم وإن كان ثابتاً في نفسه.

ومقتضى الشرط الأول، [أ] هو سقوط الحق في اليوم الثاني وهو يتنافى مع وحدته واستمراره.

[ب] أما الشرط الثاني، فلا يقتضي سقوط الحق، بل هو ثابت في اليوم الثاني ولو بلحاظ الفسخ في اليوم الثالث - بنحو الواجب المعلق -. فحق الفسخ ثابت في جميع الآنات بلا انقطاع، فيحافظ على وحدته واستمراره وإن لم يقع الفسخ في بعض تلك الآنات. ويتربّ على ثبوته مع عدم ثبوت الفسخ سائر آثاره من قابلية للاسقاط والمبادلة.

إذن، فإشكال المحقق الخراساني حَلَّهُ إِنَّمَا يَتَمُّ فِي صُورَةِ كُونِ مُتَعَلِّقِ الْاِشْتَرَاطِ سُقُوطِ الْحَقِّ بِالنَّحْوِ الْأَوَّلِ وَلَا يَتَمُّ فِي صُورَةِ كُونِهِ سُقُوطِ الْحَقِّ بِالنَّحْوِ الثَّانِي الرَّاجِعِ إِلَى سُقُوطِ تَعْلِقِهِ بِالْفَسْخِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي.

وقد بنى المحقق الأصفهاني^(١) في مقام مناقشة الخراساني رحمهما الله على أن الأيام قيد حل العقد.

مع أنك عرفت أنه خلاف ظاهر نصوص الباب.

وعلى أي التقديرين لابد من بناء المناقشة على الترديد الذي ذكرناه^(٢).

الثالث: التصرف

التصرف في الحيوان مسقط لخيار الحيوان إجماعاً كما في التذكرة^(٣) وبلا خلاف كما في الغنية^(٤) و «لا خلاف ولا إشكال في إسقاطه في الجملة، وإنما الكلام في تحديد

(١) حاشية المكاسب ٤/١٦٦، رقم ٩٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢١٤-٢١٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٣٥.

(٤) غنية النزوع ٢١٩.

المراد منه، وحقّ البحث أن يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة

لا شبهة في كون الإسقاط من جملة الإيقاعات، والإيقاعات أمور إنسانية، كالنذر والعهد والشرط والطلاق، والفقهاء والأصوليون وإن اختلفوا في معنى الإنشاء على أقوال:

١- ما اختاره المشهور من أنه عبارة عن إيجاد العنوان الإنساني في وعاء الاعتبار بالتبسيب بالقول أو بالفعل.

٢- أنه الاعتبار المبرز بالقول أو بالفعل.

٣- أنه إيجاد المنشأ بوجود لفظي.

إلا أنهم يتذمرون على عدم تتحقق الإنشاء مطلقاً - عقداً أم إيقاعاً - إلا بأمررين:

الأول: أن يكون ما به الإنشاء - قولاً أو فعلاً - صالحًا له.

الثاني: أن يقصد به الإنشاء.

وعليه فمقتضى القاعدة الأولى وقوع كل عنوان من العقود والإيقاعات بالفعل كوقوعه بالقول فيما وجد فيه الشرطان، فيشترط في التصرف المسقط هذان الأمرين، فلا يكون مسقطاً إلا إذا كان فعلاً من الأفعال الصالحة للدلالة على الإسقاط عرفاً، وكان المتصرف قاصداً له، وبدون ذلك لا يتحقق الإسقاط، إلا أن يقوم دليل تعبيدي على تتحققه.

والحاصل: فإن الفعل كالقول في تتحقق الإنشاء به إن اشتمل على الشرطين المتقدمين، إلا أن يقوم دليلاً في مورد خاص على اختصاص الإنشاء بالقول، أو على تتحقق الإنشاء بمطلق الفعل.

رأي المحقق النائيني في خروج بعض الأفراد عن القاعدة ورده
 وذهب المحقق النائيني إلى أن خروج بعض العقود كالصلح والضمان والحوالة، وبعض الإيقاعات كالطلاق والعتق من تحت القاعدة الأولية ليس للتبعد الشرعي، وإنما لعدم وجود ما يتحقق هذه العناوين من الأفعال عرفاً، أي لعدم كون الفعل آلة عرفية لإيجادها.^(١)

وفيه: إشكال، بل منع؛ فإن الأمر الإنسائي والاعتباري مطلقاً يقبل التتحقق بالقول وبالفعل، والفعل كما له القابلية لأن ينشأ به البيع والإجارة عرفاً، فله القابلية لإنشاء الصلح، فكما أنه يمكن حصول تملك العين أو المنفعة بالمعاطاة في البيع والإجارة، فكذلك يمكن حصوله بها في الصلح، كما لو وقع الاختلاف بينهما فتسالما على ملكية الدار، فيعطيه إليها قاصداً بذلك التملك صلحاً، بل يجري ذلك حتى في النكاح، فلو بني على إنشاء الزوجية بين الرجل والمرأة بوضع الخاتم في يد الزوجة لما كان في ذلك محظوظ عرفاً، وهذا ورد: «لكل قوم نكاح»^(٢)؛ فإنه يعمُ القول والفعل؛ والوجه في كل ذلك: أن الأمر عند العرف العام لا يدور مدار اللفظ والصيغة الخاصة، بل يحصل بكل ما يدل عليه، ولكن المانع من ذلك هو التبعد الشرعي؛ إذ اعتبر اللفظ في إنشاء النكاح.

وهكذا الحال في الإيقاعات كالعتق والطلاق؛ فإنه يمكن إنشاؤهما بالفعل عرفاً إلا أن الشارع اشترط اللفظ الخاص في وقوعهما.

والحاصل: أن الأصل الأولي في العقود والإيقاعات مطلقاً هو قابليتها للتحقّق بالقول وبالفعل، ولكن ليس كل قول، ولا كل فعل، بل ما فيه آلية عرفية لإنشاء بهما،

(١) منية الطالب ٦٧/٣.

(٢) جامع أحاديث الشيعة ٢١/١٦٤، ح ١، الباب ٧٤ من أبواب نكاح العبيد.

إلا إذا قام الدليل التعبدي على الاختصاص بالقول، والردع عن الفعل. والنتيجة من ذلك: أن مقتضى القاعدة في ما نحن فيه هو سقوط الخيار بالتصريف الصالح عرفاً لإبراز الالتزام بالبيع وإمضائه، مع قصده لذلك، وأما التصرف الذي ليست فيه تلك القابلية، أو لم يقصد به الإمضاء، فالقاعدة على عدم سقوط الخيار به.

المقام الثاني: في المستفاد من الروايات
وردت في المقام ثلات روايات:

الرواية الأولى: صحيحة علي بن رئاب، عن أبي عبدالله^{قدس} قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يجرم عليه قبل الشراء...، الحديث.^(١)

فقه الحديث

ولابد من التأمل في مفردات الحديث لاستكشاف ما أفاده الإمام^{عليه السلام}، فنقول:
إن الحديث اشتمل على نقاط ثلاثة:

النقطة الأولى: بيان خيار الحيوان، فقال^{عليه السلام}: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط»، والمراد من الشرط هو الخيار، سواء اشترط المشتري لنفسه أو لا، فيستفاد من ذلك أن خيار الحيوان شرط شرعي، لا معاملي؛ وذلك لأن الخيارات على أقسام ثلاثة:

الأول: الخيار الثابت بالشرط الارتكازي العقلائي، وعمل الشارع فيه هو

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الخيار.

الإمضاء ليس إلا، كخيار الغبن والعيوب؛ فإن البناء العقلائي قائم على تساوي طرفي المعاملة في المالية، وعلى سلامة العوضين، فإذا كان في المعاملة غبن فاحش، أو كان في أحد العوضين عيوب، فبناء العقلاء على ثبوت السلطة على الفسخ للمغبون، ولمن أخذ العيوب.

الثاني: الخيار الثابت بالشرط الشخصي، ويسمى خيار الشرط، وله موردان:

١- أن يشترط أحد المتعاملين فعلًا أو وصفاً، فيختلف الشرط فيثبت الخيار للمشروط له.

٢- أن يشترط الخيار لنفسه، فيكون متعلق الشرط هو نفس الخيار.

الثالث: الخيار الثابت بحكم الشارع، وقد عبرت عنه الرواية بالشرط، وهو خيار المجلس والحيوان.

النقطة الثانية: بيان المسقط لهذا الخيار، فقال عليه السلام: «إإن أحده المشتري فيما اشتري حديثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط».

والجملة شرطية تشتمل على شرط، وهو «أحد حديثاً»، وجاء، وهو إما «فذلك رضا منه»، أو «فلا شرط»، والجملة الأولى تمهيد له، على خلاف سياقها، والملاحظ أن الإمام عليه السلام جعل المسقط إحداث الحدث، بينما الموجود في كلمات الفقهاء هو التصرف، فلابد من ملاحظة النسبة بينهما، فهل هما بمعنى واحد أو متغيران؟ وسيأتي بيان ذلك.

النقطة الثالثة: إن المرجع في تحديد مفهوم الحدث هو العرف العام، كما هو مقتضى القاعدة في موضوعات الأدلة الشرعية، إلا أن السائل سأله الإمام عليه السلام بقوله: «وما الحدث؟»، فيحتمل في سؤاله احتمالان:

الأول: أنه يكشف عن وجود شبهة مفهومية في معنى الحدث في المبيع عند العرف؛ فإن بعض المصاديق وإن كانت داخلة فيه بلا إشكال، كما لو أنجل الدابة أو

أخذ من حافرها، أو هدم جزءاً من الدار ثم بناء، أو اشتري القماش وأعطيه الخياط فخاطه، إلا أن بعض الأمور محل شك كالركوب على الدابة مسافة.

الثاني: أنه يريد معرفة مطابقة المعنى الشرعي للحدث مع المعنى العربي وعدم مطابقته، فهل كل ما يسميه العرف إحداث حدث فهو كذلك عند الشارع، وكل ما لا يراه كذلك فلا يراه الشارع، أم لا؟ ومن جواب الإمام عليه السلام بقوله: «إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» عرفنا أن المعنى الشرعي لإحداث الحديث أوسع دائرة منه عند العرف؛ فإن العرف لا يرى «النظر» من أفراد إحداث الحدث.

الرواية الثاني: [صحيحه] محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: في الرجل اشتري من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً، من أخذ الحافر، أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أو له أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار، بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: «إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله»^(١).

فقه الحديث

ظاهر العطف بـ «أو» في سؤال الراوي عندما قال: «بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ»، أن الركوب قسيم لإحداث الحدث وليس منه، فينحصر المسقط - بمقتضى جواب الإمام عليه السلام: «إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله» - بإحداث الحدث، إلا أن يُدعى أن الركوب مصدق منه، وظاهر الرواية على خلافه.

والفرق بين الروايتين من جهتين:

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

الجهة الأولى: إن الموضوع في هذه الرواية في كلام الإمام عليه السلام إحداث الحدث بدون التعرض لمصاديقه، وأما في الرواية السابقة فقد بين عليه السلام جملة من مصاديقه بقوله عليه السلام: «إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

الجهة الثانية: إن الرواية السابقة قد اشتملت على «فذلك رضا منه، فلا شرط»، دون هذه الرواية.

ولهذه الجهة كانت الرواية السابقة محل إشكال من حيث الدلالة كما سيأتي، بخلاف هذه الرواية فلا إشكال في دلالتها إلا من جهة شمول إحداث الحدث للركوب وعدهمه؛ فإن الإمام عليه السلام لم يتعرض لحكم الركوب، إلا أن يقال بأنه داخل في مفهوم «إذا أحدث فيها حدثًا فقد وجب الشراء»؛ فإن مفهومه: إن لم يحدث حدثًا لم يجب الشراء، وعدم الحدث أعم من ركوب الفراسخ، فلا يسقط الخيار بفعله.

ومقتضى الصناعة الفنية خروج الركوب فراسخ عن معنى الحدث؛ بدلالة عطفه عليه بـ«أو»، فيدخل في مفهوم الجملة الشرطية: «إذا أحدث حدثًا»، فلا يؤثر في سقوط الخيار.

الرواية الثالثة: [صحيحه] علي بن رئاب قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن رجل اشتري جارية من الخيار؟ فقال: «الخيار لمن اشتري»... إلى أن قال. قلت له: أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: «إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزمه»^(١).

والسؤال فيها عن سقوط الخيار بالقيام بأمور خاصة، فأجاب الإمام عليه السلام بسقوطه بالأمور الثلاثة المذكورة، واللاحظ أن ما في ذيل الرواية الأولى بيان لما في صدرها، وأن ما في الرواية الثالثة عين ما في ذيل الرواية الأولى، فهما متفقان على

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٣، الباب ٤ من أبواب الخيار.

سقوط الخيار بالقيام بأحد هذه الأمور الثلاثة، ولا يخفى أن التقبيل، والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك ليسا من مصاديق إحداث الحدث عرفاً، ولكنهما مسقطان للخيار تعبيداً، من باب الحكومة الموسعة لدائرة موضوع الحدث، وأما اللمس فإن أريد به الكنية عن الجماع كما في قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾^(١) فهو حدث عرفاً وإلا فلا.

وكيف كان، فهل الأمران الآخران يراد بهما خصوصهما، فيقتصر عليهما، أو هما مثالان لبيان مصدق ما لا يجوز القيام به لغير المالك من دون إذنه، فتلغى الخصوصية؟ وجهان:

مقتضى مناسبة الحكم والموضوع هو التعميم؛ إذ يمكن التعدي من «النظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» إلى كل ما يحرم عليه قبله، ولكن مع الأخذ بهذا لا بد من الالتزام بالتخصيص من جهة أخرى؛ إذ لازم التعميم إلى كل ما لا يجوز لغير المالك هو سقوط الخيار عند كل تصرف؛ لأنَّه لا يجوز لغير المالك، ولازمه أن ليس للمشتري التصرف في الحيوان حتى ولو كان لاستخبار حاله، فيلزم انتفاء الحكمة من جعل الخيار؛ فإنه إنما جعل لمعرفة حال الحيوان في المدة المضروبة.

وأما إذا اقتصر على ما في النص فلا يلزم هذا التخصيص؛ إذ المسقط إنما هو ما يطلق عليه عرفاً إحداث حادث في الحيوان، وما هو مذكور في النص، وليس في ذلك أي محذور.

والأقوى الثاني؛ إذ يلزم على الأول إما انتفاء الحكمة من جعل الخيار، أو الالتزام بالتخصيص، ولا يمكن المصير إلى الأول، ولا دليل على الثاني.
ومقتضى القاعدة عند التردد ودوران الأمر بين الوجهين هو الجمود على ما في

(١) سورة النساء / ٤٣.

النص؛ والوجه في ذلك: أن مقتضى إطلاق دليل خيار الحيوان هو ثبوت الخيار لصاحب الحيوان ثلاثة أيام، أحدث المشتري فيه حدثاً أو لم يحدث، نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء أو لم ينظر، وبعد ما ورد المخصص وكان مجملًا مردداً بين الأقل والأكثر اقتصر في التخصيص على المتيقن كما هي القاعدة، والمتيقن هو ما يعدُّ إحداث حدث عند العرف، وما جعل حدثاً تعبداً مما هو مذكور في النص، وأما في غير ذلك فيتمسك بإطلاق دليل الخيار.

بل يقال بنحو عام: إن كل المفاهيم حتى الواضحة منها - كمفهوم الماء - لا تخلو من شبهة مفهومية كما أفاده الشيخ^(١) قيس، فيشك في دخول بعض أفرادها وعدمه، ومن جملة تلك المفاهيم مفهوم «إحداث الحدث»، فبعض الأفراد واضحة الدخول فيه كإنزال الدابة، وهدم الجدار، وتعمير الدار، وبعضها مشكوك الدخول؛ إذ لم يصل إلى ذلك الحد، ومقتضى القاعدة في المورد المشكوك هو التمسك بإطلاق دليل الخيار؛ لإجمال المخصص وتردده بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن.

أمران لابد من بيانها

وهنا أمران لابد من بيانهما؛ لأجل اتضاح الاستدلال بالروايات، وما يستفاد منها:

الأمر الأول: في النسبة بين إحداث الحدث والتصرف

إن المستفاد من الروايات كما سبق هو أن المسقط للخيار إما إحداث الحدث العرفي، أو أمور يجمعها ما لا يجوز لغير المالك إلا بإذنه، ولا ذكر فيها لعنوان «التصرف» المذكور في كلمات الفقهاء، فلابد من ملاحظة النسبة بين ما في الروايات

(١) كتاب الطهارة ١/٦٧.

وما في الكلمات.

فإن لاحظنا صدر [صحيحه علي بن رئاب]^(١) خاصة فالمراد من الحدث هو الحدث العرفي، وهو أخص مطلقاً من التصرف؛ فإن كل إحداث حدث في المبيع فهو تصرف فيه، وليس كل تصرف فيه فهو إحداث حدث فيه، فالقراءة في الكتاب، أو الجلوس على الفراش تصرف فيه بدون أن يتعمّن بإحداث حدث فيه.

وإن لاحظنا مجموع ما في الصدر والذيل كان المراد من إحداث الحدث أعم من الحدث العرفي والشرعي، والنسبة بينه وبين التصرف حينئذ نسبة العموم من وجه؛ فيجتمعان في إنعام الدابة، ويفترق التصرف عن الحدث بركوبها أمтарاً قليلة؛ فإنه تصرف وليس بإحداث حدث عرفاً ولا شرعاً، ويفترق إحداث الحدث عن التصرف بالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه من الجارية إلا إلى مالكها أو يكون بإذنه؛ فإنه إحداث حدث شرعاً وليس بتصرف.

فإحداث الحدث لا يساوي التصرف على كلا التقديرين، وبما أنه لابدّ من ملاحظة ما في الذيل، فالنسبة بينهما نسبة العموم من وجه، فجعل المسقط للخيار هو عنوان التصرف، بلا وجه.

الأمر الثاني: في بيان الجزاء في صحيحه ابن رئاب

ورد في صحيحه ابن رئاب: «فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط»^(٢)، واختلف في جزاء الشرط، هل هو «فذلك رضا منه» أو «فلا شرط»، واختلف في المراد منه، ومن ثمّ اختلف في المسقط للخيار على أقوال ثلاثة:

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١.

القول الأول: إن المسقط هو التصرف مطلقاً، سواء أكان كاشفاً عن الرضا بالبيع والالتزام به أم لا، فيسقط الخيار ولو قطع بأن المتصرف لم يرض أيام الخيار بالمعاملة وإنفاذها، فتمام الموضوع هو التصرف.

القول الثاني: إن المسقط هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام والرضا بالبيع، ولو قطع بعدم رضاه لم يكن التصرف مسقطاً، ولو شك في رضاه كان التصرف مسقطاً.

القول الثالث: إن المسقط هو التصرف الكاشف شخصاً عن رضا المتصرف، ولو شك في الرضا لم يكن التصرف مسقطاً، فتمام الموضوع هو الرضا الشخصي للمتصرف.

المحتملات في الرواية

والاحتمالات في تحديد الجزاء خمسة، ذكر الشيخ قدس سره منها أربعة^(١):

الاحتمال الأول: أن الجزاء هو: «فذلك رضا منه»، والمراد من الرضا هو الرضا بالعقد، والالتزام ببقائه، لا الرضا بأصل الملك؛ فإنه موجود من أول وقوع العقد، فيكون التصرف مطلقاً رضاً بالعقد بحكم الشارع، فيسقط الخيار به؛ إذ يترب عليه ما يترب على الرضا.

وبناء عليه لابد من الالتزام بالتبع الشرعي بجعل التصرف مسقطاً للخيار، التزم المتصرف بالبيع أو لم يتلزم؛ فإن التصرف في نفسه ليس التزاماً بالبيع، بل بينهما عموم من وجہ؛ إذ يمكن الالتزام بالبيع بدون التصرف، ويمكن حصول التصرف بدون الالتزام بالبيع، ويجتمعان في ما لو التزم بالبيع بنفس التصرف.^(٢)

(١) المكاسب ٥/٢٠١-٢٠٢.

(٢) نتيجته القول الأول.

الاحتمال الثاني: أن الجزاء هو «فلا شرط»، وجملة «فذلك رضا منه» توطئة له من باب بيان الحكمة من سقوط الخيار، وليس علة حقيقة، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصريف دلالته غالباً على الرضا، وكشفه عن الالتزام بالبيع غالباً، والفرق بين الحكمة والعلة من جهات، والجهة المربوطة بمحل البحث أن الحكمة أخص دائماً من الحكم، ولا يدور الحكم مدار وجودها.

والنتيجة - بناء على هذا الاحتمال - كالتالية في الأول؛ فإن المدلول حينئذ أنه إن أحدث فيه حدثاً فلا شرط له مطلقاً، رضي بالبيع أو لم يرض؛ فإن التصرف يكشف غالباً عن الرضا والالتزام بالبيع، وبناء عليه لابد من الالتزام بكون التصرف مسقطاً تعبداً.^(١)

الاحتمال الثالث: أن الجزاء هو «فلا شرط»، وجملة «فذلك رضا منه» توطئة لبيان العلة من الجزاء إلا أن الرضا نوعي لا شخصي، فيكون التصرف المسقط للخيار هو التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد؛ إذ لم يجعل إحداث الحدث - بما هو - مسقطاً، بل بما هو رضا بالبيع، فيدور سقوط الخيار مدار وجود التصرف الكاشف نوعاً عن الالتزام بالعقد، فيفترق عن الاحتمالين الأولين؛ فإن المستفاد منها أن كل تصرف مسقط ولو لم يكشف عن الرضا بالبيع.

ويترتب عليه نتائجتان:

النتيجة الأولى: أنه لو شك - بعد التصرف - في حصول الرضا الشخصي بالبيع كان هذا التصرف مسقطاً للخيار؛ لكونه أمارة نوعية على الرضا، فيؤخذ بها إلا في حال القطع بالخلاف، كما هو شأن جميع الأمارات.

النتيجة الثانية: أنه لما كان المدار على الكشف النوعي للتصرف، وقد جعل علة

(١) نتائجه القول الأول.

للسقوط، فالعلة تعمم وتحصص، فهي من جهة تحصص التصرف بالكافر نوعاً عن الرضا والالتزام بالبيع، ومن جهة أخرى تعمم الحكم لغير التصرف مما يكشف نوعاً عن الرضا بالبيع، كجعل المبيع في معرض البيع.^(١)

الاحتمال الرابع: أن الجزء هو «فلا شرط»، وجملة «فذلك رضا منه» توطئة لبيان العلة من الجزء إلا أن الرضا شخصي لا نوعي، بمعنى أن كل تصرف كافر عن الرضا الشخصي بالمعاملة فهو مسقط للخيار، لا مطلقاً، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلابد من القطع بثبوته، ولو لم يثبت - كأن شك فيه - لم يسقط الخيار.^(٢)

مختار الشیخ

قال الشیخ قدس سره: بأن الاحتمالين الأولين وإن كانوا موافقين لإطلاق سائر الأخبار، وإطلاقات بعض كلمات الفقهاء، إلا أنها بعيدان عن ظاهر الخبر، المستفاد منه عدم كون التصرف - بما هو - مسقطاً، بل بما هو كافر عن الرضا، مع كونهما مخالفين لأكثر كلماتهم؛ فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، ويفيد حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا وإن لم يعد تصرفاً، كتقبيل الجارية للمشتري، ويفيد أيضاً حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع^(٣)، فلو كان التصرف مسقطاً تعدياً عندهم من جهة النص لم

(١) نتيجته القول الثاني.

(٢) نتيجته القول الثالث.

(٣) «توضيحة: إنهم قالوا في أحکام الخيار بأنّ كُلّ ما ينشأ به فسخ العقد الخياري فهو صالح لإنشاء إمضائه، قال العلامة قدس سره: «كُلّ ما جعلناه فسخاً من البائع إذا فعله، يكون إجازة من المشتري لو أوقعه»، [تذكرة الفقهاء ١١/١٨٨].

فإذا كان لها خيار المجلس أو الشرط، فإن تصرف البائع في الثمن فقد ألزم العقد من قبله، وإن

يكن وجه للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً.
وعليه فيدور الأمر بين الاحتمالين الآخرين، والاحتمال الرابع وإن كان هو الأظهر من بين المحتملات من حيث اللفظ؛ لقول الإمام البلوي: «فذلك رضا منه»، فكلمة «الرضا» تمنع من الظهور في مطلق التصرف، وكلمة «منه» ظاهرة في الرضا الشخصي لا النوعي، إلا أن المانع من الأخذ به قيام الإجماع على عدم إناثة الحكم بالرضا الشخصي الفعلي بزور العقد، فيتعين إرادة المعنى الثالث.^(١)

ثم في آخر البحث استشكل في ذلك أيضاً من حيث إن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوی واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطّلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا.^(٢)

ثم انتهى إلى كون الجمع به في غاية الإشكال^(٣)، وبعد اللتيا والتي لم يرجح شيئاً من المحتملات.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ورد
وأورد عليه بعض أعلام تلامذته قد بقوله: «بل الظاهر من الرواية بمقتضى سياقها كون ذلك حكمة لا علة، كما اعترف غير واحد، كما يرشد إليه تقدمه على قوله:

تصرّف في المثمن فقد فسخه، والمشتري بالعكس، فصرّفه في المثمن فسخ وفي الموضع إجازة وإمساء.

وإن كان الخيار لأحدهما، كما إذا كان للبائع خيار الشرط، أو كان للمشتري خاصة خيار الحيوان، فالتصرّف في المتقلّع عنه فسخ وفي المتقلّع إليه إجازة. هذا ما أفادوه». [هدى الطالب ١٤٨ / ١٠].

(١) المكاسب ٥ / ١٠٤-١٠٢.

(٢) المكاسب ٥ / ١٠٨-١٠٧.

(٣) المكاسب ٥ / ١١٠.

«فلا شرط»؛ بعد تقدم العلة على المعلول^(١). وكأنه ناظر إلى ما هو المتعارف في بيان الحكم المعلل، من ذكر الحكم في الأول، ثم تعقيبه بذكر عنته، مثل: «لا تشرب الخمر لأنها مسكرة».

ويحاب عنه: بأن العلة وإن ذكرت متاخرة عن الحكم في موارد متعددة، كالمثال السابق، ومثل: «لا تأكل الرمان لأنّه حامض»، ولكنه لا يوجب استبعاد التقديم؛ لموافقته الاستعمالات العرفية، فيقال: «هذا حامض فلا تأكله»، و «هذا نجس فلا تشربه»، و «خمر فلا تشربه»، و «حرام فلا تتصرف فيه» وهكذا...، بل لو لم نقل بأن الغالب في الاستعمالات العرفية تقديم العلة، لم تكن دعوى شيوخه فيها مجازفة.

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق السيد الخوئي^{قدس} على الشيخ^{قدس} في ما قواه من الوجه الثالث بقوله: «فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون إلى الخيار الحيوان، فكيف يكون تصرفهم كاشفاً عن الرضا النوعي، بحيث يكون المناط في كون التصرف مسقطاً للخيار هو الرضا النوعي؛ فإنه لا وجه لدعوى أن في أغلب الناس يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي، فإن أغلب الناس لا يلتفتون إلى ذلك، كيف؟ فإن خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات إلى الخيار عند التصرف، بل يثبت لكل شخص حتى اليهود والنصارى والمخالفين وغيرهم.

ومن الواضح أنه مع ذلك فالغلبة في غير الملتفين إلى الخيار عند التصرف، فكيف يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي من جهة الالتفات أغلب الناس للخيار

(١) فقه الإمامية، الخيارات / (٢٦٥-٢٦٤).

ولا يخفى أن ما في الكتاب «بعد تقدم المعلول على العلة»، وال الصحيح ما أثبناه؛ فإن ما كتب في الكتاب يعطي عكس المطلوب، وما أثبناه موافق لبيان الأستاذ المحقق لهم الله.

عند التصرف.

وكيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع^(١).
وهو مدفوع؛ بأن خيار الحيوان وإن لم يوجد عند النوع إلا أن عندهم تصرفات
كاشفة نوعاً عن الرضا بالبيع في ما لو حصلت في موارد خيار العيب والغبن والشرط
مما هو جارٍ عندهم، فلو حصلت هذه التصرفات في بيع الحيوان كانت كاشفة نوعاً عن
الرضا به.

المناقشة في ما قوّاه الشيخ

نعم، يرد على الشيخ قدس سره في تقويته للاحتمال الثالث: أنه خلاف ظهور الرواية؛
فإن طرف النسبة في الرضا النوعي هو النوع، كما أن طرفها في الرضا الشخصي هو
الشخص، كما في الوثوق النوعي والوثوق الشخصي، وضمير «منه» في قوله عليه السلام: «فإن
أحدث المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه»، راجع إلى
المشتري، فيكون طرف النسبة هو رضا المشتري، وهو شخص، فيكون الرضا
شخصياً، ولو أراد النوعي لقال: «فذلك رضا نوعي به»، فالحمل على الرضا النوعي
يحتاج إلى تقدير، فيكون خلاف الظهور.

ما استقر به المحقق الاصفهاني من الوجوه والمناقشته

الاحتمال الخامس: ما أفاده المحقق الاصفهاني قدس سره بقوله: «وهو أن الرضا عبارة
عن الالتزام بالعقد؛ فإن معنى ارتضائه إياه اختياره والالتزام به، والالتزام كالتصديق
جناني وقولي وعملي، فإن اعتقاد صدق المخبر تصديق جناني، وقوله: «أنت صادق»
تصديق قوله، والجري على ما أخبر به، بالعمل على وفقه، تصدق عملي له، فكذا

(١) مصباح الفقاهة ٦/١٩٩.

الالتزام قلبي وقولي وعملي؛ فإن الرضا بلزوم العقد قبلًا ارتضاء والتزام قلبي، وقوله: «التزمت بالعقد وارتضيته» التزام قولي إنساني، والتصرف في المبيع على حد تصرفه في سائر أمواله، والانتفاع بأحد وجوه الانتفاعات، التزام عملي وارتضاء فعلي، وليس بابه بباب الكشف عن الرضا قبلًا ليؤول إلى الوجه الثالث، بل هو بنفسه من حيث إنه عمل المتزم يسمى التزاماً عملياً، كما أن الجري العملي على وفق الخبر تصديق عملي بنفسه، لا من حيث كشفه عن اعتقاد الصدق، وكذا في باب إبقاء اليقين عملاً ونقضه عملاً؛ فإن الجري على وفق اليقين السابق إبقاء لل yiقين عملاً، لا من حيث كشفه عن اليقين قبلًا»^(١).

«وما ذكرنا في هذين المقامين يتضح أن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية، التزام عملي بالعقد - سواء عدّ تصرّفاً خارجاً في المبيع أم لا، وسواء دلّ على الالتزام القلبي أو الإنساني أم لا - فهو مسقط، والتصرف لا بذلك العنوان - بل بعنوان الاستخار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع - ليس مصداقاً للالتزام العملي، وإحداث الحدث، كما أن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف المسقط وإن لم يكشف عن الرضا؛ إذ المناط ليس هو الكشف ولو نوعاً، بل كون التصرف مما يعتاده المالك للعين في مقام الانتفاع بملكه، وهذا منه؛ لعدم دخل للالتفات إلى العقد والخيار في هذا المعنى، بل هو في حد ذاته تصرف مالكي والتزام عملي يكون المبيع له، وإن لم يكن منه التزام قلبي ولا قصدي»^(٢).

ويتلخص ما أفاده في أمور:

١- إن الرضا عبارة عن الالتزام بالعقد، فالرضا بمعنى الارتضاء.

(١) حاشية المحقق الاصفهاني على المكاسب ٤/١٧٠.

(٢) حاشية المحقق الاصفهاني على المكاسب ٤/١٧٢. واقتصرنا على ذكر عين عبارته، لوضوحاها.

٢- إن الالتزام كالتصديق جناني وقولي وعملي.

٣- إن التصرف في المبيع على حد التصرف فيسائر الأموال، التزام عملي، وارتضاء فعلي.

ورتب على ذلك:

١- إن كل فعل حديث بمقتضى تجدد الملكية التزام عملي بالعقد، وإن لم يُعدَّ تصرفًا خارجيًّا في المبيع، ولم يدل على الالتزام القلبي الإنسائي.

٢- إن التصرف بعنوان الاستخبار، فضلاً عن عنوان الرد إلى البائع ليس مصداقاً إلى الالتزام العملي.

٣- إن التصرف الصادر عن غير التفات إلى العقد من التصرف المسقط.

وفيه: أولاً: أن الالتزام حقيقة متقومة بالقصد والالتفات، فلا يعقل الالتزام القهري الناشئ من دونها، بحيث يُعد ملتزماً بشيء من غير التفات له ولا قصد إليه، وحيثند فحمل قوله عليه السلام: «فذلك رضا منه» على أنه التزام منه، لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون مع القصد، أو بدونه، فإن كان إحداث الحدث ناشئًا عن قصد الالتزام بالبيع فهو مسقط للخيار على القاعدة، ولا حاجة إلى بيان الرواية، وإن لم يكن ناشئًا عن قصد الالتزام به، فكونه مسقطاً لا يكون إلا بالتعبد الشرعي، لا لكونه التزاماً قهرياً.

ثانياً: أن ما في الرواية عنوان «الرضا»، وهو صفة، والالتزام فعل، فحمل

الرضا على الارتضاء والالتزام، استعمال مجازي بلا قرينة.^(١)

(١) وهذا لا ينافي ما ذكره الأستاذ المحقق مدظله سابقاً من أن المراد من الرضا هنا ليس الرضا بالملك؛ لحصوله من الأول، بل الرضا بالبيع، وهو معنى الالتزام به. وذلك؛ لأن الرضا - بأي شيء تعلق - يكون صفة نفسانية كالبغض والغصب والحب، والالتزام عمل من الإنسان كعقد القلب على شيء، نعم هو عمل جناني.

وبعبارة أخرى: إن الرضا صفة لا تنقسم إلى قلبي وعملي وقولي، بخلاف الالتزام الذي هو فعل من الأفعال، فتفسيره للرضا بالارتضاء، ثم تقييمه لهذه الأقسام بلا وجه.

المختار في مدلول الرواية

فالحق أن الأقوى من بين المحتملات هو الأول، فالمسقط - عند الشارع ويتعد منه - هو كل ما يطلق عليه إحداث حدث في المبيع عرفاً، كإعمال الدابة، والأخذ من حافرها، وهدم الجدار في بيع الدار، وتقطيع القماش في بيته، سواء أصدر عن قصد لإسقاط الخيار أم لا، وكان غافلاً أم لا؛ فإن إطلاق الرواية محكم.

وما ذكر في ذيل الرواية من الأمور الموجبة لسقوط الخيار، كالنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه إلا إلى المالك في بيع الجارية، وتقبيلها - مع أنها ليست من إحداث الحدث عرفاً - إنما هو من باب التوسيعة في موضوع الحدث، فتكون حدثاً شرعياً.

فتتحقق: أن المستفاد من الرواية صدرأً وذيلاً كون المسقط للخيار أحد أمرين: إحداث الحدث العرفي، والحدث الشرعي، أصدر بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه. والوجه في ذلك أن في جملة: «فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط»، موضوعاً وهو «أحد ث حدثاً»، محمولاً، وهو «فذلك رضا منه»، والمحمول لا يكون قيداً للموضوع؛ فإن القيد جزء منه، والمحمول خارج عنه، فلو أريد من إحداث الحدث أن يكون عن رضا - سواء أكان شخصياً أم نوعياً - لذكر في الكلام بنحو الوصف والتقييد فيقول: «حدثاً عن رضا»، ولم يحمله عليه بنحو الإطلاق والإرسال.

وعليه فظاهر الحديث أن ما يحده المشتري في المبيع من حدث جدي فهو رضا بالبيع شرعاً، فيترتب عليه ما يترب على الرضا به، وهو سقوط الخيار، ولا مانع من ذلك ثبوتاً؛ لعدم المانع العقلي من هذه الحكومة، والتنزيلات في الشع كثيرة، من قبيل

«الطواف بالبيت صلاة»^(١)، ولما نحن فيه نظائر في الفقه كما في جعل التصرف في المبيع مسقطاً لخيار العيب مطلقاً، نشأ عن التزام بالبيع أو بدونه.

ومقتضى القاعدة لزوم الأخذ بالظهور ما لم يمنع منه مانع عقلي.

ويؤكد ما قلناه أن السائل فهم الموضوعية من الحديث، فسأل عن حدوده، وأن الإمام عليه السلام حكم على أمور بأنها من إحداث الحدث، وأنها مسقطة للخيار، بدون تقييدها بالرضا، فقال عليه السلام - بعد سؤال السائل: وما الحدث؟ - : «إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلو قام بأحد هذه الأمور فهو مسقط للخيار حتى لو لم يكن عن قصد الالتزام بالبيع.

فالرواية - إذن - ظاهرة في الاحتمال الأول، وأن الشارع جعل نفس إحداث الحدث التزاماً بالبيع تعبدًا، ورضا به بقاء.

في المرجع حين إجمال المراد

ولو لم نقل بظهور الرواية في هذا المعنى لم يتغير أحد من الوجوه الباقية، بل كانت كلها متساوية من حيث احتمال الإرادة، فما هو المرجع حينئذ؟

ذهب المحقق الرشتي قدس سره - بعد القول بإجمال هذه الجملة؛ لدور أنها بين معانٍ أربعة أو خمسة - إلى سقوطها عن درجة الاعتبار، فلا تمنع من التمسك بإطلاق «إن أحده في حدث».

ثم أجاب عن إشكال سريان إجمالها إلى العام - لتعقبه بالمجمل المتصل فيسقطه عن الاعتبار - بأن ما يوجب الإجمال إنما هو المخصوص المجمل المتصل، كما في المثال المعروف: «أكرم العالم غير الفاسق»؛ فإن إجمال الفاسق مفهوماً أو جب الإجمال في العام، وأما ما نحن فيه - أي «فذلك رضا منه» - فأمره يدور بين كونه مخصصاً أو

(١) جامع أحاديث الشيعة ٥٠٨ / ٥.

أجنبياً عن العام، فلم يعلم كونه مختصاً حتى يدخل في كبرى سرير الإجمال من المخصص المتصل إلى العام.^(١)

ويرد على القسم الأول من كلامه - أي سقوط الجملة المجملة والرجوع إلى الإطلاق - : أنه لو تم ثبت مدعاناً أيضاً، من كفاية مطلق إحداث الحدث، ولكنه غير تام كما سيأتي.

وأما القسم الثاني من كلامه، وهو ما يرتبط بعدم سراية الإجمال ففيه:
أولاً: أن سراية الإجمال من المخصص المجمل إلى العام ليست أمراً تعدياً؛ إذ لم تنزل فيها آية، ولم تدل عليها رواية، بل هي ناشئة عن ملاك، وما هو إلا لكون نسبة المخصص المتصل إلى العام نسبة القرينة إلى ذيها، فمتى ما كان بيناً عرف المراد منه، ومتى ما كان معملاً سرى إجمال إليه، وليس لأجل خصوصية في المخصص، وعليه فكل ما كانت نسبة إلى العام نسبة القرينة قام بنفس دور المخصص، فإذا كانت القرينة مجملة سرى الإجمال إلى العام، فجملة: «فذلك رضا منه» ارتبطت بجملة: «فإن أحدث فيه حدثاً» بأحد أنحاء الارتباط والاحتلالات المذكورة، وليس كلاماً أجنبياً عنها، وهذا المقدار من الارتباط يوجب سرير إجمالها إليها على طبق القاعدة، سواء أكانت مخصوصاً أو لا.

وثانياً: سلمنا بأن قاعدة سرير إجمال المجمل مختصة بالخاص، ولكن بما أنه اعترف بدوران أمر هذه الجملة بين كونها مخصوصاً وكونها أجنبياً، فهذا المقدار كاف لسرير الإجمال؛ إذ تردد الأمر بين كونها مخصوصة في سري إجمالها، وكونها أجنبية فلا يسري إجمالها، فيكفي هذا التردد لسقوط ظهور الجملة المتصلة.
 فعل التقديرين تسقط جملة «إن أحدث حدثاً» عن الحجية، والمرجع - حينئذ -

(١) فقه الإمامية، الخيارات / ٢٦٥

هي مكاتبة الصفار، وهي كافية في الحكم، وسالمة عن الإجحاف؛ فإن المستفاد من قوله عليه السلام: «إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله»، سقوط الخيار مع إحداث الحدث مطلقاً، سواءً أكان بقصد الالتزام بالبيع أم بدونه، وبقصد سقوط الخيار أم بدونه.

ولا يخفي عدم سريان إجمال المخصص المنفصل إليها كما هو واضح.

فتحصل إلى هنا: أن المستفاد من النصوص أن نفس إحداث الحدث مسقط للخيار، ويدل عليه صحة ابن رئاب في فرض عدم الإجحاف، وأيضاً في فرض الإجحاف بناء على عدم سريانه إلى جملة «إن أحدث فيه حدثاً» حسب ما قرره المحقق الرشتي قدسه، وأما على ما اخترناه من سريان الإجمال فتسقط عن الاعتبار، فيدل على المدعى معتبرة الصفار.

وبهذا يتم الكلام في خيار الحيوان من جميع جهاته^(١).

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب / ٢٨٢-٢٥٦.

الثالث: خيار الشرط

قال السيد العاملی: «لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع كما في التذكرة^(۱) وأمّا أنه لا يتقدّر بحدّ فقد حکى عليه الإجمال في الخلاف^(۲) والانتصار^(۳) والغنية^(۴) والتذكرة^(۵). وفي الخلاف أنّ أخبارنا به متواترة. وخالف الفقهاء في ذلك عدا مالك فمنعوا من الزيادة على الثلاثة وجوزوا اشتراطها فما دونها^(۶). وفي الغنية يجوز أن يكون ثلاثة فما دونها بلا خلاف^(۷). وظاهره نفيه بين الطائفتين. ويدلّ عليه بعد الإجمال الأصل بمعنىين^(۸) الكتاب والسنة - وهي عدّة

(۱) تذكرة الفقهاء / ۱۱ / ۳۷.

(۲) الخلاف / ۳ / ۳۲، مسألة ۴۲.

(۳) الانتصار / ۴۳۴، مسألة ۲۴۶.

(۴) غنية النزوع / ۲۱۸.

(۵) تذكرة الفقهاء / ۱۱ / ۳۷.

(۶) الخلاف / ۳ / ۳۲، مسألة ۴۲.

(۷) غنية النزوع / ۲۱۸.

(۸) قال السيد العاملی: «الأصل هنا يحتمل أن يكون بمعنى القاعدة وأن يكون بمعنى الراجح الغالب». [مفتاح الكرامة ۱۴ / ۱۲۱].

روايات كصححه عبدالله بن سنان^(١) وحسنة الحلبي^(٢) وموثقة إسحاق بن عمار^(٣) وصححه سعيد بن يسار^(٤) وخبر أبي الجارود^(٥) - وموافقة الاعتبار، لمكان وجود الضرورة الداعية إلى الاشتراط وطول المدة وقصرها إلا أن يعلم عدم بقائهما إليها فإنه يتحمل البطلان للزوم التعطيل والصحة، لأنَّ الأجل مضبوط والخيار موروث ولا ريب أنها لا تقدر بقدر الحاجة، وكذا لو كان البيع مما يفسد قبل انتقامها^(٦).

وقال صاحب الجواهر: «الثالث خيار الشرط: بالضرورة بين علماء المذهب والكتاب والسنة عموماً وخصوصاً في بعض أفراده»^(٧).

وقال الشيخ الأعظم: « الخيار الشرط أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، ولا خلاف في صحة هذا الشرط، ولا في أنه لا يقدر بحدٍ عندنا، ونَقْلُ الإجماع عليه مستفيضٌ».

والأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامة المسوجة لاشتراط كل شرطٍ إلا ما استثنى، والأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يعد دعوى توادره: «إنَّ المسلمين عند شروطهم»^(٨) وزيد في صححه ابن سنان: «إلا كل شرطٍ خالف كتاب الله فلا

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٧/١٨، ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ٢.

(٦) مفتاح الكرامة ١٩٢/١٤.

(٧) الجواهر ٢٤/٥٣، ٢٣/٥٣.

(٨) راجع وسائل الشيعة ١٦/١٨، ح ١ و ٢.

يجوز»^(١). وفي موثقة إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حراماً أو حلّ حراماً»^(٢). نعم، في صححه أخرى لابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفًا لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، وال المسلمين عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله»^(٣). لكن المراد منه - بقرينة المقابلة - عدم المخالفة، للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. وتمام الكلام في معنى هذه الأخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد إن شاء الله تعالى. والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد، وهي تظهر برسم مسائل»^(٤).

أقول: قبل الورود في المسائل لابد من ملاحظة أدلة خيار الشرط وهي كما تلي:

أدلة خيار الشرط

١- الإجماع

الإجماع الوارد في كلام الشريف المرتضى والشيخ الطوسي وابن زهرة والعلامة كما مر آنفاً.

ويرد عليه: أو لا: الإجماع مدركي فلابد من ملاحظة مدركه.
وثانياً: هذا الإجماع منقول ولا نرى حجية الإجماع المنقول.

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٦، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٧، ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٦، ح ١.

(٤) المكاسب ٥/١١١ و ١١٢.

٢- الروايات العامة

«وهي الروايات الواردة في الباب السادس من أبواب الخيار من الوسائل^(١) من قبيل صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله الحلي^{عليه السلام} قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفًا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، المسلمين عند شروطهم مما وافق كتاب الله^{عَزَّوجَلَّ}»^(٢). وهي تامة سندًا ودلالة؛ فإن إطلاقها يشمل شرط الخيار.

إشكال الفاضل التراقي ودفعه

نعم، استشكل الفاضل التراقي^{تَسْنِي} في الاستدلال بالروايات العامة: بأن شرط الخيار مخالف للسنة؛ أي «إذا افترقا وجب البيع»^(٣)؛ فإن شرط الخيار بعد الانفصال مخالف لها؛ لدلائلها على وجوب البيع بمجرد الانفصال، وقد استثنى في هذه الروايات الشرط المخالف لكتاب والسنة.^(٤)

وجوابه: أن ما أفاده تام لو كان المراد من وجوب البيع بالانفصال وجوبه مطلقاً، ولكن الوجوب فيه - كما تقدم - حيثي، أي من حيث خيار المجلس، لا من كل حيثية، ولهذا لا يتنافى مع خيار الغبن والعيوب، وإلا للزمه الالتزام بالمنافاة بينه وبينهما، ولا يلتزم بها»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ١، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار، صحيحة الحلبـي.

(٤) مستند الشيعة ١٤/٣٨٢.

(٥) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/٢٩٠.

٣- الروايات الخاصة

«وهي الروايات الواردة في شرط خيار رد الثمن، وهي تامة سندًا ودلالة في موردها، إلا أن الاستدلال بها في المقام يتوقف على إلغاء خصوصية المورد؛ فإنها واردة لإثبات شرط الخيار في مورد خاص، والمدعى صحة شرط الخيار مطلقاً، والروايات هي:

الرواية الأولى: محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشرط لي إن أنا جئتكم بثمنها إلى سنة أن ترد عليّ، فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه... ^(١)

ولا إشكال في سند الرواية إلا ما ربما يقال من أن إسحاق بن عمار لم يرو هذه الرواية عن الإمام عليه السلام بال المباشرة، وإنما قال: حدثني من سمع، ولا نعرف من هو السامع ليثبت توثيقه أو عدمه.

وأجاب المحقق الأردبيلي قدس سره بقوله: «ولا يضر إرسال إسحاق؛ لأنه مؤيد ومقبول» ^(٢).

ولكنه غير مسموع؛ لأن الموافقة لما هو الحجة غير موجبة للحجية، والمقبولة إن أريد بها عمل المشهور فلم يثبت؛ لاحتمال استنادهم إلى غيرها في الفتوى.

فالرواية مرسلة على نقل الشيخ قدس سره، إلا أن يقال بأن إسحاق أخبر بسماع الراوي من الإمام عليه السلام، وفرق بين إخبار الثقة بسماع الراوي المجهول عندنا، وإخبار

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ١، الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤٠٠.

الثقة بإخبار الراوي بسماعه.

نعم نسب الشيخ الصدوق عليه السلام السماع إلى نفس إسحاق؛ حيث رواها بإسناده عنه فقال في الفقيه: «وروى إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره...»^(١)، فنستكشف من ذلك أن لإسحاق روایتين: أحدهما ما سمعه بنفسه من السؤال وجواب الإمام عليه السلام، والأخرى ما سمعه من سمع من الإمام عليه السلام. [وال الأولى موثقه والثانية مرسلة].

وأما الدلالة فتامة في موردها بلا إشكال، إلا أنها بالنسبة إلى ما نحن فيه أخص من المدعى.

الرواية الثانية: وبإسناده عن الحسن بن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث - قال: وإن كان بينهما شرط أيامًا معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع.^(٢)

والرواية صحيحة، والمراد من ابن سنان في السندي هو عبدالله، وصدر الرواية وإن كان وارداً في اشتراء الحيوان^(٣)، وخياره شرط شرعي لا معاملي، إلا أن استدلال بما في الذيل المذكور؛ فإن الإمام عليه السلام لما بين حكم الضمان على البائع في الحيوان إلى ثلاثة

(١) الفقيه /٣، ٢٠٥ ح، ٣٧٧١ ح، وسائل الشيعة ١٩ /١٨، ذيل ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ /١٨، ٢٠ ح، ٢، الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٣) صدر الرواية كما في التهذيب ٧ /٢٤، وفي وسائل الشيعة ١٨ /١٨، ٢ ح، الباب ٥ من أبواب الخيار، عن الكافي ١٦٩ /٥، ح ٣: عن ابن سنان - يعني عبدالله - قال: سألت أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ويحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير الميع للمشتري شرط له البائع أو لم يشرط.

قال: وإن كان بينهما شرط أيامًا معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع.

أيام، جاء بحكم آخر يرتبط بها لو اشترط ما زاد على الثلاثة الأيام، وقد حكم الله فيه بالضمان على البائع أيضاً، وهو يدل على إمضائه لشرط الخيار.

نعم، ربما يشكل الاستدلال بأن الرواية وإن كانت مطلقة من جهة شرط الخيار بخلاف روايات شرط رد الثمن إلا أن موردها الحيوان، فيحتاج لأجل تامة الاستدلال إلى إسقاط خصوصية الحيوان، إلا أن العرف لا يرى تفاوتاً بين الحيوان وغيره في خيار الشرط، وإن لم يسلم بذلك وجد على اللفظ أشكال التعميم لغير الحيوان.

الرواية الثالثة: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبدالله الله أن أمير المؤمنين الله قضى في رجل اشتري ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضي به فاستوجبه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه.^(١)

ولإشكال في سندها إلا من ناحية النوفلي، فمن يبني على توثيق رجال ابن قولويه في كامل الزيارات فهو في سعة؛ لكونه منهم، ومن لا يبني عليه - كما هو الحق - فلا توثيق له صريحاً عنده، إلا أنها نعتمد على رواياته؛ لإكثار الكليني النقل عنه في الأصول وفي الفروع من الكافي، وهو ذلك الكتاب الذي كتبه في عصر الغيبة ليكون حجة للشيعة؛ فإن اعتماد الكليني على أحد وإكثاره للنقل عنه ولا سيما في الأصول لا يقتصر في التوثيق عن تصريح النجاشي بتوثيقه، فالسند تام، والرواية معتبرة لاسيما مع الالتفات إلى أن طريق الوثوق بالخبر لا ينحصر في التنصيص على وثاقة رجال السنن. ولا ينقض بسهل بن زياد؛ لفرق بينهما؛ من جهة أن النوفلي لم يرد في حقه تضعيف بخلاف سهل؛ فقد رمى بالضعف، ولو أمكن رد التضعيف عنه لتمسكنا

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

بإكثار الكليني عنه.

وأما الدلالة فهي تامة أيضاً، كما هو ظاهر، بعد إلغاء خصوصية المورد عرفاً^(١).

وأما المسائل تتم بقرار الذيل:

المسألة الأولى

«في بيان عدم لزوم كون زمان خيار الشرط متصلةً بالعقد، فيجوز أن يكون منفصلًا عنه بأن يجعل الخيار بعد مرور يومين - مثلاً - من العقد.

واستدل الشيخ^(٢) على ذلك بعموم أدلة الشرط، ولا محذور فيه سوى ما قيل من أنه يستلزم صيورة العقد جائزًا بعد اللزوم، ورد ذلك بأنه لا مانع منه ولا محذور فيه، مع انتفاضه بخيار التأخير وخيار الرؤية، فإن الخيار متاخر عن زمان العقد.

وه هنا أمر ينبغي التنبيه عليه وهو: أنه إذا اشترط الخيار منفصلاً عن العقد لمدة معينة كيوم، لا يمكن الالتزام بلزوم العقد بعد مضي زمان الخيار بمقتضى: «أوفوا بالعقود» إلا بناء على الالتزام بأن لها عموماً أزمانياً، فإذا خصّ عمومها الأزمني بعض أفراده التزم بالعموم في غير موارد التخصيص، وكان المورد من موارد التمسك بالعموم.

أما إذا التزم بعدم تكفلها سوى العموم الأفرادي، فإذا خرج أحد الأفراد في زمان ما لا يرجع إلى العموم بعد زمان التخصيص، لإختلال أصلية العموم فيه بالتخصيص، بل المورد من موارد استصحاب حكم المخصص - وإيضاح الكلام في

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب /٢ (٢٩٠-٢٨٦).

(٢) المكاسب /٥ ١١٣.

ذلك في محله من علم الأصول^(١)....

وظاهر الشيخ قيّس في الأصول هو كونه من قبيل الثاني^(٢) فراجع.

المسألة الثانية: في لزوم تعين المدة

وقد ذكر الشيخ^(٣) أنه يشترط تعين المدة، فلو تراضياً على مدة مجهولة،
كقدوم الحاج، بطل [الشرط] بلا خلاف.^(٤)

والوجه في ذلك هو: أن المعاملة باشتراط المدة المجهولة تصير غررية، فيشملها
عموم النهي عن بيع الغرر.

وأما تسامح العرف في بعض المقامات وإقدام العقلاء عليه أحياناً، فهو لا ينفع
في رفع اليد عن عموم النهي عن الغرر، إذ لا يخرجه عن ذلك عن كونه غرراً،
والعرف مرجع في تشخيص المفاهيم لا المصادر.

وقد ذكر بعض الأساطين^(٥) أن دائرة الغرر في الشعّ أضيق من دائرته في
العرف، بملحوظة تسامح العرف وعدم تسامح الشعّ.

واستشكل فيه السيد الطباطبائي^(٦) بـبأن الأنسب أن يقال إن دائرة الغرر في
الشعّ أوسع من دائرته في العرف، لأن الغرر الشرعي على هذا أعم والأعم أوسع من
الأخص.

والذي يبدو لنا أن التزاع بينهما لفظي وأن كلا التعبيرين صحيحان

(١) راجع متنقى الأصول ٦/٣٠٣، التنبيه الثاني عشر من تنبيهات الاستصحاب.

(٢) فرائد الأصول ٣/٢٧٤.

(٣) المكاسب ٥/١١٣.

(٤) بل بالاجماع كما في مفتاح الكرامة ١٤/١٩٣؛ وشرح الخيارات ٧٤.

(٥) هو الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء^{قدهما} في شرح القواعد ٢/٢٥٢.

(٦) حاشية المكاسب ٢/٤٦٤.

بملاحظتين.

وذلك لأن الشرع إذا لم يكن متساهاً في الغرر كان ذلك منشأ لتضييق دائرة الحكم بصحبة المعاملة، فالسيدي رحمه الله بدعواه أوسعية دائرة الغرر الشرعي لاحظ نفس مفهوم الغرر، وبعض الأساطين بدعواه الأضيقية لاحظ ما يستلزم سعة انتظام الغرر من ضيق في دائرة الحكم بالصحة. فكانه يريد أن دائرة الحكم بالصحة شرعاً بمحاجة الغرر أضيق منه عرفاً. والأمر سهل.

وعلى أي حال، فقد عرفت أن الوجه في دعوى لزوم تعين المدة وتحديدها بما يرفع الجهل بها هو صيرورة المعاملة مع عدم التعين غررية، فيشملها دليل النهي عن الغرر.

وقد ذهب المحقق الإبرواني^(١) إلى عدم المحذور في جهالة مدة الخيار وأن الغرر الناشيء من ذلك لا يكون مبطلاً، لاختصاص دليل النهي عن الغرر بما إذا كان أحد العرضين غررياً مجهولاً^{كما} أو وصفاً دون مطلق الغرر في المعاملة.

واستشهد على ذلك بأنه لو كان النهي يشمل الغرر الحاصل من قبل جهالة مدة الخيار بطلت جميع البيوع لجهالة مدة خيار المجلس، بل لا تضر جهالة أصل ثبوت الخيار، ولذا لا يلتزم ببطلان المعاملة إذا جهل المتباعون ثبوت الخيار في الشريعة، بل الجهل بثبوت الخيار للشبهة الموضوعية موجود في موارد خيار الغبن وموارد العيب والتأخير والرؤبة، فيعلم من ذلك اختصاص النهي بالغرر الحاصل من جهل العرضين. فلاحظ.

وفيه: أن ما ذكره شاهداً للتخصيص لا صلاحية له. إذ المراد بالغرر المنفي بدليل النهي عن بيع الغرر هو الغرر الراجع إلى بعض شؤون المعاملة التي وقع

(١) حاشية المكاسب .٩٠ / ٣

الراضي عليها بحيث يكون الجهل في متعلق التراضي ومضمون المعاملة، وليس المراد مطلق المعاملة المصحوبة بالجهل ولو لم يكن الجهل ناشئاً من كيفية التعامل بل كان ناشئاً من الحكم الشرعي بالخيار المجهول، فإن مثل ذلك لا يكون مشمولاً لدليل النهي عن الغرر، بل لا يعقل ذلك لأن الحكم الشرعي بالخيار متفرع على صحة المعاملة، فيستحيل أن يكون مستلزمًا لفسادها، فإن ما يلزم من وجوده عدمه محال.

وما ذكره من النقوص كلها من قبيل الثاني ما نحن فيه من قبيل الأول، إذ الغرر ناشيء من تباني المتعاملين - الذي هو موضوع الحكم بالصحة والفساد ولم يؤخذ فيه الصحة مفروغاً عنها - على أمر مجهول ولا ربط له بالحكم الشرعي المتفرع على صحة المعاملة التامة الشرائط، فعدم بطلان المعاملة في موارد جهل الخيار أو مدة التي ذكرها لا يلزم عدم بطلانها في ما نحن فيه لإختلاف منشأ الجهل ومحله. فتدبر تعرف.

وعلى هذا، فالالتزام ببطلان [الشرط]^(١) لصيرورته غررياً بالجهل بمدة الخيار المشترط متعين.

ثم إن الشيخ^(٢) تعرض إلى ما ينسب إلى صاحب الجوادر^(٣) من

(١) في المصدر: «البيع»، وال الصحيح عندنا الشرط ولذا بدلناه كما ذهب الإيرواني إلى أن البحث في فساد الشرط لا في فساد البيع، راجع حاشيته على المكاسب ٩١/٣، رقم ١٦٩.

(٢) المكاسب ١١٥/٥.

(٣) صاحب الجوادر لا يقول بما ينسب إليه الشيخ الأعظم وهذا نص مقالته قال: «(لكن يجب ان يكون) ما يشترطنه من مدة الخيار (مدة مضبوطة؛ و) لذا (لا يجوز أن ينطأ بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج) ونحوه قوله واحداً[كما في مسالك الأفهام ٢٠١/٣؛ والحدائق الناصرة ٢٨/١٩].»

للغرر - حتى في الثمن؛ لأنّ له [أي: ما يشترطنه من مدة الخيار] قسطاً منه - فيدخل فيها نهى النبي ﷺ [وسائل الشيعة ٤٤٨/١٧، ح ٣، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة؛ مستدرك الوسائل ٢٨٣/١٣، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب آداب التجارة؛ سنن الدارمي، ٢٥١/٢؛ سنن أبي داود ٢٥٤/٣؛ مسنـدـ أـحـمـدـ ١١٦/٣٣٧٦ـ ح ٧؛ سننـ النـسـائـيـ ٢٦٢ـ ح ٧؛ سننـ اـبـنـ مـاجـهـ ٣٣٧٦ـ ح ٣٣٧٦ـ ح ٧]؛

الاستدلال على لزوم تعين المدة بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة لأنه غرر، وناقشه تَقْتَلُ بها سندكره.

ولم أجد من تعرض من المحشين لبيان المقصود من عبارة الكتاب استدلاًًا ومناقشة، مع أنها لا تخلو عن غموض. نعم السيد الطباطبائي^(١) أشار إلى إجمال العبرة.

وكيف كان، فيحسن بنا أن نوضح عبارة الكتاب، فنقول: ظاهر الاستدلال هو رجوع المخالفة للكتاب والسنة والغرر إلى شيء واحد من الشرط أو البيع، فهما محمولان لأمر واحد منها.

وهذا لا بدّ من رفع اليد عنه، لعدم صحة رجوعهما إلى أمر واحد سواء كان الشرط أو البيع، لأنه

إن أريد أن البيع مخالف للكتاب والسنة لأنه غرري، فيبطل بهذا الاعتبار يعني كونه مخالفًا للكتاب والسنة.

ففيه: أنه لم يرد في دليل تقييد موضوع الصحة في البيع بما لا يكون مخالفًا للكتاب والسنة، ولم يؤخذ هذا القيد فيه.

وإن رجع الأمان^(٢) إلى الشرط، فهو يتوقف على دعوى عموم النهي عن

٢١٩٤ ح ٧٣٩ / ٢، ٢١٩٥؛ سنن البيهقي ٥ / ٣٣٨؛ مجمع الزوائد ٤ / ٨٠، فاشتراطه مخالف للسنة وما دلّ على وجوب اتباعها من الكتاب [سورة الحشر ٧ / ٥٤] [جواهر الكلام ٢٤ / ٣٢].

وهذه المقالة غير ما نقل منه الشيخ الأعظم، بل صاحب الجوادر ذهب إلى بطلان خيار الشرط إذا كانت مدة مجهرة للغرر ثم ذهب إلى أن بطلان الغرر للسنة ودليل اعتبار السنة هو الكتاب الذي أمرنا بمتابعة السنة، وain هذه مَا نسبها الشيخ الأعظم إليه؟!

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٤٦٦، رقم ٦٥٠.

(٢) وهما: الغرر ومخالفته الكتاب والسنة.

الغرر إلى النهي عن مطلق المعاملات الغررية ومنها الشرط كي يكون الشرط الغري مخالفًا للسنة.

ومع هذه الدعوى يكون بطلان الشرط مستندًا إلى دليل النهي عن الغرر، لأنه نهي إرشادي إلى البطلان ولا حاجة معه إلى التمسك بدليل بطلان الشرط المخالف، [للكتاب والسنة] بل لا معنى له بعد كونه منشأً تحقق المخالفة هو الدليل الدال على البطلان.

إذن، فيحمل الكلام أن الشرط مخالف للكتاب والسنة لأنه يستلزم الغرر في البيع. وبعد هذا التصحيح يرد إشكال الشيخ قدس سره، وتوسيعه: بأن المقصود.... إن كان التوصل إلى بطلان الشرط من بطلان البيع لعدم موضوعه، فلا معنى لتعليق بطلانه بأنه مخالف للكتاب والسنة، إذ لا موضوع للشرط وهو البيع الصحيح في نفسه.

وإن كان التوصل إلى بطلان البيع من بطلان الشرط باعتبار أن الشرط الفاسد مفسد، فلا يتوجه تعليق بطلان البيع بأنه غريي الملزام لكون الشرط مخالفًا للكتاب والسنة.

وأما ما ذكره [الشيخ الأعظم] أخيراً بقوله: «اللهم إلا أن يراد...»^(١). فقد يشكل عليه: بأن منظور القائل هو بيان بطلان الشرط لا أكثر بلا نظر إلى بيان بطلان البيع ببطلان الشرط كي يكون من قبيل الأكل من القفا، نعم لو كان نظره إلى بيان بطلان البيع تم إشكال الشيخ عليه بأنه كالأكل من القفا.

المسألة الثالثة: قد عرفت لزوم تعين مدة الخيار وبطلان العقد بجهالتها
فلا فرق في ذلك بين ذكر المدة المجهولة، كقدوم الحاج. وبين عدم ذكر المدة

(١) المكاسب ٥/١١٥.

أصلاً، بأن يقول: بعترك على أن يكون لي الخيار. وبين ذكر المدة المطلقة، بأن يقول: بعترك على أن يكون لي الخيار مدة.

والسر فيه هو تساوي الجميع في الجهة الموجبة لكون البيع غررياً.

ولكن حكى عن المقنعة^(١) وغيرها^(٢)، أن الخيار في الصورة الثانية ثلاثة أيام.

وحكى الأجماع عليه وفي [الجواهر^(٣) و] الخلاف^(٤) [بل في الأخير] وجود أخبار الفرقـة به.

وذكر الشيخ^(٥) أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار، فيكتفي في إنجبارها الاجتماعات المنقولـة.

ولكنه^{قد} ذهب^(٦) إلى أن شيئاً من ذلك لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، لأن الأجماع المنقول إنما يجبر - لو قيل بجابرية - قصور سند الخبر المرسل المتضح دلالته أو القاصر الدلالة بأن تردد أمره بين معينين فيترجح أحدهما بالاجماع عليه بدعوى قرب اطلاعهم على قرينة معينة لأحد المعينين. ولا يتکفل جبر المرسل المجهول العين الذي نحتمل عدم دلالته بالمرة لو اطلعنا عليه.

والظاهر أن ما نحن فيه من هذا القبيل، إذ ليس هناك نص خاص بأيدينا وارد فيما نحن فيه بالخصوص. ويحتمل قوياً أن يكون المراد من الأخبار هي أخبار خيار الحيوان، فقد عَوَّل الشيخ^{قد} في دعواه وجود أخبار الفرقـة على ما نحن فيه على

(١) المقنعة / ٥٩٢.

(٢) الانتصار / ٤٣٨ و ٤٣٩، مسألة ٢٥٠.

(٣) جواهر الفقه / ٥٤، مسألة ١٩٤.

(٤) الخلاف / ٣، ٢٠، مسألة ٢٥.

(٥) المکاسب / ٥، ١١٧.

(٦) المکاسب / ٥ و الانصاف.

اجتهاده في مدلول أخبار خيار الحيوان، بقرينة أنه لم يذكر تلك الأخبار المشار إليها في الخلاف في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار.

وأما ايراد الإيرواني^(١) على الشيخ: بأن عمل المشهور يجبر الخبر المجهول العين لأن ناقله ينقله بالمعنى فيكون مرسلاً منقولاً بالمعنى فأي فرق بينه وبين غيره. ففيه: أن النقل بالمعنى إنما لا يكون مخلاً إذا كان مستنداً إلى الحسن أو ما يقرب إليه وليس الأمر فيما نحن فيه كذلك، لقوة احتمال أن يراد من الأخبار أخبار خيار الحيوان المعتمد في دلالتها على الاجتهادات غير الثابتة الحججية في باب النقل، ولم يثبت أنه نقل عن خبر وارد في خصوص ما نحن فيه بل القرينة على خلافه، كما عرفت. إذن، فالحديث لابد أن يكون في نفس الاجماع لا المنجر بالاجماع، لقوة احتمال اعتماد المجمعين على اجتهادهم واستنباطهم من الأخبار.

أما الأخبار المدعى دلالتها على المدعى، فهي ما ورد من أن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام اشتراط أو لم يشترط^(٢)، فإنه يدعى ظهورها في أن الخيار في غير الحيوان ثلاثة أيام إذا اشترط.

وفيه ما لا يخفى، لأن ظاهر هذه الأخبار ثبوت خيار الثلاثة في غير الحيوان في خصوص مورد اشتراطها لا مطلق الشرط ولو لم يعين المقدار، فلا ربط له بما نحن فيه. وأما توهם الاستدلال بما روي في كتب العامة من أن حبان بن منقذ كان يُحْدَعُ في البيع لشحة أصابته في رأسه فقال له النبي ﷺ إذا بعت فقل: لا خلابة وجعل له الخيار ثلاثة. وفي رواية ولد الخيار ثلاثة^(٣) كما مرّ [وفي رواية: الخيار ثلاثة^(٤)].

(١) حاشية المكاسب ٩٢/٣.

(٢) نحو صحيحه علي بن رئاب، وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١؛ وصحيحة الحلبية، وسائل الشيعة ١٨/١٠، ح ١.

(٣) سنن ابن ماجه ٢/٧٨٩، ح ٢٣٥٥؛ مسند الحميدي ٢/٢٩٢؛ سنن البيهقي ٥/٢٧٣؛ المصنف

فيندفع: أولاً: بضعف الرواية سندًا.

وثانياً: بقصور دلالتها، إذ أيُّ ربط لموضوعها بما نحن فيه، مع احتمال أن تكون ناظرة إلى اشتراط الخيار ثالثاً.

وقد حكى عن العلامة^(٢) جليله أن معنى «لا خلابة» ذلك.

والحاصل أن الخروج بمثل ذلك عن عموم قاعدة الغرر منوع، لأن عمل المشهور لو سلم كونه جابرًا لضعف السند فلم يعلم تحققه لإحتمال استنادهم إلى ما يستفاد من أخبار خيار الحيوان وقد عرفت الاشكال فيه. والرواية العامة قاصرة السند والدلالة.

ثم إنَّه حكى عن مفتاح الكرامة^(٣) أنه لو ثبت التحديد بثلاثة أيام فيما نحن فيه اندفع الغرر، فكان المورد خارجاً عن القاعدة بالشخص.

وردَّ الشيخ^(٤) ببيان: بأن الغرر المأخوذ في موضوع القاعدة هو الغرر بلحاظ ما يقصده المتعاقدان، وهو فيما نحن فيه حاصل، فلو دلَّ الدليل على التحديد بثلاثة كان الخروج به عن قاعدة الغرر بالشخص لا الشخص، لحصول الغرر في المعاملة.

واستشكل في ذلك بأنه مع علم المتعاقدين بتحديد الشارع للخيار بثلاثة أيام، لا يكون إقدامهم على أمر مجهول، فلا تكون المعاملة غررية موضوعاً. فتدبر^(٥).

(ابن أبي شيبة) ٤٠٦/٨، ح٣؛ الاستذكار ٤٨٥/٦؛ التمهيد (ابن عبد البر) ١٧/٨؛ كنز العمال ٩٦٨٢، ح٩١.

(١) كنز العمال ٤/١٤٤، ح٩٩١٨؛ المستدرك (للحاكم) ٢٢/٢؛ سنن البيهقي ٥/٢٧٤؛ المغني (ابن قدامة) ٤/٩٥؛ المجموع ١٣٢/١٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١/٤٧.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤/١٩٦.

(٤) المكاسب ٥/١١٧، السطر الأخير.

(٥) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٣٤-٢٢٨.

المسألة الرابعة: مبدأ خيار الشرط

ذهب جماعة من الفقهاء العظام أنّ مبدأ خيار الشرط من حين العقد و «هو خيرة الشرائع^(١) وجامع الشرائع^(٢) والمختلف^(٣) والتذكرة^(٤) والتحرير^(٥) والإرشاد^(٦) والتنقح^(٧) وغاية المرام^(٨) وتعليق الإرشاد^(٩) والميسية والمسالك^(١٠) وجمع البرهان^(١١). والمخالف الشيخ في الخلاف^(١٢) والمبسوط^(١٣) وأبو المكارم في الغنية^(١٤) وأبو عبدالله في السرائر^(١٥) فقالوا: من حين التفرق. وتوقف الشهيد في الدروس^(١٦) كما توقف في خيار الحيوان كما عرفت^(١٧).

- (١) شرائع الإسلام /٢٤ /٢.
- (٢) الجامع الشرائع /٢٤٧ .
- (٣) مختلف الشيعة /٥ /٥٦ .
- (٤) تذكرة الفقهاء /١١ /٤٨ .
- (٥) تحرير الأحكام /٢ /٢٩٧ .
- (٦) إرشاد الأذهان /١ /٣٧٤ .
- (٧) التنقح الرائع /٢ /٤٥ .
- (٨) غاية المرام /٢ /٤٦ .
- (٩) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) /٩ /٣٩١ .
- (١٠) مسالك الأفهام /٣ /٢١٨ .
- (١١) مجمع الفائدة والبرهان /٨ /٤٠٠ .
- (١٢) الخلاف /٣ /٣٣ ، مسألة ٤٤ .
- (١٣) المبسوط /٢ /٨٥ .
- (١٤) غنية النزوع /٢٢٠ .
- (١٥) السرائر /٢ /٢٤٧ .
- (١٦) الدروس الشرعية /٣ /٢٦٩ .
- (١٧) تقدم في مفتاح الكرامة /١٤ /١٧٠ .
- (١٨) مفتاح الكرامة /١٤ /٢١٠ .

أدلة القول بأنّ مبدأ الخيار من حين التفرق

أُستدل له بوجوه ثبوتية وإثباته، منها:

«الوجه الأول»: وهو إشكال ثبتي على القول بثبوت الخيار من حين العقد، وقد تقدم مفصلاً في خيار الحيوان، وحاصله: أن لازم القول بأن الخيار من حين العقد إما اجتماع المثنين، أو اللغوية، أو توارد علتين على معلول واحد؛ وذلك لأن الخيار لو حصل من حين العقد لوجد في العقد الواحد سببان للخيار: المجلس، والشرط، فإن قلنا بتأثير كل منها وتعدد الخيار، لزم اجتماع المثنين في شيء واحد، أو اللغوية؛ لأن حقيقة الخيار هي «ملك فسخ العقد»، أو «السلطنة على حل العقد»، والعقد الواحد ليس له إلا حل واحد، فإذاً أن يلزم اجتماع المثنين فيه، أو لغوية الثاني، وكلاهما باطل.

وإن قلنا بوحدة الخيار لزم توارد علتين على معلول واحد، وهو محال؛ فإن حقيقة الخيار ليست من الحقائق المشككة ذات المراتب المتعددة حتى يقال بأن الشرط يؤثر في حدوث مرتبة منه، والمجلس يؤثر في حدوث المرتبة الأخرى، فيوجد من اجتماعهما فرد واحد ذو مرتبة شديدة، كما هو حال في المعلول التشكيكي الذي يحصل من علل متعددة، كحصول النور الشديد من اجتماع المصباحين.

وقد تقدم الجواب عن هذا الإشكال نقضاً وحلاً، وخلاصة ما تقدم:

أما النقض فبموارد الغبن والعيوب؛ إذ يلتزم فيها بحصول خيارات متعددة ناشئة من المجلس، وكون البيع غبياً، وكون البيع معيناً، ولا يمكن أن يلتزم فيها بوحدة الخيار.

وأما الحل فبأن نلتزم بتعدد الأسباب مع كون المسبب واحداً، ولا يلزم أي محدود؛ وذلك لأن السببين إن اجتمعا أثرا معاً، فكان كل واحد منها جزء العلة، وإن افترقا كان كل واحد منها سبباً مستقلاً في التأثير، فلا يلزم اجتماع المثنين، وفائدة تعدد السبب أن يكون لصاحب الخيار حقان، فله أن يسقط أحدهما ويبيقي الآخر، فلا تلزم

اللغوية.

ولكن الجواب بهذا المقدار غير رافع للإشكال؛ لأن المفروض أن كل واحد من المجلس والشرط سبب مستقل في التأثير، أي في حدوث الخيار، فلا يعقل أن يكون كل منها علة تامة حال الافتراق، وجزء العلة حال الاجتماع؛ لاستحالة الانقلاب من العلة التامة إلى الناقصة.

الوجه الثاني: إن المتبرد من جعل الخيار لنفسه جعله في زمان ليس له فيه الخيار؛ فإن الزمان الذي له فيه سلطنة على حل العقد لا يحتاج إلى جعلها له، فيظهر من حال الشرط أنه جعل الخيار لنفسه في زمان لا خيار له فيه، ونتيجة ذلك أن يكون مبدأ الخيار من زمان التفرق.

مناقشة الشيخ^(١) للوجه الثاني من وجوه القول الأول

وأورد عليه: أولاً: بأن لازم ذلك أن يقال بأن مبدأ خيار الشرط في بيع الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، والحال أن القائلين بالقول الأول يقولون بأن خيار الشرط في بيع الحيوان من حين التفرق.

وثانياً: بأن مستند التبرد هو ظهور حال الشرط، ولم يثبت ظهور حاله في ذلك؛ إذ ربما يتعلّق غرضه بحصول الخيار له من جهات متعددة.

وثالثاً: بأن ظهور الحال إنما يتم في من كان يعلم بثبوت خيار المجلس، وهم قليل، كالعلماء ومن يسألهم في المعاملات، وأما عامة الناس فهم غير ملتفتين لذلك، بخلاف خيار الشرط؛ فإنه أمر دارج بين العقلاة حتى من غير المسلمين، فيكون ظاهر حالم جعل الخيار من حين العقد.

ورابعاً: بأن لازم الحكم بثبوته من حين التفرق حصول الغرر؛ فإن المتعاملين لو

. (١) المكاسب ٥/١٢١

اشترطاً الخيار لأنفسهما خمسة أيام مثلاً، فمع الجهل بزمان التفرق يحصل الغرر؛ فإن مدة الخيار تكون مجھولة حينئذ، فإن تفرقاً بعد ساعة كان لها الخيار خمسة أيام بعد تلك الساعة، وإن دام مجلسهما شهراً كانت مدة الخيار خمسة أيام بعد الشهر، وفي ذلك غرر بيّن.

وأورد عليه: بنفي الغرر؛ فإن الشرط هنا لا يكون مجھولاً؛ حيث إنّ منتهى أمد الخيار معلوم، وهو خمسة أيام من حين التفرق.^(١)

والظاهر عدم وروده؛ فإن الغرر حاصل بناء على القول بثبوت الغرر مع احتمال التفاوت في المالية؛ فإن احتمال ارتفاع القيمة ونزولها في هذه المدة المجھولة مما لا إشكال في حصوله، ومجرد العلم بأن مدة الخيار خمسة أيام من حين التفرق لا يرفع الخطر المحتمل، فمع التفاوت في المالية، والجهل بمدة الخيار يقع الغرر بلا إشكال.

وخامساً: بأن لازمه أيضاً تخلف العقد عن القصد؛ لأن قصد المتعاقدين أن يحصل الخيار من حين العقد.^(٢)

جواب المحقق النائيني عن الإشكال الخامس للشيخ ودفعه

وأجاب المحقق النائيني ^{فتى} عن هذا الأخير: بأن المورد ليس من صغريات قاعدة تخلف العقود عن القصد؛ فإنها إنما تكون في المباينين، كأن يقصد عنواناً خاصاً ويترتب عليه عنوان آخر مضاد له، كما لو قصد البيع وترتب عليه المبة، لا في ما كانت النسبة بينهما نسبة الأقل والأكثر، فيقصد الأكثر ويمضي الأقل، كما في بيع ما يملك وما لا يملك، بفتح الياء وكسر اللام، أو بضم الياء وفتح اللام؛ فإن القصد فيه في الحقيقة ينحل إلى قصدين، فهو ليس من تخلف العقد عن القصد، وما نحن فيه من

(١) مصباح الفقاهة ٦/٢١٥.

(٢) المكاسب ٥/١٢١.

هذه القبيل؛ فإن المتعاقدين قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى سنة مثلاً، ولم يمضه الشارع من حين العقد إلى حين التفرق، وأمضاه من حين التفرق إلى سنة.^(١) وهو غير قائم؛ لأن ما يكون من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك إنما هو لو قصدا حصول الخيار من حين العقد إلى شهر ولم يمض الشارع إلا من حين التفرق إلى بقية الشهر، ولكن الفرض خلاف ذلك؛ فإنها قصدا الخيار شهراً يبدأ من حين العقد، وما اعتبره الشارع شهر يبدأ من حين التفرق، وهذا مخالفان، فيختلف العقد عن القصد.

تبنيه

وهنا تبنيه لابد من لفت النظر إليه، وهو: أن إمضاء الأقل دون الأكثر لا يعدّ من تخلف العقود عن القصود في جميع الموارد، بل لابد من ملاحظة غرض المتابعين؛ فإنه تارة يتعلق بكون المنشأ بنحو تعدد المطلوب، وأخرى بنحو وحدة المطلوب، فإن لم كان من قبيل الأول، بحيث يكون للبائع أو للمشتري غرضان، أقصى وأدنى، فإن لم يحصل الأول اكتفى بالثاني كما في مثل بعض موارد بيع ما يملك وما لا يملك، وكما لو تعلق غرضه بشراء أصل العبد، وله غرض آخر متعلق بكونه كاتباً، فتبيّن عدم كونه كذلك، فهنا إمضاء البيع في ما يملكه دون الآخر، أو في أصل العبد، لا يعدّ من تخلف العقود عن القصود، وإن كان له خيار الفسخ.

وأما إذا كان من قبيل الثاني، بحيث لا يكون لها أو لأحدهما إلا غرض واحد، كما لو اشتري زوجي نعل، ومصراعي باب؛ فإن غرض المشتري تعلق بها معاً، وليس له غرض متعلق بشراء أحد الزوجين أصلاً، فإن تبيّن أن أحدهما له والآخر ليس له، فإمضاء البيع في أحدهما دون الآخر يعدّ من تخلف العقود عن القصود، مع أن بينهما

أقل وأكثر.

فما ي قوله الفقهاء - من أن كل إمضاء للأقل دون الأكثر ليس من موارد التخلف - ليس ب صحيح على إطلاقه.

والنتيجة: أن الحق ما ذهب إليه الشيخ قدس سره، للوجوه المذكورة^(١).

المسألة الخامسة: جعل الخيار للأجنبي

المراد بالأجنبي هو الشخص الثالث غير البائع والمشتري، قال العلامة في القواعد: «ويجوز جعل الخيار لهم [أي للبائع والمشتري] أو لأحد هما أو لثالثٍ ولهما أو لأحد هما مع الثالث»^(٢).

وقال السيد العاملی في ذيله: «بلا خلاف في ذلك كله كما في الكفاية^(٣). وفي التذكرة^(٤) الإجماع منا على جواز جعل الخيار للأجنبي، ونسب الخلاف إلى الشافعی في أحد قوله، وظاهره أن جعله لغيره مما ذكر محل إجماع بين الجميع. وفي الرياض^(٥) حکى نقل الإجماع عن الخلاف والغنية والتذكرة، ولم أجده حکایته في الأوّلين، والموجود في الثالث ما ذكرناه»^(٦).

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢/ ٣٤٩-٣٤٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ٦٦.

(٣) كفاية الأحكام ١/ ٤٦٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/ ٥٣.

(٥) رياض المسائل ٨/ ١٨٧.

(٦) مفتاح الكرامة ١٤/ ١٩٧.

ثم في المسألة جهات من البحث:

«الجهة الأولى: في صحة جعل الخيار للأجنبي»

قال الشيخ تيسير: «يصح جعل الخيار للأجنبي»^(١)، وادعى العلامة رحمه الله الإجماع عليه؛ حيث قال في التذكرة: «لو شرطاً الخيار للأجنبي دونهما، صحّ البيع والشرط عندنا»^(٢).

والبحث في هذه الجهة يقع في نقاط:

النقطة الأولى: في مقتضى القاعدة

ومقتضاها المستفاد من الأصل العملي واللفظي عدم الصحة، أما الأصل العملي؛ فلأن الخيار حق من الحقوق، وكل حق يحتاج إلى ثبت شرعي، فمع قطع النظر عن الدليل يكون الأصل عدمه، فالأصل عدم صحة جعل الخيار للأجنبي.

أو فقل: الأصل بقاء الشيء على ملك من انتقل إليه، لو فسخ الأجنبي وشككنا في تأثيره ورجوع الشيء إلى ملك صاحبه الأول.

وأما اللفظي؛ فلأن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ وجوب الوفاء بالعقد ولزومه، سواء أفلنا بأنّها إرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأنّ مفادها حكم تكليفني يستتبع اللزوم، فأصالحة اللزوم المستفادة منها تنفي صحة جعل الخيار للأجنبي، ولو فسخ العقد وشككنا تمسكنا بها.

وهكذا مقتضى الرواية الشريفة: «فهـما بالختار حتـى يفترقا، فإذا افترقا وجب

(١) المكاسب ١٢٢/٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١/٥٥.

البيع...)^(١)، بناء على استفادة اللزوم منها.
فمقتضى القاعدة من ناحية الدليل الاجتهادي والفقاهتي هو عدم صحة جعل
الخيار، فالصحة تحتاج إلى إثبات.

النقطة الثانية: في بيان المانع الثبوتي من الصحة

وما ذكر وجهاً لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي أمران:

الأمر الأول: أن الخيار ليس معنى اسمياً، وملحوظاً استقلالياً، وهو مجرد
السلطنة على الفسخ والإمساء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن رد المال من ملك
من انتقل إليه إلى مالكه الأصلي، أو إيقائه وإقراره في ملك مالكه الفعلي، ففي
الخيار رد واسترداد للملك، سواء أقلنا بأن متعلق الخيار هو رد العين، أم قلنا بأنه
العقد، أي حل العقد وإبرامه، فصاحب الخيار بإعماله له يرد المال إلى ملك نفسه،
والأجنبي عن المال والملك أجنبي عن رد الملك لنفسه، فلا يعقل أن يكون هو صاحب
الخيار.^(٢)

الأمر الثاني: أن حقيقة الخيار عبارة عن ملكية الشخص التزام نفسه مضافاً إلى
ملكية التزام الطرف المقابل، وبيان ذلك:

إن كل معاملة كالبيع مثلاً تتضمن تملك كل واحد من الطرفين التزامه للآخر،
فالبائع يملك التزامه للمشتري، فيكون المشتري مالكاً للتزام البائع، وكذلك
العكس، ويترتب على هذه الملكية أن لا يكون لأحدهما الحق في رفع اليد عن التزامه؛
لأنه صار مالكاً للآخر، إلا أن يكون هناك خيار؛ فإن صاحب الخيار حينئذ يملك
التزام الطرف الآخر، والتزام نفسه، أحدهما بالعقد والآخر بالخيار، بمعنى أن الطرف

(١) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) تعرض لهذا الوجه المحقق النائي قدس في منية الطالب ٣/٧٧-٧٦.

الآخر في حال الخيار يردد التزامه إلى صاحب الخيار، فيمكن لذى الخيار أن يقي المال الذى انتقل له تحت يده، ويمكّنه أن يردد لصاحبها الأول، وهذا المعنى لا يمكن فرضه للأجنبي؛ لأنّه أجنبى عن الالتزامين، فلا معنى لأن يملكونها.^(١)

هذا ما ذكر من المانع الثبوّي عن صحة جعل الخيار للأجنبي.

طرق التخلص من المانع عن صحة جعل الخيار للأجنبي

وقد سلك الأعلام طرقاً للتخلص منهم، ولا بد قبل التعرض لإجاباتهم من تقديم مقدمة مفيدة في فهم كلماتهم أعلى الله مقامهم فنقول:

إن المتصور من جعل الخيار للأجنبي ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يكون على نحو التملّيك، فيكون الأجنبية مالكاً له.

الثاني: أن يكون على نحو التوكيل، فيكون وكيلاً في إجراء الخيار.

الثالث: أن يكون على نحو التحكيم، فيكون محكماً فيه ومفوضاً إليه أمره، بلا تملّيك ولا توكيل.

أما الأول: فممتنع في حق الأجنبية؛ لأن الخيار ثابت لصاحبها حق من الحقوق بلا إشكال، فيقبل الإسقاط، والصلح عليه، والتوريث، وهذه الآثار غير ثابتة للأجنبي قطعاً، فلو ثبت له الخيار بالشرط بمقتضى الإجماع، لم يكن له حق الإسقاط، ولا الصلح عليه، ولو مات لم يرثه أهله، فيكشف ذلك عن عدم كونه مالكاً.

وأما الثاني: فهو وإن كان ممكناً إلا أن معنى التوكيل أن يحتفظ صاحب الخيار به لنفسه مع جعل الأجنبية وكيلاً عنه في إعماله، ومن آثاره أن له حق عزله متى أراد، فينعزل بعزله، بينما لا يجري قانون الوكالة في جعل الخيار للأجنبي، فلا يحق له عزله، ولو عزله لم ينعزل.

(١) تعرّض له المحقق النائي في منهية الطالب ٣/٧٧.

ومع انتفاء هذين يتعين الثالث.

إذا اتضح هذا فنقول: إن هنا طرفاً للتخلص من الإشكاليين السابقين، منها:

طريق المحقق النائي

الأول: ما ذهب إليه المحقق النائي^(١) من أن جعل الخيار للأجنبي إنما هو بنحو التحكيم، وهو أمر متوسط بين الملكية والوكالة، لا بنحو التمليل حتى يترتب عليه آثار الملك من التوريث وغيره، ولا بنحو التوكيل حتى يمكن عزله، ولا يرد شيء من الإشكاليين، وذلك لأن معنى التحكيم هو التفويض، أي أن يفرض إليه أمر الخيار، ويرجع ذلك إلى أن نظره متبع، وأنه مالك لتسليم الالتزام الذي هو تحت يد المالك إلى الطرف الآخر [إعمال الخيار] أو إيقائه للمالك، فهو كالوكييل في القبض والإقباض، فله إعمال الخيار، وإذا أعمله انحل العقد ورجع كل من العوضين إلى محمله الأصلي الذي خرج عنه، لا إلى ملك من حل العقد، فيندفع الإشكال الأول، وهو واضح، وكذا الثاني؛ لعدم القول بملكيته للالتزامين، بل هو حاكم فيهما.

والحاصل: أن للأجنبي حقاً ولكن في دائرة مخصوصة، وهو التصرف بنحو ما ذكر، وليس هذا الحق من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث أو تقبل الإسقاط والصلاح عليها.^(١)

طريق المحقق الاصفهاني

الثاني: ما ذهب إليه المحقق الاصفهاني^(٢)، وفي كلامه نقطتان:

الأولى: التعریض بجواب المحقق النائي^(٣) ومناقشته، وحاصلها: أن في الخيار أمرين:

(١) منية الطالب / ٣ (٧٧-٧٨).

١- نفس السلطة، وهو الحق.

٢- متعلق السلطة، وهو حل العقد.

فإما أن يجعل للأجنبي حق الخيار فهو تملك فقط، فيترتب عليه آثاره من التوريث والإسقاط والصلاح عليه.

وإما أن يجعل له حل العقد مع قيام الحق والسلطة بالجاعل فهو توكيل؛ إذ لا حقيقة له إلا تسلیط الأجنبي على العمل الذي يملکه الجاعل المسلط من ملك أو حق. وعليه فلا يتصور البرزخ بين الملكية والوكالة المسمى بالتحكيم.

الثانية: ما ذهب إليه من الجواب، وبيان كلامه: أنه يمكن اختيار أحد الأمرين من التملك والوكالة، بحيث لا يترتب عليهما آثارهما، ولا يرد الإشكال.

أما على الأول: فلأن السعة والضيق في المعمول تابعان لسعة الجعل وضيقه، فإذا كانت دائرة جعل الخيار للأجنبي ضيقة تكون دائرة المعمول ضيقاً أيضاً، فيجعل ذو الخيار السلطة المحدودة للأجنبي بنفسه، بأن يقوم الحق به بما هو ذو نظر ورأي يعتمد عليه في أمر حل العقد وإمضائه، فلا محالة ينقطع الجعل بموته، ولا يرثه وارثه، وبما أنه حق خاص لا يتعداه، فلا معنى لنقله إلى غيره بالمصالحة عليه بحال.

وأما على الثاني، فيمكن لصاحب الخيار أن يسلط الأجنبي على إعمال الحق بالتوكل بحيث لا يشاركه في عمله، فيكون الخيار الثابت للموكل مشرطاً بعدم مباشرته لإعماله، أي أن صاحب الخيار يوكل الأجنبي على حل العقد في ضمن العقد اللازم، ويشترط على نفسه أن لا يعمل الخيار، فلا يعزل الوكيل بعزل الموكل؛ لوقوع الوكالة شرطاً في ضمن عقد لازم، وليس للموكل حل العقد؛ لاشترط عدم إعماله للخيار، فينحل كلا إشكالي التوكيل.^(١)

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدمٌ ٤ / ١٨٠-١٧٩.

مناقشته:

ويرد عليه: أما ما عرّض به للمحقق النائيني ^{قدّس شانه} من عدم البرزخ بين التمليلك والتوكييل، فلا معنى للتحكيم.

فنقول فيه: أما من ناحية ثبوتية فلا ريب في كون التحكيم يختلف عن التمليلك والتوكييل؛ فإن معنى الحكومة هو جعل الآخر حاكماً في الأمر، وهو مغاير لمالكية الخيار، ولمالكية حل العقد، وللتوكييل فيهما.

وجعل القرار في الأمر بيد آخر أمر عقلائي وشريعي، ومنه الحكومة في باب القضاء، فقد ورد: «إني قد جعلته عليكم حاكماً»^(١)، وكذلك اختيار الطرفين المتنازعين لحكم يفصل في القضية بينهما، ومن هذا الباب تحكيم أبي موسى الأشعري، فما أفاده المحقق النائيني ^{قدّس شانه} من وجود شق ثالث هو الصحيح ثبوتاً.

وأما إثباتاً، فالحق عدم الدليل على التحكيم في المقام إلا إذا أمكن إتمام عموم «المؤمنون عند شروطهم»، وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

وأما كلامه الآخر فيه: أن فاقد الشيء لا يعطيه، عقلاً وعقولاً وشرعاً، وما يملكه ذو الخيار من الحق هو الحق الكامل، المجتمعة أركانه الأربع من قابلية الإسقاط، والنقل، والصلح عليه، والتوريث، وهو غير قابل لجعله للأجنبي، وما نقله للأجنبي - وهو الحق الفاقد لهذه الأركان - لا يملكه، فكيف يعطيه لغيره؟

إن قلت: إن الشارع هو الذي جعل هذا الخيار للأجنبي تعبدًا.

قلت: أولاً: هو خلاف ما ادعاه، من أنه من جعل المالك.

وثانياً: لا دليل على أنه من جعل الشارع.

فالإشكال باقٍ على إعضاله، مع كمال قدرتها [النائيني والإصفهاني أعلى الله مقامهما

(١) وسائل الشيعة ٢٧/١٣٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، مقبولة عمر بن حنظلة.

في باب المعاملات.

طريق السيد اليزيدي ومناقشته

الثالث: ما ذهب إليه السيد الفقيه اليزيدي ^{قدس} من دوران الأمر بين التوكيل والتحكيم، ولم يتعرض للتمليك، والثمرة بينهما أنه بناء على القول بالتحكيم فلو مات الحاكم الأجنبي انتقل الخيار إلى وارثه، وأما بناء على التوكيل فيبطل خياره ولا ينتقل إلى وارثه، وأيضاً يجوز عزل الوكيل فيبطل الخيار، ولا يجوز عزل الحاكم.^(١)

وفيه: أولاً: أنا إذا لاحظنا حقيقة التحكيم فهي ليست إلا تفويض أمر الحكومة إلى آخر، وهذا النحو من الجعل غير قابل للانتقال والتوريث؛ لأنـه - كالتأولية، وتولية الأمر - هيئـة قائمة بالمعنىـل لهـ، فلا يتجاوز عنـهـ إلى غيرـهـ.

وثانياً: إن الإرث يحتاج إلى دليل؛ فإن موضوع الميراث هو المتروك من قبل الوارث؛ بمقتضى «ما تركه الميت فهو لوارثه»، فلابد من صدق عنوان «المتروك، وما ترك»، وإنـا فـمع الشـكـ في قـابـلـيـهـ اـنـتـقـالـ الـأـمـرـ الـقـائـمـ بـهـذـاـ الشـخـصـ إـلـىـ وـارـثـهـ يـكـونـ مجرـىـ لـأـصـالـةـ عـدـمـ الـانـتـقـالـ، فـخـلـطـ السـيـدـ ^{قدس} بـيـنـ التـحـكـيمـ وـالـتـمـلـيـكـ، وـقـدـ تـقـدـمـ الـبـحـثـ فـيـ تـمـلـيـكـ الـخـيـارـ فـلاـ نـعـيـدـ.

والحاصل: أنه على القول بالتحكيم لا معنى لأن يكون ميراثاً، والإرث في مورد تمليك الخيار أمر ممكن، وبحسب الظاهر لم يذهب أحد من الفقهاء - في ما نحن فيه - إلى القول بتوريث خيار الأجنبي.

طريق الشيخ ومناقشته

الرابع: ما أفاده الشيخ ^{قدس} في آخر البحث؛ حيث نظر خيار الأجنبي بختار

(١) حاشية السيد اليزيدي / ٢ / ٤٧٢.

(٢) المكاسب ٥/١٢٤، ولفظ الشيخ ^{قدس} في رد الإشكال: «وهو ضعيف بمنع اعتبار كون الفسخ

الزوجة في بيع العقار في ماله باع زوجها عقاراً واشترط لنفسه الخيار ثم مات؛ فإنهما لا ترث من الأرض؛ بمقتضى ما دلّ^(١) على عدم إرثها منها، ولكنها ترث حق الخيار؛ وذلك لأن مقتضى إطلاق «ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه» شمولها في إرث الإثنين، ولكنها أخرجت عن إرث الأرض خاصة فتبقى تحت الشمول في إرث الباقي، والخيار من جملة الحقوق، فهي ترث حق الخيار المتعلق ببيع الأرض وإن لم ترث الأرض نفسها، وسيأتي البحث في هذه المسألة في باب أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

ويرد على ما أفاده الشيخ قدهش إشكالان:

الأول: إن في متعلق الخيار مسلكين: أحدهما أن متعلق الحق هو العقد، والآخر أن متعلقه العين، ومعنى الخيار على الأول هي السلطة على حل العقد، وعلى الثاني السلطة على رد العين إلى الملك، المستفاد من الشيخ قدهش في تعريف الخيار أنه ملك فسخ العقد وعدم فسخه، في مقابل المشهور القائلين بأنه ملك فسخ العقد وإمضائه، والمتعلق على كلا القولين هو العقد.

وبناء على هذا لا يكون إشكال الشيخ قدهش في إرث الزوجة في الأرض المبعة بالبيع الخياري على القاعدة؛ فإن حق المرأة لم يتعقد بالأرض حتى تكون أجنبية، بل تعلق بالعقد وهي من ورثة الحق.

نعم، بناء على ما يستفاد من كلمات أخرى للشيخ قدهش من أن الخيار يتعلق برد العين، فتشكل المسألة في إرث الزوجة، وفي ما نحن فيه أيضاً.

من أحد التعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً، فحينئذ يجوز للمتزوجين اشتراط حق للأجنبي في العقد، وسيجيء نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين».

(١) منها ما في وسائل الشيعة ٢٦/٢٠٧، ح ٤، صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئاً».

أما في إرث الزوجة؛ فلعدم وجود العلقة بينها وبين الأرض ليكون لها الحق في ردها.

وأما في ما نحن فيه؛ فلعدم العلقة بين الأجنبي وبين المال ليتعقل منه رده إلى ملك مالكه، فينحصر الرد والاسترداد بنفس المالك الذي خرج المال من كيسه فيرده إليه.

وهذا ما أفاده المحقق الناتي^{١)} في طرح الإشكال بقوله: «إن الخيار ليس معنى اسميًّا وملحوظًا استقلاليًّا وكان مجرد السلطة على الفسخ والإمضاء، بل هو معنى حرفي، وهو عبارة عن رد كل مال إلى مالكه الأصلي، أو إيقائه وإقراره في ملك مالكه الفعلي، وهذا ينفيه من كان زمام المال بيده، وأما الأجنبي فأجنبي عنه»^(١).

والحاصل: إن كان الخيار هو رد العين، فالإشكال في الموردين، ما نحن فيه وإرث الزوجة من الأرض المبعة بالخيار [باق].

الثاني: إن غاية ما يثبته قياس ما نحن فيه على إرث الزوجة للخيار هو الإمكاني الثبوتي، أي أنه يمكن ثبوتاً جعل الخيار للأجنبي عن المال، كما هو الحال في الزوجة بالنسبة إلى الأرض التي باعها زوجها باليبي الخيار ثم مات.

وهذا الإمكاني غير مفيد في ما نحن فيه؛ إذ الإشكال في مقام الإثبات، فلا بد من الرجوع إلى أدلة نفوذ هذا الخيار المجعل للأجنبي، ولا ريب في عدم وجود الدليل الخاص في المقام إلّا الإجماع المدعى من العلامة جليله، وأما الدليل اللغطي فلا أثر له، إلّا أن يدعى إمكان التمسك بإطلاق «المؤمنون عند شروطهم»، وسيأتي البحث فيه.

(١) منية الطالب / ٣ (٧٦-٧٧).

النقطة الثالثة: في الدليل على صحة جعل الخيار للأجنبي

تقدّم نقل دعوى العلامة^(١) بالإجماع على صحة جعل الخيار للأجنبي، فمن يعتمد على مثل هذا الإجماع فهو في سعة من أمره، وأما على المختار من عدم صلاحية مثلك للاستناد إليه في مقام الفتوى؛ لعدم كشفه عن رأي المقصود^(٢)، ولا عن دليل معتبر آخر، فلابد من البحث عن الدليل على الصحة، وما أقيم من الدليل هو: عموم روایات الشروط، من قبيل «المؤمنون عند شرطهم»^(٣)؛ فإن جعل الخيار له إنما هو بشرط المتباعين، كليهما أو أحدهما، فيكون صغرى للكبرى المذكورة في الرواية، فيصح ويلزم.

ويمكن أن يقرب بهذا التقريب: إن شرط الخيار للأجنبي مما يصدق عليه عنوان الشرط، سواء أقفلنا بأخذ الالتزام ضمن التزام في معنى الشرط وحقيقةه، أم قلنا بعدم الأخذ، وكفاية الالتزامات الإبتدائية؛ فإن شرط الخيار في نفسه التزام، وهو أيضاً التزام في ضمن البيع، فالصغرى متحققة قطعاً، والكبرى منطبقه قهراً فيتم المطلوب.

الإشكال الأول للمحقق الخوئي على الاستدلال به ومناقشته

وأورد عليه المحقق الخوئي^{قدس} بإشكالين:

الإشكال الأول: أن مدلول هذه الروايات حكم تكليفي، وهو وجوب الوفاء بالشرط؛ فإن التعبير بالمؤمن عند شرطه، كعبارة عند وعده وعهده، والمدعى - وهو صحة جعل الخيار للأجنبي ونحوه - حكم وضعي خارج عن مدلولها.^(٤)
وقد تعرض له في بحث لزوم المعاطاة أيضاً، حيث أورد على استدلال

(١) تذكرة الفقهاء ١١/٥٥.

(٢) قد بحثنا عن سند هذا الحديث ودلائلها في الآراء الفقهية ٤/١٣٣ وذهبنا إلى عدم صدق الشرط على الالتزامات الإبتدائية، فراجعها.

(٣) مصباح الفقاهة ٦/٢١٦.

الشيخ فَسَّرَ بها للزوم المعاطة بإشكال صغروي، وهو أن الشرط التزام في ضمن التزام، والمعاملات التزامات ابتدائية فلا تكون صغرى للشرط، وإشكال كبروي، وهو أن مدلول الحديث حكم تكليفي لا وضعبي.^(١)

ولو تم كلامه لما أمكن التمسك بها لأي حكم وضعبي، ولكن في كلامه: **أولاً:** أن كلماته فَسَّرَ متهافتة في مدلول الحديث، فذهب في المقامين المذكورين إلى أن مدلوله حكم تكليفي، إِلَّا أنه في بحث الشروط، في مصباح الفقاهة، وفي موارد من شرح العروة، ذهب إلى أن المدلول حكم وضعبي، بتقرير أن الشرط ملازم للمؤمن، ولا ينفك عنه، فإذا شرط لم يقبل الانفصال عنه، وكان شرطه لازماً وصحيحاً.^(٢)

وثانياً: بعد غض الطرف عن التهافت، أن عبارة «عند شرطهم» في الحديث لا تدل على الحكم الوضعي، وهو لزوم الشرط ونفوذه؛ فإنه ورد في باب وعد المؤمن [«المؤمن إذا وعدون»^(٣)، ولم يذهب أحد من الفقهاء أعلى الله مقامهم - وهو منهم - إلى دلالتها على نفوذ الوعيد، وأن مخالفته غير مؤثرة، وإن اختلفوا في وجوبه التكليفي، فذهب طائفة إلى وجوب الوفاء تكليفاً، وأخرى إلى كونه حكماً أخلاقياً. فمن يلتزم بدلالة الحديث على الحكم الوضعي كان عليه أن يتلزم بلزوم كل وعد، وشرط ابتدائي.

(١) مصباح الفقاهة ٢/١٥٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٧/٣٦١، التتفيق في شرح المكاسب ٤٠/٣٦ و ٧٩، وفيها صرح بقوله: «وبالجملة: أن الحديث يدل على الحكم الوضعي فقط، وهو إمضاء الشارع لالتزامات المتابعين واستراطاتهم، ومعنى أن شروط المؤمنين نافذة وجائزة ولازمة...»، التتفيق في شرح العروة، ٤٧٣-٤٧٢/٢٢.

(٣) بحار الأنوار ٦٧/٣١١، ح ٤٥.

ولو تزلنا فاتفاق من يعني بشأنهم من الفقهاء كافٍ لتزلزل ظهور الحديث في الحكم الوضعي.

فغاية ما يدلّ عليه الحديث، وما يستفاد من [«المؤمن إذا وعدوفي»] أن مقتضى إيمان المؤمنين أن يعملوا بوعدهم وشروطهم، فلا يدلان على ما زاد على الحكم التكليفي.

وثالثاً: أن الشرط - كما سيأتي في بحث الشروط إن شاء الله تعالى - على نحوين: شرط الفعل، كأن يشترط في ضمن عقد البيع أن يخيط له ثوباً، وشرط النتيجة، كأن يشترط فيه أن يكون الكتاب ملكاً له، واختلف الفقهاء في صحة شرط النتيجة، فلم يقل بها جماعة منهم، وصحّحه آخرون، واخترنا القول بصحته في كل أمر اعتباري يكون اعتباره باختيار الشخص نفسه، ولم يكن له سبب خاص عند الشارع كما في الطلاق؛ فإنه مشروط بصيغة خاصة، فلا يأتي فيه شرط النتيجة، والمحقق السيد الخوئي قدّم ذهب إلى صحته، وتمسّك لها بالحديث المذكور، مع أنه لا يصح هذا الاستدلال على ما اختاره في بعض كلماته من دلالة الحديث على الحكم التكليفي فقط. نعم، يصح الاستدلال على القول بكون المستفاد حكماً وضعيّاً كما يستفاد من بعض كلماته الأخرى.^(١)

العمدة في الجواب عن الإشكال الأول

والعمدة في حلّ الإشكال هو استدلال الإمام عليه السلام بالحديث على نفوذ الشرط، وبهذا افترق هذا الحديث عن روایات الوعد، والروايات الواردة على طائفتين:
الطائفة الأولى: ما دلّ على أصل نفوذ الشرط بدون الاستدلال بغير روایات

(١) مصباح الفقاہة ٣٦٢/٧، ولكن هنا صرّح بدلالة الحديث على الحكم التكليفي والوضعي معاً فلاحظ.

الشروط وهي:

١- صحيحه معاویة بن وهب عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: قلت له: إني كاتبت جارية لأيتام لنا واشترطت عليها إن هي عجزت فهي رد في الرّق وأنا في حلّ ما أخذت منك، قال: فقال لي: «لك شرطك، وسيقال لك: إن علياً^{عليه السلام} كان يقول: يعتقد من المكاتب بقدر ما أدى من مكاتبه، فقال: إنما كان ذلك من قول علي^{عليه السلام} قبل الشرط، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم...، الحديث.^(١)

ومفادها حكم وضعی، لا تکلیفی، وهو نفوذ شرط النتیجة، وهو الرد في الرّق إن عجزت عن أداء مال الكتابة، كما أن الإمام^{عليه السلام} أرشد السائل إلى الجواب فيما لو احتجوا عليه بقول أمير المؤمنین على^{عليه السلام} بأن المكاتب ينعتق منه بمقدار ما أدى من مال الكتابة، وأن ذلك إنما هو قبل الشرط، فالحكم الأولى هو ذلك لولا الشرط.

٢- صحيحه الأخرى، قال: سألت أبا عبدالله^{عليه السلام} عن مكاتبته أددت ثلاثي مكاتبتها وقد شرط عليها إن عجزت فهي رد في الرّق، ونحن في حلّ ما أخذنا منها، وقد اجتمع عليها نجحان، قال: ترد ويطيب لهم ما أخذوا...، الحديث.^(٢)

٣- صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله^{عليه السلام} في المكاتب يكتب ويشرط عليه مواليه إن عجز فهو مملوك ولهم ما أخذوا منه، قال: يأخذه مواليه بشرطهم.^(٣)

الطاقة الثانية: ما فيها الاستدلال بالکبرى، علاوة على دلالتها على الحكمين

الوضعی والتکلیفی وهي:

١- صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله^{عليه السلام} في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبه، فقال: إن الناس كانوا لا يشترطون فهم اليوم يشترطون، وال المسلمين عند شروطهم،

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٣، ح ١٤٠، الباب ٤ من أبواب المكاتب.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٣، ح ١٥٤، الباب ١٠ من أبواب المكاتب.

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٣، ح ١٥٤، الباب ١٠ من أبواب المكاتب..

فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع...، الحديث.^(١)
وقد اشتغلت هذه الصحيحة على الصغرى والكبرى، ومدلول الكبرى الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالشرط، والحكم الوضعي وهو نفوذه، كما دلت على صحة شرطي الفعل والتبيجة.

٢- صحيحية محمد بن مسلم عن أبي جعفر^{عليه السلام} في مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرد في الرّق، قال: المسلمين عند شروطهم.^(٢)

٣- صحيحية سليمان بن خالد عن أبي عبدالله^{عليه السلام} قال: سأله عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكتابة، قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطتها في مكتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: لا يكون لها الخيار، المسلمين عند شروطهم.^(٣)

فإن من المعلوم أن الأمة المزوّجة من عبد عندما تصبح حرّة تكون مختارة في فسخ الزوجية منه، ومفاد الرواية أن ابن الزوج اشترط على زوجة أبيه إن هو أعاشرها على أداء مال الكتابة أن لا يكون لها الخيار في فسخ زوجيتها من أبيه، فمتعلق الشرط هو عدم الخيار، وهو حكم وضعي، لا تكليفي، مضافاً إلى أن الشرط شرط نتيجة لا فعل، وقد حكم الإمام^{عليه السلام} بصحته ونفوذه، وطبق الكبرى عليه.

وحاصل الكلام: أن جملة «المؤمنون عند شروطهم» لا تدلّ بنفسها على الحكم الوضعي - وهو صحة الشرط ونفوذه - لو لا تطبيق الإمام^{عليه السلام} لها في موارد شرط النتيجة والحكم الوضعي، كعدم الخيار، والرّد في الرّق، وببركة هذا التطبيق أمكن

(١) وسائل الشيعة ٢٣/١٤١، ح ٣، الباب ٤ من أبواب المكتابة.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣/١٤٢، ح ٧، الباب ٤ من أبواب المكتابة.

(٣) وسائل الشيعة ٢٣/١٥٥، ح ١، الباب ١١ من أبواب المكتابة.

الاستدلال بها في المقام، فيصح شرط الخيار للأجنبي، ويرتفع عنه إشكال كونه حكماً وضعياً لا تشمله «المؤمنون عند شروطهم».

الإشكال الثاني للمحقق الخوئي

الإشكال الثاني: أن هذه الروايات ليست مشرعة لشرط لا نعلم بمشروعيته، وإنها تصحح الشروط المشروعة، فلابد من إحراز شرعية الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك بها لاستفادة لزوم الوفاء بالشرط، وشرط الخيار للأجنبي - حسب مقتضى الأصل والقاعدة المتقدمة - إما غير مشروع، أو مشكوك المشروعية، وعلى التقديررين لا يصح التمسك بها لتصحيفه.

طريق التخلص عن الإشكال بنظر المحقق الخوئي

وتخلاص عنه المحقق السيد الخوئي قدس سره: بأن المنشأ في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ؛ وذلك بعد استحالة الإهمال في الواقعيات، وعدم اجتماع الملكية المطلقة مع الخيار فيتعين التقيد، فتكون الملكية المنشأة هي الملكية المحدودة إلى زمان فسخ الأجنبي، وأية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، خطاب انحلاقي بوجوب الوفاء بكل عقد، ومفادها الحكم بنفوذ ما عقد عليه، ومتعلقه في موارد شرط الخيار هي الملكية المحدودة، فالآية بنفسها تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط، فيكون الاستدلال على صحة شرط الخيار للأجنبي بالآية، لا بالحديث ليرد الإشكال، ولا طريق للتخلص عنه إلا هذا.^(١)

ولأهمية البحث لابد من توضيح المطلب بشكل جيد فنقول:
إنّ مبناه قدس سره في جميع موارد الشروط - كما يظهر من كلامه في هذا الباب، وباب

(١) مصباح الفقاهة ٦/٢١٧-٢١٦.

الغبن، والشروط، وجميع مسائله في منهاج الصالحين - هو أن الشرط المأمور في ضمن العقد يرجع إلى جعل الخيار، فمثلاً إذا باع المتع بشرط خيطة التوب، فحقيقة هذا الشرط أنه جعل لنفسه الخيار في ما لم ينطه، فلا يكون ملزماً بالوفاء بالعقد حينئذ، وجعل الخيار - بمقتضى برهان عدم الإهمال في الإنشاء - يرجع إلى إنشاء الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، والدليل على صحة هذه الملكية هو ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾.

المناقشة في طريق المحقق الخوئي

وفي هذا المبني وجوه من الإشكال:

الوجه الأول: مناقضة مختاره لبناء في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾؛ فإن فيها مبنيين:

الأول: أن مدلوها حكم تكليفي وهو وجوب الوفاء بالعقد، ولا زمه الذي لا ينفك عنه هو اللزوم، فهي تدل بالدلالة المطابقة على الحكم التكليفي، وبالدلالة الالتزامية على الحكم الوضعي، وهو مختار الشيخ قدس.

الثاني: أنها إرشاد إلى اللزوم، فمدلوها - ابتداء - حكم وضعبي، ولا مناص من رفع اليد عن ظهور هيئة الأمر في اعتبار الالبابية، والوجوب؛ لقيام الضرورة الفقهية على عدم حرمة الفسخ تكليفاً، وعدم وجوب عدمه، بحيث يكون مرتكبه مذنبًا وفاسقاً، فمع بطلان الحرمة التكليفية يتعمّن كون المراد منها لزوم العقد، فلو فسخ لا ينفسخ، وهذا هو مختار المحقق الخوئي قدس.

ومن كان مينا في الآية أنها إرشاد إلى اللزوم، وأن مفادها أن العقود لازمة،

كيف يعقل منه أن يستدل بها على صحة هذا البيع الخياري؟!

فالجمع بين هذين ما هو إلا جمع بين المتناقضين.

الوجه الثاني: أن ما أفاده قدس مخالف لما عليه الارتكاز العقلائي؛ فإن المعاملات مطلقاً أمور عقلائية ارتكازية، والمُنشأ في الارتكاز العقلائي واحد في جميع المعاملات، سواء أكانت خيارية - بالأصل أو بالعارض - أم غير خيارية؛ فإن المُنشأ في البيع

والصلح والإجارة من العقود الالزمة هي الملكية المطلقة، والمنشأ في المعاملات الخيارية هي الملكية المطلقة أيضاً، ولم تحدّد بغاية ولا أمد، فإنّ إنشاء «بعث» في موارد عدم الغبن، وكون البيع صحيحاً هو بنفسه في موارد الغبن وكون البيع معيناً، فالإنشاء واحد ولا اختلاف في المنشأ، ولكن المنشأ - وهي الملكية - يكون ممكناً بالجواز إذا كان البيع خيارياً، وباللزوم إذا لم يكن خيارياً، فما أفاده ^{فيس} مخالف للارتکاز العقلائي.^(١)

الوجه الثالث: أن لازم هذا القول أن يكون وزان العقد الخياري وزان إجارة الأعيان، وهو من نوع فقهها؛ وذلك لأن المراد من الفسخ في المعاملات أحد معنين باختلاف المبنيين، أحدهما حل العقد، والآخر رد العين إلى ملكية من انتقلت منه، وكلا المبنيين يشتركان في أن قوامه بالاسترداد في الملك، إلا أن الاسترداد على المعنى الأول لازم للفسخ وحل العقد، وعلى الثاني يحصل ابتداء، فحقيقة الفسخ في جميع العقود التي يوجد فيها هذا الحق - كالبيع والصلح والإجارة - هو رد الملك، مطابقة أو التزاماً، أي رجوع الملك المنتقل إلى صاحبه الأول.

إذا التزم بأن البيع الخياري هو إنشاء الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فمعناه أن الفسخ ليس رد الملك - الذي انتقل - إلى صاحبه؛ إذ هو صاحبه من الأول من هذا الحد، فيكون وزان جميع المعاملات الخيارية وزان الإجارة وتملك المنفعة؛ فإن المنفعة تنتقل إلى ملك المستأجر مدة الإجارة المضروبة فقط، وتكون بعدها باقية على ملك مالكها الأول، وهذا لا يحصل للمؤجر - بعد انتهاء مدة الإجارة - ملك جديد، فلا بد من قال بالملكية المحدودة بالفسخ أن يتزامن العين قد خرجت بالبيع عن ملك البائع

(١) فإن قلت: إذا لم يكن بينهما اختلاف فلماذا حكم في أحدهما باللزوم وفي الآخر بالجواز؟
والجواب: أنه ليس الاختلاف من حيث المنشأ؛ فإن الملكية في كليهما مطلقة، والحكم بالجواز وعدمه إنما جاء من قبل جعل الخيار وعدم جعله، فإن جعل الخيار موضوع لحكم الشارع بالجواز.

مدة معينة محدودة، وأما بعدها فلم تخرج عن ملكه حتى ترجع، وهو من نوع فقهًا؛ فإن حقيقة الفسخ - كما تقدم - هو رد العين مطابقة أو التزاماً، وليس انتهاء أمد الملك المتقل، وبينهما بون بعيد.^(١)

الوجه الرابع: أن تصحيح جعل الخيار للأجنبي بفرض الملكية المحدودة بالفسخ مستلزم للدور؛ وذلك لتوقف صحة جعل الخيار على صحة الملكية المحدودة بالفسخ وبما أنه أخذ في الموقف عليه حد الفسخ، فصحة الخيار تكون متوقفة على صحة الفسخ، وما لا شك فيه أن الفسخ موقوف على الخيار فيلزم الدور المحال.

الطريق الصحيح للحل

فهذا الطريق للحل - مع هذه الإشكالات - غير قابل للقبول، فلا بد من اختيار طريق آخر، وهو لا يتم إلا برفع إشكالين:

الإشكال الأول: ما تقدم من أن دليل الشرط ليس بمشروع، فلا بد من إحراز جواز الشرط في مرحلة سابقة، ثم التمسك به.

والحق في الجواب عنه أن يقال: إن مقتضى إطلاق دليل نفوذ الشرط جواز كل شرط ونفوذه، إلا أنه ورد استثناء الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه^(٢) ﷺ،

(١) سئل الأستاذ المحقق القطلي فأفاد بما يوضح المطلب وحاصله: أن مبني المحقق السيد الخوئي قدس في المعاملة التي جعل فيها الخيار أن المنشأ هي الملكية المحدودة إلى زمان الفسخ، فإذا جعل البائع للدار الخيار في البيع، فمعناه أنه قال للمشتري ملكتك الدار إلى أن أفسخه. والإشكال: أن قوله ملكتك الدار إلى أن أفسخ البيع، مثل قوله: ملكتك منافع الدار شهراً، إلا أن التحديد في الإجارة كان بالزمان، وفي البيع بالزماني، وهو الفسخ، مما زاد عن هذا الحد لم تخرج فيه الدار عن ملك البائع من الأول حتى ترجع إلى ملكه بالفسخ، وهو خلاف حقيقة الفسخ؛ فإن حقيقته رجوع المال الذي انتقل للمشتري إلى ملك البائع بواسطة الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٦، ح ٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

ونحن نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفًا لها أو لا، فإن كنا نقول بجريان استصحاب العدم الأزلي فلا إشكال، وإلا فلا دافع له؛ وذلك لأن مدلول الحديث بعد التخصيص هو جواز الشرط الذي لم يكن مخالفًا للكتاب والسنة، وبما أنها نشك في كون شرط الخيار للأجنبي مخالفًا لها أو لا، فالتمسك بدليل الشرط من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصوص، وهو باطل بالضرورة.

وأما إذا قلنا بجريان استصحاب العدم الأزلي فيمكن جريانه في المقام فيتتحقق موضوع الدليل؛ لأن موضوعه بعد التخصيص صار مركبًا من أمر وجودي، أعني «الشرط»، وهو محرز بالوجودان، ومن أمر عدمي، وهو «لم يكن مخالفًا للكتاب والسنة»، وهو محرز بأصل العدم الأزلي، فينحل الإشكال الأول، ولكن يأتي:

الإشكال الثاني: وقد أورده المحقق السيد الخوئي ^{قدس} في بحث الشروط^(١)، وهو يريد حتى مع القول بجريان الاستصحاب في العدم الأزلي، وحاصله: أن الأصل في المعاملات وفي الشروط الفساد، فلو اشترط في ضمن المعاملة أن يكون المتعاق لفلان، فلو لم يكن دليلاً الصحة فهل ينتقل المال لفلان بالشرط أو لا؟ الأصل عدم الانتقال، وبما أن الأصل الفساد لا يحرر استصحاب عدم كون الشرط مخالفًا للكتاب والسنة أولاً.

والجواب عنه: أن موضوع قاعدة «الأصل في العقود الفساد» هو عدم الدليل على الصحة، فإذا قام الدليل على الصحة من عموم أو إطلاق أو نص خاص كان حاكماً عليها، ولا يعقل أن يكون الدليل المحكوم مانعاً عن وجود الدليل الحاكم، ولا مسقطاً له؛ لأن الثاني مزيل موضوع الدليل الأول دائمًا، والفرض في ما نحن فيه أن عموم «المؤمنون عند شروطهم» دليل، وهو شامل لهذا الشرط، وبما أنه يوجد مستثنى

(١) مصباح الفقاهة / ٧ / ٣٢٧.

منه وهو «شروطهم»، ومستثنى وهو «ما خالف كتاب الله وسنة نبيه»، وانطباق عقد المستثنى منه بالوتجدان، وبجريان الأصل يتم المستثنى، فالعموم بضميمة الاستصحاب يكون حاكماً على أصالة الفساد، فلا يعقل أن تكون مانعة من عمومه. ولو كان نظره إلى احتمال فساد هذا الشرط لمخالفته للكتاب والسنة، لا من جهة عدم الدليل، فجوابه واضح؛ فإن استصحاب عدم المخالفة يزيل الشك من هذه الجهة.

فتححصل مما تقدم: أن مقتضى القاعدة الحكم بمشروعية جعل الخيار للأجنبي، والدليل عليه إطلاق أدلة الشروط بضم أصل العدم الأزي(١).

أقول: الإشكال من اساسه غير وارد ولا تحتاج إلى جواب المحقق السيد الخوئي^{قدس} ولا إلى جواب الأستاذ المحقق^{دام عليه لأن} المؤمنون عند شروطهم مطلق يجري في جميع الشروط ويشملها، كما قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾ مطلق يجري في جميع البيوع وكما قوله تعالى: ﴿تَبَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ مطلق يجري في جميع التجارات وكما قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾ مطلق يجري في جميع العقود وكما قوله^{الله}: «لكل قوم نكاح» عام يجري في جميع الأنكحة وأماماً الشارع بعد ذلك إذا لم يقرر شرعاً آخرجه بمخالفة الكتاب والسنة، فإذا لم أجدها مخالفـاً للكتاب والسنة يجري في مورده «المؤمنون عند شروطهم» كما إذا لم يقرر بيعاً آخرجه بـ«نبي النبي^{صل} عن بيع الغرر» و «لا بيع إلا في ملك» وقوله تعالى: ﴿وَحَرَمَ الْبِرَوْا﴾^(٢) ونحو ذلك.

وكذا إذا لم يقرر نكاحاً آخرجه بحرمة نكاح المحارم وقوله^{صل}: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا تَنْكِحَ ءابَاؤُكُمْ مِنْ أَنْسَاءٍ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتَنًا وَسَاءَ سَبِيلًا * حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَخَلَتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخْ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب / ٢ (٣٧٤ - ٣٥٠).

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

وَأَمْهَتُكُمُ اللَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخْوَتُكُمْ مِنْ الرَّضَعَةِ وَأَمْهَتُ نِسَاءِكُمْ وَرَبَّتُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَاءِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنَّ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَّئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَبِكُمْ وَأَنْ تَجْمِعُوهَا بَيْنَ الْأَخْيَنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا * وَالْمُحْصَنَتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَأَءَ ذَلِكُمْ أَنْ يَتَبَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ حُصَنَيْنَ غَيْرُ مُسَفِّحَيْنَ فَمَا آسَتَمْتُمُ بِهِ مِنْهُنَّ فَقَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيَضَةٌ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمُ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيَضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ^(١).

وآخر جهه بحرمة نكاح الشugar وغيره، والباقي يبقى تحت عنوان العام.

والحاصل: «المؤمنون عند شروطهم» مطلق يشمل شرط جعل الخيار للأجنبي وهذا الشرط لم يخالف الكتاب والسنة لعدم ورود النهي عنه فيهما وحيث لم يثبت المقيد، يشمله الإطلاق ويحكم بصحة هذا الشرط والله العالم.

«الجهة الثانية: في اشتراط قبول الأجنبي وعدمه

لا يخفى أن الأصل في ما لو شكنا في تحقق الخيار للأجنبي بمجرد جعل المعاملين أو أحدهما من دون قbole هو عدم تتحققه، فلا بد من إقامة الدليل على عدم اشتراطه.

تفصيل المحقّق النائي في المقام ومناقشته

وقد أفاد المحقّق النائي في ذلك ما حاصله: إن قلنا بأن جعل الخيار للأجنبي توكيل له أو تفويض، فلا شبهة في احتياجه إلى القبول؛ لأن الوكالة من جملة العقود، فتتوقف على الإيجاب والقبول، وحقيقة التفويض تولية الأمر، فيحتاج إلى قبول أيضًا.

(١) سورة النساء / (٢٤-٢٢).

وأما إن قلنا بأنه تمليك، فإن قلنا بانحصار تحقق الملك الظاهري بخصوص الإرث، والوقف على البطون، فلا بد من القبول، وإن قلنا بحصوله بشرط النتيجة أيضاً فلا حاجة إلى القبول، فيملك الخيار بمجرد جعل المتعاقدين^(١).

وما أفاده من عدم الحاجة إلى القبول إن التزم بحصول الملكية بشرط النتيجة، محل تأمل ونظر؛ لأن مستند شرط النتيجة هو دليل الشرط، أعني «المؤمنون عند شروطهم»، واستفادة عدم اشتراط القبول منه منافٍ لقاعدة السلطنة على النفس؛ فإنه وإن لم يرد «الناس مسلطون على أنفسهم» إلا أن مقتضى قاعدة السلطنة على المال - المستفادة من مرسلة «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢)، أو من القاعدة العقلائية - هو أن الناس مسلطون على أنفسهم بالأولوية القطعية، وحصول الملك أو الحق للإنسان من دون قيوله منافٍ لسلطنته على نفسه، فمقتضى الجمع بين دليل الشرط وقاعدة السلطنة صحة شرط النتيجة؛ لدليل الشرط، واحتراط القبول؛ لقاعدة السلطنة، فلو أراد أن يهب لآخر شيئاً، وأنشأ الهبة كان للموهوب له عدم القبول ولا يلزم به، وكما يمكنه أن ينشئ الهبة بقوله: وهبتك، يمكنه بشرط النتيجة؛ لعدم توقف الهبة على إنشاء خاص، بل يمكن إنشاؤها بكل ما له صلاحية إنشاء هذا الأمر الاعتباري، والشرط له الصلاحية حسب الفرض، ولكن لا ينفي اشتراط قبول الموهوب له؛ فإن ما تتحقق من طرف الواهب هو الإيجاب بالشرط، وهو لا ينفي الحاجة إلى القبول.

وعليه فمقتضى الجمع بين القاعدتين اعتبار القبول، من دون أن ينافي شرط

(١) منية الطالب ٣/٧٨.

(٢) الخلاف ٣/١٧٦، وقال فيه: «وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال: الناس مسلطون على أموالهم». وعوايد اللائي ١/٤٥٧، ح ١٩٨ وعنه في بحار الأنوار ٢/٢٧٢، ح ٧، وقد مررت جبران ضعف سند هذه المرسلة في الآراء الفقهية ٤/١١٠.

النتيجة.

دليل المحقق الخوئي على عدم الحاجة إلى القبول ومناقشته

وقد ذكر المحقق السيد الخوئي قسماً وجهاً آخر لعدم الحاجة إلى القبول، وحاصله: أن باب الحقوق أجنبي عن باب الملك؛ فإن حصول الملك إنما هو بالأسباب الاختيارية التي جعلت في الشريعة المقدسة، فلا يحصل بدون القبول، إلا في موارد خاصة ثبت فيها حصول الملك القهري على خلاف القاعدة، كالإرث، والوقف على البطون، والمصالحات القهيرية، وأما في غيرها فالتملك يحتاج إلى سبب، وهو إما أن يكون اختيارياً غير إنسانياً كالحيازة؛ «من حاز ملك»^(١)، أو اختيارياً إنسانياً كالعقود. وأما باب الخيار فلا ربط له بباب الملك؛ فإن حقيقة الحقوق ليست شيئاً آخر

غير الاعتبارات الشرعية، إلا أن الاعتبارات على نحوين:

١- ما يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحق.

٢- ما لا يسقط بالإسقاط، ويطلق عليه الحكم.

فليس بين الجواز في الهبة، والجواز في البيع اختياري فرق ذاتي، فكل منها حكم شرعي بجواز الفسخ^(٢)، إلا أن الجواز في الهبة لا يمكن إسقاطه بخلاف الجواز في البيع، وإذا لم يكن له ربط بباب الملك فلا يلزم فيه القبول.^(٣)
ويرد عليه: **أولاً**: أن ما اختاره هنا منافٍ لما اختاره في باب الوصية التملوكية؛

(١) هذه القاعدة متصدية، وحصول الملكية بالحيازة مستفاداً من مثل ما ورد في معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: للعين ما رأت وللليد ما أخذت. وسائل الشيعة ٣٩١ / ٢٣، ح ١، الباب ٣٨، من أبواب الصيد.

(٢) قد ناقشنا هذا الكلام في بحث الحقوق، راجع الآراء الفقهية ٤ / ٢١.

(٣) مصباح الفقاهة ٦ / ٢١٧-٢١٨.

حيث قال: «وأما الوصية التملوكية فكما إذا قال: هذا المال لزید بعد مماتي، فالمشهور احتياجه إلى القبول من الموصى له، لكن الأظهر عدمه»^(١)، فنفيه لاعتبار القبول في الوصية التملوكية منافٍ لقوله هنا باعتبار القبول في مطلق الملك.^(٢)

وثانياً: أن ما أفاده من التفريق بين الملك والحق، بأن ثبوت الأول بدون اختياره منافٍ لسلطنته، دون ثبوت الثاني، بلا فارق؛ فإن الحق وإن كان حكماً شرعاً إلا أنه نحو من السلطة، وهذا قلنا في تعريف الخيار: إنه «ملك فسخ العقد وإبرامه»، فحصوها بدون اختيار المكلف منافٍ لسلطنته على نفسه.

والتحقيق: أن سلطنة الإنسان على نفسه ثابتة قطعاً، ولكن لم يقم عليها دليل لفظي قابل للتمسك بإطلاقه، ليدل على ثبوتها له بنحو مطلق، فمثل قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّنِي لَا أَمْلُكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي﴾^(٣)، استفيد منه السلطة على النفس، وقوله تعالى: ﴿الَّبِيُّ أَوَّلٌ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾^(٤) دال على ثبوت السلطة على النفس، ولكن لا إطلاق فيها، فلا يدلان على حدود هذه السلطة ولا مقدارها، فلا بد في مثل هذه الموارد من المشي على طبق ما تقتضيه القاعدة، ومقتضاها أن نلاحظ ما في سيرة العقلاء، وبما أنها دليل لبني فنتصر على القدر المتيقن.

ولا شك أن تمليك الأشخاص وإعطاءهم الحقوق عند العقلاء ليس بنحو مطلق، بأن يملك شخص آخر أو يعطيه الحق قهراً وقسرًا عليه، مسلوب الإرادة والاختيار، ولكن حد ذلك عدم التملوك القسري، والقدر المتيقن منه أن له حق الردّ،

(١) منهاج الصالحين بتعليق الشيخ الأستاذ المحقق [افتظ الله] ٢٣٧ / ٣.

(٢) ومن أراد معرفة ما أفاده السيد الخوئي في عدم اعتبار القبول في الوصية التملوكية بنحو التفصيل فليرجع إلى الموسوعة ٣٣ / ٢٩٦-٢٩٩.

(٣) سورة المائدة / ٢٥.

(٤) سورة الأحزاب / ٦.

ولا دليل على اعتبار القبول، فلو أعطي الولاية على أمر لم ثبت له الولاية قسراً عليه،
معنى أن له أن يردها، وهذا أمر، واعتبار القبول أمر آخر لم يثبت بدليل.

ويعارة أخرى: إن غاية ما يثبت من السيرة أن الرد مانع من تحقق الملك أو الحق، لا أن القبول شرط لتحققها.

ولو غضبنا الطرف عن السيرة، وشككنا في اشتراط القبول في جعل الخيار للأجنبي، فمقتضى الأصل الاشتراط؛ لأن مقتضاه عدم تحقق أي سلطنة أو حق لأحد إلا بمقدار ما قام عليه الدليل خصوصاً أو عموماً، ففي مثل المقام نشك في جعل الخيار للأجنبي بمجرد الشرط من دون قوله، ولا دليل على صحة الاشتراط إلا «المؤمنون عند شروطهم»، ولا إطلاق فيه ليشمل صورة عدم القبول، فالأصل عدم تتحققه بذاته.

والحاصل: أن مقتضى السيرة هو كون الرد مانعاً لا أن القبول شرط، فيتحقق الخيار للأجنبي إن لم يرد، ومتى مقتضى الأصل عدم تتحققه إلا بالقبول.

الجهة الثالثة: في جواز إسقاط خيار الأجنبي وعدمه

هل يجوز لمن اشترط الخيار للأجنبي أن يسقطه عنه أو لا؟

ذهب السيد اليزيدي قدس إلى السقوط بالإسقاط، قال قدس: «لأن شرطه كون الأجنبي ذا خيار، فخيار الأجنبي حق للمشروط له، فكما يجوز إسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا في الأجنبي، وليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي، بل دوامه، فيكون كخيار نفسه في جواز إسقاشه، ولا يضر سقوط حق الأجنبي أيضاً من غير اختياره، كما أنه يجوز للأجنبي إسقاشه، فيسقط حق المشروط له أيضاً قهراً عليه»^(١). وأورد عليه المحقق السيد الخوئي قدس بأن جعل الخيار حدوثاً للأجنبي، حق

(١) حاشية السيد اليزيدي على المكاسب ٤٧٢/٢.

للمتعاقدين، وأما بقاء فلا دليل على أن إسقاطه من حقوقها، ولا ملزمة بين الحدوث والبقاء.^(١)

وفيه: أنه وإن لم يوجد دليل على جواز الإسقاط، إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار بعده.

بيان ذلك: أنه كما أن سقوط الخيار يحتاج إلى دليل، فكذلك بقاوته، والصور المتصورة في جعل الخيار للأجنبي ثلاثة:

الأولى: أن يجعل له ملدة محدودة، فيسقط خياره بانتهاء تلك المدة.

الثانية: أن يجعله له مطلقاً ويشرط أن لا حق له في الإسقاط، فلا يحق له الإسقاط؛ بمقتضى دليل الشرط، وهو واضح.

الثالثة: أن يجعله له مطلقاً، ولا يشرط شيئاً.

والكلام في هذه الصورة، ونحن وإن قلنا بعدم الملزمة بين الحدوث والبقاء، ولكن عدم تأثير إسقاط خيار الأجنبي حكم من الأحكام الشرعية فيحتاج إلى دليل، وهو مفقود، ومع عدم الدليل، والشك في بقاء الخيار بعد إسقاط جاعل الخيار للأجنبي ما هو الموقف العملي؟ فهل المرجع في مثل هذا المورد أصالة اللزوم أو استصحاب بقاء الخيار؟

أما على مبني الحقّ السيد الخوئي قدسُهُ من عدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية الكلية؛ للتعارض بين استصحاب بقاء المجعل، واستصحاب عدم المجعل، فلا مجال للبحث عن جريان الاستصحاب أو الرجوع إلى العام في المقام.

وأما مع قطع النظر عن هذه الناحية، فيما أن العام وهو آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ قد خصصت بدليل جعل الخيار للأجنبي، فيكون المورد من موارد دوران الأمر بين

(١) مصباح الفقاهة ٦/٢٢٠.

استصحاب حكم المخصوص، وبين التمسك بعموم العام.
والقاعدة - على ما حقق في محله - تقتضي التمسك بعموم العام: وذلك للشك في سعة دائرة المخصوص وضيقها، للشك في سقوط الخيار المجعل للأجنبي بالإسقاط وعدم سقوطه، فترفع اليد عن العام بالمقدار المتيقن من التخصيص، وهي صورة عدم إسقاطه عنه، وأما ما زاد على ذلك - وهي صورة الإسقاط - فالمرجع فيه هو عموم العام، وعليه فلا خيار بعد الإسقاط.

نعم، على مبني عدم جواز التمسك بالعام وجريان استصحاب حكم المخصوص في هذه الموارد - كما عليه الشيخ ^{تيس} - يجري استصحاب بقاء الخيار للأجنبي.

ومع قطع النظر عن هذه الجهة أيضاً، وعن أصلاللزوم لفظاً فالقاعدة تقتضي جريان أصل اللزوم العملي، وهو بقاء العقد؛ وذلك لأنّا بعد إسقاط الشارط لخيار الأجنبي، نشك في تأثير إعمال الخيار من قبل الأجنبي، والأصل عدم التأثير، أو بقاء العقد، وبقاء الملك.

والنتيجة: أنه وإن لم تكن هناك ملازمة بين الحدوث ولابقاء إلا أنه لا دليل على ثبوت الخيار للأجنبي بعد أن أسقطه الشارط، ومع الشك فالتحقيق ما قدمناه على اختلاف المبني، والحق منها سقوط الخيار وعدم تأثير الفسخ.

الجهة الرابعة: في اشتراط مراعاة المصلحة من قبل الأجنبي وعدم اشتراطها هل أن خيار الأجنبي مشروط بمخالفة الغبطة والمصلحة لمن جعل الخيار أو لا؟

إن كان إعطاؤه إياه بنحو التوكيل فلا شك في أن الوكيل عليه أن يراعي غبطة الموكّل ومصلحته، وليس في التوكيل إطلاق حتى لصورة قيام الوكيل بعمل على خلاف مصلحة موكله.

وإن كان بنحو التملك [أو التفويض] فإن ثبت الإطلاق لصورة عدم الغبطة، أو التقييد بها، فلا بحث، وإنما الكلام في ما لو لم يثبت أحدهما؛ لعدم نصبه قرينة في مقام الإثبات على شيء منها، وفيه أوجه ثلاثة:

الأول: أنه مالك للخيار وله مطلق الحرية في إعمال سلطنته، سواء أكان فيه صلاح لطرف العقد أم لا.

الثاني: أنه مقيد بوجود المصلحة.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان جعل الخيار له من طرف أحد المتعاقدين، فتشترط مراعاة المصلحة، وبين ما لو كان من كلا الطرفين، فلا تشرط.

والحق هو الوجه الثاني؛ فإن مقتضى القاعدة - بملاحظة مقتضى عمل العقلاء وطبعهم الأولى - أنهم لا يعطون الخيار لأحد - بنحو التملك أو التفويض أو توقيع أمر العقد - بنحو مطلق، بحيث يكون له إعماله حتى لو كان فيه ضررهم، أو كان على خلاف مصلحتهم، فالمطعي لا يعطي إلا بملاحظة حفظ مصالحه، فإذا دامه على ذلك محدود بمصالح نفسه، ولو كان يريد الأعم من حصول المصلحة وعدمها ليبيّن ذلك وصرّح به، فتتملكه الخيار في مقام مشروط ومقيد بالمصلحة ولو لم يبيّن ذلك في مقام الإثبات.

ولو شك في ذلك فمقتضى الأصل التقييد بالمصلحة أيضاً؛ لرجوع الشك إلى الشك في سعة دائرة الخيار المجعل وضيقها، والمتيقن من جعل الخيار جعله في صورة مراعاة المصلحة، وأما في ما عدتها فمشكوك، والأصل عدمه.

ومنه يظهر بطلان الوجه الأول أيضاً.

وأما التفصيل فوجيهه: أن فسخ العقد أو إمضاءه لا يكون بحسب الواقع في مصلحة الطرفين، بل غالباً ما يكون في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، فإذا ملّكه الخيار كلاهما كانت هذه الغلبة قرينة على عدم لزوم مراعاة كلا الطرفين.

ولكن، لا يخفى أن هنا صورتين:

الأولى: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين غير ممكنة؛ إذ يكون الفسخ دائمًا في مصلحة أحدهما وضرر الآخر، والإمضاء على العكس منه، وهنا لا مناص من القول بعدم إناطة جعل الخيار بمراعاة المصلحة؛ لعدم إمكان الجمع بين مصلحة الطرفين، فجعله مشروطًا بمراعاة مصلحتهما لغو.

الثانية: أن تكون مراعاة مصلحة كلا الطرفين ممكنة إلا أن الغالب عدمها، والحكم بثبوت الخيار على خلاف مصلحة كليهما مطلقاً مشكلاً.

والوجه فيه: أنها جعلا الخيار له، وأمر العقد بيده، وملحوظة مصلحتهما معًا ممكنة حسب الفرض إلا أنها غير غالبة، والعاقل لا يقدم على ضرر نفسه، بل لا يقدم إلا على ما فيه مصلحته، فبمقتضى القاعدة المتقدمة نجزم بأن كل واحد من الطرفين إنما ملّكه الخيار بلحاظ حفظ منفعته، والغالبة لا تصلح للتخصيص، فيكون الخيار محدوداً بمراعاة مصلحة كلا الطرفين، فيختص بالمورد غير الغالب.

هذا ما تقتضيه القاعدة، ولو شك حيئذ في جعل الخيار له مطلقاً؛ لكون الغالب عدم إمكان مراعاة مصلحة الطرفين، فالشك يرجع إلى سعة دائرة جعل الخيار وضيقها، والأصل عدم جعله في ما إذا كان في الفسخ أو الإمساء ضرر أحد التعاقددين.

فما أفاده المحقق السيد الخوئي قيسٌ من التفصيل على أساس الغلبة محل إشكال^(١)، الحق أن الخيار في جميع الصور مقيد بمصلحة جاعل الخيار، سواء أكان بنحو التوكيل أم التمييك أم التفويض، كان من أحدهما أو من كليهما إلا في صورة امتناع مراعاة مصلحة كلا الطرفين.

(١) مصباح الفقاهة ٦/٢٢٣-٢٢١.

الجهة الخامسة: في حكم جعل الخيار للمتعدد

إن لجعل الخيار للأجنبي صورتين رئيسيتين:

الصورة الأولى: جعله للواحد، وحكمه واضح.

الصورة الثانية: جعله للمتعدد.

والبحث في الصورة الثانية تارة في فرض جعل الخيار بنحو التوكيل، وأخرى في فرض جعله بنحو التمليل والتفوض.

أما الفرض الأول، فجعل الخيار للمتعدد بنحو التوكيل على نحوين أيضاً:

١- أن يكون كل منها وكيلًا مستقلًا، فإن أمضى أحدهما العقد مضى، وإن فسخ انفسخ، ولا يتنتظر لما يقوم به الثاني.

٢- أن يكونا وكيلين بنحو العام المجموعي، فلا بد من اتفاقهما على الفسخ، أو على الإمضاء، ولا يكفي فسخ أحدهما، ولا إمضاؤه.

وأما الفرض الثاني، فجعله يتصور على ثلاثة أنحاء:

١- أن يجعل لطبيعي المتعدد.

٢- أن يجعل للمتعدد بنحو العام الاستغرافي.

٣- أن يجعل للمتعدد بنحو العام المجموعي.

فإن عرف نحو الجعل، فلا إشكال؛ فإن الخيار في النحو الأول واحد لا تعدد

فيه؛ فإن الطبيعة غير متعددة، وما قبل من أن الطبيعي موجود بوجود أفراده حكم آخر غير الحكم الذي لنفس الطبيعة، فجعل الخيار هنا لطبيعي هذه الأفراد - المتعدد - فهو مجعل بنحو صرف الوجود، وهو ليس إلا واحداً، فالخيار واحد.

وأما في النحو الثاني فالخيار يكون متعددًا بتنوع الأفراد، فإن فسخ واحد

انفسخ العقد ولم يبق مجال لغيره في إعمال الخيار؛ لارتفاع الموضوع، وإن أمضى فحق غيره محفوظ، فله الفسخ والإمساء؛ لبقاء الموضوع حينئذ، فيبقى حق غيره على حاله،

وما قام به الأول إنما هو رفع ليمه عن حقه؛ فإن الإمضاء حيث دائم دون الفسخ فإنه حل للعقد.

وأما إذ كان بالنحو الثالث فالخيار واحد للمجموع، فلا بد لفسخ العقد أو إبرامه من اجتماع المجموع، ولا أثر لفسخ أحدهم ولا لإمضائه.

وإن لم يعرف نحو الجعل، فعندنا علم إجمالي بحصول التمليل أو التفويض، مع الجهل بنحوه، هل لطبيعي المتعدد فلا يكون هناك إلا خيار واحد بنحو صرف الوجود، أو للمتعدد بنحو العموم الاستغرافي ليكون لكل واحد خيار، أو للمتعدد بنحو العام المجموعي فالخيار واحد للمجموع، ويختلف كل منها من حيث الأثر كما تقدم، وبما أن أصلة العدم في كل من الأمور الثلاثة معارضة بمثلها في الأمرين الآخرين، فالقاعدة تقتضي أحد أمرين على اختلاف المبنيين:

المبني الأول: التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾؛ لأنه عام قد خصص بمخصص مردّ بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو ما إذا فسخ الجميع؛ لأنه القدر المتيقن من تأثير الفسخ، كما يقتصر على إمضاء واحد في لزوم العقد؛ لأن نشك - بعد إمضائه - في تأثير الفسخ فيرجع إلى أصلة العموم.

المبني الثاني: أنه لا مجال إلى الرجوع إلى العام، فعند فسخ أحدهم يحصل الشك في زوال الملك الحاصل، فيستصحب بقاوه، أو يشك في زوال العقد الحاصل فيستصحب بقاوه؛ فلابد من فسخ الجميع، كما أنه لو أمضى العقد واحد منهم نشك في زوال الملك بفسخ الآخر فيستصحب الملك، فلا تأثير لفسخه.

فعلى كلا التقديرتين لا يحكم بالفسخ لو لم يتفق الجميع عليه، كما يحكم بكفاية إمضاء واحد في لزوم العقد»^(١).

(١) بغية الراغب في مباني المكاتب ٢/ ٣٨٨-٣٧٥.

المسألة السادسة: اشتراط المؤامرة

والمراد منها أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما مشاورة الأجنبي في بقاء العقد أو فسخه واستئماره والرجوع إلى أمره.

قال العلامة في القواعد: «ويجوز... اشتراط المؤامرة إن عين مدة»^(١).

وقال السيد العاملي في شرح كلامه: «أما جوازها مع تعين المدة فإنجاعي كما في جامع المقاصد^(٢) وظاهر التذكرة^(٣) ويدل عليه الأصل والعمومات، فلا معنى لتأمّل الأردبيلي^(٤). وفي المسوط^(٥) والخلاف^(٦) أنه ليس للاستئمار حد إلا أن يشترط مدة معينة. وقد يلوح ذلك من إطلاق الشرائع^(٧) والإرشاد^(٨). وفي التحرير^(٩) والتذكرة^(١٠) والمختلف^(١١) واللمعة^(١٢) وتعليق الإرشاد^(١٣) والميسية والمسالك^(١٤)

(١) قواعد الأحكام ٦٦/٢.

(٢) جامع المقاصد ٤/٢٩٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١/٥٦.

(٤) لم يظهر لنا في عبارة المجمع تأمّل في المقام للأردبيلي قدسُه فراجع كلامه في مجمع الفائدة والبرهان ٤٠١/٨.

(٥) المسوط ٢/٨٦.

(٦) الخلاف ٣/٣٧، مسألة ٥١.

(٧) شرائع الإسلام ٢/٢٢.

(٨) إرشاد الأذهان ١/٣٧٤.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٨٨.

(١٠) تذكرة الفقهاء ١١/٥٧.

(١١) مختلف الشيعة ٥/٦٧.

(١٢) اللمعة الدمشقية ١٢٨.

(١٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩/٣٩٢-٣٩١.

(١٤) مسالك الأفهام ٣/٢٠٢.

والروضة^(١) وجمع البرهان^(٢) والكافية^(٣) أنه لابد من تعين المدة وأنه يبطل مع الإطلاق للجهالة. وفي الدروس أن قول الشيخ مشكل^(٤).

والظاهر أنه لا يشترط تعين المؤامر باسمه، ومعناها أن يشترط أو أحدهما مشاورة فلان مثلاً - أباً كان أو ابناً أو غيرهما - واستئماره والرجوع إلى أمره مدة مضبوطة.

وحكمة أنه يلزم العقد من جهتها ويتوقف على أمره، فإن أمره بالفسخ جاز للمشروط له استئماره الفسخ ولا يتعدى عليه قبوله لانتفاء المقتضي، ولو أراد الفسخ لم يكن له إلا بأمره كما في التذكرة^(٥) وجامع المقاصد^(٦) وتعليق الإرشاد^(٧) والميسية والمسالك^(٨) والروضة^(٩) والكافية^(١٠). وهي معنى قوله في المبسوط^(١١) والخلاف^(١٢): ليس له رد حتى يستأمره. وفي الخلاف أنه ظاهر المذهب^(١٣).

(١) الروضة البهية ٤٥٣/٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤٠١.

(٣) كفاية الأحكام ١/٤٦٥.

(٤) الدروس الشرعية ٣/٢٦٩.

(٥) تذكرة الفقهاء ١١/٥٦.

(٦) جامع المقاصد ٤/٢٩٢.

(٧) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩/٣٩٢.

(٨) مسالك الأفهام ٣/٢٠٢.

(٩) الروضة البهية ٣/٤٥٣.

(١٠) كفاية الأحكام ١/٤٦٥.

(١١) المبسوط ٢/٨٦.

(١٢) الخلاف ٣/٣٧، مسألة ٥٠.

(١٣) الخلاف ٣/٣٧، مسألة ٥٠.

والمخالف [العلامة] في التحرير حيث قال: له الفسخ قبل الاستئمار^(١)، وهو ضعيفٌ كما سترى.

ولو أمره بالالتزام ففي الروضة أنه ليس له الفسخ قطعاً^(٢). وبه صرّح جماعة^(٣) ولوّح^(٤) إليه آخرون^(٥)، بل قالوا: إنّه لو أمره بالالتزام وكان الأصلح له الفسخ فليس له الفسخ. وقال في جامع المقاصد^(٦) يجب على المؤامر اعتماد المصلحة، لأنّه أمين، فلو أمره بما فيه خلافها لم يجب عليه امتناعها. وقوله «فلو أمره... إلى آخره» لا وجه له، لأنّه لا محلّ له، لأنّه لو أمره بالالتزام وجب عليه، سواء كان فيه مصلحة أم لا، وإن أمره بالفسخ لا يجب عليه امتناع أمره، سواء كان فيه مصلحة أم لا كما هو ظاهر.

وتنقيح المسألة أن يقال: إنّ جواز اشتراط الاستئمار لا ريب فيه، لأنّه من الشروط الجائزة، فإنّ أمره بالفسخ تسلّط عليه وله الخيار بين أن يفسخ وأن لا يفسخ، اشتمل على مصلحة أم لا، لأنّ المستشير لا يلزمه موافقة المستشار حيث له مندوحة كما هو ظاهر، لأنّه لم يجعل له الخيار، وإن أمره بالالتزام الذي هو مقتضى العقد فليس له المخالفة وإن كانت أصلح، لأنّه لا تسلّط له عليها إلّا بالشرط، وهو لم يشترط لنفسه خياراً، وإن سكت فالأقرب للزوم أيضاً.

فالحاصل: أنّ الفسخ يتوقف على أمره، لأنّه خلاف مقتضى العقد فيرجع إلى

(١) تحرير الأحكام الشرعية / ٢٨٨.

(٢) الروضة البهية / ٣ / ٤٥٤.

(٣) منهم الطباطبائي في رياض المسائل ١٧٨/٨؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤/٤، ٢٩٢؛ والبحراني في الخدائق الناضرة ١٩/٤٠ - ٣٩.

(٤) ولوّح تلوّحًا: أشار من بعيد.

(٥) كالأردبيلي في مجمع الفتاوى والبرهان ٨/٤٠١.

(٦) جامع المقاصد ٤/٢٩٢.

الشرط، وأمّا الالتزام بالعقد فلا يتوقف على أمره، لأنّه مقتضى العقد. وهذا قال جماعة^(١): إنّ الفرق بين المؤامرة للأجنبي وجعل الخيار له أنّ الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له بخلاف من جعل له الخيار، فليس للمستشار فسخ ولا التزام وإنما إليه الأمر والرأي خاصة. وقد نسبه إلى كلام الأصحاب في الروضة^(٢) وقد عرفت مطمح نظرهم بما حرّرناه في بيان المسألة^(٣).

ثم المتعارف من اشتراط المؤامرة صورتان وإن كانت لها صور عقلية متعددة:

«إدحاماً: أن يكون الغرض من اشتراط الاستثمار جعل حق وختار لنفسه في البيع إلا أنه لما لم يعرف المصلحة والفساد لأنّ البلد غريبة أو المبيع مما لم يبتل به ولا يعرف حسنها اشتراط الاستثمار من أجنبى كالوالد أو الأخ أو غيرهما، وفي هذه الصورة ليس للأجنبي حق الأمر ولا الإجبار بشيء وإنما الحق للمسؤل بالكسر وأنه الذي يتمكّن من الفسخ والامضاء بعد الاستثمار، وعليه إذا أراد الفسخ قبل الاستثمار من الأجنبي فلا ينفذ، إذ لا حق له في الخيار ولا قدرة له قبل الاستثمار نعم له إسقاط حقه وختاره قبل الاستثمار لسلطته على إسقاط حقه، ولا محذور فيه إلا دعوى أنه من قبيل إسقاط ما لم يحب، إذا المفروض أنّ الخيار إنما يثبت له بعد الاستثمار لا قبله فاسقاشه قبله إسقاط لما لم يحب، إلا أنها مندفعة بعد الدليل على عدم جوازه إلا الاجماع المعلوم عدم انعقاده في المقام.

كما أنّ الأجنبي إذا أمره بالفسخ أو بالامضاء قبل أن يستأمره لا إشكال في ثبوت الخيار له، وذلك لأنه وإن كان مشروطاً بالاستثمار إلا أنّ المتفاهم العرفي في مثله

(١) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام ٣/٢٠٢؛ والطباطبائي في رياض المسائل ٨/١٨٧؛ والبحرياني في الحدائق الناضرة ١٩/٤٠.

(٢) الروضة البهية ٣/٤٥٤.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤/٢٠٤-٢٠١.

يقتضي عدم الموضوعية للاستئمار والسؤال، إذ الظاهر أنها طريقة إلى أمر الأجنبي وليس سؤاله منه موضوعية، وهذا أشبه شيء بالسؤال في آية ﴿فَسَأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١) حيث إنّ أهلاً لذكر إذا أخبره بالحرمة أو الوجوب قبل أن يسأله الجاهل لا إشكال في وجوب متابعته، ولا يصح في مثله أن يقال إنّ وجوب العمل بقول أهل الذكر مشروط بالسؤال وهو بعد لم يسأله، إذ الظاهر أنّ السؤال طريق إلى كشف نظر العالم أو الأمر في المقام، لأنّها لا يعلمان الغيب حتّى يأمرا قبل السؤال وإنما يلتفتان إلى الحال بعد السؤال، فهو طريق ولا موضوعية له وعليه فإذا أمره الأمر أي الأجنبي قبل استئماره فلا محالة يثبت له الخيار.

ثم إنّ إذا استأمره أو لم يستأمره إلا أنه أمره بالاجازة والامضاء فليس له حق الفسخ حينئذ، لأنّ قدرته عليه مشروطة بالاستئمار من الأجنبي والأخذ برأيه ونظره، ونظره فعلاً هو الامضاء دون الفسخ.

وأمّا إذا أمره بالفسخ ابتداءً أو بعد الاستئمار فهل يجب على المستأمر الفسخ، الظاهر لا، وذلك لأنّ المشروط والمعلق على أمر الأجنبي إنّها هو قدرة المستأمر على الفسخ لا وجوب الفسخ كما هو واضح، والمستأمر بعد أمر الأجنبي يتمكّن من الفسخ والامضاء، فلا وجه لوجوب الفسخ عليه بعد أمر الأجنبي بالفسخ، والظاهر أنّ مراد الفقهاء من اشتراط الاستئمار وعدم ثبوت الخيار للمستأمر قبل الاستئمار وعدم تمكّنه من الفسخ على تقدير أمر الأجنبي له بالامضاء وتمكّنه من الفسخ فيما لو أمره به قبل استئماره وعدم وجوب الفسخ عليه فيما إذا أمره بالفسخ، كل ذلك إنّها هو هذه الصورة أعني جعل حق لنفسه على تقدير أمر الأجنبي، لأنّها المبادر من اشتراط

(١) سورة النحل / ٤٣.

الاستئمار حسب المفاهيم العرفية وهي التي تقع كثيرةً^(١).

«الصورة الثانية: أن يشترط الخيار مع حق للطرف عليه كما أنّ له حقاً على طرفه، وهذا يتضمن وجهي:

الأول: أن يشترط أحد المتعاملين على الآخر عدم إعمال خياره إلا مع أمر الأجنبي له بأن يثبت له الخيار من الابتداء إلا أنّ إعماله مشروط ومعلق على أمر الأجنبي له، وعليه فللمسؤل عن حق وختار على طرفه كما أنّ له حقاً على المسؤل حيث إنه اشترط على المسؤل عدم إعمال خياره إلا على تقدير أمر الأجنبي، وقد ذكرنا سابقاً أنّ مرجع الاشتراط إلى جعل الخيار لنفسه، وعليه فيثبت للطرف الخيار، أي خيار تختلف الشرط على تقدير إعمال المسؤل خياره قبل الاستئمار هذا.

ولكن هذه الصورة لا ترجع إلى معنى محصل بناءً على الوجه المختار في معنى الاشتراط، لأنّ اشتراط شيء في ضمن المعاملة مرجعه إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم ذلك الشرط، وعليه فلا معنى لاشتراط عدم إعمال المسؤل خياره إلا بعد الاستئمار، فإنّ مرجعه إلى أنّ الطرف يشترط لنفسه الخيار على تقدير إعمال المسؤل خياره قبل الاستئمار من جهة تختلف الشرط، والمسؤل إذا تختلف وأعمل خياره قبل أن يستأمر الأجنبي فيما أنّ خياره ثابت من الابتداء فينفذ فسخه وبه ترتفع المعاملة، إلا أنه لما تختلف عن الشرط يثبت للطرف خيار تختلف الشرط، مع أنه من اللغو الظاهر إذ لا ثمرة للخيار بعد ارتفاع العقد بفسخ المستأمر وإعماله الخيار قبل الاستئمار، لارتفاع موضوعه فيما معنى الخيار الثابت للطرف.

نعم، بناءً على مسلك المشهور في معنى الاشتراط وهو كون الاشتراط التزاماً مقارناً للالتزام المعجمي وموضوعاً لوجوب الوفاء تكليفاً، يترتب على هذا الاشتراط

(١) التقييم في شرح المكافأة، الخيارات ٣/٢١٠ و ٢١١.

ثمرة، وهي أن المستأمر لو فسخ قبل حصول شرطه يرتكب أمراً محراً ماداً إذ يجب عليه أن يفسخ بعد حصول شرطه لا قبله وهو مجرد حكم تكليفي ومخالفة وعصيان له، إلا أن فسخه نافذ لأنه صدر من أهله ووقع في محله.

نعم، بناءً على مسلك شيخنا الأستاذ^{فقيه} في أمثال المقام من أن حرمة الفسخ تكليفاً توجب سلب قدرة المشروط عليه على الفسخ شرعاً، لا تترتب على فسخه قبل حصول شرطه الذي هو الاستئمار ثمرة ولا تنفسخ به المعاملة، إلا أن مرجه إلى الصورة الأولى وهي تعليق أصل الخيار على الاستئمار من الأجنبي بحيث لا يتمكن من الفسخ قبله، فلا تكون هذه الصورة مغایرة للصورة الأولى كما هو ظاهر.

الثاني: أن يشترط الطرف على المستأمر فسخ العقد بعد أمر الأجنبي له وهذا من دون فرق بين ثبوت الخيار للمستأمر من الابتداء وثبوته له بعد أمر الأجنبي، ومرجع هذا إلى اشتراط الفعل دون اشتراط النتيجة، وعليه فإذا حصل المعلق عليه وفسخ المستأمر فهو وإنما فيثبت للطرف الخيار ويتمكن من فسخ العقد وإمضائه، وهذه الصورة لا إشكال فيها إلا أن المرتكز عند المتعاملين هو الصورة الأولى كما عرفت، هذه هي الصور المعقولة لشرط الاستئمار^(١).

إشكال وجوابه

قد يستشكل في اشتراط المؤامرة «بأن لازمها كون الخيار معلقاً على أمر المستأمر والتعليق باطل، لكونه بمثابة ما لو قال بشرط أن يكون لي الخيار إن قدم الحاج أو إن جاء زيد»^(٢).

جوابه: أولاً: «إن التعليق الموجب للبطلان لو قلنا به، إنما هو فيما إذا كانت

(١) التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣/٢١٢ و ٢١٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٧٤/٢، للسيد اليزدي رحمه الله.

الصورة، صورة التعليق واما فيما ليس تعليقاً في الصورة ولكنه يرجع ويؤل إلى التعليق بعد التحليل فلا يُضرّ.

مثلاً لو قال: إذا جاء يوم الجمعة، فانت وكيلي، يكون هذا تعليقاً واما لو قال: أنت وكيلي ولا تعمل إلا يوم الجمعة أو يقول: «أنت وكيلي يوم الجمعة»، فلا يعتبر من التعليق في الوكالة وإنّ مرجعها واحد وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل يعني شرط طلب الأمر من الأجنبيّ، ليس في صورة التعليق ولكنه يرجع إلى التعليق بعد التحليل.

بالجملة؛ اما قول الفقهاء: بكون التعليق مبطلاً، فيما إذا كان الانشاء بنحو القضية الشرطية اما إذا كان الانشاء بنحو القضية الحملية ولكن تلك الجملة تنحّل إلى الشرطية فهي ليست من التعليق، وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل أي يكون ما نحن فيه من قبيل التعليق الانفعاليّ كما في القضايا الحملية، لا من قبيل التعليق الإنسائيّ.
وثانياً: فهو ~~في~~^{قد} صرّح في موارد متعددة من انّ التعليق في الانشاء كان جائزاً واقعاً في الشّرع والعرف لأنّ التعليق إنّما هو في المُشَأ و هو الوجوب لا الوجود ولا دليل لنا على محالّته في الشّرع إلا ما يُدعى من الاجماع.

ومن الواضح انّ المجمعين صرّحوا على جواز شرط طلب الأمر من الأجنبيّ (جواز الاستئمار) وافتوا بصحة، فلو كان ما نحن فيه من التعليق، فيعلم منه انّ الاجماع المدعى على بطلان التعليق، ليس جارياً هنا لأنّ المجمعين، افتوا بصحة التعليق، أي شرط طلب الأمر من الأجنبيّ^(١).

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٦/٢٤١.

تنبيهٌ: هل على المستأمر (بالفتح) مراعاة مصلحة المستأمر (بالكسر) في أمره؟
«مقتضى الإطلاق وعدم تقيد أمر [المستأمر (بالفتح)]^(١) بكونه صادراً عن ملاحظة المصلحة هو أنَّ المعلق عليه مطلق أمر المستأمر (بالفتح)، كما أنَّ مقتضى المناسبات المرتكزة عند العرف بين الأحكام وموضوعاتها يقتضي أن يكون المعلق عليه هو الأمر الصادر من المستأمر (بالفتح) عن مراعاة المصلحة، لأنَّ هذا الاشتراط إنما هو من جهة أنَّ المعامل جاهم بالصلاح والفساد ومن أجل ذلك اشترط أمر المستأمر (بالفتح)، لأنَّه عارف بما هو الصلاح والفساد فيكون المعلق عليه الأمر المبني على مراعاة الأصلح لا مطلق الأمر ولو صدر من مجرد الاشتئاء النفسي، هذا تمام الكلام في اشتراط الاستئمار»^(٢).

المسألة السابعة: بيع الخيار

«وهو: أن يبيع شيئاً ويشرط الخيار لنفسه مدةً بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع»^(٣).

«يجوز اشتراط البائع ردَّ المبيع من المشتري حيث يردَّ عليه الثمن في مدة معينة، للأصل والإجماع - كما في الخلاف^(٤) وجواهر القاضي^(٥) وجامع المقاصد^(٦) والمسالك^(٧) وظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام^(٨)»^(٩).

(١) بدلنا «الأجنبي» بـ«المستأمر (بالفتح)» في هذا التنبيه.

(٢) التنبيه في شرح المكافئ، الخيارات ٢١٤/٣.

(٣) المكافئ ١٢٧/٥.

(٤) الخلاف ١٩/٣، مسألة ٢٢.

(٥) جواهر الفقه / ٥٤، مسألة ١٩٢.

(٦) جامع المقاصد ٤/٢٩٢-٢٩٣.

(٧) مسالك الأفهام ٣/٢٠٢.

(٨) شرح الإرشاد للنيلاني / ٥٠، س ٧ (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤).

(٩) مفتاح الكرامة ١٤/٢٠٥.

أقول: وفي تذكرة الفقهاء: «بيع الخيار جائز عندنا...»^(١).
«والوجه في وقوع البحث فيه مستقلاً هو ورود النصوص الخاصة فيه والخلاف
في مرجع الشرط فيه وترتبط أحكام خاصة عليه.

وعلى أيّ حالٍ فلا إشكال في صحته للعمومات الدالة على نفاذ الشروط
ولخصوص النصوص المستفيضة»^(٢) وبعضها معتبرة الإسناد:
منها: موثقة إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبدالله^{عليه السلام} وسألَهُ رجل
وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري
هذه، وتكون لك أحبّ إلىّي من أن تكون لغيرك على أن تشرط لي إن أنا جئتكم بشمنها
إلى سنة أن تردد علي؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بشمنها إلى سنة ردها عليه.
قلت: فإنّها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة ملن تكون الغلة؟ فقال: الغلة
للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت وكانت من مالي.^(٣)
ومنها: معتبرة معاوية بن ميسرة قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله^{عليه السلام}
عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشتري منه الدار حاصر،
فشرط إنك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاهم ماله، قال: له شرطه.
قال له أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين،
قال: هو مالي.

وقال أبو عبدالله^{عليه السلام}: أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون
الدار دار المشتري.^(٤)

(١) تذكرة الفقهاء ١١ / ٥٩، مسألة ٢٤٧.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٢٤٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩، ح ١، الباب ٨ من أبواب الخيارات.

(٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠، ح ٣.

ومنها: صحيحه سعيد بن يسار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا نخالط أنساً من أهل السواد وغيرهم فنبعهم ونربح عليهم للعشرة الأثنى عشر، والعشرة ثلاثة عشر، ونؤخر^(١) ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منه شراء^(٢) قد باع وقبض الثمن منه، فعنه^(٣) إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردد عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتيتنا بالدرارم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه.^(٤)

ومنها: خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بهالك وإلا فالبيع لك.^(٥)

«إذا عرفت هذا فتوبيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور»^(٦):

الأمر الأول: وجوه اعتبار رد الثمن في هذا الخيار

قد ذكر الشيخ الأعظم^(٧) اثنتي خمسة:

«الأول: أن يؤخذ رد الثمن قيداً لثبوت الخيار بمعنى أن البائع يشترط لنفسه الخيار على تقدير رد الثمن، فلا خيار قبله.

وقد ردّ الشيخ^(٨) في أخذ رد الثمن قيداً للخيار بين أخذه بنحو التعليق بأن

(١) في التهذيب ٧/٢٢، ح ٩٥ و الفقيه ٣/١٢٨، ح ٥٥٨: نوجب.

(٢) في الفقيه ٣/٥٥٨، ١٢٨: بأنه.

(٣) في نسخة من التهذيب: فعندنا، وفي أخرى: فبعدة.

(٤) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ١، الباب ٧ من أبواب الخيار.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ٢.

(٦) المكاسب ٥/١٢٩.

(٧) المكاسب ٥/١٢٩.

(٨) المكاسب ٥/١٢٩.

يقول ذلك الخيار إن جئت بالثمن، وأخذه بنحو التوقيت بأن يقول ذلك الخيار عند مجيئك بالثمن. والنتيجة وإن كانت واحدة لكن أخذه بنحو التوقيت إنما هو للفرار عن محذور التعليق في العقود الذي ادعى قيام الاجماع على بطلان العقد به.

وقد ذكر في باب البيع إمكان الانشاء بنحو لا يرجع إلى التعليق وإن كانت نتيجته مع التعليق واحدة.

الثاني: أن يكون قيداً للفسخ بمعنى أن الحق ثابت من حين العقد لكنه متعلق بحصة خاصة من الفسخ وهو الفسخ عند ردّ الثمن أو بعده.

[كأن يقول: بعتك الدار فإن ردت الثمن كان لي الفسخ، والفرق بين هذه الصورة وسابقتها: أن ردّ الثمن في الصورة السابقة شرط للخيار نفسه، فلا خيار له في المدة المضروبة قبل ردّه، وفي هذه الصورة شرط متعلق الخيار وهو الفسخ، فيكون له الخيار في جميع المدة المضروبة، إلا أنه لا سلط له على الفسخ إلا بردّ الثمن، على وجه المقارنة له أو التأخر عنه] (١).

الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، فيكون الشرط هو ثبوت حق الفسخ بالردّ لا غير، أو يكون الشرط نفس الفسخ بالردّ - إن صحّ اشتراط الفسخ بلا ثبوت الحق -.

[بعبارة أخرى: «أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، لا شرطاً للخيار ولا لمتعلقه؛ فإن الفسخ من الأمور الإنسانية الإيقاعية التي تحصل بالقول وبالفعل، فالشرط يجعل ردّ الثمن إنشاء فعلياً للفسخ.

والفرق بينها وبين الصورة الأولى: أن الأولى لا يوجد فيها خيار قبل الردّ، وأما في هذه فالخيار موجود قبله.

(١) بغية الراغب في مباني المكافل ٣٩٦/٢.

والفرق بينها وبين الثانية: أن الرد في الثانية شرط للفسخ، فإذا رد أمكنه الفسخ، ولكن يحتاج إلى إنشائه، وأما في هذه الصورة فنفس الرد إنشاء للفسخ»^(١).

الرابع: أن يكون الرد قيداً لانفساخ العقد، فيكون الشرط هو تحقق الانفساخ بالرد، فمعنى ثبوت الخيار هو تسلطه على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ.

الخامس: أن يكون الرد قيداً لوجوب الاقالة على المشتري بان يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا رد الثمن واستقاله.

وقد أضاف السيد الطباطبائي ^(٢) جملة وغيره ^(٣) وجوهاً أخرى إلى هذه الوجوه.

وقد استشكل الشيخ ^(٤) في الوجه الرابع ثبوتاً بأنه شرط يخالف المشرع، إذ المشرع هو توقف المسبيبات على أسبابها الشرعية وهي تنحصر في الإنشاء القولي أو الفعلي، وظاهر الشرط هنا هو تتحقق الانفساخ بمجرد رد الثمن بلا إنشاء فعلي أو قولي فهو يشبه إنعقاد العقد بنفسه.

ثم أشار إلى جوابه. وسيأتي صحة مثل هذا الشرط المعتبر عنه بشرط التيجة ويكون السبب في تتحققه هو نفس الاشتراط، وأنه لا مانع منه إلا فيما دلّ الدليل على خلافه كالطلاق. فانتظر.

كما أنه قد يشكل الوجه الأول ثبوتاً بأنه يستلزم الغرر للجهل بمبدأ الخيار.

ويتمكن أن يرد بتعيين مبدئه وأنه عند رد الثمن في الوقت الخاص.

كما أنه قد يشكل من جهة التعليق.

ويرد بان التعليق مبطل للاجماع ولا إجماع ههنا، بل الاجماع على الصحة لو

(١) بغية الراغب في مباني المكافآت ٣٩٧/٢.

(٢) حاشية المكافآت ٤٧٦/٢، رقم ٦٧٠، وقد ذكر السيد الطباطبائي ثلاثة وجوه.

(٣) حاشية المكافآت ٩٧/٣، رقم ٨٥، المحقق الإيرلندي وقد ذكر خمسة وجوه.

(٤) المكافآت ١٣١/٥.

رجع بيع الخيار إليه. مضافاً إلى إمكان أخذه بنحو التوقيت، كما عرفت.

وعليه، فلا محذور في جميع الوجوه ثبوتاً.

وأما إثباتاً، فقد وقع الكلام بين الأعلام في ما يستفاد من النصوص المتقدمة.

والذي يبدو لنا: أن السؤال الوارد في النصوص إنما هو سؤال عن المعاملة المعروفة بين الناس وأنها صحيحة أم لا؟ وليس سؤالاً عن معاملة جديدة يحدها المتبادران بنحو خاص. ومقتضى ذلك هو عدم ملاحظة التعبيرات الواردة في السؤال بل ملاحظة ما هو المتعارف لدى الناس وحمل النصوص عليه. ولا عبرة بنص سؤال السائل بعد العلم بأنه يقصد التعبير بكلامه عن المعاملة المعهودة.

والذي نراه متداولاً بين الناس مردود عندنا بين الاحتمال الثالث والرابع، وإن كان الرابع بنظرنا أقرب [خلافاً للشيخ الأعظم^(١)، فإن العرف بان على تحقق الانساخ برد الثمن بلا ملاحظة أنه أنسأ الفسخ أو لا، فيطالب البائع المشتري بهاله بمجرد ردة للثمن].

وعلى هذا، فلا نرى أنفسنا بحاجة إلى التعرض إلى ما أفاده الأعلام في مقام الاستظهار من النصوص وتعيين الراجح منه. فتدبر.

الأمر الثاني

والبحث العلمي فيها أفاده الشيخ^(٢) في نقاط ثلاثة يتضح الحال فيها أفاده الشيخ بوضوحها.

النقطة الأولى: فيما أفاده في صورة عدم قبض الثمن وأنه هل يثبت الخيار للبائع في هذه الحال أو لا؟ واختار^٣ ثبوت الخيار وإن لم يتحقق الرد لأنه شرط على تقدير

(١) المكاسب ١٣١/٥.

(٢) المكاسب ١٣١/٥.

قبيه. ثم احتمل العدم بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. وعبارته بشقيها لا تخلو عن إجمال.

أما قوله: «لأنه شرط على تقدير قبضه»^(١) فهو يحتمل وجوهًا ثلاثة:

الأول: أن الرد شرط على تقدير القبض فإذا لم يتحقق القبض لم يتحقق الشرط لعدم موضوعه، فلا خيار لعدم الشرط، وهذا لا يمكن أن يكون مراده من العبارة لأن ذكرها تعليلاً لثبوت الخيار لا لعدمه.

الثاني: أن الخيار ثابت بقول مطلق وهو [أي إعماله] مشترط بالرد على تقدير القبض، فإذا لم يتحقق القبض كان الخيار ثابتاً لعدم تعليقه على الرد عند عدم القبض. وهذا خلاف الظاهر، إذ مرجعه إلى تعدد الشرط [وهما الرد والقبض] كما لا يخفى، مع أن ظاهر المعاملة وحدة الشرط لا تعدده.

الثالث: أن الشرط حقيقة ليس هو الرد، بل هو حصول الثمن بيد المشتري والرد أحد محققاته على تقدير القبض، فهو يريد أن الرد إنما يكون شرطاً - بالمعنى اللغوي للشرط لا من باب اخذه في المعاملة - يعني دخيلاً في تحقق الخيار فيما إذا تحقق القبض وبدونه لا دخالة له لتحقق الشرط وهو وصول الثمن.

وهذا هو الظاهر. ولا يخفى أنه يتبني على إلغاء خصوصية الرد المأخوذ في المعاملة وعدم فهم الموضوعية له، بل يأخذ بها هو طريق لتحقق وصول الثمن للمشتري، فإذا كان واصلاً فلا يعتبر الرد.

إذن، فالبحث في هذه النقطة عن أن الرد هل له موضوعية أو أنه مأخوذ من باب الطريقة.

ويمكن تعين الثاني بلاحظة ان الغرض العقلائي من أخذ الرد في المعاملة هو

(١) المكاسب ١٣١ / ٥.

رجوع بدل العين الذي رفعه إليه وعدم فواته عليه بتأخير وتسوييف ولا خصوصية للرد في ذلك بل المدار على حصول الثمن بيده، فالشرط حاصل عند عدم القبض.
وأما احتمال العدم، فهو يتنبئ على فهم الموضوعية للرد. وعليه فيكون القبض دخيلاً في تتحققه وبدون القبض لا يتحقق الشرط.

وهذا هو المراد من قوله: «بناء على ان اشتراط الرد بمتزلة اشتراط القبض»^(١)
لا ما هو الظاهر الأولى منها من تعدد الشرط وأنه كما يشترط الرد يشترط الاقباض في العاملة، إذ لا وجه لذلك. فالتفت.

النقطة الثانية: في جواز اشتراط رد البديل مع بقاء العين الشخصية للثمن الشخصي، واستشكل فيه الشيخ^(٢) بحسب.

والوجه فيه [أي في إشكاله] أن الفسخ يقتضي رجوع كل عوض إلى ملك مالكه الأول وزوال الملكية الحاصل بالعقد لانفساحه.

وعليه، فلا يعقل أن يشترط عدم رجوع العين عند الفسخ لأنه ممتنع عقلاً.
نعم، يمكن تصحيحه برجوع اشتراط رد البديل إلى أن الفسخ وإن استلزم رد العين إلى ملك المشتري لكن تحصل مبادلة قهرية بين العين والبدل.
ولكن هذا المعنى - وهو اشتراط حصول التبادل القهري - مؤونة زائدة، فان التفت إليها المتباعان صح الشرط. وإلا كان باطلًا لعدم معقولية الشرط بمعناه الأولى الظاهر فيه، كما عرفت.

النقطة الثالثة: في أن مقتضى إطلاق رد الثمن وعدم تقييده برد البديل مع التلف، هل هو لزوم رد نفس العين، فمع التلف لا خيار لعدم تحقق الشرط. أو ردّ ما يعم

(١) المكاسب ١٣٢/٥.

(٢) المكاسب ١٣٢/٥.

بدلها مع التلف، فيثبت الخيار بردّ البدل؟

التحقيق هو الثاني، فان ظاهر رد الشمن وإن كان رد نفس العين، إلا أن لدينا من القرائن العامة ما يصرف هذا الظهور ويثبت الظهور في إرادة الأعم من نفس العين وبدلها. وهي:

أولاً: أن الغرض العقلائي غالباً يتمحض في إرادة رجوع الشمن بما له من المالية بلا ملاحظة خصوصياته، لعدم تعلق غرض بأعيان الأموال وإنما الغرض يتعلق بجهة ماليتها عادة.

ولذا يعبر عن إرجاع البدل ارجاع ماله، فيقول له قد أرجعت لك مالك. فالمقصود المتعارف هو إرجاع الشمن بما هو مال وهو يتحقق بارجاع بدله لا نفس العين.

وثانياً: أن المتعارف في مثل هذه المعاملات هوأخذ الشمن لصرفه في حوائجه ومنافعه التي يضطر لأجلها إجراء معاملة بيع الخيار لا أن يقيمه عنده مكنوزاً، وهذا أمر معلوم للبائع والمشتري ولا مناقشة فيه. ولازم ذلك هو بناء المشتري والبائع على إرادة ردّ ما يعم البدل من الاطلاق، لعدم جريان العادة بالتنبيه على ذلك، مما يكشف عن اعتقادهم على مثل هذه القرينة العامة في بيان مرادهم.

هذا تمام الكلام في هذه النقاط الثلاث، وبها يتضح الحال في كلام الشيخ قيس^٢ فلا حاجة إلى نقله.

الأمر الثالث

فيها حكي^(١) عن ظاهر الأصحاب من عدم كفاية مجرد الرد في الفسخ^(٢) بناء

(١) الحاكي هو التستري في المقابس / ٢٤٨؛ والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ١٤ / ٢٠٧؛ والسيد المجاهد في المناهل / ٣٣٣.

(٢) كما في «جامع المقاصد» [٤ / ٢٩٢] وتعليق الإرشاد [حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي

على ما تقدم من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع. وعلمه الشيخ^(١) بوجوه ثلاثة:

الأول: أن الخيار معلق على تحقق الرد فلا يثبت إلا بعد تتحققه، فيمتنع أن يتحقق الفسخ بالرد لأنّ حق الفسخ متفرع على الرد.

الثاني: أن الرد لا يدل على الفسخ أصلًا.

الثالث: أن الرد إنما يدل على إرادة الفسخ والإرادة غير المراد.

وقد ناقش^(٢) الوجهين الآخرين وأهمل الأول. والذي يظهر منه أنه اختار - أخيراً - كفاية الرد في تتحقق الفسخ، لأنّه بعد أن...

ناقشت الثاني بدلالة الرد على الفسخ عرفاً إما لأنّه يفهم منه كونه تملّيّكاً للثمن ليتملّك منه المبيع بنحو المعاطاة، أو لأنّه يدلّ بنفسه على الرضا بكون المبيع له. وقد اعترفوا بتحقق الفسخ بما هو أخفى من ذلك دلالة.

وناقشت الثالث: بأنّ الرد يدلّ على إرادة كون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من ذلك. بعد أن ناقشها.

قال: «مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل على تتحقق الفسخ الفعلي به»^٢. وظاهره اختيار كفاية الرد في الفسخ وأنّ هذا إضافة إلى الدليل عليه بحسب مقتضى القواعد.

وأثاره) ٣٩٢/٩] وإيضاح النافع والتنقيح [التنقيح الرابع ٤٧/٢] لأنّه صريح في ذلك أو كالصريح وغاية المرام [٤٧/٢] وجمع البرهان [٤٠١/٨] والمسالك [مسالك الأفهام ٢٠٢/٣] والدروس [الدروس الشرعية ٢٦٩/٣] في أثناء كلام له [أي للشهيد ج][ج], نعم أول كلامه ظاهر غير صريح» [مفتاح الكرامة ٢٠٧/١٤].

(١) المكاسب ١٣٤/٥.

(٢) المكاسب ١٣٤/٥.

وكان من المناسب للشيخ فقيه أن يتعرض لدفع الوجه الأول الراجع إلى بيان المحدود ثبوتاً لا إثباتاً، فإنه وجه لا يخلو من وجاهة. كما أن استدلاله بالأخبار ليس كما ينبغي.

وقد أورد عليه [على الشيخ الأعظم في كلامه الأخير الذي مرّ آنفاً]: بأنَّ الكلام إنما هو على تقدير خاص وهو فرض ترتب ثبوت حق الخيار على الرد. والأخبار وإن ظهرت في تحقق الفسخ بالرد لكنها غير ظاهرة في تعليق حق الخيار بل في اشتراط انفساخ العقد بالرد، ولا كلام في هذه الصورة فانتبه ولا حظ.

وكيف كان، فالعمدة في التوقف عن تتحقق الفسخ بالرد في هذا الفرض هو الوجه الأول.

وقد دفعه [أي الوجه الأول] المحقق الاصفهاني^(١) رحمه الله بانه إنما يتم لو كان الرد شرطاً متقدماً على الخيار، أما لو كان شرطاً مقارناً فلا يتم هذا الوجه، لأن المعتبر هو تتحقق الفسخ في زمان الخيار. وإذا فرض أن الرد شرط مقارن للخيار، كان ثبوت الخيار متحدداً زماناً مع الرد فيصبح أن ينشيء به الفسخ إذ هو فسخ في زمان الخيار، والتقدم والتأخر الرتبوي لا يضران بعد ما كان المدار على الوحدة من حيث الزمان.

أقول: إذا كان حق الخيار عبارة عن حكم وضعي وكان مرجع الفسخ إلى كونه إعمالاً وتنفيذاً للحق الثابت، كان الفسخ في رتبة متأخرة عن الخيار لانه مأخوذ في موضوعه ولتفريعه عليه، والمفروض أن الرد شرط لثبت الخيار فهو في رتبة سابقة عليه، فيمتنع أن يتحقق به الفسخ، لأنه يلزم أن يكون سابقاً على الخيار رتبة ولاحقاً له رتبة في آن واحد وهو غير متصور.

نعم، لو دل دليل على ان الفسخ في زمان الخيار مؤثر ولو لم يكن بعنوان إعمال

(١) حاشية المكاسب ٤/١٩٥.

الخيار أمكن الفسخ بالرد لوحدة زمان الرد وال الخيار.
وأما إذا كان الخيار عبارة عن أمر انتزاعي يتبع عن انفساخ العقد بالفسخ، لم يكن الفسخ إعمالاً للخيار فيصح انشاؤه بالرد، لعدم تفرعه على الخيار وتأخره عنه.
فتذهب.

الأمر الرابع: في ما يسقط به هذا الخيار وهو أمور:

الأول: الاسقاط

وقد ذكر الشيخ^(١) أنه يسقط بالإسقاط بناءً على الوجه الثاني من الوجوه المتقدمة المحتملة، وهو ما إذا فرض ثبوت الخيار من حين العقد ولكنه متعلق بحصة خاصة وهي الفسخ بالرد، إذ الخيار فعلي قابل للإسقاط.

واحتمل سقوطه بالإسقاط على الوجه الأول الراجع إلى تعليق حق الخيار على الرد أو توقيته به بناء على كفاية تحقق السبب للخيار وهو العقد في صحة إسقاط الحق، لكنه قد يتنافى مع ما صرّح به في التذكرة^(٢) من عدم صحة إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناء على حدوثها بعد التفرق، لظهوره في لزوم تتحقق الخيار فعلاً في قابليته للإسقاط فلا يكفي مجرد حصول السبب، كما فيها نحن فيه.

إلا أنه قد يقال بالفرق فيها نحن فيه وبين ما في التذكرة، فإن المشرط له فيها نحن فيه يملك الخيار قبل الرد لتملكه للرد الموجب له فيصبح إسقاطه فعلاً.

هذا ما أفاده الشيخ^(٣) في المقام. والكلام في ناحيتين:

الناحية الأولى: في تخصيصه جواز الإسقاط بالوجهين الأولين فقط، فقد أورد

(١) المكاسب ٥/١٣٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١/٤٩ «د».

عليه السيد الطاطبائي (١) عليه السلام:

أولاً: بأنه يتأنى على الوجه الثالث لأنه يرجع إلى اشتراط الخيار أيضاً.
وثانياً: بأنه يتأنى على جميع الوجوه بمحصلة أن له إسقاط حق شرطه الناشيء من الاشتراط المستلزم لعدم تحقق أثر الرد بالمرة على جميع الوجوه. فكما له إسقاط الحق المشروط له كذلك له إسقاط الحق الناشيء من قبل الاشتراط.

ولكن يندفع الإيراد الأول: بأنه يمكن أن يكون نظر الشيخ قدسُه في الوجه الثالث إلى شرط الانفاساخ عند فسخه بالرد، فيكون من باب الشرط التالية، فلا يرجع إلى شرط حق الخيار.

ويندفع الثاني: بأنه لو سلم ثبوت حق للمشروط له في المشرط من قبل الشرط بحيث أن له إسقاطه، فهو إنما يلتزم به في شرط الفعل الراجح إلى الالتزام بالفعل لا شرط النتيجة، كما هو مرجع الوجه الثالث والرابع. فلا يتم ما أفيد على جميع الوجوه.
الناحية الثانية: في أصل الموضوع وأنه هل يقبل الحق الإسقاط قبل صدوره فعلياً أو لا؟

تحقيق الكلام: أنه في مقام بيان الفرق بين الحق - كحق الخيار - والحكم - كثبوت الميراث -

تارة: يلتزم بان الحق مستلزم عقلاً لقابلية للاسقاط، فالقابلية للاسقاط مقومة ومساوية له. بخلاف الحكم فهو ثابت سواء أُسقط أم لم يسقط.

وآخرى: لا يلتزم بذلك، ببيان أن الحق لا يلازم جواز الاسقاط. والفرق بينه وبين الحكم من ناحي آخرى. فقابلية الحق للاسقاط تتبع قيام الدليل.

وعلى هذا، قد يلتزم بالتفصيل بين الحق الثابت بالدليل بعنوان الحق والثابت لا

(١) حاشية المكاسب ٢/٤٧٨، رقم ٦٧٨.

بهذا العنوان.

فالأول - كما لو قال: له حق الشفعة - يكون قابلاً للإسقاط بمقتضى دليله لا أكثر بدعوى ظهور الحق عرفاً ما يقبل الإسقاط وإن لم يساوئه عقلأً.

والثاني - كما لو قال: له الشفعة وعلمنا بدليل آخر أن ثبوتها بنحو الحقيقة - لا يكون قابلاً للإسقاط في نفسه بل يحتاج إلى دليل خاص. ولا يخفى عليك أن حق الخيار لم يثبت في لسان الأدلة بعنوان الحق، كما لا يخفى على من لا حظ نصوص الباب.

إذن فهو - على التقدير الثاني - مما يحتاج جواز اسقاطه إلى دليل. وعليه، فتارة: يفرض الدليل على قابلية سقوط حق الخيار بالاسقاط هو القاعدة الكلية وهي: «أن لكل ذي حق إسقاط حقه» التي أدعى الاجماع عليها. وأخرى: يفرض الدليل هو قيام الاجماع في خصوص مورد حق الخيار على قابليته للإسقاط.

فعلى الأول: فمقتضى عموم القاعدة جواز إنشاء الإسقاط فعلًا بقصد ترتب السقوط بعد تحقق فعليّة الحق، إما بنحو التعليق على جميء ذلك الظرف لو لم يكن فيه محذور آخر أو بنحو التوكيد فراراً من محذور التعليق الباطل - كما قيل -. وحيثئذٍ عند تحقق ظرف ثبوت الحق يسقط الحق بنفس الإنشاء السابق بلا حاجة إلى إنشاء جديد، بل يتحقق به ولو كان فعلًا غافلاً أو نائماً. ولا فرق في ذلك بين تحقق المقتضي للحق وعدم تتحققه أصلًا.

نعم، إذا قصد بإنشاء الإسقاط فعلًا تحقق السقوط في الحال، فهو ممتنع، لعدم الحق فعلًا كي يقصد إسقاطه في الحال.

اللهم إلا أن يقال: إنه قيل بامتناع اسقاط ما لم يجب إجماعاً. ولا يخفى أنه ليس المراد بها إسقاط الحق فعلًا وفي الحال قبل تتحققه، لأنه ممتنع عقلًا فلا حاجة إلى الاستناد

إلى الاجماع في ذلك. فلابد أن يحمل هذا القول على ما ليس بمحال عقلاً وهو إنشاء الاسقاط فعلاً بقصد تتحققه بعد فرض ثبوت الحق بنحو التعليق أو التوقيت، فيلزم منه اختصاص قاعدة: «لكل ذي حق إسقاط حقه» بصورة فعلية ثبوت الحق.

ولكن الانصاف خلاف ذلك، إذ لم يثبت تعليل امتناع إسقاط ما لم يجب بالاجماع بنحو يستلزم رفع اليد عن إطلاق معقد اجماعهم على ان لكل ذي حق إسقاط حقه.

نعم، هو مجرد احتمال لا أساس له من الناحية العلمية، فالبناء على عموم معقد إجماعهم متعين.

وعلى الثاني: فحيث أن الاجماع على قابلية حق الخيار للاسقاط لا يعلم أنه تعبدى كي يتمسك باطلاقه أو عمومه، لتعليق هذا الحكم في بعض الكلمات بان الاسقاط كاشف عن الرضا ومقتضى ما دل على أن الرضا موجب للاسقاط يكون الاسقاط موجباً للسقوط. وعليه، فينبغي نقل الكلام في هذه العلة.

وبما أن ظاهر الدليل هو كون الرضا الثابت بعد تحقق الخيار هو المسقط له أما السابق على تتحققه بنحو التوقيت أو التعليق فلا دليل على كونه مسقطاً كما سيجيء توضيحه بعد قليل.

كان المتعين هو الالتزام بان الخيار لا يقبل السقوط بالاسقاط قبل فعليته. فتدبر

ولا حظ.(١)

الثاني: - ما يسقط به هذا الخيار - : انقضاء المدة وعدم رد الشمن
وهو واضح.

(١) قد ناقشنا في اعتبار الرضا في المعاملات مراراً وذهبنا إلى كفاية الاستناد، وحيث يتم الاستناد في الاسقاط فالمتعين هو قبول السقوط بالاسقاط قبل فعليته عندنا والله العالم [المؤلف].

ولو رد الثمن فتبيّن كونه من غير الجنس بان رد حنطة وكان الثمن شعيراً، لم يتحقق الرد الموجب للخيار.

وأما لو تبيّن كونه معيياً، فقد ذهب الشيخ^(١) إلى كفايته في مقام الرد فيثبت الخيار وله الاستبدال.

أقول: الجمع بين هذين الالتزامين من نوع، فإن إن فرض كفايته في مقام الرد لم يكن له الاستبدال. بيان ذلك: أن الثمن إما أن يكون شخصياً أو يكون كلياً.

فإن كان شخصياً واشترط عليه رد الثمن أو بدلـه - مع وجودـه - الراجـع إلى اشتراط تحقق المبادلة القـهرـية بين الثمن الأصـلي وبدلـه لعدـم صـحتـه بـدون ذلك كـما تـقدـمـ، فإذا رـدـ المعـيبـ، فـانـ كانـ المـلـحوـظـ فيـ المرـدوـدـ ماـ يـعـمـ المعـيبـ، فـمعـ ردـ المعـيبـ تـحـقـقـتـ المـبـادـلـةـ القـهـرـيـةـ بيـنـهـ وـيـنـ الثـمـنـ الأـصـلـيـ، فـلـيـسـ لـهـ اـسـتـبـدـالـ، وإنـ كانـ المـلـحوـظـ فيـهـ مـاـ لـيـعـمـ المعـيبـ لـمـ يـكـنـ ردـ المعـيبـ كـافـياـًـ فيـ تـحـقـقـ الرـدـ المـوجـبـ للـخـيـارـ.

وإـنـ كانـ كـليـاـًـ وـاشـتـرـطـ عـلـيـهـ مـاـ يـعـمـ رـدـ نـفـسـ ماـ دـفـعـهـ أوـ بـدـلـهـ، فإذاـ كانـ المـلـحوـظـ فيـ مقـامـ الاـشـتـراـطـ مـاـ يـعـمـ ردـ المعـيبـ مـنـ أـفـرـادـ الـكـلـيـ لـمـ يـكـنـ لـهـ اـسـتـبـدـالـ المعـيبـ لـوـ تـحـقـقـ الرـدـ بـهـ لـتـمـلـكـ المشـتـريـ لـهـ بـالـرـدـ وـتـحـقـقـ الفـسـخـ. وإنـ لـمـ يـكـنـ المـلـحوـظـ مـاـ يـعـمـ المعـيبـ لـمـ يـكـنـ ردـ المعـيبـ كـافـياـًـ فيـ مقـامـ تـحـقـقـ الرـدـ، فلاـ خـيـارـ لـهـ بـمـجـرـدـ ردـ المعـيبـ، بلـ يـكـونـ بـمـنـزـلـةـ ردـ مـاـ هـوـ مـنـ غـيرـ الجـنـسـ.

هـذـاـ هـوـ تـحـقـيقـ الـكـلـامـ فيـ مقـامـ وـبـهـ يـتـضـحـ الـحـالـ فيـ بـعـضـ الـكـلـمـاتـ. فـلاـ حـظـ»^(٢).

الثالث: التصرف في الثمن

«الثالث من مسقطات تصرف ذي الخيار في ما انتقل إليه؛ فإن مقتضى إطلاق

(١) المكاسب ٥/١٣٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٥٥-٢٤٥.

الأصحاب بجعل التصرف مسقطاً وتعديه مسقطيته من مورد النص إلى سائر الخيارات، الشرعية والجعالية، شموله لما نحن فيه أيضاً.

كلام المحققين الأردني والسبزواري في عدم السقوط بالتصريف
ولكن خالفهم في ذلك المحققان الأردني (١) والسبزواري (٢) قدس سرهما في ما
نحن فيه لأمرین:

الأمر الأول: أن سقوط الخيار بالتصريف في الثمن منافٍ للغرض من جعله؛
فإن البائع إنما أقدم على بيع متعاه بهذا الشرط، وبأقل من ثمنه والواقعي غالباً لتحقيق
أمرین: أن يستفيد من الثمن لرفع حاجته، وأن لا يقطع صلته بالمتاع، بحيث لو أمكنه
تهيئة الثمن في المدة المضروبة لرده وأعاد متعاه، فإذا كان التصرف في الثمن مسقطاً
للخيار انتفى الغرض من شرطه، فهذا الغرض يكون قرينة قطعية على تخصيص
إطلاق اتفاق الأصحاب بهذا المورد.

الأمر الثاني: موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام
وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال:
أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشرط لي إن أنا
جئتكم بشمنها إلى سنة أن ترد علي؟
فقال: «لا بأس بهذا، إن جاء بشمنها إلى سنة ردها عليه».

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، من تكون الغلة؟ فقال: «الغلة
للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكان من ماله» (٣).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤١٣.

(٢) الكفاية ١/٤٦٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ١، الباب ٨ من أبواب الخيار.

فإن ظاهرها تصرّف البائع في الثمن، وأن بيع الدار لأجل ذلك، فتكون مخصصة لإطلاق إطلاق الأصحاب.

جواب السيد بحر العلوم عنها

وأجاب عنها السيد بحر العلوم قدسُه في مصابيحه: بأن ما عليه الأصحاب هو أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار، ولا خيار إلا بعد الرد، فالتصريف في الثمن قبله لم يكن في زمان الخيار، فيكون خارجاً عن ما اتفق عليه الأصحاب تخصصاً لا تخصيصاً.

نعم، لو استثنى من اتفاقهم التصرف بعد الرد لكان تخصيصاً^(١).

مناقشة صاحب الجوادر لكتاب السيد بحر العلوم

وناقش صاحب الجوادر قدسُه بوجهه:

الوجه الأول: إن جعل زمان الخيار بعد الرد يتضيّي جهة مبدأ الخيار؛ لاحتمال أن يكون الردّ بعد أسبوع أو شهر أو سنة، فيكون غررياً، فيبطل الشرط، ومع سريته إلى المشروط - أي البيع - يبطل هو أيضاً.

الوجه الثاني: إنّ ما عليه العرف والعقلاه هو صدق زمن الخيار على مجموع المدة.

الوجه الثالث: إن جعل الخيار بعد زمان الردّ منافٍ لما أفاده الأصحاب في ردّهم على الشيخ قدسُه حينما ذهب إلى توقف الملك على انقضاء الخيار؛ فإنهم استدلوا بروايات خيار الشرط - الدالة على كون غلة المبيع قبل الرد للمشتري - على أن الملكية تنتقل إلى المشتري في زمان الخيار، ولو لم يكن زمان ما قبل الرد زمان خيار عندهم لما

(١) المصابيح في الفقه (خطوط) ١٣٩؛ ونقل عنه في المكاسب ٥/١٣٦.

صحّ ردّهم على الشيخ قدسُهُ.^(١)

تنظرُ الشِّيخُ فِيهَا أَفَادُهُ الْجَمِيعُ

ثم إن الشِّيخ قدسُهُ تنظر في ما أفاده الجميع، فقال: «في أصل الاستظهار المقدم، والرد المذكور عن المصابيح، والمناقشة على الرد نظر»^(٢). وأفاد في وجه ذلك:

أما ما ذكره المحقق الأرديلي قدسُهُ؛ فلأن إطلاق اتفاق الأصحاب على سقوط الخيار بالتصرف تام، ولا خصص لدليلهم، فيشمل جميع الخيارات الشرعية والشرطية، التعبدية، والجعالية، ومنها محل الكلام، وما ذكر من المخصوص غير ناهض: أما الأول - وهو بناء هذا العقد على التصرف - فلأن هذا البناء من جهة أنّ الغالب المتعارف كون البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، وحينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف.

نعم، لو كان الثمن شخصياً لكان التصرف فيه مسقطاً للخيار، ولكن الغالب خلافه.

وأما ما ذكره ثانياً من الاستدلال بالموثقة فلأن ظاهرها كون الثمن كلياً أيضاً، والتصرف في مصدق الثمن الكلي لا ينقض إجماع الأصحاب.

وأما ما أفاده السيد بحرالعلوم قدسُهُ؛ فلأن المستفاد من النص والفتوى كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقول، ففي كل مورد يصح إسقاط الخيار بالقول يصح بالفعل - التصرف - ، والظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار بالقول قبل الردّ

(١) جواهر الكلام / ٦٩ / ٢٤ (٤٠ / ٢٣).

(٢) المكاسب / ٥ / ١٣٧.

فكذلك بالتصريح، فما أفاده قياساً من عدم الموضوع للإسقاط قبل الرد منع.
وأما ما أفاده صاحب الجوائز قياساً أوّلاً من لزوم جهالة مدة الخيار، ففيه: أنها
لاتقدح مع تحديد زمان التسلط على الرد والفسخ بعده إن شاء.

وأما ما أفاده ثانياً من كون العرف على أن الخيار من زمان العقد، ففيه: أن زمان
الخيار عرفاً لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً أو يجعل المتعاقدين،
والمفروض أنه في ما نحن فيه يجعلهما، فتارة يجعلانه من زمان العقد، وأخرى من
زمان الرد، ولم يقم ارتکاز على أنه من زمان العقد في بيع الخيار.

وأما ما أفاده ثالثاً ففيه: أنه لعل الأصحاب فهموا من مذهب الشيخ قياساً توقف
الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً، سواء أكان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً عنه،
كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، والخيار في ما نحن فيه منفصل عن العقد، أي يبدأ من
زمان رد الثمن، فلا يتوقف رد الفقهاء لمذهب الشيخ عليه على كون مدة الخيار هي
مجموع المدة، حتى ما بين العقد والرد، بل يصح ردّهم مع كون حدوث الخيار فيما بعد
الرد أيضاً، فلا يثبت من استدلالهم أن الخيار من زمان وقوع العقد، فلا يكون هذا
الرد منهم على الشيخ قياساً منافياً لما ذكره السيد بحر العلوم قياساً من حدوث الخيار بعد
الرد»^(١).

مناقشة السيد الخوئي في مسقطيـتـ الخيار بالتصريح في الثمن

السيد الخوئي لا يقبل أن التصرف بأي مقتضٍ يوجب سقوط الخيار في المقام
وقال: «ربما يكون الغرض من التصرف في الثمن إسقاط الخيار ويكون التصرف
بقصد كونه مسقطاً فعلياً للخيار وكاشفاً عن رضاه بالعقد، وهذا ما لا إشكال في كونه
مسقطاً له، لأنَّ الإسقاط الفعلي كالإسقاط القولي من حيث كونه كاشفاً عن رضاه

(١) بغية الراغب في مباني المكافحة / ٢ (٤٣٨ - ٤٣٣).

بالعقد، والخيار حق له، وله أن يسقط حقه بأي نحو شاء وهذا ظاهر.

وأُخرى لا يقصد بالتصرف في الثمن إسقاط الخيار، وإنما يتصرف فيه غفلة أو يتصرف فيه بقصد الانتفاع حتى يرده بعد ذلك إلى مالكه كما مثّلنا له في بيع الحيوان بما إذا قبل الجارية حتى يردها بعده بحيث لا يكون تصرفه ذلك كاشفاً عن رضاه بالعقد، وفي مثل ذلك أي دليل على أنه يسقط الخيار، لأنه لو كان فإنما يكون تعبدًا محضًا ولم يثبت في هذا الخيار أن التصرف فيه مسقط تعبدِي، والرواية إنما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه تعبدًا، ولذا قلنا إنه إذا لامس الجارية أو قبلها أو نظر منها إلى ما يحرم على غير سيدتها وزوجها فلا م حالة يسقط الخيار تعبدًا وإن لم يكن بذلك قاصداً للرضا بالمعاملة، إلا أن ذلك مخصوص بخيار الحيوان ولا دليل على كونه مسقطاً تعبدياً في هذا الخيار، وأي مانع من أن يتصرف في الثمن بما يشاء من التقبيل واللمس بل الوطء بقصد أن يدفعه بعده إلى المشتري ومع ذلك لا يسقط خياره، نعم لو تصرف في الثمن بما يوجب إتلافه حقيقة أو بنقله إلى غيره فلا م حالة يسقط خياره من جهة انتفاء موضوع الرد وعدم إمكانه حتى يثبت له الخيار بعده.

فالمتحصل أن التصرفات على ثلاثة أقسام:

الأول: التصرف فيه بقصد إسقاط الخيار وهو الذي قلنا إنه كاشف عن الرضا بالمعاملة ومسقط فعلٍ.

الثاني: التصرف المُعدم لموضوع الرد والخيار إما إعداماً حقيقياً كأكله أو إعداماً شرعاً كبيعه، وهذا يوجب عدم ثبوت الخيار قهراً لارتفاع موضوعه كما مرّ.

والثالث: التصرف الذي لا يعدم الموضوع ولا يكشف عن الرضا بالعقد كالتصرف فيه غفلة أو بقصد ردّه بعد التصرف، وهذا هو الذي لم يدل دليل على إسقاطه الخيار تعبدًا، وعليه فأصل المقتضي لسقوط الخيار بالتصرف في الثمن غير محز، ومع عدم المقتضي لا تصل النوبة إلى إبداء المانع عنه في المقام على ما ذكره

الأردبيلي قدسُه حتّى يرد عليه ما ذكره السيد بحر العلوم ويدفعه صاحب الجواهر قدسُه ويستشكل فيها بأجمعها شيخنا الأنصاري قدسُه^(١).

الأمر الخامس: لو تلف المبيع أو الثمن قبل الرد أو بعده

«ويقع البحث في نقطتين:

النقطة الأولى: في حكم تلف المبيع

وقد تعرض فيها الشيخ قدسُه إلى أمرتين:

الأمر الأول: أن تلف المبيع من مال المشتري، سواء كان قبل الرد أو بعده، ونهاه له مطلقاً.

الأمر الثاني: أن الظاهر عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع.^(٢)

أما الأمر الأول فليس المستند فيه قاعدة: أن التلف في زمان الخيار من لا خيار له، بل المستند هي القاعدة الأولية، والنص؛ فإن مقتضاهما أن يكون التلف من مال المشتري.

أما القاعدة الأولية فهي: أن تلف المال من مال مالكه، فإذا انتقل المال لشخص بأي سبب من أسباب الانتقال، القهرية كالإرث، أو الاختيارية كالحيازة والعقد، ثم تلف فهو من ماله، ولا يحكم بكون تلفه من مال الغير إلا لوجود ما يوجب الضمان كالتلافي، أو قاعدة اليد، وأما بدونها فلا يضمن الغير، كما أن مقتضى الأصل عدمه^(٣) أيضاً.

نعم، استثنى موردان من هذه القاعدة:

(١) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣/٢٣٣-٢٣١.

(٢) المکاسب ٥/١٣٩.

(٣) أي عدم الضمان.

١- تلف المبيع قبل قبضه؛ فإنه من مال البائع، نصاً وفتوى، مع أن مالكه المشتري؛ وذلك للنص تعبدًا^(١)، لا لما احتمل من أن السيرة كما قامت على كون تلف المال من مال مالكه فهي قائمة على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه؛ إذ لا وجود لها؛ فإن سيرتهم على أن المال ينتقل بالعقد إلى المشتري، فيكون هو المالك له، فإن تلف كان منه، ولم تقم سيرة على ضمان البائع ولا على انفساخ العقد بالتلف، كما لم يكن هناك شرط ضمني على ذلك، بل الشرط الضمني هو تسليم البائع المبيع إلى المشتري، وتسليم المشتري الثمن إلى البائع.

٢- التلف في زمان الخيار؛ فإنه من مال من لا خيار له، فلو تلف الحيوان في الثلاثة الأيام كان من مال البائع الذي لا خيار له.^(٢)

فخصصت القاعدة الأولية بهذه الموردين، فلا مجال فيها إلا لالتزام بانفساخ العقد ورجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول أناً ما قبل التلف؛ فإن ضمان الغير لا يكون إلا بسبب الإتلاف، أو لليد بمقتضى قاعدة «على اليد ما أخذت»، ولا شيء منها بحاصل في الفرض، فلا محicus عن الالتزام بالملكية الآنية، ووقوع التلف في ملك من كان من ماله.

والخيار في ما نحن فيه للبائع بمقتضى الشرط، فيكون التلف من مال المشتري الذي لا خيار له، وكون التلف من ماله على طبق القاعدة الأولية، مع قطع النظر عن الشرط والتخصيص الوارد عليها أيضًا؛ فإنه أحد مصاديقها؛ لكونه مالكاً له، كما أن الناءات للمشتري أيضًا.

وأما النص فهو كموثقة إسحاق بن عمار؛ فإن في ذيلها: قلت: فإنها كانت فيها

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٣، ح ١، الباب ١٠ من أبواب الخيار، خبر عقبة بن خالد.

(٢) لما دلّ عليه من الروايات مثل صحيحه ابن سنان، المروية في وسائل الشيعة ١٨/١٤، ح ٢.

غلة كثيرة فأخذ الغلة ملن تكون الغلة؟

فقال: «الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكان من ماله»^(١).

وأما الأمر الثاني: ففيه وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: ما استظهراه الشيخ ^{قدس} من عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع، ولم يزد على الاستظهار^(٢)، وتحليل ذلك يتوقف على بيان مقدمتين:
الأولى: أن للبائع من شرط الخيار غرضين: أن يستفيد من الثمن الذي قبضه في
 قضاء حوائجه، وأن يحتفظ بعين المبيع ليتمكنه الرجوع إليها.

الثانية: أن متعلق الخيار هو العقد، لا العين؛ فإن الخيار ملك فسخ العقد
 وعدمه، أو ملك فسخ العقد وإبرامه، لا ملك رد العين.

فلو كان متعلقه العين لكان قائماً بها، وإرجاعها إلى ملكيته السابقة يتوقف على
 بقائها، وأما مع كون متعلقه العقد فهو لا يدور مداربقاء العين؛ فإن للعقد بقاء في عالم
 الاعتبار، فيتعلق به الحل، سواء كان المال موجوداً أو معدوماً.

وبعد ضم هاتين المقدمتين يتضح بقاء الخيار وإن تلف المبيع؛ لأن متعلق الخيار
 هو العقد، وهو محفوظ حتى لو تلفت العين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن
 غرض البائع يتعلق بالعين وماليتها، فإن ذهبت العين فبالمالية.

فالتحقيق في المسألة بقاء الخيار، وما ذكرناه هو وجه استظهار الشيخ ^{قدس}.

[بيان محقق الخراساني]

وللمحقق الخراساني ^{قدس} بيان في المقام، وحاصله: أن اختلاف الحكم بثبوت
 الخيار وعدمه ناشئ من الاختلاف في ما شرطاه، فإن شرطا الخيار ببقاء العين فلا

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ١، الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٢) المكاسب ٥/١٣٩.

إشكال في سقوطه مع تلفها، وإن لم يشترطه بقائها فلا إشكال في بقائه لو تلفت، والمرجع في تعين الاشتراط، هو الظهور إن وجد، ومع عدمه فالمتبّع أصلّة الإطلاق وعدم الاشتراط.^(١)

[نقد بيان المحقق الخراساني]

وما أفاده مبني على أن الإطلاق عبارة عن عدم الاشتراط، وأن التقابل بين الإطلاق والاشتراط أو التقييد هو تقابل العدم والملكة، فإذا كان الإطلاق عبارة عن عدم التقييد فعدم الاشتراط هو نفس إطلاق الخيار، فإذا تلفت العين فالخيار باقٍ. ولكن واقع الأمر هو أن التقابل بين الإطلاق والتقييد هو تقابل التضاد؛ فإن التقييد عبارة عن الاعتبار بشرط شيء، والإطلاق عبارة عن الاعتبار لا بشرط، فالتفقييد لحاظ الخصوصية وأخذها، والإطلاق لحاظها ورفضها، فلا محالة يكون الإطلاق قسيماً للاشتراط والتقييد، ولا يرجع إلى عدم الاشتراط.

وعليه فكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ، فيدور الأمر بين لحاظ الخيار وأخذه لا بشرط بالنسبة إلى وجود العين وتلفها، فيحكم ببقاء الخيار، وبين لحاظه وأخذه بشرط وجود العين، فينتفي الخيار عند تلفها.

ومع عدم استظهار شيء منها يكون الأمر مجملًا مردداً بين المتبادرتين، وكل منها - الإطلاق والاشتراط - مسبوق بالعدم، فمع العلم الإجمالي بأحد هما يتعارض الأصلان، أي أصل عدم الاشتراط، وأصل عدم الإطلاق، أو أصل عدم اللحاظ بشرط شيء، وأصل عدم اللحاظ لا بشرط، ومع التعارض يسقط أصل عدم الاشتراط، فينتقض ما بناه.

ومقتضى القاعدة اندرج المسألة في القسم الثاني من استصحاب الكل؛ وذلك

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني / ١٨٠ .

لأننا نعلم بثبوت الخيار للشرط، ولا نعلم أنه اشترط بقاء العين فيتنفي الخيار بتلفها، أو لم يشترط فيبقى لما بعد التلف، فيتعدد الأمر بين بقاء الفرد المردّ بين الطويل والقصير وزواله؛ فإن الخيار إن كان مشروطاً ببقاء العين فهو فرد قصير وقد زال بتلفها، وإن لم يكن مشروطاً ببقائها فهو فرد طويلاً ولا يزال باقياً بعد التلف، ولا يمكن جريان استصحاب الفرد لو كان الأثر له؛ لأنّه مردّ بين مقطوع الزوال ومقطوع البقاء، وإن كان الأثر للكلي جرى استصحاب الكلي، وبما أنّ الأثر المترتب على الخيار - وهو الإسقاط والصلاح عليه وسائر الأحكام - أثر للكلي، فيجري استصحابه.

الوجه الثاني: ما احتمله الشيخ قدس سره من عدم الخيار؛ بناء على أن مورد هذا الخيار ما إذا ردّ البائع الثمن ليسترجع المبيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فمع تلفه ينتفي موضوعه، فلا خيار.^(١)

وبيانه: أن البائع عندما اشترط الخيار عند ردّ الثمن كان غرضه أن يحتفظ بالمبيع فيسترجعه عند ردّ الثمن، ففي المورد شرط ارتکازي بإبقاء العين على المشتري؛ ليتمكن البائع من تحقيق غرضه، وهو ردّ المبيع لملكه، فالخيار - إذن - مقيد ببقاء العين، فإذا تلفت انتفي.

ثم إنّ الشيخ قدس سره أشار إلى دفع دخل مقدّر حيث قال: «ثم إنّه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط»^(٢)، وحاصل الدخل:

أنه ربما يقال بأنّ بين اشتراط الخيار ببقاء العين، وشرط إيقائها على المشتري - بمعنى عدم جواز تفويته الشرط - تنافيًا بأحد بيانيين:

البيان الأول: أنه عندما يكون الخيار مشروطاً ببقاء العين، فبقاءها شرط في

(١) المكاسب ١٤٠ / ٥.

(٢) المكاسب ١٤٠ / ٥.

ثبوته، فلا يجب تحصيل الشرط ولا حفظه.

أو قل: إن الغرض من شرط إبقاء العين هو أن تبقى، ومعنى كون الخيار مشروطاً ببقائهما هو أنه إن بقيت ثبت الخيار، وإن لم تبق لم يثبت.

البيان الثاني: أن نتيجة شرط الفعل في المعاملات أن يثبت الخيار مع التخلف عنه، فلو باع متاعاً بشرط أن يحيط له ثوباً فلم يحيطه كان للبائع الخيار في فسخ البيع، وعليه فنتيجة شرط إبقاء العين أن يكون للبائع الخيار مع تخلف المشتري عنه، أي لو لم يحفظ العين وتلفت كان للبائع الخيار، ونتيجة كون الخيار في المورد مشروطاً ببقاء العين عدم ثبوت الخيار لو تلفت، والجمع بين هذين جمع بين المتنافيين.

والجواب، أما عن الأول: فإن الخيار الذي هو للبائع مشروط ببقاء العين، ولا يجب عليه - البائع - أن يتحقق الشرط، بمقتضى قاعدة عدم وجوب تحصيل الشرط والموضوع ولا حفظهما، وأما شرط الحفظ والإبقاء فهو على المشتري، فلا تنافي بينهما.

وأما عن الثاني: فإن الشروط على قسمين: فقسم يلزم من تخلفه الخيار كما في المثال المتقدم، وكما لو اشترط في البيع صفة خاصة فتبين عدمها، وقسم لا يوجد الخيار، وإنما فائدته إلزام المشروط عليه تكليفاً فقط، كما في الشروط في باب النكاح؛ فإن تخلفها لا يوجد خيار الفسخ للمشتري.

وعليه: فيها أن البائع جعل الخيار مشروطاً ببقاء العين، فشرطه على المشتري إبقاءها ليس إلا؛ للزوم التكليفي بالإبقاء، ولا يوجد خيار، فلا تنافي بين شرط إبقاء العين وشرط الخيار ببقائهما.

والنتيجة إلى هنا: أن تلف المبيع في البيع بشرط الخيار غير مضر بثبوته [الخيار] مطلقاً، كان التلف قبل الرد أو بعده، بمقتضى النص والقاعدة.

الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر^(١) من التفصيل بين التلف قبل الرد والتلف بعده، وقد أورد عليه المحقق النائي^(٢) بخمسة إشكالات بعضها تام والآخر غير وارد، ولكن بما أن أصل المدعى غير تام ويظهر جوابه مما تقدم فلا حاجة للتعرض إليه.

النقطة الثانية: في حكم تلف الثمن

قال الشيخ^(٣) بأنّ التلف من المشتري؛ استناداً إلى قاعدة: «أن التلف في زمان الخيار من لا خيار له»، ونتيجه انفساخ المعاملة^(٤).

وتحقيق الأمر يتوقف على بيان كلا المبنيين في المسألة:

الأول: ما اختاره الشيخ^(٥) من الفرق بين تلف المبيع وتلف الثمن؛ فإن الخيار محفوظ مطلقاً في الأول، والعقد ينفسخ في الثاني، والقاعدة الأولية وإن كانت على أن تلف كل شيء من مال مالكه إلا أنها خصصة في المقام بقاعدة: «أن التلف في زمان الخيار من لا خيار له».

الثاني: أن مقتضى القاعدة الأولية أن يكون التلف من مال مالكه، وقد انتقل الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع، فالتلف من ماله، ولا يخرج عن هذه القاعدة إلا بمحضن، وهو مفقود في المقام.

وتحقيق المسألة أن يقال: إنّ تلف الثمن تارة يكون بعد الرد وأخرى قبله، وإنّ الثمن تارة يكون شخصياً وأخرى كلياً.

أما إذا كان الثمن شخصياً وكان التلف بعد رد الثمن وقبل الفسخ، فالتلف من

(١) الجوهر الكلام ٦٧١/٢٤ (٢٣/٣٩).

(٢) منية الطالب ٩٣/٣.

(٣) المكاسب ١٤٠/٥.

(٤) المكاسب ١٤١/٥.

مال البائع؛ وذلك للقاعدة الأولية المتقدمة من أن تلف كل شيء من مال مالكه، والثمن لا زال ملك البائع، وأما المخصص المذكور فهو غير ناهض في المقام؛ وذلك لأن الشيخ فقيه حَصْصَ القاعدة الأولية بقاعدة: أن التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له؛ بناء على تعميمها إلى الثمن، وإلى كل معاملة خيارية، واستند في التعميم إلى أمرتين:

الأول: أن ظاهر إطلاق غير واحد من الأصحاب هو عموم القاعدة للثمن واحتراصها بالخيارات الثلاثة - المجلس والشرط والحيوان - وإن كان مورد النص هو الحيوان؛ وذلك لأن مقتضى «حتى ينقض الشرط» التعميم من هذه الجهة.

الثاني: أن مناط الحكم بأن التلف من مال من لا خيار له هو تزلل المعاملة، فينطبق على ما نحن فيه.

وكلا الأمرتين مدفوع.

أما الأول: فلعدم حجية إطلاق كلام الأصحاب ما لم يصل قولهم إلى حد الإجماع الكاشف عن رأي الموصوم عليه السلام أو عن دليل معتبر عندنا، وهو متوفِّ في المقام، والنص المذكور - وهو صحيحة عبدالله بن سنان - مختص بالبيع وكونه حيواناً، وإنما عدّي من خيار الحيوان إلى المجلس والشرط بمقتضى «حتى ينقض الشرط»^(١)، وأما التعدي من البيع إلى الثمن فلا وجه له.

وأما الثاني: فغايتها تنقح مناط ظني، فلا حجية فيه؛ إذ ربما يوجد ملاك في خصوص خيار الحيوان أو مع التعدي إلى خياري المجلس والشرط، ولا يوجد في كل

(١) إشارة إلى ما في وسائل الشيعة ١٤/١٨، ح ٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، صحيحه ابن سنان - يعني عبدالله - قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشرط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة، أو يحدث فيه حادث، على من ضمان ذلك؟
قال: على البائع حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري.

معاملة متزللة.

والنتيجة: أن التلف من مال البائع بمقتضى القاعدة الأولية، ولكن الخيار محفوظ.

هذا كله إذا كان تلف الشمن بعد الرد، وأما إن كان قبله فيتضح الكلام فيه بما ذكرنا في الصورة السابقة، مع الإلتفات إلى ما تقدم منا في نفس مبحث الرد، من كونه فسخاً أو شرطاً للفسخ و... الخ.

وأما إذا كان الشمن كلياً فهو خارج عن محل الكلام؛ لما ذكرنا في السابق من أن ما يدفعه المشتري إلى البائع عوضاً عن الشمن ليس هو الشمن، بل هو ما ينطبق عليه الشمن، فلابد له أن يدفع فرداً آخر مكان التالف، وهو أيضاً يكون مما ينطبق على الكلي.

هذا، وقد استدل صاحب الجوهر^{قدس} - مضافاً للقاعدة الأولية - على اختصاص قاعدة: «التلف في زمان الخيار مِنْ لا خيار له» بخصوص المبيع [بمعتبة] معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله^{عليه السلام} عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشتري منه الدار حاصل، فشرط إنك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاثة سنين فالدار دارك، فأتاه بهاله، قال: «له شرطه».

قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاثة سنين، قال: «هو ماله».

وقال أبو عبدالله^{عليه السلام}: «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠، ح ٣، الباب ٨ من أبواب الخيار.

فإن ظاهره أن تلف الثمن من البائع، وأنه ملكه وإن كار الخيار له.^(١) وناقشه الشيخ ^(٢)؛ بأن في الرواية حكمين: أحدهما: أن نماء الثمن للبائع، وهذا الحكم - مضافاً لكونه مجمعاً عليه - على طبق القاعدة؛ لأنه باع داره فأصبح الثمن ماله، ونماءه تابع له. والآخر: أن تلف المبيع من مال المشتري، وهو مجمع عليه أيضاً، ومطابق للقاعدة؛ لكونه مالكاً له حينئذ.

ولا يحتاج شيء منها إلى هذه الرواية، ولا يخصص قاعدة: «التلف في زمان الخيار من لا خيار لا»؛ فإنه يمكن أن يكون نماء الثمن مالاً للبائع ولكن تلف الثمن يوجب انفساخ البيع ويكون من مال المشتري، فاستدلال صاحب الجواهر ^(٢) بالرواية على أن التلف من مال البائع، وأن العقد لا ينفسخ به غير تام.

بل يمكن أن يستفاد منها خلاف ما يدعوه ^(٢)؛ فإن نحو بيان الإمام ^(٢) هو أن نماء الثمن للبائع واستدل عليه بقوله: «رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»، فلو أراد أن يثبت أن تلف الثمن يكون من مال البائع لقال في الاستدلال على كون نماء الثمن للبائع: رأيت لو أن الثمن تلف لكان من مال البائع، فالعدول من هذا إلى ما ذكر في الاستدلال من أن تلف الدار من مال المشتري، والسكوت عن تلف الثمن يكشف عن أن تلفه ليس من مال البائع.

وما أفاده الشيخ ^(٢) من الإشكال على صاحب الجواهر ^(٢) بالنسبة إلى تحصيص القاعدة بالرواية تام، فإن قلنا بثبوت القاعدة فهي غير مخصصة بالرواية؛ لعدم المقتضي لذلك؛ فإن غاية ما دلت عليه هو أن نماء الثمن للبائع، ولم تتعرض حال تلفه سلباً ولا

(١) الجواهر ٢٤ / ١٣٦ (٢٣ / ٨٧-٨٨).

(٢) المكاسب ٥ / ١٤٠.

إيجاباً، فلم تثبته للمشتري ولم تنفه عن البائع، بل ولو جود المانع أيضاً كما تبيّن قبل قليل.

ولا أقل من القول - تأييداً للشيخ قبست - : بما أن الرواية تعرّضت لنماء الثمن، ولم تتعرض لحال تلف الثمن نفسه سلباً ولا إيجاباً فهي مجملة من هذه الجهة، وفي حال الإجمال يرجع إلى العام أو المطلق إن وجداً، وهو هنا: أن التلف في زمان الخيار من لا خيار له، فيكون التلف على المشتري.

بيان عدم المنافاة بين قاعدة التلف في زمان الخيار والخروج بالضمان

بقي شيء وهو: أنه ربما يقال بأن قاعدة «التلف في زمان الخيار من لا خيار له» - بناء على الاستدلال بها في المقام - منافية لقاعدة «الخروج بالضمان»؛ فإن مقتضى الأولى أن يكون التلف من مال المشتري وينفسخ العقد، ومقتضى الثانية أن يكون التلف من مال البائع؛ لأن المراد من القاعدة هو أن من له الخراج - وهي المنفعة، أخذ مما يخرج من الشيء، لا من باب الخراج والمقاسمة - هو الذي عليه الضمان، وبما أن النماء للبائع بالإجماع وللقاعدة، فالضمان عليه، فيكون التلف منه.

ولكن فيه: أولاً: أنها غير تامة سندًا.^(١)

وثانياً: أن في الرواية تفسيرين:

التفسير الأول: أن كل من يضمن شيئاً فمنافعه له، وهو استنباط أبي حنيفة منها، وعليه تخرج عن محل الكلام، وقد ردّ الإمام الصادق عليه السلام كما في صححه

(١) الرواية عامية، أخرجها غير واحد منهم عن عائشة أن النبي ﷺ قضى «أن الخراج بالضمان»، كما في سنن الترمذى ٣٧٧ / ٢ وغيره من كتبهم، ولم يخرجها أصحابنا المتقدمون في كتبهم الحديبية، وإنما تعرضوا لها في الكتب الفقهية الاستدلالية عنها أيضاً، كالشيخ الطوسي قبست في الخلاف ٣ / ١٠٧، ثم تعرض لها المتأخرون في كتب الحديث كابن أبي جمهور عليهما السلام في عوالي اللثالي ١ / ٥٧. وعن المحدث النوري عليهما السلام في مستدرك الوسائل ١٣ / ٣٠٢، ح ٣، الباب ٧ من أبواب الخيار.

أبي ولاد.^(١)

التفسير الثاني: أن من يكون له نماء شيء، فضمان الأصل عليه، وعلى هذا التفسير يأتي إشكال المنافاة، إلا أنه يندفع بأن النسبة بين القاعدتين هي نسبة العموم والخصوص المطلق؛ فإن قاعدة: «التلف في زمان الخيار من لا خيار له» أخص مطلقاً من قاعدة: «الخراج بالضمان»؛ فإن مدلول الثانية هو أن كل من يكون له نماء شيء فالضمان عليه، ومدلول الأولى هو أن التلف في خصوص مورد الخيار من لا خيار له، فيكون من مال الآخر، فتختص قاعدة الضمان بقاعدة التلف.

والنتيجة إلى هنا: أنه إذا تم الدليل على إطلاق قاعدة: «التلف في زمان الخيار من لا خيار له»، بحيث تشمل الثمن والمثمن، وخيار الحيوان وغيره، فهي المرجع في المقام؛ لأن البحث فعلاً في ما بعد رد الشمن، وثبتت الخيار للبائع، فيكون التلف من مال المشتري؛ فإنه الذي لا خيار له، ولا مخصص لها، لا رواية معاوية بن ميسرة، ولا قاعدة: «الخراج بالضمان».

ولكن إطلاق القاعدة غير تام، ولا مقتضي له؛ فإنها مختصة بتلف المبيع وكونه حيواناً، فلا تشمل تلف الشمن، ولا خيار الشرط؛ وذلك لأن المستند فيها روایات الباب الخامس من أبواب الخيار، وعنوان الباب كما عنوانه به صاحب الوسائل قدسُه: «باب أن الحيوان إذا تلف، أو حدث فيه عيب في الثلاثة كان من مال البائع...»^(٢)، ومع غض النظر عن عنوان صاحب الوسائل قدسُه نفس الروایات - المعتبرة وغيرها -

(١) الكافي ١٠/٤٦٩، ح ٦ (٥/٢٩٠)؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

والتهذيب ٧/٢١٥، ح ٩٤٣؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٥/٣٩٠، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الغصب.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٤.

دالة على اختصاص الحكم بالبيع وكونه حيواناً، فالرواية الأولى هي:
 [صحيح] عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فهات عنده وقد قطع الشمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشتري ضمان حتى يمضي شرطه.^(١)
 والرواية الثانية - وهي عمدة ما استند إليه الفقهاء - صحيح ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟

فقال: على البائع حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري.^(٢)
 فإنما دالتان على اختصاص الحكم بكون التالف هو المبيع وكونه حيواناً، فلا تشملان الشمن ولا خيار الشرط، وليس هذا من باب أن المورد يخصص الوارد حتى يقال بعدم تخصيصه به، بل الحكم من الأول ورد عن الإمام عليه السلام خاصاً، أي في خصوص خيار الحيوان، وتلف المبيع، فتعتممه إلى غير خيار الحيوان وإلى تلف الشمن يحتاج إلى دليل.

وهكذا دلالة الرواية الخامسة: وبإسناده عن الحسين بن سعيد، عن الحسن بن علي بن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عمن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع.^(٣)

وهي وإن كانت مرسلة بطريق الشيخ عليه السلام إلا أنها مسندة بسند صحيح في طريق الصدوق عليه السلام؛ فإنه ذكر الواسطة بين ابن رباط والإمام عليه السلام، فروها بإسناده عن ابن فضال، عن الحسن بن علي بن رباط، عن زرار، عن أبي عبد الله عليه السلام، وإن كان في

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤، ح ١، الباب ٥ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤، ح ٢، الباب ٥ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥، ح ٥، الباب ٥ من أبواب الخيار.

نسخة من الفقيه^(١) «عمن رواه» بدل: زرارة، [فالارسال باق على حاله].

والحاصل: أن قاعدة «التلف في زمان الخيار من لا خيار له» إن أريد شمومها

لمحل البحث فلابدّ من طي مرحلتين:

١- التعميم من خيار الحيوان إلى خيار الشرط.

٢- التعميم من المبيع إلى الثمن.

ولا دليل على شيء منها، فيتعين اختصاصها بالمبيع وختار الحيوان، والبحث

في ما نحن فيه في تلف الثمن في زمان خيار الشرط، وعليه فمقتضى القاعدة أن لا ينفسخ البيع ويكون التلف من مال البائع مع حفظ خياره^(٢).

الأمر السادس: ردّ الثمن إلى الوكيل أو الولي مع التصریح به أو بدونه

«لا إشكال في أنه لو كان الشرط هو رد الثمن إلى المشتري بعينه لم يتحقق الرد

بالرد إلى وكيله أو وليه من الحاكم الشرعي فلو تعذر الرد إليه بعينه سقط الخيار. كما لا

إشكال في أنه لو كان الشرط هو الرد إلى المشتري أو بدهنه من الوكيل أو الولي كان الرد

إلى الوكيل أو الولي موجباً لصحة الفسخ.

إنما الإشكال فيما لو كان المشروط هو الرد إلى المشتري بلا تصریح بالعموم ولا

بالخصوص، فهل يصح الرد إلى وليه عند تعذر الرد إليه عقلأً لغيبته أو شرعاً لجنونه.

أو لا يصح، فيسقط الخيار لعدم تحقق شرطه؟

اختار الأول المحقق القمي^(٣) في بعض رسائلة، واختار الثاني صاحب

المناهل^(٤). وقد نقل الشيخ في المقام كلاماً لصاحب الحدائى^(٥) وناقشه ولا

(١) انظر: من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠٣، ح ٣٧٦٧.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢/٤٦١-٤٤٠.

(٣) جامع الشتات ١٤١/٢، المسألة ٩٩.

(٤) المناهل ٣٣٤ - الثاني عشر.

(٥) الحدائى الناصرة ١٩/٣٥-٣٦.

يهمنا التعرض إليه وإنما المهم تحقيق أصل المطلب.

فنقول: إنه يذكر لاثبات صحة الرد إلى الحاكم الشرعي في هذه الصورة وثبوت الخيار بواسطته وجهان:

الوجه الأول: أن دليل ولایة الحاکم الشرعی یتکفل تنزیل الحاکم منزلاً المولی علیه و هو المشتری الغائب فیما نحن فیه، فیكون الرد إلیه بمنزلة الرد إلی المشتری لأنہ بمنزلته.

وهذا الوجه مردود بان دليل الولاية إنما يتکفل تنزیل الحاکم منزلاً المشتری فی الموارد التي للمشتري سلطنة شرعية فيها على الفعل، كالتصرف في ماله ببيع أو إجارة أو غيرهما وكطلاق زوجته وغير ذلك ما يكون للغائب سلطنة وولاية عليه. ولا يتکفل تنزيله منزلة المشتری الغائب فی كل أمر يرتبط به ولو كان موضوعاً تکوینیاً لا فعالاً من أفعال الغائب فیما له سلطنة عليه، فإن ذلك أجنبی عن دليل الولاية بالمرأة. وعليه، ففيما نحن فيه حيث كان الرد إلى المشتری ظاهراً فی كون الشرط هو حضور الثمن لديه، فلا يتکفل دليل الولاية کون حضور الثمن عند الحاکم بمنزلة حضوره عند المشتری، إذ هو ليس من الأمور الراجعة إلى المشتری بلحاظ سلطنته وولايته، بل هو من الأمور التکوینیة التي لها علاقة بالمشتری بعلاقة الاضافة إلیه وأی ربط لدليل الولاية به؟

نعم، تكون للحاکم ولایة علی الثمن المردود لو صصح الرد بطريق آخر وتحقق الفسخ، لانه يكون من أموال الغائب التي هي تحت ولایة الحاکم. وقد أسهب(١) المحقق الإیروانی(٢) في بيان هذا المعنى.

(١) أطنب وأكثر من الكلام وأطال.

(٢) حاشية المکاسب ١١٠/٣.

كما أوضحه المحقق الإصفهاني^(١) حَلَّهُ بعد أن يَبَّنَ أن ولاية الحاكم تشتت في موردين يُدعى تطبيق كل منهما على ما نحن فيه:
الأول: أنهولي الممتنع ويراد به الأعم من الامتناع القهري أو الاختياري.
والثاني: أنهولي الغائب.

ثم يَبَّنَ أن ولاية الحاكم في المورد الأول بمعنى صلاحية التصرف فيها يرجع إلى الممتنع مما كانت له ولاية شرعية عليه وأن موردها في المورد الثاني هو مال الغائب.
والثمن قبل حصول الفسخ المتأخر عن الرد مال البائع الحاضر لا مال المشتري الغائب.

الوجه الثاني: ما أشار إليه الشيخ^(٢) قَدِيسُّ وتبعه غيره^(٣) من وجود قرينة عامة توجب ظهور المشتري في الأعم منه ومن وليه. وبعبارة أخرى: توجب إلغاء خصوصية المشتري وأن المراد هو الرد إلى مالك التصرف أعم من المشتري ووليه وهي أن المقصود عادة باشتراط الرد إلى المشتري هو حصول الثمن عنده وعدم بقائه في ذمة البائع لأن يكون - إذا بقي بالذمة - في معرض الانكار أو الضياع لفلس وغيره، وهذا الأمر كما يتحقق في الرد إلى نفس المشتري يتحقق بالرد إلى ما هو بمنزلته في المحافظة على ماله، بحيث يتحقق المقصود بالرد إليه، كاحكام الشرعي.

إذن، فيصح الرد إلى الحاكم أو غيره من الأولياء لتحقيق الرد إلى مالك التصرف والحفظ بالرد إليهم. وبعبارة الشيخ^(٤) لا تخلو من غموض.
ولكن السيد^(٤) حَلَّهُ وغيره^(٥) أوضح هذا المطلب، ويتبين هذا جداً بمحاطة

(١) حاشية المكاتب ٤/٤٢١.

(٢) المكاتب ٥/٥١٤٣.

(٣) حاشية المكاتب ٢/٤٨٩ للسيد اليزيدي^{قَدِيسُّ}.

(٤) حاشية المكاتب ٢/٤٨٩.

(٥) نهاية المقال / ٦٥ ، الطبعة الأولى، للمحقق الشيخ عبدالله المامقاني.

ما يقال في تصحیح إسناد الیع إلى الوکیل فی الشراء، فيقول له البائع الأصلیل بعتک مع أنه وکیل وليس هو المشتري بل المشتري موکله، فكيف یسند إليه التملیک بكاف الخطاب؟

فانه یقال في مقام تصحیح ذلك أنّ الیع لم یسند إلى المخاطب بما هو هو إذ خصوصیة المشتري الخاص لا تلحظ نوعاً في الیبع، إذ البائع لا یهمه إلّا تبدیل ماله بشمن معین من أي شخص كان، فالبیع إنما یسند إلى مالک الثمن حقيقة وفي اللب لا للمخاطب بما هو مخاطب.

وهكذا فيما نحن فيه، إذ لا خصوصیة للرد إلى ذات المشتري نوعاً وإنما المهم هو عدم کون الثمن في ذمة البائع ووصوله إلى المشتري بنحو يحفظ له ماله وهو يتتحقق بإيصاله إلى من له ولایة الحفظ، كالحاکم الشرعي.

ثُمَّ إن الشیخ^(١) بعد أن ذکر ذلك تعرض لذكر فرعین:

الفرع الأول: لو اشتري الأب للطفل بخیار للبائع واشترط الرد عليه، فهل یصح الرد إلى الجد مطلقاً أو لا یصح مطلقاً أو یصح مع عدم التمکن من الرد إلى الأب؟ وجوهه. ولم یتعرض إلى بيان منشأ الوجوه.

ولا یخفى أن الوجه الأول ینشأ عن دعوى أن الملحوظ في اشتراط الرد على الأب كونه ولیاً لا خصوصیة الأب نفسه فيصح الرد إلى مطلق الولي.

کما أن الوجه الثاني ینشأ عن دعوى ظهور الشرط في خصوصیة للأب فلا یصح الرد إلى غيره.

وأما الوجه الثالث، فلا يظهر له منشأ، إلّا إذا فرض أن ولایة الجد في طول ولایة الأب نظیر ولایة الحاکم الثابتة عند عدم تمکن المشتري من التصرف، ولكن

(١) المکاسب ١٤٤/٥

الأمر ليس كذلك فان ولادة الجد في عرض ولاية الأب، فلا يظهر للوجه الثالث منشأ عرفي. فتدبر.

الفرع الثاني: لو اشتري الحاكم للطفل الصغير، فهل للبائع الرد إلى حاكم آخر أو لا؟ ذهب الشيخ ^{قدس سره} إلى جريان الوجوه المتقدمة في الفرع السابق ههنا. لكن ههنا قيد زائد وهو أنه يلزم أن لا يكون الرد إلى الحاكم الآخر مزاحمة للحاكم الأول المشتري، إذ لا تصح مزاحمة حاكم لحاكم آخر فيها تصرف فيه.^(١) ولا يخفى أن الرد إلى الحاكم الآخر إنما يصح لو فرض فهم عدم الخصوصية للحاكم المشتري وأن المراد هو شرط الرد إلى مطلق الولي، ومعه لا تصدق المزاحمة فان الحاكم المشتري إذا فرض أنه أجاز الرد إلى غيره فكيف يتصور تحقق المزاحمة له بالرد إلى غيره. فلاحظ^(٢).

الأمر السابع: رد بعض الثمن

«قد تعرض الشيخ ^{قدس سره} فيها لفروع:

الفرع الأول: أن مقتضى إطلاق رد الثمن إرادة رد تمام الثمن فلا يكون له الفسخ برد بعضه. وهذا واضح لا خفاء فيه. ثم بيّن أن المشتري لا يحق له التصرف في المدفوع إليه لأنّه باق على ملك البائع وهو واضح أيضاً كسابقه. كما ذكر أنه إن صرّح أن المدفوع إليه يكون أمانة في يده إلى أن يجتمع الكل فيفسخ لم يكن ضامناً مع التلف، وإنّما فإن كانت يده عليه بعنوان أنه ثمن كان ضامناً مع التلف، وهو حكم على طبق القاعدة كما يذكر في محله. فهذا الفرع لا كلام فيه.

(١) قد بحثنا حول عدم جواز تزاحم فقيه آخر في الأمور الحسبية في الآراء الفقهية ٧/٤٠١-٣٧٣.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٦٥-٢٦١.

(٣) المكاسب ٥/١٤٥.

الفرع الثاني: أنه لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن حاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشتري خيار التبعيض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة وهل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك.

والكلام في هذا الفرع يقع في جهتين:

الأولى: أنه هل له أن يشترط الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن أو لا؟
الثانية: أنه على تقدير صحة الشرط وفسخ البائع مقداراً من المبيع فهل للمشتري خيار التبعيض أو لا؟

أما الجهة الأولى، فتحقيقها: أن بعض الصفقة في موارده، كما في بيع ما يملك وما لا يملك - كبيع الحروف والخنزير - مع كون الانشاء وقع على المجموع وجعل مجموع الثمن بازاء المجموع ...

تارة: يتلزم به من باب وجود الدليل الشرعي عليه وثبت التبعد به بحيث لو لا الدليل الخاص لالتزم ببطلان البيع.

وأخرى: يتلزم به على القاعدة بدعوى أن العقد على المجموع ينحل في الحقيقة إلى عقود متعددة بعد الأجزاء ويكون لكل جزء من أجزاء المبيع حصة من الثمن، فإذا تبين عدم صحة بيع بعض الأجزاء كان باطلًا فيه خاصة أما سائر الأجزاء القابلة للنقل والانتقال فيكون العقد عليها صحيحًا ولها حصة من الثمن.

فعل الأول: لا يصبح الشرط فيما نحن فيه، لأن العقد في نفسه ليس قابلاً للتبعض فيكون الشرط باطلًا، ولا دليل [شرعى] على صحته في خصوص المقام.

وعلى الثاني: يصبح الشرط لقابلية العقد للتبعض، فلا مانع من اشتراط رفع اليد عن بعضه، فصحة الشرط فيما نحن فيه تبني على الوجه الثاني. وتحقيقه في محله.

وأما الجهة الثانية، فتحقيقها: أن خيار بعض الصفقة يتلزم به في مورده لأحد وجهين:

الأول: قاعدة نفي الضرر، بيان أن في لزوم البيع في جزء المبيع بجزء من الثمن ضرراً على المشتري، إذ قد لا يتعلّق بالجزء غرض له.

الثاني: انه من باب تخلّف الشرط، بيان أن العقد على المجموع وإن كان حقيقة عقوداً متعددة بعد الأجزاء لكن هناك شرط ضمّني في البيع وهو شرط انضمام كل جزء للآخر، فإنّ المشتري يشتري هذا الجزء ولكن بشرط انضمامه إلى الجزء الآخر، فان ذلك ظاهر العقد على المجموع، فإذا تخلّف البيع وانتقض في بعض الأجزاء تخلّف الشرط فيكون له خيار تخلّف الشرط، فمرجع خيار بعض الصفقة إلى خيار تخلّف الشرط.

١- فإذا كان المستند في ثبوت خيار بعض الصفقة هو قاعدة نفي الضرر، فهي مختصة كما حُرّر في محله بصورة عدم الإقدام على الضرر أما مع الإقدام عليه فلا تكون محكمة.

وعليه، فيما ان المشتري أقدم على التبعض قبل انتهاء المدة لأن ذلك مفاد الشرط فيما نحن فيه، فليس له الخيار قبل انقضائه.

نعم، بعد انتهائها له الخيار، إذ لم يقدم على التبعيض مطلقاً بل هو أقدم على التبعيض بنحو يفسخ في الكل إلى انتهاء المدة، فإذا لم يتحقق ذلك كان له الخيار.

٢- وان كان المستند في ثبوت خيار بعض الصفقة هو كونه من جهة تخلّف الشرط، ليس له الخيار فيما نحن فيه، وذلك لأن المبيع قد انتقل إليه بمجموعه حدوثاً فلم يتخلّف الشرط الضمّني، وتحقق التجزئة والتبعيض بقاء بالفسخ أجنبى عن ذلك لأنه لا يدعى كون الشرط الضمّني هو تحقق الانضمام بقاءً بحيث ينافيه انتقال بعض المبيع عنه بسبب النقل. ولا يخفى أن الفسخ بالخيار إنما هو من حينه لا من حين العقد. فتدبر والتفت فإنه لا يخلو عن دقة.

الفرع الثالث: أنه يجوز اشتراط الفسخ في الجميع برد جزء معين أو غير معين

من الثمن في المدة الخاصة، فيبقى الباقى في ذمة البائع بعد الفسخ. وهذا واضح لا ريب فيه»^(١).

الأمر الثامن: اشتراط المشتري الفسخ برد المثلمن

«كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثلمن، لا لدخوله في دائرة الروايات الخاصة؛ فإنها واردة في اشتراط البائع رد الثمن، وإنما مقتضى القاعدة؛ فإن هذا الشرط مشمول لإطلاق أدلة الشروط، ولا مانع منه.

نعم، يفترق ما نحن فيه عن المقام الأول بأن البيع بشرط رد الثمن عادة ما يكون بسبب الحاجة لثمن المبيع، فالبائع يقصد التصرف فيه، ولهذه الجهة كان الشرط أعم من رد عين الثمن أو بدلها.

وأما الشراء بشرط رد المبيع فلا يكون من أجل الحاجة إلى عين المبيع في الاستفادة من بيعها، وإنما يكون لأجل الاستفادة من منفعتها، فمقتضى القاعدة أن يرد المبيع نفسه لا بدل، وعليه فإذا تلف المبيع انتفى الخيار، بخلاف ما تقدم؛ فإنه إذا تلف الثمن انتقل إلى بدل، ولم يتتفَّل الخيار؛ لكون الشرط بمقتضى إطلاقه هو الأعم من العين والبدل.

وكيف كان فالصور المتصورة في هذا المقام ثلاثة:

الصورة الأولى: أن يشترط رد المبيع، فيكون موضوع الشرط هو المبيع بنفسه.

الصورة الثانية: أن يشترط الأعم من رد المبيع أو بدله عند تلفه، بمعنى أنه إن كان المبيع موجوداً ردّه، وإن كان تالفاً ردّ بدلته.

ولا إشكال في صحة هاتين الصورتين لصحة الشرطين.

(١) المرتقم إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٢٦٧-٢٦٥.

الصورة الثالثة: أن يشترط رد المبيع أو رد بدله حتى مع التمكّن من رد العين.
قال الشيخ قدس اللهم صلّى الله عليه وسلم: فيه إشكال، ولم يتعرض إلا لبيان أحد وجهي الإشكال - وهو وجه البطلان - فقال: «من أنه خلاف مقتضى الفسخ؛ لأنَّ مقتضاه رجوع كُلِّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة»^(١).

ولا يخفى أن عدم المشروعية حكم من الأحكام، وهو متاخر في الرتبة عن الموضوع، فلا يعقل قبل تحقق الموضوع أن يقال: وجه الإشكال هو عدم المشروعية، كما ربما يظهر من عبارة الشيخ قدس اللهم صلّى الله عليه وسلم، ولكن الحق أنه قدس اللهم صلّى الله عليه وسلم يرى من الأول أنه ليس بفسخ لا أنه يراه غير مشروع ثم أضرب عنه إلى عدم كونه فسخاً.

بيان ذلك: إنهم اختلفوا في حقيقة الفسخ على مبنيين:

الأول: أن الفسخ حل العقد، ولازمه رد الملك.

الثاني: أنه رد الملك.

وال الأول هو الحق كما تقرر في محله، ولكن موضوع الفسخ على كلا المبنيين هما العوضان، فيستحيل أن يكون البدل موضوعاً له، أي كما أن العقد يتم بين المبيع والثمين، فكذلك الفسخ، فمقتضى الفسخ هو رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فلا يكون رد البدل فسخاً للمعاملة، فما أفاده الشيخ بعد الإضراب بـ«بل» هو الصحيح.
وأما الوجه الآخر للإشكال - وهو وجه الصحة - فهو أن هذا الشرط يتصور

بنحوين:

الأول: أن يكون على نحو شرط الفعل، بأن يشترط في البيع أنه إذا رد بدل المبيع فله الخيار، أو أن يكون - بعد الفسخ - وكيلًا له في تبديل المبيع بالبدل، وكلا

الشرطين مشروع، فلم يجعل الفسخ بين الثمن وبدل المبيع، بل بين الثمن والمبيع نفسه، وبعد الفسخ وقع التبديل بمقتضى الشرط لا بمقتضى الفسخ.

الثاني: أن يكون على نحو شرط النتيجة، بأن يشترط الخيار إذا رد بدل المبيع، وأن يكون بعد الفسخ مالكاً للمبيع في مقابل البدل، وبما أن الملكية من الأمور التي لا تتوقف على سبب خاص فتحصل بشرط النتيجة، ولا إشكال.

وأصل هذا التصوير للصحة من المحقق الرشتبي^(١) قيسٌ وتبعه فيه غيره، وهو تام، ولعل الشيخ قيسٌ يشير إليه عندما أمر في الأخير بالتأمل.^(٢)

بقي شيء تعرض له الشيخ^(٣) قيسٌ وهو أنه لو اشترط رد التاليف القيمي بالمثل، ورد التاليف المثل بالقيمة، ففيه وجهان:

الأول: الصحة والجواز؛ لأن بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، ولا محذور فيه.

الثاني: البطلان؛ لأن بمنزلة اشتراط ضمان التاليف المثل بالقيمة، والقيمي بالمثل، وهو باطل؛ لأن ضمان المثل بالمثل، والقيمي بالقيمة.

ثم أمر الشيخ قيسٌ بالتأمل، ولعله يشير إلى أن وجهي الإشكال الواردين في تبديل القيمة بالمثل وعكسه يأتي مثلهما في ما نحن فيه بنحو ما بيناه، فلا يرد على الشيخ قيسٌ أنه لم يتعرض للشق الثاني من الإشكال.

فتحصل إلى هنا: أن اشتراط الفسخ برد البدل يتصور على نحوين، أحدهما باطل، وهو أن يشترط الفسخ برد البدل، والآخر صحيح وهو أن يشترط الخيار، وبعد

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات / ٣٧٢.

(٢) المكاسب ١٤٦ / ٥.

(٣) المكاسب ١٤٦ / ٥.

الفسخ له التبديل أو أن يكون مالكاً للمبيع عوض البدل»^(١).
وهذا تمام الكلام في هذه المسألة.

المسألة الثامنة: جريان خيار الشرط في غير البيع

هل يجرى خيار الشرط في غير البيع من العاملات أم لا؟
ادعى الشيخ الأعظم^(٢) عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه في كل معاوضة لازمة بلا خلاف ولا إشكال بمقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم». ثم قدم الكلام في العقود الجائزه ثم الإيقاعات ثم أعقبه بالعقود اللازمه ونحن نبدأ بالعقود اللازمه لأنها أولى.

جريان خيار الشرط في العقود الازمة

قال العلامة في القواعد: «يثبت خيار الشرط في كل عقد سوى الوقف والنكاح»^(٣).

وقال في تذكرة الفقهاء: «الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافاً للجمهور على تفصيل...»^(٤).

وقال الشهيد الثاني: «أما جواز الشرط في العقود، فلعموم الأخبار^(٥) الدالة على جواز الإشتراط. ونبه بذلك على خلاف الشافعي^(٦)، حيث نفاه في كثير من

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/٤٧٩-٤٧٦.

(٢) المكاسب ٥/١٤٧.

(٣) القواعد ٢/٦٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/٦٣، مسألة ٢٥١.

(٥) وسائل الشيعة ١٢/٣٥٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٦) السراج الوهاج ٩/١٨٥؛ المجموع ٩/١٩٢.

العقود. ويستثنى من البيع ما يتعقّبه العتق، كشراء القريب، فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس. وكذا شراء العبد نفسه - إن جوّزناه - لأنّه مناف لمقتضاه.

وأمّا استثناء ما ذكر، فلأنّ النكاح لا يقصد فيه المعاوضة، والوقف إزالة ملك على وجه القربة. ومثله العتق. و قريب منه الإبراء. وهذه الموضع محلّ وفاق، وهو الحجة، وأمّا التعليل فلا يصلح لتخصيص النصّ العام. وكذا القول في الطلاق، وفي معناه الخلع والمبارات. وفي معنى العتق التدبير، وإن كان جائزًا في حال الحياة، والمكاتب المطلقة، أمّا المشروطة فجواز جماعة فيها خيار الشرط للمولى^(١)، وللعبد عند الشيخ^(٢).

واستثنى الشيخ رحمه الله أيضًا من العقود الصرف، مدعياً الإجماع^(٣) وأطبق المتأخرون على ثبوته فيه، ومنع الإجماع. وهو حسن، لعموم الخبر.

واعلم أنّ استثناء [المحقق] الطلاق والعتق من العقود، إمّا منقطع لأنّهما من باب الإيقاع، أو محظوظ على إطلاق العقد على ما يعمّ الإيقاع تجوّزاً. وكذا القول في الإبراء، إن لم يشترط فيه القبول^(٤).

استظهر الأردبيلي من مقالة العلّامة في التذكرة الإجماع على دخول خيار الشرط في كلّ معاوضة حيث أنه اقتصر فيها على نسبة الخلاف إلى الجمهور وقال: «ويدلّ على عدم الخلاف عندنا، ما تقدم من عموم أدلة العقود والإيفاء بها، وبالشرط دليل واضح

(١) راجع الخلاف ١٨/٣، مسألة ٢١؛ السرائر ٢٤٦/٢؛ المهدّب ٣٥٧/١؛ التحرير ١٦٦/١؛
جامع المقاصد ٤/٣٠٤.

(٢) الخلاف ١٨/٣، مسألة ٢١؛ المبسوط ٨٢/٢.

(٣) المبسوط ٧٩/٢.

(٤) المسالك ٢١١/٣ و ٢١٢.

على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه، وقد ادعى^(١) الاجماع^(٢) في شرح الشرائع^(٣) على النكاح والوقف والطلاق والعتق والابراء لعله دليلها. وبالجملة الإجماع والنص دليل الجواز واللزموم في كل عقد إلا ما ثبت فيه الدليل على المنع.

وقد الحق^(٤) بالطلاق الخلع والعبارة وبالعتق التدبير والمكاتبة المطلقة. وقد استدل^(٥) على بعض المستثنias ببعض المناسبات، وليس بتام، والعمدة الإجماع إنْ كان. وقد استثنى^(٦) من العقود بعض ما تقدم، مثل بيع من ينعتق، وبيع العبد على نفسه إن جوّز، ولعل مقصود [العلامة] من قوله: «في كل عقد» ما يعم الإيقاعات مما يحتاج في ترتيب الأثر الشرعي على لفظ، فلا يحتاج بل لا يمكن جعل «سوى»^(٧) للاستثناء المنقطع، مع قلة وجوده بلفظ «سوى» والأمر في ذلك هين^(٨). أقول: مقالة المؤلِّف الأرديلي كلّها ناظرة إلى كلام الشهيد الثاني في المسالك^(٩). يجري خيار الشرط في العقود اللاحمة ماعدا النكاح والوقف كما مرّ أمّا غيرهما فيجري فيها.

قال السيد العاملـي: «وأما ما عداهما [أي النكاح والوقف] من العقود اللاحمة

(١) الشهيد الثاني.

(٢) أي على منع.

(٣) مسالك الأفهام إلى تنقية شرائع الإسلام ٢١٢/٣.

(٤) الشهيد الثاني.

(٥) الشهيد الثاني.

(٦) الشهيد الثاني.

(٧) في عبارة العلامة في الإرشاد وهي نظير عبارته في القواعد.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٤١١/٨.

(٩) المسالك ٢١١/٣ و ٢١٢.

- كالإجارة ولو في الذمة والمزارعة والمسافة والكفالة والحوالة - فلا أجد خلافاً في جريان خيار الشرط فيها. واستظهر المولى الأردبيلي من التذكرة الإجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة، حيث إنه اقتصر فيها على نسبة الخلاف إلى الجمهور، قال: وعموم أدلة العقود والإيفاء بها وبالشروط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من إجماع أو نحوه، وقد استدل على بعض المستثنias بعض المناسبات وليس بتام، والعameda الإجماع إن كان^(١)، انتهى.
قلت: والأمر كما ذكر^(٢).

نعم، يجري خيار الشرط في جميع أقسام البيع والعقود المعاوضية المنجزة كالإجارة والمزارعة والمسافة والكفالة والحوالة والعقود التعليقية كعقد الجuale والسبق والرمائية ونحوها.

أما أصل البحث: فقد ذكر الشيخ الأعظم^(٣) أن العقود الالزمه على ثلاثة أقسام «ما لا يصح فيه شرط الخيار اتفاقاً [النكاح]، وما يصح فيه بالاتفاق [كالوقف وغيره]، وما اختلف فيه [કأقسام البيع]، ثم ذكر مصاديق كل قسم، وقبل الخوض في ذكر مصاديق كل قسم وال تعرض لأحكامها وما يجري فيها من الكلام نذكر ما قيل من الوجوه العامة المانعة من جريان شرط الخيار بحيث لا يكون لها اختصاص بمعاملة واحدة، بل تشمل معاملات عدّة. ثم نبحث في كل مورد بخصوصه وهي وجوه:

الوجه الأول: أن شرط الخيار وجعل حق الفسخ لا يصح إلا في مورد يصح فيه التحايل وتقريريه بأمور:

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤١١.

(٢) مفتاح الكرامة ١٤/٢١٩.

(٣) المكاسب ٥/١٥١.

الأول: ما أفاده الشيخ^(١) في أواخر كلامه من أن الالتزام والرضا حين العقد بسلطنة أحدهما على الفسخ يكون بمقتضى دليل نفوذ الشرط بمنزلة رضاه بالفسخ بعد العقد، فينزل الالتزام حين العقد منزلة الرضا بعد العقد، فمع عدم نفوذ الرضا بعد العقد بفسخ صاحبه في صورة عدم مشروعية الأقالة التي مرجعها إلى نفوذ رضا كل منهما بفسخ الآخر لم يكن معنى للتزيل المزبور لانتفاء موضوعه.

الثاني: ما أشار إليه المحقق الاصفهاني^(٢) في حاشيته وهو: أن معنى نفوذ الشرط هو إلزام المشروط عليه، والالزام بالشرط متفرع على جوازه للمشروط عليه وهو يختص بمورد مشروعية الأقالة.

الثالث: ما نقله الاصفهاني^(٣) عن بعض أجيال السادة^{عليهم السلام} وهو: أن مقتضى أدلة الشروط قطع سلطنة المشروط عليه عن الامتناع من الفسخ وعدم كون رضاه الفعلي شرطاً في تأثير الفسخ، ولا ريب أن نفي شرطية رضاه أعم من كونه سبباً رافعاً للعقد، بخلاف ما إذا علمنا من الخارج جواز التقابل منها فإنه دليل على سلطنة كل منها على الفسخ بالتراضي، فيجدي حينئذ قطع سلطنة المشروط عليه وعدم شرطية رضاه في تأثير الفسخ حيث علم سلطنة الآخر في نفسه على الفسخ برجوا الآخر المفروض فعليه حال العقد وقيامه مقام رضاه بعده.

وجميع هذه التقريريات مخدوشة:

أما الأول: فلأن مفاد دليل نفوذ الشرط ليس إلى لزوم العمل بالشرط لزوماً تكليفياً إذا كان المشروط فعلاً أو تحقق المشروط وضعاً إذا كان نتيجة لا فعلاً - كما تقدم بيانه - ، فمفاد دليل النفوذ هو الجري على طبق الشرط المستتبع للحكم التكليفي

(١) المكاسب ٥/١٥٦.

(٢) حاشية المكاسب ٤/٢٢٠.

(٣) حاشية المكاسب ٤/٢٣٢.

عند شرط الفعل وللحكم الوضعي عند شرط التبيجة.
ومن الواضح أن شرط الخيار لا يقصد به إلا جعل الحق الخاص للمشروط له
بلا نظر إلى تنزيل الرضا حال العقد منزلة الرضا بعده، فمن أين يثبت تنزيل الرضا
حين العقد منزلة الرضا بعده كي يختص ذلك بمورد مشروعية الأقالة.

وأما الثاني: فلأن مقتضى دليل نفوذ الشرط هو تحقق المشروط، فلا يقتضي إلا
ثبوت الحق للمشروط له ويكون أثر ذلك هو الالتزام المشروط عليه، وليس هو متعلق
الشرط ولا مفاد دليل النفوذ التابع لمفاد الشرط. ومنه يظهر الخدشة في

الثالث: فإن عدم جواز امتناع المشروط عليه من الفسخ من آثار جعل الحق
وثبوته بمقتضى دليل نفوذ الشرط لا أنه بنفسه متعلق الشرط أو مفاد دليل النفوذ.
إذن، فالوجه الأول لا يمكننا الالتزام به لعدم الدليل عليه.

الوجه الثاني: ما ورد في النص من أنه «ما جَعَلَ لِلّهِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ»^(١).
فإنه قد يدعى شموله لكل معاملة قصد بها القرابة، فلا يصح شرط الخيار فيها.
ولأجل وضوح المراد من هذا النص وما شابهه لابد من ايقاع البحث في جهات:

الجهة الأولى: في المراد من قوله: «ما جَعَلَ لِلّهِ» وقد ذكر المحقق
الاصفهاني^(٢) أن محتملاته ثلاثة:

الأول: أن يراد ما أتى به بداعي التقرب إلى الله سبحانه، فيشمل مثل البيع
والنكاح إذا وقعا لأجل استحبابها.

الثاني: أن يراد ما توقف صحته شرعاً على قصد القرابة، كالوقف عند
بعض.^(٣)

(١) وسائل الشيعة / ١٩ / ٢٠٤، ح ١، مرسلة الحكم.

(٢) حاشية المكاسب / ٤ / ٢٢٧.

(٣) نحو المفید في المقنعة / ٦٥٢؛ وصاحب الحداائق في كتابه ١٥٣ / ٢٢.

الثالث: أن يراد به ما يتقوم بذاته بقصد القرابة بحيث يكون قصد القرابة من قبيل الفصل المقصود له لا من قبيل الشرط، كالصدقة بالمعنى الأخص المقابل للوقف والهبة.

وقد اختار عليه السلام المحتمل الثالث ولعله لأجل التسالم على عدم إرادة الأول للإجماع على صحة شرط الفسخ في البيع ولو وقع قربياً، ولكن الثاني خلاف الظاهر فيتعين الثالث.

ولا يخفى أن جامع الوجوه المحتملة هو كون المراد من قوله «لله» بداعي أمر الله المعبّر عنه بقصد القرابة.

والذي يبدو لنا أن المراد به معنى أجنبى عن الاتيان بالعمل بداعي الأمر، بل المراد به هو ما أتى به في وجه الله سبحانه وفي سبيله، فيكون المراد ما كان الداعي إلى العمل هو ترتيب الأمر المرغوب لله سبحانه، كالوقف في سبيل الخير والبر، كاعانة الضعيف ومداواة المريض وترويج الدين وغير ذلك، وكالإعطاء بقصد الإحسان والإعانة، ويشهد لذلك ما ورد في بعض النصوص^(١) من التعبير بما يتغيّر به وجه الله سبحانه، بلا نظر إلى اتيانه بقصد القرابة وعدمه.

وتطبيقه على الصدقة في النص إنما هو بملاحظة أن الصدقة عبارة عن بذل المال والتمليك في سبيل الخير والاحسان والاعانة، كالوقف الخيري المعبّر عنه بالصدقة الجارية والهبة إلى الفقير بعنوان اعانته والاحسان إليه. ولا يعتبر في تحقق مفهوم الصدقة قصد القرابة، إذ قد يعبر بها من لا إيمان له بالخالق.

فظهور ما ذكرناه أن معنى الصدقة هو البذل والتمليك في وجوه الخير والاعانة

(١) صحيح البخاري ١٠٩/١، كتاب الصلاة، باب المساجد في البيوت؛ وسنن أبي داود ٢٢٨/٣، رقم ٣٢٧٣.

والاحسان سواء كان بقصد القربة أم لا.

وهذا المعنى للصدقة معنى عرفي مغفول عنه. وقد كنا لا نستطيع تشخيص مفهوم الصدقة بحيث يباين المدية ردحاً^(١) من الزمن. والحمد لله تعالى على ما أنعم وألهم.

ثم إن الخير مختلف باختلاف الأنظار والأديان، فبذل الخمر من قبل المؤمن بالله وبالإسلام لا يكون بنظره بذلاً للخير فلا يعد صدقة بخلاف ما لو صدر من غيره. فصرف المال بازاء المنكر لا يعد بذلاً في سبيل الخير.

وبهذا البيان يخرج مثل البيع وإن جيء به بقصد القربة لأنه تمليل وبذل بازاء العوض لا مجاناً. وتخرج المدية لأنها ليست بتمليل على وجه الخير والاعانة والاحسان، فالمراد من النص المذبور هو ما يساوي الصدقة وهو كل بذل وتمليل مجاني في سبيل الله سبحانه. فلاحظ.

الجهة الثانية: في المراد من قوله: «لا رجعة له فيه» ومحتملاته متعددة أيضاً. أحدها: أنه لا يقبل الرجوع إلى من خرج عنه المال بأي وجه من الوجوه حتى بالشراء والهبة وغير ذلك. وتهويده بعض النصوص^(٢) التي تشبه الصدقة بالعتق، كما تدل عليه النصوص^(٣) الدالة بالخصوص على عدم رجوعه له بالشراء ونحوه. ثانية: أن يراد به كونه عقداً لازماً لو خلي وطبعه، كالبيع في قبال الهبة الجائزة. فلا ينافيه جعل شرط الخيار فيه لأن الزوم الطبيعي لا يتنافى معه، كما هو الحال في البيع.

(١) الرَّدَحُ: المدَّة الطويلة، أقامَ الرَّدَحَ من الدَّهْرِ أي طويلاً.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٠٥، ح ٣، موثقة طلحة بن زيد.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٠٧، ح ١، صحيحه منصور بن جازم، الباب ١٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات، ووسائل الشيعة ١٩ / ٢٨٠، ح ٥، صحيحه أخرى له.

ثالثها: أن يراد به أنه لازم بقول مطلق بحيث لا يقبل الفسخ فيكون اللزوم من لوازم ذاته التي لا تنفك عنه.

أما المعنى الأول، فهو لا يمكن الالتزام به وإن أيدته النصوص^(١) لأنه خلاف التسلالم وسيرة المشرعة، فإنه لا يتوقف أحد في جواز شراء المتصدق للصدقة إذا باعها الفقير.

وقد بنى المحقق الأصفهاني^(٢) على الثالث بدعوى ظهور سياق الكلام فيه، وهي غير ثابتة، فالثابت من هذا النص هو اللزوم الطبيعي لا أزيد لعدم ظهوره فيما هو أزيد منه.

الجهة الثالثة: في صدق الرجوع مع شرط الخيار، فقد يقال [في نفي صدق الرجوع]:

أولاً: أنه مع شرط الخيار في الصدقة - مثلاً - لا يتحقق الرجوع بالفسخ ولا يصدق الرجوع بها لأن العقد مقيد بالشرط فهو واقع على كيفية مخصوصة فلا يصدق الرجوع بإعمال الحق، فهو نظير تقييد بزمان خاص، فان استرداد المال بعد ذلك الزمان لا يصدق عليه أنه رجوع.

وفيه: ما أفاده المحقق الأصفهاني^(٣) من أن الشرط لا يرجع إلى تقييد متعلق العقد وتكييفه بكيفية خاصة بل هو التزام في ضمن التزام، فالالتزام العقدي لا تقييد فيه، فينافي التزام الرجوع فيه.

وثانياً: بما ذكره السيد الطباطبائي^(٤) من عدم صدق الرجوع على الفسخ في

(١) التي مررت في الذيل آنفاً.

(٢) حاشية المكاسب ٢٢٩ / ٤.

(٣) حاشية المكاسب ٢٢٩ / ٤، قلت.

(٤) حاشية المكاسب ٢ / ٥٠٤، والتحقيق.

العقد المترزل، وأن الرجوع إنما يصدق حقيقة إذا كان المال باقياً على الوقفية أو الصدقة لا مثل المقام.

وفيه: أن المقصود من الرجوع المنهي عنه في مثل الصدقة ليس الرجوع بالقهر والغلبة الذي يكون غصباً، بل المراد به هو الرجوع بازالة العلقة وفسخ العقد فيصدق الرجوع على نفس الفسخ. ولعل مراده هو الوجه الأول، كما لعله يظهر من صدر عبارته^(١)، فراجع.

والتحصل مِنْ الذي ذكرناه في معنى الرواية: أن مثل الصدقة مما كان بذلاً وتَمْلِيْكَاً في وجه الله تعالى وسبيله يكون لازماً في طبعه وهو لا يمنع من شرط الخيار فيه.

الوجه الثالث: ما أفاده الشيخ تَسْعِيْتُ في صدر كلامه من: أن دليل نفوذ الشرط إنما يدل على نفوذ شرط الخيار في المورد الذي ثبت فيه مشروعية الفسخ في الجملة بإقالة أو بختار - كالبيع -، فيكون دليل النفوذ مقتضياً لنفوذ الفسخ في مورد الشرط.

أما إذا لم ثبت مشروعية الفسخ، فلا يتکفل دليل النفوذ إثبات سببية الفسخ، بل يكون شرط الخيار من الشرط المخالف للكتاب والسنة، فلا يصح. فتدبر. وهذا الوجه نبني عليه فعلاً رِيْثَمَا^(٢) يأتي الحديث فيه إنشاء الله تعالى في محله، فانتظر^(٣).

أقول: لا يتم هذا الوجه عندي واجمال المناقشة في هذا الوجه: الشرط كلها مشروعة ونافذة إلا ما خرج بالدليل من مخالفة الكتاب والسنة ولا تحتاج لدليل

(١) حيث يقول: «بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى». [حاشية المكاسب ٢/٤٥٠].

(٢) رِيْثَمَا: مركبة من «رِيْثَ»: ظرف زمان منقول عن المصدر بمعنى إبطاء، و «ما» المصدرية، والمراد به هنا: قدر مدة.

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/ ٢٧٣-٢٦٨.

المشروعية أكثر من قوله عليه السلام: «ال المسلمين عند شر وطهم»^(١) والتفصيل يطلب من محله. هذا.

أـ ما خرج من العقود الالزمة من فسخها بختار الشرط
ذكر الشيخ الأعظم من العقود التي لا يدخله خيار الشرط اتفاقاً:

النكاح

«لا يجري فيه خيار أصلاً إجماعاً كما في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) والسرائر^(٤) وجامع المقاصد^(٥) والمسالك^(٦) لمشاكلته العبادة، وابتنائه على الاحتياط التام، وسبق التروي فيه على العقد، وتوقف رفعه على رافع خصوص فلا يرتفع بغيره»^(٧).
أقام الشيخ الأعظم^(٨) دليلين - بعد الاجماع - على عدم دخول خيار الشرط في

النكاح:

الدليل الأول: توقف ارتفاع النكاح شرعاً على الطلاق فلا مجال إلى الشرط فيه.
وقد ناقش المحقق الاصفهاني هذا الدليل: «بأن حقيقة الفسخ تختلف ذاتاً عن الطلاق؛ فإن حقيقة الطلاق بينونة الزوجة وفراقها عن الزوج، ويلزمه ارتفاع علقة الزوجية، والفسخ نفس رفع العلقة وعود الأمر إلى ما كان، ولذا يتعلّق الفسخ بعلقة

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٦، ح ١ و ٢ صحيحتها عبد الله بن سنان.

(٢) الخلاف ٣/١٦، مسألة ١٧.

(٣) المبسوط ٢/٨١.

(٤) السرائر ٢/٢٤٦.

(٥) جامع المقاصد ٤/٣٠٣.

(٦) مسالك الأفهام ٣/٢١٢.

(٧) مفتاح الكرامة ١٤/٢١٨.

(٨) المكاسب ٥/١٥١.

الزوجية، والطلاق بالزوجة، وحينئذ فلا مذور في جريان الطلاق والفسخ في النكاح؛ للاختلاف الذاتي بينهما، وتعدد متعلقيهما.^(١)

وفيه: أنه إنما يرد على الشيخ قيّس لو كان للطلاق عمل آخر غير الفسخ، ولكن ما نلاحظه في النصوص خلاف ذلك؛ فإن الوارد فيها التعبير عن الفسخ بأربعة تعبيرات:

الأول: الرد، أي أن الفسخ رد الزوجة، وهو وارد في روایات كثيرة.^(٢)

الثاني: الطلاق، كما في [موثقة] غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة فوجدها برضاء أو جذماء، قال: إن كان لم يدخل بها ولم يتبيّن له فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، ولا صداق لها، وإذا دخل بها فهي امرأته.^(٣) وعلق عليها صاحب الوسائل قيّس بقوله: «حمل الشيخ الطلاق هنا على المعنى اللغوي دون الشرعي لما تقدم ويأتي...».

وقال أيضاً في التعليق على الحديث الأول من الباب الثالث [صحيفة أبي الصباح]^(٤) «الطلاق هنا مستعمل بالمعنى اللغوي لما مضى ويأتي».^(٥)

الثالث: الفراق، والتفرق، والمفارقة.^(٦)

(١) حاشية المكاسب ٤ / ٢٢٣-٢٢٤.

(٢) مثال ذلك ما ورد في وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٧، ح ١، الباب ١ من أبواب العيوب التدلّيس، صحّيحة عبد الرحمن بن أبي عبدالله.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٠، ح ١٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٤، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٥.

(٦) مثال ذلك ما جاء في وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٤، ح ١، خبر علي بن جعفر، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدلّيس.

الرابع: التسريح.^(١)

ومجموع هذه التعبير يكشف عن وحدة الحقيقة بين الطلاق والفسخ، وأنه ليس بينهما اختلاف ذاتي، فكما أن الطلاق إخلاء سبيل المرأة فكذلك الفسخ، وهذا عبّر عن الفسخ بالطلاق، وبالمفارقة والفرق، وعبّر في المتون الفقهية عن كتاب الطلاق بكتاب الفراق، فإذا عبّر في الصوص عن الطلاق في قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيعُ بِإِحْسَنٍ﴾^(٢) فهو أقوى شاهد على عدم الاختلاف الذاتي بينهما، وإلا لم يكن وجه للتعبير عن كليهما بلغفظ واحد وعنوان فارد.

وأما استشهاده على الاختلاف الذاتي بينهما بتعلق الطلاق بالزوجة، وتعلق الفسخ بالعقد، فلعله استفاده من تعريف الخيار بأنه ملك فسخ العقد. ولكن المتبّع النص، وقد لاحظنا تعلق الفسخ بالزوجة كتعلق الطلاق بها.

المناقشة في الدليل الأول للشيخ

نعم، يرد على الشيخ قدس سره: أنه لا إشكال في كون الطلاق رافعاً لعلاقة الزوجية، ولكن ما هو الدليل على انحصر الرفع فيه؟ فإن غاية ما يستفاد من دليله أنه رافع للنكاح، ولا يدل على نفي رفع غيره له، فلو ثبت انحصر فيه لكان شرط الخيار خالفاً للسنة، وإلا فلا.

بل قام الدليل على ثبوت ارتفاع النكاح بالفسخ في العيوب، فيثبت بذلك أيضاً قابليته للرفع بغير الطلاق، وإذا شككنا في رفعه بالشرط أمكن التمسك بدليل الشروط؛ فإنه يشمله عمومه، ولا مقيد له إلا أن يثبت انحصر رفع النكاح بالطلاق ليثبت أن الشرط مخالف للسنة، ودليل الشيخ قدس سره لا يثبت إلا جهة الإثبات للطلاق،

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢١٥، ح ٣، الباب ٣ من أبواب العيوب والتدعيس، خبر الحسن بن صالح.

(٢) سورة البقرة ٢٢٩.

لا جهة النفي عن غيره»^(١).

الدليل الثاني: عدم مشروعية التقايل في النكاح وكل ما لم تشرع الأقالة فيه لا يشرع فيه الشرط.

أقول: وقد مرّ منا المناقشة في ذلك في الوجه الأول من وجوه الثلاثة المانعة من جريان خيار الشرط في كُلّ عقد لازم فلا نعيد.

إشكال المحقق الخوئي على جريان خيار الشرط في النكاح

قال السيد الخوئي نقلاً: «الظاهر أنَّ الوجه في عدم جريان الخيار في النكاح هو ما ذكرناه في معنى اشتراط الخيار، لما عرفت من أنَّ مرجعه إلى التوقيت فيؤول جعل الخيار في النكاح إلى النكاح الموقت بزمان الفسخ، فلا يكون نكاحاً مطلقاً دائمياً، إذ لا يجتمع الدوام مع التوقيت، لأنَّ معنى التوقيت عدم اعتبار العلة الزوجية بعده ومعنى الدوام هو اعتبارها مطلقاً وهذا لا يجتمعان، فإذا صار النكاح منقطعاً ومؤقتاً فلابدَّ فيه من تعين الوقت لما ورد^(٢) من الأخبار في اشتراط العلم بالملدة، وبما أنَّ التعليق على الفسخ تعليق له بما لا تعين له، لأنَّه لا يدرِّي أنه يفسخ أو لا يفسخ أصلاً ولو مع تعين زمان الخيار أيضاً لأنَّ الفسخ مع ذلك غير معلوم، فلا محالة يكون تعليق النكاح على الفسخ موجباً لبطلانه ومفسداً له.

ومن هذا يظهر الفرق بين النكاح وبين غيره من العقود الالزمة، وأنَّ اشتراط الخيار في غيره لماذا لا يوجب الفساد ولكن يوجبه في النكاح»^(٣).

وقد أجاب عنه الأستاذ المحقق مدبّله: «هذا الوجه - على قوته - إلَّا أنَّه مدخول:

(١) بغية الراغب في مباني المكافسب ٢/٥٢٥-٥٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ٤٢/٢١، الباب ١٧ من أبواب المتعة.

(٣) التتفيق في شرح المكافسب، الخيارات ٣/٢٦٠.

أولاً: بأن هناك فرقاً بين انحصار المعهود في الشريعة في هذين القسمين، وبين انحصار المشرع في الشريعة فيهما، والمفيد في الاستدلال إثبات المعنى الثاني؛ لأنَّه يحمل الإثبات لها والنفي عن ما عداها، ولكنه لا دليل على هذا الانحصار إلَّا ما ربيَّا يظهر من موثقة عبدالله بن بكر قال: قال أبو عبدالله عليه السلام في حديث: «إِنْ سُمِّيَ الْأَجْلُ فَهُوَ مُتَعَةٌ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّيْ الْأَجْلُ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاتٌ»^(١).

كما ذكرها في الوسائل في الباب العشرين من أبواب المتعة، وهي جزء من حديث ذكر صدره في الباب التاسع عشر وهو: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»^(٢).

ولكنها ناظرة إلى ذكر الأجل من حيث الزمان، وعدم ذكره من هذه الحيثية.

وبعبارة أخرى: إن مدلول الرواية هو أن المؤقت بوقت خاص كيوم وشهر وشهرين متعة، وغير المؤقت بوقت خاص من حيث الزمان نكاح بات.

وبما أن النكاح بشرط الخيار غير مؤقت من حيث الزمان؛ إذ لم يسمّ فيه الأجل؛ فإن جعل الخيار ليس تسمية له، فيكون باتاً، فلا تدل الرواية على مطلوب المحقق السيد الخوئي قيسٌ.

وثانياً: سلمنا بأن هذا النوع من النكاح خارج عن كلا القسمين، ولكن النصوص الشرعية إنها ثبتت - بحسب الاستقراء - شرعية القسمين، ولا مفهوم لها لتنفي شرعية النكاح بشرط الخيار.

نعم، هو غير معهود في الشريعة، ولا يوافق ما في النصوص الخاصة، وعدم معهوديته شيء، وعدم شرعيته شيء آخر، وعدم موافقته لما ثبت من النصوص إنما

(١) وسائل الشيعة ٢١/٤٧، ح ١، الباب ٢٠ من أبواب المتعة.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/٤٦، ح ٢، الباب ١٩ من أبواب المتعة.

يقتضي فساده في ما لو لم يوجد دليل عام يدل عليه؛ فإن الأصل في المعاملات الفساد، وأما إذا وجد الدليل العام عليه فهو حاكم على الأصل، والعموم موجود في المقام وهو «المؤمنون عند شروطهم» مع ضم استصحاب العدم الأزلي إليه.

توضيح ذلك: أن شرط الخيار - كسائر الشروط في سائر المعاملات - ينطبق عليه عنوان العام بلا إشكال، ولا مانع من التمسك به إلا أحد أمرين: خالفته بمقتضى العقد، أو خالفته للكتاب والسنة؛ لاستثناء المخالف لها من تحت العموم.

أما الأول فمتفق قطعاً؛ لعدم مخالفة شرط الخيار لمقتضى عقد النكاح، بل أخذه فيه فرع ثبوته، فهو مؤكد له لا نافٍ؛ فإن المخالف لمقتضى العقد من قبيل البيع بشرط عدم الثمن.

وأما الثاني فهو متفق بالأصل؛ وذلك لأننا نشك في كون هذا الشرط مخالفًا لها، فنجري استصحاب عدم كونه مخالفًا لها بالأصل الأزلي، فينتفع موضوع الدليل العام، وهو الشرط الذي لم يكن مخالفًا للكتاب والسنة، فلا يقع فاسدًا.

[إن قلت: أن سيرة المشرعة قائمة على عدم شرط الخيار في النكاح كما هو الحال في الطلاق.]

قلت: إن بين الطلاق والنكاح فرقاً؛ فإن السيرة ثابتة في الطلاق، وأما في النكاح فالسيرة وإن كانت ثابتة إلا أنها مستندة إلى فتاوى الفقهاء فلم يحرز اتصالها بزمن العصوم لعله فلا تفيد.

وأما دعوى استفادة عدم مشروعية خيار الشرط في النكاح من أدلة حصر أسباب الفسخ بالعيوب، من قبيل: لا ترد الزوجة إلا من هذه العيوب.

فمدفوعة بأن هذا الحصر إضافي بالنسبة إلى العيوب لا مطلقاً، أي أن النكاح لا يفسخ إلا من هذه العيوب الخمسة، لا من غيرها من سائر العيوب، وليس الحصر حقيقياً ليتفي الفسخ بشرط الخيار].

فتحصل إلى هنا: أن جميع الإشكالات التي أوردت على شرط الخيار في النكاح مندفعه، فلا يبقى إلا الإجماع، وهو قوي لو لا أنه مدركي فمقتضى القاعدة صحته، ولكن الاحتياط في مقام الفتوى يقتضي عدم اشتراطه فيه هروباً عن مخالفة الإجماع»^(١).

بــ ومن العقود التي اختلف في جريان خيار الشرط فيه

١ـ الوقف

قال السيد العاملی: «ولا يجزی أيضاً في الوقف إجماعاً كما في المسالك^(٢) وقد نصّ عليه الشیخ^(٣) وابن إدريس^(٤) والمحقق^(٥) وابن عمّه يحيى بن سعيد^(٦) و[العلامة]^(٧) والشهیدان^(٨) والکرکي^(٩) والصیمری^(١٠). وعبارة السرائر والدروس صریحتان بوجود الخلاف فيه، ولم نجده، قال في السرائر: على الصحيح من المذاهب. والوجه فيه اشتراط القرابة فيه وأنه فلک ملك لا إلى عوض فلا يقبل الشرط كالعتق»^(١١).

(١) بغية الراغب في مباني المکاسب /٢ (٥٣٢-٥٣٠).

(٢) مسالك الأفہام /٣ /٢١٢.

(٣) المیسوط /٢ /٨١.

(٤) السرائر /٢ /٢٤٥.

(٥) شرائع الإسلام /٢ /٢٣.

(٦) الجامع للشرائع /٢ /٢٥٧.

(٧) تذكرة الفقهاء /١١ /٦٦.

(٨) الدروس الشرعية /٣ /٢٦٨؛ ومسالك الأفہام /٣ /٢١٢.

(٩) جامع المقاصد /٤ /٣٠٣.

(١٠) غایة المرام /٢ /٤٥.

(١١) مفتاح الكرامة /١٤ /٢١٨.

ثم ذكر الشيخ الأعظم^(١) «انه مما اختلف فيه، والمشهور عدم دخوله فيه. والوجه في عدم صحة شرط الخيار فيه أمور:

الأول: أنه مما يشترط فيه قصد القرابة.

الثاني: أنه فك ملك بغير عوض.

الثالث: ما ورد من النص^(٢) في أن من أوقف أرضاً ثم قال إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع في الميراث. ووجه دلالتها هو حمل قوله: «إن احتجت إليها فأنا أحق بها» على شرط الخيار، وقد حكم الإمام عليهما السلام^(٣) ببطلان هذا الشرط وهو مستلزم لبطلان الوقف ولذلك حكم برجوع المال ميراثاً.

واستشكل الشيخ^(٤) في كبرى الوجهين الأوّلين، كما تأمل^(٤) في دلالة الرواية.

أما الوجه الأوّل: فصغراه من نوعة إذ لم يثبت اشتراط قصد القرابة في صحة الوقف، نعم ورد^(٥) في وقف الإمام عليهما السلام^(٦) أنه فعله بداعي القرابة وهو لا يدل على اشتراطه فيه.

كما أن كبراه من نوعة، إذ عرفت أنه لا دليل على امتناع شرط الخيار فيما يعتبر فيه قصد القرابة إلّا رواية: ما جعل الله فلا رجعة له فيه...». وقد عرفت أن المراد بها غير ذلك وهو ما أتى به في سبيل الله، كما عرفت أن نفي الرجعة فيه لا يدل على أكثر من

(١) المكاسب ١٥١/٥

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٧٧، ح ٣، الباب ٣ من أبواب أحكام الوقف والصدقات، صحيحه إسماعيل بن فضل.

(٣) المكاسب ١٥١/٥

(٤) المكاسب ١٥٢/٥

(٥) وسائل الشيعة ١٩/١٩٩، ح ٣، صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

اللزوم الطبيعي. نعم لو دلت على اللزوم بقول مطلق لدلت على عدم صحة شرط الخيار في الوقف الواقع في سبيل الله تعالى كالاوقاف الخيرية، لا مطلق الوقف.

وأما الوجه الثاني: فالكبير فيه منوعة، إذ لم يثبت اعتبار المعاوضية في صحة شرط الخيار، إلّا ببعض الوجوه الفاسدة، فراجع ما أفاده الاصفهاني^(١) في بعض وجوه المنع من شرط الخيار في النكاح.

وأما الوجه الثالث: فالرواية غير ظاهرة في المدعى، بل هي تحتمل وجوهاً غير ذلك:

أحدها: أن الوقف باطل، فيرجع ميراثاً من باب أن ادخال نفسه في الموقوف عليهم موجب لبطلان الوقف، كما قرر في محله.^(٢)

ثانية: أن الوقف صحيح لكنه من باب التحييس إلى مدة معينة وهي حصول حاجته وقد حصلت حاجته فانتهى التحييس، فيرجع ميراثاً.

ثالثها: أن الوقف صحيح مع شرط الخيار لكن تحققت حاجته ففسخ لحصول المعلق عليه الشرط أو انفسخ العقد لو كان الشرط بنحو شرط التبيجة. وهي بالاحتمال الأخير تدل على صحة الشرط.

وبالجملة، الحكم بالرجوع ميراثاً كما يحتمل تحريره على ما أفيد يحتمل تحريره على أحد الاحتمالات الثلاثة الأخرى. ولا معين لأحدها خصوصاً وأن المدعى يتوقف على كون الشرط الفاسد مفسداً وهو محل كلام.

والتحصل: أنه ليس من الوجوه الثلاثة ما ينهض لنفي صحة شرط الخيار في الوقف. كما أن المسألة ليست اجتماعية كما في النكاح لما عرفت من وجود الخلاف فيه.

(١) حاشة المكاسب ٤/٢٢٣، رقم ١٣٦.

(٢) وقد ورد النصوص بذلك في وسائل الشيعة ١٩/١٧٦، الباب ٣ من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

ثم إن الشيخ فتى وغيره لم يتعرض إلى بيان عدم ثبوت مشروعية الفسخ في الوقف كي يصح مع الشرط بدليل نفوذ الشرط.

ولعل الوجه فيه: أن تصحيف الشرط في الوقف لا يحتاج فيه إلى التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» كي يتوقف في شمول العموم لما لم يثبت فيه مشروعية الفسخ، بل مقتضى: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١) صحة الشرط، لأن الشرط وإن كان التزاماً في ضمن التزام لكنه يرجع إلى تقييد الوقف بحصة خاصة ونحو خاص، فيصح له الفسخ على حسب قصده. فتدبر ولا تغفل.

تنبيه: ظاهر الشيخ فتى وغيره المفروغية عن كون الوقف عقداً ولذا يشبه بالايقاع في مقام نفي صحة شرط الخيار فيه، ولكن الأقوى لدينا أنه ايقاع لا عقد و محل الكلام ليس هنا، وإنما أردنا التنبيه على أن هذا الأمر ليس من المسلمات^(٢).

ثم إن هنا وجه رابع ذكره **الحق الخوئي** فتى وقال: «التحقيق أن الوقف على قسمين كما ذكرناه في الوقف:

أحدهما: التحرير وفك الملك في الحقيقة نظير وقف الأرض مسجداً فإنه كما ذكرناه تحرير وجعل الأرض حرّة وإزالة لقيد الملك، لأنه بيت الله فهو إعدام لأمر موجود كالعتق، وفي مثله لا يصح اشتراط الخيار، لأنّ مرجعه إلى التحرير الموقت وقد مرّ أن العتق والتحرير الموقتين غير صحيحين عند العرف والعقلاء، لأنه منافٍ للطلاق، وقد عرفت أن المسجد يتوقف على تحرير الملك حتى لو لم يحرّره بل وقفه مدة معينة كخمسين سنة مسجداً لله لما كان ذلك مسجداً ولا يتربّ عليه آثاره، نعم هو معبد أو مدرس أو غيرهما مما هو تمليك لجهة عامة أو خاصة إلا أنه غير المسجد

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٧٥، ح ١، صحيحه محمد بن الحسن الصفار.

(٢) المرتني إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/ ٢٧٧-٢٧٥.

بحسب الأحكام كوجوب إزالة النجاسة عنه. وكيف كان في حكم ﴿وَإِنَّ الْمَسَاجِدَ^(١) يشترط في المسجد تحرير الملك، وهذا لا يجتمع مع التوثيق كما عرفت.

وثانيهما: تملك في الحقيقة لجهة أو للموقوف عليهم على أن لا يباع نظير الوقف للأولاد أو لغيرهم، وهذا القسم في حد نفسه ما لا مانع من اشتراط الخيار فيه ولم يمنع عنه دليل، اللهم إلا إذا قلنا باشتراط الدوام في صحة الوقف، وأن التملك فيه لابد أن يكون دائمياً كما دل عليه بعض الأخبار^(٢) من أن الموقت ليس بوقف بل هو عمرى وسكنى ونحوهما، فلا محالة لا يدخله الخيار لمنافاته الدوام المعتبر فيه فجريان اشتراط الخيار في الوقف وعدمه مبني على تحقيق مسألة اشتراط الدوام في الوقف و عدمه، وما ذكرناه هو الوجه في عدم جريان الخيار في الوقف»^(٣).

وأورد عليه: «إن المراد من فك الملكية إن كان هو الفك عن إضافة المالك فلا يتنافى مع شرط الخيار، فهو وإن خرج عن ملكه بالوقف إلا أن له عوده بالشرط.

وإن كان المراد الفك عن حقيقة الملكية ففيه:

أولاً: أنه ينقض عليه بالعتق؛ فإنه أظهر مصاديق التحرير، وصيغته: أنت حر، ومصدره الحرية، ومع ذلك ورد النص بجواز اشتراط الرجوع.

وثانياً: أن إرجاع أي عنوان آخر يحتاج إلى دليل وليس أمراً جزافياً، ومفهوم التحرير يغاير مفهوم الوقف، والمنشأ في كل إنشاء يتوافق مع مفهوم المنشأ، فالمنشأ في باب البيع التملك بعوض، بلفظ ملكتك أو بعترك، والمنشأ في باب الصلح المصالحة بإيجاب صالحتك، وفي باب النكاح هذا المفهوم بلفظ أنكحتك أو زوجتك، ومفهوم الوقف هو الحبس، كما عليه النص وأقوال الفقهاء، وقد عرّفه هو أيضاً به في منهاجه

(١) سورة الجن / ١٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٩٢/١٩، الباب ٧ من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

(٣) التنقیح في شرح المکاسب، الخيارات ٣/٢٦١ و ٢٦٢.

فقال: «هو تحبس الأصل وتسيل الشمرة»^(١)، وهو مغاير لمفهوم التحرير، فكيف أرجعه إليه؟!

ثم إن صيغة الإنشاء في موارد الوقف كلها هي «وقفت»، سواءً أكان الوقف على الذرية أم جعل الأرض مسجداً، وليس اللفظ مشتركاً بينهما، بمعنى أن الوقف على الذرية يكون بمعنى تملékهم، ووقف المسجد يكون بمعنى التحرير، فإرجاع وقف المسجد ونحوه إلى التحرير منوع إنشاء ومنشأ.

نعم، لازمه التحرير؛ لأنه سيقى المال بلا مالك، وهو لازم المسجدية، وبين هذا المعنى والدعوى بون بعيد.

فالحق أن المسألة تبتني على اعتبار التأييد في الوقف، فإن قلنا باعتباره - كما هو الحق - كان شرط خيار الإرجاع منافياً له، سواءً أكان الشرط محدداً لدائرة الوقف من حين الإنشاء، فيكون المنشأ من الأول هي الوقفية المحدودة، أم لم يكن محدداً لها؛ فإن اشتراط خيار الإرجاع منافٍ للتأييد، بلا فرق بين موارد الوقف من حيث كونه تحريراً كما في المسجد، أو تمليكاً كالوقف على الذرية»^(٢).

أقول: يمكن الجواب عن الإيراد الأول: لم أجده النص بجواز اشتراط الرجوع في العتق بل ورد خلافه في موثقة طلحة بن زيد عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام قال: من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها، لأنَّه لا شريك لله عَزَّوجَلَّ في شيءٍ مما جعل له، إنما هو بمنزلة العتقة لا يصلح ردّها بعد ما يعتق. ^(٣)

ويمكن الجواب عن الإيراد الثاني: المحقق الخوئي عليه السلام لم يقل أنَّ مفهوم الوقف

١ منهاج الصالحين ٢/٢٥١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ٢/٥٣٧ و ٥٣٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٩/٢٠٥، ح ٣، الباب ١١ من أبواب كتاب الوقف والصدقات، ووسائل الشيعة ٢٣/١١٠، ح ١، الباب ٧٥ من أبواب كتاب العتق.

يرادف مفهوم التحرير حتى اعتراض عليه بغيرهما، بل يقول حقيقة وقف الأرض مسجداً يكون نظيراً للتحرير وجعل الأرض حرّة وإزالة قيد الملك لأنّه يصير بيّناً لله فهو إعدام لأمر موجود كالعتق، وقد اعترف المورِّد لله بذلك وقال: «نعم لازمه التحرير لأنّه سيقى المال بلا مالك وهو لازم المسجدية». هذا أوّلاً.

وثانياً: هذا المقال من المورِّد هنا مخالف مرّ^(١) منه في الوقف التحرير في بيع الوقف.

وثالثاً: ورد تعريف الوقف في كلمات الفقهاء العظام^(٢) بـ «تحبيس الأصل وتسبييل الشمرة»^(٣) ولكن لم يرد به نصٌّ.

والحاصل: ما ذكره المحقق الخوئي يَتَسَّعُ من التفصيل تام لا بدّ من الأخذ به والمسألة مبنية على اشتراط التأييد في الوقف وعدمه ولذا قال العلّامة: «الوقف لا يدخله خيار الشرط؛ لأنّه إزالة ملك على وجه القرابة إلى غير ملك، فأشبّه العتق»^(٤).

والله العالم.

٢- الصدقة

قال العلّامة في وقف التذكرة: «يشترط في الوقف الإلزام، فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه ويكون الوقف باطلًا، كالعتق والصدقة»^(٥).

وقال في باب خيار الشرط: «وأمّا الهبة المقبوسة: فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القرابة ولا تصرّف المتّهبه، يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن

(١) راجع الآراء الفقهية ٨/٤٠ وما بعدها.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٨/١٩٥.

(٣) راجع الآراء الفقهية ٨/٢٦٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/٦٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢٠/١٧٧، مسألة ١٠١.

اختل أحد القيود لزمت.

وهل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب: ذلك»^(١).

وظاهر هذا المقال دخول الخيار في الهمة الالزمة حتى الصدقة.

قال الشيخ الأعظم: «الأقوى عدم دخوله فيها...»^(٢).

تمسك الشيخ الأعظم «بعموم ما دلّ على أن ما جعل الله فلا رجعة له فيه بناء على أن المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعاً ل Maher الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة.

وقد تقدم في صدر هذا المطلب البحث في مدلول العموم المزبور وعرفت أنه لا يدل على أزيد من اللزوم الطبيعي كلزم البيع الذي لا ينافي شرط الخيار. ولا دلالة له على اللزوم بقول مطلق كما يراه الشيخ قيٌّ.

ثم إن الشيخ قيٌّ ذكر أنه مع «الشك في ذلك كفى في عدم سببية الفسخ [عدم التقابل في الصدقة] التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها»^(٣).

ولا يخفى أن هذا لا يتفق مع ما سيجيء منه في مبحث الشروط من الرجوع إلى عموم نفوذ الشرط مع الشك في كون الشرط مخالفًا للكتاب والسنة، فإنه يتمسك بأصله عدم المخالفـة.^(٤)

وبيان ذلك بنحو الاجمال: أن صحة الرجوع إلى عموم نفوذ الشرط مع الشك في مخالفـة الشرط للكتاب والسنة تتحقق بأحد أمور ثلاثة:

الأول: الالتزام بأنّ المراد من الشرط المخالف للكتاب والسنة هو المخالف

(١) تذكرة الفقهاء ٦٦/١١.

(٢) المكاسب ١٥٣/٥.

(٣) المكاسب ١٥٣/٥.

(٤) المكاسب ٣١/٦.

بالمخالفة المعلومة لا الواقعية، فمع الشك لا علم بالمخالفة، فلا يشمله الدليل المخصص.

الثاني: الالتزام بصحة الرجوع إلى العام في الشبهة المصداقية للمخصص، فيرجع إلى العموم مع الشك في المخالفة - لو أريد منها المخالفة الواقعية - .

الثالث: التمسك بأصالة عدم المخالفة بنحو استصحاب العدم الأزلي، فيتمسك معه بالعموم.

فإذا لم يتلزم بصحة هذه الأمور الثلاثة بجمعها^(١)، لم يصح التمسك بالعموم كما هو واضح، ولكن الشيخ - كما سيجيء يبني على الوجه الأخير، فيصح الرجوع إلى العام، بعد أن كان اعتبار سبيبة الفسخ في الجملة من جهة أنه مع عدم سببنته في الجملة يكون شرط الفسخ من الشرط المخالف على ما بيننا مراده في صدر كلامه.

راجع^{(٢)(٣)}.

ثم قال الفقيه اليزيدي بعد نقل روايات^(٤) عدم جواز الرجوع في الصدقة: «والانصاف أنه لا دلالة في هذه الأخبار على عدم جواز الاشتراط بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى... والتحقيق: لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار لأن إخراجه للمال ليس على كل تقدير والاخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقةً، فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو

(١) النفي يتعلق بالجمع.

(٢) لأنّه قال: «ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط». [المكاسب ٦ / ٣١].

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١ / ٢٧٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٠٤، الباب ١١ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

ذلك، لا مثل المقام فتدبر»^(١).

أقول: ظاهر كلامه أنّ الفسخ في الصدقة مع شرط الخيار لا يكون رجوعاً في الصدقة. ويرد عليه:

أولاً: إخراج المال في الصدقة مع شرط الخيار إخراج حقيقي لأنّ إخراجه عن ملكه فيها إما أن يكون مهماً وهو غير متصرّر أو معلقاً وهو مبطل للتمليك فعدم إخراجه عن ملكه على كل تقدير غير معقول.

وثانياً: إذا لم يخرجه عن ملكه على كل تقدير مع وجود خيار الشرط فمعناه عدم تحقق العقد فلا يعقل حينئذ الفسخ.

نعم، نحن مع الفقيه اليزدي رحمه الله من أنّ الظاهر جواز الرجوع في الصدقة بشرط الخيار بل من دون شرط على كراهية شديدة الدالة عليها الروايات الناهية في الباب الحادي عشر من أبواب كتاب الوقوف والصدقات. والله العالم.

٣- الصلح

قال العلّامة: «والصلح يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم»^(٢).

وقال السيد العاملی: «ونفاه الشيخ في الصلح مطلقاً في الخلاف^(٣) والمبسوط^(٤). وفي التحریر^(٥) وجامع المقاصد^(٦) أنه لا يجري في الصلح فيما يفيد الإبراء. وفي غاية المرام أنه لا يجري في الصلح عن المجهول والدعوى الغير الثابتة

(١) حاشية المکاسب ٢/٥٠٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١/٦٤.

(٣) الخلاف ٣/١٢، مسألة ١٠.

(٤) المبسوط ٢/٨٠.

(٥) تحریر الأحكام الشرعية ٢/٢٩٣.

(٦) جامع المقاصد ٤/٣٠٤.

بالإقرار^(١). والأصل في الجميع الصحة، لعموم المقتضي، وهذه الأقوال كأنها شاذة.

وفي المذهب البارع^(٢) الإجماع على جريانه في الصلح ذكره في باب الصلح^(٣).

ذهب الشيخ الأعظم^(٤) إلى التفصيل في الصلح وقال بجريان خيار الشرط في الصلح المعاوضي وبعدمه في الصلح الذي تضمن الإيقاع كالذي يفيد فائدة الإبراء أو كان لإسقاط الدعوى قبل ثبوتها أو وقع عما في الذمة مع جهالته.

وذهب السيد الخوئي^{قدس} أيضاً إلى التفصيل في الصلح وقال: «وأمّا الصلح فهو على قسمين: لأنّ المصالحة تارةً تقع على مشاركة الدعوى والنزاع في مورد المخاصمة، وهذا ما لا مانع من أن يدخله شرط الخيار بأن تكون المصالحة موقتة بوقت فسخها فإذا فسخت تعود المخاصمة لا محالة.

وأمّا ما يقال من أنّ الصلح تقطع المنازعة، وهو لا يجتمع مع جعل الخيار لعودها بالفسخ وهو نقص للغرض، فلم نفهم حقيقته، إذ البيع أيضاً كذلك لأنّه للتمليك وجعل الخيار فيه تقضى لهذا الغرض، وحل ذلك لأنّ الغرض ربما يتعلّق بقطع المنازعة أو الملكية على نحو الاطلاق، وربما يتعلّق بها في قطعة خاصة من الزمان، وحيثئذ فلا يكون اشتراط الخيار فيها مناقضاً للغرض.

وأُخرى تقع المصالحة على ترك الدعوى حيث إنّ لكل مسلم ومؤمن حق الدعوى على غيره، ومطالبته بما يدّعيه ولو من غير منازعة بينهما قبل ذلك، ولذا أي لأجل ذلك الحق يأمر الحاكم بحضور المدعى عليه، وللمدّعي حق الاحلاف على المدعى عليه، وليس له الاستنكاف من الحضور ولو بدعوى أني لا أعرفه، فإنّ الحاكم

(١) غاية المرام ٤٤/٢.

(٢) المذهب البارع ٥٣٨/٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٢٢٠/١٤.

(٤) المكاسب ١٥٠/٥.

يجبره على الحضور، فإن قامت عنده البينة على مدعاه فهو وإلا فله أن يستحلفه عليه، فإذا تصالحا على أن لا يعمل الآخر هذا الحق ولا يدعني عليه فهو مما لا يدخله شرط الخيار لأنه نظير إبراء الطرف عن حق الدعوى وبعد إبرائه لا يمكن فيه الرجوع، لأنّ الإبراء لا يقبل الرجوع كما مرّ^(١).

وقد يناقش على الشيخ الأعظم والسيد الخوئي: «أنّ حقيقة الإبراء هو إفراغ ذمة الغير مما اشتغلت به، وجعلها بريئة منه، فما هو المحدود في وقوع هذا المعنى مشروطاً؟ إن كان عقلياً فلا نعرف إلا قاعدة استحالة إعادة المدوم، إلا أنها تامة في الأمور التكوينية، لا الاعتبارية، فلا تفي في المقام، فيمكن أن يعتبر سقوط الدين عن ذمة المديون، ثمّ يعتبر إعادةه فيها.

وإن كان عرفيّاً فالعرف على خلافه كما يشهد له بيع الدين على من هو عليه؛ فإنه لا ثمرة له إلا الإبراء وسقوط ما في الذمة، ولا إشكال في قبوله لشرط الخيار كغيره من البيوع، وهذا أقوى شاهد على قبول الإبراء لشرط الخيار عرفاً وشرعاً. فما أفاده الشيخ قيس والحقّ السيد الخوئي قيس محل تأمل وإشكال^(٢).

وأماماً الصحيح في الصلح: «فتارة: يتلزم أن ليس معاملة وعقداً يغاير ما يفيد مفاده من العقود، فهو بيع إذا أفاد فائدته، وإبراء إذا أفاد فائدته وهكذا.

وأخرى: يتلزم أنه معاملة غير سائر المعاملات وإن أفاد فائدتها.

فعلى الأول، فلا كلام فيه بنحو الاستقلال، بل هو يتبع ما يقرر في العقود واليقاعات التي تتحقق به.

وعلى الثاني - وهو الأقرب -، يصبح شرط الخيار فيه لصحة الفسخ والتقاليل فيه

(١) التنقيح في شرح المکاسب، الخيارات ٣ / ٢٧٣.

(٢) بغية الراغب في مباني المکاسب ٢ / ٥٤٠.

في الجملة»^(١).

٤- الضمان

منع العلّامة جريان خيار الشرط في عقد الضمان «في التذكرة^(٢) و [القواعد]^(٣) في باب الضمان، فيكون منع منه في أحد قوله، وأجازه في التذكرة^(٤) والتحرير^(٥) في باب البيع. ووافقه على ذلك المحقق الثاني^(٦) في باب الضمان. وفصل فيه في المبسوط^(٧) تفصيلاً طويلاً يظهر منه أنه لا يدخله خيار الشرط»^(٨).

وقال الشيخ الأعظم: «والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه»^(٩).

أقول: عقد الضمان «معناه عند العامة: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه»، وعند الخاصة «نقل الدين الذي في الذمة إلى ذمة أخرى».

وعليه فإن قلنا بأن شرط الخيار لا يدخل في الإبراء؛ فإنه لا يقبل الرجوع؛ لاعتبار التأييد فيه، وتقوّمه به، فكذلك القول في الضمان؛ لبراءة ذمة المضمون عنه بعد الانتقال للضامن.

وإن قلنا بعدم تقوّم مفهوم الإبراء بالتأييد، بل هو على قسمين؛ إذ تارة لا يشترط فيه الخيار فيكون له دوام، وأخرى يشترط فيه فلا يكون له دوام، فهو ينقسم

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٧٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤/٢٨٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢/١٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/٦٤.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٩٣.

(٦) جامع المقاصد ٥/٣٠٩.

(٧) المبسوط ٢/٨٠.

(٨) مفتاح الكرامة ١٤/٢١٩.

(٩) المكاسب ٥/١٥٤.

إلى مؤقت محدود، و دائمي أبيدي، فلا مذور في شرط الخيار فيه.

فالمسألة في هذا العقد، ومثله الصلح والإبراء تدور مدار كون الشرط هل هو مخالف لمقتضى نفس المنشأ أو لا؟ وهل هو مخالف للكتاب والسنة أو لا؟ فإن خالف الأول كان باطلًا لمناقضته لمقتضى العقد، وإن خالف الثاني كان باطلًا لمخالفته للكتاب والسنة، وما لم يخالف شيئاً منها فلا يكون باطلًا، مع ملاحظة ضمّ أصالة عدم المخالففة في الثاني.

والحق عدم مخالففة شرط الخيار لمقتضى الضمان ولا للكتاب والسنة»^(١).

٥- الرهن

«أمّا ما يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن فالشرط جاري فيه في الرهن من قبل الراهن، لمكان لزومه، وبيني الحال فيه من قبل المرتهن على الخلاف في الشرط. وظاهر المسوط^(٢) أنه لا يدخله. واستشكل في التحرير^(٣) وغاية المرام^(٤) في الأول، لأنّ الرهن وثيقة للدين والخيار ينافي الاستئناق. وفيه: أنّ الاستئناق في المشروع بحسب الشرط فلا منافاة، وقد اعتمد الصimirي بعد ما استشكل فيه»^(٥).

وذهب الشيخ الأعظم إلى كون وضعه على اللزوم، «لا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين»^(٦).

أقول: الرهن تارة: «يلتزم بان الاستئناق وكونه وثيقة للدين دخيل في حقيقته ومقوم لمفهومه.

(١) بغية الراغب في مباني المكاسب ٥٤١ / ٢.

(٢) المسوط ٧٩ / ٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢٩٣ / ٢.

(٤) غاية المرام ٤٤ / ٢.

(٥) مفتاح الكرامة ٢٢٢ / ١٤.

(٦) المكاسب ١٥٤ / ٥.

وآخرى: يلتزم بان حقيقته ليست ذلك، بل هو تحبس للعين مع توکيل في البيع واستيفاء الدين منه على تقدير عدم الوفاء.

وأما الاستئناف فهو ملحوظ بنحو الغاية والداعي.

فعلى الأول: لا يصح شرط الخيار للراهن لأنه بنفسه ينافي الاستئناف - مع قطع النظر عن إعماله - ، فيكون من الشرط المنافي لمقتضى العقد وهو باطل - كما يقرر في محله ..

وعلى الثاني: - كما هو الأقرب - لا مانع من شرط الخيار لأنه لا ينافي مقتضى العقد، نعم ينافي الغاية النوعية الملحوظة فيه. فإذا تصورنا داع آخر ولو كان ذلك احتمال الاستئناف كان صحيحاً وخارجاً عن اللغوية^(١).

٦- الصرف

قال في القواعد: «وفي ثبوته في الصرف إشكال»^(٢).
وقال سيد المفتاح في شرحه: «كما في التحرير^٣ وموضع من التذكرة^(٤). وفي المبسوط^(٥) والخلاف^(٦) والغنية^(٧) والسرائر^(٨) والشائع^(٩) وجامع الشرائع^(١٠)

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ / ٢٧٨ .

(٢) القواعد ٦٧ / ٢ .

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٩٣ .

(٤) تذكرة الفقهاء ١١ / ٦٣ .

(٥) المبسوط ٢ / ٧٩ .

(٦) الخلاف ٣ / ١٢ ، مسألة ٩ .

(٧) غنية النزوع ٢ / ٢٢٠ .

(٨) السرائر ٢ / ٢٤٤ .

(٩) شرائع الإسلام ٢ / ٢٣ .

(١٠) الجامع للشائع ٧ / ٢٥٧ .

وموضع من التذكرة^(١) أنه لا يدخله خيار الشرط. وقد أدعى الشيخ^(٢) وابن إدريس^(٣) الإجماع عليه، ونفى عنه الخلاف في الغنية^(٤). قال في المسوط: فأمّا خيار الشرط فلا يدخل الصرف أصلًا إجماعاً، لأنّ من شرط صحة العقد القبض. ومثله ما في السرائر.

وتعليلهم يرشد إلى أنّ هذا الإجماع مستتبّط من الإجماع على اشتراط القبض في الصرف المنافي لثبوت الخيار باعتقاد الحاكي، فيتفي برفع التنافي كما ستصمم، وهذا أقدم على منعه [العلامة] في المختلف^(٥) والمحقق الثاني في جامع المقاصد^(٦) وأشار إليه في الإيضاح^(٧) وقال في المسالك: أطبق المتأخرون على ثبوته فيه ومنع الإجماع^(٨)، انتهى فتأمل.

قلت: وهو - أي الثبوت - ظاهر الأكثر كالمفید والمرتضی والدیلیمی والطوبی والقاضی والحلبی فيما حکی^(٩) حيث أطلقوا ثبوته في البيع من دون تفصیل بين

(١) تذكرة الفقهاء ١٣/١١.

(٢) المسوط ٧٩/٢.

(٣) السرائر ٢٤٤/٢.

(٤) غنية النزوع / ٢٢٠.

(٥) مختلف الشيعة ٧٢/٥.

(٦) جامع المقاصد ٤/٢٩٤.

(٧) إيضاح الفوائد ١/٤٨٤.

(٨) مسالك الأفهام ٣/٢١٢.

(٩) الحاكي لهذا القول هو الطباطبائي في المصايح / ٢٥٠، س ٢ من النسخة المخطوطة، وليس هذا القول ظاهرهم بل قد صرّح جميع هؤلاء بما حکاه عنهم، فراجع المقنعة والانتصار والمراسم والوسيلة والمهدّب والكافی في الفقه.

الصرف وغيره. وأظهر من ذلك ما في الشرائع^(١) والإرشاد^(٢) والدروس^(٣) وتعليق الإرشاد^(٤) ومجمع البرهان^(٥) والكافية^(٦) حيث قالوا: إِنَّه يثبت في كُلِّ عقد سوى النكاح والوقف والإيلاء والطلاق والعتق إِلَّا أَنْ تقول: هَذَا فِي كَلَامِهِمْ مَسَاقٌ لِمَقَامٍ آخَرُ، فَلَا تَعْوِيلَ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وقد صرّح بشبوبته فيه في الإيضاح^(٧) وغاية المرام^(٨) وقوّاه المحقق الثاني^(٩) وحسنه الشهيد الثاني^(١٠)، وكاد يكون صريح المخالف^(١١)، وفي الدروس^(١٢) أَنَّا لم نعلم وجه المنع مع صحيح ابن سنان «المؤمنون عند شروطهم»^(١٣).

قلت: هذا الصحيح مشهور بين الفقهاء والمحدثين في أبواب الفقه، وقد رواه الأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمة^(١٤)، ولا راد له ولا معارض يعتد به بحيث يخصّصه في المقام، لأنّك قد عرفت حال الإجماع المدعى، وأنّ مَنْ تقدّم على مدعّيه أو عاصره ظاهره خلافه، وأمّا التعليل - وقد سمعته - فعليلٌ جدًا لأنّه يجوز أن يقبضه في

(١) شرائع الإسلام / ٢ / ٢٣.

(٢) إرشاد الأذهان / ١ / ٣٧٥.

(٣) الدروس الشرعية / ٣ / ٢٦٨.

(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وأثاره) / ٩ / ٣٩٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان / ٨ / ٤١١.

(٦) كافية الأحكام / ١ / ٤٦٥.

(٧) إيضاح الفوائد / ١ / ٤٨٤.

(٨) غاية المرام / ٢ / ٤٥.

(٩) جامع المقاصد / ٤ / ٢٩٤.

(١٠) مسالك الأفهام / ٣ / ٢١٢.

(١١) مختلف الشيعة / ٥ / ٧٢.

(١٢) الدروس الشرعية / ٣ / ٢٦٨.

(١٣) وسائل الشيعة / ١٨ / ١٦، ح ٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

المجلس ويشترط الخيار، مع أنه منقوض بالسلم.
ويبقى الكلام في دعوى الشهيد الثاني إبطاق المتأخرین على منع الإجماع وإثبات
الخيار، فإنه قد يتأمل فيها، وأنت قد عرفت من ظهر منه ثبوته من المتأخرین ومن
صرح به ومن استشكل.

والذى يتحصل من كلامهم أن هذا الخيار يعم كل بيع لا يستعقب العتق،
للأصل وعموم الكتاب والسنة^(١).

ذكر الشيخ الأعظم بيع الصرف مما اختلف في جريان خيار الشرط فيه ولا دليل
على عدم جريان خيار الشرط فيه إلا الإجماع وقد مر الكلام فيه.
«وما قيل: من أن المقصود من اعتبار التقادص في بيع الصرف والسلم أن يفترقا
ولم يبق بينهما علقة ولو أثبت الخيار بقيت العلقة»^(٢).

فهوأشبه بالخطابة منه بالبرهان؛ فإن غايته أن التقادص في بيعهما شرط للصحة
وإذا تم صار البيع لازماً، فهو كسائر البيوع مع تمامية شرائط صحتها؛ فإنها تكون
لازمة حينئذ، ولا يمكن ذلك من دخول شرط الخيار فيها، فلا وجه للتفريق بين بيع
الصرف وغيره من سائر البيوع»^(٣).

بقى هنا أمران

ثم إن الشيخ الأعظم تعرض في آخر هذه المسألة إلى أمرين:
«أحدهما: ما ذكره في التذكرة^(٤) [تبعاً للمبسot]^(٥) من دخول خيار الشرط في

(١) مفتاح الكرامة /١٤ /٢١٧-٢١٤.

(٢) حكاه الشيخ في المكاسب /٥ /١٥٥.

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب /٢ /٥٥٠.

(٤) تذكرة الفقهاء /١١ /٦٧.

(٥) المبسot /٢ /٨٢.

القسمة. فذكر [الشيخ الأعظم]^(١) قيئث أنه إنما يتصور فيها كان التراضي بالسهام قوله لا فعلياً، إذ بناء على لزوم ذكر الشرط في متن العقد لا يتصور شرط الخيار مع التراضي بالفعل لا بالقول، واستظهر من ذلك عدم صحة شرط الخيار في المعاطة ولو قيل بلزمها لأن الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي.

وما أفاده لا يخلو عن نظر بل منع، فإنه يمكن ربط الإنشاء القولي بالفعل إذا كانت قرينة على ربطه به ورجوعه إليه. كما يمكن تقييد القول بغير اللفظ من قرائن الأحوال. فحين يقع عقد المعاطة يقول بشرط كذا. فتدبر.

والآخر: ما ذكره في التذكرة^(٢) من دخول الخيار في الصداق فيرجع مع الفسخ إلى مهر المثل. وعلله الشيخ^(٣) قيئث بأنه من جهة مشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، ثم تنظر فيه.

أقول: لا يخفى أن أصل المهر ليس مقوماً للعقد، وهكذا اعتبار مهر المثل - مع إهمال ذكره - فإنه من باب انصراف الاتهام مع قيام القرينة العامة على إرادة ثبوت المهر إلى إرادة مهر المثل. وإنما المهر التزام آخر غير الالتزام بأصل الزوجية، فلا مانع من جريان الخيار فيه خاصة مع بقاء عقد الزوجية على حاله لعدم تقويم العقد به.

ولكن ثبوت مهر المثل مع الفسخ في المهر المسمى [تم إذا دخل بها وأما إذا لم يدخل بها فـ]^(٤) مما لا مقتضى له ثبوتاً بعد تصور صحة عقد الزوجية بدونه.

وأما وجه تنظر الشيخ قيئث في الاستشهاد على صحة الفسخ بما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، فلعله من جهة أن التزويع بدون مهر المثل تزويع على خلاف

(١) المكاسب ٥/٥١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١/٦٦.

(٣) المكاسب ٥/٥١٥٦.

(٤) الزيادة من المؤلف.

المصلحة فيكون فضولياً في الزواج، فالفسخ يرجع إلى فسخ أصل الزواج، مع أنه ليس من الفسخ في باب الخيار. فتدبر.
هذا تمام الكلام في العقود اللاحزة»^(١).

جريان خيار الشرط في العقود اللاحزة

«أما العقود اللاحزة: فقد قيل بعدم صحة شرط الخيار فيها، وعلل ذلك تارة: بأنه تحصيل الحاصل. وأخرى: بأنه لغو.

ولكن الأول يمكن أن يدفع: بان الجواز المترتب على شرط الخيار غير الجواز المترتب على نفس العقد من حيث هو لا نفسه كي يلزم تحصيل الحاصل.
والثاني يمكن أن يدفع: بتصور أثر الجواز الثابت للشرط من قابلية للمعاوضة والاسقاط والانتقال.

فالتحقيق أن يقال: إن الخيار إما أن يلتزم بأنه حكم وضعى اعتباري. وإما أن يلتزم بأنه أمر انتزاعى عن حكم الشارع بانفساخ المعاملة بالفسخ.

فعل الأول، فحيث لا مانع من ثبوت حكمين اعتباريين في موضوع واحد لم يكن مانع من ثبوت الخيار المتعدد إلا بلحاظ أثر الخيار نفسه فيلتزم بالتأكد. وقد مرّ في خيار الحيوان تفصيل القول فيه.

وعلى الثاني - وهو الأقوى بنظرنا - فيما أنه يمتنع تعدد حكم الشارع بالانفساخ لعدم قابلية المعاملة إلا لأنفساخ واحد، فلا يتصور تعدد الخيار في آن واحد، فإذا اجتمع سببان للخيار تداخلاً وأثر المجموع في تحقق الحكم الشرعي.

ولكن هذا المعنى لا يتأتى بالنسبة إلى شرط الخيار مع جواز العقد - وإنما يتأتى بالنسبة إلى خيارين نسبتهما إلى العقد على حد سواء بلحظة دليلهما - وذلك لأن

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/٢٧٩.

المقصود بالشرط هو رفع أثر العقد الواقع بحيث يقصد أنه له الحق في رفعه، وهذا إنما يتأتى فيما إذا كان أثر العقد في نفسه هو الملكية المستمرة. أما إذا كان أثره هو الملكية المحدودة بعدم الفسخ فلا معنى لاشترط تحديدها بالفسخ.

وبالجملة، شرط الخيار في طول الحكم الثابت للعقد من لزوم وجواز، فلا يصح أن يثبت فيما كان حكم العقد هو الجواز وتحدد أثره بالفسخ، إذ هذا المعنى هو المقصود بشرط الخيار فإذا فرض ثبوته في مرحلة سابقة عليه لم يصح الشرط^(١).

عدم جريان خيار الشرط في الإيقاعات

قال السيد العاملی: «وأما الإيقاعات فلا يجري خيار الشرط وغيره في شيء منها، لابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغة، والخيار ينافي ذلك، ولأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه^(٢) عليه جملة من الأخبار^(٣)، والإيقاع إنما يقوم فلا يختص المنع بالطلاق والعتق والإبراء كما توهّمه بعض العبارات. ويرشد إلى ذلك أنه في السرائر^(٤) احتج على منع جريانه في الطلاق بخروجه عن العقود، ومقتضاه ما ذكرناه من اطراد المنع فيسائر الإيقاعات وعدم اختصاصه بالثلاثة. وقد حکى في المبسوط^(٥) الإجماع على المنع في الطلاق والعتق. وفي المسالك^(٦) الإجماع على المنع في

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ / ٢٨٠.

(٢) «نبه» نسخة بدل.

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٠، الباب ٣، و ١٨ / ١٦، الباب ٦، و ١٨ / ١٨، الباب ٧ من أبواب الخيار.

(٤) السرائر ٢ / ٢٤٦.

(٥) المبسوط ٢ / ٨١.

(٦) مسالك الأفهام ٣ / ٢١٢.

العتق والإبراء. وفي السرائر^(١) نفى الخلاف عن عدم جريانه في العتق والطلاق^(٢). وقال الشيخ الأعظم: «أما الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها...»^(٣).

وقد ذكر الشيخ الأعظم في وجه ذلك أموراً:

«الأول: أن المفهوم من الشرط ما كان بين إثنين والإيقاع إنما يقوم بواحد. ورد هذا الأمر: بان المراد أن الشرط نفسه يتقوم بشخصين المشروط له والمشروط عليه لا أنه يعتبر أن يكون موضوعه متقوماً بالإيجاب والقبول، بل نفس الشرط له إيجاب وقبول وإن حصل ضمن الإيقاع، ولذا صرّح بجواز عتق العبد واشتراط خدمة مدة عليه ولزوم الشرط بقبول العبد.

الثاني: ما ذكره الشيخ^(٤) من انصراف الشرط إلى ما كان في ضمن العقد بمحلاحة ما ورد في القاموس^(٥) من تفسير الشرط بالالتزام في ضمن الالتزام. وفيه: منع دعوى الانصراف. والإيقاع أيضاً التزام فلا ظهور للالتزام في إرادة العقد.

الثالث: ما أفاده الشيخ^(٦) من عدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات في الجملة، فلا يصح اشتراطه لأنه يكون من الشرط المخالف للكتاب والسنة، وقد عرفت وجيهه فيما تقدم.

(١) السرائر ٢/٢٤٦.

(٢) مفتاح الكرامة ١٤/٢١٨.

(٣) المكاسب ٥/١٤٨.

(٤) المكاسب ٥/١٤٩.

(٥) القاموس ٢/٣٦٨، مادة «الشرط».

(٦) المكاسب ٥/١٥٠.

والتحقيق: هو أنه لا يتصور الفسخ في مورد الالقياعات فضلاً عن صحة اشتراطه، بيان ذلك: أن الفسخ عبارة عن رفع الأثر في مرحلة البقاء ولذا يترتب عليه أثر العدم من حينه لا من حين العقد. وهذا إنما يتصور فيما كان لأثر المعاملة ثبوت استمراري كي يرتبط الفسخ به، كالملكية في باب البيع.

وإلا فلا معنى لفسخ المعاملة في مرحلة حدوثها، لأنصرامها. فالفسخ إنما يتعلق بما له بقاء.

وهذا إنما يتم فيما إذا كان أثر المعاملة وجودياً يعتبر الشارع استمراه لاحتياج بقاء الوجود إلى علة وهي الاعتبار المسبب عن العقد. أما إذا كان الأثر عدمياً فلا معنى للفسخ فيه، إذ بقاء العدم ليس بواسطة تأثير المعاملة السابقة واستمرار الاعتبار، بل بواسطة عدم تحقق منشأ الوجود، فالمعاملة تؤثر في العدم حدوثاً وأما بقاء فهو ينشأ من عدم علة الوجود. فعدم الزوجية بقاء - بعد الطلاق - ليس بتأثير الطلاق بل لعدم ما يوجب الزوجية، وإنما يؤثر الطلاق في رفع الزوجية حدوثاً لا أكثر. فلا يتصور للمعاملة ذات الأثر العدمي بقاء كي يصح انفاسها وفسخها.

وبما أنَّ الإيقاعات المذكورة من الطلاق والإبراء والعتق ونحوها إنما تؤثر في رفع الحكم الوجدي الثابت، فلا بقاء لها، فلا فسخ لها. فتذهب ولا حظ.

وأما الرجوع في باب الطلاق، فهو ليس فسخاً للطلاق، بل هو إعادة للزوجية ولذا يسند إلى الزوجة فيقال رجع بالزوجة. فالتفت.

هذا تمام الكلام في خيار الشرط^(١).

وإلى هنا تم الجزء العاشر من كتاب الآراء الفقهية، والقسم الأول من الخيارات في ليلة سافر صباحها عن يوم الإثنين الخامس من ربى الآخر ١٤٤١ بعد تدريسه في

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقي، الخيارات ١/٢٨١ و ٢٨٢.

الجامعة العلمية بإصفهان على يد مُدرّسه العبد هادي النجفي كان الله له.
والحمد لله أولاً وآخرأ وظاهراً وباطناً وصلى الله على محمد وآله الطيبين
الطاهرين المعصومين.^(١)

(١) وقد تم تصحيح هذه الأوراق في مساء يوم الإثنين السابع والشرين من شهر صفر الخير ١٤٤٣ في مكتبة والدي وفي جواره ضريحه الظاهر بيد مؤلفها العبد هادي النجفي والحمد لله أولاً وآخرأ.

فهرس المطالع

تقرير المرجع الديني آية الله العظمى الشيخ محمد الرحمن السير جاني <small>لهم إلهي لا إله إلا أنت</small>	٣
تمهيد	٥
فصل: الخيار أقسامه وأحكامه /	٧
المقدمات /	٩
المقدمة الأولى: هل تعریف الخيار من قبيل شرح الاسم؟	٩
المقدمة الثانية: هل يتعلّق الخيار بخصوص الأفعال أو يتعلّق بها وبالاعيان؟	١٠
المقدمة الثالثة: الخيار في اللغة	١٢
المقدمة الرابعة: المصدر واسمه والفرق بينهما	١٤
المقدمة الخامسة: النسبة بين خياراتي اللغوي والفكهي	١٧
الجهة الأولى: تعریف الخيار	١٩
الجهة الثانية: أصلالة اللزوم في البيع	٣٩
البحث الأول: محتملات المراد من أصلالة اللزوم في كلام الشيخ الأعظم	٤٠
البحث الثاني: مناقشة كلام الشيخ <small>قدس سره</small> في التفريق بين البيع وغيره	٥٠
البحث الثالث: معنى قول العلامة <small>قدس سره</small> : لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمررين	٥١
البحث الرابع: أدلة أصلالة اللزوم	٥٦
الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾	٥٦
الوجه الثاني والثالث: قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾	٧٧
الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِإِنْبَطْلِ﴾	٩٢

٩٨	تبنيه: استدلال المحقق النائي بمجموع المستثنى
١٠٧	الوجه الخامس: قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾
١٠٨	الوجه السادس: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»
١٠٩	الوجه السابع: حديث السلطنة
١١٣	الوجه الثامن: قوله ﷺ: المؤمنون عند شر وطهم
١١٥	الوجه التاسع: الروايات الدالة على نفي الخيار بعد الافتراق
١١٧	الوجه العاشر: رواية الصلح جائز
١١٨	الوجه الحادي عشر: خبر هذيل بن صدقة الطحان
١١٩	الوجه الثاني عشر: الاستصحاب
١٢٣	ثم بقى هنا تبنيهان
١٢٣	الأول: رد قول العلامة: في أصلية عدم اللزوم
١٢٩	الثاني: حكم الشبهة الموضوعية في العقود
١٤٤	أقسام الخيار /
١٤٧	الأول: خيار المجلس /
١٤٧	المراد من المجلس
١٥٢	الأمر الأول: دليل خيار المجلس
١٥٢	أ: الإجتماع
١٥٤	النصوص المستفيضة
١٥٩	الأمر الثاني: مختصات خيار المجلس
١٥٩	المسألة الأولى: ثبوت خيار المجلس للوكيل
١٦٩	أقسام الوكيل
١٦٠	القسم الأول: الوكيل في مجرد إجراء العقد
١٧٧	القسم الثاني: الوكيل المفوض
١٨٢	القسم الثالث: الوكيل الذي تنتهي وكالته بإنشاء العقد
١٨٥	فرع: ثبوت الخيار لوكلي هذا الوكيل الثالث
١٨٦	فرع آخر: امكان تعدد أطراف الخيار في طرف البيع

فرع ثالث: عدم ثبوت الخيار للفضوليين	١٨٧
المسألة الثانية: اتحاد البائع والمشتري في الخارج	١٩٠
الأقوال في المسألة.....	١٩٠
أدلة القول بثبوت الخيار	١٩٢
أدلة القول بعدم ثبوت الخيار.....	١٩٤
المختار في المسألة.....	٢٠٦
المسألة الثالثة: استثناء من عموم ثبوت خيار المجلس	٢١٠
المسألة الرابعة: هل يثبت خيار المجلس في غير البيع من العقود؟	٢١١
المسألة في كلمات الأصحاب.....	٢١٣
منشأ طرح هذه المسألة	٢١٤
التحقيق في المسألة	٢١٨
المسألة الخامسة: مبدأ خيار المجلس.....	٢٢١
مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم	٢٢١
فرع: مبدأ خيار المجلس للماكين الحاضرين في مجلس العقد	٢٢٦
مسقطات الخيار	٢٢٨
١- مسألة في الاشتراط	٢٢٩
١- الإجماع	٢٣٠
٢- الكتاب	٢٣٠
٣- السنة	٢٣٢
صور اشتراط سقوط خيار المجلس.....	٢٤٠
الصورة الأولى: شرط عدم الخيار.....	٢٤٢
الصورة الثانية: شرط عدم الفسخ	٢٤٥
المجهة الأولى: هل يصح شرط عدم الفسخ؟	٢٤٥
المجهة الثانية: هل ينفذ الفسخ بعد اشتراط عدم الفسخ أو لا؟	٢٤٩
الأول: بطلان الفسخ	٢٤٩
الثاني: صحة الفسخ	٢٧٤

الصورة الثالثة: شرط اسقاط الخيار ٢٧٥
الجهة الثالثة: في تعين المراد من مقالة الشيخ الطوسي <small>قدس</small> ٢٨٤
٢- مسألةُ في اسقاط الخيار بعد العقد ٢٩١
استدلّ الشيخ الأعظم على سقوط الخيار بالإسقاط ٢٩١
الأول: الإجماع ٢٩٢
الثاني: فحوىٌ ما ورد من النص ٢٩٢
الثالث: عموم قاعدة «لكل ذي حقٍ إسقاط حقه» ٢٩٣
الرابع: دليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الإبتدائي ٢٩٧
سقوط خيار المجلس بكل لفظ دالٌ عليه ٢٩٩
مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» ٣٠١
فرعان ٣٠٩
موارد تعارض الإجازة والفسخ ٣١٠
أجمال القول في موارد التعارض ٣١١
٣- مسألةُ افتراق المتباعين ٣١٣
الجهة الأولى: الشبهة الحكمية ٣١٣
الجهة الثانية: الشبهة الموضوعية ٣٢٠
أما الافتراق ٣٢٠
١- أدنى الانتقال ولو كان أقل من خطوة ٣٢٠
٢- اعتبار الخطوة ٣٢١
٣- اعتبار خطوات ٣٢٥
ثم إنَّ هنا قولان لم يرد في المكاسب وهما: ٣٢٦
٤- ثلاث خطوات على الأقل ٣٢٦
٥- خمس خطوات وما زاد ٣٢٩
القول المختار ٣٢٩
الجهة الثالثة: الافتراق هل يتحقق بحركة أحدهما وسكن الآخر أو أنه ٣٣١
مسألة: الافتراق عن إكراه ٣٣٤

مسألة: اكراه أحدهما على التفرق ٣٤٥	
مسألة: لو زال الإكراه ٣٥٠	
٤- مسألة: التصرف ٣٥٦	
الثاني: خيار الحيوان / ٣٥٨	
الجهة الأولى: المراد من الحيوان كل ماله جسم وروح صغيراً كان أو كبيراً ٣٦٠	
الجهة الثانية: المراد من الحيوان خصوص ما يقصد بقاؤه أو مطلق ما فيه الحياة؟ ٣٦٠	
الجهة الثالثة: هل يُعدُّ زهاق روح الصيد تلفاً من البائع قبل القبض أو في زمن الخيار؟ ٣٦٨	
الجهة الرابعة: متى خيار الحيوان الذي لا قابلية له للبقاء ٣٦٩	
الجهة الخامسة: هل ينحصر خيار الحيوان بالحيوان الشخصي أو يعمّ الكلّ؟ ٣٧٢	
الجهة السادسة: خيار الحيوان لمن؟ ٣٧٧	
أدلة الأقوال ٣٨٢	
أ: دليل القول الأول ٣٨٢	
ب: دليل القول الثاني ٣٩٤	
ج: دليل القول الثالث ٣٩٧	
د: دليل القول الرابع ٣٩٨	
مسألة: مدة خيار الأمة ٣٩٨	
مسألة: مبدأ خيار الحيوان ٤٠٣	
تمهيد ٤٠٣	
الأقوال ٤٠٤	
دليل قول المشهور ٤٠٦	
استدلال المحقق الأصفهاني للمشهور ٤٠٦	
دليل قول ابن زهرة ٤٠٧	
«الأول: [أن الخيار يدخل إذا ثبت العقد] ٤٠٧	
الثاني: [الاستصحاب] ٤٠٩	
الثالث: [إن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع] ٤٠٩	
الرابع: الوجه العقلي ٤١٠	

٤١٨.....	تمة: المراد بزمان العقد
٤٢٠.....	مسألة: المراد من ثلاثة أيام
٤٢٦.....	فرع: لوقع البيع بين الطلوعين أو في أول طلوع الشمس
٤٢٩.....	مسألة: مسقطات خيار الحيوان
٤٢٩.....	أحدها [وثانيها]:
٤٣١.....	الثالث: التصرف
٤٣٢.....	المقام الأول: في مقتضى القاعدة
٤٣٤.....	المقام الثاني: في المستفاد من الروايات
٤٣٩.....	أمران لابد من بيانهما
٤٣٩.....	الأمر الأول: في النسبة بين إحداث الحدث والتصرف
٤٤٠.....	الأمر الثاني: في بيان الجزاء في صحیحة ابن رئاب
٤٤١.....	المحتملات في الرواية
٤٤٣.....	مختر الشیخ
٤٤٤.....	إشكال المحقق الرشتي على الشیخ وردة
٤٤٥.....	إشكال المحقق السيد الخوئي على الشیخ ودفعه
٤٤٦.....	المناقشة في ما قرأه الشیخ
٤٤٦.....	ما استقر به المحقق الاصفهانی من الوجوه والمناقشته
٤٤٩.....	المختار في مدلول الرواية
٤٥٠.....	في المرجع حين إجمال المراد
٤٥٣.....	الثالث: خيار الشرط /
٤٥٥.....	أدلة خيار الشرط
٤٥٥.....	١- الإجماع
٤٥٦.....	٢- الروايات العامة
٤٥٧.....	٣- الروايات الخاصة
٤٦٠.....	وأمام المسائل تتم بقرار الذيل:
٤٦٠.....	المسألة الأولى

المسألة الثانية: في لزوم تعين المدة.....	٤٦١
المسألة الثالثة: قد عرفت لزوم تعين مدة الخيار وبطلان العقد بجهالتها.....	٤٦٥
المسألة الرابعة: مبدأ خيار الشرط.....	٤٦٩
تنبيه.....	٤٧٣
المسألة الخامسة: جعل الخيار للأجنبي	٤٧٤
«الجهة الأولى: في صحة جعل الخيار للأجنبي	٤٧٥
النقطة الأولى: في مقتضي القاعدة.....	٤٧٥
النقطة الثانية: في بيان المانع الشبوري من الصحة	٤٧٦
النقطة الثالثة: في الدليل على صحة جعل الخيار للأجنبي	٤٨٤
«الجهة الثانية: في اشتراط قبول الأجنبي و عدمه	٤٩٥
الجهة الثالثة: في جواز إسقاط خيار الأجنبي و عدمه.....	٤٩٩
الجهة الرابعة: في اشتراط مراعاة المصلحة من قبل الأجنبي و عدم اشتراطها	٥٠١
الجهة الخامسة: في حكم جعل الخيار للمتعدد.....	٥٠٤
المسألة السادسة: اشتراط المؤامرة.....	٥٠٧
إشکال وجوابه	٥١٣
تنبيه: هل على المستأمر (بالفتح) مراعاة مصلحة المستأمر (بالكسر) في أمره؟	٥١٥
المسألة السابعة: بيع الخيار.....	٥١٥
الأمر الأول: وجوه اعتبار رد الثمن في هذا الخيار	٥١٧
الأمر الثاني	٥٢٠
الأمر الثالث.....	٥٢٤
الأمر الرابع: في ما يسقط به هذا الخيار.....	٥٢٧
الأول: الاسقاط.....	٥٢٧
الثاني: - مما يسقط به هذا الخيار - : انقضاء المدة وعدم رد الثمن	٥٣٠
الثالث: التصرف في الثمن	٥٣٢
الأمر الخامس: لو تلف المبيع أو الثمن قبل الرد أو بعده	٥٣٧
النقطة الأولى: في حكم تلف المبيع	٥٣٧

٥٤٣.....	النقطة الثانية: في حكم تلف الشمن
٥٤٧.....	بيان عدم المنافاة بين قاعدي التلف في زمان الخيار والخارج بالضمان
٥٥٠.....	الأمر السادس: رد الشمن إلى الوكيل أو الولي مع التصریح به أو بدونه
٥٥٤.....	الأمر السابع: رد بعض الشمن
٥٥٧.....	الأمر الثامن: اشتراط المشتري الفسخ برد المثمن
٥٦١.....	المسألة الثامنة: جريان خيار الشرط في غير البيع
٥٦١.....	جريان خيار الشرط في العقود اللازمـة
٥٧١.....	أـ ما خرج من العقود اللازمـة من فسخها بخيار الشرط
٥٧٧.....	بـ ومن العقود التي اختلفـ في جريان خيار الشرط فيه
٥٧٧.....	١ـ الوقف
٥٨٤.....	٢ـ الصدقة
٥٨٧.....	٣ـ الصلح
٥٨٩.....	٤ـ الضمان
٥٩٠.....	٥ـ الرهن
٥٩١.....	٦ـ الصرف
٥٩٥.....	بقى هنا أمران
٥٩٦.....	جريان خيار الشرط في العقود الجائزـة
٥٩٧.....	عدم جريان خيار الشرط في الإيقاعـات